

20世紀 初頭 日本 民法學에서의 「判例」와 「法源」

— 스에히로 이즈타로의 所說을 중심으로 —

스기모토 다카히사(杉本好央)*

번역 : 李英美** · 文竣暎***

목 차

- I. 서론
- II. 스에히로 이즈타로의 判例論
 - 1. 스에히로 法學과 判例
 - 2. 스에히로의 判例論
- III. 프랑스 및 독일 법에서의 判例論
 - 1. 논의상황
 - 2. 프랑스법에서의 判例論
 - 3. 독일법에서의 判例論
- IV. 고찰

I. 서론

民法學의 주된 대상은 制定法인 民法典의 해석 및 적용이다. 그것들은 사회적 모습으로서는 재판소에 의한 판결의 형식으로 나타난다. 제정법이 주된 法源이라 할지라도 민법학은 재판소의 판결 또는 그 집적인 판례를 무시할 수는 없다. 하지만 판례를 법학의 시야에 두는 것이 필연적으로 판례에 제정법과

* 大阪私立大學 大學院 法學研究科 準教授.

** 明治大學 商學部 特任教授.

*** 부산대학교 법학전문대학원 조교수

동등한 일반적 구속력을 부여하는 것, 즉 判例의 法源性¹⁾을 긍정하는 것과 관련되는 것은 아니다. 판례의 법적 효력에 대해서는 현재도 논쟁이 있고, 법 개념의 기초적인 이해에 관계된다.

이 물음을 일본에서의 ‘근대 민법의 전개’ 속에 둘 때, 한 민법학자가 눈에 띄게 된다. 이 보고에서 거론하는 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎, 1888~1952, 1921년에 도쿄제국대학 교수)이다. 메이지 민법(1898)의 제정 후, 일본의 민법학은 독일법에서 유래한 개념과 이론을 가지고 들어오는 - 소위 ‘學說繼受’²⁾ - 수법으로 해석론에 열중하였다. 그것은 또한 법을 국가법만으로 한정시키고 그 무결합성을 전제로 연역논리적으로 결론을 도출하는 태도 - 소위 ‘概念法學’³⁾ - 를 동반하는 것이었다. 이와 같은 법학 상황 하에서 연구 생활을 개시한 스에히로였지만, 1918년에 시작한 구미 유학이 변화의 계기를 준다. 그 후 귀국한 스에히로는 판례의 중요성뿐만 아니라 그 법원성을 정력적으로 논하기에 이른다. 스에히로의 문제 제기는 당시의 민법학을 ‘轉回’시킴과 동시에 오늘날의 민법학에 통하는 것이었다.⁴⁾

이상과 같이 본 보고에서는 일본 민법학사의 중요한 한 장면을 이루는 스에히로 이즈타로의 所說 특히 판례의 법원성에 관한 논의를 검토하겠다. 우선 스에히로의 판례론의 개요를 그 논의 형식에 착목해서 확인하기로 한다(II). 그 다음에 일본과 같이 제정법 국가인 프랑스·독일법의 상황을 살펴보고 (III, 그것들과의 대비에서 스에히로의 판례론에서 보이는 특질을 밝히기로 한다(IV).

1) ‘法源’이라는 용어는 다의적인데, 본 보고에서는 당해 재판소의 소송당사자뿐 아니라 제3자 및 다른 재판소를 구속하는 규범, 바꿔 말하면, 재판소의 판결이 그에 따르는 것만으로 정당화되는 규범이라는 의미로 사용된다.

2) 北川善太郎, 『日本法學の歴史と理論』(日本評論社, 1968), 11면 이하.

3) 磯村哲, 「市民法學」, 同, 『社會法學の展開と構造』(日本評論社, 1975), 4면.

4) 星野英一, 「日本民法學史(2)」, 『法學教室』9號(1981), 14-15면; 水本浩, 「民法學の轉回と新展開」, 水本浩 / 平井一雄, 『日本民法學史・通史』(信山社, 1997), 179면 이하; 瀨川信久, 「民法の解釋」, 星野英一 編, 『民法講座』別卷1(有斐閣, 1990), 1면 이하 등.

II. 스에히로 이즈타로의 判例論

1. 스에히로 法學과 判例

귀국 직후에 간행된 교과서에서 스에히로는 자신의 법학구상을 대략 다음과 같이 서술하고 있다. 즉, 법률학에는 ‘있어야 할 법률’을 설명하는 부분과, ‘있는 법률’을 설명하는 부분이 있다. 이 중 후자는 일본의 민법전도, 일본의 전통적인 습속도 아니다. 일본 사회에 내재하는 법인 것이다. 법률학은 재판소의 판결을 통하여 ‘있는 법률’을 인식하고, 그 위에 ‘있어야 될 법률’을 세워야 한다.⁵⁾

스에히로 법학은, 일본의 현실 사회에 눈을 돌림으로써, 민법해석학을 넘어서 법사회학 분야에 미친다. 또 농촌 및 노동의 법적 관계의 해명에 눈을 돌려, 농민 및 노동자의 권리를 옹호하는 논진을 편다.⁶⁾ 판례연구도 그 일환이다. 도쿄제국대학 동료들과 함께 ‘民法判例 研究會(후에 民事法判例研究會)’를 설립한 스에히로는 그 설립 취지를 설명하는 글⁷⁾에서 일본 현실사회에 타당한 법을 아는 소재로서 판례의 중요성을 역설했다. 그리고 같은 글에서 동시에 판례가 法源이라는 것을 명언했다.

