

불법원인급여에 관한 로마법 전통과 독일민법 및 일본민법을 통한 우리민법 해석론 재검토*

성덕근** · 정상현***

【목 차】

I. 서 설	1. 독일 보통법학과 18, 19세기의 법전편찬
II. 불법원인급여에 관한 로마법의 원리	2. 독일민법 제817조의 형성
1. 개요	3. 독일민법 제817조의 해석론
2. 연원: 부도덕원인의 부당이득반환 소권	4. 독일채무법 개정과 제817조
3. 구별: 불법원인의 부당이득반환 소권	IV. 불법원인급여에 관한 일본민법의 형성과 우리 민법전의 수용
4. 유스티니아누스 법전의 통합	1. 일본민법 제708조
III. 불법원인급여에 관한 독일민법 규정의 형성과 전개	2. 만주국민법 제728조
	3. 우리민법 제746조의 성립
	V. 결 어

【국 문 요 약】

일반적으로 민법 제746조는 제103조와 표리일체를 이룬다. 이들 규정은 반도덕적 법률행위를 규제하는 법규범으로서 그 역할의 공통점이 있다. 그러나 제103조는 선량한 풍속과 사회질서를 유지하기 위한 실천원

* 이 논문은 최종길 교수님의 50주기 추모문집에 수록될 예정입니다.

** 주저자, 한국법학원 연구위원 · 법학박사 · 성균관대학교 강사.

*** 교신저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사.

리로서 민법뿐만 아니라 전체 법체계를 지배하는 근본이념인 반면, 제 746조는 반사회적인 급부의 부당이득반환청구권을 배척하는 규정일 뿐 소유권에 기한 물권적 청구권이나 불법행위로 인한 손해배상청구권을 부정하는 일반규정으로 보아서는 안 되기 때문에 그 적용범위가 일치하는 것은 아니다.

우리민법 제746조에서 규정한 ‘불법의 원인’은 프랑스민법에서 그 연원을 발견할 수 있으므로 그 적용범위에 대한 해석 역시 이에 기초해야 할 것이다. 그런데 이 규정에 대한 역사적 궤적은 일본민법 제708조를 거쳐 독일민법 제817조의 입법과정과 그 변화를 따르고 있다. 보소나드(Boissonade)의 일본민법초안 제387조에서 본문은 ‘불법의 원인’(cause illicite)에 의한 급부의 반환을 규정하고, 단서에서 그러한 불법의 원인이 급부자에게 존재하는 경우에는 반환청구가 거부된다는 규정을 두고 있었다. 이때 등장하는 불법의 원인은 프랑스민법의 원인론과 그에 관한 법률적 근거에서 기원한다. 고전로마법의 불법원인급부 원리는 부도덕원인의 부당이득반환소권(condictio ob turpem causam)이 도덕적으로 용납할 수 없는 행위에 따라 이루어진 급부의 반환청구를 배척하는 제한적 형태일 뿐이었다.

그러나 유스티니아누스 법전에 의하여 강행법규 위반행위를 포함하는 왜곡에 따라 독일민법은 ‘법률의 규정에 반하거나’(gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot) ‘선량한 풍속에 위반하는’(gegen die guten Sitten) 행위의 무효를 규정하면서(제135조, 제138조), 불법원인급부의 행위표지를 이와 동일하게 규정하는 역사적 변화를 거쳤다(gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten). 현행 일본민법 제708조는 독일민법 제817조를 계승하였고, 우리민법 제746조 역시 이와 동일하게 규정되었다. 결과적으로 고전로마법에서 과립치한 행위에 따른 급부의 부당이득 반환청구를 배척한 제한적 형태가 로마법대전의 편찬을 통하여 사회질서 위반이나 강행법규에 반하는 원인의 급부반환조차 배척하는 적용범위의 왜곡이 있었고, 이를 근대민법전 중 독일민법전에 계수되는 과정에서도 그 적용범위를 넓게 규정함으로써 기인하였다.

급부자에게 불법성이 있다고 하여 일률적으로 부당이득의 반환청구를 거부하는 것은 반사적으로 수익자에게 그러한 급부의 귀속을 인정하는

결과가 된다. 그리고 반환청구의 획일적 인정이나 배척은 사회적 비난 내지 법적 보호의 거부원인이 급부자나 수익자의 일방에게 존재하는 경우나 가능한 것이다. 그런데 현실적으로 불법원인급여가 관계하는 다양한 사례들은 대개 쌍방당사자 모두에게 그러한 원인이 있는 경우가 많고, 어떤 경우에는 오히려 수익자에게 비난성이 더 강한 경우도 존재한다. 그럼에도 이러한 경우에조차 오직 급부자측의 비난성만을 고려하여 반환청구를 배척하는 것은 부당이득원리의 기본이념인 형평과 거리가 멀다. 우리민법 제746조 본문에서 규정하고 있는 불법의 의미 자체를 좁게 해석할 필요성이 있고, 나아가 이 규정을 삭제하는 것이 불법원인급여 원리가 안고 있는 불합리를 근본적으로 제거할 수 있는 방법일 것이다.

I. 서 설

(1) 법률행위가 무효나 취소 또는 계약의 해제로 이미 행해진 급부의 법률상 원인이 상실된 경우, 급부자는 상대방에 대하여 부당이득반환의 법리에 따라 이득의 반환을 청구할 수 있다(제741조). 이는 법률상 원인 없이 이루어진 급부로 손실을 입은 자와 이득을 얻은 자의 재산이동 상태를 재조정하여 그들 사이의 형평을 이루기 위한 것이다. 다만 법률행위가 선량한 풍속이나 사회질서에 위반하여 무효인 경우에는 부당이득에 따른 급부의 반환을 허용하지 않는다. 나아가 우리 판례는 급부자의 소유권에 근거한 소유물반환청구¹⁾나 수익자의 불법행위에 근거한 급부자의 손해배상청구,²⁾ 해제를 전제로 한 반환청구,³⁾ 약정에 기한 반환청구⁴⁾도 인정하지 않는다. 이러한 청구를 허용하게 되면 스스로 도덕규범에 반하는 법률행위를 한 자가 상대방의 급부에 대한 대가로 이행한 자기의 이득을 다시 돌려받음으로써 결국 법의 보호를 받는 결과가 되기

1) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체판결; 대법원 1989. 9. 29. 선고 89다카5994 판결; 대법원 1988. 9. 20. 선고 86도628 판결; 대법원 1999. 6. 11. 선고 99도275 판결.

2) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다35412 판결.

3) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92다33169 판결.

4) 대법원 1991. 3. 22. 선고 91다520 판결.

때문이라고 한다. 이러한 법원리에 관하여 우리민법 제746조는 ‘불법원인급여’라는 제목으로 불법의 원인으로 재산을 급부하거나 노무를 제공한 경우에 그 반환청구를 배척함으로써 동일한 법리를 인정하고 있다. 이는 사회적으로 타당하지 않은 법률행위의 당사자를 법적 보호의 대상에서 제외하여 사법질서와 법적 평화의 유지에 이바지한다.

(2) 불법원인급여의 원리는 연혁적으로 로마법에서 기원한다. 로마법은 ‘부도덕한 원인’에 기한 급부를 원인 없는 급부의 일종으로 보아 부당이득반환소권을 인정하지만(*condictio ob turpem causam*), 그 반면으로 부도덕한 원인이 급부자에게 존재하는 경우에는 이득의 반환청구가 배척된다는 법원리를 고안하였다. 이러한 법원리가 근대국가에 계수되어 오늘에 이르고 있다. 프랑스민법은 고전로마법의 태도와 교회법원리에 따라 “누구도 자신의 부도덕한 행위를 원용하는 것은 허용되지 않는다.”는 의미의 ‘*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*’ 법언을 인정하였고, 그 적용범위나 구체적인 해석은 일반원리에 맡기고 있을 뿐 민법의 명문규정을 두지는 않고 있다. 영미법에서는 보통법(*common law*)의 원리로 “부도덕한 원인에 의한 경우에는 소권이 없다.”는 ‘*ex turpi causa non oritur actio*’ 원칙에 의하고, 형평법(*equity law*)에서는 “형평법원에 들어오는 자는 깨끗한 손으로 와야 한다”는 ‘*He who comes into equity must come with clean hands*’ 원칙에 의하여 동일한 법리를 인정하고 있다. 한편 로마법의 광범위한 계수를 경험한 독일은 민법전에서 수령자의 급부 목적이 금지법규에 반하거나(*gegen ein gesetzliches Verbot*) 선량한 풍속에 반하는(*gegen die guten Sitten*) 경우 이미 이행된 급부에 관한 부당이득반환을 인정하되, 그러한 목적이 급부자에게 있는 경우에는 부당이득반환청구를 배척하는 명문규정을 두었다(독일민법 제817조). 이러한 독일민법의 본문과 단서 규정이 전후 순서의 변경과 함께 일본민법 제708조와 우리민법 제746조 수용되었다.

(3) 현대민법을 보유하고 있는 대부분의 국가는 불법원인급여의 근본 취지를 인정하고, 이를 민법에 명문규정을 두거나 부당이득법의 일반원리 또는 판례법리를 형성하고 있다. 그런데 이러한 법원리를 광범하게 인정하면 급부자에게 부도덕 내지 불법의 원인이 있는 한, 수익자에게도 존재하는 부도덕이나 불법의 원인과 관계없이 오히려 수익자에 그러한 원인이 더 큰 경우에도 급부물의 반환청구를 배척하게 된다. 이는 급부

자와 거의 동일한 부도덕 또는 불법의 원인을 가진 수익자에게 급부로 받은 이익을 반사적으로 취득할 수 있는 적법성을 부여하는 결과를 초래한다. 나아가 당사자의 공평한 재산이동을 통하여 법적 정의를 실현하려는 부당이득법리와 부합하지 않는 비논리적이고 타당성을 상실한 이물질(fremder Körper)일 뿐이다. 특히 우리민법 제746조는 급부자의 반환청구가 배척되는 행위표지로 ‘불법의 원인’이라는 개념으로 규정하여, 이것이 반도덕적 행위로 제한되는지, 반사회적 행위 또는 강행법규 위반행위까지 포함하는지에 대한 논란을 가중시킨다.

(4) 이 글은 우리민법 제746조에서 명문으로 규정한 불법원인급여의 취지와 그 적용요건 및 효과를 타당하게 해석하기 위한 연혁 및 비교법적 검토를 목적으로 한다. 특히 불명확 개념으로서 ‘불법의 원인’에 관한 해석과 관련하여 적용범위를 좁게 인정한 로마법의 법언과 프랑스법의 판례원리, 이를 확대한 독일민법 제817조의 입법과정, 프랑스민법의 영향에 따른 일본민법 제708조의 상관관계를 중심으로 한다. 독일민법은 일본민법의 형성에 결정적인 영향을 미쳤고, 이는 결국 우리 민법에서도 동일한 모습으로 나타나기 때문이며, 이를 통하여 우리 해석론을 전개하는데 매우 적절한 기준을 확인할 수 있을 것으로 기대되기 때문이다.

II. 불법원인급여에 관한 로마법의 원리

1. 개요

부당이득의 로마법적 전통은 로마 고전법시대 후기와 유스티아누스 황제 시기⁵⁾의 법체계에서 기원하였다.⁶⁾ 불법원인급여 역시 로마법과 보통

5) 로마법에 대한 시대구분은 종래 정치적 사건이나 정치제도의 변화를 기준으로 삼아 왔지만, 최근에는 법이론의 발전이나 법원의 변천을 기준으로 하고 있다(이태재, 로마법, 진술, 1990, 39-47면). ①제1기 고법시대(로마건국-BC449년 12표법 제정) ②제2기 제정법시대(BC 449년-BC150년경) ③제3기 고전법시대(BC150년경-AD235년 세베루스 알렉산데르황제 사망, 로마법의 황금기) ④제4기 법전편찬시대(AD284년-565년 유스티니아누스황제 사망).

6) Max Kaser, Das Römische Privatrecht, I.Abs., Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, C.H.Beck, 1955, §139.3, S.495f.; Fritz Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klassischen Römischen Recht, Böhlau, 1952, S.277.

법의 역사를 고려해야만 과거의 시각을 통해 현재의 기능과 역할을 명확하고 충분히 파악할 수 있다.⁷⁾ 로마의 부당이득법 체계는 부당이득반환소권(condictio)에서 기원한다.⁸⁾ 로마법은 계약에 기하지 아니하고 성립하는 일련의 채권을 ‘condictio’의 형태로 형성하였고, 한편으로는 다른 사람에게 이익이 전용된 계약의 급부청구권을 부가적 소권으로 인정한 ‘전용물소권’을 창안하였다. 전용물소권은 프로이센일반판트법(ALR)과 오스트리아민법전(ABGB)에서 수용되었을 뿐, 독일을 위시한 대부분의 근대 민법전들은 이를 규정하지 않고 로마법의 부당이득반환소권, 즉 condictio 체계에 따랐다.⁹⁾ 이러한 condictio 중에서 법률행위의 목적 또는 원인이 부도덕(turpitude)으로 인하여 무효인 경우, 수익자에게만 부도덕한 원인이 있는 경우에는 급부자에게 부당이득반환소권이 인정되었으나, 급부자 또는 쌍방에게 부도덕성이 있는 경우에는 급부자의 반환청구를 배척하였다.¹⁰⁾

2. 연원: 부도덕원인의 부당이득 반환소권

(1) 수령행위에 부도덕한 원인이 존재하는 경우 수익자는 수령한 급부를 반환해야 하였는데, 이때 급부자에게 인정된 것이 ‘부도덕 원인의 부당이득반환소권’, 즉 ‘condictio ob turpem causam’이었다. 이러한 경우

7) Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.Aufl., Venden, 1967, S.15f., Anm.8; Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd.I, *Älteres gemeines Recht(1500bis1800)*, C.H.Beck, 1985, S.496.

