

Chapter 2 Civil Rights

제2장 권리

제1절 서설

I. 법률관계

1. 의의

법률관계는 인간의 생활관계 중에서 법에 의하여 규율되는 관계를 말한다. 법률관계는 사람과 사람과의 관계(채권관계, 친족관계), 사람과 물건 기타 재화와의 관계(물권관계, 지적재산관계), 또는 사람과 장소와의 관계(주소)로 나타나는데 결국 사람과 사람과의 관계이다. 법률관계는 권리의무관계인데 이는 법에 의하여 두둔되고 보호되는 자와 법에 의하여 구속당하는 자의 관계로 나타난다. 오늘날 대부분의 생활관계는 법률관계로 이루어지고 있는데, 법률관계는 하나(단일 법률관계) 또는 계약 등과 같이 여러 개(복합 법률관계)로 합쳐진 것도 있다.

2. 법률관계의 구성

가. 의의

법률관계는 하나(단일 법률관계) 또는 여러 개(복합 법률관계)로 합쳐진 것도 있다. 일반적으로 법률관계는 그 법적 원인인 계약에 의해서 발생한다. 계약은 두 개의 의사표시의 합치로 성립하는 법률행위이다.

나. 학설

법적생활관계설은 생활관계 중에서 법에 의하여 규율되는 관계를 법률관계라고 보는 견해이다(통설). 이에 대하여 법적연계설은 법률관계란 법적 구속력을 가진 권리, 의무의 총체로서 당사자 사이의 연관관계로 보는 견해인데(독일 Larenz/wolf), 이 법적연계설은 채권관계를 설명하는데 더 적합하다.

다. 의무의 강조

법은 당사자 사이의 권리, 의무관계인 법률관계로서 구체화되는데 역사적으로는 의무위주에서 권리위주로 발전해 왔다. 즉 의무가 본래적인 것으로 명령, 금지의 모습으로 나타난다. 그런데 근대국가의 탄생으로 개인의 자유로운 인격과 의사의 존중으로 의무보다 권리의 개념이 강해지고 법률관계도 권리의 측면에서 규율되었다. 이러한 시대사조를 바탕으로 민법은 개인주의를 기본으로 하는 권리본위로 되어 있다. 그러나 20세기에 들어와 자유주의와 개인주의에 대한 수정을 통하여 다시 의무를 강조하는 흐름이 발생하게 되었다.

2. 법률관계와 구별

가. 도덕적, 종교적 인간관계

인간관계는 가족관계, 애정관계, 우의관계, 예의관계 같은 인간 대 인간의 관계로 법외

적 생활관계이다. 따라서 약속을 위반할 경우 대체로 계약이행의 청구 및 손해배상의 청구가 가능하지 않다. 예를 들어 부가 자에게 생일선물을 하기로 약속한 것이나 특정한 일자에 은사를 예방하기로 한 약속이라든지 결혼식을 특정한 종교방식으로 하는 것 등이다.

나. 호의관계

호의관계는 법적으로 구속받으려는 의사 없이 好意에 의하여 일정한 이익을 주고 받는 생활관계를 말한다. 예를 들어 저녁식사 초대, 외출중 옆집 아이 봐주기, 무료급식, 호의동승 등이다. 호의관계는 법적으로 규율되는 관계가 아니므로 원칙적으로 그에 기초한 법률상 청구권이 발생하지 않는다. 다만 호의관계에 의해서도 불법행위에 따른 손해배상청구권은 인정될 수도 있다. 즉 누가 그 손해를 부담할 것인가 여부로 논란이 많으며, 법률관계가 인정되더라도 면책이나 감경이 가능하다. 호의 동승으로 사고가 난 경우에 민법 제2조를 근거로 감경을 인정한 경우도 있고(대판1989.1.31, 87다카1090, 대판 1987.12.22, 86다카2994, 감경을 부정한 경우도 있다(대판 1999.2.9, 98다53141, 대판1994.11.2594다32917)).

다. 신사약정

신사약정이란 당사자가 어떤 계약을 체결하면서 그 계약에 대한 법적 구속력을 배제하기로 약정하는 것을 말한다. 따라서 손해배상청구는 할 수 없지만, 법적구속력이 있는 법률관계이다. 예를 들어 어떠한 의무를 부담하는 내용의 기재가 있는 문면에 "최대 노력하겠습니다"라고 기재되어 있는 경우, 그러한 의무를 법적으로는 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지로 해석함이 상당하다.(대판 1994.3.25. 93다32668)

II. 권리와 의무

권리(사권)이란 일정한 생활상의 이익에 대한 법률상의 힘이며 최종적으로 국가에 의하여 실현이 보장된다. 의무란 일정한 법적 구속을 의미하며, 최종적으로는 국가에 의하여 강제적으로 이행된다.

1. 권리

가. 권리의 본질

권리(사권)는 법률관계와 더불어 私法의 중심 개념이다. 권리의 본질이 무엇이나에 대하여는 많은 논의가 있어 왔다. 意思說은 권리는 법에 의하여 주어진 '의사의 힘' 또는 '의사의 지배'라는 견해이다. 역사법학과(Savigny, Windscheid)의 주장인데 권리자가 그의 의사를 자유롭게 펴놓을 수 있는 힘을 법이 인정한 것이 권리라고 한다. 이에 대하여 의사무능력자(유아, 정신병자)도 권리를 가진다는 비판이 있다. 利益說은 권리를 '법에 의하여 보호(향유)되는 이익'이라고 주장한다(Jherig). 그러나 친권처럼 권리자에게 이익이 없는 경우도 있을 수 있다. 그리고 權利法力說은 의사설과 이익설을 합친 절충설로 오늘날 유력한 견해이다. 이 견해는 권리를 '일정한 이익을 향유하기 위하여 법이 인정한 힘' 내지 '법적 힘'이

라고 한다(Enneccerus). 이익 그 자체를 권리로 보는 것이 아니라 '이익을 향유하는 수단으로서의 법적 힘'을 권리로 이해한다. 이와 달리 최근에 권리 대신 법률관계를 사법의 중심 개념으로 대체하는 견해가 있다. 법률제도보호이론(Raiser)은 권리의 보호와 동시에 법률제도의 보호를 강조한다. 법질서 기구이론(Coing)은 법질서는 개인의 법적 지위를 보호하려는 것뿐만 아니라 법률공동체의 구성원이 공동목적을 실현하기 위하여 공동기능을 할 수 있는 기구라고 하는 견해이다. 법률관계 중요요소 이론(Larenz/Wolf)은 권리는 법률관계의 중요 요소로서 이에 대해서는 타인의 의무, 법적 구속, 제약 등이 대응한다. 다만, 권리는 법질서에 의해 승인된 것이어야 한다고 한다. 결국 권리(사권)이란 '일정한 생활상의 이익에 대한 법적인 힘'며 최종적으로 국가에 의하여 실현이 보장된다.

