소유권 행사와 권리남용의 요건

박 인 환*

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 권리남용 및 권리남용금지의 원칙
1. 의의
2. 연혁
3. 신의칙과의 관계
4. 권리남용의 남용 방지
5. 권리남용의 소송법적 기능
Ⅲ. 권리남용의 요건
1. 권리남용의 요건에 관한 학설
2. 판례
Ⅳ. 결 론

Ⅰ. 서 론

우리 민법 제2조 제2항은 "권리는 남용하지 못한다"고 규정하여 권리남용금지의 원칙을 선언하고 있다. 그러나 조문의 내용에는 권리남용의 요건이나 효과에 관한 구체적인 언급이 전혀 없다. 따라서 민법 제2조 제2항은 '신의성실의 원칙'을 선언하고 있는 제2조 제1항과 마찬가지로 그 내용이 극히 일반적이고 추상적으로 규정되어 있는, 소위 일반조항(一般條項) 내지 백지조항(白紙條項)의 대표적인 예로 언급되고 있다.

결국 우리 민법이 규정하고 있는 권리남용금지의 원칙은 개별적 사안에 있어서 당해 법규의 해석과 적용을 통하여 보완될 필요가 있다. 그런 의미에서 구체적으로 어떠한 경우 어떠한 방식의 권리행사가 권리남용으로 인정될 수 있는지, 권리남용으로 인정되는 경우 권리행사의 효과는 무엇인지를 규명하는 데는 무엇보다 법관의 역할이 중요하다.

그런데 권리남용의 효과, 즉 권리행사가 권리남용이라는 평가를 받게

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

될 경우 그 권리행사의 효과에 대해서는 학설이나 판례상 별다른 이견이 없는 것 같다. 즉 권리남용이 인정될 경우 권리자가 행사한 권리는 그 의도한 대로의 효력을 발생하지 못하거나 법의 조력을 받지 못하게 되고, 개별적인 상황에 따라서 그 내용이 합리적인 범위에서 조정을 받게 된다. 물론 권리남용으로 인하여 타인의 법익을 침해하여 손해가 발생하면 권리행사자가 불법행위책임을 지게 되는 것은 당연한 일이다. 또한 권리남용이 인정된다고 하더라도 권리자의 권리가 제대로 실현되지 않을 뿐 권리 자체가 박탈되거나 소멸되는 것은 아니다.[1] 권리남용을 이유로 상대방의 권리에 대한 침해나 부당이득이 정당화 되는 것은 아니므로 권리자는 경우에 따라서 자신의 권리를 침해한 상대방에 대한 부당이득 반환이나 불법행위로 인한 손해배상 청구는 가능할 것이다.

그러나 권리남용의 요건, 다시 말하면 구체적으로 어떠한 경우 어떠한 방식의 권리행사가 권리남용으로 인정될 수 있는지에 대해서는 그동안 수많은 판례가 있음에도 불구하고 여전히 적용상의 어려운 문제가 있다. 사실 현행 민법이 제정된 이후 권리남용금지의 원칙에 관한 대법원 판례는, 민법의 어느 분야에 못지않게 시행 초기부터 현재까지 거의 수십 건에 이를 정도로 상당량 축적되어 있는 편이다. 그 과정에서 특히 소유권의 행사와 권리남용의 인정 여부에 대하여는 다음과 같은 몇 가지 판례의 원칙이 거의 확립된 것으로 보인다.[2]

첫째, 어느 권리자의 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 개별적

1) 예외적으로 친권남용의 경우에는 친권상실의 선고에 의하여 친권자의 친권이 상실되는 수가 있게 된다(민법 제924조 참조).

2) 대법원 1986. 7. 22. 선고, 85다카2307 판결, 대법원 1993. 5. 14. 선고, 93다4366 판결, 대법원 1998. 6. 26. 선고, 97다42823 판결, 대법원 2002. 9. 4. 선고, 2002다22083 판결, 대법원 2003. 2. 14. 선고, 2002다62319, 62326 판결, 대법원 2003. 11. 27. 선고, 2003다40422 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고, 2007다5397 판결, 대법원 2009. 2. 12. 선고, 2008다67651, 67668 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고, 2008다73809 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고, 2009다58173 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고, 2009다79738 판결 등 참조.

이고 구체적인 사안에 따라 판단되어야 한다는 점이다.

둘째, 권리행사가 권리남용에 해당하려면, 주관적 요건으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적 요건으로 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 한다는 점이다.

셋째, 위와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리행사로 인하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다고 해도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다는 점이다.

넷째, 그 권리행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다는 점이다.

그런데 위 두 번째 원칙, 즉 권리남용의 요건으로 객관적 요건 외 따로 주관적 요건이 필요한지 여부에 대하여는, 지금도 '가해의 의사'나 '가해의 목적' 등 주관적 요건은 권리남용의 요건이 아니라고 보는 학계의 다수설과 권리남용의 요건으로 주관적 요건이 필요하다고 하는 판례의 주류가 극명하게 갈려 있는 실정이다. 법조 실무에 있어서도 판례의 원칙을 구체적 사안에 적용하는 데 있어 혼란이 여전한 것 같다. 그러다 보니 심급마다 판결의 내용이 자주 바뀌게 되면서 이를 다투기 위한 상고심 사건도 줄어들지 않고 있다.

그뿐만 아니라 위 네 가지 원칙 중 첫째 원칙은 권리남용 규정의 일반조항적 성격에 비추어 지극히 당연한 내용에 불과하다. 그리고 셋째 원칙은 대법원이 원고의 권리남용이라는 피고의 항변을 받아들이지 않는 경우에 이를 합리화하기 위하여 적용되는 원칙이고, 넷째 원칙은 피고의 항변을 받아들여 원고 청구를 기각하는 경우에 이를 뒷받침하기 위하여 주로 적용되는 원칙이 아닌가 하는 의심도 받게 된다. 결국 대법원 판례의 주류가 제시하는 권리남용에 관한 몇 가지 원칙은, 구체적인 사건의 적용에 있어서는 여전히 미흡할 뿐만 아니라 오히려 혼란을 부채

질하고 있다는 비판을 면하기 어렵다.

권리남용 규정과 같은 일반조항의 경우에는, 해석을 통하여 그 내용을 보충하고 개별적 사건에 있어 법규의 적용 기준을 보다 명확하게 제시하는 대법원 판결의 기능이 더욱 중요시 된다. 권리남용에 관하여 다툼이 있는 사건의 경우 미리 확립된 판례의 원칙(기준)을 적용함으로써 결과(판결)에 대한 예측가능성이 높아질 수 있다면 불필요한 분쟁의 소지도 미리 막는데 크게 기여할 수 있을 것이다.

본 논문에서는 위와 같이 우리 민법의 권리남용 규정의 해석과 적용에 관한 판례의 태도가 과연 타당한 것인가 하는 의문을 전제로, 권리남용 및 권리남용금지의 원칙의 의의와 연혁, 신의칙과의 관계, 소송법상의 기능 등을 살펴본 다음 소유권의 행사와 권리남용의 요건과 관련하여 그동안 위와 같이 확립된 것으로 보이는 판례의 원리들을 순차로 검토하면서 그 문제점을 살펴보고 개선책을 강구하고자 한다.

Ⅱ. 권리남용 및 권리남용금지의 원칙

1. 의의

권리남용이란, 외형상으로는 권리의 행사인 것과 같이 보이나, 구체적인 경우에 실질적으로 검토할 때에는 권리의 공공성 및 사회성에 반하거나 권리 본래의 사회적 목적을 벗어난 것이어서 정당한 권리의 행사로서 인정할 수 없는 행위를 말한다.[3)]

또한 권리남용은, 권리를 행사함에 있어서 계약 또는 법률이 보호하는 이익을 실현하고자 하는 것이 아니라 그 목적에 반하게 권리를 이용하는 경우를 말하기도 하고,[4)] 아주 단순하게 신의칙과의 관계에 착안하

3) 곽윤직, 민법총칙 제7판(박영사, 2002), 64쪽.

여 신의칙에 위배되는 권리의 행사가 권리남용이라고 하기도 한다.[5]

따라서 다소 포괄적으로 정리하면 권리남용이란 권리의 행사라는 외형을 갖추고 있으나 실질적으로는 신의칙에 반하는 권리행사를 말하고, 권리남용금지의 원칙은 권리행사가 신의칙에 반하는 경우에는 권리남용이 되어 정당한 권리의 행사로서 인정되지 않는다는 원칙이라고 할 수 있을 것이다.

특히 소유권을 중심으로 하는 재산권에 대하여, 우리 헌법 제23조 제1항은 모든 국민의 재산권은 보장된다고 선언하면서 재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정하고 있다. 이어서 동조 제2항은 "재산권의 행사는 공공복리에 적합하여야 한다"는 규정을 두고 있다. 이는 재산권의 사회적 구속성을 규정한 것으로 헌법상 재산권 행사의 공공복리적합의무는 윤리적 의무가 아니라 헌법적 한계를 규정한 법적 의무로 보는 것이 일반적이다.[6]

근대 헌법에서 재산권의 절대적 성격은 현대 헌법에 이르러 재산권의 상대적 성격으로 전환되었는바, 이는 근대 헌법이 개인주의적, 자유주의적인 경향에서 출발하였으나, 현대 헌법에 이르러서 단체주의적, 사회주의적 경향을 띠게 된 점을 말한다. 우리 헌법 제23조 제2항이 규정하고 있는 재산권 행사의 공공복리적합 의무에 대하여 헌법재판소는 재산권의 행사에 관한 도덕적 의무가 아니라 재산권의 사회적 제약 내지 사회적 기속성 또는 사회적 의무성을 선언한 것이라고 판시하고 있다.[7]

재산권의 사회적 구속성의 원리는 사유재산제도의 보장에 기초하여 그 본질적인 내용은 보장하되 재산권이 갖는 사회적 의미를 통찰하여 일정한 제약과 통제가 가능하다는 의미로 이해될 수 있다. 한편 재산권의 사회적 구속성이 제기되는 분야는 주로 소유권일 것이며, 그 중에서

4) 지원림, 민법강의 제8판(홍문사, 2009), 53쪽.
5) 홍봉주, 권리의 주체와 객체(건국대학교출판부, 2010), 107쪽.
6) 성낙인, 헌법학(법문사, 2001), 477쪽.
7) 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 결정.

도 부동산 소유권, 특히 건물보다는 그 자체의 유한성으로 인하여 보다 강력한 제한이 따를 수밖에 없는 토지 소유권일 것이다. 이에 현대적 의미에서 재산권의 사회적 구속성과 관련된 주된 논의는 주로 토지 소유권으로 모아지고 있다.[8)]

더구나 최근 토지 소유권을 중심으로 토지 재산권을 다른 재산권과 구별하는데서 비롯된 토지 공개념 이론은 토지 재산권에 대하여는 공공성, 의무성, 사회성을 그 자체의 본래적인 속성으로 인식해야 한다는 기본적인 철학 내지 인식의 전환을 바탕에 두고 있다. 이러한 인식을 기초로 민법이 규정하고 있는 권리남용금지의 원칙을 살펴보면 동 규정은 권리(특히 토지 소유권을 중심으로 하는 재산권) 자체가 지니는 '내재적 한계'를 표현한 것이며, 권리의 사회성 내지 공공성, 권리 행사의 공공복리 적합성의 원리를 사법인 민법의 영역에서 강조한 것으로 이해하는 것이 타당하다고 본다.[9)]

2. 연혁[10)]

로마법에서는 "자기의 권리를 행사하는 자는 누구에 대해서도 불법을 행하는 것은 아니다"라는 원칙이 있었으나, 예외적으로 '악의의 항변(exceptio doli)'에 의하여 오직 타인을 해할 목적으로 권리를 행사하는 것은 금지되고 있었다. 그러나 악의의 항변은 소유권의 행사에만 인정되는 항변일 뿐 권리행사 일반에 대하여 적용되는 것은 아니었다. 권리남용

8) 성낙인, 앞의 책, 480쪽.

9) 일본 민법은 신의칙과 권리남용금지 원칙을 규정한 제1조 제2항 및 제3항 위에 제1항을 두고, 사권(私權, 사법상 인정되는 권리)의 공공복리적합성을 규정하고 있는데, 이는 사권의 내용과 행사는 사회공동생활 전체의 발전과 조화를 이루어야 한다는 의미로 해석되고 있다.

10) 아래 '연혁'에 대해서는 주로 박찬주, "권리남용금지와 권리자의 주관적 요건", 인권과 정의 제386호(대한변호사협회, 2008. 10), 7쪽 이하; 정현식, "권리남용의 이론과 판례의 경향", 사법논집 3집(법원행정처, 1972), 9쪽 이하를 참고한 것이다.

의 고전적 형태로 보이는 악의의 항변은 권리남용이 되기 위해서는 필수적으로 권리자의 '가해의 목적'이라는 주관적 요건이 요구되고 있다.

