

공인노무사 핵심정리 민법

황보수정

새흐름

제5판 머리말

민법은 그 양이 방대하고 내용 또한 어려울 뿐만 아니라 폭넓게 공부해야 하는 과목 중의 하나입니다. 그러나 이러한 점 때문에 두꺼운 교재를 탐구하듯 공부하는 것은 오늘의 뿌듯함을 줄진 몰라도 내일의 패배만을 안겨줄 것입니다. 그 이유는 여러분은 공인노무사 민법을 공부하고 있는 것이기 때문입니다. 순수하게 공인노무사 민법만을 위하여 정리된 교재로 조문과 판례를 정확히 이해하고 암기한다면 민법에서 고득점하실 수 있습니다.

공인노무사 시험에서 수험생들이 처음 접했을 때 가장 어려워하는 과목이 민법입니다. 그러나 민법은 항상 기본(조문)에 충실하면서 기출문제를 확인하고 이해한다면 오히려 고득점 할 수 있는 전략과목이 될 수도 있습니다. 그렇기에 민법은 어느 한 부분만 편면적으로 안다면 시험장에서 실수를 할 수 있으므로 조금은 폭넓은 준비를 하셔야 됩니다.

본서는 공인노무사 시험을 준비하고 있는 수험생 여러분들에게 정확한 출제범위를 보여주며, 압축·정리하여 다른 과목을 병행하면서 공부하는데 시간을 많이 줄여줄 것으로 생각합니다.

공인노무사 시험에서는 항상 기본이 흔들려서는 안 됩니다. “나오는 것만 나온다”라는 믿음이 없이는 마무리 때마다 실패하실 수밖에 없습니다. 그 항상 나오는 것이, 바로 그 안전벨트가 조문과 기본판례입니다.

이 교재의 특징은

1. 개정된 민법총칙을 반영하여 제한능력자와 후견인제도를 정확하게 수록하였습니다. 또한 2021년도 기출문제를 완벽하게 분석하여 본서에 반영하였습니다. 특히 최근 사례형 문제의 비중이 높아짐에 따라서 이해를 돕기 위한 예시를 수록했습니다.

2. 판례의 중요도가 높아지면서 수험생 여러분의 이해를 돕기 위해 판례 제목을 달았습니다. 이는 판례의 제목을 제시함으로써 그 내용을 한눈에 알아볼 수 있도록 한 것입니다.

3. 핵심 도표의 암기는 수험생 여러분의 문제해결능력을 빠른 속도로 향상시켜줄 것입니다. 따라서 본 교재는 그러한 도표를 적절하게 활용하였습니다. 수록된 비교 도표는 능률적인 수험공부를 위해서 반드시 모두 암기하시기 바랍니다.

4. 이번 판부터 복습의 효율성을 높이기 위해, 꼭 필요한 최신기출지문, 빈출기출지문을 해당 파트에 적절히 안내하여 추가하였습니다. 가장 중요한 기출지문의 시각화를 통해 반복학습하시다 보면 실전에서 그 효과를 체감하실 수 있을 것입니다.

5. 김형배, 지원림, 김준호 교수님들의 기본서 내용을 참조하여 민법총칙과 채권법 부분의 수험범위의 공통부분을 지문처리하였습니다. 이는 본시험에서 선지나 지문을 접했을 때 막힘없이 문제를 해결하는 데 도움이 될 것입니다.

6. 최근 10년 간 기출문제를 철저히 분석하여 공인노무사 시험에 나오는 빈출판례를 조문과 함께 모두 수록함과 동시에 본문은 오로지 핵심내용으로만 구성하였습니다. 이를 통해 수험생 여러분의 시간을 좀 더 효율적으로 사용하실 수 있도록 한 것입니다. 그리하여 빈출부분과 출제의 포인트를 압축적이지만 빠르게 파악할 수 있도록 하였습니다.

7. 본 교재는 행간, 자간, 그리고 간결한 폰트의 사용으로 본문을 디자인하였고 페이지 맞추기를 통하여 책의 완성도를 높였습니다. 이 모든 작업들은 바로 수험생 여러분의 가독성을 높이기 위함입니다. 본서는 여러분들을 보다 빠른 합격의 길로 인도할 것입니다.

이 교재를 가지고 강의를 듣고 중요도를 체크하시면서 공인노무사 시험에 합격하셨으면 하는 바람입니다.

공인노무사 민법은 수험민법다워야 한다고 생각합니다. 늘 본인이 가고 있는 길에, 지금 이 순간이 도움이 되고 있는지 확인하십시오. 막연히 양이 주는 허황된 만족감에 빠져 있진 않은지, 정작 꼭 알고 있어야 할 조문과 법리, 판례는 소홀히 하고 있진 않은지 점검하셔야 합니다.

다시 한 번 강조하지만 여러분은 수험민법 공부를 하고 계십니다.

저는 기적은 존재하므로 기적을 믿는 것이 아니라 믿기 때문에 일어난다고 알고 있습니다.

흔들리지 않고 피는 꽃은 없다고 합니다. 여러분들은 이제 흔들리며 줄기를 곧게 세워 꽃을 피우셔야 합니다. 여러분들 한분한분 모두가 이 세상 가장 아름다운 꽃이 되십시오.

멋진 공인노무사의 꿈 꼭 이루십시오.

꿈은 이를 때 더욱 빛이 납니다.

여러분이 1차와 2차를 단번에 합격하시는 것을 꿈에서도 기원하겠습니다.

머리말을 쓰며 꼭 감사드리고 싶은 분들이 있습니다. 항상 삶을 조심스럽게 살아갈 수 있도록 해주시고 영면에 드신 아버지, 사랑하는 어머니와 수많은 추억을 함께 만들고 있는 존경하는 진표님께 감사를 드립니다. 그리고 본서를 출간하기 위해 온 힘을 다해주신 새흐름의 이종은 부장님을 비롯한 편집부 식구들에게도 진심으로 고마운 마음을 전합니다.

