

친생부인의 소에 관한 민법 규정의 해석

-대법원 2014. 12. 11. 선고 2013므4591 판결에 관한 분석-

Interpretation of Civil Law Clauses on Denial of Paternity Action

박 설 아*
Park, Sirl-A

목 차

- | | |
|---------------|--------------|
| I. 서 론 | IV. 대상판결의 분석 |
| II. 사안의 개요 | V. 결 론 |
| III. 법률해석 일반론 | |

이 글은 친생부인의 소에 있어서 원고적격과 제소기간에 관하여 규정한 민법 제846조, 847조 및 제851조의 해석 문제를 다룬 대법원 2014년 12월 11일 선고 2013므4591 판결의 평석을 목적으로 한다. 우리 대법원은 법률해석의 목적과 방법에 관하여, 법해석은 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 방향으로 이루어짐을 목적으로 하고 이를 위하여 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하되, 법률의 입법 취지와 목적, 개정연혁, 법질서 전체와의 조화 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써 타당성 있는 법 해석의 요청에 부응하여야 한다고 요구하고 있다. 대상판결에서도 이와 같은 원칙을 기본으로 하여 민법 제846조 및 제847조에서 정하고 있는 친생부인의 소의 원고적격인 ‘처’의 의미를 밝히는 것을 최대 쟁점으로 하고 있다. 대상판결에서 주목해야 할 것은 문언의 통상적인 의미에 따른다면 ‘처’의 범위에 ‘재혼한 처’가 포함될 수 있을 것인데도 제846조와 제847조의 개정 이유, 다른 조항과의 관계, 친생부인제도의 취지 등을 고려하여 친생부인의 소에서 원고적격이 되는 ‘처’의 의미를 ‘자의 생모’로 제한하고 있다는 점이다. 대법원의 이와 같은 입장은 문언의 통상적인 의미에도 불구하고 법의 흠결이 있는 경우에는 문언의 의미를 제한하는 해석이 가능하다는 점에서 볼 때 타당하다.

투고일 : 2015. 8. 31. / 심사일 : 2015. 10. 1. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.

* 법제처 사무관, 변호사

Attorney at Law, Ministry of Government Legislation

한편, 대상판결에서 논의의 여지가 있는 부분은 이 사건에 제851조를 적용하기 위해서는 제851조를 적용하기 위한 요건 즉, “부 또는 처가 제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때”라는 요건을 갖추었는지를 확인하였어야 함에도 불구하고 대법원은 이에 대한 확인 없이 제851조가 적용됨을 전제로 하여 원고의 제척기간 준수 여부만을 판단하였다는 점이다. 이 부분을 판단해 보면 사안의 경우 친생부인권이 있는 부가 사망 전에 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망한 경우에도 제851조의 적용이 가능한지가 문제된다. 이와 관련하여, 부가 친생부인의 소의 제척기간이 경과하기 전에 사망하였다면 그 직계비속 또는 직계존속으로 하여금 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 한 제851조의 취지에 비추어 볼 때, 부가 사망 전에 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망한 경우에도 그 부는 친생부인의 기회를 포기하거나 과실로 경과한 것이 아니라고 보아 부의 직계비속이나 직계존속은 제851조에 따라 친생부인의 소를 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다. 다만, 대법원이 제척기간의 준수 여부를 판단하기 전에 제851조의 적용요건이 충족되는지 여부를 명시적으로 적시하였다면, 이것은 제851조 적용요건의 의미를 분명히 하는 차원에서 볼 때도 바람직한 작업이었을 것이다.

[주제어] 친생부인의 소, 원고적격, 제척기간, 법률의 해석, 법률의 흠결, 유추

I. 서 론

민법학계에서는 주로 법률행위의 해석에 대한 논의가 활발하고 법률해석에 대한 논의는 이에 대하여 적은 편이며, 법률행위의 해석과 법률의 해석을 구분하여 논의하고 있다.¹⁾

- 1) 법률의 해석과 계약의 해석 간의 관계에 대하여 Larenz · Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, Springer, 1995, pp. 167-168에 따르면, 두 경우의 해석이 동일한 해석에 따른다는 견해도 있지만, 그러한 주장은 옳지 않다고 하면서, 그 근거로 법률의 해석에 있어서는 양 당사자 간 즉 규범수여자(Normgeber)와 수범자(Normadressat) 간의 이해(Verständnis) 및 이해가능성(Verständnismöglichkeit)은 문제되지 않고 오히려 규범수여자의 언어용례(Sprachgebrauch)가 문제되며, 그때그때마다의 수범자가 그 규범을 어떻게 이해했고 이해했어야 하는지는 문제되지 않는다는 것과 법윤리적 원칙, “사물의 본성(Natur der Sache)” 등은 법률행위에 해석에 있어서는 아무런 역할을 하지 않거나 부차적인 역할만을 한다는 것을 들고 있다. 이와 관련하여, 국내에서는 법률해석과 법률행위의 해석이 예외없이 학설로서 별도로 설명되어 왔으면서도 양 해석이 한국민법학에서 의외로 착종(錯綜)되어 있다는 인상을 준다고 하면서 법률해석과 법률행위의 해석의 공통점과 상이점에 대하여 전반적으로 분석하고 있는 글로는 김진우, “法律解釋과 法律行為解釋의 관계”, 인권과 정의 제302호, 대한변호사협회, 2001. 10. 참조. 한편, 법률의 해석에 있어 법률의 문언이 해석의 기초가 된다는 점에서 계약의 해석과 마찬가지로, 계약의 해석에서는 당사자의 주관적 의도가 매우 중요한데 비하여 법률의 해석에서는 입법자의 주관적 의도가 아니라, 객관적인 자료에 드러난 입법취지나 법률의 목적이 중요한 의미를 갖는다는 견해로는 김재형, “황금들녘의 아름다움: 법해석의 한 단면”, 법학평론 제1권, 서울대학교 출판문화원, 2010. 9, 234쪽 참조.

법률행위의 해석이 특히 민법의 영역에서 주목을 받는 것은 민법의 주된 계류를 이루는 계약법과 관련하여 계약의 해석이 계약내용의 이행과 이에 관련된 문제를 해결하는데 있어 대전제가 되기 때문으로 이해할 수 있으나, 민법의 영역에서도 법률의 해석은 법률 적용의 전제가 되는 것으로서 구체적인 문제를 해결함에 있어 중요한 이슈이지 않을 수 없다. 법원에서는 특정 법률조항의 해석에 관하여 원심 법원과 대법원의 판결이 정반대의 결론을 이끌어 내거나, 기존 대법원의 입장과 다른 내용의 대법원 판결 또는 결정 등이 이루어지거나 어떤 경우에는 같은 사건에 대하여 대법원 내에서도 팽팽한 의견대립을 보이는 경우가 종종 발생하는데,²⁾ 이러한 사례들은 법률의 해석이 법원에서도 녹록치 않은 작업임을 방증하는 것이기도 하다. 최근에도 친생부인의 소에 관한 민법규정에 대하여 문언과 다른 해석을 한 것으로 볼 수 있는 대법원 판결이 있었는데, 이 판결에서는 민법³⁾ 제846조 및 제847조 제1항에서 정한 친생부인의 소의 원고적격의 범위와 제851조에서의 제척기간의 준수 여부가 주된 쟁점이 되었다. 특히, 이 사건의 원고는 친생부인의 대상이 되는 자녀의 생모가 아니라 친생부인이 주장되는 대상자의 법률상 부와 재혼한 처(이하 ‘재혼한 처’라 한다)였는데, 2005년 민법 개정을 통하여 제847조에 친생부인의 소를 제기할 수 있는 사람으로 추가된 ‘처(妻)’에 재혼한 처도 포함되는지 여부에 대하여 원심 법원과 대법원 간에 완전히 다른 결론이 도출됨으로써 이 부분이 최대 쟁점이 되었다. 다른 한편으로 제851조에서 정한 제소기간의 준수 여부가 쟁점이 되었는데 이와 관련하여 특기할 만한 것은 제847조의 제소기간이 개정되었으나 민법 제851조에서 이 조의 적용요건이 되는 부분 중 “제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때”라는 문언은 개정되지 않은 것과 관련하여 해당 사건의 원고들이 이 적용요건을 갖추었는지를 확인하였어야 할 것임에도 대법원 판결에서는 이 부분에 대한 판단이 보이지 않고 다만, 이

2) 대표적인 판례로는 임대주택의 분양전환시 우선분양권을 갖는 구 임대주택법 제15조 제1항에 정한 ‘임차인’에 ‘실질적 의미의 임차인’도 포함되는지에 관한 대법원 2009. 4. 23 선고 2006다81035 판결, 피상속인의 유체·유골이 민법 제1008조의 3에서 정한 제사용 재산인 분묘와 함께 제사주제자에게 승계되는지 여부에 관한 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 판결, 어음법 제75조에서 어음의 요건으로 ‘발행지의 기재’를 요구하고 있음에도 불구하고, 어음면에 발행지의 기재가 없다고 하더라도 그 어음면에 기재된 지급지와 지급장소, 발행인과 수취인, 지급할 어음금액을 표시하는 화폐, 어음문구를 표기한 문자, 어음교환소의 명칭 등에 의하여 그 어음이 국내에서 어음상의 효과를 발생시키기 위하여 발행된 것으로 여겨지는 경우에는 발행지를 백지로 발행한 것인지 여부에 불구하고 국내어음으로 추단할 수 있다고 한 대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 판결, 호적법 제120조에 따른 호적 정정 사유에 성전환자에 대한 호적상 성별 기재의 정정도 포함된다고 해석한 대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 결정 등이 있다.

3) 이하 본문에서 민법규정을 인용할 경우에는 법명을 생략하기로 한다.

사건 원고가 제851조의 제척기간을 준수하였는지 여부만 판단하고 있다는 것이다.

이와 같은 쟁점들은 결국 관련 조항인 제846, 제847조 및 제851조의 문언을 어떻게 해석하여야 하느냐 즉 법률해석의 문제라고 할 수 있는바, 이 글에서는 위 대법원판결의 사실관계에 비추어 법률의 해석에 관한 논의를 검토해 봄으로써 법률해석의 일반적 의의와 방법 및 구체적으로 친생부인의 소에 있어서 원고적격과 제소기간에 관한 법률적 해석방법과 아울러 대법원판결의 타당성을 살펴보도록 한다.

Ⅱ. 사안의 개요

1. 사실관계⁴⁾

1.1 갑(이하 ‘망인’이라 한다)과 을은 1943년 6월⁵⁾에 혼인신고를 마친 법률상 부부였고, 원고 2⁶⁾는 1945년 7월에 출생하여 가족관계등록부상 망인과 을 사이의 자녀로 기재되어 있다.

1.2 피고는 1953년 11월에 출생하였는데, 그 출생신고는 1955년 4월에 이루어졌고, 그 출생신고의 기재에 따라 피고의 가족관계등록부에 “부”로 망인이, “모”로 을이 각각 기재되었다.

1.3 망인은 1955년 6월 을과 협의이혼신고를 하고, 1956년 6월 원고 1과 혼인신고를 하였다.

1.4 망인은 2006년 10월에 사망하였다.

1.5 망인이 사망한 이후 망인의 상속재산에 관하여 원고 1과 피고 사이에 분쟁이

4) 이 사건의 사실관계는 제2심 판결(수원지방법원 2013. 9. 5. 선고 2013르916 판결)의 판결이유 부분에 드러난 내용을 정리한 것이다.

5) 이 글이 학술연구의 차원에서 작성된 것이기는 하나, 개인정보를 보호하는 차원에서 구체적인 출생일, 사망일이나 혼인·이혼 신고일 등의 정보는 필요한 정도까지만 밝히기로 한다.

6) 이 사건의 대법원판결문에 기재되어 있는 원고의 순서에 따라 원고 1이 아닌 원고 2로 표기하였다.

발생하였고⁷⁾ 원고 1은 2010년 10월 29일 피고가 망인의 친생자가 아니라는 이유로 친생자관계 부존재확인의 소(이하 ‘앞의 소송’이라 한다)를 제기하였다.

1.6 앞의 소송과정에서 2011년 4월 25일 원고 2의 친부는 망인이 맞고, 피고의 친부는 망인이 아니라 제3자라는 내용의 유전자 감정결과가 나왔다.

1.7 앞의 소송에서 제1, 2심 판결에서는 “망인과 피고 사이의 친생자관계가 존재하지 아니함을 확인한다”는 내용으로 원고 1의 승소판결이 선고되었으나, 2012년 10월 11일 대법원에서 “피고에 대하여 친생추정이 미치므로 피고에 대하여 친생자관계 부존재확인의 소가 아니라 친생부인의 소에 의하여야 한다”는 이유로 “제1심 판결을 취소하고, 소를 각하한다”는 내용으로 원고 1의 패소판결이 선고되었다.

1.8 원고들은 위 대법원 판결에 따라 2012년 10월 22일 다시 이 사건 친생부인의 소를 제기하였다.

2. 소송경과

이 사건에 대하여 제1심 판결⁸⁾에서는 원고 1의 원고적격과 관련하여 민법 제847조 제1항에 따른 원고적격을 갖추지 아니하였다는 이유로, 원고 2와 관련하여 민법 제851조의 제척기간을 준수하지 아니하였다는 이유로 이 사건 소를 각하하였고, 원고 1, 2의 항소로 제2심 판결에서는 제1심 판결 중 원고 1에 관한 부분을 취소하여 피고가 망인의 친생자임을 부인하고, 원고 2의 항소를 기각하였다. 이에 원고 2와 피고가 상고하였고, 대법원⁹⁾에서는 원심판결 중 원고 1에 대한 부분을 파기하고 원고 1의 항소를 기각하였으며, 원고 2의 상고를 기각하였다.

7) 피고가 망인의 상속재산에 관하여 원고 1을 상대로 공유물분할의 소를 제기하자, 원고 1은 2009. 9.

7. 피고에게 피고는 을의 외도로 인한 제3자의 자식이고 망인의 친생자가 아님에도 망인이 피고를 불쌍히 여겨 망인의 호적에 올려 키웠다는 내용이 포함된 통고서를 보냈다.

8) 수원지방법원 2013. 2. 6. 선고 2012드단18813 판결.

9) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013므4591 판결.

3. 이 사건의 쟁점

이 사건에서는, (1) 원고 1과 관련하여, 망인의 재혼한 처인 원고 1이 제847조 제1항에 따라 친생부인의 소를 제기할 수 있는 ‘처’에 해당하는지 여부, (2) 원고 1과 망인의 직계비속인 원고 2가 제847조 제1항 및 제851조에 따른 제척기간을 준수하였는지 여부가 쟁점이 되었다. 이에 대하여 관련규정 및 제1심 판결과 제2심 판결의 판결내용을 정리하면 아래 표와 같다.

〈표 1〉 민법상 관련 규정

제844조 (부의 친생자의 추정)	① 처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다. ② 혼인성립의 날로부터 2백일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 3백일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다. ¹⁰⁾
제846조 (자의 친생부인)	부부의 일방은 제844조의 경우에 그 자가 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다.
제847조 (친생부인의 소)	① 친생부인(親生否認)의 소(訴)는 부(夫) 또는 처(妻)가 다른 일방 또는 자(子)를 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 이를 제기하여야 한다. ② 제1항의 경우에 상대방이 될 자가 모두 사망한 때에는 그 사망을 안 날부터 2년 내에 검사를 상대로 하여 친생부인의 소를 제기할 수 있다.
제851조 (부의 자 출생 전 사망 등과 친생부인)	부(夫)가 자(子)의 출생 전에 사망하거나 부(夫) 또는 처(妻)가 제847조제1항의 기간 내에 사망한 때에는 부(夫) 또는 처(妻)의 직계비속이나 직계비속에 한하여 그 사망을 안 날부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있다.

〈표 2〉 판결요약

	제1심 판결	제2심 판결
쟁점 (1)	제844조 제1항, 제846조, 제847조 제1항의 규정을 종합하면, 제847조 제1항에 기한 친생부인의 소는 친생추정의 대상자인 부와 친생추정의 대상자인 자를 낳은 처 즉, 자의 생모만이 원고적격을 가지므로 원고 1은 원고적격을 가지지 아니한다.	문리적 해석, 관련규정에서 친생부인의 소의 원고적격을 제한적으로 규정한 취지, 관련규정의 개정연혁, 친생부인의 소의 원고적격을 지나치게 제한할 경우의 역기능 등을 고려할 때, 관련규정에서 친생부인의 소의 원고적격자로 규정한 “부 또는 처”에 “재혼한 처”도 포함된다고 해석함이 타당하다.
쟁점 (2)	원고 2와 관련하여, 망인은 2006. 10. 19. 사망하였고, 원고 2는 2012. 10. 22. 이 사건 소를 제기하였는 바, 이 사건 소는 원고 2가 망인의 사망을 안 날부터 2년이 경과한 후에 제기된 것이므로 제척기간을 준수하지 아니하였다. ¹¹⁾	원고 1과 관련하여, 원고 1이 2010. 10. 29. 피고를 상대로 친생자관계 부존재확인인 소를 제기할 당시 피고에 대하여 친생부인의 소를 제기할 사유가 있다는 사실을 알았다고 봄이 타당하고 ¹²⁾ 원고 1은 2012. 10. 22. 이 사건 소를 제기하였으므로 제척기간이 도과하지 아니하였다. ¹³⁾ 원고 2가 제851조의 제척기간 ¹⁴⁾ 을 준수하였는지와 관련하여, 원고 2의 이 사건 소는 망인의 사망을 안 날로부터 2년이 경과한 후에 제기되었으므로 제척기간을 도과하였다.

10) 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 결정에 따르면, 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다고 하였고, 위 법률조항 부분은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다고 하였다.

4. 대법원 판결의 요지(대법원 2014년 12월 11일 선고 2013므4591 판결)

4.1 원고 1이 친생부인의 소의 원고적격을 가지는지 여부¹⁵⁾

4.1.1 법해석의 방법과 한계

이 사건에 대하여 대법원은 우선 법해석의 방법과 한계에 관한 원칙을 밝히고 있는데, “법 해석은 어디까지나 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 방향으로 이루어져야 한다. 이를 위해서는 가능한 한 원칙적으로 법률에 사용된 문언의

- 11) 한편, 망인이 사망한 이후 피고가 망인의 친생자가 아님을 알게 된 것이므로, 민법 제851조의 제척기간이 적용되지 않는다고 한 원고 2의 주장에 대하여, 제1심 법원은 친생부인의 소의 경우 청구권자를 엄격히 제한하고 비교적 짧은 제척기간을 둔 점 등을 참작하면 원고 2의 주장과 같이 해석할 수 없으므로 원고 2의 주장을 받아들이지 아니한다고 하였다.
- 12) 원고 1이 피고에게 2009. 9. 7. 피고는 망인의 친생자가 아니라는 내용의 통고서를 보낸 것과 관련하여 이 날짜가 제척기간의 기산점이 아닌지가 문제되었으나, 제2심 판결에 따르면 i) 원고 1은 자신이 피고를 양육하였음에도 피고가 망인의 상속재산에 관하여 원고 1을 상대로 소를 제기하자 이에 화가 나서 그동안 피고의 생모의 불륜을 의심하여왔던 것을 진실인 것처럼 기재한 것일 뿐, 당시에 실제로 피고가 망인의 친생자가 아님을 원고 1이 알았던 것은 아니라고 주장하였던 점, ii) 실제로 원고 1과 피고 사이에 상속과 관련한 분쟁이 있었던 점, iii) 통고서의 논조로 보아 원고 1이 매우 화가 나서 위 통고서를 작성한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 위 통고서 내용이나 피고가 제출한 다른 증거만으로는 위 날짜에 원고 1이 확정적으로 피고에 대하여 친생부인의 소를 제기할 사유가 있다는 사실을 알았다는 점을 인정하기에 부족하다고 보았다.
- 13) 제2심 법원은 원고 1이 친생부인의 소의 원고적격이 있음을 전제로 하여 원고 1의 제척기간 준수여부를 판단하였지만, 대법원에서는 원고 1에게 원고적격이 없다고 보았으므로 원고 1의 제척기간 준수 여부에 대한 판단을 하지 아니하였다. 따라서 대법원에 대한 평석을 목적으로 하는 본문에서는 원고 1의 제척기간 준수여부는 연구대상으로 삼지 아니하기로 한다. 다만, 친생부인의 소의 기산점이 되는 “그 사유가 있음을 안 날”의 의미와 관련하여 2005년의 개정민법이 절대기간 없는 상대기간을 규정하는 방식을 취함으로써 부가 친생부인의 소 제기일부터 역산하여 2년 이내의 임의의 날을 지정하여 그 때에 친생부인의 사유가 있음을 알게 되었다고 주장함으로써 사실상 친생부인 기간의 제한을 무의미하게 만들 우려가 있게 되었다고 하면서 독일에서의 ‘의심의 계기’ 요건의 도입필요성을 검토하고 있는 글로는 권재문, “친생부인기간의 기산점의 의미”, 인권과 정의 제396호, 대한변호사협회, 2009. 8. 참조.
- 14) “부 또는 처가 제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때에는 부 또는 처의 직계존속이나 직계비속에 한하여 그 사망을 안 날부터 2년 내”라는 민법 제851조의 제척기간과 관련하여, 제2심 판결은 친생부인의 소의 제척기간에 관하여 헌법불합치 결정 이후 민법 제847조의 제척기간이 “그 사유가 있음을 안 날로부터 2년”으로 개정되었음에 반해 이 부분은 여전히 개정되지 않고 그대로인데, 민법 제851조는 보충적인 원고적격에 관한 규정으로 민법 제847조와 차이점이 있긴 하나, 친생부인의 소의 원고적격이나 제척기간을 지나치게 제한적으로 규정함으로써 인한 역기능을 고려하면, 이 부분도 민법 제847조와 같이 “그 사유가 있음을 안 날로부터 2년”으로 개정함이 바람직한 것으로 보인다고 하였다.
- 15) 피고는 상고이유로, 민법 제847조 제1항의 “처”는 자의 생모만을 의미하므로 원고 1에게는 원고적격이 없다고 주장하였다.

통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 타당성 있는 법 해석의 요청에 부응하여야 한다.”고 하였다.

4.1.2 민법 제847조 제1항에서의 ‘처’에 ‘재혼한 처’가 포함되는지 여부

위와 같은 해석방법에 따라 대법원은 민법상의 다른 조항과의 관계를 살펴, “민법 제846조에서의 ‘부부의 일방’은 제844조의 경우에 해당하는 ‘부부의 일방’, 즉 제844조 제1항에서의 ‘부’와 ‘자를 혼인 중에 포태한 처’를 가리키고, 그렇다면 이 경우의 처는 ‘자의 생모’를 의미하며, 제847조 제1항에서의 ‘처’도 제846조에 규정된 ‘부부의 일방’으로서의 처’를 의미한다고 해석되므로, 결국 친생부인의 소를 제기할 수 있는 처는 자의 생모를 의미한다”고 하였다.

또한, 친생부인의 소의 취지와 2005년 당시 제847조 제1항이 개정된 이유를 살펴, “우리 민법은 부자관계를 결정함에 있어 ‘가정의 평화’ 또는 ‘자의 복리’를 위하여 혼인 중 출생자를 부의 친생자로 강하게 추정하면서도, ‘혈연진실주의’를 채택하여 일정한 경우에 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있도록 하고 있다. 구 민법 당시에는 부(夫)만 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 규정하였으나, 위 민법 개정으로 부 외에 처도 친생부인의 소를 제기할 수 있게 되었는데, 개정 이유는 부만 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 하는 것은 혈연진실주의 및 부부평등의 이념에 부합되지 아니한다는 취지에서였다. 즉 부부가 이혼하여 처가 자의 생부와 혼인한 경우, 부부가 화해의 전망 없이 상당한 기간 별거하고 있는 경우, 부가 친생부인은 하지 않은 채 단지 보복적 감정에서 자를 학대하는 경우 등에는 생모도 친생부인을 할 수 있도록 하는 것이 주된 개정 이유였다. 이러한 개정 이유에 비추어 보아도 친생부인의 소를 제기할 수 있는 ‘처’는 ‘자의 생모’만을 의미하는 것이 옳다”고 하였다.

