

〈논문〉

법발견에서 원리의 기능과 법학방법론* - 요제프 에쎈의 『원칙과 규범』을 중심으로 -

모든 추상적인 것은 적용에 의해 인간지성에
접근되며, 그러한 의미에서 인간지성은 행동과
관찰에 의해 추상화에 도달한다.**

金 炯 錫***

요 약

법원의 재판작용이 법의 해석과 형성에서 수행하는 역할과 기능을 해명하는 과제는 법이론의 오랜 난제 중 하나이다. 특히 판례의 “사실상의 구속력”과 해석 기준의 다원주의, 그리고 법관들이 보이는 도구주의적 접근법은 강단 방법론에 법관의 법률 구속 의미, 실정법과 법리의 역할 등의 답하기 어려운 여러 문제를 제기한다. 이러한 물음에 직면하여 요제프 에쎈(Josef Esser; 1910~1999)의 법발견 이론을 살펴보는 것은 여전히 시의성을 가진다고 생각된다. 이를 위해 본고에서는 에쎈의 주저 『원칙과 규범』(1956)에 개진된 법원리 및 법형성 이론을 살펴본다. 여기서 에쎈은 법질서에 내재한 원리적 관점이 실정법에 전환되어 구체적 규범형성으로 나아가는 모습을 비교법학적 방법론을 사용하여 설득력 있게 보였다고 생각되기 때문이다. 동시에 이 저서를 이해하기 위해, 그때까지의 에쎈의 이론적 여정 및 이후의 주저 『선이해와 방법선택』(1970)의 내용도 간략하게 살펴본다.

주제어: 에쎈, 법원리, 토포스, 개별사안해결, 도그마틱, 제도

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비(공동연구) 보조를 받았음.

** Johann Wolfgang Goethe, *Sprüche in Prosa. Sämtliche Maximen und Reflexionen*, hrsg. von Harald Fricke (2005), Nr. 1.280.

*** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 서 론

1. 문제의 제기

법원의 재판작용이 법의 해석과 형성에서 수행하는 역할과 기능을 해명하는 과제는 법이론의 오랜 난제 중 하나이다. 우리는 법관이 헌법과 법률에 구속되어 재판한다는 것(헌법 제103조)을 당연한 출발점으로 삼고 있지만, 동시에 실제 사건 해결에 있어 법관이 “양심에 따라 독립하여”(같은 규정) 판단할 때 가지는 상당한 범위의 해석여지에 당혹해 한다. 또한 우리는 판례는 어떠한 의미에서도 법률이나 관습법과 같은 法源(source of law)이 될 수는 없다고 단언하면서도, “사실상의 구속력”이 있음에 그친다는¹⁾ 그 판례를 마치 규범과 같이 받아들이고 당연한 전제로 하여 작업을 한다. 더 나아가 법률은 문언해석, 체계해석, 역사적 해석, 목적론적 해석의 네 가지 기준에 의해 이루어져야 한다는 점에 대해서²⁾ 동의하는 우리 모두가 개별 문제의 결론에 대해서는 서로 다른 견해에 도달한다는 사실을 발견한다. 그리고 우리는 그러한 다른 견해를 배경으로 논쟁할 때, 종종 사석에서, 사건의 결론은 개별 사건의 구체적인 사실관계로부터 미리 내려지는 경우가 많으며 법논리는 사후적으로 이를 정당화하기 위해 모색된다는 실무자들의 고백을 듣고는 한다. 이러한 상황에서 우리는 실정법학을 영위하는 과정에서도 다음과 같은 질문을 떨치기 어렵다는 것을 느끼게 된다. 법관의 법률구축은 도대체 무엇을 의미하는가? 실정법과 법리는 실제로 쓸모가 있는 것인가? 해석기준들은 도움을 줄 수 있는가? 올바른 법발견이란 과연 어떻게 가능한가?

이 물음에 직면하여 요제프 에쎌(Josef Esser; 1910~1999)의 법발견 이론을 살펴보는 것은 여전히 시의성을 가진다고 생각된다. 왜냐하면 에쎌야말로 전후 독일 법학방법론에서 이 문제들을 가장 집요하게 파고들어 천착했던 이론가이며, 그의 성과는 퇴색하지 아니하고 현재까지 영향을 미치고 있다고 보이기 때문이다. 그의 주저 『원칙과 규범』(1956)³⁾ 및 『선이해와 방법선택』(1970)⁴⁾은

1) 우선 관운직·김재형, **민법총칙**, 제9판(2013), 26-27면 참조.

2) 우선 이상영·김도균, **법철학**(2006), 239면 이하 참조.

3) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956); 2. Aufl. (1964); 3. Aufl. (1974); 4. Aufl. (1990). 초판부터 제4판까지의 면수는 동일하며, 아래에서는 제2판을 GN으로 약칭하여 본문 중에 인용한다.

4) *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970); 2. Aufl. (1972). 일부 수정된 제2판은 면수에 있어 제1판과 차이가 있으므로, 아래에서는 제2판을 VM으로 약칭

지금도 힘을 잃지 않고 인용되는 법학방법론의 고전이며, 여기에서 개진된 그의 이론은 우리의 재판실무를 되돌아 볼 때에도 유용한 시사를 줄 수 있을 것이다. 또한 언제나 법원의 실무를 시금석으로 하여 법학방법론을 버리는 에씨의 접근법으로부터도, 개별 논점에 대한 찬반 여부는 별론으로, 배울 점이 적지 않다고 생각된다.⁵⁾

2. 서술의 순서

이 글은 우선 에씨의 대표적 저작인 『원칙과 규범』에서 개진된 법발견 이론을 개관하는 것을 목적으로 한다. 그가 『원칙과 규범』에서 구상한 관점을 이후 『선이해와 방법선택』에서 극히 논쟁적인 지점까지 몰고 감으로써 전후 독일 방법론사에서 하나의 이정표를 세웠다는 사실은 널리 인정되고 있는 바이다(아래 IV. 2. 참조). 그러나 이 두 주저 모두를 하나의 글에서 포괄하여 종합적으로 서술하는 것은 여러모로 개별 논문의 범위를 넘어서는 것으로 보인다. 그러므로 본고에서는 민사법 영역의 법형성의 과정을 이론적으로 분석한 『원칙과 규범』을 중심으로 그의 법발견 이론을 살펴보고자 한다.⁶⁾

아래에서는 우선 『원칙과 규범』에서 개진된 법원리론에 기초한 법발견 이론과 법학방법론을 서술하고(아래 III.), 그에 이어서 에씨의 견해에 대한 학설사적인 의의를 검토한다(아래 IV.). 마지막에서는 에씨의 이론이 우리에게 대해 가지는 시사점을 음미하면서 마무리 한다(아래 V.). 그러나 그에 앞서, 『원칙과 규범』의 배경이 되었던 시대상황 및 저자의 발전과정을 개관하는 것은 이 책의 맥락과 세부 내용의 이해에 도움을 줄 수 있다고 생각된다. 이를 먼저 간략하게 살펴본다(II.).

하여 본문 중에 인용한다.

- 5) 에씨의 이론에 대한 기존의 개략적인 서술로 남기윤, **법학방법론**(2014), 508면 이하 참조.
- 6) 에씨의 다른 저서와 논문들은 서술을 보충하고 해명하는 범위에서 함께 고려한다. 특히 교수자격논문인 *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* (1940); 2. Aufl. (1969), 법학 개론서인 *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates* (1949) 그리고 주요논문 모음집인 *Wege der Rechtsgewinnung*, hrsg. von Häberle/Leser (1990)을 들 수 있는데, 첫 번째는 제2판을 RF로, 두 번째는 EG로, 마지막은 (개별 논문명의 지시 없이) RG로 약칭하여 본문 중에 인용한다.

II. 에씨의 학문적 역정 개관

1. 에씨의 학문적 성장과정

1910년 3월 12일 출생한 에씨는 1928년 아비투어를 마치고, 1928/29 겨울학기부터 로잔, 파리, 프랑크푸르트에서 법학을 공부하였다.⁷⁾ 에씨는 1932년 2월에 제1차 국가시험에, 1935년 11월에 제2차 국가시험에 합격하였다. 이 기간에 그는 프랑크푸르트 고등법원에서 시보로 수습하면서 모교에서 후고 진츠하이머(Hugo Sinzheimer)와 아르투어 바움가르텐(Arthur Baumgarten)의 조교로서 활동하였고, 1935년에 프리츠 폰 히펠(Fritz von Hippel)의 지도 하에 『법의제의 가치와 의의』라는 주제로 박사학위를 취득하였다. 젊은 에씨는 법학의 영역에서 앞서 언급한 세 사람 및 에르빈 리츨러(Erwin Riezler)의 영향을 받았지만, 더 나아가 그는 특히 칼 만하임(Karl Mannheim), 파울 틸리히(Paul Tillich), 율리우스 크라프트(Julius Kraft)의 영향을 받아 법학이라는 전문영역의 협소한 관심사로부터 벗어날 수 있었다고 한다(RG 449).

그러나 에씨는 이후 프랑크푸르트 대학에서 정치적인 이유로 교수자격취득 절차를 진행할 수 없게 되었고(아마도 진츠하이머 등 유대인 스승들과의 교류 때문으로 추측된다), 1940년까지 한 공업도시(Mönchen-Gladbach)의 법률자문으로 실무에서 활동하였다. 그런데 그가 정치적 영향 때문에 지방자치단체 법률자문으로서의 일을 정상적으로 수행하기 어렵다고 느끼게 되는 1940년에 이르면, 전쟁으로 인해 대학교원 부족 현상이 발생하였다. 그 결과 건강상 문제로 군복무를 할 수 없었던 에씨에게 프랑크푸르트 대학 교수직에 지원하지 않는다는 조건으로 교수자격취득이 허용되었다. 에씨는 폰 히펠의 지도하에 박사논문을 확충한 『법의제의 가치와 의의』(주 6 참조)로 1940년 교수자격을 취득하였다. 이후 몇몇 단기간의 교수직을 거친 그는 1943년에 오스트리아 인스부르크 대학의 교수로서 초빙되어 종전 이후인 1949년 마인츠 대학으로 전직할 때까지 근무하였다.

이 시기 에씨는 주로 손해배상책임과 관련한 실정법 연구를 주로 발표하였다. 그는 『위험책임의 기초와 발전』⁸⁾으로 현대 위험책임 이론을 확립하는 저술을 출

7) 에씨의 전기적 사항에 대해서는 RG 449f.에 있는 에씨 본인의 회고와 함께 주로 Stefan Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis* (2009), S. 7ff.; Johannes Köndgen, “Josef Esser” in Grundmann/Riesenhuber (hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Band 1 (2007), S. 103ff. 이하를 참조하였다.

간하는 한편, 「독일법 아카데미」(Akademie für Deutsches Recht)가 나치 민법전을 제정하기 위해 진행되는 입법작업 중 손해배상법과 관련된 작업을 논평하는 기고를 지속적으로 하고 있었다.⁹⁾

2. 나치 법사상과 자연법 르네상스 사이에서

이 시기까지 예씨의 방법론은 그의 교수자격논문인 『법의제의 가치와 의의』에서 잘 나타난다. 이 책은 제목에서 받는 인상과는 달리, 단순히 입법기술로서의 의제(Fiktion)를 해명하는 것을 넘어서, 법적인 사고방법이나 논증방법으로서의 의제를 논의의 중심에 위치시킴으로써 본격적인 법학방법론적인 논의로 나아간다. 예씨는 입법기술로서 가지는 기능 외에도, 구체적인 사안유형에 적용할 때 유지하기 어려운 상위의 범명제를 은밀하게 실질적으로 돌파하여 그 적용을 회피하는 기법으로 의제가 사용되고 있는 현상을 지적한다(RF 81). 예를 들어 입법자가 “태아는 손해 배상의 청구권에 관해서는 이미 출생한 것으로 본다”(민법 제762조)고 할 때, 그는 출생한 자연인만이 권리능력이 있다는 대원칙(민법 제3조)을 그대로 적용할 수 없음을 인정하면서도 이를 유지하기 위해 의제의 방법으로 예외를 설정한다. 그런데 이러한 의제는 입법기술뿐만 아니라 법적인 논증에서도 종종 발견된다. 즉 의제는 종래 법리로부터 정당화되기 어려운 새로운 법형성을 가능하게 하기 위해 상위 범명제를 돌파하기 위한 수단으로 종종 사용된다는 것이다. 예를 들어 대법원은 타인 토지 위에 용익권 없이 존재하는 건물의 매수인이 점유는 이전받았으나 이전 등기가 이루어지지 않아 아직 소유자가 아닌 경우에도 토지 소유자는 그를 상대로 건물의 철거 및 대지의 인도를 청구할 수 있다고 하면서(민법 제213조, 제214조), 그 근거로 건물의 매수인이 이미 법률상·사실상 처분권을 가지고 있다는 것을 든다.¹⁰⁾ 이는 소유자가 아닌 매수인에게 인정될 수 없는 처분권을 해석으로 의제함으로써, 처분자만이 건물을 철거할 수 있다는 소유권의 기본원칙(제211조)을 위배하지 아니하면서도 그가 철거의 상대방이 되어야 할 실제적 필요를 충족하려는 시

⁸⁾ *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung* (1941); 2. Aufl. (1969).

⁹⁾ 이들 논고에 나타난 예씨의 책임법 이론에 대해서는 Uta Mohnhaupt-Wolf, *Deliktsrecht und Rechtspolitik* (2004), S. 107ff. 참조.

¹⁰⁾ 大判 1967.2.28., 66다2228, 집 15-1, 179; 1969.7.8., 69다665, 집 17-2, 310; 1986.12.23., 86다카1751, 공보 1987, 233; 1988.5.10., 87다카1737, 공보 1998, 947; 1991.6.11., 91다 11278, 공보 1991, 1912 등. 이러한 판례에 대한 평가는 우선 김형석, “소유물방해배제 청구권에서 방해의 개념”, *서울대학교 법학*, 제45권 제4호(2004. 12), 408면 이하 참조.

도이다. 에씨는 이러한 의제를 사용하는 법적 논증이 가지는 범형성적 측면을 인정하면서도, 그럼에도 불구하고 해석 작업에서 필연적인 해석자의 이익형량과 가치평가를 은폐한다는 측면에서 바람직하지 아니한 법적 논증으로 귀결한다고 비판한다(상세하게 RF 92, 133ff., 특히 소급효에 대한 흥미로운 설명으로 RF 175ff.). 이런 식의 의제가 사용되는 현상은 타당한 해결책을 일반적 법사고를 동원해 독자적인 해석으로 정당화할 수 없는 무능력에서 기인한다(RF 90). 에씨는 이러한 의제적 논증이 결국 법적 개념과 법률구성을 절대시하는 개념법학적 법학방법론 하에서 은밀한 범형성을 가능하게 하는 도구로 활용되고 있음을 지적한다(RF 200). 즉 우리가 법적 개념을 실체화해서 마치 현실에서 존재하는 사물처럼 취급하기 때문에(RF 129, 206, EG 191-192) 개념에 부합하지 않는 범명제를 승인하려 할 때 의제적인 논증에 의지하게 된다는 것이다.¹¹⁾ 여기서 에씨는 이제 개념법학의 오류를 인정하고 명시적인 가치평가를 통해 논증을 할 것을 주장한다(RF 204 참조).

그런데 이 시기의 에씨는 나치의 정치사상에 동조한 것은 아니지만,¹²⁾ 나치 법철학의 磁場에서 자유롭지는 않았던 것으로 보인다. 나치 법사상은 그것이 투쟁한 자유주의적 범실증주의와 대비할 때 실정법 질서에 先在하는 선소여적 범가치의 존재를 승인하는 비실증주의적인 일종의 자연법 사상이라고 할 수 있으며, 이를 정당화한 것이 칼 슈미트의 ‘구체적 질서의 사고’이다. 즉 법질서는 단순한 규범의 연역체계(규범주의)나 정치적 결단에 기초한 명령(결단주의) 또는 양자의 결합(범실증주의)이 아니라, 공동체에 선재하는 제도적 질서 즉 구체적 질서의 반영으로 이해되어야 한다고 말한다. 그러므로 법학 역시 실정법에 선재하는 구체적 질서를 고려하는 입법적·해석적 작업을 수행해야 하며,¹³⁾ 그러한 가치로는 공동체의 우위, 충성, 규율, 명예, 인종, 총통원칙 등이 주장되었다. 라렌츠는 이러한 주장을 헤겔

11) Fritz von Hippel, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik* (1964), S. 356: “내적 모순 없이 두 주인을 섬기려는 필연적으로 헛된 시도”.

12) 에씨 부인의 회고에 따르면, 에씨가 오스트리아에서 교수생활을 영위하기로 한 결정도 전쟁관련 복무 및 나치의 조직과 관련을 맺는 일을 회피하기 위한 것이었다고 한다(Köndgen (주 7), S. 104f.). 또한 그는 나치즘을 거부하였던 것으로 존경을 받았다고도 한다(Roland Dubischar, “Rechtstheorie als Literatur”, *Archiv für die civilistische Praxis* 171 (1971), 440, 461).

13) Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), 2. Aufl. (1993), S. 10ff., 47ff. = “법학적 사고방식의 세 유형”, 정치신학 외, 김효전 역(1988), 222면 이하, 261면 이하. 상세한 분석으로 Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, 4. Aufl. (2002), S. 168ff. 참조. 아래에서 번역본을 병기한 경우에도, 번역은 필자의 것이다.

주의적 관념론과 결합하여 나치의 주도적인 법사상으로 설파하였고,¹⁴⁾ 이로써 구체적 질서의 사상은 칼 슈미트의 정치적 실각¹⁵⁾ 이후에도 나치의 법사상으로 지배적인 위치를 유지하고 있었다.¹⁶⁾ 이러한 배경에 비추어 보면, 에쎈의 당시 저술들에는 이러한 사고를 전제하고 있다고 보이는 서술이 발견된다. 즉 그는 법실증주의의 불모성의 원인을 생산적인 세계관적 기초를 결여하고 있다는 점에서 찾으면서(RF 132), 개념법학을 극복하는 평가적 작업의 기초로서 “민족적 법사고”(RF 28), “어떠한 법정책적 입장표명에 대해서도 가치척도를 부여하는 세계관적 이념”(RF 204) 등을 언급한다는 점에서, 그 역시 전소여적 가치질서에 의해 지배되는 법질서라는 사고방식에서 자유롭지 않았다고 생각된다.

역설적인 점은 나치 정권의 몰락 이후에 나치의 법사상과 유사한 형태로 실정법 질서에 선제하는 상위의 가치질서를 승인하는 자연법 사상이 전후 독일 법철학계를 지배하였다는 사실이다.¹⁷⁾ 이러한 상황에서 라렌츠가 근소한 용어상의 변경만을 거쳐 전전의 법철학적·방법론적 입장을 거의 그대로 고수하였고, 그것이 오랫동안 법학방법론에서 표준적인 입장으로 통용되었다는 사실은 의미심장하다.¹⁸⁾ 이에 반

14) Karl Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (1935; Auszug) in Pauer-Studer/Fink (hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts* (2014), S. 185ff.

15) Paul Noack, *Carl Schmitt. Eine Biographie* (1993), S. 197ff. 참조

16) Joachim Rückert, “Die Schlachtrufe im Methodenkampf – Ein historischer Überblick”, Rückert/Seinecke (hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 2. Aufl. (2012), Rn. 1424ff.

17) 이에 대해 최근의 포괄적 연구인 Lena Foljanty, *Recht oder Gesetz* (2013) 참조.

18) 그러한 의미에서 靑井秀夫, *法理學概說*(2007), 321면: “전후 독일에서 최초의 체계적인 사법학 방법론이 라렌츠에 의해 쓰여졌던 것은 불행한 일이었다.” 관련하여 징후적인 현상은 Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung* (1968) 이래 나치시대 방법론의 연속성에 관한 지속적인 문제제기와 연구가 이루어졌음에도 라렌츠가 (그리고 상당부분 그의 제자 카나리스도) 보인 목살에 가까운 침묵 내지 무반응이다(이에 대해 Bernd Rüthers, “Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug?”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1996), 1249도 참조; 2011년 *Juristenzeitung* 지상에서 벌어진 튀터스(593ff.)와 카나리스(879ff.)의 논쟁도 이에 큰 변화를 준 것은 아니라고 할 것이다). 실제로 학회에서 마주쳤을 때 라렌츠는 튀터스를 없는 사람처럼 무시했다고 한다(Sebastian Seedorf, “Bernd Rüthers”, Thomas Hoeren hrsg., *Zivilrechtliche Entdecker* (2001), S. 327). 이렇게 나치 법사상의 주도자였던 라렌츠의 법학방법론이 일부 수정만을 거친 다음 전후에 지속되었고 그로 인해 이른바 개념법학(푸흐타, 빈트사이트)이나 이익법학(해크) 등에 대해 굴절된 이해가 장기간 통용되었다는 사정에 대해서는 별도의 상세한 연구가 필요하다. 우선 Bernd Rüthers, *Entartetes Recht*, 2. Aufl. (1989); Ulrich Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid* (1999); Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“* (2004) 등 참조.

해 에씨는 1945년 이후 종래의 법철학적·법학방법론적 입장에 대해 회의하게 되었던 것으로 보인다.¹⁹⁾ 몇 년의 숙고 끝에 출간된 『원칙과 규범』은 그러한 이론적 반성과 전회를 잘 보여주는 저술이다(RG 343, 349, VM 130-131, 164, 169도 참조).²⁰⁾

3. 전후의 학문적 활동

1943년 인스부르크 대학으로 전직한 에씨는 같은 해 법학입문서를 출간하려 하지만, 이 계획은 나치의 검열로 인해 좌절된다.²¹⁾ 이 책은 1949년에 출간된다(주 6 참조). 한편 에씨는 교수자격 취득을 위한 조건으로 나치 당에 가입했기 때문에, 전후에 일련의 나치 청산 절차에서 자신의 결백함을 밝혀야 했다. 이러한 절차가 마무리되는 1949년, 그는 마인츠 대학의 초빙을 받아 전직하였다. 같은 해 그를 도그마틱의 대가로서 확립한 채권법 교과서도 출간되었다.²²⁾

에씨는 마인츠에서 근무한 1950년대에는 「외국사법과 국제사법에 대한 막스 플랑크 연구소」와 협력하면서 (주로 서평을 기고하는 방식으로) 비교법적 연구에 전념하였다. 특히 그는 1955년 미국의 여러 대학에 체류하면서 연구를 하였고, 그 성과는 1956년에 출간된 『원칙과 규범』에 반영되어 있다. 그 사이 여러 대학의 부름을 거절했던 그는 1961년 튀빙엔 대학의 초빙을 받아들여 전직하였고, 이후 계속된 많은 초

19) Hans-Peter Haferkamp, “Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen”, *Archiv für die civilistische Praxis* 214 (2014), 60, 87.

