

不公正한 法律行爲

李 相 旭 *

[事 件 表 示]

大法院 1997.3.25 宣告, 96다47951 判決(上告 棄却)

原審判決 : 광주 高判 1996.10.10 선고 96나1695 判決

[事 件 概 要]

1986년 6월 경부터 原告(광주시 약사회장)는 被告의 妻인 유부녀와 不倫關係를 맺어오다가 그 해 12월 경 남편인 被告에게 발각되어 姦通罪로 告訴당하자 刑事處罰을 면하기 위하여 被告에게 慰藉料로 金 15,000,000원을 지급하고 被告로 부터 告訴 取下를 받았다. 그 후 原告는 1987년 4월 경부터 1993년 12월 말 까지 6년 8개월 가량 被告의 妻와 다시 不倫關係를 맺어오면서 2차례에 걸쳐 金 27,000,000원을 대여하고 생활비 명목으로 8차례에 걸쳐 400,000원씩 합계 金 3,200,000원을 被告의 妻에게 지급하였다. 1994년 1월 28일 이러한 사실을 알게 된 相

음에 合意金으로 1,000,000,000원을 요구하다가 나중에는 500,000,000원을 요구하고, 다시 原告와 직접 만난 94년 2월 4일, 200,000,000원을 받고 姦通事件을 마무리하기로 합의하였는데, 2월 8일 약속어음 公證證書를 작성하는 과정에서 합의금을 다시 절충하여 2억원 중에서 그동안 原告가 被告의 妻에게 지급한 30,000,000원을 공제한 나머지 金 170,000,000원을 지급하기로 하여 약속어음을 발행하고 그 약속어음에 관한 公證證書를 작성하였다. 그런데 原告는 被告가 被告의 妻와 공모하여 原告와 不倫關係를 맺게 한 뒤 이를 이용하여 原告에게서 金員을 갈취하였다는 점과 합의금 약정이 不公正한 法律行爲 및 強迫에 의한 행위라고 주장하여 無效를 구하는 訴를 제기하였는데, 原審法院인 光州法院에서 敗訴하여 大法院에 上告하였으나 大法院 역시 原審判決을 수긍하고 上告를 棄却한 것이다.

[大法院 判決 要旨]

(1) 지역사회에서 상당한 사회적 지위와 명망을 가지고 있는 자가 유부녀와 통정한 후 상간자의 배우자로부터 고소를 당하게 되면 자신의 사회적 명예가 실추되고 구속될 여지도 있어 다소 궁박한 상태에 있었다고 볼 수는 있으나 상간자의 배우자가 상대방의 그와 같은 처지를 적극적으로 이용하여 폭리를 취하려 하였다라고 볼 수 없는 경우, 고소를 하지 않기로 합의하면서 금 170,000,000원의 약속어음 공정증서를 작성한 행위는 불공정한 법률행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(2) 일반적으로 부정행위에 대한 고소·고발은 그것이 부정한 이익을 목적으로 하는 것이 아닌 때에는 정당한 권리행사가 되어 위법하다고 할 수 없는 것인 바, 간통으로 고소하지 않기로 하는 등의 대가로 금 170,000,000원의 합의금을 받게 된 경우, 상간자의 배우자가 부정한 이익을 목적으로 위법한 강박행위를 한 것으로 볼 수 없다

[研究]

I. 本 判決의 問題點

有夫女와 通情한 후 相姦者의 配偶者로 부터 姦通罪로 告訴를 당하게 될 처지에서, 그 위기를 면할 목적으로 相姦者의 配偶者에게 合意金으로서 금 170,000,000원을 주기로 약정한 행위가 민법 제 104조 不公正한 法律行爲에 해당되는가? 또는 민법 제110조 1항의 強迫에 의한 意思表示에 해당되는 행위가 될 수 있는가에 대한 법적 평가를 둘러싼 문제가 본 판례의 주요한 쟁점이 되고 있다. 즉, 有夫女와 不倫關係를 맺은 者가 그 相姦者의 配偶者로 부터 姦通罪로 고소당하게 되면 자신의 사회적 명예가 실추되고 구속당할 수 있다는 상황에서 금 170,000,000원을 지급하고 姦通事件을 마무리하기로 한 約定이 민법 제 104조의 「窮迫으로 인하여 顯著하게 公正을 잃은 행위」로서 무효가 될 수 있는 사유로 인정될 수 있는나 하는 점이다.

