

판례의 형성과 구속력의 범위

홍 일 표*

목 차

I. 서 론	IV. 판례의 구성부분
1. 서	1. 판례의 구성
2. 판례의 형성과 그 중요성	2. 결론명제와 일반적 법명제
II. 법체계에 따른 판례의 취급 형태	V. 대법원 판결이 ‘판례’로 취급한 사례
1. 대륙법계와 영미법계의 비교	1. 판례를 인용하여 ‘판례 위반’의 주장에 대하여 판단한 경우
2. 영미법 국가에서의 법적용	2. 종전의 판례를 변경한 경우
3. 우리나라 법에서 ‘판례’가 연구대상이 된 계기	3. 설득적 근거로서 판례를 인용한 경우
III. 판례의 의미와 구속력	VI. 결론명제와 일반적 법명제의 해당 사례
1. 판례의 의미	1. 결론명제를 판례로서 인정한 경우
2. 판례의 구속력	2. 일반적 법명제를 판례로 인정한 경우
	3. 소 결
	VII. 결 어

I. 서 론

1. 서

대학 강단에서 학부생들을 위한 ‘민사법 사례연구’와 대학원생을 위한 ‘민법 판례연구’ 강좌를 맡아 각각 1학기 동안 강의를 하고 나서 보니까, 학생들에게 판례를 읽고 이해하는 방법과 판례의 의미에 관한 전반적인 안내가 필요하다는 생각이 들어서 이 글을 쓰기로 마음먹게 되었다.

* 건국대학교 법과대학 교수

종래 법학교육에 있어서는 일반적으로 법의 논리(Logos)를 중점적으로 이해시키고 강조하였기 때문에, 법학이란 학문이 어렵고 재미없는 것으로 인식되어 왔다. 그러나 사회생활의 경험이 적은 젊은 학생들에게 법의 역할이나 기능을 보다 쉽고 흥미 있게 전달할 수 있는 길이 무엇인가라는 관점에서 생각해 보면, 실제로 법적 분쟁에 대한 재판절차에서 만들어진 해결방안인 판결례야말로 법을 공부할 수 있는 가장 적절한 소재라고 말할 수 있을 것이다. 판결례를 검토함으로써 구체적인 사건을 둘러싼 사실관계를 알게 되고 나아가서는 일반 시민생활의 한 단면까지도 이해할 수 있게 되기 때문이다.

그렇기 때문에 판결례를 검토할 때에 판결 전문을 읽지 않고 판시 사항이나 요지만을 읽는 것은 법학 공부에 있어 충분한 도움이 되지 못한다고 할 것이다.

2. 판례의 형성과 그 중요성

가. 판례와 법원(法源)

주지하는 바와 같이, 재판은 사실을 확정하여 그에 합당한 법을 적용하는 작업이다. 즉, 재판이란 법규범에 근거하여 행하여지는 것이다. 이러한 법규범의 존재형식을 법원(fontes juris; source of law; Rechtsquelle)이라고 하는데, 이러한 의미에 있어서의 법원으로는 성문법과 불문법 2가지 종류가 있다. 우리나라는 성문법 국가이고 따라서 우리나라에서는 헌법, 법률, 조약, 조례 등이 대표적인 법원이다.

학자나 법률실무가 중에는, 우리나라는 성문법 국가이므로 판례는 법이 아니고 따라서 민사재판절차에서 사실이 확정되면 「민법」 제1조가 규정하고 있는 바와 같이 성문법과 관습법 또는 조리에 의하여 법적용을 해야 할 것이라는 견해가 있다.

판례의 법원성을 부정하는 학자 중에는 판례라는 것은 국민들로 하여

금 그에 따라야 하는 강제성을 갖지 못하고 판사로 하여금 재판을 할 때에 그에 따르도록 법적으로 구속하는 힘이 없으므로 법규범성이 부정되어야 한다고 주장한다. 그리고 그 이론적 근거로서는 첫째, 삼권분립의 헌법 아래에서 사법부는 법에 따라 재판을 할 권한만을 가지며 입법권(立法權)은 갖지 않으므로 법원이 판례법을 제정할 수는 없다는 것을 들고 있다. 법규범은 국민의 대표기관인 국회에서 제정되거나 국민들 스스로 관습법(慣習法)이나 조리(條理)를 통하여 창설되는 것이라고 주장한다. 둘째, 법관이 발견한 법원칙은 그것이 원래의 법규범인 관습법이나 조리와 부합하지 않은 경우에는 정당성을 갖지 못하게 되며, 판례 자체로서 법으로서의 정당성을 인정받지 못한다. 셋째, 법관은 재판에 있어서 선례(先例)에 따를 법적 의무를 지지 않으며 선례와 다른 판결을 했다는 이유만으로 그 판결의 정당성이 부정되지 않는다. 다만 상급법원의 판결은 당해 사건에 한해서 하급심(下級審)을 구속하는데, 이것은 삼심제도(三審制度)의 본질적 성격에 기인하는 효과일 뿐 판례의 일반적 구속성에서 유래하는 것은 아니라고 한다.¹⁾

나. 판례의 중요성

(1) 그런데 실제로 재판을 함에 있어서 적용할 성문법의 규정이 명확하지 않아서 이를 구체적인 사안에 적용할 수 있는가를 판단하기 어려운 경우가 종종 있다.

1) 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2005, 62면.

판례의 법원성을 부정하는 견해도 제한적으로는 판례의 법원성을 인정하고 있다. 즉, 상당한 기간 동안 반복해서 확립된 판례는 대체로 이에 상응하는 법적 확신을 가지고 있으므로 관습법으로 된다고거나(이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2005, 23면), 판례법은 법원의 판례에 의하여 성립된 관습법이라고 하거나(김주수, 「민법총칙」, 삼영사, 2002, 48-49면), 판례의 법률적 구속력은 인정되지 않는다 하더라도 어떠한 사건에 대한 법원의 판결이 반복되면 거기에 추상적인 법칙이 발생하게 되고, 다른 비슷한 사건에 대해서도 그 법칙을 적용할 개연성을 가지므로 여기에 판결에 의한 일반적인 법규범이 성립하게 된다고 한다(곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2001, 21면).

예를 들어, 자동차 운행 중의 사고로 인하여 손해를 입은 사람이 「자동차 손해배상보장법」에 근거하여 손해배상을 청구한 사안에 관하여 보기로 하자.

어떤 사람이 휴일에 자녀와 함께 외출하였다가 자신의 거주지로부터 약 17km 떨어진 지점에서 그동안 야간업무 등으로 인한 피곤이 누적되어 차를 주차시킨 후 휴식을 취하게 되었는데, 그 당시는 겨울이라서 날씨가 추웠던 관계로 승용차 문을 닫고서 시동을 키고 히터를 켜놓은 상태에서 침낭을 덮은 채로 자다가 산소결핍으로 사망한 경우에, 과연 자동차의 ‘운행 중의 사고’에 해당하는가라는 의문이 생긴다.

그런데 「자동차 손해배상보장법」 제3조 본문을 보면, “자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 인하여 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다.”라고 규정하고 있고, 「자동차 손해배상보장법」 제2조 제2호는 “운행이라 함은 사람 또는 물건의 운송 여부와 관계없이 자동차를 당해 장치의 용법에 따라 사용하는 것을 말한다.”라고만 규정하고 있어서, 시동과 히터를 켜놓은 것이 과연 자동차를 당해 장치의 용법에 따라 사용한 것에 해당하는 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다. 「자동차 손해배상보장법」의 ‘운행’은 도로교통법의 ‘운전’과 같은 뜻인가?

이에 관하여, 대법원 판결(2000. 1. 21. 선고, 99다41824 사건)은, “…… 운행이라 함은 「자동차 손해배상보장법」 제2조에서 규정하고 있는 바와 같이 자동차를 당해 장치의 용법에 따라 사용하고 있는 것을 말하고, ‘당해 장치’라 함은 자동차에 계속적으로 고정되어 있는 장치로서 자동차의 구조상 설비되어 있는 자동차의 고유의 장치를 뜻하는 것인데, 위와 같은 각종의 장치의 전부 또는 일부를 각각의 사용목적에 따라 사용하는 경우에는 운행 중에 있다고 할 것이나, 자동차에 타고 있다가 사망하였다 하더라도 그 사고가 자동차의 운송수단으로서의 본질이나 위험과는 전혀 무관하게 사용되었을 경우까지 자동차의 운행 중의 사고

라고 보기는 어렵다.”고 설시하고, 이어서 승용차를 운행하기 위하여 시동과 히터를 켜놓고 대기하고 있었던 것이 아니라 잠을 자기 위한 공간으로 이용하면서 다만 방한 목적으로 시동과 히터를 켜놓은 상태에서 잠을 자다 질식사한 경우에는 자동차의 운행 중의 사고에 해당하지 않는다고 판시하였다.

이와 같이, 법률의 조문은 그것만으로써는 좀처럼 그 의미와 적용범위를 확연히 이해하기 어려운 경우가 종종 있기 때문에 판례에 의해서 비로소 그 의미가 좀 더 명확히 이해될 수 있는 경우가 적지 않다.

(2) 일반적으로 국회가 만든 법률의 내용은 완벽한 것으로 생각되기 쉽다. 그러나 입법과정을 살펴보면, 법조항에다가 미리 다양한 경우를 상정해서 구체적인 사항을 일일이 규정해 넣기란 무척 어렵다는 것을 쉽게 알 수 있다. 따라서, 구체적인 사건에 있어서 실정법의 규정만으로 타당한 결론을 도출할 수 없을 때에는 법원은 적극적으로 해결방안을 법원칙의 선언형식을 통해서 만들어 나아가는 경우가 종종 있다.

예를 들어보자. A회사의 이사로 근무하게 된 갑(甲)이 계속적 거래로 인하여 A회사가 B은행에 대하여 부담하는 채무에 관해서 연대보증계약을 체결하고 자기소유의 집에 근저당권을 설정하여 주었는데, 그 뒤 A회사를 그만두게 되었다. 이 경우에 갑은 B은행에 대한 연대보증계약을 임의로 해지하고 근저당채무의 부담으로부터 벗어날 수 있는가? 환언하면, 갑이 A회사의 이사를 그만두게 된 사정을 들어서 임의로 위와 같은 계속적 거래로 인한 채무의 연대보증책임에서 벗어날 수 있는가가 문제로 된다.

위 문제의 해결을 위해서 우선 민법에 규정되어 있는, 계약관계로부터 벗어날 수 있는 사유에는 어떤 것이 있는지 살펴보면, ① 미성년자, 한정치산자에 의한 계약의 취소, ② 착오 또는 사기, 강박 등 의사표시의 하자로 인한 계약의 취소, ③ 통정허위표시로 인한 계약의 무효, ④

계약 해제권·해지권의 행사, ⑤ 서면에 의하지 않은 증여의 해제 등이 있다. 따라서 원칙적으로 위의 사유에 해당되지 않으면, 계약당사자의 일방은 임의로 계약상의 채무로부터 벗어날 수 없는 것이다. 그런데 위에서 제시한 사례에 있어서 갑의 사정은 일방적인 계약의 종료사유에는 해당하지 않는 것으로 보이고, 따라서 B은행이 갑으로 하여금 연대보증인으로서의 부담으로부터 벗어나는 것을 원하지 않을 경우에는 갑은 계속적 거래로 인한 채무에 대한 보증채무로부터 벗어날 길이 없는 것이다.

