

Core 001. 관습법과 사실인 관습

1. 관습법의 성립요건

i) 관행이 존재할 것. ii) 관행이 법적 확신을 취득할 것. iii) 관행이 전체 법질서 및 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않을 것을 요한다.

판례 [1] 관습법이란 사회의 거듭된 관행으로 생성한 사회생활규범이 사회의 법적 확신에 의하여 법적 규범으로 승인·강행되기에 이른 것으로[09사법], 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것[12(3)모]으로서 정당성과 합리성이 있어야 한다. [2] but 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다면 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 없다[16(1)모]. 중증 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 (헌법상 남녀평등원칙에 위반하는 것으로) 전체 법질서에 부합하지 아니하여 더 이상 법적 효력이 없다. [3] [다수의견] 중증은 자연발생적인 중족집단이므로, 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다[16(1)모](전합 2002다1178).

2. 관습법의 효력(성문법과 관습법의 우열)

대등적 효력설(또는 변경적 효력설 : 관습법에는 성문법을 개폐하는 효력이 인정된다)이 있으나[16(1)모], 판례는 보충적 효력설을 취한다.

판례 위헌심사의 대상이 되는 법률은 형식적 의미의 법률(=성문법)을 의미하고, 관습법은 법원에 의하여 발견되고 《성문의 법률에 반하지 아니하는 경우에 한하여 보충적인 법원(法源)이 되는 것에 불과하여(=보충적효력설)》 관습법이 헌법에 위반되는 경우 법원이 그 관습법의 효력을 부인할 수 있으므로, 관습법은 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상이 아니다[16(1)모](2007카기134).

3. 사실인 관습

판례 [1] 개념 : 사실인 관습은 사회의 관행에 의하여 발생한 사회생활 규범인 점에서 관습법과 같으나 사회의 법적 확신에 의하여 법적 규범으로서 승인되지 않은 것으로 법령으로서의 효력이 없는 단순한 관행이다. [2] 기능 : 사실인 관습은 그 분야의 제정법이 사적자치가 인정되는 분야 즉 임의규정일 경우에는 법률행위의 해석기준으로서 또는 법률행위의 당사자의 의사를 보충하는 기능으로서 재판의 자료로 할 수 있다[14(2)모](80다3231).

4. 입증책임

주의 입증의 원칙 : 법(=관습법)은 법원이 직권으로 확정해야 하고, 사실(=사실인 관습)은 당사자가 주장·입증해야 한다는 것이 입증의 원칙이다.

판례 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장·입증을 기다리지 않고 법원이

직권으로 확정하여야 하고(16(1)모) 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장·입증하여야 한다(80다3231).

Core 002. 신의성실의 원칙

1. 일반적 법원칙

신의성실의 원칙은 <법률관계의 당사자가 상대방의 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다>는 추상적 규범을 말한다. 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 권리 행사를 부정하기 위하여는 《상대방에게 신의를 주었다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에서 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 상태》에 이르러야 한다(11법모). 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).

2. 법규범성 인정 여부

판례는 신의칙을 강행규정으로 본다: 신의칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되므로, 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(14변회)(94다42129).

판례 [다수의견] (가) 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 의사결정방법에 따른 동의를 받지 못한 경우, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 그 유효성을 인정할 수는 없다. (나) 근로기준법상 취업규칙의 불이익변경 과정에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 행사할 때도 신의칙과 권리남용금지 원칙이 적용되어야 한다. 한편 신의칙 또는 권리남용금지 원칙의 적용은 강행규정에 관한 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 그 위반 여부를 직권으로 판단할 수 있으므로, 집단적 동의권의 남용에 해당하는지에 대하여도 법원은 직권으로 판단할 수 있다(대판(전합) 2023.5.11. 2017다35588).

