

## 西獨不當利得法の 立法論的 展開

— König의 不當利得法改正에 관한 鑑定意見의 紹介 —

梁 彰 洙\*

### I. 序 言

1. 西獨에서는 최근에 債權法 改正에 관한 鑑定意見書(Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft)가 3卷 발간되었다(Bd. I u. II, 1981; Bd. III, 1983). 이 意見書는, 모두 24개의 테마에 관하여 주로 西獨의 大學教授들에 의하여 作成된 鑑定意見 및 改正私案을 모은 것으로서, 本文만도 3卷 합하여 2,600面이 넘는 방대한 것이다. 그것들은, 本來 債權法の 領域에 속하는 對象이 特別法으로 규율되고 있는 것을 다시 民法典 속으로 끌어들이는 것이 타당하지 않은가, 또 民法典의 現在の 債權法規定을 그 후의 判例·學說의 發展에 비추어 새로이 마련할 필요는 없는가, 나아가서 여러 가지의 새로운 契約類型을 民法典 안에서 규율하여야 하는 것은 아닌가 하는 등의 角度에서 테마별로 다양하게 改正의 必要性을 논하고, 또 改正 또는 新設 등이 필요하다고 생각되는 規定에 대한 個人的인 豫備案을 제시하고 있다. 이 意見書 第1卷과 第2卷의 概要 등은 이미 우리 나라에도 소개된 바 있다.<sup>(1)</sup> 그러나 그것은 주로 이번의 債權法改正의 契機와 第1卷, 第2卷에 수록된 鑑定意見書의 內容에 관한 全體的인 概觀을 주는 것을 목적으로 하는 것으로서 個別的인 意見書의 檢討는 뒷날에 미루어지고 있다.<sup>(2)</sup> 本稿는 그 중에서 不當利得法에 관한 König의 鑑定意見을 소개하려고 하는 것이다.

2. 위 意見書(第2卷) 出版 當時(1981년 말) 이미 故人이 된 하이델베르크大學 教授

\* 서울大學校 法科大學 專任講師

- (1) 李銀榮, 西獨의 債權法改正計劃, 法書 33권(1984) 2호 11면 이하, 3호 25면 이하; 延基榮, 西獨債務法の 改正에 대한 論議(上)(中 I)(中 II), 月刊考試 1985년 9월호 187면 이하, 10월호 257면 이하, 11월호 259면 이하(未完).
- (2) 第3卷에는 H.P. Westermann이 消費者保護, V. Emmerich가 에너지供給契約, M. Lieb가 雇傭契約, K. Keilholz가 建築法, J.G. Helm이 事務管理, K. Schmidt가 民法上の 組合, W. Hadding, F. Häuser, R. Welter가 保證과 擔保契約에 관하여 작성한 鑑定意見書가 수록되어 있다. 이에 대한 書評은 Hüffer, Die Reform des Schuldrechts im Spiegel weiterer Gutachten und Vorschläge, AcP 184(1984), S. 584 ff.

König<sup>(3)</sup>는, “不當利得法을, 學說과 判例에 의한 그간의 發展에 비추어서 立法的으로 새롭게 규정하는 것이 바람직한가? 독일 民法典(“BGB”)의 규정 이외의 어떠한 부당이득법적 규정이 새로운 立法에 포함될 수 있는가?”라는 鑑定테마 아래 不當利得法の 改正을 檢討하고 있다(Bd. II, S. 1515-1590).

이 鑑定意見은 “[독일] 不當利得法の 歷史的 展開過程이나 현재의 여러 문제들 및 이에 대한 論議의 狀況에 대한 매우 탁월한 把握”을 바탕으로 하고 있다는 평을 듣고 있다.<sup>(4)</sup> 따라서 이 鑑定意見은 一次的으로 立法論的인 視角에서, 장차 있어야 할 모습으로서의 不當利得法 — 물론 독일의 — 을 논하려는 目的 아래 작성된 것이기는 하나, 그러한 立法論이 現在의 부당이득법을 바탕으로 하여 전개되고 있는 만큼<sup>(5)</sup>, 독일의 不當利得法이 현재 어느 만큼 와 있는지, 어떠한 모습으로 있는지를 아는 데 有用한 資料가 되리라고 생각하여 이를 紹介하고자 하는 것이다. 이것은, 우리 民法中 不當利得에 관한 規定(第741條 내지 第749條)이 系譜적으로 볼 때, 債務不履行이나 不法行爲에 있어서와는 달리, BGB(보다 정확하게는 그 第2草案)의 규정(第812條 내지 第822條)에서 유래하였다고 보여지므로<sup>(6)</sup>, 그 本國에서의 不當利得制度의 발전을 살펴봄으로써 우리의 不當利得法에 관한 여러 가지의 問題들 다음에 있어서 示唆를 얻는 바가 있을 것이라는 期待에 기한 것이기도 하다.

3. König의 鑑定意見은 A. 序言, B. 立法提案(改正私案), C. 說明의 세 부분으로 이루어져 있고, 마지막의 C. 說明에 있어서는 各不當利得類型(이에 대하여는 뒤에서 보기로 한다)마다 1. 基本的인 思想, 2. 독일에 있어서의 法發展, 3. 比較法, 4. 改正私案의 개별적 고찰

(3) 그는 1981년 9월 21일에 43歳の 나이로 사망하였다. 그는 1966년 Freiburg大學에서 프랑스의 不當利得法에 관한 論文(Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht, 1967로 出版됨)으로 博士學位를, 1976년 같은 大學에서 不當利得法の 基本問題에 관한 論文(아직 未出刊)으로 教授資格을 자 획득하였으며, 그후 Bonn大學, Mannheim大學을 거쳐 1980년부터 Heidelberg大學에 奉職하였다. 그의 死後 그를 追念하기 위한 不當利得法에 관한 Symposium이 1983년 4월 Heidelberg大學 法大 主管으로 열렸다. 거기서 발표된 4편의 論文과, 이에 대한 討論의 概要를 모은 책이 *Ungerechtfertigte Bereicherung — Grundlagen, Tendenzen und Perspektiven*, 1984이다. 이에 대한 齣評은 Martinek, *JZ* 1984, S. 983.

(4) Lieb, *Das Bereicherungsrecht de lege ferenda*, *NJW* 1982, S. 2041.

(5) König는 ‘判例와 學說의 確실한 成果’를 기초로 자신의 改正私案을 작성하였다고 밝힌다(S. 1520). 이에 관하여는 後述한다.

(6) 우리 民法의 不當利得規定의 系譜에 관하여는 보다 詳細한 考察을 요하나, 여기에서는 다음과 같은 것을 指摘하는 데 그치고자 한다. 즉, 우리의 規定은 기본적으로 日本 民法의 규정(第703條 내지 第708條)을 踏襲한 것인데(이에 관하여는 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會編, *民法案審議錄* 上卷, 1957, 435면), 日本民法의 그 규정은, 日本舊民法(Boissonade 民法)이 擇하였던 프랑스民法의인 公平主義(이에 관하여는 Ferid, *Das Französische Zivilrecht*, 1. Bd., 1971, S. 804ff. 참조)를 버리고, 독일 民法 第2草案이 (그리고 당시의 立法例로서는 유일하게) 擇하였던, ‘法律上 原因’의 不存在를 制度의 中心에 위치시키는 態度(독일 民法上 不當利得規定 形成의 一端에 관하여는, 拙稿, 독일 不當利得理論의 歷史的 展開 — 類型論을 中心으로, 郭潤直 教授 華甲紀念論文集, 1985, 585면 이하 참조)를 취한 데서 비롯되었다는 것이다(未定稿 本 民法修正案理由書, 出版事項不明, 日文, [같은 이름의 책에 관하여는 우선 星野英一, *民法論集* 第一卷, 1970, 78面, 83面 註(15) 참조], 서울大學校 圖書館 所藏本, 602面 참조).

의 順으로 해설을 각각 붙이고 있다. 그러나 以下에서는 이와 같은 叙述의 順序에 좇아 그 내용을 紹介하는 데 그치지 않고<sup>(7)</sup>, König가 파악하는 바의 독일 不當利得法의 문제점과 그 原因을 우리의 關心에 맞추어 再構成 또는 補充하고, 그 代案으로 제시된 改正私案을 그간의 學說과 判例의 成果 등에 비추어 설명하여 가기로 한다(改正私案의 試譯을 附錄으로 첨부하였다).

## II. 독일 不當利得法改正의 必要

### 1. 單純明瞭한 規定의 必要

독일에서 不當利得法은 民法 중에서 가장 어려운 분야의 하나로 꼽힌다. Larenz와 같이 定評있는 學者도, 그의 債權法 教科書 第2卷 第11版(1977) 序文에서 다음과 같이 그 어려움을 말하고 있다. 즉, “個別的인 一때로는 매우 相異한 一 事案類型마다 구체적으로 타당한 결론을 부여하려고 노력할수록, 규정의 基本指針이 점점 불명확하게 된다. 노련한 法律家도 이 密林 속에서 바른 길을 찾기가 여간 어렵지 않다.” 또한 Münchener Kommentar 중 不當利得法部分을 집필한 바 있는 Lieb<sup>(8)</sup>도 부당이득법이 “BGB의 가장 不透明한 부분”이라고 한다.<sup>(9)</sup>

이러한 상황은, 不當利得法에 대한 이론적인 說明이 BGB 制定 이후 심한 變化를 겪었다는 사실과 無關하지 않다.<sup>(10)</sup> 즉 우선, BGB 制定 直後에는, 그 第812條 第1項 第1文<sup>(11)</sup>에서 不當利得에 관한 一般的인 規定을 둔 것과 관련하여 ‘個別的인 不當利得事例의 並列에서 一般的 統一要件으로’라고 표현될 수 있는 理論的 轉換이 있었다. 또 1950년대 후반과 1960년대 초에 걸쳐서는 Wilburg와 von Caemmerer의 研究成果에 근거하여, 모든 不當利得의 事例를 포괄하는 것으로 예정되어 있었던 一般的 統一要件은 포기되고, 內在的인 基礎를 달리하는 不當利得類型論(Typologie der Bereicherungsansprüche)이 일반적으로 전개되었던 것이다. 그러나 近者에는 이와 같이 各不當利得類型마다 別途의 要件과 效果를 정하는 態度에 대하여, 다시 統一要件의 復權을 주장하는 立場이 줄기차게 대두하고 있다.<sup>(12)</sup> 이러한 立場에서는 주로, 多數說이 독자적인 부당이득유형의 대표로 내세우는 給付

(7) 따라서 이하에서는 특별한 사정이 없는 한 일일이 意見書의 面數를 인용하지 않기로 한다.