나. 구별 개념

1) 권한(authority)

권한이란 "타인을 위하여" 그 자에게 일정한 법률효과를 발생하게 하는 행위를 할 수 있는 법률상의 지위나 자격을 말한다. 예를 들어 대리인의 대리권, 법인사외의 대표권, 사단법인 사원의 결의권, 선택채권의 선택권 등이다.

2) 권능(powers)

권능이란 권리의 내용을 이루는 각각의 법률상의 힘을 말한다. 예를 들어 소유권(제211조)은 사용권능, 수익권능, 처분권 등의 권능이 있다. 그리고 상계와 같이 권능이 하나인 경우는 권리와 같다.

3) 권원(title)

권원이란 일정한 법률상 또는 사실상의 행위를 하는 것 즉 권리를 정당화시키는 법적원인을 말한다. 예를 들어 계약이 해제된 경우에 목적물반환을 청구할 수 있는 권원은 소유권이나 부당이득반환청구권이다. 또한 타인의 부동산에 무단으로 건축하는 경우에 건물의 철거청구가 가능한데(제214조), 철거를 당하지 않기 위해서는 토지를 사용할 권원(지상권 제285조, 임차권 제646조, 제647조)이 있어야 된다.

4) 반사적 이익

반사적 이익(효과)이란 법률이 특정인 또는 일반인에게 일정한 행위를 명하거나 금지하는 경우에 다른 특정인이나 일반인이 반사적으로 어떤 이익을 누리는 경우를 말한다. 이때 다른 특정인이나 일반인이 가지는 이익적 지위를 권리반사, 반사권이라 한다. 반사적 이익은 법원에 청구하지 못한다. 예를 들어 전염병 예방주사를 맞으면 전염병의 예방효과를 가져오고, 교통법규를 잘 지키면 일반인의 교통안전에 효과를 가져온다.

2. 의무

가. 의의

의무는 권리의 반대적 측면이다. 의무란 의무자의 의사와는 관계없이 반드시 따라야 할 법률상의 구속을 말한다. 의무는 그 내용에 따라 작위를 강요당하는 것과 부작위의 구속을 받는 것이 있다. 의무는 보통 권리에 대응되지만 항상 그런 것은 아니다. 권리만 있고 의무는 없는 경우도 있고, 의무만 있는 경우도 있다.

나. 권리와 의무의 관계

원칙	권리·의무는 서로 대응관계
권리만 있고 의무는 없는 경우	취소권(제5조, 제109조, 제110조), 추인권(제130조, 제143조), 해제권(제543조 이하), 상계 등
의무만 있는 경우	공고의무(제88조, 제93조), 등기의무(제50조 내지 52조, 제85조, 제94조), 감독의무(제755조) 등
권리인 동시에 의무인 경우	친권(제913조)

다. 간접의무(責務)

책무는 법규에 따르는 것이 당사자에게 이익이 되기는 하지만 의무로서 강제되어지지 않는다. 이러한 법규에 위반하면 일정한 불이익은 있지만, 소송 또는 강제이행을 당하거나 손해배상의무는 없다. 예를 들면 청약자의 승낙연착에 대한 통지의무(제528조), 증여자의 하자고지의무(제559조 제1항), 사용대차의 貸主의 하자고지 의무(제612조) 등이다.

제2절 권리의 분류

I. 내용에 의한 분류

1. 의의

사법상의 권리인 사권은 **권리자가 받는 이익 즉 그 내용이 되는 사회적 생활이익을** 기준으로 분류한다. 이는 인격권, 가족권, 재산권, 사원권으로 나눌 수 있다.

2. 인격권

인격권은 사람의 생명, 신체, 자유, 명예, Privacy 등과 같이 인격적인 가치와 이익을 보장하기 위하여 인정된 권리이다. 사람의 사후에도 영향을 미치며, 인격권 침해에 대하여 금지청구권도 인정된다(대결 2005.1.17. 2003마1477).

3. 가족권(신분권)은 夫, 처, 부모, 자, 친족 등의 신분적 지위에 따르는 이익을 내용으로 하는 권리이다. 예를 들어 친권, 후견인이 되는 권리, 배우자가 가지는 권리, 부양청구권 등이다.

4. 재산권

경제적인 가치가 있는 이익을 누리는 것을 목적으로 하는 즉 금전으로 평가될 수 있는 권리를 총칭한다. 재산권이 침해된 경우 재산적 손해가 발생하며, 정신적 손해는 물권, 채권, 지적재산권, 사원권 등이 있다.

1) 물권은 물건을 직접 지배하여 이익을 얻는 배타적인 권리로, 소유권, 점유권, 지상권, 지역권, 전세권, 유치권, 질권, 저당권이 있다. 준물권은 물건을 직접 지배하지 않으나 독점적으로 물건을 취득할 수 있는 권리로 광업권(광업법), 어업권(수산업법) 등이 있는데, 이는 물권에 준하여 취급한다.

2) 채권은 특정인(채권자)이 특정인(채무자)에게 특정행위(급부)를 요구하는 권리이다. 근

대민법상 가장 중요한 권리 중의 하나이며, 채권법에서 주로 다룬다.

3) 지식재산권(무체재산권)은 저작, 디자인, 발명 등의 정신적 창조물에 대한 독점적인 사용권을 내용으로 하는 권리이다. 저작권, 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권 등이 있다.