3. 적용범위 : 일반조항

민법 제2조의 신의칙과 권리남용금지의 원칙 및 제103조의 반사회질서 규정은 우리 민법의 이상을 표현한 일반조항이다. 일반조항은 모든 사안에 적용될 수 있기 때문에 개별적인 사안에서 구체적 타당성을 실현하는데 매우 중요한 기능을 한다. 그러나 자의적으로 적용하게 되면 법적 안정성을 해칠 위험이 있기 때문에 그 적용에 신중을 기하여야 한다.

판례 1. 사적 자치의 영역을 넘어 공공질서를 위하여 공익적 요구를 선행시켜야 할 경우 합법성의 원칙은 신의칙보다 우월한 것이므로, 신의칙은 합법성의 원칙을 희생하

4 Core 민법 암기장

여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 적용된다[23(3)모](2012다44518).

판례 2. 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[23(3)모](2016다240543).

❖ 신의칙에 반하는 경우

판례 청구액이 지나치게 과다한 경우 : 적법한 위임사무(변호사와 세무사의 경우) 처리에 관하여 약정된 보수액이 부당하게 과다하여 신의칙에 반하는 경우, 상당하다고 인정되는 범위 내의 보수액만을 청구할 수 있고[23(1)모], 이 경우 약정 전부가 무효인 것이 아니라 **적정보수를 초과하는 보수금 약정이 무효**이다[16사법1](91다29804, 2004다59393).

❖ 신의칙 위반이 아닌 경우

판례 1. 의사무능력자에 의하여 행하여진 법률행위의 무효를 주장하는 것은 신의칙 위반이 아니다(2004다51627).

판례 2. 상속개시 전 상속포기한 후 상속개시 후 상속권 주장 : 유류분을 포함한 상속의 포기는 **상속이 개시된 후** 일정한 기간 내에 (= 상속개시 있음을 안 날로부터 3개월 내에)만 가능하고 가정법원에 신고하는 등 일정한 절차와 방식을 따라야만 효력이 있으므로, **상속개시 전에 한 상속포기약정은 효력이 없다**[15법행]. 따라서 피상속인의 생존시에 피상속인에 대하여 상속포기약정을 하였다고 하더라도, 《상속개시 후 민법이 정하는 절차와 방식에 따라 상속포기를 하지 아니한 이상, 상속개시 후에 자신의 상속권을 주장하는 것은 정당한 권리행사》로서 권리남용도 아니고 신의칙에 반하는 권리의 행사라고 할 수 없다[20변호](98다9021).

4. 신의칙의 적용상의 한계 : 현존하는 강행법규에 구속됨

강행규정을 위반한 법률행위를 한 사람이 스스로 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 **강행규정의 입법 취지를 몰각시키는 결과가 되므로** 그러한 무효 주장은 원칙적으로 신의칙 위반이 아니다[10변리]. 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(대판 2021.11.25. 2019다277157).

❖ 강행규정 위반을 이유로 무효, 취소 주장이 신의칙에 반하지 않는 경우

판례 1. 미성년자의 법률행위에 법정대리인의 동의를 요하도록 하는 것은 강행규정인데, 이를 위반하여 법정대리인의 동의 없이 신용구매계약을 체결한 미성년자가 사후에 법정대리인의 동의 없음을 사유로 들어 이를 취소하는 것이 신의칙에 위배된 것이라고 할 수 없다[18변호](2005다71659).

판례 2. 사립학교 경영자가 학교법인의 재산 중 교지, 교사 등의 매도나 담보제공이 강제법규인 사립학교법 제28조 제2항을 위반하여 무효라는 사실을 알고서 매도나 담보제공을 하였다고 하더라도 강행규정 위배로 인한 무효주장은 신의성실 원칙에 반하거나 권리남용이 아니다(21(3)모)(99다70860).

판례 3. ① 사용자와 근로자가 통상임금의 의미나 범위 등에 관하여 단체협약 등에 의해 따로 합의할 수 있는 성질의 것이 아니므로 근로기준법상의 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 한 노사 간의 합의는 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효이다(전합 2012다89399).

