

利子制限法の適用範圍와 制限超過利子の效力

韓 三 寅

〈目 次〉

- | | |
|------------------------|-----------------------|
| I. 問題의 提起 | 2. 準消費貸借에도 適用되는가? |
| II. 利子債權 | IV. 制限超過利子の 效力 |
| 1. 總 說 | 1. 超過部分의 無效 |
| 2. 利 子 | 2. 無效의 法的 性質 |
| 3. 元本債權과 利子債權과의 關係 | 3. 制限超過利子の 任意支給과 返還請求 |
| 4. 利子債權의 辨濟期와 中間利子 | V. 制限超過利子の 辨濟充當 |
| 5. 複 利 | 1. 判例의 理論 |
| 6. 利子の 制限 | 2. 學 說 |
| III. 利子制限法の 適用範圍 | 3. 私 見 |
| 1. 金錢이외의 消費貸借에도 適用되는가? | VI. 結 語 |

I. 問題의 提起

金錢貸借에 관한 契約上의 最高利率은 年4割을 초과하지 않는 범위안에서 大統領令으로 정한다(利子制限法 § 1의 ①).

契約上의 利子로서 前條에 定한 制限을 超過하는 部分은 無效로 한다(利子制限法 § 2).

觀察의 視角에 따라 多少의 例外는 있겠지만, 人間의 社會生活은 대부분 給付(Leistung)에 對한 反對給付(Anti-Leistung)의 關係로써 形成되는 것으로 볼 수 있다. 例컨대, 甲(貸主)이 乙(借主)에게 金 100 萬圓整을 빌려주는 경우에 甲은 乙과의 金錢消費貸借契約이 定하는 바에 따라서 一定額의 利子를 收取하게 될 것이며, 이것이 바로 社會生活을 營爲해 가는 平均人(Durchschnittsmensch)의 原初的인 法意識¹⁾(Rechtsbewußtein) 내지 法感情(Rechtsgefühl)일 것

1) 이것은 社會에서 實現되는 法에 대한 主觀的 反映이지만, 法內容의 妥當性 與否에 관한 判斷과 그것을 法으로서 承認하는 法的 確認(Rechtsüberzeugung)이 포함돼 있으므로 人間이 法에 대하여 갖는 規範意識 또는 社會意識으로 나타난다. 金曾漢外, 法律學辭典, 法文社, 1976, p.368.

이다. 이처럼, 現代人에 있어서 利子債權의 成立은 지극히 當然한 것이지만 古代人의 法意識은 그것이 아니었다.

즉, 타키투스²⁾에 의하면, 게르만인은 利子있는 (金錢)消費貸借를 알지 못했다 한다.³⁾ 왜냐하면, 그들이 使用한 消費貸借(Darlehn)의 觀念에는 使用貸借(Leihe)의 意味가 포함돼 있었고, 그것은 바로 代替物(res fungibiles)의 使用貸借인 相隣의 援助로서의 現物貸借가 主였기 때문이다. 한편, Karolinger時代(751-887)의 教會에서는 “아무것도 바라지 말고 빌려주라(mutuum date nihil inde sperantes)”는 모세의 律法에 基하여⁴⁾, 利子の 徵收에 反對하므로써 利子は 어떤 것이든 暴利(Wucher)라고 보았다. 이러한, 消費信用을 本質로 하고 있던 自然經濟(Naturalwirtschaft)⁵⁾ 時代에 생긴 利子禁止思想은 中世를 통하여 維持되었다.⁶⁾ 요컨대, 資本主義經濟가 成立하기 이전의 金錢消費貸借는 生産信用이 아닌 消費信用을 위한 目的에서 이루어지는 것이 보통이었으므로, 利子は 窮迫한 地位의 借主를 착취하는 것이라 생각되어 法律上 禁止당하였거나 또는 社會的으로 멸시의 對象이 되었다는 데에 學者들의 見解가 一致한다.⁷⁾

그러나, 商業이 發達하면서 生産信用을 획득해야 할 必要가 생겼기 때문에 利子の 禁止에 對하여는 定期金·贈與·先利子 등의 方法으로 脫法行爲(fraus legi facta)가 자행되었고, 다른 일면으로는 利子徵收의 特權(Wucherprivilege)이 商人들에게 부여되기에 이르렀으며⁸⁾, 마침내 資本主義經濟가 成立되자 利子は 一般的으로 許容되기에 이르렀다.

法の 세계에 있어서도 利子禁止의 思想은 契約自由의 原則(Vertragsfreiheit)에 의하여 깨뜨려졌고, 商法の 領域에서 비롯된 利子債權의 自由는 現代法에 있어선 대부분의 國家의 民法典

2) Tacitus (55-117)의 「Germania」(98).

3) 玄勝鍾, 西洋法制史, 博英社, 1980, p.282.

4) 고대 대학원 서양중세사 연구실, 西洋中世社會經濟史論, 法文社, 1981, p.375.

5) 독일 경제학자들은 화폐가 발명되기 이전의 시대를 설명하기 위하여 적절하지는 않으나, 佛語의 économie-nature로 번역되는 自然經濟의 용어를 만들었는데, 이는 商業發展을 繼起的인 3段階로 나눌 때 物物交換經濟를 특징으로 하는 제 1 단계에 해당된다고 한다. Ibid., p.363, p.373.

6) 이러한 German法思想과는 달리, Roma法에서는 12表法(Lex duodecim tabularum) 이래로 利子の 最高率을 정하여 暴利行爲(Wuchergeschäft)만을 금지했다. 이에 관한 詳細는 玄勝鍾, 로마法, 一潮閣, 1982, p.135 참조.

7) 郭潤直, 再全訂版 債權總論, 博英社, 1983, p.70.; 金基善, 韓國債權法總論, 法文社, 1980, p.70.

; 金錫宇, 債權法總論, 博英社, 1977, p.65.; 金容漢, 債權法總論, 博英社, 1983, p.69.

; 金현태, 新債權法總論, 一潮閣, 1982, p.63.; 李太載, 改訂債權總論, 進明文化社, 1981, p.72.; 玄勝鍾, 債權總論, 日新社, 1982, p.68.

8) 이외의 손실(damnum emergens), 소득의 중단(lucrum cessans), 자본의 위험(periculum)을 가져오는 貸付에 있어서는 이에 對한 賠償을 해줄 必要가 있었으므로 商人들의 利子徵收는 正當한 것이었다 한다. 고대 대학원 서양 중세사 연구실, op. cit., p.388.

에서도 그대로 認定되고 있다.⁹⁾

그러나, 利率의 限度를 定해야 할 것인가? 定한다면 어느 限度까지로 할 것인가? 등은 各國의 立法論上 중요한 문제가 된다.

생각컨대, 資本制經濟에 있어서는 金錢이 貸付資本으로서 生産을 위해 利用되는 限 그 利率(率)은 원칙적으로 金融市場에 있어서의 貸付資本의 需要供給의 均衡(이른바 價格의 變數媒介的 機能—parametric function of price)에 의하여 定해지는 것이지만, 더 나아가서 自由主義經濟에 있어서의 法秩序는 契約의 自由와 所有의 自由인 것이지만¹⁰⁾, 利率과 利率이 國民生活에 미치는 經濟的 社會的 問題는 지대한 것이므로 貸主와 借主 사이의 利害의 調整은 國家의 종합적인 金融정책에 의함이 필요하게 된다.

한편, 資本制經濟下에서는 現時的 窮乏을 免하기 위해 消費信用을 求하는 者가 많아지면서 信用을 주는 者의 不當한 高利에 의한 擄取와 暴利行爲로부터 經濟的 弱者인 庶民大衆을 保護해야 하는 問題가 대두된다. 특히 우리나라의 경우와 같이 高利貸信用이 큰 위력을 발휘하고 있으며 많은 市民과 農漁民들 뿐만 아니라 傭자의 惠澤을 받기가 거의 困難한 中小企業者가 高利貸信用에 依存하는 度가 높은 狀況에서는 一定率 이상의 利率을 制限할 必要性이 強力히 要求되는데¹¹⁾ 利率制限法은 바로 이러한 目的의 所産에서 制定된 것이다.

民法 § 379의 特別法인 利率制限法을 解釋함에 있어서는, (1) 利率債權과의 관련하에 利率과 利率의 概念分析이 이뤄져야 하며, (2) 同法은 金錢消費貸借 이외의 消費貸借에도 適用可能한지의 與否에 對한 合目的的인 解釋이 내려져야 하며, (3) 同法 § 2가 말하는 制限超過利率을 債務者(借主)가 任意로(nach Belieben) 支給(給付)했을 경우에 債務者는 債權者(貸主)에 對하여 그 返還을 請求할 수 있는가? 또한, 이미 支給한 超過利率의 返還을 請求할 수는 없다 하더라도 아직 元금이 남아 있는 경우라면 超過支給된 利率은 元金의 一部로 辨濟充當되는가? 등에 관한 解釋이 내려져야 할 것이다.

생각컨대, 民法典과 같이 방대한 條文의 法이든 利率制限法과 같이 적은 條文의 法이든 法的 解釋(Auslegung des Rechts)은 單數가 아니라 複數이다.¹²⁾

따라서, 法的 意味內容을 밝혀나감에 있어서는 法文의 論理必然性에 正面으로 違背되지 않는 範圍內에서, 現實社會事情과의 관련하에 正義와 衡平(Gerechtigkeit und Billigkeit)의 觀念에서 解釋함이 바람직하다 할 것이다.

本稿는 이러한 論述의 土臺위에서,

9) 韓民 § 379. 獨民 § 138, § 246. 佛民 § 1907. 瑞西債務法 § 21, § 73. 참조.

10) 黃迪仁·權五乘, 經濟法, 法文社, 1978, p.22.

11) 金曾漢外, 學說판례 註釋民法(下), 한국사법행정학회, 1972, p.51.

; 鄭範錫·鄭熙根, 民法大意, 創文閣, 1983, p.284.

12) 鄭範錫, 利率制限法違反行爲의 效力, 法曹(21卷), 1972.4, p.67.

- (1) 利子債權과 利子の 概念을 吟味하고,
 - (2) 利子制限法の 適用에 관한 國內의 判例 學說을 檢討·批判하며,
 - (3) 利子制限法上的 制限超過利子の 效力에 관한 判例 學說을 檢討·批判하며,
 - (4) 制限超過利子の 任意支給은 元金에의 辨濟充當으로 볼 수 있는 것인지?
- 등의 問題를 解釋하는 것을 그 意圖로 한다.

