

判例의 法源性에 關한 考察

金 斗 熙

I. 序 言

法源 또는 法の 淵源 (Rechtsquelle : Sources of Law : Sources du droit)이라 함은 普通法の 存在形式 乃至 現象形態를 意味하는 것이나, 이 法源이라는 말에는 적어도 두가지 意義를 가지고 있는데, 其一은 法源을 實質的 意義로 解釋하여 어떠한 形式의 規範이 社會에서 現實적으로 存在하고 있는가 하는 것이고, 其二는 法源을 形式的 意義로 解釋하여 어떠한 法規範을 法官이 法으로서 適用하여야 할 것인가 하는 것이다. 그런데 이 後者의 特質은 法官이 援用하여야 할 法規範을 援用하지 않는다든지 그 順序를 잘못하여 援用하였을 때에는 그 裁判은 違法이 된다는 것이다. 前者는 法の 存在를 認識하는 所謂 法認識의 立場에서 論議되는 法社會學的 課題임에 反하여, 後者는 法の 適用이라고 하는 法實踐의 立場에서 論議되는 法解釋學的 課題이다.¹⁾

한편 判例라 함은 個別的 具體的 事件에 대하여 法院이 내린 判斷 내지 判決을 말한다. 그런데 法院의 判決은 具體的 事件을 解決하는 것에 不過하나, 그 속에 包含되는 合理性은 다른 類似한 事件에 대하여도 同一한 判決을 하게 됨으로써 判決에 의한 一般的인 法規範이 成立한다. 最高法院에 의한 類似한 判決이 여러번 반복하게 되면 判例의 法規範성은 현저하게 나타난다. 그러나 이러한 判例가 民法의 法源이 될 수 있느냐 하는 問題에 關하여는 學說上 論爭이 되고 있다.

判例가 法源이 될 수 있느냐의 本質論은 法哲學上의 問題이므로 本稿에서는 本質問題는 論外로 하고, 私法 특히 우리 民法에 있어서 判例가 法源이 될 수 있느냐의 問題에 關하여 考究하여 보고자 한다.

判例法主義를 取하고 있는 英美法系의 나라인 英國이나 美國의 大部分의 州에 있어서는 統一的인 成文民法典을 가지고 있지 않으며, 私法의 大部分은 不文法인 判例法 (case-law)으로 이

1) 舟稿淳一, 民法總則, p. 15, 參照.

川島武宜, 民法講義 第一卷, 序說, p. 28.

루워지고 있기 때문에 判例가 私法の 法源이라는데는 論難의 餘地가 없으나, 成文法主義를 取하고 있는 大陸法系의 獨逸을 비롯한 歐羅巴 大陸諸國 및 그 法을 繼受한 日本 및 우리 나라에 있어서는 統一的인 成文의 民法典을 가지고 있으므로 判例에 대하여 法源性을 認定할 것이나라는 問題에 대하여는 學者들의 見解가 對立되고 있는 것이다.

그러므로 本稿에서는 우리 民法에 있어서의 判例의 法源性問題를 考察함에 있어서 英美法에 있어서의 判例의 法源性問題 그리고 大陸系諸國에 있어서의 判例의 法源性問題를 比較法的 立場에서 考察하고, 아울러 民法에 있어서의 判例의 法源性問題에 關하여 私見을 提示하여 보려고 한다.

I. 比較法的概觀

1. 英美法系에 있어서의 判例의 法源性

1) 英國法: 英法の 主要法源은 不文法이며 보다 더 正確하게 말한다면 數千冊에 올라 있는 判例集(law report &) 속에 沈澱된 判例法(case-law)으로서 制定法은 그 表面에 散在하는 斷片的인 法規에 不過하며 統一的인 成文法典을 가지고 있지 않은 것이 그의 特徵이라 하겠다. 英國私法은 普通法(common law) 衡平法(equity) 및 制定法(statutes)으로 되어 있는데, 私法の 根幹을 이루고 있는 普通法은 元來는 慣習法이었으나 法官이 裁判을 通하여 宣言되고 確定된 判例法인 것이다.

그러므로 英國은 判例를 法源으로 하는 判例法의 母國이라 할 수 있으며 英國의 統一法인 common law의 여러 原則은 法院에 의하여 確立된 先決例(Precedent)속에서 發見되는 것이며 이점은 equity의 여러 原則에 있어서도 마찬가지이다.

先決例는 後日에 同一한 또는 비슷한 事件의 判決을 내림에 있어서 그 先例에 따라서 裁判하여야 할 法的拘束力이 있는 判決例를 말한다. 英國에서는 이른바 上級法院²⁾ 例컨대 貴族院³⁾의 判決은 貴族院 自身을 包含해서 모든 法院을 拘束하고 控訴院⁴⁾과 高等法院⁵⁾의 各部의 判決은

2) 事物管轄에 관하여 制限을 받지 않은 法院이 Superior Court이고 一定한 制限을 받는 法院을 inferior court로 즉 下級法院이다. 英國에서는 高等法院(High Court of Justice), 控訴院(Court of Appeals) 貴族院(House of Lords), 極密院司法委員會(Judicial Committee of the Privy Council)이 superior court이다.

3) 貴族院은 貴族의 叛逆罪(treason)와 重罪(feigny)의 裁判 貴族의 資格과 代表貴族의 選출에 관한 다름 그리고 잉글랜드의 控訴院(Court of Appeals), 刑事控訴院(Court of Criminal Appeal) 및 스코틀랜드 北아일랜드의 各 最高法院으로 부터의 上訴事件에 관하여 裁判權을 가진다.

4) His Majesty's of Appeal과 Court of appeal in Chancery (大法官法院)가 있다. 前者는 잉글랜드나 웨일스에 있어서의 通常事件에 관한 民事 第二審法院이고 後者는 Count of Chancery의 上訴法院이었으나 1833년에 廢止되었음.

5) 英國의 無制限 管轄權을 가지는 第一審 法院 잉글랜드와 웨일스를 通하여 (하나 밖에 없으나 各地에 巡回하면서 巡回裁判을 한다.

그 自身 및 그보다 下級の 여러 法院을 拘束한다. 이에 反하여 下級法院의 判決에는 拘束性이 없다고 한다. 이러한 先例拘束力을 binding force of the precedent라고 하고 또한 이러한 原則을「先例拘束力の 原則」(doctrine of stare decisis)이라고 한다. 그러나 이 原則이 처음부터 確立된 것은 아니며, 裁判慣例로서 徐徐히 생겨난 것이다. 오늘날에 있어서와 같은 先例拘束力の 原則이 確立된 것은 19世紀 後半에 이르러서이다⁶⁾

이와 같은 先例拘束力을 認定하면서도 例外로 上級法院으로 하여금 下級法院의 判例를 事實上 變更할 수 없는 경우가 있는데, 그것은 즉 下級法院의 判例가 이미 相當한 期間 行爲의 準則으로서 一般的으로 遵守되고 있는 경우로, 이러한 判例를 上級法院이 變更한다면 下級法院의 判例를 法으로 알고 行動한 世人에 대하여 不測의 損害를 줄 수 있기 때문이다. 이러한 例外가 認定되는 것은 英法에서는 法の 安定性보다도 法の 確實性을 重視하는 데서 나온 것이라 할 수 있다.⁷⁾

普通法은 慣習에 基하여 法院의 判決을 通하여 宣明되는 것이기 때문에 判例法의 性格을 띠게 되는 것이나 上級法院의 法官은 全然 새로 생기는 法律問題에 關하여는 自己의 最善의 裁量에 따라서 法을 宣言하는 것이며 여기서 英法에서만 현저하게 볼 수 있는 法官의 法創造에 의한 法の 進化와 發展이 있는 것이다. 衡平法은 部分的으로 硬直化한 普通法에 대한 控訴事件을 處理함에 있어서 法官의 裁量과 衡平에 따라 判決을 내린 大法官法院의 判例가운데서 成立한 것으로서 大法官法院의 判例法인 것이다.

