

다. 법률행위

1) 반사회질서 법률행위와 불공정한 법률행위

가) 반사회질서 법률행위

선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효인 데(민법 제103조), 무효로 되는 반사회질서 행위는 ① 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, ② 그 내용 자체는 반사회질

서적인 것이 아니라고 하여도 ㉠ 법률적으로 이를 강제하거나 ㉡ 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우³¹⁴⁾ 및 ㉢ 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우 등을 포함하고, 법률행위가 이루어진 때를 기준으로 판단한다.³¹⁵⁾ ‘단체협약’도 민법 제103조의 적용대상이지만, 법원의 후견적 개입에는 보다 신중할 필요가 있다.³¹⁶⁾

판례는 종래에 기본적으로 통설³¹⁷⁾과 마찬가지로, 직권조사사항이 아니고 당사자의 주

- 314) ㉠ 청원권 행사의 일환으로 이루어진 진정을 이용하여 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취환하는 것을 조건으로 ‘거액의 급부’를 제공받기로 한 약정은 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우에 해당한다(99다56833). ㉡ 수사기관에서 참고인으로 진술하면서 자신이 잘 알지 못하는 내용에 대하여 ‘허위의 진술’을 하는 경우에 그 허위진술 행위가 범죄행위를 구성하지 않는다고 하여도 국가사회의 일반적인 도덕관념이나 공공질서이익에 반하는 행위라고 볼 것이므로, 그 대가에 관한 약정은 ‘급부의 상당성 여부를 판단할 필요 없이’ 반사회질서적행위로서 무효다(2000다71999). ㉢ 타인의 소송에서 사실을 증언하는 증인이 그 증언을 조건으로 그 소송의 일방 당사자 등으로부터 통상적으로 용인될 수 있는 수준(예컨대 증인에게 일당 및 여비가 지급되기는 하지만 증인이 증언을 위하여 법원에 출석함으로써 입게 되는 손해에는 미치지 못하는 경우 그러한 손해를 전보하여 주는 정도)을 넘어서는 대가를 제공받기로 하는 약정은 국민의 사법참여행위가 대가와 결부됨으로써 사법작용의 불가대수성 내지 대가무관성이 본질적으로 침해되는 경우로서 반사회적 법률행위에 해당하여 무효이고, 이는 증언거부권이 있는 증인이 그 증언거부권을 포기하고 증언을 하는 경우라고 하여 달리 볼 것이 아니다(2009다56283; “원고는 원고가 보관하고 있는 공사도급계약 관련자료를 제출하고, 피고가 제기하는 형사고소사건 및 이 사건 명도소송에서 증인으로 출석하여 유치권신고 시 제출한 공사도급계약서가 조작된 경우 등 일체의 진실을 밝히며, 피고는 원고의 유치권을 부인하는 1심판결이 선고되는 경우에 원고에게 2억 원을 지급한다”는 내용의 약정을 한 사안). ㉣ 소송사건에 증인으로 출석하여 증언하는 것과 연계하여 어떤 급부를 하기로 약정한 경우 그 급부의 내용에 기존 채무의 변제를 위한 부분이 포함되어 있다고 하더라도, 전체적으로 통상 용인될 수 있는 수준을 넘는 급부를 하기로 한 것이라면, 그 약정은 민법 제103조가 규정한 반사회질서행위에 해당하여 전부가 무효라고 보아야 한다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다25140 판결).
- 315) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결: 형사사건에 관한 성공보수약정이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다고 한 예.
- 316) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결의 다수의견: “사용자가 노동조합과의 단체교섭에 따라 업무상 재해로 인한 사망 등 일정한 사유가 발생하는 경우 조합원의 직계가족 등을 채용하기로 하는 내용의 단체협약(산재 유족 특별채용 조항)을 체결하였다면, 그와 같은 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 단정할 수 없다.”
- 317) 선량한 풍속 기타 사회질서 위반 법률행위로서 무효인 점은 권리발생의 장애사유이므로 그로 인하여 이익을 받는 자가 주장·증명하여야 한다는 것이 통설(민법주해 총칙 (2), 1992, 225면(민일영 집필); 주석 신민사소송법 (V), 2004, 61면(손용근 집필); 이시윤, 앞의 책, 477면 등)이나, 변론에 공서양속 위반의 원인사실이 현출된 이상 당사자가 명시적으로 공서양속 위반을 주장하지 않더라도 변론 전체의 취지에 의해 이를 원용한 것으로 보는 것이 타당하다는 견해(오석락, 앞의 책 378면; 일본 최고재판소 소화 27, 11, 20, 판결(“본건 기록에 비추어 변론의 전취지에 의하여 피상고인은 본건 대물변제의 예약은 공서양속에 반하는 무효인 것이라는 취지의 주장을 한 것이라고 인정할 수 있다. 그러므로 그 무효에 관하여 당사자가 신청하지 않은 사항에 관하여 판단을 한 것이라고 할 수 없다”)의 취지와 동일하다)도 있다.
- 일본의 경우 공서양속 규정, 신의칙 규정 등과 같은 법체계 전반을 지배하는 일반조항이 증거조사에 의하여 판명되었을 때 당사자의 주장이 없어도 법원이 이를 판단할 수 있는가에 관하여, ① 법원의 직책상 당연하다는 적극적 견해와 ② 변론주의를 채택하는 소송절차에서는 법원이 직권으로 판단할 수 없다는 소극적 견해, ③ 법률행위의 내용 그 자체로서가 아니라 법률행위에 불합한 목적이 가해짐으로써 일반조항 위반으로 되는 경우, 예컨대 도박채무 변제 자금으로 하기 위하여 체결된 소비대차의 경우는 그 무효 주장을 요하나, 일반조항 위반이 법률행위의 내용 자체에 있는 경우, 예컨대 매음행위에 의하여 취득한 금원을 분배함을 목적으로 하는 계약의 경우는 계약 자체 내에 사회질서 위반의 취지가 나타나 있으므로 피고의 답변에 관계없이 법원이 판단할 사항이라고 하는 견해가 있다(김선석, “일반조항의 증명책임”, 사법론집 제14집, 법원행정처, 270면).