2. 스에히로의 判例論

1) 선구자들

하지만 스에히로에 앞서 판례의 법원성에 대해 논한 사람도 있었다. 예를 들

5) 末弘嚴太郎, 『物權法』上(有斐閣, 1921) 序論, 4-6면.

6) 스에히로 법학 전체상에 대해, 우선은 六本佳平·吉田勇 編, 『末弘嚴太郎と日本の法社會學』(法社會學, 2007)에 수록된 石田眞, 「末弘法學の軌跡」 및 瀨川信久, 「末弘嚴太郎の民法解釋と法理論」을 참조.

7) 民法判例研究會, 「民法判例研究會錄(一)」, 『法學協會雜誌』(이하 『法協』) 39卷9號(1921), 1598면. 이 글의 필자는 기재되어 있지 않지만 스에히로의 손에 의한 것으로 여겨지고 있다.

면, 개념법학의 대표자 중 한 명인 이시자카 오토시로(石坂晋四郎, 1877~1917, 1907년에 교토제국대학 교수, 1915년에 도쿄제국대학 교수)는 한 개의 판결은 당사자에 대하여 구속력을 가질 뿐이어서 법원이 아니지만, 그 판결이 재판소의 관행이 되어 관습법으로 인정되기에 이른 때에는 법률로서의 효력을 가진다고 논하고 있었다.⁸⁾ 또 스에히로의 선배동료인 호즈미 시게토(穂積重遠, 1883~1951, 1916년에 도쿄제국대학 교수)는 판례의 사실상의 구속력이라는 관점에서 일본에도 판례법이 존재한다고 논했다. 즉 어떤 재판소가 어떤 판결을 내리면 동일한 재판소는 이후 같은 실질(實質)의 사건에 대하여 같은 취지의 판결을 반복하고, 또 다른 재판소도 같은 취지의 판결을 내리는 경향이 있다. 더욱이 상급재판소의 판례가 있을 경우 하급 재판소는 반대의 판결을 내려도 상급심에서 파기될 것이라고 생각하여 그것에 따른다. 그리고 인민도 또한 같은 실질의 사건에는 같은 취지의 판결이 내려질 것이라는 예측 하에 행동하게 된다. 이렇게 하여 판례에는 사실상의 구속력이 있는 것이며 같은 취지의 판결이 거듭됨으로써 판례법이 생긴다고 하였다.⁹⁾

그러나 스에히로는 이들 견해에 만족하지 않았다. 스에히로는 다음과 같이 말한다. 선행의 판결에 후의 재판이 따른 것, 또는 상급재판소의 판결에 하급재판소의 재판이 따르는 경향은, 사실적 구속력을 보여준다. 그러나 그것은 판례의 법적 구속력을 설명하지는 않는다. 또 同種의 판결이 거듭됨으로써 관습법이 만들어 지는 경우도 분명히 있다. 그러나 관습법이 성립되는 것과 판례 그 자체가 법원성을 가지는 것은 별개의 문제이다. 판례가 법원성을 가진다고 한다면, 단 한 번의 판결도 법원성을 가진다고 말하지 않으면 안 된다.¹⁰⁾

8) 石坂晋四郎, 「法律ノ解釋及ヒ適用ニ就キテ」, 同, 『民法研究』第二卷(有斐閣, 1913), 192-193면.

9) 穂積重遠, 『民法總論(上卷)』(有斐閣, 1921), 40-41면.

10) 末弘嚴太郎, 「判例の法源性と判例の研究」, 同, 『民法雜記帳』, 上卷[日本評論新社, 1953(1941)], 24-27면.

2) 判例의 法源性

그렇다면 스에히로는 어떻게 하여 판례의 법원성을 긍정하였을까. 우선은 법률적 판단이라는 관점에서 논해졌다. 그 개요는 이하와 같다.¹¹⁾

재판의 거절을 금지하는 근대법 하에서 법률적 판단이 ‘법률에 의해’ 행해졌다고 말하기 위해 법률질서의 완전성이 상정된다. 스에히로에 의하면, 神의 법에 대신해서 국가의 법이 인간사회의 재판계 전부를 규율해야 한다는 근대적 세계관을 기초로 삼는 이 관념은, 근본적으로 잘못된 것이다. 법률질서의 근거는 오로지 국가로 환원될 수 있는 것은 아니기 때문이다. 또 당시에 일본에서는 증가하는 노동쟁의와 소작쟁의에 대한 판단에 직접적인 규준을 제공하는 실체법은 존재하지 않았다. 그와 같은 상황 하에서 법률질서의 완전성을 상정하는 것은 스에히로의 실증주의적 정신에 있어서는 너무나도 형이상학적인 것이었다.

이렇게 법률규범이 존재하지 않는 경우가 있으며, 그때에 판단자 스스로 판단규준을 창조하지 않으면 안 된다. 그런데 스에히로에게 법률적 판단은 입법자에 의한 것도, 재판관에 의한 것도, 본질적으로 동일하다. 어느 쪽의 법률적 판단이나 고차의 규범에 의해 구속되고, 또한 일정의 사회관계를 상정하며 행해지기 때문이다. 입법에 의한 법률적 판단과 비교해서 재판소의 판결은 고차의 규범에 구속되는 정도가 크며, 상정되는 사회관계가 한층 구체적이라는 차이가 있는 데 불과하다. 입법자가 부여하는 법률규범은 추상적 사회관계를 대상으로 삼고 있는 데 불과하기 때문에, 구체적 사건에 관계하는 재판관은 정도의 차이는 있지만 항상 새로운 법 규범을 창조해야 한다.

