

I. 머리말

실무가의 입장에서는 구체적 사건 해결에 있어서 학설은 2차적 보조수단으로 고려될 뿐이고, 법과 사실의 양 측면에서 강력한 기속력을 갖는 판례의 입장이 현재 어떠한지를 정확하고 올바르게 파악하는 것이 가장 중요한 일임은 다언을 요하지 않는다.

이 책에서는 민사소송에서의 척추 내지 나침반 역할을 하는 주장·증명책임¹⁾에 관하여 먼저 일반론을 간략하게 적은 다음, 그에 관한 구체적 판례를 민법, 상법, 민사소송법, 민사집행법 등의 주요 조문별로 개괄하면서 실무상 정형적인 청구나 항변의 요건사실을 정리해 보되, 주장·증명책임에 관한 새로운 이론의 활동장인 불법행위법 부분은 제외하여 추후에 보충토록 하고, 서로 모순되는 판례나 사실상 판례변경으로 볼 수 있는 경우, 이론상 다툼의 여지가 있는 부분에서는 간략한 비견(鄙見)을 덧붙이는 식으로 기술하였다.

II. 주장증명책임 일반론 개관

1. 주장증명책임의 개념과 분배

가. 주장증명책임의 개념과 그 대상

1) 변론주의와 주장증명책임

변론주의란, 소송자료(사실자료 + 증거자료)의 수집·제출 책임을 당사자에게 맡기고, 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 원칙을 말한다(사실자료의 제출은 사실의 주장을, 증거자료의 제출은 증명을 말한다).²⁾³⁾

판례는, '요건사실'을 '권리의 발생, 소멸 등 법률효과의 존부의 판단에 직접 필요한

1) 종래에는 '입증'과 '입증책임'으로 주로 쓰이다가, 현재는 '입증'과 '증명', '입증책임'과 '증명책임'이 혼용되고 있으나, 민사소송법은 '증명'이라는 용어를 쓰고 있으므로(제58조(법정대리권 등의 증명), 제89조(소송대리권의 증명), 제158조(조서의 증명력), 제357조(사문서의 진정의 증명) 등), '증명', '증명책임'을 공식적인 법률용어로 사용함이 타당하다. 최근의 판례들은 '증명', '증명책임'으로 주로 판시하고 있으나 혼용되고 있다. 판례의 원문을 전제한 경우에는 원문 그대로 표현하였다.

2) 사실의 주장책임(주요사실은 당사자가 변론에서 주장하여야 하고, 주장되지 아니한 사실은 판결의 기초로 삼을 수 없다), 자백의 구속력(당사자 사이에 다툼이 없는 주요사실에 대하여는 당사자는 물론 법원도 구속되고, 따라서 법원도 자백이 성립한 사실에 반하는 사실 인정을 하거나 그에 기하여 판결할 수 없다), 증거의 제출책임(당사자는 자신이 주장한 사실을 뒷받침하는 증거를 스스로 제출하여야 한다) 등 세 가지가 변론주의의 구체적 내용을 이룬다.

3) 이에 비해, 처분권주의는, 소송절차의 개시(소제기), 심판의 대상(법원은 당사자가 청구한 사항과 범위 내에만 심판할 수 있다), 절차의 종료(소취하, 상소취하, 청구의 인낙·포기, 화해)에 대하여 당사자의 처분에 맡기는 것을 말한다. 처분권주의는 소송물에, 변론주의는 공격방어방법에 관련된다는 점에서 양자는 차이가 있다. 퇴거 청구에 대하여 인도를 명하는 것은 처분권주의에 반하여 허용되지 않는다(대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다213157 판결).

4 요건사실과 주장증명책임

사실',⁴⁾ '청구 권원의 발생에 관한 사실'⁵⁾이라고 하고,⁶⁾ '주요사실'을 '법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건 해당사실',⁷⁾ '권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 사실'⁸⁾이라고 하여, 양자를 동일시하고 있다.⁹⁾ 판례상 위와 같은 개념은 모두 '요건사실'의 개념에 해당하는 것이고, 주요사실은 변론주의원칙의 적용 여부와 관련된 개념으로서 '변론주의가 적용되는 사실'로 이해함이 옳다.¹⁰⁾

변론주의가 지배하는 민사소송에서는 권리의 발생·소멸이라는 법률효과의 판단에 직접 필요한 주요사실¹¹⁾은 당사자의 주장을 통하여 소송에 현출되어야 법원이 이를 재판의 기초로 삼을 수 있다. 법원은 변론주의 원칙상 당사자의 주장에 대해서만 판단해야 하고 당사자가 주장하지 않은 사항에 관해서는 판단하지 못한다.¹²⁾ 항소심은 속심으로서 제1

- 4) 71다278; "판결의 기초가 되는 권리의 발생, 소멸 등 법률효과의 존부의 판단에 직접 필요한 요건사실은 당사자가 주장하는 사실관계를 그 토대로 삼아야 할 것"
- 5) 81다카550; "이 사건 소송물인 말소등기청구권을 원고가 어떠한 권원에서 행사하는가, 즉, 청구권원의 발생에 관한 요건사실은 주요사실로서 당사자가 당해 소송에서 주장하지 않는 한 판결의 기초로 채용할 수 없음은 민사소송에서 변론주의의 당연한 결론인 것이다."
- 6) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다99409 판결; "소극적 확인소송에 있어서는, 원고가 먼저 청구를 특정하여 채무발생원인 사실을 부정하는 주장을 하면 채권자인 피고는 그 권리관계의 요건사실에 관하여 주장·입증책임을 부담하므로 이 사건 유치권 부존재 확인소송에서 유치권의 요건사실인 유치권의 목적물과 견련관계 있는 채권의 존재에 대해서는 피고가 주장·입증하여야 한다." / 87다카2954; "일반 불법행위에 기한 손해배상청구사건의 요건사실은 가해행위, 권리침해(피침해권리), 고의나 과실, 손해, 인과관계 등으로 구분될 수 있으며"
- 7) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결; "변론에서 당사자가 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기에서 주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건 해당사실을 말하는 것"
- 8) 2003다57697; "민사소송절차에서의 변론주의 원칙은 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 대한 주장·입증에 적용되는 것으로서 그 주요사실의 존부를 확인하는데 도움이 되는 간접사실이나 그의 증빙자료에 대하여는 적용되지 않는 것이고"
- 9) 2011다61646; "주요사실(요건사실)은 당사자가 변론에서 주장하지 않으면 판결의 기초로 삼을 수 없다." / 2005다21531; "법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것" / 2008다5073; "다른 공유자가 타인이 자신의 지분을 피고에게 처분하는 데 사전 동의하였다는 사실은 위 소유권이전등기가 실제관계에 부합하는 유효한 등기라는 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건 해당사실에 속하므로, 법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않는 이상 이를 인정할 수 없으나"
- 10) 요건사실 중 일부는 소송요건으로 취급되어 직권조사사항에 해당하는 경우가 있다는 점에서도 요건사실과 주요사실은 구별하여 이해함이 옳다(예컨대, 소유권에 기한 말소등기청구의 요건사실 중 '피고 명의 등기의 경료 사실', 추심금 청구의 요건사실 중 '추심명령의 발령과 제3채무자에 대한 송달 사실', 채권자대위 청구의 요건사실 중 '피보전채권의 존재와 변제기 도래, 보전의 필요성, 채무자의 권리불행사', 주주총회결의 취소 청구의 요건사실 중 '회사 주주 등 원고적격자', '피고적격자인 회사' 등).
- 11) 판례상 주요사실(자백의 대상)의 예로는, 사고 당시 수입(96다24668), 노동능력상실 비율, 휴양장해등급(2005다5485), 생계비(93다57346), 기대여명(2016다41869), 상계의 의사표시(2008다51359), 소멸시효의 기산일(2017다20111) 등이 있다. 사해행위취소 및 가액반환 청구에서 피보전채권의 액수는 주요사실로서 변론주의의 적용대상이다(대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다289989 판결; 피보전채권인 대여금의 합계를 원고가 주장한 2억 2천만 원이 아닌 3억 2천만 원이라고 인정하여 판단한 원심판단에는 변론주의 원칙에 위반한 잘못이 있다고 한 예).
- 12) 대법원 2022. 2. 24. 선고 2021다291934 판결(피고 재개발정비사업조합의 조합원인 원고가 '소외인이 조합장으로 선임된 이후 정비구역 내에서 실제로 거주하지 않아 도시 및 주거환경정비법 제41조 제1항 후단의 요건을 충족하지 않았다.'는 이유로 피고를 상대로 소외인의 조합장 지위 부존재 확인을 구하는 소를 제기하였는데, 원심

심에서 한 당사자 주장이 그대로 유지되므로 항소심에서 당사자가 항소이유로 특별히 지적하거나 그 후의 심리에서 다시 주장하지 않았다고 하더라도 법원은 제1심에서 한 당사자 주장이나 그 밖의 공격·방어방법에 관하여 판단하여야 한다.¹³⁾

따라서 당사자는 주요사실을 주장하지 아니하면 유리한 법률효과의 발생이 인정되지 않을 위험 또는 불이익을 입게 되는데, 이와 같은 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 가리켜 객관적 주장책임 또는 흔히 그냥 주장책임이라고 한다.¹⁴⁾ 당사자가 부담하는 주장책임의 정도는 ‘사실’만 변론에 현출되면 족하고, 그 사실의 존재로 인하여 어떠한 ‘법률효과’가 발생하는지에 대해서까지 주장하여야만 하는 것은 아니며, 법원은 당사자의 법률적 견해 표명에 구애되지 아니하고 판단한다.¹⁵⁾

나아가, 소송상 어느 요증사실의 존부가 확정되지 아니할 때에 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 어느 일방 당사자의 위험 또는 불이익을 객관적 증명책임 또는 흔히 그냥 증명책임이라고 한다.¹⁶⁾

이 ‘소외인이 위 제1항 전단의 요건을 갖추지 못하였다.’는 이유로 원고의 청구를 인용한 사안에서, 위 법 제43조 제2항 제2호는 ‘조합임원의 당연퇴임사유’로 “조합임원이 제41조 제1항에 따른 자격요건을 갖추지 못한 경우”를 들고 있고, 제41조 제1항은 조합의 임원 선임 자격 요건과 자격 유지 요건을 전단과 후단으로 구분하여 정하고 있는데, 당사자가 두 요건 중 하나만 주장한 경우에는 변론주의 원칙상 법원은 그 주장에 대해서만 판단해야 하는데도, 원고가 주장하지 않은 사항에 관해서 판단한 원심판결에 변론주의 원칙을 위반한 잘못이 있다고 한 사례). ■ 소극적 확인의 소이므로 조합장 지위 취득의 요건사실 중 하나로서 선임 자격 요건을 피고가 주장·증명하여야 한다고 보는 견해도 있을 수 있으나, 조합장 지위 취득의 요건사실은 조합원총회의 선임결의로 족하고, 임원 선임 자격 요건과 자격 유지 요건을 조합원총회 선임결의의 무효사유 내지 조합장의 당연퇴임사유로서 조합장 지위 취득의 장애 또는 소멸 사실로 보면 이는 원고가 개별적으로 주장·증명하여야 한다.

13) 대법원 2021. 4. 8. 선고 2018다224491 판결.

14) 반면, 이러한 책임을 지는 당사자가 이 같은 위험 또는 불이익을 받지 않기 위하여 법원에 주요사실을 주장할 책임 내지 필요성을 가리켜 주관적 주장책임이라고 한다.

15) ① 2000다48265; “피고가 부담하는 주장책임의 정도는 요건사실 즉, 피고가 이 사건 계속적 보증계약 및 근저당권설정계약을 해지하였다는 사실만 변론에 현출되면 족하다고 할 것이고, 그 요건사실의 존재로 인하여 어떠한 법률효과가 발생하는지에 대해서까지 주장하여야만 하는 것은 아니라고 할 것이므로, 피고가 위와 같은 요건사실의 존재로 인하여 이제 피고는 1996. 2. 15. 이전에 발생한 채무에 대해서만 연대보증인으로서 책임을 부담하고 이 사건 근저당권의 피담보채무도 위 날짜를 기준으로 확정되어 1996. 2. 15. 당시 위 제1심 공동피고 1이 원고에 대하여 부담하고 있는 채무만을 담보하게 되었다는 취지의 주장을 하지 않았다 하더라도, 이미 그 주장책임을 다했다고 보아야 하고, 설사 당사자가 이 부분에 대해서까지 주장하더라도 이는 법률적 견해의 표명에 불과하므로 법원은 이에 구애되지 아니하고 판단하여야 할 것이다.” ② 96다46484; “시효중단사유의 주장·입증책임은 시효 완성을 다투는 당사자가 지고, 그 주장책임의 정도는 취득시효가 중단되었다는 명시적인 주장을 필요로 하는 것은 아니라 중단사유에 속하는 사실만 주장하면 주장책임을 다했 것으로 보아야 한다. ... 원고 사찰이 이 사건 포고당에 관련하여 여러 민사소송을 제기한 사실이 쌍방 당사자에 의하여 주장되었으므로, 원심으로서 이러한 제 소송이 시효취득의 중단사유가 되는 재판상 청구 그 밖에 가처분 등에 해당하는지를 망라하여 심리하고 판단하였어야 할 것이다.”

16) 반면, 사실 존부 불명의 불이익을 받게 되는 당사자가 그 불이익을 피하기 위하여 소송당계에서 증거를 제출할 행위책임을 주관적 증명책임이라고 하고, 소송의 진행 중 법관의 심증 형성을 중심으로 하여 양당사자가 증거를 제출할 필요성이 있는데 이를 입증의 필요라고 한다(주석 신민사소송법 V, 한국사법행정학회, 2004, 55-56면(손용근 집필)).

6 요건사실과 주장증명책임

2) 주장공통의 원칙

‘주장공통의 원칙’에 따라, 주요사실을 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것은 아니고 어느 당사자든 진술하였으면 된다.¹⁷⁾ 채권의 변경·소멸의 원인사실(변제, 면제, 기한 연기 등)에 관한 ‘자인 진술’(어느 일방 당사자가 상대방이 주장하기도 전에 스스로 자신에게 불리한 사실을 진술하였으나 상대방의 원용이나 일치되는 진술이 없는 상태의 진술)¹⁸⁾에 의하여 채권의 변경·소멸의 효과가 인정되는 것은 주장공통의 원칙에 따른 것이다.¹⁹⁾ ‘권리항변’의 경우 그 요건사실 중 ‘당사자에 의한 항변권 행사의 의사표시’에는 주장공통의 원칙이 적용될 여지가 없다.²⁰⁾ ‘통상공동소송’의 경우 ‘공동소송인 사이’에 주장공통의 원칙은 적용되지 아니한다.²¹⁾

17) ① 96다25548: “원고들은 소외인이 피고들을 대리하여 이 사건 공동주택을 원고들에게 분양하였으므로 이전등기를 구한다는 주장만을 하였음이 명백하나 그 취지에는 … 피고들의 권리의무 포괄승계 주장이 포함된 것이라고 볼 수도 있을 뿐 아니라, 주장공통의 원칙에 따라 이러한 주장은 피고들에 의하여서라도 변론에 나타나면 되는 것이라고 할 것인데 … 피고들은 원고들에 대한 것을 제외한 소외인의 권리의무를 포괄승계하였다는 주장을 하고 있으므로, 원심 판시에 변론주의 위배의 위법이 있다는 소론의 주장은 받아들일 수 없다고 할 것이다.” ② 2008다5073: “법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않는 이상 이를 인정할 수 없으나 … 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것은 아니고” ③ 대법원 2023. 6. 15. 선고 2020다299511 판결: 원심이, 원고 주장의 추가공사비가 발생하였더라도 원고는 직불합의에 따라 피고 회사를 상대로 추가공사비를 청구할 수 없다고 판단한 데 대하여, ‘피고 회사가 직불합의에 따라 원고의 청구가 배척되어야 한다고 명시적으로 주장하지는 않았으나, 원고는 소 제기 당시부터 직불합의의 존재 사실을 주장하였고, 직불합의서를 갑조증으로 제출하기도 하였음을 알 수 있다. 원고와 피고 회사 사이에 직불합의가 있었다는 점에 관한 요건사실은 이미 당사자 쌍방의 주장에 의하여 변론에 현출되었을 뿐만 아니라, 이 점에 관하여는 원심 변론종결일에 이르기까지 쌍방이 제출한 소송자료를 통하여 충분한 심리가 이루어짐으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불의의 타격을 줄 우려도 없다.’고 한 예.

18) 여기에서의 자인 진술은 원고의 청구 부분에 관한 것을 말한다. 100원의 원채권에서 20원의 변제를 인정하면서 이를 미리 공제하여 80원을 원고가 청구하는 경우, 위 20원의 변제 사실은 원고의 청구 범위에서 제외된 부분에 관한 것으로서 원채권의 성립과 결론 사이를 이어주는 경위사실에 불과하고, 선행자백의 전단계로서의 의미를 갖는 자인 진술에는 해당하지 않는다.

19) ① 대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결: “재판상 자백의 일종인 이른바 ‘선행자백’은 당사자 일방이 자진하여 자기에게 불리한 사실상의 진술을 한 후 그 상대방이 이를 원용함으로써 그 사실에 관하여 당사자 쌍방의 주장이 일치함을 요하므로 그 일치가 있기 전에는 전자의 진술을 선행자백이라 할 수 없고, 따라서 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 상대방의 원용이 있기 전에는 그 자인한 진술을 철회하고 이와 모순되는 진술을 자유로이 할 수 있으며 이 경우 앞의 자인사실은 소송자료로부터 제거된다.” ② 원고가 변제받은 사실을 자인하였다가 이를 철회하였는데, 피고들이 원고의 위 철회 전에 이를 원용하였다는 자료를 찾아볼 수 없음은 물론 위 돈을 변제하였다는 사실을 항변으로 주장한 적이 없음에도, 위 돈이 변제된 것으로 사실을 인정한 원심에 재판상 자백에 관한 법리를 오해하거나 변론주의를 위반한 잘못이 있다고 한 예. ③ 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다261776 판결 “원고는 소외 2의 손해에 관한 구상채권에 관하여 800,000원의 변제를 자인하고 있을 뿐 그 외 추가 변제 등 채권의 변경·소멸의 원인사실에 관하여 자인한 바 없고 피고도 800,000원의 변제 외에는 추가 변제나 상계 등 채권의 변경·소멸의 원인사실에 관한 주장을 한 바 없으므로, 변론주의의 원칙상 법원이 직권으로 위 800,000원을 초과하는 부분에 대한 채권의 변경·소멸의 효과를 인정할 수도 없다.”

20) 소송에서 권리 당사자의 원용, 주장이 필요한 권리항변(동시이행항변, 유치권항변, 소멸시효항변, 보증인의 최고 검색의 항변 등)의 경우에는 그 항변의 다른 요건사실(a, b)에 대한 상대방의 자인 진술만으로는 법원이 그 항변에 대한 판단을 할 수 없어 유효한 항변이 성립하지 않는다. 당사자에 의한 항변권 행사의 의사표시(c)가 별도의 요건사실로 필요하고 여기에는 원·피고 간 주장공통의 원칙이 적용될 여지가 없다(‘동시이행항변’ 기술 부분 참조). a, b 사실에 대해서는 주장공통의 원칙이 적용될 수 있으므로, 권리항변을 주장공통의 원칙의 예외라고 표현하는 것은 정확하지 않다.

21) ① 93다47196: “원심은 통상의 공동소송관계에 있어서 어느 공동소송인의 주장이 다른 공동소송인에게 이익이

3) 간접사실·보조사실의 변론주의 적용 배제, 증거공통의 원칙

주요사실의 존부를 확인하는 데 도움이 되는(추인하게 하는) 경위·내력 등의 '간접 사실'과 증거능력이나 증거력을 판단할 자료가 되는 사실인 '보조사실'에 대하여는 변론 주의가 적용되지 않고, 당사자의 주장이 있든 없든, 그 주장이 어떠한 법원은 증거에 의하여 자유로이 사실을 인정할 수 있으며,²²⁾ '증거'는 '증거공통의 원칙'에 의하여 어느 당사자에 의하여 제출되었는지, 상대방이 이를 원용하는지 여부에 관계없이 이를 당사자 어느 쪽의 유리한 사실인정 증거로 할 수 있다.²³⁾

되는 경우에는 그 다른 공동소송인이 그와 저촉되는 주장을 적극적으로 하지 아니하는 한, 주장공통의 원칙이 적용되어 동일한 주장을 한 것으로 보아야 한다고 전제한 다음, 피고 1은 공시송달에 의한 기일소환을 받은 탓으로 아무런 주장을 하고 있지는 않으나, 그와 통상의 공동소송관계에 있는 다른 피고들이 위 각 등기가 실체관계에 부합한다는 주장을 하고 있으므로, 다른 피고들의 위 주장은 피고 1에게도 미친다고 하여, 위 피고가 다른 피고들의 주장과 같은 주장을 한 것으로 보아 같은 피고에 대한 청구까지 함께 기각하고 있다. 그러나 민사소송법 제62조의 명문의 규정과 우리 민사소송법이 취하고 있는 변론주의 소송구조 등에 비추어 볼 때, 통상의 공동소송에 있어서 이른바 주장공통의 원칙은 적용되지 아니한다고 할 것일 뿐 아니라, 공동피고들의 위 주장은 그들의 각 등기가 실체관계에 부합하는 등기라는 주장으로서, 원고의 위 피고들에 대한 청구에 대한 항변에 불과할 뿐이고 피고 1에 대한 청구와는 무관한 것이어서, 주장공통의 원칙이 적용될 것인가 여부와는 상관없이, 피고 1이 그 명의의 등기가 실체관계에 부합하는 등기라는 항변을 한 것으로 보아 판단한 것은 잘못이라 할 것이다." ㉠ 91다15829; "어느 부동산에 관하여 순차로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송에서 후순위 등기의 말소등기 이행청구는 배척하면서도 그 전순위 등기의 말소등기이행청구는 인용할 경우가 있음은 소론과 같다. 그러나 그 이유는, 이러한 소송은 필요적공동소송이 아니라 통상공동소송으로서 이른바 '주장공통의 원칙'이 적용되지 아니하기 때문에 공동소송인마다 그 공격방어방법을 달리함에 따라 위와 같이 모순된 결론도 생길 수 있고 이는 변론주의를 원칙으로 하는 소송제도에서는 부득이하다는 데에 있는바" ㉡ 원고 소유였던 토지 지분에 관하여 아무런 원인 없이 순차로 피고 1, 2, 3 명의의 소유권이전등기가 경료되고 그 후 토지사용법에 따라 기업자 피고 4가 이를 피고 3으로부터 협의매수하여 소유권이전등기를 마친 데 대하여 원고와 피고들을 상대로 소유권이전등기의 말소를 구한 사안에서, '위 토지의 지분이 적법하게 수용되어 원고의 소유권이 소멸하였다'는 피고 4의 항변을 받아들여 피고 1, 2, 3에 대한 청구마저 배척한 원심의 판단은 공동소송인들이 동일한 방어방법을 취한 결과로서 옳다고 한 사례. ㉢ 90다9872; 김OO이 피고로부터 2백만 원, 원심공동피고 이OO으로부터 3백만 원을 차용하면서 그 담보로 김OO 소유의 임야에 관하여 채권자들 명의로 소유권이전청구권가등기와 근저당권설정등기를 경료한 사안에서, 원고는 김OO으로부터 위 임야를 매수하고 원고 명의로 소유권이전등기를 경료하였으며 김OO은 이OO에게 차용원리금을 모두 변제하였다는 원고의 주장에 대하여, 이OO은 이를 다투지 아니한다는 이유로 위 가등기 및 근저당권설정등기 중 이OO 명의로 경료된 부분은 그 피담보채권이 소멸되었으니 이OO은 원고에게 그 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판시하는 한편, 김OO이 피고에게도 피담보채무를 전액 변제하였으므로 피고 명의의 위 등기는 말소되어야 한다는 원고의 청구에 대하여는, 그 변제 사실을 인정할 수 없다고 판단하고 원고의 청구를 배척한 사례.

