

2027 변리사

전면개정판

포인트 민 법

류호권 저

POINT Civil Law

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

고시계사

Preface

감사의 말씀

올해는 제가 변리사 민법 강의를 시작한 지 10년이 되는 특별한 해입니다. 10년 전 변리사 수험가에는 전혀 인지도가 없는 상태로 강의를 시작하여 감사하게도 수험생 여러분들이 합격을 위해 노력하는 길에 10년간 함께 할 수 있었습니다. 처음 몇 년간은 과연 제가 인생을 걸고 변리사 시험에 도전하는 수험생 여러분의 소중한 민법 공부시간을 채워드릴 자격이 있는지를 검증받는 시간이었던 것 같습니다. 다행히 시험이 끝날 때마다 민법에서 고득점하였다고 감사인사를 전해주시는 수험생분들이 계셔서 여기까지 올 수 있었던 것 같습니다. 앞으로도 지금까지의 경험을 바탕으로 더 열심히 여러분들을 도와드리도록 노력하겠습니다. 감사합니다.

『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 가량 수험생들의 곁에서 호흡을 같이 한 편저자의 경험에 비추어 보면 수험생들은 수험생의 길에 들어서는 순간 무수히 많은 현실적 제약들에 부딪치게 되는데, 가장 큰 제약은 시간적 제약입니다. 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.

민법은 그 양이 엄청나게 방대합니다. 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 부지기수입니다.

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 끊어져서 가독성이 떨어지고 결국 암기로 해결해야 하는 문제가 생기므로 최대한 논리가 이어지도록 조문과 판례를 배치하여 논리의 흐름도 놓치지 않고자 하였습니다.

2027년 시험 대비 『포인트 민법』을 출간하면서…

개정 방향

첫째, 변리사 민법 강의를 시작한 지 10년이 되는 특별한 해를 맞아 다시 한 번 꼼꼼하게 읽어보며 표현을 다듬고 교재를 정비하였습니다.

둘째, 2025년에 새로 나온 판례들을 추가하였습니다. 그리고 조문과 판례의 순서와 배치만 달라져도 독자들이 민법을 이해함에 있어서 커다란 차이를 가져올 수 있기 때문에 최신판례를 정확한 위치에 추가하려고 노력하였고 그와 함께 기존 판례들도 더 정확한 위치에 배치될 수 있도록 애를 썼습니다. 또한 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.

셋째, 판례를 이해함에 있어서 제목의 역할을 하거나, 키워드가 되거나 비교포인트가 있는 부분은 고딕체를 활용하여 강조하였습니다. 아무래도 민법을 처음 접하는 수험생들은 중요한 부분과 그렇지 않은 부분을 구별해내기가 쉽지 않고, 특히 막바지에 길면 일주일, 짧으면 3일 정도에 민법을 1회독 하고 시험장에 가서야 하는데, 고딕체 부분만 보고 판례 전체를 떠올리는 연습을 해두시면 막판 정리에 도움이 되실 것입니다.

넷째, 이번 개정에서도 지엽적인 판례들이나 이론은 과감하게 정리하였습니다. 수험생 여러분들도 많은 양을 어설프게 공부하기보다는 압축된 양이라도 더 선명하고 익숙하게 만들어서 시험장에 들어가는 것이 훨씬 더 고득점에 유리하다는 점을 잊지 마시기 바랍니다.

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.

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

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

2026년 2월

저자 류호권

Contents

제1편 민법총칙

제1장 민법일반

- I. 민법의 의의(意義) • 13
- II. 민법의 법원(法源) • 13
- III. 민법의 기본원리 • 16

제2장 권리·의무(법률관계)

- I. 법률관계 • 19
- II. 신의성실의 원칙 • 22
- III. 신의성실의 원칙의 파생원칙 • 23

제3장 권리의 주체

- I. 권리능력의 의의 • 32
- II. 태아의 권리능력 • 32
- III. 권리능력의 소멸 • 36
- IV. 의사능력과 행위능력 • 37
- V. 민법상 주소 • 46
- VI. 부재자제도 • 47
- VII. 실종선고 • 50
- VIII. 법인일반 • 55
- IX. 법인의 설립 • 55
- X. 재단법인 • 59
- XI. 법인의 능력 • 63
- XII. 법인의 기관 • 68
- XIII. 법인의 소멸(해산과 청산) • 73
- XIV. 권리능력 없는 사단(=비법인사단) • 75

