

佛·獨民法上原因論의 考察 (下)

金 旭 坤*

序 論

第1章 原因의 概念

第1節 Roma法 및 Canon 法에서의 原因의 概念

I. Roma法에 있어서의 原因의 概念

II. Canon法에 있어서의 原因의 概念

第2節 現代學說上 原因의 概念

I. 佛國學說上 原因의 概念

II. 獨國學說上 原因의 概念

第2章 原因의 役割

第1節 出損을 正當化하는 役割

I. 獨民法上 有因·抽因行爲의 區別과 그 結果

1. 有因·抽因行爲의 區別

2. 그 結果

II. 佛民法上 有因·抽因行爲의 區別과 그 結果

1. 有因·抽因行爲의 區別

2. 그 結果

第2節 法律行爲를 道德化하는 役割

I. 原因의 探究에 依한 不法性 및 不道德性의 鑑定

1. 佛民法上 不法性 및 不道德性의 鑑定

2. 獨民法上 不法性 및 不道德性의 鑑定

II. 不法的 不道德的 法律行爲의 運命

1. 法律行爲의 無效

2. “Nemo auditur...” 原則

結 論

* 法經大學 法學科 助教授

第 2 章 原因의 役割

Napoléon 法典 制定者들이나 B.G.B. 制定者들은 原因의 役割에 대해서 直接的인 規定을 두고 있지는 않다. 그러나 佛民法은 그 第1108條에서 原因을 契約의 有效要件들 중의 하나로 열거하고 있을 뿐 아니라 第1131條와 1133條에서 各各 “原因이 없거나 虛偽이거나 혹은 不法의인 것에 基한 債務는 아무런 效力도 가지지 못한다” “原因이 法律에 依하여 禁止되거나 善良한 風俗 혹은 公共의 秩序에 違背될 때에는 不法의이다”고 함으로서 原因의 役割에 대해서 間接的 規定을 두고 있으며, 또 오늘날 많은 佛民法學者들은 Maury 教授가 말하는 [것처럼^④ 原因이 一面 債務의 存立을 正當化시킴으로서 債務者를 保護하는 役割을 하고, 他面 法律行爲를 道德化함으로서 公共의 秩序를 保護하는 役割을 한다고 한다. 獨民法에서는 “原因”이란 用語를 使用하고 있는 그 第812條에서도 原因의 役割에 대해서 아무런 暗示를 하고있지 않다. 그러면 獨民法에서는 佛民法上 認定되는 原因의 役割이 否認되는 것인가? 以下 Maury 教授의 二重的 分類方法에 따라 佛·獨民法上 原因의 役割을 考察해 보기로 한다.

第 1 節 出損을 正當化하는 役割

原因概念의 史的 考察에서 본 바와같이 Canon 法學者들에 依한 私的 自治 내지 契約自由의 原則의 認定과 함께 原因의 概念이 債務 내지 出損行爲의 有效要件으로서 파악되었던 것이다. 債務者는 그의 債務를 負擔할 正當한 理由 혹은 原因이 있는가? 만약 原因이 없다면 그 債務는 效力을 가지지 못한다고 했던 것이다. 이와 같이 債務의 發生을 正當한 原因의 存否如何에 依存시킴은 確實히 債務者를 保護하게 되고 따라서 原因이 債務者의 出損을 正當化시키는 役割을 하게될 것이지만 그것은 동시에 去來의 迅速과 安全을 위협하게 된다. 그리하여 約 1世紀半 前부터 學者들은 債務와 原因과의 相互依存關係의 必要性에 대해서 의문을 품게 되었으며, 드디어는 實證法들이 그 相互依存關係를 끊고 部分的으로나마 所謂 抽因行爲를 認定하게 되었던 것이다. 事實上 獨逸學者들은 오래전부터 個人的 保護는 去來의 安全을 爲해서 양보되어야 한다고 주장해 왔으며 19世紀부터는 債務와 原因과의 相互 依存關係를 약화시키고 抽因行爲 (l'acte abstrait, abstrakte Geschäft)를 認定하게 되었다. 그러나 佛法과 그 學者들은 이와같은 法律行爲의 抽因化 傾向에 보다 消極的이었지만 그것을 완전히 무시하지는 못하게 되었던 것이다.

以下 나누어서 獨·佛民法上 有因·抽因行爲 (l'acte causé, kausale Geschäft; l'acte abstrait, abstrakte Geschäft)^⑤의 區別과 그 結果에 대해서 考察해 봄으로서 債務와 原因과의 相互依存

註 ④ Maury: Le concept et le rôle de la cause, op. cit., p. 484 et sv.

⑤ 여기서 有因行爲, 抽因行爲란 獨·佛語의 Kausale Geschäft, l'acte causé 와 abstrakte Geschäft, l'acte abstrait

關係가 어느 정도이면, 原因이 出損을 正當化하는 役割은 事實上 어떻게 어디까지 하고 있는가를 밝혀보기로 한다.

I. 獨民法上 有因·抽因行爲의 區別과 그 結果

1. 有因·抽因行爲의 區別 : 이미 Roma 法에서 抽因行爲라는 用語가 사용되었다고 하지만, 精確한 의미에 있어서의 抽因論은 獨逸學者들의 업적이며 그 始唱者로는 F. Carl von Savigny 와 Otto Bähr 인 것 같다.⁴⁶

Savigny 는 그의 System des heutigen römischen Rechts⁴⁷에서 契約에는 債務의 發生을 爲한 債務契約(Verpflichtungsvertrag)만이 있는 것이 아니고 物件의 引渡를 要하는 要物契約(Realvertrag)도 있는데 이 要物契約에 있어서의 物件의 引渡는 그 原因으로 부터 완전히 분리되는 것이라고 했다.

그런데 Savigny 의 이와같은 物件의 引渡에만 국한된 抽因論은 去來의 安全의 要求에서가 아니고 法源으로서의 Roma 法을 理論적으로 研究한 結果에서 나온 것이라고 한다.⁴⁸

抽因論을 보다 더 體系化시켜 說明한 者는 Otto Bähr 이다. 그는 모든 給付行爲는 原因을 가지는 것이 一般原則이라는 것을 認定한 後, 債務關係는 그 債務를 法律的原因으로부터 분리하는 人爲的 抽象化의 方法에 依하여 變型될 수 있는 것이라고 주장했다.⁴⁹ 그리고 原因과 債務와의 분리는 要式契約에 있어서 더욱 明白하다고 하면서, 그 예로 Roma 法上의 Stipulatio, 그 당시의 어음행위, 債務證書(Schuldschein), 領收證(Quittung) 등을 든 후에, 그는 나아가 原因으로부터 獨立·分雜될 수 있는 承認契約(Anerkennungsvertrag) 一般의 可能性까지 주장했던 것이다.⁵⁰

이와같이 Bähr 는 Savigny 와는 달리 Roma 法의 研究에서가 아니고 去來의 安全의 必要에서, 그리고 또 物件의 引渡에만 국한되지 않는 一般抽因論으로 發展시켰으며, 또 그것을 當事者의 주의를 喚起시키는 장점을 가진 要式主義와 結付시키고 있는 것이 특징이다.

Savigny 와 Bähr 에 依해서 發展된 抽因論은 1869年과 1871年의 18, 9次 獨逸法律家大會에서 認定을 받게 되고, 그後 많은 學者들은 出損行爲를 두개의 Catégorie 즉 一般原則의인 kansale

註 의 번역이다. 그런데 우리 말로는 그것이 有因行爲, 無因行爲로 통용되고 있는데, “無因行爲”라는 表現은 반드시 原因이 없는 行爲를 意味하는 것같은 印象을 주기 때문에 좋지 못한 번역인 것 같다. 우리 말로도 原語에 따라 抽因行爲라는 表現을 쓸 수 있을 것이기에 筆者는 以上 “抽因行爲”라고 稱하기로 한다.

⁴⁶ Christian Breyhan: Abstrakte Ubereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung, 1929, p. 121 et sv.; Ph. Heck: Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1939, p. 44 et sv.; K. Larenz: Allgemeiner Teil B. G. B. 1967, p. 329.

⁴⁷ III. B. 1840, § 140, IV. Vertrag.

⁴⁸ Breyhan; op. cit., loc. cit.; Heck: op. cit., loc. cit.

⁴⁹ Bähr 이 理論을 爲해선 Bähr: Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1894.

⁵⁰ Bähr: op. cit., p. 15 et 126; Bähr은 Stipulatio 의 例에서 債務의 約束과 原因과의 關係는 獨立의인 것이라고 했지만 原因이 없는 關係라고는 하지 않았으며 만약 그 stipulatio 가 原因없이 (sine causa) 이루어졌으면 衡平의 原則에 基한 Conductio 의 適用이 可能하다고 했다. (Bähr: op. cit., p. 46 et sv.)

Geschäft 와 例外的인 abstrakte Geschäft 로 나누게 되었으며, 이 學說上의 理論은 B.G.B. 立法에도 지대한 영향을 미치게 되어 비록 그 法條文上으로는 有因・抽因行爲라는 용어를 사용하고 있지 않지만 B.G.B. 의 많은 法律制度는 이 두가지 行爲의 區別을 前提하고 있는 것이다.⁵¹

出損行爲는 一定的의 目的을 달성키 위해서 이루어지는 것이기 때문에 原則적으로 原因이 모든 出損行爲의 構成要素가 되는 것은 극히 自然的이고 當然한 것이다. 따라서 모든 債務行爲 (Verpflichtungsgeschäfte)는 有因行爲이다.⁵² 그러나 債務行爲도 特別同意에 依해서 抽象化될 수 있으며, B.G.B. 는 그것을 위해서 一定的의 形式을 要하고 있는데, 債務의 約束이나 承認은 書面に 依한 意思表示로 해야할 것을 要함은 그 例이다. (B.G.B.§§780 및 781)

債務行爲와는 달리 物權行爲뿐만 아니라 債權의 讓渡 (§ 398), 債務의 免除 (§ 397) 및 債務의 引受 (§ 417—II)까지 포함하는 處分行爲 (Verfügungsgeschäfte)는 抽因行爲이며 證券的 行爲도 抽因行爲임은 물론이다. 그리고 不動產所有權移轉의 경우를 제외하고는, 一般的으로 抽因行爲인 것을 當事者들의 特別意思表示에 依해서 有因化할 수도 있다.⁵³

이와 같은 抽因의 原則이 法律效果를 簡潔・明確하게 할 뿐아니라 移轉된 權利를 安全하게 確保해 준다는 장점을 가지고 있어 오랫동안 學說上 支持를 받아오고 있으나, 約 半世紀 前부터 어떤 學者들은 이 原則의 認定에 대해서 疑問을 품고 있는 것도 사실이다. Enneccerus-Nipperdey⁵⁴는 實證法上 아주 불완전하게 실현되는 去來의 安全의 目的이 抽因의 原則을 正當化하는지 몹시 의심스럽다고 하며, 또 많은 學者들은 所有權移轉에 있어서의 去來의 安全은 抽因化의 方法에 依하지 않고 善意取得의 方法에 依해서도 確保될 수 있다는 점과, 買受人이 破産을 당한 경우에 賣渡人에게 가져오는 不利益을 고려해야 한다는 점 등에 착안해서 處分行爲를 有因的인 것으로 하는 것이 좋을 것이라고 한다.⁵⁵ 그러나 이러한 學說上의 反旗로 因하여 獨逸實證法이 未來에 法律行爲의 抽因의 原則을 완전히 포기하리라고는 말할 수 없을 것이다. Palandt⁵⁶는 “權利關係의 明確性에 대한 共同體의 利害와 善意의 第3者의 保護는 直接 當事者의 利害보다 앞서는 것이기에 直接 當事者의 範圍를 넘는 法律效果를 發生하는 法律行爲들은 반드시 抽因的인 것으로 남아야 한다”고 한다.

2. 그 結果 : 以上 有因・抽因行爲의 區別에서 본 抽因行爲란 元來부터 原因이 없는 行爲를

註 51) Neubecker; Das abstrakte Vertrag in seinem historischen und dogmatischen Grundzügen, in Arch. Ziv. Prax. 72-34; F. Klingmüller: Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des B. G. B., in Arch. Ziv. Prax. 97-211.

52) Enneccerus-Nipperdey: op. cit., § 148-I, 5 a.

53) Westermann: Sachenrecht, 1960, § 4, IV. 2; Bauer: Lehrbuch des Sachenrechts, 1960, § 5, IV. 3.

54) Enneccerus-Nipperdey: op. cit., loc. cit.

55) Enneccerus-Nipperdey; op. cit., loc. cit.; Lehmann: op. cit., 25-III, 4°; May: Die Möglichkeit der Beseitigung des Abstraktionsprinzips bei den Verfügungsgeschäften des Fahrnisrechts, 1952.

56) Palandt; Kurz Kommentar B. G. B. § 104, No 3, e)

意味하는 것이 아니고 단지 그 行爲의 有效性이 人爲的 法技術로 인하여 原因으로부터 抽象化 내지 分離된 行爲를 意味하는 것일 따름이다.