- 22) 71다278; "판결의 기초가 되는 권리의 발생, 소멸 등 법률효과의 존부의 판단에 직접 필요한 요건사실은 당사자가 주장하는 사실관계를 그 토대로 삼아야 할 것이나 그 기본사실의 경위, 내력 등에 관해서는 당사자의 주장 유무 여하에 불구하고 법원이 증거에 의하여 자유로이 사실을 인정할 수 있다."(피고가 남편인 소외인이 원고 조합으로부터 차용할 때 연대보증을 함에 있어, 주채무자인 소외인이 약속어음이나 약정서의 피고 이를 맡아다 피고의 도장을 찍을 때에 피고를 대신해서 찍었다고 원심이 인정한 것이, 설사 당사자가 주장하지 않은 사실을 인정한 것이 되었다 하더라도, 위 사실은 연대보증계약의 성립 경위에 관한 사실에 지나지 않을뿐더러, 원심은 연대보증이란 청구원인사실을 토대로 하여 사실을 확정하고 있는 것이므로, 당사자가 주장하지 않은 사실을 판단한 위법이 있다고 할 수 없다고 한 사례). ㉣ '특정 일자 이전에 원고에게 별다른 이상증상이 없었는지 여부'는 피고의 의료과 실 여부와 관련한 간접사실에 불과하므로 이에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 않는다(2012다11389).
- 23) ㉤ 73다1879; "법원은 당사자의 일방으로부터 제출된 증거를 상대방이 원용한 여부에 관계없이 상대방의 이익되는 자료로 채용할 수 있음은 증거공통의 원칙상 법원이 당사자 쌍방의 증거에 대하여 자유로이 이를 판단의 자료로 할 수 있다는 데 불과하며 그렇다고 당사자의 원용하지 아니하는 증거에 관하여도 당사자 자신이 제출한 증거와 마찬가지로 이의 채택판단을 하여야 하는 것이 아님은 입증책임의 분배에서 오는 귀결이라 할 것" ㉥ 80다

4) 추상적·불확정적 개념의 요건사실

평가적·규범적 개념을 내포하고 있는 '추상적·불확정적 개념'이 법률요건인 경우 (신의성실의 원칙, 권리남용, 선량한 풍속 기타 사회질서, 과실, 정당한 사유 등), 그 자체가 요건사실 인지, 그 평가 근거(기초)가 되는 구체적 사실이 요건사실인지, 나아가 변론주의가 적용되는 주요사실인지에 관하여 학설상 다툼이 있으나, 판례 중에는,²⁴⁾ '고의, 중과실'의 경우 그 자체가 요건사실이자 주요사실에 해당하고, 고의, 중과실로 평가·판단할 수 있는 근거(기초)가 되는 구체적 사실은 주요사실이 아닌 간접사실로서 변론주의의 적용이 없다고 하고, 회사 대표이사의 행위가 회사 대표이사로서의 '직무관련성'이 있는지 여부에 관한 판단근거가 되는 사실은 간접사실에 불과하여 그와 같은 간접사실에 대한 자백은 법원이 나 당사자를 구속하지 아니 한다고 판시한 것이 있다.

5) 공격·방어 방법의 적시제출주의

당사자는 공격·방어 방법²⁵⁾을 소송의 정도에 따라 적절한 시기에 제출하여야 하고(민사소송법 제146조), 이를 어기어 고의 또는 중대한 과실로 공격·방어 방법을 뒤늦게 제출함으로써 소송의 완결을 지연시키게 하는 것으로 인정될 때에는 각하될 수 있다(민사소송법 제149조 ①; 실기한 공격·방어 방법의 각하).²⁶⁾

1030: "피고들은 원고가 제출한 위 증거들을 원심에 이르기까지 이익으로 원용한 흔적이 없으므로 원심이 그 증거들에 대한 판단을 한바 없다 하여 증거공통의 원칙에 저촉된다거나 증거판단을 유탈한 것이라고 탓할 수는 없다."

- 24) ① 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결: "주의의무 위반'과 같은 불확정개념이 당사자가 주장하는 법률효과 발생에 관한 요건사실에 해당할 때" ② 대법원 2007. 11. 16. 선고 2005다55312 판결: "민사소송에 있어서 변론주의는 주요사실에 대하여서만 인정될 뿐 주요사실의 존부를 추인케 하는 간접사실에 대하여는 그 적용이 없다고 할 것인바, 피고가 원고의 고의 또는 중과실을 추단케 할 수 있는 것이라면서 내세운 주장사실들은 주요사실인 고의 또는 중과실의 존부를 추인케 하기 위한 간접사실에 지나지 아니하므로, 원심이 그 부분에 대하여 명시적인 판단을 하지 아니하였다고 하더라도, ... 심리미진이나 그로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다." ③ 2000다62254: "원고는 소장에서 피고 회사의 이 사건 사고 발생과 관련된 과실에 관하여 ... 고 주장하였고, ... 한 과실이 있다는 내용의 주장을 하였으며, ... 인증서에는 ... 사고의 원인이 되었다고 주장하고 있는 내용이 포함되어 있다. ... 원고가 주장하지 아니하였다는 상고이유 주장의 원심 판시 부분은 그에 관한 원고의 간접적인 주장이 있었던 것이거나 주요사실의 존부를 추인케 하는 간접사실에 불과한 것이라 할 것이므로 원심에 변론주의에 위배된 위법이 있다고 할 수 없다." ④ 99다35737: "변론조서에 따르니, 원·피고 쌍방이 '1994년부터 1995년 초경까지 피고 회사는 법인등기만 하고 사무실 직원도 없었고 구체적인 일도 하지 않았다.'라고 일치하여 진술한 것으로 기재되어 있기는 하나, 이는 소외 1의 이 사건 크라샤 처분행위가 피고 회사의 대표이사로서의 직무관련성이 있는지 여부에 관한 간접사실이 될 수 있는 것에 불과하여 그와 같은 간접사실에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 아니하므로." ⑤ 위 판례들이 평가적·규범적 개념의 법률요건 전반에 적용될지는 단언하기 어렵다. 한편, 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다가1489 전원합의체 판결은, "주요사실 = 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당 사실"이라고 정의하였는데, 이에 의하면 일반조항의 경우에도 '그 해당 사실' 즉, 평가의 근거(기초) 사실이 주요사실이라 할 수 있겠으나, 일반조항의 주요사실이 무엇인지가 위 판결의 쟁점이 아니고, 대부분의 실체법상 구성요건이 평가적·규범적 개념 규정이 아니라 구체적·사실적 개념 규정이므로, 위 판결 역시 일반조항의 요건사실 또는 주요사실이 무엇인지에 관하여 특정 견해를 취한 것으로 단언하기는 어렵다.

- 25) '공격방법'은 원고가 자신의 청구를 이유 있게 하기 위하여 제출하는 소송자료(법률상·사실상 주장, 증거방법의 제출 등), '방어방법'은 피고가 원고의 청구를 배척하기 위하여 제출하는 소송자료이다.

6) 변론주의와 석명권 행사의 한계

‘법원의 석명권 행사’²⁷⁾는 당사자의 주장에 모순된 점이 있거나 불완전·불명료한 점이 있을 때에 이를 지적하여 정정·보충할 수 있는 기회를 주고, 제정 사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것으로, 당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위를 하는 것은 ‘변론주의의 원칙’에 위배되는 것으로 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이 된다.²⁸⁾

- 26) ① 대법원 2017. 5. 17. 선고 2017다1097 판결: “실기한 공격·방어방법이란 당사자가 고의 또는 중대한 과실로 소송의 정도에 따른 적절한 시기를 넘겨 뒤늦게 제출하여 소송의 완결을 지연시키는 공격 또는 방어의 방법을 말한다. 여기에서 적절한 시기를 넘겨 뒤늦게 제출하였는지 여부를 판단함에는 새로운 공격·방어방법이 구체적인 소송의 진행정도에 비추어 당사자가 과거에 제출을 기대할 수 있었던 객관적 사정이 있었는지도 이를 하지 않은 것인지, 상대방과 법원에 새로운 공격·방어방법을 제출하지 않을 것이라는 신뢰를 부여하였는지 여부 등을 고려해야 한다. 항소심에서 새로운 공격·방어방법이 제출된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 항소심뿐만 아니라 제1심까지 불불어 시기에 늦었는지 여부를 판단해야 한다. 나아가 당사자의 고의 또는 중대한 과실이 있는지 여부를 판단함에는 당사자의 법률지식과 함께 새로운 공격·방어방법의 종류, 내용과 법률구성의 난이도, 기존의 공격·방어방법과의 관계, 소송의 진행경과 등을 종합적으로 고려해야 한다.” ② 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다22837 판결: “독립된 결정의 형식으로뿐만 아니라 판결 이유 중에서 판단하는 방법에 의할 수도 있으나, 실기한 공격방어방법이라고 하더라도 여차피 기일의 속행을 필요로 하고 그 속행기일의 범위 내에서 공격방어방법의 심리도 마칠 수 있거나 그 내용이 이미 심리를 마친 소송자료의 범위 안에 포함되어 있는 때에는 소송의 완결을 지연시키는 것으로 볼 수 없으므로 이를 각하할 수 없다.” ③ 2010다20532: “당사자의 변론재개신청을 받아들여 변론재개를 한 경우에는 소송관계는 변론재개 전의 상태로 환원되므로, 그 재개된 변론기일에서 제출된 주장·증명이 실기한 공격방어방법에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서는 변론재개 자체로 인한 소송완결의 지연은 고려할 필요 없이 민사소송법 제149조 제1항이 규정하는 요건을 충족하는지를 기준으로 그 해당 여부를 판단하면 된다.” ④ 2003두988: “원칙적으로 변론주의가 지배하는 행정소송에서도 직권조사사함에 관한 것이 아닌 이상 실기한 공격 또는 방어의 방법의 각하에 관한 민사소송법 제149조 제1항이 준용된다고 할 것이고, 행정소송법 제26조가 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”
- 27) 민사소송법 제136조(석명권·구문권 등) ① 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다. ② 합의부원은 재판장에게 알리고 제1항의 행위를 할 수 있다. ③ 당사자는 필요한 경우 재판장에게 상대방에 대하여 설명을 요구하여 줄 것을 요청할 수 있다. ④ 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.
- 28) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015다75308 판결: “원고는 이 사건 근저당권등기의 피담보채무가 시효소멸하였다고 주장하면서 소외 3 등을 대위하여 피고에게 이 사건 근저당권등기의 말소를 구하였을 뿐, 원심이 이르기까지 소외 3 등이 원고의 대위권행사 사실을 알면서도 피고에게 채무승인서를 작성해 줌으로써 시효이익을 포기하였으므로 원고에게 대항할 수 없다는 주장을 하지 않았음을 알 수 있다. … 원심이 소외 3 등의 시효이익의 포기가 채권자에게 대항할 수 없는 민법 제405조 제2항에서 정한 처분에 해당는지 여부에 대하여 심리하지 아니하고 원고에게 그에 대한 주장·증명을 촉구하지도 않았다고 하여, 원심의 그러한 조치에 채권자대위권 행사에 의한 채무자의 처분권 제한이나 변론주의에 관한 법리를 오해하거나 석명의무를 다하지 아니하는 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.”
- ◆ 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다51989 판결: 甲 소유의 토지에 관하여 乙 앞으로 증여를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐진 후, 乙이 丙에게 매매를 원인으로 소유권이전등기를 마쳐 주었는데, 丙이 사망하여 피고들이 위 토지를 상속하자, 甲의 채권자 원고가 甲과 乙의 증여계약, 乙과 丙의 매매계약이 모두 통정허위표시에 해당하여 무효라고 주장하면서, 甲과 乙을 순차 대위하여 피고들을 상대로 乙에게 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라고 청구한 사안에서, 원심이, 원고의 청구취지 기재에 없으며 원고의 청구가 피고들을 상대로 乙의 말소등기청구권을 대위행사하는 것이라고만 보아, 위 증여계약과 매매계약이 모두 무효라면 乙 명의의 소유권이전등기도 원인무효이므로, 원인무효의 등기명의자인 乙은 피고들에 대하여 말소등기청구권을 행사할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 배척한 데 대하여, 대법원은, ‘원고의 청구는 甲, 乙명의로 각 소유권이전등기가 모두 통정허위표시에 기초한 것으로서 원인무효이고, 원고가 甲의

7) 소송요건과 직권조사사항

대부분의 소송요건은 '직권조사사항'으로서 당사자의 주장 여부에 관계없이 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 한다(직권조사사항 판단의 기초 자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 이미 제출된 자료들에 의하여 그 적법성에 의심이 갈 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다루지 않더라도 그에 관하여 심리·조사할 의무가 있다²⁹⁾).³⁰⁾ 피고의 항변(이른바 방소(妨訴)항변)이 있어야 법원이 판단하는 소송요건도 있다³¹⁾(종래에 판례는 '소송상 합의' 중 소취하 합의,³²⁾ 부제소 합의,³³⁾ 불항소 합의³⁴⁾의 존부는 직권조사사항이라고 판시한 바 있으나, 근자에는 '항변권이 발생한다'는 판시³⁵⁾를 하고 있다).

채권자로서 甲 소유의 토지를 일반집행재산으로 삼을 수 있도록 해야 한다는 취지이므로, 원고가 甲을 대위하여 피고들을 상대로 甲에게 말소등기절차를 이행하라는 청구를 하는 것도 포함되어 있다고 못 볼 바 아니고, 또한 기록에 의하면, 원고가 청구원인 사실로 위와 같은 채권자대위권 행사의 전제가 되는 사실관계를 모두 주장하였고, 乙이 피고들을 상대로 말소등기청구권을 행사할 권원이 있는지 여부에 관하여는 변론과정에서 전혀 다루어지지 않았으므로, 원심으로서의 원고에 대위행사하는 피고들에 대한 말소등기청구권이 누구의 권리인지, 피대위자가 피고들을 상대로 말소등기청구를 할 수 있는 권원은 무엇인지에 대하여 석명권을 행사하여 이를 명확히 한 뒤에 그 당부를 심리하고 판단하였어야 했다.'라고 판단한 예.

29) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결, 대법원 2005. 4. 28. 선고 2004다71201 판결 등.

30) ◎ 직권조사사항

직권조사사항에 관한 본안전(本案前) 항변은 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없고, 이에 대한 판단이 없더라도 판단유탈의 상고이유로 삼을 수 없으며(2014다13044), 당사자가 사실심 변론종결 시까지 주장하지 아니하였더라도 상고심에서 새로이 이를 주장·증명할 수 있고(2009다94384, 94391, 94407), 이 경우 상고심의 심판범위에 포함되며(2012다16063), 사실심 변론종결 이후에 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 하고(대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다247385 판결), 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 증명책임의 원칙이 적용되나(96다39301), 자백의 대상이 될 수는 없다(2000다42908).

31) 대법원 2014. 4. 25.자 2013마2408 결정: "중재법 제9조는 제1항에서 '중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 한다.'고 규정하면서도, 제2항에서 '피고는 제1항의 항변을 본안에 관한 최초의 변론을 할 때까지 하여야 한다.'고 규정하고 있다. ... 중재합의 항변이 허용되는 시기를 제한하는 취지는, 이미 본안에 관한 실질적인 변론을 하여 본안의 심리에 들어간 후에는 소송에 의하여 분쟁을 해결하려고 한 원고의 이익 및 기대를 보호할 필요가 있고, 만약 본안에 관한 실질적인 변론을 한 후에도 중재합의 항변을 허용하게 되면 그때까지 법원이 행한 심리가 무위로 돌아가 소송경제에 반할 뿐만 아니라 그만큼 중재절차의 개시가 늦어져 분쟁의 신속한 해결을 저해하는 결과가 되므로 이를 방지하려는 데 있다."

32) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005다14861 판결: "직권으로 본다. 재판상 화해에 있어서 법원에 계속 중인 다른 소송을 취하하기로 하는 내용의 화해조서가 작성되었다면 당사자 사이에는 법원에 계속 중인 다른 소송을 취하하기로 하는 합의가 이루어졌다 할 것이므로, 다른 소송이 계속 중인 법원에 취하서를 제출하지 않는 이상 그 소송이 취하로 종결되지는 않지만 ... 그 소송의 원고에게는 권리보호의 이익이 없게 되어 그 소는 각하되어야 한다."

■ 소송상 합의(소송계약)의 법적 성질에 관하여, 직접적으로 소송법상 효과를 발생시키는 '소송계약(소송계약설)'이 아니라, 약정 내용대로의 작위·부작위 의무를 발생시키는 '사법상의 계약'이라고 보는 견해(사법계약설)를 취한 것이다(따라서 조건부 소취하 합의(2013다19571), 소취하 합의의 묵시적 합의해제(93다28836)가 인정된다). 66다564 판결은 사법계약설 중 '의무이행소구설'의 채택을 부정하였다. 종래에 판례는 소취하 합의, 부제소 합의, 불항소 합의에 관하여 직권조사사항임을 명시하였다.

33) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결: "특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의(부제소 합의)한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송 관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로, 소가 부제소 합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다."

■ 나아가, 법률적 관점에 대한 당사자의 의견 진술 기회 부여, 충분한 심리의 필요, 석명 의무를 강조하고 있다.

34) 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결.

35) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2017다21411 판결은 '항소취하 합의'에 관하여 "당사자 사이에 항소취하의 합의가

8) 법규, 경험칙, 법률의 해석·적용

‘법규(외국법 포함)나 관습법, 사실인 관습 등 경험칙’은 당사자의 주장이나 증명에 구애됨이 없이 법관 스스로 직권에 의하여 조사·판단한다.³⁶⁾ 법원의 직권조사에도 불구하고 외국법의 내용을 확인할 수 없는 경우, 조리 등에 의하여 재판할 수밖에 없는데(조리설), 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수 있다.³⁷⁾ ‘법률의 해석이나 적용’에 관하여도 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다.³⁸⁾

있는데도 항소취하서가 제출되지 않은 경우 상대방은 이를 항변으로 주장할 수 있고, 이 경우 항소심법원은 항소의 이익이 없다고 보아 그 항소를 각하함이 원칙이다.”라고, 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다293831 판결은 ‘부채소 합의’에 관하여 “소외인의 연대보증인인 피고로서는 협약에 따라 원고의 구상금 청구에 대해 부채소 합의가 있었다는 항변권을 행사할 수 있다.”라고 판시하여, 약정 의무 불이행 시 상대방에게 항변권이 발생한다는 ‘항변권발생설’을 취한 듯한 판시를 보이고 있다.

36) ① 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013다81514 판결: “적용할 법률은 법원이 직권으로 조사할 사항이라 할 것 ... 사실에 대한 법적 판단이나 평가 또는 적용할 법률이나 법적 효과는 자백의 대상이 되지 아니한다.” ② 80다2189: “원래 법원은 법규의 적용을 직책으로 하는 것인 만큼 법규의 존재 여부에 관하여는 당사자의 입증을 기다릴 것이 아니라 직권으로 이를 탐지하여야 할 것이다(1955행상110 판결은 외국인의 토지 소유에 관한 법령의 적용 여부는 직권조사 사항이라고 판시하고 있다). 다만 외국법규나 관습법 등은 그 법원이 분명하지 못하여 법원이 간과하는 수가 있을 것을 염려하여 당사자가 스스로 입증하여 그런 위험이나 불이익을 배제할 수는 있다.” ③ 89다카20252: “외국법은 법률이어서 법원이 직권으로 그 내용을 조사하여야 하고, 그 방법에 있어서 법원이 합리적이라고 판단하는 방법에 의하여 조사하면 충분하고, 반드시 감정인의 감정이나 전문가의 증언 또는 국내의 공무소, 학교 등에 감정을 촉탁하거나 사실조치를 하는 등의 방법만에 의하여야 할 필요는 없는 것” ④ 76다983: “사실인 관습은 일반 생활에 있어서의 일종의 경험칙에 속한다 할 것이고 경험칙은 일종의 법칙인 것이므로 법관이 어떠한 경험칙의 유무를 판단함에 있어서는 당사자의 주장이나 입증에 구애됨이 없이 법관 스스로 직권에 의하여 이를 판단할 수 있다.”

37) ① 대법원 2019. 12. 24. 선고 2016다222712 판결: “외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용되는 준거법으로서의 외국법은 사실이 아니라 법으로서 법원은 직권으로 그 내용을 조사하고, 그러한 직권조사에도 불구하고 외국법의 내용을 확인할 수 없는 경우에 한하여 조리 등을 적용해야 한다.” ② 98다35037: “설외적 사건에 관하여 적용될 외국법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석함에 있어서는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용되어야 하는 것인데, 소송과정에서 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서서는 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국 관습법에 의할 것이고, 외국 관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판할 수밖에 없는데, 그러한 조리의 내용은 가능한 원래 적용되어야 할 외국법에 의한 해결과 가장 가까운 해결 방법을 취하기 위해서 그 외국법의 전체체적인 질서에 의해 보충 유추되어야 하고, 그러한 의미에서 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수도 있을 것이다.” ③ 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다49811 판결: “외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용될 외국 법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석하는 경우에는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용하는 것이 원칙이며, 소송 과정에서 그 외국의 판례나 해석기준에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우에만 일반적 법해석 기준에 따라 법의 의미·내용을 확정할 수 있다.”

cf. 2001다30469(원심이, 이 사건 각 차관계약에서 그 준거법을 영국법으로 정하고 있으나, 영국법에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능하고, 이 사건에 있어 영국법과 그 해석이 한국법이나 일반적인 법해석의 기준과 다르다고 볼 자료도 없다 하여, 한국법과 일반 법원리를 토대로 이 사건 각 차관계약의 내용을 해석한 것은 옳고)는, 앞서의 판례들과 달리 ‘국내법적용설’의 입장에 가깝다.

38) ① 대법원 2017. 3. 22. 선고 2016다258124 판결: “어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이다. 이러한 주장에는 변론주의가 적용되지 않으므로 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다.” ② 대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441 판결: “법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못하고 당사자가 주장하지 아니한 사실을 기초로 법원이 판단할 수는 없지만, 법원은

9) 주요사실의 간접적 주장

판례는, “법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것이나, 당사자의 주요사실에 대한 주장은 직접적으로 명백한 경우뿐만 아니라 당사자가 법원에 서증을 제출하며 그 입증 취지를 진술함으로써 서증에 기재된 사실을 주장하거나 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있는 것으로 보아야 한다.”라고³⁹⁾ 하여 주요사실의 간접적 주장을 폭넓게 인정하고 있다.⁴⁰⁾ 청구원인에 관한 주장이 불분명한 경우에 그 주장이 무엇인지에 관하여 석명을

청구의 객관적 실체가 동일하다고 보이는 한 청구원인으로 주장된 실제적 권리관계에 관하여 정당한 법률해석을 하여 판결할 수 있다. 원고가 청구원인으로 주장하는 부권 침해는 결국 제3자가 부부의 일방과 부정행위를 함으로써 그 일방의 배우자에 대한 부부로서의 의무에 위반하는 행위에 가담하여 혼인관계를 파탄에 이르게 하였다는 주장과 다르지 아니하고, 이러한 제3자의 배우자에 대한 손해배상책임은 부부의 일방이 부담하는 손해배상책임과 공동불법행위책임으로서 부진정연대채무 관계에 있다. 같은 취지에서 원심이 피고와 소외인의 부정행위로 인하여 원고와 소외인의 혼인관계가 파탄에 이르렀다고 보고 그로 인한 피고의 책임이 소외인의 책임과 부진정연대 관계에 있음을 전제로 피고에 대하여 소외인과 연대하여 원고에게 위자료를 지급할 것을 명한 것은 정당하고, 거기에 처분권주의 또는 변론주의에 반하거나 공동불법행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.”

39) 대법원 2006. 6. 30. 선고 2005다21531 판결, 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 등.