재판관에 의한 법창조가 이루어지는 때에 스에히로는 구체적 사회관계를 중시한다. 그에 의하면 법 창조의 기초는 재판관이 자기 앞에 놓인 사건을 정형화하여, 바꿔 말하자면, 구체적 사회관계로서 파악하는 것이다. 이 작업을 통해

11) 末弘, 앞의 주(10)에 덧붙여, 末弘嚴太郎, 「法律解釋に於ける理論と政策」, 同, 『民法雜考』[日本評論社, 1932(1931)], 1쪽 이하를 참조.

서 재판관은 유사한 사건에서 동종의 판결을 가능하게 하는 새로운 법규범을 창조할 수 있기 때문이다. 스에히로 법학에서 재판관이 만들어 내는 것은 구체적 사회관계와 밀접하게 묶여있는 구체적인 법률규범이다.

그러면 이와 같은 구체적 법률규범인 판결이, 나중의 재판의 정당화 근거 즉, 法源이 되는 것은 왜일까? 스에히로는 司法政策이라는 관점에서 이를 설명한다. 즉 법률적 판단에 즈음하여 재판관은 정도의 차는 있지만 항상 새로운 법규범을 창조해야 하며, 이 때 재판관은 다양한 사항을 고려해야 한다. 판례는 그 중 하나이다. 재판관은 司法의 일부이며, 法的 安全의 확립이 사법에 대한 정치적 요청이므로 재판관은 판례를 중시하여 그것과의 조화를 유지할 직무상의 의무를 지닌다. 따라서 재판관은 법창조를 하는 때의 하나의 기준으로서 판례에 주의하지 않으면 안 된다, 라고

3) 法源論과 判例

재판관에 의한 법창조와 결부시키는 형태로 긍정된 판례의 법원성은, 法源論이라는 더 넓은 視點에서도 자리매김 된다.¹²⁾ 스에히로는 해석법학에서의 法源을 系列과 階層이라는 두 개의 관점에서 구분한다. 계열에 관해 말하면, 한편으로는 해석법학의 대상인 법률질서에서 당연히 법적 타당성을 가지는 法源(구체적으로는 제정법)이 있으며, 다른 한편으로는 해석법학이 봉사하는 정치의 정책적 요구에 의해 法源的 가치를 부여받는 法源(구체적으로는 관습과 취업규칙)이 있다. 이 두 가지의 법원이 구분되는 것은, 각각의 근본규범이 다르기 때문이다. 제1의 법원은 국가의 통제력을 근본규범으로 삼는데 반해, 제2

12) 이하에 관해서는, 앞의 주(10) 및 (11)에 덧붙여, 末弘嚴太郎, 「解釋法學に於ける法源論について」, 同, 『民法雜記帳』上卷[日本評論新社, 1953(1933)]; 末弘嚴太郎, 『法學入門』(日本評論社, 1934), 60면 이하를 참조.

* 역주: 法例(1897년, 법률 제10호) 제2조 “公의 질서 또는 선량한 풍속에 반하지 아니 하는 관습은, 법령의 규정에 의하여 인정한 것 및 법령에 규정이 없는 사항에 관한 것에 한하여 법률과 동일한 효력을 가진다.”

계열의 규범은 사회의 통제력을 근본규범으로 삼는다. 이들 근본규범을 최상위로 삼아 개개의 규범이 계층적으로 구성된다.

제1 계열에 있는 법원이 국가적으로 타당한 것에는 문제가 없다. 문제는 제2 계열의 법원이 국가에 의해 효력을 부여받는 것은 왜일까 하는 점이다. 그 이유는 국가의 정책적 고려에 의해 설명된다. 예를 들어, 관습을 법원으로 삼는 法例 제2조*는, 국가가 그 정책적 고려로부터 사회규범을 국가적으로 차용해서 타당케 하는 규정이다. 판례의 법원성도 이와 같은 식으로 설명된다. 즉 재판소가 구체적 사회관계를 규율하는 규범을 창조한 이상, 법적 안전의 유지라는 사법정책 때문에 -이것은 ‘類推’라는 해석방법과 동일시된다-, 동종의 구체적 사회관계에는 그 규범을 적용하여 같은 판결을 내려야 한다.

이로부터 스에히로는 다음과 같은 세 가지가 도출된다고 한다. 첫째, 판례의 법적 가치는 오로지 법적 안전의 유지에 있으므로, 법적 안전의 요구에 대해 법적正義의 요구가 승리하면 선례의 구속성은 부정된다. 둘째, 한 번의 판결이라도 판례법을 만든다. 셋째, 법적 안전 유지의 최고책임자인 大審院은 쓸데 없이 하급재판소의 판결을 뒤집는 것은 허용되지 않으며, 때문에 하급재판소의 판결일지라도 판례법을 창출한다.

