[논 문]

민사법의 대원칙으로서의 신의칙*

- 민사소송에 있어서의 신의칙을 중심으로 -

이 혜 진**

≪차 례≫

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 민사소송과 신의칙
1. 법적성질
2. 법적기능
3. 실체법상 신의칙과의 구별문제
Ⅲ. 민사소송에서의 신의칙 적용의 유형화
1. 소송상태의 부당형성 배제
2. 선행행위와 모순되는 거동의 금지
3. 소권의 실효
4. 소권의 남용
5. 논평
Ⅳ. 신의칙 위반의 효과
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

법률관계의 당사자는 상대방의 정당한 이익을 보호하기 위하여 정의 및 신뢰에 반하는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해서는 안 된다고 하는 신의칙은 로마법에 기원을 두고 있다. 그 후 프랑스 민법이 근대민법으로서는 최초로 신의칙을 성문화하였으며 독일 민법, 스위스민법, 일본민법 등도 신의

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의해 연구되었음.
** 동아대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

칙을 규정하였고 우리민법도 1958년 2.22. 법률 제471호로 제정되면서 신의칙을 "민법 전체를 통한 대원칙"으로 규정하였다.[1] 권리의 공공성과 사회성이 강조됨에 따라 신의칙은, 단순히 민법 특히 계약법상의 일반원칙의 범위에서 벗어나서 헌법, 행정법, 세법, 민사소송법 등의 공법과 노동법, 경제법 등의 사회법분야는 물론이고 심지어는 형사법에도 적용되는 법체계의 전반을 지배하는 일반원칙으로 등장하게 되었다.[2] 우리나라의 경우는 민사소송법에 신의칙이 명문으로 규정되기 전부터 학설과 판례에 의하여 소송에도 신의칙을 적용해 오다 1990.1.13. 민사소송법이 개정되면서 신의칙을 규정하였고 그 후 2002.1.26. 개정때 현행과 같이 제1조에서 "민사소송의 이상과 신의성실의 원칙"이라는 제목으로 제2항에서 "당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다"고 천명하면서 민사판결절차는 물론이고 민사집행, 민사보전 또는 파산, 회사정리에 이르기까지 신의칙이 그 판단의 기준으로 점점 확대되어가고 있는 실정이다.[3] 실체법인 민법이 제1조에서 법원(法源)에 대하여 규정하고 제2조에서 신의칙을 규정하되 단순히 '권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.'고 함에 비해 민사소송법이 제1조에서 신의칙을 천명하고 또한 신의칙의 규제를 받는 자의 범위에 대해서도 '당사자와 소송관계인'임을 명시하여 소송절차에서의 신의칙의 수행의무자가 좁은 의미의 당사자인 원, 피고뿐만 아니라 보조참가인, 법정소송대리인은 물론 증인, 감정인, 나아가 조사 송부촉탁을 받은 자에게까지 미치는 것으로[4] 해석할 여지를 남긴 것에 입법자의 의도가 무엇인지 의문을 제기해 보고 싶다. 상도의와 공정한 거래가 강조되는 상인들 간의 관계를 규율한 실체법인 상법에도 신의칙을 명문으로 규정하지 않은 점과 비교해 볼 때 특별히 소송법이며 공법인 민사소송법 제1조에 신의칙을 천명한 것은 더욱 특별한 의미를 가지는 것으로 해석될 것이다. 더군다나 민사소송법에는 신의칙이라고 하

1) 정영환, "민사소송에 있어서 신의성실의 원칙", 민사재판의 제문제 제13권(한국사법행정학회, 2004. 12), 201면
2) 윤용석, "신의칙의 제조명", 재산법연구 20권 2호(법문사, 2003, 12), 21면
3) 박태신, "신의성실의 원칙에 관하여 선행행위와 모순되는 거동의 금지(소송상의 금반언)을 중심으로", 고시계 제47권 제4호(통권542호) 91면
4) 이시윤, 신민사소송법, 박영사(2017) 32면

는 일반적인 규정이 없더라도 소송의 지연을 목적으로 하는 것이 분명한 경우의 법관의 제척 또는 기피신청의 각하규정(민사소송법제 45조 1항), 소송비용 패소자 부담원칙의 예외로서 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용이나 소송지연에 따른 소송비용을 승소자에게 부담시키는 규정(민사소송법 98조), 실기한 공격・방어방법의 각하규정(민사소송법 제 149조), 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못하는 재소금지의 규정(267조 2항), 소액사건심판법의 적용을 받을 목적으로 청구를 분할하여 일부만을 청구할 수 없게 한 일부청구의 제한에 관한 소액사건심판법 제5조의2 규정[5]등이 이미 존재함으로써 신의칙을 특별히 명문화하지 않더라도 그러한 개별조항에 의해서 이미 법원이 민사소송절차에 신의칙의 개념을 적용해 왔던 점에 미루어 보더라도 민사소송법에 신의칙을 명문화한 목적이 무엇인지 궁금하다 이 논문은 이러한 의문점에서 출발하여 신의칙이 민사소송법절차에서 가지는 기능이 무엇인지 그리고 실체법에서의 신의칙과의 차이점은 무엇이며 명문화 되기 전부터 입법화된 이후 현재에 이르기까지 신의칙이 구체적인 사례에 어떻게 투영되어 왔는지를 살펴봄으로써 일반조항이 갖는 한계와 그 역할, 향후 재판에서의 지침 등을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 민사소송과 신의칙

1. 법적성질

민사소송법상 신의칙은 최고의 원칙임을 천명한 선언적 의미로서의 법적 성질을 가진다.[6] 최고의 원칙이기 때문에 현존하는 법규에 구속되어 민사소송법에 개별적 구체적 규정이 있는한 법관이 자의적으로 신의칙을 사례에 적

5) 김상영, “민사소송에 있어서의 신의칙에 관한 판례동향”, 법학연구 39권 제1호 2면(47호, 부산대학교 법과대학 법학연구소)
6) 류성훈, “민사소송절차에서의 신의칙의 적용”, 재산법연구 28권 3호, 법문사(2011) 423면

용해서는 안 되며 최후의 비상수단으로 적용해야 하며 개별규정을 적용할 경우 정의에 반하는 경우에 이를 수정하여 예외적으로 적용하여야하며 만평통치약처럼 신의칙을 적용할 경우 법적안정성을 해칠 우려가 있다. 민사소송법은 크게 개별규정과 일반규정으로 구성되어 있는데 이 경우 신의칙은 일반규정으로서의 법적성질을 갖는다. 따라서 개별규정이 흠결이 있을 경우 일반규정으로서의 신의칙이 그 흠결을 막기위하여 일정한 역할을 할 수 있을 것이다.[7]

2. 법적기능

민법상 신의칙의 기능은 대체로 해석기능, 형평기능, 보충기능, 수정기능을 가지며 특별한 점이 없다면 민사소송법에서도 신의칙은 동일한 기능을 가진다고 볼 것이다.[8]

민법상 신의칙의 해석기능은 법률행위 해석의 표준으로 표시행위의 객관적 의미를 도출하는 규범적 해석과 당사자가 규율하지 못한 틈이 있을 때 이를 보충하는 보충적 해석에서 그 해석의 기준으로서 작용한다 할 것인데[9] 민사소송법상 신의칙의 해석기능 역시 법규를 구체적으로 해석하는 역할을 한다 할 것이다.[10] 그리고 형평기능이란 입법과정에서 개별규정들이 미처 고려하지 못했던 특수한 사정으로 인해 개별규정을 구체적 사례에 적용할 때 나타날 수 있는 부정적 결과를 보완해 주는 역할을 일컫는다. 또한 보충기능은 입법당시와 달라진 시대적 상황으로 구체적 사례에 적용할 개별규정이 존재하지 못할 경우에 입법의 불비를 이유로 법관은 재판을 거부할 수 없으므로 이를 보완해주는 기능을 말하며 신의칙의 가장 중요한 기능이라고 할 것이다. 수정기능 또한 위에서 열거한 다른 기능과 비슷한 기능으로 개별규정의 적용

---

7) 정영환, 앞의 논문 204면

8) 정영환, 앞의 논문 205면, 이에 대해 지원림 교수님은 민법상 신의칙의 기능을 보충기능(계약의 보충적 해석을 통하여 개개의 채권관계의 특성에 따른 부수의무를 성립시키는 기능), 한정기능(모든 권리, 의무 또는 법적지위에 내재된 한계를 이루는 기능), 수정기능(형식적인 법적 지위의 수정을 가능하게 하는 기능), 수권기능(법관에 의한 형평성을 가능하게 하는 기능)을 가진다고 한다.(동교수, 「민법강의 15판, 42면, 홍문사, 2017」

9) 김재완, “현대 계약법상 신의칙의 법규범성과 그 적용의 확장에 관한 고찰”, 외법논집 35권 제2호, 145면(한국외국어대학교 법학연구소 2011.5)

10) 정영환, 앞의 논문 205면

결과 오히려 정의에 반하는 결과가 도출될 때 개별규정을 수정하여 적용하는 것을 말한다. 이러한 신의칙의 기능에도 불구하고 법관이 구체적 사례의 판단에 즈음하여 개별규정을 적용할 경우 자신의 신념과 다른 결론에 도달하는 것을 피하기 위해 자의적으로 적용해서는 안 되며 신의칙은 현존하는 법규에 구속된다고 하는 적용상의 한계가 있는 것은 부인할 수 없다.

3. 실체법상 신의칙과의 구별문제

민법상의 신의칙과 민사소송법상의 신의칙은 그 기능과 취지는 동일하다고 하더라도 민법은 권리의 발생, 변경, 소멸을 규율하는 사법이며 실체법인데 비해 민사소송법은 국가가 사인간의 법률다툼을 국가의 공권력을 이용하여 해결하는데 적용하는 공법이며 절차법이라는 차이에서 민사소송법상의 신의칙은 민법상의 신의칙과는 다른 특별한 의미를 가진다고 할 것이며 이러한 의문이 이 논문작성의 계기가 되었다. 예컨대 실체법상 채권을 가지는 채권자가 아직 채권의 소멸시효가 완성되지 않았다하더라도 계속하여 소를 제기했다 취하했다를 반복하며 채무자를 고통에 빠뜨리는 경우 채권의 소멸시효는 완성되지 않아 민법상으로 채권을 주장하는 것이 신의칙위반이 아니라고 하더라도 민사소송법상 소권의 남용을 이유로 법원이 청구를 각하할 수 있을 것이다. 그러나 현실적으로는 실체법상 신의칙위반이 소송법상의 신의칙과 동시에 일어날 수 있고 구별이 곤란한 경우도 있다. 어떠한 점에서 민사소송법상의 신의칙이 실체법상의 신의칙과 어떻게 차이가 나는 가는 아래에서 구체적인 경우에 민사소송법상의 신의칙이 어떻게 적용되었는지 판례를 분석해 봄으로써 좀 더 정확히 검토해 볼 수 있을 것이다.

Ⅲ. 민사소송에서 신의칙 적용의 유형화

최근 민사소송에 관한 판결절차는 물론이고 보전, 집행절차에 이르기까지

신의칙이 빈번히 적용되다보니 신의칙이 적용된 구체적인 사건을 유형화하는 노력이 빈번히 이루어지고 있다. 구체적 사건에 따라서 한 개의 유형으로 분류하기 보다는 여러개의 유형에 해당하는 경우가 많고 실체법상의 신의칙위반과의 구별도 용이하지 않으나 여기서는 다수의 학자들이 분류하는 유형인 소송상태의 부당형성, 소송상의 금반언, 소권의 실효, 소권의 남용[11]에 따라 유형별로 판례를 분석, 검토해 보기로 한다.[12]

1. 소송상태의 부당형성

당사자의 한쪽이 정의의 관념에 반해 자기에게 유리한 소송상태를 만들거나 상대방에게 가혹한 상태를 만들어 놓고 이를 이용하는 행위는 신의칙에 위배된다고 보는 것으로 구체적인 적용예를 최근의 판례부터 살펴보면 다음과 같다.