장을 요한다고 하였다.³¹⁹⁾ 그런데 판례 중에는 반사회질서 법률행위로서 무효라는 점에 대하여 적극적인 석명권 행사를 요구한 것이 있고,³¹⁹⁾ 선량한 풍속 기타 사회질서위반의 경우도 법원이 직권으로 판단할 수 있음을 전제로 한 것이라 해석할 여지가 있는 것도 있다.^{320) 321)}

원고가 '소유권 등기 사실'을 주장·증명함으로써 그 등기의 법률상 추정력으로 자신의 '소유' 사실을 주장·증명한 데 대하여, 피고가 그에 대한 '항변'으로서 '원고 명의 등기의 원인무효 사유'(원고 명의 소유권 등기의 법률상 추정을 복멸시킬 수 있는 실체적·절차적 원인무효 사유)로 사회질서 위반을 주장하는 경우에는, 그 주장·증명책임을 부담한다.³²²⁾

318) 즉, 대법원 1974. 9. 24. 선고 74다815 판결은 "공서양속에 위반되는 사항에 대하여는 ... 직권조사사항이 된다 할 수 없다"고 명시적으로 판시한 바 있고, 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다52483 판결은 "피고는, 원상에서 위 증여약정이 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 취지의 주장을 한 바 있음이 명백하므로 ... 원심이 피고의 항변에도 반하는 판단을 하였다고 할 수 없고"라고 판시하여 직권조사사항이 아님을 밝히고 있으며, 선량한 풍속 기타 사회질서 위반의 한 유형으로 보는 [통설, 판례이다(민법주해 총칙 (2), 1992, 243면(민일영 집필) 등; 대법원 1964. 5. 19. 선고 63다821 판결, 대법원 1965. 11. 23. 선고 65사28 판결).] 불공정한 법률행위에 관하여도 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다19770 판결은, "매도인 측에서 매매계약이 불공정한 법률행위로서 무효라고 하려면 객관적으로 매매가격이 실제가격에 비하여 현저하게 헐값이고 주관적으로 매도인이 궁박, 경솔, 무경험 등의 상태에 있었으며 매수인 측에서 위와 같은 사실을 인식하고 있었다는 점을 주장·입증하여야 할 것이다"고 하고, 대법원 1962. 11. 8. 선고 62다599 판결은, "피고 정OO은 그저 원고와 같은 피고의 대물변제 예약이 무효라고만 주장하였을 뿐 아무런 주장을 하지 않았음에도 불구하고 불공정한 법률행위라고 인정한 것은 당사자가 주장하지 않은 사실을 기초로 하여 판단한 위법이 있다"고 하여, 불공정한 법률행위로서 무효라고 주장하는 자는 그 각 요건들을 주장·증명하여야 하고 당사자가 이를 주장하지 않았음에도 법원이 이를 인정할 수는 없다는 입장이다(이는 통설이기도 하다. 민법주해 총칙 (2), 1992, 252면(민일영 집필); 주석민법 총칙 (2), 2001, 494면(윤진수 집필)).

319) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다78508 판결: "원심이 인정한 사실관계와 기록 중의 증거들에 의하니, ... 증여는 이도O의 원고들에 대한 소유권이전등기의무를 회피하기 위한 배임행위에 피고 이영O이 적극 가담한 반사회적 법률행위로서 무효라고 볼 여지가 있다. ... 청구원인을 그와 같이 명확하게 구성, 주장하지는 못하였으나, ... 위와 같은 사유로 무효이므로 ... 구하려는 취지라고 해석될 수도 있으나, 원심으로서서는 석명권을 행사하여 원고들로 하여금 청구원인 주장과 청구취지를 정리하도록 한 후 이에 관하여 더욱 자세히 심리하여 보았어야 옳았다."

320) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다74322 판결: "신의성실의 원칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다"고 하면서 "원고는 이 사건 토지에 관하여 아무런 권리가 없는데도 그 명의의 등기만을 내세워, 이 사건 소로서 오랫동안 주민들의 도로로 이용되어 온 이 사건 토지의 인도 내지 부당이득반환을 구하고 있는 것이라고 할 것이므로, 이는 신의성실의 원칙에 위배되거나 선량한 풍속 기타 사회질서위반에 해당되어 허용될 수 없다"고 판시하였는데, 이는 선량한 풍속 기타 사회질서위반의 경우도 법원이 직권으로 판단할 수 있음을 전제로 한 것이라고 해석할 여지가 있다.

321) [사견] 소송에서 당사자가 굳이 사회질서 위반의 행위라는 표현으로 주장할 필요는 없고 단지 사회질서 위반에 해당하는 구체적 사실을 주요사실로서 주장하면 족하다 할 것이므로, 그러한 사실의 주장이 있으면 법원은 그에 관하여 판단하지 않으면 아니 된다(김선석, 앞의 글, 270면). 원고가 청구원인으로서 주장하는 법률행위의 내용 자체에 사회질서 위반이 있는 경우에는 청구원인 단계에서 이미 사회질서 위반에 해당하는 구체적 사실이 주장되어 있는 것이므로 피고의 항변 유무에 관계없이 법원으로서에는 그에 관하여 법률적 판단을 할 수 있고, 원고 주장의 법률행위가 사회질서 위반으로 무효여서 그 주장 자체로 이유 없음을 이유로 원고의 청구를 배척할 수 있다고 보아야 한다. 원고가 청구원인으로서 주장하는 법률행위의 내용 자체에 사회질서 위반에 해당하는 구체적 사실이 없는 경우에도, 변론에 현출된 증거들에 의해 사회질서 위반 법률행위로 인정될 경우 법원으로서에는 적극적인 석명권 행사를 통해 공익적 요청과 구체적 타당성을 도모함이 옳다 하겠다(민법주해 총칙 (2), 1992, 252면(민일영 집필); '당사자의 주장이 없더라도 어느 법률행위가 제출된 증거에 의해 사회질서 위반 법률행위로 인정될 경우 법원이 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자의 주장을 촉구하는 것이 바람직하다.').

계약 등 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규(‘의무규정’이나 ‘금지규정’)에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그 규정을 위반한 법률행위는 무효이나, 이와 달리 그 규정을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익과 규율대상 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단해야 한다.³²³⁾ 어떤 규정이 효력규정 또는 강행규정인지는 그 규정을 위반한 행위가 그 행위의 사법상 효력까지 부정하지 않으면 안 될 정도로 현저히 반사회성, 반도덕성을 지닌 것인지를 고려하여 판단한다(형사처벌 대상인지는 하나의

322) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다11281 판결; “거래 상대방이 배임행위를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담하는 경우에는 그 실행행위자와 체결한 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 될 수 있고, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위의 무효는 이를 주장할 이익이 있는 자는 누구든지 무효를 주장할 수 있다. 따라서 반사회질서 법률행위를 원인으로 하여 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 그 등기는 원인무효로서 말소될 운명에 있으므로 등기명의자가 소유권에 기한 불권적 청구권을 행사하는 경우에, 그 권리 행사의 상대방은 위와 같은 법률행위의 무효를 항변으로서 주장할 수 있다고 할 것이다.”

