

불공정한 법률행위에 기한 급부의 반환청구 가부*

정길용

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 학설과 외국의 입법례
- III. 우리나라의 입법례와 판례
- IV. 폭리자의 급부반환청구 가부
- V. 결론

I. 서론

민법 제104조는 “당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.”고 규정하고 있다. 이러한 법률행위를 위조문의 표제와 같이 ‘불공정한 법률행위’라 하고 ‘폭리행위’라고도 부른다.

불공정한 법률행위는 당연무효이므로 외형상으로 그 법률행위에 따른 권리의 변동이 생긴 것처럼 보여도 법률상으로는 권리의 변동이 생기지 아니하고, 당사자는 외형상 발생한 것처럼 보이는 의무를 이행할 의무가 없을 뿐만 아니라 상대방에 대하여 의무의 이행을 청구할 수도 없다. 본고에서는 불공정한 법률행위로 외형상 발생한 것처럼 보이는 법률관계가 일단 유효하다고 가정할 경우 그로 인하여 이익을 얻게 되는 당사자를 ‘폭리자’라 부르고, 상대방 당사자를 ‘피해자’라고 부르기로 한다.¹⁾

* 심사위원 : 이상욱, 배병일, 배성호

투고일자 : 2010. 8. 6 심사일자 : 2010. 8. 15 게재확정일자 : 2010. 9. 13

그런데 불공정한 법률행위에 기하여 외형상 발생한 것처럼 보이는 의무의 이행행위로서 급부가 이루어진 경우에 그 급부의 반환을 청구할 수 있는가? 민법 제741조는 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.”고 규정하고 있고, 민법 제746조는 “불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 일반적으로 무효인 법률행위에 기한 급부는 ‘법률상 원인 없는 급부’로 보므로 일단 불공정한 법률행위에 기한 급부도 그 반환을 청구할 수 있는 여지가 있다고 보이지만, 한편으로 ‘불법원인으로 인한 급부’에 해당할 수도 있어 그 반환을 청구하지 못할 여지도 있다.

법률행위에 기한 급부는 실제로 동산인도 또는 부동산소유권이전등기경료 등과 같이 물권이전행위로서 이루어지는 경우가 거의 대부분이다. 이와 같이 물권이전행위로서의 급부행위를 원인행위인 법률행위와 구별되는 독자적인 법률행위로 보면서 급부행위는 원인행위의 무효로부터 아무런 영향을 받지 않는다고 해석하는 입장에서는 급부행위의 유·무효에 관하여 다른 이론을 펼치고, 그 결과 급부의 반환에 관하여도 또 다른 이론적 구성을 한다.

또 하나의 불공정한 법률행위를 폭리자의 행위와 피해자의 행위로 나누어 고찰하여야 한다는 견해도 있고, 그러한 방식으로 나누지 아니하고 공정한 범위의 법률행위 부분과 공정한 범위를 초과한 법률행위 부분으로 나누어 고찰하여야 한다는 견해도 있다.

이론구성이야 어쨌든 급부의 반환청구 가부에 대한 결과를 기준으로 보면 크게, 폭리자와 피해자의 각 반환청구를 모두 인정하는 견해와 피해자의 반환청구만 인정하고 폭리자의 반환청구를 부정하는 견해로 나누어진다.²⁾

이해의 편의를 위하여 부동산매매계약이 불공정한 법률행위에 해당하는 두 가지 예시사례를 제시하면서(이하 ‘예시사례’라 한다) 논점을 제기하기로 한다.

- 1) 법률행위의 당사자 일방에 의하여 손해를 입은 상대방 당사자를 피해자라고 부르는 것이 적절치 못하다는 지적이 있을 수 있으나, 상대방의 공박경솔·무경험을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의를 요건으로 요구하는 판례의 입장에서 본다면 피해자라고 불러도 무리가 없다고 본다.
- 2) 뒤에서도 간략히 언급하겠으나, 종래 폭리자와 피해자의 각 반환청구를 모두 부정하는 판례와 학설도 있었으나, 현재의 판례는 그렇지 아니하고 그러한 학설도 사라졌다고 보인다.

A사례(피해자가 부동산매도인인 경우) : 농촌에 거주하는 79세 된 노인인 매도인(이하 피해자라 한다)으로부터 시가 1억 2천만 원 상당의 토지를 매매대금 3천만 원에 매수한 자(이하 폭리자라 한다)가 계약 당일 계약금으로 1,000만 원을 지급하고, 매매계약 다음날 중도금으로 1,400만 원을 지급한 다음 그로부터 1개월 후 잔대금 600만 원을 지급함과 동시에 소유권이전등기를 경료받은 사안에서,³⁾ 그 후 피해자가 불공정한 법률행위임을 주장하면서 소유권이전등기의 말소등기를 청구하였고 이에 대하여 폭리자는 불공정한 법률행위가 아니라고 주장함과 아울러 만약 불공정한 법률행위에 해당한다면 매매대금의 반환을 청구한다고 주장한 경우,⁴⁾ 법원이 일단 불공정한 법률행위에 해당한다고 인정하였다면 피해자의 말소등기청구와 폭리자의 매매대금반환청구를 모두 인정할 것인가, 피해자의 말소등기청구만 인정할 것인가?

B사례(피해자가 부동산매수인인 경우) : 대단위아파트신축사업이 예정된 토지라는 정보를 입수한 매도인(이하 폭리자라 한다)이 사업대상인 일단의 토지 가운데 중앙에 위치한 극히 적은 면적의 토지를 사업 착수 전에 시가 상당인 1억 원의 대금으로 매수하여 소유권을 취득한지 얼마 지나지 아니하여, 폭리자 소유의 토지를 제외한 일단의 토지를 모두 매수한 사업자(이하 피해자라 한다)의 매수제의를 거절하는 척하면서 피해자로 하여금 더 이상 사업추진을 할 수 없게 되는 궁박한 상태에 빠지게 한 후, 정당한 시가의 10배에 달하는 10억 원에 그 토지를 매도하고 피해자 명의로 소유권이전등기를 경료해 준 사안(속칭 ‘알박기’의 경우)에서, 피해자가 매수토지의 굴착공사에 착수한 후 폭리자를 상대로 불공정한 법률행위임을 주장하면서 매매대금의 반환을 청구하였고 이에 대하여 폭리자는 불공정한 법률행위가 아니라고 주장함과 아울러 만약 불공정한 법률행위에 해당한다면 소유권이전등기의 말소등기를 청구한다고 주장한 경우,⁵⁾ 법원이 일단 불공정한 법률행위에 해당한다고 인정하였다면 피해자와 폭리자의 각 청구를 모두 인정할 것인가, 피해자의 청구만 인정할 것인가?

본고에서는 위와 같은 의문점을 해결하기 위하여 이와 관련되는 학설과 외국의 입법례 및 우리나라의 입법례와 판례를 살펴보고, 이를 분석·검토한 후, 필자 나름대로의 견해를 밝히고 그 근거를 제시하고자 한다.

3) 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다40351 판결의 사안을 일부 수정한 것임.

4) 이는 동시이행의 항변으로 주장할 수도 있고, 반소청구로 할 수도 있을 것이다.

5) 이 경우에도 동시이행의 항변으로 주장할 수도 있고, 반소청구로 할 수도 있을 것이다.

II. 학설과 외국의 입법례

1. 독일의 입법과 해석론⁶⁾

1) 독일 민법은 제138조 제1항에서 “선량한 풍속에 위반되는(Verst. ss gegen die guten Sitten) 법률행위는 무효이다.”라고 규정하고, 같은 조 제2항에서 “특히(insbesondere) 한 사람이 타인의 궁박한 상황, 무경험, 판단력의 부족 또는 현저한 의지의 박약(Willensschwache)를 이용함으로써 자신이나 제3자에게 급부에 비하여 현저한 불균형상태에 있는 재산적 이익을 약속하게 하거나 제공케 하는 법률행위는 이를 무효로 한다.”고 규정하여 불공정한 법률행위를 반양속법률행위의 일종으로 보고 있다.

독일에서는 물권행위의 독자성과 무인성이 인정되고 있고, 직접 물권관계의 변동을 목적으로 하는 물권행위 속에는 그 법률상 원인(Rechtsgrund)이 포함되지 않아서 이를 가치중립적인 것으로 봄으로 인하여, 제138조에 해당하여 무효가 되는 법률행위는 채권행위 등 원인행위(의무부담행위 : Verpflihtungsgeschäft)만이 아니라, 물권행위인 급부행위(이행행위, 출연행위, 처분행위 : Verpfugungsgeschäft)도 이에 포함되는가 하는 문제가 제기된다.

이에 관한 현재의 해석론에서는, 물권행위의 무인성은 원인행위가 제138조에 해당하여 무효라는 것으로 인하여 급부행위도 당연히 무효로 되는 것은 아님을 의미할 뿐, 제138조가 급부행위에도 적용되는지의 문제에까지 관련되는 것은 아니라고 한다. 이 문제는 오히려 급부행위의 중립성과 관련되는 것이고, 이러한 성질로 인하여 급부행위는 원칙적으로 선량한 풍속에 위반되는 것으로 평가될 수 없지만 예외적으로 제138조에 해당하여 무효인 것으로 평가될 수도 있다고 한다.

이러한 이론적 기초 위에서 제138조 제1항의 경우에는 원칙적으로 원인행위만이 무효가 된다고 한다. 그러나 예외적으로 급부행위자, 제3자 또는 회사의 일반이익(Gemeininteresse)라는 관점에서 볼 때 급부행위가 선량한 풍속에 위배되는 것으로 판단되는 때, 보다 일반적으로는 바로 급부행위(이행행위 : Erfüllungsgeschäft) 자체 내에 반양속성이 존재하는 때 또는 급부행위를 통하

6) 안춘수, 불공정한 법률행위의 효과에 관한 소고, 사법행정 386호(34권 2호), 한국사법행정학회, 1993, 17-20면 참조.

여 선량한 풍속에 반하는 목적을 추구하는 때에는 급부행위도 제138조 제1항에 의해 무효가 된다고 한다. 이에 비하여 같은 조 제2항의 경우에는 법문에서 재산적 이익을 약속하는 것뿐만 아니라 이를 제공케 하는 경우(gewahren lasst)도 무효로 규정하고 있는 점을 근거로, 그 외에도 폭리행위는 상대방에게 부당하게 손실을 주는 것으로서 급부행위(이행행위)도 무효로 되는 예외적인 경우에 해당한다는 것을 근거로 급부행위도 무효가 되는 것으로 해석한다. 그런데 여기서 주목할 것은 제138조 제2항에 의해 무효로 되는 급부행위는 피해자가 폭리자에게 한 급부행위 뿐인 것으로 다수설은 이해하고 있다는 점이다. 왜냐하면 급부행위는 그 자체에 대하여(fur Sich) 선량한 풍속에 위반되는지 여부의 판단을 하여야 하는데, '피해자의 폭리자에 대한 급부에만 반양속성이 존재'하는 것으로 이해되기 때문이다.

