

법실무에서 통설의 가치*

이 동 진**

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 법에서 학설, 특히 통설 일반
- III. 우리 법실무에서 ‘통설’의 작용
- IV. 법실무에서 통설의 기능
- V. 전망

I. 서론

법학과 법교육은 유난히 학설을 많이 다룬다. 교과서에서, 강의실에서 여러 학설이 그 논거와 함께 제시되고 비판 또는 지지된다. 연구논문의 상당수가 특정 학설을 제시, 지지하거나 비판하는 것을 주된 목적으로 삼는다. 시간의 시험에도 불구하고 많은 학설이 살아남아 경합한다. 그 대신 각 학설에 통설(通說), 유력설, 다수설, 소수설 등의 위치가 부여되고, 종종 그 위치가 바뀐다. 다른 학문분과에서는 잘 보이지 아니하는 현상이다. 그러나 이들 각각이 어떤 의미와 기능을 갖는지에 대한 논의, 일종의 메타이론은 잘 보이지 아니한다.¹⁾

* 이 논문은 2024. 1. 25.(목) 서울대학교에서 개최된 서울대학교 법학연구소 공동연구 학술대회 「이론과 실무의 동행: 그 실제와 방법」에서 발표한 원고를 수정·보완한 것이다. 당시 유익한 논평을 해준 지정토론자 이계일 교수를 비롯한 참석자들과 이 글의 초고에 대하여 역시 유익한 논평과 제안을 해준 익명의 심사위원들에게 감사드린다. 이 논문은 서울대학교 법학연구소의 2023학년도 학술연구비 지원(공동연구)을 받았다 (서울대학교 법학발전재단 출연).

** 서울대학교 법학전문대학원 교수.

1) 가령 이론, 법리, 실무의 상호관계를 광범위하게 다룬 권영준, “민사제판에 있어서 이론, 법리, 실무”, 「서울대학교 법학」, 제49권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 313면 이하는

법학, 특히 법도그마틱은²⁾ 궁극적으로 법실무에 봉사한다. 이를 가르치는 법교육도 결국 법실무를 위한 것이다. 학설도 법실무에서 일정한 의미를 갖는다. 그러나 하나의 쟁점에 대하여 여러 학설이 경합하고 서로 다른 위치를 부여받는, 법학에서 흔한 상황에서 학설이, 그리고 그 위치가 법실무와 관련하여 갖는 의미에 대한 논의는 찾아보기 어렵다.

이 글에서는 이러한 관점에서 학설과 그 위치가 갖는 의미를, 특히 법실무와 관련하여 논구하고자 한다. 학설의 위치가 의미를 갖는다면 그것은 가장 두드러진 위치, 즉 통설에서 가장 뚜렷할 것이므로 논의는 통설에 집중하되, 학설 일반도 시야에 넣는다.

이 글의 구성은 다음과 같다. 먼저, 법에서 학설이 무엇인지, 특히 통설이 무엇인지를 정의하고, 통설의 지위가 일정한 의미를 가졌던 역사적 예를 간단히 본다(아래 II). 이어서 우리 법실무와 재판례에서 ‘통설’이 쓰이는 방식을 확인한다(아래 III). 그리고 통설이 그러한 방식으로 쓰이는 것이 어떤 기능 내지 가치를 갖는지를 생각해 보고(아래 IV), 약간의 전망을 덧붙인다(아래 V).

II. 법에서 학설, 특히 통설 일반

I. 법-학설

(1) 법에서 학설, 즉 법-학설은 일응 법도그마틱적 진술로서 발화주체가 학계인 경우라고 정의할 수 있을 것이다.

우선, 법-학설은 법의 의미내용을 밝히는 도그마틱적 진술을 가리킨다. 민법 제109조 제1항의 ‘법률행위의 내용의 중요부분의 착오’라 함은 ‘표의자가 그러한 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 않으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 하고 보통 일반인도 표의자의 처지에 섰더라면 그러한 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것’이라는³⁾ 진술이 그 전형적인 예이

그중 법도그마틱에 해당하는 ‘법리’ 부분에서 복수의 법리에 관한 주장이 경합하는 경우의 문제는 언급하지 아니한다.

2) 김영환, “법도그마틱의 개념과 그 실천적 기능”, 『법학논총』 제13집, 한양대학교 법학연구소, 1996, 72면 이하. 근래의 법도그마틱 이해는 현실에 반복하여 적용되는 실천성을 강조하고 있다. 가령 Wieacker, Gesetz und Richterkunst, 1958, S. 14.

다. 이러한 진술에는 나름 이론적 근거가 있으나, 진술 자체는 일종의 ‘선언’의 형태를 띠고 있고, 마치 법문(法文)처럼 원칙적으로 매번 배후의 근거 지움을 요구받지는 아니한 채 ‘적용’된다.

둘째, 학설(學說)은 학계에서 이루어지는 진술이다. 법도그마틱적 진술을 만들어 내는 것은 학계만이 아니다. 법원도 재판 과정에서 법도그마틱적 진술을 만들어 내고, 특히 대법원은 이를 그 권한으로 정착시킨다. 학설의 창안물이 이후 그대로 ‘판례’가 된 위 예시가⁴⁾ 이를 잘 보여준다. 그러나 우리나라에서 학설이라고 할 때에는 그 발화주체가 학계인 경우만을 가리킨다.

반면, 복수의 학설이 경합하고 있는지는 중요하지 아니하다. 특정 쟁점이 판례상 먼저 제기되고 답해진 뒤 학설이 이를 별다른 비판 또는 논평 없이 그대로 인용하거나 아예 자기화하는 경우에는 학설이 존재한다는 점이 잘 의식되지 아니할 수 있다. 그러나 앞의 예시처럼 특정 쟁점이 학설상 먼저 제기되고 답해진 한참 뒤에야 비로소 판례가 나왔을 때에는 학설의 존재를 부정할 수 없다. 학설대립이 있어야만 학설이라고 할 수는 없다.

(2) 법(해석)학에서 ‘학설’은 학계에서 만들어 냈다는 한정이 추가되었을 뿐 법도그마틱 그 자체라고 할 수 있다. 이러한 진술은 법에서 실천적 문제의 해결에 기여할 수 있도록 전형적인 문제 해결들을 개념적 및 도그마틱적으로 정서(定序)하고 나아가 새로운 관련 문제가 제기되면 그 해결을 위한 틀 내지 출발점을 제공하는 데 기능이 있다.⁵⁾ 이를 위하여 학설은 일반적인 범명제를 정

3) 대법원 1996. 3. 26. 선고 93다55487 판결 등 다수. 리딩케이스(leading case)는 대법원 1989. 1. 17. 선고 87다카1271 판결로 보인다. 즉, 그 이전으로는 소급하지 아니한다. 그러나 이러한 실시는 학설이 이미 오래 전부터 제시해온 것이다. 가령 ‘내용의 중요한 부분이라 함은, 그 착오가 없었다면, 본인은 그 의사표시를 하지 아니하였을 것이라고 생각될 뿐 아니라, 보통의 일반인도, 그 의사표시는 하지 아니하였을 것이라고 생각될 정도로 중요한 것이다(판례통설)’라고 한 我妻 榮, 民法總則, 1951, 245-246頁 참조.

4) 제도적으로 (대법원) ‘판례’에는 판례변경 시 대법원 전원합의체를 통하여야 하고 소부에서 재판할 수 없으며(법원조직법 제7조 제1항 제3호), 소액사건에서도 판례 위반은 상고이유가 되고(소액사건심판법 제3조 제2호), 하급심 법원이 판례에 반하는 재판을 할 때에는 그 판례를 적시하여야 하는(민사소송규칙 제131조) 등의 의미를 부여받고 있다. 이러한 의미의 판례는 구체적 재판결과를 뒷받침하는 데 필요한 범명제를 말하는데, 법문 자체가 아닌 이러한 범명제는 대체로 법도그마틱적 진술인 것이다. 윤진수, “한국법상 「판례」의 의미”, 「민사재판의 제문제」 제30권, 사법발전재단, 2023, 90면 이하; Cross, Precedent in English Law, 3rd ed., 1977, p. 76 (‘법관이 그가 채택한 논증의 연쇄를 고려하여 결론에 도달하는 데 필요한 단계로 명시적 또는 묵시적으로 취급된 법의 규칙 또는 배심원에 대한 지시의 필요한 부분’)도 참조.

립하되, 이를 어떤 통일된 기준에 따라 정서하고 그 결과 체계적 관련 하에 위치 지워야 한다. 이때 법에 관한 일반적인 진술명제는 대개 규칙의 형태를 띤다.⁶⁾ 다른 한편, 법에서 학설은 그 배후의 실체적 정의(正義) 내지 근본적 평가와 전형적 적용례도 암묵적, 주변적으로 포함하게 마련이다. 이것 없이는 적용될 수 없거나 과도하게 경직될 것이기 때문이다.⁷⁾ 요컨대 어느 한 법의 학설은 현행법에 관한 진술의 형태로 된 규칙과 그 배후의 근본적 평가 내지 일반적 법원칙 및 전형적 적용례로 구성된다.⁸⁾

나아가 굳이 학설이라고 할 때에는 어느 한 법 분야의 전체 도그마틱이 아닌 그 일부분에 국한되는 것이 보통이다.⁹⁾ 법이 복잡다단한 현실에 대응하여야 하는 한 완전하게 일의적(一義的)인 체계를 이루는 일은 거의 생각할 수 없다. 다소 느슨한 전체 체계 안에 바꾸어 넣을 수 있는 모듈(module), 부분체계들이 결합되어 있는데, 학설은 대개 후자를 단위로 만들어진다. 학설 검증의 기준 중 하나로 평가모순(Wertungswiderspruch)이 꼽히는¹⁰⁾ 이유이다.

(3) 법(해석)학은 신학과 함께 도그마틱에 속한다.¹¹⁾ 법에서 학설의 진술은 실재와의 객관적 부합 여부에 따라 그 가치를 가릴 수 있는 것이 아니다. 학설의 진술이 비로소 법의 의미내용을 형성하고 구체화하므로 그것과 대조할 객관적 실재는 존재하지 아니한다. 법률과의 부합 여부와 전체 체계와의 일관성 내지 평가 무모순성이 일종의 검증 기준이 되나,¹²⁾ 이들 기준은 어느 것이나 상당히 성겨서 여전히 여러 학설이 이 기준을 통과한다. 다른 한편 도그마틱의 불완전성을 고려할 때 어떤 학설이 이 기준에 비추어 주변적으로 약간의 문제를 일으킨다는 이유만으로 그 학설을 완전히 기각하기는 어렵기도 하다. 학설 대립이 그 배후의 실체적 정의내용 내지 근본적 고려에서의 미묘한 차이에서

5) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 276 f. 같은 문헌은 학설(Lehrmeinung)이 아닌 이론(Theorie)이라는 표제 하에 이 문제를 논의하고 있다.

6) Larenz/Canaris (주 5), S. 277 f.

7) Larenz/Canaris (주 5), S. 278 f.

8) Larenz/Canaris (주 5), S. 279.

9) Larenz/Canaris (주 5), S. 277: “작은 학설.”

10) Larenz/Canaris (주 5), S. 280 f.

11) Schnur, „Der Begriff der „herrschenden Meinung“ in der Rechtsdogmatik“, in FS-Forsthoff, 1967, S. 43 ff., 44; Zimmermann, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbindung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, 1983, S. 23 f.

12) Larenz/Canaris (주 5), S. 280 ff.

비롯된 경우에는 방법론적 지침에도 불구하고 그 우열을 객관적으로 판정하기는 어렵다.¹³⁾ 하나의 쟁점에 대하여 복수의 학설이 경합할 뿐 아니라, 시간이 경과하여도 그중 가장 나은 것 하나만 남고 나머지는 모두 기각되기보다 상당수가 살아남곤 한다.

2. 법에서 통설

(1) 통설은 독일어 “herrschende Lehre (hL)”의 역어(譯語)로서, 지배적인 학설을 뜻한다. 비슷한 표현으로 “herrschende Meinung (hM)”이 있는데, 독일법권에서 양자는 같은 뜻으로도 쓰이나,¹⁴⁾ “herrschende Lehre”는 문헌상 지배적인 견해로, “herrschende Meinung”은 문헌과 판례 모두에서 지배적인 견해로 구별하는 것이 더 일반적이다.¹⁵⁾ 우리는 뒤의 경우에 ‘판례·통설’ 또는 ‘통설·판례’라는 표현을 쓰고 있으므로, ‘통설’은 독일어 “herrschende Lehre”에 상응한다고 보는 것이 적절하겠다.

그렇다면 지배적인 학설은 무엇인가? 학설은 하나의 견해(Meinung) 내지 주장, 그것도 법에 관한 도그마틱적 주장이다. 앞서 언급한 바와 같이 여기에서 엄격한 검증가능성이나 근거 지움을 기대할 수는 없다. 통설은 그중에서 ‘지배적인’ 견해이다. 이때 지배란 경합하는 견해들 중 특히 그 견해를 따를 것을 다른 사람들에게 요구할 수 있는 어떤 힘을 시사한다. 이러한 힘은, 그러한 것이 있다면, 적어도 부분적으로는 통설의 통설로서의 권위에 의지하는 수밖에 없다.¹⁶⁾ 법에서 견해의 우열을 진리 가치의 우열로 가리는 데는 한계가 있고, ‘지배적인’ 학설, ‘통설’이 자신의 통설로서의 지위를 주장하는 것은 그 틈을 통설로서의 권위로 메우고자 하는 의도에 터 잡고 있기도 한 것이다. 이때 권위의 원천은, ‘통설’의 뜻에 비추어볼 때, 그 견해가 공공연히 통용되고 있다는 점에 있다.¹⁷⁾

13) 김대휘, 「법철학과 법이론 입문」, 성안당, 2021, 17면. 권영준(주 1), 317면 이하에서 언급하는 ‘이론(theory)’의 중요성과 340면 이하가 주목하는 법관의 직관은 모두 이러한 객관적인 타당성을 가지는 날카로운 준거가 결여된 기준에 속한다.

14) Schnur (주 11), S. 43 ff.

15) Zimmermann (주 11), S. 25. 때문에 “hL”은 문헌상 지배적인 견해와 판례가 다를 때 주로 쓰이고 있다. Wesel, „hM“, in: Aufklärungen über Recht, 1981, S. 17.

16) Wesel (주 15), S. 32 : “mehr auctoritas als veritas.”

17) 때문에 통설은 견해임에도 일종의 익명성을 갖는다. Zimmermann (주 11), S. 22 f.

통설에는 어떤 권위 내지 힘의 요청이 포함되어 있다. 그 본질상 ‘의견’의 학문인 법학에서 이는 자연스러운 현상일지도 모른다.¹⁸⁾ 반면 다수설이라는 견해에는 이러한 권위 내지 힘의 요청이 결여되어 있거나 약하다. 다수설이라는 표현은 직접적으로는 그 주장자의 수가 많음을 뜻할 뿐 어떤 통용력, 통용되어야 한다는 요청을 직접적으로 시사하지는 아니하기 때문이다. ‘다수설’이라는 표현이 법적 논증과정에서 잘 쓰이지 아니하는 이유 중 하나일 것이다.¹⁹⁾

(2) 유럽 법제사에서는 통설의 보다 제도화된 형태가 이미 오래전 존재하였다. 그러나 모든 나라에서 통설 개념이 어떤 의미를 가지는 것은 아니다.

