creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학전문석사 학위논문

계약해제와 채권양도인의 원상회복의무

2023년 2월

서울대학교 법학전문대학원

법학과

권 용 석

계약해제와 채권양도인의 원상회복의무

지도교수 권 영 준

이 논문을 법학전문석사 학위논문으로 제출함

2022년 11월

서울대학교 법학전문대학원

법학과

권 용 석

권용석의 전문석사 학위논문을 인준함

2023년 1월

위 원 장 이 계 정 (인)

부위원장 최 준 규 (인)

위 원 권 영 준 (인)

국문초록

이 논문은 채무자가 채권양수인에 대하여 급부를 마친 뒤 기본계약이 해제된 상황에서 원상회복의무의 주체를 결정하는 문제를 다룬다. 그간 이 주제에 관한 선행연구들은 대개 계약해제 시 원상회복의무의 본질이 부당이득반환의무라는 점에 착안하여, 삼각관계에서의 부당이득반환 문제의 일종으로서 사안을 분석하였다. 그 때문에 기존 연구에서는 주로 지시취득과 채권양도를 통한 급부 사이의 구조적 유사성이 쟁점이 되어 왔으며, 계약상 무자력위험 배분이나 원상회복의무의 동시이행관계와 같이 계약당사자 사이의 청산을 염두에 둔 원상회복의무의 특질이 충분히 고려되기 어려웠다.

그러나 민법 제548조 제1항이 계약해제 시 원상회복의무의 주체를 계약의 “각 당사자”로 규정하고 있다는 점, 해제는 무효·취소와 달리 후발적 사유로만 이루어지고 당사자들의 합의에 의하여도 이루어질 수 있어 계약상대방 선택 시의 무자력 위험배분이 더욱 존중될 필요가 있다는 점, 해제는 제도의 연혁상 약정해제에서 기원한다는 점, 해제의 효과로서 계약의 소급·무효는 무효·취소와 달리 그 범위 및 효과가 한정적이라는 점 등을 고려하면, 원상회복의무가 부당이득반환의무를 본질로 한다는 통설은 재검토될 필요가 있다.

이렇듯 원상회복의무를 부당이득반환의무와 독립적 관계로 파악하게 되면, 종전의 목적론적 급부개념에 구애받지 않고 민법 제548조 제1항의 해석에 따라 원상회복의무자를 결정할 수 있다. 만약 양수인에게 원상회복의무를 부담시킬 경우, 채무자로서는 자신이 개입할 수 없던 채권양도 계약에 의하여 양수인의 무자력위험을 감수해야 한다는 점에서 계약법의 기본원리인 계약자유의 원칙, 그중에서도 계약상대방 선택의 자유라는 이념에 반하는 결과가 도출된다. 급부부당이득법은 계약법의 보충규범이므로 이 경우에는 계약법의 기본원리에 따라 양도인이 원상회복의무를

부담하는 것이 타당하다. 이러한 해석은 계약당사자들을 원상회복의무의 주체로 규정하고 있는 민법 제548조 제1항의 문언에도 합치하고, 민법 제549조에서 규정하고 있는 동시이행관계도 간명하게 해결할 수 있어 계약법의 규정에 충실한 해석이다. 나아가 채무자 보호라는 구체적 타당성의 측면에서도 더 나은 결과가 된다는 점, 계약당사자 간 계약을 통한 위험배분을 존중하는 것이 형평에 부합한다는 점, 불필요한 청산과정을 반복할 필요가 없다는 점, 비교법적 관점에서도 양도인 반환설이 보다 널리 지지되고 있다는 점 등이 추가적인 근거로 제시될 수 있다.

주요어 : 채권양도, 계약해제, 원상회복의무, 부당이득반환, 지시관계, 계약법의 기본원리

학 번 : 2020-24958

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 문제의식 ····· 1

제 2 절 개요 ····· 4

제 2 장 해제의 효과와 원상회복의무의 성격 ····· 5

제 1 절 해제의 효과 ····· 5

I. 직접효과설 ····· 6

II. 청산관계설 ····· 7

III. 상대적 소급무효설 ····· 7

IV. 해제된 법률행위의 효과 ····· 8

1. 직접효과설의 타당성 ····· 8

2. 계약의 제한적 소멸 ····· 12

제 2 절 원상회복의무의 성격 ····· 12

I. 해제의 효과와 원상회복의무의 성격 ····· 13

II. 형식적 관점: 독립 규정의 존재 ····· 14

III. 실질적 관점: 의사 흠결 ····· 15

IV. 역사적 관점 ····· 18

V. 비교법적 논의 ····· 20

1. 영국 ····· 20

2. 프랑스 ····· 22

3. 독일 ····· 26

4. 검토 ····· 28
VI. 목적론적 급부개념의 문제점 ····· 29

제 3 장 해제와 채권양수인의 지위 ····· 32

제 1 절 채권양도법상 통지·승낙의 항변차단효 ····· 32
I. 채권양도의 의의 ····· 32
II. 채무자의 해제 항변 가능 여부 검토 ····· 34

