

제1장

민법서론

제1절 민법의 법원(法源)

I. 법원의 의미

민법의 법원(法源)이란 실질적 의미의 민법(=개인의 사법적 생활관계를 규율하는 모든 법)의 존재형식으로서 민사에 관한 적용법규를 말한다(통설).

제1조 【法源】 : 실질적 의미의 민법의 종류와 그 적용순위
민사(=私法관계)에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리(條理)에 의한다.

II. 성문민법

우리 민법은 성문법주의를 취하고 있으므로 성문법 즉 제정법(=의식적으로 법으로 정하여 문장의 형식으로 표현한 법)은 법원으로서 가장 중요하고 강력한 구속력을 갖는다. 민법 제1조의 법률은 성문법 즉 제정법을 말하므로 국회에서 제정한 법률인 《형식적 의미의 민법 즉 현행민법전》과 기타 특별법(예 : 주임법)은 물론이고 그 하위법 규범(=명령, 대통령의 긴급명령, 자치법규인 조례와 규칙, 대법원규칙), 헌법에 의해 체결·공포된 조약^{12(3)모}이나 일반적으로 승인된 국제법규 등이 민사에 관한 것이라면 민법의 법원이 된다.

반면 물권법정주의를 규정한 제185조의 법률은 국회에서 제정한 법률만을 의미한다^{15변호}.

III. 불문민법

1. 관습법

판례 1. 관습법의 성립요건 : 1) 관행이 존재할 것. 2) 관행이 법적 확신을 취득할 것. 3) 관행이 전체 법질서 및 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않을 것.

[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 되었다거나, 사회질서의 변화로 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 없다^{16(1)모}. 여성은 종종 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 종종 활동에 참여할 기회를 성별만에 의하여 원천적으로 박탈하는 것으로서, (헌법상 남녀평등원칙에 위반하는 것으로) 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 없으므로, 종종 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력이 없다^{07법원}. [3] [다수의견] 종종이란 공동선조의 분묘수호와 제사 및 종원 상호간의 친목 등을 목적으로 하여 구성되는 자연발생적인 종족집단이므로, 공동선조와 성과 본을 같이 하는 후손은 성별의 구별 없이 성년이 되면 당연히 구성원이 된다고 보는 것이 조리에 합당하다^{16(1)모}(대판(全) 2005.7.21, 2002다1178). 제정 민법이 시행

4 제1편 민법총칙

되기 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 참칭상속인에 의한 재산권침해를 사실상 방어할 수 없게 만드는 결과로 되어 불합리하고, 헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 아니하여 정당성이 없으므로>, 위 관습에 법적 규범인 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다[22(1)모](대판 (손) 2003.7.24, 2001다48781). ○ 판례해설 현행민법은 제999조에서 ‘상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다’고 규정한다.

보충 관습법의 성립시기 : 관행이 법적 확신을 취득하였는지 여부는 법원의 판결에 의해서 확인될 수밖에 없지만, 관습법의 성립시기는 법원의 판결이 있는 때로부터가 아니라, 사회구성원의 법적 확신을 획득한 때로 소급해서 성립한다(통설).

보충 판례에 의해 인정된 관습법의 예 : <명인방법, 사실혼, 관습상의 법정지상권, 분묘기지권, [22(1)모] 부동산실명법이 적용되지 않는 명의신탁, 가담법이 적용되지 않는 동산의 양도담보 등이 있다.

판례 2. 관습법의 효력(성문법과 관습법의 우열) : 대등적 효력설(또는 변경적 효력설 : 관습법에는 성문법을 개폐하는 효력이 인정된다)이 있으나[16(1)모], 판례는 보충적 효력설을 취하여 『관습법은 법원(法源)으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있다(대판(손) 2005.7.21, 2002다1178).』 또는 『위헌심사의 대상이 되는 법률은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률(=성문법)을 의미하고, 또한 민사에 관한 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](대결 2009.05.28, 2007카기134)』고 한다.

판례 3. 사실인 관습과의 구별 : [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](대판 1983.6.14, 80다3231).

