

문제사고와 토픽

李 相 泰

(建國大學校 法科大學 教授)

< 目 次 >

I. 서론

II. Viehweg의 견해

1. 문제사고와 체계사고의 대비

2. Topik의 방법

3. Topos

III. Viehweg의 견해에 대한 비판

1. Canaris의 비판

2. Schroeder의 비판

IV. 결론

參考文獻

I. 序 論

법학방법론에 관한 논의와 관련하여, 종래의 체계사고(體系思考) 대신에 그와 전혀 다른 방향에서 문제사고(問題思考)에 주의를 촉구하는 견해가 있다. Theodor Viehweg은, ‘토픽과 법학(Topik und Jurisprudenz)’¹⁾이라고 하는 저서에서, 법학은 본래 문제사고와 결부하고 있다는 것을 주장한다. 그는, 개념적으로 형성된 법명제(Rechtssatz)들로부터 판단을, 소수의 상위개념[공리]에 올라가는 체계로부터 개념을, 논리적-연역적으로 추론하려고 하는 19세기의 법학은 잘못된 것이라고 지적한다. 그리고 법학의 본래의 관심사, 즉, 무엇이, 여기서, 그리고 지금, 올바른 것

1) Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*(C.H.Beck ; Muenchen, 1.Aufl. 1954, 5.Aufl. 1974), S.15f.

인가 라는 질문에 대하여, 법학이 문제사고와 결부될 때, 법학은 만족스런 대답을 줄 수 있다고 한다. 나아가 그는 이러한 문제사고에 적합한 방법이 Topik이라는 방법이라고 주장한다.

여기서 체계사고는 체계로부터 개별사안의 판단을 도출하는 사고법(思考法)이고, 이에 대하여 문제사고는, 체계에 구애되지 않고, 개별사안의 구체성으로부터 출발하여, 그 해결을 구하는 사고법이다. 종래 우리는 체계사고의 사고법에 의하여 법학이론을 구성하여 오고 있다. 이에 의하면, 예컨대 재산권을 물권과 채권으로 준별하고, 나아가 물권과 채권을 개념상의 논리구성을 달리하는 것으로서 서로 대립시킨다. 물권은 물건에 대한 직접적 지배이고, 한편, 채권은 채무자의 급부행위에 대한 청구권이라고 구성한다. 그리고 배타성 · 우선적 효력 · 물권적 청구권 등의 물권적 효력은, 추상적인 물권 개념의 논리적 분석을 통하여, 물권에 고유한 것으로서 도출된다. 따라서 어느 권리가 물권이라고 한다면, 위와 같은 물권적 효력들 모두가 당연히 인정된다. 그러나 물권과 개념구성을 달리하는 채권이나 기타의 권리 법익에 대하여는 물권에 인정되는 이러한 효력의 일부라도 인정되는 것은 논리적으로 있을 수 없다. 또한 어느 권리가 물권과 채권 양쪽의 성질을 가지는 것도 논리적으로 모순이다. 따라서 예컨대 부동산임차권은 개념적으로 채권에 속하기 때문에, 이에 대해서는 물권에만 인정되는 방해배제청구권과 같은 것은 논리적으로 인정될 수가 없다. 이와 같이 생각하는 것이 체계사고이다. 그러나 부동산임차권이 오늘날 많은 사람들에게 생활의 터전을 마련해 주고 있다고 하는 현실적 기능에 비추어서, 그 임차권자를 보호할 필요가 있다는 문제를 도출하고, 그 해결방안의 하나로써 부동산임차권에 대하여 방해배제청구권을 인정할 수 있다고 생각하는 것은 문제사고에 의한 결과라고 할 수 있을 것이다.

본고에서는 먼저 이러한 문제사고에 대하여 주의를 촉구한 Viehweg의 견해를 살펴보고, 이어서 그의 견해에 대한 비판론을 고찰한 후, 우리 법에 주는 시사점을 생각해 보기로 한다.

II. Viehweg의 견해

1. 문제사고와 체계사고의 대비

Viehweg은, Nicolai Hartmann의 서술²⁾을 빌려서, 문제사고와 체계사고 사이의

대비를 다음과 같이 설명하고 있다³⁾. 즉, 만약 사람들이 고찰의 중점을 체계에 둔다고 한다면, 다음과 같은 모습이 나타난다. 즉, 오직 하나의 체계 A만이 존재하는 극단적인 예를 든다면, 모든 문제들은, 이 체계에 의하여 해결가능한 것과 해결불가능한 것으로 분류될 것이다. 후자는, 가장문제(假裝問題)로서, 버려질 수가 있다. 왜냐 하면 반대증거가 오직 체계 B로부터 가능할 것이기 때문이다. 동일한 것이 더 많은 체계 A, B, C 등등에도 타당한다. 그 체계들은 자신에게 속하는 문제 A', B', C' 등등을 선택할 것이고, 그리고 나머지는 분류하지 않고 그대로 둘 것이다. 다시 말하면, 체계로부터 시작하는 것은, 문제를 선택하는 것으로 끝난다.

반대로, 문제에 고찰의 중점을 두는 경우에는, 문제의 해결을 찾는데 도움을 줄 체계를 먼저 찾게 된다. 만약 유일한 체계 A만이 있고 그것이 어떤 문제를 해결할 수 없다고 분명히 말하고 있다면, 그에 대한 해결을 위하여 다른 체계가 요구될 것이다. 동일한 것이 체계 A, B, C 등등에도 타당한다. 만약 그 체계들이 도움이 되지 않는다면, 다른 체계, 그리고 또 다른 체계가 요구될 것이며, 이렇게 함으로써, 그 문제의 성질은 문제로서 계속 그대로 남는다. 다른 말로 하면, 문제로부터 시작하는 것은, 체계의 선택으로 끝나며, 그리고 보통은, 포괄적인 체계에 기한 적합성에 관한 증명 없이, 체계의 다양성으로 나아간다. 이 경우 체계는 (여기서는 추론의 의미에 있어서) 작은 영역 혹은 가장 작은 영역이 될 수 있다.

후자[문제사고]의 접근방법을 택하는 경우, 문제의 불변성(Konstanz)은, 이미 존재하는 문맥상의 의미관련(Verständniszusammenhang)으로부터 유래한다. 이러한 의미관련으로부터는, 사람들은, 이것이 논리적인 체계인지, 즉, 논리적 추론관련(推論關聯)(Ableitungszusammenhang)인지, 혹은 그것과 다른 것인지, 혹은 도대체 고찰할 수 있는 것인지에 관해서는 알지 못한다⁴⁾. 그러나 체계적 사고방법은, 전체(Ganze)로부터 나온다. 여기에서는 개념화(Konzeption)가 제일 먼저이며, 그리고 그것은 군림자(君臨者)로 남는다. 그런데 입장(Standpunkt)에 관해서는 묻지 않으며, 그것은 맨 처음부터 받아들여져 있다. 그리고 그 입장에서부터, 문제들이 선택된다. 그 입장과 일치하지 않는 문제 자체는 잘못 설정된 문제들로 인정된다. 미리 판단되는 것은, 문제 자체의 해결방안에 관한 것이 아니라, 그 해결방안이 활동할 수 있는 범위라고 한다⁵⁾.

2) Nicolai Hartmann, *Diesseits von Idealismus und Realismus in Kant-Studien*, Bd. X XIX(1924), S.163ff.

3) Theodor Viehweg, a.a.O., S.32f. 그렇지만, Viehweg도 문제와 체계 사이에는 본질적인 상호 관련이 있다는 점을 놓쳐서는 아니 된다고 기술하고 있다.