普通法對衡平法 普通法院對大法官法院의 長期間에 걸친 二元的인 裁判制度는 1873년 最高法院의 設立에 의하여 (現在는 1925년의 Judicature Act) 終了했다. 따라서 裁判에 있어서 兩法이 衝突이 있을 경우에는 普通法에 대하여 衡平法이 優先한다. 또한 普通法 補充의 作用을 하는 國會制定法(Act of Parliament)은 普通法과 衡平法에 優先하나 第一次의 法源은 判例法인 普通法과 衡平法이며 制定法은 第二次의 法源의 地位를 가지나 近來에 와서는 英國에서도 國會立法은 차차 重要性을 띠게 되어 私法分野에서도 財産法 (Property Act 1926)과 動産賣買法(Sale of Goods Act 1898)과 같은 成文法이 續出되고 있다.⁸⁾

지금까지 概觀한 것을 要約하면 英國의 私法の 大部分은 判例法인 普通法과 衡平法인데 그것은 判例로 이루어지는 先例拘束의 法理를 原則으로 하고 있기 때문에 判例가 形式的 意義에 있어서나 實質的 意義에 있어서나 私法の 法源이라는 데 異論이 있을 수 없다.

6) Plucknett, A concise history of the common law, 5 ed. (1956), p. 342-350.

Radin, on Anglo-American legal history (1936), p. 343-356.

郭潤直, 大陸法, p. 72-73, 參照.

7) Black, Judicial Precedents, p. 316.

Geldart, Element of English Law, p. 16.

Salmond, Jurisprudence, 2 ed. (1907), p. 16.

8) 柚木馨, 判例民法總論 上卷, p. 32-33.

4 는 문 집

2) 美國法 : 英法을 繼受한 美國도 英美法系에 속하며 따라서 判例法主義를 取하고 있으며 一 部州를 除外한 大部分의 州에서는 common law인 判例法이 私法의 重要한 法源인 것이다.

美國에 있어서도 上級法院의 判決이 下級法院을 拘束하는 것을 原則으로 하고 있다. 다만 美國法院은 聯邦法院⁹⁾ (Federal Court)과 州法院¹⁰⁾ (State Court)의 두개의 裁判制度가 併存하고 있기 때문에 英國의 先例拘束의 法理와는 어느程度 差異가 있는 것은 事實이다. 美國에서는 各州法院 相互間에 있어서는 州最高法院의 判決은 同一州內에 있는 州法院을 拘束하기 때문에 下級法院인 郡, 市, 法院과 區法院 等은 모두 州最高法院의 判決에 따라야 한다. 州法院의 組織은 普通 三審制이나 몇몇州에서는 控訴院을 設置하여 二審制를 採擇하고 있다.

다음에 聯邦法院 相互間에 있어서는 聯邦大法院(Supreme Court)의 判決은 美聯邦法律 (Act of Congress)에 의하여 美合衆國裁判制度의 一部로서 組織되고 있는 다른 모든 法院을 拘束한다. 故로 聯邦控訴法院, 聯邦地方法院 等은 聯邦大法院의 判決을 遵守하여야 한다. 그러나 어느州의 法院과 다른州의 法院은 서로 獨立的이어서 아무런 拘束도 받지 않는다. 그 理由는 各州은 各己 그 自身の 法律에 의하여서만 裁判할 수 있기 때문이다. 또 各州法院 및 聯邦法院 相互間의 判決에 있어서도 서로 拘束되지 않음을 原則으로 하나 例外가 있는데 그 重要한 것을 들면 合衆國憲法 法律 및 條約에 關하여 行하여진 聯邦大法院의 判決 및 各州法律의 違憲與否에 關하여 내려지는 聯邦大法院의 判決은 各州法院을 拘束하며 또 各州法律 其他의 地方法 (local law), 즉, 地方의 成文法 或은 慣習法의 解釋適用에 關한 各州法院의 判決은 聯邦法院을 拘束한다.¹¹⁾ 그러나 聯邦大法院이 自身の 判決에 拘束되지 않은 點은 英國의 最高法院인 貴族院이 自身の 判決에 拘束되는 것과는 다르다.¹²⁾ 그리고 下級法院의 判決이 이미 相當한 期間 行爲의 準則으로서 사람들에 의하여 遵守되고 있는 경우에는, 上級法院이라 할지라도 下級法院의 判決에 拘束된다는 點은 英國에 있어서와 같다.

大體로 美國에 있어서도 19世紀에는 英國과 같은 先例拘束의 法理가 認定되고 있었으나 20世紀에 와서 聯邦에서나 州에서도 最高法院은 自身の 判例를 變更할 수 있는 自由를 가지게 되었으며 其他의 法院도 判例라고 하는 것을 批判的인 눈으로 보게끔 되었다. 즉 判例는 法의 일단

9) 美合衆國의 司法制度는 聯邦大法院, 聯邦控訴法院, 聯邦地方法院으로 構成되어 있다. 聯邦大法院 (Supreme Court)은 聯邦憲法 第2條 第1項에 依하여 創設되었는데, 國會는 憲法의 權限에 따라서 下級法院을 新設할 수 있다. 聯邦法院의 管轄權은 聯邦憲法 第3條 條2項 및 修正憲法 第11條에 規定되어 있다. 聯邦控訴法院(Court of Appeals)은 聯邦 第2審法院으로서 合衆國의 District of Columbia를 포함해서 11個의 巡回裁判區로 나누어져 各 地區에 1個씩의 控訴院이 設置되어 있다. 聯邦地方法院(District Court)은 聯邦 第1審 法院으로서 各州에 적어도 1個가 있으나 많은 州에서는 4個의 聯邦地方法院이 있으며 現在 全國에 84個 以上の 法院이 있다.

10) 州法院制度는 大體로 3審制를 採擇하고 있지만 2審制의 州도 있으며 法院의 名稱이나 組織도 州에 따라 크게 다르다.

11) Black, op. cit. p. 294.

12) Pollock, First look of Jurisprudence, 3 ed.(1911) p. 337.