그런데 갑은 A회사의 이사로 취임하기 때문에 그의 유일한 재산인 가옥에 저당권을 설정해 주었던 것인데, 이제 이사를 그만두게 되었고, 한편 A회사는 채무가 많아서 앞으로 B은행의 저당권 실행으로 인해서 갑 소유의 가옥이 제3자에게 넘어갈 위험에 처해 있을 경우에 있어서 갑을 보호할 것인가 아니면 B은행을 보호할 것인가? 위 사례에서 A회사를 퇴직한 갑이 퇴직한 후에도 계속해서 연대보증인으로서의 책임을 지게 하는 것이 과연 타당한 것일까?

위와 같은 사례에 있어서, 대법원(1990. 2. 27. 선고, 89다카1381 판결)은, “회사의 임원이나 직원의 지위에 있기 때문에 회사의 요구로 부득이 회사와 제3자 사이의 계속적 거래²⁾로 인한 회사의 채무에 대하여 보증인이 된 자가 그 후 회사로부터 퇴사하여 임원이나 직원의 지위를 떠난 때에는 보증계약 성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우에 해당하므로 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있다고 보아야 하며, 위 계속적 보증계약에서 보증기간을 정하였다고 하더라도 그것이 특히 퇴사 후에도 보증채무를 부담기로 특약한 취지라고 인정되지 않는 한

2) 보증 당시 이미 채무가 특정되어 있는 확정채무에 대하여는 이와는 달리 연대보증인 이사가 회사를 사임하게 되었다고 하더라도 책임을 면할 수 없다는 것이 판례의 태도이다(대법원 1997. 2. 14. 선고 95다31645 판결; 1998. 7. 24. 선고 97다35276 판결).

위와 같은 해지권의 발생에 영향이 없다.”고 판시하였다.

이와 같이 현저한 사정변경을 원인으로 한 보증인의 계약해지권을 인정함으로써, 판례는 법규정의 내용이 불충분한 경우에 구체적 타당성을 위해서 적극적인 해결방안을 제시해 주고 있음을 확인할 수 있는 것이다. 우리 사회가 비약적으로 발전하고 있는 데 비하여 입법이 이를 뒤따를 수 없어서 생긴 틈을 보충해 준 대표적인 예로서 양도담보제도를 들 수 있다. 동산에 저당권을 설정하는 것이 거래상 크게 요청되었는데도 불구하고 민법상 이것이 허용되지 않으므로 과거 판례가 양도담보제도를 고안하였던 것이다.³⁾

대법원 판례가 위와 같은 기능을 수행하므로, 판례의 연구를 통하여 장래 발생할 동종의 사건에 관해서 어떠한 내용의 판결이 내려질 가능성이 있는가를 예측할 수 있고, 따라서 성문법 국가인 우리나라에서도 대법원 판례의 연구는 분쟁해결이라고 하는 관점에서 실제로 중요한 의미를 가진다고 말할 수 있는 것이다.⁴⁾

II. 법체계에 따른 판례의 취급 형태

1. 대륙법계와 영미법계의 비교

이른바 유럽대륙법계의 국가는 성문법을 제1차적인 법원(法源)으로 보고 있고, 영미법계의 국가는 판례법을 제1차적인 법원으로 보고 있다. 이는 법을 생각하는 방법에 관하여 양자 간에 본질적인 차이가 존재하고

3) 이영준(2005), 앞의 책, 22면.

4) 적극적으로 판례의 법원성을 인정하는 견해로서는, 김증한·김학동, 『민법총칙』, 제9판, 박영사, 18면; 고상룡, 『민법총칙』, 법문사, 1992, 8면; 김상용, 『민법총칙』, 법문사, 2004, 26면.

있다는 것을 의미하는 것이며, 영미법계의 국가에서는 판례가 선례로서의 구속력(stare decisis)을 가지고 있으나⁵⁾ 대륙법계 국가에서는 조화 있는 판례의 형성보다는 사건의 구체적 타당성 있는 해결에 주력하고 판결례에 법적 구속력을 인정하고 있지 않다. 대륙법계 국가에서의 판례의 이 같은 모습은 로마법의 유산이며 유스티니아 법전에서 확립되었다고 한다. 프러시아 법전과 오스트리아 법전에서는 명문으로 판례에 법적 구속력이 없음을 규정하고 있고, 프랑스, 이탈리아 및 벨기에는 이 점에 관해서 명문의 규정을 두고 있지 않으나 판결선례는 법적 권위를 갖는 것이 아니고 다만 설득력을 가질 뿐이라고 한다. 그렇기는 하지만, 대륙법계 국가에 있어서도 상급재판소 특히 최고법원의 판례가 법률가에 의하여 실제로 상당히 존중되고 있는 것은 엄연한 사실이다.

대륙법계 국가에서는 모든 법률문제는 고정된 성문법 체계 내에서 그 위치를 차지하고 이 성문법 체계를 배경으로 하여 논리적으로 구체적 문제에 있어서의 법의 해석과 적용이 행해져 왔고, 법적 사유(思惟)는 본질적으로 연역적(演繹的) 방법이 우위에 있다. 이에 반하여, 영미법계 국가에서는 판례가 법원의 주류를 이루고 성문법은 제2차적인 존재이고 법체계는 구체적 사안을 처리한 사법적 경험의 축적이며 새로운 법률문제는 과거의 경험에 의하여 축적된 법체계에 비추어 처리되는 것이며 그 법적 사유방법의 특징은 본질적으로 귀납적(歸納的) 방법이 우위를 차지하고 있는 것이다.⁶⁾

영미법계 국가에 있어서의 판례법적 규범은 구체적 사실에 적응하여 형성되는 것이며, 추상적이며 광범한 규범의 설정을 피하는 경향을 보인다. 이는 판례법에는 어디까지나 구체적 사안의 해결이라는 실증적 정신이 약동하고 있기 때문인 것이다. 그러므로 영미국가의 판례법에 있어서

5) 서희원, 「영미법 강의」, 박영사, 1978, 7면.

6) 홍일표, “판례위반을 이유로 한 권리상고와 영미법에 있어서의 선례구속의 원칙”, 「사법논집」, 제14집, 법원행정처, 1983, 327면.

는 판결 중에서 구체적 사건의 결정에 있어서 법적 기초가 된 규범과 그렇지 않은 규범을 분석하여 전자를 판결 이유(ratio decidendi), 후자를 부수적 의견(obiter dictum)이라고 하여 전자만이 판례법 규범이라고 하는 이론이 성립하게 되었던 것이다. 판례에 포함되어 있는 법규범은 구체적 사안으로부터 분리되어 추상적으로 성립하는 것이 아니며, 또 그 뒤에 발생될 사건에 있어서 항상 재검토되며 수정될 수 있는 유동적 규범이라고 보는 것이다.⁷⁾

이와 같이 영미법계 국가에 있어서는 의회가 아닌 재판관에 의한 법의 선언에 각별한 중요성을 인정하고 있는바, 그 첫째 이유는 판례법이란 것이 가설적인 사건에 대한 법의 선언이 아니라 현실적 쟁송에 있어서 이루어진 법의 선언이기 때문이다. 현실적 쟁송에서 선언된 법에 대하여 각별한 가치를 인정하는 영미법의 태도에 깔려 있는 사상은, 첫째는 경험에 대하여 앵글로 색슨 민족이 갖는 유별난 존중의 풍습을 들 수 있다.⁸⁾ 앵글로 색슨 민족은 실제적인 경험에 의하여 시련을 겪은 진리와 아직껏 경험의 시련을 거치지 않은 가설적 진리와의 준별하고 있다. 이것이 진리에 대한 프라그마틱한 인식론이다.

둘째 이유는 재판에 의한 정의실현이라는 것은 서로 다투는 2가지 주장 사이에서 전개되는 것이라는 사상에 대한 애착이다. 영미국가 사람들은 재판에 있어서는 당사자의 주장을 충분히 진술할 기회를 부여하지 않으면 그것은 정의의 초보적 원리(elementary principles of justice)를 침해한 것이라고 비난한다. 가설적 사건에 대한 법의 선언의 경우에는 현실적 쟁송사건에 있어서처럼 현실적으로 이해관계를 갖는 사람들의 열띤 상호간의 주장이 전개되지 않고 따라서 대립하는 이론의 시련을 겪지 않은 것이므로 이 같은 추상적인 법적 판단은 신뢰할 수 없는 것이라고 생각한다. 영미법계 국가의 법률가들이 판결에 의한 법의 선언에 대하여

7) Rupert Cross, *Precedent in English Law* (3th Ed.), Clarendon Press(Oxford), 1977, 77면.

8) 김진, 『영미법』, 법문사, 1973, 328면.

각별히 중요성을 부여하는 것은 재판관이 훌륭한 법률가이기 때문만이 아니라 현실의 사건에 있어서의 판결이란 것이 대립하는 소송 당사자의 상호 주장을 들은 후, 심사숙고를 거쳐서 이루어지는 법적 결론이기 때문이다.⁹⁾ 이 같은 생각이 방론에 대하여 구속성을 인정하지 않는 이론의 기초를 이루는 것이다.

2. 영미법 국가에서의 법적용

영미법 국가에 있어서, 법원이 선결례 구속의 원칙을 적용하게 되는 경우에 법원은 두 개의 구체적 사실관계, 즉 전(前) 판결의 사실관계와 판결을 해야 할 당해 사건의 사실관계에 직면하게 된다. 두 개의 사실관계를 염두에 두고 법원은 제1의 소송사건으로부터 법원칙을 추론해 내고, 이를 제2의 당면 소송사건에 적용할 수 있는가를 결정한다. 이 과정에서 전 판결의 법원칙을 당면 소송사건에까지 확장하는 것이 바람직하다면 그 판결의 판결이유는 판결을 선고한 법원의 의도보다 더 광범위하게 해석될 수 있는 것이다. 이 경우 양 소송사건 간의 사실관계의 상위(相違)는 후속(後續) 법원에서 중요치 않은 것(immaterial)으로 처리되며, 전 판결에 있어서의 축소 해석(narrow reading)의 부수의견(방론)은 판결 이유로 간주되게 된다. 반대로 전 판결의 법원칙을 당면의 소송사건에 적용하는 것이 마땅치 않다면 법원은 그 판례를 법원에 제기된 당면 소송사건과 구별하기 위하여 선결례의 판결이유를 축소시킬 수 있다. 이 경우 양 소송사건 간의 사실관계의 상위는 후속(後續)법원이 중요한 것(material)으로 처리하고, 전 판결에 있어서의 확대해석(broad reading)상의 판결이유는 부수의견(방론), 즉 전 판결 당시 법원에 제소된 분쟁의 처리에 필요하지 않았던 것으로 간주된다.¹⁰⁾

9) 위의 책, 328면.

10) 앨런 파른즈워드/서돈각·박길준 공역, 『미국법개론』, 법문사, 1974, 82-83면.