4) A.a.O., SS.33-33,

5) A.a.O., S.34,

Viehweg은 로마의 시민법(ius civile)은 체계관련이 아니라, 순수한 문제관련이었다고 파악하고 있다. 문제점들에 대한 해결방안들이, 이에 관한 관점들이 탐구되고 채택되면서 제시되고 숙고되었다고 한다⁶⁾. 그는 대표적인 예를 취득시효(usucapio)의 문제를 다루고 있는 학설취찬(Digesta) 41.3.33에서 찾고 있다⁷⁾.

Digesta 41.3.33은 Julian(서기 148년에 Konsul이 되었음)이 관여한 부분이다. 그 도입부에서, 먼저 그는, 여자노예를 도둑이 훔쳐 간 [그리고 선의(善意)의 매수인에게 판] 후 그 여자가 낳은 아이에 대한 시효취득에 관하여 언급하고 있다. 선의 매수인뿐 아니라, 통상 시효취득에 대하여, 어떤 근거를 가지고서 점유하는 모든 사람은, 절취된 여자노예가 낳은 아이를 취득할 수 있다는 것을, 그는, “이것을 나는 법적 근거에 의하여 도입된 것으로 판단한다”라고 말하면서, 인정하고 있다. 그는 다음 문장에서 그의 견해에 대한 근거를 제시하고 있다. [12표법과 lex Atinia가 그 여자를 시효취득하는 근거에 대하여 어떠한 제한을 두고 있지 않다고 추정되기 때문에, 똑같은 이유로, 만약 그 아이의 어머니가 절취된 자이라는 것을 알기 전에, 그 아이가 그의 집에서 임신하여 출생하였다면 그 아이도 필연적으로 그에게 시효취득된다]. 그리고 나서, § 1은 결론과 함께 시작한다 : 어떤 사람이 선의로 점유하지 않았고, 그리고 그 자신의 것으로 하려는 생각을 가지고 점유를 하고 있는 경우에, 아무도 점유의 근거를 일방적으로 변경할 수 없다는 것이, 일반적으로 인정되고 있는 것은, 항상 진실이다. 이러한 상당히 추상적으로 구성된 문장은, “이것은 다음과 같이 입증될 수 있다”라는 말과 함께, 예를 통하여 뒷받침되고 있다. 그 예에서, 여기에서 관심이 있는, 매수인의 지위, 상속인의 지위, 임차인의 지위가 먼저 논의된다. 그리고 이행구(移行句) 없이, § 2는 어느 정도 희귀하게 일어나는 경우에 대한 결론을 내고 있다 : 만약 토지소유자가, 자기 토지에 접근하는 사람이 무기를 가지고 있다고 믿고서, 도망을 간 경우에, 비록 그의 토지에 도대체 아무도 들어오지 않았어도, 그는 강제적으로 쫓겨났다고 인정된다. 이는, 그 이후의 토지의 점유자는, 그 토지가 소유자에게 반환되기 전에는, 선의로 시효취득할 수 있다는 결론으로 나아간다. 왜냐 하면 시효취득은 토지를 강제적으로 점유한 경우에만 금지되고, 여기서와 같이 토지소유자가 강제적으로 쫓겨 난 경우에는 금지되지 않기 때문이다. 다시, § 3은 일반적인 말로 표현된 다음과 같은 이유로, 결론을 언급하고 있다 : 만약 내가 토지반환을 요구하고 있는 Titus가, 토지의 점유를 멈추었[고 나에게 토지의 점유를 인도하였]다면, 나는 시효취득할 수 있다. 만약 내가 문답계약(stipulatio)에 의하여 매수한 토지에 대하여 소송을 제기하기를 원했고

6) A.a.O., S.48.

7) A.a.O., S.46f.

그리고 채무를 면하기 위하여 토지의 점유를 가지고 경우에도, 똑같은 것이 타당하다. 그때 상대방은, 나에게 취득시효의 권원을 부여하였다. 특별한 강조 없이, § 4는, 완전히 새로운 관점, 즉, 중단(Unterbrechung)의 견해를 사용하고 있다. 그리고 다시 한 번, 결론을 주제에 맞게 간결하게 형식화하고 있다 : 어떤 물건에 대하여 담보를 설정해 준 사람은, 그 물건이 채권자 - 담보권자의 지배 하에 있는 동안에는, 시효취득할 수 있다 ; 채권자가 그 점유를 다른 사람에게 양도한 경우에는, 시효취득은 중단되고(interpellabitur), 그리고 시효취득에 관한 한, 그는 예컨대 [물건을 다른 사람에게] 맡기거나 빌려준 사람과 똑같은 위치에 서 있게 된다. 이에 관하여 짧은 이유제시가 있다. 부가하여, 결론적인 문장에서, 상이하게 결정되어야 하는, 사안의 다양성에 관하여 언급하고 있다. § 5의 간결성 때문에, 그 전부를 다시 언급하면 다음과 같다 : 내가 선의로 당신 소유의 물건을 점유하다가, 당신이 그것이 당신의 물건이라는 것을 모르는 채로, 당신에게 그것을 담보로 인도한 경우, 나는 시효취득이 중지된다. 왜냐 하면, 자신의 물건에 대하여 담보권을 설정하는 계약을 체결하였다고 인정되지 않기 때문이다. 그러나 담보가 단순한 약정(nuda conventione)에 의하여 체결된 경우라면, 시효취득을 계속한다. 왜냐 하면, 이러한 경우에는 담보가 전혀 설정되었다고 할 수 없기 때문이다. § 6 역시 다시 중단문제의 결론을 다루고 있다. 그것은 다음과 같이 시작하고 있다 : 채권자의 노예가 채권자가 점유하고 있는 담보물을 절취한 경우에는, 채무자에 대한 시효취득은 중단되지 아니한다. 왜냐 하면, 노예는 주인의 점유를 빼앗을 수가 없기 때문이다. 이어서, 사안을 확대하고 변경하는 여러 가지의 고려들이 언급되고 있다.

이와 반대로, 예컨대 개념법학체계에서는 취득시효를 다음과 같이 설명한다. 즉, Arndt의 Lehrbuch der Pandekten(1852) § 158ff에 의하면, 시효취득의 개념은, 적합하게 선택되는 전제개념의 기초 위에서 한 걸음 한 걸음씩 발전되어서, 그것을 통하여 구성된다. 즉, 점유, 선의의 점유, 법적인 취득근거, 점유의 계속, 물건의 시효취득 적격성, 중단과 정지에 의한 시효취득 방해사유가 없을 것 등등으로 서술하고 있다.

그리고 이러한 것은 중세법학에 있어서도 같다고 한다. 즉, 중세는, 무엇보다, 일부에서는 생소한 전통적인 저술들을 이해하면서 흡수하고, 그리고 나아가 자신의 실생활에 그것을 적용하여야 하는 어려운 과제를 안고 있었다. 여기서 특히 두 가지의 문제가, 중세의 학술적 저술에 있어서, 더구나 법학적 저술에 있어서, 특별히 중요한 의미를 가진다. 첫째는 텍스트가 서로 모순될 때에 어떻게 하여야 하는가이고, 두 번째는 각각의 경우에 있어서 텍스트와 상황 사이의 적절한 관계를 어떻게 설정할 수 있는가의 문제가 제기되었다. 그리고 이러한 문제를 해결함에 있어서

도 문제사고에 적합한 Topik의 방법이 유용하였다고 한다⁸⁾.

