

금반언의 원칙과 그 효과

Venire contra faktum prorprrium und die Rechtsfolge

최 신 섭*

目 次

- I. 서론
- II. 판례의 경향
 - a) 금반언에 관한 판례
 - b) 금반언의 원칙과 실효원칙의 관계
 - c) 판례의 문제점
 - 1. 신뢰보호의 판단기준
 - 2. 신뢰책임의 기준
 - 3. 신뢰책임 효과의 문제
- III. 금반언의 요건
 - a) 권리자의 권리불행사
 - b) 권리행사의 기대가능성
 - c) 상대방에 대한 신뢰발생
 - d) 선행행위와 모순된 주장
- IV. 금반언의 효과
 - a) 권리의 실효
 - 1. 권리의 불행사와 간접의무위반
 - 2. 간접의무의 법적성질
 - 3. 자기자신에 대한 과실로서 금반언
 - b) 추단적 행위에 의한 의사표시와 금반언
 - 1. 묵시적 의사표시로서 금반언
 - 2. 신뢰책임배상
- V. 결론

I. 서론

자기모순행위를 금지시키는 금반언의 원칙(Venire contra faktum

*인하대학교 법과대학 전임강사

proprium)은 권리자의 법적 지위를 상실시키는 일반적 법원리로서 우리법에 자리잡고 있다. 일정한 권리를 가지고 있는 자가 더 이상 자기의 권리를 행사하지 않을 것 같은 외관을 외부에 명시적 또는 묵시적으로 표시한 경우에는 그 권리자는 차후 자신의 선행행위와 모순된 주장을 해서는 않된다는 법원칙이다. 이러한 원칙은 일찍이 로마법에서 확립된 법원리로서 오늘날에도 선행행위와 모순된 주장의 법적 효력을 부인하는 근거로 사용되고 있다. 판례는 자기모순 금지의 원칙을 신의성실의 원칙에 근거를 두고 상대방의 정당한 신뢰를 보호하기 위한 법적 수단이라는 데에서 그 의미를 찾는다. 따라서 상대방의 정당한 신뢰가 깨진 경우에 신의칙상의 신뢰책임을 근거로 권리자의 권리를 상실시키는 법적 구성으로 일관하고 있다. 그러나 이러한 자기모순 금지의 법원리가 실제의 법률관계에서 어떠한 법적 성질을 가지고 있으며 또한 어떠한 근거에서 권리상실의 효과를 가져오는지에 대해서 판례는 구체적인 근거를 제시하지 않고 추상적이며 불확정한 신의성실의 원칙을 개별적인 상황에 적용하여 권리상실의 효과를 도출해 내고 있다¹⁾.

이러한 구성은 결코 당사자의 의사를 고려한 법률행위적 구성이 아니라 객관적인 법률의 규정(신의칙)에 따른 신뢰책임을 유일한 해결방법으로 제시한다. 그러나 판례가 제시한 이러한 방법은 보호되어야 할 신뢰와 그렇지 않은 신뢰가 어떠한 방법으로 구체화 될 수 있으며 그 기준은 어디에 있는지에 대하여 명백히 언급하지 못하고 있다. 그러나 구체적 사례에서 행위자의 내심적 의사와 외형적 행위를 살펴보면 확일적인 신의칙에 의한 문제해결의 방법이 아니라 추단적 행위에 의한 의사표시의 관점에서의 다양한 해결방법이 드러나게 된다. 따라서 본 논문에서는 판례가 제시한 일반적인 방법 이외에 상이한 시각에서 문제를 설명하려고 한다.

1) Hans Josef Wielng, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP176, 1976, S. 334f.

II. 판례의 경향

a) 금반언에 관한 판례

판례 1

회사가 근로자를 해고한 후 근로자가 퇴직금과 해고수당의 변제를 받지 아니하여 이를 공탁하자 근로자가 아무런 조건의 유보없이 공탁금을 수령하여 간 경우 근로자가 공탁금을 수령할 때 회사의 해고처분을 유효한 것으로 인정하였다고 볼 수 밖에 없고, 근로자가 해고당한 후 약 1개월이 지난 다음 동종업체에 취업하여 전회사에 있어서와 유사한 봉급수준의 임금을 지급받으며 근무하고 있으면서 해고당한 때로부터 3년 가까이 경과하여 해고무효확인소송을 제기한 경우라면 위 청구는 금반언의 원칙에 위배된다²⁾.

판례 2

사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의나 유보나 조건을 제시하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 해고처분을 유효한 것으로 인정하였다 할 것이므로 그로부터 오랜세월이 지난 후에 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배된다 할 것이다³⁾.

판례 3 (대판 91다 30118, 1992.1.21)

일반적으로 권리의 행사는 신의칙에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있어서 그 권리행사의 기대가능성이 있었음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권

2) 대판 90다카25512, 1990.11.23.

3) 대판 91다39085, 1992.3.13.; 대판 90다20428, 1991.10.25.; 대판 92다3809, 1992.7.10.

리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위배하는 것으로 인정되는 결과로 될 때에는 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 실효기간의 (권리를 행사하지 아니한 기간) 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니 하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자측과 상대방측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재하는 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 고려해야 할 것이고 징계해임처분의 효력을 다투는 분쟁에 있어서는 징계의 사유와 그 징계해임처분의 무효사유 및 징계해임된 근로자가 그 처분이 무효인 것을 알게 된 경위는 물론 그 근로자가 그 처분의 효력을 다투지 아니할 것으로 사용자가 신뢰할 만한 다른 사정(예를 들면, 근로자가 퇴직금이나 해고수당 등을 수령하고 오랫동안 해고에 대하여 이의를 하지 않았든지 해고된 후 곧 다른 직장을 얻어 근무하였다는 등의 사정) 사용자가 다른 근로자를 대신 채용하는 등 새로운 인사체계를 구축하여 기업을 경영하고 있는 지의 여부 등을 모두 참작하여 그 근로자가 새삼스럽게 징계해임처분의 효력을 다투는 것이 신의성실의 원칙에 위반하는 결과가 되는지의 여부를 가려야 할 것이다.