8) 로마법과 달리 근대민법에서 부당이득에 포섭된 전용물소권(actio de in rem verso)도 있다. 이는 제3자에게 전용된(verso) 물건(in rem)에 대한(de) 소권(actio)이었다. 통상 근대법에서는 타인 사이의 계약으로부터의 이득(Bereicherung ex alieno contractu)이 반환되어야 할 ‘부당이득’을 구성하는가하는 관점에서 다루어져 왔으나, 로마법에서 이는 계약관계로부터 이익을 받은 계약 외의 제3자에 대한 계약상의 급부청구권을 의미한다. 가장이나 주인에게 복종하는 가자나 노예는 권리능력이 없으므로 제3자와 계약을 체결하여 취득하는 재산은 당연히 가장이나 주인에게 귀속되어 그의 이익으로 전용된다(in rem versum). 이때 계약의 상대방이 가자나 노예를 상대로 청구할 수 있는 급부청구권을 이익을 전용하여 취득한 가장이나 주인을 상대로 행사할 수 있는 소권이 전용물소권이다.

9) Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd.III, Duncker & Humblot, 1917, S.993f.

10) Paul Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, t.2, *Les obligations*, Recueil Sirey, 1929, p.142; Gaston May, *Éléments de droit romain*, 3^{éd.}, Paris, 1894, n°187, p.362.

에 법질서가 수령한 급부의 반환을 명하는 것은 원래 목적급부의 주안점인 목적의 성취 여부가 아니라 수령행위 자체의 부도덕성에 기인하므로, *condictio ob turpem causam*을 인정할 때 목적의 달성 여부는 문제되지 않았다.¹¹⁾ 다만 당사자 일방 또는 쌍방의 부도덕성에 따라 그 인정에 차이가 있을 뿐이었다.¹²⁾ 부도덕한 원인(*turpis causa*)은 절도나 살인을 하지 않도록 급부한 경우¹³⁾나 위탁받은 물건이나 증서를 소멸시키지 않도록 급부한 경우¹⁴⁾ 또는 유리한 판결을 해주는 대가로 급부를 수령한 경우¹⁵⁾, 불법침해를 하지 않도록 급부한 경우¹⁶⁾, 도망노예나 절도범인을 밀고하지 않도록 급부한 경우 또는 그들이나 그 공범자로부터 수령한 경우¹⁷⁾, 탈취한 물건을 주인에게 반환하는 대가로 급부를 수령한 경우¹⁸⁾ 등과 같이, 수익자만의 부도덕성이 나타나는 경우에 급부자의 *condictio ob turpem causam*이 인정되었다.¹⁹⁾

(2) 한편 급부자(*turpitudine dantis*) 혹은 쌍방 당사자의 부도덕성(*turpitudine utrisque*)이 문제되는 경우에는 수익자가 목적을 실행하지 않은 경우(*renon secuta*)에도 부당이득반환소권이 부정되었다.²⁰⁾ 즉 창부에게 급부하거나²¹⁾ 도망노예 또는 절도범인을 밀고하도록 급부하는 것은 급부자만

11) Hermann Witte, *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts*, Halle, 1859, S.42f.

12) 수익자에게 부도덕한 원인이 있는 경우에는 비록 목적이 달성되었다 하더라도 반환을 청구할 수 있다(Paulus, *Digesta* 12.5.1.2). 급부자와 수익자 모두에게 부도덕성이 문제되는 경우에는 반환을 청구할 수 없다(Paulus, *Digesta* 12.5.3). 창부에게 급부된 것은 반환청구될 수 없다. 이것은 새로운 이유에 근거한 것으로 급부자와 수익자 쌍방의 부도덕성 때문이 아니라, 급부자만의 부도덕성이 문제되기 때문이다. 그녀는 창부인 까닭에 부도덕하게 작위하는 것이지만, 창부임에도 불구하고 부도덕하게 수령한 것은 아니기 때문이다(Ulpianus, *Digesta* 12.5.4.3).

13) Ulpianus, *Digesta* 12.5.2.pr.

14) Ulpianus, *Digesta* 12.5.2.1; Paulus, *Digesta* 12.5.9.1.

15) Ulpianus, *Digesta* 12.5.2.2; Codex 4.7.1 ; Codex 4.7.3.

16) Ulpianus, *Digesta* 12.5.4.2.

17) Ulpianus, *Digesta* 12.5.4.4.후문; Ulpianus, *Digesta* 12.5.5.

18) Codex 4.7.6, 4.7.7.

19) Paulus, *Digesta* 12.5.1.2, 12.5.9.pr.; Ulpianus, *Digesta* 12.5.4.2.

20) Paulus, *Digesta* 12.5.3.

21) Ulpianus, *Digesta* 12.5.4.3; Codex 4.7.5.

이 부도덕한 경우에 해당한다.²²⁾ 타인이 부당하게 심판받도록 급부하거나²³⁾ 간통이 발각된 자가 이를 숨기기 위하여 급부한 경우²⁴⁾, 도둑이 고발당하지 않기 위하여 급부한 경우²⁵⁾ 등은 쌍방당사자 모두에게 부도덕성이 있는 것으로 급부자의 *condictio ob turpem causam*은 인정되지 않았다. 이들은 그때 당시 고전기로마의 도덕규범에 어긋나는 행위였고 단순한 금지법규 위반은 포함되지 않았다.²⁶⁾ 따라서 고전기 로마법의 *condictio ob turpem causam*은 매우 좁은 범위에서 적용된 것이었다.²⁷⁾

(3) 당시 로마사회에서 *condictio ob turpem causam*이 적용되기 위한 부도덕성(*turpitude*)의 판단기준은 까다로운 종교규범이나 심오한 철학이론이 아니라 건전한 일반민중의 도덕이었다. 수익자의 부도덕성으로 인하여 급부자에게 *condictio*가 인정되거나 급부자 또는 쌍방의 부도덕성으로 *condictio*가 배척되는 근거에 대해서는 불법원인급여의 기본사상과 관련하여 오늘날까지 논란의 대상이 되고 있다.²⁸⁾ 이에 대하여 유스티니아누스 시대의 법은 “쌍방의 부도덕성이 동일한 경우에는 점유자의 지위가 보다 공고하다.”(*in pari turpitudine melior est causa possidentis*)²⁹⁾는 법명제를 통하여 *condictio*를 배제하는 확고한 법원칙을 인정하였고, 그 결과 점유하고 있는 자에게 사실상 유리한 지위를 승인하고 있었다. 이 법문은 “*In pari causa possessor potior haberi debet quam petitor.*” (피고보다 강한 법적 지위를 갖지 못하는 원고는 자신의 주장을 관철시킬 수 없다)라는 로마 소송법의 일반적인 법리에 기초하고 있다. 로마법

22) Ulpianus, Digesta 12.5.4.4.전문.

23) Paulus, Digesta 12.5.3.

24) Ulpianus, Digesta 12.5.4.pr.

25) Ulpianus, Digesta 12.5.4.1.

26) Heinrich Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, C.H.Beck, 1974, 136f.

27) André Edmond Victor Giffard et Robert Villers, Droit romain et ancien droit français, Les obligations, 2^eéd., Dalloz, 1967, n°164, p.101.

28) Dieter Reuter und Michael Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts, Bd.4, J.C.B.Mohr, 1983, S.199f.; Konrad Zweigert und Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd.II : Institutionen, 2.Aufl., J.C.B.Mohr, 1984, S.309f.

29) Paulus, Digesta 12.5.8; Ulpianus, Digesta 3.6.5.1; Codex 4.7.2.

의 이러한 법언들은 “당사자에게 부도덕한 원인이 있는 경우 반환될 수 없다.”(In pari causa turpitudinis cessat repetiti) 또는 “점유자의 지위가 더욱 공고하다.”(possessoris melior conditio habetur)는 법언으로 구체화되었으며, 중세 교회법에서 “누구도 자기의 부도덕한 행위의 원용은 허용되지 않는다.”(Nemo auditur propriam turpitudinem allegans)라는 법언이 형성되는 기초가 되었다.³⁰⁾

3. 구별: 불법원인의 부당이득 반환소권

(1) 로마의 *condictio* 체계에서 법률행위의 목적이나 원인의 부도덕성에 중점이 있었던 *condictio ob turpem causam*과 구별하여 살펴보아야 할 것이 있다. 목적의 윤리적인 부도덕성과 관계없이 로마제국의 국가질서를 유지하기 위한 규범이나 강행법규의 성격을 가진 칙령 등을 위반함으로써 법률행위가 무효인 경우 인정된 ‘불법원인의 부당이득반환소권’, 즉 *condictio ob iniustam causam*이다.³¹⁾ 이에 대한 로마의 법명제를 살펴보면, 단순히 불법의 원인(*iniusta causa*)으로 인한 급부에 대하여 부당이득반환소권을 인정하고 있었다.³²⁾ 여기서 *iniusta causa*는 수익자의 급부 보유의 불법성에 핵심이 있는 것으로, 목적급부의 반윤리성에 중점이 있는 *turpis causa*와는 명백히 구별되었다.

(2) 이것은 특별한 인적 결속관계로서 주로 부부관계나 부자관계 또는 계약적 신뢰관계가 있는 경우 도덕이나 윤리 위반의 비난을 회피하기 위한 방법이나 성질상 *condictio ob turpem causam*이 인정되지 않는 경우에 이용되었다. 예를 들어 이혼 또는 혼인해소 후 남편이 사망한 경우 부인이 자신이나 제3자에게 이전한 재산에 대하여, 상속인은 *condictio ob iniustam causam*을 행사할 수 있다.³³⁾ 부부 사이에 금지된 증여에 의하여 일방당사자가 급부물을 보유하는 것은 원인 없이 혹은 불법한 원

30) Gregoire J. Tzarano, Étude sur la règle : <Nemo auditur propriam turpitudinem allegans>, 1926, p.11; Jean Macqueron, L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en droit romain, thèse Paris, 1924, p.122.

31) 최병조, 로마법연구(I), 법학의 원류를 찾아서, 서울대학교출판부, 1995, 348면.

32) May, op. cit., n°187, p.362; Ulpianus, Digesta 12.5.6; Codex 4.9.4.

33) Paulus, Digesta 25.2.6.2, 25.2.6.4, 25.2.6.5.

인에 기한 것이므로, 급부물이 소비되지 않은 한 급부자의 반환청구는 가능하다.³⁴⁾ 로마법에서는 부도덕 또는 반윤리적 원인으로 제기한 소송에서 패소한 자를 파렴치한으로 취급하는 효과가 있었기 때문에 가족 기타 인적 결속관계가 요구되는 자들 사이에서는 *condictio ob turpem causam*을 이용하기에 곤란한 부분이 있었던 것이다.³⁵⁾

(3) 앞에서 보았던 *condictio ob turpem causam*과 달리 *condictio ob iniustam causam*은 도덕적 비난을 회피하기 위한 사법제도적 측면 또는 부도덕성이나 반윤리성과 관계없는 단순한 불법원인의 측면에서 문제될 수 있는 것이었을 뿐만 아니라 일방 또는 쌍방의 불법성에 따라 그 *condictio*의 인정여부가 달라지지 않는다는 결정적 차이가 있다. 수익자에게 불법의 원인이 있는 경우 *condictio ob iniustam causam*이 인정되는 반면, 급부자 또는 쌍방에게 불법의 원인이 있다고 하더라도 이 *condictio*가 배척되지 않는다는 점에서 *condictio ob turpem causam*과는 구별되는 독자적 범영역을 구축하였다.³⁶⁾

4. 유스티니아누스 법전의 통합

(1) 고전기 로마법에서 부도덕원인(*turpis causa*)과 불법원인(*iniusta causa*)에 따라 개별적으로 다루어졌던 *condictio ob turpem causam*과 *condictio ob iniustam causam*이 유스티니아누스 시대의 법에 이르러 학설회찬(*Digesta*, 533)과 칙법회찬(*Codex*, 529)의 통일성 없는 분류로 다소의 혼란을 야기하였다. *Digesta* 12.5는 ‘*De condictione ob turpem vel iniustam causam*’으로 이는 부도덕하거나 불법의 원인에 따른 부당이득반환소권으로 이들 두 *condictio*를 통합한 반면, *Codex*는 4.7에서는 ‘*De condictione ob turpem causam*’, 즉 부도덕원인의 부당이득반환소권에 대한 단편들을 기록하고, 4.9에서 ‘*De condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa*’로 법률에 근거하거나 원인 없음 또는 불

34) Gaius, *Digesta* 24.1.6.

35) Hans Hermann Seiler, §817 S.2 BGB und das römische Recht, Festschrift für Felgenträger, 1969, S.388f.; Schwarz, a. a. O., S.169, 172f.

36) Paul Jörs und Wolfgang Kunkel, *Römisches Privatrecht*, 3.Aufl., Springer Verlag, 1949, S.250; Huvelin, op. cit., p.142.

법원인에 의한 부당이득반환소권이라는 제목으로 *condictio ob iniustam causam*을 규정하고 있다.³⁷⁾ 이들 *condictio*가 별개로 규정된 *Codex*와 달리 *Digesta*의 *condictio ob turpem vel iniustam causam*은 고전로마법의 *condictio*가 개별적이고 단편적인 소권을 본질적 요소로 하였다는 점에서 완전히 새롭고 이단적인 개념이다.³⁸⁾

(2) 유스티니아누스 시대의 법전 편찬작업을 주도했던 트리보니아누스(Tribonianus)가 *Digesta*에서 어떠한 이유로 이들을 함께 규율하였는지 원인을 밝힐 수 있는 사료는 없다. 다만 그 원인을 찾기 위한 단편으로 고전로마법이 부도덕한 원인으로 한 법률행위를 무효로 보는 반면 불법의 원인으로 한 법률행위의 효과를 다양하게 인정하였음에도, 테오도시우스황제(Theodosius II)가 칙령(439년)을 통하여 모든 불법의 원인에 따른 법률행위의 효과를 무효라고 규정한 이른바 완전법률(*leges perfectae*)의 선언에 기인한 것으로 볼 수 있다.³⁹⁾ 이에 따라 부도덕한 원인의 법률행위와 불법한 원인의 법률행위 효력을 동일하게 이해하고 *Digesta*의 편찬자들이 이들을 하나의 *condictio*로 통합하였음을 추론할 수 있다.⁴⁰⁾ 한편 *Codex*는 *Digesta*에 비하여 당시의 현실에 훨씬 접근해 있었는데, 이것은 *Codex*가 로마황제의 칙령을 편찬한 것이어서 실제로 거래관계에서 행해지던 *condictio*를 그 본래의 모습대로 나타냈을 가능성이 크기 때문이다.⁴¹⁾

(3) *Digesta*의 이러한 분류는 유스티니아누스 시대의 법전 편찬에서 나타나는 수많은 ‘*interpolatio*’, 즉 수정과 삽입 중의 하나로, 트리보니아

37) Otto Hagen, *Die condictio ob turpem causam im gemeinen Rechte und Bürgerlichen Gesetzbuche*, Inaugural Dissertation Borna-Leipzig, 1913, S.3f., S.7.

