

## 법의 해석 및 흠결 보충에 관한 고찰

### A Study on the Interpretation and the Method of Filling in the Lacunae of the Law

김 부 찬\*  
Kim, Boo-Chan

#### 목 차

- I. 서론
- II. 법의 해석 방법
- III. 법의 흠결과 그 보충방법
- IV. 결론

#### 국문초록

법은 일반적 명제의 형식으로 정립되어지며, 현실적으로 적용되거나 집행되기 이전에는 추상적인 의미를 갖는 명제로 존재할 뿐이다. 이러한 일반적·추상적인 명제가 포함하고 있는 의미는, 법관을 비롯한 수범자들의 관념적·경험적 이해를 바탕으로 하여 받아들여지기 때문에 이들에 의하여 다의적으로 이해될 가능성이 많은 것이 사실이다. 따라서 시행을 위해서는 그 의미를 분명히 확정하는 해석이 필요하게 된다.

법의 해석과 관련하여 전통적으로 문리적(문법적) 해석방법, 역사적 해석방법, 논리적·체계적 해석방법, 그리고 목적론적 해석방법 등이 활용되어 왔으

---

논문접수일 : 2015. 11. 15.

심사완료일 : 2015. 12. 07.

게재확정일 : 2015. 12. 07.

\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

며, 이밖에 이익평가적 방법, 비교적 방법 등도 활용되고 있다. 이러한 방법들은 법문이 함의하고 있는 의미를 분명하면서도 그 목적에 비추어 가장 실효적으로 시행할 수 있도록 하는 방향으로 발전되고 있다.

그러나 현실적으로 법문 속에 그 규율의 대상으로 설정되고 있는 다양하고도 복잡한 모든 현상과 행위들을 완벽하게 포함시킬 수도 없으며, 법 제정 시점에서 이후 발생가능한 모든 경우들을 예측하여 규정하는 것도 가능하지 않다. 따라서 이러한 경우 법 적용 과정에서 그 흠결로 인한 문제점이 발생하게 되며 이를 보충하기 위한 방법이 필요하게 된다. 법의 흠결은 명시적인 형태로도 존재할 수 있고 또한 은폐된 모습으로 존재할 수도 있다. 문제는 법의 흠결을 이유로 법관이 법적 판단을 거부할 수는 없다고 하는 데 있다. 이에 따라 실무적·정책적 차원은 물론 학리적인 측면에서 법의 흠결을 보충하기 위한 방법들이 개발되고 있다.

일반적으로 유추가 법의 흠결보충 방법으로 활용되고 있으나, 이는 기본적으로 법의 명시적 흠결을 보충하기 위한 방법으로 활용되고 있는 논리적 방법으로서, 그 자체로 타당성을 확보할 수 없는 하나의 대안에 불과한 것이다. 이 때문에 유추의 결과는 목적론적 방법 등 별도의 방법을 통하여 그 정당성이 평가되어야 하는 한계가 있다. 많은 경우에 법의 흠결은 은폐된 형태로 존재하기 때문에 법관은 사법과정을 통하여 이를 밝혀내고 이를 보충하기 위한 방법을 모색하지 않으면 안 된다. 이와 관련하여 '정의,' '형평,' '이성' 등의 원리적 규범에 따른 가치평가적 접근을 통한 흠결 보충이 이루어지고 있다.

흠결 보충을 위하여 추상적 법원리나 가치평가적 기준을 원용하는 경우 현실적으로 법관의 감정적·자의적 판단의 여지를 피할 수 없는 것도 사실이다. 따라서 가능한 한 명시적이든 은폐된 형태든 입법정책의 차원에서 법의 흠결을 최소화 하고 불가피하게 법의 흠결을 보충해야만 하는 경우 그 필요성에 대한 근거 및 법적 판단의 타당성을 확보할 수 있는 방법론의 개발을 위한 노력을 계속할 필요가 있다고 본다.

주제어 : 법의 해석, 목적론적 해석, 법의 흠결, 명시적 흠결, 은폐된 흠결, 유추, 형평의 원칙, 가치평가적 접근

## 1. 서론

이미 로마 시대부터 법학자 및 법실무가들에 의하여 법을 해석·적용하는 작업이 이루어져 왔으며, 중세에는 『로마법대전』(*Corpus Juris Civilis*)을 텍스트(text)로 하는 주해 및 주석 작업이 법학의 매우 중요한 과제로 대두되었다. 그러나 본격적으로 18세기말부터 법전 편찬을 통한 실정법의 정립이 광범위하게 이루어지기 시작하면서 법전의 올바른 해석과 적용을 위한 이론 개발에 상당한 성과를 거둔 바 있었다. 법학적 의미에 있어서 ‘해석’(Auslegung, interpretation)이라 함은 법규범의 내용을 분명히 파악하고 그 적용 범위를 확정하는 것을 의미한다. 따라서 법의 해석은 단순한 실천적 목적을 위하여 행해지게 되었으며, 사회현상이나 인간행위의 의미를 이해하는 철학적 해석과는 구별된다.<sup>1)</sup>

법은 기술적으로 가능한 한 많은 구체적인 사안들에 대하여 적용될 수 있도록 일반적 명제(general statement)로 정립되어지며, 따라서 현실적으로 적용되거나 집행되기 이전에는 하나의 추상적인 의미를 갖는 명제로 존재할 뿐이다. 이러한 추상적인 규범명제가 포함하고 있는 의미는, 법관을 비롯한 다양한 수범자들의 관념적·경험적 이해를 바탕으로 하여 전달되어지는 것이기 때문에 이들에 의하여 다의적으로 받아들여질 가능성이 많은 것이 사실이다. 또한 법규범은 가치 또는 도덕적 개념 등 관념적인 의미를 함유하고 있는 경우도 많기 때문에 일반인으로서도 그 의미 파악이 어려운 경우가 흔히 있게 된다.

법은 반드시 법률과 같은 성문법의 형태로만 존재하는 것은 아니므로, 불문법의 형태로 존재하는 관습법과 판례법에 대해서도 그 해석이 이루어질 필요가 있다. 법의 해석은 법의 집행 및 적용을 위하여 필요하다. 법은 그 자체로 존재의의를 갖는 것이 아니라 수범자들에 의하여 준수되고 법의 집행 및 적용을 담당하고 있는 국가기관에 의하여 실효적으로 운용됨으로써 그 실천적 기능을 수행하게 되는 것이다. 이와 같이 법은 그 실천적 기능을 위하여 법의

1) 김부찬, 『법학의 기초이론』(동현출판사, 1994), p. 383; Ulrich Schroth, “해석학의 문제점,” Günter Ellscheid *et al.*, 이종률·허일태 공역, 『법철학의 기본문제』(세종출판사, 2001), pp. 190-197 참조.

내용 및 의미가 확정되어야 할 필요가 있게 된다.

실제 법의 정립 및 운용과 관련하여 그 목적이 충분히 달성하고 있는가에 대해서는 비판적인 견해가 많다. 이는 기본적으로 법의 불완전성 또는 ‘법의 흠결’(Lücke, lacunae)에 기인하고 있다. 법은 인간의 행위를 규율하기 위한 목적으로 제정되거나 성립되며, 법적인 의미를 갖는 개념(concept)을 포함하는 ‘당위명제’로 규정된다. 이러한 법적 개념 속에 그 ‘의미내용’(Bedeutungsinhalt)이 담겨져 있다.<sup>2)</sup> 그러나 법문을 구성하는 법 개념 및 범주 속에 규율의 대상인 다양하고도 발생 가능한 모든 현상과 행위들을 완벽하게 포함시킬 수도 없으며, 법 제정 시점에서 그 이후 발생가능한 모든 형태의 현상이나 행위유형들을 예측하여 규정하는 것도 가능하지 않게 된다. 따라서 이러한 경우 법의 적용 과정에서 법의 흠결로 인한 문제점이 발생하게 되며 이를 보충하기 위한 특별한 방법이 필요하게 된다.

법의 해석과 관련해서는 전통적으로 문리적(문법적) 해석방법, 역사적 해석방법, 논리적·체계적 해석방법, 그리고 목적론적 해석방법 등이 활용되어 왔다.<sup>3)</sup> 그러나 이 밖에도 법의 해석 및 적용과 관련하여 이익평가적 방법, 비교적 방법 등도 활용되어 왔다.<sup>4)</sup> 법의 흠결에 대한 보충을 위해서는 논리학적 방법인 ‘유추’(Analogie, analogy)가 흔히 활용되고 있는데, 경우에 따라 ‘정의’(justitia, justice), ‘형평’(aequitas, equity)의 원리 등 법의 기본원리가 활용되기도 한다. 이처럼 법의 적용과 관련하여 법의 흠결 및 그 보충이 문제되는 것은 법관(사법부)에 대하여 재판을 법적 판단이 요구되는 경우 법의 ‘흠결’로 인한 ‘재판불능’(non liquet) 상태를 이유로 재판을 거부(denial of justice)하는 것이 허용되지 않기 때문이다.

이러한 배경에서 본고는 법의 적용이 필요한 경우, 그 적용 가능한 법(규범)이 존재하는 경우 전통적으로 활용되어 온 해석방법에 대해서 재검토하고, 이어서 적용 가능한 법(규범)이 존재하지 않는 등 법의 흠결이 존재하는 경우

2) Reinhold Zippelius, *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, 김형배 역, 『법학방법론』 (삼영사, 1979), pp.34-35; Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence - The Philosophy and Method of the Law*, rev. ed.(Cambridge: Harvard University Press, 1981), p.379.

3) R. Zippelius, 김형배 역, 상계서, pp.73-80 참조.

4) 김영환, 『법철학의 근본문제』(홍문사, 2006), pp.308-346 참조.

그 보충 방법에 관하여 논의하기로 한다.