갑에 대한 의원면직처분의 기초가 된 조건부 징계해임처분의 사유는 갑이 수용가로 부터 금품을 받았다는 것이고 위 징계처분의 무효사유는 사용자인 을이 인사위원회의 심리기일에 결석한 갑에 대하여 심리기일을 1회 연기하지 아니하고 막바로 징계결의를 하였던 것인바 이러한 사정들과 갑이 이 사건의 의원면직처분이 무효인 것을 알고서도 2년 4개월 남짓한 동안이나 그 처분이 무효인 것이라고 주장하여 자신의 권리를 행사한 바 없다는 점을 함께 고려하여 보면 갑이 의원면직처분으로 면지된 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 없다고 본 사례.

판례 4

갑이 을의 소유건물을 보증금 34,000,000원에 채권적 전세를 얻어 입주하고 있던 중 을이 은행에 위 건물을 담보로 제공함에 있어 을의 부탁으로 은행직원에게 임대차계약을 체결하거나 그 보증금을 지급한 바 없다고 하고 그와 같은 내용의 각서까지 작성하여 주프로서 은행으로 하여금 위 건물에 대한 담보가치를 높게 평가하도록 하여 을에게 대출하도록 하였고 은행 또한 위 건물에 대한 경매절차가 끝날 때 까지도 을과 갑사이의 위와 같은 채권적 전세관계를 알지 못하였다고 한다면 갑이 은행의 명도청구에 즈음하여 이를 번복하면서 위 전세금의 반환을 내세워 그 명도를 거부하는 것은 특단의 사정이 없는 한 금반언 내지 신의칙에 위배된다⁴⁾.

b) 금반언 원칙과 실효의 원칙의 관계

판례는 해임처분의 무효의 사실을 알고서도 아무런 이의없이 퇴직금과 해임수당을 수령한 사실에서 처음에는 신의칙상의 금반언의 원칙을 가지고 권리상실의 근거를 설명한다. 그러나 그 후 법원은 동일한 취지의 판결을 거듭하면서 신의칙상의 금반언이라는 용어를 표현하는 대신에 신의칙상의 실효의 원칙을 가지고 권리상실의 근거를 설명한다. 따라서 이러한 판례상의 용어의 변화는 문제를 해결하기 위한 기본적인 법리의 변화를 의미하는 것처럼 보인다. 그러나 이것은 선행행위와 모순된 주장의 효력을 부인하는데 있어서 나타나는 상이한 해결방법의 차이에 불과한 것이지 결코 문제

4) 대판 86 다카 2788, 1987.5.12; 대판 87다카 1708, 1987.11.24

해결방법을 위한 근본적인 변화를 의미하는 것은 아니다.

신의칙상 금반언의 원칙은 선행행위와 모순된 주장의 법적 효력을 부인하는 데 있어서 선행행위보다는 후행행위 그 자체의 모순성에 중요한 의미를 부여하는 데 반하여 실효의 원칙은 선행행위와 모순된 주장을 한 경우에 나중에 한 행위의 효과가 권리상실을 가져온다는 결과적 측면을 강조한 것에 지나지 않는다. 따라서 권리소멸의 원인적 측면을 설명한 금반언의 원칙과 권리소멸의 결과적 측면을 고려한 실효의 원칙은 상호 표리관계에 있다고 할 수 있을 것이다. 이것은 권리소멸의 원인과 관련된 금반언의 원칙을 설명한다면 권리소멸의 결과적 측면을 설명한 실효의 원칙은 자연히 그 의미가 드러나게 될 것이다⁵⁾. 이것을 위하여 행위자의 묵시적 의사표시가 문제해결을 위한 또 다른 방법으로 제시될 수 있다.

판례는 자기모순 금지의 원칙을 신의성실의 원칙에 근거를 두고 상대방의 정당한 신뢰를 보호하기 위한 법적 수단이라는 데서 그 의미를 찾는다. 우리 민법 제2조에 규정되어 있는 신의성실의 원칙은 그 한 부분으로 자기모순금지의 원칙을 포함하고 있는데 이 자기모순금지의 원칙으로 부터 판례는 실효의 이론을 도출해 낸다. 따라서 판례는 실효이론을 민법에 적용하기 위해서는 이것을 명문으로 규정할 필요는 없고⁶⁾ 단지 정당한 신뢰가 깨진 경우에 신의칙상의 신뢰책임을 근거로 권리자의 권리를 상실시킬 수 있다는 법리구성으로 일관하고 있다.

c) 판례의 문제점

1. 신뢰보호의 판단기준

판례는 권리상실의 근거를 신의칙에서 발생한 실효의 원칙에서 구하고

5) 백태승, 선행행위와 모순되는 행위의 금지의 원칙에 관한 판례의 태도, 법률신문 1997. 7. 18; 박윤적, 민법총칙, 박영사 1998, pp98.

6) 이영준, 민법총칙, 박영사, 1997, pp 737.

있다. 신의칙상 상대방의 정당한 신뢰는 보호되어야 하며 일방의 신뢰보호의 반사효과로서 상대방에 대한 권리상실의 효과를 이끌어 낸다. 여기서 상대방의 정당한 신뢰를 보호하자는 데 대해서는 아무런 이견이 없다. 그러나 과연 어떠한 기준을 가지고 보호해야 할 신뢰와 그렇지 않은 신뢰를 구별해야 할 것인가가 문제다.

판례는 여기서 신뢰할 만한 정당한 사유의 구별기준에 대해서는 일률적으로 판단할 것이 아니라 구체적인 경우마다 개별적으로 당사자 쌍방의 객관적 사정을 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단해야 한다고 한다. 그러나 판례가 제시한 이러한 판단기준은 결국 신의칙이 가지고 있는 일반 규정으로서의 문제들, 즉 추상적 포괄적 규범이 가지는 법적 안정성의 문제를 명백히 해결하지 못한 채 다시 정당한 신뢰보호를 위한 판단기준에 도입되어 버린다. 이것은 정당한 신뢰발견을 위한 일반적 기준을 제시하지 못하고 개별적 구체적 판단에 의존하게 되므로 신의칙을 적용할 때 발생할 수 있는 법적 안정성의 문제를 다시금 신뢰판단의 단계에서도 반복할 위험성을 제기한다. 자기모순금지의 원칙은 매우 추상적이어서 사적자치를 자의적으로 제한하거나 법적 안정성을 해칠 우려가 있으므로 그 요건과 효과를 구체화 하지 않으면 안될 것이다⁷⁾.