그러므로 原因의 缺如는 有因行爲에 뿐만 아니라 抽因行爲에도 그 影響을 미치는바 以下 考察해보기로 한다.

우선 有因行爲에 있어서 原因은 그 法律行爲의 構成要素이므로 法律行爲의 存在는 原因의 그것과 불가분의 관계에 서게 되어 有因行爲는 原因과 함께 發生하고 消滅하게 된다. 이와같은 原因의 必要는 19世紀末 Windscheid 를 비롯한 일련의 學說에 의해서 주장되었으며, B.G.B. 가 비록 그의 法律行爲編에서 明示的으로 이 原因의 必要性을 規定하고 있지는 않지만 그것을 默示的으로 承認하고 있다고 보아야 할 것이다. 故로 有因行爲에 있어서 原因은 그 行爲의 構成要素(Geschäftsbestandteil)이며 그 缺如는 債務의 發生을 방해하게 된다.⁹⁾

다음 抽因行爲에 있어서 原因의 缺如는 어떠한 結果를 가져오는가? 이 경우에 있어서 原因의 缺如가 抽因行爲의 結果에 대해서 아무런 影響을 미치지 않는 것은 아니다. 즉 抽因化로 인하여 抽因行爲自體는 有效한 것으로 남게 되지만 原因의 不存在에도 불구하고 有效하게 된 抽因行爲의 結果로 발생한 不均衡은 衡平의 原則에 基해서 B. G. B. § 812以下에서 規定하고 있는 不當利得返還制度의 適用에 依해서 均衡化되어질 것이다. 예컨대 典型的인 抽因行爲라고 할 수 있는 不動產 所有權移轉의 경우를 보자. 甲이 乙에게 I라는 不動產의 賣買契約(有因行爲)을 締結하고 소정의 節次에 따라 그 不動產 I를 乙에게 移轉行爲(Aufassung 抽因行爲)을 했다고 가정하자. 그런데 그後 어떤 理由로 賣買契約(有因行爲)이 無效가 되면 그 不動產의 移轉行爲는 原因이 없는 것이 된다. 그러나 그것은 抽因的인 것이기에 原因의 缺如(賣買契約의 無效)에도 불구하고 有效하게 되므로 乙은 그 移轉行爲에 依하여 有效하나마 不當한 利得을 取하게 될 것이다. 故로 甲은 B. G. B. § 812에 基한 Condictio의 適用에 依하여 不當利得의 返還을 請求할 수 있으며, 이 Condictio는 人爲的 法技術인 法律行爲의 抽因化로 인하여 초래된 不均衡을 衡平化하게 될 것이다. 그러면 이 Condictio의 適用에 依한 衡平化는 어떻게 나타나며 그 結果가 有因行爲에 있어서의 原因의 缺如와 비교할 때 어떤 차이가 있는가를 考察키 위해서 本問題와 관련되는 範圍內에서 B. G. B.의 不當利得返還制度를 간단히 살펴보기로 한다.

古代회랍의 Némésis 神話에 그 起源을 가진다고 하는 人間사이에 있어서 衡平(Aequitas)은 유지되어야 한다고 하는 所謂 衡平의 原則에 立脚한 Condictio가 制度化된 것은 Roma 法에서 부터이다. Roma 法에서는 엄격한 要式主義의 結果로 發生하는 不均衡을 구제하기 위한 수

註 9) Locher: Das Recht der Wertpapiere, 1947, V°, Causa, III-a; Enneccerus-Nipperdey: op. cit., § 148-I; Lehmann: op. cit., § 25-III, 2. Palandt: op. cit., loc. cit; Ortmann: Kommentar zum Bürg. Gesetzbuch, Allg. Teil, III. No 7.

단으로 法務官法(Ius practorium)에서 이 制度가 생겼는데, Roma 古典時代 法學者들은 이 *Condictio* 를 一般原則인 *Condictio sine causa* 와 特別境遇에 適用키 위한 *Condictio Causa data causa non secuta*, *Condictio indebiti*, *Condictio ob turpem* 이나 *injustam causam* 으로 나누었는데, 네가지의 特別境遇의 適用이 不可能한 境遇에만 *Condictio sine causa* 의 適用을 허용했던 것이다.⁵⁸

B. G. B. § 812 以下에서 規定하고 있는 不當利得返還制度는 바로 이 Roma 法制度를 그대로 繼受한 것이라고 하겠다. 즉 B. G. B. § 812는 *Condictio sine causa* 를, § 813과 § 814는 *Condictio indebiti* 를, § 815는 *Condictio causa data causa non secuta* 를, § 816는 不當한 處分の 境遇를 위해서, 그리고 § 817는 *Condictio ob turpem causam* 과 *Condictio ob injustam causam* 을 規定하고 있는 것이다.⁵⁹

以上の 모든 경우의 *Condictio* 에 있어서 공통적으로 不當한 利得의 存在를 前提로 하지만 獨逸學者들이 말하는 正當한 理由 혹은 原因(*Rechtfertigungsgrund*)의 缺如는 여기서 우리가 말하는 협의의 의미에 있어서의 原因의 缺如와는 그 範圍가 다르다. 獨逸學者들이 말하는 正當한 原因의 缺如의 境遇는 세가지 *Catégorie* 를 포함한다. 즉 1° 利得이 損失者의 自意的 給付行爲에 依하여 생긴 境遇, 2° 利得이 損失者의 意思의 介入이 없이 他人의 行爲로 因하여 생긴 境遇, 3° 그리고 利得이 直接 法律의 規定에 依하여 생긴 境遇 등을 포함한다.⁶⁰

그런데 여기서 問題되는 것은 利得이 損失者의 自意的 給付行爲에 依하여 생긴 境遇이다. 이 境遇에 있어서 原因缺如의 形態로써 學說과 判例는 세가지를 드는데, 첫째 目的設定의 缺如(*Fehlen der Zwecksetzung*)이다. 例컨대 賣買契約에 基해서 所有權을 移轉했는데 그 賣買契約이 어떤 理由로 無效로 된 境遇이다.⁶¹ 둘째 當事者에 依해서 定해진 目的이 不到來한 때 (*Nichteintritt des Zwecks*)이다. *Condictio indebiti* 와 *Condictio causa data causa non secuta* 가 여기에 속하며, 結婚後에 정착하기 위해서 約婚女가 그의 約婚者에게 어떤 家屋을 移轉했으나 그 후에 破婚이 된 境遇는 그 例라 하겠다.⁶² 셋째 이미 實現된 目的이 後에 消滅하는 때(*Späterer Wegfall des Rechtsgrundes*, *Condictio ob causam finitam*)이다. 解除條件의 成就나 贈與의 撤回는 그 例라고 하겠다.⁶³

위의 어느 境遇에 屬하든 損失者는 *Condictio* 의 實現으로 不當利得의 返還을 請求할 수 있

註 58 F. Goré: L'enrichissement aux dépens d'autrui, 1945, N° 6, 10 et sv.

59 Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürg. Rechts, Recht der Schuld-verhältnisse, § 220-II.

60 Enneccerus-Lehmann: op. cit., § 222; Palandt: op. cit., § 812, No 6; Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, II. B. § 62, I.

61 Enneccerus-Lehmann; op. cit., § 222-I, 1°; Palandt: op. cit., loc. cit., R. G. 18. 3. 1925- R. G. Z. 111-98; R. G. 30. 7. 1932-R.G.Z. 137-171.

62 Enneccerus-Lehmann: op. cit., § 222-I. 2° et § 224; Palandt; op. cit. loc. cit.; R.G. 17. 12. 1907- R.G.Z. 67-240; R. G. 7. 5. 1927- L.Z. 1925-712.

63 Enneccerus-Lehmann: op. cit., § 222-I, 3° ; Palandt op. cit., § 818-N° 6.

는데 그 返還의 對象과 *Condictio*의 實現條件은 무엇인가? 利得의 返還에 대해서 B. G. B. § 818가 規定하고 있는데, 本條는 Palandt⁶⁴가 말하는 것처럼 返還義務者는 利得도 損害도 보지않아야 한다는 基本理念에 基하고 있다. 返還의 對象 혹은 目的物은, 첫째 利得者는 그가 取得한 物件自體를 返還해야하는 것이 原則이다. 故로 만약 그 物件이 不動產이라면 利得者는 B. G. B. § 875에 依한 登記(Eintragung)의 抹消를 해야할 것이다. 둘째 利得者는 만약 그것이 存在한다면 B. G. B. § 100에서 規定된 法律的 혹은 自然的 利益(Nutzungen)을 返還해야 한다. 셋째 利得者는 그가 얻은 權利나 物件의 侵奪이나 破壞로 因하여 賠償받은 것이 있다면 그 賠償으로 取得한 것을 返還해야 한다. 그리고 境遇에 따라서는 利得者가 取得한 物件이나 權利 自體의 返還이 不可能한 境遇가 있을 수 있는데 이 境遇에는 그 價値를 賠償해야 한다.⁶⁵

이러한 價値의 賠償에 依한 返還方法은 B. G. B. § 818-2에서 “取得한 것의 性質로 因하여 그 返還이 不可能하거나 受益者가 其他의 理由에 基하여 返還을 할 수 없는 狀態에 있는 때에”라 規定하고 있는 것으로 보아 그것이 例外的 方法임을 알 수 있다. 그리고 그 賠償할 價値의 評價方法에 대해서는 B. G. B. 에 아무런 明文規定이 없으나 判例는 客觀的 價値라고 한다.⁶⁶

*Condictio*의 實現條件으로 첫째 들어야 할 것은 利得의 存在이다.⁶⁷ 이 利得은 法律的 概念이 아니고 經濟的 概念인 것으로 理解되고 있다. 利得의 範圍에 關해서는 B. G. B. §§818~820에서 特別規定을 두고있다.

둘째 利得返還義務를 지는 者가 문제인데, 그 返還義務를 지는 者는 原則적으로 受益者나 그의 相續人일 것이다. 그러나 그 受益物이 第3者에게로 넘어간 경우에는 어떻게 될 것인가? 이 경우에 대해서 B. G. B. § 822에서 受益者가 그 取得한 것을 第3者에게 無償으로 出損하고 이로 因하여 受益者의 利得返還義務 自體가 排除되는 限度에서 第3者는 一般規定에 準해서 返還의 義務를 진다고 規定하고 있기 때문에, 一般的으로는 受益者로부터 그 受益物의 出損을 받은 第3者는 返還의 義務를 지지 않는다고 解釋해야 할 것이다.⁶⁸

以上の 考察로부터 原因의 缺如는 그것이 有因行爲에 있어서이든 抽因行爲에 있어서이든 지대한 영향을 미치고 있다는 것을 알 수 있다.

理論적으로 볼 때에는 그것이 有因行爲이나 抽因行爲이나에 따라서 큰 차이를 나타낸다. 만약 그것이 有因行爲라면 原因의 缺如로 因하여 그 有因行爲 自體가 無效로 될 것이다. 그러나 만약 그것이 抽因行爲라면 原因의 缺如에도 불구하고 그 抽因行爲 自體는 有效한 것으로 되므로 原因

註 64 Palandt: op. cit., § 818-N° 1.

65 Enneccerus-Lehmann: op. cit., § 227-I, II; Palandt: op. cit., § 818-N° 2, 3, 4, 5; Ortman: op., cit., Recht der Schuldverhältnisse, § 818-N° 2.

66 R.G. 3. 5. 1935-R.G.Z. 147-398.

67 Enneccerus-Lehmann: op. cit., § 227-III; Palandt: op. cit., § 818-N°6. Ortman: op. cit., § 818-N°3.

68 Enneccerus-Lehmann: op. cit., § 228-II.

의 缺如로 損害를 본 者는 그 抽因行爲 自體의 無效訴訟을 提起할 수는 없고 受益者에 대해서 다만 그 利得의 返還請求(Condictio)를 할 수 있을 따름이다. 그러나 實際的 見地에서 볼 때에는 그것이 有因行爲이나 抽因行爲이나에 따라서 큰 차이를 나타내지 않는다고 할 수 있겠다. 有因行爲에 있어서의 原因의 缺如는 그 行爲自體를 無效로 하기 때문에 그 結果 이미 行해진 給付의 返還을 第3者에게 대해서도 請求할 수 있음에 反하여, 抽因行爲에 있어서의 原因의 缺如는 受益者便으로 보아 利得이 存在하는 境遇에 限해서 損失者가 그 返還을 請求할 수 있으며 受益物이 第3者에게로 넘어간 경우에는 原則적으로 그 第3者에 대해서 返還請求를 할 수 없는 것이다. 그렇지만 原因의 缺如로 因한 出損行爲는 一般的으로 한便에게는 損害를 주고 또 다른 便에게는 利得을 주게 되는 것이 보통이며, 또 B. G. B. § 822에서 一定한 境遇에는 第3者에 대해서도 利得返還請求의 可能性을 規定하고 있을 뿐 아니라, B. G. B. § 818에서 受益物 自體의 返還을 原則으로 規定하고 있기 때문에 原因缺如의 實際的 結果내지 解決에 있어서는 有因行爲에 있어서나 抽因行爲에 있어서나 큰 차이가 없다고 할 것이다. 이와같은 解決내지 結果는 人爲의 法技術인 法律行爲의 抽因化(abstraction, Abstraktion)에도 불구하고 衡平和 意思自治의 原則을 그 基本理念으로 하는 B. G. B.의 當然한 歸結일 것이다.