38) Robert Villers, *Rome et le droit privé*, Éditions Albin Michel, 1977, p.392.

39) *Novellae Theodosius* 9(7th April 439); *Codex* 1.14.5 “...당사자 사이의 계약에 법이 금지하는 합의나 행위 또는 약정이 없기를 바란다. ...만일 법에 금지된 행위가 된다면 그것은 무효이고 아무런 효과도 없다...”. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd., 1992, p.700-701.

40) Detlef Liebs, *The History of the Roman Condictio up to Justinian*, *The Legal Mind: Essays for Tony Honré*, Oxford University Press, 1986, p.175.

41) Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 2.Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1978, §58 II 1, S.253. *Codex*에 대한 *Interpolatio* 역시 전혀 없는 것은 아니다(Gerhard Dulckeit und Fritz Schwarz, *Römische Rechtsgeschichte*, 4.Aufl., C.H.Beck, 1966, §43 III 4, S.254).

누스가 창설한 새로운 범주에 지나지 않는 것이다.⁴²⁾ 법사학자 프리츠 슈츠(Fritz Schulz)는 *condictio*에 관한 유스티니아누스 시대의 법적 태도에 대하여 “로마의 고전법은 깊이 있고 분명한 당시의 상황에 따라 고안되었지만 (로마법대전)의 편찬자들은 고전로마법을 전혀 새롭게 하여 오염시켰다. 그들은 (*condictio*의) 범위를 이유 없이 확장시켰고 고전로마법을 불명확하고 근거 없이 수많은 *interpolatio*를 통하여 변질시켰다. 이것은 로마법대전의 가장 모순된 부분 중 하나이며, 여러 세기에 걸쳐 법률가를 혼란스럽게 만들고 유럽대륙의 법전편찬에 영향을 미쳐 우리 시대에까지 이르고 있다. 독일민법은 그 하나의 예이다.”⁴³⁾라고 평가하였다.⁴⁴⁾ 불법원인급여와 관련해서도 로마법대전이 *condictio ob turpem causam*과 *condictio ob iniustam causam*을 통합하여, *condictio ob turpem vel iniustam causam*(*Digesta*)으로 분류한 것은 고전기 로마법에 맞지 않으며, 이러한 결과가 독일 보통법학에서 다시 부활하고,⁴⁵⁾ 근대민법전에서 명문으로 규정되면서 왜곡현상은 더욱 심각한 양상으로 전개되었다.⁴⁶⁾

III. 불법원인급여에 관한 독일민법 규정의 형성과 전개

1. 독일 보통법학과 18, 19세기의 법전편찬

(1) 독일 보통법학은 로마법의 전통을 바탕으로 부당이득법 체계를 급부 유형에 따라 개별적으로 구분하였다.⁴⁷⁾ 수익자의 부도덕성에 따른

42) Fernand De Visscher, *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1949, p.331 et suiv.; Schwarz, a. a. O., S.277; Liebs, op. cit., p.175; 최병조, 앞의 책, 348면.

43) Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Clarendon Press, 1953, p.611.

44) 이와 유사하게 로마고전법이 짙은 장막에 숨겨졌다거나(Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, §57 IV 2, S.248f.), 트리보니아누스의 공법, 고전로마법의 기본질서를 파괴한 불순물, 심지어 야만인으로 평가하기도 하였다(Schulz, op. cit., p.320; Jörs und Kunkel, a. a. O., §31, S.52f.).

45) Honsell, a. a. O., S.96f., 109f.; Zweigert und Kötz, a. a. O., S.308f.

46) Zimmermann, op. cit., p.863-865.

47) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd.5, Berlin, 1841, S.525f., S.567; Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd.II, 8.Aufl., Rütten & Leoning, 1900, §421 Anm.1.

condictio와 불법성에 따른 condictio를 구분하였고,⁴⁸⁾ 쌍방 당사자 또는 급부자의 부도덕한 원인이나 허용되지 않는 원인으로 급부된 경우 그 계약의 이행을 강제할 수 없고 이미 이행된 급부의 반환청구 역시 배척되었으나, 유스티니아누스 시대의 법전에서 통합된 부도덕 및 불법 원인에 따른 condictio 역시 적용범위를 확대하였다.⁴⁹⁾ 근대 유럽의 많은 국가들이 독일 보통법과 자연법론의 영향으로 민법전에 불법원인급여의 원리를 규정하였고, 이들은 쌍방 당사자의 부도덕으로 인한 부당이득반환청구의 배척 또는 몰수를 포함하였다.⁵⁰⁾

(2) 1756년 제정된 바이에른시민법전에서 도덕성에 반하는 합의의 무효를 규정하고(제4편 제1장 제16조),⁵¹⁾ 쌍방 당사자의 부도덕 또는 불법 원인에 의한 몰수를 규정하였다(제4편 제13장 제8조).⁵²⁾ 1794년 프로이센 일반주법(ALR)은 강행법규 위반행위의 효력을 부정하고(제1편 제4장 제6조), 허용되지 않는 목적이나 법규에 반하는 목적 급부의 부당이득반환청구권(Rückforderung wegen nicht gerechtfertigten Empfangs, 제1편 제16장 제207-209조)⁵³⁾과 쌍방 당사자 모두 부도덕하거나 선량한 풍속에 반하는 목적(unehrbarer oder unsittlicher Zweck) 급부의 국고 귀속을 규정하였다(제172-175조, 제206조).⁵⁴⁾ 1766년 오스트리아민법의 모태가 된 테레시아민법전초안(Entwurf Codex Theresianus juris civilis)⁵⁵⁾ 역시 법률이나 선량한 풍속에 반하는 행위의 무효를 규정하였으며,⁵⁶⁾ condictio ob turpem vel iniustam causam은 부당이득의 원리로서 규정되었다(제3

48) Franz Förster und M. E. Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd.2, 7.Aufl., Berlin, 1896, §150 II 3, S.496.

49) 崔秉祚, 앞의 책, 348면.

50) Honsell, a. a. O., S.96f.

51) Helmut Schmidt, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Berlin, 1973, S.77.

52) Honsell, a. a. O., S.96.

53) Förster und Eccius, a. a. O., §150 II 3, S.496f.

54) Zweigert und Kötz, a. a. O., S.310.

55) Konrad Zweigert und Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd.I, Grundlagen, 2.Aufl., J.C.B.Mohr, 1984, S.186.

56) Schmidt, a. a. O., S.88f. Horten초안(Entwurf Hortens) 제36조도 동일한 규정을 두고 있다.

부 제20장 제3조).⁵⁷⁾ 특히 이 초안은 쌍방 당사자나 급부자의 비난받을 원인으로 인한 급부의 몰수(Konfiskation)를 규정하고(제24조), 수익자의 비난받을 원인으로 인한 급부의 반환청구를 인정하였다(제25조).⁵⁸⁾ 그러나 이러한 배척규정이나 몰수규정은 마르티니초안(Entwurf Martinis)⁵⁹⁾에는 포함되지 않았고, 불법 원인의 법률행위를 방지하기 위한 급부로 제한되어, 단지 그러한 행위를 하도록 교사하는 경우에 반환청구가 배척되었다.⁶⁰⁾

2. 독일민법 제817조의 형성

(1) 독일민법 제정과정에서 불법원인급여에 대한 입법자의 기본적인 생각은 불법원인의 행위를 방지하기 위한 법정책적 고려로 급부자의 반환청구를 배척하는 것이었다.⁶¹⁾ 1866년 독일민법전편찬작업의 시초로서 제출된 ‘드레스덴초안’(Dresdner Entwurf)은 법률규정이나 선량한 풍속에 반하는 법률행위를 무효로 하고(제3조), 당사자 쌍방에게 ‘부도덕하거나 파렴치한 원인’(unsittliche oder unehrenhafte Ursache)이 있는 경우 급부자의 반환청구를 배척하며(제992조), 그러한 행위를 구체적으로 열거하고 있다(제994조, 제995조).⁶²⁾ 이와 구별하여 불법을 원인으로 한

57) III 20 §3. 제3부 20장(von den aus blosser natürlicher Billigkeit verbinden Handlungen) 제2조는 목적급부의 부당이득반환소권(condictio ob causam datorum), 제4조는 무원인의 부당이득반환소권(condictio ob sine causa), 제5조는 전용물소권(actio de in rem verso)을 규정하였으며, 특히 비채의 부당이득반환소권(condictio indebiti)은 사무관리와 함께 준계약의 장(III 19)에 규정되었다.

58) Honsell, a. a. O., S.96. 고리대금(Wucher)은 대주와 차주 쌍방이 비난(Verwerflichkeit)되었고, 이자의 반환청구를 배척하는 것은 곤란하다는 법전편찬위원회(Compilation-Commission)의 이의가 제기되었음에도 입법자들은 “부도덕한 자의 청구는 배척된다.”(quod propriam turpitudinem allegans autiendus non sit)는 원칙에 예외가 없음을 명백히 하였다.

59) 마르티니(Martini)가 1796년에 완성시킨 초안으로 이를 기초로 1811년 오스트리아일반민법(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreichische Monarchie · ABGB)이 완성되었다(Zweigert und Kötz, a. a. O., Bd.I, S.187).

60) Honsell, a. a. O., S.96f.

61) Herbert Hausmaninger und Walter Selb, Römische Privatrecht, Hermann Böhlau Nachf, 1981, S.326.

62) Stephan Lorenz, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12.Aufl., 1986, 1 zu §817; Honsell, a. a. O., S.97.

부당이득반환청권은 독립적으로 규정하고 있다(제996조).⁶³⁾ 드레스덴초안을 바탕으로 퀴벨(Kübel)이 작성한 ‘부분초안’(Teilentwurf)은 불법원인급여의 행위표지를 ‘도덕적으로 비난받을 원인’(sittlich verwerfliche Ursache)으로 수정하였을 뿐 내용상 차이는 없다.⁶⁴⁾ 즉 도덕적으로 비난받을 원인에 대하여 구체적으로 열거하는 규정을 두면서(제19조, 제20조), 수익자뿐만 아니라 급부자 역시 도덕적으로 비난받아야 할 원인이 있는 경우에는 반환청구권이 배척된다고 규정한 것이다(제18조).⁶⁵⁾

(2) 독일연방참의원(Bundesrat)은 제2위원회에 민법제정을 위임하였고, 제2위원회가 작성하여 1888년 공포한 독일민법 제1초안(Erster Entwurf)은 부당이득에 관한 일반규정을 두지 않고 로마법과 같이 부당이득반환청구권의 유형들을 개별적으로 규정하였다.⁶⁶⁾ 초안 제105조에서 법률이 금지하거나(Gesetz verboten) 제106조에서 선량한 풍속위반(gegen die guten Sitten) 또는 공공질서에 반하는(gegen die öffentliche Ordnung) 행위의 무효를 규정하면서, 불법원인급여와 관련해서는 제105조에서 규정한 ‘법률의 금지’를 규정하지 않고 제106조의 위반행위에 해당하는 ‘선량한 풍속이나 공공질서에 반하는 원인’으로 한 반환청구의 배척만 규정하였다(제743조 제1항). 그리하여 수익자 측에 위와 같은 원인이 있는 경우에는 반환청구를 허용하고 쌍방의 위반 원인이 있는 경우에는 부당이득 반환청구의 배척을 각각 규정하였다(제747조). 결국 독일민법 제1초안은 불법원인급여와 관련하여 *condictio ob injustam causam*을 규정하지 않고 *condictio ob turpem causam*만 규정하였으나, 그 행위표지에 ‘공공질서위반’을 포함하여 적용범위를 확대함으로써 이를 제한적으로 적용한 로마법의 오랜 전통을 포기하였다.⁶⁷⁾

63) Motive Bd.II, S.851; Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd.II, Recht der Schuldverhältnis, R. von Decker's Verlag, 1899, S.475.

64) Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systemischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III(§§652-853), Walter de Gruyter, 1983, S.818f.

65) Honsell, a. a. O., S.98.

66) Detleb König, Ungerechtfertigte Bereicherung Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985, S.29f.

67) Honsell, a. a. O., S.99.

(3) 독일민법 제1초안에 관해서는 다양한 비판적 견해와 함께,⁶⁸⁾ 기이르케(Gierke)는 반대초안(Gegenentwurf)을 통하여 부당이득의 일반규정을 제시하고, 불법원인급여가 적용될 수 있는 행위표지로서 ‘공공질서위반’(gegen die öffentliche Ordnung)을 삭제하는 대신 ‘법률의 금지위반’(gegen ein gesetzliches Verbot)을 포함시켰다.⁶⁹⁾ 그리하여 수익자가 ‘법률의 금지 또는 선량한 풍속에 반하는 원인’으로 급부를 수령한 경우 그 반환청구를 인정하고(§b), 급부자에게 그러한 원인이 있는 경우 반환청구를 배척하는 내용은 이를 분리하여 별도로 규정하였다(§d.2). 결국 기이르케의 반대초안을 수용하여 제2초안은 부당이득반환청구권에 대한 일반규정을 두었고(제737조) 개별적인 경우들을 독립적으로 규정하게 되었다. 이것은 로마법의 일반적인 사고와 자뷔니(Savigny)의 부당이득법에 대한 이해가 추가되어 입법화된 것이었다.⁷⁰⁾ 불법원인급여와 관련하여 제2초안 제741조는 수익자에게 ‘법률의 금지’(gesetzliches Verbot) 또는 ‘선량한 풍속’(guten Sitten)에 반하는 원인이 있는 경우 반환청구권을 인정하고, 급부자에게도 그러한 원인이 있는 경우에는 반환청구권을 배척하는 내용의 통일적 규정을 두었다. 이에 대한 일반적 평가는 제2초안의 제안자들이 Gierke의 반대초안을 수용한 결과라는 것이다.⁷¹⁾

(4) 결국 독일민법 제2초안은 불법원인급여에 관하여 제741조에 규정하였고 수정을 거쳐 제802조로 연방참의원에 제출되었으며, 제국의회(Reichstag)에는 제801조로 제출되었다. 제국의회의 자구수정을 거쳐 1896년 독일민법 제817조로 탄생되었다. 제1문은 급부의 목적이 법률의 금지 또는 선량한 풍속에 반하는 경우 수익자의 반환의무를 규정하고,

68) Wieacker, a. a. O., S.470; Zweigert und Kötz, a. a. O., Bd.I, S.167; Otto Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, AcP 74, 1889, S.213ff. 사회적 강자의 계약독제(Vertragsdiktat)와 약자에 대한 우선적 배려, 사적 소유와 상속제도로 인한 유산계급의 생산수단에 대한 처분권의 영속적 보유 우려가 지적되었다(Anton Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1891).