II. 利 子 債 權

1. 總 說

利子債權(Zinsobligation)은 利子の 支給을 目的으로 하는 債權이다. 元本(Kapital)의 支給을 目的으로 하는 元本債權의 存在를 前提로 하며, 元本債權과는 別個의 것이나 그것에 從屬된 債權이다. 利子は 元本使用의 對價인 金錢 기타의 代替物이고, 원칙적으로 元本額에 對한 一定한 比率(利率)에 의하여 定해 지는 것이므로, 그것은 一種의 種類債權(Gattungsschuld)이며 특히 利子が 金錢인 경우에는 金錢債權(Geldschuld)의 一種이고¹³⁾ 다만 確定基準이 一定한 利率에 依存하는 點에 특색이 있다.

利子債權은 每期(每年末 또는 每月末)마다 利子를 發生시키는 것을 目的으로 하는 基本權으로서의 利子債權(소위 基本的 利子債權)과 그 基本權에 基하여 每期마다 具體적으로 利子の 支給을 目的으로 하는 支分權으로서의 利子債權(소위 支分的 利子債權)으로 區別된다.¹⁴⁾ 그러나, 보통 利子債權이라 할 때에는 基本的 利子債權을 意味하며¹⁵⁾ 이 두가지 利子債權이 元本債權에 對하여 가지는 從屬性에는 정도의 差異가 있다.¹⁶⁾

利子債權은 法律의 規定에 의하여 發生하는 경우도 있으나(소위 法定利子),¹⁷⁾ 대개는 消費貸借 消費任置 등의 法律行爲에 隨伴하여 約定됨이 보통이다(소위 約定利子). 특히 商人 사이에서 金錢의 消費貸借를 한 때 또는 商人이 그의 營業의 範圍내에서 他人을 위해 金錢을 替當한 경우에는 當事者間의 約定이 없더라도 당연히 利子債權이 發生한다(商法 §55).

13) 郭潤直, *op. cit.*, p.67.; 金錫宇, *op. cit.*, p.61.

14) *Ibid.*, p.61.

15) 郭潤直, *op. cit.*, p.69.

16) 이에 관한 詳細는 本稿, pp.86-87. 참조.

17) 民法上的 法定利子の 發生에 관한 規定으로는, §425의② §441의② §548의② §587 §685 §688의① §701 §707 §738 §748의② 등이 있다.

2. 利 子

(1) 概 念

利子制限法을 考察하기 위해서는 于先 利子の 概念定立이 必要하다.

利子(Zins)의 實質의 意義는 經濟學上의 根本問題의 하나로서 學說도 나뉘져 있으나, 그것은 流動資本인 元本으로부터 생기는 收益이라 할 수 있다.

그러나, 民法上 利子の 概念은 대체로 「金錢 其他의 代替物의 使用對價로서 元本額과 使用期間에 比例하여 一定의 率(利率)에 따라 支給되는 金錢 其他의 代替物」이라 한다.¹⁸⁾ 元本債權의 所得이 利子임에는 틀림없으나, 이에 관한 民法의 用語例는 반드시 統一되어 있지 않아서, 元本使用의 對價로서의 性質을 갖지 아니한 것도 利子라고 부르는 수가 있다.¹⁹⁾

(2) 다른 法定果實과의 區別

(가) 利子は 流動資本(生産을 위하여 한번 使用하면 消滅하는 資本), 즉 金錢 기타의 代替物인 元本債權을 前提로 하여 이에 從屬하는 것이므로, 元本債權의 無効·取消의 경우에는 利子は 發生하지 않으며, 또한 ① 元本債權이 없는 終身定期金(民法 §725)이나 建設利子(商法 §463)는 利子가 아니다. ② 固定資本(生産을 위해 계속 反復하여 使用할 수 있는 資本), 즉 不代替物(res non fungibiles)인 土地·建物·機械 등의 使用對價인 地料·借賃 등은 利子가 아니다.

(나) 利子は 元本使用의 對價, 즉 法定果實(juristische Früchte)의 一種이다. 따라서, 利率에 좇아서 計算하는 것이 아닌 元本の 消却金·月賦償還金·株式의 配當金·謝禮金 등은 利子가 아니다. 또한 金錢債務不履行의 경우에 支給되는 遲延賠償(民法 §397 참조)으로서의 遲延利子(Verzugszinsen)²⁰⁾는 그 法律的 性質이 損害賠償일 뿐 利子는 아니다.²¹⁾

예컨대, 甲은 1983年 1月 1日에 辨濟期를 同年 12月 31日로 定하고 乙로부터 金 100萬 圓整을 借用하였는데, 辨濟期보다 1年 늦게 1984年 12月 31日에야 辨濟하였다. 이 경우에는 金錢債務不履行이 되므로, 甲은 民法 §397의 ①에 依據 法定利率(年 5分)인 金 5萬圓整을 乙에게 支給하지 않으면 안된다. 이 損害賠償을 遲延利子라고 부른다.

(다) 利子は 元本使用의 對價로서 支給되는 金錢 기타의 代替物이나 金錢이 가장 많다. 그리

18) 郭潤直, *op. cit.*, p.64.; 金基善, *op. cit.*, p.64.; 金錫宇, *op. cit.*, p.62.; 金容漢, *op. cit.*, p.65.

; 李太載, *op. cit.*, p.69.; 玄勝鍾, *op. cit.*, p.64.

19) 玄勝鍾, *Ibid.*, p.64. 民法 §425의② §441의② §425 §685 §738 등 참조.

20) 이에 관한 詳細는 金教昌, 遲延利子債權에 관한 두가지 問題點, 判例月報(136卷), 1982.1, pp.150-153. 참조. ; 朴東涉, 自然이자의 起算日에 관하여, 法曹, 1982.2, pp.40-50. 참조.

21) 郭潤直, *op. cit.*, p.64.; 金容漢, *op. cit.*, p.66.; 玄勝鍾, *op. cit.*, p.64.

나, 代替物이기만 하면 利子計算을 할 수 있으므로, 「利子は 元本과 同一種類의 物件일 것을 必要로 하지 않는다」²²⁾ 따라서, 金錢債權에 對하여 支給되는 利子녀도 利子이다.²³⁾

(3) 利 率

利率(Zinsfuß)은 元本額에 對한 利子の 比率로서 元本使用의 一定期間을 單位로 하여 定해진다. 年利·月利는 百分率로 定하고, 日邊은 100 원에 몇錢 또는 몇厘로 定한다. 利率에는 約定利率과 法定利率의 2種이 있다. 約定利率(Vereinbarter Zinsfuß)은 法律關係當事者가 自由롭게 定할 수 있음이 原則이나, 金錢의 消費貸借에 관하여는 一定率 이상을 超過할 수 없으며, 金融機關의 貸出金과 預金에 對한 利子の 最高率도 定해져 있다.²⁴⁾ 約定利率에 관하여 定한 것이 없으면 法定利率(Gesetzlicher Zinsfuß)²⁵⁾에 의하게 된다. 한편, 法定利率은 現實의 經濟事情(資本市場의 去來實情)에서 볼 때에 非現實의인 低利率인 感이 짊으므로 法定利率의 現實化를 위하여 民法을 改正하는 것이 바람직하다 할 것이다.²⁶⁾

3. 元本債權과 利子債權과의 關係

例컨대, 甲이 乙에 對해 100 萬원의 貸金債權이 있고 利率을 年2割로 定했다면, 甲의 100 萬원의 債權은 元本債權이고, 이 元本債權의 存在를 前提로 年20 萬원의 利子を 發生케 하는 基本的 利子債權이 成立하고(보통의 意味의 利子債權), 이로부터 每期(每年末 또는 每月末)에 一定額의 利子を 支給받아야 할 支分的 利子債權이 생기는 것이다.

이처럼 利子債權은 元本債權의 存在를 前提로 하여 이에 從屬(附從)하는 것이나²⁷⁾, 元本債權의 一部는 아니고 그것과는 別個의 債權이다.

22) 朝鮮高法判 1926.9.10 [民集 13卷 259面]

23) 郭潤直, *op. cit.*, p.65.; 金容漢, *loc. cit.*

24) 韓國銀行法 §64 §65 참조.

25) 利子の 約定은 있으나 利率에 對한 立證이 없는 경우에는 法定利率에 의한다. 大法判 1960. 3.31 [4291 民上 178]. 한편, 民事法定利率은 年5分(民法 §379)이고, 商事法定利率은 年6分(商法 §54)이며, 供託金에 관한 것은 年1.8分이다(供託法 §5 및 供託金の 利子에 관한 規則 §2 참조).

26) 民法 §379의 「年 5分으로 한다」를 佛民法 §1153와 같이 「大統領令으로 定하는 바에 의한다」로 改正함이 合理的이라 할 것이다. 이와 관련하여, 韓國民事法學會 編, 民事法改正意見書, 博英社, 1982, pp.107-108. 참조.

27) 이것을 利子債權의 附從性(Akzessorität)이라고도 한다. 張庚鶴, 民法演習, 日新社, 1965, p.316.

(1) 基本的 利子債權

基本的 利子債權은 元本債權에 從屬하여 元本債權과 法律上の 運命을 같이 한다.²⁸⁾ 따라서, 元本債權에 對한 轉付命令(民訴法 §563)²⁹⁾ 이 있으면 利子債權도 함께 押留債權者에게 移轉한다.

(2) 支分的 利子債權

이것은 基本的 利子債權의 效果로서 發生하는 것이므로 元本債權에 從屬하며 元本債權의 擴張으로서의 性質을 갖는다. 따라서, 元本債權의 擔保는 당연히 支分的 利子債權도 擔保하는 것이 되며(民法 §334 §360 §429), 利子를 제외한 元本만을 提供하여도 그것만으로는 債務內容에 對한 弁濟의 提供이 되지 않는다. 弁濟에 있어서 利子債權은 元本債權에 優先하나(民法 §479 참조), 이미 弁濟期에 到達한 支分的 利子債權은 元本債權에 對하여 강한 獨立性을 가지므로 元本債權과는 獨立하여 弁濟되고 讓渡되며, 또한 消滅時効에도 걸린다.

4. 利子債權의 辨濟期와 中間利子

利子債權의 弁濟期는 반드시 元本債權의 弁濟期와 同一하지 아니하다. 弁濟期에 관한 當事者의 約定이 없으면 元本債權의 性質, 去來上の 慣習에 의하여 決定된다. 그렇게 하더라도 弁濟期를 定할 수 없으면 元本債權의 弁濟期와 同一한 것으로 봄이 多數의 見解이나³⁰⁾, 利率을 月利로 定한 경우에는 每月末을 年利로 定한 경우에는 每年末을 利子債權의 辨濟期로 봄이 妥當할 것이다.³¹⁾ 이와 관련하여 問題되는 것으로 中間利子가 있다. 中間利子(Zwischenzins)라 함은 將來에 一定한 給付를 해야 할 債權의 現時의 價額을 算定하기 위해, 그 給付의 價額에서 控除해야 할 利子を 말한다.³²⁾

金錢消費貸借契約의 借主가 貸主에 對하여 中間利子の 控除를 請求할 수 있을 것인지에 관한 民法上の 明文規定은 없으나, BGB §272의 태도³³⁾와 같이 債務者는 債權者에게 中間利子の 控

28) 私權을 主된 權利(Hauptrecht)와 從된 權利(Nebenrecht)로 나눌 때 從된 權利인 基本的 利子債權은 主된 權利인 元本債權의 發生·變更·消滅에 依存케 됨은 當然하다.

