

## 헌법해석과 법률해석과의 관계의 문제로서 법관의 법형성\*

박진원\*\*

### 〈국문초록〉

독일연방헌법재판소는 법관의 법형성의 헌법적 정당화를 논증하기 위하여 두 가지 사유모델을 반복하고 있다. 이 두 가지 사유모델은 법관의 법형성의 원칙적 허용 그리고 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속의 원칙과의 합치여부의 확인이다. 이 두 가지 논거를 통해서 법관의 법형성의 정당화 논거를 형성하고 있다. 이른바 법관법(Richterrecht)은 설사 이에 대한 전제조건들이 일반적으로 인정되었다 할지라도, 예외적 상황에서만 정당화될 수 있다.

독일연방헌법재판소는 의회의 입법자로서의 우위를 보장하기 위하여 법관의 법형성의 외적 한계를 설정하고 있다. 보다 적은 몇몇 관련 판결들 속에서 독일연방헌법재판소는 특히 기본법 제20조 제3항의 위반을 확정하고 있다. 독일연방헌법재판소는 법원이 노동사건 혹은 민사사건들 속에서 의회의 결정을 자신의 독자적인 법정책 관념으로 대체하려고 시도한다면, 그것은 법관의 법형성의 한계를 넘어선 것으로 보았다.

구체적 사례에서 법관의 법해석과 법형성에 적용되는 법학방법론과 관련된 중요한 문제는 무엇일까? 아마도 그것은 법조문의 문구의 범위를 벗어나는 자의적인 법학방법론의 적용을 통한 법관의 법형성에 대한 법적인 한계설정의 문제일 것이다. 이러한 점에서 볼 때 법관에 의한 법학방법론적인 자의적인 적용은 경우에 따라서는 법관의 법의 해석과 적용에 있어서 중요한 위험적 요소의 근원이 될 수도 있다. 이러한 구체적 위험상태를 방지하기 위하여 법관의 법의 해석과 적용과정에서의 법적용 도그마틱을 이탈할 위험성에 대한 한계설정의 필요성이 제기된다.

독일연방법원을 통한 법관의 법형성 과정에서 발전된 세 가지 구분 방법론(Dreiteilungsmethode)의 헌법위반 여부에 대한 자신의 결정을 통해서 독일연방헌법재판소는 민법에서의 법관의 법형성의 헌법적 한계를 진지하게 강조하였고, 이

\* 이 논문은 2016년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A6A4A01019852)

\*\* 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학연구원 연구위원

원칙들을 2012년 7월의 상장(Delisting)에 대한 판결에서 확인하였다. 세 가지 구분방법론에 대한 독일연방헌법재판소의 결정이 특히 법형성에 대한 방법론적인 근거와 한계에 대한 논의를 포함하고 있는 한에서는, 이 결정은 긍정적인 것으로 받아들여질 수 있다. 그럼에도 불구하고 법관의 법형성의 근거와 한계를 너무 엄격하게 적용하지 않는 독일연방헌법재판소의 이 결정에 대한 비판도 역시 여전히 제기된다.

독일연방헌법재판소는 법관의 법형성의 헌법적 정당화와 관련하여 헌법상의 법치국가 원리와 민주주의 원리의 존중을 기반으로 입법자의 입법적 평가주도권을 인정하고 있다. 그렇지만 이와 동시에 법관이 법형성을 통해서 입법자의 법률의 흠결을 확인하고, 충족하기 위한 자유로운 판단적 권한영역을 보장하고 있다. 이를 통해서 법원이 효율적인 시민의 기본권 보장을 실현할 수 있도록 배려하고 있다. 이러한 기본적 입장은 연방헌법재판소가 기본권을 침해하거나, 헌법상의 권력분립 원리를 침해하는 법형성에 대해서는 외부적 한계를 설정하는 형태로 나타나고 있다. 이것은 독일연방헌법재판소가 헌법적 권한배분 상의 한계 때문에 전문법원의 법해석과 법형성에 대해서 엄격한 심사와 통제를 할 수 없다는 것을 의미한다.

주제어 : 법관의 법형성, 법관법, 법률조문의 문구를 벗어난 법관의 자의적 법학방법론의 적용에 대한 법적인 통제기준 설정, 법관의 법관 법률에의 구속, 헌법해석과 법률해석과의 관계

• 투고일 : 2020.10.12. / 심사일 : 2020.10.26. / 게재확정일 : 2020.10.26.

## I. 서

헌법상의 법의 지배(rule of law) 혹은 법치국가(Rechtsstaat) 원리의 핵심적 구성요소는 법원의 재판을 통한 사법적 권리보장의 실현이다. 입법권과 집행권의 결합을 통한 다수의 지배에 대한 권력분립적 통제수단으로서 사법권의 강화는 법실무에 있어서 법관이 더 이상 법적인 통제자로서의 역할에 만족하는 것이 아니라, 적극적인 법질서 형성을 위한 행위자로서 기능하는 것까지도 요구한다<sup>1)</sup>. 이러한 법관의 역할의 확대에 대한 법적인 정당화 근거를 어디에서 찾을 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이 문제제기와 관련하여 Ferdinand Kirchhof 교수는 독일의 사법(Rechtsprechung)의 기능을 다음의 세 가지 형태로 분류하고 있다<sup>2)</sup>: ① 법적인 사례에 대한 전통적인 법적 통제기능의 행사,

1) Ferdinand Kirchhof, Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, NJW 2020, S. 1492.

## ② 법관의 적극적 법형성행위, ③ 전체적 법질서의 일반적 보장.

법치국가적 질서를 보장하기 위한 법적인 분쟁이 발생하는 사례에서 문제가 되는 시민과 국가의 행위의 법적합성에 대한 구속력 있는 법적 판단을 제공하는 법원을 통한 사법적 심사권의 행사는 제3의 권력인 사법권의 가장 중요한 헌법적 과제이다. 경우에 따라서 개별적 사례에서 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 법관의 적극적인 법형성을 실행하는 사법적 권한을 행사한다. 이러한 법관의 법해석과 법형성 행위는 개별적 사례에 대한 법적용의 차원을 넘어서서, 전체적 법질서의 보장에 기여한다. 이러한 법관의 법해석과 법형성을 통한 법적용은 법학방법론(juristische Methodenlehre)의 핵심적 내용을 구성하는 법학적 논증이론을 통해서 정당화될 수 있어야만 한다. 이러한 법관의 법적용의 법학방법론적인 측면에서의 정당화 심사는 법관의 결정이 해석학적 측면(Hermeneutik)에서 뿐만 아니라 권력분립적인 측면에서 법관의 법해석 권한(Kompetenz)의 법적인 한계준수 여부에 대한 검토로 구성된다. 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되는 독일에서는 이러한 법관의 법적용에 대한 법학방법론적인 측면에서의 정당화 심사는 더 이상 단순한 법이론적 논의에만 한정되는 것이 아니라, 개인의 기본권 보장과 관련성을 가지는 헌법적 문제로 확대된다. 법관의 법해석과 법적용 과정에서의 법학방법론의 선택에 관한 헌법적 기준이 확정될 수 있다면, 독일연방헌법재판소는 이러한 법학방법론의 선택에 의한 법적용과 관련하여 허용가능한 법해석(vertretbare Auslegung) 기준의 준수뿐만 아니라 법관의 법형성의 한계의 준수 여부에 대한 헌법적 통제를 실행한다.

독일의 경우 전문법원(Fachgerichte)의 잘못된 법적용에 대한 통제, 혹은 법적용의 자의성의 배제와 관련하여 우선적으로 전문법원의 법적용에 대한 법원의 심급제도에 따른 통제가 실행될 수 있다. 이러한 법원의 심급을 통해서 행해지는 전문법원의 잘못된 법적용의 통제와 달리 법원의 결정의 부정확함으로 인하여 제기되는 법원의 재판에 대한 헌법소원은 일반적인 법적보호의 개념으로 이해되어서는 안 되며, 기본권보호를 특별한 법률상의 구제수단(Rechtsbehelf)으로 이해되어야 한다<sup>3)</sup>. 잘못되고(falsch) 부정확한(unrichtig) 법원의 결정으로 인하

2) Kirchhof, 앞의 논문, S. 1492.

3) Otto Seidl, Referat, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte, in: Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages Karlsruhe 1996, Bd. II/1 Teil O, München 1996, S. O 10; Wolfgang Roth, Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, AöR 121 (1996), S. 552.

여 개인이 기본권이 침해된다면, 적어도 이러한 법원의 재판은 개인의 일반적인 행동의 자유(allgemeine Handlungsfreiheit)를 침해한 것으로 볼 수 있다. 자유보호의 일반조항으로서 독일 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유는 특별한 기본권보호에 해당되지 않는 기본권침해에 대한 수용력을 가지는 포괄적 기본권(Auffanggrundrechte)이기 때문이다<sup>4)</sup>. 법원의 부정확한 결정이 법 적용의 대상이 되는 일반적인 법규정에서 발견될 수 있는 법적인 근거 없이 내려졌다는 사실은 특히 법률규정 속의 기본권 제한의 정당화사유 없이 개인의 기본권침해를 가능하게 만들었다는 것을 의미한다. 결국 법관의 잘못된 법 적용을 통한 이러한 결과의 초래는 바로 법률유보(Gesetzesvorbehalt)의 원칙의 침해가 된다. 왜냐하면 법관의 잘못된 법률해석에 근거한 기본권침해는 법률에 근거한 기본권침해가 아니기 때문이다<sup>5)</sup>. 더 나아가서 이것은 독일기본법 제20조 제3항의 법관의 법(헌법)과 법률에의 구속을 침해하는 것이 된다<sup>6)</sup>. 이러한 법원의 법 적용으로 인하여 기본권이 침해된, 즉 법적인 관련성(rechtliche Betroffenheit)을 가지는 시민은 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속과 결부된 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유를 원용한 법원의 재판에 대한 헌법소원 청구를 통해서 이러한 요구의 충족여부에 대한 연방헌법 재판소의 심사를 청구할 수 있다<sup>7)</sup>.

독일연방헌법재판소에 의한 전문법원의 재판에 대한 통제는 일반적으로 다음의 세 가지 공식(Formel)에 따라 행하여 졌다: 제1공식: 사실확정에 자의성이 개입되어 있는가, 즉 사실과 관련을 가지는 기본권의 적용에 있어서 전적으로 잘못된 사실판단이 행하여졌는가 여부의 통제. 제2공식: 자의성이 배제된 사실확정에 대한 법률적용의 결과 - 규범으로 일반화되어진 - 의 통제. 제3공

4) Bodo Pieroth, Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG, AöR 115 (1990), S. 33 ff.

5) Roman Herzog, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts, München 1991, S. 7.

6) Jörn Ipsen, Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, DVBl 1984, S. 1107; Wolfgang Roth, 앞의 논문 (주 3), S. 547; Christian Starck, Referat, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte, in: Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages Karlsruhe 1996, Bd. II/1 Teil O, München 1996, S. O 29 f.; Jörg Berkemann, Das Bundesverfassungsgericht und seine Fachgerichtsbarkeiten, Auf der Suche nach Funktion und Methodik, DVBl 1996, S. 1028 f.

7) 이와 관련된 비교적 최근인 2018년 6월 6일의 독일연방헌법재판소(BVerfG)의 결정 BVerfG 6.6.2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn 72; Clemens Höpfner, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA 2018, S. 321.

식: 법관의 법형성(richterliche Rechtsfortbildung)의 한계를 위반하였는가 여부에 대한 통제<sup>8)</sup>. 따라서 연방헌법재판소는 제1공식 그리고 제2공식을 적용해서 우선적으로 전문법원의 재판의 헌법위반성 여부에 대해서 심사를 한다. 이 두 공식의 적용을 통해서 헌법위반성이 확정되지 아니한 경우에는, 제3공식을 적용해서 전문법원의 재판의 법관의 법형성의 헌법적 한계 위반여부에 대해서 심사하게 된다<sup>9)</sup>. 물론 우리 헌법재판소도 구체적으로 지적인 바와 같이 기본권 보호는 모든 법원의 과제이다. 그럼에도 기본권 보장을 위한 사법적 권리구제의 보장이 단순히 일반법원, 독일의 경우 전문법원의 과제로 받아들여진다면, 전문법원의 부적절하고 잘못된 기본권해석과 적용으로 인한 기본권 침해에 대한 법적인 구제의 보장은 어려워진다. 이러한 전문법원의 실수를 교정하기 위한 가능성을 허용하는 것이 독일의 연방헌법재판소에 대한 재판에 대한 헌법소원제도의 인정이다<sup>10)</sup>.

독일 기본법(Grundgesetz)상의 법관의 법형성에 대한 원칙적 인정은 기본법 제20조 제3항의 문구를 원용하고 있는 독일연방공화국 초기인 1951년의 독일 연방법원(BGH)의 주요결정(Leitenentscheidung)<sup>11)</sup> 속에서 나타난다. 독일 기본법 제3조 제2항의 남녀평등조항에 위반되는 혼인과 가족과 관련된 민법상의 권리가 기본법 제정 이후 1953년 3월 31일까지만 효력을 유지하는 한하여, 이와 관련된 규정인 기본법 제117조 제1항 효력을 가진다고 결정한 1953년의 동등한 권리부여판결(Gleichberechtigungsurteil)속에서 독일연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)는 이와 동일하게 법률의 흠결(Gesetzeslücke)은 법원의 창조적인 법발견을 통해서 충족될 수 있다고 판시하였다. 독일연방헌법재판소는 흠결의 충족은 전통적인 그리고 항상 성취될 수 있는 법관의 활동이라고 설명하였다<sup>12)</sup>. 이러한 제2차 세계대전 이후의 연방헌법재판소의 판결에 대한 법학방법론적인 비판은 정당화될 수 없었다. 그 이후 어느 정도의 시간이 흐른 후에 독일연방헌법재판소의 제1재판부(der Erste Senat des BVerfG)는

8) Starck, 앞의 Referat (주 6), S. O 36; 같은이, Zum Verhältnis des Bundesverfassungsgericht und zu den Fachgerichten, Recht und Politik 1996, S. 202; 박진완, 헌법재판과 전문법원 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 공법연구 제29집 제3호, 한국공법학회 2001, 318쪽.

9) Starck, 앞의 Referat (주 6), S. O 36.

10) Jutta Limbach, Aufgabe und Bedeutung der Verfassungsbeschwerde, Regensburg 1997, S. 9 f.

11) BGHZ 3, 208, 215 = NJW 1952, S. 20.

12) BVerfGE 3, 225 = NJW 1954, S. 65 Rn. 44 - 혼인과 가족에 있어서 남녀간의 동등한 권리부여(Gleichberechtigung); Herbert Wiedemann, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, S. 2408.

이러한 법관의 권한의 근거를 새롭게 제시하였고, 이를 유명한 Soraya 결정<sup>13)</sup> 그리고 손해배상으로서의 아이(Kind als Schaden)의 결정<sup>14)</sup> 속에서 기술하였다. 이렇게 본다면 Soraya결정이래로 법률의 조문(Wortlaut)에 반하는 법형성에 관한 문제는 더 이상 일반적인 법학방법론에 관한 문제가 아니라 헌법적인 문제로 다루어져 왔다<sup>15)</sup>. 이 결정들을 통해서 법원의 법형성의 법적 근거가 명확히 제시되었다. 그러나 그 구체적 내용과 법적 한계에 대한 검토는 행해지지 않았다. 그 후 계속 이어지는 독일연방헌법재판소의 결정들은 그 중점적 내용들이 기본법 제12조 위반<sup>16)</sup>, 잘못된 법적용의 비전형적인 사례<sup>17)</sup> 그리고 독자적 그림에 대한 권리의 사후의 재산보호<sup>18)</sup>와 관련성을 가진다<sup>19)</sup>.

2007년과 2009년의 연방헌법재판소의 제2재판부의 형사절차에 대한 2개의 판결들에 대하여 많은 관심이 모아졌다<sup>20)</sup>. 결정 속의 다수의견에 반대하는 소수의견에 참가한 Udo Di Fabio, Lerke Osterloh 그리고 Andreas Voßkuhle 연방헌법재판소 재판관은 법관의 법형성이 법률의 문구 속에 명백히 드러난 입법자의 의사에 반한다면 (법률의 문구에 의한 법관의 법형성의 한계 설정), 법관의 법형성이 허용되지 않는, 독자적인 법적용의 기준적 척도들(Maßstäbe

13) 이란왕 Mohammad Reza Pahlavi과 이혼한 이란의 전왕비 Soraya Esfandiary Bakhtiary의 언론인터뷰 내용의 기사화와 관련된 일반적 인격권 침해를 근거로 한 정신적 손해배상청구와 관련하여, 당시에 독일의 실정 민법규정에는 없는 정신적 손해에 배상청구권을 인정한 판례이다. 이 결정은 독일연방헌법재판소 기본법 제20조 3항의 법관의 법과 법률에의 구속의 원칙 독일민법(BGB) 제847조의 유추적용을 통해서 인격침해에 대한 손해배상청구권을 인정하는 것을 통해서 정신적 손해에 대한 손해배상청구권을 인정하지 않는 민법 제253조 명백히 반하는 실정법에 반하는 법형성(richterliche Rechtsfortbildung *contra legem*)을 시도하였다 BVerfGE 34, 269 Rn. 38 = NJW 1973, S. 1221.

14) 아이의 출생 전에 행해진 의사의 실패한 불임시술과 잘못된 유전적 상담으로 인한 의사의 책임을 인정한 민사법원의 재판은 기본법 제1조 제1항에 반하지 않는다는 결정판례는, BVerfGE 96, 375 = NJW 1998, S. 519 Rn. 52 ff.

15) Rolf Wank, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, S. 315; Otto Seidl, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, S. 296, 304, 309 f.; Friedrich Müller, Richterrecht, Berlin 1986, S. 69; Fritz Ossenbühl, Richterecht im demokratischen Rechtsstaat, Bonn S. 12 f.; Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg; München 1992, S. 22 ff.; BVerfGE 34, 269 (286 ff.); 35, 263 (278 ff.); 37, 61 (81); 38, 386 (396); 49, 304 (318 ff.); 65, 182 (190 ff.); 71, 354 (362 f.); 82, 6 (11 f.).

16) BVerfG, NJW 2000, S. 3635 인수거절결정(Nichtannahmebeschluss); BVerfGE 108, 150 = NJW 2003, S. 2520 - 변호사 사무실의 변경(Sozietätswechsel).

17) BVerfGE 113, 88 = NJW 2005, S. 1927 - 부모부양(Elternunterhalt).

18) BVerfG, NJW 2006, S. 3409 - 자신의 초상권에 대한 사후적 권리의 침해에 대한 손해배상에 관한 (Marlene Dietrich), mit Anm. Wanckel, NJW 2006, S. 3411.

19) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2408.

20) BVerfGE 118, 212 = NJW 2007, S. 2977 Rn. 90 - 양형의 실수(Strafzumessungsfehler); BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, S. 1469 Rn. 57.

für die Rechtsanwendung)을 우선적으로 제시하였다. 이러한 반대 의견의 견해표명에 의한 법관의 법형성에 대한 법적인 한계설정의 강조로 인하여 법관의 법형성에 대한 헌법재판소의 판단에 대한 새로운 국면이 마련되었는지 여부는 여전히 불명확하고, 여전히 그에 대한 개연성은 존재하지 않는 것으로 보인다<sup>21)</sup>. 소수의견은 그 주장에 대한 논증으로서 연방헌법재판소의 제1재판부의 이에 대한 중요한 결정(Leitentscheidung des Ersten Senats)을 제시하였다. 연방헌법재판소의 제1재판부는 가족법에 대한 자신의 최근의 결정<sup>22)</sup> 속에서 입법자의 명백한 구상을 독자적 체계로 대체하는 것은 법원의 과제가 될 수 없다는 기본적 공식을 반복하였다<sup>23)</sup>.

노동재판 그리고 민사재판 속에서의 법관의 법형성의 헌법적 정당화 근거는 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속의 요구이다. 독일연방헌법재판소는 자신의 일관된 판례를 통하여 계속적으로 이를 확인하고 있다. 독일연방헌법재판소는 법관의 법형성의 헌법적 정당화를 논증하기 위하여 두 가지 사유모델을 반복하고 있다. 그것은 법관의 법형성의 원칙적 허용 그리고 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속의 원칙과의 합치여부를 확인하고 이를 논거로서 뒷받침하고 있다. 이른바 법관법(Richterrecht)은 설사 이에 대한 전제조건들이 일반적으로 인정되었다 할지라도 예외적 상황에서만 정당화될 수 있다.

독일연방헌법재판소는 의회의 입법자로서의 우위를 보장하기 위하여 법관의 법형성의 외적 한계를 설정하고 있다. 보다 적은 몇몇 관련 판결들<sup>24)</sup>에서 독일연방헌법재판소는 특히 기본법 제20조 제3항의 위반을 확정하고 있다. 독일연방헌법재판소는 법원이 노동사건 혹은 민사사건들 속에서 의회의 결정을 자신의 독자적인 법정책 관념으로 대체하려고 시도한다면, 그것은 법관의 법형성의 한계를 넘어서는 것으로 보았다<sup>25)</sup>.

법해석과 법형성의 구분은 좁은 의미의 법적용을 위한 법원의 일반적 관할권(allgemeine Gerichtszuständigkeit zur Rechtsanwendung (im engeren

21) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2408

22) BVerfGE 128, 193 = NJW 2011, S. 836 Rn. 52.

23) Wiedemann, NJW 2014, S. 2408.

24) Vgl. BVerfGE 49, 304 (320) = NJW 1979, S. 305 - 전문가의 감정책임(Sachverständigenhaftung); BVerfGE 65, 182 = NJW 1984, S. 475 - 경영진과 경영 참여 근로자 대표간의 협약(Sozialplan); BVerfGE 128, 193 = NJW 2011, S. 836 - 이혼 후의 부양(Nachehelicher Unterhalt).

25) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2408.

Sinn))과 법발전을 위한 자격이 부여된 관할권(qualifizierte Zuständigkeit zur Rechtsentwicklung)의 구분으로부터 도출된다. 이러한 법해석과 법관의 법형성은 법관의 법과 법률에의 구속을 통해서 정당화된다. 이와 관련하여 전체적 결론을 요약해 보면 다음과 같다: 법관의 법형성의 법학적 문제는 우선적으로 관할권 배분의 문제로 이해해야만 한다<sup>26)</sup>.

독일기본법은 행정권 혹은 입법권에 의한 국민의 권리침해에 대한 대항수단으로서 독자적이고 동등한 권력으로서 사법권을 제시하고 있다(독일기본법 제19조 제4항). 오늘날 헌법국가에서는 입법권·행정권의 양권력으로부터의 기본권침해에 대한 구제는 독자적인 독립된 권력으로서 실질적인 무기평등을 실현하는 사법권의 강화를 통해서 실현되어 질 수 있다(독일 기본법 제92조). 따라서 사법국가의 강화는 현대적인 의미의 법치국가의 실현의 본질적 요소이다. 법치국가원리의 실현의 수단으로서 법은 정치적인 권력의 한계설정 그리고 이를 통한 법과 권력의 균형유지를 통해서 정치적인 권력을 정당화시킨다. 법치국가실현의 수단으로서 법은 그 내용이 명확하게 인식가능한 것이어야 하고, 더 나아가서 이러한 법의 내용이 구속력을 가진 기관을 통해서 확정되고 현실적으로 적용되어지는 것이 보장되어야만 그 규범력을 실현할 수 있다.

독일의 사법에 있어서 법관의 법형성의 문제는 다양한 측면에서의 법적인 분석과 논의의 대상이 되고 있다. 이와 관련하여 현재의 독일에서의 법관의 법형성에 대한 논의수준에 대한 설명과 분석을 통해서, 법관의 법형성과 관련된 여러 가지 개별적 문제점들에 대한 해결책에 대한 합의점을 제시하는 것은 법관의 법형성에 대한 비교헌법적 연구에 있어서 중요한 의미를 가진다고 생각한다. 독일 기본법(Grundgesetz) 제95조에 의한 연방법원의 핵심적 과제는 개인적 권리보장과 별도로 법형성이다<sup>27)</sup>. 법관의 법적용(Rechtsanwendung)은 구체적 상황에 대한 법적인 심사척도의 적용을 의미한다.

## II. 법관의 법형성의 기본적 논의점들

26) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2408.

27) BVerfGE 34, 269 (287); Christian Hillgruber in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 84. Lfg. August 2018, Art. 97 Rn. 63 ff; Monika Jachmann-Michel, Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 88 EL. August 2019, Art. 95 Rn. 13.



법률해석의 목적의 문제는 법학방법론의 근본적 문제이다. 법률해석의 목적의 문제에 대한 해결의 실마리는 법학방법론에서 찾아야만 한다. ‘법학방법론을 도대체 어디에 사용할 것인가(Wozu auch noch Methodenlehre)’하는 질문과 관련하여 Bernd Rüthers 교수는 ‘법학교육(Juristischen Schulung)’이란 논문 속에서 실정법 질서의 홍수와 안개 속에서의 일상적인 법실무적 작업에서의 법학방법론은 내비게이션(Navigationsgerät)과 같은 역할을 수행한다고 설명하고 있다<sup>28)</sup>. 법적용자는 사실상 법적용 과정에서 다양하고 많은 법률해석적 근거들에 대해서 검토하게 된다. 여러 사례들과 관련된 다양하고 많은 정보들의 홍수가 존재하는 상황에서 법적용자가 전체적인 법적용 영역을 파악하고, 아직 명확하게 해명되지 않은 개별 사례를 해결하는 데 필요한 법적 논거(Argumente)를 발견하는 것은 간단한 작업은 아니다. 이러한 미로를 벗어나는 문제해결의 실마리를 제공하는 것은 법률해석에 대한 법학방법론(juristische Methodenlehre)이다. 왜냐하면 법학방법론은 법적용과 관련된 복잡성을 체계적인 법적용 방법론의 적용을 통해서 축소시키고, 불필요한 구체적으로 개별적 사례에 적용할 법의 내용을 압축시키는 것을 가능하게 만들기 때문이다. 이러한 점들을 고려해 볼 때 법학방법론이 없는 법학은 더 이상 학문이 아니다<sup>29)</sup>.

구체적 사례에서 법학방법론의 적용과 관련된 중요한 문제는 법조문의 문구의 범위를 벗어나는 자의적인 법학방법론의 적용을 통한 법관의 법형성에 대한 법적인 한계설정의 문제이다. 이러한 점에서 볼 때 법학방법론적인 자의성은 경우에 따라서는 법적용에 있어서 중요한 위험적 요소의 근원이 될 수도 있다<sup>30)</sup>. 법의 해석과 적용과정에서의 자의적 요소의 개입과 이를 통한 법적용 도그마틱의 이탈(Entdogmatik)의 위험성에 대한 한계설정의 필요성이 제기된다.

독일의 사법에 있어서 법관의 법형성의 문제는 다양한 측면에서의 법적인 분석과 논의의 대상이 되고 있다. 이와 관련하여 이 논문에서는 현재의 독일에서의 법관의 법형성에 대한 논의수준에 대한 설명과 분석을 통해서, 법관의 법형성과 관련된 여러 가지 개별적 문제점들에 대한 해결책에 대한 합의점을 제시하는 것을 중요한 연구목적으로 설정한다. 법관의 법형성에 대한 중요한 법적 기초의 출발점은 권력분립이 국가기능적으로 잘 실현되고 있는 헌법국가에

28) Bernd Rüthers, Wozu auch noch Methodenlehre? Die Grundlagenlücken im Jurastudium, JuS 2016, S. 867.

29) Markus Würdiger, Das Ziel der Gesetzesauslegung - ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre, JuS 2016, S. 1.

30) Würdiger. 위의 논문, S. 2.

서 제3의 권력인 사법부는 법치국가를 구현한다는 명제이다. 이런 의미에서 사법부는 미국헌법의 공동제정자 중의 Alexander Hamilton이 주장한 것처럼 가장 약한 국가기관이 아니다. 왜냐하면 법원은 민주적 헌법국가 속에서 민주적 공동체의 보장자로서 헌법적 명령과 금지명령 뿐만 아니라 개별적 법률의 명령과 금지명령까지 실현하는 국가기관이기 때문이다. 따라서 국가의 공적인 의사결정 과정 및 여론형성 과정에 있어서 국가권력기관들 중의 하나로서 법 적용 기관인 법원에 대하여 어느 정도의 법적인 권한과 영향력 행사를 부여할 것인가의 문제는 권력분립이론의 중요한 핵심문제가 된다.

이러한 법원의 법적인 과제실현을 위한 두 가지 중요한 법학적 사고모델이 존재한다: ① 좁은 의미에서의 법 적용(Rechtsanwendung im engeren Sinn), 즉 법률의 집행 그리고 ② 법원의 법형성 능력을 전제로 한 법관의 법형성(richterliche Rechtsfortbildung)을 통한 법률의 보충. 이러한 좁은 의미의 법 적용 즉 해석(Auslegung)과 법관의 법형성의 두 가지 구분은 독일어를 사용하는 법문화의 특성으로 간주된다<sup>31)</sup>. 왜냐하면 다른 유럽연합의 구성국가들 속에서는 이 두 가지는 실질적으로 해석(Interpretation)이라는 개념 속에 포함되고 있기 때문이다.

독일의 입법 속에서 법관의 법형성은 1935년에 처음으로 법원조직법(GVG) 속에서 다루어졌고, 제국법원의 대재판부(Großer Senat des Reichsgerichts)에 대하여 이에 대한 독자적인 법적 권한을 인정하였다<sup>32)</sup>. 그 이후의 독일의 민주적 입법자는 이 규정을 범통일법률(Rechtsvereinheitlichungsgesetz)에서 계승하였고, 이 규정은 오늘날 연방대법원(Bundesgerichtshof)의 인정재판부(der erkennende Senat)가 자신의 판단에 의하면 법형성 혹은 판례의 통일성 보장을 위하여 사건을 관할권 있는 대재판부로 제청하는 것을 규정하고 있는 법원조직법 제132조 제4항에 규정되어 있다<sup>33)</sup>.

이러한 연방대법원의 대재판부에 대한 법형성을 위한 재판의 제청은 연방대법원 판사의 독자적 법형성 권한을 전제로 하고 있다. 입법자는 이러한 연방대법원의 권한을 법원의 결정이 원칙적으로 중요한 의미를 가지거나 혹은 법형성이 필요하면, 이에 대한 법원의 권한을 민사소송법(ZPO) 제511조 제4항, 제534조 제2항, 제566조 제1항 제2호 그리고 바로 상소를 허용해야만 하는 심급법원들을 위한 절차법적 규정들 속에서 확인하고 있다<sup>34)</sup>.

31) Günter Hager, Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009, 32 ff.

32) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2407.

33) Vgl. Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2407.

독일연방헌법재판소(BVerfG)는 여러 가지 단계에서 법관의 법창조를 위한 법형성에 대한 검토와 관련하여 독자적 논증을 시도하였고, 이에 대한 헌법적 한계를 제시하였다. 위에서 언급한 바와 같이 독일의 법학방법론의 거의 일치된 견해에 의하면 일반적 법집행(Rechtsvollzug)을 위한 좁은 의미의 적용(Anwendung)과 독자적 법원의 결정을 위한 형성(Fortbildung)의 구분에 해당하는 해석과 법형성을 구분하고 있다<sup>35)</sup>. 이러한 해석과 법형성의 구분과 대조는 문헌들 속에서 유연하게 입법자 혹은 법률의 지배 혹은 법률의 유지(Gesetzeswahrung)와 법률의 발전(Gesetzesentwicklung) 사이로 표현되고 있다. 해석과 법형성 서로간의 관계를 살펴본다면, 일반적으로 직선적인 순차적인 통일성 혹은 등급화된 통일성으로서 이들 사이의 관계를 설명할 수 있다. 독일 이외의 유럽연합법에서는 이러한 두 개의 법관념이 동등하게 다루고 있다<sup>36)</sup>.

재판의 형식적인 관할권 그리고 실질적인 본질적 차이점의 측면에서 살펴본다면, 이러한 해석과 법형성을 통일적으로 이해하는 입장에 대해서는 다음의 반론이 제기될 수 있다. 무엇보다도 해당법률조문의 해석은 모든 법원의 독자적인 고유의 과제이고 권한이다. 이에 관한 법적 근거는 전문법원의 관할권 규범들(Zuständigkeitsnormen der Fachgerichtsbarkeit)에서 찾을 수 있다. 모든 개별법관들과 그리고 모든 재판부들은 뒤에 있게 될 결정들 속에서 사건에 적용될 법률조문에 대한 자신의 이해를 근거로 제시할 수 있다. 이에 반해서 입법자는 기본법 제100조 제1항에 의한 헌법재판소의 위헌법률심판 독점과 관계없이, 법원의 심급의 연속에서 법발전을 위한 법관의 법형성을 인정하기 위한 특별한 절차적 규정을 준비하고 있다. 이러한 법규정은 예컨대 법원조직법 제132조 제4항과 같이 무엇보다도 그때그때의 대재판부의 관할권(Zuständigkeit des jeweiligen Großen Senats)인정을 위한 예외적 규정을 포함하고 있다<sup>37)</sup>. 헌법적 측면에서 볼 때 이러한 법원의 법형성 권한은 보충적으로 실질적 전제조건 하에서만 인정되고, 좁은 의미의 법 적용 속에서는 인정되지 않는 법적 한계가 설정되었다.

이러한 법형성을 위한 예외적 권한의 인정은 법해석 절차에 있어서 역사적인 입법자에 의하여 제정된 법률규정의 범조문의 범위 속에서 포섭될 수 없는

34) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2407.

35) 모호한 법형성의 개념에 대해서는 다음을 참조 Christian Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007, 34 ff.; Wiedemann, (주 12), S. 2407.

36) Hager, 앞의 책(주 31), S. 145 ff.

37) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2408.

독자적인 법창조를 위하여 다른 내용을 보충적으로 형성하기 위한 것이다. 해석학적인 법해석 원칙(hermeneutischer Auslegungskanon)은 법형성에 보다 적게 기여를 하게 되고, 목적론적인 축소적 해석(teleologische Reduktion)은 또한 명백한 법조문의 문구에 반하여 행해질 수 있다 (단지 독일민법(BGB) 제181조의 적용에 있어서). 게다가 법률 대체적 법형성(gesetzesvertretende Rechtsfortbildung)에 있어서는 해석의 대상이 결여되어 있다.

### 1. 법관의 법형성의 헌법적 근거와 법률적 근거

법관은 이러한 법적용의 과제를 수행함에 있어서 한편으로는 기본법 제20조 제3항과 제97조 제1항에서 도출되는 법관의 법과 법률에의 구속(Bindung des Richters an Recht und Gesetz)의 원칙에 따라서 법해석과 법형성의 과제를 수행한다. 또 다른 한편에서는 법관은 기본법 제19조 제4항의 사법적 권리구제의 보장을 통한 개인의 권리보호의 과제를 수행하기 위하여, 개별적 사례를 규율하고 있는 실정법상의 법규정이 없는 경우에도 법형성의 과제를 수행할 의무를 부담한다. 이러한 법관의 법형성의 의무를 고려해 볼 때, 법관의 법적용의 과제 수행의 범위를 단지 법률의 문구의 가능한 의미(Wortsinn)의 범위 속에서 개별적 사례에 대해서 입법자의 지시를 적용하는 역할에만 제한할 수 없다. 왜냐하면 법관의 역할을 단지 개별적 사례에 있어서 입법자의 의사를 전달하는 경우로만 제한하는 입장은 법실무적으로 거의 실현 불가능한 국가의 실정법질서의 완전무결성 즉 무흠결성이 전제되어야만 인정될 수 있기 때문이다<sup>38)</sup>.

법관의 법형성의 중요한 근거가 되는 헌법질서에 내재해 있는 기본적 헌법적 가치관념(Wertvorstellung)은 실정법률규정의 문구 속에 규정되어 있지 않거나 혹은 완전한 형태로 기술되어 있지 않다. 이러한 까닭에 이러한 헌법적 가치관념은 법관의 가치평가적 법인식 행위를 통해서 보다 구체화되고, 법관의 사법적 결정으로 나타난다<sup>39)</sup>.

법관의 법형성 행위의 헌법적합성의 근거는 기본법 제20조 제2항 제2문과 제92조 제1반문장(Halbs.)에 근거한 법관의 법적용의 과제에 대한 헌법적 위임으로부터 도출된다. 이러한 법관의 법적용의 과제는 법률에 규정된 내용들을 단순히 기계적으로 되풀이 하는 것이 아니라, 관련당사자들의 합의 혹은 법률

38) BVerfGE 34, 269 (287).

39) Vgl. BVerfGE 34, 269 (288); 49, 304 (318); 57, 220 (248); 74, 129 (152); Christian Seiler, Auslegung als Normkonkretisierung, Heidelberg 2000, S. 39.

규정을 통해서 그 해결책을 찾을 수 없는 법적인 문제에 대하여 구속력있는 결정을 내리는 것을 의미한다<sup>40)</sup>.

독일기본법 제20조 제2항에 따르면, 사법권은 국민에게서 유래한 것이면 국민과 밀접한 관련을 가지는 권력을 행사한다. 이러한 사법권은 행정권과 마찬가지로 법과 법률에 구속된다. 특히 독일 기본법 제1조 제3항은 입법권·행정권·사법권에 대한 기본권의 직접적 효력(Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht)을 규정하고 있다. 기본법 제1조 제3항은 법관의 법의 구속이라는 명제아래 법관의 법형성을 실현시키는 명백한 근거로 해석되어 질 수 있다<sup>41)</sup>.

법관의 법형성의 근거로서 기본권의 직접적 효력의 요구는 전체적인 법질서를 방사하는 힘 (überstralende Kraft)을 수반한다. 이러한 기본권의 방사적 효력(die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte)은 입법자로서 의회에 대한 내용적인 지침(Direktiven)과 제한(Schranken)을 가능케 할 뿐만 아니라, 의회가 제정한 형식적인 법률에 대한 침해도 가능케 한다(Lüth 결정)<sup>42)</sup>. 기본권의 방사적 효력은 그 결과로서 기본권의 법률에 대한 우위, 즉 법률에 대한 헌법의 우위를 근거지운다. 기본권의 직접적 효력 혹은 방사적 효력에 의한 법률해석과 적용의 제한을 기본권적합적 법률해석(grundrechtskonforme Auslegung)<sup>43)</sup>이라 명명하기도 한다. 이러한 기본권적합적 법률해석은 국가권력의 침해에 대한 방어(Eingriffsabwehr)로서의 고전적인 기본권의 기능에만 한정된 것이라고 이해할 수 도 있다. 그러나 독일연방 헌법재판소는 이러한 고전적 의미의 기본권의 기능이 적용될 수 없는 영역, 즉 사인간의 법률관계에도 기본권이 방사(ausstrahlen)되어지는 것을 허용했다. Soraya결정<sup>44)</sup>에서 독일연방헌법재판소는 기본권의 사법형성적효력(die privatrechtsgestaltende Kraft)을 명백하게 원용했다. 이렇게 본다면 Soraya결정이래로 법률의 조문(Wortlaut)에 반하는 법형성에 관한 문제는 더 이상 일반적인 법학방법론에 관한 문제가 아니라 헌법

40) Paul Kirchhof, Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Auslegung von Steuergesetzen, in: Der Präsident des Bundesfinanzhofs (Hrsg.), Festschrift 75 Jahre Reichsfinanzhof - Bundesfinanzhof, Bonn 1993, S. 287.

41) Kirchhof, Die Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Festschrift der Juristen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 12.

42) Ossenbühl, 앞의 책(주 12), S. 14.

43) Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II. 35., überarb. Aufl., Heidelberg 2019, Rn. 81.

44) BVerfGE, 34, 269 ff.,

적인 문제로 다루어져 왔다<sup>45)</sup>.

법관의 헌법과 형식적인 법률들에의 구속(förmliche Gesetze)으로서의 독일 기본법 제20조 제3항의 법관의 법률에의 구속에서의 법은 모든 의미로서의 전체법질서라고 볼 수 있다. 독일 기본법 제20조 제3항의 법개념은 법률의 범위 밖에서의 법형성의 근거로서의 법질서, 즉 헌법을 적용시키는 근거가 된다<sup>46)</sup>. 정의의 이념(die Idee der Gerechtigkeit)을 의미하는(Badura 견해와 비교) 독일 기본법 제20조 제3항에서의 법은 임의적으로 새로운 기본권 제한을 가능하게 할 수 없는 관습법(Gewohnheitsrecht)을 인정하게 되는 계기가 된다. 더 나아가 이것은 법관의 법형성에 있어서 영향력을 행사할 수 있는 법질서의 근본원리(die grundlegende Prinzipien)이기도 하다. 이에 반해서 독일기본법 제20조 제3항에서의 법률(Gesetz)은 모든 실정법규범들(jede geschriebene Rechtsnorm)을 의미한다.

법관의 법형성의 과제를 수행하는 상고법원(Revisionsgerichte)의 법관의 법 적용 행위는 더 이상 단순한 법률문구에 나타난 입법자의 의사를 기계적으로 적용하는 행위가 아니라 법창조적인 법형성 행위적 성격을 가진다<sup>47)</sup>. 가속되는 사회변화에 대해서 수많은 규범들의 개방적인 형성의 문제와 관련하여 변화된 법률관계에 대한 법의 적응력 확보는 법관의 핵심적 과제이다<sup>48)</sup>.

이와 관련하여 Norbert Thiemann은 소득조사(Ermittlung des Einkommens)와 관련하여 「소득조사와 관련하여 소득이 분배되는지 여부는 중요하지 않다. 숨겨진 분배와 수익과 주식회사에서의 청산수익의 분배에 대한 참여권과 결부된 모든 종류의 이익향유권의 분배는 소득을 감소시키지 않는다. 숨겨진 출자(verdeckte Einlagen)는 소득을 증가시키지 않는다, 숨겨진 출자가 공동출자자의 소득을 감소시켰다면, 소득은 증가된다. 소득을 배분하는 법인과 관련하여 숨겨진 소득배분이 소득을 감소시키지 않는 한에서는 제4문은 공동투자자와 밀접한 관계에 있는 사람에 대한 숨겨진 소득배분을 원인으로 한 숨겨진 출자에 대해서도 유효하게 적용된다. 숨겨진 출자는 제5문의 사례들 속에서 이익배

45) Wank, 앞의 논문(주 15), S. 315; Seidl, 앞의 논문(주 15), S. 296, 304, 309 f.; Müller, 앞의 책(주 15), S. 69; Ossenbühl, 앞의 책(주 12), S. 12 f.; Alexy, 앞의 책(주 15), S. 22 ff.; BVerfGE 34, 269 (286 ff.); 35, 263 (278 ff.); 37, 61 (81); 38, 386 (396); 49, 304 (318 ff.); 65, 182 (190 ff.); 71, 354 (362 f.); 82, 6 (11 f.).

46) K. Larenz/C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, München 1995, S. 189.

47) Vgl. BVerfGE 128, 193 (210); 132, 99 (127).

48) BVerfGE 49, 304 (318); 82, 6 (12); 96, 375 (394); 122, 248 (267); 128, 193 (210); BVerfG NVwZ 2017, 617 (617).