(1) [판례1] 채무자 소유의 목적물에 이미 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있는데 채권자가 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 채무자와 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 하고 목적물을 점유함으로써 유치권을 성립시킨 후 경매절차에서 유치권을 주장하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다고 한 사례[13]

---

11) 이시윤, 앞의 책, 32~36면

12) 다수의 학자들이 분류하는 이러한 4가지 유형이 명확한 기준이 없고 실체법과 구별도 용이하지 않다고 하여 민사소송절차상의 진행절차에 따라, 소권행사의 경우, 선행행위와 모순되는 소송행위의 경우, 소송행위가 소송상 권능의 남용에 해당하는 경우, 진실의무 위반등 기타의 경우로 나누는 것이 더 합리적이라고 하는 견해도 있다. 류성훈, 앞의 논문, 425면

13) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결, 부동산유치권은 대부분의 경우에 사실상 최우선순위의 담보권으로서 작용하여, 유치권자는 자신의 채권을 목적물의 교환가치로부터 일반채권자는 물론 저당권자 등에 대하여도 그 성립의 선후를 불문하여 우선적으로 자기 채권의 만족을 얻을 수 있게 된다. 이렇게 되면 유치권의 성립 전에 저당권 등 담보를 설정받고 신용을 제공한 사람으로서는 목적물의 담보가치가 자신이 애초 예상·계산하였던 것과는 달리 현저히 하락하는 경우가 발생할 수 있다. 이와 같이 유치권제도는 “시간에서 앞선 사람은 권리에서도 앞선다”는 일반적 법원칙의 예외로 인정되는 것으로서, 특히 부동산담보거래에 일정한 부담을 주는 것을 감수하면서 마련된 것이다. 법이 유치권제도를 마련하여 위와 같은 거래상의 부담을 감수하는 것은 유치권에 의하여 우선적으로 만족을 확보하여 주려는 그 피담보채권에 특별한 보호가치가 있다는 것에 바탕을 둔 것으로서 유치권제도와 관련하여서는 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의적으로 작출함으로써 앞서 본 유치권의 최우선순위담보권으로서의 지위를 부당하게 이용하고 전체 담보권질서

채무자 갑 주식회사 소유의 건물 등에 관하여 을 은행 명의의 1순위 근저당권이 설정되어 있었는데, 2순위 근저당권자인 병 주식회사가 갑 회사와 건물 일부에 관하여 임대차계약을 체결하고 건물 일부를 점유하고 있던 중 을 은행의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 유치권신고를 한 사안에서, 경매개시결정 기입등기가 마쳐지기 전에 임대차계약이 체결되어 병 회사가 건물 일부를 점유하고 있으며, 병 회사의 갑 회사에 대한 채권은 상인인 병 회사와 갑 회사 사이의 상행위로 인한 채권으로서 임대차계약 당시 이미 변제기에 도달하였고 상인인 병 회사가 건물 일부를 임차한 행위는 채무자인 갑 회사에 대한 상행위로 인한 것으로 인정되므로, 병 회사는 상사유치권자로서 갑 회사에 대한 채권 변제를 받을 때까지 유치목적물인 건물 일부를 점유할 권리가 있으나, 위 건물 등에 관한 저당권 설정 경과, 병 회사와 갑 회사의 임대차계약 체결 경위와 내용 및 체결 후의 정황, 경매에 이르기까지의 사정 등을 종합하여 보면, 병 회사는 선순위 근저당권자인 을 은행의 신청에 의하여 건물 등에 관한 경매절차가 곧 개시되리라는 사정을 충분히 인식하면서 임대차계약을 체결하고 그에 따라 유치목적물을 이전받았다고 보이므로, 병 회사가 선순위 근저당권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 유치권을 주장하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다.

(2) [판례2] 민사소송의 일방 당사자가 다른 청구에 관하여 관할만을 발생시킬 목적으로 본래 제소할 의사 없는 청구를 병합한 것이 명백한 경우에는 관할선택권의 남용으로서 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 한 사례[14]

변호사 갑과 을 사찰이, 소송위임계약으로 인하여 생기는 일체 소송은 전주지방법원을 관할 법원으로 하기로 합의하였는데, 갑이 을 사찰을 상대로 소송위임계약에 따른 성공보수금 지급 청구 소송을 제기하면서 을 사찰의 대표

에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재한다. 이러한 위험에 대처하여, 개별 사안의 구체적인 사정을 종합적으로 고려할 때 신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 유치권제도 남용의 유치권 행사는 이를 허용하여서는 안 될 것이다.

14) 대법원 2011. 9. 29. 자 2011마62 결정

단체인 병 재단을 공동피고로 추가하여 병 재단의 주소지를 관할하는 서울중앙지방법원에 소를 제기한 사안에서, 을 사찰은 종단에 등록을 마친 사찰로서 독자적인 권리능력과 당사자능력을 가지고, 을 사찰의 갑에 대한 소송위임약정에 따른 성공보수금 채무에 관하여 병 재단이 당연히 연대채무를 부담하게 되는 것은 아니며, 법률전문가인 갑으로서는 이러한 점을 잘 알고 있었다고 보아야 할 것인데, 갑이 위 소송을 제기하면서 병 재단을 공동피고로 추가한 것은 실제로는 병 재단을 상대로 성공보수금을 청구할 의도는 없으면서도 단지 병 재단의 주소지를 관할하는 서울중앙지방법원에 관할권을 생기게 하기 위함이라고 할 것이고, 따라서 갑의 위와 같은 행위는 관할선택권의 남용으로서 신의칙에 위반하여 허용될 수 없으므로 관련재판적에 관한 민사소송법 제25조는 적용이 배제되어 서울중앙지방법원에는 갑의 을 사찰에 대한 청구에 관하여 관할권이 인정되지 않는다.

(3) [판례3] 주식양도인이 양수인에게 주권을 교부할 의무를 이행하지 않고 그 후의 임시주주총회결의의 부존재확인청구를 하는 것은, 주권교부의무를 불이행한 자가 오히려 그 의무불이행상태를 권리로 주장함을 전제로 하는 것으로서 신의성실의 원칙에 반하는 소권의 행사로서 허용될 수 없다고 본 사례[15]

원고는 피고회사의 주주로서 피고회사의 대표이사로 재직해 오면서 소외인들로부터 1억 원 이상을 개인적으로 차용하고도 이를 변제하지 못하고 있던 중 임시주주총회에서 대표이사직에서 해임당하고 새로운 대표이사가 선임되었으며 원고는 채권자 대표에게 채무변제에 갈음하여 원고가 소유하고 있던 피고회사 주식 전부를 양도하였는데 그 당시 위 주식에 관하여 주권이 발행되어 있었음에도 이러한 사실을 감추고 양수인에게 주권을 교부하지 아니한 후 형식적으로 주주인 상태를 이용하여 임시주주총회부존재 확인청구를 구함은 그 주권을 양수인 등에게 교부할 의무가 있는 원고가 그 의무를 이행

15) 대법원 1991. 12. 13. 선고 90다카1158 판결

하지 않고 도리어 그 의무불이행상태를 권리로 주장함을 전제로 하는 것으로 이는 신의성실의 원칙에 반하는 소권의 행사로서 부적법한 것이라고 판단하였다.[16]

(4) [판례4] 선박을 편의치적시켜 소유, 운영할 목적으로 설립한 형식상의 회사(Paper Company)가 그 선박의 실제소유자와 외형상 별개의 회사이더라도 그 선박의 소유권을 주장하여 그 선박에 대한 가압류집행의 불허를 구하는 것은 편의치적이라는 편법행위가 용인되는 한계를 넘어서 채무를 면탈하려는 불법목적을 달성하려고 함에 지나지 아니하여 신의칙상 허용될 수 없다고 본 사례[17]

원고 회사는 키프러스(Cyprus)국법에 따라 설립된 유한책임회사로서 본점 소재지가 키프러스국 변호사 법률사무소의 주소와 같고, 이건 선박은 원래 이탈리아의 에라클리데회사의 소유였는데 그 후 글로우회사가 그 소속의 선장을 불특정된 매수인의 대리인으로 내세워 위 에라클리데회사로부터 이건 선박을 매수하였으며 실제 위 선박은 글로우회사에서 운영하면서 울산항에 입항한 이건 선박의 선주자격으로 소외 대전실업주식회사와 탱크청소계약을 체결하였다가 이 사건 가압류 이후 위 소외 회사로부터 원고 회사를 대리한 토니 트래불회사명의로 다시 계약서를 작성하여 받았으나 글로우회사의 직원들이 실제 청소작업에 참여하여 그 계약이행을 감독하였고 글로우회사는 이건 선박이 오션오일회사에 대하여 부담하고 있는 미화 850,957불($) 상당의 윤활유대금지급 채무에 대하여 주채무자로서 지급할 것을 약정하였다. 국제해운사업에 종사하는 선박의 실제소유자는 그 선박의 선적국과의 사이에 생기는 재무, 노무, 금융 등 각 부분의 수준차를 이용하고 기타 사회제조건의 차이 및 행정상의 법규단속, 감독의 정도차이를 이용하여 자유롭게 해운기업을 경영하기 위한 방편으로 선박소유자가 소속된 국가 또는 실제 그 선박의 운항에 관한 중추기업이 소재하는 국가와는 별도의 국가인 리베리아, 파나마 등에 형

16) 이 사례는 뒤에서 보는 소권의 남용의 사례로도 분류할 수 있을 것이다.
17) 대법원 1989. 9. 12. 선고 89다카678 판결

식적으로 개인명의 또는 법인을 설립하여 그 명의로 선박의 적을 두고(이른바, 편의치적) 그 나라의 국기를 게양하며 실제 소유자는 이와는 별도의 명의로 위 이름뿐인 법인 등과 관리계약을 체결하거나 대리인으로 행세하며 그러한 나라들에서는 그 기업의 설립사무를 담당한 법률사무소의 소재지를 위 형식뿐인 기업의 본점으로 하는 경우가 허다하고 피고 회사뿐 아니라 전 세계의 수리조선소나 기타 선박관련 사업체들의 수주현황도 편의치적선의 경우 실제의 소유자인 운영선사나 대리인으로 된 회사 등과 수리계약 등을 체결하거나 그 보증을 받아 채권확보를 한는 것이 통례인 사실을 인정한 다음 위 인정사실에 비추어 볼 때 원고 회사와 글로우회사는 외형상 별개의 회사이나 원고 회사는 글로우회사가 이건 선박을 편의치적시켜 소유 운영할 목적으로 설립한 형식상의 회사(Paper Company)에 불과하고 이건 선박의 실제소유자는 글로우회사이므로 원고가 위 선박의 소유권을 주장하여 이 사건 가압류집행의 불허를 구하는 것은 편의치적이라는 편법행위가 용인되는 한계를 넘어서 이건 선박수리비채무를 면탈하려는 불법목적을 달성하려고 함에 지나지 아니하여 신의칙상 허용될 수 없다.

(5) [판례5] 원고들이 수차례 동일소송의 제기와 취하를 반복하면서 주민등록지를 옮긴 것이 그들의 생활근거를 옮기기 위한 것이 아니라 피고회사가 소송을 수행하기에 용이하지 아니한 법원에 관할을 창출하기 위한 것이라면 이러한 원고들의 행위는 이른바 재판적의 도취 또는 관할원인 부당취득으로서 신의성실의 원칙에 반한다고 한 사례[18]

원고들은 원고 도성조가 1986.3.6. 18:30경 태백시 화전 2동 산 47소재 피고회사의 탄광안에서 작업중 피고회사의 갱도의 설치보존상의 과실로 말미암은 낙반사고로 인하여 상해를 입은 사실을 이 사건 청구원인으로 하고 있는 바, 1987.1.경 춘천지방법원 영월지원에 이와 동일한 청구원인에 기하여 피고회사의 대표이사인 소외 정운교를 피고로 한 손해배상청구소송을 제기하여 원고

18) 서울민사지방법원 1988. 10. 12. 자 88가합39479 제18부결정

도성조에 대한 신체감정 등의 증거조사가 진행된 후 위 소를 취하하고, 원고들은 1988.4.19. 위 같은 법원에 동일한 청구원인에 기하여 이 사건 피고회사인 주식회사 성원탄광을 피고로 한 손해배상 청구소송을 제기하였다가 같은 해 6.16. 위 소를 취하하였으며, 원고 도성조가 같은 해 7.5. 주민등록지를 태백시 (상세주소 생략)에서 서울 마포구 (상세주소 생략)로 옮긴 후, 같은 달 8. 원고들이 위와 동일한 내용의 손해배상청구소송을 당원에 제기하였다가 피고회사가 소송이송신청을 하자 같은 해 8.29. 위 소를 취하하고, 같은 해 8.31. 원고 도주현을 제외한 나머지 원고들도 주민등록지를 서울 마포구 (상세주소 생략)로 옮긴 후 원고들이 1988.9.6. 이 사건 소송을 제기하였으며, 원고 도성조의 아들인 원고 도주현의 이 사건 소제기시의 주소는 태백시 (상세주소 생략)이다.