본 대법원 판례는 「원고가 피고로 부터 고소를 당하게 되면 자신의 사회적 명예가 실추되고 구속될 여지도 있어 다소 궁박한 상태에 있었다고 볼 수 있으나, 피고가 원고의 위와 같은 처지를 적극적으로 이용하여 폭리를 취하려 하였다고 볼 수 없으므로(밀줄 필자)」 불공정한 법률행위에 해당하지 않는다고 판시하고 있다. 이처럼 본 판례는 不倫關係에 있었던 原告가 다소 궁박한 상태에 있었다는 점은 인정하면서도 相姦者의 남편인 被告가 原告의 그와 같은 처지를 적극적으로 이용하여 폭리를 취하려한 「意圖」가 없었다는 이유로 민법 제104조 불공정한 법률행위의 성립을 배척하고 있는 것이다.

이는 곧 불공정한 법률행위의 성립요건으로서 「상대방의 궁박·경솔·무경험에 편승하여 이런 상태를 이용하려는 의도가 있어야 한다」

는 이른바 「意圖說」을 취한 것으로 판단된다.

생각전대, 이처럼 민법규정에도 없는(민법 제104조는 「당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다」고 규정하고 있을 뿐이다) 이른바 주관적 요건으로서 상대방에게 「피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의」를 요구하는 것은 결국 불공정한 법률행위의 성립요건을 엄격하게 제한하고자 하는 의도로 풀이된다. 요컨대 위와 같은 판례의 태도는, 가능한 한 불공정한 법률행위로서 그 효력을 부정하지 않으려는 의도로 해석되는 것이다. 사실 불공정한 법률행위로서 무효를 선언한 우리의 대법원 판결이 비교적 소수에 불과하다는 점에서도 대법원의 태도는 민법 제104조의 적용에 의한 무효를 선언하는데 상당히 소극적인 태도를 보이고 있는 듯하다. 민법 제104조 적용에서 보이는 대법원의 신중한 태도는 불공정한 법률행위로 판정받으면 그 법률행위가 확일적으로 무효가 되어 종래의 법률관계가 일시에 파괴되므로 당사자가 경주한 그 동안의 노력이 허사로 되고 만다는 강경한 효과 때문에 비롯되는 것으로 짐작된다.¹⁾

그리고 본 판결의 또 다른 문제점으로서 지적될 수 있는 점은 급부와 반대급간의 현저한 불균형의 존재 여부에 관한 것이다. 즉 당시 광주시 약사회 회장이라는 사회적 지위와 명망이, 간통죄로서 구속될 경우에 야기되는 명예실추 등의 불이익과 金 170,000,000원의 대가는 상당한 것으로 볼 수 있는가 하는 점이다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 민법 제104조가 규정하고 있는 「공박」의 의미를 명확히 규명하는 작업이 선행되어야 할 것이므로 아래에서 자세하게 검토해 보기로 한다.

1) 梁明朝, 不公正한 法律行爲, 民事判例研究(VIII), 3-4면.

II. 不公正한 法律行爲

1. 意義

민법 제 104조는 「불공정한 법률행위」라는 표제로서 「당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다」고 규정하고 있다.

본 조항은 구민법에는 없었던 내용이지만 종래 판례로서 인정되어 온 것을 민법 제정시 신설한 규정이다. 입법 당시 참고로 한 외국의 입법예로서는 독일민법 제138조 제2항²⁾이나 스위스 채무법 제21조³⁾ 및 중국민법⁴⁾ 제74조⁵⁾의 내용을 소개하고 있다.⁶⁾

이러한 내용은 앞에서 지적하였듯이 이미 판례로서 정립된 원칙이

- 2) 우리 민법 제정 당시 독일 민법 제138조 2항은 「특히 타인의 공박·경솔·무경험을 이용하여 자기 또는 제3자에게 자기의 급부에 비하여 현저하게 불균형한 재산적 이익을 약속하거나 또는 공여하게 하는 법률행위는 무효가 된다」라고 규정되어 있었다. 그런데 그 후 1976년 독일 민법의 개정으로 본 조항은 「타인의 공박·무경험·판단능력의 결여 또는 현저한 의지 박약을 이용하여 …(이하 내용은 동일)」라고 그 내용이 개정되었다.
- 3) 당시 스위스 채무법 제21조는 「당사자의 일방이 상대방의 공박 무경험 또는 경솔에 의하여 계약을 체결하고, 이를 위한 급부와 반대 급부간의 명백한 불균형이 발생한 때에는, 피해자는 1년의 기간내에 그 계약을 이행하지 아니할 의사를 선언하여 이미 급부한 것의 반환을 청구할 수 있다. 1년의 기간은 계약의 체결과 동시에 그 진행을 시작한다」고 규정하고 있다.
- 4) 1929년 1930년에 공포되어 1929년~1931년 시행된 중국민법(民法案 審議錄, 上卷, 1면, 凡例).
- 5) 중국 민법 제74조는 「법률행위가 타인의 급박 경솔 또는 무경험을 타서 그 사람으로 하여금 재산상의 급부를 하게 하고 또는 급부의 약정을 하게 한 것으로서 당시의 사정에 의하여 현저히 공평을 잃은 것인 때에는 법원은 이해관계인의 신청에 의하여 그 법률행위를 취소하고 또는 그 급부를 경감할 수 있다. 전항의 신청은 법률행위가 있은 후 1년내에 이를 하여야 한다」고 규정되어 있다.
- 6) 民法案 審議錄, 上卷, 70-71면.

