

民法 제103조 善良한 風俗의 位相에 관한 比較法的 考察

A Comparative study on the "bonnes moeurs"(Code civil § 103)

李 相 旭* · 徐 浩 正**

I. 서

우리 민법 제103조는 「반사회질서의 법률행위」라는 표제하에 「선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다」고 규정하고 있다.

일반적으로 이 내용은 선량한 풍속·사회질서·공정성을 합한 법률행위의 사회적 타당성에 관한 것으로서, 법률행위의 목적은 사회적 타당성이 있어야 하므로, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 행위, 즉 사회적 타당성이 없는 법률행위는 이른바 반 사회질서적 법률행위로서 무효가 되는 것을 밝힌 것으로 설명하고 있다.

그리고 민법 제103조의 내용은 추상적인 규정이므로 구체적인 사회질서 위반의 모습은 판례를 통하여 정리된 것이라고 하여 대체로 다음과 같은 유형으로 분류하고 있는 것이 종래의 통설적 입장이다.¹⁾

그 첫째는 정의의 관념에 반하는 행위로서 부동산 2중매매를 그 대표적인 예로 들고 있다. 둘째는 이른바 첩계약을 대표적 예로 들고 있는 윤리적 질서에 반하는 행위

* 嶺南大學校 法科大學 教授

** 嶺南大學校 法科大學 講師

1) 곽윤직, 민법총칙, 박영사(2003), 216-218면 ; 김상용, 민법총칙, 박영사(2003), 400-403면 ; 고상룡, 민법총칙, 법문사(2002), 342-346면 ; 이영준, 한국민법론, 박영사(2004), 200-214면 ; 김중환·김학동, 민법총칙, 박영사(1995), 313-318면 ; 백태승, 민법총칙, 법문사(2000), 349-354면 ; 이태재, 민법총칙, 법문사(1981), 237-241면 ; 김준호, 민법총칙, 법문사(2003), 313-316면 ; 김주수, 민법총칙, 삼영사(2001), 335-338면 ; 홍성재, 민법총칙, 대영문화사(2003), 276-280면.

이다. 셋째는 인신매매나 매춘행위 등을 예로 들 수 있는 개인의 자유를 심하게 제한하는 행위이다. 넷째는 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위, 다섯째 지나치게 사행적인 행위, 끝으로 타인의 무사려·궁박을 이용하여 부당한 이득을 얻으려는 행위로서 폭리행위 등을 들고 있다.²⁾

그런데 이와 같은 유형의 분류는 1923년경 당시 일본의 판례를 기준으로 我妻榮교수가 제안한 내용³⁾을 그대로 답습하고 있는 것으로서, 현재 일본에서도 이 내용은 상당한 비판을 받아 그 역할의 종언을 선언하고,⁴⁾ 공서양속론의 재구성을 주장하는가 하면,⁵⁾ 종래의 이론을 「고전적공서양속론」이라고 전제한 후 현대사회에 적합한 새로운 「현대적공서양속론」의 정립을 주장하는 견해도 제기되고 있다.⁶⁾

이러한 추세를 감안할 때, 우리 민법 제103조가 규정하고 있는 선량한 풍속이란 구체적으로 무엇을 의미하는 것인지 다시 한번 점검해보고 오늘날 우리 사회에 걸맞은 내용으로 정리될 필요가 있다고 생각된다. 또한 민법 제103조가 규정하고 있는 선량한 풍속과 기타 사회질서의 관계도 명확하게 정리될 필요가 있다.

뿐만 아니라 선량한 풍속과 사회질서의 관계 및 민법 제103조와 민법 제746조와의 관계에 대해서도 다양한 견해가 제시되고 있는 터이다.

2) 이에 반하여, ①법외행위를 내용으로 하는 계약, ②거래질서에 어긋나는 계약, ③가족적 윤리에 반하는 계약, ④비인도적인 계약, ⑤단체적 윤리에 어긋나는 계약, ⑥노사윤리에 어긋나는 계약 등으로 크게 분류하고, 거래질서에 어긋나는 계약의 구체적인 내용으로서 횡령·배임에 가담하는 거래, 상대방의 권리를 박탈하는 계약, 과도한 의무를 부과하는 계약, 과도한 영업자유제한, 생존의 기초가 되는 재산의 처분행위, 사행계약 등을 들고 있는 견해가 있는가 하면 (이은영, 민법총칙, 박영사, 372-380면), ①공공의 이익을 보호하기 위한 공서양속 위반(성도덕에 관한 것, 가족제도에 관한 것, 국가조직에 관한 것, 변호사제도에 관한 것, 사행적인 계약, 시장질서에 관한 것 등), ②제3자의 이익을 보호하기 위한 공서양속 위반(부동산 2중양도 등), ③법률행위 당사자의 이익을 보호하기 위한 공서양속 위반(인격적 자유의 심한 제한행위, 경제활동의 자유를 심하게 제한하는 행위, 경제적으로 중대한 부담을 지우는 행위 등)으로 분류하는 견해도 있다 [박준서 편, 주석민법, 총칙(2), 435-466면(윤진수 집필)].

3) 我妻榮은 처음 1923년에 발표된 논문에서는 8가지 유형으로 분류하였으나, 그 후 몇차례의 수정을 거쳐 1951년 간행된 「민법총칙(민법강의 I)」에서 지금과 같은 7개 유형(①인륜에 반하는 행위, ②정의관념에 반하는 행위, ③타인의 무사려·궁박을 이용하여 부당한 이득을 취하는 행위, ④개인의 자유를 극도로 제한하는 행위, ⑤영업의 자유를 제한하는 행위, ⑥생존의 기초가 되는 재산의 처분행위, ⑦현저하게 사행적인 행위 등)으로 확정하여 오늘에 이르고 있으며, 이 내용은 처음 1923년에 주장한 유형과 큰 변화가 없음을 강조하고 있다. 我妻榮, 新民法總則(民法講義 I), 岩波書店(1965), 272면 이하, 283면 이하.

4) 椿久美子, 我妻類型とその現代的變容, 椿壽夫·伊藤進 編, 公序良俗違反の研究, 日本評論社(1995), 97-113면.

5) 에컨대, 山本敬三, 公序良俗論の再構成, 有斐閣(2000).