(8) Lieb (註4), S. 2034.

(9) 그 외에 Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, *Handbuch des Schuldrechts* Bd. 4, 1983, Vorwort; Koppensteiner/Kramer, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1975, Vorbemerkung 참조.

(10) 이에 관하여는 일단 拙稿(註6) 참조.

(11) 이하 독일 民法의 條項은 특히 그 法名의 附記없이 인용한다.

(12) 이러한 ‘第3의 轉換’의 企圖에 관한 극히 壓縮된 要約은, Reuter/Martinek (註9), S. 35ff. 참조. 보다 詳細한 學說의 모습에 관하여는 Joachim Wolf, *Der Stand der Bereicherungslehre und ihre Neubegründung*, 1980, S. 47-151. 現在는 少數意見에 속하는 이러한 立場은 Kellmann, Wilhelm, Batsch, Kaehler, Kupisch 등에 의하여 주장되고 있다.

不當利得에서 중심적인 위치를 차지하는 소위 目的的 給付概念<sup>(13)</sup>이 不當利得理論의 試金石이라고 일컬어지는 소위 三角關係에 있어서의 不當利得問題<sup>(14)</sup> — 그 當事者 및 返還義務의 內容 — 에 대하여 반드시 타당한 해석상의 結果를 보장하지 않는다는 것과, 그렇다면 아예 類型論을 포기하고 第812條 第1項 第1文의 立法趣旨에 입각하여 단일한 統一要件을 발견하여야 하고, 또 발견할 수 있다는 것을 내세운다.

이와 같이 不當利得制度의 根本的인 문제에 대한 理論上的 混亂 내지 不統一<sup>(15)</sup>은, 특히 法學理論의 發展에 민감한 독일의 實務<sup>(16)</sup>로 하여금, 자신들이 늘 접하게 되는 일상적인 不當利得法 事件을 처리함에 있어서 확고한 地盤을 발견할 수 없게 하는 結果가 된다. 이러한 浮動性은 不當利得法の 새로운 規定에 의하여 除去되어야 한다는 것이다.

그런데 König는, 이러한 理論的인 不統一과는 극히 對照的으로 19세기末 以來 독일의 最高法院(帝國法院 Reichsgericht 및 聯邦大法院 Bundesgerichtshof)이 不當利得法の 問題를 다룸에 있어서 그 事實關係의 파악과 判決의 結論이라는 점에서 ‘놀랄만한 連續性’을 보여 주고 있음을 지적한다. 이것은 公刊된 不當利得에 관한 判決들을 분석함으로써 얻어지는 結論이다. 따라서 위에서 본 이유에 의하여 ‘實務로 하여금 부당이득법적인 日常問題를 신속하고 마찰 없이 처리할 수 있도록 하는 단순하고 명확한 규정’을 마련함을 主眼으로 하여야 하는 不當利得法 改正作業은 이 判例分析의 成果를 기반으로 하여 이루어지게 된다.

## 2. BGB 制定過程에 있어서의 未備點

(1) 독일 不當利得法の 여러 가지 難問題는 立法過程上的 不備에 그 원인의 많은 部分을 두고 있다.

BGB의 立法過程에 있어서, 債權編에 대한 豫備草案의 起草를 위임받은 von Kübel의 不當利得法部分草案<sup>(17)</sup>을 이어받아 第1草案(第737條 내지 第748條)은 로마法上的 condictio事例

(13) 이에 관하여는 우선 拙稿(註6), 596면 이하 참조. 또한 本文 III.2.(1), IV.4 각 참조.

(14) 이에 관한 國內文獻으로서 우선 李鍾馥, 不當利得 — 三者關係를 中心으로, 民事法學 第4, 5號, 1985, 260면 이하; 吳宗根, 不當利得法上 三角關係의 類型別 分析, 1986年 서울대학교 碩士學位論文 참조.

(15) Medicus, *Bürgerliches Recht*, 10. Aufl., 1981, Rdnr. 665 (S. 331)는, “不當利得法の 理論(Dogmatik)에 관하여는 상당한 連續性이 緊切히 要求되고 있다. …… 再次的 轉換은 一元說이 명백하고도 다름의 여지가 없는 利益을 가지다 주는 경우에만 수긍될 수 있다. 筆者는 이러한 利益이 아직 證明되지 않았다고 본다”는 것을 理由의 하나로 하여, 새로운 一元論에의 加擔을 거부할 정도이다.

(16) BGB 자체가 보통 판례法學의 產物이라고 일컬어지고 있을 뿐만 아니라(Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Bd. 1, 1971, S. 175; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 473 u. passim), 일반 實務에 있어서도 소위 教授法(Professorenrecht. 이에 관하여는 Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 1953, S. 211 u. passim 참조)의 영향이 至大하다고 인정되고 있다.

(17) 이에 관하여는 우선, 拙稿(註6), 585면 註(18) 참조. Schubert, Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs des BGB, *SavZ (Rom)* 92(1975), S. 190-194는 同部分草案의 내용 및 理論的 背景에 관하여 簡略한 說明을 하고 있다.

를 개별적으로 나열하여 규정하는 태도를 취하고 있었다. 즉 *condictio indebiti*(非債辨濟)를 선두로, *cond. ob rem*(目的不到達로 인한 부당이득), *cond. ob turpem vel iniustam causam*(恥辱原因 또는 不法原因으로 인한 부당이득) 및 *cond. sine causa*(原因欠缺로 인한 부당이득)가 그것이다.<sup>(18)</sup> 그런데 第2草案을 마련함에 있어서는 不當利得에 관한 原則的 規定을 둘 것을 요구하는 여러 사람의 意見에 좇아, 統一의 一般條項(第812條 第1項 第1文)을 規定의 冒頭에 두었다. 그러나 이와 같은 規定方式의 變更이 기타의 規定에 어떠한 영향을 줄 것인지에 대하여는 충분한 吟味가 이루어지지 않았던 것이다. 다음에서 그 예를 들어보기로 하자.

(가) 債務履行의 目的으로 給付한 者가 그 債務의 不存在를 알고 있을 경우에는 그 給付의 返還을 청구할 수 없다고 규정하는 第814條(우리 民法 第742條)에 관하여

von Kübel의 部分草案은 *cond. indebiti*, 즉 이미 辨濟된 債務를 再次 이행한다든지, 진정한 債權者가 아닌 者에게 이행하는 등 履行行爲(*Erfüllungshandlung*)에 있어서 一方的인 錯誤가 介在된 경우의 返還請求(第1條)와, *cond. sine causa specialis*, 즉 行爲無能力, 強行法規違反(이상 第23條), 法律行爲의 取消의 경우(第24條) 등과 같이 返還請求의 原因이 締結된 契約 그 자체에 내재하고 있는 경우를 구분하여<sup>(19)</sup> 위와 같은 債務不存在에 대한 知悉이 반환청구를 배제한다는 規定(第1條 第2文)은 前者에 대해서만 적용되는 것으로 하고 있었다.<sup>(20)</sup> 그리고 이러한 態度는 第一草案에 있어서도 基本的으로 유지되었다. 즉 同草案 第737條 第4文은 非債辨濟에 관하여 위와 같은 返還請求權의 不發生에 관한 規定을 두었으나, 기타의 *cond.事例*에 대하여는 이러한 規定을 두지 않은 것이다.

원래, 普通法理論上의 通說 및 判例는 前者의 경우에 있어서 — 그리고 그 경우에 대하여서만 — 返還請求를 하려면, 給付를 한 者가 過責 없는 錯誤(*entschuldbarer Irrtum*)에 기하여 그와 같은 非債辨濟를 하였음을 主張·立證하여야 한다는 立場을 취하였다. 그러나 이러한 要件의 부과는 반환청구가 부당하게 制約되는 結果를 빚었다. 따라서 *Sachsen 民法*이나 *Dresden 草案*<sup>(21)</sup>에서는 착오의 存在를 推定하는 規定을 둬으로써 반환청구를 용이하게 하려고 하였다. *BGB*의 立法者들은 이에서 한걸음 나아가 錯誤를 소극적인 要件으로, 즉 원고가 債務 不存在를 알고 있었음을 피고가 주장 입증하여 免責할 수 있도록 한 것이다.

(18) 部分草案은 이 4個의 *condictio*마다 款을 각각 마련하여 규정하고 있으나(第1款 非債의 履行으로 인한 返還請求權, 第1條 내지 第13條; 第2款 前提된 장래의 事件의 不發生으로 인한 返還請求權, 第14條 내지 第17條; 第3款 恥辱의 受領으로 인한 返還請求權, 第18條 내지 第22條; 第4款 原因없는 保有로 인한 返還請求權, 第23條 내지 第28條), 第1草案은 따로 款을 마련하지 않고 위의 各 *cond.*에 대하여 第737條 이하, 第742條, 第747條 및 第748條에 각각 規定을 두고 있다.

(19) 현재에 있어서 이러한 區分의 ‘斷片的’인 努力에 관하여는, *Staudinger-Lorenz*, §812 Rz. 77 참조.

(20) 특히 行爲無能力 및 強行法規違反의 경우에 관한 同草案 第23條는 “給付를 함에 있어서 그에 대한 義務가 없음을 알고 있던 경우에도 반환청구를 할 수 있다”고 規定한다.

(21) *Sachsen 民法* 第1533條 및 *Dresden 草案* 第987條 第1項.