제 2 절 해제로부터 보호되는 제3자의 권리 ····· 36
I. 민법 제548조 제1항 단서상 "권리"의 의미 ····· 37
II. 민법 제548조 제1항 단서상 "제3자"의 의미 ····· 40
1. 채권양수인의 보호긍정설 ····· 41
2. 채권양수인의 보호부정설 ····· 42
3. 검토 ····· 43
4. 제3자를 위한 계약 및 채권질권 사안과의 비교 ····· 45

제 4 장 부당이득법적 해결의 문제점 ····· 49

제 1 절 문제의 소재 ····· 49

제 2 절 삼각관계에서의 부당이득반환 법리 ····· 51
I. 급부자와 급부수령자 결정 ····· 51
1. 직접적 재산이동 ····· 51
2. 당사자들의 인식을 고려한 급부개념 ····· 52
3. 카나리스(C.-W. Canaris)의 실질적 평가기준 ····· 54
4. 물권법적 평가의 고려 ····· 55
5. 정책적 평가 ····· 56

II. 채권양도와 삼각관계 부당이득 ····· 57
1. 지시관계와의 유사성 ····· 57
2. 대법원의 입장 ····· 58
3. 학설 ····· 65

제 5 장 채권양도인의 원상회복의무 ····· 70

제 1 절 계약법과 급부부당이득법리 ····· 70
I. 양도인반환설의 문제의식과 한계 ····· 70
II. 계약법적 검토 ····· 72
1. 문언해석 ····· 72
2. 원상회복의무의 주체 ····· 73
3. 원상회복의무의 방식 ····· 78
4. 동시이행의 항변 ····· 80
5. DCFR과의 비교 ····· 81

제 2 절 채권양도법상 채무자 보호 ····· 83
I. 채권양도금지특약을 통한 보호가능성 ····· 84
II. 의사해석의 관점 ····· 85

제 3 절 물권법적 평가의 관점 ····· 87
I. 이중배상의 문제 ····· 87
II. 물권적 평가와의 불일치 문제 ····· 88

제 4 절 양도원인과 반환의무자 ····· 91
I. 이론적 배경 ····· 91
II. 절충설의 문제점 ····· 92

제 5 절 불필요한 구상의 순환 방지 ····· 94

제 6 장 결론 ····· 99

참 고 문 헌 ····· 101

Abstract ····· 106

표 차례

[표 1] 해제의 효과와 원상회복의무의 성격 사이의 관계 ····· 13

[표 2] 양도계약 전 의무부담관계 ····· 95

[표 3] 양도계약 후 의무부담관계 ····· 95

[표 4] 계약해제 전 급부보유관계 ····· 96

[표 5] 계약해제 후 급부보유관계 ····· 96

[표 6] 최종 급부보유관계 비교 ····· 97

제 1 장 서론

제 1 절 문제의식

이 논문은 채무자가 채권양수인에 대하여 급부를 마친 뒤 기본계약이 해제된 상황에서 원상회복의무의 주체를 결정하는 문제를 다룬다. 그간 이 주제에 관한 선행연구들은 대개 계약해제 시 원상회복의무의 본질이 부당이득반환의무라는 점에 착안하여, 삼각관계의 부당이득반환 문제로서 문제상황을 분석하였다.[1] 그 때문에 기존 연구에서는 주로 지시취득과 채권양도를 통한 급부 사이의 구조적 유사성이 쟁점이 되어왔으며, 계약상 무자력위험 배분이나 원상회복의무의 동시이행관계와 같이 계약