40) ㉠ 구체적 사례

① 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다217370 판결: 건설근로자의 임금청구 소송을 심리하는 사실심 법원은, 건설근로자가 소송 상대방과의 고용관계를 주장하는 경우 그러한 주장 안에 설명 고용관계가 인정되지 않는다고 하더라도 근로기준법 제44조의2에 따른 직상 수급인으로서의 책임을 묻는 취지가 포함되어 있는지 여부 등을 신중하게 살펴보아야 하고, 그러한 취지가 포함되어 있는 것으로 볼 수 있는 사정이 충분함에도 선불리 소송 상대방이 건설근로자와의 고용관계가 인정되지 않는다는 이유만을 들어 그 임금 청구를 배척하여서는 안 된다고 한 예. ㉡ 명시적인 임금 청구에 대하여, 별개의 소송물인 직상수급인으로서의 임금 상당 손해배상청구권을 인정하는 것은 처분권주의에 반하고, 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무 대상으로 보기도 어렵다는 비판이 가능하다. ㉢ '보조참가인인 토지 매수인이 토지 전부를 매수하였다고 주장하면서 약정서를 제출하였을 뿐만 아니라 증인신문을 통하여 토지 매수인이 매수한 부분이 토지의 1/2에 불과함에도 편의상 그 전부에 관한 수분양자의 명의를 매수인 앞으로 변경하기로 약정하였다가 당해 토지 전부를 타에 처분하기로 합의한 사실을 입증하고 있는 경우, 비록 당사자가 변론에서 명의신탁관계의 성립 및 그 철회 내지 해지에 관하여 명백히 진술한 흔적은 없다 하더라도 위 증거들의 신빙으로 그에 관한 간접적인 진술이 있었다고 보아야 할 것'이라고 한 예(97다45532). ㉣ 삼청교육과 관련하여 제기된 국가배상청구에 있어서 국가 측의 소멸시효 항변에 대하여 제소자가 국방부장관의 1988. 12. 3.자 답화 발표를 들어 국가가 소멸시효이익을 포기한 것이라고 주장하였을 뿐 대통령의 1988. 11. 26.자 답화 발표에 기한 소멸시효이익 포기의 주장을 한 바는 없으나, 제소자가 대통령의 답화문을 서증으로 제출하였을 뿐만 아니라 대통령의 답화를 기초로 하여 국방부장관의 답화가 발표되었다는 내용의 진술이 기재된 국방부장관에 대한 증인신문조서등본을 서증으로 제출하고 있음에 비추어 제소자는 그와 같은 서증들을 제출함으로써 국가가 대통령의 답화 발표로써 소멸시효이익을 포기하였다는 주장을 한 것으로 보아야 한다는 이유로, 국가가 대통령의 답화로써 소멸시효이익을 포기하였다는 제소자의 주장이 있는 것으로 보고 그에 대하여 판단한 원심판결을 수긍한 예(94다22927). ㉤ '갑이 소장에서 토지를 을로부터 매수하였다고 주장하고 있으나 갑이 위 매매당시 불과 10세 남짓한 미성년이었을 증인신문을 신청하여 갑의 조부인 병이 갑을 대리하여 위 토지를 매수한 사실을 입증하고 있다면 갑이 그 변론에서 위 대리행위에 관한 명백한 진술을 한 흔적은 없다 하더라도 위 증인신청으로서 위 대리행위에 관한 간접적인 진술은 있었다고 보아야 하므로 원심이 위 토지를 갑의 대리인이 매수한 것으로 인정하였다 하여 이를 변론주의에 반하는 것이라고는 할 수 없다.'고 한 예(87다카982). ㉥ '근저당채무가 소멸하였음을 이유로 근저당권설정등기의 말소등기절차를 구한다는 주장에는, 근저당권 설정계약의 해지의 의사표시가 포함된 것으로 볼 수 있으므로, 비록 원고가 소장에서 명시적으로 근저당권설정계약을 해지한다는 주장을 하지 않았다고 하더라도, 원심이 소장 송달로써 근저당권설정계약이 해지되었다고 판단하였음에 위법이 있다고 할 수도 없다.'고 한 예(85다카1046). ㉦ '청구원인사실을 기재한 준비서면을 변론에서

구하면서 이에 대하여 가정적으로 항변한 경우에도 주요사실에 대한 주장이 있다고 볼 수 있다.⁴¹⁾

10) 주장에 관한 판단의 이유 기재

판결서의 이유에는 ‘주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도’로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하되, 무변론 판결, 자백간주판결, 1심의 공시송달판결⁴²⁾은 ‘청구를 특정’함에 필요한 사항과 ‘상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단’에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있다.⁴³⁾ 이유 기재가 누락되거나 불명확한 경우에는 상고이유가 된다.⁴⁴⁾

나. 주장증명책임의 분배

주장·증명책임의 분배는 법규의 구조, 형식(예컨대, 본문과 단서(그러나 … 한 때에는 그 러하지 아니하다), 일반규정과 특별규정, 원칙규정과 예외규정)에서 찾아야 한다는 법률요건분류설 내지 규범설이 통설,⁴⁵⁾ 판례⁴⁶⁾의 입장이다. 법률요건분류설에 따르면, 권리의 존재를 주

진술하지 아니하였다 하더라도 원고가 신청한 증인에 대한 신문사항에 위 준비서면기재의 청구원인이 기재되어 있다면 원고는 이러한 서면을 통하여 그 청구원인사실을 주장한 취지로 보지 못할 바 아니다.’라고 한 예(69다1326), ㉠ ‘원고들이 총대회가 무효라는 점에 대한 증거로 제출한 총대회의록에 의하면 1992. 6. 16.자 총대회는 과반수에 못미치는 총대 7인만이 출석한 상태에서 의사의 개최 및 의결이 있었던 사실이 인정되는데, 비록 원고들이 변론에서 위 총대회가 의사정족수 미달로 무효라는 점에 관하여 명백히 진술을 한 흔적은 없다 하더라도 위 증거의 신청이나 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 볼 때 그에 관한 간접적인 진술이 있었다고 볼 수 있으므로, 원심이 위 총대회가 의사정족수의 미달로 무효라고 판단하였다고 하여 변론주의에 위배된다고 할 수 없다.’고 한 예(98다46167),

41) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2017다865 판결(이러한 경우 항변이 있다고 볼 수 있는지는 당사자들이 진술한 내용이 나 취지뿐만 아니라 상대방이 당사자의 진술을 어떻게 이해하였는지도 함께 고려해서 합리적으로 판단하여야 한다).

42) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2020다259506 판결; “항소심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 민사소송법 제2편 제1장 내지 제3장에서 정한 제1심의 소송절차에 관한 규정을 준용하지만(민사소송법 제408조), 같은 법 제208조 제3항 제3호를 준용하는 규정은 별도로 두고 있지 않다. 오히려 항소심이 판결이유를 적을 때에는 제1심판결을 인용할 수 있지만, 제1심판결이 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 따라 작성된 경우에는 이를 인용할 수 없다(민사소송법 제420조). 위와 같은 규정들의 내용과 그 취지를 종합하면, 공시송달 판결을 하는 경우 제1심은 민사소송법 제208조 제3항 제3호에 따라 판결서의 이유에 청구를 특정함에 필요한 사항과 같은 법 제216조 제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있지만, 당사자의 불복신청 범위에서 제1심판결의 당부를 판단하는 항소심은 그와 같이 간략하게 표시할 수 없고, 같은 법 제208조 제2항에 따라 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장과 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하여야 한다.”

43) 민사소송법 제208조(판결서의 기재사항 등) ㉠ 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시한다. ㉢ 제2항의 규정에 불구하고 제1심 판결로서 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 청구를 특정함에 필요한 사항과 제216조 제2항의 판단에 관한 사항만을 간략하게 표시할 수 있다. 1. 제257조의 규정에 의한 무변론 판결 2. 제150조제3항이 적용되는 경우의 판결 3. 피고가 제194조 내지 제196조의 규정에 의한 공시송달로 기일통지를 받고 변론기일에 출석하지 아니한 경우의 판결

44) 민사소송법 제424조 제1항, 대법원 2021. 2. 4. 선고 2020다259506 판결.

45) 주석 신민사소송법 V, 62면(손용근 집필); 이시윤, 신민사소송법 제5판, 박영사, 2009, 477면; 오석락, 신판 입증 책임론, 박영사, 2002, 77면 등.

14 요건사실과 주장증명책임

장하는 당사자는 권리근거사실(권리발생사실)에 대하여, 권리의 존재를 다투는 당사자는 권리장애사실(권리발생장애사실),⁴⁷⁾ 권리소멸사실(권리멸각사실),⁴⁸⁾ 또는 권리저지사실(권리행사저지사실)⁴⁹⁾에 대하여 증명책임을 진다.

그런데 권리를 주장하는 자가 원고이고 이를 다투는 자가 피고임이 보통이므로 원고가 권리발생사실⁵⁰⁾에 대하여, 피고가 권리의 장애·소멸·저지사실⁵¹⁾에 대하여 증명책임을 지게 되는 것이 통례이다. 그러나 ‘소극적 확인소송’에서는 통상의 경우와 달리 주장·증명책임이 그 역(逆)으로 바뀌게 된다(다만, 자신이 구하는 청구의 소송물을 특정하여야 하는 원고로서는 청구원인에서 ‘피고가 원고에게 주장하는 특정 권리·의무가 존재하지 않는다.’는 정도의 주장을 할 필요가 있다).^{52) 53)} 이는 배당이의의 소, 기판력 없는 집행권원에 대한 청구이의의 소에서도

46) ○ 헌법재판소 2015. 3. 26. 2014헌바202 결정; “입증책임은 법규의 구조와 형식(예컨대 본문과 단서, 일반규정과 특별규정, 원칙규정과 예외규정 등)에 따라 분배되어야 하고, 권리의 존재를 주장하는 당사자는 권리근거사실에 대하여 입증책임을 부담하며, 권리의 존재를 다투는 당사자는 권리장애사실, 권리소멸사실 또는 권리저지사실에 대하여 입증책임을 진다는 것이 일반적으로 받아들여지고 있다. … 요건사실이 특정인의 고의나 과실 유무 등 내심의 의사라고 하여 그러한 의사의 주체에게 반드시 입증책임을 부담시켜야 하는 것은 아니다. 입증책임규정은 사실의 존부가 불명한 경우 법관으로 하여금 재판을 할 수 있게 하는 보조수단으로서, 구체적으로 누구에게 입증책임을 분배할 것인가는 정의의 추구라는 사법의 이념, 재판의 공정성, 다툼이 되는 쟁점의 특성 및 관련 증거에 대한 접근성 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 재량으로 정할 수 있는 입법형성의 영역이다.”

○ 대법원 판례의 경우, “권리를 발생시키는 요건을 구성하는 사실은 특별한 사정이 없는 한 이를 주장하는 사람에게 증명책임이 있다. 따라서 금전을 대여하였다는 원고의 주장에 대하여 피고가 다투는 때에는 대여사실에 대한 증명책임은 이를 주장하는 원고에게 있다.”(대법원 2019. 7. 25. 선고 2018다42538 판결), “민사소송에서의 입증책임의 분배에 관한 일반 원칙에 따르면 권리를 주장하는 자가 권리발생의 요건사실을 주장·입증하여야 하는 것”(98다36351), “원고가 피고로부터 금전을 지급받기로 하는 약정이 있다고 주장하고 그러한 약정의 존재를 입증한 경우, 약정금 범위 내에서 구체적인 액수 등에 대하여는 더 심리해야 할 것이라 하더라도 원고로서는 이용 그 권리발생의 근거에 대한 주장·입증을 한 것이므로 그 약정에 따른 채무가 불발생한다거나 소멸하였다는 주장은 피고의 항변사항에 속한다.”(96다42130), “입증책임은 당사자에 분배되는 것이 원칙이고 실제법상 법률효과의 발생에 장애가 되는 규정 즉 권리장애규정의 요건사실에 관하여는 그 효과를 다투는 당사자에게 입증책임이 돌아가는 것”(84누786), “매매계약서에 매수인이 계약사함을 불이행 시에는 매도인이 일방적으로 해약하여도 이의할 수 없고 납부한 계약금을 매도인의 소유로 한다고 규정하고 있는 경우에도 위와 같은 약정에 따라 위 계약금의 위약금으로서 몰취되었다는 권리멸각사유는 매도인에게 그 주장책임이 있다.”(89다카19412)는 등의 판시 참조.

47) 권리근거규정에 기초한 권리발생을 애당초부터 방해하는 권리장애규정의 요건사실이다. 이는 권리발생사실과 동시에 또는 그 이전에 존재하는 사실이다. 예컨대, 불공정한 법률행위, 통정허위표시 등 원시적 무효사유를 들 수 있다.

48) 권리근거규정에 기초하여 일단 발생한 권리를 소멸시키는 권리소멸규정의 요건사실이다. 이는 권리발생사실보다 사후에 생긴다는 점에서 권리장애사실과 구별된다. 예컨대, 변제, 면제, 소멸시효 완성 등 채권의 소멸원인, 사법상 형성권(취소권, 해제·해지권, 상계권 등) 행사에 의한 권리 소멸을 들 수 있다.

49) 권리근거규정에 기초한 권리의 발생을 저지하거나, 이미 발생한 권리의 행사를 저지하는 권리저지규정의 요건사실이다. 예컨대, 전자로는 정지조건 또는 시기(始期)의 존재, 후자로는 사법상 연기적 항변권(유치권, 동시이행항변권, 보증인의 최고·검색 항변권), 기한의 유예 등을 들 수 있다.

50) 이는 원고의 청구원인사실(소송물인 권리관계의 발생 원인 사실)에 해당한다.

51) 이는 피고의 (본안의)항변사실(청구원인사실과 양립가능한 별개의 사실로서 청구원인사실이 진실임을 전제로 원고의 청구를 배척하기 위한 사실)에 해당한다.
원고의 청구원인사실과 양립되지 않는 사실을 적극적으로 진술하며 원고의 주장을 부정하는 간접부인(적극부인, 이유부부인)과는 구별된다.

52) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다17821 판결; “금전채무부존재확인소송에 있어서는 채무자인 원고가 먼저 청구를 특정하여 채무발생원인사실을 부정하는 주장을 하면 채권자인 피고는 권리관계의 요건사실에 관하여 주장·입

마찬가지이다.⁵⁴⁾

통설⁵⁵⁾에 의하면 주장책임 분배와 증명책임 분배는 일치한다.⁵⁶⁾ 이것을 가리켜, ‘주장 책임의 분배는 증명책임의 분배에 따른다’고 하거나 또는 ‘주장책임은 증명책임이 변론 주의라는 필터를 통하여 주장의 장(場)에 투영된 것’이라고 설명하기도 한다. 다만, 법률이 어느 사실에 대한 증명책임에 관하여 특별규정을 둔 관계로 주장책임의 분배와 증명책임의 분배가 일치하지 않는 경우가 있다.⁵⁷⁾

직권조사사항인 소송요건에 대한 증명책임은 원칙적으로 원고에게 있으나,⁵⁸⁾ 제척기간의 도과에 관한 증명책임은 권리행사의 상대방(피고)에게 있고,⁵⁹⁾ 이른바 ‘방소항변’의

증책임을 부담하는 것이고, 이 사건의 경우 원고가 자동차종합보험계약의 특별약관에 기한 보험금지급청구권의 발생원인사실을 부정하는 주장을 하였으므로, 채권자인 피고는 보험금지급청구권 발생의 요건사실에 관하여 주장·입증책임을 부담한다.” ㉔ ① 원고로서는 청구의 특정을 위해 ‘특정 채무’의 존재를 부정하는 주장을 하는 것으로 족하고, ‘채무발생원인 사실’의 존재를 부정하는 주장까지 반드시 할 필요는 없다고 보이며, ② 채무부존재 확인소송에서도 여전히 채권자인 피고가 채권 발생의 개개 요건사실에 관하여 주장·증명책임을 부담한다는 점에서 통상의 이행청구소송과 다를 바 없으므로 채무부존재확인소송의 경우 주장책임은 원고에게, 증명책임은 피고에게 있어 양자가 불일치한다고 볼 것은 아니고, ③ 실무상 혼란 예로서 원고가 채권·채무의 발생을 자인하면서 그 부존재확인을 구하는 경우에는, 청구원인사실로서 채권·채무 발생의 장에·소멸·저지 사실을 주장·증명하여야 할 것이다.

53) 사견(私見)으로는, 위와 같은 통설, 판례의 입장에 전적으로 찬성한다. 주장·증명책임의 분배는 법규의 구조, 형식에서 찾음이 원칙이고 부득이한 경우 예외적으로 증명책임분배의 이념인 공평의 원칙 등에 의한 수정이 가해져야 할 것이다. 소송의 다툼인 법률효과와는 실정법의 법조문에 의하여 부여되는 것이고, 증명책임분배는 사전에 법원이나 당사자에게 충분히 예측되어야 법적 안정성이 달성될 수 있다는 점에서 법규의 구조, 형식이 가장 명확하고 타당한 기준이라 생각된다. 구체적 타당성은 증명책임분배의 예외적인 수정으로, 또는 사실상 추정, 활용 등으로 회하면 될 것이다. 실정법의 규정 형식은 증명책임분배의 이념인 ‘공평’의 원칙을 고려하여 입법자가 증명책임의 분배를 개별 조문별로 결단을 내린 결과물로 보아야지, 실정법의 규정 형식을 도외시키고 ‘공평’의 이름으로 증명책임을 분배하게 되면 사물을 보는 시각에 따라 증명책임의 분배가 유동적이어서 자칫 잘못하면 이현령비현령(耳懸鈴 鼻縣鈴)이 될 수도 있을 타이기 때문이다.

법률요건분류설 내지 규범설이 통설이라고 일반적으로 말해지고 있으나, 개별 쟁점에 있어서는 다음의 III. 이하에서 보는 바와 같이 위와 같은 증명책임분배에 관한 통설과 배치되는 해석이 오히려 다수설인 경우도 많이 발견된다. 이는 법률요건분류설의 원칙에 대한 예외적 수정의 경우로 선택해 볼 수도 있겠지만, 증명책임분배에 관한 일반론을 논하는 쪽은 민사소송법 분야이고 개별 조문별로 그 증명책임을 논하는 쪽은 민사실체법 분야이어서 그런 것은 아닌가 싶기도 하다. 이런 점에서 증명책임분배에 관한 해석에 있어서는 절차법과 실체법을 통시하는 실무가의 역할이 중요한 것으로 보인다.

54) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결(배당이의의 소), 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다12852 판결(확정된 지급명령에 대한 청구이의의 소).

55) 주석 신민사소송법 V, 53면(손용근 집필); 이시운, 앞의 책, 488면; 오석락, 앞의 책, 15면; 崔永龍, “法律上 推定에서의 주장책임 및 否認·抗辯”, 사법연수원논문제 2집, 사법연수원, 2005, 35-36면 등.

56) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다227817 판결; “법률상 추정과 같이 법률에 명문의 근거가 있는 경우를 제외하고는 요건사실에 대한 증명책임은 해당 요건사실을 주장하는 당사자가 부담하는 것이 원칙이다.”

57) 예컨대, 무권대리인의 책임을 소구하는 경우, 원고(계약 상대방)는 피고(무권대리인)가 타인의 대리인으로서 계약을 체결하였다는 사실을 주장하고 이를 증명할 책임 및 피고에게는 대리권이 없다는 점을 주장할 책임이 있으나, 민법 제135조 제1항이 “그 대리권을 증명하지 못하고”라고 규정하고 있기 때문에 대리권이 있다는 점에 대한 증명책임은 무권대리인인 피고에게 있다.

58) 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결; “제소단계에서의 소송대리인의 대리권 존부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이고, 이와 같은 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 입증책임의 원칙이 적용되어야 할 것인바, 본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 직권조사사항인 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다 할 것이다.”

증명책임도 피고에게 있다.

다. 법률상 추정, 유사적 추정, 의제

1) 법률상 추정

법률상 추정은 '법률규정'에 의한 추정을 말한다.⁶⁰⁾ 요증사실 A에 대한 증명책임을 부담하는 사람은 ① 요증사실 A 자체를 직접 증명할 수도 있지만, ② 전제사실 a를 증명한 다음 '법률상 추정 규정'의 적용을 통해 요증사실 A를 법률상 추정케 함으로써 요증사실 A를 증명할 수 있다(증명 주제의 선택에 의한 증명책임의 완화). 상대방이 법률상 추정을 깨뜨리기 위해서는, 추정된 사실인 요증사실 A가 진실이 아니라는 반대사실(-A)을 증명하여야 하므로, 상대방은 요증사실 A의 반대사실(-A)에 대한 증명책임을 부담하게 되고, 결국 증명책임이 상대방에게 전환되는 효과가 발생한다(증명책임의 전환).⁶¹⁾ 민법 제 830조 제2항(부부재산의 공유추정) 중 '누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한' 부분은, 위 추정 규정을 적용받기 위해 증명책임을 부담하는 전제사실 a에 해당하지 않는다.⁶²⁾

법률상 추정에는, 전제사실로부터 일정한 사실을 추정하는 법률상 '사실'추정(예컨대, 민법 제198조의 '점유의 계속' 추정⁶³⁾ 등)과, 전제사실로부터 일정한 권리를 추정하는 법률상 '권리'추정(예컨대, 민법 제830조 제1항의 '부부 일방의 특유재산 추정', 제2항의 '부부 공유' 추정 등)이 있다. 명문의 법률상 추정규정이 없음에도 불구하고 판례는 등기부(등기기록)에 대하여

59) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다63102 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006다79674 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758, 16765 판결.

60) 사실상 추정은 일반적 '경험법칙'을 적용하여 행하는 추정이고, 증명책임의 전환이 일어나지 않는다.

61) 법률상 추정을 반박하기 위해서는, 전제사실 a에 대하여 법원의 확신을 흔들리게 하는 '반증'을 제출하거나 또는 반대사실(-A)에 대하여 법원에 확신을 줄 수 있는 본증을 제출해야 한다[98다8974: 민법 제30조('2인 이상이 동일한 위난으로 사망한 경우에는 동시에 사망한 것으로 추정한다.') 적용 판례].

62) 민법 제830조 제2항은 "부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다."라고 규정하고 있는데, 위 조항 중 '누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한' 부분은, 어떠한 요증사실의 존부가 불명확한 경우에 누구에게 불이익을 돌릴 것인지를 정하는 증명책임분배 규정 중 하나인 법률상 추정 규정의 속성상 당연한 내용의 법문언으로서 위 조항이 증명책임분배규정에 해당한다는 점을 밝힌 것에 불과하고, 이를 삭제하더라도 위 조항의 의미 해석에 아무런 변동이 없다는 점에서, 위 추정 규정을 적용받기 위해 증명책임을 부담하는 전제사실 a에 해당하지는 않는다. 상속세 및 증여세법 제15조 제1항 제1호의 "용도가 객관적으로 명백하지 아니한 경우", 같은 법 제41조의3 제6항의 "증여받은 재산으로 주식등을 취득한 것이 불분명한 경우", 부가가치세법 제40조의 "실지귀속을 구별할 수 없는" 등의 법문언 역시 마찬가지이다. 위와 달리, 상속세 및 증여세법 제15조 제1항 제1호에 관하여 2000도1232 판결이 '과세관청이 그 중 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 금액이 있음을 입증한 때'라고 판시한 것은 타당한 것이 아니다.

63) 민법 제198조에 의하여 '점유 계속' 사실이 법률상 추정되므로, 점유시효취득을 주장하는 자는 20년 간 계속 점유 사실을 주장·증명할 필요는 없고, '특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유' 사실만을 점유시효취득의 요건사실로 주장·증명하면 된다.

상대방은, ① '점유 계속' 추정의 전제사실인 '특정 시점에서의 점유와 그로부터 20년 후의 특정 시점에서의 점유' 사실 자체를 부인하고 '반증'으로 다투거나, ② 항변(취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우) 내지 재항변(말소등기 청구에 대한 실체관계 부합 항변의 경우)으로서 추정사실인 '20년간의 계속 점유' 사실의 반대사실, 즉 '20년의 기간 도중에 점유가 중단, 상실된 사실'을 '본증'으로 주장·증명하여 다툴 수 있다.