이를 부당이득반환청구와 결부시켜 보면 제138조 제2항이 적용되는 보통의 경우에는 원인행위만이 무효가 되며 그 이행행위는 유효하여 예컨대 소유권은 이전된다. 그러나 이렇게 취득된 소유권은 법률상 원인 없는 이득이고 그 반환여부는 제817조(우리 민법 제746조에 해당)에 의해 결정된다. 반면 예외적으로 이행행위에도 반양속성이 존재하는 경우에는 소유권은 이전되지 않는다. 이 때 목적물을 반환받는 방법으로는 부당이득반환청구권과 물권적청구권이 있을 수 있는데 전자는 제817조 본문 후단(우리 민법 제746조 본문에 해당)에 의해 배제될 수 있다. 그러면 이때에 물권적청구권(제985조)에 의하여는 반환받을 수 있는가? 이는 결국 제817조 본문 후단이 제985조에도 적용되는가의 문제로 되는데, 이에 대하여 판례는 제817조 본문 후단의 예외규정성을 근거로 이를 부인하는 반면 다수설에서는 이를 긍정한다.⁷⁾

요컨대 독일 민법의 규정과 해석론은 폭리자의 급부는 유효하고 피해자의 급부는 예외적 이행행위로서 무효로 본다. 이를 앞서 본 예시사례에 적용한다면 A사례의 경우 폭리자의 매매대금 지급은 유효한 반면, 피해자의 부동산소유권

7) 우리나라 판례도 "민법 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고 따라서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다(대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결 등 다수)."고 하여 독일 판례와 같은 입장이다.

이전행위는 무효로 되어 폭리자가 그 소유권을 취득하지 못하게 되고, B사례의 경우 폭리자의 부동산소유권 이전행위는 유효하여 피해자는 부동산소유권을 취득하는 반면, 피해자의 매매대금 지급(폭리자의 매매대금 수령)은 무효로 되는 결과가 된다. 따라서 A사례의 경우 피해자는 소유권에 기한 물권적청구권 또는 부당이득반환청구권⁸⁾의 행사로서 폭리자 명의의 소유권이전등기의 말소청구를 할 수 있다. 반면, 폭리자는 그 원인행위인 매매계약이 무효임에도 불구하고 폭리자의 매매대금 지급으로 피해자가 그 금액 상당의 금전소유권을 유효하게 취득하는 이익을 얻고 이로 인하여 손해를 입한 경우가 되어 부당이득반환청구를 할 수 있는지가 문제되는데 선량한 풍속에 대한 위반은 폭리자에게만 있으므로 불법원인급여 규정에 의하여 반환청구가 배제되는 결과가 된다. B사례의 경우 피해자는 부당이득반환청구로서 매매대금의 반환청구를 할 수 있는 반면,⁹⁾ 그 원인행위인 매매계약이 무효임에도 불구하고 무인행위인 폭리자의 부동산소유권이전행위로 피해자는 유효하게 그 부동산소유권을 취득하는 이익을 얻고 이로 인하여 폭리자에게 부동산소유권을 잃은 손해를 가한 경우가 되어 폭리자는 부당이득반환청구로서 부동산소유권의 이전청구를 할 수 있는지가 문제되는데¹⁰⁾ 선량한 풍속에 대한 위반은 폭리자에게만 있으므로 불법원인급여 규정에 의해 그 청구가 배제되는 결과가 된다.

2) 독일의 입법과 해석론을 요약해 보면, 불공정한 법률행위라는 원인행위와 그 이행행위로서의 급부행위라는 물권행위를 별개의 독립한 행위로 보는 입장에서 (1) 불공정한 법률행위(원인행위, 채권행위), (2) 폭리자의 급부행위(물권행위), (3) 피해자의 급부행위(물권행위) 이상의 세 가지 행위에 대하여 각각 별개로 그 효력을 인정한다는 데 있다.

3) 생각건대, (1) 우리나라에서는 물권행위의 독자성과 무인성을 인정할 것인지 여부에 관하여 논란이 있고 판례는 이를 부인하고 있으며, 물권행위의 독자성과 무인성을 부인하는 논자가 내세우는 근거에 의하면 독일의 해석론은 그 대전제 자체에 문제가 있으므로 그대로 받아들이기는 어렵다고 판단되고, (2)

8) 독일의 다수설은 점유 및 실체관계와 일치하지 않는 등기를 부당이득반환청구의 대상이 되는 이익으로 보고 있고, 따라서 물권적청구권과 부당이득반환청구권의 경합을 인정한다고 한다. 안춘수, 앞의 글, 19면, 주 42), 43) 참조.

9) 피해자가 지급한 금전의 경우 동산으로서의 개성은 없고 가치표상으로서의 대체가능한 것에 불과하여 소유권에 기한 물권적청구권의 성질을 갖는 원물반환청구는 의미가 없다.

10) 소유권이전등기 또는 소유권이전등기 말소등기청구의 형식으로 반환청구할 것이다.

물권행위의 독자성과 무인성을 전제로 원인행위와 급부행위를 별개로 보아 폭리자의 급부행위를 유효로 보면서도, 폭리자의 급부반환청구 가부를 논함에 있어서는 원인행위의 무효로 인하여 피해자의 물권취득 및 폭리자의 물권상실이 되었으므로 일단 부당이득이 된다고 하여 인과관계를 인정하는 것은 전후 모순된 이론구성으로 생각되며, (3) '피해자의 폭리자에 대한 급부에만 반양속성이 존재한다.'고 하면서도, 폭리자의 급부반환청구의 가부를 논함에 있어서 '폭리자에게 반양속성이 존재한다.'는 이유로 부당이득반환청구를 배제하는데, 이는 전후 모순된 전제를 근거로 한 이론구성이라고 생각된다.

2. 민법 제104조를 제103조의 예시로 보고 민법 제746조를 적용하는 견해

불공정한 법률행위를 반사회질서의 법률행위의 특수한 종류로 보고 그 이행행위로서 한 급부를 법률상 원인 없는 급부로 보지만 그 급부의 원인이 불법의 원인이므로 민법 제746조 본문에 따라 부당이득반환을 청구하지 못하는데, 다만 그 불법원인이 폭리자에게만 있으므로 같은 조 단서에 따라 피해자는 반환을 청구할 수 있다고 본다. 폭리자는 그 반환을 청구하지 못하는 결과 피해자가 반사적으로 급부를 보유하는 이득을 얻게 된다. 우리나라의 다수설이라고 할 수 있다.¹¹⁾

이 견해는 급부행위의 독자성과 무인성을 인정하는지 여부와는 관계없이 곧바로 부당이득반환법리에 의하여 해결하고 있고, 폭리자의 급부행위와 피해자의 급부행위를 모두 법률상 원인 없는 급부로 본다는 점에서 독일의 해석론과 차이는 있으나, 불법원인급여 규정에 의하여 피해자의 반환청구는 인정하고 폭리자의 반환청구를 부정하는 결과에 있어서는 독일의 해석론과 같다.

이 견해를 예시사례에 적용한다면 아래와 같다.

A사례에서는 피해자의 소유권이전행위와 폭리자의 매매대금지급행위 모두 무효로 되고 각 급부는 불법원인급여로 되는데, 피해자의 소유권이전등기 말소청구는 민법 제746조 단서에 의하여 인정되고, 폭리자의 매매대금반환청구는 같은 조 본문에 의하여 배제된다. 그 결과 피해자는 매매부동산의 소유권을 원래대로 회복함과 더불어 수령한 매매대금을 그대로 보유하는 반사적 이익을 얻게

11) 박윤직, 민법총칙(중판), 박영사, 2006, 222면. ; 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2009, 406면. ; 이은영, 리갈마인드 민법총칙, 박영사, 2009, 258면.

되고, 폭리자는 폭리행위를 하였다는 이유로 지급한 매매대금까지도 모두 잃게 된다.

B사례에서는 피해자는 매매대금을 반환받을 수 있고 이전받은 매매부동산의 소유권도 그대로 보유하는 반사적 이익을 얻게 됨에 반하여, 폭리자는 둘 다 모두 잃게 되는 결과가 된다.

생각건대, 이 견해와 독일의 해석론은 불공정을 해결한다고 하면서 새로운 불공정을 초래하는 불합리를 납득할 만하게 설명하지 못하는 흠이 있다고 본다.

3. 폭리자의 폭리행위와 피해자의 행위를 분리하여 고찰하는 견해¹²⁾

폭리자의 폭리행위와 피해자의 행위는 결합되어 단일한 행위를 구성하는 것은 아니라고 하면서, 피해자는 궁박·경솔·무경험에 편승하여 폭리를 얻은 바가 없으므로 폭리자가 피해자에게 한 급부행위는 무효로 되지 아니한다고 한다. 따라서 피해자는 수령한 급부를 유효하게 보유할 수 있고, 피해자가 한 급부는 무효로서 반환을 청구할 수 있다고 한다. 폭리자가 한 급부물을 피해자의 소유로 하여 피해자의 채권자의 강제집행의 대상으로 되게 하는 것이 폭리자의 채권자의 강제집행의 대상으로 되게 하는 것보다 타당하기 때문이라는 근거를 든다. 폭리자가 수취한 급부를 선의로 소비한 때에는 민법 제748조 제1항에 의하여 그 이익을 반환할 의무가 없기 때문에 부당이득반환청구권만 가지고는 피해자 및 그 채권자를 보호하기에 충분하지 못하다는 근거도 든다.

이 견해는 독일의 해석론과 유사하지만, 독일의 해석론은 물권행위의 독자성과 무인성을 전제로 전개된 이론임에 반하여 이 견해는 그것과 연계시키지 아니한 점이 다르고, 또 독일의 해석론은 ‘폭리자의 급부행위는 유효하므로 피해자가 그 급부물의 소유권을 취득하고’, ‘이렇게 폭리자가 소유권을 잃는 손해를 입게 된 것이 원인행위의 무효로 말미암은 것이므로 피해자의 소유권취득은 법률상 원인 없는 이득이 되지만 폭리자에게 불법원인이 있으므로 불법원인급여 규정에 의하여 폭리자의 부당이득반환청구가 배제된다.’는 이론 구성을 취함에 비하여, 이 견해는 위 후자의 논리과정을 논외로 한 점이 다르다.