6) 平野裕之, 民法總則, 日本評論社(2003), 142-143면.

이에 아래에서는 민법 제103조의 입법배경과, 우리 민법을 제정할 때 참고가 되었던 외국의 입법예를 살펴본 후, 가장 합리적인 의미에서의 선량한 풍속에 관한 의미를 규명하고자 한다.

Ⅱ. 우리 민법 제103조의 제정과정과 입법배경

민법 제103조가 성문화되기까지의 과정을 살펴보면 다음과 같다.

우리 민법의 경우, 입법이유서가 존재하지 않고 있으므로 민법 제103조의 제정과정과 입법배경은 민법 초안에 대한 국회심의과정에서 그 면모를 엿볼 수밖에 없는 실정이다.

현행 민법 제103조는 구민법 제90조⁷⁾와 동일한 취지로서,⁸⁾ 원래 국회에 제기된 민법 초안에는 「선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 법률행위는 무효로 한다」는 내용이었는데, 국회 법사위의 심의과정에서 현행법의 내용으로 수정되었다.

국회 법사위의 심의과정에서 논의된 내용을 소개하면 다음과 같다.

① 현행법대로 용어를 「공공질서」로 하고 그 순서에 있어서 「사회질서」를 위로 함이 여하 — 공공질서보다는 사회질서가 용어상 타당하고 또 순서에 있어서는 선량한 풍속은 사회질서의 한 예이기 때문에 초안의 순서가 타당하다.

객관적으로 보아서 요소적으로 사회질서에 위반하여야만 본조를 적용토록 하기 위하여서는 本條를 「사회질서에 위반하는 사항을 내용으로 하는 법률행위로 字句修正함이 可한 것이다.

초안은 「사회질서에 위반한 법률행위는 무효로 한다」고 규정하고 있는바 무효로 함에는 구체적 내용이 있어야 하므로 이를 「사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다」고 수정함이 가한 것이다.

② 「위반한」의 다음에 「사항을 내용으로 하는」을 삽입하기로 합의하였다.

7) 구민법 제90조는 현행 일본민법 제90조와 동일한 내용으로서 【공서양속위반】이라는 표제하에 「공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효이다」라고 규정하고 있다.

8) 민법제정 당시 국회 법사위에서도 현행법 ‘공공의 질서’를 ‘사회질서’로 수정한 부분 이외에는 현행법 제90조와 동일한 취지임을 밝히고 있다. 民法案審議錄 上卷, 70면.

국회법사위에서는 위와 같은 심의 과정을 거친 뒤 「前記 수정안에 합의」 한다는 결론을 내리고 있다.⁹⁾

그리고 민법 제103조의 입법과정에서 참고한 외국의 입법예로서는 독일민법 제138조 전단과 스위스채무법 제20조 전단, 프랑스민법 제131조와 제133조, 중국민법 제72조를 들고 있으며, 만주 민법 제100조는 구 민법과 동일한 것으로 소개하고 있다.

이렇게 볼 때, 민법 제103조의 성문화 과정에서는 구 민법상의 字句 修正에 관한 논의만 있었을 뿐이고 그 내용을 둘러싼 어떠한 논의나 반론 없이 구 민법상의 내용을 그대로 채택한 듯하다. 그런데 이 구 민법이란 한일합방후 조선민사령에 의하여 우리나라에 의용된 일본 민법 즉, 明治民法을 의미하는 것이다.

그 내용 역시 추상적인 규정이었으므로 일제시대에 조선고등법원은 선량한 풍속에 반한다는 이유로 무효라고 판시한 경우는 구체적으로 어떠한 내용에 관한 것이었는지 살펴보기로 한다.¹⁰⁾

「(구)민법 제90조는 공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항으로써 법률행위의 내용으로 한 경우에 그 법률행위를 무효로 한다는 취지의 규정이므로 오직 법률행위의 연유, 동기 또는 수단에 불과한 사항에 대해서는 공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 것이 있더라도 이로써 곧바로 그 법률행위를 무효로 하는 취지의 규정은 아니다」 (1).¹¹⁾

도박에 의한 채권은 무효가 되고(2).¹²⁾ 당사자가 도박자금에 제공할 취지로 금전대차계약을 체결한 경우 그 법률행위는 공서양속에 반하는 사항을 목적으로 한 것으로서 무효가 된다(3).¹³⁾ 그런데 일본 민법이 의용되기 전에는 내기승부의 금전수수에 기인하여 취득한 채권을 조리상 무효라고 판시하고 있다.¹⁴⁾

사행적 계약의 효력에 관한 내용으로서, 밀을 매매할 목적으로 하는 것처럼 매매계약을 가장하여 대금으로 정한 금액과 이행기로 정한 시기에 시가와와 차액을 수수할 것으로 내용으로 하는 계약은 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 것이 되어 무효가 된다(4).¹⁵⁾

9) 民法案審議錄, 上卷, 70면.

10) 아래 내용은 1943년에 司法協會가 간행한 朝鮮高等法院判例要旨類集, 25-30면에 게재된 판례를 중심으로 당시 조선고등법원에서 선량한 풍속 또는 공서양속 위반 사항으로 판시한 내용을 정리한 것이다.

11) 朝高判, 大正 6(1917). 10. 26.

12) 朝高判 大正 3(1914). 8. 13.

13) 朝高判 昭和 2(1927). 3. 11.

14) 朝高判, 隆熙 3(1909). 6. 8.

15) 朝高判, 昭和 17(1938). 2. 19.