라고 할 수 있다. 즉 당시 조선고등법원은 「매매에서 대금액이 목적물의 가액에 비하여 현저하게 저렴한 불균형을 이루는 경우, 그 계약이 매도인의 경솔·무경험 또는 급박한 곤궁에 편승하여 낙약을 하게 한 것인 때에는 공서양속에 반하는 것으로서 그 계약은 무효가 된다」⁷⁾고 판시하여 불공정행위를 공서양속위반으로서 무효로 하였던 것이다.

현재 판례는 본 조항의 목적을 「약자적 지위에 있는 자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하는데」 그 목적이 있다고 한다.⁸⁾

한편 민법 제정 당시 본 규정에 대한 학계의 의견은 이처럼 독립한 규정으로서 성문화하는 것은 일반 국민을 경계시키는 정책상의 의의에 더 치중한 점이라고 지적하면서, 民法草案 제99조(現行 民法 제104조)의 新設에 찬성한다는 입장이었다. 즉 당시 서울을 중심으로 한 국내 각 대학에서 민법을 담당하고 있는 교수 다수와 상법 또는 국제사법 담당교수들이 회합하여 민법 초안에 대한 토의 결과를 집성하여 작성한 「민법안의견서」에 의하면, 본 조항에 관한 내용으로서 그 이유를 다음과 같이 정리하여 설명하고 있다. 「초안 제99조는 법률행위의 당사자가 궁박한 경우에 있었든가, 경솔하였든가 또는 경험없는 것으로 인하여 행한 법률행위의 효과가 현저하게 공정치 못하게 된 경우에 그 법률행위를 무효로 하게 한 것이다. 이것은 주로 상대방의 궁박·경솔·무경험을 이용하여 폭리 기타 자기에게 유리한 법률행위를 하였을 경우에 그 결과가 사회관념상 현저하게 공정을 잃었을 때에 이로 인하여 손해 기타 불리한 결과를 얻은 당사자를 구제하여 주기 위한 제도로서 그 입법취지에 찬성하는 것이다. 그러나 이 규정의 취지는 초안이 창설한 것은 아니다. 이 규정이 없는 현행민법하에서도 공서양속위반으로 구제되어 있는 것과 같이(昭 5.11.7. 高法判決, 昭 9.5.1. 日本 大審判

7) 朝高判 1928.11.17. 朝鮮高等法院判例要旨類集(1937), 29면.

8) 大判 1998.3.13, 97다51506.

決) 구제될 수 있는 것이나 특히 이것을 독립한 규정으로서 성문화 시키는 것은 일반 국민을 경계시키는 정책상의 의의에 더 치중한 점을 찬성한다(檀國大學校의 李丙浩教授 집필)」⁹⁾는 것이다.

그밖에 프랑스 민법은 lésion이라는 제도를 두어(프랑스 민법 제 1118조) 특정한 계약에 의한 급부의 현저한 불균형으로 말미암아 손해가 발생한 때에는 그 계약을 취소할 수 있는 법리를 인정하고 있다. 즉 계약(유상계약) 체결시에 약정된 계약 당사자 상호간의 이익이 형평성을 상실함으로써 야기되는 금전상의 손해(le préjudice pécuniaire)를 lésion이라고 하여 그 합의를 무효로 하는 것이다.¹⁰⁾ 또한 영미법에서는 비합리적인(unconscionable) 계약이나 계약 조항은 강제할 수 없다는 원칙이 확립되어 있다. 즉, 통일상법전(Uniform Commercial Code, UCC) Section 2-302 「불공정한 계약이나 조항(Unconscionable Contract or Clause)」에는 「법원이 법률적 견지에서 계약 자체나 계약의 일정한 조항이 계약 성립시에 불공정하다고 인정되는 경우에는 법원은 그 계약의 집행을 거절하거나 그 불공정한 조항은 제외한 계약의 나머지 부분만을 집행하거나, 불공정한 결과를 피하기 위하여 불공정 조항의 적용을 제한할 수 있다」고 규정하고 있는 것이다.

2. 適用 範圍

민법 제104조의 적용범위가 문제된다.

일반적으로 불공정한 법률행위는 金錢의 消費貸借에 한하지 않고 모든 재산상의 有償行爲에 대하여만 적용되는 것으로 해석한다.¹¹⁾ 즉

9) 民事法研究會, 民法案意見書, 一潮閣(1957), 49면.