기원전 100년부터 기원후 200년 사이의 고전기 로마법에서는 여러 탁월한 법학자들과 학파들이 나타나 각자 권위를 획득하였다. 로마는 그 결과 나타난 복잡한 학설대립을 입법적으로 정리하기보다 집성하였다. 「학설휘찬」(Digesta)이 그 대표적인 결과물이다. 그 결과 발생한 법적 불안에 대응하기 위하여 429년 서로마 제국의 발렌티니아누스(Valentianus) 3세는²⁰⁾ 인용법률(lex citationum)을 공포하였다. 이는 거칠게 요약하면 법관에게 고전기 로마법의 권위자인 가이우스(Gaius), 파피아누스(Papianus), 울피아누스(Ulpianus), 율리우스 파울루스(Iulius Paulus) 및 헤레니우스 모데스티누스(Herennius Modestinus)의 견해 중 다수설을 따르고, 복수의 학설의 지지자가 동수(同數)인 때에는 파피아누스가 취한 견해를 따를 것을 명하는 것이었다. 법관은 파피아누스가 견해를 밝히지 아니하였을 때에야 비로소 자신이 옳다고 여기는 견해를 취할 수 있었다. 이는 그 바로 뒤인 438년 동로마 제국의 테오도시우스(Theodosius) 2세가 칙법전(Codex Theodosianus)에²¹⁾ 수용함으로써 일반적 구속력을 갖게 되었다. 비슷한 형태의 인용법률은 14, 15세기 북이탈리아 도시법과, 이후 스페인, 포르투갈, 남아프리카에서도 찾아볼 수 있다고 한다.²²⁾

18) [Vieweg, „Zur Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin“, Studium Generale 11 (1958), S. 334의 Forschungsdenken과 Meinungsdenken의 구별을 인용하여] Zimmermann (주 11), S. 23 f. 같은 곳은 이러한 관점에서 통설을 여론(öffentliche Meinung)과 비교한다. 여기에서도 통설이 의사소통과정에서 발생하는 (합리성과 함께) 어떤 권위를 주장하고 있음을 간취할 수 있다. 또한, 김대휘(주 13), 17면.

19) Zimmermann (주 11), S. 26 (überwiegende Meinung에 대하여).

20) 엄밀히는 섭정이었던 그의 모(母) 갈라 플라키디아 아우구스타(Gala Placidia Augusta).

21) Codex Theodosianus 1, 4, 3. 또한, 두 명의 큰 권위를 가진 법학자들이 지지하는 학설은 옳다고 보아도 좋다는 D. 40, 2, 5도 참조. 프리츠 슐츠/마거리트 볼프 (이상훈 역), 「로마법의 원리」, 민속원, 1936 (역서 2023), 201면 이하.

11세기말 나타난 주석학과도 비슷한 필요에 직면하였다. 로마법학자들이 수백 년간 전개한 카주이스틱을 모아놓은 로마법대전(Corpus iuris)과 학설회찬에는 무수한 모순이 존재하였다. 주석가들은 이 모순적이고 구조화되지 아니한 복잡한 소재(素材)를 종합, 정리하여 법실무에서 쓸 수 있게 하였고, 그 과정에서 최초의 포괄적인 도그마틱적 서술이 출현하였다. 그중 특히 아쿠르시우스(Accursius)의 “Glossa ordinaria”가 특권적 지위를 부여받아 그 자체 법원의 지위를 획득하였다. 법관은 여기에 구속되었다. 사실 그것이 로마법에 접근할 수 있는 유일한 길이기도 하였다.²³⁾

그러나 오늘날의 통설과 가장 비교되는 것은 13세기 이후 후기주석학과와 “일반적인 견해(communis opinio)”라고 한다. 당시의 과제는 각 지역의 도시법과 관습법을 로마법대전과 통합하여 실무적 해결을 발전시키는 것이었다. 이 과정에서 로마법대전 자체보다 그 해석이 부각되고, 실무상 필요를 충족시켜주는 자유로운 해석이 더 큰 권위를 수반하였다. 법학자(doctor)의 견해(opiniones)가 로마법대전을 대체하였다. 존경받는 저자들의 견해가 일치하는 경우에는 상당한 비중이 주어졌다. 처음에는 모든 저자들의 견해가 일치할 것을 요하였으나 점차 중요한 저자들, 즉 바르톨루스(Bartolus)와 발두스(Baldus)의 주석에 특별한 의미가 부여되었다.²⁴⁾ 15세기에는 소송과 자문에 대한 ‘일반적인 견해’의 구속력이 인정되기에 이른다.²⁵⁾ 그 위반에 대하여 법관 및 법관에게 자문한 그 도시의 법학자가 민사 및 형사책임을 질 위험이 있었고, 추후 다른 도시에서 업무를 맡지 못할 수도 있었다. 법실무는 널리 일반적인 견해의 지배를 받았고, 일반적인 견해 자체가 관습법이 되는 일도 있었다. 다만, 일반적인 견해도 학설상으로는 비판적 검증의 대상이 되었다.²⁶⁾

오늘날의 법관은 어느 나라에서나 이러한 법적 구속을 받지 아니한다. 우리의 경우 법관이 구속되는 것은 “헌법과 법률”뿐이고, 그의 “양심”이 그 바로 뒤를 따른다(헌법 제103조). 그는 방법론적 지침을 포함하는 그의 직업적 훈련에

22) Zimmermann (주 11), S. 29 f.

23) Zimmermann (주 11), S. 30 f.

24) Zimmermann (주 11), S. 31 f.

25) Koschaker, Europa und das römische Recht, 4. Aufl., 1966, S. 92: ‘재판과 자문은 일반적인 견해에서 (사소한 점을 제외하면) 벗어나서는 안 된다[in iudicando et consulendo ab opinione communi non (minime) recedendum est].’

26) Zimmermann (주 11), S. 32-34. 또한, Djeffal, „Die herrschende Meinung als Argument. Ein didaktischer Beitrag in historischer und theoretischer Perspektive“, ZJS 5/2013, 463 f.

따라 불편부당하게 헌법과 법률을 해석, 적용하여야 할 뿐, 그 해석에 관하여 외부의, 가령 학설의 구속을 받지 아니한다. 심지어는 판례의 구속도 받지 아니한다. 그럼에도 불구하고 독일법권에서는 판결이 학설을 인용한 다음 논거를 들어 비판하거나 이를 따를 것임을 명시적으로 밝히는 예가 드물지 아니하고, 이때에는 대개 어느 것이 통설인지도 밝힌다.²⁷⁾ 그러나 영미나 프랑스의 문헌이 ‘통설’을 언급하는 일은 드문 편이고, 그곳의 판결이 학설을 인용하는 일도 그러하다.

Ⅲ. 우리 법실무에서 ‘통설’의 작용

1. 논증수단으로서 통설

(1) 우리 법실무는 어떤가? 먼저 ‘통설’을 언급한, 반드시 많지는 아니한, 재판례 중 통설이 같은 취지라는 점 자체가 직접 논거 내지 권위로 동원된 예를 소개한다.

대법원 판례 중 이러한 예로 가장 먼저 등장하는 것은 1981. 10. 13. 선고 81도2133 판결로 보인다.²⁸⁾ 이 사건의 쟁점은 구체적인 간통범죄사실을 특정하지 아니한 간통고소 후 공소가 제기되고 고소가 추완된 경우의 처리였는데, 대법원은 이러한 경우 수사기관은 고소인에 알려 추가고소장을 제출하게 하거나 구술로라도 고소내용을 보충하는 조치를 취한 뒤 공소를 제기하였어야 함에도 그렇게 하지 아니하여 결과적으로 친고죄의 공소조건인 고소 없이 공소제기한 잘못이 있다고 한 뒤, “친고죄에 대하여 공소제기 후 고소를 추완하는 문제에 있

27) 독일 판례에서 ‘통설’의 인용에 대하여는 Drosdeck, Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle - . Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur, 1989, S. 19-26. 독일, 오스트리아, 스위스에서 학설의 인용에 대하여는 우선, Mayer-Maly, „Die guten Sitten des Bundesgerichtshofs“, Canaris/Heldrich (hrsg) 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft, Band I, 2000, S. 68 ff. 특히 스위스민법(ZGB) 제1조 제3항은 (법률을 해석하거나 범형성을 할 때) ‘검증된 학설(bewährte Lehre)과 전통을 따르’라고 정한다(독일어판. 프랑스어판의 경우 좀 더 약한 구속력을 시사하는 것처럼 읽히며, 이탈리아판은 다수가 동의하는 견해인지가 중요한 것처럼 보인다). ‘검증된’ 학설인지 여부는 그 설득력과 관계되고 주장자의 수와는 무관하다고 한다. BSK/Honsell, 2. Aufl., 2002, Art. 1 ZGB N 37-38.

28) 이 판결은 소부 판결이었다.

어서도 이를 부정하는 견해가 일반적인 통설임을 감안하면 원심이 고소가 없다는 이유로 판단한 공소기각의 조치는 적법”하다고 판시하였다. 친고죄에서 공소제기 후 고소 추완이 허용되지 아니한다는 법리를 설시하면서 그것이 ‘통설’이라는 점만으로 근거 지운 셈이다. 그러나 이러한 논증의 정확성 또는 진지성이 반드시 분명한 것은 아니다. 무엇보다도 과연 이 견해가 당시 실제로 ‘통설’이었는가 하는 점이 다소 의심스럽기 때문이다.²⁹⁾

또 다른 예로는 최근의 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결을 들 수 있다. 이 판결에서는 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 필수적 공동소송이 되는지가 문제되었다. 이 쟁점이 제기된 것은 대법관 이기택, 박정화, 김선수, 이흥구가 편면적 대세효 있는 회사관계소송은 통상공동소송이라는 취지의 별개의견을 개진하였기 때문이었다. 흥미를 끄는 것은 필수적 공동소송이라는 다수의견에 대한 대법관 김재형, 민유숙, 노태악의 보충의견의 도입부이다: “편면적 대세효 있는 회사관계소송에서 여러 사람이 공동으로 원고가 된 경우 법원의 재판 실무는 이러한 소송을 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송으로 보고 있다. 대법원 1959. 2. 19.자 4291민항231 결정은 민사소송법이 제정되기 전 의용 민사소송법에 관한 판례로서 방론으로 여러 사람이 제기한 주주총회결의 무효 확인의 소가 필수적 공동소송에 해당한다고 언급한 바 있다. 그 후 공동소송 형태가 쟁점이 아니어서 그에 관한 법리를 명시적으로 실시하지 않았지만 법원은 이러한 소송이 필수적 공동소송임을 전제로 하여 소송절차를 진행하였다. 학계의 통설도 민사소송법 분야에서는 물론, 회사법 분야에서도 마찬가지이다. 이러한 재판 실무는 소송법상 합일확정의 필요성에 근거한 것으로서, 상법상 병합심리 규정 등의 취지와 더불어 당사자의 의사나 소송경제 등을 고려하더라도 여전히 그 타당성을 인정할 수 있다.” 이 판결에서는 ‘통설’이 다수의견이 주장하는 법리의 타당성에 무게를 더하는 도구로 쓰이고 있다. 그러나 여기

29) 김상철, “친고죄의 고소를 논하라”, 『새법정』 제4권 제10호, 한국사법행정학회, 1974, 52면 이하는 부정설이 ‘종래의 전통적 학설과 판례의 태도’라면서 일본 문헌과 일본 하급심 재판례를 인용하고 이어서 그 당시에 이미 국내와 일본에서 긍정설이 ‘크게 대두하고 있다’고 보고하며, 나아가 국내와 일본에서 절충설이 주장되고 있음을 지적하고, 절충설을 지지하고 있다. 백형구, “한국법학의 쟁점: 형사소송법”, 『월간고시』 제18권 제2호, 법지사, 1991, 75-76면은 위 판례를 언급하나, ‘통설’이라는 표현 없이 적극설, 소극설, 절충설 각각의 지지자를 열거하고 있고, 그 언급만으로 무엇이 ‘통설’인지를 이야기하기는 어려워 보인다.

에서도 ‘통설’에 의한 뒷받침의 진지성은 반드시 분명하지 아니하다. 위 판결 이전까지는 이 문제에 대하여 문헌상 이설(異說)도 없었지만, 본격적인 논의도 없었던 것이다. 위 판결 선고 후 (일본의 소수설을 참고하여) 별개의견을 지지하는 문헌이 몇 개 나온 점이 이를 방증한다.³⁰⁾ 위 보충의견도 인용한 부분 아래에서 상세한 독자적 논증을 전개하고 있고, 전체 논증의 중심은 오히려 그 부분에 있다.

대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결도 비슷하다. 이 판결에서는 지명채권에서 양도금지특약의 효력에 관하여 다수의견과 반대의견이 각각 물권적 효과설과 채권적 효과설로 나뉘어 치열하게 논전을 벌였다. 흥미를 끄는 부분은 다수의견의 논증이다³¹⁾ 다음과 같이 시작한다는 점이다: “양도금지 특약을 위반하여 이루어진 채권양도는 원칙적으로 그 효력이 없다는 것이 통설이고 앞서 본 바와 같이 이와 견해를 같이하는 상당수의 대법원판결이 선고되어 재판실무가 안정적으로 운영되고 있다. 이러한 판례의 법리는 다음과 같은 이유에서 그대로 유지되어야 한다.” 역시 ‘통설’이라는 지위가 다수의견이 주장하는 법리의 타당성에 조금이나마 무게를 더하는 수단으로 쓰이고 있다. 그러나 ‘통설’인 물권적 효과설은 당초 (별다른 구체적 논증 없이) 당연히 전제된 견해였고, 위 판결이 선고될 무렵에는 채권적 효과설로의 전환을 주장하는 문헌들(만)이 여럿 나와 오히려 그 통설로서의 지위가 흔들리고 있었다. 물권적 효과설을 지지하는 본격적 논증은 위 판결 이후에서야 나왔다.³²⁾ 다수의견도 위 인용 부분 이하에서 매우 자세한 독자적 논증을 전개하고 있다.

전체적으로 실시 자체가 매우 간단하여 더 평가하기 어려운 대법원 1981. 10. 13. 선고 81도2133 판결을 제외한 나머지 두 예에서 ‘통설’의 원용이 갖는 힘은 매우 제한적이다.

한편, 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결에서는 별개의견이 ‘통설’을 원용하였다. 이 판결에서는 거주자의 승낙을 받아 타인의 주거에

30) 문헌 개관은 김경욱, “2021년 민사소송법 중요 판례 분석”, 『안암법학』 제64권, 안암법학회, 2022, 344면 이하.

31) 대법원 전원합의체 판결에서 다수의견이 직접 상세한 논증을 하는 경우는 드물다. 다수의견 측에서 논증을 시도하더라도 위 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결처럼 다수의견에 대한 보충의견에서 비로소 구체적인 논증이 제시되곤 한다. 그러나 이 사건에서는 다수의견이 이미 상세한 논증을 하고 있다. 다소 이례적인 경우로 보인다.

32) 우선, 이동진, “양도금지특약에 반하는 채권양도, 회생절차와 민법 제434조”, 『법조』 통권 제734호, 법조협회, 2020, 465면.

들어갔으나 범죄 등을 목적으로 한 출입이거나 실제 목적을 알았다라면 출입을 승낙하지 아니하였을 경우일 때 주거침입죄가 성립하는지가 문제되었다. 다수의견은 행위태양이 객관적·외형적으로 주거의 사실상의 평온을 해하는 것인지를 따져야 한다면서 이를 부정하였다. 이에 대하여는 행위태양인 침입은 거주자의 ‘의사에 반하여’ 들어가는 것을 뜻하고 여기에서 거주자의 의사는 현실적 의사라는 대법관 김재형, 안철상의 별개의견이 있었다. 같은 의견은 “보호법익에 관하여 주거권이라고 보는 입장뿐 아니라 ‘사실상의 평온’이라고 보는 입장에서 침입의 의미를 ‘거주자의 의사에 반하여 들어가는 것’이라고 설명”하는 바, “침입의 의미에 관해서는 의사침해설이 형법학계의 통설”이라는 점을 다수의견의 침입 구성요건 해석에 대한 비판의 한 근거로 들었다. 별개의견에서 인용된 것이기는 하나, 이는, 적어도 위 판결 이전에는, 우리나라에서는 이설(異說) 없는 통설이었다고 보인다.³³⁾ 그러나 다른 한편 주거침입죄의 보호법익에 관하여 판례·다수설인 사실적 평온설에서 이러한 결론을 도출할 수 있는가 하는 점에 대하여는 오래전부터 의문이 제기되어 왔다.³⁴⁾ 더욱 흥미를 끄는 점은 종래의 논의가 주로 구체적 사안유형의 해결, 특히 위 전원합의체 판결의 선행 사건이었던 공동주거권자 중 1인의 양해하에, 다른 공동주거권자는 명백히 반대하였을 주거침입을 한 경우 주거침입죄가 되는가 하는 점에³⁵⁾ 대하여 같은 결론을 내리면서 오직 사실상 평온설에서도 그러한 결론이 도출되는가, 아니라면 사실상 평온설을 포기하여야 하는가 하는 점과 관련하여 이루어졌다는 사실이다. 결론 자체를 바꾸는 판례에서 ‘침입’ 개념에 관한 ‘통설’ 논변이 별 힘을 갖기 어렵고 진지하게 받아들여지기도 어려운 이유이다. 오히려 다수의견이 실은 이 점에 관한 한 명백히 반대였다고 보이는 ‘통설’을 언급하지 아니한 점이 눈에 띈다.

