

(사)한국사법학회 2024년 춘계학술대회
-부당이득법의 근본원리와 신탁법에서의 쟁점-

일시 : 2024년 3월 15일(금) 13:00-18:00

장소 : 고려대학교 신법학관 401호 세미나실

주최 :  한국사법학회,  한국신탁학회,  고려대학교 법학연구원 민사법연구센터

전체진행: 류시원 총무이사

구분	시간	내용	사회
등록	12:30 ~ 13:00	등록 및 접수	
개회식	13:00 ~ 13:20	개회사 : 안성포 한국사법학회 회장 축 사 : 이중기 한국신탁학회 회장 축 사 : 김규완 민사법연구센터 센터장	
기념촬영 및 장내정리			
제1세션: 부당이득법의 근본원리 (세션진행: 조경임 연구이사)			
제1주제	13:20 ~ 13:50	주제 : 부당이득법의 역사적 발전과정에 관한 소고 발표 : 황원재 교수(계명대)	김규완 교수 (고려대)
제2주제	13:50 ~ 14:20	주제 : 독일 부당이득법상 이익 개념 및 우리법예의 시사점 발표 : 정신동 교수(한국외대)	
종합토론	14:20 ~ 15:20	토론 : 고철웅 교수(한남대), 홍윤선 교수(군산대) 김연미 교수(성균관대), 양기진 교수(전북대)	
Coffee Break (15:20 ~ 15:40)			
제2세션: 신탁법상 부당이득 쟁점 (세션진행: 조경임 연구이사)			
제3주제	15:40 ~ 16:10	주제 : 신탁법상 원상회복책임과 이득토출책임 -상법으로의 확장 가능성을 포함하여- 발표 : 송지민 박사(싱가포르경영대)	정순섭 교수 (서울대)
제4주제	16:10 ~ 16:40	주제 : 신탁을 둘러싼 분양계약의 해소와 부당이득 반환문제에 관한 고찰 발표 : 장 명 교수(서강대)	
종합토론	16:40 ~ 17:40	토론 : 김태진 교수(고려대), 김지훈 변호사(법무법인(유) 광장) 서종희 교수(연세대), 이호행 교수(방송통신대)	
(사)한국사법학회 임시총회			
총회	17:40 ~ 17:55	한국사법학회 임시총회	
폐회식	17:55 ~ 18:00	폐회사 : 안성포 한국사법학회 회장	

개 회 사

안녕하십니까? 사단법인 한국사법학회 회장 안성포입니다.

먼저 바쁘신 일정에도 불구하고 오늘 한국사법학회, 한국신탁학회 그리고 고려대학교 법학연구원 민사법연구센터가 공동으로 개최하는 2024년 춘계학술대회에 참석해주신 모든 분들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

금번 학술대회에서는 “부당이득법의 근본원리와 신탁법에서의 쟁점”이라는 대주제를 가지고 네 분의 발제자를 모셨습니다. 첫 번째 세션에서 계명대학교 황원재 교수님과 한국외국어대학교 정신동 교수님께서 영미법과 대륙법에서의 부당이득법의 연혁과 발전을 살펴 보고 우리법에의 시사점을 도출해 주시겠습니다. 두 번째 세션에서는 싱가포르 경영대학의 송지민 박사님께서 신탁법 제43조 제3항이 규정하고 있는 이득토출책임과 상법상 이사의 충실의무 위반책임으로의 그 확장가능성에 대하여 검토해 주시겠습니다. 그리고 서강대학교 장명 교수님께서 분양관리신탁계약이 해소되는 경우 수분양자가 직접 신탁회사를 상대로 부당이득반환을 원인으로 하는 분양대금반환을 청구하는 법리를 발표해 주시겠습니다.

아파트의 선분양제도와 관련한 건축물분양법상 분양관리신탁계약이 해소되는 경우 수분양자의 신탁회사에 대한 분양대금반환청구의 문제는 부동산담보신탁계약과 대리사무계약과 관련하여 많은 논의가 있어 왔습니다. 이에 관해서 수분양자는 보통 부당이득반환청구, 계약해제로 인한 원상회복청구, 불법행위로 인한 손해배상청구, 제3자를 위한 계약, 제3자 약관 등 청구원인을 다양하게 구성하여 신탁회사에 대하여 분양대금반환을 직접 청구하였으나, 현재까지 이를 인정한 대법원 판례는 없는 것으로 보입니다. 이러한 경우 수탁자의 신인의무(fiduciary duty)에서 기인하는 수탁자의 이득토출책임의 법리를 부당이득법리와 비교하여 살펴보는 것은 의미있는 작업이 될 것입니다.

이상과 같은 주제들에 관한 발표와 토론은 향후 관련 법원의 판결, 법제의 정비 및 정책개발에 적절한 대안을 제시하는 심도 있는 논의의 장이 될 것으로 기대합니다. 아울러 오늘 학술대회가 관련 주제의 발전에 기여할 수 있는 뜻 깊은 토론의 장이 될 수 있도록 토론자뿐만 아니라 참석하신 모든 분들의 적극적인 의견 개진을 부탁드립니다.

그리고 학술대회 공동주최를 흔쾌히 수락해 주신 한국신탁학회 회장 이중기 교수님, 학술대회 장소를 비롯하여 다양한 지원을 아끼지 않으시고 제1세션 사회까지 맡아주신 고려대학교 민사법연구센터장 김규완 교수님, 제2세션 사회를 맡아주신 한국신탁학회 수석부회장 정순섭 교수님 그리고 주제발표와 토론을 담당해 주신 모든 분들께 감사드립니다. 마지막으로 이번 춘계학술대회의 주제선정, 발표자와 토론자 섭외, 행사준비 등을 위해 많은 노력과 시간을 할애해 주신 학회 상임이사님들께 고마움을 전하며 개회사에 갈음하고자 합니다.

2024년 3월 16일

사단법인 한국사법학회 회장 안 성 포 드림

축 사

안녕하세요. 신탁학회 회장 이중기입니다.

저희 신탁학회가 “부당이득법의 근본원리와 신탁법에서의 쟁점”이라는 주제로 최고의 학회인 사법학회와 같이 춘계학술대회를 공동으로 주최하게 되어 영광으로 생각합니다. 또한 그 행사를 역사와 전통을 자랑하는 고려대학교 법학전문대학원에서 개최하게 되어 이 또한 큰 영광으로 생각합니다.

우리 민법은 특히 부당이득법은 손해와 이익의 ‘조정’을 목적으로 만들어진 법제라고 알고 있습니다. 이에 비해 신탁법은 신뢰에 위반한 이익을 ‘억지’하는 방향으로 발전하였습니다. 신탁법은 신뢰와 신임 관계에 기초한 충실의무를 기초로 발전하였고, 신뢰와 신임관계 위반을 “사전 예방하고 억지”하는 방향으로 발전하였습니다. 그 결과, 손해의 유무와 관계없이 신임관계 위반으로 취득한 일체의 이익을 전부 회복시키게 함으로써(no-profit rule) 신임관계를 위반한 이익취득 시도 자체를 사전억지하는 정책을 취하고 있는 것입니다.

오늘 이 춘계학술대회가 민법의 부당이득법과 신탁법의 이득반환법의 차이를 잘 조명하고 두 법제간의 관계를 조정하는 좋은 기회가 될 수 있기를 기원합니다.

오늘 발제자로 모신 계명대학교 황원재 교수님, 한국외국어대학교 정신동 교수님, 싱가포르 경영대학 송지민 박사님, 서강대학교 장명 교수님의 멋진 발표를 기대합니다. 또한 사회를 맡아주신 고려대학교 김규완 교수님, 서울대학교 정순섭 교수님, 그리고 토론을 맡아주신 모든 분들께 감사의 말씀을 드립니다.

마지막으로 이번 공동학술대회를 허락해 주신 사법학회 안성포 회장님과 고려대학교 민사법연구센터장이신 김규완 교수님께 깊은 감사의 말을 전합니다.

바쁘신 가운데 저희 공동학술대회에 참여하여 주신 모든 분들께 진심으로 감사의 말씀을 전합니다.

감사합니다.

2024년 3월 16일

한국신탁학회 회장 이 중 기 드림

부당이득법의 역사적 발전 과정에 관한 소고

황원재*

<목차>

- I. 서론
- II. 로마법상 부당이득 반환청구
- III. 후기 스킨라학과 및 Hugo Grotius의 견해
- IV. 보통법(ius commune) 시대의 부당이득 반환청구
- V. Savigny의 부당이득 반환청구
- VI. 현대에 미친 영향(독일)
- VII. 결론

I. 서론

부당이득에 관한 사건에서 그 이론적 타당성은 별론으로 하더라도 우리 법원이 내린 판결의 결과적 정당성에 의문이 생기는 경우들이 종종 있다.¹⁾ 이러한 의문은 부당이득에 관한 구성요건을 정치하게 이론적으로 분석함으로써 해결되기도 하지만, 해당 제도의 역사적 발전 과정을 통해 이해되고 해결되기도 한다. 부당이득법의 역사적 발전 과정에 관하여 부족하지만²⁾ 짧게라도 정리하고 소개할 필요성이 여기에 있다고 생

* 계명대학교 법학과 조교수, 법학박사

1) 예컨대, 최근 문헌에서 많이 언급되는 대법원 2022.12.29. 선고 2019다272275 판결, 반대의 입장에 있는 것으로 보이는 대법원 2011.6.10. 선고 2010다40239 판결 등. 그리고 이 문제를 설명한 글로는 박영목, “등기부시효취득시 무권리처분자의 원소유자에 대한 부당이득 반환”, 안암법학 제66호, 2023, 523면 이하; 양창수, “매수인의 등기부취득시효 완성과 매도인에 대한 원소유자의 부당이득반환청구”, 법률신문 2024년 5월 10일, <https://www.lawtimes.co.kr/Case-curation/187377> (2024.3.1. 최종방문); 이병준/김규완, “2022년도 민법 『채권편』 관련 주요 대법원 판례에 대한 평석”, 안암법학 제66호, 2023, 239면 이하.

2) 이미 부당이득법의 체계와 역사에 관해서는 다양하고 충실한 선행연구들이 다수 존재한다. 이와 관련하여 정병호, “로마법상 부당이득에 관한 소고”, 재산법연구 제29권 제2호, 2012, 1면 이하; 정태운, “민법상의 원인의 개념과 로마법상 카우사”, 비교사법 제14권 제3호, 2007, 399면 이하; 박석일, “3자간 명의신탁에서 명의신탁자의 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권 인정 여부 -대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다203811(본소)·203828(반소) 판결을 중심으로-”, 재산법연구 제37권 제2호, 2020, 111면 이하; 이상훈, “부당이득법상 suum recepit 논거 검토”, 법사학연구 제55호, 2017, 35면 이하; 김기창, “물권행위 이론의 비역사성”, 법사학연구 제37호, 2008, 211면 이하; 성덕근/정상현, “불법원인급여에 관한 로마법 전통과 독일민법 및 일본민법을 통한 우리민법 해석론 재검토”, 성균관법학 제35권 제4호, 2023, 267면 이하; 정상현/박석일, “전용물소권에 관한 판례 동향과 그 인정근거 재검토”, 민사법의 이론과 실무 제23권 제2호, 2020, 31면 이하; 정상현/이승현, “전용물소권의 인정 여부에 대한 법리 재검토”, 성균관법학 제24권 제3호, 2012, 357면 이하; 안춘수, “부당이득관계의 당사자확정의 구조- 독일 이론의 전개와 대법원 판례”, 법학연구 제21권 제3호, 2011, 91면 이하; 최윤석, “不當利得의 體系 -독일 부당이득법 입법과정을 통해 바라본 한국 부당이득법-”, 재산법연구 제31권 제1호, 2014, 145면 이하; 이상훈, “타인 생활영역의 권한 없는 개입과 이득반환: 법사학적 고찰”, 법사학연구 제60호, 2019, 245면 이하; 서울오, “로마법상 causa의 역사적 발전과 독일 민법에서의 수용”, 재산법연구 제30권 제3호, 2013, 1면 이하; 박세민, “영국 부당이득법의 부당요소

각하였다. 다만, 이 글은 -저자의 역량에 비하여 지나치게 방대한 작업이므로- 매우 광범위한 주제에 대한 얇은 소개에 그칠 수밖에 없다는 점을 미리 밝혀 둔다.

우리 민법상의 부당이득에 관한 규정은 1900년도에 만들어진 독일 민법 제812조의 통일적 규율방식의 영향을 받은 것으로 보인다. 그리고 독일 민법 제812조의 통일적 규율방식은 보통법의 다수 의견과 Friedrich Carl von Savigny(1779-1861)의 영향으로 보인다.³⁾ 물론, 부당이득법에 관한 Savigny의 견해는 로마법과 후기 스콜라학과 이론(14세기-16세기), Hugo Grotius(1583-1645)의 영향에서 벗어날 수 없다. 그럼에도 부당이득에 관한 이론에서 Savigny의 견해가 갖는 의미를 간과할 수는 없다. 그러나 Savigny의 견해는 독일 내에서도 역사적으로 수많은 논쟁을 초래한 것으로 보인다. 우선, Fritz Schulz(1879-1957)는 Savigny가 그 특수성을 알지 못했던 침해 부당이득의 특성을 찾아 구분하였으며,⁴⁾ Walter Wilburg(1905-1991)는 Savigny의 이론에 대한 비판을 통해 분리론(Trennungslehre)을 만들었으며,⁵⁾ 법익의 할당내용 또는 귀속질서(Zuweisungsgehalt)라는 중요한 요건도 정립하였다.⁶⁾ 이러한 Wilburg의 주장은 Ernst von Caemmerer(1908-1985)에 의하여 수용되어 강화되고 더 널리 받아들여져⁷⁾ 다수설이 되었다.⁸⁾ 그러나 이러한 변화가 역사적으로 특정 시점에 창발적으로 나타난 것은 아니다. 따라서 현재 Wilburg가 Savigny의 이론을 오해하였다고 비판하며 Savigny의 이론을 옹호하는 견해도 존재하고,⁹⁾ Savigny의 이론이 -그 체계적 통일성은 별론으로 하더라도- 급부부당이득과 침해부당이득을 부당이득의 일반론과 분리하여 논하고 있으므로 그 적용에서 현대의 유형론과 유사하다는 해석도 존재한다.¹⁰⁾ 이러한 모든 논란을 살펴보면, 현재 독일 민법의 규율방식은 Savigny의 견해에 기초하고 있고, 부당이득에 관한 현재의 문제를 올바르게 해결하기 위해서는 무엇보다 Savigny의 견해가 갖는 의미와 한계를 알 필요가 있다.

이처럼 부당이득법에 관한 역사적 발전 과정을 검토하는 것은 현재의 부당이득 규정을 올바르게 이해하기 위한 것이며, Savigny의 견해는 부당이득법을 통일적으로 설명

(Unjust Factor)”, 법학논집 제18권 제3호, 2014, 53면 이하; 백태승, “민법 제201조~제203조 점유자·회복자 관계와 부당이득반환청구권과의 관계”, 법학연구 제25권 제1호, 2015, 29면 이하; 제철웅, “3자관계에서의 부당이득: 특히 전용물소권의 사안을 중심으로”, 저스티스 제67권, 2002, 54면 이하; 이진기, “抽象性原則: 법사학적, 법이론적 연구”, 법사학연구 제32호, 2005, 363면 이하.

3) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840ff., V, S. 507ff., 511ff.

4) Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909).

5) Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1934, S. 5ff., 7ff., 27ff.

6) Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1934, S. 27ff.

7) v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS Rabel, Bd. I, 1954, S. 333ff.

8) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 1994, S. 169ff.

9) Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 21ff.

10) Rückert, Dogmengeschichtliche und Dogmengeschichte im Umkreis Savignys, bes. in seiner Konditionen Lehre, SZ 104 (1987), 666ff., 670ff.; Schäfer, Das Bereicherungsrecht in Europa, Einheits- und Trennungslehren im gemeinen, deutschen und englischen Recht, 2001, S. 111ff., 454ff.

하려는 노력의 결과물이다.¹¹⁾ 그러나 부당이득에 관한 모든 규정상의 차이점을 통일적으로 설명하고 부당이득에 관한 일관된 견해를 정립하기는 매우 어렵다. 오랜 노력으로 정립된 통일설이 다시 유형설로 분화된 부당이득법의 역사적 발전 과정을 살펴 보아도¹²⁾ 이러한 점은 쉽게 확인할 수 있다. 그럼에도 부당이득에 대한 일반규정의 정립 가능성과 필요성은 계속 논의되었고, 이하에서는 주로 부당이득에 관한 통일적 이론의 정립이라는 관점에서 역사적 발전 과정을 살펴본다. 우선, 로마법상 부당이득 반환청구에 관하여 짧게 살펴보고(II), 부당이득에 관한 후기 스콜라학파 및 Hugo Grotius의 견해(III) 및 보통법 시대의 이론(IV)을 살펴본다. 끝으로 부당이득 반환청구에 관한 Savigny의 견해(V)와 현대에 미친 영향(VI)을 살펴본다.

II. 로마법상 부당이득 반환청구

1. 부당이득 반환청구(condictio)

로마법상¹³⁾ 부당이득 반환청구(condictio)는 당사자가 약정한 채권을 이행시키는 것 외에 다른 역할이 없는 특정한 소송 형태를 의미한다.¹⁴⁾ 로마법의 경우 채무가 없는 데 착오로 변제하면 소유권이 수익자에게 이전하지 않아 원칙적으로 소유물반환청구소송(rei vindicatio)이 가능하였다. 그러나 수령자가 소유권을 취득하는 경우라면, 소유물반환청구소송이 불가능하였기에 타인의 손실로 부당하게 이득을 얻은 수익자에게 그 반환을 청구할 수 있게 하는 특별한 소송형식이 필요하였다. 이러한 특별한 소송형식을 로마법은 condictio라 하였으며, condictio는 청구권의 근거가 아닌 엄격한 소권을 의미하였다. condictio는 다양한 상황에서 사용되는 대인소권(actio in personam)이었으며, 확정된 금전 또는 물건에 인정되는(certam pecuniam dari, aliam certam rem dari) 통일적 소송형식이었다. 또한, condictio는 금전대차는 물론 서면계약, 문답계약에도 적용될 수 있었으며, 절도와 같은 사실행위에도 적용될 수 있었다고 한다.

통일적 소송형식인 condictio는 이미 고전기에 유형적으로 분화되기 시작하였다. 그러나 유스티니아누스(Petrus Sabbatius Iustinianus) 시대(527-565)에 더 다양화되

11) 부당이득에 관한 규정은 비교법적으로 매우 다양한 형태를 띠는데, 예컨대 프랑스 민법전과 벨기에 민법전에는 독일 민법전(BGB 제812조), 스위스 민법전(OR 제62조), 이탈리아 민법전, 그리고 네덜란드 민법전과 같은 부당이득에 관한 일반규정이 존재하지 않는다.

12) 김형배, 사무관리·부당이득, 2003, 69면 이하.

13) 이하 Codex, Digesta, Institutiones, Novellae의 원문과 번역문은 다음을 참고 하였음: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/> (2024.2.26. 최종방문). 그 외에도 추가로 다음을 참고 하였음: <https://www.uwyo.edu/lawlib/blume-justinian/ajc-edition-2/books/> (2024.2.26. 최종방문); https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm (2024.2.26. 최종방문).

14) 자세한 것은 조규창, 로마법, 1996, 794면 이하; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, 7면 이하.

어, 비채변제에 따른 부당이득반환청구(*condictio indebiti*), 양속이나 법에 반하여 급부된 것의 반환청구(*condictio ob turpem vel iniustam causam*), 목적부도달로 인한 반환청구(*condictio causa data causa non secuta*), 원인 없는 부당이득반환청구(*condictio sine causa*)과 절취물의 반환청구(*condictio furtiva*)가 등장하였다. 이후 유스티니아누스에 의하여 벌률상의 부당이득(*condictio ex lege*), 일반부당이득(*condictio generalis*)이 추가되었으며,¹⁵⁾ 확정된 금전이나 물건에 제한되지 않고 불확정 금전 또는 물건에도 부당이득을 인정하기 시작하였다(*condictio incerti*). 반환의 대상은 현재의 잔존 이익이 아니었으며, 수취한 이익으로 이해되었다고 한다.¹⁶⁾

2. *condictio*의 특성과 일반원칙의 등장

로마법상 *condictio*는 추상성과 엄격성이라는 두 가지 특성을 갖고 있었다. 우선 *condictio*에는 청구원인(*demonstratio*)을 표시할 필요가 없어 추상성을 띠었다. *condictio*의 이러한 추상성 때문에 이하에서 살펴볼 바와 같이, *condictio*에는 원래 이 소송의 목적과 무관한 반환청구까지 폭넓게 포섭되게 되었다.¹⁷⁾ 또한, *condictio*에는 엄격성이 요구되었다. *condictio*는 추상성을 갖기에 넓은 적용이 가능했고, 엄격성을 통해 그 적용 범위를 제한할 필요가 있었기 때문이다. 따라서 소유물회복청구(*rei vindicatio*)와¹⁸⁾ 달리 피고는 원고에게 해당 물건을 더 이상 점유하고 있지 않다는 항변이나 이득을 얻은 바가 없다는 항변을 하지 못하였다.¹⁹⁾ 피고는 자신에게 반환 의무가 있다는 점을 알았거나 알 수 있었다면 해당 목적물을 과실 없이 점유하지 못하게 된 때라도 부당이득을 반환해야 했다. 특히, 해당 목적물이 대체물이라면 목적물 멸실의 경우라도 면책될 가능성이 없었다.²⁰⁾

이미 언급한 바와 같이 *condictio*는 추상성을 갖고, 결과적으로 넓은 적용 범위를 갖게 되었기에, 엄격성을 통해 그 적용 범위를 제한하게 되었다. 즉, *condictio*는 엄격한 책임이 적절한 곳에만 인정되었다. 그러나 엄격성에도 불구하고 *condictio*는 점차 그 적용 범위가 넓어지기 시작하였다. 로마법 초기에는 엄격한 형식을 요구하는 특정물 매매약정(*stipulatio certi*)을 넘어 무방식의 소비대차(*mutuum*)에 까지 부당이득의 반환청구가 인정되었고,²¹⁾ 절취물의 반환청구에도 부당이득(*condictio ex causa furtiva*)이 인정되었다.²²⁾ 로마 원수정기(BC 27-284)에 이르면, 급부한 것의 반환청구도 포섭되기 시작하였다.²³⁾ 즉, 비채변제에 관한 사건(*condictio indebiti*)²⁴⁾ 및 물

15) 김형배, 사무관리·부당이득, 2003, 59-60면.

16) Feenstra, Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Sicht, S. 296.

17) Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 835ff.

18) 자세한 것은 조규창, 로마법, 1996, 580면 이하.

19) Wimmer, Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten, 1995, S. 12ff.

20) D. 12, 1, 5; D. 12, 1, 9, 9; D. 12, 1, 11, 2; D. 12, 6, 65, 5.

21) 자세한 것은 조규창, 로마법, 1996, 549면, 721면.

22) Liebs, The History of the Roman Condictio up to Justinian, in: The Legal Mind, Essays for Tony Honoré, ed. by MacCormick/Birks, 1986, S. 169.

건의 반환에 관한 사건(*condictio ob rem*)²⁵⁾이 이에 해당한다. 특히, 소제기가 가능한 계약유형이 엄격히 제한되었기에(*numerus clausus*) 물건의 반환에 관한 사건에 *condictio*를 적용하는 것은 큰 의미가 있었다.²⁶⁾ 그 외에도, 노예 해방 약속에도 *condictio*가 적용되기도 하였다.²⁷⁾ 이러한 변화는 소유권 양도에 엄격한 요식성을 요구하던 장악행위(*mancipatio*)나 법정양도(*in iure cessio*)에도 영향을 미쳤으며,²⁸⁾ 이렇게 포괄적인 거래로 수취한 것에 수취인이 책임을 지게 되면서 이를 설명하기 위해 정의의 원칙이 등장하기 시작하였으며, 이러한 변화의 영향으로 엄격성도 완화되기 시작하였다.

이처럼 로마 법학자들은 *condictio*를 하나의 이론을 설명하려는 노력을 포기하지는 않았던 것으로 보인다. 로마 고전기에 이미 *condictio*를 하나의 추상적 이론으로 설명하기 위하여, 다양한 추상화 형태가 제안되기도 하였다. 예컨대, 누군가 적법하지 않은 원인으로 점유하는 것이 있다면 이를 반환해야 한다거나,²⁹⁾ 적법한 원인이 없이 취득한 것 또는 기타 불법 원인으로 반환 의무가 있는 것은 반환해야 한다는 주장이 이에 해당한다.³⁰⁾ 이와 관련하여 언급되는 *condictio*에 관한 가장 일반적인 형태의 원칙(Pomponius 일반원칙)은 다음과 같다: “자연법에 따르면 누구도 타인의 손해로 이익을 취할 수 없다(*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimentio et iniuria fieri locupletiores*)”.

D. 50, 17, 206: “*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimentio et iniuria fieri locupletiores.*”

자연법에 따르면 누구도 타인의 손해로 이익을 취할 수 없다

D. 12, 6, 14: “*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores.*”

형평의 속성에 따르면, 누구도 타인의 손해로 이익을 얻을 수 없다.

그러나 이러한 일반원칙이 널리 인식되었음에도, 로마 법학자들은 이를 공식적으로 받아들이지 않았으며, 부당이득반환청구권의 발생 근거가 아닌 오히려 배척 근거로

23) Liebs, The History of the Roman Condictio up to Justinian, in: The Legal Mind, Essays for Tony Honoré, ed. by MacCormick/Birks, 1986, S. 167.

24) C. 4, 5; D. 12, 6.

25) C. 4, 6; D. 12, 4.

26) Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 843f.

27) Liebs, Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolgs und Wegfall der Geschäftsgrundlage, JZ 1978, 697, 698f.

28) 장악행위, 법정양도에 관한 자세한 것은 조규창, 로마법, 1996, 549면, 553면.

29) D. 25, 2, 25; D. 12, 5, 6; D. 12, 6, 66; D. 24, 1, 6.

30) D. 12, 7, 1, 3: “*Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel reddit ad non iustam causam.*”(정당하지 않은 원인으로 그에게 속하게 된 것 또는 유효하지 않게 된 원인으로 그에게 속하게 된 것에 대해서만 반환 소송이 가능하다는 점은 분명하다).

사용하였던 것으로 보인다.³¹⁾ 즉, 이러한 정의의 원칙은 평균적 정의를 일반화하여 언명한 것일 뿐, 일반적인 채무의 발생 원인으로 *condictio*를 본격적으로 다룬 것은 아니었다고 이해된다. Gaius는 물론 Justinian 모두 *condictio*를 채무의 발생 원인으로 받아들이지는 않았던 것으로 보인다. 물론, Pomponius는 타인의 손해로 이익을 취할 수 없다는 원칙을 언급하고 있기는 하나, 이러한 원칙을 일반적인 법원칙으로 수용하고 채무의 발생근거로 이해하지는 않았다고 한다. 따라서 이러한 정의의 원칙을 그대로 부당이득법의 일반원칙으로 받아들이기는 어렵다. 이러한 관점의 변경은 이하에서 살펴보겠지만, Hugo Grotius에 의하여 행해진 것으로 이해하는 것이 타당해 보인다.³²⁾

3. *condictio*의 다양성과 유연성

이미 설명한 바와 같이, 로마 법학자들에게 *condictio*는 특별한 소의 형식을 의미하는 것이었기 때문에, *condictio*는 채무의 발생 근거가 되지 않았다. 물론, 부당이득에 관한 일반원칙이 존재하였지만³³⁾ 실정법의 규정으로 받아들여지지 않았으며, 고전 후기에는 *condictio*의 엄격성이 완화되어 매우 광범위하게 그리고 유연하게 인정되기 시작하여 존재하는 *condictio* 외에 별도의 일반원칙을 인정할 실익도 없었다고 한다.

이러한 변화는 ‘나에게도 티티우스에게도 적용될 법(*lex si et me et Titium*)’³⁴⁾에서 발견된다. 구체적으로 어떤 자가 ‘A’와 티티우스(B)에게 금전을 빌리길 원했고, 그래서 A가 자신의 채무자에게 빌린 돈을 그자에게 주도록 약정한 경우, 만약 그자가 이 채무자가 티티우스(B)의 채무자라고 믿었다면 그자는 A에게 채무를 부담하느냐는 질문에 Celsus는 A와 그자 간에 ‘계약(*negotium*)’이 없어 직접적인 급부(*Leistung*)는 존재하지 않지만, A의 금전이 그자에게 이전되었기에 A에게는 공평과 선(善)에 근거한 소권(*actio in aequum et bonum*)이 인정된다고 보았다. 이러한 소는 *condictio*로 불리지는 않았으나 유스티니아누스법 *condictio*에 관한 장에서 언급되었기에 *condictio*로 이해되었다. 이후 이러한 종류의 반환청구는 *condictio Iuventiana*로 불리었으며 중세 및 근대에 광범위한 부당이득 반환청구의 근거로 받아들여졌다.

그러나 이러한 변화를 막연히 일반화하기는 어려운데, ‘토지에 적용될 법(*lex si in area*)’과 같이³⁵⁾ 반환청구의 범위를 제한하는 경우도 존재했기 때문이다. 구체적으로 어떤 자가 타인의 토지에 건물을 지었고 타인이 이 건물을 점유하게 된다면, 그자는 그 타인에게 *condictio*를 주장하지 못한다고 보았다. 그자와 그 타인 사이에는 ‘계약

31) Honoré, *Condictio and Payment*, *Acta Juridica* 1 (1958) 135ff.

32) Feenstra, *Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Sicht*, S. 293.

33) D. 50, 17, 206.

34) D. 12, 1, 32.

35) D. 12, 6, 33.

(negotium contractum)’이 없기 때문이다. 더 나아가, lex si in area는 이하에서 살펴볼 바와 같이 로마법이 비용부당이득(Verwendungskondiktion)에도 부정적이었음을 잘 보여준다. 이는 주로 당사자간 ‘계약(negotium)’이 없었기 때문으로 설명이 된다.³⁶⁾ 이처럼 상반되는 두 가지 원칙의 충돌은 부당이득 반환청구권의 경계선을 명확히 확정하기 어렵게 만들었고, 부당이득의 일반원칙을 형성하는 데 어려움이 되었던 것으로 보인다.

한편, 다양한 *condictio* 형식 중 다른 법률과 이론에 가장 많은 영향을 미친 것은 비채변제 부당이득(*condictio indebiti*)이라 할 수 있다. 특히, 부당이득법의 이론적 발전에 중요한 역할을 한 다음의 ‘수취자 원칙(*lex his solis*)’도 여기서 강조될 필요가 있다.³⁷⁾ 구체적으로, 이 원칙에 따르면 A가 B에게 금전을 지급함으로써 이익을 얻게 된 제3자가 있더라도, A는 이 제3자에게 부당이득의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 이후 Accursius(1182-1263)는 자신의 주석에서 만약 B가 계약을 체결한 후 파산하였다면, A는 제3자에게 직접 부당이득의 반환을 청구할 수 있어야 한다고 보았고,³⁸⁾ 이는 중세 법률가들에 의하여 변형되어 널리 받아들여졌다. 변형된 원칙에 따르면, A가 가난한 B에게 돈을 빌려주었는데, B가 이 돈으로 자기 자녀에게 음식을 사 먹인 후 파산하였다면, 그리고 만약 그 자녀가 모친을 상속하여 재산이 생긴다면, A는 그 자녀에게 부당이득의 반환을 청구할 수 있었다.³⁹⁾

4. 사례 중심의 부당이득 반환청구

지금까지 살펴본 바와 같이, 로마법에서 부당이득 반환청구는 하나의 원칙에 기반하고 있지 않으며, 오히려 다양한 사례를 중심으로 유추가능성 및 법형성 가능성을 전제로 효과의 측면에서 매우 실용적으로 인정된 것으로 보인다.⁴⁰⁾ 예컨대, 절도를 이유로 한 부당이득 반환청구(*condictio ex causa furtiva*)가⁴¹⁾ 심지어 엄격한 의미에서 절도가 없는 경우에도 적용되었고,⁴²⁾ 물건에 관한 부당이득(*condictio ob rem*)을

36) Verse, *Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*, 1999, S. 23. 그러나 총적지나 표류물에 의한 부당이득 반환에서는 당사자간 계약이 없음에도 *condictio*의 성립에 장애가 없기에(D. 12, 1, 4, 2; D. 39, 2, 9, 1.), 이러한 주장은 설득력이 없다는 견해도 있다(Jansen, *Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution?*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Vol. 120, S. 113).

37) D. 12, 6, 49: “His solis pecunia condicetur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit.”(금전의 반환은 금전이 지급된 자에게 청구되어야 하며, 지급된 금전으로 이익을 받은 자에게 청구되어서는 안 된다).

38) 나중에 이익을 가져오는 원인(*causa lucrativa*)이 존재하는 경우로 제한되었다. Glosse, *proficit* zu D. 12, 6, 49.

39) Feenstra, *Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Sicht*, S. 297.

40) Liebs, *The History of the Roman Condictio up to Justinian*, in: *The Legal Mind, Essays for Tony Honoré*, ed. by MacCormick/Birks, 1986, S. 164ff.

41) 자세한 것은 조규창, 로마법, 1996, 549면, 797면.

42) Inst. 4, 1, 6: “Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat.”

절도 사건의 유추로 설명하기도 하였다.⁴³⁾ 그 외에도, 파렴치로 인한 부당이득(*condictio ob turpem causam*)⁴⁴⁾은 물건에 관한 부당이득(*condictio ob rem*)의 유추로 설명되기도 한다.⁴⁵⁾ 그럼에도 개별 *condictio*는 독자적인 것으로 이해되었다. 따라서 그 요건의 성립을 개별적으로 검토하였다. 이미 언급한 바와 같이 *condictio*의 추상성 때문에 개념적 제한요소가 없었기에, 법률가들은 실정법적 구성요건의 충족을 주장할 수밖에 없었고, 이 점이 *condictio*의 형식성을 초래한 것이기 때문이다. 이러한 특성에 따라, 당사자간 법률행위적 거래가 존재하지 않는 비용부당이득은 부정되었으며,⁴⁶⁾ 소비대차(*mutuum*)와 같은 약정이 존재하거나 부당이득이 성립하는 특별한 사정이 존재하는지가 중요한 요소가 되었다. 예컨대, 급부부당이득에서는 유효한 인도(*datio*)가 존재하는지가, 절도를 이유로 한 부당이득(*condictio ex causa furtiva*)에서는 절도 혹은 유사한 위법행위의 존재가,⁴⁷⁾ 비채변제로 인한 부당이득(*condictio indebiti*)에서는 악의가 중요한 요소가 되었다.⁴⁸⁾

물론, 비용부당이득이 모두 부정된 것은 아니며, 다음과 같은 두 가지 사례가 인정되었다. 우선, 한 노예가 새로운 주인에게 팔려 가면서 전 주인의 특정한 물건을 훔쳐서 가지고 간 사건을 들 수 있다. 노예의 새로운 주인은 이러한 사정을 모른 채 이 물건을 제3자에게 매도하고, 결과적으로 이 물건이 훼손되었다면, 소유물반환청구(*vindicatio*)는 불가능해진다. 그렇다면 노예의 전 주인이 새로운 주인에게 해당 물건의 매매대금을 반환청구할 수 있느냐는 문제가 발생한다. Africanus는 이 문제에 부당이득의 반환을 인정하였는데, 이때 타인 사무의 관리로 인한 부당이득 반환청구 소권(*actio negotiorum gestorum*)이 적용된다고 보았다.⁴⁹⁾ 물론, 이러한 결론에 대해서는 학설상의 다툼이 있었으나, 이후 이러한 입장이 널리 받아들여졌다고 한다.⁵⁰⁾ 예컨대, Martinus Glosia(1100-1166)는 목적물이 훼손되지 않아 소유물반환청구가 가능한 경우라도 타인 사무의 관리로 인한 부당이득반환청구가 가능하다고 보았다.⁵¹⁾

43) Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klassischen Römischen Recht, 1952, S. 243ff.

44) 자세한 것은 조규창, 로마법, 1996, 549면, 796면.

45) Liebs, The History of the Roman *Condictio* up to Justinian, in: The Legal Mind, Essays for Tony Honoré, ed. by MacCormick/Birks, 1986, S. 174f.

46) D. 12, 6, 33.

47) D. 13, 1, 1.

48) Inst. 3, 91; D. 12, 6, 1, 1; D. 50, 17, 53.

49) D. 3, 5, 48: "Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer." (내가 팔았던 노예가 매도인인 나로부터 물건을 훔치고, 노예의 매수인이 그 물건을 팔아 존재하지 않게 되면, 나에게는 물건이 판매되었음을 근거로 그 대가의 반환청구가 허용되어야 한다. 이는 당신의 당신의 일이라고 생각했던 어떤 거래가 사실 나의 일인데도 당신이 그 거래를 한 경우와 같다. 반대로, 사실 나에게 속한 유산을 당신의 것이라 생각하고 당신에게 속한 유산을 지출한 경우, 당신의 유산 지출로 내가 해방되기에, 당신은 나에게 소를 제기할 수 있다. 밑줄은 저자 강조).

50) Feenstra, Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Sicht, S. 297f.

51) Feenstra, Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Sicht, S. 297f.

이러한 견해는 Accursius 주석에 받아들여지지 않았으나, 타인의 손실을 통해 이익을 얻을 수 없다는 부당이득에 관한 일반원칙과 함께 후기 주석학자들에게 수용되었다고 한다.

비용부당이득에 관한 두 번째 사례는 타인의 거래를 대신 관리한 경우이다. 구체적으로, 특정인 A가 타인 B의 사무를 자신의 사무로 삼으려는 의도로, 의도적으로 타인의 물건을 개선(Verbesserung)하였다면, 그리고 그 타인 B가 그 물건을 점유하고 있다면, 개선행위를 한 A는 부당이득의 반환을 청구할 수 있었다(actio de negotiis gestis).⁵²⁾ 물론, 이러한 소송형식이 사무관리에 관한 부당이득 반환소권(actio negotiorum gestorum)으로 명시되지는 않았으나, 해당 사례가 사무에 관한 장(de negotiis gestis)에서 언급된다는 점에서 사무관리에 관한 부당이득 반환소권으로 이해된다. 그런데 이 설명은 앞에서 설명한 lex se in area와 모순된다. 즉, 계약(negotium contractum)이 없기에 부당이득의 반환을 청구하지 못한다는 설명과 충돌한다.⁵³⁾ Martinus는 이 사례에서 부당이득반환을 인정하고, lex si in area 원칙의 엄격한 적용을 부정하였다. 점유자의 선·악의를 묻지 않고 부당이득에 관한 일반원칙(D. 12, 6, 14.)을 직접 적용하는 것이 타당하다고 보았기 때문이다. Martinus의 견해는 이후 타인의 토지에 선의로 건물을 축조한 자에게 부당이득반환청구권을 인정하는 프랑스 민법에 영향을 미쳤다고 한다.⁵⁴⁾

끝으로, 부당이득과 관련하여 전용물소송(actio de in rem verso)⁵⁵⁾도 고려할 필요가 있다.⁵⁶⁾ 그러나 actio de in rem verso는 로마법상 부당이득의 문제라기보다, 사실 대리권에 관한 문제로 이해되기도 한다. 피지배자인 가자(家子)와 노예의 법률행위에 대하여 지배자(소유자, dominus)는 책임을 부담하지 않으나 별도의 소송(adjektizische Klagen)을 통해 일정한 경우 그(지배자)에게 책임을 전가하는 것이 가

52) D. 3, 5, 5, 5: “Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.” (밑줄은 저자 강조. 침해가 아닌 이익 때문에 반환을 인정하고 있다.)

53) D. 12, 6, 33.

54) Code civil 제555조 제3항: “Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix, rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'oeuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.” (토지소유자가 건축물, 수목 및 공작물에 대한 소유권을 보유하고자 하는 경우, 그는 건축물, 수목 및 공작물의 상태를 고려하여, 그의 선택에 따라 토지의 가치증가분에 해당하는 금액이나, 상황일에 산정된 재료의 비용 및 노무에 대한 보수를 제3자에게 상환하여야 한다.) 이 번역은 한불민사법학회, 프랑스민법전, 2023, 427면에서 가져온 것임.

55) C. 4, 26, 7; D. 15, 3.

56) Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 880ff.

능했고,⁵⁷⁾ actio de in rem verso의 경우 피지배자의 법률행위로 지배자가 부당한 이득을 얻은 경우 적용되었기 때문이다.⁵⁸⁾ 고전 후기에는 actio de in rem verso가 피지배자의 대리행위를 넘어 자유인의 대리행위로 본인에게 이익이 발생한 경우까지 확대 적용되었다.

C. 4, 26, 7, 3: "Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit."

반면에, 만약 당신이 자유롭게 그의 사무처리자와 누군가의 요청에 따라 계약을 체결하고, 그를 선택하였다면, 당신은 그 주인에게 소를 제기할 수 없다는 점을 알게 된다. 그러나 돈이 그 주인의 물건으로 흘러들거나, 이 계약을 승인한 경우라면 그렇지 않다.

한편, 거래 상대방은 관리자에게 사무관리의사가 없는 경우 vindicatio도 가능하였다. 그러나 만약 목적물이 소비되거나 소실되었다면 vindicatio는 물론 condictio도 제한되었다. 만약, vindicatio가 인정되지 않는 경우 condictio를 바로 인정한다면, 해당 목적물을 매수한 자는 목적물의 대금을 돌려받지 못하면서, 부당이득을 반환해야 하는 이중의 손실을 겪기 때문이다.⁵⁹⁾ 그런데 이 경우 만약 해당 물건이 판매되어 대금으로 변한 경우라면, 그 대금을 대상물(Surrogat)로 보아 반환책임을 인정할 수 있다고 보았다.⁶⁰⁾

이러한 actio de in rem verso는 주석학자인 Roffredus(1170-1243?)가 처음 문제 삼은 것으로 보인다. 그 후 Azo(1150-1230)는 A가 B의 위임 없이, 그리고 B를 언급함이 없이, B의 돈을 제3자인 C에게 지급한 사건에서 actio de in rem verso를 언급하였다. 그러나 이 문제에 대하여 이론적으로 중요한 발자취는 프랑스 법률가인 Jacques de Révigny(1230?-1296)에 의하여 이루어졌다. 그는 actio de in rem verso는 자유인들 간의 관계에는 적용되지 않는다고 생각했기 때문에 C. 4, 26, 7, 3

57) 이러한 종류의 소송으로 actio de in rem verso 외에 actio exercitoria, actio insitoria, actio quod iussu, actio de peculio가 인정되었다고 한다.

58) D. 15, 3, 3, 2: "Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestor habuerit actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriore."(원칙적으로 타인의 사무에 재산을 사용하여 발생한 소송은, 대리인이 위임에 따라 소를 제기할 수 있는 경우, 권한 없이 타인의 사무를 처리한 자가 임의대리로 소를 제기할 수 있는 경우, 노예가 주인의 재산을 증가시키거나 또는 악화시키지 않도록 물건을 소비한 경우에 인정된다고 이야기된다.)

59) Jansen, Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution?, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Vol. 120, S. 126. 다만, 절도로 인한 부당이득(condictio ex causa furtiva)의 요건을 충족한다면 이 청구는 가능했다(D. 19, 1, 30 pr.; D. 15, 1, 4, 12).

60) D. 3, 5, 48; D. 12, 1, 23: "Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim."(맡춘은 저자 강조, 재산으로 이익을 본 것처럼 가액반환을 인정하고 있다.)

의 사례에는 *actio de in rem verso*가 적용되지 않고, 오히려 *condictio sine causa* 또는 *lex si et me et Titium*이 적용될 여지가 있다고 보았으나, 최종적으로 타당한 해결책은 영업 위탁으로 발생하는 영업주소송(*actio institoria*)⁶¹⁾ 또는 형평법(*aequitas*)에 기한 부당이득의 반환이라고 보았다.

형평법을 통한 부당이득의 반환이 가능하다는 이러한 생각은 기존에 정형화된 부당이득반환소권에 관한 이론에 중요한 변곡점이 되었다. Révigny의 영향을 받은 Baldus(1327-1400)는 C. 4, 26, 7, 3을 타인의 손실로 이익을 얻을 수 없다는 형평법의 원리로 설명하였다. Baldus의 생각은 Paulus Castrensis(1360-1441)나 Jason de Mayno(1435-1519)에게 수용되었고, Hugo Grotius(1583-1645)에게도 영향을 미친 것으로 보인다. 그러나 Baldus의 견해는 당시 일반적으로 받아들여지지 않는 것으로 보인다.

5. 소결

정리하면, 정당치 않은 (이익 또는 물건)의 보유로 인정되는 로마법상 *condictio*의 공통 원칙은 충분한 논거가 부족하여 내용적 측면에서도 공허할 수밖에 없었다. 결과적으로 이러한 *condictio*의 공통 원칙은 유형의 공통점을 설명하는 방식에 불과할 뿐이었으며, 하나의 규범으로 정립되기 어려웠던 것으로 보인다.⁶²⁾ 부당이득 반환소권을 발생시키는 구체적인 평가들은 오히려 개별적인 실정 규정에서 발견될 수밖에 없었고, 따라서 로마의 부당이득법은 법적 공백이 다분하고 단편적인 형태였다. 물론, 일반적인 원인 부재로 인한 부당이득 반환청구(*condictio sine causa generalis*)가 인정되었으나,⁶³⁾ 실질적인 의미는 없는 것으로 평가된다.⁶⁴⁾ 따라서 이는 개별 *condictio*에 관한 규정이 제한적 열거에 해당하는 것이 아니고, 따라서 유추할 수 있다는 의미로 넓게 이해하는 데 도움을 줄 뿐이었다.⁶⁵⁾ 결국 로마법상 부당이득 반환 청구는 하나의 완결된 체계로 정리되기 어려웠다. 오히려 개별 소송의 구체적 요건을 통합하여 하나의 추상적 원칙의 윤곽만을 확인할 수 있을 뿐이었다. 당연히, 이러한 윤곽이 구체적 요건이 되기는 어려웠다.

61) 자세한 것은 조규창, 로마법, 1996, 468면.

62) 반면에, 급부부당이득의 경우에는 규범으로 정립되는 것이 가능했다고 한다. Liebs, The History of the Roman Condictio up to Justinian, in: The Legal Mind, Essays for Tony Honoré, ed. by MacCormick/Birks, 1986, S. 164, 179f.

63) D. 12, 7, 1 pr.: “Est et haec species conductionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem.”(원인 없이 약속을 하거나, 대가가 아닌 것을 지급한 경우, 다음과 같은 종류의 반환소송을 할 수 있다. 당사자가 원인 없이 약속을 한 경우, 지급하지 않은 금액에 대해서는 소를 제기할 수 없고, 채무 자체에 대한 소만을 제기할 수 있다.)

