

## 민법 제103조의 판례분석

韓 三 寅\*

### 目 次

- I. 머리말
- II. 판례분석
  - 1. 반사회적 법률행위의 의의
  - 2. 반사회질서 법률행위의 유형화
- III. 맺는말

### I. 머리말

근대법은 개인의 사적자치를 최대한 존중한다<sup>1)</sup>. 그러나 여기에는 내재적 한계 내지 제약이 있다. 즉, 법률행위가 당사자의 합의 내용대로 효력을 발생하기 위해서는, 궁극적으로 그 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않아야 한다는 것이다. 이 때의 '善良한 風俗'이란 사회의 일반적 도덕관념을 뜻하고, '社會秩序'는 국가와 사회의 일반적 이익을 말한다. 두 개념을 합하여 "社會的 妥當性" 또는 "社會性"이란 표현을 사용한다. 그리하여 사회적 타당성이 없는 행위를 "반사회적 법률행위"라 한다.

모든 합의 내용은 '사회적 타당성'의 범위를 벗어나서는 안되므로, 사회적 타당성이 없는(이른바 반사회적) 법률행위는 무효가 된다(민법 제103조).

그렇다면, 어떤 경우에 그 내용의 반사회성을 이유로 법률행위가 무효로 되는가? 그것은 법관이 '법의 이상과 그 시대의 도덕관·정의관·윤리관'의 견지를 종합하여, 구체적인 재판을 통하여 판단<sup>2)</sup>하게 된다.

\* 제주대학교 법학부 교수, 한국 부동산법학회 부회장, 한국 민사법학회 이사

1) 한삼인, 「중보신판 판례민법」, 법률행정연구원, 2000, 75쪽.

2) 이러한 판단은 사실문제가 아니라 법률문제이기 때문에 이를 잘못할 경우에는 상고사유가 된다(민사소송법 제393조).

이 글에서는 관례연구의 방법을 통하여 반사회적인 법률행위<sup>3)</sup>의 구체적인 경우들을 파악해 보고자 한다. 이러한 작업은 일반조항인 민법 제103조의 내용을 구체화시키는 “가치판단작업의 객관성”을 확보하는데 일조할 수 있을 것으로 보인다.

## II. 판례 분석

### 1. 반사회적 법률행위의 의의

#### 1). 관련 판례

①. 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서행위의 의미는?

“민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서행위는, 법률행위의 목적인 권리·의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도, 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다<sup>4)</sup>”.

②. 반사회질서적 성질은 띠지 않고, 단지 법률행위의 성립과정에서 강박이라는 불법적 방법이 사용된 경우, 그 법률행위가 민법 제103조에 의하여 무효가 되는가?

“단지 법률행위의 성립 과정에서 불법적 방법이 사용된 데 불과한 때에는, 그 불법이 의사표시의 형성에 영향을 미친 경우에는 의사표시의 하자로서 이유로 그 효력을 논의할 수는 있을 지언정, 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 할 수는 없다<sup>5)</sup>”.

③. (적용범위) 민법 제103조의 법리인 공서양속의 원칙은 경매절차에 적용되는가?

“공서양속의 원칙은 사적자치를 규율하는 경매절차에는 적용될 수 없다<sup>6)</sup>”.

3) 첫째, 당해 행위가 반사회성의 법률행위인지 여부를 가리는 시점은 ‘법률행위 성립 당시’를 기준으로 해야 한다는 견해가 지배적이다.

둘째, 법률행위의 반사회성은 법률효과의 발생을 부정하기 위한 소극적 요건이므로, 당해 법률행위가 반사회성을 띠어 무효로 됨으로써 이익을 받는 자가 당해 법률행위의 반사회성을 주장·입증해야 한다.

4) 대판 2000. 2. 11. 99 다 56833; 대판 1999. 7. 23. 96 다 21706; 대판 1996. 4. 26. 94 다 34432; 대판 1994. 3. 11. 93 다 40522; 대판 1993. 3. 23. 92 다 52238; 대판 1992. 11. 27. 92 다 7719; 대판 1984. 12. 11. 84 다카 1402.

5) 대판 1999. 7. 23. 96 다 21706; 대판 1994. 3. 11. 93 다 40522; 대판 1993. 3. 23. 92 다 52238; 대판 1992. 11. 27. 92 다 7719; 대판 1984. 12. 11. 84 다카 1402.

6) 대결 1980. 2. 4. 자 80 마 2.

## 2). 판례이론의 정리

민법 제103조에 의하여 무효가 되는 반사회적 법률행위란 무엇인가? 법률행위의 목적(내용)인 권리·의무가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우, 법률행위의 강제적 이행이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우, 법률행위에 금전적 대가가 결부되거나 반사회적인 조건이 첨가됨으로써 반사회질서적 성질을 띠는 경우, 또는 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 선량한 풍속 기타 사회질서에 어긋나는 경우 등을 말한다. 가령 당사자 한쪽이 자신의 독점적 지위 내지 우월적 지위를 악용하여 자기는 부당한 이득을 얻고 상대방에게는 과도한 반대급부나 기타의 부당한 부담을 지게 하는 것은 법률행위 목적의 불법에 해당하고, 이러한 법률행위는 반사회적인 것으로서 무효가 된다<sup>7)</sup>.

그러나 법률행위의 성립과정에 강박이라는 불법적 방법이 사용된 경우에는 '강박에 의한 의사표시'의 문제로만 처리될 뿐 반사회질서의 법률행위는 아니다. 마찬가지로, 증여의 성립과정에 불법이 개재된 경우에도 '의사의 흠결'의 문제가 될 뿐 반사회질서 행위는 아닌 것이다.

## 2. 반사회질서 법률행위의 유형화

### 1). 인륜에 반하는 행위

#### (1). 관련 판례

①. 夫妾關係에 따른 첩의 조건부 남편호적에의 입적이라는 부수적 약정의 효력은? "부첩관계를 맺음에 있어서 처의 사망 또는 이혼이 있을 경우에 첩과 혼인신고를 하여(첩을) 호적에 입적하게 한다는 부수적 약정은 公序良俗에 위반한 것으로서 무효인 행위이다<sup>8)</sup>".

②. 正妻의 동의(승인) 있는 첩계약은 유효한가?

"정처 있는 남자가 타의 부녀자와 정교를 맺고 이것을 유지한다는 계약, 즉 첩계약은 정처의 동의 유무를 불문하고 공서양속에 반하는 사항을 목적으로 하는 무효의 법률행위이다<sup>9)</sup>".

나아가, "법률상 처가 있는 남자가 다른 여자와 혼인식을 거행하고 장래 혼인신고를 하여 혼인에약을 맺는다는 것은 일부일처제도에 비추어 공서양속에 위반되는 무효의 계약이다<sup>10)</sup>".

③. 본처의 사전승인이 있는 부첩행위의 효력 및 불법행위의 성립 여부.

"혼인관계가 존속 중인 사실을 알면서 남의 첩이 되어 부첩행위를 계속한 경우에는 본처

7) 대판 1996. 4. 26. 94 다 34432.

8) 대판 1955. 7. 14. 4288 민상 156.

9) 대판 1960. 9. 29. 60 다 302.

10) 대판 1955. 10. 13. 4288 민상 245.

의 사전승인이 있었다 하더라도, 장래의 부첩관계의 사전승인이라는 것은 선량한 풍속에 위배되는 행위이므로, 본처에 대하여 불법행위가 성립한다<sup>11)</sup>”.

한편, 부첩관계를 용서한 경우와 관련하여, “첩계약은 본처의 동의 여부를 불문하고 선량한 풍속에 반하는 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효일 뿐만 아니라 위법한 행위이므로, 부첩관계에 있는 夫 및 첩은 특별한 사정이 없는 한, 그로 인하여 본처가 입은 정신상의 고통에 대하여 배상할 의무가 있고, 이러한 손해배상책임이 성립하기 위하여는 반드시 부첩관계로 인하여 혼인관계가 파탄에 이를 필요까지는 없고, 한편 본처가 장래의 부첩관계에 대하여 동의하는 것은 그 자체가 선량한 풍속에 반하는 것으로서 무효라고 할 것이나, 기왕의 부첩관계에 대하여 용서한 때에는 그것이 손해배상청구권의 포기라고 해석되는 한, 그대로의 법적 효력이 인정될 수 있다<sup>12)</sup>”.

④. 부첩관계를 해소하면서 한 금전지급약정이 공서양속에 반하는지 여부.

“부첩관계를 해소하기로 하면서 남자가, 첩이 그간 자기를 위하여 바친 노력과 비용 등 회생을 배상 내지 慰藉하고 또 장래의 생활대책을 마련해 주는 의미에서 금전의 지급을 약정하는 것은 공서양속에 반한다고 할 수 없다<sup>13)</sup>”.

⑤. 종래의 관습인 昭穆之序에 반하여 재종손자를 사후양자로 선정하는 행위의 공서양속 위배 여부.

“민법은 존속 또는 연장자를 양자로 하지 못하도록 규정하고 있을 뿐 소목지서를 요구하고 있지는 아니하므로, 재종손자를 사후양자로 선정하는 행위가 위법하다고 할 수 없고, 사후양자가 소목지서에 어긋나는 것이 우리의 종래의 관습에 어긋난다고 하여도, 민법은 위와 같이 양자의 요건을 완화하고 있으므로, 이것이 공서양속에 위배되어 무효라고 할 수 없다<sup>14)</sup>”.

## (2). 판례이론의 정리

우리 헌법과 민법하의 혼인질서는 일부일처제 및 혼인과 가족생활에 대한 양성평등의 원칙을 그 바탕으로 하고 있다<sup>15)</sup>. 따라서 이에 어긋나는 첩계약<sup>16)</sup>은 법률상의 배우자(아내)의 동의 유무나 사전승인 여하에 관계 없이 반사회질서의 행위로서 무효가 된다. 처의 사망이나 이혼 시에 첩과 혼인신고를 하기로 하는 부첩관계에 따른 부수적 약정의 경우도 마찬가지이다. 이처럼 첩계약이나 부첩행위 등은 인륜에 반하는 행위로서 무효이지만, 남녀가 그 동안의 부첩관계를 해소하기로 하면서, 남자가 여자에게 금전을 지급하기로 하는 약정은 유효하다. 불법행위를 기도하여 어떤 이익을 취할

11) 대판 1967. 10. 6. 67 다 1134.

12) 대판 1998. 4. 10. 96 모 1434.

13) 대판 1980. 6. 24. 80 다 458.

14) 대판 1991. 5. 28. 90 모 347.

15) 헌법 제11조 1항·제36조 1항, 민법 제810조·제815조 등 참조.

16) 한편, ‘씨반이 계약’과 관련한 하급심 판례를 보면, “법률상 아내가 있는 남자가 다른 여자와의 사이에 아들을 낳아 주면 경제적 대가를 지급할 것을 약정한, 이른바 씨반이 계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 어긋나는 것으로 무효가 된다”(대구지방법원판결 1991. 9. 17. 91 가합 8269.)는 것이다. 이에 대한 보다 상세한 것은 한삼인, 「증보신판 판례민법」, 법률행정연구원, 2000. 913쪽을 참조할 것.

염려가 없기 때문에 불륜관계를 해소하기로 하면서 이별금 조로 금전을 지급하기로 하는 약정은 유효하다는 것이다.

## 2). 개인의 자유를 제한하는 행위

### (1). 관련 판례

①. 혼인예약 후에 남자의 동거의무불이행 시 여자에게 금원을 지급하기로 하는 약정의 민법 제103조 저촉 여부.

“남녀가 혼인예약을 한 뒤에 남자가 여자와의 동거를 거부할 때에는 그 여자에게 금 4만5천원을 지급하기로 한 약정은, 남자는 상대방에게 금원을 지급함으로써 법률상 보호를 받아야 할 쌍방간의 사실상 혼인관계를 파기할 수도 있는 반면 계속 동거할 의무를 여자에게만 지우게 하는 것이므로, 분명히 사회질서와 선량한 풍속에 반하는 사항을 내용으로 한 계약이라 할 것이다<sup>17)</sup>”.

②. 상대방에 대한 친권상실의 청구권을 포기하기로 하는 계약의 효력은?

“민법 소정의 규정에 의한 친권상실이나 대리권·관리권상실을 청구할 수 있는 자가 그러한 청구권을 포기하는 것을 내용으로 하는 계약은 공서양속에 위배하여 무효라 할 것이다<sup>18)</sup>”.

③. 부부간의 이혼금지 각서의 효력은 어떻게 되는가?

“어떠한 일이 있어도 이혼하지 아니 하겠다는 각서를 써 주었다 하더라도, 그와 같은 의사표시는 신분행위의 의사결정을 구속하는 것으로서 공서양속에 위배되어 무효이다<sup>19)</sup>”.