10) 자세한 拙稿, 프랑스 民法上의 不公正行爲, 嶺南法學, 3권 1·2호(1997), 199-230면.

11) 郭潤直, 民法總則, 博英社(1999), 311면 : 張庚鶴, 民法總則, 法文社(1985), 453면 : 金相容, 民法總則, 法文社(1998), 417면 : 金壽洙, 民法總則, 三英社(1996), 325면.

불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부간에 현저한 불균형이 존재하여야 하는데 그러기 위해서는 교환적·조건적 관계에 있는 상호간의 재산의 출연이 있어야 한다는 점에서 有償行爲에 적용된다는 것이다.

생각컨대 일반적으로 불공정한 행위는 매매와 같은 쌍무·유상계약에서 급부와 반대급부의 불균형이 문제가 되겠지만 반드시 이러한 불균형에만 한정하지 않고 단독행위나 무상·편무계약의 경우에도 제 104조는 적용될 수 있다고 본다. 즉 경솔하게 소유권을 포기한다든가 부당한 회유 등으로 계약을 해제하거나 채권을 포기하는 경우 등 단독행위에도 그 주위사정을 고려하여 정당하지 못한 경우라고 판단될 때에는 104조를 적용하여 무효로 할 수 있을 것이다. 또한 강박에 의하여 기부라는 명목으로 재산을 뺏길 때라든가, 無償契約이라도 負擔附贈與에서 부담이 과도한 때에는 무효라고 하지 않을 수 없을 것이다.¹²⁾ 그런 의미에서 조난당한 자에게 1억원을 주지 않으면 구해주지 않겠다고 하여 얻어 낸 증여계약서는 민법 제104조에 의하여 무효라고 하는 주장¹³⁾은 타당하다고 하겠다. 즉 대가의 유무는 실질적으로 판단하여야 할 것이다.

그런데 판례는 증여와 같은 무상계약에 대해서는 104조의 적용을 부정하고 있다. 즉 「민법 제104조가 규정하는 현저히 공정을 잃은 법률행위라 함은 자기의 급부에 비하여 현저하게 균형을 잃은 반대급부를 하게 하여 부당한 재산적 이익을 얻는 행위를 의미하는 것이므로, 기부행위와 같이 아무런 대가없이 당사자 일방이 상대방에게 일방적 급부를 하는 법률행위는 그 공정성 여부를 논의할 수 있는 성질의 법률행위가 아니」라고 한다.¹⁴⁾ 이처럼, 「증여와 같이 상대방에 의한 대가적

12) 同旨：李英俊, 民法總則, 博英社(1995), 247면：李銀榮, 民法總則, 博英社(1996)410-411면.

13) 李英俊, 위의 책, 같은 면.

14) 大判 1993.3.23, 92다52238.

의미의 재산관계의 출현이 없이 당사자 일방의 급부만 있는 경우에는 급부와 반대급부 사이의 불균형의 문제는 발생하지 않는다」는 것이 판례의 일관된 논리이다.¹⁵⁾

그러나 이러한 판례의 태도는 지나치게 형식논리적인 것으로서 찬성할 수 없다. 특히 위의 일련의 판례는 모두 1980년경 비상계엄에 따라 언론에 관한 업무를 담당하고 있던 국군보안사령부 정보처장 등의 권유로 언론통폐합조치의 수행을 위하여 소유주식을 대한민국에게 증여할 것을 요구받고, 이를 거부할 경우 거부결정에 참가한 자들의 신변이나 회사 등에 다른 손해가 가하여 질지 모른다는 염려하에 이루어진 행위로서 피고가 대한민국 또는 방송문화진흥원등으로 되어 있다는 점도 주목할 내용이라고 지적하지 않을 수 없다. 요컨대 위의 판례 논지는 마땅히 변경되어야 할 것이다.

3. 給付의 不均衡

그 행위가 「현저하게 공정을 잃은 것」 이어야 한다. 즉 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있어야 한다. 불균형의 유무는 급부와 반대급부의 거래가치라는 객관적 기준에 의하여야 하며 당사자의 주관적 가치를 기준으로 해서는 안된다. 단독행위에서는 그 결과 행위자의 재산상태에 객관적으로 납득하기 어려운 불이익이 생기는 경우에 불공정한 행위가 될 것이며(이를 테면 매매계약이 체결되면 유리하게 될 당사자가 그 계약을 해제하여 이익을 놓치는 경우에는 그 해제권 행사의 불공정성이 의심될 수 있다), 무상계약에서는 재산의 급여자가 계약 당시 공박·경솔·무경험 등의 사정으로 인하여 객관적으로 이유없거나 또는 과도한 재산을 제공한 경우에는 불공정한 계약이 될 것이다.