33) 우선, 문채규, “공동주거에 대한 주거침입죄”, 『형사법연구』 제34권 제3호, 한국형사법학회, 2022, 171면 이하.

34) 김대휘·김신 편집대표 『주석형법 [각칙5], 제5판, 한국사법행정학회, 2017, 143면(이우철 집필부분: “대법원은 일관하여 주거침입죄는 ‘사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 하는 것’이라고 하면서도, ‘침입’의 개념과 관련하여서는 신주거권설에 대응하는 의사침해설과 같이(사실상 평온설에는 평온침해설이 대응한다) ‘거주자 또는 간수자의 의사에 반하여 들어가면 족한 것’이라고 판시”). 같은 문헌이 평온침해설과 관련하여 인용한 유일한 문헌은 일본 문헌이다. 또한, 이승호, “주거침입죄에서 침입의 정의와 판단기준”, 『일감법학』 제53호, 건국대학교 법학연구소, 2022, 236면 이하.

35) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결. 같은 판결에는 대법관 김재형의 별개의견이 있는데, 이 별개의견은 바로 이 점을 문제 삼아 주거권설/의사침해설을 취한다.

대법원 2023. 9. 21. 선고 2018도13877 전원합의체 판결도 같다. 이 판결에서는 강제추행죄의 구성요건표지로서 ‘폭행 또는 협박’의 정도가 문제되었다. 다수의견은 이른바 기습추행이 아닌 한 상대방의 항거를 곤란하게 하는 정도여야 한다는 판례를 폐기하고 신체에 대한 불법한 유형력의 행사 또는 일반적으로 상대방으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악의 고지로 족하다는 입장을 취하였다. 이에 대하여는 종전 판례를 유지하여야 한다는 대법관 이동원의 별개의견이 있었는데, 이 의견은 그 근거 중 하나로 “종래의 판례 법리는 대법원이 수십 년 동안 반복적으로 선언한 법리로서 학계의 지지를 받고 있”다는 점을 들었다. 그러나 별개의견의 주된 논거는 어디까지나 종래의 판례가 단순추행, 위력에 의한 추행, 준강제추행의 구성요건표지로서 항거불능과의 체계적 관계, 종래의 판례 법리를 전제로 제정된 특별법상의 가중처벌 규정의 존재에 있었다.

이러한 ‘통설’의 활용이 좀 더 두드러지는 것은 하급심 재판례에서이다. 서울동부지방법원 2012. 7. 13.자 2012라104 결정은 재단법인 서울대학교 발전기금이 부동산의 포괄수유자로서 부동산등기법 제65조 제1호에서 정한 ‘포괄승계인’의 지위에서 단독으로 소유권보존등기신청을 할 수 있는지 문제되었다. 같은 결정은 2011년 개정 전 부동산등기법이 ‘상속인’만을 언급하고 있었음에도 “해석론상 법인의 합병·분할과 같은 포괄승계도 포함된다고 보고 있었고, 다만 포괄유증의 경우에는 상속과는 달리 공부상 그 신용성을 보장할 수 없다는 이유로 부인하는 것이 통설이었다”면서 같은 이유, 무엇보다도 “종래 부동산등기법의 해석론”에 비추어 포괄유증은 여기에 해당하지 아니한다고 함으로써 통설의 논거와 통설로서의 지위를 결론을 뒷받침하는 결정적 근거로 삼았다. 창원지방법원 2017. 11. 23. 선고 2016노3479 판결에서는 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 위반으로 인한 과징금 부과처분에 대한 취소의 소를 제기한 뒤 명의신탁이 아니라는 취지의 증거를 위조하여 법원에 제출한 것이 이른바 소송사기미수가 되는지가 문제되었다. 이 판결은 이를 부정하면서 “사기죄의 보호법익은 개인적 법익 중 재산권이다. 그렇다면 사기적 행위에 의하여 국가적·사회적 법익이 침해된 경우 사기죄가 성립하는가. 예컨대 기망수단에 의하여 탈세를 하거나, 등기관에게 불상당한 표준가격을 신고하여 등록세를 면한 경우 등에서 문제되는데, 이러한 경우 사기죄는 성립하지 않는다는 것이 일반적인 통설이”라고 설명한다. 그 이상의 구체적 논거가 별로 없다는 점에서³⁶⁾ 통설로

서의 지위가 결론을 뒷받침하는 데 큰 역할을 하였다고 평가할 수 있다. 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나77575 판결도 같다. 이 판결은 조정에 갈음하는 결정으로 체결된 상계계약이 사해행위취소의 대상이 될 수 있다면서 그 근거로, “조정에 갈음하는 결정에 대하여 소정의 기간 내에 이의신청이 없으면 그 조정에 갈음하는 결정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있는 점”과 “소송행위가 동시에 실제법상의 법률행위로서의 성질을 가지는 경우, 예컨대 소송상의 상계, 청구의 포기·인낙, 재판상의 화해 등은 채권자취소권의 대상이 된다는 것이 통설적인 견해인 점”을 들었다.³⁷⁾ 한편, 수원지방법원 안양지원 2023. 5. 26. 선고 2021가단112985 판결은 치과보철치료 관련 채무도 수단채무(obligation de moyens)라는 전제하에 의료과오를 부정하였는데, 그 각주 2에서 치과진료 중 심미치료의 경우 결과채무에 가깝다는 의견도 있음을 적시한 뒤 적어도 당해 사안과 같은 상황은 수단채무라는 것이 “통설”이라고 하였다.³⁸⁾

36) 논거 전체를 인용하면 다음과 같다:

“2) 사기죄의 보호법익은 개인적 법익 중 재산권이다. 그렇다면 사기적 행위에 의하여 국가적·사회적 법익이 침해된 경우 사기죄가 성립하는가. 예컨대, 기망수단에 의하여 탈세를 하거나, 등기관에게 불상당한 표준가격을 신고하여 등록세를 면한 경우 등에서 문제되는데, 이러한 경우 사기죄는 성립하지 않는다는 것이 일반적인 통설이다.

3) 일본에서는 1896년 明治 시대 판결(大審院, 1896. 12. 5.) 이래 통설·판례가 소송사기를 사기죄로 인정해 오고 있다. 이에 대하여 소송사기를 과연 통상의 사기죄와 같이 취급해도 좋은지 의문을 제기하는 학설도 아직 많다. 경제거래상의 재산이전을 기초로 하여 구성되고 있는 사기죄가 국가적·강제적인 제도를 이용하는 소송사기에도 해당된다고 하는 것이 과연 타당한가 하는 근본문제에 이른다. 이러한 범죄유형에는 ‘소송적 진실의무 위반에 의한 재판기관의 악용’이라는 새로운 구성요건을 고려해야 한다는 독일의 학설이 주목 받고 있다. 한편, 일본의 판례와 학설 역시 대체로 소송사기죄의 성부에 관하여 민사소송을 전제로 논리전개를 하고 있다.

4) 소송사기죄에서 말하는 소송에 행정소송이 포함되지 않는다는 명백한 선례는 아직 없다. 그러나 이상에서 살펴본 바와 같이, ① 사기죄의 보호법익은 개인의 재산권이라는 점(지방자치단체가 부과한 과징금은 개인적 재산권에 해당하지 않고, 사경제 주체로서의 작용이라고 보기도 어려움), ② 소송사기죄는 일반의 사기죄와 그 구조를 매우 달리하므로 소송사기죄의 성립을 인정함에 있어서는 매우 신중하여야 한다는 점 등의 관점에서, 소송사기죄에서 말하는 소송에는 행정소송이 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다.”

그러나 이 문제를 좀 더 면밀히 살펴보면 학설은 물론, (대법원) 판례상으로도, 다양한 사안군에 대하여 여러 견해가 주장되어 왔고, 그 논거도 더 풍부함을 알 수 있다. 무엇보다도 이미 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결; 대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5058 판결. 좀 더 자세한 것은 김용재, “기망행위에 의한 재산취득이 국가적·사회적 법익에 대한 침해를 수반하는 경우 사기죄의 성립 여부”, 『법학연구』 제31권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2021, 543면 이하 참조.

37) 같은 판결은 여기에서 각주로 청구의 포기·인낙의 취소를 인정한 인천지방법원 1996. 12. 18. 선고 96가합4356 판결과 함께, “편집대표 박윤직, 민법주해(IX) 채권(2), 박영사(1995), 816~817쪽”을 인용하고 있다.

(2) 결론 자체를 뒷받침하는 것은 아니나 그에 이르는 논증과정에서 ‘통설’을 인용한 예도 있다. 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결은 이른바 악의의 무단점유의 경우 자주점유의 추정이 깨어진다는 법리를 정립하였다. 이 판결에는 악의의 무단점유라 하더라도 자주점유의 추정이 깨어지지 않는다는 대법관 박준서의 별개의견이 있었는데,³⁸⁾ 이 의견은 “다수의견의 견해에 따르면 무단점유의 표본인 동산절도의 경우, 타인의 부동산을 소유권등기까지 하며 무단점유하는 경우 또는 타주점유자가 소유자에게 소유의사를 표명한 무단점유의 경우까지도 논리상 소유의사를 부정할 수밖에 없게 되어 현재의 통설·판례와 저촉된다”는 점을 논거 중 하나로 들었다.

대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결은 발행지 기재 없는 어음도 어음면의 기재상 국내어음임이 인정되면 유효하다는 입장을 취하였다. 여기에는 발행지 기재 없는 어음은 무효라는 대법관 6인의 반대의견이 있었는데, 이들은 여러 다른 논거와 함께 “어음의 요식성을 완화하는 어음유효해석의 원칙을 긍정하는 견해를 취한다 하더라도 이는 무제한으로 적용될 수는 없고, 어음의 요식성을 파괴할 위험이 있는 경우에는 지급의 확실성 보장과 유통성 강화라는 어음의 이념에 반하기 때문에 그 적용을 부정하여야 한다는 것이 통설적 견해인바, 어음의 필요적 기재 사항의 하나인 발행지의 기재를 결한 어음을 유효하다고 하는 것은 어음의 요식성을 파괴하는 것이므로 여기에 어음유효해석의 원칙이 적용될 여지는 없다”는 점을 논거로 들고 있다.

대법원 2003. 12. 18. 선고 98다42601 전원합의체 판결은 동일인 소유 토지와 그 지상건물에 공동저당권이 설정된 뒤 지상 건물이 철거되고 다른 건물이 신축된 경우, 저당물의 경매로 인하여 토지와 신축건물이 서로 다른 소유자에게 귀속하게 된 경우 법정지상권이 성립하는지 여부를 다루었다. 그중 대법관 배기원의 다수의견에 대한 보충의견은 “물권법정주의에 입각한 위 조문의⁴⁰⁾ 엄격한 해석에 의하면 경매로 인하여 건물과 토지 소유권이 분리될 때까지 당초의

38) 같은 판결은 이덕구·김기영, “발치 시 설신경의 손상에 대한 치과의사의 책임에 대한 고찰”, 『법학연구』 통권 제50호, 경상대학교 법학연구소, 2017를 인용한다. 같은 문헌에는 그러한 취지의 전거가 몇 인용되어 있다.

39) 다만, 같은 의견은 타인 소유 지상의 주택만이 매도되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 주택의 부지에 대하여 점용권만을 매수하는 것으로 보아야 한다는 점을 들어 당해 사안에서는 권원의 성질상 타주점유가 인정된다고 하였다.

40) 민법 제366조를 말한다.

건물이 그대로 존재할 경우에만 그 건물을 위한 법정지상권이 성립될 수 있고, 구건물이 헐린 후 신건물이 신축되더라도 그 신건물은 설정당시 존재하던 건물이 아니어서 원칙적으로 그 신건물을 위한 법정지상권이 성립될 수 없다”면서, “그럼에도 불구하고 판례·학설이 단독저당의 경우(건물 있는 토지만이 저당권의 목적이 된 경우)에는 건물이 멸실 내지 철거된 후 신축된 건물에 대하여도 구건물의 범위에서 법정지상권의 성립을 인정하는 데 거의 일치하고 있”다는 점을 들어, 주로 물권법정주의를 문제 삼은 반대의견을 반박하였다.

하급심 재판례로는 서울고등법원 2008. 10. 10. 선고 2008노1841 판결을 들 수 있다. 같은 판결은 삼성에버랜드 제3차 배정 전환사채 저가발행이 기존주주의 주식가치를 하락시켜 배임이 되는가 하는 점에 대하여, “특별검사의 주장과 같이 저가발행으로 인한 손해를 유입되어야 할 자금이 유입되지 아니하는 것으로 파악하는 이상, 회사의 입장에서는 그 자금을 제3자로부터 받으나 주주로부터 받으나 마찬가지이므로, 주주 배정방식의 발행의 경우에도 손해가 발생한다고 보아야 할 것인데, 이는 주주 배정방식의 발행의 경우에는 그 발행가액 등을 액면가액 이상으로 정하기만 하면 무방하므로, 저가발행을 하더라도 손해가 발생한다고 볼 수 없다는 통설적 견해와 배치되어 부당하”다는 점을 논거로 들고 있다.

위 판결에서 ‘통설’은 또 다른, 당연히 전제된 범명제의 타당성을 시사하는 표현이다. 해당 범명제가 판례로 정립되지 아니한 경우 간단히 판례를 인용할 수도 없고, 그렇다고 모든 관련 범명제를 일일이 논증하는 방식으로 판결이유를 작성하는 것은 현실적이지 아니하므로 일용 ‘통설’임을 언급한다. 이때 ‘통설’은 판례가 없는 경우 판례에 버금가는 어떤 권위 내지 일용의 타당성 주장을 수반한다.