④. 개인의 영업활동의 자유를 제한하는 경우와 관련하여, “사단법인 대한환경위생협회의 회원인 피고가 동 협회와의 사이에 동 협회의 서울지부 미용분과위원회에서 협정한 요금 및 공휴일을 준수함과 동시에 종업원의 유인고용을 하지 않기로 하고 위 사항을 위반할 때에는 위약금 만원을 동협회에 지급한다는 내용의 약정을 한 본 건에 있어서, 위 약정내용은 피고의 영업상 활동의 자유를 일방적으로 제한함에 그치는 것이므로, 이와 같은 영업상 자유의 제한에 관한 약정을 무기한 허용함은 피고의 법률상 지위에 증대한 제한을 부과하는 것으로서 이와 같은 약정은 제한을 받는 자가 언제든지 일방적으로 해약할 수 있다고 해석함이 상당하다<sup>20)</sup>”.

⑤. 도급인이 일방적으로 공사의 완공이 불가능할 정도의 공기 단축을 요구하여 수급인으로 하여금 부득이 이에 응하게 한 경우, 그 단축된 준공기한 위반을 이유로 지체상금을 물게 하는 것은 선량한 풍속 기타 사회질서 위반이 되는지 여부.

“도급인의 지위에 있는 행정기관이 당초의 입찰이나 계약체결 시에 약정한 공사기간을 그 후 행정상의 이유로 일방적으로, 수급인이 당초 전혀 예상하지 못했을 정도로 상당한 기간의 단축을 요구하여 수급인으로 하여금 이에 부득이 응하게 한 경우, 공사기간을 단축할 당시에 있어서의 기성 공정률과 그 공사의 완공에 필요한 총기간 및 남은 공사기간 등을 참작하여, 그

17) 대판 1963. 11. 7. 63 다 587.

18) 대판 1977. 6. 7. 76 모 34.

19) 대판 1969. 8. 19. 69 모 18.

20) 대판 1964. 5. 19. 63 다 915.

단축된 기간 내에 공사를 준공하는 것이 물리적으로 불가능하거나 총체적으로 부실공사를 강요하는 것이 될 수밖에 없다면, 당초의 지체상금에 관한 약정을 그대로 적용하여 그와 같이 준공이 불가능할 정도로 단축된 준공기한을 기준으로 일률적으로 계산한 지체 일수 전부에 대하여 당초의 약정에 의한 지체상금의 배상을 그대로 물게 하는 것은, 선량한 풍속 기타 사회질서에 비추어 허용할 수 없으므로, 준공기한을 앞당기기로 하는 그 합의는 준공에 절대적으로 필요한 최소한의 기간에 해당하는 지체상금 부분에 한하여 무효가 된다<sup>21)</sup>”.

⑥. 기타, “토지개량계의 체납세금에 대하여 일변 30전 내지 40전의 이자를 징수하고 또 이자를 원금에 편입시켜 다시 같은 이율의 복리를 징수한다는 계약<sup>22)</sup>·계원 공동의 이익을 위하여 관계배수 또는 수리공작물의 설치 및 농업생산의 증진을 목적으로 조직된 토지개량계가 계원에 대한 연체수리비에 대하여 고율의 복리로써 부가 징수할 수 있도록 규정한 규약<sup>23)</sup>” 등은 독점적 지위 내지 우월한 지위를 악용한 경우로서 무효가 된다.

⑦. 부정행위를 용서받는 대가로 남편 명의의 부동산을 처에게 양도하되, 부부관계가 유지되는 동안에는 처가 임의로 그 부동산을 처분할 수 없도록 제한을 붙인 약정의 효력은?

“부정행위를 용서받는 대가로 손해를 배상함과 아울러 가정에 충실하겠다는 서약의 취지에서 처에게 부동산을 양도하되, 부부관계가 유지되는 동안에는 처가 임의로 처분할 수 없다는 제한을 붙인 약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 것이라고 볼 수 없다<sup>24)</sup>”.

⑧. 계약당사자의 자유의사에 의하여 불가항력으로 인한 손해배상을 계약당사자의 일방만이 부담한다고 약정한 특약의 효력은?

“위의 경우에 불가항력으로 인한 손해를 계약당사자의 일방만이 부담한다는 내용의 특약을 하였다 하더라도, 이를 당연무효라고 할 수 없다<sup>25)</sup>”.

⑨. 국가기관의 위헌적인 공권력 행사 결과 국민이 그에 외포되어 자유롭지 못한 의사표시를 한 경우와 관련하여, “위의 경우에 그 의사표시의 효력은 의사표시의 하자에 관한 민법의 일반원리에 의하여 판단되어야 하고, 그 강박행위의 주체가 국가공권력이고 그 공권력 행사의 내용이 기본권을 침해하는 것이라고 하여 그 강박에 의한 의사표시가 항상 반사회성을 띠게 되어 당연히 무효로 되지는 않는다<sup>26)</sup>”

⑩. 예탁금 회원제로 운영되는 골프클럽의 회칙상 해외회원에 대하여 회원권 양도 제한의 규정을 둔 경우, 그 규정이 헌법상의 평등권 조항·민법상 반사회질서 조항 등에 위반되는지 여부.

“예탁금 회원제로 운영되는 골프클럽의 회칙상 해외회원의 회원 자격은 해외거주자에 한하여 양도·양수할 수 있다고 규정하여 회원권 양도 제한의 규정을 둔 경우, 골프장의 운영과

21) 대판 1997. 6. 24. 97 다 2221; 대판 1990. 11. 27. 88 다카 12759.

22) 대판 1962. 3. 22. 61 다 715.

23) 대판 1963. 9. 26. 63 다 277.

24) 대판 1992. 10. 27. 92 모 204, 92 모 211.

25) 대판 1963. 5. 15. 63 다 111.

26) 대판 1996. 12. 23. 95 다 40038; 대판 1996. 4. 26. 94 다 34432; 대판 1993. 3. 23. 92 다 52238; 대판 1992. 11. 27. 92 다 7719.

관련된 골프클럽의 회칙 내용은 강행법규 내지 공공질서와 미풍양속 등의 원칙에 위배되지 아니하는 한 골프장 경영자의 의사에 따라 자유로이 정할 수 있고, 골프장 회원권은 회원과 골프장 경영자 사이에 계속적인 관계가 유지되는 이용계약상의 특수성으로 인하여 회원의 지위는 법률상 당연히 양도성이 인정되는 것은 아니며, 해외회원의 경우 내국인과 다른 불리한 조건을 가지고 있으나 그러한 조건으로 입회계약을 체결한 이상, 클럽의 회칙 중 그 양도 제한에 관한 조항이 해외 거주자라는 신분을 이유로 합리적인 근거 없이 해외회원을 국내회원에 비하여 지나치게 불리하게 차별대우하는 것으로 되어 헌법상의 평등권 조항·민법상의 반사회질서 조항 등에 어긋나 무효라고 볼 수는 없다<sup>27)</sup>”.

①. 해외연수 근로자가 귀국후 일정기간 근무하지 않으면, 그 소요경비를 배상한다는 사유나 약정의 효력은?

“해외파견된 근로자가 귀국일로부터 일정기간 소속회사에 근무하여야 한다는 사유나 약정은 민법 제103조 또는 제104조에 위반된다고 할 수 없고, 일정기간 근무하지 않으면 해외파견 소요경비를 배상한다는 사유나 약정은 근로계약기간이 아니라 경비반환채무의 면제기간을 정한 것이므로, 근로기준법 제21조에 위배하는 것도 아니다<sup>28)</sup>”.

## (2). 판례이론의 정리

어떤 경우에도 이혼하지 않기로 하는 부부 사이의 이혼금지 각서·혼인에 의해 발생하는 남자가 여자와 동거를 하지 않을 경우에 남자가 여자에게 금원을 지급하기로 하는 약정·상대방에 대한 친권상실을 주장할 수 있는 청구권포기의 합의(인신매매·매춘행위의 경우도 마찬가지이다) 등은, 이른바 개인의 의사결정의 자유 내지는 정신적·신체적 자유를 침해하는 행위로서 반사회성을 띠어 무효가 된다.

같은 업종에 종사하는 회원 사이에서 협정요금 및 공휴일을 준수하고 종업원의 유인고용을 하지 않기로 하면서, 이를 어길 경우에는 위약금을 그 협회에 지급하기로 하는 약정은 개인의 경제활동의 자유를 심하게 제한하는 행위로서 무효가 된다<sup>29)</sup>.

한편, 도급계약에 있어서 행정기관인 도급인이 일방적으로 공사의 완공이 불가능할 정도의 공기 단축을 수급인에게 요구하면서 그 단축된 준공기한을 어길 경우에 지체상금을 물도록 한 약정은 준공에 절대적으로 필요한 최소한의 기간에 해당하는 지체상금 부분에 한하여 무효가 된다는 것이다. 이것은 도급인이 행정기관이라는 우월적 지위를 악용하여 수급인의 경제활동의 자유를 심하게 제한한 것으로서 반사회성을 띠

27) 대판 1999. 4. 9. 98 다 20714.

28) 대판 1982. 6. 22. 82 다카 90; 대판 1980. 7. 8. 80 다 590; 대판 1974. 1. 29. 72 다 2565.

29) 이 외에도, “경쟁의 영업을 하지 않기로 하는 계약·해고 후 일정한 영업을 하지 않기로 하는 사용자와 피용자 사이의 계약·영업 양도인이 같은 업종의 영업을 하지 않기로 하는 계약·거래 상대방의 동의 없는 대리인 불채용계약” 등이 적당한 범위를 넘어서 개인의 영업의 자유 기타 거래활동을 심하게 제한할 때에는 반사회성을 띠어 무효가 된다. 독일에서는 이러한 경우를 ‘속박계약’(Knebelungsvertrag)이라 하여 무효로 처리한다.

Flume, Das Rechtsgeschäft, 1979, S. 371.

게 되는 것으로 볼 수 있다.

그러나 계약당사자의 자유의사에 의하여 불가항력으로 인한 손해배상을 그 당사자 일방만이 부담하기로 한 약정·국가기관의 위헌적인 공권력을 행사함으로써 국민이 자유롭지 못한 상태에서 의사표시를 한 경우·골프클럽의 회칙에 따라 해외회원에 대한 회원권 양도제한의 규정·해외연수 근로자가 귀속 후 의무기간을 근무하지 않으면 그 소요경비를 배상한다는 사유나 약정 등은 개인의 활동의 자유를 침해하는 것이 아니어서 무효가 아니라고 한다. 협박과 폭행의 수단을 써서 도박으로 잃은 돈의 9배에 달하는 부동산을 상대방으로부터 제공받은 경우, 그 재산취득은 개인의 정신적·신체적 자유를 심하게 제한하는 행위로서 무효가 된다.

### 3). 정의의 관념에 반하는 행위

#### (1). 관련 판례

①. 상대방인 공무원에게 직무와 관련한 청탁을 하면서 그 보수로서 대가금을 지급하기로 한 약정의 효력은?

“당사자 일방이 상대방에게 공무원의 직무에 관한 사항에 관하여 특별한 청탁을 하게 하고 그에 대한 보수로 돈을 지급할 것을 내용으로 한 약정은 사회질서에 반하는 무효의 계약이라 할 것이다<sup>30)</sup>”.

②. 부동산의 취득자가 명의수탁자의 범죄적인 처분행위에 적극 가담하여 처분이 이루어진 경우, 그 취득행위의 효력은?

“부동산의 명의수탁자가 실질소유자 몰래 처분하는 경우, 부동산의 취득자가 명의수탁자의 범죄적인 처분행위에 적극 가담하여 처분이 이루어진 것이라면, 그 취득자의 취득행위는 정의관념에 반하는 반사회적 행위로서 무효라 할 것이다<sup>31)</sup>”.

한편, “위의 경우, ‘취득자가 수탁자의 범죄행위에 적극 가담하는 행위’란 수탁자가 단순히 등기명의만 수탁 받았을 뿐 그 부동산을 처분할 권한이 없는 줄을 잘 알면서 수탁자에게 실질소유자 몰래 수탁재산을 불법처분 하도록 적극적으로 요청하거나 유도하는 등의 행위를 의미한다<sup>32)</sup>”.

③. 협박과 폭행 등의 수단을 써서 도박으로 잃은 돈의 9배에 달하는 부동산을 상대방으로부터 제공받은 경우, 그 취득행위의 효력은?