323) ○ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015다256794 판결; “계약 등 법률행위의 당사자들에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명시적으로 정하고 있는 경우에는 그 규정에 따라 법률행위의 유·무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다. 이와 달리 금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반 행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단하여야 한다.”
○ 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결; 【다수의견에 대한 보충의견】 “일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법률 규정에 위반하여 법률행위가 행하여진 경우에 그 법률행위가 무효인지 여부는 해당 규정이 가지는 넓은 의미의 법률효과에 관한 문제로서 그 규정의 해석에 따라 정해진다. 그 법률행위의 무효 여부에 관하여 명문의 규정이 있다면 당연히 이에 따라야 할 것이나, 명문의 규정이 없다면 그 의무규정 또는 금지규정의 목적과 의미를 고려하여 그 무효 여부를 판단하여야 한다. 이와 같이 그 법률행위의 유·무효에 관한 명문의 규정이 없는 경우 그 법률행위의 무효 여부는 해당 법률의 해석 문제로서 법원의 판단에 맡겨져 있다. 법원이 그 법률행위를 유효하다고 판단하더라도, 이는 법질서 내에서 법원에 주어진 법률 해석 권한에 기초하여 판단한 것으로서, 그러한 판단이 법질서의 모순을 초래한다고 볼 것은 아니다. 대법원은 종래 의무규정 또는 금지규정에 위반되는 법률행위의 사법상 효력을 일률적으로 부정하지는 않는 태도를 유지하여 왔다.” ⇨ 【반대의견】 “금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반 행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단하여야 한다. 특히 법률행위의 양쪽 당사자를 규율하는 법령을 위반하여 법률행위를 한 경우에는 특별히 예외적인 사정이 없는 한 그 법률행위를 무효로 보아야 한다. 한쪽 당사자를 규율하는 법령을 위반한 경우에는 거래의 안전과 상대방의 보호를 고려하여 그 법률행위의 효력을 판단하여야 하는데, 그 법령의 주된 목적이 상대방을 보호하기 위한 것이라면 이를 위반하는 법률행위는 원칙적으로 무효로 보아야 한다. 법질서는 모순이 없어야 한다. 한쪽에서는 금지하고 다른 쪽에서는 허용한다면 수법자로서는 어느 법률을 따라야 할지 알 수 없다. 법률에서 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하면서 이를 위반한 법률행위를 유효하다고 한다면 이는 법질서의 자기모순이라고 할 수 있다. 이러한 현상은 특별히 인정해야 할 다른 이유가 없는 한 억제되어야 한다. 따라서 법률을 위반한 법률행위의 효력을 판단하는 과정에서 위에서 본 여러 사정을 고려해서도 판단하기 어려운 사안에서는 원칙적으로 그 효력을 부정함으로써 법질서의 통일성과 일관성을 확보하는 것이 법치주의의 최후 보루로서 사법부가 해야 할 일이다.”

고려 요소일 뿐이다).³²⁴⁾ 주주평등의 원칙에 반하는 약정은 특별한 사정이 없는 한 무효이나,³²⁵⁾ 지입계약의 경우 그 자체가 무효인 것은 아니다.^{326) 327)}

강행법규에서 직접 금지한 것은 아니라 하더라도 그 규정의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위(직접 강행법규를 위반한 것은 아니지만, 강행법규가 금지하고 있는 것을 회피수단에 의하여 실질적으로 실현하는 행위) 역시 무효이다.³²⁸⁾ 같은 취지에서 강행법규 위반으로 무효인 계약

324) 대법원 2024. 4. 25. 선고 2023다310471 판결: “유사수신행위를 형사처벌 대상으로 삼는다는 사정은 유사수신행위의 반사회성, 반도덕성 판단에 관한 하나의 고려 요소가 될 수는 있다. 그런데 유사수신행위에 대한 형사처벌은 자금 조달과 원금 보장 등 유사수신행위로 체결된 계약의 내용 자체보다는 그 계약의 일반 당사자가 관계 법령에 따른 인가·허가 등을 받지 않고 불특정 다수인으로부터 자금을 조달하는 것을 업으로 한다는 계약 외부적 사정에 초점을 맞춘 것이다. 또한 계약 자체의 사법상 효력을 인정할 것인가와 그 계약을 매개로 한 행위를 형사처벌 대상으로 삼을 것인가는 다소 다른 차원의 문제이기도 하다. 그러므로 유사수신행위가 형사처벌 대상이라는 사정 때문에 유사수신행위로 체결된 계약의 효력이 당연히 부정된다고 할 수는 없다. 아울러 유사수신행위 위법 위반행위는 사기 범행과 더불어 행해지는 경우가 많은데, 사기 범행 역시 형사처벌 대상으로서 유사수신행위 위법 위반행위보다 법정형(징역형 부분)이 더 높은데도 사기 범행으로 체결된 계약은 무효가 아닌 취소 대상일 뿐이라는 점도 고려해야 한다.”

325) 대법원 2020. 8. 13. 선고 2018다236241 판결.

326) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다274758 판결.

327) 의료인이나 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 금지한 의료법 제33조 제2항은 강행법규로서 이에 위반한 약정은 무효이지만(2019다299423), 의료법인 등이 ‘다른 의료인’에게 명의를 대여하는 것은 의료법인 등이 ‘다른 자’에게 그 법인의 명의를 빌려주는 것을 금지하는 의료법 제33조 제10항에 위반되기는 하나, 그 사법상 효력까지 부정해야 할 정도로 현저히 반사회성을 지닌 것이라고 단정할 수 없다(2021다235132).