1) 이러한 전제만큼은 양도인 반환을 주장하는 측과 양수인 반환을 주장하는 측이 공유하고 있는 듯하다. 삼각관계에서의 부당이득반환이라는 구조 하에서 양도인 반환을 지지하는 입장으로 다음과 같은 연구들이 있다. 이계정, "분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계와 수분양자 보호방안", 자율과 정의의 민법학: 양창수 교수 고희기념논문집 (박영사, 2021); 최수정, "지명채권양도에 있어서의 다수인 사이의 부당이득반환", 민사법학 제30호 (2005), 301-335면; 정태윤, "독일에서의 부당이득의 삼각관계에 대한 논의가 우리 민법에도 그대로 타당한가?－채권이 양도되어 이행된 후 보상관계가 해제된 경우를 중심으로－", 비교사법 제14권 4호 (2007a), 205-250면; 정태윤, "계약이 무효이거나 취소 또는 해제된 경우에 보호받는 제3자의 범위에 관한 대법원 판례의 정합성 여부", 법학논집 20권 4호 (2016), 149-173면; 전재우, "매수인이 매매잔대금채권 양수인에게 일부 변제 후 당해 매매계약을 해제한 경우 원상회복청구의 상대방", 법률신문(2008. 10. 2.자). 이 중 정태윤과 전재우의 연구는 삼각관계부당이득론에서 논의되는 문제를 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 대한 해석론으로 반영하여 해결하고 있다. 양수인 반환을 지지하는 입장으로는 다음과 같은 연구가 대표적이다. 윤진수, "부당이득법의 경제적 분석", 서울대학교 법학 제55권 제3호 (2014), 135-139면; 이동진, "채권양도, 부당이득, 동시이행", 비교사법 제22권 제1호 (2015), 281-318면; 박세민, "삼각관계상의 부당이득－지시사례를 중심으로－", 서울대학교 박사학위논문 (2007), 16-22면, 286-304면. 같은 이론적 배경 하에서 채권양도의 원인계약의 성질에 따라 판단을 달리하는 입장으로, 윤지영, "채권양도와 부당이득－「삼각관계에서의 급부부당이득」 법리를 중심으로－", 민사판례연구 41권 (2019), 609-666면.

당사자 사이의 청산을 염두에 둔 원상회복의무의 특질이 충분히 고려되기 어려웠다.

그러나 급부부당이득법리에 따라 급부수령자가 채권양수인이라는 이유로 양수인이 원상회복의무를 부담한다고 보게 되면, 당사자 사이 계약체결 시 분배된 무자력위험이 제3자에게 전가되고, 계약관계에서 계약상대방에 대해 갖게 된 항변사유를 주장할 수 없게 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과가 된다. 민법 제548조 제1항이 계약해제 시 원상회복의무의 주체를 계약의 "각 당사자"로 규정하고 있다는 점, 해제는 무효·취소와 달리 후발적 사유로만 이루어지고 당사자들의 합의에 의하여도 이루어질 수 있어 계약상대방 선택 시의 무자력 위험배분이 더욱 존중될 필요가 있다는 점, 해제는 제도의 연혁상 약정해제에서 기원한다는 점, 해제의 효과로서 계약의 소급·무효는 무효·취소와 달리 그 범위 및 효과가 한정적이라는 점 등을 고려하면, 원상회복의무가 부당이득반환의무를 본질로 한다는 통설은 재검토될 필요가 있다.

이 논문은 해제로 인한 원상회복의무를 부당이득반환의무와 구별되는 법정의무로 파악함으로써 양도인 반환설의 문제의식에 이론적 완결성이 부여될 수 있다고 주장한다. 나아가 위 이론은 채권양도 사안뿐 아니라 해제로 인하여 발생하는 종래 삼각관계 부당이득 논의 전반을 간명하게 해결한다는 의의가 있다. 이를 위해 우선 원상회복의무의 성질이 '해제의 성격과 효과'라는 보다 넓은 맥락에서 논의되었던 점에 주목하며, 원상회복의무와 해제의 효과 사이의 관계를 검토한다(제2장). 그간 해제의 효과로 계약이 소급하여 효력을 상실한다는 견해(이하 '직접효과설'이라 한다)는 원상회복의무를 부당이득반환의무의 일종으로 파악하였으며, 판례도 그와 같았다.[2] 이와 같은 접근은 해제 이후 원상회복권리자에게 곧바로 물권적 청구권을 부여하여 청산을 간편하게 하고, 민법의 관련 규정

2) 김욱곤, "해제의 효과에 관한 법리 소고", 손해배상법의 제문제: 황적인 화갑기념논문집 (박영사, 1990); 양창수 "해제의 효과에 관한 학설들에 대한 소감". 민법연구 제3권 (박영사, 1995) 등 참조. 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다10061 판결.