2. 신뢰책임의 기준

신뢰책임은 행위의 외관에서 출현하는 상대방의 신뢰보호에 있다. 신뢰책임에서 중요한 요소로 평가되는 것은 행위의 외형적 모습이다. 실패의 원칙에 따르면 상대방이 보기에 권리자의 행동이 마치 권리를 행사하지 않을 것처럼 보여질 때 권리자의 권리는 자신의 주관적 의사와는 관계없이 소멸될 수도 있다고 한다. 신뢰책임은 행위의 객관적 측면을 판단의 대상으로 한다. 그러나 판례가 신의칙상 권리상실의 원인으로 제시되는 신뢰관계는

7) 대판, 91다30118, 1992.1.21: 이영준, 전거서, pp 738; 이은영, 민법총칙, 박영사, 2000, pp 78.

행위자의 객관적 행위형태와 행위자의 주관적 인식을 동시에 고려한다. 예컨대 의원면직처분이 무효라는 사실에 대한 권리자의 인식을 실효의 요건으로 인정하는데 이것은 신뢰책임에서 평가하는 행위의 객관적 외형적 판단기준을 초월한다. 만일 상대방의 신뢰보호를 위하여 행위자의 주관적 의사까지도 판단의 대상으로 고려한다면 왜 판례는 권리상실의 원인을 외형적 신뢰책임이 아니라 권리자의 내심적 의사에 의한 법률행위적 구성에서 그 해결방법을 찾지 않는지 명백하지 않다⁸⁾.

판례가 행위자의 주관적 의사를 고려할 때 발생하는 문제들, 예컨대 행위능력의 문제 그리고 의사표시의 하자문제 등은 객관적으로 행위의 외형으로 판단해서는 안되는 문제들이다. 이처럼 권리소멸의 효과를 가져오기 위하여 행위자의 주관적 요소와 관련시킬 때 추상적이며 포괄적인 신의성실의 원칙이 이러한 구체적이며 세부적인 문제를 해결할 수 있는가?

권리자의 행위를 통해서 그리고 상당한 기간 권리를 행사하지 않아서 발생한 신뢰는 명백히 행위자의 주관적 의사와 관계지을 수 없는 행위의 외형을 전제로 한다. 만일 행위자가 자신의 행동을 통하여 권리포기의 의사를 묵시적으로 표시했다면 그것은 신의칙상의 신뢰책임으로 다루어야 할 것이 아니라 법률행위의 형태로서 권리포기의 문제로 해결해야 할 것이다. 신의칙에 근거를 둔 금반언의 원칙은 신뢰책임으로 모든 것을 해결할 수는 없다. 그러나 권리자의 행위에 의한 묵시적 의사표시를 고려할 때 금반언의 원칙은 사적자치에 의한 권리포기의 또 다른 모습이기도 하다.

3. 신뢰책임 효과의 문제

권리자가 상당기간 권리를 행사하지 않고 또한 상대방에게 권리를 포기하는 것과 같은 외형을 야기시켰을 때 이것으로 곧 권리포기의 결과를 도출해 낼 수는 없다. 권리자가 자기행위의 법적 의미를 인식하고 행동한 경

8) Wieling, a.a.o., S., 336ff; 대판 91다30118, 1992.1.21.

우와 그렇지 않은 경우는 명백히 구별되어야 한다. 전자는 묵시적 의사표시에 의한 권리포기이며 사적 자치의 결과인데 반하여 후자는 상대방의 신뢰를 보호하기 위한 법적 의제의 결과이다. 권리자의 행동이 상대방에게는 마치 권리를 포기하는 모습으로 비추어 졌으나 권리자가 자기행위의 법적 의미를 전혀 인식하지 못하고 행동하였다면 이것은 의사표시에 의한 권리포기로 볼 수 없으며 법적 의제의 결과라고 할 수 있다. 판례도 금반언의 원칙에서 상대방의 신뢰를 보호하기 위하여 표시자의 내심적 의사에 근거한 법률행위적 구성을 포기하고 신의칙에 근거한 권리의 실효를 제시한다.

그러나 신뢰책임의 일반적 원칙은 상대방에게 발생한 소극적 이익에 대한 책임이며 상대방의 신뢰가 달성되지 않으므로서 생긴 손해배상책임이다. 그럼에도 불구하고 왜 판례는 모순된 행위에서 발생한 상대방의 신뢰를 보호하기 위하여 신뢰책임의 일반원칙인 계약체결상의 과실에 따라 책임을 묻는 것이 아니라 권리의 상실이라는 무거운 책임을 권리자에게 부과하는지 이해할 수 없다. 신의칙에 근거한 권리의 상실 또는 권리의 취득이라는 두 가지 선택이외(Alles oder Nichts)에 다른 방법은 주어질 수 없는 것인가? 권리자 또는 상대방의 과실은 이 경우에 왜 전혀 고려될 수 없는 사항들인지에 대한 문제가 제기될 수 있다.

Ⅲ. 금반언 원칙의 요건

a) 권리자의 권리불행사

권리상실의 효과를 가져오기 위해서는 먼저 권리의 불행사가 오랜기간 지속되어야 한다. 권리자가 상당기간 권리를 행사하지 않아 상대방이 보기에 마치 권리자가 자신의 권리를 더 이상 행사하지 않을 것같이 보여져야 할 것이다. 이러한 행위의 외형은 결국 상대방에 대한 신뢰감을 발생시키고 상대방은 권리소멸을 기대하여 새로운 법률관계를 창설하게 될 것이다.