“피고 명의의 가등기와 그에 따른 본등기가 그 원인에 있어 피고가 도박으로 잃은 돈을 회복하려고 소외인 등을 유인한 다음 수사경찰관과 결탁 소외인 등을 도박현행범으로 감금하고 협박과 폭행으로 그들로 하여금 어쩔 수 없이 피고가 잃은 돈의 변상명목으로 잃은 돈의 9배에 달하는 부동산을 제공받은 것이라면, 이는 선량한 풍속과 정의의 관념에 반하여 이루어진 당연

30) 대판 1995. 7. 14. 94 다 51994; 대판 1991. 3. 22. 91 다 520; 대판 1979. 11. 23. 79 다 483; 대판 1971. 10. 11. 71 다 1645.

31) 대판 1992. 3. 31. 92 다 1148; 대판 1963. 3. 28. 62 다 862.

32) 대판 1992. 3. 31. 92 다 1148

무효의 등기가 된다<sup>33)</sup>”.

④. 부도 직전에 행해진 동산양도담보계약의 효력은?

“울이 갑과 특약점계약을 맺고 물품을 외상으로 공급받아 판매해 오던 중 사업실패로 이미 파산상태에 있으면서, 부도를 내기 사흘전에 다시 물품을 외상으로 공급받아 그 다음 날 점포내에 있는 물품 전부를 그 사정을 잘 알고 있는 병에게 양도담보의 목적물로 제공하여 그 소유권을 양도하였다면, 울의 갑에 대한 위 물품의 주문 및 수령행위는 변제의 의사와 능력이 없는 상태에서의 財物騙取 행위이고 병 역시 울의 불법행위에 적극 가담하여 장물인 위 편취 물품을 취득하였다고 볼 수 있으므로, 울과 병 사이의 위 동산양도담보계약은 부도 사흘전에 주문하여 공급받은 물품에 관한 한 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로서 무효라고 볼 것이다<sup>34)</sup>”.

⑤. 취득시효 완성 후 소유자의 부동산 처분행위가 불법행위로 되기 위한 요건 및 제3자가 그 처분행위에 적극 가담한 경우, 그 처분행위의 효력은?

“부동산에 관한 취득시효가 완성된 후 취득시효를 주장하거나, 이로 인한 소유권이전등기청구를 하기 이전에는 등기명의인인 부동산 소유자로서는, 특별한 사정이 없는 한, 시효취득 사실을 알 수 없으므로 이를 제3자에게 처분하였다 하더라도, 불법행위가 성립할 수 없으나 부동산의 소유자가 취득시효의 완성 사실을 알 수 있는 경우에 부동산 소유자가 부동산을 제3자에게 처분하여 소유권이전등기를 넘겨줌으로써 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무가 이행불능에 빠지게 되어 취득시효 완성을 주장하는 자가 손해를 입었다면 불법행위를 구성한다 할 것이며, 부동산을 취득한 제3자가 부동산 소유자의 이와 같은 불법행위에 적극 가담하였다면, 이는 사회질서에 반하는 행위로서 무효가 된다<sup>35)</sup>”.

⑥. 조직을 갖춘 불교신도회(비법인사단)가, 부동산(그 신도들이 사찰 아닌 신도회에 한 시주금으로 대지를 매수하고 건물을 신축한 부동산)을 주지에게 명의신탁 하였다가 이를 해지하였음에도, 위 주지가 이러한 사실을 알면서 사찰에게 증여한 경우의 증여행위의 효력은?

“위의 부동산을 사찰의 주지에게 명의신탁 하였다가 이 명의신탁을 해지하는 뜻이 담긴 소장 부분을 송달하였는데, 위 사찰의 주지가 이러한 사실을 알면서 그 자신이 주지로 있는 위 사찰에게 이를 증여하여 소유권이전등기를 하였다면, 주지와 사찰 사이의 증여는 사실상 동일인에 의한 행위와 마찬가지로 보아야 할 것이며, 반사회적 법률행위로서 무효이다<sup>36)</sup>”.

⑦. 금품제공행위가 개입된 연연초생산협동조합장 선거 및 그에 기한 당선인 결정의 효력은?

“연연초생산협동조합법에 임원선거 시의 금품 등 제공행위를 형사처벌하거나 그로 인한 당선을 무효로 한다는 규정이 없더라도, 조합장 선거에 출마한 후보자가 당선을 목적으로 선거

33) 대판 1974. 7. 23. 74 다 157.

34) 대판 1989. 10. 13. 88 다카 19415.

35) 대판 1998. 4. 10. 97 다 56495; 대판 1996. 9. 6. 96 다 23399; 대판 1995. 7. 11. 94 다 4509; 대판 1993. 2. 9. 92 다 47892; 대판 1989. 4. 11. 88 다카 8217.

36) 대판 1991. 10. 22. 91 다 26072; 대판 1989. 10. 24. 88 다카 22299.

인들에게 금품을 제공한 행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위이고, 한편 당선인과 차순위 후보자 사이의 득표 차가 불과 2표인 점에 비추어 보면 당선인 등의 금품제공행위는 선거 결과에도 영향을 미쳤다고 볼 수밖에 없으므로, 그와 같은 반사회적 행위가 개입됨으로써 선거 결과에 영향을 준 조합장 선거 및 이를 기초로 한 당해 조합의 당선인 결정은 무효이다<sup>37)</sup>”.

⑧. 증권회사 등이 고객에 대한 손실보전의 약속이나 그 실행행위의 효력은?

“증권거래법(2000. 1. 21. 법률 제6176호로 개정되기 전의 것, 이하 같다.) 제52조 제3호는 증권회사 또는 그 임직원으로 하여금 제52조 제1호 및 제2호의 행위 이외에 유가증권의 발행 또는 매매 기타 거래와 관련하여 투자자의 보호 또는 거래의 공정을 저해하거나 증권업의 신용을 추락시키는 것으로서 재정경제부령이 정하는 행위를 금지하고 있고, 재정경제부령 제13조의 3 제2호는 정당한 사유 없이 당해 거래에서 발생한 손실의 전부 또는 일부를 보전하여 주는 행위를 금지행위의 하나로 규정하고 있는바, 증권회사 등이 고객에 대하여 증권거래와 관련하여 발행한 손실을 보전하여 주기로 하는 약속이나 그 손실보전행위는 위협관리에 의하여 경제활동을 촉진하는 증권시장의 본질을 훼손하고 안이한 투자판단을 초래하여 가격형성의 공정을 왜곡하는 행위로서, 증권투자에 있어서의 자기책임원칙에 반하는 것이라고 할 것이므로, 정당한 사유 없는 손실보전의 약속 또는 그 실행행위는 사회질서에 위반되어 무효라고 할 것이다<sup>38)</sup>”.

⑨. 무자격조합원에 대한 임의분양약정이 通情에 의한 단속규정 위반의 행위로서 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는지 여부.

“구 주택전설축진법 제3조 제9호나 주택공급에관한규칙 제4조 제1항 등이 당사자의 의사에 의하여 그 규정의 적용을 배제할 수 없는 강행법규라고 하더라도, 그 규정을 위반한 거래행위를 반드시 무효라고 볼 수는 없으므로, 그 규정은 효력규정이 아닌 단속규정으로 보아야 하나, 당사자가 통정하여 단속규정을 위반하는 법률행위를 한 경우에는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위로 보아야 할 것이므로, 주택조합이 무자격조합원을 제명하면서 그 제명의 효력과는 관계없이 무자격조합원에게 아파트를 임의분양하기로 한 약정은 무자격조합원과 주택조합이 통정하여 단속규정을 위반하기로 한 반사회질서의 법률행위로서 무효이다<sup>39)</sup>”.

⑩. 도지사에게 청탁하여 택시운송사업면허를 받아줄 것을 부탁하면서 도지사에게 청탁교제비조로 금원을 교부하면서 교부 당시에 그 면허를 취득하지 못하게 될 경우, 금원을 반환하여 주기로 한 약정의 효력은?

“도지사에게 청탁하여 택시운송사업면허를 받아줄 것을 부탁하면서 도지사에게 청탁교제비조로 금원을 교부한 것(변호사법 제78조 제1호에 해당되는 행위)은, 그 금원을 교부할 당시에 그 면허를 취득하지 못하게 될 경우에는 금원을 반환하여 주기로 약정하였다 하더라도, 이와 같은 약정은 결국 불법원인급여물의 반환을 구하는 범주에 속하는 약정이라 할 것이며 이는 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라 할 것이다<sup>40)</sup>”.

37) 대판 1996. 6. 25. 95 다 50196; 대판 1996. 6. 14. 96 도 405; 대판 1989. 5. 26. 88 수 54.

38) 대판 2001. 4. 24. 99 다 30718.

39) 대판 1993. 7. 27. 93 다 2926; 대판 1993. 7. 27.

40) 대판 1991. 3. 22. 91 다 520.

⑪. 행정기관에 진정서를 제출하여 상대방을 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 조건으로 거액의 급부를 제공하기로 약정한 경우의 법률행위에 민법 제103조가 적용되는가?

“행정기관에 진정서를 제출하여 상대방을 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 조건으로 거액의 급부를 제공하기로 약정한 경우, 민법 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당하여 무효가 된다<sup>41)</sup>”.

⑫. 소송사건에서 일방 당사자를 위하여 증인으로 출석하여 증언하였거나 증언할 것을 조건으로 어떤 대가를 받기로 한 약정의 효력은?

“소송사건에서 일방 당사자를 위하여 증인으로 출석하여 증언하였거나 증언할 것을 조건으로 어떤 대가를 받을 것을 약정한 경우, 증인은 법률에 의하여 증언거부권이 인정되지 않은 한 진실을 진술할 의무가 있는 것이므로, 그 대가의 내용이 통상적으로 용인될 수 있는 수준(예컨대 증인에게 일당과 여비가 지급되기는 하지만 증인이 법원에 출석함으로써 입게 되는 손해에는 미치지 못하는 경우, 그러한 손해를 전보해 주는 정도)을 초과하는 경우에는, 그와 같은 약정은 금전적 대가가 결부됨으로써 신랄한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위가 되어 민법 제103조에 따라 효력이 없다고 할 것이고, 약정된 대가의 내용이 주로 위와 같은 증언을 하는 데 대한 반대급부의 의미를 갖는 경우에는 그 밖에 부수적으로 소송의 상대방 당사자를 만나 그의 동의 없이 대화내용을 몰래 녹취하여 일방 당사자로 하여금 그 녹취서를 법원에 증거로 제출하게 하는 등의 행위에 대한 대가가 이에 포함되어 있다고 하더라도 마찬가지이다<sup>42)</sup>”.

나아가, “변호사 아닌 갑과 소송당사자인 을이, 갑은 을이 소송당사자로 된 민사소송사건에 관하여 을에게 승소시켜주고, 을은 소송물의 일부인 임야지분을 그 대가로 갑에게 양도하기로 약정한 경우, 위 약정은 강행법규인 변호사법 제78조 제2호에 위반되는 반사회적 법률행위로서 무효이다<sup>43)</sup>”.

⑬. 허위진술의 대가로서 행한 급부의 약정은 어떻게 되는가?

“수사기관에서 참고인으로 진술하면서 자신이 잘 알지 못하는 내용에 대하여 허위의 진술을 하는 경우에 그 허위진술행위가 범죄행위를 구성하지 않는다고 하여도, 이러한 행위 자체는 국가사회의 일반적인 도덕관념이나 국가사회의 공공질서 이익에 반하는 행위라고 볼 것이니, 그 급부의 상당성 여부를 판단할 필요 없이 허위진술의 대가로 작성된 각서에 기한 급부의 약정은 민법 제103조 소정의 반사회적 질서행위로서 무효이다<sup>44)</sup>”.

⑭. 수입금지 선박을 매수하고서도 通謀하여 이를 期間備船한 것처럼 가장하여 국내에 반입한 경우, 그 선박매매계약의 효력은?

“선박이 구 무역거래법(1987.7.1. 법률 제3895호 대외무역법 시행으로 폐지) 또는 대외무역법에 의하여 수입이 금지되어 있는 선박임을 인식하고서도, 갑이 파나마 법인인 을로부터 용선의 형식으로 매수하여 국내에 반입하였고, 병은 위와 같은 사정을 잘 알고서 아직 용선료(실질적으로는 매선대금)가 완불되지 않은 그 선박을 영국 법인의 명의를 빌려 갑으로부터 매수하

41) 대판 2000. 2. 11. 99 다 56833; 대판 1997. 3. 25. 96 다 47951.

42) 대판 1999. 4. 13. 98 다 52483; 대판 1994. 3. 11. 93 다 40522.

43) 대판 1990. 5. 11. 89 다카 10514; 대판 1987. 4. 28. 86 다카 1802.

44) 대판 2001. 4. 24. 2000 다 71999.