의 證據에 不遜한 것이며 絶對的인 終局的인 것은 아니라고 생각하게 되었다. 一部 學者는 現在 美國에 있어서의 判例의 效力은 英國과 大陸의 中間의 立場에 處해 있으며 漸次로 大陸式에 가까워지고 있다고 까지 極言하고 있다. 美國에 있어서 先例拘束의 法理가 緩和된 理由는서는 첫째 美國에서는 違憲立法 審査制가 採用되어 判決에 의하여 憲法의 解釋適用이 行하여지고 있으므로 憲法規定은 時代변천에 응하여 伸縮性을 가지고 解釋할 必要性이 나타나게 되어 憲法事件에 있어서 判例의 拘束性을 완화하게 되었으며 이러한 傾向이 다른 경우에까지 影響을 주었다고 할 수 있다. 둘째로 美國의 社會 및 經濟의 進歩가 너무나 急進의이었기 때문에 英國式인 硬直性을 띤 判例法主義로서는 그의 社會的, 經濟的 要請에 응할 수 없다는데 基因한다고 하겠다.¹³⁾

2. 大陸法系

大陸法系라 함은 獨逸, 佛蘭西 및 歐羅巴 大陸諸國의 法과 이 法을 繼受한 日本 中國 및 韓國의 法 등을 말한다. 그런데 이 法系에 속하는 大部分의 國家들은 中央集權制의 確立과 17, 8世紀에 歐羅巴를 휩쓸었던 近世自然法論¹⁴⁾의 影響을 받아 18世紀末 부터 20世紀初에 걸쳐 成文의 民法典을 편찬함으로써 成文法主義를 採擇하게 되었다. 이들 國家의 主要한 私法典으로는 1794년의 프로이센 一般란트法 (das Preußische Allgemeine Land Recht ALR), 1804년의 佛蘭西民法典 (Code civil, Code Napoléon,) 1811년의 奧地利一般民法典 (das Öster reichische Allg. Bürgerliche Gesetzhuch) 1907년의 瑞西民法典 (Schweizerischen Zivilgesetzhuch) 1896년의 日本民法典 및 1958년의 韓國民法典 등이다. 이들 大陸法系諸國의 法은 瑞西民法를 除外하고는 大体로 判例를 民法의 法源으로 認定하는 明文의 規定을 두고 있지 않기 때문에, 判例가 民法의 法源이 될 수 있는냐는 問題에 關하여 學說은 對立되고 있는 것이다. 다음에 各國의 法制度和 學說을 概觀하여 보기로 한다.

1) 獨逸民法 : 1896년에 制定된 獨逸民法典에는 民法의 法源에 關한 規定을 두고 있지 않다. 그런데 프로이센法時代의 學說은 判例의 拘束力을 否定하는 것이 通說이었으나 다만 例外로 法官이 先例에 따른 裁判보다도 더 適切한 裁判을 할 수 없는 경우에 限하여 先例를 適用할 義務가 있다고 論하는 學說¹⁵⁾이 있었으나 同國舊法院組法 第137條 및 同民事訴訟法 第565條 등의 規定에 비추어 法官이 判例에 拘束되지 않는다는 데 疑問의 餘地가 없다.¹⁶⁾ 또 프로이센란트法에

13) 徐希源, 英美法, p. 38-89.

H. J. 에이 부라 함著, 徐敦珏 譯, 美國의 裁判制度, p. 409. 參照.

14) 從來의 自然法說과는 달리 永久不變의 法을 人間의 本性(理性)에서 導出하고 이러한 永久不變의 法을 實定法의 上位概念으로 생각하는 說로서 그 代表的인 法思想家는, Hugo Grotius, Spinoza, Hobbes, Locke, Pufendorf, Leibniz, Thomsius, Wollff, Rousseau 등이다.

15) Jhering, Geist des röm. Recht I. § 1ga. 參照.

16) G. V. G. § 137; Z. P. O. § 565 西獨基本法 97條 參照

있어서도 「法學者の 見解 또는 舊判決(ältere Ansprüche der Richter)은 將來의 裁判에 대하여 고려될 수 없다」고 規定하여 判例가 拘束力이 없다는 것을 明示하고 있으며¹⁷⁾, 奧地利民法 第12條도 역시 같은 趣旨의 規定을 하고 있다.

2) 佛蘭西民法: 佛民法에 있어서도 同法 第5條에 「法官은 그 取扱하는 事案에 關하여 一般的 또는 規律的으로 規定하는 方法에 의하여 判決하는 것을 禁한다」고 規定하여 法官의 法解釋이 拘束力을 갖게 하는 것을 禁하고 있을 뿐만아니라 同法 第4條에 「法律의 沈默 不分明 또는 不充分을 口實로 하여 裁判을 拒絶하는 法官은 訴追할 수 있다」고 規定하고 있는데, 이 規定에서 「口實」이라는 말을 使用하고 있는 것은 마치 成文法에는 欠缺이란 있을 수 없으며 모든 事件에 適用할 수 있는 成文法이 制定되어 있는 것으로 解釋되어지는 것이다.

그러나 佛蘭西에 있어서도 同國民法이 制定된지 長久한 歲月이 經過함으로 因하여 民法法規가 發展하는 社會事實에 適用할 수 없는 結果가 나타나게 됨으로써 民法을 새로운 社會事實에 適用하기 爲하여서는, 特別한 解釋을 하여야 할 必要性이 나타남에 따라 民法에 規定된 法規보다도 法官에 의하여 解釋되는 判例가 行爲의 準則이 됨으로써 判例를 尊重하는 경향이 나타나게 되었다.¹⁸⁾

3) 瑞西民法: 20世紀初에 制定된 瑞西民法은 同法 第1條에 「法文上 또는 解釋上 本法에 規定이 있는 法律問題에 關하여는 모두 이 法律을 適用한다. 이 法律에 規定이 없는 경우에는 法官은 慣習에 좇아서, 慣習法도 또한 存在하지 않은 경우에는 自己가 立法者라면 法規로서 設定하였을 것에 좇아서 裁判하여야 한다. 前二項의 경우에 있어서 法官은 確定된 學說 및 先例에 따라야 한다」¹⁹⁾고 規定하여 大陸法系諸國의 法과는 달리 法官이 解釋한 先例와 學說이 民法의 法源이 된다는 것을 明文化하고 있다.

4) 日本民法: 現行 日本民法도 成文法主義를 取하고 있는 獨·佛民法과 마찬가지로 判例의 法源性에 關하여는 明文의 規定을 두고 있지 않으며 다만 同國法例 第2條에 「法令의 規定에 의하여 特히 慣習에 따라야 할것으로 定한 事項 및 法令에 全然 規定이 없는 事項에 關한 경우에 限하여 慣習에 대하여 그것이 公序良俗에 反하지 않은 것을 條件으로 法律과 同一한 效力이 있다」고 規定하여 慣習法의 法源性을 認定하였다. 그러므로 判例의 法源性問題에 關하여는 學說이 對立되고 있다. 學說을 要約하면, 法解釋學的 意味에 있어서 判例의 法源性을 認定하려는 積極說과 이를 否定하려는 消極說의 두 說이 있고, 또한 法社會學的 意味에 있어서의 判例의 法源

17) Allgemeine Landrecht, Einl. § 6.

18) Black, op(cit. p.22; Holland, Jurisprudence, 10 ed, p.65.

19) ZGB§I Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann den Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach den Reegel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Erfolgt dabei bewährten Lehre und uberlieferung.

性を 認定하려는 說로 分類할 수 있다. 各學說의 理論의 概要를 概觀하여 보기로 한다.