II. 佛民法上 有因·抽因行爲의 區別과 그 結果

1. 有因·抽因行爲의 區別: 佛民法은 그 第1131條에서 原因없는 債務는 아무런 效力이 없다고 規定함으로써 抽因行爲의 存在를 否定하고 있다. 이미 본바와 같이 法律行爲에 있어서의 有因·抽因行爲의 區別은 19世紀初 獨逸學者들에 依해서 發展된 것이었기에 Napoléon 法典 制定者들에게는 抽因論이 問題되지 않았던 것이다.

그러나 佛民法 第1132條에서 “비록 原因이 表示되지 않았더라도 協約의 效力엔 영향이 없다”고 하고 있기에 本條가 抽因行爲의 可能性을 規定한 것인가의 與否에 대해서 學說上 다툼이 있다. ㉞ 本條가 抽因行爲의 可能性을 規定한 것이라고 주장하는 者로는 Aubry et Rau와 Capitant을 들 수 있다. Aubry et Rau^㉞는 本條에서 말하는 協約(la convention)은 債務의 承認(la reconnaissance de la dette)과 辨濟의 約束(la promesse de payer) 등의 意味를 包含한다고 하면서, 前者에 關한 行爲일 때에는 그것이 抽因의인 것이고 後者에 關한 것일 때에는 그것이 有因의인 것이라고 한다. Capitant^㉞은 本條는 단지 債務의 協商(la négociation de l'obligation)에 關한 規定이라고 하면서 마치 寫眞이 目的物을 明確히 反影하듯이 當事者에 의해서 作成된 證書는 그들의 協商을 明確히 表現하는 것이기에 本條는 抽因行爲의 有效性을 規定하고 있음에 틀림없다고 한다. 그러나 오늘날 通說과 判例는 이와 반대로, 第1132條는 단지 證

註 ㉞ 學說上的 論爭에 대해서 特히 Gaudemet: op. cit., p. 118 et sv. 참고.

㉞ Aubry et Rau: Cours de droit civil français, 6ème éd. par Bartin, T. IV, § 345, note 20.

㉞ H. Capitant: op. cit., N° 165.

據問題에 關한 規定으로서 原因이 만약 證書에 表示되지 않았더라도 그 法律行爲는 有效하다는 것을 意味할 따름이라고 한다. 즉 原因이 證書에 表示되지 않았더라도 本條에 의하여 그 原因의 存在는 推定되는 것에 不過하므로 債務者는 原因不存在의 反證에 의하여 그 推定을 顛覆시킬 수 있다는 것이다.⁷² 생각컨대 本1132條로부터 아무런 特別形式도 없이 抽因行爲의 存在를 認定하는 것은 原因存在의 必要를 基本理念으로 하는 佛民法上的 原則(同法第1108 및 1131條참고)에 모순된다고 해야 할 것이다. 通說과 判例의 解釋처럼 本條는 原因의 存在를 推定하는 것에 不過하고, 그 推定은 原因存在의 必要性을 前提하는 것일 것이기에 結局 本條는 原因存在의 必要性을 再確認한 것에 不過하다고 보아야 할 것이다.

佛民法 第1132條가 抽因行爲의 可能性을 肯定할 수 있는 基礎가 되지못한다고 해서 佛民法上 抽因行爲가 전적으로 否認되고 있는 것은 아니다. 契約當事者사이(inter partes)의 關係에 있어서 債務는 항상 有因의이지만 當事者 以外 第3者의 介入을 要하는 三角的 法律關係(la relation juridique triangulaire)에 있어서는 原因과 債務가 分離되어 所謂 抽因行爲가 可能한 것을 볼 수 있는데, 保證契約(le cautionnement), 委任契約(la délégation) 그리고 證券的 行爲(les titres négociables) 등은 그 例라고 할 수 있겠다.

佛民法上 保證契約은 保證人(la caution)이 債權者(le créancier)에 대해서 一定한 境遇에 主債務者(le débiteur principal)의 債務를 履行키로 하는 三角關係의 契約으로, 保證人이 그 保證債務를 負擔하는 原因은 단지 保證人和 主債務者와의 사이에서만 存在하는 것이므로 債權者는 그것을 알지 못하는 것이 보통이다. 따라서 權利關係의 安定과 衡平의 理念에 立脚하여 많은 學者들은 保證契約의 抽因性을 認定함으로써 保證人이 保證債務를 負擔하게된 原因의 不存在를 理由로 債權者에 대해서 保證債務의 無效를 주장할 수 없다고 한다.⁷³ 委任契約은 受任者(le délégué)가 委任人(le délégant)의 債權者인 第3者(le délégataire)에 대해서 委任人의 債務를 履行할 것을 內容으로하는 三角關係의 契約으로서 保證債務에 있어서처럼 受任人和 委任人의 債權者(le délégataire)와의 사이의 債務關係는 抽因의이다. 왜냐하면 受任債務의 原因은 단지 受任人和 委任人 사이의 關係에서만 存在하기 때문이다. 學說과 判例는 保證契約에서와 마찬가지로 理由로 이 委任契約의 抽因性을 認定하는 것이 一般의이다.⁷⁴ 證券的 行爲는 佛民法 第1690條에서 規定하고 있는 債權讓渡(la cession de créance)를 爲한 特別要件을 갖

註 72) Planiol, Ripert et Esmein: op. cit., T. VI, N° 266 et sv.; Ripert et Boulanger: op. cit., T. II, N° 305; Mazeauds; op. cit., T. II, N° 290; Gaudemet: op. cit., p. 132; civ. 22. 5. 1944-106; Paris 22. déc. 1933-S. 1934-2-138; Angers 10. déc. 1952-J. C. P. 1953-IV-39.

73) 佛民法 第2011條以下참고. 그리고 H. Capitant: op. cit., N° 184; Planiol, Ripert et Esmein: op. cit. N° 269; Ripert et Boulanger: op. cit., T. II, N° 1787; Beudant-Voirin: Cours de droit civil français 2ème éd. T. XIII,

74) 佛民法 第1275, 1276條참고. 그리고 Planiol, Ripert et Esmein: op. cit., N° 271; Ripert et Boulanger: op. cit., N° 1787; Capitant: op. cit., N° 178; Mazeauds: op. cit., T. II, N° 1246; civ. 31 mars 1852-D.P. 1852-I-161; civ. 4. mars 1910-S. 1913-I-241.

할 필요없이 一定한 樣式에 의해서 第3者에게로의 讓渡가 가능한 證書(les titres)로 債務를 確認하는 行爲이다. 그런데 여기서 證書發行人인 本債務者와 讓渡人 그리고 讓受人의 關係는 역시 三角關係로서 本債務者는 讓渡人에게 對抗할 수 있는 事由(原因)로 善意的 讓受人에게 對抗할 수 없기 때문에 讓受人과 本債務者와의 關係는 抽因的인 것이 된다.⑤

獨民法에서는 抽因行爲를 一般的으로 認定하고 있으나 佛民法에서는 이와같이 第3者의 介入을 要하는 三角的 法律關係에 있어서만 第3當事者의 保護와 去來安全의 理念에 基해서 例外的으로 抽因行爲의 概念을 認定하고 있다. 그러나 三角的 法律關係에 있어서도 兩民法上 抽因化의 原則은 두가지 點에서 큰 差異가 있다.

첫째 獨民法에서와는 달리, 佛民法上 第3當事者의 保護를 爲해서 認定되고 있는 抽因行爲에 있어서 만약 그 第3當事者가 原因의 不存在를 알았을 境遇에는 그 行爲의 抽因性이 認定되지 않는다.⑥

둘째 獨民法에서는 이 抽因化가 하나의 原則으로서 三角的 法律關係에서만 認定되는 것이 아님은 물론 三角的 法律關係 自體에서도 第3當事者에 대한 關係에서 뿐만 아니라 當事者이사(inter partes)에서도 마찬가지로 그 抽因性이 認定되는데 反하여, 佛民法에서는 當事者사이에서는 絶대로 抽因性이 認定되지 않는다. 즉 原因의 不存在를 理由로 保證人은 主債務者에 대하여, 受任人은 委任人에 대하여 그리고 本債務者는 第1讓渡人에 대하여 항상 抗辯할 수 있고 賠償을 請求할 수 있는 것이다.

2. 그 結果: 佛民法上 모든 法律行爲는 原則적으로 그 原因과 不可分의 關係에 있기 때문에 Napoléon 法典 制定者들은 단지 有因行爲(les actes causés)에 關해서만 原因缺如를 考慮規律하고 있다.

첫째 有因行爲에 있어서 原因缺如의 結果에 대해서는 佛民法 第1131條에서 明確히 規定하고 있는바, 本條는 “原因이 없거나 虛偽이거나 혹은 不法의인 것에 基한 債務는 아무런 效力도 가지지 못한다”고 하고있다. 그런데 本條에서 “原因이 없는 債務(l'obligation sans cause)”와 “虛偽의 原因을 가진 債務(l'obligation sur une fausse cause)”를 區別하고 있다. 이 區別에 대해서 Ripert et Bonlanger⑦는 이와같은 法律上 두가지 表現은 하나의 같은 境遇를 가리키는 것으로서 단지 그 觀察側面에 따라서 이와같은 두가지 表現으로 나타난다고 한다. 즉 客觀的 立場에서 考察할 때에는 原因없는 債務(l'obligation sans cause)로, 主觀的 立場에서 考察할 때에는 虛偽의 原因을 가진 債務(l'obligation sur une fausse cause)로 表現된다는 것

註 ⑤ Planiol, Ripert et Esmein: op. cit., N° 273; Capitant: op. cit., N° 185 et sv. G Ripert: Droit commercial, 1954, N° 1805 et 1839; civ. 1. juillet 1931-S. 1931-I-64; Req. 19. nov. 1928-D.P. 1930-I-75.

⑥ Capitant: op. cit., N° 178; Rennes 14 Juillet 1951-D. 1952-712.

⑦ Ripert et Boulanger: op. cit., T. II, N° 294; Mazeauds: op. cit., N°, 277.

이다. 그러나 Maury⁷⁸ 教授가指摘하는 바와 같이 이 두 表現은 同一境遇를 가리키는 것이 보통일 것이나 原因이 없는 境遇에 항상 虛偽의 原因이 있다고는 말할 수 없을 것이다.

如何든 虛偽의 原因의 境遇이든 原因이 없는 境遇이든 항상 그 法律的 效果는 同一하게 된다. 事實上 判例는 原因의 不存在나 虛偽의 原因에 基하여 約束된 債務의 無效를 宣言하고 있는 것이다. 例컨대 佛大審院 民事部 (la cour de cassation, chambres civiles)는⁷⁹ “雙務契約에 있어서 各當事者의 債務의 原因은 他方當事者의 債務가 有效하게 履行될 것을 考慮하는데 있다. 그런데 그 兩當事者中 一方當事者의 債務가 履行되지 않게 되거나 혹은 그것이 無效가 되거나 實現 不可能한 것으로 될 때에는 原因이 缺如되는 것이다”고 함으로써 그 契約을 無效로 하고 있다. 그리고 片務契約이나 要物契約에서도 判例는 原因의 缺如로 無效를 宣言하고 있다.⁸⁰ 그런데 贈與에 있어서 그 贈與의 原因은 贈與意思 (animus donandi)이므로, 贈與意思 없는 贈與 즉 原因없는 贈與란 생각할 수 없는 것이기 때문에 贈與에 있어서는 實際上 虛偽의 原因의 境遇만 문제될 것이다.

要컨대 雙務契約이든 片務契約이든 혹은 有償契約이든 無償契約이든 간에 原因의 不存在나 虛偽는 항상 그 契約의 無效라는 同一한 法律效果를 가져오게 된다.

그러나 原因의 缺如로 因한 債務의 無效는 絶對的 無效인가 혹은 相對的 無效인가에 대해서 學說·判例上 다툼이 있다. 多數說⁸¹은 原因은 法律行爲의 構成要素이기 때문에 그의 缺如是 法律行爲의 成立을 막게 되고 原因없는 債務나 虛偽의 原因을 가진 債務는 法律的으로 不存在하는 것이 된다고 한다. 따라서 이 境遇에는 그 債務를 追認 (la confirmation) 할 可能性도 없으며 無效訴訟의 除斥期間은 30年이라고 한다. 이에 대해서 小數說⁸²은 原因의 缺如로 因한 契約의 無效는 個人的 利益의 保護를 爲한 것이기 때문에 原因을 缺한 債務도 追認할 수가 있으며 그 無效訴訟의 除斥期間은 10年이라고 한다. 생각컨대 原因의 缺如로 因한 債務의 無效는 確實히 債務者의 個人的 利益을 保護하는 役割을 하게 된다. 그러나 그 보다도 먼저 原因은 法律行爲의 有效를 爲한 本質的 要素의 하나이기 때문에 그 本質的 要素를 缺한 行爲는 絶對的 無效라고 理解함이 自然的이고 理性的인 推理일 것이다.

