

POINT

2026 변리사

포인트 민 법

류호권 저

POINT Civil Law

the general provisions of Civil Law
the Law of Realty / the Law of Obligations

고시계사

Preface

1. 『포인트 민법』은 수험생들을 위한 수험서입니다.

학문적 성취가 아니라 시험에 합격하는 것이 목표인 수험생의 민법 교재 선택에 있어서 고려하여야 할 가장 중요한 사항은 무엇보다도 수험적합성이라고 할 것입니다. 물론 학술적 가치가 뛰어난 방대한 양의 교재를 완벽하게 소화하여 시험에 합격할 수 있다면 그보다 좋을 수는 없을 것입니다. 그러나 십여 년 넘게 수험생들의 곁에서 호흡을 같이 한 편저자의 경험에 비추어 보면 수험생들은 수험생의 길에 들어서는 순간 무수히 많은 현실적 제약들에 부딪치게 되는데, 가장 큰 제약은 시간적 제약일 것입니다. 시험은 1년마다 치러지는 경우가 대부분이므로 수험기간 역시 1년을 기준으로 삼게 되는데, 1년 동안 민법뿐만 아니라 다른 과목까지 합격선 이상의 점수를 받기 위해서는 모든 과목을 정말 효율적으로 공부하지 않고서는 불가능한 것입니다.

수험생들이 다른 과목보다 특히 민법을 어려워하는 이유는 다른 여러 가지 이유도 있겠지만 가장 큰 이유는 그 양이 엄청나게 방대하다는 것입니다. 민법 공부를 처음 시작하는 사람을 기준으로 할 때 첫 페이지를 넘기기 시작해서 마지막 페이지를 닫는 데까지는 통상 빠르면 2개월에서 3개월이 소요됩니다. 이것도 강의의 도움을 받아가며 성실하게 준비하여 성공한 수험생의 케이스인 것이고, 오히려 대부분의 수험생들은 선택한 교재를 읽어나감에 있어서 그 방대한 양에 압도당하여 지엽적인 부분에 몰두하면서 민법 전체의 맥을 놓치고, 많은 시간을 투자하고도 민법을 제대로 익히지 못하는 경우들이 부지기수인 것입니다.

본 교재는 이러한 문제의식을 토대로 민법의 중요 논점은 빠짐없이 정리하되 수험적합성이 없는 난해한 이론과 학설은 간단히 정리하고, 수험생들이 효율적으로 민법을 정리할 수 있도록 핵심만을 압축한, 오로지 수험생을 위한 민법기본서의 역할을 하고자 하였습니다. 다만 너무 수험적으로만 치중하여 중요판례의 나열에 그치다 보면 논리가 연결되지 않고 내용이 뚝뚝 끊어져서 가독성이 떨어지고 결국 암기로 해결해야 하는 문제가 생기므로 최대한 논리가 이어지도록 조문과 판례를 배치하여 논리의 흐름도 놓치지 않고자 하였습니다.

2. 개정의 방향

첫째, 물론 민법의 내용이야 조문과 판례가 기본이 되므로 크게 바뀔 것이 없지만 조문과 판례의 순서와 배치만 달라져도 독자들이 민법을 이해함에 있어서 커다란 차이를 가져올 수 있습니다. 이번 개정에서도 조문과 판례들이 더 정확한 위치에 배치될 수 있도록 애를 썼습니다. 그리고 민법에는 비슷한 사안에서도 약간의 사실관계의 차이로 결론이 달라지는 등 혼동하기 쉬운 판례들이 있고, 출제자들도 이러한 판례들을 의도적으로 함정지문으로 출제하여 변별력을 가리고자 하는 경우가 많아서 이러한 판례들을 비교하기 쉽게 붙여서 배치하는 등 수험생 여러분들이 미리 함정지문에 대비하고 시험장에 갈 수 있도록 배려하였습니다.

2026년 시험 대비 『포인트 민법』을 출간하면서...

둘째, 밑줄과 고딕체를 활용하여 중요 부분을 강조하였습니다. 아무래도 민법을 처음 접하는 수험생들은 중요한 부분과 그렇지 않은 부분을 구별해내기가 쉽지 않고, 수강생들도 밑줄이 그어져 있는 것이 더 도움이 된다는 의견이 많아서 적극적으로 반영하게 되었습니다. 특히 막바지에 걸면 1주일, 짧으면 3일 정도에 민법을 1회독 하고 시험장에 가져야 하는데, 밑줄이 그어져 있으면 아무래도 마지막 정리에 도움이 될 것입니다. 그리고 판례를 이해함에 있어서 키워드가 되거나 비교포인트가 되는 부분은 고딕체로 한 번 더 강조하였습니다. 고딕체를 잘 활용하시면 판례를 이해하는데 도움이 될 것입니다.

셋째, 작년에 강의하면서 강의시간에 그냥 건너뛴 부분, 심지어는 읽지 마시라고 전해 준 부분까지 그냥 지나치지 못하고 꼼꼼하게 읽고 있는 수험생들을 많이 보았습니다. 그래서 이번 개정에서도 지엽적인 판례들이나 이론은 과감하게 정리하였습니다. 수험생 여러분들도 많은 양을 어설픈 공부하기보다는 압축된 양이라도 더 선명하고 익숙하게 만들어서 시험장에 들어가는 것이 훨씬 더 고득점에 유리하다는 점을 잊지 마시기 바랍니다.

넷째, 2024년에 나온 최신판례도 최대한 반영하여 적재적소에 배치하였습니다.

3. 수험생활은 첫째도, 둘째도 시간과의 싸움입니다.

본 교재와 제 강의가 수험생 여러분의 수험기간을 단축시키는데 도움이 될 수 있다면 그것이 본 교재와 민법강사로서의 저의 존재 가치일 것입니다. 아무쪼록 본 교재를 효율적으로 잘 활용하셔서 합격의 기쁨을 누리시기를 간절히 기원합니다.

4. 교재에 관하여 질문이 있으신 분은 “<http://jhj-group.com> → 수험자료실 → 민법의 입문 류호권”에 질문을 올려주시면 성실하게 답변을 드리도록 하겠습니다.

마지막으로 국내 유일무이한 법률전문잡지인 『考試界』의 전통을 곳곳이 지키고 계시며 본 교재에 대한 애착을 가지고 매년 본 교재를 꾸준히 출간해 주시는 고시계사 정상훈 사장님, 각종 자료 수집 및 조언과 함께 꼼꼼하게 교정을 봐 주신 전병주 국장님, 멋진 편집으로 책을 꾸며주신 신아름 디자인 팀장님께 깊은 감사를 드립니다.