4.2 원고 2가 제척기간을 준수하였는지 여부

대법원은 이에 대하여 “민법 제851조, 제847조 제1항 등 관련 규정에 의하면, 친생부인이 주장되는 대상자의 부의 직계비속은 부의 사망을 안 날부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기하여야 한다”고 하였다.

Ⅲ. 법률해석 일반론

1. 문제의 제기

우선, 친생부인의 소의 원고적격과 관련하여 법률해석의 출발점으로서 해당 규정의 문언을 살펴보면, 친생부인의 소는 “부부의 일방”이 제기할 수 있고(제846조), “부(夫) 또는 처(妻)”가 다른 일방 또는 자를 상대로 하여 제기할 수 있다(제847조 제1항). 여기에서 문언만을 보면, 이 사건에서 망인과 1956년 6월에 혼인신고를 하여 망인이 사망할 때까지 부부생활을 한 원고 1이 망인의 처에 해당함은 자명하다.¹⁶⁾ 그럼에도 대법원은 해당조항의 입법취지와 입법연혁을 살펴 ‘처’의 의미를 제한하여 친생부인의 대상이 되는 자의 생모만 이에 해당할 뿐 ‘재혼한 처’는 해당하지 않는다고 하였다. 그렇다면 이와 같은 제한은 타당한 것인가? 문언에 따른 해석은 어떠한 경우에 제한가능하며 그 한계는 무엇인가?

둘째로, 2005년 개정 당시 친생부인의 소의 원고적격의 범위와 제척기간의 기산점을 개정할 때, 부가 사망한 경우의 친생부인에 관한 제851조의 내용을 제847조의 개정에 맞추어 부와 처가 사망한 경우로 개정하면서였다. 하지만, 제851조 적용의 전제가 되는 “제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때” 부분을 개정하지 않고 그대로 둠으로써 이 부분의 의미를 개정 전에는 ‘그 출생을 안 날로부터 1년 내의 기간에 사망한 때’로 볼 수 있었던 것이 개정 후에는 ‘친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 사망한 때’로 볼 수 있게 되었다. 그럼에도 이 사건의 대법원 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)의 판결문에서는 이 부분에 대한 판단 없이 원고 2의 상고¹⁷⁾에 대하여 그의 소가 망인의 사망을 안 날부터 2년 내에 제기된 것이 아니라는 이유로 그의 소를 부적법하다고 보아 원고 2의 상고를 기각하였다. 그렇다면, 제851조에서 “제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때”라는 부분은 어떻게 이해되어야 하는가? 이것은 법 개정상의 과오로서 이른바 ‘편집상의 오류’인가? 아니면 법률의 흠결이 존재하는 경우인가?

이러한 문제들을 해결하기 위해서는 그 전제로 우선 법률해석의 방법은 어떠한 것인가

16) 이 사건의 제2심 판결에서도 문리적인 해석에 의할 때 친생부인이 주장되는 대상자의 생모 및 그의 부(夫) 뿐만 아니라, 그 부와 재혼한 처도 여기에 포함된다고 해석하는 것이 가능하다고 하였다.

17) 원고 2는 망인의 직계비속인 자신이 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 이내에 친생부인의 소를 제기하였으므로 이는 제척기간 내에 제기된 것으로서 적법하다고 주장하였다.

지 문언과 다른 해석은 가능한지에 관한 기본적인 입장의 정리가 필요하다. 따라서 아래에서는 대상판결을 본격적으로 평석하기 전에 법률해석에 관한 일반론 및 문언 해석의 한계를 잠시 짚어보기로 한다.

2. 법률해석에 관한 검토

2.1 법률해석의 목적

법률해석을 어떻게 할 것인가의 문제는 법해석의 목적이 무엇인가의 문제와 맞닿아 있다. 법해석의 목적에 관해서는 주지하다시피, 입법자의 의도를 탐구하는 작업이라는 주관설과 법률에 내재하는 법정신을 탐구하는 것이라는 객관설의 대립이 있어 왔다. 빠르게 변화하는 사회현실에도 불구하고 법의 해석은 입법자의 의도에 따르고 법 개정은 입법부에 맡길 것인지 아니면, 법을 살아있는 법으로 만들어 법문언을 사회현실과 객관적인 법정신에 맞게 풀어 적용할 것인지의 문제는 법해석에 관한 논쟁과 관련하여 동서양을 막론하고 오랜 논의 주제였던 것이다.¹⁸⁾

18) Larenz · Canaris, 앞의 책(주 1) p. 137에 따르면, 독일에서는 이미 19세기 후반에 법률해석의 목적에 관하여 두 개의 학설이 전개되었는데, 그 하나는 “주관설(subjective Theorie)” 또는 “의사설(Willentheorie)”로서 입법자의 역사적·심리학적 의사를 탐구하는 것이고, 다른 하나는 “객관설(objective Theorie)” 또는 고유한 법의미설(Theorie der immanenten Gesetzesdeutung)로서 법 그 자체에 내재한 의미를 해명하는 것이다. 이에 대하여 Larenz · Canaris는 같은 글(p. 138)에서 객관설의 진리는 법률이 적용되는 즉시 입법자가 의도했던 것을 넘어 그 자체의 고유한 효력을 가지게 되는 점에 있다고 하였다. Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 9. Auflage, Kohlhammer, 1997, pp. 111-112에 따르면 오늘날에는 객관설이 지배적이라고 하면서 Larenz를 절충설을 취하는 견해로 소개하고 다만, Larenz는 객관적 측면과 “효력시점(Geltungszeit)”에 중점을 두고 있다고 한다. 우리와 법체계를 달리하여 이른바 Common Law 체계라고 알려져 있는 미국에서도 상황은 크게 다르지 않아, 법률의 의미는 법률에 적혀있는 문언(text)의 범위 내에 있는 것이고, 문언의 범위를 넘어 법률의 의미를 탐구하는 것은 옳지 않으며, 단어들은 제한된 범위의 의미를 가지고 있고, 그 범위를 넘어서는 해석은 허용될 수 없다고 하는 의견(대표적으로 Antonin Scalia, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, Amy Gutmann(Editor), *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1997, pp. 20-25 참조. 다만, 스칼리아 대법관은 같은 글에서 자신은 textualist이지 literalist가 아니라고 하고 있다), 법을 적용하는 법원은 법규정이 의미하는 바나 입법의도가 무엇인가뿐만 아니라, 현대사회의 필요와 목적의 측면에서 볼 때 무엇을 의미해야 하는가를 살펴야 한다는 의견(대표적으로는, William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, 1994, p. 48 이하, 이 글에서 Eskridge는 법해석의 역동성을 설파하면서, 법의 의미는 때로는 입법자의 원래 의도를 넘어서거나 원래의 의도에 반하여 전개되기도 한다고 설명한다), 더 나아가 법해석자가 속한 공동체의 정의,

법해석에 관한 논쟁에는 법의 목표나 법관의 역할 등 법영역에 관한 것뿐만 아니라 해석일반에 관한 철학적 문제 등 광범위한 영역의 이슈들이 융합되어 있고, 그러하기 때문에 단일한 결론을 내기에는 어려운 점이 있다. 그러한 의미에서 법해석의 목표를 밝힌 우리 대법원의 입장은 앞으로의 논의를 전개하는데 상당히 좋은 출발점이 될 수 있어 아래와 같이 직접 인용한다.

“법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 한편 실정법은 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적인 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록 해석할 것도 또한 요구된다. 요컨대 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적인 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 나아가 그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석을 하여야 한다.”¹⁹⁾

결국 대법원에 따르면, 법해석의 목표는 법적 안정성 안에서 구체적인 타당성을 도모하는 것이며 이것을 위하여 법해석에 있어 법률에 사용된 문언의 의미뿐만 아니라 그와 아울러 법률의 입법취지와 목적, 법질서 전체의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하여 종합적인 방법을 취해야 한다는 것으로서, 이것은 어쩌면 입법자의 의도라는 주관적 관점과 법률의 규범적 의미라는 객관적 관점을 모두 고려해야만 가능하다는 이른바 합일설(Vereinigungstheorie)²⁰⁾과 닮아 있다.²¹⁾

텍스트의 통합성, 공정성, 입법의 역사, 법의 목적과 원리 등을 최선의 방식으로 조합함으로써 법텍스트의 의미를 구성해야 한다는 의견(대표적으로는, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 337 이하, 한편, 같은 글 pp. 52-53에 따르면, Dworkin은 법해석이란 대상에 목적을 부여하는 행위이고, 이러한 해석을 구성적 법해석 또는 창조적 법해석이라고 칭하였으며, 모든 해석은 해석대상을 가능한 한 최선의 것으로 만들려는 노력이라고 하면서 이를 법해석의 분야에도 적용하고 있다) 등이 대립되고 있다.

19) 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 판결.

20) Larenz · Canaris, 앞의 책(주 1), p. 139에서는 법률의 의미는 주관적 관점과 객관적 관점을 포함하는

2.2 법률의 해석방법에 관한 일반론

법률해석방법에 관해서는 사비니(Friedrich Carl von Savigny) 이래로 문언 해석²²⁾-체계적 해석-역사적 해석-목적론적 해석이 전통적인 해석방법으로 설명되어 왔다.²³⁾ 여기에

것으로서 중점이 존재하지 않는 사고과정의 결과물이라고 하면서, 이러한 견해를 사람들은 “합일설(Vereinigungstheorie)”이라고 이름붙일 수 있다고 하였다.

- 21) 이와 관련하여 대법원은 본문에서도 살펴볼게 되는 바와 같이, 때로는 문언의 통상적 의미를 넘어서는 것으로 보이는 해석을 보이기도 하였는데(예컨대, 어음법 제75조에서 어음의 요건을 ‘발행지의 기재’를 요구하고 있음에도 불구하고, 어음면상에 발행지의 기재가 없는 국내어음에 대하여 일정한 조건 하에서 그 효력을 인정한 대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결, 호적법 제120조에 따른 호적 정정 사유에 성전환자에 대한 호적상 성별 기재의 정정도 포함된다고 해석한 대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정, 약관의 규제에 관한 법률은 제15조에서 “국제적으로 통용되는 약관 기타 특별한 사정이 있는 약관으로서 대통령령이 정하는 경우에는 제7조 내지 제14조의 규정의 적용을 조항별, 업종별로 제한할 수 있다.”고 규정하고 있는 것과 관련하여, 위 제15조의 문리해석상으로는 같은 법 제6조의 적용은 배제되지 않는다고 볼 수 있으나, 약관이 구체적으로 무효가 되는 경우들을 규정한 같은 법 제7조 내지 제14조에 대하여 약관이 일반적으로 무효가 되는 경우를 포괄적으로 규정하고 있는 제6조가 적용되게 되면 구체적 무효조항들의 적용을 배제하는 제15조의 규정 취지가 거의 완전히 몰각되는 불합리한 결과를 가져오게 되므로, 제6조 역시 대통령령으로 정하는 특정 업종들의 약관에는 적용이 없다고 보아야 할 것이라고 한 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다9038 판결, 구 신용협동조합법 제89조 제7항에서 인용하고 있는 ‘제5항’을 명백한 법률개정상의 실수로 보아 ‘제6항’으로 이해한 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다60949 판결 등), 이러한 입장은 목적론적 해석에 중점을 둔 해석방법이라고 할 수 있다.

- 22) 사비니는 그의 글 *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, Veit und Comp. Berlin, 1840. p. 206 이하에서 법률의 해석에 있어 ‘문법적 요소(Das grammatische Element)’와 ‘논리적(logische) 요소’ 외에 ‘역사적(historische) 요소’와 ‘체계적(systematische) 요소’를 구별하고 있다. 이에 비추어 학계와 판례에서는 ‘문법적 해석’이라는 표현을 사용하거나, 또는 ‘문리적 해석’, ‘문언적 해석’ 등 몇 가지의 용어들이 사용되고 있으나 이 글에서는 이를 칭함에 있어 ‘문언 해석’으로 표현하기로 한다.

- 23) 그러나 이와 같은 해석기준에 대해서는 특히 다음의 두 가지 즉, ① 이러한 해석기준은 개별적인 기준들을 단지 나열한 것에 불과한 것이기 때문에 그 해석기준들 간의 선후관계가 모호하다는 점, ② 판례를 분석해 보면 이러한 기준 이외에도 다른 해석기준들이 발견된다는 점에서 비판이 행해지며, 통상적인 4가지 해석기준은 완결된 것이 아닐 뿐만 아니라 그 기준들 간의 체계적인 연관성도 전혀 밝혀져 있지 않다는 비판을 소개하고 있는 글로는 김영환, “형법해석의 한계 - 허용된 해석과 금지된 유추의 상관관계”, 법률해석의 한계, 법문사, 2000, 33쪽 이하 참조. 이 글에서는 특히 기존의 4가지 해석방법에 대한 비판과 함께 이러한 상황에서 한계적인 법사례를 올바르게 해결하기 위한 기준을 중심으로 전개된 논의로서 ‘주관적 해석론’과 ‘객관적 해석론’ 간의 논쟁을 설명하고 있는데, 이에 따르면 주관적 해석론은 ‘법관의 법률의 구속’이라는 법치국가적 요청을 전면에 내세워 사법(司法)의 임무는 가능하면 입법자의 의사에 따라 법률의 의미를 발견하라는 것이지 이를 넘어서서 입법자의 역할을 대신할 수는 없다는 것으로서 이는 항상 변화하는 생활관계에 따른 법문의 의미 폭을 제대로 파악하지 못하는 약점이 있는 반면, 객관적 해석론은 ‘법적용의 구체적 타당성’이라는 정의의 요청을 우위에 두고 있지만, 이로 인하여 법문의 의미를 넘어서 법창조를 할 수 있다는 위험이 내재한다고 한다.

한편 법해석론의 타당한 분류는 해석의 목표를 기준으로 한 분류이며, 입법자의 의사 내지 의도를 규명하

서 문언 해석은 법률규정에 사용된 문언의 어의에 충실하려고 하는 해석이고,²⁴⁾ 체계적 해석은 특정 조항의 해석을 그 조항의 문언에 국한할 것이 아니라 다른 관련 법률조항이나 전체 법질서와의 체계적 연관성에 비추어 해석하여야 한다는 것이며, 역사적 해석은 입법연혁과 입법자의 의도에 따라 법률을 해석하는 것으로, 목적론적 해석은 객관적으로 인정되는 입법목적이나 법률이 추구하는 가치를 탐구하려는 해석방식으로 이해된다.²⁵⁾ 위와 같은 해석의 상호관계와 비중에 관해서는 한마디로 정리하기는 쉽지 않다.²⁶⁾ 다만, 최근에 이르러서는 법률의 해석에서 문언에 따라 해석하는 것, 즉 문언의 가능한 의미를 탐색하는 것이 원칙이고, 문언의 해석으로 해결할 수 없거나 문언에 따를 경우 현저히 부당한 결과를 초래하는 경우에는 입법자의 의도나 법률의 목적을 추가적으로 고려하여 법률이 합리적 의미를 갖도록 해석하여야 한다²⁷⁾고 하는 종합적인 해석방식이

는 것을 목표로 하는 법해석론(의도중심적 법해석론), 법의 이성 내지 목적을 규명하는 것을 목표로 하는 법해석론(목적중심적 법해석론), 법문의 의미를 언어관계에 따라 파악하는 것을 목표로 삼는 법해석론(문언중심적 법해석론)의 세 가지가 있다고 설명하는 글로는 최봉철, 김도균 엮음, “문언중심적 법해석론 비판”, 한국 법질서와 법해석론, 세창출판사, 2013, 34쪽 이하 참조.

- 24) 윤진수 교수는 그의 글 “契約 解釋의 方法에 關한 國際的 動向과 韓國法”, 민법논고 I, 박영사, 2007에서 종래의 계약의 해석 방식인 ‘자연적 해석-규범적 해석-보충적 해석’의 3가지 분류방식의 문제점을 지적하고, ‘문언 해석-객관적 해석-주관적 해석-규범적 해석-보충적 해석’이라는 계약 해석의 방법에 관한 새로운 기술 체계를 모색하고 있는바, 계약이 계약서와 같은 서면에 의하여 체결된 경우에는 계약 해석의 제1단계는 그 서면의 문언에서 출발하여야 하고, 이것은 법규범의 해석에 있어서도 그 출발점은 문언인 것과 마찬가지라고 한다.
- 25) 이에 관하여, 라렌츠는 법률을 이해하고 해석하는데 있어 그 법체계 전체의 고유한 목적론적 분류(Gliederung)와 상호결정(Wechselbestimmung)에 대해 파악하는 것이 바로 체계적인 법학의 과제라고 하면서 “입법자의 견해, 그들의 이론적 관념 그리고 실무적 동기를 탐구하는 역사적 방법보다, 그 자체 의미충족적인(in sich sinnvollen) 전체로서의 법의 연계성(Zusammenhang)으로부터 이러한 전체의 한 갈래(Glied)로서의 개별적인 규정의 기능 가운데서 그 규정의 의미를 이해하고자 노력하는, 체계적으로 그리고 구성적으로 행하는(konstruktiv verfahren) 방법이 이러한 법학의 과제를 위하여 보다 중요하다. 어떤 규정이 입법자가 생각했던 바대로는 전체의 연계성과 조화를 이루지 못할 때에는, 비록 입법자가 생각하지는 않았지만 사리에 맞는, 그리고 법률의 연계성과 그 속에 표명되어 있는 목적론적 사고 및 법률의 ‘객관적 정신’이 요청하는 의미를 학문은 탐구하여야 한다”고 하였다. Karl Larenz, 엄동섭 옮김, 법률행위의 해석, 서강대학교 출판부, 2010, 25쪽.
- 26) Larenz · Canaris, 앞의 책(주 1), pp.165-166에 따르면, 법률의 해석방법에 관한 서열관계와 관련된 학설들을 소개하면서, 자신의 의견으로 어의(Wortsinn)가 규정의 가능한 해석의 경계를 이루기 때문에 어의에서 시작하는 것이 권할 만하다고 한다. 이를 통하여 그 규정과 다른 규정과의 관계를 나타내는 의미관련성(Bedeutungszusammenhang)으로 이끌어지며, 의미관련성은 다시 규정목적의 배경을 알 수 있게 한다는 것이다. 또한, 입법 연혁이 객관적·목적론적 기준에 우선하는지 아닌지를 최종적으로 정확하게 얘기할 수 없다는 사실은 그리 놀랄만한 일이 아니라고 한다. 한편, 국내에서 법률해석방법의 우선순위와 관련하여 문언의 의미, 입법자의 목적, 법률의 이성적 목적 순으로 고려하여야 한다는 견해로는 심현섭, 분석과 비판의 법철학, 법문사, 2001, 217-218쪽 참조.

힘을 얻고 있다.

그렇다면, 어떤 해석방법에 중점을 두더라도 우선적으로 법률해석의 출발점은 법률의 문언이 되어야 한다는 점에는 이견이 없음에도 불구하고, 어떠한 경우에 문언의 의미를 제한하여 해석하거나 혹은 문언을 넘어서거나 문언에 반하는 해석을 하게 되는지, 그 경계설정은 무엇이 되는지를 확인할 필요가 있다.

2.3 문언의 역할과 한계

일반적으로, “법률의 문언(Wortlaut)은 이중의 과제를 안고 있는데, 문언은 법관에 의한 의미탐구의 출발점인 동시에 해석활동의 한계를 표시하는 것”이라고 한다.²⁸⁾ 즉, 그만큼 문언중심의 해석에 있어서든 아니면 입법자의 의도나 입법목적에 탐구함에 있어서든 문언은 해석의 시작이자 한계라는 것이다. 그러나 여기서 문언이 해석의 한계가 된다는 것은 절대적인 원칙이 아니며, 예외적으로 법률의 흠결²⁹⁾이 있다고 판단될 경우에는 특정한 요건 하에서 법해석의 연장으로서 문언과는 다소 다른 이른바 법형성이 이루어질 필요가 있으며, 이 경우에는 문언의 가능한 의미를 벗어난 해석 혹은 문언의 주어진 의미보다 제한된 해석이 가능하게 된다.³⁰⁾

27) 김재형, 앞의 논문(주 1), 224쪽 및 235쪽.

28) Larenz · Canaris, 앞의 책(주 1), p. 143에서는 MEIER-HAYOZ의 표현을 인용하여, 가능한 어의의 범위(Bereich des möglichen Wortsinns)에 있지 않은 해석은 더 이상 해석(Ausdeutung)이 아닌 재해석(Umdeutung)이라고 하면서, 다만 규정의 의미와 목적이 “언어의 일의적(sprachlich eindeutigen)” 의미보다 앞선다고 법원이 강조하는 모든 경우에는 해석은 어의를 통하여 경계지워지지 않고, 해석의 결과가 어의의 가능한 범위 내에 있지 않게 되는 범함결의 보충(Lückenergänzung)이 문제된다고 한다. 참고로, 라렌츠 · 카나리스, 허일태 역, 법학방법론, 세종출판사, 2000, 187쪽에서는 ‘Umdeutung’을 ‘해석의 일탈’이라고 번역한다.

29) 양창수, “법발견의 다양한 양상 또는 실정법학자의 법학방법론: 크라머의 「법학방법론」을 읽고”, 서울대학교 법학 제41권 3호, 서울대학교 법학연구소, 2000. 12, 190쪽에서는 크라머(Ernst A. Kramer)의 *Juristische Methodenlehre*, (Bern: Stämpfli Verlag, 1998)의 내용을 소개하고 있는데, Kramer에 따르면 법률의 흠결은 일반조항의 경우나 법규정이 법관의 재량에 의하도록 정하는 경우와 같이 실정법률 자체가 법적용자에게 법형성을 위임한 경우와 같은 ‘법문 안의 흠결(intra verba legis)’, 법률을 어의의 가능한 한도까지 해석하여도 당해 법문제에 대한 해결을 발견할 수 없어서 이를 법문 밖에서 찾을 수밖에 없는 경우로서 ‘법문 밖의 흠결(praeter verba legis)’, 법문의 어의에는 포함되나 법규범의 목적에 의하면 당해 법문제의 해결이 될 수 없는 경우로서의 ‘법문에 반하는 흠결(contra verba legis)’ 이렇게 셋으로 나누며, 법문에 반하는 흠결에서 목적적 축소해석이 문제된다고 한다.

30) Larenz · Canaris, 앞의 책(주 1), p. 187에 따르면, 해석의 연장(Forsetzung)으로서 법관의 법형성을 설명하면서 협의의 해석의 한계로 ‘문언의 가능한 의미의 한계(die Grenze des möglichen Wortsinns)’를

주어진 법률의 문언이 일정 정도 분명한 의미를 가지고 있음에도 불구하고 어떠한 경우에 문언과 다른 내용의 해석이 가능한지에 대한 논의도 법률해석과 관련하여 오랜 논의주제였고 이에 관한 여러 입장이 존재하고 있다. 이른바 문언주의(textualism)는 법관이 법률의 문언에 충실할 것을 요구하기 때문에 문언이 명백한 경우에는 다른 해석방법의 도입을 부인하거나,³¹⁾ 문언과 달리 해석하는 예외를 매우 좁게 인정하고,³²⁾ 이와 달리 목적론적 해석을 강조하는 입장에서는 그 범위를 좀 더 넓게 보고 있을 것으로 이해할 수 있다.