생각건대, 이 견해는 1) 폭리자의 폭리행위와 피해자의 행위가 결합되어 단

12) 이영준, 민법총칙(개정증보판), 박영사, 2007. 279-280면. ; 김주수, 민법총칙 제5판, 삼영사, 2001, 347면.

일한 행위를 구성하는 것이 아니라고 보는 근거가 무엇인지 제대로 설명하지 못하고 있고, 2) 폭리자 또는 피해자에 대한 각 채권자의 강제집행의 용이성이 라는 근거도 결국 폭리자의 급부물을 피해자의 소유로 하는 것이 폭리자의 소유로 하는 것보다 낫다는 것과 같은 의미이므로 결론을 근거로 원용한 것에 불과하여 적절하다고 볼 수 없으며, 3) 스스로 폭리행위를 저지르고 그에 기하여 급부를 수취한 폭리자는 ‘악의의 수익자’에 해당하여 민법 제748조 제2항에 의하여 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상할 의무가 발생함에도 불구하고 같은 조 제1항의 ‘선의의 수익자’로 될 수 있음을 전제로 피해자 보호에 충분치 못하다고 하는 것은 부당하다.

어쨌든 이 견해에 의하더라도 반환청구 가부의 결론에 있어서는 앞서 본 독일의 해석론이나 우리나라의 다수설과 같다.

4. 일부무효이론으로 해결하려는 견해¹³⁾

민법 제103조와 제104조는 요건·효과 면에서 다른 점이 있고, 제104조는 급부의 균형결과를 기초로 한 계약자유원칙의 수정, 경제적 약자보호라는 법정책적 제도가기 때문에 일부무효이론에 따라 일부무효·잔부유효를 인정하여야 한다고 한다.

이 견해는 뒤에서 보는 바와 같은 우리나라 판례의 법리와 유사한 점은 있으나, 일부무효부분 및 잔부유효부분에 기한 각 급부에 대한 폭리자와 피해자의 각 반환청구의 가부와는 어떻게 연계되는지에 관한 자세한 설명이 없어 아쉽다.

5. 제104조의 효과에 관하여는 제746조가 적용되지 않는다고 보는 견해

민법 제104조는 제103조와는 별개, 독립된 규정이라고 하면서¹⁴⁾ 불공정한 법률행위에 기하여 급부행위가 이루어졌다면 이를 부당이득에 관한 일반원칙(민법 제741조)에 따라 이를 반환하여야 할 것이라고 하는 견해가 있고,¹⁵⁾ 불

13) 高翔龍, 민법총칙 제3판, 법문사, 2003, 358-359면.

14) 張在賢, 不公正 法律行爲에 대한 再考, 慶北大 法學論叢 第12輯, 慶北大學校 法學研究所, 1996, 57-77면 참조요.

15) 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005, 391면. ;

공정한 법률행위는 민법 제103조의 사회질서에 반하는 법률행위의 일종으로서 사회질서에 반하여 무효이므로 민법 제746조가 적용되지 않는다는 견해도 있으며,¹⁶⁾ 또 다른 근거로 같은 결론을 취하는 견해도 있다.¹⁷⁾

이 견해에 의하면 피해자와 폭리자의 각 급여반환청구가 모두 가능하게 된다.

예시사례에 적용한다면, A사례에서는 피해자의 말소등기청구와 폭리자의 매매대금반환청구 모두 인정되고, B사례에서는 피해자의 매매대금반환청구와 폭리자의 말소등기청구 모두 인정된다.

생각건대, 새로운 불공정을 초래하지 아니하는 결론은 수긍할 만하다. 그러나 민법 제104조 위반행위가 반사회성이 없다고 단정할 수 있을지 의문이다. 불공정한 법률행위도 반사회질서의 법률행위의 일종이라고 보는 통설¹⁸⁾과 판례¹⁹⁾에 어긋나는 이론구성이다.

6. 제746조가 아니라 제742조를 적용하여야 한다는 견해²⁰⁾

폭리행위의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 선량한 풍속 위반은 아니고 단순한 사회질서위반일 것이어서 제746조가 아니고 제742조의 적용을 받게 된다고 한다. 그 결과 양 당사자가 그들의 행위가 폭리행위로서 무효임을 모르고 급부한 경우에는 그들 모두가 급부한 것의 반환을 청구할 수 있다고 본다. 만약 선량한 풍속 위반으로 인정되는 경우에는 제746조 단서가 적용될 것이라고 한다.

생각건대, 1) 폭리자가 피해자의 공박·경솔·무경험을 이용하여야, 즉 악의가

16) 강태성, 법률행위가 민법 제103조에 의하여 무효인 경우에 있어서의 급여자의 반환청구 여부, 比較私法, 12권3호(통권30호), 한국비교사법학회, 2005, 135면.

17) 편집대표 박준서, 주식민법:민법총칙편, 한국사법행정학회, 2001, 499-500면은 “폭리자의 상대방을 보호하기 위하여는 자신이 한 급여의 반환청구를 인정함으로써 충분하고 그에 덧붙여 폭리자가 한 급여까지 보유하게 할 필요는 없지 않은가 여겨진다.”고만 설명하고 있다. ; 趙武濟, 주식회사의 공박, 무경험 또는 경솔, 판례연구II, 부산판례연구회, 1992, 17-18면은 “민법 제104조를 제103조와 같은 범주에 속한다고 하면서도 피해자에게 반사회적 이득을 보게 하는 것도 바람직한 결과는 아니기 때문에 전체적으로 무효의 계약으로 보고 쌍방 급여를 모두 반환시키는 것”에 찬동한다.

18) 박윤지, 앞의 책, 221면. ; 김상용, 앞의 책, 399면, 김주수, 앞의 책, 344면. ; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2008, 138면. ; 이은영, 앞의 책, 252면은 “평의의 불공정한 법률행위는 제103조의 반사회질서의 법률행위와 제104조의 폭리행위를 포함하는 개념”이라고 설명한다.

19) 대법원 1964. 5. 19. 선고 63다821 판결. ; 대법원 1965. 11. 23. 선고 65사28 판결.

20) 송덕수, 위의 책, 143면.

인정되어야 폭리행위가 성립한다고 보는 판례·통설에 의하면 폭리자가 폭리행위로서 무효임을 모르고 급부한 경우가 있을 수 있는지 의문이다. 2) 뒤에서 보는 바와 같이 민법 제746조의 ‘불법원인’ 개념을 선량한 풍속위반과 기타 사회질서위반을 모두 포함하는 것으로 보는 다수설·판례에 의한다면 굳이 두 가지 경우로 나누어 고찰할 필요성도 없게 된다. 3) 민법 제746조의 불법원인 개념을 선량한 풍속위반에 한정된다는 학설을 취한다면, 단순한 사회질서위반의 경우에는 제746조가 적용되지 않게 되므로 피해자와 폭리자 양측의 각 급부반환청구가 모두 가능하게 되는 결과가 되고, 선량한 풍속위반의 경우에는 제746조가 적용되므로 피해자의 급부반환청구는 가능하나 폭리자의 급부반환청구는 배제되는 결과가 될 것이다. 실제로 폭리행위를 단순한 사회질서위반의 경우와 선량한 풍속위반의 경우로 나눌 수 있을지도 의문이다.

7. 불법원인의 개념을 축소해석하여 제746조의 적용을 배제하려는 견해²¹⁾

폭리자의 급부반환청구를 부정하는 것은 형평의 원칙에 반하는 결과를 가져온다는 이유로, 민법 제104조를 제103조의 예시규정으로 보되 제103조의 ‘사회질서’를 ‘선량한 풍속(도덕적 공공질서)’, ‘정치적 공공질서(협의를 공공질서)’, ‘사회·경제적 공공질서(확장된 공공질서)’로 유형화하여 ‘선량한 풍속’과 ‘정치적 공공질서’ 위반의 경우에만 민법 제746조의 불법원인급여제도를 적용하자는 견해이다.

실제로 민법 제103조의 사회질서를 위와 같이 유형화하는 것이 그리 쉬운 일이 아니라 생각되고, 또 민법 제746조의 ‘불법원인’을 위와 같이 축소해석하는 것은 현재의 다수설·판례에 저촉되는 해석이라는 문제점이 있다.

8. 로마법상의 *laesio enormis*

유스티니아누스시대의 로마에는 고전기의 로마법부터 있어온 이른바 *laesio enormis*(莫大한 損害)제도가 더욱 발전하여 부동산의 매매계약에 있어서 매매대금이 시가의 절반에 이르지 못할 경우 매도인은 매매대금을 반환하고 매매목

21) 남궁술, 민법 제103조와 제104조의 관계에 관하여, 法學研究, 제14집 제2호, 國立慶尙大學校法學研究所, 2006, 191면, 196면.

적물의 반환을 청구할 수 있다는 규정이 생겼고, 다만 매도인의 위 해제권은 매수인이 매매가액과 시가의 차액을 지급하지 않을 때에만 행사할 수 있다고 했다.²²⁾

위 로마법에 의하면 피해자가 급부를 반환받으려면 폭리자로부터 수령한 매매대금을 반환하여야 하므로 결국 폭리자의 급부반환청구권을 인정한 셈이다.

9. 프랑스민법상의 *lésion*

프랑스민법은 특정한 계약에 의한 급부의 현저한 불균형으로 말미암아 손해가 발생한 때에는 그 계약을 취소할 수 있는 법리를 인정하고 있는데, 이를 *lésion*(과잉손실)이라 한다.²³⁾ 즉, 프랑스민법 제1674조는 “부동산 매도인이 부동산 가액의 7/12을 초과하는 손해를 입은 경우에 매도인은, 그가 매매계약에서 손해무효청구권을 명시적으로 포기하였거나 초과가치를 지급할 것이라는 약정을 하였다 하더라도, 매매계약의 손해무효를 주장할 수 있다.”고 규정하고, 제1681조 제1항은 위와 같은 매도인의 “손해무효의 소가 인용된 경우에 매수인은 그 선택에 따라 이미 지급한 매매대금을 회수하면서 매매목적물을 반환하거나, 원래의 매매대금총액에서 1/10을 공제한 후 정당한 가격에 따라 평가된 보충금을 지급하고 매매목적물을 보유할 수 있다.”고 규정하고 있다.²⁴⁾ 이를 *lesion*의 상환금(*le rachat de la lesion*)이라고 한다. 즉, 정당한 부동산가격의 10분의 1을 공제한 금액과 지급한 매매대금의 차액을 추가로 지급하고 그 부동산을 보유할 수 있다는 것이다. 이는 계약내용의 수정을 인정한다는 의미이다.²⁵⁾

한편 프랑스 민법 제1683조는 “손해무효는 매수인의 이익을 위하여서는 문제되지 않는다.”고 규정하여²⁶⁾ 매수인에게는 *lesion*을 이유로 한 손해무효의 소를 인정하지 않고 있다. 매도인만 보호하는 규정을 두고, 부동산 매매에만 이 법리

22) 이영준, 앞의 책, 269면. ; 고상용, 앞의 책, 350면. ; 李相旭, 프랑스 民法上의 不公正 行爲: *Lesion* 法理를 중심으로, 영남대 영남법학: 無心 朴相源 教授 停年退任紀念特輯 號, 제3권 제1·2호 [통권 제5·6호], 영남대학교 법학연구소, 1997, 203면. ; 裴成鎬, 不公正한 法律行爲의 再檢討 小考, 人權과 正義 324호, 대한변호사협회, 2003, 33면.

