

# '일반조항으로의 도피' 사례 분석을 통한 일반조항에 대한 고찰

자유전공학부 경영학과  
조 윤 익

## 목 차

### I. 서론

### II. 일반조항의 의의

### III. 헤데만이 지적한 일반조항의 위험성

1. 국가에 대한 위험성
2. 법학에 대한 위험성

### IV. 우리나라의 일반조항과 일반조항의 적용

1. 법률상 일반조항
2. 판례에 의한 일반조항의 확장

### V. 결론 및 제언

## I. 서론

영미법의 방법론은 전통적으로 구체적 사실관계에서 얻어진 판례에 의해 발달한 판례법에 기초한 법체계를 형성하고 있으므로 현실적이고 구체적이지만 복잡성을 피할 수 없다. 따라서 법의 실체에 대한 공공의 접근이 현저히 떨어지는 단점이 있지만, 판례가 기초한 구체적인 사실관계와 이에 대한 귀납적 법형성 과정 및 선례구속력의 전통을 통해 고도의 법적 안정성이 담보되는 특징이 있고 법규의 흠결문제가 발생할 여지가 원천적으로 적다.

반면에, 전통적인 대륙법의 방법론에 의하면 법적 추론은 연역법에 의하므로 법규를 대전제로 하고 구체적 사실에서 추출된 요건사실을 소전제로 하여 결론을 도출하게 된다. 그러므로 법률관계의 명확성은 1차적으로 구체적인 사실관계를 포괄하고 일반적인 법 명제를 체계적으로 제시하는 입법에 의존하게 된다. 그러나 모든 사실관계를 포괄하는 연역적 입법은 논리적으로나 경험적으로 불가능하므로 이러한 법규의 흠결을 보완하고 해결하기 위해서는 필연적으로 일반적이고 보편적인 법원칙이나 법원리가 필요하게 된다. 이러한 법규의 흠결을 메워주기 위하여 대륙법계에서는 전통적으로 신의성실, 공서양속, 권리남용금지 등과 같은 추상적인 법리가 발달해왔다. 즉 대륙법 체계하에서 일반조항의 존재는 불가피한 것이다. 그런데 대륙법계 국가의 판례에서 인용되는 신의성실의 원칙과 같이 애초에 구체적인 사례를 전제로 하지 않는 추상적인 법원칙은 법관으로 하여금 실무상 재량권행사의 여지를 남김으로써 법률관계의 명확성을 저해할 수밖에 없다.<sup>1)</sup>

독일의 민법학자 헤데만은 1933년 그의 저서 “일반조항으로 도피(Die Flucht in die Generalklauseln)”에서 일반조항의 비대화에 따라 초래되는 국가와 법에 대한 위험을 경고하였다. 헤데만에 따르면 세계사에 출현했던 독재자들은 거의 모든 복지나 공공의 안녕 등 일반조항을 정권유지의 수단으로 악용하였고, 특히 일반조항의 확대 적용은 법률가들을 유약하게 만들고(유약화), 법질서를 불안하게 하며(불안정성), 재판관에 의한 자의적인 법률 적용(자의성)에 대한 위험성을 내포하고 있다. 독일에서와 마찬가지로 오늘날 우리 법학계 역시 입법과정과 판례에서 일반조항으로 도피하는 경향이 농후하다고 보여져<sup>2)</sup> 헤데만의 경고는 우리 법학계에도 시사하는 바가 적지 않다.

특히 최근에 신의성실의 원칙을 마치 제왕적 규정처럼 폭넓게 인정하는 하급심 및 대법원의 판례들이 빈번하게 나타나고 있다.<sup>3)</sup> 신의성실의 원칙은 일반원칙이고 이에 관한 규정은 일반조항이므로 법해석의 일반이론인 특별법 우선의 원칙에 따라 신의칙은 다른 구체적인 규정이나 제도보다 후순위로 적용되어야 한다. 그러므로 신의성실의 원칙에 위반되는 것으로 보이는 내용의 주장 또는 소송행위가 있더라도 1차적으로는 그러한 요건사실을 규율할 구체적인 법 규정이나 제도가 있는지를 검토하고, 그러한 것이 없을 경우에 비로소 신의칙을 적용해야 한다.<sup>4)</sup> 그럼에도 불구하고 흔히 실체법이나 소송법상의 개별 법리적 근거를 자세히 살피지 않고 경솔하게 신의칙을 적용하는 경향이 있는데, 이를 바로 ‘일반조항으로의 도피’라고 할 수 있다.

본 발제문에서는 일반조항의 의의와 기능에 대해 알아보고 헤데만이 그의 저서에서 지적한 일반조항의 위험성에 대해 살펴본 뒤, 우리나라에서 나타난 ‘일반조항으로 도피’ 사례를

1) 김탁필, “신의성실의 원칙에 관한 기능주의적 해석”, 「민사법학」 제85호, 2018. 12, 265쪽.

2) 윤철홍, “헤데만의 ‘일반조항으로의 도피’에 대한 수용적 고찰”, 「법학논총」 제43집, 2019, 2쪽.

3) 이혜진, “민사법의 대원칙으로서의 신의칙”, 「동아법학」 제77권, 2017. 11, 70쪽.

4) 호문혁, “민사소송법상의 신의성실원칙의 제도구축과 사법운용”, 「민사소송」 제16권 제2호, 2012. 11, 28쪽.

분석하고 이에 대해 비판하고자 한다.

## II. 일반조항의 의의

일반조항이란 법률상 요건을 추상적, 일반적으로 규정하고 있는 조항을 말한다.<sup>5)</sup> 대표적으로 신의성실(민법 제2조), 선량한 풍속 기타 사회질서(민법 제 103조), 중대한 사항(민법 제 109조), 정당한 사유(민법 제 700조) 등이 일반조항에 해당하는데, 이처럼 일반조항은 추상적인 요건을 규정함으로써 구체적인 적용을 재판관에게 위임하고 재판관은 탄력적으로 조항을 해석하거나 적용하게 된다. 공법에서는 불확정 개념을 행정행위의 요건으로 하는 규정을 의미하기도 한다.<sup>6)</sup> 공공복리(헌법 제23조 제1항), 국가안전보장과 질서유지(헌법 제37조 제1항), 사회상규(형법 제20조), 상당한 이유(형법 제21조 제1항, 동법 제 22조 제1항) 등이 이에 해당한다.

입법과정에서 일반조항을 이용하는 것은 결의론(Kasuistik)과 대비되는 입법기술이다. 결의론은 ‘개개의 경우들에 대한 논의’로서 특수한 사항을 그 특성에 따라 세분하여 구체적으로 규정하는 반면, 일반조항은 어떠한 사항을 광범위하게, 그리고 추상적인 표현에 의해 포괄적으로 규정하는 방식을 취한다. 일반조항은 법외적인 규범들을 법체계 안으로 수용함으로써 법의 유연성을 확보할 수 있기 때문에 사회변화에 빠르게 대처할 수 있다는 장점을 지니지만, 표현이나 제도의 추상성과 모호성으로 말미암아 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 지적을 받는다.<sup>7)</sup>