20) 그밖에 민법 해석학의 영역에서 “삶 자체가 규율을 창출한다”는 것을 모토로 하는 사실적 계약관계론에 대해 점점 비판적으로 되어간 것도 이러한 입장전환과 관련이 있을지도 모른다(RG 56: “정치사회적 사실에 대한 규범적 법사고의 항복”). 자세한 것은 Birgit Schäfer, “Methode und Zivilrecht bei Joseph Esser”, Rückert/Seinecke (주 16), Rn. 799ff.; 이호정, “사회정형적 행위론의 연구”, **경제논집**, 제XIII권 제2호(1974), 89-91, 105면 참조.

21) 에씨 자신의 술회에 따르면 1943년에 출간이 예정되었으나, “검열당국이 민헌의 출판사에 출간을 금지하였다. 당시 나는 비유로 포장된 政治的 法惡用 비판이 검열의 눈을 피할 것이라고 믿었다. 그것은 착각이었다”(EG V).

22) *Lehrbuch des Schuldrechts* (1949); 2. Aufl. (1960); 3. Aufl. (1968/1969); 4. Aufl. (1970/1971). 제5판부터는 그의 제자인 아이케 슈미트(Eike Schmidt)와 한스-레오 바이어스(Hans-Leo Weyers)가 개정을 담당하였다. 이 중 제2판은 채권법 도그마틱의 명저로 인정받고 있다. 메디쿠스의 평가에 따르면, 이 제2판은 독자의 관점에서 가장 어렵지만 “채권법을 학문적으로 연구할 때 여전히 불가결한 독창적인 사고의 보고”이다(Medicus/Lorenz, *Schuldrecht* I, 19. Aufl. (2010), Rn. 53). 이후 판본들은 이러한 장점을 상실한 것으로 평가되고 있다. Köndgen (주 7), S. 110은 “제자로서는 이를 숨기고 싶지만 기록자로서는 숨겨서는 안 된다”고 하면서, 에씨는 제3판부터 도그마틱에 대한 관심을 상실하여 독자의 가독성을 중시하는 방식으로 개정하는 동시에 많은 부분의 집필을 조교들에게 위임했다고 회고한다.

청에도 불구하고 퇴직할 때까지 튀빙엔 대학에서 봉직하였다. 『선이해와 방법선택』은 튀빙엔 시기의 대표작이다. 퇴직 이후 그는 인적 교류 외에는 거의 일체의 학문적 활동을 중단하였고, “좋은 책들”을 읽는 일로 여생을 보냈다고 한다. 그는 1999년 7월 21일 튀빙엔에서 사망하였다.

Ⅲ. 법발견에서 원리의 기능과 법발견

『법관에 의한 私法形成에서 원칙과 규범』은 현실에서 법관에 의해 행해지는 법형성의 작동방식을 분석하고 특히 그 과정에서 법원리(Rechtsprinzip)²³⁾가 가지는 역할과 기능을 해명하는 것을 목적으로 하는 저술이다. 그 과정에서 에서는 대륙법계와 영미법계의 법관이 법형성을 수행하는 모습을 판례를 배경으로 비교법적으로 서술함으로써 법계의 차이를 뛰어넘는 법발견 내지 법형성 일반이론에 도달하고자 추구한다. 이 책은 그 목적과 내용, 박학과 독창성에서 매우 야심적인 저서이지만, 동시에 쉽게 이해하기 어려운 저술이기도 하다.²⁴⁾ 대륙법과 영미법의 엄청난 판례와 문헌을 배경으로 진행되는 논의는 민법, 비교법, 법이론 모두에 상당한 사전지식을 요구할 뿐만 아니라, 여러 외국어 표현들로 점철된 혼성적 문체와 지루할 정도의 반복적 서술이 독해를 어렵게 하기 때문이다.²⁵⁾

1. 문제제기와 연구방법

에서는 “법원칙” “일반적 원리” “일반적 법사고” “지도이념” 등이 학설과 실무의

23) 『원칙과 규범』에서 Grundsatz와 Prinzip은 동의어로 사용되고 있으나, 여기서는 표현의 차이를 고려해 전자를 ‘원칙’, 후자를 ‘원리’로 번역한다.

24) 튀빙엔 시기의 제자인 쾨드겐에 의하면, 『원칙과 규범』은 그것이 가지는 독창성과 의의에도 불구하고 이해하기 쉽지 않다는 점에서 제자들 사이에서 베토벤의 후기 현악사중주와 비견되는 후광을 가지고 있었다고 한다. Köndgen (주 7), S. 113.

25) 『원칙과 규범』에 대해 호의적인 비아커의 서평도 이러한 서술방식에서 오는 독해의 어려움을 지적하고 있으며(Franz Wieacker, “Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel”, *Juristenzeitung* (1957), 701, 703), 대체로 비판적인 랑예의 서평도 그러하다(Heinrich Lange, “Buchbesprechung”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1958), 662, 663). 라인슈타인은 에서의 서술방식과 박학한 내용 때문에 전문가만이 이해할 수 있는 책으로 영어로의 번역이 쉽지 않다고 하며(Max Rheinsteine, “Book Review”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 24, No. 3 (1957), 605-606), 프리드만도 같은 취지이다(Wolfgang G. Friedmann, “Book Review”, *Columbia Law Review*, Vol. 57, No. 3 (1957), 449).

논변에서 자주 사용되고 있지만, 그것의 의의와 사정범위를 비판적으로 검토하거나 그 유래와 기능을 해명하는 과제는 수행되지 않았다고 지적하며, 이를 해결해야 할 문제로 제기한다(GN 1, 28). 그런데 법원리에 대한 적절한 해명은 그것이 작용하는 場인 “실제 법형성의 현실적 과정을 관찰함”에 의해서만 가능하며(GN 14), 특히 비교법적인 접근법을 요구한다. 왜냐하면 법학적 추론과정에서 원리가 활용되는 현상은 대륙법의 법률가에서뿐만 아니라 영미법의 법률가에서도 보편적으로 찾아볼 수 있으므로, 법률·법원리·법관법의 문제에 대한 근본적인 해명을 위해서는 법발견 방법에서 원리가 행하는 역할을 비교법적으로 규명해야 원리의 보편적 의의를 알 수 있기 때문이다(GN 2, 6, 18, 28). 예를 들어 우리는 비교법적으로 서로 다른 법체계·법규정·법문화에도 불구하고 같은 분쟁이 놀랄 만큼 유사하게 해결되고 있음을 알게 되는데, 바로 여기서 동일한 원리가 동일하게 기능하고 있음을 관찰할 수 있는 것이다(GN 15-16, 29). 이렇게 실제의 재판작용을 비교법적으로 분석함으로써 우리는 법원리가 법질서 속에서 법형성에 작용하고 있음을 확인할 수 있다(GN 32ff.).

현실의 법형성 과정을 비교법적으로 관찰하여 원리가 가지는 역할과 기능을 해명한다는 점에서 에쎈은 미국에서의 연구체류기간 동안 흡수한 법현실주의²⁶⁾의 성과를 자기의 것으로 한다. 그에 따르면 현실의 법질서가 법률이나 체계에 한정되지 아니하고 (법관의 확신의 일부로서 법형성에 기여할 수 있는) 원리, 준칙, 규칙 등을 포괄한다는 점을 숙고하게 한 것이 법현실주의의 공적이다(GN 22-23; 아래 주 32도 참조). 그러나 그는 법현실주의의 조야한 심리주의를 거부한다. 법현실주의의 경험적 관찰로부터는 법질서에서 원리가 법질서의 필연적인 구성부분인지 여부의 문제에 답을 할 수가 없고, 사법과정에서 원리의 규범적 내용을 정당화할 수도 없기 때문이다(GN 21-22; 아래 III. 4. (3) (나)도 참조).

2. 원리론 일반

(1) 원리의 의의

원리가 법질서에서 가지는 지위와 역할을 해명하기 위해서는 우선 규범과 대비되는 원리의 개념을 규정할 필요가 있다. 이에 대해 에쎈은 성질을 달리하는 여러

26) 우선 최봉철, “법현실주의”, **미국학**, 제20호(1997), 1면 이하 참조.

종류의 원리들을 포괄하여 하나의 정의를 내리기는 쉽지 않지만, 적어도 다음과 같은 (소극적인) 점은 공통으로 한다고 말한다. 즉 원리는 특정 문제에 대한 직접적이고 구속력 있는 지시를 포함하지 아니하고 재판이나 입법이 그러한 지시를 가공해 낼 것을 요구한다는 점에서, 법명제나 법규범과 구별된다(GN 50). 여기서 지시(Weisung)라는 표현은 일정한 요건을 전제로 함을 의미하므로, 규범은 사안포섭에 의한 적용을 가능하게 한다는 점에서 원리와 구별된다고 할 수 있다(GN 51). 반면 원리는 그 자신이 지시가 아니며, 지시의 근거, 기준, 정당화이다(GN 51-52). 결국 규범은 요건과 효과가 구체성을 갖추어 사안포섭에 의한 법률효과 도출이 비교적 명확한 당위를 말하며, 원리는 그러한 성격을 결여한 보다 일반적인 당위를 의미한다고 보인다.²⁷⁾ 요컨대 법원리 대 법규범의 관계는 내용 대 형식의 관계인 것이다(GN 50).

(2) 원리의 작용방식

그런데 이렇게 원리와 규범을 구별한다면, 구체적인 적용가능성을 결여한 원리가 어떻게 개별사안에 적용되어 사건 해결에 기여할 수 있는지의 문제가 필연적으로 제기된다. 예썬에 따르면 원리가 개별사안에 적용되기 위해서는 다음의 두 가지 요소가 필요하다(GN 52).

(가) 우선 추론이 가능한 연역적 체계가 존재하거나 개별사안해결(Kasuistik)²⁸⁾의 선례로부터 구체적 규범을 확정해 낼 수 있는 방법이 존재해야 한다. 이 둘 중 어느 하나가 있어야만 원리의 규범적 가치 또는 구성적 가치를 확정할 수 있기 때문이다. 즉 원리는 이미 존재하는 실정법 체계와 관련을 맺거나 이전에 해결된 사건들과 관련을 맺음으로써 구체적으로 적용될 수 있는 규범을 가공해 낼 수 있다(또한 GN 69, 84). 관련해서 그는 법전을 가진 대륙법의 “단힌 체계”와 법관법으로 구성된 영미법의 “열린 체계”를 구별하는데(GN 44), 전자는 원리를 公理로 하여 연역

27) 예썬은 이 점에서 대륙법에서 규범과 원리의 구별은 영미법에서 규칙(rule)과 원칙(principle)의 구별과는 다소 차이가 있다고 말한다. 영미법에서는 규칙과 원칙의 구별 기준으로 내용의 일반성 내지 추상성이 언급되는 반면, 대륙법에서는 성문법에 의한 법관의 (판료적) 통제라는 관점에서 특정가능한 사안을 전제로 하는 적용가능성이 전면에 서기 때문이라는 것이다(GN 51). 관련하여 원리의 개념규정 문제에 대해서는 Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Recht, Vernunft, Diskurs* (1995), S. 177ff. 참조.

28) “Kasuistik”을 아래에서는 “개별사안해결”로 번역한다. 종래 이 단어는 “決疑論”이라는 역어로 번역되고는 하였으나, 예썬의 이론을 설명하기에 적절한 역어로는 판단되지 않기 때문이다.

적으로 추론되어 구성되는 체계를 말하며, 후자는 원리가 실질적 정의를 표현하는 실용적인 관점(토포스)이나 법정책적 목적 등으로서 연역적 추론맥락을 떠나 수사학적 설득력에 의지하여 문제에 접근하는 체계를 말한다. 그렇게 본다면 원리가 연역체계와의 관련을 맺어 구체화되는 것은 닫힌 체계의 법발견 방법이고(성문법계), 선례와 관련을 맺어 구체화되는 것은 열린 체계에서의 법발견 방법이라고(판례법계 및 성문법계에서 이를 보충하는 판례법) 할 수 있다.

(나) 그런데 원리가 적용되기 위해서는 이를 체계나 선례와 관련지우는 것만으로 충분하지 아니하며, 그렇게 발견된 내용을 “절차에 따라 확정하는 것” 즉 유권적인 실정화가 필요하다. 이는 일반적으로는 법원의 재판에 따른 선례의 형성일 것이지만, 그 밖에도 판례나 학설이 가지는 사실상의 권위의 보증일 수도 있다. 그러나 어느 편이든 원리로부터 구체화된 내용이 일정 절차에 따라 확인되고 확정되어야 하며, 그렇지 아니하면 법원에 의한 법발전은 항상성과 수미일관성을 결여할 위험이 있다.

가장 대표적으로 법원의 재판은 실정화되지 아니한 원리를 실정법의 범명제와 제도로 전환시키는 변환기계에 해당한다(GN 52-54, 74). 예씨는 실정법질서를 확장하는 새로운 개별규범을 형성하기 위해서는 법관은 체계 외부에 있는 (토포적·설득적) 원리에 의지한다고 말한다. 즉 기존 법질서가 사건해결을 위해 형식적인 기준만을 주고 있는 사안에서, 법관은 법윤리적 원칙, 일반적 법확신, 공서양속, 상당성, 상식, 사물의 본성, 형평, 표준 등의 실정화되지 아니한 영역(GN 80)으로부터 실질적인 가치기준들을 간취해야 하는 것이다. 법학적 삼단논법에서든 영미식의 “사건에서 사건으로” 추론하는 경우든 실제로 법관이 사건해결을 위해 사실관계를 구성하고 적용할 규범을 선택하는 과정에서 그러한 원리는 작용하고 있으며(아래 IV. 2. (2)도 참조), 이로써 외견상 기계적이고 논리적인 법률적용과 개념작업을 통제하는 역할을 한다. 즉 이러한 형식적 법적용과 개념이 건전한 법감정과 괴리되면 괴리될수록, 원리는 그만큼 독자적인 새로운 규범으로 구체화되어 인정을 받게 된다. “원리는 잠복기를 거쳐 본보기가 되는 사안에서 의식의 문턱을 넘어 법학적 사유 속으로 돌파해 들어온다”(GN 53-54; 62-63: “법적 효력을 가지는 윤리적 기준의 법학적 규율세계로의 침범”). 예씨는 이렇게 원리가 법발견에서 작용하는 모습은 대륙법이나 영미법에서 서로 유사하다고 말한다. 그는 예시를 위해 행위자가 지배·관리하는 영역에 대한 안전조치 미비를 이유로 하여 부담하는 배상책임과 관련해 거의 유사한 고려에 기초한 법리가 독일, 프랑스, 영국의 판례에

서 인정되는 과정을 보임으로써 원리의 실정법으로의 변환에 관한 자신의 관찰을 확인한다(GN 55-56). 이는 우리 민법에서도 크게 다르지 않다고 보인다. 예를 들어 대법원이 자주점유 추정(민법 제197조 제1항)과 결합한 점유취득시효(민법 제245조 제1항)에 의해 빈발하는 소유권 박탈 현상을 더 이상 묵과할 수 없어 이른바 악의의 무단점유는 타주점유로 판단되어야 한다고 판례를 변경할 때, “점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 [...] 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 것임이 입증된 경우 [...] 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것”이라는 건조한 다수의견의 결론 뒤에는 “재산법에도 신의성실의 원칙이나 선량한 풍속 등과 같이 평균인의 보편적 도덕성을 하나의 해석 기준으로 삼을 수밖에 없는 일반적 준칙이 있을 뿐만 아니라 민법이 조리를 법원의 하나로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 재산법도 평균인의 보편적 도의관념을 도외시한 법체계라고 말할 수는 없”기 때문에 “재산법의 해석에 있어서도 평균인의 보편적 도의관념이 존중되어야 함은 당연”하고, 그래서 “점유자가 점유 개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 알면서 타인 소유의 부동산을 무단점유한 경우에 그 점유자가 정상적인 사고와 행동을 하는 평균인이라면 [...] 진정한 소유자가 그 반환을 구하는 경우에 이를 반환할 것이지만 그 동안 일시적으로 사용하겠다는 의사나 장차 그 소유권자로부터 본권을 취득할 의사로 점유를 개시하였다고 보는 것이 사회통념과 우리의 생활경험에 합치하는 것이고, 그것이 바로 평균인의 보편적 도의관념이라고 할 것”이라는 원리적인 고려가 자리 잡고 있음을 확인할 수 있는 것이다.²⁹⁾ 여기서 우리는 에쎈가 말한 대로 법질서에서 출발하였으나 아직 그 자체로는 지침에 불과한 원리적 고려가 재판을 통해 범명제로 전환되어 실정화되는 장면을 목격할 수 있다.

(다) 그렇다면 도그마틱의 법개념은 그 자체가 독자적인 가치를 가지고 있다고 할 수 없으며, 아직 개념적으로 일반화되지 아니한 문제중심적이고 사태적절한 원리적 법사고를 대표하는 수단에 해당한다(GN 57). 물론 이러한 원리적 고려가 학설과 판례에 의해 법개념으로 전환되는 과정에서, 어떻게 표현되고 어느 정도의 추상성과 일반성에 도달할 것인지는 각 법체계의 전통이나 정치체제 등에 좌우되며,

²⁹⁾ 大判(全) 1997.8.21., 95다28625, 집 45-3, 84(대법관 이용훈의 보충의견). [] 부분은 필자가 삽입하거나 생략한 것이며, 이하 같다.

이는 앞서 언급한 배상책임이 각국에서 다른 법리와 개념으로 설명되고 있다는 점에서 잘 나타난다. 그럼에도 법질서에 선재하는 윤리적이고 사회정책적인 고려가 결론을 지지하는 요소로서 전환절차를 거쳐 실정화되고 이후 점차 도그마틱에 반영된다는 점은 어느 나라에서나 마찬가지이며, 연역적 추론체계를 가지고 있는 것처럼 보이는 닫힌 체계의 법질서에도 그러하다고 한다(GN 59). 그래서 법관의 작업은 윤리적 실질가치와 법학적 형식가치·제도가치와의 사이의 소통관계를 항상 새로이 창출하는 것으로(GN 60), 법질서가 윤리적 가치를 실정법으로 받아들이지 않는 한 법학방법론은 불모의 것으로 남는다(GN 61). 요컨대 법관이 법발견에서 새로운 견해에 도달할 때에는 종래의 범명제를 넘어서는 원리에 의존하며, 이로써 원리는 법체계를 정당화하는 요소로서 기능한다(GN 9).

(라) 이상에서 언급한 대로, 원리는 (체계적·연역적 방법에 의해서든 개별사안 해결적·문제중심적 방법에 의해서든) 종래 그 법질서와 관련해 전승되어온 도그마틱 내지 선례와 결합되어 관련성을 맺어 구체화되면서(GN 82-83) 실정법질서로 편입되는 절차를 거쳐 사안해결을 가능하게 한다. 그러므로 법원의 재판작용과 법형성은 법률을 기계적으로 적용하는 활동도 법관의 자유로운 법창조도 아니며(GN 85), 이종의 구속을 받는다. 즉 한편으로 법관은 일반적인 법관념에 의해 정당성의 지지를 받고 있으면서도 사건해결을 위해 구체화될 수 있는 성질의 원리만을 원용할 수 있을 뿐만 아니라, 다른 한편으로 그 원리를 실정화·제도화하기 위해 종래 전승된 도그마틱 내지 선례의 틀에 맞추어 넣어야 하기 때문이다(GN 231, 240, RG 323도 참조; 아래 IV. 2. (2) 참조). “규범은 ‘거기’ 있거나 자유로이 ‘창조되는’ 것이 아니라, 어디서나 현실의 사안타당성 및 그동안 인식되어온 목적설정의 상호 의존성으로부터 ‘규칙’(rule)으로서 새로 편입”되며, “자유와 구속의 이러한 상호작용이 작동하기 위해서는” 연역적인 체계의 법논리이든 선례에 기초한 문제구속적 법적 추론이든 기능적으로 동등한 보장책이 될 수 있다(GN 85; GN 26도 참조).

(3) 원리의 유형

원리의 작용방식을 이렇게 이해한다면, 이를 그 작용하는 모습에 따라 구별해 볼 수 있다(GN 88ff.; 45-46도 참조). 즉 예씨는 우선 원리가 실정화되어 있는지 아니면 단순한 요청 내지 지침(guide)으로서 기능하는지 여부를 출발점으로 삼는다. 이는 지침으로 기능하는 원리의 가치를 경시하기 위한 것이 아니라, 그 경우 앞서 살펴본 실정법으로의 변환기제가 의미를 가지기 때문이다(GN 40-41, 42; 73-74).

실제로 아래 원리들 사이의 경계는 유동적이며, 이들은 기능적으로 서로 밀접하게 의지하는 관계에 있다(GN 42, 107).

예시는 우선 ① 실질적으로 제도화되어 있는 원리 즉 법체계에서 어떤 제도의 성질과 기능으로부터 필연적으로 요청되는 원리를 제도적 원리(institutionelles Prinzip) 또는 규범적 원리(normatives Prinzip)라고 부른다(GN 88, 104-105). 이러한 제도적 원리는 그것이 제도적으로 구체화되어 있는 형태에 따라서만 효력을 가지는데, 예컨대 과실책임원칙이 여러 배상책임 규정(민법 제390조, 제750조 등)을 전제로 적용되는 것과 같다. ② 그런데 이러한 제도적 원리는 법관의 범형성을 통해 다른 영역에 적용되어 새로운 법규범을 구체화할 수 있으며 이로써 새로운 법제도를 창출할 수 있다. 제도적 원리가 이런 방식으로 사용될 때 이를 계도적 원리(instruktives Prinzip) 또는 정보제공적 원리(informatives Prinzip)라고 한다(GN 89). 이는 제도화된 영역을 벗어남으로써 단순히 지침(guide)에 지나지 않지만, 적절한 사안해결을 가능하게 하면서 학설과 판례에 의해 전환절차를 통해 다시 실질화되어 효력을 가질 수 있다. 예를 들어 신뢰보호원칙에 따라 민법에 산재한 선의의 제3자 보호 규정들에 기초해 그러한 규정이 없는 경우에도 재판상 비슷한 결론에 도달하는 경우,³⁰⁾ 제도적 원리가 계도적 원리로 활용되면서 다시 제도화되는 과정을 볼 수 있다(GN 247-248). ③ 마지막으로 발견술적 작업원리(heuristisches Arbeitsprinzip)라고 부르는 원리가 있는데, 이는 법학적으로 체계화할 때 사용되는 원리를 말한다(GN 91). 즉 다수의 법적 문제를 포괄하여 통일적인 법적용을 가능하게 하는 상위의 기준을 의미한다. 이 원리는 법학적 추론방식에 따라 서로 다른 모습으로 나타난다. 연역적인 법논리를 구사하는 법사고에서 이 원리는 개별 법현상이 논리적으로 소급하는 도그마틱의 원리이지만, 문제중심적인 법사고에서는 이후의 추론이 시작하는 출발점이 되는 지침적 내용이다. 대륙법에서의 강화상 원리나 영미법에서의 판례준칙(예컨대 “mailbox rule”, “Salmond test”) 등이 그러한 예에 해당할 것이다.