분참여자의 매입비용을 증가시키지 않는다」고 규정하고 있는 독일법인세법(Körperschaftsteuergesetz (KStG)) 제8조 제3항에 대한 법해석의 문제와 관련하여 입법자는 단지 숨겨진 이익의 배분의 결과에 대해서만 규정하고 있고, 그러한 배분의 구성요건(Tatbestand)에 대해서는 정의하고 있지 않는 상황에서 법관의 법해석을 이러한 예로서 들고 있다<sup>49)</sup>.

독일의 연방최고법원들(die obersten Gerichtshöfe des Bundes)의 이러한 법관의 법의 현실적응력 확보를 위한 개방적 형성의 과제실현의 일반법적 근거는 민사소송법(ZPO) 제543조 제2항 제1문 제2호와 연방재정법원법(FGO) 제115조 제2항 제2호의 상고허가근거들(Revisionszulassungsgründen)에서 찾을 수 있다<sup>50)</sup>. 독일민사소송법 제543조 제2항 제1문 제2호는 상고(Revision) 허용사유로서 법형성(Fortbildung des Rechts) 혹은 통일적인 법원의 결정의 확보(Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung)를 위해서 상고법원의 결정이 필요한 경우를 들고 있다. 독일연방재정법원법(FGO) 제115조 제2항 제2문 역시 연방재정법원에 대한 상고사유로서 위와 동일한 사유로서 법형성 혹은 통일적인 법원의 결정의 확보를 위해서 연방재정법원의 결정이 필요한 경우를 들고 있다.

연방법원들의 인정재판부(erkennender Senat)가 중요한 결정의 문제에 대하여 독일연방법원(Bundesgerichtshof)의 대재판부(Großer Senat)의 결정을 요구하는 근거로서 법관의 법형성 혹은 통일적인 법원의 재판의 확보를 규정하고 있는 법원조직법(GVG) 제132조 제4항, 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)의 대재판부의 결정을 요구하고 있는 연방행정소송법(VwGO) 제11조 제4항, 연방재정법원(Bundesfinanzgericht)의 대재판부의 결정을 요구하고 있는 연방재정법원법(FGO) 제11조 제4항, 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht)의 대재판부의 결정을 요구하는 노동법원법(ArbGG), 연방사회법원(Bundessozialgericht)의 대재판부의 결정을 요구하는 사회법원법(SGG) 제41조 제4항을 들 수 있다. 그렇지만 이 규정들을 상고법원인 연방최고법원의 법관들에게만 법관의 법형성 권한을 위임하는 제한된 일반법적 위임규정(begrenzte einfachgesetzliche Ermächtigung zur richterlichen Rechtsfortbildung)으로 해석할 수 없기 때문에, 이 규정들로부터 모든 다른 법관들과 법원들에 대해서는 법관의 법형성 권한이 인정되지 않는

49) Norbert Thiemann, Der BFH und die Gesetzesbindung, in: Klaus-Dieter Drüen/Johanna Hey/Rudolf Mellinghoff (Hrsg.), 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018. Festschrift für den Bundesfinanzhof, Köln 2018, S. 138.

50) Jachmann-Michel, 앞의 책(주 27), GG Art. 95 Rn. 20.

다는 반대해석적 결론을 도출할 수 없다<sup>51)</sup>. 오히려 이 규정들은 그 행위가 행해지기 전에 그 행위에 대한 처벌가능성이 법률에 규정되어 있는 경우에만, 그 행위를 처벌할 수 있다는 기본법 제103조 제2항의 죄형법정주의를 전제로 한 실질적 형법 속에서의 형벌을 근거지우는 혹은 형벌을 강화시키는 유추해석(Analogie)에 대한 유보를 전제로 하여 모든 법영역에 있어서의 법관의 법형성에 대한 일반적 권한을 근거지우는 기본법 제20조 제3항의 일반적 법률(einfaches Gesetz) 속에서의 구체화로 볼 수 있다<sup>52)</sup>. 이러한 점들을 고려해 볼 때 최고법원들의 대재판부의 법형성 권한을 인정하는 규정들(법원조직법(GVG) 제132조 제4항, 행정소송법(VwGO) 제11조 제4항, 재정법원법(FGO) 제11조 제4항, 노동법원법(ArbGG) 제45조 제4항, 사회법원법(SGG) 제41조 제4항)은 연방법원의 결정의 대상이 된 영역에 있어서 법을 형성할 수 있는지 여부 혹은 그것이 가능하다면 어떠한 방식으로 법형성을 할 것인지에 대한 최종적 결정권을 연방최고법원들의 대재판부에 부여하는 규정으로 해석될 수 있다<sup>53)</sup>.

## 2. 법관의 법형성의 근거로서 법적용거부금지

구체적 사건에서 법률규정을 적용하고 위해서 법관은 법률규정의 구성요건(gesetzliche Tatbestand)적 내용을 문법적(grammatikalische Auslegung), 체계적(systematische Auslegung), 역사적(historische Auslegung) 그리고 목적론적 해석(teleologische Auslegung)을 통해서 구체화된다, 고전적 법학방법론(klassische Methodenlehre)에 의하면 법해석이 끝나는 곳에서, 법형성이 시작된다<sup>54)</sup>. 법률규정의 가능한 단어의 의미(Wortsinn)에 대한 해석을 통해서 개별적 사례에 적용할 수 있는 충분한 법률규정이 존재하지 않는 경우, 즉 개별적

51) Christian Hillgruber, 앞의 책(주 27), Art. 97. Rn. 71; Jachmann-Michel, 앞의 책(주 27), GG Art. 95 Rn. 20.

52) BVerfGE 25, 167 (181); 34, 269 (287 f.); 49, 304 (318); 111, 54 (81 f.); Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. München 1984, S. 43 f., 797 ff.; Bd. 2, 1980, S. 913; Hillgruber, 앞의 책(주 27), Art. 92 Rn. 62, Art. 97 Rn. 64 ff.; Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118; 이에 대한 비판적 입장은 Axel Tschentscher, Demokratische Legitimation in der dritten Gewalt, Tübingen 2006, S. 191; Jachmann-Michel, 앞의 책(주 27), GG Art. 95 Rn. 20.

53) BVerfGE 54, 100 (112).

54) Rolf Serick, Das Verwalterdarlehen zwischen richterliche Rechtsfortbildung und -fortbildungsblockade, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Erscheinungsformen Auftrag und Grenzen. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 273.



사례에 포섭(Subsumtion)할 수 있는 충분한 법률상의 규범적 근거를 찾을 수 없는 경우에도, 법관은 관련사례에 포섭할 수 있는 법률규정이 존재하지 않는다는 이유로 법적용을 거부할 수 없다. 따라서 이 경우 법관은 자신이 확인한 법률규정의 흠결을, 즉 입법자의 계획위반(Planwidrigkeit)을 자신의 법형성을 통해서 보충한다<sup>55)</sup>. 이른바 법관의 법적용거부금지(Rechtsverweigerungsverbot) 명령을 근거로 법관의 법형성이 인정된다<sup>56)</sup>.

이렇게 법률의 흠결이 존재하는 경우에 법관은 입법자의 기본적 결정의 범위 속에서 흠결의 충족을 위하여 적용하기 위하여 자신이 확정한 추상적 심사기준(abstrakter Prüfungsmaßstab)을 확정하기 위한 독자적 가치결정(Wertentscheidung)을 하게 된다<sup>57)</sup>. 이러한 법관의 법형성의 헌법적 한계를 형성하는 내용적 요구조건들 그리고 이를 근거로 하여 형성되는 심사척도들은 기본법 규정뿐만 아니라 법률해석에 대한 법학방법론(입법자의 역사적 의지(historischer Wille des Gesetzgebers)와 입법의 목적(ratio legis))으로부터 도출된다<sup>58)</sup>.

2009년 1월 15일의 형사소송에서의 조서(Protokoll)의 사후적 교정과 이에 대한 수용에 대해서 규정하고 있지 않은 독일형사소송법(StPO) 제274조에 대한 독일연방법원(BGH)의 법형성과 관련된 결정에 대해서 제기된 헌법소원에 대한 독일연방헌법재판소의 결정은 Soraya 결정이래로 법관의 법형성에 대한 헌법적 한계에 대해서 언급하고 있는 가장 중요한 결정이다<sup>59)</sup>. 이 결정 속에서 연방헌법재판소의 다수의견은 법관의 법형성에 대한 순수한 헌법적 통제를 포기하고, 연방법원의 결정을 독자적인 일반법적인 논증으로 대체하였다. 이에 반해서 소수의견은 헌법소원의 대상이 된 연방법원의 결정이 충족하지 못한 헌법적 통제기준을 형성하려고 노력하였다. 이러한 연방헌법재판소의 소수의견은 학계에서 법관의 법형성에 대한 헌법적 통제기준으로서 계속적으로 발전적

55) Monika Jachmann, Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht, in: Jürgen Lüdicke/Jörg M. Mössner/Lars Humme (Hrsg.), Das Steuerrecht der Unternehmen. Festschrift für Gerrit Frotscher zum 70. Geburtstag, Freiburg 2013, S. 261 ff.

56) Christoph Möllers, Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des BVerfG, JZ 2009, S. 668.

57) Jachmann, Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs als Ausübung der dritten Staatsgewalt, in: Rudolf Mellinshoff/Wolfgang Schön/Hermann-Ulrich Viskorf (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Spindler zum 65. Geburtstag, 2011 Köln, S. 115 ff.

58) Besserstellung von Ehegatten bei Zweitwohnungsteuer BVerfG, NVwZ 2017, S. 618.

59) Beachtlichkeit nachträglicher Protokollberichtigung im Strafverfahren, NJW 2009, S. 1469.

으로 연구되고 있다<sup>60)</sup>.

### 3. 입법권과 사법권의 권한배분의 문제와 법관의 법형성

독일기본법 제20조 제2항 제2문에 근거한 권력분립원리에 따르면 설사 연방 최고법원들에게 추상적인 법적 문제해결의 과제가 부여되었다 할지라도, 일반적 효력을 가지고 있는 추상적이고 일반적인 법규정 형성의 과제는 입법자에게 부여된 과제이다.

독일민사소송법(ZPO) 제543조 제2항 제1문 제2호, 재정법원법(FGO) 제115조 제1항 제2호의 상고허용사유들(Revisionszulassungsgründe)은 상고의 목적이 개별적 사례에서의 최고법원의 결정을 요구하는 분쟁당사자의 이익의 추구에만 제한되는 것이 아니라, 상고를 통해서 법적인 통일성(Rechtseinheitlichkeit)의 확보와 법형성의 일반적 이익도 포함시키고 있다<sup>61)</sup>. 이러한 점에서 볼 때 최고법원을 통한 법관의 법형성은 개별사례 속에서의 법적인 문제해결 뿐만 아니라 법질서의 통일성(Einheit der Rechtsordnung) 확보에도 기여한다. 이렇게 최고법원의 법형성을 통해서 실현되는 개별사례 속에서의 정의실현(Einzelfallgerechtigkeit)과 법적인 통일성 확보와 같은 일반적 이익에 대해서 상고의 중요한 목적으로서 서로 동등한 가치가 부여된다면, 최고법원의 법형성에 대해서는 추상성(Abstraktheit)의 인정이 매우 중요한 의미로 부각된다<sup>62)</sup>.

이러한 최고법원의 법관의 법형성에 대한 추상적 기능의 인정에도 불구하고, 이에 대해서 입법자의 입법과 같은 일반적인 법적인 구속력은 인정될 수 없다. 왜냐하면 법관은 입법자와 동등한 민주적 정당성을 가진 입법기관으로 인정될 수 없기 때문이다. 따라서 설사 법관이 법학방법론적인 측면에서 입법자와 같은 기능적 입법(funktionale Rechtssetzung)의 의미 속에서의 법적인 척도형성을 위한 법형성을 할지라도, 법관의 법창조 행위는 결코 입법자의 입법과 동등한 의미가 부여될 수 없다. 왜냐하면 이러한 법관의 기능적 입법은 단지 구체적인 개별적 사례의 상황 속에서 포섭될 수 있는 추상적 척도의 확정을 의미하기 때문이다<sup>63)</sup>.

60) Möllers, 앞의 논문(주 56), S. 668

61) BT-Drs. 14/4061, S. 6; vgl. auch Eckart Ratschow in: Fritz Gräber, Finanzgerichtsordnung, 9. Aufl. München 2019, § 115 Rn. 2; Jachmann-Michel, 앞의 책(주 27), GG Art. 95 Rn. 15.

62) Jachmann-Michel, 앞의 책(주 27), GG Art. 95 Rn. 15.

63) Jachmann, Die Fiktion im öffentlichen Recht, Berlin 1998, S. 9.

왜냐하면 일반적 구속력, 일반적 유효성 그리고 기본법 제20조 제3항의 의미 속의 법적인 척도형성을 가지는 법규범은 민주적 정당성을 가지고 있는 입법자의 입법에 대해서만 인정될 수 있기 때문이다. 입법자의 입법과 법관의 법형성에 의한 법관법 사이에 존재하는 민주적 정당성의 차이로 인한 법적 규범성의 차이는, 법관의 법형성에 의하여 형성되는 법관법에 대한 의회의 통제가 전혀 이루어지지 않는다는 점<sup>64)</sup>에 의하여 더욱 더 강화될 수 있다,

헌법재판과 행정재판을 제외한 전문법원의 재판은 단지 소송당사자와 그들의 법적인 승계인들에 대해서만 법적인 구속력을 가진다. 이러한 제한적인 법적 구속력을 가지는 법관법이 연방헌법재판소법(BVerfGG) 제31조 그리고 행정소송법(VwGO) 제47조 제5항 제2문과 같은 일반적인 법적 구속력 보장의 요구 없이도, 다른 후속적 사례들에 대해서도 추상적 구성요건(abstrakte Tatbestand)으로서의 법적 효력을 가질 수 있는지 여부<sup>65)</sup>는 법관법의 법적 효력에 대한 검토에 있어서 매우 중요한 논의점이 된다.

최고법원들의 법형성이 개별적 사례 속에서의 정의실현에 기여하고, 법적인 통일성의 확보를 실현함에도 불구하고, 일반적으로 법관의 법형성을 통해서 형성된 법관법은 법적용을 위한 법해석의 연장선에서 이해되어야 한다. 이런 점에서 볼 때 법관의 법형성은 법적용자의 개별적 사례에 대한 판단기준을 형성하는 중요한 구성요소가 된다.

이러한 입법자와 사법부 사이의 민주적 정당성의 차이에 따른 법관법의 법적 효력의 한계를 고려해 볼 때, 기본법 제20조 제2항 제2문의 권력분립원리 속에서 어느 정도까지 법관의 법형성 권한을 충분히 인정할 수 있는가 하는 질문이 우선적으로 제기된다. 물론 이 문제에 대한 엄격한 권력분립원리에 따라서 해결할 것이 아니라, 기능적 권력분립의 원리에 따라서 해결해야만 할 것이다. 객관적인(물적인) 권력분립(sachliche Gewaltenteilung)에 따라서 모든 국가기관임 동일한 과제를 수행한다면, 권력분립은 불가능하다. 각 국가기관의 과제수행의 차이는 과제의 차이를 전제로 한다. 그렇지만 헌법은 과제의 차이에 대해서 규정하는 것은 대개 소극적인 자세를 보이고 있다. 헌법은 입법과 행정에 대해서는 상세히 규정하고 있다. 그러나 사법에 대해서는 예외에 속한다. 대부분의 국가들의 헌법은 사법기능이 무엇인가에 대한 명확한 해명 없이, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다고 규정하고 있다. 기관적인 권력분립

64) Matthias Herdegen, Gestaltungsspielräume bei administrativer Normgebung, AöR Bd. 114 (1989), S. 621.

65) Jachmann-Michel, 앞의 책(주 27), GG Art. 95 Rn. 15.

(organisatorische Gewaltenteilung)은 권력분립은 국가기능이 다른 특별한 기관에 부여될 때에만 의미가 있다는 점에서 기관의 차이를 전제로 하는 것이어야 한다. 이를 헌법은 입법, 행정, 사법에 대하여 각장에서 규정하고 있다.

각 기관에 적합한 헌법적 과제의 배분원리로서 기능적 권력분립(funktionale Gewaltenteilung)은 모든 특별한 기관은 자신의 특별한 과제를 수행한다는 전제로 한다. 이상적인 구분으로 볼 때에는 입법권은 국회, 행정권은 행정부, 사법권은 사법부에 부여되는 것이 이상적이다. 그러나 한편으로는 목적적합적인 고려(Zweckmäßigkeitserwägungen), 또 다른 한편으로는 정확한 과제의 구분의 곤란에 대한 논의가 받아들여 진다면, 이러한 헌법상의 권력분립적 구분의 도식은 단순히 받아들여 질 수 없다.

권한의 기능적합적(funktionsgerecht)인 조정과 분배를 통한 국가권력의 합리화. 국가과제와 결정들은 그 기관의 정당성의 측면, 그 기관의 인적인 배치 그리고 그 기관의 의사결정과정의 측면을 고려해 볼 때, 그 과제를 법적합적인 방식에 의하여 이행할 수 있는 가장 정당성이 부여되고 적합한 기관에 의해서 수행되어야 한다. 국가기관의 개별 분과로서 행위방식과 행위조직 자신의 과제의 귀납적 추론의 허용기준이 된다.

다양한 기관의 조직적인 대립을 통한 권력의 통제, 헌법상의 서로 다른 통제체계로부터 특히 권력분립의 자유보호적인 기능이 나온다. 행정부의 정치적인 통제에 대한 국회의 기능, 법원의 사법적 통제, 이러한 국가기관의 대립과 통제는 법의 효력과 우위를 공고히 한다. 그리고 권력분립은 법의 효력의 관철에 중요한 기능을 수행한다. 이러한 권력분립의 특성으로부터 헌법의 기관충실성(Verfassungsorgantreue)의 관념은 제한된다.

입법, 행정, 사법의 세 기관에 국가권력을 분립시킨다는 요구에 있어서 그 기관의 구분의 요구는 확정적인 것은 아니다. 권력분립의 원칙 외에 국가기관 상호간의 관계는 특히 헌법상의 민주주의 요청에 의해서 결정되어 진다. 그러나 이러한 세 국가기관 사이에는 동일한 서열이 존재하는 것은 아니다: 이 세 기관은 동일한 가치 혹은 동일한 자격과 권능을 갖는 것이 아니다.

모든 국가기관의 구분에서 의회인 입법자에게 우선권이 주어져야 한다. 법률의 우위의 요청은 입법자의 우위의 요청을 근거지운다. 이러한 법률의 우위의 요청은 행정과 사법의 법률에의 구속을 근거지운다. 의회는 직접적으로 민주적 정당성을 가진 국가기관으로서 주권자로서의 국민을 대변하는 최고의 국가기관이다. 견제와 균형(check and balances)으로서의 체계는 순수한 형태로 실현되어질 수 없고 민주적인 원리의 특별한 수정 하에서만 실현되어 질

수 있다.

국가기능의 분리를 전제로 한 권력분립이론이 오늘날 국가기능의 다양화와 복잡화에 따라서 새로운 양상으로 전개되어 지고 있다. 이러한 국가기능의 분류의 어려움 때문에 현대국가에서는 국가기능을 아무리 정밀하게 분류하고 ‘기능에 적합한 기관의 조직(funktionsadäquate Organisation)’과 ‘조직에 적합한 기능분배(organadäquate Funktionsverteilung)’를 한다해도 많은 국가작용(그 대표적인 분야가 계획분야이다)은 그 기능의 성격이 모호해서 이를 입법, 행정, 사법의 어느 하나의 국가기능으로만 분류하기가 어렵다<sup>66)</sup>. 이러한 국가기능의 분류의 어려움에 따른 권력분립의 원칙의 관철의 어려움과 그리고 국민주권의 원리의 실현에 따른 정당성의 증가에 따른 권력분립의 요구의 약화를 해결하기 위한 시도로서 Thomas von Danwitz는 ‘기능에 적합한 기관의 조직(funktionsadäquate Organisation)’ 혹은 ‘조직에 적합한 기능분배(organadäquate Funktionsverteilung)’의 문제로서 ‘기능적합적 기관구조의 원칙(der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur)’의 장점을 다음과 같이 설명하고 있다<sup>67)</sup>: “민주적인 정당성의 가능한 최대한의 직접적 도출이라는 기본적 중심사상아래에서 행해지는 증가되어지는 국가기능의 위계질서화를 위해서 권력의 균형을 전제로 하는 전통적인 권력분립의 관념이 배제되어지는 현실적 상황은 새로운 사고를 강요하고 있다. 무엇보다도 ‘기능적합적 기관구조의 원칙(Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur)’의 요청은 모든 국가기관의 의사결정능력에 대한 권한법적인 근본문제들 그리고 국가기관의 결정을 위한 직무에 적합한 윤관적 조건들의 존속을 새롭게 가능하게 한다”. 입법기능이 입법부와 행정부에 의하여 함께 행해지거나, 사법기능이 입법부와 사법부에 의하여 함께 행해지는 것과 같이 같은 성질의 국가기능이 여러 국가기관에 의하여 함께 행해지는 상황아래서는 전통적인 권력분립의 관념은 배제되어지고 이러한 기능적합적인 기관구조의 원칙이 이를 대체하게 될 것이다. 왜냐하면 어떤 사항에 대한 국가의 결정은 형식적이고 기계적인 권력분립원리에 따라서 이루어지는 것이 아니라, 그 결정에 가장 적합한 기관에 맡겨져야 하기 때문이다. 이러한 상황하에서는 권력통제의 형태도 기관간의 협동적인 통제관계를 바탕으로 한 실질적인 기능통제로 발전하게 될 것이다.

각 국가기관의 엄격한 자신의 헌법적 권한과 기능의 독점을 완화시키는 기능적 권력분립원리의 적용을 고려한다 할지라도<sup>68)</sup>, 법원이 헌법이 명시적으로

66) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사 2008, 827쪽.

67) Thomas von Danwitz, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, Der Staat 35 (1996), S. 330.