## II. 법의 해석 방법

### 1. 법해석의 의의 및 주체

법해석에는 크게 나누어 유권해석(authentische Auslegung, authentic interpretation)과 무권해석 또는 학리해석(wissenschaftliche Auslegung, doctrinal interpretation)의 두 종류가 있다. 유권해석은 법해석의 권한(authority)을 갖고 있는 국가기관에 의한 해석을 의미하며 유권해석에는 일정한 권위 내지 효력이 인정되고 있다. 이에선 입법부에 의한 입법해석, 행정부에 의한 행정해석, 그리고 사법부에 의한 사법해석 등이 있다. 무권해석 또는 학리해석은 학자들의 학문 연구를 통하여 이루어지는 것으로 유권적 효력을 갖지는 아니하지만 이론적인 측면에서 법학의 발전에 기여하고 있으며, 유권해석, 특히 사법부에 의한 해석을 뒷받침하거나 향도하는 역할을 수행하기도 한다.<sup>5)</sup>

실질적 의미에서 司法이라 함은 구체적 사건에 대하여 재판, 즉 소송절차에 따라 법을 적용함으로써 법의 의미를 확인하고 이를 통하여 분쟁을 해결하는 작업 또는 과정을 말한다. 이러한 의미에서 재판, 즉 '사법과정'(judicial process)은 사실의 확정, 법규의 적용, 그리고 판결 과정으로 이루어진다. 사법과정 속에서 법의 의미를 바르게 확정하고 적용하기 위한 법해석의 중요성은 재판의 여지가 없는 것이다. 따라서 사법과정에 있어서 사법부의 일차적인 임무는 적용 가능한 법규의 검색 및 발견이라고 할 수 있을 것이다. 구체적 의미에서 '법발견'(Rechtsfindung)이란 법관에 의하여 해석을 통하여 적용 가능한 법문언이 포함된 법규를 찾아내는 것을 말한다.<sup>6)</sup> 이에 반하여 적용 가능한 법규가 발견되지 않을 때, 즉 법의 흠결이 존재하는 경우 그 흠결을 보충할 수 있는 권한이 누구에게 있는가 하는 문제가 나타나게 된다. 왜냐하면 법의 흠결

5) 김부찬, 전계서, pp.390-391.

6) 김영환, 전계서, p.224.

을 보충하는 작업은 엄격한 의미에서 존재하는 법을 ‘발견’하고 ‘해석’하는 사법작용에 속하는 것이 아니라 일종의 ‘법형성’(Rechtsfortbildung)에 해당되기 때문이다.<sup>7)</sup> 때문에 사실상 ‘법형성’을 통한 분쟁해결 기능이 사법부에 귀속될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수도 있는 것이다.<sup>8)</sup>

## 2. 학리해석의 의의 및 종류

학리해석과 관련하여 전통적인 이론에 따르면, 문리적 해석방법, 역사적 방법, 논리·체계적 방법, 그리고 목적론적 방법 등이 존재한다고 설명되어 왔다.<sup>9)</sup> 그런데 오늘날 학리적 법해석 방법으로 크게 문리해석과 논리해석의 두 가지를 들면서 문리해석을 제외한 나머지 방법들을 모두 논리적 해석방법으로서 설명하는 경우도 있고, 나아가서는 ‘축소해석,’ ‘확장해석,’ ‘물론해석,’ ‘반대해석,’ 그리고 ‘보정해석’ 등을 이들과 함께 모두 논리적 ‘해석방법’으로 분류하는 경우도 있다.<sup>10)</sup> 그러나 이러한 다양한 해석의 ‘종류’들은 다양한 해석방법이나 기법을 통하여 이루어진 해석의 ‘결과’를 기준으로 분류한 것이지 그 자체가 법문의 의미를 해석하기 위하여 활용한 방법이나 기법은 아니라는 점에서 서로 구별할 필요가 있는 것이다.

7) 상계서, 유추 등의 방법에 의하여 법의 흠결을 보충하는 것을 흔히 ‘법형성’으로 통칭하고 있으나, 이상돈 교수는 이와 관련하여 ‘개념의 핵’(Begriffskern)과 ‘개념의 쉘’(Begriffshof)이라는 용어를 사용하면서 “법문언의 적용이 개념의 핵 안에서 이루어지면 (제한)해석이며, 개념의 핵을 넘어서서, 그러나 개념의 쉘 안에서 이루어지면 법형성 또는 확장해석이다. 이에 반해 개념의 쉘 밖에서 이루어지면 법창조가 되며, 형법상으로는 금지된 유추가 된다.”고 함으로써 ‘법형성’과 ‘법창조’를 구분하고 있다. 이에 대해서는 이상돈, 『법이론 - 법인식의 사회적 지평과 근대성 -』(박영사, 1997), pp.139-140 참조.

8) 이에 관한 논의에 대해서는 후술.

9) R. Zippelius, 김형배 역, 전계서, pp.73-82 참조.

10) 우리나라의 대부분의 법학개론이나 법학통론 교과서, 그리고 개별 법 분야의 전문서적들의 경우 법의 해석과 관련하여 이러한 접근을 하고 있는 것을 알 수 있다. 이에 관해서, 고창현, 『법학원론』(박영사, 1989), pp.66-68; 권재열 외, 『법학개론』(법원사, 2006), pp.62-65; 서울대 법학연구소 편, 『법학통론』(서울대학교 출판부, 1989), p. 27; 정중학 외, 『법학개론』(삼영사, 1993), pp.111-113; 최종고, 『법학통론』(박영사, 2008), pp.121-123; 홍성찬, 『법학원론』(박영사, 2013), pp.238-243; 황근수, 『법학의 이해』(한국학술정보(주), 2010), pp. 75-78 등 참조.

엄밀하게 말하여, 논리적·체계적 해석은 해석의 대상인 법규범의 법체계 내에서의 위치를 바탕으로 법문의 논리적 의미를 파악하는 것으로 흔히 ‘형식논리학’(formal logic)의 방법론에 따라 행해지는 해석을 의미한다. 다만, 오늘날 구체적 타당성 있는 법의 해석 및 적용을 위하여 진정한 법의 의미를 추구하는 것을 법논리학(legal logic)의 목적이라고 한다면, 법논리학은 반드시 형식논리학의 방법만이 아니라 기타의 모든 해석방법들을 실질논리적인 해석방법으로서 그 영역에 포함시키고 있다고 말할 수도 있을 것이다.<sup>11)</sup>

전통적 해석론은, 법의 적용을 통한 구체적 결정의 대상인 ‘현실’의 문제를 고려함이 없이 규범이 내용을 확정된 다음, 여기에 규율하고자 하는 생활 사태를 삼단논법적 추론의 방법으로 포섭하여 결론을 찾으려고 한다. 이러한 입장에 따르면 해석이란, 원칙적으로 해결하고자 하는 구체적인 문제와는 상관없이 객관적으로 확인될 수 있는, 이미 존재하는 (객관적 또는 주관적인) 의사의 단순한 사후집행이라는 것이다. 그러나 법해석이 ‘의사의 도그마’(Willensdogma)로서의 법을 단순히 사후적으로 적용하는 것이 아니라 진정한 법의 의미를 ‘구체화’(Konkretisierung)하는 것이라고 한다면, 법의 구체적 내용은 규율하여야 할 ‘현실’을 끌어들이어서 확정되어야 할 필요가 있다고 본다. 다시 말하면, 규범내용의 확정과 구체적 사건에 대한 규범의 적용은 하나의 통일적 과정이지, 이미 그 자체로 이해될 수 있는 주어진 어떤 것, 즉 일반적인 규범을 하나의 구체적 사태에 사후적으로 적용하는 것은 아닌 것이다. 따라서 법의 해석은 항상 법이 적용되어지는 시점에서의 구체적·역사적 상황 및 해결되어야 할 구체적인 문제를 고려하는 전제하에 법규범의 의미를 이해함으로써 이루어져야 한다고 본다.<sup>12)</sup>

## 1) 고전적·전통적 해석방법

### ① 문리적 해석방법

11) Chaim Perelman, 심현섭 외 2인 역, 『법과 정의의 철학』(종로서적, 1986), p.204.

12) Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 계획열 역, 『서독헌법원론』(삼영사, 1985), pp.53-59 참조.

우선 법조문의 해석은 법문에 사용되고 있는 문자의 통상적인 의미와 법문장의 구조에 대한 문법적 이해를 기초로 하여 이루어져야 한다. 이러한 해석을 문리해석 또는 '문법적 해석'('Wortinterpretation, grammatical interpretation)이라고 한다. 어떠한 법조문이든 1차적으로는 이러한 방법으로 해석되어야 한다. 이를 '문리해석 1차성의 원칙'이라고 한다. 그러나 법문에 사용되고 있는 문자 또는 법률용어의 의미는 통상적으로 사용되고 있는 의미와는 다른 경우가 많기 때문에 주의해야 할 필요가 있다.<sup>13)</sup> 예를 들어, '善意'(bona fides)라는 말은 보통의 경우에는 착한 마음 또는 남을 위하는 마음을 의미하나, 법률 용어로 사용되는 경우에는 법률관계에 영향을 미치는 어떠한 사실을 모르는 것을 의미한다. 반대로 '惡意'(mala fides)는 그러한 사실을 알고 있는 것을 의미하는 것이다. 그리고 보통 사람이라고 하면 육체를 가지고 있는 자연인을 의미하지만, 법률상 '사람'(인)은 자연인뿐만 아니라 법인도 아울러 포함하고 있는 개념이다.