사안에 적용할 법률이 없다고 하여 법관이 재판을 마다할 수는 없으므로 법률의 흠결이 인정되는 경우에는 법관이 해석을 통하여 그 흠결을 보충할 수 있다는 것이 우리의 민사법 영역에서의 법실무와 학계에서 어느 정도 수용되고 있는 듯하다.³³⁾ 그러나 사안에 적용할 법률이 있고, 문언이 명확한 경우이지만, 그 문언이 입법연혁과 입법취지상 명백한 제·개정 과정상의 오류³⁴⁾로 보이거나, 라렌츠가 설명하였듯이 “법률규정이 어

인식해 왔고, 이 경계를 넘어 방법론적으로 도출된 법형성이지만 법률의 본원적 구상과 목적 내에 있는 법형성은 협의의 흠결보충(Lückenausfüllung)으로서 ‘법률내재적 법형성(gesetzesimmanente Rechtsforbildung)’, 이 한계를 넘어서지만 전체 법질서의 범위 내 그리고 그 지도원리 내에 있는 법형성은 ‘법률초월적 법형성(gesetzesübersteigende Rechtsforbildung)’이라고 하였다.

- 31) 로마법대전을 이루는 학설취찬(Digesta)에는 “문언에 중의성이 없다면 의도를 문제삼는 것은 허용되지 않는다(Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio)”라는 법언이 있다. Rolf Corpus Iuris Civilis, V Digesten 28-34, CFM, 2012, p. 423 참조. 학설취찬 제32권은 유증(legatis)과 신탁유증(fideicommissis)에 관한 내용을 다루고 있지만, 위 법언은 문언중심적 법해석과 연결되어 사용되기도 한다.
- 32) 텍스트 중심의 법률해석, 이른바 문언주의(textualism)로 유명한 미국의 스칼리아 대법관에 따르면, 법률을 해석함에 있어서 법관의 목적은 입법의 의도(the intent of legislature)를 실행하는 것이라고 법원의 의견으로 종종 제시되기도 하지만, 법률의 문언(text)이 명확하면 그것으로 끝인 것이지 입법자의 의도를 왜 살펴야 하는가 하고 묻는다. 또한, 의회는 현명한 법규뿐만 아니라 어리석은 법규도 제정할 수 있지만, 어느 것이 현명하고 어리석은 것인지를 결정하고 어리석은 법률을 고쳐 쓰는(rewrite) 것은 법원의 몫이 아니라고 한다. Anton Scalia, 앞의 논문(주 18), p. 16 참조.
- 33) Larenz · Canaris, 앞의 책(주 1), p. 191에 따르면, 법률이 그 자체로부터 이미 흠결되어 있음이 확실한 한도에서 법형성의 권한이 법원에 속한다고 한다. 한편, 법의 흠결을 보충하기 위하여 불가피하게 요청되는 법형성적 기능과 법관이 재판과정에서 적극적으로 법의 흠을 보정함으로써 실질적으로 입법자로서 수행하는 법창조적 기능은 다른 것이고, 현실에 있어서 우리나라 법원은 구체적 타당성, 사법적극주의, 사법판단의 정책성 등을 내세워 법해석에 있어서 법원의 법창조적 기능을 당연한 것처럼 여기고 있다는 비판으로는 오세혁, 김도균 엮음, “한국에서의 법령해석”, 한국법질서와 법해석론, 세창출판사, 7쪽 참조.
- 34) 이 부분에 대해서는 스칼리아 대법관도 입법의 실수가 명백한 경우 즉, 서기의 실수(scrivener's error)의 경우에는 특정한 법률문언에도 불구하고 맥락 전체를 살피는 것이 해석의 원칙에 반하지 않는다고 한다. 여기에서 스칼리아 대법관은 서기의 실수(scrivener's error)에 해당하는 예로 1989년에 있었던 Green v. Bock Laundry Mach. Co. 판결과 관련하여 법률에서 “피고(defendant)”라고 하고 있지만 형사상

의(Wortsinn)에 반하지만 법률의 내재적 목적론에 따라 제한을 필요로 하고, 그러한 제한이 법률의 문언 속에 포함되어 있지 않은 경우³⁵⁾ 문언에 따른 해석이 다른 관련 법령과 조화되지 않거나 전체법질서에 어울리지 않을 때 혹은 현저히 불합리하여 일반적인 정의의 관념에 반하는 경우³⁶⁾로 판단되는 경우 등 예외적인 경우³⁷⁾에는 문언의 일반적인 의미와 다른 해석이 가능하다고 보아야 할 것이다.³⁸⁾

피고인(criminal defendant)에 국한되는 것이 타당하고 민사상 피고(civil defendant)에게는 적용되지 않아야 할 경우를 들고 있다. 이와 관련하여 Anton Scalia, 앞의 논문(주 18), p. 20 참조. 하지만, 스칼리아 대법관의 문언중심적 법해석론을 비판하면서 그가 입법자의 의도를 완전히 배격한 것은 아니라는 근거로 “관대의 규칙(rule of lenity)”을 적용한 해석기준으로 받아들인다는 점에서 법의 목적이 해석의 방편이 될 수 있음을 자인하고 있다는 견해를 소개하고 있는 국내 문헌으로는 최봉철, “문언중심적 법해석론 비판”, 법률해석의 한계, 법문사, 2000, 162쪽 이하 참조.

35) Larenz · Canaris, 앞의 책(주 1), p. 210 이하에 따르면 이러한 경우를 “은폐된(verdeckte)” 흠결(Lücke)이라고 하고 이러한 흠결의 보충은 의미에 따라 요구된 제한을 부과하는 “목적론적 축소(teleologischen Reduktion)”에 의하여 이루어진다고 한다.

36) 대법원은 이와 관련하여 “정의의 요청(이른바 목적론적 축소해석의 경우) 또는 합헌적인 해석의 요청(이른바 헌법합치적 해석의 경우)에 의하여, 그 법규의 적용범위를 예외적으로 제한하여 해석할 필요(대법원 1998. 4. 23. 95다36466의 반대의견)”라거나, “민사법의 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법률적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우(대법원 1994. 8. 12. 93다52808)”, “법률 제정 당시에 입법자가 전혀 예상하지 못하였기 때문에 법률로 규정되지 않았거나 불충분하게 규정된 경우(대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견)” 등에는 규정의 적용범위를 제한하는 해석을 하거나, 법률적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출할 수 있도록 유추해석이나 확장해석 또는 법원의 법형성적 활동이 개입할 수 있다는 의견을 보이고 있다.

37) 박철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 법철학연구 제6권 제1호, 한국법철학회, 2003. 5. 208쪽 이하에서는, 영미법에서 인정되는 제정법 해석원리로서, 제정법의 규정을 문언 그대로 사건에 적용할 경우 터무니없는 결론(absurd result)에 도달하게 되고 의회가 그런 터무니없는 결과를 의도하였을 리가 없다고 판단되는 경우에는 법원이 그 성문법의 문언 그대로의 의미에 구속되지 않는다는 원리가 있다고 하면서 Veronica M. Dougherty의 논문 “Absurdity and the Limits of Literalism: Defining the Absurd Result Principle in Statutory Interpretation”의 내용을 소개하고 있다. 또한, 우리 대법원 판례 중에도 법률을 문언 그대로 해석할 경우 불합리한 결과에 도달한다는 이유로 문언을 수정해석 한 사례로서, 대법원 1989. 9. 12. 선고 87도2365 전원합의체 판결, 대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결 의 보충의견, 대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결 의 보충의견 등을 예시하고 있다.

38) 이와 관련하여, ① 법률에 흠결이 있는 경우, ② 법률의 내용이 상호 모순적이거나 충돌하는 경우, ③ 법률의 내용이 심하게 비합리적이거나 반도덕적인 경우, ④ 사회변화로 규범상황이 변한 경우 등에 법률의 문언을 넘은 해석과 법률문언에 반하는 해석이 가능하다고 한 견해로는 박철, 위의 글(주 37), 186-188쪽 및 232쪽 참조. 이 글에 따르면, ‘법률의 문언을 넘은(praeter legem) 해석’은 해석자의 관점에서 법률의 문언이 당해 법률문제에 관하여 아무런 답을 제시하고 있지 않다고 판단한 경우 시도되는 해석이고, ‘법률의 문언에 반하는(contra legem) 해석’은 해석자의 관점에서 법률의 문언이 당해 법률문제에 관하여 일응의 답을 제시하고 있기는 하지만 그 제시된 답이 보다 상위의 법체계 또는 법질서와 정합하지

이에 대하여 법률의 객관적 목적 혹은 정의나 조리에 관한 판단이라 하더라도 결국 개개의 사건에서 해석자로서의 법관이 판단하게 되므로 주관적이고 불안정한 성격을 가질 수밖에 없고,³⁹⁾ 법률의 목적에 대한 확인은 해석자가 처한 시대적 가치에 따라 달라질 수 있으며,⁴⁰⁾ 특히 사법부의 해석도 정치과정이나 정치권력의 영향에서 완전히 자유롭기 어렵다⁴¹⁾는 점 등을 감안하여 목적론적 해석의 부동성(浮動性)을 이유로 문언과 다른 해석에 대한 의문을 제기할 수도 있을 것이다. 그러나 과연 법률의 해석이라는 것이 시대적 가치나 정의의 요청과 관계없이 확고부동하게 존재할 수 있는지는 의문이며, 그러한 해석이 반드시 필요하다고 보기도 어렵다.⁴²⁾

그렇다면 반대로 생각해 보자. 문언에 입각한 해석이나, 입법자의 의도에 충실한 해석

않거나 현저히 불합리하거나 현저히 가치에 반하여 따를 수 없다고 판단되는 경우 시도되는 해석이라고 한다.

- 39) 목적적 해석에도 역사적 입법자가 추구하였던 입법목적을 기준으로 하는 주관적-목적적 해석방법과 오늘날의 입장에서 특히 현재의 법상황에 쫓아 탐구되는 목적을 기준으로 하는 객관적-목적적 방법으로 나누고 그 자신은 객관적-목적적 방법에 가담하였던 크라머도 법발견의 객관적이라는 어려운 문제에 대하여 법해석을 포함하는 법발견이 필연적으로 해석자의 주관성을 어느 정도 가질 수밖에 없음을 인정하고, ‘단 하나의 올바른 법해석’이란 있을 수 없다고 하면서도 ‘객관적으로 시인될 수 있는 일정한 범위의 해석적 선택지’는 존재한다고 한다. Ernst A. Kramer, 앞의 책(주 29), p. 224; 양창수, 앞의 논문(주 29), 196쪽에서 재인용.
- 40) 이와 관련하여, 법해석은 문화의 산물이며, 법원의 법해석이란 그 무엇보다도 실천적 해석이고, 법원은 학리해석을 존중하더라도 이를 지침 이상으로 받아들일 수는 없으며, 형평의 요구를 어떠한 형태로든 수용할 책임이 있다는 것을 전제로 하여 미국, 영국, 프랑스, 독일 및 우리나라의 사법해석의 유형을 분석하고 있는 글로는 최봉철, “대법원의 법해석론”, 법학연구 제8권, 연세대학교 법학연구원, 1998. 12. 참조.
- 41) 정치과정과 사법부간의 상호작용에 관한 분석으로는 허성욱, “정치와 법: 법원의 법률해석 기능에 대한 실증적 고찰에 관하여”, 서울대학교 법학 제46권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2005. 6. 참조. 이 글 346쪽에 따르면, “법률해석과정에 대한 종래의 일반적 이해는 법률해석이란 것이 사법부에 전유된 기능 및 권한으로서 정치과정에서의 정치권력들 사이의 투쟁과 합의의 결과가 법률이라는 형태로 사법부에게 주어지면 사법부가 그 의미에 관해 최종적으로 해석하고 선언하는 역할을 수행한다는 것인데, 실증적 관점에서 보면 법률해석과정에 대한 이러한 이해는 타당하지 않다. 왜냐하면 어떤 사안의 법률에 대한 사법부의 판단이 그 시대의 의회의 다수의 정치권력의 선호에 부합하지 않는다면, 의회는 어떤 식으로든 그에 반응하여 사법부의 그러한 법률해석을 무력화시키려는 유인을 가지게 되고, 실제로 그렇게 할 수 있는 능력을 가지고 있기 때문이다”라고 한다.
- 42) Larenz · Canaris, 앞의 책(주 1), p. 135에 따르면, “비록 개개의 해석이 판례 또는 법학이론을 통하여 필연적으로 통찰력 있는 사유에 의하여 충분히 지지될 수 있는 인식이라는 의미에서의 “올바른(richtige)” 해석을 요구한다고 할지라도 그러한 해석이 최종적이고 또한 영원히 유효한 것으로서의 “절대적으로 올바른(absolut richtige)” 해석인 것은 아니다. 간과할 수 없는 다양성과 끊임없는 생활환경의 변화가 규범의 적용자로 하여금 언제나 새로운 문제에 직면하도록 하기 때문에 최종적인 해석이란 존재하지 않는다”라고 하였는데, 이와 같은 통찰은 충분히 음미할만하다.

은 이와 유사한 비판에서 자유로울 수 있는가? 우선 문언에 입각한 해석에 관하여 보면, 문언의 의미를 어떻게 확정할 것인가의 문제를 제기하지 않을 수 없다. 즉 문언의 의미를 확정한다고 할 때 문언의 의미란 무엇인가? 문언의 사전적인 의미를 말하는가 아니면 그 문언이 사용되는 사회의 일반적인 사용자들이 받아들이고 있는 의미를 말하는가? 사회에 따라 언어관용이란 다양할 수도 있고 시대에 따라 변화하기도 한다.⁴³⁾ 이런 상황에서는 문언의 의미가 명백한 경우라 하더라도 그 명백한 의미가 해석자의 관점에 따라 때로는 법관들 사이에서도 서로 다른 경우가 종종 발생할 수 있다.

드물기는 하지만, 입법상의 오류가 존재하는 경우에는 그 오류가 분명함에도 당장 해당조항이 적용되는 사건 앞에서 법원은 입법부가 해당조항을 아직 개정하지 않았고, 문언에 충실한 해석을 해야 한다는 이유로 문언에 따른 법해석을 고집할 수는 없는 문제이다.⁴⁴⁾ 게다가, 사회상황의 변화와 기술적 변화로 인하여 입법자들이 입법당시 예상하지 못한 사안들에 법이 적용됨으로써 매우 부당한 결과가 발생할 수 있을 경우에는 어떻게 할 것인가?⁴⁵⁾

한편, 입법자의 의도를 파악하는 것은 어떠한가?⁴⁶⁾ 법률안의 경우 의원제출 법률안인지 정부제출 법률안인지를 불문하고 의회의 의결을 거쳐 법률로서 공포·시행되는데

43) 심헌섭, 앞의 책(주 26), 218쪽 참조.

44) 대표적인 경우로 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다60949 판결의 사안을 들 수 있는데 이 사건에서는 신용협동조합법의 개정과정(2003. 7. 30. 법률 제6957호로의 개정)에서 제89조 제5항이 신설되고 종전의 제5항이 제6항으로 항이 바뀌었으므로 제7항에서 인용하는 제5항도 ‘제6항’으로 변경하였어야 할 것인데 이를 변경하지 않고 그대로 둔 것은 법률 개정과정상의 실수에서 비롯된 것이 분명하다고 하였다. 이 판결에 대한 설명 및 입법상의 오류에 관한 구체적인 내용에 대해서는 아래 본문 III. 3. (2) 4) 법률개정과정상의 명백한 오류인지 여부에서 다루기로 한다.

45) 이러한 문제에 대하여 혹자는 문언의 가능한 의미의 범위를 최대한 확장시킴으로써 이 문제를 해결할 수 있다고 반론할 수도 있다. 예컨대, 보건복지부장관의 서류제출명령에 관한 구 국민건강보험법과 구 의료급여법상의 ‘서류’의 의미에 대하여 대법원에서는 해당조항의 ‘서류’의 의미에 전산기록도 포함된다고 본 사례가 있는데(대법원 2013. 7. 25. 선고 2012두28438 판결), 이 판결의 제1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 10. 선고 2011구합12603 판결)에서는 서류에 전산자료가 포함되지 않는다고 보는 것이 문리해석에 부합한다고 하였다. 하지만, 대법원의 판결이유를 살펴보면, ‘서류’의 통상적인 의미에 ‘전산기록’도 포함된다고 판단하였다(하지만, 이 판결에서는 입법취지와 다른 법령과의 관계를 살펴보더라도 서류에 전산기록이 포함된다고 보았으므로, 이 판결이 목적론적 해석방법을 지양하고, 문언중심적 해석을 표방한 판결이라고 할 수는 없다). 이와 같은 방식으로 문언의 통상적인 의미를 최대한 확장함으로써 문언 해석에 의한 문제해결이 가능하다고 한다면, 바로 이 지점에서 역시 문언의 의미의 범위책정에 있어서의 한계와 불확정성을 드러내고 있는 것이다.

46) 이와 관련하여, 스칼리아 대법관은 홈즈(Holmes) 판사의 언급을 인용하면서 “우리는 입법부(legislature)가 무엇을 의도하였는지를 묻지 않는다. 다만, 우리는 법률의 의미를 물을 뿐이다”라고 한다. Anton Scalia, 앞의 논문(주 18), p. 23 참조.

그 과정에서 입법자의 의도를 확인하기 위한 방법으로는 법률안의 제안이유를 살펴거나 국회의 회의록을 살펴보는 방법 등이 있다. 그러나 우리나라와 같이 입법자료의 보존이 충분하지 않거나 대중에게 잘 공개되지 않는 경우 입법자의 의도를 확인하는 것 자체가 곤란한 작업이 될 수 있다.⁴⁷⁾ 설령, 입법자료의 탐색이 어렵지 않다고 하더라도 입법자의 의사란 해당조항 입법자의 주관적·심리적 의사를 말하는 것인지 아니면 법규범에 의하여 추단되는 객관적 의사를 입법자의 의사로 볼 것인지,⁴⁸⁾ 입법자의 의사란 구체적으로 누구의 의사를 말하는 것인지, 입법자들 간에 특정 이슈에 대한 견해가 다를 때는 이를 어떻게 통합적으로 하나의 의도로 볼 것인지, 입법자의 의사를 찾을 수 있는 방법이 무엇인지를 설명해야 하는 문제가 남는다.⁴⁹⁾

요컨대, 법률의 해석은 문언으로부터 출발하여 그 문언의 의미를 새기되, 해당조항을 통하여 실현하고자 하는 법률의 목적⁵⁰⁾을 찾는 것이 가장 중요한 목표가 되어야 할

47) 현재 국회에서는 법률안이 제출될 경우 소관 상임위원회와 법제사법위원회를 거쳐 최종적으로 본회의의 의결을 통하여 정부에 이송되어 공포되는 절차를 거친다. 이 과정에서 법률안의 필요성과 취지, 문제점 등에 대한 검토는 실질적으로 소위원회에서 이루어지고 있다. 이 과정에서 소관 위원회나 소위원회의 심의를 확인함으로써 입법의 필요성이나 취지 등을 일부 확인할 수는 있을 것이다. 과거에는 소위원회의 회의록이 공개되지 않아 입법의도를 살펴보기 어려웠지만, 최근에는 소위원회의 의결내용도 회의록의 형태로 공개되고 있는 경우가 적지 않다. 반면, 정부입법의 경우에는 해당 부처에서 공청회나 법률개정위원회 등을 통하여 입법건의를 수렴하고 이를 바탕으로 법률안을 마련하게 되나, 이 과정에서 입법에 영향을 미치게 된 자료 전체를 찾아 그 내용을 확인하는 일도 쉽지 않다.

48) 이와 관련하여 크라머는 역사적 입법자의 심리적·사실적 의사를 해석의 기준으로 하는 ‘주관적-역사적 방법’을 주장하는 견해는 이제 존재하지 않는다고 하며, 오늘날 주장되는 입법자의사설은 모두 “입법의 모든 역사적 연원을 고려하여”, 다시 말하면 정치적·경제적·이념적·사회적 문맥을 총체적으로 고려하여 이해되는 바의 법규범의 의미가 기준이 된다는 ‘객관적-역사적 방법’을 주장하는 것이라고 한다. Ernst A. Kramer, 앞의 책(주 29), p. 88; 양창수, 앞의 논문(주 29), 187-188쪽에서 재인용.

49) Dworkin, 앞의 책(주 18), pp. 315-316에서는 입법자의 의도를 알기 위해서는 역사적으로 어떤 사람들이 입법자로 간주될 수 있는가? 그들의 의도는 어떻게 발견되어지는가? 이러한 의도들이 서로 간에 다소 다를 때 어떻게 이 의도들을 통합하여 종합적인 제도적 의도로 만들어 낼 것인가의 문제에 대답해야 하며 나아가 그 대답에서는 법률의 문언이 확정되는 시점 그리고 법률이 갖는 그 의미를 얻게 된 시점은 언제인지를 확정해 주어야 한다고 한다. 그러면서 자신이 설파한 구성적 해석 방법에서는 이와 같은 틀이 필요 없으며 실제의 사법실무에서 더 나은 해석을 제공해 준다고 한다.

50) 목적론적 해석에서 말하는 법률의 객관적·목적론적 기준이라는 것이 무엇인가와 관련하여 Larenz·Canaris, 앞의 책(주 1), pp. 165-166에서는 “이미 언급했던 기준들만으로는 충분치 못할 경우에는 객관적·목적론적 기준이라는 것이 입법자 자신에게는 전혀 생소한 것이었다 할지라도 해석자는 그러한 기준으로 돌아가야 한다. 그와 같은 객관적·목적론적 기준들은 규범영역의 사물구조이자 법질서에 내재된 법원리이다. 동일하게 평가해야 할 것을 동일하게 취급하고자 하는 정의의 요구는 더욱더 가능한 한계 내에서 가치평가의 모순을 회피할 것을 요청하고 있다. 그렇기 때문에 해석자는 가능한 어의(문언의 가능한 범위)와 맥락의 범위 내에서 법질서 안의 평가모순이 방지될 수 있는 해석에 우월성을 부여해야 한다.”라고 하였으며, “어의와 문맥에 의해 그어진 한계 내에서는 빈번하게 보다 많은 해석이 있을 수

것이고, 그 과정에서 입법연혁과 입법자의 의도 등도 법률의 목적을 찾는 수단으로서 사용될 수 있지만, 입법자의 의도 그 자체가 궁극적인 법률해석의 목적이라고 보기는 어렵다. 결과적으로 법률의 문언은 주어진 사안에 대하여 법적 안정성의 범위 내에서 구체적으로 타당한 결과를 찾아가는 과정에서 입법취지와 목적에 맞는 해석을 찾아내는 수단으로 이해되어야 할 것이다. 하지만, 법률문언에 입법과정상의 오류가 있음이 명백하거나, 해당조항이나 법률을 통하여 추구하고자 하는 목적에 현저히 반하거나 정의의 요청에 반하는 경우 등 예외적인 경우에는 문언과 다른 해석, 때에 따라서는 문언의 의미보다 제한된 의미로의 해석이 가능하다고 보아야 할 것이다.⁵¹⁾

이제 위에서 살펴본 바를 감안하여 대상판결에 대한 구체적인 분석에 들어가 보도록 하자.

IV. 대상판결의 분석

1. 법해석의 방법과 한계

1.1 대법원의 법해석방법에 관한 입장

대상판결에서 대법원은 제846조, 제847에서 정하고 있는 원고적격 요건을 갖추었는지 여부를 판단하기 위하여 우선 법해석의 방법과 한계를 확인하였는데, 이에 따르면 법해석은 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 방향으로 이루어져야 하며, 이를 위해서는 원칙적으로 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하되, 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써 법 해석의 요청에 부응하여야 한다고 하였다.

있다. 그러한 경우에는 무엇보다도 목적론적 기준이 결정적인 것으로 된다. 입법자의 규범표상은 보충적으로 고려될 수 있다”고도 하였다. 이 부분의 번역은 라렌츠·카나리스, 허일태 역, 앞의 책(주 28), 215-216쪽 해당 부분을 인용한 것이다.

51) 김재형, 앞의 논문(주 1), 229쪽에서도 “법률의 문언이 법률의 목적이나 법질서 전체의 목적이나 원칙에 맞지 않을 때에는 그 문언과 달리 해석해야 하지만, 그 경우는 매우 예외적인 경우로 한정해야 할 것이다”라고 한다.