(1) 法解釋學的 意味에 있어서의 判例의 法源性에 關한 學說

a. 積極說: 三權分立을 確立한 近代國家에서는 立法, 司法, 行政으로 나누워 裁判은 法の 適用에 限定하고 있으며 日本憲法도 이를 明定하고 있을 뿐만아니라 裁判所法에서도 上級審의 判決은 當該事件에 限하여 下級審을 拘束하는데 不過하므로 (同法4조), 判例는 形式的으로나 實質的으로나 法源이 될 수 없다. 그러나 制定法과 實際生活間에 間隔이 크게 되면 法院은 慣習法의 存在를 宣言하고 또한 法適用의 限界를 넘어서 裁判하지 않으면 안되게 되며 이 경우에도 法院은 實際上的 必要는 勿論, 法院의 權威와 法の安定을 爲하여 相當한 理由가 없는 限 先例를 尊重하고 이것을 답습해서 同一判例의 반복에 의하여 裁判上的 慣例가 생기고 이것이 社會的으로 遵守되어 慣習法으로 까지 發展하게 되므로 判例를 慣習法의 一種으로서 法源이 될 수 있다고 한다.²⁰⁾

英美裁判制度에서는 判例의 拘束性이 認定되나, 日本의 裁判制度에서는 判決은 具體的인 事件에 關하여 具體的인 裁判規範을 宣言하는데 그치며, 法院 自身 또는 同級 或은 上級法院의 判例에 法律上 拘束되지 않는다. 그러나 法院은 相當한 理由가 없는 限 반복되어 이루어진 判例와 다르게 裁判하는 일이 없고 또 最高法院의 判例와 다른 判決은 파기될 餘려가 있으므로 最高法院의 判例는 事實上的 拘束力을 갖는다. 이렇게하여 最高法院의 判決이 반복되며 거기에 抽象的인 原則이 確立되어 그 內容이 合理的인 경우에는 사람들은 이것을 法으로 認定하여 이것에 따라 行動하게 되고 여기에 判例法이 成立한다. 따라서 判例는 法院의 判例에 의하여 成立하는 慣習法이라고 하는 것이 妥當하다²¹⁾고 한다.

b. 消極說: 法院의 裁判은 具體的인 事件을 解決하는 것 뿐이나 그 속에 포함된 合理性 乃至 法原理는 다른 類似的인 事件에 대하여도 같은 解決을 하는 힘을 갖는 것이므로 判例 特히 最高法院의 判例가 그 後에 있어서의 自身 또는 下級審의 裁判을 事實上 拘束하고 있는 것은 否定할 수 없다. ((同國 裁判所法 10條 3號 참조) 따라서 法社會學的 意味에 있어서의 法源이 되는 것은 疑問이 없으나 法解釋學的 意味에 있어서의 法源이 되느냐 換言하며 判例가 將來의 裁判에서 반드시 法으로 援用되어야 하느냐 하는 것은 個別的問題로서, 이것은 憲法 其他 上級의 組織的인 國家規範이 決定하는 것이다. 그런데 英美에 있어서는 判例가 前述한 意味에 있어서의 法源이 되는데 反하여 日本에서는 반드시 이와 同一하게 생각할 수 없다. 생각컨대 裁判은 어느 程度까지 客觀化·劃一化되고 있다고는 하나 結局은 個別的인 事件에 대한 個個의 法官의 主觀的인 判斷이라는 것을 免할 수 없다. 따라서 制度上 憲法, 其他의 上級國家規範에 의하여 어떠한 裁判統

20) 於保不二雄, 民法總則講義, p. 8.

穂積重遠, 民法總則, p. 40.

牧野英一, 民法의 基本問題, p. 199.

21) 松坂佑一, 民法提要總則, p. 16.

一의 保障이 주어져 있지 않는 限, 國家의 統一된 意圖로도 認定하기 困難하다. 따라서 日本에서는 그러한 保障이 存在하지 않으며 또 判例에 反한 裁判을 違法이라고 하는 法規도 發見할 수 없으므로 判例는 法源이라고 말할 수 없다²²⁾고 한다.

(2) 法解學의 意味 있어서의 判例의 法源性에 關한 學說

이說에 依하면 判例가 그 後의 裁判에 대하여 事實上的 拘束力을 가지고 또 그것이 發展되어 common law 體系에 있어서와 같은 法制度上的 拘束力을 가지게 되는 근거 乃至 原因은 무엇인가. 判決은 具體的 事件에 대하여 具體的인 裁判規範을 宣言하는 것이다. (Recht Sprechung). 이 具體的인 裁判規範은 制定法·慣習法·條理를 基準으로 하여 法官에 의하여 形成된다. 그러나 具體的인 裁判規範의 形成에 있어서 法官은 결코 既存의 明確한 裁判規範을 기계적으로 具體的 事件에 適用하는 것은 아니며, 裁判이라는 社會的 過程의 事實에 있어서는 法官은 항상 具體的 事件에 대한 具體的인 裁判規範을 發見하고 創造하지 않으면 안된다. 制定法을 근거로 하여 裁判하는 경우에는 裁判은 制定法規를 大前提로 하고 具體的 事件의 事實을 小前提로 하여 얻어지는 形式論理的 三段論法의 結論인 것으로 보이나 그것은 다만 論理過程의 抽象的 形式的 側面으로서 事實에 있어서는 法官은 制定法을 規準으로 또 근거로 하면서 現實의 具體的 事實關係에 立脚한 具體的인 裁判規範을 發見하고 創造하는 것이다. 왜냐하면 制定法의 뜻 그 自体가 法官의 意識過程을 通하여 現實化되고 具體化되며 또 具體的 事實이 制定法規의 構成事實(Tatbestand)에 「構成」되지 않으면 안되기 때문이다. 이와 같은 具體的인 裁判規範의 發見 乃至 創造라고 하는 것은 裁判이 慣習이나 條理를 規準으로 해서 행해지는 경우에는 한층 더 明確하다. 法官에 의한 具體的인 裁判規範의 發見創造가 客觀的인 規範에 의한 裁判이 되기 爲하여는 當該의 具體的인 裁判規範이 단지 法官自身的 主觀的인 恣意나 見解에 基하는 것이 아니고 同種의 事件에 항상 妥當할 수 있는 性質의 것이 아니면 안된다. 具體的인 裁判規範은 客觀的인 事實關係 속에서 探究되지 않으면 안된다. 그렇게 하기 위하여는 法官은 具體的인 複雜한 事實關係를 分析하고 一定한 類型의 關係로 構成하여 그렇게 함으로써 그것에 대한 具體的인 裁判規範이 同時에 普遍妥當性을 갖도록 하지 않으면 안된다. 裁判은 이렇게 하여 發見되고 구성된 規範의 宣言이며 Recht Sprechung은 항상 Rechtstintung과 結付되고 있다. 그리하여 裁判은 具體的인 事件에 대한 具體的인 裁判規範의 宣言이면서 또한 그 具體的인 裁判規範은 同時에 보편타당성을 그 속에 內包하고 있으며 다음의 裁判에 대한 判例의 拘束力, 따라서 「判例法」의 形成의 근거 乃至 原因은 이와 같은 裁判의 構造에 있다. 以上이 判例法의 法源性의 法社會學的 意味이다.²³⁾

以上에서 英美法系와 大陸法系에 있어서의 判例의 法源性에 關한 各國의 法制度와 이에 關한

22) 舟橋淳一, 前寫, p. 17.

同旨 鳩山秀夫, 日本民法總論, p. 10.

同旨 吾妻 光俊, 例解民法精義, p. 15.

23) 川島宜武, 前寫, p. 37-39.

學說을 比較法的으로 概觀하였다.