2. 논박대상 또는 강화된 논증부담부과의 근거로서 통설 위반

몇몇 판례에서는 통설이 논박대상으로 등장하였다. 가령 조례제정권의 범위를 벗어나 국가사무를 대상으로 한 조례에 터 잡아 영업정지처분을 한 경우 처분의 효력에 관한 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결에서 대법관 김석수, 안용득의 반대의견은 다음과 같이 실시하였다: “다수의견의 요지는, 요컨대 하자 있는 행정처분이 당연무효로 되기 위하여는 그 하자가 법규의

중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하는데, 이 사건의 경우 서울특별시장이 건설부장관으로부터 위임받은 건설업영업정지 처분등에 관한 사무를 구청장에게 재위임하는 내용의 조례는 조례제정권의 범위를 벗어난 국가사무(기관위임사무)를 대상으로 한 것이어서 무효이나 그러한 사실은 당원의 판결이 있기 전에는 객관적으로 명백하다고 할 수 없으므로 그에 기하여 구청장이 한 이 사건 영업정지처분은 당연무효는 아니고 취소를 구할 수 있음에 그친다는 취지로 이해된다. 이는 종래의 판례나 통설인 중대명백설의 논리를 그대로 받아들인 것으로서 하자있는 행정처분이 당연무효로 되기 위하여는 언제나 그 하자가 명백하여야 한다는 것을 전제로 하는 것이다. 그러나, 중대명백설에 있어서의 명백성이라는 것이 무엇을 의미하는지 불분명한 까닭에 명백성의 요건은 취소사유와 무효사유를 구분하는 기준으로서 충분한 기능을 하지 못하고 있을 뿐만 아니라, 명백성의 요건을 그 문언적 의미에 따라 엄격하게 해석하거나 또는 하자 자체의 성격상 그 존재가 외관상 명백하다고 할 수 없는 경우에는 하자가 아무리 중대하고 그로 인하여 국민의 권익이 크게 침해되었다 하여도 그 하자를 무효사유로 볼 수 없게 되는 결과 위법한 행정처분으로 불이익을 입은 국민의 권리구제 기회를 합리적으로 필요한 범위를 넘어 부당하게 제한하는 결과를 초래한다.” 반대의견은 다수의견이 판례·통설임을 인정한 다음 반박하고 있는 것이다.⁴¹⁾

하급심 재판례로는 서울고등법원 2012. 4. 13. 선고 2011노2616 판결을 들 수 있다. 같은 판결에서는 공범 중 1인에 대한 공소제기로 다른 공범자에 대하여도 공소시효가 정지되게 한 형사소송법 제253조 제2항의 ‘공범’에 대항범이 적용되는지 여부가 쟁점이 되었다. 이 판결은 “형사소송법 제253조의 공범에는 형법에서 규정하고 있는 공범 외에 구성요건 자체가 이미 2인 이상의 참가나 단체의 행동을 전제로 하여 성립하는 범죄를 실현한 수인을 지칭하는 강학상

41) 이어서 반대의견은 “행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정처분의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연 무효라고 보아야 할 것”이라는 논리를 편 다음, “반대의견이 중대명백설을 비판하고 있다는 점에서 종전의 판례와 어긋나는 것으로 보이지만 실질적으로는 종전의 판례들도 하자의 성격이나 구제의 필요성 등을 감안하여 경우에 따라 명백성의 요건을 완화하거나 요구하지 않음으로써 구체적 타당성을 추구하여 온 사례가 적지 아니하였”다고 주장한다.

필요적 공범도 포함된다고 하는 것이 학계의 통설”이라는 점을 인정한 다음, “형사소송법이 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대하여도 공소시효가 정지되도록 한 것은 공범 간 처벌의 형평을 기하기 위하여 공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로, 이는 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하거나 축소하여 해석해서는 아니 된다”면서, “필요적 공범의 일종인 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 대항범 상호간에는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 이러한 대항범 상호 간에는 범죄구성요건, 죄질이 같지 아니하고, 그 법정형도 별개로 규정되어 있는 점 등”을 들어 “형사소송법 제253조 제2항에서의 공범은 형법에서 규정하고 있는 공범인 공동정범, 교사범, 방조범, 간접정범만을 의미하고, 강학상의 필요적 공범 중 형법의 공범 규정이 적용될 수 없는 대항범은 여기에 해당하지 않는다”는 독자적 결론을 제시하고 있다. 여기에서도 우선 논박의 대상이 되는 견해가 ‘통설’임을⁴²⁾ 밝힌 뒤 다른 견해를 취하는 것임을, 약간의 논거와 함께, 분명히 하였다.⁴³⁾

이들 예에서 논박의 대상이 ‘통설’이라는 점을 지적하는 것은, 반대하는 견해가 통설임을 잘 알고 있음에도 반대하는 것임을, 즉 그 논증의 진지성을 드러내기 위함으로 보인다.

3. 기타

(1) 판결에서 ‘통설’을 직접 언급하지 아니하였다 하더라도 통설이 일정한 영향력을 발휘한 것으로 보이는 예가 있다.

가령 서울고등법원 1980. 10. 31. 선고 80나2589 판결은 타인권리매매에서 매매 목적물이 국유물임을 알지 못하였음을 원인으로 하는 착오취소주장을 배척하면서, “타인의 권리의 매매로 인한 매도인의 담보책임에 관한 규정이 민법총칙의 착오에 관한 규정보다 우선 적용되어야 할 성질의 것”이라는 점을 들었

42) 이 문제에 관한 본격적인 논의는 위 판결을 계기로 전개된 것으로 보인다. 우선, 이창섭, “형사소송법 제253조 제2항의 ‘공범’의 해석과 공소시효 정지기간 계산방법에 관한 일고”, 『형사법연구』 제34권 제4호, 한국형사법학회, 2022, 283면. 학설의 개관은 같은 글, 287-289면 참조.

43) 그러나 그 상고심 판결인 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도15137 판결은, 상고를 기각하면서, 더는 ‘통설’을 언급하지 아니한다.

다. 그러나 대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다78703 판결은 “착오로 인한 취소 제도와 매도인의 하자담보책임 제도는 그 취지가 서로 다르고, 그 요건과 효과도 구별된다”면서, “매매계약 내용의 중요 부분에 착오가 있는 경우 매수인은 매도인의 하자담보책임이 성립하는지와 상관없이 착오를 이유로 그 매매계약을 취소할 수 있다”고 판시하였다. 앞의 판결은 1980년대까지만 해도 담보책임의 대상인 한 착오취소가 배제된다는 통설에 대하여 별 반론을 찾아보기 어려웠다는 점과⁴⁴⁾ 무관하지 아니할 것이다. 반면 뒤의 판례는 그 뒤 담보책임과 채무불이행책임, 착오취소가 모두 별개의 제도라는 견해가 상당히 유력해진 점과 일정한 관련을 맺고 있다고 보인다.

또 다른 예로는 대상청구권에 관한 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581, 4598 판결을 들 수 있다. 같은 판결은 매도인이 매매목적토지의 수용으로 보상금을 수령한 경우 그 지급을 구하는 소는 대상청구권을 행사하는 취지라고 볼 수 있다고 한 다음, “우리 민법에는 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없”다면서 “대상청구권을 인정하는 것이 공공용지의취득 및 손실보상에 관한 특례법에 저촉되고 당사자의 의사해석에 반한다는 소론은 독자적 견해에 불과하여 받아들일 수 없다”고 하여 간단히 배척하였다. 이 판결은 우리 법에서 대상청구권을 인정한 리딩케이스(leading case)이자 명백히 법관에 의한 범형성에 해당함에도 사실상 아무런 논증도 하지 아니하였다. 이는 오래 전부터 압도적 통설이 대상청구권을 인정해 왔다는 점과 무관하지 아니할 것이다.⁴⁵⁾

44) 문헌의 개관은 김용덕 편집대표 「주석민법[채권각칙 2]」 제5판, 한국사법행정학회, 2021, 508면(이동진 집필부분 참조). 담보책임이 경합하는 경우에 착오취소를 인정하고 착오취소에 담보책임 제척기간의 유추도 부정하는 문헌으로 최초의 것은 남효순, “담보책임의 본질론(II)”, 「서울대학교 법학」 제35권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1994, 243-250면으로 보인다.

45) 그러나 이미 이 무렵에는 대상청구권을 제한적으로만 인정해야 한다는 학설도 있었다. 대상청구권의 인정 여부 및 범위 등은 오히려 취득시효완성자의 대상청구권 문제(대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 판결)를 둘러싸고, 대법원 비교법실무연구회에서, 본격적으로 논의되었다. 이 논의는 대법원 비교법실무연구회가 발간한 판례실무연구 제1권에 수록되었다. 대법원 비교법실무연구회 편 판례실무연구[I], 1996, 439면 이하. 이상의 논의의 개관은 우선 김상중, “대상청구권에 관한 논의의 변화와 발전”, 「최종길 교수 50주기 추모 논문집 인권과 정의의 민법학」, 박영사, 2023, 295면 이하.

(2) 법원 이외의 법적용기관 등이, 판례가 없는 한, 통설을 존중하여야 함은 다른 점에서도 확인된다. 판례는 “법령의 해석이 복잡 미묘하여 어렵고 학설·판례가 통일되지 아니한 때에 공무원이 신중을 기해 그 중 어느 한 설을 취하여 처리한 경우에는 그 해석이 결과적으로 위법한 것이었다 하더라도 국가배상법상 공무원의 과실을 인정할 수 없”는 반면,⁴⁶⁾ 그런 경우가 아닌 한 과실이 없다고 할 수 없다고 한다.⁴⁷⁾ 국가시험의 정답도 통설을 따른다.⁴⁸⁾

IV. 법실무에서 통설의 기능

1. 통설의 효력과 (제한적) 기능

(1) 법은 법률 기타 규정의 문언 이상이다. 문언만으로 구체적 사안에 적용할 수 없는 경우가 많고, 따라서 그 ‘효력(Geltung)’을 이야기하는 데 한계가 있다. 그 틈을 일반적 범명제들이 채운다. 바로 법도그마틱의 역할이다.⁴⁹⁾

판례와 학설은 모두 이러한 일반적 범명제를 공급한다. 판례의 ‘효력’은 바로 이러한 일반적 범명제의 효력을 말한다. 그러므로 판례의 ‘효력’ 내지 ‘구속력’을 이야기할 수 있다면,⁵⁰⁾ 학설의 ‘효력’도 생각해 볼 수 있을 것이다. 다만, 대법원 판례가 원칙적으로 통일적이고 하급심이 그로부터 이탈하는 것을 제도적으로 어렵게 함으로써 일정한 사실적 효력이 부여되며, 때문에 법정 밖의 법실무에서도 존중되어야 하는 것과 달리, 하급심 재판례의 영향력은, 특히 서로 다

46) 대법원 1973. 10. 10. 선고 72다2583 판결 이래 다수. 법령에 반하는 행정처분이 무효인지와 관련하여서도 같은 기준이 적용된다. 가령 대법원 2019. 3. 24. 선고 2018두56787 판결.

47) 대법원 2001. 2. 9. 선고 98다52988 판결; 2003. 9. 26. 선고 2001다52773 판결 등.

48) 서울행정법원 2005. 5. 13. 선고 2004구합4017 판결 참조.

49) 이러한 사고를 더 밀고 나가면 법률효과를 끌어낼 수 있는 법규범은 이와 같은 하위규정, 판례 등 가장 구체적인 수준의 범명제이고, 법률은 이러한 범명제가 존립하기 위한 기초에 불과하다는 주장도 제기될 수 있다. 이와 같이 이해될 수 있는 대표적인 견해로는 Fikentscher의 사안규범이론(Fallnormtheorie)을 들 수 있다. 그는 법률규정이 아닌 판례에 의하여 정립된 사안규범만이 진정한 규범이고 법적 구속력을 가지며, 그렇게 이해할 때 성문법국가와 판례 법국가 사이에 공통의 기초가 만들어질 수 있다고 주장한다. ders., „Eine Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex- und Fallrecht (code law und case law)“, ZfRV 1980, 161, 166 ff.

50) 이동진, “판례변경의 소급효”, 『민사판례연구[XXXVI]』, 민사판례연구회, 2014, 1137면 이하.

른 재판례가 경합하는 경우, 크게 떨어진다. 때문에 하급심 재판례에, 당해 사안을 넘어서, 어떤 (준)규범으로서의 질(質)을 부여하기는 어렵다. 마찬가지로 경합하거나 적어도 동조자 내지 수용자가 별로 없는 학설의 영향력 또한 말하기 어렵다. 그렇다면 ‘통설’은 다른가? 통설에도 판례의 그것과 비교할 만한 어떤 효력이 있는가?

독일에는 ‘판례·통설(hM)’에 어떤 효력 내지 힘을 부여하려는 견해가 있다. 파블로프스키(Pawlowski)는, 의심스러울 때에는 하급심 재판례 중 다수가 다르거나 Palandt, Jauernig, Baumbach, Thomas/Putzo 등 저명한 주석서가 따르는 견해를 따르는 것이 판례 통일의, 그리하여 수범자들의 동등취급을 위하여, 권할 만하고, 같은 이유에서 달리 하는 것이 낫다고 볼 만한 근거가 없는 한 ‘판례·통설(hM)’을 따르는 것이 원칙이라고 한다.⁵¹⁾ 그러나 이러한 논의가 우리에게도 적용될 수 있을지는 의문이다.

이미 판례가 정립된 경우에는 판례의 사실상 구속력에 관한 논의가 참조될 수 있다. 그러나 ‘통설’만이 존재하거나 판례와 통설이 서로 어긋나 있는 경우 우리 법실무, 특히 법적 논증의 실무에서 통설의 권위는 훨씬 더 제한적인 것처럼 보인다. 판례와 통설이 정면에서 서로 배치되는 경우 판례가 통설을 의식하거나 통설의 권위를 전제로 이를 반박하기 위하여 어느 정도 논증 노력을 투입하는 예는, 적어도 대법원 판례에서는, 찾아보기 어렵다. 대법원 판례가 없는 상황에서 하급심 재판례가 그러한 노력을 기울인 예를 볼 수 있을 뿐이다.⁵²⁾ 판례가 통설을 따랐을 때에도 그것이 통설이라는 점이 법관의 논증에서 갖는 의미는 분명하지 아니한 경우가 많다. 오히려 판례는 많은 경우 그것이 통설이라는 점을 언급하지 아니한다. 대법원 판례 중 ‘통설’을 언급한 것은 대부분 전원합의체 판결이고, 그나마도 다수의견, 즉 법정의견에서 이를 언급한 예는 하나(주 31 참조)뿐이었다. ‘통설’이라는 점을 논거로 들거나 ‘통설’에 반한다는 점을 인정하고 이후의 반박이 그 사실을 잘 알면서도 진지하게 이루어진 것임을 드러낸 때에도 이는 대체로 다수의견에 대한 보충의견, 별개의견, 반대의견에서였다. 대법원 소부 판결이 ‘통설’을 언급한 예 또한 찾아보기 어렵다. 다수의견에 대한 보충의견, 별개의견, 반대의견이 ‘통설’을 논거로 인용한 경우에도 그것

51) Pawlowski, Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes, 3. Aufl., 1999, Rn. 393 f.

52) 위 서울고등법원 2012. 4. 13. 선고 2011노2616 판결 참조.

이 유일하거나 중요한 논거로 작용한 예는 극히 드물어 보인다.

법원은 재판과정에서 종종 일반적 범명제를 정립한다. 대법원 전원합의체 판결의 경우 다수의견 내지 범정의견 부분이 여기에 해당한다. 우리 법원이 이러한 범명제를 정립하는 방식은 다분히 제도화된 법적 권위, 권한에 근거하는 것 같다. 논증은 필수적이지 아니하고 생략될 때가 많다. 이러한 상황에서 우리 판례는 통설을 따를 때에도, 통설과 배치되는 견해를 취할 때에도 통설을 전거(authority)로 인용하는 데 매우 인색하다. 원칙적으로 위 일반적 범명제를 만드는 부분을 나머지 부분과 엄격하게 나누어 전자에서는 통설을 언급하지 아니한다.

‘통설’의 권위는, 그러한 것이 있다 하더라도, 판례의 제도화된 권위에 비할 수 없다. 과거 통설이 가진 법의 의미내용결정(해석)의 권위적 통일 기능을 오늘날 제도적으로 인수한 것은 판례이다. 그 결과 통설의 권위가 판례보다 낮은 것은 물론이고, 판례 다음 가는 권위라도 어느 정도 체계적으로 부여받고 있는가 하는 점도 전적으로 판례의 학설에 대한 태도에 좌우되게 되었다. 그러나 대법원은 ‘통설’에 그러한 권위를 부여하지 아니한다. 관여 대법관의 의견이 일치하는 한 ‘통설’에 정면으로 반하는 판결도 추가적 논증부담을 지지 아니한다.

물론, 관여 대법관 전원이 의견일치에 이르지 못한 경우에는 ‘법적 논증대화’가 이루어지게 되고, 이 과정에서 ‘통설’에, 반드시 강하지는 아니하다 하더라도, 어떤 무게가 부여될 때가 있다. 하급심 재판에서 새로운 일반적 범명제를 정립하는 경우 그것이 ‘통설’에 부합하거나 반한다는 점을 정면에서 언급하는 일을 종종 볼 수 있기도 한데, 이는 하급심은 그 재판에 상소할 수 있는 한 상급심, 특히 대법원을 상대로 잠재적·간접적 법적 논증대화를 시도하고 있는 것이라는 점으로 설명할 수 있다. 이러한 방식의 법적 논증대화에서 ‘통설’이라는 점은 일종의 권위를 누리는 것이다. 그러나 이러한 권위는 그 자체 법원(法源)의 질을 가지지는 아니하고, 기껏해야 하나의, 그것도 다른 논거에 약간의 무게를 더하는 정도의 논소(論素)일 뿐이다.