② 신의칙 위반이 아닌 경우 : 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의성실의 원칙(이하 '신의칙'이라 한다)에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없으며 원칙이다(대판 2021.6.10. 2017다52712). 따라서 노사합의에서 정기상여금은 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우, 근로자 측이 그러한 약정의 무효를 이유로 추가 법정수당을 청구하는 것은 원칙적으로 신의칙에 반하지 않는다(14(3)모)(전합 2012다89399).

③ 신의칙 위반인 경우 : 다만 《신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖추고, 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용할 만한 특별한 사정이 있는》 예외적인 경우에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다. (따라서) 노사가 협의하여 정기상여금은 통상임금에 해당하지 않는다는 것을 전제로, 《정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이에 기초하여 임금수준을 정한 경우》, 근로자가 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 청구함으로써 사용자에게 과도한 재정적 부담을 지워 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 것은 신의칙에 반할 수 있다. ④ 신의칙 위반이 아닌 경우 : 그러나 《통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의가 없는 임금》에 대해서는 근로자가 이를 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 청구하더라도 신의칙에 반한다고 볼 수 없다(대판 2021.6.10. 2017다52712).

Core 003. 권리남용금지의 원칙

1. 요건

(1) 객관적 요건

i) 행사할 권리가 존재하고 ii) 권리의 행사가 있고(예외적으로 친권의 불행사와 같은 경우에도 권리남용이 성립할 수 있다). iii) 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크고, 권리행사가 사회질서에 위반하여야 한다.

(2) 주관적 요건 필요 여부

I. 주관적 요건과 객관적 요건을 요구하는 경우(판례의 주류적 입장)

판례 권리남용에 해당하는지는 구체적인 사안에서 개별적으로 판단해야 하는데(대판 2021.11.11. 2020다254280), 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면 **주관적**으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는데 있을 뿐, 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없어야 하고 **객관적**으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하며[14번호], 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 권리남용이라 할 수 없고[19(1)모], 다만 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다(97다42823).

II. 주관적 요건이 필요 없다고 한 경우

판례 1. **상계권**의 행사(2002다59481) 또는 **상표권**의 행사가 권리남용에 해당하기 위한 요건으로 주관적 요건을 반드시 필요로 하는 것은 아니다[14법행](2005다67223).

판례 2. 백화점의 부도로 인하여 백화점이 발행한 약속어음의 가치가 현저하게 하락된 사정을 잘 알면서도 자신이 백화점에 대하여 부담하는 채무(임대차보증금반환채무)와 상계할 목적으로 (임대인이) 백화점이 발행한 약속어음을 액면가에 훨씬 미달하는(=액면가의 40%에도 미치지 못하는) 가격으로 취득하고, 이를 자동채권으로 하여 상계하는 것은 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리남용으로서 허용되지 않고, 이때에는 주관적 요건을 필요로 하지 않는다[08번리](2002다59481).

2. 효 과

1) 권리의 행사가 권리의 남용으로 인정되면 그 권리행사는 인정되지 아니한다. 그리고 권리의 행사가 권리의 남용으로서 위법한 가해행위로 평가되면 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다(2000다44928).

2) 甲의 토지에 무단으로 건축된 乙의 건물(예 학교건물)에 대해 甲이 건물철거와 토지의 인도를 청구한 경우에 甲의 청구가 권리남용에 해당할 경우의 법률관계는 다음과 같다.

① 甲의 건물철거 및 토지명도청구는 법의 보호를 받지 못하므로, 청구기각의 판결을 받게 된다. 따라서 乙은 그 반사적 효과로서 건물을 철거당하지 않는다.

② 그러나 甲의 토지소유권 자체가 부인되는 것은 아니고, 乙은 그 토지에 대해 지상권 또는 임차권 같은 토지이용권을 가지고 있지 않으므로 **乙의 그 토지에 대한 점유가 적법하게 되는 것은 아니다**. 따라서 甲은 乙에 대해 토지의 불법점유로 인한 손해배상청구권(제750조) 또는 부당이득반환청구권(제741조)을 갖는다[14(3)모]. 이 경우 손해배상 또는 부당이득 반환의 범위는 乙의 그 점유기간 동안의 차입 상당액이다(통설·판례).

