creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

불법원인급여의 판단기준과 효과에 관한 고찰

2021년 2월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

윤 호 열

불법원인급여의 판단기준과 효과에 관한 고찰

지도교수 권 영 준

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2020년 12월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

윤 호 열

윤호열의 석사 학위논문을 인준함

2021년 2월

위 원 장 최 봉 경 (인)

부위원장 이 계 정 (인)

위 원 권 영 준 (인)

국문초록

민법 제746조에 의하면, 불법원인에 기하여 급여를 한 자는 불법원인이 상대방에게만 있는 때에 한하여 그 급부물에 관하여 상대방으로부터 부당이득반환청구를 할 수 있다. 그런데 급여의 원인에 불법성이 있는 대부분의 경우 당사자 쌍방이 정도의 차이는 있어도 불법성에 대하여 공동책임이 있을 것이다. 따라서 동조를 엄격히 적용할 경우 수익자에게 다소간의 불법성이 있음에도 부당이득반환청구가 전면 부정되는 가혹한 결과가 초래된다. 본 연구는 민법 제746조의 적용에 있어서 요건의 추상성과 효과의 극단성에 주목하면서 관련 문제를 풀어나갔다.

불법원인급여제도는 로마법에 기원을 두고 있다. 로마법의 법언은 영국, 미국 등 판례법 국가의 판결에서는 현재에도 그대로 인용되고 있을 정도로 규범력을 가지고 있다. 독일 등 실정법 국가에서는 민법의 부당이득 편에 이를 반영한 명문의 규정을 두고 있다. 따라서 독일 민법을 계수한 일본과 우리나라에서는 민법 규정의 해석론을 둘러싸고 논의가 진행되고 있어 로마법의 법언과 동떨어져 있는 것처럼 보인다. 그러나 불법원인급여가 추구하는 이상은 이 제도의 기원이 같듯이 판례법 국가와 실정법 국가 사이에 차이가 없다. 이에 본 논문은 선례로서의 가치가 큰 영국과 미국의 판례들을 소개하고 심도 있게 분석하였다. 영미법 국가에서의 불법성의 해석과 반환청구의 인부에 관한 판단은 우리 법의 해석, 적용에 있어서 중요한 단서를 제공할 수 있다고 보기 때문이다.

민법 제746조가 적용되기 위한 요건은 불법원인과 이에 기한 급여이다. 두 가지 요건 중 하나라도 빠지면 더 이상 불법원인급여의 문제가 발생하지 않는다. 이 논문에서는 불법의 개념과 기준에 관하여 기존의 판례와 학설을 소개하고 분석하였다. 그리고 불법성의 요건을 급여로부터 독립하여 판단할 것이 아니라 급여가 이루어진 상태에서 불법성을 판단할 것을 제의하였다. 이러한 접근은 원인행위와 급여 사이에 시간적 간격이 있고 그 사이 상회상규에 변화가 있는 경우, 계약은 유효하지만 그 이행과정에 불법성이 개재(介在)되어 있는 경우 합리적 결과를 도출하는 데 유용한 이론적 도구가 될 수 있다. 또한 불법성은 금지규범의 입법취지를 고려하여 판단할 것을 제의하였다.

급여는 일반적으로 재산적 가치 있는 물건 또는 경제적 이득의 이전을 의미한다. 대차형 계약은 대주가 차주에게 목적물의 점유를 이전하여 그가 이를 사용, 수익을 할 수 있도록 하고, 반환시기에 원물 또는 그 등가물을 반환하는 것을 내용으로 한다. 이러한 대차형 계약의 성격에 비추어볼 때, 점유사용의 이익 또는 그 대가에 관하여 급여가 있는 것은 명백하지만 목적물 자체의 급여가 있었다고 볼 것인지에 관하여는 다툼이 있을 수 있다. 이 논문은 사용대차, 임대차 등과 같이 목적물 자체를 반환할 것이 예정된 경우에는 그 목적물이 급여된 것이 아니지만 소비대차, 소비임치 등과 같이 차주가 목적물의 소유권을 취득하는 경우에는 급여에 해당한다는 결론에 이르렀다. 따라서 불법 목적의 임대차계약에서 임대인이 임차인을 상대로 소유권에 기하여 목적물의 반환을 청구하는 경우에는 민법 746조가 적용되지 않지만 불법 목적의 소비대차에서 대주가 차주를 상대로 대여금의 반환청구를 하는 경우에는 동조가 적용된다.

마지막으로, 민법 제746조 본문을 적용하여 반환청구를 거절하는 경우와 동조 단서를 적용하여 반환청구를 인용해야 하는 경우의 구분 기준에 관하여 논하였다. 이 논문에서는 불법성비교론을 분석하였다. 대법원이 불법성현저설을 취하여 동조 단서가 적용되는 범위를 넓힌 것은 불법성비교론과 일맥상통한다. 더 나아가 일본의 하급심 판례 중에는 급여자와 수익자 사이에 상대적으로 불법성의 비율을 정한 다음 그 비율에 따라 반환청구를 허용한 사례도 있는바, 이러한 접근법은 입법론적으로 검토할 가치가 있다. 또한 이 논문에서는 금지규범 또는 관련 법규의 입법취지와 공익에 대한 고려가 반환청구를 인용할 것인지 결정하는 매우 중요한 요소임을 밝혔다.

주요어 : 불법원인급여, 일반예방, 불법성, 판단기준시점, 규범목적론, 금지규범, 보호목적, 소비대차, 임대차, 손해배상, 불법성비교론, 안분설, ex turpi causa, in pari delicto, clean hands, reliance theory, range of factors test, Patel v Mirza.

학 번 : 2013 - 23331

목 차

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적 ····· 1
제 2 절 논문의 구성 ····· 2

제 2 장 불법원인급여에 관한 기초 논의

제 1 절 논의의 필요성 ····· 4
제 2 절 제도의 취지 및 기능과 관련된 논의 ····· 5
제 3 절 외국의 불법원인급여제도 ····· 21
제 4 절 우리나라에서의 불법성 판단기준 및 효과 ··· 58

제 3 장 불법원인급여 판단기준 및 효과

제 1 절 논의의 대상과 범위 ····· 69
제 2 절 불법원인급여 여부 판단기준 ····· 70
제 3 절 불법원인급여 인정 효과 ····· 96

제 4 장 결론 ····· 107

참고문헌 ····· 109

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

불법원인급여제도의 연원은 로마법으로까지 거슬러 올라간다.[1] 불법원인급여제도의 취지 및 기능은 사회의 변화와 시대적 요구에 맞추어 내용이 조금씩 달라져 왔다.

민법 제746조의 본문규정을 적용하면, 급여자가 수령자에 대해 갖는 급여에 대한 반환청구권이 박탈된다. 반사적 효과로 급여 목적물의 소유권이 이전되는 효과가 발생하기도 한다. 수익자는 불법한 거래에 관여한 결과 기대하지 않았던 이익을 얻게 된다. 위와 같은 효과의 파격성에도 불구하고 민법 제746조는 '불법의 원인으로 인하여 급여가 이루어진 경우'라고만 정하여 법문언이 정한 요건이 매우 추상적이다.

민법 제746조 본문규정 적용 효과의 극단성을 완화하기 위하여 불법원인급여제도의 취지를 살펴보고 경우에 따라 본문규정의 적용을 배제해야 할 필요가 있는지 검토한다. 나아가 '불법성' 판단의 구체적인 기준을 금지규범을 통하여 구체화하고자 한다.

수익자에게도 불법성이 있는 경우와 급여 목적물의 반환약정이 있는 경우, 이를 달리 취급할 필요가 있는지 논한다. 불법성 판단과 관련된 논의의 확장으로 손해배상청구권의 배척 필요성과 사후적인 불법성 탈락을 근거로 한 반환청구 긍정 가능성도 논한다.

위 논의들을 통해 불법원인급여제도에 관한 방향성을 제시하고자 한다.

---

1) 최병조, "로마법상의 불법원인급여", 서울대학교 법학 제30권 3·4호(79·80호)(1989), pp. 146-147.

제 2 절 논문의 구성

제2장에서는 먼저 민법 제746조 본문의 요건과 효과에 관한 그동안의 논의를 소개한다. 이를 위하여 불법적이거나 부도덕한 행위로 인하여 변경된 재산상태를 원상회복시키지 않고 방치하는 결과가 발생하는 것을 감수하고서라도 불법원인급여제도를 통하여 얻고자 하는 정책적 효과가 무엇인지에 대한 기존의 논의를 살펴본다. 이러한 정책적 효과를 파악하기 위해서는 외국의 불법원인급여제도에 관한 입법례, 학설, 실무례도 살펴볼 필요가 있다. 불법원인급여제도의 취지가 명확히 특정될 수 있다면 외견상 민법 제746조 본문의 요건이 충족되더라도 이 규정의 적용이 배제될 필요가 있는 경우가 도출될 수 있다고 생각한다.

제3장에서는 민법 제746조 본문 적용 효과의 극단성과 요건의 추상성을 완화하기 위한 논의를 한다, 즉 불법원인급여의 판단기준과 그 효과에 관하여 자세히 논한다.

불법원인급여 판단기준 관련, 우선 일반예방 목적 실현에 장애가 되지 않아야 한다는 점을 필요조건으로 삼을 필요에 대해 논한다.

불법성 요건 판단대상과 관련해서는 이를 계약 등 '원인행위'로 보는 것이 타당한지 급여가 이루어진 '상태'로 보는 것이 타당한지에 관하여 검토한다.

불법성은 선량한 풍속 기타 사회질서 또는 반사회적, 반도덕적 행위를 금지하는 규범을 위반한 상태에 대한 평가이다. 불법원인급여 해당 여부가 문제되는 사안을 유형별로 나눈 다음, 금지규범의 목적 내지 취지를 고려하여 불법성 판단기준을 구체화하는 방안에 대해 논한다.

논의의 확장으로, 대차형 계약의 경우, 민법 제746조 본문 규정을 어떻게 적용해야 하는지도 자세히 살펴본다.

불법원인급여 인정 효과 관련, 실질적으로 급여물 반환 성격이 있는지에 따라 손해배상청구의 배척 여부를 달리 판단할 필요가 있는지 검토한다.

불법원인급여로 인정되더라도, 수익자가 불법적 행위에 가담하거나 불

법적 상태의 조성에 책임이 있는 경우에 관한 적절한 해결도 필요하다. 수익자에게 불법성이 있는 경우 민법 제746조 단서규정 내지 불법성비교론의 적용 가능성을 논한다.

제4장에서는 제2장과 제3장에서의 논의를 요약하며 논문을 마무리하고자 한다.

제 2 장 불법원인급여에 관한 기초 논의

제 1 절 논의의 필요성

로마시대의 법언 중 “Ex turpi causa non oritur actio”, 즉 “불명예스러운 소인으로부터 소권이 발생하지 않는다”는 법언과 “In pari delicto potior est condicio defendentis”, 즉 “동등한 죄 또는 과오가 있을 때는 피고가 유리하다”는 법언이 불법원인급여제도의 유래다.[2] 위 각 법언은 不正當한 소인(causa)을 기초로 한 부당이득반환청구 소권(condictio ex iniusta causa)과 반도덕적 소인을 기초로 한 부당이득반환청구 소권(condictio ob turpem causam)이 문제될 때 적용되었다고 한다.[3]

전자는 불법성 있는 행위에 가담한 자가 이로 인하여 발생한 손해에 관하여 그 불법성을 이유로 타인에게 배상 또는 보상을 청구할 수 없다는 것이다. 후자는 불법성 있는 행위에 가담한 원고와 피고 사이에 공동의 과오가 있는 경우에는 피고가 유리하다는 것이다.[4] 위 두 개의 법언이 적용된 결과, 피고가 불법성 있는 행위로 취득한 재산을 그대로 보유하는 이득을 얻게 된다고 하더라도, 이는 피고를 보호하기 위한 것이 아니라 법원이 불법성에 오염된 소인에 대한 심리를 거절하기 때문에 발생하는 반사적 효과에 불과하다.

로마법에서의 불법원인급여 관련 법리는 지역별, 국가별로 다르게 계수되었고, 여러 형태로 바뀌어 현재에 이르렀다. 그리고 이 제도의 기능

---

2) 송덕수, “민법 제746조의 적용에 있어서 불법성의 비교”, 민사판례연구 제18집(1996), p. 327; Lincoln Caylor·Martin S. Kenney, “In Pari Delicto and Ex Turpi causâ: The Defence of Illegality – Approaches Taken in England and Wales, Canada and the US”, *Business Law International* Vol. 18 No. 3(September 2017), p. 260.

3) 최병조, supra note 1, pp. 176-185.

4) Lincoln Caylor·Martin S. Kenney, supra note 2, p. 260.

과 제도를 뒷받침하는 설명도 다양하게 전개되어 왔다.

불법원인급여제도는 불법한 행위로 인하여 발생한 결과를 고착화한다는 점 때문에 이와 같은 결과를 정당화시키기 위한 뚜렷한 논거가 필요하다.[5] 또한 민법 제746조 본문의 적용과 관련하여 예측 가능한 요건을 제시하기 어렵고, 법관의 재량판단 여지가 크다.[6] 민법 제746조의 요건을 구체화하고 그 한계를 논하기 위해서도 불법원인급여제도의 취지 및 기능에 대해 논할 필요가 있다고 생각한다.

불법원인급여제도의 취지 및 기능에 관한 다양한 견해가 있는바, 이 제도를 어떻게 이해하느냐에 따라 그 요건(적용상황)과 효과의 범위를 다르게 파악할 수 있다. 제2절에서는 먼저 민법 제746조를 둘러싼 입법자들의 입법논의와 제도의 취지에 관한 견해대립부터 살펴본다,

위 로마시대의 법언은 대륙법과 영미법 모두에게 계수되었으나 각각 다른 형태로 입법되거나 해석되었고, 같은 법체계에 속하는 국가들 사이에서도 다소 상이한 모습으로 발전했다. 이에 제3절에서는 우리나라의 법에 많은 영향을 미친 주요 국가를 중심으로 그곳에서 논해지는 불법원인급여제도의 요건과 효과에 관하여 비교법적인 연구를 수행하였다,

제4절에서는 우리나라의 불법원인급여 판단기준과 효과에 관한 논의를 정리하였다.

제 2 절 제도의 취지 및 기능과 관련된 논의

1. 민법 제746조 관련 입법논의

---

5) 최봉경, “불법원인급여 -민법 제746조 본문의 해석과 적용기준을 중심으로-”, 비교사법 제13권 제3호(2006), p. 210; 정상현, ”불법원인급여제도에 관한 연구“, 성균관대학교 박사학위논문(1999), p. 103.

6) 박병대, ”불법원인급여의 판단기준에 관한 구조분석“, 저스티스 제76호(2003), pp. 85-86.

가. 들어가며

불법원인급여제도 자체에 대해 비판이 없지는 않지만 대체로 존재의 필요성은 긍정하는 쪽으로 의견이 일치되어 있다.[7] 민법 제746조 본문의 규정 내용은 추상적이다. 반면, 그 효과는 권리(반환청구권)의 박탈 및 수익자의 반사적 이익이기 때문에, 민법 제746조를 해석하여 판단기준을 구체화해야 한다는 견해가 제기되어 왔다.[8]

민법 제746조 본문은 "불법의 원인으로 인하여"라고만 규정하고 있다. 법 문언만으로는 어떠한 경우에 민법 제746조 본문을 적용하여 반환청구를 배척할지 알기 어렵다. 위와 같은 추상성은 법적용의 불안정성으로 이어지는 단점이 있지만, 다른 한편으로 실제 사건에서 구체적 타당성을 기할 수 있는 장점도 있다. 불법원인급여제도의 취지와 목적을 탐구하고, 이를 고려하여 민법 제746조를 목적론적으로 해석하는 작업은 위와 같은 추상성을 완화하기 위해 필요하다고 생각한다.

목적론적 해석을 하기 위해서는 민법 제746조의 취지를 규명할 필요가 있다. 그러나 위 규정 내용, 특히 '불법성'과 관련하여 어떠한 하나의 취지를 분명하게 이끌어내기는 어렵다.

먼저 우리나라는 민법 제746조의 입법과정에서 일본의 입법자료를 많이 참고하였는바, 양국의 입법과정에서 논의된 내용을 분석하여 입법자의 의사를 추론해볼 필요가 있다. 이어서 민법 제746조의 취지와 관련된 견해대립을 살펴보고, 그 당부를 논한다. 일반예방 목적, 불법한 행위를 한 심정에 대한 비난, 형평 및 신의칙 등 민법 제746조의 취지와 관련한 여러 가지 입론이 가능하기 때문이다.

나. 민법 제746조의 입법연혁

(1) 우리나라의 입법논의

---

7) 최봉경, supra note 5, p. 169.
8) 박병대, supra note 6, p. 79 및 p. 90.

1948년 대한민국 정부수립 직후 구성된 법전편찬위원회는 민법 제정을 위해 먼저 민법전편집요강을 작성하였고, 1953년 7월에 초안을 완성했다. 위 민법전 초안은 1954년 10월 26일 정부안으로서 국회에 제출되었다. 국회 법제사법위원회는 이를 심의하기 위해서 민법안심의소위원회를 구성했다. 민법안심의소위원회는 1957년 9월에 예비심사를 완료했다. 소위원회의 수정안은 법제사법위원회를 거쳐 국회 본회의에 회부되었다. 여기서 다시 상당한 수정작업이 있었고, 민법은 1958년 2월 22일에 법률 제471호로서 공포되었다.[9)]

민법 초안 제739조는 “불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법 원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있었다.

법제사법위원회 산하 민법안심의소위원회 심의록 중 민법 초안 제736조를 심의한 부분을 살펴보면, 제안이유, 입법의견, 심의경과가 공란으로 되어 있고, 외국 입법례로 독일 민법, 프랑스 민법, 중국 민법, 만주국 민법의 관련 조문이 기재되어 있을 뿐이다.[10)] 공청회와 여론조사에서도 불법원인급여 부분은 제외되었고, 결국 법제사법위원회는 정부 초안을 원안 그대로 채택하여 본회의에 회부하였다. 1958년 2월 국회 본회의에서는 조문배열이 바뀌어 제739조가 제746조로 되었을 뿐 원안 내용 그대로 통과되어 조문체계와 내용이 아무런 수정 없이 현행 민법 제746조로 입법되었다.[11)]

원안 내용 그대로 현행 민법 제746조가 된 민법 초안 제739조는 의

9) 국가기록원 홈페이지를 참조하였다(현대호 집필, 법무/법제 >> 민사관련 법제도 >> 민법의 제개정 >> 주제설명 항목, https://www.archives.go.kr/next/search/listSubjectDescription.do?id=001420&sitePage=1-2-1).

10) 민의원법제사법위원회 민법안심의소위원회 편, 민법안심의록 상권 총칙편 · 물권편 · 채권편(1957), pp. 437-438.

11) 공청회부터 본회희까지의 입법과정은 정상현, supra note 5, pp. 156-157 참조.

용민법 제708조를 그대로 가져온 것이다.[12] 나아가 민법안심의소위원회 심의록은 민법 초안 제739조와 관련한 학설 및 판례에 대해, 의용민법 제708조에 대한 것과 동일하다고 설명하고 있다.[13]

우리 민법전 제정과정에서의 자료들만으로는 입법자의 의사를 추단하기 어렵다. 이에 대해 일본민법 제708조의 제정과정을 통하여, 간접적으로 입법자의 의사를 추론해야 한다는 의견이 있다.[14] 우리나라 민법 제746조가 의용민법 제708조를 그대로 가져온 것이고, 우리나라 입법자들이 의용민법과 관련된 논의까지 그대로 인용하고 있는 이상, 이러한 의견에 공감한다.

(2) 일본에서의 입법논의

일본은 1879년부터 당시 사법성 법률고문인 프랑스인 Gustave-Emil Boissonade de Fontarabie의 주도로 민법초안을 기초하는 작업을 진행하였다. 그 후 1886년에 이르러 민법전 중 재산편과 재산취득편의 초안이 완성되었다. 불법원인급여와 관련하여 이 초안 제387조는 본문에서는 원칙으로 불법의 원인으로 인한 부당이득반환청구를 인정하고, 단서에서 그러한 불법의 원인이 급여자에게 존재하는 경우에는 반환청구가 거부된다는 취지로 규정하였는데, 이는 현행 일본민법 제708조의 본문과 단서가 뒤바뀐 형태이다. 위 초안은 그대로 일본 구 민법 제367조로 입법되었다. 프랑스는 불법원인급여에 관한 명문의 규정을 두지 않고 관습법으로 이를 규율하는데, 위 초안 내용은 프랑스 관습법과 판례 및 학설의 태도를 일부 수용한 것이다.[15]

일본은 1893년부터 법전조사회를 구성하여 구 민법에 대한 전면적인 수정작업에 착수하였는데, 불법원인급여제도에 관한 구 민법 제367조는

12) 민의원법제사법위원회 민법안심의소위원회 편, supra note 10, p. 437.
13) 민의원법제사법위원회 민법안심의소위원회 편, supra note 10, p. 437.
14) 정상현, supra note 5, p. 158.
15) 이상의 Boissonade 초안에 대한 설명은, 정상현, supra note 5, pp. 55-57 참조.

기초위원들의 수정을 거쳐 원안 제718조로서 법전조사회에 제출되었다. 위 원안 제718조는 “불법의 원인으로 인하여 급여한 자는 그 반환을 청구할 수 없다. 다만, 그 불법의 원인이 수익자에게만 존재하는 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있었는바, 이는 현행 일본민법 제708조에서의 “급부한 것의”라는 문구가 빠져있을 뿐, 내용에 있어서는 차이가 없다.[16]

기초위원들 사이에 위 구 민법 수정 내용을 그대로 명문화하자는 견해와 이를 다시 수정하자는 견해 사이에 격론이 있었다.[17] 결국 위 수정 내용이 그대로 법조문에 반영되었으므로, 기초위원들의 주장 중 그대로 명문화하자는 견해의 논거가 곧 이 조항의 입법취지라고 보아도 무방할 것이다.

법전조사회의 토의과정에서 원안 제718조 그대로 입법하자는 입장이었던 호즈미 노부시게(穗積陳重) 위원은 불법원인급여제도를 다음과 같이 설명했다. ”일을 시작한 것은 … 급부를 한 자이고, 이를 가지고 사람을 유혹하여 사람이 걸려들게 하여 악으로 인도한 자는 급부자입니다. … 두 사람의 관계가 어떠한지 말하자면, 처음 급부한 자가 나쁘다는 것은 다툼의 여지가 없습니다. … 반환을 금하는 것은 그 불법의 원천을 막는 것입니다. 그 원인을 막는 것이자 … 오히려 불법이란 것의 성립을 막는 것이라고까지 말할 수 있지 않겠습니까”.[18] 이는 불법원인급여제도의 취지로 일반예방 목적을 강조하는 설명이라고 생각된다.

원안을 수정하자는 입장이었던 우메 켄지로(梅謙次郎) 위원은 크게 세 가지 논거를 들었는데, 그 중 하나가 “이미 급부된 것을 반환하는 것을 허용하지 않으면 안 됩니다. 그렇게 하지 않고 그 반환하는 것을 허용하지 않는다면, 불법행위의 당사자는 즉시 그 행위의 이행을 완료함으로써 법망으로부터 탈피하려고 꾀하는 일이 많을 것입니다. 이는 간접적으로 불법행위를 장려하는 것이라고 말할 수 있습니다.”라는 것이었다.[19]

---

16) 정상현, supra note 5, pp. 57-59.
17) 정상현, supra note 5, p. 59.
18) 法典調査會, 民法議事速記錄 第四拾卷(商事法務研究會, 1984), pp. 70-71.
19) supra note 18, pp. 64-65.

결국 수정안도 그 이론적 근거를 불법성 있는 행위의 억지에 두고 있으니 일반예방 관점을 중요하게 여기고 있다고 볼 수 있다.

한편, 토미이 마사아키라(富井政章) 위원은 원안에 찬성하였다. 그는 "어느 쪽이 나쁜가에 대해서는 묻지 않습니다. 단지 그런 것을 말하여 재판관을 번거롭게 하는 것을 막는 것이 필요하다는 점에서 온 규정입니다."라고 했다.[20] 그의 발언은 법적 보호거절설의 관점을 반영하였다고 볼 여지가 있다.

결국 법전조사회의 논의과정에서 수정안은 부결되고, 원안 제718조가 그대로 확정되어 정부제출 민법중수정안 제707조로 중의원에 제출되었다.[21] 법전조사회는 그 제안이유서에서 "자기의 불법행위를 주장하여 법률의 보호를 구하는 것을 인정할 때에는 공익에 반하는 여러 가지 폐해가 발생하므로, 본안은 다수의 입법례를 본받고, 기성법전과 동일한 주의에 의하여 규정한 것이다."라고 입법취지를 밝혔다.[22] 앞서 살펴본 법전조사회 기초위원들의 논의에 비추어보면, 위 이유서에 기재된 '공익'은 일반예방의 정책적 목적을 포함하는 의미임을 알 수 있다.

위 내용은 그대로 현행 일본민법 제708조로 입법되어 오늘에 이르고 있다.[23] 현행 일본민법 제708조는 "불법한 원인으로 급부를 한 자는, 그 급부한 것의 반환을 청구할 수 없다. 그러나 불법한 원인이 수익자에게만 존재할 때에는, 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다.

결국 일본민법 제708조는 일반예방과 법적 보호거절에 근거를 두고 있다고 할 수 있다, 이 중 주가 되는 것은 일반예방이다.

2. 제도의 취지에 관한 학설

불법원인급여제도의 취지 내지 목적에 관한 국내외의 학설은 법적 보호거절설, 제재설(징벌설) 내지 비난설, 신의·형평칙설, 책임보상설, 일반

---

20) supra note 18, p. 104.
21) supra note 18, p. 118.
22) 정상현, supra note 5, pp. 61-62.
23) 정상현, supra note 5, p. 63.

예방설 등으로 정리할 수 있다. 이하에서 차례로 살펴보기로 한다.

가. 법적 보호거절설

(1) 개요

이 견해에 의하면, 불법성이 있거나 부도덕한 행위를 한 자가 그 행위가 의도하는 법적 효과를 실현하고자 할 때 법원이 이에 대한 협력을 거절하는 것과 같이(민법 제103조), 이러한 행위의 결과를 복구하려는 자에 대하여도 법적인 보호 또는 조력을 거절하여 법질서와 법적 정의를 유지하는 것이 불법원인급여제도의 취지이다.[24]

이 이론은 독일에서 많이 논의되었고 현재 독일의 통설이자 판례의 태도이다.[25] 그러나 보호거절의 근거를 어디에서 찾는지에 따라 견해가 나누어진다. 예컨대, Larenz 등은 불법원인급여제도는 징벌적 성격을 가지고 있지만 이와 별개로 법적 보호를 거절하기 위해서는 급여자에 대한 인적 비난가능성(persönliche Vorwerfbarkeit)과 함께 위법성의 인식 또는 인식가능성이 요구되므로, 그러한 요건이 갖추어지지 않았다면 법적 보호의 거절은 정당화되지 않는다고 한다.[26] 보호거절의 근거를 법원의 품위보호에서 찾는 견해도 있다.[27]

---

24) 곽윤직, 채권각론(제6판)(박영사, 2007), p. 384; 송덕수, supra note 2, p. 329; 지원림, 민법강의(제15판)(홍문사, 2017), p. 1639; 김재환, "불법원인급여와 반환청구", 재판실무연구 제4권(2011), p. 106.

25) 독일의 논의에 대해서는 최봉경, supra note 5, p. 184; 정상현·서순택, "불법원인 급부자의 불법행위 손해배상청구권 인정여부 재검토", 민사법학 제69호(2015), pp. 559-560 참조.

26) Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil* 9th edition(C.H.Beck, 1968), §63, III b., S .389, 정상현, supra note 5, p. 177에서 재인용.

27) Henri Roland·Laurent Boyer, *Adages du droit français* 3rd edition(Litec, 1992), p. 487, 명순구, "불법원인급여에 관한 민법 제746조의 규범의미 -일본 법이론 답습으로부터의 탈피와 새로운 시각의 모색-", 한일법연구 제16집

대법원 판례에 의하면, 민법 제746조의 규정취지는 “민법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 그 형식 여하를 불문하고 스스로 한 불법행위의 무효를 주장하여 그 복구를 소구할 수 없다는 법의 이상을 표현한 것"이라거나,[28] “그 이익의 반환을 청구하지 못하도록 규정한 것은, 그에 대한 법적 보호를 거절함으로써 소극적으로 법적 정의를 유지하려고 하는" 것이라고 하는바,[29] 이는 법적 보호거절설과 궤를 같이하는 것이다.

(2) 비판

법적 보호거절설에 대하여는 다양한 이유에서 비판이 제기되고 있다. 우선, 구체적인 비난가능성의 정도를 고려하지 않고 일률적으로 법적 보호를 거절하는 것은 당사자 사이의 이해관계 조정을 포기하고 형평에 반하는 결과를 초래하게 된다.[30] 한편, 불법원인의 급여라는 사정만으로 일률적으로 반환청구를 거부하는 것은 개인의 재판청구권에 대한 지나친 제한이라는 비판도 있다.[31] 또한 동일한 불법원인의 형성에 관여한 당사자 가운데 유독 수익자에게만 법적 보호를 부여하는 결과가 되어, 원칙의 적용에 있어 균형을 상실한 것은 물론이고 일관성 또한 인정하기 어렵다.[32] 더 나아가, 법은 모든 경우에 있어서 당사자 사이의 구체적 정의와 형평을 실현시킬 사명이 있고, 이러한 요구는 공동으로 부정을 범한 당사자들 사이에서도 마찬가지라고 할 것인데, 법적 보호 거절설은 이들 사이의 불법성의 경중을 고려할 수 없는 한계가 지적된다.[33]

(1997), p. 6에서 재인용.

28) 대법원 1991. 3. 22. 선고 91다520 판결.

29) 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다55234 판결.

30) 정상현, supra note 5, p. 109.

31) 송덕수, supra note 2, p. 331.

32) 백경일, “불법원인급여반환금지규정의 적용제한에 관한 비판적 고찰 -법적 안정성, 특히 법적 명확성에 입각해서-”, 재산법연구 제29권 제4호(2013), p. 247.

33) 정상현, supra note 5, pp. 178-179.

생각건대, 법적 보호거절설은 당사자 사이에 불법성의 강도를 비교형량하지 않는다. 따라서 형평에 반하는 결과가 도출되기 쉽다. 즉 법적 보호거절설에 따르는 경우 형평 내지 구체적 타당성의 관점에서 불법원인급여제도의 요건이나 효과를 제한하기 쉽지 않다는 난점이 있다.

나. 제재설(징벌설) 내지 비난설

(1) 개요

이 견해는 불법원인급여제도를 급여자에 대한 일종의 민사법적 제재로 파악한다.[34] 비난받아야 할 행위를 한 자에 대한 제재 내지 징벌로서 반환청구를 배척해야 한다는 것이다.[35] 이 견해를 전제로, 행위의 비난가능성에 대한 제재라는 의미에서 반환청구를 거절하기 위한 당사자의 책임요소로 불법의 인식이 필요하다고 보기도 한다.[36]

독일의 판례 중에는 "비난받을 만한 의도를 실행한 것에 대한 징벌"이라거나 "비난받을 행동을 한 원고의 청구권을 상실시킴으로써 응징하는 것"이라고 판시한 예가 있다.[37] 미국의 판례 중에는 응징이 불법성 항변의 인정 근거 또는 목적이 될 수 없다는 취지로 판시한 판례[38]가

---

34) 박준서 편집대표, 주석 민법(제3판) [채권각칙(3)](한국사법행정학회, 1999), p. 197(김선석 집필부분). 김석우, "민법. 제746조의 해석·적용이론의 일반에 관한 소고", 한국민사법학의 현대적 전개(연람 배경숙교수 화갑기념논문집)(박영사, 1991), p. 620은 제재와 일반예방에서 불법원인급여제도의 근거를 찾고, 임정평, "민법 제746조에 관한 재검토", 노동법과 현대법의 제문제(남관 심태식박사 화갑기념)(법문사, 1983), p. 305 및 p. 307; 이은영, 채권각론 제5판(박영사, 2005), p. 707은 제재와 법적 보호거절에서 불법원인급여제도의 근거를 찾는다.

35) 임정평, supra note 34, pp. 303-304.

36) 김석우, supra note 34, p. 625.

37) RGZ 105, 270, 271; 161, 52, 58 및 BGHZ 39, 87, 91; 정상현, supra note 5, p. 173.