要約하면 英美法系の 英國에서는 判例法主義를 取하고 또한 判例拘束의 法理가 確立되어 있기 때문에 判例法이 私法의 重要な 法源이 되고 있으나 같은 英美法系에 속하는 美國에 있어서는 大體로 判例의 拘束性을 認定하면서도 最高法院은 그 自身の 判例를 變更할 수 있고 또한 法院의 二元的 組織과 美國社會의 特殊한 事情으로 因하여 近來에 와서는 判例의 拘束性이 점차 緩和되어 가고 있는 點에서 判例의 法源性을 認定하는데 있어서 英國과는 多少의 理論的·實際的인 差異가 있다는 것을 發見할 수 있다. 이에 대하여 成文法主義를 取하고 있는 大陸法系の 佛蘭西나 獨逸民法에서는 判例의 法源性에 關하여 明文의 規定을 두고 있지 않기 때문에 學說上 論爭이 되고 있으나 獨逸에서는 大體로 否定的이며 佛蘭西에서는 近來에 와서 法院의 先例를 尊重하는 立場을 取하여 實質的인 法源이 되고 있다. 瑞西民法은 法院의 先例를 民法의 法源으로 明文化하고 있기 때문에 先例가 民法의 法源이 된다는데 異論이 있을 수 없으며 日本民法에서는 判例의 法源性을 인정하는 規定이 없고 다만 同國 裁判所組織法 第4條에 上級審法院의 判斷은 그 事件에 限하여 下級審을 拘束하는 效力을 認定하고 있으며 또한 最高裁判所는 그 自身이 행한 判決과 다르게 判決하는 경우에는 大法院에서 행하여야 한다고 同裁判所法 第10條 3호에 規定하고 있을 뿐, 判例의 法律的拘束性에 關하여는 明文의 規定이 없기 때문에 學說은 判例의 法律性을 인정하려는 積極說과 이를 否하려는 消極說, 그리고 法社會學上的 法源으로 보려는 學說로 要約할 수가 있다.

Ⅱ. 民法에 있어서의 學說의 檢討

既述한 바와 같이 우리 民法은 大陸法系에 속하며 따라서 成文法主義를 取하고 있으면서도 民法의 法源에 關하여는 民法 第1條에 「民事에 關하여 法律에 規定이 없으면 慣習法에 의하고 慣習法이 없으면 條理에 의한다」고 規定하고 있을 뿐 判例의 法源性에 關하여는 明文의 規定이 없으며, 다만 法院組織法 第18條에 「大法院에서 判示한 法令의 解釋은 當該事件에 限하여, 下級審을 拘束한다」고 規定하는 한편, 同法 第7條3호에서 從前의 大法院에서 判示한 法令의 解釋適用에 관한 意見을 變更할 必要가 있을 때에는 大法院判事會員의 3分之2以上의 合議體에서 이를 행한다」고 規定하고 있을 뿐 判例의 法源性에 關하여는 成文法規上의 明文의 規定이 없기 때문에 學說이 對立되고 있다.

그런데 우리나라에 있어서의 判例의 法源性에 關한 學說은 日本國의 學說과, 大同小異한데, 그 理由는 日本의 現行民法은 우리나라의 舊民法이고 우리 나라의 現行民法은 舊民法(財産法에 限함)의 規定을 若干 修正하여 制定되었을 뿐만 아니라 判例가 事實上的 拘束力밖에는 없는 點과 從前의 判例를 大法院은 變更할 수 있다는 點 등도 日本法制에 있어와 같다. 그러므로 判例의

法源性에 관한 學說도 日本의 學說과 같이 法解釋學上 이를 積極的으로 認定하려는 肯定說(積極說)과 否認하려는 否定說(消極說), 그리고 「살아 있는 法」으로 보려는 說로 나눌 수 있다. 다음에서 學說의 概要를 檢討하여 보기로 한다.

1. 肯定說(積極說)

判例의 法源性을 認定하려는 肯定說에 있어서도 그理論的 根據에는 差異가 있는데, 大別하면 ① 判例의 事實上的 拘束力에 근거하여 法源性을 認定하여야 한다는 說 ② 判例를 慣習法의 一種으로 보는 說 ③ 慣習法과 區別되는 다른 法源으로 보는 說, 그리고 判例法을 「살아있는 法」으로 보는 說로 나눌 수 있다.

다음에서 學說의 概要를 紹介하여 보기로 한다.

1) 判例의 事實上的 拘束力에 근거하여 法源性을 認定하려는 說

이說에 依하면 法院은 具體的事實에 대하여 法律의 規定을 適用함으로써 抽象的 規定을 具體的으로 定하는데 不適하며, 또 私法에 關한 限 訴訟事件은 大法院의 最終的決定을 하는 것이므로 判例法은 主로 大法院의 判決에 의하여 形成되는 것으로 생각되며 (法院 組織法 18條) 그리고 大法院이 그 判決을 변경할 必要가 있는 경우에는 申중을 期하기 爲하여 聯合部의 審判(現在는 大法院判事 3分之2以上의 會議部)에 의하도록 한것을 보면 判例는 法律上的 拘束力은 없을 지라도 事實上的 拘束力만은 있는 것이 分明하므로 判例에 대하여 拘束力을 認定하지 않고 法源이 되지 않는다는 理由는 不當하며 따라서 判例에 대하여 마땅히 法源性을 認定하여야 한다고 主張한다.²⁴⁾

또 다른 一說에 依하면 判例의 法源性을 認定하지 않은 것은 法律的인 面에서 본 이야기일 뿐 事實上은 그렇지 않다. 즉 事實上으로는 最高法院의 判例는 그 自体 뿐만 아니라 下級法院도 拘束하게 되는데 그 理由는 最高法院이 그 自身の 判例에 拘束한다는 것은 法의 安定性을 期하자는데 目的이 있다. 下級法院이 拘束을 받는다는 것은 그 法院이 最高法院의 判決과 다른 判決을 내린다 해도 上告審에서 파기 환송될 것이 自明한 것이기 때문에 最高法院의 判決과 다른 判決을 내린다는 것을 피하는 實情이다. 따라서 어느事件에 대한 最高法院의 判決은 그 後 發生하는 事件에 대하여 그 法則을 適用하여야 할 蓋然性이 생기고 여기에 判例가 하나의 規範으로서의 性格을 지니게 된다. 이렇게 볼 때 判例가 事實上的 拘束力을 갖게 되며 따라서 法源性을 가지게 된다」고 한다.²⁵⁾

上記 두 說을 檢討하건대, 우리나라에서는 判例가 法律上的 拘束力은 없을 지라도 事實上的 拘束力이 있기 때문에 判例의 法源性을 認定하여야 한다고 主張하고 있으나, 이들 理論은 判例의 法源性에 關한 一面的인 考察에 그치고 있다고 아니 할 수 없다. 왜냐하면 判例가 法源이

24) 金基壽, 韓國民法總則, p. 22-23,

25) 金顯泰, 民法總則, p. 22.

될 수 있느냐의 本質的인 問題는 判例가 그 後의 裁判에 있어서 先例로서 法官이 그 先例에 따라 裁判하여야 할 法律上的 拘束力이 있느냐 하는데 있는 것이다. 우리 나라와 같은 成文法主義下에서는 法院이 내린 先例인 判例가 그 後의 同一한 事件이나 다른 類似한 事件을 裁判함에 있어서 先例에 따라 裁判하여야 할 法律上的 拘束力이 없다. 왜냐하면 大法院의 判例도 當該事件에 限해서만 下級審을 拘束하며 同一한 다른 事件 또는 類似한 事件에 대하여는 下級審을 拘束할 수 없고 또한 下級審은 大法院의 先例와 다르게 裁判하더라도 違법이 되는 것은 아니며 또한 大法院의 判例도 大法院自身이 변경할 수 있다는 點에서 英美法系의 나라와는 根本的으로 差異가 있는 것이다.