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

판례 4. 입증책임 : 법령과 같은 효력을 갖는 관습법은 당사자의 주장·입증을 기다리지 않고 법원이 직권으로 확정하여야 하고[16(1)모] 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장·입증하여야 하나, 관습은 그 존부 자체도 명확하지 않고 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려우므로, 법원(法院)이 이를(=관습법)을 알 수 없는 경우 결국은 당사자가 이를 주장·입증할 필요가 있다[03변리](대판 1983.6.14, 80다3231).

보충 특별법우선의 원칙 : 상관습법은 상법에 대하여 보충적 효력을 갖지만, 특별법우선의 원칙에 의해 상관습법은 민법에 대하여는 우선적으로 적용된다[16(1)모], 즉 상법→상관습법→민법→민사관습법의 순서로 적용된다.

2. 조 리

판례 민법 제1조는 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다 고 규정하여 관습법 및 조리의 법원으로서의 근거를 천명하고 있다(대판 1983.6.14, 80다3231).

3. 헌법재판소의 결정

헌법재판소의 결정도 그 내용이 민사에 관한 것이면 민법의 법원으로 인정된다.

제2절 민법의 기본원리, 법률용어, 효력범위

1. 근대민법의 기본원리

근대민법은 프랑스혁명의 이념적 기초였던 자유평등을 지도원리로 하여, 개인주의적 법원리에 의하여 그 체계가 세워졌다. 근대민법은 모든 자연인은 국적·직업·연령·성별 등에 의하여 차별을 받지 않으며, 똑같이 권리·의무의 주체로서의 자격인 권리능력을 갖는다는 **권리능력평등의 원칙**을 전제로 한다. 이러한 자유인격의 원칙을 실현하기 위하여 근대민법은 다음과 같은 3대 원칙을 인정한다. 우리 민법은 근대민법을 모범으로 제정된 것이므로 근대민법의 3대원칙은 민법에도 통용된다.

1. 사유재산권절대의 원칙

(가) 의 미

각 개인의 사유재산권에 대한 절대적 지배를 인정하고 타인은 물론 국가라 하더라도 개인의 사유재산권에 대한 간섭이나 제한을 하지 못한다는 원칙이다. 사유재산권 가운데 가장 전형적인 것은 소유권이므로 이를 소유권 절대의 원칙이라고도 한다.

(나) 제 한

헌법은 제23조에서 「모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다」(1항). 「재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다」(2항)고 규정하고, 민법은 제211조에서 「소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용·수익·처분할 권리가 있다」고 규정한다. 따라서 소유권 절대의 원칙은 현재 공공복리 등에 의해 제한된다.

2. 사적자치의 원칙

(가) 의 미

1) 사적자치의 원칙이란 사람은 모두 합리적인 판단력을 가지고 있다는 것을 전제로 해서, 개인은 자유로운 자기 의사에 따라 각자의 법률관계를 스스로 결정하고 형성하여 사법상의 권리와 의무를 발생시킬 수 있다는 원칙을 말한다. 이 원칙은 개인 의사 자유의 원칙, 계약자유 원칙, 법률행위자유 원칙 등으로도 불린다. 계약자유 원칙은 구체적으로 계약체결의 자유, 상대방선택의 자유, 내용결정의 자유, 방식의 자유를 그 내용으로 한다.

2) 사적자치의 원칙에서 자기의 일은 스스로 결정하고 형성한다는 자기결정의 법리와 자기형성의 법리, 그리

6 제1편 민법총칙

고 자기가 야기한 일에 대해 스스로 책임을 진다는 **자기책임의 법리**가 파생한다.

(나) 제 한

1) 사적자치의 원칙은 계약의 자유 이외에 유언의 자유, 단체설립의 자유를 포함하지만, 우리민법에서는 유언의 경우 엄격한 방식을 요구하고(제1060조 이하), 단체설립의 경우 법인설립시 허가주의의 제약을 가한다. 계약자유의 원칙의 폐해로서 부익부 빈익빈 등의 현상이 나타나자, 국가는 경제적 약자의 실질적 평등을 보장하기 위해서 주택 임대차 보호법 등의 특별법을 제정하여 계약자유의 원칙에 적극적으로 간섭한다. 계약 자유와 더불어 계약정의도 중요하기 때문이다.