2021년 6월

황보수정

Contents

차 례

제1편 민법총칙

CHAPTER 01 민법 서론 ... 2

제1절 민법의 의의	2
제2절 민법의 법원	3
제3절 민법의 기본원리	6

CHAPTER 02 권리 일반 ... 7

제1절 법률관계와 권리·의무	7
제2절 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙	12

CHAPTER 03 권리의 주체 ... 22

제1절 서론	22
제2절 자연인	24
제3절 법인	43

CHAPTER 04 권리의 객체 ... 67

CHAPTER 05 권리의 변동 ... 76

제1절 서론	76
제2절 법률행위	78
제3절 기간과 소멸시효	139

제2편 채권총론

CHAPTER 01 채권법 서론 ... 166

CHAPTER 02 채권의 목적 ... 169

제1절 서론	169
제2절 채권의 종류	170

CHAPTER 03 채권의 효력 ... 184

제1절 일반론	184
제2절 채무불이행과 그 구제	186
제3절 책임재산의 보전	210
제4절 채권의 대외적 효력(제3자에 의한 채권침해)	227

CHAPTER 04 수인의 채권자 및 채무자 ... 231

제1절 서론	231
제2절 분할채권관계·불가분채권관계	232
제3절 연대채무관계	236
제4절 보증채무관계	246

CHAPTER 05 채권양도와 채무인수 ... 263

제1절 채권의 양도	263
제2절 채무의 인수	276

CHAPTER 06 채권의 소멸 ... 284

제1절 일반론	284
제2절 변제	286
제3절 상계	302
제4절 기타 채권의 소멸원인	310

제3편 채권각론

CHAPTER 01 계약총칙 ... 322

제1절 계약의 성립	322
제2절 계약의 효력	330
제3절 계약의 해제와 해지	343

CHAPTER 02 계약각칙 ... 357

제1절 계약의 분류	357
제2절 증 여	358
제3절 매 매	362
제4절 교 환	380
제5절 소비대차	381
제6절 사용대차	385
제7절 임대차	388
제8절 고 용	412
제9절 도 급	415
제10절 현상광고	423
제11절 위 임	425
제12절 임 치	430
제13절 조 합	434
제14절 종신정기금	444
제15절 화 해	446

CHAPTER 03 법정채권관계 ... 452

제1절 사무관리	452
제2절 부당이득	458
제3절 불법행위	469

판례색인 ... 495

제1편 민법총칙

민법 서론

제1절 민법의 의의

제3절 민법의 기본원리

제2절 민법의 법원

제1절

민법의 의의

I. 실질적 의미의 민법(일반사법)

1. 의 미

사법 중에서 상법 기타의 특별사법을 제외한 일반사법만을 의미(민법특별부속법령·관습민법·형식적 민법)하며, 그 존재형식은 민법의 법원이다.

2. 민법의 특성

(1) 사법으로서의 민법

법은 공법과 사법으로 나누어진다. 민법은 사인의 생활관계를 규율하는 사법에 속하며, 공법은 국가 또는 지방자치단체와 그 구성원(국민) 사이의 통치관계를 규율하는 법을 말한다.

(2) 일반법으로서의 민법

민법은 일반법으로 개인의 일상·보통의 사적 생활관계를 규율하는 원칙법이다. 따라서 민법에 대한 특별법인 상법·노동법·경제법 등이 적용되지 않는 한 사법관계에는 민법이 일반적으로 적용된다.

(3) 실체법으로서의 민법

민법은 권리의무의 발생이나 그 내용·성질 및 변경·소멸에 관한 직접적인 규정으로 이루어져 있으므로 실체법이라 할 수 있고, 궁극적으로 절차법인 민사소송법을 통하여 실현된다.

II. 형식적 의미의 민법(민법전)

형식적 의미의 민법은 1958년 2월 22일 법률 제471호로 제정·공포되고 1960년 1월 1일부터 시행되고 있는 ‘민법’이라는 이름의 성문법전을 말한다.

1 법원 서론

I. 법원의 의의

법원이란 법의 연원, 즉 법의 존재형식 또는 현상형태를 말하는 것으로서, 법을 인식할 수 있는 법의 발원존재의 형식을 가리킨다.

II. 민법의 법원과 순위

제1조 【법원】

민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다. (14·15)

민사라는 용어는 널리 사법관계를 뜻하는 것이며, 제1조에서의 ‘법률’은 널리 「제정법(성문법)」을 가리키는 것으로서, 여기의 법률에는 형식적 의미의 민법뿐만 아니라 민사에 관한 특별법 및 법규 등을 포함한다.

2 성문민법

I. 법 률

민법의 법원 중에서 가장 중요한 것은 민법전이나, 그 이외에도 각종의 민사특별법과 민법부속법 등이 있다.

II. 명 령

명령이나 자치법규(조례·규칙)도 민사에 관한 것이면 민법의 법원이 된다. 대법원규칙도 법률과 저촉되지 않는 범위 내에서 민사에 관한 것이면 법원이 된다. 그리고 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 가지므로(헌법 제6조 1항), 비준·공포된 조약으로서 민사에 관한 것은 법률(또는 명령·규칙)과 동일한 효력을 지니는 법원이 된다.

3 불문민법

I. 관습법

1. 의의 및 기능

관습법이란 사회에서 자연적으로 발생하는 관행이 단순한 예의적·도덕적 규범으로서 지켜질 뿐만 아니라 사회의 법적 확신 내지 법적 인식을 수반하여 대다수인에 의하여 지켜질 정도

로 된 것을 말한다. 이러한 관습법은 사회에 있어서의 가장 직접적이고 또한 근원적인 법의 발현 형식이다. 그러나 국가의 입법기능이 발전함에 따라 관습법의 존재범위와 역할은 점차 축소되고 있다고 볼 수 있다.

2. 성립요건

관습법이 성립하기 위해서는 i) 관행의 존재, ii) 관행의 정당성·합리성, iii) 법적 확신의 취득이 필요하다. 구체적인 내용을 판례와 함께 살펴보면 다음과 같다.