그러나 여기서 보호되어야 할 상대방의 신뢰는 의무자의 주관적 판단에 따라 결정할 것이 아니라 주위사정을 고려하여 객관적 기준에 따라 판단해야 할 것이라고 한다. 권리를 행사하지 않은 기간의 정도 그리고 의무자인 상대방이 권리를 행사하지 않을 것이라고 신뢰할 만한 정당한 사유 등을 일률적 추상적으로 판단할 것이 아니라 구체적으로 당사자의 사정을 고려하여 권리를 행사하지 않은 기간의 장단 그리고 권리자와 의무자에게 존재하는 사정등을 객관적으로 사회통념에 따라 결정해야 할 것이라고 한다. 예컨대 근로자가 퇴직금이나 해고수당을 수령하고 오랫동안 해임처분의 무효에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았거나 해고후에 다른 직장을 얻어 그 곳에 근무하였다면 권리자의 권리불행사의 구체적 사유에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 한다⁹⁾.

그러나 권리의 불행사후에 권리자의 권리행사를 불허하는 것이 오히려 권리자에게 가혹하다고 인정되는 경우에는 의무자의 보호와 더불어 비교형량하여 상당하다고 인정된 때 한하여 이를 허용해야 할 것이라고 한다¹⁰⁾.

b) 권리행사의 기대가능성

권리불행사의 전제조건으로서 먼저 권리자에게 사실상 권리를 행사할 수 있는 기회가 부여되어 있어야 한다. 권리행사의 기회가 제한 또는 박탈되어서 권리행사의 기대가능성이 배제되어 있다면 그 권리자에게 권리 불행사의 책임을 묻는 것은 타당하지 않다. 신뢰책임은 행위의 외형에서 발생하는 상대방의 선의의 신뢰를 보호하는데 그 목적이 있다. 따라서 본인의 행위의사가 제한된 강박의 상태에서 행위의 외형을 만들어낸 자는 본인의 과실여부는 별론으로 하더라도 상대방보호를 위한 신뢰책임에는 구속될 수 없을 것이다¹¹⁾.

9) 대판 91다 30118, 1992.1.21.; 대판 92다 3670, 1992.5.26.; 대판 92다 23285, 1992.12.11.; 대판 92다 3809, 1992.7.10.

10) 이영준, 전게서, pp 739.

11) 대판 91다39085, 1992.3.13.; 대판 91다29811, 1992.8.14.

판례도 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회와 그 권리행사의 기대가능성을 상대방 신뢰보호의 전제조건으로 제시한다. 징계해임처분의 사유 및 징계해임처분의 무효라는 사실 그리고 징계해임된 근로자가 그 처분이 무효가 된 것을 알게 된 경위 등을 권리행사의 기회와 기대가능성으로 제시하고 있다²²⁾.

c) 상대방에 대한 신뢰발생

상대방의 정당한 신뢰는 보호되어야 한다. 권리자가 자신의 행동을 통하여 더 이상 자신의 권리를 행사하지 않겠다고 하는 권리포기의 외형을 표시한 경우 상대방은 권리불행사를 예상하고 이것을 기초로 새로운 법률관계를 창설하게 될 것이다. 예컨대 권리불행사를 인식한 상대방이 자기의 사실상, 경제상 법률상의 관계를 재배치하고 해임된 자를 대신하여 새로운 인력을 고용한 경우가 그렇다. 이때 상대방이 갖게되는 신뢰는 보호되어야 할 것이며 이것을 신뢰투자라고 부르기도 한다²³⁾.

따라서 상대방에게 권리불행사의 신뢰를 발생시킨 후 다시 자신의 선행행위와 상반된 주장으로 상대방의 신뢰를 깨뜨리는 행위에 대해서는 그 법적 효력이 부인되며 권리상실의 결과를 가져온다. 권리자가 징계 해임무효의 사실을 알고서도 2년 4개월이나 아무런 이의를 제기하지 않은 사실과 퇴직금과 해임수당 등을 아무런 이의없이 수령한 사실 그리고 다른 직장에 취직하여 근무한 사실등은 권리자가 더 이상 해임무효에 대한 이의를 제기하지 않을 것같은 모습을 묵시적으로 상대방에게 표시한 것이라고 볼 수 있다. 이러한 외형은 결국 사회통념상 상대방의 신뢰를 일으키기에 충분한 사유가 되며 이러한 상대방의 정당한 신뢰는 보호되어야 할 것이라고 한다²⁴⁾.

12) 대판 91다 30118, 1992.1.21.; 대판 92다 3670, 1992.5.26.; 대판 92다 23285, 1992.12.11.; 대판 92다 3809, 1992.7.10.

13) 이영준, 전제서, pp 737.

14) 대판 91다 30118, 1992.1.21.; 대판 92다 3670, 1992.5.26.

d) 선행행위와 모순된 주장

권리자가 자신의 행동을 통하여 더 이상 권리를 행사하지 않을 것이라는 의향을 표시한 다음 다시 자신의 선행행위와 모순된 주장을 한다면 그러한 주장에는 법적 효력이 부인될 것이다. 이것은 상대방이 갖게 된 정당한 신뢰를 깨뜨리는 행위로서 권리상실의 근거로 제시된다.

해임된 근로자가 퇴직금과 해임수당 등을 이의없이 수령한 사실과 해임 무효의 사실을 알고서도 오랫동안 아무런 이의를 제기하지 않은 사실에서 사용자는 근로자의 권리포기를 신뢰하게 될 것이다. 또한 상대방은 이러한 신뢰를 근거로하여 해고된 근로자를 대신하여 새로운 근로자를 채용하고 새로운 인사체계를 구축하여 기업을 경영하는 사실에서 과거의 법률문제는 이의없이 종결된 것으로 확신하는 상대방의 신뢰를 확인할 수 있다. 그러나 이러한 상대방의 신뢰를 깨고 해고된 근로자가 새삼스럽게 징계해임의 무효를 주장하는 것은 자신의 선행행위와 모순된 것으로서 신의성실의 원칙이 그 효력을 부인하고 있다.