69) Otto Friedrich von Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Duncker & Humblot, 1889, S.272f.; Protokolle II, S.2935f.; Mugdan, a. a. O., Bd.II, S.1169.

70) Protokolle II, S.2940; Mugdan, a. a. O., Bd.II, S.1170.

71) Protokolle II, S.2950f.; Mugdan, a. a. O., Bd.II, S.1172f.

제2문은 급부자에게도 동일한 위반행위가 있는 경우 반환청구를 배척한다. 독일민법 제817조 제1문과 제2문은 형식상으로 우리민법 제746조나 일본민법 제708조의 본문 및 단서와 반대로 규정되었다. 이 규정의 의미와 목적은 처음에는 형법적 성격을 갖고 있었으나,⁷²⁾ 현재의 일반론은 법률의 금지 또는 선량한 풍속에 반하는 원인을 가진 급부자의 법적 보호거절에 있다.⁷³⁾

(5) 결국 현행 독일민법은 유스티니아누스 법전에서 통합된 *condictio ob turpem vel iniustam causam*의 전통에 따라 규정되었다.⁷⁴⁾ 독일민법이 부도덕 원인과 불법 원인을 동일시한 사고는 고전기 로마법에 반하였음에도, 독일 보통법학에서 부활하고⁷⁵⁾ 독일민법전에서 명문화되었다.⁷⁶⁾ 이러한 민법전의 태도에 대하여 제정 당시 정의의 관념에 부합하지 않는다는 지적이 많았고,⁷⁷⁾ 심지어 고전기 로마법의 분리되었던 두 부당이득반환소권을 하나로 결합한 유스티니아누스 법전의 왜곡에 속았다는 등의 비판이 쏟아졌다.⁷⁸⁾ 오늘날에도 민법전의 명문규정으로 해석의 한계는 있지만 고전기 로마법의 역사적 전통에 근거하여 독일민법 제817조 제2문의 제한적 적용을 주장하는 견해가 지배적이다.⁷⁹⁾

72) RGZ 105, 270, 271; BGHZ 39, 87, 91.

73) Kurt Schellhammer, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., C.F.Müller, 2018, Rn.913, S.548; Dirk Looschelders, *Schuldrecht, Besondere Teil*, 16. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2021, S.449; Medicus und Lorenz, a. a. O., §63, IV 1, Rn.13, S.420; BGHZ 44, 1, 6; BGH NJW 2005, 1490, 1491.

74) Dieter Medicus und Stephan Lorenz, *Schuldrecht II, Besondere Teil, Ein Studienbuch*, 18. Aufl., C.H.Beck, 2018, §63, IV. 2 a), Rn.14, S.421; Manfred Wandt, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 10. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2020, §10, A II 2, Rn.34, S.141.

75) Honsell, a. a. O., S.96f., 109f.; Zweigert und Kötz, a. a. O., Bd.II, S.308f.

76) Zimmermann, *op. cit.*, p.863-865.

77) Hartmut Reeb, *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, C.H.Beck, 1975, S.64.

78) Heinrich Dernburg, *Pandekten, Bd.II Obligationenrecht*, 8. Aufl., Verlag von H.W.Müller, 1900, S.377f. und Anm.2.

79) Dieter Reuter und Michael Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts, Bd.4*, J.C.B.Mohr, 1983, S.209; Manfred Lieb, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.5, Schuldrecht · Besonderer Teil III (§§809-853)*, 3. Aufl., C.H.Beck, 1997, 11 und 12 zu §817, S.1329f.; Honsell, a. a. O., S.141f.

3. 독일민법 제817조의 해석론

(1) 독일민법 제817조 제2문은 급부자의 부당이득반환청구를 배척하는 행위표지로 ‘법률의 금지’(gesetzliches Verbot)와 ‘선량한 풍속의 위반’(gegen die guten Sitten)을 규정하고 있다. 이것은 동일한 행위표지에 따른 법률행위의 효과를 부정해야 하는 당위와 관련이 있으며, 그에 따라 행해진 급부의 반환을 배척함으로써 이들의 부정적인 법률효과를 강조하기 위한 것이라고 한다.⁸⁰⁾ 법률의 금지 및 선량한 풍속위반은 독일민족의 역사인식에 따른 각각의 시대상을 반영하는 국민적 사고의 표현이며, 그 행위표지에 따른 법률행위를 무효로 규정한 제134조 및 제138조 제1항과 유사한 의미를 가진 것으로 해석된다.⁸¹⁾ 어쨌든 독일민법은 불법원인급여의 원리가 적용되는 행위표지를 법률의 금지 또는 선량한 풍속 위반으로 명문화하였기 때문에 그 적용범위에 대한 논란은 많지 않다.⁸²⁾ 나아가 독일민법의 해석으로 불법원인급여의 원리에 따른 급부자의 부당이득반환청구권뿐만 아니라 소유권에 근거한 반환청구권이나 불법행위에 근거한 손해배상청구권도 허용되지 않는다.⁸³⁾

(2) 독일의 판례 중에는 금지법규위반과 관련하여서도 부당이득반환청구의 기초가 혼란스러운 예들을 찾아볼 수 있다. 즉 일정한 대가를 받은 공무원의 직무위반행위는 단순한 금지법규 위반으로 불법원인급여에 해당하지 않는다고 판시한다.⁸⁴⁾ 뿐만 아니라 대가를 받고 세금을 누락하거

80) Heinrich Lange und Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 17.Aufl., C.H.Beck, 1980, §54 I 4 d, S.380; Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 45.Aufl., C.H.Beck, 2021, §41 II 1, S.571. RGZ 105, 270; 161, 58; BGHZ 39, 91; 50, 90, 92; BGH JZ 1951, 716; BGH WPM 1967, 1217; BGH NJW-RR 1993, 1457.

81) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II, Besonderer Teil, 9.Aufl., C.H.Beck, 1968, §63 III b, S.388; Josef Esser und Hans-Leo Weyers, Schuldrecht, Bd.II, Besondere Teil, 6.Aufl., C.F.Müller, 1984, §49 III, S.395; Dieter Medicus, Schuldrecht II, Besondere Teil, 7.Aufl., C.H.Beck, 1995, §127 II 1 a, S.310; Hans Ferg, Sittenwidrigkeit und abstrakte Rechtsgeschäfte-Ein Beitrag zur Auslegung der §§138 und 817 BGB-, 1919, S.47; Christoph Hirsch, Schuldrecht Besondere Teil, 4.Aufl., Nomos, 2016, Rn.1382. S.377; Medicus und Lorenz, a. a. O., §63, IV 2 a), Rn.14, S.421.

82) Max Rumpf, Die reichsgerechliche Rechtsprechung zu den §§138, 817 BGB, AcP 117, 1919, S.316.

83) Looschelders, a. a. O., S.450; BGHZ 39, 87, 91; 63, 365, 369; BGH NJW 1992, 310, 311.

84) RGZ 96, 343, 345.

나 감액한 세금징수원의 행위 역시 금지법규 위반행위에는 포함되지만 그에 따른 급부가 선량한 풍속이나 공공질서 위반은 아니어서 불법원인급여 규정은 적용되지 않는다고 한다.⁸⁵⁾ 경제입법에 위반한 매매계약도 마찬가지이지만,⁸⁶⁾ 단순한 금지법규 위반행위에 대하여 제817조 제2문을 적용한 사례도 있다.⁸⁷⁾

(3) 법률의 금지에 위반한 경우 그 금지규정의 목적을 고려하여 제817조 제2문의 적용을 제한하려는 시도가 나타나고 있다. 즉 국가의 경제정책이나 사회정책의 일정한 목적에 반한다는 이유로 행위의 법적 효력을 부인하는 경우가 점점 많아지고 있지만, 그러한 모든 경우에 반환청구를 일체 배제하는 것이 과연 적절한가는 의심스럽다고 한다.⁸⁸⁾ 더욱이 금지법규의 목적이 급부자의 보호를 위한 경우나 급부자를 신뢰한 제3자의 보호를 위한 경우에는 급부의 반환을 허용함으로써 제817조 제2문의 적용을 제한해야 한다는 주장도 있다.⁸⁹⁾ 특히 라렌쯔(Larenz)는 불법원인급여에 관한 제817조 제2문의 목적론적 제한으로 법률의 금지에 반하는 행위를 제한하는 법규범의 개별적인 보호목적이 추악하고 과렴치한 행위를 방지하고자 하는 근본정신에 우선하는가에 따라 반환청구의 인정 여부가 달라지는 것으로 본다.⁹⁰⁾ 다수의 학자들이 이에 따르고⁹¹⁾ 동일한 의미를 나타내는 판례도 적지 않다.⁹²⁾

85) RG Warn. 1923-1924, 60, 108, 184.

86) OLG Hamburg NJW 1947-1948, 625; OLG Frankfurt NJW 1949, 558.

87) BGHZ 8, 348 ; 12, 146.

88) Zweigert und Kötz, a. a. O., Bd.II, S.309.

89) Ludwig Enneccerus und Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., J.C.B.Mohr, 1958, §226 4, S.906, 905; Hans-Georg Köppensteiner und Ernst A. Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, Walter de Gruyter, 1975, S.74; Fritz Fabricus, Einschränkung der Anwendung des §817 S.2 BGB durch den Zweck des Verbotgesetzes, JZ 1963.3, S.85f.; Peter Bufe, §817 Satz 2 BGB, AcP 157, 1958-1959, S.239; Medicus und Lorenz, a. a. O., §63, IV 3, Rn.14, S.421; Looschelders, a. a. O., S.450f.; Reeb, a. a. O., S.66.

90) Larenz, a. a. O., §63 III, S.390.

91) Harm Peter Westermann, Walter Ermann Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6.Aufl., Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung Münster Westf, 1975, 10 zu §817, S.3007; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.II Das Rechtsgeschäft, 2.Aufl., Springer Verlag, 1975, §18 10 h, S.396f.

92) BGHZ 50, 90.

4. 독일채무법 개정과 제817조

(1) 독일채무법의 현대화 작업을 통해서도 제817조에 관한 개정논의가 있었다. 독일민법은 제정 당시 로마법 전통과 사회주의 역사관 사이에 일관된 법사상의 부재를 비판받았고, 결국 그 공백을 특별법이나 학설 및 판례의 역할을 통하여 수정하였다. 채무법은 1세기 이상 지나면서 입법자들은 예상하지 못한 사회적 변화에 더하여 현실에 부합하지 못하는 법규범의 개정 필요성이 가중되었다. 특히 부당이득법 규정은 ‘독일민법의 가장 투명하지 못하고 어려운 부분’⁹³⁾일 뿐만 아니라, “치밀한 법률가도 수풀 속에서는 옳은 길을 찾기가 쉽지 않다.”⁹⁴⁾고 할 정도로 개정의 필요성이 절실한 부분이었다. 이러한 취지에서 채무법 개정작업이 시작되었고, 그 일환으로 쾨니히(König)가 부당이득에 관한 개정의견서를 제출하였다.⁹⁵⁾ 불법원인급여 원리와 관련하여 쾨니히는 급부자의 비윤리적 의도에 대한 수익자의 증명 등에 대한 판례⁹⁶⁾를 검토하면서, 제817조 제2문의 적용범위 제한 해석이나 궁극적인 이 규정의 삭제를 제안하였다.⁹⁷⁾ 쾨니히의 감정의견은 탁월하다는 긍정적 평가를 받았으나,⁹⁸⁾ 1992년의 ‘채무법개정위원회의 최종보고’에서 개정의견은 배제되었으며 결과적으로 독일민법전이 2001년 11월 26일 ‘채무법의 현대화에 관한 법률’로서 대폭 개정되었으나 부당이득에 관한 규정, 특히 불법원인급여에 관한 제817조는 수정되거나 삭제되지 않은 상태로 건재하다.

93) Manfred Lieb, Das Bereicherungsrecht de lege ferenda, NJW, 1982, S.2034; Reuter und Martinek, a. a. O., Vorwort-das schwierigste Gebiet.

94) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II, Besondere Teil, 11.Aufl., C.H.Beck, 1977, Vorwort.

95) Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesanzeiger, 1992, S.13.

96) RGZ 63, 346; RGZ 11, 113; 16, 689; RG Gruch. 56, 1912, 615, 618; 66, 1923, 98; RGZ 21, 377; 105, 65; RG JW 1915, 918 Nr.7, 962 Nr.7; RGZ 63, 346; 109, 201.

97) Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd.II, Bundesanzeiger, 1981, S.1527f.

98) Uwe Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182, 1982, S.109f, 118.

IV. 불법원인급여에 관한 일본민법의 형성과 우리 민법전의 수용

1. 일본민법 제708조

가. 파소나드의 일본민법전 초안과 일본 구민법

(1) 일본 명치정부의 법률고문이었던 파소나드(Boissonade)는 1886년 3월 일본에서 시행될 근대민법전의 초안으로서 재산편과 재산취득편을 완성하였다.⁹⁹⁾ 이것이 ‘일본민법전초안’(Projet de Code civil pour l'empire du Japon)이며, 그 편별방식은 프랑스민법을 기본으로 하였으나 내용은 그 제정 후의 학설과 판례에 영향을 받았다.¹⁰⁰⁾ Boissonade초안에서 불법원인급여에 관한 제387조는 급부자 또는 수익자의 ‘불법의 원인’(cause illicite)에 따라 반환청구의 인정여부를 달리 규정하고 있다.¹⁰¹⁾ 즉 제387조 본문에서는 원칙적으로 불법의 원인으로 인한 부당이득반환청구를 인정하고, 단서에서 그러한 불법의 원인이 급부자에게 존재하는 경우에는 반환청구가 거부된다는 것을 규정하고 있는 것이다.¹⁰²⁾

(2) Boissonade초안을 거의 번역한 일본 구민법은 불법원인급여에 관하여 동일한 내용을 규정하고 있다.¹⁰³⁾ 구민법 제367조는 본문에서 “제361조 제2항에서 제시된 공여에서 변제의 성질을 가지지 않는 것에도 역시 제364조의 규정을 적용한다. 그러나 ‘불법의 원인’(不法ノ原因)으로 인하여 공여한 물건 또는 유가물은 그 원인이 이를 공여한 자의 불법으로 인한 때에는 그 반환을 허용하지 않는다.”라고 명시하였다. 이러한 규정을 살펴보면 독일민법초안에서 볼 수 없었던 ‘불법의 원인’이 급부자의

99) 仁井田益太郎, 舊民法(法學叢書6), 日本評論社, 1943, 3-4頁; 廣中俊雄, 第九回帝國會議の民法審議, 有斐閣, 1986, 3頁; 岸上晴志, “ボアソナド時代”, 日本民法學史・通史, 信山社, 1997, 51頁; 川島武宜・利谷信義, “民法(上) 法體制準備期”, 講座日本近代法發達史5, 勁草書房, 1958, 23-32頁.