문리해석에 있어서 문제가 되는 것은, 법조문에 사용되고 있는 문자의 의미를 그 제정 당시의 의미로 해석해야 할 것인가 아니면 해석을 하는 시점에서의 의미로 해석해야 할 것인가 하는 점이다. 전자의 입장을 '연혁적 해석론'이라고 하며, 후자의 입장을 '진화적 해석론'이라고 하는데, 오늘날은 후자가 유력한 학설로 되어 있다. 앞에서 설명한 것처럼 법이 적용되어지는 구체적 현실과의 관련 속에서 법의 의미가 확정되어야 한다고 볼 때, 후자가 보다 타당한 주장이라고 할 것이다. 따라서 법의 해석은 특별한 이유가 없는 한 법을 해석하는 시점에서 법조문이 포함하고 있는 객관적인 의미를 기준으로 하여 이루어지는 것이 원칙이다.<sup>14)</sup> 이러한 의미에서 입법자의 주관적 의사를 중시하는 '연혁적 해석론'이 '주관적 해석론'(subjektive Auslegungsmethode)에 해당한다면 '진화적 해석론'은 법문이 입법자의 '주관적' 의사가 아니라 입법자를 통하여 표현된 '법규 자체의 의사'(Wille des Gesetzes), 즉 국가(공동체)의 객관적 의사를 의미하는 것으로 본다는 점에서 '객관적 해석론'(objektive Auslegungsmethode)에 해

13) 김영환, 전거서, pp.251-252; 정영석, 『법학통론』(법문사, 1983), p.81.

14) 한상수, 『로스쿨시대 법학의 기초』, 제2판(인제대학교출판부, 2011), p.337.



당하는 것이다.<sup>15)</sup> 이러한 입장은 법률의 의미는 가변적이라는 점과 보다 중요한 것은 법률의 '여기에서 그리고 지금'(hic et nunc)의 정당한 의미라고 하는 점을 강조하고 있다.

## ② 논리적·체계적 해석방법

'논리적·체계적 해석'(logisch-systematische Auslegung, logical-systematic interpretation)은 '논리적 해석방법'과 '체계적 해석방법'이 하나의 해석 방법으로 연계되어 있는 형태를 의미한다. 그러나 그 의미상 논리적 방법과 체계적 방법을 별도로 설명할 필요가 있다고 본다. 우선 체계적 해석에 관하여 살펴본다. 이는 법체계 전체 가운데 해석의 대상이 되고 있는 법규가 차지하고 있는 위치와 관련성을 기초로 하여 그 의미를 해석하고자 하는 방법을 말한다. 원래 법규는 독립적 또는 단편적으로 존재하는 것이 아니라 다른 법규와 더불어서 하나의 법체계 속에 통일적으로 포함되어지고 있는 것이기 때문에 어느 한 법규의 의미는 다른 법규와의 관련성을 바탕으로 서로 모순이 없고 조화를 이루도록 해석해야 할 필요가 있게 된다.

예를 들어, 민법의 개별조항을 해석하는 경우에 그 기본원리인 '신의성실의 원칙'이나 '권리남용금지의 원칙'을 바탕으로 하여 해석하는 것, 그리고 어떠한 법률의 조항을 해석하는 경우에 그 상위규범인 헌법의 내용 또는 원칙을 존중하여 '합헌적'으로 해석하고, 명령을 해석하는 경우 이를 '합법률적'으로 해석하는 방법 등을 말한다. 또한 헌법 제2조 제1항에서 "대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다."고 되어 있고, 이에 따라 법률로서 국적법이 제정되었기 때문에 헌법 제2조 제1항을 해석하는 경우에는 반드시 국적법이 그 해석 대상으로 포함되어지는 것도 체계적 해석방법에 따른 것이다.

형법의 경우, 제250조 제1항에 의한 살인죄의 규정은 '자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자에 대해서는 적용되지 아니하는 것으로 해석하고, 이러한 경우에는 동조 제2항의 '존속살해죄'의 규정을 적용하게 된다. 이는 형법 제250조 제1항이 보통살인죄를 의미하는 일반규정임에 대하여, 제2항이 특별

15) R. Zippelius, 김형배 역, 전계서, pp.36-37, 73-74; 김영환, 전계서, p.225.

규정의 성격을 가지고 있다는 데 근거를 두고 있다. 이와 같이 일반적 규범과 특별규정의 상호간의 관계를 바탕으로 하여 법규의 의미 및 적용 대상을 확정하는 것도 체계적 방법에 속한다고 할 수 있다.

체계적인 방법은 법규의 해석에 있어서 개별 법조문의 의미나 적용대상이 서로 상충되거나 모순됨이 없이 서로 조화를 이룰 수 있도록 반드시 활용해야 하는 방법이라는 점에서 형식논리적인 해석방법과 일체성을 갖고 있다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 양자를 종합적으로 활용하는 해석방법을 흔히 '논리적·체계적 해석'이라고 하는 것이다.

논리적 해석방법은 기본적으로 (형식)논리법칙을 활용하여 법문의 의미를 확정하려고 한다는 점에서 그 특수한 역할이 있으며, 특히 '개념법학'(Begriffsjurisprudenz)은 실정법체계의 자족성을 기초로 삼단논법을 중심으로 하는 형식논리적 방법을 특유의 법학방법론으로 활용했던 것이다.<sup>16)</sup> 논리법칙에 따른 법의 적용은 아리스토텔레스(Aristotle)에 의하여 시작된 논증방법인 '삼단논법'(syllogism)에 의거하고 있다. 삼단논법에 따르면 사법과정은 법규를 '大前提'(major premise)로 하고 사실관계를 '小前提'(minor premise)로 하여 이루어지는 관계작용(포섭과 작용)을 통하여 결론(conclusion)이 도출되는 것을 의미한다. 이러한 접근방법은 법학으로 하여금 그 논리적 정합성을 통하여 당사자들에 대한 설득력 및 타당성을 확보하도록 할 수 있는 방법론으로서 중요한 역할을 수행해 왔다고 한다.<sup>17)</sup>

법의 해석 및 적용은 매우 논리정연한 방법으로 이루어져야 수많은 법규의 해석 및 적용이 상호 모순됨이 없이 이루어질 수 있으며, 이를 바탕으로 법의 이념 가운데 하나인 법적 안정성의 요청에 부합할 수 있다고 하는 것이다. 논리학은 사유의 법칙 및 그 형식을 연구하는 학문을 말하는 것으로서, 오류에 빠지지 않고 올바른 사유를 하며 진정한 지식을 얻을 수 있는 방법을 연구하는 것을 의미하며, 법학이 논리학을 필요로 하는 것은 바로 이 때문이다. 넓은 의미의 논리학에는 형식논리학, 변증법적 논리학, 인식논리학 등이 포함되

16) 김부찬, 전게서, pp.45-47.

17) E. Bodenheimer, *op. cit.*, pp.386-387.

고 있으나, 상호모순 없는 일관된 법해석 및 법적용에 필요한 논리는 바로 형식논리학의 방법인 것이다.

형식논리학의 기초로 채용되고 있는 고전적 논리법칙에는 ‘同一律’(principle of identity), ‘矛盾律’(principle of contradiction), 그리고 ‘排中律’(principle of excluded middle)과 ‘유유’(analogy) 등의 방법이 있다. 동일률은 “A는 A이다,” 모순률은 “A는 A가 아닌 것(非A)이 아니다,” 그리고 배중률은 “A는 A이거나 아니면 A가 아닌 것(非A)이거나 둘 중의 어느 하나에 해당되어야 하며, 그 둘 중의 어느 하나도 아닐 수는 없다.”는 논리법칙이다. 반면에 유추 또는 ‘유비추론’(argumentum a simili)은 어느 특수한 경우에서 다른 특수한 경우를 미루어 짐작하는 간접추론을 말한다. 엄격히 말하면, 다른 논리법칙은 법의 논리적 해석을 위하여 당연히 활용되어지는 방법이지만, 유추는 법의 ‘적용’을 위한 하나의 특수한 방법으로서 선택적으로 활용할 수 있는 방법이지 그 자체가 법의 ‘해석’ 방법은 아니다.<sup>18)</sup>

어떠한 범주에 속하는 사람, 사물 또는 사항에 관한 법규정은 문제가 되는 사안에 있어서 어떠한 사람, 사물, 또는 사항이 그 범주에 속하는 경우에는 당연히 그러한 규정이 적용될 수 있다. 예를 들어, 법률에 있어서 사람(人)의 개념에는 ‘자연인’(natural person)뿐만 아니라 ‘법인’(juridical person)도 포함되어 있으므로 사람에게 관한 규정은 당연히 법인에게도 적용되게 된다. 민법상 물건의 개념에는 동산과 부동산이 포함되어 있기 때문에 물건에 관한 규정은 동산과 부동산 모두에 물론 당연히 적용되게 되는 것이다. 이러한 해석은 논리법칙상 동일률을 적용한 ‘勿論推論’(argumentum a pari), 즉 ‘물론해석’에 해당한다. 우리 민법상 담보물권의 하나인 質權은 동산에 관해서만 규정되고 있으나 抵當權은 부동산에 관해서만 규정되고 있다. 따라서 부동산 질권이나 동산의 저당권은 형식논리상 인정될 수 없다는 결론이 가능하게 된다. 또 예를 들어, 민법 제3조에서 “사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다.”고 규정하고 있으므로, 특별한 규정이 없는 한 출생 전의 태아는 논리적으로 사

18) 김부찬, 전거서, p.395; 한상수, 전거서, pp.342-343 참조. 그러나 ‘유추’를 하나의 법해석 방법으로 분류함으로써 법의 해석이 아니라 법의 흠결 보충의 방법으로서의 유추의 기능을 정확히 인식하지 못하는 경우도 많이 있다. 이에 대해서는 앞의 주 10)의 문헌 참조.

람으로서의 권리능력이 없다고 해석할 수도 있다. 이러한 해석은 논리법칙상 모순률의 적용을 통한 ‘반대추론’(argumentum a contrario), 즉 ‘반대해석’에 해당한다.