더 나아가 종래 법학과 법실무가 사용하던 법적용의 기법, 해석준칙, 판결작성기법, 법학적 사고법칙들 등의 기법 즉 이른바 기예규칙(Kunstregel)도 법원리에 속한다(GN 110-111, 118-119; RG 290도 참조). 그리고 이로써 이들 역시 (실체법은 아니더라도 적어도) 법질서의 한 부분을 이루고 있다고 말할 수 있는데(GN 109, 118,

³⁰⁾ 예를 들어 大判 1985.4.9., 84다카130,131, 집 33-1, 167; 2002.4.26., 2000다8878, 집 50-1, 411 등 참조.

121; 119: “실체적 법조법”), 이 점은 그에 대한 위반이 있는 경우 상고의 대상이 된다는 점에서 알 수 있다고 한다. 그런데 이러한 기법, 준칙, 사고법칙들 역시 원리라면, 우리는 새로운 영역에서의 법형성 과정에서뿐만 아니라 법적용 일반이 원리적 사고에 의지하고 있다는 것을 알 수 있다. 즉 그러한 한에서 법적용과 법형성은 원칙적으로 구별하기 어려운 동일한 작용이다(아래 III. 4. (2) (다) 참조). 왜냐하면 실정법을 적용하는 작업도 이로써 입법취지·기예규칙을 포함한 원리들이 함께 재판으로 실정화된다는 의미에서는 법형성이기 때문이다(GN 119). 실제로 영미법에서는 법해석과 법형성이 구별될 수 없다는 점은 자명하게 인식되고 있다. 모든 재판은 적용되는 규범을 새로이 형성하기 때문이다. 그러나 이는 법전이 적용되는 나라에서도 다르지 않다고 한다. 단지 법실증주의적인 법률에 대한 구속을 강조하기 때문에 법형성이 새로운 규율을 창출한다는 것과 해석작업 자체가 창조적인 역할을 한다는 것을 도외시하고 있을 뿐이다(GN 119-120). 그것을 법적용이라고 하든 법형성이라고 하든 거기서는 법윤리적인 요청이 실현되고 있으며, 이는 “재판의 입법적 기능”을 확인해 준다(GN 120).

(4) 원리의 法源性과 성질

지금까지의 논의는 법이론적인 문제로 나아간다.

(가) 원리는 실정법인가 아니면 단지 지침에 불과한가? 원리는 法源(source of law)에 해당하는가?

첫 번째 질문을 에씨는 다음과 같이 정정한다. 언제부터 법원리는 실정법의 성질을 가지는가? 이에 대해 그는 원리가 입법부, 법학, 법생활의 법형성적 행위에 의해 제도적으로 구체화되자마자 그리고 그 한도에서 실정법의 성질을 가진다고 한다(GN 132). 독자적으로 포섭가능한 규범이 아닌 원리가 입법(제도적 원리) 또는 학설·재판(계도적 원리) 등에 의해 구체화되어 효력을 가지고 적용되는 이상, 즉 실정화의 전환절차를 거친 이상, 그 한도에서 원리는 실정법의 성질을 가지고 있다고 말할 수 있다는 것이다(GN 134). “원리는 法院이 그 윤리적 정당성에 관한 논의를 ‘정당성 유무와 무관하게 이것이 법이다’라는 확정으로 끊어버릴 때 비로소 법적 의미에서 효력을 가진다”(GN 231). 예를 들어 부동산 소유자를 배제하겠다는 점유자의 지배의사가 법의 인정을 받을 수 없다는 원리적 고려(주 29 참조)는 그것이 전원합의체 판결에 의해 법리적인 결론을 지지하는 요소로 사용되는 한도에서 실정화된 원리라고 말할 수 있다는 것이다.

두 번째 질문에 관해, 예씨는 法源(Rechtsquelle)이라는 말로 어떤 내용을 규범으로 실정화하는 과정인 사회적 사실 내지 제도를 지칭할 것인지 아니면 객관적인 법적 진리의 총합체 즉 法認識源(Rechtserkenntnisquelle)을 말하는 것인지를 구별해야 한다고 말하면서, 이를 권위(auctoritas)와 이성(ratio)의 대립으로 표현되는 전통적 논쟁으로 소급시킨다. 그런데 권위에 의한 법정립이 작용하는 감각·힘의 세계와 이성이 작용하는 법적 진리의 세계는 존재구조가 다르기 때문에, 법적 진리는 그 자체로는 감각과 힘의 세계로 돌파해 들어올 수 없다고 지적한다(GN 134, 136). 여기서 예씨는 절충적으로 법창조자가 법으로 의도하는 것과 법인식자가 법으로 이해하고자 하는 것이 서로 (상응하여) 관계를 맺을 때 두 질서의 연결이 가능하다고 말하며, 그에 따라 사회적 행위로서 법적 효력을 창출하는 지향적 법창조행위가 현실의 法源이라고 말한다(GN 137). 즉 새로운 법규범이 현실성을 획득하게 하는 사회적 사실을 法源이라고 말할 수 있는 것이지, 그 결과인 규범 자체를 법원이라고 할 수는 없다는 것이다(GN 138). 이러한 논리에 따르면 원리는 법질서의 일부이기는 하지만, 잠재적으로만 존재하여 이를 발견하고 평가하는 작용이 필요하다라는 점에서 그 자체가 법원은 아닐 것이다(GN 134). 오히려 원리는 스스로 규범을 창출하는 법적 권위 있는 기관에 대한 지침일 뿐이며, 오히려 원리로부터 종래 인정되고 있지 않던 내용을 유권적으로 가공하여 규범화하는 기관(의회, 법원)이 효력을 부여해 실정화하는 행위(입법, 재판)가 법원이라고 할 수 있다(GN 137, 139; RG 189). 이렇게 이해할 때 법원에 해당하는 사회적인 행위로 우선 입법과 같이 일회적인 행위나 관습법과 같이 지속하는 동일한 행위의 총체를 들 수도 있다. 그러나 더 나아가 법관의 법형성과 같이 개별 행위만으로는 법원이 될 수 없지만 제도적으로 예정된 권위가 적절히 표현됨으로써 법원이 되는 경우도 있다고 하며, 그러한 제도적 권위가 부여되는 방식(예를 들어 한 번의 재판으로 충분인가 아니면 다수의 연속되는 재판이 필요한가? 등)은 각각의 법원조직구조에 따라 상이할 수 있다고 한다(GN 138-139). 그러므로 판례형성 작용은 법원이라고 해야 하지만, 이는 선례의 집적이라는 사실 때문도 아니고, 그것이 실정법규이기 때문도 아니며, 실정법에 선재하는 원리를 포함하고 있어서도 아니라, 구체적 사안에 법을 적용한다는 재판작용이 가지는 제도적인 과제에 기초해서 그러한 것이다. 그런 의미에서 판례는 제도적으로 법원에 해당한다(GN 139).

(나) 이렇게 예씨는, 원리 그 자체가 법적으로 효력을 발휘할 수 없으며 재판작용 등에 의해 실정법으로 “전환”하게 하는 매개절차가 필요하다고 보는 점에서,

자연법론과 법실증주의를 모두 거부한다.

우선 그에 의하면 원리는 자연법이 말하는 법의 불변의 인식근거 내지 논리근거가 아니다. 원리가 구체적으로 효력을 발휘하는 모습은 역사적 변천에 따르며, 오랜 시간 동안 구체적인 문제해결로서 원리에 대한 의식 없이 관행되던 내용이 법질서에 편입됨으로써 실정성을 획득한다(GN 41, 67, 327). 즉 원리는 규범에 목적구속성을 그리고 법질서에 윤리적 기준을 부여하지만, 그것이 법질서의 제도적 구조 속에서 가치는 위치를 정해줄 수는 없으며(GN 61), 전환의 결과 실정화된 내용은 항구적이지 않고 시간에 따라 변화한다(GN 63). 그러므로 종래 자연법론은 판례에 의해 실정법이 형성되어 가는 현상의 현실적이고 방법론적인 의미를 적절하게 설명할 수 없다. 그러한 자연법론에 대한 실망 때문에 오히려 법학적 논변에서 실정법에 앞서 존재하는 원리들을 적절히 평가하는 것을 어렵게 하며(GN 11-12), 실정화에 의해 달성되는 법적 안정성이 가지는 독자적 가치도 간과한다(GN 61).

반대로 법실증주의는 실정화가 가지는 가치를 인정한다는 점에서는 장점이 있지만, 자신이 구성을 통해 실정화하는 대상에 자연법적인 내용이 있다는 것과 법질서의 적용과정에서 원리적인 내용의 편입이 이루어진다는 것을 인정하지 않는다(GN 62, 70). 그러나 원리는 성문법의 입법취지로서 개별규범에 그 위상과 맥락을 부여하는 이상 법질서의 일부일 뿐만 아니라, 단순히 지침적인 계도적 원리이더라도 재판작용에 의해 개별 범명제로 전환될 수 있는 한에서 법질서에 포함되므로, 법질서는 성문법의 범명제와 동일시할 수 없다(GN 94). 이와 관련해 원리들은 이미 온전히 실정법질서에 내재하고 있으므로 이를 발견하기만 하면 된다는 식의 사고방식 역시 법실증주의적인 단견이다. 이러한 견해를 따른다면 정정이 필요한 법률의 경우 입법자가 의도하지 아니한 입법취지를 외삽하는 방식의 은닉된 범형성을 피할 수 없는데, 이는 판례에 불필요하게 수동적인 역할을 부여하면서 학설에 기반적인 논변을 허용하는 태도에 다름 아니다(GN 11). 이는 실제로 실증주의적이고 개념법학적인 19세기 판데텐 법학에서도 해석의 과제와 관련해 “사물논리” “형평” “자연적 이성” 등에 일정한 역할이 인정되고 있었던 것에서도 알 수 있다(GN 63).

결국 예체에 따르면 사범영역에서 범형성을 정확하게 이해하려면, 한편으로는 윤리적인 원리가 법질서로서 효력을 가지기 위해서는 재판을 통해 실정법의 영역으로 전환될 필요가 있다는 것을, 다른 한편으로는 윤리적 원리가 법체제와 도그마틱에 편입됨으로써 비로소 실정규범이 실질적인 내용을 부여받는다라는 것을 받아

참여야 한다(GN 65).³¹⁾ 종래의 자연법론과 법실증주의는 이 점을 간과하였고, 그 결과 법관의 법형성을 적절하게 이해할 수 없었다는 것이다. 이로써 그는 50년대의 자연법 르네상스와 거리를 둔다. 에쎈에게 원리는 선형적이면서 구체적인 가치 질서로 법질서에 앞서 공동체질서에 내재하면서 철학적으로 발견되는 내용이 아니다. 오히려 법관은 사실관계, 규범, 사회현실 등과 대결하면서 사건에서 개별 사안해결적으로(kasuistisch) 원리를 발견하고 이를 실정법과 도그마틱으로 편입해야 한다(GN 240, 264).³²⁾ 그리고 그러한 과정을 거쳐 제도적으로 정착한 원리를 승인하지 않고서는 실정법의 규율상 의미를 이해할 수 없게 된다는 점에서 원리는 실정법질서의 일부가 된다고 할 수 있는 것이다(GN 70).

3. 비교법학방법론

이상의 일반론적인 고려에 이어 에쎈은 대륙법과 영미법의 방대한 판례와 문헌을 고찰하는 비교법학방법론을 통해 원리가 실제 법형성에서 작용하는 모습을 관찰함으로써 자신의 이론을 실증한다.

(1) 법전이 있는 법체계에서 원리와 규범

(가) 에쎈에 따르면 19세기에 대륙법에서 영향력 있었던 법전편찬의 이념은 원리, 학설, 법언, 해석에 관한 종래의 기예규칙 등에 친화적이지 않았다고 한다. 이는 법전에 내재한 입법취지, 형식적 구조원리, 규율목적의 개념, 법논리로 구성되는 공리적인 연역체계를 강조하는 것이 기본적인 태도였기 때문이다(GN 142). 그러므로 원리는 그것이 법전의 내용에 반영되어 있지 않는 이상에는 그다지 주목을 받지 않았다(GN 143). 비록 개별 법전이 법전 외부에 존재하는 법원리에 대해 보이는 태도는 나라마다 상이하였지만 말이다(오스트리아 민법전, 프랑스 민법전, 독일

31) 에쎈가 여러 차례 인용하는 포이어바흐의 표현에 따르면(GN 11, 41) “실정적인 것으로 다시 들어오기 위해 실정적인 것으로부터 나가야 한다.”

32) Haferkamp (주 19), 88. 그러한 의미에서 에쎈에게 원리는 내용이 개방되어 있는 정치적·정책적 목적원리가 아니라, 규범을 구체화할 정도의 가치평가를 포함하여 문제해결을 가능하게 하는 원리를 말한다(GN 69; GN 80: “해결 자체는 아니더라도 해결의 윤곽”). 그래서 예를 들어 당시 독일에서는 기본법 제117조 제1항에 따라 친족법 규정이 대량으로 무효가 될 법적 공백사태에 직면한 상황(이는 1957년 6월 18일의 同權法에 의해 해소되었다)에서 영미식 판례법 형성이 진지하게 고려되고 있었는데, 이와 관련해 에쎈은 헌법상의 평등원칙은 제도화를 통해 판례형성을 지도하는 원리가 될 수 없다고 지적하였다(GN 76ff.).

민법전, 스위스 민법전에 대해 GN 143-145). 그러한 의미에서 법전이 원리적인 내용을 명문으로 규정하는 것도 의문시되었다(GN 147).

그러나 법전 입법자의 원리에 대한 소극적 태도에도 불구하고, 근대 민법전들은 원리적인 사고를 완전히 억압할 수는 없었다고 한다. ① 우선 근대 법전들은 발생 할지도 모르는 규율의 흠결을 대비하여 법원칙이나 형평에 의지할 것을 명하는 규정들을 두는 경우들이 있다(GN 148; 오스트리아 민법 제7조, 이탈리아 민법 제3조, 스페인 민법 제7조, 독일 민법 제1초안 제1조, 일본 법원조직법 제3조, 프랑스 민법 제565조, 제1135조, 제1854조 등. 법전에서 형평원칙이 가지는 지위에 대해 GN 151-153). 이는 법전이 흠결 없는 완결적 체계를 제공해야 하고 이로써 법관은 재판을 거부할 수 없다는 당시의 사고방식으로부터 요청되는 불가피한 규율 즉 “포괄적 법률의 독점이라는 이념의 구출방법”이었다고 한다(GN 149-150). 이로써 법전으로 대표되는 법체계는 더 이상 완결적인 연역체계만일 수는 없다. ② 더 나아가 법전이 공서양속이나 선의성실과 같은 일반조항을 두거나, 규정에 백지규범을 정하거나, 거래관행 같은 규범 외부의 표준(standards)을 지시하는 등에 의해서도 비연역적인 실질적 법원리들의 법체계 내부로의 돌파가 가능해진다(GN 150, RG 312). 법전은 이 규정들 역시 범명제의 형식을 갖추게 함으로써 그것이 가지는 원리에의 의존성을 은폐하지만, 주석서를 일별해 보면 선례로부터 형성된 개별사안해결들이 답을 주고 있음을 알게 된다. 이로부터 유형적으로 도출되는 법리들도 포섭이 가능한 범명제라기보다는 원리적인 성격을 강하게 보인다(GN 151). 또한 ③ 법전이 채택하고 있는 공리로서의 형식적 구조원리도 사실은 동시에 실질적인 가치원리로서의 성질을 가지고 있음을 간과해서는 안 된다. 즉 실질적 법원리는 법전으로 편찬되면서 구조요소와 법개념으로 구조되어야 하고(그러한 의미에서 앞서 살펴본 ‘제도적 원리’에 해당한다, GN 138), 그 과정에서 동시에 후자는 전자를 내용적으로 함축한다(GN 153; GN 160도 참조). 그래서 예를 들어 과실책임원칙은 일견 민법상 손해배상책임의 기본구조를 정하는 당연한 형식적인 구조원리라고 생각되지만, 이는 사실은 그 내부에 손해사건의 귀책을 둘러싼 합리적 가치평가와 정의관념을 표현하고 있는 것이기도 하며, 양자는 서로 밀접하게 관련될 때 유의미하게 기능한다. 즉 가치원리는 구조원리로서 다른 법체계의 요소와 관련을 맺을 때 작동하는 것이지만, 한편 가치원리는 그것을 표현하는 구조원리를 조건 지운다(GN 153, 156-157). 이러한 사실은 사물의 본성에 기초한 법리가 법전에 채택된 낡은 형식원리들을 깨고 판례에서 관철되는 현상에서 잘 확인할 수 있다(GN 157;

특별법 영역에 대해 GN 158). 법전의 구조원리에 대한 이러한 설명은 법전이 사용하는 개념에 대해서도 마찬가지로 타당하다(GN 159).

(나) 물론 19세기의 법전이념은 법률로부터 도출가능한 원리만을 절대시하였고 이로써 법률에 대한 구속을 정당화하고자 하였다(GN 161-162). 그러나 예씨에 의하면 실제로 법발견 과정에서 법률로부터 대전제인 원리가 “도출”되는 일은 드물다. 실제로는 개별사안해결적으로 도출된 인식을 법전에 외삽하는 경우가 일반적이며, 그래서 개별 해결로부터 원리의 인식 자체가 쉽지 않은 경우도 많다(GN 162, 167). 즉 일반적 법원칙의 발견은 법률로부터 논리적으로 도출되거나 일반화되는 것이 아니라,³³⁾ 오히려 현실의 문제에 직면해서 원리에 대한 고려 없이 개별사안해결적으로 진행하면서 이런 저런 근거를 원용하다가 그러한 개별 해결들과 법체계의 긴장관계가 어느 수준에 이를 때 개별 근거의 상위에 있는 원리적인 내용을 추구함으로써 이루어진다(GN 164; GN 267도 참조). 그리고 그 과정에서 새로운 도그마틱의 개념과 법형상이 법전화된 법체계에 이미 내재하고 있었던 것처럼 생각되면서, 법전에 규정된 특정 법원리의 “표현”이라고 간주되기에 이른다. 예컨대 실무상의 오랜 긴장관계를 돌파하면서 도달한 대법원 전원합의체 판결(주 29 참조)에서도 악의의 무단점유가 타주점유라는 판단은 마치 법이론상 예전부터 당연한 인식이었던 것처럼 제시되고 있는 것이다. 그러므로 “그러한 보편적 법사고의 제도적 역사는 실제로는 입법자가 아니라 오로지 법학만이 만든다. 법학은 단지 완결적인 법전의 시대에는 역사적으로 이미 검증되었고 그동안 일반적으로 인정되어 온 그러한 과제를 도그마틱적으로 이리 저리 한정지어진 법전 관념과 조화시키려고 하는 추가적인 부담만을 가지고 있을 뿐이다”(GN 166).

(다) 요컨대 법전으로 대표되는 실정법체계이더라도 그것이 규율될 소재의 구조 연관성과 기능연관성을 무시할 수 없는 것과 마찬가지로 실질적 원리의 관여를 피할 수 없다(GN 171; GN 25도 참조). 그리고 이러한 원리의 발견이 논리적인 연역이 아니라 현실의 사건을 통해 개별사안해결적으로 진행되는 과정에서 이루어지는 것이라면, 그러한 작업을 담당하는 법학이야말로 현재의 시점에서 구체적인 사건에 법전을 적용하는 과정에서 법원리를 발견하고 실현한다. 그래서 바로 동시

33) GN 167 참조: “그러한 귀납이 가지는 사정범위를 고려할 때 ‘논리적’ 추론들은 그 방법론적 태도에 따라 완전 정반대로 나타남에 틀림없었다. 개별내용을 특별사안으로 볼 것인지 아니면 일반원칙의 표현으로 볼 것인지 여부는 그 해석자에게 달려 있는 것이다.”

대의 법학이야말로 “어떤 입법자도 집어넣지 않은 원리를 법전으로부터 ‘간취해 내고’, 문언이 가지는 바로 그 시대 이데올로기적 기본사고를 그것이 낳은 한도에서 배제하는 것”(GN 174)이다. 이러한 입장으로부터 에씨는 이른바 역사적 해석에 대해 유보적인 태도를 보인다. 에씨는 역사적 해석이라는 말이 한편으로는 해석과정에서 문언의 이해를 위해 입법자료를 참조해야 한다는 의미와 다른 한편으로는 문언이 대표하는 원리의 역사적 이데올로기에 구속되어야 한다는 의미로 중의적으로 사용되고 있다고 하면서, 특히 후자를 문제 삼는다(GN 176). 그에 따르면 역사적 입법자에 대한 구속을 절대시하는 이러한 견해는 실무적으로 모순적인 모습을 보인다. 즉 역사적으로 입법자의 관념에 부합하는 내용이더라도 실제 사건의 해결에 직면하였을 때 법률의 명백한 문언에 반한다거나 “그런 불합리한 결과를 입법자가 의욕했어리 없다”는 식으로 회피되는 경우가 빈번하기 때문이다(GN 176-177; 구체적으로 부분과업에 대한 제국법원의 판례를 다루는 GN 180-181 참조). 학설과 판례는 입법자의 의사가 문언에 표현되었거나 적어도 암시되어 있는 때에는 고려되어야 한다고 말하면서도 명백한 문언은 구속력을 가지며 그 한도에서 흠결은 배제된다고 하는데, 바로 그 판단이야말로 구체적인 사안 해결을 앞에 두고 있는 해석자에게 유보되어 있는 것이다(GN 178-179; GN 122, RG 284 이하도 참조). 그러므로 현실의 법해석과 법형성은 결국 다음과 같은 결과로 귀결한다. “법률의 역사적 정신으로부터 ‘이데올로기적으로’ 해석해야 한다는 강박은 해소되었고, 개별사안해결적인 방법에 따라 체계 속으로 형성해 가는 작업이 길을 터 나간다 – 단지 그것이 [이제] ‘열린’ 체계라는 사실을 모르고 있을 뿐이다. 이 체계는 그 기초와 한계를 해명함에 의해서나 방법론에 의해서가 아니라, 재판으로 법을 형성할 권한을 확장하거나 제한할 백지위임을 사실상 상고심에 부여하는 공허한 공식에 의해서 제어된다. [...] 법의 계속적 형성은 열려 있는 법관의 창조작업이다. 법전의 체계는 의식적으로 폭파된다”(GN 180; GN 240도 참조). 이로써 법전을 전제하는 일견 닫힌 체계의 법사고에서도 삶의 진전에 따라 결국 일반적인 법원칙의 도움을 받는 문제중심적인 사고가 대두하며(GN 142; GN 23-24, RG 322도 참조), 법의 기본내용이 입법자의 권한으로 법전에 완결적으로 체화되어 있다는 사고방식도 해소되기에 이른다(GN 181, RG 340-341).