2. Topik의 방법

Viehweg은, 전술한 바와 같이, 이와 같은 문제사고에 적합한 방법이 Topik이라는 방법이라고 한다. 그는, Gian Battista Vico가 18세기초엽에 저술한 논문⁹⁾에서 힌트를 얻어, 근대의 체계사고에 의하여 망각되고 있던 Topik이라는 사고(思考)에 특히 주의를 촉구하였다.

그는, 아리스토텔레스와 수사학자(修辭學者), 특히 키케로에 따라서, Topik을, 항상 문제로부터 방향을 설정하는 특별한 사고방법, 즉, 문제사고의 기술(die Techné des Problemendenken)¹⁰⁾, 또는 발견의 기술(die Kunst des Findens)¹¹⁾이라고 한다. 이러한 Topik에 있어서 문제탐구를 위한 특별한 논리조작의 특징은, 어떤 고정된 것으로 인정된 보편적인 관점(allgemeiner Gesichtspunkt), 문제설정 및 논거, 즉, Topoi¹²⁾를 사용하는 것에 있다. Topoi는 다방면에서 사용될 수 있는, 일반적으로 수용될 수 있는 보편적 관점들인데, 이것들은 '사회통념[평판 있는 의견](Meinungsmäßigkeit)'의 찬반토론에서도 사용될 수 있으며, 그리고 진실한 것으로 이끌어 갈 수 있는 것이라고 한다¹³⁾.

그리고 그는, Topik은 전제를 찾는 프리세스라고 한다¹⁴⁾. 그런데 이러한 전제들은, 대화의 상대방에 의하여 받아들여짐으로써, 정통성이 인정 된다. 사람들은 상대방의 실제적 혹은 예상적인 반대에 눈을 돌린다. 그러는 사이에, 그때 그때의 문제의 관점에서, 전제들이, '중요한', '중요하지 않은', '허용될 수 있는', '허용될 수 없는', '수용할 수 있는', '수용할 수 없는', '방어할 수 있는', '방어할 수 없는' 등등으로, 성질이 정해진다. 더구나, 예컨대 '전혀 방어할 수 없는', '아직 방어할 수 있는'과 같이, 중간단계가, 여기서 그리고 여기서만, 의미가 있다¹⁵⁾. 그리고 토론에서 수용(受容)을 통하여 증명된 것은, 전제로서 허용된다. 이때 합리적인 사람 사이에 수

8) A.a.O., S.66f.

9) Gian Battista Vico, '현대에 있어서의 합리적 학문연구의 방법에 관하여(*De nostri temporis studiorum ratione*)'(발표는 1708년, 발간은 1725년).

10) Theodor Viehweg., a.a.O., S.31.

11) A.a.O., S.32.

12) Topoi는 Topos의 복수형이다. 원래 Topos는 장소라는 뜻을 가지고 있지만, 토론과 관련해서는 '논거가 도출되는 장소', 다시 말하면, 토론의 관점(觀點)이라는 뜻으로 사용되고 있다.

13) A.a.O., S.24.

14) A.a.O., S.39.

15) A.a.O., SS.42-43.

용된 지식은 고려될 수 있으며, 이와 같이 하여, '최선의 그리고 가장 유력한 것으로 여겨지는 것'의 지식을 고려하는 것이 의미가 있다¹⁶⁾. 이와 같이 전제를 확인 혹은 수립하는 것은, 논증 혹은 이론구성과는 다른 것을 의미한다. 후자는 순수하게 논리적인 문제이다. 그것은 하나의 연역적(演繹的)인 체계를 필요로 한다. 왜냐하면, 그것은, 전제로서 사용된 명제를 다른 명제에로 되돌리고 그리고 결국에는 하나의 핵심적 명제에로 되돌리거나, 혹은 반대로 전제로서 사용된 명제가 그 핵심적 명제로부터 추론되거나, 혹은 그것이 어떤 경우이든 간에, 그 스스로, 자신이 핵심적 명제로서 정해지거나 할 것을 요구하기 때문이다. 그 명제들은 모두 논리적으로 엄격하게, 즉, '틀린 것인가', 아니면 '맞는 것인가' 라고 하는 이가(二價)의 논리로 증명될 수 있다. '방어할 수 있는' '여전히 방어할 수 있는' '거의 방어할 수 없는' '전혀 방어할 수 없는'이라는 가치는, 여기에서는, 의미가 없다. 자기 자신에 의지하여, 명제시스템은 그 스스로부터 이해되어야 한다. 즉, 이것은, 자신의 핵심적 명제의 논리적 설명으로부터 이해되어야 한다는 것을 의미한다¹⁷⁾.

그리고 그는 Topik을 2단계로 구별하고 있다¹⁸⁾. 사람들이 어떤 곳에서 하나의 문제에 마주쳤을 때에, 그 해결을 위하여, 첫 번째의 원시적인 단계에서는, 단지 '많은 적든 우연적인 관점(Gesichtspunkt)들이 임의적인 선택으로 시험적으로' 집어 올려지며, 또한 문제 앞으로 가져와 진다. 일상적 생활에 있어서 우리들은 거의 이러한 방법으로 행동한다. 그러한 것을 사람들은 일상생활에 있어서 논리조작을 하고 있다. 그리고 이러한 경우에, 더욱 분명하게 정사(精査)를 해 보면, 일정한 지도적인 관점들(Topoi)이 그때 그때의 방향을 조종하고 있다<첫 번째 단계의 Topik>. 그러나 이것만으로는 아직 불충분하며, 특정 문제에 대하여 항상 이용할 수 있는, 가장 단순한 형태인 관점들의 목록(Repertoire von Gesichtspunkten)을 제공해주는 버팀목(Stütze)을 찾게 된다. 그리하여 관점목록(觀點目錄)(Topoikatalog)이 생겨나고, 이러한 유형의 목록을 이용하게 된다<두 번째 단계의 Topik>.

Topoi의 기능은, 그것이 일반적인 것이든 혹은 특별한 것이든, 문제해명에 도움을 주는 것에 있다. 상황과 개별적 경우의 변화 속에서, 문제의 해결시도를 위한 새로운 제시가 반복하여 추구되어야 한다. 문제해결에 도움을 주는 Topoi는, 당해 문제로부터 그때 그때 의미를 가진다. Topoi는 기능적으로 사고(思考)에 관한 방향을 제시해 줄 가능성과 사고의 길잡이로 이해되어야만 한다¹⁹⁾.

이와 같이 Topoi와 Topoikatalog는 문제해결에 대하여 바람직한 버팀목을 제공

16) A.a.O., S.43.

17) A.a.O., S.44.

18) A.a.O., S.35.

19) A.a.O., S.38.

하지만, 그러나 문제의 지배(die Herrschaft des Problems)는 다른 한편에서 유연성과 확대할 수 있는 능력을 필요로 한다. 따라서 관점목록(Topoikatalog)은 탄력적이고, 그것은 확대될 수도 축소될 수도 있다. 문제에 대한 답이 한번 확정되면 사람들은 그것에 매달리게 되지만, 그러나 역시 토픽적 사고(思考)는 해석(Interpretation)의 형태로 스스로 보충하게 된다. 여기서 문제가 되는 것은, 과거의 것을 손상하지 않고서, 새로운 이해의 가능성을 여는 것이다²⁰⁾.