③ 그리고 토지 소유자 甲이 건물소유자 乙에게 당해 토지사용을 내용으로 하는 지상권설

정계약 또는 임대차계약을 체결할 것을 청약하면 乙은 신의칙상 이에 응하여야 한다. 乙이 甲에게 청약하는 반대의 경우에도 마찬가지이다.

판례 1. 철거청구의 경우 : 토지 상공에 송전선이 설치되어 있는 사정을 알면서 그 토지를 취득한 후 13년이 경과하여 그 송전선의 철거를 구한 경우, 송전선이 토지 위를 통과하고 있다는 점을 알고서 토지를 취득하였다고 하여 그 취득자가 그 소유 토지에 대한 소유권의 행사가 제한된 상태를 용인하였다고 할 수 없으므로, 그 취득자의 송전선 철거 청구 등 권리행사가 신의칙에 반하지 않는다[14변호](94다27069). (이 경우) 토지소유자는 송전선의 가설로 인하여 토지의 상공에 대한 《구분지상권에 상응하는 임료》 상당의 손해를 입었으므로, 한전은 위 점유로 인한 부당이득을 반환할 의무가 있다[10법행](94다54283).

판례 2. 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하기 위한 요건과 그 효과 : 확정판결의 내용이 실제적 권리관계에 배치되어 판결에 의한 집행이 권리남용에 해당된다고 하기 위해서는 확정판결에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우이어야 한다[16사법]. 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용이 되는 경우에는 ① 집행채무자는 청구이의의 소에 의하여 집행을 구할 수 있고, ② 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하(여 청구이의의 소에 의하여 집행을 구할 수 있는 경우 판결금 채권을 피보전채권으로 하는 채권자취소권 행사 등 판결금 채권에 기초한 다른 권리의 행사는 허용되지 아니한다[16사법](2013다75717). ③ 위 확정판결이 재심의 소 등으로 취소되지 아니한 이상 확정판결에 기한 강제집행으로 취득한 채권을 부당이득이라고 하여 반환을 구하는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다. 다만 ④ 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하는 이상 위 강제집행은 불법행위이므로 불법행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있다[103사법](99다32905). ○ 판례해설 기판력이 신의칙에 반하는 방법으로 편취되었다도 기판력을 주장하는 것은 권리남용이 아니다.

Core 004. 사정변경의 원칙

1. 의 의

법률행위 성립의 기초가 된 객관적 사정이 당사자가 예견하지 못했던 사유로 인해 현저히 변경되어, 당초의 내용대로 그 효과를 강제하는 것이 당사자 일방에게 부당한 결과를 초래할 경우에, 그 내용을 변경된 사정에 맞게 수정하거나 또는 계약을 해제, 해지할 수 있다는 원칙을 말한다.

2. 사정변경의 원칙 인정여부

민법은 개별규정을 두고 있지만 민법 제218조, 제286조, 제557조, 제627조, 제628조 등 참조), 이 원칙을 직접 규정하는 일반 규정은 없다.