법률상 추정력을 인정한다.⁶⁴⁾

2) 유사적 추정

법규정에서 ‘추정’이라는 용어를 사용하고 있어도 법률상 추정 규정에 해당하지 않는 경우도 있는데, 이를 ‘유사적 추정’이라고 하고, 여기에는 ‘잠정적 진실’,⁶⁵⁾ ‘의사 추정’,⁶⁶⁾ ‘증거법칙적 추정’⁶⁷⁾이 있다. 이러한 추정 역시 이를 반복하기 위해서는 그와 다른 반대사실을 주장하는 자가 이를 본증으로 증명할 책임을 부담한다.

3) 의제·간주

‘~로 본다.’⁶⁸⁾는 규정 형식의 ‘의제’ 또는 ‘간주’⁶⁹⁾는, ‘본질은 같지 않지만 법률에

- 64) 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여서뿐만 아니라 그 전소유자에 대하여서도 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되므로, 이를 부인하고 그 등기원인의 무효를 주장하여 소유권이전등기의 말소를 구하려면 그 무효원인이 되는 사실을 주장하고 증명할 책임이 있다(2009다105215).
- 65) 전제사실이 없는 무전제의 추정으로서, 요건사실의 전부 또는 일부가 전제사실 없이 추정되거나 다른 요건사실로부터 추정되는 것인데, 이는 단순한 증명책임의 분배·전환 규정에 지나지 않는다. 추정을 깨뜨리기 위해서는 추정 사실의 반대사실을 본증으로 증명할 책임을 부담한다. 상법 제47조 제2항의 추정규정이 그 예이다. 상법 제47조 제1항은 “상인이 영업을 위하여 하는 행위는 상행위로 본다.”고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 “상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정한다.”고 규정하고 있으므로, 영업을 위하여 하는 것인지 아닌지가 분명치 아니한 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되고 그와 같은 추정을 반복하기 위해서는 그와 다른 반대사실을 주장하는 자가 이를 증명할 책임이 있다(2006다54378).
- 66) ‘의사 추정’은 의사표시의 내용을 추정하는 규정으로서 법률행위의 해석규정에 해당한다. 이 역시 상대방에게 반대의 의사표시 내용에 관한 증명책임을 부담시킨다. 의사추정 규정의 예로는, 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정하는 민법 제153조 제1항, 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정하는 민법 제398조 제4항, 매매의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정하는 민법 제585조 등이 있다. 당사자 사이에 채무불이행이 있으면 위약금을 지급하기로 약정한 경우에 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 구체적인 사건에서 개별적으로 판단해야 할 의사해석의 문제인데, 위약금은 손해배상액의 예정으로 추정되므로, 위약금을 위약벌로 해석하기 위해서는 이를 위약벌로 인정할 만한 특별한 사정이 주장·증명되어야 한다(대법원 2020. 11. 12. 선고 2017다275270 판결, 대법원 2016. 7. 14. 선고 2012다65973 판결). 보증채무는 주채무의 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무를 포함한다는 민법 제429조 제1항, 차입은 등산, 건물이나 대지에 대하여는 매월 말에, 기타 토지에 대하여는 매년 말에 지급하여야 한다는 민법 제633조는 법문에 ‘추정’으로 규정하고 있지 않지만 이 역시 의사해석규정에 해당하고, 그 적용을 배제하고자 하는 자는 그러한 특약이나 특별한 사정에 대한 증명책임이 있다(96다37879).
- 67) 법률상 추정은 그 대상이 요건사실 내지 주요사실인 데 비하여, ‘증거법칙적 추정’은 그 대상이 요건사실 내지 주요사실에 해당하지 않는 ‘문서의 진정성립’이라는 보조사실인 점에서 차이가 있다. 문서의 진정성립을 추정하는 민사소송법 제356조(공문서), 제358조(사문서)가 그 예이다.
- 68) 법문에서 종전에는 ‘~로 간주한다.’라고 표현하기도 하였으나 어려운 한자어여서 순화하여 현재는 ‘~로 본다.’라고 규정하고 있다(예컨대, 1994. 12. 22. 개정 구 상속세법까지는 ‘~로 간주한다.’라고 규정하던 것을 1996. 12. 30. 전부개정 구 상속세및증여세법 이후에는 ‘~로 본다.’라고 규정하고 있다). 조세법령상 의제 규정의 상세한 내용에 관하여는, 줄저, ‘최신 조세판례의 현황과 쟁점’(2024년판), 290면 이하 참조.
- 69) 법령에서 ‘의제’, ‘간주’는 동일한 의미로 혼용해 쓰고 있어, 둘 다 법률용어로서의 지위를 갖는다. 예컨대, 민법 제826조의2는 ‘성년의제’라는 표제하에 “미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다.”라고, 상법 제5조는 ‘의제 상인’이라는 표제하에 “① 점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다. ② 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 전항과 같다.”라고, 이자제한법 제4조는 ‘간주이자’라는 표제하에 “① 예금, 할인금, 수수료, 공제금, 제당금, 그 밖의 명칭에도 불구하고 금전의 대차와 관련하여 채권자가 받은 것은 이를 이자로 본다.”라고 각 규정하고 있고, 민사소송법에서는 ‘~로 본다.’라는 규정의 표제에서 제150조(자백간주), 제484조(취하간주)는 ‘간주’, 제164조의8(벌칙 적용에서의 공무원 의제)는 ‘의

서 다를 때는 동일한 것으로 취급하여 동일한 효과를 주는 것'을 말한다. 예컨대, A라는 사실과는 본질적으로 다른 B라는 사실을 법률상 A라는 사실과 동일하게 취급하는 것이다.⁷⁰⁾

판례에 나타난 민·상법상 의제 규정의 예로는, 주택이나 상가건물 임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 돌려받을 때까지는 임대차 관계가 존속하는 것으로 의제하는 주택임대차보호법 제4조 제2항, 상가건물 임대차보호법 제9조 제2항,⁷¹⁾ 상법 제103조에서 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자 사이에 위탁물 등을 위탁자의 소유 또는 채권으로 의제하는 규정,⁷²⁾ 상법 제401조의2⁷³⁾ 제1항 각호 소정의 업무집행지시자 등을

제'라는 용어를 쓰고 있다. 2002. 1. 26. 전부개정 전 민사소송법 제139조는 '의제자백'이라는 용어를 표제로 사용하였다. 조세판례 중에는 '~로 한다.'도 의제·간주 규정으로 해석한 예(2015두45700, 2014두44847, 2015두41630, 2010두11108 등)가 있다.

70) 예컨대, 실종선고 받은 자는 비록 생존해 있더라도 사망한 것으로 보고(민법 제28조), 미성년자가 혼인하면 본질적으로는 성년이 아니지만 성년으로 보며(민법 제826조의2), 태아는 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 보는 것(민법 제762조)과 같은 것을 말한다. 상속세 및 증여세법 제45조의2(명의신탁재산의 증여 의제 규정) 제1항에서 '명의신탁'과 '증여', 지방세법 제7조 제5항(과점주주의 간주 취득 규정)에서 '법인의 주식 취득'과 '법인의 부동산 취득'은 각각 본질적으로는 서로 다른 사실임에도 입법의 필요에 의해 정책적인 이유에서 법률이 동일하게 취급하는 것이다.

71) 대법원 2023. 11. 9. 선고 2023다257600 판결: "상가임대차법 제9조 제2항의 입법 취지, 상가건물 임대차 종료 후 의제되는 임대차관계의 법적 성격 등을 종합하면, 상가임대차법이 적용되는 임대차가 기간만료나 당사자의 합의, 해지 등으로 종료된 경우 보증금을 반환받을 때까지 임차 목적물을 계속 점유하면서 사용·수익한 임차인은 종전 임대차계약에서 정한 차임을 지급할 의무를 부담할 뿐이고, 시기에 따른 차임에 상응하는 부당이득금을 지급할 의무를 부담하는 것은 아니다."

72) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다31645 판결: "**상법 제103조, 제113조**는 위탁매매 또는 준위탁매매에서 위탁매매인이 위탁매매로 인하여 취득한 물건, 유가증권 또는 채권은 위탁자와 위탁매매인 또는 위탁매매인의 채권자 사이의 관계에서는 이를 위탁자의 채권으로 본다고 규정한다. 위에서 본 대로 원래 위탁매매인과 상대방 사이에 체결된 위탁매매의 법적 효과는 그 계약의 당사자인 위탁매매인과 상대방에게 귀속하여 위탁매매인이 위탁매매의 목적물이나 그 위탁매매계약상의 채권을 취득하고, 위탁자는 위탁매매인으로부터 그 목적물이나 채권을 양도받으으로써 비로소 그 권리자가 된다. 그러나 앞서 본 상법규정은 위탁자가 위탁매매인의 배후에 있는 경제적 주체로서 위 물건 또는 채권에 대하여 가지는 직접적 이익을 고려하고 나아가 위탁매매인이 위탁자에 대하여 신탁에서의 수탁자에 유사한 지위에 있음을 감안하여, 위탁자와 위탁매매인 사이 또는 위탁자와 위탁매매인의 채권자 사이의 관계에 있어서는 위탁매매인의 실제의 양도행위가 없더라도 위 물건 또는 채권을 위탁자의 재산으로 의제하는 것이다. 그리고 그렇게 함으로써 위탁매매인이 위 물건 또는 채권에 관하여 한 처분 또는 위탁매매인의 채권자가 위 물건 또는 채권에 대하여 하는 강제집행 등 자기 채권의 만족에 관한 행위는 이미 위탁자에게 속하는 물건 또는 채권에 대하여 행하여진 것이어서 무권리자의 처분 또는 채무자의 재산이 아닌 재산에 대한 강제집행 등임을 이유로 위탁자와의 관계에서 그 효력을 부인하여 위탁자의 이익을 보호하고자 하는 것이다. 따라서 위탁매매인이 그가 제3자에 대하여 부담하는 채무를 담보하기 위하여 그 채권자에게 위탁매매로 취득한 채권을 양도한 경우에 위탁매매인은 위탁자에 대한 관계에서는 위탁자에 속하는 채권을 무권리자로서 양도하였다고 볼 것이고, 따라서 그 채권양도는 무권리자의 처분 일반에서와 마찬가지로 양수인이 그 채권을 선취취득하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위탁자에 대하여 효력이 없다고 할 것이다. 이는 채권양수인이 양도의 목적이 된 채권의 귀속 등에 대하여 선의이었다거나 그 진정한 귀속을 알지 못하였다는 점에 관하여 과실이 없다는 것만으로 달라지지 아니한다."

73) 상법 제401조의2(업무집행지시자 등의 책임) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조, 제401조, 제403조 및 제406조의2를 적용하는 경우에는 그 자를 "이사"로 본다. <개정 2020.12.29.>

1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이

제399조(회사에 대한 손해배상책임)·제401조(제3자에 대한 손해배상책임), 제403조(주주 대표소송), 제406조의2(다중대표소송)의 적용에 있어서 이사로 의제하는 규정⁷⁴⁾ 등이 있다.

추정은 불명확한 사실을 일단 존재하는 것으로 정하여 법률효과를 발생시키되, 추후 반대사실의 증명이 있으면 그 효과를 발생시키지 않는 것을 말하나, 의제는 추정과 달리 입법적으로 확정된 것이어서 반대사실의 증명으로 그 효과를 뒤집을 수 없다.⁷⁵⁾ 의제규정의 적용을 위한 전제사실을 다투어 의제규정의 적용 자체를 막는 것은 별개의 문제로 서 가능하다.⁷⁶⁾

‘~로 본다.’는 의제규정의 형식을 취하고 있다 하더라도 반드시 본래 의미의 의제규정으로 보아야 하는 것은 아니다. “~가 분명하지 아니한 경우 ~로 본다.”는 규정의 경우[예컨대, 소득세법 제17조(배당소득) 제4항,⁷⁷⁾ 소득세법 시행령 제162조(양도 또는 취득의 시기) 제5항⁷⁸⁾ 등], “~가 분명하지 아니한 경우”는 ‘의제’와 ‘추정’의 각 개념에 비추어 볼 때 “~로 본다.”와 모순관계에 있고 오히려 “추정한다.”와 호응관계⁷⁹⁾에 있는 문구이므로,⁸⁰⁾ 비록 의

있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자

74) 대법원 2023. 10. 26. 선고 2020다236848 판결: “상법 제401조의2 제1항은 … 주식회사의 이사가 아니지만 이사에게 업무집행을 지시하거나 이사처럼 업무를 집행하는 등으로 회사의 업무에 관여한 자에 대하여 그에 상응하는 책임을 묻기 위함이다. 이러한 법률 문언 내용과 입법 취지에 비추어 보면, 상법 제401조의2 제1항 각호에 해당하는 자는 회사의 이사는 아니지만 상법 제399조에서 정한 손해배상책임을 적용함에 있어 그가 관여한 업무에 관하여 법령준수의무를 비롯하여 이사와 같은 선관주의의무와 충실의무를 부담하고, 이를 게을리하였을 경우 회사에 대하여 그로 인한 손해배상책임을 지게 되는 것이다. 이와 같이 상법 제401조의2 제1항이 정한 손해배상 책임은 상법에 의하여 이사로 의제되는 데 따른 책임이므로 그에 따른 손해배상채권에는 일반 불법행위책임의 단기소멸시효를 규정한 민법 제766조 제1항이 적용되지 않는다.”

75) 예컨대, ① ‘실종선고를 받은 자는 실종기간이 만료한 때에 사망한 것으로 본다.’(민법 제28조)라고 규정되어 있는데, 실종선고로 인하여 실종기간 만료 시를 기준으로 하여 상속이 개시된 이상 설사 이후 실종선고가 취소되어야 할 사유가 생겼다고 하더라도 실제로 실종선고가 취소되지 않는 한, 임의로 실종기간이 만료하여 사망한 때로 간주되는 시점과는 달리 사망시점을 정하여 이미 개시된 상속을 부정하고 이와 다른 상속관계를 인정할 수는 없고(94다21542), 실종선고가 취소되지 않는 한 반증(실종기간 만료 전 생존 자료)을 들어 실종선고의 효과를 다룰 수는 없다(94다52751). ② 임대차 계약의 묵시적 갱신에 관한 민법 제639조 제1항 본문(“임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사용, 수익을 계속하는 경우에 임대인이 상당한 기간내에 이의를 하지 아니한 때에는 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다.”)은 구 민법의 추정규정을 의제규정으로 개정한 것(71누8)으로서, 임대인이 계약 갱신의 의사가 없었음을 주장·증명하더라도 계약 갱신 의제의 효과를 배제할 수 없다. ③ 2013두13723, 2006다49789 등의 조세판례도 같은 취지이다.

76) 실종선고 받은 자의 사망 의제·간주 규정에서 전제사실인 ‘실종선고’ 사실 자체를 다투어 ‘사망 의제·간주’의 효과를 다룰 수는 있다.

77) 소득세법 제17조(배당소득) ④ 제2항 제1호·제3호·제4호 및 제6호를 적용할 때 주식 또는 출자를 취득하기 위하여 사용한 금액이 불분명한 경우에는 그 주식 또는 출자의 액면가액 … 또는 출자금액을 그 주식 또는 출자의 취득에 사용한 금액으로 본다.

78) 소득세법 시행령 제162조(양도 또는 취득의 시기) ⑤ 법 제98조 및 이 조 제1항을 적용할 때 양도한 자산의 취득시기가 분명하지 아니한 경우에는 먼저 취득한 자산을 먼저 양도한 것으로 본다.

79) 상속세 및 증여세법 제41조의3(주식등의 상장 등에 따른 이익의 증여) 제6항은 “제2항제2호를 적용할 때 증여받은 재산과 다른 재산이 섞여 있어 증여받은 재산으로 주식등을 취득한 것이 불분명한 경우에는 그 증여받은 재산으로 주식등을 취득한 것으로 추정한다.”라고 규정하고 있다.

80) “~가 분명하지 아니한 경우 ~로 본다.”는 규정은 B(의제사실)인지 그 반대인 -B(반대사실)인지가 분명하지 아니한(불분명한) 경우 B로 본다는 것이고, -B임을 증명하면 B로 보지 않는다는 것이므로, 의제 반대사실의 증명으로 의제규정의 효과를 뒤집을 수 없다는 ‘의제’의 개념과는 모순이고, 추정 반대사실의 증명으로 추정규정의 효과

제규정의 형식을 취하고 있다 하더라도 실질적으로는 의제규정이 아니라 추정규정 내지 단순한 증명책임 분배 규정⁸¹⁾으로 볼 수 있다.

2. 법규의 구조·형식에 의한 주장증명책임 분배의 구체적 예

가. '본문과 단서'의 규정 형식

가장 흔히 발견되고, 주장·증명책임 분배에 관하여 별다른 이견이 없는 법규의 구조·형식은 '본문과 단서'의 규정 형식에 의한 주장·증명책임 분배이다.

1) '본문과 단서', '전단과 후단'의 구별

두 개의 문장으로 된 조항에서 뒤 문장이 "다만" 또는 "그러나"로 시작하는 경우, 다른 조항에서 인용할 때 앞 문장을 '본문',⁸²⁾ "다만" 또는 "그러나" 이하의 뒤 문장을 '단서'⁸³⁾로 각각 칭한다.

두 개의 문장으로 된 조항에서 뒤 문장이 "이 경우"로 시작하는 경우, 다른 조항에서 인용할 때 앞 문장을 '전단',⁸⁴⁾ "이 경우" 이하의 뒤 문장을 '후단'⁸⁵⁾으로 각각 칭한다.⁸⁶⁾

를 뒤집을 수 있다는 '추정'의 개념에 부합하는 것이라 할 수 있으며, B와 '본질적으로 다른 사실'을 의제규정의 적용으로 B라는 사실과 동일하게 취급하는 경우에 해당한다고 보기도 어렵다.

- 81) '요증사실의 존부가 불분명한 경우에 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 불이익'인 '증명책임'의 분배 규정은 사실의 존부가 불분명한 경우에 적용됨으로써 그 효과가 나타난다.
- 82) 민법 제536조 제1항은 "쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때 까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있는데, 제2항은 "당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다."라고 규정하여, 제1항의 '앞 문장'을 '본문'이라고 칭하고 있고, 상법 제798조 제2항은 "운송물에 관한 손해배상청구가 운송인의 사용인 또는 대리인에 대하여 제기된 경우에 그 손해가 그 사용인 또는 대리인의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 그 사용인 또는 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 그 사용인 또는 대리인의 고의 또는 운송물의 멸실·훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있는데, 제3항은 "제2항 본문의 경우에 운송인과 그 사용인 또는 대리인의 운송물에 대한 책임제한금액의 총액은 제797조제1항에 따른 한도를 초과하지 못한다."라고 규정하여, 제2항의 '앞 문장'을 '본문'이라고 칭하고 있다.
- 83) 민법 제908조의2 제1항 제3호는 "친양자가 될 사람의 친생부모가 친양자 입양에 동의할 것. 다만, 부모가 친권사실의 신고를 받거나 소재를 알 수 없거나 그 밖의 사유로 동의할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있는데, 그 뒤의 민법 제908조의4 제1항은 "친양자로 될 사람의 친생의 아버지 또는 어머니는 자신에게 책임이 없는 사유로 인하여 제908조의2제1항제3호 단서에 따른 동의를 할 수 없었던 경우에 친양자 입양의 사실을 안 날부터 6개월 안에 가정법원에 친양자 입양의 취소를 청구할 수 있다."라고 규정하여, 앞 조문의 "다만" 이하 문장을 "단서"로 칭하고 있고(국회법제실, 법제이론과 실제, 2019 전면개정판, 860면도 같다), 민법 제920조는 "법정대리인인 친권자는 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리한다. 그러나 그 자의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다."라고 규정하고 있는데, 그 뒤의 민법 제949조 제2항은 "제920조 단서의 규정은 전항의 법률행위에 준용한다."라고 규정하여, 앞 조문의 "그러나" 이하 문장을 "단서"로 칭하고 있다.
- 84) 상법 제516조의10은 "제516조의9제1항에 따라 신주인수권을 행사한 자는 동항의 납입을 한 때에 주주가 된다. 이 경우 제350조제2항을 준용한다."라고 규정하고 있는데, 상법 제340조의5는 "제350조제2항, 제351조, 제516조의9제1항·제3항·제4항 및 제516조의10 전단은 주식매수선택권의 행사로 신주를 발행하는 경우에 이를 준용

두 개의 문장으로 된 조항에서 뒤 문장이 “이 경우”로 시작하지 않는 경우에도, 다른 조항에서 인용할 때 병렬관계의 앞 문장과 뒤 문장을 각각 ‘전단’,⁸⁷⁾ ‘후단’⁸⁸⁾으로 칭한 예, 병렬관계의 선행절과 후행절로 된 하나의 문장 중 후행절을 인용하는 경우에 후행절을 ‘후단’으로 칭한 예⁸⁹⁾도 있다.

한다.”라고 규정하여, 상법 제516조의10의 ‘앞 문장’을 ‘전단’이라고 칭하고 있다.