둘째, 有因行爲에 있어서 原因의 缺如是 絶對的 無效의 結果를 가져온다면, 佛民法이 認定하는 例外的 境遇인 몇개의 抽因行爲 (les actes abstraits)에 있어서 原因의 缺如是 어떠한 結果를 가져오는가?

註 ⁷⁸ Maury: Dalloz Encyclopédie V° Cause, N° 97.

⁷⁹ civ. 30. déc. 1941-D. 1942-98; Req. 15. juin 1933-D.H. 1933-377; civ. 18. avril 1953-J.C.P. 1953-IV-81.

⁸⁰ Paris 9. fév. 1867-D.P. 1867-II-195; Rennes 11. avril 1905-D. P. 1906-II-257.

⁸¹ Aubry et Rau: op. cit., T. IV, § 345; Josserand: op. cit., T. II, N° 136; Colin et Capitant: op. cit., T. II, N° 102; Mazeauds: op. cit., N° 282; Maury: Dalloz Enc. V° Cause, N° 109; Carbonnier: Droit civil, N° 131; civ. 16. nov. 1932-S. 1934-I-1.

⁸² Planiol, Ripert et Esmein: op. cit., N° 263; Req. 9. juin 1947-S. 1947-75.

委任契約에 있어서 委任人의 債權者인 第3當事者(le délégataire)에 대한 受任人의 受任債務의 原因은 항상 受任人과 委任人과의 關係에서 存在하는 것이므로 만약 受任人과 委任人을 맺는 關係에서 그 原因이 缺如된다고 하더라도 그것은 受任人과 第3當事者와의 關係엔 아무런 영향을 주지 않게된다. 그리고 保證契約에서나 證券의 行爲에서도 마찬가지로의 結果를 생각할 수 있다. 그러나 當事者사이(inter partes) 즉 受任人과 委任人, 保證人과 主債務者 그리고 本債務者와 第1讓渡人사이의 關係에 있어서는 賠償의 문제가 생기게 될 것이다. 왜냐하면 當事者사이에 있어서는 항상 有因의인 것이기 때문이다. ④ 三角的 法律關係에 있어서의 이와같은 佛民法上的 解決은 正當하고 조금도 衡平의 原則에 違背되지 않기에 獨民法에서와 같은 不當利得 償還의 문제는 일어날 여지가 없다.

以上の 考察을 통해서 우리는 佛民法에 있어서나 獨民法에 있어서나 原因은 모든 有因行爲에 있어서 그 法律行爲의 本質的 要素로서 그의 缺如是 그 行爲의 效力에 直接的인 영향을 미치고 있다는 것을 알 수가 있다. 그리고 抽因行爲에 있어서도 原因의 必要性이 間接的 方法으로 나타나고 있는데, 獨民法에서는 不當利得 返還制度를 통해서, 그리고 佛民法에서는 三角的 法律關係에 있어서의 當事者 사이의 賠償制度를 통해서 우리는 그것을 충분히 理解할 수 있다. 이와같이 原因은 有因行爲의 境遇엔 直接的 方法으로 그리고 人爲的 法技術인 抽因行爲의 境遇엔 間接的 方法으로 모든 出損行爲를 正當化하는 役割을 하고있는 것이다.

第 2 節 法律行爲를 道德化하는 役割

原因概念의 把握이 法律行爲 特히 契約을 道德化하고 있다는 것은 佛民法上 아무런 의심의 여지가 없다. 佛民法 第1131條는 “原因이……不法의인 것에 基한 債務는 아무런 效力도 가지지 못한다”고 規定하고, 그 第1133條에서는 “原因이 法律에 依하여 禁止되거나 善良한 風俗 혹은 公共의 秩序에 違背될 때에는 不法의이다”라고 함으로서 原因이 法律行爲를 道德化하고 그에 따라 一般利益과 公共의 秩序를 保護하고 있음을 明示的으로 規定하고 있기 때문이다. ⑤

佛民法이 이와같이 原因의 概念으로 하여금 法律行爲를 道德化하는 役割을 明示的으로 規定하고 있는가 하면 獨民法에서는 이와 類似한 規定을 何條에서도 찾아볼 수 없다. 法律이나 善良한 風俗에 違背되는 法律行爲의 運命을 規定하고 있는 B. G. B. § 134나 § 138의 1°은 각각 “法律의 禁止에 違反하는 法律行爲는 當該 法律에 依하여 다른 結果를 發生하지 아니하는限 無效이다” “善良한 風俗에 違反하는 法律行爲는 無效이다”라고만 規定하고 있어 조금도 原因의 概念에 基하거나 그에 대한 暗示를 주고 있지도 않다.

註 ④ Capitant: op. cit., N° 178; Planiol, Ripert et Esmein: op. cit., N° 271; Ripert et Boulanger: op. cit., N° 1787; Mazeauds: op. cit., T. II, N° 126.

⑤ 佛民法 第1131條와 第1133條에서 不法的(illicite)란 用語를 쓰고 있는데 여기서 不法的이란 말에 두가지 意味가 包含되어 있다. 즉 法律의 意味로서의 法律이나 公共의 秩序에 違反되는 것을 의미함과 同時에 善良한 風俗에 違反하는 不道德的인 것도 意味하고 있는 것이다.

이와같이 獨民法이 佛民法과는 달리 實證法 形式上 本題에 있어서 조금도 原因의 概念에 基하고 있지 않다고해서 原因이 法律行爲를 道德化하는 役割이 獨民法上 完全히 否認되고 있다고 할 수가 없을 것이다. 왜냐하면 獨民法도 不法의이거나 不道德의인 法律行爲를 禁止하고 있는 데(B. G. B. §§134와 138), 그 法律行爲의 不法性이나 不道德性을 鑑定하기 爲해서는 事物의 性質上 必然的으로 原因으로 理解되는 行爲者의 決定的 動機나 目的의 探究가 必要할 것이기 때문이다.

그러므로 原因이 法律行爲를 道德化하는 役割을 理解하기 爲해서 우리는 實證法 規定의 外見에 依할 것이 아니라 學說과 判例가 實際上 法律行爲의 不法性이나 不道德性을 어떻게 鑑定하고 있는가를 考察해 볼 必要가 있겠다. 그리고 兩民法上 共히 不法의이거나 不道德의인 法律行爲는 無效라는 制裁를 받게되고 또 그 制裁를 強化하기 爲해서 不道德의인 動機나 目的으로 因하여 行해진 給付의 返還을 거절하고 있는데 여기서 또 間接的인 方法으로나마 原因이 法律行爲를 道德化하는 役割을 찾아볼 수가 있겠다.

以下 나누어서 兩民法上 法律行爲의 不法性 및 不道德性의 鑑定과 그 結果에 대해서 考察해 봄으로서 原因이 어느 정도로 法律行爲를 道德化하는 役割을 하고있는 가를 探究해 보기로 한다.

I. 原因의 探究에 依한 不法性 및 不道德性의 鑑定

1. 佛民法上 不法性 및 不道德性의 鑑定 ; 第1章 原因의 概念編에서 본 바와같이 現在 佛國에서의 原因概念의 定義에 대한 通說은 折衷說로서 原因은 항상 當事者가 追求한 目的(le but)으로 理解된다. 그런데 債務關係의 存在與否의 鑑定이 문제될 때에는 原因은 항상 一般的 抽象的 目的으로 把握되며, 法律行爲의 適法性이나 道德性 與否의 鑑定이 문제될 때에는 그것은 當事者가 追求한 具體的, 個別的 目的(le but concret et particulier)으로 나타난다는 것을 보았다. 그리고 上記한 佛民法 第1131條와 第1133條는 法律行爲의 不法性이나 不道德性의 決定은 原因의 探究에 基할 것을 明示的으로 規定하고 있기도 하다. ㉞

그런데 一部の 反原因論者들은 特히 G. Planiol 은 ㉞ 佛民法 第6條에서 “特別協約에 依해서 公共의 秩序나 善良한 風俗에 관한 法律에 違反할 수 없다”고 規定하고 있기 때문에 法律行爲

註 ㉞ 어떤 債務關係는 그 內容인 債務의 客體(l'objet de l'obligation)의 適法性이나 道德性 與否의 鑑定에 依하여 그 것이 不法의이거나 不道德의이 될 수 있음은 물론이다. 그러나 그 客體의 不法이나 不道德性에 基한 債務關係의 無効化는 一般的·社會的 利益의 保護를 爲해서 充分하지 못하다. 例컨대 A가 B로부터 補償을 받는 代價로 어떤 犯罪을 犯하기로 한 境遇에 있어서 債務의 客體는 A의 犯罪行爲와 B의 補償行爲이다. 그런데 A의 犯罪行爲는 不法의이지만 B의 補償行爲 自體는 不法의이 아니다. 故로 만약 A가 약속한 犯罪을 사실상 犯한 後에 B로부터 그에 대한 補償을 請求한다면 B의 補償行爲 自體는 不法의인 것도 아니며 原因이 없는 것도 아니다. 따라서 이 境遇에 있어서 客體의 不法性이나 不道德性만으로는 社會的 利益의 保護를 充分히 期할 수 없게 되며 또 一般的으로 債務의 客體自體는 不法의이거나 不道德의인 것이 아님에도 불구하고 當事者가 그 客體의 實現으로 因하여 不法의이거나 不道德의인 行爲의 完成을 爲한 도움이 되고 있는 境遇에도 마찬가지이다.

㉞ Planiol: op. cit., T. I, N° 291 et sv; Laurent: op. cit., T. I, N° 56.

의 道德性 與否의 鑑定을 爲해서 구태어 原因의 概念에 依據할 필요가 없으며 따라서 佛民法 第1131條와 1133條는 필요없는 規定이라고 주장한다. 그러나 오늘날 通說은⁸⁷ 이와 반대로 佛民法 第6條는 公共의 秩序나 善良한 風俗에 關係되는 法律에 違反되는 特別協約만을 禁止하는 것이라고 한다. 즉 本條는 強行法規와 任意法規를 區別하고 私의 自治의 原則에 依해서도 이 強行法規에는 違反할 수 없음을 闡明하고 있음에 不過하다는 것이다. 故로 本條에 依해서 는 아무런 法律規定에도 違反되지는 않지만 公共의 秩序에 反하거나 혹은 不道德의인 法律行爲를 禁止할 수가 없는 것이므로 第1131條와 1133條는 獨立된 存在意義를 가지는 필요한 規定이라고 한다.

그리고 道德的·社會的 要求에 敏感한 法院의 判例들도 벌써 19世紀부터 原因은 當事者가 追求한 具體的·個別的 目的이라고 理解하고 不法的·不道德的 原因의 概念을 把握하여 不法的·不道德的 目的으로 行해진 法律行爲를 無效化하고 있다. 그러나 不法的·不道德的인 原因概念의 適用에 있어서 그것이 有償行爲이나 혹은 無償行爲이나에 따라서 그 適用要件을 달 리하고 있는 바 以下 나누어서 判例가 具體的으로 어떤 境遇에 原因의 不法性 혹은 不道德性을 理由로 그 法律行爲를 無效化하고 있는가를 보기로 한다.

첫째 有償行爲의 境遇에 있어서의 不法성은 契約對象(l'objet du contrat)의 不法성이 그 大部分일 것이기에 狹義의 意味에 있어서의 不法的 原因의 境遇는 극히 稀少하다. 그러나 몇개의 判例를 찾아볼 수가 있는데 1901年 12月 2日 佛大審院 民事部가⁸⁸ 飲料汁 小賣人에게 단지 어떤 飲料水의 缺陷을 속이기 위한 目的으로 人造染色材를 販賣키로한 契約을 不法原因을 理由로 無效宣言한 것을 비롯하여, 法定價格을 超過하기 위한 目的으로 暗市場에서한 賣買나⁸⁹ 國稅를 逋脫키 爲한 目的으로 行해진 賣買契約⁹⁰ 등이 역시 不法原因을 理由로 無效化된 적이 있다.

不法的 契約의 境遇와는 달리 不道德性에 基한 契約의 無效는 항상 原因의 不道德性에 依據하고 있다. 例컨대 賣淫을 爲한 目的으로 使用될 家屋의 買賣나 賃貸借 뿐만 아니라 그 定着을 爲한 金錢의 貸與까지도 無效化한 境遇나⁹¹ 婚姻外의 性關係를 目的으로하는 諸契約⁹² 등은 原因의 不道德性에 基하여 無效化되고 있다.