고서도, 마치 이를 을로부터 기간용선(Time Charter)한 것처럼 가장함으로써 갑과 마찬가지로 대외무역법의 규정을 잠탈하려 하였으며, 또 기간용선을 한 것처럼 허위의 용선계약서를 작성하여 수산정장의 용선허가를 받아 조업하려 하였던 것이라면, 이와 같이 당사자가 불법을 인식하고도 통모하여 수입이 금지된 중고선박을 국내에 반입하고자 한 주관적인 악성까지 고려하여 보면, 갑과 병 사이의 선박매매계약은 사회질서에 반하는 법률행위로서 당연무효라고 보아야 한다<sup>45)</sup>”.

⑮. 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할 합의의 유효요건 및 전속적인 관할 합의가 현저하게 불공정한 경우의 효력은?

“대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할 합의가 유효하기 위하여는, 당해 사건이 대한민국 법원의 전속관할에 속하지 아니하고, 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해 사건에 대하여 관할권을 가져야 하는 외에, 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구된다고 할 것이고, 한편 전속적인 관할 합의가 현저하게 불합리하고 불공정한 경우에는 그 관할 합의는 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하는 점에서도 무효이다<sup>46)</sup>”.

위의 여러 사안들 외에도, “국가가 방지하는 밀수입의 자금으로 사용하기 위한 대차 또는 그를 목적으로 한 출자는 공서양속에 반하는 사항을 목적으로 한 법률행위로서 무효가 된다<sup>47)</sup>”.

16. 담당공무원과 공모하여 부정한 방법으로 국유재산 매각 관련 내부규정을 위반하여 국유의 잡종재산을 매수한 경우, 그 매수행위의 효력 및 국가가 그 매매계약의 해제로써 그 이전에 그 잡종재산을 매수하여 소유권이전등기를 경료한 제3취득자에게 대항할 수 있는지 여부.

“국유재산관리청인 재정경제원으로부터 분임보관청으로 지정받은 지방자치단체가 작성한 국유재산관리계획작성지침 소정의 매각 대상 부동산이 아님에도, 매수인이 담당공무원과 공모하여 허위의 증빙서류를 제출하는 등 부정한 방법을 사용하여 그 지침을 위반하여 국유의 잡종재산인 부동산을 매수한 경우, 그 지침은 국유재산업무를 담당하는 공무원들이 매각업무처리시 일응의 기준으로 삼는 내부규정일 뿐이어서, 그 지침에 위반하였다고 하여 개인간의 거래의 객체가 되는 잡종재산인 그 부동산을 매수한 행위가 무효로 되는 것은 아니고, 그 부동산의 매수행위에 담당공무원의 부정이 개입되었다고 하더라도, 그 공무원이 직접 또는 매수인 명의로 그 부동산을 취득한 것은 아니므로, 그 매수행위가 국유재산법 제14조를 위반한 행위이거나 그 규정의 적용을 잠탈한 탈법행위로서 무효가 되는 것이 아닐 뿐더러, 그러한 사정만으로는 그 매수행위가 반사회적 법률행위에 해당하여 무효가 되는 것도 아니고, 단지 국유재산법 제41조 제2호 및 해당 매매계약에서 정한 특약에 의하여 해제의 대상이 될 뿐이어서, 국가가 그 부동산에 대한 매매계약을 해제하기 전에 그 부동산을 매수하고 소유권이전등기를 경료한 제3취득자에게 국가는 그 매매계약의 해제로써 대항할 수 없다<sup>48)</sup>”.

45) 대판 1994. 12. 13. 94 다 31617; 대판 1994. 4. 26. 93 도 212; 대판 1990. 3. 27. 89 도 2587; 대판 1983. 10. 11. 82 누 328.

46) 대판 1997. 9. 9. 96 다 20093; 대결 1977. 11. 9. 자 77 마 284.

47) 대판 1956. 1. 26. 4288 민상 96.

48) 대판 1999. 9. 7. 99 다 14877.

17. 건물 경락인이 전 소유자가 체납한 전기·수도요금을 인수하여 지급한 것이 불공정하거나 사회질서에 반하는 법률행위라고 할 수 있는지 여부.

“건물의 근저당권자로서 그 건물을 경락 받은 상호신용금고가 그 건물의 전 소유자인 회사가 전기·수도요금을 체납함에 따라 전기 및 수도공급이 중단되고 있는 관계로 그 체납된 요금을 인수하여 납부하는 것이 사실상 불가피하다는 사정을 미리 알고 건물을 경락 받았고, 그 후 그 건물을 그대로 보유하고 있다가 전매차익을 노려 교회에 급히 양도·처분하면서 그의 요구에 따라 한국전력공사와 서울특별시로부터 그 건물에 대한 전기 및 수도의 공급재개를 승인 받기 위한 방편으로, 스스로 한국전력공사와 서울특별시에 대하여 건물의 전 소유자인 회사의 체납된 전기·수도요금의 지급채무를 인수하기로 약정하게 된 것이라면, 건물 경락인이 건물의 취득 및 처분에 따른 거래과정에서 전 소유자가 체납한 전기·수도요금을 인수하여 지급한 것은 합리적인 기업의 계산과 판단에 따라 이루어진 것이지 한국전력공사와 서울특별시의 전기·수도공급거절로 인하여 초래된 공박한 상태에서 이루어진 불공정한 법률행위에 해당한다고 볼 수 없고, 사회질서에 반하는 법률행위라고 할 수도 없다<sup>49)</sup>”.

18. 투기목적의 미등기 전매계약이 반사회질서의 법률행위인지 여부.

“양도소득세의 회피 및 투기의 목적으로 자신 앞으로 소유권이전등기를 하지 아니하고 미등기인 채로 매매계약을 체결하였다 하여, 그것만으로 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수 없다<sup>50)</sup>”.

19. 매도인이 부담할 공과금을 매수인이 부담하기로 하는 약정이 불법조건이거나 반사회질서의 법률행위인지 여부.

“매매계약에서 매도인에게 부과될 공과금을 매수인이 책임진다는 취지의 특약을 하였다 하더라도, 이는 공과금이 부과되는 경우에 그 부담을 누가 질 것인가에 관한 약정으로서 그 자체가 불법조건이라고 할 수 없고, 이것만 가지고 사회질서에 반한다고 단정하기도 어렵다<sup>51)</sup>”.

이 외에도, “매매의 잔대금 23만원을 약정기한까지 지불하지 아니한 때에는 이미 선불한 대금 29만 5천원을 무효로 한다는 약정<sup>52)</sup>· 상속세 면탈의 목적으로 피상속인이 사망한 후 피상속인 명의로부터 타인에게 소유권이전등기를 경료한 경우<sup>53)</sup>· 폭리를 취할 목적으로 토지구획정리지구 내의 토지를 취득한 행위<sup>54)</sup>· 의사시험 합격을 위한 교제비 명목으로 금원을 지급한 계약을 해소시키고 위 금원 등을 소비대차의 목적으로 하는 새로운 계약을 체결한 경우<sup>55)</sup>· 공사도급계약을 체결하기로 하면서 예정 도급인이 이룬 어길 경우에 예정 공사금액의 10%액 상당액을 위약금으로 지급하고, 다시 이 위약금 지급의무를 어기면 18% 상당액의 지연손해금을 가산하여 지급하기로 위약금 약정을 한 경우<sup>56)</sup>· 전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로

49) 대판 1995. 2. 10. 94 다 29553; 대판 1991. 3. 27. 90 다카 26560; 대판 1991. 1. 11. 90 다카 8992; 대판 1990. 10. 23. 90 다카 21794.

50) 대판 1993. 5. 25. 93 다 296.

51) 대판 1993. 5. 25. 93 다 296.

52) 대판 1949. 4. 7. 4281 민상 297

53) 대판 1964. 7. 22. 64 다 554.

54) 대판 1977. 5. 10. 76 다 2250.

55) 대판 1976. 11. 23. 76 다 2138.

56) 대판 2000. 7. 28. 99 다 38637.

넘기기로 하는 약정이 있음을 알면서 이를 목인 또는 방조한 상태에서 행한 종교법인의 주지임 명행위<sup>57)</sup>· 가해자의 처와 동생이 피해자와 사이에 가해자가 추후 피해자를 또다시 괴롭힐 때에는 연대하여 이로 인한 손해배상책임을 진다고 합의한 경우<sup>58)</sup>· 보험모집인이 외삼촌의 질병을 숨기고 자신을 수익자로 하여 보험계약을 체결한 후 보험금을 스스로 수령한 행위<sup>59)</sup>· 노조 분회장에게 상해를 가한 형사사건에서 유리한 처분을 받기 위하여 피해자의 요구대로 사직서를 작성 교부한 행위<sup>60)</sup>· 백화점 수수료위탁판매 매장계약에서 임차인이 매출신고를 누락하는 경우에 판매수수료의 100배에 해당하고 매출신고 누락분의 10배에 해당하는 벌칙금을 임대인에게 배상하기로 한 위약벌의 약정<sup>61)</sup>· 농성기간 중의 행위에 대하여 근로자들에게 일체의 책임을 묻지 않기로 노사간에 행한 면책합의<sup>62)</sup>· 양도소득세를 회피하기 위한 방법으로 부동산을 명의신탁한 경우<sup>63)</sup>· 부동산소유권이전등기 의무자가 그 부동산상에 제3자에게 채무담보를 위한 가등기 및 본등기를 경료한 경우<sup>64)</sup>· 투기의 목적으로서 이른바 세입자임주권 15매를 매수한 경우<sup>65)</sup>· 주택매매계약에 있어서 매도인으로 하여금 양도소득세를 부과받지 않게 할 목적으로 소유권이전등기는 3년 후에 넘겨받기로 한 특약<sup>66)</sup>” 등은 민법 제103조에 저촉되지 아니한다.

## (2). 판례이론의 정리

범죄 기타의 부정행위를 저지르거나 이를 권유하는 행위, 범죄적인 처분행위나 불법행위에 적극 가담하는 행위, 가격형성의 공정성을 왜곡하는 행위, 금품제공이 개입된 선거에서의 당선인 결정 등은 반사회성을 띠어 무효가 된다. 가령 공무원에게 직무와 관련한 청탁을 하면서 그 대가로 보수를 지급기로 한 약정·협박과 폭행 등의 수단을 써서 도박으로 잃은 돈의 9배에 달하는 부동산을 상대방으로부터 취득한 경우· 부동산 소유자가 취득시효의 완성 사실을 알면서 그 부동산을 제3자에게 처분하였고 이 때 제3자가 소유자의 처분행위에 적극 가담하여 그 부동산의 소유권이전등기를 자신의 명의로 넘겨받은 경우· 증권회사 등이 고객에게 증권거래와 관련하여 발생한 손실을 보전해 주기로 하는 약속이나 그 손실보전행위· 비법인사단인 불교신도회가 부동산을 주지에게 명의신탁 하였다가 이를 해지한 경우에 그 사실을 알고 있는 주지가 그 부동산을 사찰에 증여한 경우· 부도 직전에 행해진 동산양도담보계약· 밀

57) 대판 2001. 2. 9. 99 다 38613.

58) 대판 1998. 5. 26. 98 다 11635.

59) 대판 1996. 4. 26. 95 다 54679.

60) 대판 1994. 2. 8. 93 누 10699; 대판 1992. 6. 9. 92 누 558.

61) 대판 1993. 3. 23. 92 다 46905.

62) 대판 1992. 7. 28. 92 다 14786.

63) 대판 1991. 9. 13. 91 다 16334, 91 다 16341(반소); 대판 1981. 11. 10. 80 다 2475; 대판 1964. 7. 21. 64 다 554.

64) 대판 1991. 7. 26. 91 다 8104; 대판 1989. 11. 28. 89 다카 14295, 14301; 대판 1983. 12. 13. 83 다카 1347; 대판 1981. 1. 13. 80 다 1034.

65) 대판 1991. 5. 28. 90 다 19770; 대판 1991. 5. 28. 90 다 19787.

66) 대판 1991. 5. 14. 91 다 6627.

수입의 자금으로 사용하기 위한 소비대차나 그 출자 등은 정의의 관념에 반하는 것으로서 반사회성을 띠어 무효라는 것이다. 한편, 공무원에게 특정 사업의 면허를 받아 줄 것을 부탁하면서 교제비를 교부하면서, 만약 사업면허를 받지 못할 경우에는 그 돈을 반환 받기로 하는 약정은 불법원인급여물의 반환을 구하는 것으로서 무효가 된다.

한편, 변호사가 소송에서 이길 경우에 일정한 금전이나 이익을 받기로 하는 '成功報酬'(quota litis, Eefolgshonorar) 약정의 효력은 어떻게 되는가? 독일 판례는, 변호사의 공공적인 직무성격에 비취 볼 때 성공보수의 약정은 선량한 풍속 위반으로서 무효로 본다<sup>67)</sup>. 우리 판례는 어떤가? 변호사의 성공보수 약정은 원칙적으로 유효하고, 다만 그 액수가 부당하게 과다한 경우에는 상당한 보수금을 초과하는 부분은 신의성실의 원칙에 반하여 무효가 된다<sup>68)</sup>고 한다.