38) Bateman Eichler v. Berner, 472 U.S. 299 (1985); Small v. Parker Healthcare Mgmt. Org., Inc., No. 05-11-01471-CV, 2013 WL 5827822, at

있지만, 이와 달리 응징이 인정 근거가 될 수 있다고 판시한 판례[39]도 있다. 응징을 불법원인급여제도의 인정 근거로 언급한 판례는 제재설과 관점을 같이 한다고 평가할 수 있다.

또한 제재설과 유사한 관점에서, 불법원인급여제도의 의의가 불법한 행위를 하고서 그 손해를 회복하고자 하는 행위자의 비도덕적 심정에 대한 비난에 있다고 하는 비난설이 있다.[40]

최근 대법원은 "'불법'이 있다고 하려면, 급부의 원인이 된 행위가 그 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 뿐 아니라 반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하거나, 급부가 강행법규를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 규범 목적에 부합하지 아니하는 경우 등에 해당하여야 한다."고 판시했는데,[41] 이는 급부 원인행위의 반사회성, 반윤리성, 반도덕성을 불법성 판단의 중요한 기준으로 삼는다는 점에서 제재설의 관점을 일부 수용했다고 평가할 수 있다.

(2) 비판

민법 제746조 본문이 적용된다고 하여 불법한 행위를 한 자의 비난가능성에 상응한 제재가 이루어졌다고 보기는 어렵다. 민법 제746조 본문은 수익자의 비난가능성을 도외시한 채 급여자의 반환청구권을 부정하고 이로 인하여 수익자에게 반사적 이익을 부여하기 때문이다. 그래서 이 이론은 불법원인급여제도를 온전히 설명하는 데 한계가 있다는 점이 지적된다.[42] 즉, 불법원인급여제도를 징벌의 측면에서 이해한다면, 동일한 위반행위에 대하여 동일한 취급(Gleichbehandlung gleicher)이 요구되

---

*3 (Tex. App. Oct. 28, 2013).

39) Inhabitants of Worcester v. Eaton, 11 Mass. 368, 377 (1814); Meador v. Hotel Grover, 9 So. 2d 782, 786 (Miss. 1942).

40) 고정명, "불법원인급여와 그 적용상의 특수문제", 법정논총 제7집(1985), p. 31.

41) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887(본소), 2013다79894(반소) 판결.

42) 최봉경, supra note 5, p. 175; 정상현, supra note 5, pp. 173-174.

는데도 가벌적인 행위에 관여한 두 사람 중 급여자는 제재를 받고 수익자는 특혜를 받는 결과가 되어 책임주의에 부합하지 않는다.[43] 급부자의 손실의 범위가 오직 자신이 우연히 급부한 양에 따라 좌우된다는 것도 이 학설의 약점이라고 할 수 있다.[44]

불법원인급여제도의 입법자들이 불법원인급여제도의 징벌적 목적을 고려하였다면 이를 어떠한 형태로든 언급하였을 텐데, 이와 같은 책임형태에 대하여 아무런 언급이 없었던 점도 간과할 수 없다.[45] 입법자가 징벌적 성격을 고려하였다면 수익자가 반사적 이익을 향유할 수 없도록 그 이익의 몰수나 추징 등을 규정했어야 논리적으로 맞는다. 또한 재산권 회복에 대한 제재를 징벌로 보는 것은 형평에 기초를 둔 부당이득제도에서는 하나의 이물질(Fremdkörper)로 취급될 수밖에 없다. 징벌은 민법의 과제가 아니며, 민법의 범위를 벗어나는 것이므로 불법원인급여제도의 근본 취지가 불법성 있는 행위에 대한 징벌에 있다고 보는 것은 무리라는 것이다.[46]

다. 신의·형평칙설

(1) 개요

이 견해는 불법원인급여제도를 신의성실의 원칙의 한 표현으로 이해한다. 즉 자신이 저지른 불법을 근거로 하여 권리를 주장하는 것은 신의칙에 반하므로 이를 거부하는 것이 불법원인급여제도의 취지라는 것이다.[47] 급여자의 반환청구가 불법원인급여로서 신의칙에 반하는 경우에 한하여 민법 제746조 본문을 적용하고, 오히려 수익자의 불법원인급여 항변이 신의칙에 반하게 된다면 민법 제746조 본문을 적용하지 말자는

43) 정상현, supra note 5, pp. 173-174.
44) 백경일, supra note 32, p. 247.
45) 정상현, supra note 5, p. 174.
46) 정상현, supra note 5, pp. 174-175.
47) 문홍수, “불법원인급여규정의 의의 및 적용범위”, 법조 제45권 제12호(1996), pp. 149-150.

것이다.[48] 이와 같이 민법 제746조 본문의 적용을 결정함으로써 급여자와 수령자 모두가 불법에 관여한 경우에 신의칙을 기준으로 삼아 정의관념에 부합하는 결론을 도출할 수 있다고 한다.[49]

(2) 비판

신의칙이라는 추상적 기준은 급여자의 반환청구 배제뿐만 아니라 반환청구의 인용을 설명하기 위하여도 사용될 수 있다. 즉 신의칙만으로는 급여자의 반환청구 배제를 설명하기에 충분치 못하다는 비판이 제기된다.[50]

불법원인급여제도가 작동하는 일차적인 맥락은 부당이득반환청구의 국면이고, 이 영역에서는 형평의 원칙이 지배하고 있다. 그런데 형평의 원칙에 따라 부당이득반환청구권의 성립이 인정되는 마당에 그 청구권을 부정하는 근거를 신의칙에서 찾는 것은 앞뒤가 맞지 않는다는 비판이 가능하다.[51] 무엇보다 이 견해가 기준으로 삼는 신의칙은 너무 포괄적이고 불명확하다.

신의칙이 민법의 기본원리로서 민사관계 전반에 적용된다는 점에는 의문의 여지가 없다. 그러나 불법원인급여제도의 정당성을 신의칙에서 찾는 것은 무리가 있다. 오히려 신의칙은 이 제도의 엄격한 적용으로 인한 결과가 공평의 원칙에 반하는 경우, 그 적용 제한의 원리로서 기능할 수 있다.[52] 따라서 수익자가 급여를 보유하는 것이 신의칙과 공평의 원칙에 반하는 경우에는 신의칙을 적용하여 민법 제746조 본문의 적용을 배제하고 급여자의 반환청구권을 인정하면 된다.

라. 책임보상설

48) 문흥수, supra note 47, p. 151.
49) 문흥수, supra note 47, pp. 149-150.
50) 최봉경, supra note 5, p. 175.
51) 정상현, supra note 5, p. 181.
52) 정상현, supra note 5, p. 181.

(1) 개요

책임보상(Schuldkompensation)설은 독일의 학설이다. 이 이론은 불법원인급여제도에 관하여 수익자의 반환의무와 급여자의 부가적인 책임(zusätzliches Verschulden)이 상호간에 보상(kompensation)[53]이 되어 수익자에 대한 반환청구권이 부정되는 것이라고 설명한다. 법률상 원인 없이 또는 사회적·법률적으로 비난받을 만한 원인에 의하여 수익자가 취득한 이득은 부당이득의 일반원칙 또는 수익자만의 불법으로 인하여 반환되어야 하지만, 만일 급여자에게도 비난받을 원인이 존재하는 경우에는, 급여자의 부가적 책임에 의하여 수익자의 반환의무가 상쇄된다는 것이다.[54]

독일의 책임보상론자 중 Heck는 불법원인급여제도를 징벌의 일종으로 본 반면, Leonhard는 징벌적 성격을 부정하고 양 당사자의 책임형량에 따른 균형의 문제로 파악하였다.[55]

(2) 비판

책임보상설은 수익자의 반환의무가 단지 급여자의 책임에 기하여 소멸된다고 보고 있지만, 급여자의 책임은 수익자의 반환의무 소멸에 대한 적극적인 근거가 되기에 부족하다. 수익자와 급여자 모두에게 동일한 불법원인이 있는 경우, 수익자의 지위가 공고하다(in pari causa melier est causa possidentis)는 이유만으로 일단 성립한 수익자의 반환의무가 소멸된다고 보는 것은 무리다. 급부물에 대한 급여자의 반환청구를 배척하는 것은 이를 수익자에게 귀속시키는 결과가 되는데, 위의 논거들은 이와 같은 이익의 귀속을 정당화시키기도 어렵다. 또한 이 이론은 급여자와 수익자 사이의 책임의 경중을 고려하는 것을 전제로 하고 있으나, 실제

53) 송덕수, supra note 2, p. 329는 상계로 해석한다.
54) 이상의 독일학설에 대한 소개는 정상현, supra note 5, p. 175 참조.
55) 정상현, supra note 5, p. 175.

로 민법은 급부물에 대한 반환청구권이 배척되는 경우와 인용되는 경우의 양자택일을 규정하고 있어 이 이론의 접근과 조화되지 않는다는 점도 지적된다. 아울러 책임에 대한 보상이라는 개념은 원인 없는 재산의 이동에 관한 부당이득법의 특수한 목적과도 어울리지 않는다.[56]

마. 일반예방설

(1) 개요

불법원인급여제도의 취지는 불법적 원인행위를 억제하고자 하는 목적론적·정책적 고려에 있다는 견해이다.[57] 이에 따라 부도덕한 권리주장이 있는 경우라도 궁극적으로 급부의 반환을 거절함으로써 불법원인의 억제라는 목적론적 관점에서 볼 때 합당한지 심사할 필요가 있다고 한다.[58] 더구나 위법한 행위에 대해 몰수 또는 추징이 항상 이루어지는 것도 아니고, 몰수 또는 추징이 선고되더라도 이로써 범죄수익에 대한 완전한 박탈로 이어지지 못하는 경우가 많다. 불법성 있는 거래에 기초하여 이전된 재산에 대한 반환청구를 거부하는 것은 그러한 행위를 억지하는 효과가 크다.[59]

(2) 비판

일반예방기능을 지나치게 앞세울 경우, 당사자 사이에 구체적 형평에

---

56) 이상의 비판점은 정상현, supra note 5, pp. 175-176 참조.

57) 윤진수, "부당이득법의 경제적 분석", 서울대학교 법학 제55권 제3호(2014), p. 147. 박병대, supra note 6, pp. 86-87은 법적 보호거절과 일반예방에서 불법원인급여제도의 근거를 찾는다. 최봉경, supra note 5, p. 176은 불법원인급여제도가 존립근거를 법윤리적 비난가능성에 두고 있으며, 제도적 목적을 일반예방에 두고 있다고 본다.

58) 곽윤직 편집대표, 민법주해 [XVII] 채권 (10)(박영사, 2005), p. 448(박병대 집필부분).

59) 윤진수, supra note 57, p. 147

반하는 결과가 초래될 우려가 있다.[60] 불법성 있는 행위를 억제한다는 목적은 때로는 급여자에게 지나치게 가혹한 불이익을 발생시킴과 동시에 불법에 관여한 수익자에게는 부당한 이익을 주어 구체적 타당성과 비례의 원칙, 형평의 원칙 등에 반하는 결과를 초래할 우려가 있다.[61] 예를 들어, 과도한 이자약정을 억제한다는 것이 급여자인 대부업자의 원금 반환청구도 배척하는 결과를 초래할 수도 있다.[62]

바. 기타 견해

불법원인급여를 재화할당의 법적 조정제도로 파악하는 견해가 있다.[63] 그러나 이 견해에 대해서는 신의·형평칙설에 대한 비판이 그대로 적용될 수 있다.

불법성 있는 행위에 가담한 급여자와 수익자 사이의 관계에서 급여자의 부당이득반환청구를 배척하기 위한 객관적 기준으로서 모든 경우에 타당한 것은 없으므로 구체적 사안에 따라 그 청구를 배척할 것인지를 결정해야 한다는 견해도 있다.[64] 그러나 이에 대해서는 불법원인급여제도의 이해를 포기하는 것이며, 민법 제746조 적용에 있어 불안전성을 가중시킨다는 비판이 가능하다.

3. 일반예방설의 타당성

정의에 관한 기준설정의 난점을 이유로 정의 자체를 포기할 수 없다.[65] 따라서 불법원인급여제도를 이해함에 있어 정의의 관점을 무시하

---

60) 최봉경, supra note 5, pp. 192-193.
61) 최봉경, supra note 5, p. 187.
62) 이와 같은 결론이 비례의 원칙에 비추어 가혹하다는 취지의 독일 논의는 최봉경, supra note 5, p. 187 참조.
63) 최금숙, "불법원인급여반환의 확대에 관한 고찰", 한국민법이론의 발전(무암 이영준박사 화갑기념논문집)(박영사, 1999), p. 945.
64) Erman, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I* 7th edition(Aschendorff, 1981), §817 Rn. 5; 송덕수, supra note 2, p. 329.

는 것은 부당하다.[66]

'일반예방' 사고는 민사법 영역에 생소한 것이 아니다. 예를 들어, 손해배상제도의 일반예방기능은 널리 인정되고 있다.[67] 불법원인급여제도를 논함에 있어 형벌론 등 민사법의 영역을 유월하는 개념적 도구를 동원하지 않을 수 있다면 그 자체로 가치 있는 접근방법이다.

일반예방설은 종래의 법적 보호거절설이나 제재설 등과 배치되지도 않는다는 장점이 있다. 오히려 위 관점들과 조화로운 해석이 가능하다.[68] 일반예방설은 제재설을 포용하면서도 징벌 내지 제재의 기능 중 일반예방기능에 방점을 두고 있다. 한편, 법적 보호거절설은 급부물 또는 그 이익의 반환청구나 아직 급부하지 않은 것의 이행청구에 관하여 법의 보호를 기대하지 말라는 것을 천명함으로써 상당한 예방적 효과를 기대할 수 있다. 따라서 법적 보호거절설에 의하더라도 불법원인급여제도의 일반예방 기능을 승인할 수 있다. 결국 일반예방기능은 법적 보호거절설이나 제재설의 당부를 떠나 이 학설들을 관통하는 이론적 기초이다. 그래서 일반예방설의 장점은 제재설과 법적 보호거절설의 타당한 요소들을 일부분씩 수용한 결과라고 볼 수 있다.[69]

무엇보다, 일반예방설은 민법 제746조의 제정에 강한 영향을 미친 일본과 독일의 입법논의에서도 드러난다. 독일 입법이유서는 "생활 속에서 국민들의 선량한 풍속과 건전한 공공질서에 대한 존중의식을 강화하기 위하여" 이 조항이 제정되었음을 밝히고 있다.[70] 앞서 언급한 바와 같이 이는 불법성이 있거나 부도덕한 행위를 불법원인급여제도를 통하여 억지하려는 일반예방적 접근방법을 채택한 것이라고 볼 수 있다.[71] 제2장 제

---

65) 최봉경, supra note 5, p. 184.
66) 최봉경, supra note 5, p. 184.
67) 백경일, supra note 32, p. 247.
68) 최봉경, supra note 5, p. 186.
69) 최봉경, supra note 5, p. 210.
70) Claus-Wilhelm Canaris, "Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen", *Festschrift fur Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. Marz 1990*(Geburtstag, 1990), S. 524 등; 최봉경, supra note 5, p. 184.

2절 제1.항에서 자세히 논한 바와 같이 일본의 입법자들도 입법을 위한 토의 과정에서 일반예방 목적을 중요한 고려요소로 삼았다.

따라서 위와 같은 일반예방설의 단점에도 불구하고, 일반예방기능은 불법원인급여제도의 운용에 있어 반드시 고려되어야 한다고 본다.

제 3 절 외국의 불법원인급여제도

1. 의의

그동안 우리나라에서 불법원인급여와 관련하여 일본,[72] 독일,[73] 프랑스[74]에 관한 연구는 비교적 많이 축적되었다고 생각한다. 반면, 영국[75]

---

71) 최봉경, supra note 5, p. 185.

72) 일본에 관해서는, 명순구, supra note 27; 정상현, supra note 5; 서민석, "선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 현저하게 고율로 정해진 이자 약정의 효력 및 이미 지급된 초과이자의 반환청구권 -대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 판결을 중심으로-", 민사재판의 제문제 제16권(2007); 권경은·이순동, "일본의 폭리적 금전소비대차계약에 관한 대응 -2008.6.10.자 최고재판소 판결을 중심으로-", 인권과 정의 제421호(2011) 등.

73) 독일에 관해서는, 현병철, "불법원인급여의 적용범위", 한양대 법학논총 제4집(1987); 송덕수, "불법원인급여", 민법학논총 2권(후암 곽윤직선생 고희기념)(1995); 김문수, "민법 제746조 본문의 적용제한에 관하여", 판례연구 제6집(1996); 엄동석, "불법원인급여의 임의반환약정", 민사판례연구 제19권(1997); 정상현, "독일민법상 반사회적 법률행위와 급부의 반환금지: 독일민법 제817조를 중심으로", 민사법학 제28호(2005); 최봉경, supra note 5; 이재홍, "재산권 관련 법률에 대한 위헌심사방법론 -민법 제746조(불법원인급여)의 위헌 여부 판단", 저스티스 제145호(2014) 등.

74) 프랑스에 관해서는, 문홍수, "불법원인급여제도의 새로운 해석", 사법행정 제23권 제8호(1982); 박정호, "불법원인급여에 관한 소고", 단국대 법학논총 제14집(1987); 송덕수, supra note 73; 정상현, "불란서민법상 원인의 부도덕성과 반환청구 배척법리", 성균관법학 제11호(1999); 정상현, "민법 제746조의

과 미국[76]의 불법원인급여제도에 관한 연구는 별로 이루어지지 않았다.

영국과 미국은 판례법 국가이므로 개별적인 판례사안에 대한 분석이 필요하다. 불법원인급여제도의 운용방식, 정책적 목표 등을 파악하기 위해 영국과 미국 판례의 변천사를 짚어볼 필요가 있다. 비록 우리나라와 법체계를 달리하는 영미법 국가에서의 판례지만, 영국법과 미국법에서의 불법원인급여제도가 수행하는 기능과 운용방식을 자세히 살펴볼 실익이 있다고 생각한다. 영국과 미국 등 판례법 국가들에서는 수백년 전에 형성된 판례가 아직도 유효하게 규범적 기능을 수행하는 경우가 많은데, 부당이득반환에 관한 판례들도 예외가 아니다. 이에 본 논문에서는 역사적으로 오랜 기간에 걸쳐 형성·발전되어온 판례법을 전체적으로 조망하고 분석하였다.

2. 일본

가. 민법 제708조 본문의 입법취지

일본민법은 제708조에서 "불법한 원인으로 급부를 한 자는, 그 급부한 것의 반환을 청구할 수 없다. 그러나 불법한 원인이 수익자에게만 존재할 때에는, 그러하지 아니하다."라고 규정한다.[77] 일본민법은 우리나라

입법사 재검토", 비교사법 제6권 제1호(1999); 이상욱·서호정, "민법 제103조 선량한 풍속의 위상에 관한 비교법적 고찰", 영남법학 제10권 제1호(2004); 여하윤, "프랑스 민법상의 불법원인급여(exception d'indignité)", 재산법연구 제34권 제1호(2017) 등.

75) 영국에 관해서는, 정상현, "영미법상 불법원인급여의 법원리", 민사법학 제22호(2002); 진도왕 "영국법상의 불법원인급여제도 적용기준", 민사법학 제79호(2017) 등.

76) 미국에 관해서는, 정상현, supra note 75; 박병대, supra note 6; 정상현, "영미 계약법에 있어서 불법계약의 효력과 급부물의 반환청구", 성균관법학 제24권 제2호(2012) 등.

77) 원문은 "不法な原因のために給付をした者は、その給付したものの返還を請求することができない。ただし、不法な原因が受益者についてのみ存したとき

민법 제746조와 마찬가지로, 본문에서 불법원인에 기하여 이전된 재산권 또는 이득의 반환청구를 배제하고, 단서에서 본문규정의 예외를 규정하고 있다.

제2장 제2절 1.항에서 이 규정의 입법취지를 살펴보았듯이 일본의 입법자들은 민법 제708조 입법 당시 일반예방 및 불법한 행위에 대한 법적 보호의 거절을 중요한 고려요소로 삼았다. 일본 학설 중에는 제재설(비난설)의 입장에서 위법하거나 부도덕한 행위에 대한 제재적 성격을 강조하는 견해가 많은데,[78] 일반예방 기능을 중요시하는 견해도 있다.[79]

나. 요건

우리나라 민법 제746조와 일본민법 제708조는 조문구조, 내용 등이 유사하므로, 일본에서도 우리나라와 마찬가지로 불법원인급여의 요건과 관련하여 불법성, 급부 등의 문언해석이 문제된다.

불법성은 시대의 윤리 사상에 뿌리를 둔 공서양속 위반을 말하고, 강행규정에 위반한 것만으로는 부족하다는 것이 통설이다.[80] 공서양속 위반인 행위는 원칙적으로 여기에 해당한다.[81] 형사처벌을 수반하는 위법행위, 윤리규범에 명백히 위반되는 행위, 추악한 행위도 불법성의 요건을 충족할 수 있다. 더 나아가 윤리적 색채가 희박한 기술적인 행정적 단속규범 위반행위, 정책실현을 위한 강행법규위반 행위도 이에 해당할 수 있다.[82] 요컨대, 일본에서는 미리 엄격한 기준을 세우기보다는, 개별 사

は、この限りでない。"이다.

78) 谷口知平·甲斐道太郎 編, 新版 注釋民法(18), 債權(9), 事務管理 · 不當利得 §§697~708(有斐閣, 1991), p. 695(谷口知平·土田哲也 집필부분).

79) 中山 洋志, "民法708條の適用範囲に關する一考察 －第三者による不当利得返還請求を中心として－", 青森中央学院大学研究紀要 第33号(2020), p. 38.

80) 谷口知平·甲斐道太郎 編, supra note 78, p. 699(谷口知平·土田哲也 집필부분).

81) 最判昭和27年(1952)3月18日 民集6巻3号325頁.

82) 谷口知平·甲斐道太郎 編, supra note 78, p. 705(谷口知平·土田哲也 집필부분).

안별로 불법성, 반사회성의 강도에 따라 불법성 인정 여부를 판단하고 있는 것으로 보인다.

한편, 등기의 원인이 불법성을 띤 경우 그 내용이 등기부에 기재되었다면 원인무효의 등기임을 이유로 말소등기를 청구하는 것은 민법 제708조 본문의 적용을 받는다는 판례가 있다.[83]

불법원인급여에서의 불법성이 행위자의 불법에 대한 인식을 요구하는지에 관하여 이를 부정한 판례가 있다.[84] 한편 학설 중에는 제재설의 입장에서 불법성의 인식 내지 인식가능성을 요건으로 보는 견해도 있다.[85]

급부의 개념에 관해서는 견해가 대립된다. 급부자의 직접적인 행위를 필요로 하기 때문에, 직접적인 행위가 없는 강제경매 배당금 수령 등에는 본조의 적용이 없다고 하는 견해, 급부자의 의사가 근거가 되어 법원의 행위가 실현 수단에 지나지 않는 때에는 급부로 보아야 하므로 위와 같은 배당금 수령도 민법 제708조가 적용되어야 한다는 견해, 급부 목적물이 사실상의 지배가 급부자로부터 상대방에게 이전하면 족하며 별다른 요건이 불필요하다는 견해 등이 대립하고 있다고 설명된다.[86]

다만, 불법한 채무부담행위의 강제를 인정하는 것은 불법한 원인행위의 강제를 인정하는 것과 같은 결과가 되므로 결국 불법원인급여규정의 적용이 없다는 점에서는 견해가 일치되어 있는 것으로 보인다.[87]

제재설(비난설)에서는 이에 더하여 급부자에게 비난가능성이 있어야 하므로 급부자가 급부할 당시에 책임능력과 자유의사가 있었어야 민법 제708조를 적용할 수 있다고 본다.[88]

---

83) 大判昭和13年(1938)3月30日 民集17卷578頁.
84) 大判大正8年(1919)9月15日 民錄25輯1633頁.
85) 中山 洋志, supra note 79, p. 39.
86) 谷口知平·甲斐道太郎 編, supra note 78, pp. 700-701(谷口知平·土田哲也 집필부분).
87) 谷口知平·甲斐道太郎 編, supra note 78, pp. 701-702(谷口知平·土田哲也 집필부분).
88) 谷口知平·甲斐道太郎 編, supra note 78, p. 695(谷口知平·土田哲也 집필부분).

다. 반환청구가 허용되는 경우

일본의 통설[89]과 판례[90]는 급부자의 불법성보다 수익자의 불법성이 현저하게 큰(著しく大) 경우 민법 제708조의 적용을 배제한다. 즉 불법성비교론 중 불법성현저설의 입장이다.

이와 관련하여 비교적 최근에 선고된 일본 최고재판소 판결을 살펴볼 필요가 있다.[91] 사안의 개요는 다음과 같다. 채무자 회사는 금융피라미드를 운영하는 사업을 하였는데, 사업의 내용은 먼저 출자를 하여 회원이 된 자에 대한 배당금이 나중에 가입한 회원의 출자금에서 지급되는 형태였다. 이러한 사업은 강행법규인 「다단계 사기의 방지에 관한 법률(無限連鎖講の防止に關する法律)」에 위반된다. 사업 초기에 회원이 된 피고는 고액의 배당금을 받았으나 결국 채무자 회사는 파산하였다. 파산관재인은 피고와 채무자 회사 사이의 출자계약이 강행법규에 위반되어 무효라는 이유로 부당이득반환의 법리에 따라 그 계약의 이행으로 지급된 배당금의 반환을 구하는 소를 제기하였다.

이 사건에서 원심은 일본민법 제708조 본문을 적용하여 파산관재인의 청구를 기각하였다. 그러나 최고재판소는 다음과 같은 이유, 즉 파산관재인은 고액의 배당을 받은 회원들로부터 배당금을 회수하여 손실을 본 다수의 회원들을 포함한 파산채권자들에게 분배하는 등 공평한 청산을 할 책무가 있는 점, 피고가 피해자인 다른 회원들의 손실 아래 부당한 이득을 계속 보유하는 것은 상당하지 않은 점, 본건 배당금의 급부가 불법원인급여에 해당한다는 이유로 그 반환을 거부하도록 하는 것은 신의칙상 허용되지 않는 점 등을 들어 원심판결을 취소하고 자판을 하여 원고의 청구를 인용하였다.

위 최고재판소 판결에 대하여, 금지규범의 보호목적(禁止規範の保護目的)을 고려하여 개별 실체법의 입법취지에 따라 금융피라미드 피해자인

89) 谷口知平·甲斐道太郎 編, supra note 78, p. 708(谷口知平·土田哲也 집필부분).
90) 最判昭和29年(1954)8月31日 民集8卷8号1557頁 등.
91) 最判平成26年(2014)10月28日 民集68卷8号1325頁.

파산채권자의 이익을 고려한 것이라고 해석하는 견해가 있다.[92]

그러나 위 최고재판소 판례가 금융다단계사업에 회원으로 가입하여 배당을 받은 모든 경우에 일반적으로 적용될 수 있을지는 의문이다. 위 판례는 배당금의 반환을 명하는 이유 중의 하나로 파산관재인의 공익적 책무를 들고 있기 때문이다. 만약 위 회사가 파산을 하지 않은 상태에서 배당금의 반환을 청구했더라면 불법원인급여라는 이유로 청구가 기각되었을 가능성이 높아 보인다. 또한 판례가 불법원인급여에 해당함에도 반환청구를 인용하는 근거로 상당성과 신의성실의 원칙을 들고 있는 점도 주목할 만하다.

라. 효과

민법 제708조 본문이 적용되는 일차적인 효과는 급부물에 대한 반환청구권의 부정이다. 나아가 일본 최고재판소는 대법원과 마찬가지로 위 본문이 적용되는 경우 수익자가 급부물의 소유권을 반사적으로 취득한다고 본다.[93]

3. 독일

가. 불법원인급여제도의 입법취지

독일민법은 제817조 제1문에서 '급부의 목적이 수령자가 이를 수령함으로써 법률상의 금지 또는 선량한 풍속에 반하게 되는 것인 때에는, 수령자는 반환의 의무를 진다."고 규정하고, 동조 제2문에서 "급부자도 역시 이러한 위반을 범하게 되는 때에는 반환청구를 할 수 없다, 그러나 급부가 채무의 부담을 내용으로 하는 경우에는 그러하지 아니하다; 그러

92) 山田 希, "無限連鎖講によって利益を受けた會員に對する破産管財人の返還請求と不法原因給付(最三判平成26年10月28日·民集68卷8号1325頁)", 立命館法学 2015年 3号(361号)(2015), pp. 255-256

93) 最判昭和45年(1970)10月21日 民集24卷11号1560頁.

한 채무의 변제를 위하여 급부된 것은 그 반환을 청구할 수 없다."라고 규정한다.[94][95] 위와 같은 규정형식은 우리나라 민법 제746조의 본문과 단서가 반대로 된 형태이다.

이 규정의 입법이유서에서는 "생활 속에서 국민들의 선량한 풍속과 건전한 공공질서에 대한 존중의식을 강화하기 위하여" 이 조항이 제정되었음을 밝히고 있다.[96] 이는 불법원인급여제도의 일반예방적 기능을 시사한 것이라는 평가가 있다.[97]

독일은 과거 제재설에 따라 불법원인급여제도를 이해했으나,[98] 현재 다수설과 판례는 순수한 법적 보호의 거절(Ausschluß des Rechtsschutzes)에서 근거를 찾고 있다.[99] 독일 연방일반법원(BGH)은 불법원인급여제도에 있어 정의의 관념을 의식적으로 고려하지 않는다고 선언하기도 하였다.[100]

나. 반환청구권 배제의 요건

독일민법은 급부의 목적이 법률상의 금지 또는 선량한 풍속에 위반하

---

94) 원문은 다음과 같다. 제817조 제1문: "War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfanger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfanger zur Herausgabe verpflichtet."
제817조 제2문: "Die Ruckforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fallt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfullung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zuruckgefordert werden."

95) 양창수, 2015년판 독일민법전 총칙 · 채권 · 물권(박영사, 2015), p. 607.

96) Mot. II, S. 849.; Claus-Wilhelm Canaris, supra note 70, S. 524 등; 최봉경, supra note 5, p. 184.

97) 최봉경, supra note 5, p. 185.

98) 정상현, supra note 5, p. 105.

99) 정상현, supra note 5, p. 108 이하 참조.

100) BGHZ 8, 373; 정상현·서순택, supra note 25, pp. 559-560.

는 경우 불법원인급여제도가 적용된다고 규정한다. 한편 채무부담행위는 명시적으로 불법원인급여제도의 적용대상이 아니라고 정하면서, 채무의 변제를 위하여 급부된 것의 반환청구는 부정한다. 법률이 '법률상의 금지'와 '선량한 풍속 위반'으로 반환청구 배척사유를 구체화함으로써 불법성의 개념에 관한 다툼의 소지를 줄였다고 볼 수 있다.[101] 그러나 선량한 풍속 위반에 도덕규범 위반을 제외하되 공공질서 위반을 포함하는 견해,[102] 성생활 관계와 가족생활 관계의 범위로 한정하여 좁게 해석하는 견해[103] 등 학설의 대립이 있다.

급여자에게 불법성에 대한 인식이 있어야 부당이득반환청구권이 부정되는지에 관하여 긍정설이 다수설이다.[104] 따라서 급여자는 선량한 풍속 위반을 인식했어야 하고, 그 인식을 위한 책임능력도 요구된다고 보고 있다.[105]

불법원인급여에 있어서 급여는 당사자의 의사에 기한 처분행위로서 최종적·결정적인 것이어야 한다. 처분행위가 진행 중이어서 아직 급부가 완료되지 않았거나 잠정적으로 급부를 한 경우에는 제817조에서 규정하는 급여개념에서 제외된다는 것이 통설이다.[106] 판례도 같은 입장을 취

---

101) 정상현, supra note 73, p. 390.

102) Ludwig Enneccerus·Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I* 15th edition(Mohr, 1959), §191, S. 1164 Anm. 6.; 정상현, supra note 73, p. 390.

103) Konstantin Simitis, *Gute Sitten und ordre public: ein kritischer Beitrag zur Anwendung des*(Elwert, 1960), S. 197; 정상현, supra note 73, p. 390.

104) Ernst Wolf, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II Besonderer Teil*(Heymanns, 1978), §19 C III c), S. 474; Erman·Westermann, *Bürgerliches Gesetzbuch* 11th edition(Münster, 2004), 8 und 13 zu §817, S. 3007f; Christiane Wendelhorst·Heinz Georg Bamberger·Herbert Roth, *Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch, Bd. II*(C.H.Beck, 2003), 16 zu §817 등; 정상현, supra note 73, p. 395.

105) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhaltnisse, 15.Aufl., J.C.B.Mohr, 1958, §226 2 b, S.904f.; RGZ 105, 270; 정상현, supra note 73, p. 395.