법해석방법에 관한 대법원의 위와 같은 입장은 대상판결 이전에도 이미 여러 차례 확인된 바 있는데,⁵²⁾ 이와 같은 입장은 앞에서 살펴 본 법률해석방법 중에 어느 하나에 치중하지 않고, 법률해석의 출발점은 문언에 있음을 확인하여 그에 충실하되, 역사적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석을 종합적으로 사용하여 법적 안정성 내에서 구체적인 타당성을 구현하라는 것이다.⁵³⁾

그러나 과거에도 대법원은 이와 유사한 입장을 고수하면서도 구체적인 사안에 따라 문언 해석에 치중하는 듯한 입장을 보이기도 하고, 목적론적 해석에 가중치를 두는 듯한 입장을 보이기도 하였으며, 심지어 같은 사안에 대하여도 대법관들 간에 치열한 대립을 보이기도 하였다. 이것은 결국 주어진 사안에서 관련 법령을 해석하고자 하는 경우, 법관 간에도 해석방법의 균형을 도모함에 있어 의견차이가 있었음을 의미하는바, 몇 가지 사례를 요약하여 그 판결이유 중 법해석방법에 관한 중점을 달리하여 서로 다른 결론에 이른 것으로 보이는 구문을 비교하면 다음과 같다.

판 단 이 유	법규의 의미 내용인 문리가 명확하여 논리적으로 모순되지 아니할 때에는 그 문리대로의 적용이 실제로 불가능한 경우 등 예외적인 경우 이외에는 여기에서 자의로 벗어나는 해석을 하여서는 아니 되는 것(대법원 1989년 9월 12일 선고 87도2365 전원합의체 판결의 반대의견). ⁵⁴⁾
	재판할 사항에 대하여 적용할 법규가 있고 그 의미 내용 역시 명확하여 달리 해석할 여지가 없는 경우에는 다른 것을 다르게 취급하여야 한다는 정의의 요청(이른바 목적론적 축소해석의 경우) 또는 합헌적인 해석의 요청(이른바 헌법합치적 해석의 경우)에 의하여, 그 법규의 적용 범위를 예외적으로 제한하여 해석할 필요가 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 설사 명문의 규정이 거래의 관행과 조화되지 아니하는 점이 있다고 하더라도, 법원으로서서는 모름지기 국회의 입법 작용에 의한 개정을 기다려야 할 것이지 명문의 효력규정의 적용 범위를 무리하게 벗어나거나 제한하는 해석을 하여서는 아니 될 것(대법원 1998년 4월 23일 선고 95다36466 전원합의체 판결의 반대의견)
	법률 규정의 해석에 있어서는 법률에 정하여진 문구의 문리적 의미가 해석의 출발점이며 법문의 가능한 의미를 벗어나 그 의미를 창출하는 것은 유추해석으로서 원칙적으로 허용되지 않는다. ... 사법적극주의의 입장에서 입법목적에 충실한 결과를 이룰 수 있도록 목적론적인 해석을 하여야 할 경우도 있지만, 유추해석 등에는 입법에 의하여 설정된 한계를 넘어설 수 없다는 기본적인 한계가 있으며, 만약 이와 같은 한계를 넘는다면 이는 법해석이 아니라 새로운 법률의 형성으로서 헌법상의 입법권 침해 문제를 야기하게 된다. (대법원 2006년 6월 22일 선고 2004스42 전원합의체 결정의 반대의견).
	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

52) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결; 대법원 2012. 7. 5. 선고 2011두19239 판결; 대법원 2012. 10. 11. 선고 2010두28069 판결 등.

53) 김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기”, 한국 법질서와 법해석론, 세창출판사, 2013, 275쪽에 따르면, 최근 몇 년간 대법원의 판결을 법해석론의 측면에서 검토해 보면 종전의 대법원 판결들과는 확연하게 다른 점들을 확인하게 되는데, 우선 결론에 도달하게 되는 논거들과 추론과정을 분명하게 제시하고, 반론과 재반론을 통한 변증적 논의의 모습을 뚜렷하게 보여주고 있다고 한다. 또한, 종래 해석방법론상 논쟁의 대상이었던 문리해석-입법자의 의사 해석(역사적 해석)-목적 해석(법의 객관적 목적 해석) 사이의 적용순서의 문제는 논쟁 수면으로 가라앉았다면 해석기준들을 현재의 관점에서 그때그때 맥락에 맞게 동시에 원리적으로 일관성있게 적용하고 재배치하는 문제가 새로운 법해석론상의 쟁점으로 등장했다는 점을 확인할 수 있다고 한다.

목 적 적 용 조	3문언의 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(대법원 2009년 4월 23일 선고 2006다81035 판결).
	민사법의 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법률적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우에 있어서는 법원이 실정법의 입법정신을 살려 법률적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출할 수 있도록 유추해석이나 확장해석을 할 수 있다(대법원 1994년 8월 12일 선고 93다52808 판결).
	법률 제정 당시에 입법자가 전혀 예상하지 못하였기 때문에 법률로 규정되지 않았거나 불충분하게 규정된 경우가 있을 수 있고, 이 경우에도 법원은 재판을 하지 않으면 아니 되므로 법원의 범형성적 활동이 개입될 수밖에 없다. ... 이와 같은 경우 법원은 형식적인 자구 해석에 얽매일 것이 아니라 그 법이 구현하고자 하는 입법정신이 무엇인가를 헤아려서 그 입법정신을 실현하는 방향으로 법의 의미를 부여하여야 하며, 그 실현을 위하여 필요한 한도 내에서 명문규정의 의미를 확대해석하거나 또는 축소·제한해석을 함으로써 실질적인 범형성적 기능을 발휘하여야 할 것이다(대법원 1998년 4월 23일 선고 95다36466 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견).
	호적법이 성전환자의 호적상 성별란 기재를 수정하는 절차규정을 두지 않은 이유는 입법자가 이를 허용하지 않기 때문이 아니라 입법 당시에는 미처 그 가능성과 필요성을 상정하지 못하였기 때문이라고 할 것이다. ... 구체적인 사안을 심리한 결과 성전환자에 해당함이 명백하다고 증명되는 경우에는 호적법 제120조의 절차에 따라 그 전환된 성과 호적의 성별란 기재를 일치시킴으로써 호적기재가 진정한 신분관계를 반영할 수 있도록 하는 것이 호적법 제120조의 입법 취지에 합치되는 합리적인 해석이라 할 것이다(대법원 2006년 6월 22일 선고 2004스42 전원합의체 결정의 다수의견).
	그 법규의 해석에서 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다(대법원 2012년 2월 23일 선고 2011두23337 판결). ⁵⁴⁾

그 법규의 해석에서 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니므로, 구 건강보험법 제84조 제2항의 '서류'와 구 의료급여법 제32조 제2항의 '관계서류'의 의미를 해석함에 있어서는 '서류'의 통상적 의미를 벗어나지 아니하는 범위 내에서 그 서류제출에 관한 입법 취지와 목적 등을 고려할 수 있다.(대법원 2013년 7월 25일 선고 2012두28438 판결).⁵⁶⁾

- 54) 본문에서는 법률해석에 관한 대법원의 입장과 관련하여 형사판례도 인용하였는데 이와 관련하여 형사 관련조항 특히 형벌과 관련된 조항과 민사법 조항에 적용되는 법률해석의 기준을 같이 볼 수 있는가하는 의문이 제기될 수 있다. 즉 형사법의 경우 “죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결)”는 원리가 특별히 적용된다는 차원에서 형사법규의 문언을 확장하여 해석하거나 그 문언을 넘어서는 해석을 함에 있어서는 타 법규에 비하여 엄격한 기준이 적용되어야 하고, 형벌관련조항에 대한 법률해석과 민사법에 대한 해석에 관한 법리는 서로 독립적으로 정립되어야 한다는 취지의 의문이라고도 할 수 있다. 이러한 의문은 또 하나의 새로운 논의주제가 될 수도 있겠으나, 본문에서는 대법원의 법률해석에 관한 입장을 통괄적으로 조망하고 형사법과 민사법의 해석에 관한 논의가 완전히 동일할 수는 없겠지만, 공통적으로 적용가능한 법률해석의 원칙적인 법리가 도출가능하다는 입장에서 형법 관련조항에 대한 법률해석에 있어서의 대법원 판례의 입장도 인용하기로 한다. 다만, 같은 형사 판례임에도 대법원 1994. 12. 20. 자 94모32 전원합의체 결정과 대법원 2004. 11. 28. 선고 2004도1228 전원합의체 판결에서는 ‘법문의 가능한 의미’ 또는 ‘문언상의 가능한 의미’에 대하여 다수의견에 있어 전자는 처벌범위가 확대되는 방향으로 후자는 처벌범위가 축소되는 방향으로 결론을 도출함으로써 서로 상반되는 것으로 보이는 입장을 취하였다. 한편, 아래 본문에서도 알 수 있듯이 대법원은 민사판례와 형사판례 모두에서 ‘문언의 통상적인 의미’에 따른 해석을 입법취지와 목적에 따른 해석에 한계로 보고 있다. 물론, 이에 대하여 ‘문언의 통상적 의미’에 대한 민·형사 상의 판단기준이 다르다는 반론이 제기될 수도 있지만, 실제 대법원 판결을 살펴보면, 그러한 특징이 쉽게 발견되지도 아니한다.
- 55) 대법원의 ‘문언의 통상적인 의미’를 목적론적 해석의 한계로 보는 듯한 입장은 과거에도 형사판례를 통하여 확인된 바 있다. 그에 따르면 “형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에

이와 같은 입장들을 정리하여 보면, 문언을 강조하는 입장에서도 “그 문리대로의 적용이 실제로 불가능한 경우 등 예외적인 경우”, “정의의 요청(이른바 목적론적 축소해석의 경우) 또는 합헌적인 해석의 요청(이른바 헌법합치적 해석의 경우)에 의하여 그 법규의 적용 범위를 예외적으로 제한하여 해석할 필요가 있는 등의 특별한 사정”, “사법적극주의의 입장에서 입법목적에 충실한 결과를 이룰 수 있도록 목적론적인 해석을 하여야 할 경우”등과 같은 특별한 경우에 문언과 다른 해석을 할 여지를 남겨두었으며, 목적론적 해석을 강조하는 입장에서도 문언의 어의에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서도 “사회적 정의관념”, “입법정신”, “법률 제정 당시에 입법자가 전혀 예상하지 못하였기 때문에 법률로 규정되지 않았거나 불충분하게 규정된 경우” 등을 반영하여 법관의 실질적 법형성적 기능을 인정하였다. 다만, 차이가 있다면 문언대로의 해석을 적용하지 못할 특별한 사정 예컨대, 정의의 요청이나 합헌적인 해석의 요청 혹은 사회적 정의관념이나 입법정신에 따라 문언 그대로의 해석을 지양해야 할 사정이 존재하는지에 대한 판단이 서로 달랐다는 것이고, 적어도 최근에 이르러서는 이러한 특별한 사정을 인정하고 있는 판례가 조금씩 늘어가고 있다는 느낌을 받는다.

1.2 “문언의 통상적인 의미”에 충실한 해석

한편 최근에 이르러서 대법원은 대상판결을 포함하여 거의 통일적으로 법률의 해석에 있어서 법령에 사용된 “문언의 통상적인 의미”에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 할 것을 요구하고 있는데, 이것은 앞에서도 살펴보았듯이 법률해석의 출발점은 문언의 어의를 해석함에 있음을 표명한 것이라고 할 수 있다. 대법원은 과거에는 이와 같은 입장을 보임에 있어 “문언상 해석가능한 의미”,⁵⁷⁾ “법규정의 가능한 의미”,⁵⁸⁾ “법률에

게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니되지만 형벌법규의 해석에 있어서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니므로(대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결)”라고 하였다.

56) 이 판례에서는 특정한 해석(서류에 전산기록이 포함된다고 보는 해석)이 문언의 통상적 의미를 벗어나는 지 여부를 판단하여 그 범위를 벗어나지 않는다고 결정하고 나서, 관련법령의 입법취지와 목적을 고려한 해석에도 부합하는지를 검토하였는데 이러한 태도는 입법취지와 목적에 따른 해석이 문언의 통상적 의미에 따른 해석을 벗어나지 아니하여야 한다는 대법원의 입장에 입각한 분석 순서로 보인다.

57) 대법원 1994. 12. 20. 선고 94모32 전원합의체 결정의 반대의견. 한편, 이 판례와 관련하여 대법원의 다수의견과 반대의견의 공통점은 형법의 해석이 “법문의 가능한 의미”안에 있어야 한다는 것임에도, 그 판단기준에 있어 서로 차이를 보이고 있는데, 다수의견은 그 의미를 법문의 문리적 해석 외에도 논리, 체계적인 기준이라고 역설하는 반면, 반대의견은 ‘우리말의 보통의 표현방법’에 의하여 결정되어야 한다

정하여진 문구의 문리적 의미”;⁵⁹⁾ “문언상의 가능한 의미의 범위”⁶⁰⁾라는 표현을 혼용하여 사용하기도 하였는데,⁶¹⁾ 이와 같은 표현들은 서로 분명히 분리되는 다른 개념이라기 보다는 법형성에 이르지 않는 정도의 문언 해석을 함에 있어 그 한계를 설정하는 표현으로 볼 수 있다.⁶²⁾

그렇다면, 대법원이 말하고 있는 ‘문언의 통상적 의미’의 판단기준이 문제된다. 문언에 사용된 통상적인 의미란 언어로서의 사전적·기계적 의미 그대로를 말하는가? 통상적 의미라고 하면 대개의 경우 사전적 의미와 일치할 수도 있지만, 어휘상으로 미루어 보건대, ‘그 언어사회의 구성원들이 평균적으로 혹은 일상적으로 사용하고 이해하는 의미’로 정의할 수 있을 것이다.⁶³⁾

대법원이 문언의 통상적인 의미에 충실한 해석을 원칙으로 하여 체계적·논리적 해석을 동원하도록 하는 법해석의 방법을 밝힌 사례들⁶⁴⁾ 가운데에서도 명시적으로 ‘문언의

고 하고 있다면서 이 판결을 분석하고 있는 글로는 김영환, 앞의 논문(주 23) 참조.

58) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다60949 판결.

59) 대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정의 반대이견, 이 의견에 따르면, “법률 규정의 해석에 있어서는 법률에 정하여진 문구의 문리적 의미가 해석의 출발점이며 법문의 가능한 의미를 벗어나 그 의미를 창출하는 것은 유추해석으로서 원칙적으로 허용되지 않는다”고 하여 해석의 출발점으로서의 ‘문구의 문리적 의미’와 유추해석이 되지 않는 해석의 한계로서의 ‘법문의 가능한 의미’를 분리하고 있는 것으로 보인다.

60) 대법원 2004. 11. 18. 선고 2004도1228 전원합의체 판결.

61) 이와 관련하여, Larenz·Canaris, 앞의 책(주 1), p.143에서는 범용결의 보충에 이르지 않는 협의의 해석의 한계로서 “가능한 어의의 범위(Bereich des möglichen Wortsinns)”라는 표현을 사용하고 있다.

62) 오세혁, 앞의 논문(주 33), 12-13쪽에 따르면, 우리나라 법원은 문언의 일상적(통상적, 관용적) 의미를 해석의 출발점으로 삼고 있고, 문언의 가능한 의미를 해석의 한계로 삼고 있으면서도 종종 문언의 일상적 의미와 가능한 의미를 혼동하곤 하는데, 이 두 의미는 구분되어야 하며, 문언의 일상적 의미는 때로는 가능한 의미와 일치하기도 하지만, 일반적으로 가능한 범위 내에서 맥락에 따라 그 의미가 변동하게 된다고 한다. 이에 따르면, 문언의 가능한 의미는 문언의 통상적 의미보다는 넓은 개념이 된다. 필자가 보기에 대법원은 위 두 개념을 분명히 구분하지 않고, 혼용하고 있는 것으로 보이고, 문언 해석의 한계로서 “통상적인 의미”를 판단할 때 상당히 광범위한 기준에 기하여 판단하고 있는 것으로 보이는데 적어도 법형성이 아닌 문언해석에 있어서의 해석의 한계는 문언의 가능한 의미가 되는 것이 타당하다고 생각한다.

63) 이와 관련하여 오세혁, 앞의 논문(주 33), 13쪽에서는 문언의 사전적 의미, 일상적 의미, 가능한 의미를 구분하여 문언의 일상적 의미는 문언의 다양한 의미 중에서 일반인들에 의하여 일상적으로 사용되는 의미라고 한다.

64) 대상판결을 포함하여 예컨대, 대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두23337 판결, 대법원 2012. 10. 11. 선고 2010두28069 판결, 대법원 2012. 7. 5. 선고 2011두19239 전원합의체 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012두28438 판결 등.

.통상적 의미'가 무엇인지를 정의하거나, 그 판단기준이 무엇인지를 직접적으로 밝힌 사례는 적은 편이다.⁶⁵⁾ 다만, 몇 개의 판결을 통하여 대법원이 '문언의 통상적 의미'를 판단하는 기준을 추정해 보면 다음과 같다.

1.2.1 대법원 2009년 4월 23일 선고 2006다81035 판결에서는 구 임대주택법(2005년 7월 13일 법률 제7598호로 개정되기 전의 것) 제15조 제1항에서 '무주택자인 임차인'을 임대주택에 대한 우선분양 권리의 발생요건으로 정하고 있는 것과 관련하여 여기에서의 임차인에 '실질적 의미의 임차인'이 포함되는지 여부가 쟁점이 되었다. 이에 관하여 대법원은 임대주택법상의 임차인이라는 용어는 임대차에 관한 일반법인 민법의 규정, 그리고 사회에서 통상적으로 이해되는 '임차인'의 의미로 돌아가 해석할 수밖에 없다고 하면서, 여기에서의 임차인은 임대차계약을 체결한 당사자라고 보는 것이 문언에 충실하면서도 가장 보편타당한 해석이고 여기에 실질적 의미의 임차인은 포함되지 않는다고 하였다. 또한, 임대주택법의 취지와 전체 법체계를 살펴보더라도 임차인의 범위에는 실질적 의미의 임차인이 포함되지 않는다고 하였다.

이에 따르면 '임차인'이라는 문언의 의미를 파악함에 있어 사회에서 통상적으로 이해되는 의미와 임대차에 관한 민법의 규정을 고려하였다. 여기에서 '민법의 규정'을 고려한 것은 '임차인'이라는 용어가 법에 의하여 만들어진 일종의 법률용어적 성격이 있음을 감안한 것으로 보인다.⁶⁶⁾

1.2.2 대법원 2012년 10월 11일 선고 2010두28069 판결에서는 구 공직선거법(2010년 1월 25일 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제264조에서 "당선인이 당해 선거에 있어 이 법에 규정된 죄와 정치자금법 제49조(선거비용관련 위반행위에 관한 벌칙)의 죄를 범함으로 인하여 징역 또는 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다"라고 규정하고 있는 것과 관련하여 '당해 선거'가 ① '당선인이 당선된 그 선거'를 의미하는 것인지 ② '임기만료에 의한 국회의원선거의 당선인이 지역구 국회의원인 경우에 그 당선된 지역구는 물론 다른 지역구와 비례대표를 포함한 전체 국회의

65) 통상적 의미에 따른 해석과 입법취지와 목적 등을 고려한 체계적·논리적 해석을 구분하여 관련 조항을 해석한 사례를 발견하기는 드물고 오히려 이 두 가지를 종합하여 해당조항의 타당한 의미를 밝힌 경우가 대부분이다.

66) 심현섭, 앞의 책(주 26), 218쪽에 따르면, 법률적 언어관용은 일상적 언어관용보다 또 입법당시의 언어관용은 현재의 언어관용보다 우위에 두어야 한다고 하였다.

원선거’를 의미하는 것인지가 쟁점이 되었다. 이에 대하여 대법원은 ‘당해’의 사전적 의미에 터잡아 문리적으로 해석하면, ‘당선인이 당선된 그 선거’로 풀이할 수 있지만, 해당 규정의 다른 조항과의 관계 및 입법취지를 고려하면, ‘당해 선거’란 당선인이 출마한 특정한 개별 선거구를 의미하는 것이 아니라 그 국회의원선거에서 행해진 모든 선거를 포괄하는 개념인 전체로서의 당해 선거를 일컫는다고 봄이 상당하다고 하였다. 이에 비추어 보건대, 대법원은 이 사안에서 ‘당해’라는 문언의 통상적 의미를 그 사전적 의미에 기초하여 해석한 것으로 보인다.

1.2.3 대법원 2013년 7월 25일 선고 2012두28438 판결에서는 구 국민건강보험법 제84조 제2항⁶⁷⁾과 구 의료급여법 제32조 제2항⁶⁸⁾상의 서류 제출명령 및 관계서류 제출명령과 관련하여 ‘서류’의 의미가 쟁점이 되었는데, 이에 대하여 대법원은 ① 컴퓨터 등 전산기록장치에 의하여 저장·보존된 전산기록(이하 ‘전산기록’이라 한다)이 서류의 통상적인 의미를 벗어나는지 여부와 ② 입법 취지와 목적 등을 고려할 때 관련 조항의 ‘서류’에 전산기록이 포함된다고 보는 것이 타당한지 여부를 분리하여 판단하였다.⁶⁹⁾ 이와 같이 양 해석을 구분하여 판단한 예는 대법원 판결들 중에서도 매우 드문 편인데,

67) 제84조(보고와 검사) ① (생략).

② 보건복지부장관은 요양기관(제44조의 규정에 의하여 요양을 실시한 기관을 포함한다)에 대하여 요양·약제의 지급 등 보험급여에 관한 보고 또는 서류제출을 명하거나 소속공무원으로 하여금 관계인에게 질문을 하게 하거나 관계서류를 검사하게 할 수 있다.

68) 제32조(보고 및 검사) ① (생략).

② 보건복지부장관은 의료급여기관(제12조의 규정에 따라 의료급여를 실시한 기관을 포함한다)에 대하여 진료·약제의 지급 등 의료급여에 관한 보고 또는 관계서류의 제출을 명하거나 소속 공무원으로 하여금 질문을 하게 하거나 관계 서류를 검사하게 할 수 있다.

69) 한편, 이 판결에서 주목할 점은 “법규의 해석에서 문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니므로”라고 하여 문언의 통상적인 의미가 목적론적 해석의 한계로 기능하는 것으로 보고 있을 뿐만 아니라(이와 같은 입장은 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두23337 판결, 대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결에서도 보이고 있다), “사회적 변화 및 관계 법령의 내용 등을 종합적으로 고려하면, 전산기록이 서류라는 문언의 통상적인 의미에서 벗어난다고 볼 수는 없다”고 하여 문언의 통상적인 의미를 판단함에 있어 관계 법령의 내용을 고려하고 있다는 점이다. 우선, 문언의 통상적인 의미가 목적론적 해석의 한계가 될 수 있는지에 대하여 보면, 목적론적 해석에 따를 경우 때로는 문언의 범위를 넘어서는 해석도 가능해질 수 있는 것이므로 이를 일률적으로 말하기 어렵다. 또한 통상적인 의미를 판단함에 있어 관계법령의 내용까지 고려하는 것은 그만큼 문언의 통상적인 의미의 범위를 넓히는 것일 뿐만 아니라 문언의 통상적인 의미를 판단하는 주체가 일반인이 아니라 관계법령의 내용을 고려할 수 있는 주체들 예컨대, 법조인이나 법령의 내용과 익숙한 사람들에게 한정될 수 있다. 이와 같은 점에서 이 판결의 내용은 논의의 여지가 있으나, 이와 같은 논점들은 대상판결에서는 드러나지 않고 있으므로 이 글의 논의에서는 제외하기로 한다.

①과 관련하여 사회적 변화 및 관계 법령 등의 내용 등을 종합적으로 고려하면, 컴퓨터 등 전산기록장치에 의하여 저장·보존된 전산기록이 서류라는 문언의 통상적인 의미에서 벗어난다고 볼 수는 없다고 하였고,⁷⁰⁾ ②와 관련하여, 관계조항의 서류에는 전산기록도 포함되는 것으로 해석하는 것이 해당조항의 입법 취지나 목적, 관계 법령의 내용과 체계에 맞는 해석이라고 하였다.

