

2026 대비 FORTUNE 민법

제 1 편

민법총칙



제1장 서 설

제2장 권리의 주체

제3장 권리의 객체

제4장 권리의 변동

제5장 기 간

제6장 소멸시효

제1장

서설

제1절

민법의 법원

제1조(법원) 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다.

제185조(물권의 종류) 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.

I (실질적 의미의) 법률

1. 의의

민법 제1조의 「법률」이란 형식적 의미의 법률에 한정하지 않고 실질적 의미의 법률도 포함한다. 따라서 형식적 의미의 법률을 의미하는 민법 제185조 물권법정주의에서의 법률과는 다르다. 즉 민법 제1조에서 말하는 법률은 광의의 법률(=실질적 의미의 법률)로서, 법률·명령·조례·규칙·성문조약 등은 모두 민법의 법원(法源)이 된다. 법률이란 좁은 의미·형식적 의미로 말하면 헌법상 국민의 대표기관인 의회에서 제정된 법을 의미한다. 이는 성문법 전체를 의미하는 광의의 법률과는 구별되는 개념이다.

2. (형식적 의미의) 법률

여기서의 법률은 형식적 의미로서 국민의 대표기관인 의회에서 제정된 법을 의미한다. 여기에는 민법전과 그 외의 법률이 있다. 민법전 외에도 민법의 법원이 되는 법률은 상당히 많다. ① 먼저 민법전을 보충하거나 수정하기 위하여 제정된 특별법규가 있는데, 이자제한법·주택임대차보호법·보증인보호를위한특별법·신원보증법·약관의규제에관한법률·자동차손해배상보장법·가등기담보등에관한법률 등이 그 예이다. ② 그리고 공법에 속하는 것으로서 농지법, 특허법, 저작권법, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 중의 일부 규정 등이 있다. ③ 그리고 민법전에 규정되어 있는 실체적인 민법법규를 구체화하기 위한 절차를 규정한 민법 부속법률도 있는데, 부동산등기법·가족관계의등록등에관한법률 등이 있다.

3. 명령

명령은 국회가 아닌 국가기관이 일정한 절차를 거쳐 제정하는 법규를 말한다. 이는 ① 법률에 의하여 위임된 사항을 정하는 위임명령¹⁾ ② 법률의 규정을 집행하기 위하여 필요한 세칙을 정하는 집행명령²⁾이 있다. 그리고 제정권자에 따라 대통령령·총리령·부령으로 나뉜다. 명령도 민사에 관

해 규정하고 있으면 민법의 법원이 된다.

4. (대법원)규칙

대법원은 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규정을 제정할 수 있다(헌법 제108조). 이 규칙이 민사에 관한 사항을 정한 것이라면 민법의 법원이 된다. 부동산규칙·공탁규칙·공탁금이자에관한규칙 등이 그것이다.

5. 조약, 헌법재판소 결정, 긴급명령

헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다(헌법 제6조). 따라서 조약이 민사에 관한 것을 정하면 민법의 법원이 된다. 그리고 헌법재판소의 결정은 법률과 동일한 효력을 가지므로(헌재법 제47조, 제75조), 그 결정내용이 민사에 관한 것이라면 민법의 법원이 된다. 대통령은 헌법이 정한 요건을 갖추어 긴급명령을 발할 수 있다(헌법 제76조). 긴급명령은 법률과 동등한 효력이 인정되고 그 내용이 민사에 관한 것인 때에는 민법의 법원이 된다.

6. 조례·규칙

지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 제정한 “조례”와 지방자치단체의 장이 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정한 “규칙”도 민사에 관한 것은 민법의 법원이 된다.

II 관습법

1. 성립 시기 - 법적 확신설(통설, 判例)

법으로서의 관행과 국민이 그 관습을 법으로서 받아들인다는 확신이 있을 때 관습법이 성립된다. 즉 관습법은 법원의 판결에 의해서 비로소 그 존재가 인정되지만, 그 성립 시기는 그 관습이 법적 확신을 획득한 때로 소급한다(법적확신설). 이에 반하여 국가의 승인이 있어야 관습법이 성립한다는 견해도 있다(국가승인설).

2. 성문법에 대한 효력

判例는 관습법은 법원으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있다고 하여 제정법에 대한 보충적 효력을 인정한다(대판(全) 2005.07.21. 2002다1178, 보충적 효력설). 그리고 判例는 “관습법은 법원이 될 수 있지만 법령에 저촉되지 않는 범위 내에서 효력이 있으므로 종중의 구성원을 성년남자로 제한하는 관습이 법질서에 반하기 때문에 사회 구성원의 법적 확신이 상당부분 흔들리거나 약화되었다면 이러한 관습은 더 이상 법적 효력을 갖지 않는다.”고 한다. 즉 대법원은 성년남자만 종중의 구성원이 되는 기존의 관습법에 대한 법적 확신이 흔들리고 그러한 관습이 헌법을 정점으로 하는 우리나라의 법질서에 맞지 않는다는 이유로 관습법이 효력을 상실하였다고 판단하였

1) 민법 제312조의 2 단서의 시행에 관한 규칙
2) 주택임대차보호법 시행령

다. 종중의 구성원에 관한 기존의 관습법이 효력을 상실하였으므로 구성원에 관한 기준은 존재하지 않게 되었고 따라서 조리에 따라야 한다. 조리에 따라 성인여자도 당연히 종중의 구성원이 되어야 한다고 보았다(대판(全) 2005.07.21. 2002다1178).

3. 직권조사사항

법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장 입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 하고 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 하나, 관습은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장·입증할 필요가 있다(대판 1983.06.14. 80다3231).

4. 사실인 관습

제106조(사실인 관습) 법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다.

(1) 의의

사실인 관습이란 사회의 거듭된 관행으로 인한 사회생활규범인 점이 관습법과 같으나, 다만 사회의 법적 확신, 인식에 의해 법적 규범으로 승인될 정도에 이르지 못한 것이다. 判例는 법적확신여하에 따라 관습법과 관습을 구별하는 입장³⁾에 있다.

(2) 주장, 증명

사실인 관습은 법령과 같은 효력이 없으므로, 원칙상 그 존재를 당사자가 주장, 입증하여야 한다(대판 1983.06.14. 80다3231). 다만 사실인 관습은 일상생활에 있어서의 일종의 경험칙에 속하고 경험칙은 일종의 법칙으로서 당사자의 주장이나 입증에 구애됨이 없이 법관이 직권에 의하여 판단할 수 있다(대판 1977.04.12. 76다1124).

(3) 법률행위의 해석 기준

사실인 관습은 사적 자치가 인정되는 분야 즉 그 분야의 제정법이 주로 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 의사를 보충하는 기능으로서 이를 재판의 자료로 할 수 있을 것이나 이 이외의 즉 그 분야의 제정법이 주로 강행규정일 경우에는 그 강행규정 자체에 결함이 있거나 강행규정 스스로가 관습에 따르도록 위임한 경우 등 이외에는 법적 효력을 부여할 수 없다(대판 1983.06.14. 80다3231).

3) 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이르른 것을 말하고, 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말하는 바, 관습법은 바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이며, 이에 반하여 사실인 관습은 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다(대판 1983.06.14. 80다3231).