娼妓는 공인된 것이지만, 그 고용자금에 제공할 금전의 대차계약은 공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 무효의 계약이 된다고 판시하였다(5).¹⁶⁾ 과부재가에 관한 의안¹⁷⁾에 의하여 과부의 재가를 자유롭게 한 것은 재가의 금지를 해소함에 불과하므로 재가는 할 수도 있고 하지 않을 수도 있는데, 재가를 하지 않을 것을 조건으로 법률행위를 하는 것은 공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 것이 된다고 하였다(6).¹⁸⁾

당사자간에 어떤 사람을 학교조합평의원으로 선거하게 하는 계약은 선거의 공정을 저해하는 공공질서에 반하는 사항을 목적으로 하는 것으로서 무효가 된다(7).¹⁹⁾

확정판결을 받은 당사자가 그 판결에서 인정된 권리에 따른 집행을 하지 않기로 하는 취지의 계약은 당사자간의 자유로서 선량한 풍속에 반하는 것이 아니라고 한다(8).²⁰⁾

부동산에 관한 강제집행에서 민사소송법에 의한 경매에 의하여 입찰이 결정된 경우에 당사자가 입찰가격을 합의하여 입찰하는 것은 공공질서에 반하는 사항으로서 무효가 된다(9).²¹⁾

매매계약이 공서양속에 반하기 때문에 무효로 되는 것은 공서양속에 반하는 사항을 계약의 내용으로 하는 경우임을 요하므로, 그 계약으로 인하여 목적물을 인도할 때에 비로소 그 목적물이 공서양속에 반하는 사항을 위하여 사용된다는 사실을 알게 된 때에는 이 사실로서 처음부터 그 계약을 무효로 할 것은 아니다(10).²²⁾

다만 수표행위는 그 자금관계나 원인관계의 여하를 불문하므로 그 원인관계가 공서양속에 반한다고 하여 무효로 할 것은 아니라고 한다(11).²³⁾

流抵當約款에 관한 것으로서 채무이행에 갈음하여 급부할 물건 또는 권리의 가액이 채무액을 초과하여 현저하게 불균형한 경우에는 그 계약은 채무자 또는 타인의 경솔 무경험 또는 급박한 곤궁에 편승하여 체결한 것이므로 공서양속에 반하여 무효가 되지만(12).²⁴⁾ 流抵當 特約에 부수하여 매도담보특약을 한 경우에는 流抵當特約이 공서양속에 반하면 그 특약만 무효가 되지만, 매도담보특약까지 무효가 되는 것은 아니라고

16) 朝高判 明治 44(1911). 4. 25.

17) 「寡女の再嫁를 그 自由에 맡기는 件」. 1894년 6월 28일 議案. 그 내용은 「寡女再嫁 無論貴賤 任其自由事」이다. 高宗實錄 高宗 31년 6월 28일.

18) 朝高判, 明治 44(1911). 12. 25.

19) 朝高判, 大正 5(1916). 12. 26.

20) 朝高判, 大正 6(1917). 12. 16.

21) 朝高判, 大正 7(1918). 3. 12.

22) 朝高判 大正 11(1922). 3. 24.

23) 朝高判, 大正 12(1923). 10. 2.

24) 朝高判, 大正 14(1925). 12. 15. 동일한 취지의 판례 朝高判 昭和 5(1930). 11. 7.

한다(13).²⁵⁾

또한 매매 대금이 목적물의 시가에 비하여 현저하게 저렴하여 불균형한 경우에도 그 계약이 매도인의 경솔·무경험 또는 급박한 곤궁에 편승하여 체결된 때에는 공서양속에 반하여 무효가 된다(14).²⁶⁾

고용계약에 부수하여 체결되는 신원보증계약은 피용자가 장래 자신의 귀책사유로 인하여 사용자에게 손해를 가한 경우에 그 손해를 제3자가 배상하는 취지의 손해담보 계약으로서 그 배상액에 한도를 정하는 것은 공서양속에 반하지 않지만, 무제한적으로 배상의무를 부담시키는 계약은 공서양속에 반하여 무효가 된다. 반면에 신원보증계약의 존속기간을 무제한으로 정한 계약은 공서양속에 반하여 무효가 되는 것은 아니지만, 이 경우는 기간이 없는 경우와 동일하여 신원보증인은 언제라도 해약을 신청할 수 있다고 한다(15).²⁷⁾

부부가 이혼을 협의할 때에 일방으로부터 상대방에게 금품을 증여하거나 부양을 약정하는 것은 부부로서의 情誼에 의하여 이혼으로 인한 재해를 완화할 수 있는 지당한 조치로서 추후도 공서양속에 반하는 것이 아니라고 한다(16).²⁸⁾

건물의 소유를 목적으로 하는 지상권 또는 임차권이라도 그 등기를 하지 않은 때에는 제3자에게 대항할 수 없으며, 제3자가 선의이든 악의이든 관계없으므로, 용익권이 설정된 토지를 양도하는 것은 양수인이 그 사정을 알고 있었다고 하더라도 공서양속에 반한다고 할 수 없다(17).²⁹⁾

첩계약에 의한 정교관계를 체결하게 된 자는 상대방이 이를 파기하더라도 정조권 철폐 또는 명예훼손으로 인한 불법행위로서 그 손해배상을 청구할 수 없다(18).³⁰⁾

채권자가 제3자에게 저렴한 가격으로 경락 받게 할 목적으로 경매기일에 경매에 참가할 것을 약정하고 그 대가로서 제3자의 경락대금과 자기가 경매로부터 받게 될 가액과의 차액 범위 내에서 제3자로서 채무자에 대해 변제할 것을 계약한 경우에는 선량한 풍속에 반하는 것으로서 무효가 된다(19).³¹⁾

위의 판례 내용을 유형별로 나누어 보면 다음과 같이 분류할 수 있다.

25) 朝高判, 昭和 3(1928), 5. 4.

26) 朝高判, 昭和 3(1928), 11. 17.

27) 朝高判, 昭和 4(1929), 6. 4.

28) 朝高判, 昭和 7(1932), 12. 20.

29) 朝高判, 昭和 8(1933), 1. 31.

30) 朝高判, 昭和 11(1936), 12. 26.

31) 朝高判, 昭和 8(1933), 10. 13.

첫째 도박 등 사행행위에 관한 내용으로서 (2), (3), (4)의 판례를 들 수 있다. 둘째 자유의 제한에 관한 것으로서는 (5), (15)의 판례가 있으며, 셋째 정의의 관념에 반하는 것으로서 (7), (8), (9)를 들 수 있다. 넷째 경제질서와 관련된 내용은 (10), (11), (17), (19) 등을 들 수 있으며, 특히 (12), (13), (14) 등은 채무자나 타인의 경솔·무경험 또는 공박을 이용한 폭리행위로서 공서양속에 반하는 것으로 판시하고 있다. 끝으로 가족질서에 관련된 것으로서 (16), (18) 등의 판례가 있다.