위와 같은 판결들을 보면, 대법원은 문언의 통상적 의미를 판단함에 있어 사회에서 통상적으로 이해되는 의미, 사전적 의미, 사회적 변화 등 여러 가지 요소를 고려하고 있다. 이것은 문언의 통상적 의미를 파악할 때 특정 요소만을 기준으로 하지 않고 그 의미에 대한 유연한 접근을 하였다는 뜻으로 이해되며, 이것은 문언의 통상적 의미를 파악함에 있어 바람직하고도 필요한 방법이라고 생각된다. 판례의 맥락을 보면 ‘통상적 의미’는 때로는 사전적 의미보다 좀 더 범위가 넓은 개념으로 사용되는 것으로 보인다. 즉, 특정 단어에 대하여 사전에서 그 의미를 명시하고 있다고 하더라도 사회통념의 변화와 기술의 발전 등을 통하여 특정 단어가 사전적 의미보다 넓은 의미를 가지는 것으로 통상적으로 사용될 수 있다. 예컨대, 위 대법원 2013년 7월 25일 선고 2012두28438에서 ‘서류’는 사전적으로는 문자나 기호로 일정한 의사나 관념 또는 사상을 표현한 종이 등의 유형물을 의미하는 것으로 이해될 수도 있으나, 과학기술의 발달로 전자문서나 전자기록을 통한 업무의 진행이 일상화되고 있는 현대사회에서는 전자문서나 전자서류의 경우에도 위 서류나 문서로서 통상적으로 이해될 수 있는 것이다. 한편, 법의 특성상 일상용어에서는 자주 사용되지 않지만, 입법의 효율성, 전문성을 위하여 특수한 용어를 사용하게 되는 경우가 존재할 수 있다.⁷¹⁾ 이러한 용어들은 법체계에서 통상적으로 이해되는 의미로 보아야 할 것이다.

법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이다.⁷²⁾ 법은 일반인을 향해 있고, 일반인과 관련되어 있는 법은 일반적 이해가능성(Allgemeinverständlichkeit)의 최소한을 포기할 수 없다. 따라서 입법자는 일상어를 사용하게 되고 다만, 필요에 따라 입법자는 특수한 법률용어를 사용하게 되는데 그러하더라

70) 참고로 이 판결의 제1심 판결인 서울행정법원 2011. 11. 10. 선고 2011구합12603 판결에서는 서류란 문자 또는 이에 갈음하여 읽을 수 있는 부호를 사용하여 서면 등에 작성한 것을 의미하는 것으로서 전산기록장치에 의하여 저장·보존하고 있는 전산자료는 서류에 해당하지 않는다고 보는 것이 문리해석에 부합한다고 하였다.

71) 예컨대, 일반사법인 민법의 경우 권리능력, 제한능력자, 성년후견, 소멸시효 등의 용어를 들 수 있다.

72) 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결.

도 법률용어는 일상적 언어관용과 너무 멀리 떨어져서는 아니 되며, 한편 법률상의 특수한 언어관용은 대개의 경우 일상적 언어관용보다 우선하게 될 것이다.⁷³⁾ 이러한 측면에서 볼 때, 우리는 대법원이 법해석의 출발점으로 문언의 통상적 의미를 그 기준으로 삼은 이유를 충분히 이해할 수 있다.

다만, 앞에서도 살펴보았듯이 대법원은 특별한 사정이 있는지에 대한 판단에 따라 문언과 다른 해석을 해야 할 가능성을 인정하고 있고, 문언 해석 외에도 “법률의 입법 취지와 목적, 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원”하도록 하고 있다. 그렇다면 문제해결의 열쇠는 이와 같은 체계적·논리적 해석을 동원하여 문언과 다른 해석을 할 특별한 사정이 존재한다고 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 그리고 대상판결에서 대법원은 그와 같은 사정이 있는 것으로 판단하여 문언의 통상적인 의미보다 제한적인 범위에서 문언의 의미를 이해하였다. 이제 구체적으로 대상판결에서 관련조항을 어떻게 해석하였는지를 살펴보면 다음과 같다.

2. 제846조와 제847조 제1항에 따른 ‘처(妻)’의 의미

2.1 대상판결의 해석

이 사건의 사실관계에 대하여 원심 법원에서는 제846조와 제847조 제1항에서 정한 친생부인의 소의 원고적격은 ‘부부(夫婦)’ 또는 ‘부(夫) 또는 처(妻)’에게 있는데, ‘부(婦)’, ‘처(妻)’에는 친생부인이 주장되는 대상자의 생모뿐만 아니라 친생부인이 주장되는 대상자의 법률상 부(夫)와 재혼한 처(妻)도 포함된다고 하였다. 이에 반하여 대법원은 민법상 친생부인과 관련된 조항들인 제844조, 제846조, 제847조의 관계를 살펴보면, 제846조에서의 ‘부부의 일방’은 제844조 제1항에서의 ‘부’와 ‘자를 혼인 중에 포태한 처’를 가리키고, 제847조 제1항에서의 ‘처’도 제846조에 규정된 ‘부부의 일방으로서의 처’를 의미한다고 해석되므로, 친생부인의 소를 제기할 수 있는 처는 ‘자의 생모’를 의미한다고 하였으며, 입법취지와 개정연혁에 비추어 보더라도 ‘재혼한 처’는 포함되지 않는다고 하였다. 대상판결에서는 쟁점이 된 ‘처’의 의미와 관련하여 그 통상적 의미에 따른 해석에 따른 의미와 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의

73) Larenz·Canaris, 앞의 책(주 1), pp. 141-143.

관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석에 따른 의미를 구분하여 판시하지는 아니하였지만, 앞에서의 논의에 비추어 이를 분리하여 검토해 보도록 한다.

2.2 ‘처(妻)’의 통상적 의미

일반적으로 ‘처’라고 하면, 결혼한 부부관계에서 아내를 말한다. 사전적 의미를 보더라도 ‘처’란 혼인하여 남자의 짝이 된 여자 즉, 아내를 말하며, 사회적 상황을 고려하여 현대사회에서 일반인에게 통상적으로 이해되는 처의 의미를 보아도 부부관계에서의 아내를 일컫는다고 할 수 있다. 다만, 재혼률의 증가, 법률상 혼인신고 없는 동거, 현대사회에서의 가치관의 변화로 인하여 동성애에 대한 인식의 변화와 동성혼의 인정에 대한 논의 등에 비추어 볼 때, 사실혼 관계에 있는 처를 통상적인 의미에서의 처라고 할 수 있는지 또는 법률적으로 인정되지 않는 동성혼에서의 아내에 대하여 이를 통상적인 의미에서의 처라고 할 수 있는지에 대한 의문이 존재할 수 있을지언정, 재혼하여 법률상 혼인신고를 마친 여자를 처에 해당하지 않는다고 하기는 어렵다. 따라서 이 사건에서는 망인과 혼인신고를 하여 망인이 사망하기까지 부부생활을 하였던 원고 1이 망인과의 부부관계에서 통상적인 의미에서의 ‘처’라고 할 수 있을 것이다.

이러한 관점에서 이 사건의 원심 법원에서도 “문리적인 해석에 의할 때 친생부인이 주장되는 대상자의 생모(生母) 및 그의 부(夫)뿐만 아니라, 그 부와 재혼한 처(妻)도 여기에 포함된다고 해석하는 것이 가능하다”고 한 것을 이해할 수 있다.

한편, ‘처’라는 용어는 일상적으로도 아내를 의미하는 용어로 사용되는 단어이고, 일상적인 언어관용과 달리 법률용어로서 만들어진 것으로 법률상의 특별한 언어관용에 따라 우선하여 이해되는 의미를 가진 것으로 보이지도 않지만, 설령 이것이 법률상 의미의 처 즉 법률상 혼인신고를 마친 처를 의미한다고 하더라도 원고 1이 그 ‘처’에 포함됨은 명백하다.

그러나 앞에서도 살펴보았듯이 법률의 해석에 있어서는 명백한 입법오류로 보이거나, 문언에 따른 해석이 다른 관련 법령과 조화되지 않거나 전체법질서에 어울리지 않을 때 혹은 현저히 불합리하여 일반적인 정의의 관념에 반하는 것으로 보이는 경우 등에 문언과 다른 해석이 가능하다. 그렇다면 이제 ‘처’가 가지는 통상적인 의미에도 불구하고 입법이유나, 해당 조항의 목적에 비추어 보건대, 문언의 통상적 의미와 달리 제한된 의미로 해석되어야 할 이유가 있는지를 살펴보자.⁷⁴⁾

2.3 ‘처’의 의미를 제한하여 해석할 필요성

대상판결에서 대법원은 “민법 규정의 입법취지, 개정 연혁과 체계 등에 비추어 보면, 민법 제846조, 제847조 제1항에서 정한 친생부인의 소의 원고적격이 있는 ‘부(婦), 처(妻)’는 자의 생모에 한정되고, 여기에 ‘재혼한 처’는 포함되지 않는다고 해석하는 것이 옳다”고 하였다. 한편, 원심 법원에서도 위 ‘처’의 의미를 해석함에 있어 문리적 해석만을 앞세운 것은 아니다. 친생부인의 소의 원고적격을 제한적으로 규정한 취지, 관련 규정의 개정연혁, 친생부인의 소의 원고적격을 지나치게 제한할 경우의 역기능 등을 고려하더라도 ‘재혼한 처’가 포함된다고 해석함이 타당하다고 하였으며, 그 이유에 대하여 매우 구체적이고 상세한 설명을 하고 있다. 그렇다면, 원심 법원과 대법원의 결론이 달라진 이유는 무엇일까? 이를 살펴보기 위하여 우선, 친생부인의 소의 규정체계, 입법취지와 개정이유를 구체적으로 살펴보고, 이에 대한 원심 법원의 판결과 아울러 대법원 판결의 타당성을 검토해보기로 한다.

2.3.1 친생부인의 소에 관한 법률상의 체계

제844조 (부의 친생자의 추정)	① 처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정한다. ② 혼인성립의 날로부터 2백일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 3백일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다.
제846조 (자의 친생부인)	부부의 일방은 제844조의 경우에 그 자가 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다.
제847조 (친생부인의 소)	① 친생부인(親生否認)의 소(訴)는 부(夫) 또는 처(妻)가 다른 일방 또는 자(子)를 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 이를 제기하여야 한다. ② (생 략)

민법에서는 우선 제4편 친족⁷⁵⁾ 제4장 부모와 제1절 친생자 부분에서 제844조 부의 친생자 추정 조항을 필두로 제846조와 제847조에서 친생부인의 소를 제기할 수 있는 경우와 그 원고적격, 피고적격, 제소기간에 관한 내용을 두고 있다. 이를 보면, 제844조에

74) 이 사건의 쟁점이 되는 제846조의 ‘부부의 일방’과 제847조 제1항의 ‘부 또는 처’라는 문언이 명백한 입법상의 오류인 경우에도 문언과 다른 해석이 가능하겠으나, 이 사건의 경우를 명백한 입법상의 오류로 보기도 어렵거니와, 명백한 입법상의 오류인지 여부를 판단하기 위해서도 입법이유나 법률의 취지에 대한 분석이 필요할 것이다.

75) 민법 제4편은 제1장 총칙, 제2장 가족의 범위와 자의 성과 본, 제3장 혼인, 제4장 부모와 자, 제5장 후견, 제7장 부양으로 구성되어 있다.

따라 처가 혼인 중에 포태한 자 또는 혼인성립의 날이나 혼인관계종료의 날부터 일정기간 내에 출생한 자는 친생자로 추정하도록 하고 있고, 이를 부인하기 위해서는 제846조에 따른 친생부인의 소를 제기하도록 하고 있다. 따라서, 제846조는 친생부인의 소의 근거가 되는 원칙적 조항이라 할 수 있고, 제847조 제1항은 제846조에 따라 친생부인의 소를 제기할 경우 이에 필요한 절차 즉, 원고적격과 피고적격 그리고 제소기간을 밝히고 있다고 할 수 있다. 따라서 제847조에서 말하는 원고적격자인 ‘부(夫) 또는 처(妻)’는 제846조의 부부의 일방을 말하는 것으로 보아야 하고, 제846조에서 말하는 부부의 일방이란 제844조의 경우에 따른 부부의 일방 즉, ‘자를 혼인 중에 포태한 처’와 그 ‘자의 부로 추정당하게 되는 부’의 일방을 말한다고 봄이 타당할 것이다.⁷⁶⁾

다만, 이에 대하여 원심 법원의 입장에 동의하는 취지에서, 제846조에서 말하는 “제844조의 경우”란 친생자로 추정 받게 되는 사정만을 가리키고 이것이 반드시 ‘처’의 의미를 ‘자를 혼인 중에 포태한 처’로 제한하는 취지로 볼 수만은 없지 않나 하는 의구심이 들 수 있다. 그러나 제846조를 제847조 제1항과 연계하여 보면, 부부의 일방은 다른 일방 또는 자를 상대로 하여 친생부인의 소를 제기할 수 있는바, 만일 여기서 부부의 일방이 되는 ‘처’에 ‘재혼한 처’가 포함된다고 하면, 친생부인을 주장하려는 부가 살아있을 경우 그 부는 이론적으로는 자의 생모가 아닌 재혼한 처를 상대로 하여 친생부인의 소를 제기할 수 있다는 것이 된다. 하지만, 이러한 내용은 친생부인의 취지에 전혀 부합하지 않는다는 점에서 볼 때도 제846조와 제847조 제1항에서 말하는 처는 자의 생모를 말하는 것으로 제한하여 해석하여야 할 것이다.

2.3.2 친생부인제도를 둔 입법취지

“모자관계는 일반적으로 분만이라는 사실에 의하여 확정되지만, 부자관계의 확정에는 생물학적인 검사를 거치기 전에는 반드시 확실하지 않고, 생물학적인 검사를 거친다고 하여도 100 % 확실히 판명되지는 않는다.”⁷⁷⁾ 따라서 민법은 제844조에 친생자 추정의 규정을 두어 처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 친생자로 추정하며, 일단 어느 자(子)가 어느 부의 친생자로 추정될 경우 그 부가 그 자에 대하여 자신의 자녀가 아님을 주장함으로써 부자간의 친권·부양·상속 등의 법률관계를 차단하기 위해서는 원칙적으로 제846

76) 대법관결에서도 제844조, 제846조와 제847조 간에 본문에서 설명한 것과 같은 관계가 있음을 확인하고 있다.

77) 윤진수, 민법 IV 가족법, 서울대학교 법학전문대학원, 2012, 137쪽.

조의 친생부인의 소를 통해서만 가능하다.⁷⁸⁾ 즉, 친생자 추정은 혈연진실과 일치하지 않는 부자관계를 법률상으로 발생시킬 수 있는 가능성이 있으므로, 이와 같이 법규정에 의한 친생자 추정과 혈연진실이 일치하지 않을 경우를 위하여 법률상의 부자관계를 제거할 수 있는 제도로 각국의 입법례로서 마련된 것이 친생부인제도라는 것이 일반적인 설명이다.⁷⁹⁾ 한편, 제847조에서 친생부인의 원고적격과 제소기간을 제한한 이유는 가정 문제에 제3자가 관여한다면 가정의 평화가 유지될 수 없고, 부자관계를 상당 기간 불확정한 상태로 방치한다면 자의 지위가 불안정해지기 때문이라고 한다.⁸⁰⁾

또한, 제847조에서 원고적격과 제소기간을 제한하고 있는 점에서 볼 때, 친생부인 절차는 비록 친생추정에 의하여 성립한 법적 부자관계를 해소하기 위한 방법으로 마련되어 있지만 그 본질적인 기능은 다른 방법으로는 친생추정에 의하여 성립한 법적 부자관계를 다룰 수 없게 하는 것이라고 파악하여야 한다는 것이다.⁸¹⁾

이러한 친생부인제도를 어떻게 운용할 것인지의 문제는 결국 자신의 혈통을 알 권리 즉 혈연진실주의라는 이념과 아동의 최선의 이익 내지 사회적 친자관계의 고려라는 이념의 대립을 어떻게 조정할 것인가의 문제라고 할 수 있다.⁸²⁾

그런데, 제847조 제1항의 제소기간에 대한 1997년 헌법재판소의 헌법불합치결정⁸³⁾을

78) 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000므292 판결.

79) 김상용, “母의 親生否認權: 민법(가족법) 개정 논의와 관련하여”, 고시연구, 고시연구사, 2001. 9, 14쪽 참조.

80) 윤진수, 앞의 책(주 77), 139-140쪽. 한편, 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7 결정에서는 2005년 개정 전의 친생부인의 소의 취지에 관하여, “신분질서는 본래 안정을 요하는 것이므로 부에게 위와 같은 친생부인권을 부여한다고 하더라도 그로 인하여 부자관계가 장기간 불확정한 상태로 방치됨으로써 기본적으로 부모의 양육하에 성장하고 교육받을 수밖에 없는 자의 지위가 불안하게 되어서는 아니될 것이다. 이에 민법은 부에게 친생부인의 소를 제기할 수 있는 권한을 부여함으로써 친생부인권을 보장하는 한편으로 친생부인의 소에 일정한 제척기간을 두고 그 기간 내에서만 소를 제기할 수 있도록 하여 친생부인권을 제한하게 되었다”고 한다.

81) 윤진수 편집대표, 권재문 집필부분, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015, 574쪽. 아울러, 이 글에서는 가정의 평화, 부부의 사생활의 보호와 이를 통해 실현될 수 있는 ‘평온한 가정에서 양육받을 자녀의 이익’과 ‘신분관계를 조기에 확정하여 자녀에게 안정적인 양육환경을 제공하는 것’이 친생부인 요건을 제한하는 취지에 대한 지배적 견해라고 한다. 하지만, 2005년 법개정을 통하여 친생부인 기간의 기산점이 ‘자녀의 출생을 알게 된 날’에서 ‘친생부인 사유를 안 날’로 변경되었기 때문에 ‘장기간 지속된 사실상태인 가정의 평화 또는 신분관계의 유지’만을 근거로 친생부인 제한을 정당화하기는 어렵게 되었고, 이제는 친생부인 제도의 목적은 혈연이 없음을 알면서도 법적 부자관계를 유지할 것인지의 여부를 법적인 부 또는 생모의 의사에 맡기는 것이라고 파악하여야만 한다고 피력한다.

82) 윤진수, 앞의 책(주 77), 146쪽 참조. 또한 이 글에 따르면 양자의 이념 사이에 조화를 모색해야 함은 물론이지만, 근래에는 혈연진실주의가 상대적으로 더 중시되는 경향을 보이고 있다고 한다.

83) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7 결정. 이 결정에서는 과거 제847조 제1항에서 친생부인

제기로 2005년 이 조항이 개정되어 과거의 친생부인의 소의 요건에 대한 지나친 제한이 어느 정도 완화하였는데, 이러한 변화는 혈연진실주의의 실질적인 실현을 위한 움직임이라고 볼 수 있다.

2.3.3 친생부인의 소에서 원고적격의 개정 이유

헌법재판소의 헌법불합치결정에 따라 제847조 제1항의 개정필요성이 제기되고 1998년,⁸⁴⁾ 2000년,⁸⁵⁾ 2004년⁸⁶⁾에 이 조항의 개정을 포함한 민법 일부개정법률안이 각각 국회에 제출되었는데, 그 내용에는 헌법불합치 결정의 대상이 되었던 친생부인의 소의 제소기간 외에도 원고적격을 부부로 확장하는 내용이 포함되었다. 이에 따라, 2005년 3월 31일 제846조와 제847조 제1항이 다음과 같이 개정·공포되기에 이른다.⁸⁷⁾

의 소의 제소기간의 기산점을 ‘그 출생을 안 날로부터 1년 내’라고 규정하고 있던 것이 심판의 대상이 되었다. 이에 대하여 헌법재판소는 친생부인의 소에 관하여 어느 정도의 제척기간을 둘 것인가는 법률적인 친자관계를 진실에 부합시키고자 하는 부의 이익과 친자관계의 신속한 확정을 통하여 법적 안정을 찾고자 하는 자의 이익을 어떻게 그 사회의 실정과 전통적 관념에 맞게 조화시킬 것인가의 문제로서, 원칙적으로 입법권자의 재량에 맡겨진 것이지만, 그 제소기간이 지나치게 단기간이거나 불합리하여 부가자의 친생자 여부에 대한 확신을 가지기도 전에 그 제척기간이 경과함으로써 친생을 부인하고자 하는 부로 하여금 제소를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 불가능하게 하여 진실한 혈연관계에 반하는 친자관계를 부인할 수 있는 기회를 극단적으로 제한하는 것이라면 이는 입법재량의 한계를 넘어서는 것으로서 위헌이라 아니할 수 없고, 부의 인격권, 행복추구권 및 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하는 것이라고 하였다.

84) 1998. 11. 13. 친생부인의 소의 원고적격을 부와 처로 확대하는 내용의 민법 일부개정법률안이 정부에 의하여 국회에 제출되었으나, 15대 국회 임기만료로 이 법률안은 폐기되었다. 한편, 1997. 7. 8. 조찬형의 원 등이 발의한 법률안에도 제847조의 개정이 포함되었으나, 원고적격의 확대 없이 제척기간만을 개정하는 내용이었다. 이하 정부 및 국회의원이 제출한 각 민법일부개정법률안의 제출경과와 그 내용에 대해서는 국회의안정보시스템 참조.

85) 2000. 10. 16. 정부가 국회에 제출한 법률안에는 원고적격의 확대와 제척기간의 변경을 골자로 하는 제847조의 개정내용이 포함되어 있었고, 2000. 11. 28. 최영희의원 등 20인이 발의한 법률안에는 친생부인의 원고적격을 부, 처, 자로 확대하는 내용이 포함되어 있었는데, 이 법률안들은 모두 국회 본회의의 의결을 거치기 전에 제16대 국회의 임기만료로 폐기되었다. 이와 관련하여, 2001. 6. 26. 국회 법제사법위원회(제222회)의 회의록 8면에 따르면, 최영희 의원은 제안이유로 “자에게 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 한 것은 자 역시 친생부인을 하여야 할 당사자임에도 불구하고 부모만 자를 상대로 친생부인할 수 있도록 하고 자에게 권리를 인정하지 않는다면 형평에 맞지 않고 자의 인권이 무시되는 위헌의 소지가 있어 개선하고자 하는 것입니다. 특히 혈연상의 부나 모가 아님에도 불구하고 아무도 친생부인을 하지 않으면서 자를 확대·유기하는 경우, 자에게 부여하는 친생부인 제소권은 자의 복리 차원에서 긍정적인 기능을 할 수 있을 것입니다”라고 발언하였다.

86) 2004. 6. 3. 정부가 국회에 제출한 법률안(이하 ‘정부안’이라 한다)과 2004. 9. 14. 노회찬의원 등 10인이 발의한 법률안(이하, ‘노회찬 의원안’이라 한다)에는 제846조와 제847조의 개정내용이 포함되어 있었는데 그 주요내용을 비교하면 다음과 같다.