29) 轉付命令(Überweisungsbeschluss an Zahlungsstatt)이란 債務者가 第3債務者에 대해 갖는 押留한 金錢債權을 執行債權과 執行費用請求權의 辨濟에 갈음하여 押留債權者에게 移轉시키는 執行法院의 決定을 말한다.

30) 金基善, *op. cit.*, p.68.; 金현태, *op. cit.*, p.62.; 玄勝鍾, *op. cit.*, p.66.

31) 同旨, 李太載, *op. cit.*, p.70. 참조.

32) 中間利子の 算定方法에는 Hoffmann式 Carpov式 Leibniz式 등의 3種이 있으나, Hoffmann式 방식에 의함이 判例의 태도이다. 大法判 1966.11.29 [66다1871]; 同 1967.5.16 [67다516]

33) 債務者가 無利息의 債務를 辨濟期 前에 支拂하는 때에는 債務者는 中間利息을 理由로 하여 控除할 權利가 없다.

除를 請求할 수 없다고 새김이 좋을 것이다. 왜냐하면, 債務者는 期限의 利益을 拋棄하여(民法 §153의 ②) 弁濟期前이라도 임의로 有効한 辨濟를 할 수가 있기 때문이다. 예컨대, 甲이 乙에 대하여 100萬원의 貸金에 관하여 年2割의 利子를 支給할 것을 約定한 경우에 甲이 비록 10개월만에 辨濟를 하더라도 1年分の 利子 20萬원 中에서 2個月分の 利子를 控除해 줄 것을 乙에 對해 請求할 수 없다는 것이다.

5. 複 利

複利(Zinseszins)라 함은 利子의 利子(usurae usurarum), 즉 辨濟期에 達한 利子를 元本에 算入하여 이를 元本의 一部로 하여 利子를 붙이는 것을 말한다. 그러므로, 利子를 元本에 算入하지 않고 이를 獨立한 元本으로 하여 利子를 낳게 하는 경우(이른바 獨立複利)는 여기서 말하는 複利는 아니다. 複利는 그 本來의 機能이 元本債權의 額을 빨리 增加시켜 債務者의 負擔을 가혹하게 增大시키는 것이므로 Roma法은 이를 制限하였고³⁴⁾, 近代여러나라의 立法이 이를 禁하고 있으나³⁵⁾ 우리民法은 이에 관한 아무런 規定이 없으므로 利子制限法이나 기타의 法律³⁶⁾ 또는 社會秩序에 違反³⁷⁾ 되지 않는 限 複利契約은 有効한 것으로 解釋된다.³⁸⁾ 한편, 複利에는 當事者의 契約에 의해 發生하는 約定複利와 法律의 規定에 의해 認定되는 法定複利(예컨대, 商法 §76) 등이 있다.

6. 利子의 制限

(1) 序 說

주지하다시피, 近代市民革命(1789)은 人間(Mensch)을 封建的 身分의 隷屬에서 解放시켜 함과 同時에 모든 人間은 태어나면서부터 獨立한 人格(person)을 享有하고 있음을 認定한다.³⁹⁾ 그리하여, 法의 世界에 있어서도 모든 人間은 個人의 自由로운 意思(Privatautonomie, Autonomie des Willens)에 의하여 法律關係(Rechtsverhältnis)를 形成시켜 나감이 原則이다. 이러

34) Roma法은 複利가 元本額을 웃돌면 請求할 수 없었다. 玄勝鍾, 로마法, 一潮閣, 1982, p. 135. 참조.

35) 獨民 §138의 ② 同284 同289.; 佛民 §1154.; 瑞西債務法 §314의 ③ 등 참조.

36) 農地擔保法 §6은 「농지저당기관은 이법에 의한 貸付金에 대하여 先利子를 받거나 이자를 元金에 加算할 수 없다」고 하여 複利를 금한다.

37) 大法判 1962.3.22 [4294 民上 715] 참조.

38) 同旨, 玄勝鍾, 債權總論, 日新社, 1982, p.67.

39) 1789年8月26日 佛議會에 의해 채택된 「人間과 市民의 權利宣言」§1는 「사람은 날 때부터 平等하다. 社會的 不平等은 公共을 위해서 하는 外에는 만들 수 없음」을 明定하고 있다.

한 契約自由의 原則⁴⁰⁾은 利子債權에 있어서도 例外는 아니어서, 金錢消費貸借契約에서의 利率은 원칙적으로 當事者의 自由로운 意思에 의해서 定해짐이 원칙이었다. 利子自由의 思想은 적어도 消費信用·生産信用을 활발히 媒介해 주는 順機能을 갖고 있으면서도, 한편으로는 보통의 경우 경제적 强者인 貸主로 하여금 경제적 弱者인 借主를 착취하는 高利貸金이라는 逆機能⁴¹⁾을 가짐이 事實이었고, 그것은 資本制經濟의 成熟과 더불어 더욱 짙어졌으므로, 이제 國家는 더 이상 自由放任(Laissez-faire)할 수만은 없었다. 따라서, 國家는 경제적 약자의 保護를 꾀하면서 경제생활의 安定을 통하여 國民經濟의 均衡있는 發展을 도모할 必要가 있었으므로, 19C 후반 이래 各國은 利子の 制限·暴利禁止·社會的弱者의 保護를 위한 諸立法運動이 일어났고, 오늘날에 와서는 大部分의 나라가 利子債權에 적극적으로 干渉하기에 이르렀다.⁴²⁾

(2) 利子制限法

우리나라에서도 일찍부터 利子를 制限하는 利息制限令(1911年 制令 13號)의 施行을 보았으나 그 內容이 不備하고 現實에 맞지 않았으므로 1962년에 自主的인 利子制限法을 制定하여⁴³⁾ 消費信用과 生産信用에 一律적으로 適用하므로써 경제적약자의 保護와 企業의 育成을 꾀하고 있다. 그후 同法은 한 차례의 改正을 가하여 現實去來上의 利率과의 間격을 없애려 한다. 즉, 同法 §1의 ①에 의하면, 金錢貸借에 관한 契約上의 最高利率은 年 4割을 超過하지 아니하는 범위 안에서 大統領令으로 定하도록 했는데, 이에 基한 大通令의 變遷을 보면, 1962.1.15부터 1965.9.23까지는 年 2割, 익일부터 1972.8.1까지는 年 3割 6分 5厘, 익일부터 1980.1.11까지는 年 2割 5分, 익일부터 지금까지는 年 4割로 하고 있다.⁴⁴⁾ 理解의 便宜를 위해 이를 圖表化 하면 아래와 같다.

40) 契約의 自由는 契約締結의 自由(Abschlussfreiheit)와 內容決定의 自由(inhaltliche Gestaltungsfreiheit)로 代表되며, Larenz에 의하면, 계약의 자유라 함은 「平等한 權利를 갖는 當事者에 의하여 자유로 체결되고, 그에 의하여 私法의 領域에 있어서 그들의 相互關係의 形成에 관하여 合意에 의해 法創造적으로 活動하는 可能性을 주는 契約을 拘束力있는 것으로서 法秩序가 승인하는 것」이라고 한다. Larenz, *Lehrbuch*, 1. Bd., 2. Aufl., 1957, S.36.

41) 契約의 自由는 人間의 形式的 抽象的인 自由와 平等의 保障을 의미할 뿐 具體的 實質的인 平等(Gleichheit)을 의미하는 것이 아니다. 바로 여기에 「계약의 自由」가 「계약公正」의 원칙으로 변천돼야 할 所以가 있다.

42) 이러한 推移를 法思想의 面에서 보면, 「個人法에서 社會法(Vom individualistischen zum sozialen Recht)」으로의 轉換이라 한다. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., 1950, S.189.

43) 이 자체 憲法의 憲法的 根據는 人間의 尊嚴性(Würde des Menschen)을 표방한 憲法 §9와 人間다운 生存(menschenwürdiges Dasein)을 理念으로 하는 同法 §32가 될 것이다.

44) 利子制限法은 利子를 制限함에 있어서 利子の 總額을 制限하는 方法(예컨대, 元本額의 5割, 10割을 넘지 못한다는 方法)에 의하지 않고, 利子の 最高限을 制限하는 方法을 취하므로써 그에 그때의 경제사정에 따라 彈力性있게 規制할 수 있도록 一定 範圍內에서 大統領令으로 定하도록 한 것이다. 郭潤直, *op. cit.*, p.73.

施行日	法令의 號數	制限方法	最高利率	區分
1962. 1.15	法律 제 971 호	法律 § 1	年 2 割 以下	制定
1965. 9.24	法律 제 1710 호	法律의 制限內에서	法律 : 年 4 割 以下	改正
1970. 2.16	大統領令 제 4612 호	大統領令에 委任	令 : 年 3 割 6 分 5 厘 以下	制定
1972. 8. 2	大統領令 제 6310 호	大統領令 改正	令 : 年 2 割 5 分 以下	改正
1980. 1.12	大統領令 제 9714 호	"	令 : 年 4 割 以下	"

한편, 금융기관의 金利를 조절하는 措置 등으로 高金利로부터 債務者의 保護에 힘쓰고 있으며, 「經濟의 安定과 成長에 관한 緊急命令」을 制定하여 國民生活의 安定과 向上을 期하고 國民經濟의 均衡있는 成長을 꾀하면서 生産信用의 利子(率)에 制限을 加하고 있으나, 이것만으로는 利子의 自由를 制限하는 最善의 方策이라고 할 수 없으므로 경제적약자의 消費信用·生産信用을 沮害함이 없이 利率制限의 實效를 거두기 위해서는 보다 根本的으로 信用을 必要로 하는 者를 爲한 資金融通制度의 完備가 要請된다 할 것이다.⁴⁵⁾

Ⅲ. 利子制限法의 適用範圍

1. 金錢 이외의 消費貸借에도 適用되는가?

利子制限法은 「金錢貸借에 관한 契約上의 利子에 對하여 適用된다」(同法 §1)고 하므로써 同法은 원칙적으로 金錢消費貸借에만 適用이 될 뿐이고 金錢 이외의 借·보리·國債와 같은 消費貸借에는 類推하여 適用할 수 없으나 하는 問題가 생긴다.