입법자의 권한으로 인정한 입법권을 대치하는 권한행사는 헌법적으로 정당화될 수 없다. 왜냐하면 법관이 이러한 입법기능을 수행하게 된다면, 그것은 법관이 법적용자의 역할을 포기하고 법제정자로서의 역할을 수행하는 것이 되는 것이 된다. 이것은 기본법 제20조 제3항에 규정된 법관의 법과 법률에의 구속의 원칙을 명백히 위반하는 것이다<sup>68)</sup>. 이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 법관의 법형성이 법관이 입법자의 정의관념을 자신의 독자적인 실질적 정의관념으로 대체하는 결과를 초래해서는 안된다고 강조하고 있다<sup>70)</sup>.

법관의 결정이 일반적 법의 관점에서 볼 때 명백히 객관적으로 잘못된 경우<sup>71)</sup>, 법관의 법해석과 법형성이 법률의 명백한 문구에 반해서 행해진 경우<sup>72)</sup>, 법관이 유효한 실정법 속에서 적절한 법적인 근거를 찾을 수 없거나 혹은 법적인 지위를 축소시키는 법형성을 하였다면<sup>73)</sup>, 이러한 경우들은 모두 법관의 법형성의 헌법적 한계를 이탈한 것으로 볼 수 있다. 이러한 법관의 법형성의 헌법적 한계를 벗어난 법원의 결정에 대해서는 헌법소원청구의 보충성의 원칙에 따라, 즉 다른 법률적 구제수단을 경유한 후에 연방헌법재판소에 재판소원(Urteilsverfassungsbeschwerde)을 청구할 수 있다. 관련 사례에 대한 입법자의 명백한 결정이 내려졌다면, 법관은 자신의 독자적인 법정책적 관념을 근거로 하여 이러한 입법자의 결정을 변경하고, 사법적 결정으로 이를 대체해서는 안된다<sup>74)</sup>. 입법자가 규범의 제정 후에 아무런 결정을 내리지 않았다 할지라도, 입법자가 실질적인 현실적인 법관의 실무적 법적용을 그대로 수용해야만 한다는 결론과 이 경우에는 입법자가 자신의 법형성 주도권을 포기하고 법관에게 실질적 문제해결에 대한 결정을 위임하였다는 논리적 귀결은 도출될 수 없다<sup>75)</sup>.

법률의 범위 속에서의 법관의 법형성(richterliche Rechtsfortbildung praeter legem)과 달리 법률을 범위를 넘어서는 법형성(gesetzübersteigernde Rechtsfortbildung), 즉 법률에 반하는 법관의 법형성(richterliche Rechtsfortbildung

68) BVerfGE 9, 268 (279 f.); 96, 375 (394); 109, 190 (252).

69) BVerfGE 96, 375 (394); 109, 190 (252); 113, 88 (103 f.).

70) BVerfGE 128, 193 (210); vgl. auch BVerfGE 8, 10 (14); 82, 6 (12); Jachmann-Michel, 앞의 책(주 17), GG Art. 95 Rn. 16.

71) BVerfGE 1, 418 (420); 18, 85 (92 f.); 113, 88 (103).

72) BVerfGE 118, 212 (243).

73) BVerfGE 128, 193 (209); Besserstellung von Ehegatten bei Zweitwohnungsteuer BVerfG NVwZ 2017, S. 617.

74) BVerfGE 82, 6 (12 f.).

75) BVerfGE 122, 248 (283).

contra legem)이 행해진 경우에는 입법과 사법의 법치국가적인 권한배분이 심각한 위험에 처하게 된다. 왜냐하면 이 법형성은 입법자의 의사에 명백히 반하는 법형성이기 때문이다. 원칙적으로 이러한 법률폐기적인 법형성 권한은 독일 기본법 제100조에 의하여 형식적이고 헌법제정 이후에 제정된 법률(formelle, nachkonstitutionelle Gesetze)에 대해서는 연방헌법재판소의 권한에 해당한다<sup>76)</sup>.

### III. 법관의 법형성의 헌법적 근거로서 법관의 법과 법률에의 구속

헌법은 사법권에 헌법국가 내에서 조직법과 실체법 양자를 통해서 법적인 과제를 부여하고 있다. 국가구조적인 측면에서는 본질적으로 독자적인 사법기관을 제시하고 있다. 헌법적인 기본권 보호는 기본권 침해에 대한 사법적 구제의 보장을 통해서 완료된다(독일 기본법 제19조 제4항). 이러한 사법적인 기본권보호는 동시에 다수에 대한 소수의 권익보장에 기여하게 된다. 법관의 법형성의 과제도 이러한 사법권의 기본권보호를 통한 소수의 권익보장의 실현의 과정에서 발생하는 헌법과 법률의 갈등관계를 법관의 법과 법률에의 구속이라는 원리를 통해서 해결하는 과정이라 할 수 있다. 따라서 법관의 법형성의 본질적인 문제점은 법관의 법과 법률에의 구속과 밀접한 관련이 있다. 독일 기본법 제20조 제3항은 사법(die Rechtsprechung)은 법과 법률에 구속된다고 하여 법관의 법과 법률에의 구속을 규정하고 있다.

기본법 제20조 제3항과 제97조 제1항에 근거를 두고 있는 사법과 법관의 법률에의 구속(Gesetzesbindung der Rechtsprechung und des Richters) 법치국가 원리와 민주주의 원리의 두 가지 측면에서 그 근거를 찾을 수 있다<sup>77)</sup>. 법관의 법률에의 구속은 권력분립의 원칙과 사법의 최소한의 필수적인 민주적 정당화의 요구의 반영이다. 기본법 제97조 제1항에 근거를 두고 있는 법관의 법률에의 구속(Gesetzesbindung des Richters)은 헌법적 측면에서 다음의 두 가지 기능을 가진다: ① 법률의 우위(Vorrang des Gesetzes)와 법률유보(Gesetzesvorbehalt)의 보장. 법률의 지배를 받는 자들의 법원의 자의적인 재판으로 부터의 보호. 이러한 의미에서 법관의 법률에의 구속은 법적용의 평등

76) Jachmann-Michel, 앞의 책(주 27), GG Art. 95 Rn. 16.

77) Christian Hillgruber, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar IX,

88. Ergänzungslieferung, München 2019, GG Art. 97 Rn. 27.

과 법적용의 안전의 확보에 기여한다<sup>78)</sup>. 민주적 정당성을 가진 의회에 의하여 제정된 법률은 이러한 법률에 구속되는 법관과 법관에 의하여 내려진 결정에 대하여 민주적 정당성을 부여한다<sup>79)</sup>. 실질적이고 내용적인 측면에서 사법의 충분한 민주적 정당화 수준을 확보하기 위해서는 법원과 재판의 독립의 바탕을 하여 단지 법률적 프로그램에만 구속되어야만 한다<sup>80)</sup>.

사법의 법률에의 구속의 요구는 법치국가적인 권력분립원칙의 중심적 표현이다. 특히 *Montesquieu*는 입법권과 사법권의 분리는 국가적 지배하에서 자유를 보장하기 위한 필수적 전제조건으로 보았다. 그는 사법권이 입법권과 집행권으로 분리되지 않으면, 아무런 자유도 보장되지 않는다고 보면서, 법관이 입법자가 된다면, 권력이 시민의 삶과 자유를 자의적으로 침해한다고 보았다<sup>81)</sup>.

법률에 반하는 법관의 범형성의 경우에는 법관의 헌법에의 구속(*Verfassungsgebundenheit*)<sup>82)</sup>과 법관의 법률에의 구속(*Gesetzesbindung*)<sup>83)</sup>의 문제간의 갈등관계의 반영과 조정으로 이해되어 질 수 있다. 이것은 달리 표현한다면 일반법원의 법률에 반하는 범형성의 권한이 헌법상의 법관의 법률구속성의 요구(독일 기본법 제97조 제1항)과의 모순되는 가하는 문제라 할 수 있다<sup>84)</sup>.

독일연방헌법재판소는 *Soraya*결정에서 법관의 법률에의 구속을 통해서가 아니라, 법관의 법과 법률에의 구속을 통해서 법률에 반하는 범형성을 인정하였다<sup>85)</sup>: “권력분립의 원칙과 그리고 법치국가성의 중요한 구성부분으로서 전통

78) Hillgruber, 위의 책, GG Art. 97 Rn. 27.

79) BVerfGE 49, 304 (318).

80) Axel Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, Tübingen 2006. S. 182.

81) De l'Esprit des Lois, Livre XI, chap. 6.

82) 헌법에의 구속이란 헌법규범들, 특히 기본권, 헌법원리 그리고 권한확정(Kompetenzbestimmungen)에 관한 규정들을 통한 행위의 자유(*Handlungsfreiheit*)의 구속을 의미한다. J. Ipsen *Funktionsspezifische Aspekte richterliche Verfassungsgebundenheit*, S. 2289.

83) Vgl. Seidl, ZGR 1988, S. 296, 306; H. H. Klein, S. 333 f.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20., neubearb., Aufl., 1995, Rdnr. 195; R. Herzog, *Gesetz und Richter*, in: *Festschrift für H. Sendler zum Abschied aus seinem Amt*, 1991, S. 17, 23.

84) Hillgruber, JZ 1996, S. 118.

85) BVerfGE 34, 269 (286 f.). K. Hesse는 *Soraya*결정에 나타난 독일연방헌법재판소의 입장을 적합하지 않다고 보고 있다. 그의 견해에 따르면 법의 우위를 통한 법의 탄력성(*Elastizität*)과 변화능력(*Wandlungsfähigkeit*)은 법률해석의 한계를 통해서 종식되어 저야 한다: 이러한 법률해석의 한계는 불문법의 존재를 인정하고 행정과 사법의 이에 대한 구속을 요구하는 기본법 제20조 제3항의 “법과 법률”이라는 공식을 통해서 없어지는 것은 아니다. 이 공식은 법의 원용을 통해서 법률을 무시하는 가능성을 제시하는 것은 아니다, 왜냐하면 이러한 가능성은 헌법적합적인 기능들을 연기시키는 결과를 초래할 것이고 그리고 성문법은 헌법을 통해서 자신에게 부여된 합리화와 안정확보적인 기능을 무시할 수 없기



적인 법관의 법률에의 구속은 기본법하에서는 어느 경우든 사법은 법과 법률에 구속된다는 형태로 적용되어져야 한다. 그리하여 좁은 의미의 법률실증주의(Gesetzespositivismus)는 인정되어 질 수 없다. 이 공식은 법과 법률은 사실상 일반적인 의미에서 일치하지만, 그러나 필연적으로 항상 일치하지는 않는다는 의식을 반영한 것이다. 법은 항상 성문법률의 전체와 동일시되어 질 수 없다. 경우에 따라서는 국가권력의 실정법적인 규정(Satzung)반하는 의미의 전제로서 헌법적합적 법질서속에서 그 근원을 가지고 실정법률에 대한 교정수단(Korrektiv)으로 기능할 수 있는 법의 존재가 받아들여 질 수 있다. 이러한 법을 발견하고 재판을 통하여 실현시키는 것이 법관의 과제이다. 기본법하에서의 법관의 역할은 개별사안에 대한 언어의 가능한한 의미의 한계(Grenzen des möglichen Wortsinns)속에서의 입법자의 지시를 적용하는 것에만 한정되는 것은 아니다.”

독일연방헌법재판소는 Soraya결정에서 법률의 교정을 헌법재판소만 할 수 있다는 원칙을 받아들이지 않았다. 이런 점에서 본다면 이 결정에 대한 많은 논박이 제기된다. Konrad Hesse는 이 결정은 잘못된 것이라 비판하고 있다<sup>86)</sup>. 일반적으로는 독일 기본법 제20조 제3항, 특별히는 독일 기본법 제1조 제3항속의 기본권의 직접적 효력을 통해서 표현되어진 법의 우위는 정당성(Legitimität)으로서 헌법의 우위속에서 그리고 적법성(Legalität)으로서 법률의 우위속에서 형성적 기반을 찾는다. 독일기본법 제20조 제3항의 법과 법률의 병존은 일정한 범위에서의 규범의 목적과 조건적으로만 예측가능하고 한정적인 규범제정능력을 가진 입법자의 추상적이고 때로는 단편적인 시간 종속적이고 체제 종속적인 언명(Aussage)을 법의 적용과정에서 보충(ergänzen)하거나 명확화(Vervollständigung)하는 것을 요구하게 된다<sup>87)</sup>.

독일 연방헌법재판소는 법관의 법형성(richterliche Rechtsfortbildung)에 관한 법원의 권한과 과제를 항상 인정해 왔다<sup>88)</sup>. 독일법사에 있어서 법형성에 오래 전부터 인정되어 오던 사법의 기능은 아니었다. 왜냐하면 법관의 법형성은 바로 현대국가에 있어서 필수적(unentbehrlich)인 것이기 때문이다. 현대의 공법이나 사법의 중요한 규정들은 법관 법형성에 기인한 것이다. 기본법하에서

때문이다. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20., neubearb. Aufl., Rdnr. 195.

86) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20., neubearb. Aufl., 1995, Rn. 195.

87) Kirchhof, Richterliche Rechtsfindung, gebunden an Gesetz und Recht, S. 2276

88) BVerfGE 65, 182 (190); 49, 304 (318); 34, 269 (287 f.)

는 법관의 법형성은 제20조 제3항을 통한 법과 법률에의 구속을 통해서 한계 지워져야 한다<sup>89)</sup>. 이런 의미에서 독일 기본법 제20조 제3항은 법관의 법형성의 근거규정인 동시에 한계로서 작용한다고 볼 수 있다. 따라서 본 논문에서의 문제점은 어떠한 법원이 어느 정도의 범위에서 법형성을 할 수 있는가 하는 문제로 요약될 수 있다.

## 1. 법관의 법률에의 구속과 법률해석

기본법 제20조 제3항과 제97조 제1항에 근거한 법관의 법률에의 구속(Bindung des Richters an das Gesetz)은 문리적 해석(wörtliche Auslegung)의 강제하에 법률의 문자에의 구속이 아닌, 법률의 목적과 의미에의 구속을 의미한다<sup>90)</sup>. 법률해석은 법관이 전체법질서 속에서의 법률의 편입상황을 고려하여 법률규정의 내용을 법학방법론을 적용하여 도출하는 과정이다<sup>91)</sup>. 법률해석의 과정에서 법관은 자신이 적용할 법원칙(Rechtssatz)의 내용을 적용하는 과정에서 법(Recht)과 법률(Gesetz)에 구속된다. 법률의 문구를 법률조문 속에 내재된 의미에 맞게 해석하는 것은 법치국가에서의 법원의 과제에 속한다<sup>92)</sup>.

법률해석의 필요성은 단순히 “규칙의 내용이 명확히 인식가능하다면, 더 이상 해석이 필요성이 제기되지 않는다(in claris non fit interpretatio meaning)”는 원칙에 따른 규범적 명확성에 의해서 완전히 배제될 수 없다. 왜냐하면 입법자에 의하여 만들어진 법의 현실적 적용과정은 법관의 법해석에 의한 법의 적용을 통해서 그 법적 효력을 확보할 수 있기 때문이다. 법관은 자신의 법해석 과정에서 해석방법론을 자유롭게 선택할 수 있다는 입장은 법관의 법률에의 구속과 합치되지 않는다<sup>93)</sup>. 법내용(Rechtsgewinnung) 획득을 위한 법학방법론의 선택은 인식대상이 된 법규정의 내용에 적합하게 행해져야만 한다. 왜냐하면 어떤 법학방법론적인 해석방법을 사용하는가에 따라서 그 법해석의 결과는 전혀 다르게 나타날 수 있기 때문이다. 이러한 점을 고려해 볼 때 법실증주의적(juristischer Positivismus) 근본적 결정의 기본법 속에서의 구체화<sup>94)</sup>로 볼 수 있는 기본법 제97조 제1항의 법관의 법률에의 구속의 요구는 헌법적

89) BVerfGE 65, 182 (190 f.).

90) Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 97 Rn. 55.

91) Vgl. BVerfGE 35, 263 (279).

92) Vgl. BVerfGE 3, 225 (242).

93) Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 97 Rn. 56.

94) Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl. 2005, Tübingen, S. 432.

합적인 법학방법론 선택을 위한 최소한의 규범적 요구로 생각될 수 있다.

#### 1) 민주적 해석으로서 주관적-역사적 해석

민주적 정당성을 가진 입법자의 법률의 적용하는 법관은 법률해석에 과정에서 입법자의 의사, 즉 법률의 목적을 존중하고, 이러한 입법적 목적실행에 기여하는 법학방법론을 선택하여야 한다. 법률해석의 목적은 법률규정 내용의 정확한 이해이다. 그것은 법률 속에 표현되어 있는 역사적 입법자의 의사를 확인하는 작업이다. 이러한 법률 속에 표현된 역사적 입법자의 의사를 조사하는 유일한 헌법적합적인 법해석 방법은 법률의 문구(Wortlaut)와 전체적 체계성(Systematik)의 한계 속에서 실행되는 주관적-목적적 해석(subjektiv-teleologische Auslegung)이다.

법률해석에 있어서 법률의 민주적 해석이 강조되어진다면, 이 관점에서 법률에 충실한 해석(gesetzestreue Auslegung)은 법관 혹은 객관적인 제3자가 다양한 의미를 가지고 있는 법률에 대하여 어떤 의미를 부여하는 것이 아니라, 입법자가 법률제정당시에 법률을 어떻게 이해하고 있었는지 여부를 찾아내는 것이다. 입법자가 규범 속에 표현한 주관적 의사를 확인하는 것이 주관적-역사적 해석의 핵심적 내용이 된다. 이런 점에서 볼 때 주관적-역사적 해석의 관점에서 볼 때 문리적 해석(Wortauslegung) 역시 법관의 주관적-목적적 해석을 통한 선례형성에 기여하게 되는 법해석 방법론이 된다. 이 관점에서 본다면 체계적 해석(systematische Auslegung) 역시 주관적 입법자의 의사로부터 멀어지거나 도외시하는 해석이 되어서는 안된다. 이 관점에서는 법률의 근거지우는 법률의 규범적 체계성은 법률 그 자체로부터 나올 수 없는 객관성에 의하여 확정되는 것이 아니라, 입법자가 법률제정당시에 명백하게 드러낸 입법의도에 의하여 판단된다.

#### 2) 허용될 수 없는 법적 한계를 벗어난 해석으로서 객관적 해석과 역동적 해석

법해석은 역사적 입법자에 의하여 표현된 주관적 의미의 표현을 찾아내는 작업이다. 이러한 역사적 입법자의 주관적 의미를 무시하는 객관적 해석은 새로운 사고를 반영하는 창조적인 법해석이다. 따라서 객관적 해석은 역사적 입법자의 의사의 재생산이 아닌, 새로운 법적 사고의 생산과정이다. 이러한 법관의 법률에의 구속의 원칙을 넘어서는 객관적 해석을 해석으로 인정하는 것은 주관적 해석과 객관적 해석의 차이를 무시하고, 객관적 해석의 창조적 성격을 교묘하게 은폐하는 시도로 볼 수 있다<sup>95)</sup>. 이런 점에서 볼 때 오래된 법의 객관적 해석은 부분적으로 법의 보충(Rechtsergänzung)이고, 또 다른 부분적 측

면에서 법형성(Rechtsfortbildung)이다<sup>96)</sup>.

법관의 법률에의 구속을 벗어나는 이른바 객관적 해석방법론들(die sog. objektive Auslegungsmethode)은 입법자의 역사적인 규범제정목적으로부터 벗어나서, 독립적인 법률의 목적을 확정하는 수단이 된다. 이러한 객관적 해석은 법실무에서는 법률로부터 해방된, 법관의 법률에 구속을 무시하는 통제되지 않은 법관의 주관주의(Subjektivismus)와 결정주의(Dezisionismus)를 정당화시키는 해석방법론이다. 법관이 자신의 법률해석을 통해서 법률의 객관적 의사(Wille) 혹은 의미로서 인정한 것은 법률해석에 있어서 중요한 판단기준이 되는 입법자의 입법제정당시의 입법목적과 의사를 시대정신을 반영하는 것으로 포장된 법관의 독자적인 정치적 의사로 대체하는 것을 의미한다. 이러한 객관적 해석은 법관의 모든 법률에의 구속을 부인하고 법관의 주관적인 법정책을 정당화 시키는 통제되지 않은 법관의 법형성을 감추는 법해석 방법론이다<sup>97)</sup>. 이러한 객관적 법해석은 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속을 무시하는 법해석을 정당화시킴으로서 결과적으로 법치국가 원리와 민주주의 원리를 침해하게 된다. 이러한 객관적 해석을 통한 역사적 입법자의 의사의 무시는 개방적 헌법해석과 법률해석의 실행을 통한 포폴리즘적인 사법적 결정을 정당화시키는 법관귀족정치(Richteraristokratie)를 확립시키는 길을 열어준다<sup>98)</sup>.

이러한 객관적 해석에 대한 비판적 입장에서 볼 때 법률해석에 있어서 가장 중요한 것은 법률 속에 확정되어 있고, 법률의 폐지 혹은 개정전까지 헌법에 규정된 절차들 속에서 계속적으로 유효하게 적용되는 역사적 입법자의 의사(Wille des historischen Gesetzgebers)이다. 이러한 입법자의 의사는 결코 역동적인 법률해석, 즉 항상 시대에 맞게 조정된 법률해석이 될 수 없다<sup>99)</sup>. 경우에 따라서는 이러한 고정적이고 시대착오적인 법률해석을 강조하는 주관적-역사적 해석에 대한 비판은 법관이 역사적 입법자의 의사를 개별적 상황에 맞게 현실화시키고, 새롭게 전개된 변화된 상황에 맞게 계속적으로 발전시키는 것을 요구한다. 이러한 법현실에 맞게 과거의 역사적 입법자의 의사를 새롭게 발전적으로 적용하라는 요구는 법실무적인 측면에서 법률의 효력의 반감을 초래하

95) Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 97 Rn. 58.

96) Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, unveränd. reprograf, Nachdruck, d. 1935, Darmstadt 1989, S. 89 f.

97) Rüthers, 앞의 책(주 94), S. 483 - 487; Dirk Looschelders/Wolfgang Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, Berlin 1996, S. 38 - 41.

98) Rüthers, 앞의 책(주 94), S. 485.

99) Looschelders/Roth, 위의 책, S. 61 - 64, 63 f.

고, 법관의 법률에 구속의 요구를 상대화시키는 결과를 초래한다. 결국 시대에 적합한 법률해석을 한다는 것은 추측가능한 현실적인 입법자의 의사를 실질적 법률해석척도로 받아들이는 것이 아니라, 법관이 자신의 법적인 판단에 따른 법률해석을 전개하는 수단이 될 수 있다. 이렇게 현실적합적인 법률해석이 적극적으로 시도되어지게 되면 이미 확정되고 변화될 수 없는 역사적 입법자의 의사에 대한 구속을 바탕으로 한 역사적-목적론적 해석이 가져다주는 법적 안정성은 상실되게 된다. 이러한 객관적-역동적 해석의 법적 불안정성의 초래에 대한 비판적 논의점 형성에도 불구하고, 이른바 법률의 노화과정은 규범적 상황의 변천에 대한 법률해석적 적응과정을 필요하게 만든다. 이러한 법률의 현실적 적응력 확보를 위하여 법관의 법형성이 필요하게 된다.

법률제정 이후에 사회적 그리고 기술적 변화로 인하여 현실적 상황이 새롭게 전개되었다 할지라도, 법률 속에 구체화된 규범적 명령으로서 객관화되어서, 법률해석의 척도로서 적용되는 입법자의 의사는 여전히 그대로 확정되어서 법률해석의 척도로서 고려된다면, 이것은 법률과 현실의 부조화를 초래하게 만들고, 이러한 입법자의 의사는 상황의 급격한 근본적인 변화로 인하여 더 이상 법현실에 적용할 수 없는 법원리(Clausula rebus sic stantibus)가 된다.

이렇게 입법자의 입법의 현실적응력의 한계로 인하여 발생하는 법과 현실의 부조화로 인하여, 법관의 현실적합적인 법률적용이 단순히 법률해석을 통한 구체적 상황의 법률 속에 규정된 구성요건(Tatbestand)에 대한 포섭과정(Subsumtion)으로 충족되어질 수 없다면, 법관의 법률적용은 더 이상 순수한 논리적인 삼단논법적인 포섭과정에만 한정되는 것이 아니라, 경우에 따라서는 법률의 변화된 현실에 대한 법률의 적응력을 확보하기 위한 법의 구체화와 개별화 과정 속에서 행해지는 법관의 가치평가적이고, 규범제정적 요소가 포함된 법형성 행위로 확대될 수 있다.

## 2. 법관의 법률에의 구속과 법관의 법형성

법관의 법적용 과정에서의 법관의 법형성의 필요성은 이미 독일연방헌법재판소의 판례<sup>100)</sup>와 많은 법학방법론적인 저술 속에서 인정되었다. 법률의 범위 속에서의 법관의 법형성(richterliche Rechtsfortbildung praeter legem)에 대해

100) Vgl. BVerfGE 34, 269 (287 f.); 49, 304 (318); 65, 182 (190 f.); 69, 188 (203); 71, 354 (362 f.); 74, 129 (152); 75, 223 (241 f., 243 f.); 81, 6 (12 f.); 87, 273 (280); 88, 145 (166).

서 독일연방헌법재판소는 그 실행을 위한 설사 주의 깊은 논증이 필요하다고 할지라도, 처음부터 그 실행가능성이 부정되는 것은 아니라고 결정하였다<sup>101)</sup>. 이에 반해서 법률에 반하는 법관의 법형성(richterliche Rechtsfortbildung contra legem)의 헌법적 허용가능성에 대해서는 독일연방헌법재판소는 Soraya 결정에서 원칙적으로 인정하지 않았지만<sup>102)</sup> 법관의 법률에의 구속이 아닌, 법관의 법과 법률에의 구속의 원칙을 통해서 법률에 반하는 법형성을 인정하였다<sup>103)</sup>. 이렇게 법관의 법형성에 대한 관례와 학설을 통한 인정에도 불구하고, 법관의 법률에의 구속을 강조하면서 여전히 법관의 법형성의 인정을 제한하는 입장들도 존재한다. Bernd Grzeszick은 법관의 법형성은 단지 가능한 법률해석의 한계 속에서 인정되어야만 한다고 주장하면서, 법관의 법형성은 정확한 방식으로 주관적-역사적 해석의 기반 속에서 행해져야만 한다고 주장하고 있다<sup>104)</sup>. 그는 법관은 법관의 법형성을 통해서 입법자에 의해서 확정된 법률의 의미와 목적을 무시해서는 안 된다고 주장한다. 그는 입법자의 의사가 명확하게 규정된 법률 속에서는 법관의 법형성을 위한 공간이 더 이상 존재하지 않는다고 보고 있다<sup>105)</sup>.

#### 1) 법관의 법형성의 헌법적 허용근거

독일기본법 속에는 법관에게 법률의 법형성 권한을 인정하는 헌법적 권한위임 규정은 존재하지 않는다. 비록 Soraya 결정에서 독일연방헌법재판소 법률에 반하는 법형성(richterliche Rechtsfortbildung contra legem)의 헌법상의 허용근거로서 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속을 원용하였다 할지라도, Christian Hillgruber는 기본법 제20조 제3항 속에 법률교정적인 법관의 법형성(gesetzeskorrigierende richterliche Rechtsfortbildung)을 인정하는 헌법적 권한위임(verfassungsrechtliche Ermächtigung)이 포함되어 있지 않다고 보고 있다<sup>106)</sup>.

그렇지만 독일연방헌법재판소는 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속으로부터 전문법원법이 법률의 범위를 넘어서는 법형성(gesetzesübersteigende

101) BVerfGE 111, 54 (81 f.).

102) BVerfGE 35, 263 (280).

103) BVerfGE 34, 269 (286 f.).

104) Bernd Grzeszick, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar VII, 88. Ergänzungslieferung 2019, GG Art. 20 Rn. 88, 148.

105) Grzeszick, 위의 책, GG Art. 20 Rn. 148.

106) Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 97 Rn. 64.

Rechtsfortbildung)을 할 수 있는 권한을 도출하고 있다<sup>107)</sup>. 이러한 법관의 법과 법률에의 구속의 원칙을 통한 적극적인 법률의 범위를 넘어서는, 즉 법률에 반하는 법형성의 인정은 전통적인 법관의 법률에의 구속을 완화시키고, 기본법상의 법관의 과제를 더 이상 법률적용(Gesetzesanwendung)에만 한정하는 것이 아니라, 법발견(Rechtsfindung)으로 확대하는 결과를 초래하였다. 이러한 법관의 법발견의 과제는 단순히 법률해석을 통해서만 충족되는 것이 아니라, 법형성의 권한까지 고려해야만 그 이행이 확보될 수 있다. 이러한 기본적 입장에 대해서는 더 이상 헌법적 반론이 제기될 수 없다<sup>108)</sup>.

이러한 법관의 법률에의 구속을 완화시키는 법관의 법과 법률에의 구속의 확대 적용을 통한 법관의 법형성 권한의 인정에 대한 학계의 많은 지지<sup>109)</sup>에도 불구하고, 기본법 제97조의 법관의 법률에의 구속의 제정역사(Entstehungsgeschichte) 속에서는 이러한 법관의 법률에의 구속을 완화시키는 입장을 발견할 수 없다. 상위법(höheres Recht) 혹은 포괄적 법(umfassendes Recht)을 근거로 원용한 법관의 법률형성 권한은 하물며 허용되지도 않았고, 기본법 제정을 위한 의회의 위원회(Parlamentarischer Rat)에서 언급조차 되지 않았음에도 불구하고, 독일연방헌법재판소가 자신의 판례 속에서 두 번의 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 원칙을 근거로 원용한 법률의 범위를 넘어서는 법관의 법형성(gesetzesübersteigende richterliche Rechtsfortbildung)을 독일의 법역사적 전통을 근거로 한 역사적 해석(historische Auslegung)을 바탕으로 하여 인정하는 새로운 헌법적 상황이 발생하게 되었다<sup>110)</sup>. Christian Hillgruber는 이러한 연방헌법재판소의 논증은 독일제국시절(Kaiserreich)의 독일의 국가법적인 법실증주의적 전통(staatlicher Rechtspositivismus)을 고려해 볼 때, 법관의 법형성은 허용될 수 없는 법관의 권한의 범위의 이탈로 받아들여지는 것이 일반적 견해였다고, 이를 반영하는 법역사적 전통에 위배된다는 반론을 제기하고 있다<sup>111)</sup>.

독일연방헌법재판소의 판례의 법관의 법형성에 대한 논증을 살펴보면, 사법권을 법관에게 위임하고 있는 기본법 제92조를 통하여 기본법의 제정자가 이러한 독일의 법전통을 계승하여 법관에게 법형성의 권한을 인정하는 것은 사법권의 핵심적 구성부분으로 자리매김하게 된다. 이러한 독일연방헌법재판소의

107) 단지 이 두 개의 판례만 해당됨 BVerfGE 34, 269 (286 -288); 82, 6 (12).

108) BVerfGE 49, 304 (318).

109) Seidl, 앞의 논문(주 15), S. 296 ff.

110) Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 97 Rn. 65.

111) Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 97 Rn. 66 ff.

법관의 법형성 권한을 인정하는 논증에 의하면, 법관의 법형성은 현대적 법치 국가 속에서 인정되는 사법의 기능으로 받아들여졌다<sup>112)</sup>. 더 나아가서 독일연방헌법재판소는 자신의 판례 속에서 기본법 제101조 제1항 제2문의 의미 속의 법률에서 정한 법관으로서 유럽연합법원의 법형성 권한도 논증하고 있다<sup>113)</sup>.

## 2) 흠결논거와 재판거부금지에 비추어 본 법관의 법형성의 이론적 정당화

법관의 법형성은 헌법제정권자로서의 기본법의 제정자의 의사에 대한 고려 없이 법이론적 측면에서 법실서 자체에 내재된 법관의 권한의 측면에서 뿐만 아니라 사물의 본성(Natur der Sache)의 측면에서 논증될 수 있다. 이른바 법률제정 당시에 입법자가 이후에 전개된 모든 상황을 입법을 통해서 규율하는 것이 불가능하다는 법률의 흠결생성가능성(Lückenhaftigkeit)의 인정의 측면에서 법관의 법형성을 정당화시키는 이른바 계획위반적인 법률의 흠결(die sog. planwidrige Gesetzeslücke)은 법관이 적용해야만하는 실정법을 근거로 하여 충족될 수 없다. 이러한 규범적 흠결은 설사 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속의 원칙을 원용하지만, 법률에 규정되지 않은 법관의 가치판단을 전제로 하여 충족된다.

법관의 법형성을 통한 법률상의 흠결의 충족권한은 오래전부터 인정된 법원의 권한이다. 이러한 법형성을 통해서 법관은 좁은 의미의 법률상의 흠결의 충족뿐만 아니라, 법률 속에서 그 암시를 찾을 수 있는 새로운 법적사고의 수용과 형성을 도모하게 된다. 이러한 법관의 법형성은 법률의 원래의 목적범위를 넘어서서, 법률의 내용의 변경을 초래하게 만든다.

계획위반적인 법률의 흠결(planwidrige Gesetzeslücke)은 독일연방헌법재판소의 판례에 의하면 헌법적 측면에서 전체적 검토를 통해서 확정될 수 있다. 문구, 체계성 그리고 의미로 고정된 법률규정은 헌법적 측면에서 불완전하게 보인다. 왜냐하면 입법자의 입법은 기본법 제1조 제3항, 기본법 제20조 제3항의 구속력이 인정되는 헌법이 허용하는 입법적 형성의 틀을 벗어나면 안 되기 때문이다<sup>114)</sup>. 이러한 전체적인 헌법적 질서의 측면에서 확정된 이른바 계획위반적인 법률의 흠결은 법관의 법형성을 통해서 충족될 수 있다. 이러한 계획위반적인 흠결의 경우에는 법관이 법적용이 대상이 된 법률을 근거하여 이러한

112) Vgl. 이미 이전에도 법관의 법형성의 인정에 대해서 언급하고 있었지만 BVerfGE 3, 225 (242 f.); BVerfGE 65, 182 (190); 69, 188 (203).

113) BVerfGE 75, 223 (243 f.).

114) Vgl. BVerfGE 65, 182 (190., 194 f.).



흠결의 충족을 위한 법관의 실질적 결정을 내리는 것은 사실상 불가능하다. 결국 이렇게 법관에 의하여 확정된 규범적 흠결은 법률 속에 미리 규정된 법적인 결과가 아닌 법관의 결정에 의하여 충족된다. 이러한 법관이 전체적 법질서와 관련성을 고려하여 확정한, 이른바 추정된 법률상의 흠결은 법관의 사실확정이 아닌, 가치판단이다. 법관의 가치판단에 의해서 법률규정을 부적합한 것으로 인정하고, 무시하는 이른바 부진정 흠결(die sog. unechte Lücke), 즉 다시 말하면 은폐된 흠결(verdeckte Lücke)의 경우에는 법관의 법형성의 규범 폐지적 특성이 명백히 드러난다<sup>115)</sup>.

그러나 법관이 자신이 이해한 법률에 대한 전체적 계획의 표상(Vorstellung)에 의하면 당연히 존재하는 것이 기대되는 법률규정이 결여되어서, 이러한 법률규정의 흠결이 법관의 법형성에 의한 법관법을 통해서 대체되는 진정흠결(echte Lücke)의 경우에는 법관이 새로운 법창조 없이, 이미 존재하는 법률을 근거로 한 결정을 내리는 것이 가능하다. 그럼에도 불구하고 이 경우에도 법관은 법률적 근거 보다는 자신이 옳다고, 대체가능하다고 생각하는 것을 우선하는 결정이 가능하다<sup>116)</sup>. 이러한 법관의 가치판단을 법률보다 우선하는 경우에는, 법률의 흠결을 확정하였다고 추정되는 법관이 법률의 교정자로서의 역할을 수행한다<sup>117)</sup>.

Christian Hillgruber는 법률 속에 현실적으로 흠결이 존재하는 것이 아니라, 단지 보충과 교정의 필요성이 존재할 따름이라는 주장을 하면서 법률의 무흠결성은 전혀 반박될 수 없는 법실증주의적 도그마인 동시에 이상이라는 입장을 견지하고 있다<sup>118)</sup>. 그는 법적인 분쟁은 법 속에 존재하는 흠결의 충족없이 해결될 수 없다는 생각으로 전통적 법학의 잘못된 환상으로 격하시키면서, 이른바 흠결이라는 것은 실정법과 보다 나은, 정당한, 옳은 것으로 인정된 질서 사이의 차이에 불과하다고 보고 있다<sup>119)</sup>.

더 나아가서 Hillgruber는 모든 법률의 적용범위와 관련된 상황들은 법률에 의하여 결정되어야만 하기 때문에, 적용할 법률이 존재하지 않는다는 이유로 재판관을 거부할 수 없다는 법거부금지(Rechtsverweigerungsverbot) 혹은 재판거부금지의 논거를 원용하여 법률의 범위를 넘어서는 법형성을 시도하는 것은

115) Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 96 Rn. 69.

116) Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 96 Rn. 69.

117) Rüthers, 앞의 책(주 94), S. 190.

118) Rüthers, 앞의 책(주 94), S. 189, 459; Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 96 Rn. 69.

119) Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. 101 f.; Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 96 Rn. 69.

정당화될 수 없다는 비판을 제기하고 있다<sup>120)</sup>.

이러한 Hillgruber의 비판과 달리, 독일연방헌법재판소는 초기의 판례 속에서부터 실정법률 속의 흠결(Lücken)과 결함(Fehler)은 실제적 이성의 적도와 확정된 일반적인 공동체의 정의관념에 의하여 형성된 법개념을 통해서 충족될 수 있다고 보았다<sup>121)</sup>. 하자(Mangel)라는 개념속에 포함되어 질 수 있다. Karl Engisch는 법률의 흠결(Lücken)이나 결함(Fehler)은 하자(Mangel)라는 개념속에 포함되어 질 수 있다고 보았다<sup>122)</sup>. Soraya 결정 속에서 독일연방헌법재판소는 법관의 창조적인 법발견(schöpferische Rechtsfindung)의 과제와 권한을 인정하였다<sup>123)</sup>.

이러한 법관의 창조적인 법발견의 헌법상의 근거로서 객관적 가치질서로서의 기본권의 법질서에 대한 방사적 효력을 들 수 있다. 왜냐하면 객관적 법(objektives Recht)으로서 기본권은 법률의 흠결을 충족시킬 법을 전체법질서 속에서 도출할 수 있는 법적 근거이기 때문이다<sup>124)</sup>. 그 외에도 법질서 통일성(Einheit der Rechtsordnung)의 원리도 중요한 법이론적 근거가 된다고 판단된다. 다원화된 사회의 법현실에 대한 법적인 규율의 어려움으로 인하여 발생하는 법과 현실의 부조화를 법관의 법형성을 통해서 실질적 법질서의 통일성의 확보하려는 시도는 법관의 재판과정에서의 다양한 헌법적 가치들에 대한 법관의 형량과정이 보장되어야만 한다. 왜냐하면 이러한 형량과정이 보장되지 않으면 법관의 창조적인 법발견의 과제수행이 불가능하기 때문이다. 법적인 측면에서 법관의 창조적인 법발견은 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속을 통해서 가능해진다. 법이론적인 측면에서 이 법관의 과제는 법속에서의 법규범으로서의 원리(Prinzipien)에 대한 형량과정의 보장을 통해서 실현된다.

### 3) 법규범으로서 원리를 통한 법관의 법형성

법관의 법형성을 통한 창조적인 법발견의 과제수행을 정당화하기 위하여

120) Hillgruber, 앞의 책(주 27), GG Art. 96 Rn. 69.

121) BVerfGE 9, 338 (349).

122) Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, unveränd. reprograf. Nachdr. d. 1935, Darmstadt 1987, S. 187.

123) BVerfGE 34, 269 (287 f.).

124) Erwin Stein, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfindung durch die Rechtsprechung, NJW, S. 1750 ff.; Ralf Dreier, Konstitutionalismus und Legalismus, in: von Arthur Kaufmann/Ernst-Joachim Mestmäcker/Hans F. Zacher (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1988, S. 88 f.

Josef Esser는 법형성에 있어서 원리(Prinzipien)의 역할을 강조하였다. 이와 관련하여 법 속에서의 원리의 개념과 지위에 대한 Hans Kelsen과 Esser의 토론은 매우 중요한 의미를 가진다<sup>125)</sup>. Esser는 원리를 설명하기 위하여, 원리를 다른 법규범인 규칙(Regel)으로부터 분리하였다<sup>126)</sup>. 원리는 그 추상성과 일반적인 특성 때문에 규칙과 구분되는 것이 아니라, 개별적 적용 사례들 속에서 법 원칙으로서 확정성의 차이 때문에 구분된다. 법관의 법형성에 있어서 원리는 법관에 대한 지시가 아닌, 법관에 대한 지시의 근거, 판단기준 그리고 정당화 사유로서 법관의 연역적인 가치추론(Deduktionswert)을 가능하게 만든다<sup>127)</sup>. 원리개념의 연역적 추론을 통해서 형성된 법적 가치를 통한 법관의 법형성이 행해지지 않는다면, 실정법 질서의 정돈적 조정과정은 성립될 수 없다. Franz Bydliniski는 흄결의 충족과 일반조항(Generalklauseln)의 구체화하기 위하여 오로지 법률 그 자체 속에서 흄결충족과 일반조항의 구체화를 위한 법적 가치를 추론하는 것은 가능하지 않다고 지적하면서, 법관의 법형성에 있어서 매우 중요한 원리의 연역적 가치도출과정에서의 역할을 강조하고 있다<sup>128)</sup>. 법관의 법형성을 위한 가치의 연역적 도출과정을 특정한 실정법 규정에서 시작할 수 없기 때문에, 법관의 법형성을 위한 연역적 가치도출의 출발점은 역사적 법공동체 속에서 구체적 형태로 법적 효력을 인정받고 있는 법관념의 근본적 원리(fundamentale Prinzipien der Rechtsidee)가 되어야만 한다. 이러한 원리의 법적 가치의 논증기능이 원리와 규칙의 구분의 전제조건이 된다<sup>129)</sup>.

헌법의 명시적인 규범적 기능과 잠재적인 규범적 기능의 구별은 이러한 기본권으로서 규칙과 원리의 구분과 밀접한 관련성을 가진다. 기본권 충돌이 발생하는 대부분의 기본권 적용 사례들 속에서의 법적용 문제는 궁극적으로는 서로 충돌하는 원리들 사이의 법익형량을 통해서 결정된다는 점에서 볼 때, 헌법상의 기본권은 잠재적인 헌법규범으로서의 기능을 수행한다. 왜냐하면 이러

125) Erwald Wiederin, Regel - Prinzip - Norm zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Josef Esser, in: Stanley I. Paulson/Robert Walter (Hrsg.), Untersuchen zur Reinen Rechtslehre, Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86, Wien 1986, S. 385 ff.

126) Josef Esser, Grundsatz und Norm, 4. unveränderte Aufl., Tübingen 1990, S. 50.

127) Esser, 위의 책, S. 50 ff.

128) Franz Bydliniski, Die normative Prämissen der Rechtsgewinnung, Rechtstheorie 16 (1985), S. 35 f.

129) Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1986, S. 71 ff.; Ronald Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen. Übersetzt von Ursula Wolf. Frankfurt am Main 1984, S. 54 ff.; Jan-Reinard Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990, S. 52 ff.

한 원리로서의 잠재적인 헌법적 규범도출기능을 보장해주는 법관의 법형성이 인정되지 않으면, 기본권의 직접적 효력이 인정되지 않는 사법상의 법률관계에 있어서 적합한 기본권 제한이론뿐만 아니라 만족스런 기본권 충돌해결의 과정도 보장될 수 없기 때문이다. 이러한 까닭에 Robert Alexy는 기본권의 규칙과 원리의 구분이 기본권 논증이론의 기초가 되고, 기본권 도그마틱(Grundrechtsdogmatik)의 중요한 문제점들에 대한 해결열쇠가 된다고 보았다<sup>130)</sup>. 이러한 기본권의 규칙과 원리의 구분은 법관의 법형성을 통한 법익형량 과정의 정당화를 통해서 헌법질서 속에서의 헌법적 가치실현에 기여하게 된다. 규칙과 원리의 구분을 통한 원리를 통한 법관의 법형성 과정의 보장을 통해서 법질서는 자신의 개방성, 잠정적 성격 그리고 역동적 성격을 그대로 유지하면서 자신의 규범성과 정체성을 계속 유지할 수 있다<sup>131)</sup>. 이런 의미에서 법관의 법형성에 있어서 원리 논거(Prinzipienargument)는 기본법 제20조 제3항의 법관의 법과 법률에의 구속으로 표현된 실정법의 해석과 적용과정에 상위법적인 비실정법적 요소까지 연역적 추론을 통해서 연결시키는 통로가 된다<sup>132)</sup>.

#### IV. 유추해석과 목적론적인 축소해석(Analogie und teleologische Reduktion)

법률과 유사한 법형성(gesetzesnahe Fortbildung)으로서 유추해석(Analogie), 목적론적인 축소해석(teleologische Reduktion) 그리고 반대해석(Umkehrschlüssen)의 구분이 법이론적으로 인정될 수 있다. 그럼에도 불구하고 법실무적 설문조사들 속에서 유추해석은 해석과 단순한 법률적용에 속한다는 견해가 여전히 자주 제기되기도 한다. 그렇지만 유추해석에 대하여 해석과 법형성 사이의 지위를 인정하는 소수견해도 존재한다<sup>133)</sup>. 이러한 양쪽 견해 모두 법원의 판례 및 일반적 법이론적 논의들과 일치되는 것은 아니다<sup>134)</sup>.

유추해석(Analogie)에 의한 법관의 법형성은 입법자가 인식하지 못한 법률

130) Alexy, 위의 책, S. 71.

131) Marcel Kaufmann, Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip, Staatswissenschaften und Staatspraxis 8 (1997), S. 161 ff.

132) Alexy, 앞의 책(주 15), S. 23, 117 f.; BVerfGE 34, 269 (286 f.).

133) Vgl. etwa Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München 2013, S. 185.

134) Rolf Wank, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, Baden-Baden 2013, S. 132.

의 흠결을 이와 유사한 상황을 규율하고 있는 법규범을 적용하여 충족시키는 것을 의미한다. 사회법 영역에서 법원이 법률 속의 흠결을 유추해석(Analogie)을 통해서 충족시키게 되면, 「이 법률 속의 사회적 급부영역(Sozialleistungsbereich) 속의 권리와 의무들은 법률이 이들은 미리 규정하고 있거나 혹은 허용하고 있는 한에서만, 근거가 제시되고, 확정되고, 변경되거나 혹은 폐지될 수 있다」고 규정하고 있는 사회법 제1편(Sozialgesetzbuch (SGB) Erstes Buch (I))<sup>135)</sup> 제31조의 법률유보(Vorbehalt des Gesetzes) 규정에 의하여 문제가 제기될 수 있다<sup>136)</sup>.

이에 반해서 목적론적인 축소해석(teleologische Reduktion)은 목적론적인 축소적 해석(teleologische Reduktion)은 명백한 법조문의 문구에 나타난 입법자의 명령, 입법자의 목적에 그 명령의 적용범위를 축소하는 결과를 초래한다. 독일연방사회법원은 「보험가입자를 고의적으로 살해한 사람은 보험금부 청구권이 인정되지 않는다」고 규정하고 있는 연방사회법률 제7편 (SGB VII) 제101조 제1항의 적용과 관련하여 남편을 적극적으로 살해한 부인의 경우에 대해서는 연방사회법률 제7편 제101조 제1항의 엄격한 해석에 의하면 보험금부 청구권이 인정되지 않는다. 그럼에도 불구하고 연방사회법원은 식물인간상태에 있는 남편에 대해서 안락사(Sterbehilfe)를 부인에 대해서는 연방사회법률 제1편 제31조의 법률유보 조항의 적용범위를 넘어서서 가능한 최대한으로 사회권을 인정하는 목적론적인 축소해석적인 법형성을 시도하였다<sup>137)</sup>.

독일연방헌법재판소는 자신의 후속임차인-판결(Mieternachfolge-Urteil)<sup>138)</sup> 속에서 유추해석을 법형성으로 인정하였다. 왜냐하면 유추해석은 흠결이 존재하고, 이 흠결을 어떠한 방식에 의하여 충족해야만 법률에 대해서 인정되기 때문이다<sup>139)</sup>. 사실혼상의 배우자를 위한 임차인 보호의 유추적용은 허용된 법형성의 범위 내에 있다. 연방법원(Bundesgerichtshof)의 서로 다른 재판부들은 이러한 견해에 대하여 서로 다른 견해를 가지고 있다. 법률적 평가근거(Wertungsgrundlage)가 여전히 존재하고 있다 할지라도, 일반적으로 인정된

135) Gesetz vom 11. Dezember 1975, BGBl. I S. 3015.

136) Wolfgang Spellbrink, in: Anne Körner/Stephan Leitherer/Bernd Mutschler/Christian Rolfs (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht SGB I, 106. Aufl., München 2019, § 31 Rn. 25.

137) Urteils des BSG v. 4.12.2014 - B 2 U 18/13 R, SGB 2015, 669 = BeckRS 2015, 65568.

138) BVerfGE 82, S. 6 = NJW 1990, NJW Jahr 1990, S. 1593 Rn. 22 - 임차인으로서 비상속의 생의 동반자(Nichtehelicher Lebenspartner als Mieter).

139) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2409.

해석방법론에 의하여 결정될 수 없고, 유추적 결론 도출을 필요로 하는 것은 이미 법형성의 문제로 볼 수는 있다<sup>140)</sup>. 상이한 법형성의 형식들 사이의 계속적은 구분을 고려해 볼 때, 단순한 법률적용과 법형성 사이의 경계적 구분은 확정된 것이 아니라 유동적인 것으로 볼 수 있다.

이에 대한 명백한 한 예는 보증인과 토지채무자 사이의 조정(Ausgleich)에 관한 연방법원의 제4 민사재판부(der IV. Zivilsenat)의 판결 속에서 찾을 수 있다<sup>141)</sup>. 법률적 조정청구권에 대한 인상적인 논증은 다음의 문장 속에서 가장 잘 표현되어 있다.

Karl Larenz는 법형성을 법률과 유사한 법형성(getezesnahe Rechtsfortbildung) 혹은 법률의 범위를 넘어서는 법형성(gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung)으로 구분하고 있다<sup>142)</sup>.

이 두 가지 법개념 모두 법관의 결정을 통한 법규정 혹은 법률의 적용범위의 변경이라는 공통의 분모를 가지고 있다. 이 두 법개념 모두 법률조문의 의미범위 속에 머무르고 있지만, 법률조문의 내용으로부터 멀어짐의 서로 다른 차이를 통해서 법관의 법적용의 과제를 충족시킨다<sup>143)</sup>. 일반적으로 이 두 가지 사유원칙들(Denkansätze)은 단순한 법적용에 있어서 좁은 의미의 해석 혹은 넓은 의미의 해석들 사이의 경계선 사이에서 자신들의 위치를 찾고 있다.

이와 관련하여 Kramer는 해석과 법형성의 중간단계로서 유추해석의 지위를 인정하고 있다<sup>144)</sup>. 이에 대한 실질적 판단기준으로 법률문구의 소진(Erschöpfung des Wortlauts)<sup>145)</sup> 혹은 법률의 계획위반적인 불완전성(planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes)<sup>146)</sup> 혹은 단순히 오로지 결과

140) BGHZ 65, BGHZ Band 65 S. 311 (BGHZ Band 65 316) = NJW 1976, S. 480 - Interlokale Zuständigkeit; BGHZ 74, BGHZ Band 74 S. 20 (BGHZ Band 74 23) = NJW 1979, S. 1287 - 구체적 법률규정을 근거로 하여 연방법원(BGH)의 재판부(Senat)가 실행한 법관의 법형성과 관련된 결정들에 대해서는 Christian Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007, S. 222.

141) BGHZ 108, BGHZ Band S. 108 = NJW 1989, S. 2530.

142) Kramer, 앞의 책(주 133), 183 ff.

143) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2409.

144) Kramer 앞의 책(주 133), S. 185.

145) Vgl. Wank, 앞의 책(주 134), S. 132, 해석과 법형성 사이의 관계에 대한 상세한 설명 146 가내부업(Heimarbeit), 174 비용변제(Kostenersatz), 234 폐점시간법률(LadenschlussG).

146) 법률의 흠결은 바로 법률의 계획위반적인 불명료함(eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes)으로 정의되어 질 수 있다. Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. überarb. Aufl., Berlin 1983, S. 16; Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2., ergänzte Aufl., Wien/New York 1991, S. 473

없는 해석(eine ergebnislose Auslegung)<sup>147)</sup>이 언급된다<sup>148)</sup>.

항상 법발전의 문제는 법해석의 범위를 넘어서서 존재한다<sup>149)</sup>. 이러한 법발전의 문제를 법학방법론적인 입장에서 판단할 수 있는 가장 확실한 방법은 법률의 문구의 범위를 떠난 해석의 시각에서 그리고 법률의 적용범위의 변경과 관련된 법형성의 관점에서 경계를 설정하는 것이다<sup>150)</sup>. 물론 후자의 법률의 적용범위를 변경시키는 법관의 법형성의 헌법적 정당화에 대해서는 많은 비판이 제기될 수 있다. 이러한 까닭에 법관의 법형성의 헌법적 정당화 근거는 법관의 법률에 대한 평가근거와 이를 바탕으로 한 법률의 의미와 목적이라고 볼 수 있다. 따라서 법률의 적용범위를 변경시키는 교정(Korrektur)을 할 권한을 가질 뿐만 아니라 이에 대한 의무까지도 가지고 있는지 여부에 대해서는 항상 이에 대한 새로운 판례와 이론적 근거들이 새롭게 뒷받침되어야만 할 것이다.

유추에 대한 전형적 예는 전통적으로 자신의 네발동물이 야기한 손해에 대해서는 동물의 소유자가 배상해야만 한다는 로마의 12동판법률(das römische Zwölf-Tafel-Gesetz)의 보충이다. 카르타고와의 포에니 전쟁의 결과로서 아프리카의 타조가 이탈리아에 도입되었을 때, 로마의 집정관(Praetor)은 두발짐승을 통해서 발생한 손해에 대해서도 유추해석을 적용하여 이에 대한 독자적인 손해배상청구권을 인정하였다<sup>151)</sup>. 이에 상응하게 독일연방법원(BGH)<sup>152)</sup>은 법률행위가 단지 계약상대방에게만 이익을 준다면, 축소적 해석의 경우에는 독일 민법 제181조는 적용될 수 없다고 판시하였다. 그 이후로 또한 부모가 대리행위를 통해서 자신들의 미성년의 자녀에 대하여 무상으로 주는 것이 가능하다. 법원은 어떤 규정의 확장적 해석 혹은 축소적 해석을 수반하는 유추해석 혹은 축소적 해석을 통한 결론도출이 어느 정도의 현실적 법적 정의실현에 기여한다 할지라도, 법원은 이러한 결론도출을 법적으로 논증하기 위한 근거를 제시해야만 한다.

독일의 판례들은 유추해석과 목적론적 축소적 해석의 적용에 대해서 관대하다. 전체적 유추(Gesamtanalogie)의 경우에는 독일의 법원들은 특정한 법률조문으로부터 상당히 벗어나 있다. 전체적 유추는 오히려 하나의 법률 혹은 여러 법

147) Vgl. Gesellschaft junger Zivilrechtswissenschaftler, Rechtsfortbildung jenseits klassischer Methodik, 1Stuttgart 1992.

148) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2409.

149) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2409.

150) Wiedemann, 앞의 논문(주 12), S. 2409.

151) Kramer, 앞의 책(주 133), S. 205.

152) BGHZ 15, S. 168 = NJW 1955, S. 1353.

물들의 개별적 규정들을 합성한 것이다. 회사법 속에서 전체적 유추는 독일회사법률의 다양한 형성가능성을 이용하기 위하여 다양한 형태로 적용되고 있다.

단순한 유추해석의 경우에 반복되는 기본적 사고가 존재한다. 가치의 동일성(Wertungsgleichheit)이 존재하는 경우에는 법률에 의하여 파악될 수 없는 상황에 대하여 법률의 적용범위를 확장하는 법률의 문구에 포함되는 기본적 사고가 명백히 제시된다<sup>153)</sup>. 독일연방법원의 제2 민사재판부(der II. Zivilsenat des BGH)가 주식회사의 증권시장으로부터의 철수에 대한 최근의 결정들<sup>154)</sup> 속에서 판시한 바와 같이 비교가능성에 대하여 엄격한 판단기준들을 적용하면, 절차는 자신의 한계를 벗어난 것이다.

법률규정의 기본적 특성과 내용을 유지하기 위하여 축소적 법률해석을 통한 법관의 보충적 법형성이 필요한 사례들은 법률에 유사한 발전(gesetzesnahe Entwicklung)의 실현으로 볼 수 있다. 이것은 자주 언급되는 연방노동법원(BAG)의 시간제 근로와 기간제 근로계약에 관한 법률(TZBFG) 제14조 제1항 제2호에 대한 결정<sup>155)</sup> 속에 나타난다. 법률의 적용범위에 대한 한계설정 혹은 새로운 사항의 추가를 통한 흠결의 충족이 강조되는 정도에 따라서 목적론적인 축소해석 혹은 보충적 법형성이 행해지게 된다. 좁은 의미의 법형성(Rechtsfortbildung im engeren Sinn)은 그 결과로서 법관법으로서의 효력이 인정되는 법률보충적 혹은 법률대체적 법발전(die das Gesetz ergänzende oder ersetzende Rechtsentwicklung)이다.

시간제근로와 기간제 근로계약에 관한 법률(Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz - TzBfG)) 제14조 제1항은 실질적 근거가 있는 기간제 근로의 허용사유에 대해서 규정하고 있다. 독일연방헌법재판소는 기간제 근로는 실질적인 근거에 의해서 정당화되는 경우에만 정당화된다고 규정하면서, 「같은 노동자와 이미 전에 기간제 근로

153) Ulrich Klug, Juristische Logik, 4. Aufl. Berlin/Heidelberg 1982, S. 116 ff.; Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtsatheorie, 7. Aufl., München 2013, S. 524.

154) BGHZ 153, S. 47 = NJW 2003, S. 1032 - Macrotron; NJW 2014, S. 146 = BB 2013, S. 3022 Rn. 5 ff. - Frosta; 이에 대해서는 Habersack, JZ 2014, S. 147; Stöber, BB 2014, S. 9.

155) Vgl. BAGE 137, S. 275 = NZA 2011, S. 905 = AP Nr. AP TZBFG § 14 Absatz 82 zu § 14 II TzBfG; 이에 대해서 Clemens Höpfner, Die Reform der sachgrundlosen Befristung durch das BAG - Arbeitsmarktpolitische Vernunft contra Gesetzestreue, NZA 2011, S. 893; Wank, Sachgrundlose Befristung - „Zuvor-Beschäftigung“ Besprechung des Urteils BAG v. 6. 4. 2011 - BAG Aktenzeichen 7AZR71609 7 AZR 716/09, NZA 2011, S. 361.



관계 혹은 기간의 정함이 없는 관계가 발생하였다면, 제1항에 의한 시간제 근로는 허용되지 않는다」고 규정하고 있는 동법 제14조 제2항 제2문에 의하면 새로운 실질적 근거 없이 행해진 시간제 근로계약은 허용될 수 없다고 보면서 이 규정은 합헌으로 보았다. 독일연방헌법재판소의 시간제 근로와 기간제 근로 계약에 관한 법률 제14조 제2항 제2문에서 도출되는 실질적 근거제시 없는 사전적 근로의 계속적인 여러 번의 기간제 근로금지(Verbot der Vorbeschäftigung)를 3년으로 제한하고 있지 않는 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht) 실무적 관행의 인정을 거부하였다.

독일 연방헌법재판소는 법관의 법률에의 구속에 대하여 다음과 같은 입장을 제시하였다<sup>156)</sup>: 법관은 법률의 문구에 머물러서는 안 된다. 법관의 법률에의 구속은 문리적 해석(wörtliche Auslegung)의 강제아래 법률문구의 단어(Buchstaben)에 구속되는 것이 아니라 법률의 의미와 목적에 구속(Gebundensein an Sinn und Zweck des Gesetzes)을 의미한다. 법해석이란 법관이 형식적인 법률문구에 구애됨이 없이 법률규정의 내용과 이의 전체 범질 서속에서의 고려를 추구하는 방법과 과정을 의미한다<sup>157)</sup>. 이러한 법관의 법률에의 구속의 원리(Der Grundsatz der Gesetzesbindung)는 법관의 법률내재적인 법형성과 절대 대립되는 것이라 할 수 없다. 왜냐하면 이 원리는 입법자에 의하여 만들어진 법규범과 연결되어 있고 법률규범의 토대가 되는 가치체계를 존중하고 그리고 법률의 직접적인 내용을 배제하기 않기 때문이다. 또 한편으로는 미리 유형화할 수 없고 예측불가능한 사례형성 혹은 현실적인 발전에 대한 이미 정립된 규범의 적응(Anpassung)은 구체적인 정의(Sachgerechtigkeit)의 요청의 측면에서도 포기할 수 없는 과제이기 때문이다. 입법자는 법률내재적인 법형성의 권한을 판례의 통일성(Vereinheitlichung der Rechtsprechung)에 관한 법률규정에서 인정하고 있다<sup>158)</sup>. 법률에의 구속의 원칙은 개개의 법률에 관계되는 것이 아니라 실정법 전체와 관련이 있다. 법률이 규정하지 않았던 것은 법관법(Richtgerrecht)에 의하여 충족된다.

Karl Larenz의 법관의 법형성의 구분에 의하면 법형성은 법률에 유사한 법형성(gesetzesnahe Rechtsfortbildung) 혹은 법률의 범위를 넘어서는 법형성(gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung)으로 구분하고 있다<sup>159)</sup>. 법률해석과

156) BVerfGE 25, 263 (278 f.).

157) BVerfGE 8, 210 (221); 22, 28 (37); 35, 263 (279).

158) § 137 GVG; § 11 Abs. 4 VwGO; § 4 Abs. 2 SGG; § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG; § 80 Abs. 1 Nr. 1 OWiG.

법형성 사이의 구분이 명확하지 않은 법률보충적인 법률과 유사한 법형성 (gesetzesnahe Fortbildung), 법률보충적 법형성으로서 유추해석(Analogie), 목적론적인 축소해석(teleologische Reduktion) 그리고 반대해석(Umkehrschlüssen)의 구분이 법이론적으로 인정될 수 있다. 독일연방헌법재판소가 자신의 후속임차인-판결(MieterNachfolge-Urteil)<sup>160)</sup> 속에서 유추해석을 법형성으로 인정한 가장 중요한 이유는 어떠한 방식으로 충족해야만 하는 법적인 흠결이 존재하는 법률에 대해서는 유추해석을 통해서 그 흠결을 보충해야만 했기 때문이었다.

## V. 법관의 법형성의 헌법적 한계와 이에 대한 헌법적 통제

법관은 법률의 문구(Wortlaut einer Norm)에 집착하여서는 안 된다. 왜냐하면 법관의 법관의 법률에의 구속(기본법 제20조 제3항, 제97조 제1항)은 문리적 해석(wörtliche Auslegung)의 강제 아래 법률의 문구(Buchstaben)에의 구속을 의미하는 것이 아니라, 법률의 의미와 목적에의 구속을 의미한다. 법해석이란 법률의 형식적인 문구에 한계지워짐이 없이 전체 법질서속에서의 편입의 측면에서 어떤 법률의 내용을 확정하는 방법과 과정을 말한다<sup>161)</sup>. 이런 견지에서 볼 때 법률의 문구는 교정하는(korrigieren) 법관의 법형성은 가능하다고 볼 수 있다. 이러한 법률의 교정에 의한 법관의 법형성은 법률의 부분적 무효선언과 관련이 있다. 이에 대해서 contra legem에 의한 법률의 교정은 법률의 부분적 무효선언을 할 권한을 전제로 하느냐 하는 문제로 귀결된다. 이러한 권한을 전제로 한다면 일반법원의 contra legem에 의한 법률의 범위밖에서의 법형성은 불가능해진다. 따라서 이 문제는 일반법원에게 contra legem에 의한 법률의 교정을 인정할 것인가 하는 문제로 요약된다. 독일 기본법 제20조 제3항에서 법관에 의한 법형성을 금지 하지 않는다는 것이 법률을 부분적으로 폐지하는 이러한 contra legem에 의한 법률의 범위밖에서의 법형성까지 정당화 한다고 볼 수는 없다.

시간제 근로와 기간제 근로계약에 관한 법률(Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz - TzBfG)) 제14조 제1항은 실질적 근거가 있는 기간제 근로의 허용사유에 대해서 규정하고

159) Kramer, 앞의 책(주 133), S. 183 ff.