3. Topos

Viehweg은, '아리스토텔레스, 키케로 및 그의 후계자가 논하고 있는, 도처에서 적용할 수 있는 Topoi뿐만 아니라, 특정부분을 위하여 승인되는 Topoi'가 존재하는 것을 인정한다. 전자는, 생각될 수 있는 모든 문제에 타당하며, 그리고 넓은 것에 대한 일반화를 표현하고 있는데 대하여, 후자는, 특수한 문제영역에 도움을 주기 위한 것이지만, 그러나 그들의 기능은 두 경우에 있어서 똑 같다고 한다²¹⁾. 따라서 법학적 Topoi는, 법적 문제의 해결을 위하여 인용(引用)되는 것이다. 이러한 Topoi가 모아져 있는 관점목록(Topoikatalog)의 전형적인 예로서, Viehweg은 학설휘찬(Digesta) 50.17(고대 법의 여러 가지의 원칙에 관하여)을 들고 있다²²⁾. 즉, Paulus는 하나의 사안의 불이익과 이익에 관하여 기술하고 있다: "어떤 물건의 이익을, 불이익을 보는 사람에게 주는 것은 자연의 이치에 따른 것이다"(D. 50, 17, 10). Pomponius는 인적 보증에 대한 담보물의 우선을 다루고 있다: "사람에 있어서 보다 물건에 있어서가 더 확실하다"(D. 50, 17, 25). Paulus는 시간의 경과에 의하여 치유될 수 없는 원시적 하자에 대하여 언급한다: "처음부터 하자 있는 것은 시간의 경과에 따라서 유효하게 될 수가 없다"(D. 50, 17, 29). Ulpianus는 그가 가진 것보다 더 많은 것을 양도할 수 없음을 언급하고 있다: "아무도 자신이 가진 것보다 더 많은 것을 다른 사람에게 양도할 수 없다"(D. 50, 17, 54). Paulus는 많은 권리가 적은 권리를 포함한다는 사실을 언급하고 있다: "더 많은 가능성이 있는 어떤 경우에도, 또한 더 적은 가능성을 가지고 있다"(D. 50, 17, 110).

그리고, 중세법학, '이탈리아적 학풍(mos italicus)'도 또한 '토픽적으로' 논리조작하였다고한다²³⁾. 또한 근대 민사법에 있어서 Jhering은, 이익의 범주를 가지고,

20) A.a.O., S.42.

21) A.a.O., S.24, 36.

22) A.a.O., S.56.

23) A.a.O., S.62f.

‘Topos’를 도입하였다고 한다. 이익개념들의 분류·정리를 통하여, 많은 수의 새로운 법학적 논거를 제공할 수가 있었다는 것이²⁴⁾. 나아가, 오늘날의 민법학에 있어서도 Topos를 찾을 수가 있다고 한다. 예컨대 ‘의사(意思)’에 기한 책임을 인정할 수 없는 경우에는, 타인의 ‘신뢰’를 야기한 것에 의한 책임을 긍정한다. 여기에서는, 문제의 실재(實在)에 따라서, 종래의 법적 Topos에서는 불충분한 경우, ‘신뢰보호(Vertrauensschutz)’라고 하는 새로운 법적 Topos가 도입되고 있다²⁵⁾. 마찬가지로, 손해배상법에 있어서 말하는, ‘과실(過失)책임원리(Verschuldensgrundsatz)’, ‘결과책임원리(Verursachungsgrundsatz)’, ‘위험책임원리(Gefährdungsgrundsatz)’, ‘형평책임원리(Billigkeitsgrundsatz)’ 등의 원리도, Topos에 지나지 않는다고 한다²⁶⁾. 따라서 배상책임을 둘러싸고, 문제상황에 따라서 가장 적합한 Topos가 선택되고, 해결방안이 탐구될 것이라고 한다.

III. Viehweg의 견해에 대한 비판

1. Canaris의 비판

그런데 이러한 Viehweg의 주장에 대하여는 비판도 있다. 특히 Canaris는, 일정한 경우에는 Topik이 중요한 기능을 수행한다고 하면서도, Viehweg의 저서에 대한 상세한 비판을 가하고 있다.

(1) 토픽의 성질과 관련한 비판

Viehweg은 “법학의 구성요소, 즉, 그 개념들과 명제들은, 특수한 모습으로 문제에 결부되어 있지 않으면 아니되며, 따라서 문제의 측면으로부터만 이해될 수 있다” “법학에 있어서의 여러 개념과 여러 명제는, 그것 때문에 또한, 단지 문제에 결부되고 있는 일정한 함의(含意) 가운데에서만 사용될 수 있다. 다른 종류의 것은 배제되어야 한다” 라고 하지만, Canaris는 이러한 말은 오류(誤謬)이거나 진부(陳腐)한 것이거나 둘 중 하나라고 한다. 즉, 그는, 모든 법개념 또는 범명제가 어느

24) A.a.O., S.95-96.

25) A.a.O., S. 101f, 104.

26) A.a.O., S.107f.

특정의 법적 문제의 해결을 나타내는 것이고, 따라서 그 문제를 참작하여 그것들을 고찰하여야 하겠지만, 그런데 그것들이 새로운 문제에 대한 해결방안으로서 사용될 수 있는가 라는 점에 관해서는 토픽의 특성과 무관한 것이며, 특히 체계사고와의 대립은 전혀 없다고 한다. 왜냐 하면, 그것은 새로운 문제가 종래 법개념과 범명제에 의하여 해결되어 온 문제와 실질적으로 보아서 본질적으로 합치하는가의 여부에 달려 있을 뿐이기 때문이라는 것이다. 따라서 문제에의 지향(指向)은 결정적인 것이 아니며, 어떤 학자는 문제에 더 정열을, 어떤 학자는 체계에 더 관심을 가지는 심리적인 것에 불과하다고 한다²⁷⁾.

다음으로, Viehweg은 Topik과 문제사고를 결합하고 있지만, Canaris는, 그렇게 한다고 하여 결정적인 해명을 줄 수는 없으며, 또한 토픽이 수사학(修辭學)(Rhetorik)과 밀접한 관계가 있다는 본질적 징표를 도외시한 것이라고 한다. 즉, Topik의 개념은 Aristoteles에서 유래한다. 그런데 Aristoteles에 있어서의 Topik은 이른바 '변증법적(辨證法的)(dialektisch)' 推論(Schluß)에 속하는 것이며(Topika I.1.2.), 나아가, 이 변증법적 추론은, ex endoxon, 즉 Viehweg이 매우 적절히 번역한 것처럼 '사회통념으로부터(aus Meinungsmaeßigem)' 도출되는 점에 특징이 있다(Topika I.1.4.). 그런데 이러한 '변증법적' 추론과 대비되는 것으로 '선험(a priori)적' 추론이 있다. 이 '선험적' 추론은, 진실성이 증명될 수 있는 前提命題(Vordersatz)들로부터 획득되지만, '변증법적' 추론은 엄밀히 증명되지 않는 전제이지만, 다만 증거가 제출될 수 있고, 제시될 수 있으며, 이해시키는 것이 가능한 전제(Praemisse)들 위에서 구축(構築)된다. 이러한 종류의 전제들을 획득하기 위한 절차가 바로 Topik인 것이다. 여기서 endoxa라 함은, Aristoteles에 의하면, "모든 사람 혹은 대다수의 사람 또는 현인(賢人)이 진실로 여기고, 현인(賢人) 가운데 모든 사람 혹은 대다수의 사람 또는 가장 저명한 사람 혹은 고명(高名)한 사람이 진실로 여기고 있는" 명제(Satz)들을 말한다(Topika. I.1.5.3.). 이것에 대응하여, Topik의 신봉자인 Viehweg은, 'sensus communis' 또는 'common sense'를, 문제 해결의 정당성에 있어서의 결정적인 판단기준으로 간주하고 있다. 다만 이 때, 일관하여 진정한 통찰이 요구되고 있다고 하면서, 예컨대 '단순한, 임의적인 의견'이 문제인 것은 아니고, 오히려 '모든 사람' 또는 '가장 좋은 사람 혹은 고명한 사람'의 공개토론에 있어서의 토의에 합격한 명제 또는 합격할 수 있었을 명제가, 바로 문제라고 한다. 그러나 Topik과 밀접한 관련이 있는 수사학에서는, 한편에서는 일정한 게임 룰에 따라서 실시된 논의(Diskussion)가 중시된다. 그 게임 룰에서는, 일단

27) Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.Aufl.(Berlin ; Duncker & Humblot, 1983), S.138-139.