III 조 리

1. 의의

조리는 사물의 본질적 법칙 또는 사물의 도리를 말한다. 일정한 내용을 가진 것이 아니고 법질서 전체에 비추어 가장 적절하다고 생각될 경우를 말하는 것으로, 일반사회인이 보통 인정한다고 생각되는 객관적인 원리 또는 법칙이다. 이른바 ‘경험칙’이라는 것도 여기에 포함된다. 경우에 따라서는 사회통념·사회적 타당성·신의성실·사회질서·형평·정의·이성·법의 체계적 조화·법의 일반원칙 등의 이름으로 표현되기도 한다.

2. 법원성

다수설, 판례는 조리의 법원성을 긍정한다.

3. 判例

대법원은 성년남자만 종중의 구성원이 된다는 관습이 법적 효력이 없게 되었다면 민법 제1조에 따라서 종중의 구성원의 자격은 조리에 의해서 보충될 수밖에 없다고 하였다(대판(全) 2005.07.21. 2002다1178).

IV 判例의 법원성

민법 제1조는 판례의 법원성에 관하여 언급이 없고, 관습법도 판례에 의해 확인됨으로써 비로소 관습법이 되는 것이므로 판례가 규범성을 가지게 되면 하나의 관습법이 되고, 대법원의 심판에서 판시한 법령해석은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속하며 다른 사건에서는 법원을 기속하지 않는다는 점, 또 판례를 법규범이라고 하면 결과적으로 사법부가 입법하는 것이 되어 삼권분립의 정신에 반한다는 것 등을 근거로 하여, 판례의 법원성을 부정하는 견해가 다수설, 判例이다. 다만 하급심에 대한 기속력은 있다(법원조직법 제8조, 민사소송법 제436조 2항).

V 관련 判例

1. 가정의례준칙

가정의례준칙 제13조의 규정과 배치되는 관습법의 효력을 인정하는 것은 관습법의 제정법에 대한 열후적·보완적 성격에 비추어 제1조의 취지에 어긋난다(대판 1983.06.14. 80다3231).

2. 상무이사

구 상법상의 상무취체역의 보수에 대하여 상관습, 민법규정 및 민사관습이 없으므로 조리에 의하여 결정하는 것은 위법이 아니다(대판 1965.08.31. 65다1156).

3. 상속회복청구권

제999조(상속회복청구권) ① 상속권이 침탈상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다.
 ② 제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다. <개정 2002.1.14>

제정민법이 시행되기 전에 존재하던 ‘상속회복청구권은 상속이 개시된 날부터 20년이 경과하면 소멸한다.’는 관습에 관습법으로의 효력을 인정할 수 없다(대판(全) 2003.07.24. 2001다4878).

[다수의견] 사회의 거듭된 관행으로 생성한 어떤 사회생활규범이 법적규범으로 승인되기에 이르렀다고 하기 위하여는 그 사회생활규범은 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 법적규범으로 삼아 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없는바, 제정 민법이 시행되기 전에 존재하던 관습 중 “상속회복청구권은 상속이 개시된 날부터 20년이 경과하면 소멸한다.”는 내용의 관습은 이를 적용하게 되면 20년의 경과 후에 상속권침해가 있을 때에는 침해행위와 동시에 진정상속인은 권리를 잃고 구제를 받을 수 없는 결과가 되므로 소유권은 원래 소멸시효의 적용을 받지 않는다는 권리의 속성에 반할 뿐 아니라 진정상속인으로 하여금 침탈상속인에 의한 재산권침해를 사실상 방어할 수 없게 만드는 결과로 되어 불합리하고, 헌법을 최상위규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 아니하여 정당성이 없으므로, 위 관습에 법적규범인 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다(대판(全) 2003.07.24. 2001다4878).

제2절

민법의 기본원리

I 3대 원칙

1. 사유재산권존중의 원칙

각 개인의 사유재산권에 대한 절대적 지배를 인정하고, 국가나 다른 개인은 이에 간섭하거나 제한을 가하지 않는다는 원칙을 말한다. 이 원칙으로 인하여 소유자는 자신의 물건을 누구의 간섭도 받지 않고 사용·수익·처분 할 수 있다(제211조).

2. 사적자치의 원칙

개인이 법질서의 한계 내에서 자신의 의사에 기하여 법률관계를 형성할 수 있다는 원칙이다. 이의 내용으로는 계약의 자유, 단체 결성의 자유, 유언의 자유, 권리행사의 자유 등이 있다. 이러한 사적자치의 원칙은 채권법에서 특히 강하게 나타난다.

3. 과실책임의 원칙

개인이 다른 사람에 가한 손해에 대하여 그 행위가 위법하고 고의 또는 과실에 기한 경우에만 책임을 진다는 원칙이다. 민법은 채무불이행, 불법행위 책임에서 이를 밝히고 있다.

제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

II 3대 원칙의 수정 - 사회형평성의 고려

하지만 3대 원칙은 경제적 차이가 극명하게 드러나고 있는 현대 사회에서는 문제점이 많이 드러나고 있다. 사유재산권존중의 원칙, 사적자치의 원칙은 이를 제한하는 방향으로, 과실책임의 원칙은 무과실책임으로 변화하고 있다. 특히 노동법·경제법 등의 분야는 3대 원칙이 수정되고 있는 대표적인 예이다.

제3절

법률관계와 권리

I 법률관계

1. 법률관계의 의미

사람의 생활관계를 규율하는 사회규범으로는 법, 도덕, 관습, 종교 등 여러 가지가 있으나, 그 중에서 “법”에 의하여 규율되는 생활관계를 법률관계라고 한다. 법률관계가 되면 법에 의해 강제로 그 내용을 실현할 수 있다는 면에서 강제력이 없는 다른 사회규범과 구별된다.

2. 호의관계

(1) 의의 및 특징

예를 들어 출근하는 길에 자동차에 동승을 하게 해 주거나, 옆집 아이를 부모의 외출 중에 대신 돌봐주는 경우 같이, 법적 구속력을 받으려는 의사 없이 호의로 급부를 이행해 주는 관계를 호의관계라고 한다. 특히 호의관계는 상대방에게 급부청구권이 인정되지 않고, 따라서 그것을 강제로 실현할 수 없다는 점에서 법률관계와 구별된다.

(2) 구별기준

어떤 관계가 법률관계인지 호의관계인지는 당사자의 의사와 거래의 관행 등을 고려하여 구체적인 사안에 따라 신중하게 결정하여야 한다(통설, 판례).

(3) 判例

1) 어떠한 의무를 부담하는 내용의 기재가 있는 문면에 “최대한 노력하겠습니다”라고 기재되어 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당사자가 위와 같은 문구를 기재한 객관적인 의미는 문면 그 자체로 볼 때 그러한 의무를 법적으로는 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지로 해석함이 상당하다⁴⁾(대판 1994.03.25. 93다32668).

2) 차량의 운행자가 아무런 대가를 받지 아니하고 동승자의 편의와 이익을 위하여 동승을 허락하고 동승자도 그 자신의 편의와 이익을 위하여 그 제공을 받은 경우 그 운행 목적, 동승자와 운행자의 인적관계, 그가 차에 동승한 경위, 특히 동승을 요구한 목적과 적극성 등 여러 사정에 비추어 가해자에게 일반 교통사고와 동일한 책임을 지우는 것이 신의칙이나 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 1996.03.22. 95다24302).