Ⅲ. 프랑스 및 독일 법에서의 判例論

1. 논의상황

현재의 독일에서는 판례의 법원성을 부정하는 것이 압도적인 통설이다. 선례의 사실적 효력(faktische Wirksamkeit)과 규범적 구속력(normative Verbindlichkeit)이 준별되어,¹³⁾ 판례는 단순한 법의 認識源일 뿐이다.¹⁴⁾ 이와 대하여 프랑스에

13) K. Larenz, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: H. W. Fasching/W. Kralik (Hrsg.), Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, 1969, S.249.

서는 견해가 나뉜다. 부정설은 法律主義 내지 一元主義(juridique et moniste), 부정설은 現實主義 내지 多元主義(réaliste et pluraliste)라고 불리는데,¹⁵⁾ 현재는 후자가 유력하다 한다.¹⁶⁾

스에히로가 활약한 20세기 초두의 논의에 눈을 돌리면 판례의 법원성은 관습법과의 관계에서 논해진다. 예를 들어, Planiol/Ripert는 재판소에 의한 관습법의 생성을 긍정하고,¹⁷⁾ Kohler는 관습법의 주된 원천은 예로부터 재판관행에 있었다고 하며 재판소에 의한 관습법의 성립을 논한다.¹⁸⁾ 따라서 필요한 한도에서 관습법의 역사적 전개에 들어가 본다.

2. 프랑스법에서의 判例論

1) 慣習法論의 전개

자연법론의 영향을 받아 법체계를 정비한 근세 프랑스에서는, 법은 자연법과 실정법으로 구분된다. 실정법을 구성하는 제정법은 주권자의 권위(autorité)에 의해 정의된다. 이 관념은 중세로부터 행해진 관습법의 법전화를 기초로 삼으면서도, 관습법에도 轉寫된다. 중세의 관습법론에서는, 관습법의 요소는 (1) 장기의 계속적인 관행, (2) 인민에 의한 승인, (3) 관행의 합리성이었는데, 근세에 이르면 (4) 왕의 권위가 부가된다.¹⁹⁾

프랑스 혁명에 의해 자연법을 기초에 두면서 민법전(1804)이 제정된다. 관습법의 요소에 왕의 권위를 드는 근세적 이해에 의하면, 입법 권력이 귀추를 좌

14) G. Robbers, Einführung in das deutsche Recht, 3. Aufl., 2002, S.23 f.

15) Ph. Malaurie/ P.Morvan, Droit civil, Introduction générale, 2003, p.248-248, n° 346.

16) N. Guimezanes, Introduction au droit français, 2. Aufl., 1999, p.32 f.

17) M. Planiol/ G.Ripert, Traité élémentaire de droit civil, 11^e éd., t. 1, 1928, p.7, n° 14 B.

18) J. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1904, § 33, S.110 ff.

19) B. Basdevant-Gaudemet/J. Gaudemet, Introduction historique au droit, XIII^e-XX^e siècles, 2000, p.69-72, no 55-57 et p.261-262, n° 279.

우하게 된다. 또한 근대화의 시도에 있어 신분제적 전통의 온상인 관습과 판례는 장애가 된다.²⁰⁾ 이렇게 하여 민법전을 시행하는 1804년 3월 21일 법률에 의해, 관습은 민법에서 개별적으로 규정된 것을 제외하고 효력을 잃게 되었다²¹⁾. 또한 재판소의 역할은 의회가 정한 법률을 적용하는 데에 있고 판례는 일반적 규율을 산출하는 법원이 아니라고 생각되었다.²²⁾

자연법과의 관계를 별론으로 한다면, 이상과 같은 관념이 19세기 註釋學派를 지배한다. 제정법인 민법만이 법원이 되고 관습은 민법전의 개개의 규정에서 정해진 것을 제외하면 일반적인 구속력을 갖지 않으며, 또한 복수의 재판소가 일치해서 제공하는 일련의 해결인 판례 역시 일반적 구속력이 있는 법준칙이라고는 생각되지 않았다.²³⁾

2) 判例의 法源性

관습 및 판례의 법원성에 관한 논의가 전개되는 것은 19세기말에서 20세기 초두에 걸쳐서이다.²⁴⁾ 科學學派의 중심인물인 Gény는 法源을 實質的 法源과, 해석자의 판단을 지배하는 자격을 가진 권력의 명령인 形式的 法源으로 구분하고,²⁵⁾ 관습을 - 제정법에 대한 보충적인²⁶⁾ - 형식적 법원으로 인정하였다. 관습법의 성립요건은 두 가지이다. 하나는 物理的인 것으로서 장기간의 항상적

20) ゲアハルト・ディルヒャー, 海老原明夫 譯, 「慣習法の理論—旧ヨーロッパから近代へ」, 海老原明夫 編, 『法の近代とポストモダン』(東京大學出版會, 1993), 120면.

21) J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 1998, p.439.

22) 山口俊夫, 「フランス法における學說と實務」, 『ジュリスト』 756號, 156면.

23) C. Aubry/C. Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 1, 1869, § 23, p. 42-43 et § 39, p. 128-129; C. Demolombe, *Cours de droit civil*, t. 1, Bruxelles, 1847, p. 55, no 118.; F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 1, 2e éd., 1876, p.357-360, n° 280-281.

24) 이하의 기술은 野田良之, 「フランスにおける民事判例の理論」, 『法協』 75卷3號(1958), 233면 이하에 크게 의존하였다.