328) ❶ 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다217370 판결: 원심이, 피고가 근로기준법 제44조의2의 직상 수급인으로서 하수급인 소외인과 연대하여 근로자인 원고에게 임금 지급할 의무가 있다고 한 다음, ‘근로자인 원고가 소외인에게 직상 수급인인 피고로부터 임금을 수령할 권한을 위임하였으므로 피고가 소외인에게 원고의 임금을 포함한 하도급 대금을 모두 지급함으로써 근로기준법 제44조의2에 따른 임금지급의무를 이행하였다.’는 피고의 주장에 대해, 이를 허용하는 것은 강행규정인 위 규정을 형해화하는 결과가 되므로 임금수령권한을 위임하는 행위는 강행규정 위반으로 그 효력이 없다는 이유로 이를 배척한 것은 정당하다고 한 예. ❷ 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다203551 판결: 농업협동조합이 그 ‘차입’ 상대방을 엄격하게 제한한 농업협동조합법의 강행법규에 ‘실질적으로’ 위반하여, 다른 사람의 채무를 ‘보증’하는 등으로 위 법의 차입 상대방이 아닌 제3자에 대하여 차입에 준하여 채무를 부담하는 행위는 무효라고 한 예. ❸ 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결의 다수 의견: 2008. 3. 21. 개정 최저임금법 제6조 제5항의 특례조항 시행에 따라 정액사납금제하에서 사용자가 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 근로자들 과반수의 동의를 얻어 실제 근무형태나 운행시간의 변경이 없음에도 소정근로시간만을 단축하는 내용으로 개정된 취업규칙 조항이 강행법규인 위 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 한 예. ❹ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결: 국유재산 사무 종사 직원이 타인 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 국유재산사무 종사 직원의 국유재산 양수 금지 규정의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 한 예. ❺ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다24785, 24792, 24808 판결: “구 대부업법 제8조 제2항의 취지는 대부업자가 사례금·할인금·수수료·공제금·연체이자·선이자 등의 명목으로 채무자로부터 금전을 징수하여 위 법을 잠탈하기 위한 수단으로 사용되는 탈법행위를 방지하는 데 있으므로, 명목 여부를 불문하고 대부업자와 채무자 사이의 금전대차와 관련된 것으로서 금전대차의 대가로 볼 수 있는 것이라면 이자로 간주되고” ❻ 대법원 2013. 9. 27. 선고 2011다106778 판결: “채권자와 채무자가 담보계약을 체결하였지만, 담보목적부동산에 관하여 가등기나 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 채권자로 하여금 귀속정산 절차에 의하지 않고 담보목적부동산을 타에 처분하여 채권을 회수할 수 있도록 약정하였다 하더라도, 그러한 약정이 가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 가등기담보법을 위반한 것으로 보아 무효라고 할 수는 없다.”(가등기담보법의 규제를 잠탈하기 위한 탈법행위라고 볼 수 없다 하여 채권자에 대한 처분권한 부여 약정이 유효하다고 한 예) ❼ 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022다230165 판결: 공공임대주택 임차인이 대출채권자에게 각서를 교부하여 대출금 상환이 지체될 경우 임대차계약을 중도 해지하고 임차주택을 인도하기로 한 약정은 공공주택사업자의 임대차계약 해제·해지 사유를 제한적 열거사유로 엄격하게 규제하는 강행규정의 적용을 배제하거나 잠탈하는 것이어서

의 불이행에 대하여 진술·보장 조항 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수는 없다.³²⁹⁾

당사자가 통정한 단속규정 위반의 법률행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효이고, 무효를 주장하는 자가 '통정 사실'에 대한 증명책임을 진다.³³⁰⁾

강행법규를 위반한 자가 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하는 것은 아니다.³³¹⁾

부동산의 이중매매에서, 판례는, 제2매수인이 제1매수인에 대한 매도인의 배임행위에 적극 가담한 경우 제2매매계약은 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하여 절대적으로 무효이므로, 선의의 전득자도 보호되지 않으며, 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인과 전득자 명의 각 등기의 말소를 구할 수 있다고 판시해 왔는데,³³²⁾ 여기에는

무효라 한 예.