제4장 권리의 객체

- I. 물 권 • 82

제5장 권리의 변동

- I. 권리의 변동 서설 • 91
- II. 법률행위 • 92
- III. 법률행위의 해석 • 99
- IV. 법률행위의 목적의 가능성(민법상 불능의 문제) • 105
- V. 법률행위의 내용의 적법성(강행법규 문제) • 107
- VI. 법률행위의 내용의 사회적 타당성(공서 양속) • 110
- VII. 불공정한 법률행위(폭리행위) • 118
- VIII. 비진의표시 • 121
- IX. 통정허위표시 • 124
- X. 착오에 의한 의사표시 • 129
- XI. 사기, 강박에 의한 의사표시 • 136
- XII. 의사표시의 효력발생 • 140

제6장 대리

- I. 대리 일반론 • 144
- II. 수권행위 • 146
- III. 대리권의 제한 • 148
- IV. 대리권남용 • 150
- V. 대리행위에서 현명주의 • 151
- VI. 대리행위의 하자 • 152
- VII. 대리인의 행위능력 • 154
- VIII. 복대리 • 155
- IX. 대리권의 소멸 • 157
- X. 표현대리 일반 • 157
- XI. 대리권수여의 표시에 의한 표현대리 • 158
- XII. 권한을 넘은 표현대리 • 159
- XIII. 제129조의 표현대리 • 164
- XIV. 무권대리 • 165

제7장 법률행위의 무효와 취소 -----

I. 개 관	• 172
II. 법률행위 무효일반	• 173
III. 일부무효	• 174
IV. 무효행위의 전환	• 177
V. 무효행위의 추인	• 178
VI. 무권리자처분행위와 권리자의 추인	• 180
VII. 유동적 무효	• 181
VIII. 법률행위의 취소	• 184

제8장 조건·기한 -----

I. 부 관	• 194
II. 조 건	• 194
III. 기 한	• 203

제9장 기 간 ----- • 208

제10장 소멸시효 -----

I. 소멸시효의 의의	• 212
II. 구별개념(제척기간)	• 212
III. 소멸시효의 요건	• 215
IV. 소멸시효의 중단	• 229
V. 소멸시효의 정지	• 246
VI. 소멸시효의 효력	• 247
VII. 시효이익의 포기	• 249
VIII. 소멸시효와 권리남용	• 254

제2편 물권법

제1장 물권법 일반 -----

I. 물권법의 의의와 성격	• 259
II. 일물일권주의	• 260
III. 물권법정주의	• 263
IV. 물권적 청구권	• 264

제2장 물권의 변동 -----

I. 물권변동의 의의 및 모습	• 272
II. 물권변동의 원인	• 273
III. 공시(公示)의 원칙과 공신(公信)의 원칙	• 273
IV. 물권행위	• 275

제3장 부동산물권의 변동 -----

I. 제186조	• 276
II. 등기 일반론	• 276
III. 중간생략등기	• 280
IV. 등기청구권	• 283
V. 법률규정에 의한 부동산물권의 변동	• 285
VI. 등기의 효력	• 288
VII. 가등기	• 294
VIII. 명인방법에 의한 물권변동	• 296

제4장 동산물권의 변동 -----

I. 동산물권의 변동 개관	• 299
II. 권리자로부터의 취득	• 299
III. 선의취득(무권리자로부터의 취득)	• 301

제5장 물권의 소멸 -----

I. 목적물의 멸실	• 307
------------	-------

Contents

II. 소멸시효	• 308
III. 물권의 포기	• 308
IV. 공용징수	• 308
V. 혼 동	• 309

제6장 점유권 -----

I. 점유권 총설	• 312
II. 점유의 관념화 현상	• 313
III. 점유의 태양(모습)	• 315
IV. 점유의 분리·병합 등	• 322
V. 점유의 추정력	• 323
VI. 점유자와 회복자간의 법률관계	• 324
VII. 점유권에 기한 물권적 청구권	• 332
VIII. 점유권과 본권의 구별	• 335
IX. 자력구제(自力救濟)	• 336
X. 준점유(제210조)	• 337
XI. 점유권의 소멸	• 337