따라서 물론해석과 반대해석은 그 자체가 해석의 ‘방법’이 아니라 (형식)는 논리적 해석방법을 사용한 결과 나타나게 되는 하나의 ‘종류’에 해당한다고 할 수 있는 것이다. 그러나 복잡하고도 다양한 사안들에 대한 법적 판단과 관련하여 삼단논법 및 형식논리법칙을 근거로 접근하는 논리적 해석방법은 유추의 방법을 활용한다고 하더라도 많은 한계가 따를 수밖에 없으며, 이는 곧 개념법학의 방법론적 한계를 의미하는 것이기도 하였다.<sup>19)</sup>

### ③ 역사적 해석방법

‘역사적 해석방법’(historische Auslegung, historical interpretation)은 법규범의 발생사(Entstehungsgeschichte)를 기초로 하는 해석의 방법이다. 즉 입법자가 입법 당시에 어떠한 목적을 추구하고 무엇을 의도하였는가를 탐구하여 해석하는 방법이다. 이는 법규범의 기초자가 그 법률과 결부하려고 의도한 의사 내지 의미표상을 기준으로 삼는 것이므로 ‘주관적 해석론’(subjektive Auslegungstheorie) 또는 ‘연혁적 해석론’과 맥을 같이 하는 것이다. 그리고 이는 입법자의 의사를 역사적 방법으로 탐구하여 해석하는 것이기 때문에 ‘의사해석’이라고도 한다. 역사적 방법에 입각하여 입법자의 의사를 파악하기 위하여는 구체적으로 법제도의 연혁을 살펴보거나, 법안이유서, 입법의견서, 의사록 등의 입법기초자료(travaux préparatoires)를 검토하는 것이 필요하게 될 것이다.

법제정 당시의 사회적 상황과 적용되는 시점의 상황은 많이 달라지는 것이 보통이다. 그리고 법은 일단 제정됨으로써 독자적인 생명력 내지 의미내용을 갖게 되는 것이다. 따라서 법은 그것이 적용되는 시점에서의 객관적 의미로 해석되어야 한다는 주장이 보다 유력하게 제기되고 있다. 이러한 의미에서 주관적 해석론자들의 주장과는 달리 입법기초자료에 나타나고 있는 입법기초자의 입법의도 내지 법기초의 목적은 결정적인 해석 수단이 아니라 구속력이

19) 김학태, “법률해석의 한계 - 판례에서 나타난 법해석방법론에 대한 비판적 고찰 -,” 『외법논집』, 제22집, 2006, p.180.

없는 해석자료에 불과하게 되는 것이다.<sup>20)</sup> 따라서 역사적 방법은, 객관적 해석론이나 진화적 해석론을 취하는 경우 주된 해석방법이라기보다는 하나의 보조적인 해석수단에 머무를 수밖에 없게 된다.

그러나 객관적 해석방법에 의하더라도 법해석은 다음과 같은 전제에서 출발하지 않으면 안 된다는 점에서 최소한 역사적 의미를 갖고 있다고 본다: ㉠ 입법자는 법률에 의하여 추구해야 할 목적을 결정하고 그 목적의 실현 방법을 규율할 권한을 가지고 있다는 것, ㉡ 법적 안정성을 위하여 하나의 기관이 존재하며 그 기관의 정의 관념과 질서 관념은 법률에 의하여 구속력을 보유하게 된다는 것, ㉢ 삼권분립의 원칙도 입법자의 결정에 의하여 법관을 최대한도로 구속시킬 것을 요구한다는 것 등이다.<sup>21)</sup>

#### ④ 목적론적 해석

법규는 일반적으로 또는 개별적으로 일정한 '목적'(Zweck)을 지향하고 있으며, 이를 현실에 있어서 구체적으로 실현하고자 하는 욕구를 가지고 있다. 따라서 법의 해석에 있어서 법문의 의미에 엄격히 구속되거나 형식 논리적인 방법만으로 법의 목적 또는 이념이 충분히 달성될 수 없다고 생각되는 경우에는, 법제도의 일반적인 목적 내지 개별적인 목적을 참작함으로써 법조문의 의미를 탄력적으로 해석할 수 있어야 한다고 본다.<sup>22)</sup> 이러한 의미에서 '목적론적 해석 방법'(teleologische Auslegung, teleological interpretation)은 법을 사회적 목적을 달성하기 위한 수단으로 규정한 예링의 '목적법학'(Zweckjurisprudenz)의 방법론에 근거를 두고 있다. 예링은 법의 목적이란 사회생활에서 나오는 모든 필요성이며 사회가 존립하기 위해서는 이러한 필요성이 충족되어야 한다고 하면서 그 수단이 바로 법이라고 하였다. 그리하여 예링은 법에 대한 개념적 추구를 배척하면서, 법적 문제의 해결을 개념논리에서가 아니라 법의 실제적 목적으로부터 추구하였던 것이다.

20) G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 정희철·전원배 역, 『법학원론』(양영각, 1971), p.296.

21) R. Zippelius, 김형배 역, 전게서, p.74.

22) 김부찬, 전게서, p.47.

예를 들어, 미성년자에 대한 법적 규제는 일반적으로 미성년자가 육체적 또는 정신적으로 미숙한 상태에 있기 때문에 이들을 보호·교양하기 위한 목적으로 이루어지고 있는 것이므로, 이미 성숙한 사회인으로 간주할 수 있는 대학생 또는 결혼한 미성년자에게는 그 규제가 필요하지 않는 것으로 판단될 수도 있을 것이다. 예컨대, '미성년자입장불가'로 되어 있는 유흥업소에 이들의 출입을 허용하는 경우에는 미성년자의 범위를 축소하는 결과가 되는 것이므로 '축소해석' 또는 '제한적 해석'에 의한 법규의 적용에 해당한다.

반대로 법의 목적을 증시함으로써 오히려 법문의 본래의 의미나 효력범위를 확장하여 해석할 수도 있게 된다. 예를 들어 '미성년자 입장불가'인 유흥업소에의 출입 문제에 있어서 성년에 달하였지만 아직 고등학생인 사람에게도 학생에 대한 생활지도 차원에서 미성년자입장불가의 규정을 적용하기로 한다면 이는 미성년자의 개념을 확장시킨 경우에 해당할 것이다.<sup>23)</sup> 그리고 형법 제257조 제1항의 상해죄의 경우, "사람의 신체를 상해한 자는 ..."에 있어서 법률상 상해의 개념을 '신체의 생리적 기능에 대한 장애'(Gesundheitsbeschädigung)라고 보는 경우, 여성의 두발을 절단하는 행위는 본래 상해의 개념에 포함되는 것은 아니지만 여성의 두발훼손이 갖는 중요성으로 미루어 상해죄에 해당하는 것으로 처리되고 있는 것은 상해의 의미가 확장되어진 경우다. 이러한 해석의 결과가 바로 '확장해석' 또는 '확대해석'에 해당한다.

확장해석은 법문의 언어적 의미가 확장되어 당해 사안에 적용되는 것이라는 점에서, 기존의 법조문의 의미를 확장시켜 적용하는 것이 아니라 유사한 사안에 그대로 적용하는 방법인 유추의 방법과 구별된다. 즉 확장해석의 경우, 앞에서 설명한 바와 같이 고등학생인 성년자의 경우에 유흥업소의 출입을 금지하거나 여성의 두발을 절단하는 것을 상해죄로 처벌하는 것은 고등학생인 성년자를 미성년자의 개념 속에 포함시키고 여성의 두발을 절단하는 행위를 상해의 개념 속에 포함시키는 것을 전제로 하는 것이다. 반면에 유추의 경우, 예를 들어 민법상 법인에 관한 규정을 '권리능력 없는 사단'에 유추 적용하는 것은 권리능력 없는 사단을 법인의 개념에 포함시킬 수 있다는 전제에서 이

23) 이호정, 『법학개론』(한국방송대학출판부, 1983), p.48.

루어지는 것이 아니라 단지 양자의 개념상 '유사성'(similarity)을 근거로 이루어진다는 점이 다르다. 이와 같이 양자는 비슷한 결과를 가져오기는 하지만 전혀 다른 근거에 의한 것이다.

이와 같이 법을 일정한 목적의 소산으로 규정하는 '목적법학'의 입장에서 목적론적 해석방법을 주장하였지만, 법의 이념 내지 궁극적 목적을 전제로 하고 있는 법철학적 입장에서도 법해석의 지도원리로서 법의 이념적 기본원리를 강조하면서 보다 근원적인 목적론적 해석방법을 요구하고 있다. 예를 들어, 국가의 최고법인 헌법에는 국가의 구성 및 기본권 보장과 관련한 목적 및 가치가 내재하고 있다. 이러한 규범적 목적을 탐구하고 이를 지도이념으로 하여 헌법 조문을 해석하는 것도 목적론적 해석이라고 할 수 있다. 헌법에 있어서 해석의 지도원리에 해당하는 것이 바로 헌법의 '기본원리'이다. 나아가서 헌법이 국내법질서의 최상위에 위치하고 있기 때문에 목적론적 해석은 전체 국내법의 해석과 관련하여 헌법에 부합되게 해석해야만 한다는 의미의 '합헌적 해석의 원칙'이라는 하나의 방법론으로 발전하고 있기도 하다.<sup>24)</sup>

또한 목적론적 해석은 일정한 법질서에서 객관적으로 요구되는 이성적 목적에 따라서 법규의 의미를 찾는 해석방법론으로서 그러한 목적 달성을 위한 보다 적극적인 역할을 전제로 하고 있다. 이러한 의미에서 목적론적 해석은 '목적론적·객관적 해석방법'으로 묶어서 논의되기도 하며,<sup>25)</sup> 법해석에 관한 일종의 '진화적'(evolutive) 또는 '역동적'(dynamic) 접근으로 발전하고 있다고 평가되고 있다.<sup>26)</sup>

## 2) 기타의 해석방법

### ① 이익평가적 방법

'이익평가적 해석방법'(Interessenwertungsmethode)은 법규범의 근거에 놓여

24) Karl Larenz · Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 허일태 역, 『법학방법론』(세종출판사, 2000), pp.208-213.