2025년 2월
편저자 류 호 권

제1편 민법총칙

제1장 민법일반

- I. 민법의 의의(意義) | 15
- II. 민법의 법원(法源) | 16
- III. 민법의 기본원리 | 19

제2장 권리·의무(법률관계)

- I. 법률관계 | 21
- II. 신의성실의 원칙 | 25
- III. 신의성실의 원칙의 파생원칙 | 26
- IV. 신의칙에 관한 기타 판례 | 36

제3장 권리의 주체

- I. 권리능력의 의의 | 37
- II. 태아의 권리능력 | 37
- III. 권리능력의 소멸 | 41
- IV. 의사능력과 행위능력 | 42
- V. 민법상 주소 | 52
- VI. 부재자제도 | 53
- VII. 실종선고 | 55
- VIII. 법인일반 | 61
- IX. 법인의 설립 | 61
- X. 재단법인 | 65
- XI. 법인의 능력 | 69
- XII. 법인의 기관 | 74
- XIII. 법인의 소멸(해산과 청산) | 79
- XIV. 권리능력 없는 사단(=비법인사단) | 81

제4장 권리의 객체

- I. 물건 | 88

제5장 권리의 변동

- I. 권리의 변동 서설 | 97
- II. 법률행위 | 99
- III. 법률행위의 해석 | 106
- IV. 법률행위의 목적의 가능성(민법상 불능의 문제) | 112
- V. 법률행위의 내용의 적법성(강행법규 문제) | 113
- VI. 법률행위의 내용의 사회적 타당성(공서양속) | 116
- VII. 불공정한 법률행위(폭리행위) | 125
- VIII. 비진의표시 | 128
- IX. 통정허위표시 | 131
- X. 착오에 의한 의사표시 | 135
- XI. 사기, 강박에 의한 의사표시 | 143
- XII. 의사표시의 효력발생 | 147

제6장 대리

- I. 대리 일반론 | 150
- II. 수권행위 | 151
- III. 대리권의 제한 | 154
- IV. 대리권남용 | 156
- V. 대리행위에서 현명주의 | 156
- VI. 대리행위의 하자 | 158
- VII. 대리인의 행위능력 | 160
- VIII. 복대리 | 160
- IX. 대리권의 소멸 | 163
- X. 표현대리 일반 | 163
- XI. 대리권수여의 표시에 의한 표현대리 | 163
- XII. 권한을 넘은 표현대리 | 165
- XIII. 제129조의 표현대리 | 170
- XIV. 무권대리 | 171

제7장 법률행위의 무효와 취소

- I. 개관 | 178
- II. 법률행위 무효일반 | 179
- III. 일부무효 | 180
- IV. 무효행위의 전환 | 183
- V. 무효행위의 추인 | 184
- VI. 무권리자처분행위와 권리자의 추인 | 186
- VII. 유동적 무효 | 187
- VIII. 법률행위의 취소 | 190

제8장 조건·기한

- I. 부관 | 199
- II. 조건 | 199
- III. 기한 | 208

제9장 기간

213

제10장 소멸시효

- I. 소멸시효의 의의 | 217
- II. 구별개념(제척기간) | 217
- III. 소멸시효의 요건 | 220
- IV. 소멸시효의 중단 | 235
- V. 소멸시효의 정지 | 253
- VI. 소멸시효의 효력 | 254
- VII. 시효이익의 포기 | 256
- VIII. 소멸시효와 권리남용 | 260

제2편 물권법

제1장 물권법 일반

- I. 물권법의 의의와 성격 | 263
- II. 일물일권주의 | 265
- III. 물권법정주의 | 267
- IV. 물권적 청구권 | 269

제2장 물권의 변동

- I. 물권변동의 의의 및 모습 | 276
- II. 물권변동의 원인 | 277
- III. 공시(公示)의 원칙과 공신(公信)의 원칙 | 277
- IV. 물권행위 | 279

제3장 부동산물권의 변동

- I. 제186조 | 280
- II. 등기 일반론 | 280
- III. 중간생략등기 | 284
- IV. 등기청구권 | 287
- V. 법률규정에 의한 부동산물권의 변동 | 289
- VI. 등기의 효력 | 292
- VII. 가등기 | 298
- VIII. 명인방법에 의한 물권변동 | 300

제4장 동산물권의 변동

- I. 동산물권의 변동 개관 | 303
- II. 권리자로부터의 취득 | 303
- III. 선의취득(무권리자로부터의 취득) | 305

제5장 물권의 소멸

- I. 목적물의 멸실 | 311
- II. 소멸시효 | 312
- III. 물권의 포기 | 312
- IV. 공용징수 | 312
- V. 혼동 | 313

제6장 점유권

- I. 점유권 총설 | 316
- II. 점유의 관념화 현상 | 317
- III. 점유의 태양(모습) | 319
- IV. 점유의 분리·병합 등 | 326
- V. 점유의 추정력 | 327
- VI. 점유자와 회복자간의 법률관계 | 328
- VII. 점유권에 기한 물권적 청구권 | 336
- VIII. 점유권과 본권의 구별 | 339

IX. 자력구제(自力救濟) | 340
XI. 점유권의 소멸 | 341

X. 준점유(제210조) | 341

제7장 소유권

I. 소유권의 내용(제211조) | 342
III. 상린관계 | 348
V. 선점·습득·발견 | 371
VII. 소유권에 기한 물권적 청구권 | 376
IX. 명의신탁 | 402

II. 구분소유 | 346
IV. 취득시효 | 354
VI. 첨부(부합·혼화·가공) | 372
VIII. 공동소유 | 378

제8장 지상권

I. 지상권 일반 | 419
III. 관습상 법정지상권 | 430

II. 특수지상권 | 426

제9장 지역권

439

제10장 전세권

I. 전세권일반 | 444
III. 전세권의 효력 | 450
V. 전세권의 소멸 | 453

II. 전세권의 담보물권적 성격 | 446
IV. 전전세(轉傳賃) | 453

제11장 담보물권의 일반

I. 담보물권의 의의 | 456

II. 담보물권의 성질 | 457

제12장 유치권

I. 서설 | 459
III. 유치권의 효력 | 466

II. 유치권의 성립요건 | 460
IV. 유치권의 소멸 | 471

13장 질권

I. 총설 | 474
III. 동산질권자의 전질권 | 484

II. 동산질권 일반 | 475
IV. 동산질권의 소멸 | 488

Contents

V. 권리질권 | 488

제14장 저당권

- I. 저당권 일반 | 496
- II. 저당권의 효력범위 | 499
- III. 유저당계약 | 504
- IV. 법정지상권 | 506
- V. 일괄경매청구권 | 510
- VI. 저당목적물의 제3취득자의 지위와 물상보증인의 지위 | 511
- VII. 저당권침해시 저당권자의 보호방안 | 515
- VIII. 저당권의 처분과 소멸 | 518
- IX. 근저당권 | 520
- X. 공동저당 | 526
- XI. 지상권·전세권을 목적으로 하는 저당권 | 533

제15장 비전형담보물권

- I. 총 설 | 536
- II. 가등기담보 | 537
- III. 양도담보 | 547
- IV. 소유권유보부매매 | 554

제3편 채권총칙

제1장 채권법 일반

- I. 채권법의 의의 | 559
- II. 보호의무 | 560

제2장 채권의 목적

- I. 채권의 목적(내용) 일반론 | 565
- II. 특정물채권 | 565
- III. 종류채권 | 568
- IV. 금전채권 | 570
- V. 이자채권 | 574
- VI. 선택채권 | 576
- VII. 임의채권 | 578

제3장 채권의 효력

- I. 채권의 효력 일반 | 579
- II. 이행보조자 | 581
- III. 이행지체 | 583
- IV. 이행불능 | 589
- V. 불완전이행 | 594
- VI. 이행거절 | 596