이와 같이 로마법 시대나 근대 초기에 이르기까지는 개인주의적 법원리에 의하여 권리행사의 자유가 폭넓게 인정되었다. 특히 개인의 사유재산권(그 중에서도 소유권)에 대한 절대적 지배를 인정하고 국가나 타인이 이를 함부로 간섭하지 못하는 원칙이 확립되면서 소위 '소유권 절대의 원칙'이 등장하게 되었다.[11] 즉 재산권은 '신성불가침의 권리'로서 전(前) 국가적인 천부인권으로서의 성격을 갖는 것으로 이해되었던 것이다. 이러한 재산권보장의 절대적 성격과 계약자유의 원리는 근대 자본주의사회 및 시민사회를 지탱하는 법적인 지주였다고 한다.[12]

그러나 이러한 개인주의적 법원리는 자본주의의 발달과 함께 빈부의 격차가 확대되면서 차츰 수정을 겪게 되었다. 근대적 사유재산제도의 근간을 이루던 소유권 절대의 원칙이나 권리행사 자유의 원칙에 대한 반성으로 권리의 사회성과 공공성 원칙이 강조되기 시작한 것이다. 이에 프랑스와 독일에서 권리의 자유로운 행사를 제한하는 이론으로 권리남용금지의 원칙이 판례를 통하여 형성되어 왔다.[13] 그러나 이 또한 로마법상 '악의의 항변'과 유사한 형태로 적용된 한계가 있었다는 점을 유의해야 할 것이다.

권리남용금지의 원칙을 입법화한 독일 민법(BGB) 제226조는 "권리의 행사는 그것이 타인에게 손해를 가할 목적만으로 행하여지는 경우에는 허용되지 않는다"고 규정하여 로마법상 '악의의 항변'과 마찬가지로,

11) 곽윤직, 앞의 책, 31쪽 참조.

12) 성낙인, 앞의 책, 465쪽 참조: 1789년 프랑스의 '인간과 시민의 권리선언' 제17조는, '신성불가침의 권리인 소유권은 합법적으로 확인된 공공필요성에 따라 사전에 정당한 보상조건하에서 그것을 명백히 요구하는 경우가 아니면, 어느 누구도 박탈할 수 없다'고 규정하고 있다.

13) 1804년 시행된 프랑스 민법은 권리의 절대성이 강조되어 권리남용금지에 관한 규정을 두지 않았으나 1850년대 법원의 판결을 통하여 쉬카네의 금지가 전면적으로 수용되었다고 한다. 백태승, 민법총칙 제5판(집현재, 2011), 105쪽.

권리행사에 있어서 '오직 타인을 해할 목적으로만 하는 권리행사의 금지'를 뜻하는 소위 '쉬카네' 금지(Schikaneverbot)의 원칙을 채택하고 있다.[14] 그러나 독일 민법의 제정과정에도 제1초안에는 1789년의 프로이센 보통국법 제387조와 같은 권리남용에 관한 일반규정을 두지 않아 학자들의 비판을 받게 되었다. 그 후 제3초안에서는 소유권 행사의 제한규정을 두었다가 결국 민법 제226조에서 '쉬카네' 금지 규정을 두면서 또한 제826조에는 선량한 풍속 위반의 권리행사금지 규정을 두게 되었다. 이러한 독일 민법상의 법리와 판례의 경향은 민법 제226조를 확장하여 해석하면서 제826조의 해석 범주 속에 제226조를 이해하고 현재는 민법 제242조로까지 발전하게 되었다. 또한 이에 따라 권리남용에 관한 독일 민법이론의 발전과정은 실정법을 통하여 민법 제226조에 의한 일반 '악의의 항변'의 제한적 인정이 제826조를 통해서 객관적 이익을 형량, 기준화하여 제242조로까지 발전하였다고 한다.[15]

그러나 권리남용금지에 관한 독일 민법은 여전히 타인에 대한 '가해의 목적'이라는 주관적 요건을 앞장세우고 있다. 이에 따라 독일 민법이 채택한 '쉬카네' 금지의 원칙은 권리의 공공성, 사회성의 경향을 제대로 나타내지 못하고 있다는 비판을 받게 되고, 이와 함께 권리의 행사가 객관적으로 그 권리를 승인하는 사회적 목적을 위반한 경우에는 주관적으로 타인에게 손해를 가할 목적이 없었다고 하더라도 권리행사의 범위를 벗어난 것으로서 권리남용으로 보아야 한다는 방향으로 입법이 이루어지게 되었다고 한다.[16]

---

14) 독일 민법 이전 입법으로 1789년 프로이센 보통국법 제387조는 타인을 해할 목적으로 타인에게 불리한 방법을 택하거나 권리를 행사하는 경우에는 배상책임이 발생한다고 규정하고 있으며, 다시 소유권에 관하여 타인을 괴롭히며 또는 해치기 위하여 소유권을 남용할 수 없다는 규정을 두고 있다고 한다. 박찬주, 앞의 논문, 7쪽 주2) 참조.

15) 임정평, "권리남용 법리에 관한 소고", 고시연구 제11권 제10호(고시연구사, 1984. 9), 50쪽.

16) 박찬주, 앞의 논문, 7쪽.

그 후 제정된 스위스 민법(ZGB)은, 최초로 권리행사자의 '가해의 목적'이라는 주관적 요소를 권리남용의 요건으로 두지 않고, 보다 객관적인 방법으로 권리남용의 금지를 규정하게 되었다. 즉 스위스 민법은 독일 민법과 달리 총칙편 제2조 제2항에서 "권리의 명백한 남용은 법의 보호를 받을 수 없다"는 규정을 두고, 이 규정은 주로 생활방해와 관련한 임미씨온(Immission)과 소유권 행사를 중심으로 적용되었다. 결국 스위스 민법은 독일 민법보다 권리의 공공성과 사회성이라는 면에서는 더욱 진전된 입법례로 평가받을 수 있을 것이다. 또한 그리스 민법도 제281조에서 "신의성실에 의하여 또는 선량한 풍속, 사회적・경제적 목적에 의하여 타당하고 명백한 한계를 넘은 권리행사는 허용되지 않는다"는 규정을 두고 있다.

한편, 일본의 경우 1896년 처음 민법을 제정할 당시에는 권리의 절대적 자유를 기본원리로 하여 권리남용금지에 관한 규정을 두지 않았는데, 1947년 민법을 개정하게 되면서 독일 민법을 배제하고 스위스 민법을 참고하여 유사한 규정을 신설하게 되었다. 일본 민법 제1조 제3항은 "권리의 남용은 허용되지 않는다"고 규정하고 있다.

이에 비하여 영미법의 경우에는, 권리의 행사와 권리의 남용이라는 법적으로 상호 모순되는 개념을 결합시키지 않고, 권리행사로 인한 사회적 폐해를 시정하여 법적 안정성을 유지하면서 개별적 또는 객관적 요소를 기초로 해서 권리행사에 관한 제한적 규정을 두는 방법을 채택하고 있다. 우선 영국에서는 동기(motive) 또는 악의(malice)의 문제로서 토지소유권자의 권리행사에 있어서는 경쟁과 공동모의, 명예훼손, 법적 절차의 남용 등의 경우가 문제된다. 또한 미국에서도 악의적인 절차의 남용(malicious abuse of process), 악의에 의한 손해(malicious mischief), 악의적인 소추(malicious prosecution) 등의 경우를 권리남용과 관련한 문제로 들 수 있다고 한다.[17]

17) 정현식, 앞의 논문, 11쪽.

이에 대하여 우리 민법 제2조 제2항은 제정 당시 일본 민법과 마찬가지로 독일 민법과 같은 '쉬카네' 금지의 원칙을 채택하지 아니하고, 단순히 "권리는 남용하지 못한다"는 규정을 두게 되었는바, 이는 독일 민법을 배제하고 스위스 민법을 계수하였다고 보는 것이 타당할 것이다. 이는 우리 민법이 제정될 당시 진행된 민법 초안의 권리남용금지 원칙에 대한 민의원 심의과정을 살펴보더라도, "독일 민법 제226조가 권리남용의 요건으로 주관적 요건을 擧한(들고 있는) 것은 不可하며 본 초안이 스위스 민법 제2조 제2항과 같이 이를 배제한 것은 타당하다"고 한 바 있다.[18]

3. 신의칙과의 관계

우리 민법 제2조 제1항은 "권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다"고 규정하여, 권리의 행사와 의무의 이행에 관한 민법의 기본원리로서 '신의성실의 원칙(신의칙)'을 선언하고 있다. 민법의 신의칙 규정은 권리남용 규정과 함께 대표적인 일반규정으로서, 법관으로 하여금 개별적인 사건의 판결을 통하여, "이것이 바로 법이다"라고 선언하는 방식으로 법 형성(形成)의 기능을 담당하게 한다. 또한 양 규정은 구체적인 사건에 있어서 법관으로 하여금 법의 미비를 이유로 재판을 기피할 수 없게 하고 나아가서 법의 흠결을 보충할 수 있는 권능을 부여하는 기능도 수행하고 있다.

위와 같이 일견 공통된 기능을 수행하는 것으로 보이는 신의칙과 권리남용금지의 원칙은 상호 어떠한 관계에 있는가? 이에 대하여 민법

18) 민의원, 민법안심의록(상)(민의원 법제사법위원회 민법안소위원회, 1957), 4쪽 참조: 이에 대하여 우리 민법이나 일본 민법이 스위스 민법처럼 '권리의 명백한 남용'과 같은 제한도 없이 다만 "권리는 남용하지 못한다"라고만 규정하고 있으므로 이는 제3의 유형에 속하고 이러한 제3의 유형은 권리의 남용을 상당히 넓은 범위까지 적용할 수 있는 취지라고 하는 견해도 있다. 이영섭, "권리남용금지와 구체적 적용", 법정 제19권 제4호(법정사, 1964. 4), 8쪽 참조.

제2조 제2항 권리남용금지의 원칙은 제2조 제1항 신의칙으로부터 파생된 원칙 내지 신의칙의 하부원칙으로 보는 것이 일반적이다. 즉 신의칙으로부터 그에 어긋나는 권리행사는 권리남용으로서 허용되지 않는다는 일반원칙이 도출된다고 한다.[19]

한편, 신의칙은 계약관계, 친자관계 등과 같이 특수한 관계에 있는 당사자 사이에 적용되는 원칙으로 대인관계에 적용되는데 비하여, 권리남용금지의 원칙은 위와 같은 특수한 관계가 없는 당사자 사이에 적용되는 원칙으로 대물관계, 대사회관계에서 주로 적용된다는 점을 들면서 신의칙과 권리남용금지의 원칙은 적용되는 분야가 서로 다르지만, 그 구분이 사실상 어려우므로 결국 양자는 상호 보완하면서 새로운 사회관계를 형성해 나가고 있다는 견해도 있다.[20]

그러나 연혁적으로 보아 신의칙은 주로 채권관계에서 적용되었고, 권리남용금지의 원칙은 주로 물권관계에서 적용되었던 원칙이나, 우리 민법은 제정 당시 스위스 민법에 따라서 이를 총칙편의 같은 조문에서 일괄적으로 규정하고 있다. 이에 대하여, 우리 민법 제정 당시 작성된 '민법안 심의록'의 민법 초안 제2조에 대한 심의과정을 살펴보면, "권리의 행사가 신의성실에 반하는 때에는 그것은 권리의 남용인 것으로서 신의성실의 원칙에 권리남용금지의 취지도 당연히 포함되어 있는 것이다. 따라서 제2항 권리남용금지 규정은 중복된 감이 있는 것으로 불필요하다는 의견도 있었다. 그러나 종래 입법례에 있어서 신의성실의 원칙은 채무법상의, 권리남용의 원칙은 물권법상의 원칙이었던 것을 스위스 민법은 일보 전진하여 그것을 총칙에 일괄 규정함으로써 일반화하였으

19) 지원림, 앞의 책, 52쪽; 홍봉주, 앞의 책, 107쪽; 송덕수, 신민법강의(박영사, 2008), 54쪽 참조; 권리행사가 신의칙에 반하는 경우에 권리남용이 되는 것이 보통이므로 민법 제2조 제1항과 제2항은 서로 안팎의 관계라고 하는 견해도 마찬가지로 보인다. 곽윤직, 앞의 책, 62쪽 참조.

20) 고상룡, 민법총칙 제3판(법문사, 2003), 65쪽; 김주수/김상용, 민법총칙 제6판(삼영사, 2011), 75쪽 참조.

며 초안도 또한 이를 계승한 것 같다. 따라서 본조에 대한 초안의 태도는 진보적인 것으로 타당하다"고 기술하고 있다.[21]

결국 우리 민법이 신의칙과 함께 권리남용금지 원칙을 총칙에서 일반화한 점에 비추어 보면, 양 원칙은 사법관계 전반에 걸친 기본원칙으로서 채권관계나 물권관계 뿐만 아니라 가족관계에도 적용되는 원칙이며, 양자 사이의 관계는 특히 '권리의 행사'가 신의칙에 위반하는 경우 권리남용이 된다는 의미에서 상호 안팎의 관계나 파생관계로 보아도 무방할 것이다. 이에 대해서는 대법원 판례도 같은 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.[22]

한편 권리남용금지의 원칙은 신의칙과 함께 법률관계 전반에 걸쳐 적용되는 민법의 기본원칙이라 할 것이다. 이에 따라 판례는 권리의 행사에 있어서 소유권의 남용뿐만 아니라 상계권의 남용,[23] 해제권의 남용,[24] 친권의 남용,[25] 상표권의 남용,[26] 동시이행의 항변권의 남용,[27]

---

21) 민의원, 민법안심의록(상)(민의원 법제사법위원회 민법안소위원회, 1957), 4쪽.