25) 상계서, pp.201-208; 김학태, 전제논문, p.191.

26) 이러한 접근은 국제법학에서 특히 조약의 해석과 관련하여 논의되고 있다. 이에 대해서는 김대순, 『국제법론』, 제17판(삼영사, 2013), pp.219-221 참조.

있는 이익의 대립 및 조정을 밝혀내고, 이러한 이익들의 평가 및 상호교량에 의하여 법규의 의미를 해석하는 데 도움을 받고자 하는 것이다. 이러한 방법은 기본적으로 법의 목적을 사회 구성원들 간의 이익의 조정이라고 규정했던 이익법학(Interessenjurisprudenz)의 입장을 반영하고 있다. 이익법학은 헤크(P. Heck)와 뤼멜린(M. v. Rümelin)에 의하여 벤담이나 예링 등의 공리주의 법사상 내지 목적법학의 뒤를 이어 형식논리적인 개념법학에 대한 비판적인 방법론으로 전개되었다.

헤크에 의하면 법학이나 법관의 활동은 궁극적으로 그 사회에 현존하는 욕구·경향·필요성 등의 사회적 이익을 충족시켜 주는 데 있다. 따라서 법관은 법의 해석 및 적용에 있어서 관련된 이익들을 밝혀내고 이들을 평가하고 종합하는 이익교량 또는 가치판단 과정을 거쳐야 한다는 것이다.

## ② 비교법적 해석방법

‘비교법적 해석방법’(vergleichende Auslegungsmethode, comparative legal interpretation)은 법규를 해석함에 있어서 구법이나 외국법 등과 비교·대조하면서 그 의미를 보다 확실히 하는 것을 말하는 것으로서, ‘비교법학’(Rechtsvergleichung, comparative law)의 방법 또는 성과를 법해석에 활용하는 해석방법을 말한다. 개별 국가의 법을 서로 비교하는 학문인 비교법학 또는 비교법은 ‘비교의 방법’을 그 방법론으로 활용하고 있다는 데 특징이 있다. 이러한 의미에서 비교법학이라고 하는 것은 그 자체로서 하나의 고유한 법학의 영역을 의미하는 것이 아니라, 본래 ‘비교의 방법’(the method of comparison)을 의미할 뿐이라고 하는 주장도 있다. 폴락(F. Pollock)은 “비교법은 고유의 과학이 아니라 비교의 방법을 법 중에 도입한 것에 지나지 않는다.”고 하였으며, 가터리지(H. C. Gutteridge)는 “비교법이라고 함은 연구·조사의 방법을 가리킨다.”고 하면서, “그것은 독립된 법의 분과 또는 부문을 가리키는 것이 아니다.”라고 하였다.<sup>27)</sup>

오늘날 비교법학은 그 자체 법학연구를 위한 방법론임과 동시에 하나의 독

27) 김부찬, 전게서, p.405.



자적인 법학의 영역으로 존재하고 있다. 비교법학은, 각국의 법이 그들이 존재하고 있는 개별 국가마다에서 독특한 역사적·문화적·지리적인 특성을 가지는 것으로 성립되고 발전해 왔으면서도 그 특성상 몇 가지 법계(legal family)로 분류될 수 있을 만큼 상호간 밀접한 관련을 맺고 있으며, 또한 전체적으로 서로 공통적인 개념 및 논리체계에 입각하여 비교·연구될 수 있을 만큼 보편적 성질을 가지고 있다는 것을 근거로 하여 성립되고 있다.

법사학의 연구 결과, 대륙법계와 영·미 법계 등의 법계는 고대로부터 현재에 이르기까지 몇몇 계통의 연속적인 법의 계수과정을 통하여 성립되어진 것으로 나타나고 있다. 따라서 우리나라와 같이, 외국법을 수용 또는 계수하고 있는 국가의 법, 즉 '계수법'(adopted law)을 해석하는 경우에 그 모법(mother law)인 외국법과의 비교연구는 매우 중요한 법해석의 수단이 되는 것이다. 우리나라는 법의 계통상 대륙법계에 속하고 있기 때문에, 특히 私法의 규정을 해석하는 경우 그 기원이 되는 로마 사법을 비롯하여 현재 주요한 대륙법계 국가인 독일과 프랑스의 사법의 규정을 참고해야 할 때가 많이 있게 된다.

### III. 법의 흠결과 그 보충방법

#### 1. 법의 흠결의 의미

넓은 의미에서 '법의 흠결'에는, 해당 법률이 문언상 완전한 행위기준을 제시하지 않음으로써 그 적용상 문제가 발생하는 '문리적 흠결'과 실정법이 문언상으로는 어떤 보충을 요하지 않고도 모순 없이 적용될 수 있는 구조로 되어 있으나 그 적용을 통한 결과가 법감정이나 법의 목적에 반하는 경우에 그 보충이 요구되는 '평가의 흠결'이 포함된다고 한다. 전자는 법의 문언에 있어서 인식 가능한 데 비하여 후자는 평가작용에 있어서 비로소 인식이 가능하다는 점에서 차이가 있다.<sup>28)</sup> 이러한 의미에서 전자를 '명시적인 흠결'(offene Lücke)이

28) R. Zippelius, 김형배 역, 전게서, pp.87-89.

라고 하며 후자를 ‘은폐된 흠결’(verdeckte Lücke)라고 부르기도 한다.<sup>29)</sup> 명시적인 흠결의 경우 누가 보아도 해당 사안에 대해 이를 규율할 법규정이 명백히 존재하지 않는 경우임에 비하여 은폐된 흠결의 경우는 해당 사안을 규율할 법규정이 존재하지만 이를 그대로 적용할 경우 불합리한 결과가 나타난다는 점에서 양자의 차이가 있다.<sup>30)</sup>

또한 법의 흠결은 同位의 규범들이 해석학적으로 배제될 수 없는 모순 상태에 있고 그 규범충돌이 ‘신법우선의 원칙’이나 ‘특별법우선의 원칙’과 같은 경합원칙에 의해서도 해결될 수 없는 경우에도 인정될 수 있으며, 이러한 경우도 일종의 ‘문리적 흠결’ 내지 ‘명시적인 흠결’에 속한다고 본다. 이러한 경우는 바로 문리상의 법의 불완전한 규율에 해당하기 때문이다.<sup>31)</sup> 이러한 의미에서 대부분의 법학방법론자들은 법의 흠결을 “입법자의 계획에 반하는 불완전성”(planwidrige Unvollständigkeit)이라고 설명하기도 한다.<sup>32)</sup>

이러한 법의 흠결은 크게 두 가지 방법에 의하여 보충 또는 보완된다고 본다. 즉 ‘유추’의 방법과 ‘형평’(equity)이나 ‘사물의 본성’(nature of things)과 같은 ‘법원리’의 적용에 의한 보충이 그것이다.<sup>33)</sup>

29) 김영환, 전게서, pp.227-228; 김학태, 전계논문, pp.196-197.

30) 상게서.

31) R. Zippelius, 김형배 역, 전게서, p.88.

32) 김영환, 전게서, p.227.

33) 김영환, 김학태, 이상돈 교수 등은 라렌츠(K. Larenz)나 엥기쉬(Engisch)의 설명에 따라 ‘목적론적 축소’(teleologische Reduktion)를 은폐된 법의 흠결을 보충하기 위한 하나의 방법으로 제시하고 있다. 그러나 사건에 의하면 ‘목적론적 축소’는 그 의미상 엄격하게 ‘목적론적 방법’에 의한 법 해석의 결과, 문자의 의미가 축소되어지는 경우를 지칭하는 용어로 사용되어야 한다고 보며, 이른바 ‘목적론적 축소’라는 용어를 은폐된 법의 ‘흠결’을 보충하기 위한 하나의 방법을 의미하는 것으로 사용하는 것은 문제가 있다고 본다. 법의 흠결 보충 방법의 하나로서 이른바 ‘목적론적 축소’라는 용어를 사용하는 경우, 이는 법의 ‘해석’ 방법의 하나로서 ‘목적론적 해석방법’을 적용한 결과 나타나는 ‘축소(제한)해석’과의 혼동을 피하기 어려우며, 이로써 법의 해석과 법의 흠결 보충 간의 혼동도 피할 수 없게 된다고 본다. 이른바 ‘목적론적 축소’는, 그 법문의 의미가 목적론적 해석방법을 통하여 ‘축소’된 것이 아니라 그 법문을 그대로 적용하는 것이 문제가 있는 경우 다른 근거에 의하여 그 적용을 ‘배제’하는 것을 의미하는 것이기 때문이다. 사실 엥기쉬 등이 ‘연금청구권의 양도불가’를 규정한 법조문을 적용하지 않는 것이 타당하다고 볼 수 있는 것으로 인용하고 있는 사례를 보면 아리스토텔레스(Aristotle)와 아퀴나스(T. Aquinas)가 성문 수비병의 예를 들면서 ‘법규정을 적용하는 것이 부적절한 상황에서 형평에 근거하여 법규를 적용하지 않는 것

## 2. 법의 흠결의 보충방법

### 1) 흠결 보충의 주체

앞에서 언급한 바와 같이 법의 흠결을 보충하는 작업은 전통적 의미에서의 법의 발견이나 해석과는 다른 일종의 '법형성'으로서의 의미를 가지고 있기 때문에 처음부터 이를 법관의 역할로 인정했던 것은 아니었다. 경우에 따라 법의 흠결에 대한 보충이 *lex ferenda*의 관점에서 새로운 입법이 법정정책적으로 요구되는 것인지, 아니면 기존의 법(*lex lata*)의 관점에서 보충 가능한 것인지 여부가 고차원적으로 고려되어야 할 필요도 있으며, 법관에 의하여 그 흠결이 보충되도록 하는 것이 입법권을 입법부에 귀속시키고 있는 '권력분립의 원칙'에 반하는 일이 될 수 있기 때문이었다. 또한 법관에 의한 법의 보충은 구체적인 사안의 해결과 관련한 사실상 법의 형성에 해당하는 것이기 때문에 일종의 '법이념'(Rechtsidee)인 '법적 안정성'(legal security)를 저해하는 결과를 초래할 수도 있는 것이기 때문이었다.<sup>34)</sup> 따라서 과거 권력분립의 원칙이나 법적 안정성이 강조되던 시대에는 법관에 의한 법형성 역할이 엄격히 제한되었던 것이 사실이다. 오늘날 형사법상 '죄형법정주의'에 의하여 '유추의 금지'가 이루어지고 있는 것은 바로 형법의 적용과 관련한 법적 안정성의 확보가 매우 중요한 과제로 인식되고 있기 때문이다.<sup>35)</sup>