들을 보다 정합적으로 이해할 수 있다는 장점이 있으나, 동시에 원상회복관계를 삼각관계 부당이득반환 문제로 규정하여 계약당사자 사이의 무자력위험 배분이라는 계약법 원칙을 정당하게 평가하지 못하였다는 한계가 있다. 이 논문은 이와 같은 선행연구의 성과와 한계를 염두에 두고, 해제의 효과로서 직접효과설을 취하면서도 원상회복의무를 부당이득반환의무와 본질을 달리하는 별개 법정책임으로 보아야 한다고 주장한다.

다음으로 채권양수인이 민법 제548조 제1항에 의해 보호되는 제3자에 해당하는지 검토한다. 채권양수인이 계약해제로부터 보호되는 제3자라면, 양수인의 원상회복의무도 발생할 수 없으므로 이 논의는 원상회복의무자 결정 시 중요한 선결문제이다. 양도인 반환설의 입장 중 급부를 받은 채권양수인이 보호받는 제3자에 포함된다는 견해가 있으나,[3] 후술하듯이 민법 제548조 제1항의 해석상 양수인을 제3자로 해석하기는 어렵고, 다만 채권이 양도된 경우에도 원상회복의무는 여전히 계약당사자인 양도인에게 부과된다고 해석하는 편이 타당하다(제3장).

마지막으로 채권양도인과 채권양수인 중 원상회복의무자를 결정하는 문제가 남는다. 채무자가 당초 계약당사자가 아닌 채권양수인으로부터 원상회복을 받게 될 경우, 채무자가 스스로 계약상대방으로 선택한 바 없는 채권양수인의 무자력위험을 부담해야 한다는 문제점은 양도인 반환설은 물론이고 양수인 반환설 측에서도 환기된 바 있다.[4] 이러한 문제의식에 대한 광범위한 공감에도 불구하고 그간 이 주제에 대해 많은 견해대립이 있던 데에는, 계약당사자 사이에 청산이 이루어져야 한다는 계약법의 기본원리와, 타인의 출재로 이득을 본 자가 그 이득을 반환한다는 부당이득법의 원칙이 충돌하는 것에서 기인한다. 이는 결국 계약해제로 인한 원상회복의무와 부당이득반환의무 사이의 관계를 구체적으로 어떻게 설정할 것인가의 문제로 귀결된다. 이 논문은 위에서 언급한 바와 같이 원상회복의무와 부당이득반환의무를 준별함으로서 이러한 충돌을 해

3) 정태윤 (2007a), 정태윤 (2016), 전재우 (2008).
4) 윤진수 (2014), 138면.

결하고, 계약당사자들은 서로의 무자력위험만을 부담한다는 계약법의 원칙, 채무자는 자신이 개입하지 않은 채권양도로 인해 불리해져서는 안 된다는 채권양도법의 원칙, 불필요한 구상의 순환을 방지하는 정책적 관점, 채무자 보호 필요성이라는 구체적 타당성의 관점에서 채권양도인이 원상회복의무를 부담하는 것이 타당하다는 점을 논증하겠다.

제 2 절 개요

아래에서 다음의 순서대로 논의를 전개한다. 먼저 제2장에서 해제의 효과에 관한 연구사를 소개하고, 원상회복의무와 부당이득반환의무가 총 5가지의 관점에서 구별될 수 있음을 논증한다. 제3장은 해제가 채권양수인의 지위에 미치는 영향을 다루는데, 주로 민법 제548조 제1항 단서상 해제로부터 보호되는 제3자에 채권양수인이 해당하는지를 살핀다. 이를 분석하는 과정은 해제의 효과 논의를 전제하기 때문에 제2장과 제3장의 논의는 긴밀한 관련이 있다.

채권양수인이 계약해제로부터 보호받는 제3자에 해당하지 않는다고 하더라도 그에게 곧바로 원상회복의무가 인정되는 것은 아니다. 앞서 언급하였듯이 종래 대부분 학설은 원상회복의무자 결정 문제를 채권양수인과 채권양도인, 그리고 채무자 간 삼각관계 부당이득반환문제로 파악하였고, 자연스럽게 논의는 급부부당이득법리를 중심으로 이루어졌다. 제4장에서는 이러한 기존 논의에 대한 이해를 위해 삼각관계 부당이득반환 법리를 살펴보고 각 견해 및 판례의 태도를 비교·검토한다.