22) 대법원 1978. 2. 14. 선고, 77다2324, 2325 판결은, 토지 소유자가 학교교사의 철거를 청구한 사안에서, 원고의 권리행사가 신의칙과 국민의 건전한 권리의식에 반하는 행위로서 권리남용에 해당한다고 판단하였다. 그러나 대법원 1995. 8. 25. 선고, 94다27069 판결은, 송전선이 토지 위를 통과함을 알고서 취득한 토지의 소유자인 원고가 그 송전선의 철거를 청구한 사안에서, 원고의 권리행사가 신의성실의 원칙에 반하지 않는다고 판단하여 권리남용금지의 원칙을 적용하지 않고 바로 신의칙을 적용하였고, 반면에 대법원 1996. 5. 14. 선고, 94다54283 판결은, 동일한 사안에서 송전선 철거를 청구하는 원고의 권리행사가 권리남용이 아니라고 판단하여 권리남용금지의 원칙을 적용하였다. 또한 대법원 2005. 3. 25. 선고, 2003다5498 판결은, 동일한 사안에서 원고의 송전선철거 청구가 신의칙에 반한다거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

23) 상계권 남용에는 주관적 요건이 필요하지 않다고 한다. 대법원 2003. 4. 11. 선고, 2002다59481 판결.

24) 대법원 1971. 3. 31. 선고, 71다352, 353, 354 판결.

25) 대법원 1981. 10. 13. 선고, 81다649 판결.

26) 상표권 남용에도 주관적 요건이 필요하지 않다고 한다. 대법원 2007. 1. 25. 선고, 2005다67223 판결.

소멸시효 원용권의 남용,[28] 법인격의 남용,[29] 소권의 남용,[30] 강제집행의 남용,[31] 근로관계에 있어서 사용자의 인사권이나 징계권의 남용[32] 등 거의 모든 분야의 권리나 법적 지위에 이를 적용하고 있다.

4. 권리남용의 남용 방지

법관은 일차적으로, 현존하는 개별적 법규의 적용에 의하여 사건을 구체적으로 타당하게 해결해야 한다는 의미에서 '신의칙'과 같은 이른바 '일반조항으로의 도피(Flucht in die Generalklausel)'를 경계해야 한다. 이러한 면에서 권리남용금지의 원칙은 신의칙과 마찬가지로 법관에게 '최후의 비상수단'으로서 당사자 사이의 이익을 강제로 조정하는 기능을 수행한다고 할 것이다.[33] 이는 특히 공급이 한정된 재화로서 각종 규제와 함께 그 현대적 의미가 새롭게 조명되고 있는 토지 소유권의 행사에 있어서도 마찬가지이다.

실무상의 사례를 들어 보면, 원고의 소유 토지 위에 무단으로 건축된 건축물로 인하여 원고의 정당한 토지 소유권이 방해를 받게 된 경우 원고는 그 소유권(소유물방해제거청구권)의 행사로서 법원에 위 건축물의 철거 및 토지의 인도를 청구하는 것이 보통이다. 이에 대하여 위 건축물에 대한 권리자인 피고 측은 자신이 승소하기 위해서는 일반적으로 '소유권의 남용'이라는 항변을 하게 될 것이다. 그러나 이러한 경우

27) 대법원 1992. 4. 28. 선고, 91다29972 판결.
28) 대법원 1999. 12. 7. 선고, 98다42929 판결.
29) 대법원 2008. 9. 11. 선고, 2007다90982 판결.
30) 대법원 1997. 12. 23. 선고, 96재다226 판결.
31) 대법원 2001. 11. 13. 선고, 99다32899 판결.
32) 근로자에 대한 전보, 전직 등 인사권에 대해서는 대법원 1995. 10. 13. 선고, 94다52928 판결, 징계권에 대해서는 대법원 2008. 6. 26. 선고, 2006다30730 판결 참조.
33) 고상룡, "건물철거 및 그 부지인도청구와 권리남용(대법원 1983. 10. 11. 선고, 83다카335 판결)", 법률신문 제1551호(법률신문사, 1983년 11월 4일자), 7쪽; 지원림, 앞의 책, 148쪽 참조.

법원이 원고의 소유권 남용을 인정하여 원고의 청구를 함부로 배척한다면 피고는 타인 소유 토지를 불법적으로 점유하면서도 법의 보호를 받게 되고, 원고는 자신이 토지 소유권을 정당하게 보유하고 있음에도 불구하고 법의 보호를 받지 못하게 된다. 이로 인하여 피고에게는 편파적으로 불법적 상태를 용인하면서 원고에게는 소유권의 행사를 부인하는 부당한 결과를 초래하게 되며, 이는 경우에 따라서는 토지 소유권에 대한 일반인의 법감정 내지 정의 관념에 배치된다고 할 수 있을 것이다.

이와 같이 권리남용 금지의 원칙을 지나치게 넓게 적용하고 권리남용을 너무 쉽게 인정하면, 권리 자체를 부인하는 결과를 가져올 수 있으므로 권리남용 금지의 원칙은 매우 신중하게 적용되어야 한다.[34] 원칙적으로 권리의 행사는 정당한 것으로 인정되어야 하며, 극히 예외적인 경우 제한적인 범위에서, 상대방 측에 의한 부당한 권리행사의 항변으로서 권리남용금지의 원칙이 적용되어야 할 것이다.[35] 이는 소유권의 행사에 있어서도 오히려 강조되어야 할 점이다.

5. 권리남용의 소송법적 기능

권리남용금지의 원칙을 선언한 민법 제2조 제2항은 같은 조 제1항의 신의칙 규정과 함께 강행법규적 성질을 가진다. 민법 중 강행법규는 공익에 관한 사항이므로 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 문제 삼아 그 위반 여부를 판단할 수 있다. 따라서 권리자의 권리 행사가 권리남용에 해당하는지 여부는 소송법적으로 법원의 직권조사사항에 속한다.[36]

---

34) 이에 따라 신의칙의 적용에서와 달리 권리남용의 적극적인 개입과 금지는 바람직하지 않다는 의견도 있다. 송덕수, 앞의 책, 58쪽.

35) 지원림, 앞의 책, 53쪽; 김준호, 민법강의 전정판(법문사, 2007), 51쪽 참조, 대법원 1971. 6. 8. 선고, 71다719, 71다720 판결도 같은 취지이다.

36) 판례도 신의성실의 원칙위반 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사

그러나 권리남용에 해당하는지 여부의 판단이 직권조사사항이라고 하더라도, 그 판단의 기초가 될 사실에 관하여는 법원의 직권탐지와 증거에 관한 직권조사를 요하지는 않는다.[37] 결국 이러한 한도에서는 권리남용의 판단도 변론주의에 의한다고 할 것이다. 따라서 실제 재판과정에서는 권리자의 권리행사에 대응하여 권리남용을 주장하는 상대방이 이를 항변(권리장애사실)으로서 주장하고 입증하는 형태를 취하게 될 것이다. 대법원 1986. 7. 22. 선고, 85다카2307 판결도, 원고의 토지소유권 행사가 그 행사자인 원고에게 아무런 이익이 없다는 점은 그 권리행사가 구체적으로 권리남용에 해당한다고 주장하는 피고 측에서 주장, 입증해야 할 사항에 속한다고 하였다. 나아가서 대법원 1980. 5. 27. 선고, 80다484 판결은, 원고가 자신이 소유하고 있는 토지 위에 건립된 피고의 건물에 대한 철거를 청구한 사안에서, 피고가 해당 건물 부분을 철거한다면 건물의 전체가 붕괴될 위험이 있어 원고에게는 이득이 없으면서 오직 피고에게 손해만을 주기 위한 것이라고 주장하면서도 그 주장을 인정할 만한 증거자료를 제출하지 않고 있는 경우에 피고의 권리남용의 주장을 받아들이지 않은 원심의 판단은 정당하다고 하였다.

이와 같이 토지 소유권자인 원고가 그 지상에 무단으로 건립된 건조물에 대하여 토지소유권의 행사로서 건조물의 철거 및 토지인도를 청구하는 사안에서 상대방인 피고가 원고의 청구를 기각하기 위해서 동원할 수 있는 수단으로는 권리남용금지의 원칙이 거의 유일하고 강력한 법리라고 할 수 있다. 이에 따라 소송실무에서는 건조물의 철거나 토지인도를 청구하는 소송에서 원고의 청구에 대한 피고의 항변으로서 원고의 권리남용(소유권 남용)을 주장하는 경우가 적지 않은 것이다.

그런데 간혹 소유권의 행사에 있어서도, 원고의 권리행사가 아니라

자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 판단할 수 있다고 한다. 대법원 1989. 9. 29. 선고, 88다카17181 판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고, 94다42129 판결, 대법원 1998. 8. 21. 선고, 97다37821 판결 참조.

37) 대법원 1966. 9. 20. 선고, 66다1163 판결 참조.

피고의 권리행사에 대응하여, 원고가 적극적으로 피고의 권리남용을 주장하면서 손해배상을 청구하는 경우도 있을 수가 있다. 예를 들면, 대법원 2001. 6. 26. 선고, 2000다44928, 44935 판결은, 아파트를 건축하면서 인접토지의 거주자들에게 태양의 직사광선을 차단함으로써 일조방해를 한 아파트 건축주를 상대로 인접토지의 거주자들이 사회통념상 수인한도를 벗어난 일조권 방해를 원인으로 손해배상청구를 한 사안에서, 피고인 아파트 건축주의 건축행위는 정당한 권리행사로서 범위를 벗어나거나 권리남용에 이르는 행위로서 불법행위가 성립한다고 하였다. 또한 대법원 2009. 5. 14. 선고, 2009다1092 판결은, 피고 소유의 이 사건 임야 부분에 피고의 선조 분묘가 설치되어 있으나 현재 원고가 공동주택 용지로 개발하고 있으며, 그 과정에서 원고가 피고에게 분묘의 이장비용을 충분히 주겠다고 제안하였다가 거절당하자 원고가 피고에게 분묘의 철거를 청구하면서 오히려 피고가 분묘를 철거하지 않는 것이 권리남용이라고 주장하는 사안에 대하여, 향후 피고가 분묘의 진입로를 확보함에 상당한 어려움이 발생할 것이라는 사정만으로는 피고가 분묘를 철거하지 않는 것이 권리남용이라고 보기에 부족하다고 판단하였다.[38]

Ⅲ. 권리남용의 요건

1. 권리남용의 요건에 관한 학설

권리자의 권리행사가 권리남용에 해당하기 위한 요건을 권리남용의 성립요건이라고 하고 단순히 권리남용의 요건이라고도 하는데, 권리남용

38) 대법원 1973. 8. 31. 선고, 73다91 판결도, 토지 소유자인 피고의 담당 건립으로 이웃인 원고의 건물 사용을 방해하여 원고가 담장철거를 청구한 사안에서 피고의 권리행사(담장건립)는 권리남용이라고 하였다.

의 요건은 보통 주관적 요건과 객관적 요건으로 나누어서 검토되고 있다.

권리남용의 주관적 요건은, 권리행사가 '오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히기 위한 목적'을 갖는 것을 말한다. 이는 권리남용의 경우 권리행사자의 정신작용 또는 내심의 의사에 해당하는 것으로 상대방에 대한 '가해의 의사'나 '가해의 목적'이 있어야 함을 뜻한다. 독일 민법이 채택하고 있는 '쉬카네(Schikane)의 금지'가 바로 권리남용에 있어서 주관적 요건을 말한다.

객관적 요건으로는, 먼저 권리가 존재해야 하고 외부적으로 권리의 행사로 볼 수 있는 행위가 있어야 함은 당연하다.[39] 이에 덧붙여 권리의 행사가 권리남용에 해당한다고 평가하기 위한 지표로서 권리행사가 권리 본래의 사회적 목적을 위반하거나, 권리행사에 있어서 정당성의 결여 또는 사회질서 위반 등이 권리남용의 객관적 요건으로 제시되고 있는데, 판례는 '권리행사가 사회질서에 위반' 되어야 한다고 한다.[40]

권리남용의 객관적인 요건과 관련하여, 보다 구체적인 내용으로, 권리행사자의 이익과 권리행사로 인하여 침해되는 상대방의 이익 사이에 현저한 불균형이 있어야 하고, 그 불균형은 양자의 이익을 단순히 산술적으로 비교함에 그칠 것이 아니라 구체적 사건에서의 여러 사정들을 종합하여 비교・교량 하여야 한다는 견해가 있다.[41] 이에 대하여 스위스 민법을 예로 들면서, 권리행사로 보호되는 이익은 적은데 권리행사로 인하여 상대방의 이익이 현저하게 침해되었을 경우에 권리남용이 성립되는 것을 전제로 하여, 첫째, 권리자 상호간의 대립되는 이익균형의 파괴와 부당한 이익을 얻기 위한 목적의 권리행사 등 권리행사가 정당한

39) 여기서 권리라 함은 본래적 의미의 권리뿐만 아니라 보다 넓은 의미에서 법적 지위를 포함하며, 권리의 불행사도 친권의 불행사와 같은 경우에는 예외적으로 권리(친권)의 남용이 될 수 있다.