3. 우리나라 법에서 ‘판례’가 연구대상이 된 계기

대륙법계 국가인 우리나라 법¹¹⁾에 있어서 실정법상 ‘판례’나 ‘판례위반’이 민사소송절차와 관련하여 법률문제로 처음 등장한 것은 1973년에 제정된 「소액사건심판법」 제3조가 상고사유로서, 소액사건에 대한 지방법원 본원 합의부의 제2심 판결이나 결정·명령에 대한 상고 또는 재항고의 이유로서 “대법원의 판례에 상반하는 판단을 한 때”라는 규정을 둔 것이 계기가 되었고, 「형사법」과 관련해서는 「군법회의법」(폐지되었음. 현 「군사법원법」으로 대체됨) 제432조가 상고이유로서 “대법원의 판례에 상반하는 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 때”를 규정 한 것에서 비롯되었다.¹²⁾

그 후 1981년 3월 1일부터 시행된 「소송촉진등에관한특례법」 제11조는 상고사건을 제한하기 위하여 그 제1항 제3호에서 법률, 명령, 규칙 또는 처분에 대한 해석이 대법원 판례와 상반된 때에 상고를 제기할 수 있다고 규정하였으나, 이 규정은 1990년 1월 13일 폐지되었다. 판례구속의 원리(doctrine of stare decisis)¹³⁾를 채택하는 판례법 국가가 아니면서

11) 우리나라의 법이 법계론(法系論)적으로 볼 때 대륙법계에 속한다는 데 대하여서는 누구도 이의를 제기할 사람은 없을 것이다. 그것은 대륙법의 태종(太宗)인 독일·프랑스와 마찬가지로 법전의 형식을 가지고 있을 뿐 아니라, 그 체계와 내용에 있어서도 특히 독일법의 영향을 많이 받고 있기 때문이다. 그러나 우리나라 법은 특히 제2차 대전 이후 영미법 그 중에서도 미국 법을 적지 않게 도입하고 있다는 사실을 간과해서는 안 된다. 즉, 「헌법」을 비롯해서 「형사법」, 「형사소송법」, 「상사법」, 「회사법」 등의 각 분야에 걸쳐 미국 법의 요소가 많이 침투하고 있는 것이다. 이러한 현상은 우리나라와 미국 양국 간의 긴밀한 역사적 관계로 미루어 볼 때 미국법의 영향은 앞으로 더욱 더 심화될 것이 예상된다(서희원(1978), 앞의 책, 6면 각주2).

12) 구 「형사소송법」(1954. 9. 23. 법률 제341호) 제383조는 제2호에서 “대법원의 판례에 상반한 판단을 한 때”를 상고 이유로 규정하였으나 1963년 12월 13일 개정법률(법률 제1500호)에 의하여 판례위반을 이유로 한 상고 사유는 「형사소송법」에서 사라지고 「형사소송법」 제383조 제2호는 현행법의 모습으로 바뀌었다.

13) 로스코 파운드(Roscoe Pound) 교수는 그의 저서 「보통법의 정신」(*The Spirit of the Common Law*)에서 “판례구속의 원리는 소송사건을 주권자의 의사에 의해서 마음대

판례위반을 소액사건에 관하여 상고이유로 삼고 있으니, 이제 판례란 무엇인가, 대법원 판결 중 판례로서 구속력을 가지는 부분과 그 미치는 범위는 어느 정도인가 등에 관해서 검토해 볼 가치가 있다고 할 것이다.

III. 판례의 의미와 구속력

1. 판례의 의미

그러면, 우리는 ‘판례’라는 것을 어떻게 이해할 것인가. 보통은 모든 법원의 판결례를 판례라고 통칭하고 있지만, 하급심 법원은 대법원 판례에 구속된다는 사항을 고려하면 관할의 제한이 없는 최고법원인 대법원의 판결례만을 판례로서 파악하는 것이 타당하다는 견해가 있다.¹⁴⁾ 일본에서는 ‘판례’를 영미법에서 말하는 ‘재판상의 선례’라는 의미로 사용하기도 한다.¹⁵⁾

로 만들어 낸 법칙으로부터의 연역(演繹)에 의해서가 아니라 장구한 세월에 걸쳐서 체득한 사법적 경험에 의하여 귀납(歸納)적으로 도달된 원칙에 의하여 재단하는 것을 의미한다. 이것은 전단(專斷)적인 의사로서가 아니라 이성(理性)의 판결의 궁극적인 근거가 되어야 한다고 하고 법 우위의 법리도 역시 이러한 관념에 의한 것이기 때문에 그것이 주권자이든 국가기관이든 모두 이 원칙에 따라서 행동해야 하며 전단적인 의사에 의해서 행동해서는 안 된다는 것이다. 즉, 이성에 따라야 하지 자의(恣意)에 따라서는 아니 된다는 법리”라고 논술하고 있다. 서희원, 앞의 책, 9면.

14) 최병조, 『민법주해 I』, 박영사, 1992, 58-59면.

15) 판결과 판례의 구별의 필요성과 그 의의에 관하여, 최초로 문제를 제기한 가와지마(川島武宜) 교수는 “일본어로 ‘판례’라는 말은 다의적이다. 내가 여기서 판례라고 하는 것은 ‘재판의 실례’라든가 ‘판결례’라는 의미가 아니다. 여기서 내가 문제로 하려고 하는 것은 ‘재판상의 선례(先例)’라는 의미의 ‘판례’이다. 일본에서 판례 연구의 의의 또는 방법론에 관해서 논의되는 경우에는 …… 영미에서 사용되어 오고 있는 ‘판결의 선례(judicial precedent)’라는 용어를 전제로 하는 경우가 많다고 생각된다.”고 하였다. 新井正男, 『判例の權威』, 中央大學出版部, 5-6면.

우리나라에서는 개개의 재판 그 자체를 가리켜서 ‘○년 ○월 ○일자 판결 또는 결정’이라고 하는 대신에 ‘종전의 판례(대법원 1994. 5. 13. 선고 93누20320 판결 ……)’¹⁶⁾라고 칭하기도 하고, 그뿐만 아니라 판결의 이유 중에 나타난 판단만을 판례¹⁷⁾라고 부르는 수도 있다. 학자들 중에는 법원의 판결의 집적을 판례라고 칭하거나,¹⁸⁾ 개개의 판결이나 결정을 떠나서 추상적으로 이들의 재판에서 추출할 수 있는 법원의 기본적인 법률적 견해 또는 사고방식을 판례라고 칭하는 경우도 적지 않다. 이와 같이 판례라는 용어의 사용에 있어서 혼란이 있는 것처럼 보이고 있지만, 「소액사건심판법」 제3조 제2호와 「군사법원법」 제442조 제2호 제3호, 제414조 제2호에서 판례라는 용어를 사용하고 있으므로 판례라는 단어는 실정법상의 용어로 되었음을 기억할 필요가 있다. 이에 실정법에서 말하는 판례의 의미를 명확히 해 보기로 한다.

가. 판례의 요소

(1) 판례란 ‘법원’의 ‘판단’이다. 위에서 본 「소액사건심판법」 제3조 제2호는, 소액사건에 대한 지방법원 본원 합의부의 제2심 판결이나 결정·명령이 “대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때”에 상고할 수 있다고 규정하고 있고, 「군사법원법」 제442조 제2호, 제3호는 고등군사법원의 판결이 “대법원의 판례에 상반하는 판단을 하여 판결에 영향을 미쳤음이 명백한 때”와 “대법원의 판례가 없는 경우에 고등군사법원이 종전의 판례에 상반하는 판단을 하여 판결에 영향을 미쳤음이 명백한 때”를 상고사유로 규정하고 있고, 「군사법원법」 제414조 제2호는 “대법원 또는 고등군사법원의 판례에 상반하는 판단을 한 때”에는 보통군사법원의 판결에 대하여 항소할 수 있다고 규정하고 있다.

16) 대법원 1996. 12. 19. 선고 95누 9242 전원합의체 판결.

17) 대법원 1996. 12. 6. 선고 96다26671 판결; 대법원 1983. 2. 22. 선고 81다643 판결.

18) 이영준(2005), 앞의 책, 22면.

위 규정 내용을 기초로 하여 살펴보면, 위에서 말하는 판례란 원판결의 판단과 상반되는 그 어떤 것이기 때문에 이것도 또한 하나의 판단이라고 하지 않으면 안 된다고 할 것이다. 결국 판결·결정 그 자체가 판례가 아니라, 그 중에 적시된 법원의 판단이 판례라고 볼 것이다.¹⁹⁾ 또한 「법원조직법」 제7조 제1항 제3호는 대법원의 전원합의체가 심판권을 행사하는 경우의 하나로서 “중전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우”를 규정하고 있어 우리가 판례라고 생각하는 것이 ‘의견’이란 말로 표현되어 있다고 볼 수 있는 것이다. 그러나 이 ‘의견’이란 것도 판단과 다른 것이 아니라고 생각되므로 판례가 하나의 판단인 것은 분명하다고 하겠다.

(2) 판례란 ‘법원’의 판단이기 때문에 전원합의체 판결에 있어서 제시된 다수의견만이 대법원의 의견 즉 대법원 판례에 해당하고, 소수의견은 판례라고 할 수 없다.²⁰⁾ 물론 소수의견 중에는 상당히 설득력을 가지고 있고 나중에 다른 소송사건의 판결에 있어서 ‘법원’의 다수의견으로 되는 수도 있을 수 있으나, 아직은 법원의 다수의견이 아니므로 판례로 인정될 수 없다 할 것이다.

(3) 판례란 ‘특정한 사건의 재판’에 있어서 표시된 판단이다. 여기서 말하는 판례란 개개의 특정한 사건의 판결이나 결정에 있어서 표시된 법원의 판단을 말한다. 그렇기 때문에, 폐지된 권리상고에 관한 규정인 「소송촉진등에관한특례법」 제1항 제3호의 시행세칙이던 구 「민사소송

19) 홍일표, “판결이유와 선례로서의 구속력의 범위”, 『민사판례연구』, 제13권, 박영사, 1991, 244면.

20) 박우동, “대법원 전원 합의체 재판에 있어서의 의견표시”, 『사실심과 법률심』, 한국사법행정학회, 1994, 690-691면.

규칙」 제85조는 권리상고이유 중에서 원심판결이 대법원의 판례와 상반됨을 주장하는 때에는 그 판례를 구체적으로 ‘명시’하여야 한다고 규정하고 있었던 것이다.