(2) 판례법 체계에서 원리와 규칙

(가) 판례법 체계에서 원리의 문제는 필연적으로 법전을 가진 법체계와는 다른

모습으로 나타난다. 배타적 효력을 주장하는 성문법률을 전제하지 않기에 법률에 대한 구속이라든가 법률로부터 원리·입법취지를 도출한다는 등의 관점은 등장할 여지가 없는 대신, 영미법의 구제수단은 실체법적인 내용관련성보다는 역사적으로 전승된 訴權들을 중심으로 구성되어 있기 때문이다(GN 183-184). 그러므로 영미법에서 문제되는 원리는 (소권적 구제수단을 배경으로) 사안과 문제로부터 귀납적으로 발전되면서 수사학적 방법에 따라 준칙·이론으로 압축·형성되는 원리 즉 (연역적 체계의 구조원리나 개념관련성이 아닌) 사안에서 발전된 문제원리이다. 이로써 법해석과 법형성은 이미 존재하는 것을 논증함으로써 확장하는 ‘열린’ 과제를 가진다(GN 184). 영미법에서 전형적인 이러한 “사건으로부터 사건으로의 법적 추론”(legal reasoning from case to case)은 법명제인 규칙(rule)을 새로이 도입하고, 변형시키고, 제한하고, 세부화하고, 확장한다. 그런데 예씨는 (대륙법에서와 마찬가지로) 원리가 이 과정에서도 기존 판례 법리의 정정을 가능하게 하면서 그 연속성을 보장하는 중요한 기능을 수행한다고 한다(GN 184-185).

그에 따르면 영미법에서 원리는 우선 이중의 기능을 수행한다. 즉 원리는 ① 한편으로 법적 추론의 출발점으로서 기능하여 수사학적으로 전개되는 개별사안해결에서 (개념적이 아닌) 발견술적인(heuristisch) 방법으로 요약·표현하여 목적론적으로 일련의 문제와 재판례에 특징을 부여할 수 있도록 한다(GN 185). 그러므로 영미법에서 원리는 추론과정에서 도움을 주는 발견술적인 성격만을 가지며, 연역적인 도출에 기초해 적용된다는 효력은 없다. 그런데 ② 구체적인 사안해결을 위해 어떤 재판례를 선례로서 원용하는 경우, 이는 어떤 일반법리(general doctrine) 즉 원리적인 내용이 그 선례에 내재하고 있으며 그것이 현재의 사안에도 들어맞는다는 것을 전제로 하는 것이다. 그렇다면 어떤 사건의 사실관계를 확정하고 법적 관점을 분석하는 작업은 그러한 일반법리에 대한 평가에 좌우될 것이다. 이러한 의미에서 원리는 특히 다수의 (모순적인) 선례와 작업하거나 선례 변경이 문제되는 경우 핵심적인 역할을 수행하는 것을 넘어서(GN 186) 판례법 체계의 추론 일반에서 중심적인 위치를 차지한다. “사안들의 구별·비교라는 귀납적 과정을 이끌어감으로써 문제되고 있는 선례가 정말로 내 사안에 대한 선례인지를 결정하는 것”이 바로 원리이며, 그러한 의미에서 선례는 원리가 부여하는 가치만을 가지는 것이다(GN 187, 234).

그런데 예씨에 의하면 ③ 영미에서도 소권법적인 사고가 퇴색하면서 개별 구제수단에 이론적 기초를 부여함으로써 이를 하나의 제도로서 성립하게 하는 가치의

의미로 ‘원리’라는 말을 사용하고 있다(GN 187-188). 그리고 이러한 이해가 점점 관찰됨으로써 영미에서도 실체법이 단순히 선례와 소권을 통해서만 나타나는 것이 아니라 그 기초에 있는 원리적인 차원에 의지한다는 인식이 일반화되었고, 원리와 제도의 관점에서 종래의 구체수단의 흠결을 보충하는 작업이 널리 인정되기에 이르렀다(GN 188-190). 예를 들어 이러한 현상은 20세기 후반 영국법에서 부당이득법의 이론적 발전에서 잘 관찰할 수 있다. 다만 영미법은 도그마틱에 기한 체계화 작업에 친숙하지 않은 편이기 때문에 이를 통한 실체법적 제도화의 정도가 대륙법과 같은 정도는 아니고, 또 그러한 이유로 여전히 소권법적인 사고가 남아 있다고 한다(GN 189, 192).

(나) 물론 영미법에서도 개별 사건의 해결에서 선례로서 구속하는 것은 선례에 표현된 원리(principle)가 아니라 선례의 주된 이유(ratio decidendi)에 나타나는 규칙(rule)이며, 원리는 단지 추론의 출발점으로서만 취급한다(GN 192). 그러나 예씨는 대륙법에서 법전이념의 엄격한 법률구속 아래에서도 실질적으로 원리적 사고가 관찰되는 것과 마찬가지로 영미법에서도 같은 사실을 관찰할 수 있으며, 다만 문제중심적인 사고에서는 그 나타나는 모습이 다를 뿐이라고 말한다. 즉 “원리는 규범과 규칙의 해석 즉 사실관계에서 법적으로 중요한 사실을 그리고 선례에서 법적으로 중요한 언명을 선별하고 인정하는 일의 방향성을 지배한다. 주된 이유와 단순한 방론의 구별 [...] 즉 ‘규칙’의 운명은 법관이 자신의 사건에서 출발점으로 삼으면서 ‘비슷한’ 선례에서 찾고자 하는 원리에 의해 좌우된다. [그리고] 이렇게 할 때에만 신성시되는 ‘선례구속원칙’의 환상이 유지될 수 있다”(GN 192-193; GN 195, 196, 201도 참조). 판례법은 공식적으로는 선례구속원칙에 의해 지배되지만, 실제로는 법관이 선례의 사정범위 판단을 위해 적용하는 원리에 의해 지배된다(GN 194, 207).³⁴⁾ 왜냐하면 원리는 “적용되어야 할 규칙에 비로소 정당성을 부여하는 실정법적 가치판단의 일차적 표현”이기 때문이다(GN 197). 그러므로 원리는 선례의 주된 이유 및 거기 표현된 규칙의 출발점이자 정당화이며, 동시에 그렇게 재판으로 전환되어 제도화되는 한에서는 구속력 있는 실정법이라고 해야 한다(GN

34) 예씨는 이렇게 선례구속원칙에 따른 확고한 규칙과 법적 안정성이 존재한다는 통념을 깨부순 것이 바로 법현실주의의 공로이며, 이로써 원리는 법적 논증의 출발점일 뿐만 아니라 체계적·제도적인 사고에 의지하여 일관된 법형성을 가능하게 함으로써 (선례가 담보하지 못하는) 법적 안전성을 보장한다는 인식이 가능하게 되었다고 말한다. 실제로 미국에서 시작한 리스테이트먼트 작업이 바로 그러한 원리적인 차원으로부터 제도를 포착하려는 시도임은 주지하는 바이다(GN 193-194).

195, 201, 207). 그리고 추론에서 고려되는 원리는 이렇게 실정법에 근거를 가지고 있는 원리이어야 한다(GN 215). 이렇게 실체적 원리를 커먼로의 일부로 보는 사고는 일찍부터 인정되고 있었던 것이고, 전통적으로 법언이나 준칙의 형태로 전승되고 활용되었다(GN 202-203).

(다) 이렇게 개별사건에서의 법 적용에서 원리가 중심적인 역할을 한다는 점에서 영미법은 대륙법과 비슷하지만, 그럼에도 원리의 도움으로 성취된 판례 법리를 정밀한 개념으로 세공하여 개별 결론을 연역할 수 있도록 하는 체계를 구성하지 않는다는 점에서 기본적인 차이를 보인다. 영미에서도 학설이 이론적 설명을 제공하는 것은 하지만, 재판실무는 여전히 체계가 아니라 사안과 문제로부터 원리를 전개한다는 귀납적 사고를 포기하지 않는 것이다(GN 198, 229-230, 234). 그래서 영미법에서 원리는 강학상 체계로 종합되는 것이 아니라 여전히 토픽적 의미에서 문제를 통해 전개된 개별 원리들이 정리되는 차원에서 그치게 된다(GN 208). 그러나 에씨는 영미의 재판실무에서도 이론이 상당한 역할을 담당하며, 이를 간과해서는 안 된다고 말한다. 그에 따르면 그러한 이론적 설명은 주로 방론(dictum) 부분에서 발견되는데, 공식적인 선례구속원칙에 따르면 아무런 구속력이 없는 이러한 방론은 실제로 이후 법형성에서 중요한 기능을 수행한다고 한다(GN 199, 204, 206, 276). “왜냐하면 바로 이론적 방론이야말로 규칙의 적용과 계속적 형성에 대해서 기준을 주는 해명을 포함하고 있고, 사례에만 의존하는 즉 이론의 조력과 재검토를 받지 않는 법관의 법창조에 대한 믿음은 몽상일 것이기 때문이다”(GN 199). 방론은 규칙에 따른 개별사안해결에 의해 은폐되고 있던 기본원칙을 풀어내는 일이다(GN 206). 그래서 방론은 “제도적인 권위”를 가지고 있으며, ① 법원의 입장표명, ② 법관의 인격, ③ 이유제시의 논리필연성 등에 의해 “실무에 따른 권위”를 인정받을 수 있다고 인정되는데, 이 세 번째 사유에서 영미법에서도 이론이 가지는 의미는 점차 증대하고 있다고 지적된다(GN 200). 즉 이론은 개관하기 어려운 정도의 방대한 선례들을 일반적인 원리와 법적 개념에 따라 정서함으로써 개별사안해결을 보충하는 기능을 수행한다는 것이다. 게다가 시대의 변화에 따라 원리가 가지는 내용도 변화하는데, 어떤 원리의 현재 상태 역시 재판례의 방론에서 표현된 이론적 설명에서 간취할 수 있다(GN 204-205).

그래서 에씨는 영미에서도 점차 도그마틱적 방법의 개념적 사고가 진전되고 있다고 말한다(GN 208, 304). 다만 영미에서는 그 기초의 문제중심적 사고방식 때문에 논리적으로 완결적인 법체계를 구성할 수 있다는 환상을 가지고 있지 않을 뿐

이다(GN 208, 211, 235). 영미법에서 소권법체계에서 탈피해서 구제수단의 사물논리적 제도관련성을 강조하는 발전도 그러한 도그마틱 및 법적 개념의 진진과 궤를 같이 하는 것이다(GN 208). “제도적 사고는 [...] 이제 실제로 역사적 전례로부터 간취된 규칙이 아니라 그 기술적 사정범위가 도그마틱 개념에 의해 결정되는 원리를 가지고 논증한다”(GN 212). 그런 의미에서 애초부터 열린 체계라고 해서 규칙형성에서 법적 개념이 가지는 근본적인 역할이 연역적 사고에서보다 경미할 이유는 전혀 없다(GN 209). 법적 개념은 (비록 그것이 처음에는 발견술적으로 사용되었다더라도 일단 개념으로 고정되는 이상) 그것이 지시하는 사태와 관련해서 문제의 확정 및 그에 대한 검증된 가치평가를 포함하고 있기 때문이다(GN 209, 210, 212, 213, 225-226, 235). 다만 영미법에서는 연역체계가 존재하지 않으므로 그러한 도그마틱과 개념의 역할이 두드러지게 보이지 않을 뿐이다. 가치 즉 원리가 내재하는 법적 개념은 단순히 이론의 도구에 그치지 않고 (앞서 살펴본 바와 같이) 개별 사안해결적으로 축적된 선례로부터 법적 판단을 가능하게 하는 기초가 된다는 사실에는 차이가 없다(GN 210).

(3) 두 법체계의 비교

(가) 영미법과 대륙법은 추론방식에 대한 기본태도에서는 차이가 있지만, 범명제나 규칙 자체만으로부터 규율을 가능하게 하는 지시를 얻어낼 수 없다는 점에서는 공통적이다. 즉 전체법질서 및 법발견의 원리에 의해 그 규범 내용이 규정되는 것이다. “해석 과정을 현실적으로 관찰하면 어디서나 원리와 규칙, 직관과 구성, 영구적인 법논리와 개방적인 사안논의의 기능적 교착이 드러난다. 단지 규범형성요소들 사이의 ‘위계’만이 두 체계에서 다를 뿐이다”(GN 219; RG 323도 참조). 그래서 영미법과 대륙법은 서로 접근한다(GN 223, 238). 이는 완결적인 법전을 전제로 하는 대륙법 국가들에서도 결국 문제중심적인 사고가 판례를 통해 관찰하였다는 사실을 통해 잘 알 수 있는데, 이는 독일의 법이론에서도 이제 이익법학에 의해 복권되었고 토픽적 법학에 의해 강조되기에 이르렀다(GN 220-221, RG 321). 반대로 영미법에서는 법적 구성의 차원에서 법개념이 점점 더 활용되고 있는데, 미국의 리스테이트먼트 작업이 그 좋은 예이다(GN 223). 이러한 현상은 체계의 중요성과 관련해서도 다르지 않다(GN 227-228).

또한 원리의 성질과 관련해서도, 영미법에서 원리는 보다 직접적으로 가치평가를 표현하는 발견술적인 성질을 가지는 것에 대해 대륙법에서는 가치평가가 함축

된 형식적이고 도그마틱적 성질을 가지기는 한다. 그러나 이러한 대조도 절대적인 것은 아니다. 대륙법에서도 법률 외부의 영역에서 개별 사안을 중심으로 열린 원리형성이 행해지면서 그 원리들이 점차 법률의 체계로 편입되고 있으며, 반대로 영미법에서는 추론의 출발점 내지 지침으로서만 기능하던 원리가 점차 실제적인 의미를 가지고 제도적이고 체계적인 법사고를 촉진하고 있기 때문이다(GN 228).

(나) 이상에서 살펴보았지만 체계중심적 사고와 문제중심적 사고는 법적 추론에서 서로 보완적임을 알 수 있다. 이는 여러 예를 통해 살펴볼 수 있다. 예를 들어 우선 유추에 의한 추론을 들 수 있다. 유추는 원리에 대한 의식 없이 사안의 유사성에 기초해 귀납적으로 추론된다는 점에서 (체계가 아닌) 사안과 선례에 기초한 추론으로, 문제중심적이고 도그마틱적이지 않은 논증의 특징적인 예이다(GN 231). 실제로 유추는 로마법과 영미법의 소권법 체계에서 구제수단을 확장하는 데 중추적인 역할을 담당하였다. 그러나 유추에 의한 해결이 한계에 봉착하는 시점에는 문제중심적으로 확장한 법리를 독자적인 범주로 구성해서 체계화해야 해야 한다(GN 233). 영미법에서 복잡다기하게 전개되어왔던 준계약 관련 선례들로부터 부당이득법이라는 제도적 체계화가 이루어져야 했던 것처럼 말이다. 더 나아가 법현실주의자들이 강조한 법관의 직관적 판단(“hunch”)에서도 마찬가지이다. 문제중심적인 추론에서 직관이 중요한 기능을 한다고 하더라도 이는 필연적으로 법적 개념과 범주들을 사용할 수밖에 없고, 그러한 한도에서 체득된 원리적 사고와 체계적 사고 없이는 판단의 정당성을 담보할 수 없다(GN 201, 236). 이러한 직관적 판단은 대륙법에서도 마찬가지로의 문제에 봉착하지만, 여기서는 연역적 체계와 개념에 기초한 사고가 도움을 줄 가능성이 적지 않으며, 그 점에서 개념법학의 장점을 부정할 수 없다(아래 III. 4. (5) 참조). “구성적 법학은 직관적 판단에 대한 체계로부터의 법적 통제이다. [...] ‘법적으로 생각가능함’에 의해 제약하고 ‘법적 논리’에 얽어매는 일은 해법이 체계의 뒷받침을 받는 것을 보장하면서 바로 영미 법률가들이 한탄하는 비도그마틱적 법관법의 점묘법을 회피하게 한다”(GN 236; 아래 IV. 2. (2) 참조). 법적 구성은 “개별 문제가 전체 규율 속에서 가지는 위치를 가시화하는 삶과 체계에 대한 이해”이다(GN 238-239). 그래서 무원칙한 선례의 전개는 결국 도그마틱과 체계를 형성하도록 압박하는 것이다(GN 237).

(다) 그러므로 대륙법과 영미법의 법학방법론을 비교고찰함으로써 에서는 법적 추론에 있어서 체계중심적 사고와 문제중심적 사고 양자가 모두 필수적이라는 사실을 확인한다(GN 239). 사안에 기초하는 문제중심적 접근도 개별 판단을 합리

적으로 검증하고 전체와의 관련성을 확보해 주는 개념적인 연역관련성이 없이는 오래 버틸 수 없고, 논리완결적인 연역체계를 강조하는 사고방식도 판례를 통한 문제중심적 원리형성을 포기할 수 없는 것이다. 그러나 여기서 예씨는 규율능력, 탄력성, 명확성이라는 측면에서 닫힌 체계에서 출발하여 문제중심적이고 토픽적 사고를 받아들이는 방법이 보다 우수하다고 판단한다(GN 241, EG 120-121, RG 323-324). 이러한 이해는 그로 하여금 독일 민법학에서 새로운 방법론의 구상으로 나아가게 한다. 이는 법질서와 관련지워진 원리적 사고 즉 법질서에 기초를 두는 가치평가에 의지하는 평가법학의 길이다.³⁵⁾

4. 새로운 법발견 이론의 구상

(1) 법관법과 이론을 매개로 하는 원리의 작용

(가) 예씨는 대륙법 체계가 삼권분립을 전제로 법의 창조와 법의 해석·적용을 엄격히 구별하는 이데올로기를 유지하고 있음에도 불구하고, 현실의 법실무를 냉철하게 관찰할 때 법전에 기초한 사법질서에서도 실제로 법관의 법창조(judicial legislation)가 상당한 지분을 차지하고 있음을 인정해야 한다고 주장한다(GN 242-243). 사회변동에 따라 법관은 필연적으로 기존의 체계가 만족스러운 해결을 주지 못하는 사건에 직면할 수밖에 없다. 그러한 경우 법관은 흠결보충이나 수정해석을 위해 사회현실을 참조할 수밖에 없지만, 사회현실 그 자체가 어떠한 규범적 기준을 줄 수는 없다. 그렇다면 법관은 실정법 질서에서 이미 제도적으로 인정되고 있는 법원리와 법사고를 지침으로 삼아 해결을 찾아나갈 수밖에 없다. 이러한 재판에 의한 법형성이 체계적합적으로 이루어지기 위해서는 “새로운 규율 필요성과 합치하지 아니하는 법률체계를 극복할 수 있을 정도로 충분히 사회비판적이면서도 동시에 구성적으로 생산적인 새로운 법원리에 기초할 수 있을 정도로 충분히 도그마틱적이어야만” 한다(GN 243). 그런데 이렇게 법원리에 기초해서 이루어지는 법형성은 재판실무에 의해서 가능하며, 이는 진정한 의미의 법관법에 다름 아니다. “법관의 법형성은 더 이상 법률에 대한 불쾌한 부록이자 법률의 장애에 대한 부끄럽게 감추어진 의족이 아니라 범명제 형성의 기능적으로 정상적이고 필연적인 부분”(GN 23)으로 받아들여야 한다. 여기서 법률로서 효력을 가지는 것

³⁵⁾ Nicolai Hartmann, *Ethik*, 4. Aufl. (1962), S. 162: “윤리적 영역에서는 [...] 가치도 원리이다.”

은 재판 그 자체가 아니라, 법질서에서 인정되고 있으면서 재판을 통해 당해 사건에서 개별사안해결적으로 발현되는 법원리 그것이다(GN 244, RG 291-292; 원리들 사이 상충에 대해서 GN 90-91, 121, 158 등 참조).

(나) 그런데 이러한 원리의 강조가 이론에 대한 경시를 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 원리를 정식화하는 작업 자체가 학설의 이론화와 관련을 맺고 있는 동시에 이론에서의 도그마틱 개념들도 개별사안해결적인 관점들을 내포하고 있기 때문이다(GN 244-245; 아래 III. 4. (5) 참조). 예를 들어 채무자에게 어떠한 급부를 더 이상 기대하는 것이 부당하다는 원리적인 고려를 머리에 떠올릴 때, 우리는 자연스럽게 이론화된 도그마틱의 개념(사정변경, 행위기초, 경제적 불능 등)에 의지하게 되는 것이다. 그러나 그렇다고 해서 종래 개념법학에서 주장했던 것처럼 법적 개념으로부터 어떤 결론이 “논리적으로 도출”되는 것은 아니다(EG 178). 오히려 사건에 직면한 법관의 “의지적” 행위가 원리와 규범의 사정범위를 정함으로써 결론이 내려지는 것이다(GN 245, EG 182, VM 76, 170). 이렇게 법률의 불충분함을 시인하면서 인정되고 있는 법원리에 의지해 조심스럽게 모색해 나아가는 법형성은 열린 체계의 문제중심적 사고방식에 상응하며(GN 246), 법률이 (전혀 또는 적어도 그러한 정도로는) 알지 못하던 새로운 제도의 형성으로 나아간다(GN 250). 물론 법관법 형성을 추동하는 힘의 상당부분은 사실적인 것의 규범력 즉 이미 현실의 정상상태를 법적으로 승인하고 현실에서 도저히 수용할 수 없는 결과를 배척하고자 하는 필요에서 오는 것은 사실이다.³⁶⁾ 그러나 그러한 사실상태가 도그마틱에 의해 승인되어 편입되는 과정은 법관이 그 근거가 될 만한 일반적 원리를 발견할 수 없다면 가능하지 않을 것이다(GN 247). 요컨대 “원리는 실무로부터 실무와 함께 성장하고, 이론은 그에 생명이 아닌 형태를 부여한다 – 물론 이 형태는 기본 사고를 그것의 개별사안해결적인 구속으로부터 해방시킴으로써 새로운 실무의 출발점일 수 있다. 이러한 상호작용에 힘입어 현대의 법질서는 항상 실질에 있어 구속받는 재판과 그리고 구조를 부여하는 이론의 합작품이다”(GN 248). 그리고 입법에도 불구하고 이러한 상호작용에 의해서 법질서의 연속성이 보장되는 것인데, 왜냐하면 법률의 의미는 개별사안해결과 이론의 협동을 통해서만 정확한 의미를

36) 예씨는 판례가 “사실상 [...]”이라는 논거를 구사하는 경우를 특징적인 예로 든다. 이는 우리 판례에서도 “사실상의 처분권”(주 10 참조), “토지가 사실상 도로로 사용되고 있는 경우 소유자의 사용수익권 포기”(大判 1994.5.13., 93다31412, 공보 1994, 1666 등) 등의 논거로 잘 알려진 현상이다.