- 329) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다203551 판결: “계약당사자 사이에서 일방이 상대방에 대해 계약의 체결이 관련 법령 등에 위반되지 않는다는 점과 함께 그 계약의 이행을 진술·보장하였는데도 계약을 이행하지 못하여 상대방에게 손해를 입힌 경우에는 계약상 의무를 이행하지 않은 것에 해당하므로 일종의 채무불이행 책임이 성립한다. 그러나 당사자 사이에 체결된 계약이 강행법규 위반으로 무효인 경우에 그 계약 불이행을 이유로 진술·보장 약정에 따른 손해배상채무를 이행하는 것이 강행법규가 금지하는 것과 동일한 결과를 가져온다면 이는 강행법규를 잠탈하는 결과가 되고, 이러한 경우에는 진술·보장 조항 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 없다고 보아야 한다.”
- 330) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다281999, 282008 판결: “지역주택조합의 조합원 자격에 관한 구 주택법이나 그 시행령의 규정은 단순한 단속규정에 불과할 뿐 효력규정이라고 할 수 없어 당사자 사이에 이를 위반한 약정을 하였다고 하더라도 그 약정이 당연히 무효라고 할 수는 없다. 다만 당사자가 통정하여 위와 같은 단속규정을 위반하는 법률행위를 한 경우에 비로소 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위에 해당하게 된다. … 피고가 이 사건 조합가입계약을 체결할 당시 본인과 세대원인 배우자 명의로 각 1채씩 주택을 소유하고 있어 조합원 자격 요건을 충족하지 못하였지만, 추가로 원고와 피고가 통정하여 위와 같은 단속규정을 위반하여 이 사건 조합가입계약을 체결하였다는 사정에 관한 아무런 증거가 제출되지 아니하였다. 따라서 그와 같은 사정만으로는 피고가 원고와 사이에 체결한 이 사건 조합가입계약이 당연히 무효라고 볼 수는 없다.”
- 331) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2017다288757 판결(강행법규를 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면, 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되기 때문이다).
- 332) ㉠ 반사회적 이중매매에 관한 판례이론: ① 부동산의 제2매수인이 제1매수인에 대한 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하는 경우[제2매수인이 이중매매 사실을 알거나 알 수 있었던 것만으로는 부족하고, 나아가 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 적극적으로 가담하여야 한다(2006다47677)]에는, ② 매매계약은 절대적으로 무효이므로, ③ 당해 부동산을 매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 제2매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다(선의)고 하더라도 매매계약이 유효하다고 주장할 수 없으며, ④ 제1매수인은 매도인을 '대위'하여 제2매수인 명의의 소유권이전등기(80다565, 83다카57)와 전득자 명의의 소유권이전등기의 각 말소등기를 청구할 수 있다(96다29151). ⑤ 매도인과 제2매수인 사이의 확정판결이나 제소전화해조서, 가사조정조서 등에 기하여 제2매수인 명의의 소유권이전등기를 마친 경우에는, 매도인이 제2매수인에게 제2매수인 명의 등기의 말소를 구하는 것은 확정판결 등의 기판력에 저촉되어 허용되지 아니하고, 따라서 제1매수인도 매도인을 대위하여 위와 같은 청구를 하지 못한다(96다8666, 2000다11584, 2019다214071). 이 경우 매도인의 제1매수인에 대한 소유권이전등기무효는 이행불능이 되었으니 제1매수인의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권은 인정되지 아니하고, 결국 제1매수인의 대위 청구는 피보전권리 부존재에 따른 당사자적격 흠결로 부적법하다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2009다104960, 104977 판결). ⑥ 부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있으나, 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 매도인은 배임죄에서 말하는 '타인의 사무를 처리하는

민법 제103조와 제746조(불법원인급여)³³³⁾의 관계에서 의문이 있었다.³³⁴⁾

민법 제103조와 제746조의 관계에 관하여, 제746조 소정의 ‘불법’을 제103조 소정의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서 위반’과 ‘동일’한 개념으로 본 종래 판례³³⁵⁾와 달리, 근자의 판례는 제746조 소정의 ‘불법’을 ‘선량한 풍속 기타 사회질서 위반’과 ‘다른’ 개념으로

자’에 해당하고, 부동산을 제3자에게 처분하고 등기를 마쳐 주는 행위는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다(2017도4027).

그런데, 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결에 따르면, 민법 제746조에 의해 매도인은 이중매매가 민법 제103조 위반으로 무효이기 때문에 부동산 소유권이 여전히 자기에게 있다고 주장하여 소유권에 기한 방해배제청구로서 제2매수인 명의 등기의 말소등기청구를 할 수 없고, 그 반사적 효과로서 소유권은 제2매수인에게 귀속하게 되었다고 보아야 하므로, 제1매수인의 매도인을 대위한 제2매수인 등기의 말소 청구는 인용될 수 없는 것이다. 이는 위 ④의 판례이론과는 모순이다. 위 ⑤의 판례이론에서 보듯이, 매도인이나 제2매수인이 조금만 법을 악용할 줄 아는 자라면 제1매수인 보호를 위한 판례의 대위말소청구 이론은 무용지물이 된다. 매도인이나 제2매수인이 이렇듯 법을 악용하느냐 여부에 따라 제1매수인 보호 여부가 결정된다는 것은 매우 부당함은 두말할 나위가 없다.