64) Jansen, Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution?, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Vol. 120, S. 123.

65) Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 856f.

III. 후기 스콜라학과 및 Hugo Grotius의 견해

1. 후기 스콜라학과

피해자의 손해에 집중하는 불법행위와 달리 부당이득은 수익자의 이익에 초점을 둔다.⁶⁶⁾ 그러나 부당이득법에서 ‘이익’이라는 개념은 20세기의 학설 대립을 통해 법률상 원인 없는 급부의 귀속, 그리고 절대권의 할당내용 또는 귀속질서(Zuweisungsgehalt)의 침해라는 요소로 세분화되었고,⁶⁷⁾ 따라서 ‘이익’은 청구의 상대방인 수익자를 결정하거나 반환범위를 결정하는 역할로 제한되었다. 이 중에서 급부나 절대권과 같은 재화의 귀속(Güterzuordnung)은 앞서 설명한 Pomponius의 부당이득 일반원칙(D. 12, 6, 14; D. 50, 17, 206)에 논리적으로 우선할 수밖에 없다. 만약, 재화가 누구에게 귀속되어야 하는지를 알지 못하면 그의 손실이나 비용으로 타인에게 ‘부당한 이득’이 발생했는지를 알 수 없기 때문이다.

그런데 재화의 귀속을 통해 부당이득을 판별하려는 시도는 새로운 것이 아닌데, 유사한 이론이 후기 스콜라학파인 Salamanca 학파의 회복이론(Restitutionslehre)에서 발견되기 때문이다.⁶⁸⁾ 스콜라학파의 회복이론에 의하면 ‘회복(Restitution)’은 교환정의(iustitia commutativa)의 중심 원칙이 되며 평등의 원칙을 추구한다. 즉, ‘회복’은 흐트러진 재화의 귀속을 수정하는 것이었으며, 더 정확히 사건 당사자들의 재화에 대한 귀속 질서를 회복하는 것이었다. 이에 따라, 부당이득 반환청구권은 재화의 귀속을 명확히 하는 소유권(dominium)을 기준으로 한 물건반환청구(restitutio ratione rei)가 중심이 되었고, 결국 vindicatio와 condictio의 경계는 모호해졌다. 또한, 스페인의 후기 스콜라학파는 아리스토텔레스의 정의론에 기초하여 새로운 이론을 발전시키게 되는데, 우선 실용적이고 유연하여야 하며, 그 당시의 사회, 경제적 문제를 해결하기에 적합한 것이어야만 했다.⁶⁹⁾ 결과적으로 Pomponius가 제안한 부당이득에 관한 일반원칙이 활용되었으며,⁷⁰⁾ 그 원인이 불법행위인지 아니면 착오로 인한 급부인지는 중요하지 않게 되었다. 즉, 급부부당이득을 별도의 구성요건으로 분리할 필요조차 없게 되었다.⁷¹⁾ 이 이론에 따르면 부당이득 반환책임의 근거는 귀속된 재화의 상실이며, 귀속 질서의 회복을 위해 반환의무가 수익자에게 발생하게 된다.

66) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 1994, S. 128.

67) 김형배, 사무관리·부당이득, 2003, 72면 이하.

68) Salamanca 학파에 대하여 자세한 것은 Jansen, Von der Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastik zu einem europäischen Recht nichtvertraglicher Schuldverhältnisse?, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd. 76, H. 4 (Oktober 2012), S. 921ff.

69) Bergfeld, Katholische Moraltheologie und Naturrechtslehre, in: Coing (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. II/1, 1977, S. 999ff., 1017ff.

70) Gordley, The Principle Against Unjustified Enrichment, GS Lüderitz, 2000, S. 219f.

71) 이러한 의미에서, 부당이득법에 관한 최초의 일반이론을 정립한 것은 스페인 후기 스콜라학자들이라고 할 수도 있다.

2. Hugo Grotius

후기 스콜라학파의 이론은 Hugo Grotius(1583-1645)를 통해 근대 자연법사상으로 발전하였다. 물론, Grotius가 자연법에 부당이득 금지의 원칙을 도입하자거나, 부당이득 반환청구권을 독자적인 채무발생근거로 인정하고 통일적인 구성요건을 만들자고 주장한 것은 아니다.⁷²⁾ 오히려 Grotius는 후기 스콜라학파가 발전시킨 회복이론을 자연법사상에 도입하여 네덜란드 법의 이해와 체계를 확립하고자 하였다.⁷³⁾ 특히, Grotius는 자신의 책(네덜란드 법률 소개, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*)에서 채권법을 계약과 불법행위로 구분하지 않고, 계약 또는 법정채권관계로부터 발생하는 청구권으로 구분하는 시도를 하였으며,⁷⁴⁾ 더 나아가 부당이득 반환책임과 다른 비계약적 책임을 구분하려 하였다.⁷⁵⁾ 특히, 부당이득에 관해서는 해당 청구가 소유권에 기한 의무(*obligatio ex dominio*)이며, 법률상 원인 없는 이익이 책임의 근거가 된다고 보아 Pomponius의 일반원칙을 따랐다.⁷⁶⁾ 또한, 로마법상 급부부당이득에 관한 규정 역시 포섭시켜서 절대적 주관적 권리(*ein absolutes subjektives Recht*)에 대한 침해가 있다면⁷⁷⁾ 일반적인 부당이득이 가능하다고 보았다. 물론, 전용물소권(*actio de in rem verso*)도 포함되었으며, 사무관리소송(*actio negotiorum gestorum*)도 이에 포함되었다.⁷⁸⁾ 이러한 특수한 사건들은 일반규정의 구체적 적용 사례로 설명이 되었으며, 당연히 로마법의 개별 소송 형태 이상으로 발전할 수 있다고 보았다. 정리하면, Grotius가 다양한 부당이득 사례에 적용할 수 있는 통일적 원칙을 하나의 법문장으로 표현하였고, 채무의 발생근거로 이 원칙을 체계화하였다는 점에서, 부당이득법을 최초로 일반화하였다고 평가할 수 있다.⁷⁹⁾

Grotius의 이론에서는 급부의 착오가 있었는지, 계약이 무효가 되는지, 절도 행위가 있었는지, 사무관리가 있었는지 등의 요소가 반환청구권을 정당화시키지 못한다. 오히려 개별적으로 귀속된 법익의 귀속 질서가 깨지고 이로부터 법률상 원인 없는 이익이 발생했는지가 중요한 요소가 되었다. 즉, 반환청구권자의 소유(*dominium*)에 속한 것

72) Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1996, S. 885f.

73) Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, 1642, II, X.

74) Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, 1926, III, 1, §9.

75) Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, 1926, III, 1, §§14ff.

76) Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, 1926, III, 30, §§1ff., §3; Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, 1642, II, X, 2, Rn. 2.

77) Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, 1926, III, 30, §19.

78) Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, 1926, III, 27, §§1ff.

79) Grotius에 의하면 채무(*obligatio*)는 소유권 때문에 발생할 수도(*ex dominio*), 존재하는 상태에서부터 발생할 수도(*e rebus exstantibus*), 현존하지 않는 상태에서부터 발생할 수도(*e rebus non exstantibus*) 있는데, 현존하지 않는 상태에서부터 발생하는 채무에 대해서 타인의 손실로 이익을 얻는다면 그 이익을 반환할 책임을 인정하였기 때문이다(*De rebus non exstantibus hoc humano generi placuit ut si tu ex re mea factus es locupletior, me rem non habente, in tantum tenearis in quantum es factus locupletior*). 이러한 생각은 *corpus iuris*에 따른 이해로 보기도 다, 하나의 법문언을 인정한 것으로 이해하는 것이 타당해 보인다.

을 갖고 있는 자에게는 부당이득 반환의무가 발생하였다. 그러나 Grotius는 특이하게도 반대급부를 이행하지 않아 해제된 계약의 반환청구(*condictio ob rem*)는 부당이득으로 다루지 않고, 준계약으로 이해하였다.⁸⁰⁾ 권리가 자유롭고 유효하게 이전되었음을 그 이유로 들었다. 반면에 비채변제로 인한 부당이득의 경우(*condictio indebiti*), 착오가 유효한 권리의 이전을 방해한다고 보아 부당이득의 문제로 처리하였다. 끝으로 Grotius는 부당이득 삼각관계에서 정의(*Gebot der Gerechtigkeit*)에 따라 직접적인 부당이득 반환청구를 인정하였다. 당사자의 급부관계보다 재화 귀속질서의 회복이 더 중요하다고 본 Grotius의 이러한 생각은 18세기 전용물소권에 관한 여러 학설에도 영향을 미쳤다고 한다.⁸¹⁾

IV. 보통법(*ius commune*) 시대의 부당이득 반환청구

보통법 시대의 부당이득 반환청구는 학자 별로 매우 다양한 양상을 띠었다. 우선, Lauterbach(1618-1678)와 Voet(1619-1667)는 *condictio sine causa generalis*를 일반적 부당이득반환의 청구근거로 이해하기 시작하였으며, 급부부당이득은 불필요한 것으로 보았다.⁸²⁾ 그럼에도 *condictio furtiva*는 통합되지 못하고 있었다. 반면, Pufendorf(1632-1694)와 Christian Wolff(1679-1754)는 반환청구를 소유권에 기한 의무(*obligatio ex dominio*)로 이해하였고, Pomponius의 부당이득 금지의 일반원칙에 기반하여 반환의무를 인정하였다. 그러나 Grotius의 견해를 따른 것으로 보기는 어려운데, 보통법 시대에 *dominium*은 소유권으로 이해되었기에 Pufendorf와 Wolff는 유효하게 소유권이 이전되는 경우⁸³⁾ 더 이상 *obligatio ex dominio*로 부당이득을 설명할 수 없다고 보아, Grotius와 달리 급부부당이득을 묵시적 소비대차(*mutuum tacitum*)로 보거나⁸⁴⁾ 준계약으로 보았기 때문이다.⁸⁵⁾ 결과적으로 Pufendorf와 Wolff는 Grotius의 통일적인 부당이득 반환청구권 체계를 포기한 셈이 되었다. *vindicatio*와 *condictio*의 근거를 명확히 구분하지 않았던 Grotius와 달리 물건적 청구권과 채권적 청구권을 구별하기 시작하였기 때문이다.⁸⁶⁾ 그 외에도, Böhmer(1674-1749)와 Glück(1755-1831)은 -반환책임의 근거는 달리 보았음에도- 급부부당이득은 물론 *condictio furtiva*까지 모두 부당이득의 일반이론으로 포섭하려 하였으며,⁸⁷⁾ Eduard Gans(1797-1839)와 Wilhelm Sell(1804-1848)도 역시 일반이론의 정립을 시도하였

80) Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, 1926, III, 31, §§8ff.

81) Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1996, S. 880ff.

82) Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, 1707, XII, VII, §5; Voet, *Commentarius ad Pandectas*, 1778, XII, VII, 1.

83) 공통법 시대의 다수설은 심지어 채무가 없는 자에게 급부를 하는 경우라도 수취인에게 소유권이 유효하게 이전되는 것으로 이해하였다고 한다. Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1996, S. 867.

84) Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*, 1759, V, VII, §4.

85) Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, 1754, §§693ff.

86) Gordley, *The Principle Against Unjustified Enrichment*, GS Lüderitz, 2000, S. 216ff., 224ff.

87) Böhmer, *Doctrina de actionibus*, 1738, II, V, § 18; Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, 1797ff., Bd. 13, S. 5, 231ff.

다.⁸⁸⁾ 그러나 이러한 시도들은 모두 성공적인 것으로 여겨지지 않는다.

이처럼 보통법 시대의 부당이득은 매우 다양한 유형으로 설명되었다. 예컨대, 급부부당이득은 준계약으로 이해되었고, *condictio ob rem*과 *condictio indebiti*는 묵시적 계약이나 요물계약으로 설명되기도 하였다.⁸⁹⁾ *condictio furtiva*는 불법행위 청구권으로 이해되기도 하였다.⁹⁰⁾ *actio de in rem verso*와 *actio negotiorum gestio*는 부당이득의 반환을 위해 필수적인 것으로 이해되었다.⁹¹⁾ 이러한 상황을 반영하여, 당시의 입법 역시 통일성 없이 개별 사례에 부합하는 부당이득반환에 관한 규정을 두고 있었다.⁹²⁾ 그러나 로마법 시대와는 달리 보통법 시대를 거치면서 부당이득 금지의 원칙이 보다 강조되고 널리 수용되면서, 일반원칙의 정립에 대한 열망은 커지고 있었다. 심지어 Savigny에게 있어서 부당이득 금지의 원칙은 자연법 불변의 원칙 및 실질적 정의의 원칙과 함께 자연법의 3대 중요 원리에 속하였다.⁹³⁾ 로마법을 살펴봐도, 성의소송(*actio bonae fidei*)이 존재하였기에,⁹⁴⁾ 이러한 방향은 타당한 것으로 여겨졌으며, 곧 다수설의 지위를 차지하게 되었다.⁹⁵⁾

V. Savigny의 부당이득 반환청구

Savigny(1779-1861)는 자신의 저술을 통해 급부부당이득을 *condictio sine causa*의 특별한 사례로 이해하였다. 심지어 *condictio indebiti* 역시 준계약으로 보아 이에 포함했다. 또한, *condictio furtiva*와 *condictio ob turpem causam*은 비정상적인 상태로 이해하였고, 오히려 손해배상이 더 적합하다고 보았다.⁹⁶⁾ 이러한 Savigny의 생각은 통일적인 부당이득 반환청구권을 로마법 체계 안에서 만들기 위한 노력이었으며,⁹⁷⁾ 구체적으로 타인의 이익으로 청구권자의 재산이 감소하는 것을 막거나 청구권자의 재산으로부터 타인이 원인 없이 이익을 얻는 것을 막고자 함이었다. 즉, Savigny에게 있어 부당이득은 법적 원인 없는 재산의 이동(*rechtsgrundlose Vermögensverschiebung*)이었다.⁹⁸⁾

88) Gans, Ueber Römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten und dem jus poenitendi, 1819, S. 4f.; Sell, Versuche im Gebiete des Zivilrechts, Erster Teil, 1833, S. 14ff., 49ff., 76ff., 116f.

89) Donellus, Commentarii de iure civili, XIV, X, §1, X, XVI, §§3, 5.

90) Voet, Commentarius ad Pandectas, 1778, XIII, I, 2.

91) Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 875ff.

92) Jansen, Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution?, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Vol. 120, S. 147.

93) Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, 1851/53, S. 26.

94) 자세한 것은 조규창, 로마법, 1996, 549면, 445면 이하.

95) Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, FS Niedermeyer, 1953, 146f.

96) v. Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, von: Hammen, 1993, S. 324.

97) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840ff., V, S. 507, 511ff.

98) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840ff., V, S. 525.

Savigny 견해의 핵심은, *condictio*가 *vindicatio*의 보호기능을 가진 기능적 등가물이자 대체물이라는 점에 있다. 따라서 *condictio*는 소유자가 자신의 소유권을 상실한 경우에만 발생할 수 있다고 보았으며,⁹⁹⁾ 소유자가 자신에게 속하였어야만 하는 것을 청구하는 것으로 이해하였다. 즉, Savigny의 견해에 따르면 *condictio sine causa*는 이전 권리자가 자신의 소유권 또는 기타 법적 지위(*Rechtsposition*)를 잃고 타인이 이로 인해 이익을 얻으면 언제나 등장할 수 있는 일반적 이익반환(*Abschöpfung*) 청구권의 근거가 되었다. 이러한 측면에서 Savigny에게 부당이득법은 재산보호, 특히 재산적 가치를 갖는 절대권 보호를 위한 제도가 되었다.¹⁰⁰⁾

다만, Savigny의 견해에 따르면 급부에 대한 채권적 청구권은 포함될 수 없게 된다. 무인설(*Abstraktionsprinzip*)을 따르는 한, 자연법적 공통 인식에 따라 *obligatio ex dominio*는 적법한 권리의 처분 이후에는 등장할 수 없었기 때문이다. 그러나 Savigny는 이 문제에 대하여, 모든 법질서의 최우선적 과제는 재산적 완전성의 보호(*vermögensmäßiger Integritätsschutz*)에 있으므로, *vindicatio*가 보호수단으로 충분하지 않은 경우 *vindicatio*의 보호가 *condictio*로 확장되어야 한다고 주장하였다. 예컨대, *mutuum*의 경우 계약에 따라 소유권을 이전한 뒤 차주가 반환의무를 이행하지 않으면, 계약상의 채권적 청구권이 좌절되는 것으로 끝나는 것이 아니라 소유권이 침해받은 것과 같은 결과가 발생하기 때문이다. 따라서 Savigny는 *mutuum*과 같이 대주가 차주에게 특별한 신뢰를 수여하는 경우, 이러한 특별한 신뢰(*credere*, *Anvertrauen*)는 소유권과 유사한 보호, 즉 엄격한 *condictio*의 보호를 받을 자격을 얻게 된다고 보았다.¹⁰¹⁾ 이를 통해 법률에서 '신뢰'의 지위가 확립, 강화되었다.

이러한 Savigny의 관점(특별한 신뢰의 보호 필요성)에서 Savigny의 부당이득법은 체계를 잡기 시작하였으며, 더 많은 사례에 유추되기 시작하였다.¹⁰²⁾ 우선, 이 관점은 임치계약(*Verwahrung*)에 유추되었다. 임치계약은 수치인이 목적물의 소유권을 취득하는 것은 아니지만, 수치인에게 특별한 신뢰가 부여되므로, 수치인이 목적물을 매도하거나 소비하거나 멸실하면 임치인에게 소비대차와 같이 *condictio*를 인정할 필요가 있다고 보았다. 물론, 이러한 관점을 따르더라도 여전히 급부부당이득 모두를 부당이득법에 포섭하기는 어려웠다. 특별한 신뢰가 부여되지 않는 경우도 많기 때문이다. 그러나 Savigny는 특별한 신뢰가 없더라도 과실 없는 착오가 존재한다면 보호의 필요성이 같다고 평가하였다.¹⁰³⁾ 따라서 착오로 목적물을 양도한 경우라면, 양도인이 소유

99) v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840ff., V, S. 109ff., 515, 518. Savigny의 견해는 사실 Gans의 이론을 따른 것으로 보인다. Gans, *Ueber Römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten und dem jus poenitendi*, 1819, S. 36 u.ff.

100) v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840ff., V, S. 109.

101) v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840ff., V, S. 108ff., 513ff.

102) v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840ff., V, S. 518ff.

103) v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840ff., III, S. 115, 360ff.

권을 잃더라도 mutuum과 같이 condictio의 보호를 받을 수 있다고 보았다.¹⁰⁴⁾ 불이행의 경우라면, 전 소유주로부터 법적 원인 없이 취득한 재산 그 자체로부터 condictio의 효과가 발생한다고 보았다. 끝으로, 소유권을 잃지 않는 비전형의 condictio furtiva 사건의 경우라면, 피해자가 vindicatio를 주장할 수 있기 때문에 원칙적으로 condictio가 불가능하나,¹⁰⁵⁾ 준계약적으로(“als Quasikontrakt zu bezeichnende Rechtsgeschäft”¹⁰⁶⁾)으로 조사나 증명을 위한 목적의 점유부당이득(Besitzkondiktion)을 인정하였다.¹⁰⁷⁾

정리하면, 특별한 신뢰, 과실 없는 착오 등의 개념을 통합하여 ‘원인 없는 이익(Thatsache[sic] der grundlosen Bereicherung)’¹⁰⁸⁾이라는 요건을 만든 Savigny는 condictio sine causa를 통해 통일적이고 빈틈없는 부당이득 반환청구의 근거를 마련할 수 있다고 믿었다.¹⁰⁹⁾ 심지어, Savigny는 actio de in rem verso나 actio negotiorum gestio도 별도로 다루려 하지 않았다. 결과적으로 Savigny의 견해는 절대권을 그 대상으로 삼았던 이론적 출발점과 달리 오히려 급부부당이득으로 그 중심축이 이전되었다. 그러나 이러한 Savigny의 견해는 독자적인 자연법 원리를 만들려는 것이 아니었으며, 기존 로마의 성문법을 현대적으로 재해석하려는 시도였기 때문에, 이러한 중심축 이동이 Savigny에게 큰 문제가 되지는 않았던 것으로 보인다. 물론, Savigny가 로마의 성문법을 그대로 따른 것도 아니었다. 이미 살펴본 바와 같이 로마법은 부당이득법을 일반원칙으로 정립하지 않았고 vindicatio를 condictio로 확장하려는 시도도 없었기 때문이다.

VI. 현대에 미친 영향(독일)

독일 민법이 입법되는 과정에서 Savigny의 부당이득에 관한 이론은 제1 초안의 기초가 되었다. 이에 따라 입법자는 개별 condictio 규정을 나열하지 않고, 통일적인 규정을 BGB 제812조 제1항 제1문에 마련하였다. 즉, 법적 원인 없이 급부(Leistung)를 통해 또는 기타 방법(in sonstiger Weise)으로 종국적 재산 이동이 발생하였는지를 요건으로 삼았다.¹¹⁰⁾ 급부를 통한 부당이득의 경우 급부의 목적이 법적 원인 판단의 중심이 되었다.¹¹¹⁾ 반면에, 기타 방법을 통한 부당이득의 경우에는 수익자의 이익 보유를 정당화하는 모든 법률이 법적 원인이 되는데, 법률 또는 기타 방법을 통해 급여자의 재산에 대한 침해나 사용이 발생했는지가 판단의 중심이 되었다.¹¹²⁾ 이러한 방

104) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840ff., V, S. 521ff.

105) 이러한 원칙에 대해서는 조규창, 로마법, 1996, 549면, 797 참고.

106) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840ff., V, S. 556.

107) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840ff., V, S. 551ff.

108) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840ff., V, S. 558.

109) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840ff., V, S. 523ff.

110) Mugdan II, S. 463.

111) Mugdan II, S. 1174.

112) Mugdan II, S. 463.

식을 통해, 입법자는 부당이득법이 단순히 형평법(Billigkeitsrecht)의 다른 표현이 아니고, 또한 누구도 타인의 손해로 이익을 취할 수 없다는 자연법의 하나도 아님을 분명히 하였다.¹¹³⁾ 따라서 이익을 정당히 보유할 수 있느냐는 질문에 답하기 위해서는 민법의 모든 규정과 가치 평가를 고려하도록 하였다.¹¹⁴⁾ 이에는 당연히, 법률행위로 재산이 이동하는 경우를 전제한 규정은 물론, 법률 스스로 재산의 이동을 명하고 이러한 이동이 정당하지 못한 경우도 포함되었다.¹¹⁵⁾ 한편, 독일 민법의 부당이득법은 독일 민법의 독립성과 무인성의 특수성 때문에 원인행위의 효력에 영향을 받지 않고 유효하게 발생하는 재산이동의 문제를 해결하는, 즉 vindicatio를 대체하는 물건법의 필수적 보충규범으로 주로 작동하게 되었다.¹¹⁶⁾

1. 분리론(Trennungstheorie)과 유형론

독일 민법이 입법된 후 처음에는 BGB 제812조 제1항의 두 요건(“급부를 통해” 또는 “기타 방법으로”)이 중요한 의미를 갖지는 않았다. 오히려 급여자와 수익자 간의 직접적 재산이동이 있었는지, 그리고 수익자가 그 재산을 보유할 권한이 있는지가 중요하게 다루어졌다. 특히, 전자가, 즉 재산이동의 직접성이 부당이득법에서 중요하게 다루어졌는데, 이를 통해 다수당사자의 부당이득관계에서 부당이득청구의 당사자가 확정될 수 있었기 때문이다.¹¹⁷⁾ 이때, 재산이동의 직접성은 수익자의 재산 증가가 급여자의 손실에 기인하는지를 통해 판단하였다.¹¹⁸⁾ 또한, 급여자의 재산이 제3자의 재산을 통해, 즉 우회하여 수익자에게 도달한 경우라도 해당 중간자가 수익자의 정당한 대리권자라면 재산이동의 직접성을 인정하기도 하였다.¹¹⁹⁾

그런데 1930년대, 특히 1950년대 이후부터 부당이득에 대한 독일 민법의 입법 방식에 대한 비판이 거세지기 시작하였다.¹²⁰⁾ 이 의견들은 독일 민법 제812조 이하의 통일적 규율방식이 타당하지 않다는 점을 비판하며, 부당이득의 유형에 따라 여러 구성요건이 마련되어야 한다고 주장하였다. 예컨대, 채권 관계가 종료되어 발생하는 부당

113) Mugdan II, S. 1170.

114) Soergel/Schmidt-Kessel/Hadding, BGB, 13. Aufl. 2012, Vor § 812 Rn. 4.

115) Dernburg, Das bürgerliches Recht, Bd. II/2, S. 592.

116) Protokolle II, S. 689.

117) 다수당사자의 부당이득관계에 대해서 입법자는 명확한 규정을 두고 있지 않다. 다만, Mugdan II, S. 463에는 다음과 같은 문구가 발견된다: “Der die Kondition begründende Thatbestand ist grundsätzlich ein unmittelbar zwischen dem Benachtheiligten und dem Bereicherten eingetretener, gegen Dritte besteht der Kondiktionsanspruch nicht.”

118) Dernburg, Das bürgerliches Recht, Bd. II/2, S. 603.

119) 이러한 직접성의 기준에 대해서 자세한 것은 RGZ 60, 28.

120) Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes“, 1902; Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934; von Cammerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, 1954; Westermann, Die causa im französischen und deutschen Recht, 1967; Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973.

이득과 재산의 귀속을 보호하기 위한 부당이득을 구별해야 한다고 보았다.¹²¹⁾ 이에 따라, ‘급부로 인한 부당이득’(급부부당이득)과 ‘기타 방법을 통한 부당이득’(비급부부당이득)은 본질적으로 다른 것으로 보고, 구성요건 단계에서 구분해야 한다고 주장하였다(분리론, Trennungstheorie). 이 경우, 법적 원인 없음을, 급부부당이득의 경우 급부의 원인이 되는 채권관계의 존부로 판단하게 되고, 비급부부당이득의 경우 수익자에게 해당 재산의 귀속을 정당화하는 규정의 존부로 판단하게 된다.¹²²⁾ 이러한 견해는 von Caemmerer를 거치며 유형화되었고,¹²³⁾ 점차 독일 내에서 다수설이 되었으며¹²⁴⁾ 판례를 통해 받아들여지기 시작하였다.¹²⁵⁾

특히, 급부부당이득은 의도적이고 목적적인 타인 재산의 증가라는 이중의 목적(doppelte Finalität)을 급부 판단의 중요한 요건으로 삼게 되었다. 채권관계에 있는 당사자 간에도 채무이행의 목적 없이 재산의 이동이 발생하면 급부를 한 것으로 보기 어렵기 때문이다.¹²⁶⁾ 한편, 급부부당이득에서 이중의 목적은 다수당사자 부당이득관계에서 부당이득청구의 당사자를 결정할 때도 중요한 역할을 하게 되었다. 즉, 독일 민법 전체의 관점에서 거래안전, 행위제한능력자 보호, 행위 외관으로 인한 책임 등 요소를 고려하여 반환청구권자가 ‘어떠한 목적’으로 해당 재산 이전 행위를 하였으며, 그 행위가 누구에 대한 급부인지를 평가하게 되었다(예컨대, 단축급부).¹²⁷⁾ 다만, 전체 민법의 의미를 판단해야 하기에 그 결과를 예측하기 어렵게 되었으며,¹²⁸⁾ 결과적으로 다시금 -심지어 로마법에서와 같이- 개별 사건에 따른 법적 평가에 의존하게 되었다.¹²⁹⁾ 그럼에도 분리론 또는 유형론이 필요 없다고 말하기는 어려운데, 다수당사자의 부당이득관계가 아닌 많은 급부부당이득 사례에서 손쉽고 적합한 해결 기준을 제시하기 때문이다.

2. 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)

한편, 타인의 금전으로 채무를 변제하는 경우처럼, 다수당사자의 부당이득관계에서는 급부부당이득과 비급부부당이득이 동시에 발생할 수 있다. 다수설은 이 경우 급부부

121) Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934, S. 27ff.; von Cammerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, 1954, S. 342, 353.

122) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl. 1993, § 67 III 2.

123) 김형배, 사무관리·부당이득, 2003, 73면.

124) Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2011, Rn. 665.

125) BGHZ 40, 272; BGHZ 56, 239; BGHZ, 58, 184; BGHZ, 167, 118; BGHZ, 185, 341.

126) 그러나 급부로 인정이 된다면 급부는 타인의 재산으로 이루어지기 때문에 ‘타인의 비용으로’라는 요건은 중요성이 없어진다.

127) BGHZ 147, 269; BGHZ 176, 234; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 11 III.

128) 개별 사건을 중심으로 확인하라는 판결로 BGHZ 50, 227; BGHZ 58, 184, 187; BGHZ 61, 289, 292; BGHZ 72, 246, 250; BGHZ 87, 393, 396; BGHZ 88, 232, 235; BGHZ 105, 365.

129) Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 11 III 4.

당이득을 우선시키고 있다.¹³⁰⁾ 급부로 수취한 것이, ‘기타 방법을 통해’ 취득한 것이 될 수는 없기 때문이다. 독일의 판례 역시 보충성의 원칙을 받아들이고 있다.¹³¹⁾ 그러나 예외적으로 다음과 같은 경우에는 비급부부당이득만이 문제 된다. 예컨대 무권리자가 유상으로 타인의 목적물을 매도하고 이를 제3자가 적법하게(예컨대, BGB 제 892조, 제932조에 근거하여) 소유권을 취득하였다면, 해당 목적물의 권리자는 목적물을 처분한 해당 무권리자에 대한 비급부부당이득의 반환을 청구할 수 있을 뿐(BGB 제816조 제1항),¹³²⁾ 해당 목적물을 수취한 제3자에게 부당이득의 반환을 청구할 수는 없기 때문이다. 입법자는 해당 조문을 통해 전용물소권(actio de in rem verso)이 인정되지 않음을 분명히 한 것으로 이해된다.¹³³⁾

VII. 결론

부당이득에 간명하여 혼란스럽지 않은, 또한 신속하게 적용할 수 있는 통일적 규칙이 필요함은 분명하다. 그러나 모든 경우에 적용되는 규칙은 내용적으로 공허하고, 법적 안정성에 반한다. 개별 사건에 근거한 사례지향적 규칙은 예측가능성이 높아 법적 안정성에 도움이 되나, 법적 공백으로 개별 규정의 유추 적용이 필요해지고 결과적으로 개별 규정간 평가모순이 발생할 수 있다. 양자의 중간 어딘가에서 조화가 필요하다. von Caemmerer 역시 불법행위법의 일반규정과 부당이득법의 일반규정을 비교하기도 하였으나,¹³⁴⁾ 부당이득법의 일반규정에 불법행위법에서와 같은 정교한 구분이 필요함을 부정하지 않았다. 부당이득에서 유형론적 관점이 더 정교한 평가의 기준을 제공한다는 점은 분명해 보인다. 따라서 급부부당이득과 비급부부당이득을 구분할 필요가 있다. 비교법적인 관점에서 보아도, 현재 급부부당이득은 다른 부당이득의 유형으로부터 상대적으로 분명히 구분되고 있는 것으로 보인다.¹³⁵⁾ 그러나 부당이득법의 역

130) Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2011, Rn. 666.

131) BGHZ 40, 272; BGHZ 55, 176; BGHZ 69, 186.

132) 자세한 것은 MünchKomm/Schwab, BGB § 816, 9. Aufl. 2024, Rn. 2ff.

133) Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, 2001, Bd. II, S. 288ff. 잘 알려진 바와 같이, 전용물소권은 이를 인정하면 계약상의 항변권 행사가 제한된다는 점, 계약 상대방이 제3자와 맺은 관계로부터 발생하는 항변권의 영향을 받게 된다는 점, 계약상 위험이 제3자에게 전가될 수 있다는 점에서 부정하는 것이 일반적이다(Canaris, Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, FS Larenz I (1973), S. 799ff.).

134) E. von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: FS für Ernst Rabel, I, 1954, S. 333 ff.

135) 부당이득에 관한 일반규정을 두고 있는 스위스 채무법(OR Art. 62) 및 독일 민법(BGB 제812조)은 급부부당이득에 관한 별도의 구성요건을 마련하여 일반규정 안에서 이를 구분하고 있다. 소유권 이전에 관하여 스위스 및 독일과 다른 유인적 소유권 이전 체계(kausale Natur der Tradition)를 택하여 부당이득에 관한 일반규정을 두고 있지 않은 나라에서도 급부부당이득에 관한 별도의 규정을 두어 다른 부당이득의 유형과 구별하고 있다. 예컨대, 오스트리아 민법은 급부부당이득이 보조적인(subsidiär) 역할을 하는 것으로 이해하고, 개별 급부부당이득에 관한 규정(예컨대, ABGB 제1431조, 제877조 등) 외에 전용물소권(Versionsklage, actio de in rem verso)에 관한 규정(ABGB 제1041조)을 급부부당이득에서 넓게 고려하고 있다. 이탈리아 민법에서도 급부부당이득에 관하여 비채변제(Codice Civile Art. 2033) 외에 원인 없는 부당이득(Codice Civile Art. 2041)을 규정하고 있으나, 이는 보조적인 것으로 이해되고 있다.

사적 발전과정을 통해 확인한 바와 같이, 부당이득법의 공통점과 근거에 놓인 근본이념은 (이를 청구권의 요건으로 삼기 어렵더라도) 최소한 발견될 수 있고, 개별 유형의 요건과 효과에 집중한 결과가 부당이득법의 근본이념에 반한다면, 타당한 결론을 도출하기 위하여 이를 새로운 부당이득의 유형으로 분리하는 등 적절한 조치가 필요하지, 다분히 기존 유형론의 결과에 머무를 것은 아니라 하겠다. 유형론은 부당이득에 관한 문제를 적절히 해결하기 위한 효과적 수단이지, 결과의 타당성을 담보하는 규칙은 아니기 때문이다.

독일 부당이득법상 이득 개념 및 우리법예의 시사점

-1차적 이득대상물로서 사용이익 반환을 중심으로-

정신동(한국외국어대 법학전문대학원)

<목차>

- I. 들어가며
- II. 이득 개념에 대한 논의와 국내 판례 상황
 - 1. 차액설 vs. 구체적 대상설
 - 2. 민법 제748조 제1항의 의미
 - 3. 이득 개념에 대한 대법원 판시사항
 - 4. 문제의 구체화
- III. 독일 부당이득법상 이득 개념과 사용이익 반환
 - 1. 독일민법 제812조에서의 일반적 이득 개념
 - 2. 부당이득법상 이득으로서의 사용이익
 - 1) 1차적 이득대상물 vs. 2차적 이득대상물
 - 2) 사용에 대한 결정이 수반되는 물건의 인도
 - 3) 물건의 교부 없이 사용이익만이 제공되는 경우
- IV. 우리법예의 시사점
 - 1. 차액설에 기반한 실질적 이익론?
 - 2. 핵심 판단기준으로서 '임차인의 자율적 이용 결정'의 고려
 - 3. 영업이 방해된 경우 임차인의 실질적 이익
 - 4. 임차인의 사정으로 사용·수익하지 않은 경우 실질적 이익
- V. 나가며

I. 들어가며

우리 민법은 제741조를 통해 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우 수익자로 하여금 손실자에게 그 이익을 반환하도록 의무를 부과하고 있다. 이에 로마법의 *condictio* 소권으로까지 거슬러 올라가는 부당이득이라는 것이 성립하기 위해서는 첫째, 타인의 재산 또는 노무로 의하여 이익을 얻을 것이라고 하는 '이득의 요건', 둘째 그 이득으로 말미암아 타인에게 손해를 발생시켰을 것이라는 '손해의 요건', 셋째 이득과 손해 사이에 인과관계가 존재할 것이라는 '인과관계의 요건', 끝으로 이득에 법률상 원인이 없을 것이라

는 ‘원인의 흠결요건’이 충족되어야 한다. 본고의 논의 대상이 되는 것은 이 중에서 가장 첫 번째로 고려되는 부당‘이득’ 개념이다.

부당이득법에서 무엇이 이득으로 고려되어야 하는지 문제는 결코 간단한 문제가 아니다. 기본적으로 차액설과 구체적 대상설의 학설 대립이 존재하는 가운데, 대법원 판례는 특히 임대차계약 관계에 있어서 민법 제741조에서의 “이익이라 함은 실질적인 이익을 의미”한다고 하면서, “본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는, 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다고 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립하지” 않고, “이는 임차인의 사정으로 인하여 임차건물 부분을 사용·수익하지 못하였거나 임차인이 자신의 시설물을 반출하지 않았다고 하더라도 마찬가지이다”라고 판시하여 문헌상의 논란을 야기하고 있는 실정이다. 그 동안 국내 사법학계에서는 이 문제를 다양한 시각에서 비판하고, 법리적으로 정리하려는 움직임이 있었지만 독일 부당이득법상 이득 개념에 대한 논의를 토대로 비교법을 집중적으로 시도한 연구는 많지 않았던 것으로 보인다. 이에 본고에서는 특히 부당이득 반환관계에 있어 소위 ‘1차적 이득대상물로서의 사용이익’ 반환이 문제 되는 경우 독일 학계와 판례상에서 어떤 논의가 진행되고 있고, 우리 부당이득법상 실질적 이익론에 어떤 시사점을 주는지 고찰하고자 한다. 좀 더 세부적 쟁점으로서 추상적 의미의 단순한 사용 가능성이 부여된 것만으로 부당이득법상 이득이 인정되어 이미 이득 요건이 충족되는지, 아니면 실제로 수익자가 수취한 사용이익이 존재해야 이득의 요건이 충족되는 것으로 보아야 할지를 순차적으로 살펴본다.

II. 이득 개념에 대한 논의와 국내 판례 상황

1. 차액설 vs. 구체적 대상설

국내 문헌상 이득 개념에 대해서는 전통적인 학설상의 변화가 진행되어 왔다. 과거 독일 학계에서 다수설에 해당하였던 소위 차액설¹³⁶⁾을 고려하여 이의 연장선상에서 부당이득법상 이득개념을 설명하였던 종래의 통설¹³⁷⁾에 의하면 이득은 구체적인 취득과정의 결과로 생긴 ‘수익자의 전체재산 증가’라고 이해되었다. 다시 말해 부당이득원인의 발생 전후에 전체 재산에 발생한 변화를 중점에 두고 그 전후의 차액(Saldo)을 이득으로 파악하는 견해라 할 수 있다. 부당이득법상의 이득 개념을 현재의 재산과 수익의 과정에 없었더라면 있었을 가정적 상황과의 차이로 보기 때문에 이득은 얻은 것 자체가 아니라 남은 것이라는 명제¹³⁸⁾가 성립하게 된다.¹³⁹⁾

136) 이에 대한 과거 문헌으로 양창수, 독일민법상 이득개념의 형성과 그 구체적 적용, 법조 제34권 제3호, 법조협회, 1985 참조.

137) 대표적으로 곽윤직, 채권각론(제6판), 박영사, 2012, 351면; 김기선 한국채권법각론(정정제2판), 법문사, 1982, 354면.

이와 달리 구체적 대상설에 의하면 수익자에게 생긴 재산의 증가분이 아니라 수익자가 취득한 대상 그 자체를 부당이득법상 이득으로 보게 된다.¹⁴⁰⁾ 취득한 대상 그 자체만 입증하면 곧바로 제741조상의 이득 존재가 인정되고, 손실자가 그 밖에 이득의 현존을 입증할 필요가 없다는 점에서 위 차액설과 완전히 결론을 달리하게 된다. 국내 문헌상 구체적 대상설을 지지하는 견해는 (추정적)입법자 의사를 그 근거로 제시하기도 한다. 의용민법 시절 부당이득법상 일반조항이었던 제703조에서는 부당이득자로 하여금 “그 이익이 있는 한도에서” 반환책임을 진다고 명시하고 있었지만, 현재 우리 민법 제741조는 이 자구를 삭제하였고, 의용민법에는 없었던 민법 제747조 제1항이 “수익자가 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다”고 규정하고 있으므로 일단 취득한 대상 그 자체를 반환해야 한다는 원칙을 세운 것이라고 한다.¹⁴¹⁾

2. 민법 제748조 제1항의 의미

앞서 설명한 차액설과 구체적 대상설 중에서 어느 학설을 지지하느냐에 따라서 “선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 전조의 책임이 있다”고 규정하고 있는 민법 제748조 제1항의 의미와 증명책임 배분과 관련해서도 다른 결과에 이르게 된다. 우선 차액설에 의하면 민법 제748조 제1항의 규정은 제741조의 부당이득 성립요건을 보충 내지 추가하는 규정에 불과하다는 논리로 이어진다.¹⁴²⁾ 선의의 수익자는 그 현존 이익을 반환하여야 한다는 민법 제748조 제1항은 당연한 내용이 되고, 따라서 현존이익에 대한 입증책임을 반환청구자가 부담하게 된다. 이에 반해 구체적 대상설을 지지하게 되면 민법 제748조 제1항은 원칙에 대한 예외로서 매우 중요한 의미를 가지는 규정이 되고, 선의의 수익자는 현존이익이 없음을, 즉 이득소멸에 대한 입증책임을 부담하게 된다.

국내 문헌상 이득 개념에 있어 구체적 대상설을 지지하는 견해는 앞서 설명한 입법사 또는 민법 규정들의 체계적 고찰 외에 민법 748조 제1항과의 관계에서 도출되는 증명책임의 배분에 있어서도 동설이 합리적이라고 주장한다. 차액설에 의하면 수익자가 손실자의 급부 등으로 목적물을 취득했고 모종의 이득이 현존함을 손실자가 입증해야 하는데 수익자가 대상을 취득한 이후에 이득이 잔존하기까지의 과정은 기본적인

138) MüKoBGB/Schwab, 9. Aufl. 2024, BGB § 812 Rn. 1 참조.

139) 주석민법/이계정, 채권각칙5(제5판), 한국사법정책학회, 2022, 756면.

140) 김형배, 사무관리·부당이득, 박영사, 2003, 225면 이하; 김동훈, 부당이득에서 이득의 개념과 현존이익의 판단기준, 중앙법학 11집 4호, 2009, 87면; 이계정, 송금된 금원에 대한 예금 명의인의 부당이득반환의무 유무의 판단기준 - 부당이득에 있어서 이득의 개념을 중심으로, 민사판례연구(35), 박영사, 2013, 570면 이하.

141) 주석민법/이계정, 채권각칙5(제5판), 한국사법정책학회, 2022, 757면.

142) 주석민법/이계정, 채권각칙5(제5판), 한국사법정책학회, 2022, 756면.

로 수익자의 영역에서 발생하는 일이므로 수익자가 그 증거를 수집하기 용이하다는 점을 지적한다.¹⁴³⁾

3. 이득 개념에 대한 대법원 판시사항

1) 전제로서의 차액설

대법원은 부당이득법상 이득 개념에 대해서 종래의 통설이었던 차액설을 전제하고 있는 것으로 평가 된다.¹⁴⁴⁾ 예컨대 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가하는 이른바 부당이득은 그 수익의 방법에 제한이 없음은 물론, 그 수익에 있어서도 그 어떠한 사실에 의하여 재산이 적극적으로 증가하는 재산의 적극적 증가나 그 어떠한 사실의 발생으로 당연히 발생하였을 손실을 보지 않게 되는 재산의 소극적 증가를 가리지 않는 것으로....”¹⁴⁵⁾라고 하거나, “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 입힌 자는 그 이익을 반환하여야 한다(민법 제741조). 이러한 부당이득이 성립하기 위한 요건인 ‘이익’을 얻은 방법에는 제한이 없다. 가령 채무를 면하는 경우와 같이 어떠한 사실의 발생으로 당연히 발생하였을 손실을 보지 않는 것과 같은 재산의 소극적 증가도 이익에 해당한다”¹⁴⁶⁾고 판시하는 등 “재산의 증가”라는 표현을 사용하고 있고, 이를 통해 기본적으로 차액설을 이득 개념의 출발점으로 삼고 있음을 추정할 수 있다.

2) 소위 ‘실질적 이익’으로서의 이득 개념 사용

앞서 살펴본 바와 같이 우리 대법원은 재산의 적극적 또는 소극적 증가를 가리지 않는다는 표현을 사용하면서 차액설을 출발점으로 하는 듯 하면서 부당이득법상 이득은 ‘실질적인 이익’¹⁴⁷⁾을 의미한다는 표현을 사용하는 판결도 반복적으로 나타나고 있다.¹⁴⁸⁾ 이는 특히 임대차 관계에 있어서 문헌상 상당한 비판이 제기되고 있는데, 논란을 야기하고 있는 판시사항은 다음과 같다: “법률상 원인 없이 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 이익을 반환하여야 한다(민법 제741조), 여기에서 이익이라 함은 실질적인 이익을 의미하므로, 임대차계약관계가 소멸된 이후에

143) 주석민법/이계정, 채권각칙5(제5판), 한국사법정책학회, 2022, 758면.

144) 이러한 평가로 주석민법/이계정, 채권각칙5(제5판), 한국사법정책학회, 2022, 757면.

145) 대법원 1995. 12. 5. 선고 95다22061 판결.

146) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2016두60287 판결.

147) 실질적 이익이라는 표현을 최초로 사용한 판결로서 ‘대법원 1960.09.15. 선고 4292민상553’를 지칭하는 문헌으로 주석민법/이계정, 채권각칙5(제5판), 한국사법정책학회, 2022, 853면 참조. 이 판시 이후에 소위 실질적인 이득이라는 표현이 사용되어 왔다고 한다.

148) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010다37325,37332 판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010다37325,37332 판결 등

임차인이 임차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는, 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다고 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립하지 않는다. 이는 임차인의 사정으로 인하여 임차건물 부분을 사용·수익하지 못하였거나 임차인이 자신의 시설물을 반출하지 않았다고 하더라도 마찬가지이다.”¹⁴⁹⁾ 이러한 판시 사항에 대해서는 치밀한 법리 구성 없이 단순히 이익의 실질성이라고 하는 추상적이고 부정형의 개념을 사용한다는 맥락에서 상당한 비판이 제기되고 있다.