헤데만은 제1차 세계대전 이전에 시작된 자유법운동(Freirechtsbewegung)과 전쟁 이후의 평가절상의 문제(Aufwertungskampf)로 인해 일반조항이 호황기를 누리고, 유사한 일반조항들의 변형 역시 급격히 증가하였다고 평가한다. 자유법운동은 1906년 헤르만 칸토로비치(Hermann Kantorowicz)의 저서 “법학을 위한 투쟁”에 의해 점화되어 법실증주의에 반대하고 법 감정을 강조한 운동이다. 헤데만은 이 운동을 구속성에서 변동성으로, 그리고 문언의 엄격한 해석으로부터 자유로운 해석으로, 더 나아가 엄격하게 제한된 개별 조항에서부터 재판관의 왕국으로 변화를 모색하는 것이었다고 말한다. 즉 이 운동은 재판관을 책임의 범주로부터 면책시킨 것이 아니라, 고차원적인 원칙 아래서 그것이 이행되기를 원했던 것이기 때문에, 그들에게 일반조항은 그들의 윤리적 주장을 통해 이상을 드러내는 것이었다. 이러한 자유법운동과 함께 독일 민법 제157조<sup>8)</sup>, 제242조<sup>9)</sup>, 제826조<sup>10)</sup> 등이 전성기를 맞이했다. 1923년 이후의 평가절상의 문제는 제1차 세계대전 후 엄청난 인플레이션에 따른 후유증 속에서 엄격법과 형평법 사이의 대립으로 나타난 것이다. 채권자들에 의해 형평이 점점 더 강하게 제기되면서 법원은 사정변경의 원칙 등 ‘초과채무에 상응하는 능력을 부여하는 방법’으로 다른 방법을 시도하였으나 결국 모든 재판의 근거는 신의성실을 규정하는 민법 제242조로 귀결되었다. 헤데만은 이러한 두 가지 요인에 따라 일반조항이 점점 더 확산되었다고 말한다.

5) 윤철홍, “해제: 일반조항으로의 도피”, 법문사, 2019, 106쪽.

6) 윤철홍, 위의 책, 107쪽.

7) 윤철홍, 위의 책, 같은 쪽.

8) 제157조(계약의 해석): 계약은 거래 관행을 고려하여 신의성실이 요구하는 것처럼 해석되어야 한다.

9) 제242조(신의성실에 따른 급부): 채무자는 신의성실이 거래 관행을 고려하여 요구하는 대로 급부를 이행할 의무를 부담한다.

10) 제826조(양속위반의 고의적 가해): 선량한 풍속을 위반하여 타인에게 고의로 손해를 가한 사람은 그 타인에게 손해를 배상할 의무를 진다.

헤데만에 따르면 일반조항은 ①침예하게 대립하는 개별 문제의 해결 ②아주 새로운, 오랫동안 준비된 법률제도의 구축 ③최고의 기반 위에서 전반적인 소송의 촉진이라는 세 가지 목적을 달성하기 위해 필요하며, 적응능력(Anpassungsfähigkeit)과 탄력성(Elastizität)의 특징 하에서 큰 성과를 거두어 왔다. 이외에도 일반조항의 기능으로는 다음과 같은 것들이 주로 거론된다.<sup>11)</sup>

### (1) 창구기능

일반조항은 사회의 지배적 거래윤리나 사회윤리적 기준이 법으로 들어올 수 있게 하므로 사회질서와 법질서의 가교역할을 한다. 특히 신의성실, 공서양속과 같은 조항은 이러한 법윤리적 창구 기능을 수행한다.

### (2) 흠결보완기능 또는 적용기능

구성요건이 보다 구체적인 규정에서는 규율하여야 하는 모든 사례군을 규율대상에 포함시키지 못하여 규율목적 달성을 수 없는 흠결부분이 생길 수 있는데, 일반조항은 광범위한 사례군을 포함하여 규율할 수 있도록 하는 흠결보완기능이 있다.

### (3) 기타 개별적 정의의 달성, 법관에 대한 지시 내지 수권기능, 위임기능, 평가기능 등

이처럼 일반조항은 입법기술상 필수적일 뿐 아니라 사회적, 문화적 환경의 변화 속에서 사회질서와 법질서의 가교 역할을 하며 법규범을 보충하고 있다.

## III. 헤데만이 지적한 일반조항의 위험성

### 1. 국가에 대한 위험성

헤데만은 세계사에서 모든 찬탈자, 독재자, 정복자들은 일반조항을 통해 그들의 욕망을 급속히 충족시켰으며, 그들의 행위를 국가의 복지, 안녕과 질서, 정의 등과 같은 목적 공식과 곧바로 연결시키고자 했다고 평가한다. 최상위 권력으로서 국가가 일반조항을 자신의 행위를 위해 적용할 경우 유연성 요소와 권력 요소가 하나로 결합해 일방적이고 제어할 수 없는 무기가 된다. 이는 시대와 민족을 떠나 일반조항의 외적인 가장 큰 위험이라고 지적하였다.

실제로 국가사회주의 하에서 저질러졌던 악명 높은 수많은 사법살인과 법의 이름으로 행해진 많은 불법의 경우 대부분은 구체화되지 않은 추상적인 일반조항들이 그 근거가 되었던 것은 주지의 사실이다.<sup>12)</sup> 나치의 정권 장악 과정과 제3제국 시대<sup>13)</sup>는 수권법(Ermächtigungsgesetz)<sup>14)</sup>을 통해 정권을 확고히 하고, 게르만 민족이라는 이름으로 사법살인을 가능하게 했다. 이러한 수권법에 의한 정권의 유지 과정은 우리나라에서도 과거 긴급조치를 통한 독재정권의 유지에서 확인할 수 있다. 헤데만이 경고했던 국가에 대한 일반조

11) 윤영미, “민법상 일반조항과 기본권”, 「공법연구」 제39집 제4호, 2011, 216쪽-217쪽.

12) 윤철홍, 앞의 글, 3쪽.

13) 국가사회주의 독일 노동자당(NSDAP)의 아돌프 히틀러가 정권을 잡은 1933년부터 그가 자살한 1945년까지의 12년간을 가리킨다.

14) 비상 사태에 입법부가 행정부에 입법권을 위임하는 법률

항의 위험성이 역사 속에서 그대로 실현된 것이다.

## 2. 법학에 대한 위험성

헤데만은 법학 분야에서 일반조항으로 인한 사상에서의 유약화, 법률생활의 불안정성, 재판관의 자의성이라는 세 가지 위험성을 지적했다.

### (1) 유약화(Verweichlichung)

헤데만은 일반조항의 만연이 학자와 입법가와 재판관을 유약하게 만든다고 한다. 심도 있는 개별원칙에 대한 연구는 점차 학자들의 관심에서 벗어나고 철두철미하게 행해져야 하는 어려운 연구나 작업은 점점 기피된다. 입법자는 순식간에 법률들과 긴급명령, 시행세칙의 규정들을 양산해낼 수 있는 일반조항으로 자연스럽게 도피하게 된다. 무엇보다도 가장 위험한 것은 유약화 현상이 재판관들의 활동 영역에서도 발생한다는 것이다.

### (2) 불안정성(Unsicherheit)

헤데만은 일반조항으로 도피하는 경향이 심화될수록 법률생활 전체가 불안정해지게 될 것이라고 말한다. 일반조항에서 표현되고 있는 선량한 풍속, 신의성실, 공공의 안녕과 질서 등의 개념들은 모두 추상적이거나 불확정한 것이기 때문이다. 오늘날 일반조항이 확대됨에 따라 법률이 법원의 판결들을 위한 척도의 기능을 잃고, 객관적인 판단기준을 주관적인 감정이 대체하게 되었다는 비판이 제기되고 있다.

### (3) 자의성(Willkür)

자의성과 관련된 중요한 문제는 일반조항의 실질적인 내용에 일관성이 없다는 것이다. 일반조항의 여러 가지 형식에 대한 구체적인 판단기준을 가지지 못한 경우 통제되지 않는 자의에 모든 결정이 위임되는 결과를 낳는다.

## IV. 우리나라의 일반조항과 일반조항의 적용

### 1. 법률상 일반조항

#### (1) 민법

제2조(신의성실) ①권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.  
②권리는 남용하지 못한다.

