

법학과 방법 - 민법학을 예로 하여 -

양 천 수*

I. 서론

오늘날 법학이 학문이라는 점, 다시 말해 ‘학문체계’(Wissenschaftssystem)에 속한다는 점에는 대부분 견해가 일치한다.¹⁾ 그러나 법학은 학문이라는 주장이 언제나 동의만 받아온 것은 아니었다. 이미 지난 19세기에 활동했던 프로이센의 실무 법률가이자 재야 철학자였던 키르히만(Julius Hermann von Kirchmann)은 “입법자가 세 마디만 고치면 도서관의 모든 법서는 휴지가 되어 버린다.”는 유명한 언명으로 법학의 학문성을 비판하기도 하였다.²⁾ 그렇지만 법학은 법학의 학문성을 비판하는 주장들에 맞설 수 있는 이론적·실천적 방법론을 스스로 개발함으로써 법학의 학문성을 정초하고자 노력하였다. 그 결과 오늘날 법학은 어느 학문이 그런 것처럼 자신만의 고유한 학문적 방법론을 어느 정도 갖추게 되었다. 법학이 학문으로, 학문체계의 일원으로 기능을 수행하고 있는 것이다.

그러나 이러한 주장과 상황이 우리 법학에도 적용될 수 있는지에 관해서는 그동안 논란이 없지 않았다.³⁾ 왜냐하면 우리 법학은 오랫동안 ‘교과서 법

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

- 1) 법학의 학문성 문제에 관해서는 이계일, “법학의 학문성에 대한 반성적 고찰”, 「공법학연구」 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018, 133-185면 참고.
- 2) 이에 관해서는 올리우스 헤르만 폰 키르히만, 윤재왕(윤김), 「법학의 학문으로서의 무가치성」, 박영사, 2019, 37면.
- 3) 예를 들어 한국 민법학의 초석을 놓은 김증한 교수는 정년퇴임 기념 강연에서 다음과 같이 말한다. “우선 한국에 민법학이 있는가가 의문이다. 그렇지만 민법 담당 교수들이 하는 일을 일단 민법학이라고 부르기로 한다.” 김증한, “한국민법학의 진로”, 「서울대학교 법학」 제26

학’이나 ‘수험법학’이라는 오명에서 벗어나지 못했기 때문이다.⁴⁾ 더군다나 기초법학과 실정법학의 영역분리가 심화되면서 실정법학은 실정법체계에서 벗어나지 못하고 단지 ‘체계내재적’으로, 다시 말해 실정법을 때로는 우리 현실과는 무관하게 해석하고 적용하는 데만 관심을 기울였기 때문이다.

다행스럽게도 지난 1990년대를 전후로 하여 우리 법학을 교과서 법학이나 수험법학이 아닌 진정한 의미의 법학으로 정초하고자 하는 노력이 헌법학, 민법학, 형법학 등 여러 분야에서 전개되었다. 특히 한국학술진흥재단(현 한국연구재단)이 주도한 등재학술지 작업을 통해 비록 타율적이기는 하지만 본격적인 법학 학술지가 다양하게 등장하면서 법학은 어엿한 학문체계의 일원으로 자리매김하게 되었다. 양적·질적으로 법학의 학문적 수준이 제고되었다.

그러나 우리 법학은 현재 새로운 위기를 맞고 있다. 지난 2009년 새롭게 법학전문대학원 체제가 출범하면서 원래 추구했던 목표와는 달리 운용되는 법학전문대학원의 현실로 인해 여러 부작용이 등장하고 있다. 그중 한 가지로서 법학전문대학원 체제에서 법학교육의 중심축이 되는 법학전문대학원의 법학교육이 사법시험을 대신한 변호사시험에 종속되고 있는 문제를 언급할 수 있다. 사법시험과는 달리 변호사시험이 마치 종전의 사법연수원 시험처럼 실무능력을 강하게 지향하면서 새로운 수험법학의 폐단이 나타나고 있는 것이다. 더군다나 상당수의 법과대학이 폐지 또는 경찰법학과 등으로 전환되면서 법학후속세대 양성체제도 중대한 도전을 맞고 있다. 나아가 법학전문대학원 사이에서 변호사시험 합격률을 둘러싼 경쟁률이 점점 치열해지면서 법학의 학문적 성격보다는 수단적 성격이 다시 부각되고 있다. 상당수의 법학전문대학원 교수들이 법학에 대한 학문적 연구보다는 변호사시험 합격을 위한

권 제2 : 3호, 서울대학교 법학연구소, 1985, 1면 아래. 김중환 교수의 민법학에 관해서는 양창수, “김중환 교수의 생애와 학문 점요: 개인적인 시각에서”, 「민법연구」 제10권, 박영사, 2019, 91면 아래 참고.

4) 이를 지적하는 양창수, “우리 민법학 70년의 성과와 앞으로의 과제”, 「민법연구」 제10권, 박영사, 2019, 40면 아래 참고.

교육에 더욱 더 매진할 수밖에 없게 된 것이다.

이처럼 우리 법학은 중대한 전환점과 마주하고 있다. 학문으로서 자신의 존재의의를 정당화하고 더욱 발전시킬 수 있을 것인가 아니면 시험을 위한 수단으로 전락할 것인가 하는 전환점이 그것이다. 이러한 상황에서 우리는 법학의 학문성이란 무엇인지, 무엇이 법학을 학문으로 만들어 주는지 성찰할 필요가 있다. 이를 위해 이 글은 민법학을 예로 하여 법학이 어떻게 학문성을 정초할 수 있는지, 이를 위해 어떤 방법을 사용해야 하는지 살펴보고자 한다. 특히 그 누구보다도 법학의 학문성을 정초하기 위해 매진한 양창수 교수의 민법학 방법론을 예로 하여 법학이 학문으로 자리매김하기 위해 어떤 방법을 구사해야 하는지 검토하고자 한다.⁵⁾ 우리 법학이 학문으로 자리매김하는 데 양창수 교수가 기여한 바가 결코 적지 않다는 점에서 지금 시점에서 양창수 교수의 학문적 작업을 법학방법론, 더 나아가 기초법학의 견지에서 분석하는 것은 큰 의미가 있다고 생각한다.⁶⁾

5) 법학의 학문성에 대한 양창수 교수의 고민은 1991년에 출간된 「민법연구」 제1권 '서문'에서 잘 확인할 수 있다. “필자는 그야말로 민법학의 초심자에 지나지 않는다. 멀리 바라보며 나아갈 목표도 바로 눈앞의 길도 뚜렷하지 아니한 채, 안개 속을 헤매는 암중모색의 단계를 벗어나지 못하였다. 그 과정에서 빠져리게 느끼는 것은 우리에게 아직 「학문의 전통」이 없다는 것이다. 넓은 범위에서 양식 있는 분들의 동의를 얻고 있어 후학들이 일단 의지할 수 있는 방법이 수립되어 있는지 의문이고, 또한 학문적 훈련을 습득하여 가는 과정도 제도화되어 있지 않는 것으로 느껴진다. 그러므로 당연히 수많은 시행착오 그리고 불필요한 시간과 노력의 낭비가 행하여지고 있고, 더욱 중요한 것으로, 우리나라에서의 민법학의 존재이유와 가치에 대한 회의가 은연중에 팽배해 있어서 학문의 수행에 필수적인 인적 자원이 제대로 충원되지 못하고 있다.” 양창수, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, i면 참고.

6) 본래 이 글은 2018년 2월에 퇴임을 하신 양창수 교수님의 정년을 기념하기 위해 기획되었다. 다만 초고가 진행되던 와중에 여러 사정으로 글이 중단되고 말았다. 이후 이러한 유형의 글을 게재하기에 적합한 학문적 매체를 찾지 못해 「인권이론과 실천」에 게재하게 되었다. 글의 완성도도 예상보다 못하게 되었다. 이 점 양해를 부탁드립니다. 애초에 이 글 초고에는 다음과 같은 현사가 예정되어 있었다. “올해 2월에 민법학의 거장으로 우리에게 널리 알려진 광운직 선생님이 세상을 떠나셨다. 그리고 같은 해 2월에 양창수 교수님이 정년을 맞이 하셨다. 우리 민법학의 학문적 세대가 바뀌고 있다는 아쉬움을 지울 수 없다. 이러한 아쉬움을 달래기 위해 기초법학을 전공하는 필자가 감히 민법학에 손을 댈다. 이러한 필자의 만용을 넓은 마음으로 이해해 주시길 부탁드립니다. 법과대학 시절 양창수 교수님의 논문을 읽으면서 법학도 학문이 될 수 있다는 점을 알게 되었다. 교수님의 정년을 아쉬워하면서 이 부

II. 법학의 학문성 논쟁

1. 법학의 학문적 의의

법학이 법에 대한 학문으로 자리매김하기 위해서는 크게 두 가지 기능을 수행할 수 있어야 한다. 이론적 기능과 실천적 기능이 그것이다. 먼저 법학은 법규범 및 법체계에 대한 설득력 있는 이론을 구축할 수 있어야 한다. 법규범에 대한 개념, 체계와 원리 등을 객관적으로 정립할 수 있어야 한다. 다음으로 법학은 사회에서 발생하는 법적 분쟁, 인권 침해 등을 정의롭게 해결하는 데 기여할 수 있어야 한다. 물론 법적 분쟁을 해결하는 데 직접적으로 기여하는 것은 실정법을 중심으로 하는 법규범이다. 그러나 실정법만으로는 법적 분쟁, 인권 침해 문제를 정의롭게 해결하는 데 한계가 있기에 이러한 실천적인 문제에 법학이 관심을 가져야 한다. 현실 문제에, 실천적인 문제에 관심을 기울이지 않은 법학은 학문으로서 존재의의를 상실하고 말 것이다.