- 85) 상법 제393조의2 제4항은 “위원회는 결의된 사항을 각 이사에게 통지하여야 한다. 이 경우 이를 통지받은 각 이사는 이사회에 소집을 요구할 수 있으며, 이사회는 위원회가 결의한 사항에 대하여 다시 결의할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 상법 제415조의2(감사위원회) 제6항은 “감사위원회에 대하여는 제393조의2제4항 후단을 적용하지 아니 한다.”라고 규정하여, 상법 제393조의2 제4항의 ‘이 경우’ 이하의 뒤 문장을 ‘후단’이라고 칭하고 있다 (상법 제530조의9 제2항, 제3항도 같다). 국회법제실, 법제이론과 실제, 2019 전면개정판, 860면도 같다.
- 86) 판례 중에 앞 문장을 ‘전문’으로, “이 경우” 이하의 뒤 문장을 ‘후문’으로 칭한 예가 종종 보이거나, 이는 법령용어에 반하는 것이다. 예컨대, 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016다41869 판결은 “산입채해보상보험법 제80조 제2항은 전문에서 ‘수급권자가 동일한 사유에 대하여 이 법에 따른 보험급여를 받으면 보험가입자는 그 금액의 한도 안에서 민법이나 그 밖의 법령에 다른 손해배상의 책임이 면제된다.’고 규정하고, 후문에서 ‘이 경우 장해보상연금 또는 유족보상연금을 받고 있는 자는 장해보상일시금 또는 유족보상일시금을 받은 것으로 본다.’고 규정하고 있다.”라고 판시하였는데(민법 제959조의20 제1항에 관한 2020오547 결정도 마찬가지이다), ‘전문’은 ‘전단’으로, ‘후문’은 ‘후단’으로 고침이 법령용어에 부합한다. 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결도 상법 제516조의2 제4항의 “이 경우” 이하 문장을 ‘후문’으로 칭하고 있으나, ‘후단’으로 칭함이 옳다. ‘전문’의 사전적 의미(① 한 편의 글에서 앞부분에 해당하는 글, ② 법령 제정의 취지·목적·기본원칙 등을 선언한, 법령의 조문 앞에 있는 글), ‘헌법 전문’에서의 ‘전문’의 용례, ‘후문’의 사전적 의미(한 편의 글에서 뒤 부분에 해당하는 글)에 비추어 보면, ‘전문’, ‘후문’은 하나의 문장보다는 더 큰 개념으로 볼 수 있고, 법령 조문 중에 ‘전단’, ‘후단’으로 인용할 뿐 ‘전문’, ‘후문’으로 칭하여 인용한 예는 보이지 않는다는 점에서, 판례 중에 종종 나오는 ‘전문’, ‘후문’은 ‘전단’, ‘후단’으로 수정함이 바람직하다.
- 87) 민법 제25조는 “법원이 선임한 재산관리인이 제118조에 규정한 권한을 넘는 행위를 함에는 법원의 허가를 얻어야 한다. 부재자의 생사가 분명하지 아니한 경우에 부재자가 정한 재산관리인이 권한을 넘는 행위를 할 때에도 같다.”라고 규정하고 있는데, 민법 제918조 제4항은 “제24조제1항, 제2항, 제4항, 제25조 전단 및 제26조제1항, 제2항의 규정은 전2항의 경우에 준용한다.”라고 규정하여, 민법 제25조의 ‘앞 문장’을 민법 제25조 ‘전단’이라고 칭하고 있다.
- 88) ㉠ 민법 제706조 제2항은 “조항의 업무집행은 조항원의 과반수로써 결정한다. 업무집행자 수인인 때에는 그 과반수로써 결정한다.”라고 규정하고 있는데, 민법 제722조는 “청산인이 수인인 때에는 제706조제2항 후단의 규정을 준용한다.”라고 규정하여, 민법 제706조 제2항의 ‘뒤 문장’을 제706조제2항 ‘후단’이라고 칭하고 있다. ㉡ 민사소송법 제376조 제1항은 “증거보전의 신청은 소를 제기한 뒤에 그 증거를 사용할 심급의 법원에 하여야 한다. 소를 제기하기 전에는 신문을 받을 사람이나 문서를 가진 사람의 거소 또는 검증하고자 하는 목적물이 있는 곳을 관할하는 지방법원에 하여야 한다.”라고 규정하고 있는데, 제2항은 “급박한 경우에는 소를 제기한 뒤에도 제1항 후단에 규정된 지방법원에 증거보전의 신청을 할 수 있다.”라고 규정하여, 제1항의 ‘뒤 문장’을 제1항 ‘후단’이라고 칭하고 있다. 판례 중에는 제1문, 제2문이라고 칭한 예도 있다. ㉢ 민법 제538조 제1항은 “쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다.”라고 규정하고 있는데, 2001다79013 판결은 “민법 제538조 제1항 제1문 소정의 ‘채권자의 책임 있는 사유’에 관한 법리 오해의 위험이 있다고 할 수 없다. … 민법 제538조 제1항 제2문 소정의 ‘채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때’에 해당하기 위해서는 현실 제공이나 구두 제공이 필요하다고 할 것이므로”라고 판시하였고, ㉣ 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하고 있는데, 대법원 2022. 8. 30. 선고 2018다212610 전원합의체 판결은 “국가는 국민의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 부담하고(헌법 제10조 제2문)”라고 판시하였다.
- 89) 민법 제389조 제2항은 “전항의 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구할 수 있고 채무자의 일선에 전속하지 아니한 작위를 목적으로 한 때에는 채무자의 비용으로 제삼자에게 이를 하게 할 것을 법원에 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 민사집행법 제260조 제1항은 “민법 제389조제2항 후단과 제3항의 경우에는 제1심 법원은 채권자의 신청에 따라 민법의 규정에 의한 결정을 하여야 한다.”라고

법제실무상으로는, “이 경우”는 주된 문장(전단)의 뒤에 주된 문장의 취지를 설명하거나 그것과 밀접한 관계를 가진 내용의 사항을 계속하여 규정하는 경우에 사용되고, “다만”은 주된 문장(본문)의 뒤에 계속하여 새로운 문장을 시작하고 주된 문장의 의미에 제외적 또는 예외적 의미로서의 부가적 조건을 규정하는 경우에 사용되며, 내용이 제외적 또는 예외적 의미를 갖지 않고 단순한 주의규정 또는 설명적 규정인 경우에는 “다만”을 사용하지 아니한다고 한다.⁹¹⁾

같은 조항 내에서 본문과 단서의 관계는 보통 본문은 원칙을, 단서는 예외를 규정한 것이고, 단서는 본문을 전제로 한다고 보아야 한다.⁹²⁾ 예외적으로, 단서가 본문의 예외가 아니라 본문과 병렬적인 조항으로서 별개의 입법목적 가진 별개의 규정이 한 조항의 본문과 단서에 규정된 것에 불과하다고 보아야 하는 경우도 있다.⁹³⁾

통상적으로는, 원칙인 본문과 예외인 단서의 경우 증명책임의 소재가 달라지나, 전단과 후단의 경우에는 후단이 전단을 설명하거나 보충하는 내용이므로 증명책임의 소재가 동일하다고 볼 수 있다.

규정하여, 민법 제389조 제2항의 ‘후행절’을 민법 제389조제2항 ‘후단’이라고 칭하고 있다. ▣ 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결은, 가등기담보 등에 관한 법률 제11조[채무자등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액(반환할 때까지의 이자와 손해금을 포함한다)을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다. 다만, 그 채무의 변제기가 지난 때부터 10년이 지나거나 선의의 제삼자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.]를 인용함에 있어, “채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지는 여전히 가등기담보계약의 존속을 주장하여 그때까지의 이자와 손해금을 포함한 피담보채무액 전부를 변제하고 무효인 위 본등기의 말소를 청구할 수 있다(제11조 본문). 그러나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다(제11조 단서 후문).”이라고 판시하였다. “선의의 제삼자가 소유권을 취득한 경우”를 ‘제11조 단서 후문’이 아니라 ‘제11조 단서 후단’으로 칭함이 법률용어에 부합한다.

90) 이처럼 현행 법률에서는 ‘전단, 후단’의 용어가 다양한 경우에 넓게 쓰이고 있으므로, 뒤 문장이 ‘이 경우’로 시작하는 경우에만 ‘전단, 후단’으로 칭하고, 그 외의 경우에는 다른 용어로 칭하는 것을 향후의 입법과정에서 고려해 볼 필요가 있다. 두 개의 문장으로 된 조항에서 뒤 문장이 ‘이 경우’로 시작하지 않는 경우에는 ‘전문, 후문’보다는 ‘제1문, 제2문’으로 칭하는 쪽이 나은 것으로 보인다. 판례상 ‘전문, 후문’, ‘제1문, 제2문’의 표현은 현행법상 법률용어에는 부합하지 않는 면이 있다.

91) 국회법제실, 법제이론과 실제, 2019 전면개정판, 860면.

92) 대법원 2016. 6. 9. 선고 2015다78536 판결.

대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결의 다수의견: “민법 제449조 제2항 단서는 본문에 의하여 양도금지특약을 위반하여 이루어진 채권양도가 무효로 됨을 전제로 하는 규정이다. 따라서 양도금지특약을 위반한 채권양도는 당연히 무효이지만 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자에게 그 무효를 주장할 수 없다는 의미로 위 단서규정을 해석함이 그 문언 및 본문과의 관계에서 자연스럽다.”

93) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결 다수의견의 보충의견: “수난구호법 제18조 제1항 단서(이하 ‘단서’라 한다)는 본문과는 전혀 다른 취지에서 입법이 이루어진 것이고 단지 입법의 편의상 본문과 단서를 같은 조항에 함께 둔 것뿐이어서, 이를 반대의견과 같이 본문과 그에 대한 예외로서의 단서와 같은 관계로 해석하여 본문의 요건을 충족하는 본문의 주체만이 단서의 주체에 해당한다고 보기는 어렵다. … 입법형식상으로는 본문과 단서의 형태를 가지고 있지만, 양자는 의무귀속의 주체가 ‘조난현장 부근에 있는 선박의 선장’과 ‘조난 사고의 원인을 제공한 선박의 선장 및 승무원’으로 상이하고, 의무부과의 근거도 ‘해상 조난사고에서의 인명구조’라는 전통적 인도주의적 요청 및 국제법규와 ‘선박사고 후 도주방지를 위한 입법적 대처’로 상이하며, 의무의 내용도 ‘구조지원의무’와 ‘구조조치의무’로 상이하다고 할 것이어서, 별개의 입법목적 가진 별개의 규정이 한 조항의 본문과 단서에 규정된 것에 불과하다고 할 것이다.”

법률조항이 어떠한 권리발생에 필요한 요건과 그 장애나 멸각 사유 등을 본문과 단서의 형식으로 규정한 경우, 본문이 정한 사항에 관한 요건사실은 그 권리발생을 주장하는 자가, 단서에서 정한 사항에 관한 요건사실은 이를 저지하려는 자가 각 증명책임을 부담한다. 이는 본문과 단서에서 각각 증명해야 할 요건을 준별한 경우에 타당한 것이고, 그와 달리 본문과 단서에 규정된 사항이 내용적으로 중첩되는 경우에까지 이를 기계적으로 적용할 것은 아니다.⁹⁴⁾ 법규의 구조와 형식에서 더 나아가 본래적 의미의 ‘본문과

94) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017두45933 전원합의체 판결의 다수의견[2007. 12. 14. 전부개정으로 신설된 구 산업재해보상보험법 제37조 제1항(“근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.”)을 ‘업무상의 재해’를 인정하기 위한 업무와 재해 사이의 ‘상당인과관계’에 관한 증명책임을 근로자 측으로부터 근로복지공단에 분배하거나 전환하는 규정으로 볼 수 있는지에 관하여 다수의견은 부정하고, 반대의견은 긍정적인 사례]; “법률조항이 어떠한 권리발생에 필요한 요건과 그 장애나 멸각 사유 등을 본문과 단서의 형식으로 규정한 경우, 본문이 정한 사항에 관한 요건사실은 그 권리발생을 주장하는 자가, 단서에서 정한 사항에 관한 요건사실은 이를 저지하려는 자가 각 증명책임을 부담한다고 해석하는 경우가 있다. 그러나 본문과 단서라는 규정의 형식을 주로 고려한 위와 같은 법률해석의 방법은 해석의 대상이 되는 법률조항의 본문과 단서에서 각각 증명해야 할 요건을 준별한 경우에는 타당한 결론을 도출할 수 있지만, 그와 달리 본문과 단서에 규정된 사항이 내용적으로 중첩되는 경우에까지 이를 기계적으로 적용할 것은 아니다. 이 사건 조항과 같이 본문에서 인과관계를 비롯하여 업무상의 재해로 인정받기 위해 필요한 모든 요건을 이미 규정하고 있는 경우에는 그대로 채택할 수 있는 해석이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 조항의 단서 부분은 이 사건 조항의 본문에서 이미 규정하고 있는 업무상 재해의 인정 요건인 인과관계가 대법원 판례에서 말하는 법적·규범적 관점의 상당인과관계를 의미한다는 점을 확인·설명하는 취지로 볼 수 상당하다.” — 다수의견에 대한 보충의견: “법률요건분류설에 따르더라도 본문과 단서의 형식으로 된 법률조항을 증명책임의 분배에 관한 규정으로 보는 경우는 본문에서 권리발생요건에 관하여 규정하고, 단서에서 이를 저지하기 위한 별개의 양립 가능한 사실인 권리발생장애사실, 권리멸각사실, 권리행사저지사실에 관하여 각각 나누어 규정하고 있는 경우라고 할 것이다. 이러한 경우 이른바 법률요건분류설은 법규의 구조와 형식상 원칙 규정인 본문의 요건사실은 권리발생의 효과를 주장하는 자가, 단서의 소극적 요건사실은 그 법률효과를 다투는 자가 각각 증명하도록 증명책임이 객관적·추상적으로 분배되어 있다고 해석하는 것이다. ... 어떠한 법률조항이 그 본문에서 요건 중 일부 사실(A, B)이 인정될 경우 권리발생의 법률효과를 규정하고, 단서에서 이와 양립할 수 있는 별개의 사실(C)을 반대효과를 발생시킬 수 있는 소극적 요건으로 정하고 있는 구조와 형식으로 되어 있는 경우에, 법률요건분류설에 따르면 원칙 규정인 본문에서 규정한 적극적 요건사실(A, B)에 대해서는 권리발생을 주장하는 측에서, 예외 규정인 단서에서 규정하고 있는 소극적 요건사실(C)은 이를 다투는 측에서 각각 증명하도록 증명책임이 분배되어 있다고 해석하는 것이다. ... 이 사건 조항 단서가 규정한 업무와 재해 사이의 상당인과관계는 본문이 규정한 법률효과에 대한 반대효과를 발생시킬 수 있는 소극적 요건으로서 본문에서 규정한 사항과 양립 가능한 별개의 사실에 관한 것이 아니라 본문에서 이미 정하고 있는 ‘업무상의 재해’가 인정되기 위한 인과관계가 단순히 의학적·자연과학적인 조건관계가 아니라 판례에서 실시하고 있는 법적·규범적인 관점의 ‘상당인과관계’를 의미한다는 것을 명확하게 설명하거나 강조하기 위한 취지에서 규정된 것이다.”

⇨ 반대의견: “이 사건 조항은 보험금의 지급을 주장하는 근로자나 유족이 그 본문 각호 각 목에서 정한 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하였다는 사실 등 업무와 재해 사이의 관련성을 인정할 수 있는 구체적인 사실을 증명하면 ‘업무상의 재해’로 간주되는 법률효과가 발생한다. 근로자 측에서 그 업무와 재해 사이의 상당인과관계가 있다는 점까지 증명할 필요는 없다. ‘업무상의 재해’에 해당하지 않는다고 다투는 상대방인 공단이 단서에서 정한 업무와 재해 사이에 ‘상당인과관계가 없다.’는 사정을 주장·증명해야 본문이 정한 ‘업무상의 재해’로 간주되는 법률효과가 발생하지 않는다. ... 이 사건 조항은 본문에서 업무상 재해의 개념 요소 또는 인정기준으로 ‘업무관련성’이 필요하다는 점을 규정하면서 각호 각 목에서 그 내용을 구체화하고, 단서에서 업무상 재해의 성립 요건 가운데 근로자 측에서 증명하기 어려운 ‘업무와 재해 사이의 상당인과관계’를 추출하여 그 증명책임을 공단에 전한 것으로 보아야 한다. ... 상당인과관계는 업무관련성과 구별되는 독자적 의미가 있는 것으로서 업무관련성과는 별도의 증명대상이다. ... 본문에 규정한 사항과 단서에 규정한 내용에 부분적으로 중첩되는 부분이 있다고 해서 위와 같은 해석에 장애가 되지 않는다.”

단서', '전단과 후단'의 규정인지 여부까지 잘 살펴보고 해석해야 한다.⁹⁵⁾ 형식과 실질이 부합하는 정지한 입법이 해석의 다툼을 없앨 근원적 처방임은 물론이다.

일반적으로 예외 규정은 엄격하게 해석해야 하고, 예외 규정의 해석이 명확하지 않은 경우에는 원칙으로 돌아가야 하며 예외 규정을 확장해석해서는 안 된다.⁹⁶⁾

2) '본문과 단서'의 규정 형식에 의한 주장·증명책임 분배의 구체적 예

민법 제213조⁹⁷⁾의 경우, 토지 인도 청구 등 소유물의 반환을 청구하는 소유자(원고)는 청구원인사실로서 '본문'에 규정된 요건사실인, 원고의 '소유' 사실, 피고의 '점유' 사실에 대한 주장·증명책임을 지고, 점유자인 피고는 항변사실로서 '그러나' 이하의 '단서'에 규정된 요건사실인, '물건을 점유할 권리'의 존재 사실에 대한 주장·증명책임을 지게 된다.

민법 제390조⁹⁸⁾의 경우, 채무불이행에 기한 손해배상을 청구하는 채권자(원고)는 청구원인사실로서 '본문'에 규정된 요건사실인, '채무의 발생 및 그 불이행', '손해의 발생 및 그 범위' 사실에 대한 주장·증명책임을 지고,⁹⁹⁾ 채무자인 피고는 항변사실로서 '그러나' 이하의 '단서'에 규정된 요건사실인, '고의나 과실의 부존재' 사실에 대한 주장·증명책임을 지게 된다.¹⁰⁰⁾ 이와 달리, '본문과 단서'의 규정 형식을 취하지 아니 한 민법 제

95) 예컨대, 민법 제219조 제1항은 "어느 토지와 공로사이에 그 토지의 용도에 필요한 통로가 없는 경우에 그 토지소유자는 주위의 토지를 통행 또는 통로로 하지 아니하면 공로에 출입할 수 없거나 과다한 비용을 요하는 때에는 그 주위의 토지를 통행할 수 있고 필요한 경우에는 통로를 개설할 수 있다. 그러나 이로 인한 손해가 가장 적은 장소와 방법을 선택하여야 한다."라고 규정하고 있는데, '그러나' 이하는 앞부분에 대한 예외적 내용이라기보다는 앞부분을 설명하고 보충하는 내용에 해당하므로, 앞부분과 함께 '주위토지통행권' 발생의 요건사실에 해당하지 그 장에 '소멸의 항변사실'로 볼 것은 아니어서, 본문·단서의 형식보다는 '그러나'를 '이 경우'로 고쳐 '전단·후단의 형식으로' 규정하는 것이 바람직한 입법형식이다.

96) 대법원 2020. 3. 27. 선고 2017추5060 판결.

97) 민법 제213조(소유물반환청구권) 소유자는 그 '소유'에 속한 물건을 '점유'한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 '물건을 점유할 권리'가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

98) 민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 '채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때'에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 '고의나 과실 없이' 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

99) 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결; "임차 외 건물 부분이 ... 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있는 부분이라 하더라도, 그 부분에 발생한 손해에 대하여 임대인이 임차인을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려면, 임차인이 보존·관리 의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었고, 그러한 의무 위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며, 임차 외 건물 부분의 손해가 그 의무 위반에 따라 민법 제393조에 의하여 배상하여야 할 손해의 범위 내에 있다는 점에 대하여 임대인이 주장·증명하여야 한다."

100) ① 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다249383 판결; "일반적으로 채무불이행으로 인한 손해배상청구에 있어서 그 불이행의 귀책사유에 대한 증명책임은 채무자에게 있고, ... 이행불능이 채무자인 피고 1에게는 귀책사유가 없었다거나 채권자인 원고의 수령지체 중에 발생한 것이라는 점은 모두 채무자인 피고 1이 증명할 책임이 있다."

② 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결; "임대차 목적물이 화재 등으로 인하여 소멸됨으로써 임차인의 목적물 반환의무가 이행불능이 된 경우에, 임차인은 그 이행불능이 자기가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라는 증명을 다하지 못하면 그 목적물 반환의무의 이행불능으로 인한 손해를 배상할 책임을 지며"

750조¹⁰¹⁾의 경우, 불법행위에 기한 손해배상을 청구하는 피해자(원고)가 청구원인사실로서 ‘고의 또는 과실’의 존재까지 주장·증명하여야 한다.¹⁰²⁾

그 외에도 민법 제406조 제1항,¹⁰³⁾ 제109조 제1항,¹⁰⁴⁾ 제134조,¹⁰⁵⁾ 자동차손해배상보장법 제3조¹⁰⁶⁾ 등을 들 수 있다.

그러나 민법 제449조¹⁰⁷⁾의 경우, 판례는, 채권양수인인 원고의 양수금청구에 대하여, 채무자인 피고는 항변사실로서 제2항의 본문 및 단서 사실 모두, 즉 “① 채권양도 금지의 특약(= 제2항 본문의 ‘당사자가 반대의 의사를 표시한 경우’)+② 양수인의 악의 또는 중과실(= 제2항 단서의 ‘선의의 제3자에게 대항하지 못한다.)’에 대한 주장·증명책임을 진다고 해석하고 있다.¹⁰⁸⁾

101) 민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

102) 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결; “불법행위에 있어서 고의·과실에 기한 가해행위의 존재 및 그로 인한 손해발생에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다고 할 것인바, 원심이 … 손해배상청구에 대하여 그 입증책임을 원고 회사에게 부담시킨 조치는 정당하고, … 불법행위에 관한 입증책임을 전도한 위법이 있다고 할 수 없다.”

103) 민법 제406조(채권자취소권) ① 채무자가 ‘채권자를 해함을 알고’ ‘재산권을 목적으로 한 법률행위’를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 ‘채권자를 해함을 알지 못한 경우’에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있던 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다. ■ 민법 제406조 제1항의 경우, 채권자 취소 및 원상회복을 청구하는 채권자(원고)는 청구원인사실로서 ‘본문’에 규정된 요건사실인, “① ‘피보전채권의 존재’+② ‘채무자의 사해행위’+③ ‘채무자의 사해의사’에 대한 주장·증명책임을 지고, 수익자 또는 전득자인 피고는 항변사실로서 ‘그러나’ 이하의 ‘단서’에 규정된 요건사실인, ‘채권자를 해함을 알지 못한(선의) 사실’에 대한 주장·증명책임을 지게 된다.

104) 민법 제109조(착오로 인한 의사표시) ① 의사표시는 법률행위의 ‘내용’의 ‘중요 부분’에 ‘착오’가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 ‘표의자의 중대한 과실’로 인한 때에는 취소하지 못한다. ■ 민법 제109조 제1항의 경우, 법률행위에 기한 원고의 이행 청구에 대하여 착오자인 피고가 항변으로서 착오로 인한 의사표시를 취소하기 위해서는, 피고가 ‘본문’에 규정된 요건사실인, “① ‘법률행위의 내용’의 착오가 있을 것, ② ‘중요 부분’의 착오일 것, ③ ‘취소’의 의사표시 및 그 도달 사실”에 대한 주장·증명책임을 지고, 그 상대방인 원고는 재항변 사실로서 ‘그러나’ 이하의 ‘단서’에 규정된 요건사실인, ‘착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 사실’에 대한 주장·증명책임을 지게 된다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2005다6228 판결).

105) 민법 제134조(상대방의 철회권) 대리권 없는 자가 한 계약은 본인의 추인이 있을 때까지 상대방은 본인이나 그 대리인에 대하여 이를 철회할 수 있다. 그러나 계약 당시에 상대방이 대리권 없음을 안 때에는 그러하지 아니하다. ■ 상대방이 유효한 철회를 하면 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 그 후에는 본인이 무권대리행위를 추인할 수 없고, ‘상대방이 대리인에게 대리권이 없음을 알았다는 점’에 대한 주장·입증책임은 ‘철회의 효과를 다루는 본인’에게 있다(대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결).

106) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021다257705 판결; “자동차손해배상 보장법 제3조는 ‘자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상한 경우에는 그러하지 아니하다.’라고 규정하고 있다. 위 조항은 승객이 사망하거나 부상한 경우를 승객이 아닌 자와 구별하여 더욱 보호하고 있다. 이는, 승객은 자동차에 동승함으로써 자동차의 위험과 일체화되어 승객 아닌 자에 비하여 그 위험이 더 크다고 할 수 있으므로, 자동차 사고로 승객이 부상한 경우 운행자는 승객의 부상이 고의 또는 자살행위로 인한 것임을 주장·증명하지 못하는 한 운전상의 과실 유무를 가릴 것 없이 승객의 부상에 따른 손해를 배상할 책임이 있다는 취지이다.”

107) 민법 제449조(채권의 양도성) ① 채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로서 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

그리고 민법 제544조¹⁰⁹⁾의 경우, 이행지체를 이유로 한 해제의 요건사실로서, 해제자는 본문에 따라 “① ‘상대방이 주된 채무의 이행을 지체한 사실’(= ‘당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때’), ② ‘상당한 기간을 정하여 이행을 최고하였으나 그 기간 내 상대방이 이행 또는 이행제공을 하지 아니한 사실’, ③ ‘해제의 의사표시를 하고 그 의사표시가 도달한 사실’을 주장·증명할 책임이 있고, ‘그러나’ 이하의 ‘단서’에 규정된 요건사실인 ‘상대방이 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 사실’은 위 ①, ¹¹⁰⁾ ② 요건사실의 대체사실일 뿐이지 해제 상대방의 주장·증명책임 사실로서 의미가 있는 것은 아니다.

나. ‘제1항과 제2항’의 규정 형식

‘제1항’과 ‘제2항’의 규정 형식으로 주장·증명책임을 달리 분배한 구체적 예로는, 민법 제320조, ¹¹¹⁾ 제135조¹¹²⁾를 들 수 있다[이들은 제2항이 “제1항(전항)은 … 경우(때)에(는) 적용하지 아니한다.”라고 규정하고 있다].

민법 제320조의 경우, 소유자인 원고의 인도청구에 대하여 점유자인 피고가 적법한 점유 권원의 항변으로서 유치권을 주장하기 위해서는, 피고가 ‘제1항’에 규정된 요건사실인, “① ‘타인의 물건 또는 유가증권에 대한 점유’ 사실, ② ‘그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권의 발생 및 변제기의 도래’ 사실, ③ ‘유치권 행사의 권리 주장’ 사실”에 대한 주장·증명책임을 지고, 원고는 재항변 사실로서 ‘제2항’에 규정된 요건사실인, ‘피고의 점유가 불법행위로 인한 사실’(= 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나 점유자가 필요비 및 유익비를 지출할 당시 이를 점유할 권원이 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 인정할만한 사유)에 대한 주장·증명책임을 진다.¹¹³⁾

108) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다8310 판결. ◀ 민법 제449조의 규정 형식에 충실하게 따라가면 “① 청구원인(제1항: ‘채권양도’) → ② 피고의 항변(제2항 본문 = 제1항의 임의규정성: ‘채권양도금지 특약’) → ③ 원고의 재항변(제2항 단서: ‘원고의 선의’) → ④ 피고의 재재항변(‘악의=중과실’의 해석론: ‘원고의 중과실’)의 공방구조로 볼 수도 있으나, 판례는, ② 이하 모두를 합하여 피고의 항변사실로 보고 있다. 제1항의 단서는 직권으로 판단할 법적 문제로서 ‘사실’에 관한 주장·증명책임의 소재에 영향을 주는 단서 규정이라 할 수 없다.