제7장 소유권 -----

I. 소유권의 내용(제211조)	• 338
II. 구분소유	• 341
III. 상린관계	• 343
IV. 취득시효	• 349
V. 선점·습득·발견	• 366
VI. 침 부(부합·혼화·가공)	• 367
VII. 소유권에 기한 물권적 청구권	• 371
VIII. 공동소유	• 372
IX. 명의신탁	• 396

제8장 지상권 -----

I. 지상권 일반	• 413
II. 특수지상권	• 420

III. 관습상 법정지상권	• 424
----------------	-------

제9장 지역권 ----- • 432

제10장 전세권 -----

I. 전세권일반	• 438
II. 전세권의 담보물권적 성격	• 440
III. 전세권의 효력	• 444
IV. 전전세(轉傳賃)	• 447
V. 전세권의 소멸	• 447

제11장 담보물권의 일반 -----

I. 담보물권의 의의	• 450
II. 담보물권의 성질	• 451

제12장 유치권 -----

I. 서 설	• 453
II. 유치권의 성립요건	• 454
III. 유치권의 효력	• 460
IV. 유치권의 소멸	• 465

제13장 질 권 -----

I. 총 설	• 467
II. 동산질권 일반	• 468
III. 동산질권자의 전질권	• 477
IV. 동산질권의 소멸	• 480
V. 권리질권	• 481

제14장 저당권 -----

I. 저당권 일반	• 488
II. 저당권의 효력범위	• 491
III. 유저당계약	• 497

IV. 법정지상권	• 498
V. 일괄경매청구권	• 503
VI. 저당목적물의 제3취득자의 지위와 물상 보증인의 지위	• 504
VII. 저당권침해시 저당권자의 보호방안	• 508
VIII. 저당권의 처분과 소멸	• 511
IX. 근저당권	• 513
X. 공동저당	• 519
XI. 지상권·전세권을 목적으로 하는 저당권	• 525

제15장 비전형담보물권

I. 총 설	• 529
II. 가등기담보	• 530
III. 양도담보	• 540
IV. 소유권유보부매매	• 547

제3편 채권총칙

제1장 채권법 일반

I. 채권법의 의미	• 553
II. 보호의무	• 554

제2장 채권의 목적

I. 채권의 목적 일반론	• 558
II. 특정물채권	• 558
III. 종류채권	• 561
IV. 금전채권	• 563
V. 이자채권	• 566
VI. 선택채권	• 568
VII. 임의채권	• 571

제3장 채권의 효력

I. 채권의 효력 일반	• 572
II. 이행보조자	• 574
III. 이행지체	• 576
IV. 이행불능	• 582
V. 불완전이행	• 587
VI. 이행거절	• 589
VII. 강제이행	• 591
VIII. 손해배상 일반	• 594
IX. 과실상계	• 602
X. 손해배상액의 예정	• 608
XI. 채권자지체(수령지체)	• 614
XII. 책임재산보전의 일반론	• 617
XIII. 채권자대위권	• 618
XIV. 채권자취소권	• 631
XV. 제3자에 의한 채권침해	• 659

제4장 수인의 채권자 및 채무자

I. 분할채권관계	• 661
II. 불가분채권관계	• 662
III. 연대채무	• 666
IV. 부진정연대채무	• 673
V. 보증채무	• 676
VI. 주채무자 또는 보증인에 관하여 생긴 사유의 효력과 구상권	• 684
VII. 특수한 보증	• 690
VIII. 계속적 보증 또는 근보증	• 694

제5장 채권양도와 채무인수

I. 채권양도	• 697
II. 면책적 채무인수	• 712
III. 병존적(중첩적) 채무인수	• 715

Contents

제6장 채권의 소멸 -----

I. 채권의 소멸일반	• 721
II. 변 제	• 721
III. 변제의 제공	• 727
IV. 변제충당	• 729
V. 변제자대위(변제에 의한 대위)	• 734
VI. 대물변제	• 744
VII. 공 탁	• 746
VIII. 상 계	• 751
IX. 경 개	• 764
X. 면 제	• 766
XI. 혼 동	• 766