과거의 자기행위와 모순된 주장이 권리상실의 효과를 가져오게 되는 근거는 권리자가 자신의 권리를 장기간 행사하지 않은 데 있지 않다. 권리자가 자기의 권리를 행사할 것인지 아닌지의 결정은 권리자의 자유이며 결코 그의 의무는 아니다. 따라서 소멸시효와 같은 특별한 사유가 존재하지 않는 한 권리자는 권리를 행사하지 않은 사실 그 자체만으로는 권리상실의 불이익을 감수할 이유는 없다. 중요한 것은 자기의 선행행위와 상반된 주장을 하므로써 상대방의 정당한 신뢰를 침해하는 데 그 권리상실의 근거가 주어진다고 한다⁵⁾.

15) 대판 91다 30118, 1992.1.21.; 이영준, 전게서, pp 736; 이은영, 전게서, pp 90.

Ⅲ. 금반언의 효과(Venire contra factum proprium)

a) 권리의 실효

1. 권리의 불행사와 간접의무위반

법률은 상호 충돌하는 이해관계를 조절하기 위하여 다양한 방법을 규정하고 있다. 타인의 법익을 위법하게 침해한 자로부터 피해자의 법익을 보호하기 위하여 피해자에게 일정한 권리를 부여하고 피해자는 이 권리를 가지고 최종적으로는 손해배상의 이행을 강제하게 된다. 그러나 법률은 피해자 보호를 위하여 손해배상책임을 인정하기 보다는 때로는 상대방의 권리를 상실시키는 효과를 발생시키기도 한다. 이러한 권리상실의 효과를 가져오는 권리자의 의무를 간접의무(Obliegenheit)라고 한다.

예컨대 매매에서 매수인은 인도받은 물건의 하자가 있는지 여부를 지체 없이 조사하여야 하며 만일 하자가 발견되면 즉시 이를 매도인에게 통지해야 한다. 법률은 매수인에게 통지의무를 부과하고 만일 그 의무를 이행하지 않을 때에는 매수인에게 손해배상의무를 부과할 수도 있다. 그러나 법률은 이 경우에 매수인에게 단지 통지의무위반에 대한 제재로서 매도인에게 그 물건의 하자를 주장할 수 있는 권리를 상실시키는 데 그치는 경우가 있다¹⁶⁾. 전형적인 의무와는 달리 이러한 통지의무는 상대방에게 그 의무를 이행시키기 위하여 소송절차에 의해 강제할 수 없으며 또한 그 의무를 위반하더라도 손해배상과 같은 법적 제재를 가하지 않는다. 이때 법률은 단지 매수인에게 물건의 하자로부터 보호받을 수 있는 권리를 상실시키는데 그친다. 법률은 매수인보호를 위한 많은 권리를 규정하고 있지만 이 권리의 행사는 무제한적으로 허락되지 않는다. 법률은 권리의 행사를 일정한 조건에 맞

16) Wieling, a.a.O., S. 346f; 예컨대 타인의 사무를 관리하는 자는 그 업무를 시작하고 지체없이 이를 본인에게 그 사실을 통지해야 한다. (BGB 681조) 만일 사무관리자가 과실로 이를 위반한 때에는 본인에게 손해배의 책임을 지게 된다. 그러나 법률은 이러한 경우에 상대방에게 법적 의무나 청구권과 같은 강력한 제재보다는 간접의무(Obliegenheit) 라는 보다 미약한 제재수단을 부과하기도 한다.

게 이행하도록 하고 만일 그렇게 하지 않으면 권리자의 권리를 상실시킨다. 그러나 매수인의 권리행사의 방법이 적절하지 않다고 해서 매도인에게 이행청구권이나 손해배상청구권이 주어지는 것은 아니다.

의사표시의 착오에서도 동일한 간접의무가 주어져 있다. 의사표시에서 착오를 일으킨 자는 취소권을 가지게 되지만 취소를 할 것인지 말 것인지에 대해서는 완전히 취소권자의 자유에 맡겨져 있다. 착오를 일으킨 자가 즉시 그 의사표시를 취소해야 하는 법적 의무를 인정하는 것은 어불성설이다. 그러나 권리자가 지체없이 취소하지 않으면 그의 취소권은 상실되게 된다. 상기 판례에서 권리자가 행사할 수 있는 자신의 권리를 장기간 행사하지 않은 것은 간접의무를 위반한 것으로서 권리상실의 결과를 가져올 수 있다. 이러한 간접의무는 법률이 규정하기도 하고 때로는 당사자가 계약으로 합의할 수도 있다.¹⁷⁾

2 간접의무의 법적 성질

간접의무(Obliegenheit)의 법적 성질에 대해서는 견해가 일치하지 않고 있다. 먼저 구속성이론(Verbindlichkeitstheorie)에 따르면 간접의무는 미약한 강제가 동반되어 있는 그러나 진정한 의미의 법적 의무라고 한다. 따라서 권리자는 자신의 권리를 잃지 않기 위해서는 법률이 규정한 일정한 행위를 이행하여야 할 법적 의무를 진다고 한다. 만일 그 의무를 이행하지 않으면 권리자는 권리의 상실과 같은 불이익을 받게 된다고 한다.

그러나 상대방은 그 의무의 이행을 강제하거나 의무이 위반이 있을 때에도 그로 인한 손해배상을 청구하지 못한다. 따라서 이 이론은 간접의무(Obliegenheit)를 진정한 법적 의무로 간주하고서도 그 의무위반에 대해 일반적 제재수단으로서 이행강제나 손해배상이 청구될 수 없는 이유를 설명하지 못한다¹⁸⁾.

17) Wieling, a.a.O., S. 348f.

18) Wieling, a.a. O., S. 347.

이에 대하여 간접의무이론(Obliegenheitstheorie)은 구속성이론과는 다른 의미로 평가된다. 간접의무란 진정한 의미의 의무와는 달리 권리자에게는 주어진 의무를 이행해야 할 의무가 없다고 한다. 간접의무를 이행할 것인지 아닌지는 권리자의 판단에 달려 있으며 단지 자신의 이익을 위하여 행사할 뿐이라고 한다. 간접의무 불이행으로 인한 법적 효과는 단지 주장할 수 있는 권리가 권리자에게서 상실되는 것으로 그친다. 다수설은 간접의무(Obliegenheit)에서 진정한 의미의 법적 의무가 존재한다는 것을 부인하고 자신의 이익을 위하여 이행해야 할 (간접)의무만을 인정한다¹⁹⁾.