판례 관습법이 법적 규범으로 승인되기 위한 요건

- 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것을 말하고, 그러한 관습법은 법원으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 또 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.
- 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(대판 2005.7.21, 2002다1178 전원합의체). (14·15)

3. 성립시기

관습법은 법원의 판결에 의해 비로소 그 존재 및 구체적 내용이 인정되나, 그 성립시기는 그 관행이 법적 확신을 취득한 때에 소급한다.

4. 효력 및 우열관계

성문법과 관습법의 효력상의 우열, 즉 관습법으로 성문법을 변경 내지 개폐할 수 있는 효력이 있는가, 아니면 관습법은 성문법의 흠결이 있는 경우에 한하여 이를 보충하는 효력만 있는가에 대해서는 견해의 대립이 있다. 이에 대하여 판례는 ‘(구)가정의례준칙 제13조의 규정과 배치되는 관습법의 효력을 인정하는 것은 관습법의 제정법에 대한 열후적·보충적 성격에 비추어 제1조의 취지에 어긋나는 것이다(대판 1983.6.14, 80다3231)’고 하여 보충적 효력을 인정한다.

5. 사실인 관습의 관계 (05·15)

판례는 민법 제1조는 관습법의 법원으로서의 보충적 효력을 인정하는 데 반하여, 제106조는 일반적으로 사적자치에 인정되는 분야에서의 관습의 법률행위의 해석기준이나 의사보충적 효력을 정한 것이다(대판 1983.6.14, 80다3231)라고 판시하여 엄격하게 구별하고 있다.

〈관습법과 사실인 관습의 비교〉

	관습법(제1조)	사실인 관습(제106조)
의 미	사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신과 인식에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이르는 것을 말한다.	사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활규범인 점에서 관습법과 같으나, 사회의 법적 확신이나 인식에 의하여 법적 규범으로서 승인된 정도에 이르지 않은 것을 말한다.
효 력	바로 법원으로서 법령과 같은 효력을 갖는 관습으로서 법령에 저촉되지 않는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이다(법규범).	① 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행으로서 법률행위의 당사자의 의사를 보충함에 그치는 것이다. ② 임의규정보다 우선하여 적용된다.
주 장 · 증 명	당사자의 주장·입증을 기다림이 없이 법원이 직권으로 이를 확정하여야 한다.	사실인 관습의 존재를 당사자가 주장·입증하여야 한다.
	법원이 이를 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장·입증할 필요가 있다.	

II. 조 리

조리란 사물의 본성·사물의 본질적 법칙 또는 사물의 도리를 말하며, 사람의 이성에 기하여 생각되는 규범이다. 조리는 자연법적인 존재로서, 민법 제1조를 근거로 하여 조리의 법원성을 인정하는 것이 다수설이다.

III. 판 례

판례는 법원의 재판(판결·결정)을 통하여 형성된 규범, 즉 재판의 집적을 가리킨다. 민법 제1조가 판례의 법원성에 관하여 언급이 없고, 판례는 사실상의 구속력이 있을 뿐 그 법원성을 인정할 수 없다는 견해가 다수설이다.

1 사적자치의 원칙

I. 의 의

사적자치의 원칙이란 자기의 법률관계를 그의 자유로운 의사에 의해 형성할 수 있다는 원칙을 말한다.

II. 내 용

1. 계약자유원칙

사적자치를 실현하는 수단이 되는 것은 법률행위이고, 사적자치의 원칙이 법률행위에 적용될 때 나타나는 원칙을 법률행위자유원칙 또는 ‘계약자유원칙’이라고도 한다.

판례 계약의 부당파기와 불법행위

- 어느 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입혔다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다(대판 2003.4.11, 2001다53059). (06)

2. 소유권자유(존중)의 원칙

사적자치의 원칙이 소유권에 관하여 적용될 때 나타나는 원칙을 소유권자유원칙이라고 한다. 즉 소유자는 자유로이 그 소유물을 사용·수익·처분할 수 있는 것이다(제211조).

3. 과실책임의 원칙

사적자치의 원칙이 불법행위(제750조)나 채무불이행(제390조)에 적용될 때 나타나는 원칙을 과실책임의 원칙이라고 한다.

2 신뢰보호의 원칙

신뢰보호의 원칙이란 권리의 외관을 신뢰한 자를 보호함으로써 거래의 안전과 신속을 도모하는 원칙을 말한다. 특히 재산법의 영역에서 신속하고 원활한 거래관계를 확보하기 위하여 진정한 권리자의 희생보다 거래안전을 보호하여야 할 필요성이 크다.

권리 일반

제1절 법률관계와 권리·의무

제2절 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙

제 1 절

법률관계와 권리·의무

1 법률관계

I. 법률관계의 내용

㉞ 사람의 생활관계를 규율하는 사회규범에는 법을 비롯하여 도덕·종교·관습 등이 있는데, 그 중 법에 의하여 규율되는 생활관계를 법률관계라고 한다(법적 생활관계설).

㉞ 법률관계는 사람의 생활관계의 일종이므로, 궁극적으로는 사람과 사람의 관계(예컨대 채권관계는 특정인과 다른 특정인 간의 관계이고, 물권관계 역시 특정인의 물건을 매개로 한 다른 모든 사람에 대한 관계임)이다. 이는 법에 의하여 구속되는 자와 법에 의하여 보호되는 자의 관계로 나타나는데, 전자의 지위를 의무·후자의 지위를 권리라고 한다.

II. 호의관계와의 구별

1. 의의 및 특징

호의관계란 법적인 의무가 없음에도 불구하고 호의로 어떤 이익을 주고받는 생활관계(어린 아이를 그 부모가 외출하는 동안 대가를 받지 않고 돌보아 주기로 한 경우)를 말한다.

2. 법률관계와의 구별

㉞ 법률관계와 호의관계의 구별은 구체적인 경우의 제반사정에 비추어 합리적으로 판단해 볼 때 당사자에게 법적으로 구속당할 의사가 있었다고 보아야 하는지 여부에 의해 결정한다. 호의관계는 원칙적으로 법적으로 규율되는 관계가 아니므로 약속을 위반하여도 법적 제재를 받지 아니하고, 그 결과 그에 기한 법률상의 청구권이 발생하지 않는다.