---

이 정의에 부합한다'고 보아 그 적용을 배제했던 사례와 매우 유사한 상황임을 알 수 있다. 따라서 법의 '흠결' 또는 '불완전성' 때문에 법문을 그대로 적용함으로써 문제가 야기되는 경우 그 적용을 배제함으로써 결과적으로 그 적용 범위가 축소되는 넓은 의미에 있어서 '형평의 원리에 의한 법의 흠결 보충에 해당하는 것이며 이를 '목적론적 축소'라고 하는 별도의 범주로 분류하는 것은 불필요한 혼란을 야기할 수 있다고 본다. 이러한 논의와 관련하여, 상계서, pp.228-229, 275-276; 이상돈, 전계서, pp.88, 140; 김학태, 전계논문, pp.198-201; Karl Larenz-Claus-Wilhelm Canaris, 허일태 역, 전계서, pp.276-283; 김정오 외, 『법철학: 이론과 쟁점』(박영사, 2012), pp.139-140; 최봉철, 『현대법철학 -영어권 법철학을 중심으로 -』(법문사, 2007), pp.272-273 참조.

34) 이에 관한 논의는 R. Zippelius, 김형배 역, 전계서, pp.91-92, 115-116 참조.

35) 상계서, p.92. 이와 관련하여 이상돈 교수는 유추는 법관의 법획득이 개념의 틀 안에서 이루어지는 법형성이 아니라 그 밖에서 이루어지는 '법창조'에 해당하기 때문에 형법상 금지된다고 한다(앞의 주 7) 참조).

형법이나 세법 등 법적 안정성이 특히 요구되는 분야를 제외하고는 법관은 사법과정을 통하여 문제가 되고 있는 사안에 대하여 타당성 있는 결론을 제시하기 위하여 최선의 노력을 경주해야만 한다. 이러한 작업은 단순히 기존의 법의 태두리 내에서 형식논리적 추론만으로 이루어질 수 있는 것이 아니며, 법의 목적이나 가치, 법의 기본원리, 법감정, 이익교량, 그리고 사회상규 및 통념 등 법적 판단과 관련하여 활용 가능한 모든 요소들을 고려한 '담론'(discourse)과 '논의'(argumentation)를 필요로 하는 작업이기도 하다.<sup>36)</sup> 사실 기존의 법에 의하여 법적 판단이 가능한가 아니면 법에 흠결이 존재하는가, 흠결이 존재하는 경우 그 대응방법은 무엇인가 하는 판단은 모두 사법과정 속에서 이루어지는 것이다. 따라서 당초 법의 해석 및 적용과 관련하여 의심스러운 경우에는 법관으로 하여금 입법부에 조회하도록 강제하려고 한 시도는 곧 포기되었고, 오히려 입법을 통하여 법관에게 법형성과 관련한 보충적인 권한이 최소한 묵시적으로 부여되고 있다고 보는 것이 합리적이라는 견해가 우세하게 되었다.<sup>37)</sup> 그리고 이제는 법의 흠결을 보충하고 이를 바탕으로 재판하는 것은 법관의 권한인 동시에 일종의 의무로까지 인정되고 있는 것이다.<sup>38)</sup>

## 2) 흠결보충의 방법

### ① 유추의 방법

유추는 논리학에서 일반적으로 허용되는 '연역적 추론'(deductive reasoning)이나 '귀납적 추론'(inductive reasoning)과는 달리 직접적으로 적용 가능한 규칙이 아닌 다른 개별적인 규칙을 문제가 되고 있는 사례에 간접적으로 적용하여 판단을 내리는 것을 말한다. 따라서 유추 적용에 의한 법적 판단이 적법하게 이루어지고 또한 그 타당성을 인정받기 위해서는, 우선 법적 판단이 요구되

36) Chaim Perelman, 심헌섭 외 역, 전게서, pp.175-181 참조.

37) E. Bodenheimer, *op. cit.*, p.424.

38) 이와 관련하여 프랑스의 나폴레옹 민법 제4조는 "법의 침묵, 불명확, 불충분을 이유로 재판을 거부하는 법관은 재판거부죄로 기소된다."고 규정하고 있다(Chaim Perelman, 심헌섭 외 역, 전게서, pp.179-180).

는 사안과 유사한 사안을 규율하는 법규가 존재해야만 하며, 다음으로 적용하고자 하는 규칙에 의하여 포섭되어지는 사안과 문제가 되고 있는 사안 간의 '유사성'(similarity)이 상당해야만 한다. 유추는 유비추론으로서 논리적으로 활용 가능한 방법이기도 하지만 이를 기초로 한 법적 판단이 하나의 정당한 법학 방법론으로 활용되어지는 것은 유추가 "동일한 법적 근거가 존재하는 경우에는 동일한 취급이 이루어져야만 한다."(*ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*)는 일종의 '평등원칙'(principle of equality)에 근거를 두고 있기 때문이다.<sup>39)</sup>

이러한 평등원칙에 입각하여, 관련되는 사물 상호간의 유사성이 인정되는 경우 하나의 사물에 대한 규정이 다른 사물에 대해서도 동일하게 적용될 수 있게 하는 것이 유추의 역할인 것이다. 그러나 문제가 되는 사안에 대한 유추 적용이 이루어지기 위해서는 최종적으로 유추로 인하여 문제가 되는 사안에 대한 타당한 해결이 가능하다는 법관의 고려가 또한 필요하게 된다. 엄격히 형식논리적인 법칙에 의하면, 일정한 법규에서 취급하고 있는 것과 비슷한 사항이라 할지라도 개념적으로 다른 사항일 때에는 당연히 반대추론(해석)에 의하여 그 법규의 내용이 적용될 수 없도록 하는 것이 원칙이기 때문에 법관의 입장에서는 어떠한 입장에서 문제를 해결하는 것이 바람직한 지에 대해서 충분한 논의와 검토를 거쳐야만 하는 것이다. 반대해석과 유추 적용에 의한 법적 판단은 상호 대립되는 결과를 초래하는 것이기 때문에 구체적 사안에 있어서 어느 방법에 따르는 것이 타당한가 하는 문제가 제기될 수밖에 없는 것이다. 이는 단지 형식논리적 방법 또는 유추 적용 그 자체로는 판단될 수 없는 문제이다. 따라서 논리해석의 방법에 의한 반대해석과 유추 적용의 타당성은 목적론적 방법이나 이익평가적 방법, 비교법적 방법, 그리고 역사적 방법과 같은 다양한 방법을 통한 평가를 거쳐야 판단 가능한 문제이지만 법관은 하나의 사법과정 속에서 일련의 평가를 수행하도록 요구되고 있는 것이다.<sup>40)</sup>

형식논리학의 방법으로서 유추는 명백히 법규의 흠결이 인식되는 경우에 유사한 경우에 적용되는 다른 규정을 옮겨 적용하는 것을 가능하게 하는 기능

39) R. Zippelius, 김형배 역, 전게서, pp.94-95; E. Bodenheimer, *op. cit.*, p.440.

40) 상게서, pp.101-106.

외에도 ‘小에서 大에로의 추론’(argumentum a minore ad maius)과 ‘大에서 小에로의 추론’(argumentum a maiore ad minus)과 같은 특수한 기능을 수행하기도 한다. 보통 유추는 문제가 되는 행위나 사실관계 자체에 대한 법규정이 전혀 존재하지 않는 경우에 활용되는 데 반하여 이들은 흔히 일정한 ‘법률 효과’가 발생하기 위한 ‘요건’이나 그 효과(‘법률효과’)와 관련하여 기능을 수행하는 것을 의미한다. ‘小에서 大에로의 추론’은 주로 ‘법률요건’과 관련하여 기능을 수행한다. 이는, 예를 들어 하나의 배상의무를 발생시키기 위하여 일정한 책임귀속 조건으로 족한 경우에 그보다 더 중한 책임귀속 조건이 있으면 이와 같은 법적 효과를 발생시킬 수 있도록 하는 것을 의미한다. 민법 제396조[과실상계]에 관한 규정(“채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.”)의 경우, 이러한 추론에 의하면 채권자에게 과실보다 더 중한 고의의 귀책사유가 있는 경우에는 당연히 이를 참작하여야 하는 것으로 해석할 수 있게 된다.<sup>41)</sup>

또한 예를 들어서, ‘우마차 통행금지’가 규정되고 있는 경우 자동차의 통행도 역시 금지된다고 볼 수 있다. 이러한 법규의 적용도 일정한 요건 하에서 작은 침해행위가 이미 금지되고 있다면 그보다 큰 침해 행위는 당연히 금지되는 것으로 볼 수 있다는 의미에서 ‘小에서 大에로의 추론’에 의한 결과이다. 이에 비하여, ‘大에서 小에로의 추론’은 주로 ‘법률효과’의 부여와 관련되어 그 기능을 수행한다. 즉, 일정한 요건 하에서 특정한 권한을 갖도록 허용되어 있는 사람은 동일한 상황 하에서 그 보다 정도가 약한 권한을 갖는 것은 당연하다는 논리가 ‘大에서 小에로의 추론’에 의한 것이다. 예를 들어, 즉시해고권을 갖는 자가 통고기간을 정하여 해고권을 행사하는 것은 당연히 인정되는 것은 이러한 추론에 의한 것이다.<sup>42)</sup> 이러한 추론은 일종의 argumentum a fortiori로서 논리적 해석 방법에 의한 ‘물론해석’과 비슷한 결과가 나타나는 경우라고 할 수 있다.