제4편 채권각론

제1장 계약총칙 -----

제1절 계약의 성립	• 771
I. 계약의 의의 및 계약자유의원칙	• 771
II. 계약의 종류	• 772
III. 계약의 성립	• 774
IV. 약관에 의한 계약성립	• 778
V. 계약제결상의 과실책임	• 782
제2절 계약의 효력	• 786
I. 동시이행의 항변권	• 786
II. 위험부담	• 796
III. 제3자를 위한 계약	• 800
제3절 계약의 소멸(해제·해지)	• 804
I. 계약의 해제	• 804

II. 계약의 해지	• 821
------------	-------

제2장 계약각칙 -----

제1절 증 여	• 822
I. 서 설	• 822
II. 증여자의 담보책임	• 823
III. 증여의 구속력 약화	• 824
IV. 특수한 증여	• 827
제2절 매 매	• 829
I. 매매 일반론	• 829
II. 매도인의 담보책임	• 838
III. 환 매	• 849
제3절 교 환	• 851
제4절 소비대차	• 852
제5절 사용대차	• 856
제6절 임대차	• 859
I. 민법상 임대차	• 859
II. 주택임대차보호법	• 883
III. 상가건물임대차보호법	• 887
제7절 고 용	• 887
제8절 도 급	• 888
제9절 여행계약(신설)	• 902
제10절 현상광고	• 905
제11절 위 입	• 907
제12절 임 치	• 914
제13절 조 합	• 916
제14절 종신통기금	• 930

제15절 화 해	• 930
----------	-------

제3장 사무관리 -----

I. 의의 및 본질	• 933
II. 성립요건	• 934
III. 효 과	• 935

제4장 부당이득 -----

I. 일반부당이득	• 939
II. 특수한 부당이득	• 950
III. 부당이득의 효과(부당이득의 반환)	• 956

제5장 불법행위 -----

I. 불법행위 총설	• 960
------------	-------

II. 일반불법행위	• 962
------------	-------

III. 책임무능력자의 불법행위에 대한 감독자의 책임	• 968
-------------------------------	-------

IV. 사용자책임	• 970
-----------	-------

V. 도급인의 책임	• 974
------------	-------

VI. 공작물 등의 점유자와 소유자의 책임	• 974
-------------------------	-------

VII. 동물점유자의 책임	• 978
----------------	-------

VIII. 공동불법행위	• 978
--------------	-------

IX. 의료과오	• 985
----------	-------

X. 제조물책임	• 987
----------	-------

XI. 명예훼손	• 988
----------	-------

XII. 불법행위의 효과	• 990
---------------	-------

판례색인 -----	• 1003
------------	--------

제 1 편

민법총칙

- | 제1장 | 민법일반
- | 제2장 | 권리·의무(법률관계)
- | 제3장 | 권리의 주체
- | 제4장 | 권리의 객체
- | 제5장 | 권리의 변동
- | 제6장 | 대 리
- | 제7장 | 법률행위의 무효와 취소
- | 제8장 | 조 건·기 한
- | 제9장 | 기 간
- | 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(=일반사법)

(1) 일반사법(一般私法)으로서의 민법

민법은 사인 상호간의 관계를 규율하는 사법(私法)이며, 사람·장소·사항 등에 관계없이 일반적으로 적용되는 일반법(一般法)으로서, 일반사법(一般私法)이다. 일반사법으로서의 민법과 대비되는 특별사법으로는 상법 등이 있다.

(2) 실체법으로서의 민법

민법은 당사자의 권리·의무를 규정하고 있는 실체법에 속한다. 민법에 규정된 실체적 권리·의무는 민사소송법 및 민사집행법 등 절차법을 통하여 실현된다.

(3) 행위규범 및 재판규범

민법은 사인 간의 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 법률**로서 **법률·명령·규칙 등을 포함한다**. 반면에, **형식적 의미의 법률**은 **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(대통령령, 부령), 대법원규칙, 지방자치단체의 조례 등도 법원이 된다.