그러나 위에서 본 바와 같은 cond. indebiti와 cond. sine causa의 區分을 없애고 이를 모두 소위 給付의 返還에 관한 不當利得請求權(Leistungskondiktion)<sup>(22)</sup>으로 포괄하고 있는 現在の BGB 規定體制 아래서는 第814條는 어떤 面에서는 너무 넓게, 또 다른 面에서는 너무 좁게 반환청구의 배제를 규정하고 있다. 즉, 無效인 契約에 기하여 이루어진 給付의 返還을 청구함에 있어서 被告는 原告가 契約의 無效를 알고 있었음을 주장 입증하면 어떠한 경우에도 免責되어야 할 것인가? 이것을 긍정하면 不當한 結果가 되므로, 判例는 그 立證에 대하여 매우 엄격한 態度를 취하는 등으로 第814條의 적용을 回避하여 왔다(附錄 §1.1(2) d 참조). 다른 한편으로 가령 保險會社가 保險事故의 發生 여부가 확실치 않음에도<sup>(23)</sup> 保險金を 지급한 경우, 후에 그 不發生이 확인되면 그 반환청구를 인용하여야 할 것인가? 이러한 경우에는 債務의 不存在에 대한 危險을 스스로 引受한 것이므로 반환청구를 否認하여야 할 것이다(附錄 §1.1(2) c 참조).<sup>(24)</sup>

(나) 利得의 返還範圍를 現存利益에 한정하고 있는 第818條 第3項<sup>(25)</sup>에 관하여

위와 같은 cond. indebiti의 경우에는, 利得者의 返還義務는 전적으로 상대방측의 事情, 즉 給付者가 不存在하는 채무를 不注意하게 이행함에 기인하여 발생하게 된 것이다. 따라서 그 利得의 보유에 관하여 일어난 여러 가지 事情은 적어도 利得者가 善意인 한(惡意이면 반환의 범위는 現存利益에 한정되지 않는다. 第820條 참조), 利得의 반환범위를 정함에 있어서 최대한으로 고려할 필요가 있다(附錄 §1.4(3) 참조). 그러나 무효인 契約, 특히 雙務契約에 기하여 給付가 이루어진 경우에는 利益狀況이 이와는 매우 다르다. 이 경우에는 給付約束의 相互依存關係가 존재하며, 따라서 利得者는 자신도 給付를 제공하겠다고 約束함으로써 상대방이 給付를 하도록 原因을 제공한 것이다. 따라서 利得의 消滅의 危險을 給付者에게만 부담시킬 하등의 先驗的인 理由가 존재하지 않는다. 그렇다면 善意利得者의 반환의무를 어느 경우에도 現存利益에 한정하는 것은 부당하다(附錄 §1.5(1) 참조).<sup>(26)</sup> 判例는 이러한 결과를 회피하기 위하여 契約에 기하여 이루어진 給付의 반환에 관하여, 利得의 소멸을 인정하는 데 대하여는 극히 엄격한 기준을 적용하고 있는 것이다(예외는 利得者가 未成年者인 경우에만 인정된다).

(다) 利得返還의 態樣에 관하여

이에 관하여서도 무효인 계약에 기하여 交換된 給付와 反對給付 사이의 牽聯性이 立法過

(22) 물론 이 때의 給付不當利得이란, 不統一說에 있어서와 같은 독자적 類型으로서의 그것을 가리키는 것은 아니다.

(23) 일반적으로 第814條가 적용된다면 債務의 不存在에 대한 確實한 認識이 요구되고, 단순한 疑心만으로는 不足하다고 이해되고 있는 것이다. 이에 관하여는 Staudinger-Lorenz, §814 Rz. 3 참조.

(24) 判例도 信義誠實의 原則(第157條, 第242條)을 적용하여 그와 같이 해석하고 있다고 한다.

(25) 同條項 適用의 구체적인 결과에 관하여는 拙稿, 獨逸民法上 利得概念의 形成과 그 具體的 適用, 法曹 34권 3호(1985), 39면 이하 참조.

(26) 이에 관하여는 拙稿(註25), 58면 참조.

程에 있어서 거의 고려되지 않았다. 이미 1890년에 Bolze가 給付와 反對給付 사이의 '事實의 關聯'에 착안하여, 原狀回復에 있어서의 同時履行關係 등을 주장하였으나(附錄 §1.5(2) 참조)<sup>(27)</sup>, 이는 立法過程에서 전혀 무시되었다. 그리하여 BGB 制定後 判例은 소위 Saldotheorie를 발전시켜서, 雙務契約에 기하여 交換된 給付와 反對給付를 서로 返還하여야 하는 경우, 返還의 對象이 되는 '利得'은, 자신이 受領한 給付 그 자체가 아니라, 그 給付 또는 그 價額에서 자신이 행한 反對給付 또는 그 價額을 뺀 나머지 差額(Saldo)이 존재하는 경우에만 성립한다는 입장을 固守하였던 것이다.<sup>(28)</sup> 이 소위 差額說이 이론적으로 많은 難點을 지니고 있음은 현재 누구에게도 意識되고 있으나<sup>(29)</sup>, 그 出發點, 즉 契約上 給付의 原狀回復에 있어서의 給付와 反對給付 간의 牽聯性에의 顧慮에 대한 要求는 어느 方式으로든 解答이 주어져야 한다는 데 또한 異見이 없는 것이다.

이상의 各例에 있어서는 한마디로, 履行行爲에 있어서 一方的인 錯誤가 존재하는 경우에 관한 cond. indebiti의 法理를 엄두에 두고 마련된 規定을 다른 不當利得事例, 특히 無效인 契約(取消되어 소급적으로 效力을 喪失한 契約을 포함한다)에 기하여 이루어진 給付의 返還에 대하여도 적용하게 됨으로써 不合理·不當한 結果가 발생케 되었다고 하겠다.

(2) 또한 所有權이 侵害당한 경우에 所有者에게 부여되는 不當利得返還請求權(이것은 전통적으로 cond. sine causa의 一例이었다)에 관하여, 豫備草案은 이를 物權法에서 一括적으로 규정하고 있었다(豫備草案 第195條 내지 第197條). 物權法의 豫備草案<sup>(30)</sup>은 Johow에 의하여 1880년에 完成되었는데, 그의 基本的인 發想은 다음과 같은 것이었다. 즉, 善意의 占有者가 物件을 消費하거나, 附合, 混和, 加工 등으로 다른 物件에 添附(Akzession)하거나 또는 제 3자에게 處分하여 제 3자가 善意取得을 하는 등으로 그 處分이 유효하게 되는 경우에 所有者는 所有權을 상실하고, 따라서 所有權에 기한 物權의 請求權을 행사할 수 없게 된다. 이러한 경우에는 所有者에게 物權的 請求權 대신 債權的 請求權, 즉 cond. sine causa가 부여되어야 하며, 이 청구권으로써 占有者를 상대로, 그가 '취득한 利益의 返還'을 구할 수 있어야 한다는 것이다. 소위 第1委員會는 이와 같은 發想 자체에는 찬성하였으나 豫備草案과 같이 단일한 規定을 두는 態度를 택하지 않고, 所有權 侵害의 각 경우마다 별도로 規定을 두기로 하였다. 즉 第816條 第1項에서는 無權利者의 處分이 有效(善意取得)한 경우 元權利者는 그 處分者에 대하여 '處分으로 인하여 取得한 것'의 반환을 청구할 수 있다고 규정하고, 第951條는 附合, 混和, 加工으로 인하여 權利를 상실하는 者는 不當利得의 規定에

(27) Bolze, Der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft, AcP 76(1890), S. 261.

(28) 判例의 詳細에 관하여는 Diesselhorst, *Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie*, 1968, S. 32-200 참조.

(29) 이에 관하여는 金龍潭, 雙務契約의 無效·取消과 不當利得(中), 司法行政 1983년 3월호, 20면 이하 참조.

(30) 이에 관하여는 Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3. Bd. 2. Teilb., 1983, S. 1585 (Dölemeyer) 참조.

따라 金錢으로 補償을 청구할 수 있다고 규정한다. 또한 타인의 財貨를 소비하는 경우에 대하여는 不當利得에 관한 一般條項, 즉 第812條 第1項 第1文(특히 同 後段)에 포섭되는 것으로 규정하였다.

König에 의하면, 이와 같이 所有權 기타 權利의 侵害의 경우에 발생하는 不當利得返還請求權에 관하여 규정을 分散시킴으로써 그에 관한 ‘統一의인 基本思想’이 상실되었다고 한다. 그러한 통일적 基本觀念은, 후에 Wilburg와 von Caemmerer가 이 분산된 규정을 모아 소위 侵害不當利得(Eingriffskondiktion)의 類型을 再構成하고, 그 독자성을 확인함으로써<sup>(31)</sup>, 비로소 再發生되었다는 것이다.

### III. 改正私案內容의 基礎

#### 1. 類型論(Typologie)

이상에서 본 바와 같이, 우선 實務에 대하여 不當利得法の 문제의 해결을 위한 ‘단순하고 명료한’ 指針을 부여하고, 나아가 BGB의 立法過程에 있어서의 未備를 청산한다는 두 가지 必要에 의하여, König는 不當利得規定의 改正이 필요하다고 한다.

그러면 그 改正의 內容은 무엇을 基礎로 할 것인가? 가령 Huber는, 債務不履行(Leistungsstörungen)의 法에 관한 鑑定意見<sup>(32)</sup>에서, ‘遲滯’(Verzug)와 ‘不能’(Unmöglichkeit)을 중심으로 하는 現行의 債務不履行規定體系를 全的으로 解消하고, 1964년의 헤이그 統一賣買法<sup>(33)</sup>에 의거하여 積極的 債權侵害나 瑕疵擔保를 포함하는 일체의 債務不履行形式을 ‘不履行’(Nichterfüllung)이라는 단일한 構成要件에 통일시킨다. 그러나 König는, 이와는 달리 ‘判例와 學說의 확실한 成果’를 기초로 삼고, 이에 따라 第812條 第1項 第1文의 統一要件을 給付不當利得返還請求權(Leistungskondiktion), 侵害不當利得返還請求權(Eingriffskondiktion) 및 費用不當利得返還請求權(Aufwendungskondiktion)으로 分解하여 그 各各에 대하여 別途의 要件과 效果를 규정한다. 이러한 규정방식은 비록 規定의 數를 늘리는 結果가 되나(附錄의 改正私案譯 참조), ‘實質的 問題의 선명한 區分’을 가능케 하는 것이다.

이와 같은 類型論은 von Caemmerer에 의하여 약 30년 전에 主唱된 이래 독일 不當利得理論의 指導의 學說일 뿐 아니라<sup>(34)</sup>, 比較法的으로도 확인된다.<sup>(35)</sup> 가령 美國에 있어서는

(31) 拙稿(註6), 589면 이하 참조.

(32) Bd. I, S. 647ff. 이에 관하여는 우선 李銀榮(註1), 法曹 33권 3호 25면 이하 참조.