II 권리와 의무

1. 권리의 본질

(1) 학설은 전통적으로 ① 권리는 법에 의해 주어진 의사의 힘 또는 의사의 지배라는 의사설 ② 권리를 법에 의해 보호되는 이익이라는 이익설 ③ 일정한 이익을 향유하기 위하여 법이 인정한 힘이라는 권리법력설 등이 주장되었다.

(2) 다만 현재는 권리를 “일정한 생활상의 이익에 대한 법률상의 힘”으로 정의한다.

2. 권리와 구별되는 개념

(1) 권한

타인을 위해 일정한 법률효과를 발생하게 하는 행위를 할 수 있는 법률상의 자격을 말한다. 예를 들어 대리권(제114조), 대표권(제59조), 사원의 결의권(제73조), 선택채권의 선택권(제382조) 등이 있다. 권한은 그 효과가 권한자가 아니라 그 타인에게 귀속된다는 점에서, 권리자 자신이 그 이익을 받는 권리와 구별된다.

(2) 권능

권능은 권리의 내용을 이루는 개개의 법률상의 힘을 말한다. 예를 들어 소유권은 “사용·수익·처분” 권능으로 구성된다(제211조).

4) 甲이 A회사를 인수하면서 A의 주거래은행의 중재 하에 A회사의 사장 乙에게 인수 후 6년간 사장으로서의 예우(임금, 승용차, 기사 제공)를 해 주기로 기재된 약정서에 대해, 甲은 이를 거절하였으나 A의 설득에 따라 甲은 약정서의 말미에 “최대한 노력하겠습니다.”라는 문구를 삽입하고서 위 약정서에 서명하였다. 甲은 3년간은 예우를 하였으나, 그 후 이를 중단하자 乙이 甲에게 위 약정에 근거하여 임금 등의 지급을 청구한 사안이다.

(3) 원인

일정한 법률상 또는 사실상의 행위를 하는 것을 정당화시키는 원인을 원인이라고 한다. 예를 들어 타인의 부동산에 건물 등을 지은 경우에 그 타인은 건물의 철거를 구할 수 있는데(제214조), 이에 대해 대항하려면 그 토지를 점유할 권원이 있어야 하고, 그러한 것으로는 지상권(제285조), 임차권(제646조) 등이 있다.

(4) 반사적 효과(반사적 이익)

반사적 효과란 법률이 특정인 또는 일반인에게 어떤 행위를 명함으로써 다른 특정인 또는 일반인이 그 법률규범의 반사적 효과로서 이익을 받게 되는 것을 말한다. 전염병 예방주사를 강제하는 법률에 의해 일반인이 전염병 예방의 효과를 보는 것, 교통법규에 의해 일반인이 교통안전의 효과를 받는 것 등을 예로 들 수 있다. 민법상으로는 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여한 자는 그 반환을 청구하지 못하는데(제746조), 그 결과 수익자가 급여된 재산의 소유권을 취득하게 되는 것도 반사적 효과이다.

3. 의무

(1) 의의

의무란 의무자의 의사와는 관계없이 반드시 따라야 할 법률상의 구속을 말한다. 의무가 있다면 그에 대응하여 권리가 있게 마련이지만 항상 그런 것은 아니다. 즉 권리만 있고 의무가 없는 경우도 있고(예 취소권·추인권·해제권 등의 형성권), 반대로 의무만 있는 경우도 있다(예 공고의무(제88조, 제93조), 등기의무(제50조~제52조), 감독의무(제755조) 등).

(2) 책무(간접의무)

민법 제528조에 의하면 청약자는 연착통지의무가 있는데 이를 책무 또는 간접의무라고 한다. 이것은 승낙자가 청약자에게 적극적으로 청구할 권리가 있는 것이 아니라, 청약자가 그 통지를 하지 않은 경우에 계약이 성립된 것으로 간주되어 청약자가 불이익을 받을 뿐이라는 점에서 의무와 구별된다. 이 밖에도 증여자의 하자고지의무(제539조 1항), 대주의 하자고지의무(제612조) 등이 이에 속한다.

III 권리의 분류

1. 내용에 의한 분류

(1) 재산권

1) 물건

물권은 권리자가 물건 등의 객체를 직접 지배해서 이익을 얻는 배타적 권리이다. 물권은 법률 또는 관습법에 의해서만 창설될 수 있는데(제185조), 점유권, 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 유치권, 질권, 저당권 등이 있다.

2) 채권

채권은 특정인이 다른 특정인에 대하여 일정한 이행행위(급부)를 요구할 수 있는 권리이다. 채권은 채무자의 협력 즉 이행행위라는 문제를 남기는 면에서 물권과 구별된다.

3) 지식재산권

발명·저작 등의 정신적·지능적 창조물을 독점적으로 이용하는 것을 내용으로 하는 권리를 말한다. 무체재산권·지적소유권이라고도 한다. 특허권·실용신안권·디자인권·상표권·저작권 등이 있다.

(2) 인격권

인격권은 주체와 분리할 수 없이 결합되어 있는 인격적 이익(생명, 신체, 명예)을 누리는 것을 내용으로 하는 권리이다.

(3) 가족권

부모와 자녀 사이, 배우자 사이, 형제자매 사이와 같은 친족관계에 있어서의 일정한 지위에 따르는 이익을 누리는 것을 내용으로 하는 권리이다.

(4) 사원권

사원권은 단체의 구성원 즉 사원이 그 구성원이라는 지위에서 단체에 대해서 가지는 권리를 통칭해서 이르는 권리이다. 주식회사의 주주권 등이 그 예이다.

2. 작용에 의한 분류

(1) 지배권

지배권은 다른 사람의 행위를 개입시키지 않고 일정한 객체에 대하여 직접 지배력을 미치게 하는 권리이다. 물권이 가장 전형적이고, 그 밖에 지식재산권·인격권·친권 등이 있다.

(2) 청구권

1) 청구권은 특정인이 다른 특정인에 대하여 일정한 행위를 요구할 수 있는 권리이다. 소비대차 계약에 기해 금전을 빌려준 사람(대주)가 빌린 사람(차주)에 대하여 금전의 지급을 요구할 수 있는 것이 그 예이다.

2) 청구권은 지배권과는 달리 권리의 객체(금전)를 직접 지배할 수는 없으며, 단지 의무자에 대하여 일정한 행위(금전지급행위)를 요구할 수 있을 뿐이다.

3) 청구권은 기초되는 권리의 효력으로 발생하며, 그 기초되는 권리가 채권이면 채권적 청구권, 물권이면 물권적 청구권이 된다. 그 외에도 지적재산권, 상속권, 가족권 등도 기초되는 권리가 될 수 있다.

(3) 형성권

형성권은 권리자의 일방적인 의사표시에 의하여 법률관계를 창설·변경·소멸되는 권리이다. 특히 형성권 중에는 권리자가 법원에 권리를 재판상 행사하여야 하는 경우도 있다(形成訴權). 권리자의 의사표시만으로 효과가 발생하는 형성권으로는 동의권(제5조, 제10조), 취소권(제140조), 해제권(제543조) 등이 있고, 법원에 재판상 행사해야 하는 경우로는 채권자취소권(제406조), 재산상 이혼권(제840조), 친생부인권(제846조) 등이 있다.