2) 계약자유의 원칙은, 법질서가 허용하는 범위 내에서만 인정될 수 있으므로, 당연히 강행법규에 의해 제한을 받게 된다.

3. 과실책임의 원칙

(가) 의 미

과실책임의 원칙이란 어떤 행위로 타인에게 재산상 또는 정신상 손해를 준 경우에 그 손해가 행위자의 고의(= 자기 행위로 타인의 법익침해라는 위법한 결과가 발생할 것을 인식하면서 그 행위를 하는 것) 또는 과실(=자기 행위로 타인의 법익침해라는 위법한 결과가 발생할 것을 부주의로 인식하지 못하고 그 행위를 하는 것)로 생긴 경우에 즉 **귀책사유**가 있는 경우에만 배상책임을 진다는 원칙을 말한다. 이 원칙은 사적자치원칙의 파생법리인 자기책임의 원칙에서 나온 것이지만, 이 원칙이 가지는 의미가 매우 중요하기 때문에 현재 민사책임의 중요부분인 **불법행위책임**과 **채무불이행책임**의 기본원칙으로 인정된다.

(나) 제 한

과실책임의 원칙은 피해자 보호와 손해의 공평한 분담이라는 취지에서, 타인에게 가한 손해에 대하여 고의 또는 과실이 없더라도 손해배상책임을 져야 한다는 **무과실책임주의**에 의해 수정된다. 무과실책임주의의 근거로 **위험책임의 법리**(=위험원을 지배하는 사람에게 그 위험이 현실화하여 손해가 생긴 경우에 손해배상책임을 지우는 것. **예** 민법 제758조 1항 단서, 환경정책기본법 제31조)가 주장된다. 그리고 **보상책임의 법리**(=사람을 고용하여 활동영역을 확장하여 많은 이익을 추구하는 사람은 그 피용자의 행위가 타인에게 손해를 가하게 하는 경우에 이러한 손해를 이익귀속자인 사용자로 하여금 부담케 하는 것이 공평의 이상에 합치된다는 법리)에 의해서도 과실책임의 원칙은 수정된다.

II. 민법에서의 법률용어

1. 준 용(準用) (입법기술상의 한 방법)

준용은 입법기술상의 한 방법으로, 유사한 사항에 관한 법규정을 제정할 때에 법률을 간결하게 할 목적으로, 다른 유사한 법규를 유추적용할 것을 규정하는 것이 준용이다. 다만 준용은 그대로 적용하라는 의미는 아니다. 예컨대 민법 제562조는 사인증여에 관하여는 유증에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있지만, 유증의 방식에 관한 민법 제1065조 내지 제1072조(=주: 1065조 내지 제1072조의 유언의 방식과 1061조의 유언능력, 1074조의 유증의 포기 규정)는 단독행위임을 전제로 하는 것이어서 계약인 사인증여에는 적용되지 아니한다.

2. 추정(推定)과 간주(看做) (입증의 곤란을 구제하기 위한 규정)

(1) 추 정 추정은 불명확한 사실을 일단 존재한다고 가정하여 법률효과를 인정하고, 다만 그 법률관계의 존재를 다투는 자가 반대의 증거를 입증하면 그 효과가 상실된다(예 제153조, 제198조, 제200조, 제830조, 제844조 등).

(2) 간주(=의제 =본다) 간주한 경우에는 반증만으로는 발생된 법률효과가 반복되지 아니하고, 간주된 법률효과는 그대로 발생한다(예 제28조, 제141조, 제145조 등). 예컨대 실종자가 실종선고에 의하여 사망으로 간주된 때에는 실종자가 생존하고 있다는 사실을 입증하여도 사망으로 간주된 법률효과가 반복되지 않고, 실종선고 자체를 취소하여야만 사망으로 간주된 법률효과가 소멸한다.

3. 선의(善意)·악의(惡意)

선의란 어떤 사정을 알지 못하는 것이고, 악의란 어떤 사정을 알고 있는 것이다. 당사자가 선의인가 악의인가에 따라서 법률상의 효과에 차이가 생기는 경우가 많다(예 제29조, 제249조, 제748조 등).

4. 제 3 자

민법의 조문에 나오는 제3자란 원칙적으로 당사자 이외의 모든 자를 가리킨다. 그러나 표현대리에 관한 제125조, 제126조, 제129조의 제3자는 표현대리의 상대방을 말한다.