109) 민법 제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.

110) 쌍무계약에 있어서 상대방이 자신의 채무를 이행할 의사가 없음을 명백히 표시한 경우에는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 자신의 채무의 이행제공이나 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다54979 판결).

111) 민법 제320조(상대방에 대한 무권대리인의 책임) ① 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다. ② 전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.

112) 민법 제135조(상대방에 대한 무권대리인의 책임) ① 다른 자의 대리인으로서 계약을 맺은 자가 그 대리권을 증명하지 못하고 또 본인의 추인을 받지 못한 경우에는 그는 상대방의 선택에 따라 계약을 이행할 책임 또는 손해를 배상할 책임이 있다. ② 대리인으로서 계약을 맺은 자에게 대리권이 없다는 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 때 또는 대리인으로서 계약을 맺은 사람이 제한능력자일 때에는 제1항을 적용하지 아니한다.

113) 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결: “물건의 점유자는 소유의 의사로 선의, 평은 및 공연하게 점유한

민법 제135조의 경우, 무권대리 상대방인 원고는 계약 이행청구 또는 손해배상청구의 청구원인사실로서 ‘제1항’에 규정된 요건사실인, ‘피고가 타인의 대리인으로서 계약을 체결한 사실’에 대한 주장·증명책임 및 ‘피고에게 대리권이 없다는 점’에 대한 주장책임을 지고,¹¹⁴⁾ 무권대리인인 피고는 항변사실로서 ‘제2항’에 규정된 요건사실인, ‘피고에게 대리권이 없다는 사실을 원고가 알았거나 알 수 있었다는(= 피고의 대리권 부존재에 대한 원고의 악의 또는 과실) 사실’ 또는 ‘피고가 제한능력자인 사실’에 대한 주장·증명책임을 진다.¹¹⁵⁾

그 밖에 민법 제535조,¹¹⁶⁾ 상법 제14조¹¹⁷⁾도 ‘제1항’과 ‘제2항’의 규정 형식으로 주장·증명책임을 달리 분배한 것으로 볼 수 있다.

그러나 민법 제108조¹¹⁸⁾의 경우, 판례는 제1항뿐만 아니라 제2항에 대해서도 허위표

것으로 추정되고 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유하는 것으로 추정된다(민법 제197조 제1항, 제200조). 따라서 점유물에 대한 필요비 및 유익비 상환청구권을 기초로 하는 유치권의 주장을 배척하려면 적어도 그 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나 점유자가 필요비 및 유익비를 지출할 당시 이를 점유할 권원이 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 인정할만한 사유에 대한 상대방 당사자의 주장·입증이 있어야 한다.”

- 114) 대리권의 존재 또는 본인의 추인이 있었다는 사실은 타인의 대리인 또는 대표자로 법률행위를 한 자가 증명책임을 진다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다73110 판결).
- 115) 대법원 1962. 4. 12. 선고 4294민상1021 판결; “대리권의 유무는 대리인과 본인과의 내부적 관계에 불과하고 제3자로서는 그 대리권의 존부에 대하여 용이하게 알 수 없으므로 대리권이 있다고 믿었던 상대방을 보호함으로써 거래의 동적 안전을 기하기 위하여 민법은 여러 가지의 규정을 두었으나 그중의 하나로서 민법 제135조(구민법 제117조)에서 규정하는 무권대리인의 무과실 책임에 관한 규정이라 할 것이다. 즉 다른 사람의 대리인이라고 칭하여 계약을 체결한 자가 그 대리권이 있음을 증명하지 못하거나 또는 본인의 추인을 얻지 못하였을 때에는 그 무권대리인에 있어서의 과실 유무를 불구하고 상대방의 선택에 따라 계약의 이행 또는 손해를 배상하지 아니하면 아니 되는 것이다. 그러나 위와 같은 원칙에 의하여 무권대리인에게 무과실 책임이 있다고 하더라도 이와 같은 규정은 선의의 상대방을 보호하자는 데 있으므로 상대방이 대리권이 없음을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 알지 못하였던 상대방까지를 보호할 필요는 없는 것이다. 그러나 민법 제135조 제2항(구민법 제117조 제2항)의 규정은 무권대리인의 무과실책임 원칙에 관한 규정인 제1항의 예외적 규정이라고 할 것이므로 상대방이 대리권이 없음을 알았다는 사실 또는 알 수 있었음에도 불구하고 알지 못하였다는 사실에 관한 입증책임은 무권대리인 자신에게 있다고 해석하여야 할 것인바”
- 116) 민법 제535조(계약체결상의 과실) ① 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다. ② 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다. ● 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다1203, 1210 판결; “이 사건 계약은 피고의 의무이행이 원시적으로 불능이어서 무효이고 ... 피고는 이 사건 계약 체결 당시 그 불능을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하므로 피고는 원고에게 민법 제535조 제1항에 따라 신의이익 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 판단한 후, 원고에게도 ... 과실이 있으므로 민법 제535조 제2항에 따라 피고에게 배상책임이 없다는 취지의 피고의 주장에 대하여, ... 만으로는 원고가 ... 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없고, 달리 이 점을 인정할 증거가 없다는 이유로 이를 배척하였다. ... 원심의 이러한 사실인정과 판단은 결론에 있어서 정당한 것으로 수긍할 수 있다.”
- 117) 상법 제14조(표현지배인) ① 본점 또는 지점의 본부장, 지점장, 그 밖에 지배인으로 인정될 만한 명칭을 사용하는 자는 본점 또는 지점과 동일한 권한이 있는 것으로 본다. 다만, 재판상 행위에 관하여는 그러하지 아니하다. ② 제1항은 상대방이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다. ● 표현지배인의 거래 상대방(원고)이 표현지배인의 행위로 인한 영업주(피고)의 계약 이행 책임을 묻기 위해서는 청구원인사실로서 ‘제1항’에 규정된 요건 사실에 대한 주장·증명책임을 지고, 피고는 항변사실로서 ‘제2항’에 규정된 요건사실인 ‘원고의 악의’에 대한 주장·증명책임을 진다(대법원 1998. 8. 21. 선고 97다6704 판결; “원심은 원고가 이 사건 약속어음을 배서양도 받을 당시 이미 소외인이 피고 회사의 지배인이 아니란 사실을 알고 있었다는 피고의 주장에 대하여 아무런 판단도 하지 아니한 잘못이 있음을 알 수 있으나, ... 피고의 위 주장사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로 피고의 위 주장은 결국 배척될 것이 명백하므로”).

시의 무효를 주장하는 자가 '제3자가 악의라는 사실'에 관한 주장·증명책임을 진다고 해석하고 있다.¹¹⁹⁾ 이는 같은 규정 형식("~는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.")의 민법 제107조(진의 아닌 의사표시),¹²⁰⁾ 상법 제11조 제3항(지배인의 대리권에 대한 제한)¹²¹⁾의 경우에도 동일하다. 앞서 본 민법 제449조 제2항(채권양도금지특약) 본문·단서의 주장·증명책임 분배도 같은 맥락이다.

3. 요건사실을 이루는 개별 법률용어의 해석방법

가. 법령의 일반적 해석방법

법해석의 목표는 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 있다.¹²²⁾ 법률 해석의 본질과 원칙에서 벗어나 당해 사건에서의 구체적 타당성 확보라

118) 민법 제108조(통정한 허위의 의사표시) ① 상대방과 통정한 허위의 의사표시는 무효로 한다. ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.

119) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결; "민법 제108조 제2항에 규정된 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정되고, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있는 것." ■ 민법 제108조의 규정 형식에 충실하게 따라가면 "① 청구원인(계약에 기초한 이행청구) → ② 피고의 무효 항변(제1항: '통정허위표시') → ③ 원고의 재항변(제2항: '원고의 선의')의 공방구조로 볼 수도 있으나, 판례는, '원고의 선의'를 '추정'하여 피고에게 '원고의 악의'에 관한 주장·증명책임을 지우므로, ② ③ 모두가 피고의 항변사실로 된다.

120) 민법 제107조(진의 아닌 의사표시) ① 의사표시는 표의자가 진의아님을 알고 한 것이라도 그 효력이 있다. 그러나 상대방이 표의자의 진의아님을 알았거나 이를 알 수 있었을 경우에는 무효로 한다. ② 전항의 의사표시의 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. ■ 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결; "법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고 그 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추적용하여 행위의 효과가 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 상당하나, 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 같은 조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없으며, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다."

121) 상법 제11조(지배인의 대리권) ① 지배인은 영업주에 갈음하여 그 영업에 관한 재산상 또는 재산외의 모든 행위를 할 수 있다. ③ 지배인의 대리권에 대한 제한은 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. ■ 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다36753 판결; "지배인의 어떤 행위가 그 객관적 성질에 비추어 영업주의 영업에 관한 행위로 판단되는 경우에 지배인이 영업주가 정한 대리권에 관한 제한 규정에 위반하여 한 행위에 대하여는 제3자가 위 대리권의 제한 사실을 알고 있었던 경우뿐만 아니라 알지 못한 데에 중대한 과실이 있는 경우에도 영업주는 그러한 사유를 들어 상대방에게 대항할 수 있다고 할 것이고, 이러한 제3자의 악의 또는 중대한 과실에 대한 주장·입증책임은 영업주가 부담한다. ... 원심이 원고에게 이 사건 지배인의 대리권 제한을 알지 못한 중대한 과실이 있다는 피고의 주장에 대하여 판단을 유탈하였다고 하더라도, 기록상 원고에게 중대한 과실이 있었다고 인정할 증거가 없으므로, 위 판단유탈의 사유는 파기사유가 되는 위법이라고 할 수 없다." ■ 거래상대방(원고)이 영업주(피고)에게 지배인의 대리행위에 기초하여 계약 이행 청구를 하는 경우, 규정 형식에 충실하게 따라가면 "① 청구원인(상법 제11조 제1항: '지배인의 대리권') → ② 피고의 항변(제1항의 임의규정상: '지배인의 대리권 제한') → ③ 원고의 재항변(제3항: '원고의 선의') → ④ 피고의 재재항변('악의=중과실'의 해석론: '원고의 중과실')의 공방구조로 볼 수도 있으나, 판례는, ② 이하 모두를 합하여 피고의 항변사실로 보고 있다.

122) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결; "법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 긴급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 그리고 실정법이란 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는

는 명분으로 1회적이고 예외적인 해석을 해서는 아니 된다.¹²³⁾

일반적으로 법령의 해석은, 가능한 한 법률에 사용된 ‘문언의 통상적인 의미’와 ‘문법적 규칙’에 충실하게 해석하는 것, 즉 ‘문리해석’이 원칙이자 출발점이고, 이에 체계적 해석,¹²⁴⁾ 역사적 해석,¹²⁵⁾ 목적론적 해석¹²⁶⁾ 등이 추가적으로 동원된다.¹²⁷⁾ 헌법합치적 해석,¹²⁸⁾ 상위규범 합치적 해석¹²⁹⁾은 체계적 해석의 일종이다.

문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 추가적 해석방법은

다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록, 즉 구체적 타당성을 가지도록 해석할 것도 또한 요구된다. 요컨대, 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데에 두어야 할 것이다.” ◀ ‘법적 안정성’이 ‘구체적 타당성’보다는 우위에 있다.

- 123) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결; “특별한 사정이 있는 예외적 사안을 구체적 타당성 있게 해결한다는 명분으로 위와 같은 법률 해석의 본질과 원칙을 뛰어넘을 수는 없다. 무엇이 구체적 타당성 있는 해결인가 하는 문제는 차치하고서라도, 법률 해석의 본질과 원칙에서 벗어나 당해 사건에서의 구체적 타당성 확보라는 명분으로 1회적이고 예외적인 해석이 허용된다면, 법원이 언제 그와 같은 해석의 잣대를 들이들지 알 수 없는 국민은 법관이 법률에 의한 재판이 아닌 자의적인 재판을 한다는 의심을 떨치지 못할 것이며, 이는 법원의 재판에 대한 국민의 신뢰를 크게 해칠 뿐만 아니라 모든 분쟁을 법원에 가져가 보지 않고서는 해결할 수 없게 함으로써 법적 안정성을 심히 훼손하게 될 것이기 때문이다.”
- 124) 체계적 해석은, 어느 법규정의 의미를 그 자체로서 파악하는 것이 아니라 다른 법규정 내지 전체 법질서와의 체계적 연관 하에서 파악하는 것이다. 이는 ‘국가의 법체계는 그 자체로 하나의 모순 없는 통일체를 이루고 있다’(2015두48655)고 보는 데서 비롯된다. 판례에서는 “법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법”(2015도8335), “법령의 통일적·체계적인 해석상”(2000두9076), “위임명령에 규정된 내용 … 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률이나 상위명령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합 판단”(2001두5651) 등으로 표현되어 있다.
- 125) 역사적 해석은, ‘입법자의 의사’를 해석 기준으로 삼는 것으로서 입법 연혁, 입법 당시 학설·판례 등으로 알 수 있다. 국회 위원회 회의록, 제안의유(2015도8335), 국세청의 개정세법해설 등을 참조할 수 있다.
- 126) 목적론적 해석은 법규의 객관적인 합리적 목적을 기준으로 한 해석으로서 판례상으로는 ‘입법 취지 및 목적 등을 고려한 합목적적 해석’(2016다212722)으로 표현되어 있다. 판례는, ‘법적 안정성 및 예측가능성을 해치지 않는 범위 내’에서 허용된다고 판시하고 있다(2016다212722).
- 127) 판례는 “가능한 문언의 의미 내에서 당해 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률체계적 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법”(2007도2162), “(문리해석에서) 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원”(2006다81035) 등의 판시에서 보듯이 체계적·논리적 해석방법에 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석을 포섭하고 있다.
- 128) 헌법합치적 해석은 국가의 최고규범인 헌법을 법규해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법원리에 그 기초를 두고 있다(2019두53464 전원합의체 판결 다수의견의 보충의견). 어떤 법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능한 경우에는 우선 그중 헌법에 부합하는 의미를 채택함으로써 위헌성을 제거하는 헌법합치적 해석을 해야 하고, 나아가 헌법에 부합하는 해석 중에서도 헌법의 원리와 가치를 가장 잘 실현할 수 있는 의미를 채택하는 헌법정합적 해석을 해야 한다. 어떤 법률조항을 그 문언, 체계와 입법 경위 등에 비추어 해석한 결과 불합리하거나 부당한 결론이 도출된다면 이와 같이 헌법을 고려하는 합헌적 해석을 통하여 교정할 수 있다(위 판결의 별개의견).
- 129) 국가의 법체계는 그 자체로 통일체를 이루고 있으므로 상·하규범 사이의 충돌은 최대한 배제되어야 하며 또한 규범이 무효라고 선언될 경우에 생길 수 있는 법적 혼란과 불안정 및 새로운 규범이 제정될 때까지의 법적 공백 등으로 인한 폐해를 회피할 필요성이 있음에 비추어 보면, 하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지 여부가 명백하지 아니한 경우에, 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것도 가능한 경우라면, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 쉽게 무효를 선언할 것은 아니다(2014두44502). 시행령 조항상 용어의 의미는 모법 조항의 의미와 내용, 그리고 입법 목적에 합치하도록 해석하여야 한다(2018두37700).

활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다.¹³⁰⁾ 입법 취지는 ‘법률 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 범위 안에서’ 존중된다.¹³¹⁾ 법률이나 계약의 근간이 되는 중심개념은 더욱 객관적으로 명확하게 해석되어야 한다.¹³²⁾ 견해의 대립이 있는 경우 서로 자신의 의견은 문리해석, 상대방의 의견은 목적론적 해석이라 주장하여 그 구별이 어려운 경우도 있다.¹³³⁾

‘해석에 따른 부당한 결과’의 유무도 해석의 방향을 정하는 중요한 고려사항이다. 판례에서는 “만일 ~라고 해석하면(보는 경우), ~ 할 우려(모순되거나 부당한 결과의 발생)가 있다.”는 등의 방식으로 판시한다.

나. 법령용어 개념의 탐색 방법

개별 법령용어의 정의·개념을 알기 위해서는, 대체로 (1) 해당 법령에 정의규정¹³⁴⁾¹³⁵⁾이 있으면 그에 따르고(해당 법령의 정의규정에서 다른 법령의 정의규정을 그대로 인용하는

130) 2006다81035: “법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.” / 2015도8335: “법률을 해석할 때 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다.”

● 체계적·논리적 해석의 한계

131) 2006도4549 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견: “형법법규의 해석에서도 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법 연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라는 종전 대법원판례의 견해에 대하여 다수의 견이 다른 생각을 하고 있는 것이 아님은 물론이다. 입법 취지는 존중되어야 한다. 그러나 ‘법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 범위 안에서’ 고려하여야 한다는 점 역시 대법원이 그 때마다 밝힌 바와 같다. 입법 취지만을 강조하여 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나면서까지 그 해석을 갈음할 수는 없다. 입법 취지는 문언의 통상적인 의미는 어느 정도 확인되는 것을 전제로 하여 그에 대하여 보다 구체적이고 합리적인 해석을 하기 위한 한 가지 고려요소일 뿐이다.”

132) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결: “이 사건에서 문제되는 임대주택법 제15조 제1항 및 그에 따른 이 사건 임대차계약서의 계약특수조건 제9조 제2항에서 사용된 ‘임차인’의 개념은, 임대주택을 건설하여 임대하기 위한 기간 동안 임차·사용하게 하다가 그 기간이 경과하면 무주택 등 일정한 자격요건을 갖춘 임차인에게 우선 분양함으로써 임대주택의 건설을 촉진하고 국민주거생활의 안정을 도모하려는 임대주택법과 이 사건 임대차계약의 근간이 되는 중심개념으로서, 그것이 객관적으로 명확하게 해석되지 않으면 임대사업자와 임차인 등이 법과 계약에서 정한 의무를 이행하고 권리를 실현함에 있어서 상당한 혼란과 지장이 초래될 것이다.”

133) 2016다220143 전원합의체 판결 다수의견에 대한 보충의견: “반대의견은 … 문리해석상으로도 자연스럽다고 주장한다. 그러나 이는 문리해석의 범위를 벗어나서 전형적인 목적론적 축소해석에 해당한다. … 반대의견의 이러한 주장은 법률 조항에서 명시하지 않은 내용을 추가함으로써 그 적용을 배제하는 방향으로 이루어지는 해석이다. 이는 엄밀한 의미에서 문리해석이라기보다는 목적론적 해석이라고 보아야 한다.”

134) 제1조의 ‘목적’ 조항에 이어 대체로 제2조에 위치한다. 예컨대, ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률’ 제2조 제1~4호는 “명의신탁약정”, “명의신탁자”, “명의수탁자”, “실명등기”를, ‘건축물의 분양에 관한 법률’ 제2조 제1~4호는, “건축물”, “분양”, “분양사업자”, “분양받은 자”를, ‘보증인 보호를 위한 특별법’ 제2조 제1,2호는 “보증인”, “보증계약”을 정의하고 있다.

135) 법제이론에서도, 정의규정은 해당 법률에서 사용하는 용어의 뜻을 명확히 밝혀 법률 해석과 적용상의 혼란 및 분쟁을 방지하고, 법률에서 자주 사용되는 용어를 미리 하나의 조문에서 설명하여 동으로써 법령문을 간결하게 표현하는 기능을 하는 규정으로 이해되고 있다. 각종 법률에서 대상의 본질적인 성질을 밝히는 방식의 정의규정

경우¹³⁶⁾에는 그에 따르면 된다), (2) 그것이 없으면 관련 법령¹³⁷⁾의 정의규정이나 용례, (3) 일반 민사법령의 정의규정이나 용례, (4) 사전적·일반적 의미를 순차로 살펴 개념을 도출해 내면 된다. 즉, '(1) 해당 법령의 정의 ⇒ (2) 관련 법령의 정의 ⇒ (3) 민사법령의 정의 ⇒ (4) 사전적·일반적 의미' 순으로 탐색해 보면 된다(물론, 위 순서가 절대적인 것은 아니고 서로 보완·종합하여 정의·개념을 도출해 낼 수도 있다).¹³⁸⁾

예컨대, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결¹³⁹⁾은 구 임대주택법 제15조 제1항의 '임차인'의 개념에 관하여, '임대주택법 → 주택 관련 법령인 주택법·주택임대차 보호법 → 민법, 일반적 의미'의 순으로, 대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다226866 판결¹⁴⁰⁾은 주택임대차보호법 제3조 제3항의 '직원'의 개념에 관하여, '주택임대차보호법 → 관련 법령인 중소기업기본법'의 순으로 각각 살펴보고 그 각 개념을 도출해 내고 있다.

과 함께 대상의 일부 또는 전부를 적극적, 소극적으로 열거하는 방식의 정의규정도 드물지 않게 사용되고 있다 (2016두32992 전원합의체 판결 다수의견의 보충의견).

- 136) 예컨대, 건축물의 분양에 관한 법률 제2조 제1호는, "건축물"이란 「건축법」 제2조 제1항 제2호의 건축물을 말한다고 정의하고 있다. 법률의 정의규정에서 구체적 내용을 시행령으로 위임하는 경우도 있다.
- 137) 예컨대, '주택'의 개념과 종류(단독주택과 공동주택, 다가구주택과 다세대주택, 다중주택, 아파트, 연립주택 등)에 관하여는 주택법시행령과 건축법시행령을(양 법령의 분류가 상이한 부분도 있다), 건축 관련 용어(신축, 증축, 개축, 재축, 발코니 등)의 개념은 건축법과 그 시행령을 각 참조하면 된다.
- 138) 조세법령용어의 경우, (1) 해당 조세법령의 정의 ⇒ (2) 관련 조세법령의 정의 ⇒ (3) 관련 법령의 정의 ⇒ (4) 민사법령의 정의 ⇒ (5) 사전적·일반적 의미' 순으로 탐색해 보면 된다. 조세법령용어 개념의 탐색방법에 관하여는, 줄재, "최신 조세판례의 현황과 쟁점"(2024년판), 44면 이하 참조.
- 139) "임대주택법상 임대주택의 '임차인'에 관하여 특별한 해석규정은 없고, 원심이 말하는 이른바 '실질적 의미의 임차인'을 포함한다는 취지의 규정도 없다. 다만, 같은 법 제3조에서 "임대주택의 건설·공급 및 관리에 관하여 이 법에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 주택법 및 주택임대차보호법을 적용한다"고 규정하고 있을 뿐인데, 주택법은 물론이고 주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정한 주택임대차보호법에서도 특별히 '임차인'이라는 용어에 관한 해석규정은 보이지 않는다(다만, 주택임대차보호법 제3조의2 제1항에서 일정한 법인을 임차인에 포함시키고, 제9조에서 일정한 경우 사망한 임차인의 권리의무를 사실상의 혼인관계에 있는 자 등이 승계하도록 규정하고 있을 뿐이다). 결국, 임대주택법상의 임차인이라는 용어는 임대차에 관한 일반법인 민법의 규정, 그리고 사회에서 통상적으로 이해되는 '임차인'의 의미로 돌아가 해석할 수밖에 없는바, 그것은 민법 제618조가 규정하는 바와 같이 임대차계약에서 목적물의 사용수익권을 가짐과 동시에 차임지급의무를 부담하는 측의 일방당사자를 의미한다고 보는 것이 문언에 충실하면서도 가장 보편타당한 해석이라고 할 것이다."
- 140) "이 사건 조항(주택임대차보호법 제3조 ③)에 따라 법인인 임차인이 주택임대차보호법이 정한 임차인에 해당된다고 보려면, 임차인인 법인의 직원인 사람이 그 법인이 임차한 주택을 인도받고 주민등록을 마쳐야 한다. 여기에서 말하는 '직원'은, 해당 법인이 주식회사라면 그 법인에서 근무하는 사람 중 법인등기사항증명서에 대표이사 또는 사내이사로 등기된 사람을 제외한 사람을 의미한다고 보아야 한다. ... 법률에 사용된 문언의 의미는 해당 법률에 정의규정이 있다면 그에 따를 것이며, 그렇지 않은 경우라도 문언의 통상적인 의미를 살피는 외에 그것이 해당 법률에서 어떠한 의미로 어떻게 사용되고 있는지 체계적, 논리적으로 파악하여야 한다. 주택임대차보호법은 이 사건 조항에서 사용한 '직원'의 의미에 관한 정의규정을 두고 있지는 않다. 그러나 이 사건 조항은 그 소정 요건을 갖추어 대항력을 취득할 수 있는 법인의 범위를 중소기업기본법 제2조에 따른 중소기업에 해당하는 법인으로 정하고 있으므로, 이 사건 조항과 관련한 내용을 해석할 때에도 중소기업기본법의 규정에 따르는 것이 타당하다. 중소기업기본법 시행령 제2조 제6호는 주식회사 또는 유한회사의 경우 '임원'이란 '등기된 이사(사외이사를 제외한다)'를 말한다고 규정하고 있고, 중소기업기본법 및 위 시행령은 '임원'과 '직원'을 구별하여 사용하고 나아가 '임직원'이라는 용어도 사용하고 있다. 따라서 이 사건 조항에서 정한 '직원'은 중소기업기본법령의 용례에 따라 법인에서 근무하는 사람 중 대표이사 또는 사내이사로 등기된 사람을 제외한 경우를 의미한다고 보는 것이 법률의 문언 및 법체계에 부합한다."