(4) 항변권

항변권은 상대방이 청구권을 행사한 경우에 그 청구권의 작용을 저지할 수 있는 권리이다. 항변권은 상대방의 청구권의 작용을 일시적으로 저지할 수도 있고(연기적 항변권), 영구적으로 저지할 수도 있다(영구적 항변권). 전자의 예로는 동시이행의 항변권(제536조), 보증인의 최고·검색의 항변권(제437조) 등이 있고, 후자의 예로는 한정승인의 항변권(제1028조) 등이 있다.

3. 그 밖의 분류

(1) 절대권·상대권

절대권은 모든 자에게 주장할 수 있는 권리이고, 상대권은 특정인에 대해서만 주장할 수 있는 권리이다. 물권·지적재산권·친권 등은 절대권이고, 채권 등은 상대권이다.

(2) 일신전속권, 비전속권

일신전속권이란 권리의 성질상 타인에게 귀속할 수 없거나(귀속상 일신전속권) 타인이 행사할 수 없는 권리(행사상 일신전속권)를 말하는데, 양도나 상속이 가능하지 않은 권리(특히 귀속상 일신전속권의 경우)를 말한다. 이에 반해 비전속권은 양도나 상속이 가능한 권리이다.

(3) 주된 권리·종된 권리

원본채권·이자채권의 관계 같이 하나의 권리(종된 권리)가 다른 권리(주된 권리)를 전제로 하는 경우를 말한다.

Ⅳ 권리의 충돌과 경합

1. 권리의 충돌과 순위

(1) 의의

동일한 객체에 대하여 수개의 권리가 존재하는 경우에, 그 객체가 모든 권리를 충족시킬 수 없는 경우를 권리의 ‘충돌’이라고 하고, 이 때 그 수개의 권리 간에는 ‘순위’가 있게 된다.

(2) 권리 상호간의 순위

1) 물권 상호간

① 소유권과 제한물권 간에는 언제나 제한물권이 소유권에 우선한다. 예를 들어 지상권 설정 기

간 동안은 부동산의 소유자는 그 부동산을 사용·수익할 수 없다.

② 동일한 종류의 물권 간에는 시간적으로 먼저 성립한 물권이 후에 성립한 물권에 우선한다. 예를 들어 동일한 물건 위에 甲의 소유권이 먼저 성립했다면 乙의 소유권은 성립할 수 없고, 동일한 물건 위에 1번 지당권이 성립했다면, 그 지당권을 침해하지 않는 범위에서만 2번 지당권이 성립할 수 있는 것이다.

2) 물권과 채권 상호간

성립시기를 불문하고, 항상 물권이 우선한다. 물권은 물건에 대한 직접적인 지배권이기 때문이다.

3) 채권 상호간

채권 상호간에는 ‘채권자평등의 원칙’에 따라, 동일한 채무자에 대한 채권은 발생원인·발생시기·채권액을 불문하고 평등하다. 그러나 이 원칙이 그대로 적용되는 것은 파산의 경우나 경매에서 배당참가의 경우이며, 그 밖의 경우에는 채권자 상호간에 순위가 없으므로, 채무자는 채권자 중 누구에게 이행을 할 지는 자유이며, 그에 따라 먼저 급부를 받는 자가 만족을 얻고 다른 채권자는 그 나머지에서부터 변제를 받을 수 있는데, 이를 ‘선행주의’라고 한다.

2. 권리의 경합

(1) 의의

하나의 생활사실이 수개의 법규가 정하는 요건을 충족하여, 수개의 권리가 발생하고 이 수개의 권리가 동일한 목적을 가지고, 동일한 효과를 가져 오는 경우를 ‘권리의 경합’이라고 한다. 권리의 경합은 다시 ① 형성권의 경합(하나의 계약에 대해 해제권과 취소권이 경합하는 경우) ② 청구권의 경합으로 나뉜다. 특히 청구권의 경합이 많이 문제된다. 예를 들어 임대인 甲이 임차인 乙과 임대차계약을 체결하였는데, 임대차기간이 경과되었음에도 乙이 甲에게 임대물건을 반환하지 않고 있다면, 甲은 乙에게 소유권에 기한 반환청구권과 임대차계약 종료에 따른 계약상의 반환청구권을 모두 행사할 수 있다. 그리고 택시기사 乙이 손님 甲을 태워 운전하다 DMB를 보다 부주의로 교통사고를 내어 갑을 다치게 하였다면, 갑은 채무불이행에 따른 손해배상청구권(제390조)과 불법행위에 따른 손해배상청구권(제750조)을 모두 행사할 수 있다.

(2) 법조(법규) 경합

하나의 생활사실이 수개의 법조를 충족하는 것으로 보이지만, 하나의 법조가 다른 법조의 적용을 배제시키므로, 실제로는 하나의 법조만 충족하는 경우를 말한다(일반법과 특별법의 관계). 예를 들어 乙이 운전을 하다 甲에게 교통사고를 일으켰다면, 乙이 책임보험에 가입해 있다면 자동차손해배상보장법의 요건도 충족하고, 민법상 불법행위도 충족하지만 자동차손해배상보장법이 민법의 특별법이므로, 甲은 자동차손해배상보장법 상의 권리만 행사할 수 있다.

제4절

신의성실의 원칙

I 신의칙

제2조 (신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.

1. 의의

신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나, 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말한다(대판 2003.04.22. 2003다2390). 다만 임차인이 경매절차에서 현황조사를 마친 후 전출함으로써 대항력을 상실한 후, 임대인에게 남은 임차보증금의 반환을 청구하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 행위라고 볼 수는 없다⁵⁾(대판 2023.06.29. 2020다276914).

2. 적용대상

신의칙은 사법 전 영역에서 적용되며, 사회법 영역에서도 적용이 많고 민사소송법, 행정법, 세법 등의 공법분야에도 적용된다.

3. 관련제도

불공정한 법률행위(제104조), 상린관계(제216조~제244조), 지상권의 경우 지료증감청구권(제286조), 임차권의 경우 차임증감청구권(제628조), 이행보조자의 고의, 과실에 대한 채무자의 책임(제391조), 과실상계(제396조), 채권자지체(제400조~제403조), 계약체결상 과실책임(제535조), 동시이행항변권(제536조), 위험부담에 관한 규정(제537조) 등이 있다.

4. 신의칙의 기능

(1) 법률행위해석의 기준

의무부담약정에서 '최대한 노력 하겠습니다'라고 기재한 경우, 법적 의무는 부정된다(대판 1994.03.25. 93다32668). 그리고 헌법상 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법(사법)을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인 간의 사적인

5) 가. 주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임차주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 것은 어디까지나 임차인이 대항력을 갖추고 있는 것을 요건으로 하므로 대항력을 갖추지 못한 임차인의 경우 임차주택이 다른 사람에게 이전되었더라도 임대인이 임차보증금 반환의무를 부담하는 것이 원칙이다. 나. 임차주택의 양수인에게 대항할 수 있는 임차권자라도 스스로 임대차관계의 승계를 원하지 않을 때에는 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있다고 보는 것이 공평의 원칙 또는 신의성실의 원칙에 부합한다(대판 1996.07.12. 94다37646 등 참조). 따라서 원고가 이 사건 경매절차에서 현황조사를 마친 후 전출함으로써 대항력을 상실하고 피고에게 남은 임차보증금의 반환을 청구하였다고 하여 이를 두고 신의성실의 원칙에 반하는 행위라고 볼 수는 없다.