요컨대 통설은 법적 논증대화에서 판례가 없을 때 나름 권위를 부여받는다. 그러나 바로 그 판례를 정립하는 대법원에서는, 법적 논증대화가 이루어지는 상대적으로 드문 경우 이외에는, 통설에 별 무게가 부여되지 아니한다.

(2) 그러나 다른 맥락에서 통설에 일정한 힘이 있다는 점은 부정하기 어렵다.

먼저, ‘통설’이 인용된 경우 중에는 당해 사안의 주된 쟁점이 아닌, 그리하여 본격적으로 검토되지 않는 아니할 논증의 전제나 논리전개과정상의 한 단계에 관계하는 예가 많다. 이때 ‘통설’이 인용되는 것은 물론 해당 쟁점에 관하여 판례가 없거나 판례만으로 원하는 수준의 구체적 범명제를 도출하기 어려워서이다. 그리고 이때 통설 인용이 그 권위를 전제한다는 점도 부정할 수 없다. 그러나 권위에 의지하고자 하는 것이 그 주된 이유라고 보이지는 아니한다. 오히려 법적 논증의 무한 소급을 어느 지점에서 차단하는 기능이 중심이 된다. 주된 쟁점에 관하여 어떤 입장을 뒷받침하기 위하여 논거 A를 제시하였는데, 그 논거를 뒷받침하기 위하여 논거 B, 또 그 논거를 뒷받침하기 위하여 논거 C를 계속 소급하여 대야 한다면 논증에 드는 시간과 노력이 무한하게 확대되고 논증의 힘도 떨어지게 마련이다. 이때 흔히 B가 ‘통설’임을 지적하고 일응 추가적 논증 없이 그 지점에서 A 논거를 도출하는 전략이 쓰인다. 이때 통설은 실천적 법적 논증대화를 단축하여 제약 내에 결정에 이르는 장치로 기능한다.⁵³⁾ ‘통설’을 이러한 방식으로 쓰는 것은 학술논문에서도 종종 볼 수 있는 바이다.

‘통설’과 부합하지 아니한다는 점이 평가모순의 위험을 지시하는 경우도 있다. 앞의 대법원 2003. 12. 18. 선고 98다42601 전원합의체 판결이나 서울고등법원 2008. 10. 10. 선고 2008노1841 판결이, 그 논증의 당부를 떠나, 이 범주에 속한다. 판례는 개별 사건을 염두에 두고 우선은 파편적으로 형성되지만, 대륙법계 국가에서 학설은 보다 포괄적인 설명 도식과 체계를 동시에 발전시키곤 한다. 아직 판례가 없지만 통설과 중대한 모순이 생기는 경우 그 판례는 장차 전체 체계에 잘 통합되지 아니하고 평가모순을 초래할 위험이 있다. 이때 ‘통설’은 (아직 판례에 의하여 입증되지 아니한) 잠재적인 전체 체계에 비추어 검증 가능하게 한다. 통설의 권위 내지 잠정적 타당성은 전제되어 있으나 주된 관심은 아니다. 오히려 독자적인 (평가모순 위험의) 논증의 준거로서의 기능, 즉 전체 체계에 이르기까지 무한 소급할 필요 없이 논증을 가능하게 하는 측면이 중요하다.

(3) 끝으로 통설은 말 그대로 판례가 채택할 수 있는 일반적 범명제를 준비한다. 그 결과 법원이 그 범명제를 다루어 일반적 범명제를 정립할 기회가 생

53) 특히 결정강제 하의 법적 논증대화에서 권위주의적 논변이 갖는 이러한 기능에 대하여는 Drosdeck (주 27), S. 81 ff.

겼을 때 그 후보가 된다. 담보책임과 착오에 관한 위 서울고등법원 1980. 10. 31. 선고 80나2589 판결과 대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다78703 판결이 이러한 경우에 속한다. 판례가 적용할 법도그마틱의 후보로서의 기능은 통설이 아닌 학설도 갖고 있다. 그러나 통설이 정립되어 있고, 당해 사안에서 그 결론에 별다른 의문이 없거나 적어도 판례가 통설이 그간 쌓아 올린 논증을 뒤집을 만한 이유를 찾지 못하였을 때에는 별다른 설명 없이 통설이 그대로 수용될 가능성이 높다.

(4) 이러한 통설의 기능 중 적어도 (대법원) 판례보다 명백히 낮은 권위는 그 사이 일어난 제도의 변화와 관련하여 이해될 수 있다. 과거 법학자들이, *communis opinio*가 일정한 기능을 갖고 있었을 때에는 아직 ‘판례’라 할 만한 것이 없었다. 또 당시 법과 그 해석은 방대하게 얽혀 있는 로마법에 대한 이해를 전제하고 있어 여기에 접근할 수 있는 법학자가 실질적으로도 우위에 있었다. 그러나 그사이 법원(法源)이 법률 등의 형태로 정리된 규범으로 대체되었고 판례가 집성되고 조회되었을 뿐 아니라 그 지위가 어느 정도 제도화되었다. 통설의 통일 기능을 이제 판례가 담당하게 된 만큼 통설에 더는 판례와 같은 권위를 부여할 수는 없다.

그럼에도 불구하고 통설이, 특히 판례가 없는 경우에, 일정한 사실상의 권위를 누리는 데는 무엇보다도 우리 학계의 작업방식이 당해 법분야 전반에 걸쳐 개념과 체계를 수립하고 일응의 법도그마틱을 공급하는 형태를 취하고 있는 것과 관련 있어 보인다. 법(해석)학은 판례가 하는 것과 같은 성질의 작업을 미리, 보다 일반적·포괄적으로 수행하고 있는 것이다. 개별·구체적 사안을 고려하지 못한다는 단점이 있으나 전체 맥락을 고려하고 긴 시간을 들여 형성한다는 장점도 있다. 이후 판례가 직면할 논증대화가 학설이 통설에 이르기까지 해온 논증대화와 질적으로 다르지 아니한 이상, 통설을 완전히 무시하기는 어렵다. 나아가 관여 대법관들 사이에 의견 불일치가 없을 때에도 통설에 어떤 권위 내지 무게를 인정할지 여부는 대법원이 정할 사항인데, 우리 대법원은 그렇게 하지 아니하였다.

2. 통설의 형성과정과 그 합리성

(1) 그런데 여러 학설 중 특히 통설에 이러한 권위가 부여되는 근거는 어디에 있는가? 달리 말하여 통설에 어떤 권위를 부여하는 것은 타당한가?

법도그마틱은 법의 의미내용을 확정하고 구체화하기 위하여 어떤 일반적 범명제의 수립이 필요한 곳에서 정립된다. 그러나 이러한 일반적 범명제가 논리조작만으로 일의적(一義的)으로 도출되기 어려운 경우가 적지 아니하다. 이러한 경우에 ‘올바른’ 결정에 이르는 길 중 하나가 법적 논증대화이다. 법정(法庭) 내에서의 법적 논증대화에는 제한된 시간과 노력만으로 결론에 이르러야 한다는 제약뿐 아니라, 법관을 포함한 각 당사자가 전략적 행동을 할 수밖에 없다는 구조적 한계도 있다.⁵⁴⁾ 이러한 문제는 ‘통설’의 형성과정에는 없거나 덜할 수 있다.⁵⁵⁾

그러나 법에서 통설의 형성과정은 이상적 논증대화의 조건과 부합하는 것은 아니다. 먼저, 누구나 일정한 토론규칙을 준수하는 전제하에 자유롭게 논증대화에 참여하고 주장과 논증의 합리성만으로 그 우열을 가려 통설이 형성되는 것은 아니다. 어떤 견해가 학설로 취급되려면 공간된 서적이나 논문집, 저널에 수록되거나 강의 등에서 전수(傳授)되어야 한다. 앞의 매체에 접근할 수 있는 힘은 반드시 공평하게 배분되어 있다고 할 수 없다. 다른 많은 분야에서 그러하듯 법학에서도 논문집이나 저널에 글을 게재할 수 있는 사람과 그렇지 않은 사람이 나뉜다. 뒤의 강의 등에서 전수할 가능성은 더욱 그러하다. 이른바 명문대의 교수에게는 자기 학설을 추후 법실무에서 중요한 역할을 할 가능성이 높은 학생들에게 전수할 기회가 사실상 더 많이 주어진다.⁵⁶⁾ 발화자의 권위와 무관한 자유롭고 제약 없는 토론은 학계에서도 드문 현상이고, 토론의 규칙 자체가 명확하다고 할 수도 없다.⁵⁷⁾

54) Drosdeck (주 27), S. 83 ff.

55) Zimmermann (주 11), S. 102 ff. 참조.

56) Zimmermann (주 11), S. 59 ff.

57) 드물게 전면적 토론이 이루어진 근래의 예로, 신동운·김영환·이상돈·김대휘·최봉철, 「법률해석의 한계」, 법문사, 2000에 수록된 각 논문, 김기창, “물권행위 이론의 비역사성”, 「법사학연구」 제37호, 한국법사학회, 2008 및 그에 대한 반론인 서울오, “물권행위의 유인, 무인 논쟁과 관련된 학설사적 고찰”, 「법사학연구」 제38호, 한국법사학회, 2008; 同, 「물권행위론에 관한 학설사적 연구」, 세창출판사, 2008 참조. 물권행위론은 과거에도 매우 치열한 논쟁의 대상이었다. 다만, 이러한 토론조차도 글(쓰기)에 의한 토론이고 말을 주고받는

나아가, 대법관들 사이에 각자의 입장 표명이 이루어질 뿐⁵⁸⁾ 진정한 의미의 상호토론과정을 통한 설득은 드문 것처럼, 학설 사이에서도 각자의 입장 표명이 이루어질 뿐 진정한 의미의 상호토론과정은 드물다. 오히려 재판에서는, 토론은 없었다 하더라도, 어쨌든 관여 법관들이 특정 사안의 결론에 이르고 각자 자기 이름으로 서명하여야 하므로 동일 사안에 여러 사람이 결정에 참여할 수 밖에 없는 반면, 학설 다툼에서는 그럴 필요조차도 없다. 법학 서적은 자신이 타당하다고 여기는 바를 일방적으로 ‘선언’하거나 기껏해야 초보적인 논거를 제시하는 데 그치는 경우가 많고, 논문집이나 저널에 수록된 글도 늘 지상(紙上) 토론을 지향하지 아니하며, 그러한 일이 벌어진다 하더라도 그 참여자는 극소수에 그친다. ‘통설’은 그 지지자가 충분히 많을 것을 요하나, 그 지지자를 계수(計數)할 수 있는지는 별론,⁵⁹⁾ 그 대다수는 간접적 토론에조차 참여하지 아니한 채 어느 한 입장을 지지한다. 그들이 얼마나 자유롭고 편견 없이 진지하게 소수의 토론 참여자들 사이의 공방을 지켜보고 나름 평가하여 그 입장에 이르렀는지도 대개 분명하지 아니하다.

법(해석)학이 법도그마틱을 추구하는 한, 그 주장자들에게는 앞서 본 바와 같이 궁극적으로는 판례로 채택되어, 그리고 그 전 단계에서는 우선 ‘통설’이 되어 그 관철 가능성을 높이고자 할 동기가 있게 마련이다. 애초에 그들의 작업 자체가 법실무에서의 관철을 궁극적인 쓸모로 삼고 있기 때문이다.⁶⁰⁾ 이를 위하여 그들은 논증대화과정을 왜곡할 수 있다. 가령 상대방을 의도적으로 인용에서 누락하여 그 비중을 낮추거나⁶¹⁾ ‘통설’의 판정기준이 불명확하다는 점을 이용하여 ‘통설’이 되었음을 서둘러 선언할⁶²⁾ 수 있다. 이러한 전략이 반드시

토론과 다르다는 한계는 갖는다. 본문에서 언급한 문제는 말을 주고받는 토론과 청중에 의한 판정에서도 존재하는 것이지만 글을 주고받는 토론에서는 더 심각하게 마련이다.

58) 이 점은 대법원 전원합의체 판결에서 다수의견과 반대의견, 별개의견이 서로의 주장에 대하여 충분히 논박하여 각자의 주장 전부에 대한 반론이 제시되지 아니한 채 정해진 턴(turn)의 공방으로 끝나는 일이 많다는 점(다수의 전원합의체 판결에서 확인된다)으로도 확인된다. 이는 미국에서도 다르지 아니하다고 알려져 있다.

59) Drosdeck (주 27), S. 107 ff.

60) 이 점은 통설에 반하는 판례가 확립되는 경우 곧 통설 자체가 기본적으로는 판례를 따르는 방향으로 바뀌곤 한다는 사실로부터도 확인된다. Drosdeck (주 27), S. 31 ff.는 독일의 외관대리에 관한 통설의 형성과정을 구체적으로 추적하여 이 점을 보이고 있다.

61) Zimmermann (주 11), S. 63. 그밖에 정치적 이유 등으로 의견을 차별할 가능성에 대하여는 Schnur (주 11), S. 51.

62) 특히 주석서에서 개관하기 어려운 문헌들을 종합하여 통설을 선언하는 문제에 대하여는 Schnur (주 11), S. 56.

주된 전략으로, 의식적으로 쓰이지는 아니한다 하더라도, 애초에 통설의 형성에 이르는 논증대화과정이 여러 사람이 합리적 규칙을 따라 치열하게 다투는 밀도 높은 토론이 아닌 이상 ‘통설’로서의 지위 확립에 영향을 줄 수 있다.

물론, 통설의 형성과정이 이상적 논증대화와의 거리가 있다 하여 통설의 추정적 합리성 내지 타당성을 전적으로 부정할 수는 없다. 법실무에서 이루어지는 논증대화가 당해 사안의 주된 쟁점에 관한 한 구체적 사안을 염두에 두고 집중적으로 치열하게 이루어질 수 있다면, 학계의 논증대화에는 전체적 맥락과 배후의 논의까지 포괄하여 긴 기간에 걸쳐 이루어질 수 있다는 장점이 있다. 담보책임과 같이 매우 복잡한 법도그마틱이 문제되는 경우나 여러 제도 사이의 맥락을 고려한 해석론을 처음 발전시키는 단계에서 판례가 통설을 참조하는 것은 이러한 경우 통설의 추정적 합리성이 판례보다 더 높기 때문일 수 있다. 통설의 논증대화가 이상적이지는 아니하다 하더라도 다양한 측면을 고려할 때 수긍할 만한 것이어서 지지받았을 가능성이 높음은 사실이다. 적어도 법원과 학계가 서로 다른 장단점을 갖는 한, ‘통설’에 어떤 참고할 만한 가치를 일응 부여할 수는 있다.

(2) 그러나 그 가치를 높게 평가할 수 있는 경우는 오히려 소수로 보인다. 편면적 대세효 있는 회사관계소송을 필수적 공동소송으로 보거나, 지명채권에서 양도금지특약의 효력을 물권적으로 이해하거나, 주거침입죄에서 침입을 의사침해설에 따라 파악하는 통설의 형성과정이 합리성 내지 타당성을 추정할 만한 것이었는지, 오히려 어떤 이유에서 주장되고 이후 의문시되지 아니하였을 뿐인 아닌지 의문이다. 판례가 이런 사안의 논증에서 ‘통설’의 원용에 반드시 큰 무게를 부여하지는 아니하는 것처럼 보이는 것도 어쩌면 ‘통설’이, 적어도 그 시점에서, 그만큼 치열한 논증을 거쳐 통설로서의 위치를 획득한 것 같지는 아니하다는 사실과 관련되어 있을지 모른다.