4. 문제의 구체화

지금까지 살펴본 바를 정리하면 다음과 같다. 우리 학설은 과거 부당이득법상 이득 개념을 차액설의 입장에서 설명하다가, 최근에는 구체적 대상설이 유력하게 주장되고 있는 반면, 대법원 판례는 기본적으로 ‘재산의 증가’라는 표현을 사용하면서 차액설을 전제하고 있는 것으로 보인다. 그러한 가운데 대법원은 실질적인 이익이 부당이득법상 이득에 해당한다고 판시하면서 특별히 임대차계약관계가 소멸된 이후에 임차인이 임차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 않은 경우 부당이득반환의무는 성립하지 않는다는 원칙을 판시하고 있다. 그런데 이러한 법 상황에서는 ‘대법원의 이러한 판시 사항을 부당이득법상 이득개념을 토대로 정지한 법리를 기반으로 설명할 수는 없는가?’ 또는 ‘부당이득법상 이득개념을 설명함에 있어서 어떤 수정이 있어야 하는가?’하는 의문이 제기될 수 있다. 나아가 좀 더 질문을 세분화하게 되면 ‘부당이득법상 사용이익의 반환이 행해져야 하는 경우에 이득으로서의 사용이익은 과연 무엇을 말하는 것인가?’ 또는 ‘단순한 사용가능성을 취득하였다는 것만으로 이미 부당이득법상 이득을 취득한 것으로 보아야 하는지 아니면 실제 대상물로부터 사용이익을 수취한 경우여야 이득을 취득한 것으로 보아야 하는지’ 라고 하는 어려운 문제가 제기될 수 있고 이를 해결할 고민이 필요할 것이다. 이하에서는 관련되는 독일 부당이득법상의 논의를 먼저 살펴보고 이를 토대로 우리 부당이득법에의 시사점을 도출해 보기로 한다.

III. 독일 부당이득법상 이득 개념과 사용이익 반환

1. 독일 민법 제812조에서의 일반적 이득 개념

독일 부당이득법의 핵심을 이루고 있는 민법 규정은 독일 민법 제812조 제1항 제1

149) 대표적으로 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다240424, 240431 판결. 나아가 ‘대법원 1979. 3. 13. 선고 78다2500 판결’에서는 “법률상의 원인없이 이득하였음을 이유로 한 부당이득의 반환에 있어, 이득이라 함은 실질적인 이익을 가리켜 뜻한다 함이 본원의 견지하여 온 견해이다”라고까지 명시하고 있다.

문¹⁵⁰⁾과 제818조¹⁵¹⁾라고 할 수 있는데, 우리 민법 제741조에서의 이득 개념을 규정하고 있는 일반조항은 독일 민법 제812조이다. 현재 독일 민법 제812조에서의 이득 개념은 앞서 우리 문헌상에서도 유력하게 주장되고 있는 구체적 대상설이 절대적 다수설이라 할 수 있다. 다시 말해 부당이득 반환의무자의 1차적 의무는 법적 원인 없이 손실자의 비용으로 취득된 어떤 것(erlangte Etwas), 즉 취득한 모든 이익들을 반환하는 것에 있는 것이고, 따라서 이득 개념에 있어서는 ‘대상 중심적 검토(gegenständliche Betrachtungsweise)’가 핵심이 된다고 한다.¹⁵²⁾

이에 반대되는 차액설은 과거 독일 문헌에서 아주 강하게 지지 되었고, 현재에도 이를 지지하는 일부 견해들이 있는데, 국내 학설과 마찬가지로 여기서는 반환의무자의 이득을 재산상황의 차이로 보고 부당이득 반환청구권자의 권리가 이러한 차이를 없애는 것에 향한다고 본다.¹⁵³⁾ 결국 이 시각은 ‘재산 중심적 검토(vermögensorientierte Betrachtungsweise)’가 가장 핵심이 된다고 보는데, 이 견해는 적어도 독일 학계에서는 극복된 것으로 평가된다.¹⁵⁴⁾ 다만 독일 연방대법원은 여전히 (특히 부당이득으로서의 사용이익이 문제된 사례들에서) 차액설을 전제로 여러 판시들을 하고 있는데, 이러한 독일의 학설과 판례 상황은 앞서 설명한 국내의 학설 및 판례 상황과 매우 유사한 것으로 보인다. 관련되는 독일 연방대법원 판례는 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

2. 부당이득법상 이득으로서의 사용이익

1) 1차적 이득대상물 vs. 2차적 이득대상물

150) 독일 민법 제812조 [반환청구권] ① 타인의 급부로 인하여 또는 기타의 방법에 의하여 그의 손실로 법적 원인 없이 어떤 것을 취득한 사람은 그에 대하여 반환의 의무를 진다[양창수, 2021년판 독일민법전, 박영사 번역본을 따른다. 이하 같다.]

151) 독일 민법 제818조 [부당이득반환청구권의 범위] ① 반환의무는 수취한 수익 및 수령자가 취득한 권리에 기하여 얻은 것 또는 취득한 목적물의 멸실, 훼손 또는 침탈에 대한 배상으로 얻은 것에도 미친다.

② 취득한 것의 성질로 인하여 반환이 가능하지 아니하거나 수령자가 기타의 이유로 반환을 할 수 없는 때에는 수령자는 그 가액을 상환하여야 한다.

③ 반환 또는 가액상환의 의무는 수령자가 더 이상 이득하지 아니하는 한도에서 배제된다.

152) 구체적 대상설은 v. Caemmerer FS Rabel, 1954, 333, 368이 기본이 되었다. 그 밖에 Canaris JZ 1971, 560, 561; Fervers/Gsell NJW 2013, 3607, 3611; Goetzke AcP 173 (1973), 289, 309 ff.; Kleinheyer JZ 1961, 473, 474; Lieb NJW 1971, 1289 f.; Lieb AcP 209 (2009), 164, 169; MüKoBGB/Schwab, 9. Aufl. 2024, BGB § 812 Rn. 1 참조.

153) 대표적으로 BGH NJW 1951, 270; RGZ 54, 137, 141; Flume FS Niedermeyer, 1953, 103 (148 ff.); Flume NJW 1970, 1161 ff.; 최근 차액설의 타당성을 다시금 환기시키는 문헌으로 Pioch, Nutzungen und die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, 2016, 51.

154) MüKoBGB/Schwab, 9. Aufl. 2024, BGB § 812 Rn. 1. 이와 달리 최근에는 급부부당이득이 문제되는지 침해부당이득이 문제되는지에 따라서 이득 개념 자체를 학설별로 달리 설명해야 한다는 견해도 주장되고 있다(Reuter in Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. 2016, Teil 2, § 5 I, 185 ff. 참조).

독일 부당이득법에서 사용이익 반환을 직접적으로 규정하고 있는 법률 조항은 독일 민법 제818조 제1항이다. 이 규정은 부당이득 “반환의무가 수취한 수익(Nutzungen)..에도 미친다”고 명시하고 있는데, 이 때 수익(Nutzungen)¹⁵⁵⁾은 과실(Früchte)과 사용이익(Gebrauchvorteil)을 합친 상위 개념이다¹⁵⁶⁾ 그런데 사용이익을 부당이득법상 반환대상으로 직접 언급하고 있는 독일 민법 제818조 제1항은 그 조문 내용상 ‘2차적 이득대상물으로서 사용이익(Nutzungen als sekundärer Bereicherungsgegenstand)’만을 의미하는 것으로 이해된다. 예컨대 매매계약이 체결된 후 계약의 무효를 원인으로 부당이득 반환관계가 성립한 경우 매매 목적물로부터 발생하는 사용이익을 생각할 수 있다. 이 경우 독일 부당이득법상 일반조항인 독일 민법 제812조가 말하는 이득이라는 것은 사용이익을 누릴 수 있는 또는 사용이익을 수취하게 되는 대상물만을 의미하는 것으로 보고 있고, 이러한 대상물로부터 나오는 2차적 이득대상물인 사용이익 반환에 대해서는 별도의 법률상 규정이 필요한 것으로 이해 되며, 바로 이를 독일민법 제818조 제1항¹⁵⁷⁾이 제공하고 있다고 보는 것이다.¹⁵⁸⁾

이와 달리 사용이익 자체가 우리 민법 제741조에 해당하는 독일 민법 제812조 상의 이득 개념에 해당하는 경우도 존재하고, 1차적 이득대상물로서 사용이익(Nutzungen als primärer Bereicherungsgegenstand)이라는 주제 하에 (특히 임대차계약과 관련하여) 논의가 되고 있다. 아래에서는 상대방으로 하여금 목적물을 사용하게끔 하는 것이 본래 계약의 내용 및 목적이었고 따라서 사용이익 자체가 1차적인 이득대상물이 되는 경우를 중심으로 하여 학설과 독일 연방대법원의 태도를 세부 유형별로 살펴보기로 한다.

2) 사용 결정이 수반되는 물건의 인도

(1) 문헌상의 견해

사용이익이 1차적인 이익대상물¹⁵⁹⁾이 되는 하나의 사례 유형으로는 임대차계약 내지 소비대차계약을 생각할 수 있다. 예컨대 임대차의 경우 당사자 일방이 상대방에게 목

155) 독일 민법 제100조 [수익] 수익이란 물건 또는 권리의 과실 및 물건 또는 권리의 사용이 부여하는 이익을 말한다.

156) 다만 본고에서는 과실 문제를 다루지 않으므로 이하에서는 편의상 Nutzung을 협의의 사용이익으로 표기하겠다.

157) 2차적 이득대상물인 사용이익 반환을 규정하는 제818조 제1항에서는 급부부당이득에서 기인하는 것인지 침해부당이득은 기반으로 하는 것인지 여부가 중요하지 않다.

158) MüKoBGB/Schwab, 9. Aufl. 2024, BGB § 818 Rn. 7.

159) 이 개념은 이미 독일 판례도 사용하고 있는 표현이다(예컨대 BGH NJW 2013, 2021, Rn. 26 참조; MüKoBGB/Schwab, 9. Aufl. 2024, BGB § 818 Rn. 27).

적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생기므로 물건의 교부에 있어서 해당 물건의 사용에 대한 결정이 (예컨대 임차인에게) 이미 존재한다고 말할 수 있다. 이 경우에는 부당이득 반환관계에 있어서 일단 수령된 (임대차) 목적물이 반환되어야 함은 자명하다. 그런데 가액 반환으로서의 사용이익 반환의 요건과 그 범위에 대해서는 독일 문헌에 있어 상당한 다툼이 이어지고 있다.¹⁶⁰⁾ 특히 부당이득 반환의무자가 이미 (추상적 차원에서) 사용 가능성¹⁶¹⁾을 부당이득법상 이득으로서 취득한 것으로 봐야 하는지, 아니면 실제로 수취된 사용이익¹⁶²⁾만을 이득으로서 취득한 것인지는 문헌상 상당히 견해 대립이 진행되어 왔다.

만약 단순한 사용 가능성만으로도 부당이득법상 이득이 취득된 것으로 보아야 한다면 견해를 따라가게 되면 부당이득 반환의무자는 예컨대 임대차계약에서 임차 목적물을 실제로 사용했는지 여부와 상관없이 사용이익을 반환해야 할 부당이득의무를 부담하게 된다. 결국 자기 자신은 해당 임차 목적물을 실제로 있어서 사용한 적이 없다는 주장은 부당이득법상 이득 개념과 관련해서는 아무런 의미가 없게 된다. 다만 다른 비용을 절약하지 않았다는 것을 증명함으로써 단지 독일민법 제818조 제3항에 따른 이득소멸의 항변만이 가능해 지게 된다.¹⁶³⁾ 즉 자기의 재산으로부터 지출하였어야 할 비용의 지출을 면한 것이 없어서 소위 지출의 절약(Aufwendungsersparnis)이 인정되지 않는다는 수익자의 이득소멸 항변만이 가능해 진다. 이와 달리 오로지 실제로 수취된 사용이익만을 부당이득법상 이득으로 보게 되면, 역으로 부당이득 반환의무자가 목적물을 실제로 얼마나 사용을 하여서 사용이익을 실제 수취하였는지를 부당이득반환을 청구하려는 자가 증명해야 한다. 우리 민법 제741조에 해당하는 독일 민법 제812조 제1항에서의 이득은 일반원칙에 따라서 부당이득 반환청구자가 증명책임을 부담하기 때문이다.¹⁶⁴⁾

(a) 실제 수취된 사용이익설

부당이득 반환의무자가 항상 실제로 수취한 사용이익만을 이득으로서 취득하는 것이고 단순히 사용 가능성이 제공되었다고 하여 이미 이득을 취득하는 것은 아니라는 견해를 지지하는 문헌들은 예컨대 계약의 무효를 근거로 취득된 것은 본래 계약상 의무의 대상이 되는 사용 가능성(사용할 수 있게끔 목적물을 제공한 상태)과 질적인 차이

160) 가장 최근의 독일 학설 대립 상황에 대해서는 MüKoBGB/Schwab, 9. Aufl. 2024, BGB § 818 Rn. 28 참조.

161) 대표적으로 Fervers/Gsell, NJW 2013, 3607, 3608; Wieling, AcP 169 (1969), 137, 167; Lieb, NJW 1971, 1289, 1291 ff.;

162) Canaris, in: Festschr. f. W. Lorenz, 1991, S. 19 (48 ff.); Soergel/Mühl/Hadding, BGB, 13. Aufl. (2012), § 818 Rdnr. 20; MüKoBGB/Schwab, 9. Aufl. 2024, BGB § 818 Rn. 33 ff.

163) 이에 대한 증명책임은 부당이득 반환의무자가 부담하게 된다(BGH NJW 1992, 2415; OLG Köln, NJW-RR 1998, 1701 참조).

164) BGH NJW 1990, 314; BGH, NJW 1995, 2627, 2628 참조.

가 있고 같은 내용으로 보기 어렵다는 사고에 기반해 있다. 예를 들어 임대차계약이 무효인 경우 부당이득 반환의무자는 임대차 기간 동안 계약이 무효이었기 때문에 독일민법 제535조 제1항 제2문¹⁶⁵⁾에 따라 임차 목적물의 사용을 요구할 수 있는 임대차계약의 본래적 내용에 따른 청구권을 가지지 못하고, 그 결과 추상적인 사용 가능성이 있었다고 하여 부당이득법상 이득이 이미 취득되는 것으로 보는 견해는 잘못된 생각이라고 주장한다.¹⁶⁶⁾ 이 경우 임차인은 단지 ‘텅 빈 점유(Blanker Besitz)’만을 취득한 것에 불과하기 때문이라고 한다.¹⁶⁷⁾

(b) 추상적 사용 가능성의 제공설

부당이득 반환의무자가 임차목적물의 점유와 더불어서 실제 수취 된 사용이익만을 이득으로서 취득하는 것이라는 위 문헌상 견해에 대해서는 유력한 반대 견해가 제시되고 있고, 바로 이 견해가 상대적으로 널리 지지 되는 것으로 평가된다.¹⁶⁸⁾ 추상적 사용 가능성이 제공되었다면 실제 사용하지 않았다 할지라도 부당이득법상 이득을 취득한 것이라는 견해는 ‘부당이득 반환의무자가 어떤 사용 가능한 특정 상태를 자신에게 창설 또는 마련한다는 재산상의 결정을 자율적으로 내렸고, 관련되는 계약이 해당 사용 결정과는 상관없는 사유로 무효가 되는 등 좌초된다면, 부당이득 반환청구자가 반환의무자의 자율적 사용 결정(autonome Nutzungsentscheidung)을 토대로 제공한 급부의 반환이 문제 되는 한, 부당이득 반환의무자 자신의 사용 결정에 구속되도록 하는 것이 합리적’이라는 사고에 기반해 있다.¹⁶⁹⁾ 왜냐하면 임차인이 해당 무효(또는 취소)사유를 알았고 따라서 그 대안으로서 다른 계약을 유효하게 체결하였더라도 목적물의 사용에 개인적인 장애나 방해가 있을 위험은 본인이 부담했을 것이기 때문이다. 달리 표현하면 부당이득 반환의무자 스스로가 목적물의 사용 가능성 마련을 자율적으로 결정하였다면, 이 자는 부당이득 반환관계에 있어 마치 이러한 결정이 처음부터 없었던 것처럼 다뤄질 수 없다고 한다. 임차 목적물을 가지고 무엇을 할지는 임차인의 재산상 의사결정 대상이 되는 것에 불과하다고 한다.¹⁷⁰⁾ 결국 임대인은 임차인에게 단순한 ‘텅 빈 점유(Blanker Besitz)’만을 제공한 것이 아니고 특별한 임대차적 성격과 목적을 가지는 점유를 제공한 것이 된다.

다만 예외적으로 부당이득 반환관계를 성립하게 하는 법적 사유가 부당이득 반환의무자 스스로의 자율적 사용 결정 자체에도 영향을 미치는 것이라면 달리 판단될 수

165) 독일민법 제535조 [사용임대차계약의 내용 및 주의무] ① 사용임대차계약에 기하여 임대인은 임대 기간 중 임차인에게 임대차 목적물의 사용을 허용할 의무를 진다. 임대인은 목적물을 계약에 좇은 사용에 적합한 상태로 임차인에게 인도하고, 임대차 기간 동안 이를 그 상태로 유지하여야 한다. 그는 목적물에 대한 부담을 져야 한다.

166) 대표적으로 MüKoBGB/Schwab, 9. Aufl. 2024, BGB § 818 Rn. 33 ff.

167) Canaris, in: Festschr. f. W. Lorenz (o. Fußn. 4), S. 19 (49).

168) 대표적으로 Fervers/Gsell, NJW 2013, 3607, 3608.

169) Fervers/Gsell, NJW 2013, 3607, 3608 ff.

170) Flume GS Knobbe-Keuk, 1997, 111 (125).

있다고 한다.¹⁷¹⁾ 예컨대 임차인의 임대차 계약이 사기에 의한 의사표시에 의하여 체결되었고 따라서 임차인의 자율적인 사용 결정 자체가 기망행위에 의해 행해진 경우를 생각할 수 있다. 이 경우에는 이득반환의무자 자신의 사용 결정에 자율성이 온전히 존재한다고 보기 어렵고 따라서 실제 수취 된 사용이익만이 부당이득법상 이득이 된다고 한다.

위 양 학설의 대립이 존재하는 가운데 어느 학설을 채택하더라도 부당이득 반환의무자가 취득한 이익이 무엇인지 문제에 있어서 계약상 약정된 급부 내용이 중요한 것이 아니라(Sollqualität) 무엇이 실제로 급부되었는지(Ist-Beschaffenheit)가 중요하다는 점은 차이가 없다. 예컨대 임차한 목적물에 모종의 하자가 있었던 경우 그 하자가 실제 취득되는 사용 가능성의 가치를 하락시키고, 따라서 실제 취득된 사용이익이 아니라 이미 추상적 사용 가능성 자체를 이득으로서 취득된 것으로 보게 되는 경우에도 취득된 것의 가치를 책정함에 있어서는 그 하자가 가치 하락분과 관련하여 고려되어야 한다고 한다.¹⁷²⁾

(2) 독일 연방대법원의 판례: 주택임대차 사례

현재 독일에서는 앞서 기술한 학설상의 대립이 존재하고, 대체로 사용 가능성을 가지게 되었을 때 이미 부당이득법상 이득을 취득한 것으로 보는 견해가 유력한 가운데 독일 연방대법원은 일관적으로 실제 수취 된 사용이익만을 이득으로 볼 수 있다는 태도를 견지하고 있다. 즉 사용 가능성만으로 이미 이득을 인정하는 학설상의 견해를 정면으로 거부하고 있는 상황이다. 주택 임대차와 관련하여 핵심적으로 논의되고 있는 2017년 독일 연방대법원 판례 사례¹⁷³⁾를 살펴보면 아래와 같다.

(a) 사실관계

피고는 2000년 A와 방이 3개 있는 주택을 이용하기 위해 임대차계약을 체결하였고, 이후 A는 원고에게 해당 주택을 양도하였다. 2010년 피고는 이 주택에서 다른 곳으로 이사를 했고, 그때까지 함께 동거 중이었고 이 당시까지 혼인 관계에 있었던 처가 주택을 홀로 사용하도록 하였다. 이후 이 부부는 이혼을 하였는데, 그럼에도 불구하고 피고는 2014년 6월분까지 계속해서 999,03 유로의 월 차임을 원고에게 지급하였다. 2014년 5월 25일 피고는 2014년 8월 31일자로 임대차계약을 해지하는 의사표시를

171) Flume, AcP 194 (1994), 427 (441). 또는 미성년자와 같은 제한능력자가 임차인인 경우도 생각할 수 있다.

172) 이러한 맥락에서 '추상적 사용 가능성의 제공'만으로 이득을 인정하는 견해는 계약상 제공되어야 했던 것 보다 실제로 제공된 급부가 낮은 수준이라는 점이 실제 수취 된 사용이익에 한정하여 반환되어야 한다는 반대견해를 정당화하지는 않는다고 한다.

173) BGH NJW 2017, 2997.

서면으로 하였고, 원고는 이에 대해 1인에 의한 해지는 무효라고 서면으로 답변하였다. 이후 원고는 2014년 7월 이후부터의 차임이 미지급되었음을 이유로 피고에게 차임에 해당하는 금액을 요구하였다.

(b) 대법원 판시사항

본 판결에서는 부당이득반환청구권 문제를 논하기 이전에 독일민법 제546조a¹⁷⁴⁾이 규정하고 있는 임대차에 있어 반환 지체시 임대인의 손해배상 문제를 먼저 다루었다. 그런데 이러한 임대차계약에 있어 임대인의 손해배상이 인정되기 위해서는 임차인의 임차 목적물 반환 지체 외에 임대인에게 임차 목적물의 반환 요구 의사가 인정되어야 하는데 본 사안에서 임대인이 임차인의 해지가 무효라고 생각하고 유효한 임대차계약이 있다는 전제하에 차임을 요구하여 독일민법 제546조a의 적용이 배제되었다.¹⁷⁵⁾ 따라서 이 쟁점은 본 고에서 더 이상 다루지 않고 부당이득 문제를 위주로 독일 대법원 판시사항을 요약해 본다.¹⁷⁶⁾

우선 사안에서 원심과 연방대법원 모두 해당 임대차 계약은 유효하게 해지되었고, 2014년 8월 31일 이후부터 계약관계가 소멸하였음을 인정하였다. 즉 이 날부터 임차 목적물의 이용에 대한 법적 근거가 없는 것으로 보았다. 다만 결론에 있어 원심과 대법원 모두 피고의 부당이득 반환의무를 인정하지 않았고, 특히 대법원은 피고가 애초에 이득을 취득한 것이 없다는 점을 핵심 근거로 하여 부당이득 반환을 부정하였다. 임차인이 또는 그 외의 다른 계약관계를 근거로 하여 사용 권능이 있는 자가 해당 목적물을 약정 기간이 도과되었음에도 계속하여 사용하였다면 이 자는 임대인의 비용으로 법적 원인 없이 실제 수취한 사용가치 만큼의 이득을 취득한 것이고 따라서 독일 부당이득법에 따라 실제 수취된 만큼을 반환할 의무를 부담한다고 판시하였다.¹⁷⁷⁾ 해당 주택에 대한 단순한 (직접 또는 간접) 점유만으로는 그러한 원고의 부당이득반환청구권을 근거 지우기에 부족하다고 판단하였다.¹⁷⁸⁾

사실 독일 연방대법원은 이미 이러한 논리와 일맥상통하는 다수의 판결들을 선고해 왔는데, 특별히 이 주택임대차 사안에서 법원은 (아래에서 다시금 기술할) 소위 ‘DSL-판결’을 인용하여 부당이득법의 목적 자체가 법적 원인 없이 실제 수취한 사용이익을 가액 반환하는 것에 있다고 판시하였다. 그리고 ‘DSL-판결’ 등 선례에 의하면

174) 독일 민법 제546조의a [반환지연시 임대인의 손해배상] ① 임차인이 임대차관계의 종료 후에 목적물을 반환하지 아니하는 때에는 그 역류의 기간에 대하여 임대인은 약정차임 또는 유사한 물건에 대한 그 지역에 상례적인 차임을 손해배상으로 청구할 수 있다.

175) BGH NJW 2017, 2997 Rn. 19 ff. 참조.

176) 이미 오래전부터 독일연방대법원은 민법 입법자료를 토대로 하여(Motive, Bd. 2, 415) 제546조a가 부당이득법상의 청구권을 배제하지는 않는다고 보았고, 청구권경합이 있는 것으로 보아 왔다(BGH NJW 1966, 248 참조).

177) BGH NJW 2017, 2997 Rn. 30.

178) BGH NJW 2017, 2997 Rn. 31.

부당이득자가 재산의 증식을 경험하는 한도 내에서만 부당이득법상 이득이라고 말할 수 있고, 부당이득 반환의무자의 의무가 이익의 실제적인 액수를 넘어서서 반환의무자 자신의 재산 감소까지 일어나서는 안 된다는 것이 승인된 일반원칙이라고 판시하였다.¹⁷⁹⁾ 결론적으로 본 사안에서 피고가 실제 수취한 사용이익은 없다고 판시하였다. 왜냐하면 사안에서 피고 스스로는 해당 주택을 이미 2010년에 이사를 나갔고 더 이상 해당 주택을 이용하고 있지 않았으며, 이 시점부터는 오히려 전차가 이용자가 되기 때문이다.

결론적으로 본 사안에서 독일 연방대법원은 임차인의 부당이득법상 책임이 오로지 실제 수취한 사용이익에 한정되는 것으로 판시하였고, 어떤 물건의 인도 없이 무형의 서비스만을 제공하면서 사용 가능성이 제공된 사례이었던 DSL-판례 법리가 물건의 점유이전을 동반하는 사용 가능성 제공에도 적용 가능함을 인정하였다. 독일 문헌상 임대차 계약의 청산관계에 있어서 단순한 사용가능성만으로 이득을 인정하는 다수적 견해를 정면으로 거부하였다.¹⁸⁰⁾

3) 물건의 교부 없이 사용이익만이 제공되는 경우

물건의 교부 없이 사용이익만이 제공되는 유형에서는 계약의 목적이 어떤 물건의 교부 또는 인도 없이 오로지 어떤 무형의 노무 제공 또는 서비스의 이용 가능성만을 마련해 주는 것에 있다. 이 사례를 다룬 대표적인 독일연방대법원 판례는 앞서 주택임대차 판결에서 인용되었던 소위 DSL-판결이다. 주택 임대차 판결에서 판시된 사항이 이 판결에 이미 포함되어 있었으므로 그 기원을 알기 위해 검토해 본다.

(1) 독일 연방대법원의 판례: 원격통신서비스계약 사례

이 판결¹⁸¹⁾을 요약하면 다음과 같다. 원격통신서비스제공자인 원고는 피고와 DSL¹⁸²⁾을 통한 전화 및 인터넷 연결을 제공하는 계약을 체결하였다. 이후 피고는 이 계약을 유효하게 해지하였는데, 그럼에도 불구하고 원고는 해당 해지의 의사표시가 무효라고 판단하였고 피고에게 수개월 동안 계속하여 인터넷 연결과 이용 가능한 상태의 제공을 유지하였다. 이후 원고는 해지 후 인터넷 이용 가능성이 제공된 전체 기간의 요금을 청구하였고, 이에 대해 피고는 어쩌다 기회가 될 때 간헐적으로만 해당 인터넷 연결 서비스를 이용한 것에 불과하다고 주장하였다. 최종적으로 독일 연방대법

179) 앞선 BGH NJW 2013, 2021 Rn. 27을 직접 인용하였다.

180) 이러한 평가로 BGH NJW 2017, 2997, 3001(Anm.).

181) BGH NJW 2013, 2021. 이 판결에 대해서는 Lorenz, LMK 2013, 345110; Juretzek, MMR 2013, 398 참조; Fervers/Gsell, NJW 2013, 3607, 3610 f.

182) Digital Subscriber Line의 약자로서 디지털 모뎀과 구리 전화선을 통해 인터넷 연결을 제공하는 서비스를 말하는 용어이다.

원은 피고의 경우 오로지 실제로 이용한 정도만큼의 사용이익만을 부당이득법상 이득으로 취득한 것이라는 논거를 토대로 원고에게 총 인터넷 요금 중 25%만을 요구할 수 있다고 판시하였다.¹⁸³⁾

(2) 검토

이 독일 연방대법원 판결은 앞서 살펴본 임대차 사례에 있어서와 마찬가지로 실제로 수취된 사용이익만을 이득으로 보았는데 그 논거에 있어서는 의문이 제기되고 있다. 특히 자율적 사용 결정 이론을 기반으로 하여 추상적 사용가능성을 이득으로 보고 있는 견해는 위 판결의 결론은 타당하나 그 논거에 있어서 문제가 많고, 이 판결은 상당히 예외적인 경우로서 다른 사례군에 적용될 수 있는 일반적 판시사항은 아니라는 유력한 비판이 제기되고 있다.

(a) 실제로 수취된 사용이익설에 대한 비판

항상 실제로 수취한 이익만이 반환되어야 한다는 위 DSL-판결 내의 판시 사항¹⁸⁴⁾은 다른 유사 사례에도 적용될 수 있을 만큼 일반화하기에는 설득력을 가지기 힘들다는 비판적 시각이 다수 제기되고 있다. 왜냐하면 앞서 임대차계약 등 ‘사용에 대한 결정이 수반되는 물건 인도에 있어 반환관계’를 다룬 바와 같이 여기서도 특정한 사용가능성을 자기에게 마련해 주기로 자율적으로 결정한 것을 마치 처음부터 없었던 것처럼 부당이득 반환의무자를 다루는 것은 부적절하기 때문이다. 오히려 부당이득 반환의무자가 자신의 사용 결정에 따라 제공된 급부를 청산에 있어서는 해당 사용의 결정에 어느 정도 구속되어야 하고, 따라서 이미 추상적 사용 가능성이 존재하는 것만으로도 독일 민법 제812조 제1항에서의 이득이 인정되어야 한다고 하며, 다른 비용을 절약한 것이 없다는 증명을 통해 이득소멸의 항변만이 가능하다고 한다. 위 사례를 변형하여서 만약 고객이 해당 이동통신계약을 유효하게 해지한 것이 아니고, 원격통신서비스제공자가 독일민법 제123조 제1항에 따라 고객의 기망행위를 이유로 의사표시를 취소하였다면, 부당이득법상 반환관계에 있어서 그 고객이 자신이 실제로 인터넷 연결을 이용하지 않았다는 항변을 가능하게 하면 이는 매우 부적절함이 명백하다고 한다.¹⁸⁵⁾ 그런데 독일 연방대법원의 판시에 의하면 부당이득 반환의무자는 자신이 자율적으로 내린 사용 결정과 아무런 상관없이 부당이득법상의 대상물을 이용하지 않았다는 주장을 할 수 있으므로 타당하지 않다고 한다.

(b) 실제의 재산증가가 중요한가?: 차액설

183) BGH NJW 2013, 2021 Rn. 35 ff.

184) BGH NJW 2013, 2021 Rn. 26 ff.

185) Fervers/Gsell, NJW 2013, 3607, 3610.

또 다른 독일 연방대법원의 논거는 오로지 이득자가 실제로 재산의 증가를 경험한 경우여야 독일 민법 제812조 이하에서 말하는 ‘이득’이라고 볼 수 있다는 것이다.¹⁸⁶⁾ 이 논거도 과거 독일 연방대법원이 취하고 있던 입장¹⁸⁷⁾으로서 이를 인터넷 연결 계약에 관한 위 사례에서 다시금 반복한 것으로서 상당한 비판¹⁸⁸⁾을 받아 온 것이었다. 왜냐하면 이미 언급한 바와 같이 현재 독일 학계의 통설에 따른 ‘이익’ 개념이 구체적 대상설에 따라 재산의 증가분에 따른 차액이 아니라, 구체적으로 취득된 대상으로 정의되고 있기 때문이다.

부당이득 반환의무자에게 재산의 증식 의미에서 이득이 여전히 현존하고 있는지 문제는 독일민법 제818조 제3항의 적용과 관련해서야 의미 있는 것이고, 제812조에서의 이득 개념에 있어서는 아무런 의미가 없다는 것이 현재 독일의 통설에 해당한다. 그래야 증명책임에 있어 합리적인 배분이 가능해지기 때문이다. 그리고 제818조 제3항과 관련된 독일 판례 역시도 그 동안 이러한 시각을 반영하고 있다고 한다.¹⁸⁹⁾ 실제 재산의 증가가 존재해야 한다는 독일 연방대법원의 견해는 독일민법 제812조 제1항에서의 이득이 있느냐 없느냐는 결정함에 있어서는 더 이상 의미가 없다는 것이 문헌상 다수 견해이다.

(c) 논거로서 ‘자율적 사용결정 결여’

‘일반적으로’ 오로지 실제 수취 된 사용이익만이 이득이 된다는 대법원의 견해를 강하게 비판하는 견해도 본 사안에서의 결론 자체는 타당하다고 보는 시각이 있다. 즉 타당한 결론을 법원이 이끌어 내고 있지만 그 논거는 역시나 자율적 사용결정의 관점에서 달리 표현되어야 한다고 한다. 이에 의하면 본 사안의 경우 유효한 해지의 의사표시 이후에 제공된 원격통신서비스가 문제되는 것이고, 따라서 자율적 사용 결정이 더 이상 존재하지 않는 기간 중에 제공된 사용이익 반환이 문제된다고 한다.¹⁹⁰⁾ 다시 말해 유효한 해지로 인해 고객은 동시에 장래에 대한 자신의 이용 결정도 철회한 것이고 장래에 사용 가능성을 더 이상 원하지 않는다는 점을 오해의 여지 없이 분명히 한 것이라고 한다. 따라서 해지 후 해당 기간 동안에는 단지 실제로 수취 된 사용이익만이 부당이득법상 ‘이득’으로 봐야 하는 것이고, 실제 수취 되지 못한 부당이득반환 청구권자의 나머지 급부는 rhord게 마치 강요된 것¹⁹¹⁾과 유사하게 나타난다고 한다. 계약을 해지한 고객은 일반적으로 그 서비스를 이용할 수 있는 가능성이 계

186) BGH NJW 2013, 2021 Rn. 27.

187) 항공여행과 관련된 선례로 BGH NJW 1992, 109. 이 선례는 ‘BGH NJW 2013, 2021 Rn. 27’에서 명시적으로 인용되어 있다.

188) 독일 연방대법원의 이 논거는 상당히 오래전부터 비판되어 왔다(예컨대 Lieb NJW 1971, 1289; Canaris JZ 1971, 560, 561.)

189) BGH NJW 1979, 160, 162 참조.

190) Fervers/Gsell, NJW 2013, 3607, 3611.

191) 이러한 취지로 Lorenz, LMK 2013, 345110.

속 마련되어 있음을 예상하지 못할 것이고, 오히려 다른 방식으로 또는 다른 사업자와 인터넷 연결에 대한 계약을 체결할 것에 관심을 가질 것이기 때문이다. 궁극적으로 이러한 논리는 부당이득법상 이득을 결정하는 기준이 계약의 실행 내지 청산 동안 변경될 수 있다는 결론에 이르게 된다.¹⁹²⁾

IV. 우리 법에의 시사점

지금까지 독일 부당이득법상의 이득 개념에 대한 학설과 판례를 특히 ‘1차적 이득대상물로서 사용이익’ 반환을 중심으로 살펴보았다. 이러한 논의가 우리 대법원의 ‘실질적인 이익’ 개념 사용과 관련하여 어떤 시사점이 있는지를 살펴보면 다음과 같다.

1. 차액설에 기반한 실질적 이익론?

우선 우리 대법원이 전제하고 있는 차액설을 토대로 부당이득법상 이득 개념을 정의하는 것은 부적절하다고 생각된다. 독일 판계가 차액설을 기반으로 ‘1차적 이득대상물로서 사용이익’이 문제 되는 사례 모두에서 실제 수취된 사용이익만이 이득이라고 판시하고 있는 바와 매우 유사하게 우리 대법원도 차액설과 실질적 이익론을 전개하고 있다. 대법원이 차액설과 실질적 이익론을 적극적으로 연결하고 있는 것 같지는 않지만, 독일 판례를 비교해 보면 양 이론 사이에 상당한 논리적 매끄러움이 있는 것은 사실이다. “임대차계약관계가 소멸된 이후에 임차인이 임차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우”라는 것은 결국 임차인이 실제 수취한 사용이익 없고 이로 인해 재산의 증가분이 없다는 말로 이어질 수 있기 때문이다. 그러나 앞서 기술하였던 의용민법과 현재 민법상의 자구 차이를 고려하면, 즉 입법사적 또는 체계적 해석을 시도하면 이러한 차액설은 지지하기 어렵고, 증명 책임 배분의 맥락에서도 합리적인 결과를 도출하지 못한다. 차액설에 의하면 수익자가 손실자의 급부 등으로 목적물을 취득했고 모종의 이득이 현존함을 손실자가 입증해야 하는데 수익자가 대상을 취득한 이후에 이득이 잔존하기까지의 과정은 기본적으로 수익자의 영역에서 발생하는 일이므로 수익자가 그 증거를 수집하기 용이하기 때문이다. 독일 연방대법원이 지속적으로 차액설을 기반으로 한 판시를 하고 있는 배경에는, 부당이득 반환의무자

192) 위 독일 연방대법원 사례를 다음과 같이 약간 변형하게 되면 이해가 쉬워진다. 만약 이동통신서비스제공자가 의사표시를 취소하였고, 예컨대 독일민법 제142조 제1항에 따라서 소급적으로 무효가 되면, 해지 전 기간 동안 그리고 해지 후 기간 동안의 이득을 결정함에 상이한 기준이 적용되게 될 것이다. 반환관계가 채무자의 자율적 사용 결정에 의한 기간, 즉 해지 전 기간에 대해서는 이미 사용가능성 만으로도 이것이 부당이득법상 이득으로 볼 것이고, 결국 채무자가 실제 수취한 사용이익만이 이득이 된다는 주장은 거부될 것이다. 이에 반해 해지 후의 기간에 대해서는 실제 수취한 사용이익만이 이득으로서 취득된 것으로 보게 될 것이다. 이 기간 동안 채무자는 자신의 사용 결정을 유효하게 해소하였기 때문이다(Fervers/Gsell, NJW 2013, 3607, 3611 참조).

가 반환해야 할 이득이 실제적인 이익 액수를 넘어서서 반환의무자 자신의 재산 감소까지 일어나서는 안 된다는 것이 일반원칙을 고수하고자 하는 의도가 있는데, 이는 이득 개념에서 미리 고려해야 할 것이 아니라 수익자의 반환 범위에 관한 독일 민법 제818조에서 고려하면 되는 것이다. 이렇게 되면 증명책임의 합리적 배분과 반환 범위에 대한 설득력 있는 결론에 이르게 된다. 마찬가지로 우리 대법원이 차액설을 토대로 “본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우” 부당이득을 인정하지 않으려는 이유가 임차인이 실제 수취하지 못한 사용이익 반환으로 인해 임차인에게 재산의 감소가 일어나는 것을 방지하고자 함에 있다면 이는 민법 제748조의 적용으로 해결할 문제라고 생각된다. 이러한 맥락에서 차액설을 기반으로 한 실질적 이익론은 다시금 고민이 필요해 보인다.

2. 핵심 판단기준으로서 ‘임차인의 자율적 이용 결정’의 고려

1차적 이득대상물로서 사용이익 반환이 문제되는 경우 부당이득 반환의무자가 항상 실제로 수취한 사용이익만을 이득으로서 취득하는 것인지, 단순히 사용할 수 있는 상태가 이미 제공되어 있다면 이미 이득을 취득하는 것으로 볼지는 임차인의 자율적 이용 결정 존부를 토대로 또는 이를 기반으로 결정하는 독일 학설에 상당한 설득력이 있다고 생각한다.

계약관계의 존부를 토대로 부당이득이 문제되는 경우 계약관계가 존재하는 경우와는 질적으로 달리 취급되어야 한다는 견해는 지나치게 도그마적이라는 비판이 제기될 수 있어 보이고, 예컨대 임대차계약관계가 없더라도 임차인이 단지 ‘텅 빈 점유(Blanker Besitz)’만을 취득한 것에 불과한지는 의문이기 때문이다. 오히려 임차인이 자율적으로 해당 임차목적물의 이용을 결단하였는고 이를 기초로 임대인이 급부를 제공한 뒤 부당이득 반환관계가 문제된 것이라면 아무 내용 없는 점유만이 취득된 것이 아니라 임대차적 목적을 지향하는 특별한 내용의 점유가 취득된 것으로 봄이 더 타당할 것이다. 널리 인정되고 있는 바와 같이 임차인이 임차 목적물을 사용할지 또는 어떻게 사용할지는 임차인의 재산상 결정 영역에 있는 것이기 때문이다. 결국 임차인 스스로 내린 자율적 사용 결정이 여전히 유지되고 있는 것으로 봄이 마땅한지, 이제는 그러한 자율적 사용 결정이 온전한 범위 내에서 존재한다고 봄이 어려운지를 판단해야 할 것이다. 임차인의 의사표시에 하자가 있었다던가, 임차인의 제한능력자인 경우 또는 임차인 스스로가 해지의 의사표시를 하여 더 이상 이용 결정에 기반한 행위를 기대하기 어려운 경우 등에는 실제 수취한 사용이익을 이득으로 봐야 할 것이고, 그 외의 일반적인 사안에서는 추상적으로 마련된 사용 가능성만으로 이미 이득을 취득한 것으로 봄이 타당하다고 생각된다. 이를 출발점으로 하면 아래에서 다룰 판례 사례들을 좀 더 법리적으로 설명하기 쉬워진다.

3. 영업이 방해된 경우 임차인의 실질적 이익

대법원은 임대차 계약 해지 후 영업용 점포의 임차인이 임대인 측의 방해로 영업을 하지 아니한 채 방실에 영업도구를 모아 문을 잠그고 이를 점거한 사례에서 임대차계약상의 목적에 따른 실질적 이익이 없어 부당이득을 한 것이라고 볼 수 없다는 판시¹⁹³⁾를 한 바 있다.¹⁹⁴⁾ 이 판결에서 임대인은 임차인의 점포에 침입하여 영업용 탁자와 도구를 한데 모으고, 손님들에게 오늘부터 장사를 하지 않으니, 나가 달라고 하여 내 보내는 행위를 했으며, 출입구에 오늘부터 휴업한다고 방을 써 붙이는 등 영업을 방해하였고, 이에 임차인이 영업도구들을 2층 객실에 모아서 문을 잠그고, 아래층은 사용하지 않은 사례가 문제되었다. 이 경우에도 대법원은 실질적 이익론을 기초로 하여 “점거로 인하여 원.피고간의 임대차계약상의 목적에 따른 실질적인 이익은 얻은 바 없다고 보아야 할 것이요, 따라서 부당이득한 바도”없다고 판시하였지만, 동일한 결론을 ‘임차인의 자율적 이용 결정’ 기준을 고려하면 좀 더 설득력 있는 법리적 설명이 가능해 진다고 생각한다. 사안에서 임대차 계약관계가 창설될 당시에 임차인 내렸던 자율적 사용 결정이 부당이득 반환관계가 문제된 시점 이후에도 여전히 유지되고 있는지 의문이고, 임대인의 영업방해 행위로 인해 임차인의 입장에서는 이제는 더 이상 영업공간으로 활용하기 어렵다고 생각함이 일반적이며, 따라서 실제 수취된 사용이익만이 예외적으로 가액배상 대상이 될 수 있을 텐데,¹⁹⁵⁾ 본 사안에서는 임대차 계약 목적에 따른 영업 자체를 하지 않았기 때문에 이득 자체가 인정되어서는 안 될 것이다.¹⁹⁶⁾

4. 임차인의 사정으로 사용·수익하지 않은 경우 실질적 이익

임대인의 영업방해 행위가 없었고, 임차인의 사정으로 임차목적물을 사용·수익하지 않은 경우에도 대법원은 실질적 이익론을 토대로 판단하고 있다. 예컨대 대법원은 임차인이 임대차가 종료한 이후인 1996년 6월 20일 불링장의 문을 닫고 더 이상 경영하지 아니한 사례에서 임차인들이 그 다음날인 1996년 6월 21일 부터는 불링장을 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없고, 불링장의 사용·수익을 종료한 날인 1996년 6월 20일까지의 부당이득을 구할 수 있다고 판시한 바 있다.¹⁹⁷⁾ “임차인이 임대차계약관계가 소멸된 이후에 임차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아

193) 대법원 1979. 3. 13. 선고 78다2500 판결.

194) 이를 따르는 유사항 영업방해 사례로 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다422, 85다카1796 판결.

195) 다만 본 사안에서는 사용 가능성만으로 이득을 인정하는 견해를 지지하더라도 같은 결론에 이르게 될 것이다. 사용 가능성 자체가 부여되지 않은 경우이기 때문이다.

196) 같은 취지로 주석민법/이계정, 채권각칙5(제5판), 한국사법정책학회, 2022, 855면. 임대인의 영업방해가 행해진 유형의 경우 이로 인해 임차인의 사용·수익을 불가능하게 하였으므로 임대차계약상의 본질적인 의무를 위반한 것이고 그에 상응하여 임차인이 차임 상당액을 지급할 필요가 없다는 점에서 대법원 판례는 타당하다고 한다.

197) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다8554 판결.

니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는, 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다고 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립하지 아니하는 것이고, 이는 임차인의 사정으로 인하여 임차건물 부분을 사용·수익을 하지 못하였거나 임차인이 자신의 시설물을 반출하지 아니하였다고 하더라도 마찬가지라고 할 것이다.”라고 하여 임대차 계약에 따라 수취된 사용이익이 없다면 부당이득법상 이득의 요건이 충족되지 않음을 명백히 하고 있다.

이 판례 사례를 실질적 이익이라는 부정형 개념을 사용하지 않고, 1차적 이익대상물의 사용이익 반환이 문제되는 것으로서 ‘임차인의 자율적 이용 결정’을 핵심 기준으로 고려하게 되면 결론에 있어서 의문이 발생하게 된다. 이 사례에서 임차인이 임대차 계약을 통해 스스로 마련한 사용 가능성, 즉 자율적 이용 결정에 영향을 미치는 사유가 없고, 임대차관계 종료 이후에도 자율적 이용 결정을 철회하는 특별한 상황이 언급되지 않기 때문이다. 그렇다면 이 경우에는 추상적 의미에서의 단순한 사용 가능성만으로 부당이득법상 이득이 인정되어야 할 것이고, 실제 수취한 사용이익을 기준으로 하기는 어려울 것이다.¹⁹⁸⁾ 임차인의 사정으로 인하여 임차건물 부분을 사용·수익을 하지 못한 것은 임차인의 재산상 결정에 해당하는 것에 불과하다.

V. 나가며

지금까지 부당이득법상 이득 개념에 대한 국내 법 상황과, 독일 부당이득법상 이득 개념과 사용이익 반환에 대해서 살펴보고 우리법에의 시사점을 짧게 도출해 보았다. 특히 임대차 계약과 같이 사용 결정이 수반되는 물건의 인도 사례뿐만 아니라 물건의 교부 없이 사용이익만이 제공되는 경우에도 부당이득 반환의무자의 ‘자율적 이용 결정’이라는 기준을 고려하는 것이 법리적으로 하나의 새로운 논거가 될 수 있음을 제안해 보았다. 특히 차액설 연결하여 또는 단절하여 실질적 이익설을 고려하고 있는 우리 대법원의 논거에 대해 의문을 제기하고 우리 민법의 모델법 중에 하나였던 독일 민법 상황을 비교법적으로 연구해 보았다. 부당이득법상의 이득 개념을 논리정연하게 설명하는 것은 결코 쉬운 일이 아니라는 점에서 ‘실질적인 이익’이라는 표현을 반복적으로 사용하고 있는 대법원 판시에 어느 정도 이해되는 측면이 있지만, 계속되는 연구를 통해 이 분야가 좀 더 규명되기를 기대해 본다.