위 원고들이 이전에 소송을 제기하여 상당한 정도의 절차를 진행하였던 춘천지방법원 영월지원에서의 소송진행이 당원에서의 경우보다 재판의 신속, 당사자들의 소송경제 및 증거조사의 편의에 유리함을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 위 원고들이 위 법원에 계속중이던 소를 취하하고 서울로 주민등록지를 옮긴 것은 그 주민등록지 이전의 시기와 새로운 소제기 및 취하의 시기를 감안할 때 그들의 생활근거를 서울로 옮기기 위함이 아니라 이 사건 소송의 제기를 위한 새로운 재판적의 취득을 목적으로 하였다고 할 것이고, 이러한 방법으로 피고회사가 소송을 수행하기에 용이하지 아니한 당원에 관할을 창출하여 이 사건을 제기한 위 원고들의 행위는 이른바 재판적의 도취 또는 관할원인의 부당취득으로서 신의성실의 원칙에 반한다고 하지 않을 수 없으므로 위와 같은 재판적의 도취에 따른 관할취득의 효과를 부인하여 이 사건에 관하여 당원에 관할이 없다고 하여야 마땅할 것이나 그렇지 않다고 하더라도 이 사건 소송수행에 따른 피고회사의 현저한 손해 및 소송의 지연을 피할 수 있고, 위 원고들의 소송수행에도 불리하지 아니한 춘천지방법원 영월지원으로 이 사건을 이송함이 상당하다 할 것이다.

(6) [판례6] 수탁자가 승소확정판결을 받아 지급 받은 대여금 상당액에 대한 소송신탁자의 지급청구는 신의칙에 반하여 허용되지 않는다는 사례[19]

원고는 재단법인 우석학원의 이사장으로 있던 소외 김두수에게 금 4,500,000원을 대여하여 그로부터 액면 금 4,500,000원의 당좌수표 1매를 발행 교부받아 소지하고 있다가 동 소외인이 부도를 내어 이를 지급받지 못하자 위 김두수의 채권자단의 일을 보고 있던 소외 오필진에게 보수를 지급키로 하고 우석학원을 인수한 학교법인 고려중앙학원으로부터 위 수표금을 받아 달라고 의뢰하였으나 그 수표가 위 김두수의 개인수표라는 이유로 이의 지급이 거절되자 원고와 위 오필진은 소송을 제기하여 이를 지급받기로 하고 다시 피고 등의 피상속인인 망 김 승하에게 돈을 지급키로 하고 이를 의뢰하여 동인(김승하)은 자신이 원고가 되고 위 고려중앙학원을 피고로 하여 대여금 청구소송을 제기하였으나 이 대여금채무는 김두수 개인 채무이고 고려중앙학원이 인수한 우석학원의 채무가 아니라 하여 그 제1,2심에서 모두 패소하기에 이르자 김승하는 다시 위 김두수를 피고로 대여금 청구소송을 제기하여 위 수표를 증거로 제시하고 원고를 증인으로 신청하여 원고는 "김두수"의 부탁으로 김승하로 하여금 김두수에게 금 4,500,000원을 이자 월3푼 변제기 같은 해 3.23의 약정으로 대여케 하고 그 담보로 당좌수표를 교부받아 김 승하에게 전하여 주었다는 허위증언을 하여 뒤에 원고는 위증죄 김승하와 오필진은 위증교사죄 등으로 기소되어 각 유죄판결이 확정되기는 하였으나 위 대여금 청구소송은 청구인용의 승소확정 판결을 받아 위 김두수로부터 원리금 합계 금 14,885,900원을 지급받았으므로 위 김승하는 원고와의 당초 약정에 따라 또는 횡령금으로서 이 돈을 원고에게 반환할 의무가 있고 그렇지 않다고 하더라도 위 김승하는 법원을 기망하여 승소판결을 받아 그에 기하여 위 김두수로부터 금 14,885,900원을 편취함으로써 김두수는 김승하에 대하여 동액상당의 불법행위로 인한 손해배상청구채권을 취득하게 되었는데 원고는 김두수로부터 이 손해배상청구채권을 양도받았으니 피고들은 위 김승하의 상속인들로서 이 돈을 지급할 책임이 있다고 함에 대하여 법원은 원고의 행위에 대해, 채권자는 스스로 공동불법행위자임에도 불구하고 무효인 약정을 바탕으로 하고 또 스스로 불법행위를 자행한 자로서 약정에 의한 또는 부당이득에 의한 금원의

19) 대법원 1983. 5. 24. 선고 82다카1919 판결

지급을 구하거나 소송사기에 의하여 채무자가 소송수탁자에 대하여 갖는 손해배상채권의 양도를 내세워서 손해의 배상을 구하는 것은 사회질서에 반할 뿐 아니라 신의칙에 반하는 것이다.

(7) [판례7] 채권자가 채권을 확보하기 위하여 제3자의 부동산을 채무자에게 명의신탁하도록 한 다음 동 부동산에 대하여 강제집행을 하는 따위의 행위는 신의칙에 비추어 허용할 수 없다는 사례[20]

본건 부동산은 원고와 소외 백영자가 공동으로 매수하여 소외 김윤환에게 명의신탁하였으며 위 김윤환은 피고의 남편에 대하여 다액의 채무를 부담하고 있었으나 변제할 자력이 없었는데 피고는 그 채권을 확보할 목적으로 동생인 위 백영자에게 위 김윤환을 소개하고 동인에게 위 부동산을 명의신탁하도록 적극 권유하고 그 절차까지 주선하여 주었으며, 남편의 채권이 자기의 채권인 양 위 김윤환을 상대로 대여금청구소송을 제기하여 승소판결(의제자백으로 인함)을 받은 다음 본건 부동산에 대하여 강제집행을 실시하자 피고의 강제집행에 대해 원고가 제3자 이의의 소를 제기하였다면 피고의 소위는 신의칙에 반하고 반사회적 법률행위로서 허용될 수 없다.

2. 선행행위에 모순되는 거동(소송상의 금반언)

일방 당사자가 그가 종전에 취했던 행동과 모순되는 행동을 하는 경우에 종전의 행동을 믿었던 상대방에 불측의 손해를 입힐 수 있으므로 이는 허용되지 않는다. 학설은 금반언을 적용하기 위한 구성요건으로 첫째, 당사자가 소송상 또는 소송외에서 일정한 태도를 취하고 후에 이것과 모순된 소송상 행위를 할 것 둘째, 상대방이 선행적 태도를 신뢰하고 그것에 따라 이미 자기의 법적 지위를 결정하였을 것 셋째, 모순된 후행행위의 효력을 그대로 인정하는 경우에는 선행행위를 신뢰한 상대방의 이익을 부당하게 해하는 결과로 될 것 등이다.[21]

---

20) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2064 판결

(1) [판례8] 당사자들이 부제소 합의의 효력이나 범위에 관하여 다투지 않는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 위배되었다는 이유로 신의칙을 적용하여 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 일정한 요건이 필요한데 본 사건은 그러한 요건에 대해 심리한 적이 없다고 하여 원심에 파기환송한 사례[22)]

특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의(이하 '부제소 합의'라고 한다)한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로 소가 부제소 합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다.

그러나 부제소 합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기와 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것으로서 그 합의 시에 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하고 그 효력의 유무나 범위를 둘러싸고 이견이 있을 수 있는 경우에는 당사자의 의사를 합리적으로 해석한 후 이를 판단하여야 한다. 따라서 당사자들이 부제소 합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 그와 같은 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 부제소 합의를 하게 된 동기 및 경위, 그 합의에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등에 관하여도 충분히 심리할 필요가 있다. 법원이 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소 합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것으로서 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다.

---

21) 박태신, 앞의 논문, 93면

22) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다80449 판결, 본 사건이 사실관계를 요약하면 '원고 조합은 이 사건 입찰절차에 참가하면서 피고가 정한 업체 선정방법 및 피고 조합총회의 낙찰자 및 계약자의 선정결과에 대하여 어떠한 이의를 제기하지 않고 이를 따르기로 약정한 후 이러한 내용의 문구가 기재된 이행각서를 제출하였음에도 피고가 정림건축 등을 낙찰자로 선정하자 원고가 낙찰자지위확인소송을 제기한 경우'이고 이에 원심이 위 약정서를 부제소합의에 해당한다고 보고 원고가 부제소합의에 반하여 소를 제기하였다 하여 신의칙 위반을 이유로 원고의 소를 부적법 각하하였다.

(2) [판례9] 법원이 원고의 부적법한 당사자표시정정신청을 받아들이고 피고도 이에 명시적으로 동의하여 정정된 원고와 피고 사이에 변론이 진행된 다음 본안판결이 선고된 경우, 그 후에 당사자표시정정신청의 적법성을 문제 삼는 것은 신의칙 위배로 허용되지 않는다고 본 사례[23]

당사자표시정정은 원칙적으로 당사자의 동일성이 인정되는 범위에서만 허용되는 것이므로 회사의 대표이사이었던 자의 개인 명의로 제기된 소송에서 그 개인을 회사로 당사자표시를 정정하는 것은 부적법하다. 그러나 제1심법원이 제1차 변론준비기일에서 이와 같은 부적법한 당사자표시정정신청을 받아들이고 피고도 이에 명시적으로 동의하여 제1심 제1차 변론기일부터 정정된 원고인 회사와 피고 사이에 본안에 관한 변론이 진행된 다음 제1심 및 원심에서 본안판결이 선고되었다면, 당사자표시정정신청이 부적법하다고 하여 그 후에 진행된 변론과 그에 터잡은 판결을 모두 부적법하거나 무효라고 하는 것은 소송절차의 안정을 해칠 뿐만 아니라 그 후에 새삼스럽게 이를 문제 삼는 것은 소송경제나 신의칙 등에 비추어 허용될 수 없다.

(3) [판례10] 준소비대차가 기존채권에 대한 자신의 가압류에 반하여 무효임을 전제로 기존채권에 대한 추심을 마친 가압류채권자가 이제 다시 준소비대차가 유효함을 전제로 신채권에 대한 추심을 주장하는 것이 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 한 사례[24]

원고조합이 기존채무인 일반분양금대금 정산채무에 대해 채권가압류를 마친 후 소외 회사들과 피고 사이에 준소비대차약정에 의하여 원고의 위 일반분양대금정산채무를 10억원의 범위에서 소멸하고 대여금채무(신채무)를 성립

23) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다11276 판결, 본사건의 사실관계를 요약하면 다음과 같다. 원고의 대표이사이었던 소외 1은 제1심법원에 피고를 상대로 이 사건 소를 제기하였다가 제1차 변론준비기일에서 소외 1로부터 원고로 원고의 표시를 정정하는 신청을 하고 피고도 이에 대하여 동의하였다. 그 후 원고와 피고 사이에 변론을 거쳐 이 사건 제1심판결 및 원심판결이 선고되자 피고가 상고를 제기하며 원고의 당사자표시정정신청이 부적법하다고 주장하자 대법원이 피고의 이러한 주장에 대해 신의칙위반이라고 판시한 것이다.

24) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다47175 판결

시키는 준소비대차약정을 하자 원고는 자신의 위 채권가압류의 효력을 주장하며 소외 회사와 피고사이의 위 준소비대차약정의 무효를 주장하고 피고가 원고의 위 기존채무에 대해 집행공탁을 하였는데 원고가 그 후 태도를 돌변하여 신채무에 대한 추심금소송을 피고를 상대로 제기하였다면 원고는 기존채무와 신채무를 모두 추심한 것으로서 신의칙에 반하다 할 것이다. 왜냐하면 준소비대차는 기존채무를 소멸하게 하고 신채무를 성립시키는 계약인 점에 있어서는 경개와 동일하지만 경개에 있어서는 기존채무와 신채무 사이에 동일성이 없는 반면, 준소비대차에 있어서는 원칙적으로 동일성이 인정된다는 점에서 차이가 있는 것인바 이때 신채무와 기존채무의 소멸은 서로 조건을 이루어, 기존채무가 부존재하거나 무효인 경우에는 신채무는 성립하지 않고 신채무가 무효이거나 취소된 때에는 기존채무는 소멸하지 않았던 것이 되는 것이고, 기존채무와 신채무의 동일성이란 기존채무에 동반한 담보권, 항변권 등이 당사자의 의사나 그 계약의 성질에 반하지 않는 한 신채무에도 그대로 존속한다는 의미라고 할 것이기 때문이다. 원고가 이 사건 추심금 소송으로 구하는 10억 원의 대여금채권(신채무)과 이미 전액 추심을 마친 일반분양대금 정산채권(기존채무)은 실질적으로 동일한 것이므로 피고가 2002. 8. 30. 기존채무에 대한 집행공탁을 함으로써 신채무도 함께 소멸하였다.