구체적으로 어느 정도의 급부의 차이가 있을 때 현저한 불균형이

15) 大判 1993.7.16, 92다41528 : 大判 1993.10.26, 93다6409.

되느냐에 관해서는 법률에 명문 규정으로서 명시하지 않고, 법관의 재량에 따라 판결에 의하여 결정하도록 하고 있다.

판례에 의하면, 대물변제의 목적물인 부동산 가격이 채권액의 3내지 4배가 되는 대물변제예약¹⁶⁾이나, 時價의 3분의 1에 미달하는 금액으로 이루어진 건물의 매매¹⁷⁾ 등을 현저하게 불공정한 행위라고 판시하고 있다. 참고로 프랑스에서는 부동산의 매매가격이 시가의 12분의 7에 미치지 못할 때는 불공정한 계약(lésion)으로서 무효로 하고 있다(프랑스 민법 제1674조).¹⁸⁾

결국 이 문제는 개개의 계약 유형에 대하여 여러가지 요소(當事者の年齡, 轉賣에 의한 利得의 有無, 鑑定院의 鑑定價格 등)를 고려하여 종합적으로 판단할 문제라고 하겠다. 즉 당사자의 「관계·상황」과 「利得」의 크기를 중심적 요소로 하여 그 상관관계를 고려하되, 양당사자의 주관적 상태인 폭리자의 「意圖의 惡性」과 피해자의 「意思의 抑壓」을 부수적 요소로 하며, 행위의 「반사회성」이라는 요소도 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것이다.

이렇게 볼 때, 본 사안에서도 간통죄로 피소되어 구속될 수 있다는 원고측의 상황과 170,000,000원이라는 이득의 크기를 중심으로 급부의 균형성 여부를 검토하였어야 할 것이다. 그런데 본 판례는 이 점에 대한 검토는 전혀 고려하지 않은 듯하다. 오로지 피고(상간자의 남편)가 간통행위를 한 원고의 처지를 적극적으로 이용하여 폭리를 취하려 하였다고 볼 수 없다는 이유 하나 만으로 불공정행위의 성립을 배척하고 있는 것이다. 현저하게 불균형한가의 구체적인 결정 여부는 전적으로 법관의 재량사항이라는 점을 심분 양해한다고 하더라도 이 점에 대한 심리의 미진함을 지적하지 않을 수 없다. 적어도 170,000,000원의 대가성에 대한 공정성 여부를 검토하였어야 할 것으로 판단된다.

16) 大判 1962.2.8, 4294民上773.

17) 大判 1973.5.22, 73다231.

18) 자세히는 拙稿, 앞의 논문, 210-211면 참조.

4. 不公正行爲의 요건으로서 ‘窮迫’의 意味

궁박이란 급박한 곤궁을 의미하는 것으로서 경제적인 궁박상태 뿐만 아니라 정치적·물질적 궁박상태는 물론, 명예의 침해와 같은 정신적 궁박도 포함하는 것으로 보는 것이 타당하다(異說 없음).

판례 역시 「‘궁박’이란 급박한 곤궁을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고, 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, 당사자가 궁박의 상태에 있었는지 여부는 그의 신분과 재산상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다」고 판시하고 있다.¹⁹⁾

구체적으로 살펴보면, 계와 관련하여 私文書僞造罪로 고소되어 수사받다가 14일간 삼청교육대의 교육을 받고 퇴소한 자가 그로부터 4일 후 계관계로 다시 고소당하여 경찰로 부터 소환을 받게 된 상태를 정신적 궁박이라고 인정한 바 있다.²⁰⁾ 또한 일반인이 수사기관에서 법관의 영장에 의하지 않고 30시간 이상 불법구금된 상태에서 구속을 면하고자 하는 상황에 처해 있었다면 특별한 사정이 없는 한 정신적 또는 심리적 원인에 기인한 급박한 곤궁의 상태에 있었다고 봄이 상당하다고 한다.²¹⁾ 최근의 판례로서는, 피고와의 관계에서 황령죄가 성립될 수 없음에도 불구하고 피고의 고소에 의하여 구속되어 있었고, 시부모와 남편 및 본인까지도 병중에 있었으며, 경영하던 회사는 부도에 처하는 등의 상태를 정신적, 경제적으로 궁박한 상태에 있다고 판정한 예를 들 수 있다.²²⁾

그리고 판례에 따르면, 불공정한 행위가 성립하기 위한 요건인 궁

19) 大判 1996.11.12, 96다34061 ; 大判 1996.6.14, 96다46374 ; 大判 1998.3.13, 97다51506.

20) 大判 1992.4.14, 91다23660.

21) 大判 1996.6.14, 94다46374.