반면 사안의 주된 쟁점이 아닌 논증대화과정에서 비교대상으로 끌어들여진 논점과 관련하여 통설을 원용하는 것은 조금 다른 의미를 갖는다. 법관은 판결에 이유를 제시하여야 하는데, 이는 현실적으로 무한 소급할 수 없다. 재판의 제1기능은 정해진 규칙에 따라 어떻게든 분쟁을 종결시키는 데 있고, 그런 만큼 법정(法庭)에서 논증대화에는 끝나는 시점이 있어야 한다. 적절한 시점에 결정을 하기 위하여 법관으로서는 권위에 의지함으로써 추가적 근거 지움 요청에

서 벗어날 필요가 있다.⁶³⁾ ‘통설’은 바로 그러한 권위의 역할을 한다. 그러나 이때 ‘통설’의 권위에 반드시 근거가 있는 것은 아니다. 오히려 법관이 ‘통설’로 원용함으로써 동시에 ‘통설’에 일응의 권위를 부여하는 것처럼 보인다. 법관은 자신의 이유제시 내지 근거 지움 의무를 ‘통설’의 원용으로 대체하는데, 이러한 호명 자체가 통설의 권위를 전제하고 이유를 어디까지 제시할지도 사실상 법관의 손에 맡겨져 있으므로 이 행위가 법관의 권한을 행사하여 ‘통설’에 권위를 부여하는 효과를 수반한다는 것이다. 법원이 판례를 형성하는 것은 처음에는 부분부분 쟁점에 한하여서이고, 그런 만큼 그 단계에서 판례는 아직 판례가 없는 나머지 부분은 일응 (그러한 것이 있다면) ‘통설’과 비슷한 법상태를 전제하고 쟁점 부분을 채워나가게 마련이다. 그러나 판례가 더 많은 영역을 채워나갈수록 ‘통설’이 당초 그린 희미한 밑그림은 보다 구체적인 판례로 대체되곤 한다.

V. 전망

법실무와 법(해석)학·법교육의 관계의 긴밀함을 이야기하거나,⁶⁴⁾ 양자의 ‘협력’을 주장하는 예는 있으나, 구체적 관계에 대하여 정면에서 논의하는 예는 드물었다. 더러는 법도그마틱과 그 통제 및 평가기준으로서 법(학)방법론을 학계의 일로 전제하고 논의하고,⁶⁵⁾ 더러는 법관의 일로 전제하나,⁶⁶⁾ 학계든 법원이든 같은 쟁점에 대하여 서로 다른 견해를 제출하고 경합할 수 있다는 점은 별로 의식되지 아니한다. 복수의 하급심 재판례가 서로 다른 견해를 취하여 이들이 경쟁하는 경우 대체로 대법원에 의한 제도적 통일이 예정되어 있다. 반면 학계에서 서로 다른 견해가 경쟁하는 경우에는 제도적 통일이 보장되어 있지 아니하다. 그럼에도 불구하고 학계에서는 ‘통설’이 형성되고 또 일정한 권위를 주장한다.

63) [니클라스 루만(Niklas Luhman)의 의미에서 정당화(Legitimation)를 원용하여,] Drosdeck (주 27), S. 131 ff. 참조.

64) 가령 Mayer-Maly (주 27), S. 68은 독일연방대법원(BGH)이 문헌을 매우 성실하게 인용하는 반면, 오스트리아최고법원(OGH)은 1938년 이전에는 문헌을 인용하지 아니하거나 잘못 인용하였다는 점을 지적하면서, 이후 ‘학계와 오스트리아최고법원 사이의 대화 분위기가 눈에 띄게 개선되었다’고 한다.

65) 가령 권영준(주 1), 348면 이하.

66) 가령 Larenz/Canaris (주 5) 전체가 그러하다.

그러나 ‘통설’이 주장하는 권위가 결국 법실무에서 논증수단으로 쓰이거나 그 극복에 강화된 논증부담을 부과하는 식으로 작동할 수밖에 없는 것이라면, 그러한 권위를 부여할지 여부 및 어떤 경우에 부여할지, 얼마나 일관되게 부여할지, 필요한 경우 기꺼이 무시할지 여부까지 광범위하게 법원의 선택에 달려 있을 수밖에 없다. 과거 ‘communis opinio’가 담당하였던 제도화된 권위는 오늘날 판례에게 부여되어 있다. 이제 ‘통설’에 권위가 있다 하더라도, 그것은 판례가 인정하였거나 필요한 경우 의식적 또는 무의식적으로 끌어다 쓴 것이고, 그런 만큼 불안정하고 종속적인 측면이 있다.

물론, 법실무도 합리성을 추구하므로, 통설이 판례보다 더 높은 실질적 합리성 내지 타당성을 확보하는 한 여전히 존중받을 수 있을 것이다. 그러나 투입되는 인력과 자원, 통설의 형성과정에 비출 때 학계가 일반적으로 법실무에 대하여 논증대화과정이나 결론의 우위를 주장할 수 있는 공간은 크지 아니하다. 법도그딴적 작업에 관한 한 ‘통설’조차 판례의 대결 상대라고 하기 어렵다.

이러한 논의가 ‘학설’ 자체가 법실무에서 무의미하다는 뜻은 아니다. 대법원 재판연구관은 그 노력 중 상당 부분을 관련 재판례뿐 아니라 관련 학설 등을 분석하는 데 투입하고 있고, 하급심에서도 이러저런 방식으로 학설이 언급되는 일이 흔해졌다. 대법원의 비교법실무연구회는 특정 사안을 위하여 학계의 역량을 활용하는 데 목적이 있다. 때문에 변호사 기타 관계인도 학문적 작업의 결과를 참고자료로 제출하고 사건의 해결과 관련하여 인용·원용하곤 한다. 그러나 그 ‘학설’의 법학계 내의 (통설이라는 등의) 지위, 학계 내의 ‘권위’는 법학이라는 하나의 부분체계 내의 사태에 그치고 법실무라는 다른 부분체계에서는 큰 의미를 갖지 못한다.

이는 사실 전혀 이상한 일이 아니다. 오늘날 우리 법실무에서 법(해석)학과 법실무의 ‘대화’는, 그러한 것이 있다 하여도, 어느 정도 편면적이다. 법실무는 법(해석)학을 그 내적 필요에 따라 일방적으로 참조한다. 법(해석)학이 법실무를 참조하는 방식에도 외부인으로서의 태도가 엿보인다. 이러한 현상은 한편으로는 법실무가 복잡해지고 판례가 성숙함에 따라, 다른 한편으로는 법(해석)학이 하나의 학문으로서 자신의 위치를 확보하고 유지하기 위하여 고군분투함에 따라 심화될 가능성이 높다. 각자의 인식관심에, 늘 체계적이지는 아니하나 상당한 정도로 체계적인 차이가 있기 때문이다. 이는 어느 단계에 이르면 법학과 법실무의 역할분담과 교류협력 방식에 대한 변화압력으로 작용하게 될 수 있

다.⁶⁷⁾ 법(해석)학의 산출물인 법도그마틱은 최종적으로는 법실무에서의 유용성으로 평가받게 되는데, 이는 법실무가 고도화될수록 법실무 내의 과제로서 법실무 내에서 처리되는 경향이 커질 것이기 때문이다. 다만 기본법의 (대)개정이거나 법전화(codification)가 일어나면 이러한 관계는 다시 원점으로 돌아갈 수 있다. 법(해석)학의, '통설'의 권위는 시대불변의 상수가 아니라 여러 조건의 영향을 받는 변수이다.

투고일 : 2024.4.24. / 심사완료일 : 2024.6.17. / 게재확정일 : 2024.6.19.

67) 가령 새로 출현하는 법분야에서는 학계가 집단적으로 포괄적인 법도그마틱을, 통설을 형성함으로써 법실무에 기여할 수도 있다. 그러나 법실무가 매우 복잡해지고 관례가 성숙하면 그러한 작업의 의미가 퇴색하거나 교육적 기능으로 축소된다. 학설의 위치는 더는 큰 의미가 없게 된다. 권영준(주 1), 313면 이하가 '법리'에 가장 적은 비중을 두고 '이론'과 (법실무에 위치하는) 법관의 직관에 관심을 두는 것을 이러한 의미에서 이해해 볼 수 있다.

[참고문헌]

- 서울오, 「물권행위론에 관한 학설사적 연구」, 세창출판사, 2008.
- 신동운·김영환·이상돈·김대휘·최봉철, 「법률해석의 한계」, 법문사, 2000.
- 이동진, in: 김용덕 편집대표 「주석민법[채권각칙 2]」 제5판, 한국사법행정학회, 2021.
- 이우철, in: 김대휘·김신 편집대표 「주석형법 [각칙5]」 제5판, 한국사법행정학회, 2017.
- 프리츠 슐츠/마거리트 볼프 (이상훈 역), 「로마법의 원리」, 민속원, 1936 (역서 2023).
- 권영준, “민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무”, 「서울대학교 법학」 제49권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2008.
- 김경옥, “2021년 민사소송법 중요 판례 분석”, 「안암법학」 제64권, 안암법학회, 2022.
- 김기창, “물권행위 이론의 비역사성”, 「법사학연구」 제37호, 한국법사학회, 2008.
- 김상중, “대상청구권에 관한 논의의 변화와 발전”, 「최종길 교수 50주기 추모논문집 인권과 정의의 민법학」, 박영사, 2023.
- 김상철, “친고죄의 고소를 논하라”, 「새법정」 제4권 제10호, 한국사법행정학회, 1974.
- 김영환, “법도그마틱의 개념과 그 실천적 기능”, 「법학논총」 제13집, 한양대학교 법학연구소, 1996.
- 김웅재, “기망행위에 의한 재산취득이 국가적·사회적 범익에 대한 침해를 수반하는 경우 사기죄의 성립 여부”, 「법학연구」 제31권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2021.
- 남효순, “담보책임의 본질론(II)”, 「서울대학교 법학」 제35권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1994.
- 문채규, “공동주거에 대한 주거침입죄”, 「형사법연구」 제34권 제3호, 한국형사법학회, 2022.
- 백형구, “한국법학의 쟁점: 형사소송법”, 「월간고시」 제18권 제2호, 법지사, 1991.
- 서울오, “물권행위의 유인, 무인 논쟁과 관련된 학설사적 고찰”, 「법사학연구」 제38호, 한국법사학회, 2008.
- 윤진수, “한국법상 「판례」의 의미”, 「민사재판의 제문제」 제30권, 사법발전재단, 2023.
- 이덕구·김기영, “발치 시 설신경의 손상에 대한 치과의사의 책임에 대한 고찰”, 「법학연구」 통권 제50호, 경상대학교 법학연구소, 2017.
- 이동진, “양도금지특약에 반하는 채권양도, 회생절차와 민법 제434조”, 「법조」 통권 제734호, 법조협회, 2020.
- _____, “판례변경의 소급효”, 「민사판례연구[XXXVI]」, 민사판례연구회, 2014.

- 이승호, “주거침입죄에서 침입의 정의와 판단기준”, 『일감법학』 제53호, 건국대학교 법학연구소, 2022.
- 이창섭, “형사소송법 제253조 제2항의 ‘공범’의 해석과 공소시효 정지기간 계산방법에 관한 일고”, 『형사법연구』 제34권 제4호, 한국형사법학회, 2022.
- Cross, *Precedent in English Law*, 3rd ed., 1977.
- Drosdeck, *Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle - Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*, 1989.
- Djeffal, „Die herrschende Meinung als Argument. Ein didaktischer Beitrag in historischer und theoretischer Perspektive“, *ZJS* 5/2013, 463.
- Fikentscher, „Eine Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex- und Fallrecht (code law und case law)“, *ZfRV* 1980, 161.
- Honsell, in: *Basler Kommentar zum ZGB*, 2. Aufl., 2002.
- Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., 1966.
- Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995.
- Mayer-Maly, „Die guten Sitten des Bundesgerichtshofs“, Canaris/Heldrich (hrsg) *50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft*, Band I, 2000.
- Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes*, 3. Aufl., 1999.
- Schnur, „Der Begriff der „herrschenden Meinung“ in der Rechtsdogmatik“, in *FS-Forsthoff*, 1967.
- Wesel, „hM“, in: *Aufklärungen über Recht*, 1981.
- Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, 1958.
- Zimmermann, *Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbindung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*, 1983.
- 我妻 榮, *民法總則*, 1951.

[국문초록]

법실무에서 통설의 가치

이 동 진

법학은 유난히 학설을 많이 다룬다. 그중 가장 두드러지는 위치를 갖고 있는 것은 통설이다. 이는 법도그마틱적 진술로서 학계에서 지배적인 지위를 가지고 있는 것을 말한다. 이 개념이 함축하는 것은 어떤 권위, 아마도 법적 논증에서의 일정한 권위이다. 그러나 다른 한편 법학은, 법도그마틱은, 결국 법실무에 봉사하기 위한 것이다. 그렇다면 통설이 법실무에서도 그러한 힘을 가지는가? 서양법제사에서는 과거 통설이 그러한 권위를 가졌던 때도 있다고 한다. 그러나 오늘날 통설의 권위는 판례에 비할 수 없다. 우리 판례가 ‘통설’을 법적 논증과정에서 동원한 예를 살펴보아도 그 대부분이 다분히 장식적 기능을 하고 있고, 그나마도 대법원 전원합의체 판결의 예외를 제외하면 거의 쓰이지 아니함을 알 수 있다. 이는 법원이, 판례가 그 주론(主論)에 관하여 논증할 부담을 지고 있지 아니하다는 점 이외에 통설에 보다 합리적인 논증대화의 결과라는 특성이 그 자체로 부여되어 있지는 아니하다는 사정과 관계된다. 이러한 논의가 학설이 법실무에서 무의미함을 뜻하는 것은 아니다. 그러나 어떤 학설의 학계 내 지위는 주로는 학계 내의 사태인 것이다.

주제어 : 법학, 법실무, 통설, 권위, 논증대화

[Abstract]

The Value of the Dominant View in the Legal Argumentation in the Practice

Dongjin Lee*

The jurisprudence, especially legal doctrine (Rechtsdogmatik) includes diverse views upon each interpretational issue. It is the dominant view (hL.) that has the prominent position among those views. The dominant view signifies a legal doctrinal statement that has a dominant position in the jurisprudence or among the legal scholars. It claims some kind of authority in the course of legal argumentation. The legal doctrine, however, serves the legal practice eventually. Then, does the dominant view also have the comparable authority in the legal practice? At least in some points in the Western legal history, the dominant view among the legal scholars had that kind of authority. The authority of the dominant view today is, however, not comparable to that of the past. The cases where the court decision cited the dominant view as an element of legal argumentation demonstrates that the frequency of citation is extremely low except for the *en banc* decisions and that the role of this citation has been rather rhetorical. It is so much because the Supreme court does rarely provide the reasoning to support the validity of its holding as because the dominant view in the legal academia is not necessarily formed through the reasonable argumentative discourse. Of course, it does not imply that legal doctrines or legal theories have little meaning for the legal practice. Rather, it implies a dominant position of a certain legal doctrine in the legal academia is basically limited to a phenomenon in the legal academia.

* Professor, Seoul National University.

Key words : legal doctrine (Rechtsdogmatik), legal practice, dominant view (hL),
authority, argumentative discourse

[토론문]

‘법실무에서 통설의 가치’에 대한 토론문*

이 계 일**

평소 민법학과 법이론의 접목지대에서 매우 심도 깊은 연구를 수행해 오신 이동진 교수님의 발표에 대해 토론을 할 수 있는 기회를 얻게 되어 큰 영광입니다. 이번 발표를 통해 공부하게 된 바가 참으로 많았습니다. 교수님 논지를 뒤따라 가보면서 제 의견을 조금 덧붙이는 형식으로 토론을 진행해 보고자 합니다.

법학에 있어 이론과 실무의 관계를 성찰해 보고자 할 때, 실제 법원 판결에서 법학의 이론이 어떤 역할을 수행하는지를 들여다보는 작업은 탐구의 출발점일 수 있겠습니다. 바로 이러한 문제의식 하에 이동진 교수님은 이른바 ‘통설’을 중심으로 학설이 법적 논증에 드러나는 양상을 분석해 보고자 하십니다.