(4) [판례11] 사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의의 유보나 조건을 제기하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 해고의 효력을 인정하였다고 할 것이고, 따라서 그로부터 오랜 기간이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없으나, 다만 이와 같은 경우라도 해고의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있다거나 그 외에 상당한 이유가 있는 상황하에서 이를 수령하는 등 반대의 사정이 있음이 엿보이는 때에는, 명시적인 이의를 유보함이 없이 퇴직금을 수령한 경우라고 하여도 일률적으로 해고의 효력을 인정하였다고 보아서는 안 된다.[25]

---

25) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다38270 판결

(5) [판례12] 임대차가 종료된 경우에 배당요구를 한 임차인이 낙찰허가결정이 확정된 후 배당요구시의 주장과는 달리 임대차기간이 종료되지 않았음을 주장하면서 낙찰자에게 대항력을 행사하는 것은 금반언 및 신의칙에 위배되어 허용되지 않는다고 한 사례[26]

임대차가 종료된 경우에 배당요구를 한 임차인은 우선변제권에 의하여 낙찰대금으로부터 임차보증금을 배당받을 수 있으므로, 이와 같은 경우에 일반 매수희망자(낙찰자 포함)는 그 주택을 낙찰받게 되면 그 임대차에 관한 권리·의무를 승계하지 않을 것이라는 신뢰하에 입찰에 참가하게 되는 것인바, 이러한 믿음을 기초로 하여 낙찰자가 임대차보증금을 인수하지 않을 것이라는 전제하에 낙찰이 실시되어 최고가 매수희망자를 낙찰자로 하는 낙찰허가결정이 확정되었다면, 그 후에 이르러 임차인이 배당요구시의 주장과는 달리 자신의 임대차기간이 종료되지 않았음을 주장하면서 우선변제권의 행사를 포기하고 명도를 구하는 낙찰자에게 대항력을 행사하는 것은, 임차인의 선행행위를 신뢰한 낙찰자에게 예측하지 못한 손해를 입게 하는 것이어서 위와 같은 입장 변경을 정당화할 만한 특별한 사정이 없는 한 금반언 및 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.

(5) [판례13] 당연무효인 수용결정에 대하여 아무런 이의 없이 보상금을 수령하고 수용자의 점유를 12년간 용인하여 온 경우, 새삼 그 수용결정의 하자를 이유로 그 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 선행행위에 모순되어 신의성실의 원칙에 반한다고 한 사례[27]

(6) [판례14] 민사소송의 당사자 및 관계인은 소송절차가 공정 신속하고, 경제적으로 진행되도록 신의에 좇아 성실하게 소송절차에 협력해야 할 의무가 있으므로, 당사자 일방이 과거에 일정 방향의 태도를 취하여 상대방이 이를 신뢰하고 자기의 소송상의 지위를 구축하였는데, 그 신뢰를 저버리고 종전

---

26) 대법원 2001. 9. 25. 선고 2000다24078 판결
27) 대법원 1995. 9. 26. 선고 94다54160 판결

의 태도와 지극히 모순되는 소송행위를 하는 것은 신의법칙상 허용되지 않고, 따라서 원심에서 피고의 추완항소를 받아들여 심리 결과 본안판단에서 피고의 항소가 이유 없다고 기각하자 추완항소를 신청했던 피고 자신이 이제 상고이유에서 그 부적법을 스스로 주장하는 것은 허용될 수 없다고 한 사례[28]

(7) [판례15] 무효인 공정증서상에 집행채무자로 표시된 자가 그 공정증서를 채무명의로 한 경매절차가 진행되고 있는 동안에 공정증서의 무효를 주장하여 경매절차를 저지할 수 있었음에도 불구하고 그러한 주장을 일체 하지 않고 이를 방치하였을 뿐 아니라, 오히려 공정증서가 유효임을 전제로 변제를 주장하여 경락허가결정에 대한 항고절차를 취하였고 경락허가결정확정 후에 경락대금까지 배당받았다면, 특별한 사정이 없는 한 집행채무자로 표시된 자는 경락인에 대하여 그 공정증서가 유효하다는 신뢰를 부여한 것으로서 객관적으로 보아 경락인으로서는 이와 같은 신뢰를 갖는 것이 상당하다고 할 것이므로, 그 후 집행채무자로 표시된 자가 경락인에 대하여 공정증서의 무효임을 이유로 이에 기하여 이루어진 강제경매도 무효라고 주장하는 것은 금반언 및 신의칙에 위반되는 것이라고 보아야 한다고 한 사례[29]

(8) [판례16] 소송을 제기한 후 협상을 하여 더 이상 소송을 제기하지 아니하기로 합의하고서도 그에 위반하여 제기한 소이므로 부적법한 소라고 한 사례[30]

원고는 이 사건 토지의 소유권 귀속이 불분명한 상태를 악용하여 소외 6과 함께, 또는 소외 7 외 2인을 부추켜 이 사건 토지에 관하여 소송을 제기한 후, 이와 관련하여 피고 한기실, 윤현상과 앞에서 본 협상을 하면서, 이 사건 토지의 소유권이 망 소외 1, 4의 상속인들에게 귀속되었음을 내세워 더이상 피고 한기실 명의의 소유권보존등기나 이에 기한 피고 윤현상 등 그 이후의 소유

28) 대법원 1995. 1. 24. 선고 93다25875 판결
29) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다7726 판결
30) 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다21760 판결

권이전등기의 말소를 구하는 등 일체의 소송을 제기하지 아니하기로 합의한 것으로 보이고, 그렇다면 원고의 피고 한기실, 윤현상에 대한 이 사건 소는 위 부제소 특약에 위반한 것으로서 부적법하다.

(9) [판례17] 전소송과 당사자가 다른 후소송에서 전소송에서의 법원 판단에 따라, 한국산업은행의 기업에 대한 산업시설자금의 대출의 법적 성질에 관한 주장을 변경하는 것이 쟁점효 내지 신의칙에 위배되지 않는다고 한 사례[31]

원고가 참가인 회사를 상대로 한 별건 구상금청구사건(원고가 피고의 보증이행요구에 따라 지급한 금원에 대한)에서는 이 사건 산업시설자금이 피고의 관리자금계좌에 위 회사 명의로 입금이 되는 순간 위 회사 앞으로의 대출이 있었던 것이라고 주장하다가 이 사건에 있어서는 시설의 공급자에게 현실로 금원을 인출한 때에 대출이 성립된다는 이른바 정지조건부대출이라고 주장을 변경하고 있다고 하여도, 위 구상금소송과 이 사건 소송은 당사자가 상이할 뿐만 아니라 관리자금의 법적 성질에 관한 주장을 위 구상금소송에서의 법원 판단에 따라 위와 같이 변경하는 것이 쟁점효 내지는 신의칙에 위배된다고 할 수 없다.

(10) [판례18] 원고의 형이 토지를 시효취득하였음을 청구원인으로 하여 소유권이전등기절차이행을 청구하였던 사건에 증인으로 출석하여 자신이 형을 대리하여 위 토지를 관리하였다고 증언하였다가 형의 패소로 확정되자 이번에는 자신이 소유의 의사로 위 토지를 점유관리하여 시효취득하였음을 청구원인으로 하여 소유권이전등기절차이행청구의 소를 제기한 것이라고 하더라도 그 소의 제기가 곧바로 금반언의 원칙이나 신의칙에 위반되는 것이라고 단정할 수 없다고 한 사례[32]

---

31) 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다20876 판결
32) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다17507 판결

피고들이 이 사건 소는 원고의 형인 소외 김재영이 그가 이 사건 토지 3필을 시효취득하였음을 청구원인으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 청구하였던 광주고등법원 86나527 사건과 살질적으로 동일한 소송으로서, 원고가 그 사건에서는 증인으로 출석하여 자신이 김재영을 대리하여 위 각 토지를 관리하였다고 증언하였다가 김재영의 패소로 확정되자, 이번에는 자신이 소유의 의사로 위 각 토지를 점유, 관리하여 시효취득하였음을 청구원인으로 하여 이 사건 소유권이전등기절차이행청구의 소를 제기한 것이므로, 이 사건 소는 금반언의 원칙 및 신의칙에 반하는 부적법한 것으로서 각하되어야 한다고 주장하나, 가사 피고들이 주장하는 바와 같은 사정이 인정된다고 하더라도, 그렇다고 하여 이 사건 소의 제기가 곧바로 금반언의 원칙이나 신의칙에 위반되는 것이라고 단정할 수는 없으므로, 피고들의 위 주장은 이유가 없는 것이라고 판단하였다.

(11) [판례19] 회사가 근로자를 해고한 후 근로자가 퇴직금과 해고수당의 변제를 받지 아니하여 이를 공탁하자 근로자가 아무런 조건의 유보 없이 공탁금을 수령하여 간 경우 근로자가 공탁금을 수령할 때 회사의 해고처분을 유효한 것으로 인정하였다고 볼 수밖에 없고, 근로자가 해고당한 후 약 1개월이 지난 다음 동종업체에 취업하여 전회사에 있어서와 유사한 봉급수준의 임금을 지급받으며 근무하고 있으면서 해고당한 때로부터 3년 가까이나 경과하여 해고무효확인청구소송을 제기한 경우라면 위 청구는 금반언의 원칙에 위배된다고 한 사례[33]

(12) [판례20] 회사가 해고한 근로자에게 지급할 퇴직금과 갑근세반환금 등을 청산하여 변제공탁하고 근로자가 그 공탁을 조건 없이 수락하고 출급청구를 하여 수령하였다면 그 근로자는 그때에 회사의 해고처분을 유효한 것으로 인정하였다고 볼 수밖에 없으므로 그 후 8개월 가까이 지나 제기한 해고무효확인청구는 금반언의 원칙에 위배되어 위법하다고 한 사례[34]

---

33) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카25512 판결
34) 대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카19804 판결

(13) [판례21] 별소에서 상대방의 주장사실을 부인하다가 그 주장사실과 같은 내용의 주장을 하면서 소를 제기하였다 하여도 신의칙에 반하는 것이라고 볼 수 없다고 판단한 사례[35]

별소에서 피고의 점유사실을 부인하고 피고의 취득시효주장을 다투던 원고가 본소에서 피고의 불법점유를 원인으로 부당이득금반환 청구를 함에 이르렀다 하여도 별소에서 원고가 시효취득요건사실을 부인하고 반증을 제출한 것은 상대방의 시효취득주장에 대한 방어방법으로서의 진술 및 입증에 불과한 것이며, 그 소송에서 피고가 패소한 것은 피고가 그 주장사실에 대한 입증을 다하지 못한데 기인한 것이고, 또 별소에서는 피고가 이건 부동산을 1959.3.13부터 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 점유함으로써 시효취득하였는지 여부가 그 쟁점임에 반해서 본소에서는 피고가 이건 부동산을 1972.1.1부터 1981.12.31까지 점유하고 있었는지 여부가 쟁점으로서 두 소송의 쟁점이 서로 다른 것이라면 본 소송이 신의칙에 반하는 것으로서 권리보호의 이익이 없는 부적법한 것이라고 할 수 없다.

3. 소권의 실효

소권의 실효란 당사자의 한쪽이 소권을 오랫동안 행사하지 않고 방치하여 상대방이 이제 더 이상 그러한 권리를 행사하지 않으리라는 믿음이 생겨 그러한 믿음에 따라 행동하였는데 뒤늦게 당사자의 일방이 소권을 행사한 경우 그러한 권능을 소멸시키는 것으로 앞에서의 소송상의 금반언이 적극적인 모순된 행위를 하는 것에 비해 소권의 실효는 당사자 일방의 소극성으로 인해 그 뒤의 소권행사가 신의칙에 반하게 되는 것으로 귀결되는 것이다.

