

## 판례의 법창조적 기능과 그 한계\* \*\*

- 우리나라의 민사 판례를 중심으로 -

이 상 욱

영남대학교 법학전문대학원 교수

### < 목 차 >

- I. 서
- II. 법률의 흠결과 판례에 의한 법창조
- III. 판례에 의한 법창조의 유형
- IV. 판례의 법창조적 기능의 한계
- V. 결

### I. 서

1800년 프랑스 「민법전기초위원회」<sup>1)</sup>의 위원으로 임명되어 프랑스민법전(Code Civil)의 기초와 심의에 크게 기여했던 뽀르탈리스(Jean-Etienne-Marie Portalis)는 다음과 같이 성문법의 흠결을 지적하고 재판(법관의 판단)의 중요성을 설파한 바 있다.

「실정법이 인간사에서 자연적 이성의 사용에 대체할 수는 없다. 사회의 필요는

\* 투고일 : 2011.06.07, 심사완료일 : 2011.06.21, 게재확정일 : 2011.06.24

\*\* 이 내용은 2010년 10월 28일 영남대학교 법학연구소 월례 판례발표회에서 발표한 내용을 수정 보완한 것임.

1) 1800년 8월 12일 나뵈레옹의 총통령(l'arrêté consulaire)에 의하여 Portalis와 Tronchet, Bigot du Préameneu, Maleville 등 4인이 민법전 초안의 기초작업을 명받음으로써 구성된 위원회로서, 그 정식 명칭은 명확하지 않아서 「통령정부에 의하여 임명된 위원회(Commission nommée pae le gouvernement consulaire)」 또는 「정부위원회(Commission du gouvernement)」라고도 부르지만, 프랑스 법제사상 통상 이 모임을 「민법전기초위원회」라고 부른다. 남효순, 나뵈레옹법전(프랑스민법전)의 제정에 관한 연구, 법학, 제 35권 1호(1994), 286-287면; Jean-Michel Poughon, Le Code Civil, P.U.D.F.(1992), p.13.

극히 다양하고, 인간 사이의 의사소통은 극히 활발하며, 그들의 이해는 극히 착종되고, 그들의 관계는 극히 광범위하여서, 입법자가 그 모두에 대응한다는 것은 불가능하다.

특별히 입법자의 주의를 끄는 그러한 항목에 있어서 조차, 입법자가 인지하지 못하는 세부사항이나, 또는 법률의 규정의 대상이 되기에는 너무 논의가 많거나 너무 유동적인 사항이 적지 않게 존재한다. (중략)

법전은 그것이 아무리 완벽한 것처럼 보여도 완전은 커녕 예상하지 못하였던 수많은 문제를 법집행자에게 제기한다. 법률이란, 일단 편찬되면 쓰여진 그 상태로 계속 남아 있는데, 반대로 사람은 결코 정지하지 않기 때문이다. (중략)

그러므로 많은 사항이 필연적으로 습관의 힘이나 물정을 아는 사람들의 논의나 법관의 판단에 맡겨진다. (중략)

법률의 적용을 지도하는 것은 법률의 보편적 정신을 체득한 법률가의 일이다.<sup>2)</sup>

이처럼 뿌르팔리스가 적절하게 지적하였듯이, 입법기관에 의하여 일정한 의도적인 목적 하에 법정립행위(입법절차)를 거쳐 규정된 법은 아무리 완비된다고 하더라도 복잡한 사회생활을 완전하게 규율한다는 것은 불가능하다고 할 수 있다. 따라서 법의 흠결이 발생하게 되는 것은 피할 수 없는 가히 운명적인 것이 된다.

실정법의 흠결을 보충하는 방안으로서 살아 있는 법으로서 기능하는 관습법의 존재를 상정할 수 있겠지만, 무엇보다도 현실적인 분쟁을 해결하는 가장 권위 있는 방안의 하나로서 국가기관인 법원이 개입하여 선고하고 집행하게 되는 「판례」의 역할을 강조하지 않을 수 없다.

법관은 법률에 규정이 없음을 이유로 재판을 거부하지 못하며, 우리 헌법 제103조도 「법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다」고 선언하고 있다.

그런데 법률의 흠결을 보충하는 중요한 역할을 맡게 되는 판례의 법형성적 기능에 대하여는 이론의 여지가 있을 수 없지만, 문제는 법률에 엄연히 명문 규정을 두고 있는데도 불구하고, 그 밖에 일정한 내용의 요건을 더 부가하거나 첨언하여 그 규정의 적용을 어렵게 하는 등 엄격하게 해석하는 판례의 태도이다.

이에 본 논문에서는 이러한 판례의 기능을 「법창조적 기능」<sup>3)</sup>이라고 명명하

2) Jean-Etienne-Marie Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code Civil, 양창수 역, 민법전서설, 박영사(2003), 33-34면.

3) 성문법의 흠결이 있는 경우, 유사한 사건의 판결이 축적되어 선례로서의 모범이 될 만한 가치가 있는 것을 「판례」라고 하여 하나의 法源(판례법)으로서 정립될 수 있다고 볼 때, 판례법으로서의 기능을 하게 되는 즉, 법으로 형성되는 관점에서 부여할 수 있는

고, 과연 판례는 성문법의 흠결을 보충하는 기능 이외에 성문법에 명문으로 엄연하게 규정하고 있음에도 불구하고, 그 내용 이외에 또 다른 요건까지 추가하여 요구할 수 있는 기능이 부여될 수 있는지, 판례의 법창조적 기능은 그 한계가 어디까지 허용될 수 있는 것인지에 대하여 우리나라 민사 판례의 내용을 중심으로 검토해보고자 한다.

## II. 법률의 흠결과 판례에 의한 법창조

### 1. 법률의 흠결 발생원인

법률이 어떠한 특정 사안에 대하여 아무 규정도 두고 있지 않은 경우에 즉, 법률이 침묵하고 있을 경우에 법률의 흠결이 있다고 한다.<sup>4)</sup> 따라서 일정한 사안이나 야기된 분쟁을 해결하기 위한 방안으로서 법률로부터 구체적인 판단 기준을 도출해 낼 수 없는 경우, 또는 해결하여야 할 법률사건에 대하여 법률의 해석을 통한 해답을 얻을 수 없는 경우에 법률의 흠결이 있는 것이 된다.

성문법의 흠결이 발생하는 원인으로서는 크게 다음과 같이 3가지 사유를 고려할 수 있다.<sup>5)</sup>

첫째, 해석자에게 일임하여 고의로 규정되지 않은 경우를 들 수 있다. 입법 당시 사회적인 제반 사정으로 인하여 논란이 많은 내용은 입법 정책상 오히려 명문으로 규정하지 않고 해석론에 일임한 뒤 일정한 시일이 경과하여 관련 법리가 어느 정도 체계적으로 정비되기를 기다린 연후에 명문으로 규정할 수 있을 것이다. 그런데, 견해에 따라서는 법률의 침묵과 법률의 의도적 침묵(beredtes Schweigen)을 구별하는 주장도 있다. 예컨대, 민법의 입법자가 아파트 주택에 관한 사회적 현실

---

판례의 「법형성(Rechtsfortbildung)적 기능」과 본 논문에서 연구의 대상으로 언급하고자 하는 「법창조적 기능」은 구분되는 개념으로 사용하고자 한다. 판례의 법창조적 기능이란 성문법의 흠결 유무와 관계없이 명문규정을 두고 있음에도 불구하고 존재하지도 않는 내용을 판례가 새로운 법리로서 부가하여 성립요건으로서 요구하거나 또는 명문으로 규정하고 있는 내용의 의미를 임의로 축소해석 하는 경우 등을 망라적으로 총칭하는 개념이다.

4) 김형배, 판례의 법형성적 기능, 현대민법론(薛庵 李光信博士 華甲記念), 고시원(1982), 6면.

5) 中野次雄 編, 判例とその読み方, 有斐閣(2002), 208頁.