以上の 모든 境遇에 있어서 法院은 契約(法律行爲)의 不法성이나 不道德性을 鑑定하기 爲해서 항상 當事者가 追求한 具體的 個別的 目的을 探究하고 있는데 여기서 한가지 문제가 되는 것은 만약 兩當事者中 一方當事者만이 不法的 혹은 不道德的 動機나 目的으로 契約을 締

註 87) Capitant: op. cit., N° 107; Ripert et Boulanger: op. cit., N° 311; Planiol, Ripert et Esmein: op. cit., N° 276.

88) D. P. 1902-I-48.

89) Montpellier 12. nov. 1947-S. 1948-II-15.

90) Pau 16. oct. 1956-D.P. 1957-Somm. 17.

91) Nancy 8. juin 1934-D. P. 1935-II-33; civ. 15. nov. 1938-G.P. 1939-I-194; civ. 27. déc. 1945-G. P. 1946-I-88; Capitant: op. cit., N° 110; Ripert: op. cit., N° 25.

92) Req. 17. avril 1923-D.P. 1923-I-172; civ. 8. oct. 1957-J.C.P. 1957-II-10234.

結한 境遇에는 어떻게 될 것인가 하는 것이다. 이 점에 대해서 學者들은 一方當事者의 動機나 目的(le mobile ou le but)은 그것이 他方當事者에 依해서 同意되거나 알려졌는 境遇에만 契約의 範圍內(dans le champ contractuel)에 들어가게 되어 原因이 된다고 하며, 判例도 이에 따라 一方當事者의 不法의 혹은 不道德的 動機나 目的이 他方當事者에 依해서 認識될 것을 要하고 있다.⁹³

이와같이 學說과 判例는 有償契約에 있어서 不法의·不道德的 原因概念의 適用에 있어서 一面으로는 當事者가 追求한 具體的·個別的인 不法의 혹은 不道德的 動機나 目的을 探究함과 同時에 他面으로는 그 不法의 혹은 不道德的인 動機나 目的이 兩當事者의 業績이거나 적어도 그것이 他方當事者에게 認識되어질 것을 要求함으로써 法律行爲의 道德성과 去來의 安全性的 調和를 摸索하고 있는 것이다.

둘째 無償行爲에 있어서 不法의 原因을 理由로 그것을 無效化한 例로는 遺言者가 自己의 婚姻外의 子로 생각하고서 相續法規의 適用을 免脫하기 爲한 目的으로 行해진 遺言에 依한 贈與⁹⁴나, 原則적으로 子에게 相續될 財産을 子의 債權者의 追求를 避하기 爲한 目的으로 그의 妻에게 行해진 贈與,⁹⁵ 그리고 殺人行爲를 爲한 代價의 目的으로 行해진 遺言에 依한 贈與⁹⁶ 등이 있다. 그리고 不道德的 原因을 理由로 無償行爲를 無效化한 例로는 不道德的 性關係를 맺기 爲해서나, 그것을 繼續하기 爲해서나 혹은 그 補償의 目的으로 行해진 贈與⁹⁷ 등이 있다.

이와같이 無償行爲에 있어서도 有償行爲에 있어서처럼 그 行爲의 不法性이나 不道德性的 鑑定은 尙상 贈與者가 追求한 具體的이고 決定的인 動機나 目的의 探究에 依하고 있는 것이다. 그런데 無償行爲에 있어서도 有償行爲에 있어서처럼 贈與者가 追求한 動機나 目的이 受贈者에 依해서 認識되어질 필요가 있는 것인가? 判例는 필요없다고 하며 學說도 이와 마찬가지로 한다. 즉 贈與者의 決定的 動機나 目的이 不法의이거나 不道德的이면 그것만으로 足하다는 것이다. 그리고 이와같은 解決의 기초로서 J. Mazeaud 教授는⁹⁸ 有償契約에 있어서 當事者들의 意思는 平等한 位置에 있으나 無償行爲인 贈與에 있어서는 贈與者의 意思가 優先하는 것이기 때문이라고 한다. 그러나 생각컨대 이와같은 判例와 學說의 態度는 有償行爲에 있어서 他方當事者에게 그 不法의이거나 不道德的인 動機나 目的이 認識되어질 것을 要求하는 理由가 無償行爲에 있어서는 없는 것이기 때문일 것이다. 즉 受贈者는 그 贈與의 無效로 因하

註 ⁹³ Capitant: op. cit., N° 4 et sv. et N° 112; Mazeauds: note sous J.C.P. 1957-11-10008; Josserand: Les mobiles dans les actes juridiques, 1928, N° 168; civ. 4. déc. 1956-J.C.P. 1957-II-10008 et note de Mazeaud.

⁹⁴ Req. 31. Juillet 1860-S. 1860-I-833; civ. 12. oct. 1954-D. 1955-452.

⁹⁵ Req. 28. déc. 1938-D.H. 1939-132.

⁹⁶ Seine 3. janv. 1952-D. 1952-205.

⁹⁷ civ. 14. oct. 1940-D. 1940-174; Alger 28. Juillet 1948-J.C.P. 1949-IV-15.

⁹⁸ Note sous J.C.P. 1967-II-10008.

여[利得할 것을 缺함에 不適當한 것이고 또 去來安全의 威脅은 有償行爲에서 보다는 훨씬 적게 나타나고 있는 것이다.

如何든 有償行爲와 無償行爲에 있어서 一方當事者의 不法의이거나 不道德의인 動機나 目的이 他方當事者에게 認識되어질 것의 與否는 그 適用條件의 差異에 지날 뿐이고 그것은 原因概念의 差異가 아님은 물론이다.

2. 獨民法上 不法性 및 不道德性의 鑑定; 이미 언급한 바와같이 法律이나 善良한 風俗에 違背되는 法律行爲의 運命을 規定하고 있는 B. G. B. §§134나 138은 조금도 原因의 概念에 基하거나 그에 대한 暗示도 하고있지 않다. 그러나 무릇 法律行爲는 그 對象의 不法性이나 不道德性에 依하여도 無效로 될 수 있을 것이나 當事者가 追求한 目的이나 動機의 不法性이나 不道德性에 依하여 그 法律行爲가 不法의이거나 不道德의인 것이 됨이 더욱 빈번할 것이다. 따라서 法官은 B. G. B. §§134나 138의 適用을 爲해서 佛國에서 처럼 當事者가 追求한 動機나 目的을 必然的으로 探究해야할 것이 아닌가? 이 點에 대해서 R. Saleilles⁹⁹는 B. G. B. 에 있어서 原因은 意思表示의 內容과 混同되기 때문에 法官은 客觀的 要素인 意思表示의 內容에만 依據해야지 當事者의 主觀的인 心理的 要素는 探究할 수 없다고 한다.

그러나 B. G. B. 이 立法過程을 살펴보면 그 第1草案의 §106에서 “法律行爲는 그 內容이 善良한 風俗이나 公共의 秩序에 違背될 때에는 無效이다”고 함으로서 소위 表示主義를 取하여 法官은 法律行爲의 內容(Inhalt)에만 그 法律行爲의 不法性이나 不道德性을 探究하게 했었다. 第2草案은 第1草案이 公共의 秩序와 善良한 風俗의 保護를 爲해서 充分하지 못함을 理由로 “法律行爲의 內容이 善良한 風俗이나 公共의 秩序에 違背될 때”라고 하지않고 단순히 “善良한 風俗에 違反하는 法律行爲는 無效이다”라고 修正했던 것이다.¹⁰⁰ 이와같은 立法過程을 통해서 볼 때는 法官이 어떤 法律行爲의 不法性이나 不道德性의 鑑定을 爲해서 그 行爲當事者가 追求한 個別的이고 具體的인 動機나 目的을 探究할 수 있음을 默示的으로 承認하는 것이라고 할 수 있겠다. 그러면 法官은 어느 程度로 當事者가 追求한 動機나 目的을 探究할 수 있는가?

一般的으로 獨國의 學說과 判例는 不法의 혹은 不道德의 動機나 目的을 探究함에 있어서 去來의 安全에 많은 重點을 두고 있는 것 같다. 現在 學者들은 B. G. B. 의 立法過程을 통해서 볼 때 B. G. B. 가 그의 §138에서 主觀主義를 그대로 採擇한 것은 아니며 단지 法律行爲의 內容을 밝히기 爲해서 動機나 目的(Beweggrund oder Zweck)에 意義를 부여한 것일 따름이고 原因으로 理解되는 動機나 目的自體의 不法性이나 不道德性의 認定만으로 그 法律行爲의 無效를 認定하는 것은 아니라고 한다.¹⁰¹ 그래서 그들은 一律的으로 어떤 法律行爲의 不法性이나

註 99 R. Saleilles: De la déclaration de volonté, 1929, art. 133, N° 13.

100 R. Saleilles: op. cit., N° 23 et 24; Staudinger-Riezler: op. cit., §138, I. 1°.

101 Enneccerus-Nipperdey: op. cit., §191, note 15.

不道德性的 如何는 그 法律行爲의 內容(Inhalt)과 動機(Beweggrund, Motiv)와 目的(Zweck)의 探究에 依한 全體의 性格(Gesamtcharakter)으로 부터 鑑定되어야 한다^㉔고 하면서, § 138 1° 의에 依해서 法律行爲가 不道德的인 것이 될 수 있는 境遇는 첫째 內容自體가 客觀的으로 不道德的이기에 그 動機나 目的 역시 不道德的임이 明白할 때, 둘째 그 內容自體만으로 보아서는 不道德的이라고 할 수가 없지만 當事者들이 追求한 不道德的인 動機나 目的과 中性的인 內容과의 關係를 通한 全體의 性格이 不道德的인 때이라고 한다.^㉕ 그런데 이 境遇에 있어서 만약 그것이 雙無契約이라면 兩當事者가 그 不道德的 動機나 目的을 追求했어야 한다고 한다.^㉖

判例도 學說의 態度를 그대로 따르고 있다. 1906年 5月 29日 聯邦法院^㉗은 그 態度를 明白히 하고 있는데 “法律行爲가 善良한 風俗에 違反되는가의 與否를 決定하기 爲해서는 當事者들로 하여금 賣買契約를 締結케한 動機만이 重要的 것은 아니다. 同法院이 1903年 12月 15日 그 判決에서 判示한 것처럼, B. G. B. § 138은 內容과 動機와 目的의 結合으로부터 나온 全體의 性格이 客觀的 見地에서 보아 善良한 風俗에 違反되는 法律行爲에만 그 效力을 否認한다”고 함으로서 學說의 態度를 그대로 받아들이고 있으며 또 이와같은 취지의 判例들을 많이 찾아볼 수가 있다.^㉘ 그리고 判例도 學說에 있어서와 마찬가지로 雙務契約에 있어서는 不道德的인 動機나 目的의 追求가 兩當事者便에서 存在할 것을 要하고 있다.^㉙

이와같이 學說과 判例는 去來安全의 理念에 執着한 나머지 法律行爲가 不道德的인 것이 되기 爲해서는 “그 內容과 動機와 目的 全體의 性格”이 不道德的이어야 한다든가 혹은 “當事者들이 追求한 不道德的인 動機나 目的과 中性的인 內容과의 關係를 通한 全體의 性格”이 不道德的이어야 한다는 表現을 씀으로써, 佛民法에서와는 달리 原因으로 理解되는 主觀的 要素인 動機나 目的만으로 하여금 獨立된 標準으로 삼지않고, 그것이 客觀的 要素인 內容을 通해서 다소간 外型化내지는 表現될 것을 要하고 있는 것이다. 그러나 學說과 判例가 말하는 “全體의 性格(Gesamtcharakter)”이란 너무 漠然한 表現이기에 法律行爲의 不法性이나 不道德性的의 鑑定을 爲해서 어느 程度로 當事者의 主觀的 要素인 動機나 目的을 探求하는가를 考察하기 爲해서는 보다 具體的인 境遇를 通한 檢討가 必要하겠다.^㉚

註 ㉔ Enneccerus-Nipperdey: op. cit., § 191-II. 1°; Lehmann: op. cit., § 29-IV. 2°; Staudinger: op. cit., § 138, N° 8; Palandt: op. cit., § 138-I. b; Ermann: Kommentar B.G.B. § 138, b; Soergel-Siebert: Kommentar B.G.B. § 138, A. 1.

㉕ Enneccerus-Nipperdey: op. cit., loc. cit.; Lehmann: op. cit., loc. cit.; Larenz: Allg. Teil op. cit., § 28-III a.

㉖ Enneccerus-Nipperdey: op. cit., loc. cit.; Staudinger-Riezler: op. cit., § 138, N° 14; Lehmann: op. cit., loc. cit.; Palandt: op. cit., § 138, N° 3; Ortmann: op. cit., § 138-B; Soergel-Siebert: op. cit., § 138-A, No. 3.

㉗ R.G.Z. 63-346.

㉘ R.G. 13. 5. 1909-R.G.Z. 71-170; R. G. 5. 2. 1908-R.G.Z. 68-97; R.G. 1. 12. 1932-R.G.Z. 133-375; R.G. 22. 2. 1937-R.G.Z. 154-108.