용인된 명제가 다시 철회되어서는 아니된다. 또한 다른 한편에서는, 관점목록(Topoikatalog)의 사용에 의하여 용이하게 되는 담론(談論)(Rede)의 준비가 증시된다. 여기에서는, 많은 경우, 진실의 탐구가 아니라, 순수하게 외부적인 '레토릭의 효과'가 문제인 것이다. 다시 말하면, 토론의 상대방에 대한 상당히 손쉬운 승리가 문제인 것이다. 또는 '군중의 갈채'만이 문제가 되는 것이다. 결국 문제해결의 정당성에 관한 물음에 대하여는 Topik의 개념은 전혀 사용불가능한 것이라고 Canaris는 비판한다²⁸⁾.

(2) 토픽과 법학과의 연결과 관련한 비판

또 Viehweg은 변증법적 추론의 구축에 기초가 되는 전제(前提)(Praemisse)를 획득하기 위한 절차가 바로 Topik이며, 그러한 "기본적 전제(Praemisse)들은, 대화의 상대방에 의하여 받아들여짐으로써, 정통성이 인정된다"고 하지만, 그러나 Canaris는 일정한 형식의 논쟁에서는 그러한 말이 통용될지도 모르겠지만, 그러나 그러한 전제들은, 법률가에 있어서는 원칙적으로 객관적 법(objektives Recht), 특히 법률에 의하여 확정되는 것이고, 또한 '대화의 상대방' <과연 대화의 상대방은 누구를 말하는 것인가?>에 의한 '정통화' 등은 불가능하고 또한 불필요하기 때문에, 법학의 내부에 있어서는 전혀 논할 가치가 없다고 비판한다²⁹⁾.

그리고 Viehweg에 의하면, Topik은, 첫째 단계로서 다소 우연한 관점이 임의선택에 의하여 시험적으로 취해지며, 둘째 단계로서 이러한 관점들의 목록이 원용된다고 하지만, Canaris는 우연히 선택된 관점이 문제해결에 있어서 결정적인 것이 되는 이유가 무엇이며, 또한 이들 상반하는 관점들(Topoi) 가운데서 어느 것이 경우에 따라서 다른 관점에 우선하는 것인가에 관하여는 Topik은 아무런 기준을 제시하고 있지 않으며, 이러한 판단을 하기 위하여 Topik 이외의 추가가적인 판단기준이 필요하다고 지적한다³⁰⁾. 예컨대 어떤 사람이 다른 사람에 대하여, 자동차에 치인 것을 이유로 손해배상을 청구하는 경우, 사람들은 전혀 다른 관점(Gesichtspunkt)들을 원용할 수 있다. 즉, 예컨대 운전자나 유책으로 행동을 하였는가의 여부에 초점을 맞출 수 있고, 혹은 자동차와 같은 위험한 물건을 사용한 자는, 유책성과는 무관하게, 그 운행 중에 야기한 손해를 배상하여야 한다고 이야기할 수도 있다. 또는 양 당사자의 자산상황을 고려에 넣는 것도 가능하다면, 그것은

28) A.a.O., SS.139-141.

29) A.a.O., SS.141-142

30) A.a.O., S.142.

정당한 손해[배상책임의] 분담과는 무관하다고 주장할 수도 있다. 또한 부상자 자신의 행동이 그 사고에 어느 정도 기여하고 있었는가, 불가항력이 작동하였는지 여부, 다른 제3자가 전적으로 손해를 야기한 것은 아니었는가 여부, 따라서, 이 제3자에게 차의 운행상의 위험과 관계 없이 책임을 부담시켜야 하는가 여부를 문제로 할 수도 있다. 나아가, 관계인의 한 사람이 보험에 가입하고 있는가 여부를 고려할 수도 있다면, 국가가 자동차 운행에 의하는 것과 같은 위험행위를 허가하고 있는 이상, 국가가 손해를 배상하여야 한다고 이야기하는 것도 가능하다. 등등. 이들 관점들은 모두 우리들의 문제해결에 있어서 (그것 자체 단독으로 혹은 다른 것과 함께) 어떤 형태로든 중요한 것은 확실하지만, 그러나 그렇다고 하여도 아직 현행법이라고 하는 의미에 있어서 구속력이 있는 것은 결코 아니다. 즉, 이러한 관점은, 항상 그것 자체로서는 구속력이 없는 하나의 해결안에 지나지 않는다. 따라서 그것은, 그의 구속력을 입증하기 위하여, 또한 경우에 따라서는 어느 특정한 문제의 해결을 위하여 고려되는 여러 가지의 관점들 중에서 선택을 할 수 있도록 하기 위하여, 토픽 이외의 추가적인 판단기준이 필요하다는 것이다³¹⁾.

그리고 Canaris는, Topik은 올바른 행동에 관한 이론(eine Lehre von richtigen Handeln)이고, 법학은 올바른 이해에 관한 학문(eine Lehre von richtigen Verstehen)이라는 점을, Topik의 신봉자인 Viehweg은 잘 알고 있지 않다고 한다. 즉, '올바른 행동'에 관한 물음이 문제가 되는 경우, 특히, 제3자에 대한 구속력이 요구되는 언명 또는 조문이 만들어지는 경우에, '모든 사람 혹은 대다수의 사람 또는 현인'의 콘센서스를 얻고 있는 전제들을 찾게 된다. 그런데 이러한 전제를 찾는 절차가 Topik이라면, 이러한 방법은 입법자에게 필요한 절차이다. 그러나 법관은 이미 입법자가 입법을 해 둔 '객관적 법'의 가치판단을 이해하여 추체험하는(nachvollziehen) 것이고, 다른 사람의 견해, 예컨대 '모든 사람 혹은 대다수의 사람 또는 현인'의 견해를 법의 가치판단과 치환(置換)하지는 않는다. Canaris는 전자, 즉 입법자의 입법기술은 법학의 영역이 아니며, 후자, 즉 법관의 법적용이 법학의 영역이라고 한다. 결국 그는 Topik의 신봉자인 Viehweg은 입법의 사명과 사법(司法)의 사명을 충분히 구별하고 있지 않다고 비판하고 있다³²⁾.

(3) 토픽이 필요한 경우

그런데 Canaris는, 충분히 구체화된 실정법적인 가치평가(hinreichend

31) A.a.O., SS.143-144.

32) A.a.O., S.145f.

konkretisierten positiv-rechtlichen Wertung)가 존재하지 않는 경우, 다시 말하면, 첫째, 법률에 흠결이 있음에도 불구하고, 그 법률의 흠결을 보전(補填)하기 위한 실정법이 가치판단을 하고 있지 아니한 경우, 둘째, 가치의 충전(充填)을 필요로 하는 일반조항의 경우에는, Topik이 중요한 기능을 수행한다고 한다³³⁾.

