

〈논문〉

支給指示・給付關係・不當利得*

金炯錫**

I. 序論

1. 이 글은 한 대법원 판결¹⁾에 대한 의문으로부터 시작되었다. 이 판결은 이항인수의 해소와 그에 따른 부당이득 반환에 관한 문제를 다루고 있는데, 그 사실관계를 요약하면 다음과 같다.

(1) D(피고)는 1998.11.14. D의 A에 대한 양수금 채권을 보전하기 위하여, A의 소유로登記되어 있는 甲 임야에 대하여 청구금액 1억 원의 가압류결정을 받았고, 1998.11.17. 가압류등기가 경료되었다.

(2) C(원고)는 2002.9.12. A로부터 甲 임야를 매매대금 1,500만 원(계약당일 지급), 위 가압류의 피보전채권(1억원)을 원고가 책임지기로 하는 조건으로 매수한 후, 2002.9.16. 소유권이전등기를 경료하였다. C는 이 사건 매매계약에 따라 2002.11.21. 및 같은 달 25. A를 대위하여 위 가압류의 피보전채권 중 40,258,360원을 피고에게 변제하였다(송금비용으로 3,000원이 들었다). 이에 D는 2002.11.27. 가압류 집행해제 신청서를 제출하여 같은

* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 학술연구비의 보조를 받았다.

** 서울대학교 법과대학 조교수

1) 大判 2005.1.13., 2004다54756 (法律新聞, 2005.2.17., 제3339호, 11면). 이 판결은 『판례공보』 및 『법고을 LX』에는 공간되지 않은 것으로 보인다. 대법원이 자체적으로 공간하지 아니한 판결을 논의의 출발점으로 삼는 태도의 적절성은 생각해 볼 점이 없지 않으나, 최근의 대법원 판례의 형성과정에서 미공간 판결이 가지는 의미에 비추어 볼 때(이 점에 대한 논평으로 우선 梁彰洙, “전득자는 부동산실명법 제4조 제3항의 ”제3자“가 아닌가? —동시에 대법원판례 형성의 한 모습에 대한 비판적 고찰—”, 저스티스, 통권 제90호, 2006.4., 108면 이하 참조) 이는 정당화될 수 있으리라고 생각된다. 그리고 이 대법원 판결의 원심 판결문을 구해주신 대구지방법원 李孝眞 판사께 감사드린다.

해 12.6. 위 가압류등기가 말소되었다.

(3) 한편 甲 임야는 구 임야대장 상으로는 1985.6.1. 乙 토지로 등록전환되어 말소되었으나, 신 임야대장 상으로는 그대로 존재하고 있었으며, 토지대장상 같은 해 7.13. 같은 지역의 대지 丙 토지에 합병되어 말소되었다. 그러나 등기부상으로는 甲 임야에 관한 등기가 그대로 존재하고 있었다.

A는 甲 임야 및 丙 토지의 지상에 연립주택을 건축하여 이에 대하여 집합건물등기를 경료하였는데, 위 집합건물등기의 등기부 등본 상에는 이 사건 토지가 대지권의 목적인 토지의 하나로 기재되어 있었다.

(4) C 명의의 甲 임야에 대한 소유권이전등기는 2003.3.25. 소유권포기를 원인으로 하여 말소되었고, 같은 날 이 사건 토지상에 연립주택이 건립된 사실이 뒤늦게 발견되었다고 하여 대지권 등기가 경료되었다.

이러한 사실관계를 배경으로 C는 다음과 같이 주장하였다. 즉 甲 임야는 등기부상으로도 있을 뿐 실체가 없는 것인데, C가 A로부터 기망을 당하여 이 사건 매매계약을 체결하였으므로 이 사건 매매계약은 무효이고, C가 A의 D에 대한 가압류채무를 인수하기로 한 약정 또한 무효이며, D의 甲 임야에 대한 가압류등기도 무효이므로, C가 D에게 변제한 가압류채무금은 원인 없이 D가 부당이득을 한 것으로서 D는 C에게 이를 반환하여야 한다는 것이다.

이 판결의 원심²⁾은 우선, 이상과 같은 사정 하에서라도 甲 임야의 실체가 없어졌다고 단언할 수 없는 한에서, A와 C의 매매계약, C의 가압류채무 인수약정 및 D의 가압류등기가 당연 무효라고 볼 수 없다고 하면서 다음과 같이 실시하여 C의 청구를 기각하였다.

“원고의 무효주장에 기망을 이유로 이 사건 매매계약을 취소한다는 주장이 포함되었다고 보더라도, 기망을 이유로 하는 의사표시의 취소는 선의의 제3자에게 대항하지 못하는바, 피고가 소외 회사의 기망행위를 알았다고 볼 만한 아무런 자료가 없으므로, 원고는 이 사건 매매계약의 취소로서 피고에게 대항하지 못한다. 따라서 원고가 이 사건 매매계약 및 원고의 가압류채무 인수약정에 따라 2002.11.21. 및 같은 달 25. A를 대위

2) 서울 中央地判 2004.9.14., 2004나2129.

하여 위 가압류의 피보전채권 중 40,258,360원을 변제한 행위는, 이 사건 토지의 이해관계인(제3취득자)으로서 피고에게 그 피보전채무를 변제한 것이라 할 것이므로, 원고의 위 주장은 이유 없다. [···]

마지막으로 원고는, 이 사건 매매계약이 A의 기망에 의한 것임을 이유로 2004.2.16. 이를 해제하였으므로, 피고는 원고가 지급한 위 금원을 반환하여야 한다는 취지로 주장한다. [···] 살피건대 [···] 원고가 2004.2.16. A에 이 사건 매매계약을 해제한다는 의사표시를 한 사실은 인정되나, 한편 계약의 해제로 인한 원상회복의무는 계약의 당사자에게 있는 것인바, [···] 피고는 원고의 가압류채무 인수약정(원고가 A의 피고에 대한 채무를 이행인수한 것으로 판단된다)의 수익자로서 이 사건 매매계약의 당사자가 아닌 제3자에 불과한 것으로 판단되고, 이런 피고에게 이 사건 매매계약의 해제로 인한 원상회복의무가 있다고 볼 수 없으므로, 원고의 위 주장 또한 이유 없다.” ([]는 필자의 생략; 고유명사는 알파벳으로 같음하였다. 이하 같다)

그러나 원고는 이에 불복·상고하였고, 대법원은 원심을 파기·환송하였다.³⁾

“민법 제110조 제3항에서 말하는 제3자는 사기에 의한 의사표시의 당사자와 그의 포괄승계인 이외의 자 모두를 가리키는 것이 아니고 그 가운데서 사기에 의한 의사표시를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 자를 한정해서 가리키는 것으로 새겨야 한다.

원심이 인정한 사실관계에서는 A와 원고 사이의 계약은 원고가 변제 등에 의하여 A의 채무를 소멸하게 하여 A의 책임을 면하게 할 것을 약정하는 내용으로서 원고는 A에 대한 관계에서 A를 면책케 하는 채무를 부담하게 될 뿐 피고로 하여금 직접 원고에 대한 채권을 취득하게 하는 것은 아니므로 그 계약은 이행인수라고 보아야 할 것이다.

나아가 위 계약이 이행인수 계약이라면 채권자에 불과한 피고는 원고의 변제를 받은 것 외에는 그 계약에 기초하여 아무런 새로운 이해관계를 맺지 아니하였으므로 결국 민법 제110조 제3항에서 말하는 제3자라고

3) 이 사건은 이후 서울 중앙지방법원에서 화해권고결정에 의하여 종결되었다(2005.4.12., 2005나4214).

보기는 어렵고, 단순히 그 계약에 의하여 반사적으로 이익을 얻는 정도의 지위에 있는 자에 불과하다고 보인다.

따라서 원심이 피고가 사기에 의한 의사표시의 취소에 있어 제3자에 해당한다고 단정한 데에는 필요한 심리를 다하지 아니하였거나, 사기에 의한 의사표시의 취소에 있어 제3자의 범위에 관한 범리를 오해하여 판결에 영향을 끼친 위법사유가 있다고 할 것이고, 이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 정당하기에 이 법원은 그 주장을 받아들인다.”

2. 이 판결이 다루고 있는 문제는 간략하게 다음과 같은 형태로 표현할 수 있다. C가 A로부터 임야를 매수하면서(민법 제563조4) A가 D에 대하여 부담하는 채무에 관하여 이행인수를 하였고 이에 기하여 D에게 변제를 한 경우에, C와 A의 매매계약이 사기를 이유로 취소되거나(제110조 제1항, 제140조, 제142조) 채무불이행을 이유로 해제되었다면(제544조 내지 제546조, 제543조 제1항), C는 D에 대하여 부당이득(제741조)을 이유로 하여 변제한 금원의 반환을 구할 수 있는가? 원심은 취소의 효과는 선의의 제3자에게 대항할 수 없다거나(제110조 제3항) 해제의 효과는 당사자들 사이에만 미친다는 이유로(제548조 제1항) 그러한 부당이득 반환청구를 부정하였다.

이에 대하여 대법원은 ‘선의의 제3자’의 해석 있어서 원심과 다른 입장을 취하여 D는 제110조 제3항이 말하는 선의의 제3자로 볼 수 없다는 이유원심을 파기하였다. 즉 제110조 제3항의 제3자는 사기에 의한 의사표시를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 자를 한정해서 가리키는 것인데, 이 사건에서 C의 변제를 수령한 D는 A의 채권자에 불과하여 C의 변제를 받은 것 외에는 그 계약에 기초하여 아무런 새로운 이해관계를 맺지 아니하였으므로, 제110조 제3항이 적용될 수 없다는 것이다. 이러한 해석 자체에 대해서는 찬반양론이 있을 수 있을 것이다.

3. 그러나 이 문제에 관한 대법원의 해석에 동의한다고 하더라도, 다음과 같은 의문이 제기된다.

(1) 우선 이 사안에서 D가 ‘제3자’(제110조 제3항)에 해당할 수 없다는 대법원

4) 아래에서 法名の 지칭 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.

의 해석을 채택한다고 하여도, 그 자체로 원심을 파기하여 사건을 다시 심리하게 해야 할 것인지에 관해서 의문이 없지 않다. 비록 원심의 제110조 제3항 해석이 그릇된 것이라고 판단되더라도, 원심이 적법하게 확정된 사실에 비추어 올바른 해석을 적용할 때 그 결론이 유지될 수 있는 것이라면, 원심의 해석상의 오류는 “판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반”(민사소송법 제423조)이라고 볼 수 없어 원심판결을 유지해야 하는 것이다. 그러므로 이 사안에서 D가 제110조 제3항의 ‘제3자’가 될 수 없더라도, 원심이 확정된 사실에 비추어 볼 때 부당이득 청구가 법리상 부정되어야 하지는 않는지 여부를 다시 한 번 고려할 필요가 있는 것이다.

일단 이행인수의 구조로부터 출발하여 본다. D(채권자)는 A(채무자)에 대하여 유효한 채권을 가지고 있었는데, A와의 관계에서 이행인수를 한 C(이행인수인)로부터 채무의 변제를 받았다. 여기서 이행인수인은 채무자와의 관계에서 채무자의 채권자에 대한 채무를 변제할 의무를 부담할 뿐, 채권자에 대하여 직접 어떠한 지급의무를 부담하는 것은 아니다. 그러므로 이행인수인은 채권자와의 관계에서 채무자의 이행보조자(제391조)로 보아야 하며,⁵⁾ 그 결과 이행인수인의 지급은 어디까지나 채무자의 채권자에 대한 채무변제이지 이행인수인 자신의 (채권자에 대한) 독자적인 급부라고 할 수 없다. 그러므로 이행인수인이 이행인수의 취소를 이유로 부당이득 반환을 청구하는 경우, 채권자는 자신이 채무자와의 관계에서 보유하고 있는 유효한 채권에 기해서 채무자로부터 적법하게 변제를 수령하였으므로 이에 대해서는 법률상 원인이 존재하며, 따라서 부당이득은 성립하지 않는다고 생각할 수 있는 것이다.⁶⁾

5) 郭潤直 편집대표, **民法注解**[X], 1995, 626면 (閔亨基) 참조. 물론 이행인수인이 채무자의 이행보조자로 변제하는 것이 아니라, 독자적인 변제지정을 하여 제3자의 변제(제469조)를 하는 것도 가능하다. 그러나 이행인수인이 제3자의 변제를 하는 경우에도 부당이득에 의한 원상회복관계는 이행인수인이 채무자의 지시를 받아 이행보조자로 급부하는 사안과 다르지 않다. 전자의 이익상황이 후자와 매우 유사하므로 후자의 법률관계에 준하여 처리해야 하기 때문이다(金炯錫, “第三者의 辨濟·求償·不當利得”, **서울대학교 法學**, 제46권 제1호, 2005, 363-364면 참조).

6) 이것은 보통법상 인정되던 “*suum recipit*”의 논거로서(König, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1985, S. 182f. 참조), 지금도 프랑스 판례법상 간접적 이득(l'enrichissement indirect)에 의한 부당이득에서 최종 수령자의 법률상 원인 판단과 관련하여 중요한 기능을 수행하고 있다(Terré, Simler et Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., 2005, n° 1068 2° 두 번째 문단 참조). 반면 현재의 독일의 학설은 대체로 이를 개별 문제 해석에 있어서 결정적인 논거로는 평가하지 않는다(예컨대 이

이는 사안의 이익형량을 고려할 때에도 그러하다. 대법원이 이 사건을 파기한 이후에 환송을 받는 사실심 법원은 이제 원심이 단지 가정적으로만 고려하였던 사기 취소의 가능성을 진지하게 심리하여야 한다. 즉 채무자의 이행인수인에 대한 “詐欺”가 있었는지, 채무자에게 이른바 二重의 故意가 있었는지, 사기와 의사 표시 사이에 인과관계는 있는지 등을 심리해서 판단해야 하는 것이다. 그런데 이는 채무자와 이행인수인 사이의 법률관계의 다툼이 이행인수인과 채권자 사이에서 수행됨을 의미한다. 즉 이로써 채권자로서는 자신이 관여하지 않아서 직접적 이해관계도 없고 그 내용도 확실히 알 수 없는 법률관계의 분쟁과 관련하여 소송을 수행하게 되는 것이다. 게다가 만일 이행인수인의 채권자에 대한 부당이득 반환청구를 인정하게 된다면, 채권자는 이제 채무자에 대하여 새로이 자신의 채권을 행사해야 할 뿐만 아니라, 이 사안에서 자신이 법률상 원인 있는 변제를 받았음을 믿고 가압류를 말소하였으므로 자신의 채권의 보전가능성도 상실된 상태에서 채무자가 무자력이 될 위험을 부담하게 된다. 이러한 상태가 채권자에게 불리함은 명백하다.

이렇게 본다면 이행인수인과 채권자 사이에 직접적인 채무관계가 없다는 전제로부터는 오히려 부당이득 반환청구권을 배제하는 결론이 시사될 수 있는 것이며, 그렇다면 대법원은 이러한 가능성을 원심이 인정한 사실에 비추어 검토하고 추가적인 심리가 필요하다고 판단되는 경우에 파기를 하였어야 하는 것이 아닐까.

(2) 게다가 원심 판결은 채무자와 이행인수인 사이의 계약의 해제 가능성을 염두에 두고, 계약 해제의 효과는 당사자들 사이에서만 미치며 따라서 원상회복은 채무자와 이행인수인 사이에서 행해져야 함을 시사하고 있다. 이를 ‘선의의 제3자’를 언급하는 부분과 결부시켜 생각해 본다면, 원심은 일정한 한도에서는 이 사안에서 작동하고 있는 형량요소들에 대하여 감지하고 있었다고 추측되기도 한다. 즉 채무자와 이행인수인 사이의 분쟁에서 기인하는 취소 내지 해제의 효과는 그들 사이에서 원상회복되어야 하는 것이며, 이러한 문제를 ‘알지 못하고’ 변제를 수령한 채권자로서는 그러한 분쟁에 개입될 여지가 없다는 평가가 그 배경을

중흥결이나 지시의 부존재의 사안에서 그러하다). 우리 현행법 하에서도 이 논거가 그 자체로 모든 사안에 있어 결정적인 이유제시가 될 수는 없다고 생각되지만(아래 III. 1. (4) 및 III. 4. 참조), 적법하게 수령한 급부의 보유에 관한 채권자의 신뢰가 보호되어야 한다는 평가를 포함하고 있다는 점에서 다른 여러 이익형량 요소들과 함께 고려되어야 할 중요한 평가요소임은 부정할 수 없다.

이루고 있는지도 모른다. 오히려 이 사안과 관련하여 주의를 기울여야 할 부분은 ‘제3자의 범위’에 관한 법률론 이라기보다는 이러한 평가요소들이라고 생각된다.

4. 처음에 이 판결에 대한 평석으로 시작되었던 이 글은 관련 쟁점을 검토하는 과정에서 불가피하게 지급지시에 의한 출연이 있는 경우의 부당이득 반환이라는 문제 전반에 관한 논의로 확대되었고, 그 결과 大判 2005.1.13. (주 1)의 평석이라고 할 수는 없는 형태를 가지게 되었다. 이 글에서 필자는 지급지시에 의한 출연으로 발생하는 급부관계와 그에 수반하는 부당이득 반환의 문제 및 이와 관련된 우리 채권계를 사안유형별로 검토해 보고자 한다. 이는 특히 지급지시에 의한 출연이 있는 경우 출연자의 직접청구가 가능한지 여부 및 가능하다면 어떠한 요건 하에 가능한 것인지를 검토하는 것을 내용으로 한다. 그리고 이러한 과정을 거쳐 얻게 되는 인식에 기초하여 大判 2005.1.13. (주 1)에 대하여 다시 간단하게 논평하고자 한다.