VII. 강제이행 | 598

IX. 과실상계 | 609

XI. 채권자지체(수령지체) | 620

XIII. 채권자대위권 | 624

XV. 제3자에 의한 채권침해 | 664

VIII. 손해배상 일반 | 601

X. 손해배상액의 예정 | 614

XII. 책임재산보전의 일반론 | 623

XIV. 채권자취소권 | 637

제4장 수인의 채권자 및 채무자 -----

I. 분할채권관계 | 666

III. 연대채무 | 671

V. 보증채무 | 681

VI. 주채무자 또는 보증인에 관하여 생긴 사유의 효력과 구상권 | 688

VII. 특수한 보증 | 695

II. 불가분채권관계 | 667

IV. 부진정연대채무 | 678

VIII. 계속적 보증 또는 근보증 | 698

제5장 채권양도와 채무인수 -----

I. 채권양도 | 701

III. 병존적(중첩적) 채무인수 | 718

II. 면책적 채무인수 | 715

제6장 채권의 소멸 -----

I. 채권의 소멸일반 | 724

III. 변제의 제공 | 730

V. 변제자대위(변제에 의한 대위) | 737

VII. 공탁 | 749

IX. 경개 | 766

XI. 혼동 | 768

II. 변제 | 724

IV. 변제충당 | 732

VI. 대물변제 | 747

VIII. 상계 | 754

X. 면제 | 768

제4편 채권각론

제1장 계약총칙

제1절 계약의 성립 | 773

- I. 계약의 의의 및 계약자유의 원칙 | 773
- II. 계약의 종류 | 774
- III. 계약의 성립 | 776
- IV. 약관에 의한 계약성립 | 780
- V. 계약체결상의 과실책임 | 784

제2절 계약의 효력 | 788

- I. 동시이행의 항변권 | 788
- II. 위험부담 | 798
- III. 제3자를 위한 계약 | 800

제3절 계약의 소멸(해제·해지) | 805

- I. 계약의 해제 | 805
- II. 계약의 해지 | 822

제2장 계약각칙

제1절 증여 | 823

제2절 매매 | 830

- I. 매매 일반론 | 830
- II. 매도인의 담보책임 | 838
- III. 환매 | 850

제3절 교환 | 852

제4절 소비대차 | 853

제5절 사용대차 | 857

제6절 임대차 | 859

- I. 민법상 임대차 | 859
- II. 주택임대차보호법 | 884
- III. 상가건물임대차보호법 | 887

제7절 고용 | 887

제8절 도급 | 888

제9절 여행계약(신설) | 902

제10절 현상광고 | 905

제11절 위임 | 907

제12절 임치 | 914

제13절 조합 | 916

제14절 중신정기금 | 929

제15절 화해 | 930

제3장 사무관리

I. 의의 및 본질 | 933

II. 성립요건 | 933

III. 효과 | 935

제4장 부당이득

I. 일반부당이득 | 938

II. 특수한 부당이득 | 949

III. 부당이득의 효과(부당이득의 반환) | 955

제5장 불법행위

I. 불법행위 총설 | 959

II. 일반불법행위 | 961

III. 책임무능력자의 불법행위에 대한 감독자의 책임 | 967

IV. 사용자책임 | 969

V. 도급인의 책임 | 974

VI. 공작물 등의 점유자와 소유자의 책임 | 975

VII. 동물점유자의 책임 | 978

VIII. 공동불법행위 | 978

IX. 의료과오 | 985

X. 제조물책임 | 988

XI. 명예훼손 | 989

XII. 불법행위의 효과 | 990

판례색인

제 1 편

민법총칙

- | 제1장 | 민법일반
- | 제2장 | 권리·의무(법률관계)
- | 제3장 | 권리의 주체
- | 제4장 | 권리의 객체
- | 제5장 | 권리의 변동
- | 제6장 | 대리
- | 제7장 | 법률행위의 무효와 취소
- | 제8장 | 조건·기한
- | 제9장 | 기간
- | 제10장 | 소멸시효

I. 민법의 의의(意義)

1. 형식적 의미의 민법(=민법전)

『민법전』이란 1958년 제정하여 1960년 1월 1일부터 시행되고 있는 현행민법으로서 형식적 의미의 민법(국회가 제정한 민법)을 말한다.

2. 실질적 의미의 민법

(1) 일반사법으로서의 민법

민법은 사법(私法)이며, 사람·장소·사항 등에 관계없이, 즉 특별한 제한 없이 일반적으로 적용되는 사법으로서, 일반사법(一般私法)이다. 일반사법으로서의 민법과 대비되는 특별사법으로는 상법이 있다.

(2) 공법과 사법의 구별

이익설, 성질설, 주체설, 생활관계설, 사적자치기준설, 절충설 등이 있는데, 통설적 견해인 절충설은 주체설을 기본으로 하여 다른 설의 입장을 어느 정도 고려한다. 예컨대 공법은 국가 기타의 공공단체와 개인과의 관계 및 공공단체 상호간의 관계를 규율하는 법이며, 원칙적으로 수직관계 내지 상하관계에 있으며, 사법은 사인 상호간의 관계를 규율하는 법으로 원칙적으로 수평관계에 있다고 한다.

(3) 실체법으로서의 민법

민법은 당사자의 권리·의무를 규정하고 있는 실체법에 속한다. 이러한 법의 실체적 권리·의무는 주로 민사소송법 및 민사집행법을 비롯한 절차법을 통하여 실현된다.

(4) 행위규범 및 재판규범

실체법인 민법은 사인간의 법적 행위를 지도하는 행위규범이면서 재판관의 재판의 기준으로서 재판규범이다.

II. 민법의 법원(法源)

제1조(법원)

민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.

1. 의의

- (1) 법원(法源)이란 재판관이 재판을 할 때 ‘재판의 기준’이 되는 것을 말한다. 민법의 법원(法源)은 실질적 민법의 존재형식, 즉 민사에 관한 적용법규를 말한다.
- (2) 제1조의 “법률”은 실질적 의미의 법률로서 법률·명령·규칙 등을 포함한다. 하지만, 형식적 의미의 법률은 국회가 제정한 “법률”만을 의미한다. ☞ 제185조의 “법률”은 형식적 의미의 법률로서 제1조의 “법률”과 의미가 다르다는 점을 주의해야 한다(물권법에서 다시 설명함).

2. 제1조의 “법률”(실질적 의미의 민법)

(1) 법률(형식적 의미의 민법)

민법전은 물론 민법전 이외의 법률 중에서도 민사에 관련되면 민법의 법원이 된다. 예컨대 공법 중에도 농지법 등은 민법의 법원이 될 수 있다.

(2) 명령·규칙 등

국회가 제정한 법률 이외에도 대통령이나 행정 각 부 장관의 명령, 대법원규칙, 지방자치단체의 조례 등도 법원이 된다. 대통령의 긴급명령은 법률과 같은 효력이 있다. 따라서 당연히 법원이 된다.

(3) 조약

헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력이 있기 때문에 법원이 된다.