이에 관한 國內의 學說로서는, 「金錢」消費貸借에만 適用되고 그외는 適用될 수 없다고 하는 否定說(消極說)과 金錢 이외의 消費貸借에도 類推(Analogie)하여 適用할 수 있다는 肯定說(積極說)로 見解가 나뉘져 있으며, 大法院判例은 前者의 立場을 取하고 있다. 判例의 理論과 兩學說을 차례로 檢討·批判하기로 한다.⁴⁶⁾

45) 金容漢, 利子制限法의 判例理論, 法曹, 1980.8, p.2. 참조.

46) 判例의 理論에 의하면, 金錢消費貸借가 아닌, ①賣買殘代金에 利子を 붙이는 경우 [大法判 1959.11.19(4292 民上 170)], ②交換契約에 의한 正租支給債務 [大法判 1966.3.29 <66 다 37>], ③共同營業의 損益計算 [朝高法判 1937.4.6], ④國債證券의 使用料 [大法判 1965.5.18 <65 다 396>], ⑤일종의 組合契約의 性質 갖는 稷金債權 [大法判 1959.7.30 <4291 民上 801>], ⑥相互賦金契約 [大法判 1962.2.28 <4294 民上 1066>] 등에는 本法의 適用이 없다.

(1) 判例의 理論

大法院은 利子制限法の 適用範圍를 解釋함에 있어 엄격하게 文理解釋(grammatische Auslegung) 하므로써 一貫하여 否定說을 取한다.⁴⁷⁾ 그 論據를 보면,

첫째로, 利子制限法 §1의 明文의 規定上 金錢 이외의 消費貸借에 適用할 수 없음은 當然하며,

둘째는, 現實經濟實情에 비추어 볼 때 金錢을 目的으로 하지 않는 貸借에까지 利子制限法을 擴張適用할 必要가 없음을 그 理由로 든다.

즉, 1965年 11月 25日 大法院判決에 依하면, 「原判決은 利子の 最高限度를 定할 舊利子制限令 §1의 規定이 金錢아닌 正租貸借에 관한 利子에도 적용되는 것으로 판단하였으나, 舊利息制限令은 金錢貸借에 관한 利子を 制限하였을 뿐 金錢 이외의 貸借에 관한 利子を 制限한 것이 아님이 法文上 明白함에도 불구하고⁴⁸⁾, 原判決이 正租의 貸借에도 舊利息制限令所定の 利子制限에 관한 規定이 적용되는 취지의 判斷을 하였음은 舊利制限令의 解釋을 잘못된 違法을 犯한 것이다」는 理由로 原審判決을 破棄했다. 그러나, 否定說을 再確認한 위 判決에 對하여는 다음과 같은 有力한 反對意見이 있었다.⁴⁹⁾

즉, 「法律上 利息(利子)이라 함은 金錢이나 其他 代替物의 元本債權으로부터 附隨的으로 생기는 所得으로서 一定한 比率에 의하여서는 元本額과 그 存續期間에 比例하여 支給되는 金錢이나 그밖의 代替物을 말하는 것인 바 그것은 金錢임을 通例로 하는 바이나 언제나 金錢만에 局限되는 것은 아니며, 또 반드시 元本과 同一種類의 物件임을 要하는 것도 아님은 두말할 것도 없다. 따라서, 原本이 金錢인 경우에 糧穀을 利子로 約定한 때에는 그 糧穀에 대하여 利息制限令(現在는 利子制限法이다. 以下 같음)을 適用하여야 할 것은 勿論이다. 그런데, 元本이 糧穀인 경우에 그 利子로서 支給되는 糧穀이나 金錢에 대하여도 역시 利息制限令을 適用함이 마땅한

한편, 金錢 消費貸借인 경우에도, ①貸借元金 5,000원 미만의 利子에 관한 경우(同法 §1의 ②), ②典當舖의 金錢貸借(전당포영업법 §72, §8), ③相互信用金庫法 §11소정의 少額信用貸出(同法 §36, §16, 同法施行領 §6 참조), ④경제의 안정과 성장에 관한 긴급명령 §10소정의 企業社債(이 경우에는 同令 §19의② 소정의 制限利率인 年1割6分2厘에 의해야 함; 大法判 1973.7.10, 72다4287)등에는 어느 學說에 의하더라도 本法의 適用이 排除된다.

47) 大法判 1959.2.19 [4290 民上 805],; 同 1965.11.25 [65다1422],; 同 1966.7.17 [66다642] 등.

48) 大法判 1959.2.19 [4290 民上 805]에 의하면,

「이자제한令은 金전대차에 관하여 借主가 元本外에 貸主에게 支給하는 金전 기타에 관한 制限이고 기타에 미치지 않음이 規定上 명백할 뿐 아니라 현 경제실정에 비추어 이를 金전을 目的으로 하지 않는 貸借에까지 확장 적용할 필요가 없다고 인정한다. 따라서, 米穀의 소비대차에는 同法令의 적용이 없으므로 피고는 원고에 대하여 약정이자 全部에 대하여 支給義務가 있다」고 하고 있다.

49) 즉, 大法判 1965.11.25 [65다 1422]의 손동욱, 한성수, 방순원, 나항운 등의 反對意見

일이라 생각한다. 물론 利息制限令 제 1 조에 의하면, (金錢貸借에 관한 契約上의 利息)에 대하여 一定限度로서 利息을 制限한다는 것이니 위 條文을 概念的으로 보면 元本이 金錢인 消費貸借의 경우에 局限하여 그 利子が 金錢이거나 糧穀이거나를 莫論하고 이에 利息制限令을 適用한다는 것으로 解釋될 것이다. 우리는 罪刑法定主義를 基本으로 하는 刑罰法規의 解釋에 있어서는 嚴格하게 그 成文法에만 依據함을 要하며 그 類推解釋은 있을 수 없는 것이라 할 것이다. 그러나, 民事法規의 解釋에 있어서는 경우에 따라서 그 成文法의 文字를 넘어서 條理 등에 의한 類推解釋을 할 수도 있을 뿐 아니라 또 하여야 할 경우도 있는 것이다. 즉, 必要한 法律을 統御하는 것이라 할 수 있으므로 직접적으로 法の 規定이 없더라도 同一한 法理와 法精神이 適用될 수 있는 限度에서 그 規定의 法的 意味를 다른 事項에 適用하는 類推解釋을 함을 要할 경우가 있는 것이며 金錢貸借에 관한 利息制限令을 食糧貸借에 관하여도 類推適用할 수 있을 뿐 아니라 또 하여야 한다는 合理的 根據가 바로 여기에 있는 것이다. 우리나라 國民의 과반수가 農民이고 많은 사람들이 어느 期間은 아직도 糧穀을 빌려 먹어야만 優先 食生活이나 人間다운 삶을 維持할 수 있다는 現實이 良心의으로 率直히 말할 수 있는 숨길 수 없는 事實인 것이다. 그리고 多數國民들 사이에 金錢의 消費貸借에 못지 않게 食生活의 必需品인 食糧의 消費貸借가 相當한 高利로 널리 盛行하고 있다는 生活事實을 우리는 度外視할 수 없다는 것이 또한 우리의 實情인 것이다. 이러한 까닭에 우리나라에서는 國民食糧의 確保와 國民經濟의 安定을 도모하기 위하여 특히 糧穀을 管理規制하지 않을 수 없어 특별히 糧穀管理法까지를 制定하기에 이른 것이다. 우리의 風土와 現實이 이렇진대 將次 우리나라가 期必코 경제적 자립과 번영을 이룩할 때까지는 高度로 發展한 先進國家의 利子制限法에 관한 慣例들과 아직은 步調를 같이 할 수 없을 것이며 우리는 우리나라의 步調로서 이에 관한 制度와 慣例의 發展을 꾀하여 나갈 수 밖에 없는 것으로 보이는 바이다. 萬一 先進國家와 步調를 같이 한다면 오히려 그 先進國들이 우리나라와 같은 發展段階에 있을 그 當時의 利息制限令에 관한 慣例와 당분간 結果적으로 一致된다는 것이 自然의 理致일 것이다. 우리는 金錢의 消費貸借에 관하여 暴利를 取한다는 등의 理由로서 民法 §103 §104에 依據하여 그 消費貸借契約을 無効로 하는 方式 이외에 一定限度 이상의 高利의 抑制를 目的으로 하고 있는 利息制限令의 制限利率超過의 契約部分은 無効로 하면서 制限利率이 내의 契約部分은 有効로 보는 方式의 解釋에 의하여 金錢消費貸借關係를 規制하고 있는 바와 같이, 아니 그 以上으로 食糧의 消費貸借關係에 관하여도 暴利 등을 理由로 위의 民法 §103 §104에 依據하여 그 消費貸借契約을 無効로 하는 方式이외에 一定限度 이상의 高利의 抑制를 目的으로 하는 利息制限令의 立法精神에 따라 金錢消費貸借에 관한 것과 같이 위 利子制限法에 의한 一部 無効의 解釋이 切實히 要請되는 것이다. 萬一 이렇게 해석하지 않는다면 經濟적으로 強한 一部 債權者(貸與하는 者를 말함. 以下 같음)들은 앞으로는 金錢의 消費貸借契約에 갈음하여 利息制限令의 適用이 없는 糧穀 등 다른 代替物의 消費貸借契約으로 바꾸는 風潮를 일으킴으