198) 같은 취지로 민법주해 XVII, 채권(10), 박영사(2005, 282(양창수).

신탁법상 원상회복책임과 이득토출책임 - 상법으로의 확장 가능성을 포함하여 -

송 지 민

국 문 초 록

구 신탁법에서는 수탁자가 의무를 위반하여 신탁재산에 손해가 발생한 경우에 손해배상책임과 원상회복책임만을 인정하였고 수탁자나 제3자가 의무 위반으로 이익을 취득하더라도 신탁재산에 손해가 발생하지 않은 경우에는 수탁자의 책임을 인정하기 어려웠다. 따라서 2012년 개정 신탁법은 수탁자의 충실의무에 대한 일반적인 조항을 신설하고 제43조의 제1항 및 제2항의 원상회복책임과 손해배상책임을 보완하는 동시에, 충실의무를 위반하여 수탁자나 제3자가 이득을 취득한 경우 수탁자가 이득 전부를 반환하는 규정(이하 “이득토출책임”)을 신설하였다. 신탁법 제43조 제3항의 이득토출책임 규정은 민법이 손해배상을 기본적인 구제수단으로 하고, 부당이득의 반환 범위 역시 손실을 한도로 하는 것을 고려할 때 극히 예외적인 구제수단이다. 따라서 본 논문은 신탁법 제43조의 기초가 된 영국의 부당이득법리와 원상회복책임을 개관하고, 영국의 위법행위의 원상회복(Restitution for Wrongs) 중 수탁자에게 적용한 이득토출책임 법리를 파악하기 위하여 신인관계, 신인의무를 함께 검토하였다. 지위에 기인한 신인관계는 수탁자를 전형으로 하지만, 회사의 이사, 대리인 등을 포함한다. 이사의 구체적인 충실의무 위반에 파편적으로 인정하는 개입권(경업금지)과 이익의 손해추정 조문(회사의 기회유용금지)은 수탁자의 이득토출책임과 마찬가지로 이익충돌 역지를 근거로 한다. 따라서 신탁법상 수탁자의 원상회복책임 및 이득토출책임을 이사에게도 도입할 것을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

주제어 : 이득토출책임, 원상회복책임, 재산감소에 의한 원상회복책임, 위법행위로 인한 원상회복책임, 영국의 원상회복책임, 이득정산의무, 신인관계, 신인의무, 충실의무, 이익충돌금지 원칙, 이익향수금지 원칙

I. 들어가며

구 신탁법에서는 수탁자가 의무를 위반하여 신탁재산에 손해가 발생한 경우에 손해배상책임과 원상회복책임만을 구제수단으로 인정하였고, 신탁재산에 손해가 발생하지 않은 경우에는 수탁자나 제3자가 의무 위반으로 이익을 취득하더라도 수탁자의 책임을 인정하기 어려웠다. 따라서 2012년 개정

신탁법은 수탁자의 충실의무에 대한 일반적인 조항을 신설하고 제43조 제1항 및 제2항의 원상회복책임과 손해배상책임을 보완하는 동시에, 충실의무를 위반하여 수탁자나 제3자가 이익을 취득한 경우 수탁자가 이득 전부를 반환하는 규정(이하 “이득토출책임”)을 신설하였다. 신탁법 제43조 제3항의 이득토출책임 규정은 민법이 손해배상을 기본적인 구제수단으로 하고, 부당이득의 반환범위 역시 손실을 한도로 하는 것을 고려할 때 극히 예외적인 구제수단이다. 따라서 본 논문은 신탁법 제43조의 기초가 된 영국의 부당이득법리(Unjust Enrichment)와 원상회복책임(Restitution)을 개관하고, 영국의 위법행위의 원상회복책임(Restitution for Wrongs) 중 수탁자에게 적용한 이득토출책임 법리를 파악하기 위하여 신인관계, 신인의무 등도 검토하겠다. 신인관계는 수탁자를 전형으로 하여 발전하였지만, 회사의 이사, 대리인 등을 포함한다. 이사의 충실의무 위반에 파편적으로 적용하는 개입권(경업금지)과 이익의 손해추정(회사의 기회유용금지) 조문은 수탁자의 이득토출책임과 마찬가지로 이익충돌 억지를 근거로 한다. 따라서 신탁법상 수탁자의 원상회복책임 및 이득토출책임을 이사에게도 도입할 것을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

이하의 논의의 순서는 다음과 같다. 먼저 II장에서는 영국의 부당이득법리와 원상회복책임을 관계를 검토하고, 구체적인 유형으로 손실자의 재산감소에 의한 원상회복책임과 위법행위로 인한 원상회복책임을 각각 검토하겠다. 이후 원상회복책임을 한 유형으로 포함하기도 하지만, 신인관계와 신인의무를 바탕으로 별도로 발전한 수탁자의 이득토출책임 법리를 검토하겠다. III장에서는 현행 신탁법상 원상회복책임과 이득토출책임에 대하여 살펴보고, IV장에서는 이사의 충실의무 위반에 적용하는 구제수단을 살펴보고 신탁법에 도입한 이득토출책임을 상법상 이사의 충실의무 위반에도 확장적용할 필요성을 제시한 후, V장에서 결론을 내리고자 한다.

II. 영국의 원상회복책임과 이득토출책임

1. 원상회복책임과 부당이득법리¹⁾

(1) 부당이득법리의 발전과정

영국의 부당이득법의 발전은 계약법, 불법행위법 등에 비해 더디게 이루어졌다. 1760년 *Mose v Macferlan*²⁾ 판례에서 최초로 자연적 정의 및 형평법의 원리에 따라 부당이득반환의 소권을 인정한

1) 이 부분은 송지민, “수탁자의 이득토출책임에 관한 연구 -영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로-”, 서울대학교 박사학위논문, 서울대학교 법과대학원(2021), 48-55면을 기초로 하여 수정·보완하였다.

2) [1760] 97 Eng. Rep. 676, (2 Burrow, 1005) 단, 이 판례에서 실제로 “부당이득”이라는 용어가 등장하지는 않는다. 대신 본 판결문에서 부당이득 소권을 인정되었다고 해석되는 문구는 다음과 같다. “In one word, the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund

것으로 알려져 있으며, 이후 점차적으로 부당이득에 대한 독자적인 청구권으로 인정하게 되었다. 다만 영국에서도 부당이득(unjust enrichment)이 발생하면 원상회복청구권(restitution)을 일반적인 구제수단으로 인정하지만, 원상회복책임에는 계약법, 불법행위법 및 형평법의 원상회복청구권을 모두 포함하고 있기 때문에 원상회복책임이라는 하나의 명칭 하에 모든 법리를 포섭할 수 있는지는 오랫동안 해결되지 않은 문제였다.³⁾ 즉 영미법의 원상회복책임(restitution)의 개념에는 원래 원고에게 귀속되어 있던 것을 원고에게 반환하는(give back) 개념과 피고가 획득한 이득을 포기하게 하는(give up) 개념을 포괄하기 때문에 혼란이 야기되었다.⁴⁾ 즉 영미법에서는 오랫동안 손실에 해당하지 않는 이득을 반환하는 이득토출책임도 원상회복책임에 포함되는 용어로 사용하여 왔다. 이는 사전에 용어를 명확하게 정의하지 않고 판례를 통해 법리를 발전시킨 역사에서 비롯된 것으로 추정된다. 하지만 이러한 동일한 용어의 사용은 근본적으로 영국의 부당이득법리에 포함하는 원상회복책임과 이득토출책임의 요건이나 사실관계가 유사함을 바탕으로 하지 않는다. 오히려 개별 판례에서 정의 및 형평법의 원리에 따라 각각의 구제수단을 인정하였지만 어떠한 방식으로 이를 재편할 지에 대한 대답을 찾는 과정에서 혼동이 비롯되었다. 아래에서는 판례의 발전 이후, 영국의 원상회복책임을 체계화하는 과정에서의 구분법을 살펴보겠다.

(2) 원상회복책임의 구분

영국의 원상회복법은 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복(restitution by subtraction)⁵⁾과 위법행위로 인한 원상회복(restitution for wrongs)으로 구분한다.

(가) 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복(Restitution by subtraction)

the money.” American Law Institute, Restatement of (third) Restitution and Unjust Enrichment, p. 4에서 재인용; Peter Birks 교수는 “정의(justice)상 어떠한 금전도 피고가 보유할 수 없다.(Money which ought not in justice to be kept is “unjust enrichment.”)이라는 문장 자체가 부당이득과 동일하다고 설명한다. Birk, Peter, The Foundations of Unjust Enrichment: Six Centennial Lectures, Victoria University Press, 2002, p.49. 본 판례는 인수소송(Assumpsit)에 대한 것으로 사실관계는 다음과 같다. 원고인 Moses는 피고인 Macferlan에게 26파운드의 채무가 있었는데 이를 지급하지 않아서 소송하였다. 채무 발생 이전에 Moses은 Jacob이가 발행한 총 6파운드 약속어음을 보유하고 있었다. 원고가 소를 제기한 이후 원고는 피고에게 20파운드의 채무를 이행하고 나머지 6파운드 채무는 Jacob으로부터 수령한 약속어음을 배서(endorse)하였다. 후에 약속어음으로 채무를 만족하지 못한 Moses는 Macferlan에게 6파운드 지급청구 소송을 하였고 법원은 이를 인정하였다.

- 3) 단, 원상회복책임과 부당이득법리가 반드시 1대1 대응관계는 아니라는 설명은 송지민, 앞의 논문(주 1), 53-55면. 부당이득법과 원상회복책임을 동일한 것으로 파악하는 일군의 학자들을 일원론자(quadrantionist)라고 지칭하는 반면 피터 버크(Peter Birk) 교수는 원상회복책임의 다중유인성(causality)을 인정하며 부당이득 외에도 원상회복책임을 야기하는 권리발생 원인이 있다고 주장한다. Birk, Peter, Unjust Enrichment, Clarendon Law Series, 2nd Edition, OUP, 2005. p.19.
- 4) 2011년 미국법률협회는 제3차 원상회복 및 부당이득 리스테이트먼트(Restatement of the Restitution and Unjust Enrichment)를 공표하며 부당이득법을 체계화하였다. 이후 미국의 리스테이트먼트를 바탕으로 2012년 영국의 앤드류 버로우(Andrew Burrow) 대법관이 영국의 원상회복법을 체계화하여 정리하였다. 단, 이 책에서는 손실자의 재산감소에 의한 원상회복책임만을 구체적으로 다룬다. Burrow, Andrew, A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment, Oxford University Press, 2012; 광의의 원상회복책임을 명확히 구분하면, 전자를 원상회복책임으로, 후자를 이득토출책임으로 지칭하여야 한다. Birk, Peter, supra note 3, p.282.
- 5) 손실자의 재산감소에 따른 원상회복과 관련한 논의는 다음의 문헌 참조. Peter Birks, supra note 3, pp.49-160; Virgo, Graham, The Principles of the Law of Restitution, 3rd ed., Oxford University Press, 2015, pp.45-412.

손실자의 재산 감소에 의한 원상회복은⁶⁾ 독립적인 소권으로 다른 위법행위를 법률요건으로 하지 않는다는 의미에서 자율적인 부당이득법(*autonomous unjust enrichment*)이라고 지칭하기도 한다. 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복책임이 성립하기 위해서는 원고의 손실로 인하여 피고가 이득을 취득하여야 하며, 그 이득이 부당성 요건(*unjust factor*)을 만족하고 항변 요건이 결여되어 있어야 한다.⁷⁾ 위의 요건 중 특히 “원고의 손실로 인하여 피고가 이득을 취해야 한다”는 요건을 충족하는지 판단하기 어렵다.⁸⁾ 이 요건은 원고의 손실이 피고의 이익과 어떠한 연결고리가 있어야 하는지의 문제인데, 이를 연관성 문제(*correspondence question*)로 표현하기도 한다.⁹⁾ 착오송금과 같이 원고의 희생과 피고의 이득 사이에 수리적인 덧셈셈의 관계가 있는 유형은 요건 충족 여부를 판단하기 용이하지만¹⁰⁾, 반드시 이익에 대응하는 손실을 요건으로 하지는 않는다.¹¹⁾ 따라서 재산권의 이전에 의한 손실 뿐 아니라 피고가 원고의 권리 침해로 이득을 얻은 경우도 손실자의 재산감소에 의한 원상회복을 청구할 수 있다.

손실자의 재산감소에 의한 원상회복청구권의 경우, 부수적인 이익(*incidental gain*)은 부당이득반환에 포함되지 않는다. 이는 후술할 위법행위에 의한 원상회복책임에는 부수적 이익을 포함하는 것과 대조된다. 즉 손실자의 재산 감소에 의한 부당이득에 대해 이득토출책임을 적용할 수 없고 원상회복책임만을 허용한다.¹²⁾

(나) 위법행위로 인한 원상회복(*Restitution for wrongs*)

영국에는 오랫동안 “위법행위로 인하여 이득을 얻어서는 안된다”는 추상적인 법리가 존재하였다. 다만 모든 위법행위에 대하여 원상회복책임을 인정한 것은 아니며 일정한 유형의 위법행위에 대해서만 파편적으로 원상회복책임을 인정하였다.¹³⁾ 피고에게 위법행위에 의한 원상회복책임, 특히 이득토출책임을 허용하면 원고에게 부당한 이득을 허용하는 측면이 있기 때문에 위법행위로 인한 원상회복책임을 제한적으로 인정한 것이다.¹⁴⁾ 대체적으로 세 유형에서 위법행위에 의한 원상회복책임이 발

6) 문헌에 따라 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복이라고 하기도 하고 손실자의 재산 감소에 의한 ‘부당이득법’이라고 명명하기도 한다. 손실자의 재산 감소 자체는 다른 권리발생 사건(event) 없이 그 자체로 부당이득을 권리 발생사건으로 한다. 따라서 권리 발생원인을 강조하는 경우 손실자의 재산 감소에 의한 ‘부당이득법’이라고 하는 반면 그로 인한 법적 대응방식(response)인 원상회복에 초점을 두면 손실자의 재산 감소에 의한 ‘원상회복법’으로 지칭한다.

7) 부당성 요건(*unjust factor*)에는 착오(*mistake*), 강요(*duress*), 약인의 부재(*lack of consideration*) 등을 포함하지만 이 범주는 제한적인 것이 아니라 새로운 범주로 확장이 가능하다. 대륙법의 부당이득법이 법률상 원인이 결여한 경우에 부당이득을 인정하는 것과 달리 영미의 손실자의 손실에 의한 부당이득법은 제한적이라는 비판을 받기도 한다. 영국의 손실자의 재산 감소에 의한 부당이득법리의 기본틀을 마련한 Peter Birk 교수는 대륙법의 “법률상 원인 결여”와 영국법의 부당성 요건을 비교하였다. Burrows, Andrew, Alan Rodger, Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks, Oxford University Press, 2006, pp.33-34 & p.364.

8) Burrows, Andrew, “At the Expense of the Claimant: A Fresh Look”, RLR 167 (2017), pp.1-3.

9) Ibid.

10) 손실자의 재산감소에 의한 원상회복책임이 민법의 급부부당이득과 유사하다는 견해로는 서종희, “영미 부당이득법상 이득토출책임 위법행위를 이유로 한 원상회복을 중심으로”, 「서울법학」 제24권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소(2016), 149면, 각주 13.

11) Peter Birks, *supra* note 3, p.64.

12) Grantham, Ross and Charles Rickett, *Enrichment and Restitution in New Zealand*, Hart Publishing, 2000, pp.165-166.

13) Worthington, Sarah, “Reconsidering Disgorgement for wrongs”, 62 The Modern Law Review 218 (1999), pp.220.

생한다고 보는데 1) 극히 예외적인 계약위반 2) 재산권 침해 등 특정 유형의 불법행위 및 3) 신인의무 위반을 포함하는 형평법상 위법행위에 대하여 원상회복책임이 발생한다고 본다.

영국법상 계약위반에 대한 원칙적인 구제수단은 기대이익 손해배상(expectation damages)¹⁵⁾ 혹은 신뢰이익 손해배상(reliance damages)¹⁶⁾이며 원상회복책임(restitutionary damages)을 오랫동안 허용하지 않았다. 이는 계약관계는 후술할 신인관계와는 전혀 다른 성격을 띠기 때문이다. 동등한 지위의 계약 당사자들은 자신의 이익을 최대한 실현할 목적으로 계약을 체결한다. 따라서 계약 당사자가 합리적 판단에 의해 계약 파기이익이 계약 이행이익보다 크다고 판단하면, 손해배상책임을 부담하고 효율적인 계약 위반을 허용하는 것이 사회적 효용을 증진시킨다. 다만 Attorney General v Blake¹⁷⁾ 판례에서 원고가 피고의 이익에 대하여 정당한 이해관계가 있거나, 고의적, 반복적 계약 위반 등으로 신뢰와 신임이 특히 강조되는 극히 예외적인 경우에만 원상회복책임을 적용하였다. 불법행위로 인한 원상회복책임은 주로 재산권을 침해하는 불법행위인 지식재산권 침해, 부동산 무단침탈(trespass to land) 및 동산의 소유권 횡령(conversion)에 한하여 극히 제한적인 유형에만 적용한다.¹⁸⁾

반면 형평법상 위법행위에 의한 원상회복책임에는 일차적인 구제수단으로 원상회복책임과 이득토출책임을 부과한다. 대표적으로 신인의무 위반이 이에 해당하고 그 외에도 비밀유지 의무 위반(breach of confidence) 및 신인의무 위반과 관련된 제 3자 책임 등이 포함된다. 계약위반 및 불법행위의 경우 예외적으로 원상회복 구제수단을 인정하는 것과 달리, 형평법상 위법행위의 경우 **역지·예방의 필요성**에 따라 일반적인 구제수단으로 이득토출책임을 인정한다.¹⁹⁾ 또한 신인의무 위반이 **선의 인지 여부와 신인의무 위반이 수익자에게 이득이 되는지 여부를 불문**하고 이득토출책임을 인정한다.²⁰⁾²¹⁾ 이득토출책임을 이득 전부를 토출하는 것을 원칙으로 하지만, 형평법원의 재량에 따라 의무

14) 앞서 살펴본 손실자의 재산감소에 의한 원상회복은 그 요건이 명확하게 수립된 데에 비하여, 위법행위로 인한 원상회복 요건은 명확하지 않다. Graham Virgo 교수는 (i) 위법행위가 관련된 소송사유 입증, (ii) 위법행위는 원상회복 구제수단을 발생시키고, (iii) 피고가 이득을 획득한 것을 든다. Virgo, Graham, The Principles of the Law of Restitution, 3rd ed., Oxford University Press, 2015, pp.416-417. 해당 요건은 손실자의 재산감소에 따른 부당이득법의 요건과 비교하여 다른 점을 강조하였다. 하지만 Virgo 교수가 제안한 요건은 두 번째 요건인 위법행위로 인한 원상회복 구제수단을 발생시켜야 한다는 요건이 결론에 해당하므로 순환논증으로 보인다.

15) 영미 계약법상 기대이익 손해배상(expectation damages)은 계약이 제대로 이행되었더라면 원고가 있을 위치에 놓여있게 하는 손해배상으로 민법의 이행이익과 유사하다.

16) 영미 계약법상 신뢰이익 손해배상(reliance damages)은 계약이 본래부터 없었더라면 원고가 있을 위치로 원고를 돌려보내는 손해배상이다. 주로 계약 체결로 인해 원고가 지불하였을 비용 등이 신뢰이익 손해배상 금액에 포함된다.

17) [2001] 1 A.C. 268.

18) 본 논문은 형평법상 위법행위에 의한 원상회복책임에 초점을 둔다. 영국법상 불법행위 및 계약위반에 따른 원상회복책임에 대한 설명은 김상중, “우리 부당이득법의 수용 여부와 손해배상법의 발전방향에 대한 시사점”, 「민사법학」 제78권 한국민사법학회(2017), 330-339면; 이계정, “부당이득에 있어서 이득토출책임의 법리와 그 시사점- 반환범위에 있어 손해중심에서 이득중심으로 전환”, 「저스티스」 통권 제169호, 한국법학원(2018), 43-45면; 또한 계약관계에서 효율적 계약파기 허용과 신뢰보호의 상충관계에 대하여 논의한 문헌으로는 권영준, “계약관계에 있어서 신뢰보호”, 「서울대학교 법학」 제52권 제4호, 서울대학교(2011).

19) 형평법상 위법행위에 대한 구제수단은 원상회복책임이 원칙이지만 예외적으로 형평법상 손해배상책임도 인정한다는 설명은 Graham Virgo, supra note 14, p.487-488.

20) Andrew Burrows and Alan Rodger, op cit., pp.148-150.

21) 영미법의 부당이득법리는 그 금액을 원고의 손실로 제한하지 않는다. 따라서 수탁자의 이득토출책임은 수탁자 혹은 제3자가 부당하게 혹은 위법행위로 이득을 취득한 상황에만 집중하면, 그 자체로 부당이득법리로 설명할 수 있는 것처럼 보이기도 한다. 다만 부당이득법제를 활용하려면 원고의 손실로 인하여 피고가 이득을 취득한 경우로, 그 이득이 부당성 요건(unjust factor)을 만족하고 항변 요건

위반의 귀책사유 등을 고려하여 전부를 토출하기도 하고 형평법적 공제를 허용하여 책임을 일부 완화하기도 한다.

표 1. 영국의 원상회복책임

	권리발생 원인 (event)	구제수단(response)
손실자의 재산감소에 의한 원상회복책임(Restitution by Subtraction)	부당이득	원상회복책임(restitution)
위법행위로 인한 원상회복책임(Restitution for Wrongs)	계약위반	원상회복책임, 이득토출책임(restitutional damages) (극히 예외적인 경우)
	불법행위	원상회복책임 (예외적인 유형의 경우)
	신인의무 위반	이득토출책임, 원상회복책임, 의제신탁 ²²⁾ (일차적인 구제수단)

2. 이득토출책임과 신인의무 법리

영국의 원상회복책임은 1) 손실자의 재산 감소에 의한 원상회복책임과 2) 위법행위로 인한 원상회복책임으로 구분하지만, 판례를 통하여 파편적으로 인정하였기 때문에 두 유형의 성격이 상이함을 살펴보았다. 신인의무 위반으로 인한 이득토출책임도 위법행위로 인한 원상회복책임의 한 유형으로 분류하고는 있지만, 영국 형평법에서는 오래전부터 수익자의 이득을 반환하는 이득토출책임이 별도로 발전하였다.²³⁾ 영미의 이득토출책임의 문헌을 검토하면 이득토출책임(disgorgement) 외에 이득정산의무(account of profits)²⁴⁾이라는 용어를 혼용하는 것을 발견할 수 있다. 이득정산의무의 연원을 통하여 수탁자의 이득토출책임의 성격을 이해할 수 있기에 이를 간단히 살펴보겠다.

(1) 이득토출책임의 연원

영국의 **보통법상 이득정산을 청구할 수 있는 권리(Right to seek an account)**가 존재하였지만 그

을 만족하지 않아야 한다. 따라서 영미 부당이득법제는 책임을 손실로 제한하지 않지만 손실 요건을 만족하여야 하므로 이득토출책임에 해당하는 모든 상황을 포괄하지는 못한다.

22) 의제신탁에 대한 논의는 그 자체로 하나의 주제가 될 사안이기에 본 논문에서는 다루지 않는다. 의제신탁에 대한 연구는 오영걸, 「의제신탁의 이해」, 「비교사법」 제18권 제4호, 한국사법학회(2011).

23) 송지민, 앞의 논문(주 1), 63면 이하.

24) 이득정산의무(Account of profits)은 국내문헌에서 이득토출책임, 이익환수책임, 이득반환책임, 이득청구 및 인도청구 등 다양하게 번역되고 있지만 본 논문에서는 일반적으로는 이득토출책임으로 동일하게 번역하였다. 다만, 이득정산의무(account of profits)의 연혁을 설명하는 경우에만 이득정산의무로 번역하였다. 이득정산의무에 대한 역사에 대한 구체적인 설명은, 송지민, 영미법상 수탁자의 이득토출책임의 의의 및 법적 성질에 관한 연구, 「신탁연구」 제3권 제1호, 한국신탁학회(2021), 131-133면.

소송절차가 복잡하여 극히 예외적인 상황에서만 청구권을 행사할 수 있었다.²⁵⁾ 따라서 영국 **형평법원은 보통법상 요건을 만족하지 않더라도 정의와 공정한 관계에 의거하여 청구권을 허용**하였고 이후 1760년경에는 형평법상 청구권이 보통법의 청구권을 대체하게 되었다.²⁶⁾ 용어를 통해서도 짐작할 수 있듯이 초기 형평법상 이득정산의무(account of profits)는 **신탁재산에서 발생한 이익을 제대로 된 계정에 표기한다 혹은 정산한다(taking of account)**는 의미에서 비롯되었다.²⁷⁾ 하지만 올바른 계정으로 정산하는 과정(account taking process)과 이득을 토출하는 것(the order to pay)은 엄격하게 따지면 별개의 개념이고 이 둘을 통합하는 과정에서 이득정산의무(account of profits)라는 구제수단으로 발전하였다.²⁸⁾ 즉 신탁계정에 이익을 제대로 기입하고 이를 정산하는 과정에서, **만약 수탁자가 위법하게 취득한 이익이 있다면 이를 파악할 수 있고, 위법한 이익을 취득한 피고로부터 이익을 박탈하는 구제수단으로 발전한 것으로 추정할 수 있다.** 위와 같은 연원을 배경으로 하기 때문에 이득정산의무(account of profits)라는 용어는 단순히 구제수단만을 의미하는 것이 아니라 소권 자체를 의미하기도 하고, 이득토출책임을 계산하는 방법이라는 견해도 있다.²⁹⁾³⁰⁾

(2) 신인관계³¹⁾

25) McGee, John, Snell's Equity, 13th Edition, Sweet & Maxwell, 2000, para 44.01.

26) Meagher R.P. et al., Meagher, Gummow and Lehane's Equity: Doctrines and Remedies, Lexisnexis Australia, 2002, para 25-005.

27) 중세 보통법에서부터 존재하던 영국 신탁법의 수탁자의 의무 중에 하나인 Duty to account에서 비롯되었다고 보기도 한다. 이 의무를 위반한 경우의 구제수단으로 accounting of profits을 인정하였다. Samuel Bray, op. cit., p.6. Account of Profits 연혁에 대한 논문은 Stoljar, Samuel, "The Transformations of Account", 80 Law Quarterly Review 203 (1964), pp.203-224; Douglas Laycock, Modern American Remedies, 4th ed., Aspen Publisher, 2010, p.661.

28) Robertson, Andrew & Hang Wu Tang, The Goals of Private Law, Hart Publishing, 2009, p.341.

29) Palmer, Jessica, "The availability of allowances in equity: Rewarding the bad guy", 21 New Zealand Universities Law Review 146 (2004), p.149; Ross Grantham and Charles Rickett, op. cit., pp.461-464.

30) 종종 Account of profits은 account, accounting으로 표현하기도 하는데, 동일한 표현으로 이득토출책임이 아니라 손실에 대한 책임(account for deficiency), 즉 손해배상을 의미하는 경우도 있어서 혼란을 가중한다. 수탁자의 일반적인 의무, 주의의무 등을 위반한 경우에 구제수단으로 사용된 용어인 account는 문맥에 따라 손실을 배상하는 책임으로 이해하는 것이 타당하며, 수탁자의 절대적 의무, 즉 충실의무 위반에 대한 구제수단으로 사용하는 경우에는 주로 이득토출책임을 표현한다. Gardner, Simon, An Introduction to the Law of the Trusts, 3rd ed., OUP, 2010, pp.240-259; 영국 형평법상 수탁자의 이득토출책임을 적용할 때에는 이득정산책임(account of profits)의 용어를 사용하고 보통법에서는 이득토출책임(disgorgement)라는 용어를 주로 사용하여 왔다. 따라서 영국에서 이득토출책임(disgorgement)은 신인의무 위반 뿐 아니라 계약 위반, 불법행위 등 보다 포괄적으로 이득을 박탈하는 구제수단의 의미이다. 이후 영연방 국가로 해당 개념이 적용되면서 형평법의 역사가 제대로 자리 잡지 못한 연유에서 기능상 유사함을 근거로 다수의 학자들이 두 개념을 혼용하게 되었다; 이득정산책임(account of profits과 이득토출책임(disgorgement)에 대하여 전자가 이득토출책임을 부과하는 개념 뿐 아니라 누구에게(즉, 수익자, 본인) 이익을 토출하는 지에 대한 내용을 포함하는 반면, 후자는 토출하는 행위만을 의미하기에 개념적으로 구분해야 한다고 주장으로는 Bray, Samuel, Fiduciary Remedies, Oxford Handbook of Fiduciary Law (E. Criddle, P. Miller & R. Sitkoff eds., Forthcoming 2018), UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 18-04 (2018), p.10; Meagher, Gummow and Lehane's Equity, op. cit., p.916; 두 용어의 차이가 존재함에도 불구하고 호주의 Edelman 대법관은 account of profits라고 지칭하는 것은 혼동을 가중시키므로 이득을 박탈하는 구제수단을 의미할 때에는 통칭하여 이득토출책임(disgorgement)라고 명명하자고 주장한다. Andrew Burrows and Alan Rodger, op. cit., p.148; 즉 영국의 account of profits의 역사적 연원을 바탕으로 형평법과 보통법의 구제수단을 구분할 때는 두 개념을 달리 적용하였지만, 미국 및 영연방 국가에서는 두 개념이 미묘한 차이이므로 개념을 일원화시키자는 주장으로는 Samuel Bray, op. cit., p.10.

다른 위법행위로 인한 원상회복책임과 달리, **신인의무 위반에는 이득토출책임(혹은 이득전산의무)**을 기본적인 구제수단으로 활용하였는지를 이해하기 위해서는 신인관계 및 신인의무의 성격에 대한 이해가 선행되어야 한다. 신인관계에 대한 대표적인 판례에 해당하는 Bristol and West Building Society v Mothew에서³²⁾ 밀렛(Millet) 판사는 “신인의무자는 한 당사자가 다른 당사자를 위하여 혹은 다른 당사자를 대신하여 행위하기로 약정한 자이고, 그 과정에서 신뢰와 신임의 관계가 형성되는 관계가 신인관계이다”라고 설시하였다.³³⁾ 이 판례는 신인관계의 성격을 언급하는 대표적인 판례로 알려져 있지만, 이를 통해 신인관계의 정의를 파악하기 어렵고 동어반복처럼 보이기도 한다. 이후 다수의 학자들이 신인관계를 정의하려고 시도하였는데, 학자들마다 견해가 조금씩 상이하다.³⁴⁾ 또한 타마르 프랑켈(Tamar Frankel) 교수는 신인관계의 주요한 특징을 ‘역할의 대체와 권한의 위임’으로 보았다. 이는 초기의 신인관계에 대한 정의로, 이 견해들에 따르면 신인의무자의 범위가 지나치게 확장될 수 있다.³⁵⁾ 따라서 이후의 학자들은 신인관계를 구체화하기 위하여 다양한 견해를 펼쳤는데, 앤드류 터크(Andrew Tuch) 교수는 폴 핀(Paul Finn) 대법관의 “신인관계를 일방 당사자가 타방의 이익을 위하여 행할 것을 타방이 합리적으로 기대할 수 있는 관계”³⁶⁾라는 판시를 인용하며 신인의무자에 대한 ‘신뢰와 신임의 관계’를 강조한다.³⁷⁾ 반면 폴 밀러(Paul Miller) 교수는 “신인의무자에게 권한을 위임하고, 그 위임의 과정에서 이타적인 목적으로 ‘재량과 권한’을 행사하여야 할 때 신인관계가 발생한다”³⁸⁾라는 ‘신인의무자 권한 이론(Fiduciary Power Theory)’을 주장한다. 폴 밀러 교수가 권한의 위임을 핵심 요인으로 파악한 이유는 일방이 상대방을 신임 신뢰하고 일방이 상대방에 비하여 취약한 입장에 처해 있더라도, 상대방의 이익 혹은 이해관계를 좌지우지할 수 있는 ‘권한과 재량’을 부여받지 않았다면 그 관계를 신인관계로 볼 수 없다고 파악하였기 때문이다. 그 외 다른 의견으로 고든 스미스(Gordon Smith) 교수의 ‘중요자원 이론(Critical Resource Theory)’이 있다. 고든 스미스 교수는 폴 밀러 교수와 유사하게 ‘재량과 권한’을 중시하지만, 권한과 재량을 행사할 수 있는 ‘목적물’이

31) 송지민, 앞의 논문(주 1), 7면.

32) [1998] Ch 1. CA 18.

33) The fiduciary has undertaken to act for or on behalf of somebody else in circumstances that give rise to a relationship of trust and confidence.

34) 신인관계가 형평법의 산물이고 로마법에서 해당 신인의무법의 개념이나 발전은 발견할 수 없음에도 불구하고 신뢰와 신임을 의미하는 로마 fiducia와 fideicommissum라는 단어에서 비롯되어서 로마법에 타인을 위한 재산을 양도받은 자로 해당 양도인을 위하여 행할 의무에 대한 법리가 존재하였으며, 신인관계 법리가 로마법까지 거슬러 올라간다고 설명하기도 한다. Criddle, Evan J. Paul B. Miller & Robert H. Sitkoff, The Oxford Handbook of Fiduciary Law, Oxford University Press, 2019, pp.507-508; 이연갑, 신탁법상 수익자 보호의 법리, 경인문화사, 2014, 232면; 김정연, “자본시장에서의 이익충돌에 관한 연구”, 서울대학교 전문박사학위 논문, 서울대학교 법학전문대학원(2016), 34면 참고. 로마법에서 신인의무자의 원형을 발견하려는 견해가 있고 Fiducia 및 Fideicommissum에서 신탁 및 신인의무의 로마법적 기원으로 참조할 수 있으나 신인의무와 합치되는 공통성이 있다고 보기는 어렵다는 견해로는 박기령, “이사의 선관주의와 충실의무의 법사학적 기원에 관한 고찰”, 「상사법연구」 제30권 제2호, 한국상사법학회(2011), 69-81면.

35) Frankel, Tamar, “Fiduciary Law”, 71 Cal. L. Rev. 795 (1983), pp.808-809; 반면 초기 학자 중 신인관계의 일반적인 정의를 내리는 것은 불가능하다는 견해로는 Sealy, Len, “Fiduciary Relationship”, 20 The Cambridge Law Journal 69 (1962), pp.69-72.

36) Finn, Paul, Fiduciary Obligation, OUP, 1977{어떤 사람은 그가 신인의무자이기 때문에 신인의무를 부담하는 것이 아니라, 그가 신인의무를 부담하기 때문에 신인의무자가 되는 것이다}.

37) Tuch, Andrew, “Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest”, 29 Melbourne Univ. L. Rev. 478 (2005), pp.504-505.

38) Miller, Paul, “Justifying Fiduciary Remedies”, 63 Univ. of Toronto L. J. 570 (2013), pp.603-612.

무엇인지에 초점을 두고 ‘중요자원’을 위임하여 재량과 권한을 행사할 수 있는 경우³⁹⁾에 신인관계가 발생한다고 파악하였다. 즉 한 당사자가 다른 당사자에게 중요자원을 위임하면 그 자원을 남용할 기회주의 위험이 발생하기에 그 관계를 신인관계로 규제해야 한다는 것이다.

이러한 견해들은 신인관계의 징표 중 일정 부분을 강조하여 설명하며 신인관계의 특성을 이해하는데에는 도움이 되지만, 어느 하나가 신인관계의 정의에 해당한다고 보기는 어렵다. 따라서 **신뢰와 신임이 존재하고, 일방 당사자가 위임 등을 통해서 타방 당사자의 역할을 대체하고, 그 과정에서 중요 자원에 대한 폭넓은 권한과 재량을 부여받기 때문에 권한의 남용 가능성이 발생하며 타방 당사자의 취약성 및 보호의 필요성이 있는 경우** 신인관계가 성립된다고 보는 것이 타당하다. 다만 신인의무자 중에서도 그 요건을 충족하는 정도에 따라 그 **의무와 책임의 강약이 조정**되어야 한다고 생각한다.

수탁자는 수익자를 위하여 자신의 명의로 신탁재산을 소유하는 법적 소유권자이며 앞서 언급한 신인관계의 특성이 모두 관찰되며, 따라서 신인관계는 수탁자와 수익자를 전형(典型)으로 한다. 따라서 수탁자는 수익자에게 반론의 여지없이 신인의무를 부담한다.⁴⁰⁾ 하지만 영미법에서는 재산의 명의를 이전하지 않더라도 타인의 재산에 대한 처분 권한 혹은 재량이 있는 경우, 혹은 심지어 재산의 처분 권한과 무관하더라도 전술한 징표가 발견되면, 신인관계로 보아 그 범위를 점차적으로 확대 적용하였다. 대표적으로 회사의 이사, 대리인과 본인 관계에서 대리인(agent), 조합(partnership)에서의 조합원 등을 특정 지위에 기한 신인의무자(status-based fiduciary)로 파악하였다.

(3) 신인의무

수탁자-수익자는 전술한 전형적인 신인관계에 해당한다. 그렇다면 신인관계에 해당하는 수탁자가 부담하는 모든 의무를 신인의무로 볼 것인가? 수탁자는 수익자에게 다양한 의무를 지는데, 충실의무뿐 아니라 주의의무, 신탁증서에 의거하여 신탁 사무를 처리할 의무나 신탁 재산을 관리할 의무 등을 부담한다. 앞서 살펴본 Bristol and West Building Society v Mothew ⁴¹⁾ 판례에서는 “신인의무를 신인의무자에게만 부과되는 독특한 의무로, 이 의무의 위반은 다른 의무의 위반과는 다른 법적 결과를 야기하는 의무라고 정의한 바 있다.⁴²⁾⁴³⁾ 따라서 신인의무자가 부담하는 여러 의무 중에 **충실의무만이 신인의무자에게 적용되는 고유한 의무**라고 판시하였고 이 견해가 영국의 일반적인 입장이다.⁴⁴⁾

39) Smith, Gordon, “The Critical Resource Theory”, 55 Vanderbilt L. Rev. 1399 (2002).

40) Conaglen, Matthew, Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties, Hart, Oxford, 2010, pp.10. 일반적인 법적 의무에 적용되는 삼단 논법이 신인의무 관계에 적용되기 어려운 이유로 신인관계가 존재하기 때문에 신인의무가 발생한다고 보아야 하는지, 아니면 역으로 신인의무를 지기 때문에 신인관계가 존재하는지 파악하기 어렵다고 설명하고 아마도 신인관계와 신인의무를 등치 관계로 보는 것이 정확한 분석이라고 설명한다.

41) [1998] Ch. 1, 18.

42) The Expression “fiduciary duty” is properly confined to those duties which are peculiar to fiduciaries and breach of which attracts legal consequences differing from those consequent upon the breach of duties. Bristol and West Building Society v Mothew [1998] Ch. 1, 16.

43) 다른 법적 결과를 야기한다는 의미는 구제수단이 상이하다고 해석할 수 있는데 영국 신탁법은 충실의무 위반에 대해서만 이득토출책임을 부과한다.

44) 물론 영국 신탁법에서도 수탁자에게 주의의무(Trustee Act 2000, §1 A duty of care)를 부과하지만 주의의무는 신인관계에게만 부과하는 고유한 의무가 아니라 다른 관계, 예를 들면 불법행위법상 개인과 다른 전문가 집단에게도 부여되기 때문에 일반적인 의무로 본다. 따라서 영국의 충실의무만을 수탁자에게만 고유하게 부여되는 의무로 보고 신인의무는 충실의무와 동의어처럼 사용한다. 同志: 이종기, 충실의무법, 삼우사, 2016, 9-10면.

영국 신탁법상 충실의무는 수탁자는 오직 수익자를 위하여 행위 하여야 하고 자신이나 제3자의 이익을 위하여 행위 하는 것을 금지하는 유일이익 원칙(Sole Interest)⁴⁵⁾을 바탕으로 한다. 따라서 거래의 공정성이나 타당성을 불문하는 심리중단원칙(No Further Inquiry)을 적용하며 심지어 수익자에게 유익한 경우에도 충실의무 위반이 된다. 충실의무는 하나의 거래에서 자신의 이익과 타인의 이익이 연관된 경우, 자신의 이익을 우선시할 수밖에 없다는 인간의 본성에 기반한다. 따라서 충실의무를 부여하여, 신인의무자가 본인의 이익을 자신의 이익보다 우선시 하도록 하고 이타적으로 행동하기를 요구한다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 이러한 충실의무는 자칫하면 추상적인 선언에 불과할 수 있기 때문에 영국 법 개정위원회(Law Commission)는 구체적인 원칙들을 발전시켰다. 영국 법 개정위원회는 충실의무의 구체적인 원칙으로 이익충돌금지 원칙(no-conflict rule)과 이익향수금지 원칙(no-profit rule)을 들고 있다.⁴⁸⁾ 이익충돌금지 원칙은 신인의무자가 자신의 의무와 이익이 충돌하는 상황에서 자신을 위해 행위하는 것을 금지하는 원칙이고 이익향수금지 원칙은 신인의무자가 신인의무자의 지위로 인하여 혹은 신인의무자의 지위 내에서 사전에 승인받지 않은 이익을 취득하는 것을 전면 금지하는 원칙이다. 이어서 영국 법 개정위원회는 이익충돌금지 원칙을 이익과 의무가 충돌하는 경우(conflict between interest and duty)와 의무간 충돌하는 경우(conflict between duty and duty)로 구분한다.⁴⁹⁾ 이익충돌금지 원칙 중 이익과 의무가 충돌하는 경우가 충실의무의 가장 핵심적인 부분에 해당하며 이는 신인의무자가 자신의 이익과 의무가 충돌하는 경우에 의식적으로든 무의식적으로든 자신에게 유리하게 행위할 수 밖에 없기 때문에 아예 사전적으로 이러한 행위를 차단하는 데에 있다. 반면 의무간 충돌은 충실의무를 '신인의무자가 자신이나 제3자의 이익을 위하여 행위하는 것을 금지하는 의무'로 정의할 때, 수탁자가 제3자인 다른 수익자에게 신인의무를 지는 것도 금지하겠다는 취지이다. 비록 수탁자의 개인적인 이익 추구와는 무관하지만, 하나의 신탁에서 복수의 수익자에게 의무를 지거나, 혹은 복수의 신탁의 수익자에 대하여 의무를 부담하려는 행위를 규제하겠다는 취지이다. 이후 의무간 충돌의 경우, 명백한 이익충돌에 해당하는 경우를 제외하고는 공평의무 법리로 발전하였다.⁵⁰⁾

45) 반면 충실의무를 본인의 이익만을 위한 것으로 해석하면 과잉억지 효과가 발생할 수 있으므로 본인의 최선의 이익(best interest)을 위해 행위 하여야 한다는 견해로는 Langbein, John, "Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?", 114 Yale L. J. 929 (2005); 반면 랑바인 교수의 주장에 반박하며 심리중단원칙이 수익자가 수탁자를 감시할 수 없는 구조적 문제를 해결한다는 주장으로는 Leslie, Melanie, "In defence of the No Further Inquiry Rule: A Response to Professor John Langbein", 47 William & Mary L. Rev. 541 (2005), p.544-554; 송지민, 앞의 논문(주 1), 20-21면; 우리나라 신탁법에서 비영리 민사신탁에서는 수익자의 유일한 이익이 기준이 되어야 하지만 상사신탁에서는 그 기준을 탄력적으로 생각할 필요가 있다는 견해로는 정순섭, 신탁법, 지원출판사, 2021, 380면; 노혁준, "차입형 토지신탁의 수탁자와 신탁재산간 거래-대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다230317, 230324 판례 평석-", 「증권법연구」 제20권 제2호, 한국증권법학회(2019), 139면.

46) Worthington, Sarah, Equity, Clarendon Series, 2nd Edition, OUP 2006, p.130.

47) 전통적인 견해는 신인의무를 특수한 의무이며 강행규정으로 본다. 반면 계약론자들은 계약 조항을 모두 구체화하여 신인의무자들을 규제하기 어려우며 신인관계는 감시 비용이 크기에 충실의무는 구체화된 계약 조항을 대체하는 역할을 한다고 주장한다. 따라서 신인의무는 특수한 의무가 아니며 도덕성이나 이타성을 기반으로 하지 않는다고 주장한다. Easterbrook, Frank & Daniel R. Fischel, "Contract and Fiduciary Duty", 36 The Journal of Law & Economics 425 (1993), p.427.

48) Law Commission Co. No. 124, Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992, pp.27-30. 이익향수금지 원칙을 별도로 판시한 판결로는 Bray v Ford [1896] AC 44, 50; Chan v Zacharia (1984) 154 CLR 178.

49) Law Commission Co. No. 124, Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992, p.61, p.114.

50) 공평의무에 대한 상세한 논의는 송지민, "신탁법상 공평의무 및 규제수단에 대한 연구 - 영미법의 논의를 중심으로-", 「경영법률」 제32집 제3호, 한국경영법률학회(2022).

(4) 억지·예방 기능

신인관계에 기초한 신인의무는⁵¹⁾ 신인의무자에 대한 신뢰와 신임을 법적으로 보호하기 위한 기본적인 장치이다. 따라서 **신인의무자의 의무 위반을 억지하고자 엄격한 충실의무 기준을 적용하고 이를 바탕으로 향후 다른 신인의무자들의 의무 위반도 예방하고자 한다.** 만약 충실의무 위반을 사전적으로 엄격하게 금지하지 않고, 사후적으로 충실의무 위반을 판단하게 되면 수탁자는 수익자에 대한 **우월적인 지위를 활용하여 충실의무 위반 행위를 은폐**할 수 있다. 또한 수익자는 수탁자의 이익충돌 여부를 파악할 수 있는 경험 및 전문성이 부족하며, 수탁자의 행위를 감시하기 위한 자원도 부족하기에 수탁자의 충실의무 위반 여부 자체를 파악하기 어렵고 설사 가능하다고 해도 비효율적이다.⁵²⁾⁵³⁾

충실의무의 억지·예방 기능을 제대로 이행하기 위해서는 충실의무의 기준을 엄격하게 할 뿐 아니라, 충실의무 위반 시 **구제수단 역시 억지·예방 기능을 도모**하여야 한다. 엄격한 충실의무를 부여하더라도 신인의무 위반에 손해배상책임만을 부과하면, 신인의무자가 이익을 취득하더라도 박탈할 수 없는 경우가 발생하게 되고 수탁자는 충실의무 위반의 인센티브가 있어서 억지 기능을 이행할 수 없다. 따라서 **충실의무의 억지·예방 기능의 이행을 도모하기 위해서 충실의무 위반에 대한 구제수단은 이득토출책임을 적용**하게 되었다.⁵⁴⁾

Ⅲ. 신탁법상 원상회복책임과 이득토출책임

1. 원상회복책임과 손해배상책임

앞서 영국의 위법행위에 의한 원상회복책임 중 신인관계를 바탕으로 기본적인 구제수단으로 발전한 이득토출책임을 살펴보았다. III장에서는 영국의 법리가 우리 신탁법에 어떻게 수용되었는지 살펴보겠다.