㉞ 그러나 호의관계가 때로는 법률관계로 전환되는 경우가 있는데, 특히 호의동승과 관련하여 문제가 되고 있다. 판례를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

판례 호의동승과 손해배상액의 감경

① 자동차교통사고에 있어서 피해자가 사고차량에 무상으로 동승하여 그 운행으로 인한 이익을 누리는 지위에 있었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 점만으로 피해자에게 과실이 있었다 하여 가해자의 책임을 감경하는 사유로 삼을 수 없다(대판 1987.7.7, 87다카69).

② 그러나 신의칙에 기한 책임제한인정설은 운행의 목적·호의동승자와 운행자와의 인적 관계·피해자가 차량

에 동등한 경우, 특히 동등요구의 목적과 적극성 등의 제반사정에 비추어 가해자에게 일반의 교통사고와 같은 책임을 지우는 것이 신의칙이나 형평의 원칙에 비추어 매우 불합리한 것으로 인정되는 경우에는 그 배상액을 감경할 사유로 삼을 수도 있다(대판 1999.2.9, 98다53141).

2 권리과 의무

I. 권리와 의무의 의미

1. 권 리

권리란 법익을 향수하기 위하여 법이 인정한 힘을 말하며, i) 일정한 법률행위를 할 수 있는 자격인 권한, ii) 권리의 세부적 내용 또는 법률상 인정되는 권능, iii) 어떤 법률행위 또는 사실행위를 하는 것을 정당화하는 법적 원인인 권원과 구별된다. 의무란 의무자의 의사와는 관계없이 법에 의하여 강제되는 법률상의 구속을 말한다.

2. 의 무

의무란 일정한 행위를 하여야 할 또는 하지 않아야 할 법률상의 구속을 말한다. 즉 의무는 의무자의 의사 여하와는 관계없이 반드시 따라야 하는 것으로 법에 의하여 강요되는 것이다. 원칙적으로 권리와 의무는 표리관계에 있다. 즉 의무는 권리의 반대이며, 권리와 의무는 서로 대응하는 것이 보통이다.

II. 권리의 유형

1. 내용에 따른 분류

(1) 재산권

재화·용역으로부터 나오는 사회생활상의 이익을 내용으로 하는 권리를 말한다.

(2) 신분권

신분에 따르는 사회생활상의 이익을 내용으로 하는 권리(친족권·상속권 등)를 말한다.

(3) 사원권

단체의 구성원이 그 구성원이라는 지위에서 단체에 대하여 가지는 권리(공익권·자익권 등)를 말한다.

(4) 인격권

권리의 주체와 분리할 수 없는 인격적 이익의 향수를 내용으로 하는 권리(생명권·신체권·명예권·정조권·초상권·성명권 등)를 말한다.

2. 작용에 따른 분류

(1) 지배권

타인의 행위를 개입시키지 않고서 일정한 객체에 대하여 직접 지배력을 발휘할 수 있는 권리(물권·무체재산권·인격권·친권·후견권 등)를 말한다. 권리의 실현을 위하여 타인의 조력을 필요로 하지 않는 점에서 청구권과 구별된다.

(2) 청구권

특정인이 다른 특정인에 대하여 일정한 행위를 청구할 수 있는 권리를 말한다.

(3) 형성권 (14)

권리자의 일방적 의사표시에 의하여 법률관계의 변동(발생·변경·소멸)을 일어나게 하는 권리를 말한다. 형성권은 누구의 협력 없이도 법률관계를 발생·변경·소멸시키므로, 형성권의 행사에 관하여는 조건·기한을 붙일 수 없다.

〈형성권의 종류〉 (19)

행사방법에 따른 분류	권리자의 의사표시만으로 효과가 발생하는 것	① 법률행위의 동의권(제5조·제10조), 취소권(제140조 이하), 추인권(제143조 이하), 전세권소멸통고권(제313조), 상계권(제492조), 계약의 해제권·해지권(제543조 이하), 매매의 일방예약완결권(제564조) 등 ② 약혼해제권, 상속포기권
	법원의 판결이 있어야 비로소 효과가 발생하는 것	① 채권자취소권(제406조) ② 재판상 이혼권(제840조), 친생부인권(제846조), 입양취소권(제884조), 재판상 파양권(제905조) 등
명칭은 청구권이지만 실질은 형성권인 경우	~매수청구권	지상물매수청구권(제283조 2항·제285조 2항·제643조·제644조·제645조), 부속물매수청구권(제316조·제646조·제647조) 등
	~증감청구권	지료증감청구권(제286조), 매매대금감액청구권(제572조), 차임감액·증감청구권(제627조·제628조) 등

(4) 항변권

상대방의 청구권의 행사에 대하여 그 작용을 저지할 수 있는 효력을 가지는 권리를 말한다. 이에는 청구권의 행사를 일시적으로 저지할 수 있는 연기적 항변권(동시이행의 항변권)과 청구권의 행사를 영구적으로 저지할 수 있는 영구적 항변권(한정승인)이 있다.

3. 기타의 분류

(1) 절대권·상대권

절대권(대세권)은 특정의 상대방이라는 것이 없고 일반인을 의무자로 하여 모든 사람에게 주장할 수 있는 권리(물권·무체재산권·친권·인격권 등의 지배권)를 말한다. 이에 반하여 상대권(대인권)은 특정인을 의무자로 하여 그 자에 대하여서만 주장할 수 있는 권리(채권 등의 청구권)를 말한다.

(2) 일신전속권·비전속권

일신전속권은 권리의 성질상 타인에게 귀속할 수 없는 것, 즉 양도·상속 등으로 타인에 이 전할 수 없는 귀속상의 일신전속권(비양도성·비상속성)과 권리자 이외의 자가 대리하여 또는 대 위하여 행사할 수 없는 행사상의 일신전속권(비법정대리성·비채권자대위성)이 있다. 반면 비전속 권은 양도성과 상속성이 있는 권리를 말한다.