22) 大判 1998.3.13, 97다51506.

박, 경술, 무경험은 모두 구비되어야 하는 것이 아니고 그 중 일부만 갖추어져도 충분하다고 한다.²³⁾

이처럼 판례는 당사자의 공박상태의 여부를 판단함에 있어서 그의 신분과 재산상태 및 그가 처한 상황의 절박성 정도 등 제반상황을 종합하여 판단할 것으로 요구하고 있으므로 본 사안에서도 이 점을 감안하여 공박의 여부를 결정하여야 함은 당연하다고 할 것이다. 그렇다면, 본 사안에서 처럼 유부녀와 불륜관계를 맺어오다가 그 남편에게 발각되어 분개한 남편으로부터 가만두지 않겠다는 요지의 말을 전화를 통하여 직접 들은 광주시 약사회장의 지위에 있던 원고의 상태도 제반사정을 종합해 볼 때 공박한 상태에 있다고 하지 않을 수 없을 것이다. 본 판례도 이 점에서는 '다소'나마 공박한 상태에 있었음을 인정하고 있다.

5. 要件으로서 相對方의 「便乘意圖」에 관한 檢討

현재 다수설은 불공정한 법률행위의 (주관적) 성립요건으로서 상대방이 공박·경술·무경험에 편승하여 그 상태를 이용하려는 의도가 있어야 한다고 한다(意圖說).²⁴⁾

종래 대법원 판례는 이 문제에 대하여 「알고 있을 것」²⁵⁾, 「편승할 것」²⁶⁾, 「인식하고 있을 것」²⁷⁾, 「이용하고 있을 것」²⁸⁾ 등 다양한 표현을 사용하고 있었으나, 근래에 와서 「피해 당사자가 급박, 경술 또

23) 大判 1998.3.13, 97다51506.

24) 郭潤直, 앞의 책, 313면 ; 金壽洙, 앞의 책, 328면 ; 金相容, 앞의 책, 420면 ; 張庚鶴, 앞의 책, 456면.

25) 大判 1956.2.16, 4288民上401.

26) 大判 1959.7.23, 4291民上618.

27) 大判 1964.8.31, 63다681 ; 大判 1970.11.24, 70다2065.

28) 大判 1959.10.1, 4291民上404 ; 大判 1977.12.13, 76다2179 ; 大判 1981.12.22, 80다2012.

는 무경험 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 위와 같은 피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다면 불공정한 법률행위는 성립하지 않는다」²⁹⁾ 고 판시하여 정면으로 惡意가 있을 것을 요건으로 인정하고 있다. 이러한 논지는 그 후 계속해서 유지되고 있는 듯하다. 즉 「민법 제104조의 불공정한 법률행위에 관한 규정은 약자적 지위에 있는 사람의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하려는 데에 그 목적이 있는 것으로서, 피해 당사자가 공박, 경솔, 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 위와 같은 피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다면 불공정 법률행위는 성립하지 않는 것」이라고 판시하고 있으며³⁰⁾, 최근에도 「민법 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고 주관적으로 그와 같이 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것으로서, 약자적 지위에 있는 자의 공박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하려는데 그 목적이 있고, 여기에서 ‘공박’이라 함은 ‘급박한 곤궁’을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, 당사자가 공박의 상태에 있었는지 여부는 그의 신분과 재산 상태 및 그가 처한 상황의 절박성의 정도 등 제반 상황을 종합하여 구체적으로 판단하여야 하며, 한편 피해 당사자가 공박, 경솔 또는 무경험의 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 위와 같은 피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다면 불공정 행위는 성립하지 않는다」³¹⁾고 분명하게 명시하고 있다.

이에 대하여 일부 소수 견해는 편승의도는 필요하지 않지만 상대

29) 大判 1988.9.13, 86다카563.

30) 大判 1992.5.26, 92다84. 同旨 : 大判 1966.11.12, 96다34061.

31) 大判 1997.7.25, 97다15371.

방이 공박·경솔·무경험으로 인해 행위한다는 認識은 필요하다는 주장을 하고 있다(認識說).³²⁾ 즉, 폭리행위란 피해자의 공박·경솔 또는 무경험의 상태에 있는 것을 인식하면서 현저하게 균형을 결여한 이익을 취득케 하는 약속을 하거나 또는 현실적으로 취득한 것이므로, 피해자의 공박 등의 상태를 적극적으로 이용하려는 의도까지는 필요하지 않다고 풀이해야 할 것이지만, 그러나 이러한 의도가 없다 할지라도 타인의 공박 등의 상태에 있는 것을 인식하면서 과다한 이익을 탐낸다는 것은 우리의 도덕관념으로 보아서 소극적으로 평가해야 한다는 것이다.³³⁾

그러나 민법 제104조에 명문으로 규정하지도 않은 「意圖」나 「認識」을 요구하는 것은 결국 104조의 요건을 엄격하게 강화하는 결과를 야기시키며(입증책임을 부담하는 자는 폭리행위의 피해자가 되기 때문), 결국 그 적용을 어렵게 할 수밖에 없다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 이는 민법 제104조의 입법취지에 이긋난다고 본다.