100) 廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年I・全般的考察, 有斐閣, 1998, 9頁.

101) Gustave Emil Boissonade, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t.II, 2^eéd., Tokyo, 1883, p.14, 244 et suiv.

102) 제387조. 제384조는 제381조 2항에 규정하고 있는 변제의 성질을 갖지 않는 다른 급부에도 적용된다. 그러나 불법의 원인으로 인하여 급부한 물건이나 유가물은 그 원인이 급부한 자의 불법으로 인한 때에는 반환이 허용되지 않는다.

103) 仁井田益太郎, 앞의 책, 64-66頁.

반환청구를 배척하는 행위표지로서 처음 등장하였음을 발견할 수 있다. 그리고 내용상으로는 현행 일본민법 제708조와 거의 차이가 없으며, 단지 형식상 본문 및 단서의 구조가 독일민법 제1문, 제2문과 반대로 규정되어 있을 뿐이다.¹⁰⁴⁾

나. 법전조사회의 심의경과와 민법중수정안 제707조

(1) 구민법의 시행에 대한 법전논쟁의 결과 그 시행이 연기됨에 따라 일본정부는 1893년 3월 25일 ‘법전조사회’를 조직하고, 구민법에 대한 본격적 수정작업에 착수하였다.¹⁰⁵⁾ 불법원인급여에 관한 구민법 제367조는 기초위원들의 수정을 거쳐 원안 제718조로서 법전조사회에 제출되었다. 법전조사회 기초위원 호즈미 노부시게(穂積陳重, ほづみ のぶしげ)에 의하여 완성된 원안 제718조는 “불법의 원인으로 인하여 급부한 자는 그 반환을 청구할 수 없다. 다만 그 불법의 원인이 수익자에게만 존재하는 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하였다. 현행 일본민법 제708조와 비교하면 ‘급부한 것의’라는 문구가 없을 뿐 내용에서 차이가 없다.

(2) 법전조사회 원안 제718조에 대하여 기초위원들 사이에는 이를 그대로 명문화하자는 토미이 마사아키라(富井政章, とみい まさあきら)와 삭제하거나 수정하자는 우메 겐지로(梅謙次郎, うめ げんじろ) 사이에 격론이 있었으며,¹⁰⁶⁾ 1895년 법전조사회 제117회와 118회에서 梅위원은 불법원인급여에 관한 원안 제718조의 수정안을 제출하였다.¹⁰⁷⁾ 특히 제117회 법전조사회에서는 원안 제718조에 대한 穂積위원의 제안이유 설명이 있었는데 그는 본래 원안을 유지하는 것이 최선의 방법이라고 주장

104) 廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年Ⅲ・個別的 考察(債權編), 有斐閣, 1998, 491頁.

105) 岡孝, “法典論爭から明治民法成立・注釋時代”, 日本民法學史・通史, 信山社, 1997, 86頁 이하; 廣中俊雄・星野英一, 앞의 民法典の百年I, 15頁 이하.

106) 자세한 논의과정에 대하여 자세한 것은 法典調査會, 民法議事速記録40卷, 61-115丁 참조.

107) 廣中俊雄, “不法原因給付をめぐる論爭”, 民法ノトII, 法セミナー-122號, 1966.3, 39頁; 谷口知平, “法典調査會民法議事速記録より見た不法原因給付”, 民法論(第三卷) 不當利得・知的財産權の研究, 有斐閣, 1990, 25頁. 수정안 “제718조를 삭제하고 제713조에 한 개의 항을 더하여, 전항의 규정은 불법원인으로 인하여 급부를 받은 자에게도 이를 적용한다”. 별안 “제718조는 이를 삭제한다.”

하였다.¹⁰⁸⁾ 그에 이어서 梅위원회는 원안과 같이 급부자의 반환청구를 배척하게 되면 이미 급부를 받은 수익자가 오히려 부당하게 이익을 취할 수 있는 결과가 초래된다고 하면서, 원안 제718조를 삭제해야 한다는 의견을 개진하였다.¹⁰⁹⁾

(3) 제118회 법전조사회에서는 梅위원의 수정안에 대하여 논의하였다. 梅위원회에 따르면 원안을 완전히 삭제하고 아무런 규정도 두지 않을 경우, 불법원인급여에 관한 법언이나 일반원칙 등의 원용에 의하여 반환이 거부되어야 한다는 해석도 예상되기 때문에, 반환이 인정되어야 한다는 것을 명확히 해야 할 필요가 있다고 하면서, 제718조를 삭제하고 부당이득의 일반원칙규정에 한 개의 항을 더하여, 불법의 원인으로 인한 급부의 반환청구에 관한 규정을 두는 수정안을 제시하였다.¹¹⁰⁾ 그러나 이러한 梅위원의 수정안에도 불구하고, 富井위원 외에 요코타 구니오미(横田國臣, よこた くにおみ)의 원안 찬성론이 주장되었고,¹¹¹⁾ 히지카타 야스시(土方寧, ひじかた やすし), 타카야 토요조우(高木豊三, たかぎ とよぞう), 하토야마 히데오(鳩山和夫, はとやま ひでお) 및 시게오카 쿤고로우(重岡薫五郎, しげおか くんごろう) 역시 원안에 찬성하는 견해를 표시하였다.¹¹²⁾ 결국 법전조사회의 논의과정에서 梅위원의 삭제안과 수정안 모두 다수의 찬성을 얻지 못하여 원안 제718조가 확정되었다.¹¹³⁾

(4) 법전조사회는 1896년(명치29) 1월 8일 민법전 전3편의 수정안을 최종적으로 확정하였고, ‘민법중수정안’을 제9회 제국의회 중의원에 제출하였다. 불법원인급여에 관한 원안 제718조는 최종단계에서 내용상의 변

108) 商事法務研究會編, 法典調査會民法議事速記録5, 日本近代立法資料叢書5, 1984, 253頁 이하; 廣中俊雄, 앞의 논문, 40頁; 廣中俊雄·星野英一, 앞의 民法典の百年III, 491-492頁; 谷口知平, 앞의 논문, 27-28頁.

109) 法典調査會, 앞의 책, 61-64丁; 谷口知平, 앞의 논문, 25-27頁; 廣中俊雄, 앞의 논문, 39-40頁.

110) 衣斐成司, “不當利得學說史”, 日本民法學史·各論, 信山社, 1997, 318-319頁; 谷口知平, 앞의 논문, 25頁.

111) 商事法務研究會編, 앞의 책, 279-280頁; 廣中俊雄·星野英一, 앞의 民法典の百年III, 493頁; 谷口知平, 앞의 논문, 32-33頁.

112) 谷口知平, 앞의 논문, 33-34頁.

113) 法典調査會, 앞의 책, 115丁; 谷口知平, 앞의 논문, 34-35頁; 廣中俊雄·星野英一, 앞의 民法典の百年III, 493頁.

경없이 민법중수정안 제707조로서 제출되었다.¹¹⁴⁾ 다만 이에 대한 ‘민법수정안이유서’에서 제707조에 대해서는 부당이득반환의 한 예외를 규정 한 것으로서, 일본구민법 제367조 단서의 자구를 수정한 것에 지나지 아니하며, 불법의 원인으로 인한 급부의 반환청구를 허용하거나 국고의 몰수 또는 사원에 헌납하는 입법례가 있을 뿐이라고 하면서, 이론상으로도 그 반환을 허용하는 경우, 자신의 불법행위를 주장하여 법률의 보호를 구하는 것을 인정하게 되고, 이것은 공익에 반하는 여러 가지의 폐해를 발생시킬 수 있기 때문에, 다수의 입법례와 일본구민법의 취지에 따라 불법의 원인으로 인한 급부의 반환청구를 배척한 것이라고 하였다.¹¹⁵⁾ 그러나 이 이유서가 중의원에 제출된 것은 아니며, 단지 관계자에게만 배포되었을 뿐이다.¹¹⁶⁾

다. 일본민법 제708조의 성립

제국의회는 1896년 민법전 전3편을 심의하였다.¹¹⁷⁾ 중의원의 심의과정에서 속기록은 단지 민법전 제3편 제4장(부당이득)에 관하여, 위원장 호시 토오루(星亨, ほし とおる)는 ‘제3장은 원안대로 통과시키고 제4장은...’이라고 할 뿐이었다.¹¹⁸⁾ 중의원 심의를 거쳐 귀족원으로 송부되었던 민법중수정안은 같은 해 3월 21일 귀족원을 통과하였고, 4월 23일 천황의 재가를 얻어 27일 공포됨으로써 오늘날의 현행 일본 민법전이 탄생하였다.¹¹⁹⁾ 중의원에서 심의된 불법원인급여 규정, 즉 제707조는 그 내용의 변경없이 민법중수정안 제708조로서 귀족원에 송부되었고, 현행 일본민법 제708조로 확정되어 오늘에 이르고 있다.¹²⁰⁾

114) 星野通, 明治民法編纂史研究, ダイヤモンド社, 1943, 292頁; 山田幸二, “不法原因給付”, 民法講座6(事務管理・不當利得・不法行爲), 有斐閣, 1985, 72頁.

115) 廣中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 1987, 668頁.

116) 廣中俊雄, “民法修正案(第三編)に關するおぼえがき”, 法學 第50卷, 東北大學校, 1987.5, 766頁.

117) 자세한 내용은 廣中俊雄·星野英一, 앞의 民法典の百年I, 31頁 이하; 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 47-74頁 참조.

118) 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 243頁.

119) 자세한 것은 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 74-86頁; 仁井田益太郎, 앞의 책, 26-30頁.

120) 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 377頁.

2. 만주국민법 제728조

일본은 1931년 만주사변을 일으키고 승전을 통하여 괴뢰정권으로 만주국을 건국하였다. 만주국은 일본민법을 모범으로 하여 서구의 다양한 민법을 안배하여 근대적 색채의 민법전을 제정하였다.¹²¹⁾ 제정 당시 만주국 민법전은 ‘근대 민법전의 백미’¹²²⁾라고 평가되었으나, 오늘날 일본 민법학에서는 거의 완전히 잊혀진 존재일 뿐이다.¹²³⁾ 일본민법의 절대적인 영향 아래 제정된 만주국민법은 불법원인급여에 대하여, “불법의 원인으로 인하여 급부한 자는 급부한 것의 반환을 청구할 수 없다. 단 불법의 원인이 수익자에게만 존재하는 때에는 그러하지 아니하다.”(제728조)라고 규정함으로써, 일본민법 제708조와 동일한 규정을 두고 있다.¹²⁴⁾

3. 우리민법 제746조의 성립

(1) 중국의 영향 아래에서도 자생적이고 주체적인 법문화를 축적하여 왔던 우리 법제는 19세기 말의 사회, 경제적 모순과 외세의 침투로 인하여, 서구의 근대법을 계수하게 되었고, 특히 일본의 강점에 의한 민법의 의용은 현행 민법전의 제정에 결정적인 영향을 끼치게 되었다.¹²⁵⁾ 우리나라의 고유법제와 관습에서 불법원인급여 원리의 존재 여부를 확인하기는 그리 쉽지 않다. 다만 일제의 항구적 식민통치를 위한 기반조성과 통치 이데올로기의 수단으로 실시된 관습조사에서 나타난 바에 의하면, 조선총독부의 관습조사보고서는 부당이득의 반환에 관한 관습의 존재를 확인하면서도, “...불법의 원인을 위하여 물건을 급부한 경우에 그 반환을 요구할 수 있느냐 없느냐에 대하여는 관습이 보이지 않는다.”라고 하여, 우리 관습상으로는 불법원인급여를 확인할 수 없다는 기록을 두고 있을

121) 柚木馨, 滿洲民法讀本, 有斐閣, 1934, 2-4頁.

122) 柚木馨, 앞의 책, 7頁.

123) 鄭鐘休, 韓國民法典의比較法的研究, 創文社, 1989, 305-306頁.

124) 石田文次郎·岩井萬龜, 滿洲民法(債權各論), 有斐閣, 1942, 204-205頁.

125) 현승중, “민법시행이래 외국법 및 외국법이론의 수용”, 민법전의 회고와 전망(민법전시행 30주년기념논문집), 한국민사법학회, 1993, 38면; 박병호, “한국법학교육의 기원”, 근세의 법과 법사상, 도서출판 진원, 1996, 172면 이하.

뿐이다.¹²⁶⁾ 이와 함께 일제는 ‘조선에 시행할 법령에 관한 건’을 통하여 ‘조선민사령’을 발포하고, 재산권에 관한 한 조선인 사이의 민사분쟁에 일본민법을 적용하는 소위 의용민법을 강요하였다.¹²⁷⁾ 따라서 당시의 불법원인급여에 관련된 사항은 의용민법, 즉 현행 일본민법 제708조에 의하여 규율되었다. 한편 해방이후의 군정기에도 법령의 효력을 가지는 각종의 포고들이 발포되었으나, 민법전편찬을 위한 구체적 작업이 본격화되지는 못하였다. 다만 미 군정의 법전기초국 고문관주석이었던 로빈기어(Charles Sumner Lobingier)가 자신의 개인자격으로 완성한 ‘한국민법전초안’(Proposed Civil Code for Korea, 1949)¹²⁸⁾이 있으나, 불법원인급여에 관한 규정은 찾아볼 수 없다.