(33) 1964년 4월 헤이그에서 採擇된 國際動產賣買統一法(Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen; Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels)을 말한다. 이 法은 1974년 7월 西獨聯邦議會(Bundestag)의 同意를 얻음으로써, 西獨內에서도 그 效力을 가지게 되었다. 이에 관하여는 Dölle (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, 1976, S. XXXIX 참조.

(34) 拙稿(註6), 595면 이하 참조.

(35) 물론 各國의 法制에 있어서 不當利得制度(ungerechtfertigte Bereicherung; enrichissement sans cause; unjust enrichment)는 그 기능에 差異가 없을 수 없다. 이것은 各國의 契約法, 不法行爲



1937년 原狀回復法에 관한 Restatement<sup>(36)</sup>가 發刊되었는데, 여기에서는 (i) 錯誤(Chap. 2) 또는 強迫(Chap. 3)에 의한 支拂 등의 경우, (ii) 委任에 기한 利得提供의 경우(Chap. 4), (iii) 任意로 利得이 提供된 그 以外の 경우(Chap. 5), (iv) 損失者의 行爲에 의하지 아니하고 適法하게 利得이 取得된 경우(Chap. 6), (v) 違法하게(tortiously) 利得이 取得된 경우(Chap. 7)를 나누어 각각 요건을 별도로 정하고 있다. 또한 최근 Palmer도 原狀回復法이 적용되는 事例를, (i) 실제의 또는 假定上의 契約에 기하여 제공된 利得, (ii) 義務者 자신의 違法行爲(wrong)에 의하여 적극적으로 취득된 利得, (iii) 非自意的 利得(타인의 債務의 弁제, 타인의 財産의 保存 또는 改善 등)의 세 가지 基本類型으로 나누고 있다.<sup>(37)</sup> 이러한 分類는 König가 採擇한 不當利得의 三類型과 一致하는 것이다. 이러한 原狀回復法의 具體化 傾向은 英國에서도 마찬가지이다.<sup>(38)</sup>

뿐만 아니라 위와 같은 類型論은, 부당이득법이 처리하여야 하는 여러 종류의 紛爭 사이에 존재하는 실질적인 內容의 差異를 분명하게 意識토록 하고, 따라서 이에 상응하여 구체적으로 妥當한 解決을 가능하게 한다.

(1) 給付不當利得法은 주로 契約法의 보충규범으로 기능한다.

債務의 履行을 위하여 給付가 이루어졌을 때, 法은 일정한 要件이 있는 경우에는 그 契約關係가 清算될 것을 요구한다. 가령 契約의 無效, 取消된 경우가 그 代表的인 例이다. 그러나 法은 이러한 경우 契約의 效力이 없어졌다고만 정할 뿐이고, 清約關係를 어떠한 法的인 手段에 의하여 청산하라고는 明白히 규정하지 않고 있다. 그러나 不當利得法은 ‘法律上 原因’이라는 中間項을 통하여 이러한 契約關係의 清算을 위한 具體的인 裝置로서의 機能을 수행한다. 契約關係의 청산, 즉 給付의 返還에 관하여는, 給付(Leistung)와 法律上 原因(Rechtsgrund)이라는 두 가지 要件에 의하여 정하여지는 不當利得返還請求權, 즉 給付不當利得返還請求權이 그 作業道具로 등장하는 것이다.

이를 不當利得法 쪽에서 파악하면, 契約關係의 清算이 요구되는 실질적인 理由—가령 意思無能力, 行爲無能力, 形式의 欠缺, 強行法規 또는 公序良俗 違反, 意思表示의 瑕疵 등—는 不當利得法에서 문제로 삼을 필요가 없음을 의미한다. 이러한 理由에 대하여는 契約法 내지 法律行爲法에서 다루게 되는 것이다. 이와 같이 不當利得法은 給付返還 그 자체만을

法, 事務管理法 및 物權法이 어떠한 對象을 어떠한 모습으로 규율하고 있는가에 의하여 달라진다. 가령 프랑스나 英美에서는 契約解除도 不當利得法이 규율한다. 한편 독일에서는 소유권 보호가 소위 侵害不當利得制度의 內容이 되는 데 反하여, 英美法에서는 不法行爲法(‘conversion’)에서 다루어진다. König는 이와 같은 例에서 알 수 있듯이 Pomponius의 命題(“누구도 타인의 損失로 不當하게 利得을 취하여서는 안된다”)라는 不當利得法의 基本原理)의 適用範圍는 고정된 것이 아니라, 각 法體系에 의하여 제약되어 있다고 한다. “不當利得法은 權利保護의 欠缺을 매우는 補充的 機能을 수행한다”(S. 1519).

(36) *Restatement of the Law of Restitution. Quasi Contracts and Constructive Trusts*, as adopted and promulgated by the American Law Institute, 1937.

(37) Palmer, *The Law of Restitution*, 1978, Vol. I, p. 40ff., Vol. II, p. 358ff.

(38) 가령 Goff/Jones, *The Law of Restitution*, 2. ed., 1978, p. 69ff., p. 401ff., p. 469ff. 참조.

다루면 되는 만큼 負擔을 덜게 된다.<sup>(39)</sup>

(2) 侵害不當利得法은 不法行爲法에 대한 補充規範이다.

給付不當利得法이 給付의 반환을 그 중심적인 내용으로 하는 것으로서, 소위 財貨運動法(Recht der Güterbewegung)에 속한다면 侵害不當利得法은 財貨保護(Güterschutz)에 봉사한다. 이는 타인의 財貨를 권한없이 사용, 소비, 처분한 경우(附錄 §2.1(1) 참조)에 財貨의 所有者에게 주어지는 法的 救濟手段으로서 不法行爲法을 보충하는 것이다.

그 財貨를 침해당한 權利者가 侵害者의 故意, 過失을 입증할 수 없거나, 또는 특히 단순한 使用의 경우에 있어서와 같이 損害가 發生하지 않았거나, 나아가 善意의 占有者의 경우와 같이 法이 不法行爲로 인한 損害賠償請求權의 主張을 허용하지 않을(第993條) 경우 權利者는 侵害不當利得返還請求權을 주장하여 價額返還을 얻을 수 있는 것이다.

이 不當利得類型에 독자적인 要件과 效果를 부여하는 것은 위에서 본 바 있는 BGB의 立法過程에 비추어서도 正當化된다.

(3) 費用不當利得法은 事務管理法의 補充規範으로 가능하다.

이미 19세기 中葉에 Witte가 이 不當利得類型을, “損失者 자신에 의한 利益提供” 및 “當事者 간의 法律行爲의 不存在”라는 徵表로써 구별한 바 있다.<sup>(40)</sup> 費用不當利得에 있어서는 給付不當利得의 경우와 마찬가지로 損失者 자신의 意思에 기한 財産上 出捐이 존재한다. 그러나 給付不當利得에 있어서는 일반적으로 그 出捐이 債務의 履行을 목적으로 하여 이루어짐에 반하여, 費用不當利得의 경우에는 實在하는 또는 實在한다고 誤認된 債務關係는 애초 문제되지 않으며 따라서 出捐은 그것을 할 아무런 義務없이 이루어지는 것이다.<sup>(41)</sup>

이와 같이 第3者가 義務도 없으면서 他人에게 재산상 利益을 가져다 주는 경우에는, 우선 事務管理(Geschäftsführung ohne Auftrag)의 成立 여부가 문제된다. 만일 事務管理의 요건(他人의 事務를 處理한다는 意思의 存在 및 本人의 利益과 意思에의 符合)이 충족되면, 費用支出者는 그 費用의 償還을 구할 수 있으므로(第683條, 第670條), 不當利得의 문제는 발생하지 않는다. 그러면 이러한 요건이 充足되지 아닐 경우, 本人은 타인의 行爲로 인한 利得을 보유할 수 있는가? 普通法에 있어서는 이 경우 事務執行者에게 actio negotiorum gestorum

(39) König는, 이와 같이 給付不當利得을 給付와 法律上 原因의 欠缺이라는 두 要件으로 규정하는 것은, 다른 法制(가령 錯誤에 의한 給付에 있어서 그 錯誤의 態樣을 細分하는 作業이 중심적인 위치를 차지하는 英美의 原狀回復法)에 비하여 ‘重要하고도 妥當한 進步’를 의미하는 抽象化라고 한다. 따라서 目的的 給付概念에 대한 非難이 漸增함에도 불구하고, 이러한 抽象化의 正當性 그 자체에 대하여는 의문이 제기된 일이 없다고 한다(S.1526).

(40) Witte, *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts*, 1859, S.1-40.

(41) 그러므로 이 경우에는 소위 ‘強要된 利得’(aufgedrängte Bereicherung)의 문제가 발생한다. 즉, 利得者는 자신의 意思의 介入 없이 利得을 얻도록 된 것이므로, 설사 客觀的으로는 자신의 財産狀態가 보다 良好해졌다고 하더라도 主觀的으로는 改善이라고 평가될 수 없는 경우가 발생한다(附錄 §3.2. Satz 1 참조). 가령 낡은 건물을 倒壞하여 새 建物を 건축하려는 計劃을 進行시키는 者는, 第3者가 그 낡은 건물의 暖房裝置를 改造하였다고 하여 ‘利得’을 얻었다고 할 수 없을 것이다.

contraria(反對事務管理訴權)를 부여하였으나, 그 訴權은 本人이 얻은 利益에 한정되었다. 그리고 Windscheid는 이것을 *condictio sine causa*의 一形態라고 설명하였는데, 이것이 費用不當利得類型의 一源泉인 것이다(第684條 第1文: “第683條의 要件이 충족되지 않는 경우에는, 事務本人은 事務執行으로 인하여 취득한 것 전부를 不當利得의 返還에 관한 規定에 따라 事務執行者에게 반환할 義務를 負擔한다”).

한편 第687條 第1項은 “他人의 事務를 자신의 事務라고 믿고 處理하는 때”에는 事務管理의 規定이 적용되지 않는다고 한다. 따라서 이 경우에 本人이 얻은 利得의 반환 등은 전혀 不當利得法에 맡겨지게 되는 것이다.

이와 같이 費用不當利得返還請求權은 第683條, 第670條에 기한 費用償還請求權의 弱화된 形態라고 할 수 있다. 따라서 König에 의하면, 事務管理法의 일정한 規定들은 費用不當利得法에도 적용되어야 한다고 한다. 가령, 費用不當利得으로서 반환되어야 할 범위는, 第683條, 第670條에 의한 費用償還額을 넘지 못하며 또 損失者는 第681條에 의한 通知義務를 일정한 범위에서 부담(附錄 §3.2. Satz 3, b 참조)하는 등으로.