한편, 담당공무원과 공모하여 부정한 방법으로 국유재산매각관련내부규정을 위반하여 국유의 잡종재산을 사들인 경우·전 소유자가 체납한 전기 수도요금을 건물경락인이 인수하여 지급한 경우·투기목적의 미등기 전매계약·매도인이 부담할 공과금을 매수인이 부담키로 한 약정·전통사찰의 주지직을 거액의 금품을 대가로 넘기기로 하는 약정이 있음을 알면서 이를 묵인 또는 방조한 상태에서 행한 종교법인의 주지임명행위·보험모집인이 외삼촌의 질병을 숨기고 자신을 수익자로 하여 보험계약을 체결한 후 보험금을 스스로 수령한 행위·양도소득세를 회피하기 위한 방법으로 부동산을 명의신탁한 경우 등은 민법 제103조에 어긋나는 행위가 아니다.

원래의 행위 자체는 사회적으로 허용된 정당한 행위이지만, 그 행위가 어떤 대가와 결합함으로써 정당성을 잃는 경우에는 반사회성을 띠어 무효가 된다. 가령 행정기관에 진정서를 제출하여 상대방을 궁지에 빠뜨린 다음 이를 취하하는 조건으로 거액의 급부를 제공받기로 약정한 경우·소송사건에 당사자 일방을 위하여 증인으로 출석하여 증언하였거나 증언할 것을 조건으로 어떤 대가를 받기로 한 경우에 그 대가가 사회통념상 허용되는 수준(범위)을 초과하는 경우·허위진술의 대가로서 행한 급부약정 등은 정의의 관념에 반하는 것으로서 무효가 된다.

그런데, 정의의 관념에 반하는 행위는 반드시 형사법규에 저촉되는 범죄행위에 국한되지 않는다<sup>69)</sup>고 한다. 한편, 이익취득을 목적으로 하는 법률행위는 그 자체가 강행법규인 변호사법에 저촉하는 반사회적 성질을 띠게 되어 사법적 효력도 부정된다<sup>70)</sup>.

가압류집행이 형식적으로는 채권확보를 위한 강제집행절차에 따른 것이라고 하여도, 법이 보호할 수 없는 반사회적인 행위에 의하여 이루어진 것이어서 무효인 경우, 그 가압류 이후의 소유권취득자가 강제집행절차에서 그 무효를 주장하고 제3자(소유

67) BGHZ 34. 64; BGHZ 39. 142; BGH NJW 1987. 3203.

68) 대판 1972. 2. 29. 72 다 2722.

69) 대판 1972. 10. 31. 72 다 1455, 1456(반소).

70) 대판 1987. 4. 28. 86 다카 1802; 대판 1978. 5. 9. 78 다 213.

권자)로서 그 집행의 배제를 구할 수 있다<sup>71)</sup>).

경매의 경우는 어떤가? 시가에 비하여 경매목적물의 경락가격이 현저하게 저렴하다 하더라도, 그것이 적법한 경매절차의 결과인 이상, 이는 경락허가결정에 대한 불복사유가 아니 되는 것이고, 사법적 자치를 규제하는 공서양속의 원칙은 법적절차에 의하여 이루어지는 경매에는 적용의 여지가 없다<sup>72)</sup>).

법률에 관한 착오(양도소득세가 부과될 것인데도 부과되지 않을 것으로 오인)라도 그것이 법률행위의 내용의 중요부분에 관한 것인 때에는 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 있고, 또 매도인에 대한 양도소득세의 부과를 회피할 목적으로 매수인이 주택건설을 목적으로 하는 주식회사를 설립하여 여기에 출자하는 형식을 취하면 양도소득세가 부과되지 않을 것이라고 말하면서 그러한 형식에 의한 매매를 제의하여 매도인이 이를 믿고 매매계약을 체결한 것이라 하더라도, 그것이 곧 사회질서에 반하는 것이라고 단정할 수 없으므로, 이러한 경우에 역시 의사표시의 착오의 이론을 적용할 수 있다<sup>73)</sup>고 한다.

#### 4)-1. 부동산 2중매매(양도)의 제103조 저촉 여부

##### (1). 관련 판례

##### ①. 2중매매가 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효가 되기 위한 요건은?

“2중매매를 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 하기 위하여서는, 양수인이 2중매매도 사실을 알았다는 사실만으로는 부족하고, 양도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 양도가 이루어져야 한다<sup>74)</sup>”.

##### ②. 2중매매 사실만으로 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하였다고 인정할 수 있는가?

“갑이 토지를 시에 매도하고서도 등기명목이 그대로 남아 있음을 기화로 다시 을에게 2중으로 매도한 경우, 그 토지의 지목이 유지이고 그 현황도 소유지를 구성하는 토지로서 공공의 이용에 제공되어 왔다면, 부동산의 매수인은 직접 현장을 확인하여 보거나 등기부·지적도면 등에 의하여 부동산의 위치와 부근 토지의 현황을 점검하여 보는 것이 상례라고 할 것이어서, 을도 토지가 시에게 매도된 사실을 알고도 2중매매행위에 가담하여 토지를 매수하였음을 인정할 여지가 있다는 이유로, 을이 갑의 배임행위에 적극 가담하였다고 인정할 수 없다고 본 원심판결을 파기한다<sup>75)</sup>”.

71) 대판 1996. 6. 14. 96 다 14494; 대판 1988. 9. 27. 84 다카 2267.

72) 대판 1967. 1. 27. 66 마 1258; 대판 1967. 1. 18. 66 마 1220. 다만, “경매가 반사회적인 2중매매(양도)의 수단으로 이용된 경우에는 그 효력이 부정된다”(대판 1990. 12. 11. 90 다카 19098; 대판 1988. 9. 27. 84 다카 2267.).

73) 대판 1981. 11. 10. 80 다 2475.

74) 대판 1995. 2. 10. 94 다 2534; 대판 1994. 3. 11. 93 다 55289; 대판 1989. 11. 28. 89 다카 14295, 14301; 대판 1983. 12. 13. 83 다카 1347.

③. 매도인의 배임행위를 적극 교사하여 시가보다 헐하게 팔도록 유도한 경우와 관련하여, “타인의 배임행위를 적극 교사하여 시가의 1/3이라는 근소한 값에 자기에게 팔게 한 매매는 정의관념에 위배된 반사회적 법률행위이다<sup>76)</sup>”.

나아가, “건물에 대한 양도담보권을 가진 자가 그 건물을 적정한 시가에 처분하여 채권의 만족을 얻지 아니하고 그 매수인과 짜고 극히 저렴한 가격으로 매수시켜 부당이득을 취하려 한 것은 일종의 배임행위이고, 매수인이 양도담보권자의 이러한 배임행위에 적극 가담하여 위 건물을 취득한 경우에는 반사회적 법률행위로서 무효이다<sup>77)</sup>”.

④. 피상속인이 매도한 토지를 그 정을 모르는 상속인으로 하여금 2중으로 매도케 한 행위가 반사회적 법률행위인지 여부.

“제3자가 피상속인으로부터 토지를 전전·매수하였다는 사실을 알면서도 그 정을 모르는 상속인을 기망하여 결과적으로 그로 하여금 토지를 2중매도하게 하였다면, 그 매수인의 적극적인 기망행위에 의하여 이루어진 상속인과 사이의 토지에 관한 양도계약은 반사회적 법률행위로서 무효이다<sup>78)</sup>”.

⑤. 부동산의 실질적 매수인이 따로 있음을 알면서 그 명의상의 매수인에 대한 채권확보를 위하여 그로부터 부동산을 양수한 경우의 효력은?

“매도인으로부터 매수인으로 기재된 인감증명서까지 교부된 상태에 있는 부동산의 실질적 매수인이 따로 있는 사실을 잘 알고 있었음에도, 그 부동산의 명의상의 매수인에 대한 개인적인 채권확보를 위하여 同人으로부터 위 부동산을 양수 받았다면, 그 양수경위 등에 비추어 그의 배임행위에 그 정을 알면서 적극 가담한 것으로서 반사회질서의 법률행위에 해당한다<sup>79)</sup>”.

⑥. 가장인물인 매수인의 적극 권유로 이루어진 양도담보물의 저렴한 換價處分이 반사회적 법률행위에의 해당 여부.

“담보부동산에 대해 실질적인 양도담보권을 갖는 채권자의 대리인이 담보부동산을 적정한 시가로 처분하여 채권의 만족을 얻지 아니하고, 담보부동산의 취득자인 갑과 통모하여 시가 2,000만원의 절반에도 못 미치는 750만원에 위 갑이 가공인물인 을의 명의로 매수하였다가 자신의 매부에게 전매하였다면, 이는 배임행위에 해당하고 양도담보권자의 이러한 배임행위가 취득자인 위 갑의 적극 가담으로 이루어진 이상, 위 양자간의 매매계약은 반사회적인 법률행위로서 무효이다<sup>80)</sup>”.

⑦. 제2매수인이 가장채권에 기한 채무명의를 만들고 그에 따라 소유권을 취득한 경우, 그 효력은 어떻게 되는가?

“가집행선고부판결에 기한 강제집행은 확정판결에 기한 경우와 같이 본집행이므로, 상소

75) 대판 1995. 3. 17. 94 다 48721; 대판 1994. 11. 18. 94 다 37349; 대판 1994. 10. 14. 94 다 22231; 대판 1978. 1. 24. 77 다1804.

76) 대판 1974. 4. 28. 72 다 343.

77) 대판 1979. 7. 24. 79 다 942.

78) 대판 1994. 11. 18. 94 다 37349; 대판 1975. 11. 25. 75 다 1311.

79) 대판 1991. 11. 22. 91 다 28740.

80) 대판 1984. 6. 12. 82 다카 672.

십의 판결에 의하여 가집행선고의 효력이 소멸되거나 집행채권의 존재가 부정된다고 할지라도, 그에 앞서 이미 완료된 집행절차나 이에 기한 경락인의 소유권취득의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다고 할 것이다. 2중매매의 매수인이 매도인과 직접 매매계약을 체결하는 대신에 매도인이 채무를 부담하고 있는 것처럼 거짓으로 꾸며 가장채권에 기한 채무명의를 만들고 그에 따른 강제경매절차에서 매수인이 경락·취득하는 방법을 취하는 경우와 같이 강제경매가 반사회적 법률행위의 수단으로 이용된 경우에는 그러한 강제경매의 결과는 용인할 수 없는 것이어서 경락인의 소유권취득의 효력은 부정된다<sup>81)</sup>”.

⑧. 매도인이 타인에게 매도한 부동산임을 알면서 증여 받은 행위의 반사회성 여부.

“매도인이 매수인에게 목적부동산을 매도한 사실을 알고서 수증자가 매도인으로부터 증여를 원인으로 하여 소유권이전등기를 함으로써 매도인의 매수인에 대한 배임행위에 가담한 결과에 이르렀다면, 이는 실체관계에 부합하는 유효한 등기가 될 리가 없고 반사회질서의 행위로서 무효이다<sup>82)</sup>”.

⑨. 공동상속인 중 1인이 상속 부동산을 처분한 후 이전등기 경로 전에 상속인 전원이 그 부동산을 다른 공동상속인의 단독 소유로 협의분할을 한 경우, 그 분할이 반사회질서행위로서 무효로 되는가?

“공동상속인 중 1인이 제3자에게 상속 부동산을 매도한 뒤 그 앞으로 소유권이전등기가 경로되기 전에 그 매도인과 다른 공동상속인들 간에 그 부동산을 매도인 외의 다른 상속인 1인의 소유로 하는 내용의 상속재산 협의분할이 이루어져 그 앞으로 소유권이전등기를 한 경우에, 그 상속재산 협의분할은 상속이 개시된 때에 소급하여 효력이 발생하고 등기를 경로하지 아니한 제3자는 민법 제1015조 단서 소정의 소급효가 제한되는 제3자에 해당하지 아니하는바, 이 경우 상속재산 협의분할로 부동산을 단독으로 상속한 자가 협의분할 이전에 공동상속인 중 1인이 그 부동산을 제3자에게 매도한 사실을 알면서도 상속재산 협의분할을 하였을 뿐 아니라, 그 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 誘因·教唆하거나 이에 협력하는 등 적극적으로 가담한 경우에는 그 상속재산 협의분할 중 그 매도인의 법정상속분에 관한 부분은 민법 제103조 소정의 반사회질서의 법률행위에 해당한다<sup>83)</sup>”.

⑩. 대리인이 부동산을 2중으로 매수한 경우, 그 매매계약이 반사회적 법률행위인지 여부의 판단 기준은 누구인가?