(3) 조 약

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

(4) 헌법재판소의 결정

법률에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하므로 그 결정 내용이 민사에 관한 것이면 민법의 법원이 된다. ① 민법 제764조의 “명예회복에 적당한 처분”에 사죄광고가 포함된다고 해석하는 한도에서는 위헌이라고 본 결정(헌재 1991. 4. 1, 89헌바160), 임대차의 최장존속기간을 20년으로 제한하였던 민법 제651조 제1항이 계약의 자유를 침해하므로 위헌이라고 본 결정(헌재 2013. 12. 26, 2011헌바234) 등이 대표적이다. ☞ 참고로 “관례”에 대해서는 법원성을 부정하는 것이 통설이다.

3. 관습법

(1) 관습법의 성립요건(관행+법적 확신)

판례 ① [1] 관습법이란 사회의 거듭된 **관행**으로 생성한 사회생활규범이 사회의 **법적 확신**과 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 구성원

들이 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] 종중은 공동선조의 분묘 수호와 봉제사 및 종원 상호간의 친목을 목적으로 형성되는 종족단체로서 공동선조의 사망과 동시에 그 후손에 의하여 자연발생적으로 성립하는 것임에도, 공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 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, **종중 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).

(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.

(ㄴ) 변경적 효력설

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

(ㄷ) 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 입증을 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

(1) 조리란 사물의 도리 또는 법의 일반원리를 말하며, 경험칙(=신의칙)·사회통념 등으로 표현되기도 한다. 조리의 법원성에 대하여는 논란이 있으나, 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).

Ⅲ. 민법의 기본원리

1. 사적자치원칙

(1) 법률행위자유의 원칙 중 계약자유의 원칙

법률행위는 사적 자치를 실현하는 수단이 되므로 사적자치원칙으로부터 법률행위자유의 원칙이 도출된다. 법률행위의 자유는 계약의 자유, 유언의 자유, 단체설립의 자유를 포함하는데, 유언은 엄격한 방식이 요구되고(제1060조 이하), 단체설립은 일정한 제한을 받으므로(허가주의; 제32조), 결국 계약의 자유가 그 중심을 이루게 된다. ☞ 참고로 로마법에는 “계약은 준수되어야 한다(pacta sunt servanda)”는 법원칙이 있었다. 즉 계약은 자유지만, 동시에 사회생활의 유지·발전에 불가결한 의무들의 1차적인 발생원인이 되기도 한다.

(2) 재산권(특히 소유권) 존중의 원칙(민법 제211조 이하)

재산, 그 중에서도 소유권은 인격이 자유롭게 존립하기 위한 물질적 기초로서 강한 보호를 받는다. 그리하여 소유자가 그 소유물로부터 이익을 얻는 것이 제3자로부터 방해를 받으면 이를 언제든지 배제할 수 있다(대표적으로 물권적 청구권 등).

(3) 과실책임의 원칙(민법 제390조, 제750조)

민법은 어떤 사람에게 그가 의욕하지 아니한 의무 기타 불이익한 법적 효과(예컨대 손해배상책임 등)를 부담시키려면 원칙적으로 그에게 귀책사유(고의 또는 과실)가 있을 것을 요구한다. 즉 불법행위로 인한 손해배상책임이 인정되려면 “고의 또는 과실로 인한 위법행위”로 인하여 그 손해가 발생하였어야 하는 것이 원칙이고(제750조), “채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는”채무불이행책임을 지지 않는 것이 원칙이다(제390조).