160) BVerfGE 82, 6 = NJW 1990, NJW Jahr 1990, S. 1593 Rn 22.

161) BVerfGE 8, 120 (221); 22, 28 (37); 35, 263 (278 f.).

있다. 독일연방헌법재판소는 기간제 근로는 실질적인 근거에 의해서 정당화되는 경우에만 정당화된다고 규정하면서, 「같은 노동자와 이미 전에 기간제 근로 관계 혹은 기간의 정함이 없는 관계가 발생하였다면, 제1항에 의한 시간제 근로는 허용되지 않는다」고 규정하고 있는 동법 제14조 제2항 제2문에 의하면 새로운 실질적 근거 없이 행해진 기간제 근로계약은 허용될 수 없다고 보았다. 독일연방헌법재판소는 이 규정은 합헌으로 보았다. 독일연방헌법재판소의 부분 시간근로와 기간제 근로계약에 관한 법률 제14조 제2항 제2문에서 도출되는 실질적 근거제시 없는 사전적 근로의 계속적인 여러 번의 기간제 근로금지(Verbot der Vorbeschäftigung)를 3년으로 제한하고 있지 않는 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht) 실무적 관행의 인정을 거부하였다.

2011년부터 연방노동법원은 부분시간근로와 기간제 근로계약에 관한 법률 제14조 제2항 제2문에 위반되는 이전의 처음의 근로계약관계의 종료가 이미 3년 이상 지난 경우에는, 새로운 실질적 근거제시가 없는 기간제 근로계약관계를 다시 허용할 수 있다는 입장을 견지하였다<sup>162)</sup>. 독일연방헌법재판소는 법관이 자신의 법형성을 통해서 명백히 인식가능한 입법자의 의사를 무시하고, 이를 자신의 독자적인 규칙모델(Regelmodell)로 대체할 수 없다고 판시하면서 이러한 독일연방노동법원의 실정법에 반하는 법관의 법형성 결정의 인정을 거부하였다. 그러나 연방헌법재판소는 이전의 사전적 근로관계가 아주 오래전에 형성되었고, 아주 다른 종류의 근로관계이거나 혹은 아주 짧은 기간 동안에 행해진 경우에는, 실질적 근거제시 없는 기간제 근로가 허용되는 예외사유를 인정하였다.

독일연방헌법재판소의 확고한 판례에 의하면 법원의 법적용과 법해석이 법률을 대체할 수 해석(vertretbare Auslegung) 그리고 허용된 법관의 법형성의 범위 내에서 행해진다면, 법치국가원리에 합치된다. 법률은 필연적으로 그 내용이 완전히 확정될 수 없고, 법률해석을 통해서 구체화될 수 있는 형태로 규정되어 있다. 그러한 한에서는 법률을 해석과 법형성을 통해서 구체화하는 것은 헌법에 의하여 인정된 법원의 핵심적 과제이다.

독일연방헌법재판소의 입장에 의하면, 법원이 법률의 적용범위 혹은 법률유보의 효력범위를 잘못 인식하여, 그로 인하여 법치국가원리(기본법 제2조 제1항과 결부된 기본법 제29조 제2항)를 침해하였다면, 지금까지의 판례를 고려해볼 때 법원의 판결의 폐지(Aufhebung von Urteilen)가 인정될 수 있는지 여부

162) BAG, Urteil v. 6. April 2011 - 7 AZR 716/09.

는 명확하지 않다. 이러한 사례들은 연구문헌들 속에서는 대부분 허용되지 않는 법관법 내지 법관의 법형성으로 인정된다<sup>163)</sup>. 그러한 한에서는 독일연방헌법재판소는 법관법 혹은 법관의 법형성의 헌법적 한계가 준수되었는지 여부를 심사한다<sup>164)</sup>.

독일연방방법원을 통한 법관의 법형성 과정에서 발전된 세 가지 구분 방법론(Dreiteilungsmethode)의 헌법위반 여부에 대한 자신의 결정을 통해서 독일연방헌법재판소는 민법에서의 법관의 법형성의 헌법적 한계를 진지하게 강조하였고, 이 원칙들을 2012년 7월의 상장(Delisting)에 대한 판결에서 확인하였다<sup>165)</sup>.

세 가지 구분방법론에 대한 독일연방헌법재판소의 결정이 특히 법형성에 대한 방법론적인 근거와 한계에 대한 논의를 포함하고 있는 한에서는, 이 결정은 긍정적인 것으로 받아들여질 수 있다<sup>166)</sup>. 그럼에도 불구하고 법관의 법형성의 근거와 한계를 너무 엄격하게 적용하지 않는 독일연방헌법재판소의 이 결정에 대한 비판도 역시 여전히 제기된다<sup>167)</sup>.

독일연방헌법재판소의 결정에 대해서 연방헌법재판소가 자신의 결정에서 법률유보(Gesetzesvorbehalt) 및 본질성 이론(Wesentlichkeitstheorie)을 무시하였고, 그로 인하여 ‘법관국가(Richterstaat)’의 길을 열었다는 비판이 제기되었다<sup>168)</sup>. 이와 관련하여 개별적인 법원의 결정 혹은 법문제 속에서 자주 민법에서의 법관의 법형성에 대한 헌법적 한계에 대한 논의와 비판이 제기되었다.

163) Bodo Pieroth/Tobias Aubel, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, S. 504 ff.; BVerfGE 69, 188 (203); 69, 315 (371 f.); 71, 108 (115, 121); 96, 375 (394 f.); 111, 54 (81 f.); 118, 212 (243); 122, 248 (258).

164) Stephan Koriath, in: Klaus Schlaich/같은이, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., München 2018, Rn. 301.

165) BVerfG 11.7.2012 - 1 BvR 3142/07 u.a. - Delisting; BVerfGE 128, 193 = EuGRZ 2011, 167 - Dreiteilungsmethode; Daniel Ulber, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Zivilrecht, EuGRZ 2012, S. 365.

166) Bernd Rüthers, Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, NJW 2011, S. 1856 ff.; Volker Rieble, Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, NJW 2011, S. 819 ff.

167) Christian Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118 ff.; 같은이, Neue Methodik - Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, S.

168) Georg Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001, VVDStRL, S. 129; Rüthers, 앞의 논문(주 166), S. 869; Ulber, 앞의 논문(주 165), 365쪽.

독일연방헌법재판소의 법관의 법형성의 헌법적 한계위반에 대한 심사권한 그리고 연방헌법재판소 결정의 효력의 제한의 문제가 논의되었다. 특히 연방헌법재판소가 법관의 법형성과 관련된 문제에 대하여 결정을 내릴 때에는, 연방헌법재판소는 자주 법학방법론(Methodenlehre)의 문제에 대하여 특정한 방식으로 결정하였다는 비판에 직면하게 되었다.

#### 1) 법관의 법형성에 대한 독일연방헌법재판소의 통제기준

독일연방헌법재판소는 민법에서의 법관의 법형성은 그 자체는 독일 기본법에 의하여 인정되는 것으로 보고 있다. 연방헌법재판소는 법형성은 전통적으로 법원의 권한범위에 속하기 때문에, 권력분립원칙에 위배되지 않는다고 보았다. 독일연방헌법재판소는 대리상 결정(Handelsvertreterbeschluss)<sup>169)</sup> 이후에 시민권 결정(Bürgerschaftsbeschluss)에서 사법은 기본권의 빛 속에서 해석되고 적용되어야만 한다는 것을 명백히 강조하였다<sup>170)</sup>.

연방헌법재판소는 대리상 결정에서 시민상호간의 관계에서의 사적자치에 위한 기본권 보호를 실현시키기 위하여, 법원은 자신의 결정에 있어서 적극적으로야만 한다는 것을 강조하였다<sup>171)</sup>. 연방헌법재판소의 결정의 지침을 현재까지도 계속적으로 지키고 있다<sup>172)</sup>. 그러나 이미 대리상 결정에서 연방헌법재판소의 법관의 법형성에 대한 헌법적 통제강도(Kontrolldichte)가 명백히 약화되는 것을 발견할 수 있다.

독일연방헌법재판소는 법원이 민사법의 구조적 허약성의 보충의 문제를 어떻게 받아들일지를 결정하는 데 있어서 재량영역(Spielraum)을 인정하였다<sup>173)</sup>. 각 개별기본권으로부터 나오는 사법적 구제청구권의 보장을 통해서, 법원에 대하여 사법적 절차 속에서 시민의 기본권보호를 가능한 한 최대한 실현할 의무를 부과할 수 있다. 독일연방헌법재판소는 특정한 조건 하에서 일반적 법을 형성하는 법원의 권한과 과제, 더 나아가서 의무를 도출하였다. 이에 대한 일반법적 근거는 소송법에서의 법관의 법형성의 인정이다(독일법원조직법(GVG) 제132조 제4항)<sup>174)</sup>.

169) BVerfGE 81, 242 = EuGRZ 1990, 190.

170) BVerfGE 89, 214 (234) = EuGRZ 1993, 577 (583). 이와 관련된 Lüth 결정 BVerfGE, 7, 198.

171) BVerfGE 81, 242 (256) = EuGRZ 1990, 190 (193).

172) BVerfGK 8, 126.

173) 시민권 결정(Bürgerschaftsentscheidung) BVerfGE 89, 214.

174) BVerfG 11.7.2012 - 1 BvR 3142/07 u.a. Rn. 74 - Delisting; BVerfGE 65, 182 (190 f.) = EuGRZ 1984, 399 (401) - Sozialplan; Seidl, S. 299;

독일연방헌법재판소는 법치국가원리(기본법 제20조 제3항)와 결부된 기본법 제2조 제1항을 헌법위반적 법형성에 대한 보호의 독자적인 헌법적 근거로 제시하였다<sup>175)</sup>. 항상 독일연방헌법재판소는 법치국가성에 근거한 포기할 수 없는 법률에의 구속(Gesetzesbindung)의 원칙<sup>176)</sup>으로부터 법형성의 한계가 도출된다고 항상 강조하였다<sup>177)</sup>. 독일연방헌법재판소는 기능의 엄격한 분리 그리고 국가권력의 권한의 독점을 반대하였다. 그에 상응하게 법관의 법형성의 헌법적 한계는 일반적 법(einfaches Recht)의 적용에 있어서 유효하게 적용되는 통제기준에 의하여 설정된다<sup>178)</sup>.

법관의 법형성은 독일연방헌법재판소가 적용한 대체성 통제의 통제기준(Kontrollmaßstab der Vertretbarkeitskontrolle)을 고려해 볼 때, 법률규정의 문구, 체계성, 역사적 배경(Entstehungsgeschichte), 의미(Sinn)와 목적에 반하지 않아야만 한다<sup>179)</sup>. 이와 관련하여 우선적으로 법원의 법해석 방법론적인 대응 방식(methodisches Vorgehen)을 그대로 인정할 것인가 하는 문제이다. 그러나 이러한 심사기준은 권력분립과 법형성 사이의 특별한 긴장관계를 고려하는 방향으로 수정되었다<sup>180)</sup>. 이와 별도로 독일연방헌법재판소는 그 외에 법원의 법형성을 통해서 달성된 결과가 기본권과 합치되는지 여부에 대한 심사를 한다.

전체적으로 독일연방헌법재판소는 종종 헌법에 의하여 제한적으로 인정된 자신의 심사권한을 넘어서는 기대행위를 하게 된다. 자주 연방헌법재판소가 법형성에 대한 법원의 결정이 타당한 것인지에 대해서도 심사해야만 한다는 기대를 한다. 이러한 기대는 연방헌법재판소의 원래의 통제범위를 벗어난 것이며, 연방헌법재판소를 사실상 초상고법원(Superrevisionsgericht)으로 만드는

175) BVerfGE 128, 193 (209) = EuGRZ 2011, 167 (171 f.) - Dreiteilungsmethode; BVerfG 11.7.2012 - 1 BvR 3142/07 u.a. Rn. 73 - Delisting.

176) BVerfG 29.2.2012 - 1 BvR 2378/10, Rn. 23; BVerfGE 11, 54 (81 f.).

177) BVerfG 6.11.2008, NJW 2009, 499 (500); BVerfGE 111, 54 (82); BVerfGE 96, 375 (394) = EuGRZ 1997, 635 (641) - Kind als Schaden; BVerfGE 74, 129 (152 f.) - betriebliche Altersversorgung; BVerfGE 65, 182 (191) = EuGRZ 1984, 399 (401 a.E.) - Sozialplan.; Ulber, 앞의 논문(주 165), 366쪽.

178) BVerfGE 96, 375 (394) = EuGRZ, 1997, 635 (641) = Kind as Schaden; Seidl, 앞의 논문(주 15), S. 298; Pieroth/Aubel, 앞의 논문(주 163), 505 f.

179) BVerfGE 128, 193 (210) = EuGRZ 2011, 167 (172) - Dreiteilungsmethode.

180) BVerfG 16.2.2012 - 1 BvR 127/10, Rn. 22; BVerfG 26.9.2011, NJW 2012, 669 (670); BVerfGE 122, 248 (268) = EuGRZ 2009, 143 (149) - Rügeverkümmern; BVerfGE 96, 375 (394) = EuGRZ 1997, 635 (641) - Kind als Schaden; BVerfGE 34, 269 (286 f.) - Soraya; Jörn Ipsen, Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975, S. 128 ff.; Ulber, 위의 논문(주 165), 366쪽.

결과를 초래할 수 있다. 일반적 법에 대한 법원의 결정이 잘못된 것으로 인정되었다 할지라도, 아직 헌법의 침해는 인정되지 않는다<sup>181)</sup>.

이러한 사실에 근거하여 독일연방헌법재판소는 법률유보 그리고 본질성 이론도 법형성에 반대하지 않는다는 결론을 도출하였다. 민법에서의 법률유보와 본질성 이론을 완전히 적용하지 않는 것이 정당화될지 있는지 여부는 여기에서는 결정하지 않았다. 어떠한 경우에도 독일연방헌법재판소의 결정은 서로 동등한 기본권 주체들의 이익충돌의 조정이 문제가 된 상황에서 다른 보다 광범위한 법관의 법형성에 대한 통제기준을 유효하게 적용할 수 있는가 하는 점에 중점을 두었다<sup>182)</sup>. 그러나 이것이 민법에 있어서 법원의 제한 없는 법형성 권한의 인정을 의미하는 것은 아니었다.

## 2) 통제기준적용의 조정

독일연방헌법재판소는 출발점에서 법형성의 권한의 행사를 일반법에 의하여 인정된 법원의 권한의 사용으로 보았다. 이러한 기본적 입장은 쉽게 변경되어야만 하는 일반법의 해석과 적용에 대하여 유효하게 적용되는 통제기준과 같은 절제된 통제기준의 적용을 조건지운다. 이러한 입장을 독일연방헌법재판소는 다음과 같이 설명하고 있다:

「일반법의 법형성은 일반법과 관련되기 때문에, 변화된 사정이 다시금 전문법원에 대하여 새로운 법적인 대답을 요구하는지 여부 혹은 그것이 가능하다면 어떠한 상황에서 가능한가 하는 문제에 대한 설명의 의무를 부과한다. 그러한 까닭에 독일연방헌법재판소는 전문법원의 평가를 자신의 독자적인 평가로 대체하지 말아야만 한다 (...). 독일연방헌법재판소의 통제는 전문법원을 통한 법형성이 입법자의 근본적 결정 그리고 입법자의 목적을 존중했는지 여부 (...) 그리고 법관의 법형성이 인정된 법률해석의 방법론을 따르고 있는지 여부에 대한 심사로 제한된다 (...).」

이러한 통제수준의 조정은 어떻게 법관의 법형성이 행해졌는가 하는 문제와

181) BVerfG 16.2.2012 - 1 BvR 127/10 Rn. 21; BVerfG 21.12.2009, NVwZ 2010, 373 (375); BVerfG 6.11.2008, NJW 2009, 499 (500); BVerfGE 82, 6 (13); Thomas M. J. Möllers, Nachvollzug ohne Maßstabildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Zum Beschluss des BVerfG vom 15. 1. 2009 - 2 BvR 2044/07, JZ 2009, S. 669; Andreas Paulus/Steffen Wesche, Rechtsetzung durch Rechtsprechung fachfremder Gerichte, GRUR 2012, 116 ff.

182) BVerfGE 88, 103 (115) = EuGRZ 1993, 199 (202) - Beamteneinsatz bei Streik; BVerfGE 84, 212 (226 f.) = EuGRZ 1991, 380 (384) - Aussperrung im Arbeitskampf.

관련성을 가진다. 이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 법원이 법형성을 통해서 의도한 결과가 이러한 통제범위를 벗어나지 않았는지 여부에 대해서 심사하였다. 그러나 이미 언급한 법관의 법형성의 권한 그 자체에 대한 헌법적 인정은 헌법적 통제강도(verfassungsrechtliche Kontrolldichte)에 영향을 미쳤다.

보다 강화된 기준에 의한 법형성의 경우에도 법관의 법률에의 구속의 문제가 제기된다 할 지라도, 헌법적 통제는 법적용을 유추적용하여 전문법원이 대체가능한 방식으로(in vertretbarer Weise) 일반법률의 흠결을 인정하고, 이를 보충하였는지 여부 그리고 이러한 규범의 적용범위의 확대가 헌법적 가치 특히 기본권에 위반되지 않는지 여부에 제한하였다.

### 3) 독일연방헌법재판소를 통한 통제기준의 내용적 형성

독일연방헌법재판소는 법원은 법관의 법형성에 대한 자신의 권한의 행사에 있어서 법률규정의 문구, 체계성(Systematik), 제정의 역사적 배경(Entstehungsgeschichte) 법원에 의하여 행해진 법형성의 범위 속에서 혹은 이와 관련성을 가지는 법률규정의 의미와 목적을 위반해서는 안 된다고 강조하였다<sup>183)</sup>. 이와 관련하여 법치국가성에 근거한, 포기될 수 없는 법률에의 구속 원칙<sup>184)</sup>에서 도출되는 법형성의 한계를 고려해야만 한다<sup>185)</sup>. 법원은 규범적용자의 역할을 벗어나 규범제정적 심급(normsetzende Instanz)이 되어서는 안된다.

입법자가 명백히 어떤 하나의 해결책을 결정하였다면, 법관은 이것을 자신의 독자적인 법정책적인 견해(Vorstellung)를 통해서 변경하고, 의회에서 결정될 수 없는 사법적 해결을 통해서 대체하지 말아야만 한다<sup>186)</sup>. 입법자의 근본적 결정은 존중되어야만 하고, 입법자의 의사는 효력을 가져야만 한다<sup>187)</sup>. 법관은 이것을 무시하거나 혹은 입법자의 의사를 자신의 독자적인 실질적 정의관념(Gerechtigkeitsvorstellungen)으로 대체해서는 안된다<sup>188)</sup>.

이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 또한 항상 민사법원의 논증책임의 부담(Begründungslast)의 인정을 위한 조정적 변수로서 기본권 관련성(Grundrechtsrelevanz)을 고려하였다<sup>189)</sup>. 법원은 입법자가 일반적 헌법적 원리의

183) BVerfGE 128, 193 (210) = EuGRZ 2011, 167 (172) - Dreiteilungsmethode.

184) BVerfG 29.2.2012 - 1 BvR 2378/10, Rn. 23; BVerfGE 111, 54 (81 f.).

185) BVerfGE 111, 54 (82); 96, 375 (394).

186) BVerfGE 82, 6 (12); vgl. BVerfGE 109, 190 (241, 252), Sondervotum, Broß/Osterloh/Gerhardt.

187) BVerfGE 128, 193 (210) - Dreiteilungsmethode; 54, 224 (235).

188) BVerfGE 128, 193 (210); 96, 375 (394).



구체화를 위하여 규정한 어떠한 법적 지위도 축소해서는 안 된다<sup>190</sup>). 민법에서의 법형성에 대해서 이를 통해서 수정된 법률유보 원칙이 적용된다. 즉 대립되는 법률질서의 유보(Vorbehalt der entgegenstehenden Rechtsordnung). 더 나아가서 독일연방헌법재판소는 법형성은 그 정당성을 특별한 방식으로 법률규정이 흠결된 경우에 있어서 입법자의 가치결정(gesetzgeberische Wertentscheidungen)의 효력을 발생시키는 것으로부터 찾을 수 있다고 강조하였다. 입법자의 가치결정으로 부터의 분리는 법형성의 목적으로 인정될 수 없다.

독일연방헌법재판소는 민법의 범위 내에서 계속적인 사회적 그리고 법적 변천이 발생하는 법영역이 문제가 되는지 여부와 상대적으로 정적인 사회적 그리고 법적 관계가 문제되는지 여부를 구분하였다. 어떤 법영역이 역동적일수록, 법형성은 더욱 더 쉽게 정당화된다. 이것은 연방헌법재판소가 변화된 사실관계(tatsächliche Verhältnisse)를 법형성의 정당화 근거로 인정하였던 상황에서서는 더욱 더 명확하게 드러난다.

독일연방헌법재판소는 입법자의 근본적 결정을 존중하고, 입법자의 의사의 효력을 발생시키다는 원칙은 법학방법론적인 내용들과도 관련성을 가진다고 보고 있다. 법을 형성하는 내용적 기준들(inhaltliche Vorgaben)을 법원은 자신의 임의적인 의사에 따라서 결정되는 것이 아니라, 법원은 인정된 법률해석 방법론에 의하여 결정해야만 한다<sup>191</sup>). 이와 관련하여 연방헌법재판소는 특정한 해석방법론(Auslegungsmethode)을 확정하는 것을 피하였다. 헌법은 어떠한 특정한 해석방법론을 규정하지 않는다. 그럼에도 불구하고 이러한 헌법의 자체가 역으로 법학방법론적으로 더 이상 헌법합치적으로 인정되지 않는 것을 연방헌법재판소가 확정하는 것을 방해하지 않는다<sup>192</sup>). 즉 헌법에 의하여 규정된 해석방법론은 존재하지 않지만, 방법론에 대한 헌법적인 외부적 한계설정(verfassungsrechtliche Außenschränken für Methodik)은 존재한다<sup>193</sup>). 그 다음에 남아있는 영역의 범위 내에서 독일연방헌법재판소는 특정한 해석방법론 혹은 해석이론을 요구할 수 없다.