법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권 규정은 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 관련 법규범 또는 사법상의 일반원칙을 규정 한 민법 제2조, 제103조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다(대판 2018.09.13. 2017두38560).

변호사와 의뢰인이 약정한 변호사 보수액이 부당하게 과다한 경우 민법상 일반원칙인 신의칙이나 형평의 관념에 의하여 변호사 보수액을 감액할 수 있는지 여부(대판(全) 2018.05.17. 2016다35833)

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 수입 경위, 사건 처리 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 한다⁶⁾. 그리고 위와 같은 특별한 사정의 존재에 대한 증명책임은 약정된 보수액이 부당하게 과다하다고 주장하는 측에 있다(대판 2023.08.31. 2022다293937).

(2) 약관통제의 기준

보험계약자의 고지의무위반과 보험자의 약관의 명시·설명의무 위반이 경합한 경우 보험자는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없으므로, 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수 없다(대판 1996.3.8. 95다53546). 보험계약자가 주운전자기 아들임에도 불구하고 처라고 허위 고지한 경우라고 하여도 보험자가 그 약관의 설명의무를 위배하였다면 보험자는 보험계약을 해지할 수 없다.

(3) 고지의무

자동차매매업자가 자동차를 매도 또는 매매의 알선을 하는 경우에는 자동차관리법 제58조 제1항에 따라 매매계약을 체결하기 전에 자동차 매수인에게 ‘해당 자동차의 구조·장치 등의 성능·상태를 점검한 내용, 압류 및 저당권의 등록 여부, 수수료 또는 요금, 매수인이 원하는 경우에 자동차가격을 조사·산정한 내용’을 서면으로 고지하여야 한다. 여기서 ‘자동차의 구조·장치 등의 성능·상태를 점검한 내용 및 자동차가격을 조사·산정한 내용’의 서면고지는 「자동차관리법 시행규칙」 제120조 제1항 및 제6항에 따라 같은 시행규칙 별지 제82호 서식의 중고자동차성능·상태점검기록부(자동차가격조사·산정서)를 매수인에게 발급하는 방식으로 하여야 한다. 또한 ‘압류 및 저당권의 등

6) ☞ 소송위임계약에서 변호사 보수를 3,850만 원(부가가치세 포함)으로 정하였는데 그중 2,000만 원만 지급 받은 원고가 나머지 보수 등을 청구한 사안에서, 일부 피고가 다른 피고들의 의사에 반하여 한 것으로 보이는 소송위임 철회 통보에 불구하고 원고가 소송수행을 계속한 것에 잘못이 있다고 단정하기 어렵고, 그 밖에 착수보수금의 정도, 사건의 난이도, 소송수행 내용, 소송수행상 과실 인정 여부 등에 비추어, 원고와 피고들이 소송위임계약에서 약정한 변호사 보수가 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙과 형평의 관념에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 있다고 보기 어렵다고 보아, 원심판결 중 이와 달리 신의칙 및 형평의 관념에 의하여 변호사 보수를 감액한 부분을 파기환송 한 사례.

록 여부'의 서면고지는 그 내용이 기재된 자동차등록원부를 매수인에게 발급해주는 등의 방식으로 하여야 한다. 이와 같이 자동차매매업자가 매수인에게 서면으로 고지하여야 할 사항들의 주요 내용은, 특별한 사정이 없는 한 매수인이 자동차매매계약을 어떠한 조건으로 체결할 것인지를 정할 수 있는 중요한 사항에 해당한다. 재산적 거래관계에 있어서 계약의 일방 당사자가 상대방에게 계약의 효력에 영향을 미치거나 상대방의 권리 확보에 위험을 가저올 수 있는 구체적 사정을 고지하였다면 상대방이 계약을 체결하지 아니하거나 적어도 그와 같은 내용 또는 조건으로 계약을 체결하지 아니하였을 것임이 경험칙상 명백한 경우 계약 당사자는 신의성실의 원칙상 상대방에게 미리 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다. 이는 계약 당사자가 조금만 주의를 기울였다면 위와 같은 구체적 사정을 알 수 있었을 경우에도 마찬가지이다(대판 2023.08.18. 2022다291702). 그러나 물상보증인은 채권자가 아니라 채무자를 위해 자기 소유의 부동산을 담보로 제공하는 사람이다. 물상보증인은 담보권의 실행으로 담보물의 소유권을 잃게 되면 채무자에 대한 구상권을 행사할 수 있다. 보증제도는 본질적으로 주채무자의 무자력에 따른 채권자의 위험을 인수하는 것이다. 이러한 사정을 고려하면 물상보증인이 주채무자의 자력에 대하여 조사한 다음 계약을 체결할 것인지 여부를 스스로 결정해야 하고, 채권자가 물상보증인에게 주채무자의 신용 상태를 고지할 신의칙상 의무는 존재하지 않는다(대판 2020.10.15. 2017다254051).

5. 직권조사사항

신의칙위반이나 권리남용은 **강행규정**에 위반되는 것이므로, 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1995.12.22. 94다42129).

6. 신의칙 적용의 보충성

(1) 의의

구체적 사건에 대한 적절한 해결이 법률규정의 취지나 유추적용 또는 계약에 의하여 가능한 경우에는 함부로 신의칙을 적용하여서는 아니 된다. 이를 신의칙 적용의 보충성이라고 한다.

(2) 判例

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. 甲 공사가 乙 주식회사와 체결한 전기공급계약에 따라 전기를 공급한 후 착오로 청구하지 않았던 전기요금의 지급을 구하자 乙 회사가 채무부존재 확인을 구한 사안에서, 甲 회사가 乙 회사에 유효하게 성립한 전기공급계약에 따른 전기요금을 청구하는 것이 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반하여 허용될 수 없어 전기요금을 감액할 수 있다고 보기 어렵는데도, 乙 회사가 甲 공사에 지급할 추가 전기요금채무를 1/2로 감액한 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다(대판 2016.12.01. 2016다240543).

7. 보호의무(신의칙상 부수의무) 인정 여부

(1) 문제점

급부의무 중 신의상의 부수적 의무로서 ‘보호의무’가 인정될 수 있으므로, 이를 살펴본다.

(2) 긍정적인 경우

1) 사용자

사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담한다(대판 2001.07.27. 99다56734).

2) 여행업자

여행업자는 기획여행계약의 상대방인 여행자에 대하여 기획여행계약상의 부수의무로서, 여행자의 생명·신체·재산 등의 안전을 확보하기 위하여, 여행목적지·여행일정·여행행정·여행서비스 기관의 선택 등에 관하여 미리 충분히 조사·검토하여 전문업자로서의 합리적인 판단을 하고, 또한 그 계약내용의 실시에 관하여 조우할지 모르는 위험을 미리 제거할 수단을 강구하거나 또는 여행자에게 그 뜻을 고지하여 여행자 스스로 그 위험을 수용할지 여부에 관하여 선택의 기회를 주는 등의 합리적 조치를 취할 신의칙상의 주의의무를 진다(대판 1998.11.24. 98다25061).