(2) 정부수립 이후 법전편찬위원회 직제에 따라 법전편찬위원회를 구성하여 민법전의 제정작업에 착수하였다. 법전편찬위원회는 민법전의 기초에 앞서 ‘민법전편찬요강’을 작성하였으나, 여기서 불법원인급여에 관하여는 아무런 규정이 없다.¹²⁹⁾ 그 이후 법전편찬위원회가 민법초안을 작성하였는데, 그 초안 제739조는 불법원인급여에 관하여 명문의 규정을 두었다. 즉 “불법의 원인으로 인하여 재산을 급부하거나 노무를 제공한 때에는 그 리익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여, 현행 민법 제746조와 동일한 규정을 두었다.¹³⁰⁾ 정부안으로서 국회에 제출된 민법초안 제739조는 민의원 법제사법위원회 민법안심의회에서 심의되었다. 그 심의과정에서는 참조된 각국의 입법례를 열거하는 정도에 그칠

126) 朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913, 264-265면.

127) 양창수, “한국민법사”, 민법전의 회고와 전망(민법전시행30주년기념논문집), 한국민사법학회, 1993, 14면; 鄭鐘休, 앞의 책, 100頁.

128) 윤대성, “한국민법전편찬에 미친 영미법의 영향:미군정시대(1945-1947)의 민법전편찬과 로빈기어(Lobingier, C)의 한국민법전초안(Proposed Civil Code for Korea)을 中心으로”, 비교사법 창간호, 한국비교사법학회, 1995, 5면 이하.

129) ‘채권법각론’의 ‘제4장 부당이득’에서 “33.법률상 원인이 소멸한 후의 반환, 34.도의관념에 적합한 비채변제, 35.무상으로 양수한 제3자의 반환의무, 36.악의의 비채변제”를 규정하고 있었다(양창수, 앞의 “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 217-218면).

130) 국회사무처, 제26회국회정기회의속기록 제42호 부록, 55면; 민의원법제사법위원회민법안심의회, 민법안심의록(상권), 1957, 437면.

뿐, 제안이유나 입법의견에 대하여는 아무런 언급이 없다.¹³¹⁾ 결국 동소위원회는 초안 제739조에 대하여 아무런 수정없이 법제사법위원회에 심의결과를 보고하였을 뿐만 아니라, 같은 시기에 실시된 공청회와 여론조사에서도 불법원인급여에 관한 초안 제739조는 제외되어 있었고¹³²⁾, 법학자들에 의하여 주도된 민법안의견서에도 이에 대하여는 논의되지 않았다.¹³³⁾

(3) 제26회 국회정기회의 본회의(1957년 11월 5일)에서 법제사법위원회의 심의결과보고(장경근 위원장대리)와 정부측의 민법안제안설명(법무부차관 배영호)에서 초안 제739조에 대하여는 언급이 없었고¹³⁴⁾, 그 다음날 민법안 제1독회에서 법전편찬위원회의 립법취지설명(위원장 김병로)에서도 민법안에 대한 원칙론에 그치고 있을 뿐, 이 규정에 대하여는 한마디도 없었다.¹³⁵⁾ 본회의에 제출된 다수의 수정안서에서도 초안 제739조에 대해서는 특별한 의견이 없었다.¹³⁶⁾ 그리하여 본회의의 민법 제2독회 마지막날 ‘제3독회의 생략’과 ‘자구수정, 각 조문의 제목 붙이는 것 또는 조문의 배열, 정리’를 법사위에 일임할 것을 결정하였으며¹³⁷⁾, 불법원인급여에 관한 민법초안 제739조는 자구수정 없이 제746조로서 통과되어 오늘에 이르고 있다.

V. 결 어

(1) 불법원인급여는 도덕적으로나 윤리적으로 용납되지 않는 행위를 한 자의 법적 구제를 거부함으로써, 소극적으로 법의 정의를 유지하려는 근본적인 취지를 갖고 있다. 대부분의 근대국가에서 법률의 명문규정이

131) 앞의 민법안심의록, 437-438면.

132) 민법안심의자료집, 공청회기록, 73면; 동, 한국일보사여론조사, 50면 이하

133) 민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957, 198면.

134) 국회속기록 제29호, 5면 이하, 14면 이하.

135) 국회속기록 제30호, 4면 이하.

136) 국회속기록 제42호 부록, 85면 이하, 102면 이하, 105면 이하, 109면, 111면; 제51호, 5면; 제54호, 14면.

137) 국회속기록 제62호, 11면.

나 법의 일반원칙 또는 판례법의 형태로 동일한 법원리를 인정하고 있다. 그러나 급부자에게 불법성이 있다고 하여 일률적으로 부당이득의 반환청구를 배척하는 것은 불법원인급여를 규정한 우리민법 제817조의 역사적 기원에 비추어 보아도, 그리고 다른 민법 원리와와의 논리적 관련성이나 당사자의 형평을 유지하는 일반적 법원리에 비추어 보아도 그 타당성을 인정하기 곤란한 요소를 안고 있다.

(2) 역사적으로 우리민법 제746조의 ‘불법의 원인’이라는 표현은 프랑스민법에서 동일하게 규정한 ‘cause illicite’에서 그 연원을 발견할 수 있다. 이는 우리민법 제746조의 적용범위에 대한 해석 역시 다른 외국법의 탐구에 앞서 우선적으로 프랑스민법에 기초해야 함을 보여준다. 위 규정의 역사적 궤적은 일본민법 제708조를 거쳐 독일민법 제817조의 입법과정과 그 변화에 따르고 있다. 특히 제746조의 행위표지와 관련하여 Boissonade의 일본민법초안 제387조에서 규정된 ‘불법의 원인’(cause illicite)이 도입되었으나, 이에 대한 우리의 일반적인 해석은 독일민법에서 규정된 행위표지, 즉 법률의 금지(gesetzliches Verbot)와 선량한 풍속위반(gegen die guten Sitten)의 흡수로 수정되었다. 독일민법 초안에서 볼 수 없었던 ‘불법의 원인’은 일본민법의 제정과정에서 프랑스민법의 영향으로 처음 등장하였으며, 이것이 우리민법 제746조가 규정하고 있는 불법의 원인에 영향을 준 직접적 배경임을 알 수 있다. 프랑스민법의 불법원인급여는 비록 명문의 규정은 없으나,¹³⁸⁾ 해석상의 법원리로 부도덕을 원인으로 한 법률행위가 무효인 경우에 제한적으로 적용될 뿐이다. 단순히 공공질서에 반하거나 강행법규에 위반하는 법률행위로서 무효인

138) 프랑스민법은 일반규정은 아니지만 사행적인 계약에 관하여 불법원인급여의 원리에 따라 급부의 반환을 명시적으로 금지하는 규정을 두기도 한다. 프랑스민법 제3권 제12편 사행계약(Des contrats aléatoires) 제1장 경기와 도박(Du jeu et du pari, 제1965조 내지 제1967조)이 그것이다. 제1965조는 “법률은 경기로 인한 채무 또는 도박으로 인한 급부에 대하여 어떠한 소권도 허용하지 아니한다.”, 제1966조 제1항은 “무기기술 연마에 적합한 경기, 달리기 경주나 경마, 수레 경주, 테니스(역자 주: le jeu de paume, 손게임에서 유래) 및 신체의 단련이나 운동을 목적으로 하는 동일한 성격의 경기는 앞의 규정에서 제외된다.”, 제2항은 “그럼에도 법원은 그 액수가 과도하다고 인정되는 때에는 청구를 기각할 수 있다.”, 제1967조는 “승자에게 사기, 기망 또는 편취가 없는 한 패자는 어떤 경우에도 임의로 지급한 것의 반환을 청구할 수 없다.”고 규정하고 있다.

경우로 확장하지 않는다.¹³⁹⁾ 프랑스 판례의 태도 역시 동일하여 대부분 성윤리에 반하는 사안에 한정한다. 예를 들어 성매매를 위한 건물의 매매¹⁴⁰⁾나 임대차¹⁴¹⁾, 금전소비대차계약¹⁴²⁾과 같은 사안에서 적용될 뿐이다.¹⁴³⁾ 사실 불법원인급여 원리의 역사적 기원이라 할 수 있는 고전로마법의 *condictio ob turpem causam*이 이에 합당한 유형이었으나 여기에 *condictio ob iniustam causam*이 추가하여 확대되면서, 수정된 유형의 *condictio*가 로마법대전과 근대민법전, 나아가 독일민법전에 계수되면서 왜곡되는 과정을 거쳤다. 결국 독일민법 제817조의 포괄적 적용으로 인한 당사자의 불공평한 결과에 대하여 급부 개념의 제한적 해석이나 역사적이고 기능적인 탐구를 통하여 그 적용범위를 제한하거나 폐지하려는 움직임을 우리민법의 해석과 관련하여 주시해야 할 것이다.

(2) 일반적으로 민법 제746조는 제103조와 표리일체를 이루는 규정으

139) Henri Capitant, De la cause des obligations, 3^eéd., Dalloz, 1927, n^{os}114 et suiv., p.247 et suiv.; Georges Ripert, La Règle morale dans les obligations civiles, 4^eéd., L.G.D.J., 1949, n^o107, p.187 et suiv.; Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçon de droit civil, t.2, Obligations, 3^eéd., Éditions Montchrestien, 1966, p.636; Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil, t.2, 1^{er}vol., Les obligations, Sirey, 1962, n^o213, p.192; Alex Weill et François Terré, Droit civil, Les obligations, 4^eéd., Dalloz, 1986, n^o335, p.340 et suiv.; Jean Carbonnier, Droit civil 4-Les obligations, 12^eéd., Presses universitaires de France, 1985, n^{os}49 et suiv., p.196 et 200; Jacques Ghestin, Traité de droit civil, Les obligation · Le contrat:effets, L.G.D.J., 1980, n^o929, p.794; Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, Droit civil, Les obligations 1-L'acte juridique, 5^eéd., Armand Colin, 1991, n^o368 1^o, p.305; Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, Droit civil, Obligations 2, Contrat et quasi-contrat, 2^eéd., Litec, 1986, n^o886, p.313; Philippe Malaurie et Laurent Aynès, Cours de droit civil, t.6, Les obligations, 6^eéd., Éditions Cujas, 1995, n^o592, p.334; Le Tourneau, La règle "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", thèse Paris, L.G.D.J., 1969, n^o36, p.8; André Ponsard et Pierre Blondel, Nullité, Répertoire de droit civil, 2^eéd., Dalloz, 1973, n^o171.

140) Cass. civ. 15 déc. 1873, D. P. 1874. 1. 222, S. 1874. 1. 241; Cass. req. 17 juil. 1905, D. P. 1906. 1. 72, S. 1909. 1. 188; Lyon 2 nov. 1936, S. 1937. 2. 96.

141) Paris 30 nov. 1839, S. 1840. 2. 121; Cass. civ. 15 nov. 1938, G. P. 1939. 1. 194, J. C. P. 1939. I. 950.

142) Cass. req. 1^{er} avril 1895, D. P. 1895. 1. 263, S. 1896. 1. 289; Toulouse 11 janv. 1926, S. 1926. 2. 21, G. P. 1926. 1. 524.

143) Cass. civ. 15 nov. 1938, G. P. 1939. 1. 194; Cass. civ. 1^{re} 15 juin 1967, J. C. P. 1967. I. 15238; Cass. civ. 2^e 10 juin 1970, D. 1970. 691.

로 이해된다. 이들이 반도덕적 행위를 규제하는 법규범의 역할을 하는 공통점은 있다. 그러나 제103조는 선량한 풍속과 사회질서를 유지하기 위한 실천원리로서 민법뿐만 아니라 전체 법체계를 지배하는 근본이념인 반면,¹⁴⁴⁾ 제746조는 반사회적인 급부의 부당이득반환청구권을 배척하는 규정일 뿐 소유권에 기한 물권적 청구권이나 불법행위로 인한 손해배상 청구권을 부정하는 일반규정으로 보아서는 안 되기 때문에 그 적용범위가 일치되는 것은 아니다.¹⁴⁵⁾ 만일 위 두 규정의 적용범위가 동일하다면 법률행위의 무효 원인으로 강행법규 위반행위를 포함하면서, 제746조의 불법의 원인에 해석상 이를 포함시키지 않는 이유를 설명할 수 없다.¹⁴⁶⁾ 무엇보다 제103조는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위가 이행되기 전에 그 실현을 제어하는 규정이고, 제746조는 불법의 원인으로 이미 급부를 한 자의 회복을 배제하는 규정이다. 따라서 제103조에 의한 법률효과의 무효는 아무리 넓게 인정하더라도 당사자가 의무를 면하게 될 뿐 그다지 부당한 결과를 초래하지 않지만, 제746조에 의한 반환청구의 배척은 그 적용범위가 넓을수록 당사자가 용인할 수 없는 불공평을 더욱 방지하는 결과가 심화된다.¹⁴⁷⁾

(3) 불법원인급여의 원리에 근거한 부당이득반환청구권의 획일적인 배척은 윤리적이고 도덕적인 비난의 대상에 대한 법적 보호의 거절 또는 급부된 이익 분배의 고정을 의미하므로, 잘못된 급부의 이전이 급부자에

144) 박윤직, 민법총칙, 박영사, 1999, 301면; 김증한, 민법총칙, 박영사, 1983, 234면; 장경학, 민법총칙, 법문사, 1995, 443면; 이영준, 민법총칙, 박영사, 1991, 228면; 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003, 333면; 이은영, 민법총칙, 박영사, 2000, 359면; 김상용, 민법총칙, 법문사, 2000, 399면; 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000, 347면; 홍성재, 민법총칙, 대영문화사, 2013, 330면; 박윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2012, 273면; 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 신조사, 2010, 166면; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2020, 187면; 송덕수, 민법강의, 박영사, 2022, 101면; 김준호, 민법강의, 법문사, 2017, 234면; 양형우, 민법의 세계, 정독, 2022, 176면; Boissonade, op. cit., p.129 et suiv.; 穗積重遠, 民法總則(下卷), 有斐閣, 1916, 256頁.

145) 김상용, 채권각론(하), 법문사, 1998, 63면; 최금숙, “불법원인급여반환의 확대에 관한 고찰”, 한국민법이론의 발전(II) 채권편(이영준박사화갑기념논문집), 박영사, 1999, 941면; 송덕수, “불법원인급여”, 민법학논총(후암박윤직선생고회기념), 박영사, 1995, 433면.