을 입법당시에 알고 있었음에도 불구하고 아파트 주택 소유권에 관한 규정을 두지 않았다고 하면 이는 의도적 침묵이라고 할 수 있다는 것이다. 입법자가 이에 관한 규정을 두지 않은 이유가 부동산거래에 관한 법률제도의 복잡성을 피하기 위한 것이었다고 한다면, 애당초부터 이에 관한 법률은 입법자의 의도가 명확한 것이라고 할 수 있으므로 법관에 의한 법형성에 의하여 아파트 주택 소유권제도를 현행법 체계 속에 도입한다는 것은 부당한 일이 아닐 수 없다고 한다.<sup>6)</sup> 즉, 법률의 적용을 통하여 문제가 된 사안에 대하여 법적 확답을 주어야 함에도 불구하고 법률이 아무런 해답을 주지 않고 있을 경우에 법률의 흠결이 존재하므로, 법관은 이와 같은 법률의 흠결에 대해서만 보충을 할 수 있을 뿐이고, 법의 규율 밖에 있는 영역(rechtsfreier Raum)은 흠결의 개념에 속하지 않기 때문에 법관은 이를 보충할 수도 없다고 한다.<sup>7)</sup> 따라서 법률의 흠결은 입법자가 의도한 실정법의 법의 미 또는 계획에 반하는 불완전성을 의미하는 것으로서, 입법론적으로 문제되는 법 흠결과 구분된다는 것이다.<sup>8)</sup> 법의 흠결(Rechtslücke)은 법률의 흠결과 달리 법률 내에 흠결이 있는 것이 아니라, 법질서 내에 흠결이 있는 경우를 의미한다. 즉, 규율을 요하는 분야 전체에 대하여 아무런 규정이 없거나 거래상의 필요나 일반적 법의식에 의하러 요청되는 법제도가 존재하지 않는 경우가 법의 흠결에 해당하는 것이다.<sup>9)</sup>

둘째, 입법 당시 예상하지 못한 사태가 발생한 경우를 상정할 수 있다. 사회의 급속한 변화와 발전으로 말미암아 법률을 제정할 당시 미처 예상하지 못한 분쟁이나 쟁점이 발생할 여지는 항상 있기 마련이다.

셋째, 입법상 기술의 미비로 인한 경우를 들 수 있다. 특히, 정책적인 이유 등으로 인하여 졸속 입법을 강행하게 될 경우에 빈번하게 야기될 수 있을 것이다.

## 2. 판례에 의한 법형성 및 법창조

법은 적용됨으로써 그 효력을 발생하게 되지만, 이미 앞에서 언급하였지만, 법의 효력 발생은 성문법 자체가 갖는 한계 즉, 흠결의 가능성으로 말미암아 법해석

6) 김형배, 앞의 논문, 7면.

7) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1975., S. 355f.

8) 김학태, 법률해석의 한계, 외법논집 제22집(2006.5.), 196면.

9) 김형배, 앞의 논문, 10면.

과는 다른 차원인 법형성(Rechtsfortbildung)의 방법을 통하여 이루어지기도 한다.<sup>10)</sup>

이를테면, 스위스 민법 제1조는 「이 법률에 규정이 없을 때에는 법관은 관습법에 따라, 관습법도 존재하지 않는 경우에는 자신이 입법자라면 법규로서 설립하여야 할 것에 따라 재판하여야 한다」고 규정하고 있으며, 프랑스 민법 제4조 역시 「법률의 흠결, 불명확 또는 불충분을 이유로 재판을 거절하는 법관은 재판거부죄로 소추될 수 있다」는 명문 규정을 두고 있다.<sup>11)</sup>

그런데 법의 적용을 통한 법의 형성, 즉 법관이 법형성을 할 수 있는 여지는 항상 존재하는 것은 아니다. 이를테면, 적용될 규범이 명확해서 그것이 어떻게 이해될 것인가에 대해 어떠한 의심도 없는 경우(해석이 불필요한 경우)라든가, 법관이 판단해야 하는 모든 사례에 대해 문언이나 그 의미상 그 사례에 해당하는 규범이 존재하는 경우(법질서가 흠결이 없는 경우) 및 법의 전체구조에서 개별적인 법규범의 의미가 불변하는 경우 등에는 법관의 법형성 기능은 존재할 여지가 없게 될 것이다.<sup>12)</sup>

법원은 법을 적용하는 가운데 법을 형성하게 되는데, 법원에 의한 법형성은 단순한 실정법 규범의 흠결을 보충하는 행위뿐 아니라, 실정법에 암시되어 있는 내용을 구체화함으로써 법률에서 처음에 의도되었던 계획을 넘어서거나 수정하는 행위도 포함한다.<sup>13)</sup>

이처럼 성문법 자체가 갖는 한계, 즉 흠결의 가능성으로 인하여 법해석과는 다른 차원인 법형성 내지 법창조의 방법, 즉 사법작용으로서 판결을 통하여 법의 효력 발생은 실현될 수 있으며, 나아가 이러한 사법작용은 법의 적용을 통하여 법치국가원리에 따른 법적 안정성을 보장하는 기능을 갖게 될 것이다.

요컨대, 법관은 법률의 흠결을 보충하여 공정한 판결을 함으로써 사회생활에서의 법적 안정성과 법의 계속적 발전을 초래할 수 있다는 점을 강조하지 않을 수 없다. 뿐만 아니라, 구체적인 사건을 해결하기 위한 법률의 해석과 그 흠결을 보충

10) 류지태, 판례법의 한계, 고려법학 제46호(2006.4.), 37면.

11) 현재 프랑스에서는 판례(La Jurisprudence)가 실질적 의미에서 法源을 구성한다고 함에는 異論이 없다고 한다. Jacques Ghestin/Gilles Goubeaux/Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil(Introduction Générale)*, L.G.D.J.(1994), p.432. 반면에 현재 독일에서는 판례의 법원성을 부정하는 것이 압도적인 통설이며, 판례는 단순한 법의 認識源일 뿐이라고 한다. G. Robbers, *Einführung in des deutsche Recht*, 3. Aufl.(2002), S.23 f.

12) 김영환 역, 방법론적인 문제로서 법관의 법형성(칼 라렌츠), 법학논총(한양대) 제25집 제1호(2008), 197면.

13) 류지태, 위의 논문, 38면.

하는 법원의 판결을 통하여 추상적이고 일반적인 판례이론이 정립될 수 있는 것이다. 이는 특히 민사법 분야에서 중요한 역할을 담당할 것으로 기대된다. 왜냐하면, 급변하는 현대사회의 일상생활 속에서 발생하는 분쟁의 모습은 언제나 전통적인 유형을 따르는 것이 아니라, 전혀 새로운 형태의 문제가 야기될 수 있으며, 그 사안은 결국 민사상의 분쟁으로 연결될 수밖에 없기 때문이다. 이러한 점은 판례의 법형성 내지 법창조적 기능 중 순기능으로서 평가될 수 있다.

반면에 사법작용은 법의 적용을 통하여 법치국가원리에 따른 법적 안정성을 보장하는 기능을 갖는 것이지만, 다른 한편 실정법을 무시할 위험도 동시에 내재하는 행위라는 점도 지적하지 않을 수 없다. 잘못된 법해석 또는 충분한 논거를 제시하지 못한 법창조 내지 법형성은 자의적인 해석론으로 전락하거나 법적 안정성을 해칠 우려도 제기될 수 있다는 점이다. 이러한 점은 판례의 법창조 내지 법형성적 기능의 역기능이라고 할 수 있다. 이와 같은 판례의 법창조 내지 법형성적 기능의 역기능이라는 점을 감안함으로써 판례의 법창조적 기능의 한계를 모색할 필요성이 대두되는 것이다.

법원의 판결에 의한 법형성은 단순한 실정법 규정의 흠결을 보충하는 행위뿐만 아니라, 실정법에 암시되어 있는 내용을 구체화함으로써 법률 제정 당시 반영되었던 입법자의 의도를 넘어서거나 수정하는 행위도 포함된다고 할 수 있다.

즉, 법형성의 유형은 두 가지로 구별될 수 있는데, 우선 법형성의 행위가 아직 처음의 법률의 목적인 계획범위 안에서 흠결을 보완하는 수준에 그치는 경우에는 이를 법률내재적인 법형성(*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*)이라고 한다. 이에 반하여 전체 법질서의 지배적 법원리의 범위 안에 있기는 하지만, 법률의 내용을 넘어서 있는 경우에는 법률초월적 법형성(*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*)이라고 이해한다.<sup>14)</sup>

그런데 법형성 내지 법창조적 작용이 정당성을 갖기 위해서는 전체 법질서의 지배적인 원리 내용, 즉 법질서의 일반원칙과 헌법적 가치질서 등과 조화될 필요가 있을 것이다. 이는 곧 사법부에 의한 법창조적 기능은 법적 안정성을 침해하지 않는 범위 내에서, 환언하면 법질서의 범위 내에서 제한적으로 신중하게 행사될 필요가 있다는 것을 의미한다. 이러한 점에서 판례에 의한 법창조적 작용의 의미와 그 전제요건 및 그 한계에 대해서는 신중한 고찰이 필요할 것으로 사료된다.

이에 아래에서는 판례의 법형성 내지 법창조적 기능의 법철학적인 의미에 관한

14) Larenz, a. a. O., S. 351.

연구는 잠시 유보하고,<sup>15)</sup> 구체적으로 우리나라의 민법과 관련된 판례의 법리를 정리함으로써 법창조적 기능의 한계를 적시하고 그 문제점을 지적하고자 한다. 판례에 의한 법형성은 민법에서 특히 중대한 의미를 가지게 되기 때문이다.<sup>16)</sup>

### III. 판례에 의한 법창조의 유형

아래에서는 판례에 의한 법창조적 기능으로서 다음과 같은 점을 주목하여 민사판례를 중심으로 그 유형을 나누어 살펴보고자 한다.