3) 숙박업자

숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관 등의 객실 및 관련 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담한다(대판 2000.11.24. 2000다38718).

4) 병원(의료법인)

환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우에 있어서, 병원은 진료뿐만 아니라 환자에 대한 숙식의 제공을 비롯하여 간호·보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 지는 것인 만큼 병원은 병실의 출입자를 통제·감독하든가 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제공하는 등으로 입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다(대판 2003.04.11. 2002다63275).

5) 노무도급인

건축공사의 일부분을 하도급받은 자가 구체적인 지휘·감독권을 유보한 채 재료와 설비는 자신이 공급하면서 시공부분만을 시공기술자에게 재하도급하는 경우와 같은 노무도급의 경우, 그 노무도급의 도급인과 수급인은 실질적으로 사용자와 피용자의 관계에 있고, 이 경우 도급인은 수급인이 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하고 필요한 조

치를 강구할 보호의무를 부담하며, 이러한 보호의무는 실질적인 고용계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적 의무로서, 만일 실질적인 사용관계에 있는 노무도급인이 고의 또는 과실로 이러한 보호의무를 위반함으로써 노무수급인의 생명·신체를 침해하여 손해를 입힌 경우 노무도급인은 노무도급계약상의 채무불이행책임과 경합하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다(대판 1997.04.25. 96다53076).

(3) 부정한 경우

1) 증권 매도인

증권회사의 창구를 통하지 않고 매매당사자 사이에 직접 거래가 이루어지는 장외시장에서 증권의 매도인은 증권회사 임직원의 고객보호의무와 유사한 매수인 보호의무를 부담하지 아니하므로, 장외시장에서 증권을 거래하면서 증권투자 경험이 있는 매도인이 그러한 경험이 없는 매수인에게 투자 손실의 위험성이 높은 증권의 매수를 적극적으로 권유하였고 그 결과 매수인이 손실을 보았더라도, 매수 여부나 매수가격을 결정하는 데 기초가 되는 거래의 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 원칙에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지하여 기망하는 등의 위법행위가 없다면 매도인의 불법행위가 성립하지 않는다(대판 2006.11.23. 2004다62955).

2) 임대인

통상의 임대차관계에 있어서 임대인의 임차인에 대한 의무는 특별한 사정이 없는 한 단순히 임차인에게 임대목적물을 제공하여 임차인으로 하여금 이를 사용·수익하게 함에 그치는 것이고, 더 나아가 임차인의 안전을 배려하여 주거나 도난을 방지하는 등의 보호의무까지 부담한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 임대인이 임차인에게 임대목적물을 제공하여 그 의무를 이행한 경우 임대목적물은 임차인의 지배 아래 놓이게 되어 그 이후에는 임차인의 관리하에 임대목적물의 사용·수익이 이루어지는 것이다(대판 1999.09.07. 99다10004).

II 실효의 원칙

1. 의의

권리행사의 기대가능성이 있음에도 상당기간이 경과하도록 이를 행사하지 아니하여 상대방으로서도 이제는 그 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할만한 정당한 기대를 가지게 된 후 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실원칙에 위반되는 결과로 되는 때는 그 행사가 인정되지 않는다(대판 1991.01.21. 91다30118).

2. 긍정적인 경우

(1) 근로관계와 실효의 원칙

동일한 사유로 의원면직된 다른 자가 그 무효확인 소를 제기하여 대법원의 승소확정판결을 받음으로써 의원면직처분이 무효임을 안 자가 그 후 2년 6월, 사직원 제출 후 12년이 지난 뒤에 제기

한 해고무효소송은 인정되지 않는다(대판 1992.01.21. 91다30118). 근로자가 사직원의 작성·제출이 자신이 아닌 그의 형에 의하여 이루어졌음을 이유로 의원면직의 무효확인을 구하는 사안에서, 근로자의 형이 사직원을 제출하게 된 경위 및 근로자가 아무런 이의 없이 퇴직금을 수령한 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때 의원면직일로부터 5년이 넘게 경과한 후에 위와 같은 소송을 제기한 것은 신의칙에 반하는 것이다(대판 2005.10.28. 2005다45827).

(2) 소송법상 권리와 실효의 원칙

실효의 원칙이라 함은 권리자가 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니함에 따라 그 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 경우에 새삼스럽게 권리자가 그 권리를 행사하는 것은 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반되어 허용되지 아니한다는 것을 의미하고, **항소권과 같은 소송법상의 권리에 대하여도 이러한 원칙은 적용될 수 있다고 할 것이다**(대판 1996.07.30. 94다51840).

(3) 해제권과 실효의 원칙

일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로, 해제권을 갖는 자가 상당한 기간이 경과하도록 이를 행사하지 아니하여 상대방으로서도 이제는 그 권리가 행사되지 아니할 것이라고 신뢰할 만한 정당한 사유를 갖기에 이르러 그 후 새삼스럽게 이를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 원칙에 따라 그 해제권의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 해제의 의사표시가 있는 무렵을 기준으로 볼 때 무려 1년 4개월 가량 전에 발생한 해제권을 장기간 행사하지 아니하고 오히려 매매계약이 여전히 유효함을 전제로 잔존채무의 이행을 최고함에 따라 상대방으로서의 그 해제권이 더이상 행사되지 아니할 것으로 신뢰하였고 또 매매계약상의 매매대금 자체는 거의 전부가 지급된 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 있다⁷⁾(대판 1994.11.25. 94다12234).

3. 부정한 경우

(1) 토지에 대한 무단점유와 부당이득반환청구권

토지소유자가 그 무단점유자에 대하여 부당이득반환청구권을 장기간 적극적으로 행사하지 아니하였다는 사정만으로는 부당이득반환청구권이 이른바 실효의 원칙에 따라 소멸하였다고 볼 수 없다

7) 각서의 내용이甲이 소정기일까지는 틀림없이 잔존채무를 이행할 것을 약속하며 만일 그때까지 이를 이행하지 못할 때에는 乙측에서 매매계약을 해제하여도 이의 없다는 것에 불과하다면, 甲이 기한을 다시 해태하면 그 이후에는 乙측에서 새로운 이행의 제공 없이 매매계약을 해제할 수 있는 권리를 부여한다는 내용이 포함되어 있는 것은 아니고, 甲이 각서 작성 이전에 乙을 대리한 丙으로부터 2회에 걸쳐 적법한 이행의 제공을 받고도 자신의 채무를 이행하지 못한 사정이 있었다는 것만으로 그 각서가 새로운 이행의 제공 없이 매매계약을 해제할 수 있는 권리를 부여한다는 취지에서 작성된 것이라고 인정하기는 부족하다.

(대판 2002.1.8. 2001다60019).

(2) 인지청구권

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. 인지청구권의 행사가 상속재산에 대한 이해관계에서 비롯되었다 하더라도 정당한 신분관계를 확정하기 위해서라면 신의칙에 반하는 것이라 하여 막을 수 없다(대판 2001.11.27. 2001므1353).