(3) 주된 권리·종된 권리

다른 권리에 대하여 종속관계에 서는 권리를 종된 권리라고 하고, 이 때 그 다른 권리를 주된 권리라 한다. 종된 권리는 주된 권리의 존재를 전제로 한다. 예컨대 이자채권은 원본채권 의 종된 권리이고, 질권·저당권은 피담보채권의 종된 권리이며, 보증인에 대한 채권은 주채무 자에 대한 채권의 종된 권리이다.

III. 권리의 행사와 의무의 이행

권리의 행사란 권리의 내용을 현실화하는 과정을 말한다. 이는 권리 자체의 존재를 타인으 로 하여금 승인케 하려는 행위인 권리의 주장과는 구별된다. 반면에 의무의 이행이란 의무자가 그가 부담하는 의무의 내용을 실현하는 행위를 말한다. 즉 의무의 내용인 작위(예컨대 금전채무 의 변제) 또는 부작위(예컨대 소음을 내지 않는 것)를 행하는 것이다.

IV. 권리의 경합

1. 의의 및 유형

권리의 경합이란 하나의 생활사실이 수개의 법규(권리근거규정)가 정하는 요건을 충족하여 동일한 목적으로 가지는 수개의 권리가 발생하여 1인에게 귀속하는 상태를 말한다. 여기에는 i) 하나의 급부에 관하여 수개의 청구권이 병존하여 경합하는 청구권의 경합, ii) 동일한 채 권을 담보하는 수개의 담보물권이 경합하는 지배권의 경합, iii) 제한능력자와 계약한 상대방의 이행지체가 있는 경우에 제한능력자의 계약해제권과 취소권이 병존하는 형성권의 경합, iv) 동 일한 청구권에 대한 수개의 항변권이 경합하는 항변권의 경합이 있다. 권리의 경합이 있는 경 우에 경합하는 수개의 권리는 동일한 이익을 목적으로 하는 것이므로, 그 중의 어느 하나를 행사함으로써 그 목적을 달성하게 되면 다른 권리도 존재의 목적을 잃고 소멸하여 버린다. 그 러나 각개의 권리는 독립하여 존재하고, 서로 무관계하게 행사할 수 있으며, 또한 각 권리는 단독으로 시효 기타로 소멸하는 수가 있다.

2. 법조경합

동일한 생활사실이 수개의 법규가 정하는 요건을 충족하지만, 그 중의 한 법규가 다른 법규를 배제하는 것일 때에는 전자만이 적용되어 원래부터 하나의 권리만이 발생하는 경우를 말한다.

V. 권리의 충돌과 순위

(가) 동일한 객체에 관하여 수개의 권리가 존재하는 경우에 그 객체가 모든 권리를 만족시키지 못하는 현상이 일어날 수가 있는바, 이를 권리의 충돌이라 한다. 권리충돌의 유형에는 물건 상호간의 충돌·채권 상호간의 충돌·물권과 채권의 충돌 등이 있다. 이와 같은 권리의 충돌이 있는 경우에는 그 권리 상호간의 순위를 정하는 것이 필요하다.

(나) 특히 동일한 채무자에 대한 수개의 채권이 충돌하는 경우 채권자평등의 원칙이 인정되어, 그 수개의 채권은 발생시기의 전후에 관계없이 채무자의 총재산으로부터 그 액에 비례하여 평등한 만족을 얻게 된다.

VI. 권리의 보호

권리가 침해되는 때에는 어떠한 형태로든 그에 대한 구제가 필요하게 된다. 고대와 중세에 서는 권리자가 자기의 힘으로 권리를 보호하는 자력구제가 널리 인정되었으나, 근대의 법치국가에 있어서는 국가구제(공력구제)가 원칙이고 자력구제는 부득이한 예외적인 경우에 한하여 인정된다.

1 신의성실의 원칙

제2조 【신의성실】

① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.

I. 신의칙 일반

1. 의 의

신의성실의 원칙(신의칙)이란 사회공동생활의 일원으로서 서로 상대방의 신뢰에 어긋나지 않도록 성실성을 가지고 행동하여야 한다는 원칙을 말한다. 근대사법에서 인정되었던 권리행사자유의 원칙이 수정되면서 강조되기 시작한 권리의 공공성·사회성이 간접적으로 구체화된 것이 신의칙이다(통설).

2. 성 격

(1) 일반조항

민법 제2조 제1항은 신의·성실이라는 극히 추상적인 용어를 사용하고 있을 뿐이고, 일반적인 민법규정과는 달리 구체적인 요건이나 법률효과가 규정되어 있지 않다. 즉 민법 제2조는 제103조와 함께 대표적인 일반조항이다. 따라서 신의칙의 구체적인 내용은 실제의 재판에 의하여 형성되어 간다.

(2) 추상적 범규범

㉞ 민법상 신의성실의 원칙이란 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 고려(배려)하여 형평에 어긋나거나 신의를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다는 추상적 규범을 말하는 것이다.

㉞ 그리고 이를 구체적인 법률관계에 적용함에 있어서는 상대방의 이익의 내용·행사하거나 이행하려는 권리 또는 의무와 상대방의 이익과의 상관관계 및 상대방의 신뢰의 타당성 등 모든 구체적인 사정을 고려하여 그 적용 여부를 결정하여야 한다(대판 2006.5.26, 2003다18401).

(3) 재판 및 행위규범성

신의칙은 다른 민법규정과 마찬가지로 법관을 구속하는 재판규범이면서 아울러 일반인에 대한 행위규범이기도 하다.

(4) 강행규정성 (09·12·13·18)

신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판 1995.12.22, 94다42129).

II. 신의칙의 기능

1. 해석기능 (06)

신의칙은 법률행위를 해석하여 그 내용을 보다 명확하게 하는 해석기능이 있다.

2. 보충기능

신의칙은 권리와 의무의 내용을 보다 명확하게 구체화하는 보충기능이 있다. 예컨대 계약의 당사자에게 본래의 급부의무 외에 인정되는 부수적 의무(설명 의무·고지 의무·안전배려 의무·보호의무 등)는 신의칙으로부터 도출된다.