23) 고상용, 앞의 책, 350-351면. ; 이상욱, 위의 글, 210면 및 228면. ; 배성호, 위의 글, 33면.

24) 명순구 역, 프랑스민법전, 법문사, 2004, 665-667면.

25) 이상욱, 앞의 글, 229면.

26) 명순구 역, 앞의 책, 667면.

를 적용하게 된 이유는 주로 역사적인 연유에 기인하는 것으로 이해되고 있다. 그렇지만 오늘날 이러한 이유는 시대착오적인 것(anachroniques)으로 평가되고 있다.²⁷⁾

프랑스 민법을 예시사례에 적용한다면 아래와 같이 된다.

A사례의 경우 피해자가 폭리자에게 매매대금을 반환하고 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있고, 폭리자는 정당한 가격에서 10%를 공제한 가격(즉, 정당한 가격의 90%)과 지급한 매매대금의 차액 7,800만 원(1억 2천만 원 × 0.9 - 3천만 원)을 추가로 지급하고 소유권이전등기의 말소의무를 면할 수 있다. 즉 피해자가 손해무효청구권을 행사한 경우 피해자와 폭리자의 각 급부반환청구가 모두 인정될 수도 있고, 폭리자의 선택에 따라 폭리자가 정당한 가격의 90%에 매수한 것으로 매매계약내용이 수정될 수도 있다. 당초 시가로 매수할 것이라면 매수하지 않았을 것으로 보이는 폭리자의 의사를 어느 정도 고려함으로써 사적자치의 원칙을 존중함과 더불어 사회적 정의도 존중하는 절충적 입장을 취한 것으로 보이는데, 계약 수정의 경우가 아닌 한 피해자와 폭리자의 각 급부반환청구를 모두 인정하는 점에서 우리나라의 다수설과는 반대의 입장이다.

B사례의 경우 피해자는 매수인이므로 피해자의 손해무효청구가 인정되지 아니한다.

Ⅲ. 우리나라의 입법례와 판례

1. 입법례

1) 이자제한법상의 제한초과이자 약정의 효력 및 급부한 초과이자의 반환 청구 가부

(1) 이자제한법(2007. 3. 29. 법률 제8322호로 제정되고, 2009. 1. 21. 법률 제9344호로 개정된 것) 제2조는 제1항에서 “금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 40퍼센트를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령²⁸⁾으로 정한

27) 이상욱, 앞의 글, 211면.

다.”고 규정하고, 제3항에서 “계약상의 이자로서 제1항에서 정한 최고이자율을 초과하는 부분은 무효로 한다.”고 규정하며, 제4항에서 “채무자가 최고이자율을 초과하는 이자를 임의로 지급한 경우에는 초과 지급된 이자 상당금액은 원본에 충당되고, 원본이 소멸한 때에는 그 반환을 청구할 수 있다.”고 규정하고, 제5조는 “이자에 대하여 다시 이자를 지급하기로 하는 복리약정은 제2조 제1항에서 정한 최고이자율을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 대하여는 무효로 한다.”고 규정하며, 제6조는 “법원은 당사자가 금전을 목적으로 한 채무의 불이행에 관하여 예정한 배상액을 부당하다고 인정한 때에는 상당한 액까지 이를 감액할 수 있다.”고 규정하고 있다.²⁹⁾

(2) 과거에 이 논점에 관하여 우리나라와 일본에서 많은 논란이 있었으나 현재는 입법과 확립된 판례에 의하여 어느 정도 정리됨으로써 논란이 줄었다.³⁰⁾

위 이자제한법의 규정을 종합하여 보면, 고리의 금전소비대차계약에 관하여 그 계약 전부를 무효로 하지 아니하고 법정 최고이자율을 초과하는 부분만 무효로 하고 잔부를 유효로 하고 있다. 불공정한 법률행위의 대표적이 유형에 관하여 일부무효, 잔부유효를 입법화한 것이다. 나아가 이자제한법은 법정 최고이자율을 초과하는 이자, 즉 무효인 이자를 임의로 지급한 경우 이를 원본의 변제에 충당된 것으로 보거나 반환을 청구할 수 있는 것으로 규정함으로써, 폭리행위 피해자가 급부한 초과이자에 대하여 부당이득반환청구권을 입법화하였다. 또 금전채무불이행에 관한 손해배상액의 예정액에 대한 법원의 감액권을 입법화하였다.

위와 같은 이자제한법의 취지는 법정 최고이자율을 초과하지 아니하는 이자 부금전소비대차계약 부분, 즉 잔부유효 부분은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반(이하에서 ‘반사회성’이라 줄여 쓴다)하는 것이 아니라는 취지의 표현이라고

28) ‘이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정(2007. 6. 28. 대통령령 제20118호로 제정된 것)’은 “이자제한법 제2조 제1항에 따른 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 30퍼센트로 한다.”고 규정하고 있다.

29) 이자제한법 제7조는 “다른 법률에 따라 인가·허가·등록을 마친 금융업 및 대부업과 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」 제9조의4에 따른 미등록대부업자에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있어 이자제한법은 대부업의 등록을 하지 아니하고 사실상 대부업을 영위하는 자에 대하여 적용된다. 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다12399 판결 참조.

30) 魚寅義, 이자규제의 문제점과 이자제한법 부활론, 法學論集, 제18집, 청주대학교 법학연구소, 2002, 123-128면. ; 谷口知平 編集, 注釋民法(18):債權(9), 有斐閣, 昭和 55, 680면.

할 수 있다. 이러한 법 취지를 불공정한 법률행위 일반에 대하여 확대적용한다면 공정한 범위 내의 부분은 반사회성이 없고 그 범위를 초과한 부분만 반사회성이 있다는 것이 된다.

2) 대물변제예약과 가등기담보등에 관한 법률

가등기담보등에 관한 법률이 시행되기 전에 판례는 “돈을 대여하면서 담보조로 부동산에 대하여 소유권이전청구권보전의 가등기를 경료하고 변제기까지 원리금을 갚지 않으면 매매계약 완결의 의사표시를 요하지 아니하고 가등기에 인한 본등기 절차를 이행하기로 약정한 경우에 특별한 사정이 없으면 차용물의 반환에 관하여 차용물에 갈음하여 다른 재산을 권을 이전할 것을 예약한 경우에 해당한다고 볼 것이므로 민법 제607조와 제608조의 효과를 받아야 한다.”고 하고,³¹⁾ “부동산에 관한 대물변제예약 당시 그 부동산의 가액이 채무원리금의 합산액을 초과하는 경우에는 대물변제예약 자체는 무효라고 하더라도 소위 약한 의미의 양도담보계약이 된 것으로 볼 수 있다.”고 하여,³²⁾ 무효인 대물변제예약에 내포된 ‘약한 의미의 양도담보계약’을 유효로 보았는데, 가등기담보등에 관한 법률은 ‘차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물에 갈음하여 다른 재산을 이전할 것을 예약함에 있어서 그 재산의 예약당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우’에는 담보계약 및 그 담보목적의 가등기 또는 소유권이전등기의 효력을 유효로 보고 그 청산절차 등을 규정하고 있다. 일본에서도 우리나라와 유사한 변칙을 거쳐 판례와 입법에 의하여 같은 취지의 법리가 확립되었다.³³⁾

민법 제608조에서 말하는 ‘불리한 것’은 반드시 민법 제104조의 ‘현저하게 불공정한 법률행위’에 해당할 정도까지를 요구하는 것이 아니지만 무효로 하고 있는데 이러한 법 취지는 폭리행위를 금지함으로써 경제적 약자인 차주를 보호하려는 데 그 목적이 있다. 그런데 이 규정을 위반한 대물변제예약에 대하여 판례와 가등기담보등에 관한 법률은 전부무효로 보지 아니하고 공정한 담보목적 범

31) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다1658 판결.

32) 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다998 판결 등 다수.

33) 後藤昌夫, 暴利行爲と公序良俗違反, 現代判例民法学の課題—森泉章教授還曆記念論集, 法学書院, 1988, 73-86면.

위 내에서 유효하다고 함으로써 일부무효, 잔부유효를 인정하였고 동시에 공정한 범위 내에서는 반사회성이 없다는 법정신을 표현한 것이라고 평가할 수 있다.

3) 민법 제398조 제2항

민법 제398조는 제1항에서 “당사자는 채무불이행에 관한 손해배상액을 예정할 수 있다.”고 규정하고 제2항에서 “손해배상책의 예정이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.”고 규정하여, 부당히 과다한 손해배상액의 예정 전부를 무효로 하지 아니하고 일부무효·잔부유효 취지의 법원의 감액권을 인정하였다. 이자제한법 제6조의 입법취지와 같은 취지이다.