(4) 헌법재판소의 결정

법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하므로 그 결정 내용이 민사에 관한 것이면 민법의 법원이 된다. 대표적으로 민법 제764조의 “명예회복에 적당한 처분”을 사죄광고의 의미로 해석하는 한도에서는 위헌이라고 본 결정이 그러하다(헌재 1991. 4. 1. 89헌마 160 참조). 그리고 최근에는 임대차존속기간을 20년으로 제한한 민법 제651조 제1항에 대하여 계약의 자유를 침해한다는 이유로 위헌결정을 한 바 있다(헌재 2013. 12. 26, 2011헌바234).

3. 관습법

(1) 관습법의 성립요건(관행+법적 확신)

판례 ① [1] 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 그러한 관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 또 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적 규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니한 사회생활규범은 비록 그것이 사회의 거듭된 관행으로 생성된 것이라고 할지라도 이를 법적 규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다.

[2] 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다.

[3] [다수의견] 중증은 공동선조의 분묘수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 것임에도, 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 중증의 구성원으로 하고 여성은 중증의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 중증의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 중증 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다[대판(전합) 2005. 7. 21, 2002다1178].

② 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결은 제사주재자는 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 된다고 판시하였다. 그러나 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우 제사주재자 결정방법에 관한 2008년 전원합의체 판결의 법리는 더 이상 조리에 부합한다고 보기 어려워 유지될 수 없다. 공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 인정할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 피상속인의 직계비속 중 남녀, 적서를 불문하고 최근친의 연장자가 제사주재자로 우선한다고 보는 것이 가장 조리에 부합한다(대판 2023. 5. 11, 2018다248626). ☞ 과거에는 조리에 부합하였던 법규범이라도 사회관념과 법의식의 변화 등으로 인해 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면, 대법원은 전체 법질서에 부합하지 않는 부분을 배제하는 등의 방법으로 그러한 법규범이 현재의 법질서에 합치하도록 하여야 한다.

(2) 관습법의 효력

1) 관습법 효력에 대한 학설의 대립

(ㄱ) 보충적 효력설

“법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고”라는 민법 제1조의 규정에 비추어 볼 때 관습법은 성문법에 규정이 없는 경우에만 보충적으로 적용된다는 견해로서 다수설이다.

(L) 변경적 효력설

민법 제1조의 규정에도 불구하고 관습법도 성문법을 변경 내지 개폐하는 효력이 있다는 견해이다. 예컨대 기존의 성문법과 다른 내용의 관습법이 성립한 경우, “신법은 구법에 우선한다”는 원칙에 따라 관습법이 성문법에 우선한다는 것이다.

(C) 판례(보충적 효력설)

판례 가정의례준칙 제13조의 규정(성문법)과 배치되는 관습법의 효력을 인정하는 것은 관습법의 제정법에 대한 열후적, 보충적 성격에 비추어 민법 제1조의 취지에 어긋나는 것이다(대판 1983. 6. 14, 80다3231).

2) 소급효

관습법은 법원의 판결에 의해서 비로소 그 존재가 확인되지만 그 성립시기는 그 관습이 법적 확신을 획득한 때로 소급한다(통설).

(3) 판례에 의해 확인된 관습법(관련된 부분에서 후술)

명인방법·관습법상의 법정지상권·분묘기지권·동산의 양도담보·사실혼 등이 있다.

(4) 관습법(제1조)과 사실인 관습(제106조)의 구별

관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말한다(대판 1983. 6. 14, 80다3231; 제106조에서 후술함).

판례 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증에 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 함을 원칙으로 한다(대판 1983. 6. 14, 80다3231).

4. 조 리(=신의칙)

- (1) 조리의 법원성에 대하여는 논란이 있다. 조리란 사물의 도리 또는 법의 일반원리를 말하며, 경험칙(=신의칙)·사회통념 등으로 표현되기도 한다. “재판관은 법적 분쟁에 관하여 법률이 없음을 이유로 재판을 거부할 수 없다” 따라서 조리는 마지막 법원이 된다고 봄이 다수설이다(이설 있음).
- (2) 판례는 “종중원의 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 그 구성원이 된다고 보는 것이 조리(條理)에 합당하다”고 한다(대판 2007. 9. 6, 2007다34982).

5. 판례의 법원성

특정사건에 대한 판결이 그 사건에 그치지 않고 유사한 사건에 반복되어 인용되면서 이러한 유형의 사건에는 이러한 법리가 적용되어야 한다는 재판적 관행이 생기게 되는 경우, 이러한 법리를 담은 상급법원의 판결이 판례로서 인정된다. 이러한 판례에 대해서는 법원성 부정설이 통설적 견해이다. 단, 사실상 구속력은 인정된다.

Ⅲ. 민법의 기본원리

1. 사적자치원칙

(1) 법률행위자유원칙 중 계약자유원칙

개인의 의사를 요소로 하는 법률요건이 법률행위이므로 결국 법률행위는 사적 자치를 실현하는 수단이고 따라서 여기서 법률행위의 자유원칙이 나오게 된다. 법률행위의 자유는 계약의 자유·유언의 자유·단체설립의 자유를 포함한다. 그러나 유언의 자유는 엄격한 방식을 요구하고(제1060조 이하), 단체설립의 자유는 일정한 제한을 받으므로(허가주의;제32조), 결국 계약의 자유가 그 중심을 이루게 된다. 이러한 계약은 자유인 동시에 사회생활의 유지·발전에 불가결한 의무들의 1차적인 발생원인이 된다. 로마법에는 “계약은 준수되어야 한다(pacta sunt servanda)”는 법원칙이 있었다.

(2) 재산권(특히 소유권) 존중의 원칙(민법 제211조 이하)

재산, 그 중에서도 소유권은 인격이 자유롭게 존립하고 각자가 자신의 인간성을 건전하게 전개하여 가기 위한 물질적 기초로서 강한 보호를 받는다. 그리하여 소유자가 그 소유물로부터 이익을 얻는 것이 제3자로부터 방해받을 때 그 방해가 소유자 자신의 의사에 의하여 설정된 권리에 기한 것이 아닌 한 이를 언제든지 배제할 수 있다(물권법에서 물권적 청구권 등이 대표적이다). 또 소유권의 내용을 해치는 것은 그 침해자에게 과실이 없어도 일단 위법하다고 평가된다.

(3) 과실책임의 원칙(민법 제390조, 제750조)

자기의 행위로 인하여 타인에게 재산적 손실 기타의 불이익을 주었을 때에 그 불이익이 자신의 행위에 의하여 야기되었다는 사실만으로는 그 불이익을 상대방에게 전보해 주어야 할 책임이 발생하지 않는다. 민법은 어떤 사람에게 그가 의욕하지 아니한 의무 기타 불이익한 법적 효과를 부담시키려면 그에게 귀책사유(고의 또는 과실)가 있을 것을 원칙적으로 요구한다. 예컨대 불법행위로 인한 손해배상 책임이 인정되려면 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위’로 인하여 그 손해가 발생하였어야 하는 것이 원칙이다(제750조). 채무불이행과 관련하여서는 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다”(제390조)고 하여 고의 또는 과실을 요구한다.