일반적으로 민법이나 상법 등에 있어서는 유추가 인정될 수 있으나, 형법에서는 유추적용이 엄격하게 금지되고 있다. 다시 말하여, ‘죄형법정주의’(nullum

41) 상계서, pp.94-99.

42) 상계서.

*crimen sine lege, nulla poena sine lege*)가 기본원칙으로 되어 있는 형법에서는 논리법칙 중에서 동일률과 모순률 등의 방법만을 엄격히 적용하도록 되어 있어서 반대해석이나 물론해석만이 허용되며 간접추론에 의한 유추 적용은 인정되지 않는다. 형법의 적용상 유추를 인정하게 되면, 유추의 방법에 의하여 새로운 범죄의 성립을 인정하는 결과가 되며, 이는 범죄 및 처벌은 반드시 성문의 법규정에 의하도록 하는 죄형법정주의에 반하기 때문이다.

## ② 법의 원리에 의한 보충

앞에서 논의한 바와 같이 유추 적용이 이루어지기 위해서는 최소한 명시적인 '법의 흠결'의 경우 법적 판단이 요구되는 사안과 유사한 사안을 규율하는 법규가 존재해야만 한다. 만일 문제가 되는 사안이 그 때까지 유사한 사례가 발생하지 않았던 새로운 사안이며 따라서 유추 적용을 위한 관련 법규도 존재하지 않는 일종의 '不慮의 사안'(unprovided case)에 해당하는 경우와 유추 적용이 가능한 둘 이상의 법규가 존재하는 경우, 직접 적용이 가능한 법규가 *lex lata*로 존재함에도 불구하고 그 적용으로 인하여 오히려 문제가 야기될 수 있다고 법관이 판단하는 경우,<sup>43)</sup> 그리고 나아가서 유추 적용이 가능한 법규가 존재하지만 그 결과가 타당성이 없다고 판단되는 경우 등 실질적으로 법의 흠결에 속하는 이른바 '은폐된 법의 흠결'에 해당하는 경우도 나타나고 있다. 은폐된 법의 흠결과 관련하여 특히 적용 가능한 법규가 존재함에도 불구하고 법관이 그 적용을 배제할 수 있는 권한도 인정되고 있는 것은 법관으로 하여금 '법형성'과 관련하여 매우 폭 넓은 권한이 인정되고 있음을 보여주는 증거라고 본다.

은폐된 법의 흠결의 경우에도 법관은 그 흠결을 이유로 재판을 거부하는 것이 허용되지 않기 때문에 합리적이며 타당한 법적 판단의 근거를 찾아내거나 법을 형성하는 임무를 수행하지 않으면 안 된다. 그러나 이미 이러한 사안들은 일반적인 법해석 방법이나 유추를 통하여 해결될 수 없는 사안들이기 때문에 보다 차원 높은, 포괄적인 판단의 근거를 확보할 필요가 있는 것이다. 이와 관련하여 논자들은 흔히 법적 판단이나 법형성의 근거로 '정의와 이성'

43) E. Bodenheimer, *op. cit.*, p.393.

(justice and reason) 또는 ‘형평의 원칙’(principle of equity)을 원용할 수 있다고 한다.<sup>44)</sup> 이러한 원리들은 법적인 판단이 요구되는 사안에 대하여 법관이 자의적으로 판단하는 것을 제어하면서 합리적으로 문제의 해결에 접근할 수 있는 방법으로 제시되고 있다.<sup>45)</sup>

일찍이 아리스토텔레스는 공동체의 질서 속에서 정의를 실현하기 위한 제정법의 필요성을 인정하면서도 제정법을 통한 정의, 즉 ‘법률적 정의’(legal justice)의 실현에는 한계가 있다고 지적하였다. 즉, 정의가 일단 구체적인 내용으로 법규범에 포함되는 경우, 그 정의는 법에 내재하는 정의로서 제정법의 한계를 벗어나지 못하게 된다고 보았던 것이다. 제정법은 규율이 필요한 사안들에 대한 ‘일반적 명제’(general statement)로 정립되기 때문에 일정한 문자를 포함한 문장의 형식으로 구성될 수밖에 없으며, 이에 따라 일단 법으로 성립된 다음에 그 구속력을 기초로 수범자들에 대하여 예외 없는 준수를 요구하는 경우 문제가 야기될 가능성이 있다는 것이다.

이와 관련하여 아리스토텔레스는 일반적인 명제로서 법은 현실적으로 발생하는 모든 사안들을 예외 없이 포섭할 수 없는 경우도 있기 때문에 법문이 비록 정의를 내포하는 것이기는 하지만 이를 구체적인 상황에서 무조건적으로 적용하는 것은 피해야만 한다고 하였다. 즉, 법이 그 일반성과 엄격성 때문에 문제가 발생하는 경우에는, 법률적 정의와 구별되지만 그 자신이 넓은 의미에서의 초월적 또는 자연법상의 절대적 정의(absolute justice)에 포함되고 있는 또 하나의 원리인 ‘형평’에 의하여 교정되어야 한다고 본 것이다. 아리스토텔레스에 의하면 형평은 일종의 정의, 즉 법률적 정의보다는 우월한 것이면서도 정의(절대적 정의)와 대립하는 것이 아니라 오히려 그에 포함되고 있는, 정의의 한 종류에 지나지 않는 것이다. 이러한 의미에서 그는 “형평은 정의를 규정하고 있는 법이 그 일반성 때문에 결함이 있는 경우에 법을 교정하는 것을 의미한다.”고 하였다.<sup>46)</sup>

44) *Ibid.*, pp.394-395.

45) *Ibid.*, pp.395-396.

46) “... Hence, while the equitable is just, and is superior to one sort of justice, it is not superior to absolute justice, but only to the error due to its absolute statement. This is



역사적으로도 형평의 법 보충적 또는 법 형성적 기능이 계속 행사되어 온 것을 알 수 있다. 예를 들어, 영국의 경우 ‘보통법 법원’(Common Law Courts)에서의 판례를 기초로 형성된 common law의 경직성을 보완하기 위한 목적으로 ‘형평법 법원’(Court of Chancery)을 통하여 성립된 또 하나의 판례법 체계를 ‘형평법’(Equity)이라고 부르는 것은 바로 ‘형평’이 법 보충적 역할을 통하여 하나의 실정적인 판례법 체계의 형성에 기여한 때문인 것이다.<sup>47)</sup> 또한 ‘형평의 원리’는 법(률)이 그 절대성이나 엄격성으로 인한 결함이 드러나는 예외적인 상황에서 그 흠결을 보완하는 역할을 수행해 온 결과, 그러한 예외적인 상황에 대한 특별한 취급을 일반화 하는 하나의 실정적인 법규로 발전하도록 영향을 미치기도 하였다. 오늘날 형법 및 민법, 그리고 국제법상 일반화되고 있는 ‘행위의 정당화 사유’ 또는 ‘위법성조각사유’의 법제화가 바로 이에 해당하는 것이다.<sup>48)</sup>

오늘날, 일반적으로 법관은 법의 적용 과정에서 법해석과 관련하여 ‘형평’의 요소를 고려할 수 있을 뿐만 아니라 법의 흠결, 특히 은폐된 흠결이 존재하는 경우에도 ‘형평의 원칙’에 따라 법을 보충함으로써 문제를 해결할 수 있다고 본다.<sup>49)</sup> 경우에 따라 법의 해석 및 적용과 관련하여 ‘형평’의 원리를 고려할 수 있도록 법제화 하고 있는 경우도 있다. 예를 들어, 우리 민법 제1조[法源]는 “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.”고 규정하고 있다. 이 경우 ‘條理’(nature of things)의 적용이 법문에 포함되고 있기 때문에 그 법원성을 둘러싸고 논란이 있는 것이 사실이지만, 조리는 어떤 사건에 관하여 그 재판의 기준이 될 제정법이나 관습법이 모두 존재하지 않는 경우 법의 흠결을 이유로 재판을 거부하지 못하기 때문에 그 흠결 보충 방법이자 재판준칙으로 활용할 수 있도록 법이 명시적으

the essential nature of the equitable: it is a rectification of law where law is defective because of its generality. ...”(굵은 글자는 필자가 강조, Aristotle, *The Nicomachean Ethics*, pp.313-317 in E. Bodenheimer et al., *An Introduction to the Anglo-American Legal System*(St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1981), p.39.)

47) E. Bodenheimer et al., *op. cit.*, pp.41-44.

48) R. Zippelius, 김형배 역, 전게서, pp.96-97.

49) E. Bodenheimer, *op. cit.*, pp.422-425.

로 규정하는 데 불과하며 이로써 조리가 하나의 법규로 성립되는 것은 아니라고 보는 것이 타당하다.<sup>50)</sup>

그러나 법의 흠결을 보충하기 위하여 일반적·추상적 법원리를 원용하는 경우 현실적으로 법관의 '감정적·자의적'(emotive-volitive) 판단의 여지를 배제할 수 없는 것도 사실임을 부인할 수 없게 된다.<sup>51)</sup> 따라서 가능한 한 명시적이든 은폐된 형태든 입법정책의 차원에서 법의 흠결을 최소화 하고 불가피하게 법의 흠결을 보충해야만 하는 경우 그 필요성에 대한 근거 및 법적 판단의 타당성을 확보할 수 있는 방법론의 개발을 위한 노력을 계속할 필요가 있다.