2. 법학의 학문성 비판

(1) 키르히만의 비판

그러나 법학이 학문으로서 이러한 역할을 제대로 수행하는지에는 논란이 없지 않았다. 법학의 학문성에 대한 가장 대표적인 비판은 키르히만에서 찾아볼 수 있다. 키르히만은 1847년에 프로이센의 베를린 법률가협회 주최로 행한 강연 “법학의 학문으로서 무가치성”(Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft)에서 법학의 학문성을 신랄하게 비판하였다.⁷⁾ 키르히만은

죽한 글을 교수님의 정년에 바치고자 한다. 다만 정년이 결코 학문의 끝이 아님을 확신하면서 양창수 교수님이 정년 이후에도 학문적 활동을 이어나가시기를 기원 드린다.”

7) 이 강연문은 1848년에 소책자로 출판되었다. 이에 대한 우리말 번역으로는 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 윤재왕(옮김), 앞의 책 참고. 키르히만의 생애와 학문에 관해서는 같은 책, 77면 아래(옮긴이 후기) 참고.

법학이 학문이 될 수 없는 근거로 다음을 제시한다. 이론적 무가치성과 실천적 무가치성이 그것이다. 키르히만은 법학이 이론적으로뿐만 아니라 실천적으로 허약한 이유를 우선적으로는 법학이 학문적 대상으로 삼는 법, 더욱 정확하게 말하면 ‘자연적인 법’(natürliches Recht)과 ‘실정법’(positives Recht)에서 찾는다.

1) 자연적인 법과 실정법

키르히만은 법학의 대상이 되는 법을 자연적인 법과 실정법으로 구별한다.⁸⁾ 이때 말하는 자연적인 법(natürliches Recht)이란 지금 여기의 현실세계에 있는 올바른 법을 말한다. 이는 전통적인 자연법인 이념적 자연법, 추상적 자연법, 초월적 자연법과 구별된다. 예를 들어 중세시대에는 영구법과 자연법 및 인정법을 구별하였는데, 이때 영구법은 신의 법을 말하고 자연법(Naturrecht)은 자연세계와 인간세계를 규율하는 초월적 법을 말하며 인정법은 실정법을 말한다. 그런데 경험적 실재론자인 키르히만은 전통적인 자연법을 거부하고 경험적으로 실재하는 법인 자연적인 법을 올바른 법으로 파악한다. 이때 경험적 실재론이란 오직 경험할 수 있는 것만이 실재한다고 보는 이론을 말한다. 키르히만은 이러한 자연적인 법으로 관행, 관습법, 민중의 ‘법감정’을 언급한다.

키르히만은 자연적인 법이 실정법으로 전환되는 과정, 즉 실정법화 또는 법제화를 필연적인 과정으로 인정한다.⁹⁾ 자연적인 법과 실정법이 구별된다는 점, 실정법이 점점 증가하는 현상에 대해서는 가치중립적인 태도를 보인다. 사실 사회의 복잡성이 증가하면서 이를 줄이기 위해 고정성과 확정성에 대한 수요가 증가하고 그 결과 실정법은 늘어날 수밖에 없다. 다만 이때 주의해야 할 점은 키르히만은 실정법화 현상에 가치중립적인 태도를 보일 뿐

8) 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 앞의 책, 31면 아래 참고.

9) 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 앞의 책, 31면.

가치평가의 측면에서 이에 긍정적인 평가를 내리는 것은 아니라는 점이다. 가치평가의 측면에서 볼 때 키르히만은 자연적인 법이 실정법보다 우월하다고 보기 때문이다.

키르히만에 의하면 자연적인 법과 실정법은 다음과 같이 구별된다. 우선 실정법은 자연적인 법에 대한 앎의 정도에 좌우된다. 이는 자연적인 법이 실정법보다 우월하다는 점을 전제로 한다. 이로 인해 실정법은 진리뿐만 아니라 진리가 아닌 것도 담는다. 동시에 실정법은 자연적인 법과 대립한다.

다음으로 실정법은 진리를 담고 있는 경우에도 그 형식으로 말미암아 문제를 갖는다. 이때 말하는 문제란 실정법의 흠결, 모순, 불명확성, 의문을 들 수 있다. 사실 이는 지금도 찾아볼 수 있다. 흠결의 예로는 민법에서 판례가 인정하는 대상청구권, 모순으로는 민법 제48조와 제186조·제188조의 관계, 불명확성으로는 민법 제2조가 규정하는 신의칙이나 민법 제103조가 규정하는 공서양속 규정, 의문으로는 가치평가의 측면에서 볼 때 실정법에 의문이 제기되는 경우로 형법에서 재물을 유체물로 한정하는 것이나 민법의 물건 규정 등을 들 수 있다.

나아가 실정법은 고정되고 경직되어 있는 반면 자연적인 법은 앞으로 나아간다. 그 때문에 키르히만에 따르면 실정법의 진리는 시간이 흐르면서 거짓이 된다. 실정법은 자연적인 법과 같은 지속적이고 부드러운 전환을 알지 못한다.

뿐만 아니라 실정법은 추상적이다. 그 때문에 개별적 현상이 갖고 있는 풍부하고 다양한 측면을 소멸시킨다. 그리고 실정법을 해석하는 과정에서 형평과 법관의 재량이 필요할 수밖에 없다.

이어서 키르히만은 실정법은 노골적인 자의라고 말한다.¹⁰⁾ 필연에 지배되는 자연법칙과는 달리 실정법은 우연적이라고 한다.

마지막으로 실정법은 그 자체로 의지를 갖지 않는다. 그 때문에 실정법은

10) 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 앞의 책, 33면.

입법자의 지혜를 위한 무기가 될 수도, 독재자의 걱정을 위한 무기가 될 수도 있다. 어쩌면 이는 양날의 칼이라는 법이라는 규범이 가질 수밖에 없는 숙명일지도 모른다.

2) 이론적 무가치성

키르히만은 법학이 자연적인 법과 실정법을 그 대상으로 함으로써 학문으로서 문제가 등장한다고 본다. 가장 중요한 이유는 자연과학이 대상으로 삼는 자연과는 달리 법은 끊임없이 변한다는 것이다. 더불어 키르히만은 법학이 대상인 법, 특히 자연적인 법에도 커다란 해악을 미친다고 한다. 그 때문에 법학은 학문이 될 수 없다. 이를 좀 더 살펴본다.

먼저 키르히만은 법학은 이론적인 측면에서 무가치하다고 말한다. 이는 가장 대표적인 학문인 자연과학과 비교할 때 명확해진다. 키르히만은 법학의 대상과 다른 학문, 그중에서도 자연과학의 대상을 비교함으로써 법학의 이론적 허약성을 공격하는 것이다. 키르히만에 따르면 법학의 대상인 법은 감정과 우연에 지배되는 자의적인 것인 데 반해 자연과학의 대상인 자연은 객관적인 법칙, 즉 필연성에 지배된다.¹¹⁾

“다른 학문들의 대상이 갖고 있는 고도의 법칙성에도 불구하고 개별적인 것들이 풍부하게 발현되고 다양성을 갖고 있으며, 대상이 고도의 확정성을 갖고 있음에도 불구하고 그 어느 곳에서도 자의의 흔적을 찾아볼 수 없으며, 오로지 예외가 없는 필연성이 지배한다.”

이러한 법학의 이론적 무가치성은 법학이 대상으로 삼는 법, 특히 실정법이라는 대상이 법학의 학문성에 해악을 미치는 경우라 말할 수 있다.

11) 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 앞의 책, 54면.