개정 전	개정 후
제846조(자의 친생부인) 부는 제844조의 경우에 그 자가 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다.	제846조(자의 친생부인) <u>부부의 일방은</u> ⁸⁸⁾ 제844조의 경우에 그 자가 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다.
제847조(친생부인의 소) ① 부인의 소는 자 또는 그 친권자인 모를 상대로 하여 그 출생을 안 날로부터 1년 내에 제기하여야 한다. ② 친권자인 모가 없는 때에는 법원은 특별대리인을 선임하여야 한다.	제847조(친생부인의 소) ① 친생부인의 소는 <u>부 또는 처가 다른 일방 또는 자를 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 이를 제기하여야 한다.</u> ② <u>제1항의 경우에 상대방이 될 자가 모두 사망한 때에는 그 사망을 안 날부터 2년 내에 검사를 상대로 하여 친생부인의 소를 제기할 수 있다.</u>

제846조 및 제847조의 개정과 관련하여 그 제출된 법률안의 제안이유와 주요내용을 보면, 과거의 친생부인의 소는 “혈연진실주의 및 부부평등⁸⁹⁾의 이념에 부합되지 아니하는 측면이 있으므로” 이를 개정하여 “친생부인제도를 합리적으로 개선”하려는 것을 그 개정이유로 하고 있다.⁹⁰⁾ 또한 입법과정에서 제기된 원고적격의 확대 필요성과 관련하여, “친생부인의 소의 원고적격을 처까지 확대한 이유는 현행법이 부부평등에 반하고, 현재의 남편이 친생부인의 소를 제기하지 않는 경우 그 자의 진실한 아버지는 친자식을

정부안	노회찬 의원안
제846조(자의 친생부인) 부부의 일방은 제844조의 경우에 그 자(子)가 친생자(親生子)임을 부인(否認)하는 소(訴)를 제기할 수 있다.	제846조(자의친생부인) 부부의 일방은 제844조의 경우에 그 자(子)가 친생자임(親生子)을 부인(否認)하는 소(訴)를 제기할 수 있다.
제847조(친생부인의 소) ① 친생부인(親生否認)의 소(訴)는 부(夫) 또는 처(妻) 다른 일방을 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날부터 1년 내, 그 자가 출생한 날부터 5년 내에 이를 제기하여야 한다.	제847조(친생부인의 소) ① 친생부인(親生否認)의 소(訴)는 부(夫) 또는 처(妻)가 다른 일방을 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 이를 제기하여야 한다.

한편, 위 정부안과 노회찬 의원안은 국회 법제사법위원회가 2005. 2. 28. 대안으로 제출한 민법개정법률안의 내용에 반영되었고, 그 대안이 현재와 같은 내용으로 국회 본회의에서 원안가결되어 공포되었다.

- 87) 실제 민법조문에는 일부 단어들이 한자로 표기되어 있으나, 본문에서는 이해의 편의를 위하여 한자를 한글로 변경하여 표기하였다.
- 88) 본문의 밑줄은 개정 전과 개정 후의 문언 차이를 보다 용이하게 확인하기 위하여 필자가 추가한 것이다.
- 89) 부와 마찬가지로 처에게도 친생부인권을 인정하는 근거로 부부평등 이념을 드는 것은 찬동할 수 없다고 하면서, 부의 친생부인은 자기의 혈통이 아님을 부인하는 것으로 자의 복리보다는 혈연진실을 우선한 것이고, 모의 친생부인은 혈연진실보다는 자의 복리를 위한 경우가 많아 부와 모의 친생부인의 본질에 차이가 있기 때문이라는 견해로는 이경희, “親生否認制度和 血緣眞實主義”, 고시계 제51권 제11호, 고시계사, 2006. 11. 26쪽 참조.
- 90) 법률안의 개정이유에 대해서는 2005년의 개정과 직접적으로 관련된 법률안 즉, 2004년에 제안된 정부안과 노회찬의원안 및 법제사법위원장 대안을 참조하였다. 이와 관련하여, 2004. 9. 8.에 개최된 법제사법위원회 전체회의(제250회)의 회의록(26면)에서 법무부장관의 발언내용을 보면 당시의 친생부인의 소가 “혈연진실주의와 부부평등의 이념에 부합되지 아니하는 측면이 있으므로” 부 뿐만 아니라 처도 제소할 수 있도록 하였다고 한다.

인지할 수 없어 혈연진실주의에도 심히 반한다는 의견이 많았기 때문”이며, 이와 관련하여 당사자가 아닌 처가 부자관계를 부인하게 하고 간부의 자식임을 주장할 수 있게 함으로써 처의 부도덕한 행위를 정당화한다는 문제점이 지적된 것에 대하여는, “부부가 화해의 전망 없이 상당한 기간 별거하고 있거나 남편이 그 자(子)에 대하여 단지 보복적 감정에서 친생부인은 하지 않은 채 확대하는 경우 등 친생부인을 허용하는 것이 오히려 윤리적으로 정당화될 수 있고 자의 복리를 위하여 필요한 경우가 있을 것”인데, “가족법을 해석·적용하는 데 있어서는 자의 복리가 최우선적으로 고려되어야”하고, “친모인 처에게 원고적격을 인정한다고 하여 처의 부도덕한 행위를 정당화해 주는 의미가 있다고 볼 것은 아니며, 단지 자의 복리를 위하여 친모인 처의 원고적격을 인정할 필요가 있다”고 하였다.⁹¹⁾

이 밖에도 2005년에 친생부인의 원고적격이 부부로 확대된 이유에 대하여 과거에 원고적격을 부로 한정된 것은 가정의 평화를 지키기 위한 의도였으나, 이러한 태도는 가부장적인 의식에서 비롯되었다는 비판을 피할 수 없었다는 견해가 있다.⁹²⁾ 이에 따르면, 모에게도 독자적인 친생부인권이 인정될 필요가 있는데, 예를 들어 아내가 혼인 중 제3자의 아이를 포태하였으나, 그 혼인관계를 청산하고 자의 생부와 가정을 이루어 살게 된 경우, 기존의 남편이 복수심에서든, 무관심과 냉담의 결과이든 친생부인권을 행사하지 않게 되면, 이는 결국 가족의 화합과 안정을 방해는 결과를 가져오기 때문에 이러한 경우에는 모 자신의 이익은 물론 자의 복리를 위해서도 모에게 친생부인권을 인정하여야 한다는 것이며, 이러한 취지에서 2005년 민법개정에 의하여 모에게도 친생부인권이 인정되었다고 한다. 이와 같은 취지는 대법판결에서도 확인한 바 있다.⁹³⁾

이와 같은 내용들을 종합해 볼 때, 친생부인의 원고적격을 부부로 확대한 취지나 입법자의 의도는 혈연진실주의 및 부부평등의 이념을 구현하고 자의 복리를 실질적으로 도모하는 차원에서 친생부인의 대상이 되는 자의 생모로 하여금 친생부인의 절차를 밟게 한 것임을 알 수 있다.

91) 2002. 3. 7. 국회에서 제228회 법제사법위원회의의 의사일정으로 개최된 민법개정법률안에 관한 공청회에서 법률안을 제출한 정부를 대표하여 참가한 법무부 관련자 진술 참조(해당 회의록 14쪽).

92) 김주수/김상용, 친족·상속법, 법문사, 2013, 288쪽 참조. 한편, 과거에 친생부인의 소의 원고적격을 부로 제한한 것은 간통한 모(母)에 대한 제재의 의도를 담고 있기도 하다는 견해로는 김상용, 앞의 논문(주 79), 18쪽 참조.

93) “부부가 이혼하여 처가 자의 생부와 혼인한 경우, 부부가 화해의 전망 없이 상당한 기간 별거하고 있는 경우, 부가 친생부인은 하지 않은 채 단지 보복적 감정에서 자를 확대하는 경우 등에는 생모도 친생부인을 할 수 있도록 하는 것이 주된 개정이유였다.”

2.3.4 ‘처’의 의미를 제한하여 해석할 합리적 필요성 - 원심 법원의 주요논거를 중심으로

목적론적 해석이라는 것은 법체계, 입법취지, 객관적 법정신 등을 고려한 해석방식이라 할 수 있으나, 단순히 표현하자면, 해당조항에 대하여 사회적 정의관념과 합리성에 따른 해석을 하는 것이라 할 수 있다. 이와 같은 해석은 관련 법령의 체계를 살피는 것, 입법이유와 취지를 살피는 것을 수단으로 하여서도 가능하다. 그 밖에 사회적 정의관념과 합리성에 부합하는 해석인지의 여부와 관련하여 추가적으로 살펴보더라도, 과거에 모의 친생부인권을 부인하였던 것은 합리적 필요성보다는 가부장적 사고방식 즉 처가 낳은 자식을 자신의 자식으로 인정할지 아닐지는 전적으로 부에게 독점하게 하려는 사고방식의 일환이라 할 수 있고, 이것은 양성평등과 자녀복리를 기본 이념으로 하는 가족법의 법정신에도 부합하지 않는다고 할 것이다. 다만, ‘재혼한 처’를 친생부인의 소의 원고적격으로 포함시키는 것도 이러한 법정신에 부합하는 것인지를 살펴볼 필요는 있다.

이와 관련하여, 원심 법원에서는 ‘재혼한 처’에게도 친생부인권을 허용하는 것이 정의관념이나 일반적인 법감정에도 부합하는 것으로 보인다고 하였는데, 친생부인의 소의 원고적격에 ‘재혼한 처’를 포함시킬 필요성이 과연 존재하는지 여부와 관련하여 원심 법원의 주요논거⁹⁴⁾를 살펴봄으로써 해당조항에 대한 제한적 해석의 필요성을 살피는 것도 위 조항의 해석에 대한 목적론적 접근의 좋은 방법이 될 것으로 생각된다.

우선, 원심법원에서 주장하였던 ‘친생부인의 소의 원고적격을 지나치게 제한할 경우의 역기능’에 대하여 살펴보기로 한다. 원심 법원은 과거와는 달리 유전자 감정 등을 통하여 친생자 여부를 쉽게 판단할 수 있으므로 원고적격을 제한적으로 규정한 취지는 최근의 상황과 맞지 않고, 가정이 파탄에 이르렀거나 자의 친생자 여부가 다투어지고 있는 경우에도 부의 사망 또는 단기간의 제척기간의 문제로 법적으로 친생자임을 부인할 수 없게 된다면 보호해야 할 평화로운 가정이 없는 반면 이로 인한 갈등을 해소할 방법이

94) 원심 법원은 제847조 제1항의 ‘처’에 ‘재혼한 처’도 포함된다는 근거로 ① 관련규정의 문리적 해석, ② 친생부인의 소의 원고적격을 제한적으로 규정한 취지, ③ 관련규정의 개정 연혁, ④ 친생부인의 소의 원고적격을 지나치게 제한할 경우의 역기능과 일반적인 법감정, ⑤ 부(夫)의 전혼처와의 사이의 자가 친생자인지 여부에 따라 ‘재혼한 처’가 이해관계에 큰 영향을 받는 점, ⑥ ‘재혼한 처’가 부(夫)와의 사이에 자녀를 두었을 경우 그 자녀와 친생부인이 주장되는 자간의 이해관계가 대립하는 점, ⑦ 제851조에서도 제847조 제1항의 부 또는 처가 사망한 경우에 원고적격을 가지는 자로 직계존속과 직계비속만을 규정하고 있고, 재혼한 처는 이에 포함되지 않아 재혼한 처는 친생부인의 소의 원고적격이 전혀 없게 되어 균형에 맞지 않는 점을 들고 있다. 이 중에서 ①에서 ③까지의 근거는 이미 앞에서 살펴보았으므로 아래 본문에서는 ④에서 ⑦까지의 논거를 살피기로 한다.

없어지게 되는 모순이 발생하는 점, 부가 친생자가 아니라는 사실을 모르고 사망하였다면 부의 진정한 의사가 친생자가 아니라는 사실을 알았다고 할지라도 이를 용인하려는 의사였는지에 관하여도 불분명하고 오히려 그 반대일 가능성이 높아 보임에도 원고적격의 문제로 이를 다룰 수 없게 되는 상황이 발생할 수 있는 점 등을 역기능으로 들고 있다.

그러나 원심 법원이 지적한 이와 같은 문제점들은 부가 사망하는 등의 이유로 부가 친생부인을 주장할 수 없게 되는 경우에 다른 이해관계자에게 원고적격을 인정하지 않는 것의 역기능을 설명하는 것으로 볼 수 있을지는 몰라도 그렇다고 하여 재혼한 처에게 친생부인권을 인정할 근거가 되지 않는 못한다. 또한, 원고적격을 지나치게 제한하는 것의 역기능을 고려하여 2005년 개정에서 원고적격을 확장하여 자의 생모에게도 친생부인권을 인정하게 된 것이며, 민법은 제851조를 두어 사망한 부를 대신하여 그의 직계존속이나 직계비속이 친생부인권을 행사할 수 있는 기회를 남겨 두고 있다. 또한, 부가 친생자가 아니라는 사실을 모르고 사망하였을 경우의 부의 진정한 의사에 관하여도 이를 확인할 수 없을 뿐만 아니라 설령 다른 정황을 통하여 이를 추단할 수 있다고 하더라도 그러한 이유로 부의 친생부인권을 대신할 권리를 재혼한 처에게 인정하여야 한다고 보기는 어렵다. 오히려 친생부인제도에서 보호하고자 하는 이념인 혈연진실주의는 주로 부와 관련된 이익이라 할 수 있고, 그러한 부가 사망하였다면 혈연관계를 바로잡기 위한 부의 권리를 위한 친생부인의 기회는 소멸하였다고 보아야 하며, 다만 이 경우에도 상속상의 이해관계와 관련하여 제851조의 보충적 적용만이 가능하다고 보아야 할 것이다.

혈연관계가 없음에도 친생자가 아닌 자에게 상속권이 인정됨으로써 재혼한 처의 상속 재산에 대한 이익, 부와 재혼한 처와의 사이에서 출생한 다른 자녀의 이익이 침해되므로 재혼한 처에게 잘못된 친자관계를 바로 잡도록 하는 것이 일반인의 법감정에 부합한다는 논거에 대해서도 마찬가지이다. 우리 민법은 이와 같은 점을 고려하여 제851조에서 부(夫) 또는 처(妻)가 사망한 경우 제한적으로 그들의 직계존속이나 직계비속에게 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 하고 있다.⁹⁵⁾ 따라서 진실한 혈연관계를 확인하여 부의 상속인들의 이익을 보호하는 것이 바람직하다는 법감정 및 정의의 요청이 존재한다고

95) 제851조의 입법취지로 부의 상속인들의 이익을 보호하기 위한 것이라고 파악하는 견해가 지배적이라는 설명에 대해서는 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 81), 599쪽 이하 참조. 그밖에 제851조의 입법취지에 대한 구체적인 분석은 아래 본문 3. 제851조에 따른 소제기의 요건에서 다루기로 한다.

하더라도 이러한 요청은 제851조를 통하여 해결하도록 하고 있고, 제846조와 제847조는 혈연친실주의와 자녀의 복리의 조화라는 친생부인제도의 근본 취지를 통해서만 이해되어야 할 것이다. 그렇다면, 상속문제에 존재할 수 있는 부당성으로 인하여 재혼한 처의 친생부인권을 인정하여야 한다고 하더라도(특히 부와 재혼한 처 사이에 자녀가 없는 경우), 이는 제851조의 개정이라는 입법론적 해결을 통하여야 할 것이지 이를 이유로 하여 제846조와 제847조 제1항에서 정하는 원고적격자에 재혼한 처가 포함된다고 보기는 어렵다.⁹⁶⁾

2.3.5 소결

정리하자면, 제846조와 제847조 제1항에서 정한 친생부인의 소를 제기할 수 있는 원고적격자인 ‘부부(夫婦)’ 또는 ‘부(夫) 또는 처(妻)’를 문언 그대로 해석하면 그 범위에 ‘재혼한 처’가 포함된다고 볼 수 있다.⁹⁷⁾ 그러나 문언 해석은 법률해석의 출발점이 되어야 하지만, 문언의 의미가 설령 명백한 경우라도 해당조항을 통하여 실현되어야 할 정의의 요청이 있거나 구체적 타당성을 실현할 필요가 있는 경우 즉, 법의 흠결이 있는 경우⁹⁸⁾에는 문언 해석에 그치지 않고 그 문언을 통하여 표현하려고 한 입법자의 의사, 다른 관계조항과의 체계적 연계성, 입법취지 등을 고려하여 법률 해석의 궁극적인 타당성을 확보하여야 한다.

96) 참고로, 우리 민법 제851조와 유사한 취지의 규정이라 할 수 있는 일본 인사소송법(人事訴訟法) 제41조에서는 원고적격자를 “그러한 자로 인하여 상속권을 침해당하는 자 그밖에 부의 3촌 이내의 혈족(その子のために相続権を害される者その他父の三親等内の血族)”으로 정하고 있다.

97) 이와 같은 점에서 볼 때, 입법론적으로 제846조나 제847조 제1항에서 정한 원고적격자인 ‘부부(夫婦)’ 또는 ‘부(夫) 또는 처(妻)’ 대신 ‘자의 생모’라는 문언을 택하는 것이 법률해석의 차원에서 볼 때 좀 더 타당한 방법일 수 있다. 즉, 자의 생모가 친생부인권을 행사하게 되는 경우는 일반적으로 자의 법률상 부와의 혼인관계가 파탄된 경우가 대부분일 것이고, 특히 그 생모가 법률상 부와의 혼인관계를 청산하고 자의 생부와 결혼한 경우라면 굳이 법률상의 문언으로도 ‘부부’나 ‘부 또는 처’라고 할 것이 아니라 자의 생모인 처(혹은 자의 생모), 제844조에 따른 부라고 하는 것이 보다 바람직한 개정이 아니었을까 생각된다.

98) 이 경우는 각주 35에서 살펴본 바와 같이, Larenz · Canaris의 이른바, “은폐된(verdeckte)” 흠결이 존재하는 경우라고 할 수 있을 것이다. 국내 문헌에서 법의 흠결의 종류를 설명하고 있는 글 중의 하나로 김영환, “법의 흠결과 목적론적 축소해석”, 법학논총 제16집, 한양대학교 법학연구소, 1999. 10. 을 들 수 있다. 이 글 263쪽 이하에 따르면 “법의 흠결”이란 “입법자의 계획에 반하는 불완전성”을 말하며, 법의 흠결에는 두 가지 종류가 있는데, 그 하나는 “명시적인 흠결(offene Lücke)”로서 누가 보더라도 해당 사안에 대하여 이에 적용할 법규정이 명백히 존재하지 않는 경우를 말하고, 다른 하나는 “은폐된 흠결”로서 해당 사안에 적용할 법규정은 존재하나, 이를 그대로 적용할 경우 불합리한 결과가 나타나는 경우를 말한다고 한다. 이러한 정의에 따르면 하더라도 대량판결의 사안은 “은폐된 흠결”이 존재하는 경우로 볼 수 있다.

따라서 친생부인제도의 취지, 제846조와 제847조 제1항을 개정하게 된 이유 그리고 그밖에 친생부인제도의 원고적격을 제한할 합리적 필요성을 검토해보면, 이 조항들에서의 ‘처’는 그 문언에도 불구하고 ‘자의 생모’로 제한하여 해석되어야 할 것이다.⁹⁹⁾

살펴보았듯이, 친생부인의 소에서 고려되어야 할 주된 이익은 혈연진실주의 즉, 자신의 혈통을 알 권리와 그리고 해당 자녀의 복리 및 법적 지위의 안정이다. 혈연진실주의의 요청이 점점 강조되어 자기의 혈통을 알 권리의 실질적인 행사의 일환으로 원고적격의 범위나 제소기간의 요건이 완화되고, 입법론적으로도 혈연진실주의의 진정한 실현을 위하여 친생부인의 소의 요건을 더욱 완화해야 한다는 목소리가 있다고 하여도 이는 결국 문제되는 자녀를 둘러싼 진정한 혈통을 알권리의 직접적 당사자들 즉, 부, 생모, 자녀 본인, 생부에 관련한 문제이지 그 부의 재혼한 처는 직접적인 관계당사자가 아니다. 국제적 환경을 보더라도 혈연진실주의의 요청이 강해지고 있는 추세에 따라 친생자추정으로 인하여 해당 자녀의 법률상 부가 되는 자 외에도 해당 자녀, 생모, 생부에게 친생부인권을 인정하는 입법례¹⁰⁰⁾나 논의가 존재하기는 하지만, 상속관계의 조정을 위하여 필요

99) 이러한 해석을 Larenz나 대법원의 의견에 따라 ‘목적론적 축소해석’이라고 명명할 수 있을 것이다. 목적론적 축소해석에 관한 자세한 논의는 김영환, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 한국 법질서와 법해석론, 세창출판사, 2013; 김일수, “형법해석의 한계: 허용된 해석과 금지된 유추의 상관관계”, 이재상교수화갑기념논문집, 2002 참조. 김일수 교수는 그의 글 65쪽에서 해석론상의 목적론적 축소해석(*teleologische restriktive Auslegung*)과 법형성이론상의 목적론적 축소(*teleologische Reduktion*)를 구별하면서 우리 대법원은 이 용어들을 구별하여 사용하지 않는 관행을 가지고 있다고 한다. 이에 관하여 김영환, “범행발각 후의 자수: 축소해석인가 아니면 목적론적 축소의 대상인가?”, 법학논총 제23집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2006, 12, 64쪽에 따르면, 김일수 교수는 예리하게도 범발견에 속하는 ‘목적론적 기준에 의한 축소해석’과 ‘법형성에 해당하는 목적론적 축소를 엄밀히 구별하고 있지만 자신은 이 둘을 엄밀하게 서로 구분하지 않는다고 한다.

100) 친생자 추정과 친생부인에 관하여 일본, 독일, 미국, 영국, 프랑스의 법제에 관한 비교법적 연구로는 권재문, 친생자관계의 결정기준, 경인문화사, 2011 참조. 이 글에 따르면이라도 자의 생모가 아닌 재혼한 처에게 친생부인권을 인정한 사례나 입법론적 논의는 확인되지 않는다. 한편, 이 글 107쪽에서는 독일에 1998년 법개정을 통하여 생모의 친생부인권을 인정하게 된 입법자의 논거를 요약하여 소개하고 있는데, 그에 따르면 “자녀의 법적 부자관계의 결정은 특히 친권과 관련하여 모의 법적 지위에 대해서도 중대한 영향을 미친다. 모와 자녀의 이해관계는 일치하는 것이 일반적이고, 부생부인에 관하여 법률상의 부, 모, 자녀를 다르게 취급할 충분한 이유가 없다. 따라서 혈연에 반하는 법적 부자관계를 바로잡는 것에 대한 모의 이익은 경시되어서는 안된다”고 한다. 그밖에 Rainer Frank, 윤진수 번역, “子女의生父에 의한親生否認에 관한比較法的考察”, 가족법연구 제20권 1호, 한국가족법학회, 2006, 3.에서는 독일법, 프랑스법, 영국법, 노르웨이와 러시아 법에서의 생부의 친생부인에 관한 내용을 다루고 있으며 (프랑스의 경우에는 부, 모, 자녀 및 자녀의 아버지라고 주장하는 자에게 친생부인권을 인정하고 있다고 한다), 결론적으로 유럽에서는 자녀의 생물학적인 부에게 친생부인을 다룰 권리를 점점 더 인정하고 있음을 보여준다고 한다.

한 경우 외에 재혼한 처의 친생부인권을 인정해야 한다는 논의를 찾아보기는 어렵다.¹⁰¹⁾

다만, 제851조에서 친생부인권이 있는 부 또는 처가 사망하였을 경우 상속인들의 이익을 보호하기 위하여 그 직계비속이나 직계존속에 한하여 친생부인의 소를 인정하고 있기는 하다. 하지만, 재혼한 처나 그의 자녀들의 상속재산에 대한 이해관계는 친생부인의 소의 결과를 통하여 부차적으로 영향을 받게 되는 것이고 그 또한 보호되어야 할 이익이기는 하지만 친생부인제도를 구상함에 있어 고려해야 할 주요 이익이라고 하기는 어렵다. 설령, 부를 둘러싼 상속관계에 있어서 재혼한 처의 재산적 이익을 보호할 필요가 있다고 하더라도 이는 입법론적으로 제851조의 개정을 통하여 해결해야 할 문제이지, 재혼한 처의 이해관계를 이유로 하여 제846조나 제847조 제1항의 처에 재혼한 처가 포함된다고 보는 것은 부적합하다.