제5장에서는 민법 제548조 제1항의 원상회복의무가 부당이득반환의무에 대해 우선적용되는 특칙이라는 점에 주목하여, 채권이 양도되고 급부가 이루어진 뒤 계약이 해제된 경우 원상회복의무는 계약당사자의 지위에 있는 양도인이 부담하는 것이 타당함을 논증할 것이다. 이러한 해석은 채권양도법, 물권법, 불필요한 구상 방지의 측면에서도 정당화된다.

제 2 장 해제의 효과와 원상회복의무의 성격

제 1 절 해제의 효과

해제의 핵심적인 효력은 계약소멸이다. 계약이 해제되면 당사자들은 이미 이행된 채무에 대해 원상회복의무를 부담하고, 아직 이행되지 않은 채무의 이행책임으로부터 해방된다.[5] 그것이 계약을 해제하는 당사자의 의사표시에 부합하는 효과이기 때문이다(민법 제543조 제1항). 그런데 이 때 해제로 인한 계약 소멸이 소급적으로 이루어지는지, 아니면 계약이 장래를 향하여만 소멸하고 당사자 간에는 청산을 위한 관계가 성립하는지에 대하여 직접효과설과 청산관계설이 대립하고 있다.[6]

두 견해는 원상회복의무의 법적 성격에 대해서도 해석을 달리한다. 직접효과설은 계약의 무효, 취소, 해제 사유를 구분하지 않고 급부반환을 부당이득반환으로서 통일적으로 규율하려는 입장과 연결된다.[7] 계약이 소급하여 소멸하므로, 각 당사자가 보유하는 이행된 채무 부분은 '법률상 원인이 없는 것'이 되기 때문이다. 반대로 청산관계설의 입장에서는 계약이 장래를 향해서만 소멸하므로 이행된 채무 부분의 법률상 원인이 사라지는 것이 아니라는 점에서 부당이득반환의무와 해제로 인한 원상회복의무는 그 성격이 다르다고 한다.[8]

---

5) 김용덕 편, 주석민법 채권각칙(1) 제5판(한국사법행정학회, 2021), 435면 이하(김형진 집필부분).

6) 엄밀히 말해서 해제로 인한 계약의 소멸과 그로 인한 물권의 복귀라는 것은 구별되는 논의이고, 후자의 경우 물권적 효과설과 채권적 효과설로 다시 견해가 나뉜다. 그러나 한국의 경우 물권행위의 유인성을 인정하고 있는 만큼 직접적 효과설을 취하게 되면 물권도 당연복귀된다고 할 것이어서 직접효과설과 물권적 효과설을 별도로 구분할 실익이 적다. 이하에서도 직접효과설이라고 하면 물권적 효과설도 함께 취하는 것으로 전제하고 서술한다. 이에 대해서는 양창수 (1995), 27면 참조.

7) 곽윤직, 채권각론 제6판(박영사, 2003), 100면; 양창수·김재형, 민법 I －계약법 제3판(박영사, 2020), 599-699면.

I. 직접효과설

직접효과설에 따르면 계약이 해제되면 계약으로 발생한 모든 채권관계가 소급하여 소멸한다. 따라서 계약은 마치 처음부터 성립하지 않았던 것처럼 취급된다. 앞서 언급한 바와 같이 기이행채무는 법률상 원인이 없게 되므로, 직접효과설은 민법이 규정하고 있는 원상회복의무의 법적 성격을 부당이득반환의무의 일종으로 파악한다. 다만 반환범위에 있어 민법 제548조 제2항에 따른다는 점에서 부당이득반환의무의 특칙이라고 한다.

물권행위의 유인성을 인정하는 우리 법제에서는 원인계약이 해제로 소급하여 소멸하면 물권행위도 효력을 잃기 때문에,[9] 급부된 물건은 등기·인도 등 별도의 절차 없이도 원소유자에게 당연복귀한다.[10] 물권이 계약 이전 권리자에게 소급적으로 또 별도의 이전절차 없이 복귀하게 되므로, 해제 이전에 물권을 취득한 제3자의 보호가 문제 되며, 민법 제548조 제1항은 이를 위한 필요적 규정으로 해석된다. 그러나 해제는 계약에 의한 채권관계만을 소급적으로 소멸시킬 뿐, 채무불이행과 같은 비법률행위적 사실로부터 발생한 손해배상 채권관계를 소멸시키는 것은 아니고,[11] 해제로 인한 계약의 소급적 소멸은 채무불이행에 기한 손해배상청구권의 기초가 되는 범위 내에서 잔존한다고 해석하여 채무불이행 책임을 병존