40) 이동형, "권리남용에 있어서 주관적 요건의 필요성", 저스티스 통권 제107호(한국법학원, 2008), 7쪽.

41) 지원림, 앞의 책, 53쪽.

이익을 결여한 경우, 둘째, 권리의 사회성에 위반하여 권리행사가 사회윤리에 위배되어 사회적 기능과 타당성을 결여하거나 사회경제적 목적에 위배하거나 사회생활상 용인될 수 없는 경우, 셋째 폭리행위 등 권리행사가 선량한 풍속이나 신의칙에 위반되는 경우를 제시하는 견해도 있다.[42]

또한 권리행사자의 이익과 상대방의 피해 사이에 현저한 불균형이 있는지 여부는 구체적인 경우 여러 사정을 종합하여 판단해야 하지만, 종국적으로는 사회질서가 그 기준이 된다는 견해가 있으며,[43] 그 밖에 판례의 내용을 분석하여 권리행사의 정당한 이익이 없음에도 불구하고 권리행사를 고집하는 경우, 소유권 행사를 빙자한 폭리의 취득 등 부당한 이익의 획득을 위하여 권리를 행사하는 경우, 상대방에게 수인의 한도를 넘은 과다한 손해를 입히는 권리행사의 경우 등으로 구분하는 견해도 있다.[44]

이와 같이 권리남용의 성립에 있어서 객관적 요건이 필요한 점에 대해서는 별다른 이견이 없으나, 주관적 요건이 필요한가 하는 점에 대해서는 학설과 판례가 극명하게 대립되고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 특히 소유권의 행사와 권리남용의 성립에 있어서 판례의 주류는 객관적 요건 외에도 주관적 요건을 필요로 한다는 입장이나, 학설은 판례의 태도에 반대하여 별도로 주관적 요건이 필요하지 않다는 견해가 일반적이다.

1.1 주관적 요건 필요설

'주관적 요건 필요설'은 판례의 입장과 마찬가지로, 권리남용이 성립하기 위하여는 권리행사의 반사회성 등 객관적 요건뿐만 아니라 주관적 요건으로 권리행사의 목적이 오직 타인에 고통을 주고 손해를 입히려는

42) 임정평, 앞의 논문, 54쪽.

43) 김준호, 앞의 책, 52쪽.

44) 허성욱, "권리남용금지 법리에 관한 법경제학적 고찰", 법조 제54권 제12호(법조협회, 2005. 12), 222쪽 이하 참조.

데 있을 뿐 권리를 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우라야 한다는 것이다.

그 논거로는 계약이나 법률의 규정에 의하여 인정되는 법익을 실현하기 위하여 권리를 행사하는 경우에, 원칙적으로(그로 인한 상대방의 피해 정도와 무관하게) 정당하다고 평가되어야 할 것이므로 극히 예외적인 경우에만 부당한 권리행사의 항변이 허용되어야 한다는 점을 들고 있다. 즉 권리의 목적에 반하거나 상대방의 정당한 이익을 배반하는 권리의 행사가 남용으로 평가될 수 있는데, 이러한 경우에는 원칙적으로 '가해의 목적'이라는 주관적 요건이 요구된다고 한다.[45]

또한 '주관적 요건 불요설'이 논거로 들고 있는 권리남용의 의미와 권리남용금지의 연혁을 검토한 다음 주관적 요건도 객관적 사정 또는 간접사실에 의하여 충분히 입증될 수 있다고 하면서 판례의 태도인 '주관적 요건 필요설'을 지지하는 견해도 있다.[46] 이 견해에 의하면 권리남용의 주관적 요건의 문제는 권리자가 권리행사를 함에 있어서 가해 등의 목적을 갖고 있는가 하는 '사실인정'에 관한 것이고, 반면에 객관적 요건의 문제는 그 권리행사가 사회질서에 위반하거나 정당성을 결여하였는가 하는 '가치판단'에 관한 것으로 주관적 요건은 객관적 요건에 구별되는 독립한 요건이며 객관적 요건에 좌우되는 것도 아니라고 한다.[47] 그 밖에 권리남용에 관한 판례의 내용을 분류하여, 권리남용의 성립요건으로서 주관적 요건과 객관적 요건이 모두 필요하다고 보면서도, 따로 구체적인 사안에 따라 개별적으로 권리남용을 인정하기 위한 표준으로서 권리행사가 사회적 수인한도를 초과하는 경우, 사회질서와 신의에 반하는 결과를 가져오는 경우, 정당한 이익이 없거나 단지 부당한 이득을 얻기

45) 지원림, 앞의 책, 54쪽 참조. 저자는 이에 따라 가해의사를 권리남용의 요건으로 본 판례의 태도가 수긍될 수 있다고 본다.

46) 이동형, 앞의 논문, 9쪽 이하 참조. 필자는 이에 따라 주관적 요건이 권리남용의 성립을 강화시킬 수 있는 부차적 요건이라는 견해도 타당하지 않다고 주장한다.

47) 이동형, 위의 논문, 16쪽.

위한 방편에 지나지 않는 경우, 상당한 기간이 경과한 후에 권리를 행사하는 경우, 인륜에 반하는 경우 등을 제시하는 견해도 있다.[48]

1.2 주관적 요건 불요설

'주관적 요건 불요설'은 어떤 권리의 행사가 권리남용으로 인정되기 위해서는 위에서 든 객관적 요건만으로 충분하고 권리행사자의 '가해의 의사'나 '가해의 목적' 등 주관적 요건은 필요하지 않다고 한다. 즉 권리행사가 권리 본래의 사회적 목적에 위반하거나 권리행사의 정당성을 결여하거나 사회질서에 반하는 것만으로 권리남용이 인정되며 권리행사가 타인을 해할 목적을 갖고 있는가 하는 것은 굳이 고려할 필요가 없다는 것이다. 이 견해에 의하면, 객관적 요건에서 권리행사에 의하여 권리자가 얻는 이익과 권리행사의 결과 상대방에게 주는 불이익 및 사회일반에 미치는 불이익을 비교 형량하여 상대방에게 주는 불이익이 현저히 크고, 또한 상대방의 불이익에 그치지 않고 사회 전체의 불이익으로도 되는 경우 권리남용이 성립된다고 한다. 이에 따라 권리남용에 해당하는지 여부는 권리자의 권리행사의 필요성의 정도, 그 이익의 대소 등과 그 권리행사를 인정함으로써 상대방에게 생길 손해의 대소 및 그것이 사회에 미치는 영향 등을 비교 형량하여 구체적으로 판단해야 한다는 것이다.[49]

그 논거로는, 오늘날에 있어서 권리남용의 금지는 사권(私權)의 공공성, 사회성을 전제로 하는 것인데, 그럼에도 불구하고 옛날과 같이 '쉬카네'를 권리남용의 요건으로 하는 것은 오늘날의 법사상에 비추어 뒤떨어진 해석이라고 한다. 따라서 '가해의사'라는 권리자의 주관적 의사는 권리남용 인정의 필요요건은 아니라고 새기는 것이 옳으며 대법원의

48) 한삼인, "권리남용금지의 원칙에 관한 판례 분석", 고시연구 제29권 제11호(고시연구사, 2002. 11), 227쪽 이하 참조.

49) 백태승, 앞의 책, 106쪽.

종래의 태도는 변경되어야 한다거나, 심지어는 '적어도 권리자 쪽의 남용에 관한 주관적 의사는 일반적으로 추정되는 것으로 보는 것이 타당하다'고 하고 있다.[50] 또한 권리남용에 주관적 요건을 요구하는 것은 권리남용금지의 원칙의 연혁에 비추어 볼 때 우리 민법과 맞지 않고, 또한 그러한 요건을 요구한다고 하더라도 실제로 그 요건을 입증하기는 대단히 곤란하여 실효성도 없다는 견해도 마찬가지이다. 결국 가해의 의사 등의 주관적 요건은 권리남용의 요건이 아니라고 할 것이지만, 가해의 의사가 요건이 아니라는 것은 그것을 갖추지 않아도 권리남용이 될 수 있다는 의미이지 그것이 없어야 한다는 뜻은 아니고 가해의 의사가 있을 경우에는 권리남용으로 되기가 더욱 쉽다고 한다.[51]

2. 판례

2.1 권리남용금지의 근거에 관한 판례의 개요

현형 민법이 시행되기 전 권리남용에 관한 명문 규정이 없었던 구 민법 하에서도 판례는 권리남용의 금지를 인정하면서, 권리행사자의 '가해의 목적' 등 주관적 요건을 반드시 갖출 것을 요구하지 않았던 것으로 보이는데, 이는 권리남용의 해석과 관련하여 주목할 만한 견해이다.

우선 민법이 제정되기 전 최초로 권리남용을 인정한 판례로 보이는, 대법원 1957. 12. 4. 선고, 4290민상172 판결은 "경제적 가치가 근소한 토지의 반환을 받지 못하여 받는 손해에 비해 막대한 자본을 투입하여 축조한 저수지 제방을 철거함으로 입는 손해가 현저히 커서 공평의 이념에 반하고 국가경제상 不少한 손해라고 인정되는 경우에 위 저수지 제방

50) 곽윤직, 앞의 책, 67쪽.

51) 송덕수, 앞의 책 57쪽, 저자는 이에 따라 판례가 주관적 요건을 요구하는 태도에서 완전히 벗어나야 한다고 주장한다.

의 철거를 구함은 권리남용에 해당한다"고 하였다.

대법원 1959. 7. 23. 선고, 4291민상789 판결은 "권리자는 원칙적으로 자유로이 그 권리를 행사할 수 있으나 그 권리의 사회적 의의를 초과하여 도리어 사회생활을 해함과 같은 권리의 행사를 허용할 수 없다는 이념에서 타인에게 손해를 가하기 위한 권리의 행사는 허용되지 않는다"고 하였고, 대법원 1959. 10. 29. 선고, 4292민상352 판결은 "권리는 개인적인 제도가 아니고 사회적 제도이므로 그 권리의 사회적 존재를 초과하여 사회적 경제적 생활을 해함과 같은 권리의 행사는 허용할 수 없다는 이념에서 권리자의 행위가 사회관념상 피해자에게 허용되지 않으면 안 되는 것으로 일반에 인정되는 정도로 유월한 경우 보호받지 못한다"고 하여 권리의 행사가 사회적 한계를 초과한 경우 권리남용으로 인정되었다.[52]

또한 우리 민법이 시행된 1960년 이후의 초기 판결에 해당하는, 대법원 1961. 10. 19. 선고, 4293민상204 판결은 "권리행사 남용이란 권리가 인정된 본래의 목적을 이탈하여 사회의 윤리관념에 배치되는 부당한 결과를 초래하는 것을 말한다"고 하여 권리의 남용이란 권리가 인정되는 본래의 목적을 이탈하여 윤리관념에 배치되는 행위임을 강조하였다. 또한 대법원 1964. 11. 11. 선고, 64다720 판결은 소유권에 빙자한 폭리행위는 법이 허용하지 않는다는 이유로 권리남용을 인정하였는데, 그 근거로서 권리행사의 범위를 정하는 기능을 하는, 권리의 사회적 한계 내지 권리의 사회성을 들고 있는 것으로 보인다.[53]

---

52) 이러한 구 민법상의 판례에 대하여, 권리남용을 인정하면서 그 표지에 있어 객관적 표지에 의해서도 결정하고 주관적인 가해의사를 표준으로 하면서 권리의 기본정신에 위배되는 행사로 인정하였다고 보는 견해도 있다. 박정호, "권리남용금지의 판례 이론과 법리의 기능에 관한 소고", 법학논총 제16집(단국대학교 법학연구소, 1990), 237쪽.

53) 대법원 1965. 12. 21. 선고, 65다1910 판결도 같은 취지로 보이고, 대법원 1973. 8. 31. 선고, 73다91 판결, 1982. 9. 24. 선고, 80다2859 판결은 보다 직접적으로 권리남용의 근거로서 '권리의 사회성'을 들고 있다.

그리고 대법원 1966. 3. 15. 선고, 65다2329 판결은 "권리의 행사가 신의성실의 원칙에 따르지 아니하고 그 권리의 행사가 사회적 한계를 초월하였다고 인정되어야 한다"고 하여, 권리남용의 기준으로 권리행사에 있어서 신의칙위반과 함께 권리행사의 사회적 한계를 들고 있으며, 대법원 1972. 12. 26. 선고, 72다756 판결은 공공시설인 수로의 폐쇄를 요구하는 원고의 청구를 권리남용이라고 판단하면서 재산권 행사의 공공복리 적합성을 근거로 들고 있다.[54] 다소 특이한 사례로, 대법원 1998. 6. 12. 선고, 96다52670 판결은 외국에 이민을 가 있어 주택에 입주하지 않으면 아니 될 급박한 사정이 없는 딸이 고령과 지병으로 고통을 겪으면서 달리 마땅한 거처도 없는 아버지와 그를 부양하면서 동거하는 남동생을 상대로 자기 소유 주택의 명도 및 퇴거를 청구한 사안에서, 원고의 청구는 인륜에 반하는 행위로서 권리남용에 해당한다고 하여, 권리행사가 인륜에 반한다는 이유로 권리남용을 인정한 사례도 있다.