첫째, 명문규정에 없는 일반 법리를 정립할 수 있다는 점에서 그 구체적인 예를 적시하고자 한다. 둘째, 사회의 실태에 적합한 법 내지 법제도를 창조할 수 있다는 점이다. 셋째, 추상적인 법규범을 구체화할 수 있을 것이다. 넷째, 법률조문의 내용을 실질적으로 수정하는 기능도 할 수 있을 것이다. 다섯째, 유추적용에 의한 보완 기능을 들 수 있다.<sup>17)</sup> 끝으로, 민법전에 명문으로 규정되어 있지만, 그 이외의 요건을 추가하여 요구하는 경우도 발견하게 된다.<sup>18)</sup>

#### 1. 명문규정에 없는 일반 법리의 정립

##### 1) 실효의 원칙

판례는, 민법에 명문 규정을 두고 있는 것은 아니지만, 「실권 또는 실효의 법리

15) 판례의 의미와 구속력에 관한 자세한 논의는, 민사판례연구 I, 박영사(1979), 부록편에 수록된 김윤행, 판례의 형성과정; 서민, 판례의 의의; 윤일영, 판례의 기능; 서정우, 판례연구의 목적 및 이광범, 『판례』의 의미와 구속력에 관한 소고, 판례실무연구 VI (2003.8), 237-255면; 홍일표, 판례의 형성과 구속력의 범위, 일감법학 12권 하반기(2007.8.), 1-42면 등 참조.

16) Diter Leipold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen 3., neubearbeitete Auflage; 円谷 峻譯, ドイツ民法總論, 成文堂(2008), 35頁.

17) 민법에서 유추가 실제 어떠한 모습으로 사용되고 있는 지에 대한 자세한 내용은 최봉경, 민법에서의 유추와 해석, 법철학연구 제12권 제2호(2009), 131-170면 참조.

18) 이에 대하여 판결을 통한 법해석의 수법으로서, 문자를 통한 적용, 선언적 해석, 확장해석, 축소해석, 반대해석, 물론해석, 유추, 比附, 反制定法的 解釋 등으로 구분하여 설명하는 견해도 있다. 笹倉秀夫, 法解釋講義, 東京大學出版會(2009), 27-155頁 참조.

는 법의 일반원리인 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙인 것이므로 공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계에도 적용되어야 함을 배제할 수는 없다 하겠으나 그것은 본래 권리행사의 기회가 있음에도 불구하고, 권리자가 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니하였기 때문에 의무자인 상대방은 이미 그의 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 되거나 행사하지 아니할 것으로 추인케 할 경우에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 결과가 될 때 그 권리행사를 허용하지 않는 것을 의미한다」<sup>19)</sup>고 판시하여 민법 제2조 제1항 신의성실의 원칙으로부터 파생된 원칙의 하나로서 실효의 원칙을 언급한 바 있다. 그 후 「일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로, 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있어서 그 권리행사의 기대가능성이 있었음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여, 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에, 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는, 이른바 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 특히 이 사건과 같이 사용자와 근로자 사이의 고용관계(근로자의 지위)의 존부를 둘러싼 노동분쟁은, 그 당시의 경제적 정세에 대처하여 최선의 설비와 조직으로 기업 활동을 전개하여야 하는 사용자의 입장에서는 물론, 근로자로서의 임금수입에 의하여 자신과 가족의 생계를 유지하고 있는 근로자의 입장에서도 신속히 해결되는 것이 바람직한 것이므로, 위와 같은 실효의 원칙이 다른 법률관계에 있어서보다 더욱 적극적으로 적용되어야 할 필요가 있다고 볼 수 있다」<sup>20)</sup>고 하여 실효이론을 수용하고 있다.

## 2) 계약체결전의 정보제공의무

판례에 의하면, 「부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것이요 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같

19) 대판 1988.4.27, 87누915.

20) 대판 1992.1.21, 91다30118. 이 판결은 실효의 원칙을 적용하여 권리행사를 부정한 우리나라 첫 대법원 판결이라고 할 것이다. 이영준, 민법총칙, 박영사(2007), 792면.



은 고지의무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있다」고 판시하여 부동산 거래에서는 신의칙상 일정한 사정을 고지할 의무(정보제공의무)가 있음을 천명하고 있다.<sup>21)</sup> 이 사건은 아파트 단지 인근에 쓰레기 매립장 건설계획이 예정되어 있다는 사실은 아파트 분양회사가 분양계약자들에게 신의칙상 고지하여야 할 사항인지의 여부가 문제된 사안인데, 아파트 분양자는 아파트 단지 인근에 쓰레기 매립장이 건설예정인 사실을 분양계약자에게 고지할 신의칙상 의무를 부담한다고 전제한 후, 고지의무 위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당하므로 아파트 분양자들로서는 기망을 이유로 분양계약을 취소하고 분양대금의 반환을 구할 수도 있고 분양계약의 취소를 원하지 않을 경우 그로 인한 손해배상만을 청구할 수도 있다고 판시한 내용이다.<sup>22)</sup>

### 3) 불완전이행과 이행거절

판례는 비록 민법에 명문 규정은 없지만 일찍부터 불완전이행을 채무불이행의 독립한 유형으로서 인정하고 있다.

즉, 「동산매매에 있어서 매매목적물이 매주에게 운반된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 대금지불의 여부를 막론하고 매매목적물이 인도되었다고 봄이 타당할 것이고, 매매목적물에 불완전한 부분이 있어서 이를 수리하기 위하여 다시 매주에게 운반된 경우에는 불완전이행이라 하여 인도의 수령을 거절한 것인지 아니면 인도를 수령한 다음 수리만을 의뢰한 것인가에 관하여 심리 판단하여야 한다」고 판시한 바 있으며,<sup>23)</sup> 「공중접객업인 숙박업을 경영하는 자가 투숙객과 체결하는 숙박계약은 숙박업자가 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 일종의 일시사용을 위한 임대차계약으로서, 여관의 객실 및 관련시설, 공간은 오로지 숙박업자의 지배 아래 놓여 있는 것이므로 숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순

21) 대판 2006.10.12, 2004다48515.

22) 이 판례와 관련된 구체적인 내용과 법리는 김하늘, 가. 아파트 단지 인근에 쓰레기 매립장 건설계획이 예정되어 있다는 사실이 분양회사가 분양계약자들에게 신의칙상 고지하여야 할 사항인지 여부, 나. 도시계획시설결정의 선행처분인 폐기물처리시설 설치계획승인처, 대법원 판례해설 제63호(2006 하반기)(2007.7), 11-45면 참조.

23) 대판 1959.1.15, 4290민상858.

히 여관의 객실 및 관련시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명, 신체를 침해하여 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담한다」<sup>24)</sup>고 판시함으로써 채무자가 부수적 의무로서 보호의무를 위반한 경우에는 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담하게 된다는 태도를 견지하고 있다.

또한, 이행기가 도래하기 전의 이행거절을 채무불이행의 독자적인 한 유형으로 인정하고 있다. 즉, 「부동산 매도인이 중도금의 수령을 거절하였을 뿐만 아니라 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우 매수인은 신의성실의 원칙상 소유권이전등기의무 이행 기일까지 기다릴 필요 없이 이를 이유로 매매계약을 해제할 수 있다」<sup>25)</sup>고 판시한 이래, 「계약상 채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다」<sup>26)</sup>는 등의 판지 내용을 살펴보면 판례는 이행기 전의 이행거절을 독자적인 채무불이행유형으로 인정하고 있다고 별다른 주저 없이 말할 수 있을 것이다.<sup>27)</sup>

1999년에 제정되어 시행되고 있는 중국 계약법(中華人民共和國 合同法)<sup>28)</sup> 제 108조에는 이행기전의 계약위반(豫期違約)에 관하여 규정하고 있으며, 이행거절도 독자적인 채무불이행의 유형으로 인정하고 있다.<sup>29)</sup>

#### 4) 대상청구권

판례에 의하면, 「우리 민법에는 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구

24) 대판 1994.1.28, 93다4359.

25) 대판 1993.6.25, 93다11821.

26) 대판 2005.8.19, 2004다53173.

27) 양창수, 독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절, 민법연구 제4권, 박영사(1997), 139면.

28) 번역된 법 조문의 내용은 이상욱, 중국계약법전, 영남대학교 출판부, 2005 참조.

29) 자세한 내용은 이상욱, 중국의 채무불이행 유형론, 영남법학 제31호(2010.10), 161-184면 참조.