(3) 중혼취소권

실효 또는 실권의 법리라 함은 권리자가 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니하였기 때문에 의무자인 상대방이 이미 그의 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유를 갖게 되었거나 그 권리를 행사하지 아니할 것으로 추인하게 된 경우에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 결과가 될 때 그 권리행사를 허용하지 아니하는 것을 의미한다. 중혼 성립 후 10여 년 동안 혼인취소청구권을 행사하지 아니하였다 하여 권리가 소멸되었다고 할 수 없으나 그 행사가 권리남용에 해당 한다(대판 1993.08.24. 92므907).

III 모순행위금지의 원칙(금반언의 원칙)

1. 의의

자신의 선행행위와 모순되는 후행행위는 허용되지 않는다는 원칙이다. 민법도 제452조 1항에서 “양도통지와 금반언”이라는 규정을 두고 있다.

2. 긍정적인 경우

(1) 농지법상 자경의사

농지에 대해 자경의사가 있는 것처럼 소재지관서의 증명을 받아 소유권이전등기를 마친 후 증여세의 부과를 면하기 위하여 등기의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배된다(대판 1990.07.24. 89누8224).

(2) 경매사건

은행에게 보증금 없이 임차하고 있다고 말하고 확인서까지 써 준 임차인이 경락인인 은행에게 보증금반환을 내세워 건물의 명도를 거부하는 것은 신의칙에 위배되고(대판 1987.11.24. 87다카1708), 경매목적인 부동산의 소유자가 경매가 진행 중인 사실을 알면서 이의 없이 배당금을 수령하고 경락인 명의로 부동산을 인도해 준 후 그 기초가 된 근저당권이나 공정증서의 무효를 주장하여 이전등기의 말소를 청구하는 것은 신의칙에 위배되며(대판 1993.12.24. 93다42603), 임차인의 주민등록상 주소가 등기부상 표시와 다르다는 이유로 임대차의 대항력을 부정하는 근저당권자의 주장이 신의칙에 위배되는 경우도 있다(대판 2008.02.14. 2007다33224).

(3) 강제집행

채권자가 채권을 담보하기 위하여 제3자의 부동산을 채무자에게 명의신탁하게 한 다음 그 부동산에 대하여 강제집행 하는 것은 신의칙에 위배 된다(대판 1981.07.07. 80다2064).

(4) 취득시효

취득시효완성 후에 그 사실을 모르고 당해 토지에 관하여 어떠한 권리도 주장하지 않기로 하였다 하더라도 이에 반하여 시효주장을 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙상 허용되지 않는다(대판 1998.05.22. 96다24101).

3. 부정한 경우 - 강행규정위반을 주장하는 경우

(1) 투자수익보장약정, 토지거래허가

강행규정에 위반된 투자수익보장약정을 권유한 자가 나중에 약정금의 이행을 구하는 상대방에 대하여 무효주장을 하는 것이 신의칙에 반하지 않고, 구 국토이용관리법상 허가구역 내에서 허가받지 않은 매매의 경우 매도인이 매수인에게 무효주장을 하는 것이 신의칙에 반하지 않는다(대판 2003.04.22. 2003다2390·2406).

(2) 단체협약

「노동조합 및 노동관계조정법」 제31조 제1항이 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인 하여야 한다고 규정하는 바, 이러한 방식을 구비하지 않은 단체협약은 효력이 없고 강행규정의 취지를 살리기 위하여 단체협약의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 반하지 않는다⁸⁾(대판 2001.05.29. 2001다15422·15439).

(3) 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에서는 보험계약체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다는 상법 제731조 제1항의 규정은 강행법규로서 위 규정에 위반하여 체결된 보험계약은 무효라고 할 것이고, 상법 제731조 제1항을 위반하여 계약을 체결한 자 스스로가 무효를 주장함이 신의성실의 원칙 또는 금반언의 원칙에 위배되는 권리행사라는 이유로 이를 배척한다면, 위와 같은 입법취지를 완전히 몰각시키는 결과가 초래되므로 특단의 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의

8) 신의성실의 원칙(이하 '신의칙'이라고 한다)은, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의칙에 위배된다는 이유로 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다. 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법 등의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 되므로, 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춘은 물론 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없다(대판 2018.07.11. 2016다9261,9278).

성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수는 없다(대판 1999.12.07. 99다39999).

(4) 미성년자

법정대리인의 동의를 얻지 않고 신용카드 가맹점과 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동의 없음을 들어 그 계약을 취소하는 것은 신의칙에 반하지 않는다(대판 2007.11.16. 2005다71659·71666·71673).

(5) 의사무능력자

의사무능력자가 자신의 명의로 대출계약을 체결하고 자신 소유의 부동산에 관하여 근저당권을 설정한 다음, 의사무능력자의 특별대리인이 위 대출계약 및 근저당권설정계약의 효력을 부인하는 것은 신의칙에 반하지 않는다(대판 2006.09.22. 2004다51627).

(6) 사립학교법위반의 담보제공

사립학교법 제28조 제2항, 같은법시행령 제12조가 학교법인이 학교교육에 직접 사용되는 학교법인의 재산 중 교지, 교사 등은 이를 매도하거나 담보에 제공할 수 없다고 규정한 것은 사립학교의 존립 및 목적 수행에 필수적인 교육시설을 보전함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모하는 데 그 목적이 있는 것이라고 해석되는바, 강행법규인 같은 법 제28조 제2항을 위반한 경우에 위반한 자 스스로가 무효를 주장함이 권리남용 내지 신의성실원칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 배척된다면 위와 같은 입법 취지를 완전히 몰각시키는 결과가 되므로 명목상으로는 학교법인에 직접 사용되는 재산으로 되어 있을 뿐 실제로는 학교교육에 직접 사용되는 시설·설비 및 교재·교구 등이 아니거나 학교 자체가 형해화되어 사실상 교육시설로 볼 수 없는 경우와 같은 특별한 사정이 있다면 매도나 담보제공을 무효라고 주장하는 것은 법규정의 취지에 반하는 것이므로 신의성실 원칙에 반하거나 권리남용이라고 볼 것이지만 그와 같은 특별한 사정이 없이 사립학교 경영자가 매도나 담보제공이 무효라는 사실을 알고서 매도나 담보제공을 하였다고 하더라도 매도나 담보제공을 금한 관련 법규정의 입법 취지에 비추어 강행규정 위배로 인한 무효주장을 신의성실 원칙에 반하거나 권리남용이라고 볼 것은 아니다(대판 2000.06.09. 99다70860).

(7) 통상임금과 신의성실의 원칙

단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 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 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춘 것은 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다(대판(全) 2013.12.18. 2012다89399).