한편, 판례는 권리행사의 한계와 관련하여, 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙을 혼용해서 적용하기도 하였는데, 대법원 1992. 11. 10. 선고, 92다20170 판결은 원고가 학교의 교사부지 등으로 사용되는 사정을 알면서 토지를 양수한 후 20년 가까이 인도청구를 하지 않았던 사안에서, 원심은 원고의 토지 인도청구가 신의칙 위반으로 권리남용에 해당한다고 판단하였으나, 상고심은 원고가 학교의 교사부지 등으로 사용됨을 용인하는 의사를 가지고 토지 소유권을 취득하였다고 판단하면서 원고가 그 토지 자체의 인도를 청구하는 것은 신의칙상 허용할 수 없다고 하였다. 또한 대법원 1994. 1. 25. 선고, 92다19378 판결도 도로부지 이외의 용도로는 사용하기 어려운 토지에 대하여 피고인 영주시의 취득시효기간이 완성되고 그 후 원고가 이러한 점을 알면서도 그

54) 대법원 1978. 2. 14. 선고, 77다2324, 2325 판결도 현재 학교 교사로 사용되고 있는 사실을 알고도 그 토지의 소유권을 취득한 원고가 학교 교사의 철거를 청구한 사안에서, 권리행사의 공공복리 적합성에 위반하여 권리남용에 해당한다고 하였다.

토지를 취득한 사안에서, 원고가 영주시를 상대로 그 토지 자체의 인도를 청구하는 것은 신의칙상 허용할 수 없다고 하였다.

위와 같은 사정을 종합해 보면, 권리남용의 의미 내지 권리남용 금지의 근거에 대하여 판례는, 권리의 행사에 있어서 신의칙 위반이나 사회질서 위반, 권리의 사회적 한계 내지 권리의 사회성과 공공성, 권리의 경제적 사회적 목적, 권리행사의 공공복리 적합성, 정당한 이익의 흠결, 손익의 현저한 불균형, 사회의 윤리관념, 인륜 등을 들고 있음을 알 수 있다.

그런데 판례가 제시하는 위와 같은 권리남용의 근거나 기준도, 여전히 그 내용의 추상성을 피할 수 없다 할 것이므로 권리행사가 권리남용에 해당하는지 여부는 구체적인 경우에 모든 사정을 참작하여 그러한 사정 하에 권리행사를 하는 것이 신의칙이나 사회질서에 비추어 허용되는지 여부를 판단하게 된다. 따라서 정당한 권리행사의 범위를 미리 정하기는 어렵고 권리를 행사하게 되는 경우 개별적인 사안에 따라서 구체적으로 정할 수밖에 없다고 할 것이다.[55]

판례도 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 각 개별적이고 구체적인 사안에 따라서 그 요건의 구비 여부를 증거에 의하여 판단되어야 한다고 수차례 강조하고 있다.[56] 그러나 이 또한 우리 민법의 권리남용금지 규정이 일반규정의 성격을 갖고 있음을 단순히 확인한 데 불과하고, 달리 권리남용 여부를 판단하기 위한 기준이나 요건을 제시한 것은 아니라고 할 것이다.

---

55) 송덕수, 앞의 책, 55쪽; 곽윤직, 앞의 책, 65쪽 참조.

56) 대법원 1961. 10. 19. 선고, 4293민상204 판결, 대법원 1973. 10. 23. 선고, 73다995, 996 판결, 대법원 1978. 2. 14. 선고, 77다2324, 2325 판결, 대법원 1991. 10. 25. 선고, 91다27273 판결, 대법원 2003. 2. 14. 선고, 2002다62319, 62326 판결, 대법원 2003. 11. 27. 선고, 2003다40422 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고, 2009다79378 판결 등 참조.

2.2 객관적 요건과 주관적 요건

위에서 살펴본 바와 같이, 토지소유권의 행사에 있어서 권리남용의 요건에 관한 우리 판례의 주류는 객관적 요건뿐만 아니라 주관적 요건도 필요하다는 것이다. 또한 판례는 원고의 청구가 권리남용에 해당한다는 피고의 주장을 받아 들여 원고의 청구를 기각하는 경우에 주로 주관적 요건의 흠결을 내세우고 있다.

권리남용의 성립요건으로서 객관적 요건뿐만 아니라 주관적 요건도 필요하다고 한 최초의 대법원 판결은 1962. 3. 8. 선고, 4294민상934 판결로 보인다.[57] 그 판결은 권리남용의 성립요건에 관하여, '권리의 남용이 되려면 주관적으로는 그 권리행사의 목적이 오직 상대자에게 고통이나 손해를 주는데 그칠 뿐이요 권리를 행사하는 사람에게는 아무러한 이익이 없을 경우라야 될 것이며 아울러 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있는 경우라야 할 것이다'고 하였다. 그 직후에 선고된 대법원 판결[58]에서도, "민법이 금하고 있는 권리남용의 법리라 함은, 첫째로 권리행사자의 주관적 입장에서 볼 때에 그 권리행사가 그 행사자에게 도움을 가져오게 하려는 의식보다도 오히려 그 권리행사로 말미암아 그 행사를 받는 자에게 불이익을 주려는 의식이 농후하여야 할 것이요 둘째로는 객관적 입장에서 볼 때에 그 권리행사가 우리의 사회질서에 어그러진다고 인정될 경우에 해당하여야 될 것이다."라고

57) 대법원 1962. 3. 8. 선고, 4294민상934 판결은, 원고 소유의 토지 위에 피고가 경영하는 공업고등학교의 교사가 있고 또 그 토지의 일부는 위 학교 운동장으로 사용되고 있으며, 원고가 그 후 이러한 사정을 알고 그 토지를 매입한 다음 피고를 상대로 위 토지인도를 청구하는 사안에서 원심(서울고등법원)은, 원고의 이 사건 토지의 인도를 청구하는 것은 토지 소유권의 남용이 된다고 판결하였으나, 이에 대하여 대법원은 '원고의 토지인도 청구가 오로지 피고에게 고통이나 손해만을 끼치려는 취지라고 보기 어렵고 그 밖에 객관적인 면에 있어서도 원고의 토지인도 청구가 사회질서에 어그러진다고도 보기 어렵다'는 이유로 원심을 파기하는 내용의 판결이다.

58) 대법원 1962. 4. 18. 선고, 4294민상1512 판결.

하였다.[59]

반면에 대법원 1973. 8. 31. 선고, 73다91 판결은 권리행사자의 주관적인 면을 보다 더 강조하면서, '자기의 권리행사에 빙자하여 타인의 권리를 방해하고 괴롭힐 목적으로 행한 권리행사는 권리의 사회성에 반하여 권리남용에 해당한다'고 하여 주관적 요건인 권리행사자의 '가해의 목적'이 있으면 바로 권리의 사회성에 반한다고 하였다.

이에 비하여 1983. 10. 11. 선고, 83다카335 판결은 "권리의 행사가 정당한 이익이 없이 오직 상대방에게 고통이나 손해를 입힐 것을 목적으로 하는 것이거나, 권리의 사회적, 경제적 목적에 위반한 것일 때는 권리남용으로서 허용되지 않는다."라고 하여, 문언상으로는 마치 권리남용의 기준으로 주관적 요건이나 객관적 요건이 선택적으로 가능한 것처럼 해석되는 것도 있다.[60]

그러나 위와 같은 판례들이 모두 주관적 요건이 불필요하다는 점을 선언한 것은 아니라는 면에서, 특히 소유권의 행사와 관련한 판례의 주류는, 권리행사가 권리남용으로 인정되기 위해서는 원칙적으로 객관적 요건뿐만 아니라 주관적 요건도 필요하다고 보는 것 같다.[61] 판례가 내세우는 권리남용의 요건을 요약하면, '주관적으로 그 권리 행사의 목

59) 한편, 그 후의 판결인 대법원 1971. 6. 8. 선고, 71다719, 71다720 판결은, 원고가 피고를 상대로 통로로 사용되는 토지의 인도를 청구한 사안에서, 원고의 청구는 원고에게는 아무런 이익이 없고 피고의 원고에 대한 소송의 앙갚음으로 이 사건 통로를 매수하여 피고에게 손해와 고통을 주기 위한 것으로 권리를 남용한 것이라고 인정한 원심을 파기하면서, 원고의 이 사건 청구의 계기가 된 피고의 소송제기에 대한 앙갚음이라는 점은 어디까지나 원고의 〈내면적 동기〉에 속한 문제라고 하여 원고의 권리행사의 목적을 권리남용 성립의 주관적 요건으로 보지 않는 듯한 입장을 취하고 있다.

60) 대법원 1991. 10. 25. 선고, 91다27273 판결도 마찬가지로 보인다.

61) 지원림, 앞의 책, 54쪽 참조; 이동형, 앞의 논문, 24쪽도 "대법원 판결 중에는 권리남용에 관한 일반론을 설시하면서 주관적이나 객관적 요건 중 어느 하나의 요건만 충족되면 되는 것과 같은 표현을 쓴 경우가 있으나, 각 사안을 구체적으로 검토해 보면 판례는 거의 일관되게 주관적 요건과 객관적 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 권리남용을 인정해 왔다고 할 수 있다"고 한다.

적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리 행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 한다'는 것이다.

한편, 학설은 위와 같이 권리남용의 요건에 관한 판례의 내용들을 상세히 분석한 다음 이를 분류하여 권리남용을 주관적 요건에 의하여 인정한 경우, 객관적 요건에 의하여 인정한 경우, 주관적 요건과 객관적 요건을 선택적으로 해서 인정한 경우와 주관적 요건과 객관적 요건 모두가 있어야 인정되는 경우로 나눌 수 있다고 하는 견해가 있다.[62] 또한 객관적 요건과 주관적 요건 사이에서 이를 조합하여 다양한 판례들이 나오고 있다고 하거나,[63] 이에 따라 권리남용의 성립요건에 관한 판례의 태도가 명확하지 않다고 보는 견해도 있다.[64]

이에 대하여, 판례의 태도가 옳은 것으로 보이나 어떤 것은 주관적 요건만을, 또 어떤 것은 객관적 요건만을 강조한 것이 있으며 또한 양자를 모두 필요로 하는 것도 있어 권리남용이 되는 요건을 논리적으로 또는 체계적으로 설명할 수 없게 한다거나,[65] 우리 판례의 동향은 권리남용에 있어서 주관적인 요건이 필수적인가에 관하여 갈피를 잡기 어려울 정도로 혼란을 거듭하고 있고, 또한 시대적으로도 일정한 흐름을 갖고 견해가 변천하고 있다고 볼 만한 뚜렷한 징후도 찾기 어렵다는 비판을 제기하기도 한다.[66]

그런데 판례가 권리남용을 판단하는 기준으로서 권리가 인정되는 사회적 범위, 즉 권리 자체가 가지고 있는 내재적 한계(권리의 사회성,

62) 송덕수, 앞의 책, 56쪽; 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의 제8판(신조사, 2008), 54쪽; 최은수, "건물의 철거청구와 권리의 남용", 대법원판례해설 제19권 제1호(법원도서관, 1999. 1), 12쪽 이하.

63) 박찬주, 앞의 논문, 19쪽.

64) 백태승, 앞의 책, 107쪽; 홍봉주, 앞의 책, 109쪽 이하.

65) 정현식, 앞의 논문, 21쪽.

66) 허성욱, 앞의 논문, 221쪽 이하 참조.

공공성)를 벗어난다는 객관적 요건 외에 다시 권리 행사자의 내면의 의사에 불과한 주관적 요건(가해의 의사내지 목적)을 요구하는 것은, 권리남용이 인정되는 범위를 가급적 제한적으로 해석하려는 의도에서 나온 것으로 보인다. 그러나 '원칙적으로 권리자의 권리행사는 정당하고, 그 바탕에서 권리남용은 예외적, 제한적으로 인정되어야 한다'고 하더라도, 판례와 같이 주관적 요건을 권리남용의 성립에 필수적인 요건으로 내세우는 것은, 권리남용금지 원칙의 연혁과 변천 과정, 그 현대적 의미의 변용, 특히 우리 민법 제2조 제2항의 입법과정과 입법취지, 해석론에 비추어도 타당하지 않으며, 위에서 지적된 바와 같이 오히려 판결에 대한 예측가능성을 떨어뜨려 혼란만을 더하는 것으로 보인다.[67]

판례가 의도하는 것처럼, '권리남용의 남용'을 방지하고 권리남용에 해당되는 범위를 보다 좁게 인정하기 위해서는, 권리 행사자의 내심의 의사에 해당하는 '가해의 목적'과 같은 주관적 요소를 권리남용의 성립요건으로 하는 것보다는, '가해의 목적'과 같은 권리행사자의 주관적 요소를 포함하여, 권리행사의 과정과 이로 인하여 초래될 사회, 경제적 결과 등을 종합하여, 권리남용의 판단기준을 보다 엄격하게 설정하는 방식으로 해결하는 것이 타당할 것이다.

이러한 점에서 우리 민법이 스위스 민법을 계수하여 권리남용금지의 원칙을 명문화하여 제정된 이후 비교적 초기의 판례에 해당하는, 대법원 1964. 7. 14. 선고, 64아4 판결은 토지 소유권의 행사와 권리남용에 대하여 나름대로 의미가 있는 판단기준을 제시한 것으로 보이는데, 판결의 내용을 간단히 정리하면 다음과 같다.