5. 사원권

사원권은 단체의 구성원으로서의 지위에 따르는 권리이다. 예를 들어 주식회사의 주주권, 비영리법인의 사원권 등이다.

II. 작용(효력)에 의한 분류

권리자가 할 수 있는 행위 즉 작용인 법률상의 힘을 기준으로 하여 권리를 나눈다면 그 효력의 정도에 따라 지배권, 청구권, 형성권, 항변권 등이 있다.

1. 지배권

타인의 동의나 적극적인 행위 없이 일정한 객체에 대하여 권리자가 직접 지배할 수 있는 권리이다. 대표적인 것은 물권이나, 준물권, 지식재산권, 인격권, 친권, 후견권도 이에 속한다. 지배권의 대내적으로 객체에 대한 직접 지배력을 말하며, 대외적으로는 제3자가 권리자의 지배를 침해해서는 안된다는 배타적 지배력을 말한다. 예를 들어 물권에서는 물권적 청구권이 발생하며, 제3자가 이를 침해하면 원칙적으로 불법행위가 성립한다.

2. 청구권

청구권은 특정인이 특정인에 대하여 일정한 행위 즉 작위 또는 부작위를 요구하는 권리이다. 청구권은 모두 어떤 권리를 기초로 존재한다. 청구권은 채권과 유사하나, 채권이 곧 청구권은 아니다. 그러나 채권이 발생하면 언제나 청구권이 발생한다. 청구권은 채권이 대표적이나 물권이나 신분권으로부터도 청구권이 생긴다. 예를 들어 물권적 청구권, 부양청구권, 부부의 동거청구권이 그것이다. 청구권은 그 용어에도 불구하고 청구권이 아니고 형성권으로 해석되는 경우도 있다. 예를 들어 지상물매수청구권(제285조), 지료증감청구권(제286조), 부속물매수청구권(제316조), 매매대금감액청구권(제제572조) 등이다. 지상권자의 갱신청구권과 매수청구권(제283조)에서 전자는 청구권, 후자는 형성권이라고 할 수 있다.

3. 형성권(가능권)

권리자의 일방적 의사표시에 의해 법률관계의 발생, 변경, 소멸이 일어나게 하는 권리이다. 형성권이 권리자의 의사표시만으로 효과가 발생하는 것으로는 취소권(제140조 이하), 해제권(제543조), 동의권(제5조, 제10조), 추인권(제143조 이하), 상계권(제492조), 매매의 일방예약 완결권(제564조), 약혼해제권(805조), 상속포기권(제1041조) 등이 있다. 형성권을 반드시 소송에 의하여야 하는 경우도 있는데, 이는 판결에 따른 법률관계 변동의 효력이 제3자에게 미치기 때문이다. 이러한 예로는 채권자취소권(제406조), 혼인취소권(제816조), 재판상 이혼권(제840조), 친생부인권(제846조), 입양취소권(제884조), 재판상 파양권(제905조) 등이 있다.

4. 항변권

항변권은 청구권의 행사에 대하여 그 작용을 저지할 수 있는 권리이다. 권리의 행사에 대한 방어(반대권)라고도 한다. 항변권은 청구권의 존재를 전제로 하며, 상대방의 청구를 부인하는 것이 아니고, 이를 인정하나 동시에 그 작용을 변경시키는 것이다. 즉 형성권은 타인의 청구권 자체를 소멸시킬 수 있는 권리가 아니라 그 작용을 일시적 또는 영구적으로 거절할 수 있는 권리이다. 항변권으로는 청구권의 작용을 일시적으로 저지할 수 있는 연기적 항변권과 영구히 저지할 수 있는 영구적 항변권이 있다. 전자의 예로는 동시이행의 항변권(제536조), 보증인의 최고검색의 항변권(제437조)과 후자의 예로는 상속인의 한정승인의 항변권(제1028조)이 있다.

Ⅲ. 기타의 분류

1. 절대권과 상대권

이는 권리에 대한 의무자의 범위를 표준으로 한다. 학설상 다수설은 이러한 구별이 무의미하다고 하나 소수설(곽윤직)은 구별에 의의가 있다고 한다. 절대권(대세권)은 특정의 상대방이 없이 일반인을 의무자로 하여 누구에게나 주장할 수 있는 권리로서, 물권, 지식재산권, 친권, 인격권 등의 지배권이고, 상대권(대인권)은 특정 의무자에게만 주장할 수 있는 권리로서, 채권 등의 청구권이다.

2. 일신전속권과 비전속권

이는 권리와 그 주체와의 긴밀한 정도를 표준으로 하는데 예외가 많다. 일신전속권은 권리의 성질상 타인에게 속할 수 없는 것 즉 양도, 상속 등으로 타인에게 이전할 수 없는 권리로서 가족권, 인격권(비재산권) 등이다. 비전속권은 양도성과 상속성이 있는 권리로서 대부분의 재산권이 이에 속한다.

3. 주된 권리와 종된 권리

권리의 독립성에 의한 분류이다. 다른 권리에 의존하는 권리를 종된 권리라 하고, 그 다른 권리를 주된 권리라 한다. 종된 권리는 다른 권리에 대해 종속관계에 서는 권리이므로 주된 권리와 운명을 같이 하므로 주된 권리가 시효로 소멸하면 종된 권리도 소멸한다. 예를 들어 원본채권은 주된 권리이고 이자채권은 종된 권리이고, 질권과 저당권은 피담보채권의 종된 권리이다.

4. 기대권(희망권)

권리의 발생요건 중 일부분만이 발생하고 있을 뿐이지만 남은 요건이 실현되면 장차 권리를 취득할 수 있는 경우에 현재의 그러한 기대상태를 권리로서 보호하는 것이 기대권 또는 희망권이다. 조건부 권리(제148조, 제149조), 기한부 권리(154조) 등이 그 예이다.

제3절 권리행사와 의무이행

I. 권리의 행사

1. 의의

권리의 내용을 구체적으로 실현하는 것을 권리의 행사라 한다. 권리의 내용에 따라 행사의 방법도 다르다. 권리 자체는 관념적이나 권리의 행사는 그러한 관념적인 권리를 현실화하는 것이므로 사실로 나타나야 한다. 권리의 행사는 권리의 주장과는 다르다. 즉 권리의 주장은 권리자체의 존재를 타인으로 하여금 승인하게 하려는 것이므로 권리행사와는 근본적으로 다르다.