이하에서는 채무자와 일정한 법률관계에 있는 자가 채무자의 지급지시를 받아 채무자가 아닌 타인에게 금전 기타 이에 상응하는 가치액을 출연하는 사안을 전제로 하여 논의를 진행하기로 한다.⁷⁾ 여기서 종래 학계에서 사용되는 용어법에 쫓아 지시인과 수령자 사이의 법률관계를 “對價關係”로, 지시인과 그에 쫓아 출연을 하는 자 사이의 법률관계를 “補償關係”로 지칭하고자 한다.

II. 지급지시 사례에서 직접청구의 원칙적 배제

1. 지급지시의 구조

(1) 지급지시가 있는 경우 부당이득 반환에 관한 고찰은 大判 2003.12.26., 2001다46730 (공보 2004, 207)에서 출발하는 것이 합목적적이다. 왜냐하면 이 판

7) 그러므로 지시를 받은 자가 금전을 지급하는 것이 아니라 특정 동산·부동산의 소유권을 이전하는 사안은 이 글에서는 취급하지 않는다. 우리 법에서는 주로 이른바 중간생략등기 내지 중간생략등기형 등기명의신탁의 모습으로 나타나는 이 사안유형의 법률관계에 관해서는 우선 梁彰洙, “不動産實名法 제4조에 의한 名義信託의 效力 — 소위 登記名義信託을 중심으로—”, *民法研究*, 제5권, 1999, 77면 이하, 110면 이하; 諸哲雄, “補償關係 또는 對價關係의 畧이 이미 經료된 中間生략등기에 미치는 영향”, *저스티스*, 제33권 제1호(통권 제55호), 2000, 137면 이하 참조.

결은 의식적으로 “주로 독일에서 전개된 『삼각관계에서의 급부부당이득』의 법리를 받아들인 것”⁸⁾으로서, 지급지시와 관련된 유형의 중요한 선례로 작용할 것으로 생각되기 때문이다.⁹⁾

이 사건에서 A는 피고로부터 상가를 매수하여 분양을 시작하였는데, 수분양자인 원고에게 분양대금을 직접 피고의 계좌에 입금할 것을 요구하였고(이는 매매계약의 중도금의 지급에 충당되는 것이었다), 원고는 이에 응하여 대금을 피고에게 지급하였다. 그러나 A가 피고에 대하여 중도금·잔금 지급의무를 이행하지 못하게 되어 분양이 지연되자, 원고는 피고에 대하여 지급한 대금의 부당이득 반환을 구하게 되었던 사안이다. 원심은 피고가 원고들에 대하여 계약이행책임을 부인하고 있는 이상 위 대금의 수령권자는 지시인 A이고 피고는 이를 수령할 권한이 없다는 이유로 부당이득을 인정하였으나, 대법원은 이를 다음과 같은 이유로 파기하였다.

“계약의 일방 당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우, 그 급부로서 급부를 한 계약당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부라도 이루어지는 것이므로 계약의 일방 당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다.

그런데 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건에서 사실상의 급부관계는 원고들과 피고 사이에 발생하였지만, 그것은 위의 법리에 따라 원고들의 A에 대한 급부와 A의 피고에 대한 급부가 아울러 이루어진 것으로 볼 수 있으므로, 그렇다면 피고가 원고들로부터 분양대금을 수령한 것은 A와의 계약관계에 의한 것으로서 정당하게 수령한 것이 되고, 따라서 원고들은 피고에게 부당이득 반환청구를 할 수 없다고 할 것이다.

원심은 또 원고들이 A와 사이의 분양계약이 적법하게 해제되었으므로, 이에 기하여도 피고에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다고 부가적으로 판단하고 있으나, 기록상 원고들이 위 분양계약이 해제되었다는 주장을 한 바 없을 뿐만 아니라, 가사 원고들이 위 분양계약을 적법하게 해제하였다고 하더라도 그 계약관계의 청산은 계약의 상대방인 A와 사이에 이루어져야 하고, 피고를

8) 郭潤直 편집대표, **民法注解[XVII]**, 2005, 205면 (梁彰洙).

9) 金大元, “재개발조합으로부터 [...]”, **대법원판례해설** 2003년 하반기, 통권 제47호, 2004, 106면.

상대로 분양대금을 지급한 것이 부당이득이라는 이유로 그 반환을 구할 수 없다. 왜냐하면, 원고들이 제3자인 피고에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면, 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하기 때문이다.”

이러한 대법원의 판단은 법형식적으로는 辨濟의 법리에 비추어 설명된다.

(a) 보상관계에서 出捐者(수분양자인 원고)는 指示人(A)에 대한 자신의 채무를 이행하였고, 이로써 지시인에게 금부를 하였다고 할 것이다. 원래 출연자는 지시인에 대하여 분양계약에 기하여 금전을 지급할 채무를 부담하고 있었다. 그런데 그는 지시인의 요청에 의하여 지시인이 지정하는 타인에게 지급을 할 것을 승낙하였다. 이에 기해서 출연자가 그 타인에게 지급한다면, 출연은 비록 채권자 아닌 자에게 행해졌으나 지시인에 대한 변제로서 효력을 가진다. 왜냐하면 지시인은 타인에 대한 출연으로 자신에 대한 채무가 변제된다는 내용으로 출연자에게 授權하였기 때문이다.¹⁰⁾ 이로써 출연자의 수령자에 대한 지급은 지시인에 대한 채무의 변제로서 효력을 가지며, 출연자는 지시인에게 원래 채무의 내용에 좇은 금부를 행한 것이다.

반면 지시인과 수령자 사이의 대가관계에서 출연자의 금전지급은 지시인의 변제로서 평가된다. 지시인은 자신의 채권자에게 행해지는 (출연자의) 금전지급이 대가관계상의 채무(중도금 지급)의 이행임을 밝힘으로써, 그 금전이 자신의 채무 변제를 위하여 충당되어야 한다는 변제목적을 지정하였다(제476조 제1항, 제3항; 여기서 출연자가 使者로서 의사표시를 전달하였다). 따라서 대가관계의 이행에 있어서 출연자는 지시인의 이행보조자(제391조)로서 기능하고 있는 것이며, 그의 금전지급은 대가관계에서 지시인의 수령자에 대한 채무의 변제로서 효력을 가진다.

¹⁰⁾ 梁彰洙 (주 7), 79-80면 참조. 채권자는 금부를 받게 될 자에 대하여 변제수령권한을 수여함으로써 동일한 결과를 얻을 수도 있음은 물론이지만(郭潤直, 債權總論, 제6판, 2003, 243면), 금부를 하게 될 채무자에게 제3자에 금부할 권한을 부여함으로써 변제 효를 발생시킬 수 있다는 점에도 의문이 없다(Olzen in: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2000, § 362 Rn. 41f. 참조). 제472조는 변제수령권한 없는 자에 대한 변제도 채권자에게 이익이 귀속하는 한 변제로서 효력을 인정한다. 그렇다면 채권자가 명시적으로 채무자에게 타인에 대한 금부를 지시하면서 그 이익이 자신에게 귀속되도록 하였다면, 채무자가 타인에 대한 금부로 채무에서 벗어나게 되는 것은 당연히 인정되어야 하는 결과인 것이다.

(b) 그러므로 지시인의 지시에 좇아 출연자가 대가관계의 채권자에게 금전을 출연한 경우, 이는 보상관계 및 대가관계의 채무의 변제라는 결과를 발생시킨다. 출연자는 타인에게 급부할 수 있는 수권에 기하여 자신의 보상관계상의 채무를 변제하는 것이고, 지시인은 출연자를 이행보조자로 사용함으로써 수령자에 대하여 대가관계상의 채무를 변제하는 것이다. 그러므로 이를 급부부당이득법의 급부 개념을 사용하여 표현한다면, 대법원의 설명과 같이, 하나의 금전지급에 의하여 출연자는 보상관계의 채권자인 지시인에게 급부를 하는 것일 뿐만 아니라, 지시인도 대가관계에서 자신의 채권자에게 급부를 하는 것으로 평가할 수 있다. 그러므로 지시를 받아 금전을 지급한 자가 그 수령자에 대하여 그 반환을 직접 청구하는 것은 허용될 수 없다. 수령자는 지시인으로부터 받은 급부를 유효한 대가관계에 기하여 법률상 원인을 가지고 보유하고 있기 때문이다.

그리고 이러한 결과는 —대법원도 밝히고 있는 바와 같이— 보상관계가 무효이거나 해제된 경우의 원상회복에서 관찰된다. 즉 출연자는 수령자에 대한 금전지급에 의하여 지시인에게 급부한 것이다. 따라서 출연자가 보상관계의 무효·해제 등을 이유로 원상회복을 청구해야 할 상대방은 금전을 직접 수령한 자가 아니라, 보상관계에서 자신의 ‘급부’를 받은 지시인이라고 해석된다. 반면 금전을 수령한 자는 대가관계의 이행으로 지시인의 급부를 취득하였고, 대가관계의 원상회복에 있어서 지시인의 급부이득 반환청구권의 상대방이 될 수 있을 뿐이다.

그러므로 이러한 단축된 급부에 의하여 보상관계 및 대가관계에서 급부가 행해진 경우, 부당이득법상의 원상회복은 각각 흠결이 발생한 보상관계 내지 대가관계에서 행해져야 한다는 결론이 지급지시의 법형식으로부터 해명된다.¹¹⁾

(c) 대법원은 이러한 결론을 뒷받침하는 실질적인 평가요소로 다음의 두 가지를 들고 있다. 즉 직접청구를 인정하게 되면 ① 출연자는 자기책임 하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 수령자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과가 초래되고, ② 수령자가 대가관계의 상대방인 지시인에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하다는 것이다. 이는 대법원이 이미 전용물 소권을 부정하였던 大判 2002.8.23., 99다66564,66571 (공보 2002, 2174)에서 언급하였던 부분이기도 하다.

11) 民法注解[XVII] (주 8), 205면 이하 (梁彰洙); 金亨培, 事務管理・不當利得, 2003, 290면 이하.

(2) 대법원이 적출하고 있는 이러한 평가요소는 법률에 근거하고 있는 것으로 타당하다고 평가되어야 한다. 이러한 가치평가는 무엇보다 우리 민법 제747조 제2항과 관련하여 이해될 수 있다고 생각된다.

(a) 제747조 제2항에 의하면, 수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에 수익자로부터 그 이익의 목적물을 無償으로 양수한 惡意의 第三者는 제747조 제1항에 의한 부당이득 반환의 책임이 있다. 이 조항은, 그 문언에서 명백한 바와 같이, 유효한 법률상 원인에 기하여 적법하게 급부를 수령한 자에 대하여 일정한 요건 하에 직접청구를 허용하고 있는 규범이다. 그러므로 엄격한 요건 하에 예외적으로 직접청구를 인정하고 있는 이 규정으로부터, 우리 민법은 일반적으로 삼면관계에 있어 최종 수령자가 급부에 의하여 취득한 것에 관해서 직접청구를 엄격하게 제한하고 있다는 태도를 간취할 수 있는 것이다.

제747조 제2항은 독일 민법 제822조의 영향을 받아 입법된 것으로 추측되는데,¹²⁾ 후자의 조문은 독일 보통법상 예외적으로 인정되던 직접청구를 실정화한 것으로 이해되고 있다.¹³⁾ 17-18세기 보통법에서 지나치게 확장 적용되어 법률관계의 현저한 불안정을 야기하였던 準轉用物訴權(*actio de in rem verso utilis*)은 19세기 보통법학에 의하여 제한적으로 적용되기에 이르렀고, 그 결과 삼면관계의 직접청구는 원칙적으로 허용되지 아니하였다. 그럼에도 당시 통설은 일정한 예외를 두어 직접청구를 인정하고 있었는데, 하나는 수령자가 급부로 이득을 받기는 하였으나 대가관계상 법률상 원인이 무효여서 어차피 부당이득 반환의무가 있었던 경우(즉 *suum recipit*이 성립하지 않는 경우)이고, 다른 하나는 수령자가 대가관계에서 급부를 무상으로 취득한 경우였다. 이 후자의 예외가 독일 민법 제정과정에서 제2위원회에 의하여 채택되어 입법화되게 되었던 것이다.¹⁴⁾ 그러나 제2위원회는, 이 예외도 제한 없이 인정되는 것이 아니라, 원래 부당이득 반환의무를 부담하고 있던 자가 무상처분에 의하여 현존이익을 상실하여 반환의무를 면하는 경우에 한하여 제한적·보충적으로만 인정되는 구제수단이어야 한다고 생각하여, 보통법에서보다 직접청구를 더욱 제한하는 입장을 취하였다.¹⁵⁾ 그 결과가 현행 독일 민법 제822조이다. 이러한 연혁 및 규범목적에 좇아 독일의 학설은 독일

12) 民法注解[XVII] (주 8), 571면 (梁彰洙).

13) 이하의 내용에 관하여 König (주 6), S. 182f. 참조.

14) 자세한 것은 民法注解[XVII] (주 8), 573-4면 (梁彰洙) 참조.

15) Mugdan II, 1413.

민법 제822조를 삼면관계에서 제한적으로만 직접청구를 인정하는 규범 즉 예외적으로 전용물소권을 인정하고 있는 규정으로 이해하고 있다.¹⁶⁾

물론 우리 제747조 제2항은 이러한 독일 민법 제822조와는 다소 다른 방식으로 사태를 규율하고 있다. 즉 이 조항은 ① 원래의 수익자가 원물을 무상으로 처분하여 현존이익이 없는 경우뿐만 아니라 원래의 수익자의 무자력 등을 이유로 사실상 부당이득 청구권을 관철할 수 없는 경우에도 적용될 수 있고,¹⁷⁾ ② 직접청구를 당하는 자가 “악의의” 무상취득자일 것을 요구하고 있다는 점에서 차이가 있다. 그러나 우리 제747조 제2항 역시 예외적으로 인정되고 있는 전용물소권으로서, 삼면관계 부당이득에서 직접청구는 극히 예외적으로만 가능하다는 원칙을 보여주고 있는 규정임은 의문의 여지가 없다. 즉 우리 민법은 비교적 명확한 태도로 부당이득상 일반적 직접청구, 일반적 전용물소권을 부정하는 입장을 채택하고 있다고 말할 수 있는 것이다. 그러므로 제747조 제2항에 내포되어 있는 가치평가들을 탐색하는 것은 삼면관계 부당이득의 법리를 구성함에 있어서 중요한 의미를 가지고 있다고 생각된다.¹⁸⁾

(b) 우선 제747조 제2항은 부당이득의 반환을 청구하는 자가 원래의 반환의무자에 대하여 법률적으로 그리고 사실적으로 자신의 청구권을 관철할 수 있는 한에서는 직접청구를 인정하지 않는다. 이러한 가치평가를 단축급부의 사안에 적용한다면, 이는 다음과 같은 내용을 의미한다. 즉 보상관계상의 의무에 기하여 출연을 한 자는 그 출연이 비록 제3자에게 행해졌다 하더라도, 보상관계의 흠결을 이유로 그 제3자에 대하여 부당이득의 반환을 청구할 수 없다. 왜냐하면 그는 보상관계상의 상대방에 대하여 급부를 한 것이고, 그에 대한 급부이득 반환이 법률적으로 그리고 사실적으로 가능한 한에서는 직접청구를 인정할 정당한 이익이 없기 때문이다. 더 나아가 계약 당사자가 아닌 자에 대한 직접청구가 허용된다면

¹⁶⁾ 예컨대 Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1983, § 8 IV 1 (S. 360f.).

¹⁷⁾ **民法注解**[XVII] (주 8), 576면 (梁彰洙) 참조.

¹⁸⁾ 金亨培 (주 11), 219면 이하는 제747조 제2항이 실질적으로 적용가능성이 없는 조문으로 잘못된 입법이라고 한다. 그러나 단축급부에 의한 금전지급의 경우 同條가 직접 내지 유추 적용될 수 있으므로, 적용가능성이 없다고 단정할 수는 없다고 생각된다. 게다가 —이 글에서 시도하고 있는 바와 같이— 제747조 제2항로부터 삼면관계 부당이득에 적용될 수 있는 가치평가를 적출하여 법리로서 일반화하는 방법을 취하는 경우, 제747조 제2항의 적용범위가 극히 협소하다는 사실이 무의미하다고 말할 수는 없다. 이 사실은 바로 우리 민법이 삼면관계 부당이득에서 직접청구에 대하여 가지는 엄격한 태도를 잘 보여주고 있기 때문이다.

청구를 당하는 자는 자신의 계약 상대방이 아닌 사람과 분쟁을 수행하게 되기 때문에 소송 수행에 있어서 여러 가지 불리함에 직면하며, 이후 대가관계에 있어서 자신의 계약상대방인 지시인과 분쟁이 제기되는 경우에 (기판력의 상대성에 기하여) 이중패소의 위험도 부담하게 되는 것이다.

