

## <書 評>

# 註釋 韓 國 判 例 集

## 民 事 法 Ⅲ

(1956~1959)

李 英 俊\*

(1) 「주석 한국판례집 민사법 Ⅲ 1956~1959」가 서울대학교 법학연구소에 의하여 출판되었다. 국판 1,110면이고 지질이 좋고 인쇄가 선명하며 포장이 잘되어 있어 보기에다 산뜻하다. 주석 한국판례집의 연차적인 발간 계획에 따라 서울대학교 법학연구소가 민사법, 형사법 각 2집에 이어 이번에 민사법 제 3집(1956년~1959년)을 발간한 것이다. 郭潤直, 金裕盛, 方順元, 徐燾珏, 梁承圭, 李時潤, 李英燮, 李好珽, 鄭熙喆, 朱宰璜, 崔鍾吉, 黃迪仁 여러분이 이 책의 편집위원으로 되어 있다.

이 책은 1956년부터 1959년까지 대법원에 의하여 판시된 민사판례 총 2,361건(그 중 중요하지 않은 판결로 선고 연월일과 사건번호만 적시된 사건수가 1,341건이다)을 취급하고 있다. 이 책을 보고 느낀 점을 요약한다(판례집에 대한 서평은 특수한 것이어서 주로 체제, 분류 등 요컨대 판례를 요리하는 방법에 논의가 제한된다).

(2) 무릇 판례집은 판결례 즉 「법관법」(Richterrecht)의 집대성이다. 영미법에 있어서 뿐 아니라 대륙법에 있어서도 「법관법」이 중요하다는 사실은 적어도 다음 4개의 이유로부터 도출된다. 첫째, 법률의 조문은 예컨대 민법에 있어서 신의성실 및 권리남용, 공서양속에 관한 규정과 같이 일반규정을 포함하고 있으며 그 구체적 구성요건은 결국 법관에 의하여 유형화되어야 한다. 그것은 일반규정으로의 도피(“Flucht in die generalklauseln”)를 방지하기 위하여 불가피하다(Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen generalklauseln und Richterrecht, 1966, S. 17). 둘째, 법규가 일반규정이 아닌 경우에도 그것이 「법규」로서 존재하는 한, 개념의 백지성(“Offenheit der Begriffe”)은 불가피하다. 요컨대 법규는 「무엇인가를 말하고자 하

\* 서울民事地方法院 判事, 서울大學校 司法大學院 講師・法學博士

는 노력의 표현에 불과한 것이요, 사안에 배열될 수는 없다」(Ehrlich, Juristische Logik, 1918, S. 232). 개개의 배열(“Anordnung”)은 法同似形의 판결(“gesetzeskonforme Judikatur”)을 통하여만 가능하다(Esser, Schuldrecht, Bd. I, 1968, S. 11 ff.). 자동차 충돌사고에 있어서 불법행위에 인한 「손해」의 개념 속에 사고부분의 수선비, 자동차의 사고로 인한 가격의 하락, 자기 자동차를 탈 수 없기 때문에 다른 사람의 자동차를 임대함으로 인하여 사실상 발생한 비용, 위자료 뿐 아니라 자기 자동차의 승차가능성의 포기(Nutzungsausfall) 역시 포함시킬 수 있는가의 여부(BGH, 3. 6. 1969, NJW 21. 8. 1969, S. 1447은 이를 긍정한다 vgl. auch BGHZ 45, S. 212)는 法傳統(Rechtstradition)과 적극적 법보장이익(aktuelles Rechtsschutzbedürfnis)을 비교 교량하여 법관이 결정할 수 밖에 없다(Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, Festscht. f. Hippel 1967, S. 95). 셋째 이 이외에도 민법이나 기타 법률의 많은 개념의 해석을 입법자가 원래부터 법관에게 일임한 경우가 있으며 여기에 있어서 법관의 재판은 하나의 실정법을 의미하게 된다. 적극적 계약침해(불완전이행), 양도담보 등은 판례법의 독자적 영역이며, 계약체결상의 과실(culpa in contrahendo), 일반약관의 효력(Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen)에 관한 문제 역시 앞으로 우리나라에 있어서도 판례법의 영역으로 대두될 것으로 전망된다. 넷째 법률은 의식적으로 법률효과를 법관의 재판에 일임하는 수가 있다. 위자료의 액, 과실상계의 참작범위 등등이 그것이다. 이러한 경우에 있어서도 법관은 형평의 원리에 따라 위 규범을 구체화하며 이 개별적으로 구체화된 결과로부터 추상된 기준은 하나의 실정법으로서의 의의를 갖게 되는 것이다.