私私은 공박등의 상태를 이용하려는 주관적인 의도나 인식은 불공정한 법률행위의 성립요건이 아니라고 해석하고자 한다.³⁴⁾ 즉 주관적인 요건으로서, 행위자가 상대방의 공박 등의 사정을 알고 이를 이용할 것을 요구하거나, 또는 공박 등을 인식하였을 것을 요구하는 해석은 법률적 근거가 없는 것으로서 우리 민법과 독일 민법의 차이를 간과하고 독일 민법에 의한 이론의 영향을 받은 것으로 풀이된다.³⁵⁾ 즉, 독일 민법 제138조 2항은 주관적 요건으로서 「타인의 공박, 무경험, 판단능력의 결여 또는 현저한 의지박약을 이용하여(unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, 이하 생략)」 이루어질 것을 요건으로 명시하고 있는 것이다.

32) 李英俊, 앞의 책, 251면 : 高相龍, 民法總則, 法文社(1990), 398면.

33) 高相龍, 위의 책, 같은 면.

34) 同旨 : 李銀榮, 앞의 책, 415면 : 金曾漢·金學東, 民法總則, 博英社(1995), 322면.

35) 金曾漢·金學東, 위의 책, 321-322면.

이렇게 볼 때 「본 사안의 原告와 姦通行爲를 한 相姦者의 남편인 被告가 原告의 처지를 적극적으로 이용하여 폭리를 취하려 하였다」고 볼 수 없다」는 이유만으로 불공정행위의 성립을 배척한 본 판례의 판시 내용은 동의할 수 없다고 하겠다.

특히 최근 판례는 어촌계의 손실보상금과 관련하여 「법인아닌 어촌계가 취득한 어업권은 어촌계의 총유이고, 그 어업권의 소멸로 인한 손실보상금도 어촌계의 총유에 속하므로, 총유물인 위 손실보상금의 처분은 원칙적으로 계원 총회의 결의에 의하여 결정되어야 할 것이지만, 어업권의 소멸로 인한 손실보상금은 어촌계의 잉여금과는 그 성질이 달라서 그 어업권의 소멸로 손실을 입게 된 어촌계원에게 공평하고 적정하게 분배하여야 할 것이므로, 어업권의 소멸로 인한 손실보상금의 분배에 관한 어촌계 총회의 결의 내용이 각 계원의 어업권 행사 내용, 어업 의존도, 계원이 보유하고 있는 어업 장비나 멸실된 어업시설 등의 제반 사정을 참작한 손실의 정도에 비추어 볼 때 현저하게 불공정한 경우에는 그 결의는 무효라고 할 것」이라고 하면서, 「어업권의 소멸로 인한 손실보상금을 어업권 행사자에게만 분배하고 어업권 비행사자에게는 전혀 분배하지 않기로 하는 결의가 있을 경우, 그 결의가 현저하게 불공정하여 무효인지의 여부를 판단함에 있어서는, 그 어촌계 내부의 어업권 행사의 관행과 실태가 가장 중요한 기준이 된다고 할 것이고, 그밖에 어업권 행사자가 되기 위한 경쟁의 정도, 어촌계원 중에서 어업권 행사자들이 차지하는 비율, 어업권 비행사자들이 어업권 행사자가 되지 못한 이유, 보상 결의에 대한 비행사자들의 태도, 그 어촌계에서의 과거의 보상금 분배의 선례 등도 판단자료로서 참작되어야 한다」³⁶⁾고 판시할 뿐, 별도의 주관적 요건으로서 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의를 요건으로 명시하지 않고 있음도 주목을 요한다.

36) 大判 1997.1028, 97다27619.

6. 「無效」 效果의 問題點

불공정한 법률행위는 무효가 된다. 그러나 이처럼 민법 제104조가 불공정한 법률행위의 효과를 확일적으로 무효로 하고 있기 때문에 그 강력한 효과로 인하여 법원이 동조항의 적용범위를 확장하는데 소극적일 수 밖에 없지 않나 생각된다. 즉 과감하게 불공정한 행위를 인정하는데 주저하고, 나아가 앞에서 지적한 내용처럼 민법전에 규정도 없는 주관적인 요건으로서 「便乘 意圖」까지 요구하여 요건을 강화하고 있는 것으로 판단된다.