㉙ R.G. 30. 9. 1926-R.G.Z. 114-341; R.G. 8. 11. 1927-R.G.Z. 118-362; R.G. 30. 10. 1936-R.G.Z. 152-251; R.G. 29. 7. 1940-R.G.Z. 65-1.

㉚ Palandt: op. cit., § 138, N° 3; Larenz: op. cit., § 28, III. a et sv.

判例를 통해서 나타나는 法律行爲의 不道德性的 鑑定の 境遇를 주의깊게 살펴보면, 때로는 當事者들이 追求한 動機나 目的의 不道德性이 中性的인 內容自體보다 더 重要視되고 있음을 볼 수가 있으며, 또 때로는 단지 그 動機나 目的만이 考慮되고 있음을 볼 수 있다. 前者의 例로는 娼家에 使用키 爲한 目的으로한 家屋의 賣買나 建築의 境遇처럼 法律行爲의 內容自體만으로 보아서는 그것이 中性的인 性格을 띠우지만, 當事者가 追求한 動機나 目的의 不道德性을 鑑定함으로써 客觀的으로는 中性的 性格을 띠우는 그 內容自體도 그와 밀접한 關係를 가짐을 認定하여 法院이 그 法律行爲 全體를 無效化한 境遇이다. 後者의 例로는 婚姻外의 不正한 性關係를 맺기 爲해서나 혹은 그것을 繼續하기 爲한 動機나 目的으로 行해진 贈與의 境遇처럼 法律行爲의 內容自體는 조금도 不法性이나 不道德性을 나타내지 않지만 當事者가 追求한 動機나 目的의 不道德性에 依據하여 法院이 그 贈與行爲를 無效化한 境遇이다.

以上の 考察을 통해서 볼때, 비록 B. G. B § 138는 佛民法 第1131條와 1133條처럼 法律行爲의 道德性的 鑑定을 爲해서 原因의 概念에 基할 것을 明示的으로 規定하고 있지는 않지만, 實際適用上 法律行爲의 道德性을 鑑定하기 爲해서 法官은 必然的으로 客觀的 要素인 內容 (Inhalt)과 主觀的 要素인 動機와 目的(Beweggrund und Zweck)을 全體的으로 探究하거나 혹은 단지 그 動機나 目的만의 探究에 依해서 그 行爲의 不道德性을 鑑定하고 있음을 알 수 있다. 그리고 여기서 한가지 留意할 것은 獨民法에서 “當事者가 追求한 動機나 目的”이라고 하는 것을 佛民法에서는 단지 그 用語만을 달리하여 “原因”으로 表現하고 있다는 것이다.

그러나 獨國의 學說과 判例는 全體的으로 보아서 客觀的 要素인 內容에 보다 더 重要性을 두어 主觀的 要素인 動機나 目的이 그 內容을 통해서 어느 程度 外型化 내지는 表現될 것을 要하고 있음이 事實인데 그것은 獨逸學者들과 法官들이 去來의 安全性을 보다 더 高次元的 位置에 두게된데에 基因하는 것이라고 하겠다. 그러나 생각컨대 去來의 安全性과 法律行爲의 道德性中 어느 것을 더 重視할 것인가는 價値判斷의 問題로서 一律的으로 말하기는 어려운 것이며 實際的 解決은 具體的인 事件에 依해서 正義와 衡平 그리고 共通善의 理念에 基해서 이루어져야 할 것이다.

如何든, 佛民法과 비교해 볼때 근소한 차이를 나타내기는 하지만, 獨民法에 있어서도 法律行爲의 不法性이나 不道德性을 鑑定하기 爲해서 法官은 必然的으로 當事者가 追求한 動氣나 目的 즉 原因을 探究하게 되는바, 原因이 多少間 法律行爲를 道德化하는 役割을 하고 있음을 否定할 수 없겠다.

註 ① R. G. 17. 12. 1910-R.G.Z. 75-68; R.G. 13. 6. 1906-R.G.Z. 63-367; R.G. 5. 2. 1908-R.G.Z. 68-97; R.G. 3. 2. 1915-P.G.Z. 86-192.

② R.G. 25. 6. 1925-R.G.Z. 111-151; R.G. 24. 11. 1933-R.G.Z. 142-410; R.G. 23. 2. 1937-R.G.Z. 154-99; R.G. 6. 11. 1924-R.G.Z. 109-137.

II. 不法의 不道德의 法律行爲의 運命

佛·獨民法上 不法의 이거나 不道德의 인 法律行爲는 無效라는 制裁를 받게되어 이미 履行된 給付는 返還되어야 한다. 그러나 그 返還은 가끔 “Nemo auditur...”라는 法諺에 依하여 거절되고 있는바 以下 나누어서 보기로 한다.

1. 法律行爲의 無效; 獨民法은 그 第134條와 138條에서 各各 不法의 不道德의 法律行爲는 “無效이다(ist nichtig)”고 明文規定하고 있으며, 佛民法 역시 그 第1131條와 1133條에서 不法의 原因에 基한 債務는 “아무런 效力을 가지지 못한다(ne peut avoir aucun effet)”고 規定함으로써 兩民法은 共히 不法의·不道德의 (原因에 基한) 法律行爲의 無效를 宣言하고 있다.⑩

그런데 여기서 特히 問題되는 것은 不道德의 原因에 基한 法律行爲의 無效의 範圍인바, 첫째로 그 無效는 항상 全部 無效인가 혹은 一部 無效도 可能한가의 問題이고, 둘째로는 特히 獨民法에 있어서 그 無效는 단지 有因行爲에만 限하는 것인가 혹은 抽因行爲에까지 미치는 것인가의 問題이다.

(a) 佛民法 第900條는 “모든 生前 또는 遺言에 依한 處分行爲에 있어서 不能의 條件이나 法律 혹은 風俗에 反하는 條件은 이를 記載하지 아니한 것으로 본다”고 함으로서 無償行爲에 있어서 소위 一部 無效를 規定하고 있는가 하면 同法 第1172條에서는 “不能이거나 善良한 風俗에 反하거나 혹은 法律에 依하여 禁止된 事項에 關한 모든 條件은 無效이고 그에 依據한 契約도 無效이다”고 함으로서 有償行爲에 있어서 소위 全部 無效를 規定하고 있다.

兩條의 이와같은 相反되는 規定에 대해서 學說과 判例는 決定的 原因(la cause déterminante)의 概念에 依하여 兩條를 結合함으로서 調和된 解釋을 하고있다. 즉 無償行爲에 있어서도 不法의 이거나 혹은 不道德의 인 條件이 그 行爲의 決定的 原因이었다면 그 行爲는 全體의으로 無效가 되며 有償行爲에 있어서 不法의 이거나 不道德의 인 條件이 그 行爲의 단순한 副次的 條項이고 行爲者가 그 條項에만 依하고 있지않는 境遇에는 단지 그 不法의 이거나 不道德의 인 條項만이 無效로 된다고 한다.⑪

獨民法은 이 問題에 關해서 그 第139條에서 “法律行爲의 一部가 無效인 境遇에 그 無效인 部分이 없다 할지라도 그 行爲가 있었을 것을 認定할 수 없는 限 그 法律行爲는 全體가 無效이다”고 明文規定함으로서 佛國의 學說判例의 態度와 同一한 制度를 取하고 있다. 따라서 獨民法도 佛國의 學說·判例처럼 決定的 原因의 概念에 基하여 不法의 이거나 不道德의 인 條件이 그 法律行爲 全體에 있어서 어느 程度의 比重을 갖고 있는가에 따라서 全部 혹은 一部 無

註 ⑩ 佛民法이 無效의 性格을 規定하고 있지 않은데, 不法의 이거나 不道德의 原因에 基한 無效는, 原因이 없거나 虛爲의 인 原因에 基한 無效의 境遇에서와는 달리 學說과 判例는 共히 絕對的 無效(la nullité absolue)라고 한다.

⑪ civ. 3. juin 1863-D. 1863-I-429; civ. 7. juillet 1868-D. 1868-I-446. Req. 15. juillet 1931-G.P. 1931-2-569; Req. 1938-D.H. 4939-132; Ripert et Boulanger: op. cit., N° 1340; Planiol, Ripert et Esmein: op. cit., T. VII, N° 1027; De Page: Traité élémentaire de droit civil belge, T. I. N° 156.

效를 認定하고 있다고 하겠다.

(b) 獨逸에 있어서 學說과 判例는 B. G. B. §§ 134와 138은 단지 有因行爲에만 適用되는 것이지 抽因行爲에는 適用되지 않는다고 한다. 그리하여 抽因行爲는 그 原因의 不法性이나 不道德性에도 불구하고 그 自體가 道德적으로 中性的(sittlich neutral) 이기 때문에 有效하다고 한다.^⑩

聯邦法院^⑪은 1906年 4月 21日 賣買契約의 無效에도 불구하고 所有權이 移轉된 境遇에 있어서 “原因行爲(有因行爲)의 善良한 風俗에의 違反은 原則적으로 物權行爲(抽因行爲)를 無效로 하지 아니한다”고 判示한 적이 있다.

그러나 이와같은 學說과 判例의 態度에 대해서 Lehmann 教授는 履行行爲(Erfüllungsgeschäft)를 善과 惡의 概念보다 더 高次元的인 位置에 두는 理論은 常識에 反하며 또 그것은 抽因論 本來의 目的을 벗어나는 것이기 때문에 人爲의 法技術인 抽因化가 道德感情을 無視할 수 있다는 것은 理解할 수 없는 일이라고 비판하고 있으며, 또 原則적으로 抽因行爲의 獨立性을 認定하고 原因行爲의 不法性이나 不道德性으로 因하여 抽因行爲가 無效로 될 수 없다고 하는 Larenz 教授도 不道德的인 動氣나 目的이 履行行爲의 企圖안에 (bei der Vornahme des Erfüllungsgeschäfts) 存在하는 境遇에 그 不道德性이 第3者에게 害를 주는 것일 때에는 그 履行行爲(抽因行爲)도 無效가 된다고 한다.^⑫ 그리고 이와같은 學說上的 비판에 따라 聯邦法院은^⑬兩當事者의 企圖에 있어서 有因行爲와 抽因行爲가 全적으로 密接한 關係에 있음이 證明된 境遇에 有因行爲의 不法性이나 不道德性을 理由로 抽因行爲를 無效化한 적이 있다.

如何든 不法性이나 不道德性에 依한 有因行爲의 無效로 因하여 抽因行爲가 無效로 되지 않는 境遇에는 B. G. B. § 817에 基한 Condictio가 適用될 수 있다. 즉 B. G. B. § 817은 Roma 法에 있어서의 Condictio ob turpem causam을 立法化한 것인데 “給付의 目的이 受領者가 受領으로 因하여 法律上的 禁止나 善良한 風俗에 違反할 方法으로 定하여진 때에는 受領者는 그것을 返還할 義務를 진다...”고 하고 있다.

不法性이나 不道德性이 그 法律行爲를 無效로 하는 境遇이거나 또는 단지 B. G. B. § 817에 基한 Condictio의 適用만이 可能한 境遇이거나 간에 이미 履行된 給付는 返還되어야 할 것이다. 그러나 法院은 가끔 “Nemo auditur...” 法諺의 適用에 依하여 그 返還訴訟을 拒絶하고 있는 것이다.

2. Nemo auditur propriam turpitudinem allegans 原則; 不道德的 契約을 締結하고 그 給付

註 ⑩ Enneccerus-Nipperdey: op. cit., § 191-II. 3°; Enneccerus-Lehmann: op. cit., § 226-I.b; Rehmann: op. cit., § 29, IV-4° et § 25, III-2°; Larenz: op. cit., § 28, c.

⑪ R.G.Z. 63-184.

⑫ Lehmann: op. cit., 25-III; Larenz: op. cit., loc. cit.

⑬ R.G. 19. 2. 1904-R.G.Z. 57-96; R. G. 23. 2. 1937-R.G.Z. 154-102.

를 履行한 者가 그 契約의 不道德性에 基한 無效를 理由로 이미 履行된 給付의 返還을 訴求할 수가 없다는 것이 소위 *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* 法諺이다. 이 法諺은 Roma 法에 그 淵源을 가지는데 Roma 法에서는 不道德的 契約에 基하여 履行된 物件의 返還을 爲한 *Condictio* 가 拒絶되었던 것이다.¹⁰⁷ 그리고 이 法諺은 Canon 法을 通해서 佛古法에서는 한 새로운 意味로 전해내려 왔는데 Pothier 는 訴求者는 法의 保護를 받을 價値가 없는 것이기 때문에 (*indigne du secours des lois*) 法院은 그를 聽取하지 않아야 한다고 했던 것이다. Napoléon 法典 立法者들은 이 法諺의 原則을 明文化하지는 않았으나 그들은 法이 이 法諺을 默示的으로 承認하는 것으로 理解했었으며 또 19世紀中葉까지 法院은 이 法諺이 마치 法의 效力을 가지는 것처럼 適用했었다.¹⁰⁸ 그러나 이 法諺의 適用範圍의 決定은 어디까지나 法官의 自由裁量에 依하고 있는 것이다.