#### IV. 결론

법은 기술적으로 가능한 한 많은 구체적인 사안들에 대하여 적용될 수 있도록 일반적 명제로 정립되어지며, 따라서 현실적으로 적용되거나 집행되기 이전에는 하나의 추상적인 의미를 갖는 명제로 존재할 뿐이다. 이러한 일반적·추상적인 규범명제가 포함하고 있는 의미는, 보통 법관을 비롯한 수범자들의 관념적·경험적 이해를 바탕으로 하여 전달되어지는 것이기 때문에 이들에 의하여 다의적으로 받아들여질 가능성이 많이 있다. 따라서 법의 집행과 적용을 위해서는 그 의미를 분명히 확정하는 해석 작업이 필요하게 된다.

50) 박윤직 교수는 조리의 法源性을 부인하면서, 그 의미와 관련하여 “사물의 본질적 법칙 또는 사물의 도리가 「조리」이며, 사람의 이성에 의하여 생각되는 규범이다. 바꾸어 말하면, 사회인이 보통 인정한다고 생각되는 객관적인 원리 또는 법칙이다. 이른바 「경험칙」이라는 것도, 이 속에 포함된다. 경우에 따라서는, 사회통념·사회적 타당성·신의성실·사회질서·형평·정의·이성·법에 있어서의 체계적 조화·법의 일반원칙 등의 이름으로 표현되기도 한다. ... 말하자면 그것은 일종의 자연법적 존재라고 할 수 있다. ...”고 설명하고 있다(박윤직, 『민법총칙』(박영사, 2006), pp.22-23).

51) E. Bodenheimer, *op. cit.*, p.395. 일찍이 개념법학의 형식주의적 한계를 비판하면서 나타났던 '자유법론'(Freirechtslehre)은 결국 법해석이나 법적용의 객관성 확보를 위한 객관적 기준 내지 근거를 상실한 채 법관의 주관적 恣意가 작용할 소지를 제공함으로써 법적 안정성의 저해 가능성이 강력히 제기되었으며 이 때문에 자유법론은 일종의 '감정법학'(Gefühlsjurisprudenz)에 지나지 않는다는 비판이 제기되었던 사실을 상기할 필요가 있다. 이에 대해서 이태재, 『법철학사와 자연법론』(법문사, 1987), p.145 참조.

법의 해석과 관련하여 전통적으로 문리적 해석방법, 역사적 해석방법, 논리적·체계적 해석방법, 그리고 목적론적 해석방법 등이 활용되어 왔으며, 이밖에 이익평가적 방법, 비교적 방법 등도 활용되어 왔다. 이러한 방법들은 기본적으로 법적 판단이 요구되는 사안에 관하여 적용 가능한 법규가 분명히 존재하는 경우에 그 해석을 위하여 활용되는 것이다.

그러나 현실적으로 법문을 구성하는 법 개념 및 범주 속에 규율의 대상인 다양하고도 발생 가능한 모든 현상과 행위들을 완벽하게 포함시킬 수도 없으며, 법 제정 시점에서 그 이후 발생가능한 모든 형태의 현상이나 행위유형들을 예측하여 규정하는 것도 가능하지 않게 된다. 따라서 이러한 경우 법의 적용 과정에서 법의 흠결로 인한 문제점이 발생하게 되며 이를 보충하거나 문제점을 해소하기 위한 방법이 필요하게 된다. 그리고 적용 가능한 법규가 존재하더라도 그 적용으로 인하여 오히려 문제가 발생하는 경우도 있으며 적용 가능한 법규가 둘 이상 존재할 수도 있다. 이러한 경우도 넓은 의미에 있어서 법의 흠결에 해당한다. 법의 흠결이 존재하는가 하는 판단도 넓게는 법의 해석을 포함한 사법과정 속에서 이루어지는 것이기 때문에 이 경우에도 법해석의 중요성은 줄어들지 않는 것이 사실이다.

법이 흠결되는 경우도 이를 법적 판단을 거부하는 것은 허용되지 않기 때문에 실무적, 정책적, 그리고 학리적인 측면에서 법의 흠결을 보충하기 위한 방법들이 개발될 필요가 있다. 일반적으로 흔히 유추가 법의 흠결을 보충하기 위한 방법으로 활용되고 있으나 이는 특히 기본적으로 법의 명시적 흠결을 보충하기 위한 방법에 불과하며 그 자체로 타당성을 확보할 수는 한계를 지니고 있는 것이다. 많은 경우에 법의 흠결은 은폐된 모습으로 존재하고 있기 때문에 법관은 사법과정을 통하여 이를 밝혀내고 이를 보충하기 위한 방법을 모색하지 않으면 안 된다. 이와 관련하여 '정의', '형평', '이성' 등의 법원리적 규범을 활용하여 그 흠결을 보충할 수 있는 방법이 모색되어 왔다.

법의 흠결을 보충하기 위하여 추상적 법원리 등 가치평가적 접근을 활용하는 경우에는 현실적으로 법관의 감정적·자의적 판단의 여지를 피할 수 없는 것도 사실이다. 따라서 가능한 한 명시적이든 은폐된 형태든 입법정책의 차원에서 법의 흠결을 최소화 하고 불가피하게 법의 흠결을 보충해야만 하는 경

우 그 필요성에 대한 근거 및 법적 판단의 타당성을 확보할 수 있는 방법론의 개발을 위한 노력을 계속할 필요가 있다고 본다.

## 참고문헌

- 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 2006.
- 권재열 외, 『법학개론』, 법원사, 2006.
- 김대순, 『국제법론』, 제17판, 삼영사, 2013.
- 김부찬, 『법학의 기초이론』, 동현출판사, 1994.
- 김영환, 『법철학의 근본문제』, 홍문사, 2006.
- 김정오 외, 『법철학: 이론과 쟁점』, 박영사, 2012.
- 김학태, “법률해석의 한계 - 관례에서 나타난 법해석방법론에 대한 비판적 고찰 -,” 『외법논집』, 제22집, 2006.
- 서울대학교 법학연구소 편, 『법학통론』, 서울대학교 출판부, 1988.
- 이상돈, 『법이론 - 법인식의 사회적 지평과 근대성 -』, 박영사, 1997.
- 이태재, 『법철학사와 자연법론』, 법문사, 1987.
- 이호정, 『법학개론』, 한국방송통신대학출판부, 1983.
- 정영석, 『법학통론』, 법문사, 1983.
- 최종고, 『법학통론』, 박영사, 2008.
- 한삼인, 『민법총칙』, 화산미디어, 2015.
- 한상수, 『로스쿨시대 법학의 기초』, 인제대학교출판부, 2011.
- 홍성찬, 『법학원론』, 박영사, 2013.
- 황근수, 『법학의 이해』, 한국학술정보(주), 2010.
- Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence - The Philosophy and Method of the Law* -, rev. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1981,
- Bodenheimer, E et al, *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, St. Paul, Minn.:West Publishing Co., 1981.
- Ellscheid, Günter et al., 이종률 · 허일태 공역, 『법철학의 기본문제』, 세종출판

- 사, 2001.
- Harris, J. W., *Legal Philosophies*, London, Butterworths, 1980.
- Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*,  
계희열 역, 『서독헌법원론』, 삼영사, 1985.
- Kaufmann, A. & Winfred Hassemer, *Grundprobleme der zeitgenössischen  
Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 심헌섭 역, 『현대법철학과 법이론  
제문제』, 법문사, 1974.
- Larenz K. · Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*,  
허일태 역, 『법학방법론』, 세종출판사, 2000.
- Perelman, C., 심헌섭 외 2인 역, 『법과 정의의 철학』, 종로서적, 1986.
- Radbruch, G., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 정희철 · 전원배 역, 『법학원  
론』, 양영각, 1971.
- Rümelin, M. et al, *The Jurisprudence of Interests*, Cambridge, Massachusetts,  
Harvard University press, 1948.
- Zippelius, R., *Einführung in Die Juristische Methodenlehre*, 김형배 역, 『법학방  
법론』, 삼영사, 1976.

[Abstract]

## A Study on the Interpretation and the Method of Filling in the Lacunae of the Law

Kim, Boo-Chan

*Professor, Jeju National University Law School*

The essential functions of the law are to reduce the variety and diversity of human actions and relations to a reasonable degree of order and to

promulgate rules or standards of conduct applicable to a certain circumscribed types of action or behavior. In order to accomplish these tasks successfully, the legal order must undertake the formation of technical notions and concepts designed to aid in classifying the multifarious phenomenon and events of social life.

The law is a unity of rules which comprise the general statements of order or prohibition of certain actions and behavior. Therefore, in the process of judicial jurisdiction, legal concepts and provisions of the laws need to be interpreted for defining the meaning and the scope of the application of the rules. Traditionally, four basic methods such as grammatical method, historical method, logical-systematic method, and teleological method have been used as the method for legal interpretation.

We can see that there is lacuna in the law because of imperfection of enactment of laws and the defectiveness of law based on its generality and absoluteness. Lacunae in the law gives rise to the burden of the Judiciary or Judges to fill in the lacunae through the work of *de facto* making applicable law. In order to fill in the lacunae, the Judiciary have utilized the method of analogy based on the *argumentum a simili* in cases of explicit lacunae and the application of the higher legal principles such as a principle of equity, justice or reason in cases of so-called hidden lacunae.

But the method of analogy is not sufficient to perfectly fill in the lacunae because the necessity and validity of its role is to be justified by the other method such as teleological method or value-based approach. And in cases when the legal principles such as a principle of equity, justice or reason are utilized, the Judge may be governed by emotive-volitive factors. Therefore, the task of eliminating an intuitive hunch, an irrational predilection, and an arbitrary fiat of the Judiciary, and securing the objectivity and the legitimacy of the results from the application of the method of analogy and the higher principles of law & equity.

**Key words** : legal interpretation, teleological interpretation, lacunae in law, explicit lacunae, hidden lacunae, analogy, principle of equity, value-based approach