3. 제851조에 따른 소제기의 요건

3.1 대상판결의 해석

이 사건의 대법원 재판과정에서 원고 2는 망인의 직계비속인 자신으로서는 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 이내에 친생부인의 소를 제기하였으므로 제척기간을 준수하였다고 주장하였으나, 이 쟁점에 대해서는 관계 법원이 모두 일치하여 원고 2는 망인의 사망을 안 날부터 2년이 경과한 후에 이 사건 소를 제기하였으므로 민법 제851조의 제척기간을 준수하지 않았다고 판단하였다.¹⁰²⁾

이에 따르면 대상판결을 비롯하여 관계 법원의 모든 판결은 원고 2의 경우가 제851조

101) 국내에서 원고적격의 범위를 자녀 본인과 생물학적 부모 확대하는 것에 대한 입법론적 검토로는 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 81), 578-579쪽; 이경희, 앞의 논문(주 89), 26-29쪽; 권재문, “血緣眞實主義實現을 위한 親生否認의 要件緩和와 調停節次의 活用”, 법조 제579호, 법조협회, 2004. 12, 162쪽 이하 등 참조.

102) 제1심 법원의 판결에 따르면, 원고 2는 망인이 사망한 이후 피고가 망인의 친생자가 아님을 알게 된 것이므로 민법 제851조의 제척기간이 적용되지 않는다고 주장하였고, 이에 대하여, 법원은 “친생부인의 소의 경우 청구권자를 엄격히 제한하고(특히, 민법 제851조에 규정된 부 또는 처의 직계존속이나 직계비속은 부 또는 처가 사망한 경우에만 친생부인의 소를 제기할 수 있는 제한적인 청구권자이다) 비교적 짧은 제척기간을 둔 점 등을 참작하면” 원고 2의 주장과 같이 민법 제851조를 해석할 수는 없다고 하였다. 제2심 법원은 “관련 규정에 의하면, 친생부인이 주장되는 대상자의 부모의 직계비속의 경우 부 또는 처가 제847조제1항의 기간 내에 사망한 때에 그 사망을 안 날부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있으므로, 원고 2의 소는 제척기간이 도과하여 부적법하다고 하였다.

의 경우 즉 “부(夫)가 자(子)의 출생 전에 사망하거나 부(夫) 또는 처(妻)가 제847조제1항의 기간내에 사망한 때”에 해당한다는 것을 전제로 원고 2는 망인의 사망을 안 날부터 2년이 지나 친생부인의 소를 제기하였으므로 이 조의 제척기간을 준수하지 못하였다고 본 것이다.

여기에서 흥미로운 점은 과연 원고 2의 경우가 “부(夫) 또는 처(妻)가 제847조제1항의 기간내에 사망한 때”에 해당하는가 하는 것이다. 2005년 법개정을 통하여 친생부인의 소의 원고적격이 개정되면서 제851조에서도 그 적용의 전제가 되는 경우로서 부가 사망한 경우 외에 처가 사망한 경우가 추가되었으나, 제847조 제1항의 제척기간이 “그 출생을 안 날부터 1년”이 “그 사유가 있음을 안 날부터 2년”으로 개정되었음에도 제851조에서 “제847조제1항의 기간 내에 사망한 때”라는 부분은 개정되지 않고 그대로 유지되었다. 그렇다면 이 부분에 대한 해석이 개정 전후를 통하여 어떻게 달라질 수 있는지 나아가 그러한 해석은 타당한지를 살펴볼 필요가 있다.

3.2 제851조에 따른 소제기 요건의 해석

3.2.1 문언 해석에 따른 제851조 적용요건의 의미

개정 전	개정 후
제847조(친생부인의 소) ① 부인의 소는 자 또는 그 친권자인 모를 상대로 하여 그 출생을 안 날로부터 1년 내에 제기하여야 한다. ② (생략)	제847조(친생부인의 소) ① 친생부인의 소는 부 또는 처가 다른 일방 또는 자를 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 이를 제기하여야 한다. ② (생략)
제851조(부의 자 출생 전 사망과 친생부인) 부가 자의 출생전 또는 제847조제1항의 기간내에 사망한 때에는 부의 직계존속이나 직계비속에 한하여 그 사망을 안 날로부터 1년내에 부인의 소를 제기할 수 있다.	제851조(부의 자 출생 전 사망 등과 친생부인) 부(夫)가 자(子)의 출생 전에 사망하거나 부(夫) 또는 처(妻)가 제847조제1항의 기간내에 사망한 때에는 부(夫) 또는 처(妻)의 직계존속이나 직계비속에 한하여 그 사망을 안 날부터 2년내에 친생부인의 소를 제기할 수 있다.

현행 제851조의 구조를 보면, 친생부인의 소와 관련하여 부 또는 처의 직계존속이나 직계비속이 친생부인의 소를 제기할 수 있게 되는 조건으로서 그 원고적격이 될 부가 자의 출생 전에 사망하거나 혹은 부 또는 처가 제847조 제1항의 기간 내에 사망하였을 것을 요구하고 있다. 2005년 개정 전에도 이와 같은 구조는 유사하게 존재하였는데, 개정 전의 규정에 따르면 부의 직계존속이나 직계비속이 친생부인의 소를 제기할 수 있는 조건으로서 부가 자의 출생 전 또는 제847조 제1항의 기간 내에 사망하였을 것을

요구하였던 것이다.

여기에서 문제되는 것은 바로 “제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때”라는 부분으로서 이 부분의 문언은 개정 전후에 변화가 없다. 이 부분을 풀어 해석하면, 개정 전의 경우 ‘부가 자의 출생을 안 날로부터 1년 내에 사망한 때’가 제851조의 적용요건이 되는 반면, 개정 후의 경우에는 ‘부 또는 처가 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 사망한 때’가 적용요건이 된다.

그렇다면 대상판결의 사안에 제851조가 적용되기 위해서는 망인이 피고의 출생 전에 사망하거나, 망인 또는 피고의 생모가 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 사망하였을 것이라는 조건이 충족되어야 한다. 그런데 이 사건에서 망인이 피고의 출생 전에 사망한 것이 아님은 명백하므로 후자의 조건이 충족되었을 경우에만 원고 2는 친생부인의 소를 제기할 수 있다.

사안의 경우, 망인이 생전에 친생부인의 사유가 있음을 알았는지는 불명확하나,¹⁰³⁾ ① 망인이 이를 알고 있었고 안 날부터 2년 내에 사망하였다면 그의 사망을 안 날부터 2년 내에 원고 2가 이 사건 소를 제기하였어야 하고, ② 망인이 친생부인의 사유를 알고 나서 2년이 지난 뒤에 사망하였다면 제851조가 적용되지 않으므로 원고 2에게는 아예 친생부인의 소의 제기가능성이 없다고 할 것이다.

그렇다면 사망 당시까지 망인이 친생부인의 사유를 몰랐다고 할 경우에는 어떻게 해결해야 할까?

이에 대하여 두 가지 해결 방법을 생각해 볼 수 있다. 우선, ③ 부가 사망당시까지 친생부인의 사유가 있음을 몰랐다면 이 경우에는 제851조가 적용되지 않는다고 보아 결국 원고 2가 친생부인의 소를 제기할 가능성은 봉쇄된다고 볼 수 있다. 다음으로, ④ 부가 사망시까지 친생부인의 사유가 있음을 몰랐을 경우에도 제851조의 적용요건과 유사한 경우로 보아 제851조가 적용된다고 볼 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이렇게 보더라도 사안에서

103) 제2심 법원에 의하여 확인된 사실관계에 따르면, 원고 1이 2009. 9. 7. 피고에게 피고가 망인의 친자가 아니어도 불구하고 망인이 피고를 불쌍히 여겨 호적에 올려 키웠다는 내용의 통고서를 보낸 일이 있다. 그러나 제2심 법원이 판단하고 있듯이, 이는 원고 1이 피고를 양육하였음에도 불구하고 원고 1에 대하여 상속과 관련한 문제를 제기한 것에 대하여 원고 1이 화가 나서 감정적인 논조를 그와 같은 통고서를 작성한 것으로 볼 수 있다는 이유로 위 날짜를 원고 1의 제척기간의 기산점으로 인정하지 않았는바, 망인이 피고가 친생자가 아니었음을 알았는지를 위 통고서를 통하여 확인하기는 어렵다고 할 것이다.

104) 이것은 제851조에 대한 유추 즉, “법률에 규정이 없는 사항에 대하여 그것과 유사한 성질을 가지는 사항에 관한 법률을 적용하는 것(대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결의 반대의견)”의 결과라고도 볼 수 있다.

원고 2는 망인의 사망을 안 날부터 2년이 지난 후에 소를 제기한 것이므로 제척기간을 준수하지 않은 것이 된다.

결국 어떤 경우이든 원고 2는 제851조의 제척기간을 준수하지 아니하거나, 아예 제851조가 적용되지 않는 경우로서 원고 2에 의한 친생부인의 소가 인정될 가능성은 없으며, 이러한 점에서 대상판결의 원고 2에 대한 결론은 그의 친생부인의 소를 받아들이지 않았다는 점에서 보면 옳다.

다만, 대상판결에 따르면 원고 2에 대하여 제851조에 따른 제척기간을 준수하지 않아 부적법하다고 보았으므로 대법원은 원고 2의 경우 제851조가 적용되지 않는 것으로 보지 않고, 제851조가 적용되나 그 제척기간을 준수하지 않은 것으로 보았다고 할 수 있다. 그러나 대상판결의 판결문에서는 원고 2에 대하여 적용요건이 충족되는지 여부에 대한 판단에 관하여 그 어떠한 내용도 확인되지 않는다.

한편, 대상판결의 사실관계나 판결문을 살펴보면, 원고 2는 망인의 사망 후 피고가 망인의 친생자가 아님을 알았다고 주장하였을 뿐, 망인이 생전에 친생부인의 사유를 알았는지 알았다고 하더라도 그 안 날부터 2년 내에 사망하였는지에 관한 주장을 하지는 않은 것으로 보인다.¹⁰⁵⁾ 그러나 이와 같은 사실을 주장하지 않았더라도 친생부인 사건에 대해서는 가사소송법 제17조¹⁰⁶⁾에 따라 전면적인 직권탐지주의가 적용되므로¹⁰⁷⁾ 법원 으로서는 원고 2가 제851조에 따른 원고적격을 갖추었는지를 직권으로 조사하여야 하고, 그에 따라 망인이 친생부인의 사유를 안 날부터 2년 내에 사망하였는지도 확인하여야 한다.

다만, “일반적으로 친자관계의 존부는 특별한 사정이나 어떤 계기가 없으면 이를 의심

105) 원고 2의 입장에서 그렇게 주장할 유인도 없다. 그렇게 되면, 자신은 망인의 사망을 안 날부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기하였어야 하는데 이 사건의 경우 그 이후에 소가 제기되어 결국 제척기간의 요건을 갖추지 못한 것이 되기 때문이다. 다만, 제1심 판결문에 따르면, 원고 2는 망인이 사망한 이후 피고가 망인의 친생자가 아님을 알게 된 것이므로 민법 제851조의 제척기간이 적용되지 않는다고 주장하였다는 것인데, 이것이 망인이 사망 시까지 그 스스로 친생부인의 사유가 있음을 몰랐다고 주장한 것인지는 분명치 않다. 한편, 대법원 판결문에 따르면, 원고 2가 상고이유로서 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기하였으므로 이는 제척기간 내에 제기된 것으로 적법하다고 주장하였다는 것인데, 제851조에 따르면 원고 2가 친생부인사유를 언제 알았는지는 제척기간과 아무런 관련이 없으므로 이러한 주장은 받아들이기 어렵다.

106) 가사소송법 제17조에서는 “가정법원이 가류 또는 나류 가사소송사건을 심리할 때에는 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 하며, 언제든지 당사자 또는 법정대리인을 신문할 수 있다”고 규정하고 있으며, 친생부인 사건은 가사소송법 제2조 제1항 제1호 나목에 따라 나류 사건으로 분류된다.

107) 권재문, “친생부인기간의 기산점의 의미”, 인권과 정의 제396호, 대한변호사협회, 2009. 8, 94쪽 참조.

하지 아니하는 것이 통례”¹⁰⁸⁾이고, 대상판결의 재판과정에서 망인이 생전에 친생부인의 사유가 있음을 알았다는 명백한 증거도 현출되지 아니하였으므로,¹⁰⁹⁾ 대법원으로서 망인이 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 사망하였다고 보고 제851조의 제소기간의 준수여부를 판단하였다고 보기보다는, 망인이 사망시까지 친생부인의 사유를 몰랐다는 전제 하에 이러한 경우에도 망인이 제847조 제1항의 기간 내에 사망한 경우에 포함되는 것으로 보아 제척기간의 준수여부를 판단한 것이 아닐까 추정해볼 수는 있다. 그렇다면 대상판결에서는 그 어떤 언급도 없다 하더라도, 사망 당시까지 망인이 친생부인의 사유를 몰랐을 경우에 제851조가 적용되는지 즉 부가 “제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때”에 포함된다고 볼 수 있는지를 살펴보는 것은 이론적으로나 앞으로의 실무를 위해서나 의미가 있을 것으로 보인다.

그런데 문언으로만 보면, 제851조가 적용되기 위해서는 부가 친생부인의 사유가 있음을 ‘안’ 날부터 2년 내에 사망한 경우이어야 하고, 부가 친생부인의 사유를 그의 사망시까지 몰랐던 경우도 이에 해당한다고 볼 수 있을지는 상당히 의문스럽다. 그렇다면 이 경우에도 제851조의 개정이유 및 입법취지에 따른 합리적 해석을 통하여 그 의미를 확인할 필요가 있다.

3.2.2 제851조의 입법취지 및 개정이유

민법에서 친생부인과 관련하여 제851조를 둔 취지로는 고유한 친생부인권자가 사망한 경우 그에 대하여 일정한 범위의 친족을 친생부인권자로 인정함으로써 부의 상속인들의 이익을 보호하기 위한 것이라고 파악하는 견해가 지배적이라고 한다.¹¹⁰⁾ 다만, 그와

108) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7 결정.

109) 망인이 피고의 생모인 을과 피고의 출생 후 2년 뒤에 이혼을 하였다는 사실이나, 원고 1이 피고에게 망인이 을의 부정행위를 알고도 피고를 불쌍히 여겨 호적에 올려 키웠다는 내용의 통고서를 보냈다는 것만으로는 망인이 생전에 친생부인의 사유를 알았다고 보기에는 불충분해 보인다.

110) 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 81), 599쪽 이하 참조. 한편, 이 글에 따르면, 우리 민법 제851조는 유사 입법례라 할 일본의 인사소송법(人事訴訟法) 제41조와 달리 보충적 친생부인권자를 ‘상속권을 침해당하는 자’로 규정하지 않고, 직계비속과 직계존속으로 한정하여 규정하고 친생부인으로 자신의 상속분이 늘어나게 되는 처를 보충적 친생부인권자에서 제외하고 있다는 점, 부의 직계존속은 부에게 친생부인의 대상이 된 자녀 이외의 자녀가 있을 경우에는 상속권이 인정되지 않음에도 제851조의 원고적격에 포함되었음을 이유로 우리 민법상의 보충적 친생부인권은 혈연에 반하는 법적 친자관계를 바로잡는 것 자체를 위하여 인정되는 것으로 이해해야 한다고 한다. 그러나 2005년 개정으로 인하여 처도 제847조에 따라 친생부인권을 행사할 수 있고, 부에게 친생부인의 대상이 되는 자 외에 직계비속이 없을 경우에는 부의 직계존속도 상속인이 될 수 있으므로 위와 같은 의견은 찬동하기 어려운 부분이 있다.

같은 친생부인권을 인정하기 위한 전제로서 ① 부가 자의 출생 전에 사망하였거나 ② 고유한 친생부인권자가 친생부인을 할 수 있는 상태 즉 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 사망한 경우에만 적용되고, 원고적격자도 부나 처의 직계존속 또는 직계비속으로 한정되어 있다.

이 규정의 내용을 살펴보면, 부가 자의 출생 전에 사망하거나¹¹¹⁾ 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 사망하였기만 하면 부에게 친생부인의 의사가 있었는지에 관계없이 그 직계존속과 직계비속은 부의 사망을 안 날부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있게 된다. 반대로, 부가 친생부인의 사유를 안 날부터 2년 후에 사망한 경우라면 그의 직계존속과 직계비속에 의한 친생부인의 소제기는 불가능하다. 이와 같은 규정의 취지는 부에게 친생부인의 기회가 있었음에도 그 제척기간 내에 사망하였을 경우 한정적으로 보충적 친생부인권자¹¹²⁾인 그의 직계비속이나 직계존속으로 하여금 친생부인의 소를 제기할 수 있게 하여 혈연관계를 바로 잡는 동시에 그들의 상속이익을 보호할 수 있도록 하고, 반면 부가 생전에 친생부인의 사유가 있음을 알고도 친생부인권을 2년간 행사하지 않고 사망하였다면 이는 그 스스로 친생부인권을 행사할 의사가 없어 친생부인권을 포기한 것이므로 그의 의사를 존중할 필요가 있는 경우이거나, 아니면 권리행사의 기회가 있었음에도 이를 해태하여 그의 권리를 보호할 이익이 없는 경우이므로 부의 사망 이후에도 그의 직계존속이나 직계비속으로 하여금 설령 그들의 상속인으로서의 이익이 침해되는 측면이 있더라도 부가 친생부인권을 행사하지 않았음을 중시하여 더 이상 친생부인권이 행사되지 않도록 한 것이라고 볼 수 있다.

111) 다만, 부가 자의 포태 후 그 출생 전에 친생부인의 사유가 있음을 알았지만 그에게 친생부인의 의사가 없었다 하더라도 그는 자가 출생하기 전에는 친생자임을 승인하는 방법 등을 통하여 친생부인의 기회를 차단할 수 없고, 따라서 부가 자의 출생 전에 사망하였다면 부의 직계비속이나 직계존속은 부에게 친생부인의 의사가 없었다고 하더라도 제851조에 따라 친생부인권을 행사할 수 있게 된다. 이러한 점을 고려할 때, 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 81), 601쪽에서 “자녀가 출생한 후에는 고유한 친생부인권자에게 친생부인 의사가 있다고 볼 수 있는 경우에만 보충적 친생부인권이 인정되는 것과 비교할 때 자녀가 태아인 동안에 고유한 친생부인권자가 사망한 경우에는 그의 의사와 무관하게 보충적 친생부인권을 인정하는 것은 균형이 맞지 않는다.”고 한 것은 적어도 부의 사망시점에 따른 차이를 지적한 점에 있어서는 되새겨 볼만하다.

112) 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 81), 599쪽 이하에서는 제851조의 친생부인권자를 ‘보충적 친생부인권자’라고 하고 있고, 이 사건의 원심법원에서도 “민법 제851조에서 원칙적인 원고적격을 가지는 ‘부부’ 또는 ‘부 또는 처’가 사망한 경우 보충적으로 원고적격을 가지는 자로 직계존속과 직계존속만을 규정”하고 있다고 하였다. 이것은 제851조의 친생부인권자는 제846조나 제847조의 친생부인권자가 친생부인의 기회가 있었음에도 이를 행사하지 못하고 사망한 경우 예외적이고 한정적으로만 부의 권리를 보충하여 행사할 수 있다는 측면에서 볼 때 적절한 표현인 것으로 생각된다.

한편, 이 조항의 개정이유를 살펴보면, 2005년 친생부인의 소에 관한 원칙적 규정인 제846조와 제847조가 개정되어 처도 부와 마찬가지로 친생부인의 소를 제기할 수 있게 됨에 따라 처가 사망한 경우에도 그 직계비속이나 직계존속으로 하여금 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 한 것이라고 한다.¹¹³⁾ 즉, 제847조의 관련조항으로서 제847조의 개정내용을 반영하는 일환으로 제851조의 개정이 수반되었던 것이다. 이에 따라, 제소기간과 관련하여서도 제847조에서 그 사유가 있음을 안 날부터 ‘2년’과 균형을 맞추어 그 사망을 안 날부터 2년으로 기간이 연장된 것으로 보인다. 그러나, “제847조제1항의 기간내에 사망한 때”라는 부분이 개정되지 않고 유지된 이유에 대해서는 공개된 입법자료를 찾아보기 힘들다.

3.2.3 문언과 다른 해석의 가능성

앞에서 살펴보았듯이 법률의 해석은 문언에 따른 해석을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 동원할 수 있고, 입법연혁과 입법취지상 명백한 제·개정 과정상의 오류로 보이거나, 문언에 따른 해석이 다른 관련 법령과 조화되지 않거나 전체법질서에 어울리지 않을 때 혹은 현저히 불합리하여 일반적인 정의의 관념에 반하는 경우로 판단된다면 그러한 경우에는 문언의 일반적인 의미와 다른 해석이 가능하다. 대법원도 “민사법의 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 현실적인 법률적 분쟁을 해결할 수 없거나 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우에 있어서는 법원이 실정법의 입법정신을 살려 법률적 분쟁을 합리적으로 해결하고 정의관념에 적합한 결과를 도출할 수 있도록 유추해석이나 확장해석을 할 수 있다”고 하였다.¹¹⁴⁾

3.2.4 법률개정과정상의 명백한 오류인지 여부

그렇다면 제851조의 개정에서 “제847조제1항의 기간 내에 사망한 때”라는 부분을 변경하지 않고 그대로 둔 것이 법률 개정과정상의 오류에서 비롯된 것임이 분명한 경우라고 할 수 있을까? 이를 살피기 전에 우선 어떠한 경우를 법률 개정과정상의 명백한 오류가 있는 경우로 볼 수 있는지에 관하여 대법원의 대표적인 판결을 예로 하여 확인해

113) 김주수/김상용, 주석민법 친족(3), 한국사법행정학회, 2010, 84쪽.

114) 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결.

보기로 한다.

대법원 2006년 2월 23일 선고 2005다60949 판결에 따르면, 이 사건에서는 신용협동조합법의 개정과정(2003년 7월 30일 법률 제6957호로의 개정)에서 제89조 제5항이 신설되고 종전의 제5항이 제6항으로 항이 바뀌었으나 제7항에서 인용하는 제5항이 개정과정에서 ‘제6항’으로 변경되었어야 할 것으로 보임에도 변경되지 않고 개정 전의 문언대로 남은 것에 대하여 이를 어떻게 해석하여야 할 것인지가 쟁점이 되었다. 이에 대하여 대법원은 이 사건의 경우 법률 개정과정상의 실수에서 비롯된 것임이 분명하므로, 신용협동조합법 제89조 제7항¹¹⁵⁾이 인용하고 있는 ‘제5항’을 ‘제6항’으로 바로잡아 적용한다고 하더라도 이것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 범형성이나 범창조행위에 이른 것이라고는 할 수 없다고 하였다. 한편, 이 사건의 재판과정에서 확인된 사실에 따르면, 그 당시 재정경제부장관이 신용협동조합중앙회에 위 신용협동조합법의 제89조 제7항에 관하여 유권해석한 답변에서도 위 제89조 제7항 본문 내용 중 ‘제5항’이 ‘제6항’으로 수정되지 않은 것은 입법과정상의 오류라 할 것이며 향후 법개정시 이러한 오류사항을 정정할 예정이라는 취지의 답변을 한 사실이 인정되었다. 그 후 위 제89조 제7항은 위 판결에서 확인한 바대로 “제5항의 규정에 의한 검사결과”부분이 “제6항에 따른 검사결과”로 개정되었다.

위와 같은 예에 비추어 보면, 법률 개정과정상의 오류에서 비롯된 것임이 분명한 경우란 “입법과정에서 단순한 표기상의 오류로 인하여 의도와는 다른 표현이 선택되거나 방치된 경우”를 의미한다고 할 수 있다.¹¹⁶⁾ 이를 대상판결의 사실관계에 적용하여

115) 2003. 7. 30. 개정된 제89조의 내용은 다음과 같다.

제89조(중앙회의 지도·감독) ①~④ (생 략).

⑤ 금융감독위원회는 조합이 제4항의 규정에 의한 재무상태의 개선을 위한 조치를 성실히 이행하지 아니한 경우 제86조제1항의 규정에 의한 경영관리 요건에 해당하는지 여부를 판단하기 위하여 제83조제2항의 규정에 의한 검사를 하여야 한다. <신설 2003. 7. 30>.