부여받기 때문이다(GN 248-249).

(2) 법해석 일반에 대한 새로운 이해

이렇게 이론의 도움을 받아 법관법을 통해 작용하는 원리의 기능을 받아들이기 때, 종래 우리가 전제하던 법해석과 법형성의 의미 역시 재고될 수밖에 없다.

(가) 우선 원리에 대한 고려는 유추 추론에 의한 제도 형성에서 두드러진다. 법관의 유추는 논리적인 작업이 아니라 가치평가에 기초한 의지적 결단이며 “법률에 낮은 법형성에 대한 논증과 정당화”이다. 그런데 이러한 유추의 정당성은 비교대상의 유사성을 판단하는 과정에서 그 척도로서 기능하는 일반적 법원리와 법사고에 의지한다(GN 253, VM 110, 183-184; 흄결의 인정에 대해 VM 178-179). 그러한 한도에서 유추에 따른 추론과 원리에 따른 법창조 사이에는 질적인 차이가 아닌 양적인 차이만이 존재할 뿐이다. 전자는 법률에 일정한 근거를 가지고 있다는 점에서는 보다 가시적인 권위에 의존하는 것처럼 보이지만, 이는 “이 법률을 지금까지 해석해 온 재판례의 권위를 전제하는 사람에 대해서만 설득력을 가질 뿐이다. 그 문언 개소에 유추목적에 위한 저 명증함을 부여하는 것은 바로 확고한 실무이다”(GN 253).

(나) 그런데 이러한 관점을 밀고 나간다면, 통상적인 일상의 법 적용에서도 원리가 관여하지 아니하는 적용은 상정하기 어렵다. “모든 법률의 ‘적용’은 이미 해석이다. 왜냐하면 본문의 문언이 명료하여 더 이상의 해석을 불필요하게 한다는 판단이 이미 어떠한 해석에서 비롯하기 때문이다”(GN 253-254, RG 285-286, VM 81, 175; GN 122 이하도 참조). 즉 법률을 적용할 때 우리는 이미 체계적 해석과 목적론적 해석을 통해 자명한 것으로 이해되는 의미를 전제하는데, 목적적합적이고 체계적합적인 이해의 기준을 부여하는 것이 바로 넓은 의미에서 규율체계에 대한 의식 즉 법질서에 반영되어 있는 원리인 것이다(GN 261, RG 282, 285, VM 39도 참조).³⁷⁾

37) 이는 다음과 같이 설명할 수 있다. 규범을 사실에 적용한다고 할 때, 규범과 사실은 서로 다른 층위의 존재질서에 속하므로 그 규범이 사실에 “들어맞는다”고 할 수 있기 위해서는 두 존재질서 사이에 일정한 유비관계(analogia)가 존재해야 한다. 그런데 이는 바로 규범의 취지 즉 그 원리적 내용이 사실관계의 규율에 적합한지 여부의 판단에 다름 아니다(GN 260-261, VM 107, EG 178도 참조). 그러한 의미에서 법 적용에서의 판단은 기본적으로 유비추리적 성질을 가지고, 그에 원리적 사고가 작동한다고 말할 수 있는 것이다(Arthur Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache“*, 2. Aufl. (1982), S. 18ff. 참조). 물론 이러한 설명에는 논리적인 문제가 없지는 않다. 무엇보다 그렇다면 원리와 규범, 원리와 사실 사이의 유사성 판단의 기준은 무엇인지에 대한 물음이 제

그렇다면 “모든 해석은 성문법률(*lex scripta*)과 불문법(*ius non scriptum*)의 결합이며, 그것이 실제의 실정규범 즉 현실의 법(*law in action*)을 비로소 창조한다”(GN 287). 이렇게 보면 통상의 법 적용과 유추 사이에서도 연속성이 존재하며, 질적인 차이가 아닌 (적용의 경우 법률의 제약이 상대적으로 크다는 점에서) 양적인 차이만이 존재한다고 말할 수 있다(GN 255).

법관의 법해석이 이렇게 원리적 사고에 기초한 개별사안해결과 이론적 접근의 상호작용에 의해 이루어진다고 본다면, 법률의 해석에서 역사적 입법자의 의사에 구속되어야 한다는 해석준칙은 유지될 수 없을 것이다(GN 256, 257, 258, EG 185-186, VM 128-129, 132-133). 규범은 그 자체가 모든 의미를 내포하고 있지 아니며, 법관에 의해 형성되어야 할 내용에 대한 모범 내지 전범을 제시하고 있을 뿐이다(GN 256, VM 34; 아래 III. 4. (3) (나) 참조). 그러므로 해석은 사건에 직면한 법관이 원리의 도움을 받아 사실관계와 규율내용을 재구성하는 작업에 좌우되며, 그러한 의미에서 법 적용에서 의지적인 요소는 피할 수 없다(GN 256). 여기서 해석의 결론에 도달하기 전에 평가적 관점에 기초해 사실관계가 확정되고 이는 동시에 법개념의 이해에 영향을 준다(GN 262: “해석의 순환”; VM 134). 따라서 “사물논리적이고 목적론적인 전제를 결여한 역사적 해석은 실제로 역사적이고 현재적인 이해를 결여한 도그마틱적 해석과 마찬가지로 맹목적인 것이다”(RG 286). 그러한 의미에서 라드브루흐가 말한 바와 같이, 해석은 “결과의 결과”이며, 해석방법은 창조적인 문언보충으로 이미 발견된 것에 대해 문언으로부터 이уже시기를 할 때 비로소 선택되는 것이다(아래 IV. 2. (2) (가) 참조).³⁸⁾ 법적 판단을 할 때 고려해야 할 기준은 해석되어야 할 문언과 함께 이미 주어져 있는 것이 아니라, “자신과 그의 시대를 구속하는 목적설정에 따라 해석자가 그 대상에 제시해야 한다. 고립된 해석방법들이 아니라 이들의 활용을 결정하는 법원리들이 그 기준을 지시한다. 원리의 관점에서 보면 실정법의 문언은 ‘위를 향해서’ 언제나 ‘불완전’하다”(GN 258; GN 260도 참조). 그러므로 “생각하는 순종”(헤크)은 역사적 입법자가 아닌 전체 법질서에 대한 것이어야 한다(GN 263, RG 286, 313-315, 358, 379, VM 133).

(다) 이상의 논의에 따르면, 법관이 개별사안해결에서 발견하는 법원칙 및 법

기되고, 이는 무한소급하기 때문이다(유명한 ‘세 번째 인간’의 논증이다; 플라톤, **파르메니데스**, 132a-b 및 아리스토텔레스, **형이상학**, 990b17=1079a13, 1039a2 참조). 그러나 이 글의 맥락에서 이러한 존재구조 문제를 더 이상 논의할 수는 없다.

³⁸⁾ Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 13. Aufl. (1980), S. 181f. = **법학원론**, 정희철 역(1982), 196-197면.

관직분·법관윤리에 반영되어 있는 평가기준에 의지한다는 점에서 법해석과 법형성은 실질에서 동일한 작업이며, 흠결보충과 보충적 해석 역시 보통의 법해석과 다르지 않다(GN 259-260, RG 286, 288, 353, VM 178, 180). 그리고 이렇게 본다면 법률에 반하는(*contra legem*) 해석이 가능한 것도 법률의 적용을 보조하지만 사실은 그 기초에 있는 법원리 체계의 관점에서 행해지기 때문이라고 말할 수 있다(GN 259; *praeter legem*과 *contra legem* 사이의 유동성에 대해 VM 180). 즉 법질서에 반영되어 있는 법원리의 관점으로부터 전개된 법개념을 가지고 낡은 이론에서 벗어나는 작업인 셈이다(GN 263). 결국 해석은 “원리와 문언을 서로 적용시키는 일이다”(GN 262).

(3) 대륙법의 법관법 형성에서 원리와 선례

(가) 앞선 언급한 바 있지만, 원리는 개별사안해결에서 작용하지만 그것이 의식되어 표현되는 것은 비교적 법형성의 후기에 이루어진다(앞의 III. 2. (2) (나) 참조). 또한 원리는 바로 적용할 수 있는 형식을 갖추고 있지 않다. 그러므로 원리가 발견되고, 이해되고, 보존되는 것은 바로 재판의 선례에서이고, 원리가 구속적인 법적 권위를 가지게 되는 것도 확고한 판례에 나타난 개별사안해결적 추론들을 통해서이다(Paulus D. 50, 17, 1을 인용하며 GN 267). “원리가 창출하는 법상태는 개별사안해결에 기초할 때 비로소 명료하게 된다”(GN 269; GN 6도 참조). 개별사안해결이나 요건을 갖춘 규범에 의지하지 아니하고서는 원리는 해결의 내용을 지시해 줄 수 없으므로(앞의 III. 2. (2) (가) 참조), 원리를 적용가능하게 구체화하는 과정에서 포섭가능성을 부여하는 규범에 의지할 필요가 발생하기 때문이다(GN 269). 그리고 이렇게 원리가 발현하는 장이 선례의 개별사안해결이기 때문에 선례에 표현된 원리는 구체적인 적용목적 및 사안관련성을 가지고 있으며, 그래서 정확한 해결을 담보하는 공식이라기보다는 “전형적으로 타당한 일련의 관점들에 대한 공식일 뿐”이다(GN 267; GN 308, VM, 165도 참조). 그러므로 판례나 학설에서 사용되는 공식은 해결을 위한 도구로서 유형 내지 전형(Typus)을 제시하는 것이고, 성질상 미국 리스테이트먼트의 규정과 유사하다(GN 273).

그리고 원리가 선례의 개별사안해결을 통해 기능한다는 사실로부터 원칙적인 내용을 선언하는 최고법원의 판례가 실제로 강한 구속력을 보인다는 사실도 설명된다. 예컨대 따르면 대륙법 체계에서 이러한 구속력의 근거는 바로 선례에서 표현된 원리이다. 즉 최고법원의 재판이기 때문에 구속력을 가지는 것이 아니라, 오랜 개별

사건해석을 통해 비로소 최고법원의 재판에서 표현된 즉 법질서의 일부로서 실정화된 원리가 이후 재판에 마찬가지로 타당성을 보이기 때문이다. 즉 최고법원의 원칙판결은 지속적으로 규범형성에 관여하고 있는 선례의 산출물에 지나지 않으며, 그에 따르는 이후의 재판례도 단순히 판례요지를 적용하는 것이 아니라 (지속적으로 유사한 사안에서 같은 원리를 실정화하는 재판을 통해) 선례를 계속 형성해 가는 요소로서 역할을 한다(GN 268, 277, 279). 선례의 구속성은 (영미에서처럼 법원조직의 위계에 따른) 선례구속원칙이 아니라 선례에서 지속적으로 관철되고 있는 원리의 구속성(GN 275-276, 280) 즉 “반복을 보증하는 도그마틱적 정식화의 설득력”(GN 289)에 기인한다(VM 187, 191도 참조).³⁹⁾ “판례가 완결되었다는 주장은 [...] 그에 체현된 원리가 새로운 상황을 포괄하고 있는 한에서만 타당한데, 이는 항상 ‘사실문제’이며 ‘판례변경’으로의 길을 열어두고 있다. [...] 원리는 항상 ‘이동 중’이다”(GN 280). 그러므로 원리와 개별사안해결은 기능적 단일체를 이루며, 대륙법 체계에서는 양자가 함께할 때에만 법적 권위를 가진다고 말할 수 있다(GN 275, 289). 그러한 의미에서 선례는 원리에 실정법으로 효력과 권위를 부여하는 원리의 실정적 효력근거인 것이다(GN 281).

(나) 이러한 이해는 삼권분립에 기초한 법관의 법률구속에 대해서도 새로운 이해를 가능하게 한다. 에쎄에 따르면 법률에 대한 구속은 법률 그 자체를 위해 문언이나 원리에 구속된다는 것을 의미하는 것이 아니라, 법률의 취지에서 출발하면서도 선례와 이론에 의한 문제발전을 통해 항상 재생하는 체계를 유지하고자 하는 의지를 말한다(GN 283, VM 83). 이로써 법률 개념을 지나치게 좁게 이해하면서 법관의 활동을 인지적인 것으로 국한하는 종래의 이해에서 벗어날 필요가 있다(RG 319, VM 74-75 참조). 즉 “규범은 ‘구체적인 규율’(konkrete Ordnung)이 아니라 규율목표(Ordnungsziel)를 체현하고 있다. [...] 규범은 그 목표의 방향으로 제어되어야 하고, 논리적이 아니라 목적론적으로만 적중한다”(VM 34). 이렇게 이해한다면 규범주의적인 입장과 결단주의적인 입장 사이의, 그리고 법발견과 법형성 사이의 대립은 존재하지 않는다(주 41도 참조). 오히려 사안판단, 문언이해, 원리적 사고는 필연적으로 함께 작용하며, 이는 그때그때마다 기존의 내용에 새로운 내용

39) 에쎄는 실무에서 판결의 주된 이유에 속하지 아니하는 방론이 가지는 설득력을 이와 관련짓는다. 즉 방론에서 개진되는 원리적 설명에 의해 그 재판에서 표현되는 구체적 법리가 보다 일반적인 맥락에 위치되므로 개별사안해결의 맥락에서 벗어나게 됨으로써 재판은 의지적 결단인 동시에 인식작용의 성질을 가지게 된다는 것이다(GN 284; VM 76, 188도 참조).

을 통합하여 “법률”을 구성한다(GN 284, RG 285, VM 39, 76, 117-118, 121, 194, 196-197). 즉 과거에 고정되어 존재하는 법률의 의미를 나중에 인지적으로 발견하는 것이 아니라, 현재 시점에 효력을 가지는 법질서의 구속력 있는 법규범 내용이 바로 법률이라는 것이다. 법관법이 창조하는 실정법은 바로 법률의 일부로서 실정법이며, “법률과 법관법은 한 번도 별개의 삶을 살지 아니한다”(RG 183). 그러한 의미에서 법관법은 “부가물이 아니라 그 엔텔레케이아로서 법률에 통합”(RG 184) 되는 것이며, “법률의 ‘내용’은 개별사안해결에 의해 비로소 결정된다”(GN 285; RG 319도 참조). 그리고 이러한 개별사안해결은 법관의 자의적인 영감에 쫓는 것이 아닌데, 개별사안해결을 구성하는 개별 재판들은 존재하는 법체계를 유의미하게 하고 설득력 있게 하는 객관성에 의해서 규정되기 때문이다. “개별사안해결은 결단주의적 점묘화법이 아니라, 관통하고 있는 사태법칙성을 단편적으로 스케치하는 것”(GN 284)이다.

요컨대 법률이란 법관이 따라야 하는 중국적으로 확정되어 있는 가치평가의 지표가 아니라, 입법자가 자신의 시대에 자신의 사회모델에 따라 규율필요가 있다고 인정하는 사회적 분쟁 및 해결가능한 해법에 대한 도구일 뿐이며, 새로운 사안에서 그 도구가 적절한지, 유용한지, 개선할 가치가 있는지 여부가 판단되어야 한다. 이 도구들이 구속적인 것이 아니라 이 도구들이 추구하는 목적이 구속적인 것이다(GN 285; GN 256, RG 182, 287도 참조).

(다) 이러한 설명에 따르면 법관의 법률구속은 역사적 입법자나 개별 문언에 대한 복종으로 설명되는 것이 아니라, 법관이 법률이 추구해야 할 규율목적은 원리의 도움을 받아 개별사안해결에서 실현되도록 하는 작용에서 이미 달성된다고 이해해야 한다. 에쎈가 다른 곳에서 말하는 바와 같이 “법관은 자유롭고 오로지 법률에만 구속된다. 그러나 그 법률이란 법관 스스로가 의무에 쫓아 이해하는 그것이다. 이로써 그의 이해의 변화와 함께 그가 구속되는 그것도 바로 그의 이해를 통해 변화한다. [그리고] 그는 여기[즉 이해]에서도 [...] 최종심급으로서의 그의 양심에만 구속된다. 따라서 그는 어떠한 선례구속이나 통상의 해석에 전혀 복종할 수 없다. 이 양자는 독자의 法源이 아니며, 모든 개별 법관의 의무에 쫓은, 오로지 정당성의 확신에 의해 지지되는 법률이해 외에는 아무런 규범내용을 가지지 아니한다”(RG 178-179; EG 185, VM 37, RG 377도 참조).⁴⁰⁾

40) 이러한 이유에서 에쎈는 장기간 지속되는 확고한 관례를 관습법으로 보는 입장을 단호하게 거부한다(RG 179-181, VM 195). 관례의 타당성이 지속하는 한, 그러한 내용의

이러한 법관법의 창조적 기능은 법률의 모든 내용이 입법자에 의해 결정되고 법관은 이를 인식하는 인지적인 활동만을 한다는 견해에 의해서는 이해될 수 없다(GN 287-288, RG 314). 또한 재판은 순수하게 법관의 주관적 결정으로 이해하는 법현실주의도 개별사안해결에서 종래 인정된 법원리가 확인되고 발전되는 객관적 흐름을 이해하지 못한다는 점에서 사태를 오인한 것이다(GN 288). “판례의 기준들과 평가요소들은 ‘법률’의 실체적 구성부분이며, 이는 전승된 이론의 개념과 법형상도 마찬가지이다. 그러나 이들의 현재 ‘타당성’은 모든 소송에서 다시 공격가능하며, [따라서] 새로운 사안으로부터 생생하게 증명되어야 한다. ‘규칙’은 지속적으로 검증되어야 하고, ‘원리’는 모든 그러한 변화와 함께 새로이 통합된다”(GN 289; RG 180).

(4) 원리가 보장하는 법적 안정성과 연속성

(가) 법관법의 창조적 역할을 인정하는 이러한 방법론은 모든 기본적인 규율이 법률에 의해 독점된다고 하는 사고방식과 충돌한다. 이렇게 정치적 입법자만이 법률을 통해 규율을 창출할 수 있다는 생각은 절대주의, 계몽주의, 민족국가 이념에 의해 배타되었고, 학설과 실무에 의해 유기적으로 법이 형성·발전되어 간다는 보통법적 사고방식을 배척하기에 이르렀다(GN 290-291, 293, 294). 그러나 지금까지 살펴본 에씨의 방법론은 법률주의에 의해 억제된 보통법적 사고방식을 부활하는 것으로 귀결하며, 또한 그 복권을 의욕한다.

에씨에 의하면 현대 국가가 보장과 책임이라는 관점에서 세세한 생활관계에 법률로 개입함으로써, 오히려 법률의 의의는 평가절하되고 있고 그때그때의 정책적인 목적에 좌우됨에 따라 파편적인 법상황이 발생한다(GN 289, 291). 이에 대해 20세기의 새로운 法源論이나 법사회학은 현실 분쟁의 해결에서 법률이 가지는 권위를 평가절하하면서 이른바 “현실의 법”(law in action)의 존재를 발견하기에 이르렀다(GN 292). 이는 에씨의 관점에서는 법관의 지혜에 힘입어 문제를 통해 성립하는 법창조를 시인하는 것을 의미한다(GN 293, VM 192). 그리고 이렇게 개별사안해결

관습법이 아니라 그러한 내용의 법률이 존재한다는 것이다. 그러므로 만일 기존 해석이 타당성을 보장할 수 없는 새로운 사안유형이 등장하면, 법관의 법률이해가 변화하고 그에 따라 법률의 내용도 변화함을 의미한다. 만일 여기서 장기간 지속한 판례를 관습법이라고 이해한다면, 새로운 사회변화에 대처하는 법관은 (자신이 판례로 유지해 온 관행이 사회에 존재하는 한에서!) 이미 타당성을 상실한 판례를 유지해야 하는 불합리한 결과가 발생한다는 것이 에씨의 비판이다(RG 186도 참조).

적으로 성립하는 법관법이 학설의 도그마틱과 상호작용하면서 진행된다는 것을 받아들일 때, 그것은 보통법적 사고방식이 다시 부활하는 것에 다름 아니다. 이에 대해 실무가 의지하는 원리가 결국은 모두 법률에 포함되어 있어 그로부터 간취하는 것에 불과하다고 설명하기도 하지만, 이는 보통법적 사고를 시인하지 아니하고 예전의 법률독점의 사고로 다시 회귀하는 것에 불과하여 현실을 제대로 설명할 수 없다. 성문법 체계에 입법자가 숨겨 놓은 해결의 모든 단서가 내재하고 있다는 사고방식에서 벗어나, 논증의 기초인 원리는 학자들의 공통의견(communis opinio doctorum)에 따라 전체 법질서에 속한다는 사실을 받아들여야 한다(GN 24-25, 314, RG 288, VM 87; 앞의 II. 3. (1) (나), (다) 참조). 예를 들어 19세기에 프랑스 민법전이 적용되고 있던 독일의 라인강 서부 지역의 법원이 해석론으로 발전시킨 법학을 살펴보면, “법률의 정신이 아니라 법률가 집단의 전통이 그 이론과 방법 그리고 실정법을 결정한다는 것”을 알 수 있다(GN 296; GN 330-331도 참조). 따라서 “법률”에서 유효한 것은 본문의 정치적 구상이 아니라 학설과 실무에서 이미 통용되는 법학적 원리와 방법에 의해 그로부터 받아들이는 영감과 미리 준비된 형상이다”(GN 297).