(3) 이와같은 판례법의 중요성에 감하였음인지, 우리나라에 있어서 판례집을 발간하려고 하는 노력은 꾸준히 계속되어 왔다. 법원행정처에서는 대법원판례를 「대법원판례집」으로서 계속 지금까지 발행하여 오고 있으며 이것이 부분적(1967년분까지)으로 어문작에 의하여 단행본화되었다. 산발적으로 각종 정기간행물(법률신문, 법조춘추, 사법행정, 법조, 법정)에 게재되어 왔다. 위 대법원의 공식적인 판례집 외에 집대성된 판례집으로는—그것이 비단 조선고등법원 및 일본 대심원판례로서 대부분 충당된 것이기는 하였으나—韓桓鎭, 金致傑, 宋宰璜, 李丙浩 공편으로 되어있는 「대법원 민법 판례요록」(上 1960. 2. 10, 下 1961. 5. 20 발행과 林機鎬가 책임편집위원이 되어있는 「판례총람」이 있다.

위에 판례집들이 실무자들에 의하여 간행된 데 대하여 「주석한국판례집」은 두 분의 대법원판사를 제외하고는 주로 서울대학교 교수들이 편집위원에 당하였으므로 이 판례집은 학계의 산물이라고 특징지워질 수 있다. 이 판례집이 위에 적시한 기타의 판례집에 비하여 이색적인 것은 책 이름에서 이미 볼 수 있듯이 「주석」판례집이고, 또 법원행정처 발행의 대법원판례집에 의해서 공식적으로 발표된 이외의 대법원의 판례를 총망라하고 있다는 점에 있다.

그러나 필자에 의하면 주석이 달린 판례의 수는 3건(이 책 4, 192, 480면)에 불과함에 반하여 법원행정처 발행의 판례집에 누락된 판례를 2,205건이나 취급하고 있으므로 이 판례집은 「주석」판례집으로서보다, 법원 행정처 발행의 대법원판결집에 대한 「추가」판례집으로서의 의의를 갖는다고 할 것이다. 이 판례집은 그 결과에 있어서 독일의 Lindenmaier-Möhring의 Nachschlagswerk des Bundesgerichtshofs와 같은 성격을 띠게 되었다는 점을 주의할만하다.

(4) 판례집을 만들음에 있어서 이러한 일은 판결서를 읽고 가치있는 판례를 추출해 내는 것뿐 아니라 이 추출해 낸 판례를 어떻게 분류하느냐에 있다. 실질적 분류는 불가능하다. 그렇기 때문에 어떠한 표준에 의해서 형식적 분류를 할 수 있을 뿐이다. 이 형식적 분류로서 고찰될 수 있는 표준은 판결선고시순에 의하는 것, 조문순에 의하는 것과 강학상의 체계에 따르는 것이 있을 수 있다. 이 판례집은 대체로 조문순에 따라서 판례를 분류한 것으로 보인다(매도담보를 특별한 항으로 취급한 것은 그 범위내에서 강학상의 체계를 겸하고 있다고 할 수 있다). 이 판례집이 학계에 의해서 편찬되었고 만약 그것이 학생들에게 강의 교과서와 병존하는 강의용 판례 텍스트로서 의미를 갖게 하기 위한 것이었다면, 문제점은 많지만 과감하게 강학상의 체계에 따라 분류했었으면 어떠하였을까 한다. 예를 불법행위로 든다면 불법행위의 일반적 성립요건, 개별적 성립요건, 효과로 나누고 다시 일반적 성립요건을 행위, 고의과실, 위법성, 책임성, 손해의 발생, 인과관계 등등으로 나누어 판례를 배열하는 것이다.

(5) 체계를 보면 편집에 있어서 먼저 사건의 경중에 따라서 세가지 형으로 나누어, 중요한 의의가 있다고 인정되는 사건은 A형이라 하여 1. 판사사항 2. 판결요지 3. 판결이유 4. 사실 또는 상고이유 5. 주석 등 5단계로서 분석하고 평범한 사것은 B형이라 하여 1. 판사사항 2. 판결요지 3. 판결이유 4. 참조조문과 경우에 따라서는 상고이유를 실었고 의의가 적은 사건은 C형이라 하여 1. 판사사항 2. 참조조문 3. 사건명(실제에 있어서는 사건번호)만을 따로 기재하였다고 한다. 그러나 사건명(예컨대 「가옥명도」나 「손해배상」등)이나 파기환송 여부는 판례의 이해에 직접적인 도움이 되므로 이것을 기재할 필요가 있다. 지면 때문이었다면 선고법원 대법원 판사들의 이름보다도 사건명이나 파기환송여부를 실어야 하지 않았을까? 또 이른바 A형에 속하는 판결이라면 판시요지, 사실요지, 원심판결요지(파기환송의 경우), 상고이유요지, 판결이유를 적시했어야 하지 않았을까 생각된다. 그것은 「주석」판례집으로 마땅히 취하여야 할 태도였을 뿐 아니라 판시사항이나 판결이유는 그래도 추상적이므로 구체적 사실과 관련하여서만 이해될 수 있는 경우가 허다하고, 상고실에 의하여 배치된 원심판결이유나 상고이유는 경청할 가치가 있는 것이 많기 때문이다. 또 이 판례집은 위에 말한 다른 판례집이 취급한 사건을 중복하여 취급하고 있는 경우도 적지 않은데, 이러