106) Karl Larenz·Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, Besonderer Teil* 13th edition(C.H. Beck, 1994), §68 III 3 c, S. 164;

하고 있다.[107]

급여자가 급부의 목적물을 종국적인 처분행위로 이전한 것이 아니라 수익자와 사이에 그 목적물을 나중에 반환하기로 합의한 경우, 급여에 해당하는 것은 급여 목적물 자체가 아니라 오로지 그 목적물을 '일정기간 사용하게 해주는 것(Überlassung auf Zeit)'일 뿐이므로, 불법원인급여가 인정된다고 하더라도 반환이 거절되는 것은 점유·사용으로 인한 이득에 한정되고 목적물 자체는 반환해야 하는 것으로 보고 있다.[108] 판례도 같은 입장이다.[109]

다. 반환청구가 허용되는 경우

독일에서는 반환청구를 부정하는 것이 금지규범의 보호목적(schutzzweck)에 반하는 결과를 초래하는 경우 보호목적에 입각한 제한해석(schutzzweckorientierte Reduktion)으로서 반환청구를 허용해야 한다는 것이 다수설이다.[110] 판례도 같은 입장이다.[111] 금지규범의 목적이 급여자 또는 급여자를 신뢰한 제3자의 보호에 있는 경우에는 급부물의

Josef Esser, *Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil* 4th edition(Müller, 1971), §103 IV 1, S. 360; 정상현, supra note 73, p. 400.

107) RGZ 67, 321; RGZ 161, 52; BGHZ 19, 205; BGHZ 41, 341; BGH NJW 1954, 889; BGH NJW 1994, 291; BGH WPM 1969, 1083 등; 정상현, supra note 73, p. 400.

108) Dieter Medicus·Stephan Lorenz, *Schuldrecht II, Besonderer Teil,* 16th edition.(C.H.Beck, 2012), Rn. 1153; 백경일, supra note 32, p. 270.

109) RGZ 161, 52; 백경일, supra note 32, p. 270.

110) Christiane Wendelhorst·Heinz Georg Bamberger·Herbert Roth, supra note 104, §817 Rn. 21; Josef Esser·Hans-Leo Weyers, *Schuldrecht Bd. II* 6th edition(Müller, 1984), §49 IV 3, S. 460; Fritz Fabricus, "Einschränkung der Anwendung des §817 S.2 BGB durch den Zweck des Verbotgesetzes?", *JuristenZeitung* 18. Jahrg., Nr. 3(1963. 2.), S. 85 등; 백경일, supra note 32, p. 267.

111) BGH VersR 2006, 419 등; 백경일, supra note 32, p. 267. 같은 취지의 다른 판례로는 BGHZ 50, 90을 들 수 있다; 정상현, supra note 73, p. 391.

반환을 허용함으로써, 제817조 제2문의 적용을 제한하는 것이다.[112] 특히 Larenz는 금지규범의 개별적인 보호목적이 반환청구권을 배제한 민법의 근본정신보다 우선하는지 여부에 따라 반환청구의 인부가 결정되어야 한다고 설명하는데,[113] 적지 않은 학자들이 이에 동조하고 있다.[114]

불법적인 계약관계와 관련이 없는 것은 아니지만 급부 그 자체로는 직접적인 불법성이 없는 때에는 반환청구를 배제하는 규정이 적용되지 않는다고 설명하기도 하는데, 이를 '직접성의 원칙(Unmittelbarkeitsprinzip)'이라고 부른다.[115]

라. 반환청구권 배제의 효과

민법 제817조 제2문이 적용되는 일차적인 효과는 급부물에 대한 반환청구권의 배제이다. 급여물이 물건이고 급여행위의 내용이 소유권 이전의 처분행위인 경우 급여자가 소유권에 기하여 반환청구를 할 수 있는지에 관하여, 이를 부정하는 것이 통설이다.[116] 판례도 같은 입장이다.[117] 물권행위의 무인성에 따라 원인행위가 무효인 경우에도 물권행위는 이와 무관하게 유효하므로 급여물의 소유권이 당연히 수령자에게 귀속된다고 보기 때문이다.

4. 프랑스

112) Fritz Fabricus, supra note 110, S. 85; 정상현, supra note 73, p. 391.
113) Karl Larenz, supra note 26, §63, III b., S. 390; 정상현, supra note 73, p. 391.
114) Werner Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II* 2nd edition(Springer, 1975), §18 10 h, S. 396f; 정상현, supra note 73, p. 391.
115) D. Reuter·M. Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*(J.C.B. Mohr, 1983), S. 224 등; 백경일, supra note 32, p. 272.
116) Otto Hagen, *Die condictio ob turpem causam im gemeinen Rechte und Bürgerlichen Gesetzbuche*(Borna-Leipzig: R. Noske, 1913), S. 45; 정상현, supra note 73, p. 403.
117) RGZ 23, 566; BGHZ 63, 365, 369; BGH NJW 1992, 310, 311 등; 정상현, supra note 73, p. 404.

가. 관습법의 규율

프랑스는 불법원인급여를 실정법으로 규율하지 않고, 관습법에 맡기고 있다. 프랑스 불법원인급여제도의 연원은 로마시대 후기 주석학파들의 법언인 “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.‘(자신의 부도덕함을 원용하는 자는 아무도 청허되지 않는다)로 거슬러 올라간다.[118] 프랑스 학자들은 이를 줄여서 Nemo auditur 법언이라고 부르기도 한다. 이에 따라 프랑스 구 민법 적용 당시에는 ‘부도덕한 원인(cause immorale)’을 중심으로 논의되었다.[119] 그리고 불법원인급여 법리의 적용을 통해 부도덕한 계약을 억제하거나 단념시키는 일반예방 기능이 부각되고 있다.[120]

나. 인정 요건

프랑스 구 민법(2016년 2월 10일 개정되기 전의 것, 이하 같다.) 제1131조[121]는 “원인(cause)의 흠결이나, 허위의 원인, 또는 위법한 원인에 기한 채무는 어떠한 효력도 없다.”고 규정하고, 이어서 제1133조[122]는 “원인(cause)은 그것이 법률에 의하여 금지되거나, 선량한 풍속 또는 공공질서에 반하는 경우에 위법한 것으로 한다.”고 규정하였다.

원인행위가 무효인 관계로 채무가 존재하지 않음에도 불구하고 그 채무의 이행으로 급부를 받은 수익자는 급여자에 대하여 그 급부물의 반환의무를 부담한다. 이때 무효의 원인이 구 민법이 정한 위법한 원인

118) 송덕수, supra note 2, p. 328.
119) 여하윤, supra note 74, p. 135.
120) 여하윤, supra note 74, p. 132.
121) L′article 1131 du Code civil, “L′obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.”이다.
122) L′article 1131 du Code civil, “La cause est illicite, quand elle est prohibe par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou a l′ordre public.”이다.

(cause), 즉 법률에 의하여 금지되거나, 선량한 풍속 또는 공공질서에 반하는 경우에도 원칙적으로 반환의무가 있다고 해석된다.[123] 다만 부도덕한 원인(cause immorale)으로 급여가 행하여졌고, 급여자가 그 급부물의 반환을 청구하기 위해서 자신의 부도덕성을 주장할 때 비로소 불법원인 급여로 보아 반환청구를 배척해야 한다는 것이 다수설이고,[124] 판례의 태도이기도 하다.[125]

현행 프랑스 채권법 제1162조는 구 민법 제1131조와 제1133조를 통합한 것이다.[126] 제1162조[127]는 "계약 내용은 공공질서에 반할 수 없고, 이는 계약당사자들이 그 동기(but)를 인식하였는지 여부와 관계가 없다."고 규정하고 있다. 공공질서에 반하는 계약을 무효로 함에 있어서 당사자의 인식 여부를 묻지 않겠다는 것이다. 채권법 제1162조가 구 민법 제1133조에서 규정하였던 선량한 풍속(bonnes moeurs)을 삭제하고 공공질서만을 계약의 무효 원인으로 남겨두었다는 점도 주목할 필요가 있다고 생각

---

123) 여하윤, supra note 74, p. 133 이하 참조.

124) P. Malaurie·L. Aynès·P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 8th ed(LGDJ, 2016), n° 727(p. 394); A. Bénabent, *Droit des obligations* 15th ed(LGDJ, 2016), n° 241(p. 200); M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations 1 - Contrat et engagement unilatéral* 4th ed(puf, 2016), n° 464(p. 519) 등; 여하윤, supra note 74, p. 13 및 L. Julliot de la Morandière 전면 개정, *Cours élémentaire de droit civil français*, 10th edition(원 저자 A. Colin·H. Capitant)(Librairie Dalloz, 1953), n° 419; J. Schmidt-Szalewski, "Les consequences de l'annulation d'un contrat", *Juris-Classeur Périodique* 1986, I, 3397, n° 28 등; Barbara Freleteau, "La maxime Nemo auditur a-t-elle survécu à la réforme du droit des contrats?", *Recueil Dalloz* N°19/2020(2020), p. 1052 이하.

125) Cour de Cassation, Chambre civile 1. N° de pourvoi: 88-11.611; Barbara Freleteau, supra note 124, p. 1052 이하.

126) 남효순, "개정 프랑스 채권법 번역 및 해제", 연구보고서(법무부, 2017), p. 64.

127) 원문은 "Le contrat ne peut deroger a l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait ete connu ou non par toutes les parties."이다.

한다.

채권법 제1162조가 규정하는 동기(but) 요건은 구 민법의 원인(cause) 요건이 변형된 것으로서, 당사자들이 궁극적으로 달성하려는 주관적 동기를 포함하는 개념이다.[128] 구 민법이 적용될 당시 판례에 의하면, 도박자금으로 사용될 것을 알면서 금원을 대여한 경우 cause의 불법성을 심사하여 소비대차 계약이 공공질서에 반하여 무효이지만,[129] 앞으로 법원은 동기(but)가 공공질서에 반하는지를 검토하여 계약의 무효 여부를 판단하게 될 것으로 보인다.[130]

불법원인급여 법리는 채권법 제1162조가 적용되어 계약이 무효인 경우에 그 계약의 이행으로 급여한 것의 반환청구를 인정할지와 관련하여 문제된다.[131] 프랑스에서 채권법을 개정한 목적 중 하나는 종래의 판례법을 성문화하는 데 있었다. 그런데 채권법은 관습법상의 불법원인급여에 관한 법언인 Nemo auditur에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있는 바, 개정법은 종전 관습법의 폐지를 의도한 것이라고 볼 수 없으므로, 종전 불법원인급여 법리가 그대로 적용된다고 보는 것이 일반적인 견해이고,[132] 실무례이기도 하다.[133] 불법원인급여 법리가 적용되는 부도덕한 계약의 예시로, 대리모 계약, 뇌물공여 등이 거론된다.[134]

다. 반환청구가 허용되는 경우

프랑스에서는 '부도덕성 비교이론(la théorie de la comparaison du turpitude)', 즉 급여자와 수익자의 불법성을 비교하여 불법성이 동등하면

---

128) 남효순, supra note 126, p. 63
129) Cour de Cassation, Chambre civile 1. N° de pourvoi: 88-11.443, 남효순, supra note 126, p. 64에서 재인용.
130) 남효순, supra note 126, pp. 63-64.
131) 남효순, supra note 126, p. 64.
132) Barbara Freleteau, supra note 124, p. 1052 이하 참조.
133) 항소법원 판례인 CA Colmar, 10 févr. 2020, n° 18/02281 참조.
134) 여하윤, supra note 74, p. 138; Barbara Freleteau, supra note 124, p. 1052 이하.

반환청구를 불허하되, 급여자의 불법성이 적은 경우에는 반환청구를 허용해야 한다는 것이 다수설이고,[135] 판례이다.[136] 그 논거는, 상대적으로 불법성이 적은 급여자의 반환청구를 부정한다면 오히려 불법성이 큰 수익자를 더 보호하는 결과가 되기 때문이라는 데 있다.[137] 이는 후술할 불법성비교론 중 비교설의 입장이라고 평가할 수 있다.

프랑스에서는 반환청구를 불허할 것인지 판단함에 있어 형평의 원리를 적극적으로 고려한다. 반환청구를 불허하는 결과 수익자가 이득(enrichissement injuste)을 취하게 되어 배분적 정의(justice distributive)의 관점에서 부당하다고 평가되는 경우에는 법언인 Nemo auditur의 적용을 배제한다.[138]

한편 부도덕한 계약에 기초하여 급여가 이루어졌다고 하더라도 증여와 같은 무상계약에 기초한 급여였다면 Nemo auditur 법언이 적용되지 않는다.[139]

라. Nemo auditur 적용의 효과

Nemo auditur 법언이 적용되면, 급여자가 무효인 계약에 기하여 급여를 했더라도, 급여자의 반환청구권은 부정된다. 프랑스에서는 이러한 법리가 계약관계에서만 적용하고, 물권법 영역에서는 적용되지 않는다고 보고 있다. 따라서 급여자가 부당이득반환의 법리에 따라 급부물의 반환청구를 할 수 없는 경우에도, 이러한 사정은 소유권에 기한 반환청구에 장애가 되지 않는다.[140]

---

135) A. Benabent, supra note 124, n°241(p201); P. Malaurie·L. Aynès·P. Stoffel-Munck, supra note 124, n°727(p.395); M. Fabre-Magnan, supra note 124, n°464(p.519) 등; 여하윤, supra note 74, p. 136.

136) Marius Tchendjou, “La sanction des dessous-de-table par la Cour de cassation”, *Recueil Dalloz*(2005), p. 2205; 여하윤, supra note 74, p. 136.

137) 여하윤, supra note 74, p. 136.

138) 여하윤, supra note 74, p. 137.

139) 여하윤, supra note 74, p. 128.

140) 여하윤, supra note 74, p. 123.

5. 영국

가. 판례법을 통한 규율

영국 판례법이 인정하는 불법성의 항변(illegality defence)은 로마시대의 법언인 Ex turpi caua non oritur actio과 In pari delicto potior est condicio defendentis에 뿌리를 두고 있다.[141] 위 두 법언 모두 영국판례와 미국판례에 영향을 주었지만, 영국판례는 전자에 초점이 맞추어져 있고, 미국판례는 후자에 초점이 맞추어져 있다.[142]

나. 불법성 항변의 근거

Everet v Williams 판결[143]에서 법원은 재판신청서가 "수치스럽고 무례하다(scandalous and impertinent)"는 이유로 사건을 각하하였는데, 이 판결이 불법성에 관한 판례의 효시라고 한다.[144]

Holman v Johnson 판결[145]에서 맨스필드 경(Lord Chief Justice)은 불법성의 항변을 인정하는 근거를 공공정책(public policy)에서 찾았다.[146]

Law Commission 보고서는 불법성의 항변을 인정하는 정책적 근거가 될 수 있는 것으로, (1) 청구인이 위반한 금지규범의 목적 관철, (2) 법의 일관성 유지, (3) 청구인이 자신의 불법한 행위를 통해 이익을 얻는 것을 방지, (4) 억제(일반예방), (5) 법체계의 완전성 유지(법체계가 불법한 목

---

141) Lincoln Caylor·Martin S. Kenney, supra note 2, p. 260.
142) Lincoln Caylor·Martin S. Kenney, supra note 2, p. 260.
143) (1725) 9 LQ Rev 197.
144) Lincoln Caylor·Martin S. Kenney, supra note 2, p. 260.
145) (1775) 1 Cowp 341, 98 ER 1120.
146) "It is not for his sake, however, that the objection is ever allowed; but is founded on general principles of policy."
Holman v Johnson (1775) at 343(Cowp.).

적으로 남용되는 것을 방지), (6) 응징을 들었다.[147] 이 중 법의 일관성 유지는 중요한(overriding) 정책적 근거로 취급될 수 없고,[148] 응징은 정책적 근거로 취급되어서는 안된다는 것이다.[149]

Patel v Mirza 판결[150]에서 영국 대법원[151]은 불법성의 항변을 인정하는 두 가지 정책적 근거를 제시하였다. 먼저, 불법성의 항변을 통하여 불법한 행위를 한 자가 이러한 행위로 인하여 이익을 얻는 것을 방지할 수 있다는 것이다. 다음으로, 불법성을 묵인하여 (법이) 왼손으로 가져간 것을 오른손으로 돌려주는 결과가 되는 것을 용납하지 않음으로써 법체계의 완전성을 유지할 수 있다는 것이다.[152]

다. Patel v Mirza 판결 이전 판단기준

(1) 요건

(가) 의존이론(reliance theory)

불법성 항변이 정치한 법이론으로 정립된 것은 1775년 Holman v Johnson 판결[153]에서이다. 이 판례는 향후 200년 이상 불법성의 항변에

---

147) "(1) furthering the purpose of the rule which the claimant's illegal behaviour has infringed; (2) consistency; (3) the need to prevent the claimant profiting from his or her own wrong: (4) deterrence; (5) maintaining the integrity of the legal system; and (6) punishment."
Law Commission, "The illegality defence: A Consultative Report", Law Commission Consultation Paper No. 189(2009), p. 8 참조.

148) Law Commission, supra note 147, pp. 11-12.

149) Law Commission, supra note 147, pp. 15-16.

150) [2016] UKSC 42.

151) 영국 대법원(Supreme Court)은 2009년 8월에 설립되었고, 대법관 수는 12인이다. 대법원 설립 전에는 상원의 상고위원회(Appellate Committee of the House of Lords)가 최고심급의 법원이었는데, 신설된 대법원이 상원의 사법적 기능을 승계하였다.

152) Patel v Mirza [2016] UKSC 42, para 99.

153) (1775) 1 Cowp 341, 98 ER 1120.

적용된 의존이론(reliance theory)의 기초가 되었다.[154] 원고가 청구원인으로 주장하는 요건사실에 자신의 불법적 행위가 적시될 수밖에 없다면 그러한 청구는 법원의 심리대상에서 제외된다는 것이다.[155]

영국 대법원은 2016년 Patel v Mirza 판결에서 판례를 변경하기 전까지 의존이론을 고수하였는데, 이 원칙 아래서 불법성의 항변은 청구인이 그 근거가 되는 권리를 주장·증명하기 위하여 스스로 불법적인 행위를 한 사실을 진술하거나 이에 관한 증거를 제출할 수밖에 없을 때 적용되었다.[156] 여기서 의존(reliance)이란 청구의 기초가 되는 권리가 불법적 행위에 의존(rely)하여 발생하였다는 의미이다. 의존이론을 규범접근법(rule-based approach)이라고도 한다.[157] 선험적으로 일정한 규칙(rule)을 만들어놓고 이를 구체적 사건에 일률적으로 적용한다는 의미에서 붙여진 이름이다.

(나) 의존이론(reliance theory)의 한계

의존이론의 작용원리는 명쾌하지만 판단기준에 있어 애매한 점이 많다. 부도덕하거나 불법성이 있는 행위는 단순히 비윤리적인 행위나 사소한 단속법규위반에서부터 형법상 범죄에 해당하는 행위까지 그 불법성의 정도가 다양한데, 도대체 어느 정도의 불법성을 갖추어야 ex turpi causâ 원칙이 적용되는지에 관하여 논란이 많았다.[158] 또한 불법적 행위에 가담한 정도도 문제되었다. JM Allan (Merchandising) Ltd v. Cloke 판

---

154) Les Laboratoires Servier v Apotex Inc & ors [2014] UKSC 55 para 16 참조.

155) "If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causâ*, or the transgression of a positive law of this country, there the court says that he has no right to be assisted.", Holman v Johnson (1775) at 343(Cowp.), 1121(ER) 참조.

156) Emer Murphy, "The ex turpi causa defence in claims against professionals", *Journal of Professional Negligence* Vol. 32 No. 4(2016), p. 246.

157) Patel v Mirza [2016] UKSC 42, paras 83-84.

158) Emer Murphy, supra note 156, p. 243.

결[159]에서 Denning 경은 “적극적인 가담은 (법원의 심리를) 불허하지만 단순히 아는 것만으로는 그렇지 않다.”고 판시하였다. 그러나 이 판례도 “적극적인 가담”이 어느 정도의 가담을 말하는 것인지 명확한 기준을 제시하지 못하였다.[160]

계약의 목적이 불법적이거나 계약의 이행이 어떤 형태의 불법성을 내포하고 있으나 그 불법성이 계약의 핵심이 아닐 때 어느 범위 내에서 불법성의 원칙이 적용되는지도 불명확하다. 의존이론을 적용한 결과 피고가 반사적으로 얻게 되는 이득도 원고가 가담한 행위의 불법성에 비하여 과도하게 커서 횡재가 되는 경우에는 형평에 어긋난다는 비판도 있었다.[161]

(2) 불법성 항변의 배제

(가) 불법성에 대한 착오(mistake of fact or law)

이 유형은 착오(mistake)에 관한 것이다. 영미법상 착오(mistake)는 오해(misunderstanding)와 부지(ignorance)를 모두 포함하는 개념이다. 6. 항에서 후술하는 미국 Restatement (Second) of Contracts (1981) 제198조 (a)는 “ignorance of facts or legislation”을 적용배제 유형으로 정하고 있다. 비록 미국 Restatement가 착오(mistake)보다 협소한 부지(ignorance)라는 개념을 사용했지만, 이하에서 설명하는 mistake of fact or law 유형과 사실상 동일한 유형으로 이해할 수 있다.

① 불법성의 근거가 되는 사실의 착오(mistake of fact)

청구인이 불법성의 근거가 되는 사실을 몰랐을 경우, 불법성의 항변은 작동하지 않고 반환청구가 인용된다.

Oom v Bruce 사건은 원고들이 보험회사인 피고에게 러시아에서 영국으로 해상운송될 화물에 대한 보험료(insurance premiums)를 지급한

159) [1963] 2 QB 340.
160) Patel v Mirza [2016] UKSC 42, para 4.
161) Emer Murphy, supra note 156, p. 242.

사안에 관한 것이다.[162] 원고들이 보험계약을 체결하기 전에 러시아와 영국 사이에는 전쟁이 개시되었고 이로 인하여 보험계약은 무효인데, 원고들은 전쟁 중인 사실을 몰랐다. 이 사건에서 법원은 피고의 불법성 항변을 배척하고 원고들의 보험료 반환청구를 인용하였다. 법원은 보험계약이 체결될 당시 원고들은 러시아에 의한 공격개시 사실을 알지 못했고, 따라서 원고들에게는 아무런 책임이 없으니(no fault is imputable) 원고들이 지불한 보험료를 반환받지 못할 이유가 없다고 판시하였다.[163]

② 규범의 착오(mistake of law)

㉠ Bilbie v Lumley 판결

영국 법원은 전통적으로 법규를 몰랐다는 사실은 불법성의 항변을 인정하는 데 장애가 되지 않는다고 보아왔다. Bilbie v Lumley 사건에서 법원은 "모든 사람은 법을 알고 있는 것으로 간주되어야 한다. 이렇게 보지 않으면 법의 부지(ignorance)를 이유로 한 변명이 통하지 않는 범위가 어디까지인지 알 수 없기 때문이다."라고 판시한 바 있는데,[164] 학설도 이 판례를 지지해왔다.[165]

그러나 판례는 일정한 경우에는 이 원칙의 예외를 인정하여 규범의 부지를 이유로 불법성의 항변을 배척해 왔다. 그 규범이 원고와 같은 처지에 있는 사람들을 보호하기 위하여 제정된 경우가 이에 해당한다. 이러한 경우에는 원고에게 동등한 과오가 없는 것으로 취급되었다. 예컨대,

---

162) (1810) 12 East 225, 104 ER 87.

163) Law Commission, supra note 147, p. 69 para 4.12.

164) (1802) 2 East 469; "Every man must be taken to be cognizant of the law, otherwise there is no saying to what extent the excuse of ignorance may not be Law carried."
Bilbie v Lumley (1802) 2 East 469 at 471.

165) Niamh Cleary, "Restitution for Restitution from public authorities in Ireland", *Irish Jurist* Vol. 55(2016), p. 29; Aedit Abdullah, "The Abrogation of the Rule against Recovery in Mistake of Law: Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council", *Singapore Journal of Legal Studies* December 1998(1998), p. 469.

Kiriri Cotton Co Ltd v Dewani 사건은 주택임차인인 원고가 주택을 전대하면서 임대인인 피고에게 전대를 허락해 준 데 대한 대가를 지급한 사안에 관한 것이다.[166] 이 사건에서 원고와 피고는 몰랐지만, 임차인이 임대인에게 전대를 허락해 주는 데 대한 대가를 지급하는 것은 조례(ordinance)로 금지되었다. 전대차가 종료된 이후 임차인인 원고는 임대인인 피고를 상대로 전대를 이유로 지급한 대가의 반환을 구하는 소를 제기하였는데, 법원은 원고의 청구를 인용하였다.[167] 위 조례는 임차인 보호를 목적으로 과다한 임대료를 금지하기 위한 취지에서 제정되었는바, 위 조례에 위반하여 전대의 대가를 지급한 데 대하여 원고에게 동등한 과오가 있다고 볼 수 없고, 오히려 피고에게 조례 위반의 주된 책임(primary responsibility)이 있다는 것이 그 이유였다.[168]

이와 반대로, 만약 위반된 규범이 일방 당사자를 보호하기 위한 목적으로 제정된 것이 아니라면, 원칙적으로 규범의 착오는 불법성의 항변을 배척하는 사유가 될 수 없다. 이와 관련하여 Harse v Pearl Life Assurance Co 사건을 살펴보기로 한다.[169] 원고는 자신과 동거하면서 가사를 돌보는 어머니를 피보험자로 하여 어머니가 사망하는 경우 그 장례비에 해당하는 보험금을 지급받는 내용의 생명보험계약을 체결하였다. 당시 생명보험법(Life Insurance Act)에 의하면, 보험계약자와 피보험자 사이에 보험의 이익(insurance interest)이 있어야 보험계약이 유효하다. 그런데 법원은 보험계약자인 원고가 어머니의 장례비를 지급할 의무도 없고, 어머니가 성인인 원고를 위하여 가사를 돌볼 의무도 없다는 이유로 위 보험계약은 보험의 이익이 없어 무효라고 판단하였다. 그리고 위 보험계약에 기하여 납부한 보험료의 반환을 구하는 원고의 청구에 대하여, 보험모집인이 원고에게 어머니를 위한 생명보험계약은 유효하다고 알려주었으나 선의로 그렇게 한 것이므로 결국 원고와 보험회사인 피고

166) [1960] AC 192.
167) Law Commission, supra note 147, p. 69 para 4.13.
168) Ronald D. Collins, “Restitution from Government Officials”, *McGill Law Journal* Vol. 29(1984), p. 415.
169) [1904] 1 KB 558.

는 동등한 과오(equally blameworthy)가 있다고 판시하면서 청구를 기각하였다.[170]

㉡ Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City County 판결

이 사건은 원고 은행이 지방자치단체와 이자율 스왑계약(interest rate swap agreements)을 체결하였는데, 그 후 지방자치단체가 위와 같은 스왑계약을 체결할 권한이 없다는 취지의 최고법원 판결이 나오자,[171] 원고 은행이 위 판례에 근거하여 지방자치단체를 상대로 위 스왑계약으로 인하여 지급한 금전의 반환을 구하는 소를 제기한 사안에 관한 것이다.[172] 법원은 부당이득반환청구와 관련하여 규범의 착오로 인하여 지급한 금전의 반환을 금지하는 원칙은 더 이상 유지될 수 없다고 판시하면서 종래의 판례를 변경하고 원고의 청구를 인용하였다. 그 근거는, 규범의 착오와 사실의 착오를 달리 취급할 이유가 없고, 규범의 착오로 지급된 금전은 그 원인인 계약이 사후에 판결에 의하여 규범에 위반된다는 이유로 무효임이 확정된 경우는 물론 그 금전거래의 당사자가 선의인 경우에도 반환을 청구할 수 있다는 것이다.[173]

더 이상 사실의 착오와 법률의 착오를 구분하지 않는 Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City County 판결의 법리가 Harse v Pearl Life Assurance Co 판결에 적용되었다면, 원고의 보험료 반환청구는 인용되었을 것이다.[174]

(나) 강박을 이유로 한 불법성 항변의 배제(duress)

급여자가 강박에 빠져 불법성 있는 거래를 하게 된 경우에는 그의 부당이득반환청구에 대한 수익자의 불법성 항변은 허용되지 않는다. 강

---

170) Law Commission, supra note 147, p. 70 para 4.14.
171) Hazell v Hammersmith and Fulham L.B.C. [1992] 2 A.C. 1 HL.
172) [1999] 2 AC 349.
173) Rupert Allen, “Restitution of Payments Made under a Mistake of Law and the Security of Completed Transactions”, *Cambridge Law Journal* Vol. 63 No. 1(Mar., 2004), p. 28.
174) Law Commission, supra note 147, p. 70 para 4.15.

박은 급여자를 불법에서 면책시켜주므로(the duress makes the claimant innocent of the illegality), 급여자와 수익자 사이에 과오가 동등하지 않다고 보기 때문이다.

Davies v London and Provincial Marine Insurance Co 판결의 요지는 다음과 같다.[175] 피고 보험회사의 간부들은 직원이 회사의 돈을 보유하는 것은 횡령죄에 해당한다고 믿고 그에 대한 형사기소를 할 태도를 보였다. 한편 위 직원의 친구들은 그의 형사처벌을 면하게 할 목적으로 회사와 협상을 한 끝에 위 직원의 행위로 인한 손해를 담보하기 위하여 일정 금액을 회사에 지급하였다. 그러나 위 직원의 행위는 죄가 되지 않는 것으로 판명되었다. 이에 위 직원의 친구들은 피고회사와의 합의가 무효라고 주장하면서 위 금전의 반환을 구하는 소를 제기하였다. 이 사건에서 피고회사는 위 직원이 중죄로 기소되는 것을 무마하기 위하여 원고들이 피고회사에 돈을 지급하였다는 취지로 불법성의 항변을 하였다.[176] 이 사건에서 법원은 비록 계약은 불법하지만 직원의 친구인 원고들이 강박상태에서 돈을 지급했다는 이유로 불법성의 항변을 배척하고 반환청구를 인용하였다.[177]

(다) 급여자가 위반된 법령의 보호대상인 경우(statutory class protection)

비록 법령에 위반하였지만 그 법령이 보호하는 대상이 청구인인 경우에는 당사자들 사이에 동등한 과오가 없으므로(the parties are not in pari delicto) 불법성의 항변은 적용되지 않는다.[178]

Browning v Morris 판결[179]에서 맨스필드 경은 "법령이 계약 또는 거래관계를 금지한 목적이 일방 당사자를 타방 당사자로부터 보호하기 위함이고, 일방 당사자가 상황 또는 조건으로 인하여 타방 당사자로부터

175) (1878) 8 Ch D 469.
176) 이와 같은 행위를 "compounding a felony"라고 부르며, 그 자체로 경범죄에 해당한다. Gerald N. Hill·Kathleen T. Hill, "Compounding a Felony". *The People's Law Dictionary*(2005).
177) Law Commission, supra note 147, p. 70 para 4.16.
178) Law Commission, supra note 147, p. 70 para 4.19.
179) (1788) 2 Cowp 790.

억압 또는 강요를 당한 경우 당사자들 사이에 동등한 과오가 없는 것이다. 법령의 목적을 관철한다면, 거래 종료 후 손해를 입은 당사자는 계약의 효력을 부정하는 내용의 소를 제기할 수 있다."라고 판시한 바 있다.[180]

다만 이 법리는 다양한 사건에 쉽게 통용될 수 있는 법리는 아니며,[181] 법원이 법령에서 원고를 보호하는 목적을 도출할 수 없다는 이유로 원고의 반환청구를 배척한 판례도 있다.[182]

(라) 뉘우침(locus poenitentiae)

불법한 계약에 관여하였으나 불법한 목적이 달성되기 전에 자발적(voluntary)으로 탈퇴한 경우에는 급여한 것의 반환청구에 불법성의 항변이 적용되지 않는다는 예외 법리가 있다. 이때 진정한 반성(genuine repentance)은 요건이 아니다.[183] 그러나 상대방 당사자의 불이행 등 다른 장애사유로 인한 포기는 여기에 해당하지 않는다.[184]

Taylor v Bowers 판결은 채권자의 강제집행을 면탈하기 위하여 채무자가 조카에게 자신의 동산을 허위로 양도하였는데, 채무자와 채권자 사이의 협상이 종료하기 전에 조카는 채무자의 동의 없이 채권자 중 한 명에게 채무자의 채권자에 대한 채무를 담보하기 위하여 그 동산을 양도

---

180) "Where contracts or transactions are prohibited by positive statutes, for the sake of protecting one set of men from another set of men; the one, from their situation and condition, being liable to be oppressed or imposed upon by the other; there, the parties are not in pari delicto; and in furtherance of these statutes, the person injured, after the transaction is finished and completed, may bring his action and defeat the contract."
Browning v Morris (1788) 2 Cowp 790, 792.