2. 사적자치의 수정

(1) 의의

국가는 인간의 평등한 생활을 실질적으로 확보하기 위하여 ① 경제적 강자의 계약자유를 어느 정도 제한한다거나, ② 공급이 한정적인 토지에 대한 소유권의 행사를 공법적으로 제한한다거나, ③ 과실 책임에 대한 수정으로 특수한 영역에서 무과실책임을 인정하는 등 사적자치를 제한하기도 한다. 특히 신의성실의 원칙(제2조)과 관련된 권리남용금지의 원칙·실효의 원칙·금반언의 원칙·사정변경의 원칙 등은 사적자치의 원칙을 수정하는 면이 있다. 그러나 어디까지나 사적자치의 원칙이 민법의 기본 원리임은 변함이 없고 사적자치 원칙에 대한 제약은 필요 최소한에 그쳐야 한다.

(2) 민법상 과실책임 원칙의 수정

1) 무과실책임

- ① 무권대리인의 책임(제135조)
- ② 금전채무불이행으로 인한 손해배상책임(제397조 제2항)
- ③ 매도인의 담보책임(제569조~제584조)
- ④ 수급인의 담보책임(제667조~제672조)
- ⑤ 여행주최자의 담보책임(제674조의 6~제674조의 8)
- ⑥ 공작물의 소유자책임(제758조)
- ⑦ 수임인이 위임사무의 처리를 위하여 과실없이 받은 손해에 대한 위임인의 책임(제688조 제3항)
- ⑧ 임치인의 임치물의 성질·하자로 인한 수치인에 대한 책임(제697조)
- ⑨ 법정대리인의 복임권 행사로 인한 본인에 대한 책임(제122조)

2) 중간책임

- ① 책임무능력자의 행위에 대한 감독자의 책임(제755조)
- ② 피용자의 행위에 대한 사용자의 책임(제756조)
- ③ 공작물, 수목의 설치·보존의 하자에 대한 점유자의 책임(제758조)
- ④ 동물의 점유자·보관자의 책임(제759조)

(3) 각종 특별법에 근거한 경우(채권법의 불법행위 편에서 상술)

- ① 제조물책임법
- ② 자동차손해배상보장법
- ③ 원자력손해배상보장법
- ④ 환경정책기본법

I. 법률관계

1. 법률관계와 호의관계의 구별

(1) 의의

법률관계란 통설(법적 생활관계설)에 따르면, '법규범에 의하여 규율되는 생활관계'를 말한다. 법률관계의 내용은 구체적인 권리와 의무이며, 주된 권리·의무뿐만 아니라 부수적 권리·의무도 포함한다. 반면에 호의관계는 호의를 갖고 상대방을 도와주는 관계로 강제력 있는 법률관계로 보기는 어렵고 원칙적으로 인간관계로서 단순한 인간관계에 기한 약속을 어겨도 그 이행을 청구한다든가 손해배상을 청구할 수 없다. 다만 단순한 인간관계와는 달리 그 중간에 속하는 관계이다. 따라서 예컨대 자동차에 호의동승했다가 사고가 생겨 손해가 발생하면 예외적으로 법률관계(=법률문제)가 문제될 수 있다.

(2) 구별

호의관계와 법률관계의 구별기준은 법적 구속의 의사가 있는지 여부이다. 대가관계(유상인지 무상인지 여부)가 호의관계와 법률관계의 구별기준이 되는 것은 아니다.

판례 <호의동승> 가해자에게 일반 교통사고와 동일한 책임을 지우는 것이 신의법칙이나 형평의 원칙으로 보아 매우 불합리하다고 인정될 때에는 그 배상액을 경감할 수 있으나, 사고 차량에 단순히 호의로 동승하였다는 사실만 가지고 바로 이를 배상액 경감사유로 삼을 수 있는 것은 아니다(대판 1999. 2. 9. 98다53141).

2. 권리의 종류

(1) 내용에 의한 분류

권리를 그 내용이 되는 사회적 생활이익을 기준으로 하여 분류할 때, 인격권, 재산권, 가족권, 사원권으로 구분해 볼 수 있다.

1) 인격권

권리의 주체와 분리할 수 없는 인격적 이익의 향수를 내용으로 하는 권리로서 생명·신체·정신의 자유에 대한 권리가 이에 속한다. 인격의 주체로서 개인이 갖는 권리이다. 민법은 인격권에 관하여 명

문의 규정을 두고 있지 않으나, 헌법이나 민법 제3조·제751조로부터 당연히 도출되는 권리이다. 이는 절대권의 일종으로서 이를 침해하면 당연히 불법행위가 된다(제750조 참조). 법인이나 권리능력 없는 사단·재단도 명예권 등의 인격권을 갖는다.

2) 재산권

경제적 가치 있는 이익의 향수를 목적으로 하는, 즉 금전으로 평가될 수 있는 권리가 재산권이다. 물권·채권·지식재산권(무체재산권)이 재산권에 속한다.

3) 가족권

이에는 친족권과 상속권의 두 가지가 있다. 친족권은 일정한 친족상의 신분으로부터 발생하는 권리이다. 친족권이 침해되는 경우에는 물권적 청구권과 유사한 신분적 청구권이 발생한다. 이에 대하여 상속권은 상속인이 상속재산에 관한 권리를 말한다.

4) 사원권

단체의 구성원이 그 구성원이라는 지위에 기하여 단체에 대하여 가지는 포괄적 권리를 말한다. 사원권에는 의결권·소수사원권(제70조 제2항) 등과 같은 공익권(共益權)과 이익배당청구권·잔여재산분배청구권과 같은 자익권(自益權)이 있다.

(2) 효력(작용)에 의한 분류

권리를 효력(작용)에 의하여 분류하면 지배권·청구권·형성권·항변권으로 구분해 볼 수 있다.

1) 지배권(=절대권)

타인의 협력을 필요로 하지 않고 일정한 객체를 직접 지배할 수 있는 권리로서 물권·지식재산권·인격권·친권·후견권 등이 이에 속한다. 지배권에 대한 침해는 불법행위를 구성하고(제750조 참조), 지배상태에 대한 방해를 제거할 수 있는 효력이 있다. 지배권은 절대권이다. 절대권이라 함은 권리가 모든 사람에 대하여 주장할 수 있는 권리로서 특정인이 특정인에 대하여만 일정한 행위를 청구하는 채권인 상대권과 대비된다.

2) 청구권

특정인이 다른 특정인에 대하여 일정한 행위, 즉 작위 또는 부작위를 요구하는 권리가 청구권이며, 청구권은 모두 어떤 권리를 기초로 하여 존재한다(채권·물권·가족관계 등에 기해 발생). 그 중 전형적인 권리가 채권이다. 그러나 채권은 청구권을 본체로 하지만 그 이외에도 급부를 수령하여 보유할 수 있는 효력 등이 있으므로 청구권과 동일한 것은 아니다.

3) 형성권(=가능권)

권리자의 일방적인 의사표시만으로 권리의 변동을 생기게 하는 권리로서 이러한 권리는 누구의 협력 없이도 법률관계를 발생·변경·소멸시키는데 그 특질이 있다. 따라서 형성권(形成權)은 반드시 상당한 근거가 있어야만 인정되는 것이다. 그 근거는 당사자의 약정(예컨대 약정에 의하여 해제권을 보류할 수도 있다)이나 또는 법률의 규정이다. 여기에는 두 가지 유형이 있다.