따라서 우리 나라에서는 前記 學說이 主張하는 바와 같이 判例는 事實上的 拘束力이 있으며 이 경우의 判例의 法源性은 오직 法社會學的, 實質的意味에 있어서의 法源에 不過하며 判例가 形式的 法解釋的意味에 있어서의 法源이 될 수 있느냐의 問題에 대하여는 이 說은 아무런 說明이 없다.

2) 判例를 慣習法의 一種으로 보는 說

이 說의 理論的 根據를 紹介하면 다음과 같다. 즉, 첫째 三權分立을 確立한 近代國家에서는 立法·司法·行政으로 나누어지고 특히 成文法主義를 取하는 國家에 있어서는 立法과 司法은 엄격히 區別되며 裁判은 어디까지나 法適用의 活動으로 認定되는데 그치기 때문에 이러한 法制 아래서는 判例의 法源性을 認定하기가 어렵다. 둘째, 法院組織法 第18條는 大法院의 法令에 關한 判斷은 「當該事件」에 限하여 下級審을 拘束하기 때문에 將來의 裁判에 있어서 그 判例가 반드시 法으로서 援用하여야 하는 것은 아니며 (그 援用이 없더라도 그 裁判은 違법이 아니다), 셋째, 同法 第7條 3號에 의하여 從前의 法令解釋을 변경할 必要가 있다고 認定하는 경우에는 그 변경을 허용하므로 判例는 流動的이며 確實性이 없고, 넷째, 民法 第1條는 스위스民法 第1條를 따르는데도 不拘하고 同條 第3項과 같이 法官의 先例遵守에 關한 規定을 두지 않았다는 點 등에 비추어 判例는 實質的으로나 形式的으로나 法源이 될 수 없다고 主張한다. 그러나 制定法과 實際生活間에 틈이 커지면 法院은 慣習法의 存在를 宣言하거나 또는 法의 解釋適用의 限界를 넘어서 裁判하지 않으면 안되게 된다. 그런데 法의 適用을 넘어 裁判이 行해진 경우에도 法院은 實際上的 必要는 勿論 法院의 權威와 法의 安定을 期하기 위하여 相當한 理由가 없는 限 先例를 존중하고 그것을 答습함으로써 同一한 判決이 거듭되어 裁判上的 慣例가 생기게 된다. 그리하여 그것은 社會的으로 준수되어 慣習法으로 까지 發展하게 될 것이다. 이와 같이 생각한다면 우리 나라의 경우, 判例는 慣習法의 一種으로 비로소 法源이 될 수 있다고 보는 것이 妥當하다.²⁶⁾고 主張한다.

이 說은 日本의 積極說의 理論과 同一한 것으로서 우리 나라에서는 司法은 法適用의 活動에

26) 金容漢, 民法總則論, p. 44-45.

限하며 大法院의 判例도 當該事件에 限하여 下級審을 拘束하는데 不週하기 때문에 判例를 法으로서 援用할 義務가 없고 또한 大法院의 判例도 변경할 수 있으며 民法 第1條에도 스위스 民法과 같이 先例遵守의 規定을 두고 있지 않기 때문에 判例는 實質的으로나 形式的으로나 法源이 될 수 없으나 다만 同一한 判決이 거듭되어 裁判上の 慣例가 생기고 그것이 社會的으로 遵守되어 慣習法으로 發展하게 되는 경우에 限하여 慣習法으로서 法源이 된다고 主張하고 있으나 그것은 一面的인 考察에 不週하다. 왜냐하면 우리나라에서는 前述한 바와 같이 判例가 法律上的 拘束力은 없으나 事實上的 拘束力이 있다는데 대하여는 異論이 있을 수 없다고 본다. 그 理由는 大法院의 判例는 「當該事件」에 限하여 下級審을 拘束하지만 下級審은 그것에 따라 裁判하지 않을 수 없다. 왜냐하면 大法院의 判例와 다르게 裁判하더라도 上級審에 가서 그 裁判이 파기될 우려가 있기 때문에 下級審은 事實上 上級審의 判例에 따라 裁判하지 않을 수 없으며 또한 大法院에서도 法生活의 安定을 爲하여 判例의 변경에는 신중을 期하고 있으므로 해서 判例의 事實上的 拘束力을 認定하지 않을 수 없으며 따라서 이러한 事實上的 拘束力이 있다면 當然히 法社會學的 實質的意味에 있어서의 判例의 法源性을 認定하여야 할 것이다. 이 說이 主張하는 바와 같이 判例를 慣習法의 一種으로 보는데는 一面的인 妥當性은 認定되나 이 說은 判例의 法源性을 認定하면서도 判例가 慣習法으로 發展된 단계에 있는 判例에 대하여서만 法源性을 認定하려는 것이며 慣習法으로 發展될 단계 以前의 判例의 法源性에 關하여서는 論及하고 있지 않기 때문에 贊同하기 어려운 問題點이 남아 있는 것이다.

判例를 慣習法으로 보려는 또 다른 學說에 의하면 判例의 拘束力은 事實上 認定되는 것에 不週하나 그 事實이 累積되면 하나의 規範的効力を 發生하는 것은 否認할 수 없다. 判例가 이와 같은 規範的効力を 發生하는데 있어서 그것이 判例이니까 그렇다고 하면 判例의 法源性은 認定되는 것이요 그 判例가 社會의 慣習法에 作用하여 그 判例의 內容이 慣習法 또는 條理로서 宣明되는 것이다」라고 한다.²⁷⁾

이 說은 判例는 慣習法 또는 條理로 宣明될 때 法源이 된다고 하는데 前記 說과는 理論上 若干의 差異는 있으나 判例가 法社會學的, 實質的意味에 있어서의 法源性을 認定할 것이냐에 關하여는 論及하고 있지 않은 點에서 前說과 同一하다 하겠다.

3) 慣習法과 區別되는 또 하나의 다른 法源이라는 說

이 說에 따르면 實際로는 法院은 先例 특히 大法院의 判例를 따르는 것이 普通이고 이것을 따르지 않은 判決은 上級審에 가서 파기 당할 염려가 많아서 法院은 되도록 先例를 따르도록 하고 있으므로 判例가 하나의 法規範으로서 法院을 拘束한다는 것은 事實上 否認할 수 없다. 또 慣習法과 判例法의 區別이 困難하다고 하지만 社會生活속에서 自然的으로 生成하는 慣習法과

27) 李恒寧, 民法學概論, p. 44-45.

李根植, 民法講義(上) p. 30. 參照.

張慶鶴, 新民法總則, p. 40-41. 參照.

法院의 判決에 의하여 이루어지는 判例法과는 概念上 相違할 뿐만 아니라 慣習法이 언제나 반드시 判例法이고 判例法이 언제나 반드시 慣習法이라고 말할 수 없다. 그러므로 우리 나라에 있어서도 判例法은 慣習法과 區別되는 또 하나의 法源이라고 하는 것이 妥當하다고主張한다.²⁸⁾

이 說은 우리 나라에서는 判例가 事實上的 拘束力이 있으므로 이 拘束力에 基하여 判例의 法源性을 認定하지 않을 수 없으나 判例法과 慣習法은 그 成立過程이 다르기 때문에 이 兩者는 區別되는 것이므로 慣習法과는 다른 法源이라고 한다. 그러나 社會에서 自然的으로 生成되는 慣習法과 裁判에 의하여 定立되는 判例法이 實質적으로 區別할 價値가 없다고 筆者는 생각한다. 왜냐하면 法官이 具體的인 裁判規範을 定立함에 있어서 그 기초가 되는 것은 客觀的인 生活事實(예컨대 事實인 慣習)이므로 概念上으로는 兩者의 區別은 可能할지 몰라도 實質的인 差異는 없다고 보는 것이 妥當하다고 생각된다.