특히 계약의 공정성을 현대 계약법의 중요한 과제로 삼고 있는 점을 감안할 때, 민법 제 104조를 활성화하기 위해서는 同條의 효과를 확일적 무효로 부터 해방하여 다양한 효과(일부무효 허용, 또는 프랑스와 같이 법관에 의한 계약 내용의 정정을 허용하는 방안 등)³⁷⁾를 도입하는 방향으로의 개정 작업도 검토되어야 할 과제라고 본다.

Ⅲ. 本 判決의 검토

종래 유상·쌍무계약에 대하여서만 민법 제104조의 불공정행위의 성립 여부를 검토해 온 대법원 판례가 본 사안에서와 같이 간통죄의 소취하 대가로서 합의금 지급을 약정한 사안에도 불공정 법률행위의

37) 프랑스에서는 법관이 계약 내용에 개입하여 과도한 손해로 인하여 상실된 형평성을 회복할 수 있는 방안으로서 계약 내용의 정정을 명할 수 있는 효과를 허용하고 있는 것이다. 예컨대 프랑스 민법 제1061조에 의하면, 현저하게 저렴한 가격으로 부동산을 매수한 매수인은, 지급한 대금을 반환받으면서 목적물을 매도인에게 반환하거나 또는 매매 대금 총액의 10분의 1을 공제한 후의 정당한 대금에서 부족한 금액을 추가로 지급하고 그 부동산을 그대로 보유할 수 있는 선택권을 가지게 된다. 자세한 내용은 拙稿, 앞의 논문, 229면 참조.

성립여부를 검토한 점은 민법 제104조의 지평을 넓힌 의미에서 수긍이 간다. 그러나 본 판례는 불공정한 행위의 성립 여부를 검토함에 있어서 중요한 몇가지 점을 간과하고 있음을 지적하지 않을 수 없다.

그 첫째는 급부의 불균형에 관한 문제를 너무 쉽게 지나치고 있다는 점이다. 간통행위로 말미암아 고소되어 구속당하므로써 실추되는 사회적 명예와 170,000,000원 사이의 객관적 가치의 균형이 어떻게 인정되는 것인지 그 기준을 제시하지 않고 있다는 점을 지적하고자 한다. 적어도 어떠한 점에서 170,000,000원이라는 대가가 간통행위에 대한 폭리행위가 아닌지에 대한 언급이 있었어야 할 것이다. 이러한 기준이 제시되지 않는 한, 앞으로 직업에 따라 의사회 회장이나 대학교수나 공무원 자영업자 등의 간통 대가는 얼마가 될런지 의문을 제기하는 것은 기우일까? 이는 형법상의 처벌의 형평성과도 맞지 않는다고 본다.

두번째 문제는 공박상태에 대한 평가문제이다. 본 판례는 원고가 다소 공박한 상태에 있다는 점은 인정하고 있으나, 간통죄로 피소될 처지에 있는 자로서, 더구나 이미 한 번 간통죄의 고소를 취소한 후 다시 재개된 두번째의 불륜관계인데다가 상간자의 남편으로 부터 '가만두지 않겠다'는 취지의 말을 들은 원고로서는 정신적 심리적 공박상태에 있다고 인정하는데 인색해서는 안될 것이다. 이 점 역시 판례는 쉽게 지나친 듯하다. 결코 원고는 자신의 행위에 대한 윤리적 평가를 받으려고 소를 제기한 것은 아니다. 자신의 행위에 대한 반대 급부로서 지급하기로 약정한 170,000,000원을 결정할 당시의 상태가 정상적이고도 원만한 상태가 아니라, 심리적 정신적 공박상태에 있었음을 주장하려는 의도라고 보아야 할 터인데, 본 판례는 원고의 도덕적 비난 가능성만을 강조하고 있는 듯한 인상을 지울 수 없다. 특히 민법 제104조의 취지는 자기 결정이 침해된 당사자를 보호하기 위한 규정으로 보는 입장에서는 더욱 그러하다.

끝으로 불공정한 법률행위의 중요한 성립요건으로서 상대방의 공

박상태를 적극적으로 이용하여 폭리를 취하려 하지 않았다는 이유로 민법 제104조의 성립을 배척한 점이다. 이는 앞에서 지적하였듯이 민법에 명문 규정으로서 요구하고 있는 내용이 아니며, 가능한 한 민법 제104조의 적용을 배제하려는 법원의 소극적인 자세에서 연유된 것으로 풀이된다. 적극적인 의도 또는 악의를 요건으로 요구하지 않는 私見에 의하면 본 판결 내용은 비판을 받지 않을 수 없다. 그러나 이 문제는 위에서 설명하였듯이 확일적으로 발생하는 현행 무효 효과를 개정하여 다양한 효과를 인정함으로써 해결될 수 있는 문제라고 생각된다.