제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

제104조(불공정한 법률행위) 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

민법 제2조에서 규정하고 있는 신의성실의 원칙(“신의칙”)은 로마법에 그 연원을 두며, 프랑스민법 제1134조 제3항(“합의는 성실하게 이행되어야 한다”), 독일민법 제157조(“계약은 거래관행을 고려하고 신의성실이 요구하는 바에 따라 해석되어야 하며”), 동법 제242조(“채무자는 거래상의 관행을 고려하여 신의성실이 요구하는 바에 따라 급부할 의무가 있다”)에서도 신의칙을 계약의 해석과 채무이행에서의 기본원리로 규정한다. 특히 스위스 민법은 제2조 제1항에서 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의와 성실에 따라 해야 한다”라고 규정하였는데 우리 민법은 이러한 규정형식을 따라 신의칙을 권리의 행사와 의무의 이행에 적용되는 기본원리로 규정하고, 이를 민법전반에 적용되는 원리라고 본다.<sup>15)</sup> 또한 민법 제2조 2항의 권리남용 금지원칙은 신의성실의 원칙의 포괄범위 내에 있다고 보는 것이 다수설이다. 즉 신의성실원칙에 반하는 권리행사가 권리남용이라고 하거나 권리남용 금지원칙은 신의성실의 원칙으로부터 도출된 파생원칙이라는 것이다.

제103조에서 규정하고 있는 “선량한 풍속 기타 사회질서”는 “공서양속”으로도 불리는데, 이 공서양속조항은 법률행위 목적의 사회적 타당성을 요구함으로써 사적자치, 특히 계약내용의 한계를 설정한다.<sup>16)</sup> 선량한 풍속은 사회의 건전한, 또는 일반적인 도덕관념을 의미하며 사회질서란 사회·국가의 공공적 질서 내지 일반적 이익을 의미한다고 본다.<sup>17)</sup> 제103조 위반의 예시로는 법률행위의 중심목적이 반사회성을 띠는 경우, 법률적으로 강제됨으로써 공서양속에 반하게 되는 경우, 금전적 이익과 관련됨으로써 공서양속에 반하게 되는 경우가 있다. 제104조의 불공정한 법률행위는 제103조의 공서양속에 반하는 행위의 일종이라 보는 것이 판례와 다수설의 입장이다.

## (2) 민사소송법

제1조(민사소송의 이상과 신의성실의 원칙) ②당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다.

민사소송법 제1조 제2항은 신의칙이 민사소송법을 관류하는 대원칙임을 명문화하고 있다. 신의칙의 규제를 받는 ‘당사자와 소송관계인’은 좁은 의미의 당사자인 원고, 피고만이 아니라 참가인, 법정·소송대리인은 물론 증인·감정인, 나아가 조사·송부촉탁을 받은 자에까지 미친다고 할 수 있다.

어떠한 행위가 소송법상 신의칙에 위배되는지에 대해 그 기준을 일률적으로 정하는 것은 불가능하지만 독일의 학자들이 사례들을 4가지로 분류하여 유형화하였고, 한국에서도 이를 받아들여서 따르고 있다.<sup>18)</sup>

첫 번째 유형은 당사자 일방이 간책을 부려 소송법규의 요건에 해당하는 상태를 고의로 만들어 부당하게 법규의 적용을 피하거나 혹은 소송법규의 요건에 맞는 상태를 고의로 방해하여 부당하게 법규의 적용을 회피하는 경우이다. 예를 들어 공동소송의 관련재판적(제25조 제2항)<sup>19)</sup>을 만들어내기 위하여 사건과 관계도 없는 타인을 억지로 공동 피고로 삼아서 원고

15) 윤영미, 앞의 글, 222쪽.

16) 윤영미, 위의 글, 225쪽.

17) 명순구, 「민법총칙」, 법문사, 2007, 379쪽.

18) 윤철홍, 앞의 책, 368쪽.

19) 제25조(관련재판적) ①하나의 소로 여러 개의 청구를 하는 경우에는 제2조 내지 제24조의 규정에 따라 그 여러 개 가운데 하나의 청구에 대한 관할권이 있는 법원에 소를 제기할 수 있다. ②소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 그 여러 사람이 공동소송인(共同訴訟

가 편한 법원에 소를 제기하는 것이 이에 해당한다.

두 번째 유형은 선행행위와 모순되는 행동이다. 예를 들어 소송을 제기한 후 협상을 하여 더 이상 소송을 제기하지 아니하기로 합의하고서도 그에 위반하여 제기한 소는 부적법한 소라고 한 판례<sup>20)</sup>가 있다.

세 번째 유형은 소송상권한의 남용이다. 겉으로 보기에 법률상 인정된 소송상 권한을 행사하는 것이지만, 실제로는 그 권한을 남용하여 타인을 해치는 소송행위나 오로지 법원의 부담만을 가중시키는 행위, 소송목적에 위반되는 소송행위, 오로지 소송지연이 목적인 소송행위 등을 하는 것은 허용되지 않는다. 판례에서는<sup>21)</sup>, 법원에서 수회에 걸쳐 같은 이유로 재심청구가 기각당하여 확정되었음에도 불구하고, 법률상 받아들여질 수 없음이 명백한 이유를 들어 같은 내용의 재심청구를 거듭하는 것은 상대방을 괴롭히는 결과가 되고, 나아가 사법인력을 불필요하게 소모하게 하는 것이므로, 그러한 제소는 특별한 사정이 없는 한 소권을 남용하는 것으로서 허용될 수 없다고 판시하였다.

네 번째 유형은 장기간 행사하지 않은 소송상권능의 행사이다. 당사자의 일방이 소송행위를 할 수 있었음에도 불구하고 장기간에 걸쳐 방치하여 이제는 그 행위를 하지 않으리라는 정당한 기대가 상대방에게 생기고, 그 기대에 터잡아 절차가 진행되었거나 법률 상태가 형성되었는데, 그 당사자가 뒤늦게 그 소송행위를 하는 것은 신의칙 위반이라고 인정된다. 이러한 효과를 소송상 권능의 실효라고 한다. 일례로, 해고된 근로자가 아무런 이의의 유보나 조건 없이 퇴직금을 수령한 후 오랜 기간이 지난 후에 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것이 일정한 요건하에 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배된다고 본 판례<sup>22)</sup>가 있다.

민사소송법에 이처럼 불확정 개념인 신의칙을 도입하는 것은 법적 안정성을 해치는 일반 조항으로 도피라는 비판적인 견해도 있으나, 신의칙은 법의 보편적 가치이자 원칙으로써 부당하게 비양심적으로 소송을 진행하는 자를 승소하도록 돕는 것은 민사소송의 목적이 될 수 없기 때문에 도입된 것으로 설명된다.<sup>23)</sup>

---

人)으로서 당사자가 되는 경우에는 제1항의 규정을 준용한다.

20) 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결.

21) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005제다303 판결.

22) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결.

23) 이시윤, 신민사소송법(12판), 법문사, 2018, 31쪽.

### (3) 형법

제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.

제21조(정당방위) ①자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.

제22조(긴급피난) ①자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.

제53조(작량감경) 범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있다.

우리 형법은 ‘사회상규’를 정당행위를 판단하는 하나의 기준으로 삼고 있고, 정당방위와 긴급피난의 요건으로서 ‘상당한 이유’가 있으면 벌하지 않도록 규정하고 있다. 또한 형법 제53조에서는 ‘정상에 참작할 만한 사유’라는 추상적인 표현의 일반조항을 사용하고 있다.

형법학의 영역에서는 죄형법정주의 원칙과 관련하여 일반조항의 문제가 간접적으로 논의되고 있다. 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙은 범죄구성요건과 그 효과가 명확히 기술될 것을 요구한다. 그러므로 언어관용상 불명확하거나 또는 평가적이거나 규범적인 구성요건적 개념이 포함되어 명확성이 결여된 형벌법규는 죄형법정주의에 위배된다. 그러나 형벌법규를 순수하게 기술적 요소로 한정하는 것은 사실상 불가능하므로 명확성의 원칙을 어느 한계까지 완화할 것인가가 형법학에서 중요한 문제이다.