또한 이 說은 判例를 慣習法과 區別되는 法源이라고 하면서도 그 法源이 實質的인 意味에 있어서의 法源인지 또는 法院을 法律上 拘束하는 形式的인 法解釋學的인 意味에 있어서의 法源인지에 關하여는 明確한 理論을 提示하고 있지 않는 것이 흠이라 하겠다.

4) 判例를 「살아 있는 法」으로 보는 說

이 說의 理論的 根據를 要約한다면, 先決例拘束力의 原則 (doctrine of stare decisis)이 인정되고 있는 英美法系諸國에 있어서는 判例가 法体系의 根幹을 이루고 있기 때문에 判例가 重要な 法源인 것이나 大陸法系에서는 判例는 法律的인 拘束力인 없으며 法官은 憲法과 法律에 의하여 裁判할 義務가 있는데 不過하기 때문에 判例의 法源性은 否定된다고 할 수 있으며 또 大法院의 判例는 「當該事件」에 限하여 下級審을 拘束하는 效力밖에는 없으므로 判例를 반드시 援用하는 것은 아니며 그러한 援用이 없더라도 違法이 아니다. 즉, 判例의 法源性은 否定된다고 할 수 있다.

그러나 우리 나라에서는 判例는 法律上的 拘束力은 없으나 事實上的 拘束力이 있는 것은 否認할 수 없으며 따라서 大陸法系의 諸國에서도 事實上 많은 判例法이 생기는데 그 理由는 法の 安定이라는 데 目的이 있다. 아무리 成文法을 完備하더라도 流動的인 社會生活을 規律해 나갈 수 없으며 또 成文法에서도 解釋이라는 문제가 생기는데 어떠한 事實에 關하여 그때 그때마다 判決이 다르고 해석이 달라진다면 法律生活의 安定을 기할 수 없으므로 여기서 最高法院은 判例의 一貫性을 유지하고 安定된 法을 이루기 위하여 자신의 判決에 拘束되고 종래의 判例를 變更하는데 신중을 기하고 있다. (法院組織法 第7條 3호 참조). 또한 下級法院은 上級法院의 判決에 事實上 拘束을 받는데 그 理由는 下級法院에서 上級法院의 判決과 다른 判決을 내리더라도 그것은 上級法院에 가서 파기되는 것이므로 自然히 下級法院은 上級法院의 判例에 따르게 되며

28) 金曾漢, 民法總則, p. 54-55.

判例는 事實上의 拘束力을 가지게 된다. 그리하여 어떤 事件에 대한 判決이 반복되면 거기에 抽象的인 法則이 發生하게 되고 다른 비슷한 事件에 대하여서도 그 法則을 適用할 蓋然性을 가지므로 여기에 判決에 의한 一般的인 法規範의 成立하게 된다고 하고 特히 判例가 이른바 「살아 있는 法」으로서 大陸法系의 國家에서도 重要的 法規範으로 行勢하고 있는 事實을 認定하지 않을 수 없다고 主張한다.²⁹⁾

이 說에 있어서는 判例는 法律上의 拘束力은 없으나 事實上의 拘束力은 있으므로 法源으로 認定하려는 立場을 取하면서도 判例의 法源性을 認定하는 다른 說과는 달리 判例를 「살아 있는 法」으로 보는데 그 特徵이 있다 하겠다. 그런데 이 說에서 말하는 「살아 있는 法」이란 法社會學的, 實質的 意味에 있어서의 法이라고 筆者는 解釋하는 것이다. 그러므로 이 說은 判例의 法源性을 實質的 意味에 있어서의 法源으로만 認定하려는 것이고 形式的 法源學的 意味에 있어서의 源法性은 否定하려는 理論이라 하겠다.

2. 否定說(消極說)

이 說은 判例의 法源性을 形式的으로나 實質的으로나 否認하려는 것인데 그 理論的 根據로는 첫째, 우리 나라 法院組織法 18條에 「大法院의 審判에서 判示한 法令의 解釋은 그 事件에 關하여 下級審을 指導」하게 되어 있으므로 이러한 範圍에서는 分明히 判例의 拘束力이 事實上 認定된다고 볼 수 있다. 그리하여 적어도 大法院의 判決은 이러한 意味에서 判例違反이라는 명색으로 上告理由가 된다. 그러나 事實上의 拘束力이 認定된다고 볼 수 있는 이 大法院의 判決도 法組織法 19條에 의하면 「從前 法令의 解釋을 변경할 必要가 있다고 認定될 때에는 聯合部에서 (現在는 法院組織法 7條 3호에 의하여 大法院判事 全員の 3分之 2 以上の 合議部) 고칠 수 있게 되어 있으므로 다른 法源과 마찬가지로의 確實性을 認定할 수 있는 法源이라고 보기에는 더욱 힘들지 않을까 생각한다고 論하고 있다.³⁰⁾

그런데 이 說은 大法院의 判例를 大法院 自身이 變更할 수 있기 때문에 判例를 法源이라고 보기는 어렵다고 論하고 있으나 그것은 成文法의 形式論理的 解釋에서 나온 理論이며 裁判의 實際에 있어서 判例가 實質的인 裁判規範으로서 또한 오랫동안 반복된 判例는 裁判慣例로서 作用하고 있는 事實을 看過한 理論이라 하겠다.

Ⅳ. 私 見

筆者는 우리 民法에 있어서의 判例의 法源性을 肯定하는 學說에 贊同하면서도 여러 學說과는

29) 郭潤直, 全訂版, 民法總則, p. 28-29.

30) 李英燮, 民法總則講義, p. 73.

同旨, 鄭範錫, 民法總則, p. 17.

見解를 달리하여 判例의 法源性을 二元的인 觀點에서 考察하고자 한다. 其一은 「어떠한 形式의 法規範이 社會에서 現實적으로 存在하는 것인가」라는 것. 즉, 法社會學的 實質的 意味에 있어서의 法源으로서 判例의 法源性을 認定하려는 것이고 其二는 「어떠한 法規範을 法官이 法으로서 適用하여야 할 것인가」即, 形式的 法解釋學的 意味에 있어서의 判例의 法源性을 認定하려는 것이다. 前者는 事實上的 拘束力밖에 없으나 後者는 그 判例를 法으로서 援用하지 않을 경우에는 그 裁判은 違法이 되는 것이다. 筆者는 前者를 「살아 있는 法」(lebendes Recht)으로서의 法源으로 보는 것이고 後者는 「慣習法」으로서의 法源으로 보는 것이다.

以下에서 二元的인 觀點에서의 判例의 法源性을 肯定하는 理論的 根據를 밝히고자 한다.