(가) 권리자의 의사표시만으로써 효과를 발생하는 것이다. 이에 속하는 것으로 법률행위의 동의권(제5조, 제13조 제1항)·취소권(제140조)·추인권(제143조)·계약의 해제권 및 해지권(제543조)·상계권(제492조) 등이 있다.

(나) 법원의 판결에 의하여 비로소 효과를 발생하는 것이 있다. 채권자취소권(제406조)·혼인취소권(제816조) 등이다.

4) 항변권

거절권이라고도 한다. 청구권의 행사에 대하여 그 작용을 저지할 수 있는 효력을 가지는 권리를 항변권이라고 한다. 항변권에는 청구권의 행사를 일시적으로 저지할 수 있는 ‘연기적 항변권(延期的 抗辯權)’과 영구적으로 저지할 수 있는 ‘영구적 항변권(永久的 抗辯權)’이 있다. 동시이행의 항변권(제536조)·보증인의 최고 및 검색의 항변권(제437조)은 전자의 예이고, 상속인의 한정승인 항변권(제1028조)은 후자의 예이다.

3. 권리의 순위와 경합

(1) 권리의 충돌과 순위

1) 권리의 충돌

동일한 객체에 대하여 수 개의 권리가 존재하는 경우에는 그 객체가 모든 권리를 만족시킬 수 없는 현상이 일어날 수 있다. 이것을 ‘권리의 충돌’이라고 한다.

2) 물권에서 순위의 원칙과 채권에서 선행의 원칙

시간적 관계에 있어서 앞서 성립한 물권이 뒤에 성립한 물권에 우선한다. 즉 ‘순위의 원칙’이 적용되며, 다만 제한물권이 소유권보다 항상 우선한다. 이에 대하여 채권에 있어서는 순위의 원칙이 적용되지 않고 ‘선행의 원칙’이 지배한다. 채권자 상호간에 우선 순위가 없기 때문에 각 채권자는 임의로 그의 채권을 실행할 수 있고, 따라서 먼저 채권을 행사한 자가 우선하는 결과가 되는 것이다. 예컨대 이 중매매에 있어서는 먼저 매수한 자가 나중 매수한 자에 우선하는 것이 아니라 먼저 등기 또는 인도로서 이행을 받은 자가 우선하는 것이다. 다만 과산의 경우에는 채권 상호간에 있어서는 ‘채권자평등의 원칙’에 의해, 동일인 채무자에 대한 수 개의 채권은 그 발생원인·발생시기·채권액을 불문하고 평등하게 다루어진다.

3) 동일물에 대하여 물권과 채권이 병존하는 경우에는 그 성립시기를 불문하고 물권이 우선한다. 물권은 물건에 대한 직접의 지배권인 데 반해, 채권은 채무자의 행위를 통해 간접적으로 지배를 미치는 성격상의 차이에서 연유한다. 다만 채권도 동기 또는 대항력을 갖춘 경우(임차권·환매권 등)에는 예외이다.

(2) 권리의 경합과 법규의 경합

1) 권리의 경합

권리의 경합이란 권리 자체는 여러 개가 발생하지만 그 중 하나를 행사하면 다른 권리가 배제되는 것을 말한다. 예컨대 임대차기간 만료 후에 임차인이 임차물을 반환하지 않을 때에는 임대인은 소유권에 기한 반환청구권과 임대차계약에 기한 반환청구권을 모두 갖게 되는데, 이 양 청구권은 동일한 것을 목적으로 하기 때문에 한쪽의 청구권을 행사함으로써 만족을 얻게 되면 다른 쪽의 청구권은 자동으로 소멸한다.

판례 ① 채무불이행책임과 불법행위책임은 각각 요건과 효과를 달리하는 별개의 법률관계에서 발생하는 것이므로 하나의 행위가 계약상 채무불이행의 요건을 충족함과 동시에 불법행위의 요건도 충족하는 경우에는 두 개의 손해배상청구권이 경합하여 발생하고, 권리자는 위 두 개의 손해배상청구권 중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있다. 다만 동일한 사실관계에서 발생한 손해의 배상을 목적으로 하는 경우에도 채무불이행을 원인으로 하는 배상청구와 불법행위를 원인으로 한 배상청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송물이므로, 법원은 원고가 행사하는 청구권에 관하여 다른 청구권과는 별개로 그 성립요건과 법률효과의 인정 여부를 판단하여야 한다. 계약 위반으로 인한 채무불이행이 성립한다고 하여 그것만으로 바로 불법행위가 성립하는 것은 아니다(대판 2021. 6. 24. 2016다210474).

② 동일한 법률행위에 따른 채무불이행책임과 불법행위책임이 경합할 경우 권리자는 그 중 어느 하나의 손해배상청구권을 행사할 수 있는데 그 경우 당사자 사이에 계약상의 면책약관을 명시적이거나 묵시적으로 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구까지 적용하기로 하는 약정이 없는 이상 불법행위책임에는 적용되지 않는다(대판 2021. 6. 10. 2019다226005).

2) 법규의 경합(=법조경합)

법규의 경합(=법조경합)이란 하나의 권리규정이 다른 권리규정을 배제하여 원래부터 권리는 하나만이 발생한다는 것이다. 예컨대 공무원이 그 직무집행에 따른 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 입힌 경우, 국가배상법 규정이 민법 제750조의 특별법으로서 국가배상법상 손해배상청구권만이 발생한다.

II. 신의성실의 원칙

제2조(신의성실)

- ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.
- ② 권리는 남용하지 못한다.

1. 의 의

신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다는 추상적 규범을 말한다(대판 2020. 10. 29, 2018다228868). 통칙에 규정을 둬으로써 신의칙은 채권관계 뿐 아니라, 물권관계나 가족관계에서도 적용된다.

2. 신의칙의 기능

첫째 당사자간 계약내용의 결합 내지는 법규의 흠결을 보충하는 기능, 둘째 구체적 사건에서 어떤 법규를 그대로 형식적으로 적용하면 도저히 타당한 결과를 얻을 수 없는 경우에 구체적 타당성을 확보하는 기능 등이 있다.

3. 신의칙의 적용

- (1) 법관의 자의적 법률효과의 위험을 내포하고 있으므로 신의칙의 적용은 개별적 규정을 우선 적용하여야 하고, 그 다음에 여의치 않을 때 하여야 한다(일반적 조항으로의 도피를 방지).

판례 유효하게 성립한 계약상의 책임을 공평의 이념 또는 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 사적 자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로, 채권자가 유효하게 성립한 계약에 따른 급부의 이행을 청구하는 때에 법원이 급부의 일부를 감축하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다(대판 2016. 12. 1, 2016다240543).

- (2) 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1989. 9. 29, 88다가17181).

- (3) 신의칙위반에 해당하는가의 여부는 당해 구체적 사건에서 법원이 개별적으로 판단할 수 밖에 없다. 판례는 아래와 같은 기준을 제시한다.