2. 판례

1) 고율의 이자 약정의 효력

대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결은 “금전 소비대차 계약과 함께 이자의 약정을 하는 경우, 양쪽 당사자 사이의 경제력의 차이로 인하여 그 이율이 당시의 경제적·사회적 여건에 비추어 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정하여졌다면, 그와 같이 허용할 수 있는 한도를 초과하는 부분의 이자 약정은 대주가 그의 우월한 지위를 이용하여 부당한 이득을 얻고 차주에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 지우는 것이므로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이다.”, “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효인 부분의 이자 약정을 원인으로 차주가 대주에게 임의로 이자를 지급하는 것은 통상 불법의 원인으로 인한 재산 급여라고 볼 수 있을 것이나, 불법원인급여에 있어서도 그 불법원인이 수익자에게만 있는 경우이거나 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 커서 급여자의 반환청구를 허용하지 않는 것이 오히려 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우에는 급여자의 반환청구가 허용되므로, 대주가 사회통념상 허용되는 한도를 초과하는 이율의 이자를 약정하여 지급받은 것은 그의 우월한 지위를 이용하여 부당한 이득을 얻고 차주에게는 과도한 반대급부 또는 기타의

부당한 부담을 지우는 것으로서 그 불법의 원인이 수익자인 대주에게만 있거나 또는 적어도 대주의 불법성이 차주의 불법성에 비하여 현저히 크다고 할 것이어서 차주는 그 이자의 반환을 청구할 수 있다.”고 하였다.³⁴⁾

위 전원합의체판결은 이자제한법의 적용대상이 아닌 금전소비대차계약에 관하여도 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 경우가 있음을 전제로, 그런 경우에도 사회통념상 허용되는 한도를 초과하는 부분만 무효로 하고 있다. 이것은 불공정한 법률행위를 반사회질서의 법률행위의 예시로 보는 종전의 판례의 견해에 기초하여 폭리행위인 금전소비대차계약에 대하여 민법 제103조를 적용하여 일부무효·잔부유효를 인정한 판례이고, 나아가 피해자가 무효부분인 이자약정에 기하여 한 급부의 반환을 제746조 단서에 의하여 청구할 수 있다고 한 판례라고 평가할 수 있다. 위 판결이 공정한 범위 내의 부분을 유효하다고 한 것은 고리의 금전소비대차계약 가운데 ‘원금 및 사회통념상 허용되는 한도 내의 이자’에 대한 약정부분은 반사회성이 없다는 법정신을 표현한 것이라 평가할 수 있다.

2) 가등기담보등에 관한 법률이 적용되지 않는 부동산양도담보

대법원 1967. 9. 19. 선고 67다1460 판결은 “채무금의 지급담보의 의미로 부동산의 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부한 경우에 채무금을 약정기일까지 지급하지 못할 때에는 부동산을 완전히 채권자의 소유로 한다는 약정은 민법 제104조의 규정에 의하여 무효라고 할지라도 채무담보를 위하여 소유권이전등기를 하기로 한 채무담보 약정은 유효한 것이라 할 것이고 1개의 법률행위에 관하여 유효부분과 무효부분을 가려 판단할 수 있는 것이다.”라고 하여 채무액을 초과하는 가치를 지닌 부동산에 대한 대물변제의 예약은 민법 제104조의 규정에 의하여 무효라 할지라도³⁵⁾ 채무액 범위 내에서의 담보목적 등기이전약정은 유효하다고 함으로써, 공정한 범위를 초과한 부분의 일부무효, 공정한 범위

34) 이에 대하여 대법관 4분은 “일률적으로 대주의 불법성이 차주의 그것에 비해 현저히 크다고 단정할 수만은 없으며, 임의로 이자를 지급함으로써 이미 거래가 종료된 상황에서 다시 차주의 반환청구를 허용한다면 법적 안정성을 해칠 우려도 있으므로 결국 민법 제746조 본문에 따라 차주의 반환청구는 허용될 수 없다.”는 반대견해를 표명하였다.

35) 소비대차계약에 기한 차용물의 반환에 관한 대물반환의 예약은 민법 제607조, 제608조에 의하여 무효로 되는데, 이 판결이 민법 제104조에 의하여 무효로 본 것은 아마도 그 사안의 채무는 소비대차계약이 아닌 다른 원인에 기하여 발생한 것으로 추측된다.

내의 잔부유효를 인정하였다.

또 대법원 1967. 7. 4. 선고 67다723 판결은 “원고들과 피고 甲 사이에 체결된 계약에는 본건 부동산을 원고들이 피고 甲에게 수표금채무의 담보로 제공한다는 약정과 약정기한까지 수표금을 지급지 못하는 경우에 본건 각 부동산의 소유권을 동 피고에게 완전히 이전하기로 한다는 약정이 있었는데 후자의 약정은 원고 값이 구속되기 직전의 궁박한 상태에서 금 215,000원의 수표금채무 변제를 위하여 시가 금 2,042,500원 상당의 위 각 부동산 소유권을 피고 갑으로 하여금 취득케 하기로 한 것이니 현저히 공정을 잃은 법률행위로서 무효라 할 것이나 전자의 담보제공 약정은 현저히 불공정하다는 하자가 없어 무효라 할 수 없으므로 피고 甲 명의로의 본건 소유권이전등기는 위 담보권을 표상하는 한도에서는 유효하다 할 것이고 동 등기는 대외관계에 있어서는 완전히 소유권이 이전되는 것이니 피고 甲으로부터 매수하여 소유권이전등기를 경유한 피고 乙은 유효히 소유권을 취득한 것이라 할 것이다.”라고 하여, 일부무효·잔부유효를 인정하였다.

3) 피해자의 급부반환청구와 폭리자의 급부반환청구를 모두 인정한 판례

대법원 1994. 10. 14. 선고 94다18539(본소), 94다18546 판결(반소)은, 민박업을 영위하던 甲이 乙과의 사이에 민박건물을 철거하고 새로이 3층 건물을 신축하되 乙이 공사비 일체를 부담하면서 甲에게 그 공사기간 동안 생활비와 자녀들의 학비 등을 보조하여 주는 대신 乙이 그 대지와 신축건물의 소유권을 취득하고 甲은 위 건물완공 후 1층 부분을 사용하면서 민박업을 하기로 약정한 사안에서, 그 약정은 여러 가지 사유를 근거로 민법 제104조 소정의 불공정한 법률행위로서 무효라고 판단하고, 불공정한 법률행위로서 무효인 이상 乙의 이 사건 대지의 취득에 관한 약정뿐만 아니라 甲이 위 건물의 1층 부분을 사용하기로 한 약정도 무효라고 할 것이므로, 甲이 위 1층 부분을 점유할 정당한 권원이 없다고 하여, 대지에 대한 乙 명의의 소유권이전등기의 말소를 구한 甲의 본소를 인용함과 더불어, 반소로서 甲에 대하여 건물 1층 부분의 명도를 구한 乙의 청구도 인용한 원심판결을 유지하였다.

이 판결은 성질상 불가분인 불공정한 법률행위에 관하여는 일부무효·잔부유효로 인정할 수 없고 전부를 무효로 인정할 수밖에 없다 하더라도 피해자의 급부

반환청구와 폭리자의 급부반환청구를 모두 인정하는 견해를 취하였다고 평가된다. 이는 폭리자의 피해자에 대한 급부반환청구가 불법원인급여의 반환청구에 해당한다는 이유로 부정하는 다수설과는 반대의 입장이다.

4) 폭리의 의료수가

대법원 1995. 12. 8. 선고 95다3282 판결은 그 사안에서 폭리행위를 인정하지는 않았지만 “의료기관 또는 의사가 의료보험환자 아닌 일반환자를 치료하고 그 치료비를 청구함에 있어서 그 치료를 마친 의사 또는 의료기관은 그 치료비에 관하여 의료보험수가가 아닌 일반의료수가를 기준으로 계산한 치료비 전액의 지급을 청구할 수 있다 할 것이지만, 치료계약에 이르게 된 경위, 수술·처치 등 치료의 경과와 난이도, 기타 변론에 나타난 제반 사정에 비추어 그 일반의료수가가 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반하는 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 그와 같은 제반 사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 범위를 초과하는 금액에 대하여는 그 지급을 청구할 수 없다.”고 하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 기한 법원의 감액권을 인정하였다.

IV. 폭리자의 급부반환청구 가부

위에서 본 바와 같이 불공정한 법률행위에 기한 급부의 반환청구에 관하여는 그 이론적 구성에 차이는 있으나 크게 두 부류로 나눌 수 있다. 폭리자와 피해자의 각 반환청구를 모두 인정하는 견해와 피해자의 반환청구만 인정하고 폭리자의 반환청구를 부정하는 견해가 그것이다. 즉, 두 부류의 차이는 폭리자의 급부반환청구를 긍정하느냐, 부정하느냐이다. 필자는 전자의 견해를 가지고 있다. 따라서 아래에서는 이러한 필자의 견해를 뒷받침하는 근거를 제시하고자 한다.

1. 무효와 반사회성 및 불법원인의 상호관계

1) 법률행위의 일부무효

민법 제137조는 “법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.”라고 하여, 전부무효의 원칙과 잔부유효의 예외를 규정하고 있다.

앞에서 우리나라의 입법례와 판례가 불공정한 법률행위에 일부무효이론을 적용하고 있음을 보았다. 즉, 공정한 부분을 초과하는 부분에만 무효원인이 있음을 전제로 그 부분만 무효로 보고 공정한 부분은 유효로 유지하고 있음을 알 수 있었다. 그렇다고 하여 불공정한 법률행위를 항상 일부무효·잔부유효로 인정할 수 있는 것은 아니다. 예컨대, A사례의 매매계약은 실제상 불가분이라 할 수 있다. 이 경우 잔부유효를 인정한다고 가정한다면 매수인으로 하여금 매매대금과 등가관계를 이루는 일부공유지분 또는 매매부동산의 특정 일부분만을 취득하게 하는 결과가 된다. 그렇게 한다면 매매부동산의 사용·수익상의 여러 가지 문제가 발생하게 되므로 특별히 당사자 사이에 일부 지분 또는 특정 일부분에 대한 매매계약이라도 체결할 의사가 있었다고 인정되지 않는 한 일부무효·잔부유효를 인정할 수 없을 것이다. 이와 같이 실제상 나눌 수 없는 경우에는 전부 무효로 볼 수밖에 없다.

불공정한 법률행위를 분리하여 그 효력을 달리 인정할 수 없는 경우가 실제상 있다고 하더라도 불공정한 법률행위는 본질적·관념상으로는 공정한 부분과 이를 초과한 부분으로 나눌 수 있다. 무효원인인 반사회성은 공정한 부분을 초과한 부분에 있다. 정확히 표현하자면 공정한 범위를 초과한 약정내용 및 그 이행행위로서의 피해자의 급부(이와 표리관계에 있는 폭리자의 초과부분 급부수령행위)가 ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다.’는 데 무효이유가 존재한다. 공정한 범위 내의 법률행위 부분에는 반사회성이 존재하지 않는다. 달리 말하면 폭리자의 급부 및 이와 등가관계를 이루는 피해자의 급부 부분에는 반사회성이 존재하지 않는다.