또한 대법원은 『소액사건심판법』 제3조 제2호에 규정된 대법원 판례 위반을 이유로 한 상고이유의 적시내용과 관련하여, 대법원 판례에 상반한 판단을 한 것을 이유로 상고를 하려면 구체적으로 대법원의 판례를 특정하여 표시하고 상고대상의 판결에서 어떠한 판단을 한 것이 위 판례에 위반한다는 식으로 기재함을 요하며 막연히 원심의 사실인정과 증거의 취사가 경험칙과 논리칙에 반하면 위법이고, 심리미진이 있으면 위법하여 판결결과에 영향을 미친다는 수많은 대법원 판례에 상반된다는 식의 주장은 위 법에서 말하는 적법한 상고 이유가 되지 못한다고 판시하였다.²¹⁾

(4) 판례란 재판의 이유 중에 표시된, ‘일반성’을 갖는 ‘법률적’ 판단이다. 판례란 원래 동일 내용의 판결이 반복을 통해서 이룩된 정형화된 재판관행이기 때문에,²²⁾ 판례는 장래에 다른 사건을 재판하는 때에 선례로 될만한 성질을 가지는 판단이 되지 않으면 안 된다. 그러므로 선례로 될 수 있기 위하여서는 그 판단이 다른 사건에도 적용될 수 있도록 일반성을 갖고 있어야 한다.

사실의 인정이나 위자료의 산정, 형사판결에 있어서 형의 양정 등의 판단은 그 이후의 다른 사건의 재판에 있어서 상당히 참고로 되는 수가 있기 때문에 넓은 의미에서의 선례라고 말할 수 없는 것은 아니겠지만, 이러한 것에 관해서는 그 전제로 되는 증거나 사실관계가 각 사건마다 다르고 각 그 사건에서의 구체적 상황, 조건을 무시하고서는 그 판단의 의미를 상실하기 때문에 다른 사건에 직접 적용할 수 있을만한 일반명제

21) 대법원 1979. 6. 26. 선고 79다691, 692 판결(미공간); 1982. 3. 9. 선고 81다897 판결.

22) 新井正男, 앞의 책, 5면.

의 형태로 바꾸는 것은 매우 어렵고 따라서 그러한 판단은 ‘판례’라고 할 수 없다.

(5) 법률적 ‘판단’은 재판의 이유 중에서 표시된 것이어야 한다. 따라서 판결문 중에 표시되지 않은 것은 판례가 아니다. 대법원의 판결문을 수록하고 있는 대법원판례집 또는 판례공보를 보면, 판결문의 앞머리에 판결 요지(syllabus, synopsis)가 게재되어 있으나 이는 판결원문의 일부가 아닐 뿐더러 이는 판결을 한 대법관이 작성하는 것이 아니라, 재판연구관 또는 법원 도서관의 심의관이 작성하는 것이고 그 작성취지가 판례공보 발간 및 대법원판결요지집의 발간을 위한 기초자료의 작성에 있는 것이다. 물론 그것이 대법원 판례를 찾아내는 데 있어서 중요한 색인적 가치가 있음은 충분히 인정된다고 할 것이다.

(6) 1회의 판결도 판례이다. 1회의 판결에서 표시된 법률적인 판단이라도 그것이 판례인 것은 변함이 없다.²³⁾ 판례법 국가인 영국, 미국뿐만 아니라 일본에 있어서도 이를 긍정하고 있다. 다만 이 경우에는 그러한 판례가 선례로서 얼마나 중요시되는지에 관해서 다툼이 있는 경우가 적지 않을 것이다.

또한, 우리의 「법원조직법」 제7조는 대법원의 심판권은 대법원 판사 3인 이상으로 구성된 부에서 사건을 심리하여 의견이 일치한 때에는 재판할 수 있다고 규정하고, 다만 종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 때에는 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 심판하도록 규정하고 있으므로 부(部)판결이라 하여 달리 볼 것은 아니다.

23) 윤일영, “판례의 기능”, 『민사판례연구 I』, 한국사법행정학회, 1979, 380면.

2. 판례의 구속력

판례가 그 후 동종의 사건에 대하여 어떠한 효력을 미치는가는 학문상 이른바 ‘선례로서의 구속력’이라는 문제로 논의되어 왔다.

판례가 ‘선례로서의 구속력’을 가진다는 것은 판결례에 표현된 법원칙이 그 후 제기된 동종의 소송사건에 있어서 사건해결의 기준으로 작용하는 힘을 가진다는 것이다. 우리나라에서는 대법원 판례에 관해서는 선례로서의 사실상 구속력을 인정하지만,²⁴⁾ 하급심 판례의 경우에는 선례로서의 구속력을 인정하지 않는 것으로 보인다.²⁵⁾

영국에 있어서 선례 구속의 법리는 보통법재판소(common law court)에서 장구한 세월에 거쳐서 서서히 확립된 것인데, 그 주요한 사상적 근거가 된 것은 보통법의 선명설(宣明說; declaratory theory)과 법적 안정의 사상이다. 보통법(common law)의 선명설에 의하면, 판결은 기존의 법을 단지 선명(宣明)하는 것뿐이며 기존의 법의 종국적 증거이기 때문에 이에 따르지 않으면 안 된다는 것이다. 선명설은 인간의 기억이 미치지 않는 먼 옛날부터 모든 사건에 적용하여 해결해 줄 수 있는 완전한 형태의 보통법이 재판관의 심중에 존재하고 있으며 선결례가 없는 사건에 대하여 재판관이 기존의 판결례를 유추하여 새로운 판결을 하는 경우에도 실은 그의 심중에 이미 존재하는 법을 선명한 것에 지나지 않는 것이라고 하면서 선결례가 없었다는 것은 다만 그 문제가 논점이 된 구체적 사건이 그 때까지 소송으로 제기된 일이 없었기 때문에 재판에 있어서 선명된 사실이 없었던 것뿐이라고 주장한다.²⁶⁾²⁷⁾

24) 위의 논문, 376면.

25) 최병조(1992), 앞의 책, 60-61면.

26) 서희원(1978), 앞의 책, 21-22면.

27) 선명설과는 반대로, 창조설(creative theory)은 이전의 유사한 사안에 대한 판결이 있는 경우에는 재판관이 그 같은 종전 판결을 존중해야 하지만 반드시 구속되는 것은 아니라고 하고 유사사안의 종전 판결은 설득적 권위(persuasive authority)로

우리나라는 성문법 국가이지만 「소액사건심판법」의 적용을 받는 사건이 아니더라도 대법원 판례에 반하는 하급심 판결은 상고될 경우 취소될 위험성이 있고 우리나라 현행법에 있어서 판례의 변경에 대해서는 상당한 제한(법원조직법 제7조 제1항 제3호)을 가하고 있기 때문에, 이러한 측면에서 대법원 판례가 사실상 큰 구속력을 가진다고 말할 수 있을 것이다.²⁸⁾ 판례가 구속력을 갖는 이유는 법적 안정성 및 평등의 요청 등으로 설명될 수 있는 것이다.²⁹⁾

판례의 선례로서의 구속력은 엄밀히 말하면 「민사소송법」에서 논의되는 개개의 판결의 기속력(羈束力)³⁰⁾과는 다른 개념이다. 판결의 기속력이란 일반적으로 판결이 일단 선고되어 성립되면, 판결을 한 법원 자신도 이에 구속되며, 스스로 판결을 철회하거나 변경하는 것이 허용되지 않는다는 것이다. 판결은 형식적 확정을 기다릴 필요 없이 선고와 동시에 이러한 효력이 생기는데(민사소송법 제205조), 우리나라에서는 기속력을 이처럼 판결을 선고한 법원이 그 판결을 철회·변경할 수 없는 효력을 지칭하는 것으로 이해하여 오고 있다. 이같이 일단 판결이 선고되어서 외부에 표현된 이상 자유로운 변경의 인정은 법적 안정성을 해치고, 넓게는 재판의 신뢰에도 악영향을 주기 때문에 기속력은 일반적으로 종국판결에 인정되는 효력이다.

또한 선례로서의 구속력은 확정된 종국 판결의 기판력(既判力)³¹⁾과도 다른 개념이다. 기판력이란, “확정된 종국 판결에 있어서 원고의 청구에 대한 판결내용(즉, 원고의 청구를 인용하거나 기각한 내용)은, 소송당사자인 원·피고와 법원을 규율하는 새로운 규준으로서의 구속력을 가지

인정될 뿐이라고 주장한다(新井正男, 앞의 책, 32면 참조).

28) 최병조(1992), 앞의 책, 62면.

29) 윤일영, 앞의 논문, 376면; 김운행, “판례의 형성과정”, 「민사판례연구 I」, 한국사법행정학회, 1979, 353면.

30) 이시윤, 「신민사소송법」 제3판, 박영사, 2006, 549-550면.

31) 위의 책, 554면.

며, 뒤에 동일사항(소송물)이 문제되면 당사자는 그에 반하여 되풀이하여 다투는 소송이 허용되지 아니하며(불가쟁의 효력), 원칙적으로 어느 법원도 다시 재심사하여 그와 모순·저촉되는 판단을 해서는 안 된다(불가반의 효력).”라는 것이다.

그러나 위와 같은 판결의 기속력이나 확정판결의 기판력이 모두 판결을 쉽게 변경할 수 없게 하고 일단 선고된 판결은 일관성을 유지하게 함으로써 넓게 보면 판례의 구속력을 인정하는 데 기여하고 있다고 말할 수 있을 것이다.

IV. 판례의 구성부분

1. 판례의 구성

(1) 구속력 있는 판례란 무엇인가

재판의 이유 중에서 표시된 판단의 모든 것이 진정한 의미에서의 판례인 것은 아니다. 그 중에서도 판례라고 부를 수 있는 판단부분, 이른바 판례로서 가치가 있는 부분, 즉 구속력을 갖는 부분을 위에서 본 바와 같이 영미법계 국가에서는 ‘ratio decidendi’³²⁾라고 부르고 그 이외의 판단부분을 ‘obiter dictum, 복수 dicta’라고 부른다. 우리나라에서는 이를 ‘판례’와 방론으로 부를 수 있는 것이다.³³⁾

(2) 구속력 있는 판례란 ‘논점’에 관한 판단이어야 한다.

구속력 있는 판례란 그 사건에 있어서의 법률상의 논점에 대하여

32) ratio decidendi는 라틴어로서 the reason for deciding을 의미한다. Kenneth R. Redden and Enid L. Veron, *Modern Legal Glossary*, MICHIE, 1980, 437면.

33) 이광범, “판례의 의미와 구속력에 관한 소고”, 『판례실무연구 VI』, 박영사, 2003, 243면.

행해진 판단이어야 하고 그 이외의 법적인 문제에 관하여 개진된 것은
방론에 불과하다고 생각한다.

이 법률상의 논점은 당사자의 상고이유에 의하여 제시되는 것이 보통
이나, 때로는 법원 스스로 직권으로 이를 채택하는 수도 있다(예컨대,
대법원이 파기자판하는 경우에 판시한 문제점은 명시적으로는 논점으
로 채택되어 있지 않더라도 묵시적인 일개의 논점으로 볼 수 있다).

그런데 논점이 진정한 논점이기 위해서는 만약 그 점에 관해서 원심
법원의 판단이 그릇된 것이라고 인정되면 필연적으로 원심재판이 파기
되는 것과 같이 결론에 직결되는 것이 아니면 안 된다. 따라서 민사사건
에 있어서는 일정한 권리의무의 존부, 형사사건에서는 일정한 범죄의
성부, 절차 규정에 관해서는 판결에 영향을 미치는 소송절차 위반에
관한 것이 될 것이다.