“대리인이 본인을 대리하여 매매계약을 체결함에 있어서 매매대상 토지에 관한 지간의 사정을 잘 알고 그 배임행위에 가담하였다면, 대리행위의 하자 유무는 대리인을 표준으로 판단하여야 하므로, 설사 본인이 미리 그러한 사정을 몰랐거나 반사회성을 야기한 것이 아니라고 할지라도, 그로 인하여 매매계약이 가지는 사회질서에 반한다는 장애사유가 부정되는 것은 아니다<sup>84)</sup>”.

⑪. 부동산 2중매매의 경우에 제1매수인인 채권자는 이른바 채권자취소권을 행사할

81) 대판 1991. 2. 8. 90 다 16177; 대판 1985. 11. 26. 85 다카 1580.

82) 대판 1983. 4. 26. 83 다카 57; 대판 1982. 2. 9. 81 다 1134.

83) 대판 1996. 4. 26. 95 다 54426, 54433; 대판 1995. 2. 10. 94 다 2534; 대판 1992. 11. 24. 92 다 31514; 대판 1989. 11. 28. 89 다카 14295, 14301.

84) 대판 1998. 2. 27. 97 다 45532; 대판 1996. 2. 13. 95 다 41406; 대판 1987. 7. 7. 86 다카 1004.

수 있는가?

“부동산의 제1매수인인 채권자는 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 채무자와 제3자 사이에 이루어진 제2의 소유권이전등기의 말소를 구하는 채권자취소권을 행사할 수 없다<sup>85)</sup>”.

⑫. 부동산의 2중매매가 반사회적 법률행위에 해당하여 무효인 경우, 그에 터잡은 선의의 전득자 명의의 소유권이전등기의 효력은?

“부동산의 2중매매가 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 2중매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 제2매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 실사 제2매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었더라도, 2중매매계약이 유효하다고 주장할 수 없다<sup>86)</sup>”.

⑬. 매도인의 배신(배임)행위에 대한 2중매수인의 가담의 정도는?

“2중매도인이나 그 先代가 목적부동산을 점유·사용한 사실이 없고 2중매도인이 이웃에 살고 있었기 때문에 피고(제1매수인으로부터의 전득자)가 목적부동산 및 그 지상가옥을 점유·사용하는 사실을 잘 알고 있었으며, 원고(제2매수인) 명의로 이전등기를 할 당시 2중매도인이 경제적 재력이 충분하였고 同人이나 원고가 목적부동산에 관하여 권리주장 또는 문의 등을 한 일이 없다는 정황이 인정된다 하더라도, 이 같은 사실만으로는 그 선대가 제1매수인에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무를 승계한 상속인이 그 임무에 위배하여 원고에게 2중매도한 배임행위에 적극 가담한 것이라고 단정할 수 없다<sup>87)</sup>”.

⑭. 반사회적질서 행위인 2중매매에 해당하지 않는다고 본 구체적인 경우.

“울이 이 사건 토지의 원소유자인 갑으로부터 그 토지를 1차 매수한바 있더라도, 그 후 매도인인 갑이 위 토지를 2차로 병에게 매도하여 소유권이전등기까지 경료하여 주었고 병의 다음 소유명의자인 정으로부터 무가 나시 위 토지를 매수한 것이라면, 무는 본래의 의미의 2중매수인에 해당한다고도 보기 어려울 뿐더러, 무가 위 토지를 매수함에 있어서 그 토지가 울에게 매도되고 다시 울의 아들에게 증여되어 울의 아들이 사실상의 소유자로서 현재까지 이를 가옥의 대지로 점유·사용해 오고 있다는 점을 알았다고 하더라도, 나아가 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인·교사하거나 이에 협력하는 등 적극적으로 가담하지 않은 이상, 이를 민법 제103조 소정의 반사회적질서의 법률행위에 해당한다고 볼 수 없다<sup>88)</sup>”.

⑮. 부동산의 매수인이 매도인의 2중매도 사실을 알면서도 매수한 경우에 반사회적 법률행위로 볼 수 있는지 여부.

“매수인이 그 목적부동산을 매도인이 이미 제3자에게 매각한 사실을 알면서도 매수하였다 고 하더라도, 그것만으로는 그 매매계약을 반사회적 법률행위라고 단정할 수 없다<sup>89)</sup>”.

85) 대판 1996. 9. 20. 95 다 1965; 대판 1995. 2. 10. 94 다 2534; 대판 1991. 7. 23. 91 다 6757; 대판 1988. 2. 23. 87 다카 1586.

86) 대판 1996. 10. 25. 96 다 29151; 대판 1985. 11. 26. 85 다카 1580; 대판 1984. 6. 12. 82 다카 672; 대판 1979. 7. 24. 79 다 942.

87) 대판 1983. 12. 13. 83 다카 1347.

88) 대판 1989. 11. 28. 89 다카 14295, 89 다카 14301; 대판 1983. 12. 13. 83 다카 1347; 대판 1981. 1. 13. 80 다 1034.

89) 대판 1981. 1. 13. 80 다 1034; 대판 1976. 4. 27. 75 다 1783; 대판 1967. 12. 5. 66 다 2451, 2452.

#### 4)-2. 2중매매 외의 배임행위에 제3자가 적극 가담한 경우

##### (1). 관련 판례

①. 아파트 분양자로부터 수분양자를 모집하여 분양자 명의로 분양계약을 체결하고 분양대금을 수금하여 분양자의 은행계좌에 입금하는 것에 한정된 업무를 위임받은 수임인이 제3자와 通謀하여 아파트를 외상으로 분양하고 분양대금을 완납한 것처럼 영수증을 발행한 경우의 법률행위의 효력 여부.

“아파트 분양위임계약에 의하여 분양자로부터 부여받은 대리권의 범위가 아파트의 분양을 위한 광고 등 홍보업무와 아파트를 분양 받으려는 수분양자와 사이에 분양자 명의로 분양계약을 체결하고 그 계약서를 작성하며, 수분양자로부터 받은 계약금·중도금·잔금 등을 분양자의 은행계좌에 입금하고, 그 영수증을 분양자에게 팩스로 부쳐주며, 분양 현황을 매일 보고하는 것 등으로 한정되어 있음에도, 수임인이 제3자와 통모하여 그에게 아파트 63세대를 외상으로 분양하면서 그 분양대금이 완납된 것처럼 분양계약서·영수증 등을 교부해 준 경우, 이러한 수임인의 행위는 분양자의 위임 취지에 반하는 배임행위에 해당하고, 제3자는 그에 적극 가담한 공범임이 명백하여, 그 두 사람 사이의 아파트 외상분양은 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효이다<sup>90)</sup>”.

②. 명의수탁자로부터 신탁재산을 매수한 제3자가 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 배신행위에 적극 가담한 경우, 명의수탁자와 제3자 사이의 매매계약의 효력은?

“일반적으로 명의수탁자는 신탁재산을 유효하게 제3자에게 처분할 수 있고 제3자가 명의신탁 사실을 알았다 하여도 그의 소유권취득에 영향이 없는 것이기는 하지만, 특별한 사정이 있는 경우, 즉 명의수탁자로부터 신탁재산을 매수한 제3자가 명의수탁자의 명의신탁자에 대한 배신행위에 적극 가담한 경우에는 명의수탁자와 제3자 사이의 계약은 반사회적인 법률행위로서 무효라고 할 것이고, 따라서 명의수탁 받은 부동산에 관한 명의수탁자와 제3자 사이의 매매계약은 무효로 보아야 할 것이다<sup>91)</sup>”.

③. 이미 매도된 부동산에 관하여 체결된 저당권설정계약이 반사회적 법률행위로 무효가 되기 위한 요건은 무엇인가?

“이미 매도된 부동산에 관하여 체결한 저당권설정계약이 반사회적 법률행위로 무효가 되기 위하여는, 매도인의 배임행위와 저당권자가 매도인의 배임행위에 적극 가담한 행위로 이루어진 것으로서, 적극 가담하는 행위는 저당권자가 다른 사람에게 목적물이 매도된 것을 안다는 것만으로는 부족하고, 적어도 매도 사실을 알고도 저당권설정을 요청하거나 유도하여 계약에 이르는 정도가 되어야 한다<sup>92)</sup>”.

한편, “저당권자가, 저당권설정자가 임의로 선정한 아파트의 등기부등본만 확인하고 직접 아파트를 확인하지 않은 채 금원을 대여하고 아파트에 관하여 근저당권설정등기를 경료한 경우,

90) 대판 1999. 9. 3. 97 다 56099.

91) 대판 1992. 6. 9. 91 다 29842; 대판 1992. 3. 31. 92 다 1148; 대판 1991. 10. 22. 91 다 26072; 대판 1991. 4. 23.

92) 대판 1998. 2. 10. 97 다 26524; 대판 1997. 7. 25. 97 다 362; 대판 1994. 3. 11. 93 다 55289; 대판 1992. 3. 31. 92 다 1148; 대판 1989. 11. 28. 89 다카 14295, 14031.

저당권자가 근저당권설정계약 당시에 아파트의 분양이 끝나 입주자들이 곧 입주할 예정으로 되어 있는 사정을 알고 있었다고 쉽게 추정할 수는 없을 뿐 아니라 가사 저당권자들이 이를 알고 있었다고 하더라도, 저당권설정자의 배임행위에 적극 가담하여 근저당권설정을 요청하거나 유도하는 등의 행위가 없었다면, 근저당권설정계약이 반사회적 법률행위로서 무효로 볼 수는 없다<sup>93)</sup>”.

④. 갑이 아파트 분양권을 을에게 양도하여 을이 실질적인 소유자로서 권리를 행사하고 있음을 알고 있는 병이 갑과 재판상 화해를 통하여 그 아파트에 관한 대물변제예약을 하고, 이에 기하여 소유권이전등기를 한 경우와 관련하여, “갑이 아파트 분양권을 을에게 양도하여 을이 실질적인 소유자로서 권리를 행사하고 있음을 알고 있는 병이 갑과 재판상 화해를 통하여 그 아파트에 관한 대물변제예약을 하고, 이에 기하여 소유권이전등기를 한 경우, 위 대물변제예약은 병이 갑의 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 반사회적 행위로서 무효가 된다<sup>94)</sup>”.

⑤. 수급인이 공사대금 채권의 담보로서 건축주로부터 이미 분양하여 일부 중도금까지 수령한 점포에 관하여 근저당권을 설정 받은 것이 반사회적 행위로서 무효가 되는가?

“수급인이 공사대금 채권의 담보로서 건축주로부터 이미 분양하여 일부 중도금까지 수령한 점포에 관하여 근저당권을 설정 받은 것이 반사회적 행위로서 무효라고 한 원심판결을, 배임행위에 적극 가담한 것이 아니라는 이유로 파기한다<sup>95)</sup>”.

## (2). 판례이론의 정리

우리 판례는 부동산 2중매매(양도)의 반사회성을 제한적으로만 인정한다. 즉, 매수인이 단순히 2중매매에 해당한다는 사실을 알면서 매수한 것만으로는 부족하고, 2중매매에 따르는 매도인의 배임행위가 스스로 조성되거나<sup>96)</sup> 매도인의 배임행위<sup>97)</sup>에 적극 가담하는 매수인의 행위가 있어야만 한다. 다시 말하면, 제2매수인이 이미 부동산의 소유자가 제1매수인에게 그 부동산을 판 사실을 알면서도, 그 소유 명의가 매도인에게 그대로 남아 있음을 기화로, 매도인에게 2중매매를 적극적으로 교사·유인·권유(요청)·협력하여 그 결과로써 제2매수인 명의로 소유권이전등기를 마쳤다면, 그 부동산의 2중매매는 반사회성<sup>98)</sup>을 띠어 무효가 된다<sup>99)</sup>는 것이다. 가령 매도인을 적극

93) 대판 1997. 7. 25. 97 다 362; 대판 1994. 3. 11. 93 다 55289; 대판 1992. 3. 31. 92 다 1148; 대판 1989. 11. 28. 89 다카 14295, 14031.

94) 대판 1999. 10. 8. 98 다 38760.

95) 대판 1995. 10. 13. 94 다 53334; 대판 1995. 2. 10. 94 다 2534; 대판 1994. 3. 11. 93 다 55289; 대판 1991. 4. 23. 91 다 6221.

96) 대판 1978. 9. 12. 78 다 1150.

97) 가령 부동산 소유자 A가 B에게 판 부동산을 2중으로 C에게 팔았다면, 매도인 A는 제1매수인 B에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기의무를 저버린 “背任行爲”를 한 것이 된다.