그러므로 보상관계상 법률적으로 그리고 사실적으로 부당이득반환이 가능한 사안에 대하여 직접청구를 부정하는 제747조 제2항의 기초에는 부당이득적 원상회복이 일차적으로 자신이 선택한 계약관계의 당사자들 사이에서 행해져야 한다는 가치평가가 내재하고 있다고 말할 수 있다. 그리고 이는 계약관계의 진행 내지 원상회복은 원칙적으로 계약의 당사자들 사이에서 행해져야 한다는 민법의 원칙에 상응하는 것이기도 하다.¹⁹⁾

(c) 더 나아가 제747조 제2항은 최종적으로 급부를 받은 자가 유상취득을 한 경우에는 직접청구를 인정하지 않는다. 이러한 태도의 취지를 이해하기 위해서는, 유상취득자에 대한 직접청구를 인정할 때 발생하는 법상황을 상기하는 것으로 충분하다. 대가관계에 기하여 급부를 유상으로 취득한 자에 대하여 최초출연자의 직접청구를 인정하게 되면, 유상취득자는 현저하게 불리한 위치에 처할 수 있다. 우선 그는 자신이 대가관계에 기하여 적법하게 수령한 급부를 반환하게 되었으므로, 이제 다시 대가관계의 채무자에 대하여 이행을 청구해야 한다. 그러한 경우 그는 —원래 동시이행으로서 급부 목적물을 취득하였다고 하더라도— 이제 동시이행의 항변권(제536조)을 상실한 상태에서 다시 이행을 청구해야 한다. 즉 직접청구는 실질적으로 최종수익자로 하여금 대가관계에서 선이행을 강제하는 결과가 된다. 이로써 그는 동시이행의 항변권이 부여하는 담보적 기능을 상실하게 되고, 그 결과 대가관계 채무자의 무자력 위험을 부담하게 된다. 게다가 최종 수익자가 유상취득에 의하여 급부를 수령하고 이로써 보유하고 있던 담보권

¹⁹⁾ 계약이 있었던 경우 법률분쟁의 처리를 가능한 한 계약당사자들 사이에서 해결하도록 하는 민법의 태도는 부당이득법 외에 영역에서도 나타난다. 계약법에서 그러함은 명백하지만, 이는 더 나아가 불법행위법의 영역에서도 마찬가지이다. 예컨대 간접손해, 제3자의 채권침해, 순수재산손해 등이 문제되는 사안에서 판례와 통설은 예외적으로만 불법행위에 의한 손해배상 청구(제750조)를 인정한다. 이 결론에는 여러 가지의 실질적인 이유가 있는데, 이들 사안에서 손해배상 청구권이 인정되면 많은 경우 계약관계를 가로지르는 ‘직접청구’에 상응하는 성격을 가지게 되어, 이로써 그 사이에 있는 계약관계에서 행해진 조정·위험배분이 무시될 우려가 있다는 점도 중요한 근거의 하나로 거론되고 있다(Wagner, “Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts”, Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, 2003, 231ff. 참조).

이 소멸되었다면, 무자력 위험의 부담은 훨씬 더 강하게 나타난다.

그리고 이러한 대항사유 상실은 대가관계에 흠결이 있어 급부가 원상회복이 되어야 하는 경우에도 마찬가지이다. 그러한 경우 급부를 유상취득한 최종수익자는 대가관계가 무효이더라도 서로 동시이행으로 원상회복을 함으로써²⁰⁾ 상대방의 무자력에 대해서 보호를 받을 수 있었음에도, 이제 직접청구를 당함으로써 대가관계에 있어서 동시이행의 항변권이나 상계적상을 상실하게 되는 결과에 직면하는 것이다.

그러므로 유상취득의 경우 제747조 제2항이 직접청구를 부정하는 중요한 근거는 직접청구에 의하여 최종수익자의 대가관계상 대항사유가 상실된다는 점에서 찾을 수 있다고 생각된다. 그러므로 제747조 제2항은 직접청구 상대방의 대항사유 상실의 가능성이 있는 한에서 직접청구를 제한하는 취지를 가지고 있다고 평가할 수 있는 것이다. 이러한 이익상황은 지급지시에서와 같이 급부가 단축적으로 행해지는 경우에도 다를 바 없다.

(d) 마지막으로 제747조 제2항은 무상처분으로 급부를 수령한 최종수익자가 惡意였을 것을, 즉 자신에게 급부한 자가 그 이익을 부당이득으로 수령하였음을 인식하고 있었을 것을 요구한다. 이로써 우리 민법은 직접청구를 허용하기 위한 요건으로 최종수익자의 주관적 요소를 요건으로 받아들이고 있으며, 이 점에서 직접청구의 요건을 보다 더 엄격하게 하고 있다.

이 요건에서 표현되고 있는 입법자의 가치평가는 급부수령자의 신뢰보호이다. 원래의 수익자가 이익을 반환할 수 없고, 그리고 그로부터 무상처분이 있었다고 하더라도, 이에 의하여 급부를 수령한 자는 유효한 법률상 원인에 의하여 급부를 수령한 것이므로 그 급부보유에 관한 신뢰에 있어 보호되어야 한다는 것이다. 그러나 예외적으로 무상으로 급부를 받은 자가 그러한 사정을 알고 있었다면, 그의 신뢰보호의 필요성은 상대적으로 강하게 후퇴하게 된다. 물론 그에게 보상관계에서의 사정은 아무래도 좋은 무관심의 문제이기는 하다. 그러나 보상관계에서 아무런 만족을 받을 수 없는 출연자가 직접청구에 대하여 가지는 이익과 비교한다면 악의의 무상수익자를 보호할 필요는 상대적으로 약하다고 볼 수밖에 없다. 그 결과 민법은 직접청구를 허용하는 근거가 되는 평가요소로서 대가관계에서 급부를 받은 최종수익자의 주관적 요소를 고려하도록 하여 신뢰보호의 관점을 보다 강화하고 있는 것이다. 이렇게 최종수익자의 악의를 요구한다는 점에서 우리 민

²⁰⁾ 大判 1976.4.27., 75다1241 (집 24-1, 273).

법은 —예컨대 독일 민법과는 달리— 직접청구 가능성을 고려함에 있어서 수익자의 주관적 요소를 고려하여 그의 급부보유에 관한 보호가치 있는 신뢰를 보다 적극적으로 고려할 것을 요구하고 있다고 말할 수 있다(아래 III. 2., III. 3. 참조).

(3) 제747조 제2항의 취지에 비추어 볼 때, 대법원이 지급지시에 의한 단축급부 사안에서 언급한 평가요소들은 법률에 근거한 것으로 평가할 수 있다. 이제 이러한 평가요소들을 활용하여 대가관계 내지 보상관계에 흠결이 있는 경우 부당이득 반환관계를 살펴보고자 한다.

2. 보상관계 흠결

(1) 지급지시에 의한 단축급부가 행해지는 경우에, 출연자는 원칙적으로 보상관계에 기하여 지시인에게 급부하는 것이다. 그러므로 보상관계가 무효이거나 취소되었다고 하더라도 출연자는 지시인에 대하여 급부이득 반환을 청구할 수 있을 뿐이고, 출연을 직접 수령한 자에 대해서 직접청구를 할 수는 없다. 수령자는 대가관계에 기하여 적법한 원인을 가지고 급부를 보유하고 있는 것이다. 다만 예외적으로 제747조 제2항의 요건이 충족되는 경우, 즉 출연자의 지시인에 대한 부당이득 반환청구가 관철될 수 없고, 지시인의 부당이득 사실을 알고 있는 수령자가 대가관계에서 무상으로 급부를 받은 경우에 한하여 직접청구가 인정될 뿐이다.

(2) 보상관계상 지시에 기하여 출연을 할 의무가 전혀 없었음에도 (이를 알면서 또는 실수로) 지시에 좇아 출연이 행해지는 경우가 있을 수 있다. 이러한 사안에서도 부당이득 반환은 원칙적으로 보상관계에서만 행해지며, 보상관계에 기한 대항사유를 이유로 하는 직접청구는 허용되지 않는다. 예컨대 어음발행인과 당좌거래약정에 기하여 어음금을 지급하던 은행이, 발행인의 계좌에 압류 내지가압류가 행해졌기 때문에 소지인에게 지급을 거절할 수 있음에도 불구하고(입출금이 자유로운 예금 약관[2003] 제9조 제1항 참조) 어음금을 지급하였다면, 그는 어음발행인에 대하여 구상을 해야 하며 소지인에 대한 부당이득반환을 청구할 수는 없다.²¹⁾ 보상관계에서 지급의무가 없음에도 지급하는 은행은 발행인에 대하여 당좌거래관계라는 보상관계에서 신용을 제공하는 것이므로, 그로부터 발생한

불이익은 지시인인 발행인에 대하여 구상을 하여야 하며 대가관계에 기하여 금부를 받은 소지인에게 직접청구할 수는 없다. 그러한 지급행위와 관련된 분쟁은 어디까지나 보상관계의 문제이고, 따라서 당사자들 사이에서 해결되어야지 외부의 소지인에게까지 영향을 주어서는 안 된다(위 II. 1. (2) (b) 참조). 게다가 직접청구를 인정한다면 유상의 계약에 기하여 어음을 취득한 소지인으로 하여금 대가관계에서 선이행을 강제함으로써 그의 대항사유를 상실하게 할 수 있다는 사실(위 II. 1. (2) (c) 참조)도 고려되어야 한다. 이는 은행이 착오에 의하여 지급을 하였다고 하더라도 마찬가지이다. 자신의 영역에서 발생한 과실에 의하여 지급이 이루어진 이상 은행은 이를 발행인으로부터 보전해야 하는 것이고, 대가관계에서 법률상 원인을 가지고 있는 소지인에게 직접청구의 불이익을 전가하는 것은 허용될 수 없다.

(3) 그런데 이와 관련하여, 판례에서 하나의 유형을 이루고 있는 사안이 있다.

(a) 약속어음이나 수표의 소지인이 이를 자신의 계좌에 예입한 경우, 그 어음이나 수표가 타점권이라면 예입시에 예금계약이 확정적으로 성립하지는 않는다

21) 大判 1996.12.10., 95다51281 (공보 1997, 300). 이 판결은 부가적으로 “가사 은행의 어음금 지급 전에 어음발행인의 부도로 이미 당좌거래약정이 해지되었다 하더라도 어음발행인에 의하여 지급위탁이 취소되지 않은 이상, 은행은 어음발행인의 계산으로 어음소지인에게 어음금을 지급할 권한이 있고, 어음소지인으로서 그 어음금 채권을 행사하여 수령한 어음금을 정당하게 보유할 수 있다”고 판시하는데, 이 역시 타당하다고 볼 것이다. 지급지시는 보상관계와 관련을 맺고 있는 것은 분명하지만 그 자체로는 별개의 법률행위(단독행위로서 타인금부에 대한 수권)이고, 따라서 보상관계의 효력에 직접적으로 영향을 받는다고 해석할 수는 없기 때문이다(Kupisch, “Bankanweisung und Bereicherungsausgleich”, *WM Sonderbeilage* 3, 1979, 2, 8, 14 = Krüger/Schermaier (Hrsg.), *Über das römische Recht hinaus. Beiträge zum Zivilrecht*, 2002, S. 92, 105f.; 四宮和夫, *事務管理・不當利得*, 1981, 230면). 그러나 당사자들의 약정(특히 목시의 해제조건 등)에 의하여 보상관계의 해소와 함께 지급지시도 실효할 수 있음은 물론이다. 이는 개별 사안에서 계약해석의 문제이다. 이와 관련하여 입출금이 자유로운 예금 약관(2003) 제13조는 “이 예금을 해지했을 때에는 해지전에 발행한 수표나 어음이 지급제시되더라도 은행은 지급하지 않으며 거래처는 사용하지 않은 수표나 어음용지를 곧 개설점에 반환하여야 한다”고 하고 있는데, 이 조항만으로 예금계약의 해지에 의하여 지급위탁이 실효한다고 보기는 어려울 것이다. 이 조항은 문언이 밝히는 바와 같이 예금계약의 해지에 의하여 은행은 지급의무를 부담하지 않는다는 취지라고 해석된다. 그러므로 예금계약이 해지되었더라도 지급이 일어나는 경우, 이는 은행의 신용제공으로 은행은 예금주에 구상을 해야지, 지급지시의 실효를 이유로 수령자에게 직접청구(아래 III. 1.)를 할 수는 없다고 할 것이다.

는 것이 통설과 판례의 입장이다.²²⁾ 견해의 대립에 따라 세부적인 사항에서는 결론에 다소 차이가 있으나, 어쨌든 타점권을 예입받은 은행(“제시은행”)이 발행인으로부터 지급을 위임을 받은 은행(“지급은행”)으로부터 현실적으로 금액을 지급받는 경우에 비로소 그 금원에 대한 예금계약이 확정적으로 성립한다는 점에는 견해가 일치한다. 그러므로 지급은행이 잔고부족 등을 이유로 지급을 거절하는 경우에는, 비록 타점권이 예입되어 있다고 하더라도 예금계약은 성립하지 않는다.

그런데 타점권의 추심과정에서 지급은행 측의 실수 등에 의하여 지급거절되어야 할 어음이나 수표가 지급되는 경우가 있다. 이는 어음교환소에서 행해지는 어음·수표의 교환에 있어서 부도반환에 필요한 절차를 준수하지 못하였기 때문에 발생하는 것이 일반적이다. 즉 지급은행이 어음교환업무규약에 정해진 기간 내에 어음의 미결제통보(어음교환업무규약 시행세칙 제99조 제1항) 및 그에 기한 부도통보(시행세칙 제99조 제3항, 제100조)를 하지 않은 경우,²³⁾ 제시은행은 어음이나 수표가 지급된 것으로 간주하여(시행세칙 제99조 제4항 참조) 소지인에게 타점권으로 입금된 금액을 지급하게 되는 경우가 발생한다. 그런데 그러한 경우 지급은행은 규약상 부도어음이나 부도수표를 반환할 수 없어(규약 제15조 제1항 참조), 동 시행세칙이 예정하고 있는 방법으로는 제시은행이 이미 차액결제로 지급받은 어음이나 수표금의 반환을 청구할 수 없게 되는 것이다.

이러한 상황에서 지급은행은 제시은행에 대하여 부당이득 반환청구를 하거나 지급받은 소지인에 대하여 부당이득 반환청구를 하는 방법을 고려하게 된다.

(b) 지급은행이 제시은행에 대하여 부당이득 반환청구를 하는 경우, 대법원은 이를 부정한다.²⁴⁾ 대법원은 우선 수신거래기본약관의 해석상 타점권을 교환에 돌려 지급지 점포에서 액면금을 추심하여 그 결제를 확인한 때에 예금계약이 체결된 것으로 보아야 하며, 추심 여부에 관계없이 부도반환 시한까지 부도통지가 없으면 무조건 예금계약이 성립된 것으로 볼 수는 없다고 하여, 미결제통보 결여 등에 의하여 지급은행으로부터 제시은행이 어음금을 수령한 경우에도 예입자의

22) 타점권 입금에 의한 예금계약 성립에 관해서는 우선 윤진수, “金融機關의 受信去來와 與信去來(1)”, BFL, 제10호, 2005, 59면 이하 참조.

23) 판례에 나타난 예들을 보면, 이들 통보가 행해지지 않은 것은 지급은행 직원의 기술적 착오에 기인한 경우도 있고, 발행인이 부도를 막기 위하여 부족한 잔고를 입금할 것을 약속하고 지급은행이 이를 신뢰하여 통보를 늦추다가 발생한 경우도 있다.

24) 大判 1996.9.20., 96다1610 (공보 1996, 3118).

예금채권이 성립한 것으로는 취급하지 아니한다. 그러나 대법원에 의하면, 예금계약이 성립하지 않았다고는 하더라도 제시은행이 소지인에 대하여 지급한 금액의 반환을 청구할 수는 없다. 지급은행이 어음을 부도반환할 수 없는 이상 실수로 지급한 결제자금을 회수하지 못하게 되고, 따라서 제시은행으로서 그 결제자금으로 그 어음금을 교부받은 결과가 되어 그 어음을 예입한 예입자에게 그 어음금 상당의 예금을 지급하는 경우에도 아무 손해가 없어 부당이득은 성립하지 않는다는 것이다.²⁵⁾ 즉 제시은행의 소지인에 대한 반환청구는 손실 요건(제741조)에 의하여 좌절된다고 한다.

더 나아가 대법원은 이득 개념에 의지하여 지급은행의 제시은행에 대한 부당이득 반환을 부정한다. 즉 지급은행으로서 부도반환 불능으로 인하여 결제자금 상당의 손해를 입었으나, 제시은행과의 관계에 있어서는 제시은행이 소지인에 대하여 부당이득반환채권을 갖지 않는 이상 제시은행을 상대로 그 부당이득반환채권의 반환을 구할 수는 없다고 한다. 즉 제시은행이 소지인에 대하여 부당이득을 청구할 수 없는 이상, 제시은행은 받은 이득이 없으므로 지급은행의 부당이득 반환청구권은 성립하지 않는다는 것이다.