로써〔債權者들은 或 民法 § 605의 準消費貸借나 民法 § 606 代物貸借로서 결국 金錢消費貸借契約과 同一하게 利子制限法에 의한 規制를 받게 될 것을 염려하여 債權者와 債務者(借用하는 者. 以下 같음)의 中間에 一旦 糧穀商 등을 介入시켜서 糧穀 등의 消費貸借契約으로 變질시킬 수도 있을 것이다〕 위 利子制限法을 褫奪은 無의미한 死法(죽은 法)으로 轉落시키는 結果를 초래하고 말 것이 明白한 것이다. 위 契約一部無効의 規制는 外國에서 一定限度 以上の 高利에 대한 契約을 無効로 함과 동시에 그 制限超過利子를 받음을 禁止하고 그에 違反한 사람에게 刑罰을 科하기 까지 하고 있는 一部 國家와는 달리 우리나라의 現行法制度下에서는 그 制限超過利子에 대한 契約을 實體法上 無効로 解釋할 것이 아니라 裁判上에 있어서만 無効로 볼 것이다. 制限超過利子에 대한 契約이 아무리 債權者에 있어 債務者의 經濟的 弱點을 利用한 것이라 할지라도 債務者가 그것을 信義誠實의 原則上 또는 後日 다시 그 債權者로부터 食糧이나 金錢을 變通받을 것을 願하는 나머지 그 制限超過의 利子를 任意弁濟한 경우에는 그 辨濟는 有効한 것으로 볼 것이며 後日에 가서 債務者가 그것을 返還請求할 수 없는 것으로 볼 것이나 萬一 債務者가 利子制限法 超過利子에 대하여는 絶대로 辨濟할 수 없는 不得已한 事情이 있다하며 利子制限法の 保護를 받기를 願하고 裁判上 이를 呼訴하면 債權者는 그 制限超過利子를 裁判으로 받을 수 없는 것이라 볼 것이다. 以上과 같이 해석하는 것은 利息制限令에서 非但 利子에 대한 制限規定 뿐 아니라 金錢을 目的으로 한 債務不履行에 관한 豫定賠償額의 制限規定까지를 擴大 規定하고 있을 뿐더러 如何한 名稱에 不拘하고 消費貸借에 관하여 債權者가 받은 것은 이를 利息으로 看做한다고 規定하고 있는 立法精神과 新民法 § 2의 信義誠實의 規定이나 同法 § 608의 消費借用 主에 不利한 約定의 禁止規定의 立法精神에도 符合하는 解釋이라고 생각되는 것이다. 或은 利息制限令과 같은 民法의 契約自由의 原則에 대한 例外規定은 類推解釋에 의하여 그 適用範圍를 확대할 것이 아니라는 公式論을 들고 나올 수도 있겠으나 近代民法의 3大基本原則의 하나인 契約自由의 原則이라 할지라도 厚生國家와 福祉國家 文化國家를 指向하는 現代에 와서는 그 一部修正이 不可避하게 되었다는 것은 세계가 公認하는 바이며 우리나라 慣例의 基盤이 될 우리나라의 與件이 以上과 같으므로 利息制限令을 解釋適用함에 있어 金錢 以外에 관한 消費貸借에도 類推適用하여야 할 것으로 봄이 福祉國家와 文化國家의 建設을 指向하는 우리나라 國民의 人權과 生活를 保護하게 되는 國民을 위한 法解釋의 길이 될 것으로 믿는 바이다.]

이상과 같은 反對意見은 從前의 判例⁵⁰⁾의 態度와는 다른 것으로서 社會現實을 直視한 매우 說得力 있는 見解라 할 것이다.⁵¹⁾

(2) 學 說

50) 大法院 1959.11.19 [4292民上170],; 同 1963.9.12 [63다265] 등 참조.

51) 金容漢, *op. cit.*, p.7.; 玄勝鍾, *op. cit.*, pp.70-71.

(가) 否定說(消極說)⁵²⁾: 利子制限法은 金錢을 目的으로 하는 消費貸借에만 適用된다는 것으로 判例의 態도와 전혀 같다. 그 論據를 보면,

첫째로, 利子制限法 §1 가 明白히 「金錢貸借」라고 規定하고 있으며⁵³⁾,

둘째는, 金錢 이외의 代替物의 消費貸借에 있어서는 民法 §104 의 暴利行爲로서 그 無効를 認定할 수 있다⁵⁴⁾는 點 등을 理由로 한다. 그러나, 金錢에 갈음하여 米穀 등을 貸與한 경우에는 脫法의 目的을 認定할 수 있으면 利子制限法을 적용하여도 相關없다고 한다.⁵⁵⁾

(나) 肯定說(積極說)⁵⁶⁾: 金錢 이외의 代替物의 消費貸借에 관하여도 利子制限法을 類推適用해야 한다는 것이다. 그 論據를 보면,

첫째는, 利子制限法과 같은 民法法規는 罪刑法定主義(Grundsatz nulla poena sine lege)가 要求되는 刑罰法規와 달리 條理 등에 의한 類推解釋이 可能한 것이며⁵⁷⁾,

둘째는, 우리의 農村實情에 비추어 볼 때 多數國民들 사이에는 金錢의 消費貸借에 못지 않게 食生活의 필수품인 食糧의 消費貸借가 相當한 高利로 널리 盛行되고 있다는 實情에 비추어 食糧의 소비대차에 관하여도 暴利 등을 이유로 民法 §103 와 §104 에 의하여 消費貸借契約 全部를 無効로 하는 것 보다는 金錢貸借에 관한 것과 같이 利子制限法에 의한 一部無効의 解釋을 하는 것이 바람직한 것이며⁵⁸⁾,

셋째는, 食糧의 消費貸借에도 本法을 類推適用함이 福祉國家와 文化國家建設을 指向하는 우리나라 國民의 人格과 生活을 保護하게 되는 國民을 위한 法解釋의 길이 되며⁵⁹⁾,

네째는, 利子制限法의 立法精神과 그 實効性(法의 潛脫防止)을 살릴 수 있으므로⁶⁰⁾, 결국 유추해석을 할 실질적 必要가 있다는 것이다.⁶¹⁾

이상의 學說의 對立을 理解의 便宜를 위해 圖表化하면 아래와 같다.

52) 少數說로서 郭潤直, *op. cit.*, p.72.; 金基善, *op. cit.*, p.71.; 金曾漢, 債權總論, 博英社, 1980, p.36.; 梁三承外, 民法要論(下), 三英社, 1982, p.43 등

53) 郭潤直, *op. cit.*, p.73.; 梁三承外, *loc. cit.*

54) 郭潤直, *loc. cit.*

55) *Ibid.*

56) 多數說로서 金錫宇, *op. cit.*, p.67.; 金容漢, *op. cit.*, p.7.; 金鳴洙, 民法概說, 三英社, 1982, pp.304-305.; 金현태, *op. cit.*, p.65.; 襄淇源, 利子制限法, 司法論集(제 5 집), 法院行政處, 1974, p.559.; 李太載, *op. cit.*, p.73.; 玄勝鍾, *op. cit.*, p.71 등

57) 玄勝鍾, *op. cit.*, p.70.

58) 金容漢, *op. cit.*, p.8.; 襄淇源, *loc. cit.*

59) 金錫宇, *loc. cit.*

60) 金현태, *op. cit.*, p.65.; 李太載, *op. cit.*, p.73.

61) 玄勝鍾, *loc. cit.*

學說	區分	適用範圍에 관한 主張 (內 容)	論 據	解釋의 態度
大法院判例의 理論		利子制限法→ 金錢消費貸借에만適用됨	① 利子制限法 §1의 明文規定上 ② 우리의 現實社會事情에서 볼 때 金錢 이외의 貸借關係에는 적용할 필요성 없음.	概念法學的 解釋論
否定說 (少數說)		위와 같음	① 利子制限法 §1의 明文規定上 ② 金錢이외의 消費貸借의 경우→ 民法 § 104 (暴利行爲의 無效)에 의해 保護可能함.	위와 같음
肯定說 (多數說)		利子制限法→ 金錢이외의 代替物의 消費貸借에도 適用됨	① 民事法規→條理 등에 의한 類推 解釋 可能하고 ② 우리의 경제사회 現實 直視한 解釋論 전개할 필요성 있으며 ③ 위의 해석론은 이자제한법의 立法精神과 實効性 살릴 수 있음.	法社會學的 解釋論

※ 肯定說은, 大法院 1965.11.25 (65다1422)의 反對意見과 그 主張을 같이 한다.

(3) 私 見

私見으로서는 다음과 같은 理由에서 肯定說(積極說)을 支持한다.

가) 否定說을 主張하는 論據로서 利子制限法 §1를 들고 있으나(本法 §1를 엄격하게 概念的으로만 해석하면 否定說의 見解는 妥當하다고 볼 수 있다), 民事法規의 해석에 있어서는 경우에 따라서 그 成文法의 文字를 넘어서서 條理(Natur der Sache) 등에 의한 유추해석을 할 수도 있을 뿐 아니라 또 하여야 할 경우도 있는 것인데⁶²⁾ 이는 法社會學(Rechtssoziologie)의 方法을 通하여 現實社會의 事案에 具體的 妥當性을 부여하려는 見解로서 그 態度는 正當하다 할 것이다. 그러므로, 民事法規를 解釋함에 있어서는 成文法 萬能思想에 基礎한 概念法學(Begriffsjurisprudenz)⁶³⁾에만 依存할 것이 아니라 成文法의 欠缺(Lücken im Recht)을 前提로 하여, 變化하는 複雜多岐한 現實社會事情과의 關聯下에서, 實定法의 法理와 法精神에 위배되지 않는 限에서는 類推解釋 등의 方法을 통하여 制定法(enactment)과 現實社會와의 괴리를 메워 나갈 必要가 있다. 그런 意味에서, 否定論者들이 利子制限法 §1를 그들의 論據로서 내세움은, 法社

62) 大法院 1965.11.25 [65다 1422]의 反對意見

63) 概念法學은, 近代의 自由主義는 個人의 自由와 權利를 保障하기 위해서는 영원불멸의 成文法 體系를 만들어 國家權力의 남용을 防止해야 한다는 前提下에 엄격한 矛盾律(A is not non-A)에 의거했으므로 類推解釋을 금지한다.

會學的方法論이 有力視되고 있는 오늘날의 法解釋의 觀點에서 볼 때에, 沿革의 理由에 지나지 않는다 할 것이다.

(나) 農村地方의 社會實情으로는 絶실한 食生活을 解決하는 方法으로서 金錢消費貸借에 못지 않게 食糧의 消費貸借가 현저히 高利로 盛行되고 있는 것이 事實이므로,⁶⁴⁾ 大法院이 否定說의 論據로서 들고 있는 우리의 「現實經濟」란 것이 쌀·보리 등의 消費貸借가 거의 行해지지 않는 것으로 봤다면 이는 農村의 現實을 度外視한 見解라 할 것이며, 그렇지 않고 利子制限法 自體가 強行法規로서의 實効性을 거의 거두지 못하고 있는 우리의 現實情에 비추어 이를 金錢 이외의 消費貸借에까지 확장해석할 것이 아니라는 취지라 할지라도, 後述하는 바와 같이 制限超過利子를 債務者가 任意로 支給한 경우에 債務者는 그 返還請求를 할 수 없다는 判例의 立場⁶⁵⁾은 결국 同法의 實効性을 認定하고 있다는 證據라 할 것이므로 大法院의 否定說의 論舉는 妥當하지 않다 할 것이다.

(다) 쌀·보리 등의 消費貸借에 있어서 그 利子が 高利인 때에는 暴利行爲를 인정하여 債務者인 借主를 保護할 수 있다는 否定說의 論據가 있으나, 만약 暴利行爲로 인한 全部無効를 認定하게 된다면 結果적으로 食糧消費貸借契約을 締結함에 있어서 貸主의 拒否現象을 招來할 수도 있게 될 것이므로 全部無効의 問題와 같이 利子制限法에 의하는 一部無効의 理論도 아울러 적용될 수 있는 여지를 마련함이 合目的的이라 할 것이다. 그리고, 判例와 같이 否定說을 取하는 一部の 見解에 의하면, 例外的으로 脫法의 目的으로 金錢에 갈음하여 食糧 등을 貸與한 경우에는 本法를 적용하여야 할 것이라고 하므로써 修正의인 但書의 主張을 첨가하고 있다.⁶⁶⁾ 그러나, 이러한 경우에 脫法意思의 有無를 判斷하기가 困難하며, 가령 그것이 可能하다 할지라도 既述한 바와 같이 貸與忌避의 문제가 發生케 될 것이므로 오히려 利子制限法 또는 民法規定의 原則의인 적용을 인정하는 것이 좋을 것이다.⁶⁷⁾

(라) 既述한 (나)의 前提가 事實인 限에 있어서 食糧消費貸借에 對해 本法의 適用이 없다고 하면 金錢貸借에 갈음하여 쌀·보리 등의 貸借를 利用하므로써 本法를 濫脫할 위험성이 있으므로 高利의 抑制를 目的으로 하는 本法의 立法精神(民法 §2 §607 §608 등)에서 보더라도 肯定說이 妥當하다 할 것이다.