그리고 佛民法과는 달리 獨民法은 그의 第817條에서 本法諺의 原則을 明文規定하고 있으며 또 그 適用範圍도 定해지고 있다.

이와같이 “*Nemo auditur...*” 法諺의 原則이 佛·獨民法上 같은 理念으로부터 出發했으나 그 適用範圍에 있어서는 差異를 나타내고 있는데 以下 나누어서 보기로 한다.

(a) “*Nemo auditur...*” 法諺을 實證法으로 明文規定하고 있지않는 佛國에서는 19世紀中葉까지 法院은 本法諺의 原則에 法의 效力을 賦與했었으며 그 適用範圍도 아주 넓었었다. 즉 法院은 不法의이거나 不道德的 契約의 無效에 基한 모든 訴訟을 事實上 拒絶했었던 것이다. 그런데 19世紀中葉부터는 소위 法註釋學派(*l'école d'exégèse*)가 優勢하게 되자, 그들은 實證法條文에 없는 規則을 認定한다는 것은 不可能한 것이며 또 無效의 效果를 純粹히 道德的인 條件에 隸屬시키는 것은 不當하다는 理由로 從來의 判例의 態度를 批判하게 되었고,¹⁰⁹ 그 後로부터는 本 “*Nemo auditur...*” 法諺의 適用範圍에 대한 法院의 態度가 明確치 못했었다.

現代 學者들은 本法諺의 適用에 대해서 첫째 從來 不法의이거나 不道德的인 原因에 基한 訴訟을 拒絶하기 위해서 法官의 威嚴을 그 理由로 드는데, 비록 法官이 判決하는 것을 拒絶한다고 하더라도 法官은 訴請을 聽取하는 것을 拒絶할 수는 없는 것이기에 法官의 威嚴이 어디에 있다고 보아야 할 것인가가 의문이고, 또 마찬가지로 不法의이고 不道德的인 刑事犯罪事件들이 每日 法官들에 依해서 審判되고 있는데 法官의 威嚴이 民事事件이나 혹은 刑事事件이냐에 따라서 달라질 수 없는 것이고, 둘째 不法의이거나 不道德的인 契約을 締結한 者에게 勇氣를 꺾어 줌으로서 그러한 契約을 豫防할 수 있다는 것을 그 理由로 들기도 하는데, 實際

註 107 Digeste 12 5 2 et 8.

108 Dorat des Monts: *La cause immorale*, 1956, N° 145; Ripert: *op. cit.*, N° 105; Ripert et Boulanger: *op. cit.*, N° 760; Domat: *op. cit.*, L. I. Titre XVIII, sect. 4, N° 8.

109 Demolombe: *Les lois civiles*, XXIV, N° 382; Laurent: *op. cit.*, T. XVI, N° 164.

에 있어서는 그와 反對로 不道德의이거나 不法의인 契約에 給付한 것의 返還을 拒絶하는 것은 그 給付를 受領한 者에게 二重의 利益을 주게되는 結果가 되어 그것은 오히려 不法・不道德의인 契約을 獎勵하고 그 不道德性을 二重化하는 것이 될 수 있다는 등의 批判을 하고있다. ㉔

이와같은 學說上의 批判에 따라서 判例의 態度는 變更되어 本法諺의 適用範圍를 制限하게 되었다. 그러나 오늘날 判例의 態度는 대단히 不確定的이며 또 때로는 서로 矛盾되는 判例들이 나오고 있어 그 明確한 態度를 말하기는 대단히 어려우나 以下 適用範圍에 대한 判例의 대충적인 태도를 살펴보기로 한다 .

오늘날 한가지 明確한 것은, 本 “Nemo auditor...” 法諺은 단지 不道德의인 契約의 境遇에만 適用되고 不道德의이 아니고 단지 不法의이기만 한 契約의 境遇에는 法院이 그 適用을 拒絶하고 있는 것이다. 例컨대 賣淫에 供하기 爲한 目的으로 行해진 家屋에 대한 諸契約이나 婚姻外의 性關係를 맺기 爲한 目的으로 締結된 諸契約의 境遇에 있어서 法院은 一律의으로 本法諺의 原則을 適用하는 反面에, ㉕ 不動産이나 商業資本의 賣買에 있어서 法定價格을 違反한 境遇나 戰後 暗去來에 關한 諸契約의 境遇에 있어서는 그 契約의 無效로 因하여 法院은 이미 行해진 給付의 返還을 命하고 있는 것이다. ㉖

그러나 本法諺의 原則을 不道德의 契約의 境遇에만 適用하고 단순히 不法의이기만 한 契約의 境遇에는 適用하지 아니한다는 데에는 몇가지 例外가 있는 것 같다. 첫째 이미 履行된 給付의 返還訴訟에 있어서 法官은 原告(返還請求者)와 被告의 不道德性을 比較하여 만약 被告의 便에 있어서 不道德性이 보다 더 큰 것일 때에는 비록 不道德의 契約인 境遇에 있어서도 “Nemo auditor...” 法諺의 原則을 適用하지 않고 被告에게 그 返還을 命하고 있다. ㉗ 둘째 法院은 返還訴訟이 不道德의인 契約에 基하지 않고 所有權에 基하고 있는 境遇에도 “Nemo auditor...” 法諺의 適用을 拒絶하고 있는데 ㉘ 이와같은 判例의 態度에 대해서 Carbonnier 教授는 “所有權은 所有者의 비난받을 行動에 依해서 消滅되는 것이 아니기 때문에 “Nemo auditor...” 法諺이 所有權을 癱痺할 수는 없는 것이다”고 하고 Voirin 教授는 “Nemo auditor... 法諺은 債權에 基한 返還訴訟을 癱痺할 수는 있지만 物權 特히 所有權에 基한 返還訴訟은 癱痺할 수는 없는 것이다”고 하면서 적극 지지하고 있다. ㉙ 세째 法院은 이미 給付된 것의 返還을 拒絶하기 爲해서 本 “Nemo auditor...” 法諺의 適用을 주장하는 者가 刑事의 犯罪(le délit pénal)를 犯했을 境遇에

註 ㉔ Rouen 24 déc. 1901-D.P. 1902-II-397; Ripert: op. cit., N° 106 et sv.; Planiol, Ripert et Esmein: op. cit., T. VII, N°748 et sv.

㉕ civ. 15 déc. 1873-D.P. 1874-I-222; Req. 1. avril 1895-S. 1896-I-289; civ. 27. déc. 1945-G.P. 1946-I-88.

㉖ civ. 31. juillet 1844-S. 1844-I-584; civ. 25. juillet 1928-G.P. 1928-II-673; civ. 3. déc. 1930-G.P. 1930-I-21.

㉗ Req. 8. juin 1891-D. 1892-I-336; Besançon 6. mars 1895-D.P. 1895-II-223; Ripert et Boulanger: op. cit., N° 763.

㉘ Pothier 8 fév. 1922-D.P. 1922-II-33, et note de Savatier.

㉙ Carbonnier: note sous J.C.P. 1948-II-4474; P. Voirin: note sous D.P. 1935.-II-33.

는 이를 適用하고 있지 않다.^⑤ 이 點에 대해서 J. Hémarid 는 犯罪行爲를 防止하기 爲해서는 그 犯罪行爲로부터 取得한 利益을 消滅시켜야 할 것이라고 하면서 刑事政策的 理由로 判例의 態度를 合理化시키는가 하면 Carbonnier 教授는 刑事政策的 見地에서 볼 때 그 返還을 命할 것이 아니라 그것을 國家가 沒收하는 것이 보다 현명한 해결이 될 것이라고 한다.^⑥

以上の 判例의 態度를 통해서 볼 때 法院은 “Nemo auditor...” 法諺의 適用範圍를 점차적으로 制限해 왔다는 것을 알 수 있다. 즉 모든 不法의·不道德의인 契約의 無效의 境遇 當然히 適用되었던 本 “Nemo auditor...” 法諺의 原則은 오늘날에 와서는 단지 不道德의인 禁止된 契約關係의 發生을 豫防하는 役割(le rôle préventif)을 하고 있는 것이다.

(b) 佛民法에서와는 달리 獨民法은 그의 第817條에서 “給付의 目的이 受領者가 受領으로 因하여, 法律의 禁止나 善良한 風俗에 違反한 方法으로 定하여진 때에는 受領者는 그 返還의 義務를 진다. 給付者가 如斯한 違反에 대해서 마찬가지로 方法으로 責任을 질 때에는 그 返還을 請求하지 못한다. 그러나 그 給付가 어떤 義務를 負擔하는 것에 있을 때에는 例外로 하며 如斯한 義務의 履行을 爲해서 한 給付는 그 返還을 請求할 수 없다”고 規定함으로써 所謂 “Nemo auditor...” 法諺의 原則을 立法化하고 그 適用範圍를 定하고 있는 것이다. 어떤 者는 本條에서 “如斯한 違反에 대해서 마찬가지로 方法으로(gleichfalls ein solcher Verstoß)”라는 表現에 基해서 本 “Nemo auditor...” 法諺의 原則은 단지 兩當事者가 함께 不法性이나 不道德性의 責任을 질 때에만 適用될 수 있다고 한다. 그러나 오늘날 通說과 判例는 本條의 規定이 刑罰의 性格(Strafcharakter)을 갖고 있음을 理由로 給付者가 法律이나 善良한 風俗에 違背했을 境遇에는 適用되는 것이며 그 不法性이나 不道德性이 兩當事者의 共通의 業績일 必要는 없다고 한다.^⑦

그리고 本條에 依한 給付返還의 拒絶은 不法性이나 不道德性에 대한 制裁에 그 基礎를 두고 있음을 理由로 聯邦法院은 항상 그 返還請求者가 法律이나 道德에의 違背를 認識했을 境遇에만 그 返還을 拒絶하고 있는 것이다.^⑧

獨民法 第817條의 規定에 依하면 “Nemo auditor...” 法諺의 原則은 문제되는 給付가 어떤 義務를 負擔하는 것에 있을 때에는 適用되지 않기 때문에 그 義務負擔이 履行되지 않았는 限, 그 給付의 返還이 可能한 것이다. 例컨대 A가 어떤 犯罪를 犯하는 代價로 B가 A에게 一定金額을 支拂할 것을 約束하는 證書를 交付했다고 하면, B가 그金額을 支拂하지 아니한 限 그 證書의 返還을 請求할 수 있는 것이다. 그러나 그金額을 일단 支拂했으면 그 返還을 請求할 수 없는 것이다. 그 約束된 給付를 受領하기 爲해서 債權者가 強制執行을 하는 것을 禁

註 ⑤ crim. 7. juin 1945-D. 1946-149; crim. 3. juillet 1947-J.C.P. 1948-II-4474; crim. 8. déc. 1953-D. 1954-437.

⑥ J. Hémarid: notes sous J.C.P. 1946-II-2955; Carbonnier: notes sous J.C.P. 1948-II-4474.

⑦ Palandt: op.cit., § 817 N° 3; Enneccerus-Lehmann: op. cit., § 226-3°; Larenz: op. cit., Schuldrecht, II. B. § 63; Esser: Schuldrecht, II. B. § 103 IV; R.G. 27. 3. 1936-R.G.Z. 151-70; R.G. 30. 6. 1939-R.G.Z. 161-53.

⑧ R.G. 16. 5. 1919-R.G.Z. 95-347; R.G. 13. 2. 1922-R.G.Z. 104-54; R.G. 24. 2. 1931-R.G.Z. 132-41.

止하기 爲해서 B. G. B. 立法者들은 이와 같은 例外規定을 明文化해야만 했다고 한다. ㉔

獨民法上 “Nemo auditur...” 法諺原則의 이와 같은 適用範圍는 獨逸學者들에게 만족을 주지는 않는 것 같다. 즉 어떤 學者들은 B. G. B. § 817은 立法政策的 見地에서 볼 때 正當하지 못한 것이므로 이를 廢棄하는 것이 좋을 것이라고 하다. ㉕ 特히 Enneccerus-Lehmann은 不法性이나 不道德性이 兩當事者의 共通的 業積일 때에는 817條에 依한 Conductio의 拒絶은 正義의 感情에 違反된다고 한다. 즉 먼저 自己의 給付를 履行者가 危險을 負擔하게 되어, 그는 他方當事者가 817條의 適用을 주장하면서 自己의 給付를 拒絶하고 受領한 것을 保存하는 것을 認容해야 하는 것이기 때문에, 兩當事者를 同一하게 취급해야 할 現代正義의 感情에 反한다고 한다. ㉖

그러나 判例는 아직 이와 같은 學說上의 批判에 따르고 있지 않은 것 같다. 몇개의 地方法院이 ㉗ 經濟立法에 違反하는 賣買에 關해서 이미 履行된 給付의 返還을 命함으로서 B. G. B. 817條의 適用을 拒絶하고 있으나, 聯邦法院은 ㉘ 아직도 단순히 不法的이기만 한 契約의 境遇에 있어서도 § 817를 適用하고 있기 때문에 獨民法上 단순히 不法的이기만 한 法律行爲의 境遇에 있어서는 § 817이 適用되지 않는다고 말할 수는 없는 것 같다.