3) 실천적 무가치성

뿐만 아니라 키르히만은 법학이 실천적인 측면에서도 무가치하다고 말한다. 왜냐하면 법학은 민중이 요구하는 바를 제때에 적절하게 충족하지 못하기 때문이다. 그런데 이러한 실천적 무가치성은 법학이 겪는 또 다른 해악에 기인한다. 그것은 법학이 대상, 즉 자연적인 법에 해악을 미친다는 것이다. 키르히만은 말한다.¹²⁾

“학문 자체도 대상을 자신의 형식 안으로 수용함으로써 대상을 파괴하는 힘을 발휘한다는 것을 알 수 있다. 마치 법학 자체가 대상이 드러내는 완강한 저항에 대해 대상의 본질을 파괴하는 형벌로 대응하고자 하는 것처럼 보일 정도이다.”

키르히만에 의하면 법은 지식과 감정, 즉 이성과 감성으로 구성된다.¹³⁾ 이때 말하는 법은 자연적인 법으로 볼 수 있다. 그런데 법학은 이 중에서 이성을 중시하는 경향이 강하다. 하지만 키르히만은 법으로부터 이러한 감정적인 요소를 박탈해버리면 “법은 위대한 예술작품은 될지는 모르지만 그것은 죽은 법일 뿐, 더 이상 법이 아니”라고 말한다.¹⁴⁾ 자연적인 법에서 감정이라는 요소, 즉 욕망을 제거하면 법은 개념과 논리, 체계로 구성된 아름다운 이성의 예술작품은 될 수 있어도 민중의 욕망을 충족하는 법은 될 수 없다는 것이다. 이를 법철학의 이념으로 바꾸어 보면 민중들이 원하는 것은 법적 분쟁에 대한 구체적 타당성이다. 이에 반해 법학은 법적 안정성을 더 중시한다. 이로 인해 구체적 타당성과 법적 안정성이 대립하고 결국 법적 안정성이 승리한다는 것이다. 이게 바로 키르히만이 말하는 법학이 대상을 파괴한다는 것

12) 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 앞의 책, 54면.

13) 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 앞의 책, 54면.

14) 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 앞의 책, 55면.

의 의미이다.

이 때문에 “민중은 자신들의 법에 관한 지식 및 법과의 밀접한 관계를 상실하게 된다. 그리하여 법은 특수한 신분의 전유물이 되고 만다.” 이로 인해 “법학은 자신의 자연적인 기반을 박탈당한 채 너무나도 쉽게 궤변, 쓸데없는 사변이라는 잘못된 길로 빠져든다.”¹⁵⁾ 바로 이러한 근거에서 법학은 실천적 무가치성의 문제에 빠져들고 만다.

(2) 분석 및 평가

법학에 대한 키르히만의 문제제기는 다음과 같이 분석할 수 있다. 먼저 이론적 무가치성은 자연과학처럼 법학도 객관적인 법칙을 추구해야 하는데 그렇게 하지 못한다는 점과 관련을 맺는다. 그 점에서 키르히만은 마치 개념법학의 방법을 옹호하는 것처럼 보인다. 개념법학처럼 투입과 법적 안정성을 지향한다고 말할 수 있다. 이에 대해 실천적 무가치성은 법학은 자연적인 법, 민중의 요구에 봉사해야 하는데 그렇게 하지 못한다는 점과 관련을 맺는다. 이 점에서 키르히만은 예링과 문제의식을 공유한다. 마치 목적법학처럼 산출과 구체적 타당성을 지향하는 것처럼 보인다.

그러나 이러한 비판은 분명 서로 모순된다. 이는 개념법학과 목적법학의 관계가 잘 보여준다. 이론적 무가치성과 실천적 무가치성에 대한 비판은 마치 법적 안정성과 구체적 타당성처럼 동시에 구현하기 어려운 역설적인 관계를 형성한다. 그 점에서 법학의 학문성에 대한 키르히만의 비판은 온당한 비판이라고 말하기 어렵다.

그런데 달리 생각하면 이러한 비판을 모순적이라고만 보아야 하는 것은 아니다. 왜냐하면 법학은 이러한 모순적인 두 임무를 모두 추구해야 하는 운명을 부여받았기 때문이다. 그 점에서 다른 학문에 비해 법학의 학문성이 더

15) 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 앞의 책, 55면.

빛을 낸다고 말할 수 있지 않을까?

(3) 법학의 학문성과 민법학

법학의 학문성에 대한 키르히만의 비판은 당연히 많은 논란을 야기하였고 이를 반박하는 학문적 시도 역시 다양하게 이루어졌다. 이와 별개로 우리 법학에서도 법학의 학문성을 정초하고자 하는 노력이 이미 오래전부터 시도되었다. 특히 1980년대 후반을 지나면서 이러한 노력이 뚜렷하게 감지되기 시작하였다. 물론 그 이전에도 법학의 학문성을 정초하려는 노력이 없지는 않았다.¹⁶⁾ 하지만 우리 법학이 ‘교과서 법학’이나 ‘수험법학’에서 벗어나기 시작한 시점은 1980년대 후반, 즉 우리 사회의 민주화가 본격적으로 진행되던 시점과 무관하지 않다. 법학을 단순히 수험의 수단이 아닌 학문으로서 정면에서 다루고자 하는 움직임이 이 시기에 전개되기 시작한 것이다. 이러한 움직임의 중심에 바로 민법학자인 양창수 교수가 있었다.¹⁷⁾ 양창수 교수는 교과서와 고시잡지 중심으로 전개되던 우리 법학에 새로운 바람을 불러 일으켰다. 본격적인 논문과 진지한 판례평석을 발표하고 이를 연구서로 묶어 출판함으로써 법학이 사법시험 등과 같은 고시에 의존하지 않는 독자적인 학문이 될 수 있다는 점을 보여주었다. 이러한 작업은 1991년에 첫 공간된 「민법연구」 제1권에서 시작하여 2019년에 출간된 제10권까지 이어졌다.¹⁸⁾ 무엇

16) 민법학에서 김중환 교수와 박윤직 교수 사이에서 진행된 물권행위 논쟁, 김형배 교수와 조규창 교수가 수행한 작업들, 형법학 영역에서 유기천 교수가 수행한 작업, 심재우 교수가 전개한 행위론 논쟁, 헌법학 영역에서 허영 교수가 출간한 「헌법이론과 헌법」 등을 그러한 예로 언급할 수 있다. 민법학에 한정해 개인적으로 말하면 그중에서 김형배 교수가 1986년에 출간한 「민법학연구」는 민법학의 학문성이 무엇인지를 보여준 전형이라고 평가해도 지나치지 않으리라 생각한다. 그 외에 심재우 교수가 수행한 법철학 연구에 관해서는 심재우, 「열정으로서의 법철학」, 박영사, 2020 참고.

17) 이하 존칭은 생략한다.

18) 이는 양창수 교수가 학문적으로 자주 언급하는 일본의 민법학자 와가즈마 사카에(我妻榮)를 따른 것으로 볼 수도 있다. 와가즈마 사카에도 말년에 자신이 쓴 논문을 분야별로 모아 「민법연구」 시리즈를 출간했기 때문이다.

보다도 양창수 교수는 단순히 순수한 실정민법 해석론 연구에만 머문 것이 아니라 민법학 방법론, 법사학, 법철학에 이르기까지 기초법학에 대한 관심도 지속적으로 보여주었다. 기초법학과 실정법학의 학문적 단절에 의문을 표명하면서 실정민법학자로서 기초법학에도 깊은 관심을 기울였다. 이러한 노력 덕분에 우리 민법학은 교과서 중심의 수험법학과 결별하면서 본격적인 학문으로 자리 잡기 시작하였다. 무엇보다도 2000년을 기점으로 하여 구 한국학술진흥재단이 주도한 등재학술지 제도 덕분에 고시와는 무관한 순수한 학술지가 양적으로 증가하면서 법학의 학문적 논의도 양적·질적으로 제고되었다. 이러한 과정에서 양창수 교수가 기여한 공로는 결코 과소평가할 수 없을 것이다.

Ⅲ. 법학의 출발점으로서 ‘현재 있는 법’

1. 분쟁해결학문으로서 법학

주지하다시피 법학은 법규범을 연구대상으로 삼는다. 독일의 사회학자 루만(Niklas Luhmann)이 정립한 체계이론의 언어로 바꾸어 말하면 법학은 법체계를 관찰하는 학문이다. 법체계는 자기목적적인 존재가 아니라 사회에서 발생하는 갈등을 법체계의 프로그램과 코드로 해결하여 복잡성을 감축하기 위해 존재한다. 쉽게 말해 법체계는 수단적인 존재인 것이다. 이러한 법체계를 연구대상으로 삼기에 법학은 단순히 법체계를 관찰하는 데만 그치는 것이 아니라 법체계가 사회에서 발생하는 갈등을 원활하게 해결하는 기능을 수행할 수 있도록 실천적으로 기여해야 한다. 요컨대 법학은 사회에서 발생하는 법적 분쟁을 해결할 수 있는 역량을 갖춘 학문이 되어야 한다.