(1) [판례22] 갑이 을이 장래 설립·운영할 병 주식회사에 토지를 현물로 출자하거나 매도하기로 약정하고 병 회사 설립 후 소유권이전등기를 마쳐 준 다음 회장 등 직함으로 장기간 병 회사의 경영에 관여해 오다가, 병 회사가

35) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84다카855 판결

설립된 때부터 약 15년이 지난 후에 토지 양도의 무효를 주장하면서 소유권 이전등기의 말소를 구한 사안에서, 위 약정은 상법 제290조 제3호에서 정한 재산인수로서 정관에 기재가 없어 무효이나, 병 회사로서는 병 회사의 설립에 직접 관여하여 토지에 관한 재산인수를 위한 약정을 체결하고 이를 이행한 다음 설립 후에는 장기간 병 회사의 경영에까지 참여하여 온 갑이 이제 와서 병 회사의 설립을 위한 토지 양도의 효력을 문제 삼지 않을 것이라는 정당한 신뢰를 가지게 되었고, 갑이 을과 체결한 사업양도양수계약에 따른 양도대금 채권이 시효로 소멸하였으며, 갑이 병 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 사례[36]

(2) [판례23] 일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리자가 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 않는다고 보아야 할 것이고, 또한 실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 실효기간(권리를 행사하지 아니한 기간)의 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자측과 상대방측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재한 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적

36) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2013다88829 판결

으로 판단하여야 할 것이다. 근로자가 사직원의 작성·제출이 자신이 아닌 그의 형에 의하여 이루어졌음을 이유로 의원면직의 무효확인을 구하는 사안에서, 근로자의 형이 사직원을 제출하게 된 경위 및 근로자가 아무런 이의 없이 퇴직금을 수령한 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 의원면직일로부터 5년 여가 경과한 후에 위와 같은 소를 제기하는 것은 신의칙 내지 금반언의 원칙에 반하는 것으로서 부적법하다[37]

(3) [판례24] 항소권이나 소송추인권과 같은 소송법상의 권리에도 일정한 요건하에 실효의 원칙이 적용될 수 있다고 한 사례[38]

실효의 원칙이라 함은 권리자가 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니함에 따라 그 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 경우에 새삼스럽게 권리자가 그 권리를 행사하는 것은 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반되어 허용되지 아니한다는 것을 의미하고, 항소권과 같은 소송법상의 권리에 대하여도 이러한 원칙은 적용될 수 있다고 할 것이다. 그런데 실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 실효기간(권리를 행사하지 아니한 기간)의 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자측과 상대방측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재한 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다

(4) [판례25] 해고된 근로자가 아무런 이의의 유보나 조건 없이 퇴직금을 수령한 후 오랜 기간이 지난 후에 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것이 일정한 요건하에 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배된다고 한 사례[39]

---

37) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005다45827 판결
38) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다63408 판결
39) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결

사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의의 유보나 조건을 제기하지 않았다면 해고의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있다거나 그 외에 상당한 이유가 있는 상황하에서 이를 수령하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 해고의 효력을 인정하였다고 할 것이고, 따라서 그로부터 오랜 기간(6년 4개월)이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다.

(5) [판례26] 부(부)가 사위판결을 받아 소유권을 넘겨간 것을 알고도 4년간 아무런 법적 조치를 위하지 않던 자(자)가 부의 그 부동산 처분 사실을 듣고 항소를 제기한 경우에도 자의 항소권이 실효된 것으로 볼 수 없다고 본 사례[40]

원고(아버지)는 1986년도에 미국에 있는 피고(아들)를 상대로 이 사건 소송을 제기하면서 제1심법원을 속이고 피고의 주소를 허위로 기재하여 피고에 대한 변론기일소환장 등의 소송서류를 그 허위주소로 송달되게 한 후 피고 아닌 다른 사람으로 하여금 권한 없이 이를 수령하게 하여, 의제자백 형식에 따른 원고 승소의 이 사건 제1심판결이 선고되었고, 그 판결정본도 위와 같은 방법으로 송달되었다. 피고는 1988. 10. 21.경 임시영주권으로 국내에 일시 귀국하여 약 1개월 동안 체류하면서 동생으로부터 그러한 이야기를 듣고 법률사무소에 문의하였으나 소송비용문제와 아버지와의 관계 등으로 도미하였는데 원고가 위 부동산을 타에 매도하고 대금을 착복하자 4년여가 지난 후 아버지를 상대로 소송을 제기한 사건에서 원심은 피고의 항소권이 실효되었다고 하였으나 대법원은 여러 가지 사정에 비추어 실효되지 않았다고 판시하였다.

(6) [판례27] 회사의 자신에 대한 징계면직처분에 대하여 재심청구를 하였

---

40) 대법원 1996. 7. 30. 선고 94다51840 판결

으나 기각되자 회사가 자신의 급여구좌에 입금한 해고예고수당을 반환하기 위하여 이를 공탁까지 하였다가 그 후 아무런 이의 없이 회사로부터 퇴직금을 수령하고 그 후로는 부당노동행위구제신청을 하는 등으로 징계면직처분을 다툼이 없이 다른 생업에 종사하여 오다가 징계면직일로부터 2년 10개월가량이 경과한 후 제기한 해고무효확인의 소는 노동분쟁의 신속한 해결이라는 요청과 신의성실의 원칙 및 실효의 원칙에 비추어 허용될 수 없다고 본 원심판결을 수긍한 사례[41].

(7) [판례28] 피상속인이 사망할 때까지 비록 17년여 동안 장기간에 걸쳐 공동상속인 중 1인 명의로 원인 없이 경료된 소유권이전등기의 말소등기청구권을 다른 상속인들이 행사하지 않은 것은 사실이지만, 그 의무자측의 입장에서 권리자가 그 권리를 행사하지 않으리라고 신뢰할 만한 정당한 기대를 갖게 되었다고 볼 수 있는 특단의 사정을 찾아보기 어렵다 하여 실효의 원칙의 적용을 부정한 사례[42]

(8) [판례29] 1983.4. 설립된 회사에 대하여 1991.1.에 이르러 상호사용중지를 구하는 소를 제기한 것이 신의칙에 위배되지 않는다고 한 사례[43]

피고 회사(쌍용건재주식회사)가 1983.4. 설립된 후 원고(쌍용양회 공업주식회사)의 계열회사인 주식회사 쌍용과 거래하여 오면서 신문에 피고 회사 상호가 포함된 광고를 한 사실이 있었음에도 원고 회사가 이에 대하여는 아무런 이의를 하지 않고 다만 피고 회사의 “쌍용”이 포함된 상표등록출원에 대하여서만 이의를 제기하다가 이제와서 소를 제기한 것은 신의칙에 위배되어 청구권이 실효되었다는 것이나 기록에 의하면 원고 회사는 피고 회사가 설립된지 약 7년이 경과한 1990.4.24. 및 같은 해 8.14. 두 차례에 걸쳐 상호 등의 사용중지를 요청하였고 1991.1.10.에 이르러 이 사건 소를 제기한 사실이 인정

41) 대법원 1996. 11. 26. 선고 95다49004 판결
42) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다31624 판결
43) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다26212 판결

되는바, 위 기간이 피고 회사로서 원고 회사가 권리행사를 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 되는 충분한 기간이라고 보기 어렵고 원고 회사가 새로 설립되어 매출액이 많지 않은 피고 회사를 상대로 더욱 신속한 법적 조치를 취하지 아니하였다는 사정만으로는 이 사건 청구가 신의칙에 위배되거나 신의칙상 실권되었다고 할 수 없다.

(9) [판례30] 근로자들이 면직 후 바로 아무런 이의 없이 퇴직금을 수령하였으며 그로부터 9년 후 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 소정의 보상금까지 수령하였다면 면직일로부터 10년이 다 되어 면직처분무효확인의 소를 제기함은 신의성실의 원칙에 반하거나 실효의 원칙에 따라 권리의 행사가 허용되지 않는다고 본 사례[44]

(10) [판례31] 근로자가 의원면직된 때로부터 12년, 그 의원면직처분이 무효임을 안 때로부터 2년 4개월 후에 제기한 근로자지위확인의 소가 허용될 수 없다고 본 사례[45]

갑에 대한 의원면직처분의 기초가 된 조건부 징계해임처분의 사유는 갑이 수용가로부터 금품을 받았다는 것이고, 위 징계해임처분의 무효 사유는 사용자인 을이 인사위원회의 심리기일에 결석한 갑에 대하여 심리기일을 1회 연기하지 아니하고 막바로 징계결의를 하였다는 것인바, 이러한 사정들과 갑이 이 사건 의원면직처분이 무효인 것임을 알고서도 2년 4개월 남짓한 동안이나 그 처분이 무효인 것이라고 주장하여 자신의 권리를 행사한 바 없다는 점을 함께 고려하여 보면, 갑이 의원면직처분으로 면직된 때로부터 12년 이상이 경과된 후에 새삼스럽게 그 처분의 무효를 이유로 을과의 사이에 고용관계가 있다고 주장하여 소를 제기하는 것은, 노동분쟁의 신속한 해결이라는 요청과 신의성실의 원칙 및 실효의 원칙에 비추어 허용될 수 없다.

---

44) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92다23285 판결
45) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다30118 판결

(11) [판례32] 같은 약한 의미의 양도담보에서는 채무의 변제기가 도과된 이후라 할지라도 채권자가 그 담보권을 실행하여 정산을 하기 전에는 채무자는 언제든지 채무를 변제하고 그 가등기 및 가등기에 기한 본등기의 말소를 구할 수 있는 것이고 이 사건과 같은 정산금 청구는 담보부동산이 환가되어야 비로소 그 권리행사가 가능한 것이므로 금원차용일이나 소유권이전본등기시로부터 환가시까지 오랜 기간이 경과되었다 하더라도 이를 이유로 그 권리행사를 허용하지 않을 수는 없는 것이고, 위 법리에 따른 장기간에 걸친 권리불행사 여부를 판단함에 있어서는 담보부동산의 환가시를 그 시점으로 삼아야 할 것이다.

기록에 의하면, 이 사건 담보부동산의 대부분이 서울특별시에 매수되어 피고가 그 보상금을 수령한 것이 1987.7.30. 및 1988.6.22.이고 그로부터 1년이 채 안된 1988.7.5. 원고 등이 정산금의 지급을 소구하고 있음이 명백하므로 원고 등이 그 권리행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니한 것으로 볼 수 없고, 또 원고 등이 그 권리를 포기했던 것이라고 볼만한 자료도 없으므로 원고들의 이 사건 정산금 청구가 신의칙에 위배되거나 신의칙상 실권되었다고 할 수 없다.[46]

(12) [판례33] 회사가 근로자를 해고한 후 근로자가 퇴직금과 해고수당의 변제를 받지 아니하여 이를 공탁하자 근로자가 아무런 조건의 유보 없이 공탁금을 수령하여 간 경우 근로자가 공탁금을 수령할 때 회사의 해고처분을 유효한 것으로 인정하였다고 볼 수밖에 없고, 근로자가 해고당한 후 약 1개월이 지난 다음 동종업체에 취업하여 전회사에 있어서와 유사한 봉급수준의 임금을 지급받으며 근무하고 있으면서 해고당한 때로부터 3년 가까이나 경과하여 해고무효확인청구소송을 제기한 경우라면 위 청구는 금반언의 원칙에 위배된다.[47]

(13) [판례34] 사건 후 5년 뒤에 한 조합원 신분확인청구가 신의칙에 반한

---

46) 대법원 1991. 7. 26. 선고 90다15488 판결
47) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카25512 판결

소권행사가 아니라고 한 사례[48]

농지개량조합 직원인 원고에 대한 파면처분이 고등징계위원회에서 취소되었음에도 불구하고 피고 조합장이 벌금형의 선고유예도 당연퇴직 사유에 해당한다고 하여 조합직원으로서의 지위를 부인하자 원고가 민사소송으로 신분관계존속 확인의 소를 제기하였으나 이는 당사자 소송에 의할 것이지 민사소송사항이 아니라는 이유로 대법원에서 소각하(1977.7.26) 되고나서 약 5년 후(1982.7.8) 이 사건 조합직원확인소송을 제기하였다 하더라도 위 소각하판결 이후 소송에 의하지 아니하고 관계기관에 법령질의 등을 필하여 신분회복의 목적을 달성하고자 계속적으로 노력한 형적이 뚜렷하므로 이 사건 소제기를 가리켜 장기간 아무런 이의없이 지내다가 새삼 소송을 제기하여 신의칙에 반한 소권행사라고 할 수 없다.