2. 準消費貸借에도 適用되는가?

準消費貸借(Quasi-loan for consumption)라 함은 當事者의 一方이 消費貸借에 의하지 아니

64) 金容漢, 債權法總論, 博英社, 1983, p.72. 참조.

65) 本稿 p. 99. 참조.

66) 郭潤直, *op. cit.*, p.72.

67) 金容漢, 利子制限法の 判例理論, 法曹, 1980.8, p.8. 참조.

하고 金錢 其他의 代替物을 供給할 義務가 있는 경우에 當事者가 그 物件으로써 消費貸借의 目的으로 할 것을 約定하는 契約(民法 § 605)을 말한다. 例컨대, 賣買代金を 借金으로 고치는 것과 같이 既存債務를 消滅시키고, 既存債務에 관하여 消費貸借과 同一한 効力を 생기게 하므로써 去來上의 決濟를 간편하게 하려는 데에 目的이 있다. 이러한 準消費貸借의 目的이 된 金錢 기타의 代替物이 金錢을 目的으로 한 消費貸借의 元本이 本法에 의하여 規制될 뿐 아니라 그 利子도 本法의 適用을 받게 된다.

즉, 大法院判決 1957.3.23[4289 民上 659]에 의하면, 「利子制限法 所定の 制限을 超過한 利子を 元金에 넣어서 이를 貸借로 하는 準消費貸借契約을 締結한 경우에는 債權者로부터 現實로 그 利子を 받은 경우와 同視할 수 없으므로 如何한 契約에 있어서는 利子制限法の 適用에 의하여 制限外의 相當한 部分만을 裁判上 無効로 하고 그 契約에 基因한 請求認容金額은 이를 制限範圍 內로 고쳐 계산할 것」이라고 하여 準消費貸借에 있어서 利子制限法이 적용됨을 判示하였는데, 이는 妥當한 判決이라고 본다.

그런데, 賣買代金에 損害金·過怠金を 붙인 경우와 같이 準消費貸借의 目的인 給與義務가 消費貸借과 무관하게 생긴 경우에는 本法의 適用이 없다고 한다.⁶⁸⁾

IV. 制限超過利子の 效力

1. 超過部分의 無効

利子制限法 § 2는, 契約上의 利子が 制限利率을 超過하는 경우에는 그 超過部分은 無効인 것으로 定하고 있다. 大法院判例도, 「利息制限令(舊) 所定の 制限利率을 超過한 部分의 利子が 債權額에 포함돼 있는 경우에는 그 超過利자가 포함된 部分에 限하여 無効인 것이고, 債權의 全部가 無効가 되는 것이 아니다」라고 判示하므로써⁶⁹⁾ 同法 § 2의 無効가 法文에 나타나 있는 바와 같이 一部無効임을 確認해 주고 있다. 따라서, 債權者는 그 制限超過部分의 利子を 請求할 수 없음은 물론 그것을 元金에 算入하는 契約, 또는 準消費貸借로 하는 契約을 締結하거나, 그것에 관하여 更改契約을 하거나, 制限超過의 利子債權을 自動債權으로 하는 相計契約을 締結하더라도 그 契約은 無効이며,⁷⁰⁾ 抵當權을 設定하더라도 그 設定行爲 및 登記는 超過部分에 관하여

68) 森泉 章, 判例利息制限法, 一粒社, 1972, p.21.

69) 大法院判 1956.7.5 [4289 民上 104],; 同 1957.3.23 [4289 民上 659] 참조.

70) 大法院判 1955.10.20 [4288 民上 150]

는 無効가 되므로 그 超過部分을 讓受하였다 하여 讓受人이 이를 請求할 수 있는 것도 아니다.⁷¹⁾ 假登記 擔保에 있어서도 債權者인 假登記權者가 辨濟받는 金額은 利子制限法內의 利子에 限定되어야 하므로 그 이상의 利子支給의 約定은 無効이고, 制限超過部分의 利子에 관하여는 擔保債權의 効力이 없는 것으로 解釋하여야 한다.

한편, 利子制限法上의 最高利率을 超過하는 契約上의 利子は 그 約定當時부터 無効인 것이므로, 그 後 利子率에 관한 制限이 引上變更되었다 하더라도, 利子에 관하여 새로운 約定을 하는 등 特別한 事情이 없는 限 無効였던 超過部分이 改正利率의 限度까지 되살아나는 것은 아니다.⁷²⁾

2. 無効의 法的 性質

그런데, 利子制限法 §2는 「契約上의 利子로서 前條에 定한 制限을 超過한 部分은 無効로 한다」고 하므로써 그 無効의 法的 性質이 무엇이나에 관하여 從來부터 法律上無効라는 見解와 裁判上無効라는 見解의 對立이 있다.⁷³⁾

前說에 의하면, 制限超過利子契約은 法이 明白히 無効라고 規定하고 있으므로 이는 法律上 無効로서 債權者는 그 超過利子를 請求할 수 없으며, 債權者의 請求가 있더라도 債務者는 이를 拒絶할 수 있게 된다. 한편, 後說에 의하면, 利子制限法을 違反한 制限超過利子契約에 對하여는 訴權의 拒否라는 制裁가 加해될 뿐이고, 私人間的 法律上 効力에는 무관하므로 債權者는 債務者에 對해 그 制限超過利子의 請求를 할 수 있다고 새기게 된다.

大法院判例은 制限超過利子契約을 「裁判上 無効」로 보기도 하고,⁷⁴⁾ 또는 「法律上 無効」로 파악하기도 하여⁷⁵⁾, 그 一貫된 見解를 찾을 수 없다.

생각컨대, 一面으로는 高利를 制限하여 經濟的 弱者인 借主의 地位를 保護하고, 나아가서는 國民經濟의 均衡있는 發展의 圖謀를 目的으로 하여 制定된 利子制限法의 立法趣旨에서 볼때에 無効의 法的 性質은 法律上 無効로 解釋하여야 한다.

3. 制限超過利子の 任意支給과 返還請求

이미 考察한 바와 같이 制限超過利子は 法律上 當然히 無効이므로, 債務者가 制限超過의 利

71) 大法院判 1968.4.16 [67 다 2624]

72) 利子制限法 §1의 ③참조. 또한, 大法院判 1967.1.25 [66 마 1250],; 同 1973.1.16 [72 다 1131] 참조.

73) 權龍雨, 制限超過利子の 効力, 考試研究, 1962.9, pp.44-45, 참조.

74) 大法院判 1957.3.23 [4289 民上 659] 참조.

75) 즉, 大法院判 1959.7.30 [4291 民上 567]에 의하면, 계약상의 이자로서 이식제한령 소정이율을 초과하는 부분은 법률상 무효이므로 同초과부분의 지급을 거부한다고 하여 이를 信義에 위반되는 행위라고 할 수 없다고 한다.

자를 辨濟하여야 할 義務가 없음은 明白하다. 그러나, 만약에 債務者가 制限超過의 利子を 債權者에게 任意로 支給했다면 債務者는 그 返還을 請求할 수 있는가?

이에 관한 立法例를 보면, 1954 年の 日本의 利息制限法 §1의 ②은 「債務者가 임의로 支給한 超過利子の 返還을 請求할 수 없음」을 明定하고 있으며, 佛蘭西民法 §1906는 「借主는 約定하지 아니한 利子を 支給한 때에는 그 返還 또는 元本에의 充當을 請求하지 못한다」고 定하고 있으므로, 任意로 支給한 制限超過部分의 利子の 返還을 請求할 수 없음이 當然한 것이나, 이러한 明文의 規定이 없는 우리 利子制限法の 解釋에 있어서는 債務者에게 返還請求權을 認定할 것이냐에 관하여, 이를 認定하는 肯定說과 否認하는 否定說로 見解가 나뉘져 있다. 判例의 理論과 더불어 兩學說을 檢討·批判하기로 한다.

(1) 判例의 理論

우리 大法院判例는, 「債務者가 制限超過部分의 利子を 任意로 支給한 때에는 그 超過部分의 利子の 返還을 請求하지 못한다」는 立場을 取하고 있다. 즉, 利子制限法の 制限超過利率을 넘은 경우에는 그 超過部分은 無効이나 當事者 사이에 그 超過利子が 임의로 授受되었다면 이는 不法原因給付(與)에 該當해야 할 것이지만, 그 不法原因이 債權者인 貸主와 債務者인 借主의 双方에 있는 경우라 할 것이므로 債務者는 任意로 授受된 超過利子の 返還을 請求할 수 없다」⁷⁶⁾는 論旨로써 否定說을 取하고 있을 뿐 아니라, 制限超過利子에 相當하는 金額을 現實적으로 支給하지 않았다 하더라도 當事者間의 相計契約으로써 反對債權과 相計한 경우에 있어서도 역시 超過部分의 返還을 請求할 수 없는 것으로 해석하고 있다.⁷⁷⁾

한편, 日本의 判例는 明治時代 이래 一貫하여, 制限超過部分의 利子を 債務者가 任意로 支給한 이상 그 返還을 請求할 수 없다 하면서 그 法的 根據를 日本民法 §708 (韓民法 §746)의 不法原因給與에 두었다. 즉, 「利息制限法은 公益規定으로서 만약 制限을 超過하는 利率을 契約한 때에는 유독 債權者에게 背法의 行爲일 뿐 아니라 債務者에게도 역시 背法의 行爲임은 勿論이므로 債務者가 임의로 支給한 制限超過利息을 債權者에게 支拂한 경우에는 소위 不法의 原因을 위해 給付를 한 것이라 하지 않을 수 없고, 不法의 原因을 위해 給付한 者는 그 給付한 것의 返還을 請求할 수 없음은 民法 §708가 規定하는 바이다」⁷⁸⁾

現在 日本 最高裁判所判例도 同一한 見解를 取하고 있다.⁷⁹⁾

76) 大法院判 1960.6.30 [4292 民上 838]; 同 1961.7.20 [4293 民上 617] 참조. 또한, 朝高判 1935.3.5 [民集 22 卷 65 面] 참조.