2. 행사의 방법

가. 행사의 모습

권리의 행사는 사실행위일 수도 있고, 법률행위일 수도 있다. 권리행사의 방법은 권리의 내용에 따라서 다르다. 즉 권리의 내용인 힘이 나타나는 방향을 기준으로 그 모습이 다르다. 권리의 행사는 사적자치의 원칙에 따라 권리자의 의사에 맡겨져 있다. 헌법과 법률에 의한 제한을 받을 수는 있지만 자기의 권리를 행사하는 자는 그 누구를 해하는 것은 아니다. 그러나 신의칙에 위반한 권리의 행사는 권리남용이 되거나 불법행위가 될 수도 있다.

나. 행사의 방법

지배권의 행사는 그 권리의 객체를 지배해서 사실상의 이익을 누림으로써 성립한다. 예를 들어 소유권에 있어서는 목적물을 사용, 수익, 처분하고, 지적재산권에 있어서는 저작물이나 특허발명품의 복제하는 것과 같다. 청구권의 행사는 의무자에 대하여 급부실현을 요구하거나 그 이행을 수령하는 것이다. 예를 들어 금전 지급이나 물건의 인도를 청구하고 그 이행을 받는 것이다. 형성권은 현실적으로 권리자가 일방적으로 의사표시를 함으로써 행사된다. 예를 들어 법률행위를 취소 또는 계약을 해제한다거나 경우에 따라서는 형성의 소를 제기하여야 하는 경우도 있다. 항변권은 청구권자의 이행 청구가 있을 때에 이를 거절하는 형식으로 행사된다.

II. 의무의 이행

의무의 이행이란 의무자가 의무의 내용을 실현하는 것이다. 즉 의무의 내용인 작위 또는 부작위를 하는 것이다. 의무의 이행은 신의에 따라 성실히 이행하여야 한다. 신의칙에 위반한 의무이행은 이행의 외관을 갖추었다더라도 의무의 이행이 아니며, 의무불이행으로 채무불이행이나 기타 불법행위를 구성하게 된다.

제4절 신의성실의 원칙

제1관 권리행사의 한계

1. 권리 자유의 원칙

근대사법은 개인주의와 자유주의를 기본으로 채택하고 있기 때문에 권리본위로 구성되어 있다. 권리의 행사가 권리자의 자유에 맡겨져 있고 권리를 행사할 의무가 그 속에 포함되어 있지 않다. 그것은 권리의 행사로 타인에게 해를 끼치더라도 원칙적으로 손해배상을 할 필요가 없다는 것을 의미한다.

2. 권리의 사회성

근대사법의 발달로 자본주의 경제가 부흥되었으나 19세기 후반에 이르러 자본주의 경

제의 모순이 생기면서, 권리행사의 절대적 자유는 빈부의 차이를 조장하고 사회적 정의에 반하는 현상이 나타나게 되었다. 즉 권리는 절대적인 것이 아니고 일정한 내재적인 제한이 있으며 권리는 사회적 공공목적에 따라 행사하여야 한다는 공감대가 형성되었는데, 이것이 권리(사권)의 사회적 승인이라고 할 수 있다. 이에 따라 권리의 자유에 대한 수정이 이루어져 개인의 권리는 존중되어야 하지만 그 권리의 행사가 타인이나 사회의 이익에 반할 수 없다는 한계가 생기게 되었다. 이와 같은 권리자유 수정원칙이 처음으로 나타난 것이 시카네(Schikane)금지인데 타인에게 손해를 가할 목적으로만 하는 권리행사는 금지된다. 1919년 바이마르 헌법은 ‘소유권은 의무를 진다. 소유권의 행사는 공공의 복리에 대한 봉사이어야 한다’고 하여 수정원칙에 대한 법사상을 선언하고 있다.

3. 헌법과 민법의 선언

가. 헌법

우리 헌법 제23조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 하여 공공복리가 전체로서의 사회공동생활의 향상 발전이라는 방향으로 적극적으로 바뀌면서, 공공복리의 원칙이 私法의 최고원리로 선언되었다. 즉 권리의 개념 자체 속에 공공복리를 위하여 행사하여야 할 의무가 포함되어 있다고 하게 되어, 권리의 내용과 행사는 공공의 복리와 조화되어야 되어야 하며, 그 범위 내에서 효력이 인정되게 되었다.

나. 민법

민법 제2조 역시 이러한 정신을 이어 받아 권리행사의 한계를 규정한다. 즉 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”는 신의성실의 원칙과 “권리는 남용하지 못한다”는 권리남용금지 원칙을 정하여 민법의 최고원리로 삼고 있다. 신의성실의 원칙은 물권관계 및 채권관계는 물론 가족관계에도 적용되는 일반조항으로서의 역할을 하면서, 강행법규적인 성질을 가진다. “신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다”(대판 1995. 12. 22. 94다42129)

4. 신의칙과 권리남용의 관계

신의성실에 관한 민법 제2조 제1항과 권리남용에 관한 제2항은 어느 경우에도 권리의 일반을 나타내는 표현으로 병행적으로 열거되어 있다. 이는 스위스 민법의 태도가 반영된 것이라 볼 수 있다. 통설과 판례는 대체적으로 권리의 행사가 신의성실에 반하는 경우에는 권리남용이 된다고 하여, 권리남용의 금지를 신의성실의 원칙의 효과로 보고 있다. 즉 양조항의 중복 적용의 가능성을 인정하고 있다.

제2관 신의성실의 원칙

I. 서설

1. 의의

신의성실의 원칙(신의칙)은 권리행사는 신의에 좇아 성실하게 행사되어야 한다는 일반 원칙이다. 법원칙으로서 신의칙은 본래의 윤리적, 도덕적 평가를 법적 가치판단의 한 내용으로서 차용한 것이다. 민법이 신의칙을 권리행사 일반에 관한 원리로서 규정하고 있는 것

은 권리의 사회성과 공공성의 표현이라고 할 수 있다. 따라서 신의칙은 私法의 전반에 미치는 일반 원칙으로 확립되었다. 민법 제2조 제1항은 일반조항으로서 권리, 의무를 그 사회적 사명에서 관찰하여야 한다는 사법이념의 일반적, 추상적인 내용을 내세운 帝王條項, 白地條項이다. 신의칙은 행위준칙이자 동시에 법원의 재판기준으로서 개개의 경우에 재판을 통하여 실현된다.