(1) 원칙적 구제수단: 원상회복책임⁵⁵⁾

51) 단 영국에서는 충실의무만을 신인의무로 보는 반면, 미국에서는 신인의무자가 부담하는 의무를 모두 신인의무로 파악하고 있다.

52) 신인의무자의 우월적인 지위로 인한 신인관계의 대리인 문제를 분석한 문헌으로는 Cooter, Robert & Bradley J. Freedman, "The Fiduciary Relationship: Its economic Character and Legal Consequences", 66 N.Y.U L. REV., 1045 (1991); Easterbrook, Frank & Daniel Fischel, op. cit., p.440; 충실의무 위반 파악의 어려움을 설명하는 문헌으로는 Sitkoff, Robert, "The Economic Structure of Fiduciary Law", 91 Boston Univ. L. Rev. 1039 (2011), pp.1040-1041.

53) Restatement (Third) of Trust §78, Comment on Subsection (1) and (2), b. Undivided Loyalty, p.96{궁극적으로는 수익자가 수탁자의 의무 위반에 대하여 할 수 있는 조치란 사후적으로 수탁자의 실제 위법행위에 대해 소송을 제기하는 것이지만 이는 수익자 보호를 위해 충분하지 않다}.

54) 가장 대표적으로 억지 기능을 잘 보여주는 판례로는 Boardman v Phipps [1967] 2 AC 46 (HL)가 있다. 해당 판례는 신인의무자의 선의를 인정하였고 신인의무자의 행위가 본인에게 이익이 된 상황이었음에도 책임을 부과하였다. 해당 판례에서 신인의무자의 책임은 신인의무자의 지위를 활용하여 이익을 취득할 어떠한 유인도 억지해야 한다는 정책적 원칙을 보여준다. 보다 자세한 사실관계는 송지민, 앞의 논문(주 1), 107-108면; Graham Virgo, supra note 14, pp.498-499.

55) 송지민, 앞의 논문(주 1), 219-222면을 기초로 수정·보완한 것이다.

(가) 원상회복책임 요건

수익자 등이 수탁자에게 원상회복책임을 부과하기 위해서는 1) 수탁자의 **의무 위반**이 있을 것, 2) 신탁재산에 **손해나 변경**이 발생하였을 것, 3) 수탁자의 의무 위반에 대하여 수탁자의 **고의, 과실**이 인정될 것 및 4) 의무 위반과 손해 사이의 **인과관계**가 요구된다.⁵⁶⁾ 우선 수탁자의 의무 위반 요건을 살펴보면 **원상회복책임을 부과**하기 위해서 어떠한 의무를 위반하여야 하는지 한정하고 있지 않기 때문에 **충실의무** 뿐 아니라 **주의의무, 공평의무, 분별관리의무** 등 신탁법에서 규정한 수탁자의 다양한 **법정의무뿐만 아니라 신탁증서 조항 위반** 등을 포함한다고 보는 것이 타당하다. 두 번째 요건과 관련하여 주의할 점은 신탁재산의 손해 뿐 아니라 변경도 포함한다는 것이다(제43조 제2항). 이는 실행 신탁재산의 손해가 발생하지 않더라도 특정 신탁재산을 유지하고자 하는 수익자의 의사에 반할 수 있기에 신탁재산의 변경에 대하여 원상회복청구권을 인정하도록 하였다.⁵⁷⁾ 세 번째, 수탁자의 원상회복책임을 발생하기 위해서는 민법상 과실책임주의 원칙에 따라 수탁자의 귀책사유를 요구한다.⁵⁸⁾ 단 수탁자의 귀책사유에 대하여 의무 위반과 관련된 고의 및 과실을 의미하는 것인지, 아니면 의무위반으로 인한 손해발생에 대한 고의나 과실을 의미하는지 견해가 엇갈린다.⁵⁹⁾ 마지막으로 인과관계에 대하여는 구체적인 논의가 없으며 사법상 일반론이 적용된다고 설명하고 있다.

사건으로 세 번째 요건과 관련하여 충실의무 위반 시 원상회복책임을 적용할 때도, 고의, 과실을 일반적인 요건으로 삼을 수 있을지는 의문이다.⁶⁰⁾ 후술할 충실의무 위반 시 이득토출책임을 지는 경우에는 고의 및 과실을 요하지 않는데, 원상회복책임을 지는 경우에 그 요건을 달리하여야 할 이유가 없기 때문이다.

(나) 원상회복책임의 성격 및 방법

원상회복책임은 수탁자로 하여금 신탁재산의 교환가치가 아니라 신탁재산의 상태와 구성을 의무위반행위 이전의 상태로 돌리는 것을 말한다. 신탁재산을 의무 위반 이전의 상태로 되돌려 놓아 신탁이 지속적으로 운영가능하도록 한다. 따라서 원상회복책임은 모든 수익자의 권리를 보호하고 신탁의 목적을 달성하기 위한 가장 최적의 수단이므로 원칙적인 구제수단으로 인정한다.⁶¹⁾ 영국 신탁법에서 수탁자의 충실의무 위반에 일차적인 구제수단으로 원상회복책임과 이득토출책임을 인정하는 것에도 일치한다.⁶²⁾ 원상회복책임의 성격에 대한 논의로 채무불이행 책임이나 불법행위 책임으로 설명하려는 견해도 있었으나 **학계는 신탁의 고유한 책임으로 보는 견해가 우세하다.**⁶³⁾

56) 법무부, 신탁법 해설, 김상용 감수, 2012, 354면; 최수정, 신탁법, 제3판, 박영사, 2023, 376-377면.

57) 무궁화신탁법연구회·광장신탁법연구회, 주석신탁법, 박영사, 2021, 219면; 신탁법 해설, 앞의 책, 355면.

58) 무궁화 신탁법연구회·광장 주석신탁법, 앞의 책, 218면; 최수정, 앞의 책, 376면{수탁자의 의무위반, 신탁재산의 손해 또는 변경, 양자의 인과관계 및 귀책사유를 요건으로 한다}; 정순섭, 앞의 책, 438면.

59) 신탁법 해설, 앞의 책, 354면.

60) 同志: 이종기·이영경, 신탁법, 삼우사, 2022, 606면{신탁이 수익자의 이익을 보호하기 위한 특수한 제도임을 고려하면, 신탁위반 수탁자의 의무위반에 따른 책임을 무과실책임으로 할 필요성이 있다. 하지만 민법이 채무불이행책임에 대해 과실책임주의를 채택하고 있기 때문에 수탁자의 의무위반에 대해 무과실책임을 인정하기 위해서는 구체적인 근거가 필요하다}.

61) 최동식, 신탁법, 법문사, 2006, 260면; 이종기·이영경, 앞의 책, 602면; 무궁화 신탁법연구회·광장 주석신탁법, 앞의 책, 220면.

62) 본 논문의 II. 1. (2) 2) 참조.

원상회복책임은 수익자에 대해서가 아니라 **신탁재산에 대한 책임으로 원상회복의 방법은 손실 또는 변경된 재산권의 종류 및 재산의 상황에 따라 다르게 적용된다.** 우선 해당 재산이 종류물(대체물, 불특정물)로 당해 물건을 재매입하거나 처분행위를 취소하여 회복시키거나 당해 물건을 다시 취득하는 것이 어려운 경우에는 대체가 가능한 경우에는 수탁자가 동종, 동량, 동질의 대체물을 취득하여 신탁재산에 편입하여야 한다.⁶⁴⁾ 비대체물(특정물)인 경우에는 신탁재산으로 이탈된 경우에는 당해 재산을 회수하여 회복시켜야 하지만, 멸실된 경우에는 손해배상책임을 부과한다.⁶⁵⁾

정리하면, 신탁재산이 특정물이든 특정물이 아닌든 해당 재산을 회수하여 반환할 수 있는 경우에는 당해 재산을 반환하여야 한다. 신탁재산이 특정물이 아닌 경우, 즉 대체물인 경우에는 당해 신탁 재산을 회수하여 반환하는 것이 어려운 경우(멸실, 이탈)에는 동종·동량·동질의 대체물을 구하여 반환하는 것도 가능하다. 단 특정물이라 대체가 불가능한 데, 해당 재산의 멸실 및 이탈을 사유로 해당 신탁재산을 회수하여 반환하기 어려운 경우에는 손해배상책임을 부담한다고 보는 것이 타당하다.

(다) 청구권자 및 청구대상

제43조 제1항은 원상회복책임의 청구권자로 위탁자, 수익자, 다른 수탁자를 들고 있다. 수익자는 가장 기본적인 신탁재산의 소유자로서 수탁자의 의무 위반에 의한 신탁재산의 변경 및 손해의 직접적인 이해관계자이기에 청구권자로 인정되는 것은 당연하다.⁶⁶⁾ 반면 위탁자는 신탁이 설정된 이후에는 더 이상 신탁재산에 대한 이해관계를 갖지 않으므로 청구권자로 인정되어야 하는지 찬반의 견해가 있다.⁶⁷⁾ 논의과정에서 신탁법이 계약 법리로 구성되어 있고 위탁자가 계약 당사자이며, 수탁자에 대한 감독권한이 있고 신탁재산 종료시 잔여재산의 귀속권리자가 될 수 있기 때문에 청구권자에 포함시켰다.⁶⁸⁾ 또한 수탁자가 다수인 경우, 다른 수탁자는 상호 감시할 의무가 있기 때문에 청구권자에 포함하였다.⁶⁹⁾ 그 외 목적신탁의 경우에는 수익자가 존재하지 않으므로 수익자와 동등한 지위에 있는 신탁관리인이 원상회복책임을 청구할 수 있다.⁷⁰⁾ 위탁자, 수익자 및 다른 수탁자는 수탁자의 의무 위반행위가 있는 경우 단독으로 원상회복청구를 할 수 있다.⁷¹⁾

63) 이종기·이영경, 앞의 책, 604면{신탁재산 보전을 위한 특수한 법정책임이다}; 무궁화 신탁법연구회·광장 주석신탁법(2021), 216면{원상회복책임은 신탁재산에 발생한 변경상태의 원상회복을 목적으로 하는 신탁법상 특수한 법정책임에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하다}; 정순섭, 앞의 책, 438면{수탁자의 원상회복책임은 일반적인 채무불이행책임이나 불법행위책임과는 다른 신탁법상 특수한 법적책임이다}; 최수정, 앞의 책, 373면{신탁재산을 보호함으로써 종국적으로 신탁의 목적을 달성하기 위해 신탁법이 특별히 정한 책임이다}; 최동식, 앞의 책, 257면; 이와는 달리 원상회복 책임 또는 손해배상책임은 수탁자의 귀책사유를 요건으로 하는 채무불이행 책임이라는 견해로는, 이연갑, 앞의 책, 172면.

64) 이종기·이영경, 앞의 책, 608-609면{원상회복을 할 수 있는 경우와 원상회복을 할 수 없는 경우로 구분하여 설명}; 무궁화 신탁법연구회·광장 주석신탁법, 앞의 책, 220면.

65) 최수정, 앞의 책, 379면; 무궁화 신탁법연구회·광장 주석신탁법, 앞의 책, 220면; 로앤비 온주 신탁법, 주석서, 온주편집위원회, 7면{원상회복을 구하는 경우에는 손해사실과 손해액을 주장·증명할 필요가 없다}.

66) 신탁법 해설, 앞의 책, 352면; 최수정, 앞의 책, 374면.

67) 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 802면; 이종기·이영경, 앞의 책, 607면.

68) 위탁자가 계약당사자이므로 청구권자로 인정하자는 견해로는 신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010), 802면 이연갑 의견; 위탁자가 수탁자에 대한 감독권한이 있고 신탁재산 종료시 잔여재산 귀속권리자이므로 청구권자에 포함하자는 견해로는 신탁법 해설, 앞의 책, 352면; 최수정(2023), 373-374면; 이종기·이영경, 앞의 책, 607면.

69) 신탁법 해설, 앞의 책, 353면; 최수정, 앞의 책, 374면.

70) 신탁법 해설, 앞의 책, 353면; 최수정, 앞의 책, 374면; 송현진·유동규, 조해신탁법, 진원사, 2014, 375면.

원상회복책임의 대상은 의무를 위반한 수탁자이다. 수탁자가 다수인 경우에는 해당 행위의 성격과 행위 관여 여부에 따라 공동수탁자의 책임을 구분할 수 있다. 신탁사무 처리로 채무를 부담한 경우에 공동수탁자는 연대책임을 지고 청구권자는 어느 수탁자에게나 이행을 청구할 수 있다. 반면 일부 수탁자가 의무위반으로 인하여 책임을 부담하는 경우, 다른 수탁자들이 해당 행위를 저지하기 위하여 합리적인 조치를 취한 경우, 공동 수탁자는 책임을 지지 않는다.⁷²⁾

(2) 보충적 구제수단: 손해배상책임

개정 전 신탁법에서 원상회복책임과 손해배상책임의 우선관계가 명확하지 않았는데 이를 보완하기 위하여 개정 신탁법에서는 손해배상책임은 원상회복책임에 대한 이차적, 보충적 구제수단이라는 것을 명시하였다.⁷³⁾ 즉 민법의 금전배상 원칙과 달리, 신탁법 제43조 제1항은 원상회복책임을 원칙으로 하고, 원상회복이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우, 원상회복에 과다한 비용이 드는 경우, 그밖에 원상회복이 적절하지 아니한 특별한 사정이 있는 경우에는 금전으로 전보하도록 하였다. 손해배상청구권의 요건에 대하여 별도로 명시하고 있지 않으나⁷⁴⁾ 원상회복책임 요건에 원상회복이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우, 원상회복에 과다한 비용이 드는 경우 혹은 그 밖에 원상회복이 적절하지 아니한 특별한 사정이 있는 경우를 추가한 것으로 보는 것이 타당하다.⁷⁵⁾

손해배상금액은 일반적인 손해배상법리를 따른다. 따라서 손해란 수탁자가 적절히 의무를 이행하였다면 신탁이 상실하지 않았을 금액에 해당한다.⁷⁶⁾ 신탁이 상실하지 않았을 금액이란 민법상 손해의 차액설에 따라 수탁자가 의무위반행위로 발생한 재산상의 불이익, 즉 위반이 없었을 때의 재산상태와 위반으로 인한 현재의 재산상태의 차이를 의미한다.⁷⁷⁾ 다만 신탁재산 변경이 발생하여 수익자의 권리가 침해되었지만 원상회복은 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 해당하나 금전적 불이익은 없는 상황에서 이행이익 손해배상책임을 부과하는 대신, 신뢰이익 손해배상을 부과하는 것이 가능할 것이라고 생각한다.

청구권자는 원상회복책임과 동일하게 위탁자, 수익자, 다른 수탁자 및 목적신탁의 경우 신탁관리인이다. 손해배상책임을 지는 자 역시 원상회복책임과 동일하게 의무를 위반한 수탁자일 것이다. 손해배상청구권은 청구권자가 아니라 신탁재산에 속한다.⁷⁸⁾

71) 신탁법 해설, 앞의 책, 353면; 최수정, 앞의 책, 374면.

72) 신탁법 제 51조; 신탁법 해설, 앞의 책, 432-434면; 최수정, 앞의 책, 374면.

73) 신탁법 해설, 앞의 책, 356면; 이종기, 앞의 책, 287면; 이종기·이영경, 앞의 책, 602면; 이계정, 신탁의 기본법리에 관한 연구 - 본질과 독립재산성, 경인문화사, 2017, 189면; 최수정, 앞의 책, 378면.

74) 다수의 문헌은 원상회복책임의 요건과 손해배상책임의 요건을 함께 다루고 있다. 신탁법 해설, 앞의 책, 354-355면; 최수정, 앞의 책, 376-377면.

75) 신탁법 해설, 앞의 책, 356면; 무궁화 신탁법연구회·광장 주석신탁법, 앞의 책, 220면; 이계정, 앞의 책, 189면; 로앤비, 온주 신탁법, 7면{금전의 급부에 의해 신탁재산의 가치를 회복하려는 데 그 목적이 있다. 이 채무는 금전의 급부를 목적으로 하는 금전채무이므로 원상회복의 경우와 달리 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 지연손해금이 가산되어야 한다}.

76) 무궁화 신탁법연구회·광장 주석신탁법, 앞의 책, 220면{수탁자의 손해배상의무는 기본적으로 일반적인 채무불이행책임이나 불법행위책임에 따른 손해배상의무와 다르지 않다}.

77) 이계정, 앞의 책, 189면.

78) 최수정, 앞의 책, 378면{다만 신탁재산은 권리주체가 될 수 없으므로 수익자, 위탁자, 공동수탁자 등이 청구권자가 되어 수탁자로 하여금 신탁재산에 발생한 손해를 전보하게 한다}.

(3) 사전적 구제수단: 유지청구권

영미 형평법원에서는 수탁자의 충실의무 위반을 사전에 억제하기 위해 유지청구권(injunction)을 일반적 구제수단으로 인정한다. 구 신탁법은 수탁자의 신탁위반에 대하여 사후적인 구제수단만을 규정하고 사전적 구제수단을 마련하고 있지 않았다. 따라서 개정 신탁법은 수탁자가 무자력인 경우 및 법률행위의 상대방이 선의, 무중과실인 경우에 사후적 구제수단의 실효성이 없기에 유지청구권을 규정하여 이를 사전적으로 저지할 수 있는 법적 근거를 마련하였다.⁷⁹⁾ 유지청구권은 신탁재산에 손해가 발생한 가능성이 낮은 경우에 허용하게 되면 신탁목적의 달성을 저해할 수 있으므로 신탁재산에 회복불가능한 손해가 우려되는 경우에 허용한다.⁸⁰⁾

2. 이득토출책임

(1) 도입배경 및 성질

제43조 제3항은 구 신탁법에 없던 새로운 조문이다. 앞서 설명한 **영미 신탁법에서 신인의무 위반에 인정된 형평법상의 이득토출책임(account of profits)을 수용한 조문**으로 평가받고 있다. 수탁자가 충실의무에 위반하여 허용되지 않는 이득을 얻은 경우 신탁재산에 손해가 발생하지 않았다고 하여 이를 보유하도록 허용하면 이익향수금지의 원칙(제36조)에 반할 뿐 아니라 충실의무 위반의 충분한 억제 효과를 거두지 못한다.⁸¹⁾ 하지만 구 신탁법상 규정이 없는 상태에서 수탁자가 얻은 이득을 신탁재산에 반환하게 할 수 있는 법리를 구성하는 데에는 어려움이 있었다. 후술하겠지만 수탁자가 얻은 이득을 부당이득으로 구성하는 것도 생각해 볼 수 있으나, 부당이득의 반환범위는 손해를 한도로 하는 판례와 통설에 따르면 수탁자가 얻은 이득 전부의 반환은 어렵게 된다. 또 (준)사무관리로 구성하는 방법도 생각해 볼 수 있으나, 수탁자는 의무를 위반하였다고 하더라도 여전히 신탁재산의 관리의무를 지는 자이므로 그 방법도 채택하기 어렵다. 또한 상법상 경영행위에 대한 개입권 규정을 적용할 수 있다는 견해도 제시되었지만, 법률의 근거 없이 상법상 규정을 신탁의 법률관계에 적용하는 것은 적당하지 않다고 결론 내렸다.

궁극적으로 개정 신탁법은 이득토출책임을 **신탁법의 법정책임으로 입법적으로 해결**하였다.⁸²⁾ 입법 당시 일본의 신신탁법(제40조 제3항)과 유사하게 이득을 손해로 추정하는 방식에 따를 것인지⁸³⁾ 영국과 같이 이득토출책임을 따를 것인지 논의가 있었다. 일본의 신신탁법은 민법과 정합성이 높은 대신 신탁재산에 생긴 손해액을 증명하면 손쉽게 추정을 뒤집을 수 있기에 신인관계의 고유성 및 신인

79) 신탁법 제77조, 수탁자에 대한 유지청구권; 신탁법 해설, 앞의 책, 605면; 오영걸, 신탁법, 제2판, 홍문사, 2023, 317-318면.

80) 신탁법 해설, 앞의 책, 607면.

81) 이익억지설, 신탁재산회복설을 주장하는 문헌은 이종기·이영경, 앞의 책, 627-630면.

82) 오영걸, 앞의 책, 258-259면(기존 민사법의 구제체계에서는 보기 드문 종류의 책임 하나를 수탁자에게 부과하고 있다. 즉 손해를 전제로 하지 않는 이득반환책임이 그것이다(...) 이 책임은 수탁자의 신탁위반의 유혹을 근절하고자 신탁법에서 부과하고 있는 법정책임이다); 최수정, 앞의 책, 378면; 이종기·이영경, 앞의 책, 627-630면; 무궁화 신탁법연구회·광장 주석신탁법, 앞의 책, 221면; 정순섭, 앞의 책, 443-444면; 이연갑, 앞의 책, 176면.

83) 영미에서는 수탁자가 충실의무에 반하여 얻은 허용되지 않는 이득을 얻은 경우, 수탁자에게 그 이득을 반환할 형평법상 의무가 인정되는 한편, 당해 이득에 관하여 의제신탁을 인정함으로써 수탁자가 도산한 경우 제3자에 대한 관계에서도 그 이득이 신탁재산으로서 보호되는 법리가 정착되어 있다. 우리의 경우 의제신탁을 인정하지 않으므로 뒤의 방법은 채택하기 어려우나, 앞의 방법은 채권법적으로 설명이 가능하므로 채택할 수 있다. 로앤비, 온주 신탁법, 12면.

의무 위반에 고유한 구제수단으로 작동하지 못한다는 문제가 있다. 따라서 개정 신탁법은 수탁자의 이득토출책임을 인정하게 되었고 일본 신탁법보다 영미 신탁법에 근접한 이득토출책임 법리를 채택하게 되었다.

(2) 요건 및 효과

제43조 제1항과 제2항은 수탁자가 위반한 의무가 무엇인지 묻지 않고 적용하는 반면, 제43조 제3항의 이득토출책임을 제33조부터 37조까지의 위반에 한정하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이⁸⁴⁾ 이득토출책임을 신탁재산 자체에 손해가 발생하지 않더라도 수탁자가 충실의무 위반으로부터 이익을 취득하는 것을 허용하는 것을 예방 및 억지하여야 한다는 사고를 바탕으로 한다. 따라서 영국에서 수탁자의 충실의무 위반에만 이득토출책임을 부담하는 것과 동일한 맥락에서 충실의무(제33조), 이익에 반하는 행위의 금지(제34조), 이익향수금지(제36조), 공평의무(제35조) 및分別관리의무(제37조)의 위반에만 이득토출책임을 적용한다.⁸⁵⁾

수탁자의 충실의무 위반행위로 제3자가 이득을 얻은 경우도 포함하는 것은 충실의무 위반으로 생긴 이익을 제3자가 취득하는 것을 허용하면 이익충돌금지를 허용하는 셈이 되어 충실의무를 준수하도록 하기 어렵다. 이러한 취지에서 수탁자가 얻은 이득 뿐 아니라, 제3자가 얻은 이득도 이득토출책임의 대상으로 하여 수탁자가 얻은 이득을 제3자에게 이전한 경우, 혹은 애초에 제3자에게 이득이 발생한 경우 모두 포함한다.⁸⁶⁾ 앞선 원상회복책임 및 손해배상책임과는 별도로 이득토출책임을 행사할 수 있으나 그 금액 산정 등에서 상호영향을 미친다고 보는 것이 타당하다.⁸⁷⁾

3. 다른 법리와의 구분

신탁법 개정 당시 원상회복책임과 이득토출책임을 민법상 부당이득 혹은 준사무관리 법리로 설명할 수 있는 지에 대한 논의가 있었다. 아래에서는 이를 살펴보도록 하겠다.

84) 본 논문의 II.2.(4) 참조.

85) 공평의무에 대하여 이득토출책임을 부과하는 것에 의문을 제기하는 문헌은 송지민, 앞의 논문(주 50); 정순섭, 앞의 책, 444면{다른 수익자의 손해인 공평의무 위반으로 얻은 이익을 신탁재산으로 반환하는 것은 비논리적이다}; 오영걸, 앞의 책, 262면{이득반환책임이 성립되는 경우는 수탁자가 신탁법 제36조의 이익향수 금지의무를 위반하거나 아니면 신탁법 제34조 제1항 제5호를 위반하여 이득을 취득한 것을 의미한다. 요컨대 우리 신탁법 제43조 제3항은 굳이 '제33조부터 제37조까지의 규정에서 정한 의무를 위반한 경우'라고 넓게 설정할 필요가 전혀 없는 것이다}.

86) 수탁자로 하여금 제3자 취득한 이득도 반환하도록 정하고 있는 데에 비판적인 견해를 보이며 입법론적으로 일종의 법적책임으로서 이러한 제3자와 수탁자로 하여금 이득반환에 관하여 연대하여 책임을 부담하는 것이 타당하다는 견해로는 오영걸, 앞의 책, 262면, 각주 83; 이중기·이영경, 앞의 책, 646면.

87) 본 논문에서 다루지 않았으나, 영국의 이득토출책임 금액 산정 시 공제 등을 허용하는 것과 유사하다. 자세한 논의는 송지민, 앞의 논문(주 1), 80-87면; 오영걸, 앞의 책, 260면{이득반환책임의 경우에는 원상회복책임과 병렬적으로 성립될 수 있다}; 이중기·이영경, 앞의 책, 645면{이득반환청구권은 수탁자의 이익을 막기 위해 정책적으로 인정한 것이므로 원상회복 혹은 손해배상청구권과 별도로 행사될 수 있다}; 로앤비, 온주 신탁법, 주석서, 신탁법 제43조, 온주편집위원회, 2021.6.24. 21면{본조 제3항을 적용할 때 설령 수탁자 또는 제3자의 선의 또는 악의는 고려할 필요가 없고, 수탁자는 받은 이득의 전부를 반환하여야 한다. 이러한 의미에서 부당이득반환청구에서 인정되는 이득소멸의 항변은 본조 제3항의 청구에서는 인정되지 않는다}.

(1) 부당이득법리

(가) 부당이득의 요건

이득토출책임은 **신탁에 속하는 재산이 권한 없이 이용되어 그로부터 수탁자 또는 제3자에게 이득이 생겼음을 이유로 하는 것이므로 민법상 침해부당이득과 유사한 측면이 있다.**⁸⁸⁾ 이는 영미법상 광의의 원상회복책임에 수탁자의 이득토출책임이 포함된다는 의미에서 더 유사해 보이는 측면이 있다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾ 하지만 주지하다시피, 부당이득법리는 1) 타인의 재산 또는 노무에 의해 이익을 얻었을 것, 2) 손해가 발생할 것, 3) 이익과 손해 사이에 인과관계가 있을 것과 4) 법률상의 원인이 없을 것을 일 반적인 성립요건으로 한다.

위의 요건 중에 두 번째 요건에 의해 결정적으로 부당이득법리와 이득토출책임은 상이한 법리가 된다. 언급한 바와 같이 신인의무자의 이득토출책임은 기본적으로 신인의무자가 충실의무 위반으로 취득한 이익을 전부 토출하는 것을 원칙으로 하고 손해발생 여부는 애초에 고려 대상이 아니다.⁹¹⁾ 반면 부당이득법리는 타인의 손해로 수익자⁹²⁾가 얻은 부당한 이득을 반환하게 하는 데에 그 제도의 취지가 있기에 손해를 요건으로 한다.⁹³⁾ 관련하여 세 번째 요건인 이익과 손해 사이의 인과관계를 어떻게 해석할 지의 문제가 제기될 수 있다. 즉 세 번째 요건은 이익을 얻음으로 발생한 손해를 한도로 한다는 뜻으로 해석하며 현재 민법의 다수설은 **손실자의 손해를 한도로 한다는 입장**이다.⁹⁴⁾ 반면 소수설은 손실자의 손해에 국한될 것이 아니라 모든 이득을 반환하여야 한다고 보는 입장이다.⁹⁵⁾

(나) 반환할 이익

추가적으로 발생한 이익도 반환할 이익으로 볼 것인지는 부당이득법리와 이득토출책임은 다른 기준을 적용한다.⁹⁶⁾ 부당이득법리에서는 해당 부당이득을 가지고 수익자가 운용하여 추가로 얻은 운용 이익은 손실자의 손해에 해당하는 것이 아니므로 반환범위에 들어가지 않는다고 본다.⁹⁷⁾⁹⁸⁾ 반면 중

88) 이종기·이영경, 앞의 책, 625-626면; 이연갑, 앞의 책, 173-174면.

89) 영국법상 원상회복책임은 그 구분법에 따라 요건이 상이하며 신인의무자의 이득토출책임을 포괄하기도 한다는 설명은 본 논문의 II. (2) 참조.

90) 수탁자의 위반행위를 두 가지 관점에서 상이한 구체수단을 인정할 수 있는데, 의무라는 관점에서는 원상회복청구권이나 손해배상청구권으로, 무권한(disability)라는 관점에서는 부당이득반환청구권으로 연결된다고 보아, 특히 후자의 관점에서 신탁법상 인정되는 특수한 권리로서 이득반환청구권을 규정하였다는 견해로는 최수정, 앞의 책, 387면.

91) 다만 신인의무자의 이득토출책임도 인과관계, 격원성 및 공제의 적용을 받게 되기 때문에 이익을 “전부”토출한다는 표현은 일정 부분 제한적인 의미를 띄게 된다.

92) 부당이득법리에서의 수익자는 신탁법상 수익자가 아니라 부당이득에서 이득을 얻은 자라는 의미이다.

93) 부당이득법리는 손실을 요건으로 한다는 점 및 반환범위의 한도를 손실을 상한으로 한다는 점에서 신탁의 상황에서 제대로 작동하기 어렵다고 설명하는 견해로는 이종기, 앞의 책, 308면; 손해가 발생한 것이 아니라면 부당이득반환 청구는 인정되지 않는다고 설명하는 견해로는 최수정, 앞의 책, 383-384면.

94) 판례도 수익자가 반환해야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정된다는 입장이다. 최수정(2023), 382면; 대법원 1995. 5.12. 선고94다25551 판결; 대법원 2006. 9.8. 선고 2006다26328, 26335판결; 대법원 1.18.선고 2005다34711판결.

95) 송덕수, 신민법강의, 제12판, 박영사, 2019, 1356면; 손해한도로 한정하는 것에 대한 비판적 견해로는 서종희, 앞의 논문(주 10); 이계정, 앞의 논문, 80면; 위법행위 억제를 위하여 민사책임의 강화에는 동의하나, 부당이득반환의무에 의한 위법이익의 반환법리를 형성하여야 한다는 제언에 의문을 제기하는 견해로는 김상중, 앞의 논문.

96) 이종기, 앞의 책, 308면; 최수정, 앞의 책, 383-384면.

97) 반면 소수설로 운용이익도 반환범위에 포함해야 한다는 의견으로는 송덕수, 앞의 책, 1356면.

실의무 위반으로 인하여 신인의무자가 이익을 취득한 경우에 이득토출책의 범위에는 운용이익을 포함한다. 또한 부당이득법의 반환범위는 수익자의 선의, 악의 여부에 따라 상이하게 적용된다.⁹⁹⁾ 선의의 경우, 현존이익 범위에서 반환하는 것으로 충분한 반면, 수익자가 악의인 경우에는 받은 이익에 법정이자를 붙여서 반환하는 것을 원칙으로 한다. 결론적으로 부당이득법리에 의한 책임은 손실을 한도로 하기 때문에 이득토출책의 범위와 충돌하고 반환할 이익의 범위가 상이하기 때문에 이득토출책임을 민법상 부당이득법리로 논리구성하기 어렵다.¹⁰⁰⁾

(2) 준사무관리

(가) 사무관리의 요건

이득토출책임과 유사한 다른 법리로 준사무관리를 들 수 있다. 준사무관리에 대한 설명을 하기 앞서 민법 제734조의 사무관리 성립요건을 먼저 살펴보면 **1) 타인 사무의 관리일 것, 2) 타인을 위한 사무관리 의사가 존재할 것, 3) 계약상, 법률상 사무처리 의무가 없을 것 및 4) 본인에게 불리하거나 본인 의사에 반하는 것이 명백하지 않을 것**이다. 즉 사무관리는 위임에 의하지 않고 타인의 사무를 처리하였더라도, 즉 **계약상, 법률상 사무처리 의무가 없는 경우**에도 수임인과 같은 의무를 관계자에게 부담시키는 것을 목적으로 한다.

(나) 사무관리와 준사무관리

준사무관리는 사무관리 요건에 추가로 “타인의 사무라는 것을 알면서도 자기의 이익을 위해 관리한 경우”에 해당한다. 사무관리와 준사무관리의 예를 들어보면, 매도인(A)이 자리를 비운 사이에 B가 타인인 A의 100볼짜리 물건을 200볼에 매도한 경우 1) B가 A의 부재에 **별도의 의도 없이** 손님이 와서 그냥 물건을 판 경우는 **사무관리**에 해당하겠지만, 2) B가 A가 없었음을 **기회로 삼아 자신이 이득을 취할 마음으로 물건을 매도한 경우에는 준사무관리**에 해당하게 된다.¹⁰¹⁾ 사무관리가 성립하는 경

98) 다른 의견으로 운용이익이 전부 포함되지 않는 것이 아니라 일정 범위로 제한된다고 보는 견해도 있다. 부당이득법리에서 수익자가 반환해야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정되고 손실자의 손해는 사회통념상 손실자가 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있는 것으로 예상되는 이익 상당이며 운용이익은 사회 통념상 수익자의 행위가 개입되지 않았더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 통상 취득하였으리라고 생각되는 범위 내에서는 반환해야 할 이득의 범위에 포함된다고 본다. 최수정, 앞의 책, 382면.

99) 민법 748조 ① 선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 전조의 책임이 있다. ② 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다.

100) 이득토출책임 법리를 부당이득법리로 설명하려면 상충하는 요건들의 변경이 필요하기 때문에 이득토출책임은 부당이득법리로 설명할 수 없다는 견해로는 이중기, 앞의 책, 310면; 반면 부당이득에서의 손해요건은 이득토출책임을 도입에 심각한 장애가 아니라고 견해로는 이계정, 앞의 논문, 73면.

101) 사무관리와 준사무관리에 대한 논의는 그 자체로 하나의 주제가 될 만한 복잡한 사안이기에 본문의 예는 단순화한 것이다. 예를 들면 독일에서는 사무관리 의사 여부가 요건인데 해당 사무관리 의사가 없는 경우를 부진정사무관리라고 분류하고 이를 또 상세히 구분하여 타인의 사무를 자신의 사무로 오신하는 경우를 오신사무관리(BGB §687(1)) 그리고 타인의 사무인지 알면서도 이를 자신의 사무로 처리하는 경우를 준사무관리 혹은 무단사무관리(BGB §687(2))로 보다 상세하게 구분하기도 한다. 그 외에도 사무관리를 정당사무관리와 부당사무관리로 구분하여야 한다는 논의도 있다. 해당 논의는 다음의 논문을 참조. 백경일, “부당사무관리개념의 도입을 전제로 한 사무관리법의 새로운 체계구성”, 「고려법학」 제56호, 고려대학교 법학연구원(2010); 변우주, “부진정사무관리와 준사무관리의 포섭범위에 관한 고찰”, 「민사법의 이론과 실무」 제17권 2호, 민사법의 이론과 실무학회(2014); 서종희, “부당사무관리 및 부진정 사무관리와 부당이득과의 관계-부당이득 성립요건 및 반환범위에 관한 재고찰과 함께”, 「민사법학」 제63-1호, 한국민사법학회(2013).

우에는 **관리 행위로 인하여 취득한 모든 것을 인도**하여야 하므로 B는 A에게 200불을 인도하여야 한다. 반면 2)의 행위에 대하여 준사무관리를 인정하지 않으면 불법행위나 부당이득책임을 지도록 하여야 하는데, 이 경우에는 100불의 책임만을 부담한다. 준사무관리를 인정하지 않으면 발생하는 두 상황의 불공평함을 극복하기 위하여 준사무관리를 인정하여야 한다는 견해가 있다. 적법하게 타인의 사무관리를 이행한 경우에는 200불의 반환의무가 있는데 무단으로 위법하게 사무관리를 하여 자신의 이익을 꾀한 자에게 책임이 경감되는 것은 정의와 공평에 위반되기 때문이다. 하지만 민법은 불법한 행위를 적법한 행위처럼 다루는 것이 타당하지 않다는 의견 및 민법상 다른 법리로 규율할 수 있다는 주장이 다수설을 이루어 준사무관리를 인정하지 않고 있다.¹⁰²⁾¹⁰³⁾

(다) 준사무관리와 이득토출책임

민법에서 준사무관리 개념을 인정하는지와 무관하게 아래에서는 **수탁자의 이득토출책임을 강화상 준사무관리와 비교**해 보겠다. 준사무관리의 타인의 사무라는 것을 알면서도 ‘**자신의 이익을 위해**’ 타인의 사무를 관리하였다는 점은 일견 **수탁자의 충실의무 위반과 유사**해 보이는 측면이 있다. 하지만 수탁자는 신인관계에 의하여 신탁재산의 사무처리를 하도록 신인의무가 부여된 자이다. 따라서 **수탁자의 신인의무 위반은 (준)사무관리의 요건에서 세 번째 요건에 해당하는 계약상, 법률상 사무처리 의무가 없을 것이라는 요건에 위배된다.**¹⁰⁴⁾ 즉 수탁자는 신인의무를 지고 있는 자로 준사무관리의 무단으로 타인의 사무를 관리한 데에 대한 법리를 적용할 수 없다.

또한 이득토출책임에 해당하는 충실의무 위반에는 준사무관리와는 다른 범주의 행위도 포함한다. 즉 준사무관리의 예와 유사하게 수탁자가 **신탁재산을 무단사용하여 이득을 취득**한 경우에도 이득토출책임을 부과하지만 그 외에도 **신탁재산에 속한 정보를 활용하여 이익을 얻은 경우**, 심지어 **신탁재산과는 전혀 무관하게 제3자로부터 뇌물이나 비밀 수수료를 취득**한 경우에도 이득토출책임을 부과한다. 후자의 두 경우는 의무 요건을 만족하지 않는 것 뿐 아니라 해당 행위가 타인의 사무관리와도 무관하기에 이득토출책임을 준사무관리 법리를 적용하여 설명하기 어렵다.

표 2. 부당이득법, 신탁법상 원상회복책임과 이득토출책임 및 영국의 원상회복책임 비교

102) 변우주, 앞의 논문, 34-39면, 백경일, 앞의 논문, 185-198면.

103) 반면 독일 민법상 준사무관리는 사무관리에 준하여 법률관계를 규정하고 있다. BGB §687.

104) 수탁자는 원래 수익자를 위해 신탁사무를 처리할 의무를 부담하는 자이므로 의무없이 타인을 위하여 사무를 관리하는 경우에 관한 규정이 적용될 여지가 없다고 설명하는 의견. 이연갑, 앞의 책, 174면; 무단으로 타인의 사무를 관리한 데 대해 사무관리법리를 적용하는 것은 애초의 제도적 취지에 상응하지 않는다고 설명하는 의견으로는 최수정, 앞의 책, 384면, 각주 164 참조; 이연갑, 앞의 책, 174-175면(그 의무에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리했다고 해서, 그와 같은 의무의 존재가 부정되는 것은 아니다).

	우리나라			영미법	
	민법 제741조 (부당이득법)	신탁법 제43조 제1~2항(원상 회복책임)	신탁법 제43조 제3항(이득도 출책임)	손실자의 재산 감소에 의한 원상회복책임	위법행위에 의 한 원상회복책 임
요 건	이득	-	이득	이득	이득
	손해	손해나 변경	손해(x)	손해	손해(X)
	이익과 손해사 이의 인과관 계	의무 위반과 손해 사이의 인과관계	충실의무 위반 과 이익의 인 과관계	연관성	위법행위와 이 득의 연관성
	법률상 원인의 흠결(absence of basis)	의무위반 및 수탁자의 고의, 과실	충실의무 위반 (33-37조)	부당성 요건 (u n j u s t factor)	위법행위: 예외 적인 계약위반 과 불법행위 및 신인의무 위반
특 징	손해한도(다수 설)	손해 없이 변 경에도 적용	손해한도요건 없음	손해한도 요건 없음(다수설)	손해한도 요건 없음(이득도출 책임, 원상회복 책임)

IV. 상법으로의 확장가능성

영미법에서는 수탁자와 마찬가지로 회사의 이사 등은 신인관계에 있기에 신인의무를 부담하며 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득도출책임을 부담한다. 우리 상법은 오래전부터 주의의무와 별도로 충실의무를 규정하고 있을 뿐 아니라, 충실의무의 구체적인 유형에 대한 조문을 두고 있지만¹⁰⁵⁾ **일반 조항인 충실의무 위반에 대한 별도의 구제수단은 두고 있지 않다.** 본 장에서는 부당이득법의 손실한도 반환설을 폐기하고 이득을 중심으로 재편하기는 어렵더라도, **위법행위의 역지의 필요성이 특히 강조되는 경우, 예를 들면 신인관계에 해당하는 이사의 충실의무 위반에 이득도출책임을 도입할 필요성을 검토하겠다.**¹⁰⁶⁾

105) 단, 수탁자의 의무가 유일이익 기준(sole interest)인 반면, 상법상 이사의 의무는 이를 완화하여 최선이익 기준(best interest)을 따르므로 공시요건 및 공정성 기준(fairness standard)을 만족하는 경우에는 충실의무 위반으로 보지 않는다.

106) 2006년에 독일의 Wagner 교수는 독일 민법 제 251조 제3항에 “피해자(채권자)의 권리를 고의로 위반한 경우에 손해배상책임을 지는 자에게 손해배상 대신 이익반환을 청구할 수 있다.”라는 조항의 입법을 주장한 바 있지만 궁극적으로는 입법화되지 않았다. Wagner, Gerhard, “Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006 Band I: Gutachten/Teil A: Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht- Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden”, Beck München, 2006; 이에 대하여 Tobias Helms교수는 당시에 해당 조항의 삽입에 대하여 다수의 학자들은 제3자의 권리에 대한 고의적 위반에 대한 역지 목적에는 동의하였지만 해당 조항의 일반적인 적용이 범위 및 재산이 수반하지 않은 위반에도 적용될 수 있는 지 등에 의견이 엇갈려서 궁극적으로 수용되지 않았다고 설명한다. Tobias Helms 교수는 범주를 좁혀서 신인의 의무 위반에 이득도출책임을 적용할 것을 주장한다. Helms, Tobias, “Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem”, Mohr Siebeck, 2007; 송지민, 앞의 논문(주 1), 195-196면.

1. 이사의 충실의무와 구체수단

상법 제382조의 3에서 충실의무를 규정하지만, 그 두 축인 이익충돌금지와 이익향수금지 원칙을 별도로 두고 있지 않다.¹⁰⁷⁾ 대신 제397조에서 이사의 경업 및 겸직금지, 제397조의 2에서 회사 기회의 유용금지, 제398조에서 자기거래 금지를 규정한다. 아래에서는 충실의무와 그 구체적인 조항 및 이들의 구체수단을 검토하겠다.¹⁰⁸⁾

(1) 충실의무

상법은 1998년에 선관주의의무와 별개로 충실의무를 처음 도입하였다. 당시 법무부의 입법취지에 따르면 이사의 충실의무도 수탁자의 충실의무와 마찬가지로 영미법의 충실의무를 도입하기 위한 것이다.¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾ 하지만 이후 일반적인 충실의무 조항은 실효성 있는 조항으로 활용되지 않았고, 충실의무 위반행위는 후술할 구체적으로 정하는 의무의 범위 내에서만 작동하였다. 따라서 일반적인 충실의무 조항에 해당하는 제382조의3이 마치 존재하지 않는 것 같다는 견해까지 있다.¹¹¹⁾ 상법상 충실의무는¹¹²⁾ “이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 한다”라고 규정하고 있는데 영미법의 충실의무를 도입하였다는 취지와는 달리, 조문의 “충실하게”라는 단어는¹¹³⁾ 엄격한 충실의무의 성격과는 거리가 멀고 오히려 선의칙(a duty of good faith)이나 주의의무(duty of care)와 유사하게 들리기도 한다.

107) 반면 영국 2006년 회사법은 이익충돌금지(제175조)와 이익향수금지(제176조)를 두고 있다. 또한 우리 신탁법 역시 충실의무(제35조)뿐 아니라 이익충돌금지(제34조)와 이익향수금지(제36조)를 별도로 두고 있다.

108) 이사의 충실의무 위반에 대한 연구가 활발하게 이루어졌음에도 불구하고 이사의 충실의무 위반에 이득토출책임을 도입하자는 선행연구는 찾아보기 어렵다. 다음의 문헌에서 예외적으로 언급한다. 김건식, 회사법 연구 I, 소화(2010), 88면{미국에서와 같이 충실의무 위반행위로 인한 이익을 회사가 박탈할 수 있는 길이 열릴 필요가 있고, 입법상으로는 이익반환청구를 경업금지의 경우에 한하지 않고 모든 충실의무 위반의 경우에 확대할 필요가 있을 것이라는 견해와 해석론상으로는 이사의 충실의무위반행위로 인한 이익의 전액을 손해로 볼 필요가 있다.}; 이중기, 앞의 책, 35면-36면.

109) 김건식, 앞의 책, 53면; 김건식 외, 회사법, 제5판, 박영사, 2021, 416면; 박기령, 앞의 논문(주 34), 478면.

110) 당시 영미의 fiduciary duty개념을 이사의 충실의무로 도입하자는 보고서 등을 바탕으로 주주에 대한 이사의 충실의무를 상법에 포괄적으로 규정하고 이를 위반하는 경우 법적 제재를 가하자는 주장이 있었고 따라서 입법 취지는 영미법의 신인의무를 도입하였지만, 신인의무에 대한 구체적인 이해가 부족한 상황에서 외부적 압력에 의해 도입하였다는 견해로는 박기령, “이사의 충실의무에 관한 법적 연구” 이화여자대학교 박사학위 논문, 이화여자대학교 대학원(2010), 133-134면, 158면.

111) 송옥렬, 상법강의, 제11판, 홍문사, 2021, 1040-1041면.

112) 반면 신탁법상 충실의무 제33조는 “수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다”로 규정한다. 신탁법의 문구가 충실의무의 취지에 근접한 표현이라고 생각한다.