5. ‘대항하지 못한다’

「대항하지 못한다」란 법률행위의 당사자가 제3자에 대하여 법률행위의 효력을 주장할 수 없다는 의미이다. 그러나 제3자가 그 효력을 인정하는 것은 무방하다. 「대항하지 못한다」고 하는 용어는 주로 선의의 제3자를 보호하여 거래의 안전을 지키려는 경우에 사용된다(예 제107조 2항, 제108조 2항, 제109조 2항 등).

III. 민법의 효력범위

1. 때에 관한(=時的) 효력범위

민법 부칙 제2조는 「민법은 특별한 규정이 있는 경우 외에는 민법 시행일전의 사항에 대하여도 이를 적용한다. 그러나 이미 구법에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다」 고 규정하여 원칙적으로 민법의 소급효를 인정하면서 단서에 의하여 기득권을 보호한다.

2. 사람에 관한 효력범위

민법은 국내에 있든, 외국에 있든지 불문하고, 모든 대한민국 국민에게 적용된다. 이를 속인주의라고 한다. 또한 민법은 대한민국 영토 내에 있는 외국인에게도 적용된다. 이를 속지주의라고 한다. 속인주의와 속지주의를 예외 없이 관철할 경우 우리 민법과 외국민법이 충돌할 수가 있다. 가령 우리 국민이 외국에서 또는 외국인이 대한민국 영토 내에서 민사에 관한 행위를 하는 경우 우리 민법과 외국의 민법이 모두 적용될 가능성이 있다. 이러한 경우에 어느 나라의 법을 적용할 것인지를 정하는 법이 국제사법이다.

3. 장소에 관한 효력범위

민법은 대한민국 영토 전체에 적용된다.

제3절 법률관계와 권리 · 의무

I. 법률관계

1. 개념

도덕, 관습, 종교, 법 등의 사회규범(社會規範) 중에서 법에 의해 규율되는 생활관계를 법률관계라 한다(통설 : 법적 생활관계설). 법률관계는 법적 구속을 받게 되는데, 법에 의해 보호되는 자의 지위를 권리라 하고 법에 의해 구속되는 자의 지위를 의무라 한다. 따라서 법률관계는 권리와 의무의 관계로 나타나게 된다.

2. 호의관계

당사자 사이에 법적으로 구속받으려는 의사가 없는 생활관계가 호의관계이다. 호의관계는 언제나 무상(無償)이지만, 무상행위가 언제나 호의관계인 것은 아니다(가령 증여는 무상이지만, 법률행위이다). 따라서 행위의 유상성이 법률관계와 호의관계의 유일한 구별기준이 될 수는 없다. 법적으로 구속받으려는 의사여부에 따라서 법률관계와 구별된다. 법적 구속의사의 존부는 결국 법률행위의 해석문제로 된다.

II. 권리와 의무

1. 권리

(가) 개념

권리는 일정한 이익을 향유하기 위하여 법이 인정한 힘이다. 따라서 의사능력이 없는 자도 권리의 주체가 될 수 있다(통설인 권리법력설).

(나) 권리와 구별되는 개념

(1) 권 한 타인이 본인 혹은 권리자를 위하여 일정한 법률효과를 발생하게 하는 행위를 할 수 있는 법률상의 자격을 권한이라고 한다. 예컨대 대리인의 대리권, 법인이사의 대표권, 사단법인 사원의 결의권, 제3자가 갖는 선택채권의 선택권 등이 권한이다.

(2) 권 능 권능이란 권리의 내용을 형성하는 개개의 법률상의 힘을 의미한다. 예컨대 소유권은 권리이지만, 그 내용을 이루는 사용권·수익권·처분권은 권능에 해당한다.

(3) 권 원 일정한 법률상 또는 사실상의 행위를 하는 것을 정당화하는 법률상의 원인을 권원(제256조 단서 참고)이라고 한다. 예를 들면 타인의 부동산에 물건을 부속시켜 그 부동산을 이용할 수 있는 권원으로는 지상권(제279조)과 임차권(제643조) 등이 있다.