77) 大法院判 1962.4.18 [4294 民上 1534]; 同 1963.2.28 [63 다 501] 참조.

78) 日本大審判 1902.10.25 [民集 8 輯 134 面]; 同 1906.4.28 [民集 12 輯 666 面] 참조.

79) 日本最高裁判 1953.5.21 [判例 タイムズ], 31 號, 62 面 참조.

(2) 學說

(가) 肯定說

利子制限法の立法趣旨를 살리기 위하여 債務者가 任意로 支給한 制限超過의 利子は 返還請求를 할 수 있다는 것이다. 그 論據를 보면,

第1說은, 制限超過의 利子は 非債辨濟가 되나, 그것은 暴利行爲로서 不法의 原因이 債權者에 對만 있는 것이 되어 民法 § 746의 但書에 의하여 返還을 請求할 수 있다고 해석하는 것이 妥當하다고 한다. 또한 制限超過利子の 返還을 認定하지 않는다면, 高利契約에 있어서 辨濟를 求하는 者 내지는 超過利子の 支給을 거절하는 者는 得을 얻게 되나, 超過利子를 임의로 支給한 情狀한 者는 損을 보는 바보짓을 한 것이 된다는 이상한 結果가 되는데, 이는 衡平에 反하는 것이라 한다.⁸⁰⁾

第2說은, 民法 § 746가 規定한 不法原因給與는 본래 公序良俗에 反하는 것을 目的으로 하는 給與를 말하는 것이지 모든 強行法規의 違反을 포함하는 것이 아니므로, 利子制限法の 制限利率을 超過하여 支給한 利子は 自然債務도 不法原因給與도 아닌 不當利得에 해당되므로 債務者는 그 返還을 請求할 수 있다고 한다.⁸¹⁾ 그리고 이 경우 不當利得을 취한 債權者가 民法 § 748의 ②에 規定한 惡意의 受益者에 해당되면 그 받은 利益에 利子를 붙여 返還하고 損害가 있으면 이를 賠償해야 한다는 것이다.⁸²⁾

第3說은, 超過利子の 支給은 原則적으로 不法原因給與에 해당되어 그 返還을 請求할 수 없지만 이것이 民法 § 104의 暴利行爲의 要件을 갖추게 되면 同法 § 746의 但書에 의하여 임의로 支給한 超過利子の 返還을 請求할 수 있다고 한다.⁸³⁾

第4說은, 利子制限法の 實効性을 거두기 위해서는 당연히 超過利子の 返還을 請求할 수 있다고 한다.⁸⁴⁾

第5說은, 債務者의 利益을 保護하기 위하여,⁸⁵⁾ 또는 超過利子の 返還을 請求하지 못한다고 하면 초과부분의 無効를 認定한 利子制限法 § 2에 背馳되며 동시에 同法의 効力을 혼란케 하는 短點이 있을 것이므로,⁸⁶⁾ 債務者의 返還請求를 認定해야 한다는 것이다.

80) 郭潤直, *op. cit.*, pp.77-78.

81) 權龍雨, *op. cit.*, p.49.; 李太載, *op. cit.*, pp.96-97.; 崔弼, 新債權法總論, 博英社, 1963, p.70.

82) 李太載, *loc. cit.*

83) 裴淇源, *op. cit.*, p.570.; 鄭範錫·鄭照根, *op. cit.*, p.285.

84) 金基善, *op. cit.*, p.73.

85) 黃迪仁, 現代民法論Ⅲ〔債權總論〕, 博英社, 1981, p.26.

86) 金基株, 民法學演習, 博英社, 1980, p.308.

第6說은, 反社會秩序나 不公正한 法律行爲가 아닌 利子制限法 등의 強行法規行政團束法規등에 違背된 給與는 그 利益의 返還請求가 可能하다고 한다.⁸⁷⁾

(4) 否定說

債務者는 自己가 任意로 支給한 超過利子の 返還을 請求할 수 없다는 理論으로서, 그 論據를 보면,

第1說은, 利子制限法은 強行法規이므로 이에 違反한 超過利子は 實體法上 無効일 뿐 아니라 임의로 辨濟한 경우는 不法原因給與에 해당되고 그 不法原因이 債權者(貸主)와 債務者(借主)의 雙方에 있는 것이므로 民法 § 746의 本文이 適用되어 債務者는 그 返還을 請求할 수 없다고 해석하여야 하며,⁸⁸⁾ 그렇게 하는 것은 동시에 經濟的 弱者에게 信用獲得의 길을 열어주고, 利子制限法과 다른 측면에서 債務者를 求하는 것이 되며, 또 信義의 觀念에도 合致하는 것이라 한다.⁸⁹⁾

第2說은, 經濟社會의 實情을 直視할 때, 경우에 따라서는 어느 정도의 債務者의 경제적 희생이 따르는 것은 불가피한 것이나, 消費信用·生産信用을 위한 금융수단의 梗塞化를 防止하기 위해서는 任意로 支給한 超過利子の 返還請求만은 否定되어야 하며,⁹⁰⁾ 立法者解釋에 의하더라도 否定說이 妥當하다고 한다.⁹¹⁾

第3說은, 利子制限法의 制限을 超過한 利子를 支給하였다면 그것은 自然債務로서 道義觀念에 適合한 辨濟이므로 그 返還을 請求할 수 없다고 한다.⁹²⁾

(3) 私 見

우선 위 學說들을 檢討해 보면, 否定說 中 第3說의 論據는 不當하다. 왜냐하면, 制限超過利子は 實體法上 當然無効인 데도 이를 自然債務(Naturaobligation; 債務者가 任意로 辨濟를 하면 有効한 辨濟가 되지만, 債務者가 辨濟하지 않는 경우에도 債權者가 裁判上 그 履行을 請求할 수 없는 債務)로 觀念하고 있기 때문이다. 肯定說 中 第1說의 論據도 不當하다. 왜냐하면, 超過利子の 支給은 民法 § 746의 但書에 의하는 不法原因이기 때문에 債務者의 返還請求가 可能하다고 하지만, 同條의 但書는 不法原因이 受益者에게만 있는 경우에 局限되는 것이므로, 超過利子の 支給에 있어서 그 不法原因이 과연 債權者에게만 있다고 봐야 할 것인가는 疑問이다. 오히려 보

87) 韓洙, 利子の 法則統制에 관한 研究, 建國大博士學位論文, 1981.8, p.180. 참조.

88) 金錫宇, *op. cit.*, p.69.; 金容漢, 債權法總論, 博英社, 1983, p.74., 金曾漢, *op. cit.*, pp. 36-37.; 金현태, *op. cit.*, p.67.; 玄勝鍾, *op. cit.*, p.75.

89) 玄勝鍾, *loc. cit.*; 金曉洙, *op. cit.*, p.305.

90) 金容漢, *loc. cit.*

91) *Ibid.*; 玄勝鍾, *op. cit.*, p.74.

92) 玄勝鍾, 新民法大意(中), 博英社, 1963, p.44.

통의 경우에 있어서는 債務者로서도 그러한 不法原因을 알고 있는 것으로 보아야 할 것이다. 이 點에 관하여는, 앞서의 判例도 見解를 같이한다.⁹³⁾

한편, 肯定說 中 第1說이 主張하는 바와 같이, 利率制限法이 法律로서 存在하는 이상 制限 超過利率의 返還請求를 認定하므로써 債務者를 高利 내지 暴利의 重壓에서 保護해야 함은 形式 論理로서는 妥當하다 할 것이나 그 反面에 金錢貸借을 忌避하고 그 結果 債務者에게 消費信用 내지 生産信用獲得의 길을 막아버리는 結果를 招來해서는 안될 것이다.⁹⁴⁾

私見으로서는 다음과 같은 理由에서 否定說을 支持한다.

첫째로, 經濟的 弱者인 借主의 地位를 保護하려는 利率制限法의 實効性을 維持할 必要가 있다 하여, 利率制限法이 目的으로 하는 債務者 내지 經濟的 弱者 保護의 또 다른 側面을 困難케 해서는 안될 것이다. 따라서, 經濟社會의 實情을 直視할 때, 경우에 따라서는 어느 정도의 經濟的 희생을 감수하면서도 消費信用·生産信用을 위한 金融手段의 梗塞化를 防止할 必要가 있다 할 것이며,⁹⁵⁾

둘째는, 制限超過利率의 消費貸借契約을 한 不法原因은 특별한 事情이 없는 限 債權者 債務者의 兩者에 共に 存在하는 것으로 보아야 하므로 民法 §747의 本文이 適用되어야 하며,

셋째는, 가령 債權者가 債務者의 窮乏을 利用했다 하더라도, 債務者가 切實한 必要에서 스스로 高利率을 감수하면서까지 借金を 해서 超過部分을 任意로 支給한 경우에 이의 返還을 請求할 수 있다고 하면, 이는 民法의 大原則인 信義則 (Treu und Glauben)에 違背된다 할 것이며,

넷째는, 利率制限法의 立法趣旨도 超過利率의 返還請求를 拒否하는 데 있었다 할 것이므로,⁹⁶⁾ 立法者解釋에 의하더라도 債務者는 任意로 支給한 制限超過의 利率을 返還請求할 수 없는 것으로 解釋하여야 한다.

V. 制限超過利率의 辨濟充當

既述한 바와 같이, 債務者는 制限超過利率을 임의로 支給한 경우에 그 返還을 請求할 수 없다고 하더라도(判例와 否定說의 立場), 元금이 아직 남아 있어서 債權者가 元金を 請求하면, 債務者는 超過支給된 利率을 元本債權의 辨濟에 充當할 것을 主張할 수 있는가?

93) 大法判 1961.7.20 [4293 民上61] 참조.

94) 玄勝鍾, 債權總論, 日新社, 1982, p.74. 참조.

95) 郭潤直, *op. cit.*, p.77은 (庶民金融制度의 確立 등으로 信用獲得의 길을 別度로 타개해야 한다)고 하나, 우리나라의 경제적 現實은 아직도 그러한 理想을 實現시킬 수 있는 단계와는 거리가 멀다 한다. 金容漢, *loc. cit.* 참조.

96) 第53回 國會會議錄 41面 참조.

이 點에 관하여 日本의 多數說은, 이른바 超過天引利息(先控除利率)을 元金에의 辨濟에 充當된 것으로 본다는 日本의 利率制限法 §2의 規定을 根據로 充當肯定說을 取하고 있으며,⁹⁷⁾ 判例도 같은 態度이다.⁹⁸⁾

그런데, 이러한 明文의 規定이 없는 우리 利率制限法の 解釋에 있어서는, 超過하여 支給한 利率의 元本債權에의 辨濟充當을 認定할 것이냐에 관하여 絕對的 法定充當說과 法定充當否定說로 見解가 나뉘져있으며, 判例는 相對的 法定充當說을 取한다. 이제 判例의 理論과 더불어 兩學說을 살펴보기로 한다.