그리고 (1)의 판례 내용을 감안한다면, 이미 당시부터 동기의 불법이나 연유의 불법은 특별한 사유가 없는 한 법률행위의 효력에 영향을 미치지 않는다는 법리가 정립되었음을 엿볼 수 있다.

Ⅲ. 일본 민법상의 선량한 풍속

앞에서 언급하였듯이 일본 민법 제90조는 「공서양속위반」이라는 표제하에 「공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효이다」라고 규정하고 있다.

이 규정은 일본의 구민법 재산편 제328조의 「당사자는 합의로써 보통법의 규정에 의하지 않게 하거나 또는 그 효력을 증감할 수 있다. 다만 공공질서 또는 선량한 풍속에 저촉될 수 없다」라는 규정을 근거로 한 것이며, 보아소나드(Boissonade) 초안 제349조(On peut, par des conventions particulières, déroger à la loi commune, y ajouter ou en retrancher des effets, pourvu qu'il ne soit dérogé ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs)에서 유래한다.

그런데 보아소나드에 의하면 이 규정은 프랑스 민법 제6조 「누구도 개별약정에 의하여 공공질서와 선량한 풍속에 관한 법률을 배제할 수 없다(On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs)」는 내용을 근거로 한 것이라고 한다.³²⁾

다만 보아소나드 초안의 내용과 프랑스 민법내용은 다음과 같은 차이점이 발견된다.

32) Gustave Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, tome 2, 2^{éd.}, 1883, n°120, pp. 129-130 참조.

그 하나는 규정의 체제에 관한 것으로서, 프랑스 민법 제6조는 보아소나드 초안 및 구 민법에서 단서의 내용에 상당한 부분이라는 점이다. 이 점에 대하여 보아소나드는 무엇보다도 합의가 원칙이므로 금지 규정을 예외로 하였다고 설명하고 있다. 다른 하나는 프랑스 민법 제6조는 공서양속에 관한 「법률」의 적용을 합의에 의하여 배제할 수 없다고 규정함에 대하여 보아소나드초안과 구민법에서는 단지 공서양속에 반할 수 없다고 규정하고 있다는 점이다. 이처럼 변경한 이유에 대해서는 보아소나드도 특별한 설명을 하지는 않고 있다.

그리고 특기할 점은 보아소나드 자신이 위 초안의 규정에 의하여 금지되는 합의에 해당되는 구체적인 예를 제시하고 있는데, 그 내용은 다음과 같다.³³⁾

① ㉠ 부모 등 가족의 구성이나 父權·夫權 등 사람의 신분을 변경하는 합의, ㉡ 물권의 효력을 제3자에게 대항할 수 있도록 변경하는 합의.

② 개인의 자유를 침해하는 합의(예컨대 전생애에 걸쳐 어떠한 사람에게 봉사할 것을 약속하는 합의나 채무 때문에 채무자를 구금한다는 취지의 합의 등).

③ ㉠ 고용주간에 임금을 억제하기 위하여 동맹할 것을 목적으로 하는 합의 또는 노동자간에 임금 인상을 위하여 파업할 것을 목적으로 하는 합의, ㉡ 중죄나 경죄에 해당하는 행위에 의하여 신체나 재산에 손해를 입은 자가 고소를 포기할 것을 목적으로 하는 합의.

④ 상인인 채무자가 지불불능이 된 경우에 채권자가 파산신청을 할 수 없도록 조치하는 취지의 합의.

⑤ 착오·사기·강박에 의한 무효소권을 사전에 포기하도록 하는 취지의 합의나 원고가 그 소송에서 승소한 경우에도 원고가 그 무효에 의한 손해를 배상하도록 하는 취지의 합의.

⑥ ㉠ 장래의 상속에 대한 합의, ㉡ 도박에 관한 합의.

위의 내용을 분석하면 크게 질서 유지에 관한 내용과 개인의 권리나 자유를 보호하는 내용에 관한 것(②)으로 구분되며, 질서유지에 관한 것은 다시 국가의 기본 질서(③ ㉡, ④), 사회의 기본질서(⑥), 경제질서(③ ㉠), 가족질서(① ㉠) 등으로 나눌 수 있을 것이다.³⁴⁾

그런데 이 구민법은 1892년(明治 25년)에 그 시행이 무기연기 되면서 폐기되고, 1893년부터 새롭게 설치된 법전조사회가 중심이 되어 초안을 「공공질서 또는 선량한

33) Gustave Bossoinade, op.cit., n°121, pp. 130-132.

34) 廣重俊雄/星野英一編, 民法典の百年 II 個別的觀察(1) 總則編・物權編, 有斐閣(1998), 55-56.

풍속에 반하는 행위를 목적으로 하는 의사표시는 무효이다」라고 제정하였으나, 主査會, 委員總會, 整理會 등을 거치면서 현행법의 내용으로 확정되었다.³⁵⁾

이 규정에 관한 일본 판례의 태도를 살펴보면, 1945년의 패전 이전까지는 주로 인륜에 반하는 행위나 자유를 제한하는 것, 특히 인신의 자유를 제한하는 藝娼妓契約과 폭리행위에 관한 판례가 단속법규위반과 더불어 중심적 위치에 있었다.³⁶⁾ 그런데 1945년 패전 후부터는 크게 양상이 바뀌어 인륜에 관한 사례가 감소하고 경제질서와 관련된 사례가 증가하고 있는 추세라고 한다.³⁷⁾ 즉, 종래 인륜 중심의 사회정의·윤리 확보를 실현한다는 가치기준에서 이제는 거래당사자간의 이해조정이나 거래환경의 확보라고 하는 공정·공평한 거래를 확보한다는 쪽으로 그 추이가 이동되고 있다는 점이 지적되고 있다.³⁸⁾