## 2. 소위 三角關係의 處理

(1) 최근 독일의 不當利得理論은 주로 三角關係에 있어서의 不當利得의 문제를 보다 타당하고 一貫되게 설명할 수 있는 方途를 모색하는 데 집중되고 있는 느낌이다. 즉 不當利得의 發生過程에 있어서 三當事者 이상이 關與하였을 때 不當利得關係는 누구와 누구 사이에서 발생하는가, 또 그 경우 반환의 대상이 되는 利得이란 어떠한 內容을 가지는가 하는 문제이다.<sup>(42)</sup>

König는, 이와 같은 多數關係者 간의 不當利得問題를 단 하나의 *Formel*로 處理하는 것은不可能하다고 우선 단정짓는다. 그러한 試圖는 과거 數次 있었으나 모두 挫折되었다.

判例, 특히 *Reichsgericht*는, 이와 관련하여 第812條 第1項 第1文의 “他人의 損失로써”(auf Kosten des anderen)라는 文言에 착안하여 “財產移轉의 直接性”(Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung)이라는 要件을 摘出하였었다. 즉 不當利得關係는 문제가 되는 財產移轉의 直接當事者 사이에서만 발생한다는 것이다. 이 要件은, 가령 融資받은 돈을 第3者에게 다시 讓渡한 경우와 같이 소위 利得의 連鎖(Bereicherungskette)가 존재하는 경우에는 비록 그 애초의 貸借契約이 무효라고 하더라도 貸主가 제3자에게 그 돈의 반환을 不當利得으로 구할 수 없음<sup>(43)</sup>을 뒷받침하는 데에는 유용하다. 그러나 소위 直接引渡의 경우, 가령 A가 물건을 B에게 팔고, B는 다시 C에게 팔았을 때 A가 B의 指示에 좇아 목적물

(42) 三角關係의 문제로 論議되는 것은 直接引渡(Durchlieferung)의 경우(이에 대하여는 後述) 외에도 連鎖履行(Leistungskette), 指示關係(第783條 참조), 第3者를 위한 契約, 債權讓渡 및 債權引受, 第3者의 辨濟 등이 있다. 이에 관하여는 우선 *Münchener Kommentar*, §812 Rdnrn. 30-135 (Lieb) 참조.

(43) 이러한 결론 자체에는 疑問이 없다.

을 직접 C에게引渡한 경우에 나중에 A와 B 사이의 賣買契約이 무효임이 판명되었다고 하자. 이때 A는 C에 대하여 그 物件의 반환을 不當利得으로 청구할 수 있는가. 結論에 있어서 이러한 返還請求를 인정하여서는 안된다는 점(따라서 A는 그 契約當事者인 B를 상대로 할 수 있을 뿐이라는 점)에 대하여는 異見이 없는 바인데, 이 경우 財産의 變動은 A와 C 사이에 直接 발생하였으므로, 위 “財産移轉의 直接性”이라는 要件으로써는 A의 B에 대한 不當利得請求를 인용할 수 없게 되는 것이다. 따라서 이러한 결과를 회피하기 위하여 ‘直接的인 財産移轉’이 ‘中間者의 出捐行爲’에 의하여도 일어날 수 있다고 인정하지 않으면 안되었고, 이로써 이미 위 要件은 이론적인 明瞭性을 상실한 것이라 하지 않을 수 없다.

한편 BGH는, 1963. 10. 31의 判決 (BGHZ 40, 272) 이래 이러한 문제를 해결하는 理論的인 틀로서 소위 目的的 給付概念(finaler Leistungsbegriff)을 채택하였다. 즉 給付를, “一定한 目的을 위한 意識的인 他人財産의 增加”라고 정의하여 給付者의 目的을 보다 중대한 徵表로 내세운 것이다. 위와 같은 直接引渡의 경우 A는 비록 C에 물건을 인도하였으나 (“出捐”), 이것은 자신의 B에 대한 債務를 이행할 目的으로 한 것(“給付”)이므로 不當利得關係는 이러한 給付關係(Leistungsverhältnis)가 존재하였던 A와 B 사이에서 발생하여야 한다는 것이다.

그러나 이러한 給付概念에 대하여 근래 가하여진 批判<sup>(44)</sup>은, 이 概念이 부당이득법적인 三角關係의 문제 전부를 演繹의으로 해결할 수 있는 魔術的 公式이 아니라는 것을 밝혀 주고 있다.<sup>(45)</sup>

이러한 理由附與의 論理에 있어서의 多樣함에도 불구하고, 소위 三角關係에 있어서의 不當利得問題에 관한 지난 一世紀 간의 判例는 그 結論에 있어서 놀랄만한 一貫性을 유지하여 왔다.<sup>(46)</sup> 우선, BGB 施行 直後에는, 貸出을 받은 者가 債務超過가 되어 回收不能의 상태에 빠진 경우 그로부터 이득을 얻은 者<sup>(47)</sup>에 대하여 銀行이 第812條 第1項 第1文을 들

(44) Canaris, Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, 1973, S. 799ff. 가 그 대표적인 例이다.

(45) 가령 第3者를 위한 契約에 있어서 第3者가 諾約者에 대하여 給付請求權을 取得하는 경우라면 (第328條 참조), 諾約者가 第3者에 대하여 그 債務를 履行하는 것은, 同時에 자신의 要約者에 대한 義務도 이행하는 것이 된다. 왜냐하면 그는 要約者에 대하여는, 第3者에 대하여 債務를 이행할 의무를 부담하고 있기 때문이다. 그렇다면 그가 第3者에 대하여 그 債務를 이행하는 경우 소위 給付關係—그것을 뒤집으면 不當利得關係가 된다고 하는 바의—는 諾約者와 第3者 사이에 생긴다고 보아야 할 것이냐, 아니면 諾約者와 要約者 사이에 생긴다고 보아야 할 것이냐. 諾約者의 給付目的을 기준으로 한다고 해도, 이를 선명히 判別할 수 없다. 따라서 第3者를 위한 契約이 무효인 경우 諾約者는 누구를 상대로 返還請求를 할 것이냐 하는 문제(통설과 判例는 要約者를 상대로 하는 것이 原則이라고 한다. 이에 관하여는 Medicus(註15), Rdnr. 681; Staudinger-Lorenz, §812 Rz. 37 참조)의 해결은 給付概念의 操作으로부터 도출되지 않는 것이다.

(46) König에 의하면, 물론 理論的인 外裝은 심하게 변화하였는데, 이와 같이 個別的인 判斷에 사용된 論理를, 구체적인 事實關係와 분리하여 獨自的인 것으로 이해하는 態度가 소위 三角關係의 문제를 不透明하게 하는 큰 理由가 되었다고 한다(S. 1581).

(47) 가령 貸出받은 者가 그 돈을 債務辨濟에 씌으로써 그 擔保로 設定된 一番抵當權이 소멸되고,

어 不當利得返還請求를 하는 일이 많았다. 그러나 이러한 請求는 앞서 본 “財産移轉의 直接性” 要件에 걸려서, 인용되지 못하였다. 또한 建築工事に 있어서 資材 또는 勞務를 工事受給人과의 契約에 기하여 供給한 者는 工事受給人이 破産狀態에 빠지더라도 都給人(建築主·垵地所有者)<sup>(48)</sup>에 대하여 不當利得의 成立을 주장할 수 없다.<sup>(49)</sup> 물론 判決이 내세우는 理由는 각각이다.<sup>(50)</sup> 또한 소위 直接引渡의 경우에도 事實의인 履行行爲를 한 者는 그 契約相對方에 대하여서만 자신의 出捐을 不當利得으로서 반환청구할 수 있는 것이다.<sup>(51)</sup>

König는, 이러한 判例의 結論이, “原狀回復請求權 또는 對價(報酬)請求權은 그 契約의 相對方에 대하여만 주장하여야 한다”는 立法政策上的 基本原則을 충실히 반영하는 것으로서 환영하고, 이를 기초로 하여 三角關係의 문제를 정리하여야 할 것이라고 한다. 그리고 그는 그 대표적인 例로서 指示關係의 경우, 第3者를 위한 契約의 경우 및 債權讓渡의 경우에 대하여만 立法提案을 한다(附錄 第4款의 諸規定 참조).

#### IV. 改正私案의 個別的 檢討

1. König는 그 改正私案에서, 우선 위에서 본대로 不當利得法이 규율하는 영역을 給付 不當利得, 侵害不當利得 및 費用不當利得으로 구분하고, 그 各各에 대하여 別途의 要件과 效果를 규정하는 태도를 취한다. 그리고 이예다가 給付不當利得의 特殊問題로서의 三角關係를 별도로 규정하며(第4款), 나아가 기타의 不當利得事例에 대한 補充的 一般規定을 末尾에 덧붙인다(第5款). 그 改正私案의 詳細는 그 試譯을 參考하기 바라며, 이하에서는 그 改正私案의 內容 중에서 注目되는 點을 몇 가지 指摘하기로 한다.

이에 따라 자신이 가지는 二番抵當權에 기하여 債權滿足의 展望이 훨씬 좋아진 者 등(RG 1907. 6. 6. 判決 [Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1907, S. 276]의 事案).

(48) 독일 民法上 建物은 독립한 物權의 客體가 되지 못하고, 土地의 本質的 構成部分이 됨이 원치 않으므로, 土地所有權은 附合(第946條)의 法理에 의하여 建物(그 건축에 소요된 資材 등)에 확장된다.

(49) 가령 BGH 1971. 5. 27. 判決(BGHZ 56, 228)의 경우(이에 관하여는 拙稿(註6), 599면 이하 참조).