2. 법학의 출발점으로서 ‘현재 있는 법’

(1) 우리 법학의 외국법학 의존성

이러한 근거에서 법학, 특히 민법학과 같은 실정법학은 우리 사회에서 어떤 법적 갈등이 발생하는지를 면밀하게 관찰해야 한다. 나아가 이러한 법적 갈등을 해결하기 위해 어떤 법이 실제로 원용 및 적용되는지 파악해야 한다. 달리 말해 법학은 우리 사회에서 현재 있는 법이 무엇인지를 탐색하는 것에서 출발해야 하는 것이다. 양창수 교수는 이미 학문적 초기부터 법학은 ‘현재 있는 법’을 인식하는 것에서 출발해야 한다고 강조하였다. 이를 다음과 같이 말한다.¹⁹⁾

“그런데 이것은 또한 그 나름대로 독특한 문제를 제기한다. 즉 그와 같은 외국법에의 주목, 그리고 그와 필연적으로 연결될 ‘도입’ 주장은 우리 민법전 자체의 규범 구조에는 들어맞지 않는, 또는 그 구조에 비추어서는 불필요한 새로운 법제도를 수입하게 될 위험과 연결되어 있다. (...) 이러한 바람직스럽지 않은 사태를 피하기 위하여는 무엇보다도 ‘현재 행해지고 있는 법’을 정확하게 인식하는 것이 요구되며, 그러한 인식의 기반 위에서야말로 우리가 노력을 쏟아 해결하여야 할 문제의 확인과, 나아가서는 그 문제의 해결방법의 올바른 선택이 가능할 것이다.”

이러한 주장은 그 당시 우리 법학이 과도하게 외국, 특히 일본과 독일의 법학에 의존하고 있던 상황을 극복하기 위해 제시된 것이다. 양창수 교수에

19) 양창수, “한국사회의 변화와 민법학의 과제”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, 17면. 이렇게 ‘현재 있는 법’을 강조하는 태도는 일본의 민법학자이자 법사회학의 대두라 할 수 있는 스에히로 이즈타로(末弘嚴太郎)에게서 찾아볼 수 있다. 이에 관해서는 末弘嚴太郎, 「新裝版 法学入門」, 日本評論社, 2018, “第三話 社会の法律と国家の法律” 참고. 양창수 교수 역시 이 점을 지적한다. 양창수, “에른스트 폰 케머러 소묘: 우리 민법학에 대한 약간의 시사를 덧붙여”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, 56면 각주(46) 참고.

따르면 일제 강점기의 영향으로 우리 법학은 오랫동안 일본 법학의 영향에서 벗어나지 못하고 있었는데, 한국 민법학의 기초를 놓은 김중환 교수는 이러한 일본 법학의 영향에서 벗어나 한국 민법학의 독자성을 획득하기 위해 독일 민법학에 의지하였다. 그렇지만 양창수 교수가 볼 때 이러한 학문적 태도는 또 다른 외국법학 의존성을 낳았을 뿐이다. 현재 있는 우리 민법을 제대로 파악하지 않고 독일의 민법이론, 가령 무인적 물권행위이론이나 물권적 기대권이론을 수용함으로써 민법이론과 민법현실 사이에서 괴리가 발생하는 문제를 야기한 것이다. 또한 과도하게 독일 법학을 지향함으로써 우리 현실에서는 그다지 문제되지 않는 법적 문제에 법학이 과도한 관심을 기울이는 문제도 나타나게 되었다는 것이다. 바로 이 같은 문제를 해결하고자 양창수 교수는 우리 민법학의 출발점으로 ‘현재 있는 법’을 강조하였다.

(2) ‘현재 있는 법’의 의미

이때 ‘현재 있는 법’, 그중에서도 여기서 말하는 ‘법’이란 무엇을 뜻하는지, 그 범위는 어떻게 되는지 문제될 수 있다. 특히 ‘현재 있는 법’은 독일의 법사회학자 에를리히(Eugen Ehrlich)가 말한 ‘살아 있는 법’(lebendes Recht)과 어떤 차이가 있는지 살펴볼 필요가 없지 않다. 일단 양창수 교수가 언급하는 ‘현재 있는 법’은 실정민법을 말한다. 민법학자는 바로 우리 실정민법의 규정 형태 및 규범구조를 정확하게 직시하면서 문제를 풀어가야 한다고 말한다. ‘현재 있는 법’으로 실정민법을 강조하는 양창수 교수의 학문적 태도는 여러 곳에서 발견할 수 있다. 이를테면 해제의 효과에 관한 법리를 어떻게 구성할 것인가의 문제에서 이러한 태도가 잘 드러난다.

민법학에서 계약해제의 효과에 관한 법리를 어떻게 구성할 것인가에는 크게 직접효과설과 청산관계설이 대립한다. 독일에서 발전한 청산관계설은 해제의 소급효와 계약해제에 따른 손해배상청구가 병존하는 것을 설명하기 어렵다는 이유에서 직접효과설을 비판한다. 직접효과설에 따르면 해제로 인해

계약관계가 소급적으로 소멸되어 손해배상의 근거 자체가 사라진다고 보기 때문이다. 그 때문에 청산관계설은 손해배상청구의 근거를 논증하기 위해서는 해제를 통해 종전의 계약관계가 청산관계로 변모한다는 법리, 즉 도그마틱을 구성해야만 체계적 논리성을 유지할 수 있다고 역설한다. 이와 달리 직접효과설을 지지하는 양창수 교수는 독일 민법과는 다른 규정을 가진 우리 민법의 입법태도에 주목하면서 이미 우리 민법이 계약해제가 손해배상청구에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있는 이상 굳이 청산관계설을 도입하지 않아도 문제를 충분히 해결할 수 있다고 주장한다. 요컨대 양창수 교수에 따르면 민사분쟁을 해결하기 위해서는 학설에 먼저 의지하기보다는 이에 관해 실정민법이 어떻게 규율하고 있는지를 정확하게 파악해야 하는 것이다.²⁰⁾

다음으로 ‘현재 있는 법’은 실정민법이 민사분쟁을 만나 구체화된 법, 즉 판례를 말한다. 물론 대륙법체계를 따르고 있는 우리 법체계에서 판례를 과연 법이라고 부를 수 있을지에는 이미 오래 전부터 견해가 대립한다. 다수 견해는 여전히 판례는 법이 아니라고 말한다. 이 문제는 궁극적으로는 법개념을 어떻게 설정하는가에 달려있는데 기본적으로 법다원주의를 수용하는 필자는 판례 역시 법개념에 포섭할 수 있다고 생각한다.²¹⁾ ‘규범텍스트’(Normtext)와 ‘규범’(Norm)을 개념적으로 구분하면서 규범은 규범텍스트가 규범구체화를 통해 사물영역과 결합되어 규범영역으로 구체화되었을 때 비로소 형성된다는 독일의 공법학자 뮐러(Friedrich Müller)의 견해를 따르더라도 판례 역시 법개념에 포함시킬 수 있다.²²⁾ 판례야말로 실정법텍스트가 법적 분쟁의 전제가 되는 사실관계와 결합하여 도출되는 것이기 때문이다. 판례는 ‘현재 있는 법’으로서 어찌 보면 실정민법보다도 더욱 중요할 수 있다. 왜냐하면 판례는 크게 두 가지 정보를 제공하기 때문이다. 첫째, 어떤 민사적 사실관

20) 양창수, “독자적인 채무불행으로서의 이행거절 재론”, 「민법연구」 제10권, 박영사, 2019, 277-278면.

21) 이에 관한 상세한 논증은 양천수, “판례의 법원성 재검토: 법이론의 관점에서”, 「사법」 제52호, 사법발전재단, 2020, 431-465면 참고.

22) 다만 뮐러 자신은 판례를 독자적인 법원으로 인정하지는 않는다.

계가 법적 분쟁의 대상이 되는지를 보여준다. 둘째, 이러한 분쟁을 해결하기 위해 실정민법이 어떻게 구체화되어 적용되는지, 밀리의 개념으로 말하면 실정민법 텍스트가 어떻게 민법규범으로 구체화되는지 보여주기 때문이다.