4. 소권의 남용

법률이 보호하는 이익을 실현하고자 권리를 행사하는 것이 아니라 권리를 그 목적에 반하게 이용하는 경우에 그 권리행사는 신의성실의 원칙에 반하여 부당하다.[49][50]

(1) [판례35] 확정판결에 의한 집행을 권리남용이라고 하여 불허하기 위해서는 일정한 요건이 필요하다는 사례[51]

확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 그

48) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83누547 판결

49) 지원림, 「민법강의 15판」, 홍문사 2017, 48면

50) 소권의 남용의 태양에 대해 이시윤교수님은 [소 아닌 보다 간편한 방법으로 목적을 달성할 수 있는 경우이거나 통상의 소이외의 특별절차를 마련해 놓고 있는 경우인데 소를 제기하는 때], [소권의 행사가 법의 목적에 반하는 때], [무익한 소권의 행사], [소송지연이나 사법기능의 혼란, 마비를 조성하는 소권의 행사], [재산상의 이득, 탈법 따위를 목적으로 하는 소권의 행사], [판결의 주관적 범위의 남용] 등으로 유형화하고 있다.
이시윤, 앞의 책, 35~36면

51) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다82043 판결

판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않으므로 집행피고는 청구이의의 소에 의하여 그 집행의 배제를 구할 수 있다고 할 것인바, 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치되는 경우 그 판결에 의하여 집행할 수 있는 것으로 확정된 권리의 성질과 그 내용, 판결의 성립 경위 및 판결성립 후 집행에 이르기까지의 사정, 그 집행이 당사자에게 미치는 영향 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 그 확정판결에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 그 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우에는 그 집행은 권리남용으로서 허용되지 않는다고 할 것이다. 이때 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치될 여지가 있다는 사유만으로는 그 판결금 채권에 기초한 강제집행이나 권리행사가 당연히 권리남용에 해당한다고 보기 어려우며 확정판결의 내용이 실체적 권리관계에 배치된다는 점은 확정판결에 기한 집행이 권리남용이라고 주장하며 그 집행의 불허를 구하는 원고가 주장·증명하여야 한다.

(2) [판례36] 변호사 갑과 을 사찰이, 소송위임계약으로 인하여 생기는 일체 소송은 전주지방법원을 관할 법원으로 하기로 합의하였는데, 갑이 을 사찰을 상대로 소송위임계약에 따른 성공보수금 지급 청구 소송을 제기하면서 을 사찰의 대표단체인 병 재단을 공동피고로 추가하여 병 재단의 주소지를 관할하는 서울중앙지방법원에 소를 제기한 사안에서, 을 사찰은 종단에 등록을 마친 사찰로서 독자적인 권리능력과 당사자능력을 가지고, 을 사찰의 갑에 대한 소송위임약정에 따른 성공보수금 채무에 관하여 병 재단이 당연히 연대채무를 부담하게 되는 것은 아니며, 법률전문가인 갑으로서는 이러한 점을 잘 알고 있었다고 보아야 할 것인데, 갑이 위 소송을 제기하면서 병 재단을 공동피고로 추가한 것은 실제로는 병 재단을 상대로 성공보수금을 청구할 의도는 없으면서도 단지 병 재단의 주소지를 관할하는 서울중앙지방법원에 관할권을 생기게 하기 위함이라고 할 것이고, 따라서 갑의 위와 같은 행위는 관할선택권의 남용으로서 신의칙에 위반하여 허용될 수 없으므로 관련재판적에 관한 민사소송법 제25조는 적용이 배제되어 서울중앙지방법원에는 갑의 을 사찰에 대한 청구에 관하여 관할권이 인정되지 않는다고 한 사례[52]

(3) [판례37] 이미 소유권보존등기가 마쳐진 토지에 중복하여 소유권보존등기를 한 국가가 그 토지를 철도부지 등으로 관리·점유하여 점유취득시효가 완성되었음에도, 그 토지가 철도복선화사업의 부지로 편입되자 보상협의를 요청하는 등 취득시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 보여 선등기의 이전등기 명의자에게 그와 같이 신뢰하게 하고도, 그 등기명의자가 보상협의를 받아들이지 않고 후등기의 말소청구를 하자 반소로 점유취득시효 완성을 원인으로 하여 소유권이전등기청구를 한 사안에서, 그 반소청구가 신의칙에 반하여 권리남용으로 허용되지 않는다고 볼 여지가 있다고 한 사례[53]

(4) [판례38] 회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 사람의 개인기업에 불과하거나, 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되는 경우에는, 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위배되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다. 여기서 회사가 그 법인격의 배후에 있는 사람의 개인기업에 불과하다고 보려면, 원칙적으로 문제가 되고 있는 법률행위나 사실행위를 한 시점을 기준으로 하여, 회사와 배후자 사이에 재산과 업무가 구분이 어려울 정도로 혼용되었는지 여부, 주주총회나 이사회를 개최하지 않는 등 법률이나 정관에 규정된 의사결정절차를 밟지 않았는지 여부, 회사 자본의 부실 정도, 영업의 규모 및 직원의 수 등에 비추어 볼 때, 회사가 이름뿐이고 실질적으로는 개인영업에 지나지 않는 상태로 될 정도로 형해화되어야 한다. 또한, 위와 같이 법인격이 형해화될 정도에 이르지 않더라도 회사의 배후에 있는 자가 회사의 법인격을 남용한 경우, 회사는 물론 그 배후자에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있으나,

52) 대법원 2011. 9. 29.자 2011마62 결정
53) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다16186 판결

이 경우 채무면탈 등의 남용행위를 한 시점을 기준으로 하여, 회사의 배후에 있는 사람이 회사를 자기 마음대로 이용할 수 있는 지배적 지위에 있고, 그와 같은 지위를 이용하여 법인 제도를 남용하는 행위를 할 것이 요구되며, 위와 같이 배후자가 법인 제도를 남용하였는지 여부는 앞서 본 법인격 형해화의 정도 및 거래상대방의 인식이나 신뢰 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다.[54]

(5) [판례39] 국가공무원 갑이 국가배상청구권에 관한 시효완성 이전에 판결문을 위조하는 등의 방법으로 을의 인격적인 법익 침해에 관한 국가배상청구권 행사를 불가능 또는 현저히 곤란하게 만들었고, 위조된 위 판결문에 관한 시정조치가 이루어지기 전까지는 객관적으로 을이 국가배상청구를 하는 것을 기대하기 어려운 장애 상태가 계속되었으므로, 이때 국가가 소멸시효 완성을 주장하는 것은 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다고 한 사례[55]

채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 경우, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있는 경우, 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 경우, 또는 채권자보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다.

(6) [판례40] 원고가, 매매계약의 무효 또는 해제를 주장하면서 그 매매대

54) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결
55) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다70189 판결

금의 반환을 구하는 소를 제기하고 그 소송 계속중에 이중의 이득을 얻으려는 목적으로 매매계약이 유효함을 주장하여 그 이행을 구하는 별도의 소를 제기한 경우라든지, 원고와 피고 사이에 매매계약을 무효 또는 해제로 하기로 하는 합의가 있었거나, 원고가 피고에게 매매계약에 기한 소유권이전등기청구를 하지 않는다는 신뢰를 부여하는 행위를 하였고 피고가 이를 신뢰할 정당한 이유가 있음에도 이를 위반하여 매매계약의 이행을 구하는 소를 제기한 경우 등, 특별한 사정이 있는 때에는, 그러한 원고의 소 제기는 신의칙에 위반되는 것으로 허용될 수 없을 것이지만, 이 사건과 같이 원고가 매매계약의 무효 또는 해제를 이유로 전소를 제기한 상태에서 매매계약에 따른 소유권이전등기의 이행을 구하는 이 사건 소를 제기하였다는 것만으로 원고에게 이중의 이득을 얻으려고 하는 목적이 있었다고 볼 수 없고, 또 피고에게 원고가 향후 이 사건 소를 제기하지 않는다는 신뢰를 부여하였다고 보기 어렵다.[56]

(7) [판례41] 법원에서 수회에 걸쳐 같은 이유로 재심청구가 기각당하여 확정되었음에도 불구하고, 법률상 받아들여질 수 없음이 명백한 이유를 들어 같은 내용의 재심청구를 거듭하는 것은 상대방을 괴롭히는 결과가 되고, 나아가 사법인력을 불필요하게 소모하게 하는 것이므로, 그러한 제소는 특별한 사정이 없는 한 소권을 남용하는 것으로서 허용될 수 없다.[57]

(8) [판례42] 제반 사정에 비추어 볼 때 지역농업협동조합의 조합원이 동 조합을 위하여 대의원회 결의의 무효확인을 구하는 소를 제기한 것이 아니라

---

56) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2004다55698 판결, 본건의 사실관계를 요약하면 다음과 같다. "원고가 전소와 이 사건 소를 함께 유지하게 된 것은 원고가 전소를 취하하였으나 피고가 이에 부동의함으로 말미암아 소 취하의 효력이 발생하지 아니하였기 때문이고, 또 피고가 이 사건의 제1심에서 패소한 이후에 그 동안의 태도를 바꾸어 원고의 전소 청구를 인낙함으로써 전소의 사건이 종결되었다는 것이다. 결국, 원고가 전소와 이 사건 소에서 모두 승소하여 이중으로 이득을 볼 수 있게 된 사정은, 피고가 전소의 취하에 부동의하여 취하의 효력발생을 저지하고 있다가 갑자기 그 청구를 인낙하는, 매우 이례적 행위를 함으로써 발생한 것이지, 원고의 행위가 원인이 된 것이라 할 수 없으므로, 이러한 사정만으로는 피고의 전소 청구인낙 후 원고가 이 사건 소를 유지하는 것이 신의칙에 반하는 것이라고 볼 수 없으며, 원고가 전소와 이 사건 소에서 모두 승소하여 이중의 이득을 보는 불합리는 전소의 인낙조서의 집행을 불허하는 등의 방법에 의하여 제거되는 것이 마땅한 것이지, 그러한 사정 때문에 원고의 이 사건 청구가 배척될 수는 없다."

57) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005재다303 판결

오로지 부동산에 대한 소유권을 되찾기 위하여 실제로는 동 조합과 이해가 상반되는 지위에 있으면서도 동 조합의 조합원이라는 지위를 이용하여 소를 제기한 것으로 봄이 상당하다면 위 조합원은 동 조합을 해하고 이로 인하여 이득을 얻을 목적으로 조합원으로서의 지위 내지 권한을 남용하여 그 본래의 목적과는 달리 행사하고 있다는 점에서 이 소는 권리 보호의 자격이 없거나 신의칙에 반하여 부적법하다.[58]

(9) [판례43] 사립학교법 제28조 제2항, 같은법시행령 제12조가 학교법인이 학교교육에 직접 사용되는 학교법인의 재산 중 교지, 교사 등은 이를 매도하거나 담보에 제공할 수 없다고 규정한 것은 사립학교의 존립 및 목적 수행에 필수적인 교육시설을 보전함으로써 사립학교의 건전한 발달을 도모하는 데 그 목적이 있는 것이라고 해석되는바, 강행법규인 같은 법 제28조 제2항을 위반한 경우에 위반한 자 스스로가 무효를 주장함이 권리남용 내지 신의성실원칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 배척된다면 위와 같은 입법 취지를 완전히 몰각시키는 결과가 되므로 명목상으로만 학교법인에 직접 사용되는 재산으로 되어 있을 뿐 실제로는 학교교육에 직접 사용되는 시설·설비 및 교재·교구 등이 아니거나 학교 자체가 형해화되어 사실상 교육시설로 볼 수 없는 경우와 같은 특별한 사정이 있다면 매도나 담보제공을 무효라고 주장하는 것은 법규정의 취지에 반하는 것이므로 신의성실 원칙에 반하거나 권리남용이라고 볼 것이지만 그와 같은 특별한 사정이 없이 사립학교 경영자가 매도나 담보제공이 무효라는 사실을 알고서 매도나 담보제공을 하였다고 하더라도 매도나 담보제공을 금한 관련 법규정의 입법 취지에 비추어 강행규정 위배로 인한 무효주장을 신의성실 원칙에 반하거나 권리남용이라고 볼 것은 아니다.[59]

(10) [판례44] 교환계약의 해제 주장이 신의칙상 허용되지 않는다고 한 사례[60]

---

58) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다62364 판결
59) 대법원 2000. 6. 9. 선고 99다70860 판결

이 사건 교환계약에 관하여, 원고와 피고 이규준의 모친인 소외 태업이의 재산을 둘러싸고 야기된 형제자매들 간의 불화와 갈등을 종식시키기 위하여 그 계약이 이루어졌고, 그 의무의 이행을 확실히 하기 위하여 공증까지 하면서도 그 인증사서증서에 채무불이행시의 해제권유보조항을 두지 아니한 점, 이 사건 교환계약에 기한 피고 이규준의 의무 중 범물동 토지의 보상금만을 원고에게 지급하지 아니하였을 뿐 나머지 의무는 모두 이행되어 약 2억 원의 거액이 동생인 원고에게 지급된 점, 이 사건 대지와 그 지상건물은 모두 피고 이종익의 소유로 등기되어 있는 상황에서 이 사건 교환계약이 해제되어 이 사건 대지에 관한 피고들 명의의 각 소유권이전등기가 말소되면 이 사건 대지와 그 지상건물의 소유자가 다르게 되는 점, 피고 이규준이 이 사건 대지와 그 지상건물에 거주하면서 원고와 피고 이규준의 모친인 태업이를 부양하고 있는 점 등에 비추어, 피고 이규준이 이 사건 교환계약의 일부를 이행하지 아니한 잘못이 있기는 하나 그로 인하여 새삼스럽게 이 사건 교환계약을 해제하여 원상으로 회복하는 것은 형제들인 원고와 피고 이규준 사이의 분쟁을 종식시키는 것이 아니라 오히려 분쟁을 끝없이 연장하고 더욱 악화시키는 셈이 되는 점 등 이 사건 교환계약의 특수한 사정들을 종합할 때, 원고의 피고 이규준에 대한 이 사건 교환계약의 해제주장은 신의칙상 허용되기 어렵다.