25) F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, 2^e éd., 1919 (1954), p.237, n° 91.

26) F. Gény, *supra* note 25, t. 1, p.406-417, n° 129.

인 慣行(usage)이다. 또 하나는 心理的인 것으로서 그 관행을 구속력이 있는 慣習(coutume)으로 특정하여 자격을 부여하는 法的인 確信(conviction)이다.²⁷⁾ 이상에 대해서 판례는 형식적 법원이 아니다.²⁸⁾ 판례를 독립적 법원으로 보는 것은 사법권에 의한 입법권의 침해이며, 또한 재판관의 法規制定的 判決을 금지하는 민법전 제5조*에 반하기 때문이다. 하지만 판례를 법원으로 삼는 길이 완전히 폐쇄된 것은 아니다. 판례 그 자체는 형식적 법원이 아니지만, 판례가 확립됨으로써 사람들의 확신을 낳고 그 사람들 간의 관행이 생성된다. 판례 그 자체는 법원이 아니지만, 관습법을 성립시키는 추진력이 된다.

Gény의 법원론을 계기로 판례의 법원성이 적극적으로 논하여지게 된다. 한편으로는 Gény에 뒤이어 판례의 법원성을 부정하는 견해를 볼 수 있다.²⁹⁾

다른 한편에서 판례의 법원성을 긍정하는 견해가 있는데 시대가 내려오면서 증대한다. 우선 판례의 법원성을 관습법으로서 인정하는 견해가 있다. 예를 들어 Lambert³⁰⁾는 관습법을 입법 이외의 법원이라는 광의로 파악하여, 확정판례 중에서 현대 관습의 주요한 존재형식을 찾아내어 판례의 법원성을 긍정한다. 부정설의 근거인 권력분립론에 대해서는, 이 원칙을 엄격히 해석하는 것은 中間法 時代의 역사적 조건에 기초한 것이며, 절대적인 것으로 이해할 필요는 없다고 반론한다. 또 민법전 제5조에 대해서는, 입법행위인 법규적 판결을 금지하였을 뿐, 판결에 법원성을 인정하는 것은 동조에 저촉하지 않는다고 한다.

두 번째로서, 판결을 관습유사의 법원으로 하는 견해가 있다. Capitant³¹⁾는 일련의 司法判決에서 생성되는 법은 그 성격에 의해 매우 명료하게 관습법과

27) F. Gény, *supra* note 25, t. 1, p.356-357, n° 119.

28) F. Gény, *supra* note 25, t. 2, p.33-53, n° 146-149.

* 역주: 프랑스민법 제5조 “법관은 그에게 회부된 소송사건에 대하여 일반적 효력을 가진 법규적 판결의 형태로 재판을 하여서는 아니 된다.”

29) J. Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, 2^e éd., 1931, p. 164-178, n°96-106; G. Ripert/J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, 1956, p.107-108, n° 236-239.

30) E. Lambert, *La fonction du droit civil compare*, t. 1, 1903이지만 직접 참조할 수 없어, 野田, 앞의 주(23), 271쪽 이하 외에, 多喜寛, 「慣習法の成立と法的確信(一)」, 『法學』 57卷1號(1993), 18면 이하를 참조했다.

31) H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., 1927, p.50-54, n° 20-22.

유사하다고 한다. 판결의 법원성이 긍정되는 것은, 다양한 재판소의 판결이 최종적으로는 破棄院(Cour de cassation)의 지도하에 통일되어 그것에 의해 판례가 확정되었다는 확신(conviction)이 사람들 사이에 생기고, 그 확신으로 인해 판례는 일반적 구속력을 지니며 입법에 의한 승인을 필요치 않게 하기 때문이다.

그리고 20세기 중엽이 되면 판례를 독립된 법원으로 긍정하는 견해도 등장한다. Marty/Raynaud는 파기원이 부여한 준칙이 관행의 당사자, 특히 법률가에 의해 승인되면 확정적인 것이 되며, 이 승인(acceptation)이라는 요소에 의해 判例 準則은 관습법에 가까워지지만 그와 같은 우회는 불필요하며 판례는 독립한 하나의 법원이라 한다.³²⁾ 또 Maury는³³⁾ 판례 준칙에 법적 규범으로서의 성격을 부여하는 요소로서, 재판소라는 권력의 결정과 이해관계인에 의한 동의(assentiment)를 거론하는데, 그 동의의 주체는 법률가이고 파기원 판결에 대한 비판이 없는 것이 동의에 상당한다고 한다.

3. 독일법에서의 判例論

1) 慣習法論의 전개

독일 쪽으로 눈을 돌려보자. 근대 초기의 법전편찬-예를 들어 프로이센일 반란트법(1794)이나 오스트리아민법전(1811)-에서는 프랑스와 마찬가지로 제정법이 유일한 법원이 되고 관습법의 효력은 배제되었다.³⁴⁾ 그러나 독일 민법전(1900)은 그 초안 단계에서는 관습법의 승인이 법통일의 달성과 법적 안정성이라는 법전편찬 목적에 방해가 된다고 하여 근대 초기에 법전편찬과 같이 관습법에 대해서는 부정적인 태도를 나타냈으나,³⁵⁾ 최종적으로는 이러한 태도를

32) G. Marty/P. Raynaud, Droit civil, t. 1, 1956, p.205.