3. 자기자신에 대한 과실로서 금반언

법률은 많은 규정에서 권리의 행사는 상대방에게 지체없이 또는 일정한 유예기간내에 하도록 규정하고 있다. 가능한 한 신속하게 법적 불안상태에 있는 상대방을 보호하고 불확정한 법률상태를 종결짓기 위한 조치이다. 간접의무(Obliegenheit)가 법적 의무가 아닌 자기 자신의 이익을 위하여 요구되는 행위라고 한다면 그것을 위반한 자는 진정한 의미의 과실을 범한 것이 아니라 자기 자신에 대해 과실을 저지른 것이라고 할 것이다. 여기서 자기 자신에 대한 과실의 의미는 권리자가 자기손해의 방지를 위해 모든 현명한 사람에게 요구되는 주의의무를 기울이지 않은 경우이다. 권리자가 권리행사를 위해 정해진 유예기간을 초과했거나 권리행사를 지체했다면 그것은 자기의 권리보전을 위한 간접의무를 위반한 것이 되고 권리자는 자신의 과실없음을 증명하지 못하는 한 자신의 권리를 상실하게 된다.

판례에서 절차상 하자있는 해임처분에 의해서 해고된 근로자는 자신의 해임처분이 무효라는 사실을 인식하고 있었다²⁰⁾. 따라서 권리자는 자신의 권리를 주장할 수 있는 요건이 마련되어 있었음 인식하고도 이것을 행사하지 않았으므로 그는 자기자신에 대한 과실을 저지른 것이다. 이러한 과실은

19) Wieling, a.a.O., S. 347.

20) 대판 91다 30118, 1992.1.21.

상대방에게 손해배상의 책임을 물을수 있는 권리를 발생시키지 않으며 또한 권리자가 권리행사를 양한다는 이유로 이것을 강제할 수도 없다. 단지 권리자의 권리가 상실되는 효과를 가져올 뿐이다.

그러나 누구도 자기 자신의 이익을 포기하는데 있어서 법적 도덕적 비난을 가할 수 없다. 따라서 자기 자신에 대한 과실의 의미는 간접 의무의 범위내에서만 가능할 것이다. 권리자가 권리유지를 위해 의사표시를 할 것인지 아닌지는 권리자의 자유이다. 그러나 만일 그가 의사표시를 하지 않는다면 그는 자신의 권리를 잃게 된다. 여기서 진정한 의미의 과실은 권리행사를 위한 의사표시를 하지 않는데 그리고 권리를 포기한 데 있지 않다. 비난할 수 있는 과실이란 권리 포기후에 다시 권리를 주장하는 모순된 행위에서 찾을 수 있을 것이다. 따라서 과실의 의미는 결국 금반언 (venire contra faktum proprium)의 개념으로 귀착되게 된다²¹⁾.

b) 추단적 행위에 의한 의사표시와 금반언

1. 묵시적 의사표시로서의 금반언

의사표시는 언어나 문자를 통하여 자기의 효과의사를 표시할 수 있을 뿐만 아니라 표시자의 행동을 통하여 묵시적(추측할 수 있는 행위)으로도 표시될 수 있다. 예컨대 동의한다는 의사표시로 머리를 끄덕이는 행위, 거절의 표시로 손을 흔드는 행위 또는 매수의 표시로서 셀프서비스 가게에서 물건을 바구니에 담은 행위를 통하여 간접적으로 의사를 표시할 수 있다. 거동에 의한 의사표시를 어떻게 평가할 것인가의 문제는 근본적으로 의사표시에 대한 기본적인 출발점에 따라 다르게 나타날 수 있다. 행위자가 거동에 의한 의사표시를 할 때 근본적으로 자기행위의 법적 의미를 이해하고 표시한 경우와 그렇지 않은 경우는 구별되어야 한다. 전자의 경우에는 묵시적 의사표시가 존재하며 이것은 명시적 의사표시와 다르지 않을 것이다. 그러

21) Wieling, a.a.O., S. 349f.

나 행위자가 자기행위의 법적 의미를 이해하지 못하고 행동하였으나 그 행위의 외형이 마치 상대방에게는 일정한 의사표시의 모습으로 비추어졌을 때 그 행위를 의사표시로 볼 수 있는지의 문제는 결국 자기결정과 자기책임의 원칙을 신뢰보호의 원칙과 어떻게 절충시킬 것인가의 근본적인 문제에 소급될 것이다²²⁾.

고전적인 Florentinus의 사례에서 금전의 대주가 금전소비대차기간이 만료된 후 차주가 계약연장의 의미로 지급한 이자를 수령한 경우에 대주의 이러한 이자 수령행위는 여러 가지 의미로 해석될 수 있다. 만일 대주가 그 이자를 수령하면서 만료된 금전소비대차의 계약기간을 연장한다는 의미를 이해하고 받았다면 이러한 행동은 묵시적, 거동에 의한 의사표시가 성립될 수 있으며 이 경우의 의사표시는 명시적 의사표시와 다르지 않을 것이다. 이자를 지급하거나 또는 수령하는 2차적 행위는 기간연장에 관한 1차적 합의를 포함한다는 의미에서 포괄적 의사표시라는 의미로도 사용된다²³⁾.