3. 수정기능

신의칙은 일정한 경우에 법률행위의 내용을 수정하는 기능이 있다. 예컨대 사정변경의 원칙은 이 기능에 의하여 형성된 대표적 이론이다.

판례 보증계약에서 수정해석이 문제되는 경우

- 채권자와 채무자 사이에 특정채무를 보증하는 일반보증의 경우에 있어서도, 채권자의 권리행사가 신의칙에 비추어 용납할 수 없는 성질의 것인 때에는 보증인의 책임을 제한하는 것이 예외적으로 허용될 수 있을 것이나, 일단 유효하게 성립된 보증계약에 따른 책임을 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 자칫 잘못하면 사적 자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로 신중을 기하여 극히 예외적으로 인정하여야 한다(대판 2004.1.27, 2003다45410).

4. 한정 내지 형평기능

신의칙은 구체적 사안에서 법규범을 형식적·무차별적으로 적용함으로써 발생할 수 있는 부작용을 회피하고, 그 사안의 특수성을 정당하게 평가함으로써 그 엄격성을 완화하여 구체적 타당성을 실현하는 기능을 한다.

5. 금지기능

신의칙에는 구체적인 행위가 신의성실에 반하는 경우에 그 행위의 효과를 금지(무력화)하는 기능이 있다.

III. 신의칙의 적용

1. 적용요건

민법상 신의성실의 원칙은, 법률관계의 한쪽 당사자가 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 상당한 상태에 있음에도, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이른 경우에는, 신의성실의 원칙 위배를 이유로 그 일방의 권리행사를 부정할 수 있다(대판 2007.4.13, 2005다47236·47243).

- 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 1998.5.22, 96다24101).

2. 적용범위

신의칙은 민법 전체에 대한 일반원칙이므로 채권·물권·가족관계에 모두 적용됨(가장 실효성 이 큰 것은 채권법 분야임)은 물론이고, 상법 등 사법의 모든 분야에서도 적용된다. 뿐만 아니라 노동법·경제법 등 사회법의 분야와 민사소송법(제1조)·헌법·행정법·세법 등 공법의 분야에 있어서도 적용된다.

3. 적용한계 (09·13·15)

(가) 모든 문제를 신의칙으로 해결하려는 것은 법적 안정성을 해하는 ‘일반조항으로의 도피’이므로, 가능한 한 현존하는 법규의 적용 또는 유사한 규정의 유추적용이나 제도 자체의 존재 목적으로부터 문제를 해결하여야 할 것이다. 가령 강행법규에 위반하는 결과를 초래하는 신의칙의 적용은 허용되지 않는다.

(나) 특히 강행법규에 위반하여 행위한 자가 무효를 주장하는 것은 외형적으로 볼 때 신의칙에 반하는 것으로 보이지만 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법취지를 완전히 몰각하게 되므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장이 신의성실의 원칙에 반하는 것이라고 할 수 없다(대판 1999.3.23, 99다4405). 구체적인 판례를 살펴보면 다음과 같다.

- 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 허가구역 내의 토지에 대하여 관할관청의 허가를 받음이 없이 매매계약을 체결하여 이를 위반한 자가 스스로 무효를 주장하는 경우(대판 1993.12.24, 93다44319·44326), 강행법규인 증거거래법에 위반하여 무효인 수익보장약정의 체결을 제의한 투자신탁회사가 그 약정의 무효를 주장하는 경우(대판 1999.3.23, 99다4405), 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다는 강행법규인 상법 제731조 제1항에 위반하여 계약을 체결한 자가 스스로가 무효를 주장하는 경우(대판 2006.9.22, 2004다56677), 사립학교 경영자가 강행법규인 사립학교법 제28조 제2항에 위반한 매도나 담보제공이 무효라는 사실을 알고서 매도나 담보제공을 한 후 스스로 그 무효를 주장하는 경우(대판 2000.6.9, 99다70860), 상속개시 전에 상속포기약정을 한 다음 상속개시 후에 상속권을 주장하는 경우(대판 1998.7.24, 98다9021) 등은 신의칙에 위반된다고 볼 수 없다.
- 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 그러나 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다. 즉, 사적자치의 영역을 넘어 공공 질서를 위하여 공익적 요구를 선행시켜야 할 경우 합법성의 원칙은 신의성실의 원칙보다 우월한 것이므로, 신의성실의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 적용된다(대판 2014.5.29, 2012다44518).

IV. 신의칙의 파생원칙

1. 사정변경의 원칙

(1) 의의 및 내용

법률행위의 성립에 있어서 그 기초가 되었던 사정에 당사자가 예견치 못한 또는 예견할 수 없었던 중대한 변경이 그 후에 발생하여, 당초에 약정된 행위의 결과를 그대로 강제한다면 심히 부당한 결과를 가져오는 경우에는 당사자는 1차적으로 행위의 효과를 신의칙에 맞도록 적절한 수정을 상대방에게 요구하거나, 2차적으로 계약을 해제 또는 해지할 수 있는 원칙을 의미한다.

(2) 인정 여부

1) 비계속적 거래계약

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 것이다.

판례 사정변경의 해제권이 인정되기 위한 요건

- 사정변경에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다. 따라서 계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어 일방 당사자가 계약 당시 의도한 계약 목적을 달성할 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 계약 내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 없다(대판 2013.9.26, 2012다13637).

판례 임대차계약과 차임부증액 특약

- 임대차계약에 있어서 차임부증액의 특약이 있더라도 그 약정 후 그 특약을 그대로 유지시키는 것이 신의칙에 반한다고 인정될 정도의 사정변경이 있다고 보여지는 경우에는 형평의 원칙상 임대인에게 차임증액청구를 인정하여야 한다(대판 1996.11.12, 96다34061).

2) 계속적 거래계약 (06·09)

회사의 이사였기 때문에 회사의 요구에 따라 부득이 회사와 은행 사이의 계속적 거래로 인한 회사의 채무에 대하여 연대보증인이 된 자가 그 후 위 회사로부터 퇴사하여 이사의 지위를 떠났다면, 위 연대보증계약 성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우에 해당하므로 사정변경을 이유로 위 연대보증계약을 해지할 수 있다(대판 1992.5.26, 92다2332). 그러나 특정채무 내지 확정채무의 경우에는 해지할 수 없다(대판 2004.1.27, 2003다45410).