(4) 반사적 이익 (=권리반사) 법률이 특정인 또는 일반인에게 어떤 행위를 명하여 그 법규범으로 인하여 다른 특정인이 또는 일반인이 받는 사실상의 이익적 지위를 말한다. 민법 제746조에 의하면, 불법원인급여에 해당하는 경우에 급여자는 반환청구를 할 수 없는데, 그 결과 수익자가 그 소유권을 취득하는 것은 반사적 이익이다.

2. 의무

(가) 개념

의무란 어떤 행위를 해야 할 또는 어떤 행위를 하지 않아야 할 법적 구속을 말한다. 어떤 행위를 해야 할

의무를 작위(作為)의무라 하고 어떤 행위를 하지 않아야 할 의무를 부작위(不作爲)의무라 한다. 부작위의무는 다시 단순부작위의무(예 건축을 하지 않아야 할 의무)와 타인의 행위를 감수하고 방해하지 않아야 할 수인의무(예 제624조)로 나누어진다.

(나) 권리와 의 관계

의무는 보통 타인의 권리에 대응하여 성립한다. 그러나 반드시 그런 것은 아니다. 권리만 있고 의무는 없는 경우(가령 취소권·해제권·추인권 등의 형성권)도 있고, 의무만 있고 권리가 없는 경우(가령 법인의 등기의무(제50조~제52조, 제85조, 제94조)·청산인의 공고의무(제88조, 제93조)·책임무능력자에 대한 법정감독의무자의 감독의무(제75조)등)도 있다.

(다) 구별개념으로서 책무

어떤 법규정을 의무적으로 반드시 준수하도록 강제되지는 아니하지만 그 법률에 규정된 일정한 행위를 하지 않았을 경우에 일정한 불이익을 받는 경우를 법적 의무와 구별하여 간접의무(間接義務) 또는 책무(責務)라고 한다. 상대방은 이 간접의무를 행할 것을 적극적으로 청구할 수는 없다. 따라서 간접의무위반을 이유로 하는 소송이나 강제집행은 인정되지 않고, 손해배상의무가 발생하지도 않는다. 민법상 인정되는 간접의무로는 승낙연착의 통지의무(제528조), 증여자의 하자고지의무(제559조 제1항), 사용대차의 대주의 하자고지의무(제612조)를 들 수 있다.

III. 사권의 분류

1. 내용에 따른 분류

- 1) 재산권이란 재산적 가치를 가지고, 일반적으로 거래의 목적이 될 수 있는 권리를 말한다. 재산권에는 소유권을 비롯한 물권, 매매대금청구권과 같은 채권, 지적재산권(=특허권·실용신안권·저작권·상표권) 및 사원권(=사단법인의 구성원이라는 사원의 지위에서 사단법인에 대하여 가지는 권리) 등이 있다.
- 2) 비재산권이란 그 권리의 주된 내용이 비재산적인 권리로서 거래의 목적이 될 수 없는 권리로서, 인격권(=생명, 신체, 자유, 명예 등과 같이 인격적 이익을 내용으로 하는 권리)과 가족권(=부부, 친자 등의 가족공동체로서의 지위에 기한 권리) 등이 있다.

2. 작용(내지 효력)에 의한 분류

- 1) 지배권이란 타인 행위의 개입 없이 일정한 객체를 「직접 지배」할 수 있는 권리이다. 재산권 중 물권(=물건을 직접 지배하는 배타적 권리)과 준물권(=물건을 직접 지배하는 권리는 아니지만 독점적으로 물건을 취득할 수 있는 권리로써, 광업권, 어업권), 무체재산권(=지적재산권) 그리고 인격권과 친권·후견권 등이 지배권이다.
- 2) 청구권이란 특정인이 다른 특정인에게 일정한 행위를 요구하는 권리이다. 재산권 중 채권이 대표적인 청구권이다.
- 3) 형성권이란 권리자의 일방적인 의사표시만으로 권리의 변동(=발생·변경·소멸)을 가져오는 권리이다. 민법 조문에 청구권이라고 표현되어 있지만 실질은 형성권인 경우로는 ① 지상권자의 지상물매수청구권(제283조 제2항, 통설: 편면적 강행규정), 지상권설정자의 지상물매수청구권(제285조 제2항, 판례: 편면적 강행규정), 임차인의 지상물매수청구권(제643조, 판례: 편면적 강행규정) ② 전세권자의 부속물매수청구권(제316조, 통설), 임차인의 부속물매수청구권(제646조, 통설: 편면적 강행규정) ③ 지료·전세금·차임증감청구권(제286조, 제312조의2, 제628조,