그러나 대주가 차주가 지급한 이자를 수령하면서 금전소비대차계약을 연장한다는 의미를 이해하지 못하였다면 예컨대 증여의 의사로 알고 수령한 경우에 그 행위는 계약연장을 위한 묵시적 의사표시로 볼 수 없다. 단지 이 경우에 고려될 수 있는 경우란 금전을 수령할 때 주어진 상황을 고려하여 이자가 지급된 기간동안 소비대차계약을 해제할 수 있는 권리가 실효(Verwirkung)된다거나 또는 상대방에 대한 신뢰책임으로 계약체결상의 과실에 의한 손해배상책임이 발생될 수 있을 뿐이다. 대주가 금전을 수령한 후 그 이자지급이 장래에 발생할 이자를 지급한 것이라고 인식했다면 즉시 그것을 되돌려 주었어야 했으며 만일 그렇게 하지 않은 경우 대주는 소비대

22) Münch-Komm, Kramer, Vor §16, Rn 21: 상대방 또는 제 3자에게 효과의사의 존재를 추단시키는 행위가 있었으나 사실은 행위자에게 효과의사가 존재하지 않은 경우 효과 면에서는 진정한 의사표시(자기행위의 법적 의미를 인식하고 한 행위)와 같게 나타날 수 있으나 그 출발점은 전혀 다르다. 전자의 효과는 거래의 안전과 신뢰의 보호를 위하여 발생하는 법적 의제의 결과이며 당사자의 효과의사와는 무관하다. 따라서 이 경우에는 의사표시에 기초한 법률행위의 착오, 취소의 규정은 크게 제한을 받게되는 반면에 신뢰보호를 위한 행위자의 귀책사유가 요구된다. 그러나 후자의 효과는 법률관계의 창설을 위한 행위자의 목적적 의도적 행위로서 사적자치의 또 다른 표현일 수 있다.

23) Flume, AT des BGB, 2Bd, 4Auff. §5, 3. (Digesta 2, 14, 57): 이영준, 민법총칙, pp 118.

차기권이 만료된 때에도 빌려준 돈의 반환을 요구할 수 있는 권리가 실효될 것이다²⁴⁾.

행위를 통하여 표시된 의사는 언어나 문자로 표시된 의사표시와 외형상 구별될 수 있다. 행위자가 자신의 거동을 통하여 일정한 법률관계(Rechtliche Gestaltung)를 형성한다는 것을 인식하고 행동하였다면 그 행동은 법률관계를 형성할 목적(Finale)에서 한 의도적인 행동으로서 행위의 외형을 통하여 추측한 의사표시와 진정한 의사표시는 다르지 않을 것이다. 그러나 행위자가 자기 행위의 법적 의미를 이해하지 못하고 행동하였으나 마치 그 행위의 모습이 상대방에게 일정한 의사표시의 모습으로 비추어 졌다면 그것은 진정한 의사표시가 아니라 상대방의 신뢰를 보호하기 위하여 승인되어야 할 법적으로 중요한 행위(Rechtlich relevantes Verhalten)에 불과할 것이다. 일정한 목적을 가지고 의도적인 행동을 통하여 표출된 의사는 목적이나 의도 없이 표출된 행동으로서 그러나 외견상 일정한 의사표시의 모습으로 비추어진 행동과는 명백히 구별되어야 한다. 후자의 경우는 행위 속에 일정한 법률관계를 형성하고자 하는 목적과 의도가 담겨져 있지 않다는 면에서 사적자치(Privatautonomie)의 일차적 전제인 자기결정(Selbstbestimmung)이 담겨진 전자와 명백히 구별된다. 전자는 명시적 의사표시와 다르지 않으며 후자는 의사표시가 아니다. 후자는 상대방의 신뢰보호를 위한 책임의 요소로서 그리고 표시자의 권리가 자기책임의 원칙에 따라(Venire contra factum proprium) 실효되는 결과를 발생시킬 뿐이다²⁵⁾.

판례 1, 2, 3의 경우에서 해입된 근로자는 권리포기에 대한 표시의사가 존재했음이 추측될 수 있다. 그 근거로는 첫째로 근로자는 이미 징계처분의 무효를 인식하고 상대방이 제시한 퇴직금과 해고수당을 이의없이 수령하였으며 이러한 근로자의 행동은 유상으로 지급된 급부를 수령하므로써 추단

24) Flume, a.a.O., §5. 4.

25) Flume, a.a.O., §5. 4.

적 행위에 의해 권리포기의 의사를 묵시적으로 표시한 것으로 볼 수 있을 것이다²⁶⁾. 둘째로 근로자는 상당기간 권리행사의 기회가 주어져 있었음에도 불구하고 퇴직금 등을 수령하면서 오랜 기간 아무런 이의를 제기하지 않은 사실이다. 여기서 권리자는 자기행위가 법적으로 어떻게 평가될 것인가에 대해 인식하고(표시의사) 있었으며 근로자의 내심적 의사는 외부에서 권리자자의 행위로 부터 추단될 수 있었다. 권리자가 권리행사가능성의 사실을 인식하고 오랜 기간동안 권리를 행사하지 않는 사실에서 거래의 통념상 권리행사의 의사가 포기된 모습이 쉽게 추단할 수 있을 것이다. 그러나 만일 근로자가 자신의 추단적 행동에는 권리포기를 위한 표시의사가 없다고 주장한다고 하더라도 적어도 그는 상대방이 입은 신뢰에 대한 손해를 배상할 책임은 면할 수는 없을 것이다.

2. 신뢰책임배상

만일 근로자가 이러한 행위의 외형에서 추단된 의사가 자신의 내심적 의사와 일치하지 않는다고 한다면 그는 의사표시의 취소를 주장할 수 있을 것이다. 권리자는 착오를 주장하여 행위의 외형에서 추단된 권리포기의 의사가 적절하지 않다고 하고 의사표시의 취소를 통하여 법적 구속으로부터 벗어날 수 있을 것이다. 그러나 취소로 인하여 발생한 상대방의 신뢰이익은 배상해야 할 것이다. 독일민법 제122조는 착오로 인하여 의사표시를 취소하는 자는 과실이 없더라도 계약의 유효를 믿은 상대방의 신뢰이익을 배상하도록 하고 있다. 그러나 이러한 규정을 가지고 있지 않은 우리의 법제 하에서도 사적 자치에 의한 자기책임의 원칙에 따라 그 책임이 인정될 수 있다. 표시자의 신뢰책임을 배상하는데 가장 유사한 규정으로는 민법 제525조이다. 원시적 불능으로 인하여 계약이 무효로 된 경우 그 불능을 알지 못한 자는 상대방이 입은 신뢰이익을 배상할 의무가 있다²⁷⁾. 그러나 근로자가

26) 이호정, 묵시적 의사표시, 현대민법학의 제문제, 1983, 박영사, pp 67; 이영준, 민법총칙, pp 119

27) 이영준, 민법총칙, pp 393.