권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없다」<sup>30)</sup>는 전제하에, 이 사건 토지가 수용됨으로써 그 보상금을 매도인이 수령하였다는 이유로 매수인이 그 금원의 지급을 청구하고 있다면, 위 청구는 매도인이 이 사건 토지에 대한 소유권이전등기의무의 이행불능을 발생케 한 원인인 토지수용으로 인하여 이 사건 토지의 대상인 보상금을 취득하였음을 이유로 그 보상금의 지급을 구하는 것으로서 이른바 대상청구권을 행사하는 취지라고 볼 수 있다고 하여 대상청구권을 인정하고 있다. 다만 대상청구권의 요건으로서, 「대상청구권이 인정되기 위하여는 급부가 후발적으로 불능하게 되어야 하고, 급부를 불능하게 하는 사정의 결과로 채무자가 채권의 목적물에 관하여 '대신하는 이익'을 취득하여야 한다」고 판시함으로써, 급부의 후발적 이행불능의 경우 '급부를 불능하게 하는 사정'과 채무자가 취득한 '대신하는 이익' 사이에 상당인과관계가 존재한다고 할 수 없어 채무자에 대한 대상청구권의 발생을 배척하고 있다.<sup>31)</sup>

##### 5) 대리권의 남용

대리인이 자신 또는 제3자의 이익을 도모하기 위하여 대리행위를 이용한 경우에 그 대리행위의 운명을 어떻게 보아야 할 것인가가 대리권남용의 문제이다. 비교법적으로도 대리권의 남용에 관한 문제를 직접적으로 규율하고 있는 입법례는 찾기 어렵다고 한다.<sup>32)</sup>

우리나라의 학설과 판례는 일단 대리권남용의 개념은 인정하고 있지만, 그 법리 구성에 관해서는 학설상의 논란이 있는 실정이다. 판례 역시 일관된 태도를 취하고 있지는 않지만, 대체적으로 민법 제107조 유추적용설을 따르고 있는 듯하다.<sup>33)</sup> 즉, 판례는 일찍부터 배임적 대리행위에 대하여 민법 제107조 제1항을 유추적용하고 있다.

이를테면, 「진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추

30) 대판 1992.5.12, 92다4581, 92다4598.

31) 대판 2003.11.14, 2003다35482.

32) 하경효, 대리권 남용시의 대리효과 부인의 근거와 요건, 한국민법이론의 발전(I), 박영사(1999), 141면.

33) 권리남용설에 따른 판례로서는 대판 1987.10.13, 86다카1522.

해석상 그 대리인의 행위는 본인의 대리행위로 성립할 수 없다 하겠으므로 본인은 대리인의 행위에 대하여 아무런 책임이 없다 할 것이며 이때 그 상대방이 대리인의 표시의사가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 표의자인 대리인과 상대방사이에 있었던 의사표시의 형성과정과 그 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 한다」<sup>34)</sup> 취지이다. 또한, 「은행의 지점장대리와 예금자간의 3개월 만기 정기예금계약의 형식을 빌어서 한 수기통장식 예금계약은 위 지점장대리의 대리권남용에 의한 계약이므로 그 정기예금계약은 은행이 책임질 수 없는 것이어서 같은 계약을 원인으로 한 예금자의 정기예금반환청구권은 유효하게 성립될 수 없다」<sup>35)</sup>고 판시하고 있는 등 대리권남용의 개념을 도입하고 있다.

## 2. 사회 실태에 적합한 법 창조

### 1) 양도담보

일찍이 일제 강점기 시대부터 인정되었던 양도담보 및 매도담보<sup>36)</sup>는 해방 후에도 여전히 유효한 제도로써 계속 유지되고 있다. 즉, 「보통의의의 매도담보계약 또는 양도담보계약이라는 것을 일종의 신탁행위로서 채권담보의 목적으로써 담보 목적물의 소유권을 채권자에게 이전하며 채권자로 하여금 기담보목적의 범위 내에서만 소유권을 행사케 하는 채무자 대 채권자간의 담보계약이요 그 효력으로서 는 채무자는 채권자로 하여금 일반 제3자에 대한 관계에 있어서 소유자로서 그 권리를 실행시키기 위하여 그 목적물이 부동산인 때에는 채권자에게 이전등기 절차 및 '부수의무를 이행 하여야하며 채권자는 채무자가 채무를 이행치 않을 때는 그 목적물을 시가에 의하여 처분하여 그 매득금으로써 피담보채무의 변제에 충당하되 잉여가 있으면 이를 채무자에게 반환하고 부족이 있으면 다시 채무자에게 청

34) 대판 1987.7.7, 86다카1004.

35) 대판 1987.11.10, 87다카1557.

36) 초기에는 채권담보를 목적으로 하는 신탁적 소유권 양도로서 賣渡抵當이라는 용어를 사용되었지만, 점차 賣渡擔保 또는 讓渡擔保라는 이름으로 정착된 듯하다. 朝鮮高等法院 大正 5(1916). 8.11, 司法協會, 朝鮮高等法院判例要旨類集(1937), 16-18頁; 森山千滿喜, 賣渡擔保及び讓渡擔保と 刑法上の問題について, 司法協會雜誌 제17권 제6호(1935.6.), 1頁 이하 및 제7호(1935.7.), 43頁 이하 참조.

구하는 것」<sup>37)</sup>이라고 판시한 이래, 최근에도 동산양도담보를 신뢰하여 금원을 대출하였다가 후에 그 동산을 타인에게 인도함으로써 양도담보권자가 입은 통상 손해액은 양도담보물 가액 범위 내에서 채무자에게 대출한 금원 상당액이라고 판시한 예 등이 있다.<sup>38)</sup>

## 2) 중첩적 채무인수·이행인수·계약인수

민법상의 채무인수는 종래의 채무자가 채무를 면하게 되는 면책적채무인수를 의미하지만(민법 제453조), 판례는 인수인이 채무자와 함께 동일한 내용의 채무를 부담하는 중첩적 채무인수와 인수인이 채무자에 대하여 그 채무를 이행할 것을 약정하는 채무자와 인수인 사이의 계약인 이행인수 및 계약 당사자의 지위의 승계를 목적으로 하는 계약으로서 계약인수를 인정하고 있다.

즉, 「채무인수에 있어서 면책적 인수인가 혹은 중첩적 인수인가가 분명하지 아니한 때에는 중첩적으로 인수한 것이라고 해석하여야 한다」고 하며,<sup>39)</sup> 「부동산의 매수인이 매매 목적물에 관한 임대차보증금 반환채무 등을 인수하는 한편, 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 그 인수는 특별한 사정이 없는 이상 매도인을 면책시키는 면책적 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 면책적 채무인수로 보기 위하여는 이에 대한 채권자 즉, 임차인의 승낙이 있어야 한다」고 판시하고 있다.<sup>40)</sup>

또한, 「계약당사자로서의 지위의 승계를 목적으로 하는 계약인수는 그로부터 발생하는 채권채무의 이전 외에 그 계약관계로부터 생기는 해제권 등 포괄적 권리의무의 양도를 포함하는 것으로서 그 계약은 양도인과 양수인 및 잔유당사자의 동시적인 합의에 의한 삼면계약으로 이루어지는 것이 통상적이라고 할 수 있으나, 관계당사자 3인 중 2인의 합의와 나머지 당사자가 이를 동의 내지 승낙하는 방법으로 가능하다」고 한다.<sup>41)</sup>

37) 대판 1954.3.31, 4287민상124.

38) 대판 2010.9.30, 2010다41386.

39) 대판 1962.4.4, 4294민상1087.

40) 대판 2001.4.27, 2000다69026.

41) 대판 1987.9.8, 85다카733,734.

### 3) 임대차 목적물과 보증금 반환의 동시이행관계

임대차 계약기간이 만료된 경우에 임차인의 임차목적물 명도의무와 임대인이 보증금 반환의무는 반드시 상한으로 이행되어야 할 성질의 채무는 아니다.<sup>42)</sup> 그렇지만, 우리나라에서의 보증금은 1-2개월 정도의 차임에 해당하는 금액이 아니라 임차 목적물 가격의 60-70%에 달하는 금액을 일시불로 지급하며 그 이자로서 차임에 충당하게 되는 상당한 다액에 속하므로 양자의 동시이행관계를 인정하게 된 것이다. 즉, 「임대차 계약의 기간이 만료된 경우에 임차인이 임차목적물을 명도할 의무와 임대인이 보증금 중 연체차임 등 당해 임대차에 관하여 명도시까지 생긴 모든 채무를 청산한 나머지를 반환할 의무는 모두 이행기에 도달하고 이들 의무 상호간에는 동시이행의 관계가 있다고 보는 것이 상당하다」<sup>43)</sup>고 전원합의체 판결로서 판시한 이래, 「임대차계약의 종료에 의하여 발생한 임차인의 임차목적물 반환의무와 임대인의 연체차임 등을 공제한 나머지 임대차보증금의 반환의무는 동시이행관계에 있음」을 인정하고 있다.<sup>44)</sup>

## 3. 추상적인 법규범의 구체화

### 1) 권리남용의 요건

민법 제2조 제2항은 「권리는 남용하지 못한다」는 일반조항을 규정하고 있을 뿐이므로 구체적으로 어떠한 경우에 권리남용이 성립하는지 논란이 될 수 있다. 이에 판례는 「권리 행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리 행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리 행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 한다. 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리 행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다고 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수

42) 독일의 학설과 판례는 임대차관계의 종료를 정지조건으로 임차인의 보증금반환청구권이 성립한다고 하면서도, 이 청구권은 상당한 점검기간(Überlegungs- und Prüfungsfrist)이 경과한 후에 변제기에 도달(fällig)한다고 한다. 김형배, 채권각론, 박영사(2001), 495면.