한 경우에는 그 판례가 수록된 다른 책들의 항을 표시해서 횡적인 연락이 이루어 졌으면 독자의 부담이 덜어질 수 있었다. 또 목차가 예컨대 민법을 든다면 제 1 장 총칙 제 2 장 인 제 1 절 능력 등으로만 추상적으로 표시되어 있고 뒤의 첨부된 색인은 선고연월일과 사건번호만이 적시되어 있기 때문에 어떤 특정한 사항에 관한 판례를 찾으려고 하는 독자는 목차나 색인에 의해서 빨리 찾아 볼 수 없게 되어있다. 그러므로 목차에 법원행정처 발행 대법원판례집 목차와 같이 판결선고 연월일 및 사건번호외에 사건명과 간단한 판시사항(본서의 「판결요지」를 더 간추린 것—예컨대 「과실이 있다고 인정한 배」처럼)과 참조조문을 실었으면 한다. 또 중요하지 않은 판결(1075면이하)의 재분류도 고려할만하다.

(6) 끝맺음을 함에 있어서 우리는 법원행정처에서 발행되는 대법원판례집외에 별달리 판결집이 간행되어야 할 것인가 또는 간행되어야 한다면 어떠한 형태로 간행되어야 할 것인가의 궁극적인 문제에 봉착하게 된다. 이 문제를 해결하는 데 있어서 독일에 있어서의 실태는 교훈적이다. 의외에도 독일에 있어서는 판례집의 종류가 많지 않다. 독일 연방재판소에서 발행하는 공식적인 판결집(이것은 선고시 순으로 분류되어 있음) 민법을 예로하면 BGHZ와 위에 말한 Lindenmair-Möhring의 追加 판결집외에는 다른 어떠한 판결집도 찾아 볼 수 없다. 이에 반해서 민법 註解書 Kommentar는 여러 종류 나와 있다. 「콤포멘타」는 민법 조문을 주해하여 가면서 연방재판소나 Lindenmair-Möhring의 판결집에 수록된 판례를 모두 그 판례집의 페이지를 적시하여 인용 비판하기 때문에 판례의 분류와 평가는 「콤포멘타」가 담당하고 있는 것이다. 특히 RGR-Kommentar라는 연방법원 판례만을 중심으로 한 專問판례「콤포멘타」가 있는 형편이다. 민법 조문의 어느 귀절의 해석에 관한 판례를 찾으려면, 먼저 「콤포멘타」의 당해 조문, 당해 귀절 주석을 찾아야 한다. 결국 「콤포멘타」가 판례집의 색인의 역할을 한다. 판례의 수록은 판례집에 의하여 판례의 분류 및 평가의 일은 「콤포멘타」에 의하여 분업화되어 있다. 이 태도가 합리적이 분명하다. 왜냐하면 판결이 선고되는 대로 선고시순으로 묶어 책자화하고, 그 분류(분류는 위에서 말한 바와 같이 그리 용이한 일이 아니다)와 평가는 「콤포멘타」에 의하여 하고, 새로 나오는 판례의 분류와 평가는 수정판 「콤포멘타」에 의하여 돌보면 족하기 때문이다.

우리나라의 형편과 독일의 그것을 비교하여 보면 대조적이다. 판례집은 위에 말한 바와 같이 이미 본서를 포함해서 4개의 종류를 헤아릴 수 있는데 반하여 「콤포멘타」는 전혀 있지 않다. 해방후 지금까지 판례의 수는 양과 질에 있어 풍부하여 졌으므로 판례 「콤포멘타」의 발간은 필요충분하다. 理想을 말한다면 법원행정처에서 주기적으로 대법원판결을 정리해서 선고시순으로 발표하고 있으니 다른 어떤 한 기관에서 위 대법원판결집에 누락된 판결로서 중요한 의의를 갖는 것을 역시 선고시순으로 추가해서 발행하는 반면에, 「콤포멘타」를 만들어서 위 판례를 조문별로 재분류하고 평가하는 사업이 요청된다. 대법원판결집 간행의 무질서

한 경합은 무용한 것일 뿐 아니라 오히려 법학도를 혼돈케 한다는 점에서 불이익한 것이다.

이 「주석 한국판례집」 민사편 Ⅲ의 간행과 함께 한국법학은 또하나의 이정표를 세웠다. 위에 말한 바와 같이 2,361건의 많은 판결을 법조문에 따라 정확하게 분류하였다. 법원행정처 발행의 대법원판례집에 수록된 판결이 그 대부분이다. 판시요지는 的確하게 판시사실을 요약하였다. 「주석 한국판례집」이 주석을 통한 대법원판결의 동향과 가치판단을 해 주거나, 법원행정처 발행 대법원판례집에 수록된 가치있는 판결을 발굴해서 공표하여 주는 중대하고 어려운 임무를 계속 담당하여 줄 것을 바란다.