다른 법령에서 동일 용어의 정의를 탐색하는 것은, “법률용어의 일관성과 법체계의 통일성” 관점에서 도출되는 것이다.¹⁴¹⁾ 법령에서 쓰인 용어에 관해 정의규정이 없는 경우에는 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 한다.¹⁴²⁾

다. ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 해석

‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 해석하여야 한다. 동일한 법령에서의 동일한 용어는 법령에 다른 규정이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 동일하게 해석·적용되어야 한다.¹⁴³⁾ 예컨대, 민법 제1000조부터 제1043조까지 각각의 조문에서 규정하는 ‘상속인’은 모두 동일한 의미이고, 민법 제1043조의 ‘상속인이 수인인 경우’와 민법 제1000조 제2항의 ‘상속인이 수인인 때’는 동일한 의미이다.¹⁴⁴⁾ 입법자가 같은 문언으로 같게 규율하고자 한 것을 합리적 이유 없이 다르게 취급한다면 법질서의 통일성을 유지할 수 없다.

상법 제54조(상사법정이율)¹⁴⁵⁾의 “상행위로 인한 채무”와 제59조(유질계약의 허용)¹⁴⁶⁾의 “상행위로 인하여 생긴 채권”, 제64조(상사시효)¹⁴⁷⁾ 본문의 “상행위로 인한 채권”은 동일한

141) ① 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결 ; “형법은 명예훼손죄와 모욕죄를 구분하여 규정하고 있다. 명예훼손죄가 성립하려면 사실을 적시(揭示)하여야 한다. 그것이 진실인지 허위인지에 따라 법정 형을 달리하고 있다(형법 제307조 제1항, 제2항). 사실을 적시하지 않은 경우에는 모욕죄가 성립할 수 있을 뿐이다(형법 제311조). 민법에는 어떠한 경우에 명예훼손이나 모욕으로 인한 불법행위가 성립하는지에 관하여 명시적인 규정이 없지만, 민법상 명예훼손 등을 형법상 명예훼손이나 모욕과 동일하게 보는 것이 법률용어의 일관성과 법체계의 통일성 관점에서 바람직하다.” ② 2018두104 ; “지방자치법 제17조 제1항 중 ‘재산의 취득·관리·처분에 관한 사항’ 부분이 ‘재산의 취득·관리·처분’이라는 일반·추상적 용어를 사용하고 있다 하더라도, ‘재산’, ‘취득’, ‘관리’, ‘처분’ 개념은 다수의 법률에서 널리 사용하는 용어이고, 특히 지방자치단체의 재산에 관한 사항을 규율하고 있는 지방자치법과 구 공유재산법 등 관련 법률의 조항들을 통해 그 의미를 파악하는 것이 가능하며”

142) ① 2015도8335; “법령에서 쓰인 용어에 관해 정의규정이 없는 경우에는 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 한다. 국립국어원의 표준국어대사전은 항로를 ‘항공기가 통행하는 경로’로 정의하고 있다. 국어학적 의미에서 항로는 공중의 개념을 내포하고 있음을 분명히 알 수 있다. 기록에 나타난 모든 자료를 살펴봐도, 항공기 운항과 관련하여 ‘항로’가 지상에서의 이동 경로를 가리키는 용어로 쓰인 예를 찾을 수 없다.” ② 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다233576 판결 ; “일반적으로 서명은 기명날인과 달리 명의자 본인이 자신의 이름을 쓰는 것을 의미한다. … 구 보증인보호법 제3조 제1항에서 정한 ‘보증인의 서명’은 원칙적으로 보증인이 직접 자신의 이름을 쓰는 것을 의미하며 타인이 보증인의 이름을 대신 쓰는 것은 이에 해당하지 아니한다고 해석함이 타당하다.”

143) 2011두21157. ─ 동일한 약관 내에서의 용어도 일관되고 통일적으로 사용되어야 한다(대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다272404 판결).

144) 대법원 2023. 3. 23.자 2020그42 전원합의체 결정의 다수의견; “민법 제1000조부터 제1043조까지 각각의 조문에서 규정하는 ‘상속인’은 모두 동일한 의미임이 명백하다. 따라서 민법 제1043조의 ‘상속인이 수인인 경우’ 역시 민법 제1000조 제2항의 ‘상속인이 수인인 때’와 동일한 의미로서 같은 항의 ‘공동상속인이 되는’ 경우에 해당하므로 그 공동상속인에 배우자도 당연히 포함되며, 민법 제1043조에 따라 상속포기자의 상속분이 귀속되는 ‘다른 상속인’에도 배우자가 포함된다.”

145) 상법 제54조(상사법정이율) 상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6푼으로 한다.

146) 상법 제59조(유질계약의 허용) 민법 제339조의 규정은 상행위로 인하여 생긴 채권을 담보하기 위하여 설정한 질권에는 적용하지 아니한다.

147) 상법 제64조(상사시효) 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.

법률 내의 동일한 법문언으로서 동일하게 해석·적용되어야 하나,¹⁴⁸⁾ '상사 소멸시효기간을 단기로 정한 입법취지'에 따라¹⁴⁹⁾ 수정이 가해질 여지가 있다.

법률이 용어를 각각 구별하여 달리 규정한 경우에는 각각 구별하여 달리 해석하여야 한다.¹⁵⁰⁾ 예컨대, 상가건물 임대차보호법상 계약갱신 거절 사유인 '차임을 연체한 사실이 있는 경우'와 계약 해지 사유인 '차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 때'는 서로 구별되는 개념이다.¹⁵¹⁾ 임차인의 지상물 매수청구권 요건인 '만료'와 부속물매수청구권 요건인 '종료'를 구별하지 않고 동일시하는 것¹⁵²⁾은 적절치 않다.

- 148) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2023다220882 판결은, "건설공사에 관한 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 그 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임은 상법 제64조 본문에 의하여 원칙적으로 5년의 소멸시효에 걸리는 것으로 보아야 한다."는 대법원 2011. 12. 8. 선고 2009다25111 판결을 참조 판결로 하여, "공사 도급계약이 상행위에 해당하는 경우 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임도 상행위로 인한 채무"라고 한 다음, "상사법정이율은 상행위로 인한 채무나 이와 동일성을 가진 채무에 적용된다."라고 판시하고, 소외 회사의 도급계약에 기한 수급인의 하자담보책임이 상행위로 인한 채무이고, 피고는 소외 회사의 하수급인으로서 건설산업기본법 제32조 제1항에 의하여 소외 회사와 동일한 의무를 부담하므로, 피고의 손해배상 의무에 대한 원심판결 선고일까지의 지연손해금에는 상법 제54조에 정한 상사법정이율인 연 6%의 지연손해금 이율을 적용해야 한다고 판시하였는바, 상법 제64조(상사시효) 본문의 "상행위로 인한 채권"과 상법 제54조(상사법정이율)의 "상행위로 인한 채무"가 동일한 법문언으로서 동일하게 해석·적용되어야 한다는 입장을 나타낸 것으로 볼 수 있다.
- 149) 상사 소멸시효기간을 단기로 정한 이유는 대량, 정형, 신속이라는 상거래 관계 특유의 성질을 감안하여 민사 계약관계에 비해 상사 계약관계를 정형적으로 신속하게 해결할 필요가 있기 때문이므로(2019다277812), '상거래 관계에 있어서와 같이 정형적으로 신속하게 해결할 필요'가 있는지 여부에 따라 상사시효 적용 여부가 정해진다.
- 150) 정의 규정에서 용어를 명확하게 구별하거나, 개별 조항에서 명시적으로 구별하여 규정하고 있는 경우, 문언에 따라 엄격하게 구별하여 해석하여야 하고 쉽사리 확장해석이나 유추해석해서는 안 된다(2015다247257).
- 151) 대법원 2021. 5. 27. 선고 2020다263635, 263642 판결: "구 상가임대차법 제10조 제1항 제1호 중 '차임을 연체한 사실이 있는 경우'는 차임을 연체하고 있거나 차임을 연체했던 경우를 모두 포함한다고 보는 것이 문언에 따른 자연스러운 해석이다. 이와 달리 임차인이 계약갱신을 요구할 당시 차임을 연체하고 있어야만 한다고 보는 것은 위 규정의 문언에 합치하지 않는다. 구 상가임대차법 제10조의8은 '임차인의 차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.'라고 정하여 계약을 해지할 당시 '3기의 차임액에 달하는 것'을 요건으로 하고 있다. 이와 같이 구 상가임대차법은 계약해지와 계약갱신 거절의 경우를 구분하여 그 사유를 달리 정하고 있다."
- 152) 민법 제643조(임차인의 갱신청구권, 매수청구권)는, "건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간이 만료한 경우에 건물, 수목 기타 지상시설이 현존한 때에는 제283조의 규정을 준용한다."라고 규정하고 있고, 그에 따라 72다2013 판결은, "임대차 계약에 준용되는 민법 제283조 소정 지상권자의 매수청구권은 지상권이 존속기간의 만료로 인하여 소멸하였을 때, 지상권자에게 갱신청구권이 있어 그 갱신청구를 하였을 경우, 지상권설정자가 계약갱신을 원하지 아니할 때 비로소 매수청구권을 행사할 수 있는 범위라 할 것이므로, 임대차의 경우에 있어서도 임차인의 채무불이행 등 사유로 인하여 임대차 계약이 해지되었을 때에는 임차인에게 계약갱신권이 발생할 여지가 없고 따라서 임차인에게 매수청구권을 발생할 수 없다고 해석하여야 할 것"이라고 판시하였는데, 민법 제643조와 달리 민법 제646조(임차인의 부속물매수청구권) 제1항은 "건물 기타 공작물의 임차인이 그 사용의 편의를 위하여 임대인의 동의를 얻어 이에 부속한 물건이 있는 때에는 임대차의 종료시에 임대인에 대하여 그 부속물의 매수를 청구할 수 있다."라고 규정하고 있음에도, 88다카7245, 7252 판결은, "임대차계약이 임차인의 채무불이행으로 인하여 해지된 경우에는 임차인은 민법 제646조에 의한 부속물매수청구권이 없다고 한 원심의 판단은 정당하다."라고 판시함으로써, 임차인의 지상물 매수청구권 요건인 '만료'와 임차인의 부속물매수청구권 요건인 '종료'를 구별하지 않고 동일시하였다.

라. 유추적용과 준용

1) 유추적용

법률의 ‘유추’ 또는 ‘유추적용’은 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용함으로써 법률의 흠결을 보충하는 것을 말하는데, 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 하고, 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되는 경우라야 한다.¹⁵³⁾

형법·조세법령의 해석에서는 죄형법정주의와 조세법률주의의 원칙에 따라 유추가 원칙적으로 금지되지만,¹⁵⁴⁾ 민사법령의 해석에서는 유추가 널리 인정된다.¹⁵⁵⁾ 유추적용으로

153) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2019다277812 전원합의체 판결: “법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용함으로써 법률의 흠결을 보충하는 것을 유추적용이라고 한다. 이는 실질법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우 법원이 실질법의 입법정신을 살려 법적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출하기 위한 것이다. 이러한 유추를 위해서는 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 할 뿐만 아니라, 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되는 경우이어야 한다. … 보험계약자가 다수의 계약을 통하여 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결하여 그것이 민법 제103조에 따라 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효인 경우 보험자의 보험금에 대한 부당이득반환청구권은 상법 제64조를 유추적용하여 5년의 상사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다.”

154) ① 법규정 문언의 가능한 의미를 벗어나 형법법규를 해석하는 것은 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반된다. 유추해석금지의 원칙은 모든 형법법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되므로, 위법성 및 책임의 조각 사유나 소추조건 또는 처벌조각사유인 형면제 사유에 관하여 범위를 제한적으로 유추적용하면 행위자의 가벌성의 범위가 확대되어 행위자에게 불리하고, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과를 초래하므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙을 위반하여 허용될 수 없다(2021도17733). ② 조세법률주의 원칙상 과세요건이나 비과세요건 또는 조세감면요건을 막론하고 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석할 것이고, 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 아니하며, 특히 감면요건 규정 가운데 명백히 특례규정이라고 볼 수 있는 것은 엄격하게 해석하는 것이 조세공평의 원칙에도 부합한다(2021두34558). ─ 조세법령상 ‘유추적용, 준용’에 관하여는, 출처, “최신 조세판례의 현황과 쟁점”(2024년판), 194면 이하 참조.

155) [유추적용 긍정례] ① 대법원 2022. 6. 9. 선고 2017다247848 판결: “상법 제814조 제1항에서 정한 제척기간이 지난 뒤에 그 기간 경과의 이익을 받는 당사자가 기간이 지난 사실을 알면서도 기간 경과로 인한 법적 이익을 받지 않겠다는 의사를 명확히 표시한 경우에는, 소멸시효 완성 후 이익의 포기에 관한 민법 제184조 제1항을 유추적용하여 제척기간 경과로 인한 권리소멸의 이익을 포기하였다고 인정할 수 있다.” ② 택지개발사업의 시행을 위하여 수용한 토지의 환매권 발생 요건에 관하여 정한 구 택지개발촉진법 제13조 제1항이 택지개발사업의 시행을 위하여 협의취득한 토지의 환매권 발생 요건에 관하여도 유추적용된다(2021다294889). / 의료법 제33조 제8항 위반을 이유로 요양급여비용 지급거부처분이 이루어졌다고 그 지급거부처분이 취소된 경우에도, 구 국민건강보험법 제47조의2 제3, 4항, 영 제22조의2 제6항의 이자지급조항이 유추적용되어 지급거부된 요양급여비용에 대한 이자를 지급하여야 한다(2021다243355). ③ 무권대리의 추인에 관한 민법 제130조, 제133조 등을 무권리자의 추인에 유추 적용할 수 있다(2017다3499). ④ 법인 아닌 사단에 민법의 법인에 관한 규정 중 법인격을 전제로 하는 조항을 제외한 나머지 조항이 유추 적용된다(2008마699). ⑤ 납세의무자 소유의 여러 부동산에 대하여 조세우선변제권이 행사된 경우, 공동저당권에 관한 민법 제368조가 유추 적용된다(2003다18401). ⑥ 상속인의 상속회복청구권 및 그 제척기간에 관하여 규정한 민법 제999조는 포괄적 유증의 경우에도 유추 적용된다(2000다22942). ⑦ 민법 제150조 제1항(조건성취에 대한 반신의행위)은 계약 당사자 사이에서 정당하게 기대되는 협력을 신의성실에 반하여 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없게 된 경우에 유추적용될 수 있다(2018다223054). ⑧ 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간

적용대상이 불명확하게 되어 법적 안정성을 해하게 되는 경우, 달리 취급하겠다고 입법자가 결단하여 특별한 예외를 정한 규정이어서 법률의 흠결이 있다고 할 수 없는 경우, 사적 자치의 원칙에 따라 계약당사자의 의사가 최대한 존중되어야 하고 이에 대한 법원의 개입을 쉽게 허용할 것이 아닌 경우, 유추적용하지 않으면 현실적인 법적 분쟁을 해결할 수 없다거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래된다고 볼 수 없는 경우 등에는 유추적용이 허용되지 않는다.¹⁵⁶⁾

‘유추적용’ 또는 ‘목적론적 축소나 확대’를 해석의 일종으로 보아 ‘유추해석’, ‘축소해석’, ‘확대해석’이라고 하기도 하지만, 이들은 법규에서 규율하고 있지 않은 사항을 보충하거나 법규에서 규율하고 있는 내용을 축소·확대하는 것이기 때문에, 엄밀하게 말하면 법규의 ‘해석’을 통한 ‘법발견’이라기보다는 ‘법형성’에 해당한다.¹⁵⁷⁾ 판례는, 민법 제

이 지났으나, 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우, 매수인이나 도급인이 민법 제495조를 유추적용해서 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다(2018다255648). ⑨ 영업을 출자하여 주식회사를 설립하고 그 상호를 계속 사용함으로써 상법 제42조 제1항의 규정이 유추적용되는 경우에는 상법 제45조의 규정도 유추적용된다(2009다38827). ⑩ 민법 제107조 제1항은 배임적 대리행위에 유추적용된다(97다24382). ⑪ 소송고지에 의한 최고는 민사소송법 제265조를 유추 적용하여 당사자가 소송고지서를 법원에 제출한 때에 시효중단의 효력이 발생한다(2014다16494).

156) [유추적용 부정례] ① 대법원 2022. 8. 25. 선고 2021다311111 판결: “민법 제163조 제5호에서 정하고 있는 자격사 외의 다른 자격사의 직무에 관한 채권에도 단기 소멸시효 규정이 유추적용된다고 해석한다면 어떤 채권이 그 적용 대상이 되는지 불명확하게 되어 법적 안정성을 해하게 되는 점 등을 종합적으로 고려하면, 민법 제163조 제5호에서 정하고 있는 ‘변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권’에만 3년의 단기 소멸시효가 적용되고, 세무사와 같이 그들의 직무와 유사한 직무를 수행하는 다른 자격사의 직무에 관한 채권에 대하여는 민법 제163조 제5호가 유추적용된다고 볼 수 없다.” ② 위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상액의 예정과 그 내용이 다르므로 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추적용하여 그 액을 감액할 수 없다(대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855, 248862 전원합의체 판결의 다수의견). ③ 지역신용보증재단법에는 채무자회생법상 ‘보증채무의 부종성에 대한 예외조항’의 적용을 배제하는 규정이 없는데도, 기술보증기금법과 신용보증기금법을 유추적용하여 채권자가 지역신용보증재단인 경우에 주채무가 인가된 회생계획에 따라 감경·면제된 때 연대보증채무도 동일한 비율로 감경·면제된다는 결론을 도출할 수는 없다(2019다226135). ④ 영업일대차의 경우에 상법 제42조 제1항(상호속용 영업양수인의 책임)을 유추적용할 것은 아니다(2014다9212). ⑤ 우리사주조합원에게 주식 외에 신주인수권부사채까지 우선적으로 배정받을 권리가 있다고 유추해석하기도 어렵다(2013다18684). ⑥ 민법 제496조의 입법취지나 그 적용결과에 비추어 볼 때 고의의 불법행위에 인한 손해배상채권에 대한 상계급지를 중과실의 불법행위에 인한 손해배상채권에까지 유추 또는 확장 적용하여야 할 필요성이 있다고 할 수 없다(93다52808).

157) 2019두53464 전원합의체 판결의 별개의견: “법규의 유추 또는 목적론적 축소나 확대는 법규 해석의 일종으로 보고 있다. 그러나 이들은 법규에서 규율하고 있지 않은 사항을 보충하거나 법규에서 규율하고 있는 내용을 축소·확대하는 방법이기 때문에, 엄밀하게 말하면 법규의 해석을 통하여 법을 발견하는 것이라기보다는 법규에 의한 법형성에 해당한다. 법적 규율에 공백이 있는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규를 적용함으로써 그 공백을 보충하는 것을 유추해석 또는 유추적용이라고 한다. … 유추는 법규의 문언에서 규율하지 않은 사항에 관하여 그 공백을 보충하는 방법으로서 문언의 가능한 의미를 벗어나거나 이를 넘어선 해석 또는 법형성이라고 할 수 있지만, 문언에 반하는 해석이나 법형성은 아니다. 목적론적 축소나 확장은 법규의 문언이나 맥락에 따른 해석이 불합리한 결론에 도달하게 되는 경우에 법규의 목적을 고려하여 문언의 가능한 의미보다 축소하거나 확대하여 적용하는 것을 가리킨다. 이것은 일반적으로 목적론적 해석과 명확하게 구별하지 않고 해석의 일종으로 보아 축소해석이나 확대해석이라고 하기도 하지만, 엄밀하게 말하면 법적 규율의 공백을 보충한다는 점에서 법규에 의한 법형성의 일종이다. 그 가운데 목적론적 확장은 입법 목적을 달성하기 위하여 문언의 가능한 의미를 넘어 법규를 확대하여 적용하는 것을 말한다. 침익적 행정처분은 상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게

1001조의 '상속인이 될 직계비속이 상속개시 전에 사망한 경우'에는 '상속인이 될 직계비속이 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우'도 포함하는 것으로 함묵적으로 해석함이 상당하다고 하였지만,¹⁵⁸⁾ 이는 '함묵적 해석'이라기보다는 '유추적용'에 해당한다. 판결절차에서 부작위채무 또는 부단체적 작위채무의 이행을 명하면서 이를 이행하지 않을 위험이 큰 경우에는 동시에 간접강제를 명할 수 있다는 것은 '목적론적 해석'의 결과이다.¹⁵⁹⁾ 그 경계가 불분명한 것은 사실이다.

2) 준 용

'준용'은 특정 조문을 그와 성질이 유사한 규율대상에 대해 그 성질에 따라 다소 수정하여 적용하도록 하는 것을 말한다.¹⁶⁰⁾ '유추(적용)'와 '준용'은 그 성질이 서로 비슷하지만, '유추'는 해석상의 기술, '준용'은 입법상의 기술이라는 점에서 근본적인 차이가 있다. 따라서 형벌·조세법령의 해석에서 유추가 원칙적으로 금지되지만, 준용은 해석기

해석·적용하여야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 해서는 안 된다. 그러나 처분 상대방에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규에 대해서는 헌법이나 법률에 위반되거나 불합리한 결과를 막기 위하여 유추나 목적론적 확장을 하는 것이 좀 더 수월하게 허용되어야 한다." ■ 법문의 가능한 의미는 해석(법발견)과 법형성을 구별하는 기준이다.