43) 대판 1977.9.28, 77다1241, 1242(전).

44) 대판 2006.10.13, 2006다39720.

없고, 다만 이러한 주관적인 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다」<sup>45)</sup>고 판시하여 권리남용의 요건을 구체적으로 적시하고 있다.

## 2) 선량한 풍속 기타 사회질서 위반행위

민법 제103조가 규정하고 있는 선량한 풍속 기타 사회질서 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위라는 추상적인 내용에 대하여 판례는 「민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다」고 판단함으로써 구체적인 기준을 제시하고 있다.<sup>46)</sup>

## 3) 권한을 넘은 表見代理의 「정당한 이유」

권한을 넘은 表見代理가 성립하기 위해서는 「제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유」가 있어야 하는데, 이 경우 「정당한 이유」가 무엇을 의미하는지 논란이 있을 수 있다. 이에 대하여 판례는 「민법상의 표현대리에 관한 규정이 어음행위의 위조에 관하여 유추 적용되기 위하여서는 상대방이 위조자에게 어음행위를 할 권한이 있다고 믿거나 피위조자가 진정하게 당해 어음행위를 한 것으로 믿은 것만으로는 부족하고, 그와 같이 믿은 데에 정당한 사유가 있어야 하는 바, 이러한 정당한 사유는 어음행위 당시에 존재한 여러 사정을 객관적으로 관찰하여 보통인이면 유효한 행위가 있었던 것으로 믿는 것이 당연하다고 보여지면 이를 긍정할 수 있다」고 판단하고 있으며,<sup>47)</sup> 구체적으로 「은행인 甲과 사이에 乙이 丙 등의 명의로 정기예금계약을 체결한 후 丙 등 명의로 연대보증계약 및 위

45) 대판 1998.6.26, 97다42823.

46) 대판 1984.12.11, 84다카1402.

47) 대판 2000.2.11, 99다47525.

정기예금에 관한 근질권설정계약을 체결하면서 바로 대출을 신청하자 甲이 乙에게 구비서류를 작성케 하면서 연대보증계약서, 근질권설정계약서들 중 丙 등의 서명날인 부분에 乙이 서명하고 소지중이던 丙 등의 인장을 날인한 후 丙 등의 이름 뒤에 무인까지 하도록 그대로 두었고 나아가 제3자 담보제공 상담표, 연대보증 상담표 등에 甲측에서 丙 등의 연대보증의사를 직접 확인하였다고 기재하고 이를 확인하는 취지의 담당자의 서명날인까지 첨가하는 등 하였다면 甲이 乙에게 丙 등을 대리하여 위 담보대출계약, 근질권설정계약의 체결이나 예금거래의 중도해약을 할 권한이 있다고 믿었다 하더라도 그와 같이 믿는 데에 과실이 있다고 할 것이어서 민법 제126조 소정의 권한을 넘은 表見代理가 성립할 수 없다」<sup>48)</sup>고 판시하여 정당한 이유를 선의·무과실로 이해하고 있는 듯하다. 뿐만 아니라, 「타인의 채무에 대한 보증행위는 그 성질상 아무런 반대급부 없이 오직 일방적으로 불이익만을 입는 것인 점에 비추어 볼 때, 남편이 처에게 타인의 채무를 보증함에 필요한 대리권을 수여한다는 것은 사회통념상 이례에 속하므로, 처가 특별한 수권 없이 남편을 대리하여 위와 같은 행위를 하였을 경우에 그것이 민법 제126조 소정의 表見代理가 되려면 처에게 일상가사대리권이 있었다는 것만이 아니라, 상대방이 처에게 남편이 그 행위에 관한 대리의 권한을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 있어야 한다」<sup>49)</sup>고 판시함으로써, 대리권을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이라고 이해하는 경우도 있다.

#### 4) 소멸시효 완성의 효과

민법 제162조는 「소멸시효가 완성한다」고만 규정하고 있으므로 완성한다는 것이 구체적으로 무엇을 의미하는지 논란이 되고 있는데, 이에 대하여 판례는 일찍이 「당사자의 원용이 없어도 시효완성의 사실로서 채무는 당연히 소멸한다」<sup>50)</sup>고 판시한 이래, 「신민법상은 당사자의 원용이 없어도 시효완성의 사실로서 채무는 당연히 소멸되는 것이고, 다만 변론주의의 원칙상 소멸시효의 이익을

48) 대판 1992.6.23, 91다14987.

49) 대판 1998.7.10, 98다18988.

50) 대판 1966.1.31, 65다2445.



받을 자가 그것을 포기하지 않고 실제 소송에 있어서 권리를 주장하는 자에 대하여 시효소멸의 이익을 받겠다는 뜻을 항변을 하지 않는 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없을 뿐」<sup>51)</sup>이라고 하여 이른바 절대적 소멸설을 따르고 있다.

#### 5) 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유

재판상 이혼사유로서 민법 제840조 제6호는 상대적 이혼원인으로서 「기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때」를 규정하고 있다. 이 경우 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 구체적으로 무엇을 의미하는지 논란이 될 수 있다. 판례는 그 기준으로서 「이혼원인으로서의 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유란 누구에게도 참을 수 없을 정도로 혼인관계가 파탄된 경우를 말하는 것이나 혼인관계의 파탄이 주로 이혼을 구하는 배우자의 일방의 귀책사유로 말미암은 경우는 포함하지 아니한다」고 판시한 바 있으며,<sup>52)</sup> 나아가 「민법 제840조 제6호 소정의 이혼사유인 '혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때'라 함은 혼인의 본질에 상응하는 부부공동 생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고, 그 혼인생활의 계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말하며, 이를 판단함에 있어서는 혼인계속의사의 유무, 파탄의 원인에 관한 당사자의 책임유무, 혼인생활의 기간, 자녀의 유무, 당사자의 연령, 이혼 후의 생활보장, 기타 혼인관계의 제반 사정을 두루 고려하여야 한다」<sup>53)</sup>고 판시하여 그 구체적인 기준을 제시하고 있다.

### 4. 法文의 실질적인 수정

#### 1) 부진정연대채무

수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상하게 되지만(민법 제760조 제1항), 판례는 이 경우 연대하여 손해를 배상한다는 의미를 부진정연대채무가 발생하는 것으로 해석하고 있다. 즉, 「피해자에게

51) 대판 1979.2.13, 78다2157.

52) 대판 1979.2.13, 78므34.

53) 대판 1991.7.9, 90므1067.

가하여진 동일한 손해의 발생원인에 그 원인이 될 수 있는 수개의 행위가 관여하고 있는 경우에는 공동불법행위가 성립한다고 보아야 할 것이고 이와 같은 공동불법행위에 있어서는 그로 인한 손해의 배상책임은 그 상호간에 부진정연대채무관계가 성립한다고 함이 상당할 것이며 그중의 한 채무자에 대한 채무 면제의 효력에 관하여는 민법제419조가 적용되지 아니하고 다른 채무자에게는 그 효력이 미치지 아니한다고 하여야 할 것」<sup>54)</sup>이며, 「공동불법행위자는 채권자에 대한 관계에 있어서는 연대책임(부진정연대채무)이 있으나, 그 공동불법행위자의 내부관계에 있어서는 일정한 부담부분이 있고 이 부담부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여 지는 것이며, 공동불법행위자 중의 한 사람이 자기의 부담부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다」<sup>55)</sup>고 판시하여 공동불법행위자가 부담하게 되는 연대책임의 성질을 부진정연대채무라고 본다. 또한, 법인의 대표기관이 직무에 관하여 타인에게 손해를 가하여 법인이 손해배상책임을 부담하게 될 경우에 그 대표기관도 손해배상책임을 면하지 못하게 되는데(민법 제35조 제1항), 판례는 이 경우에 기관 개인의 책임과 법인책임을 부진정연대채무관계라고 해석한다.<sup>56)</sup>

## 2) 무단양도·무단전대에 대한 임대인의 해지권 제한

임차인이 임대인의 동의 없이 임차권을 양도하거나 임차물을 전대한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다는 민법 제629조의 규정에 대하여 임차인의 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 인정할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 해지권의 발생을 부정하고 있다.

54) 대판 1969.8.26, 69다962.

55) 대판 1989.9.26, 88다카27232.