(50) 가령 BGH 1963. 10. 31. 判決(BGHZ 40, 272)은 이와 같은 경우에, 소위 目的的 給付概念을 받아들여, 不當利得關係는 소위 給付關係의 當事者 사이에 발생한다고 하면서(S. 277), 이때 給付關係의 當事者는 給付者가 누구에게 給付하려 하였는가에 의하여 결정되는 것이 아니라, ‘建築主의 立場에서 객관적으로 판단하여 볼 때’ 누구로부터의 給付인가에 의하여 결정된다고 한다(S. 278. 소위 受領者觀點說 Lehre vom Empfängerhorizont). 따라서 그 事件에 있어서는, 建築資材業者는 비록 建築主에게 직접 給付하는 意思이었더라도, 건축主의 立場에서는 受給人의 給付로 보인다고 하여 給付關係는 受給人과 建築主 사이에 존재한다는 이유로 建築資材業者의 不當利得請求를 棄却하고 있다. 이와 같이 複雜하고, 또 문제점이 많은 推論에 기하여서 결국은 帝國法院의 判例(RG 1929. 6. 17. 判決 [Recht 1929 Nr. 1988] 등)와 같은 결론에 도달하고 있는 것이다.

(51) 다만 소위 二重欠缺(Doppelmangel)의 경우, 즉 위의 直接引渡의 예에서 A와 B 간의 買賣契約뿐 아니라, B와 C 간의 買賣契約도 무효인 경우에 대하여 判例는 1954년까지도 A의 C에 대한 直接의 返還請求(Durchgriff)를 인정하고 있었으나, 그후 이는 변경되었다(BGH 1967. 5. 29. 判決 [BGHZ 48, 70] 참조).

## 2. 給付不當利得에 관하여

(1) 우선 給付不當利得의 要件을 규정함에 있어서 소위 給付目的(Leistungszweck)을 중심에 놓는 態度를 거부하고 客觀的인 權利關係(請求權)의 欠缺을 기초로 하고 있다는 것이다(附錄 §1.1 (1)<sup>(52)</sup> 참조). 즉 그는 “出捐(etwas zugewendet hat)”과 “給付(das Geleistete)”를 同一視하며, 급부의 반환을 청구할 수 있는 事由, 즉 BGB 規定에 있어서 “法律上 原因의 欠缺(ohne rechtlichen Grund)”에 해당하는 事由를 債務의 不存在, 不成立, 事後的 消滅 등과 같은 實體的인 權利關係上的 障礙事由로써 구체적으로 규정한다. 이는 目的的 給付概念에 대한 批判뿐만 아니라, 實務에 지침이 되는 ‘단순하고 명료한 規定’의 마련을 염두에 두는 立場에서 給付者의 主觀的인 給付目的에 관한(대개는 不必要한) 主張을 차단할 필요도 의식한 결과라고 推測된다.<sup>(53)</sup>

(2) 不法原因給與에 관하여는 第817條와 같은 別途의 規定을 두지 않고, 不當利得返還請求가 인정되지 않는 경우의 하나로서 극히 特徵있는 규정(附錄 §1.1(2) d 참조)을 제안하고 있다.

强行法規나 公序良俗에 反하는 契約은 無효이므로(第134條, 第138條), 그러한 契約에 기하여 이루어진 給付는 不存在하는 債務에 대한 것이 되고, 따라서 不當利得으로서 반환되어야 한다. 그러나 이러한 返還請求의 承認은, 契約의 無效를 야기한 禁止規範의 目的에 정면으로 반하는 경우가 있다. 가령 稅務士(Steuerberater)가 法律相談에 관한 法<sup>(54)</sup>에 반하여 活動하는 內容의 契約을 그 顧客과 締結하여 그에 따른 用役을 提供하였다고 하자. 이 契約이 强行法規인 위 法에 違反하여 無효이므로, 顧客이 不當利得規定, 특히 原物返還이 不能한 경우의 價額返還을 정한 第818條 第2項에 따라 그가 받은 用役의 通常價額을 반환하여야 한다고 하면, 그 結果로 契約이 有效한 경우와 별로 다를 바 없는 給付의 交換이 일어나게 된다. 이와 같은 결과를 피하기 위하여, 判例는 給付의 返還請求를 배제하는 第817條 第2文을 모든 給付不當利得의 경우에 확장하였다. 그러나 이러한 반환청구의 一律的인 排除는 그 범위가 부당하게 넓으므로 判例는 다시 事例를 힘써 區分하여 위 규정의 適用을 배제하려고 努力하였다. König는 이와 같은 경우에는 禁止規範, 즉 無效規定(Nichtigkeitsnorm)의 意味와 目的에 좇아서 給付의 返還請求의 排除 與否도 결정되도록 하는 것이 타당하다고 하는 것이다.

(3) 또한 傳統的으로 不當利得法體系內에서 큰 비중을 차지하였던 cond. ob rem(目的不到

(52) 이 私案規定에서는 소위 受領者觀點說(註50 참조)을 채택하지 않고 있음(“…債權者라고 [給付者가] 믿었던 者로부터 그 給付의 반환을 청구할 수 있다”)도 주목된다.

(53) 이에 관하여는 Lieb(註4), S. 2035 참조.

(54) 1935년 12월 13일의 “法律相談의 分野에 있어서의 濫用防止法(Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung)”은 辯護士 이외의 者가 職業的으로 法律相談을 행함에는 特別한 許可를 요한다고 정하고 있다.

達로 인한 不當利得返還請求權<sup>(55)</sup>의 적용범위를 그간의 判例 및 學說의 成果에 비추어 대폭 축소하였다(附錄 §1.2(1) 참조).

König는 cond. ob rem에 대하여, BGB 制定 以後 이에 관한 判例를 분석하여, 이는 다음의 세 가지 事案類型에 있어서 문제되었다고 한다. 우선 目的的 贈與(Zweckschenkung)의 경우에는 그 贈與에 負擔이 附着되어 있는 것은 아니나, 受贈者는 증여받은 것을 어느 경우에도나 완전하게 취득하여, 이를 자유롭게 이용, 처분할 수 있는 것은 아니다. 가령 결혼 지참금 등의 경우에 후에 離婚한 때에는 이를 부당이득으로 반환하여야 한다는 것이다. 그러나 이러한 경우에는 行爲基礎의 消滅이 있다고 하는 것이 보다 다양하고, 구체적으로 타당한 法的 效果를 발생시킨다고 인정되고 있다. 또한 債務證書를 미리 인도한 경우와 같이 將來 성립할 契約에 기하여 給付하였으나 나중에 契約이 체결되지 않은 경우에 있어서는, 一次的으로 非債辨濟에 관한 第814條를 적용하지 않기 위하여 第812條 第1項 第2文 後段을 적용하나, 현재의 通說은 이는 불필요한 迂路이고 바로 일반적인 給付不當利得이 성립한다고 한다. 남은 마지막 事例는 受領者의 反對給付를 목적으로 하나, 이것은 拘束力 있게 約束될 수 없거나 約束되어서는 안되는 경우이다. 가령 離婚을 원하는 配偶者의 마음을 돌리기 위하여 財産을 이전한 경우나, 刑事告訴를 하지 않도록 하기 위하여 第3者가 피해자에게 손해배상을 하는 경우 등이 그것이다. 따라서 cond. ob rem은 이제 이러한 경우만을 그 規律의 對象으로 삼아야 한다고 한다.

### 3. 소위 收益返還責任(Gewinnhaftung)

不當利得返還의 範圍에 관하여, König는 侵害不當利得의 경우 侵害者(不當利得返還義務者)에게 故意 또는 重大한 過失이 있는 경우에는 그로부터 얻은 收益을 반환하여야 한다는 규정(附錄 §2.4)을 제안한다(한편 給付不當利得에 있어서는 附錄 §1.6(2) Satz 3 참조).

이는 소위 收益返還責任(Gewinnhaftung)을 인정한 것이다.<sup>(56)</sup> 侵害不當利得에 있어서 返還의 범위는 “통상의 價額”을 원칙으로 하며<sup>(57)</sup>(附錄 §2.1 참조. 給付不當利得에 있어서 原物返

(55) BGB 制定過程에 있어서 cond. ob rem을 어떻게 규정할 것인가에 대하여는 논의가 많았다. 周知하는 대로 第一委員會의 作業에 큰 영향을 미쳤던 Windscheid는 그의 前提(Voraussetzung)에 관한 이론을 第1草案에 반영하는 데 成功하여(이에 관하여는 Schubert(註17), S. 211ff. 참조), 그 第742條는, “어떠한 將來 事件 또는 法的인 結果의 發生 또는 不發生을, 명시적 또는 묵시적인 前提로 하여 給付를 한 者는 그 前提가 실현되지 아니한 때에는 그 受領者로부터 給付의 반환을 청구할 수 있다”고 규정하였다. 그러나 소위 第2委員會는 이 條文을 大幅的으로 修正하여 Windscheid의 前提概念을 削除하였다. 同委員會는 이와 같은 경우에는 解除條件에 관한 默示의 合意나 또는 解除權約定을 인정함으로써 충분한 救濟手段이 주어진다고 생각하였다. 결국 第812條 第1項 第2文 後段과 같은 규정(“法律行爲의 內容에 따라 給付으로써 目的한 結果”가 발생하지 않은 경우에도 給付不當利得返還請求權이 발생한다)을 마련한 것은 去來의 安全을 위하여 cond. ob rem의 범위를 좁히려는 意圖에 기한 것이었다. 그러나 BGB 制定 이후 이러한 趣旨가 살려지지 못한 것은 本文에서 보는 바와 같다.

(56) König는 이미 이에 관한 論文을 발표한 것이 있다(König, Gewinnhaftung, *Festschrift für von Caemmerer*, 1978, S. 179ff.).

(57) 侵害不當利得의 경우에는 原物返還이란 있을 수 없다는 것이 類型論을 주장하는 學者들의 변함

還이 不能한 경우에도 마찬가지이다. 附錄 §1.4(2) 참조), 한편 不法行爲로 인한 損害賠償請求權에 있어서는 被害者의 損害가 責任의 內容이 된다. 따라서 加害者가 얻은 收益이 被害者의 損害를 초과하더라도 그 반환을 청구할 수 있는 法的 根據는 원칙적으로 없는 셈이 되는데, 加害者에게 일정한 主觀的 事由가 있음에도 그 收益을 보유하도록 방치하는 것은 不當하다.