예서는 이러한 보통법적 사고의 복권이 여러 법분야의 문제를 해결하기 위해 긴요하다고 말한다(GN 298). 특히 한 나라의 법률을 기준으로 할 수 없는 범영역인 국제법, 중재법(GN 342-344 참조), 비교법(GN 171 참조), 국제통일법(GN 345), 국제사법 등에서는 원리의 도움을 받는 보통법학적 범형성이 불가결하다. 예를 들어 국제사법적인 문제를 해결하기 위한 출발점인 성질결정(Qualifikation)은 개별 국가의 법률이 채택한 기술개념을 기초로 해서는 전혀 작동할 수 없으며, 그 배후에 있는 원리적이고 기능적인 유사성이라는 관점에서 접근할 수밖에 없다(GN 327, 337-341도 참조). 그렇다면 국제사법에서의 법해석과 범형성은 법률독점의 사고가 아닌 보통법학의 사고에 의해서만 성공적으로 수행할 수 있는 것이다(GN 299 이하). 이는 각국의 법제도를 비교하는 비교법에서도 마찬가지이다(GN 346 이하).

(나) 이렇게 법질서의 수탁자인 학설과 실무가 법학적으로 발전시키는 법원리들은 법질서의 안정성과 연속성을 보장하는 기능을 수행한다. 각국의 법질서가 서로 상이한 개념과 체계를 가지고 있더라도 이들이 동일한 규율문제와 규율해결에 직면하고 있는 이상, 학설과 실무가 전개해 나가는 법원리는 보편적인 내용을 가지게 될 것이며, 이로써 각국에서 서로 상응하고 등가적인 해법들이 정의로운 해결로서 받아들여진다(GN 300). 그리고 이렇게 학설과 실무에 의해 조심스럽게 발전된

원리들에 의해 법해석과 법형성이 진행됨에 따라, 상이한 정치적 입법자에 따라 시도되는 상충하는 법률들에서와는 달리 안정적이고 연속적인 법발전이 가능하게 된다(GN 301, VM 84). “법률생활에는 현대적 입법기술보다 중요한 것이 존재하는데, 보통법 원리를 법학적으로 평가활용하는 중단 없는 전통이 바로 그것이다”(GN 301; GN 82-23도 참조). 에씨는 심지어 19세기 사람들은 법률이 법적 안정성을 보장한다고 말하였지만, 실제로 그러한 안정성은 “19세기에 확보된 법관법의 잔여물이거나 정치적 입법행위가 손대지 아니하여 남겨진 부분의 잔여물”이라고까지 말하며, 정치권력과 대비되는 커먼로의 안정성과 연속성을 강조하는 영국법률가의 태도를 원용한다(GN 301-302; RG 310도 참조).

(5) 도그마틱과 이론의 역할

(가) 그런데 에씨에 의하면 보통법적 사고방식에 의한 법형성이 원활하게 기능하기 위해서는 “법도그마틱의 생산성에 대한 깊은 이해”가 필요하다(GN 295; 앞의 III. 4. (1) (나) 참조). 이는 법관에 의한 개별사안해결에만 의지할 때 발생할 수 있는 단점 때문에 그러하다. 즉 법관의 이해지평은 실제로 그의 사회적 지위와 법관직의 성격 그리고 구체적인 사건이 제공하는 특유 관점의 영향을 받기 때문에, 순수한 선례법은 동일 문제의 동일 취급을 보장하기 어려우며, 특히 어려운 사건일수록 법리 손상을 가져올 우려가 있다(GN 302). 그러한 법관의 법형성에 안정적 버팀목이 되는 것이 바로 도그마틱이다. “법관법은 실무가의 법이지만, 대륙법 체계에서 그 연속성과 체계교착성은 이론에 의해서 보장된다”(GN 303). 개별사안해결은 원리적 사고에 의지하는데, 바로 원리적 사고는 도그마틱의 개념을 통해서 법률가에게 등장하는 것이다(앞의 III. 4. (1) (나) 참조). 그런데 도그마틱이란 분쟁 경험을 통해 획득한 가치평가와 해법을 기술적인 지식과 용어로 전환한 결과물로서, 이후 발견된 개별적 해결들이 체계와 합치하여 일관성을 가지도록 담보하면서 동시에 합리적인 검토가능성과 교육가능성을 보장하는 구성물이다(GN 303; GN 81, RG 369도 참조). 그러므로 개별사안해결은 도그마틱과 상호작용함으로써 안정적이고 연속적인 법발전을 가능하게 한다(GN 302-303; GN 6-7, RG 326도 참조).

이러한 도그마틱의 개념은 그 자체가 자기목적적인 진리가 아니라 개별사안해결에서 실현된 원리적인 내용을 개념화하고 형태부여를 한 결과이다. 그러므로 충분히 폭넓은 개별사안해결에 기초한 적절한 개념들은 그 시점까지 인식된 가치관점들과 문제를 확정하는 것에 기여한다. 즉 도그마틱에서 이익형량과 가치평가는 배적

되는 것이 아니라, 개념으로 모아진 해결기준들을 숙고하고 평가하는 과정을 통해 법적 판단이 가능한 형태로 목적으로 구조되는 것이다(GN 304, RG 322, 325-326, 351, 374, 378, VM 89; 그러한 의미에서 도그마틱의 개념은 칸트적 의미에서 종합 명제가 아닌 분석명제이다, GN 305). 그래서 개별사안해결에서 새로운 가치평가가 이루어지면 도그마틱 개념의 규율내용도 변화하게 된다(GN 303, 312). 요컨대 “모든 법개념은 법학이 그에 농축시킨 가치평가의 총체와 같은 의미”(GN 305, EG 186, VM 102-104)이며, 도그마틱이 원활하게 기능하기 위해서는 개별사안해결을 통해 나타나는 원리적 사고에 열려 있어야 한다(GN 316).

(나) 또한 마찬가지로 개별사안해결이 원리의 도움을 받아 만족스러운 법형성으로 나아가기 위해서는 그러한 도그마틱 형성에 기여하는 이론의 역할도 중요하다(앞의 III. 4. (1) (나) 참조). 예를 들어 법관법은 특히 어려운 사건에 직면하여 종래 법리로 문제를 해결하고자 하는 과정에서 도그마틱의 개념이나 그 배후에 있는 원리를 심하게 변형시키면서 결론에 도달하는 경우가 없지 않다(영국 법률가들이 “hard cases make bad law”, “the soundest judgment with the dullest opinion” 등으로 말하는 현상이다). 이는 그 동안 활용되었던 원리와 도그마틱이 새로운 사건에 직면해 난점을 노정하기 때문에 발생하는 일이다. 여기서 학설에서 개진되어온 여러 이론들은 다른 방향의 해결을 할 가능성을 시사하고, 그것이 나중에 최고법원에 의해 수용됨으로써 새로이 수정된 도그마틱으로 나아갈 수 있게 한다(GN 306-307). 이론의 기여 없이 판례는 역사적으로 전승된 내용과 형식에 얽매일 위험이 적지 않다(GN 307). 그러므로 제도 형성에서 이론과 법관법은 밀접한 관련성을 가진다.

앞서 언급한 도그마틱의 기능 역시 이론의 배경 하에서 가능하다는 것도 명백하다. 개별사안해결의 체계적합성과 일관성을 보증하고 검증하는 도그마틱이 그 기초를 개별사안으로부터 가져올 수 없음은 당연하다. 원리가 개별사안해결에서 지침으로서 가지는 발견술적 성질에 비추어 볼 때, 구체적 사건에 관련된 선례는 문제되는 원리의 전모를 드러낼 수 없어 비체계적이고 연상적으로 진행되기 때문이다(GN 308-309). 그러므로 도그마틱의 도움이 없이는 개별사안해결로부터 새로운 규범을 도출할 수 없다. 여기서 개념과 원리가 체계에서 가지는 위치와 가치를 확정하여 개별사안해결과 발견술적 사고로부터 구속력 있는 법원리를 이끌어 내어 실무의 개별 법리를 정당화하는 것이 이론의 과제이다(GN 309, 312, 314, RG 324). 즉 이론은 개별적인 해결들의 모자이크로부터 개념과 범주의 그물을 엮어 설득력 있는 체계를 구성한다. 이러한 이론으로 우리는 예컨대 법률행위 일반이론(의사주의

이론, 표시주의 이론 등)과 같은 것을 생각할 수 있지만, 더 나아가 오랜 법전통에서 전승되어온 법언(GN 317-139) 역시 이론적 내용을 가질 수 있다(양자의 차이에 대해 GN 319-320).

그러나 물론 이론이 제도나 규범을 창출하는 것은 아니다. 이론의 과제는 입법자와 법관에게 원리, 개념, 범주, 체계관념, 방법론적 기법 등을 제시하는 것에 그치며, 따라서 항상 실무의 법창조적 활동에 대한 간접적 기여이다(GN 310-311, RG 291). 법적 구성이 아니라, 개별사안해석에서 발견되는 개별 논소들이 설득력을 가지는 것이다(GN 310, RG 309, 370, 389, VM 113, 171). 그러나 개념을 확정하고 개별사안해결로부터 원리를 끄집어내며 법적 구성의 형태·목적·한계를 정하는 이론의 사전작업과 체계화기술 없이는 법관법의 유효적절한 작용은 기대할 수 없다(GN 311; GN 321도 참조). 이론은 개별사안해결에서 원리와 규범이 실현되는 것을 보조하는 것에 그치는 것이 아니라, 실무의 생각의 틀과 사고방식을 규정하는 작업도 수행한다(GN 317). 그래서 “이론이 가는 길이 항상 실무가 서 있는 곳을 보인다”(GN 317)고, 법관법과 이론이 함께 “현실의 법”(law in action)을 창조한다고(GN 311) 말할 수 있는 것이다(VM 189도 참조).⁴¹⁾ 더 나아가 예씨는 입법에서 이론이 가지는 중요성 역시 비교법학적으로 점점 확인되고 있다고 강조한다. 중요한 기본개념들은 법전이나 법률 그 자체로부터 나오는 것이 아니라, 그 전후에 존재하는 이론에 의해 발견되는 것이기 때문이다(GN 313).

또한 원리가 매개하는 법관법의 개별사안해결을 이론이 조율하고 일반화하여 법제도(예컨대 “사정변경에 따른 계약해제”, “계속적 보증의 해지”)가 성립하고 분화하는 것과 마찬가지로(GN 321), 그 작용범위와 개념들의 관점에서 여러 제도들을 조율하고 종합함으로써 체계(System)가 성립하며, 이러한 체계화의 작업 역시 이론의 역할이다(GN 323). 모든 법개념은 이러한 체계화를 통해 제도들 사이의 구획

41) 이러한 예씨의 방법론적 입장에서 본다면, 법학적 사고방식을 규범주의, 결단주의, 구체적 질서의 사고의 어느 하나로 구별하는 슈미트의 관점(앞의 주 13 참조)은 “모든 점에서 비현실적이다”(GN 317 Fn. 374). 법발견은 개별사안해결을 기초로 이루어진다는 점에서, 닫힌 체계만을 전제로 규범으로부터의 연역적 도출을 주장하는 규범주의는 타당할 수 없다. 그러나 또한 법발견이 원리의 매개를 통한 개별사안해결의 연속선상에서 이루어지고 도그마틱의 통제를 받는다는 점에서, 이를 법관의 결단만으로 소급하는 결단주의 역시 정확한 관찰이라고 할 수 없다. 마지막으로 법발견이 이를 지도하는 법질서에 선재하는 구체적 질서에 의지한다고도 할 수 없는데, 제도는 선재하는 것이 아니라 법질서에 반영되어 있는 법원리를 개별사안해결적으로 실현해가면서 실무와 학설이 법발견을 통해 형성해 나아가는 결과물이기 때문이다.

과 조율이 이루어지고 범주화가 이루어진 결과물이다. 그러나 체계를 구성하는 것은 개념이 아니라 제도이며 이러한 제도들 사이의 관련성이 법체계의 구조원리로서 나타난다(GN 323-324, VM 101). 그러므로 체계에서 개념들은 서로 논리적으로 도출관계에 있는 것이 아니라 서로 조화되는 관계에 있으며, 그러한 의미에서 체계는 발견술적인 의의만을 가진다(RG 321-322, 342, VM 98-99). 또한 체계에서 개념의 내용은 그것이 체현하고 봉사하는 제도들의 기능에 의해 좌우되며, 제도들의 기능이 변화함으로써 즉 체계의 기능이 변화함으로써 개념의 내용도 변화한다(앞의 III. 4. (5) (가)도 참조). 새로운 사안유형에 직면하여 원리의 매개를 통해 제도의 기능이 변화하고, 그에 따라 도그마틱의 동일성이 유지되면서도 오래된 개념이 새로운 의미와 기능을 가지고 새로운 문제에 대처하는 현상은 그래서 가능한 것이다(GN 324, 325-326, RG 340, 380, 386, 389, VM 98-99). 그래서 도그마틱의 범형상은 불변의 구성요소가 아니라, 제도의 역사적 변천에 따라 체계와 함께 변화하는 표현수단으로 이해되어야 한다(GN 325). 따라서 이론이 전승되어 온 법체도를 가지고 시대에 적합한 제도들의 체계를 창출하고자 한다면, 낡게 되어 버린 범형상에 새로운 규율내용을 채우고 개념을 그 역사적인 틀을 넘어서 원리에 봉사할 수 있도록 할 수 있어야 한다(GN 326; RG 185).

(다) 이렇게 이해하면 이론이나 도그마틱은 단순히 가치평가로 획득된 결론을 요약해서 전달하는 수단에 그친다고 할 수는 없다(GN 312). 헤크의 고전적인 이익법학의 관점에서 도그마틱과 체계는 이익형량과 가치평가로 획득된 결론을 요약하여 제시하는 수단에 불과하고 그로부터 새로운 분쟁에 대한 해결을 도출할 수는 없다.⁴²⁾ 예쎌 역시 도그마틱과 체계가 원리 즉 가치평가의 개입으로 개별사안해결로부터 획득된 결론을 압축하여 표현하는 수단이며 새로운 사건의 해결은 도그마틱이 아니라 다시금 평가적인 개별사안해결로부터 얻어져야 한다고 보는 점에서는 같은 견해이다(RG 309). 예쎌는 이러한 인식을 이익법학의 공적으로 인정한다(GN 48, 80, 222, RG 312-313, 321, 345, 350, EG 179, VM 104). 그러나 도그마틱과 체계는 그동안 달성된 원리적 관점을 개념으로 압축하여 문제설정을 확정해 주는 동시에 해결을 시사하고 또한 이후 새로 획득된 결론을 통합해 감으로써 안정성과 연속성을 보장한다는 점에서 단순한 서술수단 이상의 기능을 수행하며(VM 40), 그 점에서 헤크와 견해를 달리한다. 그러한 의미에서 예쎌가 “개념법학적 사고에 대한 논쟁의 과정에서 중도에 멈추어버린 이익법학을 계속해 나감으로써 개념법학

42) 우선 Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), S. 66ff., 91ff. 참조.

적 사고의 의미를 새로이 발견하는 것”(RG 326)이 자신의 의도라고 말하는 것을 이해할 수 있을 것이다(RG 390-391도 참조).

IV. 『원칙과 규범』 이후

1. 수용과 비판

(1) 학계의 수용

논란의 여지가 없지는 않겠지만, 『원칙과 규범』은 출간 이후 고전의 지위에 올랐다고 말할 수 있다. 이 책이 개진한 원리 이론, 비교법학방법론, 사법과정 분석 그리고 에쎈 자신의 방법론적 구상은 고도의 학문적인 성취에 도달한 것으로 평가 받았으며,⁴³⁾ 특히 원리가 법질서의 일부를 이루면서 법관법에서 핵심적인 역할을 한다는 에쎈의 인식은 학계에서 널리 공유되기에 이르렀다고 보아도 좋을 것이다.⁴⁴⁾

⁴³⁾ Wieacker (주 25), 702(“독창성”, “사려깊음”, “탁월한 책”); Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. (1976), S. 200 Fn. 37(“내용이 풍부한 연구”), 256(“법현실이 [...] 에쎈의 기념비적인 저작인 『원칙과 규범』에 의해 본질적으로 정확하게 서술되었다”) = 홍성방 역, **법발견의 이론**(2013), 283면 주 37, 359면; Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel* (1972), S. 157(“매우 중요하고 논의를 진전시키는”), 282(“근본적”); Friedmann (주 25), 449(“사법과정에 대한 비교법적 연구에 대해 지금까지 이루어진 중에 가장 중요하고 정확하며 학문적인 기여”); Rheinstejn (주 25), 605(“예리하고 섬세한 정신이 상술한 엄청난 분량의 학식”); Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Band III (1976), S. 347(“획기적”); (비판적인 입장에서) Rütters, “Anleitung” (주 18), 1251(“문헌상의 전환점이자 부분적으로 이정표”); Lange (주 25), 662(“높은 학문적 수준”) 등. 1971년까지 『원칙과 규범』에 대한 학계의 평가 및 그 영향력에 대한 상세한 분석으로 Dubischar (주 12), 442ff. 참조. 관련하여 Dubischar (주 12), 449는 다음과 같은 흥미로운 사실도 전하고 있다. 라인슈타인의 전언에 따르면 법현실주의의 대표자 중 한 사람인 르웰린(Llewellyn)은 『원칙과 규범』에 감명을 받아 이를 포괄적으로 평가하는 서평을 「민사실무논총」(AcP)에 투고하려 하였으나 사망으로 이를 완성할 수 없었다는 것이다. 두 대가의 학문적 교류가 이루어지지 못한 것은 아쉬운 일이다.

⁴⁴⁾ Karl Larenz, *Richtiges Recht* (1979), S. 24 = **정당한 법의 원리**, 양창수 역(1986), 14-15면: “요제프 에쎈의 책 『원칙과 규범』이 발간된 이래로, 부분적으로는 법률규정의 근거를 이루면서 다른 한편 (종종 처음에는 의식되지도 않으면서 가장이유에 의해 은폐되어) 관례에서 자신을 실현하는 실정법의 원리들이 존재한다는 것은 거의 다툼이 없다.” 또한 칼 라렌츠, “방법론적인 문제로서 법관의 범형성” (김영환 역), **한양대 법학논총**, 제25권 제1호(2008), 197, 211면. 같은 취지로 Helmut Coing, *Grundzüge der*

그러나 물론 이 책에 대한 비판이 없었던 것은 아니며, 무엇보다 에씨의 법관법 이론과 법발전 분석이 통설적인 지지를 받았다고 할 수는 없다.

(2) 비판: 법원론과 도그마틱의 의의

우선 법원의 재판을 원리가 실정화되는 매개로 이해하여 이를 法源으로 인정하고 이로써 법관법에 의해 도달한 내용을 법률로서 받아들이는 에씨의 견해는 여전히 압도적으로 거부되고 있다. 재판의 입법적 기능은 삼권분립의 원칙 및 법관의 법률구속을 고려할 때 받아들일 수 없다는 것이다.⁴⁵⁾ 더 나아가 에씨가 문제중심적 사고를 강조함으로써 규범과 도그마틱이 가지는 기능을 경시하고 있다는 비판도 종종 제기된다. 즉 까다로운 소수를 제외한 대부분의 사건에서 법관은 종래 이해된 바에 따라 규범을 적용하여 해결하는 것이 통상이며 또한 규범은 대개 정당하면서도 구체적인 해결의 기준을 제시하고 있으므로, “사람들은 기꺼이 현대 방법론의 무기고에서 가져온 표현으로 재판을 치장하기는 하겠지만, 옛 실증주의는 핵심에서 건강하게 계속 생존하고 있으며 문제없는 사안들에서도 예나 지금이나 가장 간단하고 최선의 방법이다.”⁴⁶⁾ 또한 전통적 방법론에 대해 회의하면서 법관단의 정확성을 도그마틱 외부에서 모색하고 도그마틱에는 통제적 기능만을 부여하는 에씨의 태도는 법학방법론과 도그마틱의 가치를 경시하는 것으로 법형성의 정당성을 평가할 수 없는 “재판실증주의”로 나아간다는 비판⁴⁷⁾도 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

(3) 비판: 이데올로기와 법률구속

한편 에씨가 주장하는 비정치적인 보통법적 사고의 복권 즉 정치에 의해 지배되는 입법이 아닌 보통법적 법학이 법질서의 담지자로서 그 정당성과 안정성을 담보

Rechtsphilosophie, 5. Aufl. (1993), S. 214 Fn. 3(“타당”), S. 287 Fn. 15(“근본적”).

45) 우선 문헌지시와 함께 Manfred Wolf/Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl. (2012), § 4 Rn. 9ff. 참조.

46) Lange (주 25), 662. 랑에는 법관이 어려운 사건에서 그러한 실증주의적 방법에서 벗어나야 할 필요가 있음은 인정하지만, 그때에도 “중국에는 옳을 수도 틀릴 수도 있는 법원리들”에 의지할 필요는 없으며, 시대의 법감정으로부터 결론을 내리고 이를 이익형량이나 “사물의 본성”의 외관으로 감출 것이라고 한다(663). 법률을 수정하는 법의 관점에서 법감정을 이해하는 랑에의 설명은 그가 나치 법사상의 대표자로서 주장한 방법론으로 소급한다. 그 내용 및 전후 연속성에 대해서는 Wilhelm Wolf, *Vom alten zum neuen Privatrecht* (1998), S. 106ff., 292ff. 참조.

47) Franz Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. (1991), S. 23ff.

해야 한다는 입장에 대해서도 비판이 있다. 예를 들어 에쎈가 비정치적이라고 보는 법원리의 상당수는 프랑스 인권선언 이후 형성된 사회정치적인 공동체질서로부터 파생한 것으로서 이 점을 간과하는 에쎈의 견해는 “비교법이라는 큰 장점에 의해서도 극복되지 아니한 전형적인 사법학자의 관점축소”라는 지적이 그러하다.⁴⁸⁾

비슷한 맥락에서 뤼터스도 법학에 의해 지지되는 비정치적 私法이라는 관념을 비판한다. 그는 시대의 이데올로기에 따르는 학설과 실무에 의해 법률이 무한한 해석가능성을 가질 수 있음을 나치 시대의 민법학을 통해 실증하면서,⁴⁹⁾ 그러한 한계 없는 해석의 작동방식을 이론적으로 해명한 최초의 저술로 『원칙과 규범』을 든다.⁵⁰⁾ 그러나 이러한 역사적 경험은 바로 에쎈의 범형성 이론이 전혀 비정치적인 보통법적 법학을 보장할 수 없으며, 오히려 시대의 이데올로기에 추수할 위험에 노출되어 있음을 보이는 것이라고 지적한다.⁵¹⁾ 그래서 그는 사법질서가 공동체의 경제질서의 구체화로서 기능함을 지적하면서 법학방법론은 헌법질서의 우위와 역사적 입법자의 판단을 존중하는 법률구속을 받아들여야 한다고 강조한다.⁵²⁾ 관련하여 법관이 법을 창조한다는 사실은 새삼 새로운 인식은 아니며, 오히려 그러한 법창조적 기능에 어떠한 제한이 부가되어야 하는지에 관한 문제를 거의 논하지 않고 있다는 비판⁵³⁾도 이러한 방향을 지시하고 있다고 보인다.

48) Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts”, *Recht, Staat, Freiheit*, Erweiterte Ausgabe (2006), S. 37 Fn. 70.

49) Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5. Aufl. (1997), S. 91ff.

50) Bernd Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat* (2014), S. 44. Dubischar (주 12), 455는 그러한 의미에서 뤼터스의 『한계 없는 해석』 (주 18, 49)의 상세한 분석은 『원칙과 규범』에 대한 일종의 각론으로 분류될 수도 있을 것이라고 말한다.

51) 에쎈은 이후 뤼터스의 문제제기를 수용하기는 하지만(예컨대 VM 117, 130-131, 164), 그럼에도 비정치적 보통법학의 지향을 포기하지는 않은 것으로 보이며(예컨대 VM 84, 87), 따라서 양자 사이의 긴장관계는 해소되지 않은 상태로 남아 있었다고 생각된다.

52) Rüthers (주 49), S. 10ff. 및 Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie*, 7. Aufl. (2013), Rn. 796ff. 뤼터스가 즐겨 인용하는 헤크의 표현을 따르면, 이른바 객관적 해석이란 “하늘로 올려지면서 어떠한 [방향]결정의사로부터 절연되어 바람에 따르는 自由氣球”와 비교할 수 있다고 한다(Philipp Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *Archiv für die civilistische Praxis* 112 (1914), 1, 62 Fn. 87). 여기서 바람이 그 시대의 이데올로기 사조를 비유하고 있음은 분명하다.

53) Arthur Taylor von Mehren, “Buchbesprechung”, (*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 22 (1975), 548-549.

(4) 비판: 순수법이론

법원리를 법질서의 일부분으로 받아들이는 에씨의 입장은 법실증주의 특히 켈젠의 순수법이론과 충돌할 수밖에 없을 것이다.⁵⁴⁾ 켈젠은 사후에 『규범의 일반이론』(1979)으로 출판되는 유고의 일부에서 에씨의 『원칙과 규범』에 대해 비판적인 견해를 표명한다.⁵⁵⁾

우선 켈젠은 법규범이 입법에 의해서뿐만 아니라 재판에 의해서도 창설될 수 있다는 것 그리고 그러한 재판이 도덕, 윤리, 사회상규 등에 의해 영향을 받을 수 있다는 것을 인정하며,⁵⁶⁾ 그러한 한도에서 에씨의 견해와 크게 차이를 보이지는 않는다. 그러나 재판에 의해 법규범이 창설되는 것은 에씨의 견해처럼 원리가 재판을 통해 구체화되고 실정화되어서가 아니라, “형식적 실정법적 원칙인 기관력의 원칙에 의해서” 그러한 것이다. 즉 “판결이 효력을 갖는 이유는 기관력에 관한 형식적 실정법 원칙에 있는 것이지, 그 판결에 영향을 미친 도덕, 정치 또는 사회상규의 원칙에 있는 것은 아니다.”⁵⁷⁾ 물론 도덕 등이 판결에 강하게 영향을 주는 이상 마치 원리에 입각한 것처럼 보이는 판결이 있는 것은 사실이다. 그러나 “유사한 사안은 늘 유사하게 다루어지고 있으며, 이것이 기관력의 원칙에 의해 유효하게 된다는 사실에 기해서, 그 판결에 영향을 미친 원리에 부합하는 내용을 가진 일반적 법규범은 창설되는 것이다. 그렇지만 그 경우에도 일반적 법규범의 내용과 부합하는 도덕, 정치, 사회상규의 원리는 의연히 이 일반적 법규범과는 다른 규범으로 남는다.”⁵⁸⁾ 요컨대 켈젠의 규범이론에 따라, 재판에 의해 창설되는 규범은 원리가 아닌 다른 규범 즉 기관력 규범에 그 기초를 두는 것이다. “도덕규범에 맞게 정립된 법규범도 도덕규범과는 구별해야” 하며, 그래서 원리가 실정법으로 변환된다고는 말할 수 없다.⁵⁹⁾ 원리는 도덕규범의 차원에서 존재할 뿐이며, 재판의 기속력 없는 ‘동기’에 불과하다.⁶⁰⁾ 도덕규범에 따르지 아니한 판결도 효력을 가지는 것

54) 자세한 내용은 Ewald Wiederin, “Regel-Prinzip-Norm: Zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Josef Esser”, *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, hrsg. von Stanley L. Paulson und Robert Walter (1986), S. 137ff. 참조.

55) Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), S. 92ff. 해당 부분은 한스 켈젠, “법규범과 법원리: 에씨의 변환이론” (장영민 역), *이대 법학논집*, 제8권 제2호(2004), 233면 이하에 번역되어 있다. 아래에서는 이 번역에 따라 인용한다.

56) 이미 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960), S. 242ff. 참조.

57) 켈젠(주 55), 233면.

58) 켈젠(주 55), 234면. 235, 238면도 참조.

59) 켈젠(주 55), 238면.

이다.⁶¹⁾ 그러므로 에쎈가 법형성에서 원리나 사물논리 등을 강조하는 이상, 에쎈의 이론은 결국은 은폐된 자연법론에 다름 아니라고 한다.⁶²⁾

그러나 이러한 켈젠의 비판에 대해 이는 에쎈의 개별 표현에 집착한 비판이라는 지적도 있다. 에쎈 역시 원리는 실정화되지 아니한 영역에서는 단순히 지침으로만 기능할 뿐이고 실정법이 되기 위해서는 입법이나 재판 등을 통해 제도화되어야 한다는 점을 강조하고 있기 때문에, 자연법적 요소는 상당부분 포기되어 켈젠이 생각하는 것보다는 법실증주의적이라는 것이다.⁶³⁾ 이러한 지적은 타당하다고 생각된다. 실제로 예컨대 바인베르거는 그의 제도적 법실증주의의 관점에서 법규범과 법체계의 배후에 있는 정의요청인 원리가 제도화되어 있어 (특히 어려운 사건에서) 법판단에 도움을 주는 이상 이를 법질서에 포함시키고 있는데,⁶⁴⁾ 이는 에쎈의 견해와 상통한다고 보인다. 그렇다면 에쎈의 이론은 자연법론과 법실증주의의 어느 하나에 해당한다기보다는, 역시 양자의 단점을 극복하기 위한 절충적인 학설로 보는 것이 타당하다고 하겠다.⁶⁵⁾

(5) 비교: 드워킨의 원리론

마지막으로 『원칙과 규범』의 영향사와 관련되지는 않지만, 현재의 시점에서 이후의 논의 전개를 살펴볼 때 드워킨을 언급하는 것이 의미가 없지 않을 것이다. 『원칙과 규범』에서 개진된 에쎈의 이론이 대략 20여 년 후 영향력을 획득하게 될 드워킨의 원리 이론의 상당부분을 선취하고 있음을 확인할 수 있기 때문이다.⁶⁶⁾ 작용방식이 서로 다른 규범(규칙)과 원리가 모두 법질서에 포함된다는 것, 법판단

60) 켈젠(주 55), 235면.

61) 켈젠(주 55), 239면.

62) 켈젠(주 55), 240면.

63) Wiederin (주 54), S. 155f.

64) Ota Weinberger, "Einleitung" in Donald Neil MacCormick/Ota Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus* (1985), S. 33f; ders., *Norm und Institution* (1988), S. 96f.

65) Alexander Heinold, *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy* (2011), S. 46 참조.

66) 이에 대해 José Antonio Ramos Pascua, "Die Grundlage rechtlicher Geltung von Prinzipien – eine Gegenüberstellung von Dworkin und Esser", *Prinzipien des Rechts*, hrsg. von Giuseppe Orsi u. a. (1996), S. 7ff.; András Jakab, "Prinzipien", *Rechtstheorie* 37 (2006), 49ff.; Ralf Poscher, "The Principles Theory", *Institutionalized Reason*, ed. by Matthias Klatt (2012), p. 218 sqq.

의 정당성은 단순히 규범(규칙)에만 근거할 수는 없으며 오히려 원리의 형태를 가지는 윤리적 요청에 의해서 지지된다는 것, 원리들은 개별사건에 직면해서 그때그때의 비중에 따라 결론에 조력한다는 것⁶⁷⁾ 등 양자의 견해는 같은 방향을 지시한다고 보인다. 그러나 이러한 공통점에도 불구하고 둘 사이에는 중요한 차이도 없지 않다. 무엇보다 원리는 드워킨에게 있어서는 사회의 도덕적 가치를 반영하는 요청으로서 법관을 구속하며, 그러한 구속에 의해서 법에 따른 정당한 결론을 보장한다. 그에 반해 에쎄에 있어서 원리는 그러한 사회윤리적인 성격보다는 법질서에 반영된 평가요소로서의 성격을 가지며, 재판에서 단순히 지침으로 기능하여 구속력을 가진다고 말할 수 없다. 즉 전자에 있어서 원리는 그 자체로 구속력을 가지는 법질서의 부분임에 반해, 후자에 있어서 원리는 개별사안해결과 도그마틱의 도움을 받아 실정법으로의 전환절차를 거치면서 제도화될 때 구체화되어 실정법질서의 일부가 된다. 그러한 의미에서 드워킨이 법관의 재량을 부정하고 모든 법률 문제에 대해 하나의 올바른 해답이 있음을 강조함에 반하여,⁶⁸⁾ 에쎄는 법발견 과정에서 의지적인 요소와 직관이 차지하는 비중을 경시하지 아니한다.⁶⁹⁾ 또한 에쎄에 있어서도 원리의 역할이 어려운 사건에서 특히 두드러지는 것은 사실이지만, 그에 한정되지 아니하고 법발견 작업 전체에 걸쳐 평가적으로 작용한다고 이해한다.⁷⁰⁾ 그러나 이런 차이에도 불구하고 보다 중요한 것은 두 이론가의 공통점일 것이다.⁷¹⁾ 즉 원리와 규범의 작용방식을 구별하고 법적용·법형성에 원리가 가지는 의의를 강조하였다는 점에서 두 사람은 이후 전개될 현대적 원리 이론의 선구자들과도 할 수 있으며, 1950년대 중반에 이를 포착하여 비교법적 분석을 통해 실증한 에쎄의 업적은 강조될 가치가 있다고 보인다. 특히 사법학자의 관점에서 본다면, 소수의 판결과 일상적인 예시를 가지고 논의를 진행하는 드워킨과 비교할 때 압도적인 분량의 각국 재판례를 통해 이를 실증하는 에쎄의 분석이 주는 인상은 더욱 강력한 것이라고 말할 수 있다.

67) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 22 sqq. = 법과 권리, 염수균 역 (2010), 85면 이하.

68) Dworkin (주 67), p. 31 sqq., 279 sqq. = 100면 이하, 519면 이하.

69) 이 점에서 에쎄는 오히려 드워킨의 비판자들의 견해에 접근한다. Wiederin (주 54), S. 156; Pascua (주 66), S. 21ff. 등. Köndgen (주 7), S. 114 Fn. 51도 참조.

70) Köndgen (주 7), S. 114 Fn. 51.

71) Jakab (주 66), 50.

2. 『원칙과 규범』에서 『선이해와 방법선택』으로

(1) 새 저술의 목적

에쎈는 『원칙과 규범』 이후에 계속된 방법론적 성찰을 『법발견에서 선이해와 방법선택』으로 출간한다. 이 두 저서 사이에 어떠한 사상적 단절이 있는 것은 아니다. 에쎈는 옛 책에서 이미 전개한 생각을 더 깊이 천착한 다음 새 책에서 다른 문제 설정 하에서 제시하고 있으며, 그러한 의미에서 둘 사이에는 내용적인 연속성이 인정된다. 다만 저자의 의도 내지 책의 성격이 다르다. 앞의 책은 옛 사고를 가진 독자에게 새로운 사고의 지평을 열어주기 위한 과감하고 야심만만한 저술임에 반해, 뒤의 책은 여전히 옛 사고에 집착해 현실을 직시하지 못하는 독자에게 기존의 방법론이 유지될 수 없음을 보이는 도발적인 논쟁서라고 할 수 있다(RG 360도 참조).⁷²⁾ “주제범위는 당시의 비교법적인 부분을 제외하면 『원칙과 규범』과 일치한다. 다시금 ‘법률에 기해’ 법을 적용한다는 사고에 대한 비판이 문제되고 있다. [...] 그러나 이제 제기된 과제는 훨씬 더 크다. 법발견 과정에서 원리의 작용에 대해 ‘현실적인 것’을 발언할 뿐만 아니라, 오히려 법발견 사고 전체를 ‘비현실적인 방법론 도식’으로부터 해방하고자 하는 것이다.”⁷³⁾ 이러한 과제를 위해 앞의 책에서는 프랑스 과학학과, 미국의 사회학적 법학과 법현실주의, 피벡(Viehweg)의 도픽적 법학이 그의 우군이었던 반면, 뒤의 책에서는 가다머의 철학적 해석학과 루만의 사회학적 체계이론이 그의 우군이 된다. 즉 해석학적 선이해 그리고 체계로서의 법질서 구상이 전통적 법학방법론 전반에 미치는 (파괴적인) 영향을 음미하는 것이 바로 이 책의 과제라고도 말할 수 있다. 아래에서는 『원칙과 규범』과의 관련성을 살펴보는 한도에서 『선이해와 방법선택』의 내용을 간략하게 서술하기로 한다.

(2) 선이해와 법발견

(가) 에쎈는 종래의 법학방법론이 법관에게 도움을 주지도 못하고 그 재판에 대한 적절한 통제기제를 제공하지도 못한다는 사실에서 출발한다. 그는 어떠한 요소들이 법판단의 정당성 이해를 규정하는지 그리고 그러한 정당성 이해가 해석수단의 선택과 사용에 어떠한 영향을 주는지에 대한 연구는 거의 행해지지 않았다고 말한다(VM 7-8). 그리고 이러한 과제에 접근하기 위해 선이해(Vorverständnis)⁷⁴⁾의

⁷²⁾ Köndgen (주 7), S. 116.

⁷³⁾ Dubischar (주 12), 466-467.

유래와 통제라는 문제를 제기한다. 당시 철학적 해석학에서는 인간의 이해가 순환

- 74) 선이해 개념에 대한 문제제기는 하이데거의 『존재와 시간』(1927)에서 이루어졌다. 이 책에서 하이데거는 종래의 존재론이 존재자의 해명에 머물렀음을 비판하면서, 존재자와 존재의 구별(“존재론적 차이”)을 전제로 무엇이 있다고 할 때 그 있음[存在] 자체의 의미를 물어 가는 기초존재론을 시도하였다(Martin Heidegger, *Sein und Zeit* (1927), 18. Aufl. (2001), S. 5ff. = **존재와 시간**, 소광희 역(1995), 9면 이하). 여기서 그는 ‘있음’[存在]의 의미를 밝히기 위해 자신의 존재를 문제 삼는 유일한 존재자인 인간을 현존재(Dasein) 즉 존재(Sein)가 거기 드러나는(da) 존재자로 이해한 다음, 그 현존재의 존재방식(실존범주)을 밝힘으로써 존재의 의미를 보이게 하였다(S. 15ff. = 25면 이하). 그에 따르면 현존재는 세계-내-존재(In-der-Welt-Sein)로 나타나며, 그중 세계의 “안에 있음”[內-存在] 즉 세상 속에서 드러나는 두 존재방식이 상황성(Befindlichkeit)과 이해(Verstehen)라고 지적된다(S. 133 = 197면). 그러므로 이해는 이전의 해석학이 생각했던 것처럼 단순한 지적인 인식작용이 아니라, 현존재가 세계-내-존재로서 열려 드러나는[開示] 현존재의 존재하는 모습이다(S. 142f. = 210-211면). 그런데 이렇게 현존재가 이해를 통해 세계 속에서 열려 드러난다는 것은 세상에 던져져(geworfen) 있는 현존재가 열려 있는 가능성[存在-可能]으로서 자신을 던져-나가는 것[企投](Entwurf)을 의미하며(S. 144f. = 213면 이하), 그렇기 때문에 이해는 ‘앞서’ 내지 ‘먼저’[先]의 구조(Vor-Struktur) 즉 순환적인 구조를 가진다. 즉 이해는 어떤 것을 어떤 것이라고 해석하는 작용인데, 이는 해석되어야 하는 존재자를 먼저 일정한(맥락) 지평과 관련지우고, 특정 해석 가능성을 겨냥해서 그에 접근하면서, 이로써 존재자를 파악 즉 개념성을 부여한다(S. 150f. = 220-221면). 그래서 이해는 해석으로서 본질적으로 앞서-잡아(Vorhabe), 앞서-보며(Vorsicht), 앞서-파악하는(Vorgriff) 세 가치를 기저로 삼는다고 한다. 이렇게 이해의 순환적인 구조(“해석학적 순환”)를 밝힌 것은 해석학에서 하이데거의 결정적인 공로로 평가되는데, 이러한 구상을 이른바 실존론적 해석에 기초한 非神話化라는 자신의 성서해석학에 수용하면서 ‘선이해’(Vorverständnis)라는 표현을 만든 사람은 개신교 신학자 볼트만이다(Jean Grondin, *Introduction to Philosophical Hermeneutics* (1994), p. 92; 볼트만과 하이데거의 인적인 교류 및 영향관계에 대해서는 우선 Konrad Hammann, *Rudolf Bultmann. Eine Biographie*, 2. Aufl. (2009), S. 192ff. 참조). 즉 “모든 이해하는 해석의 전제조건은, 텍스트에 직접적 또는 간접적으로 표현되어 있고 물음의 방향을 이끌어 가는 사태에 대한 삶의 선행적 관계이다. 텍스트와 해석자가 얽혀 있는 그러한 삶의 관계가 없다면 물음도 이해도 가능하지 않으며, 묻는다는 동기조차도 없을 것이다. 이것은 모든 해석은 언급되고 있거나 물음이 제기되고 있는 사태에 대한 일정한 선이해에 의해 필연적으로 지지되고 있다는 것을 말한다”(Rudolf Bultmann, “Das Problem der Hermeneutik” (1950), *Neues Testament und christliche Existenz*, hrsg. von Andreas Lindemann (2002), S. 239 = “해석학의 과제”, **성서의 실존론적 이해**, 유동식·허혁 역(1969), 86면. 또한 “Ist voraussetzungslose Exegese möglich?” (1957), aaO., S. 263 = “전제 없는 주석이 가능한가?”, **학문과 실존 I**, 허혁 역(1980), 139면: “사태에 대한 삶의 관계에 기초한 일정한 이해는 주석에서 항상 전제되어 있으며, 그러한 한에서 어떠한 주석도 무전제하지 아니하다. 나는 그러한 이해를 ‘선이해’라고 부른다.”). 이어서 가다머는 1960년대에 강력한 영향력을 행사한 주저 『진리와 방법』(1960)에서 이상의 접근을 “이해의 조건으로서 선입견(선판단, Vorurteil)”, “영향사 원리” 등의 구상으로 상세하게 해명하면서 확충하였다(Hans Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode in Gesammelte Werke*, Band 1 (1990), S. 281ff., 305ff. = **진리와 방법 2**,

적 구조(이른바 “해석학적 순환”)를 가지고 있다는 인식에 기초하여⁷⁵⁾ 이해과정을 새로이 해명하려는 시도가 일반화되어 있었다.⁷⁶⁾ 그에 따르면 인간은 역사적·문화적·개인적으로 이미 습득되고 체현된 다양한 영향을 기초로 한 이해의 지평을 가지고 있으며, 인간은 이해 과정에서 그러한 지평을 전제로 하여 대상에 접근하고 그 결과가 다시 이해의 지평에 영향을 미친다는 것이다. 그러므로 인간의 이해는 객체에 내재한 고정된 의미를 주체가 그대로 인식하는 활동이 아니라 인간이 이미 과거의 전통과 대면하여 가지고 있는 선이해 내지 선판단을 가지고 해석대상과 마주치는 이해 과정을 통해 새로운 의미내용을 발견해가는 과정으로 파악된다.⁷⁷⁾

에쎈는 법관의 법판단이 이러한 선이해를 전제로 해서만 가능하다는 사실을 인정할 때 종래의 법학방법론은 유지될 수 없다고 생각한다. 즉 법관은 이전의 일체의 학습과정과 사회화과정을 통해 일정한 선이해를 가지고 있다(VM 10, 118, 140). 따라서 법관이 사실과 규범을 이해하고자 할 때 필연적으로 이해의 배경이 되는 지평이 존재하고, 법판단 역시 그로부터 방향지시를 받는다(VM 22, 122, RG 353, 356-357). 즉 법관은 선이해를 바탕으로 무의식적으로 사건 기록으로부터 일정한 요소들을 적출하여 사실관계를 구성하고, 그와 동시에 적용될 규범들의 후보들을 정해두며, 이러한 작업은 다시금 이해과정에 영향을 미친다(VM 134; 유추에 대해 VM 183). 특히 선이해가 지시하는 사건의 해결방향이 이 과정에서 사실관계 확정과 규범 이해 사이에서 상호작용한다(VM 137-139, RG 353-354). 법적용이 종결될 때까지 즉 법관이 해결이 타당하다고 확신할 때까지 선이해는 이해과정을 이끌어간다. 사실관계와 규범 사이의 시선의 왕복⁷⁸⁾이 무한공전하지 않을 수 있는 이유도 선이해의 제어에서 찾을 수 있다(VM 79, 81).

이러한 인식에 비추어 본다면 법학적 삼단논법과 고전적인 해석기준(문법적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석, 역사적 해석)은 실제로 법발견과정에 조력하는 것도 아니고 이를 통제하고 있는 것도 아니다. 법관은 선이해에 기초해 대전제인 규범을 스크린하고, 소전제인 사실관계를 확정한다. 그 과정에서 대전제인 규범의 내용 역시 선이해에 따라 규범목적을 실현하는 방향의 정당한 결론에 비추어 특정되고

임흥배 역(2012), 152면 이하, 184면 이하). 에쎈가 『선이해와 방법선택』에서 출발한 지점은 바로 여기이다.

75) 예를 들어 Gadamer (주 74), S. 307 = 186면. 주 74 참조.

76) 우선 양친수, “철학적 해석학과 법해석학”, **동아법학**, 제44호(2009), 1면 이하 참조.

77) 예를 들어 Gadamer (주 74), S. 301 = 179면.

78) Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. Aufl. (1960), S. 15.