333) 민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

334) 종전에 필자는 ‘제1양수인에 대한 물권적 보호 불요론’(최진수, “반사회적 이중양도에 있어서 주관적요건의 요부 및 전독자 보호 여부”, 서울지방법원 실무논단(1998), 6면 이하)을 주장한 바 있어 이를 전재(轉載)한다. “판례이론의 문제점을 해결하기 위하여 다양한 견해가 제시되어 왔으나, 반사회적 이중양도의 경우만을 다른 반사회적 법률행위와 구별하여 예외로 취급한다든지, 또는 해석론의 법적 근거가 불명료하고, 기존의 통설이나 판례와 배치되는 등 모두 나름대로의 난점이 존재하여 선뜻 어느 한 견해를 취하기가 곤란한 점이 있었다. 판례나 제 견해처럼 법이론상의 난점에도 불구하고, 등기를 갖춘 물권자도 아니고 아직까지 엄연히 채권자의 지위에 머물러 있음에 지나지 않는 제1양수인을 무리하게 보호하여야만 하는 것인지 의문이 들기도 한다. 더구나 제1양수인은 부동산을 양수하고 대금을 완납하고도 등기를 게을리하여 양도인 명의로 오랫동안 등기를 방치해 둔 외관을 만들어 냄으로써 반사회적 이중양도의 기회를 제공한 잘못이 있다. 제1양수인은 양도인에 대하여는 채무불이행 내지 불법행위로 인한 부동산 가액 상당의 손해배상청구권, 또는 제2양수인으로부터 지급받은 매매대금에 대한 대상청구권을 행사함으로써, 제2양수인에 대하여는 채권침해라는 불법행위로 인한 부동산 가액 상당의 손해배상청구권(양도인과 제2양수인은 공동불법행위자로서 부진정연대채무를 지게 된다)을 행사함으로써 부동산의 소유권을 취득하지 못한 손해를 전보받을 길이 열려 있기도 하다. 법이론상 무리가 없다면 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 제2양수인에게 부동산의 소유권을 귀속시키기보다는 제1양수인이 소유권을 취득하도록 물권적인 보호를 하는 것이 타당할 것이나, 법이론상 무리가 있다면 제1양수인에 대한 보호는 위와 같은 손해배상청구권, 대상청구권 등의 채권적인 보호로 만족해야 하지 않을까 생각한다. 더구나, 제2양수인으로부터의 전독자들이 있는 경우에는 … 제1양수인보다는 전독자들의 보호가 우선하여야 할 것이기 때문에 제1양수인의 물권적 보호에 너무 집착할 필요는 없다고 생각한다. 즉, 제1양수인에 대한 물권적 보호 불요론인 셈이다. … 반사회적 부동산 이중양도와 관련된 여러 논점에 관하여 기존의 통설과 판례를 충실히 밟아 가지만 하면, 전독자 보호 문제는 등기의 공신력에 관계없이 불법원인급여에 있어서의 목적물에 대한 소유권 귀속이 여하하냐에 따라서 저절로 해결됨을 우리는 다음에서 알 수 있다. … 제2양수인은 민법 제746조에 의한 물권변동으로 양도인으로부터 소유권을 취득하게 되고, 반사회적 이중양도계약에 기하여 경료된 제2양수인 명의의 등기는 일단은 무효였다가 위 물권변동으로 말미암아 실제관계에 부합하는 유효한 등기가 된다. … 반사회적 이중양도라는 당해 무효의 하지는 양도인과 제2양수인 사이의 법률관계에서 단절되고 전독자에게로 승계되지 않는다. … 제2양수인은 그 무효의 하지와는 별도로 유효히 소유권을 취득하고, 그 소유권을 전독자는 이전받기 때문이다. 따라서 전독자는 반사회적 이중양도의 절대적 무효와 관계 없이 유효하게 목적물의 소유권을 취득하게 된다. 전독자의 선, 악의는 상관이 없다.”

335) 종래 판례(대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결 등)는 “부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인은 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.”라고 하여, 민법 제746조 소정의 ‘불법’을 민법 제103조 소정의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서 위반’과 표리(79다483)를 이루는 ‘동일’한 개념으로 보고, ‘강행법규 위반’ 중에서 선량한 풍속 기타 사회질서 위반에 해당하지 않는 것은 제외하였다.

보면서 좀 더 제한적으로 보고 있다.³³⁶⁾ 이에 따라 배임적인 부동산 이중매매의 경우 민법 제103조의 사회질서에 반하여 무효이지만 제746조의 불법원인에는 해당하지 않는다고 볼 여지가 생겼다.

나) 불공정한 법률행위

민법 제104조의 불공정한 법률행위가 성립하기 위해서는 ① 법률행위의 당사자 일방이 궁박(급박한 곤궁³³⁷⁾), 경솔 또는 무경험³³⁸⁾의 상태에 있고, ② 상대방이 이러한 사정을 알고서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 있어야 하며, ③ 나아가 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형³³⁹⁾이 있어야 하는바, 위 당사자 일방의 궁박, 경솔, 무경험은 모두 구비하여야 하는 요건이 아니고 그 중 어느 하나만 갖추어져도 충분하다.³⁴⁰⁾ 어떠한 법률행위가 불공정한 법률행위에 해당하는지는 ‘법률행위 시’를 기준으로 판단하여야 한다.³⁴¹⁾

336) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887, 79894 판결: “민법 제746조는 … 불법원인급여에 해당하면 부당이득 반환청구를 할 수 없도록 규정하고 있다. 여기서 말하는 ‘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.” ─ 상세한 내용은 ‘채권각칙’의 ‘불법원인급여’ 부분 참조.

337) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다301712 판결: “‘궁박’이라 함은 ‘급박한 곤궁’을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, 당사자가 궁박한 상태에 있었는지 여부는 그의 나이와 직업, 교육 및 사회경험의 정도, 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다. 한편 당사자가 계약을 지키지 않는 경우 얻은 이익이 이로 인해 입을 불이익보다 크다고 판단하여, 그 불이익의 발생을 예측하면서도 이를 감수할 생각으로 계약에 반하는 행위를 함으로써 계약 상대방과의 관계에서 그가 주장하는 급박한 곤궁 상태에 이르렀다면, 이와 같이 그가 자초한 상태를 민법 제104조의 궁박이라고 인정하는 것은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다.”

338) ‘무경험’이라 함은 일반적인 생활체험의 부족을 의미하는 것으로서 어느 특정영역에 있어서의 경험부족이 아니라 거레일반에 대한 경험부족을 뜻한다.

339) 대법원 2024. 3. 12. 선고 2023다301712 판결: “객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하는지를 판단하려면 우선 해당 법률행위의 급부와 반대급부가 무엇인지를 확정한 뒤 그 각각의 객관적 가치를 비교·평가해야 한다. 또한 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있는지는 단순히 시가와의 차액 또는 시가와의 비율로 판단할 수 있는 것은 아니고, 구체적·개별적 사안에서 일반인의 사회통념에 따라 결정하여야 한다. 여기에서 급부와 반대급부는 해당 법률행위에서 정한 급부와 반대급부를 의미하므로, 궁박 때문에 법률행위를 하였다고 주장하는 당사자가 그 법률행위의 결과 제3자와의 계약관계에서 입었을 불이익을 면하게 되었더라도, 특별한 사정이 없는 한 이러한 불이익의 면제를 곧바로 해당 법률행위에서 정한 상대방의 급부로 평가해서는 안 된다. 이를 상대방의 급부로 평가한다면, 당사자가 그 불이익을 입는 것보다 해당 법률행위에서 정한 반대급부를 이행하는 것이 경제적으로 유리하다고 보아 그 법률행위를 한 대부분의 경우에 그 불이익을 포함한 급부의 객관적 가치가 반대급부의 객관적 가치를 초과하여, 그 이유만으로 당사자의 궁박 여부와 관계없이 법률행위의 불공정성이 부정되는 부당한 결과가 발생할 수 있기 때문이다. 이러한 불이익은 급부와 반대급부 사이의 객관적 가치 차이가 사회통념상 현저하게 균형을 잃은 정도에 이르렀는지, 또는 당사자가 궁박한 상태에 있었는지를 판단할 때 고려할 수 있을 뿐이다.”

340) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다50308 판결, 대법원 2002. 10. 22. 선고 2002다38927 판결 등. ─ 대리인에 의한 법률행위의 경우 경솔과 무경험은 대리인, 궁박은 본인을 기준으로 하여 판단한다. 주인에 의하여 무효인 불공정한 법률행위가 유효로 될 수는 없으나(94다10900), 무효행위의 전환에 관한 민법 제138조가 적용되어 가정적 의사에 기한 매매계약이 유효하게 성립할 수 있다. 매매계약 등 쌍무계약이 ‘불공정한 법률행위’에 해당하여 무효인 경우, 그 계약에 관한 부채소합의 역시 무효이다.

불공정한 법률행위로서 무효라고 주장하는 자는 위 각 요건들을 주장·증명하여야 하고, 당사자가 이를 주장하지 않았음에도 법원이 이를 인정할 수는 없다.³⁴²⁾

341) 따라서 계약 체결 당시를 기준으로 전체적인 계약 내용에 따른 권리의무관계를 종합적으로 고려한 결과 불공정한 것이 아니라면, 사후에 외부적 환경의 급격한 변화에 따라 계약당사자 일방에게 큰 손실이 발생하고 상대방에게는 그에 상응하는 큰 이익이 발생할 수 있는 구조라고 하여 그 계약이 당연히 불공정한 계약에 해당한다고 말할 수 없다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결).

불공정 법률행위에 해당하는지 여부는 '법률행위가 이루어진 시점'을 기준으로 약속된 급부와 반대급부 사이의 객관적 가치를 비교 평가하여 판단하여야 할 문제이고, 당초의 약정대로 계약이 이행되지 아니할 경우에 발생할 수 있는 문제는 달리 특별한 사정이 없는 한 채무의 불이행에 따른 효과로서 다루어지는 것이 원칙이다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2010다42075 판결).

342) 90다19770, 62다599. 한편, 96다47951은, 불공정한 법률행위로서 무효라는 주장 안에 반사회적 법률행위로서 무효라는 주장이 포함되어 있는지의 여부를 설명하지 않았다 하여 설명의무를 위반한 위법이 있다고 볼 수는 없다고 한다.