10 제1편 민법총칙

모두 통설), 일부 타인권리 매매의 경우 매수인의 매매대금 감액청구권(제572조, 통설), 일부 멸실의 경우 임차인의 차임감액청구권(제627조, 통설 : 편면적 강행규정) ④ 공유물분할청구권(제268조, 판례) 등이 있다.

4) 항변권이란 상대방의 청구권의 행사에 대하여, 자기의 급부를 거절할 수 있는 권리이다. 항변권의 행사여부는 권리자에게 전적으로 달려 있고, 소송에서 권리자의 원용이 없으면 법원이 직권으로 항변권을 고려할 수는 없다. 항변권에는 청구권의 행사를 일시적으로 막을 수 있는 연기적(延期的) 항변권(예 동시이행의 항변권: 제536조, 보증인의 최고 및 검색의 항변권: 제437조)과 영구적으로 막을 수 있는 영구적(永久的) 항변권(예 상속인의 한정승인: 제1028조)이 있다.

3. 기타의 분류

(가) 절대권과 상대권

- 1) 절대권은 특정의 상대방이 없고 모든 사람에게 주장할 수 있는 권리로서, 지배권이 이에 속한다.
- 2) 상대권은 특정인에 대해서만 주장할 수 있는 권리로서, 채권 등의 청구권이 이에 속한다. 상대권의 경우에는 특정의 상대방에 의해 침해 받는 것(=채무불이행)이 대부분이지만, 경우에 따라서는 제3자에 의해서 침해가 이루어질 수도 있다(=제3자에 의한 채권침해).

(나) 일신전속권과 비전속권

- 1) 일신전속권은 두 가지로 나뉜다. ① 귀속상의 일신전속권은 권리자만이 향유할 수 있고 타인에게 양도하거나 상속될 수 없는 권리(예 부양청구권)이고, ② 행사상의 일신전속권은 권리자만이 행사할 수 있고 타인이 권리자를 대리하여 또는 대위하여 행사할 수 없는 권리(예 친권)이다. 이혼위자료청구권은 행사상의 일신전속권이지만, 귀속상의 일신전속권은 아니다(대판 1993.5.27. 92므143).
- 2) 비전속권은 양도 및 상속할 수 있는 권리로서, 재산권이 대체로 이에 속한다.

(다) 주된 권리와 종된 권리

다른 권리에 대해 종속관계에 있는 권리를 종된 권리라고 하고 그 다른 권리를 주된 권리라고 한다. 예를 들면 이자채권은 원본채권의 종된 권리이고, 보증채무는 주채무의 종된 권리이고, 질권·저당권 등의 담보물권은 그 피담보채권의 종된 권리이다. 종된 권리는 주된 권리와 그 법률적 운명을 같이하므로(제100조 제2항), 주된 권리가 시효로 소멸하면 종된 권리도 소멸한다(제183조).

(라) 기대권

권리발생요건 중의 일부만을 갖추어, 남은 요건이 실현되면 장차 권리를 취득할 수 있는 경우에, 현재의 그러한 기대상태를 권리로서 보호하는 경우이다. 조건부 권리(제148조, 제149조), 기한부 권리(제154조), 상속개시 전의 추정상속인의 지위 등이 이에 속한다.

4. 권리 상호간의 순위

- 1) 수개의 물권 상호간 소유권과 제한물권 사이의 권리가 충돌하는 경우에는 제한물권의 성질상 제한물권이 언제나 소유권에 우선한다. 같은 종류의 물권 상호간에는 먼저 성립한 권리가 후에 성립한 권리보다 우선한다.
- 2) 채권 상호간 동일한 채무자에 대하여 수 개의 채권이 충돌하는 경우에 ① 파산과 경매로 인한 배당의 경우에 채권자평등의 원칙이 적용되어 채권의 성립시기를 불문하고 각 채권액에 해당하는 금액이 평등하게

안분배당되지만, ② 그 밖의 경우에는 선행주의(先行主義)가 적용되어 채무자로부터 먼저 급부를 받는 자가 채권의 만족을 얻게 된다.