1. 「살아 있는 法」으로서의 判例의 法源性

成文法主義를 取하는 國家에 있어서 아무리 成文法을 完備한다 하더라도 成文法은 어느程度 固定性を 띠는 反面에 社會生活은 流動的이므로 成文法과 社會生活間에 間隙이 생기게 되므로 成文法만으로는 社會生活을 規律해 나갈 수 없다. 또한 成文法을 制定함에 있어서 將來에 發生할 모든 事件에 기계적으로 適用할 수 있게끔 細密하게 制定하는 것은 不可能하므로 成文法은 모든 事件을 包括할 수 있게 抽象的 概括的으로 制定하는 것이 普通이므로 法官이 이 抽象的 規定을 具體的 事件에 適用함에 있어서 成文法의 解釋이 必要하며 또한 法의 欠缺이 있는 경우에 裁判을 拒否할 수 없으므로 法官은 判決規範을 定立하지 않을 수 없다. 이리하여 法官에 의하여 해석定立된 規範이 判例인 것이다. 先例拘束의 法理를 認定하고 있는 英義法系에 있어서는 法院의 判例가 形式的으로나 實質的으로 重要한 法源이 된다는 것은 이미 概觀한 바와 같다. 그러나 成文法主義를 取하고 있는 우리 나라에 있어서도 先例의 拘束力을 認定하고 있지 않기 때문에 判例 그것이 곧 法源이 될 수 있느냐에 關하여는 異論이 있을 수 있다. 왜냐하면 判例는 憲法上的 法律도 아니다. 立法權은 國會에 속하며 法官은 이 法律에만 拘束되며(憲法 102條 參照) 法官은 法을 制定할 수 없다는 事實에서 明白하다. 또한 判例는 法院을 拘束하는 것도 아니다. 왜냐하면 大法院은 그 自身の 判例를 變更할 수 있을(法院組織法 7條 3號 參照) 뿐만 아니라 下級審도 當該事件에 限하여서만 上級審의 判例에 拘束되며 同一한 다른 事件에 대하여는 上級法院의 判決과 다르게 判決할 수 있다. 따라서 判例는 事實上的 拘束力밖에 없는 嚴密하게 말한다면 判例는 法院의 判斷 또는 意見(法院組織法 7條 3號 參照)에 不適當하다 하겠다.

우리 나라의 一部 學者들이 判例의 事實上的 拘束力을 근거로 하여 判例의 法源性을 認定하려는 것은 妥當한 理論이라고 할 수 없다는 것은 이러한 點에서 理解될 수 있는 것이다.

그러나 法律生活의 安定性과 裁判의 一貫性을 期하기 爲하여 大法院의 判例는 그것을 變更하는데 慎重을 기하고 있고(法院組織法 7條 參照) 또한 下級法院도 上級法院의 判例와 다르게 判決하면 上告에 依하여 파기 될 우려가 있기 때문 그 判例에 따르지 않을 수 없다. 이리하여 大法院의 判例는 將次에 있어서도 그것에 따라 裁判할 蓋然性이 있게 되며 여기에 抽象的인 準則이

생기게 된다. 이러한 點에서 判例는 實質的인 法規範으로서의 機能을 하게 되며 形式的으로는 法의 前段階의 存在인데도 不拘하고 實質的으로는 法으로서의 作用을 하고 있는 것이다. 筆者는 이러한 法規範을 「살아 있는 法」(Lebendes Recht)³¹⁾으로서 把握하려는 것이다. 여기에서 「살아 있는 法」이라는 觀念은 에리히히³²⁾가 처음으로 提唱한 것이나 그가 말하는 「살아 있는 法」이란 社會에서 行해지는 自發 自生의 秩序이며 所謂「社會團體의 內面的 秩序」를 意味하는 것이며 裁判의 基準으로서의 判例와 같은 것은 그에 의하면 判決法規範에 屬하는 것으로서 「살아 있는 法」에 屬하는 것은 아니다. 따라서 筆者가 여기서 말하는 判例를 「살아 있는 法」이라고 稱하는 것은 에리히히의 所謂「살아 있는 法」이 아니라 判決法規範中에서 形式的 意味의 法에 대하여 判例를 「살아 있는 法」으로 稱하는 것이며 그것은 事實上的 拘束力이 있는 法規範으로서 法社會學的 實質的 意味에 있어서의 法으로 보는 것이다.

2. 「慣習法」으로서의 判例의 法源性

前述한 바와 같이 大部分의 判例는 「살아 있는 法」으로서 法社會學的 實質的 意味에 있어서의 法源으로서 作用하는 것이나 同一한 判決이 長期間에 걸쳐 반복하게 되면 그러한 判例는 社會生活의 準則으로서 遵守하게 되고 또한 사람들이 그것을 法規範으로 確信하게 되며 그것에 대하여 法的價値를 認定하게 되면 그것은 實質的 意味에 있어서의 法의 段階를 지나서 慣習法으로 發展하게 되어 民法 第1條의 慣習法 또는 同法 第185條의 慣習法과 同一한 慣習法으로서의 効力を 갖게 되며 그것은 判例로서 成立한 同種의 判例慣習法으로서 法律的 拘束力을 가지는 形式的 法解釋學的 意味에 있어서의 民法의 法源이 되는 것이다.

V. 結 語

以上에서 判例의 法源性問題를 比較法的으로 概觀하고 아울러 우리 民法에 있어서 判例의 法源性問題에 關하여 우리 나라 學說을 檢討批判함과 同時에 筆者의 私見을 提示하여 보았다.

그런데 判例가 法源이 되느냐의 問題는 法源이 무엇이나는 問題와 함께 歷史的 法哲學上의 問題이므로 이에 關한 깊은 研究가 必要한 것은 再言을 要치 않는다.

法解釋學이나 概念法學에서는 成文法을 形式論理的으로 解釋 適用하는 것이 法學의 主要課題이므로 될 수 있는 限 法官에게 自由裁量의 權限을 주지 않으려고 하며 判例의 法源性을 否認하려는 理論을 取하게 된다. 이에 反하여 自由法學은 솔직하게 成文法의 欠缺을 認定하여 法官에게 自由로운 法의 發見과 創造의 權能을 부여하려 하기 때문에 判例의 法源性을 認定하려

31) 獨逸의 自由法 運動의 선구자이며 法社會學者인 Eugen Ehrlich가 "Grundlegung der Soziologie des Recht"에서 "살아 있는 法" (lebendes Recht)이라는 말을 처음으로 使用했음.

32) Eugen Erlich (1862-1922)는 獨逸의 法社會學者.

한다. 概念法學이 法の 安定性을 保障하고 實定法秩序의 維持를 도모하려는데 反하여 自由法學은 法の 妥當性을 確保하고 立法節次에 의하지 않은 法の 進化를 可能하게 하려고 한다. 그러나 法の 安定性이나 妥當性도 다 같이 法の 理念으로서 法解釋의 指導原理의 一面으로 理解해야 할 것이며 어느 一方에 치우쳐서는 안될 것이다. 그러므로 判例의 法源性問題를 論함에 있어서도 이러한 觀點에서 認識되어야 할 것이다.

—Summary—

A Study on the Sources of Law of Judicial Precedents

Kim Doo-hee

This article is the study whether judicial precedents could be the sources of law or not.

In this study, I took a general survey comparing the systems of law and theories about the sources of judicial precedents in Anglo-American law with those of the Continental law including German, French, Swiss and Japanese Civil law.

And then, I introduced and criticized theories about problems in Korean Civil Law.

In Korean, there are positive theory and negative theory about the sources of judicial precedents in law.

The former consists of four groups: the first is that judicial precedents can become sources of law, as it has practically the binding force of the precedents in Korean Civil Law, the second is a customary law, the third is another sources of law different from customary law and the fourth is regarded as "living law".

But contrary to other Korean scholars' theories, the author suggested dualistic view that in Korean Civil Law, judicial precedents may become the sources of law as customary law in its formal meaning and the sources of law as "living law" (lebendes Recht) in its practical meaning.