(11) [판례45] 권리의 행사가 민법 제2조와 민사소송법 제1조의 규정에 비추어 부인되어야 할 경우라. 전경락인이 위 "가"항의 법조항에 의한 대금납부를 허용받기 위하여 첫번째 재경매기일에서 소란행위로 경매불능의 결과를 초래하고, 두번째 재경매기일을 지정하지 않을 수 없게 하였다면, 두번째 재경매기일 3일 이전에 매입대금 등을 납부하더라도 권리의 정당한 행사라 할 수 없어 그 대금납부는 허용되지 않는다고 한 사례[61]

---

60) 대법원 1993. 7. 16. 선고 93다2490 판결

61) 대법원 1992. 6. 9. 자 91마500 결정, 본건의 사실관계는 다음과 같다. "구 민사소송법(1990.1.13. 법률 제4201호로 개정되기 전의 것) 제648조제4항에 의하면, "경락인이 재경매기일의 3일 이전까지 매입대금, 지연리자와 절차비용을 지급한 때에는 재경매절차를 취소하여야 한다"고 규정하고 있고, 여기서 "재경매기일의 3일 이전까지"라 함은 재경매기일의 전일로부터 소급하여 3일이 되는 날의 전일까지를 의미하는 것이 아니라, 재경매기일의 전일로부터 소급하여 3일이 되는 날(따라서 3일째 날이 포함된다)까지를 의미한다고 할 것이다.

(12) [판례46] 주식양도인이 양수인에게 주권을 교부할 의무를 이행하지 않고 그 후의 임시주주총회결의의 부존재확인청구를 하는 것은, 주권교부의무를 불이행한 자가 오히려 그 의무불이행상태를 권리로 주장함을 전제로 하는 것으로서 신의성실의 원칙에 반하는 소권의 행사이다[62]

(13) [판례47] 선박회사인 갑, 을, 병이 외형상 별개의 회사로 되어 있지만 갑회사 및 을회사는 선박의 실제상 소유자인 병회사가 자신에 소속된 국가와는 별도의 국가에 해운기업상의 편의를 위하여 형식적으로 설립한 회사들로서 그 명의로 선박의 적을 두고 있고 (이른바 편의치적.(편의치적)), 실제로는 사무실과 경영진 등이 동일하다면 이러한 지위에 있는 갑회사가 법률의 적용을 회피하기 위하여 병회사가 갑회사와는 별개의 법인격을 가지는 회사라는 주장을 내세우는 것은 신의성실의 원칙에 위반하거나 법인격을 남용하는 것으로 허용될 수 없다[63]

재경매명령의 취소를 인정하는 취지는 재경매절차라는 것이 전경락인의 대금지급의무의 불이행에 기인하는 것이어서 그 전경락인이 법정의 대금 등을 완전히 지급하려고 하는 이상 구태여 번잡하고 시일을 요하는 재경매절차를 반복하는 것보다는 최초의 경매절차를 되살려서 그 대금 등을 수령하는 것이 경매의 목적에 합당하기 때문인 것이고, 전경락인으로서는 재경매기일 3일 이전까지 위 "가"항의 법조항 소정의 매입대금을 납부함으로써 확정적으로 경락부동산의 소유권을 취득할 수 있게 될 뿐만 아니라, 같은 법조 제5항, 제6항소정의 불이익을 면하게 되고, 더욱이 위 법조항에서 "… 재경매절차를 취소하여야 한다"고 규정하고 있는 점 등을 종합하여 고려하면, 전경락인이 재경매기일 3일 이전까지 위 법조 소정의 매입대금 등을 납부하여 오면 경매법원은 반드시 재경매명령을 취소하여야 한다고 할 것이다.

사회적 공동생활에 있어서는 공동생활자 상호간 이해관계가 서로 경합되므로 모든 권리행사에는 필연적으로 일정한 한계가 있어야 하기 때문에 민법 제2조는 "권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고, 권리는 남용하지 못한다"고 규정하고, 민사소송법 제1조도 "법원은 소송절차가 공정, 신속하고 경제적으로 진행되도록 노력하여야 하며, 당사자와 관계인은 신의에 좇아 성실하게 이에 협력하여야 한다"고 규정하여, 권리의 사회성과 적법성을 명백히 하고 있는바, 따라서 형식적으로는 권리행사라 하여도 그것이 권리의 사회성과 적법성의 관념에 비추어 도저히 허용할 수 없는 정도의 것이라면 그 권리의 행사는 부인되어야 할 것이다.

전경락인이 위 "가"항의 법조항에 의한 대금납부를 허용받기 위하여 재경매명령 후 시행된 첫번째 재경매기일에서 의도적으로 소란행위를 하거나 이를 조종하는 등 하여 경매불능의 결과를 초래하고, 경매법원으로 하여금 부득이 두번째 재경매기일을 지정하지 않을 수 없게 하였다면, 설사 두번째 재경매기일 3일 이전에 위 법조 소정의 매입대금 등을 납부한다 하더라도 이는 권리의 정당한 행사라 할 수 없고, 따라서 그 대금납부는 허용되어서는 안 될 것이다.

62) 대법원 1991. 12. 13. 선고 90다카1158 판결

63) 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카1671 판결

(14) [판례48] 공동소송참가가 소권의 남용에 해당한다고 한 사례[64]

A주식회사의 대주주이며 대표이사로서 위 회사를 사실상 지배하던 갑의 처인 을, 처남인 병 등이 갑을 위하여 회사경영에 참여해 오다가 갑이 정에게 대가를 받고 회사의 소유와 경영을 넘겨주면서 앞으로 어떠한 권리주장이나 청구도 하지 않기로 확약하였고 그에 따라 을, 병 역시 회사경영에서 완전히 손을 떼었음에도 불구하고 그로부터 3년 정도나 경과한 뒤에 갑이 정과의 합의를 무시하고 다시 회사의 경영권을 되찾아 보려고 나서자 을, 병 역시 갑의 의도에 부응하여 갑이 제기한 주주총회결의부존재확인소송에 공동소송참가를 하였다면 이는 신의성실의 원칙에 반하는 제소로서 소권의 남용에 해당한다.

(15) [판례49] 확정판결에 의한 권리라 하더라도 그것이 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 권리남용이 되는 경우에는 이는 허용되지 않는 다 할 것인바, 피고들이 확정판결의 변론종결 이전에 부진정연대채무자 중의 1인으로부터 금원을 수령하고 더 이상 손해배상을 청구하지 않는다고 합의함으로써 원고의 손해배상채무도 소멸한 사실을 스스로 알고 있으면서도 이를 모르는 원고에게 이미 소멸한 채권의 존재를 주장 유지하여 위의 확정판결을 받은 것이라면, 위 확정판결을 채무명의로 하는 강제집행을 용인함은 이미 변제, 소멸된 채권을 이중으로 지급받고저 하는 불법행위를 허용하는 결과가 된다 할 것이므로 이와 같은 피고들의 집행행위는 자기의 불법한 이득을 꾀하여 상대방에게 손해를 줄 목적이 내재한 사회생활상 용인되지 아니하는 행위라 할 것이어서 그것이 신의에 좇은 성실한 권리의 행사라 할 수 없고 그 확정판결에 의한 권리를 남용한 경우에 해당한다 할 것이므로 이는 허용되지 아니한다.[65]

(16) [판례50] 신의칙은 비단 계약법의 영역에 한정되지 않고 모든 법률관

64) 대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카113 판결
65) 대법원 1984. 7. 24. 선고 84다카572 판결

계를 규제 지배하는 원리로 파악되며 따라서 신의칙에 반하는 소권의 행사는 허용되지 아니한다는 사례[66]

소송신탁은 법률이 금하는 것이므로 채권자가 소외 망인으로 하여금 원고가 되어서 채무자에게 대여금청구소송을 제기하여 채권을 추심토록 의뢰한 약정은 반사회질서의 법률행위로서 무효이며 채권자는 소외 망인이 채무자에 대하여 대여금채권을 갖고 있는 것처럼 꾸며 소송을 제기하게 하고 채권자가 소지하고 있는 당좌수표를 증거로 제출할 수 있도록 교부하고 나아가 법정에서 허위의 증언을 함으로써 법원을 기망하여 승소확정판결을 받아 채무금을 지급받게 하였다면 채권자는 스스로 공동불법행위자임에도 불구하고 무효인 약정을 바탕으로 하고 또 스스로 불법행위를 자행한 자로서 약정에 의한 또는 부당이득에 의한 금원의 지급을 구하거나 소송사기에 의하여 채무자가 소송수탁자에 대하여 갖는 손해배상채권의 양도를 내세워서 손해의 배상을 구하는 것은 사회질서에 반할 뿐 아니라 신의칙에 반하는 것이다.

5. 논평

대법원이 소송에서 신의칙을 적용한 사례들은 주로 해고된 근로자들이 오랜 기간이 지난 후 해고무효확인소송을 제기하는 경우와 취득시효와 관련하여 권리자들이 취득시효를 주장하지 않을 것 같은 태도를 보이다가 후에 취득시효를 주장하는 경우, 그 외 상속과 관련하여 공동상속인들이 상속개시후 오랜 시간이 지난 후 법정상속분을 주장하며 소송을 제기하는 경우 등이다. 그런데 판례 28번 사례에서는 공동상속인 중 1인이 상속개시 17년 후에 상속에 기한 권리를 주장한 것을 신의칙위반이 아니라고 한 반면 판례44번 사례에서는 공동상속인 중 1인이 다른 공동상속인을 상대로 공동상속인들 간의 상속재산 협의분할시 체결한 교환계약상의 의무를 이행하지 않았음을 들어 교환계약의 해제를 주장한 것을 신의칙위반이라고 하였다, 교환계약상의 의무자이면서도 일부 의무를 이행하지 않은 공동상속인이 노모를 모시고 있다

66) 대법원 1983. 5. 24. 선고 82다카1919 판결

는 사정이 해제주장을 신의칙위반이라고 하여 배척한 주요한 사유인 것이라고 보이는데 비록 공동상속인들 사이의 계약이라고는 하나 계약상의 의무를 이행하지 않은 당사자를 신의칙을 적용하여 보호함에는 다소 의문이 든다고 할 것이다. 또한 판례49에서는 손해배상채무가 소멸한 사실을 알면서도 이를 모르는 상대방을 대상으로 소멸한 채권의 존재를 주장, 유지하여 확정판결을 받았다면 이러한 확정판결을 채무명의로 하여 강제집행을 하는 것은 신의칙에 위배된다고 하였는바, 확정판결을 받은 후의 사정이 아닌 확정판결에 이르기까지의 사유를 들어 확정판결의 집행력을 배제함은 선뜻 납득하기 어렵다. 손해배상채무가 소멸했음에도 이러한 사정을 숨기고 소송을 제기하여 승소하여 확정판결을 받았다고 하더라도 이를 집행권원을 취득하는 단계에서 불법적 요소를 발견하지 못하고 판결을 선고한 이상 당연무효라고는 할 수 없으므로 패소한 당사자로서는 판결확정전이면 상소, 판결확정 후이면 재심의 소로써 판결의 효력을 배제하는 방법을 먼저 취해야 하는 것이지 집행의 단계에서 판결확정전의 사유를 들어 집행력을 배제하는 것은 확정판결의 효력과 관련하여 법적안정성을 침해할 우려가 있는 판결이라고 할 것이다.