그 이유는, 이와 같은 경우에는, 체계사고가 뛰어 넘을 수 없는 한계에 부딪칠 뿐 아니라, 통상 Topik의 여러 특징들도 또한 존재하기 때문이라고 한다. 즉, 여기에서는, 규범은 본질적으로 법관에 의하여 비로소 그 내용이 채워지는 것이고, 그 한에 있어서 법관은 입법자와 똑같은 곳까지 들어가서 행동하지 않으면 아니되며, 실제로 '올바른 행동의' 격률(格率)에 대하여 판단하지 않으면 아니된다. 그 때, 법관은 주지하듯이, 그 '고유한 가치판단(Eigenwertung)'의 범위 내에서, 당해 법적 공동사회에 있어서 지배적인 법적·문화적·사회적 가치판단들과 아울러 여러 견해들을 결정적으로 중요한 것으로서 참작하여야 한다. 다시 말하면, 바로 endoxa [사회통념]에 맞도록 하여야 하기 때문이다.

2. Schroeder의 비판

(1) 문제사고와 토픽의 무관

한편 Schroeder는, 체계사고와 문제사고를 구별하고 후자를 Topik과 동일시한 Viehweg의 견해는, 문제사고를 법학자들에게 환기시킨 점에서는 의의가 있으나, 그가 주장하는 문제사고라고 하는 것은, 근대 초기에 역사적으로 특정 가능한 현상으로서의 Topik과는 그다지 관계가 없다고 한다³⁴⁾.

16, 17세기에는, Topik은 모든 지적 영역(知的 領域)에 편재(遍在)하는 방법적 도구이었다. 일반논리학과 수사학에 있어서도, 법학의 해석이론이나 법논리학의 영역에 있어서도, 이러한 Topik이라는 것을 찾아 볼 수 있다³⁵⁾.

33) Claus-Wilhelm Canaris, A.a.O., SS.149-150.

34) Jan Schroeder 著, 石部雅亮 編譯, トピック・類推・衡平 - 法解釋方法論史の基本概念-(東京: 信山社, 2000), pp. 2-3.

35) A.a.O., p.3f. 16세기 17세기의 상황을 Schroeder은 다음과 같이 설명하고 있다. 즉, 16세기의人文主義들은, 논리학 및 변증법을 '발상(發想)(inventio)'(Topik)과 '추론(推論)(iudicium)'으로 나누고, 전자(前者)의 부분에서 Topik을 다루는 경향이 있었다. 이에 대하여 17세기에는, 후자(추론)의 부분에 Topik을 결합시키는 구성이 우세하게 되었다. 그런데 추론에는, 분석적 추론과 토픽에 의한 추론이 대치되고 있었다. 분석적 추론의 경우에는 일정한 추론형식(Schlussformen)을 정해 놓고 이에 바른 전제를 대입하기만 한다면, 확실하고 진실된 추론에 도달하게 된다. 그러나 토픽에 의한 추론의 경우에 있어서는, Topik 내지 변증법(Dialektik)은 개연성 있는 [진실인가 어떤가는 명확하

그러나 17, 18세기의 철학에서는 Topik에 대한 비판이 행하여졌다³⁶⁾, 나아가, 형식적인 Topoi만으로는, 그리고 Topik에 기한 추론만으로는, 정밀과학(精密科學)에 있어서 전혀 실질적인 인식을 얻을 수 없었기 때문에, 차츰 법학의 해석에 있어서도 배제되었다고 한다.

그리고 그는 법학의 영역에 있어서 Topik이 배제된 과정과 이유를, 법해석이론과 전문가들의 통설이론의 두 부분으로 나누어서 논증하고 있다.

(2) 해석이론으로부터 토픽의 배제

예컨대, 법문(法文)이 제사(祭祀)에 사용되는 물건을 파는 것을 금지하고 있다고 하자, 이때, 매도인뿐 아니라 매수인에게도, 이 금지규정이 적용되는가 라는 문제가 제기된다. 이 문제에 대하여, '상관관계'의 Topos, 즉, 법률이 명한 것은 상관관계의 상대방에게도 타당하지 않으면 안된다는 Topos를 이끌어 온다면, 긍정적인 답을 할 수가 있을 것이다. 또는 이러한 물건에 대하여 질권을 설정하는 것도 금지되어 있는 것인가 라는 문제도 제기된다. 이것도 '유사(類似)'의 topos, 즉 'A가 B에게 귀속하는 것이라면, A는 B와 서로 비슷한 C에게도 귀속한다'라는 Topos를 이끌어 온다면, 역시 긍정적인 답을 하게 된다. 그리고 반대로, '대립'의 Topos에 의하면, 제사(祭祀)에 사용되지 않는 물건의 매매는 금지되어 있지 않다고 하는 대답을 얻게 될 것이다. 이와 같은 방법에 의하여, 어느 법문의 의미가 명확하지 않는 경우에, 그 결론을 도출할 수가 있는 것이다. 여기에서는 그 법문이 어떻게 성립한 것인지, 또는 그 법문이 놓여져 있는 체계적 관련도 알 필요가 없다. 실제로 16세기부터 17세기 초엽에 걸쳐서 실제로 이러한 절차에 의하여 해석을 하였었다³⁷⁾.

15세기 Stephanus de Phedericis는 그의 저서인 '법주해(法註解)에 있어서의 해석에 대하여 IV(Die interpretarione iuris commentarii IV)'<이것은 1496년에 쓰여졌지만 독일에서는 1535년에 인쇄되었다>에서, '법률의 의미(mens legis)'의 쪽이 '법률의 문언(verba legis)'보다 중요하다고 하면서, 법률의 의미를 확정하는 관

지 아니한] 전제 혹은 격률(格率)을 제시할 뿐이다. 이러한 격률은, 특정한 장소(Ort, locus, topos)에 배열된다. 이와 같이 배열되는 관점들(Topoi) 가운데는 오로지 일반적, 형식적으로, 모든 학문분야에 적용 가능한 것이 있다. 예컨대 정의(定義)(definitio)의 Topos, 작용원인(作用原因)(causa efficiens)의 Topos, 유사(類似)(simile)의 Topos, 대립(對立)(contrarium)의 Topos, 상관관계(correlativum)의 Topos 라고 하는 것이 그것이다. 이와 같은 Topoi를 기초로 하여 다음과 같은 명제가 가능하다. 예컨대 "A가 B에게 귀속하는 것이라면, A는 B와 서로 비슷한 C에게도 귀속한다" 라든가, "대립하는 것은 결과에 있어서도 대립하고 있다"라는 추론이 도출되는 것이다.

36) A.a.O., p.13.

37) A.a.O., pp.6-7.

점(즉 Topos)으로 17개를 열거하고 있다³⁸⁾. 그러나 그 후 100년 이상이 지나서 나온, 법학의 해석이론에 관한 독일 최초의 개별연구서인 Valentin Wilhelm Forster의 '해석자(Interpres)'(1613년)에서는, Phedericis의 17개의 관점은 이미 시대에 늦은 것으로서, 법률의 근거(ratio legis) 등 법문의 실질적인 근거로부터 나오는 매우 적은 관점들만으로 충분한 것으로 보고 있다³⁹⁾. 다시 80년에 가까운 시기를 지나 Christian Thomasius는 '신성법학요론(神聖法學要論)(Institutiones jurisprudentia divinae, 1688)'과 '이성론적 사고법(理性論的 思考法)(Ausuebung der Vernunftlehre, 1691)'을 공표하였다. 이들의 저술에서는 해석이론과 관련하여 단지 6가지의 관점⁴⁰⁾만을 들고 있기는 하지만, 그러나 이러한 관점들 그 자체는 별 도움이 되지 않고, 무엇보다 법학적, 역사적, 정치적인 구체적 지식이 특히 필요하다고 하는 것을 서술하고 있다⁴¹⁾.