181) Law Commission, supra note 147, p. 70 para 4.20.

182) Green v Portsmouth Stadium [1953] 2 QB 190, Law Commission, supra note 147, p. 70 para 4.20에서 재인용.

183) Tribe v Tribe [1996] 107 at 135.

184) Sir William Reynell Anson·J. Beatson·Andrew Burrows·John Cartwright, *Anson's Law of Contract* 29th edition(Oxford University Press, 2010), pp. 423-425.

하여 채권자가 이를 점유하게 된 사안에 관한 것이다.[185] 채무자는 그 채권자를 상대로 점유하는 동산의 반환을 청구하였는데, 법원은 채무자의 청구를 인용하였다.[186] '채권자가 재산을 점유하게 된 경위는 재산은닉 목적과 무관하고, 채권자의 점유로 인하여 채무자의 불법한 목적은 좌절되었으며, 오히려 반환청구를 인용함으로써 다른 채권자들을 위한 책임재산을 회복할 수 있다는 것'이 그 이유이다.[187]

라. Patel v Mirza 판결 이후 판단기준

(1) 일련의 요소(range of factors) 접근법의 채택

영국 대법원은 2016년 Patel v Mirza 판결[188]에서 의존이론의 문제점을 지적하고 판례를 변경하여 "일련의 요소" 접근법(range of factors approach)을 채택하였다. 즉 반환청구를 거절할 것인지는 "청구를 인용함으로써 불법과 관련된 금지규범의 정책목적이 훼손되는지 여부"(whether the policy underlying the rule which rendered the contract illegal would be 'stultified' if the claim were allowed)에 따라 결정되어야 한다고 판시하였다.

금지규범의 정책목적에 반하는지 여부를 확정하기 위하여 고려할 요소는, (a) 침해된 금지규범의 근저에 있는 목적과 이러한 입법목적이 청구를 배척함으로써 고취될 수 있는지, (b) 청구를 배척하는 것이 관련 공공정책(public policy)에 미치는 영향, (c) 청구를 배척하는 것이 불법성에 대한 비례성이 있는 대응인지 여부 등이다.[189] 이 중 (a)는 제2장 제4절 4.항에서 후술할 규범목적론에 포함될 수 있고, (b)는 일반예방설에서도

185) (1876) 1 QBD 291, [1874-80] All ER Rep 405.
186) Law Commission, supra note 147, p. 79 para 4.47.
187) Taylor v Bowers (1876) 1 QBD 291, [1874-80] All ER Rep 405 at 407.
188) [2016] UKSC 42.
189) "(a) the policy behind the illegality, (b) any other public policy issues, and (c) the need for proportionality"
Patel v Mirza [2016] UKSC 42, para 174.

논하여지고 있다.

Patel v Mirza 판결은 불법의 개념에 관하여 “계약 자체가 실정법에 저촉될 수도 있고, 당사자의 일방 또는 쌍방이 불법적(illegal)이거나 부도덕한(immoral) 목적을 위하여 계약을 체결할 수도 있으며, 계약의 조건에 따른 이행에 불법을 저지르는 것이 포함되는 경우도 있다. 또는 계약을 이행하는 과정에서 위법행위를 저지를 수 있다.”고 판시하였다.[190]

Patel v Mirza 판결은 Holman v Johnson 판결 중 Mansfield 경의 방론(dictum)에서 확립된 불법성의 항변을 폐기한 것이 아니다. 위 판결이 폐기한 것은 Tinsley v Milligan 판결과 Bowmakers Ltd v Barnet Instruments Ltd 판결 내용 중 의존이론 부분이다. 의존이론은 Mansfield 경의 방론(dictum)에 근거를 두고 있지만, “일련의 요소” 접근법을 취한 Patel v Mirza 판결 역시 Holman v Johnson 판결을 인용하고 있다.

Patel v Mirza 판결에 대하여는, 이 판례로 인하여 적어도 부당이득반환청구와 관련하여 불법성의 주장이 받아들여질 가능성은 매우 희박해졌다는 평가가 있다. 의존이론에 따를 경우 원인의 불법성을 이유로 부당이득반환청구가 거부될 대부분의 사안에서 그 청구가 요소이론에 따라 인용될 수 있게 되었다는 것이다.[191] 또한 장래 특정한 판례법이나 실정법에 내재하는 공공정책에 관하여 산만한 논쟁이 있을 수 있고, 이에 따라 불확실성이 증가할 것이라는 보는 견해가 많다.[192]

---

190) “A contract may be prohibited by a statute; or it may be entered into for an illegal or immoral purpose, which may be that of one or both parties; or performance according to its terms may involve the commission of an offence; or an unlawful act may be committed in the course of its performance."
Patel v Mirza [2016] UKSC 42, para 3.

191) James Goudkamp, “The end of an era? Illegality in private law in the Supreme Court”, *Law Quarterly Review* Vol. 133(2017), p. 16.

192) Anthony Grabiner, “Illegality and restitution explained by the Supreme Court”, *Cambridge Law Journa*l Vol. 76 Issue 1(2017), p. 21.

(2) 과거 불법성 항변 배제 유형 관련

Patel v Mirza 판결[193] 이전의 불법성 항변 배제 유형들은 위 판결이 나오기 전에 의존이론(reliance theory)을 전제한 것들이다. Patel v Mirza 판결이 채택한 일련의 요소 접근법(range of factors approach)은 위와 같은 적용배제 사유들까지도 일련의 요소 판단 단계에서 검토한다.[194]

위 판례의 사안들에 관하여 일련의 요소 접근법에 따를 경우에도 여전히 불법성의 항변이 배제될 것인지는 명확하지 않다, 다만 위에서 소개한 유형 중 (가) 내지 (다) 유형은 청구인의 책임이나 과오가 없거나 가벼운 경우에 해당하므로 일련의 요소 접근법에 따르더라도 이 점이 불법성의 항변을 약화시키는 중요한 요소가 돌 것이라는 견해가 있다.[195]

이와 달리 뉘우침(locus poenitentiae)은 더 이상 불법성을 완화하는 요소로 보기 어렵다.[196] Patel v Mirza 판결의 사안에서 다수의견이 이를 부정하였기 때문이다.[197] 다만, 일련의 요소 중 '반환청구를 배척하는 것이 불법성에 대한 비례성이 있는 대응인지 여부'를 판단함에 있어서 불법성 있는 행위에 대하여 반성을 하면서 한 행위를 고려할 수 있을 것이라는 견해도 있다.[198]

마. 효과

영국에서는 부당이득반환청구는 물론 불법행위로 인한 손해배상청구, 소유권에 기한 청구 등 모든 종류의 민사소송에 있어서 불법성의 항변을

193) [2016] UKSC 42.
194) Zhong Xing Tan, "Illegality and the promise of universality", *Sweet and Maxwell: Journal of Business law* Issue 6(2020), p. 434.
195) Zhong Xing Tan, supra note 194, p. 434.
196) Zhong Xing Tan, supra note 194, p. 435.
197) Patel v Mirza [2016] UKSC 42, para 116.
198) Sarah Green·Alan Bogg 편, *Illegality after Patel v Mirza* (Hart Publishing, 2018), p. 229(Graham Virgo 집필부분).

할 수 있다.[199] 이 항변이 이유 있으면 원고의 청구가 배척된다.

의존이론(reliance theory) 아래서는 원고의 청구가 원고 자신의 불법성 있는 행위에 기초하는 경우 법원은 그 사건에 대한 본안심리를 거부해야 하므로 불법성의 항변은 소송절차상의 항변 또는 본안전 항변에 해당한다.[200]

Tinsley v Milligan 판결은 의존이론을 재확인했지만 Holman v Johnson 판결에서 달라진 부분이 있다.[201] Tinsley v Milligan 판결은 사건에서 법원은 "원고가 불법적 계약의 이행을 청구하는 것이 아니라 이러한 계약을 통하여 취득한 재산권(물권 등)에 기초하여 청구하는 때에는 법원은 이러한 청구를 기각할 의무가 있는 것도 아니고 그렇게 할 권한도 없다. 다만, 불법성이 필수적으로 원고의 주장을 구성하는 때에는 그러하지 아니하다."고 판시하였다.[202] 판시내용을 비교해보면, Tinsley v Milligan 판결은 Holman v Johnson 판결에 비하여 불법성의 범위를 더 좁게 보고 있다.[203] 재산권에 기초한 청구에서 원고가 그 재산권을 불법한 계약을 통하여 취득하였다는 사정은 불법성 항변의 근거가 될 수 없다는 것이다. Holman v Johnson 사건에서 Mansfield 경의 판시에는 위와 같은 제한이 없다.

Patel v Mirza 판결[204]에서 영국 대법원은 의존이론을 폐기하고 "일련의 요소" 접근법(range of factors approach)을 채택하였는데, 이로 인하

---

199) Andrew Burrows, "Illegality after Patel v Mirza", *Current Legal Problems* Vol. 70 Issue 1(2017), p. 66.

200) "The effect of illegality is not substantive but procedural." Tinsley v Milligan [1994] 1 AC 340 at 374.

201) [1994] 1 AC 340.

202) "In a case where the plaintiff is not seeking to enforce an unlawful contract but founds his case on collateral rights acquired under the contract (such as a right of property) the court is neither bound nor entitled to reject the claim unless the illegality of necessity forms pan of the plaintiffs case."

203) Nicholas Strauss Q.C., "Ex turpi causa oritur actio?", *Law Quarterly Review* Vol. 132(2016), p. 239.

204) [2016] UKSC 42.

여 불법성의 항변은 실체법적인 항변으로 바뀐 것으로 볼 수 있다. 위 판례가 인정하는 “일련의 요소”는 본안심리를 해보아야 판단할 수 있을 것이기 때문이다.

6. 미국

가. 판례법을 통한 규율

미국법원은 Ex turpi causa non oritur actio 법언 또는 In pari delicto potior est condicio defendentis 법언을 적용하거나,[205] “형평법으로 들어오는 사람은 깨끗한 손(clean hands)을 가지고 와야 한다(He who comes into equity must come with clean hands).”는 법리를 적용하여 불법한 계약에 기한 급부의 반환청구를 배척한다. 이 중에서도 in pari delicto 법언과 clean hands 법리를 많이 사용한다.

과거 clean hands 법리는 Ex turpi causa non oritur actio 법언 또는 In pari delicto potior est condicio defendentis 법언과 달리 형평법원에만 적용되었고, 지금도 일부 미국법원은 이 태도를 유지하여 형평법상의 청구에 대해서만 적용하고 있지만,[206] 상당수의 미국법원은 clean hands 법리를 형평법상의 청구에 제한하여 적용하지 않는다.[207] ex turpi causa 법언이나 in pari delicto 법언도 형평법상의 청구와 보통법상의 청구를 가리지 않고 적용된다.[208] 사실 20세기에 이르러 보통법과 형평법, 보통

---

205) Lincoln Caylor·Martin S. Kenney, supra note 2, p. 260.

206) 예를 들어 PacifiCorp v. Nw. Pipeline GP, 879 F. Supp. 2d 1171, 1210 (D. Or. 2012); Monetary Funding Grp., 867 A.2d at 846-47;); Epstein v. Epstein, 915 So. 2d 1272 at 175-76; Yarn v. Hamburger Law Firm, LLC, No. RDB-12-3096, 2013 WL 5375462 at *10.

207) Brian A. Blum, "Equity's Leaded Feet in a Contest of Scoundrels: The Assertion of the in Pari Delicto Defense Against a Lawbreaking Plaintiff and Innocent Successors", *Hofstra Law Review* Vol. 44 No. 3(2016), p. 800.

208) Pinter v. Dahl, 486 U.S. 622, 632 (1988); Nisselson v. Lernout, 469 F.3d

법원과 형평법원이 통합되고 법체계의 구분이 희미해지면서 형평법상의 원칙은 사라지거나 일반적인 법의 원칙으로 자리 잡게 되었다.[209] 또한 상당수의 미국법원은 in pari delicto 법언과 clean hands 법리를 유사하거나 동일하게 취급한다.[210]

나. 불법성 항변의 제도적 취지

불법성의 항변을 인정하는 제도적 취지는 학자에 따라 다르기는 하지만 대체로, (1) 위반된 규범의 수호, (2) 일반예방, (3) 법체계가 불법한 목적으로 남용되는 것의 방지, (3) 법률 시스템에 대한 일반인의 신뢰 유지, (4) 응징, (5) 법원의 품위 보호, (6) 불법한 행위를 한 자가 그 행위를 통해 이익을 얻는 것의 방지, (7) 사법자원의 적절한 분배(더 가치있는 사건에 사법자원이 투입되어야 한다는 점) 등이다.[211] 다만, 응징에 관하여는 이를 긍정하는 판례도 있고,[212] 이를 부정하는 판례도 있다.[213]

143, 151 (1st Cir. 2006); Glenbrook Capital Ltd. P'ship v. Dodds(In re Amerco Derivative Litig.), 252 P.3d 681, 694 (Nev. 2011); Symbol Techs., Inc. v. Deloitte & Touche, LLP, 888 N.Y.S.2d 538, (2009); Geis v. Colina Del Rio LP, 362 S.W.3d 100, 107 (Tex. App. 2011).

209) T. Leigh Anenson, "Announcing the 'Clean Hands' Doctrine", U.C. Davis Law Review Vol. 51 Issue 5 (June, 2018), pp. 1856-1857.

210) Bailey v. Titlemax of Ga., Inc., 776 F.3d 797, 801 (11th Cir. 2015); Greene v. Gen. Foods Corp., 517 F.2d 635, 646-647 (5th Cir. 1975); Pinter v. Dahl, 486 U.S. 622, 632 (1988); Schlueter v. Latek, 683 F.3d 350, 355 (7th Cir. 2012); C&S Wholesale Grocers, Inc. v. Delano, No. 11-37711-B-7, 2014 Bankr. LEXIS 4258, at *13 (E.D. Cal. Sept. 29, 2014); Joint Equity Comm. v. Genovese, No. G048238, 2014 WL 4162318, at *3-4; Cole v. Mitchell, 73 So. 3d 452, 457 (La. Ct. App. 2011) 등.

211) (1) 내지 (4)는 Brian A. Blum, supra note 207, pp. 787-788; (5) 내지 (7)은 John W. Wade, "Restitution of Benefits Acquired through Illegal Transactions", *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 95, No. 3(Feb., 1947), pp. 42-48.

212) Inhabitants of Worcester v. Eaton, 11 Mass. 368, 377 (1814); Meador v.

다. 요건

불법성의 항변은 통상적으로 항변(affirmative defense)으로 취급되어, 그 주장·증명책임이 피고에게 있다.[214]

연방대법원이 불법성의 항변을 다룬 판례는 매우 적다. 미국에서는 민사사건의 대부분이 주법원의 관할에 속하기 때문이다. 또한 연방대법원은 기록송부명령(writ of certiorari)에 의하여 하급심 법원의 사건기록을 송부받아 심리를 하는데, 매년 기록송부명령 신청이 인용되는 건수가 모든 종류의 사건을 통틀어 100건 내외에 불과하다. 그러나 불법성의 항변에 관한 연방항소법원, 연방지방법원, 연방파산법원 판례들은 상당수 존재한다.

연방대법원이 부당이득반환청구에 관한 것은 아니지만 불법성의 항변을 본격적으로 다룬 판결은 Precision Instrument Mfg. Co. v. Auto. Maint. Mach. Co. 사건에서이다.[215] 이 판결에서 연방대법원이 제시한 불법성 판단의 기준은, ① 불공정 또는 신의칙 위반(bad faith)으로 오염된 청구는 피고의 행위가 아무리 부도덕해도 배척된다는 점, ② 부정행위가 범죄에 해당한다거나 실정법 위반일 필요는 없고, 청구원인과 관련된 고의적인 행위가 형평법상의 행위규범을 위반하는지 여부를 심사한다는 점, ③ 청구가 공익과 사익 모두에 관련되는 때에는 공익을 중요하게 고려하여, "공정성의 결여를 이유로(for want of equity)" 청구를 각하할 수 있다는 점, ④ 공공정책에 따라 청구를 각하할 때, 피고의 행위가 원고의 행위에 비하여 비난가능성이 훨씬 더 큰지 여부는 고려하지 않는다는 점 ⑤ 법원은 불법성의 판단에 있어서 광범위한 재량권을 가진다는

Hotel Grover, 9 So. 2d 782, 786 (Miss. 1942).

213) Bateman Eichler v. Berner, 472 U.S. 299 (1985); Small v. Parker Healthcare Mgmt. Org., Inc., No. 05-11-01471-CV, 2013 WL 5827822, at *3 (Tex. App. Oct. 28, 2013).

214) Brian A. Blum, supra note 207, p. 789.

215) Precision Instrument Mfg. Co. v. Auto. Maint. Mach. Co., 324 U.S. 806 (1945).

점 등이다.

공익성 판단이라는 것은, 당사자가 모두 불법성 있는 행위에 가담한 경우에 법원은 급부물의 반환청구를 거절하여 현상을 유지시키는 것과 반환청구를 인용하는 것 사이에 어느 쪽이 더 공공정책(public policy)의 목적에 부합하는지 판단을 해야 하는 것을 말한다. 이와 관련하여 연방 제5항소법원 Orthodontic Centers of Texas, Inc. v. Wetzel 판결을 살펴보기로 한다.[216] 원고 OCT는 치과의사 면허가 없는 자가 설립한 회사로서 치과의사들을 고용하여 치과의료업을 영위하였는데, 치과의사가 아닌 자가 이러한 회사를 설립하는 것은 Texas 주법에 위반된다. 원고에게 고용된 치과의사인 피고 Wetzel은 계약을 중도에 해지하고 떠났다. 이에 원고는 피고가 지급받은 수당 중 일정 부분에 관하여 부당이득반환청구를 하였다. 이 사건에서 항소법원은 다음과 같이 판시하였다. "여기서는 OCT의 부당이득반환청구를 인용하는 것의 공익성과 이를 불허하는 것의 공익성을 비교형량해야 한다. … 이 사건에 관하여 보면, 양 당사자 모두 계약체결 당시 불법성 있는 행위자이고 비난가능성도 동등하다. 불법성 있는 계약의 당사자인 Wetzel은 상대방 당사자인 OCT의 출연으로 부당하게 이득을 얻었다. 그러나 이 사건에서 공익은 무면허 치과의료업을 방지하는 데 있다. OCT는 무면허 치과의료업의 위법성을 잘 알면서 적극적으로 위와 같은 사업을 영위했고, OCT에게 부당이득반환청구를 인용하는 것은 OCT와 같은 기업이 위와 같은 계약을 체결하는 것을 억지하는 효과도 없을 것이다." 이 판결은 의료법에 위반되는 계약체결에 대한 일반예방효과를 공공정책의 목적에 포함시킨 것으로 볼 수 있다.

한편 공익성을 비교형량하여 파산채권인 부당이득반환채권의 면책을 부정한 연방제9항소법원 Northbay Wellness Group, Inc. v. Beyries 판결을 살펴보기로 한다.[217] 원고회사는 의료용 대마 시약소(dispensary)를 운영했고, 피고는 변호사 겸 원고회사의 이사였다. 원고는 회사의 임직원이나 고객이 마약법 위반으로 구속되는 경우 법률비용으로 사용하기 위

216) Orthodontic Centers of Texas, Inc. v. Wetzel, 410 Fed.Appx. 795 (2011).
217) Northbay Wellness Group, Inc. v. Beyries, 789 F.3d 956 (2015).

한 용도로 25,000달러를 피고에게 주면서 관리를 위임하였다. 그런데 위 금원은 원고가 대마를 불법으로 판매하여 조성된 자금의 일부였다. 그 후 피고는 위 금원을 횡령하고 사직을 하였으며, 나중에 파산하였다. 원고는 파산법원에 피고의 위 횡령으로 인한 채무에 관하여 면책 이의의 소를 제기하였는데, 파산법원은 피고가 횡령한 자금은 원고와 피고가 공동으로 대마의 불법판매에 관여하여 조성한 것이라는 이유로 불법성의 항변을 받아들여 원고의 청구를 각하하였다. 원고의 항소를 기각한 연방지방법원의 판결에 대한 항소심인 연방제9항소법원은 파산법원이 불법성을 판단함에 있어 재량권을 남용했다는 이유로 원판결을 취소하였는데, 그 판시내용은 다음과 같다. "Beyries는 Northbay의 이사로서 사업의 동반자라고 할 수 있으므로 불법적인 대마 판매에 대하여는 Northbay와 동등한 책임이 있다.[218] … Beyries는 Northbay와 공동으로 불법적인 대마 판매를 한 것에 더하여 별도의 비행을 저질렀는바, 고객의 돈 25,000달러를 훔친 것이다. Beyries의 변호사업무와 관련하여 Northbay는 고객이다. … Beyries가 파산절차를 통하여 고객의 돈을 횡령한 데 대한 책임을 면하도록 허용하는 것은 변호사로 하여금 고도의 윤리기준을 준수하도록 해야 하는 공익을 근본적으로 훼손하는 것이다.[219] 이 사건 면책불허가 신청은 마치 원고가 피고를 상대로 피고가 횡령한 불법자금에 관하여 부당이득반환청구를 한 것과 전혀 동일한 구조를 취하고 있다.

라. 불법성 항변의 배제

(1) Restatement

(가) 과도한 박탈인 경우(disproportionate forfeiture)

당사자는 공공정책에 반하여 무효인 합의에 따라 행한 급부 또는 반대급부에 관하여 반환청구를 할 수 없으나, 그 결과가 급부를 한 당사자에게 과도한 박탈(disproportionate forfeiture)이 되는 경우에는 반환청구

218) 789 F.3d 956, 960 (2015).
219) 789 F.3d 956, 961 (2015).

가 인용될 수 있다.[220]

(나) 사실의 또는 법규의 부지(ignorance of facts or legislation)

당사자는 공공정책에 반하여 무효인 합의에 따라 행한 급부 또는 반대급부를 행한 경우에도 합의를 무효로 만든(in the absence of which the promise would be enforceable) 구체적 사실(facts) 또는 세부적인 법규(legislation of a minor character)를 알지 못하였고, 이에 대하여 상당한 이유가 있는 때에는(excusably ignorant) 불법성의 항변이 배제된다.[221]

이와 같은 부지와 이에 대한 상당성은 계약 또는 합의시를 기준으로 판단한다.[222] 상당한 이유가 있는지 여부는 ① 타방 당사자의 언동으로 인한 착오, ② (법규의 부지일 경우) 지역적인 색채가 강하거나, 기술적이거나 특수한 내용을 법률이 정하고 있고, 타방 당사자가 관련 법규를 알고 있었을 개연성, ③ 당사자의 거래상 지위 또는 종사분야와 알지 못한 사항의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.[223]

(다) 타방 당사자의 과오가 더 큰 경우(not in pari delicto)

당사자는, 공공정책에 반하여 무효인 합의에 따라 급부 또는 반대급

---

220) "Except as stated in §§ 198 and 199, a party has no claim in restitution for performance that he has rendered under or in return for a promise that is unenforceable on grounds of public policy unless denial of restitution would cause disproportionate forfeiture."
Restatement (Second) of Contracts 제197조.

221) "A party has a claim in restitution for performance that he has rendered under or in return for a promise that is unenforceable on grounds of public policy if
(a) he was excusably ignorant of the facts or of legislation of a minor character, in the absence of which the promise would be enforceable"
Restatement (Second) of Contracts 제198조 (a).

222) Restatement (Second) of Contracts 제198조 (a) 주석.

223) Restatement (Second) of Contracts 제180조 주석.

부를 한 경우에도 그 과오의 정도가 타방 당사자에 비하여 낮은 경우(not equally in the wrong with the promisor)에는 그 급부물의 반환을 청구할 수 있다.[224] 이러한 상황을 "not in pari delicto"라고 한다.

Restatement 주석은 ㉠ 합의를 무효로 하는 근거가 된 공공정책의 목적이 계약의 일방 당사자를 보호하는 데 있는 경우와 ㉡ 일방 당사자가 타방 당사자의 언동으로 인하여 착오 또는 강박상태에 빠져있었던 경우를 "not in pari delicto"의 예로 들고 있다.

이와 관련하여 Nizamuddowlah v. Bengal Cabaret Inc. 판결을 살펴보기로 한다.

식당 주인인 피고 Shamsher Wadud는 방글라데시에서 원고를 만나 뉴욕에 있는 자신의 식당 종업원으로 일하면 웨이터에 준하는 임금과 함께, 변호사를 통하여 거주비자(green card)를 받아 주겠다고 약속했다. 이에 원고는 피고의 주선으로 방문비자를 받아 입국하여 피고의 종업원으로 일했는데, 방문비자로 입국한 외국인이 장기간 체류하거나 취업을 하는 것은 미국 이민법에 위반된다. 한편 피고는 임금을 지급하지 않았고, 거주비자 발급도 협조하지 않았다. 원고는 마침내 자신의 노력으로 거주비자를 취득한 다음 위 피고와 식당의 소유자인 회사를 상대로 최저임금법에 의한 임금의 지급을 구하는 소를 제기했다.[225]

이 사건에서 제1심 법원은 원고가 방문비자만을 받고 취업하여 이민법을 위반했으므로 법원에 "깨끗한 손"으로 들어온 자가 아니라고 하면서도, ① 피고 Shamsher Wadud는 이민법을 악용하고 탈법을 한 주범으로, 거창한 약속으로 원고를 꾀어 자신의 식당에서 일을 하도록 유도하고 보수도 지급하지 않은 점, ② 그럼에도 법원이 이러한 행위를 억지하기 위한 조치를 취하지 않는다면 앞으로 동종의 사건이 반복될 것이라는

---

224) "A party has a claim in restitution for performance that he has rendered under or in return for a promise that is unenforceable on grounds of public policy if
(b) he was not equally in the wrong with the promisor."
Restatement (Second) of Contracts 제198조 (b).

225) Nizamuddowlah v. Bengal Cabaret, Inc. 92 Misc.2d 220 (1977).

점, ③ 1952년 이전의 이민법에 의하면, 불법체류자와 체결한 근로계약은 무효(void)이고 아무런 효력이 없다(no effect)는 규정이 있었으나, 그 후 의회가 이민법을 개정하여 이 규정을 삭제하였는데, 이는 입국 자체를 금지하는 것이 근로계약을 무효로 하는 것보다 더 만족스러운 제재수단이라는 결론을 내렸기 때문이라는 점, ④ 불법체류자에게 임금을 지급하지 않는 것을 허용하는 것이 미국 근로자를 부당한 경쟁으로부터 보호하는 효과도 없는 점 등을 종합하여, 피고의 기만적 행위의 전 과정이 원고의 불법성을 압도한다고 판시하고 원고 승소판결을 선고하였다.[226]

원고와 피고의 불법성을 비교하는 것은, 제2장 제4절 제4.항에서 상술하는 불법성비교론과 일맥상통한다. Nizamuddowlah v. Bengal Cabaret Inc. 판결은 불법성의 강도를 논하며 일반예방의 목적과 금지규범의 취지 및 입법자의 의사를 적극적으로 고려하였는데, 이와 같은 태도는 불법성 판단기준에 관한 우리나라의 논의에도 좋은 참고가 될 것이다.

(라) 불법한 거래에서 탈퇴한 경우

당사자가 공공정책에 반하여 무효인 합의에 따라 급부 또는 반대급부를 행한 경우에도 중대한 위반행위에 가담하지 않았고, 불법한 목적이 달성되기 전에 거래에서 탈퇴하였다면(withdraws from the transaction) 급부물의 반환을 청구할 수 있다.[227] 여기에 해당하기 위해서는 당사자가 거래에 참여하거나 그로 인한 이익을 얻는 것을 거절함으로써 실제로 거래에서 탈퇴해야 한다. 다른 장애사유가 있어서 포기한 것에 불과한 경우는 여기에 해당하지 않는다.[228] 탈퇴가 인정되는 시점은 개별 사안

226) 92 Misc.2d 220, 222 (1977).

227) "A party has a claim in restitution for performance that he has rendered under or in return for a promise that is unenforceable on grounds of public policy if he did not engage in serious misconduct and
(a) he withdraws from the transaction before the improper purpose has been achieved"
Restatement (Second) of Contracts 제199조 (a).

228) Restatement (Second) of Contracts 제199조 (a) 주석.

별 불법성의 강도에 따라 다르다.[229]

불법한 거래에서의 탈퇴는 영국에서 논의되는 뉘우침(locus poenitentiae)과 유사하다. 이러한 경우 불법성의 항변을 배제하는 근거는 이로써 당사자로 하여금 불법한 거래를 포기할 유인을 줄 수 있는 점, 반환청구를 인정하더라도 법체계가 불법한 목적으로 남용되지 않는다는 점 등이다.[230]

(마) 반환이 위법상태를 해소하는 경우

당사자가 공공정책에 반하여 무효인 합의에 따라 급부 또는 반대급부를 행한 경우에도 중대한 위반행위에 가담하지 않았고 급부물을 반환시키는 것이 공익에 반하는 상태를 해소하는 결과가 되는 때에는 불법성의 항변을 배척하고 반환청구를 인용할 수 있다.[231]

이와 관련하여 Texas주 대법원의 Lewis v. Davis 사건 판결은 불법성의 원칙에 대한 예외를 인정한 판결로서 선례적 가치가 큰바,[232] 예외를 적용하기 위한 요건은, (a) 원고가 해당 불법성이 있는 행위에 관여하지 않은 때(not in pari delicto), (b) 당사자 모두 불법성 있는 행위에 관여한 때에는, 불법성 있는 계약의 당사자가 상대방 당사자의 비용으로 부당하게 이득을 얻는 것을 불허함으로써 얻는 공익(public interest)이 불법한 행위를 한 자에게 도움을 거절함으로써 얻는 공익을 능가할 때이다. 그리고 공공정책에 관하여 판단할 때에는 공익에 기초해야 하고 당사자의 사익을 고려해서는 안 된다.[233] 위 판례에 의하면 당사자 모두

---

229) Restatement (Second) of Contracts 제199조 (a) 주석.
230) Restatement (Second) of Contracts 제199조 (a) 주석.
231) "A party has a claim in restitution for performance that he has rendered under or in return for a promise that is unenforceable on grounds of public policy if he did not engage in serious misconduct and (b) allowance of the claim would put an end to a continuing situation that is contrary to the public interest."
Restatement (Second) of Contracts 제199조 (b).
232) Lewis v. Davis, 145 Tex. 468, 477, 199 S.W.2d 146 (1947).
233) Lewis v. Davis, 145 Tex. 468, 477, 199 S.W.2d 146, 151 (1947).

불법성 있는 행위에 관여한 경우에도(in pari delicto) 법원은 부당이득반환청구에 대한 심리를 계속하는 것이 공익을 증진시키는 때에는 본안재판을 할 수 있다는 것이다.

(2) 금지규범의 입법취지 고려

법원은 부당이득을 방지할 필요가 있든 없든 간에, 반환청구가 금지규범의 정책목적에 비추어 필요한 경우 또는 부당이득을 방지할 필요가 있으면서, 반환청구를 인정하는 것이 금지규범의 정책목적에 반하지 않는 경우에는 반환청구를 인용할 수 있다, 다만 원고가 무효인 합의에 기하여 반대급부를 수령하였다면 피고가 부당하게 이득을 얻었다고 할 수 없다, 또한 원고가 위와 같은 합의과정에서 불공정한 행위를 한 경우에도 반환청구는 배척된다.[234]

마. 불법성 항변의 소송상 취급

---

234) "A person who renders performance under an agreement that is illegal or otherwise unenforceable for reasons of public policy may obtain restitution from the recipient in accordance with the following rules:
(1) Restitution will be allowed, whether or not necessary to prevent unjust enrichment, if restitution is required by the policy of the underlying prohibition.
(2) Restitution will also be allowed, as necessary to prevent unjust enrichment, if the allowance of restitution will not defeat or frustrate the policy of the underlying prohibition. There is no unjust enrichment if the claimant receives the counterperformance specified by the parties' unenforceable agreement.
(3) Restitution will be denied, notwithstanding the enrichment of the defendant at the claimant's expense, if a claim under subsection (2) is foreclosed by the claimant's inequitable conduct (§ 63)."
Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment 제32조.