3) 물권과 채권 상호간 물권과 채권이 충돌하는 경우에는 그 성립시기에 관계없이 원칙적으로 물권이 우선한다.

정리 소(訴)관련 재판용어

- ① 기 각 : 법원에서 수리한 소송의 심리 결과, 그 이유가 없거나, 절차가 틀린 경우, 기간이 경과한 경우 등에 소에 의한 청구나 상소에 의한 불복의 주장을 이유없다(=관리가 없다)고 배척하는 본안판결로서, 소송적·형식적 재판인 각하와 구별된다.
- ② 각 하 : 소가 소송요건을 구비하지 못한 경우, 상소가 그 요건을 구비하지 못한 경우, 그 소 또는 상소를 부적법한 것으로 하여 본안의 재판을 하지 않고 소송을 종료시키는 것을 말한다.
- ③ 판 결 : 법원이 행하는 재판의 한 종류. 반드시 변론을 거쳐 행해져야 한다.
- ④ 결 정 : 법원이 행하는 재판의 한 종류. 변론의 여부는 임의적이다.
- ⑤ 상 소 : 미확정의 재판에 대하여 상급법원에 구제를 구하는 불복신청방법을 말한다. 현행법상 중국판결에 대한 상소로서는 항소·상고가 인정되고, 판결이외의 재판 즉 결정 및 명령에 대해서는 항고·재항고가 인정된다.
- ⑥ 반 소 : 소송계속 중에 그 소송(=본소)절차를 이용하여 본소절차에 병합하여, 피고가 원고에게 제기하는 독립한 소이다. 반소의 대상은 본소청구와는 다른 청구이어야 하고, 반소에 의하여 동일한 소송절차에서 복수의 소송물이 다루어진다.

정리 기판력과 재심 관련

- ① 기판력 : 확정판결의 내용에 부여된 후소에 대한 구속력을 말한다. 즉 판결이 확정되면 당사자는 후에 동일사항에 대해 별소로서 반대사실을 주장하여 이미 확정된 판결의 판단을 다룰 수 없고 법원도 전판결과 모순 저촉되는 판단을 할 수 없는 구속력을 말한다. 따라서 기판력이란 당사자 및 법원에 대하여 확정판결의 판단에 반하는 주장이나 판단을 할 여지가 없게 하는 효과를 말한다. 확정판결의 내용이 실제법과 합치하지 않는 부당판결인 경우에도 확정판결은 기판력을 가진다.
- ② 집행력 : 이행판결에서 선고된 이행의무를 강제집행에 의하여 실현할 수 있는 효력을 말한다.
- ③ 재심의 소 : 확정된 중국판결에 대하여 확정시까지의 절차의 중대한 하자 또는 판결의 기초가 되는 자료에 목과할 수 없는 흠결이 있을 때 당사자가 그 판결의 취소와 사건의 재심판을 요구하는 불복신청방법이다. 일단 종결된 사건을 다시 심리하는 것이므로 재심사유는 법정(민소법 제451조)되어 있고 출소기간도 제한(민소법 제456, 제457조)되어 있다.
- ④ 준재심 : 화해조서, 포기조서, 인낙조서, 제소전화해조서 또는 즉시항고로 불복을 신청할 수 있는 결정이나 명령이 확정된 경우에 재심사유가 있음을 이유로 하는 재심을 말한다. 화해조서, 포기조서, 인낙조서 및 결정 명령에 대한 재심신청절차에 관하여는 확정판결에 대한 재심의 소의 소송절차의 규정이 준용된다(민사소송법 제461조).