I. 채무액이 불확정적인 계속적 보증의 경우 사정변경을 이유로 해지권을 인정한 판례

판례 **☞(13.변2)** [1] 이사 지위에서 한 연대보증을 사임 후 해지할 수 있는지 여부 (긍정) : 회사의 임원이나 직원의 지위에 있기 때문에 **회사의 요구로 부득이** 회사와 제3자 사이의 계속적 거래로 인한 회사의 채무에 대하여 보증인이 된 자가 **그 후 퇴사한 때에는** 보증계약 성립당시의 **현저한 사정변경**이므로 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있으며[14 법행], 위 계속적 보증계약에서 보증기간을 정하였다고 하더라도 보증기간을 정한 것이 특히 퇴사 후에도 보증채무를 부담키로 특약한 취지라고 인정되지 않는 한 해지권을 행사할 수 있다[14(1)모](89다카1381). **☞(13.변2)** [2] 사정변경을 이유로 해지할 수 있는 보증계약의 범위 : 사정변경을 이유로 해지할 수 있는 보증계약은 포괄·한정근보증과 같이 계속적인 거래로 인한 **불확정채무**에 대하여 한 보증에 한한다. 따라서 회사의 이사로 재직하면서 채무액과 변제기가 특정되어 있는 회사의 확정채무에 대하여 보증을 한 후 이사직을 사임한 경우에는, 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 없다[21(2)모](95다27431).

II. 일시적 계약의 경우 사정변경을 이유로 해제권을 인정할 수 있다는 최근의 판례 정리

판례 1. ① **☞(12.사54)** i) 계약 성립의 기초가 되었던 객관적인 사정[13(1)모]이 ii) 계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었고 해제권자에게 책임 없는 사유로 iii) 현저히 변경되어 iv) 계약의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하거나, 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약목적을 달성할 수 없는 경우에 사정변경을 이유로 **계약을 해제하거나 해지**할 수 있다(2008다44368). ② **甲이 주택건설사업을 위한 건본주택 건설을 목적으로 임대인 乙과 토지 임대차계약을 체결하면서 《임대차계약서에 특약사항으로 위 목적을 명시》**하였는데, 지방자치단체장으로부터 가설건축물 축조신고 반려통보를 받고 위 토지에 건본주택을 건축할 수 없게 되자, **甲이 乙을 상대로 임대차계약의 해지 및 임차보증금 반환을 구한 경우, 《건본주택 건축은 위 임대차계약 성립의 기초가 된 사정》**인데, **건본주택을 건축할 수 없어 甲이 임대차계약을 체결한 목적을 달성할 수 없게 되었고, 위 임대차계약을 그대로 유지하는 것은 甲과 乙 사이에 중대한 불균형을 초래하는 경우에 해당하므로, 위 임대차계약은 甲의 해지통보로 적법하게 해지되었고, 乙이 甲에게 임대차보증금을 반환할 의무가 있다**[22(2)모](대판 2020.12.10. 2020다254846). ③ **but 《토지상의 건축가능 여부가 토지를 매수한 주관적인 목적에 불과할 뿐 매매계약의 성립에 있어 기초가 되었다고 보기 어려운 경우》**, 매매계약 후 토지가 공공공지에 편입됨으로써 매수인이 의도한 음식점 등의 건축이 불가능하게 된 사정변경은 매매계약을 해제할 만한 사정변경이 아니고, 매수인이 의도한 주관적인 매수목적은 달성할 수 없게 되어 손해를 입었다 하더라도 매매계약을 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다[22(2)모](2004다31302).

판례 2. 사정변경을 이유로 **계약을 해제하거나 해지**할 수 있는 사정이란 당사자들에게 계약 성립의 기초가 된 사정을 가리키는 것이지, **일방당사자의 주관적**[21(2)모] 또는 **개인적인 사정**[08사법]과(2016다249557). 당사자들이 계약의 기초로 삼지 않은 사정이나 어느 일방당사자가 변경에 따른 불이익이나 위험을 떠안기로 한 사정은 포함되지 않는다[21(2)모]. 사정변경

에 대한 예견가능성 여부는 구체적인 사안에서 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(21(2)모)(대판 2021.6.30. 2019다276338).

Core 005. 모순행위금지의 원칙 (=금반언의 원칙)

1. 요건

금반언의 원칙이 적용되기 위해서는 i) 선행행위가 있고, ii) 선행행위에 의해 야기된 상대방의 신뢰는 보호가치가 있고, iii) 행위자에게 선행행위와 모순되는 후행행위에 대한 주관적인 귀책가능성이 있고, iv) 후행행위에 원래대로 법효과를 인정하면 상대방의 정당한 신뢰를 해칠 것을 그 요건으로 한다. 요건이 구비되면 후행행위의 효력은 부인된다.