이에 따라 학계에서도 이른바 我妻型의 분류기준을 탈피하여 새로운 내용으로 구성하여야 한다는 전제아래 다양한 견해가 제기되고 있는 터이다.³⁹⁾ 예컨대 「계약정의론 = 경제적 공서론」에 의하면 공서양속은 계약의 자유를 제한하는 것이 아니라 공정(계약 정의)을 확보하는데 이바지하고, 거래할 때 당사자의 이익이나 경쟁질서(경제적 공서)도 보호할 수 있는 것으로서, 요건에서도 계약내용에 한하지 않고 계약체결의 모습이나 법령위반의 유무 등도 종합적으로 판단할 것이며, 효과도 상대적 무효나 일부 무효를 인정할 것을 주장한다.⁴⁰⁾ 또한 「공서양속 = 근본원리설」을 주장하여 구체적으로 법령에 근거를 둔 경우와 두지 않은 경우로 나누어 「법령형공서양속」과 「재판형공서양속」으로 구분하고, 그 각각에 대하여 정책실현형과 기본권보호형으로 구분하여 적용기준을 정립하고 있는 견해도 주목된다.⁴¹⁾ 그밖에 크게 경쟁질서에 관한 것(市場的公序)과 사회적 약자보호에 관한 것(消費者去來公序)으로 구분하여 설명하는 견해도 있고,⁴²⁾ 질서유지(법질서위반, 사회질서 위반)와 私인에 의한 기본적 인권 침해방지(법아래 평등, 사상 신조의 자유, 인신의 자유, 영업직업선택의 자유), 불공정거래의

35) 입법과정에 대한 자세한 내용은 大村敦志, 公序良俗と契約正義, 11이하 참조.

36) 明治・大正期 이래 오늘에 이르기까지 일본 판례의 분석에 대한 자세한 내용은 山本敬三, 앞의 글, 65-130 참조.

37) 中舍寛樹, 戦後判例における公序良俗, 椿壽夫/伊藤進, 公序良俗違反の研究, 日本評論社(1995), 66.

38) 中舍寛樹, 앞의 글, 81.

39) 자세한 내용은 椿久美子, 我妻類型とその現代的變容, 椿壽夫/伊藤進, 앞의 책, 89-123.

40) 大村敦志, 公序良俗 — 最近の論議狀況, 法學教室, 제240호, 44 이하 참조.

41) 山本敬三, 앞의 책, 46-109.

42) 平野裕之, 앞의 책, 144-145.

방지(소비자 피해, 부당한 약관, 폭리행위, 접대부의 보증)로 구분하는 견해도 있다.⁴³⁾

IV. 독일 민법상의 선량한 풍속

독일 민법 제138조(양속위반의 법률행위: 폭리)는 다음과 같이 규정하고 있다.

「① 선량한 풍속에 반하는 법률행위는 무효이다.

② 특히 타인의 공박, 무경험, 판단능력의 결여 또는 현저한 의지박약을 이용하여 어떠한 급부의 대가로 자신에게 또는 제3자에게 그 급부와 현저히 불균형한 재산적 이익을 약속하게 하거나 공여하게 하는 법률행위는 무효이다.」

독일민법에서는 선량한 풍속에 대해서만 언급하고 있으며, 사회질서 위반에 대해서는 명문 규정을 두고 있지 않다는 점은 우리민법과의 차이점으로 지적될 수 있다. 반면에 양속위반이라는 표제하에 폭리행위에 대한 규정을 두고 있다는 점은 우리 민법과 동일한 체제라고 볼 수 있으며, 일본 민법과는 다르다.

그런데 독일 민법 제1조안은 현행 우리 민법과 유사한 체계를 갖추고 있었다. 즉 良俗은 「도덕적 이익」을 시사하는 반면에 公序란 「국가의 일반적 이익」을 대변하는 것으로 이해하여 양자는 구별되는 것으로서, 공서양속위반행위를 무효라고 규정하였던 것이다.⁴⁴⁾ 그러나 독일민법 제1조안이 작성되기 이전의 독일 보통법학에서는 아직 공공질서에 대한 개념을 정확하게 파악하지 못하고 있는 상황이었고, 특히 공공질서 개념은 프랑스민법전에서 처음 등장한 개념이라는 점에서 프랑스법 고유개념의 가능성이 강하다는 이유 때문에,⁴⁵⁾ 독일인들에게는 상당히 불확정한 개념으로 이해되었던 것으로 해석되고 있다. 즉 당시의 독일인들에게는 공공질서가 아직 법개념으로서 성숙되지

43) 加藤雅信, 民法總則, 有斐閣(2002), 229-242.

44) 예컨대 영업자유 원칙은 공서에 관한 내용이지만 양속에 관한 내용이라고 할 수 없다는 점을 들고 있다. Motive I S. 211. Mugan, Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich I Band. S. 469.

45) 이와 관련하여 프랑스민법전 기초자가 로마법의 법원인 droit public의 관념과 ordre public 즉 공공질서 개념을 혼용하여 프랑스 민법 제6조의 원형인 초안 단계에서 처음에는 droit public 으로 되었던 문구가 별다른 논의 없이 단순히 자취 수정만으로 ordre public 으로 변경되었다는 지적이 있다. 山口俊夫, 現代フランス法における『公序』概念の一考察, 國家學會百年記念「國家と市民」 제3권, 48 각주(1) 참조.

않았다는 독일법 고유의 사정으로 인하여 공공질서조항은 삭제되었던 것이다.⁴⁶⁾ 이에 따라 독일 민법 제정당시부터 양속의 개념은 도덕적인 의미를 초월하여 영업의 자유나 인권에 관한 원칙 등도 도덕상의 문제로 파악하는 포괄적인 개념으로 정립되었다. 특히 민법전 제정직후인 1910년 라이히법원은 양속위반이란 「정당하고 공평하게 생각되는 모든 사람의 도덕관(Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden)」에 비추어 법관이 판단하는 것이라는 기준을 제시하여 정착된 이래 오늘에 까지 이르고 있다.

이와 같은 판단기준에 대하여는 다양한 비판이 가해지고 있으며,⁴⁷⁾ 양속이라는 개념속에는 도덕·윤리에 관한 규범과 이와 차원을 달리하는 도덕적 색채가 약한 규범 즉, 현행법질서에 내재하는 원칙이나 가치기준(예컨대 기본법상의 인권에 관한 원칙 등)이 포함되어 있다는 점을 인정하며 양자가 저촉될 때에는 후자가 우선할 것을 주장하는 견해도 있다.⁴⁸⁾

그리고 독일민법 제826조는 「양속위반의 고의적 가해」라는 표제하에 「선량한 풍속에 위반하여 타인에게 고의로 손해를 가한 자는 그 타인에게 손해를 배상할 의무를 부담한다」라고 규정하여 양속위반행위와 불법행위책임의 관계를 명확하게 밝히고 있다.