미국법원도 영국법원과 마찬가지로 불법행위로 인한 손해배상청구, 소유권에 기한 물권적 청구 등 모든 종류의 민사소송에서 불법성의 항변을 인정한다.[235]

불법성의 항변이 받아들여지는 경우 원고의 청구가 배척되는데, 사실인정이 문제될 경우 판결로 소를 각하한다.[236] 이와 달리 원고의 청구원인 자체에서 불법성의 항변이 도출될 수 있고, 더 이상 사실에 관한 심리가 필요 없다면 피고의 신청(motion to dismiss 또는 motion for summary judgment)에 따라 소장을 각하하거나 약식재판으로 소를 각하하게 된다.[237]

제 4 절 우리나라에서의 불법성 판단기준 및 효과

1. 의의

민법 제746조 본문은 '불법의 원인으로 인하여 급여가 이루어진 경우'라고만 정하여 요건이 추상적임에도 그 효과는 부당이득반환청구의 부정 및 수익자의 반사적 이익이라는 중대한 결과가 되기 때문에, 민법 제746조를 해석하여 판단기준을 구체화하고 경우에 따라서는 본문의 적용을 배제해야 한다는 견해가 제기되어 왔다.[238] 민법 제746조 본문에 따른 효과의 극단성과 민법 제746조 본문 요건의 추상성을 완화하기 위한 많은 논의가 있어 왔다. 이하에서는 그동안의 국내 논의를 정리하여 소개하고자 한다.

2. 불법성의 요건

---

235) Brian A. Blum, supra note 207, p. 794.
236) Brian A. Blum, supra note 207, p. 799.
237) Brian A. Blum, supra note 207, p. 799.
238) 박병대, supra note 6, p. 79 및 p. 90.

가. 민법 제103조와 민법 제746조 본문 판단 기준 일치 여부

민법 제103조의 '선량한 풍속 기타 사회질서'와 민법 제746조의 '불법' 개념이 일치하는지에 관하여 견해가 대립한다.

다수의 학설은 위 규정에서 불법의 원인에서 말하는 '불법'과 민법 제103조가 법률행위의 무효원인으로 규정하고 있는 '선량한 풍속 기타 사회질서위반'의 의미가 동일하다고 해석하면서, 이들 두 규정이 그 제도적 취지나 적용범위에서 서로 표리관계에 있는 것으로 이해한다.[239] 대법원도 종래 '불법'의 개념에 관하여, "불법의 원인이라 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 반복하여 판시해왔다.[240]

그러나 민법 제746조 본문의 불법성은 민법 제103조의 공서양속 개념과 상이하므로 이를 기초로 설명하는 것은 불필요한 혼돈을 야기한다는 반대론도 있다.[241] 최근 대법원은 '불법'이 있다고 하려면, 급부의 원인이 된 행위가 그 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 뿐 아니라 반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하거나, 급부가 강행법규를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 규범 목적에 부합하지 아니하는 경우 등에 해당하여야 한다고 판시하였는바,[242] 이는 민법 제746조 본문의 불법성을 민법 제103조에서 찾는 종전의 입장에서 다소 이탈한 것이다. 이 점에 관하여는 제3장 제2절 제2.항에서 상술하기로 한다.

---

239) 곽윤직, supra note 24, p. 364; 현병철, supra note 73, p. 205; 임정평, supra note 34, pp. 300-301; 지원림, supra note 24, p. 1640; 김형한, "명의신탁된 부동산과 불법원인급여", 재판과 판례 제13집(2003), p. 357.

240) 대법원 1981. 7. 28. 선고 81다145 판결; 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다1782 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다57626,57633 판결 등.

241) 박병대, supra note 6, p. 96; 정상현, "명의신탁약정의 효력과 신탁재산의 반환여부에 대한 법리 재검토", 성균관법학 제19권 1호(2007), p. 170.

242) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887(본소), 2013다79894(반소) 판결.

나. 강행법규 위반

강행법규 위반을 어떻게 취급할 것인지에 관하여 견해가 대립된다. 사회질서위반설은 민법 제746조 본문의 불법은 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서 위반을 의미한다는 전제 하에, 강행규정 위반을 민법 제103조에 해당하는 것과 그렇지 않은 것으로 나누어 전자의 경우에만 반환청구를 부정해야 한다고 한다.[243]

강행법규위반 포함설은 민법 제746조 본문과 민법 제103조의 표리관계를 인정하면서 단속규정을 제외한 모든 강행법규, 즉 효력법규 위반이 여기에 포함된다고 한다.[244]

양속위반설은 민법 제103조의 무효원인인 '선량한 풍속 위반'과 '사회질서 위반'을 구별하여 전자만이 민법 제746조 본문의 불법에 해당한다고 주장한다.[245]

위 학설들에 대하여는, 선량한 풍속 위반, 사회질서 위반, 그리고 단순한 강행규정 위반 사이에 명확한 구분이 어렵기 때문에 법적용의 예측가능성을 확보하기에 불충분하다는 비판이 제기된다.[246]

다. 불법성의 인식 또는 인식가능성

민법 제746조 본문을 적용하기 위해 급여자가 급부원인의 불법성을 인식하고 있어야 하는지에 관하여 주관설(필요설)과 객관설(불요설)의 대립이 있다.[247]

주관설(필요설)에 의하면, 부당이득반환청구건의 부정은 급여자의 반

---

243) 곽윤직, supra note 24, p. 364; 임정평, supra note 34, p. 309; 지원림, supra note 24, p. 1640.
244) 김형한, supra note 239, p 353.
245) 송덕수, supra note 73, p. 435; 명순구, supra note 27, p. 17.
246) 백경일, supra note 32, p. 255; 박병대, supra note 6, pp. 111-113.
247) 김용담 편집대표, 주석 민법 [채권각칙(5)](제4판)(한국사법행정학회, 2016), p. 635(민중기 집필부분).

윤리적 행위에 대한 제재의 성격이 있으므로, 급여자에게 불법성의 인식 또는 인식 가능성이 있는 경우에만 민법 제746조 본문이 적용된다.[248] 객관설(불요설)은 객관적으로 급여가 불법의 원인에 기인한 것이면 충분하고, 별도로 급여자가 불법성에 대해 인식할 필요는 없다는 견해이다.[249] 그 논거는, 불법원인급여 제도의 취지가 객관적인 법질서 유지에 있다고 할 것인데, 불법성 인정에 급여자의 주관적 인식까지 요구하면 민법 제746조 본문의 적용범위가 지나치게 축소될 수 있다는 점,[250] 사람이면 누구나 도덕률이나 사회질서를 당연히 알고 있어야 한다는 점[251] 등이다. 객관설(불요설)에 대해서는, '사람이면 누구나 도덕률이나 사회질서를 당연히 알고 있어야 한다'는 논거가 비난가능성 요소를 배제하는 것이 아니며, 입증의 곤란을 피하고자 할 뿐이므로 주관설(필요설)이 타당하다는 지적이 있다.[252]

3. 목적론적 해석

가. 규범목적론

규범목적론은 제746조의 본문을 적용하여 반환청구를 부정하는 것이 그 불법판단의 근거가 된 금지규범의 본래 목적에 배치되는 경우에는 제746조 본문의 적용을 배제하여 급부물의 반환청구를 인용해야 한다고 주장한다.[253] 이 견해의 논거는, 불법원인급여라고 하여 반환청구를 일률적으로 부정하게 되면 결과적으로 급부의 원인행위를 무효로 하는 규범의 보호대상자가 오히려 법적 보호의 울타리 밖에 방치되는 모순이 발생할 수 있다는 데 있다.

---

248) 최봉경, supra note 5, pp. 171-172, p. 209.
249) 양창수·권영준, 민법 II-권리의 변동과 구제 제3판(박영사, 2020), p. 562; 지원림, supra note 24, p. 1641.
250) 이은영, supra note 34, p. 712.
251) 곽윤직, supra note 24, p. 364; 송덕수, supra note 73, pp. 435-436.
252) 최봉경, supra note 5, p. 172.
253) 박병대, supra note 6, p. 92.

이 견해는 원인행위의 불법성에도 불구하고 급부자의 반환청구를 인용하는 기준에 관하여 실정법인 금지규범의 입법취지를 고려했다는 점에서 그 기준이 상대적으로 구체적이고 명확하다고 할 수 있다.[254] 금지규범을 통해 민법 제746조 본문을 구체화함으로써 불법성 개념의 추상성을 완화하여 법적 안정성을 확보하는 것이다.

금지규범의 목적을 고려한다고 할 때 어느 단계에서 하게 되는지에 관하여 견해의 대립이 있다. 제1설은 제746조 본문의 불법성 요건 해당 여부를 판단하는 단계에서 금지규범 해당 여부를 심사하고, 2단계로 외견상 불법성 등 형식적 적용요건이 모두 인정되더라도 합목적성 심사를 해서 적용배제를 검토해야 한다고 한다.[255] 제2설은 급부의 원인행위가 금지규범의 목적에 반하는 경우 민법 제746조 본문의 적용을 배제해야 한다고 한다.[256]

2단계로 나누어 규범의 보호목적을 고려해야 한다는 견해에 대해서는, 동일한 내용의 심사를 2단계로 나누어 하는 것은 논리적으로 불합리할 수 있다는 점, 2단계 심사 중 두 번째 심사는 민법 제746조 본문의 형식적 적용요건이 충족되었음에도 금지규범에서 추단하는 취지만으로 명문의 민법 제746조 본문 적용을 배제하는 것으로서 법문언에 없는 요건 또는 제한을 창설하는 것이라는 비판을 제기할 수 있다. 사견으로, 불법성 판단단계에서 규범의 보호목적을 고려함으로써 규범목적론의 장점을 수용할 수 있다고 생각한다.

나. 과잉금지 원칙을 적용하는 견해

이 견해는 과잉금지 원칙에 따라 민법 제746조 본문의 적용을 제한해야 한다는 입장이다.[257] 적합성심사, 필요성심사, 비례성심사의 단계를 거쳐 형식적으로 불법원인급여가 성립하더라도 반환청구권을 박탈하는

254) 박병대, supra note 6, p. 97; 백경일, supra note 32, p. 268.
255) 박병대, supra note 6, p. 97.
256) 백경일, supra note 32, p. 266.
257) 최봉경, supra note 5, pp. 203-204.

것이 적절하지 않은 경우, 민법 제746조 본문의 적용을 배제해야 한다는 것이다.[258]

독일에서도 일반예방 사고(Gedanke der Generalprävention)를 주된 기준으로 하고, 비례의 원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip)을 보충적 기준으로 하여 불법원인급여반환의 적용범위를 정해야 한다는 견해가 있다.[259]

4. 불법성비교론

민법 제746조 단서는 "불법원인이 수익자에게만 있는 때" 본문 규정의 적용을 배제한다고 규정하고 있다. 그러나 불법원인급여가 문제될 정도의 불법성이 문제되는 상황에서 오로지 수익자에게만 불법성이 있는 경우를 상정하기 쉽지 않다. 오히려 급여자와 수익자 모두에게 불법원인이 있는 경우가 대부분일 것이다.[260] 그럼에도 불구하고 일률적으로 부당이득반환청구권을 부정하게 되면 수익자는 반사적 효과로 급부목적물에 대하여 소유권까지 취득하여 횡재를 하는 결과가 되는데, 이는 정의관념과 형평에 반한다.[261]

불법성비교론은 급부자와 수령자의 불법성을 비교하여 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 큰 때에는 민법 제746조 본문의 적용을 배제해야 한다고 주장한다.[262] 불법성비교론은 그 근거를 신의칙에서 찾기도

---

258) 최봉경, supra note 5, p. 204.

259) Karl Larenz·Claus-Wilhelm Canaris, supra note 106, S. 163, 최봉경, supra note 5, p. 187에서 재인용.

260) 박병대, supra note 6, p. 97; 정상현·서순택, supra note 25, p. 569; 백경일, supra note 32, p. 256.

261) 박재혁, "실명거래위반행위와 불법원인급여", 사법 제12호(2010), p. 143.

262) 이은영, supra note 34, p. 714; 박병대, supra note 6, p. 99; 윤진수, supra note 57, p. 151; 서민석, "가.금전 소비대차계약의 당사자 사이의 경제력 차이로 인하여 이율이 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정해진 경우, 그 부분 이자 약정의 효력(무효), 나.선량한 풍속기타 사회질서에 위반하여 무효인 부분의 이자 약정을 원인으로 차주가 대주에게 임의로

하고,[263] 민법 제746조 단서의 해석에서 찾기도 한다.[264] 불법성비교론은 현재 일본의 통설과 판례이다.[265]

한편 불법성비교론에 대한 비판론도 있다. 민법 제746조 단서가 "불법원인이 수익자에게만 있는 때"라고만 규정하고 있는 점, 본조 본문의 입법취지는 일반예방 및 불법한 행위를 한 급여자의 제재에 있는 점, 급여자의 불법성이 수익자의 불법성으로 인하여 사라지지 않는 점, 불법성의 정도는 판정될 수 없는 성격의 것이거나 그 비교가 곤란한 점 등이 비판론의 논거이다.[266]

생각건대, 불법원인급여에 관한 민법 제746조의 규정을 문언에 따라 기계적으로 적용할 경우 구체적 사안에서 매우 불합리한 결과가 초래될 수 있으므로 급여자와 수익자의 불법성을 비교형량하여 동조 본문을 탄력적으로 적용하는 불법성비교론이 타당하다고 본다. 그리고 불법성비교론은 동조의 적용범위에 관한 해석론이므로 신의칙 등 일반원칙에 의존할 필요 없이 동조의 입법취지 등에서 도출된다고 보아야 할 것이다.

급여자와 수익자의 불법성의 정도를 비교형량하는 경우에 그 결과를 구체적 사건의 결론에 어떻게 반영할 것인지에 관하여 견해가 대립한다. 단순비교설은, 급여자와 수익자의 불법성을 객관적으로 비교하여 급여자의 불법성이 큰 경우에는 동조 본문을 적용하여 부당이득반환청구를 기각하고, 수익자의 불법성이 큰 경우에는 동조 단서를 적용하여 반환청구

지급한 이자의 반환을 청구할 수 있는지 여부(적극)", **대법원판례해설** 통권 제67호(2008), pp. 83-84; 장재현, "민법 제746조와 다른 법리의 교착", **민사법이론과 실무** 제9권 제1호(2005), pp. 101-102; 권순규·정상현, "반사회적 이중매매에 있어서 불법성의 비교를 통한 제1매수인의 보호범위 획정", **성균관법학** 제22권 제2호(2010), p. 59.

263) 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다12947 판결; 문홍수, supra note 47, p. 150 참조. 이은영, supra note 34, p. 714는 정의의 관념에서 근거를 찾는다.

264) 박병대, supra note 6, p. 99; 권영준, "부당이득에 관한 민법개정안 연구", **서울대학교 법학** 제55권 제4호(2014), p. 173; 서민석, supra note 262, p. 84.

265) 谷口知平·甲斐道太郎 編, supra note 78, p. 708(谷口知平·土田哲也 집필부분); 最判昭和29年(1954)8月31日 民集8卷8号1557頁 등.

266) 송덕수, supra note 2, p. 346; 최봉경, supra note 5, pp. 211-212; 백경일, supra note 32, pp, 259-260.

를 인용해야 한다고 한다.[267] 불법성현저설은, 수익자의 불법성이 급여자에 비하여 현저히 큰 경우에 한하여 동조 단서를 적용하고, 양 당사자 사이에 불법성이 같거나 비슷한 경우에는 동조 본문이 적용되어 부당이득반환청구가 배척되어야 한다고 주장한다.[268] 안분설은, 급여자와 수익자의 불법성을 비교하여 그 비율에 따라 수익자의 부당이득반환 범위를 정해야 한다고 주장한다. 이 견해는 신의성실의 원칙 또는 과실상계의 법리를 근거로 들고 있다.[269]

대법원은 급여자에 비하여 수익자의 불법성이 현저히 커서 급여자의 반환청구를 허용하지 않는 것이 오히려 공평과 신의칙에 반하는 경우에는 본문규정의 적용을 배제해야 한다고 하여 불법성현저설과 입장을 같이하고 있다.[270]

5. 민법 제746조의 적용 범위

가. 의의

민법 제746조 본문이 적용되면 급여자는 수익자에 대하여 처분행위의 원인이 불법임을 이유로 수익자가 받은 이득의 반환을 청구하지 못한다. 급부의 대상이 물건인 경우 그 원물 또는 원물에 갈음하는 이득의 반환을 청구하지 못하고, 물건 이외의 급부를 한 경우 그 가액 상당의 부당이득반환청구가 불허된다.[271]

나. 채권자대위권

---

267) 김주수, 채권각론(민법강의 IV) 2판(삼영사, 1997), p. 595.
268) 이은영, supra note 34, p. 714; 박병대, supra note 6, p. 99; 윤진수, supra note 57, p. 151; 서민석, supra note 262, p. 98; 권순규·정상현, supra note 262, p. 59.
269) 임정평, supra note 34, p. 321; 김상용, 채권각론(하)(법문사, 1998), p. 71.
270) 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결.
271) 김용담 편집대표, supra note 247, p. 659(민중기 집필부분).

급여자의 급부 원인이 불법이어서 수익자에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 없는 경우에 급여자의 채권자가 급여자를 대위하여 수익자를 상대로 부당이득반환청구를 하는 것은 허용되는지에 관한 견해의 대립이 있다. 제1설은, 대위채권자는 불법한 행위를 한 자가 아니라는 점, 대위채권자는 자신의 불법을 주장할 필요 없이 급여자와 수익자 사이 법률행위의 무효만을 주장하면 족한 점 등을 들어 채권자대위권을 행사하는 경우 민법 제746조 본문이 적용되지 않는다고 한다.[272] 제2설은, 채권자대위권은 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 대위하여 행사하는 것인데, 급여자에게 부당이득반환청구권이 존재하지 않는다면 급여자의 채권자가 행사할 피대위권리가 존재하지 않는 것이므로 채권자대위권을 행사한다고 하여 본조의 적용이 달라질 수 없다고 한다.[273] 제2설이 다수설이다.

다. 물권적 청구권

물권의 설정 또는 이전의 원인행위가 불법이어서 동조 본문이 적용되는 경우 급여자가 물권적 청구권을 행사하여 급부물의 반환을 청구할 수 있는지 문제 된다.

대법원은 과거 급여자는 부당이득반환채권이 아닌 물권적 청구권을 청구원인으로 하여 급여한 물건의 반환을 청구할 수 있다고 판시해 왔으나,[274] 1979년 전원합의체 판결에서 종전 판례를 변경하였다.[275] 변경된

---

272) 정상현, supra note 5, pp. 244-245. 김준호, “반사회적 부동산이중매매에 관한 판례이론”, 고시계 제35권 제2호(1990), p. 94: “재산이 급여자가 아닌 제3자(예컨대, 반사회적 이중매매에 있어서 제1매수인)에게 귀속될 관계에 있는 경우에는 처음부터 제746조는 적용되지 않아야” 한다.

273) 김용담 편집대표, supra note 247, p. 660(민중기 집필부분). 곽윤직 편집대표, supra note 58, pp. 496-497(박병대 집필부분)은 대위채권자의 청구에 대해서도 원칙적으로 민법 제746조를 적용함이 옳고, 다만 한정된 범위에서 채권자대위권의 인정배경과 규범목적 등 구체적 사정을 고려하여 그 적용을 제한해야 한다고 한다.

274) 대법원 1977. 6. 8. 선고 77다728 판결.

판례에 의하면, 민법 제746조 본문이 적용되어 급여자가 부당이득반환청구를 할 수 없는 경우에는 물권적 청구권에 기한 반환청구도 할 수 없다. 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 그 스스로 불법한 행위를 주장하여, 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없고, 반사적 효과로서 급여한 물건의 소유권은 수익자에게 귀속한다는 것이 그 이유다.

현재의 통설 또한 물권에 기초한 반환청구를 허용하면 민법 제746조 본문의 입법취지가 잠탈될 수 있는 점, 급여자가 소유권을 주장하려면 스스로 불법한 행위를 하였음을 진술해야 하는 점, 원물이 남아있는 경우와 그렇지 않아서 가액을 반환해야 하는 경우 사이에 균형을 유지할 필요가 있는 점 등을 들어 판례의 입장에 찬성하고 있다.[276]

라. 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권

급여자가 동조 본문의 적용으로 인하여 수익자를 상대로 부당이득반환청구를 하는 것은 허용되지 않지만 다른 한편으로 급여자의 손실이 수익자의 불법행위에 기하여 초래된 경우 급여자가 수익자를 상대로 손해배상청구를 할 수 있는지 문제된다. 예컨대, 공무원인 A가 B를 공무원채용시험에 부정 합격시켜줄 능력이 없음에도 그러한 지위에 있는 것처럼 속여 B로부터 뇌물 1,000만 원을 받았고, 그 후 B가 A를 상대로 위 금원을 교부한 원인이 불법·무효임을 이유로 부당이득반환청구를 하고, 선택적으로 A가 B를 기망하여 그로부터 위 금원을 편취한 것은 불법행위에 해당한다는 이유로 손해배상청구를 하는 소송을 제기하였다고 가정한다.

이 경우 동조 본문의 적용으로 부당이득반환청구권이 부정된다면 손해배상청구도 부정되어야 하는지 견해의 대립이 있다. 다수설인 긍정설은, 부당이득반환청구를 배척하면서 불법행위로 인한 손해배상청구를 인

275) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결.

276) 곽윤직, supra note 24, pp. 367-368; 곽윤직 편집대표, supra note 58, p. 494(박병대 집필부분); 이은영, supra note 34, p. 717; 송덕수, supra note 73, p. 441.

용한다면, 불법원인급여의 반환을 부정하는 제746조의 취지가 잠탈될 수도 있다는 것을 지적한다.[277]

원칙적으로는 손해배상청구권의 행사를 부정하면서 쌍무계약의 일방당사자가 자신의 급부만 이행한 경우에 한하여 손해배상청구를 인용해야 한다는 견해도 있다.[278]

생각건대, 불법원인급여를 규정한 민법 제746조와 불법행위 손해배상청구권을 규정하고 있는 제750조는 그 규율하는 영역이 전혀 다르고 어느 규정이 다른 규정에 비하여 효력이 우선한다고 볼 근거도 없다. 따라서 불법행위에 기한 손해배상청구에 있어서는 그 자체의 법리에 의하여 손해배상채무의 존부와 범위를 정해야 하고, 여기에 불법원인급여의 법리를 개입시킬 근거는 없을 것이다. 위의 사례에서 부당이득반환청구에서의 불법성은 뇌물성에 있고, 손해배상청구에서의 불법성은 편취에 있으므로 불법성 평가의 대상도 전혀 다르다. 영미법 국가에서는 불법성의 항변이 불법행위 손해배상청구를 포함한 모든 민사소송에 적용될 수 있다. 그러나 부당이득반환청구와 손해배상청구에서의 불법성의 항변은 동일하게 취급되지 않는다.

---

277) 곽윤직, supra note 24, p. 368; 이은영, supra note 34, p. 717; 송덕수, supra note 73, p. 449; 지원림, supra note 24, p. 1643; 장재현, supra note 262, pp. 108-109.

278) 정상현·서순택, supra note 25, p. 554.

제 3 장 불법원인급여 판단기준 및 효과

제 1 절 논의의 대상과 범위

이미 이행한 급부에 관한 반환청구권의 배제를 내용으로 하는 민법 제746조 본문은 아직 이행되지 않은 급부에 관한 이행청구를 차단하는 민법 제103조와 달리 수익자에게 반사적인 이익을 발생시킨다. 동조 본문의 적용 여부는 어떠한 법률행위가 단순히 불법이냐 아니냐의 문제를 넘어 그 적용에 있어 신중한 고민을 요구한다,

불법원인급여제도의 주된 취지 및 기능을 확정하고 민법 제746조 본문을 적용하면 그 취지에 반하는 결과가 초래되는 경우 이 조항의 적용을 배제해야 한다는 입론이 가능하다.

불법성 판단의 준거는 금지규범이다. 따라서 금지규범의 취지 및 목적을 고려하여 불법 판단의 기준을 구체화해야 한다고 생각한다. 금지규범의 목적이 급여자와 수익자 중 어느 한 쪽을 보호하는 데 있다면, 그 당사자를 기준으로 불법성을 판단할 필요가 있다. 금지규범이 어느 한 쪽 당사자의 보호를 목적으로 하지 않더라도 금지규범의 중요한 목적 중 하나가 급여 목적물의 소지를 금지하는 경우, 출연행위 또는 그 동기나 목적이 불법성에 오염된 경우, 기타의 경우로 사안을 유형화하여 불법성 판단기준을 논할 필요가 있다.

한편, 원인이 불법인 임대차계약이 이행된 경우 급여의 대상은 임차인 입장에서는 기지급된 차임이고, 임대인 입장에서는 임대차 기간 동안 임차인에게 점유사용을 제공한 것이다. 임차인이 임대차계약의 무효를 주장하여 이미 지급한 차임 상당 부당이득의 반환을 청구한다면 전형적인 불법원인급여의 문제가 생긴다. 임대차 종료 후 임차인의 임대차목적물 반환의무는 임대차계약상의 의무이므로 임대인의 임대차목적물 반환청구는 임대차계약의 이행을 구하는 것이지 그 계약이 무효임을 전제로 한

부당이득반환청구는 아니라고 볼 여지도 있지만, 임대차계약이 민법 제103조 위반으로 무효인 이상 임대인이 임대차목적물의 반환을 구하는 경우에도 동조 본문의 적용이 문제된다.

수익자의 불법성이 클 경우 민법 제746조 본문을 적용하여 수익자에게 반사적 이익을 발생시키는 것이 부당할 수 있다. 불법성비교론을 통한 본문규정 적용 제한의 가능성도 논한다.

마지막으로, 불법원인급여의 쟁점은 결국 불법, 무효인 원인으로 급부가 이루어지고 난 다음 급여자가 부당이득반환청구를 하는 것을 허용할 것인지의 문제로 귀착되므로, 급여가 이루어진 상태를 중심으로 불법성을 심사하는 것이 불법원인급여의 제도적 취지에 부합하는 결론을 도출하는 데 도움이 된다고 생각한다. 이러한 시도는 새로운 접근방법이어서 조심스럽기도 하다.

제 2 절 불법원인급여 여부 판단기준

1. 불법원인급여제도의 일반예방적 기능

앞서 살펴본 바와 같이 원인이 불법인 급여에 있어서 그 급부물의 반환청구를 배척하는 이유에 관하여는 다양한 학설이 있다. 법적 보호거절설은 불법한 행위를 한 자에 대한 권리구제의 거절과 법원의 품위를 보호하는 데 제도적 목적이 있다고 한다. 제재설 및 책임보상설은 불법한 행위를 한 자에 대한 응징을 근거로 든다. 신의칙 및 형평을 근거로 드는 견해도 있다. 일반예방설은 급여자의 반환청구권을 부정함으로써 당사자가 불법성 있는 행위를 하는 것을 사전에 억지하는 효과가 있다고 주장한다.

이 논문은 제2장 제2절에서 불법원인급여제도의 주된 취지가 일반예방 목적 내지 불법한 행위의 억지에 있다는 점을 살펴보았다. 민법 제746조 본문을 적용하여 금지규범 위반의 효과를 보여줌으로써 그 금지규

범의 근저에 있는 공공정책의 목적을 증진할 수 있는 것이다. 따라서 급부의 원인이 불법임을 이유로 부당이득반환청구를 하는 경우에 동조 본문을 적용할 것인지는 어느 쪽을 선택하는 것이 금지규범 위반에 대한 일반예방 효과에 기여할 수 있는지 고려하여 판단해야 할 것이다.

동조 본문의 적용에 영향을 미치는 요소는 다양한바, 법적 보호거절설에 따른 법원의 품위보호의 요청, 제재설 등에 따른 응징 등을 들 수 있다. 이러한 요소들은 구체적 사안에 관하여 종합적으로 고려하여야 하지만 그 중 가장 큰 비중을 차지하는 것은 일반예방이라고 생각한다.

영국 대법원은 Patel v Mirza [2016] UKSC 42 판결에서 "불법과 관련된 금지규범의 정책목적이 훼손될지 여부"(whether the policy underlying the rule which rendered the contract illegal would be 'stultified' if the claim were allowed)에 따라 불법성의 항변을 적용할지 여부를 결정해야 한다고 판시하였다. 정책목적에 반하는지 판단하는 기준으로 다음 요소(range of factors)를 고려해야 한다고 한다. 이는 (a) 침해된 금지규범의 근저에 있는 목적이 청구를 배척함으로써 고취될 수 있는지, (b) 청구를 배척하는 것이 관련 공공정책(public policy)에 미치는 영향, (c) 청구를 배척하는 것이 비례성이 있는 대응인지 고려하는 것이다. 이 중 (a), (b)는 일반예방을 포함한다.

미국 연방대법원은 Precision Instrument Mfg. Co. v. Auto. Maint. Mach. Co. 사건에서, 부정과 위증에 오염된 특허권에 기한 청구를 허용하지 말아야 하다는 공공정책은 상대방 행위의 비난가능성에 대한 고려를 압도한다고 판시하였다.[279] 연방제5항소법원은 Orthodontic Centers of Texas, Inc. v. Wetzel 사건에서 Orthodontic의 부당이득반환청구를 인용하는 것의 공익성과 이를 불허하는 것의 공익성을 비교형량하되, 공익성을 비교할 때에는 당사자의 비난가능성(culpability)을 고려해서는 안된다고 판시하였다.[280] 미국법원도 일반예방의 정책적 목적을 중요하게 고려하고 있음을 확인할 수 있다.

---

279) 324 U.S. 806 (1945).
280) 410 Fed.Appx. 795 (2011).

불법성 있는 행위를 억지하는 목적은 때로는 급여자에게 지나치게 가혹한 불이익을 발생시킴과 동시에 불법에 관여한 수익자에게는 부당한 이익을 발생시켜, 구체적 타당성과 비례의 원칙, 형평의 원칙 등에 반하는 상황이 발생할 수 있다는 비판도 있다.[281] 그러나 일반예방론은 금지규범 위반행위의 억지를 가장 중요한 요소로 고려하는 것일 뿐 다른 요소들을 도외시하는 것은 아니므로 이러한 비판은 타당하지 않다.

결론적으로 일반예방 목적의 달성을 위해 동조 본문이 적용되어야 할 상황이 있다. 다만 민법 동조 단서의 적용 또는 다른 요소의 고려에 의해 본문의 적용을 배제할 수 있다. 그리고 동조 본문을 적용해서 오히려 불법한 행위를 조장할 우려가 있다면 본문 규정의 적용을 배제해야 한다.

2. 불법성 판단의 대상

가. 민법 제103조와 제746조의 관계

민법 제103조의 '선량한 풍속 기타 사회질서'와 민법 제746조의 '불법' 개념이 일치하는지에 관하여 견해가 대립한다. 민법 제103조의 적용 기준과 민법 제746조 본문의 불법성 개념을 동일하게 파악하는 견해의 큰 장점은 민법 제103조에 관한 누적된 연구와 판례들을 그대로 민법 제746조 본문의 불법성 판단에 적용하여 법해석의 예측가능성을 높일 수 있다는 데 있다. 불법원인급여는 일차적으로 부당이득반환청구의 배척사유로 논의된다. 불법한 원인행위가 민법 제103조에 의하여 무효가 되면 급여한 것의 부당이득반환청구가 문제되므로, 민법 제746조와 논리적으로 쉽게 연결된다는 장점도 있다. 사실 종래에는 급여의 원인행위가 민법 제103조에 위반되는 것으로 판단하는 경우에는 별다른 고려 없이 민법 제746조 본문을 적용해 왔다.

대법원은, 원고는 피고 회사에게 9억 원을 무이자로 대여함으로써 뇌

281) 최봉경, supra note 5, p. 187.

물로 제공된 부분은 이자 상당의 금융이익에 한정되고 원금 9억 원은 뇌물로 볼 수 없으므로 원금의 반환청구에는 민법 제746조 본문이 적용되지 않는다는 취지로 판시했다.[282] 금융이익 상당액만 불법원인급여이고, 대여원금은 뇌물이 아니라서 불법원인급여가 아니라는 취지이다. 위 대법원 판결은, 부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것이라고 하여 민법 제103조와 불법성 '불법성' 판단기준이 동일함을 재확인하고 있다. 다만, 불법을 원인으로 한 소비대차에 있어서 원금과 금융이익을 구분하여 전자는 불법원인급여가 아니라고 판단한 것인데, 이는 대법원이 계약 자체에서 원금의 반환이 예정되어 있으므로 원금의 교부는 불법성이 없다고 본 것이다.