2. 연혁

신의성실의 원칙(신의칙)은 로마법에 기원을 두고 있으나 이 원칙을 처음으로 규정한 것은 프랑스 민법이다. 독일 민법에도 규정되었으나 이 때까지도 신의칙은 법률행위의 해석과 채무의 이행에 관한 원칙이었다. 그 후 독일의 학설 및 판례는 신의칙을 채권법 전체에 통하는 최고의 원칙으로 채용하였다. 그리고 스위스 민법은 신의칙을 민법 전체를 아우르는 최고의 원리로 삼았는데 우리 민법은 이러한 스위스 민법을 받아들였다.

3. 학설 및 판례의 태도

1) 규범설에 의하면 신의칙은 민법 전반에 걸치는 기본적인 법규범이라고 한다.(고상룡, 박윤직, 김상용, 김증한, 이은영)

2) 이익형량설은 신의칙을 이익교량의 수단이라고 이해한다. 즉 법률관계에 참여한 모든 자는 상대방의 정당한 이익을 고려하면서 행위할 의무를 부담한다고 한다.(이영준, 양창수)

3) 판례의 태도

판례는 규범설과 같은 입장이나 구체적 사안에서는 신의칙의 파생원칙을 유지한다. 즉 판례상 신의칙은 추상적 규범이고 파생원칙은 구체적인 실체적 규범이다.

4. 적용 범위 및 대상

1) 신의칙은 채권관계, 물권관계 및 가족관계에 두루 인정되나 특히 채권관계에 그 실효성이 가장 크다.

2) 권리행사가 신의칙에 반하는 경우에는 권리남용이 되는 것이 보통이므로 양자는 내외 관계로서 중복 적용된다.

3) 신의칙을 적용하기 위해서는 당사자 사이에 법적인 특별 결합관계가 존재하여야 한다.(양창수)

4) 법률행위의 해석의 표준이 되기도 한다.

II. 신의칙의 기능 및 한계

1. 신의칙의 기능

가. 법형성 기능

신의칙은 법률의 흠결을 보충한다. 법률이나 관습법이 없는 경우에 조리의 이름으로 이를 보충하는 법창조적인 기능을 가진다. 즉 신의칙은 법관에 의한 법형성을 가능하게 한다. 그러나 법형성기능이 법관에 대한 일반적 수권을 의미하는 것은 아니다.

나. 형평기능

근대사법의 수정원칙에 따라 신의칙은 모든 권리 또는 법적 지위에 내재된 한계를 이룬

다. 해당 사안에 법규범을 형식적, 일률적으로 적용함으로써 생기는 부작용을 피하고 해당 사안의 특수성을 정당하게 판단함으로써 형평의 기능을 수행한다. 이러한 기능으로 권리남용을 포함하는 부당한 권리행사를 저지하고 있다.

다. 보충기능

신의칙은 당사자들의 권리와 의무의 내용을 구체적으로 정하는 기능을 가진다. 계약서에 구체적인 조항이 없거나 계약시 예견하지 못한 문제점을 계약의 해석, 법률의 해석 등을 통하여 결함을 메울 수 있다. 그러나 계약상 권리, 의무가 있는지 여부를 결정할 때에는 신의칙이 사용된다. 즉 계약의 보충적 해석을 통하여 개개의 채권채무관계의 특성에 따른 부수의무를 성립시켜 구체화한다.

라. 수정기능

신의칙은 형식적인 법적 지위의 수정기능을 한다. 계약서나 법규에는 그러한 권리, 의무가 있지만 신의칙에 의하면 그러한 권리의무가 없는 경우가 있을 수 있다. 구체적인 사안에서 어떤 법규를 형식적으로 적용한다면 타당한 결과를 얻을 수 없는 경우에 타당한 결과를 얻기 위하여 신의칙이 원용되는 것이다.

2. 신의칙의 한계

가. 법규의 적용

신의칙은 법률관계와 법규들을 그 내용 및 목적에 따라 구체화하거나, 형식적으로 주어진 권리, 의무의 한계를 지적하여 주는데 그 의의가 있다. 즉 신의칙은 독립적으로 새로운 법률체도를 창조하는 것이 아니며, 그 자체가 청구권의 기초도 아니다. 따라서 신의칙을 적용함으로써 강행규정을 위반하는 하는 결과가 생긴다면 신의칙을 적용하기는 어려울 것이다.

나. 최후의 적용

대부분의 사건은 해당 법규에 의해서 해결할 수 있으므로 신의성실의 원칙에 의존할 필요가 없다. 그러나 구체적인 사안에서 특수한 경우에 당사자의 일방 또는 쌍방에 대하여 특히 불공평이 명백한 경우에만 최후의 보루로 사용하여야 한다.

다. 구체화와 기준

개별적이고 구체적인 사건에 대하여 신의성실의 원칙을 적용하는 경우 법적 안정성 내지 예측 가능성을 확보하기 위하여 일반조항은 보다 상세하고 구체화되어야 한다. 이러한 기준으로 입법자 및 기초자에 의한 가치판단이나 상인간의 상관행 등 거래관행, 일반적으로 승인된 가치 등을 들 수 있다.

라. 강행규정

신의성실의 원칙은 강행법규적인 성격을 띄고 있으므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 그 위반 여부를 판단할 수 있다.

III. 파생원칙

신의성실의 원칙에 관하여 축적된 판례는 일반조항이 적용되는 사례나 유형에 따라 특수

화 및 개별화된 법원리를 형성해 가고 있다. 위에서 살펴본 신의칙의 기능도 역시 판례가 개별적인 법원리를 형성해가는 모습이라고 할 수 있다.