2) 무효와 반사회성의 상호관계

따라서 불공정한 법률행위에 있어서는 ‘일부무효·잔부유효’가 인정되는 때에는 ‘무효부분=반사회성부분’이라는 등식이 성립하지만, 일부무효로 인하여 전부가

무효로 된 때에는 ‘무효부분=반사회성부분’이라는 등식이 성립하지 않는다. 달리 말하면 반사회성부분 때문에 전부가 무효로 된다고 하여 법률행위 전부에 반사회성이 확장하여 존재하는 것은 아니다.

3) 반사회성과 불법원인의 상호관계

(1) 민법 제746조의 ‘불법원인’

부당이득반환청구가 배제되는 “불법원인”이란, ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것’을 말한다는 공서양속위반설, 공서양속 위반 외에도 강행법규위반도 포함시켜야 한다는 강행법규위반포함설, 선량한 풍속위반 한정설 등이 있는데, 공서양속위반설이 다수설이다.³⁶⁾

판례는 “부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다.”고 하여 다수설의 입장과 같다.³⁷⁾ 일본의 통설도 우리나라의 다수설과 판례의 입장과 같다.³⁸⁾

(2) 다수설과 판례에 의하면, 반사회성과 불법원인은 일치한다.

달리 말하면 ‘반사회성=불법원인’이라는 등식은 성립한다.

4) 무효와 반사회성 및 불법원인의 상호관계

이상의 관계를 종합하면, ‘무효부분≠반사회성부분=불법원인’이라는 식으로 설명할 수 있다. 불공정한 법률행위에 있어서는 폭리자의 급부 및 이것과 등가

36) 편집대표 박운직, 민법주해 [XVII] 채권(10), 박영사, 2005, 470-471면, 박병대 집필부분.

37) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다1782 판결 ; 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결.

38) 川島武宜, 平井宜雄 編集, 新版注釋民法(3), 總則(3), 東京: 有斐閣, 平成15[2003], 217면.

관계를 이루는 피해자의 급부부분은 반사회성이 없으므로 비록 초과부분의 반사회성으로 인하여 전부가 무효로 된 경우에도 등가관계를 이루는 부분은 불법원인에는 해당하지 아니한다. 따라서 폭리자의 급부 및 이것과 등가관계를 이루는 피해자의 급부부분은 불법원인급여가 아니다.

2. 소결

따라서 불공정한 법률행위를 전부무효로 보는 경우에도 반사회성이 없는 폭리자의 급부 및 이것과 등가관계를 이루는 피해자의 급부부분은 부당이득반환청구의 대상이 되고, 이에 관하여 민법 제746조를 적용하여 부당이득반환청구를 배제하여서는 아니 된다.

피해자의 급부 가운데 폭리자의 급부와 등가관계를 이루는 급부부분을 초과한 급부, 즉 공정한 범위를 초과한 급부는 반사회성이 있는 급부에 해당하여 민법 제746조를 적용하여야 하나, 불법원인이 수익자인 폭리자에게만 있으므로 같은 조 단서에 의하여 본문의 적용이 배제된 결과 피해자의 초과급부반환청구는 인정된다.

결국 불공정한 법률행위에 있어서는 피해자와 폭리자 양측의 급부반환청구를 모두 민법 제741조에 의한 적법한 부당이득반환청구로서 인정하여야 한다. 다만, 일부무효·잔부유효로 인정할 수 있는 경우에는 잔부유효부분에 기한 쌍방의 급부는 법률상 원인 있는 급부이므로 민법 제741조를 적용할 여지가 없고 유효한 급부로서 보유하게 된다.

3. 예상되는 반론에 대한 반박

1) 하나의 불공정한 법률행위를 공정한 부분과 이를 초과한 부분으로 나눌 수 있는가에 대한 반론이 있을 수 있다.

즉, 공정한 부분이 있으므로 인하여 초과부분의 개념도 성립할 수 있으므로 이 둘의 관계는 불가분의 밀접한 관계여서 항상 일체로 파악하여야 한다는 반론이 있을 수 있다. 달리 말하면, 초과부분의 반사회성으로 인하여 공정한 부분 까지도 반사회성을 갖게 된다는 반론이다. 또 민법 제104조는 단순히 '무효로 한다.'고만 규정하였지 '공정한 범위를 초과한 부분은 무효로 한다.'고 규정하지

않음으로써 일부무효에 관하여 특별히 규정하지 않고 있는 점도 근거로 제기될 수 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이 우리나라의 입법례나 판례에서도 이미 불공정한 법률행위의 가분성을 전제로 일부무효·잔부유효로 인정하고 있고, 불공정한 법률행위의 사안에 따라 실제상 불가분인 경우도 있고 그러한 경우에는 전부무효로 인정할 수밖에 없다 하더라도 관념상으로는 여전히 반사회성이 있는 부분과 그렇지 않는 부분으로 나눌 수 있다. 반사회질서의 법률행위의 전형적인 예라고 할 수 있는 도박자금대여행위나 뇌물공여행위, 성매매에 대한 대가약정 등은 그 성질상 반사회성이 있는 부분과 그렇지 않는 부분으로 나눌 수 없다는 점을 비교하면 쉽게 이해할 수 있을 것이다.

불공정한 법률행위는 그 본질이 폭리자의 급부가치에 비하여 피해자의 급부가치가 현저히 높다는 점에 있으므로 폭리자의 급부가 공정한 범위를 정하는 기준점으로 된다고 할 수 있다. 그리하여 폭리자의 급부와 등가관계를 이루는 피해자의 급부부분이 공정한 부분이 되는데, 여기서 등가관계란 사회윤리적·규범적 평가를 통한 객관적인 가치균등을 의미하고 단순한 산술적 가치균등이나 주관적 가치균등의 의미와는 다르다.³⁹⁾ 결국 공정한 범위와 이를 초과하는 부분은 산술적 가치뿐만 아니라 법률행위의 내용(계약의 유형)·시기·장소 기타 주위사정과 폭리자의 악성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없으며, 그 판단에 있어서 당사자의 궁박·경솔·무경험의 정도가 아울러 고려되어야 한다.⁴⁰⁾

2) 폭리자의 급부반환청구를 긍정하면 폭리행위를 사전에 예방하거나 근절할 수 없다는 반론이 제기될 수 있다.⁴¹⁾

이러한 반론은 불공정한 법률행위를 반사회성 있는 부분과 없는 부분으로 나눌 수 있는 행위라는 점을 부정함과 동시에, 사법상의 제도가 반사회적 행위의 일반예방적 기능까지 수행하여야 한다는 이념에 바탕을 두고 있다. 불법원인에 의한 급여의 반환청구를 배제하는 불법원인급여 제도의 이념적 근거로서 일반예방적 기능을 드는 학설이 종래의 통설이었지만, 지금은 일반예방적 기능을 형법 기타 공법상의 제도로써 수행하도록 하여야지 불법원인급여 제도로써 수행

39) 대법원 1963. 3. 28. 선고 62다862 판결의 판시요지 참조.

40) 편집대표 박윤직, 앞의 민법주해 [II], 249-250면. ; 고상용, 앞의 책, 356면.

41) 속된 말로 표현하자면 '들켜봐야 본전, 들키지 않으면 폭리'라는 결과가 되니 폭리자의 폭리의도를 사전에 저지하는 효과를 거둘 수 없다는 것이다.

하도록 하려는 것은 부당하다는 비판을 받고 있다.⁴²⁾ 왜냐하면 형법은 여러 양형요소를 고려하여 범죄에 상응한 형벌을 부과하도록 하고 또한 그 형벌이 벌금형과 같은 재산형일 경우 그 재산을 국가의 소유로 하지만, 불법원인급여제도는 여러 양형요소를 고려하지 아니하고 불법원인에 기한 급부 전부에 대한 반환청구를 배제하고 그 결과로서의 반사적 이익을 상대방 당사자가 보유하도록 하기 때문이다. B사례의 경우에 다수설에 따라 폭리자의 급여반환청구를 거절한다면, 피해자는 매매대금을 반환받음과 아울러 매매부동산의 소유권까지 보유하게 되는 폭리를 얻게 되는 반면에 폭리자는 그의 반사회적 행위에 대한 비난가능성의 정도에 비하면 지나치게 가혹하다고 할 매매부동산의 소유권 박탈이라는 징벌을 받게 되는 결과가 된다. 사안에 따라서는 폭리자가 취한 폭리보다 더 많은 폭리를 피해자가 취할 수도 있다. 유상계약에 있어서는 당사자가 자신의 급부가치보다 그 대가로 수령하는 급부가치가 더 높다고 생각하므로 거래가 성사되는 것이 상례이고, 또 객관적으로 불균등한 것도 당사자의 주관적 가치기준에 따라 균등하다고 생각하고서 거래하는 경우도 많으므로 통상 급부의 불균등은 사회적으로 수긍할 수 있는 것이다. 급부의 불균등이 있다고 곧바로 무효로 하는 것은 아니고 ‘현저한 불균등’이 있어야 무효로 하는 이유도 그기에 있고 또 실제 사례에 있어서 사회일반인으로서 ‘현저한 불균등’ 여부를 판단하는 것도 어려운 일임을 생각한다면 폭리자에 대한 위와 같은 징벌은 형법 기타 공법상의 징벌 이상으로 가혹한 것이 될 수 있다.

사법제도는 불공정한 것을 공정하게 바꿈으로써 그 기능을 다한 것이지만 반사회적행위를 한 당사자에게 손해를 배상하는 것 이상의 징벌을 가함과 동시에 그 징벌에 해당하는 이익을 상대방 당사자에게 주는 것을 목적으로 할 수는 없다고 생각한다. 불법행위로 인한 손해배상제도에 있어서도 영미법계에서는 징벌배상을 인정하고 있지만, 우리나라에서는 민사책임은 형사책임과는 달리 손해의 전보 또는 손해의 공평한 분담을 목적으로 하는 것이라는 전제 하에 원칙적으로 피해자가 실제로 입은 손해를 넘어서는 배상을 명하지 않는다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 위법행

42) 엄동섭, 불법원인급여의 임의반환약정, 민사판례연구 제19집, 박영사, 1997, 241-242면.

43) 편집대표 권윤직, 민법주해 [X V III] 채권(11), 박영사, 2005, 310-313면, 박철 집필 부분 참조.

44) 물론 불공정한 법률행위가 동시에 민법 제750조의 불법행위 구성요건에도 해당한다면 피해자의 손해배상청구권이 경합적으로 인정된다. 이러한 경우에도 피해자는 실 손해를 청구할 수 있을 뿐이지 징벌배상청구를 할 수는 없다.