민법 제746조 본문은 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때 반환청구가 배제됨을 규정하고 있다. 민법 제103조와 달리 법률행위로 명시되어 있지 않다. 불법의 원인이 법률행위에 한정된다고 해석할 근거도 없다. 예컨대, A가 시계판매상을 하는 B로부터 고가의 외국산 제품을 매수하는 계약을 체결했는데, B는 관세를 포탈하기 위하여 그 물건을 밀수하다 세관에 적발되었고, 이에 A가 자신의 친구인 세관직원에게 청탁을 하여 불법으로 통관이 되도록 한 다음 제품을 인도받고 매매대금을 A에게 지급했다고 가정한다. 여기서 매매계약 자체는 유효하지만 이 계약을 이행하는 과정에서 A, B 모두 불법성에 오염된 행위를 하였다. 그러나 불법한 행위 자체는 법률행위가 아니다. 그렇다고 하여 A가 매수한 제품 또는 B가 지급받은 매매대금이 불법원인에 기한 급부물로 볼 수 없는 것은 아닐 것이다.

나아가 민법 제103조와 민법 제746조 본문의 불법성을 동일하게 해석하는 접근방법은 시간 경과에 따른 사회관념의 변화 가능성을 고려하는 것과 어울리지 않는다. 민법 제103조는 원인행위 시점의 사회관념이나 관습 등을 기준으로 무효 여부를 판단하는 것을 전제한다. 이후 사회관념이 변화하여 더 이상 불법하지 않다고 평가되는 경우에도 일단 확정적

282) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다77477 판결.

으로 무효가 된 원인행위가 소급하여 유효로 되지 않는다. 그러나 민법 제746조 본문의 불법성 심사는 원인행위 시점이 아닌, 급여가 이루어진 시점의 사회관념 등을 기초로 해야 할 것이다. 위와 같은 관점은 급여가 이루어진 원인행위가 민법 제103조에 위반된다면 원칙적으로 별다른 추가 검토 없이 해당 급여의 불법원인급여성을 인정하는 입장과는 분명히 다른 것이다. 급여가 이루어진 상태를 판단대상으로 삼아 불법성을 심사한다면, 그 판단기준을 원인행위의 민법 제103조 위반 여부와 반드시 일치시킬 이유는 없다고 생각한다.

대법원은 최근 "'불법'이 있다고 하려면, 급부의 원인이 된 행위가 그 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 뿐 아니라 반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하거나, 급부가 강행법규를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 규범 목적에 부합하지 아니하는 경우 등에 해당하여야 한다."고 판시하였다.[283] 이는 민법 제103조 위반과 불법성 판단기준을 일치시키던 종전의 태도를 극복한 점에서 긍정적인 변화라고 생각한다.

나. 급여가 이루어진 상태

법원이 '불법계약의 실현'을 위한 청구를 배척할 때(제103조)와 이미 실현된 불법 급여의 반환'을 위한 청구를 배척할 때(제746조) 판단기준을 동일시할 근거나 필요를 찾아보기 어렵다. 민법 103조는 계약이 이행되지 않은 상태에서 이행청구를 배척하는 것에 그치는 반면에, 민법 746조는 원래대로라면 부당이득으로 반환되어야 하는 급부물임에도 반환청구를 불법성을 이유로 거절하는 것이기 때문이다.[284] 민법 제103조가 예정하는 평가대상은 법률행위이고, 민법 제746조가 예정하는 평가대상은 급여가 이루어진 상태이다.

예를 들어, 반사회적 부동산 이중양도의 경우 제1매수인이 (매도인을

283) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887(본소), 2013다79894(반소) 판결.
284) 박병대 supra note 6, p. 96.

대위하여) 제2매수인을 상대로 부동산의 반환청구를 할 때 이를 좌절시키기 위한 불법원인급여 항변의 불법성 판단과 매도인이 제2매수인을 상대로 부동산의 반환청구를 할 때 이를 좌절시키기 위한 불법원인급여 항변의 불법성 판단기준은 달라야 한다고 생각한다. 원인행위만을 판단대상으로 삼게 되면 매도인이 직접 반환청구를 하는 경우와 제1매수인이 매도인을 대위하여 반환청구를 하는 경우 사이에 차이를 두기 어렵다. 이와 달리 급여가 이루어진 상태의 불법성을 판단하게 되면 제1매수인이 매도인을 대위하여 매도인의 권리를 행사한다는 논리에 구애받지 않고, 반환청구를 하는 제1매수인과의 관계에서 제2매수인이 급여물을 보유하는 것의 당부를 판단하여 결정할 수 있는 것이다. 급여가 이루어진 상태를 불법성 판단의 대상으로 삼는 것은 민법 제746조 본문이 급부물의 반환청구에 관한 조항일 뿐 원인행위의 무효 여부에 관한 것이 아니라는 점에서도 이론적 근거를 찾을 수 있다.

다. 사회관념 등의 변화 고려

선량한 풍속 기타 사회질서의 개념은 시대의 변천에 따라 변할 수 있다.[285] 민법 제746조 본문의 불법성 판단 기준시점에 관하여, 급여 시점을 기준으로 해야 한다는 견해가 있다. 급여 당시에는 불법성이 있었으나 가치기준이 바뀌거나 강행법규가 폐지되는 등으로 반환청구 시에는 불법으로 평가되지 않는 경우라도 급여의 불법성은 소멸하지 않는다는 것이다.[286]

급여가 이루어진 상태에 관하여 불법성을 판단해야 한다는 견해는, 불법성이라는 가치판단이 선험적으로 고정된 것이 아니라 사회적인 관습 및 관념과 가치관의 변화에 따라 바뀔 수 있다는 것을 인정한다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 이에 관하여 두 가지 상황을 상정할 수 있는

285) 최봉경, supra note 5, p. 170.

286) 김용담 편집대표, supra note 247, p. 636(민중기 집필부분). 일본도 급부시점을 불법성 판단 기준기준으로 본다고 한다. 谷口知平·甲斐道太郎 編, supra note 78, p. 700(谷口知平·土田哲也 집필부분) 참조.

바, ① 어떠한 과거시점에 민법 제103조에 의하여 무효가 될 정도의 불법한 원인행위가 있었는데, 막상 반환청구는 많은 시간이 지난 후에 이루어진 경우, ② 어떠한 과거시점에는 불법으로 판단되지 않은 원인행위가 있었는데, 시간이 지나 급여가 이루어질 당시의 사회관념을 기준으로 보면 그 불법성이 인정되는 경우가 그것이다.

위 ①의 사례와 관련하여, 대법원은 농지의 임대차와 관련하여 과거에는 소작인의 신분적 예속관계까지 형성하였으나 오늘날에는 특별한 사정이 없는 한 계약 내용이나 성격 자체로 반윤리성·반도덕성·반사회성이 현저하다고 단정할 수는 없다고 판시하였다.[287] 이는 동일한 농지에 관한 동일한 임대차계약이라고 하더라도 임차인이 임대인에게 지급하는 소작료 내지 차임의 불법성에 관하여 시간의 경과에 따라 다른 판단을 내릴 수 있음을 보여준 것이다.

간통에 관한 사회적 관념도 변화를 겪고 있다고 할 수 있다. 대법원은 1979년 내연관계의 대가로 지급된 급부는 불법원인급여라고 판시하였다.[288] 그런데 헌법재판소는 2015년 간통행위를 형사처벌하는 형법의 규

---

287) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887(본소), 2013다79894(반소) 판결: 이 사건에서 농지의 소유자인 원고는 농지임대차계약이 종료된 이후에도 농지를 계속 점유하고 있는 피고에 대하여 토지인도, 임대차기간 종료 이후의 점유에 대한 차임 상당 부당이득의 반환 또는 손해배상을 구하고, 피고는 반소로써 위 임대차계약이 농지법에 위반되어 무효라는 이유로 임대차기간 동안 이미 지급한 차임의 반환을 구하였다. 원고는 피고의 반소에 대하여, 위 임대차계약이 무효라면 피고는 그 기간 동안에도 법률상 원인 없이 토지를 점유한 것이고, 원고는 이로 인한 차임 상당 손해배상채권이 있다고 주장하면서 이를 자동채권으로 하고 피고의 부당이득반환채권을 수동채권으로 하여 상계의 항변을 하였다. 이 사건에서 원심은 임대차기간 동안 피고가 위 토지를 점유하여 얻은 이득의 반환을 구하는 것은 민법 제746조 본문에 의하여 허용될 수 없다는 이유로 원고의 상계항변을 배척하였다. 그러나 대법원은 위 임대차계약이 무효이기는 하지만 피고의 권원 없는 점용을 이유로 원고가 손해배상청구를 한 데 대하여 불법원인급여의 법리를 이유로 그 반환을 거부할 수는 없다고 판시하면서 원심판결을 파기환송하였다.

288) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결.

정이 헌법에 합치되지 않는다는 취지의 결정을 하였다.[289] 그 근거 중의 하나로 간통행위에 대한 사회적 비난이 상당한 수준으로 낮아진 점을 들고 있다. 간통행위에 대한 형사처벌이 불가능해졌다고 하여 이를 전제로 한 계약이 더 이상 무효가 아니라고 단정할 수는 없다. 형사상의 범죄행위는 민법 제103조 위반 행위 중의 극히 일부에 속하는 것이기 때문이다. 그러나 간통에 대한 사회적 관념이 변하였다면 내연관계의 유지를 조건으로 지급한 대가의 불법성에 관한 평가도 달라질 가능성이 있다.

역사적으로 위 ②와 같은 사회관념의 변화도 계속되어 왔다. 평소에는 정상적이거나 단순한 단속법규 위반인 거래행위가 전쟁 발발이나 경제적 긴급상황에 처하여 입법이나 비상사태의 선포로 중죄에 해당하게 되는 경우를 생각할 수 있다. 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」, 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」의 시행도 불법성 판단에 관한 사회관념의 변화를 반영한 것이라고 볼 수 있다.[290]

이와 관련하여 계약 당시에는 적법하거나 위법성이 낮았지만 급부 당시에는 위법성이 높아진 경우 미묘한 문제가 발생한다. 사견으로는, 계약의 무효를 주장하거나 사정변경을 이유로 그 계약을 해지 또는 해제할 수 있음에도 불구하고 그대로 이행을 한 경우 급여시를 기준으로 불법성을 판단해야 한다고 본다.

3. 불법성 요건의 구체화

---

289) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 등 결정.

290) 비록 대법원이 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결을 통해 명의신탁약정에 의한 급여가 불법원인급여가 아니라고 판단했지만, 무려 6년간의 연구기간과 대법관들 사이의 격론이 있었다. 불법원인급여로 보아야 한다는 반대의견은 4인에 이른다. 반대의견은 금융실명제를 동일선상에서 언급한다. 한편, 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 위반 금융거래가 무효라고 주장한 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결 반대의견은 비실명 금융거래가 공익에 현저히 반하는 반사회적 행위라고 판단하기도 했다.

가. 규범목적론의 접근방법

규범목적론에 의하면, 원인행위의 불법성이 인정된다고 하더라도, 급부의 반환거부로 인한 현상유지가 관련 금지규범의 취지 또는 입법목적에 부합하지 않는 결과가 발생한다면 민법 제746조 본문의 적용을 제한해야 한다.[291] 규범목적론의 장점은 부당이득반환청구를 불허하거나 허용하는 기준을 상대적으로 구체적이고 명확하게 세울 수 있다는 점과 금지규범이라는 실정법적 근거가 있다는 점이다.

독일에서는 급부의 반환청구를 부정하는 것이 금지규범의 보호목적(Schutzzweck)에 어긋나는 경우 제한해석(schutzzweckorientierte Reduktion)을 하여 불법원인급여 규정의 적용을 배제하여야 한다는 학설이 다수설이며, 판례의 태도이기도 하다. 이 견해에 의하면, 급부의 원인행위가 불법이더라도 불법원인급여로 인정하여 반환청구를 거부하는 것이 그 원인행위를 불법으로 한 규범이 추구하고자 하는 목적과 상충되는 경우에는 불법원인급여에 해당하지 않는다는 것이다.

규범목적 중심의 접근은 영미법에서도 찾아볼 수 있다. 영국 대법원의 Patel v Mirza [2016] UKSC 42 판결이 제시한 고려요소(range of factors) 중 첫 번째 요소인 '침해된 금지규범의 근저에 있는 목적과 이러한 입법목적이 청구를 배척함으로써 고취될 수 있는지 여부'가 이에 해당한다.

앞서 살펴본 바와 같이 미국법도 공공정책에 반하여 무효인 합의에 따라 급여가 이루어진 경우에도 계약을 무효로 한 공공정책의 목적이 계약의 일방 당사자인 급여자를 보호하는 데 있는 경우 부당이득반환청구를 허용한다.[292] 이러한 결론 역시 금지규범의 입법목적에서 나오는 것이다.

나. 규범목적의 심리

---

291) 박병대, supra note 6, p. 97.

292) Neil v. Pennsylvania Life Insurance Company, 474 P.2d 961 (Okla. 1970).

금지규범의 목적은 급여가 이루어진 상태에서 수익자가 급부물을 급여자에게 반환해야 하는지 여부를 심리하는 단계에서 고려하게 된다. 급여의 원인이 불법인지 여부는 그 전단계에서 검토되는 것이다. 그리하여 급여자가 금지규범에 위반하여 무효인 원인에 기하여 급여가 이루어졌음을 이유로 수익자를 상대로 부당이득반환청구를 하는 경우 법원으로서는 일차적으로 그 원인행위가 불법이어서 무효인지 판단하게 된다. 즉, 불법성의 판단은 이 단계에서 이루어진다. 만약 금지규범에 위반된 것은 맞지만 무효가 아니라면 원고의 청구는 기각된다. 법원이 심리한 결과 금지규범에 위반하여 그 원인행위가 무효라면 일응 원고의 청구원인이 이유 있다는 판단을 하게 된다. 여기서 더 나아가 부당이득반환의 법리에 따라 급부물의 반환을 명할 것인지 결정해야 하는데, 이 단계에서 급여가 이루어진 상태를 중심으로 금지규범의 목적뿐 아니라 반환청구에 관한 다양한 요소가 고려된다. 그리하여 원인행위를 무효로 만든 금지규범의 목적이 급여자의 보호에 있거나 불법적인 원인행위의 책임이 주로 수익자에게만 있다고 인정되는 경우에는 법원은 급부물 반환을 명하게 되는 것이다.

예컨대, 현저하게 높은 이율로 약정한 소비대차계약에 따라 이자 지급이 이루어졌는데, 차주가 대주를 상대로 지급한 이자 중 적정한 부분을 초과하는 부분의 반환청구를 하는 상황을 가정한다. 대주가 차주를 상대로 소비대차약정에 따른 고율 이자의 이행청구를 할 때 민법 제103조의 적용 여부를 검토하는 경우와, 차주가 대주를 상대로 반환을 청구하는 국면에서 민법 제746조 본문의 적용 여부를 검토하는 경우의 고려요소가 다르다고 보아야 한다. 불법성으로 인하여 무효인 계약의 이행으로 지급된 이자의 반환을 명할 것인지 판단하는 데는 단순히 그 소비대차계약이 무효인지 판단하는 것 외에 그 반환의 정당성에 관한 다양한 요소를 추가적으로 고려해야 하기 때문이다.

위와 같은 사안에서 대법원은, “불법의 원인이 수익자인 대주에게만 있거나 또는 적어도 대주의 불법성이 차주의 불법성에 비하여 현저히 크

다."고 하면서 불법성비교론에 따라 무효의 이자약정에 해당하는 이자를 반환해야 한다는 취지의 결론을 내렸다.[293] 이 판결의 결론에는 찬성하지만, 차주가 고리의 이자를 감수하고서라도 급전을 마련해야 하는 상황에 대하여 대주에게 책임이 있다고 볼 자료가 없는 이 사건에서 대주에게만 현저한 불법성이 있다는 판단에 대하여 의문이 제기된다. 그보다는 규범목적론에 따를 경우 논리적 설명이 쉬워진다. 고리의 이자를 금지하는 규범의 목적은 경제적 약자인 차주를 보호하는 데 있기 때문이다.

다. 규범의 보호법익

(1) 의의

규범의 목적을 탐구하여 규범이 보호하고자 하는 법익을 도출할 수 있다.[294] 물론 어떤 규범의 보호법익을 다음 중 어느 하나로 정의하는 것 자체가 무리인 경우가 많겠지만 불법을 원인으로 한 급부물을 반환시킬 것인지 또는 수익자가 그대로 보유하도록 할 것인지 판단함에 있어서는 금지규범 등 관련 규범의 보호법익을 따져보는 것은 문제의 해결에 중요한 열쇠가 될 수 있다.

첫째, 규범으로부터 일방 당사자의 보호 목적을 도출할 수 있는 경우이다. 법률행위의 내용이 일방 당사자에게 현저하게 불공정한 것을 금지하는 규범, 당사자의 인간으로서의 존엄 또는 기본적 인권을 심각하게 침해하는 것을 금지하는 규범 등을 예로 들 수 있다.

둘째, 규범으로부터 일방 당사자가 아닌 제3자의 보호 목적을 도출할 수 있는 경우이다. 반사회적 부동산 이중매매를 금지하는 규범을 예로 들 수 있다.

셋째, 규범의 주된 목적이 개인적 법익이 아니라 공익을 보호하는 데

293) 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결.

294) 서민석, supra note 262, pp. 76-78: 선량한 풍속 기타 사회질서 위반의 유형을 그 보호대상을 기준으로 3가지 유형으로 나누었는바, 이 논문에서 금지규범이 보호하려는 법익을 기준으로 분류한 것과 유사하다.

있는 경우이다. 뇌물 또는 선거에서 매표를 위한 금품수수가 이에 해당한다.

(2) 규범으로부터 일방 당사자의 보호 목적을 도출할 수 있는 경우

사회상규를 벗어나는 초고율의 이자를 약정한 소비대차에서 차주가 그 이자를 대주에게 지급한 다음 대주를 상대로 상당성을 초과하는 이자의 약정은 무효라는 이유로 그 반환을 구하는 소를 제기하였다고 가정한다. 이 경우 법원은 일차적으로 이자 약정이 불법, 무효인 범위를 확정한 다음 대주가 보유하고 있는 초과이자의 반환 여부를 결정하게 된다. 초고율의 이자를 금지하는 규범의 목적이 차주의 보호에 한정되는 것은 아니지만 대주가 그 초과이자를 보유하는 상태를 그대로 유지하도록 하는 것은 금지규범의 취지에 반한다고 할 수 있다. 따라서 법원은 금지규범의 보호법익을 고려하여 초과이자의 반환을 명할 수 있다고 보게 된다.

(3) 규범으로부터 제3자 보호 목적을 도출할 수 있는 경우

대법원은 반사회적 부동산 이중양도 사안에서, 제1매수인이 매도인을 대위하여 제2매수인 앞으로 된 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 것을 인용하는 취지로 판시했다.[295] 그러나 대위청구를 함에 있어 민법 제746조 본문이 적용되지 않는 근거를 제시하지는 않았다.[296]

---

295) 대법원 1980. 5. 27. 선고 80다565 판결 등.

296) 한편 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다12947 판결은, 종중 소유 부동산의 명의수탁자인 피고들이 그 부동산을 원고에게 매도함에 있어 원고가 피고들의 배임행위에 적극 가담한 사안에 관한 것이다.

이 사건 이전에 종중은 종중원인 피고들을 상대로 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다. 종중이 위 확정판결에 기하여 소유권이전등기를 마치기 전에 피고들은 원고에게 위 부동산을 매도하고 소유권이전등기를 경료해 주었다. 이에 종중이 피고들을 대위하여 원고를 상대로 소유권이전등기의 말소를 청구하였고, 그 결과 원고 명의의 소유권이전등기는 말소되었다. 그 후 원고가 피고들을

위 사건에서 제1매수인이 (매도인을 대위하여) 제2매수인을 상대로 말소등기를 청구할 때 이를 좌절시키기 위한 불법원인급여 항변과 매도인이 제2매수인을 상대로 동일한 청구를 할 때 이를 좌절시키기 위한 항변의 불법성 판단기준은 달라야 한다고 본다. 급여가 이루어진 상태를 기준으로 불법성을 판단해 보면, 채권자대위권을 행사하는 제1매수인의 청구에 대하여 반환을 거절하는 것은 관련 규범의 목적에 반한다고 볼 수 있다. 이중매매로 인하여 법익의 침해를 받은 자는 제1매수인이며, 반사회적 이중매매를 금지하는 규범의 주된 목적이 제1매수인 보호에 있기 때문이다. 또한 대위제도를 통한 추급의 근거가 되는 배신행위의 불법성이 오히려 추급을 저지하는 불법원인급여의 항변사유가 된다고 하면, 특정채권의 보전을 위한 채권자대위 제도의 규범목적에 정면으로 배치되는 결과가 된다.[297] 따라서 법원은 채무자의 반환청구와는 달리, 제1매수인의 반환청구에 대해서는 불법원인급여 항변을 배척하고 반환을 명할 수 있다고 생각한다.

피라미드 금융업에 관한 일본 최고재판소 판결도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.[298] 이 판결은 회사가 피라미드 금융업을 운영하다 파산한 다음 파산관재인이 사업 초기에 회사로부터 고액의 배당을 받은 회원을

상대로 위 매매계약이 무효임을 이유로 피고들에게 지급한 매매대금의 반환을 청구한 것이 이 사건 소송이다.

원고는 종중의 청구에 따라 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 말소당하고 나서 명의수탁자 겸 매도인인 피고들을 상대로 위 매매계약이 무효임을 이유로 매매대금의 반환을 구하는 소를 제기하였다.

이 사건에서 대법원은 급여자인 원고보다 더 큰 불법을 저지른 수익자인 피고들이 위 매매대금의 지급이 불법원인급여임을 이유로 그 반환을 거절하는 것은 신의칙에 위반되어 허용될 수 없고, 그렇지 않다고 하면 원고로서는 매매목적물을 추탈당한 데 반하여 그 대금은 반환받을 수 없게 되어 심히 부당한 결과가 되므로 원고의 청구를 인용해야 한다고 판시하였다. 이 사건에서 수익자에 비하여 급여자의 법익을 보호할 필요성이 더 크다고 본 것이다. 사안의 구체적 특수성을 고려한 위 판시를 반사회적 이중매매 일반에 적용하기는 어렵다.

297) 박병대, supra note 6, pp. 94-95.

298) 最判平成26年(2014)10月28日 民集68卷8号1325頁.

상대로 그 투자계약이 피라미드 금융업을 금지한 강행법규에 위반되어 무효임을 이유로 배당금의 반환을 청구한 사건에 관한 것이다. 최고재판소는, 피라미드 금융에서 회원에게 지급되는 배당금은 다른 회원의 투자금에서 충당되는 구조인 점, 사업 초기에 고액의 배당을 받은 회원으로부터 그 배당금을 회수하여 손실을 본 회원 등 파산채권자들에게 공평한 분배를 하여 청산을 하는 것이 파산관재인의 책무인 점, 불법원인급여라는 이유로 그 배당금을 피고가 계속 보유하도록 하는 것은 신의칙에 반하고 형평에 어긋나는 점 등을 들어 파산관재인의 청구를 인용해야 한다는 취지의 판시를 하였다. 이 판결은 급여가 이루어진 상태를 중심으로 파산관재인의 책무, 금지규범의 보호법익, 반환된 이득의 귀속주체 등 관련 법규의 입법목적을 고려하여 불법원인급여의 항변을 배척하고 부당이득반환을 명한 것이다. 만약 파산선고 전에 회사가 동일한 청구를 하였다면 불법원인급여라는 이유로 그 청구가 기각되었을 것으로 보인다.

라. 규범의 주된 보호법익이 공익인 경우

(1) 의의

금지규범의 보호법익이 불법원인급여의 급여자, 수익자 또는 이해관계인과 직접적인 관련성이 없는 때, 급여가 이루어진 상태를 금지규범과의 관계를 기준으로 다음 세 가지로 나누어볼 수 있다.

첫째, 금지규범의 목적으로부터 급여 목적물의 보유 금지가 도출되는 경우이다. 마약거래 등의 금제품, 밀수 또는 관세포탈을 금지하는 규범을 예로 들 수 있다.

둘째, 급여의 이전행위가 불법하거나 그 동기 또는 목적에 불법성이 인정되는 경우이다. 밀수나 주가조작을 하려는 자와 사이에 이득을 분배받기로 약정하고 그에게 필요한 자금을 제공한 경우를 예로 들 수 있다.

셋째, 위 두 유형에 해당하지 않는 나머지 경우이다. 도박장 개설목적으로 임차한 건물을 일반 숙박업소로 사용하면서 유익비, 필요비 등을

지출한 경우처럼, 급여의 이전이 금지규범 위반을 구성하지 않고, 금지규범 위반행위에 후속하여 이루어진 것에 불과한 때를 예로 들 수 있다.

(2) 급여 목적물의 보유가 금지되는 경우

(가) 민법 제746조 본문 적용 필요성

급여 목적물을 보유하는 상태 자체만으로도 강한 반사회성이 인정되어, 금지규범이 이를 금지하는 경우이다. 이 유형은 형사법에서 필요적 몰수, 추징을 정하고 있는 경우가 많다. 급여의 목적물이 마약 등 금제품, 관세법을 위반하여 반입된 수입품인 경우 등이 이에 해당한다.

뇌물은 금제품이 아니지만, 뇌물을 규제해야 할 강한 사회적 필요는 인정된다. 이에 따라 뇌물을 금지하는 금지규범은 뇌물의 박탈을 중요한 목적으로 한다. 입법자는 뇌물에 관한 필요적 몰수, 추징을 규정하였으며(형법 제134조 등), 수뢰자가 증뢰자에게 뇌물을 그대로 반환한 때에도 증뢰자로부터 그 뇌물을 몰수, 추징한다.[299] 뇌물죄를 처벌하는 형법 규정은 공무원의 부정처사를 구성요건으로 하지 않는다. 즉, 공무원이 뇌물 수수 이후에 부정처사를 하지 않더라도 공무의 불가매수성은 이미 훼손된 것으로 본다. 이는 금지규범이 공무원의 부정처사 방지만을 목적으로 삼는 것이 아니라, 뇌물 자체의 소지 박탈을 중요한 목적으로 삼고 있기 때문이라고 이해할 수 있다.

위와 같이 급여물을 소지하는 상태 자체만으로도 강한 반사회성이 인정되는 경우, 급여자의 반환청구를 인정하는 것은 금지규범 위반 상태의 유지 또는 심화를 초래할 뿐이므로 민법 746조 본문이 적용되어야 한다고 본다.

(나) 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 관련

급여물을 보유하는 상태 자체만으로도 강한 반사회성이 있는지 또는 금지규범이 급여 목적물의 보유를 박탈하는 것을 목적으로 하는지에 관

299) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83도2783 판결 등.

해 입법자의 의사가 명확한 경우가 있다. 이와 관련하여 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다)을 살펴볼 필요가 있다.

범죄수익은닉규제법은 특정범죄에 의하여 발생한 범죄수익을 합법적인 수입으로 가장하거나 이를 은닉하는 이른바 자금세탁행위를 처벌하고, 범죄수익의 몰수·추징에 관한 특례를 규정함으로써 특정범죄를 조장하는 경제적 요인을 근원적으로 제거하여 건전한 사회질서의 유지에 이바지함을 목적으로 제정된 법이다.[300]

범죄수익은닉규제법은 "중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산"을 범죄수익으로 규정하고[제2조 제2호 (가)목], 범죄수익을 몰수할 수 있다고 규정한다(제8조 제1항 제1호). 그리고 범죄수익은닉규제법 시행령은 "은닉재산이란 몰수·추징의 판결이 확정된 자가 은닉한 현금, 예금, 주식, 그 밖에 재산적 가치가 있는 유형·무형의 재산을 말한다."라고 규정하고 있다(제2조 제2항 본문). 위와 같은 범죄수익은닉규제법의 입법 취지 및 법률 규정의 내용을 종합하여 보면, 범죄수익은닉규제법에 정한 중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 취득한 것으로 재산적 가치가 인정되는 무형재산도 몰수 대상이 된다.[301]

즉 입법자가 특정 유형의 범죄수익 자체의 강한 불법성을 인정하여, 특별법의 제정을 통해 위 범죄수익 박탈을 주된 목적으로 금지규범을 제정한 것이라고 평가할 수 있다.

대법원은 "범죄수익은닉규제법은 형법 등을 보충하여 중대범죄를 억제하기 위한 형사법 질서의 중요한 일부를 이루고 있다. 이 법에 따라 직접 처벌되는 행위를 내용으로 하는 계약은 그 자체로 반사회성이 현저하여 민법 제746조에서 말하는 불법의 원인에 해당하는 것으로 볼 수 있다."고 판시하였다.[302] 다른 한편으로는 "자금의 조성과정에 반사회적 요소가 있더라도 그 자금을 위탁하거나 보관시키는 등의 행위가 범죄수익

300) 헌법재판소 2019. 5. 30. 선고 2017헌바228 결정.
301) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2018도3619 판결.
302) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도11931 판결.

은닉규제법을 위반하지 않고 그 내용, 성격, 목적이나 연유 등에 비추어 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반한다고 보기 어려운 경우라면 불법원인이 있다고 볼 수 없다."고 판시하였다.[303]

위 판결은, 급여 목적물인 범죄수익의 반사회성 내지 불법성 판단에 관한 입법자의 의사 내지 범죄수익의 박탈을 주된 목적으로 하는 범죄수익은닉규제법의 규범목적을 존중하는 태도를 분명히 하였다는 점, 위와 같은 고려를 불법성 판단 단계에서 행하였다는 점에서 의미가 큰 판결이라고 생각한다.

(3) 급여의 이전행위가 불법하거나 동기 또는 목적이 불법한 경우

'급여의 이전행위가 불법한 경우'는, 급여 자체에 불법성이 있는 경우, 급여 자체에는 불법성이 없더라도 불법한 행위의 실행을 조건으로 하거나 그에 대한 대가나 비용이 지불된 경우, 표시되거나 상대에게 알려진 동기가 불법인 경우로 구분할 수 있다.[304] 이러한 유형에 속하는 사안에서는 금지규범이 달성하고자 하는 정책적 목적을 고려하여 반환청구를 인용할 것인지 결정해야 할 것이다. 미국 연방제5항소법원 Orthodontic Centers of Texas, Inc. v. Wetzel 사건에 관하여 보면, 무면허 치과의료업을 사업으로 하는 원고가 치과의사인 피고를 고용하여 치과진료를 시키던 중 과잉 지급된 수당에 관하여 부당이득반환청구를 한 사안에서, 법원은 원고와 피고 모두 무면허 치과의료 행위에 가담하였지만 무면허의료업을 억지해야 할 공익적 필요성이 강력하다는 이유로 사업자인 원고의 청구를 각하였다.

도박장을 운영하기 위하여 건물을 임차한 사안을 예로 들면, 도박장 운영을 억지할 공익적 필요성이 크므로 도박장 운영자가 청구한 부당이득반환청구에 대하여는 동조 본문을 적용하여 청구를 기각하고, 임대인의 부당이득반환청구에 대하여는 이를 인용해야 할 것으로 생각한다.

---

303) 위 대법원 2017도11931 판결.
304) 양창수·권영준, supra note 271, p. 565.

(4) 위 두 유형에 해당하지 않는 나머지 경우

앞서 언급한 유형 중 세 번째 유형은 급여의 소지가 불법한 경우도 아니고, 급여의 이전이 금지규범 위반행위를 내용으로 하거나 불법한 동기 또는 목적과 결부되는 경우도 아닌 나머지 경우이다. 급여가 이루어진 상태를 불법성 심사대상으로 삼는다면, 원인행위가 민법 제103조 위반에 해당한다고 하더라도, 세 번째 유형에 불법성을 인정하여 민법 제746조 본문을 적용할 수 없다고 생각한다.

도박장 운영 목적으로 사용할 동기가 표시된 건물 임대차계약에서 임차인이, 도박장을 폐업한 다음 일반 숙박업소로 건물을 사용·수익하면서 지출한 유익비, 필요비에 대한 반환청구를 하는 경우를 예로 들 수 있다. 민법 제746조 본문은 "불법의 원인으로 인하여"라고 규정하여, 불법한 평가를 하게 되는 원인(금지규범 위반행위)과 급여가 이루어진 상태 사이에 인과관계가 있을 것을 요구한다. 위와 같은 인과관계 인정의 범위가 무한정일 수 없다. 생각건대, 숙박업소로 사용·수익하면서 지출한 유익비, 필요비에 대해 민법 제746조 본문을 적용해서는 안된다고 생각한다.