일반조항적인 개념은 그 특성상 법적 판단을 도덕적인 판단으로 변질시킬 성향을 지니고 있기 때문에 가능한 한 형법의 영역으로부터 일반조항적인 개념을 배제하는 것이 필요하고, 세분화된 “법규칙” 대신 개괄적인 윤리기준만을 제시하는 일반조항의 원용은 결코 바람직하지 않으므로 일반조항적인 개념들은 형법해석에 대해 단지 “최후보충적인 원칙”으로서의 의미만을 지닌다고 보아야 한다는 견해도 있다.<sup>24)</sup>

### (4) 국세기본법

제15조(신의·성실) 납세자가 그 의무를 이행할 때에는 신의에 따라 성실하게 하여야 한다. 세무공무원이 직무를 수행할 때에도 또한 같다.

제48조(가산세 감면 등) ① 정부는 이 법 또는 세법에 따라 가산세를 부과하는 경우 그 부과의 원인이 되는 사유가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 가산세를 부과하지 아니한다.

2. 납세자가 의무를 이행하지 아니한 데에 정당한 사유가 있는 경우

국세기본법 제15조에서는 민법 제2조 제1항의 유추 적용 없이 납세 의무나 세무 공무원의

24) 김영환, “한국 형법학의 두 가지 방법적 착안점에 대한 비판적 고찰: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 「법철학 연구」 제4권 제1호, 2001, 260쪽.

직무 수행에 신의칙을 직접 적용하고, 제48조에서는 ‘정당한 사유’가 있으면 가산세를 감면해주는 조항을 두고 있다. 한편 세법의 가장 핵심적인 원칙은 조세법률주의로서, 법률의 근거 없이 국가는 조세를 부과하거나 징수할 수 없고 국민은 조세의 납부를 요구받지 않는다. 이 조세법률주의는 결국 조세가 국민의 재산을 침해하는 것이므로 납세의무자와 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등 과세의 요건과 조세의 부과, 징수절차를 모두 법률로 명확하게 규정해야 한다는 것인데 이러한 조세법률주의는 조세법 영역을 지배하는 기본원리로서, 불확정개념이라 할 수 있는 신의칙보다 우위에 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 신의칙은 조세법률주의가 핵심가치로 삼고 있는 과세요건의 명확주의에 반하기 때문이다. 그러나 과세의무부과나 징수 절차 등은 법률의 보편적 가치라고 할 수 있는 신의칙에 반해서는 안되므로 두 가지 원칙이 서로 조화롭게 적용될 필요가 있다.<sup>25)</sup>

판례<sup>26)</sup>는, “일반적으로 조세 법률관계에서 과세관청의 행위에 대하여 신의성실의 원칙이 적용되기 위하여는 첫째, 과세관청이 납세자에게 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해를 표명하여야 하고, 둘째, 납세자가 과세관청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데 대하여 납세자에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째, 납세자가 그 견해표명을 신뢰하고 이에 따라 무엇인가 행위를 하여야 하고, 넷째, 과세관청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 납세자의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하고, 과세관청의 공적인 견해표명은 원칙적으로 일정한 책임 있는 지위에 있는 세무공무원에 의하여 이루어짐을 요한다.”라고 판시하여 신의칙의 적용요건을 구체화하였다.

그런데 이후에 이러한 원칙으로부터 벗어난 판결<sup>27)</sup>이 선고되면서 국고의 유출, 보편적인 정의관과 윤리관 등을 이유로 실정법 규정을 넘어서는 신의칙과 같은 일반조항의 적용을 허용하는 것은 문제가 있다는 지적을 받는다.<sup>28)</sup> 조세는 국민의 재산권에 대한 침해적 성격을 가진다는 데에서 조세법의 해석·적용에 있어 세원의 발견과 세수의 확보 못지않게 국민의 재산권 보호와 적법절차의 확보가 중요하며, 조세법률주의 원칙은 과세요건 등은 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 하고 그 집행에 있어서도 이를 엄격하게 해석·적용하여야 하기 때문이다.

## (5) 행정절차법

제4조(신의성실 및 신뢰보호) ① 행정청은 직무를 수행할 때 신의(信義)에 따라 성실히 하여야 한다. ② 행정청은 법령 등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

행정절차법에서는 위와 같이 신의성실 혹은 공익이나 정당한 이익 등과 같은 일반조항을 명문으로 규정하여 국민들의 신뢰를 포괄적으로 보호하고자 하였다. 그러나 ‘재량’의 범위가 넓은 행정관청에 행위에 대한 일반조항의 적용은 항상 남용의 위험성이 내재해 있어<sup>29)</sup> 신

25) 윤철홍, 앞의 책, 371쪽.

26) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95누13746 판결.

27) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2009두13474 전원합의체 판결.

28) 임규진 외, “세법상 신의성실의 원칙의 적용 - 대법원 2011.1.20. 선고 2009두13474 전원합의체 판결을 중심으로”, 『세무학연구』 제29권 제4호, 2012.12, 317쪽.

29) 윤철홍, 앞의 책, 244쪽.

의칙이 행정법의 영역에서 적용되기 위해서는 특별한 요건이 필요하다. 판례<sup>30)</sup>는, “신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 주었다거나 객관적으로 보아 상대방이 그러한 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 하고, 일반 행정법률관계에서 관청의 행위에 대하여 신의칙이 적용되기 위해서는 합법성의 원칙을 희생하여서라도 처분의 상대방의 신뢰를 보호함이 정의의 관념에 부합하는 것으로 인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 예외적으로 적용된다.”라고 판시하고 있다.

## (6) 약관 규제에 관한 법률

제5조(약관의 해석) ① 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니 된다. ② 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다.

제6조(일반원칙) ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.

약관은 오늘날의 대량생산소비사회에서 보험계약, 운송계약을 비롯하여 금융, 판매, 임차, 도급, 금융투자 등 여러 거래에 널리 사용되고 있고, 국제적인 무역, 운송, 금융 등의 거래에서도 널리 이용되고 있다. 특히 근대사법이 예상하지 못했던 리스계약, 팩토링계약 등 현대적 거래분야에 대해서는 계약법을 대신하여 약관이 독보적으로 이를 규율하고 있는 실정이다.<sup>31)</sup> 그러나 약관은 사업자가 그들의 우월적 지위를 이용하여 자기의 권리나 이익은 가능한 한 확대하면서 자기가 부담하여야 할 거래상의 위험이나 부담은 고객에게 전가하기 위한 수단으로 악용될 우려도 있다. 따라서 약관을 규제하는 법은 경제적으로 우월한 지위에 있는 사업자와 약자의 지위에 있는 소비자 사이에서 발생하는 불공정한 거래를 예방·규제함으로써 약자인 소비자를 보호하는 데에 그 목적이 있다.<sup>32)</sup>

우리 약관규제법 제6조 제1항은 신의성실의 원칙과 공정성을 규정하고, 신의칙의 추상성으로 인한 적용상의 어려움을 덜어주기 위하여 제6조 제2항에서 ① 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항(제6조 제2항 제1호), ② 고객이 계약의 거래형태 등 제반 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항(제6조 제2항 제2호), ③ 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항(제6조 제2항 제3호)은 공정을 잃은 것으로 추정한다고 규정하고 있다.

## 2. 판례에 의한 일반조항의 확장

위에서 살펴본 것처럼 일반조항은 다양한 법률들에 규정되어 지대한 영향을 미치고 있다.

30) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002두11233 판결.

31) 최병규, “약관규제법 일반조항의 문제점과 개선방안 - 독일법제와의 비교를 중심으로”, 「경제법연구」 제12권 2호, 2013. 12, 125쪽.