(3) 적용효과

변경된 사정에 기초하여 법률행위의 내용을 수정하여 가능한 한 당초 당사자가 의도하였던 목적을 달성할 수 있도록 하고(1차적 효과로서 법률행위 내용의 수정권), 이것으로 만족할 만한 해결을 할 수 없을 때에는 계약의 해제권·해지권 등의 2차적 효과가 발생한다.

2. 모순행위금지의 원칙(금반언의 원칙)

(1) 의 의

모순행위금지의 원칙이란 어떤 행위를 한 자가 후에 그와 모순되는 행위를 한 경우에 그 모순되는 행위의 효력을 인정하지 아니하는 원칙을 말하며, 금반언의 원칙이라고도 한다.

(2) 요 건

이에 해당하기 위하여는 i) 선행행위의 존재와 그 행위에 의한 신뢰 야기, ii) 선행행위와 상호 모순되는 후행행위의 존재, iii) 선행행위와 후행행위는 동일한 법률관계에 관한 것이거나 또는 밀접한 관련이 있는 법률관계에 관한 것이어야 한다. 구체적인 판례를 살펴보면 다음과 같다.

판례 금반언과 신의칙의 위반이 문제되는 경우

- 자신의 친딸로 하여금 그 소유의 대지상에 건물을 신축하도록 승낙한 자가 위 건물이 친딸의 채권자에 의한 강제경매신청에 따라 경락되자 경락인에 대하여 그 철거를 구하는 행위는 신의칙에 위배된다(대판 1991.6.11, 91다9299).
- 근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 그 임대차 사실을 부인하고 임차보증금에 대한 권리 주장을 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 임차보증금반환채권에 대한 배당요구를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 금반언 및 신의칙에 위반되어 허용될 수 없다(대판 1997.6.27, 97다12211).
- 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 매수신청금액을 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) 효 과

선행행위와 모순되는 후행행위는 그 소기의 효과를 발생하지 못한다. 후행행위가 법률행위인 경우에는 무효이다.

(4) 한 계

강행법규를 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 입법취지를 완전히 몰각하게 되므로 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장은 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없다(대판 2007.11.29, 2005다64552).

3. 실효의 원칙

(1) 의의 및 요건

실효의 원칙이란 본래 권리행사의 기회가 있음에도 불구하고 권리자가 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니하였기 때문에 의무자인 상대방이 이미 그의 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 됨으로써 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 위반되는 결과가 될 때 그 권리행사를 허용하지 않는 원칙을 말한다.

판례 실효의 원칙이 문제되는 경우

- 종전 토지소유자가 자신의 권리를 행사하지 않았다는 사정은 그 토지의 소유권을 적법하게 취득한 새로운 권리자에게 실효의 원칙을 적용함에 있어서 고려하여야 할 것은 아니다(대판 1995.8.25, 94다27069).
- 토지소유자가 그 점유자에 대하여 부당이득반환청구권을 장기간 적극적으로 행사하지 아니하였다는 사정만으로는 부당이득반환청구권이 이른바 실효의 원칙에 따라 소멸하였다고 볼 수 없다(대판 2002.1.8, 2001다60019). (12)

(2) 적용범위

1) 근로관계에 관한 분쟁

판례 퇴직금의 수령과 신의칙의 위반

- 퇴직금을 수령하면서 아무런 이의의 유보나 조건을 제시하지 않았고, 상당한 기간이 경과했기 때문에 사용자로서도 이제는 해고된 근로자가 권리를 행사하지 아니할 것을 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 해고무효확인청구를 하는 것은 실효의 원칙을 위반한 경우에 해당한다(대판 1993.12.28, 92다34858).

2) 해제권 등의 형성권

판례 해제권의 행사가 실효되는 경우

- 해제의 의사표시가 있는 무렵을 기준으로 볼 때 무려 1년 4개월 가량 전에 발생한 해제권을 장기간 행사하지 아니하여 상대방으로서는 그 해제권이 더 이상 행사되지 아니할 것으로 신뢰하였고 그 후 새삼스럽게 그 해제권을 행사한다는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다 할 것이므로, 이제와서 매매계약을 해제하기 위하여는 다시 이행제공을 하면서 최고를 할 필요가 있다(대판 1994.11.25, 94다12234).

3) 소송법상 권리 (12)

이에 대하여는 견해가 대립하나 판례는 항소권과 같은 소송법상의 권리에 대하여도 실효의 원칙이 적용될 수 있다고 한다(대판 1996.7.30, 94다51840).

4) 인지에 관한 권리 (18)

인지청구권은 본인의 일신전속적인 신분관계상의 권리로서 포기할 수 없는 권리이므로 실효의 법리가 적용될 여지도 없다(대판 2001.11.27, 2001므1353).

(3) 적용효과

권리의 행사가 실효의 요건을 충족하는 경우에는 권리남용이 되어 허용되지 않는다. 권리자는 권리행사에 의해서 얻기를 바라는 법률효과를 얻을 수 없게 되고, 이에 대한 반사적 효과로서 의무자는 그 의무이행을 면하게 된다.

2 권리남용금지의 원칙

I. 권리남용 일반

제2조 【신의성실】

② 권리는 남용하지 못한다.

1. 의의 및 성질

(가) 권리의 남용이란 외형상으로는 권리의 행사인 것과 같이 보이나, 구체적인 경우에 실질적으로 검토할 때에는 권리가 인정되는 본래의 목적이나 권리의 공공성·사회성에 반하여 정당한 권리의 행사로 인정되지 않기 때문에 이를 금지한다는 원칙을 말한다.

(나) 즉 형식적으로는 권리행사라 하여도 그것이 권리의 사회성과 적법성의 관념에 비추어도저히 허용할 수 없는 정도의 것이라면 그 권리의 행사는 부인되어야 할 것이다(대결 1992.6.9, 91마500). 신의칙과 마찬가지로 일반규정이고, 재판규범이면서 행위규범이고, 또 강행규정이다.