8) 김용담, “쌍무계약을 청산하는 여러 가지 제도에 관하여-제도상의 비교를 중심으로-”, 민법상의 제문제: 온산방순원선생고희기념논문집(박영사, 1984), 208면; 이은영, 채권각론 개정판(박영사, 1992), 182-184면. 그러나 계약이 장래를 향하여 소멸한다고 하면서도 원상회복의무의 내용을 부당이득반환의무의 성질로 파악하는 견해도 있다. 오시영, “계약해제의 효과와 그 법적 성질에 대한 검토”, 민사법학 제58호(2012. 3.), 353면.

9) 물권행위의 무인론과 유인론 사이의 대립과 그 차이에 대해서는, 곽윤직·김재형, 물권법 제8판(박영사, 2015), 58면 이하 참조.

10) 곽윤직 (2003), 99면; 양창수·김재형 (2020), 601면.

11) 김욱곤 (1990), 747면 이하.

적으로 인정한다.[12] 우리 판례 또한 직접효과설과 물권적 효과설을 취하고 있다.[13]

II. 청산관계설

청산관계설은 독일 민법학계의 다수설로 알려져 있으며, 우리 민법학계에서도 1970년대 후반부터 계약해제에는 장래효만이 인정되고, 기존 계약관계는 다만 청산관계로 전환할 뿐이라는 견해가 유력하게 주장된 바 있다.[14] 청산관계설에 따르면 미이행채무의 소멸은 기존 계약관계가 청산관계로 전환하는 것에 따른 반사적 효과이며, 이미 이행된 채무의 경우 급부의 반환을 목적으로 하는 청산관계가 성립한다. 또한 해제의 효과는 채권적 효과에 불과하므로, 물권의 복귀를 위해서는 별도의 등기·인도와 같은 이전절차가 요구된다. 이미 이행된 채무로 인한 물권변동은 해제에도 불구하고 그 효력을 유지하므로, 제3자 보호 문제는 별도로 발생하지 않으며 민법 제548조 제1항 단서는 다만 주의적인 규정에 불과하게 된다. 청산관계설의 입장에서는 해제와 채무불이행으로 인한 손해배상책임의 병존을 설명하기가 한층 수월한데, 기존 계약관계가 소멸하지 않으므로 손해배상의 근거를 비교적 간명하게 제시할 수 있기 때문이다.

III. 상대적 소급무효설

---

12) 양창수 (1995), 278면.
13) 대법원 1977. 5. 24. 선고 75다1394 판결; 대법원 1982. 7. 27. 선고 80다2968 판결; 대법원 1995. 5. 12. 선고 94다18881, 18898 판결.
14) 김형배, 채권각론[계약법] 신정판(박영사, 2001), 235-239면; 김용담, “해제의 효과에 관한 일고찰”, 민사법학 제4·5권(1985), 118면 이하; 이은영 (1992), 182-184면.

상대적 소급무효설은 해제로 인하여 계약당사자 사이에는 계약이 소급하여 소멸하나, 제3자에 대해서는 장래효만을 가질 뿐이라는 견해이다. 이에 따르면 계약당사자 사이에는 계약이 소급하여 무효가 되므로 급부에 대한 권리는 원권리자에게 당연복귀한다.[15] 다만 제3자에 대해서는 계약이 장래를 향하여 소멸할 뿐이므로, 제3자 보호규정인 민법 제548조 제1항 단서는 주의적 규정에 불과하게 된다. 이러한 해석에 따르면 원권리자는 해제 시 물권적 청구권을 보유하게 된다는 점에서 직접효과설과 같으나, 제3자 보호범위는 청산관계설과 같이 넓어진다. 원상회복의무는 부당이득반환의무의 일종으로 이해된다.

상대적 소급무효설은 입법자들의 의사로 비추어보아 적어도 계약당사자 사이 해제의 소급효를 인정하려는 점이 확인되기 때문에 청산관계설 및 불소급무효설은 타당하지 않다고 하고, 직접효과설이 민법 제548조 제1항 단서상의 보호되는 제3자 범위를 "등기, 인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자와, 해제 후에 말소등기나 원상회복등기가 실행되기 전에 선의로 위의 권리를 취득한 자"로 제한하는 것은 근거가 불명확하고 혼란이 발생한다는 이유로 비판한다.[16]

IV. 해제된 법률행위의 효과

1. 직접효과설의 타당성

직접효과설과 청산관계설 간의 견해대립은 민법상 해제 규정에 대한

15) 오종근, "해제의 효과와 제3자의 보호-상대적소급무효설을 중심으로-", 민사법학 제100호(2022); 오종근, "합의해제의 효과-대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결-", 민사법학 제59호(2012), 257면 이하.
16) 오종근 (2022), 585면.