지급은행의 제시은행에 대한 부당이득 반환을 부정하는 대법원의 결론은 타당하다고 보겠지만, 이를 제741조의 법률요건 차원에서 손실 개념이나 이득 개념에 비추어 설명하는 것에는 동의하기 어렵다. 제시은행의 소지자에 대한 지급(내지 확정적 입금기장)은 소지자와 제시은행 사이에 존재하던 수신거래기본약관의 이행을 위한 급부로 행해졌던 것인데, 급부이득 반환의 판단에 있어서는 손실·수익·인과관계 등의 요건은 별도로 논의할 여지가 없다.²⁶⁾ 급부 자체가 급부수령자의 이득과 급부자의 손실 및 그 인과관계를 내포하는 개념이므로, 그것과 구별되는 이득·손실을 별도로 검토할 수 없기 때문이다. 그러므로 제시은행에 손실이 없으므로 급부이득을 부정하는 견해는 타당하지 않다. 지급에 의한 금전소유

²⁵⁾ 그러나 제시은행이 수령한 결제자금을 자발적으로 지급은행에 반환하였다면, 제시은행은 소지자에 대하여 부당이득으로 입금기장을 취소하거나 지급한 금액의 반환을 청구할 수 있을 것이다. 이러한 경우에는 대법원의 논리에 따른다면 제시은행 측의 손실 요건이 충족된다고 말할 수 있기 때문이다. 예컨대 동일 은행의 다른 지점들 사이에서 수표교환이 문제되어 제시은행과 지급은행 사이에 분쟁이 발생하지 않은 사안에서, 대법원은 제시은행의 소지인에 대한 부당이득 반환을 인정한다(大判 1995.6.16., 95다 9754,9761, 공보 1995, 2508).

²⁶⁾ 民法注解[XVII] (주 8), 175면 (梁彰洙); 金亨培 (주 11), 87-88면. 四宮 (주 21), 108면; 藤原正則, 不當利得法, 2002, 36면도 참조.

권 상실(내지 확정적 입금기장에 의한 채무부담) 자체가 이미 제시은행의 손실이며, 그와는 별도로 지급은행으로부터 일정 금전을 수령하였다는 사실은 지급은행과의 법률관계에서 해결되어 할 별개의 문제이다. 실제로 대법원은 소지인—제시은행의 관계에서는 제시은행이 지급은행으로부터 결제자금을 받아 반환의무가 없음을 전제로 손실을 부정하면서, 제시은행—지급은행의 관계에서는 제시은행이 소지인에게 부당이득이 없음을 이유로 제시은행의 이득을 부정하고 있는데, 이것이 순환논법임은 명백하다. 이러한 순환논법을 피하기 위해서는, 위에서 언급한 바와 같이, 급부이득의 법리에 따라 두 관계의 부당이득 관계를 별도로 판단하는 것이 필요하다.

우선 지급은행이 제시은행에 대하여 부당이득 반환을 구할 수 없는 것은 급부이득 법리 그 자체에서 도출된다. 제시은행은 소지인으로부터 숨은 추심위임 배서를 받아(또는 양도설에 따르면 양도배서를 받아)²⁷⁾ 약속어음 내지 수표의 권리자로서 지급을 청구하지만, 지급은행이 제시은행에 지급의무를 부담하는 것은 아니다. 지급은행은 발행인의 잔고가 여유가 있는 한도에서 지급할 의무를 (보상관계로서의 당좌거래약정에 기하여) 발행인에 대하여 부담하고 있을 뿐이다. 그러므로 지급은행이 —착오에 기한 것이든 아니든— 제시은행에 결제자금을 지급하였다면, 이는 발행인이 지시한 자에 대하여 지급한 것으로 유효하며, 지급은행로서는 이를 더 이상 문제 삼을 수 없다. 즉 지급은행은 착오 등으로 지급한 금액을 지시인인 발행인에 대하여 구상하여야 하는 것이며, 증권의 권리자로서 액면금액을 수령한 제시은행에 대하여 반환청구할 수는 없는 것이다.²⁸⁾ 이는 발행인의 계좌가 압류되었음에도 어음금을 지급한 은행이 금액을 수령한 자에 부당이득을 청구할 수 없으며 오로지 발행인에 대하여 구상을 해야 하는 것(위 II. 2. (2) 참조)과 마찬가지로이다.

더 나아가 설령 지급은행의 제시은행에 대한 부당이득 반환청구권이 성립한다고 하더라도, 제시은행은 현존이익이 없음을 항변하여 의무를 면할 수 있다(제 748조 제1항). 제시은행은 부도통지의 결여로 부도사실을 알지 못하였으므로 결제자금으로 지급된 금액의 보유가능성을 신뢰하였고, 그 결과 소지인에 대하여 액면금액을 지급하였다. 그러므로 그 한도에서 제시은행은 선의의 수익자로 현존

27) 윤진수 (주 22), 59면 참조.

28) 前田重行, “不渡と取引停止處分”, 鈴木祿弥·竹内昭夫 編, 金融取引法大系, 第2卷, 1983, 225면.

이익이 없다고 하여야 하고, 그 결과 지급은행의 부당이득 청구권은 관철될 수 없는 것이다.

그렇다면 제시은행으로서는 한국은행을 통해 결제자금으로 지급된 금액을 중국적으로 보유할 수 있다는 결과가 도출된다. 그렇다면 제시은행으로서는 타점권을 예입한 자에 대하여 예금반환으로 지급할 금액을 확정적으로 수령한 것이고, 더 이상 예입자에 대하여 예금반환을 거절할 이유가 없다. 그러므로 부도반환 불능 시점에 입금자장은 확정적으로 된다고 보아야 하고, 그 이후의 지급은 적법한 예금반환으로 예입자의 부당이득을 성립시키지 않는다고 해석해야 한다. 요컨대 비록 부도어음이나 부도수표가 지급은행의 착오 등으로 부도반환 불능에 의하여 자금화되었다 하더라도, 그 결제자금을 제시은행이 중국적으로 보유할 수 있는 이상 어음·수표의 지급위탁은 실행된 것이다. 그러므로 부도반환이 불가능하게 되는 시점에 타점권으로 예입된 금액에 관한 예금채권은 유효하게 성립하였다고 해석해야 한다.

대법원은 약관의 해석을 근거로 예금채권이 유효하게 성립한 것은 아니며, 단지 제시은행의 예입자에 대한 부당이득 반환청구만이 배제된다고 한다. 그러나 이러한 기교적 설명이 당해 약관의 해석으로 반드시 설득력이 있다고 보기도 어렵고,²⁹⁾ 또 그러한 해석을 해야 할 실무상 필요성도 인식할 수 없다. 오히려 제시은행이 증권의 액면금액에 관하여 중국적으로 보유하게 될 금전을 수령하였음에도 예금채권의 확정적 발생을 부정할 이유를 찾기 어렵다. 이는 어음교환업무규약이 은행들 사이의 자치규약이라고 보는 입장에서다 다를 바 없다.³⁰⁾ 앞서 살펴본 바와 같이, 지급은행이 착오로 제시은행에 지급을 한 이상 부당이득의 법리에 의하여 원래 반환청구는 가능하지 않은 것이며, 이는 어음교환업무규약이 이에 대하여 규정을 두고 있기 때문에 발생한 결과가 아니다. 어음교환업무규약은 단지 지급거절이 될 경우 그 반환절차에 대하여 정하고 있을 뿐이며, 부도반환

29) 大判 1996.9.20. (주 24)에서는 “거래처가 증권으로 입금하는 경우에는 은행이 그 증권을 교환에 돌려 부도반환 시한이 지나고 결제를 확인한 때”라는 문언의 해석이 문제되었다. 참고로 2003년 개정된 예금거래기본약관은 예금계약의 성립시기에 관하여 “증권으로 입금하거나 계좌송금한 경우: 은행이 그 증권을 교환에 돌려 부도반환시한이 지나고 결제를 확인한 때. 다만, 개설점에서 지급하여야 할 증권은 그날 안에 결제를 확인한 때”(제7조 제1항 제3호)라고 정하고 있다.

30) 예컨대 姜永壽, “他店券 入金의 경우 預金契約의 成立始期”, *商事判例研究*[III], 1996, 389면은 어음교환업무규약은 자치규약에 불과하므로 부도반환 불능이 있더라도 예금계약 성립에는 영향이 없다고 주장한다.

불능의 경우 어음이나 수표가 지급된 것으로 취급되어야 한다는 결론은 민법의 해석으로부터 도출된다.

그러므로 어음교환절차에서 지급은행이 제시은행에게 부도반환 불능을 이유로 결제자금을 제공한 이상 증권은 지급된 것으로 취급해야 하고,³¹⁾ 그 결과로 타점권 입금에 의한 예금채권은 확정적으로 성립하였다고 해석해야 한다.

(c) 그러므로 지급은행이 제시은행에 대하여 부당이득 반환청구를 할 수 없다는 대법원의 결론에는 동의해야 할 것이다. 반면 지급은행이 예금을 수령한 소지자(=타점권 예입자)에 대하여 부당이득 반환청구를 할 수 있는지 여부에 관해서는 대법원은 대체로 이를 긍정하는 입장을 취한다.

우선 大判 1990.2.23., 88다카33657,33664(공보 1990, 732)의 태도는 모호하다. 이 판결은 결론적으로는 지급은행이 예입자에 대하여 제기한 부당이득 반환청구를 부정하고 있다. 즉 과실로 인하여 부도반환을 하지 못한 지급은행이 “이 사건 수표를 피고에게 반환하지 아니한 이상 피고가 지급받은 수표금 상당액이 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없”다. 그러나 대법원은 이에 덧붙이기를, 지급은행은 “수표상의 권리자로서 발행인에 대하여 수표금상환청구를 할 수 있고, 또 피고에게 수표를 반환하고 부산은행[제시은행]이 지급한 금원의 반환을 청구할 수도 있으므로” 원고인 지급은행에 손실이 없다고 하였던 것이다. 여기서 후단의 취지는 명확하지 않다. 이는 소지인이 자발적으로 수표를 회수한다면 비로소 손

31) 前田 (주 28), 225면: “만약 이 시한 내에 부도어음의 반환을 하지 않은 경우에는, 당해 부도어음의 지급의 효력을 부정할 수 없고, 어음교환을 통한 지급의 효력이 지급은행과 제시은행의 개별적인 관계에서 확정되게 된다.” 이는 독일과 미국의 법에서도 마찬가지로 보인다. 독일의 경우 연방은행이 운영하는 교환소(Abrechnungsstelle)에서의 수표 교환이 우리의 사안과 비교할 수 있다. 여기에서도 제시된 증권들은 서로 금액을 차감하는 절차에 의하여 지급이 이루어진다(Nobbe in: *Bankrechts-Handbuch*, Band 1, 2. Aufl., 2001, § 61 Rn. 48). 그런데 수표의 결제자금이 부족하여 지급거절의 사유가 있었던 경우에도 지급은행이 규약상 정해진 시점까지 적법한 부도반환을 하지 아니하면, 민법상의 변제의 결과가 발생한다고 하며(교환소 규약[Geschäftsbedingung der Abrechnungsstelle, 1999] Nr. 1 S. 3 참조), 그 결과 당해 수표는 지급(Einlösung)된 것으로 평가된다(Canaris, *Bankvertragsrecht*, 1. Teil, 3. Aufl., 1988, Rn. 907ff.; Baumbach/Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 22. Aufl., 2000, Art. 28 SchG Anh. Rn. 20f.; Nobbe, aaO., § 61 Rn. 50 등 참조). 미국에서도 증권의 추심에 관하여 규정하고 있는 UCC의 규정에 의하여 유사한 결과가 인정된다(UCC § 4-215 (a) (3)). 이에 의하면 지급은행이 잠정적 지급(a provisional settlement)을 한 이후에 규약이 정하는 시점까지 형식을 갖춘 부도통지 또는 부도반환을 하지 않았다면, 증권은 이로써 지급은행에 의하여 종국적으로 지급된 것(finally paid)으로 취급되는 것이다(White and Summers, *Uniform Commercial Code*, 5th ed., 2000, p. 625 sqq. 참조).

실요건이 충족되어 부당이득이 성립한다는 의미로 읽힐 수도 있으나, 지급은행이 소지하고 있는 수표를 피고에게 제공함으로써 피고인 예입자에 대하여 부당이득 반환청구를 할 수 있다는 의미(즉 수표반환과 상환으로 부당이득 청구)로 이해할 여지가 없는 것도 아니다.³²⁾

이에 대하여 大判 1996.9.20. (주 24)는 명시적으로 예입자에 대한 지급은행의 부당이득 반환청구를 인정한다. 즉 지급은행은 부도반환 불능으로 인하여 결제자금 상당의 손해를 입었음에도 제시은행에 대해서는 부당이득 반환을 구할 수 없는 상황인데, 반면 타점권을 입금한 예입자는 제시은행에 입금한 수표가 현실적으로 추심되지 않아 예금계약이 성립하지 않았음에도 불구하고 어음교환업무규약상 부도반환 불능에 의하여 수표가 자금화하여 제시은행으로 수표금을 지급받았으므로, 예입자가 “얻은 법률상 원인 없는 위 수표금 상당의 이익은 사회통념상 원고 은행[지급은행]의 위 결제자금 상당의 손해로 인한 것이라 할 것”이고, 그 결과 지급은행은 예입자에 대하여 인출한 예금액에 대하여 부당이득 반환을 청구할 수 있다고 한다. 최근의 大判 2006.5.26., 2003다65643 (공보 2006, 1141)도 보다 상세한 이유제시를 덧붙이고 있는 외에는 同旨이다.³³⁾

그러나 이러한 대법원의 입장에는 동의하기 어렵다. 부도반환 불능에 의하여 손실을 입은 지급은행의 예입자에 대한 부당이득 청구는 원칙적으로 부정되어야 한다. 지급은행이 의식적이든 아니면 착오에 의한 것이든 미결제통보시각을 도과하여 결과적으로 부도어음이나 부도수표를 자금화하게 한 결과는 어디까지나 지급은행이 발행인과의 관계에서 처리할 그들만의 문제이다.³⁴⁾ 결제자금 없는 타점권을 예입하여 지급을 받은 소지자는 예컨대 발행인과의 대가관계에 기하여 법률상 원인을 가지고 증권을 수령하였고 그로부터 만족을 받았다. 이로써 소지자

32) 金教昌, **은행거래의 법률논점 60선**, 2000, 45면도 비슷한 취지이다. 반면 최준선, “他店券 入金의 경우 預金契約의 成立始期”, **法律新聞**, 제2601호, 1997.5.26., 14-15면은 이 판결이 타점권 입금에 관한 양도설에 기하여 부당이득 반환청구를 단정적으로 부정하는 것으로 파악하나, 이는 반드시 명백한 것은 아니다. 본문에서 지적한 바와 같이, 대법원의 판시가 부당이득 반환의 가능성을 완전히 배제하는 것인지는 분명하지 않기 때문이다.

33) 대법원과 같은 견해로 朴駿緒 편집대표, **註釋 民法 債權各則(4)**, 제3판, 1999, 643면(安法榮); 金教昌 (주 32), 43-44면; 田慶根, **預金契約에 관한 研究**, 서울대학교 박사학위논문, 1999, 128-129면 등 참조. 그러나 이들 문헌은 부당이득 법리에 따른 구체적인 논증에 의하여 결론을 뒷받침하고 있지는 않다.

34) 前田 (주 28), 225면 참조.

는 발행인으로부터 유효한 변제를 받은 것이고, 이 변제는 어디까지나 발행인이 지시인으로서 은행을 이행보조자로서 사용하여 행한 것이다. 그러므로 지급은행이 발행인에 대하여 법적·사실적으로 구상이 가능한 이상, 소지인이 증권을 대가관계에서 유상으로 취득한 이상, 그리고 소지인이 이러한 사정을 알고 있지 못한 이상, 이 세 가지 조건의 어느 하나라도 해당한다면 지급은행의 예입자에 대한 부당이득 반환청구는 정당화될 수 없다(제747조 제2항 참조).

이러한 지급은행의 직접청구는 대법원이 大判 2003.12.26. (위 II. 1. (1))에서 밝힌 바 있는 평가요소에 배치된다. 우선 지급은행에 직접청구를 인정함으로써 원래 자신의 계약상대방인 발행인 외에 추가적으로 예입자의 책임재산에 공취를 할 수 있게 됨으로써 자신의 구상채권의 책임재산을 확대하는 이익을 누리게 된다. 더 나아가 예입자가 제시은행으로부터 예금을 수령함으로써 적법한 변제를 받았다고 신뢰하여 발행인에게 대가관계에 기한 자신의 급부를 한 경우를 생각해 보자. 이러한 경우 직접청구를 인정하면, 예입자는 의식적으로 대가관계에서 동시이행을 관철하였음에도 불구하고 결과적으로 선이행을 하게 되었을 뿐만 아니라, 이제 부도에 의하여 무자력임이 드러난 발행인에 대하여 청구를 해야 하므로, 결과적으로 이 사건으로부터 발생한 불이익을 단독으로 부담하게 된다.