146) 문홍수, “불법원인급여규정의 의의 및 적용범위”, 법조 제483호, 법조협회, 1996.12, 142면.

147) 송덕수, 앞의 논문, 433면.

게 존재하는 경우이나 가능한 것이다. 그런데 현실적으로 불법원인급여가 관계된 일반적 사례들은 대체로 쌍방 당사자 모두가 그러한 원인을 갖고 있는 경우이다. 나아가 어떤 사례에서는 오히려 수익자에게 비난성이 큰 경우도 존재한다. 그럼에도 오직 급부자측의 비난성만을 고려하여 반환청구를 일률적으로 배척하는 것은 부당이득원리의 기본이념인 당사자의 형평 유지와 거리가 멀다. 또한 민법 제746조에 의하여 이미 이행된 급부의 반환청구를 거부하는 것은 결국 그러한 법률행위를 유효로 하는 것과 다름없는 결과를 초래하기 때문에, 반사회적 법률행위를 무효로 하는 제103조의 취지에 반하게 된다. 나아가 제103조 위반의 법률행위에 따라 일방의 급부만 행해진 경우 법률행위 자체는 반사회적 원인으로 무효라고 하면서 이미 이행한 급부의 반환청구가 제746조에 따라 배척된다면 당사자 사이에 이익의 불균형 상태를 그대로 고정시키는 결과가 될 수 있어 타당하지 않다.¹⁴⁸⁾ 불법원인급여 원리의 광범위한 인정은 일면 소극적인 법적 정의의 유지에 부합하지만, 타면 불공평의 시정이라는 적극적 정의의 관념에 반하게 되는 것이다.

(4) 이와 관련하여 급부자와 수익자의 불법성 비교에 따라 수익자의 불법성이 급부자에 비해 상대적으로 큰 경우 급부의 반환청구를 인정하는 ‘불법성비교이론’이 주장되고 있다. 이는 로마법의 전통에서 발견된다는 주장도 있고,¹⁴⁹⁾ 독일민법에서는 비례의 원리(Verhältnismäßigkeitsprinzip)에 근거하는 것으로 파악한다.¹⁵⁰⁾ 영미에서는 *Smith v. Bromley* 사건¹⁵¹⁾을 시작으로 비평등불법(not in pari delicto)의 원리에 따라 유사한 결과를 얻는다.¹⁵²⁾ 특히 프랑스에서는 급부자와 수익자의 부도덕성에 대한

148) 김용한, 민법총칙론, 법문사, 1989, 267면; 장경학, 앞의 책, 452면.

149) Ripert, op. cit., n°108, p.191.

150) Karl Larenz und Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.II, Halbbd.2, Besonderer Teil, 13.Aufl., C.H.Beck, 1994, §68 III 3 a), S.163.

151) *Smith v. Bromley* (1760) 2 Doug. K. B. 696.

152) Frederick Pollock, Principles of Contracts at Law and in Equity(Ann. and Add. by Gustavus H. Wald and Samuel Williston), Fred B. Rothman & Co., 1988, p.503; Patrick Selim Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 3rd ed., Clarendon Law Press, 1981, p.260; *Reynell v. Sprye* (1852) 1 D. M. & G. 660; *Atkinson v. Denby* (1862) 7 H. & N. 934; *Duval v. Wellman*, 124 N. Y. 156, 26 N. E. 343 (1891); *Coulon v. Hosier*, 165 N. Y. Supp. 774 (1917).

상대적 비교(le degré respectif de turpitude)를 통하여 부당이득반환청구 인정 여부를 결정하는 이른바 ‘부도덕성비교이론’(la théorie de la comparaison du turpitude)을 고안하여 부당이득반환청구권의 인정 혹은 부인을 위한 해석원리로 원용하고 있다.¹⁵³⁾ 일본에서는 이 이론에 대한 긍정론¹⁵⁴⁾과 부정론¹⁵⁵⁾의 대립이 있고, 간접적으로 이와 관련된 판례가 나타나기도 하였으나 불법원인급여 자체를 부정함으로써 그 적용 여부가 명확하지 않다.¹⁵⁶⁾ 우리민법 역시 제746조 단서 규정의 경직성 완화 필요성에 근거하여 이를 긍정하는 견해가 다수이지만,¹⁵⁷⁾ 불법성 비교의 구체적 기준 부재를 이유로 이를 부정하는 견해도 있다.¹⁵⁸⁾ 우리

153) Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.7, Obligations, 2^eéd., L.G.D.J., 1954, n°749 2°, p.42; Marty et Raynaud, *op. cit.*, n°212, p.193; Weill et Terré, *op. cit.*, n°336, p.343 et suiv.; Flour et Aubert, *op. cit.*, n°368 3°, p.307; Cass. req. 10 janv. 1865, D. 1865. 1. 290; Cass. civ. 14 mai 1888, D. P. 1888. 1. 487; Cass. civ. 1^{re} 25 janv. 1972, D. S. 1972. 413; Cass. com. 15 déc. 1976, D. 1977. 245; Poitiers 8 janv. 1981, G. P. 1981. 1. 387; Cass. com. 3 nov. 1988, Bull. civ. IV. n°287.

154) 谷口知平, 不法原因給與の研究, 有斐閣, 1991, 206-211頁; 中川 毅, 不法原因給付と信義衡平則, 有斐閣, 1968, 19-21頁; 甲斐道太郎・石田喜久夫, 民法教室(2), 債權, 法律文化社, 1994, 317頁; 森島昭夫, 債權各論 II, 法學ガイド 民法 VI, 日本評論社, 1992, 205頁; 三島宗彦, “七〇八條適用の要件”, 不當利得・事務管理の研究2(谷口知平教授還曆記念), 有斐閣, 1977, 10-11頁; 田中 實, “不法原因給付”, *ジュリスト* 500号, 1972.3.1., 186頁.

155) 明山和夫, “婚外關係における不當利得”, 不當利得・事務管理の研究2(谷口知平教授還曆記念), 有斐閣, 1977, 171-172頁; 山田幸二, 앞의 논문, 105頁.

156) 日最判 昭和29(1954)・8・31, 民集8・8・1557.

157) 김증한·안이준, 신채권각론(하), 박영사, 1970, 727면; 주재향, 채권법특수해설-민법기본판례평석선, 도서출판규장각, 1964, 195-196면; 황적인, 채권법각론, 한국방송통신대학교출판부, 1999, 312면; 현승중, 민법(채권법), 박영사, 1973, 308면; 장경학, 민법대의(전), 법문사, 1975, 421면; 이태재, 채권각론, 진명문화사, 1990, 437면; 김주수, 채권각론, 삼영사, 1997, 595면; 김형배, 사무관리·부당이득(채권각론II), 박영사, 2003, 142면; 윤철홍, 채권각론, 법원사, 1996, 377면; 고상룡, “불법원인급여의 효력과 반사적 소유권취득”, 민법학특강, 법문사, 1995, 604-605면; 고정명, “불법원인급여와 그 적용상의 특수문제”, 법정논총 제7집, 단국대학교법학연구소, 1985, 40-41면; 정범석, “불법원인급여”, 법정 제20권 제9호, 1965.9, 32면; 임정평, “민법 제746조에 관한 제검토”, 노동법과 현대법의 제문제(남관심태식박사화갑화갑기념), 법문사, 1983, 307면; 김상용, 앞의 책, 71면; 문홍수, 앞의 논문, 142-143면.

158) 김석우, 채권법각론, 박영사, 1978, 475면; 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988, 387면; 이용훈, “반사회적 법률행위로 인한 급부의 회수와 불법원인급여”, 민사판례연구(VI), 민사판례연구회, 1984, 30면; 현병철, “불법원인급여에 관한 연구”, 법학논총 제11집, 한양대학교법학연구소, 1994.10, 235면.

판례는 당초 이 이론의 적용을 배척하였으나,¹⁵⁹⁾ 이를 인정하는 하급심 판결을 거쳐¹⁶⁰⁾ 대법원 역시 수익자의 현저한 불법성에 근거하여 이를 수용하기에 이르렀고,¹⁶¹⁾ 동일한 취지를 이어가고 있다.¹⁶²⁾ 다만 이론의 타당성에 대한 논의는 차치하더라도, 이 글의 논지와 직접적으로 관련되지 않는다고 판단되어 이와 관련된 자세한 논의는 생략하고 이 정도에 그치기로 한다.

(5) 불법원인급여 원리가 안고 있는 정의와 형평의 이율배반적인 결과는 동서양의 법체계를 막론하고 존재한다. 어떤 입법례는 민법에 명문규정을 두기도 하지만 해석상 그 적용범위의 축소 내지 예외를 상정함으로써 극복하고 있다. 또 다른 입법례는 명문규정 없이 해석상 인정하는 법원리의 적용범위를 신축적으로 고려한다. 이러한 외국의 입법례와 해석원리는 우리민법 제746조가 불법의 원인이라고 하는 불확정개념을 규정함으로써 그 적용범위의 확대 가능성을 나타내고 있는 태도와 달리 그 제한적 해석을 견인하고 있다. 따라서 우리민법 제746조 본문에서 규정하고 있는 불법의 의미 자체를 좁게 해석하는 것이 불법원인급여의 원리가 안고 있는 불합리를 근본적으로 제거할 수 있는 방법일 것이다. 다만 이러한 문제의 발단은 민법 제746조에서 규정하고 있는 ‘불법’ 개념의 불명확성에 따른 아포리아(aporia)이므로, ‘병 속에 갇혀 있는 파리를 밖으로 꺼내는 것’¹⁶³⁾은 그 해석상의 오해를 일소하기 위한 제한적 해석 또는 수정이라고 할 것이다. 차제에 민법 제746조 본문의 불법개념을 제한하여 명확하게 규정하거나 단서 규정의 적용범위를 확대하는 방법, 나

159) 대법원 1959. 7. 23. 선고 4291민상665·666 판결; 대법원 1981. 7. 28. 선고 81다145 판결.

160) 부산지방법원 1984. 2. 22. 선고 83가합4142 판결; 수원지방법원 1987. 4. 15. 선고 86가합1649 판결.

161) 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다12947 판결.

162) 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다49530·49547 판결; 대법원 1999. 9. 17. 선고 98도2036 판결; 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체판결; 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결.

163) 비트겐슈타인(Ludwig Josef Johann Wittgenstein)의 ‘철학적 탐구’(Philosophical Investigations, Kohlhammer Verlag, 1953)에서 그의 철학적 목표는 병 속에 갇힌 파리들을 꺼내주는 것이라고 했는데, 여기서 병 속에 갇힌 파리들은 철학에 들어왔다가 철학에서 명료한 답을 내지 못하고 갇힌 철학자들을 의미했었다.

아가 최종적으로는 이 규정 자체를 우리민법에서 삭제하는 입법론적 수정이 불가피하리라고 생각한다.

(논문투고일: 2023.12.10., 심사개시일: 2023.12.13., 게재확정일: 2023.12.27.)



▶ 성 덕 근(成德根) · 정 상 현(鄭相鉉)

불법원인급여, 부당이득반환소권, 불법성비교이론, 반사회적
법률행위, 법적 보호거절, 로마법대전

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 고상룡, 민법총칙, 법문사, 2003
- 고상룡, “불법원인급여의 효력과 반사적 소유권취득”, 민법학특강, 법문사, 1995
- 고정명, “불법원인급여와 그 적용상의 특수문제”, 법정논총 제7집, 단국대학교 법학연구소, 1985
- 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1999
- 곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2012
- 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988
- 김상용, 민법총칙, 법문사, 2000
- 김상용, 채권각론(하), 법문사, 1998
- 김석우, 채권법각론, 박영사, 1978
- 김용한, 민법총칙론, 법문사, 1989
- 김주수, 채권각론, 삼영사, 1997
- 김준호, 민법강의, 법문사, 2017
- 김증한, 민법총칙, 박영사, 1983
- 김증한·안이준, 신채권각론(하), 박영사, 1970
- 김형배, 사무관리·부당이득(채권각론II), 박영사, 2003
- 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 신조사, 2010
- 문홍수, “불법원인급여규정의 의의 및 적용범위”, 법조 제483호, 법조협회, 1996.12
- 민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957
- 민의원법제사법위원회민법안심의소위원회, 민법안심의록(상권), 1957
- 박병호, “한국법학교육의 기원”, 근세의 법과 법사상, 도서출판진원, 1996
- 백태승, 민법총칙, 법문사, 2000
- 송덕수, “불법원인급여”, 민법학논총(후암곽윤직선생고회기념), 박영사, 1995
- 송덕수, 민법강의, 박영사, 2022
- 양창수, “한국민법사”, 민법전의 회고와 전망(민법전시행30주년기념논문집), 한국민사법학회, 1993

- 양형우, 민법의 세계, 정독, 2022
- 윤대성, “한국민법전편찬에 미친 영미법의 영향:미군정시대(1945-1947)의 민법전편찬과 로빙기어(Lobingier, C)의 한국민법전초안(Proposed Civil Code for Korea)을 中心으로”, 비교사법 창간호, 한국비교사법학회, 1995
- 윤철홍, 채권각론, 법원사, 1996
- 이영준, 민법총칙, 박영사, 1991
- 이용훈, “반사회적 법률행위로 인한 급부의 회수와 불법원인급여”, 민사판례연구(VI), 민사판례연구회, 1984
- 이은영, 민법총칙, 박영사, 2000
- 이태재, 로마법, 진솔, 1990
- 이태재, 채권각론, 진명문화사, 1990
- 임정평, “민법 제746조에 관한 재검토”, 노동법과 현대법의 제문제(남관심태식박사화갑화갑기념), 법문사, 1983
- 장경학, 민법총칙, 법문사, 1995
- 장경학, 민법대의(전), 법문사, 1975
- 정범석, “불법원인급여”, 법정 제20권 제9호, 1965.9
- 주재황, 채권법특수해설-민법기본판례평석선-, 도서출판규장각, 1964
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2020
- 최금숙, “불법원인급여반환의 확대에 관한 고찰”, 한국민법이론의 발전(II) 채권편(이영준박사화갑기념논문집), 박영사, 1999
- 최병조, 로마법연구(I), 법학의 원류를 찾아서, 서울대학교출판부, 1995
- 현병철, “불법원인급여에 관한 연구”, 법학론총 제11집, 한양대학교법학연구소, 1994.10
- 현승중, 민법(채권법), 박영사, 1973
- 현승중, “민법시행이래 외국법 및 외국법이론의 수용”, 민법전의 회고와 전망(민법전시행30주년기념논문집), 한국민사법학회, 1993
- 홍성재, 민법총칙, 대영문화사, 2013
- 황적인, 채권법각론, 한국방송대학교출판부, 1999