설명의 방식만을 달리할 뿐, 구체적 결과의 차이가 없어 논의의 실익이 적다는 지적이 있다.[17] 그러나 직접효과설과 청산관계설 사이의 대립은 계약해제 시 소유권 귀속 관계가 달라진다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 계약해제 시 일방 당사자가 채권적 청구권과 물권적 청구권을 갖는 것 사이에는 유의미한 차이가 있기 때문이다.

이에 대하여 직접효과설을 주장하는 측에서는 다음과 같은 가상의 사례를 제시하며 청산관계설을 비판한 바 있다.[18] 甲이 乙에게 부동산을 매도하고 등기를 이전해준 경우, 乙의 잔금 채무불이행을 이유로 甲이 매매계약을 적법하게 해제했다면, 직접효과설을 따를 때 소유권은 즉시 甲에게 복귀하지만, 청산관계설을 따를 경우 소유권이전등기청구권이라는 채권적 청구권만을 보유할 뿐이다. 해제 뒤에 乙이 임의로 丙에게 부동산 소유권을 이전하였다면, 청산관계설을 따를 때 丙은 악의인 경우에도 소유권을 적법하게 취득하며, 甲은 원물반환을 구할 수 없다.

실제로 위 사안과 유사한 사실관계가 문제된 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결에서 대법원은 민법 제548조 제1항 단서의 보호규정을 해제 후에 악의로 새로운 이해관계를 맺은 제3자에 대해서는 적용하지 않으며, 이 경우 제3자의 선의는 추정된다고 판시한 바 있다. 이러한 결론은 청산관계설 내지 채권적 효과설을 따를 경우 논리적으로 도출될 수 없고, 직접효과설을 취하더라도 논리필연적인 결론은 아니어서 구체적 타당성을 고려한 판시로 생각된다. 이렇듯 직접효과설은 원소유자가 원물반환 받는 것을 간편하게 한다는 점에서 채무불이행에 대한 구제수단으로서 해제의 기능이 강화된다.

직접효과설을 취한다는 점을 명시한 대법원 1977. 5. 24. 선고 75다1394 판결에서는 해제 후 이해관계를 맺은 피고가 다시 급부목적물을 처분한 행위를 불법행위로 볼 수 있는지 문제 되었다. 원심은 채권적 효과설을 취하여 목적물의 소유권이 피고에게 있으므로 처분행위를 불법행위로 볼

17) 양창수·김재형 (2020), 598면.
18) 양창수 (1995), 274면.

수 없다고 판시하였다. 그러나 대법원은 해제의 물권적 효과를 명시하며, 목적물의 소유권은 원고에게 당연복귀하였다는 취지로 원심판결을 파기하였다. 이러한 사안에서도 청산관계설 내지 채권적 효과설을 취하게 되면 원고는 피고에 대하여 제3자 채권침해를 이유로 손해배상을 구할 수밖에 없으므로 역시 원소유자에 대한 보호가 약화될 우려가 있다.[19]

이러한 구체적 타당성의 측면을 차치하고서라도, 채권적 효과설이나 청산관계설은 우리 민법의 계약해제 규정들을 체계적으로 설명하지 못한다는 문제가 있다. 특히 민법 제550조가 해지와 해제를 명백히 구별하며 전자에만 장래효 규정을 두고 있다는 점, 제548조 제2항이 받은 날로부터 이자를 가하여야 한다고 규정하고 있다는 점은 계약해제의 소급효를 지지하는 근거이다. 또한 물권적 효과설의 이론적 난점이라고 언급되는 민법 제551조의 해석론에 있어서도,[20] 본래 해제의 물권적 효과에 의하여 계약은 소급하여 소멸하지만, 해당 규정에 의하여 손해배상에 영향이 없게끔 정한 것이라고 해석하면 충분하다.[21] 청산관계설이나 채권적 효과설에 따르면 오히려 민법 제551조는 주의적 규정에 불과하게 되어 규정의 의미가 크지 않다고 본다.