물론 이에 대해서는 그는 어차피 부도가 될 증권을 수령하였기 때문에 은행에 대하여 문제의 금액을 반환하여도 크게 불리할 것이 없다고 말할지도 모른다. 그러나 이는 그렇지 않다. 만일 어음이나 수표가 지급될 때까지 동시이행의 항변권에 의하여 자신의 급부를 거절하고 있던 소지인은 부도에 의한 지급거절이 있다고 하더라도 대가관계에서 발행인의 무자력 위험을 인수하지 않는다. 그러나 제시은행의 지급을 믿고 자신의 대가관계상 급부를 이행하였음에도 이후에 직접청구를 당하게 된다면, 그는 이에 의하여 선이행을 강제 당하게 된 것이고 그 결과 발행인의 무자력 위험을 부담하게 되는 것이다. 지급은행 내부의 과실에 의하여 발생한 이러한 사건에서 그러한 위험을 —구상채권자인 지급은행이 아니라— 통상 그러한 사정을 알지 못하는 외부의 예입자가 부담해야 한다는 결론은 납득하기 어렵다. 물론 소지인이 타점권을 예입하기 전에 선이행을 하였던 경우에는, 그는 어차피 발행인의 무자력 위험을 인수했다고 말할지도 모른다. 그러나 제747조 제2항이 선의의 유상취득자를 일반적으로 보호하고자 하는 취지에 비추어 볼 때, 그러한 경우 소지인이 어음금이나 수표금 보유에 대하여 가지는 신뢰는 보호되어야 하는 것이다.

大判 2006.5.26. (위 II. 2. (3) (c))는 다음과 같이 말한다. 부도반환 불능은 사무착오 등의 기술상 오류에 의할 수도 있지만 은행 마감시각까지 결제자금을 입금할 것을 조건으로 부도어음통보의 일시 유예를 요청한 데에 따른 의식적인 조치일 수도 있고, 이는 “실제에 있어서 그 구분이 반드시 쉽지 아니하고 오히려 보통은 후자의 경우가 일반적이라 할 것인데,” 후자의 경우 “지급은행에게 어음금 대위지급의 부담을 감수할 의사까지 있었다고 보는 것은 지급은행과 발행인 사이의 일반적 관계 및 당좌예금거래의 실제, 위 대위지급관계를 인정할 경우 지급은행 담당 임직원들이 받게 될 민·형사적 책임 등을 감안할 때 합리적인 의사해석으로 받아들이기 어렵다”고 한다. 그러나 이는 不當前提(*petitio principii*)이다. 만일 지급은행이 결제자금 입금을 조건으로 부도통보를 일시 유예하였다면, 이는 그야말로 지급은행이 발행인과의 관계에서 신용을 제공할 수도 있게 될 위험을 감수하고 행한 조치이다. 지급은행은 결제자금 입금이라는 ‘조건’이 성취되지 않으면 당해 어음을 부도반환할 수 없다는 사실을 의식하면서 즉 어음이 자금화될 것임을 알면서 그 위험을 감수한 것이다. 오히려 무슨 이유로 이후에 결제자금이 입금되지 않았다고 해서 지급은행이 자신이 인수한 위험을 적법한 변제로 어음금을 수령한 예입자에게 전가해야 하는지 납득하기 어렵다. 그러한 의미에서 대법원의 결론이 합리적 의사해석의 결과라고는 생각할 수 없다. 더 나아가 같은 판결은 어음결제제도가 실체적 권리관계의 확정과 무관한 획일적 다자간 상계결제 시스템으로서, “부도어음통보시각을 어긴 지급은행의 의사는 [...] 규약 등에서 정한 절차적 불이익의 감수는 별론으로 하고, 관련 이해당사자에 대한 실체적 권리관계의 포기까지 용인한 것으로 보기는 어렵다”고 말한다. 그러나 앞서 지적했듯이, 직접청구 금지라는 결론은 민법의 해석에서 나오는 것이지 어음교환시스템의 구조와는 직접적 관련이 없다. 게다가 이 판결은 계속 지급은행의 ‘의사’를 결정적 기준으로 언급하고 있는데, 이는 —관계인들과의 합의에 의하여 계약으로 효력을 가지지 않는 한— 지급은행의 희망사항 내지 기대일 뿐이며 사안의 객관적 이익형량과는 무관한 요소이다. 이 판결은 “어음 소지인의 입장에서 [...] 부도어음통보시각이 경과하였다 하여 어음의 현실적인 결제 여부와 상관없이 그 어음의 추심금[...]에 관한 법률상 보호되어야 할 정당한 기대권이 발생한다고 보기 어렵다”고 한다. 그런데 과연 지급은행의 ‘의사’ 내지 ‘기대’는 사안 해결에 있어 고려되어야 할 사항이 되지만, 소지인의 ‘의사’ 내지 ‘기대’가 이렇게 간단하게 배척될 수 있는 근거는 무엇인가? 이렇게 본다면 大判 2006.5.26.의

논거는 결국 다음의 한 문장으로 歸一한다. 지급은행의 기대를 보호하고 소지인의 기대를 배척할 것. 이는 설득력 있는 법적인 논증으로 보기 어렵다.

그러므로 사안의 해결은 당사자들의 객관적인 이익형량에 의하여야 하고, 그 형량의 기준은 법률이 제시하는 평가요소들, 특히 제747조 제2항의 취지이어야 한다. 그렇다면 앞서 서술한 바와 같이 지급은행의 소지인에 대한 직접청구는 부정하는 것이 타당하다. 이러한 해석만이 소지인의 정당한 신뢰 및 그의 대항사유를 보호할 수 있다. 다만 만일 대법원이 그럼에도 불구하고 종래의 결론을 유지하고자 한다면, 최소한 소지인이 예금을 지급받은 이후 그 보유가능성을 신뢰하여 대가관계에서 반대급부 등 유상처분을 한 경우, 그에 대하여는 현존이익 상실의 항변(제748조 제1항)을 인정해야 할 것이다. 그렇지 않다면 소지인은 앞서 언급한 동시이행 관계 상실로 인한 불이익으로 인하여 극히 불리한 상태에 놓이게 될 것이기 때문이다. 그리고 소지인에게 현존이익이 없음이 인정된 경우, 지급은행은 발행인에 대하여 채무면제를 이유로 하는 구상이득 반환청구권을 행사해야 할 것이다(제741조).

3. 대가관계 흠결

지급지시에 의하여 금전급부가 단축적으로 행해진 경우, 대가관계의 흠결은 오로지 대가관계 당사자인 지시인과 금전 수령자 사이에만 영향을 미친다. 그러므로 부당이득 반환은 지시인과 수령자 사이에서만 행해지며, 대가관계 외부에 있는 출연자는 이에 관여할 수 없다. 즉 그는 수령자에 대하여 직접청구를 할 수 없다. 이는 출연자는 보상관계에 기하여 지시인에게 법률상 원인이 있는 급부를 하였다는 사정 및 직접청구에 의하여 수령자의 대가관계상 대항사유가 침해된다는 사정에 의하여 정당화된다(제747조 제2항).

그래서 예컨대 지시인이 착오로 자신의 채권자가 아닌 타인의 이름과 계좌번호를 언급하여 계좌이체를 지시하였고 은행이 이에 좇아 그 타인의 계좌에 입금한 경우, 부당이득 청구권은 은행이 아닌 지시인에게 귀속한다. 은행으로서는 계좌이체에 필요한 자금을 비용으로서 지시인에게 청구하여 계좌에서 차감함으로써(제687조, 제688조) 보상관계상의 구상을 함에 그친다. 오히려 지시인은 채권자 아닌 타인에게 급부한 것이므로, 그로부터 입금기장된 예금의 가액을 급부이득으로³⁵⁾ 반환청구할 수 있다(제741조).³⁶⁾³⁷⁾ 지시인이 채무가 이미 소멸했음에도 불구하고 착오로 계좌이체를 지시하고 은행이 해당 금액을 입금한 경우에도 마

찬가지이다.³⁸⁾ 더 나아가 자신의 배서가 위조된 약속어음을 제시받은 자가 이 사실을 알지 못한 채 그 약속어음금의 지급을 위하여 수표를 발행하였고, 이후 약속어음 배서의 위조사실을 알았지만 수표의 부도로 인한 형사책임을 우려하여 수표금을 지급한 경우, 수표 발행자가 수령자에 대하여 부당이득 반환청구권을 가지게 된다.³⁹⁾ 대가관계상 존재하지 않는 채무(약속어음의 배서로 인한 채무의 부존재)의 변제를 위하여 수표가 발행되었으므로 발행자가 지시인으로서 급부이득 반환청구권을 보유하는 것이다.

- 35) 이는 결국 지시인의 착오가 있더라도 그 지시에 좇아 수령자의 계좌에 행해진 입금기장은 유효한 것이고 이로써 예금채권이 성립함을 의미한다. 수령자측 은행의 입금기장은 수령자와의 지로계약을 법률상 원인으로 하여 행해진 의무부담으로, 지시인과 수령자의 법률관계와는 독립적이기 때문이다. 독일의 학설은 입금기장의 법적 성격을 (지로계약에 예정된 수령은행의 자기계약에 의한) 無因的 債務約束 내지 債務承認(독일 민법 제780조, 제781조)으로 파악하여 이러한 결론을 도출하며(Canaris (주 31), Rn. 415ff.), 프랑스의 학설은 입금기장에 의하여 입금된 금액에 관한 반환채권이 소멸하면서 계좌의 전체 잔고채권으로 통합되어 새로운 채권이 성립한다는 (지로계약상의) 일종의 更改的 效果(l'effet novatoire)에 의하여 이를 설명한다(Gavalda et Stofflet, *Droit bancaire*, 5^e éd., 2002, n^{os} 256, 301). 어느 법률구성에 의하든 결론은 같다.
- 36) 이 점에 관하여 일본의 학설과 실무의 多岐한 대립을 일단락지은 日最判 1996.4.26., 民集 50-5, 1267 및 이 판결을 배경으로 하여 착오로 인한 계좌이체에 있어 법률관계를 상세히 분석하는 森田宏樹, “振込取引の法的構造 —「誤振込」事例の再検討—”, 中田裕康·道垣内弘人 編, *金融取引と民法法理*, 2000, 123면 이하 참조. 독일의 학설과 판례도 마찬가지로 입장을 취한다(Canaris (주 31), Rn. 429, 486ff. 및 문헌지시 참조). 프랑스의 학설과 판례는 기본적으로는 지시인의 수령자에 대한 반환청구와 지시인의 수령자측 은행에 대한 반환청구 양자를 가능한 것으로 고려하면서도, 후자는 잔고가 존재하는 경우에만 인정하는 입장이다. 다만 수령자의 은행에 대한 부채로 인하여 잔고가 남지 않은 경우 지시인이 수령자측 은행에 대하여 부당이득에 기한 전용물소권을 행사할 가능성이 제기되는데, 판례와 다수설은 지시인의 過責을 이유로 이를 부정하고 있다(이상의 내용에 대하여 Gavalda et Stofflet, *Instruments de paiement et de crédit*, 5^e éd., 2003, n^o 479 및 문헌지시 참조; 반면 지시인의 과책을 고려하는 것에 비판적이면서도 수령자측 은행과 수령자의 관계에서 법률상 원인을 객관적으로 인정하여 동일한 결과를 인정하는 견해도 있다; Djoudi, “La faute de l'appauvri: un pas de plus vers une subjectivisation de l'enrichissement sans cause”, *D* 2000 Chron., p. 609 sqq.).
- 37) 반면 지시인은 정확한 수령자의 정보를 제시했으나 은행이 착오로 타인에게 입금한 경우의 법률관계는 같을 수 없으며, 이 경우에는 은행의 직접청구가 고려된다(아래 III. 1. 참조).
- 38) 大判 2005.10.28., 2005도5975 (공보 2005, 1920)는 이러한 경우에 수령자의 지시인에 대한 반환의무를 전제로 하여, 입금된 금액을 임의로 사용한 수령자의 횡령죄를 긍정한다.
- 39) 大判 1992.7.28., 92다18535 (공보 1992, 2650).

III. 직접청구가 고려되는 경우

이상의 서술에서 원칙적으로 지급지시가 있는 경우 부당이득 반환은 각각의 원인관계의 당사자들 사이에서 행해져야 하며, 출연자의 최종수익자에 대한 직접 청구는 (제747조 제2항의 입법취지를 고려하여) 예외적인 사안에서만 가능성을 살펴보았다. 이하에서는 그러한 직접청구가 가능한 것으로 학설에서 고려되고 있는 사안을 검토해 보기로 한다.

1. 지급지시가 부존재하는 경우

(1) 실질적으로는 아무런 지시가 없었음에도 불구하고 출연자는 지시를 받았다고 상정하여 출연을 하는 경우가 있다. 예컨대 지시인은 자신의 채권자에게 계좌이체할 것을 지시하였으나 은행이 착오로 타인에게 이체하는 경우, 지시인의 계좌이체 지시를 수행하였으나 은행 직원의 착오로 다시 한 번 이체가 행해지는 경우, 지시인의 계좌이체 지시에 좇아 이체가 행해지기는 하였으나 지시된 금액을 상회하는 금액이 이체된 경우, 위조나 변조된 약속어음이나 수표에 지급을 한 경우 등이 그러한 사안에 해당한다.

이러한 경우 독일의 학설을 원용하여 출연자의 수령자에 대한 직접청구를 허용해야 한다는 견해가 주장되고 있다.⁴⁰⁾ 이에 의하면 유효한 지시 자체가 존재하지 않는 경우 출연자의 수령자에 대한 출연은 지시인의 대가관계상 급부로 귀속될 수 없기 때문에, 보상관계 및 대가관계에서의 급부로 볼 수 없다고 한다. 그 결과 출연자는 수령자에 대하여 직접 부당이득 반환청구를 할 수 있다는 것이다.

이러한 견해에는 동의해야 할 것으로 생각된다. 우선 범형식적으로 지급지시가 결여되어 있다면 타인급부에 대한 수권 및 변제지정이 존재하지 않으므로, 보상관계 및 대가관계에서의 변제효과 발생한다고 볼 수 없다(위 II. 1. (1) (a) 참조). 그리고 무엇보다도 중요한 점은 유효한 지시가 없음에도 불구하고 보상관계·대가관계에서 급부가 행해진 것으로 상정한다면, 중간자는 스스로 재산이동과 관련된 아무런 행위도 하지 않았음에도 불구하고 출연자와의 구상을 둘러싼 분쟁 및

⁴⁰⁾ 金亨培 (주 11), 298-299면. 독일(Stadler in: Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Aufl., 2004, § 812 Rn. 36 및 문헌지시 참조)과 일본(四宮 (주 21), 232면; 藤原 (주 26), 340-341면)의 일반적인 견해이기도 하다. 그리고 프랑스에서도 예컨대 계좌이체와 관련하여 동일한 결과를 인정한다(Piedelièvre, *Droit bancaire*, 2003, n° 328).

수령자와의 대가관계를 둘러싼 분쟁에 끌어 들여지게 된다는 사실이다. 이렇게 아무런 관여하지 않은 중간자가 타인의 착오에 의한 출연행위에 의하여 법률분쟁에 관여되게 되는 결과는 만족스러운 것으로 보기 어렵다.

만일 보상관계·대가관계에서 급부를 상정하여 각각의 관계에서 부당이득을 관철시키는 경우, 그 결과는 당사자들의 이해관계에 부합하지 않는다.⁴¹⁾ 예컨대 대표적인 예로 은행이 과다이체를 한 사안을 중심에 놓고 설명해 보도록 한다. 은행이 과다이체를 한 이후 지시인에 대하여 구상을 하는 경우, 은행은 그 과다이체액에 상당하는 금액을 지시인이 은행에 대하여 가지는 계좌에서 출금기장하게 될 것이다. 그러나 은행은 지시인과의 예금계약 등에 기한 주의의무를 위반하여 불필요한 출연을 한 것이므로, 그의 과다이체 부분은 필요비(제688조 제1항)로 볼 수 없어 은행의 구상은 성립하지 않게 된다. 그러므로 이 경우 중간자는 은행에 대하여 부당하게 출금기장된 자신의 예금잔고를 회복하거나 그에 상응하는 금액을 지급할 것을 은행에 청구해야 하며, 이로써 불필요한 분쟁에 관여하게 된다. 물론 그러한 경우 계약법에 의한 구상은 실패하더라도 은행이 중간자에 대하여 부당이득으로 구상을 할 수 있다고 말할 수 있을 지도 모른다(구상이득). 그러나 그러한 사안에서 중간자가 취득한 것은 수령자에 대한 부당이득 반환청구권뿐이다. 그러므로 은행이 부당이득으로 구상을 하더라도 은행은 이러한 부당이득 반환청구권의 양도만을 청구할 수 있을 뿐인데(이른바 *Kondiktion der Kondiktion*), 이로써 은행은 중간자의 무자력 위험을 부담하게 되고(예컨대 양도 전 중간자에게 도산절차가 개시된 경우) 수령자로부터는 대가관계에 기한 대항사유의 대항을 받을 수도 있게 된다(제451조 제2항). 이는 은행의 입장에서도 유리한 결론이라고 볼 수 없다.

그러므로 유효한 지시가 없었던 경우, 출연자의 출연은 외견상 지시인에게 귀속될 수 없고 따라서 지시에 의한 지급으로 볼 수 없으며, 그 결과 직접청구가 허용되어야 한다. 즉 출연자는 바로 수령자에게 부당이득의 반환을 청구할 수 있다. 이러한 결과는 제747조 제2항의 취지를 고려할 때에도 타당하다. 예컨대 과다이체나 착오이체 등의 사안에서 수령자는 그러한 금전을 무상으로 취득한 것일 뿐만 아니라, 외견상 수령자와 은행의 보상관계에 어떠한 기술상의 착오가 있어 자신에게 입금된 것임을 쉽게 인식할 수 있다. 게다가 문제의 출연은 중간자

⁴¹⁾ Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, 13. Aufl., 1994, § 70 IV 2 b (S. 226f.) 참조.