2. 사적자치의 수정

(1) 의 의

국가는 인간의 평등한 생활을 실질적으로 확보하기 위하여 ① 경제적 강자의 계약자유를 어느 정도 제한한다거나, ② 공급이 한정적인 토지에 대한 소유권의 행사를 공법적으로 제한한다거나, ③ 과실책임에 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 기본원리임은 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 과실 없이 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 편 참조)

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

권리·의무(법률관계)

I. 법률관계

1. 법률관계와 호의관계의 구별

(1) 의의

법률관계란 ‘법규범에 의하여 규율되는 생활관계’를 말한다. 법률관계의 내용은 구체적인 권리와 의무이다. 반면에 호의관계는 호의를 갖고 상대방을 도와주는 관계로, 강제력 있는 법률관계로 보기는 어렵다. 따라서 단순한 인간관계에 기한 약속을 어겨도 그 이행을 청구한다든가 손해배상을 청구할 수 없다. 다만 예컨대 자동차에 호의동승했다가 사고가 생겨 손해가 발생하는 등 예외적으로 법률관계가 될 수 있다.

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

(2) 구별

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

2. 권리의 종류

(1) 내용에 의한 분류

1) 인격권

권리의 주체와 분리할 수 없는 인격적 이익의 향수를 내용으로 하는 권리로서 생명·신체·정신의 자유에 대한 권리가 이에 속한다. 민법은 인격권에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않으나, 헌법이나 민법 제3조, 제751조로부터 당연히 도출되는 권리이다. 이는 절대권의 일종으로서 이를 침해하면 불법행위가 된다(제750조 참조). 법인이나 권리능력 없는 사단·재단도 명예권 등의 인격권을 갖는다.

2) 재산권

경제적 가치 있는 이익의 향수를 목적으로 하는 권리, 즉 금전으로 평가될 수 있는 권리가 재산권이 다. 물건·채권·지식재산권(무체재산권)이 여기에 속한다.

3) 가족권

이에는 친족권과 상속권의 두 가지가 있다. 친족권은 일정한 친족상의 신분으로부터 발생하는 권리이고, 친족권이 침해되는 경우에는 물권적 청구권과 유사한 신분적 청구권이 발생한다. 상속권은 상속인의 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

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. 그리고 지배권은 절대권이다. **절대권**이라 함은 권리가 **모든 사람에 대하여** 주장할 수 있는 권리로서 **특정인이 특정인에 대하여만** 일정한 행위를 청구하는 채권인 **상대권**과 대비된다.

2) 청구권

특정인이 다른 특정인에 대하여 일정한 행위(작위 또는 부작위)를 요구하는 권리가 청구권이며, 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 의사표시**만으로 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**이나 또는 **법률의 규정**이다. 여기에는 법률행위의 동의권(제5조, 제13조 제1항)·취소권(제140조)·추인권(제143조)·계약의 해제권 및 해지권(제543조)·상계권(제492조) 등이 있다.

4) 항변권(=거절권)

청구권의 행사에 대하여 그 작용을 저지할 수 있는 효력을 가지는 권리를 항변권이라고 한다. 항변권에는 ① 동시이행의 항변권(제536조), 보증인의 최고·검색의 항변권(제437조) 등 청구권의 행사를 일시적으로 저지할 수 있는 ‘연기적 항변권(延期的 抗辯權)’과 ② 상속인의 한정승인 항변권(제1028조)과 같은 ‘영구적 항변권(永久的 抗辯權)’이 있다.

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) 물건에서 순위의 원칙과 채권에서 선행의 원칙

〈물권〉에서는 ‘**순위의 원칙**’이 적용된다. 즉 시간적 관계에 있어서 앞서 성립한 물권이 뒤에 성립한 물권에 우선한다. 다만 제한물권이 소유권보다 항상 우선한다. 〈채권〉에 있어서는 순위의 원칙이 아니라 ‘**선행의 원칙**’이 지배한다. 채권자 상호간에 우선 순위가 없기 때문에 각 채권자는 임의로 그 의 채권을 실행할 수 있고, 따라서 먼저 채권을 행사한 자가 우선하는 결과가 되는 것이다. 예컨대 이중매매에 있어서는 먼저 매수한 자가 나중에 매수한 자에 우선하는 것이 아니라 등기 또는 인도 등 먼저 이행을 받은 자가 우선한다. 다만 파산의 경우는 ‘**채권자평등의 원칙**’에 의해 동일한 채무자에 대한 수 개의 채권은 그 발생원인·발생시기·채권액을 불문하고 평등하게 다루어진다.