1. 법적 논증에 있어 권위논거로서 통설(과 학설)의 제한적 역할

법적 논증은 기본적으로 사실확정 그리고 사실이 포섭될 법문의 의미구체화와 그에 대한 근거지움을 포함해야 할 것이고 법문의 의미구체화에는 다시금 문리, 체계, 역사, 목적 등 고전적 논거와 선례, 학설, 법비교와 같은 보충적 논거들이 역할을 하게 되는 것으로 이야기됩니다. 하지만 제약된 제도적 조건하에서 수행되는 법원의 논증에서는 매 사건 가능한 모든 논거들이 다루어진다고 보다는 이들 근거지움을 대체하는 ‘권위논거’가 상당한 역할을 수행하게 되는 것 같습니다. 그리고 우리 시대에 그 대표적 형태가 ‘판례’임은 의심의 여지가

* 편집자 주: 이동진 교수님의 논문은 학술세미나에서 발표된 것을 바탕으로 합니다. 그때 이동진 교수님의 발표에 이계일 교수님이 토론을 해주셨습니다. 이동진 교수님의 요청으로 이계일 교수님의 당시 토론문을 함께 게재합니다. 이동진 교수님의 논문을 더욱 정확하게 이해하는 데 도움이 되리라 생각합니다. 게재를 허락해 주신 이계일 교수님께 감사드립니다.

** 연세대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

없을 것입니다. 국내외를 불문하고 이른바 ‘판례실증주의’의 시대인 것입니다.

그런데 ‘통설’이 그러한 권위논거의 또 다른 형태일 수 있는지의 물음에 대해 이동진 교수님은 그간 우리 법원에서 통설이 논증에 활용된 사례들을 망라하여 유형화해 보시면서 그에 대해 부정적 결론을 끌어내 주고 계신 것 같습니다.

이 교수님의 분석에 따르면 우리 법원에서 통설의 활용은 판례와 통설을 뭉뚱그려 논증의 권위를 보충하기 위한 차원에서 단편적으로 언급된 경우가 흔하고 단독으로 활용되는 경우도 대체로 중심이 되는 법리 자체를 근거지우기 위한 경우보다 그 과정상의 논거를 지지, 보충하기 위한 경우가 많은 것 같습니다. 물론 통설이 중심적 논거로 작용하는 하급심 판결도 존재하기는 하지만 숫자가 많지는 않은 것 같습니다.

그러다 보니, 어떤 경우에는 “판례와 통설은 ...”이라고 짧게 언급하고 또 어떤 때는 “...이 기존 판례와 통설이라고는 할 수 없다.”는 정도의 논증이 곧잘 등장하게 되는 것 같습니다.¹⁾

이러한 상황은 전반적으로 우리 시대에 판례와 통설이 법률가공동체에서 갖는 권위 및 설득력의 차이를 잘 방증해 주는 것일 수 있겠습니다. 기존 판결의 해석을 두고 학계와 하급심판결이 분분하여 법적 안정성이 저해되니 이제 법원이 새로운 판결로 이를 바로잡아 주어야 한다는 논증도 판례의 우위적 위상을 보여주는 대목이라고 하겠습니다.²⁾

법적 논증의 이상만이 아닌 현실에 주목해 보고자 하는 이론적 입장에서 본다면, 이 교수님의 그러한 분석은 이례적인 것이라기보다는 오히려 법적 논증의 수사적 분석에 의해 드러났던 전형적 구조가 다시금 확인되는 것일 수도 있겠습니다. 법적 논증의 수신인의 지평에서 볼 때 (그것이 외적 권위든, 내용적

1) ‘학설’이라는 표현을 사용하고 있지만 그런 대립의 사례로 대법원 2021. 9. 9.선고 2017두 45933 전원합의체 판결의 반대의견과 다수의견의 보충의견 참조.

2) 예컨대 대법원 2019. 11. 21.선고 2018도13945 전원합의체 판결(다수의견에 대한 대법관 권순일, 김선수의 보충의견). “형사소송법이 2007년 개정된 이후 증인이 정당하게 증언거부권을 행사한 것으로 볼 수 없는 경우에 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류가 증거능력을 가지는지 여부에 관하여는 지금까지 대법원의 판단이 없었다. 위 전원합의체 판결 이후 학계에서는 이 사건 쟁점에 대하여도 마찬가지로 해석해야 한다는 견해와 그렇지 않다는 견해가 대립되어 있고, 하급심 판결례도 나뉘어져 있는 실정이다. 이 판결은 형사소송법 제314조의 적용 범위를 분명히 함으로써 종래 하급심에서 있었던 실무상의 혼란을 정리하는 의미를 가진다. ... 대법원이 이 사건 쟁점에 대하여 견해를 제시하지 않은 것은 당사자가 가장 주되게 다투는 쟁점에 대해 아무런 판단도 하지 않는 것이 될 뿐 아니라 앞서 본 바와 같이 학계의 견해와 하급심의 판단이 나뉘고 있는 상황에서 대법원이 취할 마땅한 태도도 아니다.”

설득력이든) 가장 설득력을 가지는 명제가 포섭의 대명제로 사용이 될 수밖에 없을 터인데 우리 시대에는 바로 판례가 그러한 지위를 갖는다는 점, 그리고 다시 이를 근거 짓기 위한 논증의 사슬은 명시적으로든 묵시적으로든 어디선가에서 끝을 맺어야 하는데 그러한 차단역할은 대체로 해당 공동체에 존재하는 의견명제들이 수행하게 되고 바로 그 정도의 역할은 학계의 통설이 떠맡을 수 있다는 점 말입니다.

논증이 설득력을 지향하는 한, ‘로고스’적 차원과 아울러 ‘에토스’적 차원도 고려될 수 있기 때문에 다수의견을 반박하고자 하는 반대의견이 곧잘 자신이 상대측 의견을 충분히 검토했다는 것에 대한 ‘신뢰성 확보’ 차원에서 지배적 판례뿐만 아니라 통설의 존재 역시 언급하는 점 역시 충분히 이해될 수 있는 부분이라고 하겠습니다. 혹은 기존 의견을 비판하기 위해 학계에서 다른 논의가 많이 이루어지고 있다는 형식의 실시 역시 마찬가지로 맥락에서 이해될 수 있겠습니다.³⁾

그런 견지에서 또 한 가지 눈에 들어오는 대목은 우리 법원이 오히려 독일과 일본의 판례와 학설을 이야기하는 대목에서 학설과 관련한 조그만 더 구체적인 설명을 하게 되는 경우도 많다고 하는 점입니다. 이는 학설의 권위와 설득력에 있어서도 차이가 있을 수 있음을 시사해 주는 부분일 수 있겠습니다.⁴⁾

3) 예컨대 대법원 2020. 6. 18.선고 2019도14340 전원합의체 판결 (대법관 김재형, 민유숙, 김선수, 이동원의 반대의견) “오늘날 저당권을 비롯한 담보물권은 일반인의 소비를 위한 금융수단이 되는 것은 물론이고 기업이 금융을 얻는 제도로 기능하고 있는데, 이로써 담보물권은 금전채권을 변제받기 위한 중된 수단에 그치는 전통적인 역할에서 벗어나 금융제공자로 하여금 이자 등의 형식으로 기업의 이윤 분배에 참여함으로써 일종의 투자를 하도록 매개하는 중요한 역할을 수행하고 있음은 주지하는 바와 같다. 이와 같이 담보물권이 다른 이에게 전진 양도되거나 이를 기초로 다시 질권과 같은 새로운 권리가 설정되는 등 자금의 유통과 관련하여 활발한 거래가 현실 속에서 이루어지고 있으며, 이러한 현상은 경제발전이 진전됨에 따라 한층 심화되고 보다 빈번하게 나타날 것이다. 이에 부응하여 학계에서는 실정에 맞게끔 담보물권이 피담보채권과의 관계에서 갖는 부종성과 수반성 등을 완화하여야 한다는 논의가 이루어지고 있고 근거당권에서는 부종성이 대폭 완화되어 있다.”

4) 예컨대 대법원 2020. 2. 20.선고 2019도9756 전원합의체 판결 (대법관 김재형, 김선수의 별개의견) “독일에서는 우리나라와 같이 동산 양도담보의 유효성을 인정하고 그 법적 구성을 소유권이 채권자에게 신탁적으로 양도된 것으로 보고 있는데, 소유권이 대내적으로나 대외적으로 채권자에게 양도되었다고 설명한다. 이에 따라 형법에서는 채무자가 점유개정에 따라 현실적으로 동산을 점유하는 것을 타인의 동산을 위탁받아 점유하는 것으로 보아 채무자가 양도담보로 제공된 동산을 처분하는 행위를 횡령죄(독일 형법 제246조)로 처벌하고 있다. ...비교법적으로 보더라도 채무자가 동산을 양도담보로 제공한 다음 임의로 이를 처분하는 행위에 대해 형사처벌을 하는 경우가 대부분이다. 위에서 보았듯이 독일의 통설·판례는 채무자가 위탁받아 점유·소지하는 타인의 물건을 위법하게 영득한 것으로 보

사정이 이와 같다면, 판례가 갖는 현실적 힘과 관련하여 일각에서 주장되는 판례의 ‘추정적 효력’, ‘보충적 효력’ 같은 논의가 우리의 통설에 대하여 이야기 될 수 있는 상황은 전혀 아니라고 할 것입니다. 물론 역사적으로 특정 시공간에서 이례적으로 학설이 法源으로서의 지위를 갖거나 상당한 권위를 부여받던 경우도 있었으나 이는 어디까지나 특수한 제도적 조건과 결부되었던 것이라고 봐야 하지 않을까 싶고 이 부분은 이 교수님께서 매우 압축적으로 서술해 주신 바이기도 합니다.

2. 통설의 존재형식

그런데 여기에서 우리가 짚어보아야 할 지점은 판결문에서 통설의 역할을 따지기 이전에, 통설의 존재형식이 무엇인지에 대한 물음이라고 하겠습니다. 이 부분은 이미 이 교수님께서 날카롭게 지적해 주신 바이기도 한데, 판결문에서 언급되는 통설이 진짜 그만큼의 비중을 가진 학계의 비중있는 의견인지의 물음을 던져볼 수 있다고 하는 점입니다. 학계의 명제 중에는 많이 주장되지 않았지만 그런 비중을 가지는 것으로 암묵적으로 전제되는 경우도 있을 수 있고 겉으로는 많이들 언급되는 것 같지만 실상 그만큼의 무게를 갖고 있지 못한 것도 있습니다. 집중적 논의의 산물인 경우도 있지만 교과서적 서술을 통해 숫자만 누적되어 있는 것도 있을 수 있는 것이구요. 그렇다면 통설이라고 하는 것이 판례와 대등하게 비교될만한 단위로 존재하는 경우는 생각보다 작을 수도 있다고 하는 점입니다.

물론 통설이 분명한 비중을 갖고 등장하는 시대도 있을 것 같습니다. 판례가 아직 충분히 축적되어 있지 않고 공유된 범법제의 자산이 충분하지 않은 시기, 무엇보다 세부적 범법제의 도출 이전에 그 근저에 있을 기초적 범법제가 확립되어야 하는 시기가 그러한 경우일 것입니다. 그 전형적 사례로 헌법재판소가 만들어지고 아직 판례가 충분히 쌓이기 전의 시기를 생각해 볼 수 있을 것 같

아 횡령죄 성립을 인정하고 있다. 일본의 판례는 양도담보의 경우 원칙적으로 소유권은 대내외 구분 없이 채권자에게 이전된다는 입장이고, 다수설은 이러한 형태의 양도담보에 대해 횡령죄가 성립한다고 보고 있다. 미국에서는 우리나라와 달리 배임죄에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 동산을 담보로 제공한 자가 당초 약정에 위반하여 담보물을 임의로 처분한 경우 사기죄(fraud)나 횡령죄(embezzlement) 등으로 처벌하는 수가 대부분이다.”

습니다. 과잉금지원칙, 과소보호금지원칙, 기본권의 대사인적 효력, 입법형성권 존중, 인간의 존엄 개념규정 등이 학계의 비중있는 명제로 등장을 했었고 우리 헌법재판소는 그 대부분을 수용했다고 할 것입니다. 물론 이 때에도 헌법도그마틱의 권위가 우리 학문에서 나온 것인지, 독일이나 미국의 판례나 지배적 학설에서 나온 것인지에 대해서는 논의의 여지가 있긴 하겠습니다. 물론 그런 초창기라고 하더라도 도그마틱이 판결에 수행할 수 있는 역할의 범위는 다시금 범영역에 따라 다를 수 있을 것 같습니다. 그 이전으로부터 내려오는 많은 판례와 법리들이 이미 법원에 존재하는 상황이라면 도그마틱의 역할은 상대적으로 크지 않을 수도 있을 것이기 때문입니다. 이 지점에서는 우리는 법진확립 초창기에 민법, 형법, 헌법이 놓였던 다소 상이했던 상황을 떠올려 볼 수 있을 것 같습니다.

그러나 핵심적 법명제들의 구축이 어느 정도 마무리되고 이제 세부적 법리의 구축이 문제되는 시대로 접어들면 이제 학계에서 제시되는 입장들은 다분히 산재해서 존재할 수밖에 없었고 그에 따라 통설이라는 같은 표현이 사용되더라도 그 비중은 더 이상 예전과 같을 수 없을 것 같습니다. 결국 범발전이 일정한 단계를 지나면 판례는 최고법원 판결을 중심으로 응축적, 통일적으로 유지될 수 있는 데 반하여, 학설은 다분히 ‘다양한 의견’으로 존재할 수밖에 없게 될 것 같습니다. 이런 상황에서 법원의 학설 원용은 판례만큼의 권위를 가진 논거라기보다는 어떤 논의 상황에 대한 정황적 논거, 보충적 논거로 이용되는 경우가 많을 것 같습니다. ‘통설’보다 ‘학설’,⁵⁾ ‘학계의 의견’,⁶⁾ ‘다수설’이 언급되기도

5) 예컨대 대법원 2019. 12. 19.선고 2016다24284 전원합의체 판결 (다수의견에 대한 민유숙, 이동원의 보충의견), “여러 나라의 입법례와 학설을 살펴보면 채권적 효력설이라는 동일한 명칭을 취하더라도 매우 다양한 내용의 규율과 주장으로 자리 잡고 있음을 알 수 있다. 즉, 각 국가의 입법례를 보면 채무자에 대한 관계에서 누구를 채권자로 삼을 것인지, 채무자가 양도인에게 변제한 경우 이를 유효한 변제로 볼 것인지, 양수인이 특약의 존재를 알았을 경우에 채무자에게 이행거절의 항변권을 부여할 것인지, 양수인의 선의·악의가 채권 양도에 어떤 영향을 미치는지 등에 관하여 각기 다르게 규율하고 있고, 마찬가지로 학설도 다양한 견해를 취하고 있다.”

6) 예컨대 대법원 2020. 11. 19.선고 2020도5813 전원합의체 판결 (다수의견), “대법원 판례는 명예훼손죄의 구성요건으로서 공연성에 관하여 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’를 의미한다고 밝혀 왔고, 이는 학계의 일반적인 견해이기도 하다.” 같은 판결(대법관 박상욱, 민유숙의 보충의견) “명예훼손죄에서 공연성을 구성요건으로 요구하는 외국의 입법례에서도 공연성의 의미는 다양하게 해석되고 시대에 따라서 변경되기도 한다. 예를 들어 일본의 최고재판소 판례는 명예훼손죄의 공연성을 ‘불특정 및 다수인이 인식할 수 있는 상태’로 해석하였다가 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’로 해석을 변경하였고, 독일에서는 일반적으로 공연성을 ‘불특정이면서 다수인이 인식할 수 있는 상태’라고 해석

하는 현실은 바로 그러한 측면을 잘 방증해 주는 것일 수 있겠습니다.

그렇다면 이제 논증에서 통설이 수행하는 역할보다 법원의 판결에서 학계의 도그마틱이 수행하는 역할 일반을 짚어보는 것이 더 유용한 것일 수 있겠습니다. 그리고 이 교수님은 논문 후반부에 바로 이 부분을 이야기해 주고 계십니다.