1. 사정변경의 원칙

사정변경의 원칙은 법률행위의 성립 후에 행위당시 기초로 되었던 사정을 당사자가 예견하지 못하였거나 당사자에게 책임을 지울 수 없는 중대한 변경이 발생하여, 그 법률행위의 효과를 그대로 유지시키는 것이 심히 부당한 경우에 그 효력을 부인하거나 변경시키려는 법리를 말한다. 우리 법률에도 사정변경의 원칙에 따른 규정들(민법 제218조 2항, 286조, 제312조의 2, 제557조, 제627조, 제628조, 제661조, 제689조 등)이 있으나 판례는 추상적으로는 이를 인정하면서도 실제로는 거의 적용하지 않고 있다. 즉 판례는 "계약은 지켜져야 한다"는 대원칙을 더 중시하는데 이는 사정변경의 원칙을 너무 쉽게 인정하면 계약사회의 기반이 무너진다는 점을 고려한 것이다. 판례는 종래 사정변경의 원칙을 부정하였으나(대판 1991.2.26. 90다19664, 대판 1996.2.9, 95다27431), 계속적 계약관계 등 극히 예외적인 경우에 한하여 사정변경을 이유로 한 계약해제의 가능성을 인정하고 있다.(대판 2007.3.29. 2004다31302)

2. 금반언의 원칙(모순행위금지 원칙)

금반언이란 자신의 작위 또는 부작위 등 선행행위와 정면으로 또는 실질적으로 모순되는 행위를 해서는 안된다는 원칙을 말한다. 판례는 “전에 스스로 한 행위와 모순되는 행위를 하는 것으로 자기에게 유리한 범지위를 악용하려 함에 지나지 아니하므로 이는 신의성실의 원칙이나 반금언의 원칙에 위배되는 행위로서 법률상 용납될 수 없다(대판 1990.7.24, 89누8224)고 한다. 금반언의 원칙(자기의 前의 행동에 반하는 행위, Promissory estoppel)을 적용함에 있어서는 객관적으로 모순되는 행태와 그 귀책 및 그로 인하여 야기된 상대방에게 보호가치가 있는 신뢰의 존재가 종합적으로 고려되어야 한다. 이에 대하여 판례는 “신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하며, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다”(대판 2004. 6. 11. 2003다1601)고 한다. 금반언의 원칙을 인정한 판례와 이를 부정한 판례가 많으나, 특히 강행법규의 위반과 관련하여 “강행법규에 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장은 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없다”(대판 2004. 6. 11. 2003다1601)고 한다.

3. 실효의 원칙

실효의 원칙은 권리행사의 기회가 있음에도 장기간동안 권리의 불행사로 인하여, 상대방이 이를 행사하지 않을 것으로 신뢰한 데에 정당한 사유가 있는 경우에, 뒤늦게 권리자가 권리를 행사하는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 않는다는 법리이다. 즉 상대방은 그 권리행사에 대하여 실효의 항변을 주장할 수 있다. 획일적 일반적으로 권리의 행사가 인정되지 않는 제척기간이나 시효제도와 달리 실효의 원칙은 신의칙에 비추어 개별적으로 권

리의 행사가 인정되지 않는다. 구체적인 경우에 권리의 행사가 상당기간이 경과하여야 하고 권리의 뒤늦은 주장을 악의적인 것으로 볼 수 있는 쌍방의 사정 및 객관적 사정 등이 있어야 하는데 이는 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다. 판례는 “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 상황에서 이를 수령하는 등의 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 없다” (대판 2000.4.25, 99다34475)고 한다.

IV. 신의칙의 위반효과

권리의 행사가 신의칙에 위반되는 경우 권리남용이 되어 권리의 행사가 제한되거나 행사하지 못할 경우도 있다. 의무의 이행이 신의칙에 위반되는 경우에는 채무불이행이 되어 상대방은 계약의 해지나 해제, 손해배상청구권 등을 행사할 수 있다. 신의칙 위반이나 권리남용은 강행규정 위반이므로 당사자의 주장없이 법원의 직권으로 판단한다. 판례는 “신의 성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 주었다거나 객관적으로 보아 상대방이 그러한 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의 관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 하고, 일반 행정법률관계에서 관청의 행위에 대하여 신의칙이 적용되기 위해서는 합법성의 원칙을 희생하여서라도 처분의 상대방의 신뢰를 보호함이 정의의 관념에 부합하는 것으로 인정되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 예외적으로 적용된다(대판 2004.7.22. 2002두11233)고 한다.

제3관 권리남용금지의 원칙

I. 서설

1. 의의

외형상으로는 권리의 행사로 보이나, 구체적인 경우에 실질적으로 권리의 행사가 본래의 목적을 벗어나 공공성, 사회성에 반하는 것이어서, 정당한 권리의 행사로서 인정할 수 없는 행위가 권리남용이다. 민법 제2조 2항은 권리는 남용하지 못한다고 규정하고 있을 뿐 어떤 경우에 권리행사가 권리남용에 해당되는지 알기는 어렵다. 권리남용금지의 원칙을 적용함에 있어서 이 원칙을 원용하여 불공정하다고 느껴지는 모든 권리의 추구를 저지하려 해서는 안 되고, 부당한 경우에만 권리행사의 향변이 허용되어야 할 것이다.

2. 연혁

로마법에서도 시카네 금지의 법리가 소유권의 상린관계 등에 특수한 행사가 인정되고 있었다. 근대에서 권리남용론의 시초라고 하는 프랑스의 판결은 시카네적인 권리행사에 관계되는 일련의 권리남용을 채용했다. 그 후 독일 민법 제226조도 시카네금지 규정을 두었다. 그러나 이들은 권리행사의 자유를 근본적으로 수정하는 것은 아니었다. 권리남용금지의 원칙이 진정으로 확립된 것은 권리의 공공성, 사회성이 인정된 이후라고 보는데 이런 면에서 처음으로 권리남용을 규정한 것은 스위스 민법이다.