여하간 판례는 우리 사회에서 ‘현재 있는 법’이 무엇인지를 확인하는 데 중요한 원천이 된다는 점에서 양창수 교수는 일찍부터 이러한 판례를 연구하는 데 관심을 기울였다. 양창수 교수의 논문을 보면 쉽게 알 수 있듯이 양창수 교수는 ‘현재 있는 법’이 무엇인지 확인하기 위해 방대한 분량의 판례를 분석한다.²³⁾ 또한 본격적인 판례평석 역시 자신의 학문적 여정 초기부터 수행하여 왔다.²⁴⁾ 이에 관해 다음 두 가지 점에 주목할 필요가 있다. 첫째, 양창수 교수는 단순한 ‘재판례’와 ‘판례’를 구별한다는 점이다.²⁵⁾ 양창수 교수는 특정한 대법원 판결이 있다고 해서 이를 모두 대법원 판례로 인정해서는 안 된다고 말한다. 대법원 판결 중에는 주어진 사실관계의 특수성을 고려하여 일회적으로 만들어진 것도 있기 때문이다. 특정한 법리에 바탕을 두고 일관되게 판결이 이루어질 때 비로소 판례가 형성되었다고 말할 수 있다는 것이다. 둘째, 판례의 결론뿐만 아니라 판례의 결론에 이르게 된 논증과정에도 주목한다는 점이다. 판례는 한편으로는 법적 안정성도 중요시 하지만 동시에 구체적 타당성도 고려한다는 점에서 판례가 어떤 사실관계를 대상으로 하여, 어떤 맥락에서, 어떤 사물논리에 기반을 두어 결론에 도달했는지 눈여겨보아야 한다고 말한다. 이러한 주장은 변호사시험의 영향으로 판례를 기계적으로 암기하는 공부풍토가 심화되는 요즘 상황에서 더욱 의미를 갖는다.

23) 이를 보여주는 양창수, 앞의 ‘독자적인 채무불행으로서의 이행거절 재론’, 236면 아래 참고.

24) 이를 보여주는 양창수, 「민법연구」 제2권, 박영사, 1991 참고.

25) 양창수, 「민법입문」, 박영사, 2015, 154면 아래 참고.

IV. 목적 및 문제중심적 사고

이처럼 양창수 교수는 우리 사회에 ‘현재 있는 법’을 인식하는 것에서 출발하기에 자신이 추구하는 민법학 연구 역시 목적 및 문제중심적 사고에 기반을 둔다. 루만의 개념으로 바꾸어 말하면 양창수 교수는 ‘투입지향적 법학’ 보다는 ‘산출지향적 법학’에 더욱 관심을 기울였다는 것이다.²⁶⁾ 이는 특히 양창수 교수의 초기 민법학에서 두드러지게 나타난다.

1. 개념법학과 목적법학

19세기 이후 독일 법학에서 성장한 법학방법의 흐름을 정리하면 물론 일반화의 오류 위험이 있기는 하지만 크게 두 가지로 구별할 수 있다. 개념법학과 목적법학이 그것이다.²⁷⁾ 이때 개념법학은 더욱 정확하게 말하면 사비니(Friedrich Carl von Savigny)에 의해 촉발된 ‘판덤편법학’을 지칭한다. 잘 알려져 있는 것처럼 판덤편법학은 완결된 법의 개념과 체계를 구축하는 것을 법학의 목표로 삼았다. 이와 달리 예링(Rudolf von Jhering)에게서 촉발된 목적법학은 완결된 개념과 체계, 즉 ‘개념의 피라미드’를 정립하는 것보다 법의 목적, 즉 법적 분쟁을 적절하게 해결할 수 있는 법학을 구축하고자 하였다. 물론 그렇다고 해서 예링이 법에서 개념과 체계를 완전히 부정하는 것은 아니다. 단지 개념과 체계 그 자체를 목적으로 삼기보다는 법의 목적을 실현하는 데 사용되는 수단으로 이를 파악한 것이다. 이러한 연유에서 특정한 개념과 체계가 더 이상 법의 목적을 실현하는 데 적합하지 않다면 이는 기꺼이 변경될 수 있는 것이다.²⁸⁾

26) 이에 관해서는 양천수, “개념법학과 이익법학을 넘어선 법도그마틱 구상: 루만의 법도그마틱 구상을 중심으로 하여”, 「성균관법학」 제18권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2006, 575-601면 참고.

27) 양천수, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 「법철학연구」 제10권 제1호, 세창출판사, 2007, 233-258면 참고.

독자적인 체계이론을 정립한 루만은 ‘자기생산성’(Autopoiesis) 개념을 수용하기 이전에는 《투입-산출 모델》을 원용하여 사회적 체계와 환경의 관계를 설명하였다. 루만에 따르면 법 역시 사회적 체계이자 사회의 부분체계에 속한다. 이러한 법체계와 환경의 관계 역시 투입과 산출이라는 구별 기준으로 관찰된다. 이 같은 《투입-산출 모델》에 따라 루만은 개념법학을 ‘투입지향적 법학’으로, 목적법학은 ‘산출지향적 법학’으로 규정한다. 그 이유는 개념법학은 환경의 정보가 어떻게 법체계에 잘 투입될 수 있는지에 관심을 기울이는 반면 목적법학은 법체계가 어떻게 자신의 기능을 환경에 성공적으로 산출할 수 있는지에 관심을 기울였기 때문이다. 이러한 구별을 원용하면 양창수 교수는 투입지향적 민법학보다는 산출지향적 민법학에 더욱 관심과 노력을 기울였다고 말할 수 있다.

2. 원시적 불능론 비판

목적법학을 지향하는 양창수 교수의 태도는 원시적 불능론에 대한 비판에서 확인할 수 있다.²⁹⁾ 개념법학은 불능 개념을 다음과 같이 구별한다. 원시적 불능과 후발적 불능 그리고 객관적 불능과 주관적 불능이 그것이다. 이 중에서 원시적 불능과 객관적 불능이 결합된 것이 원시적 불능에 관한 문제이다. 원시적 불능론에 따르면 계약당사자가 원시적·객관적으로 볼 때 불가능한 것을 계약목적으로 삼아 계약을 체결한 경우 그 계약은 무효가 된다. 그러나 양창수 교수는 자신의 첫 학문적 작업이라 할 수 있는 석사학위논문에서 이러한 원시적 불능론이 과연 타당한지 의문을 제기한다. 양창수 교수는 불능 개념을 원시적 불능과 후발적 불능으로 구분하면서 오직 후자의 불능만이 유효한 계약을 전제로 하는 채무불이행의 대상이 된다고 하는 것은

28) 사비니와 에링에 관해서는 양창수(번역), 「독일민법학논문선」, 박영사, 2005 참고.

29) 원시적 불능론을 연구하게 된 경위에 관해서는 양창수, 「노모스의 트랙」, 박영사, 2019, 94면 아래 참고.

전형적인 개념법학적 사유라고 말한다.³⁰⁾

“원시적 불능급부에 관한 계약이 무효라는 법리는 자명한 것으로 우리 민법학에 수용되었다. 그것은 당사자의 이익형량이나 우리 민법전의 채무불이행 체계와의 조화 등의 검토 없이 하나의 공리로서 인정된 것이다. 이러한 태도는 그야말로 개념법학적인 해석론의 전형이라고 할 것이다.”

양창수 교수에 따르면 이는 계약당사자의 의사를 전혀 고려한 것이 아니다. 왜냐하면 각 계약당사자가 처한 구체적인 상황이나 의사와는 무관하게 원시적 불능은 계약내용에 포함시킬 수 없다는 선험적 전제에 기반을 두어 원시적 불능론을 연역적으로 도출하기 때문이다. 나아가 이는 독일 법학의 태도를 따르고 있는 일본 법학의 학설을 그대로 수용한 것에 지나지 않는다고 말한다.³¹⁾

“우리는 여기서 그 법리는 하등의 공리가 아니며, 논리의 필연적인 결과도 아닌 것이며, 오히려 채무불이행 체계에 불합리를 끌어들이는 주요한 원천의 하나임을 확인한다. 여기에서 우리 채무법, 특히 계약법의 대원칙은 하등의 근거 없이 배제되는 것이다. 이것은 우리 민법학이 독일의 민법이론으로써 그 기본틀을 형성한 일본 민법학의 절대적 영향을 받고 있다는 사실 이외의 것으로서는 설명할 수 없다.”

여기서 알 수 있듯이 양창수 교수는 당사자의 의사나 우리의 문제 상황과는 무관한 개념법학적 사유와 무비판적인 외국법 수용에 거리를 둔다.