3. 법발견에 있어 고려될 관점들의 저수지로서 학설과 도그마틱

법학은 도대체 실천적 역할을 수행할 수 있는 것인가? 토론자의 생각으로는 우선 ‘법발견’의 과정에서 법학의 논의들이 갖는 다양한 ‘관점’들로서의 역할에 주목할 필요가 있을 것 같습니다. 즉, 외적으로 드러나는 ‘법적 논증’에서 학설이 부여받는 지위를 통해 법학의 역할을 가늠하는 것보다 드러나지 않는 ‘법발견의 과정’에서 법학의 논의들이 갖는 역할에 초점을 맞추어 보고자 하는 것입니다(‘발견’의 과정과 ‘정당화’ 과정의 구분). 이러한 부분들은 여러 나라들의 실무에서 ‘교과서’들이나 ‘학술논문’보다 ‘주석서’가 더 많이 활용되는 현실과도 무관치 않습니다. 독일 민법에서 ‘팔란트’의 역할이 그러하고, 우리 판결에서 (드물지만 원용이 이루어지면 곧잘 등장하는) 사법행정학회나 관운직 편의 주석서가 그러합니다.

실무의 문제들에 익숙한 법률가라도 자신이 부딪히는 모든 사안들에 익숙할 수는 없을 것이기 때문에 새로운 사안에 직면했을 때 이 문제의 위치가 어디인지에 대한 파악을 필요로 하게 됩니다. 연관된 문제가 무엇이고, 어떤 법리와 관련이 있는지, 그에 대해 어떤 의견들이 피력되어 있고 어떤 해결책들이 모색되고 있는지 파악하는 것은 추가적 작업을 위한 전제일 수 있습니다. 그리고 이들 저수지를 모아가는 것은 법률가 모두의 과제일 수 있습니다. 이들 관점들의 저수지를 만들어 가는 데에 있어 학계의 소소한 연구들 역시 각기 나름의 역할을 수행하는 것일 수 있겠고 다만 깊이 있고 균형 있는 연구들이 많을수록 결정을 해 가는 사람에게 좋은 판단의 기반이 되리라는 것은 분명합니다. 실무

한다. 우리의 학계에서도 공연성의 의미에 관한 다양한 견해가 존재한다. 이와 같이 공연성의 개념에서 ‘불특정 또는 다수인’이라는 요건을 채택할 것인지를 두고 해석이 달라질 수 있어서 공연성의 의미를 반드시 반대의견과 같이 불특정 또는 다수인이 ‘직접’ 인식할 수 있는 상태로 해석하는 방법이 문언해석의 한계라고 전제할 수 없다.”

에서 외국의 사례나 관련 논의에 관심을 가지는 것도 법학적 논의가 갖는 ‘발견적 측면’을 잘 드러내 보여주는 대목일 수 있을 것 같고, 이 부분 역시 법학의 오랜 과제영역이었다고 하겠습니다. 그러한 다양한 의견들을 고려하는 가운데 사안에 적합한 해결책을 적정히 모색하는 것은 이제 ‘법원의 역할’이라고 할 것이고, 관련된 논점들이 충분히 확보되어 있을수록 이로부터 끌어내지는 법명제의 깊이와 수준이 높아질 수 있다는 점에 대해서는 이론이 없을 것입니다.

4. (약하나마) 법도그마틱의 판결 비판과 통제 역할의 가능성

물론 결정은 이제 법원의 몫이라고 하는 이야기가 법학의 역할이 결정의 앞에서 끝난다는 것을 의미하는 것일 수는 없겠습니다. 전통적으로 판결에 대한 비판은 법학의 역할로 여겨져 오기도 했고, 자신의 판결이 비판받을 수 있다는 점은 법원의 판결에 암묵적 영향요소일 수 있기 때문입니다.

실제 대법원 판결이 있고 학계의 비판적 논의가 활성화된 예는 적지 않습니다. 예컨대 전교조 범외노조통보판결의 다수의견이 범외노조통보처분이 형성적 행정처분이라고 보면서 법적 근거가 있어야 한다고 이야기했을 때,⁷⁾ 우리 행정법학계는 여러 비판적 평석을 내어놓은 바 있습니다.

물론 교수님께서도 예리하게 지적하셨듯이 판결에 대한 비판적 분석이기보다 법원판결을 오히려 따라가는 것이 작금의 현실이기도 한 것 같습니다. ‘판례실증주의 시대’라는 데에 별 이의가 없을 것 같습니다. 그리고 법원이 판결과정에서 법학계보다 상급법원이나 동료실무가들의 비판가능성을 일차적으로 더 신경 쓰는 것이 우리의 제도현실이라고 할 것입니다. 이런 부분들은 분명 우리 법학이 성찰해 보아야 할 대목이라고 할 것입니다.

다만 우리 법원이 기존 판결에 대한 학계의 비판을 수용하고자 하는 경우도 없지 않다는 점도 짚어둘 필요가 있겠습니다. 그 이례적 표출사례로 다음의 설시 부분(대법원 2021. 9. 9.선고 2017도19025 전원합의체 판결에서 다수의견의 보충의견)은 꽤 인상 깊습니다.

7) 대법원 2020. 9. 3.선고 2016두32992 전원합의체 판결.

“반대의견은, 다수의견이 이 사건 링크 행위를 처벌하기 위해 대법원이 유지해 온 형법상 방조의 개념을 확장한 다음 그로 인한 부작용이 우려되자 특정 사안에만 적용될 수 있는 이른바 핀셋 법리를 도입하여 법적 안정성을 후퇴시켰다고 비판한다. 그러나 다수의견은 중전 판례에 대한 법원 내부와 외부의 비판(가령 박준석, “인터넷 링크 행위자는 이제 정범은 물론 방조범조차 아닌 것인가?”, 산업재산권 제48호, 한국지식재산학회, 2015, 80-81면; 이해완, “링크 사이트에 의한 저작권 침해 확산에 대한 입법적 대응방안 연구”, 성균관법학 제29권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2017, 418-421면 참조)을 수용하고 방조의 개념에 관한 판례와 다수설을 이 사건에 적용한 것이기 때문에, 위와 같은 비판은 아무런 근거가 없다. 이 사건은 방조 개념의 확장 문제와는 관계가 없는데도, 반대의견은 이 사건을 전혀 다른 맥락으로 파악하고 있다. ...

대법원이 기존 판례의 오류를 바로잡는 것은 헌법에서 부여받은 권한이자 의무이지 법적 안정성을 훼손하는 일이 아니다. 위에서 본 여러 대법원 전원합의체 판결 또한 마찬가지이다.

저작권법 개정 논의는 링크 행위의 공중송신권 침해에 대한 방조범 성립 가능성을 부정한 중전 판례에서 비롯되었다. 이 판례가 학계로부터 큰 비판을 받고 있는데도 그 변경이 이루어지지 않고 중전 판례가 선고된 이후 저작권 침해물 링크 사이트 등이 범람하고 있는데도 이에 대한 적절한 사법적 통제를 기대하기 어렵다고 보아 개정안이 마련되었다. 국회에서 입법적 해결을 모색하는 이유가 바로 중전 판례의 존재 때문이므로, 중전 판례를 변경하는 것은 국회의 입법 논의를 해결할 수 있는 직접적이고 현실적인 해결책이다.”

5. 법학의 학문성 혹은 법도그마틱 합리성의 조건?

법학을 하는 입장에서 근본적으로 다음의 물음도 제기해 보아야 할 것입니다. 범명제는 ‘설득력’ 뿐만 아니라 ‘타당성’도 주장하게 된다는 것이고 이는 비단 법원 뿐만 아니라 법학계에도 마찬가지일 수 있다고 하는 것입니다.

범명제의 타당성 주장은 결국 그것이 진정 ‘법에 근거한 것이었다’는 형식이 될 수밖에 없겠고 이를 위한 논증의 기본형식은 서두에 이야기한 바와 같습니다. 그렇다면 타당한 범명제의 구축작업에 있어 법학의 고유한 역할은 어디에 있을 수 있을 것인가?

일차적으로 우리는 (법적 판단의 제도적 압박에 놓여 있지 않은) ‘법학자들의

속의적 대화의 가능성'을 떠올리게 될 것입니다. 법학적 명제는 충분한 시간을 두고 검토하여 주장되며 상호간 비판과 토론의 검증과정에 놓일 수 있으며 그 가운데 개선되어 나갈 수 있다는 생각이 그것입니다. 물론 이러한 가능성을 과장해서는 안 될 것이 법학적 작업 역시 일정한 제도적 조건 속에서 수행된다고 하는 점입니다. 이 부분은 이 교수님께서 날카롭게 지적해 주신 바이기도 한데, 학문적 토론에도 여러 제도적 문턱이 존재한다는 점이고, 또 그 안에서의 토론의 수준 역시 상당 부분 참여자들의 의지에 의존하는 측면이 있다고 하는 점입니다. 학술대회에서의 토론이나 학술지제체를 위한 논문심사과정을 보아도 얼마나 기능적 측면이 지배하는지 쉽게 알 수 있습니다. 법학자들이 해석공동체에 매여 있음으로 인해 나타나는 인식론적 제약과 그로 인한 이상적 대화의 구조적 제약과 같은 문제까지는 굳이 언급할 필요도 없을 것 같습니다.

속의적 논의의 가능성이라는 점 외에 법학의 작업이 강점을 갖는 또 다른 측면이 있을 수 있을 것인가? 이제 범명제의 내용적 차원, 그리고 근거지움의 차원을 따져보지 않을 수 없을 것입니다. 법문의 의미론적 탐구에 있어서는 법원이 더 못할 것이 없을 테고 그렇다면 '체계론', '목적론', '비교법', 그리고 '실무와 관련된 기초법'적 차원 정도가 더 따져볼 수 있는 부분이 될 것 같습니다.

개별범명제의 획득에 초점을 둘 수밖에 없는 법원과 달리, 여러 범명제들의 일관적이고 정합적인 상호관계를 구축해 가는 것은 분명 법학에 귀속되던 오랜 과제영역 중 하나라고 할 수 있을 것입니다. 이 부분이 법학의 오랜 기대영역으로 여겨져 왔다고 하는 점은 이 교수님께서도 언급하셨듯이 법원의 논증에서 학설의 원용이 암묵적으로 그에 위배될 시 체계정합성의 부담을 지게 됨을 암시하는 형식에서도 잘 드러난다고 할 것입니다. 다만, 실무의 법적 판단에 도움이 될 수 있는 '실천적 법학'을 지향한다고 할 때, 과연 '법체계가 어떤 의미를 갖고 어떻게 구축되어야 하는가'라는 부분은 우리가 여러모로 생각해 보아야 할 대목이라고 하겠습니다. 흔히 개념체계로서의 '외적 체계' 외에 평가의 체계로서 '내적 체계'에 대해 언급하면서 후자를 (범명제 구성의 규범적 척도로서) '평가모순'의 근거라고 이야기하곤 하지만 우리 학계에 내적 체계에 대한 진지한 고민과 논의가 있었는지는 다소 의문이라고 할 수 있기 때문입니다. 아마도 이동진 교수님이 빌부르크의 동적 체계론에 관심을 가지고 번역작업을 진행하신 것도 그런 문제의식의 소산이 아닐까 생각해 봅니다.

규범해석이 가져올 단순 결과를 규범목적에 비추어 가늠해 보는 정도의 목적

론적 고민은 비단 법학만이 아니라 실무의 법원도 충분히 해오고 있는 부분일 것입니다. 만약 법학이 목적론적 고찰에 추가적 강점을 갖고 있다면 그것은 개별사안에서의 단편적 목적론 외에 좀 더 체계적이고 합리적인 목적론을 구사할 수 있는지의 여부와 관련될 것입니다. 과연 입법자가 추구한 목적이 어떠한 사회적 맥락에 있었던 것인지에 대한 탐구, 규범해석이 법체계 내적으로, 그리고 사회적으로 어떠한 결과를 가져오는지에 대한 탐구, 결과예측과 평가를 사회과학적 합리성에 결부시킬 수 있을 것인지에 대한 탐구 등이 그 예가 될 수 있을 것 같습니다. 최근 고조되는 범경제학이나 전래의 법사실조사에 대한 관심, 입법영향평가 등에 대한 관심 등은 그러한 문제의식에서 비롯된 것이라고도 할 것입니다.

우리 법질서의 규율구조와 괴리되지 않는 한 ‘외국의 법제 및 법리’들이 우리의 실무에 중요한 참고점이 될 수 있다는 점은 이의가 없을 것입니다. 그리고 이 부분에 대한 탐구에 있어 법학이 법원보다 여러 제도적 강점을 갖고 있다는 점도 분명하다고 할 것입니다. 다만 이 부분 연구에 있어 우리 학계의 역량이 전반적으로 신장되고 있다고 볼 수 있는지에 대해서는 비판적 목소리도 없지 않은 것 같습니다.

전반적으로 보았을 때, 법학이 만든 명제에 상대적 강점이 있을 가능성은 자동적으로 확보되는 것이 아니라, 상당부분 법학자들의 의지적 노력에 의존하는 경우가 많은 것 같습니다. 이런 측면들은 ‘법학의 학문성’의 근간을 이루는 부분이라고도 할 터인데, 이들 측면은 비단 최근에 주장된 것만은 아니고, 이미 20세기 초반에 ‘실천적 법학’을 지향했던 민사법학자들(대표적으로 필립 헵크)에 의해서 이미 상당 부분 환기되었던 부분이기도 합니다.

이동진 교수님의 우려대로, 법학이 강점을 가질 수 있는 이들 영역에서 적극적인 성과들을 별로 내놓지 못하고 그 외의 영역에서는 법실무의 범명제 산출능력보다 더 나은 게 없는 상황이 되어 버렸다는 것이 우리 법학이 처한 가장 큰 문제상황이라고 하겠습니다. 한국사회에서 법학의 위기는 현재 여러 가지 제도적 요인으로 더욱 심화되고 있는 듯 보입니다. 이를 어떻게 타개할 것인가, 우리 시대 법학자 모두의 화두라고 하겠습니다.

훌륭한 발표를 통해 여러 가지 점들에 대해 돌아보게 해 주신 이동진 교수님의 심도깊은 연구에 재차 감사의 말씀 올리면서 이만 부족한 토론을 갈음하고

자 합니다.

PS. 질문을 몇 가지 드려야 하는게 토론자의 덕목이라면 소소하고 가벼운 질문 몇 가지를 다음과 같이 보충 드려 보고 싶습니다.

- (1) 인용과 관련한 질문입니다. 독일이나 미국과 달리 우리 대법원이 학술문헌의 인용에 유독 인색한 이유는 무엇이라 생각하시는지요?
- (2) 학계 출신의 대법관이 이제 세 번째 배출되었습니다. 기초법학자의 눈으로 보았을 때, 해석론, 방법론의 영역에서 김재형 전 대법관이 끼친 영향은 실로 지대했다고 생각합니다. 저는 대법원 실무에서 해석이론의 상황은 김재형 대법관 이전과 이후로 나눌 수 있다고까지 생각합니다. 그런데 이 지점에서 제가 여쭙고 싶은 부분은 민사법학자가 보시기에 그간 학계 출신 대법관들이 대법원 민사법리에 끼친 영향은 어느 정도라고 보시는지, 이론과 실무의 가교를 놓는 데에 끼친 영향은 어느 정도라고 보시는지 여쭙어 보고 싶습니다.
- (3) 마지막 질문입니다. 법전원 체제로 접어들면서 법학교육에서 실무가들의 비중은 대단히 높아졌다고 하겠습니다. 아울러 법학교육을 이수한 사람들이 실무에 진입한 비율도 예전보다 높아졌다고 보아야 할 텐데요. 이러한 현상이 이론과 실무가 건전한 상호발전을 해 가는데 어떤 영향을 주고 있다고 보시는지, 그 긍정적 지점과 부정적 지점들에 대해 한 번 여쭙어 보고 싶습니다.