의 아무런 관여 없이 행해진 것이므로 그로부터의 급부라고(“讓受”(제747조 제2항) 참조) 보기도 어렵다. 그러므로 그는 선의의 유상취득자에게 보호를 부여하는 민법의 취지에 비추어 보더라도 직접청구에 대하여 보호받을 정당한 이해관계가 있다고 보기 어려운 것이다.

(2) 대법원 판결 중에서는 아마도 大判 1997.11.28., 96다21751 (공보 1998, 34)이 이러한 지급지시가 결여된 사안의 부당이득 반환의 문제를 다루고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다. 법률문제와 관련하여 사실관계를 요약하면 다음과 같다. C 은행의 지점 대부계 대리는 A를 위하여 그의 직원과 통모하여 당해 C 은행 지점을 지급지로 하는 자기앞수표를 발행하였고, A는 이를 D 은행에 가지고 있는 당좌예금계좌에 입금하였다. D 은행은 이 자기앞수표를 A가 발행한 약속어음 및 당좌수표의 교환결제자금으로 사용한 다음 어음교환절차를 통하여 지급제시하였으나, C 은행은 미결제어음 통보시각을 도과하여 위조사실을 통보하였고 이에 대하여 D은행은 이를 이유로 부도통보의 접수를 거절하였다. 이에 C 은행이 D 은행에 대하여 손해배상 및 부당이득 반환을 청구한 사안이다.

물론 이 사안에서 문제되는 증권은 자기앞수표이므로 발행인과 지급인이 동일하지만, 이로써 법률관계를 달리 볼 이유는 없다. 즉 자기앞수표의 위조에 의하여 발행인(C)이 소지인에게 액면금액을 지급하라는 취지의 지시가 위조되었고, 그 결과 지급인(C)이 지시의 외관을 신뢰하여 소지자인 A에 대하여 지급을 한 것이다.⁴²⁾ 여기서 지급인(C)이 지급을 받은 소지인(A)에게 부당이득 반환청구를 할 수 있는지 아니면 보상관계에 있는 발행인(C)에게 구상을 해야 하는지가 문제된다(물론 발행인과 지급인이 동일인이므로 후자의 결론은 결국 그 액수만큼의 손실을 C가 부담함을 의미할 것이다).

대법원은 부도반환 불능으로 인하여 발생하는 부당이득 문제를 취급한 大判 1996.9.20. (주 24)을 원용하면서, 제시은행(D)에게는 손실이 없다는 이유로 지급은행(C)의 부당이득 반환청구를 기각하였다. 오히려 A가 지급받은 수표금 상당의 이익은 사회통념상 지급은행이 입은 손실로 인한 법률상 원인 없는 부당이득이므로, 지급은행은 A에 대하여 수표금 상당의 부당이득의 반환을 청구해야 한다고 판시하였다. 대법원은 아마도 이 사건을 부도반환 불능으로 인하여 발생하는

⁴²⁾ 앞의 II. 2. (3) (b)에서 설명한 바와 같이, 부도반환 불능으로 인하여 수표는 지급된 것으로 취급되어야 하고 그 결과 A의 예금채권은 성립한 것으로 보아야 한다.

다른 판례(위 II. 2. (3) 참조)의 연장선상에서 파악하였던 것으로 생각된다. 그러나 이 사안에서 수표는 위조에 의하여 성립한 것으로서, 적법하게 발행된 증권이 문제되었던 다른 사건과는 구별하여 고찰할 필요가 있다.

결론적으로 이 사안에서는 유효한 지급지시가 결여되어 있으므로, 지급자의 출연을 발행인의 유효한 급부로 볼 수 없다. 그러므로 지급은행의 예입자에 대한 직접청구 가능성을 인정한 대법원의 결론은 타당한 것으로 평가되어야 한다. 우선 지급은행의 제시은행에 대한 부당이득 반환청구는 가능하지 않다고 보아야 한다. 제시은행이 존재하지 아니하는 지시에 기하여 출연을 수령하기는 하였으나, 그는 수령한 것을 바로 예입자에게 지급하거나 확정적 입금기장함으로써 자신의 재산을 감소시키는 처분을 하였고, 이로써 그 액수만큼 제시은행의 현존이익은 상실하였다(제748조 제1항; 위 II. 2. (3) (b) 참조). 따라서 제시은행은 면책되며, 이러한 결과는 추심은행으로서의 성격에 부합하는 것이기도 하다. 반면 지급은행은 위조된 수표에 의하여 지급을 받거나 예금채권을 취득한 예입자에 대하여 부당이득 반환청구권을 행사할 수 있다. 예입자는 존재하지 아니하는 지시에 의하여 지급을 받았으므로, 이러한 수익은 출연자에 대한 관계에서 부당이득을 구성한다. 위조에 의하여 성립한 증권으로 인한 불이익을 발행인에게 부담시킬 근거는 찾을 수 없다. 특히 이 판결의 사안에서 A는 악의의 무상취득자로서 직접청구 배제에 관한 정당한 이익을 가지고 있다고 보기도 어렵다(제747조 제2항 참조).

(3) 반면 大判 1992.4.28., 92다4802 (공보 1992, 1721)는 약속어음의 변조에 관한 사안을 다루고 있다. 여기서는 C가 발행한 약속어음을 수령한 A가 그 금액을 변조하여 D에게 배서양도하였고, D는 C의 지급은행으로부터 변조된 액면을 지급받은 사안이 문제되었다. 대법원은 변조된 부분에 관해서는 D가 A에 대하여 아무런 권리를 취득하지 못함을 인정한 다음, “피고가 변조된 액면금액의 지급을 청구할 권리가 없다면 지급은행에서 정당한 액면금액을 초과한 돈을 지급받은 범위 안에서는 이를 부당이득한 것”이라는 이유로 C의 D에 대한 부당이득 반환청구를 인용하였다.

이 사건은 일견 유효한 지시가 없었던 경우에도 출연자의 직접청구에 의한 해결이 아니라 지시인의 수령자에 대한 부당이득 반환을 명하는 것으로 보일 수도 있다. 그러나 이는 그렇지 아니다. 어음의 변조가 있었던 사안에서도 기본적으로 부당이득 반환청구권을 가지는 자는 지급은행이라는 결론에는 변함이 없다.

다만 이 사안에서는 변조된 어음의 발행인이 직접 주도권을 행사하여 수령자에 대하여 부당이득 반환청구권을 행사한다는 점이 중요하다. 즉 발행인은 이로써 지급은행이 행한 출연을 추인하여 사후적으로 지급지시를 만회한 것이고, 그 결과 수령인은 변조된 부분에 관해서도 발행인의 급부에 의하여 금액을 수령한 것이다. 그런데 변조된 금액에 관해서는 채무가 존재하지 않기 때문에, 발행인은 급부이득 반환으로서 수령인에게 변조부분에 해당하는 금액을 청구할 수 있는 것이다(제741조).

발행인이 이렇게 사후적으로 지급지시 및 그에 기한 출연을 추인하고 수령인에 대하여 직접 부당이득 반환청구를 할 이해관계가 존재함은 물론이다. 변조된 어음을 지급한 은행은 그 금액을 발행인의 계좌에서 출금기장하게 될 것이다. 그러한 경우 발행인은 변조를 이유로 은행에 대하여 출금기장된 금액의 반환을 청구하게 될 것이고, 그렇다면 은행은 해당 금액만큼을 수령인에 대하여 부당이득으로 직접청구하여 손실을 보전해야 할 것이다. 그런데 이러한 절차는 발행인과 그의 거래은행 사이의 분쟁을 의미하게 되므로, 발행인으로서는 수령자에게 자력이 있다고 판단되면 바로 수령자로부터 부당이득을 청구할 이해관계를 가지게 되는 것이다. 그러한 경우 발행인은 사후적으로 지급지시를 추인하고 보상관계의 하자를 이유로 직접 수령인에게 부당이득을 청구하는 방법이 보다 합목적적이다.

그러므로 이 판결은 유효한 지시가 없었던 경우 출연자의 직접청구를 인정하는 결론에 반대되는 취지가 아니라 오히려 이를 확인해 주는 것으로 볼 수 있다. 대법원도 이유설시에서 이러한 취지를 간접적으로 밝히고 있다. 즉 발행인인 원고가 “은행에 대하여 초과 지급된 부분에 대한 배상을 구하는 방법 등에 의하여 그 손실을 보전할 수 있다 하더라도, 원고가 피고에게 위 부당이득금의 반환을 청구하는데 장애가 된다고 할 수 없다”고 하는데, 이는 기본적으로 앞서 설명한 바와 같은 법리를 전제로 한 것이라고 이해할 수 있을 것이다.

(4) 결론적으로 유효한 지시가 없었던 경우 출연자는 수령자에 대하여 직접 부당이득 반환청구를 할 수 있다. 그런데 마지막으로 다음과 같은 사항에 대하여 고찰해 보아야 한다. 유효한 지시가 없었음에도 출연된 경우, 수령자가 마침 대가관계상으로 외견상 지시인에게 유효한 채권을 가지고 있었을 수도 있다. 착오이체에서는 그러한 문제가 발생할 여지가 적으나, 과다이체, 중복이체, 증권의 위조·변조 등의 사안에서는 그러한 가능성이 존재한다. 이러한 경우 수령자는 직

접청구에 대하여 자신의 채권의 유효한 변제를 주장할 수 있는지 여부가 문제된다. 즉 비록 유효한 지시가 없었더라도 어쨌든 외견상 지시인이 수령자에 대하여 채무를 부담하고 있었으므로 수령자가 받은 출연이 그러한 채무의 변제로서 효력을 가지게 되는지의 여부이다. 이는 보통법상 인정되었던 “*suum recipit*”의 항변을 인정할 것인지의 문제이다.

우리 문헌에서는 이에 대한 논의는 찾아보기 어렵다. 독일에서는 일부 소수설이 그러한 변제효를 인정해야 한다고 주장한다.⁴³⁾ 유효한 지급지시가 결여된 경우에는 출연자의 출연은 대가관계상의 지시인의 급부로 평가될 수 없기 때문에, 출연자의 출연은 대가관계상 타인의 채무를 변제하고자 하는 제3자의 변제이고, 따라서 제3자의 변제에 관한 규율이 적용된다는 것이다. 그러나 다수설은 그러한 경우 출연자의 지급에서 제3자의 변제로서의 변제목적지정을 인정하기 어려울 뿐만 아니라, 제3자의 변제로서의 변제효를 인정하게 되면 외견상 지시인의 법상태가 불리하게 변경됨을 이유로 이를 부정한다.⁴⁴⁾ 예컨대 당해 채권이 상계적상에 있었거나 시효가 완성되었던 경우 등이 그러한 예이다. 물론 이러한 경우 출연자의 구상에 대해서 외견상 지시인은 강요된 이득의 법리에 기하여 보호를 받을 수 있을 것이기는 하다.⁴⁵⁾ 그러나 그렇다고 하더라도 외견상 지시인은 아무런 관여가 없었음에도 불구하고 출연자와 불필요한 법적 분쟁에 개입되게 된다는 것이다.

우리 대법원은 大判 1992.4.28 (위 III. 1. (3))에서 “*suum recipit*”의 항변을 부정하였다. 즉 이에 의하면 피고 D가 A로부터 일부는 채무변제조로 나머지 금액은 대가를 지급하고 변조된 어음을 배서양도받은 것이라고 하여도 “이는 피고와 A와의 관계에 지나지 아니한 것으로서 이것 때문에 피고가 원고에게 변조된 액면대로의 약속어음금의 지급을 청구할 권리를 가진다고 할 수 없고”, “피고가 A로부터 유상으로 위 약속어음을 배서 양도받은 것이라고 하여 원고에 대한 관계에 있어서 그 이득이 현존하지 아니한다고 할 수 없다”고 한다. 즉 유효한 지시가 존재하지 않았던 경우에는, 수령인이 대가관계상 유효한 채권을 보유하고 있다고 하더라도 출연자의 지급을 그 적법한 변제로 보유할 수는 없다는 것이다.

43) Flume, “Zum Bereicherungsausgleich bei Zahlungen in Drei-Personen-Verhältnissen”, *NJW* 1987, 2521, 2523 (= Flume, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 2003, S. 237f.) 참조.

44) Lieb in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, 4. Aufl., 2004, § 812 Rn. 66ff. 및 문헌지시 참조.

45) 金炯錫 (주 5), 357면 이하 참조.

주저되는 바가 없지는 않으나, 결론적으로 대법원의 견해에 찬성해야 할 것으로 생각된다. 독일의 다수설이 지적하는 바와 같이, 유효한 지시가 결여된 경우에 출연자가 행한 지급에 대하여 제3자의 변제로서 변제목적지정을 상정하는 것은 무리가 있다. 즉 그러한 경우 수령자가 제반사정에 비추어 이를 제3자의 변제로 인식할 수 있다고 말하기 어려우며, 그 결과 제3자의 변제를 인정하기 위한 변제목적지정을 인정하기는 어려운 것이다.⁴⁶⁾ 그리고 강요된 이득의 법리를 원용한다고 하더라도, 출연자와의 구상분쟁에서 외견상 지시인에게 여러 가지 사실상의 불이익이 발생한다는 점도 외면할 수 없다. 그러므로 지시가 존재하지 않았던 경우의 부당이득 반환에서, 수령자가 대가관계상 법률상 원인을 가지고 있었는지의 여부는 고려하지 않는 견해가 보다 타당하다고 생각된다. 그러한 한도에서 수령자가 선의이더라도 그의 신뢰보호는 외견상 지시인의 보호를 위하여 후퇴한다.

그리고 그러한 사안에서 직접청구를 인정한다고 하더라도, 수령자의 신뢰보호가 반드시 불충분한 것은 아니다. 지시의 결여에도 불구하고 출연자가 지급을 한 경우에, 수령자가 이를 자신의 채권에 대한 유효한 변제라고 믿고 대가관계상 반대급부의 이행을 하였다든가 기타 재산을 감소시키는 처분을 하였다면, 그에게는 그 만큼 현존이익이 감소하였다고 할 수 있다. 따라서 유효한 지급지시가 결여되었던 경우, 대가관계상 채권을 가지고 있던 수령자는 자신이 반대급부의 이행 등으로 인하여 현존이익이 없음을 항변할 수 있으며(제748조 제1항), 그 한도에서 자신의 신뢰에 있어 보호를 받게 될 것이다.⁴⁷⁾ 그러한 경우 출연자는 그로 인하여 종국적으로 채무를 면제받은 자(통상은 지시인)에 대하여 구상을 함으로써 자신의 손실을 전보해야 할 것이다.

(5) 그러므로 대가관계에서 수령자가 유효한 채권을 가지고 있었더라도, 유효한 지급지시가 없었다면 출연자는 수령자에게 지급한 것을 부당이득으로 반환청구할 수 있다. 그러나 출연자는 경우에 따라서는 이미 수령자에게 지급한 것을 사후적으로 제3자의 변제로 변제지정하고(제469조) 지시인에게 구상을 할 이해관계를 가진다. 이러한 선택권이 인정될 수 있을 것인지에 대해서는 논의가 있으나, 일률적으로 부정할 이유는 없다고 생각된다. 즉 출연자는 지시 결여의 경우 수령자에게 직접청구를 할 수도 있지만, 사후적으로 자신의 지급을 제3자의 변제

46) 金炯錫 (주 5), 342면 참조.

47) Larenz/Canaris (주 41), § 70 IV 2 b (S. 227) 참조.

로 변경하고서 지시인에게 구상을 할 수도 있다고 해석된다.⁴⁸⁾

2. 지급지시가 취소된 경우

(1) 반면 유효한 지급지시가 있었으나 지시인이 이를 사후에 취소한 경우의 법상황은 어떠한가. 지급지시는 이미 존재하는 위임계약(금융거래에서는 은행과의 기본계약)을 전제로 하여 지시를 받는 자에 대하여 구체적인 내용의 위임계약상의 사무처리 의무를 발생시키게 하는 단독행위이지만(제680조, 제681조 참조), 동시에 타인에 대한 급부로 보상관계상의 채무를 변제하도록 하는 수권행위를 포함하며, 마지막으로 지시인이 출연자를 使者로 사용하여 수령자에게 행하는 변제목적 지정행위(제476조 제3항 참조)이기도 하다. 이들은 모두 법률행위로서 단독행위이고, 그 결과 취소권을 발생시키는 원인이 있으면 지시인은 지급지시를 취소할 수 있을 것이다. 그러한 경우 이들 법률행위는 소급하여 무효가 될 것인데(제141조 본문), 그러한 경우 부당이득 반환이 어떻게 행해져야 할 것인지가 문제된다.

이에 대해서는 지시가 취소된 때에는 처음부터 지시가 없었던 경우와 같이 보아야 한다는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 그러나 이 문제는 이렇게 일반적으로 답할 수는 없으며, 개별 취소원인과 관련된 법률규정을 고려해야 한다고 생각된다.