33) J. Maury, Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit, in: Le Droit privé français au milieu du XXe siècle, études offertes à Georges Ripert, t. 1, 1950, p.43-48.

34) H. Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 1989, S.250.

35) B. Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1.

바꾸어 관습법에 대해서 침묵한다. 거기에서는 이하에서 보는 바와 같은 관습법론 및 판례론의 전개가 있었다.³⁶⁾

19세기 전반의 독일 법학계를 지배한 歷史法學派(특히 Savigny 및 Puchta)에게 관습법은 큰 의미가 있었다.³⁷⁾ 근대 프랑스에서 보였던 자연법과 실정법을 구분하는 이원적인 법개념에 반해 역사법학파의 법개념은 일원적인 것이고 거기에 법은 항상 실정법이었다. 그러나 실정법은 입법자의 의사가 아니라 민족정신(Volksgeist) 또는 민족확신(Volksüberzeugung)에서 생성되는 것이다. 이것들에서 직접적으로 유래하는 법원이 관습법인 것이다. 민족정신내지 확신은 관습법의 타당 근거임과 동시에 유일한 성립 요건이며, 물리적인 존재인 관습 내지 관행(Gewohnheit oder Übung)은 그것을 인식하기 위한 단순한 수단으로 자리매김 되었다. 관습법은 제정법과 나란히 있는 주요한 법원으로서 자리매김 되고 양자의 내용이 저촉할 경우에는 더 새로운 것이 효력을 가진다.

여기서 유의할 점은 역사법학파의 법개념이 관념론적인 것이며, 그 때문에 민족의 공통확신이 관행에 선행하여 존재하는 것으로 구성되어 있다는 점이다. 그러나 역사법학파의 법개념은 19세기의 전개 속에서 그대로 유지되지 않았다. 역사법학파의 관습론에 대하여 Ihering은 1872년 유명한 강연에서 법적 확신은 행위에 의해서 비로소 힘[力]을 보이는 것이며, ‘법은 힘과 결합된 개념이다(das Recht ist ein Machtbegriff)’라는 명제가 여기서도 들어맞는다고 말했다.³⁸⁾

법개념의 실증적 이해를 지향하는 이와 같은 전개가 관습법론의 구체적 내용도 변화시켰다. 역사법학파에게 관습법의 단순한 인식수단이었던 관행은 관습법을 성립시키는 요건이 된다. 그 형태는 다양하다. 한편으로는 관행을 독립

Bd., S.363.

- 36) 이하의 기술은 J. Schröder, Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen 1850 und 1930, in: Haferkamp/Reppen (Hrsg.), Usus modernus pandectarum, 2007, S.219 ff.에 크게 의존하였다.
- 37) F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. Bd., 1840; G. F. Puchta, Das gewohnheitsrecht, 2 Bde., 1828-1837 (1965)이 대표작인데, 이하의 서술에서는 J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, § 46-51, S.192-208의 요령 있게 정리된 것을 참조했다.
- 38) R. v. Ihering, Der Kampf um's Recht, 18. Aufl., 1913, S.10. [村上淳一 譯, 『權利のための闘争』, 39면].

요건으로 삼으면서도 민족의 확신의 표현 또는 확증으로서 자리매김하는 견해가 있다(Windscheid, Regelsberger).³⁹⁾ 다른 한편으로는 민족의 확신에서 관습법을 근거를 구하는 담론을 철학적 설명일 뿐이라고 배척하고, 오로지 관행의 존재를 요건으로 삼아 그 중에서 단순한 관행과 법적인 관행을 구별하려 하는 자도 있다(Dernburg).⁴⁰⁾ 절충적으로, 역사법학파가 중시한 법적 확신을 유지하면서 장기의 관행을 명확하게 제2의 요건으로 삼는 자도 있다(Gierke).⁴¹⁾

시대가 내려오면서 역사법학파의 견해로부터 명확히 벗어나서, 관습법 성립의 두 가지 요건을 명확히 찾는 견해가 통설화한다. 20세기 초두의 대표적 교과서인 Enneccerus/Nipperdey를 보면 일반적 법개념을 민족의 확신에서 찾는 역사학파의 사고방식은 비판 받고, 법의 근거는 共通意思(Gemeinwillen)에 구해지게 된다. 여기서 말하는 의사는 더 이상 관념론적인 것은 아니다.⁴²⁾ 이와 같은 법 개념에 대한 이해에 호응해서 관습법이 논해진다. 관습법이 타당한 근거는 공동체의 지배적 의사에 찾아지며 그 때문에 관습법의 제1 요건은 공동체의 일반적 법타당 의사(allgemeiner Rechtsgeltungswille)가 되고, 그 의사 표명으로서 ‘관행’이 제2 요건이 된다.⁴³⁾

2) 判例의 法源性

판례의 법원성을 둘러싼 논의는 이상에서 본 관습법론과 함께 한다. 법적 확신을 관습법의 본질적 요소로 삼고 물리적 요소인 관행을 그 단순한 인식 수단으로 보는 Puchta에게, 재판소의 판결 자체는 법원이 아니라 법의 인식원일 뿐이다.⁴⁴⁾ 상급재판소의 선례가 하급재판소에 대하여, 또는 어떤 재판소의

39) B. Windscheid/ T. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., 1906, § 16, S.88; F. Regelsberger, Pandekten, 1. Bd., 1893, § 20, S.94-96.