II. 권리남용의 판단 기준

판례는 어느 권리행사가 권리남용에 해당하는지를 구체적인 사안에 따라 다양한 판단기준을 가지고 판결하고 있다. 판례는 권리남용의 해당여부를 판단하는 기준에 대해서 주관적 요건에서 객관적 요건으로 옮겨가고 있다. 이는 사회에서 발생하는 분쟁의 현상이 복잡하게 나타남을 의미한다. 권리남용의 요건은 권리의 성질에 따라 내용과 성질이 다르므로 공통의 요건과 효과를 정하는 것이 어렵고 타당하지 않으며, 따라서 일반조항으로서 의미가 있다.

가. 주관적 요건(시카네금지)

권리자의 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는데만 있고, 행사자에게는 아무런 이익이 없는 경우와 같이 권리행사자의 주관적 요건에 해당하는 경우에는 권리남용이 된다. 주관적 요건에 의한 판례는 많지 않으나 “소유자의 담장 건립행위가 외형상은 권리의 행사로 보이나 실질적으로는 그 부지가 소유자 명의로 있음을 기화로 권리행사의 이름을 빌려 상대방의 건물 사용을 방해하고 상대방을 괴롭힐 목적으로 행한 것이라면 그러한 행위는 권리의 사회성에 반하여 권리행사로서는 용인될 수 없다”(대판 1973.8.31.73다91)고 한다.

나. 주관적 요건의 객관적 요건

주관적 요건외에 객관적으로 그러한 권리의 행사가 사회질서에 위반한다고 볼 수 있는 사유가 있어야 한다. 판례는 “권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없고 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있으면 그 권리의 행사는 권리남용으로서 허용되지 아니한다고 할 것이고, 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있다”고(대판 1993.5.14. 93다4366) 한다.

다. 객관적 요건

권리행사에 의하여 권리자가 얻는 이익보다 권리행사로 상대방과 사회에 미치는 불이익이 현저하게 크다고 판단되는 경우에는 권리행사가 된다. 이런 경우에는 상대방 및 사회적 불이익을 객관적으로 비교, 형량하여 권리남용을 인정할 수 있다. 이는 구체적인 사안에 따라 종합적인 판단이 필요하나 결국 사회질서가 그 기준이 된다. 판례는 “권리남용이라 함은, 권리자가 그 권리를 행사함으로써 인하여 사회적, 경제적으로 얻는 이익보다도 권리행사를 당하는 상대방에게 과도한 손해를 입게 함에도 불구하고, 권리자가 권리행사에 이름을 빌려, 상대방에게 손해를 가할 것만을 목적으로 하거나 또는 객관적으로 우리의 사회통념상 도저히 용인될 수 없는 부당한 결과를 자아내는 등 공공복리를 위한 권리의 사회적 기능을 무시하고, 신의성실의 원칙과 국민의 건전한 권리의식에 반하는 행위를 함을 뜻한다”고(대판 1978.2.14. 77다2324,2325) 한다.

III. 권리남용의 효과

권리의 행사가 남용으로 인정되면 법률효과는 발생하지 않는다.

1) 청구권이 남용되면 청구기각의 판결을 받게 된다.

- 2) 형성권이 남용되면 법률관계의 발생, 변경, 소멸의 효과가 발생하지 않는다.
- 3) 권리남용의 결과가 타인에게 손해를 주면 위법한 행위로서 손해배상의 책임을 진다.
- 4) 친권의 행사가 남용이 된 경우에는 친권이 상실된다. 다만, 판례는 친권상실선고(제924조)에 대해 매우 신중하고도 엄격한 태도를 보이고 있다.(대판 1993.3.4 93스3, 대판 1997.1.24, 96다43928 등)

제5절 권리의 충돌과 경합

I. 권리의 충돌

1. 의의

동일한 객체에 대하여 수개의 권리가 존재하는 경우에 그 객체가 그 권리를 모두 만족시킬 수 없는 때가 있다. 이를 권리의 충돌이라 하는데 이 때에는 수개의 권리간에 그 순위가 있게 된다.

2. 권리의 순위

가. 물권과 물권의 충돌 :

- 1) 제한물권과 소유권이 충돌할 경우에는 제한물권이 우선한다.
- 2) 동종의 제한물권 상호간에는 먼저 성립된 순서에 의한다.
- 3) 다른 종류의 제한물권 상호간에는 법률의 규정에 의하여 순위가 정하여진다.

다. 물권과 채권의 충돌하는 경우

- 1) 원칙적으로 권리성립의 선후에 관계없이 물권이 우선한다.
- 2) 부동산물권변동을 목적으로 하는 청구권이 가등기된 경우, 등기된 임차권, 대항요건과 확정일자를 갖춘 주택임대차, 상가건물임대차 등은 물권과 충돌시 대항력을 갖춘 시점을 기준으로 우열을 정한다.
- 3)근로기준법상 근로자 임금 등의 채권의 우선특권과 주택임대차보호법 및 상가건물임대차보호법상의 소액보증금의 우선변제, 조세특권 등은 채권이지만 법에 의거 물권에 우선한다.

라. 채권과 채권의 충돌하는 경우

- 1) 선행주의에 따라 먼저 행사하여 먼저 만족을 얻는 자가 결과적으로 우선한다.
- 2) 파산시에는 채권자평등의 원칙에 따라 채권액의 비율에 따라 변제받는다.

II. 권리의 경합

1. 의의

권리의 경합이란 하나의 사안에 관하여 처음부터 수 개의 법규가 정하는 요건을 충족하여 권리자체가 여러 개가 발생(권리중첩)하나, 하나의 권리를 행사하여 목적을 달성하면 다른 권리가 소멸하는 것을 말한다. 예를 들어 임대차계약 종료시에 임대인은 소유권에 기한 반환청구권과 임대차계약해제에 기한 반환청구권을 행사할 수 있고, 운전자의 과실로 인한 교통사고로 승객이 다친 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권과 채무불이행으로 인한 손해배상청구권이 경합하는 경우이다.

2. 경합의 모습

가. 청구권 경합

수개의 청구권이 경합하는 경우가 있다. 청구권이 경합하는 경우 권리자는 그의 선택에 따라 어느 권리든지 실행할 수 있다. 청구권의 경합은 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권에서 많이 발생하며, 양자는 입증책임, 시효기간 등에서 차이가 있기 때문에 구별의 실익이 있다. 예를 들어 화물운송중 자기나 사용인 등의 고의 또는 과실로 인하여 화물을 멸실 또는 훼손시킨 경우 화주는 해상운송인에 대하여 운송계약불이행으로 인한 손해배상과 불법행위로 인한 손해배상을 경합적으로 청구할 수 있다(대판 1989.4.11. 88다카 11428).