판례 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 제공하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하

여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도에 이르러야 한다. 상대방에게 신의를 창출한 바 없거나 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 있지 않을 뿐만 아니라 권리행사가 정의의 관념에 반하지 않는 경우에는 권리행사를 신의성실의 원칙에 반한다고 볼 수 없다(대판 2020. 10. 29, 2018다228868).

Ⅲ. 신의성실의 원칙의 파생원칙

1. 모순행위의 금지의 원칙(금반언의 원칙)

(1) 의 의

자신의 선행행위와 모순되는 후행행위는 허용되지 않는다는 원칙이다.

(2) 판례고찰

- 1) 경매목적이 된 부동산의 소유자가 경매절차가 진행중인 사실을 알면서도 그 경매의 기초가 된 근저당권 내지 집행권원인 공정증서가 무효임을 주장하여 경매절차를 저지하기 위한 조치를 취하지 않았을 뿐만 아니라 배당기일에 자신의 배당금을 이의 없이 수령하고 경락인으로부터 이사비용을 받고 부동산을 임의로 명도해 주기까지 하였다면 그 후 경락인에 대하여 위 근저당권이 나 공정증서가 효력이 없음을 이유로 경매절차가 무효라고 주장하여 그 경매목적물에 관한 소유권이전등기의 말소를 청구하는 것은 금반언의 원칙 및 신의칙에 위반되는 것이어서 허용될 수 없다(대판 1993. 12. 24, 93다42603).
- 2) ① 근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 그 임대차 사실을 부인하고 임차보증금에 대한 권리주장을 않겠다는 내용의 확인서를 작성해 준 경우, 그 후 그 건물에 대한 경매절차에서 이를 반복하여 대항력 있는 임대차의 존재를 주장함과 아울러 근저당권자보다 우선적 지위를 가지는 확정일자부 임차인임을 주장하여 그 임차보증금 반환채권에 대한 배당요구를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 금반언 및 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다(대판 1997. 6. 27, 97다12211). ② 주택 경매절차의 매수인이 권리신고 및 배당요구를 한 주택임차인의 배당순위가 1순위 근저당권자보다 우선한다고 신뢰하여 임차보증금 전액이 매각대금에서 배당되어 임차보증금반환채무를 인수하지 않는다는 전제 아래 매수가격을 정하여 낙찰을 받아 주택에 관한 소유권을 취득하였다면, 설령 주택임차인이 1순위 근저당권자에게 무상거주확인서를 작성해 준 사실이 있어 임차보증금을 배당받지 못하게 되었다고 하더라도, 그러한 사정을 들어 주택의 인도를 구하는 매수인에게 주택임대차보호법상 대항력을 주장하는 것은 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다(대판 2017. 4. 7, 2016다248431).

동지판례 근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 임대차 사실을 부인하고 건물에 관하여 임차인으로서의 권리를 주장하지 않겠다는 내용의 무상임대차 확인서를 작성해 주었고, 그 후 개시된 경매절차에 무상임대차 확인서가 제출되어 매수인이 확인서의 내용을 신뢰하여 매수 신청금액을 결정하는 경우와 같이, 임차인이 작성한 무상임대차 확인서에서 비롯된 매수인의 신뢰가 매각절

차에 반영되었다고 볼 수 있는 사정이 존재하는 경우에는, 비록 매각물건명세서 등에 건물에 대항력 있는 임대차 관계가 존재한다는 취지로 기재되었더라도 임차인이 제3자인 매수인의 건물인도청구에 대하여 대항력 있는 임대차를 주장하여 임차보증금반환과의 동시이행의 항변을 하는 것은 금반언 또는 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다(대판 2016. 12. 1, 2016다228215).

4) 당사자는 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 하는 것이나(민사소송법 제1조 제2항), 어떤 사실에 관한 법률적 평가를 달리하여 주장하는 것만으로는 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반한다고 할 수 없다. 따라서 원고가 제1심에서는 제1차 이사회에 소집절차가 적법함을 전제로 한 주장을 하였다가 원심이 이르러서는 그 소집절차에 하자가 있었다고 주장하였다고 하더라도, 그러한 주장이 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반한다고 할 수 없다(대판 2010. 6. 24, 2010다2107).

(3) 신의칙의 한계

1) 내용

권리의 행사가 신의칙에 위배하더라도 신의칙보다 상위에 있는 민법의 기본이념에 배치되지 않는 경우에는 이러한 권리행사는 허용된다고 해석하여야 한다. 즉 판례는 “강행법규에 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 몰각하게 되므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장은 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없다”고 거듭 판시한다(대판 2014. 9. 4, 2014다6404; 대판 2006. 10. 12, 2005다75729).

2) 판례검토

- (가) 강행법규인 국토이용관리법의 토지거래 허가규정을 위반하였을 경우에 있어서 위반한 자 스스로가 무효를 주장함이 신의칙 위반의 권리행사라는 이유로 이를 배척한다면 투기거래계약의 효력발생을 금지하려는 국토이용관리법의 입법취지를 완전히 몰각시키는 결과가 되므로 그러한 주장이 신의칙에 위반한다고 할 수 없다(대판 1993. 12. 24, 93다44319, 44326).
- (나) 강행법규인 증거거래법에 위반하여 무효인 수익보장약정이 투자신탁회사가 먼저 고객에게 제의함으로써 체결된 것이라고 하더라도, 이러한 경우에 강행법규를 위반한 투자신탁회사 스스로가 그 약정의 무효를 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 것이라고 할 수 없다(대판 1999. 3. 23, 99다4405).
- (다) 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다는 상법 제731조 제1항의 규정은 강행법규로서 이에 위반하여 계약을 체결한 자 스스로가 무효를 주장하는 것은 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수는 없다(대판 1999. 12. 7, 99다39999).
- (라) 미성년자의 법률행위에 법정대리인의 동의를 요하도록 하는 것은 강행규정인데, 위 규정에 반하

여 이루어진 신용구매계약을 미성년자 스스로 취소하는 것을 신의칙 위반을 이유로 배척한다면, 이는 오히려 위 규정에 의해 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 미성년자 제도의 입법 취지를 몰각시킬 우려가 있으므로, 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동의 없음을 사유로 들어 이를 취소하는 것이 신의칙에 위배된 것이라고 할 수 없다(대판 2007. 11. 16, 2005다71659, 71666, 71673).

(바) 강행규정을 위반한 법률행위를 한 사람이 스스로 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정의 입법 취지를 몰각시키는 결과가 되므로 그러한 주장은 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 다만 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖추고 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에는 강행규정을 위반한 법률행위의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배될 수 있다. 의료법 제48조 제3항은 의료법인이 재산을 처분하려면 시·도지사의 허가를 받아야 한다고 정하고 있다. 이는 의료법인이 재산을 부당하게 감소시키는 것을 방지함으로써 경영에 필요한 재산을 항상 갖추고 있도록 하여 의료법인의 건전한 발달을 도모하여 의료의 적정을 기하고 국민건강을 보호증진하게 하려는 데 그 목적이 있는 조항으로서 강행규정에 해당한다. 이 규정을 위반한 법률행위를 한 사람이 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는지는 위 법리에 따라 판단해야 한다(대판 2021. 11. 25, 2019다277157). ☞ 갑 의료법인의 기본재산인 토지에 을 지방자치단체가 건물을 신축하였고 갑 법인은 을 지방자치단체에 지상권설정등기를 해주었는데, 갑 법인이 을 지방자치단체와 위탁경영 계약을 체결한 다음 위 건물에서 약 35년간 계속하여 병원을 운영하다가, 위 지상권설정등기가 의료법 제48조 제3항에서 정한 시·도지사의 허가 없는 상태에서 이루어진 것으로서 무효라고 주장하며 그 말소를 구한 사안에서, 위 지상권설정등기 말소청구는 신의성실의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다고 한 사례.