40) H. Dernburg, Pandekten, 1. Bd., 7. Aufl., 1902, § 26-27.

41) O. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., 1895, § 20, S.165-170.

42) L. Enneccerus/ H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 13. Bearb., 1931, § 29, S.84-85.

43) L. Enneccerus/ H. C. Nipperdey, a. a. O. (Fn. 42), § 35-36, S.107-113.

선례가 동일한 재판소의 장래의 재판에 대해서 구속력을 가진다는 견해는 옳지 않다. 재판소는 명시적으로도 묵시적으로도 법규를 정할 수 없고 법규에 따라 판단할 뿐이기 때문이다.⁴⁵⁾ 하지만 재판관이 구체적 사건을 앞에 두고 제시한 법규가 일반적 구속력을 지니는 경우도 있다. 그러나 그것은 재판소가 제시한 법규가 法曹라는 직업에서 유래하는 법적 확신이 아니라, 민족의 대표로서 지니는 법적 확신에 의거할 때만, 즉 민족의 확신에서 유래하는 관습법인 한에서이다.⁴⁶⁾

관행의 존재를 민족의 법적 확신의 표현으로 보는 Windscheid⁴⁷⁾는 민족의 관행과 나란히 재판관행과 같은 법조의 관행 역시 관습법의 성립요건에 해당한다고 본다. 법조계급의 법적 확신에 유래하는 재판관행이 민족 전체에 대하여 법적 효력을 갖는 점은, Puchta와 마찬가지로 법조가 민족을 대표한다는 이론으로써 설명된다. 그러나 Puchta와는 달리, 재판관행은 그에 대립하는 내용의 관습법이 민족 전체의 법적 확신에 유래하는 형태로 형성되지 않는 한, 이미 관습법으로서의 효력을 지닌다. 한편 Regelsberger⁴⁸⁾는 그와 같은 代表理論을 재판관행의 법원성의 설명에 원용하지 않는다. 그에 의하면 어떤 판결을 같은 형식 하에 적용함으로써 형성되는 재판관행은 법원이긴 하지만, 그 구속력은 제정법이나 관습법과는 동일한 것이 아니라, 학설과 동렬인 낮은 차원의 효력만 지닌다. 재판관은 그 재판관행이 유지하기 어려운 것이라는 확신을 얻지 못하는 한 그것에 복종하지만, 그것은 동시에 재판관에게는 선례로부터 동떨어지는 것도 허용하는 것이어서, 따라서 선례구속성 원리에 대해 명시적으로 부정적인 태도를 취한다.

관습법의 성립요건을 관행의 존재에서만 구하는 Dernburg에게⁴⁹⁾ 재판관행이

44) G. F. Puchta, a. a. O. (Fn. 37), 1. Teil, S.166-167.

45) G. F. Puchta, a. a. O. (Fn. 37), 2. Teil, S.111-113; G. F. Puchta, Pandekten, 8. Aufl., 1856, § 16, S.29 Fn. C.

46) G. F. Puchta, a. a. O. (Fn. 37), 2. Teil, S.14-21.

47) B. Windscheid/ T. Kipp, a. a. O. (Fn. 39), § 16, S.88-89.

48) F. Regelsberger, a. a. O. (Fn. 39), § 17, S. 89 und § 25, S.107-109 und S.108 Fn. 3.

란 재판소의 개개의 선례도, 또한 최상급 재판소의 그것도 아니며, 재판소가 범명제를 일반적으로 같은 형식으로 장기에 걸쳐 사용하는 것이다. 재판소가 다양한 방법으로 판결을 내리고 확정된 상황이 발생하지 않는 한, 결정적인 재판관행은 존재하지 않는다. 재판관행은 관습법과 유사하지만, 그러나 독립한 법원이다. 협의의 관습법이 이해관계의 관행에서 발생하는 데 대해, 재판관행은 법조의 관행에서 생겨나기 때문이다.

마찬가지로 재판 관행을 독자적인 법원으로 보는 이가 Gierke이다.⁵⁰⁾ Gierke는 실무는 법을 적용하는 것이지 법을 만들어 내는 것이 아님을 인정한다. 그러나 재판소가 설득력 있는 근거를 갖지 않은 채 선례를 변경하는 일은 없으며, 또 하급재판소가 상급재판소의 법적 견해에 따르는 경향이 존재함을 지적하며, 이에 의해 재판관행이 형성되고 실무의 법적용에 의한 법 산출의 길이 열린다고 한다. 선례에 있는 법규를 같은 형식으로 거듭하는 가운데 그 법규의 효력에 관한 법적 확신에 기초한 항상적 관행이 나타나기 때문이다. 이는 관습법의 성립요건을 충족하는 것으로서 관습법과 같은 효력을 지닌다. 하지만 관습법 일반과는 달리, 재판관행에서 표현되는 것은 민족의 확신이 아니라 재판소의 확신이다. 재판소의 확신이 공동체 전체를 지배하는 이유는 법에 관한 재판소의 입장의 독자성에서 구해진다. 여기서는 Puchta와는 달리 재판관행은 재판소의 확신만으로 법원성을 부여받는다.