이리 시내의 가장 번화한 도로변에서 유리점을 하는 피고의 점포 일부분(2평 7합)이 같은 건물 옆에서 벽을 사이에 두고 양화점을 하는 원고

67) 허성욱, 위의 논문, 222쪽도 "이처럼 우리 대법원 판례가 권리남용의 성립에 관하여 주관적 요건을 완전히 벗어던지지 못하고 있는 것은 권리남용이론의 변천발달과정이나 그 현대적 의의에 비추어 그다지 타당한 태도가 아니라고 본다."고 하여 마찬가지 견해를 취하고 있다.

의 대지를 침범하여 원고보다 점포가 더 넓어졌다는 이유로 원고가 그 침범 부분의 철거를 청구한 사안에서, 원심은 본건 다툼이 있는 피고의 점포 2평 7합 부분을 철거하면 원고와 피고가 사용하는 각 점포의 시가가 현저히 하락될 우려가 있을 뿐 아니라 원고와 피고가 점거하고 있는 건물 부분에 일부씩 붕괴될 우려가 있다는 사실을 들어 원고의 청구는 권리남용이라고 판단하였으나, 대법원은 이를 파기환송하면서 "원래 사회적 공동생활에 있어서는 공동생활자 상호간 이해관계가 서로 경합되므로 권리자의 권리행사에는 필연적으로 상대방의 이익과 충돌된다. 그러나 권리를 권리로서 인정하고 보호하는 이상 그 권리 행사로서 상대방에게 어느 정도의 불이익과 이익의 침해가 있다 하여도 이는 부득이한 것으로서 용인하여야 할 것이요 상대방도 이를 인정하고 참아야 할 것이다. 그러므로 권리행사로서 상대방에게 어느 정도의 손해와 이익의 침해가 있다 하여도 그 것만으로는 권리행사의 정당성을 배제할 수는 없을 것이다." "그러나 권리는 결코 고립적인 개인에게 주어진 것이 아니고 사회적 공동생활자에게 주어진 것이므로 권리행사에 있어서는 필연적으로 사회적 한계가 있어야 하기 때문에 민법 제2조는 "권리행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. 권리는 남용하지 못한다."라고 규정함으로써 권리의 사회성을 명백히 하였다"고 판시하여 권리남용의 근거로서 권리의 사회성 내지 권리의 사회적 한계를 들었다.

이러한 전제하에 위 판결은, 형식적으로는 권리행사라 하여도, ① 그 권리행사로서 사회적 관념과 권리의 감정으로서 도저히 허용할 수 없는 정도의 막대한 손해를 상대방에게 입히게 하는 경우 ② 그 권리행사로서 사회질서와 신의에 어긋나는 결과를 사회에 초래하게 하는 경우 ③ 권리자에게는 아무 이익이 없음에도 불구하고 오로지 상대방에게 손해와 고통을 줄 목적만으로서 행사한 경우에는 권리행사에 있어서의 정당성은 배제되어 권리행사라기보다는 오히려 불법행위라고 아니할 수 없다고 하였다.

위 판결은, 우리 민법이 '권리를 권리로서 인정하고 보호하는 이상 그 권리 행사로서 상대방에게 어느 정도의 불이익과 이익의 침해가 있다 하여도 이는 부득이한 것으로서 용인해야 하고, 상대방도 이를 인정하고 참아야 하므로 권리행사로서 상대방에게 어느 정도의 손해와 이익의 침해가 있다 하여도 그것만으로는 권리행사의 정당성을 배제할 수 없다'고 하여 원칙적으로 권리자의 권리행사의 정당성을 인정하면서도, '권리는 결코 고립적인 개인에게 주어진 것이 아니고 사회적 공동생활자에게 주어진 것이므로 권리행사에 있어서는 필연적으로 사회적 한계가 있고 민법 제2조는 권리의 사회성을 명백히 하였다'고 하여 권리행사의 한계를 제시하고 있다는 점에서 의미가 있다. 또한 위 판결은 권리남용에 대하여 권리의 행사가 객관적으로 권리의 사회적 한계를 벗어나서 정당성을 결여한 행위로 이해하고, 권리남용의 판단기준을 제시하면서도 '가해의 의사'와 같은 주관적 요건을 권리남용의 성립에 반드시 필요한 '요건'으로 보지는 아니하였다는 점에서도 의미가 있다고 본다.

2.3 주관적 요건의 추인

판례는, 권리남용에 있어서 권리의 행사의 목적이 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다고 한다. 이와 같이 권리남용의 주관적 요건은 객관적 사정에 의하여 추인할 수 있다고 한 판례로서 흔히 거론되는, 대법원 1993. 5. 14. 선고, 93다4366 판결은 '권리남용의 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다'고 판단한 최초의 판결로 보인다.[68]

그 이후에 나온 판결 중에서 권리남용의 주관적 요건은 객관적 사정

68) 이동형, 앞의 논문, 25쪽 참조.

에 의하여 추인할 수 있다고 한 판결은, 주로 원고의 토지 소유권을 바탕으로 그 위에 무단으로 건립된 건조물 등의 철거를 구하는 사건에서 원고의 권리행사를 권리남용이라고 하여 청구를 기각하는 판결에서 사용되고 있음을 알 수 있다.[69]

다만 대법원 1998. 6. 26. 선고, 97다42823 판결은 권리남용에 해당하기 위해서는 주관적 요건과 객관적 요건이 모두 필요하고, '이러한 요건에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사로 인하여 권리 행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 해도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없고, 다만 이러한 주관적 요건은 객관적 사정에 의하여 추인할 수 있다'고 전제하면서도, 당해 사건에 있어서는 여러 가지 객관적 사정이 주관적 요건을 충족하지 못한다는 이유로 피고의 권리남용의 항변을 배척하고 원고의 청구를 인용하고 있다는 점에서 특이하다고 할 것이다.

위와 같이 객관적 사정에 의하여 주관적 요건이 추인된다는 논리는, 대법원 판결이 나오기 전에도 주관적 요건이 권리남용의 부차적 요건이 된다는 견지에서 이미 학계에서 전개된 바가 있었다.[70] 그 후 '권리남용에 있어서 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다'는 위 최초의 대법원 판결[71]에 대하여는 학자들에 따라서, 위 판례가 주관적 요건에 대한 입증이 용이하지 않다는 이유로 입증을 완화한 것이라고 보는 견해,[72] 권리남용의 성립에 주관적 요건이 불필요하다는 입장에서 판례가 종래 주관적 요건을 엄격하게 요구하던 태도에서 한 발 물러나서 주관적 요건의 완화를 시도하고 있다고 평가하는 견해,[73] 나아가서 위 판례는 주관

69) 대법원 2003. 11. 27. 선고, 2003다40422 판결, 대법원 2005. 3. 24. 선고, 2004다71522, 71539 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고, 2009다79378 판결 등 참조.

70) 이동형, 위의 논문, 29쪽; 정현식, 앞의 논문, 15쪽 이하.

71) 대법원 1993. 5. 14. 선고, 93다4366 판결.

72) 최은수, 앞의 논문, 16쪽 이하.

적 요건을 하나의 형식적 요건으로 보고 있을 뿐 실질적으로는 이러한 요건에 구애되지 않고 객관적 요건에 해당하는 사유만 있으면 이를 표준으로 하여 권리남용을 인정한 사례로서 이로 인하여 주관적 요건이 형식적인 것으로 되어 버렸다고 평가하는 견해도 있다.[74] 한편, 이와 같이 판례의 태도를 비판하는 견해에 대하여, 이를 다시 비판하면서 '가해의 목적' 등 주관적 요건은 내부적 용태에 해당하고, 이에 대한 입증은 결국 판례가 말하는 '객관적 사정' 즉 간접사실에 의한 추인에 의할 수밖에 없다고 하면서 이로 인하여 주관적 요건의 중요성이 감소되는 것은 아니며, 주관적 요건은 여전히 권리남용의 성립에 반드시 필요한 요건이라고 하는 견해도 있다.[75]

그러나 '가해의 목적' 등 주관적 요건을 권리남용의 '성립요건'으로 본다면 권리남용에 대한 입증책임은 원칙적으로 권리남용이라고 항변하는 피고에게 있으므로 피고의 항변에 따라 객관적 요건이 인정될 경우, 그 입증을 완화하기 위해서 주관적 요건을 객관적인 '정당한 이익을 결여한 것으로 보이는 객관적 사정'으로 추인할 수 있다고 하는 점을 부인하기는 어렵다. 또한 판례와 같이 주관적 요건의 필요성을 인정하는 한 이는 당연한 결론에 불과하며, 결국 이러한 이론이 권리남용의 요건을 명백히 하는 것이 아니라 다만 판례가 권리남용을 인정하는 경우 그 논리를 합리화하기 위하여 도입한 것이라는 비판도 피하기는 어려울 것으로 보인다.

이와 관련하여, 권리남용의 성립요건에 있어서 권리자의 '가해의 의사' 등 주관적 요건은 필요하지 않다는 입장에서, 심지어는 '적어도 권리자 쪽의 남용에 관한 주관적 의사는 일반적으로 추정되는 것으로 보는 것이 타당하다'고 하는 견해도 있으나,[76] 이렇게 해석하게 될 경우 오히

73) 송덕수, 앞의 책, 57쪽; 김주수/김상용, 앞의 책, 73쪽 참조.
74) 고상룡, 앞의 책, 58쪽.
75) 이동형, 앞의 논문, 30쪽 이하.
76) 곽윤직, 앞의 책, 67쪽 참조.

려 권리의 행사자 쪽에서 '가해의 의사'가 없음을 입증해야 한다는 부담을 지게 되므로, 권리자의 권리행사는 일반적으로 '정당하다'는 평가를 기초로 하는 우리 민법의 기본원리와 함께 권리남용은 예외적으로 인정되어야 한다는 점에 비추어 보면 너무 지나친 주장이 아닌가 한다.

2.4 상대방이 입을 손해와의 비교교량

최근에 와서 소유권의 행사에 관한 판례의 주류는, 권리의 행사가 권리남용에 필요한 주관적 요건 및 객관적 요건에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리 행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다고 한다. 다시 말하면 권리자의 권리행사로 얻을 이익과 이로 인하여 상대방이 입을 손해와 비교하는 방법으로는 권리남용을 쉽게 인정하지 않는다는 점이다.

이에 관하여는 우리 민법의 시행 초기에 해당하는 판례에서도 쉽게 그 예를 찾아 볼 수 있다. 대법원 1961. 10. 19. 선고, 4293민상204 판결은 '권리행사 남용이란 권리가 인정된 본래의 목적을 이탈하여 사회의 윤리관념에 배치되는 부당한 결과를 초래하는 것'이라고 전제하면서, 지상 20척 이상의 상공에 있는 피고 소유의 건물 2층의 현선부분이 원고 소유 토지의 경계선을 1평 10분지 1 정도의 적은 부분을 침범하여 원고의 소유권 행사에 하등 장해 내지 손해가 없고 반면 위 침범부분을 제거하려면 시가 수천만환 상당의 건물 일부를 훼손하여 개축해야 하고 이로 인하여 피고에게 막대한 손해가 있을 것이라고 하더라도 원고의 청구를 권리남용이라고 보기에는 미흡하다고 판단하였다. 다시 말하면, 초기 판례도 건물철거 청구에 따른 원고와 피고 사이의 경제적 이익의 비교교량만으로 권리남용을 쉽게 인정하지는 않았던 것으로 보인다.[77]

77) 비슷한 사례로서, 대법원 1962. 4. 18. 선고, 4294민상1512 판결은, 원고가 그 소유

물론 그 사이에 다소 이례적인 사례로, 원고가 이미 건물이 건립되어 있는 토지를 매수하여 그 토지 시가의 7배 남짓한 건물의 철거를 요구하고 인접 토지 가격보다 2배 이상의 가격으로 그 토지를 매수할 것을 요구하면서 토지의 인도를 청구하는 것은 소유권에 빙자하여 폭리를 도모하는 것으로 권리남용에 해당한다고 한 판례도 있다(이 사건 원심에서는 피고의 권리남용 항변을 배척하였다.).[78] 또한 보다 직접적으로 원고와 피고 사이의 경제적 이익의 비교교량을 통하여 권리남용을 인정한 사례로는, 피고(반소원고)가 그 토지에 대한 소유권 행사를 하지 못하여 입게 될 손해보다 원고(반소피고)가 피고에게 토지를 인도하기 위하여 그 위에 있는 관광호텔 본관의 일부 철거 등으로 입게 될 손해가 막대한 점을 들어 권리남용을 인정한 판례를 들 수 있다(이 사건도 원심에서는 권리남용의 항변을 배척하였다.).[79]

의 대지 위에 피고 소유의 건물이 이미 세워져 있는 사실을 알고도 이를 취득한 다음 피고에게 건물철거를 청구한 사안에서, 건물을 철거하는 것이 현저히 곤란하고 그 철거에는 막대한 물자와 노력의 허비를 초래하여 사회경제적 손해가 막대하다는 사정만으로는 원고의 소유권 남용이라고 인정할 수 없다고 하였다(원심에서는 권리남용 인정). 또한 대법원 1981. 7. 7. 선고, 80다2592 판결도, 침범된 원고의 대지 시가에 비하여 그 지상 2층 건물의 철거 및 마무리 공사에 그 10배 이상의 비용이 들 뿐만 아니라 철거로 인하여 그 잔존 건물의 경제적 가치와 수명 등이 상당히 감소되는 사실이 인정되는 사안에 대하여, 원고의 건물철거 청구를 권리남용이라고 할 수 없다고 판단하였다.