30) 양창수, “원시적 불능급부에 관한 계약의 무효론에 대한 비판적 고찰”, 석사학위논문, 서울대학교 대학원, 1978, 149면; 양창수, “어느 법학교수가 살아온 이야기”, 「민법연구」 제10권, 박영사, 2019, 6면에서 다시 인용.

31) 양창수, 앞의 ‘어느 법학교수가 살아온 이야기’, 6면.

3. 유형론

양창수 교수의 민법학이 산출지향적인 목적법학을 추구한다는 점은 양창수 교수의 학문적 작업 곳곳에서 발견되는 유형론적 사고에서도 확인할 수 있다. 독일의 형법학자 하세머(Winfried Hassemer)가 지적하는 것처럼 유형론적 사고야말로 구체적인 현실과 추상적인 개념을 매개하고자 하는 사고방식이기 때문이다.³²⁾ 추상적인 개념만으로는 포착하기 어려운 구체적인 현실을 현실 속에 내재하는 사물논리에 따라 유형화함으로써 현실과 개념 사이의 ‘상응’(Entsprechung)을 용이하게 하려는 것이 유형론적 사고인 것이다. 바로 이 점에서 유형론적 사고는 산출지향적인 목적법학에 적합한 사고방식이라고 말할 수 있다. 양창수 교수는 이러한 유형론적 사고를 곧잘 활용한다. 유형론적 사고가 가장 대표적으로 드러나는 지점으로 민법상 부당이득(제741조), 신의칙(제2조), 채무불이행(제390조)에 관한 연구를 거론할 수 있다.

(1) 부당이득

민법 도그마틱에서 가장 어려운 부분 중 하나에 속하는 부당이득은 양창수 교수가 박사학위논문에서 정면으로 다룬 영역이다.³³⁾ 부당이득에 관한 연구에서는 양창수 교수의 민법학 방법론, 특히 유형론적 사고와 역사적 방법이 잘 드러난다. 부당이득에 관한 연구에서 양창수 교수는 기존의 통일설에 반대하여 부당이득을 각 성질에 맞게 유형화해야 한다고 말한다. 왜냐하면 부당이득의 경우에는 각각 성질이 다른, 이를테면 계약법을 보충하는 급부부당이득, 불법행위법을 보충하는 침해부당이득, 사무관리법을 보충하는 비용부당이득 등과 같이 서로 법적 성질을 달리하는 부당이득이 일반조항으

32) 이에 관해서는 양천수, 「법해석학」, 한국문화사, 2017 참고.

33) 양창수, “일반부당이득법의 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1987; 부당이득법의 학문적 난이도를 간접적으로 예증하는 경우로는 김형배, 「채권각론 II: 사무관리·부당이득」, 박영사, 2003, 서문 참고.

로 한데 묶여있기 때문이다. 따라서 부당이득법 도그마틱을 각 성격에 맞게 체계화하기 위해서는 유형론을 도입하는 것이 필요하다고 말한다. 이 과정에서 양창수 교수는 독일의 비교사법학자이자 에른스트 라벨(Ernst Rabel)의 제자인 케머러(Ernst von Caemmerer)의 부당이득 유형론과 방법론을 수용한다.³⁴⁾ 케머러의 민법학 방법론은 양창수 교수가 자신의 학문 초기에 별도로 다룰 만큼 양창수 교수의 민법학 방법론에 많은 영향을 미쳤다. 양창수 교수는 케머러가 구사한 비교법학적·사물논리적·평가법학적 사고를 긍정적으로 평가하면서 이를 수용한다. 이러한 사고를 통해 선형적으로 타당한 개념과 체계를 전제로 하는 개념법학적 사고에서 벗어나 현실에 존재하는 ‘사물논리’(Sachlogik)를 고려하는 유연하고 산출지향적인 법학을 구사한다.

(2) 신의칙

민법 제2조가 규정하는 신의칙은 전형적인 일반조항 형태를 띤다. 이 때문에 신의칙을 원용해 민사문제를 해결하는 것은 독일의 사법학자 헤데미안(Justus Wilhelm Hedemann)이 지적한 것처럼 ‘일반조항으로 도피’하는 것이라는 비판을 받는 경우가 많다.³⁵⁾ 그렇지만 판례는 기존의 민사법 도그마틱이 적절하게 해결할 수 없는 문제를 해결하기 위해 다양한 영역에서 신의칙을 원용한다. 일반조항은 법체계와 사회체계 사이의 소통을 가능하게 하는 통로라고 하면서 긍정적으로 평가하는 독일의 법사회학자 토이브너(Gunther Teubner)의 주장을 되새기면 이러한 법원의 태도에 수긍할 만한 점이 없는 것은 아니다. 따라서 문제는 어떻게 하면 신의칙과 같은 일반조항이 한편으로는 섬세한 사고를 필요로 하는 법적 사고를 연약하게 하지 않으면서도, 다

34) 양창수, 앞의 ‘에른스트 폰 케머러 소묘: 우리 민법학에 대한 약간의 시사를 덧붙여’, 29면 아래.

35) J. W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933.

른 한편으로는 기존 법도그마틱의 경직성을 해소할 수 있는 방법을 모색하는 것이다. 이는 바로 신의칙과 같은 일반조항을 유형화하는 방법에서 찾을 수 있다. 이를 위해서는 한편으로는 기존에 축적된 판례를 입체적으로 분석하면서도, 다른 한편으로는 이를 독창적인 방식으로 유형화할 수 있는 법적 사고능력이 필요하다. 이는 상당한 창의성을 필요로 하는 것으로 제1급의 실정법학자에게 요청되는 능력이라 할 수 있다. 그렇지만 지금까지 상당수의 실정법학자들은 판례가 수행해야 하는 임무라는 이유에서 이를 등한시 하였다. 이에 반해 양창수 교수는 「민법주해」에서 민법 제2조가 규정하는 신의칙에 대한 주해를 하면서 설득력 있는 방법으로 신의칙이 구체화되는 모습을 유형화한다. 산출지향적 민법학 방법이 신의칙을 유형화하는 과정에서 빛을 발하는 것이다.³⁶⁾

(3) 채무불이행

채무불이행에 관한 연구에서도 양창수 교수의 유형론적 사고가 빛을 발한다. 박윤직 교수가 편집대표를 맡아 출간한 「민법주해」에서 양창수 교수는 민법 제390조가 규정하는 채무불이행 주해도 담당한다. 여기서 양창수 교수는 독일 민법학에서 유래하는 종전의 채무불이행 유형론, 즉 이행지체, 이행불능, 적극적 채권침해를 넘어서는 새로운 채무불이행 유형을 제안한다. 이행거절이 바로 그것이다.³⁷⁾ 양창수 교수는 기존의 채무불이행 3유형론이 현실에서 발생하는 채무불이행의 유형들을 적확하게 반영하지 못한다고 지적하면서 채무불이행 도그마틱과 현실 사이의 괴리를 좁히고자 새로운 유형을 제안하는 것이다. 이를 위해 양창수 교수는 그동안 축적된 판례를 분석하면서 이를 이행거절이라는 유형 안에 포섭한다. 현재 있는 우리 법에서 논의를

36) 박윤직(편), 「민법주해 I」, 박영사, 1992 참고.

37) 이는 독자적인 논문으로도 발표되었다. 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”, 「민법학논총 第二: 박윤직 박사 고회기념논문집」 제2권, 박영사, 1995, 162면 아래 참고.

시작하여 현실에서 발생하는 채무불이행 문제를 적절하게 해결할 수 있는 유형을 포착한 후 이를 일반조항으로 구성된 민법 제390조 채무불이행 규정에 포섭시키는 양창수 교수의 논증방식은 산출지향적 민법학 방법론을 극명하게 보여주는 것인 동시에 양창수 교수의 법적 독창성을 보여주는 것이기도 하다. 산출지향적 민법학이 어떤 성과를 낳는지를 잘 예시하는 사례라고 말할 수 있다.

4. 비교법 방법론

양창수 교수가 사용하는 비교법 방법론도 산출지향적 민법학 방법론에 포함시킬 수 있을 것이다. 영어, 독일어, 프랑스어, 일본어 등 다양한 언어에 대한 독해력을 구사하는 양창수 교수는 민법학을 전개하면서 비교법 방법론을 즐겨 사용한다. 비교법 방법론을 향한 애정은 독일의 저명한 비교법학자인 츠바이게르트(Konrad Zweigert)와 쾨츠(Hein Kötz)가 공동으로 저술한 「비교사법 입문」(Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts) 제2권을 우리말로 번역하는 데 이어지기도 하였다.³⁸⁾ 그러나 양창수 교수가 추구한 비교법 방법론은 우리보다 선진적인 외국법을 무비판적으로 수용하려는 것이 아니었다. 오히려 양창수 교수가 지향한 비교법 방법론은 비교법을 통해 우리 법을 상대화하면서 우리의 법적 문제를 적절하게 해결할 수 있는 방안을 모색하는 것이었다. 요컨대 비교법 그 자체를 목적으로 보기보다는 현재 있는 우리 법의 문제를 해결하기 위한 수단으로 이용하는 것이다. 따라서 만약 외국법, 특히 독일법이 우리의 법적 문제를 해결하는 데 적절하지 않다면 과감하게 거부될 수 있다. 이 점에서 양창수 교수가 추구한 비교법 방법론은 우리에게 뿌리 깊은 법학적 식민주의 사상을 극복하고자 하는 것이라고도 볼 수 있다.