위에 대한 일반적 예방은 전통적으로 공법의 기능이라 할 수 있다. 즉, 형법 기타 형사특별법, 각종 행정법이 형벌, 행정벌, 행정처분 등으로써 위법행위를 제재하고 예방한다. 예컨대, 형법 제349조 제1항은 “사람의 궁박한 상태를 이용하여 현저하게 부당한 이익을 취득한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 하여 부당이득죄를 규정하고 있고, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 제24조에서 공정거래위원회가 ‘불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제’ 등의 조치를 명할 수 있다고 규정함과 아울러 제24조의2에서 공정거래위원회가 ‘과징금’을 부과할 수 있다고 규정하고 있다.

3) 폭리자의 급부반환청구를 인정한다면, B사례와 같은 경우 폭리자는 원래의 강자적 지위를 회복하고 피해자만 다시 궁박한 처지에 빠지게 되는 것 아닌 가하는 의문이 생기고, 이러한 문제를 해결할 수 없다면 폭리자의 급부반환청구를 배제하는 이론이 더 타당하지 않느냐는 반론이 제기될 수 있다.

실제로 B사례와 같은 경우 피해자는 처음부터 전부무효를 주장하지 아니하고 초과부분의 무효만 주장하면서 초과대금의 반환만을 청구하는 경우가 있다. 즉, B사례에서 피해자는 일부무효·잔부유효를 주장하면서 공정한 범위를 초과하는 매매대금의 반환청구를 하고 이에 대하여 폭리자는 만약 불공정한 법률행위에 해당한다고 인정된다면 전부무효라고 하면서 매매대금의 반환과 상환으로 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 경우이다. 민법 제137조만을 적용한다면 폭리자에게 같은 조 단서의 ‘그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것(가정적 의사)’이라고 인정되지 않으므로 같은 조 본문에 따라 전부무효로 보게 될 것이다. 그리하여 폭리자의 위 청구가 인정되어 폭리자는 원래의 강자적 지위를 회복하고 피해자는 다시 궁박한 처지에 빠지게 된다.

이러한 문제점을 해결하려는 여러 가지 시도가 있다.

(1) 앞서서도 본 바와 같이 이자제한법이나 가등기담보 등에 관한 법률, 민법 제398조 제2항 등은 넓은 의미의 불공정한 법률행위의 일종에 대하여 공정한 범위 내에서 유효성을 인정하고 있다. 이는 ‘입법상 계약내용의 수정’을 의미한다. 따라서 이러한 경우 민법 제137조는 적용될 여지가 없다.

또 앞서 본 판례도 법원이 위 입법상의 계약내용의 수정과 같은 취지의 판결을 하여 ‘법원의 계약내용 수정권’을 인정하고 있음을 알 수 있었다.

한편 판례는 “민법 제137조는 임의규정으로서 의사사치의 원칙이 지배하는 영역에서 적용된다고 할 것이므로, 법률행위의 일부가 강행법규인 효력규정에

위반되어 무효가 되는 경우 그 부분의 무효가 나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는가의 여부를 판단함에 있어서는 개별 법령이 일부무효의 효력에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따라야 하고, 그러한 규정이 없다면 원칙적으로 민법 제137조가 적용될 것이나 당해 효력규정 및 그 효력규정을 둔 법의 입법 취지를 고려하여 볼 때 나머지 부분을 무효로 한다면 당해 효력규정 및 그 법의 취지에 명백히 반하는 결과가 초래되는 경우에는 나머지 부분까지 무효가 된다고 할 수는 없다.”고 판시하여⁴⁵⁾ 강행법규 위반의 경우에 민법 제137조의 적용을 배제하고 법원의 계약에 대한 수정권을 인정하였다. 민법 제103조와 제104조도 강행법규의 하나이다. 따라서 불공정한 법률행위의 경우에도 당사자의 가정적 의사가 존재하지 않는다는 이유로 전부무효라고 볼 것이 아니라, 당사자의 가정적 의사를 고려할 것 없이 제104조의 입법취지를 살려 법원이 계약을 수정할 수 있는 가능성을 열었다고 평가된다. 이러한 판례의 취지는 앞서 본 민법 제398조 제2항이나 이자제한법 제6조가 규정한 법원의 감액권과 같은 취지라고 평가할 수 있다.

문제는 입법이 되지 아니한 경우 앞서 본 판례의 취지에 의한 ‘법원의 계약수정권’을 불공정한 법률행위 일반에 확대적용할 수 있는나이다. 즉, 법률행위가 불공정하다 하여 폭리자의 계약당시의 의사를 무시하고 계약내용을 공정한 범위 내로 축소시키고 축소된 계약의 이행을 강제할 수 있는지 문제이다. 아직 선부른 결론을 내기는 어렵다고 판단되고 판례가 확립된 입장을 정리해 주기를 기대하면서, 아래와 같은 견해들을 소개한다.

(2) “공익적 견지에서서의 무효원인이나 사회적 약자보호, 법률행위 당사자 간의 실질적 평등을 위한 무효원인(예컨대 양속위반행위, 반사회행위, 불공정행위 등)이 법률행위의 일부에만 존재하는 경우에 비록 법률행위 전체로서 본다면 애초에 당사자가 의욕했던 법률행위의 원형과는 다른 모습을 띄게 되었을지라도, ……(중략) 나머지 법률행위 부분의 효력을 원칙적으로 존중하는 것이 사적 자치의 원칙, 계약경제, 나아가 계약정의의 관념에도 부합한다고 할 것이다.”라는 견해가 있다.⁴⁶⁾

45) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다1601 판결 ; 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다 2199 판결 ; 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다38161,38178 판결 ; 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다32501 판결.

46) 이병욱, 法律行爲의 一部無效·一部取消: 全部無效의 原則에 對한 再檢討를 中心으로, 虎院論集, 11호, 고려대학교 대학원, 2003, 111-112면.

“1957년에 작성된 민법안심의록은 제137조의 신설이유에 대해 다음과 같이 설명하고 있다. ‘법률행위의 일부가 불능, 불법, 반사회성 기타의 이유로 무효인 때에는 그 법률행위 전부를 무효로 할 것인가? 개인의사 절대의 이론에 의하면 당사자가 그 무효의 부분을 제외하고도 그 법률행위를 하였으리라고 인정될 때 이외에는 원칙적으로 전부를 무효로 한다고 한다. 그러나 법률행위는 법률이 개인의 의사를 한 개의 요소로서 개인 간의 사법관계를 규율하려고 하는 제도라고 생각하고 그 내용은 표시가 가진 객관적인 합리적 의의인 것이라는 이론을 취할 때에는 위 태도는 너무나 편협한 것이다. 그러므로 먼저 무효부분을 법률의 규정, 관습, 조리 등에 의하여 보충하여 합리적인 내용으로 개조하여 연후에 그 합리적인 내용을 강제하는 것이 당사자의 목적에 명백히 반하는 경우에만 전부를 무효로 하는 것이 좋다고 생각되는 것이다.’”⁴⁷⁾ “따라서 일부무효로 인해 법률행위의 일부에 흠결이 생긴 경우에는 법률행위의 해석에 의하여 이를 보충할 수 있다고 할 것이고, 이 경우 고려될 것은 당사자의 진의, 강행법규 등의 취지나 목적, 관습, 조리 등을 통해 합리적으로 추단되는 당사자의 의사라 할 것이다. ……(중략) 이와 관련하여 이른바 보호적 감축(保效的 減縮, 효력유지적 축소)를 인정할 수 있을 것인가가 문제된다. ……(중략) 예컨대 매매계약에 있어서 과도하게 높은 매매대금약정의 경우 ……(중략) 약정의 효력을 어떻게 파악할 것인가 하는 문제이다. 이에 대해서는 i) 수량적 분할가능성을 부정하여 당해 약정의 효력을 전부무효로 보고 이로 인해 생긴 공백은 법률행위의 해석을 통해 보충하는 것으로 이해하는 방법이 있을 것이고, ii) 수량적 분할가능성을 긍정하여 당해 약정을 허용되는 한도 이내의 부분에 대한 약정과 그 한도를 초과하는 부분에 대한 약정으로 나누고, 후자만을 무효로 하여 약정이 허용되는 한도 내에서 존속하는 것으로 이해하는 방법이 있을 것이다. ii)의 보호적 감축에 대해서는 법원에 의한 계약의 수정을 인정하는 것이 되어 부당하다고 볼 여지도 없지 않으나, 생각건대 이러한 약정들은 그 금액이 수량적으로 명확하게 정해져 있는 경우이므로 그 분할가능성을 인정할 수 있을 것이고, 이를 인정하는 한 보호적 감축의 문제는 단순히 일부무효의 일반원칙에 따른 결과이지 법원에 의한 (임의적) 계약의 수정의 결과가 아니다. 따라서 허용한도에 저촉되는 부분이 일부에 한한다면 그 저촉부분만의 효력을 부정하면 족한 것이고, 이렇게 하여도 통상 강행법규나 공서양속 등의 일반적 무효규정에 의해 보호되

47) 이병욱, 위의 글, 107-108면.

는 당사자의 이익에 반한다고 볼 수 없으며,(중략) 그러므로 보호적 감축은 인정된다고 해석되어야 할 것이고, 이러한 약정들의 경우 일부무효의 일반적 효력에 따라 원칙적으로 허용되는 한도 내에서 유효하다고 해석함이 타당하다.”⁴⁸⁾고 하는 견해는 참조할 만하다.

(3) 생각건대, 민법 제137조의 적용을 배제하고 법원의 계약에 대한 수정권을 어느 정도까지 인정할 것인가, 그 수정의 방법에는 어떤 것이 있는가는 어려운 문제이다. 이는 ‘인간의 존엄성과 기본인권보장’에 관한 헌법 제10조, ‘영업의 자유’에 관한 헌법 제15조, ‘재산권의 보장’에 관한 헌법 제23조에 기초하여 민사법 영역에서 인정되는 ‘사적자치의 대원칙’에 대하여 국가가 어느 정도까지 제약할 수 있는가의 문제이고, 이는 결국 국민의 자유와 권리 존중·제한에 관한 헌법 제37조 및 재산권행사의 공공복리적합의무 등을 규정한 헌법 제23조 제1, 2항의 해석과도 관련되는 어려운 문제이다. 따라서 당사자의 가정적 의사가 인정되지 아니할 경우에 일부무효·잔부유효를 어느 범위까지 어떤 방법으로 인정할 것인지의 문제는 더 연구검토가 필요하므로 추후의 과제로 미루기로 한다.