如何든 獨民法도 禁止된 契約關係를 豫防하기 爲해서 “Nemo auditur...” 法諺의 原則을 立法化하여 不法的이거나 不道德의 原因給付의 境遇에 있어서는 그 返還을 拒絶함으로서 法律行爲 爲 特히 契約의 道德性を 期하고 있는 것이다.

結 論

以上 우리는 佛·獨 兩民法上 原因論에 있어서 그 實證法規定의 相異에도 不拘하고 存在하는 諸 共通點들을 찾아 보았다.

첫째 原因의 概念論에 있어서 그것을 考察해 보았다. Roma 法에 있어서나 Canon 法에 있어서나 原因은 항상 法律行爲 當事者가 追求한 目的으로 把握되었으나, Roma 法學者들은 그것을 經濟的, 客觀的 目的 (But objectif; objektives Zweck)으로 把握했으며, Canon 法學者들은 그것을 心理的, 主觀的 目的 (But subjectif; subjektives Zweck)으로 把握했던 것이다. Roma 法과 Canon 法에 그 淵源을 가지는 佛·獨民法上 原因概念論의 發展에 있어서 우리는 Roma 法의 概念에 基한 客觀主義 學說과 Canon 法의 概念에 基한 主觀主義 學說의 內容과 그에 대한 批判을 考察한 後 兩國에 있어서 現在의 通說은 共히 主觀主義도 客觀主義도 아닌 즉 Roma 法의 概念과 Canon 法의 概念을 結合 調和하는 折衷主義라는 것을 보았다. 물론 Capitant 과

註 ㉔ Palandt: op. cit., § 817, N° 4; Larenz: op. cit., Schuldrecht, II. B. § 63.

㉕ Lehmann: op. cit., § 25-III; Enneccerus-Lehmann: op. cit., § 226-4°

㉖ Enneccerus-Lehmann: ibid.

㉗ O.L.G. Hamburg 23 12. 1947-N.J.W. 1947/48-625; O.L.G. Frankfurt 14 10. 1948-N.J.W. 1949-558.

㉘ B.G.H. 28. 1 1953-B.G. H.Z. 8-348; B.G.H. 27. 7. 1954-B.G.H.Z. 12-146.

Lenel가 주장하는 그들의 折衷主義의인 原因概念論이 모든 點에 있어서 同一하다고 할 수는 없겠으나 그들의 基本概念은 同一한 것이다.

둘째 原因의 役割을 통해서 그것을 考察해 보았다. 原因은 무엇보다도 먼저 兩民法上 共히 出損行爲와 그 存在를 正當化하고 있는 것이다. 모든 出損行爲를 原則적으로 有因의인 것으로 하고 있는 佛民法은 原因을 缺如한 出損行爲를 無效化하고 있으며, 出損行爲를 有因의인 것과 抽因의인 것으로 人爲의 法技術上 區別하고 있는 獨民法도, 原因을 缺如한 有因行爲를 無效化함은 물론이고, 비록 原因을 缺如한 抽因行爲 自體의 有效性을 認定하기는 하지만 原因의 缺如에도 不拘하고 抽因行爲의 有效性을 認定해준 結果 惹起되는 出損의 不均衡을 不當利得 返還制度에 依하여 均衡化해 줌으로서 結局 原因概念에 基하여 出損의 正當性을 찾고 있는 것이다.

다음 原因은 兩民法上 法律行爲를 道德化하는 役割을 하고 있는 것이다. 佛民法은 그 實證法條文에서 直接的으로 法律行爲의 道德性을 爲하여 原因의 概念에 基하고 있으나, 獨民法은 그 實證法條文上으로는 法律行爲의 道德性을 爲하여 原因의 概念에 基하거나 그에 대한 暗示도 하고 있지 않다. 그러나 獨民法에서도 法律行爲의 道德性을 鑑定하기 爲해서 法官은 必然적으로 行爲當事者가 追求한 目的이나 動機를 探究하고 있는 것이다. 이 點에 있어서 獨逸에서는 行爲當事者가 追求한 “目的과 動機(Zweck und Beweggrund)”라는 表現을 攄에 대하여 佛蘭西에서는 그것을 “原因(la cause)”이라고 稱하는 表現上의 差異가 있으며 또 佛蘭西에서는 이 原因의 不道德性만으로 그 法律行爲를 無效化하고 있으나 獨逸의 學說과 判例는 去來安全의 理念에 집착하여 그것이 어느 程度 外型化 될 것을 要求하고 있는 것이다. 그러나 實際에 있어서 具體的인 事件의 解決에 있어서는 兩國에서 큰 差異가 없음을 보았다. 그리고 兩民法은 共히 原因으로 理解되는 決定的 動機의 概念에 基해서 法律行爲의 全部無效와 一部無效를 決定하고 있고, 또 所謂 “Nemo auditur...”法諺의 原則의 適用에 依해서 兩民法上 原因의 概念이 間接的 方法으로 法律行爲를 道德化하는 役割을 하고 있는 것이다.

結論으로 우리는 佛·獨 兩民法에 있어서 그 外見的인 法技術上의 근소한 差異를 除하고는 兩民法上 原因의 概念이 同一하게 把握되고 있음은 물론이고 原因의 概念이 出損을 正當化하고 法律行爲를 道德化하는 役割을 하고 있음을 알 수 있겠다. 많은 學者들에게 原因論에 있어서 佛·獨 兩民法上 根本的 差異가 있는 것으로 잘못 알려진 것은 兩民法의 實證法規定을 단지 外見的으로만 考察한데 起因하는 것일 것이다.

人間은 理性和 意志를 特權으로 所有하는 存在이기 때문에 理性의 빛을 따라 意志의 決定으로 그의 意思를 表現하며 行動한다는 眞理에 立脚한 私的 自治의 原則을 佛·獨 兩民法이 共히 그 基本理念을 삼고 있는 限 兩民法上 原因論에 있어서 根本的인 差異란 결코 있을 수가 없을 것이다.

Théorie de la cause en droit civil français et allemand

Kim Ukkon

Résumé

(1) En droit civil moderne, c'est surtout en ce qui concerne des actes d'attribution qu'il s'agit de la théorie de la cause, et nous en voyons deux législations typiquement différentes; le code civil français et le B. G. B. Le code civil français énumère, à l'art. 1108, la cause licite comme une des conditions essentielles de la validité d'une convention et à des dispositions relativement détaillées concernant la cause (les art. 1131 et suivant), tandis qu'en B. G. B. il n'y a aucune disposition semblable. Le but de cette étude est d'essayer de trouver les points communs en scrutant les idées découlant en ces deux systèmes de droit civil malgré la différence de ses dispositions positives. La cause pose essentiellement un double problème; problème de sa notion ou définition et celui de son rôle juridique. Sur ces deux points porte notre étude comparative.

(2) Le droit civil français et allemand sont influencés, même en matière de la cause, par le droit romain et canonique. En droit romain, la notion de la cause est conçue comme le but objectif et matériel poursuivi par les contractants et seulement pour le moyen de rétablir les déséquilibres réalisés par l'acte juridique parfaitement valable, tandis qu'en droit canonique, elle est conçue comme le but subjectif et psychologique poursuivi par les contractants et pour la validité de l'acte juridique même.

En France, la définition de la cause a donné lieu à de nombreuses théories dont les divergences ont provoqué même une réaction anticausaliste, cette dernière ayant à son tour suscité un nouveau regain favorable pour la cause et de nouvelles recherches doctrinales.

D'après la théorie classique de J. Domat, la cause est définie comme le but abstrait poursuivi par les contractants et elle est soulignée par ses éléments objectifs et économiques. Les anti-causalistes (surtout G. Planiol) étaient particulièrement agressifs contre la théorie

classique, en argumentant que la théorie de la cause est fautive, illogique et inutile. Développée des explications inconsistantes de la théorie classique, la thèse anti-causaliste n'a pas convaincu toute la doctrine française mais a plutôt suscité des nouvelles recherches doctrinales. Ainsi une fraction de la doctrine moderne a voulu distinguer la cause de l'objet, en insistant sur ses éléments psychologiques: c'est la théorie subjective.

L'autre a voulu distinguer la cause du motif, en insistant sur ses éléments objectifs: c'est la théorie objective. La troisième fraction de la doctrine fait sa part à la fois aux deux aspects objectifs et subjectifs de la cause pour tirer une explication plus complète, en élaborant des théories soit dualistes soit unitaires: c'est la doctrine dominante contemporaine. D'après cette dernière, la cause est définie, selon les dualistes, comme l'équivalent voulu et l'absence voulu de équivalent économique ou le motif déterminant, et, selon les unitaires, comme le but d'obtenir l'exécution de la prestation promise poursuivi par les contractants.

En Allemagne, nous voyons que jusqu'au 19^{ème} siècle, la notion de la cause est conçue subjectivement comme en droit canonique mais elle n'était pas la condition de la validité de l'obligation comme en droit romain. Dès le 19^{ème} siècle, une série de théorie subjective de la cause était établie; théorie de F. Carl von Savigny et de B. Windscheid. O. Lenel était très agressif contre la théorie subjective de B. Windscheid, en insistant en même temps sur les aspects subjectifs et objectifs de la cause. Il a écrit que "Rechtserheblich ist stets nur derjenige Zweck einer Leistung, der für die Wirtschaftliche Natur der Leistung selbst bestimmend ist." La théorie mi-subjective et mi-objective de Lenel est accueillie par les auteurs de B. G. B. et par la doctrine dominante contemporaine de l'Allemagne.

Quant à la notion de la cause, nous voyons ainsi que les doctrines dominantes contemporaines de la France et de l'Allemagne ont fait le même chemin en donnant ses parts aux deux aspects subjectifs et objectifs.

(3) Quant au rôle juridique de la cause, nous voyons d'abord qu'elle joue un rôle de justification des actes d'attribution.

En Allemagne, la distinction de l'acte causé et de l'acte abstrait est établie depuis F. Carl von Savigny et O. Bähr. La cause est la condition de validité (Geschäftsbestandteil) de l'acte causé, bien que le B. G. B. ne le prescrive pas explicitement. L'acte abstrait est celui dont la cause existe mais l'abstraction de la cause est faite par la technique juridique. L'acte abstrait est valable indépendamment de la cause, mais il y aura application de „Conditio", s'il y a absence de la cause. Suivant qu'il s'agit de l'acte causé ou de l'acte abstrait, la solution théorique est différente, mais les résultats pratiques sont presque les mêmes, parce que l'appauvrissement d'une personne par l'acte d'attribution fait générale-

ment l'enrichissement à autrui, que l'art. 818-II du B. G. B. annonce le principe de la restitution de la chose en nature et qu'enfin l'art. 822 du B. G. B. régit les cas où l'appauvri peut demander la restitution contre le tiers.

En droit civil français, l'acte causé est le principe et les art. 1108 et 1131 font dépendre la validité de la convention de la cause. En relation juridique triangulaire où la scission entre la cause et l'obligation est possible, on reconnaît l'acte abstrait. Mais les déséquilibres réalisés, le cas échéant, par la reconnaissance de tel acte abstrait seront équilibrés par le remboursement, parce qu' „inter partes” l'acte juridique est toujours causé.

La cause joue aussi un rôle de moralisation des actes juridiques.

En droit civil français, il n'y en a aucun doute, parce que le code civil prescrit que, d'une part, l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet (art. 1131) et, d'autre part, la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public (art. 1133). La cause joue ce rôle de moralisation des actes juridiques non seulement par le moyen de la sanction de nullité des actes juridiques dont la cause est immorale, mais aussi par le moyen de l'application du principe de l'adage “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, reconnu par la doctrine et la jurisprudence, qui prohibe indirectement les actes juridiques dont la cause est immorale.

En B. G. B., il n'y a aucune disposition semblable aux art. 1131 et 1133 du code civil français, mais seulement quelques dispositions générales que “Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstosst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt” (§ 134) et “Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstosst, ist nichtig” (§ 138-II). Bien que le B. G. B. ne fait pas explicitement dépendre la validité de l'acte juridique de la moralité de la cause, le juge recourt nécessairement à l'appréciation de la licéité et de la moralité de la cause pour dire que l'acte juridique est illicite ou immorale. Le principe de l'adage “Nemo auditur.”, réglementé en B. G. B. (§ 817), fait jouer indirectement la cause le rôle de moralisation des actes juridiques.

(4) Nous avons vu qu'en matière de la cause, il y a, malgré la différence des dispositions positives, des points communs entre le droit civil français et allemand. Cela vient, pensons nous, du fait que les deux droits, français et allemand, sont également basés sur le principe de l'autonomie de la volonté reconnaissant la vérité que l'homme est un être qui possède, en privilège, la raison et la volonté et qu'il acte selon la lumière de la raison et avec la détermination de la volonté.