논점에 해당하는 것으로서는, 인정된 사실이 일정한 법조문에 해당하
는가 어떤가 하는 이른바 적용의 문제, 환언하면 법령해석의 문제가
통상이다. 그러나 그 이외에도 그 적용의 전제로 되는 법조문 자체의
유효·무효 내지 당해 사건의 사실관계에 도대체 그 법조문을 적용할
수 있는가의 문제도 일정한 법률적 효과의 요건에 관한 것이기 때문에
논점으로 될 수 있다고 할 것이다.

2. 결론명제와 일반적 법명제

논점에 관한 판단은 그 결론부분과 결론에 이른 이유부분으로 나눌
수 있다. 문제는 이 두 개의 부분 중에서 어느 것이 판례로 구속력을
가지는가인데, 이 점에 관해서는 견해가 나누어져 있고 이것이 영미법
국가에서 “무엇이 판례인가” 하는 연구에 있어서 중심을 이루고 있다.

가. 결론명제

우선 결론부분이란, 재판에서 부각된 논점에 대응하여 예컨대 “『이자 제한법』 소정 이율을 초과한 이자를 임의로 지급한 경우에는 그 이자의 지급을 무효라고 하여 다시 그 반환을 청구할 수는 없다.”³⁴⁾라든가 “『형법』 제241조의 간통죄는 『헌법』 제11조 제1항에 위반한다고 볼 수 없다.”라고 하는 하나의 명제 형태로 표시된다. 이것을 ‘결론명제(結論命題)’라고 부른다.³⁵⁾ 그런데 결론명제 중에서, 위와 같이 법리를 선언하거나 어느 법령 자체의 유효·무효를 밝히는 명제 등은 그것 자체로서 일반성을 갖기 때문에 판례로 보는 데에는 아무런 문제가 없고 여타의 사건에도 그대로 적용할 수 있는 것이다.

그러나 결론명제의 대부분은 그러한 단순한 형태의 명제가 아니라 당해 사건의 구체적 사실을 토대로 하여 그 법률적 효과를 실시하는 형태를 취하고 있는 것이다. 그리고 이 같이 당해 사건의 구체적 사실을 전제로 하여 그 법률적 효과를 실시하는 형태의 결론명제의 경우에는 다소 문제가 있다. 왜냐하면 그 같은 구체적인 사실은 말할 것도 없이 사건마다 다르고 동일한 것이 전혀 없다고 해도 과언이 아니다. 따라서 당해 사건의 여러 가지 구체적 사실관계를 전제로 한 결론명제는 그 자체로서는 여타의 사건에 그대로 적용할 수 없는 것이므로 이를 판례라고 해 보았자 의미가 적은 것이다.

그런데 결론명제의 전제사실 중에는 그 법률적인 결론에 있어서 전혀 의미가 없는 사실이 상당히 포함되어 있으니 사람 이름, 장소, 시간

34) 대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카422, 423 판결; 1994. 8. 26. 선고 94다20952 판결. 이들은 과거 이자제한법이 시행되었던 때의 판례이다. 최근에 이르러, 대법원 전원합의체 판결(2007. 2. 15. 선고 2004다50426)은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효인 부분의 이자 약정을 원인으로 차주가 대주에게 임의로 지급한 이자의 반환을 청구할 수 있다고 판시하였다.

35) 中野次雄編, 『判例と その読みち』, 有斐閣, 1999, 39면.

등이 그 예이다. 그러나 사실 중에서 그것이 여타의 사실과 교체되어도 결론에 별 영향이 없는 사실을 그 사건의 구체적 사실로부터 제거해 버리고 결론에 있어서 의미를 갖는 사실만을 남겨 놓으면 그 명제는 어느 정도 추상적인 내용을 갖는 것으로 되어 동종의 다른 사건에 적용할 수 있는 경우가 있다.

이와 같이 구체적인 사실을 추상화하여 나아간 결과 남은 사실, 즉 그것이 있고 없고에 따라서 결론에 변화를 주는 사실을 주요 사실(material facts)이라고 부른다. 그래서 이러한 중요한 사실이 많으면 많을 수록 그 명제의 사정거리(射程距離), 즉 적용되는 범위는 좁아지고 그 사실이 적으면 그만큼 그 범위는 넓어지는 관계에 선다. 자연히 결론명제가 단순히 법리를 선언하는 경우에는 그 적용범위가 넓어지는 것이다.

그러면 무엇이 중요한 사실인가를 결정하는 사람은 누구인가? 그것은 결론을 이끌어낸 법원 자신이라고 보는 것이 당연한 것처럼 보인다. 왜냐하면 그 결론은 많은 기초사실 중에서 중요 사실에 터잡아서 얻어지는 셈이기 때문이다. 그렇지만 좀 더 자세히 검토해 보면, 법원은 그 인정한 모든 사실을 근거로 하여 그 결론에 도달하는 것이고 반드시 중요 사실을 의식적으로 선별하여 그에 터잡아 결론을 도출하는 것은 아니라고 생각한다. 예를 들면, 예금주(預金主)의 대리인이라고 주장하는 자가 예금주의 통장과 인감을 소지하고 예금반환 청구를 한 경우, 은행이 예금청구서에 나타난 인영과 비밀번호를 신고된 것과 대조 확인하는 외에 주민등록증을 통하여 예금주와 청구인의 호주가 동일인이라는 점까지 확인하여 예금을 지급하였다면 이는 채권의 준점유자에 대한 선의이며 과실 없는 변제로서 유효하다고 한 판결³⁶⁾에 있어서, 대법원 판결(2004다5389)이 주요 사실로서 명시하지 아니한 “만기 도래 후에 예탁원리금 10,098,582원의 지급을 청구한 것이라는 사실”은 중요 사실

36) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2004다5389 판결.

이 아니라고 도외시해도 되는 것인가?

위 사건에 있어서의 항소심 법원은 대법원 1999. 12. 10. 선고 99다38644 판결(미공간)을 인용하였는데,³⁷⁾ 인용판결인 99다38644 판결은 16억 원이 넘는 거액의 정기예금을 증도에 전부 해약하고 반환을 구하는 경우에 그 청구자가 예금주 본인이 아님을 신용금고가 알면서도 예금주에 대하여 아무런 확인도 없이 원리금 전부를 반환한 사안에서 신용금고가 약의·과실 있는 변제를 한 경우에 해당한다고 보았던 것이다.

그런데 위 2004다5389 판결은 인용 대법원 판결에 대하여 언급함이 없이 은행이 예금청구서에 나타난 인영과 비밀번호를 신고된 것과 대조 확인하는 외에 주민등록증을 통하여 예금주와 청구인의 호주가 동일인이라는 점까지 확인하였다면 선의이며 과실 없는 변제에 해당한다고 본 것이나, 동 사건에서 인출한 예금액수가 10,098,582원에 불과하였고 증도해지가 아니라 만기도래 후의 예금인출이라는 사실이 판결문을 작성한 법관에게 있어서 중요 사실로 인식되었을 가능성이 있었다고 볼 여지가 있다고 생각된다.

결국 무엇이 중요한 사실인가는 제3자적 입장에서 객관적으로 판정하지 않으면 안 된다고 볼 것이다. 실제로는, 그 판정자는 판례를 당면의 소송사건에 적용할지 여부를 결정해야 하는 상황에 처해 있는 법관(또는 법원)이 된다고 할 것이다.

나. 일반적 범명제

다음으로 이유부분을 살펴보면, 이유부분 중에는 당해 사건에 국한되는 설명에 불과한 부분이 상당히 있고 이것은 선례로서 의미가 없는 경우가 적지 않다. 또 이유명제 중에는 당해 사건에서의 결론을 추상화한 결론명제와 내용에 있어서 일치하는 것도 있으나, 일반적으로 이유명제

37) 이균용, “채권자의 대리인이라고 사칭하면서 채권을 행사하는 사람과 채권의 준점유자”, 『대법원 판례해설』, 제49호, 2004, 107면.

의 경우에는 보다 일반화되어 있기 때문에 그 적용범위가 훨씬 넓고 많은 경우를 망라한 포괄성, 완결성을 구비하고 있는 것이다. 그 결과 자연히 그 사건의 논점 해결에 있어서 필요하지 않은 판단도 포함하게 된다는 점에 유의할 필요가 있다.

다. 일본에서의 논의 내용

일본에서는 판례연구의 양과 방법에 있어서 다양한 내용을 축적해 오고 있는데, 아래에서는 판결에 나타난 ‘결론명제’와 ‘일반적 이유 범명제’에 관한 일본에서의 논의를 소개해 보고자 한다.

판결문 중에 나타난 일반적 범명제(一般的 法命題)를 판례로 볼 것인가에 관하여 견해의 대립이 있다. 이를 긍정하는 견해에 의하면, 일반적 범명제가 많은 적든 사건의 사실관계에 대한 판단을 초월하는 법해석을 포함하고 있는 점을 인정한 뒤에, 이러한 일반적 범명제는 “사실관계에 대한 법률판단을 보다 넓은 틀에서 규제하는 것으로서 재판 결론을 방향지우는 역할을 하는 것”이므로 이 또한 “主論(엄밀한 의미에서 판례)”이라고 보아야 한다는 것이다. 이 견해는 요컨대, 일반적 범명제가 결론명제보다도 널리 적용되는 내용을 갖고 있다는 점에 착안하여 이것도 구속력 있는 판례로 본다면 최고법원이 하급법원에 대하여 광범위한 지도력을 발휘할 수 있다는 입장이다. 이러한 견해를 지지하는 입장에서는, 사건이 법원 밖에서 해결되는 것을 규율하기 위해서는 어느 정도 일반적 범명제를 확립할 필요가 있고 일반범명제를 판례라고 말할 수 있다고 한다.

그러나 부정설의 입장에서는 다음과 같이 비판한다. 최고법원이라고 하여도 재판이라는 면에서는, 수리된 개개의 사건을 재판하는 것 이상의 아무런 권한도 갖고 있지 않다. 최고법원에 속하는 법령해석의 통일기능이라는 것도 개개 사건의 재판을 통하여 사후적으로 발휘되는 것이지 사전에 일반적으로 통일을 도모하려는 것은 아니다. 요컨대, 사전(事前)

의 통첩(通牒) 등에 의하여 각 법관에 대하여 “이 조문은 이와 같이 해석되어야 한다.”는 일반적인 지시를 한다고 하면 이는 헌법과 법률에만 구속되어야 하는 법관의 법해석의 권한을 침범하고 법관의 독립을 해치는 것이 될 것임은 의심의 여지가 없다. 그런데도 일반적 범명제를 판례라고 해석한다면, 판례가 갖는 구속력을 감안할 때 실제로는 위와 같은 일반적 지시를 인정하는 것과 다름이 없게 된다고 비난한다. 판례의 형식을 빌려 입법(立法)을 한다는 비판 역시 바로 이 점을 지적하는 것으로 볼 수 있다.³⁸⁾

또한 부정설 중에는 법관의 판단이 갖는 특질이라는 면에서 보아도 이유로 제시된 일반적 범명제에 대하여 결론명제와 같은 가치와 권위를 인정하는 것은 의문이라는 견해도 있다. 이 견해에 따르면, “법관의 판단에는 일종의 직관적 판단(直觀的 判斷)이 중요한 역할을 한다는 것과, 법관의 판단은 어디까지나 자신에게 할당된 구체적 사건의 처리(재판)에 향하여져 있다는 점이 중요하다. 법관의 직관적 판단 중에는 먼저 결론에 이르는 논리과정이 경험 있는 법관에 있어서의 의식의 표면하에서 일순간에 행하여져 결론이 미리 의식되는 판단형태가 있다. 이러한 형태에서는 논리적인 추론(推論)이 행하여지기는 하나 그것은 당해 법관에게는 의식되지 않은 채 결론만이 의식의 표면으로 나타나는 것이다. 즉, 법관이 갖고 있는 법적 직관(法的 直觀)이라고 할 수 있는 것이 법률적 판단의 결론을 최종적으로 좌우한다는 것이다. 이 법적 직관은 그 법관의 법률적 소양을 기반으로 하여 오랜 세월에 걸친 실무경험, 즉 최상급법원의 판례를 비롯하여 무수한 선례를 조사하고, 그것을 염두에 둔 채 다수의 구체적인 사례에 대하여 법률적 판단을 내린 재판의 경험이 더하여 법관으로서의 법적인 사고방식, 즉 법관적 법감각(法官的 法感覺)이라고 부를 만한 것이 형성되며, 이는 보통사람의 일반상식

38) 이광범, 앞의 논문, 249-250면; 中野次雄編, 앞의 책, 55-56면.