마지막으로 스에히로가 활약했던 때와 동시대에 속하는 Enneccerus/Nipperdey의 견해를 본다. 그들에게 판례 그 자체는 법원이 아니었다. 재판관이 일반적 구속력이 있는 규범을 산출할 수 있는 것은, 그 규범이 관습법이 될 수 있을 때 뿐이다.⁵¹⁾ 관습법의 성립요건인 계속적인 관행이라고 하기 위해서는, 구체적인 사건에 관한 개개의 판결이 客觀法을 낳는 것도, 또한 같은 사건에 동일하게 내려진 복수의 판결도 아니고, 확정 판례가 아니면 안 된다. 그러나 확정 판례

49) H. Dernburg, a. a. O. (Fn. 40), § 29, S.62-64.

50) O. Gierke, a. a. O. (Fn. 41), § 21, S. 177-180 und S.179 Fn. 9.

51) L. Enneccerus/ H. C. Nipperdey, a. a. O. (Fn. 42), § 38, S.118-119.

라고 하기 위해서는 반론이 없을 것, 즉 일반적인 승인을 필요로 한다. 이는 일반적 법타당 의사라는 제2 요건에 관계되는 것이다. 거기서는 주로 帝國裁判所의 판례가 문제가 되어, 확정 판례라고 하기 위해서는 하급재판소나 학설뿐만 아니라 인민으로부터도 異論이 존재하지 않을 것이 요구된다.

IV. 고찰

판례의 법원성을 둘러싼 프랑스·독일법의 논의는 다양하게 전개되어 그 통일적인 파악이 곤란하다. 그러나 굳이 요약해 본다면 다음과 같다. 19세기 초두에는 ‘法源’의 타당 근거를 관념적인 존재-자연법 또는 민족정신 내지 확산-에서 찾아, 재판소는 그 법원에 구속되고 거기에서 끄집어낸 법을 단순히 적용할 뿐이라고 말해졌다. 그러나 관습법론의 존재방식의 차이로부터 시기는 다르지만, 늦어도 20세기 초두에는 판례의 법원성이 논해지게 된다. 그 논의방식은 특히 최상급 재판소의 판결이라는 ‘事實’에 무엇인가의 요소-민족의 확산, 이해관계인의 승인, 법조의 동의, 또는 판례의 확정성 등-가 부가됨으로써 ‘法源’으로 격상되는가 아닌가 하는 것이다.

관습법론의 일부로서 또는 그 틀을 원용하여 구성되는 20세기 초두 프랑스·독일법의 이상과 같은 논의는, 그러나 판례의 법원성을 명확한 기준으로 긍정하려 할 때, 여러 가지 난문에 부딪힌다. 어느 사실에 해당하는 것은 어느 재판소의 어느 판결인가, 어느 사실을 法源으로 격상시키는 요소는 무엇인가, 또 그 요소를 만족시키는 것은 어떠한 경우일까 등이다.

이에 반해 스에히로의 판례론은 프랑스·독일의 판례론이 포함하는 위와 같은 구조 내지 문제점을 공유하지 않는다. 스에히로의 법원론에서는 국가 내지 사회의 통제력이라는 사실적 존재를 정점에 끌어안고 그로부터 계통적으로 구분되는 法源이 계층을 이룬다. 재판소의 판결이라는 ‘사실’은 논의 당초부터 사회의 통제력을 정점에서 품는, 어떤 의미에서의 ‘법원’이다. 그 때문에 판례

의 법원성을 둘러싼 논의는 사회의 계열에 있는 法源이 국가의 계열로 이행하는 이유는 무엇인가 하는 질문이 되어, 거기에서 국가 내지 사법정책이라는 정치적 요소가 등장한다. 그리고 일본 사회에 내재하는 법을 중시하는 스에히로에 있어 사회에 뿌리를 내린 규범은 정책적으로 보아 가능한 한 넓고 강하게 타당해야 될 것이므로, 한 번의 판결일지라도, 하급심 판결일지라도, 국가 정책을 이유로 법원성이 긍정된다.

스에히로는 동시대의 프랑스·독일법에서는 일반적으로 부정되고 또한 적어도 주저한 판례의 법원성을 이상과 같은 논의형식으로써 단적으로 긍정했다. 관습법론을 매개로 하는 프랑스·독일법 논의는 많은 문제를 내포하며 스에히로도 그 점을 인식하고 있었을 것이다. 또한 판례 자체의 법원성을 인정하려는 스에히로에게 있어서는 迂遠하며 뭔가 부족한 논의였을지 모르겠다. 그러나 그 논의 형식을 당시의 프랑스·독일법의 그것과 대비해 볼 때, *faktische*한 것과 *normative*한 것을 준별하여 판례의 법원성을 *juridique*하게 논하려 한 프랑스·독일법에 대하여, 양자를 동일한 평면에서 파악하고, *réaliste*한 논의를 추진함으로써 그 문제를 극복하려 한 스에히로의 모습이 떠오른다. 일본에서의 ‘근대 민법의 전개’의 출발점이 되는 메이지 민법의 기초자들이 실증주의적 태도를 취했다고 한다면,⁵²⁾ 스에히로 이즈타로의 소론은 그 전개를 ‘전회’시켰음에도 불구하고, 그래도 여전히 그 기본적 태도에 있어서는 연속되고 있는 것으로 생각된다.

52) 星野英一, 「日本民法學の出発点—民法典の起草者たち—」, 同, 『民法論集第』5卷[有斐閣, 1986(1977)], 147면 이하.