나. 법조경합

하나의 생활사실이 수개의 법규가 정하는 요건을 충족하지만 그 수개의 법규가 특별법과 일반법과의 관계에 있는 경우에 법조경합(법규경합)이 발생한다. 예를 들어 공무원의 직무상의 불법행위책임에 관한 민법 제756조와 국가배상법 2조가 경합하는 경우에는 특별법인 국가배상법만 적용하게 된다. 그리고 하나의 법규가 다른 법규와 경합하여 그 효과를 제한하는 경우에도 법조경합이 발생할 수 있다. 예를 들어 계약 당시에 매매목적물의 일부가 이미 멸실된 경우에는 민법 제535조가 아닌 제574조가 적용되어야 하나 매도인의 담보책임과 착오가 경합하는 경우에 통설적 견해는 제535조를 적용하여야 한다는 것이다.

제6절 권리의 보호

I. 서설

권리의 침해에 대한 구제를 권리의 보호라고 한다. 옛날에는 私力救濟가 인정되어 권리자가 자기 힘으로 권리를 보호하기도 하였다. 그러나 사력구제는 권리남용과 끝없는 투쟁을 유발하여 사회적 불안을 가져오게 되었다. 이에 따라 근대 법치국가에서 권리보호와 구제는 국가구제와 公力救濟에 의하고 있으며 사력구제는 이를 허용하지 않는 것이 원칙이고 부득이한 경우에 예외적으로 인정하고 있다.

II. 국가구제

권리의 침해가 있는 경우에는 국가에 대하여 그의 보호를 요구하는 청구권이 있다. 국가가 권리를 보호하는 제도는 재판제도와 재판외 분쟁해결제도(ADR) 등이 있다.

가. 재판제도

권리가 침해된 경우에는 권리자가 법률이 정하는 절차에 따라 법원에 권리의 보호를 청구하는 제도이다(헌27조). 권리보호청구를 받은 법원은 구체적 사건의 내용을 확정하고(사실문제), 그 사건에 관한 법규의 내용을 분명히 한 후(법률문제), 추상적인 법규를 대전제로 하고 구체적 사실을 소전제로 하여 판단(판결)을 내린다. 판결을 이행하지 않는 경우에는 국가의 강제력으로써 권리의 내용을 실현하게 된다(강제집행). 아울러 장래의 강제집행을

보전하거나 권리관계의 현상을 유지하기 위한 조치(가압류, 가처분 제도)도 한다.

나. 재판외 분쟁해결제도

재판외 분쟁해결제도는 해당 사안에 대하여 경험이 풍부하고 전문적인 지식을 가진 전문가들이 당사자들과 타협과 양보를 통하여 자주적으로 분쟁을 신속하고 간편하게 해결하는 방법이다. 이에는 화해, 조정, 중재 등이 있다.

1) 화해

화해는 당사자의 양보에 의하여 분쟁을 해결하는 방법이다. 이에는 민법상의 화해(제731조)와 재판상의 화해가 있는데 재판상 화해에는 제소전 화해(민사소송법 제385조 이하)와 소송 계속중에 하는 소송상 화해(동법 제220조)로 나뉜다. 재판상 화해가 성립하여 조서에 기재되면 화해조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다.

2) 조정제도

조정이란 민사분쟁에 대해 당사자가 법원에 조정을 신청 후 민사조정법에 따라 법관이나 조정위원회가 간이한 절차에 따라 상호 양해로 분쟁을 종결하는 절차이다. 이와 같은 사법형 조정이 성립하면 재판상 화해와 동일한 효력이 있다. 사법형 조정이 성립하지 않으면 소송으로 진행한다. 이에 비하여 행정형 조정과 민간형 조정의 장점은 간편하고 대립을 남기지 않은 반면 재판과 같은 확실성이 없다는 점이 단점이다.

3) 중재제도

중재제도는 경험이 풍부하고 전문적인 지식을 가진 중재인들이 중재법에 따라 당사자들과 중재를 통하여 자주적으로 분쟁을 신속하고 간편하게 해결하는 방법이다. 중재를 진행하려면 계약서에 장차 분쟁시 중재인의 판정에 따르기로 하는 중재조항이나 중재계약서 등 중재합의가 필요하다. 이러한 중재합의가 있으면 소의 이익이 없게 되며, 중재판정은 당사자간에 있어서 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다(중재법 제35조).

III. 사력구제

권리침해에 대해 국가구제를 하는 것이 불가능하거나 곤란한 경우에는 예외적으로 개인의 私力에 의한 구제가 허용된다. 민법은 정당방위와 긴급피난이 불법행위를 구성하지 않는다는 규정을 두고 있으나 자력구제(自助)에 관하여는 규정을 두고 있지 않다. 그리고 넓은 의미에서 자력집행을 허용하는 상계도 사력구제라 할 수 있다.

가. 정당방위

타인의 불법행위에 대해 자기 또는 제3자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 가해행위를 한 자는 위법성이 조각되어 불법행위 책임을 지지 않는다(제761조 제1항). 현재의 위법한 침해행위가 존재하여야 하며, 그에 대한 부득이한 방위행위가 사회관념상 상당할 것이 요구된다.

나. 긴급피난

현재의 급박한 위난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 가해행위를 한 자는 위법성이 조각되어 불법행위로 되지 않는다(제761조 제2항).

다. 자력구제(自助)

자력구제는 국가의 구제를 기다릴 수 없는 경우에 권리자가 스스로 자기의 청구권을 실현하는 것인데, 점유자에 한하여 인정된다. 자력구제는 주로 과거의 침해에 대한 회복이다. 자력구제에 사용되는 수단은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 것이어야 하고 그 정도가 상당한 것이어서 권리남用に 이르지 않는 것이어야 한다. 점유자의 자력구제는 자력방위와 자력탈환이 있는데 이는 점유의 방해 또는 침탈을 전제로 한다(제209조).