이와 같이 16세기부터 17세기 후반에 들어와 Topik이 차츰 해석이론에 대한 의의를 잃어가고 있는 와중에, 17, 18세기에는 토픽에 대하여 Francis Bacon, René Descartes, 그리고 Immanuel Kant와 같은 철학자들의 비판이 일어났다. 예컨대 Bacon은, 1605년에 발표한 '학문들의 존엄과 진보에 대하여(De dignitate et augmentis scientiarum, 1623)'에서, "토픽에 의한 논거로 얻어진 발상(發想)은 원래 발상 등은 아니다. --- 발상이라고 하는 것은, 그때까지 알려져 있지 않았던 것을 명백히 하는 것이므로, 이미 알고 있는 것을 들어서 반복하는 것은 아니다. 그렇지만 토픽적 발상의 효용과 임무라 함은, 한번 정신 내에 축적된 광대한 지식으로부터, 특정한 사실 내지 문제에 무엇인가 도움을 주는 것과 같은 것을 재빠르게 찾는다고 하는 것 이외는 아무 것도 아니지 않는가. 왜냐 하면, 어느 대상에 대하여 얼마 안되는 지식밖에 가지고 있지 않거나 혹은 전혀 아무 것도 알지 못하는

38) A.a.O., p.8. 그 17개는 다음과 같다. 즉, ① 정의(定義)에 의하여, ② 법문(法文)의 일부로부터, ③ 사물의 본성에 따라서, ④ 관습 혹은 법규로부터의 추정(推定)에 의하여, ⑤ 사물의 시원(始原) 및 원리에 따라서, ⑥ 사물의 목적과 작용에 따라서, ⑦ 미리 전제된 것에 따라서, ⑧ 부수적인 것으로부터, ⑨ 규정에 앞서 있는 것으로부터, ⑩ 결론을 고려하여, ⑪ 대용물(代用物)로부터, ⑫ 결합성에 따라서, ⑬ 규율의 대상으로 되고 있는 것과의 통일성에 비추어, ⑭ 비교 내지 호환가능한 것으로부터 미루어 헤아려서, ⑮ 상관관계로부터, ⑯ 대립으로부터, ⑰ 당해의 법문 A를 해석하는 법문 B, 혹은 법문 A에 의하여 해석된 법문 B를, 법문 A에 겹쳐서 제시하는 것에 의하여.

39) A.a.O., pp.10-11

40) ① 그때 그때의 소재(素材), ② 텍스트의 저자(著者)의 용어법, ③ 콘텍스트, ④ 부조리(不條理)한 효과를 도출하지 않도록 하는 것, ⑤ 텍스트를 실제로 만든 사람 또는 그 텍스트가 염두에 두고 있는 사람, 그리고 무엇보다도 ⑥ 법률의 근거(ratio legis)이다. 법률의 근거가 법문 자체로부터 확정할 수 없는 경우에는 다른 보조수단으로서, 정치나 경제, 그리고 역사에 있었던 것에 관한 지식이 대단히 유용하다.

41) A.a.O., pp.11-12.

사람에게는, 발상의 Topoi는 아무런 도움도 주지 못한다. 이것에 대하여, 무엇이 도움이되는 것인가를 잘 알고 있는 사람은, 기교(Kunst)를 사용하지 않더라도, 또한 발상의 Topoi 등이 없이도, 바른 입론(立論)을 행할 수가 있다"라고 비판하고 있다⁴²⁾.

(3) 통설이론으로부터 토픽의 배제

Schroeder에 의하면, 이른바 '통설(communis opinio)'의 이론은, 이탈리아의 카논법학으로부터 성립하였다고 한다. 카논법학자 Johannes Andreae의 14세기 초에 나온 교령집(敎令集) 코멘타르에 의하면, 통설이 명백하게 이상한 것을 내용으로 하고 있지 않다면, 또는 이성(理性)에 기한 반박이 가능한 것이 아니라면, 통설에 따라야 한다는 내용을 담고 있었다고 한다. 그리고 이 원칙은 세속법[로마법] 학자들에게 거의 액면 그대로 수계(受繼)되었다고 한다. 그것에 의하면, 통설은 올바른다는 추정이 유리하게 작용하지만, 다만 이러한 추정은 반박이 가능하다는 것이다. 다시 말하면, 통설에 기한 추론은, 단정적으로 확실하지는 않지만 개연적(蓋然的)이라 것이다⁴³⁾. 그 후 통설에 관한 상세한 이론이 구축되기도 하였지만, 어쨌든 통설에 대한 이러한 원칙은 그 후 17세기 말에 이르기까지 유지되었었다⁴⁴⁾.

그런데 Schroeder는, 통설에 대한 이러한 개연성 이론의 논거는 '어느 학문의 전문가가 그 학문에 있어서 신뢰되어야 하는 것이다'라는 격률(格率)을 기초로 하고 있지만, 그러나 이 격률의 보다 근본적인 정당화는, 전통적인 Aristoteles에 있어서의 개연성의 개념에 의하여 이루어졌다고 한다. Aristoteles에 있어서의 개연성은, "모든 사람 혹은 대다수의 사람 또는 현인(賢人)이 진실로 여기고, 현인(賢人) 가운데 모든 사람 혹은 대다수의 사람 또는 가장 저명한 사람 혹은 고명(高名)한 사람이 진실로 여기고 있는 것"에 인정되는 것이다. 이것으로부터, 전문가의 일치한 의견, 즉, 학자의 '통설'은 개연성이 있는 것으로 되었다는 것이다⁴⁵⁾.

그러나 17세기에 들어와 Descartes 등의 철학자에 의하여 단지 개연적인 진실은 무가치하다는 비판이 시작되었으며⁴⁶⁾, 17세기 말 법학에 있어서도 독일 할레대학의 Samuel Stryk, Christian Thomasius 등이, 통설은 그 자체로서 올바른다는 추정을 받지 아니하며 그 통설이 얼마나 설득력 있는 근거를 가지는가에 달려 있다

42) A.a.O., p.13.

43) A.a.O., p.23.

44) A.a.O., p.25.

45) A.a.O., p.28.

46) A.a.O., p.28.

는 내용의 주장들을 편 이후, 종래의 통설이론은 완전히 소멸하였다고 한다⁴⁷⁾.

결국, 개별과학에 친화적(親和的)인 '관점들(Topoi)' 가운데서 가장 중요한 것, 즉 '권위에 의한'(ab auctoritate) 논거 및 이것과 관련한 전래(傳來)의 통설이론은, 1700년을 전후한 뒤부터, 학문적인 입론(立論)으로부터 구축(驅逐)되고 있었다. 그 이유는, 이제는 권위에 의한 의견을 개연적(蓋然的)이라고 생각하지 않게 되었으며, 실질적 논거가 중요시되었기 때문이다.