(VM 30-32, 43-73, 172-173, 182, RG 354, 375-376) 그에 맞추어 해석기준이 선택된다(VM 125-126, 128-129, RG 358-359; 앞의 III. 2. (2) (나) 참조). 이러한 이해와 법적용의 순환적 성격에 관한 예씨의 인식은 이미 『원칙과 규범』에서도 여러 차례 시사된 바 있었다(GN 47, 54, 172, 193, 201, 207, 236, 256, 262, 302 등, RG 281, 282; 앞의 III. 4. (2) (나) 참조). 다만 그것이 이제는 철학적 해석학의 지배적 견해에 의해 정당화되고 있을 뿐이다.⁷⁹⁾

(나) 법관의 법발견이 이상과 같이 선이해를 배경으로 이루어지고 그래서 기존의 법학방법론이 현실적인 조력과 통제를 제공할 수 없다면, 이제 법적용의 정당성은 어떻게 담보될 수 있는가의 문제가 피할 수 없이 제기된다. 예씨는 여기에 대해 두 가지의 통제기준을 제시하여 법판단의 합리성을 확보하고자 한다(VM 19). 우선 법판단은 구체적인 사건에서의 해결로서 합리성을 가지고 있어야 하며, 이는 그러한 해결이 그 사회공동체에서 합의가능한지 여부에 의해 판단된다(VM 23, 27-28, 83-84, 118, 155, 169). 즉 어떤 해결이 합의가능성(Konsensfähigkeit)이 있다고 인정될 때 그것은 법체계 외부에서 갈등의 형태로 나타나는 복잡성을 성공적으로 해소하면서 체계를 분화시키는 작용으로서 기능할 수 있는 것이다(VM 151 참조). 예씨는 이렇게 해결의 합의가능성을 기준으로 하는 통제를 정당성통제(Richtigkeitskontrolle)라고 부른다. 그런데 그에 따르면 이렇게 결론이 합의가능하다는 것만으로는 법판단의 합리성을 담보하기에 충분하지 않다. 법질서의 통일성과 법관의 법률구속이 보장되기 위해서는 법관의 판단이 법률의 규율 프로그램과 합치하는지 여부를 점검하는 추가적인 단계가 필요하기 때문이다. 그래서 예씨는 합의가능성을 기준으로 획득된 결론이 기존 도그마틱의 체계와 합치하는 방식으로 설명될 수 있어야 한다고 주장한다(VM 93, 122, RG 355-356, 370, 379, 383). 즉 합의가능하다고 판단되는 결론이더라도 (물론 도그마틱의 수정가능성도 전제로 하여) 도그마틱에 적절하게 편입되어 설명될 수 있어야 하며, 그렇지 않은 결론은 법체계의 통일성과 연속성에 반하는 결과로 기각되고 새로운 결론이 모색되어야 한다. 이렇게 도그마틱에 대한 합치가능성을 기준으로 하는 통제를 그는 정합성 통제(Stimmigkeitskontrolle)라고 부른다.

79) 예컨대 칸트의 판단력 개념을 전제로 이미 Gadamer (주 74), S. 36 = **진리와 방법 1**, 이길우·이선관·임호일 역(2012), 59면: “실제로 일반적인 것에 특수한 것을 포섭하는, 무엇인가를 어떤 규칙의 사례로 인식하는 판단력의 활동은 논리적으로 증명할 수 없다.”

『원칙과 규범』을 접한 사람이라면 그 내용이 새로운 형태로 제시되고 있음을 인식할 수 있을 것이다. 법관의 사건해결은 문제중심적으로 이루어진다(VM 154). 도그마틱이 문제설정을 명확히 해 주고 개별사안해결이 방향성을 지시함으로써 해결로 이끌어 가지만, 해결의 정당성은 원리적인 사고 즉 법질서에 체현된 사회공동체의 기대지평에 의해 담보된다(VM 26-27, 88, 104, 142, 152, 157, RG 376, 377; 원리적 사고의 선이해에 대한 영향에 대해 VM 41-42). 그런데 이 결론들이 일반화되어 도그마틱의 체계에 편입되면서 법체계의 통일성과 안정성이 유지되고(VM 89, 91, 158, RG 375), 그 과정에서 도그마틱은 수정·분화를 거치면서 생산성을 제고한다. 그리고 이렇게 갱신되는 도그마틱은 다시 선이해로서 원리적 사고에 영향을 미치고, 순환은 계속된다. 법발견은 법질서의 규율목적(“원리”)에 따른 평가적 사고에 의해 이루어지며, 도그마틱은 그 정당성을 보장하는 기제가 아니라 체계정합성을 통제하는 수단이다. 『원칙과 규범』에서와 마찬가지로, 여기에서도 문제중심적이고 토픽적인 방법과 체계중심적이고 도그마틱한 방법의 공존과 협력이 옹호된다(VM 27, 80, 135, 159).⁸⁰⁾

(다) 기본적으로 동일한 구상에서 출발하였음에도 불구하고 『선이해와 방법선택』은 그 논쟁적인 성격 덕분에 학계의 강한 반발에 직면하였다. 이에 대한 많은 비판을 상술하는 것은 본고의 범위를 넘어서는 과제일 것이다.⁸¹⁾ 그러나 개별적인 내용의 당부는 별론으로, 학계가 에쎄에 대한 비판에서 보여준 격렬함은 실제로 그가 전통적인 방법론의 아픈 곳을 건드렸다는 사실을 추측하게 한다.⁸²⁾ 이와 관련해 하퍼캄프의 흥미로운 설명을 참조할 수 있겠다. 그에 의하면 독일 민법전 제정 이후 민법학계에서는 민법전이 내용적으로 그리고 방법론적으로 그다지 성공적이지는 않다는 인식이 널리 공유되었고,⁸³⁾ 또한 예링의 비판 이래 종래 도그마틱

⁸⁰⁾ Schäfer (주 20), Rn. 794 참조.

⁸¹⁾ 다양한 비판을 소개하는 Vogel (주 7), S. 116ff.; Lyndel V. Prott, “Updating the Judicial ‘Hunch’: Esser’s Concept of Judicial Predisposition”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 26, No. 3 (1978), pp. 466-468 등 참조. 관련하여 지적할 점은, 실제로 이후 학계에서는 에쎄의 설명을 오해하여 수용하거나 비판하는 일이 자주 있었다는 사실이다. 오해에 기초한 수용의 폐해에 대해서는 Wolfgang Zöllner, “Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert”, *Archiv für die civilistische Praxis* 188 (1988), 85, 89-90, 오해에 기초한 비판에 대해서는 RG 420-421 참조. 예컨대 스스로 이 분야의 ‘표준서’라고 자임하는(S. V 참조) Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. (1995), S. 32의 비판도 에쎄 견해에 대한 잘못된 이해에 기초해 가상의 논적을 공격하고 있다.

⁸²⁾ Haferkamp (주 19), 88.

과 법학방법론에 대한 회의도 강하였다고 한다. 이러한 상황에서 학자들은 법률 구속을 받는 법관에게 충분한 자유공간을 확보해주어 민법을 현대화할 수 있게 하면서, 동시에 법관을 논리 이외의 다른 무엇인가의 구속을 받게 하려는 시도를 하게 되었다고 한다.⁸⁴⁾ 이러한 맥락에 따라 그는 20세기 민사법 영역의 방법론 역사를 구획하는 다섯 개의 사건을 언급한다. 에밀 라스크의 『법철학』의 출간(1905), 율리우스 빈더의 『법의 철학』의 출간(1925), 나치에 의한 『독일법 아카데미』의 설립(1933), 연방헌법재판소의 뤼트(Lüth) 판결(1958), 에씨의 『선이해와 방법선택』(1970)의 출간이 그것이다. 즉 법관의 법률구속을 완화하면서도 객관성을 담보하기 위해 신칸트학파적 이념, 헤겔주의적 공동체질서, 나치 이데올로기, 헌법상 기본권의 구속을 받게 하는 방법론적 시도가 행해졌던 것인데, 에씨의 『선이해와 방법선택』은 그러한 한 세기의 시도가 좌절되었음을 입증하는 사건이었던 것이다.⁸⁵⁾

V. 요약과 평가

1. 이상에서 살펴본 『원칙과 규범』을 중심으로 한 에씨의 견해를 그의 표현을 빌려 요약하면 다음과 같다.⁸⁶⁾ “잘 알려진 바와 같이 대륙의 법이론은 여전히 법률상 제도들의 해설과 도그마틱적 체계화에 집착하고 있다. 그것이 마치 현재의 법 전체인 것처럼 말이다. 그에 반해 ‘비교법학’의 관점에서 법률상 제도와 법전화된 법명제는 논리, 법원리, 법개념, 선례, 그 밖의 규칙 등 판단을 형성하는 요인과 자료 중 단지 하나의 범주일 뿐이다. 이들 모두가 ‘해석’ 그리고 ‘사안판단’ 내지 ‘사안분류’를 규정한다. 그 경우 ‘체계’의 통일성은 다수의 원리와 요인의 필연적인 대립관계 때문에 기성 법질서에 [주어져] 존재하지 아니하며, [오히려] 해석활동에서 그때그때 새로이 창출되어야 한다. 그렇기 때문에 법원리들도 단정하게 완결된 건축물의 정적 구성요소가 아니라, 토포스, 법적 평가의 선택관점, 승인되고 법적인 논증기초이다”(GN 20).

83) 이에 대해 Hans Schulte-Nölke, “Die späte Aussöhnung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch”, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1996 (1997), S. 10ff. 참조.

84) Haferkamp (주 19), 61-62.

85) Haferkamp (주 19), 88ff.

86) Dubischar (주 12), 443.

2. 『원칙과 규범』을 중심으로 전개된 에씨의 견해를 어떻게 평가할 것인가? 독일의 통설이 그 독창성을 인정하면서도 재판은 法源이 될 수 없으며(삼권분립) 법관의 작업은 법률의 참된 의미를 인식하여 따르는 것(법률구속)이라는 이유로 이를 거부하고 기존의 방법론을 유지하고 있다는 것은 이미 보았다(앞의 IV. 1. (2) 참조). 그러나 에씨는 바로 그 권력분립과 법관의 법률구속의 의미에 대해 새로운 이해를 제시하고 있는 것이므로, 통설의 비판은 전통적인 견해를 전제로 하여 기존 입장을 확인하는 것에 다름 아니라고 보인다. 게다가 무엇보다도 그러한 통설은 현대 대륙법 체계에서 법관법이라는 현상을 현실적으로 진지하게 검토하려는 에씨의 학문적 관심에 비추어 볼 때 여전히 나이브한 태도라는 느낌도 준다. 이는 에씨가 규범과 도그마틱의 의의를 경시한다는 비판에서도 마찬가지이다(앞의 IV. 1. (2) 참조). 앞의 서술에서 명백하게 되었지만, 에씨는 이익법학이 시작한 불가역적인 도그마틱 비판에서 출발하면서도 그 새로운 의의를 발견하려는 작업이기도 하기 때문이다(앞의 III. 4. (5) 참조).

반면 비정치적인 보통법적 법학에 의한 법적 안정성과 연속성 보장이라는 구상에 대한 일련의 비판은 분명 숙고할 점이 있다(앞의 IV. 1. (3) 참조). 에씨에게 호의적인 논자마저 지적하고 있는 바이지만, 법조계와 법학계의 도착적 왜곡을 무수하게 관찰한 20세기의 참혹한 경험 이후에 학자들의 공통의견(communis opinio doctorum) 즉 비정치적인 학설과 실무에 의해 보장되는 안정성과 연속성을 운위할 수 있을 것인가?⁸⁷⁾ 이러한 믿음 역시 통설의 삼권분립과 법률구속에 대한 믿음과 마찬가지로 나이브하다고 말할 수 있지 않을까? 이러한 고려는 법관의 법률구속에 대해 다시 한 번 생각할 여지를 남긴다.

물론 이것이 법률에 타당한 하나의 의미가 있고 법적용자가 이를 정확하게 인식한 다음 사안을 논리적으로 포섭해 적용한다는 기존의 전통적 견해로 회귀하지는 제안을 의미하지는 않는다. 법률의 규정이 일의적·구체적 규율을 포함하고 있는 것이 아니라 오히려 규율의 목적·방향과 그 전범적인 내용만을 정하고 있다는 것, 그래서 법률구속은 바로 그 규율 프로그램을 법관이 자신의 시대의 구체적인 문제와 대면해 실현할 것을 요청하고 있으며 그러한 의미에서 법적용은 의미의 인식이 아니라 생산이고 법관법은 법률의 일부라는 에씨의 예리한 지적은 존중할 가치가 있다고 생각된다. 그러나 이에 따른다고 하더라도 법률구속이란 결국 법률가의 양심에 따른 자기충실에 지나지 않는다는 그의 결론(앞의 III. 4. (3) (다) 참조)이 필

⁸⁷⁾ Dubischar (주 12), 461f., 465.

연적인 것은 아니다.

우리는 여기서 역사적 해석의 의의를 다시 발견할 수 있다고 보인다.⁸⁸⁾ 법규정의 역사적 전승 및 입법자의 규율의도가 항상 존중되어야 한다는 명제와 법규정은 새로운 시대의 분쟁해결을 위해 새로이 해석될 수 있어야 한다는 명제가 충돌할 때, 법해석학과 법이론의 입장에서는 결국 후자가 보다 타당하다고 말해야 할지도 모른다.⁸⁹⁾ 그러나 규정의 전승 및 입법자 의사가 확인되는 이상, 그것에 언제나 구속된다고 단정할 수는 없어도 적어도 현재의 타당성이 추정되어야 한다고는 말할 수 있지 않겠는가?⁹⁰⁾ 새로운 시대의 분쟁에 직면해 새로운 해석이 요구된다는 논증의 책임은 역사적 해석으로부터 벗어나려고 하는 측이 부담하는 것이 바람직하지 않겠는가? 양심에 따라 자신의 전통에 충실한 법률가라면, 자신의 시대의 요청에 직면하여 문제를 해결할 때에도 원칙적으로 역사적 전승 및 입법자의 규율의도를 존중해야 하며(법적용), 그것으로부터 벗어날 현실의 필요를 발견할 경우에 그에 구속될 수 없음을 논증하고 타당한 해결책을 제시할 부담을 가진다고(법형성) 이해할 수도 있지 않겠는가? 에쎈의 법발견 이론을 전제로 할 때에도, 의회의 우위를 인정하는 이러한 내용의 법률구속은 조화될 수 있을 것이라고 생각된다. 이렇게 이해한다면 그의 견해와는 달리 역사적 해석이 존중되는 법적용과 그로부터 조심스럽게 벗어나는 법형성은 개념적으로 구별할 수 있고 또 구별하는 것이 타당할 것이다.⁹¹⁾ 물론 이러한 방법이 있을 수 있는 거대한 시대의 이데올로기 조류에 맞서 과연 법질서의 倒錯을 예방할 수 있을지는 장담할 수 없다. 그러나 자유기구를 무작정 바람의 흐름에 맡기면서 목적지에 도달하기를 바라는 것보다는, 강한 바람에도 불구하고 헛될지도 모르는 방향조종시도를 해 볼 가치가 없지는 않을 것이다(주 52 참조).

투고일 2015. 12. 15	심사완료일 2016. 2. 17	게재확정일 2016. 2. 19
------------------	-------------------	-------------------

⁸⁸⁾ Rütters/Fischer/Birk (주 52), Rn. 796ff.

⁸⁹⁾ Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl. (2010), S. 133ff. 참조.

⁹⁰⁾ 아래의 내용에 대해 Arthur Meier-Hayoz in *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band I (1966), Art. 1 ZGB Rn. 154ff. 참조.

⁹¹⁾ 이러한 문제설정에 대한 상세한 논의를 포함해 특히 법률에 대한 상세한 이유서가 없는 경우가 많은 우리나라에서 이러한 구상이 어떠한 의미를 가질 수 있는지 등에 대해서는 별도의 고찰이 필요할 것이다.

참고문헌

- 곽윤직·김재형, **민법총칙**, 제9판(2013).
- 김형석, “소유물방해배제청구권에서 방해의 개념”, **서울대학교 법학**, 제45권 제4호(2004).
- 남기운, **법학방법론**(2014).
- 라펜츠, “방법론적인 문제로서 법관의 법형성”(김영환 역), **한양대 법학논총**, 제25권 제1호(2008).
- 양천수, “철학적 해석학과 법해석학”, **동아법학**, 제44호(2009).
- 이상영·김도균, **법철학**(2006).
- 이호정, “사회정형적 행위론의 연구”, **경제논집**, 제XIII권 제2호(1974).
- 최봉철, “법현실주의”, **미국학**, 제20호(1997).
- 켈 젠, “법규범과 법원리: 에씨의 변환이론”(장영민 역), **이대 법학논집**, 제8권 제2호(2004).
- 青井秀夫, **法理學概說**(2007).
- Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Recht, Vernunft, Diskurs* (1995).
- Aristotle, *Basic Works of Aristotle* (2001).
- Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band I (1966).
- Böckenförde, “Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts”, *Recht, Staat, Freiheit*, Erweiterte Ausgabe (2006).
- Bultmann, *Neues Testament und christliche Existenz*, hrsg. von Andreas Lindemann (2002).
- Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. (1991).
- Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. (1993).
- Dubischar, “Rechtstheorie als Literatur”, *Archiv für die civilistische Praxis* 171 (1971), 440.
- Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977 = **법과 권리**, 염수균 역(2010).
- Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. Aufl. (1960).
- Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* (1940), 2. Aufl. (1969).
- _____, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates* (1949).
- _____, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung* (1941), 2. Aufl. (1969).

- Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956), 2. Aufl. (1964).
- _____, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970), 2. Aufl. (1972).
- _____, *Wege der Rechtsgewinnung*, hrsg. von Häberle/Leser (1990).
- _____, *Lehrbuch des Schuldrechts* (1949); 2. Aufl. (1960); 3. Aufl. (1968/1969); 4. Aufl. (1970/1971).
- Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid* (1999).
- Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Band III (1976).
- Foljanty, *Recht oder Gesetz* (2013).
- Friedmann, "Book Review", *Columbia Law Review*, Vol. 57, No. 3 (1957), 449.
- Gadamer, *Wahrheit und Methode in Gesammelte Werke*, Band 1 (1990) = 이길우 등 역, **진리와 방법**, 전2권(2012).
- Goethe, *Sprüche in Prosa. Sämtliche Maximen und Reflexionen*, hrsg. von Harald Fricke (2005).
- Grondin, *Introduction to Philosophical Hermeneutics* (1994).
- Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“* (2004).
- _____, "Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen", *Archiv für die civilistische Praxis* 214 (2014), 60.
- Hammann, *Rudolf Bultmann. Eine Biographie*, 2. Aufl. (2009).
- Hartmann, *Ethik*, 4. Aufl. (1962).
- Heck, "Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz", *Archiv für die civilistische Praxis* 112 (1914), 1.
- _____, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932).
- Heidegger, *Sein und Zeit* (1927), 18. Aufl., (2001) = **존재와 시간**, 소광희 역(1995).
- Heinold, *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy* (2011).
- von Hippel, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik* (1964).
- Hoeren hrsg., *Zivilrechtliche Entdecker* (2001).
- Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, 4. Aufl. (2002).
- Jakab, "Prinzipien", *Rechtstheorie* 37 (2006), 49.
- Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel* (1972).

- Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache“*, 2. Aufl. (1982).
- Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960).
- _____, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).
- Köndgen, “Josef Esser”, in Grundmann/Riesenhuber (hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Band 1 (2007).
- Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl. (2010).
- Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. (1976) = 홍성방 역, **법발견의 이론** (2013).
- Lange, “Buchbesprechung”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1958), 662.
- Larenz, *Richtiges Recht* (1979) = **정당한 법의 원리**, 양창수 역(1986).
- Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. (1995).
- MacCormick/Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus* (1985).
- Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I*, 19. Aufl. (2010).
- von Mehren, “Buchbesprechung”, (*Rabels*) *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 22 (1975), 548.
- Mohnhaupt-Wolf, *Deliktsrecht und Rechtspolitik* (2004).
- Noack, *Carl Schmitt. Eine Biographie* (1993).
- Pascua, “Die Grundlage rechtlicher Geltung von Prinzipien – eine Gegenüberstellung von Dworkin und Esser”, *Prinzipien des Rechts*, hrsg. von Giuseppe Orsi u. a. (1996).
- Pauer-Studer/Fink (hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts* (2014).
- Plato, *Complete Works* (1997).
- Poscher, “The Principles Theory”, *Institutionalized Reason*, ed. by Matthias Klatt (2012).
- Prott, “Updating the Judicial ‘Hunch’: Esser’s Concept of Judicial Predisposition”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 26, No. 3 (1978).
- Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 13. Aufl. (1980) = **법학원론**, 정희철 역 (1982).
- Rheinstein, “Book Review”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 24, No. 3 (1957), 605.

- Rückert/Seinecke (hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 2. Aufl. (2012).
- Rüthers, *Entartetes Recht*, 2. Aufl. (1989).
- _____, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5. Aufl. (1997).
- _____, “Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug?”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1996), 1249.
- _____, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat* (2014).
- Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 7. Aufl. (2013).
- Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), 2. Aufl. (1993) = “법학적 사고방식의 세 유형”, *정치신학 외*, 김효전 역(1988).
- Schulte-Nölke, “Die späte Aussöhnung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch”, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996* (1997).
- Vogel, *Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis* (2009).
- Weinberger, *Norm und Institution* (1988).
- Wieacker, “Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel”, *Juristenzeitung* (1957), 701.
- Wiederin, “Regel-Prinzip-Norm: Zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Josef Esser”, *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, hrsg. von Stanley L. Paulson und Robert Walter (1986).
- Wolf, *Vom alten zum neuen Privatrecht* (1998).
- Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl. (2012).
- Zöllner, “Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert”, *Archiv für die civilistische Praxis* 188 (1988), 85.

<Abstract>

Josef Esser's Theory of Principle and Judicial Process

Kim, Hyoung Seok*

Among lawyers, there has been incessant disputes about the role which the courts paly in the judicial process. In face of the precedents' *de facto* binding force and the courts' instrumental approach to interpretive "canons", the academic methodology must be confronted with the necessary task of explaining these phenomena on theoretical terms. What does "obeying the law" mean in the judicial process? Do law and doctrine play a meaningful role in solving conflicts? In this context, one could find some useful clues from Josef Esser's theory of legal reasoning propagated in his magnum opus *Grundsatz und Norm* (1956). Here he convincingly shows that the casuistic approach assisted by legal principles is able to produce the concrete rules to be applied, whose dogmatization and systemization by academic theoreticians in turn give rise to new legal institutions. For a better understanding of his opinion, his academic career is described with a brief overview of his later polemical work *Vorverständnis and Methodenwahl* (1970).

Keywords: Josef Esser, legal principle, topos, casuistry, doctrine, institution

* Professor, College of Law / School of Law, Seoul National University.