(2) 우선 지급지시가 착오로 취소되는 경우를 상정해 본다(제109조 제1항, 제140조, 제142조). 그런데 여기서 우선 발견되는 사실은 지급지시가 착오를 이유로 취소되는 사안은 매우 드물 것이라는 점이다.⁵⁰⁾ 예컨대 채무가 없음에도 채무가 있다고 믿고 계좌이체를 명하는 지시인은 고려되지 않는 동기착오를 하고 있을 뿐이며, 따라서 지급지시를 취소할 수 없다. 정당한 채권자에게 계좌이체를 한다고 생각하면서 은행에 타인의 이름과 계좌번호를 제공한 자는 대부분의 경우 중과실로 착오한 것이다. 그러므로 실제로 지급지시의 착오취소가 가능한 경우는 극히 예외적인 예에 한정되며, 아마 은행거래와 관련된 실무에서는 거의 나타나지 않을지도 모른다.

그러나 민법상 고려되는 착오요건에 해당하여 착오취소가 행해지는 경우에도, 지시가 완전히 부재하였던 경우와 동일시하기는 어렵다. 우선 지급지시에 포함된

48) 이러한 선택권의 인정여부를 둘러싼 논의에 대해서는 金炯錫(주 5), 361면 이하 참조.

49) 金亨培(주 11), 299-300면.

50) 착오이체와 관련하여 착오 문제를 검토하는 森田(주 36), 156면 이하 참조.

타인급부에 대한 수권이 취소되는 경우에도, 이 취소의 효력은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다(제109조 제2항). 물론 여기서 출연자로부터 지급받은 수령자가 제109조 제2항이 말하는 엄밀한 의미의 제3자에 해당하는지에 관해서는 논의가 있을 수도 있다. 그러나 제109조 제2항이 착오 있는 의사표시에 기하여 발생한 권리외관을 믿은 자의 신뢰를 보호하는 규정이라면, 이러한 경우 수령자를 이 규정이 정하는 제3자로 파악하는 것에는 어려움이 없다고 생각된다. 수령자는 출연자로부터 금전 소유권(내지 이에 상응하는 등가의 채권)을 취득하였고, 그 한도에서 착오취소로 인한 수권의 무효는 그에게 주장할 수 없다고 보아야 하기 때문이다(상대적 무효). 그러므로 수권행위가 취소되었음에도 출연자의 변제권한을 신뢰하여 출연자로부터 지급을 받은 선의의 수령자는 제109조 제2항이 목적하는 권리외관 보호를 받을 정당한 이해관계가 있다고 평가된다. 이러한 사안에서 제109조 제2항이 (직접 또는 적어도 유추에 의하여) 적용되어야 한다.

더 나아가 지급지시에 포함된 변제지정도 지시의 취소에 의하여 바로 영향을 받는 것은 아니다. 채무의 동일성을 인식할 수 있는 이상 법정충당의 규정이 적용될 수도 있으며(제477조), 지급지시의 취소에도 불구하고 은행이 使者로서 선의·무과실의 수령자에게 지시인의 (지급과 결부된) 변제목적 지정을 전달한 이상 그 효력을 부정할 수 없기 때문이다(제129조의 유추⁵¹⁾). 그러므로 이들 규정을 종합해 볼 때, 수령자가 적어도 선의인 이상, 출연자는 지시인에게 급부한 것이고, 지시인은 수령자에게 급부한 것이다. 출연자에게 수령자에 대한 직접청구는 허용되지 않는다. 그는 지시인과의 보상관계에서 문제를 해결해야 한다(계약법·부당이득 등에 의한 구상).

요컨대 지시인이 착오로 지급지시를 하였다고 하더라도 수령자가 선의였다면, 부당이득 반환은 통상의 지급지시 사안에 준해서 처리해야 한다.⁵²⁾ 반면 수령자가 악의였다면, 지급지시의 취소의 효력은 그에게도 미치는 것이고 그 결과 사안은 지시가 처음부터 없었던 사안과 같다. 그러한 경우에는 예외적으로 출연자의 직접청구가 허용되어야 할 것이다.

51) 使者權 없는 使者가 마치 권한이 있는 것처럼 행위한 경우에도 表見代理의 규정이 유추적용된다는 것이 대법원의 관례이다(大判 1962.2.8., 4294민상192, 집 10-1, 87). 李英俊, 民法總則, 2005, 443-444면도 참조.

52) Larenz/Canaris (주 41), § 70 IV 3 d (S. 232) 참조.

(3) 사기·강박을 이유로 지급지시가 취소되는 사안(제110조 제1항, 제140조, 제142조)도 크게 다르지 않다. 우선 이들 사례 역시 매우 드물 것이다. 예컨대 매도인의 사기로 불리한 계약을 체결한 매수인이 은행을 통하여 매매대금을 이체한 경우, 사기라는 취소원인은 매매계약에만 존재하는 것이고 지급지시 자체는 사기에 의한 것이라고 말하기 어렵다. 설령 인과관계를 매우 넓게 이해해서 사기에 의한 것이라고 하더라도, 출연자가 그러한 사실을 인식할 수 없었던 이상, 지급지시의 취소는 문제되지 않는다(제110조 제2항).⁵³⁾ 이렇게 제110조 제2항에 의하여 은행거래와 관련된 실무에서 사기·강박을 이유로 하는 취소는 거의 문제되지 않으리라고 추측된다.

어쨌든 예외적으로 사기·강박을 이유로 하는 취소요건이 성취된다고 하더라도, 착오취소와 마찬가지로 그러한 취소의 효과는 선의의 제3자의 권리를 해할 수 없다(제110조 제3항). 그러므로 수령자가 선의인 이상 부당이득 반환은 각각의 원인관계에서 행해지며, 직접청구는 고려되지 않는다.⁵⁴⁾

(4) 반면 행위무능력을 이유로 지급지시가 취소되는 사안은 다르다(제5조 제2

⁵³⁾ 金亨培 (주 11), 300면 참조. 반면 (독일 민법 제123조 제2항을 좇아) 우리 민법 제110조 제2항과 같은 취소권 제한을 제3자의 사기에만 한정하고 있는 일본 민법(제96조 제2항)에서는 강박에 의한 지급지시의 취소가 문제된 바 있다(日最判 1998.5.26., 民集 52-4, 985). 피고는 제3자의 강박을 받아 貸主人 원고와 소비대차 계약을 체결하고 대여금은 강박자가 미리 지정한 (그리고 피고와는 법률관계가 없는) 자에게 지급하도록 지시하였는데, 이후 피고가 강박을 이유로 소비대차를 취소하자 원고는 피고에게 부당이득 반환청구를 한 사안이 문제되었다. 최고재판소는 “특단의 사정이 없는 한” 직접청구는 허용되지 않는다고 밝히면서도, 이 사안에는 그러한 예외적인 사정이 있는 것으로 판단하여 피고가 원고의 출연에 의하여 이익을 받은 것이 없다는 이유로 청구를 기각하였는데, 이는 원고의 수령자에 대한 직접청구를 전제하는 것으로 이해되고 있다. 이 판결을 평석하면서 삼면관계 부당이득에 관한 학설과 판례를 개관하는 潮見佳男, “『第三者への給付』と不當利得(上)”, 金融法務事情, No. 1539, 1999, 24면 이하; “『第三者への給付』と不當利得(下)”, 金融法務事情, No. 1540, 1999, 26면 이하 참조.

⁵⁴⁾ 이러한 의미에서 강박에 의한 취소의 사례에도 지급지시가 지시인에게 귀속될 수 없다고 하는 의미로 읽히는 潮見 (주 53, 下), 29면의 서술에는 의문이 있다. 潮見가 원용하는 카나리스의 견해도 행위의사마저 배제할 정도의 물리적 내지 절대적 강박(*vis absoluta*)에만 지시귀속을 부정하고 있다(Canaris, “Der Bereicherungsausgleich im bargeldlosen Zahlungsverkehr”, *WM* 1980, 354, 355). 어쨌든 日最判 1998.5.26. (주 53)의 결론은 우리 민법 하에서도 동의할 수 있을 것인데, 이 판결의 사실관계는 전형적으로 제747조 제2항이 직접 내지 유추 적용되어야 할 사안을 보여주고 있기 때문이다.

항, 제10조, 제13조, 제140조, 제142조). 왜냐하면 우리 입법자는 행위무능력자의 보호를 위하여 행위무능력자의 법률행위가 취소되는 경우 거래의 안전을 후퇴시키고 있기 때문이다. 그러므로 행위무능력자가 법정대리인의 동의 없이 지급지시를 하였고 이후에 법정대리인이 이를 취소하였다면, 이 사안은 처음부터 유효한 지급지시가 없었던 사안과 동일하게 취급해야 한다. 그러므로 그러한 사안에서 출연자는 자신이 급부한 것을 직접 수령자로부터 부당이득 반환청구해야 한다.⁵⁵⁾ 만일 행위무능력을 이유로 지급지시가 취소된 경우에도 각각의 원인관계에서 부당이득 반환이 행해질 것을 명한다면, 행위무능력자는 법정대리인의 동의 없이도 실질적으로 유효한 변제를 한다는 결과가 발생한다.⁵⁶⁾ 이는 제5조 제1항의 취지에 부합하지 않는다. 물론 직접청구가 인정되는 경우, 대가관계에서 행위무능력자에 대하여 채권을 가지고 있던 자는 이제 새로이 이행청구를 해야 하는 불이익에 직면하게 되지만, 이는 행위무능력자와의 거래에 내재한 위험일 뿐이다.

이러한 결론은 법정대리인이 행위무능력자의 개개 지급행위의 적절성을 판단할 권한을 가지고 있다는 의미에서 정당화된다. 그러한 의미에서 大判 2005.4.15., 2003다60297,60303,60310,60327 (공보 2005, 735)는 이러한 결론과 모순되는 판결이 아니다. 여기서는 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 신용카드 계약을 체결하고 신용카드를 사용해서 재화와 용역을 구매하였는데, 그 법정대리인이 신용카드 계약을 취소하고 미성년자를 대리하여 부당이득을 청구한 사안이 문제되었다.⁵⁷⁾ 이 사건에서 법정대리인은 대가관계에서 미성년자가 행한 개별적

55) 金亨培 (주 11), 300면. 일본의 학설도 마찬가지이다(藤原 (주 26), 341면).

56) 변제 자체에 의사표시가 필요한지의 여부에 관해서는 변제학설에 따라 견해가 나뉘지만, 어쨌든 그것이 법률행위를 내용으로 하는 경우(예컨대 금전 소유권의 이전행위)에는 법정대리인의 동의가 필요하다(新版 注釋民法(1), 1988, 258면 (高梨公之) 참조). 지급지시에 의한 단축급부가 행해지기 위해서는 행위무능력자는 타인급부에 대한 수권 및 변제목적 지정을 해야 한다. 이들은 법률행위이며(위 II. 1. (1) (b) 참조), 법정대리인은 이를 취소함으로써 행위무능력자의 부적절한 방법 내지 시점의 변제를 원상회복할 이해관계를 가진다.

57) 물론 신용카드 이용관계의 법률구성에 관해서는, 특히 가맹점의 카드회사에 대한 지급 청구권의 성립근거에 관해서는, 견해의 대립이 있으며, 이를 어떻게 이해하는가에 따라 당사자들의 법률관계가 다른 내용을 가지게 된다(우선 趙炳九, “未成年者의 신용카드 利用契約이 取消된 경우 不當利得의 問題”, 民事判例研究[XXVIII], 2006, 360면 이하 참조). 여러 학설 중 어느 것이 타당한 것인지는 별론으로 하고, 신용카드가 현금대체물로서 사용되는 거래현실을 고려할 때 사용자—카드회사—가맹점 사이의 부당이득 반환은 흠결이 있는 각각의 원인관계에서 행해지는 것이 타당하다. 그러한 이유로 부당이득 문제에 있어서는 지급지시에 준하여 취급할 수 있다고 할 것이고(趙炳

지급행위의 적절성 여부를 검토하여 이를 취소한 것이 아니었다. 즉 법정대리인은 개별 지급행위의 적절성을 판단하고 있는 것이 아니라(이는 원고측이 —카드회사가 반소로 주장한 부당이득 반환청구에 대하여— 자신들이 이득한 것은 대가관계에서 수령한 재화와 용역이라고 주장하였다는 사실에서도 나타난다), 미성년자와 신용카드 회사 사이의 이용계약을 해소하고 그에 기한 재산이동을 원상회복하고자 한다. 그러므로 이는 개별 지급행위의 취소가 아니라, 오로지 보상관계 청산만을 목적으로 하는 보상관계 취소이다.⁵⁸⁾ 이 사안에서 법정대리인은 보상관계의 취소로써 오히려 미성년자의 지급지시를 추인한 것(제143조, 제144조)으로 볼 것이다. 그러므로 카드회사의 가맹점에 대한 직접청구는 인정되지 않는다. 흠결은 지급지시 자체에 있는 것이 아니라 오로지 보상관계에만 있는 것이며, 따라서 부당이득 반환은 보상관계에서만 행해진다.⁵⁹⁾

3. 지급지시가 철회된 경우

지시인이 이미 발송한 지급지시를 철회하는 경우가 있다. 예컨대 지급이 이루어지기 이전에 약속어음이나 수표에 관하여 지급위탁을 취소하거나(입출금이 자유로운 예금 약관[2003] 제6조 제3항), 자금이 이전하기 이전에 계좌이체를 취소하는 경우가 이에 해당한다. 이러한 지급지시 철회에 의하여 지시를 받은 자는 이제 보상관계상 지급을 하지 아니할 의무를 부담하게 되며, 통상 지급이나 이체는 행해지지 아니한다. 그러나 경우에 따라서는 지시가 철회되었음에도 불구하고

九, 앞의 논문, 376면 참조), 그러한 의미에서 신용카드 이용자의 매출전표 서명은 가맹점에 대금을 지급할 것을 카드회사에게 지시하는 행위로 파악할 수 있다(Göbmann in: Langenbucher/Göbmann/Werner (Hrsg.), *Zahlungsverkehr*, 2004, § 3 Rn. 31 참조).

58) 보상관계인 신용카드 이용계약이 취소된다고 해서 미성년자가 행한 지급지시의 효력이 직접 영향을 받는 것은 아니다. 이는 大判 1996.12.10. (주 21)이 밝히고 있는 법리이기도 하다.

59) 이러한 결과는 법정대리인이 신용카드 이용계약과 함께 대가관계인 물품·용역 구매계약을 취소하였더라도 달라지지 않을 것이다(大判 2006.3.10., 2005다46363, 46370, 46387, 46394, 공보 2006, 606으로부터 예견되고 있는 분쟁이기도 하다). 법정대리인이 개별 지급행위의 적절성을 판단하여 이를 취소하는 것이 아니라 단순히 보상관계 청산을 위하여 이를 취소하고 부당이득 반환청구를 하는 것이라면, 설령 대가관계가 취소되었다고 하더라도 개별 지급행위의 효력을 문제 삼고 있는 것이라고 할 수는 없다. 법정대리인은 추가적으로 대가관계 청산만을 목적으로 할 뿐이다. 물론 그러한 경우 이른바 이중흠결을 이유로 하는 직접청구의 문제가 제기될 수도 있을 것이지만, 이에 대해서는 아래 III. 4. 참조.

실수 등에 의하여 지급이 이루어질 수도 있으며, 그러한 경우 당사자들 사이의 법률관계가 문제된다. 대체로 두 가지의 해법을 상정해 볼 수 있다. 첫째는 이를 단순히 보상관계에 흠결이 있는 것으로 보아 (철회에도 불구하고 행해진) 출연을 대가관계상의 급부로 유효하게 평가하고, 이로써 출연자에게 지시인에 구상을 하도록 하는 방법이 있고(위 II. 2. 참조), 둘째는 유효한 지급지시가 결여되는 사안에 준하여(위 III. 1. 참조) 출연자에게 수령자에 대한 직접청구를 하도록 하는 방법이 있다. 우리 학설에서는 독일의 다수설과 판례를 좇아 수령자가 선의인 한에서는 대가관계상의 급부를 인정하여 출연자의 지시인에 대한 구상으로 해결하지만, 수령자가 악의인 경우에는 직접청구로 해결하는 견해가 주장되고 있다.⁶⁰⁾

지급지시가 유효하게 철회되었음에도 지급이 이루어졌다면 이는 출연자의 과실에 의한 것이 대부분이고, 그 결과 지시인을 보상관계 및 대가관계의 분쟁에 관여시키는 것이 부당하다고 생각될 수도 있다. 그러한 의미에서 이 사안을 지급지시 결여의 예와 동일하게 취급하는 해석도 일정한도에서 설득력이 있음은 물론이다. 그러나 그럼에도 불구하고 이러한 해석은 지급지시가 취소된 사안(위 III. 2.)과 비교할 때 균형을 잃은 것으로 생각된다. 즉 착오나 사기·강박 등으로 인하여 자유로운 의사형성 과정에 장애가 발생하여 지급지시가 취소된 사례에서도 지급을 받은 자는 善意인 한에서 보호를 받는다(위 III. 2. (2), III. 2. (3)). 그런데 임의로 지급지시를 하였다가 이를 철회한 사안 즉 전체 지급과정이 오로지 지시인의 자유의사에 따라 야기된 사안에서 제한 없이 직접청구를 인정한다면 이는 평가모순이라고 할 것이다. 지시인을 보호할 요인이 보다 더 강한 사안(착오, 사기, 강박에 의한 지시)에서도 선의의 수령자는 보호를 받게 되는 반면, 신뢰보호의 관점에서 (자의로 행위한) 지시인보다 수령자를 보호할 요인이 보다 현저한 사안(지시 철회)에서 수령자를 불이익하게 취급하는 결과이기 때문이다.