3) 동일물에 대하여 〈물권과 채권이 병존하는 경우〉에는 그 성립시기를 불문하고 **물권이 우선**한다. 다만 채권도 등기 또는 대항력을 갖춘 경우(예컨대 임차권)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 자동적으로 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 불법

행위를 원인으로 하는 손해배상청구에까지 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 발생한다**는 것이다. 예컨대 공무원이 그 직무집행에 따른 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 입힌 경우, **국가배상법 규정이 민법 제756조의 특별법**으로서 **국가배상법상 손해배상청구권만이 발생한다**.

판례 제조물 책임법은 불법행위에 관한 민법의 특별법이라 할 것이므로, 제조물의 결함으로 손해를 입은 자가 제조물 책임법에 의하여 손해배상을 주장하지 않고 민법상 불법행위책임을 주장하였더라도 법원은 민법에 우선하여 제조물 책임법을 적용하여야 하고, 제조물 책임법의 요건이 갖추어지지 않았지만 민법상 불법행위책임 요건을 갖추었다면 민법상 불법행위책임을 인정할 수도 있다(대판 2023. 5. 18, 2022다230677).

II. 신의성실의 원칙

제2조(신의성실)

① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.

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 둠으로써 신의칙은 채권관계 뿐 아니라, 물권관계나 가족관계에서도 적용된다.

2. 신의칙의 기능

첫째 당사자간 계약내용의 결함 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.

판례 채권자가 채권을 확보하기 위하여 제3자의 부동산을 채무자에게 명의신탁하도록 한 다음 동 부동산에 대하여 강제집행을 하는 따위의 행위는 신의칙에 비추어 허용할 수 없다(대판 1981. 7. 7, 80다2064).

3. 신의칙의 적용

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

❗ **판례** ① 유효하게 성립한 계약상의 책임을 공평의 이념 또는 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 **사적 자치의 원칙**이나 **법적 안정성**에 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 채권자의 권리행사가 신의칙에 비추어 용납할 수 없는 것인 때에는 이를 부정하는 것이 예외적으로 허용될 수 있을 것이나 일단 유효하게 성립한 계약상 책임을 공평의 이념 및 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 자칫하면 사적 자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로 신중을 기하여 가능한 한 예외적으로 인정하여야 한다(대판 2024. 4. 4, 2022다239131, 239148).

- (2) 신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 **강행규정에 위배**되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 **직권으로** 판단할 수 있다(대판 1989. 9. 29, 88다카17181).
- (3) 신의칙위반에 해당하는가의 여부는 당해 **구체적** 사건에서 법원이 **개별적으로** 판단할 수 밖에 없다.

❗ **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 반하여 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) 의의

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 이사 비용을 받고 부동산을 임의로 명도해 주기까지 하였다면 그 후 경락인에 대하여 위 근저당권이나

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 앓겠다는 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 **임차보증금반환채권에 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 **무상거주확인서**를 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).

❏ 동지 판례 근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 임대차 사실을 부인하고 건물에 관하여 임차인으로서의 권리를 주장하지 앓겠다는 내용의 **무상임대차 확인서**를 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 매각절차에 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).

(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) 관례검토

- (가) 강행법규인 국토이용관리법의 토지거래 허가규정을 위반하였을 경우에 있어서 위반한 자 스스로가 무효를 주장함이 신의칙 위반의 권리행사라는 이유로 이를 배척한다면 투지거래계약의 효력발생을 금지하려는 국토이용관리법의 입법취지를 완전히 몰각시키는 결과가 되므로 그러한 주장이 신의칙에 위반한다고 할 수 없다(대판 1993. 12. 24, 93다44319·44326).
- (나) 강행법규인 증권거래법에 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 반하여 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).
- (마) 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). **☞** 甲 의료법인의 기본재산인 토지에 乙 지방자치단체가 건물을 신축하였고 甲 법인은 乙 지방자치단체에 지상권설정등기를 해 주었는데, 甲 법인이 乙 지방자치단체와 위탁경영 계약을 체결한 다음 위 건물에서 약 35년간 계속하여 병원을 운영하다가, 위 지상권설정등기가 의료법 제48조 제3항에서 정한 시·도지사의 허가 없는