78) 대법원 1964. 11. 11. 선고, 64다720 판결, 이와 비슷한 사례로, 대법원 1965. 12. 21. 선고, 65다1910 판결은, 원고가 자신의 토지 위에 있는 공장건물의 철거를 청구한 사안에서, 원고가 시가의 4-5배에 상당하는 금액에 그 토지의 매수를 요구하고 위 공장건물의 철거이전에는 그 토지의 시가보다 약 20배 정도의 비용이 소요되는 점 등을 들면서 원고의 청구가 소유권 행사에 빙자하여 피고를 곤경에 빠뜨리고 부당한 이익의 획득만을 목적으로 하는 것으로 소유권 행사의 범위를 일탈한 행위로서 권리남용에 해당한다고 하였다.

79) 대법원 1968. 1. 31. 선고, 67다2534, 2535 판결. 이와 비슷한 사례로, 대법원 1972. 12. 26. 선고, 72다756 판결은, 원고가 농지개량조합을 상대로 몽리면적이 15정보에 달하는 기존 수로를 폐쇄하는 방법으로 토지인도를 청구한 사안에서, 원고와 피고 사이의 경제적 이익의 비교교량 등으로 권리남용을 인정하였다. 대법원 1983. 10.

그런데 대법원 1986. 7. 22. 선고, 85다카2307 판결 이후에는 원고와 피고 사이의 손익에 대한 비교교량만으로는 권리남용을 인정할 수 없다는 판례가 주종을 이루고 있는 것으로 보인다. 위 판결은 피고의 권리남용에 관한 항변을 배척하면서 보다 구체적으로 '권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며, 이러한 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없다'고 판단함으로써, 원고의 이익과 피고의 손해를 비교하여 피고의 손해가 현저히 크다고 하더라도 이러한 사정만을 이유로 권리남용을 인정할 수 없다는 것을 선언한 대표적인 판결로 보인다.[80]

그러나 그 후에도 건축물 등 철거소송의 경우 원고와 피고 사이의 손익교량과 같은 객관적 지표에 대하여 여전히 소극적 입장을 취하고 있는 것으로는 보기 어려운 판례가 적지 않다. 즉, 원고의 소유 토지

---

11. 선고, 83다카335 판결, 대법원 1991. 6. 11. 선고, 91다8593, 8609(반소) 판결, 대법원 1991. 10. 25. 선고, 91다27273 판결, 대법원 1992. 7. 28. 선고, 92다16911, 16928(반소), 대법원 1993. 5.11. 선고, 93다3264 판결, 대법원 1993. 5. 14. 선고, 93다4366 판결 등도 마찬가지로 볼 수 있다.

80) 그 후 사안은 조금씩 다르지만, 같은 취지의 판결로서 대법원 1987. 10. 26. 선고, 87다카1279 판결, 대법원 1988. 12. 27. 선고, 87다카2911 판결, 1990. 5. 22. 선고, 87다카1712 판결, 대법원 1991. 3. 27. 선고, 90다13055 판결, 대법원 1991. 6. 14. 선고, 90다10346, 10353 판결, 대법원 1991. 9. 24. 선고, 91다21664 판결, 대법원 1994. 11. 22. 선고, 94다5458 판결, 대법원 1998. 6. 26. 선고, 97다42823 판결, 대법원 2002. 9. 4. 선고, 2002다22083 판결, 대법원 2003. 2. 14. 선고, 2002다62319, 62326 판결, 대법원 2003. 6. 24. 선고, 2003다11967 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고, 2007다5397 판결, 대법원 2009. 2. 12. 선고, 2008다67651 판결, 대법원 2009. 5. 14. 선고, 2009다1092판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고, 2006다11708 판결 등이 있다.

경계를 침범한 건물의 일부 모서리 벽면 1㎡ 부분에 대한 철거청구,[81] 원고의 소유 토지 264㎡에서 경계를 침범한 부분이 11.6㎡에 불과한 건축물의 일부에 대한 철거청구,[82] 원고의 소유 토지 일부분 위에 건립된 10층짜리 아파트 건물 가운데 일부분인 12.9㎡ 및 아파트의 필수적인 부대시설인 분뇨탱크, 관리실, 출입통로 등에 대한 철거청구,[83] 원고의 소유 토지 경계에서 약 0.3㎡를 침범한 식당 및 사무실용 2층 건물의 일부에 대한 철거청구,[84] 농업용수로의 몽리면적이 약 413만 평이고 그 지하에 설치된 암거의 철거, 이전에 따른 경제적 손실이 막대함에도 불구하고 농업용수 간선이 갈라지는 주요 지점인 암거 부분에 대한 철거청구,[85] 원고 소유 시가 6억 원 상당의 토지 위에 설치된 변전소를 철거하고 같은 규모의 변전소를 이전, 신축하려면 그 비용이 164억 원에 달하는 경우 위 변전소에 대한 철거청구,[86] 원고의 소유 토지 위에 있어 철거대상이 되는 건물의 면적은 적으나 특성상 건물 전체를 허물어야 하는 경우 주택 7.5㎡, 창고 1.6㎡ 부분에 대한 철거청구,[87] 원고 소유의 농경지 24,144㎡ 중 51㎡ 정도를 침범하여 설치된 지상 30m 높이의 송전선로에 대한 철거를 구하면서 토지의 보상금으로 12억 원의 거액을 요구하고 국가기간시설의 일부인 송전선의 철거, 이전에 막대한 비용과 손실이 예상되는 경우 위 송전선로에 대한 철거청구,[88] 원고 소유의 공장용지에 설치되어 과거에는 농수로인 구거로 이용되다가 현재는 일부가 복개되어 공공하수도로 이용되고 있는 구조물에 대한 철거를 구하면서 토지의 보상금으로 감정기관의 평가액을 훨씬 초과하는 거액을 요구하

81) 대법원 1991. 6. 11. 선고, 91다8593, 8609 판결.
82) 대법원 1992. 7. 28. 선고, 92다16911, 16928 판결.
83) 대법원 1993. 5. 11. 선고, 93다3264 판결.
84) 대법원 1993. 5. 14. 선고, 93다4366 판결.
85) 대법원 1997. 2. 25. 선고, 96다43607 판결.
86) 대법원 1999. 9. 7. 선고, 99다27613 판결.
87) 대법원 2005. 3. 24. 선고, 2004다71522, 71539 판결.
88) 대법원 2003. 11. 27. 선고, 2003다40422 판결.

고 위 구조물의 철거, 이설에 막대한 비용과 손실이 예상되는 경우 위 구조물에 대한 철거청구[89]와 같은 사안에서 볼 수 있는 것처럼 원고와 피고 사이의 철거로 인한 경제적 손익의 비교교량을 통하여 권리남용을 인정한 사례가 없지 않다는 점에서 판례의 태도를 일괄적으로 논하기는 어려운 것으로 보인다.

결국 '권리의 행사가 권리남용의 주관적 요건과 객관적 요건에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사로 인한 권리자의 이익보다 상대방의 손해가 훨씬 크다고 해도 그러한 사정만으로는 권리남용이라 할 수 없다'는 판례의 이론도, 권리남용의 판단에 있어서 새로운 기준이나 표준을 세운 것이라기보다는, 다만 법원이 피고의 권리남용 항변을 배척하는 경우 이를 합리화하기 위하여 동원된 이론으로 보인다(반면에 위에서 거시한 바와 같이, 권리남용을 이유로 원고의 청구를 기각한 판례에서는, 주로 원고와 피고 사이의 경제적 손익의 비교교량 등 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보이는 객관적인 사정에 의하여, 권리행사의 목적이 피고에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건을 추인할 수 있다고 하고 있다).

그렇다면 건축물 등 철거로 인한 원고와 피고 사이의 경제적 손익의 비교교량도, 판례와 같이 권리남용의 성립에 반드시 필요한 요건은 아니라도, 원고의 청구가 권리남용에 해당하는지 여부에 대한 판단에 있어서 다른 여러 가지 요소들과 함께 여전히 중요한 기준의 하나로 보는 것이 타당할 것이다.

2.5 권리남용과 공공복리 위반

한편, 원고의 청구가 피고에게 손해를 입힐 뿐만 아니라 공공복리에 위배될 경우에도 마찬가지로 원고에 대한 권리남용의 인정은 신중해야

89) 대법원 2010. 2. 25. 선고, 2009다79378 판결.

한다는 점에서는 판례도 마찬가지 견해를 취하고 있다. 이에 대하여는 대법원 1978. 11. 28. 선고, 78다254, 255 판결이 대표적인 판례로 보인다. 위 판결은 원고가 자신의 소유 토지 위에 설치된 공공시설물인 초등학교 건물의 일부에 대한 철거를 청구한 사안에서, 원고의 청구가 공공복리에 위반함이 크다는 이유만으로서 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

그러나 이와 비슷한 사안에서 거꾸로 초등학교 건물(교사)의 철거청구가 공공복리를 위한 권리의 사회적 기능을 무시한 것으로 권리남용에 해당한다는 판례가 있다.[90] 또한 농지개량조합을 상대로 자신의 토지 위에 설치된 농업용수용 관개수로를 폐쇄하는 방식으로 구거철거와 토지인도를 청구하는 사안에서, 새로운 수로 개설에는 막대한 비용과 시간이 필요하여 피해가 극심할 뿐만 아니라 재산권은 공공복리에 적합하게 행사해야 한다는 이유로 권리남용을 인정한 판례도 있다.[91] 그러한 점에서 판례가 권리남용의 인정에 있어서 권리행사의 공공복리 적합성 여부를 언제나 배제하고 있다고 하기도 어려운 것으로 보인다.

그렇지만 판례의 주류는 여전히 소유권 행사의 공공복리 적합성은 권리남용의 판단에 있어서 부수적인 것으로 보는 것 같다. 예를 들면, 원고가 자신의 소유 대지 지하에 서울시가 매설한 공공시설물인 상수도관의 철거를 구하는 사안에서, 공중의 편의를 위하여 매설한 상수도관은 서울시의 공익사업이고 이를 이설할 만한 마땅한 다른 장소가 없다는 이유만으로는 권리남용에 해당하지 않는다는 판례가 있다.[92] 나아가서 원고가 자신의 소유 토지 위에 있는 고등학교의 교사 등 학교 시설물의 철거를 구하는 사안에서, 원고와 피고 사이의 경제적 이익의 비교교량과

90) 대법원 1978. 2. 14. 선고, 77다2324, 2325 판결(원심에서는 권리남용 불인정). 비슷한 사례로서 대법원 1992. 11. 10. 선고, 92다20170 판결도 학교교사 등 철거청구 사안에서 권리행사의 공공복리 적합성을 들어 권리남용을 인정하였다.

91) 대법원 1991. 10. 25. 선고, 91다27273 판결.

92) 대법원 1987. 7. 7. 선고, 85다카1383 판결.

원고의 청구가 공공복리에 위반하여 사회에 미치는 영향 등을 고려하여 권리남용을 인정한 원심판결을 파기한 판례도 있다.[93]

특히 공익시설이라고 할 수 있는 고압송전탑이나 송전선의 철거청구를 하는 사안에서도, 거의 대부분의 판결이 권리행사의 공공복리 위반이나 권리행사의 공익적 기능, 원고와 피고 사이의 경제적 이익과 손해의 비교교량 등을 이유로 하는 피고 측 권리남용의 항변을 배척하고 있다.[94] 결국 권리남용의 판단과 소유권 행사의 공공복리 적합성에 대해서도, 판례는 구체적 사안에 따라 결론을 달리 하면서도 뚜렷한 기준을 세우지 못하고 있는 것으로 보인다. 한편, 이에 대하여 판례가 신중을 기하여 철거청구의 목적물이 공익적이라는 이유만으로 쉽게 권리남용을 인정하지 않고 있는 것은, '권리남용의 남용' 위험을 방지하기 위한 것으로 결국 실질적으로 권리남용의 기능적인 측면에서 판례를 유형화시켜 권리남용 여부에 대한 판단기준을 정립해야 한다는 견해도 있다.[95]

그렇다면 결국 소유권 행사에 기한 건축물 등 철거의 공공복리 적합성 여부도 원고와 피고 사이의 경제적 손익의 비교교량과 마찬가지로, 권리남용의 성립에 반드시 필요한 요건은 아니라고 하더라도, 원고의 청구가 권리남용에 해당하는지를 판단함에 있어서 다른 여러 가지 요소들과 함께 여전히 중요한 판단기준의 하나로 이해하는 것이 타당할 것이다.

---

93) 대법원 1988. 12. 27. 선고, 87다카2911 판결. 그 밖에 대법원 1990. 5. 22. 선고, 87다카1712 판결은 원고 소유의 토지 위에 건립된 시청사의 철거청구가 원고와 피고 사이 이익의 비교교량과 공익상의 이유만으로 권리남용이 되지 않는다고 하였다.