98) 2중매매의 반사회성은, “제2매수인의 행위가 적극적인 반사회성을 띠는 경우(2중매매의 사실을 모르는 상속인을 기망하여 그로부터 증여 받거나 또는 사들이는 경우)”·“매도인과 제2매수인의 행위가 반사회성을 띠지만 제2매수인의 불법성이 더 큰 경우(제2매수인이 가장채

교사하여 시가의 1/3 보다 헐하게 팔도록 유도한 행위·피상속인이 매도한 토지를 그 정을 모르는 상속인으로 하여금 2중으로 팔게한 행위·부동산의 실질적인 매수인이 따로 있음을 알면서 그 명의상의 매수인에 대한 채권확보를 위하여 그로부터 부동산을 양수한 경우·가공인물인 매수인의 적극 권유로 이루어진 양도담보물의 저렴한 환가처분·제2매수인이 가장채권에 기한 채무명의를 만들고 그에 따라 소유권을 취득한 경우·매도인이 타인에게 매도한 부동산임을 알면서 증여 받은 행위·공동상속인 중 1인이 상속부동산을 처분한 후 그에 따른 이전등기가 마쳐지기 전에 상속인 전원이 그 부동산을 다른 공동상속인의 단독 소유로 협의분할을 한 경우·수입인이 제3자와 공모하여 그에게 아파트 63세대를 외상으로 분양하면서 그 분양대금이 완납된 것처럼 분양계약서와 영수증 등을 교부해 준 경우·목적물이 매도된 사실을 알면서도 매도인(저당권설정자)에게 저당권설정을 요청하거나 유도하여 체결된 저당권설정계약 등은 반사회성을 띠어 무효가 된다.

주의할 점은, 부동산의 2중매매가 매도인을 적극 유인하여 이루어졌다 하더라도, 매도인이 무자력하여 그의 채권자가 채권회수의 방법으로 체결한 것이 명백하고 매매대금도 불상당하게 저렴하다고 보여지지 않는다면, 2중매매의 사실만으로는 민법 제103조에 의해 무효로 처리되지 않는다<sup>100)</sup>. 뿐만 아니라, 단지 2중매매라는 것만으로는 그것이 정의의 관념에 반한다고 보기 어렵고 타인에게 팔린 사정을 알고 다시 팔라고 한 사정이 있을 뿐이라면 2중매매를 반사회적 법률행위로 볼 수는 없다<sup>101)</sup>.

2중매매의 매수인이 매도인에 대한 가장채권으로 강제경매를 신청하여 그 절차에서 소유권을 경락·취득한 경우, 이는 2중매매의 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 반사회성을 띠어 무효가 된다.

한편, 부동산의 2중매매의 경우에 등기를 먼저 취득한 매수인이라고 하더라도 그 등기가 매도인의 배임적 악의 행위에 적극 가담하여 이루어진 반사회적인 법률행위를 원인으로 하여 이루어진 것이라면, 그 등기 원인행위는 민법 제103조에 해당하는 무효의 행위에 해당된다<sup>102)</sup>. 나아가, 부동산의 양도인이 제3자와 공모하여 가장채권에 의한 채무명의를 이용하여 강제경매를 하고 있는 경우, 제3자가 이에 적극 가담한 것이라면, 이는 법이 보호할 수 없는 반사회적인 행위로서 2중매매의 매수인이 매도인

권에 기하여 매도인에게 대가를 주겠다고 설득한 후 대물변제를 받은 경우)·“매도인과 제2매수인의 행위가 모두 반사회성을 띠면서 그 불법성의 정도가 대등한 경우(형의 배임행위에 동생이 이를 알면서 가담한 경우)” 등으로 유형화 할 수 있다.

99) 궁극적으로 매도인의 배임행위에 대한 제2매수인의 가담의 정도에 따른 반사회성 여부는, 거래의 관념의 바탕 위에서 개개의 사안에 따라 구체적 개별적으로 따질 수밖에 없다고 본다.

100) 대판 1976. 12. 26. 72 다 365.

101) 대판 1977. 4. 12. 75 다 1780.

102) 대판 1977. 2. 22. 75 다 226, 227(반소); 대판 1974. 1. 29. 73 다 1057; 대판 1970. 10. 23. 70 다 2038; 대판 1969. 11. 25. 66 다 1565.

이 배임행위에 적극 가담한 경우 등과 마찬가지로 법리가 적용되어 무효이므로, 위 부동산의 양수인은 그 집행의 배제를 구할 수 있다.

부모형제 사이의 부동산의 2중매매는 특별한 사정이 없는 한, 매도인의 배임행위에 제2매수인이 적극 가담한 행위로서 무효가 된다<sup>103)</sup>. 아버지가 타인에게 판 부동산임을 아는 아들이 아버지의 배임행위에 적극 가담하여 그 부동산을 아버지로부터 증여 받은 경우, 위 수증행위는 반사회적 법률행위로서 무효가 된다고 한다.

또한, 대리인이 부동산을 2중으로 매수한 경우, 대리행위의 하자 유무는 대리인을 표준으로 판단하여야 하므로<sup>104)</sup>, 대리인이 매매 대상 토지에 관한 저간의 사정을 잘 알면서 매도인의 배임행위에 가담했다면, 본인의 선의 여부에 관계 없이 그 2중매매는 반사회성을 띠어 무효가 된다.

어쨌든, 부동산의 2중매매는 매도인의 배임행위에 매수인이 적극 가담한 경우에 한하여 민법 제103조에 의해 무효가 된다. 따라서 매수인이 매도인의 매매계약해약요청을 거절한 것은 이미 체결된 계약내용대로 이행하여 줄 것을 매도인에게 요청한 것에 지나지 않아 이것만으로는 매도인의 2중매매를 적극 권유하여 매도인의 배임행위를 조성시킨 것이라 볼 수 없고 그 이후에 매도인과 매수인 등이 형사상의 배임죄로 처벌받았다는 사실만으로는 그 정도에 있어 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담한 경우에 해당한다고도 볼 수 없다<sup>105)</sup>.

부동산 2중매매의 경우, 제1매수인인 채권자는 자신의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 채무자(매도인)와 제3자(제2매수인) 사이에 행해진 제2의 소유권이전등기의 말소를 구하는 채권자취소권을 행사할 수 없다.

중요한 점은, 부동산의 2중매매가 반사회성을 띠는 경우, 2중매매계약은 절대적으로 무효가 되므로 그 부동산을 제2매수인으로부터 취득한 제3자는 비록 선의라 하더라도, 그 2중매매계약의 유효를 주장할 수 없다.

103) 가령 "타인에게 대지를 매도한 사람의 동생으로서 매매사실을 잘 알고 있었고, 또한 대지 매수인이 매수한 토지위에 건물을 건축하여 거주해온 사실을 이웃에 살면서 잘 알고 있으면서 그 대지 매수인이 그 명의로 매수 토지의 소유권이전등기를 경료하였다면 이러한 형제간에 이루어진 소유권이전등기는 특별한 사정이 없는 한 사회정의관념에 위반된 반사회적 법률행위로서 무효가 된다"(대판 1978. 4. 11. 78 다 274). 나아가, "일정 말기 면이 매수하여 저수지부지로 사용하고 있으나 아직 그 소유권이전등기를 경료하지 않은 토지에 대하여 그러한 사정을 알면서 형식상 등기명의자인 형으로부터 동생이 그 소유권이전등기를 경료한 것은 특별한 사정이 없는 한 형의 배신행위에 동생이 알면서 가담한 것으로서 배신적 악의 취득에 해당되어 그 소유권취득행위는 무효가 된다"(대판 1978. 1. 24. 77 다 1804; 대판 1970. 10. 23. 70 다 2038).

104) 민법 제116조 1항 참조.

105) 대판 1974. 2. 26. 73 다 120.

## 5). 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위

### (1). 관련 판례

①. 사찰의 주지였던 자가 그 사찰의 가장 중요한 재산인 임야를 학교법인에 증여한 경우와 관련하여, “사찰의 주지였던 사람이 사찰에 출입하기 위하여서는 통과하여야만 하고 사찰에 있어서 꼭 필요한 불교재산관리법 소정의 경내지이며 자고로 소유하여 왔던 사찰의 가장 중요한 재산인 임야를 학교법인에 증여한 행위가 그 사찰의 목적수행을 불가능케 하고 그 존립자체를 위태롭게 하는 정도의 것인 경우에는 실사 그 증여에 대한 관할청인 문교부장관의 허가를 얻었다 하더라도, 그 증여는 당연무효이다<sup>106)</sup>”.

그러나, “학교법인의 학원운영권 양도계약이 교육법 및 사립학교법에 위반하고 사회질서에 반하는 무효의 법률행위라고 단정할 수 없다<sup>107)</sup>”.

### (2). 판례이론의 정리

독일민법 제310조(장래의 재산에 대한 계약)<sup>108)</sup>와 같은 명문의 규정이 없는 우리 민법하에서도, 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위(사찰의 존립에 가장 중요한 재산인 임야의 증여 등)는 자유경쟁의 범위를 벗어나는 행위<sup>109)</sup>로서 반사회성을 띠어 무효가 된다.

## 6). 사행성이 짙은 행위

### (1). 관련 판례

#### ①. 도박목적의 자금대여행위의 효력은?

“도박자금에 제공할 목적으로 금전의 대차를 한 때에는 그 대차계약은 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위로서 무효임으로, 이를 추인 하여도 효력이 생기지 않는다”<sup>110)</sup>.

②. 도박자금에 쓰이는 줄 알고 꾸어 준 백미 채권의 양도와 관련하여, “피고가 갑으로부터 빌린 백미가 노름에 쓰이는 줄 알고 건네준 것이라면 이 법률행위는 무효라 할 것이므로, 채권자인 갑은 피고에 대하여 이 백미반환채권을 취득할 수 없을 것이고, 따라서 원고가 갑으로부터 피고에 대한 백미채권을 양수 받았다 할지라도 채무자인 피고가 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하지 않는 한 원고는 피고에 대하여 양수채권의 추심을 하지 못한다<sup>111)</sup>”.

106) 대판 1976. 4. 13. 75 다 2234; 대판 1970. 3. 31. 69 다 2293.

107) 대판 1979. 8. 14. 79 다 1058, 1241.

108) 일방 당사자가 그의 장래의 재산 또는 그 지분을 양도하거나 그에 용익권을 부담할 의무를 지는 계약은 무효이다.

양창수 역, 「신판 독일민법전」, 박영사, 2001, 133쪽.

109) 같은 취지 민일영, “민법 제103조”, 「민법주해[2]」 총칙(2), 박영사, 1992, 240쪽.

110) 대판 1973. 5. 22. 72 다 2249; 대판 1959. 7. 16. 4291 민상 260.

111) 대판 1962. 4. 4. 61 다 1296.

③. 당초부터 오로지 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적으로 체결한 생명보험계약의 효력은 어떻게 되는가?

“생명보험계약은 사람의 생명에 관한 우연한 사고에 대하여 금전을 지급하기로 약정하는 것이어서 금전을 취득할 목적으로 고의로 피보험자를 살해하는 등의 도덕적 위험의 우려가 있으므로, 그 계약 체결에 관하여 신의성실의 원칙에 기한 신의가 강하게 요청되는바, 당초부터 오로지 보험사고를 가장하여 보험금을 취득할 목적으로 생명보험계약을 체결한 경우에는 사람의 생명을 수단으로 이득을 취하고자 하는 불법적인 행위를 유발할 위험성이 크고, 이러한 목적으로 체결된 생명보험계약에 의하여 보험금을 지급하게 하는 것은 보험계약을 악용하여 부정한 이득을 얻고자 하는 사행심을 조장함으로써 사회적 相當性을 일탈하게 되므로, 이와 같은 생명보험계약은 사회질서에 위배되는 법률행위로서 무효이다<sup>112)</sup>”.

이 외에도, “피보험자를 살해하여 보험금을 騙取할 목적으로 체결한 생명보험계약은 사회질서에 위배되는 행위로서 무효이고, 따라서 피보험자를 살해하여 보험금을 편취할 목적으로 피보험자의 공동상속인 중 1인이 상속인을 보험수익자로 하여 생명보험계약을 체결한 후 피보험자를 살해한 경우, 다른 공동상속인은 자신이 고의로 보험사고를 일으키지 않았다고 하더라도, 보험자에 대하여 보험금을 청구할 수 없다<sup>113)</sup>”.

④. 도박채무의 변제를 위하여 부동산의 처분을 위임받은 채권자가 그 부동산을 제3자에게 매도한 경우, 그 처분행위가 무효로 되는 범위는?

“위의 경우, 도박채무 부담행위 및 그 변계약정이 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 무효라 하더라도, 그 무효는 변계약정의 이행행위에 해당하는 위 부동산을 제3자에게 처분한 대금으로 도박채무의 변제에 충당한 부분에 한정되고, 위 변계약정의 이행행위에 직접 해당하지 아니하는 부동산처분에 관한 대리권을 도박 채권자에게 수여한 행위 부분까지 무효라고 볼 수는 없으므로, 위와 같은 사정을 알지 못하는 거래 상대방인 제3자가 도박채무자로부터 그 대리인인 도박 채권자를 통하여 위 부동산을 매수한 행위까지 무효가 된다고 할 수는 없다<sup>114)</sup>”.