56) 「불법쟁의행위에 대한 귀책사유가 있는 노동조합이나 불법쟁의행위를 기획·지시·지도하는 등 이를 주도한 노동조합 간부 개인이 그 배상책임을 지는 배상액의 범위는 불법쟁의행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해이고, 그러한 노동조합 간부 개인의 손해배상책임과 노동조합 자체의 손해배상책임은 부진정연대채무관계에 있는 것이므로 노동조합의 간부도 불법쟁의행위로 인하여 발생한 손해 전부를 배상할 책임이 있고, 다만 사용자가 노동조합과의 성실교섭의무를 다하지 않거나, 노동조합과의 기존 합의를 파기하는 등 불법쟁의행위에 원인을 제공하였다고 볼 사정이 있는 경우 등에는 그러한 사용자의 과실을 손해배상액을 산정함에 있어 참작할 수 있을 뿐이다(대판 2006.9.22, 2005다30610)」.

즉, 「임차인의 변경이 당사자의 개인적인 신뢰를 기초로 하는 계속적 법률관계인 임대차를 더 이상 지속시키기 어려울 정도로 당사자간의 신뢰관계를 파괴하는 임대인에 대한 배신행위가 아니라고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 임대인은 자신의 동의 없이 임차권이 이전되었다는 것만을 이유로 민법 제629조 제2항에 따라서 임대차계약을 해지할 수 없다」<sup>57)</sup>고 하며, 「임차인이 비록 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻지 아니하고 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도, 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 할 수 없는 특별한 사정이 인정되는 경우에는, 임대인은 자신의 동의 없이 전대차가 이루어졌다는 것만을 이유로 임대차계약을 해지할 수 없으며, 전차인은 그 전대차나 그에 따른 사용·수익을 임대인에게 주장할 수 있다」<sup>58)</sup>고 판시하고 있다.

### 3) 혼인외의 출생자에 대한 모의 인지

혼인외의 출생자는 생모가 인지할 수 있는 것으로 규정하고 있지만(민법 제855조 제1항), 판례에 의하면 혼인 외의 출생자와 생모 사이의 모자관계는 인지할 필요 없이 자의 출생으로 당연히 생긴다고 한다. 즉, 「혼인외의 출생자와 생모간에는 그 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 않고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친족관계가 생긴다고 해석하는 것이 타당하다」<sup>59)</sup>는 것이다.

## 5. 유추적용에 의한 보완

### 1) 사실혼 보호

법률혼주의가 채택된 이후 사실혼은 혼인신고가 없다는 사실 만으로 법률의 보호를 받지 못하게 되었지만, 판례는 혼인신고와 관련된 내용을 제외하고는 혼인의 효과를 유추적용하고 있다. 즉, 「사실혼이라 함은 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회관념상으로 가족 질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우이므로 법률혼에 대한 민법의 규정 중 혼인신

57) 대판 1993.4.13, 92다24950.

58) 대판 2007.11.29, 2005다64255.

59) 대판 1967.10.4, 67다1791.

고를 전제로 하는 규정은 유추적용할 수 없으나, 부부재산의 청산의 의미를 갖는 재산분할에 관한 규정은 부부의 생활공동체라는 실질에 비추어 인정되는 것이므로 사실혼관계에도 준용 또는 유추적용할 수 있다」<sup>60)</sup>고 한다.

## 2) 대리권 남용의 효과

이미 앞에서 언급하였지만 판례는 대리권남용이란 개념을 인정하고 있는데, 그 효과에 대하여는 비진의표시에 관한 민법 제107조 제1항 단서의 내용을 유추적용하고 있다. 즉, 「금융기관의 임·직원이 예금 명목으로 돈을 교부받을 때의 진의가 예금주와 예금계약을 맺으려는 것이 아니라, 그 돈을 사적인 용도로 사용하거나 비정상적인 방법으로 운용하는 데 있었던 경우에 예금주가 그 임·직원의 예금에 관한 비진의 내지 배임적 의사를 알았거나 알 수 있었다면 금융기관은 그러한 예금에 대하여 예금계약에 기한 반환책임을 지지 아니한다」<sup>61)</sup>고 판시하고 있다.

## 3) 주물·종물 이론의 유추적용

「종물은 주물의 처분에 따른다」는 민법 제100조의 내용은 권리상호에도 유추 적용되고 있다. 즉, 「민법 제100조 제2항의 종물과 주물의 관계에 관한 법리는 물건 상호간의 관계뿐 아니라, 권리 상호간에도 적용되고, 위 규정에서의 처분은 처분행위에 의한 권리변동뿐 아니라, 주물의 권리관계가 압류와 같은 공법상의 처분 등에 의하여 생긴 경우에도 적용되어야 하는 점, 저당권의 효력이 종물에 대하여도 미친다는 민법 제358조 본문 규정은 같은 법 제100조 제2항과 이론적 기초를 같이하는 점, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 제1항, 제2항에 의하면 구분건물의 대지사용권은 전유부분과 종속적 일체불가분성이 인정되는 점 등에 비추어 볼 때, 구분건물의 전유부분에 대한 소유권보존등기만 경료되고 대지처분에 대한 등기가 경료되기 전에 전유부분만에 대해 내려진 가압류결정의 효력은, 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 종물 내지 종된 권리인 그 대지권에까지 미친다」<sup>62)</sup>고 판시하고 있다.

60) 대판 1995.3.10, 94므1379, 1386.

61) 대판 2007.4.12, 2004다51542.

또한, 「민법 제358조 본문은 “저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다”고 규정하고 있는바, 이 규정은 저당부동산에 종된 권리에도 유추적용되어 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권에도 미친다고 보아야 할 것」<sup>63)</sup>이라고 한다.

## 6. 명문규정 이외 요건의 추가

### 1) 불공정행위의 요건으로서 「편승의도」

민법 제104조는 「당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다」고 규정하고 있지만, 판례는 민법 제104조에 규정되어 있는 위의 요건(급부의 불균형 및 상대방의 공박·경솔·무경험) 이외에 「폭리행위자의 악의」를 요건으로 추가하여 요구하고 있다. 즉, 「민법 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고, 주관적으로 그와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것으로서, 약자적 지위에 있는 자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하려는 데 그 목적이 있고, 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 공박, 경솔, 무경험은 모두 구비되어야 하는 요건이 아니고 그 중 일부만 갖추어져도 충분한데, 여기에서 ‘공박’이라 함은 ‘급박한 곤궁’을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고, 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, 당사자가 공박의 상태에 있었는지 여부는 그의 신분과 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 상황을 종합하여 구체적으로 판단하여야 하며, 한편 피해 당사자가 공박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 그와 같은 피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다면 불공정 법률행위는 성립하지 않는다」<sup>64)</sup>고 판시하고 있다. 이와 같이 판례는 민법에 규정하고 있는 불공정행위의 성립요건 이외에 편승의도(폭리행위자의 악의)를 또

62) 대판 2006.10.26, 2006다29020.

63) 대판 1992.7.14, 92다527.

64) 대판 1996.11.12, 96다34061.

다른 요건으로서 추가하고 있는 것이다.<sup>65)</sup>

## 2) 채권양도금지 특약과 선의·무중과실의 제3자 보호

민법은 당사자가 채권양도를 금지하는 특약을 하였더라도 양도된 채권의 양수인이 선의이면 유효하게 그 채권을 취득하게 된다고 규정하고 있지만(민법 제449조 제2항 제2문), 판례에 의하면, 양도된 채권의 양수인이 선의일 것 이외에 중대한 과실이 없을 것도 요구하고 있다. 즉, 「민법 제449조 제2항이 채권양도 금지의 특약은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고만 규정하고 있어서 그 문언상 제3자의 과실의 유무를 문제 삼고 있지는 아니하지만, 제3자의 중대한 과실은 악의와 같이 취급되어야 하므로, 양도금지 특약의 존재를 알지 못하고 채권을 양수한 경우에 있어서 그 알지 못함에 중대한 과실이 있는 때에는 악의의 양수인과 같이 양도에 의한 채권을 취득할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다」<sup>66)</sup>고 판시하고 있다.<sup>67)</sup> 따라서 「채무자는 제3자가 채권자로부터 채권을 양수한 경우 채권양도금지 특약의 존재를 알고 있는 양수인이나 그 특약의 존재를 알지 못함에 중대한 과실이 있는 양수인에게 그 특약으로써 대항할 수 있다」<sup>68)</sup>고 한다. 그렇지만, 동일한 내용을 규정하고 있는 허위표시의 경우에 보호되는 선의의 제3자에 대하여는 「민법 제108조 제2항에 규정된 통정허위표시에 있어서의 제3자는 그 선의 여부가 문제이지 이에 관한 과실 유무를 따질 것이 아니」<sup>69)</sup>라고 한다.

## 3) 소멸시효의 원용권자 제한

앞에서 언급하였지만 소멸시효가 완성된 경우의 효과에 대하여 판례는 「당사자의 원용이 없어도 시효완성의 사실로서 채무는 당연히 소멸한다」고 판시하고 있지만, 소멸시효를 주장(원용)할 수 있는 원용권자를 제한하고 있다. 즉, 「소멸

65) 이러한 판례의 태도에 대한 비판적인 견해에 대하여는 이상욱, 합의금 약정의 불공정성 여부, 법률신문, 2678호(1998.3.), 14-15면 참조.