32) 김형배 외, 민법학강의(9판), 신조사, 2010, 1205쪽.

그러나 무엇보다도 가장 실제적인 영향은 일반조항을 근거로 한 대법원 판례들이 한 해에 수십 개에 달하고 있다는 것이다. 게다가 가장 대표적인 일반조항인 신의성실의 원칙을 근거로 점점 더 많은 복잡한 문제들을 해결하면서, 특수한 요건들이 충족되는 경우에는 원칙을 확대 적용하여 여러 과생원칙(사정변경의 원칙, 실효의 원칙 및 모순행위의 금지 원칙)을 만들어 내고 있다. 법제처에서 운영하는 국가법령정보센터에 검색어 ‘신의성실’을 치면 수록된 판례만도 2,430개에 이르러, 이러한 경향은 우리 민법학 내지는 법학이 헤쳐만 이 경고했던 재판관의 유약화 혹은 자의성의 위협으로 빠져들고 있지 않은지 우려하게 된다. 이 목차에서는 ‘일반조항으로 도피’했다는 지적을 받고 있는 대법원 판결을 분석하고 비판하고자 한다.

**대법원 2018. 5. 17., 선고, 2016다35833, 전원합의체 판결**

[다수의견] 변호사의 소송위임 사무처리 보수에 관하여 변호사와 의뢰인 사이에 약정이 있는 경우 위임사무를 완료한 변호사는 원칙적으로 약정 보수액 전부를 청구할 수 있다. 다만 의뢰인과의 평소 관계, 사건 수임 경위, 사건처리 경과와 난이도, 노력의 정도, 소송물 가액, 의뢰인이 승소로 인하여 얻게 된 구체적 이익, 그 밖에 변론에 나타난 여러 사정을 고려하여, 약정 보수액이 부당하게 과다하여 **신의성실의 원칙이나 형평의 관념에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있다.** 그런데 이러한 보수 청구의 제한은 어디까지나 계약자유 원칙에 대한 예외를 인정하는 것이므로, 법원은 그에 관한 합리적인 근거를 명확히 밝혀야 한다. 이러한 법리는 대법원이 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜 온 것으로서, 현재에도 여전히 그 타당성을 인정할 수 있다.

다수의견은 신의성실의 원칙이나 형평의 관념에 근거하여, 당사자가 계약으로 정한 변호사보수액이 부당하게 과다하다고 인정되면 이를 감액할 수 있다고 보았다. 그러나 이러한 다수의견은 결국 계약을 지키지 않겠다는 당사자의 손을 들어줌으로써 우리 민법의 기본 원리인 사적 자치의 원칙과 법적 안정성을 해치고, 법원, 즉 국가에 계약을 수정할 권한을 인정하는 결과가 되어 자유민주주의와 시장경제질서를 천명한 헌법 원리에 어긋나는 문제점을 드러내고 있다는 비판을 받는다.

민법은 반사회질서의 법률행위(제103조), 불공정한 법률행위(제104조) 등 법률행위의 무효사유를 개별적으로 규정하고 있다. 또한 ‘손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다’고 하는 민법 제398조 제2항과 같이 명시적으로 계약의 내용을 수정할 수 있다고 규정하는 법률 조항도 존재한다. 그러나 신의칙과 관련하여서는 민법 제2조 제1항에서 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.”라고 규정하고, 제2항에서 “권리는 남용하지 못한다.”라고 규정할 뿐 이를 법률행위의 무효사유로 규정하고 있지는 않다. 그러므로 민법 제2조의 신의칙 또는 민법에 규정되어 있지 않은 형평의 관념은 당사자 사이에 체결된 계약을 무효로 선언할 수 있는 근거가 될 수 없다. 그럼에도 신의칙 또는 형평의 관념 등 일반 원칙에 의해 개별 약정의 효력을 제약하려고 시도하는 것은 사적 자치의 원칙, 자유민주적 기본질서, 시장경제질서 등 헌법적 가치에 정면으로 반하는 것이다.

개인은 자신의 자유로운 선택과 결정에 따라 행동하고 그에 따른 결과를 다른 사람에게

귀속시키거나 전가하지 아니한 채 스스로 이를 감수하여야 한다는 ‘자기 책임의 원칙’은 계약을 둘러싼 법률관계에도 그대로 적용되어, 당사자는 자신이 계약을 체결한 결과 발생하게 되는 이익이나 손실을 스스로 감수해야 한다. 이는 변호사보수약정에 있어서도 마찬가지이다. 의뢰인은 자신이 한 약속에 따라 약정된 보수를 지급해야 하는 것일 뿐 새로운 손해를 입는 것이 아니다. 약속을 지키지 않고 약정보수액의 감액을 요구하는 당사자의 주장은 약속이 지켜지리라고 믿은 상대방의 신뢰보다 우선할 수 없고, 신의칙이 그 도구가 되어서도 안 된다. 자기가 지급하기로 약정한 대가를 지급하지 않으려는 의뢰인의 행태야말로 신의칙에 반하는 것이다.

또한 다수의견은 법원이 당사자가 정한 계약 내용을 수정할 수 있는 권한을 법률상 근거 없이 스스로 창설했다는 심각한 문제를 안고 있다. 법원이 이러한 계약 수정 권한을 가진다는 일반 규정이나, 변호사 보수에 관한 구체적 근거 규정은 찾아볼 수 없다. 개별적·구체적인 법률의 근거 없이 신의칙에 기대어 계약 내용을 수정할 수 있다는 발상은 매우 위험하다. 신의칙에 관한 민법 제2조는 그 개념이 추상적인 일반조항으로서, 구체적인 사안에서 법원이 이러한 일반조항을 적용할 때에는, 분명한 이유를 대기 어려운 어떤 결론을 정당화하기 위한 편의적인 적용, 즉 ‘일반조항으로의 도피’가 되지 않도록 주의하여야 한다. 변호사보수액이 과도한 면은 있으나 사회질서에 반한다거나 불공정하다고 할 정도에는 이르지 않아 민법 제103조와 제 104조에 의해 무효라고 할 수 없는 경우라고 하여, 의뢰인으로 하여금 스스로 약정한 보수액을 전부 지급하도록 하는 것이 도저히 참을 수 없는 부당한 결과를 야기하는 것이라고 볼 수 있는지 의문이다.

게다가 다수의견이 기준으로 삼고 있는 ‘적당하다고 인정되는 범위 내의 보수액’이란 모호하고 불확정적인 내용으로서 도대체 어느 정도의 보수가 적정하다는 것인지 알 수 없다는 점도 심각한 문제라고 할 수 있다. 신의칙은 이에 대한 구체적인 판단의 기준을 전혀 제시하고 있지 않으며, 적당하다고 인정되는 범위를 초과하여 신의칙 또는 형평의 관념에 반하는지 여부에 관해 구체적인 기준을 세운다는 것은 사실상 불가능하다. 적정한 보수액의 범위에 대한 기준이 제시되지 않는다면 그 적정성 여부는 전적으로 법원의 결정에 의존할 수밖에 없다. 그뿐만 아니라 법관마다 적정하다고 생각하는 보수액의 범위가 같다고 할 수도 없다. 그러므로 다수의견에 따르면, 당사자는 계약을 자신의 의사에 따라 체결하고도 계약서 문언대로 효력이 발생하리라는 기대를 가질 수 없다. 계약서의 문언상 명백하고 당사자가 확실하게 알고 있는 계약의 내용에 대해서까지 법원의 판단을 받게 함으로써 법률관계의 불확실성을 야기하고, 법적 분쟁의 증가를 초래한다.