113) ‘충실하게’라는 용어는 일본 구 회사법 제254조의 3(현행일본회사법 제355조)의 이사의 충실의무를 도입할 당시인 1949년 미 점령군 사령부가 제시한 초안에서 ‘faithfully’라는 용어를 수용하였고, 이 입법을 회사법이 수용하였을 것이라고 추정하는 견해로는 박기령, 앞의 논문(주 110), 129-130면; ‘충실하게’라는 표현만으로 영미법의 충실의무를 수용하였다고 보기 어렵다는 견해로는 이철송, 회사법 강의, 제27판, 박영사(2019), 756면; “충실”이라는 단어 자체가 이익충돌금지 의무를 지칭하지 않는다는 견해로는 최준선, 회사법, 제14판, 삼영사, 2019, 527면; 선관주의의무와 충실의무 규정의 문구만 본다면 양자가 별 차이가 없어 보인다는 견해로는 박기령, 앞의 논문(주 34), 352면; 권재열, “상법 제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의”, 「상사판례연구」 제22집 제1권, 한국상사판례학회(2009), 4면.

또한 학계는 여전히 **주의의무와 충실의무의 관계에 대하여 동질설과 이질설로** 이분화되어 있었다.¹¹⁴⁾ 동질설은¹¹⁵⁾ 기본적으로 상법 제382조의3의 충실의무는 주의의무의 취지를 명확하게 하기 위한 것으로 본래 인정되던 주의의무를 강조한 것에 불과하다는 견해이다. 반면 이질설은¹¹⁶⁾ 이사가 주의의무를 다하는 것이 이사 자신의 이익을 위하는 것을 금지하는 경우와 중첩되기도 하나, 반드시 이사가 자신의 이익을 위하는 것을 금지하는 논리로 이어지지는 않는다고 본다. 이질설에 따르면 신인 의무자가 본인의 이익을 위해 임무를 이행하는 동시에 자신의 이익을 취하는 경우에도 충실의무를 위반하게 되기 때문에 충실의무를 주의의무로 포섭할 수 없다. 판례는 대체로 주의의무와 충실의무를 병렬적으로 나열하여서 동질설을 따르는 것 같으나, 최근 몇 건의 판례에서 충실의무만을 단독적으로 적시하기도 하였다.¹¹⁷⁾ 본 논문은 주의의무만으로도 충실의무의 내용을 포섭할 수 있는지의 논의는 포함하지 않는다. 다만 앞서 언급한 **신인관계의 성격과 그 고유한 성격으로 인해 구체수단도 달리 적용해야 함을 바탕으로**¹¹⁸⁾ **이사의 충실의무 위반도 억지 목적을 달성하기 위하여 이득토출책임을 부과하여야** 한다는 데에 초점을 둔다.

(2) 자기거래

제398조의 자기거래는 이익충돌 거래 중 가장 대표적인 유형에 속한다. 자기거래는 이사 등이 회사와 하는 거래뿐 아니라 형식적으로 회사와 제3자의 거래이지만, 이사 등에게 실질적인 이익이 귀속되어 이익충돌을 가져올 수 있는 거래를 포함한다. 이사가 회사와 거래하는 경우, 이사는 회사에게 자신의 영향력을 행사하여 자신에게 유리하게 거래조건을 제시할 위험이 있기 때문에 자기거래를 규율하여 왔다. 다만 회사법은 이사의 자기거래는 이익충돌의 위험이 크지만 회사이익에 부합할 수 있다는 등의 이유로 이를 전면 금지해야하는 것으로 보지 않는다. 다만, 자기거래 시 중요한 사실을 개시한 이후 이사회 승인 및 거래의 내용과 절차의 공정성 요건을 만족하면, 자기거래를 유효한 것으로 본다.¹¹⁹⁾

만약 **이사회**의 승인을 결여하거나 거래가 **현저히 공정하지 않은 경우에는 그 거래를 무효로 보는 동시에 이사는 손해배상책임**을 진다. 하지만 자기거래 위반에 해당하는 모든 경우에서, **거래효력의 무효화와 이사의 손해배상책임으로도 충분한 구체수단이 되는지 의문**이다. 예를 들면 **회사가 이사에 회사 부동산을 처분하는 자기거래 후에 이사가 제3자에게 그 부동산을 전매한 경우**로, 회사가 제3자인 전득자의 악의를 입증하지 못하는 경우로, 제3자에 대한 거래를 유효하게 보는데 **이런 경우에 예외적으로 이득토출책임을 적용**하는 것을 고려해 볼 수 있다. 또한 회사법은 자기거래에 대하여 이

114) 과거에는 동질설이 다수설이었으나, 현재 학계는 이질설을 띄는 견해도 다수 등장하여 어떤 견해가 더 우세하다고 보기 어렵다.

115) 손주찬, 상법(상), 제15판, 박영사, 2004, 793-795면; 이철송, 앞의 책, 756면; 정찬형, 상법강의(상), 제21판, 박영사, 2009, 1027면; 장덕조, 상법강의, 제3판, 법문사, 2019, 548면; 최준선, 앞의 책, 527면; 김건식 외, 앞의 책, 392면.

116) 서헌제, 사례중심 체계 상법강의(상), 법문사, 2007, 849면; 정동윤, 상법(상), 제6판, 법문사, 2012, 628면; 홍복기·박세화, 회사법강의, 제7판, 법문사(2019), 489면; 송옥렬, 앞의 책, 1040-1041면; 김병연, “이사의 충실의무와 영미법상 신인의무”, 「상사법연구」 제24권 제3호, 한국상사법학회(2005), 78-79면.

117) 2016.1.28. 2014다 11888; 2016. 8.24. 2016다222453.

118) 본 논문의 II. 2 참조.

119) 본 논문은 이사회 승인과 공정성에 초점을 두지 않고, 요건을 만족하지 않은 경우에 어떠한 구체수단을 부과하는 것이 타당한지에 초점을 두기 때문에 구체적인 논의를 생략한다. 공정성 등에 대한 논의는 송옥렬, 앞의 책, 1069면; 김건식 외, 앞의 책, 447-450면.

사회 승인을 요건으로 한다.¹²⁰⁾ 설령 이해관계가 있는 이사를 제외한 이사회 승인이 있었더라도 이사회에서는 상호승인해 주는 문화가 존재할 수 있고 특히 총수일가의 거래에 해당하는 경우 이사회 승인과 공정성 요건만으로 회사이익 보호를 도모하기 어려울 것이기에, 사후적 구제수단으로 이득토출책임을 고려해볼 필요가 있다.

(3) 경업금지

제397조 제1항은 이사의 경업·겸직금지를 규정하고 있는데 이사가 **경업을 하게 되면 회사의 이익보다 자신의 사적 이익을 우선시하게 될 가능성이 높으므로 이익충돌이 발생**하고 이를 금지하는 것은 당연하다. 하지만 이사의 모든 외부활동을 금지하면 이사의 자율권에 위배될 수 있기에 영업부류에 속하는 거래만을 금지한다.¹²¹⁾ 또한 회사법에서 경업이나 겸직을 하기 위해서는 중요 사실을 개시하고 이사회 승인을 요한다. 만약 이사가 이사회 승인없이 경업이나 겸직을 하면 **해당 행위는 우선 유효하다. 다만 경업 위반의 경우에는 제397조 제2항에 의해 회사는 이사가 이로 인해 제3자로부터 얻은 이익의 양도를 구할 수 있다. 이를 강학상 개입권이라고 한다.**¹²²⁾ 즉 개입권을 통해, 이사가 경업거래를 통해 취득한 이득을 회사에 귀속시킬 수 있는데 이는 영미 회사법상 이사의 충실의무 위반에 부과하는 **이득토출책임과 취지는 동일하며 효과의 측면에서는 유사하다.**¹²³⁾¹²⁴⁾

개입권과 손해배상책임은 경합관계에 있는 것이 아니라 양립할 수 있다.¹²⁵⁾ 따라서 이사회 승인없이 경업 행위를 한 경우 이사가 해당 금지 위반으로 회사에 손해를 발생시킨 경우 제399조에 의해 이사는 회사에 대하여 손해를 배상하여야 하며 회사는 개입권도 행사할 수 있다. 개입권이 경업을 억제·예방하고자 하는 취지를 띄기 때문에 **회사의 손해가 발생하지 않은 경우에도 개입권을 행사할 수 있는데 이는 이득토출책임과 유사하다.** 다만, 겸직에 대해서는 조문상 개입권을 행사할 수 없다.

(4) 회사의 기회유용금지

120) 거래의 규모 및 해당 거래의 중요성으로 구분하여 주주총회 승인요건 등을 추가할 것을 제안하는 견해도 있다.

121) 본 논문은 충실의무 위반에 대한 구제수단에 초점을 두므로, 영업부류의 범위 등에 대한 논의는 포함하지 않는다. 영업부류에 속하는 거래의 범위 등에 대한 논의는 김건식 외, 앞의 책, 457면; 송옥렬, 앞의 책, 1054-1055면.

122) 독일에서도 경업금지(Wettbewerbsverbote)에 대한 개입권(Eintrittrecht)을 인정한다. 독일 상법 제61조 제1항은 상업사용인에 대한 개입권 조항, 독일유한회사법 제113조 제1항의 개입권 조항, 독일 주식회사법 제88조 제2항의 주식회사의 이사에 대한 개입권을 규정한다. 반면 독일에서 기회유용금지에 대한 조문은 두고 있지 않지만, 경업금지 조항을 유추적용할 수 있다는 견해 등이 있다. 구체적인 논의는 송지민, 앞의 논문(주 1), 187-188면; 독일의 경업금지에 대한 개입권 역시 이득토출책임과 같은 이익충돌 억지를 근거로 한다는 설명은 Hondius, Ewoud & André Janssen, Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World, Springer, 2015, pp.222-223.

123) 참고로 일본의 경우, 수탁자의 경업금지에도 개입권을 적용한다, 송지민, 앞의 논문(주 1), 178-179면; 이중기·이영경, 앞의 책, 643면; 상법상 이득양도청구권도 영미법상 이득토출책임으로 보는 견해로는 이계정, 앞의 논문, 71-72면; 반면 이득반환청구권과 달리 개입권은 형성권이므로 성격이 다르다는 견해로는 정순섭, 앞의 책, 444면 & 최수정, 앞의 책, 387면

124) 개입권은 거래로부터 1년을 시효로 한다.

125) 개입권과 손해배상청구권은 택일적 관계가 아니라 양립할 수 있지만, 개입권을 행사하여 경제적 이익을 얻은 경우에는 사실상 손해액이 감소될 것이라는 견해는 김건식 외, 앞의 책, 460면; 독일주식법의 개입권과 손해배상청구권을 택일하도록 하는데 독일의 개입권도 회사가 이사의 경업으로 인해 손해를 증명하기 어려운 데 대한 대안으로 인정되지만 이 규정이 없는 우리 상법은 양자를 동시에 행사할 수 있다는 견해로는 이철송, 앞의 책, 766면.

2011년 상법 개정 시 이사가 회사의 기회를 유용하는 것을 금지하는 법리를 도입하였다. 입법 당시에는 제382조의 3의 일반적인 충실의무를 통해서 해당 행위를 금지할 수 있고, 기회유용금지와 경업금지는 중복되는 측면이 많아서 입법이 필요하지 않다는 의견도 있었다.¹²⁶⁾ 하지만 당시 일반 원칙으로 충실의무가 활용되지 않는 실정이었고, 지배주주에 의한 회사기회 편취를 규제하여야 한다는 강력한 주장에 따라 해당 조문을 신설하였다.¹²⁷⁾¹²⁸⁾

경업금지와 마찬가지로 회사의 기회유용에 해당하는 경우에는 이사회 승인 등을 받지 않았더라도 다수설에 따르면 기회유용금지 행위의 효력에는 영향을 미치지 않는다고 본다.¹²⁹⁾ 대신 이사는 회사 기회유용으로 인한 회사의 손해에 대하여 손해배상책임을 부담한다. 단 경업금지에 개입권을 적용하는 것과 달리, **회사의 기회유용금지에 해당하는 경우에는 이사 또는 제3자가 회사 기회 유용으로 인해 얻은 이익을 손해로 추정하는 조문(제397조의2 제2항)을 두고 있다.**¹³⁰⁾

표 3. 이사의 충실의무 기준 및 구체수단

	기준	면책요건	현 구체수단	본 논문의 주장
충실의무(제 383조의 3)	충실하게? (기준 명확하지 않음)	-	손해배상책임	손해배상책임, 이득토출책임

126) 국회법제사법위원회, 상법 일부개정법률안(회사편) 검토보고(2008.1), 151면.

127) 본 논문은 기회유용금지 등의 이익충돌금지 위반의 구체수단에 초점을 두기 때문에 회사의 기회를 확정하는 논의는 포함하고 있지 않다. 회사의 기회에 대한 자세한 논의는 천경훈, “회사기회의 법리에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 서울대학교 법과대학원 (2012), 105-111면; 회사법은 미국의 기회유용원칙, ALI원칙 5.05(b)를 많이 참조하여 이를 보다 구체화하였다는 의견으로는 송옥렬, 앞의 책, 1071면.

128) 반면 영국법에서는 회사의 기회를 일정 범위까지만 규제하기보다는 추상적인 이익충돌금지를 통하여 엄격하게 금지하는 경향이 있다. 영국식 규제가 충실의무 원칙에 입각한 규제라면 미국은 특정 기회까지 회사의 소유, 즉 재산권의 범위에 포함되는지 그 확정 기준을 설립하는 데에 초점을 둔다. 우리의 법제는 미국의 접근법을 따른다. 미국과 영국의 기회유용금지의 차이점에 대한 논의는 Gelter, Martin & Genevieve Helleringer, “Corporate Opportunities in the US and in the UK”, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2788205, ECGI Working Paper Series in Law No. 346/2017 (2017); 유럽연합에서 경업금지에 대한 규제는 오랫동안 존재하였지만 회사의 기회유용금지 법리는 뒤늦게 발달하였는데 실제로 소송에서 적용되는 경우가 드문 데, 그 이유로 영미법과 달리 유럽의 기회유용금지 위반에 이득토출책임을 적용하지 않고 손해배상책임만을 부담하기 때문이라는 견해로는 Helleringer, Genevieve & Marco Corradi, “Self-dealing, Corporate Opportunities and the Duty of Loyalty - A US, UK and EU Comparative Perspective”, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 582/2021(2021).

129) 회사기회유용행위는 유효라는 견해는 김건식 외, 앞의 책, 468면; 송옥렬, 앞의 책, 1075면; 이철송, 앞의 책, 772면; 정찬형, 앞의 책, 1036면; 반면 회사의 기회를 유용한 경우, 그 행위는 승인없는 자기거래처럼 상대적 무효라는 견해로는 최준선, 앞의 책, 538면.

130) 김건식 외, 앞의 책, 470면; 송옥렬, 앞의 책, 1075-1076면{회사기회의 유용에서는 개입권이 인정되지 않는데, 이처럼 이사 또는 제3자의 이익을 손해액으로 추정함으로써 간접적으로 그 이익을 반환하도록 하는 개입권의 효과를 가진다고 하겠다.}; 정찬형, 앞의 책, 1037면

자기거래 (제398조)	이사 등이 회사와 하는 거래로서 회사의 이익을 해할 염려가 있는 모든 재산적 거래	거래와 관한 중요사실 개시+ 이사회승인 (2/3) + 거래의 내용과 절차의 공정성	상대적 무효설 + 손해배상책임	상대적 무효설 + 손해배상책임 (예외적인 경우 이득토출책임)
경업금지 (제397조)	경업의 기준 - 영업부류에 속하는 경우	경업 등과 관련된 중요사실 개시 + 이사회 승인 (일반 결의 요건)	거래는 유효, 개입권 (거래가 있을 날로부터 1년 시효), + 손해배상책임	손해배상책임, 이득토출책임
겸직금지 (제397조)	동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사	중요사실 개시 + 이사회 승인	거래는 유효, 손해배상책임 +개입권(x)	손해배상책임, 이득토출책임
회사의 기회 유용(제397 조의 2)	회사의 기회 -지득사유기준 -사업관계기준	이사회 승인(2/3)	거래는 유효 (다수설), 손해배상책임 (이익의 손해추정)	손해배상책임, 이득토출책임

2. 이득토출책임 도입 제안

(1) 충실의무에 대한 고유한 구제수단 부재

신탁법 제43조 제4항에서 수탁자의 충실의무 위반에 이득토출책임을 적용하는 것과는 달리 **상법은 이사의 일반적인 충실의무 위반에 대한 고유한 구제수단을 마련하고 있지 않다**. 다만 경업금지, 회사의 기회유용금지 위반에 해당하는 경우에는 이득토출책임과 유사한 취지를 띠고 유사한 효과를 야기하는 구제수단을 두고 있다. 하지만 **상법에서 나열한 이익충돌 행위 외에도 이사의 이익충돌금지 및 이익향수금지 위반행위는 다종 다기한 형태를 띌 수 있다**. 현재의 입법은 별도의 구제수단을 두고 있지 않다는 측면에서도 일반 원칙인 충실의무 조항의 효력을 무력화 하는 측면이 있다. 즉 충실의무 위반으로 인하여 이사 혹은 제3자에게 이익이 발생한 경우 그 이익을 회사에 반환하게 할 근거 규정이 없다.

(2) 구체적인 충실의무 위반 시 일관성 확보

수탁자가 충실의무를 위반한 경우, 구체적인 유형에 무관하게 제43조 제3항의 이득토출책임을 부과할 수 있는 것과 달리,¹³¹⁾ **우리 회사법에서는 경업금지, 기회유용금지 위반 시 구제수단간 통일성**

131) 본고에서 다루지는 않았지만 영국 회사법상 이사의 충실의무 위반에 이득토출책임을 적용한다. 관련된 논의는 송지민, “영국 회사법상 이사의 충실의무 위반에 대한 구제수단, 「성균관법학」 제34권 제1호, 성균관대학교 법학연구원(2022), 14-15면.

을 발견할 수 없다. 해당 조항들이 이사의 이익충돌 억제 목적이라면 조문간 차이를 둘 필요가 있는 지 의문이다.¹³²⁾ 자세히 살펴보면, 제397조 제2항은 ‘이사가 제1항의 규정에 위반하여 거래를 한 경우에’로 되어 있기 때문에 법문상 **겸직이 아닌 경업에만 인정된다.**¹³³⁾ 반면 겸직의 경우, 즉 동종영업을 목적으로 하는 다른 회사의 무한책임사원이나 이사가 된 경우’에는 손해배상책임만 부담하고, 겸직을 통해 수령한 보수 등의 이득은 토출하지 않아도 된다. 사전에 승인 없는 겸직 역시 이사의 이익충돌 억제 목적이라면 같은 취지의 구체수단을 마련할 필요가 있다.¹³⁴⁾

또한 회사의 **기회유용금지**를 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해배상책임이 있으며 이로 인하여 **이사 또는 제3자가 얻은 이익을 손해로 추정하는 조문**을 두고 있다. 하지만 **이익의 손해추정 규정은 원고의 손해입증을 용이하게 하기 위함**¹³⁵⁾이라고 하여 이익충돌 억제 목적과 달리 정하고 있다. 하지만 본 논문은 회사의 기회유용금지 위반에 대한 구체수단은 손해에 대한 입증책임을 용이하기 위한 목적이 아니라, **이사의 기회유용 행위 억제 목적을 띄어야 한다고 생각한다.** 즉 이익을 손해로 추정하는 조문은 손해를 입증하면 이사가 그 이익을 보유할 수 있다는 한계가 있다.¹³⁶⁾ 따라서 이익의 손해추정 조문 대신 이득토출책임을 도입하는 것이 타당하다.

본고에서 자세히 살펴보지는 않았지만 영국 회사법상 이사의 충실의무는 수탁자의 충실의무를 바탕으로 발전하였고, 신탁법과 동일한 취지에서 이사의 충실의무 위반에는 이득토출책임을 부과한다.¹³⁷⁾ 본 논문은 회사법상 이사의 충실의무 위반의 **구체적인 유형인 경업금지 위반과 회사의 기회유용에 대하여 이득토출책임을 규정하지 않고 각각 개입권과 이익의 손해추정 조문을 규정한 것은 민법상 부당이득법리도 손실을 한도로 하고 있고 아직까지 이득토출책임이 생소한 개념**이기 때문이라고 생각한다. 하지만 신탁법을 통하여 이득토출책임을 수용하였고 그 외에도 지적재산법, 자본시장법상 내부자거래¹³⁸⁾ 등에서 이득토출책임을 주축을 이루는 사고가 스며들어 있다.¹³⁹⁾ 회사의 신인의무자인 이사의 충실의무 위반에 대하여도 이득토출책임을 부과하여 충실의무 위반을 억제하고, 충실의무 위반간의 정합성을 확보할 필요가 있다.

V. 마치며

132) 同志: 채이배, “상법 제382조의3(이사의 충실의무) 개정 필요성- 이사 및 지배주주의 사익추구 방지를 위하여”, ERRI 이슈 & 분석, 경제개혁연구소(2013).

133) 김건식 외, 앞의 책, 460면; 이철송, 앞의 책, 765면.

134) 구체수단에 대한 논의는 아니지만, 자기거래와 회사의 기회유용이 이사회 결의에 가중된 요건을 요하는 반면 경업금지는 일반 결의 요건으로 하여 이사회 승인을 상대적으로 용이하게 하는 것 역시 통일을 요한다. 자기거래, 경업금지 및 회사의 기회유용은 충실의무의 세부조문인데, 이사회 승인요건을 달리할 이유가 없다. 또한 개입권은 별도의 제척 기간을 두는 반면, 이사의 기회유용금지 위반에 따른 손해배상청구권의 시효를 적용한다. 자기거래와 기회유용 승인요건은 이사 전원의 3분의 2로 강화하면서 경업의 승인 결의는 통상의 이사회 결의로 하는 것은 납득하기 어렵다는 견해로는 이철송, 앞의 책, 768-769면; 회사의 사업기회유용금지에도 경업금지 위반에 인정하는 것과 같은 개입권과 제척기간을 인정하는 것이 합리적이라는 견해로는 최준선, 앞의 책, 537면.

135) 김건식 외, 앞의 책, 468-471면; 송옥렬, 앞의 책, 1075-1076면.

136) 김건식 외, 앞의 책, 470-471면.

137) 송지민, 앞의 논문(주 131), 14-15면.

138) 송지민, “미국 내부자거래의 이득토출책임에 대한 비교법적 연구”, 「기업법연구」 제35권 제3호, 한국기업법학회(2021).

139) 이계정, 앞의 논문, 72면.

현 민법이 손해배상책임을 기본적인 구제수단으로 하며, 부당이득의 반환법리 역시 손실을 한도로 하는 현행 해석론을 고려할 때 신탁법상 원상회복책임과 이득토출책임을 극히 예외적인 구제수단이다. 본 논문은 부당이득법상 손실한도 반환설을 폐기하고 모두 이득을 중심으로 재편하기는 것이 어렵다면, 위법행위의 억지의 필요성이 특히 강조되는 경우, 예를 들면 신인관계에 해당하는 경우에는 손실을 한도로 할 것이 아니라 이득 중심으로 전환할 것을 주장한다. 본 논문은 그 대표적인 예로 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임을 도입할 것을 주장하였다. 이사의 충실의무 위반에 대하여 이득토출책임이라는 용어를 적용하지는 않았지만, 이미 관련 법리가 파편적으로 발전해왔으며 따라서 상법에서도 조화롭게 수용가능하다. 즉 과거 이사의 충실의무의 유형별로 이득을 반환하는 요건 등이 상이한 것은 그 기저의 법리가 동일한 것으로 미루어 보아 타당하지 않다. 따라서 본 논문은 신탁법 제43조 제3항에서 이득토출책임 도입을 계기로 하여 경업금지, 회사의 기회유용 등에 이득토출책임을 도입을 적극적으로 검토할 필요가 있다고 주장한다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김건식, 회사법 연구 I, 소화, 2010.
김건식 외, 회사법, 제5판, 박영사, 2021.
무궁화신탁법연구회·광장신탁법연구회, 주식신탁법, 박영사, 2021.
법무부, 신탁법 해설, 김상용 감수, 2012.
서헌제, 사례중심 체계 상법강의(상), 법문사, 2007.
손주찬, 상법(상), 제15판, 박영사, 2004.
송덕수, 신민법강의, 제12판, 박영사, 2019.
송옥렬, 상법강의, 제11판, 홍문사, 2021.
송현진·유동규, 조해신탁법, 진원사, 2014.
오영걸 신탁법, 제2판, 홍문사, 2023.
이계정, 신탁의 기본법리에 관한 연구- 본질과 독립재산성, 경인출판사, 2017.
이연갑, 신탁법상 수익자 보호의 법리, 경인문화사, 2014.
이중기, 충실의무법, 삼우사, 2016.
이중기·이영경, 신탁법, 삼우사, 2022.
이철송, 회사법 강의, 제27판, 박영사, 2019.
장덕조, 상법강의, 제3판, 법문사, 2019.
정동윤, 상법(상), 제6판, 법문사, 2012.
정순섭, 신탁법, 지원출판사, 2021.
정찬형, 상법강의(상), 제21판, 박영사, 2009.
최동식, 신탁법, 법문사, 2006.
최수정, 신탁법, 개정판, 박영사, 제3판, 2023.
최준선, 회사법, 제14판, 삼영사, 2019.

2. 논문

- 권재열, “상법 제382조의 3(이사의 충실의무)의 존재의의”, 「상사판례연구」 제22집 제1권, 한국상사판례학회(2009).
김병연, “이사의 충실의무와 영미법상 신인의무”, 「상사법연구」 제24권 제3호, 한국상사법학회(2005).
김상중, “영국의 restitution for wrongs와 위법이익의 반환: 우리 부당이득법의 수용 여부와 손해배상법의 발전방향에 대한 시사점, 「민사법학」 제78권 한국민사법학회(2017).
김정연, “자본시장에서의 이익충돌에 관한 연구”, 서울대학교 전문박사학위 논문, 서울대학교 법학전문대학원(2016).
노혁준, “차입형 토지신탁의 수탁자와 신탁재산간 거래—대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다230317,

230324 판례 평석—”, 「증권법연구」 제20권 제2호, 한국증권법학회(2019)

박기령, “이사의 충실의무에 관한 법적 연구” 이화여자대학교 박사학위 논문, 이화여자대학교 대학원(2010).

박기령, “이사의 선관의무와 충실의무의 법사학적 기원에 관한 고찰”, 「상사법연구」 제30권 제2호, 한국상사법학회(2011).

백경일, “부당사무관리개념의 도입을 전제로 한 사무관리법의 새로운 체계구성”, 「고려법학」 제56호, 고려대학교 법학연구원(2010).

변우주, “부진정사무관리와 준사무관리의 포섭범위에 관한 고찰”, 「민사법의 이론과 실무」 제17권 2호, 민사법의 이론과 실무학회(2014).

서종희, “부당사무관리 및 부진정 사무관리와 부당이득과의 관계-부당이득 성립요건 및 반환범위에 관한 재고찰과 함께”, 「민사법학」 제63-1호, 한국민사법학회(2013).

서종희, “영미 부당이득법상 이득토출책임 위법행위를 이유로 한 원상회복을 중심으로”, 「서울법학」 제24권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소(2016).

송지민, “수탁자의 이득토출책임에 관한 연구 - 영미법상 논의 및 그 시사점을 중심으로-”, 서울대학교 박사학위 논문, 서울대학교 법과대학원(2021).

송지민, “영미법상 수탁자의 이득토출책임의 의의 및 법적 성질에 관한 연구”, 「신탁연구」 제3권 제1호, 한국신탁학회(2021).

송지민, “미국 내부자거래의 이득토출책임에 대한 비교법적 연구”, 「기업법연구」 제35권 제3호, 한국기업법학회(2021).

송지민, “영국 회사법상 이사의 충실의무 위반에 대한 구제수단, 「성균관법학」 제34권 제1호, 성균관대학교 법학연구원(2022).

송지민, “신탁법상 공평의무 및 구제수단에 대한 연구 - 영미법의 논의를 중심으로-”, 「경영법률」 제32집 제3호, 한국경영법률학회(2022).

오영걸, “의제신탁의 이해”, 「비교사법」 제18권 제4호, 한국사법학회(2011).

이계정, “부당이득에 있어서 이득토출책임의 법리와 그 시사점- 반환범위에 있어 손해중심에서 이득중심으로 전환”, 「저스티스」 통권 제169호, 한국법학원 (2018).

채이배, “상법 제382조의3(이사의 충실의무) 개정 필요성- 이사 및 지배주주의 사익추구 방지를 위하여”, ERRI 이슈 & 분석, 경제개혁연구소(2013).

천경훈, “회사기회의 법리에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 서울대학교 법과대학원 (2012).

3. 기타 보고서 및 인터넷 자료 [마지막 검색일: 2024.3.01.]

국회법제사법위원회, 상법 일부개정법률안(회사편) 검토보고(2008.1)

로앤비, 온주 신탁법, 주석서, 신탁법 제43조, 온주편집위원회, 2021.6.24.

신탁법 개정 특별분과위원회 회의록 I(2010)

II. 영문문헌

1. 단행본

- Birk, Peter, *The Foundations of Unjust Enrichment: Six Centennial Lectures*, Victoria University Press, 2002 .
- Birk, Peter, *Unjust Enrichment*, Clarendon Law Series, 2nd Edition, OUP, 2005
- Burrows, Andrew, Alan Rodger, *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006.
- Burrow, Andrew, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2012.
- Conaglen, Matthew, *Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*, Hart, Oxford, 2010.
- Criddle, Evan J. Paul B. Miller, and Robert H. Sitkoff, *The Oxford Handbook of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2019.
- Finn, Paul, *Fiduciary Obligations*, Oxford University Press, 1977.
- Frankel, Tamar, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2010.
- Gardner, Simon, “An Introduction to the Law of the Trusts” 3rd ed., OUP, 2011.
- Grantham, Ross and Charles Rickett, *Enrichment and Restitution in New Zealand*, Hart Publishing, 2000.
- Hondius, Ewoud & André Janssen, *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015.
- Laycock, Douglas, *Modern American Remedies*, 4th ed., Aspen Publisher, 2010.
- McGee, John, *Snell’s Equity*, 13th Edition, Sweet & Maxwell, 2000.
- Meagher R.P. et al., Meagher, Gummow and Lehane’s *Equity: Doctrines and Remedies*, Lexisnexis Australia, 2002.
- Robertson, Andrew & Hang Wu Tang, *The Goals of Private Law*, Hart Publishing, 2009.
- Virgo, Graham, *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford University Press, 2015.
- Worthington, Sarah, *Equity*, Clarendon Series, 2nd Edition, OUP 2006.

2. 논문

- Burrows, Andrew, “At the Expense of the Claimant: A Fresh Look”, RLR 167 (2017).
- Bray, Samuel, *Fiduciary Remedies*, Oxford Handbook of Fiduciary Law (E. Criddle, P. Miller & R. Sitkoff eds., Forthcoming 2018), UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 18-04 (2018).
- Cooter, Robert & Bradley J. Freedman, “The Fiduciary Relationship: Its economic Character and Legal Consequences”, 66 N.Y.U L. REV., 1045 (1991).
- Easterbrook, Frank H & Daniel R. Fischel, “Contract and Fiduciary Duty”, 36 The Journal of Law & Economics 425 (1993).
- Frankel, Tamar, “Fiduciary Law”, California Law Review (1983).

- Gelter, Martin & Genevieve Helleringer, "Corporate Opportunities in the US and in the UK", Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2788205, ECGI Working Paper Series in Law No. 346/2017 (2017).
- Helleringer, Genevieve & Marco Corradi, "Self-dealing, Corporate Opportunities and the Duty of Loyalty - A US, UK, and EU Comparative Perspective", European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 582/2021 (2021).
- Langbein, John H., "The Contractual Basis of the Law of Trusts", 105 Yale L. J. 165 (1995).
- Langbein, John H., "Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?", 114 Yale L. J. 929 (2005).
- Leslie, Melanie B, "In Defence of the No Further Inquiry Rule: A Response to Professor John Langbein", 47 William & Mary L. Rev. 541 (2005).
- Miller, Paul, "A Theory of Fiduciary Liability", 56 McGill Law Journal 235 (2011)
- Miller, Paul, "Justifying Fiduciary Remedies", 63 University of Toronto Law Journal 570 (2013).
- Palmer, Jessica, "The availability of allowances in equity: Rewarding the bad guy", 21 New Zealand Universities Law Review 146 (2004).
- Sealy, Len, "Fiduciary Relationship", 20 The Cambridge Law Journal 69 (1962).
- Sitkoff, Robert, "The Economic Structure of Fiduciary Law", 91 Boston University Law Review 1039 (2011).
- Smith, Gordon, "The Critical Resource Theory", 55 Vanderbilt L. Rev. 1399 (2002).
- Stoljar, Samuel, "The Transformations of Account", 80 Law Quarterly Review 203 (1964).
- Tuch, Andrew, "Investment Banks as Fiduciaries: Implications for Conflicts of Interest", 29 Melbourne Univ. L. Rev. 478 (2005).
- Worthington, Sarah, "Reconsidering Disgorgement for wrongs", 62 The Modern Law Review 218 (1999).

3. 기타 보고서 및 인터넷 자료 [마지막 검색일: 2024.3.01.]

- Restatement of the Restitution and Unjust Enrichment, American Law Institute Publisher, 2011.Law Commission Co. No. 124, Fiduciary Duties and Regulatory Rules, 1992.

III. 독문문헌

- Helms, Tobias, "Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem", Mohr Siebeck, 2007.
- Wagner, Gerhard, "Verhandlungen des 66 Deutschen Juristentages Stuttgart 2006 Band I: Gutachten/Teil A: Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht- Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden", Beck München, 2006.

Abstract

Disgorgement of Profits and Unjust Enrichment in Trust Law

–Reconfiguring Director's Duty of Loyalty's Remedies –

Jeemin Song

Article 43(1) of the Korean Trust Act, enacted in 2012, states: "Where a trustee has violated his duties incurring any loss to the trust property, the settlor, beneficiary, or other trustees where a number of trustees exist, may request the relevant trustee to restore, reinstate the trust property: Provided, that where it is impossible or substantially impracticable to reinstate the trust property, or excessive expenses are incurred in such reinstatement, or where any special ground exists making reinstatement inappropriate, a claim for damages may be raised." Furthermore, article 43(3) of the Korean Trust Act states that "where a trustee is in breach of a duty of loyalty stipulated in Articles 33 through 37, he should disgorge all the profits acquired by himself or a third party to the trust property, even if no loss has incurred to the trust property."

The disgorgement remedy set out in Article 43(3) provides exceptional relief, preventing the trustee from realizing any gains resulting from a breach of the trustee's fiduciary duty. Yet, this powerful gain-based remedy has not been applied by courts in South Korea. Thus, it is difficult to understand a clear rule for determining disgorgement of profits case.

Before the enactment of article 43(3), there have been debates by legal scholars whether any legal basis already existed for disgorgement of profits in South Korea. "Unjust enrichment" and "management of another's affairs(negotiorum gestio)" were traditional remedies available to an injured party, however the legal basis for disgorgement of profits was tenuous. Thus, the legislature found it necessary to specially enact Article 43(3) to be able to impose this remedy. However, no case law has been developed so far and Article 43(3) is often overlooked due to its obscurity.

First, this paper will briefly examine the restitution by subtraction and restitution for wrongs. Then, this paper take closer look at one of the latter, the basic principles of disgorgement of profits in a breach of trustee's fiduciary duty in Anglo-American jurisprudence. In Anglo-American jurisprudence, the purpose of disgorgement of profits is to strip profits if they are gained in a breach of fiduciary duty owed by the trustee to its beneficiaries. The fiduciary duty of the trustee requires the fiduciary to exercise the highest duty of trust and confidence

between the fiduciary and its beneficiaries. The fiduciary must exercise its powers and discretion carefully given the vulnerable and dependent nature of any beneficiary's relationship to its trustee. Given the special status of this relationship, a trustee owes the highest fiduciary duty to the beneficiary, which includes the 'no-conflict rule' and the 'no-profit rule'. The vitally important duty of loyalty is not self-enforcing, and when a breach occurs, the remedy should be in conformity with the duty. The rationale for disgorgement of profits is to deter a breach of the duty of loyalty. Deterrence and prophylaxis are the strongest rationale for disgorgement of profits. The quantification of illegally gained profits must reflect the nuances of the fiduciary relationship and the manner in which the duty was breached; the uneasy interplay between causation, remoteness and allowances must be considered. In ordering a disgorgement of profits, a court should factor in the fiduciary's skill and effort in determining the amount of the profits that should be disgorged. Disgorgement of profits is a harsh remedy, and its effectiveness as a deterrent depends on its proportionality to the wrongs.

Finally, this paper examines whether it is plausible to apply the disgorgement of profits remedy to a corporation's board of directors. In Anglo-American jurisprudence, a director of a corporation is categorically treated as a status-based fiduciary who owes a fiduciary duty to the corporation. If unauthorized profits are made by a director in breach of his fiduciary duty to the corporation, the director should be required to disgorge the profits just as a disloyal trustee is required to disgorge profits under the Trust Act in South Korea.

Under the Korean Commercial Code, remedies exist that are functionally similar to the disgorgement of profits, yet these remedies are fragmented. For instance, directors are prohibited from engaging in a transaction which competes with their corporation's interests without the consent of the board of directors. If a director violates his duty not to compete in the absence of the board's consent, the director may be held liable for monetary damages sustained by the corporation. Additionally, intervention rights are granted to a corporation under the Korean Commercial Code. The corporation may intervene and substitute itself for the director in the third-party transaction. Furthermore, a director may not usurp certain business opportunities available to the corporation without approval by the board of directors. If a director usurps the corporation's business opportunity in contravention of his fiduciary duty, then the director may be held liable for damages based upon a presumption that the ill-gotten gains made by the director are the damages suffered by the corporation. Both intervention rights and the presumption that illegal profits are the corporation's damages are modified forms of the remedy of disgorgement of profits. However, a breach of a general duty of loyalty under the Korean Commercial Code does not stipulate these gain-based remedies. The directors of a corporation are in charge of managing

the company's business and thus, their role is similar to that of a trustee. Thus, this paper argues that the remedy of disgorgement of profits should be adopted for breach of a duty of loyalty by a director under the Korean Commercial Code.

Keywords : Disgorgement of Profits, Restitution by Subtraction, Restitution for Wrongs, Unjust Enrichment, Account of Profits, Fiduciary Duty, A Duty of Loyalty, No-Conflict Rule, No-Profit Rule.

신탁을 둘러싼 분양계약의 해소와 부당이득반환 문제에 관한 고찰

장 명

I. 건축물의 분양과 신탁에 따른 개발방식

1. 분양사업의 유형

분양사업에는 시행사, 시공사, 신탁회사, 수분양자 등 다양한 법적 주체들이 관여되어 있고, 분양사업의 시기, 주체, 목적물, 분양방식 등에 따라 다양한 유형으로 구별되기도 한다. 분양사업의 대표적인 유형으로는, ① 분양의 시기에 따라 선분양과 후분양, ② 그 주체가 공적인지 사적인지에 따라 공공 분양과 민간 분양, ③ 분양조건이나 절차 등 관계 법령의 제한이 존재하는지 여부에 따라 공적 분양과 사적 분양, ④ 분양대상자의 특성에 따라 일반분양, 특별분양, 단체분양, ⑤ 목적물의 종류에 따라 주택분양, 상업용 건물분양 등이 존재한다.¹⁴⁰⁾ 이처럼 분양사업은 관련된 이해관계인이 많고, 그 유형 역시 다양하기 때문에 분양사업에 관한 법적 분쟁 역시 복잡한 형태로 전개되는 경우가 많다. 그중에서도 최근 실무적으로 논의가 활발하고 관련 분쟁 역시 빈번하게 발생하는 사안으로는 선분양계약 및 그 해소를 둘러싼 법적 분쟁을 들 수 있다.

2. 선분양 방식의 의의와 법적 성질

선분양이란 시행사가 건축물의 완공 내지 사용승인 이전에 수분양자와의 사이에 분양계약을 체결함으로써 향후 완공될 건축물을 수분양자에게 분양하고, 시행사는 수분양자가 분양계약에 따라 납입한 분양대금을 통하여 건축물의 분양사업에 필요한 자금을 조달하는 방식의 분양제도를 의미한다.¹⁴¹⁾ 최근 후분양을 활성화하기 위한 여러 가지 시도와 실제로 후분양을 하는 사례가 점차 증가하고 있지만, 여전히 건축물 분양사업의 대부분은 선분양으로 이루어지고 있다. 이처럼 선분양이 선호되는 이유는

140) 강병기·김용민·이국철·이창석, 『부동산 분양대행업』, 형설출판사, 2005, 66-70면.

141) 주택과 관련된 선분양은 주택공급에 관한 규칙 제15조에서 그 법적 근거를 확인할 수 있다.

건축물을 분양하는 시행사가 자력이 부족하여 사업자금이 충분하지 않은 경우가 많아 분양대금을 통하여 사업자금을 조달하고자 하는 유인이 크기 때문이다. 수분양자의 입장에서 건축물을 분양받음에 있어 공정의 단계에 따라 부분적으로 자금을 납부할 수가 있어 일시적으로 거액의 자금을 마련하여야 한다는 부담에서 벗어날 수 있고, 통상적으로 선분양 방식이 후분양 방식에 비해 분양가가 저렴하다는 점 또한 선분양 방식이 활발한 이유 중 하나로 평가할 수 있다.

선분양 방식을 통하여 체결되는 분양계약의 법적 성질과 관련하여, ① 신축 중인 건물에 대한 분양계약의 당사자들은 건축물의 건축 보다 구분소유권의 이전에 중점을 두고 있다는 이유에서 매매계약이라는 견해,¹⁴²⁾ ② 선분양의 경우 분양자가 미리 분양대금을 지급받아서 건축자금에 충당하는 이상 도급계약의 성격이 강하다는 견해,¹⁴³⁾ ③ 단순히 매매나 도급과 같은 전형계약이 아니라 매매와 도급의 성격을 모두 지니고 있는 혼합계약이라는 견해,¹⁴⁴⁾ ④ 매매와 도급 이외에도 상권개발 등과 관련된 위임의 요소도 더해진 혼합계약이라는 견해¹⁴⁵⁾, ⑤ 매매계약의 일종이거나 적어도 매매의 성격이 강한 비전형계약이라는 견해¹⁴⁶⁾ 등이 주장되고 있다. 분양사업에 관여된 당사자와 분양사업의 유형에 따라 체결되는 분양계약의 내용이 다양하다는 측면에서 볼 때, 이러한 분양계약 모두를 일관하여 하나의 법적 성질로 재단하는 것은 쉽지 않은 일이다. 다만 분양계약이 체결되는 목적과 당사자의 의사를 감안하면, 분양계약에 있어 가장 중요한 핵심은 분양사업자가 건축하는 건축물의 전부 또는 일부를 다수의 수분양자에게 매도하여 그 소유권을 이전하는데 있다고 할 수 있으므로, 분양계약을 둘러싼 법적 성질에 관한 논의는 매매계약을 중심으로 이루어지는 것이 타당하다는 점은 분명하다.¹⁴⁷⁾

3. 시행사의 자금조달과 부동산 개발사업에서 신탁의 유형

142) 안정호, “아파트 분양광고 보다 공유대지면적이 감소된 경우의 법률관계”, 『민사판례연구[XXI]』, 박영사, 1999, 235면; 김대정, “아파트 분양계약의 사법상의 법률관계”, 한독법학 제13호, 한독법률학회, 2002, 534면; 이정민, “집합건물의 분양과 하자담보책임-집합건물법 제9조와 관련한 몇 가지 법적 쟁점에 관하여”, 사법논집 제38집, 2004, 479, 487면.

143) 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 제44권 제12호, 법조협회, 1995, 65면.

144) 윤재윤, “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상 쟁점”, 저스티스 제73호, 한국법학원, 2003, 54면.

145) 이준형, “집합건물법 제9조에 따른 구분소유자의 하자담보추급권”, 『민사판례연구[XXVIII]』, 박영사, 2006, 36-37면.

146) 장보은, “계약의 해소와 부당이득반환의 문제: 선분양계약에서의 신탁관계를 중심으로 -대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결-”, 저스티스 제171호, 한국법학원, 2019, 291면.

147) 건축물의 분양에 관한 법률(이하 ‘건축물 분양법’이라 한다) 제2조 제2호 역시 분양이라 함은 “분양사업자가 건축하는 건축물의 전부 또는 일부를 2인 이상에게 판매하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있다.

가. 시행사의 자금조달 방안

선분양을 통한 분양사업을 진행하더라도 부동산개발의 사업주체인 시행사는 사업의 초기진행을 위해서는 대규모의 자금조달이 필요하고, 이를 위하여 대출금융기관으로부터 대출을 받아 사업대상 토지를 매수한 다음 이를 담보로 제공하게 된다.¹⁴⁸⁾ 이때 담보를 제공하는 대표적인 방법으로는 (근)저당권을 설정하는 방식과 신탁을 설정하는 방식이 있는데, 최근 일정 규모 이상의 부동산개발사업에서는 (근)저당권을 설정하는 방식에 비하여 신탁을 설정하는 방식이 더 활발하게 이용되고 있다.

(근)저당권설정 방식 대신 신탁설정 방식을 활용하는 경우, ① 사업대상 토지의 대내외적인 소유권이 신탁회사에 완전하게 이전되어 시행사의 채권자가 신탁재산에 대하여 보전처분 및 강제집행 등을 할 수 없는 점(신탁법 제22조), ② 시행사에 의한 제한물권이나 임차권의 설정도 배제할 수 있는 점, ③ 시행사의 도산위험으로부터 신탁재산이 절연되는 효과(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제250조 제2항 제2호)와 더불어 신탁회사의 도산위험으로부터도 신탁재산이 절연되는 효과를 누릴 수 있는 점(신탁법 제24조), ④ 신탁회사의 공매절차를 통해 신탁재산을 처분하고 환가하게 되기 때문에 법원의 경매절차와 비교하여 채권회수에 걸리는 시간과 비용이 절감되는 점 등 다양한 장점이 존재하기 때문이다.¹⁴⁹⁾

나. 부동산 개발사업에서 신탁의 유형

신탁방식에 의한 부동산개발 사업의 유형은 크게 신탁회사가 사업주체 및 분양자가 되는 토지신탁(개발신탁) 방식과, 시행사가 사업주체 및 분양자가 되는 담보신탁 및 자금관리 대리사무 방식으로 구분되는데, 토지신탁 방식은 주택법에 따른 부동산 개발 사업에서 선분양을 하는 경우 주로 활용되고, 담보신탁 및 자금관리 대리사무 방식은 주택법에 따른 부동산 개발사업에서 후분양을 하는 경우와 건축법에 의한 부동산개발 사업의 경우 주로 활용된다.¹⁵⁰⁾

이와 관련하여 2003년 굿모닝 시티 사기분양 사건을 계기로 제정된 건축물 분양법¹⁵¹⁾은 분양관리신탁 방식에 의한 부동산 개발사업을 규정하고 있는데, 건축법이 적

148) 남궁주현, “수분양자의 신탁회사에 대한 분양대금반환청구에 관한 소고 -하급심판결에서의 논의를 중심으로-”, 기업법연구 제34권 제3호, 한국기업법학회, 2020, 212면.