1. 判例의 理論

利率制限法所定の 制限利率을 超過한 金額을 制限超過의 約定利率支給에 充當하기로 當事者 사이에서 承認 또는 默認하였을 경우에는 그 超過部分을 元金에 充當할 것을 主張하지 못하고, 이러한 合意가 없는 경우에 限해서만 그 超過部分을 元金에 法定充當할 수 있는 것이라 한다.⁹⁹⁾ 즉, 이 경우에는 우선 利率制限法の 制限內에서 利率에 充當한 나머지를 元金の 辨濟에 充當하여야 한다는 것이다.¹⁰⁰⁾

한편, 최근의 서울民事地法合議部가, 「債務者가 支給한 利率制限法所定の 利率을 超過한 金員의 元金辨濟充當」의 判決을 내린 것¹⁰¹⁾은 絕對的 法定充當說과 같은 立場을 取한 것으로 볼 수 있다.

2. 學 說

(1) 絕對的 法定充當說

制限超過의 利率契約은 無効이므로, 超過利率에의 辨濟充當도 당연히 無効이고, 따라서 超過利率은 언제나 民法 §479의 法定充當에 의하여 元金에 充當되어야 한다는 것이다.

이 說의 主要한 論據는, 利率制限法の 立法趣旨에서 찾고자 하는 것으로서 高利의 制限 내지

97) 川井健, 民法の判例〔基本判例 解説 シリーズ 4〕, p.155.

98) 日本最高裁判 1968.11.13 [民集 22卷 12號 2526面]

99) 大法判 1966.10.25 [66다 1058]. 한편, 同 1960.9.29 [4292 民上 959]에 의하면, 「債務者가 制限超過利率充當을 묵인한 事實은 債權者가 立證하여야 한다」고 한다.

100) 大法判 1962.5.3 [4294 民上 971],; 同 1966.5.24 [66다 578] 참조.

101) 서울民地法判 1982.3.2 [81 나 1029]. 즉, 當事者間 約定利率 中 利率制限法の 制限利率을 초과하는 部分은 無効이나, 이미 支給한 超過部分 利率의 返還을 請求할 수는 없다고 하더라도 元金이 남아 있고 그 請求訴訟이 提起된 경우에는 超過支給利率은 支給될 때마다 元金의 一部로 辨濟充當되는 것이다.

暴利行爲의 禁止와 經濟的 弱者의 保護라는 觀點에서 超過利子를 殘存元金에 充當하는 것이 合目的의이고 衡平의 原理에 맞는다고 한다.¹⁰²⁾ 더 나아가서 이것을 認定하지 않는다면 超過利子를 끝내 내지 않겠다고 버티는 者는 利益이 있고 正직하게 超過利子까지 낸 者는 損害를 보게 되어 衡平에 어긋난다는 理由를 든다.¹⁰³⁾

(2) 法定充當否定說

임의로 支給한 超過利子의 返還을 請求할 수 없다는 前提下에 超過利子의 元金充當을 否定한다는 것이다.¹⁰⁴⁾ 즉, 超過利子는 無効이나 임의로 支給한 때에는 그 返還을 請求할 수 없는 것이므로 結果에 있어서 返還반응과 동일한 經濟적 이익을 發生시키는 殘存元金에의 充當도 許容될 수 없다는 것이다.¹⁰⁵⁾ 왜냐하면, 초과이자元金充當을 許容하면 오히려 私金融을 위축시킬 우려가 있으며, 또 이를 認定한다면 元금이 殘存하는 債務者와 殘存하지 않는 者와의 사이에 현저한 不均衡이 생기게 되기 때문이다.

3. 私 見

私見으로서는,

첫째로, 制限超過利子의 返還을 請求할 수 없다는 立場의 當然한 거결로서 否定說을 支持한다. 요컨대, 만약 法定充當肯定說을 取한다면 결국은 債務者가 制限超過利子의 返還請求를 받는 것과 同一한 經濟的 利益이 債務者에게 귀속되므로써 消費信用獲得의 方途가 막히게 될 可能性이 있을 것이므로 制限超過利子의 辨濟充當은 許容되지 않는다고 하여야 한다.

둘째로, 日本에서 法定充當肯定說이 通說化하게 된 것은 日本의 經濟·社會적 與件에서 볼 때에 元金充當을 허용해도 좋을 만큼 諸與件이 具備되었다는 前提下에서 同國改正法이 利息의 前拂로 理解되는 超過天引利息의 問題를 元金充當의 形式으로 立法化한 데에 있었으므로,¹⁰⁶⁾ 日本의 利息制限法의 解釋論으로서는 法定充當肯定說이 當然하다. 그러나, 이러한 明文의 規定이 없는 우리 利子制限法의 해석론으로서는 法定充當肯定說을 主張할 理由는 없으며, 더우기 經濟·社會적 여건이 日本에서와 같지 못한 것이 우리의 現實이라 한다면, 消費信用의 길을 마련하기

102) 郭潤直, *op. cit.*, p.78.; 權龍雨, *op. cit.*, p.52.; 韓洙, *op. cit.*, p.161. 참조.

103) 郭潤直, *loc. cit.*

104) 金容漢, *op. cit.*, p.75.

105) 襄淇源, *op. cit.*, p.581.; 張庚鶴, *op. cit.*, p.312.

106) 於保不二雄, 「利息制限法」判例演習〔債權法 I〕, p.24. 한편, 1954년의 日本의 改正 이식 제한법 §2는 「利息을 天引한 경우에 있어서 天引額이 受領額을 元本으로 하여 前條 1項의 規定(最高利率)에 의하여 計算한 金額을 超過할 때에는 그 초과부분은 元本の 支拂에 充當된 것으로 본다」고 規定한다.

위한 制度的 措置로써 利子制限法の 또 다른 立法趣旨가 있는 것이라면 制限超過利子の 殘存元
金에의 辨濟充當은 許容될 수 없는 것으로 解釋하여야 한다.¹⁰⁷⁾

VI. 結 語

利子の 約定을 法的으로 制限한다고 하는 것은, 모든 法律關係의 當事者는 스스로의 意思에
의해 權利를 取得하고 義務를 負擔하게 된다는 私的 自治의 原則(즉, 契約自由의 原則)의 修正
인 契約公正의 原則(Vertragsgerechtigkeit)의 具體的 表現이라 할 것이다. 金錢과 같은 代替
物의 信用을 주는 者(貸主)의 利益과 받는 者(借主)의 利益이 衡平스럽게 保護되어야 함은
法이 達成하고자 하는 最小限의 理念이다.

따라서, 貸主(甲)의 經濟的 地位가 強하고 借主(乙)의 地位가 그 反對라 하여, 甲과 乙의
消費貸借契約에 基해서 甲이 乙로부터 高率의 利子를 收取하기로 한다면, 이는 公共福利(das
gemeine Beste)를 指向하는 修正資本主義下의 法理論(個人法에서 社會法으로; *Vom individ-
ualistischen zum sozialen Recht*)에 違背된다 할 것이다. 요컨대, 經濟的 弱者는 强者의 橫
暴로부터 保護되어야 한다는 것이다. 利子制限法은 바로 이러한 目的의 所産에서 立法化된 것
이라 할 수 있다.

利子制限法을 解釋함에 있어서는 條文明示의인 考察에 못지 않게 現時的 社會經濟的 與件과
의 關聯下에서의 法社會學的 解釋論을 展開함이 合理的이라 할 것이다.

本稿는 이러한 基調(Keynote) 위에서,

첫째, 利子制限法은 金錢 이외의 代替物의 消費貸借에 관하여도 類推適用해야 함을 밝혔으며,
둘째로, 債務者(借主)가 制限超過利子를 任意로(nach Belieben) 債權者(貸主)에게 支給한
경우에는 이의 返還請求를 行使할 수 없는 것으로 解釋함이 利子制限法の 또 하나의 立法趣旨
를 살릴 수 있는 것으로 파악했으며,

셋째는, 위(둘째)의 경우에 아직 元金이 남아 있어서 債權者가 元金의 履行을 請求했을 경
우 債務者는 超過支給된 利子를 元本債權의 辨濟에 充當해 줄 것을 債權者에게 主張할 수 없는
것으로 解釋하는 것이 利子制限法の 立法精神에 符合되는 것으로 파악했다.

생각컨대, 利子制限法은 經濟現實과 밀접한 關聯을 갖고 있는 強行法規라 할 것이다. 그러므
로, 高度의 産業社會를 指向하는 立法論의 見地에서 볼 때에 現時的 經濟的 社會的 與件에 符
合하는 利子制限에 관한 方向의 摸索이 立法論으로 考慮되어야 할 것이다.

107) 同旨, 襄淇源, *op. cit.*, p.581. 참조

ZUSAMMENFASSUNG

Anwendungsgebiet des Zinsenbeschränkungsgesetzes und Rechtswirkung des Beschränkung überschrittenen Zinsen

von Han, Sam-In

Die gesetzliche Beschränkung des vereinbarten Zinssatz drückt konkret Vertragsgerechtigkeit aus, die ergänzend Vertragsfreiheit verbessert hat. Nach der Vertragsfreiheit sollen eigentlich alle rechtlichen Beteiligten aus freiem Willen das Recht erwerben und ihre Pflicht tun.

Gewinn von beiden Beteiligten (Gläubiger und Schuldner), die vertretbare Sachen wie Geld geben und nehmen, sollen gleichberechtigt gewährleistet werden.

Diesem Zweck entsprechend wird das Zinsenbeschränkungsgesetz verabschiedet.

Bei der Auslegung des Gesetzes ist es wichtig und rational, den ausdrücklich erwähnten Text zu untersuchen und gesellschaftlich-wirtschaftliche Seite zu berücksichtigen.

In der vorliegenden Arbeit habe ich versucht, das Zinsenbeschränkungsgesetz mit Rücksicht auf aktuelle Gesellschaft- und Wirtschaftslage auszulegen.

Daraus ergibt sich die folgende Zusammenfassung.

Erstens läßt sich das Zinsenbeschränkungsgesetz nicht nur auf das Geld, sondern auch analogisch auf das Darlehn von vertretbaren Sachen anwenden.

Zweitens entspricht dem Geist der Gesetzgebung des Zinsenbeschränkungsgesetzes die Auslegung, daß der Schuldner keinen Anspruch auf die Rückgabe hat, falls er freiwillig dem Gläubiger den Beschränkung überschrittenen Zinsen bezahlt hat.

Drittens: Wenn der Gläubiger das noch nicht beglichene Kapital in Anspruch nimmt, hat der Schuldner kein Recht darauf, daß er den überflüssig berechneten Zinsen zur Erfüllung des Kapitals verwenden soll.

Das ist auch der Geist dieser Gesetzgebung.