V. 프랑스 민법상의 선량한 풍속

선량한 풍속과 관련된 프랑스 민법 규정은 다른 나라에 비하여 비교적 복잡하게 되어 있다.

먼저 프랑스 민법 제6조는 「누구도 개별약정에 의하여 공공질서(l'ordre public)와 선량한 풍속(les bonnes mœurs)에 관한 법률을 배제할 수 없다」고 규정하고

46) 林 幸司, トイツ法における良俗論と日本法の公序良俗, 樗 壽夫/伊藤 進, 앞의 책, 127.

47) 예컨대 이 판단기준에 대하여 Medicus는, 첫째 이 기준은 지나치게 추상적이고 불안정하기 때문에 객관적인 기준으로서 부합하지 않고, 둘째 법관의 자의적인 해석으로 인하여 법질서를 파괴하는 이데올로기화될 수 있는 위험성이 있다는 점에서 비판하고 있다. 특히 둘째에 해당하는 예로서 양속과 「전전한 국민감정」= 「나치스 세계관」을 동일시한 라이히 최고재판소의 판결(RGZ 150, 1, 2 [v. 13. 3. 1936])을 들고 있다. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB. 3. Aufl. (1988), S. 252.

48) Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl.(1989), S. 438.

있으며, 원인(cause)과 관련하여 제1133조는 「원인은 그것이 법률에 의하여 금지되거나 선량한 풍속 또는 공공질서에 반하는 경우에는 불법적인 것으로 한다」고 규정하여 공공질서나 선량한 풍속에 관한 법률이 존재하지 않는 경우에는 합의가 무효로 되는 근거를 원인의 불법성에서 구하고 있다.⁴⁹⁾ 즉 프랑스 민법 제6조의 법률(la loi)이란 입법권에 의한 법률(la loi) 뿐만 아니라 행정권에 의한 명령(le règlement)도 포함되는 것으로 해석하며, 그 법률이 공공질서에 관한 규정임을 명백하게 밝히고 있는 경우는 별 문제가 없으나, 그와 같은 규정이 없더라도 법원이 그 법률을 공공질서에 관한 것으로 판단하면 그 규정은 공공질서에 관한 법률에 해당되어 프랑스 민법 제6조 위반의 문제로 적용되는 것이다. 특히 법률에 그 행위를 금지하는 명문 규정이 존재하지 않더라도 cause가 공공질서에 반하는 경우에는 그 합의는 무효가 된다고 판시한 1929년의 파뮈원(Cour de Cassation)판결⁵⁰⁾ 이후부터 학설도 일반적으로 이와 동일하게 공공질서에 관한 법률이 존재하지 않는 경우에도 공공질서 위반의 문제로 취급하고 있다.⁵¹⁾

결국 프랑스에서는 공공질서와 선량한 풍속이 법률에 의하여서만 인정되는 것이 아니라라는 점에서 강행법규보다 넓은 개념이 된다. 전통적으로는 사회일반의 이익보호를 목적으로 하는 강행법규만 공공질서에 관한 법률이고, 개인의 이익을 보호하는데 불과한 강행법규(예컨대 계약에 일정한 방식을 요구하거나 행위능력을 요하는 경우 등)는 공공질서에 관한 법률이 아니라고 해석되어 왔지만, 최근 공공질서 개념을 확장하여 개인의 이익을 보호하는데 불과한 법률도 공공질서(보호적 공공질서)에 관한 법률이므로 강행법규는 모두 공공질서에 관한 법률이라고 해석하고 있다.⁵²⁾

또한 프랑스 대부분의 학자들은 공공질서개념을 확장하여 고전적인 정치적 공공질서

49) 프랑스 민법상의 원인(cause)에 관한 자세한 내용은 이상욱, 프랑스 계약법상의 Cause이론, 사회과학연구, 제18집 제2권(1999), 1-19 참조.

50) Cass. civ. 4 décembre, 1929, S. 1931, I, 49, note P. Esmein. 사안은 광고업자인 원고가 어떤 약품의 상호 사용권을 의사인 피고에게 양도한 것인데, 이 약품은 의학에 관한 아무런 자격도 없는 자에 의하여 고안된 것으로서 과학적 근거도 전혀 없는 것이었다. 원심은 이 매매계약을 공공질서에 반하는 것으로서 무효라고 판시하였으며, 파뮈원도 법률에 의하여 금지된 것이 아니라고 하더라도 cause가 공공질서에 반하는 것으로서 프랑스민법 제1133조에 의하여 계약은 무효라고 한 것이다.

51) J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, 16^e éd. 1992, n°73 ; J. Ghestin, Traité de droit civil Les obligations La formation du contrat, 3^e éd. 1993, n°112-114 ; J. Flour et J. L. Aubert, Les obligations, t. 1, L'acte juridique, 6^e éd. 1994, n°286-287 ; F. Terré/P. Simler/Y. Lequette, Droit Civil Les obligations, 6^e éd. 1996, n°352-360.

52) J. Ghestin, op.cit., n° 110.

[ordre public potilitique(classique)]와 현대의 경제적 공공질서(ordre public économique)를 구별하고 있다.

정치적 공공질서란 개인에 대한 사회의 우월적인 관점에서 계약당사자의 무제한적인 권한행사로부터 침해되는 사회의 중요한 조직(국가와 가정)을 보호하기 위한 공공질서개념이다. 그와 같은 조직이 정상적인 기능을 하기 위해서는 그 구성원이 일정한 도덕규범을 존중할 것을 요구하여, 인격존중에 반하는 합의(혼인 또는 재혼을 금지하는 계약 등), 부도덕한 이익을 취하려는 합의(도박계약, 매춘을 위한 가옥의 매매 등), 성도덕에 반하는 합의(불륜관계를 위한 증여) 등은 무효가 된다는 것이다. 결국 도덕규범을 강제하는 것은 사회질서를 유지하기 위한 것이라는 관점에서, 대부분의 학자들은 선량한 풍속을 공공질서의 일부로 이해하는 경향이 강한 듯하다.⁵³⁾

경제적 공공질서란 계약 당사자간의 계약관계를 조정하기 위하여 경제적 자유를 제한하는 방향에서 작용하는 공공질서이다. 즉 개인간의 계약에 국가가 개입하는 것으로서 지도적 공공질서(l'ordre public de direction)와 보호적 공공질서(l'ordre public de protection)가 있다.⁵⁴⁾

지도적 공공질서란 통제경제 체제하에서 생성된 개념인데, 일정한 국가경제정책의 목적을 달성하기 위하여 그 목적에 반하는 개인간의 모든 계약을 배제하는 공공질서개념이다. 그 대표적인 예로서는 가격규제에 관한 1945년 6월 30일의 Ordonnance 제1438호를 들 수 있는데, 그 후 시장경제체제의 우위가 강조되고, 1986년 12월 1일의 Ordonnance 제1243호⁵⁵⁾에 의하여 가격규제가 폐지되면서 지도적 공공질서개념도 후퇴하였다.