더욱 우려되는 점은, 이러한 추세에 의하면 앞으로 매매계약 등 다른 계약에까지 대금의 감액을 인정하지 않으리라는 보장이 없다는 점이다. 시장경제질서 아래에서 국가의 개입은 경제활동을 시장에만 맡겨둘 경우 경제적 효율성을 확보하지 못하거나 거기에서 파생되는 사회적 문제들을 스스로 해결하지 못할 때에 이를 보완하는 수단으로만 사용되어야 한다. 제103조와 제104조에서 규정하고 있는 경우 외에도 당사자 형평 등을 고려하여 계약 내용의 수정이 필요하다면, 헌법에서 정한 대로 구체적 법률 규정을 마련하여야 하는 것이고, 일반 규정인 신의칙을 적용하는 방법으로 해결할 수는 없다.<sup>33)</sup>

33) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2016다35833 전원합의체 판결의 대법관 김신, 대법관 조희대 별개의견

대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결

[다수의견] 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 그러나 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 그 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. 위에서 본 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춘은 물론 **근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.**

이 판결은 신의칙이 강행규정을 앞설 수 있는 것인지에 대한 본질적인 문제를 야기하며, 신의칙을 근거로 사회문제로 비화된 사건을 신속하게 처리하려는 목적주의적 판결이라는 비판에서 자유로울 수 없다는 평가를 받는다. 신의칙이 강행규정을 개폐한다는 것은 성문법국가에서 매우 이례적인 것으로 법적 안정성을 해치는 치명적인 결과를 초래할 수도 있다.<sup>34)</sup>

통상임금성이 인정된 정기상여금과 각종 수당 등에 관하여는 이를 퇴직금 산정 시 당연히 반영하여야 하는데, 이는 강행규정인 근로기준법으로부터 직접 효력이 발생하는 것이기 때문에 설사 이에 반하는 내용으로 노사합의를 하였다 하더라도 이를 이유로 근로기준법의 효력을 부정할 수 없다. 강행규정은 주로 사회질서와 약자보호를 위한 것이기 때문에, 만일 이에 반하는 약정의 효력을 인정하게 되면 법 제정의 취지가 몰각되기 때문이다. 이 사건에서 정기상여금 등을 통상임금 산정 시 배제한다는 노사합의도 마찬가지인데, 이는 근로기준법에서 정한 퇴직금 및 수당 산정 기준을 사용자측에 유리하게 변경하는 내용이므로 법적 효력이 없다. 이에 사용자도 위 노사합의가 유효라는 주장보다는, 합의의 취지에 반하는 근로자들의 청구가 신의칙에 반한다는 점을 주로 주장한 것이다. 하지만, 신의칙 문제는 강행규정 위반과 동전의 앞뒷면과 같아서, 신의칙을 들어 근로자들의 청구를 배척하면 결과적으로 강행규정에 반하여 무효인 약정을 유효화하는 것과 다를 바 없다.<sup>35)</sup> 원심인 대전지방법원에서는 민법상의 원칙을 적용하여 위 약정의 효력을 부인하였을 뿐 아니라, 신의칙에 반한다는 사용자측의 주장도 배척하였다. 그러나 대법원의 다수의견은 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 수긍할만한 특별한 사정이 있으면 예외적으로 노사합의의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반할 수 있다는 취지로 파기환송하였는데, 여러 가지 이유를 들었지만 특별사정이란 결국 이와 같은 청구가 인용되게 되면 기업으로서는 노사합의 당시 예상치 못한 경제적인 부담을 지게 된다는 것이다.<sup>36)</sup>

이처럼 실정법의 개별 조항에 의하여 명백히 인정되는 권리·의무의 내용을 신의칙을 이유로 변경하는 것은 법체계에 심각한 혼란을 초래하여 법의 권위와 법적 안정성에 큰 위협이 될 수 있다. 신의칙을 적용하여 그와 같은 실정법상의 권리를 제한하는 것은, 개별적인 사안의 특수성 때문에 법률을 그대로 적용하면 도저히 참을 수 없는 부당한 결과가 야기되는 경

34) 윤철홍, 앞의 책, 383쪽.

35) 김제완, “[관결비평] 정의보다 앞세운 기업의 부담”, 2014. 2. 10, 참여연대 사법감시센터, <http://www.peoplepower21.org/Judiciary/1130066>.

36) 김제완, 위의 글.

우에 최후 수단으로, 그것도 법의 정신이나 입법자의 결단과 모순되지 않는 범위 안에서만 고려해 볼 수 있는 방안에 불과하다.<sup>37)</sup>

또한 신의칙을 이용하여 강행규정을 위반한 법률행위의 효력을 유지하는 것은 전체 법질서 내에서 작동하여야 할 신의칙이 법질서에 역행하는 결과를 초래한다. 강행규정에 위배되는 약정의 당사자가 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 강행규정에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로 그러한 주장은 신의칙에 반하는 것이 아니라는 것이 판례의 확립된 견해이다.<sup>38)</sup> 이처럼 신의칙은 강행규정에 앞설 수 없다.

대부분의 근로조건, 그중에서도 특히 임금은 근로자에게는 생존에 관한 문제이다. 그렇기 때문에 헌법은 국가에게 근로자의 적정임금 보장에 노력할 의무를 지우고(헌법 제32조 제1항), 근로조건을 정하는 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하게 하고 있으며(헌법 제32조 제3항), 근로기준법은 이를 이어받아 근로조건에 관한 각종 강행규정을 두고 있는 것이다. 근로기준법 제15조<sup>39)</sup>는 그 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효임을 선언하여 그 강행규정성을 분명히 하고 있다. 그럼에도 신의칙의 적용을 통하여 임금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적인 권리를 제약하려 시도하는 것은 이와 같은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행규정성에 정면으로 반하는 것이다. 근로기준법이 강행규정으로 근로자에게 일정한 권리를 보장하고 있음에도 근로자나 사용자가 그 강행규정에 저촉되는 내용의 노사합의를 한 경우에, 신의칙을 내세워 사용자의 그릇된 신뢰를 권리자인 근로자의 정당한 권리 찾기에 우선할 수는 없다.

37) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결의 대법관 이인복, 이상훈, 김신 반대의견

38) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결 - “강행법규를 위반한 자가 스스로 강행법규에 위배된 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장은 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없고, 한편 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하며, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.”

39) 제15조(이 법을 위반한 근로계약)

① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다. ② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.

대법원 2011. 1. 20. 선고 2009두13474 전원합의체 판결

[다수의견] 성문법의 경직성을 보완하는 등의 기능을 통해 법의 운용에 구체적 타당성을 확보할 수 있게 하는 이 신의성실의 원칙은 조세법 영역에서도 조세법률주의의 허점을 보정하는 역할을 하므로 비록 민사법 영역에 비하여 그 적용범위가 다소 제한적일 것이기는 하나, 조세법 규정을 개별 사안에 그대로 적용하면 보편적인 정의관과 윤리관에 비추어 도저히 용납할 수 없는 부당한 결과가 초래됨으로써 오히려 건전한 법질서에 역행하는 것으로 볼 특별한 사정이 있다면 신의성실의 원칙에 의해 예외적으로 그 규정의 적용을 제한 또는 배제할 수 있을 것이다. (중략) 이러한 경우의 수출업자가 매입세액의 공제·환급을 구하는 것은 보편적인 정의관과 윤리관에 비추어 도저히 용납될 수 없다 할 것이므로 이는 국세기본법 제15조 소정의 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없다고 보아야 한다. (중략) 한편 대법원 1995.12.21. 선고 94누1440 전원합의체 판결은 구 부가가치세법 제17조 제2항이 매입세액을 공제하지 않는 경우를 제한적·열거적으로 규정하고 있으므로 이러한 특별규정이 없이는 같은 조 제1항의 규정에 의한 매입세액의 공제를 부인할 수 없다고 판시한 바 있으나, 그 취지가 신의성실의 원칙에 의하여 예외적으로 같은 조 제1항의 허점을 보정하여 그 적용을 제한함으로써 매입세액의 공제·환급을 부인하는 것까지 금지하는 것은 아니라 할 것이다.