- 158) 99다13157; "원래 대습상속제도는 대습자의 상속에 대한 기대를 보호함으로써 공평을 꾀하고 생존 배우자의 생계를 보장하여 주려는 것이고, 또한 동시사망 추정규정도 자연과학적으로 엄밀한 의미의 동시사망은 상상하기 어려운 것이나 사망의 선후를 입증할 수 없는 경우 동시에 사망한 것으로 다루는 것이 결과에 있어 가장 공평하고 합리적이라는 데에 그 입법 취지가 있는 것인바, 상속인이 될 직계비속이나 형제자매(피대습자)의 직계비속 또는 배우자(대습자)는 피대습자가 상속개시 전에 사망한 경우에는 대습상속을 하고, 피대습자가 상속개시 후에 사망한 경우에는 피대습자를 거쳐 피상속인의 재산을 분위상속을 하므로 두 경우 모두 상속을 하는데, 만일 피대습자가 피상속인의 사망, 즉 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우에만 그 직계비속 또는 배우자가 분위상속과 대습상속의 어느 쪽도 하지 못하게 된다면 동시사망 추정 이외의 경우에 비하여 현저히 불공평하고 불합리한 것이라 할 것이고, 이는 앞서 본 대습상속제도 및 동시사망 추정 이외의 경우의 입법 취지에도 반하는 것이므로, 민법 제1001조의 '상속인이 될 직계비속이 상속개시 전에 사망한 경우'에는 '상속인이 될 직계비속이 상속개시와 동시에 사망한 것으로 추정되는 경우'도 포함하는 것으로 함묵적으로 해석함이 상당하고, 따라서 피고의 처인 망 소외 3이 피상속인인 망 소외 1과 동시에 사망한 것으로 추정된다는 점이 피고가 망 소외 1의 재산을 대습상속에 함에 장애가 된다고 볼 수 없다."
- 159) 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다248124 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견: "다수의견과 반대 의견의 차이는 본안판결에서 간접강제를 명할 수 있는 법적 근거의 존부에 있다. 이를 긍정하는 규정도 없지만 부정하는 규정도 없다는 데서 출발하여 목적론적 해석을 통하여 채무자가 부작위채무 등을 이행하지 않을 위험이 큰 경우에는 판결절차에서도 간접강제를 명할 수 있다는 것이 다수의견이다. ... 민법 제389조나 민사집행법 제24조를 비롯하여 여러 법 규정이 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있는지에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않은 상황에서, 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보는 것은 법률 문언의 가능한 의미 안에서 법률의 공백을 메우는 해석이라고 할 수 있다. 설령 부작위채무 등의 경우에 집행공백을 막고 판결의 실효성을 높이기 위하여 판결절차에서 간접강제를 명할 수 있다고 보는 것이 민사집행법이 예정한 체계에 들어맞지 않는 측면이 있다고 하더라도, 그것은 법률이 구현하고자 하는 입법 목적을 실현하기 위해 필요한 한도에서 법관이 있어야 한다고 판단하는 법을 다른 법규범을 매개로 만들어 내는 법형성으로서 허용될 수 있다."
- 160) 국회법제실, 법제이론과 실제, 2019 전면개정판, 191, 192면. '적용'은 대상 조항을 조금도 수정없이 없이 그대로 활용하는 경우에 쓰이고, '예에 의한다'는 어떠한 법률의 제도나 규정을 포괄적으로 다른 규율 대상에도 적용하려는 경우에 사용되는 반면, '준용'은 법률에 명시된 규정에 한정하여 다소 수정하여 적용할 경우에 사용한다는 점에서 다르다. 법제실무상으로는, 부득이한 경우를 제외하고는 "예에 의한다"라는 표현을 사용하지 않는 것이 좋고, 여러 조문을 인용할 경우에는 그 조문을 열거하여 주는 것이 오해의 소지를 없앨 수 있다고 한다.

술이 아니고 입법기술이기 때문에 형법이나 조세법의 입법영역에서도 당연히 넓게 허용된다.

준용 대상 조항을 특정하여 명시하지 않고 ‘포괄적·일반적으로 준용’하는 형식을 취한 경우에도, 모든 조항이 준용되는 것은 아니고 규율 대상의 ‘성질에 반하지 않는 한도 내’에서만 준용된다.¹⁶¹⁾

4. 부칙의 적용·해석에 의한 적용법령의 확정

가. 부칙의 구조와 해석

법령의 본칙에 부수하여 규정하는 부칙에는 시행일,¹⁶²⁾ 일반적 적용례, 개별 조문에 대한 적용례, 특례, 일반적 경과조치, 개별 조문에 대한 경과조치 등¹⁶³⁾이 순차적으로 나열되어 있는데,^{164) 165)} 그 중 적용례와 경과조치가 법령의 해석과 적용에 관한 다름에서

161) ① 구 국세징수법에서 정한 체납처분의 절차에 따라 변상금을 강제징수할 수 있다고 포괄적·일반적인 준용규정을 두고 있다 하더라도, 그러한 사정만으로 변상금에 관한 체납처분절차에서 민사상 압류의 특적인 구 국세징수법 제47조 제2항까지 준용된다고 볼 수는 없다고 한 예(2015두41371). ② 94다37714, 37721; “민법 제562조는 사인증여에 관하여는 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있지만 유증의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조는 그것이 단독행위임을 전제로 하는 것이어서 계약인 사인증여에는 적용되지 아니한다고 보아야 할 것이므로 원심이 유증증서의 방식에 의하지 아니한 사인증여를 위와 같이 다른 증거에 의하여 인정하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다. … 민법 제562조가 사인증여에 관하여 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있다고 하여, 이를 근거로 포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있다고 규정하고 있는 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에도 준용된다고 해석하면 포괄적 사인증여에도 상속과 같은 효과가 발생하게 된다. 그러나 포괄적 사인증여는 낙성·불요식의 증여계약의 일종이고, 포괄적 유증은 엄격한 방식을 요하는 단독행위이며, 방식을 위배한 포괄적 유증은 대부분 포괄적 사인증여로 보여질 것임바, 포괄적 사인증여에 민법 제1078조가 준용된다면 양자의 효과는 같게 되므로, 결과적으로 포괄적 유증에 엄격한 방식을 요하는 요식행위로 규정한 조항들은 무의미하게 될 것이다. 따라서 민법 제1078조가 포괄적 사인증여에 준용된다고 하는 것은 사인증여의 성질에 반한다고 할 것이어서 준용되지 아니한다고 해석함이 상당하다.”[유증의 철회에 관한 민법 제1108조 제1항은 사인증여에 준용된다(대법원 2022. 7. 28. 선고 2017다245330 판결)] ③ 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다227418 판결: “변호사는 상법상 당연상인으로 볼 수 없고, 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때, 변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 ‘상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자’라고도 볼 수 없어 위 조항에서 정하는 의제상인에 해당하지 아니하며, 이는 법무법인도 마찬가지이다. 한편 상법 제5조 제2항은 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다고 규정하고, 상법 제169조는 회사는 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다라고 하고 있다. 그런데 법무법인은 변호사가 그 직무를 조직적·전문적으로 수행하기 위하여 변호사법에 따라 설립하는 것으로서 변호사법과 다른 법률에 따른 변호사의 직무를 업무로서 수행할 수 있다(변호사법 제40조, 제49조). 변호사법은 법무법인에 관하여 변호사법에 정한 것 외에는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 하고 있을 뿐(제58조) 이를 상법상 회사로 인정하고 있지 않으므로 법무법인이 상법 제5조 제2항에서 정하는 의제상인에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다.”

162) 민법 부칙(제13125호, 2015.2.3.) 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다. 제2조(효력의 불소급) 이 법은 종전의 규정에 따라 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다. / 상법 부칙 (제12397호, 2014.3.11.) 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다.

163) 그 외에도 ‘유효기간’, ‘다른 법률의 폐지’, ‘법률 시행을 위한 준비행위’, ‘다른 법률의 개정’, ‘다른 법령과의 관계’ 등이 있다.

164) 2012제299: “법령을 개정하면서 신법의 ‘시행일’을 정해 놓으면 그 이후의 행위에 대하여는 원칙적으로 신법이 당연히 적용되기 때문에 특별히 어떤 대상부터 적용한다는 명문의 규정을 두지 않더라도 그 적용대상을 알

자주 문제가 된다. 부칙의 '시행일' 규정은 권리의무가 성립될 당시의 법률이 적용되어야 한다는 일반원칙에 서서 그 적용시기를 규정한 것이고,¹⁶⁶⁾ 부칙의 '일반적 적용례' 규정도 통상적으로는 위와 같은 법리를 확인하는 의미에서 둔 것이다.¹⁶⁷⁾

법령 적용의 기준 시점은 법률관계 또는 사실관계의 완성이나 종료 시점,¹⁶⁸⁾ 권리의무의 발생 시점¹⁶⁹⁾이고, 그 당시에 시행되던 법령이 적용된다.

수 있는 경우가 많다. 그러나 '시행일'을 정하는 것만으로는 신법과 구법의 적용관계가 분명하지 아니한 경우가 있고, 또 신법과 구법의 적용관계를 일반적인 경우와 달리 규율할 특별한 사정이 있는 경우도 있어 법령을 제정하거나 개정할 때는 신법의 부칙에 신법과 구법의 적용관계를 밝히기 위한 '적용례 규정'을 두는 것이 보통이다. 나아가 기득권이나 신뢰의 보호 또는 법적 안정성의 유지 등을 위하여 구법에 따라 이루어진 행위의 효력이나 구법 규정 그 자체의 효력에 관한 특례 등을 정한 경과규정을 두기도 한다." ¹⁶⁸ 적용례는 어떤 대상에 대하여 어떤 경우부터 규율할 것인가를 명확히 하기 위한 것이다.

- 165) ◎ **적용례, 특례, 경과조치의 비교** ; **적용례**는 신·구법의 변경과정에서 신법의 적용대상 또는 적용시기 등에 관하여 논란의 소지가 있는 경우에 신법의 적용대상 또는 적용시기 등을 보다 명확히 규율하려는 경우에 사용하는 반면, **경과조치**는 신·구법의 변경과정에서 구법의 효력 일부를 신법의 시행일 이후까지 미치도록 하는 경우에 사용한다. **특례**는 법률을 제정 또는 개정함에 있어 정책적인 관점 또는 특수한 상황을 전제로 하여 한정된 기간 또는 한정된 대상 등에 대하여 예외적으로 본칙의 내용과 다른 제도를 도입하여 운용할 필요가 있는 경우에 두는데, 특례는 신법의 적용을 배제하는 것이 아니라 신법의 내용과 다른 내용을 잠정적으로 적용하기 위하여 사용하는 반면, 경과조치는 종전의 기득권자 등을 신법의 적용대상에서 계속하여 또는 일정기간 배제하고 종전의 규율상태를 그대로 인정하는데 사용한다.

166) 97누11843.

167) 91다4348.

- 168) ① 2007다61496: "법령은 일반적으로 장래 발생하는 법률관계를 규율하고자 제정되는 것이므로 그 시행 후의 현상에 대하여 적용되는 것이 원칙이고, 다만 예외적으로 법령이 경과규정을 두어 그 시행 전에 생긴 현상에 대하여도 적용되는 경우가 있으나, 법령의 소급적용은 일반적으로 법치주의의 원리에 반하고, 개인의 권리·자유에 부당한 침해를 가하며, 법률생활의 안정을 위협하는 것이어서 이를 인정하지 않는 것이 원칙이므로, 이미 완성되거나 종료된 사실관계 또는 법률관계에 대하여는 일반적으로 완성이나 종료 당시에 시행되던 종전의 법령이 적용되어야 하는 것이지, 그 후 개정된 신 법령이 적용되는 것은 아니다. ... 법 제15조 제1항에 따른 임대주택의 임차인에 대한 우선분양전환에 관하여 임대인과 임차인 사이에 매각시기에 관한 약정이 있었고, 약정된 매각시기에 임차인이 우선수분양 자격이 있는 경우에는 임대인은 위 약정에 따라 임차인에게 임대아파트를 매각할 의무가 있으므로, 위와 같은 경우 우선수분양 자격 유무에 관한 법률관계는 위 약정된 매각시기 당시 이미 완성되거나 종료되었다 할 것이다. ... 2005. 7. 13. ... 개정된 법 제15조 제1항이, " ... 임대주택을 분양전환하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임차인에게 우선분양전환하여야 한다."고 규정하면서 그 제4호에서 "선착순의 방법으로 입주자로 선정된 경우에는 분양전환 당시까지 무주택자인 임차인"을 규정함으로써 종래 무주택세대주 임차인으로 한정되었던 우선분양전환 대상자의 범위를 무주택자인 임차인으로 확대하였다 할지라도, 위와 같이 개정된 법 제15조 제1항의 적용과 관련하여 그 개정된 법 시행일 이전에 이미 분양전환시기가 도래한 임대차관계에 대하여도 적용한다는 경과규정이 없는 이상, 위 개정된 법 제15조 제1항은 그 시행일인 2005. 7. 13. 이후에 분양전환시기가 도래하는 임대차관계에 대하여만 적용된다 할 것이다. ... 개정된 법 제15조 제1항이 효력을 발생하기 전인 2004. 11. 30. 이미 분양전환시기가 도래하였으므로, 개정된 법 제15조 제1항의 규정이 적용되지 않는다." ② 2009다97079: "임대사업자가 임대주택법 등 관련 법령에 의하여 입주자모집 공고를 하면서 분양전환가격 기준을 공고하였다 하더라도 그 공고 당시에는 임대사업자와 임차인 사이에 임대주택의 우선분양전환 여부 등이 결정되지 아니하여 임대주택의 분양전환가격 등 분양전환에 관한 법률관계는 아직 종결되지 아니한 상태이므로, 그 후 임대주택법 등 관련 법령이 개정되어 그 법률관계에 관하여 개정 전의 법령과 다르게 규정하였다 하더라도 그 부칙에서 경과규정을 두지 않는 한 개정된 법령의 시행 후에 이루어지는 임대주택의 분양전환에 관한 법률관계에 관하여는 개정된 법령이 적용되는 것이 원칙이다. 다만 개정 전 규정의 존속에 대한 임대사업자의 신뢰가 개정 규정이 이루고자 하는 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 여지가 있을 뿐이다."

- 169) ① 2007다83908: "원고의 이 사건 보증금채권의 소멸시효기간 및 기산일은 그 채권이 발생할 당시 시행·적용되던 법률에 따라 정하여지는 것이고 그 후 그 법률이 개폐되었다거나 적용 법률이 달라지게 되었다 하여 개정

민상법 등 사법에서 부칙의 ‘일반적 적용례’ 규정¹⁷⁰⁾이나 개별적 적용례 규정¹⁷¹⁾이 ‘이 법은 이 법 시행 후에 체결된 계약부터 적용한다.’고 규정하고 있는 것은 위와 같은 일반적인 당연한 법리를 확인적으로 규정한 것으로 볼 수 있다. 행정행위는 처분 당시에 시행 중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이다.¹⁷²⁾

개별적 적용례 규정의 해석에 관한 민사판례로는, 상가건물 임대차보호법 부칙 중 계약갱신요구 기간의 개별적 적용례 규정에서 ‘이 법 시행 후 갱신되는 임대차’는 개정법 시행 이후 그 이전에 인정되던 계약갱신사유에 따라 갱신되는 임대차를 가리킨다고 한 것이 있다.¹⁷³⁾

법률이나 신법, 혹은 새로 적용될 법률에 따라 그 기간이 정하여질 수 없음은 법률불소급의 원칙상 당연하다.”

② **국세법령 부칙의 일반적 적용례** 규정은 대체로 국세기본법 제21조 소정의 ‘납세의무의 성립시기’ 규정과 일치한다.

- 170) 주택임대차보호법 부칙<제12043호, 2013.8.13.> 제2조(일반적 적용례) 이 법은 이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용한다. / 상가건물 임대차보호법 부칙<제12042호, 2013.8.13.> 제2조(일반적 적용례) 이 법은 이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용한다. / 동법 부칙<제6542호, 2001.12.29.> ②(적용례) 이 법은 이 법 시행후 체결되거나 갱신된 임대차부터 적용한다. 다만, 제3조·제5조 및 제14조의 규정은 이 법 시행당시 존속중인 임대차에 대하여도 이를 적용하되, 이 법 시행 전에 물권을 취득한 제3자에 대하여는 그 효력이 없다. / 대부업의등록및금융이용자보호에관한법률 부칙<제6706호, 2002.8.26.> 제3조(적용례) 이 법은 이 법 시행후 체결하는 대부계약부터 적용한다. / 이자제한법 부칙<제12227호, 2014.1.14.> 제2조(적용례) 제2조제1항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 계약을 체결하거나 갱신하는 분부터 적용한다. / 상법 부칙<제12397호, 2014.3.11.> 제2조(적용례) ① 이 법은 이 법 시행 후에 체결된 보험계약부터 적용한다.

- 171) 민법 부칙<제13125호, 2015.2.3.> 제3조(보증의 방식 등에 관한 적용례) 제428조의2, 제428조의3 및 제436조의2의 개정규정은 이 법 시행 후 체결하거나 기간을 갱신하는 보증계약부터 적용한다. 제4조(여행계약의 효력·해제 등에 관한 적용례) 제3편제2장제9절의2(제674조의2부터 제674조의9까지)의 개정규정은 이 법 시행 후 체결하는 여행계약부터 적용한다. / 상법 부칙<제10600호, 2011.4.14.> ②(이사 등과 회사 간의 거래에 관한 적용례) 제398조의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 체결된 거래부터 적용한다. / 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 부칙<제16089호, 2018.12.24.> 제2조(대부업자의 이자를 제한에 관한 적용례) 제8조제3항의 개정규정은 이 법 시행일 이후 최초로 계약을 체결 또는 갱신하거나 연장하는 분부터 적용한다.

- 172) 행정행위는 처분 당시에 시행 중인 법령과 허가기준에 의하여 하는 것이 원칙이고 인·허가신청 후 처분 전에 관계 법령이 개정시행된 경우 신법령 부칙에 그 시행 전에 이미 허가신청이 있는 때에는 종전의 규정에 의한다는 취지의 경과규정을 두지 아니한 이상 당연히 허가신청 당시의 법령에 의하여 허가 여부를 판단하여야 하는 것은 아니며, 소관 행정청이 허가신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 늦추어 그 사이에 법령 및 허가기준이 변경된 것이 아닌 한 변경된 법령 및 허가기준에 따라서 한 불허가처분을 위법하다고 할 수 없다(96누19772). 따라서 보상금 신청 후 그 처분 전에 보상 기준과 대상에 관한 관계 법령의 규정이 개정된 경우 처분 당시에 시행되는 개정 법령에 정한 기준에 의하여 보상금지급 여부를 결정하는 것이 원칙이지만, 행정청이 신청을 수리하고도 정당한 이유 없이 처리를 지연하여 그 사이에 법령 및 보상 기준이 변경된 경우에는 그 변경된 법령 및 보상 기준에 따라서 한 처분은 위법하다고 할 것이다. 여기에서 ‘정당한 이유 없이 처리를 지연하였는지’ 여부는 법정 처리기간이나 통상적인 처리기간을 기초로 당해 처분이 지연되게 된 구체적인 경위나 사정을 중심으로 살펴 판단하되, 개정 전 법령의 적용을 회피하려는 행정청의 동기나 의도가 있었는지, 처분지연을 쉽게 피할 가능성이 있었는지 등도 아울러 고려할 수 있을 것이다(2012두23501).

- 173) 대법원 2020. 11. 5. 선고 2020다241017 판결; “「상가건물 임대차보호법」(이하 ‘상가임대차법’이라고 한다)은 제10조 제1항과 제3항의 규정에서 갱신요구권에 관하여 임대인은 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약갱신을 요구하면 제1항 단서에서 정하는 사유가 없는 한 갱신을 거절하지 못하고, 전 임대차와 같은 조건으로 다시 계약된 것으로 보도록 정하고 있다. 구 상가건물 임대차보호법(2018. 10. 16. 법률 제15791호로 개정되기 전의 것)을 말하고, 위 법률로 개정되어 같은 날부터 시행된 상가임대차법을 ‘개정 상가임대차법’이라고 한다) 제10조 제2항은 갱신요구권은 최초 임대차기간을 포함하여 전체 임대차기간이 5년

민상법 등 사법의 부칙¹⁷⁴⁾에는 ‘일반적 경과조치’로 ‘이 법은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법 시행 전에 발생한 사항에 대하여도 적용한다. 다만, 종전의 규정에 따라 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다.’는 규정을 두기도 한다.

나. 법령의 개정과 종전 부칙 경과규정의 효력

대법원(2012제두299)은, 종전 법률이 개정되면서 그 부칙의 경과규정이 개정 법률에 반영되지 아니한 경우, 일부 개정과 전부 개정으로 나누어, 전자의 경우에는 종전 법률 부칙의 경과규정의 효력이 상실되지 아니하지만,¹⁷⁵⁾ 후자의 경우에는 원칙적으로 상실되 예외적으로 ‘특별한 사정’이 있는 경우에는 그 효력이 상실되지 않는 것으로 해석하고, 구체적인 사건에서 그 특별한 사정의 유무를 심리하여 그 경과규정의 적용 여부를 판단하여 왔는데, 이는 사법작용의 본질적 부분인 법률의 해석·적용에 관한 판단을 한 것이지 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부에 관한 판단을 한 것이 아니라고 하였다.¹⁷⁶⁾

이에 대하여 헌법재판소(2009헌바123·126 등)는 ‘법령이 전부 개정되면 별도의 명시적 규정이 없는 한 종전 부칙의 경과규정은 실효되고, 이와 달리 해석하는 것은 헌법에 위반된다.’는 입장이다.

을 초과하지 않는 범위에서만 행사할 수 있다고 정하였는데, 개정 상가임대차법 제10조 제2항은 이에 대해 10년을 초과하지 않는 범위에서만 행사할 수 있다고 정하고, 그 부칙 제2조는 “제10조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차부터 적용한다.”라고 정하고 있다. 위 규정들의 문언, 내용과 체계에 비추어 보면, 개정 상가임대차법 부칙 제2조의 ‘이 법 시행 후 최초로 체결되거나 갱신되는 임대차’는 개정 상가임대차법이 시행되는 2018. 10. 16. 이후 처음으로 체결된 임대차 또는 2018. 10. 16. 이전에 체결되었지만 2018. 10. 16. 이후 그 이전에 인정되던 계약 갱신 사유에 따라 갱신되는 임대차를 가리킨다고 보아야 한다. 따라서 개정 법률 시행 후에 개정 전 법률에 따른 의무임대차기간이 경과하여 임대차가 갱신되지 않고 기간만료 등으로 종료된 경우는 이에 포함되지 않는다.”

174) 상법 부칙(제10600호, 2011.4.14.) ③(일반적 경과조치) 이 법은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법 시행 전에 발생한 사항에 대하여도 적용한다. 다만, 종전의 규정에 따라 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다. / 부칙(제5591호, 1998.12.28.) 제2조 (경과조치의 원칙) 이 법은 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 이 법 시행전에 생긴 사항에 대하여도 이를 적용한다. 다만, 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다. ─ 민법 부칙(제3723호, 1984.4.10.) ②(경과조치의 원칙), 주택임대차보호법 부칙(제3682호, 1983.12.30.) ② 및 상법 부칙(제5053호, 1995.12.29.) 제2조 (경과조치의 원칙), 부칙(제3724호, 1984.4.10.) 제2조(경과조치의 원칙)도 동일하다.

175) 이에 따라 대법원 2023. 11. 7.자 2023마7064 결정은, 2018. 3. 7. 개정 구 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙(대법원규칙)의 부칙 제2조(경과조치)는, 2020. 12. 28. 개정 현행 규칙 부칙에 시행일 이외에 적용례 또는 경과조치에 대하여 아무런 정함이 없더라도, 위 부칙 제2조를 개정하거나 삭제하지 않는 이상, 현행 규칙이 효력을 발생한 이후에도 실효되지 않고 계속 적용된다고 판시하였다.

176) 즉, 법령이 ‘일부 개정’된 경우에는, 기존 법령 부칙의 경과규정을 개정 또는 삭제하거나 이를 대체하는 별도의 규정을 두는 등의 특별한 조치가 없는 한, 개정 법령에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여 기존 법령 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니고, 법령이 ‘전부 개정’된 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로, 원칙적으로 기존 법령의 본칙은 물론 부칙의 경과규정도 모두 실효되나, ‘특별한 사정’이 있는 경우에는 예외적으로 종전의 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다(‘특별한 사정’에는 전부 개정된 법률에서 종전 부칙의 경과규정에 관하여 계속 적용한다는 별도의 규정을 둔 경우뿐만 아니라, 그러한 별도 규정을 두지 않았다고 하더라도 종전의 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다고 보아야 할 만한 예외적인 특별한 사정이 있는 경우도 포함된다)는 입장이다.