한편 이와 같은 收益을 被害者로 하여금 보유하도록 하는 一定한 法的 手段이 個別的으로 마련되어 있다. 우선, 1895년의 Ariston判決<sup>(58)</sup> 이래 特許權 또는 著作權을 가지는 者는 有責한 侵害者에 대하여 損害賠償, 상당한 實施許可料의 支給 및 收益返還의 셋 중의 하나를 주장할 수 있다고 인정되어 왔다. 또 商法이나 株式會社法에 규정된 介入權(Eintrittsrecht)<sup>(59)</sup>도 競業禁止義務를 위반하여 행위하는 者가 얻은 利益을 반환하도록 하는 趣旨이다. 이 介入權은 일반적으로, 受任人의 取得物引渡義務(第667條)가 信義에 반하여 취득한 것도 포함한다는 一般的 法原則에 기한 것으로 이해되고 있다. 나아가서 第687條 第2項은, “자신에게 관한 權限이 없음을 알면서도 어떤 他人의 事務를 자기의 事務로서 처리하는 경우 本人은 第677條……에 의하여 발생하는 請求權을 주장할 수 있다”고 규정하는데 이도 마찬가지의 취지라고 할 것이다.<sup>(60)</sup>

이와 같이 各各 독자적으로 발전한, 收益返還責任을 인정하는 法的 裝置의 背後에 存在하는 法原理에 보다 일반적인 規定을 부여함이 옳다는 것이 König의 주장이다. 이러한 規定을 두는 것은 侵害不當利得法이 不法行爲法の 補充規範이라는 앞서 본 理解에 비추어 보아서도 수긍할 수 있는 것이라고 한다.

#### 4. 指示關係 등에 있어서의 不當利得

소위 三角關係問題의 處理에 관하여 König는 일체의 獨斷的인 態度를 피하고 現在까지의 法發展 중에서 거의 다툼이 없는 結果만을 規定化한 私案을 제시한다(附錄 §4.1 참조).

우선, 소위 補償關係(Deckungsverhältnis)<sup>(61)</sup>에 瑕疵가 있는 경우에 대하여만 言及하고, 對價關係(Valutaverhältnis)에 문제가 있는 경우에 대하여는 沈默하고 있다. 그러나 그 限

없는 주장이다. 이에 관하여는 von Caemmerer, *Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel*, Bd. I, S. 377. BGB의 起草者들의 생각도 마찬가지라고 한다(König).

(58) RG 1895. 6. 8. 判決(RGZ 35, 63). 이 사건에서 原告(作曲家)의 作品을 Ariston 標 Drehorgel 製作會社가 무단으로 사용하여 Drehorgel에 넣는 樂譜板(Notenscheiben)을 만들었다. 이로써 作曲家는 유명해지고, 그의 作品을 수록한 樂譜의 販賣는 현저히 증가하였다. 따라서 그가 財産上 損害를 입었다고는 할 수 없게 되었다. 그러나 RG는, 會社에 대하여 위의 無斷使用으로 인한 收益의 반환을 명하였다.

(59) 우리 商法 第17條 第2項, 第89條, 第107條, 第116條, 第198條, 第397條, 第567條 참조.

(60) 그 외에 第281條 第1項(“債務者가 그 履行을 不能하게 하는 事情으로 인하여 債務의 目的物 대신에 代償(Ersatz) 또는 代償請求權을 취득하였을 경우에는 債權者는 그 代償 또는 代償請求權의 讓渡를 요구할 수 있다”)을 든다.

(61) 위 176년 末尾의 直接引渡의 例를 들면, 直接의 出捐行爲者 A와 指示人 B와의 關係를 補償關係라고 하고, B와 C와의 關係를 對價關係라고 부른다.



度에서, 各 경우에 契約當事者 또는 債權關係當事者 내부에서의 返還請求를 원칙으로 한다고 함(가령 附錄 §4.1(1) Satz 1 참조)으로써, Canaris가 요구하는 三個의 評價基準<sup>(62)</sup>을 만족시킨다.

이러한 경우 不當利得權利者가 반환청구할 수 있는 對象은, 對價關係에 있어서 발생한 債務辨濟의 利益(위의 直接引渡의 例에서 B의 C에 대한 債務辨濟)이 아니라, A가 한 給付(“das Geleistete”) 그 자체이다.<sup>(63)</sup> 즉 이 경우에는 “자신의 債權者에게 직접 給付하였던 것과 같이” 취급되는 것이다.

또한 가령 위에서 본 直接引渡의 例에서 실제로는 B로부터의 指示(Anweisung)<sup>(64)</sup>가 없었음에도 불구하고 A가 C에게 직접 引渡한 경우와 같이, 원칙적으로는 不當利得返還義務者가 되어야 할 B에게, A의 C에 대한 直接履行에 관한 歸責事由가 없는 때<sup>(65)</sup>에는 A는 C에 대하여 直接 그 返還을 청구할 수 있어야 한다(附錄 §4.1 Satz 2 참조). 이러한 경우 소위 目的的 給付概念을 주장하는 立場에서는 A는 如前히 ‘B에 대하여 給付할 目的’을 가지고 있었으므로 그들의 소위 給付關係는 A와 B 사이에서 成立하고, 따라서 A는 B에 대하여 返還請求할 수 있다고 하여야 하나, 이는 단지 ‘그들의 前提의 不當性’<sup>(66)</sup>을 증명해 주는 例일 뿐이다.

## V. 結

König의 不當利得改正에 관한 鑑定意見은 대체로 肯定的인 평가를 받았다.<sup>(67)</sup> 이것은, 그의 經歷(註 3 참조)으로부터도 알 수 있듯이 오랜 기간 동안 주로 그 法分野의 연구에 몰두해 온 결과로 얻은 不當利得法의 現在와 將來에 대한 洞察力에 대한 評價이기도 할 것이다.

- (62) Canaris(註44), S. 860ff. 참조. 즉, (i) 하자 있는 原因關係의 當事者는 상대방에 대한 對抗事由를 주장할 기회를 상실하여서는 안된다. (ii) 반대로, 그 各 當事者는 相對方이 第三者와의 關係에서부터 취득한 對抗事由(소위 exceptio ex iure tertii)를 주장당하는 일이 있어서는 안된다. (iii) 無資力危險(Insolvenzrisiko)은 타당하게 분배되어야 하며, 各 當事者는 자신이 相對方으로 선택한 者의 履行能力에 대해서만 責任을 진다.
- (63) 이에 관한 論議에 관하여는 특히 Medicus(註15), Rdnr. 673을 보라. 따라서 가령 B가 C에 대하여 아무런 債務를 부담하지 않는 경우(소위 二重欠缺)에도 A는 B가 C에 대하여 가지는 不當利得返還請求權의 讓渡(소위 Kondition der Kondition)를 구할 것이 아니라, 給付—그 반환이 불가능하면 그 價額—그 자체의 반환을 구할 수 있다.
- (64) 이때 指示란 第783條 이하에서 규정하는 嚴格한 意味의 Anweisung(書面에 의한 履行權限 授與)을 의미하는 것이 아니라, 단순한 口頭에 의하여서도 가능한 給付指示를 의미한다. 이에 관하여는 Medicus(註15), Rdnr. 674 참조.
- (65) 가령 銀行이 Giro 口座를 가지는 者의 移替委託(Überweisungsauftrag)을 받음이 없이, 또는 二重으로, 또는 過多하게 第三者에게 口座移轉을 한 경우(이에 관하여는 Münchener Kommentar, §812 Rdnrn. 45ff. [Lieb] 참조).
- (66) Münchener Kommentar, §812 Rdnr. 46 a.E. (Lieb).
- (67) 가령 Lieb(註4), S. 2040; Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182(1982), S. 109f., S. 118 참조.

이러한 König의 洞察力으로부터, 우리는 몇 가지 貴重한 敎訓을 얻는다.

첫째, 우리 民法上의 不當利得法規定의 母胎이라고 할 BGB의 規定은, 그 立法過程에 있어서, 不當利得의 발생에 이르게 되는 事由(가령 雙務契約의 無效·取消, 또는 履行行爲上의 一方的 錯誤 등)가 가지는 特殊性에 착안하지 아니함으로써, 不當利得返還請求權의 發生要件이나 그 內容을 규정함에 있어서 이에 相應하는 顧慮를 배풀지 않았다는 것이다. 이러한 一律的 規定方式이 구체적인 事實을 해결함에 있어서 不適當하다고 느껴지는 局面에서는 물론 判例와 學說이 그러한 難關을 돌파하고자 여러 가지의 努力을 보여 왔다.

둘째, 不當利得法の 보다 基本的인 문제에 관한 理論의 커다란 轉換에도 불구하고 구체적인 事件의 解決을 임무로 하는 判例의 態度가 대강에 있어서 一貫하여 왔다는 것은 극히 注目할만한 일이다. 이것은 判例가 새로운 通說을 받아들이지 않아서가 아니라, 그것을 受容하면서(註 50 참조) 결과에 있어서 그 以前과 동일한 結論에 도달하였다는 것이다. 그렇다면 새로운 理論, 즉 소위 類型論이나 目的的 給付概念의 實際的 有用性(Praktikabilität)에 대하여는, 특히 우리가 수행하려는 實踐的인 民法解釋學<sup>(68)</sup>의 입장에서는 특히 신중한 態度가 요구된다고 할 것이다. 그것은 우리가 우리의 不當利得法の 問題를 해결함에 있어서 어떠한 基本座標를 설정하느냐(우리 民法上 不當利得規定의 母胎가 BGB라 하여 독일의 現在の 通說 또는 多數說에 따라 이를 설정하여야 한다는 것은 法の 歷史的·社會的 制約을 전혀 무시하는 것이다)에 따라 해결될 것이다.<sup>(69)</sup>

그러나 König의 이러한 論議는 어디까지나 西獨의 不當利得制度에 대한 것이다. 따라서 이것이 比較法的인 資料 提供 이상의 意味를 가질 수 있는지 與否는 우선 우리 不當利得法이 부딪치고 있는 問題의 確認이 선행되어야만 판단이 가능할 것이다.

## 〈附 錄〉

### 第 1 款 給付不當利得返還請求權

§1.1 (1) 現存하는 또는 장래의 債務의 履行을 위하여 타인에게 어떠한 것을 出捐한 者는 다음과 같은 사유가 있는 경우 債權者라고 믿었던 자(vermeintlicher Gläubiger·受領者)로부터 그 給付의 반환을 청구할 수 있다.

- a) 채무가 존재하지 아니하거나 成立하지 아니하였거나 또는 후에 不存在하게 된 때, 또는
- b) 채무의 實現을 영구적으로 저지하는 抗辯事由가 존재할 때.

(2) 다음과 같은 경우에는 返還請求를 할 수 없다.