다수의견은, 악의적 사업자가 당초부터 부가가치세를 포탈(逋脫)<sup>40)</sup>하려고 마음먹고, 부정거래를 시도하여 그가 징수한 부가가치세를 납부하지 않는 경우, 그 후에 이어지는 거래단계에 영세율 적용으로 매출세액의 부담 없이 매입세액을 공제·환급받을 수 있는 사업자가 있다면 국가는 부득이 다른 조세 수입을 재원으로 삼아 그 환급 등을 실시할 수밖에 없는 바, 이러한 결과는 소극적인 조세수입의 공백을 넘어 적극적인 국고의 유출에 해당되는 것이어서 부가가치세 제도 자체의 훼손을 넘어 그 부담이 일반 국민에게 전가됨으로써 전반적인 조세체계에까지 심각한 폐해가 미치게 된다고 보았다. 따라서 부정행위에 가담한 수출업자가 매입세액의 공제·환급을 구하는 것은 보편적인 정의관과 윤리관에 비추어 도저히 용납될 수 없으므로, 이는 국세기본법 제15조에서 정한 신의성실의 원칙에 반하는 것으로서 허용될 수 없다고 하였다.

납세자가 그 의무를 이행할 때에는 신의에 따라 성실하게 하여야 하므로, 부가가치세에 관한 법률관계에 있어서도 신의성실의 원칙이 적용될 수 있음은 이론의 여지가 없다. 그러나 조세법률관계의 요체는 조세채권자인 국가 또는 지방자치단체가 조세채무자인 국민에 대하여 조세채무의 이행을 구하는 것이고, 조세채무는 그 존부와 크기 및 이행의 내용과 절차가 모두 법률에 의해 정해지는 법정채무라는 점에서 사적 자치가 지배하는 사법상의 금전채무와 다르다. 또 그 공익성으로 인하여 공평·신속한 확정 및 효율적 징수가 필요하고 이를 위하여 조세채권자에게 조세채무자에 비하여 월등하게 우월한 권한과 지위가 부여되어 있다. 세법의 영역에서 합법성의 원칙이 강하게 요청되고, 세법의 해석·적용에 있어 세원의 발견과 세수의 확보 못지않게 국민의 재산권 보호와 적법절차의 확보가 중요한 이유가 그것이다.

40) 과세를 피하여 면함.

그런데 세법, 특히 그 실체법의 영역에서 신의성실의 원칙을 적용하게 되면 법률이 정한 조세 채권채무의 존부와 범위를 법률에 의하지 아니하고 변경하는 효과를 낳게 되는 만큼, 당사자의 의사결정에 의하여 형성되는 사법상 법률관계에서보다 그 적용이 제한될 수밖에 없으며, 합법성을 희생하여서라도 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 신중하게 적용하여야 한다. 그 절차법의 영역에서도 과세관청은 실질조사권 등 우월한 권한을 가진 지위에서 과세징수권을 행사하는 반면, 납세의무자가 과세관청에 대하여 자기의 과거 언동에 반하는 행위를 하게 되면 조세감면 등 혜택의 박탈, 신고불성실·기장불성실·자료불제출가산세 등 각종 가산세에 의한 제재, 벌칙 등의 불이익을 받게 되므로, 납세의무자의 배신행위를 이유로 한 신의성실 원칙의 적용은 그 배신행위의 정도가 극히 심한 경우가 아니면 허용되지 않는다. 판례가 납세의무자에 대한 신의성실 원칙의 적용을 모순금지 또는 금반언의 원칙으로 제한하고 권리남용금지의 원칙으로까지 확대하지 아니한 것도 그와 같은 취지에서 비롯된 것이다.<sup>41)</sup>

다수의견은, 구 부가가치세법 제17조 제2항<sup>42)</sup>에 열거된 사유가 아닌 ‘정의관과 윤리관’을 기준으로, 합법성의 원칙을 희생하더라도 신의칙을 적용하는 것이 이 사건에 있어 정의로운 과세권의 행사라고 보고 있으나, 이는 실정법 규정을 넘어서는 해석일 뿐 아니라 그 기준이 모호하여 과세관청의 처분기준으로 용인하기 어렵다.<sup>43)</sup> 신의성실의 원칙은 조세법률주의를 고수하였을 때 발생하는 모순이 너무나 큰 경우에 구체적이고 개별적인 상황을 고려하여 적용할 수 있는 최후의 수단과 같은 것이다. 그런데 지금까지 판례를 통하여 인정된 신의성실의 원칙의 적용요건에 대한 상세한 검토도 없이 추상적인 이유만을 근거로 신의성실의 원칙을 적용한다는 것은 일반조항의 남용이며 이런 일반조항으로의 도피는 헌법상 규정된 조세법률주의가 기본원리인 조세법에서는 더욱 허용될 수 없는 일이다.<sup>44)</sup> 이처럼 과세관청으로 하여금 과세의 필요성이나 정의관·윤리관을 매개로 합목적성을 추구하는 길을 터주게 되면 법적 안정성과 예측 가능성을 생명으로 하는 조세법률주의의 훼손은 피할 수 없다. 또한 다수의견은 매입세액의 공제·환급에 대하여 일정한 요건이 충족될 경우 과세관청이 신의성실의 원칙을 이유로 거부할 수 있음을 선언하면서도 그 구체적인 요건과 뚜렷한 기준을 제시하고 있지 아니하므로, 그렇지 않아도 우월한 지위에 있는 과세관청으로 하여금 보편적 정의와 윤리에 반한다고 판단되면 법률의 규정과 다르게 과세권을 행사할 여지를 주고, 그로 인하여 과세절차상의 마찰과 조세저항, 불필요한 쟁송을 일으키지 않을까 우려된다.

41) 대법원 1997. 3. 20. 선고 95누18383 전원합의체 판결.

42) 제17조 ② 다음 각 호의 매입세액은 매출세액에서 공제하지 아니한다. <개정 2010.1.1>

1. 제20조제1항 및 제2항에 따라 매입처별 세금계산서합계표를 제출하지 아니한 경우의 매입세액 또는 제출한 매입처별 세금계산서합계표의 기재사항 중 거래처별 등록번호 또는 공급가액의 전부 또는 일부가 적히지 아니하였거나 사실과 다르게 적힌 경우 그 기재사항이 적히지 아니한 부분 또는 사실과 다르게 적힌 부분의 매입세액. 다만, 대통령령으로 정하는 경우의 매입세액은 제외한다.
2. 제16조제1항·제2항·제4항 및 제5항에 따른 세금계산서를 발급받지 아니한 경우 또는 발급받은 세금계산서에 제16조제1항제1호부터 제4호까지의 규정에 따른 기재사항(이하 "필요적 기재사항"이라 한다)의 전부 또는 일부가 적히지 아니하였거나 사실과 다르게 적힌 경우의 매입세액. 다만, 대통령령으로 정하는 경우의 매입세액은 제외한다.
3. 사업과 직접 관련이 없는 지출에 대한 매입세액
4. 비영업용 소형승용자동차의 구입과 임차(賃借) 및 유지에 관한 매입세액
5. 접대비 및 이와 유사한 비용으로서 대통령령으로 정하는 비용의 지출에 관련된 매입세액
6. 부가가치세가 면제되는 재화 또는 용역을 공급하는 사업에 관련된 매입세액(투자에 관련된 매입세액을 포함한다)과 대통령령으로 정하는 토지 관련 매입세액
7. 제5조제1항 또는 제2항에 따른 등록을 하기 전의 매입세액. 다만, 대통령령으로 정하는 것은 제외한다.

43) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2009두13474 전원합의체 판결에서 대법관 전수안 반대의견

44) 임규진 외, 앞의 글, 335쪽.

매출세액을 포탈한 악의적 사업자와 그 공범들은 마땅히 처벌받아야 하고 부정한 이익은 벌금형의 병과 등을 통하여 환수되어야 한다. 그러나 다수의견과 같이 악의적 사업자가 납부하지 않은 매출세액과 하등 무관한 매입세액의 공제·환급을 거부하는 것은, 당장의 국고 손실을 막는다는 작은 이익에 집착한 나머지 전단계세액공제 제도의 근간을 흔들고 조세법률주의의 울타리를 침범하는 것이다. 다수의견과 달리 사업자의 매입세액 공제·환급을 보장하면 당장은 국고의 손실을 초래할지 모르나, 장기적으로는 세금계산서에 대한 국민의 신뢰를 보호하고 세금계산서 수수거래의 질서와 관행을 확립함으로써 세원을 확보하고 세수를 증대시킬 수 있다는 점을 간과하여서는 안 된다.

## V. 결론 및 제언

이상의 판결에서 확인할 수 있듯이 신의성실의 원칙과 그로부터 파생된 여러 원칙들의 적용 범위가 계속 확장되면서 거의 모든 법 영역에서 신의칙은 제왕적인 역할을 하고 있다. 민법에서만뿐만 아니라 민사소송법과 행정법 및 세법에 이르기까지 조금 모호하고 어려운 문제들의 경우 새로운 법리 개발이나 해석을 도모하지 않고, 신의칙으로 해결하려고 한다는 오해를 불러일으킬 정도로 확대되고 있다.<sup>45)</sup> 이러한 일반조항으로의 도피는 학자나 재판관들을 유약하게 만들고, 때로는 재판관으로 하여금 독선 내지 자의성에 빠져들게 할 위험이 있음을 해태만의 지적에서 확인할 수 있다. 지금까지의 논의를 바탕으로 다음과 같은 제언을 드리며 발제를 마무리하고자 한다.

일반조항의 사용이 남발하고 있는 현 상황에서 법관들이 명심해야 할 점은, 일반조항은 어디까지나 개별조항에 대한 ‘보충적’ 조항으로서, 최후의 수단으로 엄격한 기준 아래 적용돼야 한다는 것이다. 물론, 모든 구체적인 상황을 미리 예상하고 이에 대한 개별적인 규범들을 입법화하는 것이 불가능한 현실에서 일반조항의 적용은 불가피하다. 특히 입법과정에서 미처 규율하지 못한 새로운 사태에 대해서는 일반조항이 유일한 해결책으로 작용할 것이다. 그러나 구체적인 상황에 대한 강행규정이 분명히 존재하는데도 불구하고, 모호하고 추상적인 ‘정의관과 윤리관’을 법보다 앞세우면서 일반조항으로 도피하는 것은 법치주의의 근간을 흔들고 법적 안정성을 크게 훼손하는 것이다. 만약 개별규정의 원칙적인 적용이 도저히 용납하기 어려운 심각한 결과를 초래할 것이 예상되어 예외적으로 일반조항을 적용해야만 한다면, 그러한 결정에 대한 명확한 이유와 향후 판결에서 지침으로 삼을 수 있는 적용기준이 반드시 제시되어야 할 것이다. 그러한 이유와 기준이 명확하지 않은 채로 ‘신의성실’과 같은 모호한 일반조항의 문구가 결정을 뒷받침하는 유일한 근거가 된다면 일반조항은 법관 각자의 가치관을 정당화해주는 만능도구로 작용하는 것과 다름없기 때문이다. 향후 비슷한 사례에 대한 판결에서 결론을 달리하는 일이 없도록, 적어도 일반조항의 예외적인 적용에 대해서만큼은 기준 및 요건을 제시하는 등, 법적 안정성을 확보하기 위한 최대한 엄격하고 치밀한 논리적 구성이 필요하다고 생각한다.

한편 입법기관은 위와 같은 판례의 형성에 대하여 입법으로부터 자유로운 영역으로 방치할 것이 아니라 가능한 한 이러한 현실을 반영하여 입법화함으로써 현대 법치사회에서 특히 중요한 법의 이념의 하나인 법적 안정성을 확보하고 지지하려는 노력이 필요하다. 기존 법률에서 미처 입법자가 고려하지 못한 상황이 발생하거나, 사회 변화로 인해 추가적인 사정

45) 윤철홍, 앞의 글, 28쪽.

이 고려되어야 한다면 이를 법원의 사후적 판결의 영역에만 의존할 것이 아니라, 실질적으로 법률의 흠결을 보충하는 입법을 통해 불명확한 법적 질서를 조속히 안정시키도록 노력해야 할 것이다. 예컨대 앞서 살펴본 대법원 2011. 1. 20. 선고 2009두13474 전원합의체 판결에서 신의칙에 의하여 예외적으로 국세기본법 제17조 제1항의 허점을 보정하여 그 적용을 제한한다고 판시했다면, 국민으로부터 입법 권한을 부여받은 입법기관에게 사후에라도 이러한 판결에 대한 승인을 받음으로써 판결의 정당성을 확보하고, 실질적으로 국세기본법에 변경된 내용을 반영해야 한다는 것이다. 그렇지 않으면 이와 같은 판결은 법적안정성과 예측가능성에 대한 큰 변수가 되어 관련된 사건의 당사자들은 명백히 존재하는 법률에도 불구하고 앞으로 개별 법관의 ‘자의적인’ 판단에 의존해야 하기 때문이다.

갈수록 일반조항으로의 도피하는 경향이 짙어지는 현 상황에서 헤데만의 경고가 우리 법학계에서 그대로 실현되지 않도록 법원, 입법자, 학자들이 경각심을 가지고 구체적인 사건 해결을 위한 법리와 합리적인 입법화 방안에 대해 고민하기를 바란다.

## 참고문헌

### [단행본]

- J. W. Hedemann, 일반조항으로 도피, 윤철홍 역, 법문사, 2019.  
명순구, 민법총칙, 법문사, 2007.  
이시윤, 신민사소송법(12판), 법문사, 2018.

### [논문]

- 강희원, “이른바 ‘일반조항’에 관한 기초법학적 이해”, 「고황법학」 제1권, 1994.  
김영환, “법의 계수의 결과현상들: 법의 계수의 결과현상들: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 「법철학연구 제4권 제1호, 2001.  
김영환, “한국 형법학의 두 가지 방법적 착안점에 대한 비판적 고찰: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피”, 2019.  
김탁필, “신의성실의 원칙에 관한 기능주의적 해석”, 「민사법학」 제85호, 2018. 12.  
심헌섭, “일반조항 소고 - 분석적 묘사”, 「서울대학교 법학」 제30권 제1·2호, 1989.  
윤영미, “민법상 일반조항과 기본권”, 「공법연구」 제39집 제4호, 2011.  
윤철홍, “헤데만의 ‘일반조항으로 도피’에 대한 수용적 고찰”, 「법학논총」 제43집, 2019.  
이혜진, “민사법의 대원칙으로서의 신의칙”, 「동아법학」 제77권, 2017. 11.  
임규진 외, “세법상 신의성실의 원칙의 적용 - 대법원 2011.1.20. 선고 2009두13474 전원합의체 판결을 중심으로”, 「세무학연구」 제29권 제4호, 2012.  
최병규, “약관규제법 일반조항의 문제점과 개선방안 - 독일법제와의 비교를 중심으로”, 「경제법연구」 제12권 2호, 2013. 12.  
호문혁, “민사소송법상의 신의성실원칙의 제도구축과 사법운용”, 「민사소송」 제16권 제2호, 2012.  
호문혁, “민사소송에 있어서의 신의성실의 원칙”, 「민사소송법 연구」 통권 제386호, 1998.