38) K. Zweigert/H. Kötz, 양창수(역), 「비교사법제도론」, 대광문화사, 1991.

V. 역사적 사고

산출지향적인 목적법학을 추구하면 자연스럽게 법규범 그 자체보다는 법규범이 추구하는 목적에 관심을 기울인다. 이러한 경향이 심해지면 법규범은 문제를 해결하는 데 원용되는 한 가지 논거로 그 가치가 폄하될 수 있다. 독일의 사법학자이자 법이론가인 피벡(Theodor Viehweg)이 제시한 ‘문제변증론’(Topik)이 이를 잘 보여준다. 법규범을 존중하는 경우라도 법규범을 제정한 입법자의 의사보다는 법규범 그 자체가 담고 있는 객관적 의사를 추구하는 경향이 강하다. 그러나 양창수 교수는 이러한 경향과는 다른 모습을 보인다. 앞에서 살펴본 것처럼 양창수 교수는 한편으로는 구체적인 법적 문제 해결을 지향하는 목적법학을 추구하면서도, 다른 한편으로는 법규범을 제정한 입법자의 원래 의사를 존중하는 민법학 해석론을 지향한다. 마치 역사법학이 그런 것처럼 민법학에서 역사적 사고방식을 강하게 추구한다. 이는 아마도 본래 법학이 아닌 역사학을 전공하고자 했던 양창수 교수의 관심과 문제의식이 반영된 것이 아닌가 추측해 본다.³⁹⁾

1. 민법제정과정 연구

민법학에서 입법자의 의사를 추구한다는 것은 구체적으로는 개별적인 민법규정을 해석할 때 역사적 해석방법을 우선적으로 사용한다는 것을 말한다. 이때 역사적 해석방법을 사용하기 위해서는 그 전제로 입법자의 의사를 확인할 수 있어야 한다. 그런데 우리 민법학에서는 오랜 동안 독일과는 달리 우리에게 민법제정에 관한 입법이유서가 없어 입법자의 의사를 확인할 수 없다는 주장이 지배적이었다. 그러나 양창수 교수는 이러한 선입견과는 달리 실제로 우리 민법전 입법자의 의사를 확인할 수 없는지 의문을 제기하면서

39) 양창수, 앞의 ‘어느 법학교수가 살아온 이야기’, 2면 아래.

이를 실증적으로 찾아나간다. 양창수 교수는 형식적으로는 우리에게 입법이 유서는 없지만 실질적으로는 개별 규정에 대한 입법자의 의사를 확인할 수 있다고 말한다. 이를 실증하기 위해 양창수 교수는 민법제정과 관련된 여러 자료들, 특히 민법안에 관한 국회심의과정을 기록한 국회속기록에 주목한다. 이러한 자료들을 실증적으로 발굴 및 분석함으로써 개별 민법규정, 예를 들어 이사의 대표권 제한에 관한 민법 제60조나 동산질권의 물권적 청구권에 관한 소유권 규정 준용에 대한 입법자의 의사가 무엇인지 확인한다.⁴⁰⁾ 마치 역사학자가 귀중한 사료를 발굴하기 위해 몸소 움직이는 것처럼 양창수 교수 역시 입법자의 의사를 실증적으로 찾아내기 위해 직접 사료를 찾아 나선 것이다.

2. 역사적 해석방법의 우위

민법학에서 역사적 사고를 중요시하는 태도는 그 어떤 해석방법보다도 역사적 해석방법을 우선시 하는 주장에서도 확인할 수 있다. 잘 알려진 것처럼 사비니 이래로 법규범을 해석하는 방법으로는 문법적·체계적·논리적·역사적·목적론적 해석방법이 언급된다. 특정한 법규정은 이러한 해석방법을 사용하여 구체화할 수 있다. 그런데 문제는 특정한 법규정을 해석할 때 이러한 다양한 해석방법이 동시에 사용될 수 있고 이로 인해 상충하는 결과가 도출되는 경우도 다수 발생한다는 것이다. 실정법 도그마틱에서 자주 마주치는 이른바 ‘학설대립’은 특정한 법규정을 서로 다른 결과를 도출하는 해석방법을 원용할 때 발생하는 경우가 많다.

그러면 이렇게 특정한 법규정에 대해 서로 다른 해석방법을 원용하는 것이 모두 가능할 때 그리고 이렇게 함으로써 서로 다른 해석결과가 도출될 때

40) 양창수, “법인 이사의 대표권 제한에 관한 약간의 문제”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, 111면 아래; 양창수, “동산질권에 관한 약간의 문제: 민법학방법론에 대한 의문 제기를 곁하여”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991, 255면 아래 참고.

이를 어떻게 해결해야 하는지가 문제된다. 이는 법학방법론에서는 해석방법의 우선순위라는 문제로 논의된다. 특정한 법규정을 해석할 때 다양한 해석방법이 상충하는 경우 이를 해결할 수 있는 ‘해석방법의 우선순위’가 과연 존재할까? 이에 회의적인 진영에서는 ‘방법다원주의’라는 이름 아래 해석방법 사이에는 우선순위를 인정할 수 없다고 말한다. 이와 달리 판례는 법적 안정성을 중시하는 문법적·체계적 해석이 구체적 타당성을 중시하는 목적론적 해석보다 우선한다고 말한다.⁴¹⁾

이에 대해 양창수 교수는 기본적으로 역사적 해석방법에 우선순위를 인정하는 주장을 한다.⁴²⁾ 이러한 양창수 교수의 태도는 법규범의 저자인 입법자의 의사를 존중하는 것일 뿐만 아니라 입법자의 작품인 법규범 그 자체 역시 존중하고자 하는 것으로 이해할 수 있다. 이러한 태도는 ‘현재 있는 법’에서 민법학을 시작하고자 하는 태도와도 합치한다. 이는 다음과 같은 양창수 교수의 언명에서 확인할 수 있다.⁴³⁾

“법률에의 구속’의 최소한도의 의미는 법률제정자가 의문이 여지없이 법률의 문언에 있어서 밝힌 규율의도(Regelungsabsicht)는 법률을 적용하는 자가 이를 존중하여야 한다는 것이 아닐까?”

3. 법률에 반하는 법형성의 가능성

다만 이렇게 입법자의 의사를 존중하는 역사적 해석방법을 우선시하는 양창수 교수의 태도가 변함없이 유지되는 것은 아니다. 왜냐하면 기본적으로

41) 이에 관한 분석으로는 양천수, “법적 안정성과 해석: 이른바 ‘아름다운 판결’을 예로 하여”, 『법학논총』 제28권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2015, 123-168면 참고.

42) 양창수, 앞의 ‘동산질권에 관한 약간의 문제: 민법학방법론에 대한 의문 제기를 겸하여’, 272면 아래.

43) 양창수, 앞의 ‘동산질권에 관한 약간의 문제: 민법학방법론에 대한 의문 제기를 겸하여’, 217면.

산출지향적 목적법학을 추구하는 양창수 교수는 법적 분쟁의 적절한 해결이라는 목적 역시 염두에 두기 때문이다. 그 때문에 양창수 교수는 우리 민법에 고유한 계약명의신탁을 분석하는 과정에서 다음과 같은 언명도 한다.⁴⁴⁾

“그러나 그 문언 또는 문법구조대로 해석하는 것이 평가모순을 가져 오는 경우에는, 가능한 어의와 의미관련의 범위 안에서(im Rahmen ihres möglichen Wortsinns und des Bedeutungszusammenhanges) 이를 피할 수 있는 해석이 요구되며, 비상의 경우에는 이를 해소하기 위하여 때로 「법에 반하는(contra legem)」해석도 허용되는 것이다.