2. 모순행위금지의 원칙의 적용여부

판례 1. 이해상반행위에 적용 × : 상대방의 신뢰를 보호할 가치가 없는 경우 금반언의 원칙이 적용되지 않는다(99다62609). 원고가 강행법규인 민법 제921조에 위배되는 상속재산 분할협의에 참가한 후 소송에서 상속재산 분할협의를 무효라고 주장하더라도 피고가 상속재산 분할협의를 유효하다고 믿은 것은 정당하다고 할 수 없어 그 믿음이 보호되어야 할 가치가 없으므로, 원고의 무효주장은 모순행위금지의 원칙이나 신의칙 위반이 아니다(2007다17482).

판례 2. 임차보증금 주장에 적용 ○ : 근저당권자가 담보로 제공된 건물에 대한 담보가치를 조사할 당시 대항력을 갖춘 임차인이 그 임대차 사실을 부인하고 임차보증금에 대한 권리주장을 잃었다는 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(13(1)모, 15법행)(97다12211).

판례 3. 농지의 명의수탁자가 적극적으로 농가이거나 자경의사가 있는 것처럼 하여 소재지 관서의 증명을 받아 그 명의로 소유권이전등기를 마치고 그 농지에 관한 소유자로 행세하면서, 증여세 등의 부과를 면하기 위하여 농가도 아니고 자경의사도 없었음을 들어 농지개혁법에 저촉되기 때문에 그 등기가 무효라고 주장함은 전에 스스로 한 행위와 모순되는 행위를 하는 것으로 자기에게 유리한 범지위를 악용하려 함에 지나지 아니하므로 이는 신의성실의 원칙이나 금반언의 원칙에 위배된다(21(3)모)(89누8224).

Core 006. 실�효의 원칙

1. 의의와 적용요건

실�효의 원칙이란 ① **실효기간의 경과** : 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니함에 따라 ② **상대방의 신뢰에 대한 정당한 사유** : 그 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 그 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 경우에 ③ **권리자의 권리행사** : 새삼스럽게 권리자가 그 권리를 행사하는 것은 신의칙에 위반되어 허용되지 않는다는 원칙을 말한다. **but 前 권리자의 권리 불행사가 現 권리자의 권리실효에 영향을 미치지 아니한다.** ∴ 종전 토지 소유자가 자신의 권리를 행사하지 않았다는 사정은 그 토지의 소유권을 적법하게 취득한 새로운 권리자에게 실�효의 원칙을 적용함에 있어서 고려하여야 할 것은 아니다[14변호](94다27069).

판례 토지소유자가 그 점유자에 대하여 부당이득반환청구권을 장기간 적극적으로 행사하지 아니하였다는 사정만으로는 (위 요건 ② : 상대방이 더 이상 토지소유자가 토지 소유권을 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있다고 볼 수는 없으므로) 부당이득반환청구권이 실�효의 원칙에 따라 소멸하였다고 볼 수 없다[14(2)모](2001다60019).

2. 적용범위

실�효의 원칙은 소멸실효에 걸리지 않는 권리에도 적용된다는 점에서 그 존재의의가 있다. 따라서 소유권에 기한 물권적 청구권, 형성권, 또는 법률관계의 무효 확인의 소를 구하는 경우와 『항소권과 같은 소송법상의 권리에 대해서도 실�효의 원칙은 적용되고』(94다51840) 공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계에도 적용된다(87누915).