66) 대판 1996.6.28, 96다18281.

67) 위 판례의 태도에 대한 비판적인 견해에 대하여는 이상욱, 채권양도 금지 특약의 제3자에 대한 효력, 영남법학 제4권 1·2호(1998.02), 249-260면 참조.

68) 대판 2003.1.24, 2000다5336, 5343.

69) 대판 2006.3.10, 2002다1321.

시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 한정되는 바, 사해행위취소소송의 상대방이 된 사해행위의 수익자는, 사해행위가 취소되면 사해행위에 의하여 얻은 이익을 상실하고 사해행위취소권을 행사하는 채권자의 채권이 소멸하면 그와 같은 이익의 상실을 면하는 지위에 있으므로, 그 채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 해당하는 것으로 보아야 한다」고 판시하고 있지만<sup>70)</sup>, 「소멸시효가 완성된 경우 이를 주장할 수 있는 사람은 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람에 한정되므로, 채무자에 대한 일반 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있을 뿐 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다」고 판시하고 있으며<sup>71)</sup>, 「채권자가 채권자대위권을 행사하여 제3자에 대하여 하는 청구에 있어서, 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없으며, 채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 원칙적으로는 시효이익을 직접 받는 자뿐이고, 채권자대위소송의 제3채무자는 이를 행사할 수 없다」고 한다.<sup>72)</sup>

#### IV. 판례의 법창조적 기능의 한계

판례의 법창조적 기능은 무제한적으로 인정될 수 있는 것이라고 할 수 없다. 앞에서 지적하였듯이 잘못된 법해석 또는 충분한 논거를 제시하지 못한 법창조 내지 법형성 기능은 자의적인 해석론으로 전락하거나 법적 안정성을 해칠 우려도 제기될 수 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 특히, 판례의 법창조적 기능에 의하여 정립된 법리가 정당성을 부여받기 위해서는 전체 법질서의 지배적인 원리 내용, 즉 법질서의 일반원칙과 헌법적 가치질서 등과 조화될 필요가 있음은 다언을 요하지 않는다. 아래에서는 위에서 정리한 판례의 법창조적 기능에 의하여 정립된 법리나 제도가 아무런 문제가 없는지 다음과 같은 두 가지 관점에서 살펴보고자 한다.

70) 대판 2007.11.29, 2007다54849.

71) 대판 1997.12.26, 97다22676.

72) 대판 2009.9.10, 2009다34160.

## 1. 명문 규정 이외 요건의 추가

판례의 법창조적 기능은 성문법의 흠결을 보충하거나 규정된 내용이 지극히 추상적인 경우에 시의에 적절한 제도를 도입하거나 그 내용을 구체화 할 수 있다는 점에서 의의가 크다고 할 수 있다. 그런데 법률로서 규정된 내용이 명확하게 있음에도 불구하고, 해석론으로서 규정된 내용 이상의 요건을 요구하거나 임의로 그 의미를 다른 제도로 해석한다는 것은 입법권의 침해라고까지는 볼 수 없다고 하더라도 판례의 법창조적 기능을 유일한 것은 아닌지 신중한 검토를 요한다고 할 것이다.

판례의 법창조적 기능이라는 미명하에 명문 규정이 엄연히 존재함에도 불구하고 별도의 요건을 추가하는 등 문제가 있다고 판단되는 사례로서 다음과 같은 3가지 내용을 지적하고자 한다.

첫째, 민법 제104조와 관련된 판례의 법리이다. 즉, 판례에 의하면, 불공정행위가 성립되기 위한 요건으로서 민법 제104조에 규정된 사유 이외에 또 다른 요건으로서 폭리자의 편승의도를 추가한 것은 판례의 법창조적 기능의 한계를 일탈한 것은 아닐까? 더구나 불공정행위의 성립요건으로서 폭리자의 악의 내지 편승의도를 또 하나의 요건으로 요구함으로써 결과적으로 불공정행위의 성립요건을 강화하는 측면을 유발시키게 된 것은 불공정행위의 무효를 규정한 입법취지를 간과하고 있다는 점을 강조하지 않을 수 없다.

둘째, 판례에 의하면, 「연대하여 손해를 배상할 책임이 있다」는 민법의 명문 규정이 있음에도 불구하고 부진정연대채무라는 개념을 신설하여, 위 경우의 연대채무란 부진정연대채무를 의미하는 것으로 해석하고 있다. 그러나 어떠한 이유로 이를 부진정연대채무로 보아야 하는지 그 이론적 근거가 명백하지 않다. 다만, 현실상 공동연대적인 우리 민법상의 연대채무에서는 절대적 효력의 범위가 넓어 채권의 담보력이 약화되기 때문에 연대채무와는 별도로 부진정연대채무를 인정할 실익이 있다고 한다.<sup>73)</sup> 오로지 피해자의 두터운 보호라는 명분만으로, 별다른 이론적 근거도 제시하지 않으면서 명문 규정이 있음에도 불구하고 이를 배제하고 별도의 개념으로서 부진정연대채무라는 개념을 도입하는 것이 과연 타당한 것인지 의문을 제기하지 않을 수 없다. 사실 부진정연대채무의 개념은 독일법 및 프랑

73) 박윤직, 채권총론, 박영사(2003), 176면; 김용환, 채권법총론, 박영사(1983), 328면; 김주수, 채권총론, 삼영사(1999), 304면; 김상용, 채권총론, 법문사(2000), 317면.



스법에서 유래하는 역사적인 개념이다.<sup>74)</sup> 한 때 독일에서는 연대채무를 절대적 효력이 광범위하게 인정되어 강한 결합상태가 유지되는 「공동연대(Korrealität)」와 약한 결합상태가 인정되는 「단순연대(Solidarität)」의 2유형으로 구분하는 連帶債務二分論이 정설로 된 적이 있었지만, 이후 連帶債務二分論은 쇠퇴하게 된다. 현행 독일민법은 연대채무를 상대적 효력이 많은 「단순연대」형으로 통일하여 규정하게 되었지만, 학설은 공동불법행위에 의하여 수인이 동일한 급부의무를 부담하게 되는 채무와 같이 공동관계가 존재하지 않는 경우에는 민법상의 연대채무에 해당하지 않는다고 하여 이를 「부진정연대채무(unechte Gesamtschuld od. Solidarität)」로 구성하게 된 것이며, 이로써 새로운 連帶債務二分論이 등장하게 되었다.<sup>75)</sup>

이처럼 부진정연대채무는 독일민법이 「連帶債務二分論」에 쫓아 연대채무를 단순연대와 공동연대로 구별하여 규정하지 않고 단순연대적인 연대채무만 규정하는 방식을 취함에 따라, 연대채무에 흡수되지 않는 전액급부책임을 통일적으로 파악하기 위하여 제창된 개념으로서, 결국 「連帶債務二分論」에 근거를 둔 이론이라고 할 수 있다.<sup>76)</sup>

셋째, 채권양도금지특약은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하고 있지만(민법 제449조 제2항 제2문), 판례에 의하면, 양도된 채권의 양수인이 선의일 것 이외에 중대한 과실이 없을 것도 요구하고 있다. 이처럼 중대한 과실은 악의와 다루어도 무방하다는 논리는 타당한 것인지 신중한 검토가 필요하다고 본다. 왜냐하면, 과실은 주의의무를 다하지 못한 것인데 반하여, 선의·악의는 어떤 사정을 알고 있거나 알지 못하는 것으로서, 법률사실의 분류에 의하면, 내심적 의식인 내부적 용태(관념적 용태)에 속하기 때문이다.

끝으로, 소멸시효 완성의 효과로서 절대적 소멸설을 취한다는 것은 시효 원용 여부에 관계없이 모두에게 소멸시효의 효과가 발생한다는 의미로 이해될 수 있다. 그렇다면 소멸시효 완성의 효과를 주장할 수 있는 시효 원용권자를 일정한 범주에 속하는 자들로 제한하는 것은 과연 타당한 것인지, 그 논거는 어떠한 법리로서 설명할 수 있을 것인지도 면밀한 검토가 필요하다고 본다.

74) 淡路剛久, 連帶債務の研究, 弘文堂(1987), 167頁.

75) 近江幸治, 民法講義IV(債權法總論), 弘文堂(1994), 199頁.

76) 김대정, 채권총론, 피데스(2006), 737면.

## 2. 무비판적인 일본 판례의 수용

판례의 법창조적 기능의 한계를 논하면서 앞에서 문제가 있는 것으로 지적된 판례는 사실상 일본 판례의 법리를 수용한 것으로 파악된다. 즉, 불공정행위의 요건으로서 폭리자의 편승의도를 요구하고 있다는 점, 연대채무를 부진정연대채무로 해석한다는 점, 채권양도금지특약에 대항할 수 있는 제3자에게 선의·무중과실을 요구하고 있다는 점, 시효원용권자를 제한한다는 점 등은 모두 일본 판례 내지의 법리와 궤를 같이하고 있다는 것이다.