보호적 공공질서란 노동자, 임차인, 소비자 및 고리에 의한 채무자 등 경제적 약자를 보호하기 위한 공공질서로서, 그 대표적인 예로서는 高利 規制에 관한 1966년 12월 26일의 법률 제1010호⁵⁶⁾와 일정한 신용제공 거래에서의 정보제공과 보호에 관한 1978년 1월 10일의 법률⁵⁷⁾ 및 같은 날 제정된 제품과 노무에 관련된 소비자의 정보제공과 보호에 관한 법률⁵⁸⁾ 등을 들 수 있다.

53) J. Gestin, op.cit., n°112 ; Flour et Aubert, op.cit., n°285.

54) F. Terré/P. Simler/Y. Lequette, op.cit., n°357-358.

55) Ordonnance n°86-1243. Liberté des prix et de la concurrence.

56) Loi n°66-1010. Usure et prêts d'argent.

57) Loi n°78-22 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certains opérations de crédit.

58) Loi n°78-23 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

정치적 공공질서는 주로 판례에 의하여 인정된 것(재판상의 공공질서)인데 반하여, 경제적 공공질서는 경제적 정책의 결정권이 입법권에 속하는 프랑스 전통적인 관념에 의하여 대부분 관련된 법률이 존재할 경우에 문제가 되고 있다(법률적 공서). 즉 프랑스의 정통적 학설은 사법권에 의한 경제적 공공질서의 형성에 대하여 강하게 부정적인 자세를 보이고 있는 듯하다.⁵⁹⁾

그리고 프랑스 학계의 다수설은 정치적 공공질서와 경제적 공공질서 중의 지도적 공공질서를 위반한 경우는 절대적 무효가 되지만, 보호적 공공질서를 위반한 때에는 상대적 무효가 되는데 불과하다고 해석한다.⁶⁰⁾ 절대적 무효인 경우에는 상대방이나 제3자에게 무효를 주장할 수 있지만, 상대적 무효는 보호되는 당사자측에서만 무효를 주장할 수 있고, 상대적 무효에 대해서는 소급적 효력이 발생하는 추인이 가능하며, 절대적 무효는 30년의 소멸시효에 걸리지만(프랑스 민법 제2262조), 상대적 무효는 5년의 소멸시효에 걸린다(프랑스 민법 제1304조)는 점에서 양자는 구별된다. 주로 개인(약자)의 이익과 관련된 보호적 공공질서를 위반한 경우의 효과를 상대적 무효로 한다는 점은 프랑스법의 특징이라고 할 수 있다.

프랑스의 판례는 보호적 공공질서의 개념 자체는 언급하고 있지만, 그 위반이 상대적 무효가 된다는 의미에서의 보호적 공공질서에 대해서는 인정한 경우도 있고 인정하지 않은 경우도 있으며, 인정한 때에도 보호적 공공질서를 위반했다는 이유 때문이 아니라 문제가 된 법률의 해석에 의하여 상대적 무효를 인정하는 경우가 일반적이라고 할 수 있다. 예컨대 노동자의 이익을 보호하기 위하여 제정된 규정을 위반한 경우에 그것이 노동자의 이익을 해하는 경우에 한해서 무효가 된다는 것이라고 하였지만, 보호적 공공질서라는 용어는 사용하지 않고 있다.⁶¹⁾

요컨대 프랑스에서는 선량한 풍속과 공공질서에 관한 논의가 실정법을 중심으로 전개되고 있지만, 판례도 중요한 역할을 하고 있다. 또한 종래의 정치적 공공질서에 부가하여 현대에는 경제적 공공질서 개념이 확립되어 많은 입법에 의한 규제가 되고 있지만, 아직 판례는 법규의 해석 문제로서 접근할 뿐이고 적극적으로 이 새로운 공공질서 개념을 창조하는 것처럼 보이지는 않는다.

59) Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les obligations, 3^e éd. 1992, n°79 : G. Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2^e éd. 1948, n°142.

60) J. Carbonnier, op.cit., n° 72 : J. Ghestin, op.cit., n° 270, J. Flour et L. Aubert, op.cit., n° 308.

61) Soc. 12 fév. 1975, Bull. civ., V, n° 68.

VI. 결

이상으로서 우리 민법 제103조가 제정될 당시의 논의와 입법 당시 참고가 되었던 주요 외국의 입법예를 살펴보았다.

그 결과 우선 형식론적인 측면에서 체제를 살펴볼 때, 우리 민법 제103조는 독일 민법과 유사한 점을 발견할 수 있다. 우리 민법 제103조는 선량한 풍속과 사회질서위반에 대하여 규정하고 있으며, 이와는 독립적으로 다시 제104조에서 폭리행위에 관한 별도의 규정을 두고 있는 것이다. 이는 독일 민법 제138조의 체제와 위상을 같이 한다. 즉 프랑스 민법을 수용한 일본민법인 구민법 제90조를 자구만 수정하여 민법 제103조를 제정하였다고 하지만, 실은 독일 민법체제를 취하고 있다. 왜냐하면 일본민법은 우리 민법 제103조에 해당하는 규정만 있을 뿐 폭리행위에 대한 명문 규정이 존재하지 않고 있다. 따라서 해석상 선량한 풍속과 사회질서(공서양속) 개념 속에 폭리행위가 한 유형으로 인정되고 있는 터이다.