등과는 다른 법적인 감각이라고 할 수 있다. 이와 같은 법감각이 법률적 문제의 판단에 있어서 법관의 결론을 좌우하게 된다. 물론 법관은 어느 법률적 문제에 당면한 경우 직관적 판단에 의하여 일정한 결론이 옳다고 일응 생각하는 경우에도, 그것이 옳다는 것을 확실히 하기 위하여 학설을 참조하여 논리적으로 그것을 자기검증하여 최종적인 결론을 도출하는 경우가 많고, 때로는 결론을 유보한 채 판례·학설을 조사한 후 결론을 얻는 경우도 있지만, 그 어느 경우이든 최종적으로 법관의 법률적 판단을 결정지우는 것은 역시 법적 직관 내지 법관의 법감각이라고 할 수 있다. 그런데 이와 같은 법감각은 성질상 그 법률문제의 결론에만 표현될 수 있는 것이고, 이유에는 미치지 않는 것이라고 할 수 있다.

이에 비하여 그 이유부분(理由部分)은, 그 결론이 옳바르다는 점을 설득하기 위하여 쓰여진 것으로 그것은 결론결정에 이르기까지의 판단 과정에 있어서의 이론적 고찰에 의하여 나타난 것으로, 이는 법관의 법감각의 소산이라기보다는 오히려 학자로서 학문적 사고의 분야에 속하는 일에 가깝다고 볼 수 있다. 반드시 학자일 것이 요구되지 않는 법관이 이유 중에서 인용하는 일반적 법명제에 대하여 결론명제에 비하여 그 권위를 인정하지 않는 것은 당연하다고 할 수 있다. 더구나 개개의 재판사건의 처리를 담당하는 법관의 심리는, 그 사건에 있어서 법적 판단의 결론을 어떻게 논증하느냐가 관심사이고, 그것이 논증된다면 그것으로 족한 것이다. 여기서 인용된 일반 법명제가 다른 경우에도 타당한지 아닌지까지 일일이 생각하기를 바라는 것은 무리이고, 사실 그 법명제가 적용되는 모든 사례를 미리 예측한다는 것은 불가능하기도 하다. 이러한 점에서 보아도 일반적 법명제에 판례로서의 가치와 권위를 인정하는 것은 문제가 있다.”고 한다.³⁹⁾

39) 위의 논문, 250-251면; 위의 책, 57-58면.

V. 대법원 판결이 ‘판례’로 취급한 실례

무엇이 ‘판례’인가에 관하여 학자나 실무가의 견해에 있어서 차이가 있을 수 있다. 그러나 현실문제로서는 대법원이 스스로 ‘판례’라고 생각하는 것이 ‘판례’로서 기능하는 것이다.

특정의 재판례가 ‘판례’인가 아닌가가 문제로 되면 그것은 최종적으로 대법원이 결정하게 된다. 따라서 대법원이 무엇을 판례로서 취급하여 오고 있는가를 아는 것은 대단히 중요하다.

그런데 대법원은 이제까지 무엇이 판례인가에 관해서 일반적인 형태로서 스스로의 입장을 명백히 밝힌 적은 없다. 따라서 이 글에서는 대법원의 판결례 중에서 구체적 사건에 있어서 ‘판례’라고 실시한 부분이 있는 판결례를 소개해 보고자 한다.

1. 판례를 인용하여 ‘판례 위반’의 주장에 대하여 판단한 경우

인용된 판결례가 판례로서 취급되고 있음을 분명히 밝히고 있는 경우이다. 이 경우 대법원은 ‘당원의 판례’라는 표현을 사용하는데 그 구체적 인 모습은 아래와 같다.

가. 구체적 사례

(1) 예컨대 대법원 1977. 9. 28. 선고 77다1137 전원합의체 판결은, “…… 2. 당원은 근로자가 장차 받게 될 퇴직금의 피전부 적격 여부에 관하여 ‘사용자가 근로자에게 지급하는 퇴직금은 근로자의 근로제공에 대한 미지급 임금이 축적된 것이 그 재원이 된 것으로서 본질적으로는 후불적 임금의 성질을 지닌 것이라 할 것이고 퇴직금은 근로자가 사망 또는 퇴직한 때에 근로자에게 지급되는 것이기는 하나 『근로기준법』, 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등에서 미리 그 지급조건이 명확히 되어

있어 그의 권리성이 부여되어 있고 근로자의 사망 또는 퇴직시에 지급될 것이 확실시되는 것이므로 근로자의 사망 또는 퇴직 전의 퇴직금 급여 청구권을 추상적인 청구권에 불과한 것이라고 볼 수 없는 것이라 할 것이니 퇴직금 급여 청구권도 피전부 적격이 있는 것'이라 단정하여 후불적 임금의 성질인 퇴직금 청구권이 그 지급기의 도래 전에도 「민사소송법」 제579조 제4항이 제한 내에서 피전부 적격이 있다고 판시한 바 있다(당원 1975. 7. 22. 선고 74다1840 판결 참조). 돌이켜 이 사건을 보건대, 피고 산하 교육공무원에 지급하는 봉급은 교육공무원 보수 규정에 미리 그 지급조건이 명확히 되어 있음은 당원에 현저한 바이며, 따라서 그 교육공무원이 제공하는 근로기간의 경과에 따라 봉급의 지급이 확실시된다 할 것이므로 장래에 받을 봉급을 확실성이 유동적인 추상적 권리라 하여 피전부 적격이 없다는 원판시는 위 당원 판례에 상반되는 판단을 하여 판결에 영향을 미쳤다 할 것이니 이는 「소액사건심판법」 제3조 제2호에 해당되는 경우라 할 것이다.”라고 판시하였다.

(2) 대법원 1982. 7. 27. 선고 82다173 판결은 “…… 행정처분 무효확인 소송은 …… 행정처분 취소의 소와 기본적으로 동질의 소송유형에 속하여 그에 준하는 성질을 가지는 것이라 할 것이므로 행정처분의 무효확인 판결이 비록 형식상은 확인판결이라 하여도 그 무효확인 판결의 효력은 그 취소 판결과 같이 소송의 당사자는 물론 제3자에게도 미치는 것이라고 함이 상당하며 이는 당원의 판례이기도 하다(1980. 8. 26. 선고 79다1866 판결 참조). 따라서 본 건에 있어서 …… 소외 대한민국이 원고 소유인 그 판시 (1) 내지 (7) 토지를 귀속재산으로 오인하여 귀속재산인 판시 (8) 토지와 함께 소외 재단법인 동은학원에게 불하한 소외 대한민국의 불하처분에 관하여 원고가 소외 대한민국을 피고로 하여 제기한 무효확인 소송에서 위 토지들 전부에 대한 불하처분이 무효임을 확인하는 취지의 판결이 선고되어 확정되었다면, 그 판결의 효력은 위 소송당사

자인 소외 대한민국은 물론 불하처분의 상대방인 위 소외 법인과 그로부터 위 토지들을 매수한 소외 망 김현철 …… 에 대하여도 미치는 것이므로 피고들은 위 판결의 취지에 반하는 권리주장을 할 수 없게 되었다고 할 것이다. 그렇다면 원심이 행정처분 무효확인 판결은 제3자에게 효력이 미치지 않는 것으로 보고 그러한 견지에 서서 귀속재산인 원심 판시 (8) 토지는 …… 이를 매수한 소외 망 김현철의 소유가 되었고 따라서 동인은 이 토지와 …… 합동 환지되었다가 분할되어 나온 본건 토지에 대해서도 …… 공유지분을 갖게 되었다고 판시한 것은 위의 당원 판례와 상반되는 판단이라 할 것”이라고 판시하였다.

(3) 대법원 1996. 12. 6. 선고 96다26671 판결은, “이 사건은 『소액사건 심판법』(이하 “법”이라 한다) 소정의 소액사건으로서 이 사건과 같은 소액사건의 상고이유가 되는 법 제3조 제2호에서 말하는 대법원 판례에 상반되는 판단을 한 때라 함은 구체적인 당해 사건에 적용할 법령의 해석에 관해서 대법원이 내린 판단과 상반되는 해석을 한 경우를 말하는 것이다(대법원 1982. 12. 28. 선고 82다504 판결, 1987. 9. 8. 선고 87다180 판결 각 참조).

그런데 이 사건 원고와 같은 노동조합 전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만, 휴직 상태에 있는 근로자와 유사하여 근로계약상의 근로를 하지 않을 수 있는 지위에 있다고 할 것이고(대법원 1995. 4. 11. 선고 94다58087 판결, 1995. 11. 10. 선고 94다54566 판결 각 참조), 한편 상고이유에서 들고 있는 대법원 판례는 근로계약상의 근로제공의무를 부담하는 근로자의 경우에 관한 무노동 무임금의 원칙을 선언한 것이므로, 이는 근로제공의 무가 없는 노동조합 전임자인 원고에 관한 이 사건에 직접 적용할 선례라고 할 수 없다. 따라서 원심판결에 판례위반의 위법이 있다는 상고이유는 결국 원심판결이 판례가 선언한 법령해석에 반하는 판단이라기보다는

단순한 법리오해로 인한 법령위반에 해당한다는 취지에 지나지 아니하는 것이므로 이는 적법한 상고이유가 되지 아니한다.”고 판시하였다.