그런데 일본 민법에는 우리 민법 제104조에 해당하는 폭리행위 조항이 존재하지 않는다. 따라서 해석상 타인의 공박·경솔·무경험 등을 편승하여 부당하게 이익을 얻는 행위는 무효라고 한다.<sup>77)</sup> 즉, 민법에 명문 규정이 없는 불공정행위에 대하여 무효를 인정하기 위해서는 요건의 엄격성이 요구될 것으로 사료된다.

또한 부진정연대채무를 인정하게 된 배경을 살펴보면, 연대채무의 성립에는 「공동목적」이 요구된다는, 지금은 폐기된 독일의 이론을 토대로 일본이 공동불법행위 등에 까지 무분별하게 확장하여 정립한 일본 판례와 학설을 무비판적으로 답습한 것으로 사료된다. 일본의 경우, 독일민법 이론과 학설이 계수되면서 독일류의 절대적 효력이 거의 인정되지 않는 부진정연대채무개념이 도입되었지만,<sup>78)</sup> 현재 일본에는 부진정연대채무개념이라는 적극적인 내용을 지지하지 않고, 연대채무에 대한 민법규정이 적용되지 않는 것이 타당하다고 할 수 있는 각종 다양한 경우를 총칭하는 것으로 해석하여 부진정연대채무 개념을 부정하는 견해도 유력한 듯하다.<sup>79)</sup>

뿐만 아니라, 채권양도금지 특약에 대한 제3자 보호에 관하여, 선의의 제3자에게 중대한 과실이 있다면 보호될 수 없다는 내용도 일본의 판례 법리를 수용한 것으로 보인다.<sup>80)</sup>

끝으로, 일본 민법 제145조에 의하면, 「시효는 당사자가 원용하지 않으면 법원이 그에 의하여 재판할 수 없다」고 명문으로 규정하고 있으므로 시효 원용권자

77) 四宮和夫/能見善久, 民法總則, 弘文堂(2000), 233頁 ; 近江幸治, 民法講義 I(民法總則), 成文堂(2003), 154頁.

78) 潮見佳男, 債權總論, 信山社(2007), 570頁.

79) 平野裕之, 債權總論, 信山社(2005), 407頁.

80) 日本 最判 1973.7.19. 民集27.7.823.

의 범위가 문제될 수 있다. 그러한 그와 같은 명문 규정이 없는 우리나라에서도 시효 원용권자의 범위가 문제될 여지가 있는 것인지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

## V. 결

성문법의 흠결은 피할 수 없는 현실이지만, 판례의 법창조적 기능은 모호한 법규정에 대하여 합리적인 해석론을 제시하거나, 추상적인 법률 규정을 구체화하는 작업을 하며, 흠결된 법률의 해석론적인 보완 등으로 제한되어야 할 것으로 본다.

따라서 이미 법률로서 민법전 등에 명문으로 그 내용을 명확하게 규정하고 있다면, 그 내용의 해석과 적용이 판례의 중요한 역할이 될 것이고, 그 범주를 초월하여 규정의 내용 이외에 성립 요건 등을 추가하여 요구하는 것은 판례의 법창조적 기능을 넘어선다는 점을 간과하여서는 안 될 것이다.

더구나 그 내용이 우리나라의 법제 내용과 상이함을 간과하고, 일본의 판례 법리를 무비판적으로 수용한 것이라면 더욱 더 재고의 여지가 있다고 할 것이다. 요컨대, 판례의 법창조적 기능은 법률의 흠결에 대한 보완으로서의 역할을 하는 것으로 제한됨이 타당한 것이 아닐는지, 신중하게 검토를 요한다는 문제점을 지적하며 끝을 맺고자 한다.

주제어 : 판례, 판례의 법형성, 판례의 법창조, 법의 흠결, 판례의 법원성

## 참 고 문 헌

- 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2003.
- 곽윤직 편, 민사판례연구 I, 박영사, 1979.
- 김대정, 채권총론, 피데스, 2006.
- 김상용, 채권총론, 법문사, 2000.
- 김영환 역, 방법론적인 문제로서 법관의 법형성(칼 라렌츠), 법학논총(한양대) 제 25집 제1호, 2008.
- 김용한, 채권법총론, 박영사, 1983.
- 김주수, 채권총론, 삼영사, 1999.
- 김하늘, 가. 아파트 단지 인근에 쓰레기 매립장 건설계획이 예정되어 있다는 사실 이 분양회사가 분양계약자들에게 신의칙상 고지하여야 할 사항인지 여부, 나. 도시계획시설결정의 선행처분인 폐기물처리시설 설치계획승인처, 대 법원 판례해설 제63호(2006 하반기), 2007.7.
- 김학태, 법률해석의 한계, 외법논집 제22집, 2006.5.
- 김형배, 판례의 법형성적 기능, 현대민법론(薛庵 李光信博士 華甲記念), 고시원, 1982.
- 김형배, 채권각론, 박영사, 2001.
- 남효순, 나뭇레옹법전(프랑스민법전)의 제정에 관한 연구, 법학 제35권 1호, 1994.
- 류지태, 판례법의 한계, 고려법학 제46호, 2006.4.
- Jean-Etienne-Marie Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code Civil, 양창수 역, 민법전서설, 박영사, 2003.
- 양창수, 독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절, 민법연구 제4권, 박영사, 1997.
- 이광범, 『판례』의 의미와 구속력에 관한 소고, 판례실무연구 VI, 2003.8.
- 이상욱, 중국계약법전, 영남대학교 출판부, 2005.
- , 중국의 채무불이행 유형론, 영남법학 제31호, 2010.10.
- , 합의금 약정의 불공정성 여부, 법률신문 2678호, 1998.3.
- , 채권양도 금지 특약의 제3자에 대한 효력, 영남법학 제4권 1·2호, 1998.2.
- 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007.
- 최봉경, 민법에서의 유추와 해석, 법철학연구 제12권 제2호, 2009.
- 하경효, 대리권 남용시의 대리효과 부인의 근거와 요건, 한국민법이론의 발전(I), 박영사, 1999.

- 홍일표, 판례의 형성과 구속력의 범위, 일감법학 제12권 하반기, 2007.8.
- Diter Leibold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen 3., neubearbeitete Auflage, 円谷 峻譯, ドイツ民法總論, 成文堂, 2008.
- 笹倉秀夫, 法解釋講義, 東京大學出版會, 2009.
- 中野次雄 編, 判例とその讀み方, 有斐閣, 2002.
- 司法協會, 朝鮮高等法院判例要旨類集, 1937.
- 森山千滿喜, 賣渡擔保及び讓渡擔保と刑法上の問題について, 司法協會雜誌 제17권 제6호·제7호, 1935.6.7.
- 淡路剛久, 連帶債務の研究, 弘文堂, 1987.
- 近江幸治, 民法講義IV(債權法總論), 弘文堂, 1994.
- 潮見佳男, 債權總論, 信山社, 2007.
- 平野裕之, 債權總論, 信山社, 2005.
- 四宮和夫·能見善久, 民法總則, 弘文堂, 2000.
- 近江幸治, 民法講義 I (民法總則), 成文堂, 2003.
- Jacques Ghestin/Gilles Goubeaux/Muriel Fabre-Magnan, Traité de Droit Civil(Introduction Générale), L.G.D.J., 1994.
- Jean-Michel Poughon, Le Code Civil, P.U.D.F., 1992.
- Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1975.
- G. Robbers, Einführung in des deutsche Recht, 3. Aufl., 2002.

[Abstract]

## Creative Function and the Limitation of Judicial Precedents

- Focused on Korean Civil Cases -

Lee, Sang-Wook

Professor, Law School of Yeungnam University

When there are no rules are provided for the particular cases in the law, or law lapses into silence at that time, it can be defined as there are deficiencies in the law.

There could be three grounds for the causes of the deficiencies of statute law ; (1) Leaving the rules not be provided intentionally up to the constructionists. (2) Unpredicted situations arose during the legislation step. (3) The incompleteness of legislation skills.

These deficiencies of law can be complemented by Judicial Precedents. This is the creative function of Judicial Precedents. The concrete types can be listed as follows.

1. Founding the general legal principles without substantive enactments.
2. Law creation can be appropriate for the social reality.
3. Giving shape into the abstract legal rules.
4. The effective modification of legal provisions.
5. The supplementation of applications by inference.
6. The addition of requirements besides substantive enactments.

However, the creative function of precedents cannot be approved without restrictions. At least it not reasonable that the precedents' requirements be added randomly besides the regulations provided by civil code. Moreover, if the contents are imitation of precedents of Japan, they are must be avoided with more attention.

Key words : judicial precedent, ratio decidendi, korean civil case, creative function of precedents