Ⅳ. 신의칙에 위반한 소권의 행사의 효과

민사소송에 있어서의 신의칙은 모든 소송행위에 적용된다. 즉 소송주체인 당사자와 법원이 소송절차를 형성하고 그 요건과 효과가 소송법에 의하여 규율되는 행위로서 구체적으로 보면 지급명령신청, 이의신청, 소, 상소의 제기, 취하, 청구의 포기, 인낙, 주장, 부인 항변, 그 외 다양한 소송상의 신청에도 신의칙이 적용된다고 할 것이다. 당사자의 소송행위가 신의칙에 반하는지 여부는 소송행위의 종류에 따라 어떤 경우는 직권으로 조사해야 할 것이고 또 어떤 경우는 당사자의 항변을 기다려 판단해야 한다. 즉 소의 제기(상소, 재심, 이의신청, 지급명령신청 등)가 신의칙에 반하는지 여부는 직권으로 판단하여 신의칙에 반하다고 판단될 경우에는 부적법 각하해야 할 것이고(실체법

상이 권리의 행사가 신의칙에 반하게 되면 권리 본래의 효과가 발생하지 않는 것이 되어 청구가 이유 없어 기각을 면치 못하는 것과 대조된다.) 그 외 증거의 제출이 신의칙에 반하거나 상대방의 입증을 고의로 방해하는 등으로 신의칙에 반한다는 사실은 당사자의 주장을 기다려야 할 것이다.[67] 원고가 소권을 남용하여 무익한 소의 제기와 취하를 반복한 것이 민법이 정하는 불법행위의 요건을 구성한다면 소의 제기가 부적법하여 각하를 면치 못할 뿐 아니라 나아가 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하는 경우도 있을 것이다. 소송행위가 신의칙에 위반됨에도 법원이 이를 발견하지 못하고 판결을 했다면 당연무효의 판결이라고는 할 수 없어 판결이 확정전이면 상소를 할 수 있을 것이나 판결이 확정되었다면 그 효력을 어떻게 할 것인지 논의해 볼 필요가 있다. 확정된 판결에 민사소송법 451조에 규정한 재심사유가 있는 경우(예컨대 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출에 방해를 받은 때) 에는 당연히 재심의 청구가 가능할 것이나 그렇지 않은 경우는 보통은 재심을 허용하기는 어려울 것이다. 단 그 판결에 확정된 판결의 효력을 부여하는 것이 심히 정의의 관념에 반하여 효력을 제거해야 할 필요성이 큰 경우에는 엄격한 요건하에 예외적으로 재심을 허용할 수 있을 것이다.

Ⅴ. 결 론

이상에서 민사소송절차 및 집행절차에서 신의칙이 적용된 대법원 판례들의 대부분을 살펴보았다. 민사소송법에 신의칙을 규정하기 훨씬 전부터 법원이 실제 소송에 신의칙을 적용하여 결론을 도출한 경우가 여러 건 있었다고는 하나 실체법상 신의칙을 적용한 사례들과 비교해본다면 극히 소수이고 민사절차법에서의 신의칙에 대한 논의 또한 그리 활발하지 않다. 다만 실체법이든 절차법이든 신의칙은 어디까지나 일반 조항으로 민법과 민사소송법상 개

67) 류승훈, 앞의 논문, 438면

별조항이 있을 때에는 가급적 적용을 자제해야하고 개별규정으로서는 민사소송법상의 이상을 실현할 수 있는 합목적적이고 정의로운 결론이 도출되지 않을 때 비로소 적용되어야 함에도 최근 신의칙 규정을 제왕적 규정처럼 너무 폭넓게 인정하는 하급심 및 대법원의 판례들이 많이 나타나고 있다. 최근 노동법, 근로기준법에서 이슈가 되고 있는 통상임금사건에 대해서 대법원이 전원합의체 판결을 선고하면서 사용자측의 부담을 덜어주면서 근로자들의 권리도 보호하는 방향의 결론을 도출하기 위해 신의칙을 적용한 결과 분쟁을 종식시키기 보다는 그 후에 제기된 다른 소송에까지 분쟁을 확산시킨 감이 없지 않다. 이상에서 살펴본 대법원 판례들을 분석해보면 소송에서 신의칙이 제일 많이 적용된 사례는 해고된 근로자들이 오랜 기간이 지난 후 해고무효확인을 구하는 소송을 제기한 경우 소권의 실효나 소권의 남용을 적용한 경우들이다. 그리고 확정판결에 의한 집행의 경우를 권리남용이라고 하여 집행을 불허하기 위해서는 판결 성립 후 집행에 이르기까지의 사정을 비롯하여 엄격한 요건이 필요함에도 그러한 요건을 못갖춰 신의칙위반이 아니라고 한 사례가 있었는가 하면 소멸한 채권의 존재를 주장, 유지하여 확정판결을 받았다면 그러한 확정판결에 기한 강제집행은 신의칙에 반한다고 하여 다소 모순된 결론을 도출한 사례도 있었다. 그러나 당연무효의 확정판결이 아닌 이상 재심의 소에 의해 그 효력이 소멸되지 않았다면 확정판결에 의한 집행을 불허함에는 신중을 기해야 할 것이다. 신의칙의 적용과 관련하여서는 이구동성으로 신의칙이 개별조항의 미비를 보충하고 구체적 타당성을 실현할 수 있는 순기능을 가졌지만 한편으로는 법적안정성을 해칠 우려도 있음을 강조하고 있으며 실제 판례에서도 유사한 사례에서 결론을 달리하는 경우가 있었다. 또한 하급심에서 법관들 각자의 가치관에 따라 신의칙이 남발하는 경향이 있는 것도 사실이다. 따라서 대법원도 하급심이 지침을 삼을 수 있도록 일관성 있는 판시를 하는 것이 필요하며 기존의 신의칙관련 대법원판례들을 유형화 및 자료화하여 하급심 판결에 적정한 기준을 제시하는 노력도 필요해 보인다.

투고일 : 2017. 9. 24.	심사일 : 2017. 11. 28.	게재확정일 : 2017. 11. 29.

참고문헌

강현중, 민사소송법강의, 박영사, 2013
김상영, “민사소송에서의 신의칙에 관한 판례동향”,법학연구 39권 1호(47호), 부산대학교 법과대학 법학연구소
김재완, “현대계약법상 신의칙의 법규범성과 그 적용의 확장에 관한 고찰”, 외법논집 제35권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011
김홍규/강태원, 민사소송법(10판), 삼영사, 2010
김홍엽, 통합민사법, 박영사, 2017
김홍엽, 민사소송법(제5판), 박영사, 2014
박태신, “신의성실의 원칙에 관하여 선행행위와 모순되는 거동의 금지”, 고시계 제47권 제4호,
류성훈, “민사소송절차에서의 신의칙의 적용”, 재산법연구 제28권 3호, 법문사 2011
성중락, “민사집행에서의 신의칙의 적용모습”, 법률신문 3487호, 법률신문사 2006
윤용석, “신의칙의 재조명”, 재산법연구 20권 2호, 법문사, 2003
이시윤, 신민사소송법 (제11판), 박영사, 2017
전병서, 기본강의 민사소송법 (제9판), 홍문사, 2017
정영환, 신민사소송법, 세창출판사, 2010
정영환, “민사소송에 있어서 신의성실의 원칙”, 민사재판의 제문제 제13권, 한국사법행정학회, 2004
지원림, 민법강의 (제15판), 홍문사, 2017
호문혁, 민사소송법, 대명출판사, 2005

<국문요약>

민사법의 대원칙으로서의 신의칙
- 민사소송에 있어서의 신의칙을 중심으로 -

이 혜 진

신의성실의 원칙이란 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 따라 성실하게 이행되어야 한다는 원칙이다. 신의칙은 최초 로마법에 기원을 둔 것으로 근대사법에서 신의칙을 처음 규정한 것은 프랑스민법이고 그 후 독일민법과 스위스민법등을 거쳐 일본민법, 우리민법 등에 도입되었다. 민법에 신의칙이 도입된 이후, 신의칙은 계약법뿐만 아니라 상법, 노동법, 세법, 행정법 등의 분야에도 확대되었다.

우리 민사소송법에 신의칙이 처음 규정된 것은 1990년대이다. 그러나 민사소송법에 신의칙이 명문으로 규정되기 전부터 법원은 구체적 사안에 신의칙을 적용하여 현재까지 소송법상의 신의칙에 관한 판례가 많이 축적되었다. 민사소송법상 신의칙의 발현형태는 4가지 정도로 유형화할 수 있다. 즉, 소송상태의 부당형성, 소송상 금반언, 소권의 실효, 소권의 남용 등이다. 물론 신의칙 발현형태의 유형별 구별이 뚜렷한 것은 아니며 사안에 따라 하나의 사례가 소송상태의 부당형성의 범주에 들기도 하고 소권의 남용의 범주안에 들기도 하며 법원은 비슷한 사례임에도 여러가지 사정을 참작하여 신의칙을 적용하기도 하고 배제하기도 한다. 그리고 민사 실체법상의 신의칙과의 구별이 명확하지 않은 경우도 있다. 이 논문에서는 신의칙이 민사소송법에 성문화되기 전부터 법원이 민법에 규정된 신의칙을 민사법 전체를 관통하는 원리로 보아 소소에서도 신의칙을 적용한 많은 판례를 축적시켰음에도 굳이 1990년 민사소송법 개정시 민법과는 별도로 민사소송법에도 신의칙을 명문으로 규정한

취지를 규명하고 또한 소송법상의 신의칙은 실체법상의 신의칙과는 어떠한 차이가 있는지 살펴보았다. 그리고 소송법상 신의칙이 적용된 구체적인 사례들을 집중적으로 분석하고 유형화함으로써 법원이 어떤 사안에 신의칙을 적용하였는지도 살펴보았다. 그렇게함으로써 앞으로 법원에서 소송법상의 신의칙의 적용여부를 결정할 때 지침이 되려고 하였다.

주제어: 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원직, 소송상태의 부당형성, 소송상의 금반언, 소권의 실효, 소권의 남용

<Abstract>

Principle of trust and good faith as a primary one of civil laws - focused on applying it in Civil Procedure

Lee, Hye-Jin

The principle of trust and good faith(hereinafter "the principle") is that the exercise of rights and the performance of duties shall be in accordance with the principle of trust and good faith.

The origin of the principle can be found in Roman law, which was first prescribed in French Civil Act as a modern private law, and after that, it was introduced to Japanese and Korean Civil Acts via German and Swiss Civil Acts.

Since the introduction of the principle in civil act, it has expanded its domain not only in contract law, but also in commercial laws, labor laws, tax laws and administrative laws, etc.

The principle was stipulated in Civil Procedure Act of 1990 revision for the first time. But before the 1990 revision, the court had applied it in many cases, and now we can see many examples.

There can be characterized by four types applying it in civil procedure, which are wrongful formation of litigation conditions, estoppel in litigation, lapse and abuse of the right to bring an action.

Of course, distinguishing each type is not clear and one case can be covered by several categories. The court sometimes applies or excludes the principle considering circumstances combined to similar-looking cases.

In addition, it is not easy to distinguish the principle of civil procedure from that of substantive act.

In this paper, the reason why the principle has been prescribed in Civil Procedure Act notwithstanding the existing stipulation of Civil Act and differences between procedural and substantive ones, are treated.

In addition, by analyzing and categorizing the concrete cases which are appling the principle, the characteristic which cases the court applied the principle is presented.

Thus, I hope, this paper will give you a guideline whether to apply the principle to related cases in courts.

Key Word: Principle of trust and good faith, Principle of prohibition of abuse of rights, Wrongful formation of litigation conditions, estoppel in litigation, Lapse of the right to bring an action in a court, abuse of the right to bring an action in a court