⑥ 중앙회장은 필요하다고 인정할 때에는 그 소속 직원으로 하여금 조합의 업무를 검사하게 할 수 있다. <개정 전 제5항>.

⑦ 중앙회장은 제5항의 규정에 의한 검사결과에 따라 시정등 필요한 조치를 명하거나 다음 각 호의 조치를 할 수 있다. <개정 전 제6항>.

1. ~5. (생 략).

⑧ 중앙회장은 제6항의 규정에 의하여 조합에 대한 검사를 실시한 결과 제101조제1항 각호의 과태료 부과대상 행위를 확인한 경우 과태료 부과에 필요한 사항을 금융감독위원회에 보고하여야 한다. <신설 2003. 7. 30>.

116) 최봉경, “편집상의 오류”, 서울대학교 법학 제48권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2007. 3, 346쪽에 따르면, 위 대법원판결과 같은 경우를 ‘편집상의 오류’라고 명명하면서 Larenz·Canaris의 정의를 인용

보면, 앞에서 제851조의 입법취지를 살펴본 바에 따라 설령 그 입법취지에 미심쩍은 부분이 있다고 할 수는 있을지라도 이 부분을 그대로 둔 것이 명백한 실수로서 입법과정에서 단순한 표기상의 오류라고 할 수 없고 입법자들이 다른 문언을 의도하였다고 할 만한 사정도 보이지 않는다.

3.2.5 법률의 명시적 흠결이 있는 경우로서 유추가 필요한 경우인가?

죄형법정주의의 원칙에 근거하여 유추해석이 철저히 금지되는 형사법의 영역에서와 달리 민사법의 영역에서는 유추해석이 가능하다는 것이 대법원의 입장이며, 학설에서도 이러한 입장이 어느 정도 받아들여지고 있다.¹¹⁷⁾ 유추는 일반적으로 법률의 흠결 그 중에서도 명시적 흠결이 있는 경우에 이용된다. 즉, 해당 사안을 규율할 일정한 규정이 존재하여야 함에도 불구하고 적용할 법규정이 명백히 존재하지 않는 경우 그 흠결은 유추를 통하여 보충된다고 한다.¹¹⁸⁾

그렇다면 사안과 관련하여 부가 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망한 경우에도 그 직계존속과 직계비속에게 친생부인권을 인정할 규정이 있어야 함에도 이를 명백히 규율하지 않은 경우로서 유추가 필요한 경우에 해당한다고 볼 수 있는가?

앞에서 살펴본 바대로, 제851조의 취지가 생전에 부에게 친생부인의 기회가 있었음에도 그가 제척기간 내에 사망하였을 경우 한정적으로 그의 직계비속이나 직계존속으로 하여금 친생부인의 소를 제기할 수 있게 하고, 반면 부가 생전에 친생부인의 사유가 있음을 알고도 제척기간을 경과한 경우라면 그 직계존속이나 직계비속에게도 친생부인권을 행사하지 못하게 한 것에 있다고 보게 되면, 부가 친생부인의 사유가 있음을 모르고

하여 본문과 같이 편집상의 오류를 정의하고 있다. 또한 같은 글 368쪽에서 편집상의 오류의 요건 내지 특징을 “① 문언의 어의가 명확하다. ② 입법목적과 선택 또는 방치된 문언의 괴리가 현저하다. ③ 법문에 반하는 수정해석을 할 정당한 사유가 존재한다. ④ 정당한 사유와 관련하여 입법목적과 의도가 분명하지 않을 경우 역사적, 목적론적 해석을 통해 객관적·합리적으로 추론해내야 할 것이고 이 과정에서 관련 조문들 간의 체계적 상호관계를 간과해서는 아니 된다. ⑤ 편집상의 오류를 해석의 영역에 자리매김한다고 하여 그 법적 논증의 필요성과 강도가 법형성 행위시보다 약한 것은 결코 아니다”라고 정리한다.

117) ‘유추’는 법률의 해석뿐만 아니라 계약의 해석에서도 훌륭한 수단이며 해석의 영역을 넘어서 ‘법률의 흠결’을 보충하는 영역에서도 탁월한 보충수단이라는 견해로는 최봉경, “민법에서의 유추와 해석”, 한국법질서와 법해석론, 세창출판사, 2013, 412쪽 참조. 다만, 이 글 422쪽에서는 해석의 영역을 벗어났으면 서도 유추해석이라는 용어를 사용하는 경우가 적지 않다고 하면서, 해석의 한계를 ‘문언의 가능한 어의적 한계’로 보아 문언의 어의적 한계 내에 머무르는 유추해석과, 법률의 흠결 보충 영역에서의 유추적용을 구분하고 있다.

118) 김영환, 앞의 논문(주 99), 354쪽 참조.

사망한 경우에는 그가 생전에 친생부인의 사유가 있음을 알았더라도 친생부인권을 포기하였을 것인지에 관한 부의 진정한 의사를 알 수 없고, 또한 부의 제척기간이 아직 시작되지도 않은 것이어서 부에게 권리행사를 해태한 과책이 있다고도 할 수 없으므로 여전히 친생부인권 행사의 기회를 남겨 제851조에 따라 망인의 직계비속인 원고 2로 하여금 혈연을 바로 잡고 그의 상속이익도 보호하도록 해야 한다고 볼 수 있다.

이에 대하여 문언 해석에 따르면 유추가 필요가 없다는 입장 즉, 망인이 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망한 경우에는 제851조에 따른 친생부인의 소의 제기가 불가능하다는 입장에서 다음과 같은 반론이 제시될 수도 있다.

우선, 망인이 친생부인 사유가 있음을 모르고 사망하였지만, 설령 알았다고 하더라도 친생부인권을 행사하지 않았을 것이라면 그 상속인들에 의하여 보충적으로 친생부인권이 행사되게 하는 것은 망인의 의사에 반하는 것일 수 있다는 점이다. 그러나 제851조에 따르더라도 부가 자의 출생 전에 사망한 경우나 친생부인의 사유가 있음을 알고 2년 내에 사망한 경우, 부에게 설령 친생부인의 의사가 없었다 하더라도 그 직계존속이나 직계비속은 부의 사망 후에 친생부인권을 제기할 수 있다는 점에 비추어 보면 이와 같은 주장은 설득력이 떨어진다.

다음으로, 부가 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망한 경우에도 제851조의 적용이 가능하도록 하면, 부의 직계존속이나 직계비속에 의한 남소의 가능성이 우려된다는 주장이 제기될 수 있다.¹¹⁹⁾ 그러나 소송에서 패하였을 경우의 소송비용 부담을 생각하면 부의 직계존속이나 직계비속은 친생부인의 사유가 있음을 어느 정도 확신한 경우에만 친생부인의 소를 제기할 엄두를 낼 것이고, 제소기간의 제한으로 인하여 부가 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망하였음에도 그 사망시점부터 2년 내에 부의 직계존속이나 직계비속이 친생부인의 사유를 접하게 되는 경우란 흔하지 않을 것이라는 점에서 보면 남소가능성이 우려할 정도에 이를 것이라고 보기는 어렵다.

셋째, 제851조는 보충적 친생부인권에 관한 규정으로서, 그 적용범위는 가능한 한 제한적으로 인정되어야 한다는 반론도 가능하다.¹²⁰⁾ 그러나, 제851조의 제한적 성격을

119) 이와 같은 점은 망부가 친생부인의 사유가 있음을 알고 죽었음을 확인하는 것이 모르고 죽었음을 확인하는 것보다 더 어려울 수 있어 본안전 판단에서 원고의 소를 각하하기 어렵다는 점에서 보면 더욱 그러하다.

120) 이와 관련하여, 윤진수 편집대표, 앞의 책(주 81), 600쪽에서는 혈연과 일치하지 않는 법적 부자관계를 남편 또는 아내 이외의 사람이 다룰 수 있게 하는 것은 바람직하지 않으며, 이러한 관점에서 본다면 부 또는 처가 사망한 후에 그들의 직계존속과 직계비속이 친생부인을 할 수 있게 하는 것이 반드시 필요한 것인지는 의문이라고 한다.

부가 사망한 경우 그 원고적격을 부 또는 처의 직계존속이나 직계비속으로 한정하여 적어도 그 상속관계에 직접적인 영향을 받을 수 있는 사람에게만 인정하였다는 점에서 찾을 수 있을지는 몰라도 이를 이유로 부가 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망하였을 경우에도 그 직계비속이나 직계존속으로 하여금 친생부인의 소의 제기가능성을 봉쇄하여야 한다고 볼 수 있을지는 의문이다.

마지막으로, 법률해석의 목표는 앞서서도 보았듯, 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 할 것인데, 사안에서와 같은 경우자의 오랜 기간 동안 유지된 법적 안정성을 저해하면서까지 직계존속이나 직계비속에게 친생부인의 소를 인정할 구체적 타당성이 존재하지 않는다는 주장이 제기될 수 있다. 그러나 자의 법적 안정성이 부의 혈연을 바로 잡을 권리에 우선한다고 보는 생각은 제847조의 개정에 따라 어느 정도 극복되었다고 보아야 할 것이다. 즉, 제847조에 따르면 개정 전과 달리 부자간에 상당기간 동안의 사회적 친자관계가 형성되었고 부가 자의 출생 후 오랜 시간이 지나고 나서야 친생부인의 사유를 알게 되었다고 하더라도 그 사유가 있음을 알게 된 날부터 2년 내에는 언제든지 친생부인의 사유를 제기할 수 있도록 하였다. 이는 부의 기본권인 인격권 및 행복추구권에서 파생하는 혈연의 진실을 알 권리를 행사할 기회가 단지 부자관계의 형성이 오래되었음을 이유로 차단될 수는 없다는 입법적 결단이라고도 볼 수 있다.¹²¹⁾ 따라서 부가 친생부인의 사유가 있음을 알지 못하고 사망함으로써 친생부인권을 행사하지 못한 경우 보충적으로 그 직계비속 및 직계존속으로 하여금 친생부인권을 행사하게 한다고 하여 자의 법적 안정성이 현저하게 침해된다고 보기는 어려우며, 개정 민법에서는 제851조의 제척기간의 기산점으로 직계비속이나 직계존속이 친생부인의 사유를 안 날이 아닌 ‘그 사망을 안 날’부터 2년 내라고 규정함으로써 법적 안정성에 대한 고려는 어느 정도 충족되었다고 보아야 할 것이다.

3.2.6 소결

위의 내용을 종합하여 볼 때, 제851조의 문언에도 불구하고 부가 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망한 경우에도 제851조를 유추적용 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 대법판결에서 대법원은 원고 2에게 제851조의 적용이 가능함을 전제하여 그 제척기간의

121) 이는 2004년에 제안된 정부안에서, 제847조의 기간이 “그 사유가 있음을 안 날부터 1년 내, 그 자가 출생한 날부터 5년 내”로 제안되었음에도 불구하고 법률안을 확정하는 과정에서 자가 출생한 날부터의 기간제한을 삭제하였다는 점에서 보더라도 그러하다.

준수여부를 판단하였지만, 위와 같은 근거에서 원고 2에게 제851조가 적용된다는 것을 판단의 전제로 하였는지는 알 수 없다. 그러나 제851조의 적용요건의 의미를 분명히 하는 차원에서도 “제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때”의 의미와 적용범위를 밝혔더라면 더 의미 있는 판결이 되었을 것이라는 아쉬움이 남는다.

한편, 제851조의 개정 당시에 이와 같은 문제점에 대한 고려가 있었는지 여부를 확인할 수는 없지만, 입법론적으로도 개정당시 제851조에서 “제847조제1항의 기간 내에 사망한 때” 부분을 그대로 유지할 것이 아니라, 제847조 제1항의 개정에 맞추어 조금 더 구체적인 내용으로 개정함으로써 법률조항의 내용을 분명히 하였으면 좋았을 것이다.

V. 결 론

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다.

1. 대상판결에서는 민법 제846조와 제847조 제1항에서 정하는 친생부인의 소의 원고 적격으로서 “부부의 일방”, “부(夫) 또는 처(妻)”에 친생부인의 대상이 되는 ‘자의 생모’가 아니라 ‘재혼한 처’도 포함되는지 여부와 제851조에서 정하는 제소기간의 준수여부가 쟁점이 되었는데, 이와 같은 쟁점은 각 해당조항의 문언을 어떻게 해석할 것인지 즉 법률해석의 방법과 한계의 문제와 깊이 관련되어 있다.

2. 일반적으로 알려져 있는 법률해석방법 중 어느 방법을 따르던지 간에 문언은 해석의 출발점이라고 할 수 있으며, 때로는 해석의 한계로서의 역할을 한다. 그러나 여기서 문언이 해석의 한계가 된다는 것은 절대적인 원칙이 아니며, 예외적으로 법률의 흠결이 있다고 판단될 경우에는 특정한 요건 하에서 법해석의 연장으로서 문언과는 다른 해석이 가능하다. 그러한 의미에서 대상판결이 “법 해석은 어디까지나 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 방향으로” 이루어져야 하고, 이를 위해서는 “가능한 한 원칙적으로 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 타당성 있는 법 해석의 요청에 부응하여야 한다”고 한 것은 법해석의

방법과 한계로서 타당하다고 할 수 있다. 대상판결을 포함하여 최근의 대법원판결은 문언 해석에 집착하지 않고, 법의 흠결이 존재하는 경우 문언의 의미를 제한하여 해석하는 등 법원에 의한 법형성의 가능성을 점점 더 확대하고 있는 것으로 보인다.

3. 한편, 문언의 통상적인 의미란 문언의 사전적인 의미만을 말하는 것이 아니며, 대법원도 ‘문언의 통상적인 의미’를 판단함에 있어 사회에서 통상적으로 이해되는 의미, 사전적 의미, 사회적 변화 등 여러 가지 요소를 고려하고 있다. 이것은 문언의 통상적 의미를 파악할 때 특정 요소만을 기준으로 하지 않고 그 의미에 대한 유연한 접근을 해야 한다는 뜻으로 이해되며, 이와 같은 대법원의 입장은 바람직하고도 필요한 방법이라고 생각된다. 다만, 문언의 통상적 의미를 목적론적 해석의 한계로 보거나, 문언의 통상적 의미를 판단함에 있어 관계법령의 내용까지 고려하도록 하는 대법원의 입장은 문언의 통상적인 의미의 범위를 지나치게 넓히고 그 판단기준을 어렵게 하는 것일 뿐만 아니라 문언의 통상적인 의미를 판단하는 주체가 통상적인 일반인이 아니게 될 수 있다는 점에서 재고의 여지가 있다.

4. 사안의 경우 최대의 쟁점이 되었던 제846조와 제847조 제1항에서 정하는 “부부의 일방”, “부(夫) 또는 처(妻)”에 친생부인의 대상이 되는 ‘자의 생모’가 아니라 ‘재혼한 처’도 포함되는지 여부와 관련하여 대상판결에서는 타당하게도 해당조항의 ‘처’는 ‘자의 생모’만을 의미한다고 보았다. 이를 체계적으로 분석하여 문언의 통상적인 의미를 먼저 살펴보면, ‘재혼한 처’도 해당조항의 ‘처’에 포함될 수 있다. 그러나, 문언의 통상적인 의미에도 불구하고 해당조항을 통하여 실현되어야 할 정의의 요청이 있거나 구체적 타당성을 좇을 필요가 있는 경우 즉, 법의 흠결이 있는 경우에는 문언과 다른 해석 혹은 문언의 의미를 제한하는 해석이 가능하다. 이에 따라 해당조항의 입법취지, 개정이유 등을 살펴보면 해당조항의 ‘처’에 ‘재혼한 처’가 포함된다고 보아야 할 정의의 요청이나 합리적 이유가 없다. 다만, 부의 사망시 ‘재혼한 처’에게도 혈연관계를 바로 잡아 자신의 상속이익을 보호할 필요가 있다고 하더라도 이것이 친생부인제도를 통하여 보호되는 기본가치라고 볼 수는 없으며, 혹시 가능하다면, 제851조의 개정을 통하여 입법론적 해결을 도모할 여지는 있을지언정 이를 제846조 및 제847조 제1항의 해석에 반영할 수는 없다고 보아야 한다.

5. 제851조를 적용함에 있어서는 그 제척기간의 준수 여부를 판단하기 전에 제851조를 적용하기 위한 요건 즉, “부가 자의 출생 전에 사망하거나 부 또는 처가 제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때”라는 요건을 갖추었는지를 살펴야 한다. 그러나, 대상판결에서는 이에 대한 확인 없이 제851조가 적용됨을 전제로 하여 원고의 제척기간 준수 여부만을 판단하였다. 이러한 면에서 볼 때 대상판결은 ‘재혼한 처’가 친생부인권을 가지는지 여부가 최대 쟁점이 됨으로 인하여 제851조의 적용요건에 대한 쟁점이 부각되지 못한 판결로 생각된다. 한편, 위 적용요건을 갖추었는지 판단해 보면, 사안의 경우 부가 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망한 경우에 해당할 수는 있을지라도 제847조 제1항의 기간 즉, 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 사망한 경우로 보이지는 않는다. 따라서, 부가 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망한 경우에도 제851조가 적용될 수 있는지를 살펴볼 필요가 있고, 이 또한 제851조의 해석과 관련된 문제이다.

제847조에서 제소기간이 개정되었음에도 불구하고 제851조의 적용요건에서 “제847조 제1항의 기간 내에 사망한 때”라는 부분이 개정되지 않은 것이 법률 개정과정상의 명백한 오류로 보이지는 않는다. 한편, 부가 친생부인의 소의 제척기간이 경과하기 전에 사망하였다면 그 직계비속 또는 직계존속으로 하여금 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 한 제851조의 취지에 비추어 볼 때 부가 친생부인의 사유가 있음을 모르고 사망한 경우에도 제851조의 문언에도 불구하고 제851조를 유추적용할 수 있다고 보아야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 권재문, 친생자관계의 결정기준, 경인문화사, 2011.
- 김도균 엮음, 한국 법질서와 법해석론, 세창출판사, 2013.
- 김주수/김상용, 친족·상속법, 법문사, 2013.
- _____, 주식민법 친족(3), 한국사법행정학회, 2010.
- 라렌츠/카나리스, 허일태 역, 법학방법론, 세종출판사, 2000.
- 신동운/김영환/이상돈/김대휘/최봉철, 법률해석의 한계, 법문사, 2000.
- 심헌섭, 분석과 비판의 법철학, 법문사, 2001.
- 윤진수, 민법 IV 가족법, 서울대학교 법학전문대학원, 2012.
- 윤진수 편집대표, 권재문 집필부분, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015.
- Karl Larenz, 엄동섭 옮김, 법률행위의 해석, 서강대학교 출판부, 2010.
- Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, Veit und Comp. Berlin, 1840.
- Karl Engisch, *Einführung in das juristische*, 9. Auflage, Kohlhammer, 1997.
- Larenz · Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, Springer, 1995.
- Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.
- William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, 1994.

2. 학술지

- 권재문, “친생부인기간의 기산점의 의미”, 인권과 정의 제396호, 대한변호사협회, 2009. 8, 79-95쪽.
- _____, “혈연진실주의 실현을 위한 친생부인의 요건완화와 조정절차의 활용”, 법조 제579호, 법조협회, 2004. 12, 146-176쪽.
- 김영환, “범행발각 후의 자수: 축소해석인가 아니면 목적론적 축소의 대상인가?”, 법학논총 제23집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2006. 12, 57-75쪽.
- _____, “법의 흠결과 목적론적 축소해석”, 법학논총 제16집, 한양대학교 법학연구소,

1999. 10, 257-270쪽.
- 김일수, “형법해석의 한계: 허용된 해석과 금지된 유추의 상관관계”, 이재상교수화갑기념논문집, 2002, 42-68쪽.
- 김재형, “황금들녘의 아름다움: 법해석의 한 단면”, 법학평론 제1권, 서울대학교 출판문화원, 2010. 9. 200-243쪽.
- 김상용, “모의 친생부인권: 민법(가족법) 개정 논의와 관련하여”, 고시연구, 고시연구사, 2001. 9, 14-25쪽.
- 김진우, “법률해석과 법률행위해석의 관계”, 인권과 정의 제302호, 대한변호사협회, 2001. 10, 51-64쪽.
- 박 철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 법철학연구 제6권 제1호, 한국법철학회, 2003. 5, 185-236쪽.
- 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론”, 법조 통권 제700호, 법조협회, 2015. 1, 5-57쪽.
- _____, “법발견의 다양한 양상 또는 실정법학자의 법학방법론: 크라머의 「법학방법론」을 읽고”, 서울대학교 법학 제41권 3호, 서울대학교 법학연구소, 2000. 12, 180-198쪽.
- 윤진수, “계약 해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법”, 민법논고 I, 박영사, 2007.
- 이경희, “친생부인제도와 혈연진실주의”, 고시계 제51권 제11호, 고시계사, 2006. 11, 22-33쪽.
- 최봉경, “편집상의 오류”, 서울대학교 법학 제48권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2007. 3, 338-370쪽.
- 최봉철, “대법원의 법해석론”, 법학연구 제8권, 연세대학교 법학연구원, 1998. 12, 195-222쪽.
- 허성욱, “정치와 법: 법원의 법률해석 기능에 대한 실증적 고찰에 관하여”, 서울대학교 법학 제46권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2005. 6, 344-376쪽.
- Anton Scalia, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, Amy Gutmann(Editor), *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1997.
- H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71 (1958. 2).
- Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law*

Review, Vol. 71 (1958. 2).

Rainer Frank, 윤진수 옮김, “자녀의 생부에 의한 친생부인에 관한 비교법적 고찰”, 가족법 연구 제20권 1호, 한국가족법학회, 2006. 3, 471-500쪽.

[Abstract]

Interpretation of Civil Law Clauses on Denial of Paternity Action

Park, Sirl-A*

The purpose of this article lies in the evaluation and interpretation of the Supreme Court decision addressing the problem of interpreting Articles 846, 847, and 851 of the Civil Act, which stipulate the standing to sue and the limitation period for lawsuits in denial of paternity actions. As for the purpose of interpreting laws, the South Korean Supreme Court aims at legal interpretation that finds concrete validity within the scope of not harming legal stability and, to achieve this, makes it a principle to interpret laws as faithfully as possible to the usual meanings of expressions used in laws, stipulating that the demand for valid legal interpretation must be met by additionally making use of systematic and logical interpretation methods that take into consideration the legislative intent and purposes and revision history of laws and their harmony with the entire legal order. Based on such principles, the decision in question likewise devoted the greatest effort to the elucidation of the meaning of “wife,” who has the standing to sue in denial of paternity actions, stipulated in Articles 846 and 847 of the Civil Act. What must be noted in the decision in question is that it restricts the meaning of “wife” to the “biological mother of the child(ren)” in consideration of the reasons for the revision of Articles 846 and 847, the relationships among these and other articles, and the intention of the denial of paternity system even though “remarried wife” can be included within the scope of “wife” according to the usual meaning of the expression. Such a stance on the part of the Supreme Court is desirable in terms of the fact that interpretations restricting the meanings of expressions are possible when there are deficiencies in laws notwithstanding the customary meanings of the expressions.

On the other hand, the controversial aspect of the decision in question is that even though

* Attorney at Law, Ministry of Government Legislation

it was necessary to verify whether the requirement for applying Article 851, or the requirement of “If... the husband or wife dies within the period mentioned in Article 847 (1),” had been fulfilled in order to apply Article 851 to this case, the Supreme Court, omitting such verification and assuming that Article 851 was applicable, only judged whether the plaintiff had adhered to the limitation period for lawsuits. When this aspect is judged, in the case of the issue in question, it becomes problematic whether Article 851 is applicable even when the father possessing the right to the denial of paternity has died without knowing beforehand the existence of reasons for the denial of paternity. However, when seen in terms of both the values protected by the denial of paternity system and the nature of Article 851, in the case of the issue in question, Article 851 is applicable so that the plaintiff must be seen as being able to institute a denial of paternity action based on Article 851.

[Key Words] Denial of paternity action, Standing to sue, Limitation period for lawsuit, Deficiency in law, Analogy