- a) 給付가 倫理的인 義務에 상응할 때, 또는

(68) 그것은 한마디로, 현재 이 땅에서 일어나는 具體的인 法律問題의 해결을 타당하게 해결하기 위한 理論的인 틀을 제공하는 것을 임무로 한다.

(69) 이러한 基本座標의 設定에 있어서는 특히 物權變動의 法理(가령 有因說의 영향) 및 契約法, 그 중에서도 契約清算法이라고 한 損害賠償과 解除의 法理를 고려하지 않으면 안 될 것이다. 독일에서 不當利得法 問題의 해결에 관하여 前者의 役割을 강조하는 것으로서 Canaris(註44), S. 859f. 및 後者에 관련하여서는 Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag*, 1975, S. 94ff. 참조.

- b) 채무에 대한 消滅時效가 完成한 때, 또는
- c) 급부자가 위 제 1항의 요건이 存在함에도 불구하고 그 給付의 반환을 원하지 않는다고 受領者가 인정할만한 상당한 理由가 있을 때, 또는
- d) 무효인 債權契約에 기한 義務를 이행하기 위한 給付에 있어서 그 반환청구가 그 無效規定(Nichtigkeitsnorm)의 보호목적에 반할 때 그 한도에서.

§1.2 (1) 채무의 이행을 위하여서가 아니라, 他人으로 하여금 일정한 行態로 유도하려는, 상호 諒解된 意圖로 그에게 出捐한 자는 그 行態가 실현되지 아니한 때에는 그 出捐의 반환을 청구할 수 있다.

(2) 다음과 같은 경우에는 返還請求를 할 수 없다.

- a) 그 目的의 실현이 처음부터 불가능하였고, 이를 出捐者가 알고 있었을 때, 또는
- b) 出捐者가 그 목적의 실현을 信義誠實에 반하여 방해한 때.

§1.3 채무의 이행을 위하여서가 아니라, 強制 또는 脅迫에 의하여 出捐한 자는 受領者가 그 出捐에 대한 請求權이 있음을 입증하지 않는 한 그 出捐의 반환을 청구할 수 있다.

§1.4 (1) 반환청구는 그 얻은 것(das Erlangte), 수취한 利益(Nutzungen) 및 受領者가 取得物의 滅失, 毀損 또는 公用徵收를 원인으로 취득한 것에 미친다.

(2) 반환이 그 얻은 것의 性質上 不可能하거나 수령자가 기타의 理由로 반환할 수 없는 경우에는 수령자는 通常의 價額을 반환하여야 한다. 이 경우 그 價額은 價額返還請求權이 발생한 時點을 기준으로 산정한다.

(3) 返還請求權은 消費, 滅失, 毀損 기타의 이유로 그 取得物 자체에 관하여서나 그 價額에 관하여서 利得한 것이 없게 된 한도에서 소멸한다.

受領者가 그 取得의 有效를 믿음으로 말미암아 費用을 지출하거나 財産의 不利益을 입은 때에는 그 배상과 相換으로써만 반환책임을 진다. 다만 給付者가 그 信賴를 유발하지(veranlassen) 아니하였거나 그 유발에 관하여 歸責事由가 없는 때에는 그러하지 아니하다.

반환의 費用과 危險은 급부자가 부담한다.

§1.5 (1) 무효인 雙務契約의 清算에 있어서 受領者는 無效規定의 保護目的이 책임 감면을 인정하는 경우에만 위 §1.4(3)의 事由를 주장할 수 있다.

契約이 유효하였다면 給付者가 책임을 져야 했을 給付目的物의 滅失 또는 毀損은 항상 수령자를 免責시킨다.

(2) 雙方當事者의 반환의무는 相換으로 이행되어야 한다. 이에 대하여는 第320條, 第322條가 준용된다.

§1.6 (1) 수령자가 法律上 原因의 欠缺을 그 수령시에 알고 있었거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 受領時로부터, 그러한 事情을 후에 알게 된 때 또는 返還請求의 訴訟이 係屬된 때에는 그 때로부터 受領者는 위 §1.4(1), (2) 및 §1.5 그리고 다음의 條項들에 의한 책임을 진다.

(2) 수령자가 정상적인 經濟法則上 수취할 수 있었던 利益을 수취하지 못한 때에는 그에 관하여 歸責事由가 있는 한 이를 배상할 의무가 있다. 수령자는 金錢에 대하여는 利子를 붙여 반환하여야 한다. 取得物로부터 얻은 收益(Gewinn)은 이를 반환하여야 한다.

(3) 급부된 目的物의 滅失 또는 毀損에 대하여 有責인 경우에는 損害賠償을 하여야 하며, 그렇지 아니한 경우에는 免責된다. 수령자가 給付物에 대하여 필요비를 지출한 경우에는 事務管理에 관한 규정에 따라 그 償還을 청구할 수 있다. 이에 대하여는 第995條가 준용된다. 必要費가 아닌 費用의 支出에 대하여는 그 상환을 청구하지 못한다.

(4) 履行遲滯로 인한 기타의 責任은 영향을 받지 아니한다.

§1.7 반환청구권은 그 權利者가 그 存在를 안 때로부터 2년의 時效로, 또는 성립한 때로부터 10년의 時效로 소멸한다.

### 第2款 侵害不當利得返還請求權

§2.1 (1) 타인의 所有權, 기타의 權利 또는 재산적 가치 있는 法益을 그 同意 없이 處分, 消費, 使用, 附合, 混和, 加工 또는 기타의 방법으로 침해한 者는 그 權利者에게 通常의 價額을 보상하여야 한다.

效力 없는 處分の 경우에 權利者는 第185條 第2項 第1文의 追認을 하고 侵害者로부터 價額返還을 청구할 수 있다.

(2) 價額은 侵害의 時를 기준으로 산정한다.

有償處分に 있어서는 그 對價가 동상의 가액인 것으로 權利者를 위하여 推定된다.

§2.2 無權利者에 대하여 한 給付가 權利者에게 效力이 있는 경우에는 無權利者는 權利者에게 그 給付를 반환하여야 한다.

§2.3 侵害者가 그 權限의 欠缺을 重大한 過失 없이 알지 못한 때에는 그의 반환의무는 返還請求의 訴訟이 係屬된 時點에서 그 價額에 관하여 利得하지 않고 있는 限度에서 소멸한다.

侵害者가 침해한 財貨(verwendetes Gut)의 취득을 위하여 지출한 것은 그 利得의 감소를 초래하지 아니한다.

§2.4 侵害者가 고의 또는 중대한 過失로 타인의 權利(Berechtigung)를 침해하였을 경우에는 權利者는 통상의 가액을 초과하는 收益(Gewinn)의 반환을 청구할 수 있다.

침해자는 타인의 財貨로 인하여 얻은 收益에 관한 情報를 제공하여야 한다.

§2.5 위의 請求權은 權利者가 侵害事實 및 返還義務를 안 때로부터 3년의 時效로, 또는 侵害의 時로부터 30년의 時效로 소멸한다.

### 第3款 費用不當利得返還請求權

§3.1 他人의 債務를 그 정을 알면서 또는 錯誤로 변제한 者는 그 他人이 訴訟係屬의 時點에서 그 債務消滅로 인하여 이득을 얻고 있는 限度에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.

§3.2 他人의 財產目的物에 관하여 그 정을 알면서 또는 착오로 비용을 지출한 者는 그 他人이 그 財産의 計劃을 고려하여 이로 인하여 이득을 얻고 있는 한도에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.

위의 請求權은 다음과 같은 경우에는 발생하지 아니한다.

- a) 相對方이 그 비용지출로 인한 結果의 收去(Wegnahme)를 청구할 수 있고 또 청구한 때, 또는
- b) 請求權者가 相對方에게 의도하는 費用支出을 상당한 기간 내에 알리는 것을 有責하게 게을리한 때, 또는
- c) 그 費用이 지출되기 전에 相對方이 이에 대하여 異議를 제기한 때.

§3.3 이상의 청구권은 10년의 時效로 소멸한다.

### 第4款 三角關係(Drittbeziehungen)

§4.1 (1) 위 §1.1의 경우 債權者라고 믿었던 자의 指示(Anweisung)를 받고 第3者에게 어떠한 것을 出捐한 者는 그러한 誤想債權者에게 給付하였던 경우와 같이(wie wenn er ihm die Zuwendung erbracht hätte) 그로부터 給付의 반환을 청구할 수 있다.

誤想債權者가 給付의 유발에 관하여 歸責될 수 없는 경우에는 반환청구는 第3者를 상대로 하여야 한다.

(2) 위 §1.1의 경우 유효한 것으로 믿었던 他人(要約者)과의 契約에 기하여 受益者(Drittberechtigter)에게 어떠한 것을 出捐한 자는 要約者에게 給付하였던 경우와 같이 그로부터 給付의 반환을 청구할 수 있다.

要約者가 給付의 유발에 관하여 歸責될 수 없는 경우에는 返還請求는 受益者를 상대로 하여야 한다.

(3) 위 §1.1의 경우 債權讓渡 후 讓受人이라고 믿었던 자에게 어떠한 것을 出捐한 者는 讓渡人에게 급부하였던 경우와 같이 그로부터 給付의 반환을 청구할 수 있다.

讓渡人이 給付의 유발에 관하여 歸責될 수 없는 경우에는 반환청구는 讓受人을 상대로 하여야 한다.

(4) 위 §1.4 내지 §1.7은 이상의 경우에 준용된다.

§4.2 위 §1이나 §4.1의 경우 返還義務者가 그 취득한 것을 第3者에게 無償으로 처분한 경우 受領者로 부터 만족을 얻을 수 없는 때에는 第3者도 그가 債權者로부터 법률상 원인 없이 취득한 경우와 같이 返還義務를 부담한다.

§1.4 내지 §1.7은 이 경우에 준용된다.

§4.3 無權利者가 目的物에 관하여 權利者에게 效力이 있는 處分을 무상으로 한 경우에는 그 處分으로 인하여 직접 法的 利益을 취득한 자는 權利者에게 그 취득한 것을 반환하여야 한다.

§2.3 내지 §2.5는 이 경우에 준용된다.

**第5款 一般條項**

위 §1 내지 §4와는 다른 方法으로 타인의 損失에 기하여 이득을 얻은 자는 그 이득이 부당한 것이면 타인에게 그 얻은 것을 반환하여야 한다. 위 §1 내지 §4에서 不當利得返還請求權의 범위에 관한 規定은 이 경우에 준용된다.