여기서 양창수 교수는 해석이라는 개념을 사용하고 있지만 이는 정확하게 말하면 ‘형성’이라고 보아야 한다.⁴⁵⁾ 이렇게 보면 양창수 교수는 원칙적으로 역사적 해석방법에 우선권을 부여하지만 예외적으로는 법률에 반하는 법형성도 인정하는 것이다.⁴⁶⁾ 마치 독일의 법철학자 라드브루흐(Gustav Radbruch)가 원칙적으로는 법적 안정성을 우선시하면서도 예외적으로는 구체적 타당성에 우선권을 부여하는 것처럼 말이다. 이렇게 보면 법학에서 일관된 태도와 방법을 보여준다는 것이 결코 쉽지는 않다는 점을 알 수 있다. 현실 자체가 그런 일관성만으로는 해결할 수 없는 복잡성을 갖고 있기 때문일 것이다.

44) 양창수, “부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율”, 「민법연구」 제5권, 박영사, 1999, 176-177면.

45) 이에 관해서는 양창수, “법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성: 이론적-실정법적 근거와 인정범위 그리고 한계”, 「법과 사회」 제52호, 박영사, 2016, 107-142면 참고.

46) 이러한 태도는 이미 양창수, 앞의 ‘동산질권에 관한 약간의 문제: 민법학방법론에 대한 의문 제기를 겸하여’, 278면에서 찾아볼 수 있다.

VI. 맺음말

지금까지 양창수 교수의 민법학 방법론을 예로 하여 법학과 방법이 어떻게 연결될 수 있는지, 이를 통해 법학의 학문성이 어떻게 정초될 수 있는지 살펴보았다. 물론 양창수 교수의 민법학 방법론에 관해서는 좀 더 살펴보아야 할 부분이 없지 않다. 민법의 기본원리에 관한 논의가 그 한 예가 될 것이다. 양창수 교수는 공공복리를 민법이 추구해야 하는 최고의 원리로 설정하는 곽윤직 교수의 주장에 의문을 표하면서 민법의 기본원리가 무엇인지, 민법은 어떤 법이어야 하는지에 근본적인 문제를 제기한다.⁴⁷⁾ 이는 아주 흥미로운 문제이고 필자 역시 이에 관한 연구를 수행하고 있다.⁴⁸⁾ 그 과정에서 곽윤직 교수 주장의 배후에는 오랫동안 일본 민법학뿐만 아니라 우리 민법학에 많은 영향을 미친 와가즈마 사카에(我妻榮)의 법진화론적 사고가 있는 게 아닌지 추측한다.⁴⁹⁾ 그러나 이를 정면에서 다루는 작업은 이후의 과제로 남겨두기로 한다. 다른 한편 양창수 교수의 민법학 방법론에 대한 평가도 생각해 볼 수 있지만 현 시점에서 이를 수행하는 것은 적절하지 않다고 판단되기에 이 역시 앞으로 필자가 수행해야 하는 과제로 미뤄 두기로 한다.

47) 양창수, “민법학에서 법철학은 무엇인가?: 개인적 점묘”, 『민법연구』 제10권, 박영사, 2019, 169면 아래 참고.

48) 이에 관한 최근의 흥미로운 연구로는 권영준, 『민법학의 기본원리』, 박영사, 2020 참고.

49) 이를 보여주는 我妻榮, 『近代法における債權の優越的地位』, 有斐閣, 1954 참고.

〈참고문헌〉

- 곽윤직(편), 「민법주해 I」, 박영사, 1992.
- 권영준, 「민법학의 기본원리」, 박영사, 2020.
- 김형배, 「채권각론 II: 사무관리·부당이득」, 박영사, 2003.
- 심재우, 「열정으로서의 법철학」, 박영사, 2020.
- 양창수, 「민법연구」 제2권, 박영사, 1991.
- _____, 「민법입문」, 박영사, 2015.
- _____, 「노모스의 트랙」, 박영사, 2019.
- _____(편역), 「독일민법학논문선」, 박영사, 2005.
- 양천수, 「법해석학」, 한국문화사, 2017.
-
- 김중환, “한국민법학의 진로”, 「서울대학교 법학」 제26권 제2·3호, 서울대학교 법학연구소, 1985.
- 양창수, “원시적 불능급부에 관한 계약의 무효론에 대한 비판적 고찰”, 석사학위논문, 서울대학교 대학원, 1978.
- _____, “일반부당이득법의 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1987.
- _____, “한국사회의 변화와 민법학의 과제”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991.
- _____, “에른스트 폰 케머러 소묘: 우리 민법학에 대한 약간의 시사를 덧붙여”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991.
- _____, “법인 이사의 대표권 제한에 관한 약간의 문제”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991.
- _____, “동산질권에 관한 약간의 문제: 민법학방법론에 대한 의문 제기를 겸하여”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1991.
- _____, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”, 「민법학논총 第二: 곽윤직 박사 고회기념논문집」 제2권, 박영사, 1995.
- _____, “부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율”, 「민법연구」 제5권, 박영사, 1999.
- _____, “어느 법학교수가 살아온 이야기”, 「민법연구」 제10권, 박영사, 2019.

- _____, “우리 민법학 70년의 성과와 앞으로의 과제”, 「민법연구」 제10권, 박영사, 2019.
- _____, “김중환 교수의 생애와 학문 집요: 개인적인 시각에서”, 「민법연구」 제10권, 박영사, 2019.
- _____, “독자적인 채무불행으로서의 이행거절 재론”, 「민법연구」 제10권, 박영사, 2019.
- _____, “민법학에서 법철학은 무엇인가?: 개인적 집요”, 「민법연구」 제10권, 박영사, 2019.
- 양천수, “개념법학과 이익법학을 넘어서는 법도그마틱 구상: 루만의 법도그마틱 구상을 중심으로 하여”, 「성균관법학」 제18권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2006.
- _____, “개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향”, 「법철학연구」 제10권 제1호, 세창출판사, 2007.
- _____, “법적 안정성과 해석: 이른바 ‘아름다운 판결’을 예로 하여”, 「법학논총」 제28권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2015.
- _____, “법률에 반하는 범형성의 정당화 가능성: 이론적-실정법적 근거와 인정범위 그리고 한계”, 「법과 사회」 제52호, 박영사, 2016.
- _____, “판례의 범원성 재검토: 법이론의 관점에서”, 「사법」 제52호, 사법발전재단, 2020.
- 이계일, “법학의 학문성에 대한 반성적 고찰”, 「공법학연구」 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018.
- 末弘嚴太郎, 「新裝版 法学入門」, 日本評論社, 2018.
- 我妻榮, 「近代法における債權の優越的地位」, 有斐閣, 1954.
- 율리우스 헤르만 폰 키르히만, 윤재왕(옮김), 「법학의 학문으로서의 무가치성」, 박영사, 2019.
- K. Zweigert/H. Kötz, 양창수(역), 「비교사법제도론」, 대광문화사, 1991.
- J. W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933.

【국문초록】

법학과 방법

- 민법학을 예로 하여 -

양 천 수*

오늘날 법학은 독자적인 학문으로 인정된다. 그러나 법학이 학문에 속하는지에 관해서는 논란이 없지 않다. 예를 들어 프로이센의 법률가 키르히만은 법학은 학문적으로 무가치하다고 맹렬하게 비판하기도 하였다. 그런데 이는 과거만의 문제가 아니다. 오늘날 우리 법학은 중대한 도전에 직면하고 있기 때문이다. 법학의 학문성에 대해 새로운 위기가 찾아온 것이다. 이러한 상황에서 우리는 법학의 학문성이란 무엇인지, 무엇이 법학을 학문으로 만들어주는지 성찰할 필요가 있다. 이를 위해 이 글은 민법학을 예로 하여 법학이 어떻게 학문성을 정초할 수 있는지, 이를 위해 어떤 방법을 사용해야 하는지 살펴본다. 특히 양창수 교수의 민법학 방법론을 예로 하여 법학이 학문으로 자리매김하기 위해 어떤 방법을 구사해야 하는지 검토한다.

주제어: 법학의 학문성, 법학의 학문적 무가치성, 키르히만, 민법학 방법론, 양창수 교수

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

【ABSTRACT】

Law and Method

- In case of civil law -

Chun-Soo Yang*

Today, law is recognized as one of independent science. However, there is controversy as to whether law belongs to science. For example, Prussian lawyer Julius Hermann von Kirchmann fiercely criticized law as academically worthless. However, this is not a problem only in the past. This is because our law today faces a great challenge. A new crisis has come about the academic nature of law. In this situation, we need to reflect on what is the academic nature of law and what makes it one of independent science. To this end, this article uses civil law as an example to examine how law can establish academicity and what methods should be used for this. In particular, using Professor Changsoo Yang's methodology of civil law as an example, it examines what methods should be used to establish law as an academic.

Keywords : Academicity of law, academic valuelessness of law, Kirchmann, civil law methodology, professor Changsoo Yang

* Professor at Yeungnam University Law School, Dr. jur.