독일에서는 불법적인 계약관계에 관련되긴 하였지만 그 자체로는 직접적 불법성이 없는 급부에 대해 불법원인급여 규정을 적용하지 말자는 견해가 제기되고 있다고 한다. 이러한 견해를 '직접성의 원칙(Unmittelbarkeitsprinzip)'이라 부른다고 한다.[305] 윤락업소와 일반부동산을 일괄해서 매도했을 때 그 중 일반부동산의 점유이전은 불법원인급여가 아니므로, 반환청구가 가능하다는 독일판례[306] 등이 직접성의 원칙에 따른 것이라고 소개되기도 한다.

하지만 직접성의 원칙만으로는 명확한 적용기준을 도출하기 어렵고, 무엇보다 민법 제746조 본문규정에서 직접성 요건을 추단할 근거가 없다

---

305) 백경일, supra note 32, p. 272.
306) RGZ 78, 41(46); 백경일, supra note 32, p. 272.

고 생각한다.[307] 다만 인과관계를 인정하는 범위를 제한할 필요성은 공감한다. 더구나 사견과 같이 급여가 이루어진 상태를 중심으로 불법성을 심사하면 원인행위가 민법 제103조 위반에 해당한다고 하더라도, 민법 제746조 본문을 적용하지 않는 경우를 쉽게 설명할 수 있다. 즉, 앞서 논한 두 유형에 해당하지 않는 나머지 유형에 해당한다면 민법 제746조 본문에 따른 불법성을 인정해서는 안된다고 생각한다.

위 독일판례 사안과 관련해서는, 일반 부동산의 매매행위가 금지규범 위반행위를 내용으로 하거나 불법한 동기 또는 목적과도 결부되는 경우가 아닌 경우이므로, 세 번째 유형에 해당하여 민법 제746조 본문이 적용되지 않는다고 설명할 수 있다.

4. 급여시점 이전 불법성 치유

원인행위시점에는 불법성이 인정되지만 급여 이전에 불법성이 제거된다면 원인행위의 불법성에도 불구하고 불법원인급여가 아니라고 볼 여지가 있다.

예컨대, 2인으로 구성된 조합의 조합원 1인이 다른 조합원 몰래 조합재산인 동산에 관하여 매매계약을 체결하고 이 과정에서 매수인이 매도인에게 이러한 행위를 하도록 적극적으로 부추겼으나 매매목적물의 인도 전에 다른 조합원이 사망하거나 조합에서 탈퇴하여 그 매매목적물이 매도인의 단독 소유가 되었고, 이 상태에서 물건을 인도하고 매매대금을 수령하였다면 매매목적물인 위 동산 또는 지급된 매매대금에 관하여 민법 제746조가 문제될 여지가 없다고 본다. 원인행위가 불법, 무효라고 하더라도 목적물의 소유권을 이전하는 단계에서는 매도인이 소유권을 취득하였기 때문에 처분행위는 유효하다고 보는 것이다.

부동산의 배임적 이중매매에 있어서 소유자가 제2매수인에게 소유권이전등기를 마치기 전에 제1매수인과의 매매계약이 해제된 경우도 이에 해당한다. 제1매수인과의 매매계약이 해제된 이상 제2매수인에게 소유권

307) 백경일, supra note 32, pp. 272-273.

이전등기를 마쳐주었다고 하더라도 불법원인급여로 인한 반사적 소유권 귀속 여부의 문제는 발생하지 않는다고 본다.

5. 대차형 계약

가. 의의

불법원인급여가 되려면 불법을 원인으로 재산을 급여하거나 노무를 제공한 경우여야 한다. 여기서 재산의 급여는 수익자에게 재산적 가치 있는 출연을 하거나 어떤 재산적 이익을 주고 이로 인하여 급여자가 그에 상당한 손실을 입는 것을 말한다.[308] 민법 제746조의 적용 여부가 문제되는 사안에서 어떤 행위가 급여에 해당하지 않는다면 불법성을 논할 필요조차 없이 동조의 적용이 배제된다.

한편 대차형 계약은 민법상의 전형계약 중 계약이 종료하는 때에 그 목적물 또는 등가물을 반환하는 것이 당연히 예정되어 있는 형태의 계약을 말한다. 소비대차, 사용대차, 임대차, 임치 등이 이에 해당한다. 계약관계가 종료하면 목적물 또는 등가물을 반환하는 것이 계약의 본질적 요소이기 때문에 반환이 전제되지 않는 계약은 당사자가 그 명칭을 어떻게 정하든 여기에 속하지 않는다.

대차형 계약은 두 가지 유형으로 분류할 수 있다. 하나는 사용대차, 임대차처럼 대주가 소유권을 그대로 보유하고 차주는 계약 목적물의 점유, 사용권만을 취득하였다가 계약상의 반환시기가 도래하는 등 계약이 종료하면 그 목적물을 원상대로 대주에게 반환하는 형태이다. 또 다른 하나는 소비대차, 소비임치 등과 같이 계약 목적물이 금전 기타 종류물인 경우로서 차주가 소유권을 취득하고 계약상의 반환시기가 도래하면 대주에게 계약의 목적물과 동종, 동급, 동량의 대체물을 반환하는 형태이다. 이러한 차이는 불법원인급여의 해석에도 영향을 미친다.

전자에 해당하는 예로는, B가 자신의 자전거를 마약사범인 A에게 빌

308) 곽윤직, supra note 24, pp. 365-366.

려주어 A가 마약을 운반하도록 도와준 경우, 또는 채무자 A가 채권자의 강제집행이 개시되자 이를 면탈할 목적으로 귀금속 등 고가품을 친구인 B에게 잠시 보관해 줄 것을 요청하고 B가 이를 수락하여 그 고가품을 보관한 경우를 상정할 수 있다. 이 사안에서 A가 B에게 자신을 도와준 데 대한 대가 또는 사례로 금전을 지급했다면 이는 전형적인 불법원인급여가 될 것이다. 또한 B가 A에게 자신의 자전거에 대한 점유, 사용의 이익을 준 것도 급여에 해당한다. 그러나 A가 자전거의 반환을 거부하여 B가 A를 상대로 그 반환청구를 하는 경우에도 불법원인급여의 법리가 적용되는지 문제된다. 위 강제집행면탈 사안에서 B가 불법원인급여임을 이유로 지신이 보관하는 고가품의 반환을 거부할 수 있는지도 같은 맥락에서 논의될 수 있다.

후자에 해당하는 예로는, 불법 도박장 개설자가 도박꾼에게 도박자금으로 사용하도록 금전을 대여한 경우를 가정해 볼 수 있다. 이 경우 차주는 금전을 교부받는 순간 그 금전에 대한 소유권을 취득한다. 차주가 대주에게 이자를 변제하고 나서 소비대차계약이 불법, 무효임을 이유로 부당이득반환청구를 한다면 전형적인 불법원인급여의 문제가 발생한다. 그런데 대주가 차주에게 대여금의 반환을 청구하는 단계에서도 민법 제746조가 적용될 수 있는지 검토해 볼 필요가 있다.

나. 판례

대차형 계약에서 대주가 차주에게 금전 또는 특정물의 점유를 이전하는 경우 어느 범위에서 '급여'가 있다고 볼 것인지에 관하여 대법원 판례는 명확하지 않다. 국내 학자들 사이에서도 이에 관한 논의는 별로 없다. 따라서 아래의 대법원 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

① 대법원 92다33169 판결은, 수입품의 가격을 실제보다 낮게 신고하여 관세포탈을 하기 위해서 환전상 인가를 받지 않은 암달러상에게 물품대금 중 일부를 외국의 수출업자에게 비밀송금을 해 줄 것을 위탁하면서 송금액을 교부한 행위는 불법원인급여에 해당한다고 판시하였다.[309] 이

판결은 수입업자가 암달러상에게 금전의 환전과 송금을 위탁했을 뿐 이를 수탁자에게 종국적으로 귀속시킨 것이 아님에도 급여에 해당한다고 본 것이다.

② 대법원 2010다77477 판결은, 대주가 무이자로 금원을 대여함으로써 공무원에 준하는 신분을 가지고 있는 차주에게 이자 상당의 이익을 뇌물로 제공한 경우 대주는 원금에 관하여는 이를 반환받을 의사가 있었으므로 불법원인급여에 해당하지 않는다는 이유로 원금의 반환청구를 인용하는 취지로 판시하였다.[310]

③ 대법원 93다55234 판결에서는, 도박자금을 대여함으로써 발생한 채권의 담보로 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 경료한 경우 근저당권자가 받은 이익은 소유권이전과 같은 종국적인 것이 되지 못하므로 소유자는 그 등기의 말소를 구할 수 있다고 판시하였다.[311]

④ 대법원 74다960 판결은, 위와 같은 사안에서 원고가 담보 목적으로 그 소유의 부동산에 관하여 소유권이전등기를 경료해 준 후 그 등기의 말소를 구한 사안에 관한 것이다.[312] 이 사건에서 대법원은 위 소유권이전등기가 도박채무를 담보하기 위하여 경료되었으나 그 피담보채무가 존재하지 않으므로 원고의 청구를 인용해야 한다는 취지로 판시하였다. 한편 대법원 89다카5994 판결은, 위와 같은 사안에서 소유권이전등기의 말소를 구하는 것은 민법 제746조 본문에 의하여 허용될 수 없다고 판시하였다.[313]

다. 외국에서의 논의

독일에서는 대차형 계약의 경우 급여에 해당하는 것은 급여 목적물 자체가 아니라 오로지 그 목적물을 '일정기간 사용하게 해주는 것

309) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92다33169 판결.
310) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다77477 판결.
311) 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다55234 판결.
312) 대법원 1974. 11. 12. 선고 74다960 판결.
313) 대법원 1989. 9. 29. 선고 89다카5994 판결.

(Überlassung auf Zeit)'일 뿐이므로 사용기간이 만료되면 반환이 금지되는 급부는 더 이상 존재하지 않으므로, 수익자는 그 목적물을 반환해야 한다는 견해가 다수설이다.[314] 독일의 제국법원(RG)은 "견련성"(Synallagma) 심사를 근거로, 독일 민법 제817조 제2문의 "급부"(Leistung) 개념을 제한하여, (고리대부에서) 원금의 반환청구는 인정하면서, "금전의 기한부 사용"만이 당사자들이 합의한 급부의 내용에 해당하기 때문이라고 판시하였다.[315]

일본에서는 초고율의 이자를 약정한 소비대차가 폭리행위로 인정되는 경우에 그 전체가 공서양속 위반으로 무효가 된다고 해석하면, 그 폭리를 목적으로 하는 급부로써 원본 자체를 반환청구 할 수 없는 것이 될 수도 있으나, 이것은 너무 가혹하기 때문에 제한을 넘는 초과이자에 대하여만 반환청구권을 부정한다고 한다.[316]

영국 항소법원(Court of Appeal) Bowmakers Ltd v Barnet Instruments Ltd 사건은, 소유자가 전시 긴급명령에 위반하여 기계공구류를 임대하였는데, 임차인이 그 목적물을 임의로 처분하여 횡령하자 소유권 침해를 이유로 손해배상청구를 한 사안에 관한 것이다.[317] 법원은, 위 임대차계약이 불법성에 오염되어 무효이므로 임대차계약 위반을 이유로 손해배상청구는 할 수 없지만 소유권 침해를 이유로 한 손해배상청구에는 아무런 지장이 없다고 설시하면서 불법성의 항변을 배척하고 원고의 청구를 인용하는 취지로 판시하였다. 위 판결에서는 소유권에 기한 청구에서 원고가 소유권을 증명하기 위하여 스스로 불법성 있는 행위를 한 사실을 주장해야 하는 경우에는 청구가 배척된다는 점도 방론으로 밝혔다.

---

314) Dieter Medicus·Stephan Lorenz, supra note 108, Rn. 1153; 백경일, supra note 32, p. 270.

315) RGZ 161, 52(56f.); 최봉경, supra note 5, p. 188.

316) 谷口知平·甲斐道太郎 編, supra note 78, pp. 705(谷口知平·土田哲也 집필부분).

317) [1945] KB 65, 69-71.

라. 검토

(1) 특정물에 관한 대차형 계약

위 마약운반과 강제집행면탈의 사안에서 자전거의 소유자 또는 귀금속 등 고가품의 소유자는 차주 또는 보관인에게 소유권을 이전한 바 없다. 소유권에 관한 한 급여가 없었던 것이다. 그러나 위 마약운반 사례에서 자전거의 소유자 B가 A에 대하여 자전거의 사용수익으로 인한 부당이득의 반환을 청구한다면 민법 제746조가 그대로 적용될 것이다.

위 사례에서 어떠한 법리에 의하여 소유자의 반환청구가 허용되는지 소송법적으로 살펴볼 필요가 있다. 만약 반환시기가 도래하기 전에 소유자가 소유권에 기하여 반환청구를 하면 어떻게 되는가? 민사소송법상 변론주의와 주장책임의 법리에 의하면, 소유자인 원고는 청구원인사실로서 목적물이 원고의 소유인 사실, 피고가 목적물을 점유하고 있는 사실을 주장하면 된다.[318] 이때 피고는 당사자 사이의 계약 또는 합의에 기하여 목적물을 점유하고 있는 사실(점유의 권원)을 항변으로 주장할 수 있다. 이에 대하여 원고는 위 계약 또는 합의가 민법 제103조에 위반되어 무효라는 취지의 재항변을 할 수 있다. 민법 제746조 본문은 원인행위가 불법, 무효임을 이유로 부당이득반환청구를 하는 것을 금지할 뿐이므로 원고의 위와 같은 재항변은 동조의 제한을 받지 않는다. 따라서 원고의 목적물 반환청구는 인용될 것이다. 이렇게 해석할 실질적 필요성도 있다. 대주가 차주로부터 불법적인 용도로 사용되고 있는 계약의 목적물을 계약이 종료하기 전에 회수하여 불법상태를 조기에 해소하는 것이 공익에 부합한다고 보기 때문이다.

만약 반환시기가 도래하였다면 소유자인 원고는 두 개의 청구를 선택적으로 할 수 있다.

첫째, 소유자인 원고는 계약에 기한 반환청구를 할 수 있다. 대차형 계약에서 계약기간이 종료하면 차주는 목적물을 대주에게 반환할 계약상

318) 안철상·조병구·정기상, 실무중심 민사기본 요건사실(2014), p. 193.

의 의무가 있기 때문이다. 이 경우 원고가 주장해야 하는 요건사실은 계약체결 사실, 원고가 피고에게 목적물을 인도한 사실, 반환시기가 도래한 사실이다.[319] 이에 대하여 피고는 항변으로 위 계약이 불법이어서 무효라는 주장을 할 수 있다. 이렇게 되면 원고의 청구는 기각될 것이다.

둘째, 소유자인 원고는 소유권에 기하여 반환청구를 할 수 있다. 이 경우 원고는 목적물이 원고의 소유인 사실, 피고가 이를 점유하고 있는 사실을 주장하면 된다. 계약기간이 만료하였으므로 피고는 더 이상 항변으로 점유의 권원을 주장할 수 없다. 따라서 원고의 청구는 인용될 것이다.

요컨대, 특정물에 관한 대차형 계약에서는 대주가 차주에게 목적물을 인도하더라도 이는 소유권의 급여는 아니므로 대주는 소유권에 기하여 반환청구를 할 수 있는바, 이러한 법리는 민사소송법상 변론주의와 요건사실론을 적용해 보더라도 타당하다고 생각한다.

(2) 소비대차와 소비임치

민법 제598조에 의하면, 소비대차는 당사자 일방이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방은 그와 같은 종류, 품질 및 수량으로 반환할 것을 약정함으로써 성립한다. 이는 소비대차에 있어서 대주가 차주에게 금전 또는 종류물을 인도하는 순간 차주는 그 소유권을 취득하게 되는 것을 의미한다. 굳이 이러한 규정이 없다고 하더라도 원칙적으로 특정되지 않은 금전이나 종류물은 점유가 있는 곳에 소유가 있는 것이기도 하다. 만약 차주가 목적물을 소유자로서 소비하는 것이 금지된다면 이러한 계약은 더 이상 소비대차가 아니다. 소비임치도 마찬가지다. 따라서 대주가 차주에게 계약의 목적물을 인도함으로써 그 소유권에 관하여도 민법 제746조 소정의 급여가 이루어진 것으로 보아야 할 것이다.

불법이어서 무효인 소비대차를 변론주의와 주장책임의 법리에 비추

---

319) 안철상·조병구·정기상, supra note 318, p. 192.

어 살펴보기로 한다. 대주인 원고가 변제기 도래 이전에 반환청구를 한다면 원고의 청구는 그 자체로 기각될 수밖에 없다. 반환시기의 도래는 원고가 주장해야 할 청구원인사실이기 때문이다. 이와 달리 원고가 소비대차계약이 불법, 무효인 사실을 주장하여 대여금 상당의 부당이득반환청구를 하는 경우에는 민법 제746조가 바로 적용된다. 원고가 변제기 도래 이후에 대여금 등의 반환을 청구한다고 하더라도 피고가 청구의 기초인 소비대차계약이 불법, 무효인 사실을 항변으로 주장하면 원고의 청구는 기각될 것이다. 따라서 원고는 이 경우에도 부당이득반환청구를 할 수밖에 없으니 역시 민법 제746조가 적용된다.

요컨대, 소비대차에 있어서 그 계약이 불법, 무효라면 대주로서는 차주에 대하여 대여원금에 관하여도 부당이득반환청구를 할 수밖에 없으므로, 민법 746조의 적용 여부는 '급여'의 성부(成否)가 아니라 불법성의 문제로 귀착된다. 이러한 법리를 전제로 위 대법원 판례를 검토하기로 한다.

① 위 대법원 92다33169 판결에 관하여 살펴보기로 한다. 원고가 암달러상인 피고에게 송금을 위탁한 금액 전부에 관하여 급여가 성립한다. 원고가 위 금원을 피고에게 종국적으로 귀속시킬 의사가 없었다고 하더라도 목적물이 금전인 이상 마찬가지다. 또한 이 금액 전부가 관세포탈의 수단으로 사용될 것이 예정되어 있었으므로 그 반환청구에 민법 제746조 본문이 적용된다고 판시한 것은 정당하다고 생각된다.

② 위 대법원 2010다77477 판결은, 대주가 원금을 반환받을 의사로 대여한 것이므로 원금에 관한 한 불법원인급여에 해당하지 않는다고 판시하였다. 판시내용만으로는 원금에 관하여 불법성이 없다는 것인지 급여에 해당하지 않는다는 것인지 불명확하다. 그러나 위에서 본 법리에 따르면 원고가 준공무원인 피고에게 소비대차를 위하여 금전을 교부한 행위는 급여에 해당한다. 대법원 판례는 법이론에 맞게 선해해야 할 것이므로 이 판결은 원금에 관하여는 불법성이 없다고 판시한 것으로 해석함이 타당하다.

③ 대법원 93다55234 판결에서는, 민법 제746조 소정의 급여가 있었

다고 보려면 수익자가 얻은 이익은 그 자체로 종국적인 것이어야 한다는 것이다. 채권자가 근저당권을 실행하려면 집행법원에 신청하여 법원이 경매개시결정을 해야 하는데, 이는 불법이어서 무효인 소비대차계약의 강제이행을 국가기관이 지원하는 결과가 되므로 허용될 수 없다는 의미도 된다. 한편 이 판결은 피담보채무가 존재하지 않는다는 것을 전제로 한다. 이 사건에서 원고는 소비대차계약이 무효여서 피담보채무가 부존재함을 이유로 근저당권의 말소를 청구했기 때문이다. 더 나아가 근저당권은 채무자의 모든 채무를 담보하는바, 민법 제746조 본분이 적용되어 부당이득반환청구권도 부존재한다는 것인지에 관하여는 아무런 판단이 없어 아쉽다.

④ 위 대법원 74다960 판결과 89다카5994 판결은 대법원 93다55234 판결과 사안이 유사하지만 도박채무를 담보하기 위하여 근저당권설정 대신 소유권이전등기를 경료하였으니 양도담보에 해당한다. 양도담보의 설정이 민법 제746조의 급여에 해당하는지 여부에 관하여 위 두 개의 판결은 결론을 달리하고 있는 것으로 보인다. 그러나 양도담보권 실행에 관한 당사자 사이의 약정 내용, 목적물의 시가가 피담보채무액을 초과하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 양도담보가 종국적 이익의 귀속인지 판단해야 할 것이므로 위 위 판결들이 모순된다고 속단할 것은 아니라고 생각한다.

제 3 절 불법원인급여 인정 효과

1. 개관

불법원인급여로 인정되어 민법 제746조 본문이 적용되면 급여자는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다.

불법원인급여의 내용이 소유권 이전인 경우, 급여자가 물권적 청구권을 행사할 수 있는지도 문제되고, 대법원[320]과 통설[321]은 물권적 청구권

도 행사할 수 없고 반사적으로 소유권은 수익자에게 귀속된다고 보는데, 본 연구는 이 쟁점에 대해서는 자세히 분석하지 않기로 한다.

본 절 2.항에서는 불법원인급여로 인정될 경우 급여자의 손해배상청구 배척 여부 및 배척 범위를 논한다. 본 절 3.항에서는 불법원인급여로 인정됨에도 불법성비교론을 통해 민법 제746조 본문의 적용을 조정하는 경우에 관해 자세히 논한다.

2. 손해배상청구권과의 관계

원고 종중의 총무는 기초자치단체 의원인 피고와 사이에, 피고가 등기공무원에게 청탁하여 이 사건 임야의 등기명의인 표시를 경정하도록 해주는 대가로 1억 원을 피고에게 지급하기로 합의하고, 원고 종중의 돈을 지급하였다. 이 사건에서 원고 종중은 위 금액에 관하여 부당이득반환청구를 하고, 아울러 종중 총무와 피고의 공동불법행위로 인하여 원고 종중에게 위 금액 상당의 손해가 발생하였음을 이유로 손해배상청구를 하였다. 대법원은, 부당이득반환청구는 불법원인급여에 해당하여 이유 없다고 보아 이를 기각하고, 손해배상청구 역시 이를 인용하면 원고에게 급부 자체 또는 그 경제적 동일물을 반환하는 것과 동일한 결과가 되어 민법 제746조의 법이념에 반하게 된다는 이유로 이를 기각한 원심 판결이 정당하다고 판시하였다. 그 근거로 불법의 원인으로 재산을 급여한 사람의 손해배상청구를 인용한다면 실질적으로 급부 자체 또는 그 경제적 동일물의 환수와 다름없는 결과가 되어 민법 제746조의 취지가 잠탈될 수 있다는 점을 들었다. 한편, 급여자와 수익자 사이에 현저할 정도로 불법성이 차이가 날 경우 손해배상청구권을 인정할 수 있는 예외적인 사정이 된다고도 판시하였다.[322]

---

320) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결; 대법원 1989. 9. 29. 선고 89다카5994 판결; 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18035 판결.

321) 곽윤직, supra note 24, pp. 367-368; 곽윤직 편집대표, supra note 58, p. 494(박병대 집필부분); 이은영, supra note 34, p. 717; 송덕수, supra note 73, p. 441.

독일에서는 불법원인의 급부를 한 피해자가 법질서의 보호범위로부터 벗어나 있지만, 가해자에게는 불법원인급여에 관여한 책임요소뿐만 아니라 불법행위에 대한 '부가적 불법성(zusätzlicher Unrechtsgehalt)'이 추가로 존재하기 때문에, 가해자가 독자적으로 손해배상책임을 부담한다고 보는 견해가 일반적이라고 한다.[323]

프랑스 또한 계약의 영역과 불법행위의 영역은 구분되는 것이고, 불법원인급여의 법리는 계약의 불법성에 한하여 적용되는 것이므로, 가해자는 피해자의 불법행위로 인한 손해 배상청구에 대하여 피해자의 급부가 불법원인급여임을 이유로 손해배상청구를 거부할 수는 없다는 견해가 일반적이라고 한다. 급여자의 과책(faute)은 손해배상액의 범위를 산정하는 데에 고려하면 된다는 것이다.[324]

생각건대, 불법원인급여에 관한 규정인 민법 746조와 불법행위에 관한 규정인 민법 제750조는 각자 독립되어 있고, 어느 것의 효력이 다른 것에 우선한다고 볼 근거도 없다. 민법 제746조의 해석이 민법 제750조의 영향을 받아서는 안 되듯이 그 반대의 경우도 타당하다. 법원으로서는 처분권주의에 따라 불법행위 손해배상청구에 대하여는 이에 관한 법리에 충실해야 하고, 부당이득반환청구에 대하여는 그 영역에서의 법리에 따라야 하는 것이다.[325] 이러한 이치는 불법이어서 무효인 행위를 원인으로 급부물을 양도한 급여자가 그 원인행위가 무효이니 급부물의 소유권이 여전히 자신에게 있다는 이유로 소유권에 기한 물권적 청구권의 행사로서 급부물이 반환을 구하는 경우와는 다르다. 또한 불법행위 손해배상청구에 있어서 급여자와 수익자 모두 불법에 관여한 때에는 과실상계를 할 수 있으므로 부당이득반환청구에 있어서보다 합리적인 결론에 도달할 수 있는 장점도 있다.

3. 불법성비교론을 통한 조정

322) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다35412 판결.
323) 정상현, supra note 5, p. 102.
324) 여하윤, supra note 74, p. 126.
325) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결.

가. 의의

민법 제746조는 본문이든 단서든 급여의 원인이 무효여서 급부가 부당이득이 되는 경우에 비로소 적용된다. 급부의 원인이 불법이라고 하더라도 그것이 무효가 아니라면 급여자의 부당이득반환청구권이 성립할 여지가 없어 동조 적용의 전제조건이 흠결되는 것이다. 동조가 적용되기 위한 또 하나의 조건은 급여자와 수익자 중 어느 한쪽 또는 양쪽이 급여의 원인을 무효로 만든 불법성 있는 행위에 가담하거나 책임이 있어야 한다.

급여자와 수익자 모두 불법성 있는 행위에 가담하였음에도 민법 제746조 본문이 적용되는 결과 공평의 원칙 및 정의관념에 반하는 결과가 발생할 수 있고, 민법 제746조 단서의 적용만으로는 이를 시정하기 어려우므로, 수익자의 불법성을 고려하여 동조 본문의 적용을 제한할 필요가 있다. 이것이 불법성비교론이다. 앞서 살펴본 바와 같이 불법성비교론을 적용하는 방법에 관하여 불법성현저설, 단순비교설, 안분설 등으로 견해가 대립한다.

불법성비교론은 민법 제746조 본문의 적용을 제한하는 것을 내용으로 하므로, 신의칙 등 일반원칙에서만 그 근거를 찾기보다는 동조 단서의 해석에서 도출할 수 있을 것이다.[326]

동조 본문과 단서의 요건사실에 관하여는 변론주의가 적용된다. 급여자인 원고가 급부물에 대한 부당이득반환청구를 하기 위해서는 급부의 원인이 금지규범에 위반하여 무효인 점을 뒷받침하는 사실에 관하여 주장·증명해야 한다. 불법인 급여의 원인에 급여자인 원고가 관여하였다는 사실은 부당이득반환청구에 대한 권리장애사실이므로 수익자가 이를 주장·증명할 책임이 있다. 이에 대하여 불법의 원인이 주로 수익자인 피고에게만 있다는 것을 뒷받침하는 사실은 원고의 재항변에 해당하므로 원고가 이를 주장·증명해야 할 것이다.[327]

---

326) 권영준, supra note 264, p. 173; 백경일, supra note 32, pp. 255-256.

법원은 당사자의 주장이 없으면 판단을 할 수 없으므로 수익자의 불법원인급여 항변이 있는 경우에 동조 본문의 요건사실을 심리하게 된다. 이 단계에서는 수익자의 불법성 있는 행위나 그 정도를 고려해서는 안 될 것이다. 원고가 동조 단서의 요건사실을 주장하여 재항변을 하는 경우에 법원은 불법성비교론에 따라 급여자와 수익자 사이의 불법에 대한 책임 내지 기여도를 심리하게 될 것이다.

동조 단서규정에 기초한 불법성비교론은 금지규범 위반에 관여한 수익자에게 본문규정의 적용으로 인한 반사적 이익을 향수시키는 것이 온당한지에 관한 심사하는 것이라고 이해할 수 있다. 바꾸어 말하면 불법성비교론은 금지규범 위반에 관여한 수익자에게 어느 정도의 반사적 이익을 부여하는 것이 적당한지에 관한 심사이다.

결국 급여가 이루어진 상태를 불법성 판단을 위한 심사대상으로 두고, 이 상태를 유지하여 급여자의 불이익으로 귀결시킬 것인지를 심사하는 것이 본문규정이라면, 이 상태를 변경시켜 수익자의 반사적 이익으로 귀결시킬 것인지를 심사하는 것이 단서규정 내지 불법성비교론이라고 이해하는 것이 타당하다고 생각한다.

나. 판례의 검토

불법원인급여가 문제되는 상당수 사안은 급여자와 수익자 모두 불법에 관여한 경우이다.[328] 이때 누군가 주도적으로 금지규범을 위반했다고 하더라도, 다른 당사자 또한 가담자 내지 공범인 경우가 많으므로 급여자와 수익자 사이에 현저할 정도로 불법성 평가가 달라지는 경우는 흔치 않다.

대법원이 급여자와 수익자 사이에 현저할 정도로 불법성이 차이가 난다고 판시한 사건은 다음과 같다.

---

327) 황영모, “부당이득반환청구권의 증명책임”, 재판자료 제26집(1985), pp. 254-255.

328) 박병대, supra note 6, p. 97; 정상현·서순택, supra note 25, p. 569; 백경일, supra note 32, p. 256.

① 토지의 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하여 원고 청구를 인용하는 판결이 선고되고 그 판결이 확정되었는데, 명의신탁자가 위 판결에 기하여 소유권이전등기를 경료하기 전에 명의수탁자가 그 토지를 타인에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 주었고, 이 과정에서 매수인이 명의수탁자에게 매도를 적극 권유하였다. 그 후 매수인 명의의 소유권이전등기가 명의신탁자에 의하여 말소되고 나서 매수인이 명의수탁자를 상대로 매매대금반환청구를 하였고 매도인인 명의수탁자는 불법원인급여의 항변을 하였다. 법원은 명의수탁자의 불법성이 현저히 크다는 이유로 매수인의 청구를 인용하였다.

② 급여자가 수익자에 대한 도박 채무의 변제를 위하여 급여자의 주택을 수익자에게 양도하고 소유권이전등기를 마쳐주었지만 수익자가 급여자를 유인하여 내기바둑을 한 점, 수익자의 내기바둑에서의 사기적 행태, 도박자금 대여 및 회수 과정에서의 폭리성과 갈취성 등에서 드러나는 수익자의 불법성의 정도가 내기바둑에의 수동적인 가담, 도박 채무의 누증으로 인한 도박의 지속, 도박 채무 변제를 위한 유일한 재산인 주택의 양도 등으로 인한 급여자의 불법성보다 훨씬 크다고 보아 급여자로서는 그 주택의 반환을 구할 수 있다고 판시하였다.[329]

③ 포주가 윤락녀와 사이에 윤락녀가 받은 화대를 포주가 보관하였다가 절반씩 분배하기로 약정하고도 보관 중인 화대를 임의로 소비한 경우, 포주와 윤락녀의 사회적 지위, 약정에 이르게 된 경위와 약정의 구체적 내용, 급여의 성격 등을 종합해 볼 때 포주의 불법성이 윤락녀의 불법성보다 현저히 크므로 화대의 소유권이 여전히 윤락녀에게 속한다는 이유로 횡령죄를 구성한다고 판시하였다.[330]

④ 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 것으로

329) 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다49530,49547 판결.
330) 대법원 1999. 9. 17. 선고 98도2036 판결.

서 그 불법의 원인이 수익자인 대주에게만 있거나 또는 적어도 대주의 불법성이 차주의 불법성에 비하여 현저히 크다고 할 것이어서 차주는 그 이자의 반환을 청구할 수 있다고 판시하였다.[331]

위 각 사건에서 법원은 수익자의 불법성이 급여자에 비해 월등히 크다는 이유로 급여자의 부당이득반환청구를 인용하는 취지의 판결을 하였다. 그러나 각각의 사실관계를 비교해보면 ②의 사례와 같이 수익자의 불법성이 급여자보다 명백히 큰 것도 있지만 나머지 사건들은 그 판단이 쉽지 않을 뿐 아니라 불법성의 상대적 차이도 사건마다 다르다고 생각된다. 이와 같이 급여자와 수익자 사이의 불법성의 상대적 차이가 사안에 따라 다른데도 동조 본문에 의하여 부당이득반환청구를 전부 인용할 것인지. 아니면 동조 단서에 의하여 전부 기각할 것인지 일도양단식으로 구분하여 판결하는 것은 형평에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

다. 안분설

(1) 일본에서의 논의

일본 최고재판소 소화 29년(1954년) 8월 31일 판결의 사안은 다음과 같다.[332] Y는 X에게 자신이 선박을 제공하고 X는 자금을 제공하여 밀수출입을 동업으로 하자고 설득하여 X가 이를 수락하였으나 나중에 X의 가족이 반대하자 동업합의를 해지해줄 것을 요청하였다. 이에 Y는 X에게 동업약정은 해지하되 이미 항해의 준비에 많은 비용이 들었으니 투자를 위하여 준비한 금원을 대여해줄 것을 요청하였다. X는 Y에게 15만 엔을 대여하였으나 Y는 이를 변제하지 않고, 항해준비를 하였다는 것도 거짓이었음이 밝혀졌다. X는 위 대여금의 반환을 구하는 소를 제기하였다. 이 사건에서 최고재판소는 X의 행위의 불법적 요소는 극히 미약하여 Y의 불법에 비하면 문제가 되지 않을 정도이므로 이 사건에 대하여는

331) 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결.
332) 最判昭和29年(1954)8月31日 民集8卷8号1557頁.