2. 신의칙과의 관계

판례는 신의칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 하여(대판 2003.5.16, 2000다54650) 중복하여 적용하는 입장이다.

II. 성립요건

1. 객관적 요건

권리남용이 되기 위하여는 i) 우선 행사할 권리가 존재하여야 하고, 그 권리의 행사라고 볼 수 있는 행위가 있어야 한다. 그리고 ii) 권리의 본래적인 사회적인 목적이나 권리의 공공성·사회성에 반하는 행사가 있어야 한다.

판례

확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하기 위한 요건

- 판결이 확정되면 기판력에 의하여 대상이 된 청구권의 존재가 확정되고 그 내용에 따라 집행력이 발생한다. 다만 확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않으므로 집행채무자는 청구이의의 소에 의하여 집행을 배제를 구할 수 있다(대판 2014.2.21, 2013다75717).

2. 주관적 요건

(가) 권리남용이 되기 위해서는 권리자가 자기에겐 아무런 정당한 이익이 없음에도 불구하고 오직 상대방에게 손해를 주거나 고통을 가할 목적으로 권리를 행사한다는 가해의사 내지 가해 목적이 있어야 하는가에 대해서는 견해의 대립이 있다.

(나) 이에 대한 판례의 주류적인 태도는 주관적 요건이 필요하다고 보면서, 경우에 따라 그 완화를 시도하고 있다. 즉, 주관적 요건은 객관적 사정에 의해 추인될 수 있고 나아가 상계권의 남용(대판 2003.4.11, 2002다59481)이나 상표권의 남용(대판 2008.7.24, 2006다40461·40478 등)에 있어서는 주관적인 요건이 요구되지 않는다고 한다. 구체적인 판례를 살펴보면 다음과 같다.

판례

권리남용에 해당하기 위한 요건과 그 판단기준

- 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없고, 다만 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다(대판 2003.11.27, 2003다40422).

III. 적용범위

(가) 권리남용금지법은 원래 소유권의 제한에 중점을 두었던 것이나, 현재는 모든 사권의 행사에 적용된다. 그러나 그 실효성이 가장 큰 것은 역시 물권법(특히 소유권)의 분야일 것이다.

(나) 권리남용금지법의 원칙을 지나치게 강조하여 그 적용을 확대한다면, 기존의 권리관계를 전면적으로 부정한다는 결과를 가져와 오히려 기존질서의 파괴를 초래하기 쉽다. 그러므로 당사자 간의 형평을 유지하기 위한 법익균형의 법리상 구체적 타당성을 고려해 그 적용범위를 합리적으로 정하여야 할 것이다.

IV. 적용효과

1. 법률효과의 불발생

(가) 지배권이 남용되면 권리자는 지배를 풀고 상대방에게 목적물을 인도하여야 한다. 청구권이 남용되면 법은 그것의 실현을 도와주지 않는다. 따라서 청구권을 재판상 행사한 경우에는 청구기간의 판결을 받게 된다. 항변권이 남용되면 그 항변권의 행사는 배척되어야 한다(대판 1992.4.28, 91다29972).

판례 권리남용의 해당 여부가 문제되는 경우

- 토지 상공에 송전선이 설치되어 있는 사정을 알면서 그 토지를 취득하였다 하여 그 취득자가 그 소유토지에 대한 소유권의 행사가 제한되는 것을 용인키로 하였다고 볼 수 없으므로 다른 사정이 없는 한 그 취득자의 송전선 철거청구 등 권리행사가 신의성실의 원칙에 반한다고 할 것은 아니다(대판 2002.5.31, 2002다17494).
- 외국에 이민을 가 있어 주택에 입주하지 않으면 안 될 급박한 사정이 없는 딸이 고령과 지병으로 고통을 겪고 있는 상태에서 달리 마땅한 거처도 없는 아버지와 그를 부양하면서 동거하고 있는 남동생을 상대로 자기 소유 주택의 명도 및 퇴거를 청구하는 행위는 인륜에 반하는 행위로서 권리남용에 해당한다(대판 1998.6.12, 96다52670).

(나) 특히 친권의 남용이 있는 때에는 친권의 상실선고를 할 수 있다(제924조). 그러나 법률의 규정이 있는 때에 한하여야 할 것이다.

2. 불법행위의 성립

권리행사가 남용으로 되면 위법성을 띠게 되므로 불법행위를 구성하여 권리자는 상대방이 입은 손해의 배상책임을 지게 되고, 또한 권리행사의 정지·장래의 예방·손해배상의 담보 등 필요한 조치를 취할 의무를 부담한다(대판 2001.11.13, 99다32905).

- 01 취득시효완성 후 그 사실을 모르고 권리를 주장하지 않기로 하였다가 후에 시효주장을 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙상 허용된다. <노무사 2018> ()
- 02 강행법규를 위반한 약정을 한 사람이 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다. <노무사 2018> ()
- 03 임대차계약 당사자가 차임을 증액하지 않기로 약정한 경우, 사정변경의 원칙에 따라 차임을 증액할 수 없다. <노무사 2018> ()

황보수정

법검단기 법원직 민사법 전임
윌비스 한림법학원 공인노무사 민법 전임
한국교육개발원 학점은행 민법·민법연습 교수

[제5판]

공인노무사 핵심정리 민법

2017년 7월 10일 초 판 제1쇄발행

2021년 7월 5일 제 5 판 제1쇄인쇄

2021년 7월 15일 제 5 판 제1쇄발행

편저자 황보수정

발행인 이 중 은

발행처 새 흐름

서울특별시 마포구 독막로 295 삼부골든타워 212호

전 화 (02) 713-3069 FAX (02) 713-0403

등 록 2014. 1. 21, 제2014-000041호(윤)

홈페이지 www.sehr.co.kr

편저자와
협의하여
인지첨부를
생략함

파본은 바뀐드립니다.

본서의 무단복제행위를 금합니다.

정 가 33,000원

ISBN 979-11-6293-249-0