한편, “노름빚을 토대로 하여 그 노름빚을 변제하기로 한 계약<sup>115)</sup>·도박으로 채무의 변제방법으로 토지를 양도하는 계약<sup>116)</sup>·도박채무의 변제를 위한 담보의 방법으로 이루어진 가등기와 소유권이전의 본등기<sup>117)</sup>” 등은 무효가 된다.

## (2). 판례이론의 정리

사행성이 짙은 내용의 법률행위는 반사회성을 띠어 무효가 된다. 그 전형적인 경우가 도박계약이다.

112) 대판 2000. 2. 11. 99 다 49064.

113) 대판 2000. 2. 11. 99 다 49064.

114) 대판 1995. 7. 14. 94 다 40147; 대판 1987. 4. 28. 86 다카 1802.

115) 대판 1966. 2. 22. 65 다 2567.

116) 대판 1959. 10. 15. 4291 민상 262.

117) 대판 1974. 11. 12. 74 다 960.

당사자가 도박의 자금에 제공할 목적으로 금전의 대차를 한 경우, 그 대차계약은 반사회성을 띠어 무효이므로, 당사자가 이를 추인 하여도 추인의 효력이 생기지 아니한다. 이와 같이 어떤 법률행위가 반사회성을 띠어 무효가 되는 경우에는, 당사자가 그 무효임을 알고 추인하여도 새로운 법률행위를 한 효과마저 생길 수 없다<sup>118)</sup>.

도박채무의 변제를 위하여 채무자로부터 부동산의 처분을 위임받은 채권자가 그 부동산을 제3자에게 매도한 경우, 그 효력은 어떻게 되는가? 도박채무 부담행위 및 그 변계약정은 민법 제103조에 위반되어 무효가 된다. 그러나 그 무효는 변계약정의 이행행위에 해당하는 부동산을 제3자에게 처분한 대금으로 도박채무의 변제에 충당하는 부분에 한정된다.

## 7). 폭리 행위<sup>119)</sup>

## 8). 불법원인급여와의 관계

### (1). 관련 판례

#### ①. 민법 제103조와 제746조의 관계 및 그 이념은?

“민법 제746조는 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다고 규정하고 있는바, 일반의 법리에 따르면 불법의 원인에 의한 급여는 법률상의 원인이 없는 것이 되므로, 부당이득이 되어 그 이익의 반환을 청구할 수 있게 되는 것이나, 이러한 청구를 인정하는 것은 법의 이념에 어긋나는 행위를 한 사람의 주장을 시인하고 이를 보호하는 것이 되어 공평의 이념에 입각하고 있는 부당이득제도의 근본취지에 어긋날 뿐만 아니라, 법률 전체의 이념에도 어긋나게 되기 때문에, 이 규정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위를 무효로 하는 민법 제103조와 표리를 이루어, 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람을 보호할 수 없다는 법의 이념을 실현하려고 하는 것이다. 이리하여 민법 제746조는 민법 제103조와 함께 사법의 기저를 이루는 하나의 큰 이상의 표현으로서 이것이 비록 민법 채권편 부당이득의 장에 규정되어 있기는 하나, 이는 일반적으로 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득을 원인으로 한 반환청구를 할 수 없음은 물론, 그 원인행위가 무효이기 때문에 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없는 것이고, 그리하여 그 반사회적 효과로서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속하게 되는 것이라고 해석함이 타당하다 할 것이다<sup>120)</sup>”.

#### ②. 허가명의대여에 대한 보수금은 불법원인급여에 해당하는가?

“피고(갑)가 원고에게 피고(을)의 해외재산반입허가명의를 대여하여 원고로 하여금 피고

118) 민법 제139조 단서의 예외가 된다.

119) 이에 대하여는 한삼인, “불공정한 법률행위”, 「고시계」 통권526호, 고시계사, 2000. 12. 18~32쪽을 참조할 것.

120) 대판 1979. 11. 13(전원합의체). 79 다 483.

(을)의 명의로 물품을 매수한 다음 선적 수송하여 통관절차를 거쳐 국내에 반입케 하고, 원고는 이러한 명의사용에 대한 대가로 보수금을 지급키로 하고, 표면상으로는 적법하게 반입되는 물품의 매매를 하는 것처럼 원고와 피고(갑) 사이에 매매계약을 체결하였다면, 위와 같은 매매계약은 매매로 가장한 구 관세법(1957.1.1. 법률 제429호) 제125조의2의 탈법행위이고 그 계약금 명목으로 지급한 위 허가명의대여에 대한 보수금은 불법원인급여에 해당한다<sup>121)</sup>”.

③. 민법 제746조 소정의 불법원인급여와 관련하여, “민법 제746조 소정의 불법의 원인이라 함은 재산을 급여한 원인이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 가리키는 것으로서, 강제집행을 면한 목적으로 부동산의 소유자 명의를 신탁하는 것은 불법원인급여에 해당하는 것이 아니다<sup>122)</sup>”.

뿐만 아니라, “반사회적 행위에 의하여 조성된 재산인 이른바 비자금을 소극적으로 은닉하기 위하여 임치한 것이 사회질서에 반하는 것이라 볼 수 없어 불법원인급여가 아니다<sup>123)</sup>”.

④. 공무원의 직무에 관하여 청탁하고 그 보수로 지급한 돈의 반환을 목적으로 발행된 약속어음의 효력은 어떻게 되는가?

“당사자의 일방이 상대방에게 공무원의 직무에 관한 사항에 관하여 특별한 청탁을 하게 하고, 그에 대한 보수로 돈을 지급할 것을 내용으로 한 약정은 사회질서에 반하는 무효의 계약이고, 따라서 민법 제746조에 의하여 그 대가의 반환을 청구할 수 없으며, 나아가 그 돈을 반환하여 주기로 한 약정도 결국 불법원인급여물의 반환을 구하는 범주에 속하는 것으로서 무효이고, 그 반환약정에 기하여 약속어음을 발행하였다 하더라도, 채권자는 그 이행을 청구할 수 없다<sup>124)</sup>”.

⑤. 도박자금 채무의 담보를 위하여 근저당권설정등기를 경료한 경우, 근저당설정자가 민법 제746조에도 불구하고 그 말소를 청구할 수 있는지 여부.

“도박자금으로 금원을 대여함으로써 인하여 발생한 채권을 담보하기 위한 근저당권설정등기가 경료되었을 뿐인 경우와 같이, 수령자가 그 이익을 향수하려면 경매신청을 하는 등 별도의 조치를 취하여야 하는 경우에는, 그 불법원인급여로 인한 이익이 종국적인 것이 아니므로, 등기설정자는 무효인 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다<sup>125)</sup>”.

⑥. 수익자의 불법성의 정도가 급여자의 불법성보다 현저히 크다는 이유로, 도박 채무의 이행으로 대물변제한 부동산의 반환청구를 인용한 구체적인 경우.

“급여자가 수익자에 대한 도박 채무의 변제를 위하여 급여자의 주택을 수익자에게 양도하기로 한 것이지만, 내기바둑에의 계획적인 유인·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 재

121) 대판 1969. 9. 30. 69 다 1139.

122) 대판 1994. 4. 15. 93 다 61307.

123) 대판 2001. 4. 10. 2000 다 49343.

124) 대판 1995. 7. 14. 94 다 51994; 대판 1991. 3. 22. 91 다 520; 대판 1979. 11.13(전원합의체). 79 다 483.

125) 대판 1995. 8. 11. 94 다 54108; 대판 1995. 7. 14. 94 다 40147; 대판 1994. 12. 22. 93 다 55234; 대판 1989. 9. 29. 89 다카 5994; 대판 1974. 11. 12. 74 다 960; 대판 1966. 5. 31. 66 다 531.

산인 주택의 양도 등으로 인한 급여자의 불법성보다 훨씬 크다고 보이므로, 급여자로서는 그 주택의 반환을 구할 수 있다<sup>126)</sup>”.

## (2). 판례이론의 정리

민법 제746조의 규정 취지는 무엇인가? 민법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 그 형식 여하를 불문하고 스스로 한 불법행위의 무효를 주장하여 그 복구를 소구할 수 없다는 법의 이상을 표현한 것이다. 부당이득반환청구만을 제한하는 것이 아니다. 따라서 가령 송금액에 해당하는 수입품에 대한 관세포탈의 범죄를 저지르기 위해 換錢商 인가를 받지 아니한 자에게 비밀송금을 위탁한 행위는 불법의 원인으로 금원을 교부한 경우에 해당되어 그 교부자는 금원의 교부가 송금위탁계약에 기한 것으로 이의 해제를 전제로 반환을 구하는 것<sup>127)</sup>이나, 또는 도지사에게 대한 청탁교제비 조로 금원을 교부한 것은 불법의 원인으로 인하여 금원을 교부한 것이므로, 교부자는 그 금원의 교부가 단순히 임치한 것임을 전제로 이의 반환을 구하는 것<sup>128)</sup> 등은 허용되지 않는다.

한편, 민법 제746조에서 말하는 불법의 원인은 재산급여 원인이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것이지, 강행법규 위반행위를 말하는 것이 아니다. 따라서 비자금을 은닉하기 위한 임치계약·강제집행을 면할 목적으로 부동산 소유 명의를 신탁하는 행위 등은 불법원인급여가 아니다.

끝으로 도박채무의 이행행위는 불법원인급여에 해당하여 그 반환을 청구할 수 없지만, 수익자의 불법성의 정도가 급여자의 불법성보다 현저히 클 경우에는 그 반환청구가 인정된다는 판례(불법성의 정도가 현저히 적은 급여자에게 도박채무의 이행으로 대물변제한 부동산의 반환청구를 인정한 경우)가 있음을 유의할 필요가 있다.

## Ⅲ. 맺는 말

민법 제103조는 근대법의 이상인 법률행위 자유의 원칙의 내재적 한계를 밝히고 있다.

그 내용을 구체화시키지 않고 있는 일반조항으로서의 민법 제103조는 시대 마다의 윤리관·정의관 기타의 제반 가치관념과 결부되어, 그 내용이 끊임 없이 진화해 나감으로써 “살아 있는 법”을 만들어 나가는 기능을 발휘하게 된다.

그런데, 법률행위의 반사회성의 내용은 판결에 의존되어 있으므로, 이를 따짐에 있어서는 법관의 자의성이 배제되고 가치판단의 객관성을 살릴 수 있어야만 한다. 민법

126) 대판 1997. 10. 24. 95 다 49530, 49547; 대판 1993. 12. 10. 93 다 12947.

127) 대판 1992. 12. 11. 92 다 33169.

128) 대판 1991. 3. 22. 91 다 520; 대판 1989. 9. 29. 89 다카 5994.

제103조의 판례연구는 그 객관성을 확보하기 위한 방법의 하나이다.

판례분석을 통하여 밝혀진, 몇 가지 중요한 점들을 요약해 본다.

첫째, 민법 제103조에 의하여 무효가 되는 반사회적 법률행위의 범위는 어디까지 미치는가? 법률행위의 목적인 권리·의무가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우, 법률행위의 강제적 이행이 반사회성을 띠는 경우, 법률행위에 금전적 대가가 결부되거나 반사회적인 조건이 첨가됨으로써 반사회성을 띠는 경우, 그리고 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회성을 띠는 경우 등을 말한다. 다만, 법률행위의 성립과정에 불법적 방법이 사용된 경우에는 그 취소의 문제만 생길 뿐이다.

둘째, 부동산의 2중매매가 반사회성을 띠는 경우, 그 2중매매계약은 절대적으로 무효이므로, 그 부동산을 제2매수인으로부터 취득한 선의의 제3자라 하더라도, 2중매매의 유효를 주장하지 못한다.

셋째, 어떤 법률행위가 반사회성을 띠어 무효가 될 경우에는 그 법률행위를 이행할 필요가 없다. 그러나 이미 이행했다면, 불법원인급여의 법리에 의하여 그 반환을 청구할 수 없다. 다만, 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 더 클 경우에는 예외적으로 반환청구가 허용된다.

넷째, 법률행위가 반사회성을 띠어 무효가 되는 경우, 당사자가 무효임을 알고 이를 추인하여도 새로운 법률행위를 한 것으로는 되지 않는다.

사회가 변화함에 따라 사람들의 가치관도 달라지고 삶의 모습도 복잡 다양해지기 마련이다. 이러한 점에서 보면, 민법 제103조의 “司法的 解釋”작업의 역할과 사명은 더욱 중요시된다 할 것이다.