94) 대법원 2001. 2. 23. 선고, 2000다65246 판결, 대법원 2005. 3. 25. 선고, 2003다5498 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고, 2004다44285 판결 등 참조, 이에 대하여 대법원 1999. 9. 7. 선고, 99다27613 판결이나 대법원 2003. 11. 27. 선고, 2003다40422 판결은, 막대한 이전비용이 소요되는 변전소의 철거청구와 송전선 철거청구에 대하여 권리남용을 인정하여 원고청구를 기각한 사례들이다.

95) 고상룡, "물권적 청구권과 권리남용", 고시연구 제18권 제4호(고시연구사, 1991. 4.), 203쪽 참조.

Ⅳ. 결 론

위에서 살펴본 바와 같이, 소유권의 행사와 권리남용에 관한 판례의 주류는, 원고의 권리행사가 권리남용이라는 피고의 항변을 배척하는 사안에 있어서는, 주로 원고와 피고 사이 이익과 손해의 비교교량이나 권리행사로 인한 공익침해와 같은 객관적 사유만으로는 권리남용을 인정할 수 없다는 논리를 전개하고 있다. 또한 권리남용의 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각하는 사안에 있어서는, 가해의 의사나 목적 등 권리남용의 주관적 요건은 다른 객관적 사정에 의해 추인할 수 있다는 논리를 전개하면서, 권리남용의 성립에는 객관적 요건뿐만 아니라 권리자의 '가해의 의사'와 같은 주관적 요건도 필요하다고 한다.

그러나 판례가 주관적 요건으로 내세우는 권리자의 '가해의 의사' 등 권리행사의 목적은, 구체적으로 권리자가 권리를 행사함에 있어서 인식하거나 의도하게 되는 내부적 용태로서 어디까지나 권리자의 '내면적 의사나 동기'에 속한 문제이다. 구체적으로 소유권의 경우 권리 행사의 목적이란, 피고에게 건축물 철거 또는 토지인도를 구하면서 소송을 제기하게 된 원고의 내면적 의사나 동기, 계기가 될 것이다. 결국 어떠한 소송의 경우에도 소송을 제기하는 권리자의 의사나 동기는 자신의 이익을 도모하면서 상대방의 피해를 염두에 두는 것일 수밖에 없을 것이다.

민사법의 기본원리에 비추어 보면, 원칙적으로 권리 행사자의 내면적 동기나 계기, 나아가서 권리행사를 하게 된 목적 같은 내심의 의사를 고려하여, 당해 권리 행사자에게 정당한 권리 행사로서의 효과를 부인하는 결과를 가져오게 하는 것은 부당하다. 다시 말하면 권리자의 내심의 의사에 속하는 '가해의 의사'나 '가해의 목적'을 권리남용을 인정하기 위한, 또는 권리남용의 성립을 위한 '필수적인' 요건으로 보기는 어렵다고 할 것이다.

나아가서 판례가 권리남용의 성립에 필요한 '주관적 요건'으로서 '권

리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우'를 들고 있지만, 그 중에서도 '권리의 행사가 권리를 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 점'은 주관적 요건(행위자의 정신적 작용으로 내심의 의식에 지나지 않는 내부적 용태)이 아니라 권리행사 과정에서 나타난 여러 가지 사정에 비추어 결과적으로 판단할 수 있는 객관적 요소에 해당한다. 결국 판례가 제시하는 '주관적 요건' 중 순수하게 주관적 요건이라고 할 만한 것은 바로 '상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 목적'으로, '쉬카네' 금지의 원칙에서 요구하는 '가해의 의사'나 '가해의 목적'과 같은 내용이다.

그러나 위에서 본 바와 같이, 법률행위나 권리의 행사에 있어서 동기나 목적에 해당하는 행위자의 내부적 용태는 그 법률효과의 발생 여부에 고려되지 않는 것이 원칙이다. 그럼에도 불구하고 판례가 권리남용의 성립에 있어서, 권리 행사자의 내부적 용태에 해당하는, 상대방에 대한 '가해의 의사'나 '가해의 목적'이 주관적 요건으로서 반드시 필요하다는 것은 타당하지 않다.

이는 권리남용금지의 원칙이 신의칙과 표리관계를 이루고 신의칙의 파생원칙이라는 점에서도 마찬가지이다. 신의칙은 권리행사자나 의무이행자의 위법한 행위에 대한 제재가 아니라 당사자 사이에 형평에 반하는 결과를 초래하지 않도록 조정하는 것이 목적이므로 신의칙을 적용하기 위하여 행위자의 내부적 용태에 해당하는 고의나 과실은 필요하지 않다.[96] 따라서 신의칙위반이나 권리남용 여부를 판단함에 있어서는 행위자의 내부적 용태로서 책임요소에 해당하는 고의나 과실이 필요하지 아니할 뿐만 아니라 행위자의 '동기'나 '목적' 등 주관적 요소들도 원칙적으로 고려의 대상이 될 수 없을 것이다.

그 밖에 연혁적으로 보더라도, 과거에는 권리(특히 소유권) 절대의 사상에 따라 원칙적으로 권리의 행사는 해가 되지 않는다는 전제 하에,

96) 홍봉주, 앞의 책, 82쪽; 송덕수, 앞의 책, 44쪽 참조.

권리남용의 금지는 오직 타인에게 해를 끼칠 목적으로 권리를 행사하는 '쉬카네'의 금지가 원칙이었다. 그러나 소유권 절대의 사상에 대한 반성과 함께 권리의 사회성과 공공성이 강조되면서 '쉬카네' 금지의 원리가 쇠퇴하게 되었다. 이에 따라 우리 민법도 처음 제정될 당시 '쉬카네' 금지의 원칙을 도입한 독일 민법을 버리고 스위스 민법을 따른 것은 주지의 사실이다.

한편, 우리 민법 제2조 제2항의 해석과 관련하여 살펴보면, 법규의 해석은 법규의 문장이나 용어를 기초로 그 문언이 가지는 보통의 의미에 따라서 해석하는 문리해석과 법규 전체를 하나의 논리적 체계로 구성하여 각 조문의 조화를 구하는 방법으로 해석하는 논리해석이 원칙이다. 그리고 신의칙 규정이나 권리남용 규정처럼 소위 일반조항의 경우에는 법의 목적이나 취지, 정신 등을 고려하여 보충적으로 목적론적 해석이 가미될 필요가 있다. 그러나 이러한 경우에도 먼저 '문언의 가능한 의미'를 넘어서지 않도록 주의해야 하므로 지나친 확장해석이나 축소해석, 유추해석이나 변경해석은 원칙적으로 금해야 할 일이다. 또한 권리남용 규정과 같은 일반조항의 해석에 있어서 당해 규정의 목적이나 취지, 정신 등을 제대로 이해하려면 법규의 제정 당시 입법자의 입법취지 등도 함께 고려해야 할 필요가 있다.[97] 결국 위와 같이 일반조항에 해당하는 법규의 해석이라는 관점에 비추어 보더라도, 우리 판례가 독일 민법의 '쉬카네'에 해당하는 권리행사자의 '가해의 의사'나 '가해의 목적'과 같은 주관적 요건을 강조하는 것은 잘못이라고 하지 않을 수 없다.

그렇다면 그동안 소유권의 행사와 관련한 권리남용의 성립요건을 주관적 요건과 객관적 요건으로 구분하고 그 중에서 특히 권리행사자의 '가해의 목적'이라는 주관적 요건이 필수적임을 강조해 오던 판례의 태도는 이제 수정되어야 한다고 본다. 판례가 제시하는 주관적 요건은 권리남용의 성립에 필수적인 '권리남용의 성립요건'이 아니라 '권리남

97) 곽윤직, 앞의 책, 41쪽 참조.

용의 판단기준'으로서 권리행사로 인한 상대방의 손해와의 비교교량, 공익의 침해 등 객관적인 사정들과 함께 권리남용의 판단을 위하여 종합적으로 고려되어야 할 여러 가지 요소들 중의 하나로 보는 것이 타당할 것이다.

(투고일 2011년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2012년 1월 18일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

주제어 : 소유권 행사, 권리남용의 금지, 민법 제2조 제2항, 일반조항, 권리남용의 요건, 주관적 요건과 객관적 요건, 쉬카네의 금지, 권리의 사회성과 공성

참고문헌

1. 단행본

고상룡, 민법총칙 제3판, 법문사, 2003.
곽윤직, 민법총칙 제7판, 박영사, 2002.
김주수/김상용, 민법총칙 제6판, 삼영사, 2011.
김준호, 민법강의 전정판, 법문사, 2007.
김형배/김규완/김명숙, 민법학강의 제8판, 신조사, 2008.
민의원, 민법안심의록(상), 민의원 법제사법위원회 민법안소위원회, 1957.
백태승, 민법총칙 제5판, 집현재, 2011.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2001.
송덕수, 신민법강의, 박영사, 2008.
지원림, 민법강의 제8판, 홍문사, 2009.
홍봉주, 권리의 주체와 객체, 건국대학교출판부, 2010.

2. 논문

고상룡, “건물철거 및 그 부지인도청구와 권리남용(대법원 1983. 10. 11. 선고, 83다카335 판결)”, 법률신문 제1551호 7면(1983년 11월 14일자), 법률신문사, 1983.
_____, “물권적 청구권과 권리남용”, 고시연구 제18권 제4호, 고시연구사, 1991.
박정호, “권리남용금지의 판례 이론과 법리의 기능에 관한 소고”, 법학논총 제16집, 단국대학교 법학연구소, 1990.
박찬주, “권리남용금지와 권리자의 주관적 요건”, 인권과 정의 제386호, 대한변호사협회, 2008.

이동형, “권리남용에 있어서 주관적 요건의 필요성”, 저스티스 통권 제107호, 한국법학원, 2008.

이영섭, “권리남용금지와 구체적 적용”, 법정 제19권 제4호(통권 제166호), 법정사, 1964.

임정평, “권리남용 법리에 관한 소고”, 고시연구 제11권 제10호, 고시연구사, 1984.

정현식, “권리남용의 이론과 판례의 경향”, 사법논집 제3집, 법원행정처, 1972.

최은수, “건물의 철거청구와 권리의 남용”, 대법원판례해설 제19권 제1호, 법원도서관, 1999.

한삼인, “권리남용금지의 원칙에 관한 판례 분석”, 고시연구 제29권 제11호, 고시연구사, 2002.

허성욱, “권리남용금지 법리에 관한 법경제학적 고찰”, 법조 제54권 제12호, 법조협회, 2005.

[Abstract]

The Exercise of Proprietorship and The Requirement of Abuse of Right

In-Hwan Park*

In Korea, “No abuse of rights shall be permitted” is provided in Paragraph 2 of Article 2 of the Civil Law. This provision is related to ‘the principle of prohibition of abuse of right’. But the provision is so abstract and has a broad outline, thus, it is not easy to recognize the abuse of right in many case. The provision like this is called ‘general clause’ and the provision about the prohibition of abuse of right is representative of general clause. Since early time, there have been many discussions about the translation of this provision, mostly relating to the requirement of abuse of right.

Related to the translation of the provision, many scholars discuss whether a subjective requirement is necessary to find the abuse of right in addition to an objective requirement. The subjective requirement means the purpose or intention of the exercise of right is only to do harm or damage to the others, and the objective requirement means the exercise of right goes against the sociality and public nature of right or infringes social order.

Regarding this point, specially, in ‘the exercise of proprietorship’, almost all judicial precedents have declared that subjective requirement is necessary to find the abuse of right in addition to objective requirement. The theory of judicial precedents seems to be derived from the translation of Article

* Professor of Law School, Konkok University, Attorney

226 of German Civil Law. In Germany that theory is called the principle of 'Schikaneverbot'.

In addition, according to the theory of judicial precedents, the subjective requirement can be presumed by the objective conditions which make right user unlawful. And judicial precedents say whether the exercise of right is applicable to the abuse of right must be decided by individual case according to concrete situations. Therefore some scholars have the same views as judicial precedents about the abuse of right and they assert the recognition of abuse of right should be limited only when the subjective requirement is satisfied.

On the contrary, many scholars have the standpoint that abuse of right can be recognized only with the objective requirement, such as comparing the benefit coming from the act of the right user and the loss of the opposite parties. But nowadays, the commonly accepted theory of judicial precedents reveals many problems to apply the principle of prohibition of abuse of right to a individual case. Above all, the subjective requirement is no more than right holder's inward thoughts or mind that are never known to the others. In this point, this study treats the problem of the theory of judicial precedents in relation to the exercise of proprietorship and the requirement of abuse of right.

In conclusion, I'd like to say the subjective requirement, that is, the purpose or intention of the exercise of right only to do harm or damage to the others, is not the mandatory precondition for recognition of the abuse of right. Therefore, I think the abuse of right can be established without the subjective requirement, and then the above judicial precedents should be abolished to make obvious the doctrine of abuse of right and to keep the sociality and public nature of proprietorship.

Key Words : Exercise of Proprietorship, Prohibition of Abuse of Right, Paragraph 2 of Article 2 of the Civil Law, General Clause, Requirement of Abuse of Right, Subjective Requirement and Objective Requirement, ‘Schikaneverbot’, Sociality and Public Nature of Right