판례 매도인이 1년 4개월 가량 전에 발생한 해제권을 행사하지 아니한 채 잔존채무의 이행을 최고하였고 (그렇다면 매수인으로서 그 해제권이 더 이상 행사되지 아니할 것으로 신뢰한 것이고 또) 매수인이 매매대금 거의 전부를 지급한 상황에서 (이 상황이라면 매수인이 신뢰한 데에는 정당한 사유도 있었으므로) 매도인이 새삼스럽게 해제권을 행사하는 것은 신의성실의 원칙에 반한다[02사법]. (따라서 매도인이) 매매계약을 해제하기 위하여는 다시 이행제공을 하면서 최고를 할 필요가 있다. (즉 해제권이 실효된 경우 다시 이행제공을 하면서 최고한 후 새로운 해제권에 기해 해제하는 것은 가능하다)(94다12234). 실�효의 원칙에 의하여 해제권 행사가 제한된다 하더라도 이행지체에 따른 손해배상청구가 배제되는 것은 아니다.

3. 적용한계

실�효의 원칙은 권리자가 권리를 포기하였을 것이라는 상대방의 신뢰를 보호하기 위한 제도이므로, **포기할 수 없는 권리에는 실�효의 원칙은 적용되지 않는다.**

판례 1. **인지청구권에 적용 ×** : 인지청구권(제863조)은 본인의 일신전속적인 신분관계상의 권리로서 포기할 수도 없으며 포기하였더라도 그 효력이 발생할 수 없는 것이고, 인지청

구권의 포기나 허용되지 않는 이상 인지청구권의 행사에 실패의 법리가 적용될 여지도 없다^[15(1)모, 13사법]. (따라서 인지청구권을 장기간 행사하지 않아서 더 이상 그 권리를 행사하지 않을 것이라고 신뢰할 만한 정당한 기대를 상대방이 가지게 되었다고 하더라도 그 후에) 인지청구권의 행사가 상속재산에 대한 이해관계에서 비롯되었다 하더라도 정당한 신분관계를 확정하기 위해서라면 신의칙 위반이 아니다^[13(1)모](2001므1353).

판례 2. **중혼취소청구권에 적용 ×** : 중혼의 경우에 취소권의 행사기간에 관한 규정이 없으므로 중혼이 존재하는 한 그 취소청구권은 소멸하지 않는다^[16(3)모](헌재 2011헌바27 5 전원재판부). 판례(92므907)는 중혼 성립 후 10여 년 동안 혼인취소청구권을 행사하지 아니한 경우에 그 권리가 실패되었다고 할 수는 없으나 그 행사가 권리남용에 해당하는 경우를 인정한다.

Core 007. 민법상의 능력

1. 권리능력

권리능력이란 권리·의무의 주체가 될 수 있는 자격 내지 지위로서, 자연인과 법인은 권리능력을 가진다. 권리능력이 없으면 권리·의무의 주체가 될 수 없다. (따라서 애완견에게 자신의 전 재산을 준다는 유언을 하였다 해도 개는 권리능력이 없기 때문에 그 재산을 취득할 수 없다) 권리능력을 포함한 **능력에 관한 규정은 강행규정**이다.

2. 의사능력

민법상 의사능력에 관한 규정은 없다. 해석상 대체로 약 7내지 8세는 의사능력이 있다고 보고, 유아, 백치, 만취자 등은 의사무능력자로 본다. 의사무능력자가 한 법률행위는 **무효**이다^[22변호]. 법인의 경우 의사(意思)가 없으므로 의사능력이 문제되지 않는다.

판례 [1] 의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는바, **의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요하고**^[11법행], 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 **개별적으로** 판단되어야 한다^[22변호]. [2] [지능지수는 73, 사회연령은 6세 수준^[17(3)모]인 사람(2001다10113) 또는] 지능지수가 58로서 경도의 정신지체 수준에 해당하는 38세의 정신지체 3급 장애인이 연대보증계약을 체결한 경우, 연대보증계약 당시 그 계약의 법률적 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력이 없다(2006다29358).

3. 행위능력

행위능력이란 혼자서 완전하고 유효한 법률행위를 할 수 있는 자격 내지 지위를 말한다. 의사능력은 개별적으로 판단하지만, 행위능력은 객관적 기준에 의해 **획일적으로** 판단한다.