2. 종전의 판례를 변경한 경우

가. 구체적 사례

(1) 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체 판결(소유권 이전등기 청구사건)은, “…… 점유자가 점유개시 당시에 소유권 취득의 원인이 될 수 있는 법률행위 기타 법률요건이 없이 그와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 타인 소유의 부동산을 무단 점유한 것임이 입증된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 점유자는 타인의 소유권을 배척하고 점유할 의사를 갖고 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이로써 소유의 의사가 있는 점유라는 추정은 깨어졌다고 할 것이다. 따라서 종래 이와 달리 점유자가 타인 소유의 토지를 무단으로 점유하여 왔다면 특별한 사정이 없는 한 권원의 성질상 자주점유에 해당한다는 취지의 판례(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다43654 판결; 1994. 4. 29. 선고 93다18327, 18334 판결; 1994. 10. 21. 선고 94다17475 판결; 1996. 1. 26. 선고 95다863, 870 판결 등)와 지방자치단체가 도로로 편입시킨 토지에 관하여 공공용 재산으로서의 취득절차를 밟지 않은 채 이를 알면서 점유하였다고 인정된 사안에서 지방자치단체의 위 토지 점유가 자주점유의 추정이 반복되어 타주점유가 된다고 볼 수 없다는 취지의 판례(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다6139 판결 등)의 견해는 모두 변경하기로 한다.”고 판시하였다.

(2) 대법원 1998. 2. 19. 선고 95다52710 전원합의체 판결(종중대표자 확인 청구사건)은, “…… 법인 대표자의 대표권이 소멸된 경우에도 그 통지가 있을 때까지는 다른 특별한 사정이 없는 한 소송절차상으로는 그 대표권이 소멸되지 아니한 것으로 보아야 하므로, 대표권 소멸 사실의 통지가 없는

상태에서 구대표자가 한 소 취하는 유효하고, 상대방이 그 대표권 소멸사실을 알고 있다고 하여 이를 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1967. 11. 28. 선고 66누174 판결, 1968. 12. 17. 선고 68다1629 판결 …… 각 참조).

위 견해와 달리 『민사소송법』 제60조, 제59조의 규정은 상대방이 한 소송행위에 대하여만 적용되고, 이미 대표권이 상실된 사람의 법원에 대한 단독행위인 소 취하에 대하여는 적용되지 아니하므로, 소 취하서를 법원에 제출하기 전에 소 취하서를 작성한 사람이 그 대표권을 상실한 이상 그 소 취하는 효력이 없다고 판시한 바가 있는 대법원 1967. 7. 4. 선고 67다791 판결의 견해는 이를 폐기하기로 한다.”고 판시하였다.⁴⁰⁾

(3) 또한, 대법원 1999. 8. 19. 선고 99다23383 전원합의체 판결(수표금 청구사건)은, “…… 수표면의 기재 자체로 보아 국내수표로 인정되는 경우에 있어서는 발행지의 기재는 별다른 의미가 없는 것이고, 발행지의 기재가 없는 수표도 완전한 수표와 마찬가지로 유통·결제되고 있는 거래의 실정 등에 비추어, 그 수표면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 수표로 볼 수는 없다고 할 것이다. 따라서 발행지의 기재가 없는 수표는 효력이 없다는 취지의 대법원 1968. 9. 24. 선고 68다1516 판결 …… 등은 위 법리와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다.”고 판시하였다.

3. 설득적 근거로서 판례를 인용한 경우

가. ‘판례’라는 점을 명백히 한 사례

판결문상 ‘당원의 판례로 하는 견해’라든가 ‘당원의 판례’ 또는 ‘대법

40) 이 외에도 종전 판례변경의 경우에 있어서 “…… 위와 다른 견해를 취하는 대법원 ○년 ○월 ○일 선고 ○○○ 판결은 이를 변경하기로 한다.”라는 표현을 사용한 예도 있다. 대법원 1997. 12. 16. 선고 95다37421 전원합의체 판결; 1998. 4. 23. 선고 97다 19403 전원합의체 판결; 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결 참조.

원의 확립된 견해’라는 표현을 사용하고 있는데 그 구체적인 모습은 아래에서 보는 바와 같다.

(1) 대법원 1982. 12. 14. 선고 82다카413 판결은, “…… 처분문서인 을 제3호증(근저당설정계약서)은 그 성립의 진정함이 인정되는 이상, 법원은 반증이 없는 한 그 기재 내용에 의하여 그 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 특별한 합리적 이유 없이는 이를 배척할 수 없다 함이 당원의 판례로 하는 견해인바(당원 1982. 7. 27. 선고 81다카 1117 판결 참조), 을 제3호증의 기재 내용을 문언에 좇아 살펴보면, 원고는 피고에 대한 위 차용금 채무뿐 아니라 원고가 피고에 대하여 현재 또는 장래 부담하게 될 보증채무를 포함한 모든 채무를 담보하기 위하여, 이 사건 부동산에 채권 최고액 금 8,000,000원의 근저당권을 설정한다는 취지임이 명백하고 …… 달리 해석하여야 할 특별한 사유를 찾아보기 어려우므로, 원심이 …… 이 사건 근저당의 피담보 채무는 원고의 …… 위 차용금 채무에 국한한다고 단정하였음은 처분문서의 해석을 잘못하여 증거판단을 그릇한 위법이 있다.”라고 판시하였다.

(2) 대법원 1996. 12. 10. 선고 95다24364 판결은, “…… 부진정연대채무자 상호간에 있어서 채권의 목적을 달성시키는 변제와 같은 사유는 채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 발생하나, 그 밖의 사유는 상대적 효력을 발생하는 데에 그치는 것으로서 연대채무에 관한 민법 제418조 제1항은 부진정연대채무에는 적용되지 않으므로, 부진정연대채무자 중의 1인이 채권자에 대한 반대채권으로 채무를 대등액에서 상계하더라도 그 상계로 인한 채무소멸의 효력은 다른 부진정연대채무자에게 미치지 않는다는 것이 당원의 판례이다.(당원 1989. 3. 28. 선고 88다카4994 판결 참조)”라고 판시하였다.

(3) 대법원 1996. 12. 6. 선고 95누11184 판결은, 신고납세 방식의 관세의 처분성의 유무에 관하여, “…… 신고납세 방식의 조세에 있어서 과세 관청이 납세의무자의 신고에 따라 세액을 수령하는 것은 사실행위에 불과할 뿐 이를 확인적 부과처분으로 볼 수 없다는 것이 대법원의 확립된 견해(대법원 1990. 2. 27. 선고 88누1837 판결 참조)이므로, 원심이 같은 취지에서 원고가 1994. 1. 5. 신고·납부한 이 사건 관세에 대하여는 피고의 부과처분이 있었다고 할 수 없어 그 부과처분의 존재를 전제로 그 취소를 구하는 부분의 소가 부적법하다고 판단한 것은 정당”하다고 판시하였다.

나. 법적 판단의 말미의 괄호 안에 판결례를 인용하고 있는 사례

(1) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96다33433, 33440 판결(소유권 이전등기·통행권 확인 사건)은, 주위토지 통행권 범위의 결정 기준 및 이를 정함에 있어서 장래의 이용상황까지를 고려해야 하는지에 관하여, “주위토지 통행권의 범위는 통행권을 가진 자에게 필요한 뿐 아니라 이로 인한 주위토지 소유자의 손해가 가장 적은 장소와 방법의 범위 내에서 인정되어야 하며, 그 범위는 결국 사회통념에 비추어 쌍방 토지의 지형적, 위치적 형상 및 이용관계, 부근의 지리상황, 상린지 이용자의 이해득실 기타 제반 사정을 참작한 뒤 구체적 사례에 응하여 판단하여야 하는 것인바, 통상적으로는 사람이 주택에 출입하여 다소의 물건을 공로로 운반하는 등의 일상생활을 영위하는 데 필요한 범위의 노폭까지 인정된다고 할 것이고, 또 현재의 토지의 용법에 따른 이용의 범위에서 인정되는 것이지 더 나아가 장차의 이용상황까지 미리 대비하여 통행로를 정할 것은 아니다(대법원 1992. 4. 24. 선고 91다32251 판결, 1994. 10. 21. 선고 94다16076 판결, 1995. 2. 3. 선고 94다50656 판결 등 참조). ……”라고 판시하고, 위 요지 소유자에게 장래 그 토지에 건축할 것에 대비하여 건축허가에 필요한 노폭의 통행료를 미리 보장하고 이를 주위

토지 소유자로 하여금 수인하도록 하는 것까지를 그 내용으로 하는 것은 아니라는 이유로 피고의 주장을 배척한 원심의 판단은 정당하다고 판단하였다.

위와 같이 법적 판단의 말미의 괄호 안에 판결례를 인용하고 끝에 참조라고 기재한 경우에는 그 판결례는 ‘판례’로서 인용되고 있는 것으로 볼 것이다.

VI. 결론명제와 일반적 법명제의 해당 사례

1. 결론명제를 판례로서 인정한 경우

대법원 판결이 명백히 ‘판례’로 취급한 사례 중에서 이른바 결론명제에 해당하는 경우를 소개해 보기로 한다.

가. 구체적 사례

(1) 대법원 1983. 2. 22. 선고 81다643 판결(건물철거·토지인도 사건)은, “…… 당원이 판례로 삼은 관습상의 법정지상권에 관한 법리는 토지와 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 토지 또는 건물이 매각 또는 기타의 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 될 때에 특히 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 이상, 건물 소유자는 토지 소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습상의 법정 지상권을 취득한다는 것을 내용으로 하고 있는바(1966. 2. 22. 선고 65다2223 판결 참조) 원심의 확정한 사실에 의하면, 이 사건 토지는 원래 소외 유승호의 소유인데 소외 김옥배가 매수하고 그로부터 피고가 구 「민법」 시행 당시인 1958년 10월 15일 매수하여 그 무렵 이 사건 건물을 지어 소유하면서 이 사건 토지에 대한 소유권 이전등기를 경료하지 아니하고 있던 중 원고가 1974년 10월 19일

이 사건 토지를 위 유승호로부터 매수하여 소유권 이전등기를 경료하였다는 것으로서 피고는 이 사건 토지를 구 「민법」 시행 당시에 매수하였다 하더라도 1965년 12월 31일까지 그 소유권 이전등기를 마치지 아니하였으니 원고가 위 유승호로부터 이 사건 토지를 매수하여 그 소유권 이전등기를 경료할 당시 피고는 이미 위 토지에 대한 소유권을 상실하여 토지와 건물의 소유권이 동일인에게 귀속되지 아니한 상태에 있었으므로 관습상의 법정지상권을 취득할 수 없는 법리라 할 것”이라고 판시하였다.

위 판결에서 관습상의 법정지상권에 관한 명제는 건물철거를 구하는 당해 사건의 해결을 위해서 불가결한 논점에 관하여 결론명제로서 판시되고 있는 것이다.

(2) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96다38216 판결(임차보증금반환 청구사건)은, “…… 주택의 임차인이 제3자에 대한 대항력을 갖춘 후 임차주택의 소유권이 양도되어 그 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 경우에는, 임대차보증금의 반환채무도 부동산의 소유권과 결합하여 일체로서 이전하는 것이므로 양도인의 임대인으로서의 지위나 보증금반환채무는 소멸하는 것이고(당원 1996. 2. 27. 선고 95다35616 판결 등 참조), 대항력을 갖춘 임차인이 양수인이 된 경우라고 하여 달리 볼 이유가 없으므로, 대항력을 갖춘 임차인이 당해 주택을 양수한 때에도 임대인의 보증금반환채무는 소멸하고 양수인인 임차인이 임대인의 자신에 대한 보증금반환채무를 인수하게 되어, 결국 임차인의 보증금반환채권은 혼동으로 인하여 소멸하게 되는 것이며, 임차주택의 양도로 인하여 임대인의 보증금반환채무가 소멸하는 것을 가리켜 특별한 사정이 없는 한 임대인이 부당이득을 한 것이라고 할 수는 없는 것이다.”라고 판시하였다.