착오를 이유로 권리포기를 취소하는 경우 과실로 자신의 착오를 알지 못한 근로자는 이로써 상대방이 입은 신뢰이익을 배상하고 그 구속으로 부터 벗어날 수 있을 것이다. 신뢰책임에 대한 효과는 손해배상의 효과뿐만 아니라 경우에 따라서는 신의칙상의 권리소멸의 결과를 가져오기도 한다. 그것은 순수한 의미의 민사적 판단보다는 근로자와 사용자간의 사회법적 의미도 포함되어 있으므로 신뢰책임의 효과는 실효의 책임을 가져올 수도 있다²⁸⁾.

판례 4의 경우에는 구태여 신의성실의 원칙을 도입할 필요 없이 당사자의 명시적 의사표시에 의한 권리포기의 분제로 돌려버릴 수 있을 것이다. 이 경우에 적용될 법규로는 민법 제107조의 진의 아닌 의사표시가 될 것이다. 위 사례에서 임차인은 임대인과의 약속에 의해 자신이 권리자임에도 불구하고 상대방에게 임차인이 아니라고 거짓진술을 하고 이를 확인하는 확인서까지 써 주었다면 그것은 임차인으로 가지는 임대차보호법상의 대항력을 상대방에게 묵시적으로 포기한 것과 달리 해석할 수 없다. 임차인은 자신이 임대차보호법상의 대항력있는 권리자라는 것을 명백히 인식하고 있었으며 따라서 거짓진술을 하여도 자신의 권리에는 변화가 없을 것이라고 확신하였다. 그러나 민법 제107조의 진의 아닌 의사표시의 규정을 적용한다면 임차인은 자신이 임차인이 아니라는 것을 자신의 결정에 따라 상대방에게 표시하였으므로 그의 의사표시는 표시된 대로 효과가 발생하게 될 것이며 이것은 결국 권리포기에 대한 의사표시 이외에 아무것도 아닐 것이다. 따라서 임차인이 가지고 있던 주택임대차보호법상의 대항력은 상대방과의 합의에 따라 포기된 것이 된다

그러나 만일 은행의 직원이 상대방 임차인의 진술이 거짓이라는 것을 알거나 알 수 있었다면 그 거짓확인서로 인한 권리포기의 합의는 무효가 될 것이다. 은행직원이 상대방의 진술이 거짓이라는 사실을 알았다면 확인서의 효력은 발생될 수 없을 것이나 만일 은행직원이 그 확인서가 거짓이라는

28) 이영준 민법총칙, pp 122.

것을 알 수 있었음에도 불구하고 과실로 그 사실을 알지 못한 경우라면, 따라서 임차인의 권리포기에 대한 사실을 신뢰하였으나 민법 제107조 2항에 의해 권리포기에 대한 합의가 무효로 된 경우라면 은행직원은 자신의 신뢰에 대한 책임을 상대방에게 추궁할 수 있을 것이다. 이 때에 적용될 수 있는 법리는 계약체결상의 과실이다. 민법 제535조의 원시적 불능에 대한 신뢰책임을 이 경우에 유추적용하여 은행은 임차인에게 권리포기의 사실을 신뢰한 데 대한 신뢰이익을 배상하도록 청구할 수 있을 것이다. 그러나 은행이 상대방의 거짓진술을 권리포기의 사실로 믿는 데 대하여 과실이 있었기 때문에 은행은 과실상계에 의한 규정에 따라 임차인과 신뢰이익의 배상에 대하여 손해의 분담이 또한 병행되어 질 것이다²⁹⁾.

V. 결론

행위의사가 수반된 행동에 대해서 행위자가 자기행동에 대하여 책임을 져야한다는 것은 사적자치와 자기책임의 원리에 의해 다양한 형태로 우리 법률에 수용되어 있다. 로마법에서 출발하여 우리의 법률에서도 중요한 법적 지위를 차지하고 있는 금반언의 원칙은 바로 법률이 제시하는 자기책임의 원리의 한 부류이다. 자신의 명시적 묵시적 의사표시 상대방에게 신뢰를 일으킨 자는 나중에 자신의 선행행위와 모순된 주장으로 상대방의 정당한 신뢰를 깨뜨려서는 않되는 의무를 부담한다.

판례가 제시한 신의칙에 근거를 두고 권리상실의 효과를 가져오는 금반언의 원칙은 구체적 사례에 있어서 다양한 원인에 의해 권리소멸의 결과를 가져올 수 있다. 이것은 그 법리구성에 있어서 판례가 제시한 실효의 원칙만이 아니라 다양한 접근방법이 제시될 수 있다. 외부에 표출되는 행위의

29) 이영준 민법총칙, pp 333.

형태와 표시자의 내심적 의사를 자세히 들여다보면 금반언의 원칙의 다양한 법 이론의 적용가능성이 명백히 드러난다. 한편으로는 사법의 대원칙에 근거한 신의칙에 따라서 포괄적 일반적 규정을 가지고 구체적 타당성이 추구되기도 하고 때로는 구체적 상황에 따른 개별적 법률행위의 규정에 따라 그 해결가능성이 명백히 드러나기도 한다. 따라서 구체적 사례에서 문제해결의 방법은 상이한 시각에서 유연한 법리구성이 금반언의 원칙에 도입될 수 있을 것이다. 이로써 특정한 법리구성이 가지는 경직된 문제들이 상호보완적인 관점에서 해결될 수 있을 것이다. 때로는 이미 확정되어 있는 정교한 법규적용이 추상적인 신의칙에 근거하기 보다는 법적 안정성과 구체적 타당성의 추구에 보다 많은 장점을 제시하기도 한다.