II. 일본문헌

- 甲斐道太郎・石田喜久夫, 民法教室(2), 債權, 法律文化社, 1994
- 岡孝, “法典論爭から明治民法成立・注釋時代”, 日本民法學史・通史, 信山社, 1997
- 谷口知平, 不法原因給與の研究, 有斐閣, 1991
- 谷口知平, “法典調査會民法議事速記録より見た不法原因給付”, 民法論(第三卷) 不當利得・知的財産權の研究, 有斐閣, 1990
- 廣中俊雄, “民法修正案(第三編)に關するおぼえがき”, 法學 第50卷, 東北大學校, 1987.5
- 廣中俊雄, “不法原因給付をめぐる論爭”, 民法ノトII, 法セミナー-122號, 1966.3
- 廣中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 1987
- 廣中俊雄, 第九回帝國會議の民法審議, 有斐閣, 1986
- 廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年III・個別的 考察(債權編), 有斐閣, 1998
- 廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年I・全般的考察, 有斐閣, 1998
- 明山和夫, “婚外關係における不當利得”, 不當利得・事務管理の研究2(谷口知平教授還曆記念), 有斐閣, 1977
- 法典調査會, 民法議事速記録40卷
- 山田幸二, “不法原因給付”, 民法講座6(事務管理・不當利得・不法行爲), 有斐閣, 1985
- 森島昭夫, 債權各論 II, 法學ガイド 民法 VI, 日本評論社, 1992
- 三島宗彦, “七〇八條適用の要件”, 不當利得・事務管理の研究 2(谷口知平教授還曆記念), 有斐閣, 1977
- 商事法務研究會編, 法典調査會民法議事速記録5, 日本近代立法資料叢書5, 1984
- 石田文次郎・岩井萬龜, 滿洲民法(債權各論), 有斐閣, 1942
- 星野通, 明治民法編纂史研究, ダイヤモンド社, 1943
- 穂積重遠, 民法總則(下卷), 有斐閣, 1916
- 岸上晴志, “ボアソナド時代”, 日本民法學史・通史, 信山社, 1997
- 柚木馨, 滿洲民法讀本, 有斐閣, 1934
- 衣斐成司, “不當利得學說史”, 日本民法學史・各論, 信山社, 1997
- 仁井田益太郎, 舊民法(法學叢書6), 日本評論社, 1943
- 田中 實, “不法原因給付”, ジュリスト 500号, 1972.3.1

- 鄭鐘休, 韓國民法典の比較法的研究, 創文社, 1989
中川 毅, 不法原因給付と信義衡平則, 有斐閣, 1968
朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913
川島武宜・利谷信義, “民法(上) 法體制準備期”, 講座日本近代法發達史5,
勁草書房, 1958

III. 프랑스문헌

- Alex Weill et François Terré, Droit civil, Les obligations, 4^eéd, Dalloz,
1986
André Edmond Victor Giffard et Robert Villers, Droit romain et
ancien droit français, Les obligations, 2^eéd., Dalloz, 1967
André Ponsard et Pierre Blondel, Nullité, Répertoire de droit civil,
2^eéd., Dalloz, 1973
Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, Droit civil, Obligations
2, Contrat et quasi-contrat, 2^eéd., Litec, 1986
Fernand De Visscher, Nouvelles études de droit romain public et
privé, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1949
Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil, t.2, 1^{er}vol., Les obligations,
Sirey, 1962
Gaston May, Éléments de droit romain, 3^eéd., Paris, 1894
Georges Ripert, La Règle morale dans les obligations civiles, 4^eéd.,
L.G.D.J., 1949
Gregoire J. Tzarano, Étude sur la règle : <Nemo auditur propriam
turpitudinem allegans>, 1926
Gustave Emil Boissonade, Projet de Code civil pour l'empire du
Japon accompagné d'un commentaire, t.II, 2^eéd., Tokyo, 1883
Henri Capitant, De la cause des obligations, 3^eéd., Dalloz, 1927
Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçon de droit civil, t.2, Obligations,
3^eéd., Éditions Montchrestien, 1966
Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, Droit civil, Les obligations
1-L'acte juridique, 5^eéd., Armand Colin, 1991

- Jacques Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligation • Le contrat: effets*, L.G.D.J., 1980
- Jean Carbonnier, *Droit civil 4-Les obligations*, 12^eéd., Presses universitaires de France, 1985
- Jean Macqueron, *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en droit romain*, thèse Paris, 1924
- Le Tourneau, *La règle "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"*, thèse Paris, L.G.D.J., 1969
- Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.7, *Obligations*, 2^eéd., L.G.D.J., 1954
- Paul Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, t.2, *Les obligations*, Recueil Sirey, 1929
- Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Cours de droit civil*, t.6, *Les obligations*, 6^eéd., Éditions Cujas, 1995
- Robert Villers, *Rome et le droit privé*, Éditions Albin Michel, 1977

IV. 독일문헌

- Anton Menger, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1891
- Benno Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, Bd.II, *Recht der Schuldverhältnis*, R. von Decker's Verlag, 1899
- Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd.II, 8.Aufl., Rütten & Leoning, 1900
- Bundesminister der Justiz, *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger, 1992
- Christoph Hirsch, *Schuldrecht Besondere Teil*, 4.Aufl., Nomos, 2016
- Detleb König, *Ungerechtfertigte Bereicherung Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht*, 1985
- Detlef König, *Ungerechtfertigte Bereicherung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd.II, Bundesanzeiger, 1981

- Dieter Medicus und Stephan Lorenz, Schuldrecht II, Besondere Teil, Ein Studienbuch, 18.Aufl., C.H.Beck, 2018
- Dieter Medicus, Schuldrecht II, Besondere Teil, 7.Aufl., C.H.Beck, 1995
- Dieter Reuter und Michael Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts, Bd.4, J.C.B.Mohr, 1983
- Dirk Looschelders, Schuldrecht, Besondere Teil, 16.Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2021
- Franz Förster und M. E. Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd.2, 7.Aufl., Berlin, 1896
- Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl., Venden, 1967
- Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.5, Berlin, 1841
- Fritz Fabricus, Einschränkung der Anwendung des §817 S.2 BGB durch den Zweck des Verbotgesetzes, JZ 1963.3
- Fritz Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klassischen Römischen Recht, Böhlau, 1952
- Gerhard Dulckeit und Fritz Schwarz, Römische Rechtsgeschichte, 4.Aufl., C.H.Beck, 1966
- Hans Brox und Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 45.Aufl., C.H.Beck, 2021
- Hans Ferg, Sittenwidrigkeit und abstrakte Rechtsgeschäfte-Ein Beitrag zur Auslegung der §§138 und 817 BGB-, 1919
- Hans Hermann Seiler, §817 S.2 BGB und das römische Recht, Festschrift für Felgenträger, 1969
- Hans-Georg Köppensteiner und Ernst A. Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, Walter de Gruyter, 1975
- Harm Peter Westermann, Walter Ermann Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6.Aufl., Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung Münster Westf, 1975

- Hartmut Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, C.H.Beck, 1975
- Heinrich Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, C.H.Beck, 1974
- Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd.II Obligationenrecht, 8.Aufl., Verlag von H.W.Müller, 1900
- Heinrich Lange und Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 17.Aufl., C.H.Beck, 1980
- Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd.I, Älteres gemeinsames Recht(1500bis1800), C.H.Beck, 1985
- Helmut Schmidt, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Berlin, 1973
- Herbert Hausmaninger und Walter Selb, Römisches Privatrecht, Hermann Böhlau Nachf, 1981
- Hermann Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, Halle, 1859
- Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systemischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III(§§652-853), Walter de Gruyter, 1983
- Josef Esser und Hans-Leo Weyers, Schuldrecht, Bd.II, Besondere Teil, 6.Aufl., C.F.Müller, 1984
- Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II, Besondere Teil, 11.Aufl., C.H.Beck, 1977, Vorwort.
- Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II, Besonderer Teil, 9.Aufl., C.H.Beck, 1968
- Karl Larenz und Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.II, Halbbd.2, Besonderer Teil, 13.Aufl., C.H.Beck, 1994
- Konrad Zweigert und Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd.I, Grundlagen, 2.Aufl., J.C.B.Mohr, 1984

- Konrad Zweigert und Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd.II : Institutionen, 2.Aufl., J.C.B.Mohr, 1984
- Kurt Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 10.Aufl., C.F.Müller, 2018
- Ludwig Enneccerus und Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., J.C.B.Mohr, 1958
- Ludwig Josef Johann Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Kohlhammer Verlag, 1953
- Manfred Lieb, Das Bereicherungsrecht de lege ferenda, NJW, 1982
- Manfred Lieb, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.5, Schuldrecht · Besonderer Teil III (§§809-853), 3.Aufl., C.H.Beck, 1997
- Manfred Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 10.Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2020
- Max Kaser, Das Römische Privatrecht, I.Abs., Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, C.H.Beck, 1955
- Max Kaser, Römische Rechtsgeschichte, 2.Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1978
- Max Rumpf, Die reichsgerechtlche Rechtsprechung zu den §§138, 817 BGB, AcP 117, 1919
- Otto Friedrich von Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Duncker & Humblot, 1889
- Otto Hagen, Die *condictio ob turpem causam* im gemeinen Rechte und Bürgerlichen Gesetzbuche, Inaugural Dissertation Borna-Leipzig, 1913
- Otto Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, AcP 74, 1889
- Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.III, Duncker & Humblot, 1917
- Paul Jörs und Wolfgang Kunkel, Römisches Privatrecht, 3.Aufl., Springer Verlag, 1949

Peter Bufe, §817 Satz 2 BGB, AcP 157, 1958-1959

Stephan Lorenz, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12.Aufl., 1986, 1 zu §817

Uwe Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182, 1982

Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.II Das Rechtsgeschäft, 2.Aufl., Springer Verlag, 1975

V. 영미문헌

Detlef Liebs, The History of the Roman *Condictio* up to Justinian, The Legal Mind : Essays for Tony Honré, Oxford University Press, 1986

Frederick Pollock, Principles of Contracts at Law and in Equity (Ann. and Add. by Gustavus H. Wald and Samuel Williston), Fred B. Rothman & Co., 1988

Fritz Schulz, History of Roman Legal Science, Clarendon Press, 1953

Patrick Selim Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 3rd ed., Clarendon Law Press, 1981

Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition, Jura & Co. Ltd., 1992

Abstract

Reexamination of Interpretation on the Art.746 of the
Korean Civil Code through Roman law tradition and
German, Japanese Civil Law*

Duk Keun SUNG** · Sang Hyun JUNG***

In general, Article 746 of the Korean Civil Code is understood as a provision that is integral to Article 103. These two regulations have something in common: they have the purpose of preventing anti-social acts and have the function of establishing moral norms as legal norms. However, Article 746 is not a regulation that broadly excludes all claims for refund of wages that are socially condemnable; it is only a regulation that excludes the right to claim refund of unfair profits. Article 103 of the Korean Civil Code can be said to act as a limiting principle of private autonomy or as a practical principle of public welfare, an ideology that governs the entire legal system. Therefore, it cannot be said that the scope of application of these two regulations is exactly the same.

The historical meaning of Article 746 of the Korean Civil Code goes through the Japanese Civil Code, and there is a legislative background that inherits the formal framework of the German Civil Code and the substantive

* This paper will be included in Professor Choi Jong-gil's 50th anniversary memorial collection.

** Lead author, Senior Research Fellow of Korean Society of Law · Ph.D. in Jura · Lecturer of SungKyunKwan University

*** Corresponding author, Professor of SungKyunKwan University Law School · Ph.D. in Jura.

significance of the French Civil Code. In other words, Article 387 of the draft Japanese Civil Code(1886) written by French civil law scholar Boissonade stipulated illegal cause benefits. The main text of this regulation stipulated the return of benefits due to 'cause illicite', and the proviso stipulated that if the cause of such illegality existed in the beneficiary, the claim for return would be rejected. The Roman law's right to recover unjust enrichment based on immorality(*condictio ob turpem causam*), which can be said to be the historical origin of illegal causes of benefits, was a limited system that excluded claims for the return of benefits received as a result of morally unscrupulous acts.

However, there was a distortion in Justinianus' code that went beyond immoral acts to include violations of mandatory laws. Moreover, the German Civil Code stipulates the invalidity of not only acts that violate good morals(*gegen die guten Sitten*) but also acts that are contrary to the provisions of the law(Articles 135 and 138), and acts of illegal causes. It went through a historical change that defined the sign in the same way(*gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten*). The current Japanese Civil Code Article 708 succeeded Article 817 of the German Civil Code, and Article 746 of the Korean Civil Code was also stipulated as the same mark of conduct. Illegal causation benefits were distorted as their scope of application was defined broadly during the compilation of the Roman Code of Law and the modern civil code, especially the German Civil Code.

Uniformly rejecting claims for return of unjust enrichment on the grounds that the beneficiary has illegality results in reflexively acknowledging the attribution of such benefits to the beneficiary. This leads to the unreasonable result of not recognizing the return of benefits paid under an invalid contract and fixing it as is. Furthermore, uniform recognition or exclusion of claims for return of unfair profits is possible only when the cause of social criticism lies with one party, the payer or the beneficiary. However, in reality, in many cases, both parties have immoral causes. In

some cases, there are cases where blame is stronger on the beneficiary than on the payer. Nevertheless, rejecting refund claims based solely on the blameworthiness of the payer is far from fairness, which is the basic philosophy of the unfair enrichment system. The meaning of illegality as stipulated in Article 746 of the Korean Civil Code should be narrowly interpreted as immoral and unscrupulous cases. Furthermore, deleting this provision itself from the Civil Code would be a way to fundamentally eliminate the irrationality of the illegal cause benefit system.



▶ **Duk Keun SUNG · Sang Hyun JUNG**

Illegal cause benefits, Claim for return of unjust enrichment, Comparison of illegality, Antisocial behavior, Refusal of legal protection, Chronicles of Roman Law