위 판시부분은 당해 사건의 해결을 위하여 불가결한 논점인 대항력을 갖춘 주택임차인이 당해 주택을 양수한 경우에 임대인의 보증금반환채무가 소멸되는지에 관하여 결론명제로서 판시한 것으로 볼 것이다.

(3) 대법원 1994. 8. 26. 선고 94다20952 판결(부당이득금 청구사건)은, “…… 『이자제한법』 소정 이율을 초과한 이자를 임의로 지급한 경우에 그 이자의 지급을 무효라고 하여 다시 그 반환을 청구할 수 있는 것이 아니므로(대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카422, 423 판결 참조), 설사 원심이 『이자제한법』 소정 이율을 초과하여 그 이자의 일부를 계산하였다 하여도, 원심판결이 적법하게 인정하고 있는 바와 같이 원고가 그 청구금원을 이자로 지급하였음이 분명한 이상 그 초과부분의 반환을 구할 수 있는 것이 아니다.”라고 판시하였다.⁴¹⁾

위 부분은, 논점인 구 『이자제한법』(폐지됨) 소정 이율을 초과한 이자를 임의 지급한 경우 그 반환을 청구할 수 있는지에 관하여 결론명제로서 판시한 것으로 볼 것이다.

2. 일반적 범명제를 판례로 인정한 경우

가. 구체적 사례

(1) 대법원 1996. 5. 10. 선고 95다12217 판결(추심으로 인한 소유권 이전등기사건)은, “…… 민법상의 신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의상실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 공여하였다

41) 대법원은, 이자제한법이 폐지된 이후에 금전소비대차계약과 함께 고율의 이자약정을 한 사건에 있어서, 대주(貸主)가 사회 통념상 허용되는 한도를 초과하는 이율의 이자를 약정하여 지급 받은 것은 그의 우월한 지위를 이용하여 부당한 이익을 얻고 차주에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 지우는 것으로서 그 불법의 원인이 수익자인 대주에게만 있거나 또는 적어도 대주의 불법성이 차주의 불법성에 반하여 현저히 크다고 할 것이어서 그 이자의 반환을 청구할 수 있다고 판시하였다. 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결.

거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다고 할 것이다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91다3802 판결; 1993. 6. 11. 선고 92다42330 판결 각 참조)”라고 판시하였다.

위 사건에서, (갑)회사는 피고로부터 근로자용 아파트 건립을 위한 토지를 매수하는 계약을 체결하고 매매대금을 완불하였는데 (갑)회사가 위 토지 위에 시설물을 건축하여 준공검사필증을 교부하여야만 피고는 (갑)회사에게 위 토지에 관한 소유권이전등기를 해 주기로 약정한 것이다. 한편 원고는 (갑)회사에 대한 채권압류 및 추심명령을 받아 위 추심명령에 기하여 피고에 대하여 (갑)회사 앞으로의 소유권이전등기를 구하였다.

피고가 준공검사필증을 제공하여야 하는 선이행의무의 불이행을 들어서 원고의 청구가 부당하다고 항변하였으나, 항소심 법원은 5년 이상 경과하도록 착공을 독촉하거나 계약해지나 환수조치를 취하지 않은 피고가 이제 와서 제기한 위 항변을 받아들이는 것은 정의와 형평에 반한다고 하여 피고의 항변을 배척하였던 것이다. 이에 대하여 대법원은 결론을 도출하기 위한 이유 중에서 민법상의 신의성실의 원칙에 관하여 위와 같은 내용을 일반적 법명제로 설시한 것이다.

(2) 대법원 1996. 5. 28. 선고 96다9621 판결(손해배상 청구 사건임)은, “…… 원래 민사재판에 있어서는 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것이 아니라고 하더라도 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유력한 증거자료가 되므로 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사재판의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다고 할 것인바(당원 1991. 1. 29. 선고 90다11028 판결, 1992. 5. 22. 선고 91다37690 판결, 1993. 1. 15. 선고 92다31453 판결, 1995. 1. 12.

선고 94다39215 판결 등 참조)”라고 판시하였다.

위 사건에 있어서는 원고가 피고의 구타행위로 말미암아 요추 제1번 압박골절상 등의 상해를 입고 이로 인하여 원고의 노동능력을 45% 상실하였다고 주장하면서, 치료비, 일실수입과 위자료의 지급을 구함에 대하여, 원심은 피고가 원고에게 요추 제1번 압박골절의 상해를 가져올 정도로 폭행하였다는 점에 관하여는 이에 부합하는 판시증거는 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 자료가 부족하다는 이유로 원고의 일실수입과 치료비 청구를 기각하고 다만 원고의 위자료 청구의 일부만을 인용하였던 것이다.

그러나 대법원은 위와 같이 일반적 범명제를 실시한 후 확정된 형사판결에 의하면 피고가 그의 집에서 원고와 다투다가 원고를 이불로 뒤집어 씌운 후 손과 발로 수회 때려 원고에게 요추 제1번 압박골절상 등의 상태를 가하였다는 사실을 인정할 수 있으므로 위 확정된 형사판결의 사실판단을 채용하기 어려운 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수는 없다고 판시한 것이다.

(3) 그리고 대법원 1996. 7. 18. 선고 94다20051 판결[손해배상(자)]은, “…… 법원에 현저한 사실이라 함은 법관이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다(대법원 1984. 11. 27. 선고 84다카1349 판결 참조).”라고 판시하였다.

위 판시 내용은 노동부가 매년 조사·작성하는 ‘직종별 임금실태 조사보고서’(1992년부터 ‘임금구조기본 통계 조사보고서’로 명칭이 변경되었음)의 기재내용을 법원에 현저한 사실로 보아, 이를 기초로 하여 피해자의 일실수입을 산정할 수 있는가 하는 논점의 판단기준으로서 제시된 일반적 범명제라고 볼 것이다.

3. 소 결

위에서 살펴본 바에 의하면, 우리 대법원 판결은 결론명제와 일반적 법명제를 구별함이 없이 모두 판례로 인정하고 있는 것으로 보인다.

VII. 결 어

이상에서 ‘판례’에 관하여 전반적인 검토를 해 보았다. 그런데 우리가 판례를 연구하는 목적은 판례를 올바로 이해하기 위한 것이다. 판례를 법원(法源)이 아니라고 하는 입장에서는 판례는 구체적 사안에 대한 현행법의 적용이 현실에 작용하는 양상에 불과하기 때문에 현행법의 해석에 대한 학설 이상의 가치를 갖는 것이 아니라고 본다. 이러한 입장에서 판례를 이해한다는 것은 구체적 사안에 있어서 국가 사법기관이 법규범 — 성문법, 관습법, 조리 — 을 어떻게 해석하고 있는가를 연구한다는 뜻이 되며 따라서 이러한 입장에서는 재판의 대상이 된 사실은 판례에 나타난 법이론의 이해를 돕는 보조적 수단으로만 연구의 대상이 될 뿐이고 판례 연구의 중심이 되는 것은 어디까지나 판례에 나타난 법이론이 된다.

이에 비하여, 판례를 구체적 법규범으로 보는 입장에서는 판례를 이해한다는 것은 구체화되고 활성화된 현행의 법규범을 파악한다는 뜻이 되어 판례 연구는 곧 살아 있는 법의 연구가 된다. 따라서 이러한 입장에서 판례를 연구함에 있어서는 단순히 판례에 나타난 법이론만이 문제되는 것이 아니고 그 구체적 사실에 대한 구체적 법규범이 무엇인가를 연구하게 되며 또한 판례를 개별적으로 연구하는 것이 아니라, 판례 상호간의 관계를 검토하여 구체적인 법규범 체계를 연구하게 되는 것이다.⁴²⁾ 이러한 입장에서는 판례에 나타난 사실관계의 파악이 중요하다.

또한 우리가 판례를 연구하는 목적은 장래의 재판을 예측하고 개선을 추구함에 있는 것이다. 판례 개선(改善)의 목적을 추구함에 있어서는 법적 안정성과의 조화문제 외에 판결을 그 전체로서 파악해야 한다. 이는 판결에 나타난 구체적 사실에 대한 판단인 이익 교량(較量)과 그 판단을 이끌어 내는 이론 구성과의 결합을 종합적으로 검토해야 한다는 것을 의미한다.

전통적인 학설에 따라 판례를 단순히 구체적 사안에 대한 현행법의 해석적용이라고 보는 입장에서는 판례의 비평은 주로 판례에 나타난 법률이론에 치중하게 된다. 그러나 이러한 태도는 판례의 구체적 타당성을 도외시하고 현행법 해석의 이론에만 치우치게 되어 개념법학적인 결함에 빠지기 쉽다.

이에 비하여 판례를 구체적 규범이라고 보는 입장에서는 판례를 비판함에 있어서 주로 구체적 타당성만을 논의하게 된다. 이러한 태도는 타당한 구체적 법규범의 형성에 크게 기여하기는 하지만, 너무 구체적 타당성만을 가지고 논의하게 되면 자의적인 가치기준을 내세워 실정법을 무시하게 되는 자유법론의 결함에 빠지게 된다.⁴²⁾

따라서 판례를 올바르게 이해하기 위해서는 재판의 2 요소라고 할 현행법의 논리적 해석과 구체적 사안에 대한 이익 교량을 모두 감안하여 논의하는 태도가 필요하다고 할 것이다.

앞으로 판례에 관하여 보다 많은 폭넓은 연구가 이어져 나가기를 바란다.

(투고일 2007년 7월 15일, 심사일 2007년 7월 23일, 게재확정일 2007년 8월 1일)

주제어 : 판례, 선례구속의 원칙, 판결이유, 방론, 결론명제, 이유명제

42) 서정우, “판례연구의 목적”, 『민사판례연구 I』, 한국사법행정학회, 1979, 390-391면.

43) 위의 논문, 397-398면.

[Abstract]

Judicial Precedent and the Scope of Its Binding Force

Ihl-Pyo Hong*

This paper explores the important role of judicial precedents in Korea whose body of laws is generally considered to be based on the European Continental Legal System under which court decisions are not regarded as a source of law.

This paper first examines the binding force of judicial precedents in Anglo-American countries. It then explores how judicial precedents of the Korean Supreme Court came to have binding force. Momentum for such phenomenon was provided by Article 3 of the Small Claims Act, which was promulgated in 1973. Article 3 of the Small Claims Act provides that when a judgment of the appellate court contravenes judicial precedents of the Supreme Court, there exists a justifiable ground to make an appeal to the Supreme Court.

Finally, this paper deals with 'ratio decidendi' by introducing theories on the concept of it and then examining statements of law made in Korean Supreme Court decisions.

Key Words : judicial precedent, ratio decidendi, obiter dictum, holding

* Professor, College of Law, Konkuk University