독일연방헌법재판소의 결정에서 법학방법론의 특정한 부분의 정확성 혹은 부정확성에 대한 결론을 도출하고, 결정대상의 제한성으로 인하여 자신의 결정

189) BVerfGE 98, 49 (61) - Sozietätsverbot.

190) BVerfGE 128, 193 (209) - Dreiteilungsmethode; 113, 88 (103 f.); 49, 304 (320).

191) BVerfG 11.7.2012 - 1 BvR 3142/07 u.a. Rn. 75 - Delisting.

192) BVerfGE 128, 193 (211 ff.) = EuGRZ 2011, 167 (172 ff.) - Dreiteilungsmethode.

193) BVerfG 22.8.2006, NJW 2006, 3409; Ulber, 앞의 논문(주 165), S. 369쪽.

에 대하여 인정될 수 없는 효력범위에 속하는 내용까지도 언급을 하게 되면, 이러한 관점을 다시 잘못 인식한 것이다<sup>194)</sup>. 독일연방헌법재판소는 단지 어떤 일반법적인 고려들이 어떠한 관점에서도 받아들여질 수 없고(vertretbar), 그 결과 자의성 통제(Willkürkontrolle)로 널리 알려진, 기본법 제3조 제1항에 의하여 발전된 통제기준을 위반하게 된다.

어떤 특정한 법학방법론에 대하여 논란이 있는 것 그 자체만으로는 그것이 받아들여질 수 없다고 볼 수 없다(nicht vertretbar). 이것은 독일연방헌법재판소가 법학방법론적인 이의를 결코 진지하게 수용하지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니다. 법원이 법학방법론적으로 어떠한 관점에서도 받아들일 수 없는 결과를 목적으로 한 것이라면, 그것은 헌법위반으로 볼 수 있다<sup>195)</sup>.

#### 4) 흠결의 확정과 흠결의 충족의 방법론적인 인정가능성(methodische Vertretbarkeit)

흠결의 확정(Lückenfeststellung)과 흠결의 충족(Lückenerfüllung)에 대해서는 그 방법론적인 인정가증성(methodische Vertretbarkeit)을 통하여 통한 통제가 행해진다. 독일연방헌법재판소의 이에 대한 통제의 시발점에서의 중요한 고려사항은 어떤 해석과 어떤 법에 근거해서 입법자가 특정한 결과들을 의도하지 않거나 혹은 처음부터 법질서의 허용범위에 들어가지 않는 구체적 내용이나 한계를 도출할 수 있는가 여부이다. 이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 특별한 방식으로 입법자의 의사(Willen des Gesetzgebers)의 의미를 강조하였다<sup>196)</sup>:

「법관은 입법자에 의하여 확정된 법률의 의미와 목적을 벗어나서는 안 된다. 법관은 입법자의 근본적 결정을 존중하고, 입법자의 의사의 효력을 변화된 조건들 속에서 최대한 허용가능하게 인정해야만 한다. 이와 관련하여 법관은 법률해석의 인정된 방법론을 따라야만 한다 (...)」<sup>197)</sup>. 법률의 명백한 문구를 무시하는 법관의 법형성을 가능하게 만들고, 법률 속에서 아무런 근거를 찾을 수 없고 그리고 입법자가 불명확하게 - 혹은 인식가능한 계획위반적인 법률의

194) Rüthers, 앞의 논문(주 166), S. 1856쪽.

195) Ulber, 앞의 논문(주 165), S. 369쪽.

196) BVerfGE 162, 2012 - 1 BvR 127/10, Rn. 23; BVerfGE 128, 193 (210) - Dreiteilungsmethode; Rieble, 앞의 논문(주 166), 819 ff.; Rüthers, 앞의 논문(주 165), S. 1857 f.

197) BVerfGE 84, 212 (226) - Aussperrung im Arbeitskampf; 96, 375 (395) - Kind als Schaden.

흠결(planwidrige Gesetzeslücke)이 존재하는 경우에 있어서 - 묵시적으로 승인한 해석은 허용되지 않은 방식으로 민주적으로 정당화된 입법자의 권한을 침해한다<sup>198)</sup>.」

첫 번째로 독일연방헌법재판소는 하나의 독자적인 범주(Kategorien)로서 해석과 법형성을 혼합시킨 것에 대하여 비판을 제기하였다. 그러한 까닭에 특히 부분적으로 ‘법형성적인 해석(rechtsfortbildende Auslegung)’의 언급에 대해서 똑같은 비판기준이 적용되었다<sup>199)</sup>. 이 문제를 잘 검토한 후에 연방헌법재판소는 다른 관점을 제시하였다. 법형성에 대한 새로운 이해는 결정의 대상이 된 상황에 대한 문제해결을 위해서 고려할 수 있는 법률규정에 대한 사전적 해석(vorherige Auslegung)을 전제로 한다. 즉 충족의 필요성이 있는 흠결이 존재하는지 여부의 문제는 관련된 복합적 규범(Normenkomplex)의 해석의 문제이기 때문이다<sup>200)</sup>. 왜냐하면 법률의 흠결 혹은 문제해결규정이 존재하는지 여부에 대한 해답은 어떤 방식으로 흠결을 충족할 수 있는가 하는 문제의 해결과 동일한 정도의 법적인 평가를 요구하기 때문이다<sup>201)</sup>.

독일연방헌법재판소는 우선적으로 법형성이 가능한지 여부 그리고 상황에 대한 결정을 위한 법률규정이 존재하지 않거나 혹은 충분한 문제해결이 가능한 법률적 근거가 존재할 정도로 법률규정이 잘 규정되지 않은 것을 법원이 인정가능한 방식으로(in vertretbarer Weise) 받아들일 수 있는지 여부에 대한 자의성 통제(Willkürkontrolle)의 과정을 통하여 심사하였다. 이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 충족해야만 하는 법률의 흠결이 존재하는지 여부에 대하여 검토하였다. 이와 관련하여 연방헌법재판소는 인정된 법률해석의 방법론을 원용해야만 한다. 현실적으로 법률 속의 흠결이 존재하는 것이 요구되고, 이 경우가 통제가 가능하다. 명백한 관련규범이 고려되지 않은 경우에는 이 경우에 해당된다고 볼 수 없다.

독일연방헌법재판소의 일반적 법의 해석과 적용에 대한 자제적인 통제기준의 기준의 적용과 관련하여 결과적으로 연방헌법재판소의 법관의 법형성에 대한 헌법적 통제에 있어서의 자제는 법관의 흠결의 발견과 보충에 대한 격려가

198) BVerfGE 118, 212 (243).

199) BVerfG 16.2.2012 - 1 BvR 127/10, Rn. 24; BVerfGE 128, 193 (211) - Dreiteilungsmethode.

200) 이러한 경향은 다음의 판례에서 명백히 나타난다. BVerfG 20.4.2010, NZS 2011, 18 (19); 또한 BVerfG 22.8.2006, NJW 2006, 3409 (3410).

201) BVerfG 11.7.2012 - 1 BvR 3142/07 u.a. 77 - Delisting; BVerfG 4.4.2011, NZM 2011, 479; BVerfGE 82, 6 (12).

아니라, 법원의 결정이 일반법적으로 정확한지(einfachrechtlich richtig) 여부에 대하여 판단하는 것은 연방헌법재판소의 과제가 아니라는 것을 나타낸 것이다. 그럼에도 불구하고 독일연방헌법재판소는 법원이 문구, 체계성 그리고 의미와 목적이 확정된 규정을 무시하는 것은 허용될 수 없다고 보았다<sup>202)</sup>. 그래서 전적으로 엄격한 통제척도의 적용이 문제되었다.

법률규정의 흠결의 인정가능한 충족(vertretbare Ausfüllung der Regelungslücke)과 관련하여 독일연방헌법재판소는 흠결의 충족이 인정가능함의 범위 내에서(innerhalb des Vertretbaren) 행해졌는지 여부에 대하여 심사하였다. 이와 관련하여 “현재 효력을 가지고 있는 법 속에서 어떠한 근거를 찾을 수 없는 법형성은 허용될 수 없다.”는 독일연방헌법재판소의 언급은 매우 중요한 의미를 가진다. 현재 효력을 가지고 있는 법 속에 흠결이 있다는 것에 대한 확인만으로 법관의 법형성의 법적 근거가 완전히 충족될 수 없다. 법원이 법형성을 결정하였다면, 법원은 흠결의 충족이 최대한 이해관계의 충돌 없이 법질서 속에서 행해지는 이유를 인정가능한 방식으로(in vertretbarer Weise) 논증해야만 한다. 이것은 이미 언급된 법률유보(Vorbehalt des Gesetzes)와 관련성을 가진다. 그러나 이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 단지 인정가능성 통제(Vertretbarkeitskontrolle)만 행하였다.

## VI. 결론

단지 법률을 적용하는 것만이 법관의 의무로 한정될 수 없다. 법원이 해석을 통해서 입법자의 결정을 무력화시키고, 기본권을 입법자에 의하여 규정된 제한범위를 넘어서서 제한하는 것은 헌법에 의하여 허용될 수 없다<sup>203)</sup>. 이와 관련하여 법관의 법형성의 한계가 논의될 수 있다. 법원이 법관의 법과 법률에의 구속이라는 헌법적 원칙을 통해서 설정된 법관의 창조적 법발견의 한계를 넘어서는 경우에는 법원은 법관의 법형성의 한계준수를 침해한 것이다<sup>204)</sup>. 규범적용자는 규범제정기관처럼 규범제정을 해서는 안 된다<sup>205)</sup>. 그럼에도 불구하고 규범적용자가 그렇게 행위한다면, 그는 법치국가원리(Rechtsstaatsprinzip)

202) BVerfGE 65, 182 (191, 194) - Sozialplan.

203) BVerfGE 63, 266 (289); 87, 273 (280).

204) BVerfGE 65, 182 (194).

205) BVerfGE 96, 375 (394); 113, 88 (103 f.); 128, 193 (210); 132, 99 (128).

그리고 재판청구권자의 관련 기본권을, 적어도 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동자유권을 침해한 것이다<sup>206)</sup>. 법관의 법형성과 최고법원의 확고한 판례의 변경은 서로 구별된다. 이러한 판례변경이 충분히 논증되고, 예측가능한 발전의 범위 내에서 행해진 것이라면, 그것은 신뢰보호(Vertrauensschutz)의 원칙의 측면에서 볼 때에도 아무런 문제가 없다<sup>207)</sup>.

독일연방헌법재판소는 법관의 법형성에 대한 자신의 결정 속에서 법관의 법형성 권한인정과 이에 대립되는 헌법적 원리와 충돌을 조정하기 위한 해결책 마련을 위해서 여러 가지 측면에서 노력을 시도하였다. 이 과정에서 가장 중요한 민주적 입법자의 우선적 권한의 보장이었다. 앞으로의 연방헌법재판소의 판례전개에 있어서 이 점은 특별한 변경이 없을 것 같다<sup>208)</sup>. 독일연방헌법재판소는 헌법상의 법치국가 원리와 민주주의 원리의 존중을 기반으로 입법자의 입법적 평가주도권을 인정하고 있지만, 이와 동시에 법관이 법형성을 통해서 입법자의 법률의 흠결을 확인하고, 충족하기 위한 자유로운 판단적 권한영역을 보장하고, 이를 통해서 효율적인 시민의 기본권 보장을 실현할 수 있도록 배려하고 있다. 이러한 기본적 입장은 연방헌법재판소가 기본권을 침해하거나, 헌법상의 권력분립 원리를 침해하는 법형성에 대해서는 외부적 한계를 설정하는 형태로 나타나고 있다. 이것은 독일연방헌법재판소가 헌법적 권한배분 상의 한계 때문에 전문법원의 법해석과 법형성에 대해서 엄격한 심사와 통제를 할 수 없다는 것을 의미한다. 이것은 연방헌법재판소가 법관의 법형성의 한계를 넘어서 법원의 결정의 법적 효력을 배제하기 위하여 모든 헌법적 논거를 동원하는 시도를 행하는 것이 아니라, 일반법의 해석과 관련하여 전문법원과 보다 올바른 법적인 해결책 마련을 위한 대화과정의 구축으로 이해해야만 한다.

206) BVerfGE 82, 6 (12); 96, 375 (397 f.).

207) BVerfGE 122, 248 (277 f.).

208) Ulber, 앞의 논문(주 165), S. 377.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 박진완, 헌법규범과 법질서의 통일성, 헌법학연구 제4집 제3호, 한국헌법학회 1998, 293-331쪽.
- \_\_\_\_\_, 법관의 법형성 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 공법연구 제29집 제1호, 한국공법학회 2000, 201-218쪽.
- \_\_\_\_\_, 헌법재판과 전문법원, 공법연구 제29집 제3호, 한국공법학회 2001, 311-326쪽.
- \_\_\_\_\_, 헌법해석과 법률해석과의 관계 - 법질서 통일성의 측면에서 헌법해석과 법률해석의 분리불가능성, 법학논고 45집, 경북대학교 법학연구원, 1-38쪽.
- 임미원, 법관의 법형성에 대한 일고찰: 한정위헌결정과 관련하여, 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회 2012년 165-196쪽.

<외국문헌>

- Robert Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 7 ff.
- Susanne Baer, Speaking Law: Toward a Nuanced Analysis of “Cases”, 18 German Law Journal 271-292 (2017).
- Herbert Bethge, in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein /Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 40. Ergänzungslieferung 2013, München 2013, § 95.
- Jörg Berkemann, Das Bundesverfassungsgericht und seine Fachgerichtsbarkeit, Auf der Suche nach Funktion und Methodik, DVBl 1996, S. 1028 f.
- Karl August Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, Heidelberg 1986.
- Albert Bleckmann, Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2002, S. 942 ff.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandaufnahme und Kritik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main 1991, S. 53 ff.
- Harald Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesezen, Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz 1966.

- Marten Breuer, Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR, Zeitschrift für öffentliches Recht 68 (2013), S. 729 ff.
- Winfried Brugger, Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten von Amerika, JöR 42 (1994), S. 571 ff.
- Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2., ergänzte Aufl., Wien 1991.
- Edouard Campiche, Die verfassungskonforme Auslegung. Stellung in der Auslegungslehre und Abgrenzung zur Normenkontrolle, Zürich 1978.
- Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. überarb. Aufl., Berlin 1983.
- Uwe Diederichsen, Innere Grenzen des Rechtsstaats, in: ARSP-Beiheft 65, 1996, S. 129 ff.
- Stenfan Drechsler, Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfindung, ZJS 2015, S. 344 ff.
- Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, unveränd. reprograf. Nachdr. d. 1935, Darmstadt 1987.
- Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung in Europa, Bonn 2012.
- Johannes Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, München 1983.
- Roman Herzog, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts, München 1991.
- Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.
- Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 30 ff.
- Malte Graßhof, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl., Heidelberg 2005, § 78.
- Bernd Grzeszick, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar VII, 69. Ergänzungslieferung 2013, Art. 20.
- Roman Herzog, Gesetz und Richter, in: Festschrift für H. Sendler zum Abschied aus seinem Amt, München 1991, S. 17 ff.
- Christian Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ

1996, S. 118 ff.

Christian Hillgruber, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar IX, 85. Ergänzungslieferung, München 2018, Art. 97.

Clemens Höpfner, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA 2018, S. 321 ff.

Jörn Ipsen Funktionsspezifische Aspekte richterliche Verfassungsgebundenheit, NJW 1977, S. 2289 ff.

Monika Jachmann, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar IX, 85. Ergänzungslieferung, München 2018, Art. 95.

Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. vollständig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. 1960, Wien 1967.

Paul Kirchhof, Richterliche Rechtsfindung, gebunden an "Gesetzes und Recht", NJW 1986, S. 2275 ff.

Paul Kirchhof, Die Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Gerd Reinhart (Red.), Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 11 ff.

Ferdinand Kirchhof, Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, NJW 2000, S. 1492 ff.

Hans Hugo Klein, Richterrecht und Gesetzesrecht. DRiZ 1972, S. 333 ff.

Hans Hugo Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur. Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat, in: Paul Kirchhof (Hrsg.), Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik. Festschrift für Franz Klein, Köln 1994, S. 645 ff.

Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 1.

Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München 2013.

Volker Krey, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung (I), JZ 1978, S. 361 ff.

Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin; Heidelberg; New York 1995.

Walter Leisner, Richterrecht im Verfassungsschranken, DVBl 1986, S. 705 ff.

René Marcic, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre, Wien 1966.

Niklaus Müller, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der



- verfassungskonformen Auslegung, Bern 1980.
- Theo Öhlinger, Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Wien 1975.
- Fritz Ossenbühl, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, Bonn 1988.
- Ernanz-Joseph Peine, Normenkontrolle und konstitutionelles System, Der Staat 22 (1983), S. 521 ff.
- Hans Paul Prüm, Verfassung und Methodik, Berlin 1977.
- Bodo Pieroth/Tobias Auel, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, S. 504 ff.
- Volker Rieble, Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, NJW 2011, S. 819 ff.
- Eibe Riedel, Methoden der Verfassungsinterpretation im Wandel, in: Erhard Denninger (Hrsg.), Kritik und Vertrauen. Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1990, S. 382 ff.
- Gerhard Robbers, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, S. 935 ff.
- Wolfgang Roth, Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, AöR 121 (1996), S. 544 ff.
- Bernd Rüthers, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, S. 2407 ff.
- Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie, 7. Aufl., München 2013.
- Dominik Schäfers, Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung, JuS 2015, S. 875 ff.
- Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., München 2018.
- Otto Seidl, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, S. 296 ff.
- Anke Schmidt, Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz. Plädoyer für ein methodisches Vorgehen auf Grundlage des Legitimitätsgedankens, Berlin 2017.
- Hans Peter Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1969.
- Wilhelm Schluckebier, Rechtsauslegung, Rechtsfortbildung, Rechtspolitik. Die Rolle des Richters zwischen Gesetz und Recht, ZRP 2010, S. 269 ff.

- Ekkehard Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortbilden, ZZP 81 (1968), S. 79 ff.
- Horst Sandler, Überlegungen zu Richterrecht und richterliche Rechtsfortbildung, DVBl 1988, S. 828 ff.
- Christian Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 43 ff.
- Christian Starck, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte (Referat), in: Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages Karlsruhe 1996, Bd. II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse) Teil O, München 1996, S. O 27 ff.
- Paul Stelkens/Nicolai Panzer, Friedrich Schoch/Jens Peter Schneider/Wolfgang Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung 35. EL, München 2018, § 1.
- Bettina Stoitzner, Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, in: Stanley L. Paulson und Robert Walter, Untersuchung zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985 / 86, Wien 1986, S. 51 ff.
- Brigitte Tag, Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZSTW 2015; 127(3), S. 523 ff.
- Daniel Ulber, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Zivilrecht, EuGRZ 2012, S. 365 ff.
- Reiner Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1980), S. 485 ff.
- Robert Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre, Graz 1964.
- Rolf Wank, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, S. 314 ff.
- Ota Weinberger, Norm und Institution, Wien 1998.
- Herbert Wiedemann, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, S. 2407 ff.
- Jochim Welzel, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, NJW 2008, S. 345 ff.
- Markus Würdiger, Das Ziel der Gesetzesauslegung – ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre, JuS 2016, S. 1 ff.

[Abstract]

The Development of law by Judges as a Matter of Relation  
between Constitutional Interpretation and Legal Interpretation

Park, Zin-Wan\*

The German Federal Constitutional Court repeats two models of reasoning to demonstrate the constitutional justification of the legal formation of development of law by judges (*richterliche Rechtsfortbildung*). These two models of reason confirm whether the legal form of development of law by judges is allowed in principle and is in conformity with judge's binding to higher law and law according to Article 20, Paragraph 3 of the German Basic Law. These two arguments form the justification of the legal formation of judges. The so-called judge-made law in other words development of law by judicial decisions (*Richterrecht*) can be justified only in exceptional circumstances, even if the prerequisites for this are generally accepted.

What are the important issues of legal methodology chosen by judges applied to the legal interpretation and development of law by judges in concrete legal cases? Perhaps it is a matter of setting legal limits on the formation of judge-made law through arbitrary application of law methodology beyond the scope of the legal text. From this point of view, the arbitrary application of the legal methodology by a judge may be the source of an important risk factor in the interpretation and application of the law by a judge in some cases. In order to prevent such a specific state of danger, the need to set limits on the risk of deviating from legal dogmatics in the process of interpretation and application of the law by judges is raised.

The German Federal Constitutional Court recognizes the legislative leadership

---

\* Professor, Kyungpook National University

of the legislative evaluation based on respect for the rule of law and the principle of democracy in relation to the constitutional justification of development of law by judges. At the same time, however, the judges confirm the defects of the legislator's law through the formation of the higher law against legislator's law and ensure the free judgmental authority to satisfy it. Through this, the court is considering effective guarantees of the basic rights of citizens. This basic position appears in the form of the Federal Constitutional Court setting external limits on the formation of judge-made law that violate basic rights or the principle of separation of powers under the constitution. This means that the German Federal Constitutional Court cannot strictly examine and control the legal interpretation and development of law by judges of professional courts (Fachgerichte) due to limitations in the distribution of constitutional powers.

Keywords : developemt of law by judges, judge-made law, judge's binding to higher law and law, legal limits on the formation of judge-made law through the arbitrary application of law methodology beyond the scope of the legal text, relation between Constitutional Interpretation and Legal Interpretation