(8) 영업양도와 강행법규 위반

강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 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 주장이 권리남용에 해당되거나 신의성실 원칙에 반한다고 할 수 없다. 상법 제374조 제1항 제1호는 주식회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도행위를 할 때에는 제434조에 따라 출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총수의 3분의 1 이상의 수로써 결의가 있어야 한다고 규정하고 있는데 이는 주식회사가 주주의 이익에 중대한 영향을 미치는 계약을 체결할 때에는 주주총회의 특별결의를 얻도록 하여 그 결정에 주주의 의사를 반영하도록 함으로써 주주의 이익을 보호하려는 강행법규이므로, 주식회사가 영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도한 후 주주총회의 특별결의가 없었다는 이유를 들어 스스로 그 약정의 무효를 주장하더라도 주주 전원이 그와 같은 약정에 동의한 것으로 볼 수 있는 등 특별한 사정이 인정되지 않는다면 위와 같은 무효 주장이 신의성실 원칙에 반한다고 할 수는 없다(대판 2018.04.26. 2017다288757).

IV 사정변경의 원칙

1. 의의

채권을 발생시키는 법률행위 성립 후 당시 환경이 된 사정을 당사자 쌍방이 예견하지 못 하고 또 예견할 수 없었던 변경이 발생한 결과 본래의 급부가 신의형평의 원칙상 당사자에 현저히 부당하게 된 경우, 당사자가 그 급부의 내용을 적당히 변경할 것을 상대방에게 제의할 수 있고, 상대방이 이를 거절하는 때에는 당해 계약을 해제할 수 있는 규범을 말한다(대판 1955.04.14. 4286민상231). 사정변경의 원칙에 있어 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 **객관적인 사정**으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것이 아니다(대판 2007.03.29. 2004다31302). 민법에서는 사정변경의 원칙에 대한 개별적 규정은 있으나(제218조, 제286조 등), 이를 직접적으로 서술한 일반적인 규정은 없다.

2. 학설 및 判例

(1) 학설

학설은 계약관계의 사정이 심하게 변경이 된 때에는 이 원칙을 적용하는데, 긍정적인 입장이다. 다만 그 효과로서 계약내용의 수정을 강조하는 입장과 계약의 해제를 강조하는 입장이 있다.

(2) 判例

1) 해제권

判例는 “매매계약을 맺은 때와 그 잔대금을 지급할 때와의 사이에 장구한 시일이 지나서 그 동안에 화폐가치의 변동이 극심하였던 탓으로 매수인이 애초에 계약할 당시의 금액표시대로 잔대금을 제공한다면 그 동안에 양등한 매매목적물의 가격에 비하여 그것이 현저하게 균형을 잃은 이행이 되

는 경우라 할지라도 민법상 매도인으로 하여금 사정변경의 원리를 내세워서 그 매매계약을 해제할 수 있는 권리는 생기지 않는다(대판 1963.09.12. 63다452).”고 하여 이 원칙을 적용하는데 부정적인 입장이었다. 하지만 최근에는 “이른바 사정변경으로 인한 계약해제는, 계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 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 2007.03.29. 2004다31302).”고 하여 원칙 자체는 긍정하고 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 사정이라 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 수 있었다면 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 없다. 특히 계속적 계약에서는 계약의 체결 시와 이행 시 사이에 간극이 크기 때문에 당사자들이 예상할 수 없었던 사정변경이 발생할 가능성이 높지만, 이러한 경우에도 계약을 해지하려면 경제상황 등의 변동으로 당사자에게 불이익이 발생했다는 것만으로는 부족하고 위에서 본 요건을 충족하여야 한다(대판 2021.06.30. 2019다276338).

2) 해지권

判例는 계속적 계약관계에 있어서는 사정변경의 원칙을 계속적으로 적용하고 있다. 즉 회사의 임원 또는 직원이 회사의 요구로 회사와 제3자 사이의 계속적 거래로 인한 회사 채무를 보증했지만 그 후 퇴사한 경우라면, 사정변경에 의한 보증계약의 해지가 인정된다(대판 2000.03.10. 99다61750). 하지만 회사의 이사가 채무액과 변제기가 특정되어 있는 회사 채무에 대하여 보증계약을 체결한 경우에는 계속적 보증이나 포괄근보증의 경우와는 달리 이사직 사임이라는 사정변경을 이유로 보증인인 이사가 일방적으로 보증계약을 해지할 수 없다(대판 1999.12.28. 99다25938 ; 대판 2000.03.10. 99다61750). 그리고 임차인은 임대인과 사업을 홍보하기 위한 견본주택을 건축하기 위해 토지를 임차하기로 하

는 임대차계약을 체결하였는데, 임차인이 이 토지에 건본주택을 건축할 수 없다는 사실을 알게 되어 사정변경을 이유로 임대차계약을 해지하는 것은 적법하다(대판 2020.12.10. 2020다254846).

3) 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사

토지 소유자가 그 소유 토지를 일반 공중 등의 통행로로 무상 제공하거나 그에 대한 통행을 용인하는 등으로 자신의 의사에 부합하는 토지이용상태가 형성되어 그에 대한 독점적·배타적 사용·수익권의 행사가 제한되는 것은 금반언이나 신뢰보호 등 신의성실의 원칙상 기존 이용상태가 유지되는 한 토지 소유자가 이를 수인해야 함에 따른 결과일 뿐이고 그로써 소유권의 본질적 내용인 사용·수익권 자체를 대세적·확정적으로 상실하는 것은 아니다. 또한 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 행사가 제한되는 경우에도 일정한 요건을 갖춘 때에는 신의성실의 원칙으로부터 파생되는 사정변경의 원칙에 따라 소유자가 다시 독점적·배타적 사용·수익권을 행사할 수 있다. 이러한 신의성실의 원칙과 독점적·배타적 사용·수익권 제한 법리의 관련성에 비추어 보면, 독점적·배타적 사용·수익권 행사가 제한되는지를 판단할 때는 토지 소유자의 의사를 비롯하여 다음에 보는 여러 사정을 종합적으로 고찰할 때 토지 소유자나 그 승계인이 권리를 행사하는 것이 금반언이나 신뢰보호 등 신의성실의 원칙상 허용될 수 있는지가 고려되어야 한다(대판 2024.11.14. 2024다251470).

V 권리남용금지원칙

제2조(신의성실) ② 권리는 남용하지 못한다.

1. 의의, 근거

민법 제2조 제2항은 ‘권리는 남용하지 못한다.’라고 하여 권리남용금지의 원칙을 규정하고 있다. 그 근거에 대하여 ① 신의성실의 원칙으로부터 파생되는 원칙이라고 보는 견해가 일반적이거나, ② 신의칙과 권리남용은 적용국면을 달리하는 견해(고상룡)도 있다.

2. 주관적 요건의 요부 - 시카아네(Schikane) 금지의 원칙

(1) 문제점

독일 민법은 “권리의 행사는 타인에게 손해를 가할 목적만을 가진 경우에는 허용되지 아니한다.”라고 하여, 권리자의 가해의사 내지 가해목적이라는 주관적 요건을 요구한다. 그러나 우리 민법 제2조는 입법과정에서 독일 민법의 태도를 따르지 않고, 단순히 “권리는 남용하지 못한다.”라고 정한 것이다. 이 경우 학설은 대체로 주관적 요건은 권리남용의 성립을 강화하는 부차적 요건에 해당한다고 본다. 이에 반해 판례는 주관적 요건을 필요 요건으로 본다.

(2) 원칙

判例는 “권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없어야 한다(대판 1986.07.22. 85다카2307 외 다수).”라고 하여, 객관적 요건 외