민법 제90조(우리나라 민법 제103조) 또는 민법 제708조(우리나라 민법 제746조)의 적용이 없다고 판시하였다. 최고재판소 판례 중에는 아내가 있는 남자임을 알면서 정교관계를 가진 여성의 위자료 청구에 있어, 여성 측 불법의 정도에 비하여 남성 측의 위법성이 현저히 크다고 평가되는 때에는 위자료 청구가 허용된다고 판시한 것도 있다.

위에서 본 일본 최고재판소 판례는 불법성현저설의 입장에 서있다고 할 수 있다. 그러나 일본 하급심 판결 중에서는 안분설에 따른 판결도 보인다. 일본에서는 도입예금(導入預金)의 불법원인급여 여부가 치열하게 다투어진 적이 있다. 도입예금이란, 예컨대, A은행의 임직원이 A은행 명의로 C에게 5,000만 원을 대출하려면 B로부터 1,000만 원의 예금을 유치하고 이를 담보로 제공하도록 해야 하는데, 이 경우 B의 예금을 말한다. 도입예금은 구 「예금 등에 관련된 부당계약의 단속에 관한 법률(預金等にかかる不当契約の取締に關する法律)」에 의하여 금지되고 당사자는 형사처벌을 받을 수 있다.[333] 오사카고등재판소는, 위 법에 위반되어 무효인 도입예금의 예금주가 은행을 상대로 예치금의 반환을 청구한 사건에서, 지점장은 폭력단의 공갈을 받아도 거액의 불량대출을 하는 것은 엄중히 삼갔어야 하고 경찰에 구제요청을 하는 등의 조치를 취했어야 함에도 이에 이르지 않고 대출을 한 잘못이 있으므로 예금주와 은행 사이에 불법성의 대소를 단정할 수 없다는 이유로 예금의 1/2에 한하여 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각하였다.[334] 위 판결의 상고심에서 일본 최고재판소는 도입예금에 불법원인급여로 볼 만한 반사회성, 반도덕성은 없다고 판단하여, 위와 같은 안분설의 태도가 최고재판소의 판단을 받을

333) 자금이 필요한 차주 C는 대출을 받기 위하여 은행직원을 대신하여 도입예금을 주선해야 하지만 일반적으로 영세업자여서 그러한 능력이 없는 관계로 중개업자 D가 B의 예금을 주선하게 되는데, D는 조직폭력단원인 경우가 많다. 이 경우 C는 D에게 사례금을 지급하고, B에게 별도로 이자를 지급하므로 B는 은행의 예금금리 이상의 수익을 얻을 수 있다. 한편 D는 은행직원을 협박하여 B가 예금은 하되 이를 C에 대한 채권의 담보로 제공하지 않은 채 대출을 하도록 강요하기도 한다.

334) 昭和44年(1969)6月28日 大阪高裁 昭43（ネ）1543号.

기회는 없었다.[335]

고베지방재판소 平9 (ワ) 1267号 사건의 요지는 다음과 같다.[336] 보증보험손해조사 회사와 그 임원들인 피고들은 고베시에 수 필지의 토지를 소유하고 있는 원고들로부터 그 토지 중 저지대 토지의 차지권자들과 교섭을 하여 토지를 이들에게 매도하거나 차지권을 매수하는 업무를 일괄하여 위임받아 처리하고 그 대가로 수수료와 토지의 무상양도를 받았다. 그런데 피고들이 처리한 위 업무는 변호사법에 위반되므로 이에 대한 보수 약정은 무효이다. 이 사건에서 법원은 직접 변호사법 위반죄를 저지른 피고들의 불법성을 70%, 의뢰인인 원고들의 불법성을 30% 인정하여 피고들은 원고들에게 수수료 명목으로 받은 금전과 토지지분의 30%를 반환하도록 명하였다.

라. 안분설에 대한 평가

(1) 장점

불법성비교론에 대해 제기되는 비판 중 하나는 민법 제746조 단서가 "불법원인이 수익자에게만 있는 때"로 한정하고 있어 문언해석의 범위를 넘는다는 점이다.[337] 안분설은 급여자와 수익자의 불법성을 상대적으로 비교하여 그 비율에 상응한 범위 내에서 부당이득반환청구를 인용해야 한다는 견해이다. 그리하여 동조 본문이 적용되어 반환청구가 불허되는 범위는 급여자의 불법성 비율과 일치하고, 동조 단서가 적용되어 반환청구가 인용되는 범위는 수익자의 불법성 비율과 일치하게 된다.

동조 단서는 불법성이 "수익자에게만" 있을 때 동조 본문이 적용되지 않는다고 규정하고 있을 뿐이므로 안분설에 의하더라도 불법성이 수익자에게만 있는 경우에는 동조 단서의 문리에 반하지 않는다. 그러나 급여자와 수익자 모두에게 불법성이 있는 경우 해석상의 난관에 봉착하

335) 最判昭和49年(1974)3月1日 民集第28巻2号135頁.
336) 平成13年(2001)10月29日 神戸地方裁判所 平9 (ワ) 1267号.
337) 백경일, supra note 32, p. 55.

게 된다.

안분설의 가장 큰 장점은, 불법성비교론의 적용 범위를 확대하여 수익자의 부당한 반사적 이익을 합리적인 범위로 제한할 수 있다는 점이다. 우리나라의 대법원과 일본의 최고재판소 판례도 수익자의 불법성이 현저하게 큰 때에는 반환을 인용함으로써 동조 단서의 규정을 확장해석하고 있다. 여기서 더 나아가 일본의 하급심 판례 중에는 안분설과 견해를 같이하는 것이 나오고 있다.

(2) 한계 및 입법론

안분설에 대한 비판으로, 급여자와 수익자 사이 불법성을 계량화하여 비교하는 것이 현실적으로 어렵다는 지적이 있다.[338] 그러나 손해배상의 영역에서는 계량화하기 어려운 과실이나 책임제한에 관하여 채권자와 채무자의 위법행위나 손해의 발생에 대한 기여도를 고려하여 그 배상액을 일정한 비율로 조정하는 것이 일반화되어 있다.

신의칙에 근거한 제한이 법률상 원인의 유무만을 논하는 부당이득반환청구와 체계적으로 어울리지 않는다는 비판도 가능하다. 그러나 안분설은 부당이득반환청구를 제한하는 이론이 아니라 그 반환청구권을 발생시킨 불법원인에 급여자와 수익자가 공동으로 가담한 경우 민법 제746조 본문의 적용 범위를 제한하는 것이 신의칙에 부합한다는 것이므로 위와 같은 비판은 타당하지 않다.

안분설의 가장 큰 문제는 불법성비교론의 과도한 확대적용을 통하여 민법 제746조 본문의 취지가 잠탈되는 상황이 발생할 수도 있다는 점이다.[339] 예를 들어, 급여자가 수익자의 불법성을 고려하면서 일부만이라도 급여물에 대한 반환청구를 할 수 있다는 기대를 가지게 된다면 불법원인급여제도의 지도이념인 일반예방의 정책적 목적이 흔들릴 수 있다.

결국 급여자와 수익자 모두에게 불법성이 인정되는 경우, 민법 제746

338) 백경일, supra note 32, p. 59; 최봉경, supra note 5, p. 202; 정상현, supra note 5, p. 297.

339) 최봉경, supra note 5, p. 202; 송덕수, supra note 73, pp. 444-445.

조 본문의 적용을 제한할지, 제한한다면 어떠한 요건으로 이를 제한할지는 입법자가 숙고하여 결단을 내려야 할 영역이라고 생각한다. 단서규정만 존재하는 현재 상황에서는 불완전한 면이 있더라도 불법성현저설의 입장에서 판단하는 대법원의 태도가 타당하다고 생각한다.

제 4 장 결론

민법 제746조 본문이 적용되는 경우 극단적인 효과가 발생함에도 법문이 정하는 요건이 지나치게 추상적이므로, 효과의 극단성과 요건의 추상성을 완화할 필요가 있다는 문제의식을 가지고 본 연구를 하였다.

불법원인급여제도의 뿌리는 로마시대 법언인 “불명예스러운 소인으로부터 소권이 발생하지 않는다.”와 “동등한 죄 또는 과오가 있을 때는 피고가 유리하다.”는 원칙에 있다. 이 원칙은 영미법 국가에서는 모든 민사상 청구에 관하여 아직도 그대로 유효하다. 독일은 이 원칙을 부당이득 반환에 반영하여 입법하였고, 우리나라와 일본은 독일법을 계수하였다. 이 논문에서는 영국과 미국에서 이 원칙이 어떻게 적용되고 있는지 판례를 중심으로 상세히 살펴보았다. 독일, 프랑스, 일본에서의 이론과 판례도 소개하였다. 불법원인급여제도의 연원이 같은 이상 각국에서의 학설과 판례는 우리나라 불법원인급여에 관한 규정의 해석과 적용에 많은 도움을 줄 수 있다고 생각한다.

불법원인급여에서 말하는 불법의 개념에 관하여 통설과 판례는 민법 제103조의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’와 민법 제746조의 ‘불법’은 동전의 양면과 같은 관계에 있는 것으로 본다. 그러나 민법 제746조의 ‘불법의 원인’이 민법 제103조의 법률행위만을 의미한다고 볼 수 없다. 법률행위는 적법하지만 이를 이행하는 단계에서 불법이 될 수도 있고 그 반대의 경우도 있다. 또한 법률행위는 적법하지만 이를 이행하는 방법이 불법인 경우도 있다. 따라서 불법성은 급부가 이루어진 상태를 중심으로 판단해야 할 것이다.

불법원인급여를 논하려면 급여의 개념을 정립해야 한다. 급여의 개념이 문제되는 것은 주로 소비대차, 임치, 임대차, 사용대차 등 대차형 계약서에서이다. 계약이 종료하면 목적물의 반환이 예정되어 있으므로 계약의 목적물 자체에 관한 한 급여가 없는 것으로 볼 여지도 있다. 그러

나 금전 등 종류물의 소비대차나 소비임치의 경우 점유가 있는 곳에 소유권이 있으므로 그 계약에 따라 대주가 대여금 또는 임치물의 점유를 차주에게 이전하는 것도 급여에 해당하는 것으로 보았다. 그리고 특정물의 임대차, 사용대차, 임치의 경우 대주가 차주에게 목적물을 계약에 따라 인도하는 것도 급여에 해당하는지 의문이나 이 논문에서는 이를 급여로 인정했다. 다만 금지규범의 금지 대상이 목적물의 점유, 사용인 경우에는 급여자가 보유하고 있는 소유권에 기하여 반환청구를 할 수 있다고 할 것이다.

급여의 원인이 불법, 무효인 것으로 판단되면 그 급부물의 반환에 관하여 민법 제746조 본문을 적용하여 부당이득반환청구를 기각하거나 동조 단서에 의하여 이를 인용하는 선택의 문제가 발생한다. 일차적으로 규범목적론에 따라 금지규범의 보호법익을 기준으로 급부물의 반환 여부를 판단해야 할 것이다. 그리하여 금지규범의 목적이 급여자를 보호하는 데 있는 경우에는 급부물의 반환을 명해야 하고, 수익자를 보호하는 데 있는 경우에는 동조 본문이 적용된다. 금지규범의 보호법익이 제3자이거나 공익인 경우 반환을 명하는 것과 불허하는 것 사이에 어느 쪽이 금지규범의 목적에 부합하는지 살펴 결론을 내려야 한다고 본다.

급부물의 반환 여부에 관하여 민법 제746조 본문 또는 단서가 양자택일적으로 적용되는 결과 급여자와 수익자가 불법성 있는 행위에 공동으로 관여한 경우 부당한 결과가 발생하므로 이를 수정하기 위하여 불법성 비교론이 논의된다. 대법원은 수익자의 불법성이 현저히 큰 경우에는 부당이득반환을 허용해야 한다고 함으로써 동조 단서의 적용 요건을 완화하고 있다. 일본의 하급심 판례 중에는 급여자와 수익자의 불법의 정도를 상대적으로 비교하여 그 비율에 상응하여 부당이득반환을 허용한 것도 있다. 그러나 이러한 접근은 구체적 타당성을 기할 수는 있어도 민법 제746조의 문리에 반한다는 문제가 있다. 따라서 입법론적으로는 급여자와 수익자 사이에 불법성의 정도를 비교형량하여 이를 부당이득반환의 범위에 반영할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다.

참 고 문 헌

국어 문헌

강동명, “명의신탁약정에 의한 소유권이전등기의 불법원인급여 해당 여부”, 재판과 판례 제21집(김수학 대구고등법원장 퇴임기념), 대구판례연구회 (2012).

_____, “강행법규를 위반한 계약의 법률관계 처리 : 대법원 2016. 11. 18. 선고 2013다42236 전원합의체 판결”, 재판과 판례 제26집, 대구판례연구회 (2017).

강태성, “법률행위가 민법 제103조에 의하여 무효인 경우에 있어서의 급여자의 반환청구 여부”, 비교사법 제12권 제3호, 한국비교사법학회 (2005).

강현철 외, 2006 프랑스 법령용어 해설집, 한국법제연구원 (2006).

고정명, 불법원인급여와 그 적용상의 특수문제, 법정논총 제7집, 국민대학교 법학연구소 (1985).

곽윤직 편집대표, 민법주해 [XVII] 채권 (10), 박영사 (2002).

곽윤직, 채권각론(제6판), 박영사 (2007).

권경은·이순동, “일본의 폭리적 금전소비대차계약에 관한 대응 -2008.6.10.자 최고재판소 판결을 중심으로-”, 인권과 정의 제421호, 대한변호사협회 (2011).

권대우, ”양속위반고리채의 제한이자율 초과이자에 대한 반환청구권“, 민사판례연구 제30권, 박영사 (2008).

권순규·정상현, “반사회적 이중매매에 있어서 불법성의 비교를 통한 제1매수인의 보호범위 획정”, 성균관법학 제22권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소 (2010).

권영준, “부당이득에 관한 민법개정안 연구”, 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (2014).

_____, 민법판례연구Ⅰ, 박영사 (2019).
김규완, ”불법원인급여와 부당이득반환청구권 또는 소유권에 기한 물권적청구권“, Jurist 통권 제410호, 청림인터렉티브 (2006).
김문수, “민법 제746조 본문의 적용제한에 관하여”, 판례연구 제6집, 부산판례연구회 (1996).
김상용, 채권각론(하), 법문사 (1998).
김석우, ″민법. 제746조의 해석·적용이론의 일반에 관한 소고″, 한국민사법학의 현대적 전개(연람 배경숙교수 화갑기념논문집), 박영사 (1991).
김성용, ”불법원인급여의 반환청구권과 임치“, 중앙법학 제7집 제3호, 중앙법학회 (2005).
김용담 편집대표, 주석 민법(제4판) [채권각칙(5)], 한국사법행정학회 (2016).
김재환, ”불법원인급여와 반환청구“, 재판실무연구 제4권, 수원지방법원 (2011).
김주수, 채권각론(민법강의 IV) 2판, 삼영사 (1997).
김준호, “반사회적 부동산이중매매에 관한 판례이론”, 고시계 제35권 제2호, 고시계사 (1990).
김홍일, “부동산 이중매매의 반사회성에 관하여”, 판례연구 제22집, 부산판례연구회 (2011).
김형한, “명의신탁된 부동산과 불법원인급여”, 재판과 판례 제13집, 대구판례연구회 (2003).
남기윤, “법학에서의 담론과 방법론상 문제점 -주주상호간의 법률관계 존부에 관한 최근 논의와 관련하여”, 저스티스 제33권 제1호, 한국법학원 (2000).
남효순, “개정 프랑스 채권법 번역 및 해제”, 연구보고서, 법무부 (2017).
명순구, “불법원인급여에 관한 민법 제746조의 규범의미 -일본법이론 답습으로부터의 탈피와 새로운 시각의 모색-”, 한일법연구 제16집, 한일법학회 (1997).

목영준, “부동산실권리자명의등기에관한법률상 명의신탁약정의 효력”, 민사판례연구 XXI, 박영사 (1997).

문흥수, “불법원인급여규정의 의의 및 적용범위”, 법조 제45권 제12호, 법조협회 (1996).

_____, “불법원인급여제도의 새로운 해석”, 사법행정 제23권 제8호, 한국사법행정학회 (1982).

민의원법제사법위원회 민법안심의소위원회 편, 민법안심의록 상권 총칙편·물권편·채권편 (1957).

박병대, ”불법원인급여의 판단기준에 관한 구조분석“, 저스티스 제76호, 한국법학원 (2003).

박세민, ”영국 부당이득법의 부당요소(Unjust Factor)“, 법학논집 제18권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소 (2014).

박재혁, ”실명거래위반행위와 불법원인급여“, 사법 제12호, 사법연구지원재단 (2010).

박정호, “불법원인급여에 관한 소고”, 단국대 법학논총 제14집, 단국대학교 (1987).

박준서 편집대표, 주석 민법(제3판) [채권각칙(3)], 한국사법행정학회 (1999).

백경일, “불법원인급여반환금지규정의 적용제한에 관한 비판적 고찰 -법적 안정성, 특히 법적 명확성에 입각해서-”, 재산법연구 제29권 제4호, 한국재산법학회 (2013).

서민석, “가.금전 소비대차계약의 당사자 사이의 경제력 차이로 인하여 이율이 사회통념상 허용되는 한도를 초과하여 현저하게 고율로 정해진 경우, 그 부분 이자 약정의 효력(무효), 나.선량한 풍속기타 사회질서에 위반하여 무효인 부분의 이자 약정을 원인으로 차주가 대주에게 임의로 지급한 이자의 반환을 청구할 수 있는지 여부(적극)”, 대법원판례해설 통권 제67호, 법원도서관 (2008).

_____, “선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 현저하게 고율로 정해진 이자 약정의 효력 및 이미 지급된 초과이자의 반환청구권 -대법

원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 판결을 중심으로-", 민사재판의 제문제 제16권, 한국사법행정학회 (2007).
성익경, "어업권에 관한 임대차계약이 효력규정인 수산업법 제33조에 의하여 무효가 되는 경우, 임대인이 임차인에 대하여 어업권을 사용·수익함으로써 얻은 이익을 부당이득으로 반환 청구할 수 있는지 여부", 판례연구 제23집, 부산판례연구회 (2012).
송덕수, "민법 제746조의 적용에 있어서 불법성의 비교", 민사판례연구 제18집, 민사판례연구회 (1996).
_____, "불법원인급여", 민법학논총 2권(후암 곽윤직선생 고희기념), 박영사 (1995).
안철상·조병구·정기상, 실무중심 민사기본 요건사실, 유로 (2014).
양창수, "금전의 부당이득으로 인한 반환의무 : 소위 「편취금전에 의한 변제」 문제 서설", 민법연구 제7권, 박영사 (2005).
_____, "불법원인급여로 소유권이 양도된 경우 수익자의 물권적 행처구건 행사의 가부와 소유권의 귀속, 고시연구 제27권 제10호, 고시연구사 (2000).
_____, 2015년판 독일민법전 총칙·채권·물권, 박영사 (2015).
양창수·권영준, 민법Ⅱ-권리의 변동과 구제 제3판, 박영사 (2020).
엄동석, "불법원인급여의 임의반환약정", 민사판례연구 19권, 박영사 (1997).
여하윤, "프랑스 민법상의 불법원인급여(exception d'indignite)", 재산법연구 제34권 제1호, 한국재산법학회 (2017).
윤진수, "부당이득법의 경제적 분석", 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소 (2014).
이계정, "송금된 금원에 대한 예금 명의인의 부당이득반환의무 유무의 판단기준: 부당이득에 있어서 이득의 개념을 중심으로", 민사판례연구 35권, 박영사 (2013).
이규진, "한도 초과 중개수수료 반환 판결", 정의로운 사법: 이용훈대법원장재임기념, 사법발전재단 (2007).

이동진, “독일·오스트리아·스위스의 부당이득법”, 비교사법 제25권 1호, 한국비교사법학회 (2018).
이상욱·서호정, “민법 제103조 선량한 풍속의 위상에 관한 비교법적 고찰”, 영남법학 제10권 제1호, 영남대학교 출판부 (2004).
이병준, “강행규정위반과 불법원인급여”, Jurist 통권 제409호, 청림인터렉티브 (2006).
이은영, 채권각론 제5판, 박영사 (2005).
이재홍, “재산권 관련 법률에 대한 위헌심사방법론 -민법 제746조(불법원인급여)의 위헌 여부 판단”, 저스티스 제145호, 한국법학원 (2014).
임정평, “민법 제746조에 관한 재검토”, 노동법과 현대법의 제문제(남관심태식박사 화갑기념), 법문사 (1983).
장병주, “법률행위 목적의 적법성 : 단속규정의 사법상 의미를 중심으로”, 법학논고 34집, 경북대학교 출판부 (2010).
장재현, “민법 제746조와 다른 법리의 교착”, 민사법이론과 실무 제9권 제1호, 민사법의이론과실무학회 (2005).
정상현, “명의신탁약정의 효력과 신탁재산의 반환여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학 제19권 1호, 성균관대학교 비교법연구소 (2007).
_____, “민법 제746조 불법의 의미에 관한 일고찰”, 민사법학 제19호, 한국사법행정학회 (2001).
_____, “반사회적 대리권 남용행위의 법률관계 고찰”, 저스티스 통권 제144호, 한국법학원 (2014).
_____, “불법원인급여제도론”, 영남대학교출판부 (2002).
_____, ”불법원인급여제도에 관한 연구“, 성균관대학교 박사학위논문 (1999).
_____, ”영미법상 불법원인급여의 법원리“, 민사법학 제22호, 한국사법행정학회 (2002).
_____, ”이른바 「반사적 소유권취득론」의 재검토“, 법조 제51권 제9호, 법조협회 (2002).

_____, “독일민법상 반사회적 법률행위와 급부의 반환금지: 독일민법 제817조를 중심으로”, 민사법학 제28호, 한국사법행정학회 (2005).
_____, “불란서민법상 원인의 부도덕성과 반환청구 배척법리”, 성균관법학 제11호, 성균관대학교 비교법연구소 (1999).
_____, “민법 제746조의 입법사 재검토”, 비교사법 제6권 제1호, 한국비교사법학회 (1999).
정상현·서순택, “불법원인 급부자의 불법행위 손해배상청구권 인정여부 재검토”, 민사법학 제69호, 한국사법행정학회 (2015).
지원림, 민법강의(제15판), 홍문사 (2017).
진도왕 “영국법상의 불법원인급여제도 적용기준“, 민사법학 제79호, 한국민사법학회 (2017).
최금숙, “불법원인급여반환의 확대에 관한 고찰”, 한국민법이론의 발전(무암 이영준박사 화갑기념논문집), 박영사 (1999).
최병조, “로마법상의 불법원인급여”, 법학 제30권 3·4호(79·80호), 서울대학교 법학연구소 (1989).
최봉경, “불법원인급여 -민법 제746조 본문의 해석과 적용기준을 중심으로-”, 비교사법 제13권 제3호, 한국비교사법학회 (2006).
현병철, “불법원인급여의 적용범위”, 한양대 법학논총 제4집, 한양대학교 (1987).
황영모, “부당이득반환청구권의 증명책임”, 재판자료 제26집, 법원도서관 (1985).

일본 문헌

谷口知平·甲斐道太郎 編, 新版 注釋民法(18), 債權(9), 事務管理·不當利得 §§697~708, 有斐閣 (1991).
法典調查會, 民法議事速記錄 第四拾卷, 商事法務研究會 (1984).
山田 希, 無限連鎖講によって利益を受けた會員に對する破産管財人の返還

請求と不法原因給付(最三判平成26年10月28日·民集68巻8号1325頁), 立命館法學 2015年 3号(361号) (2015).
西村峯裕·松村遼羽, “不法原因給付と損益相殺の可否. - 最高裁平成 20年 6月 10日第三小法廷判決の再檢討 -”, 産大法學 48卷 3/4号, 京都産業大學法學會 (2015. 2.).
中山 洋志, “民法708條の適用範囲に關する一考察 －第三者による不当利得返還請求を中心として－, 青森中央學院大學研究紀要 第33号 (2020).

영미 문헌

Abdullah, Aedit, “The Abrogation of the Rule against Recovery in Mistake of Law: Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council”, Singapore Journal of Legal Studies December 1998, Faculty of Law at the National University of Singapore (1998).
Allen, Rupert, “Restitution of Payments Made under a Mistake of Law and the Security of Completed Transactions”, Cambridge Law Journal Vol. 63 No. 1, Cambridge University Press (March, 2004).
Anenson, T. Leigh, “Announcing the 'Clean Hands' Doctrine”, U.C. Davis Law Review Vol. 51 Issue 5, University of California, Davis, School of Law (June 2018)
Blum, Brian A., "Equity's Leaded Feet in a Contest of Scoundrels: The Assertion of the in Pari Delicto Defense Against a Lawbreaking Plaintiff and Innocent Successors", Hofstra Law Review Vol. 44 No. 3, Hofstra University School of Law (2016).

Burrows, Andrew, “Illegality after Patel v Mirza”, Current Legal Problems Vol. 70 Issue 1, Oxford University Press (2017).

Caylor, Lincoln·Kenne, Martin S., “In Pari Delicto and Ex Turpi causâ: The Defence of Illegality – Approaches Taken in England Wales, Canada and the US”, Business Law International Vol. 18 No. 3, The International Bar Association (IBA) (September, 2017).

Cleary, Niamh, “Restitution for Restitution from public authorities in Ireland”, Irish Jurist Vol. 55, Round Hall (2016) .

Collins, Ronald D., “Restitution from Government Officials”, McGill Law Journal Vol. 29, McGill University Publication (1984).

Goudkamp, James, “The end of an era? Illegality in private law in the Supreme Court”, Law Quarterly Review Vol. 133, Sweet & Maxwell (2017).

Grabiner, Anthony, “Illegality and restitution explained by the Supreme Court”, Cambridge Law Journal Vol. 76 Issue 1, Cambridge University Press (2017).

Great Britain Law Commission, “The illegality defence: A Consultative Report”, Law Commission Consultation Paper No. 189 (2009).

Green, Sarah·Bogg, Alan 편, Illegality after Patel v Mirza, Hart Publishing (2018).

Hill, Gerald N.·Hill, Kathleen T., "Compounding a Felony". The People's Law Dictionary, MJF (2005).

Marie, lorna, The Judges and Lawyer's Companion, lulu.com (2018).

Murphy, Emer, “The ex turpi causa defence in claims against professionals”, Journal of Professional Negligence Vol. 32 No. 4, Bloomsbury Professional (2016).

Park, Malcolm McKenzie, “William Wreathcock – Imperfect Attorney”,

Victorian Bar News No. 87, The Victorian Bar Inc. (Summer, 1993).

Sir Anson, William Reynell·Beatson, J.·Burrows, Andrew S.·Cartwright, John, Anson's Law of Contract 29th edition, Oxford University Press (2010).

Strauss, Nicholas QC, "Ex turpi causa oritur actio?", Law Quarterly Review Vol. 132, Sweet & Maxwell (2016).

Tan, Zhong Xing, "Illegality and the promise of universality", Sweet and Maxwell: Journal of Business law Issue 6, Sweet and Maxwell (2020).

Wade, John W., "Restitution of Benefits Acquired through Illegal Transactions", University of Pennsylvania Law Review Vol. 95, No. 3, The University of Pennsylvania Law Review (Feb., 1947).

프랑스 문헌

Freleteau, Barbara, "La maxime Nemo auditur a-t-elle survecu a la reforme du droit des contrats?", Recueil Dalloz N°19/2020, Dalloz (2020).

Abstract

A Study on Requirements and Effects of Illegality Defence

Ho-Yeol Yoon

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Article 746 of the Civil Act stipulates that, if a person transferred property or rendered service for an illegal cause, he/she may demand restitution only when the illegal cause existed only on the part of the recipient. On the other hand, when an illegal agreement is made and preformed, in general both the parties are more or less responsible for the illegal transaction. Therefore, should courts interpret the provision narrowly according to its wording "only", the restitutionary remedies are likely to be rejected with almost no exception. This study addresses the issues concerning a defence of illegality, paying a keen attention to vagueness and abstractness of the 'illegal cause' prescribed by this stipulation and the harsh results for the transferor when this article is applied.

A defence of illegality originates in Roman law. The Roman maxims, Ex Turpi Causa non oritur actio and In Pari Dicto est conditio defendtis, are the two pillars of the defence and frequently

referred to in recent court opinions in common law countries. In this context, the maxims have maintained a sort of binding force until now in such jurisdictions. In civil law countries like Germany, they have stipulations regarding the defence in the chapter of unjust enrichment of the civil code. So, in the nations including Japan and Korea whose civil codes are modeled on German one, discussions are mainly focused on literal interpretation of the codified provisions, as if they are totally separated from the maxims. However, the goal or purpose to be realized by applying the maxims and that purported in the statutory clauses concerning the defence of illegality are not different just as they have a common origin. In this context, I introduced important court decisions delivered in Great Britain and the United States and analyzed them. That is because I thought the interpretation of illegality and the determination on whether restitutionary claims should be granted in common law courts could offer an critical implication in applying Article 746 of Civil Act.

For Article 746 to be applied, a case has to meet the requirements of 'illegal cause' and 'transfer' of economic benefits. If a case lacks either of them, a defence of illegality is precluded. This thesis introduces court precedents and scholaric opinions on the definition of illegality and the threshold therefor, and then discusses the relevant issues. Furthermore, it suggests that a court should review the two requirements as a whole one, not separated from each other. This approach may lead to a desirable and reasonable conclusion of law when the time frame between an illegal cause and the subsequent transfer of property is long enough during which social norms regulating the transaction has altered. Also, this is the case when a contract is legitimate and valid but the parties thereto commit irregularities in performing the contract. In addition, I suggested that

the public policy underlying the related laws should be considered in deciding whether a transaction was illegal or not.

It is generally accepted that 'transfer of property' means an act by which a person conveys an economic benefit at his/her expense. In such type of contracts as lease, loan and safekeeping (deposit), the party who makes use of a specific property or consumes a certain amount of fungibles is supposed to return the thing or the same amount to the other party when the contract comes to an end. In light of the nature of this type of transactions, a question may be raised whether Article 746 is applied to the object itself of such a contract when it is illegal and void. In such tractions as lease, rent, loan for use and safekeeping, the recipient has the right to possess and make use of it, but not the title. Consequently, this work concludes, the object of such a contract is not transferred and so Article 746 is not applicable. On the other hand, in a case of loan for consumption, the borrower obtains the ownership of cash or fungibles. The original sum of money is transferred to the borrower and the defence of illegality can be raised when the lender asks the borrower to repay the principal.

Finally, this writing touches on the criteria by which the restitutionary claims based on unjust enrichment are granted or rejected. It analyzes a legal theory where contribution of each party to the illegal and void transaction should be relatively compared and the result be reflected in conclusion of law. When the transferor of property is more culpable, the restitutionary claims are dismissed. The Supreme Court of Korea deviated from the wording of 'only on the part of the recipient' and opined that should the enriched party be 'conspicuously' responsible, he/she was liable to return the property or benefit. The Supreme Court opinion has lowered the threshold of

restitutionary claims being granted. It is in line with the comparative-culpability approach. A Japanese trial court recently adopted this theory and rendered a judgment that the enriched party should return the property or benefit in proportion to his/her responsibility compared with the other party's. In addition, this thesis reasons that the public policies sought by the related statutes and the public interest in general are the critical factors to be considered in deciding whether to uphold a defence of illegality.

Keywords : illegality defence, ex turpi causa, in pari delicto, clean hands, reliance theory, range of factors test, public policy, unjust enrichment, restitutionary remedy, requirement, lease, loan, tort, comparative-culpability approach, Patel v Mirza.

Student Number : 2013 - 23331