그런데 이와 같이 형식적 체제면에서는 독일 민법체제를 채택하면서 실질적인 내용면에서는 여전히 일본 민법인 구민법을 그대로 답습하고 있다. 즉 선량한 풍속과 기타 사회질서에 반하는 법률행위를 무효로 함으로써 선량한 풍속만 규정하고 있는 독일 민법과 다르고 일본 민법과 유사하다고 할 수 있다. 그렇지만, 일본 민법과도 반드시 동일한 것이 아니다. 앞에서 지적하였듯이 일본 민법과 달리 체제상 폭리행위의 규제에 대한 명문 규정을 두고 있다는 점 이외에 내용상으로 선량한 풍속과 사회질서에 대한 기술 순서가 다르다는 점이다. 즉 일본 민법은 「公の秩序又は善良の風俗に反する事項」이라고 되어 있지만, 우리 민법은 「선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 사항」으로 되어 있다는 점도 해석상 간과할 수 없는 부분이다. 이를 일본 민법과의 차별화를 시도한 입법자의 의도라고 풀이할 수는 없을까?

즉 일본 민법과 다르게 규정하고자 독일민법을 모방하여 폭리행위에 관한 명문 규정을 두고, 공공질서 보다 선량한 풍속을 강조한 것으로 해석할 여지는 있다고 본다. 입법자의 의도가 그러할 진대, 그 해석에 있어서는 당연히 일본민법상의 해석론을 그대로 수용할 수는 없을 것이다. 비록 일본 민법상으로는 조문의 내용상 「公序良俗」이라는 표현이 적합하다고 할 수 있으나, 우리 민법상으로는 제103조의 내용을 「공서양속위반」으로 표현하는 것은 적절하지 않다. 엄연히 「선량한 풍속 기타 사회질서」에

위반하는 사항을 무효로 규정하고 있다는 점에서 선량한 풍속이 「주된 개념」이고(상위개념이 아닌), 사회질서 위반은 부수적인 개념으로 파악하여야 할 것이다.⁶²⁾ 따라서 구법시대의 판례는 그렇다고 하더라도, 현행민법 하에서까지 판례가 민법 제103조의 위반을 「공서양속」에 위배되는 것으로 판시하는 것은⁶³⁾ 타당하지 않다고 본다.

또한 해석상 「선량한 풍속」이란 사회의 일반적인 도덕관념, 즉 모든 국민이 지켜야 할 최소한의 도덕율을 의미하고 「사회질서」란 국가·사회에 공공적 질서 내지 일반적 이익을 가리키는 것으로 이해하여,⁶⁴⁾ 사회질서가 상위개념으로서 민법 제103조의 중심개념을 이루는 것이고 선량한 풍속은 그 일종이라는 견해,⁶⁵⁾ 선량한 풍속은 윤리개념이데 반하여 사회질서는 공익개념으로서 양자는 병존개념 또는 대비개념이고 후자가 전자의 포괄개념은 아니라는 견해⁶⁶⁾에는 동의할 수 없다. 양자는 다 같이 법의 근본개념을 표현하는 형식이므로 양자를 구별할 필요나 실익은 없지만,⁶⁷⁾ 양자를 포괄하는 주된 개념으로서는 선량한 풍속이 적합하다고 본다.

민법 제103조의 주된 개념을 선량한 풍속이라고 이해할 때, 민법 제746조 불법원인급여와의 관계도 보다 명확해질 수 있다. 다수설에 의하면 제746조의 불법원인은 제103조가 규정하고 있는 「선량한 풍속 기타 사회질서」에 위반하는 것을 의미하는 것이라고 하지만,⁶⁸⁾ 제746조의 불법은 선량한 풍속위반에 한정되어야 할 것이기 때문이다.⁶⁹⁾ 특히 제746조의 연혁을 살펴보면, 로마법상의 “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans(누구도 자신의 파렴치한 행위를 주장할 수 없다)”⁷⁰⁾ 및 “In pari causa turpitudinis cessat repetitip(당사자 모두가 파렴치한 행위에 가담한

62) 민법 제103조는 의용민법 제90조가 “공의 질서 또는 선량한 풍속”이라고 규정하고 있던 것과는 달리 “선량한 풍속 기타 사회질서”라고 하고 있어 사회질서가 선량한 풍속보다 상위개념인 것처럼 규정하고 있으나 이러한 규정형식에 어떤 중요한 의미가 있는 것은 아니라는 견해도 있다. 주석민법 총칙(2), 412(윤진수 집필).

63) 예컨대 대판 1991.5.28. 90므347.

64) 고상용, 앞의 책, 341 ; 박윤직, 앞의 책, 302 ; 김상용, 앞의 책, 445 ; 이영준, 앞의 책, 214 ; 김중환·김학동, 앞의 책, 310 ; 민법주해(Ⅱ), 217(민일영 집필).

65) 박윤직, 위의 책, 302.

66) 이영준, 앞의 책, 215 ; 김상용, 앞의 책, 445.

67) 고상용, 앞의 책, 341 ; 김주수, 앞의 책, 281 ; 김중환·김학동, 앞의 책, 310 ; 백태승, 앞의 책, 348 ; 이은영, 앞의 책, 367.

68) 박윤직, 채권각론, 443 ; 이태재, 채권각론, 435, 김주수, 채권각론, 570 ; 황적인, 채권각론, 346, 윤철홍, 채권각론요론, 288.

69) 정상현, 불법원인급여제도론, 영남대학교출판부(2002), 262 ; 송덕수, 민법강의(상), 박영사(2004), 142 ; 명순구, 민법학기초원리, 세창출판사(2003), 428.

70) Digesta, 12, 5, 8.

경우에는 반환을 청구할 수 없다)”의 내용에 그 연원을 두고 실정법으로 된 것인데, 이 법언의 핵심적 내용인 ‘turpitudinem’ 과 ‘turpitudinis’의 원형인 ‘turpitude’는 파렴치 또는 불명예의 의미로 번역될 수 있는 윤리·도덕적 개념인 것이다.⁷¹⁾

요컨대 우리 민법 제103조의 주된 핵심 내용은 선량한 풍속이라고 하겠으며, 입법론으로서도 사회질서는 삭제하고 선량한 풍속에 위반하는 내용만 규제하게 되어도 큰 문제는 없다고 본다.

이와 같이 선량한 풍속의 위상을 정립할 때 야기되는 제반 문제점은 앞으로의 연구 과제로 하고자 한다.

71) 명순구, 앞의 책, 429.