149) 서희경, “시행사와 수분양자 간의 분양계약이 해제된 경우 시행사와 담보신탁 및 자금관리대리약정을 체결한 신탁회사의 분양대금반환책임”, 재판과 판례 제26집, 대구판례연구회, 2017, 201면.

150) 오상민, “담보신탁 및 대리사무에서 신탁회사의 분양대금반환책임”, 판례연구 제29집 제2호, 서울지방법원사회, 2016, 10-11면.

151) 2003년 발생한 동대문 굿모닝시티 분양 사건은 3천명 이상의 수분양자에게 3,000억 원 이상의 피해를 입힌 대규모 분양사기사건으로 이 사건을 직접적인 계기로 건축물의 선분양과 관련된 문제점

용되는 건축물 중 일정한 요건에 해당하는 건축물을 선분양하는 경우 건축물 분양법에 따른 요건을 반드시 준수하여야 하는 제한이 부과된다. 건축물 분양법의 제정에 따라 담보신탁 및 자금관리 대리사무 방식이 적용되는 사업장은 건축물 분양법이 제정되어 시행된 2005. 4. 23. 이전에 건축법이 적용되는 사업장과 건축물 분양법 시행 이후에는 위 법률이 적용되지 않는 사업장과 건축물 분양법의 적용대상이지만 사용승인이 완료될 때까지 미분양이 되어 후분양을 하는 사업장에 한정된다. 건축물 분양법이 수분양자를 보호하기 위해 어떠한 규정을 두고 있는지에 관하여는 후술하기로 한다.

한편, 건축물 분양법의 적용 여부를 불문하고 신탁과 결합되어 선분양 방식으로 분양사업이 진행되는 경우, 수분양자가 시행사와 체결한 분양계약에 따라 신탁회사에게 분양대금의 전부 또는 일부를 지급하였으나, 중도에 취소·해제¹⁵²⁾ 등의 사유로 분양계약이 해소된 경우 수분양자는 누구를 상대로 지급한 분양대금 상당액의 반환을 구할 수 있는지가 문제된다.

수분양자의 입장에서는 분양대금의 지급처가 신탁회사일 뿐만 아니라 자력이 부족한 시행사 대신 자력이 풍부한 신탁회사를 반환청구의 상대방으로 삼아야 대금반환의 가능성이 크기 때문에 신탁회사를 상대방으로 삼고자 하는 유인이 강할 수밖에 없다.

반면, 신탁회사의 입장에서는 수분양자가 분양계약을 체결한 상대방은 신탁회사가 아니라 시행사이고, 자신이 직접 계약의 당사자도 아닌 분양계약이 중도에 취소·해제되었다는 이유로 신탁회사가 분양대금 상당액을 반환할 의무를 부담하게 되면, 분양

을 보완하여야 한다는 인식이 제고되었다. 2003. 9. 23. 개최된 상가 등 대형건축물 분양제도 개선 방안에 관한 공청회에서는 건축물의 분양과정에서 발생할 수 있는 피해유형으로, ① 건축법 등 관련 법령에서 부지 매입을 하지 않고 건축물을 분양하더라도 특별한 제한 규정이 없어 건축규모가 확정되지 않은 상태에서 선분양함으로써 발생하는 피해, ② 상가 등의 분양과 관련하여 특별한 제한 규정이 없다는 점을 이용하여 건축허가 전후로 선분양한 뒤 착공을 지연시키는 경우와 같이 시행사의 재정능력 부족이나 도덕적 해이로 발생 피해, ③ 건축규모 등이 미확정된 상태에서 건축심의신청과 동시에 또는 심의단계에서 분양을 진행하고 분양계약금으로 부지를 매입한 후 건축허가를 받아 중도금으로 건축물을 신축하는 과정에서 과장, 허위 광고 등 부당한 분양광고로 발생하는 피해, ④ 건축공사 착공 후 사업관계자의 이해관계 등에 따라 공사가 중단됨으로 인해 발생하는 피해 등이 제시되었다. 당시 이러한 피해를 방지하기 위한 방안으로 ① 분양질서 관련법령을 정비하는 방법으로 건축법에 제9조의3을 신설하여 상가 등의 분양신고제를 도입하는 방안, ② 상가건물임대차보호법을 전면 개정하는 방안, ③ 상가 등 건축물의 분양에 관한 법률을 제정하는 방안 등이 논의되었고, 이 중에서 별도의 법률을 제정하는 3안이 채택되었다. 이에 따라 2004. 10. 22. 건축물 분양법이 제정되어 2005. 4. 23.부터 시행되고 있다. 이에 대한 보다 상세한 내용은 국토연구원, 『상가 등 대형건축물 분양제도 개선방안에 관한 공청회』, 2003, 5-8, 32-34면 참조.

152) 계약해제의 효과로서 발생하는 원상회복의무의 법적성질과 관련하여 이견이 전혀 없는 것은 아니지만, 판례(대법원 1995. 3. 24. 선고 94다47728 판결, 대법원 1997. 12. 9. 선고 96다47586 판결, 대법원 2003. 7. 22. 선고 2001다76298 판결 등)는 이를 부당이득반환의 일종으로 파악하고 있고, 본고에서는 논의의 편의상 원상회복의무의 법적성질을 부당이득반환이라는 전제하에 서술하기로 한다. 나아가 원상회복의무의 법적성질을 부당이득으로 파악하더라도 반환의 범위 등 민법상 부당이득과 일부 차이가 존재하는 점이 있으나, 본고에서는 논의에 필요한 범위에서만 해제와 관련된 별도의 서술을 하고, 기본적으로는 취소·해제 모두 계약이 해소되어 부당이득반환이 문제가 되는 주요한 원인이라는 측면에 주목하여 서술한다.

사업의 진행 과정에서 당초 예정된 공사비 지출에 지장이 발생하고, 그로 인하여 또 다른 법적 분쟁이 야기될 가능성이 높아지는바, 위와 같은 리스크를 감수해가면서 신탁을 통하여 분양사업을 진행할 동기가 약화될 수밖에 없다.

아래에서는 건축물 분양법이 적용되지 않는 경우와 건축물 분양법이 적용되는 경우를 구분하여 양자의 법적 규율을 둘러싼 내용을 검토한 후, 수분양자가 신탁회사에게 분양대금의 전부 또는 일부를 지급한 후 분양계약이 중도에 취소되거나 해제된 경우 건축물 분양법의 적용 여부에 따라 분양대금반환청구의 상대방이 달라질 가능성이 있는지, 즉 신탁회사를 분양대금반환청구의 상대방으로 포섭할 수 있는지 여부를 살펴본다. 나아가 신탁회사에 대한 직접 청구가 부정되는 경우 수분양자가 시행사에 대한 분양대금 반환채권을 피보전채권으로 하여 채권자대위권을 행사할 수 있는 가능성은 없는지, 만약 가능하다면 이를 위해 필요한 요건에는 어떠한 것이 있는지를 고찰한다.

II. 부동산 담보신탁과 자금관리 대리사무계약(건축물 분양법이 적용되지 않는 경우)

1. 부동산 담보신탁

건축물 분양법이 적용되지 않는 사업장에서 분양사업의 시행사가 분양사업에 필요한 자금을 조달하기 위하여 대출금융기관으로부터 대출을 받는 경우 통상 담보신탁과 자금관리 대리사무계약이 체결된다. 담보신탁은 통상 “위탁자가 금전채권을 담보하기 위하여 그 금전채권자를 우선수익자로, 위탁자를 수익자로 하여 위탁자 소유의 부동산을 신탁법에 따라 수탁자에게 이전하면서 채무불이행 시에는 신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권 변제 등에 충당하고 나머지를 위탁자에게 반환하기로 하는 내용”의 신탁을 의미한다.¹⁵³⁾

우선수익자 내지 우선수익권은 신탁법에서 명시적으로 규정하고 있는 법률용어는 아니다. 다만 실무상으로 담보신탁과 관련된 사안에서 우선수익자를 지정하고 우선수익자에게 우선수익권을 부여하는 경우가 적지 않은데, 우선수익권이라 함은 담보신탁에 있어 우선수익자로 지정된 채권자가 채무자의 채무불이행 시에 신탁재산을 처분한

153) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다20732 판결 등; 다만, 담보신탁의 정의와 관련해서는 다양한 견해가 존재하고, 위 판시내용만으로 담보신탁의 모든 유형을 포섭할 수는 없지만 본문에서는 대법원의 입장을 기본으로 하여 살펴보기로 한다. 이에 관한 자세한 내용은, 이정선, “담보신탁의 특징과 법적 쟁점에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2017, 18-22면; 임채웅, “담보신탁의 연구”, 『신탁법연구』, 박영사, 2009, 126-128면 등 참조.

대금에서 자신의 채권을 위탁자인 채무자나 그 밖의 다른 채권자들에 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리를 지칭한다.¹⁵⁴⁾ 대법원은 우선수익권과 관련하여 우선수익권은 수익급부의 순위가 다른 수익자에 앞선다는 점을 제외하면 그 법적 성질은 일반적인 수익권과 다르지 않고, 채권자는 담보신탁을 통하여 담보물권을 얻는 것이 아니라 신탁이라는 법적 형식을 통하여 도산 절연 및 담보적 기능이라는 경제적 효과를 달성하게 되는 것일 뿐이므로, 그 우선수익권은 우선 변제적 효과를 채권자에게 귀속시킬 수 있는 신탁계약상 권리로 파악하고 있다.¹⁵⁵⁾

실무상 분양사업에 있어 시행사의 자력이 충분하지 않은 경우 시행사에게 자금을 대여하는 대출금융기관은 시행사의 고유재산과 독립한 신탁재산에 우선수익권을 확보함으로써 향후 발생할지 모르는 시행사의 자력부족 내지 도산 등의 위험에 대비하게 된다. 즉 Ⅲ.에서 살펴볼 분양관리신탁이 수분양자에 대한 보호를 주목적으로 하고 있는 것과 달리 담보신탁은 대출금융기관의 채권회수에 그 주된 목적이 있다.¹⁵⁶⁾ 담보신탁계약에 따라 시행사의 채무불이행이 발생하면 우선수익자는 수익권의 행사로서 수탁자에 대해 신탁재산의 처분을 요청하고, 그 환가대금으로부터 신탁상 정함에 따라 수익급부를 받음으로써 채권의 만족을 얻게 되는 반면, 시행사가 대출금융기관에게 원리금을 모두 변제하는 경우에는 신탁은 종료하고, 잔여재산은 신탁상 정함에 따라 수익자 또는 귀속권리자에게 귀속된다(신탁법 제101조 제1항).¹⁵⁷⁾

2. 자금관리 대리사무계약

시행사가 공동주택 등의 분양사업을 진행하는 과정에서 분양수입금, 대출금 등을 신탁회사로 하여금 관리하도록 하는 내용의 계약을 실무상 자금관리 대리사무계약이라 칭한다.¹⁵⁸⁾ 수분양자가 제공하는 분양대금은 대출금융기관이나 시공사 등의 채권 실현 및 분양사업을 위한 중요한 재원이므로, 분양사업과 관련된 채권자들은 시행사가 아닌 제3자로 하여금 이를 보유, 관리, 집행하도록 할 필요가 있다. 이처럼 분양대금의 엄격한 관리와 집행을 위하여 시행사와 신탁회사는 자금관리 대리사무계약을 체결한다.

자금관리 대리사무 계약의 법적 성질 또한 시행사와 신탁회사 사이에 체결되는 계

154) 대법원 2017. 6. 22. 선고 2014다225809 전원합의체 판결.

155) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2016다223357 판결.

156) 이계정, “분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계와 수분양자 보호방안”, 한국신탁학회 학술대회자료집, 2021, 48면.

157) 최수정, “분양계약의 해제에 따른 분양대금의 반환 -대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결을 계기로-”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019, 54면.

158) 서희경, 앞의 논문, 212면.

약의 목적이나 내용에 따라 여러 가지의 성질을 겸유할 수 있지만, 신탁회사가 분양대금이나 공사비 등 자금을 관리하고, 적절하게 집행을 하는 것이 자금관리 대리사무계약의 가장 본질적 특징이라는 점을 고려하면, 원칙적으로 위임계약이 그 중심을 이룬다고 볼 수 있다. 아울러 자금관리 대리사무계약의 내용 중에는 통상 수임인인 신탁회사가 행한 모든 행위의 법률효과는 위임인인 시행사에게 귀속된다는 내용이 포함되는 경우가 많은데, 이는 자금의 관리와 집행에 있어 시행사가 신탁회사에게 대리권을 부여하는 취지로 볼 수 있다.

시행사는 분양사업의 주체로서 분양대금이나 공사대금 등 비용의 집행이 필요한 경우 대출금융기관과 시공사의 동의를 얻어 신탁회사에게 자금집행을 요청하고, 신탁회사는 해당 청구가 요건을 충족하고 있는지 검토한 후 분양수입금 등 관리계좌 잔액의 범위 내에서 시행사가 지급을 요청한 금원 상당액을 시공사 등에게 지급한다. 이 경우 시공사 등이 신탁회사에게 공사비 등을 직접 청구할 수 있는 권리가 있는지 여부가 문제될 수 있다. 즉 시행사와 신탁회사 사이에 체결된 신탁계약 및 자금관리 대리사무계약에서 ‘건설비 등을 신탁회사가 당사자에게 직접 지급하는 것을 원칙으로 한다’는 취지의 약정이 제3자를 위한 계약인지 여부가 문제인 것이다.

그러나 시행사와 신탁회사가 위와 같은 내용의 약정을 체결하였다고 하더라도, 이는 신탁회사가 자신의 명의로 예금계좌를 개설하여 그 계좌로 분양대금을 받아 자금관리를 하기로 하였기 때문이고, 특별한 사정이 없는 한 도급계약의 당사자도 아닌 신탁회사가 시행사의 시공사 등에 대한 공사대금 지급채무를 인수할 이유가 있다고 볼 수 없으므로 위와 같은 약정만으로는 시공사 등이 시행사에 대하여 직접 공사비 등을 청구할 권리가 있다고는 보기 어렵다.¹⁵⁹⁾

3. 담보신탁계약과 자금관리 대리사무계약의 관계

실무상 분양사업을 수행하는 시행사는 하나의 신탁회사와 담보신탁과 자금관리 대리사무계약을 체결하는 것이 일반적이다. 다만 이는 시행사와 신탁회사의 관계, 자금관리의 시의성과 편의성을 도모하기 위한 차원이고, 담보신탁계약과 자금관리 대리사무계약이 서로 다른 신탁회사와의 사이에서 체결된다고 하더라도 법적으로 전혀 문제될 것이 없다.

또한 앞서 언급한 것처럼 담보신탁계약은 시행사의 대출금융기관 등 우선수익자에 대한 채무의 이행을 보장하기 위하여 신탁회사가 신탁에 제공된 부동산을 보전·관리하고, 그 과정에서 시행사가 채무를 이행하지 않는 경우 신탁회사가 그 처분주체로서

159) 대법원 2006. 9. 14. 선고 2004다18804 판결.

신탁부동산을 처분하여 우선수익자의 채권회수를 주된 목적으로 하는 반면, 대리사무계약은 시행사가 그 분양주체로서 신탁재산을 분양하는 것을 전제로, 시행사가 대출금융기관으로부터 대출받은 금원이나 분양수입금 등을 신탁회사가 관리하는 것을 주된 목적으로 한다.¹⁶⁰⁾

즉 담보신탁계약은 시행사의 채무불이행 등으로 인해 부동산 개발사업이 정상적으로 진행되지 않을 경우에 대비하여 채권담보의 목적으로 대출금융기관이 우선수익권을 취득하는 구조라면, 대리사무계약은 시행사가 당초 예정된 부동산 개발사업이 정상적으로 진행되는 과정에서 사업자금의 수납과 지출이 제3자에 의하여 적정하고 투명하게 이루어질 수 있도록 대출원금과 분양대금 등 분양사업과 관련한 수입금을 신탁회사 명의의 자금관리계좌에서 보유하고 관리하는 구조라는 점에서 담보신탁계약과 자금관리 대리사무계약은 어디까지나 그 규율의 목적과 내용이 상이한 별개의 계약이다.¹⁶¹⁾ 따라서 동일한 신탁회사와의 사이에서 담보신탁 및 자금관리 대리사무계약이 체결된 경우에도 자금관리 대리사무계약에 따른 자금관리계좌 및 그 자금은 신탁재산과는 구분되는 별개의 목적재산이다.

한편, 담보신탁계약의 경우 채무자의 채무불이행과 같은 신탁부동산의 처분사유가 발생하기 이전에는 신탁부동산이 담보의 목적물로 잔존하고 있어야 하는 반면, 자금관리 대리사무계약은 시행사가 분양을 하는 것을 전제로 그 대금을 제3자에게 관리하도록 한다는 점에서 양 계약은 상호 충돌하고, 그 결과 양 계약이 동시에 체결되면 그중 하나는 효력을 상실할 수밖에 없다는 견해도 존재하지만,¹⁶²⁾ 양 계약은 분양사업의 구조 내에서 분양사업의 원만한 진행과 채권의 우선적 확보라는 목적과 기능에 따라 유기적으로 연결되어 있는 것이므로, 위와 같은 사정만으로 양 계약이 모순되어 어느 하나의 계약의 효력이 반드시 상실되어야 한다고 볼 수는 없다.¹⁶³⁾

4. 분양계약이 취소·해제 등으로 해소된 경우 분양대금반환의 문제

가. 분양계약의 해소

앞서 살펴본 바와 같이 건축물을 대상으로 한 분양계약의 당사자는 분양자인 시행사와 수분양자이고, 자금관리 대리사무계약의 당사자는 시행사와 신탁회사이다. 다만 이 경우 통상 분양계약과 자금관리 대리사무계약에 따라 수분양자는 신탁회사가 관리

160) 서희경, 앞의 논문, 214-215면.

161) 오상민, 앞의 논문, 12면.

162) 유현송, “담보신탁계약과 대리사무계약의 상호관계”, 인권과 정의 제438호, 대한변호사협회, 2013, 119면.

163) 최수정, 앞의 논문(주 18), 56면.

하는 자금관리계좌에 분양대금을 직접 입금한다. 신탁회사가 수분양자로부터 분양대금을 직접 지급받게 되는 근거는 시행사와 신탁회사 사이에 체결된 자금관리 대리사무계약의 구체적인 내용에 따라 달라지게 된다. 후술하는 바와 같이 건축물 분양법의 경우 원칙적으로 시행사로 하여금 분양수입금 채권을 신탁회사에 양도하도록 강제하고 있으나, 건축물 분양법의 적용대상이 아닌 사업장에서는 반드시 채권양도가 이루어져야 하는 것은 아니고, 시행사로부터 자금의 수납을 위임을 받는 형태로도 충분히 분양대금을 납부받을 수 있다. 건축물 분양법의 적용 여부에 따른 비교가 선명하게 이루어질 수 있도록 본고에서는 신탁회사가 시행사로부터 단순히 자금수납의 위임만을 받은 경우를 상정하기로 한다. 이처럼 수분양자가 신탁회사 명의의 계좌로 분양대금을 입금하더라도 여전히 분양계약의 당사자는 분양자인 시행사와 수분양자로 유지되고, 다만 위와 같은 한 번의 입금으로 수분양자와 시행사 사이의 분양계약 및 시행사와 신탁회사 사이의 자금관리 대리사무계약에 의한 변제의 효과가 한꺼번에 이루어진다.¹⁶⁴⁾

위와 같은 법률관계는 분양사업이 정상적으로 진행되어 수분양자가 당초 예정된 분양목적물의 소유권을 취득한다면 아무런 문제가 없다. 그러나 수분양자가 분양계약에 따라 신탁회사의 자금관리계좌에 분양대금의 전부 또는 일부를 지급하였으나, 분양계약이 중도에 취소·해제 등을 원인으로 해소되는 경우 수분양자가 분양대금을 지급한 신탁회사를 상대로 분양대금 상당액의 반환청구를 할 수 있는지 여부가 중요한 쟁점으로 부상하게 된다.¹⁶⁵⁾

나. 삼각관계에서의 부당이득의 논의

1) 삼각관계에서의 부당이득(지시관계)의 의의

위 문제에 관한 고찰을 위해서는 삼각관계에서의 부당이득에 관한 논의를 검토할 필요가 있다. 삼각관계에서의 부당이득은 계약에 따른 급부가 계약상대방이 아닌 제3자에게 이루어지는 경우 지시에 흠결이 있거나, 보상관계 내지 대가관계의 흠결을 원인으로 발생하는 부당이득을 통칭하고,¹⁶⁶⁾ 위와 같은 문제는 삼각관계에서의 부당이득 법률관계 중 지시관계에 가깝다고 볼 수 있다.¹⁶⁷⁾ 지시관계란 급부수령자인 丙이

164) 최수정, 위의 논문(주 18), 55면.

165) 그 밖에도 분양계약의 해소에서 문제가 되는 법적 쟁점으로는 기망 등 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구, 우선수익권의 침해로 인한 손해배상청구 등이 있으나, 논의의 집중을 위해 본고에서는 위와 같은 논의는 별도로 다루지 않는다.

166) 이계정, “삼각관계에서의 부당이득 법률관계와 질권자의 부당이득반환의무 유무 -대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결-”, 법조 제66권 제1호, 2017, 631면.

지시자인 乙에 대하여 일정한 급부를 청구할 수 있는 권리를 가지고 있고, 지시자인 乙은 피지시자인 甲에 대하여 동일한 종류의 급부를 청구할 수 있는 권리를 가지고 있는 경우, 甲·乙·丙 사이의 결제를 간편하게 하기 위하여 乙이 甲에게 丙에 대하여 일정한 출연을 지시(Anweisung)하고, 이에 따라 甲이 丙에게 급부를 하는 경우를 의미한다.¹⁶⁸⁾ 甲과 乙의 관계를 보상관계, 乙과 丙의 관계를 대가관계라고 칭하기도 한다.

이와 같은 지시관계의 특징은 피지시인의 일회의 재산출연으로 인해 연속된 원인관계가 모두 변제되는 동시이행효와 그 결과 관념상 재산이 지시인을 경유한 것으로 의제되는 재산의 경유적 이동이다.¹⁶⁹⁾ 즉, 甲이 丙에게 급부를 한 경우 甲의 乙에 대한 채무와 乙의 丙에 대한 채무가 동시에 변제되는 효과가 발생하고(동시이행효), 그에 따라 관념적인 재산의 이동은 乙을 경유한 것으로 의제된다는 것이다(재산의 경유적 이동).¹⁷⁰⁾ 수분양자와 시행자 사이의 분양계약이 취소·해제 등을 원인으로 소멸한다는 것은 보상관계에서 흠이 발생하였다는 것을 의미한다. 위와 같은 법률관계를 어떻게 규율하는 것이 바람직한지 고찰하기 위하여 우선 대법원 판례에 상당한 영향을 미친 독일의 논의부터 간단하게 살펴보기로 한다.

2) 독일법상 논의와 DCFR의 규정

법률상 원인의 흠결을 공평의 흠결이라는 통일적인 기준으로 파악하려는 공평설은 직접적 인과관계라는 개념을 통하여 지시관계에서의 부당이득의 해결을 시도하였는데, 위 견해는 부당이득이 성립하기 위해서는 이득과 손실 사이에 직접적 인과관계가 존재할 것을 요구하였다.¹⁷¹⁾ 재산이동이 직접적이었는지 여부를 중시하는 위 견해에 따르면, 甲이 丙에게 직접적으로 금원을 지급한 이상 직접적인 인과관계가 인정되므로, 甲은 丙을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다는 결론에 이르게 되고, 이는 계약의 당사자가 아닌 丙에게 부당이득반환의무를 인정한다는 점에서 위 견해는 강한 비판에 직면하였다.¹⁷²⁾

이러한 문제를 해결하기 위하여 유형론¹⁷³⁾은 급부개념(Leistungsbegriff)을 중심으

167) 삼각관계의 부당이득의 범위에 포섭되는 것은 지시관계 이외에도 제3자를 위한 계약, 채권양도, 제3자에 대한 변제 등이 문제가 될 수 있다.

168) 김형배, 『사무관리·부당이득[채권각론Ⅱ]』, 박영사, 2003, 290면.

169) 박세민, “삼각관계상의 부당이득: 지시사례를 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2007, 45면.

170) 이정정, 앞의 논문(주 27), 632면.

171) 정태윤, “독일에서의 부당이득의 삼각관계에 대한 논의가 우리 민법에도 그대로 타당한가? -채권이 양도되어 이행된 후 보상관계가 해제된 경우를 중심으로-”, 비교사법 제14권 제4호, 한국비교사법학회, 2007, 210-211면.

172) 정태윤, 위의 논문(주 32), 210-211면.

173) 유형론(분리설)은 부당이득에 관한 통일설이 다양한 구체적인 사안을 해결하는데 한계가 있다는 점

로 삼각관계에서의 부당이득을 규율하고자 시도하였다. 원계약의 취소나 해제로 인한 부당이득 반환의 문제는 유형론에 의하면 급부부당이득의 전형적인 사례에 해당한다. 급부란 의식적이고 일정한 목적을 실현하는 타인재산의 증가행위(bewußt und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens)를 의미한다.¹⁷⁴⁾ 여기에서 목적의 설정은 목적적 급부개념의 결정적인 요소로서 출연과 그 출연이 귀속될 채권관계를 연결하는 기능을 수행한다.¹⁷⁵⁾

위 견해에 따르면, 乙의 지시에 따라 甲이 丙에게 출연하는 경우 甲과 丙 사이에서는 재산이 단순히 이동을 하는 것에 불과하고, 甲은 丙에 대하여 자기 고유의 급부목적(eigener Leistungszweck)을 가지고 있지 않기 때문에 甲과 丙 사이에는 아무런 급부관계가 형성되지 않는다. 결과적으로 甲의 丙에 대한 출연으로 급부관계는 甲과 乙, 乙과 丙 사이에 각각 형성되는 이상 지시관계에 흠결이 발생한 경우 부당이득의 청산은 甲과 乙, 乙과 丙 사이의 급부관계를 중심으로 이루어지게 되고, 甲의 丙에 대한 직접 청구(Durchgriff)는 원칙적으로 인정되지 않는다.¹⁷⁶⁾

이처럼 급부관계설은 지시관계에 있어 직접적 인과관계설의 한계를 극복하는데 일조하였으나, 급부관계설 역시 지시관계를 제외한 제3자를 위한 계약이나 채권양도 등의 국면을 적절하게 설명하는데 한계가 있다는 지적이 제기되었다.¹⁷⁷⁾ 우선 ① 제3자를 위한 계약과 관련한 비판은, 낙약자가 수익자에게 이행을 하는 것은 동시에 요약자에 대한 채무이행을 구성하는데, 이 경우 낙약자의 급부는 2개의 급부목적을 가지기 때문에 급부관계설에 의하는 경우 부당이득반환청구의 상대방을 지정하는데 어려움이 있다는 것이고, ② 채권양도와 관련한 비판은, 채권양도가 이루어지면 계약관계와 급부관계에 분열이 발생하는데, 채무자가 양수인에게 변제한 이후 채무자와 양도인 사이의 계약이 무효가 되는 경우, 급부관계설에 따르면 채무자가 누구에 대하여

에 주목하여 부당이득의 유형을 크게 급부부당이득과 침해부당이득으로 구분하여 부당이득법의 체계화를 도모하고자 하는 이론으로 독일과 오스트리아의 지배적 견해이다. 유형론은 F. Schulz가 1909년 “System der Rechte auf den Eingriffserwerbs”, AcP 105, 1909(H. 1)을 통해 발전의 단초를 제공하였다. 이후 W. Wilburg가 “Die Lehre Von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau”, 1934를 통하여 침해부당이득의 독자성을 확립하였고, E. von Caemmerer가 “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, Festschrift für Ernst Rabel, Bd. 1, 1954에서 포괄적인 유형론을 제시하였으며, J. Esser가 Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., 1960에서 수용하면서 1970년대를 거쳐 독일의 통설로 자리잡았다. 독일 유형론의 전개과정에 관한 상세한 논의로는 이동진, “독일·오스트리아·스위스의 부당이득법”, 비교사법 제25권 제1호, 한국비교사법학회, 2018, 255-258면 참조.

174) Münchener Kommentar zum BGB Band 7, 9. Auflage 2024, §812 Herausgabeanspruch Rn. 47(Schwab); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch Band 7, 79. Auflage, 2020, §812 Rn.14(Sprau); BGH 40, 272/77.

175) 최수정, “지명채권양도에 있어서 다수인 사이의 부당이득반환”, 민사법학 제30호, 한국민사법학회, 2005, 316면.

176) 김형배, 앞의 책, 292면.

177) Esser·Weyere, Schuldrecht Band II Besonderer Teil Band2, 8.Auflage, 2000, S.48f.

부당이득 반환청구를 할 수 있는지가 명확하게 설명되지 않는다는 것이다.¹⁷⁸⁾

이러한 맥락에서 카나리스(Canaris)는 이른바 급부개념으로부터의 결별(Abscheid vom Leistungsbegriff)을 선언하였고, 이에 따라 더 이상 급부개념에만 의존하는 것이 아니라, 당사자들이 계약에서 예정하였던 실질적인 이익상황을 고려하여 이를 유지하는 방향으로 문제를 해결하고자 하는 실질적 평가설이 대두되었다.¹⁷⁹⁾ 이 견해에 따르면, 삼각관계에서의 부당이득은, ① 하자 있는 원인관계에 있어 당사자들이 취득하는 대항사유를 상대방 당사자에게 주장할 수 있어야 하고, 제3자가 부당이득관계의 상대방이 됨으로써 그러한 항변사유를 주장할 수 있는 기회를 박탈하여서는 안 되며, ② 원인관계의 각 당사자는 상대방 당사자가 제3자와의 관계에서 취득하는 대항사유로부터 보호되어야 하고(이른바 *exceptio ex iure tertii*의 불허), ③ 무자력위험은 정당하게 분배되어야 하는바, 계약당사자는 스스로 계약의 상대방을 선택하고 계약상대방의 자력을 제3자보다 잘 인식할 수 있었던 이상 계약상대방의 무자력위험을 제3자에게 전가하여서는 안 된다는 관점에서 살펴보아야 한다. 현재 독일에서는 삼각관계에서의 부당이득을 해결하기 위해서는 기본적으로는 목적적 급부개념을 중심으로 판단하되, 실질적 평가기준을 통하여 보완하여야 한다는 견해가 지배적이다.¹⁸⁰⁾ 독일 연방대법원(BGH) 역시 삼각관계에서의 부당이득 문제에 있어 목적적 급부개념을 기본으로 하면서도, 급부목적에 의한 당사자 확정이 불분명한 경우에는 개별 사안의 특수성에 기반하여 해결을 도모하고 있다.¹⁸¹⁾

한편, 카나리스의 실질적 기준설에 상당한 영향을 받았다고 평가받는 DCFR은 부당이득의 유형별 해결보다는 단일한 모델에 입각하고 있다. DCFR은 독일과 같이 별도의 급부개념을 전제로 하지 않고 계약법의 일반원칙에 따라 삼각관계에서의 부당이득의 해결을 도모하고 있는데,¹⁸²⁾ 이를 위하여 DCFR VII.-2: 102에 명문의 규정을 두고 있다. 위 규정은 “제3자에 대한 채무의 이행”이라는 표제 하에 ‘수익자가 이득을 얻은 것이 손실자가 제3자에게 부담하는 채무 또는 부담하는 것으로 여겨지는 채무를 이행한 결과인 경우, 그 이득은 손실자가 임의로 이행한 경우(a)이거나, 이득이 단지 채무이행의 부수적 결과인 경우(b)에 정당화된다.’라고 규정하고 있다. 위 규정의 취

178) 편집대표 곽윤직, 『민법주해[XVII] 채권(10)』, 박영사, 2005, 209-212면(양창수 집필부분); 김형배, 앞의 책, 308-312면.

179) Canaris, “Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S.857.

180) Münchener Kommentar zum BGB Band 7, 9. Auflage 2024, §812 Herausgabeanspruch Rn. 52, 53(Schwab).

181) BGHZ 61, 289 등.

182) 이상훈, 『유럽민사법 공통참조기준안(DCFR) 부당이득편 연구』, 경인문화사, 2017, 139면은, 그 결과 DCFR 해설서의 체계도 삼각관계에서의 부당이득의 전형적인 유형인 지시관계가 아니라 제3자를 위한 계약부터 시작하여 관련 원칙을 밝히고, 이를 채권양도 사안과 지시관계 사안에 확대하는 형태를 취하고 있다고 서술하고 있다.

지는 계약상대방이 아닌 제3자를 상대방으로 원상회복을 인정하게 되면 자신이 선택한 계약상대방의 무자력 위험을 우회할 수 있게 된다는 점에서 계약관계는 계약당사자 사이에 청산이 이루어져야 한다는 원칙을 인정하되, 예외적으로 채무 범위 밖에서 이행된 경우와 채무이행에 임의성이 배제되는 경우에는 직접 청구를 인정한다는 것이다.¹⁸³⁾

위 규정에 따르는 경우 삼각관계에서의 부당이득 중 지시관계의 경우, 丙이 수령한 이득은 甲이 乙의 지시에 따라 乙에 대하여 부담하는 채무를 임의로 이행한 이상 甲과의 관계에서 정당화된다. 실제 채무를 이행한 경우뿐만 아니라 외견상 채무를 이행한 경우까지 손실자가 임의로 이행을 한 이상 그 이익이 정당화되므로, 삼각관계에서 보상관계가 취소되는 등 하자가 존재하는 경우라 하더라도 丙의 이득은 정당화되고 甲은 乙을 상대로만 부당이득반환을 청구할 수 있게 된다.¹⁸⁴⁾

3) 판례의 입장

대법원은 앞서 검토한 독일의 입장을 상당부분 수용하여 삼각관계에서의 부당이득 문제를 판단하고 있다. 구체적으로 살펴보면, 대법원은 “계약의 일방당사자가 상대방의 지시 등으로 상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우(이른바 삼각관계에서의 급부가 이루어진 경우), 그 급부으로써 급부를 한 당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부도 이루어지는 것이므로 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다.”라고 판시하여 급부관계설의 입장에서 계약의 당사자가 아닌 제3자를 상대로 하는 부당이득반환청구를 부정하면서, 나아가 그 근거로서 “계약의 일방당사자가 상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계에 무효 등의 흠이 있다는 이유로 제3자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 수익자인 제3자가 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하기 때문이다.”라고 판시함으로써 실질적 평가기준설이 제시하는 논거의 핵심을 차용하고 있다.¹⁸⁵⁾ 아울러 대법원의 입장은 계약관계의 청산을 계약당사자 사이에서 이루어지도록 규율하고 있는 DCFR의 관점에도 부합한다고 볼 수 있다.

이러한 대법원의 입장에 관하여 우리 민법은 독일과 달리 물건행위의 유인론을 채

183) 이상훈, 위의 책, 139면.

184) 장보은, 앞의 논문, 297-298면.

185) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결 등.

택하고 있다는 점에서 독일의 입장을 그대로 수용할 경우 물건적 청구권의 법리와 충돌한다는 비판이 제기되고 있다.¹⁸⁶⁾ 그러나 ① 독일의 논의가 물건행위의 무인론을 전제로 하여서만 성립하는 것은 아니고, 최소한 금전의 급부를 원인으로 하는 삼각관계에서의 부당이득의 경우에는 금전의 점유자가 곧 소유자라는 법리에 비추어 볼 때, 우리 민법과 충돌할 여지가 크지 않은 점, ② 계약관계의 청산은 계약당사자 사이에서 이루어지는 것이 타당하고 양수인에 대한 반환청구를 긍정하게 되면 양수인의 무자력 위험을 채무자에게 돌리는 결과가 되는데, 이러한 결론은 결과적으로 계약법의 일반원칙에도 반한다고 볼 수 있는 점, ③ 민법 제548조 제1항 본문은 “당사자의 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다.”라고 규정하여 해제로 인한 계약관계의 청산은 계약당사자 사이에 이루어져야 한다는 점을 명시적으로 밝히고 있고, 취소로 인한 계약관계의 청산의 경우에도 이와 달리 해석될 이유가 없는 점 등을 고려할 때, 계약의 해소를 원인으로 채무자가 계약 상대방이 아닌 급부수령자인 제3자를 상대로 하는 부당이득 반환청구를 배척하는 판례의 입장은 타당하다.¹⁸⁷⁾

다. 수분양자의 구제방안

1) 직접청구의 가능성

위와 같은 결론에 따르면, 수분양자가 분양계약에 따라 신탁회사에게 직접 분양대금을 납입한 이후 취소나 해제 등을 원인으로 분양계약이 해소된 경우 수분양자는 계약상대방인 시행사를 상대로 분양대금 상당의 부당이득 반환을 청구하여야 하고, 신탁회사를 상대로는 직접 부당이득 반환을 청구할 수 없다. 신탁회사는 시행사와의 자금관리 대리사무계약을 법률상 원인으로 하여 실질적으로 분양대금을 수령한 것으로 분양대금 수령의 법률상 원인이 없다고 볼 수 없고, 자금관리 대리사무계약이 해지되지 않는 한 적법하게 분양대금을 보유할 권리가 있다.

만약 분양자가 분양계약이 취소나 해제되었다는 이유로 신탁회사를 상대로 직접 분양대금의 반환을 구하는 것을 허용한다면, 이는 수분양자가 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 신탁회사에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라, 신탁회사가 자금관리 대리사무계약에 기해 시행사에 가지

186) 정태운, “다수당사자 사이의 부당이득에 관한 최근의 판례의 검토”, 민사법학 제52호, 한국민사법학회, 2010, 512면.

187) 편집대표 박윤직, 앞의 책, 205면(양창수 집필부분); 김형배, 앞의 책, 317면; 안춘수, 『불법행위·부당이득·사무관리』, 동방문화사, 2018, 388면; 편집대표 김용덕, 『주석 민법 제5판 [채권각칙 5]』, 한국사법행정학회, 2022, 780면(이계정 집필부분).

는 권리를 침해하게 되어 부당하다고 볼 수 있다. 판례의 입장도 마찬가지이다.¹⁸⁸⁾

2) 채권자대위권의 행사 가능성

수분양자의 신탁회사에 대한 직접 청구가 부정된다면, 수분양자가 시행사에 대하여 가지는 부당이득 반환청구권을 피보전채권으로 하여 시행사의 신탁회사에 대한 사업비지출 요청권을 대위행사하는 것은 가능한지 검토할 필요가 있다. 이 경우 채권자대위권의 행사에 있어 보전의 필요성과 피대위권리의 존부가 쟁점이 될 수 있다.

이와 관련된 대표적인 판결은 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결이다. 이 판결은 분양계약을 해제한 수분양자 甲이 분양대금 반환채권을 보전하기 위해 분양자 乙 주식회사를 대위하여 그로부터 분양수입금 등의 자금관리를 위탁받은 수탁자 丙 주식회사를 상대로 사업비 지출 요청권을 행사한 사안이다.

이 사안에서 대법원은 “乙 회사가 대리사무 약정에 따라 丙 회사에 대하여 갖는 사업비 지출 요청권은 甲이 보전하려는 권리인 분양대금 반환채권과 밀접하게 관련되어 있고, 甲이 사업비 지출 요청권을 대위하여 행사하는 것이 분양대금 반환채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우이며, 甲이 乙 회사의 사업비 지출 요청권과 같은 대리사무 약정상 권리를 대위하여 행사하는 것이 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다고 보이지도 않으므로, 甲으로서 乙 회사에 대한 분양대금 반환채권을 보전하기 위하여 乙 회사를 대위하여 丙 회사에 분양대금 상당의 사업비 지출 요청권을 행사할 수 있다”라고 판시하여 보전의 필요성을 인정하였다.

다만 이 사안에서 대법원은 시행사의 신탁회사에 대한 피대위채권의 존재는 부정하였다. 대법원은 이 사건 담보신탁계약과 이 사건 자금관리 대리사무계약은 그 계약체결의 목적이나 규율 내용이 전혀 다른 별개의 계약이라는 점을 전제로 이 사건 자금관리 대리사무계약에 따라 丙 회사가 관리하는 분양수입금은 애초부터 이 사건 담보신탁계약에서 정하고 있는 ‘신탁부동산의 처분대금이나 이에 준하는 것’에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 甲과 乙 사이의 분양계약이 해제되었다고 하더라도 乙과 丙 사이의 이 사건 담보신탁계약의 효력이 상실되거나 이를 일부 해지할 수 있다고 볼 수 없고, 여전히 丙은 유효하게 존속하는 이 사건 자금관리 대리사무계약에 기하여 乙로부터 위탁받은 자금을 관리하는 것이라고 판단하였다.

대법원은 위와 같은 판단을 근거로 이 사건 자금관리 대리사무계약이 해지되었다거나 이 사건 분양계약의 해제와 관련하여 乙과 丙 사이에 이 사건 분양대금의 반환에

188) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다71784 판결, 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다77956 판결 등.

관한 어떠한 약정이 있다는 등의 특별한 사정이 없으면, 이 사건 분양계약이 해제되었다는 사정만을 들어 丙이 이 사건 분양대금을 乙에게 반환하여야 하는 법률관계가 형성된다고 볼 수 없고, 더불어 이 사건 자금관리 대리사무계약에 의하면, 분양 개시 후 분양수입금관리계좌에 입금된 수입금 중 공사비를 제외한 모든 사업비의 지출은 시공사와 대출금융기관의 확인을 얻은 乙의 서면요청에 의하여 丙이 집행하여야 하는데, 위 확인을 얻었다고 인정할만한 증거가 없는 이상, 乙이 이 사건 자금관리 대리사무계약에 의하여 丙에게 바로 이 사건 분양대금 반환을 청구할 수 없어 이 사건 사업비 지출 요청권을 행사할 수 없다는 취지로 판단한 원심의 판단을 지지하였다.

수분양자는 시행사와 사이에 분양계약을 체결한 당사자이다. 그러나 담보신탁계약과 자금관리 대리사무계약은 시행사와 동일한 신탁회사 또는 별개의 신탁회사가 당사자이고, 수분양자는 위 각 계약의 당사자가 아니다. 특별한 사정이 없는 한 자금관리 대리사무계약은 분양계약의 효력을 전제로 성립되거나 유지되지 않는다. 수분양자가 지급한 분양대금이 사업비에 해당하여 시행사가 이를 근거로 지출요청을 할 수 있는지 여부는 시행사와 신탁회사 사이의 자금관리 대리사무계약의 내용에 따라 그 결론이 달라질 수 있고, 시행사의 자력이나 대출금융기관의 대출 규모 등을 감안할 때 필요한 경우 분양대금 역시 사업비로서 활용할 수 있고, 법적으로 이러한 내용의 계약 체결이 금지되는 것은 아니다. 다만 설령 분양대금을 사업비의 일종으로 지출할 수 있다고 하더라도 자금관리 대리사무계약의 내용에는 사업비의 지출을 위하여 대출금융기관이나 시공사의 동의를 요건으로 하는 경우가 일반적이다. 이 경우 시행사가 신탁회사를 상대로 사업비의 지출을 요구하기 위해서는 위와 같은 동의권자의 동의를 받아야 하고, 이러한 결론은 수분양자가 시행사에 대한 분양대금 반환청구권의 보전을 위하여 시행사를 대위하는 경우에도 달라지지 않는다. 이러한 점에서 동의요건을 충족하지 못한 수분양자의 채권자대위 청구를 배척한 대법원의 입장은 타당하다.

결국 시공사나 대출금융기관이 동의를 거절하는 경우 수분양자로서는 신탁회사에 대한 대위청구에 앞서 또는 위와 같은 대위청구와 동시에 시행사에 대한 분양대금 반환채권을 피보전채권으로 하여 시공사나 대출금융기관을 상대로 동의를 구할 필요가 있다. 시공사나 대출금융기관이 이를 거절하기 위해서는 정당한 사유가 인정되어야 하고, 이러한 사유가 없는 한 시공사나 대출금융기관은 사업비 지출에 동의를 하여야 한다고 봄이 타당하다. 동의를 거절할 수 있는 정당한 사유인지 여부는 개별 사안에 있어 관련 약정이나 구체적인 사정 등을 종합적으로 검토하여야 최종적인 판단이 가능할 것이나, 통상 정당한 사유로는 해당 사업비 지출로 인하여 신탁재산이 현저하게 감소함으로써 향후 분양사업의 진행에 막대한 지장이 발생할 우려가 있는 경우나, 해당 사업비를 지출하면 시공사나 대출금융기관의 우선수익권이 침해되거나 장래 채권

회수에 막대한 어려움이 발생할 것이 분명하게 예상되는 경우 등을 상정할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 분양관리신탁과 대리사무계약(건축물 분양법이 적용되는 경우)

1. 건축물 분양법의 주요 규율

건축물 분양법은 건축물¹⁸⁹⁾의 분양 절차 및 방법에 관한 사항을 정함으로써 건축물 분양과정의 투명성과 거래의 안전성을 확보하여 분양받는 자를 보호하고 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 법률이다(건축물 분양법 제1조). 건축물 분양법은 건축법 제11조에 따라 건축허가를 받아야 하는 분양면적 3,000㎡ 이상인 건축물과 업무시설 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 건축법에 따른 사용승인서의 교부(이하 ‘사용승인’이라 한다) 전에 분양하는 건축물에 대하여 적용된다(건축물 분양법 제3조 제1항). 다만 위와 같은 요건을 충족하더라도 주택법에 따른 주택이나 관광진흥법에 따른 관광숙박시설 등 개별 법령의 적용대상인 건축물에 대해서는 적용을 배제하고 있다(건축물 분양법 제3조 제2항).

건축물 분양법의 적용대상인 건축물에 대하여 분양을 하고자 하는 분양사업자는, ① 신탁업자와 신탁계약 및 대리사무계약을 체결하거나 대출금융기관 등으로부터 분양보증¹⁹⁰⁾을 받는 경우에는 건축법에 따른 착공신고 후 분양을 하여야 하고,¹⁹¹⁾ ② 해당 건축물의 사용승인에 대하여 다른 건설업자 둘 이상의 연대보증을 받아 공증받은 경우에는 골조공사의 3분의 2 이상이 완료된 후 분양을 하여야 한다(건축물 분양법 제4조 제1항).

분양사업자가 건축물을 분양하려는 경우에는 원칙적으로 건축할 대지의 소유권을 확보하여야 하고, 소유권을 확보한 대지에 저당권, 가등기담보권, 전세권, 지상권 및 등기되어 있는 부동산 임차권이 설정되어 있는 경우에는 이를 말소하여야 한다(건축물 분양법 제6, 7항). 안정적인 분양사업의 진행을 위해 분양사업자로 하여금 대지의 제한 없는 소유권 확보를 강제하는 것이다.

189) 건축물이란 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 등을 의미한다(건축법 제2조 제1항 제2호).