⁶⁰⁾ 金亨培 (주 11), 300-301면. 이는 독일의 다수설과 판례의 태도이지만, 이 결과를 논증하는 방식은 학자마다 상이하다. 예전에는 목적적 급부개념에 의한 해결이 시도되기도 하였으나, 최근의 유력한 견해는 독일 민법 제170조 이하의 규정의 유추에 의한 권리와관책임에 기하여 그러한 결론을 도출하고자 한다. 물론 이러한 다수설과 판례에 대해서는 지시 결여 사안과 동일한 취급을 해야 한다는 강한 반대 견해도 존재한다. 자세한 것은 문헌지시와 함께 MünchKomm/Lieb (주 44), § 812 Rn. 75ff. 참조. 계좌이체 철회 등의 사안에서 프랑스의 다수 판례는 수령자가 대가관계에서 유효한 법률상 원인을 가지고 있는지를 검토하여 이것이 긍정되는 경우 직접청구를 배제한다고 한다(Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Band 2, 2001, Kap. 7 Rn. 108f.).

게다가 지시 철회에도 불구하고 지급이 행해졌다 하더라도, 출연자가 수령자에 대하여 현실적으로 지급을 하면서 이 지급에 관한 지시인의 변제지정을 전달하는 이상, 수령자의 관점에서 이는 어디까지나 대가관계상의 급부일 뿐이다. 금전의 소유권이전(내지 그에 상응하는 입금기장)은 유효하고, 변제지정도 使者權 없는 使者의 의사전달로서 선의·무과실의 수령자에 대하여 유효하다(제129조의 유추; 위 III. 2. (2) 및 주 51 참조). 그러므로 출연자가 보상관계에서 그러한 지급 및 변제지정 전달을 하지 말아야 했다는 사정은 보상관계의 흠결일 뿐이며, 단축급부를 인정하기에 장애가 되는 사유가 될 수 없다.

마지막으로 우리 민법이 선의의 유상취득자를 직접청구로부터 보호하고 있다는 사실을 상기한다면(제747조 제2항), 수령자가 대가관계에서 유상의 취득원인을 가지고 있는 한에서 직접청구를 허용할 이유는 더욱 더 없다고 할 것이다.

그러므로 이들 논거를 종합한다면, 지급지시의 철회에도 불구하고 지급이 이루어진 경우, 수령자가 선의인 이상 출연자의 수령자에 대한 직접청구는 배제되는 것이 타당하다. 출연자는 지시인에 대하여 구상을 함으로써 자신의 손실을 보전해야 할 것이다. 물론 출연자는 지시 철회에도 불구하고 과실로 지급을 한 것이므로 예금계약 기타 委任에 기한 구상은 가능하지 않으며, 그 결과 부당이득에 의한 구상만이 문제된다(주 66도 참조). 그러나 지시인은 그러한 경우 의사에 반하여 채무로부터 해방된 것이므로, 강요된 이득의 법리에 의하여 보호될 수 있다.⁶¹⁾

4. 보상관계와 대가관계 모두에 흠결이 있는 경우?

(1) 마지막으로 지급지시의 사안에서 직접청구가 고려되는 사안으로 보상관계와 대가관계가 모두 무효인 경우를 들 수 있다. 이러한 이른바 이중흠결의 사안에서 출연자가 수령자에게 직접청구를 하는 경우, 이를 인정하는 법질서가 일부 존재한다.⁶²⁾ 이는 특히 직접청구를 배제하기 위하여 “*suum recipit*”의 논거(주 6 및 II. 1. (2) (a) 참조)를 사용하는 경우에 그러하다. 즉 직접청구를 배제하는 근거가 수령자가 대가관계상 자신의 급부를 수령하였다는 사실이라면, 이중흠결의 경우 수령자는 어차피 대가관계에서도 법률상 원인 없는 급부를 수령한 것이므

61) 金炯錫(주 5), 356-360면 참조. 그 결과 지시인은 대가관계에서 채무가 시효로 소멸하였다는 사정이나 상계적상에 있었다는 사정 등을 구상하는 출연자에게 대항할 수 있다.

62) Schlechtriem(주 60), Kap. 7 Rn. 52ff. 참조.

로 직접청구를 배척할 근거가 사라지게 되는 것이다.

그러나 독일의 학설의 영향을 받은 최근 우리 학설은 그러한 직접청구를 부정한다.⁶³⁾ 우선 변제법리에 의하여 이중흥결이 있더라도 급부는 출연자→지시인→수령자의 순서로 단축적으로 행해졌을 뿐만 아니라, 직접청구를 인정하게 되면 수령자는 대가관계상 지시인에 대하여 가지는 대항사유를 주장할 수 없게 되고, 출연자는 자신의 계약상대방(지시인)이 아닌 수령자의 무자력 위험을 부담하게 되어 부당하다는 것이다. 이러한 논거는 제747조 제2항의 취지에 비추어 볼 때 타당하다고 할 것이다(위 II. 1. (2) 참조). 게다가 직접청구를 인정하게 되면 출연자와 수령자는 자신의 계약상대방이 아닌 자와 각각 보상관계와 대가관계의 유효성에 관하여 분쟁을 해야 한다는 사정도 고려되어야 한다. 그러므로 이중흥결의 사안에서도 부당이득 반환은 각각 보상관계와 대가관계의 당사자들 사이에 행해져야 한다.

(2) 그 결과 출연자는 보상관계의 상대방인 지시인에 대하여 그가 받은 이익을 부당이득으로 반환청구해야 한다. 그런데 과연 지시인이 받은 이익이 무엇인지 그 내용에 관해서는 견해가 나뉜다. 하나의 견해에 의하면 지시인이 받은 이익은 수령자에 대한 부당이득 반환청구권이라고 한다. 즉 대가관계가 유효한 경우였다면 수령자가 받은 이익은 채무면제의 이익이지만, 대가관계가 무효화된 경우에는 수령자에게 돌려받아야 할 부당이득 반환채권이 받은 이익이라는 것이다.⁶⁴⁾ 이에 의하면 이중흥결 사안에서 부당이득 반환은 지시인이 수령자에 대하여 가지고 있는 부당이득 반환청구권을 출연자에게 양도함으로써 행해지게 된다(Kondiktion der Kondiktion). 그러나 다른 견해에 의하면 이렇게 부당이득 반환청구권을 급부 내용으로 보게 되면 출연자의 지위가 악화된다고 한다. 즉 출연자는 자신의 상대방인 지시인의 무자력 위험뿐만 아니라 보상관계의 외부인인 수령자의 무자력

63) 金亨培 (주 11), 296면.

64) 趙炳九 (주 57), 402-403면. 이 논문은 캐머러의 글을 인용하면서(“JZ 1962, 387ff.”) “삼각관계에서의 이중흥결의 경우 부당이득의 문제에 관하여 독일의 통설이 취하는 견해”라고 설명한다. 그러나 이는 독일의 학설상황을 정확하게 설명하는 서술로 보기 어렵다. 현재 독일의 통설은 오히려 지급지시가 없었다면 출연자가 지시인에게 출연하였을 객체를 행해진 급부의 내용으로 보고 있다(MünchKomm/Lieb (주 44), § 812 Rn. 48의 문헌지시 참조; 캐머러 자신도 같은 견해이다, von Caemmerer, “Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen”, JZ 1962, 385, 386 = *Gesammelte Schriften*, Band I, 1968, S. 324).

위험도 인수하게 되는 것이며, 양도 받은 부당이득 반환청구권을 가지고 수령자에게 청구하는 경우 수령자가 지시인에 대하여 가지는 대가관계상의 대항사유의 대항을 받게 된다는 것(제451조 제2항)이다. 그 결과 이 견해는, 수령자가 대가관계상 대항사유를 가지고 있거나 무자력인 한에서, 출연자는 지시인에 대하여 가액반환을 청구함으로써 부당이득 반환이 행해진다고 해석한다.⁶⁵⁾

결론적으로 지시인이 받은 이익을 대가관계상의 부당이득 반환청구권이라고 해석하는 견해에는 동의하기 어렵다. 우선 대가관계가 유효한 경우였다면 수령자가 받은 이익은 채무로부터의 해방이라는 전제부터 의문이 제기된다.⁶⁶⁾ 살펴본 바와 같이(위 II. 1. (1) (a) 참조), 지급지시에 의한 출연이 있는 경우 비록 출연은 보상관계 외부에 있는 제3자에게 행해졌다고 하더라도(지시인의 수권에 의하여) 보상관계상의 채권을 소멸시킨다. 즉 지급지시에 의하여 금전이 지급된 경우, 이는 어디까지나 금전이 지시인에게 지급된 것으로서 변제효를 가진다. 예컨대 매도인이 매수인에게 매매대금을 제3자에게 지급하도록 지시하였고 매수인이 이를 이행한 경우, 매수인은 어디까지 매도인에 대하여 자신의 금전지급의무를 이행한 것이고 매도인은 금전을 급부 받은 것이다. 그러므로 타인에 대한 금전 지급을 지시한 자는 출연자로부터 금전을 급부 받은 것이고 채무로부터의 해방을 급부 받은 것이 아니다.⁶⁷⁾

그러므로 기본적으로 이중흡결의 출연자의 지시인에 대한 부당이득 반환청구

65) 金亨培 (주 11), 296-297면.

66) 梁彰洙, “2005년도 民事判例 管見”, 서울대학교 法學, 제47권 제1호, 2006, 334-335면 참조.

67) 여기서 지시인의 이익을 부당이득 반환청구권으로 보는 견해가 급부이득 반환과 구상이득 반환을 혼동하고 있음이 나타난다. 비교를 위하여 지시인이 지급지시를 철회하였으나 출연자가 실수로 지급한 사안을 상정해 본다(위 III. 3. 참조). 그러한 경우 대가관계상 지시인의 채무는 변제되었지만, 출연자는 보상관계상 주의의무 위반으로 하여 계약 기타 사무관리에 기한 구상을 할 수 없다. 그러므로 출연자는 이 경우 지시인에게 구상이득의 반환을 구할 수밖에 없으며, 그 경우 채무로부터의 해방이 바로 지시인이 받은 이익이 될 것이다. 여기서 급부이득의 객체는 실제로 지시인에게 출연되었다면 지시인이 받게 될 이익인 반면, 구상이득의 객체는 지시인의 대가관계상 채무로부터의 해방이라는 점이 잘 나타난다. 만일 위 사안에서 대가관계상의 채무가 무효였다면, 지시인은 채무로부터의 해방이 아니라 오로지 수령자에 대한 부당이득 반환청구권을 취득하였다. 그러므로 철회에도 불구하고 지급한 출연자는 지시인으로부터 그 부당이득 반환청구권을 양도받음으로써 구상이득을 반환받게 된다. 그러므로 바로 이러한 구상이득 반환의 사안에서 부당이득 반환청구권의 양도에 의한 부당이득 반환이 행해지며, 의미를 가지게 되는 것이다.

권은 부당이득 반환청구권의 양도청구가 아닌 실제로 수령자에게 출연된 금액의 반환을 내용으로 해야 할 것이다.⁶⁸⁾ 그 금전의 소유권이 급부된 것이기 때문이다. 그리고 이러한 결론은 —가액반환설이 지적하는 바와 같이— 부당이득 반환청구권의 양도로 문제를 해결할 때 출연자가 받게 될 불이익(대가관계상 대항사유의 대항을 받게 되는 불이익 및 수령자의 무자력 위험 인수)을 고려할 때 더욱 정당화된다.

IV. 結論

1. 이상의 내용은 다음과 같이 요약될 수 있다. 지급지시가 있는 경우 부당이득 반환은 원칙적으로 각각의 보상관계와 대가관계에서 수행되어야 한다(II. 1. (1) (b), II. 2., II. 3.). 이는 변제법리에 의하여 설명될 뿐만 아니라(II. 1. (1) (a)), 제747조 제2항이 전제하고 있는 가치평가에 의하여 정당화된다(II. 1. (2)). 다만 지급지시가 처음부터 결여되어 있었던 경우(III. 1.), 지급지시가 취소되었거나 철회되었는데 수령자가 선의인 경우(III. 2., III. 3.) 그리고 제747조 제2항이 직접 또는 유추 적용되는 경우에만 예외적으로 직접청구가 고려된다.

2. 이러한 결론을 배경으로 할 때 大判 2005.1.13. (주 1)의 판단에 대하여 서론에서 제기한 의문(위 I. 2. 참조)은 이유가 있는 것으로 나타난다.

사실관계에서 C가 A와의 매매계약을 취소하거나 해제하였다면, 그와 결부된 이행인수 약정도 효력을 상실하게 되는 것은 분명하다(제137조). 그러나 이러한 보상관계의 취소·해제에 의하여 A가 C에게 행한 지급지시의 효력이 상실되는 것은 아니다. 오히려 C는 보상관계상의 자신의 채무를 이행하기 위하여 D에게 금전을 지급함으로써 A에 대한 자신의 채무를 변제하려고 한 것이고, 그 결과 A에게 급부한 것이다. 그러므로 이는 단순한 보상관계 흠결의 사안이고(II. 2.), 이러한 경우 직접청구는 인정될 수 없다. 이러한 사안에서의 직접청구는 제747조 제2항이 명시적으로 정하고 있는 규율에 반하며, 이로써 여러 가지 불합리한 결

68) 물론 지시에 의하여 급부된 것이 금전이 아니라 물건이었다면, 지시인은 더 이상 물건을 가지고 있지 않으므로 가액반환에 의하여 그 객관적 가치가 반환되어야 할 것이다(제747조 제1항).

과가 수반된다. 그러한 불합리에 대해서는 이미 서론에서 지적한 바 있다(위 I. 2 (1) 참조). 요컨대 D로서는 A에 대하여 가지는 대항사유 상실이나 담보상실의 불이익을 감수하게 되며, C는 자신의 계약상대방인 A가 무자력이더라도 D의 자력으로부터 손실을 보전할 가능성을 가지게 된다는 점에서 이는 유상취득자에 대한 직접청구를 제한하는 법률의 태도에 부합하기 어려운 것이다(위 II. 1. (2) 참조). 게다가 D가 선의였던 경우, 제747조 제2항이 특별히 정하고자 하는 선의의 유상취득자의 신뢰보호도 경시되는 결과가 발생한다.

그러므로 대법원으로서도 제110조 제3항의 논거를 이유로 파기하기보다는, 원심이 확정된 사실관계에 비추어 과연 부당이득법상 직접청구를 허용하게 할 만한 사정이 있는지를 살피고 파기 여부를 결정해야 하지 않을까 하는 의문이 확인되는 것이다. 적어도 원심과 대법원의 판결문에 나타난 사실관계만으로는 그러한 직접청구를 인정할 만한 사정(위 III. 1. 내지 3. 참조)은 관찰되지 않는다.

3. 이 글에서 필자는 大判 2005.1.13. (주 1)을 계기로 하여 지급지시에 관한 부당이득의 문제를 살펴보았다. 이는 삼면관계 부당이득의 사안유형 중에서 그一端에 불과하고, 다른 사안유형과 관련하여 보다 넓은 맥락에서 수행되는 연구가 요망됨은 물론이다. 그러나 현대 사회의 무현금거래에서 지급지시가 가지는 기능을 생각해 볼 때, 적어도 이 문제에 관한 대법원 재판례를 통하여 이를 고찰해 보고 나름의 해결책을 제시해 보고자 했다는 점에서 만족하고자 하며, 후일의 연구를 기약하기로 한다.

주제어: 지급지시, 급부, 부당이득, 직접청구권

<Zusammenfassung>

Anweisung, Leistung und Bereicherungsausgleich

Hyoung Seok Kim*

In diesem Aufsatz beschäftigt sich der Verfasser mit dem Bereicherungsausgleich, welcher hinsichtlich der Zahlungsanweisung zutage kommt. Wenn an einen Dritten aufgrund einer Anweisung des Gläubigers gezahlt wird, läßt sich die Tilgungswirkung nicht nur im Deckungs-, sondern auch im Valutaverhältnis herbeiführen. Dieses Resultat ergibt sich aus dem Erfüllungsrecht. Das Problem stellt sich jedoch, wenn etwa ein Kausalverhältnis mangelhaft, z.B. nichtig oder angefochten, war. Dann fragt sich unweigerlich, unter welchen Beteiligten der Bereicherungsausgleich stattfinden soll, insbesondere ob dem Angewiesenen der Durchgriff gegen den Empfänger erlaubt ist. Dieselbe Frage aber wird auch dann aufgestellt, falls etwa die Anweisung selbst unter einem Mangel leidet.

Das Ergebnis der Untersuchungen ist dahin zu formulieren, dass der Durchgriff im Hinblick auf die Wertungskriterien des koreanischen Bürgerlichen Gesetzbuchs im Grundsatz verneint werden soll. Hier gibt nach der Ansicht des Verfassers insbesondere § 747 Abs. 2 den Ausschlag. Aber aufgrund dieser Kriterien werden auch die Falltypen herausgearbeitet, in denen der Durchgriff als gerechtfertigt erscheint.

Bei der Darstellung wird versucht, die Ergebnisse dogmatisch zu begründen, aber auch rechtsvergleichend zu unterstützen. Zugleich wird die Rechtsprechung kritisch gewürdigt.

Schlagwörter: Anweisung, Leistung, Bereicherungsausgleich, Direktkondition

* Assistant Professor of Law, College of Law, Seoul National University