정리 재판외 분쟁해결제도

- (1) 화 해
 - ① 민법상의 화해 : 당사자의 상호양보에 의해 분쟁을 해결하는 제도(민법 제731조).
 - ② 재판상 화해 : 재판상 화해에는 소송전에 하는 제소전 화해와 소송계속 중에 하는 소송상 화해의 두 가지가 있다. 재판상 화해가 성립해서 조서에 기재되면 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다(민소법 제220조).
- (2) 조 정 : 분쟁당사자 사이에 법관이나 조정위원회가 개입해서 화해를 이끌어 내는 절차로서, 당사자 사이에 합의된 내용을 조서에 기재하면 조정이 성립하는데, 조정조서는 재판상 화해와 동일한 효력이 있다(민사조정법 제28조, 제29조).
- (3) 중 재 : 분쟁당사자들이 관련분야의 전문가인 중재인에게 분쟁의 해결을 맡기고 중재인의 판정에 복종할 것을 약정하는 것으로, 중재판정은 확정판결과 동일한 효력이 있다(중재법 제12조).

12 제1편 민법총칙

판례 재판상화해조서 또는 제소전화해조서는 확정판결과 같은 효력이 있어 당사자 사이에 기판력이 생기는 것이므로 재심 또는 준재심의 절차에서 취소 또는 변경되지 않는 한 그 화해의 효력은 다룰 수 없다(대판 1990.12.11, 90다카24953).

정리 '강제집행' 관련

장래의 강제집행을 보전할 목적으로 하는 강제집행보전절차로서 가압류와 가치분이 있고, 강제집행절차로는 압류가 있다. 즉 가압류 ⇨ 승소판결(집행권원) ⇨ 압류의 순서이다. 민법판례에서 많이 문제되는 금전채권의 경우 압류명령이후 현금화절차로서 추심명령과 전부명령이 있다. 이 추심명령과 전부명령은 압류명령과 동시에 신청할 수도 있고, 사후에 신청할 수도 있는데, 동시에 신청하는 것이 관례이다. 이후에 추심의 소 등을 제기하여 채권의 만족을 얻게 된다.

(1) 가압류 : 가압류란 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권에 대하여 동산 또는 부동산에 대한 강제집행을 보전하기 위하여 채무자의 일반재산의 현상유지를 목적으로 하는 보전절차를 말한다(민사집행법 제276조).

(2) 가치분 : 가치분에는 다음의 두 종류가 있다. ① **계쟁물에 관한 가치분** : 특정물에 대한 청구권을 가지는 채권자가 장래의 집행을 보전하기 위해 채무자의 처분을 금지하고 그 보전에 필요한 조치를 취하는 것을 내용으로 한다(민사집행법 제300조 제1항=다툼의 대상에 관한 가치분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다). ② **임시의 지위를 정하는 가치분** : 권리관계에 다툼이 있는 경우에 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 그 법률관계에 임시의 조치를 하는 것을 말한다(민사집행법 제300조 제2항).

(3) 압류 : 압류란 채권의 실행을 확보하기 위해 집행기관이 확정판결 기타의 집행권원에 기해 채무자의 재산처분을 금지하는 강제집행을 말한다(민사집행법 제188조 등).

(4) 추심명령 : 추심명령은 압류명령이후 현금화절차이다.

(5) 전부명령 : 전부명령은 추심명령과는 달리 압류된 집행채권의 변제에 갈음하여 권면액(=채권의 목적으로 표시된 금전의 일정액)으로 압류채권자에게 이전시키는 집행법원의 명령이다. 즉 전부명령이 내려지면 압류한 채권이 집행채권의 변제에 갈음하여 집행채권자에게 이전된다는 점에서 추심명령과 다르다. 유치권의 경우를 예로 들면, 유치권은 채권담보의 목적으로 성립·존속하는 것인데, 유치권을 행사하는 근거가 된 유익비상환채권이 제3자에게 전부된 경우에는 제3자인 집행채권자에게 유익비상환채권이 이전되게 된다. 그 결과 원래의 유치권자는 유익비상환채권을 추심할 권능을 잃어버리게 되므로 유치권을 행사할 수는 없다.

제4절 신의성실의 원칙

1. 민법 제2조

제2조 **【신의성실】** : 일반조항

- ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다[07법행].
- ② 권리는 남용하지 못한다.

1. 일반적 법원칙으로서 신의성실의 원칙

신의성실의 원칙은 <법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다(주: 이것을 고려의 명제라고 한다)>는 추상적 규범을 말한다. 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 권리 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 주었거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에서 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는