

III. 민법상 주요 조문별 요건사실과 주장증명책임

1. 총 칙

가. 신의성실의 원칙

주류적 판례는, “신의성실의 원칙 위반 또는 권리남용¹⁷⁷⁾은 강행규정에 위배되는 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다.”고 하나,¹⁷⁸⁾ 여기에는 의문이 존재한다.¹⁷⁹⁾ ‘신의칙에 반하여 무효’라는 주장도 당사자의 주장이 필요한

177) ○ 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결; “민법상 신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나, 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범으로서, 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가집이 정당한 상태에 있어야 하고, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.” ■ 권리가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있었는데도 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다(2010다59622).

○ 대법원 2014. 10. 30. 선고 2014다42967 판결; “권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 일하려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없고, 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있으면 그 권리의 행사는 권리남용으로 허용되지 아니하고, 그 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있으며, 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 개별적이고 구체적인 사안에 따라 판단되어야 한다.” ■ 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다는 사정만으로는 권리남용이라 할 수 없다.

178) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2013다88829 판결. 그 외 2001다74322, 97다37821, 95다33566, 94다42129, 88다카17181, 4294민상174도 동일한 판시이다. 97다42823(‘직권조사사항인 권리남용에 관한 부분을 제외한 나머지 상고이유는 적법한 상고이유가 되지 못한다.’)도 같은 취지이다. 이에 대하여 그 주장을 필요로 하고, 사실 심판원이 증거조사를 한 결과 원고의 청구가 신의칙에 어긋나거나 권리남용에 해당하는 것으로 인정되는 경우에는 피고에게 그러한 사실을 항변으로 주장하는가의 여부를 설명하고 피고가 그러한 주장을 하는 경우에는 원고에 대하여도 그 점에 대한 방어방법을 강구하도록 하는 등의 조치를 거쳐 판결하는 것이 바람직하다는 반대견해도 있다(하철용, “신의칙위반·권리남용 등의 소송상의 주장”, 민사판례연구[IX], 박영사, 1987, 247-251면).

179) 강행규정에 위배됨을 근거로 한 위 판례들은 위법성의 강도나 공익적 고려의 필요성에 있어서 신의칙 위반이나 권리남용의 경우보다 결코 모자람이 있다 할 수 없는 공서양속 위반의 경우 그 사실을 당사자가 주장하여야 한다는 후술할 판례의 입장과는 균형이 맞지 않는다[신의칙과 선량한 풍속의 관계와 관련하여, 선량한 풍속은 법적 특별결합관계 존부와 관계없이 누구에게나 요구되는 최소한의 윤리적 행위규범임에 반하여, 신의칙은 그 적용을 위하여 특별결합관계의 존재가 필요하다고 한다. 특히 Larenz는, “특별결합관계에 있는 자의 신의칙 위반은 언제나 선량한 풍속 위반이 되는 것은 아니지만, 선량한 풍속 위반은 항상 중대한 신의칙 위반이 된다”고 강조한다(민법주해 총칙(1), 1992, 94면(양창수 집필) 참조].

사건으로는 신의칙 위반 또는 권리남용의 태양(態樣)이나 그 법률효과가 다종다양하므로 구체적인 케이스에 따라 변론주의의 적용 여부 내지 직권조사의 가부를 정함이 타당하고 위 판시를 일반화할 것은 아니라고 생각한다. 예컨대, 2001다74322 판결의 사안은 원고의 소제기 자체가 신의칙에 반하거나 소권남용으로 허용되지 않는 경우로서 직권조사사항에 해당한다고 볼 여지가 있고, 97다37821 판결, 94다42129 판결의 사안은 신의칙에 기하여 보증책임을 직권으로 감경한 경우로서 과실상계에 의한 책임의 감경, 신원보증법 제6조에 의한 신원보증인 책임의 감경, 손해배상예정액의 감액 등과 같이 책임의 범위에 관하여 널리 인정되는 직권에 의한 감경과 그 궤를 같이 하여 직권조사사항으로 하더라도 무방하나, 신의칙 위반이나 권리남용으로 권리 발생의 장애나 소멸의 효과를 초래하는 케이스에서는 원칙적으로 그 주장을 필요로 한다고 보아야 하고 다만 간접적 주장의

변론주의의 적용대상임을 밝히면서, 변론 전체의 취지 등에 의하여 '신의칙에 반하여 무효'라는 주장을 한 것이라고 보는 경우에는 상대방에게 의견진술의 기회를 주어야 함을 적시한 비주류적 판례도 있다.^{180) 181)}

직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 증명책임의 원칙이 적용되므로,¹⁸²⁾ 신의칙 위반나 권리남용에 해당하는 사정의 증명책임은 그 권리행사를 부정하는 측에게 있다.¹⁸³⁾

'합법성의 원칙'이 신의성실의 원칙보다 우월하므로, 신의칙은 합법성의 원칙을 희생해서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 적용된다.¹⁸⁴⁾

인정이나 적극적인 석명권의 행사 등으로 구체적인 타당성을 피해야 할 것이다.

180) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다73284 판결: 피고 회사 운영 골프장에서 경기보조원으로 근무하는 원고에게 피고 회사가 골프장 출입제한 처분을 함으로써 원고에게 경기보조원으로서의 지위가 상실되는 불안·위험이 발생하게 된 사안에서, "법원은 변론주의의 원칙상 법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 관한 한 당사자가 주장하지 아니한 사실을 기초로 판단할 수 없는 것"이라고 하면서, "원고는 피고 회사와 사이에 사용·종속관계가 있는 근로자임을 전제로 피고 회사가 원고에 대하여 한 위 출입제한처분이 노동조합 및 노동관계조정법상의 부당노동행위에 해당하거나 근로기준법상의 정당한 이유 없는 해고에 해당하여 무효이므로 그 무효확인을 구한다고 주장하고 있을 뿐 이와 달리 원고와 피고 회사 사이에 근로계약관계와 유사한 법률관계가 있음을 전제로 위 출입제한처분이 신의칙에 반하여 무효라고 주장한 적이 없음은 명백하고, 실령 원고가 변론 전체의 취지 등에 의하여 위와 같은 주장을 한 것이라고 본다고 하더라도 법원은 당사자가 명백히 간과한 것으로 인정되는 법률상의 사항에 관하여는 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하므로, 피고 회사가 이 점에 관하여 아무런 답변이나 항변을 하지 아니하고 있는 상황에서 원심으로서에는 그에 관한 피고 회사의 견해를 묻고 법률상 및 사실상 반대 주장을 할 수 있는 기회를 부여한 다음 그러한 판단에 나아갔어야 할 것이다. 그럼에도 원심은 원고가 주장하지도 아니한 사유에 기초하여 피고 회사에 의견진술의 기회조차 부여하지 아니한 채 원고와 피고 회사 사이에 근로계약관계와 유사한 법률관계가 있음을 전제로 피고 회사의 원고에 대한 위 출입제한처분이 신의칙에 반하여 무효라고 판단하여 원고의 청구를 인용하였으니, 거기에는 변론주의 원칙 등에 위반하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다."라고 판시.

181) 그러나 그 후 대법원 2015. 3. 20. 선고 2013다88829 판결은 직권조사사항이라는 종래의 일반론을 다시금 판시하였다(甲(원고)이 乙(원심 공동피고)이 장래 설립·운영할 丙 회사(피고)에 토지를 현물로 출자하거나 매도하기로 약정하고, 丙 회사 설립 후 소유권이전등기를 마쳐 준 다음, 회장 등 직함으로 장기간 丙 회사의 경영에 관여해 오다가, 丙 회사가 설립된 때부터 약 15년이 지난 후에 토지 양도의 무효를 주장하면서 소유권이전등기의 말소를 구한 사안에서, 위 약정은 상법 제290조 제3호에서 정한 재산인수로서 정관에 기재가 없어 무효이나, 丙 회사로서는 丙 회사 설립에 직접 관여하여 토지에 관한 재산인수 약정을 체결하고 이를 이행한 다음 설립 후에는 장기간 丙 회사의 경영에까지 참여하여 온 甲이 이제 와서 丙 회사 설립을 위한 토지 양도의 효력을 문제 삼지 않을 것이라는 정당한 신뢰를 가지게 되었고, 甲의 양도대금채권이 시효로 소멸하였으며, 甲이 丙 회사 설립 후 15년 가까이 지난 다음 토지의 양도가 정관의 기재 없는 재산인수임을 내세워 자신이 직접 관여한 회사설립행위의 효력을 부정하면서 무효를 주장하는 것은 회사의 주주 또는 회사채권자 등 이해관계인의 이익 보호라는 상법 제290조의 목적과 무관하거나 오히려 이에 배치되는 것으로서 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 한 다음, '토지에 관한 재산인수의 효력이 무효라는 원고의 주장이 (직권으로) 신의성실의 원칙에 위배되는지 살펴야 아니하고, 그 무효라는 이유만으로 피고 회사 앞으로 마친 그 소유권이전등기의 말소를 명한 원심의 판단에는 신의성실의 원칙에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.' 한 사례).

182) 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결.

183) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결: "일반적으로는 동시이행의 관계가 인정되는 경우에는 그러한 항변권을 행사하는 자의 상대방이 그 동시이행의 의무를 이행하기 위하여 과다한 비용이 소요되거나 또는 그 의무의 이행이 실제로 어려운 반면 그 의무의 이행으로 인하여 항변권자가 얻는 이득은 별달리 크지 아니하여 동시이행의 항변권의 행사가 주로 자기 채무의 이행만을 회피하기 위한 수단이라고 보여지는 경우에는 그 항변권의 행사는 권리남용으로서 배척되어야 할 것이나, ... 원고가 위와 같은 특별한 사정의 존재를 입증한 바 없으므로 원심이 피고의 동시이행의 항변권의 행사를 받아들여 ... 이행하도록 명한 것은 정당하고"

따라서 ‘강행법규’를 위반한 자가 약정의 무효를 주장하는 것만으로는 신의칙에 반하는 것이 아니므로, 신의칙 위반의 근거가 되는 특별한 사정(신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건 + 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정)¹⁸⁵⁾을 추가적으로 주장·증명하여야 한다.¹⁸⁶⁾ 이는 의사무능력자 법률행위 무효의 경우에도 마찬가지이다.¹⁸⁷⁾

신의성실의 원칙은 ‘신중을 기하여 극히 예외적으로’ 인정하여야 하고, 유효하게 성립한 계약에 따른 급부이행 청구에 대하여 법원이 그 급부의 일부를 감축하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.¹⁸⁸⁾

184) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다44518 판결; “사적 자치의 영역을 넘어 공공질서를 위하여 공익적 요구를 선행시켜야 할 경우 합법성의 원칙은 신의성실의 원칙보다 우월한 것이므로, 신의성실의 원칙은 합법성의 원칙을 희생하여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 적용되는 것인바, 어떠한 경우에 합법성의 원칙보다 구체적 신뢰보호를 우선할 필요가 있는지를 판단하기 위하여는 신뢰보호를 주장하는 사람에게 위법행위와 관련한 주관적 귀책사유가 있는지 여부 및 그와 같은 신뢰가 법적으로 보호할 가치가 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”(피고 회사가 소외인 소유의 농지에 관하여 매매계약을 체결하고 피고 회사 명의로 소유권이전청구권가등기를 마쳤는데, 소외인을 대위한 원고 보증금금이 위 매매계약이 구 농지개혁법상 무효임을 이유로 가등기 달소를 구한 사안에서, 위 등기가 이루어지게 된 경우에는 불법을 인식한 채 매매계약을 체결한 피고 회사에도 귀책사유가 있으므로, 원고의 청구가 신의칙에 반한다고 본 원심판결에 위법이 있다고 한 사례) ➡ 국가가 손해배상금과의 이증지급을 이유로 부당이득으로 형사보상금의 반환을 청구하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 한 사례로는 대법원 2021. 11. 25. 선고 2017다258381 판결 참조.

185) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2016다9261, 9278 판결.

186) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결; “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 제1호 … 주식회사가 주주의 이익에 중대한 영향을 미치는 계약을 체결할 때에는 주주총회의 특별결의를 얻도록 하여 그 결정에 주주의 의사표현을 반영하도록 함으로써 주주의 이익을 보호하려는 강행법규라고 할 것이므로, 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. … 피고의 주주 중 84%의 지분을 가진 주주들이 이 사건 양도계약에 동의하였다는 사정만으로는 피고의 무효 주장을 배척할 만한 특별한 사정이 있다고 볼 수 없다.” ➡ 즉, 이 경우 신의칙 위반 주장이 인용되기 위해서는, ‘주주 전원이 약정에 동의한 것으로 볼 수 있는 등의 특별한 사정’까지 주장·증명하여야 한다. ➡ 강행법규 위반으로 원인무효임을 이유로 한 말소등기청구가 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 본 예로는 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다277157 판결 참조.

187) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다51627 판결; “의사무능력자의 사실상의 후견인이었던 아버지의 보조를 받아 의사무능력자가 자신의 명의로 대출계약을 체결하고 의사무능력자 소유 부동산에 관하여 근저당권을 설정한 후, 의사무능력자의 여동생이 특별대리인으로 선임되어 위 대출계약 및 근저당권설정계약의 효력을 부인하는 경우에, 이러한 무효 주장이 거래관계에 있는 당사자의 신뢰를 배신하고 정의의 관념에 반할 것 같은 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 의사무능력자에 의하여 행하여진 법률행위의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 할 수 없다.”

188) 대법원 2016. 12. 1. 선고 2016다240543 판결; “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 그 급부의 일부를 감축하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.”(甲 공사가 乙 회사와 체결한 전기공급계약에 따라 전기를 공급한 후 착으로 청구하지 않았던 전기요금의 지급을 구하자 乙 회사가 채무부존재 확인을 구한 사안에서, 전기요금채무를 1/2로 감액한 원심이 잘못이라고 한 예) ➡ ● 신의칙에 기한 계약상 책임 제한은 ‘신중을 기하여 극히 예외적으로’