결론적으로 Schroeder는, Tpoik이 공리론적(公理論的)인 체계사고에 자리를 내어주었다고 하는 Viehweg의 주장은 바르지 않다고 한다. 근대의 학문적 사고는 근거가 있는 전문적 인식, 아직 발견되어 있지 아니한 진실을 탐구하는 것인데, 16, 17세기의 토픽적인 사고에는 이러한 인식이 전혀 없었다. Topik의 경우 진실의 발견은 요컨대 장소의 문제에 돌아간다. 여기에서는 모든 사물, 모든 인식은 이미 있어야 하는 장소에 있고, 사람은 그것을 찾는 것으로 족하였다. 그것의 소재(所在)를 가르쳐주는 것이 Topik인 것이다. 그러나 17, 18세기의 사고는, 어느 특정의 인식은, 질서지워진 신(神)의 세계에 그것 자체로서 존재하는 것은 아니며, 우선 먼저 발견되지 않으면 아니되는 것이었다. 학문적인 연구의 목적은, 새로운 인식을 획득하는 것이고, 기지(既知)의 인식이 준비되어 있는 장소를 알아내는 것만은 아닌 것이다. 결국 근대적인 사고법(思考法)에는 Topoi라고 하는 것 자체가 중요하지 않으며, Topik이라는 사고방식도 또한 포괄적으로 중요성이 없는 것으로 되었기 때문에, 토픽적 사고가 소멸하였다고 Schroeder는 주장하고 있다.

IV. 결 론

이상에서 종래 우리가 취하고 있던 체계사고 대신에 그와 전혀 다른 방향에서 문제사고에 주의를 촉구하는 Viehweg의 견해와 그에 대한 비판의 내용을 살펴보았다. 특히 Viehweg은 문제사고에 적합한 방법이 Topik이라는 방법이라고 주장하고 있다. 그러나 Cansris는, 법학의 전체구조가 문제사고에 의해서만 규정될 수 있다는 주장에 대하여 반박을 하고 있으며, 아울러 Topik이라는 것도 원칙적으로 법학의 구조를 적절하게 파악할 수 있는 방법이 아니라고 비판하면서도, 그렇지만 일정한 경우에는 Topik도 법학 내부에서 중요한 기능도 수행하고 있음을 인정하고 있다. 그리고 Schroeder도, 16, 17세기에 실제로 있었던 Topik의 사고는 오늘날에

47) A.a.O., p.23.

는 소멸한 원리라고 비판하지만, 그러나 Viehweg이 문제사고에 대하여 주의를 환기시킨 점에는 의의가 있다고 한다.

어쨌든 Viehweg이 주장한 내용에 많은 문제점이 있다고 하더라도, 그가 주의를 환기시키고 있는 문제사고 내지 토픽적 사고의 취지가 우리들에게 던져주고 있는 시사점이 전혀 없는 것이 아니라고 생각된다. 수학이나 논리학은 시간과 공간을 초월하여 선형적으로 타당하는 논리적 판단을 상정(想定)하고 있으며, 또한 자연과학은 사물적·합리적인 판단을 염두에 두고 있지만, 법학은 인간의 문제를 다루는 것으로서 이러한 방법만에 의하여 결론을 내릴 수 없는 경우도 많다. Viehweg이 강조하고 있는 토픽은 그 출발점이 어떤 문제에 대한 논의와 토론이다. 법적인 문제에 따라서 논의의 장소도 여러 가지일 수 있다. 따라서 어느 주장에 대하여 내어놓을 수 있는 근거도 결코 한가지의 모습만은 아닐 것이다. 결국 그 논의의 장소에서 참가자가 동의하고 있는 것이 있다면 그것이 그 법적 문제의 해결의 논거가 될 수 있는 것이다. 그러나 그렇다고 하여, 일단 동의되고, 획득된 논거가 절대적으로 타당하다고는 말할 수 없다. 그 논의가 전개하는 상황에 따라서는, 일단 획득된 논거가 이미 유지될 수 없게 되는 것도 있을 수 있는 것이다. 그러한 경우에는, 새로운 관점이 추구되지 않으면 아니되는 것이다. Viehweg은 로마시민법의 원칙들이 Topik의 방법에 의하여 얻어진 것이라고 한다. 그렇지만 그것들은 법적 문제를 해결하기 위하여 유익한 법적 관점(Topos)의 집적에 지나지 않는 것이지 유일한 것은 아닌 것이다. 또한 그에 의하면, 오늘날의 민법학에 있어서도, 예컨대 의사책임을 인정하는 종래의 법적 Topos에서는 불충분한 경우, '신뢰보호(Vertrauensschutz)'라고 하는 새로운 법적 Topos가 도입되고 있다고 하며, 손해배상과 관련하여서는, 문제상황에 따라서 가장 적합한 Topos가 선택되어서 타당한 해결을 도출한다는 주장을 하고 있는 것이다.

그런데 체계사고라 함은, 의문의 여지가 없는 근원적인 전제·명령으로부터, 형식논리적으로 여러 가지의 귀결을 연역(演繹)하는 방법으로서, 결론은 반드시 하나로 도출된다. 여기에서는 예컨대 '권리', '청구권', '의사표시', '행위'라는 추상적인 체계개념이 중요한 역할을 수행하고 있다. 그리고 방해배제청구, 손해배상청구 등의 법적보호수단은, '권리'나 '행위'라는 체계개념으로부터 형식논리적으로 도출된다. 따라서 어느 법익이 권리가 아니라면, 혹은 그 침해가 불법행위에 해당하지 않는다면, 이러한 법적 보호수단들을 인정하는 것은 논리적으로 허용되지 아니한다. 그러나 이들의 법적 보호수단은, 본래, 문제해결을 위하여, 문제의 구체적인 상황에 따라서 유연하게 이용하기 위하여 제시된 법적 관점인 것으로 볼 수 있을 것이다.

그렇지만, 문제사고와 체계사고와는 서로 배타적으로 대립하고 있는 것은 아니

고, 서로 유의미(有意味)하게 보완하는 관계에 있다고 보아야 한다. 비록 실정법에 흠결이 있기 때문에, 또는 일반조항을 구체화할 필요가 있기 때문에, 토픽적 사고에 의하여 구체적으로 해결을 하더라도, 그것은 응급처치에 불과하며, 가능한 신속하게 그 해결을 체계적으로 확정하는 것이 중요하다. 반대로, 제1차적으로는 체계 사고에 해당하는 영역도, 결코 완전히 Topik의 영향으로부터 자유로울 수는 없다. 예컨대 실정법상의 명확한 가치판단이 존재하고 있는 영역에 있어서도, 사회현실이 변동함에 따라, 그와 같은 가치판단이 존재하고 있지 아니한 영역으로 서서히 유동적(流動的)으로 이행(移行)하기도 하기 때문에, 이러한 경우에는 새로운 법원칙의 수립이 필요한 것이다. 왜냐 하면, 이 새로운 법원칙의 기초가 되는, 일반적 법의식의 변천은, 아마도 실제로는 “모든 사람 혹은 대부분의 사람 또는 현인(賢人)” 사이의 가장 포괄적 의미에 있어서의 '토론(Diskussion)'의 과정에서 생겨나기 때문이다.

결국 이와 같이, 토픽적 사고와 체계사고 사이에는, 경직(硬直)된 양자택일이 존재하는 것은 아니고, 상호 보완관계가 존재하는 것으로 보아야 할 것이다.

＜ 参 考 文 献 ＞

- Canaris, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2.Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1983.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Luecken im Gesetz, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6, Aufl., Berlin, Springer-Verlag, 1991.
- Vieweg, Theodor, Topik und Jurisprudenz, Muenchen, C.H.Beck, 1.Aufl. 1954, 5.Aufl. 1974.
- Schroeder, Jan 著, 石部雅亮 編譯, トーピック・類推・衡平 - 法解釋方法論史の基本概念 -, 東京, 信山社, 2000.
- 赤松秀岳, 物權・債權峻別論とその周辺 - 20世紀ドイツにける展開を中心に, 東京, 成文堂, 1989.