190) 분양사업자가 파산 등의 사유로 분양계약을 이행할 수 없게 되는 경우 해당 건축물의 분양(사용승인을 포함한다)의 이행이나 납부한 분양대금의 환급(분양받은 자가 원하는 경우로 한정한다)을 책임지는 보증을 말한다(건축물 분양법 제4조 제3항).

191) 신탁회사가 분양사업자로 되는 신탁계약이 체결된 경우에는 착공신고 후 분양을 위한 별도의 신탁계약이 필요하지 아니하다(건축물 분양법 제4조 제2항).

한편, 분양사업자가 하는 분양 광고에는 건축물의 위치, 용도, 규모 및 내진설계 등 일정한 사항이 반드시 포함되어야 한다. 분양사업자는 위와 같은 분양 광고에 따라 분양받을 자를 공개모집하여야 하고, 분양 광고에 따라 분양을 신청한 자 중에서 공개추첨의 방법으로 분양받을 자를 선정하여야 하며, 그자와 분양계약을 체결하여야 하는데, 분양계약서에는 분양 건축물의 표시, 신탁계약·대리사무계약 또는 분양보증계약의 종류, 신탁업자 또는 분양보증기관의 명칭 등 분양계약의 체결에 영향을 줄 수 있는 일정한 사항이 반드시 포함되어야 한다(건축물 분양법 제6조 제1 내지 4항).

나아가 분양사업자가 수분양자로부터 받는 분양대금은 계약금·중도금 및 잔금으로 구분하고, 위 각 대금의 비율과 이를 받을 수 있는 시기를 대통령령으로 정하고 있다(건축물 분양법 제8조).¹⁹²⁾ 분양사업자가 사업의 편의 등을 위해 자의적으로 분양대금의 비율이나 시기를 정하여 분양대금을 지급받음으로써 수분양자의 지위가 불안정하게 되는 것을 방지하기 위한 취지이다. 위와 같은 규정에 비추어 볼 때, 건축물 분양법의 핵심은 분양사업에 있어 상대적으로 열악한 지위에 있는 수분양자를 보호하고자 있는데 있음을 알 수 있다. 그 밖에도 건축물 분양법은 수분양자가 분양대금을 원활하게 반환받을 수 있도록 신탁계약 및 대리사무계약에도 일정한 제한을 가하고 있는바, 그 내용은 아래 관련 부분에서 상술한다.

2. 분양관리신탁

전술한 바와 같이 건축물의 사용승인 이전에 분양을 하고자 하는 분양사업자는 자금조달을 위해 분양관리신탁 및 대리사무계약을 체결하거나, 분양보증을 받는 방안 등을 강구할 수 있는데, 만약 분양관리신탁 및 대리사무계약을 체결하는 경우에는 건축물 분양법에 따른 제한을 준수하여야 한다.

분양관리신탁이란 건축물 분양법에 따라 상가 등 건축물을 신축하거나 증축하여 분양하는 사업에 있어서 수탁자가 신탁부동산의 소유권을 보전·관리하여 수분양자를 보호하고, 위탁자가 부담하는 채무를 불이행하게 되면 신탁부동산을 환가·처분하여 정산함을 목적으로 하는 신탁을 의미한다.¹⁹³⁾ 분양관리신탁이 설정되면 시행사가 소유하는 사업부지와 시공된 건축물은 신탁회사에 이전되고, 신탁회사는 이전받은 사업부지

192) 원칙적으로 분양사업자가 수분양자로부터 지급받는 계약금은 분양대금의 20% 이내로 하고, 중도금은 분양대금의 70% 이내로 제한된다(건축물 분양법 시행령 제11조 제1항). 지급시기와 관련하여서는 계약금은 계약 체결 시 받을 수 있고, 중도금은 공사감리자의 공적확인서에 의한 건축공사비의 50% 이상의 투입이 확인된 때를 기준으로 그 전후 각 2회 이상으로 구분하여 받을 수 있으며, 최초로 납부하는 중도금은 계약일로부터 1개월이 지난 날부터 지급받을 수 있다. 마지막으로 잔금의 경우에는 원칙적으로 사용승인일 이후에 지급받을 수 있다(건축물 분양법 시행령 제11조 제2항).

193) 하태흥, “위탁자에 대한 조세채권과 신탁재산에 대한 집행”, 사법 제23호, 사법발전재단, 2013, 283면.

와 건축물을 선량한 관리자의 주의로써 관리하여야 하는바, 이러한 점에서 분양관리신탁은 관리신탁의 성질을 지니고 있다.¹⁹⁴⁾ 자금력과 공신력 있는 신탁회사가 합리적이고 전문적으로 분양사업에 관여하도록 함으로써 분양사업이 좌초될 가능성을 낮추는 기능을 수행한다.

건축물 분양법에 따른 분양관리신탁계약에는 일정한 내용이 반드시 포함되어야 하는데, 여기에 해당하는 사항으로는, ① 분양받은 자의 소유권등기 전날까지의 토지와 그 정착물의 소유권 관리에 관한 사항, ② 신탁받은 소유권의 처분에 관한 사항, ③ 신탁을 정산할 때 수분양자가 납부한 분양대금을 다른 채권 및 수익자의 권리보다 우선하여 정산하여야 한다는 사항 등이 있다(건축물 분양법 시행령 제3조 제1항 제1 내지 제3호).

한편, 시행사는 건축물을 선분양하는 과정에서 대출금융기관으로부터 대출을 받아 자금을 조달하고, 대출금융기관은 대출채권을 안정적으로 회수하기 위하여 시행사와 신탁회사가 체결하는 분양관리신탁에서 우선수익자의 지위를 취득한다. 이러한 점을 고려하면, 분양관리신탁은 관리신탁으로서의 성질뿐만 아니라 담보신탁으로서의 성질도 겸유하고 있다고 볼 수 있다. 다만 건축물 분양법이 적용되지 않는 사업장에서 체결되는 담보신탁이 대출금융기관의 채권회수에 주된 목적이 있는데 비해, 건축물 분양법에 따른 분양관리신탁은 수분양자의 보호에 주된 목적이 있다는 점에서 차이가 존재한다.

3. 대리사무계약

분양관리신탁의 방법으로 건축물의 선분양 사업을 진행하기 위해서는 분양관리신탁과 더불어 대리사무계약을 체결하여야 한다. 건축물 분양법이 적용되지 않는 사업장에서 부동산 담보신탁과 함께 체결되는 자금관리 대리사무계약과 본질적인 차이는 없다. 즉 건축물 분양법에 따른 대리사무계약 역시 시행사가 공동주택 등의 분양사업을 진행하는 과정에서 분양수입금, 대출금 등을 신탁회사로 하여금 안정적으로 관리하도록 하는 내용의 계약이다.¹⁹⁵⁾

자금관리 대리사무계약과 마찬가지로 신탁회사를 통하여 건축물 분양사업에 있어 사업자금의 수납과 지출을 적정하고 투명하게 관리한다는 측면에서 위임계약의 성질을 지니고, 통상적으로 자금관리와 관련하여 신탁회사에게 대리권이 부여된다.¹⁹⁶⁾

시행사와 신탁회사는 사적자치의 원칙에 따라 대리사무계약의 내용을 자유로이 정

194) 이계정, 앞의 논문(주 17), 50면.

195) 서희경, 앞의 논문, 212면.

196) 남궁주현, 앞의 논문, 217면.

할 수 있는 것이 원칙이다. 다만 건축물 분양법은 수분양자를 보호하기 위한 목적에서 대리사무계약의 내용 중 일부를 제약하고 있다.

구체적으로 살펴보면, 대리사무계약에는 ① 수분양자를 보호하기 위한 분양수입금 관리계좌의 개설에 관한 사항, ② 분양사업자가 분양수입금 총액을 신탁회사에게 양도하여야 한다는 사항, ③ 분양대금은 신탁계약 및 대리사무계약에서 정한 토지매입비, 공사비, 설계비, 감리비 또는 그 밖의 부대사업비 등 해당 분양사업과 관련된 용도로만 사용할 수 있다는 사항, ④ 그 밖에 신탁계약의 목적을 달성하기 위하여 국토교통부령으로 정하는 사항 등이 반드시 포함되어야 한다(건축물 분양법 시행령 제3조 제2항 제1 내지 제4호).

나아가 건축물 분양법 시행령의 위임에 따라 국토교통부령으로 시행되고 있는 건축물 분양법 시행규칙은 대표적으로, ⑤ 계약금을 포함한 분양대금의 수납·관리 등, ⑥ 부도·파산 등으로 사업 추진이 불가능한 경우 분양수입금 관리계좌의 남은 금액은 분양받은 자에게 우선하여 지급하여야 한다는 사항을 포함한 분양대금의 지출 원칙, 방법 및 용도,¹⁹⁷⁾ ⑦ 자금 집행순서 및 시공사에 공사비를 지급하는 방법·시기, ⑧ 분양계약의 관리 등이 대리사무계약에 포함될 것을 요구하고 있다(건축물 분양법 시행규칙 제2조). 위와 같은 규정에 따라 분양관리신탁계약 및 대리사무계약을 체결하는 과정에서 시행사는 분양수입금 총액을 신탁회사에게 양도하고, 신탁회사는 위와 같이 양도받은 분양수입금을 별도의 독립된 계정으로 회계처리하여야 함은 물론 분양관리 신탁계약 및 대리사무계약에서 정한 목적으로만 사용하여야 한다(건축물 분양법 시행령 제3조 제3항).

분양관리신탁계약과 대리사무계약에서 분양수입금 채권을 신탁회사에 양도하기로 한 이상 시행사는 수분양자와 분양계약을 체결하고 수분양자에 대한 채권을 신탁회사에 양도함으로써 계약상 채무를 이행한 것이 되고, 분양수입금에 관한 채권·채무관계는 신탁회사와 수분양자 사이에 존속하게 된다.¹⁹⁸⁾ 수분양자 역시 특별한 사정이 없는 한 분양수입금 채권의 채권자인 신탁회사가 지정한 계좌로 분양대금을 직접 지급하게 된다. 다만 위와 같은 채권양도로 인하여 분양수입금 채권이 시행사로부터 신탁회사로 이전된다고 하더라도 여전히 분양계약의 당사자는 시행사와 수분양자이고, 이

197) 위 규정의 내용에 따라 분양관리신탁계약 및 대리사무계약에서 수분양자에 대한 우선지급을 약정한 경우, 위와 같은 약정을 수분양자에게 직접 권리를 취득시키는 제3자 약관으로 해석하는 견해가 있다[최수정, 앞의 논문(주 18), 58면; 남궁주현, 앞의 논문, 226면]. 그러나 건축물 분양법의 위 규정은 신탁회사의 자금집행 순서에 관한 것으로 수분양자는 분양관리신탁의 수익자가 아니고, 분양관리 신탁계약 및 대리사무계약의 당사자도 아니다. 나아가 위 규정은 부도·파산 등으로 사업 추진이 불가능한 경우를 예정하고 있고, 분양계약의 해소는 위와 같은 사유에 해당하지 않는다는 점도 함께 고려하면, 수분양자가 위와 같은 규정 및 약정만을 근거로 신탁회사에 대하여 분양대금 반환과 관련된 직접적인 권리를 취득한다고 보기는 어려울 것으로 생각한다[같은 취지로는, 이계정, 앞의 논문(주 17), 74면].

198) 최수정, 앞의 논문(주 18), 63면.

와 같이 계약당사자의 지위와 채권이 분리된다는 점에서 단축급부와 구별된다.¹⁹⁹⁾

4. 분양관리신탁계약과 대리사무계약의 관계

건축물 분양법은 분양관리신탁계약과 대리사무계약의 관계에 관하여는 명시적인 언급을 하고 있지 않다. 건축물 분양법에 따라 분양관리신탁계약과 대리사무계약을 체결하는 경우 통상 분양사업을 수행하는 시행사는 하나의 신탁회사와 양 계약을 체결한다. 다만 담보신탁계약과 자금관리대리사무계약에서 서술한 바와 같이 위와 같은 관행은 자금관리의 시의성과 편의성 등을 도모하기 위한 측면에 불과한 것이고, 분양관리신탁계약과 대리사무계약을 각각 별도의 신탁회사와 체결하더라도 법적인 측면에서 문제될 것은 없으므로, 양 계약은 어디까지나 그 목적과 내용이 상이한 별개의 계약이다. 다만 분양관리신탁계약과 대리사무계약 모두 수분양자의 보호라는 동일한 목적을 추구하고 있으므로, 이와 같은 목적을 추구하는 한도 내에서 양 계약은 협력적이고 보완적인 관계에 있다.²⁰⁰⁾ 따라서 분양관리신탁계약과 대리사무계약을 해석하고 집행하는 과정에서 일부 충돌되거나 모순되는 부분이 발생하는 경우에는 수분양자의 보호라는 목적달성에 보다 도움이 되는 방향으로 적극적인 해석을 도모할 필요가 있다.

5. 분양계약이 취소·해제 등으로 해소된 경우 분양대금반환의 문제

가. 분양계약의 해소

건축물 분양법에 따라 분양관리신탁계약과 대리사무계약이 체결되는 경우에도 건축물 분양법이 적용되지 않는 담보신탁계약 및 자금관리 대리사무계약과 마찬가지로 분양계약의 당사자는 분양사업자인 시행사와 수분양자이고,²⁰¹⁾ 분양관리신탁계약과 대리사무계약의 당사자는 시행사와 신탁회사이다. 수분양자는 시행사와의 사이에서 체결된 분양계약에 따라 신탁회사가 지정하는 관리계좌에 분양대금을 지급할 뿐 분양관리신탁계약이나 대리사무계약의 당사자가 아니다.

199) 최수정, 앞의 논문(주 18), 63면.

200) 남궁주현, 앞의 논문, 219면.

201) 시행사가 직접 분양계약을 체결하지 않고, 분양대행사를 통하여 수분양자와 분양계약을 체결하더라도 분양대행사는 대리인에 불과하고 어디까지나 분양계약의 당사자는 시행사이다. 분양계약에 시행사 이외에도 시공사나 신탁회사 등이 등장하는 경우가 있는데, 이 경우에도 특별한 사정이 없는 한 매도인으로서 분양자의 지위는 시행사가 가진다. 이에 관한 보다 상세한 내용은 장보은, 앞의 논문, 292면.

다만 건축물 분양법이 적용되지 않는 경우와 달리 건축물 분양법이 적용되는 경우에는 분양사업자인 시행사가 신탁회사에게 분양수입금 채권을 양도하고, 신탁회사는 분양수입금 채권자의 지위에서 수분양자로부터 분양대금을 직접 수령한다. 이러한 점에서 건축물 분양법이 적용되는 분양사업에서 수분양자가 신탁회사 명의의 계좌로 분양대금을 입금하는 경우에는 채권양도가 이루어지지 않아 수분양자의 시행사에 대한 변제와 시행사의 신탁회사에 대한 변제가 단속급부의 형태로 이루어지는 건축물 분양법이 적용되지 않는 사안과 구조적인 차이가 발생한다. 이와 같은 차이는 부당이득에 관한 논의에도 영향을 미치는데, 건축물 분양법이 적용되지 않는 경우와 달리 건축물 분양법이 적용되는 경우에는 삼각관계에서의 부당이득 유형 중 채권양도 유형에 해당하게 된다.

따라서 채권양도로 인하여 계약관계와 급부관계의 분열이 발생하는 건축물 분양법 적용 사안에 있어 수분양자가 신탁회사에 분양대금을 지급한 이후 취소나 해제 등을 원인으로 분양계약이 중도에 해소되면, 건축물 분양법이 적용되지 않는 담보신탁 및 자금관리 대리사무계약 사안과 달리 수분양자가 신탁회사를 상대로 분양대금의 반환을 청구할 수 있는지 여부를 별도로 살펴볼 필요가 있다.

나. 삼각관계에서의 부당이득(채권양도 유형)

1) 견해의 대립

삼각관계에서의 부당이득 유형 중 지시관계에서는, 급부자는 급부의 원인이 된 계약이 취소나 해제 등을 원인으로 해소되더라도 수령자를 상대로 직접부당이득 반환을 구할 수 없고, 원래의 계약상대방을 상대로만 부당이득반환을 구할 수밖에 없다. 이러한 법리가 채권양도 유형에서도 그대로 확장될 수 있는지에 관하여 학설은 크게 양도인반환설과 양수인반환설로 대립하고 있다.

양도인반환설은 지시관계에서의 부당이득 법리가 채권양도의 경우에도 확장되어 적용될 수 있다는 점을 전제로 하여 원계약이 해소된 경우 채무자는 양도인을 상대방으로 하여 부당이득반환을 청구할 수 있다는 견해로서, ① 계약관계의 청산은 계약당사자 사이에 이루어져야 한다는 계약법의 원리가 채권양도가 개입되었다고 하여 달라질 이유는 없고, 계약의 일방당사자의 무자력위험은 그를 계약상대방으로 선택한 타방당사자가 부담하여야 하며, 제3자에게 전가되어서는 안 된다는 점, ② 양수인을 부당이득 반환청구의 상대방으로 인정하면 동시이행항변권과 같이 양도인이 기본계약에 근거하여 가지는 대항사유의 우회를 허용하게 되는 점, ③ 채무자가 채권자의 지시에

따라 제3자에게 직접 채무를 이행한 경우와 채권자가 제3자에게 채권을 양도하여 채무자가 제3자에게 채무를 이행한 경우는 그 이익상황에 있어 본질적인 차이가 존재하지 않으므로 이를 달리 취급할 필요성이 없는 점 등을 주요 논거로 삼고 있다.²⁰²⁾ 독일 연방대법원은 BGHZ 105, 365 사건 이래 양도인반환설의 입장을 견지하고 있다.²⁰³⁾ DCFR 역시 채권양도 유형에서 기본계약이 무효·취소된 경우 계약관계 내에서 청산이 이루어지도록 하고 있는데, 즉 양수인이 채무자로부터 받은 이득은 그것이 임의의 채무이행인 한 VII.-2: 102 규정에 따라 정당화되므로, 기본계약의 무효나 취소로 인한 청산은 양수인이 아니라 계약상대방인 양도인과의 사이에서 이루어진다.²⁰⁴⁾

반면, 양수인반환설은 채권양도가 이루어진 이후 원계약이 해소된 경우에는 양도인이 아닌 양수인을 부당이득반환의 상대방으로 삼아야 한다는 입장으로, ① 원계약의 효력이 소급적으로 상실하면 양도의 대상인 채권이 애초부터 발생하지 않은 것이 되므로 양수인이 채무의 변제로 수령한 급부는 법률상 원인이 없고, 채권양도는 양도인과 채무자 사이에 더 이상 이행의 문제가 남지 않아 양도인에게 반환의 대상이 될 이득이 존재하지 않는 점, ② 채권을 양수할 당시부터 원계약의 해소가능성을 충분히 인식할 수 있는 채권양수인을 특별히 보호하여야 할 필요성이 없는 점, ③ 우리 법제가 물건행위의 유인론을 취하는 이상 원계약이 해소되면 채무자는 양수인을 상대로 물건적 반환청구권을 행사할 수 있는데, 부당이득반환청구의 상대방 역시 물건적 반환청구의 상대방과 동일한 상대방을 지향하는 것이 타당한 점 등을 주요 논거로 한다.²⁰⁵⁾

그 밖에도 ① 채권양도가 이루어져 채권의 귀속주체가 변경되었다고 하더라도 계약관계 자체가 이전된 것이 아닌 이상 양도인과 채무자 사이의 계약관계는 여전히 유지되므로 원칙적으로는 양도인을 상대로 부당이득반환을 청구하는 것이 합리적인 경우

202) 김창희, “지명채권양도 후 기본관계가 해제된 경우 부당이득반환”, 원광법학 제27권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2011, 269-270면; 제철웅, “보상관계 또는 대가관계에서의 흠결이 이미 경료된 중간생략등기에 미치는 영향=대판 1997. 12. 26. 96다44860(판례공보 1998년 390); 대판 1996.11. 15. 94다35343(판례공보 1997, 1)의 평석”, 저스티스 제33권 제1호, 한국법학원, 2000, 142-143면; 배성호, “채권이 양도된 후 보상관계가 해제된 경우 부당이득반환청구의 상대방”, 법학연구 제37집, 전북대학교 법학연구소, 2012, 284면; 최수정, 앞의 논문(주 36), 319-324면; 이계정, 앞의 논문(주 17), 63-69면; 이상훈, 앞의 책, 166-174면.

203) 이 판결은, 甲 보험회사와 乙이 화재보험계약을 체결한 상황에서 보험목적물에 화재가 발생하였고, 乙이 丙에게 위 보험계약에 따른 보험금청구권을 양도함에 따라 甲이 丙에게 보험금을 지급한 이후 위 화재가 乙 등의 방화범죄로 인한 것임이 밝혀지자 甲이 丙을 상대로 기지급한 보험금 상당액의 반환을 청구하였으나, 독일연방대법원은 금원을 수령한 丙이 아니라 계약상대방인 乙에게 그 반환을 청구하여야 한다고 판시한 사안이다.

204) 이상훈, 앞의 책, 164면.

205) 양창수, “매매대금채권 일부의 양수인이 대금을 수령한 후에 매매계약이 해제된 경우 그 금전반환 의무는 매수인의 목적물인도 의무와 동시이행관계에 있는가?”, 『민법연구 제7권』, 박영사, 2005, 371면; 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 317-318면; 이동진, “채권양도, 부당이득, 동시이행”, 비교사법 제22권 제1호, 한국비교사법학회, 2015, 312면.

가 많을 것이라 하면서도, 반환의무자를 정하는 문제는 모든 사안에서 도식적으로 이해하기보다는 개별적인 채권양도 사안의 특수성을 고려하여 계약법 원칙에 부합하는 결론을 이끌어내는 것이 타당하다는 견해,²⁰⁶⁾ ② 가급적 계약당사자들 사이에서 반환이 이루어져야 한다는 점을 전제로, 채권양도가 이루어진 경우에는 해당 채권양도를 부당이득법상 단축급부로 평가할 수 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하여 급부시점을 기준으로 양도인과 양수인 사이에 별개의 급부원인이 존재하고 양수채권의 변제와 다른 급부원인에 기초한 변제가 동시에 이루어지는 경우에는 부당이득법상 단축급부로 평가하여 양도인반환설에 따라야 한다는 견해²⁰⁷⁾ 등이 주장되고 있다.

2) 판례의 입장

대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결은, 甲 주식회사가 수분양자인 乙 등과 상가 분양계약을 체결할 당시 丙 주식회사와 체결한 분양관리신탁계약 및 대리사무계약에 따라 분양대금채권을 丙 회사에 양도하였고, 乙 등이 이를 승낙하여 분양대금을 전부 丙 회사의 계좌로 납입하였는데, 그 후 乙 등이 甲 회사와 丙 회사를 상대로 분양계약 해제로 인한 원상회복 또는 분양계약 취소로 인한 부당이득반환으로 乙 등이 납부한 분양대금 등의 지급을 구한 사안이다. 이 사안에서 대법원은 수분양자인 乙 등이 신탁회사인 丙 회사를 상대로 원상회복청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다고 판단함으로써 양도인반환설의 입장을 채택하였다.²⁰⁸⁾

그 구체적인 근거로 대법원은, “계약의 일방당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우(이른바 삼각관계에서의 급부가 이루어진 경우), 그 급부로서 급부를 한 계약당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 상대방의 제3자에 대한 급부도 이루어지는 것이므로 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 하여 법률상 원인 없이 급

206) 장보은, 앞의 논문, 302-308면.

207) 윤지영, “채권양도와 부당이득”, 『민사판례연구(XLI)』, 박영사, 2019, 647면 이하; 위 문헌은, 신탁계약 및 대리사무계약에 따라 분양대금채권이 양도가 이루어진 경우를 단축급부로 평가할 수 있는 사안이라고 평가하고 있다; 이 견해에 대해서는 계약시점이 아닌 급부시점을 기준으로 하는 경우 계약시점의 법률관계와 급부시점의 법률관계가 달리 평가될 수 있는 가능성이 발생하는데 당사자의 법률관계를 이처럼 불명확하게 만들 필요가 없다는 지적으로는 최수정, 앞의 논문(주 18), 64-65면이 있고, 타당한 지적이다.

208) 대법원은 제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 무효이거나 해제된 경우 역시 “그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제 등에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다.”라고 판시하여 급부의 상대방이 아닌 계약의 상대방을 상대로 반환을 청구하여야 한다는 점을 분명히 하였다[대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결, 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다31860, 31877 판결 등].

부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다. 이러한 경우에 계약의 일방당사자가 계약상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계에 무효 등의 흠이 있거나 계약이 해제되었다는 이유로 제3자를 상대로 하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면 자기 책임 아래 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 수익자인 제3자가 계약상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하다”는 점을 전제로, 乙 등이 분양계약에 따라 丙 회사 명의의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 ‘단축급부’에 해당하고, 이러한 경우 丙 회사는 甲 회사와의 분양관리신탁계약 및 대리사무계약에 따른 변제로서 정당하게 분양대금을 수령한 것이므로 乙 등이 丙 회사를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 원상회복청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다.”라고 판시하였다.²⁰⁹⁾

삼각관계의 부당이득 유형 중 채권양도 사안 역시 지시관계와 마찬가지로 양도인반환설이 보다 합리적인 결론이고, 이 점에서 위 대법원 판결은 결론적으로 타당하다고 생각한다.²¹⁰⁾ 채권양도가 이루어지더라도 기존의 계약당사자는 여전히 그대로 유지되는 것이고, 계약관계의 청산은 계약당사자 사이에서 이루어져야 한다는 계약법 원칙이 채권양도를 원인으로 수정될 이유가 없다. 채권양도는 양도인과 양수인 사이에서 이루어지고 채무자는 채권양도에 개입하지 않는데, 양수인반환설을 취하는 경우 채무자로서는 자신이 개입하지 않은 채권양도로 인하여 양수인의 무자력 위험을 부담하게 된다는 점에서 바람직하지 않다.²¹¹⁾

양수인이 무자력이어서 채무자가 사실상 부당이득을 반환받을 수 없게 되는 경우 이득소멸의 항변을 통하여 무자력의 위험을 양도인에게 전가할 수 있다는 반론도 제기되지만,²¹²⁾ 부당이득반환의 대상은 수익자가 구체적으로 취득한 대상이라는 점에서

209) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은, “민법 제548조 제1항 단서에서 규정하고 있는 제3자란 일반적으로 계약이 해제되는 경우 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말하고, 계약상의 채권을 양수한 자는 여기서 말하는 제3자에 해당하지 않는다고 할 것인바, 계약이 해제된 경우 계약해제 이전에 해제로 인하여 소멸되는 채권을 양수한 자는 계약해제의 효과에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없음은 물론이고, 나아가 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다.”라고 판시하였고, 위 판결을 근거로 대법원이 양수인반환설의 입장을 취하였다고 해석하는 견해도 존재한다[이동진, 앞의 논문(주 66), 281면 이하]. 다만 위 판결은 삼각관계에서의 부당이득 법리를 고려한 판결이라기보다는 민법 제548조 제1항 단서의 의미를 구체화한 판결이라고 봄이 타당하고, 민법 제548조 제1항 단서는 계약청산에 있어 상대방을 정하는 규정이지 아니라는 점에서 대법원이 양수인반환설의 입장을 취하였다고 단정하기는 어렵다고 생각한다. 본문에서 언급한 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결 또한 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은 해당 사건과 사안을 달리하므로 이 사건에 원용될 수 없다고 판단하였다.

210) 다만 대법원은 이 사안을 단축급부로 파악하였는데, 건축물 분양법에 따른 분양관리신탁 및 대리사무계약이 체결되면, 시행사는 신탁회사에게 분양수입금 채권을 양도하고, 신탁회사는 채권자의 지위에서 수분양자가 지급하는 분양대금을 직접 수령하는 것이므로, 이 사안을 두 개의 급부관계를 상정하는 단축급부로 이론적 구성을 하는 것은 적절하지 않은 측면이 있다.

211) 김창희, 앞의 논문, 270면.

양수인의 무자력과 이득의 소멸이 등가교환되는 개념이라고 보기는 어렵고, 이득소멸의 항변을 인정하는 경우, 원계약의 해소에도 불구하고 채무자는 여전히 목적물을 점유할 수 있게 되는데, 이러한 결론 역시 부당한 이익상태의 교정이라는 부당이득법의 이념에 합치하지 않는 결론이라 볼 수 있다.²¹³⁾ 채무자가 양도인을 계약의 상대방으로 선택한 이상 채무자는 양도인의 무자력 위험만을 부담하는 것이 타당하고, 이러한 점에서 계약당사자는 계약상대방의 무자력 위험을 부담하여야 하고, 이를 제3자에게 전가시켜서는 안 된다는 실질적 평가설은 채권양도의 국면에서도 여전히 타당성을 지닌다.

또한 양수인반환설에 의하는 경우, 문제가 되는 채권이 부분적으로 또는 여러 차례에 걸쳐 양도된 경우 채무자로서는 각각의 급부수령자를 탐색하여 개별적인 수령액에 상응하는 부당이득 반환청구를 해야 하는데, 이는 법률관계를 지나치게 복잡하게 만들 우려가 있으므로, 분쟁해결의 경제성이나 채무자보호의 관점에서도 양수인반환설이 우월성을 가진다고 볼 수 없다.²¹⁴⁾

한편, 양도인반환설을 택하는 경우 채무자는 물권적 반환청구권은 양수인에게, 부당이득 반환청구권은 양도인에게 행사할 수 있다는 결론이 되는데, 채무자에게 위와 같은 근거 없는 선택권을 부여하는 것은 적절하지 못하다는 비판이 있다.²¹⁵⁾ 그러나 위와 같은 현상은 우리 법제가 물권과 채권을 준별하고 있고, 부당이득 반환청구권과 물권적 청구권의 경합을 인정하기 때문에 발생하는 결과이므로, 채무자에게 근거 없는 선택권을 부여한 것으로 볼 수 없고,²¹⁶⁾ 특히 본고에서 문제가 되는 분양대금은 신탁회사에게 지급이 이루어지면 신탁회사의 소유가 되고, 그 결과 수분양자는 신탁회사를 상대로 물권적 반환청구권을 행사할 수 없다는 점에서 양수인반환설에서 주장하는 위와 같은 현상이 처음부터 발생하지 않는다.²¹⁷⁾

마지막으로 쌍무계약에서 채권양도가 이루어지는 경우 더 이상 양 채권의 쌍무성이 유지되지 않는다는 견해가 있는데,²¹⁸⁾ 이 견해에 의하면 채권양도로 인하여 양 채권의 견련관계는 상실되고, 그 결과 양수인반환설을 취하면 항변권을 우회하는 위험성이 발생할 수 있다는 지적은 타당성을 잃게 된다. 그러나 채권양도가 이루어지더라도 채권은 동일성을 유지하며 단지 그 귀속주체만 달라지는 것이므로, 쌍무계약상 양 채권의 견련관계는 여전히 존속하는 것이고, 결과적으로 양수인반환설을 택하게 되는

212) Köndigen, Wandlungen im Bereicherungsrecht, FS Josef Esser, 1975, S.67.

213) 최수정, 앞의 논문(주 36), 319면.

214) 최수정, 앞의 논문(주 36), 321면.

215) 이동진, 앞의 논문(주 66), 293면.

216) 이상훈, 앞의 책, 172면.

217) 이계정, 앞의 논문(주 17), 68면.

218) Köndigen, Wandlungen im Bereicherungsrecht, FS Josef Esser, 1975, S.66.

경우 채무자를 합리적 이유 없이 우대하여 항변권을 우회하는 문제가 발생한다는 비판은 충분히 설득력을 지닌다.²¹⁹⁾

다. 수분양자의 구제방안

1) 직접청구의 가능성

삼각관계에서의 부당이득 유형 중 채권양도 유형에서도 지시관계 유형과 마찬가지로 양도인반환설에 입각하는 이상, 신탁회사를 상대로 직접 부당이득 반환청구가 가능한지의 문제는 건축물 분양법이 적용되지 않아 담보신탁 및 자금관리 대리사무계약을 체결한 사안과 동일한 결론에 이르게 된다. 즉 수분양자가 분양계약에 따라 신탁회사에게 직접 분양대금을 납입한 이후 취소나 해제 등을 원인으로 분양계약이 해소된 경우 수분양자는 계약상대방인 시행사를 상대로만 분양대금 상당액의 부당이득반환을 구할 수 있고, 계약상대방이 아닌 신탁회사를 상대로 직접 부당이득 반환을 청구할 수 없다. 신탁회사는 시행사와 분양관리신탁계약 및 대리사무계약을 체결하고, 이를 근거로 분양수입금 채권을 양도받은 채권자이므로 신탁회사의 급부수령이 법률상 원인이 없다고 볼 수 없고, 설령 중도에 분양계약이 해소되었다고 하더라도 분양관리신탁계약 및 대리사무계약이 해지되지 않는 한 적법하게 수령한 분양대금을 보유할 권리가 있다.

만약 수분양자가 분양계약이 취소나 해제되었다는 이유로 신탁회사를 상대로 직접 분양대금의 상당액의 반환을 구하는 것을 허용한다면, 이는 수분양자가 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 신탁회사에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라, 신탁회사가 분양관리신탁계약 및 대리사무계약에 기해 시행사에 대하여 가지는 권리를 침해하게 되어 부당하다고 볼 수 있다.

이와 관련하여 신탁회사가 보관하는 분양 관련 재산이나 자금은 경제적으로 신탁회사의 것이라고는 보기 어렵고, 시행사의 분양사업을 안전하게 진행하기 위하여 신탁회사가 보관하는 시행사의 자산이라고 보는 것이 현실에 부합하고, 신탁회사가 보관하는 신탁재산에서 직접 수분양자에게 분양대금 상당액을 지급하더라도 이를 신탁회사의 경제적인 출연이라고 보기 어려우며, 오히려 경제적인 이익 귀속 관계에 비추어 보면, 시행사의 반환이라고 평가할 수 있는 점을 고려할 때 시행사뿐만 아니라 신탁회사를 직접 상대방으로 하여 부당이득의 반환을 구하는 것도 가능하다는 견해가 있

219) 김형배, 앞의 책, 329면; 배성호, “채권이 양도된 후 보상관계가 해제된 경우 부당이득반환청구의 상대방”, 법학연구 제37집, 전북대학교 법학연구소, 2012, 277-278면.

다.²²⁰⁾

그러나 일정한 법적 청구의 상대방을 사실상 또는 경제상의 이해관계에 따라 결정하는 것은 당사자들의 법률관계를 불안정하게 하고, 법적 분쟁의 예방 및 해결의 관점에서도 적절하지 못한 측면이 있다. 신탁회사의 관리계좌에 입금된 신탁재산은 위탁자뿐만 아니라 수탁자의 고유재산으로부터도 독립한 재산으로 신탁채권자와 수익자를 위한 책임재산으로 기능한다는 점에서 분양 관련 재산이나 자금이 사실상 또는 경제적으로 시행사의 자산으로 활용되는 측면이 있다는 이유만으로 신탁회사가 시행사와 더불어 수분양자의 분양대금 반환청구에 있어 상대방이 될 수는 없다고 봄이 타당하다.²²¹⁾

2) 채권자대위권의 행사 가능성

수분양자의 신탁회사에 대한 채권자대위권의 행사 가능성은, 구조적으로 담보신탁계약 및 자금관리 대리사무계약과 다르지 않다. 분양관리신탁계약 및 대리사무계약이 체결되는 사안에 있어서도 피보전채권인 수분양자의 시행사에 대한 분양대금 반환채권과 피대위권리인 시행사의 신탁회사에 대한 사업비지출 요청권은 밀접하게 관련이 되어 있고, 사업비지출 요청권을 대위행사하는 것이 분양대금 반환채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우이므로, 설령 채무자인 시행사가 무자력이 아닌 경우라 하더라도 수분양자는 분양대금 반환채권을 피보전채권으로 하여 시행사의 신탁회사에 대한 사업비지출 요청권을 대위행사할 수 있다.

이 경우 신탁회사가 사업비를 지출하기 위해서는 시행사가 시공사나 대출금융기관 등의 동의를 얻을 필요가 있다. 만약 시공사나 대출금융기관 등이 동의를 하지 않는 경우 수분양자로서는 시행사에 대한 분양대금 반환채권을 피보전채권으로 하여 시행사를 대위하는 방법으로 시공사나 대출금융기관에게 동의를 구할 수 있다. 시공사나 대출금융기관은 특별한 사정이 없는 한 분양대금 반환을 위한 명목의 사업비 지출에 동의를 하여야 한다. 다만 시공사나 대출금융기관에게 무조건적인 동의 의무가 있다고 볼 수는 없고, 분양관리신탁계약 및 대리사무계약에 의할 때 동의를 거부할 만한 정당한 사유가 인정되는 경우에는 시공사나 대출금융기관이 동의를 거절해도 무방하다. 이와 같이 시공사나 대출금융기관이 동의를 거절할 수 있는 정당한 사유에는 해당 사업비 지출로 인하여 신탁재산이 현저하게 감소하여 분양사업의 진행에 상당한 지장이 발생될 우려가 있는 경우, 해당 사업비를 지출하고 나면 시공사나 대출금융기

220) 장보은, 앞의 논문, 306면.

221) 최수정, 앞의 논문(주 18), 65면.

관의 우선수익권이 침해되거나 채권회수에 어려움이 발생한다는 점이 분명하게 예상되는 경우 등이 있을 수 있다는 점은 담보신탁 및 자금관리 대리사무계약 부분에서 서술한 바와 같다.

다만 채권자의 채권회수에 주된 목적이 있는 담보신탁과 달리 수분양자의 보호를 위하여 제정된 건축물 분양법에 따라 설정된 분양관리신탁계약 및 대리사무계약 사안에서는 수분양자의 보호라는 관점이 동의를 거절할 수 있는 정당한 사유가 존재하는지 여부를 판단함에 있어서도 관철될 필요가 있고, 결국 건축물 분양법이 적용되지 않는 사안과 비교할 때, 시공사와 대출금융기관이 사업비지출 동의를 거절할 수 있는 정당한 사유의 범위는 보다 제한적으로 해석되어야 한다.

IV. 결론

지금까지 건축물 분양법의 적용 여부를 기준으로 건축물 분양법이 적용되지 않아 담보신탁계약 및 자금관리 대리사무계약이 체결되는 사안과 건축물 분양법의 적용에 따라 분양관리신탁계약 및 대리사무계약이 체결되는 경우를 구분하여 각각의 경우에 있어 취소나 해제 등을 원인으로 중도에 분양계약이 해소된 경우 수분양자의 신탁회사에 대한 직접 청구의 가능성 및 채권자대위권 행사의 가능성을 고찰하였다.

건축물 분양법이 적용되는 사안의 경우 시행사는 신탁회사에 분양수입금 채권을 양도하여야 되고, 신탁회사는 채권자의 지위에서 수분양자로부터 분양대금을 지급받는다는 점에서 건축물 분양법이 적용되지 않는 경우와 구조적인 차이가 발생한다. 이러한 차이로 인하여 건축물 분양법이 적용되지 않는 사안은 삼각관계에서의 부당이득 유형 중 지시관계에 따른 단축급부가 쟁점이 되고, 건축물 분양법이 적용되는 사안은 삼각관계에서의 부당이득 유형 중 채권양도가 쟁점이 된다.

한편, 지시관계 유형에서 급부수령자가 아닌 계약상대방이 부당이득 반환청구의 상대방이어야 한다는 결론이 채권양도 유형에도 확장되어 수분양자는 분양대금을 수령한 신탁회사가 아닌 분양수입금 채권의 양도인인 시행사를 상대로 부당이득 반환을 청구하여야 한다는 양도인반환설이 타당하다는 결론을 채택하면, 건축물 분양법의 적용 여부와 관계없이 수분양자는 신탁회사를 직접 상대로 부당이득 반환청구를 할 수 없다는 결론에 이른다.

이 경우 수분양자로서는 분양대금 반환채권을 피보전채권으로 삼아 시행사의 신탁회사에 대한 사업비지출 요청권을 대위행사할 수 있고, 이를 위해서는 시공사나 대출금융기관의 동의를 구하여야 한다. 수분양자가 시공사나 대출금융기관을 상대로 위와 같은 동의를 구하기 위해서는 마찬가지로 채권자대위권을 행사하여야 하고, 동의를

거절할 수 있는 정당한 사유가 없는 한 시공사나 대출금융기관은 동의를 하여야 한다.

다만 이론적으로는 수분양자가 위와 같은 방법을 통하여 신탁회사로부터 분양대금을 반환받는 것이 가능하더라도, 현실적으로는 시공사나 대출금융기관이 정당한 사유 유무를 불문하고 선뜻 동의를 해줄 가능성은 높지 않을 것으로 예상되고, 이 경우 시행사, 시공사, 신탁회사, 대출금융기관 등 분양사업의 다른 이해관계자들에 비해 상대적으로 열악한 지위에 있는 수분양자로서는 분양대금 상당액을 반환받기가 실질적으로 매우 어렵게 될 수밖에 없다. 결국 수분양자 보호의 사각지대를 최소화하기 위해서는 취소·해제 등을 원인으로 중도에 분양계약이 해소되는 경우 수분양자로 하여금 신탁회사에 대하여 직접 부당이득 반환을 청구할 수 있는 권리를 인정하고, 이를 우선수익권으로 규정하는 내용의 입법적 보완이 함께 검토될 필요가 있다. 다만 위와 같은 입법이 실현되는 경우 건축물 분양산업에 상당한 영향력을 미칠 수 있으므로, 위와 같은 입법을 시도함에 있어서는 입법이 요구되는 분양사업의 범위, 신탁회사나 시행사의 규모, 수분양자의 수, 분양대금의 액수 등 다양한 측면에서 면밀한 검토가 요구된다.

참고문헌

- 강병기·김용민·이국철·이창석, 『부동산 분양대행업』, 형설출판사, 2005
- 국토연구원, 『상가등 대형건축물 분양제도 개선방안에 관한 공청회』, 2003
- 김형배, 『사무관리·부당이득[채권각론Ⅱ]』, 박영사, 2003
- 안춘수, 『불법행위·부당이득·사무관리』, 동방문화사, 2018
- 이상훈, 『유럽민사법 공통참조기준안(DCFR) 부당이득편 연구』, 경인문화사, 2017,
- 편집대표 곽윤직, 『민법주해[XVII] 채권(10)』, 박영사, 2005
- 편집대표 김용덕, 『주석 민법 제5판 [채권각칙 5]』, 한국사법행정학회, 2022
-
- 김대정, “아파트 분양계약의 사법상의 법률관계”, 한독법학 제13호, 한독법률학회, 2002
- 김창희, “지명채권양도 후 기본관계가 해제된 경우 부당이득반환”, 원광법학 제27권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2011
- 남궁주현, “수분양자의 신탁회사에 대한 분양대금반환청구에 관한 소고 -하급심판결에서의 논의를 중심으로-”, 기업법연구 제34권 제3호, 한국기업법학회, 2020
- 박종두, “분양집합주택의 하자과 담보책임”, 법조 제44권 제12호, 법조협회, 1995
- 박세민, “삼각관계상의 부당이득: 지시사례를 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2007
- 배성호, “채권이 양도된 후 보상관계가 해제된 경우 부당이득반환청구의 상대방”, 법학연구 제37집, 전북대학교 법학연구소, 2012
- 서희경, “시행사와 수분양자 간의 분양계약이 해제된 경우 시행사와 담보신탁 및 자금관리대리약정을 체결한 신탁회사의 분양대금반환책임”, 재판과 판례 제26집, 대구판례연구회, 2017
- 안정호, “아파트 분양광고 보다 공유대지면적이 감소된 경우의 법률관계”, 『민사판례연구[XXI]』, 박영사, 1999
- 양창수, “매매대금채권 일부의 양수인이 대금을 수령한 후에 매매계약이 해제된 경우 그 금전반환의무는 매수인의 목적물인도의무와 동시이행관계에 있는가?”, 『민법연구 제7권』, 박영사, 2005
- 오상민, “담보신탁 및 대리사무에서 신탁회사의 분양대금반환책임”, 판례연구 제29집 제2호, 서울지방법변호사회, 2016

- 유현송, “담보신탁계약과 대리사무계약의 상호관계”, 인권과 정의 제438호, 대한변호사협회, 2013
- 윤재윤, “집합건물의 하자담보책임에 관한 실무상 쟁점”, 저스티스 제73호, 한국법학원, 2003
- 윤지영, “채권양도와 부당이득”, 『민사판례연구[X L I]』, 박영사, 2019
- 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014
- 이계정, “삼각관계에서의 부당이득 법률관계와 질권자의 부당이득반환의무 유무 -대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결-”, 법조 제66권 제1호, 2017
- , “분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계와 수분양자 보호방안”, 한국신탁학회 학술대회자료집, 2021
- 이동진, “채권양도, 부당이득, 동시이행”, 비교사법 제22권 제1호, 한국비교사법학회, 2015
- , “독일·오스트리아·스위스의 부당이득법”, 비교사법 제25권 제1호, 한국비교사법학회, 2018
- 이정민, “집합건물의 분양과 하자담보책임-집합건물법 제9조와 관련한 몇 가지 법적 쟁점에 관하여”, 사법논집 제38집, 2004
- 이정선, “담보신탁의 특징과 법적 쟁점에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2017
- 이준형, “집합건물법 제9조에 따른 구분소유자의 하자담보추급권”, 『민사판례연구[X XVIII]』, 박영사, 2006
- 임채웅, “담보신탁의 연구”, 신탁법연구』, 박영사, 2009
- 장보은, “계약의 해소와 부당이득반환의 문제: 선분양계약에서의 신탁관계를 중심으로 -대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결-”, 저스티스 제171호, 한국법학원, 2019
- 정태윤, “독일에서의 부당이득의 삼각관계에 대한 논의가 우리 민법에도 그대로 타당한가? -채권이 양도되어 이행된 후 보상관계가 해제된 경우를 중심으로-”, 비교사법 제14권 제4호, 한국비교사법학회, 2007
- , “다수당사자 사이의 부당이득에 관한 최근의 판례의 검토”, 민사법학 제52호, 한국민사법학회, 2010
- 최수정, “지명채권양도에 있어서 다수인 사이의 부당이득반환”, 민사법학 제30호, 한국민사법학회, 2005
- , “분양계약의 해제에 따른 분양대금의 반환 -대법원 2018. 7. 12. 선고 2018

다204992 판결을 계기로-”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019
하태흥, “위탁자에 대한 조세채권과 신탁재산에 대한 집행”, 사법 제23호, 사법발전재단, 2013

Canaris, “Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis”, in
Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973

Esser·Weyere, Schuldrecht Band II Besonderer Teil Band2, 8. Auflage, 2000

Köndigen, Wandlungen im Bereicherungsrecht, FS Josef Esser, 1975

Münchener Kommentar zum BGB Band 7, 9. Auflage 2024

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch Band 7, 79. Auflage, 2020