(4) B사례의 경우 피해자는 전부무효를 주장하지 아니하고 초과부분의 무효만 주장하면서 초과대금의 반환만을 청구하고 이에 대하여 폭리자는 만약 불공정한 법률행위에 해당한다고 인정된다면 전부무효이므로 매매대금의 반환과 상환으로 소유권이전등기의 말소등기를 청구하였다면, 어떤 결론을 내려야 할 지 아직 확신이 선 단계는 아니지만, 법원의 계약수정권을 인정하더라도 잔부유효(보호적 감축)의 경계선을 불공정한 법률행위의 요건을 판단할 때 적용하였던 ‘현저하게 공정을 잃는 선’과 일치시켜야 할 필요는 없을 것이다. 생각건대 ‘현저하게 공정을 잃는 선’과 시가에 의한 ‘산술적 가치대등선’과의 사이에서 법률행위의 목적과 내용, 동기, 거래의 관행, 거래대금, 사실심 변론종결당시의 매매목적물의 시가 등의 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 결정함이 적절할 것이다.

B사례의 경우에 계약수정을 한다면, 민법 제398조 제2항이나 이자제한법 제6조가 규정한 법원의 감액권, 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 기한 법원의 감액권을 인정한 앞서 본 95다3282 판결 및 프랑스 민법상 매도인이 피해자인 경우 정당한 시가의 90%로 매매대금을 증액하는 계약수정제도 등을 유추적용하여 피해자의 청구 중 정당한 시가의 10%(즉, 1천만 원)를 공제한 청구부분

48) 이병욱, 위의 글, 121-122면.

만 인용하고 피해자의 나머지 청구와 폭리자의 청구를 모두 기각하면 일응 적절하리라 생각된다. 바꾸어 말하면 정당한 시가에 그 10%를 추가한 매매대금(즉, 1억 1천만 원)으로 계약의 내용을 수정하여 매매계약을 유지시키는 방법이다.⁴⁹⁾

V. 결론

불공정한 법률행위에 기한 급부의 반환청구에 대하여 다수설은, 불공정한 법률행위는 무효이므로 그에 기한 급부는 법률상 원인 없는 급부인 동시에 '선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것'으로서 '불법원인급여'에 해당하여, 그 급부의 반환을 청구하지 못하는데, 다만 그 불법원인이 폭리자에게만 있으므로 피해자의 급부반환청구만은 인정된다고 한다.

판례는 넓은 의미의 불공정한 법률행위의 몇 가지 사례에 대하여 공정한 부분과 이를 초과하는 부분으로 나눌 수 있는 경우에는 일부무효·잔부유효를 인정하고 이때에 일부무효부분에 속하는 피해자의 급부반환청구를 인정하고 있으며, 민법 제104조의 불공정한 법률행위의 전부를 무효로 인정하는 경우에도 피해자와 폭리자 쌍방의 각 급부반환청구를 모두 인정하고 있다. 이론구성은 달리 하더라도 판례와 같은 결론을 취하는 소수의 학설도 있다.

이와 같이 불공정한 법률행위에 기한 급부의 반환청구 거부에 대하여 일단 결론만을 기준으로 본다면 폭리자의 급부반환청구를 부정하는 견해와 이를 긍정하는 견해의 두 부류로 나뉜다.

필자는 우리나라의 여러 입법례와 판례의 취지에 비추어 아래와 같이 해석하여야 한다고 생각한다. 불공정한 법률행위의 본질은 폭리자의 급부에 비하여 피해자의 급부가 현저히 크다는 점에 있으므로 그 성질상 폭리자의 급부를 기준

49) 전부무효로 보아 쌍방의 급부반환청구를 일단 인정하되, 폭리자의 반환청구인 소유권이전등기말소청구는 원물반환불능이라고 보아 민법 제747조 제1항에 의하여 가액반환을 하여야 한다고 보면, 결국 가액반환금액은 정당한 시가와 동일하므로 쌍방의 급부반환청구를 상계하면 피해자의 초과대금반환청구만 인용되고, 폭리자의 청구는 기각되는 결과가 된다. 그러나 피해자가 매수한 토지에 대한 굴착공사를 하여 토지의 형질이 변경되었다거나, 이미 제3자에게 전매하여 소유권이전등기를 경료하였다는 사유만으로는 원물반환이 불가능하게 되었다고 할 수 없을 것이다.

으로 이와 등가관계를 이루는 부분과 이를 초과하는 부분으로 나눌 수 있다. 폭리자의 급부와 등가관계를 이루는 부분에는 반사회성이 없고 이를 초과하는 부분에만 반사회성이 있다. 따라서 폭리자의 급부 및 이와 등가관계를 이루는 피해자의 급부부분은 불법원인급여가 아니다. 그리하여 이 부분에 대한 쌍방의 급부반환청구는 민법 제741조의 부당이득반환청구로서 허용된다. 다만 피해자의 초과부분급부는 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하지만 그 불법원인이 폭리자에게만 있으므로 같은 조 단서에 의하여 피해자의 초과부분급부반환청구는 허용된다. 결국 불공정한 법률행위에 있어서는 피해자와 폭리자 양측의 급부반환청구를 모두 인정하여야 한다.

그리고 불공정한 법률행위 가운데 민법 제137조를 적용한다면 전부무효로 볼 수밖에 없는 사안에서도 사회적 약자보호, 당사자 사이의 실질적 평등 보장, 사회정의 실현이라는 민법 제104조의 입법취지에 부합될 수 있도록 법원이 민법 제137조를 적용하지 아니하고 계약의 내용을 수정하여 일부무효·잔부유효로 인정할 수 있는가에 대하여는 지금까지의 입법과 판례만으로는 일반적인 법리가 확립되었다고 단정할 수는 없는 단계라고 생각된다. 이 분야에 대한 연구와 입법 및 판례의 확립을 기대하면서 마무리한다.

주제어 : 불공정한 법률행위, 폭리행위, 부당이득, 불법원인급여, 일부무효.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 저서

- 편집대표 곽윤직, 민법주해 [XVII] 채권(10), 박영사, 2005.
 편집대표 곽윤직, 민법주해 [XVⅢ] 채권(11), 박영사, 2005.
 편집대표 박준서, 주석민법, 민법총칙편, 한국사법행정학회, 2001.
 高翔龍, 민법총칙 제3판, 법문사, 2003.
 곽윤직, 민법총칙(중판), 박영사, 2006.
 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2009.
 김주수, 민법총칙 제5판, 삼영사, 2001.
 명순구, 민법총칙, 법문사, 2005.
 명순구 역, 프랑스민법전, 법문사, 2004.
 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2008.
 이영준, 민법총칙(개정증보판), 박영사, 2007.
 이은영, 리갈마인드 민법총칙, 박영사, 2009.

2. 논문

- 강태성, 법률행위가 민법 제103조에 의하여 무효인 경우에 있어서의 급여자의 반환청구 여부, 比較私法, 12권3호(통권30호), 한국비교사법학회, 2005.
 남궁술, 민법 제103조와 제104조의 관계에 관하여, 法學研究, 제14집 제2호, 國立慶尙大學校法學研究所, 2006.
 裴成鎬, 不公正한 法律行爲의 再檢討 小考, 人權과 正義 324호, 대한변호사협회, 2003.
 안춘수, 불공정한 법률행위의 효과에 관한 소고, 사법행정 386호(34권 2호), 한국사법행정학회, 1993.
 魚寅義, 이자규제의 문제점과 이자제한법 부활론, 法學論集, 제18집, 청구대학교 법학연구소, 2002.

- 엄동섭, 불법원인급여의 임의반환약정, 민사판례연구 제19집, 박영사, 1997.
- 이병욱, 法律行爲의 一部無效·一部取消: 全部無效의 原則에 대한 再檢討를 中心으로, 虎院論集, 11호, 고려대학교 대학원, 2003.
- 李相旭, 프랑스 民法上의 不公正 行爲: Lesion 法理를 중심으로, 영남대 영남법학: 無心 朴相源 教授 停年退任紀念特輯號, 제3권 제1·2호 [통권 제5·6호], 영남대학교 법학연구소, 1997.
- 張在賢, 不公正 法律行爲에 대한 再考, 慶北大 法學論攷 第12輯, 慶北大學校 法學研究所, 1996.
- 趙武濟, 주식회사의 궁박, 무경험 또는 경솔, 판례연구 II, 부산판례연구회, 1992.

II. 외국문헌

- 谷口知平 編集, 注釋民法(18) 債權(9), 有斐閣, 昭和 55.
- 川島武宜, 平井宜雄 編集, 新版注釋民法(3), 總則(3), 東京: 有斐閣, 平成 15[2003].
- 後藤昌夫, 暴利行爲と公序良俗違反, 現代判例民法學の課題: 森泉章教授還曆紀念論集, 法學書院, 1988.

[Abstract]

Whether it is permitted to claim a return of a benefit according to an Unfair Juristic Act.

Jung, Gil-Yong

Professor, Law School, Yeungnam University

Majority opinion about a return claim of a benefit according to an Unfair Juristic Act is that the Unfair Juristic Act is deemed null and void and its following benefits do not have any legal cause, as it violates good customs and other social orders. This corresponds to the payment due to an illegal cause, so the return claim of benefits is not permitted, and such illegal cause only exists for the beneficiary who gained a significantly larger profit, so only the victim is permitted to claim for a return.

In view of many precedents, some cases are applied a broad sense to the Unfair Juristic Act and if they can be divided into the fair parts and beyond the fair parts which correspond to the excessive profiteering by one side, only latter part is admitted as the partial nullity and the remaining part except the partial nullity is validity. At this time, the victim can claim a return of the benefit corresponding to the partial nullity.

Other cases are applied Article 104 of the Civil Code to the unfair juristic act and admit that the entire act is deemed null and void. Even in these cases, both profiteers and victims are permitted to claim for a return. There exists minority who support the conclusion of precedents.

In the view of several cases of legislation and precedents, the writer supports to interpret this case as follows. The essential of the Unfair Juristic Act is that one person gained significantly high benefit than the other and based on the benefit which profiteer gave; there exists two parts which are the equivalent exchange part and the excessive profit part by one

side. The former part is not antisocial and only the latter part is antisocial, which means the former part is not correspond to the payment due to an illegal cause. Thus, it is permitted that the both profiteer and victim can claim for a return of benefits corresponding to the former part in accordance with the Civil code Article 741. The excessive profit part is applicable to the payment due to an illegal cause under the Civil code Article 746, however, the illegal cause is only by the profiteer so the victim is permitted to claim for a return of benefit corresponding to this part under the proviso of the Civil code Article 746.

Key words : unfair juristic act, excessive profiteering, unjust enrichment, payment due to an illegal cause, partial nullity.