2. 실효의 원칙

(1) 의의

실효의 원칙이라 함은 권리자가 ① 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니함에 따라 ② 그 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 ③ 정당한 기대를 가지게 된 경우에 ④ 새삼스럽게 권리자가 그 권리를 행사하는 것은 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반되어 허용되지 아니한다는 것을 의미한다(대판 1996. 7. 30, 94다51840).

(2) 적용범위

1) 실효의 원칙은 소멸시효에 걸리는 권리에 대하여도 시효기간에 관계없이 적용될 수 있고, 소멸시효에 걸리지 않는 권리(예컨대 소유권 등)에 대하여도 장기간 권리행사하지 않은 후 새롭게 행사하는 경우에 권리가 저지될 수도 있다. 판례도 부동산 소유권을 장기간 행사하지 않다가 소유

권확인의 소를 제기한 사건에서 신의칙에 반한다고 판시한 바 있는데, 결과적으로 물권인 소유 권에도 실효의 원칙을 받아들인 것으로 보인다(대판 1991. 8. 13, 91다11261).

- 2) 항소권과 같은 소송법상의 권리에 대하여도 실효의 원칙은 적용될 수 있다(대판 1996. 7. 30, 94다 51840 판결).
- 3) 아래는 해제권(형성권)의 실효를 인정한 사안이다.

판례 해제 의사표시가 있는 무렵을 기준으로 볼 때 무려 1년 4개월 가량 전에 발생한 해제권을 장기간 행사 하지 아니하고 오히려 매매계약이 여전히 유효함을 전제로 잔존채무의 이행을 최고함에 따라 상대방으로서는 그 해제권이 더이상 행사되지 아니할 것으로 신뢰하였고 또 매매계약상의 매매대금 자체는 거의 전부가 지급 된 점 등에 비추어 보면 그와 같이 신뢰한 데에는 정당한 사유도 있었다고 봄이 상당하다면, 그 후 새삼스럽게 그 해제권을 행사한다는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다 할 것이므로, 이제 와서 매매계약을 해제하기 위하여는 다시 이행제공을 하면서 최고를 할 필요가 있다(대판 1994. 11. 25, 94다12234).

- 4) 다만 인지청구권은 본인의 일신전속적인 신분관계상의 권리로서 포기할 수도 없으며 포기하였더라도 그 효력이 발생할 수 없는 것이고, 이와 같이 인지청구권의 포기가 허용되지 않는 이상 거기에 실효의 법리가 적용될 여지도 없다(대판 2001. 11. 27, 2001므1353).

(3) 판례의 검토

- 1) 징계면직처분을 다툼이 없이 다른 생업에 종사하여 오다가 징계면직일로부터 2년 10개월 가량이 경과한 후 제기한 해고무효확인의 소는 노동분쟁의 신속한 해결이라는 요청과 신의성실의 원칙 및 실효의 원칙에 비추어 허용될 수 없다(대판 1996. 11. 26, 95다49004).
- 2) 그런데 실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 실효기간(권리를 행사하지 아니한 기간)의 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자측과 상대방측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재한 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다(대판 2006. 10. 27, 2004다63408).

3. 사정변경의 원칙

(1) 사정변경으로 인한 계약해지

사정변경으로 인한 계약해지는, 계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정변경이 발생하였고 그러한 사정변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약 내용대로 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정된다(대판 2011. 6. 24, 2008다44368).

판례 : 계속적인 보증에 있어서는 보증계약 후 당초 예기하지 못한 사정변경이 생겨 보증인에게 계속하여 보증 책임을 지우는 것이 당사자의 의사해석 내지 신의칙에 비추어 상당하지 못하다고 인정되는 경우에는, 상대방인 채권자에게 신의칙상 묵과할 수 없는 손해를 입게 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 보증인의 일방적인 보증계약해지의 의사표시에 의하여 보증계약을 해지할 수 있다(대판 1996. 12. 10. 96다27858). 따라서 회사의 임원이나 직원의 지위에 있기 때문에 회사의 요구로 부득이 회사와 제3자 사이의 계속적 거래로 인한 회사의 채무에 대하여 보증인이 된 자가 그 후 회사로부터 퇴사하여 임원이나 직원의 지위를 떠난 때에는 보증계약 성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우에 해당하므로 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있다고 보아야 하며, 위 계속적 보증계약에서 보증기간을 정하였다고 하더라도 그것이 특히 퇴사 후에도 보증채무를 부담키로 특약한 취지라고 인정되지 않는 한 위와 같은 해지권의 발생에 영향이 없다(대판 1990. 2. 27. 89다카1381).

비교판례 : 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있는 것은 포괄근보증이나 한정근보증과 같이 채무액이 불확정적이고 계속적인 거래로 인한 채무에 대하여 한 보증에 한하는바, 회사의 이사로 재직하면서 보증 당시 그 채무액과 변제기가 특정되어 있는 회사의 확정채무에 대하여 보증을 한 후 이사직을 사임하였다 하더라도, 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 없다(대판 1996. 2. 9. 95다27431).

(2) 사정변경으로 인한 계약해제

판례 [1] : 이른바 사정변경으로 인한 계약해제는, ① 계약성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 ② 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, ③ 계약내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방 당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다. 또한, 계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약목적을 달성할 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 계약내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다(대판 2007. 3. 29. 2004다31302).

판례 [2] : 판례는 계약을 체결할 때 예견할 수 없었던 사정이 발생함으로써 야기된 불균형을 해소하고자 신의성실 원칙의 파생원칙으로서 사정변경의 원칙을 인정하고 있다. 즉, 계약 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, 그로 인하여 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약을 체결한 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약준수 원칙의 예외로서 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 있다. 여기에서 말하는 사정이란 당사자들에게 계약 성립의 기초가 된 사정을 가리키고, 당사자들이 계약의 기초로 삼지 않은 사정이나 어느 일방당사자가 변경에 따른 불이익이나 위험을 떠안기로 한 사정은 포함되지 않는다. 사정변경에 대한 예견가능성이 있었는지는 추상적·일반적으로 판단할 것이 아니라, 구체적인 사안에서 계약의 유형과 내용, 당사자의 지위, 거래경험과 인식가능성, 사정변경의 위험이 크고 구체적인지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 이때 합리적인 사람의 입장에서 볼 때 당사자들이 사정변경을 예견했다면 계약을 체결하지 않거나 다른 내용으로 체결했을 것이라고 기대되는 경우 특별한 사정이 없는 한 예견가능성이 없다고 볼 수 있다. 경제상황 등의 변동으로 당사자에게 손해가 생기더라도 합리적인 사람의 입장에서 사정변경을 예견할