더욱이 민법 제548조 제1항 단서가 해제로부터 보호받는 제3자를 규정하고 있는 것 또한, 청산관계설이나 직접효과설 중 채권적 효과설을 따르게 되면, 해제되는 계약에 의하여 이미 발생한 물권변동은 당연히 그 영향을 받지 않는다고 할 것이므로 주의적 규정에 불과하게 된다.[22] 따라서 본 조항은 직접효과설에 따를 때 비로소 의의를 갖는다.

상대적 소급무효설과 직접효과설은 이론적으로 구별되나 실질적으로 차이점이 생기는 부분은 제3자 보호범위이므로, 이에 대한 평가에 대해

---

19) 다만 설령 채권적 효과설을 취하더라도 민법 제750조가 불법행위를 일반적으로 규정하고 있다는 점을 고려할 때 위와 같은 사안까지도 제3자 채권침해의 요건을 현재 판례와 같이 엄격하게 볼 필요가 있는지는 의문이다.

20) 곽윤직 (2003), 100면.

21) 양창수 (1995); 양창수·김재형 (2020), 599면.

22) 곽윤직 편, 민법주해(XIII)(박영사, 1992), 315-316면(김용덕 집필부분)(이하에서 이 책을 인용할 때는 “민법주해(XIII)”와 같이 표기한다).

서는 제3장 제2절에서 후술할 것이다. 다만 여기에서는 제3자 보호범위에 관한 논거를 제외하면 상대적 소급무효설을 별도로 주장할 실익이 없다는 점만 밝혀두기로 한다. 실제로 일본에서 상대적 소급무효설을 주장했던 平井一雄은 해제의 소급효 여부에 대한 판단을 유보하면서도, 소급효를 인정하더라도 이는 계약당사자 사이의 문제로 국한하여야 하고 제3자에게는 소급효가 미치지 않는다고 하면서, 통설인 직접효과설은 ①일본 민법 제545조의 연혁에 반하고, ②취소는 판단능력이 불충분하거나 의사형성 과정에 흠결이 있는 경우로서 취소자를 보호하려는 취지인데 해제에도 제3자에 대해 소급효를 인정하는 것은 제도목적의 차이를 간과하는 것이며, ③통설은 해제에 소급효를 부여하면서도 해제 이후에 이해관계를 맺은 제3자와의 관계에서는 일본 민법 제177조(부동산 물권양도 대항요건), 제178조(동산 물권양도 대항요건)의 문제로서 처리하는데,[23] 이는 해제 시를 기준으로 소급효를 절단하는 것이라고 비판한다.[24]

그러나 ①적어도 우리 민법 입법자에게 계약당사자와 제3자 사이 소급효를 달리 적용하겠다는 의사를 발견하기는 어렵고, ②취소와 해제가 제도목적의 차이가 있다는 지적은 타당하나, 이러한 제도 취지는 계약당사자 사이 소급효를 제한하는 방향으로 관철될 수 있고 제3자와의 관계에서 효과의 차등을 둘 근거로 보기는 어려우며, ③해제 후 출현한 제3자에 대한 처리를 일본의 통설·판례가 대항요건 문제로 보는 구성에 대한 비판은 직접효과설의 적용이 비일관적으로 이루어진다는 점에서 있다는 것이고 직접효과설 구성 자체에 대한 비판이라고 보기에는 부족하다. 그리고 그러한 비일관성에 대한 비판도, 계약법에서 '무효 개념'에 공리처럼 의존하는 것은 개념법학적 주장으로 거부되어야 한다는 점을 고려하여 검토할 필요가 있다.[25]

---

23) 이는 현재도 마찬가지이다. 松岡久和, 中田邦博 編, 新・コンメンタール 民法: 財産法 [第2版](東京: 日本評論社, 2020), 926(上田誠一郎 집필부분).

24) 平井一雄, "解除の效果についての覚書", 獨協法學 第9号(1977), 59-60.

25) Ernst A. Kramer(최준규 옮김), 법학방법론(박영사, 2022), 166면. 무효인 계약도 취소 가능하다는 이른바 무효와 취소의 이중효를 그 예로 들 수 있다. 대법원 1984. 7. 24. 선

2. 계약의 제한적 소멸

다만 직접효과설에 따르더라도 계약이 완전히 소급적으로 소멸한다고 보기에는 무리가 있다. 무효·취소와 달리 그 사유가 후발적 사유에 한정되고 계약성립 당시에는 별다른 흠결이 없는 해제의 경우에 있어서 '계약의 소급적 소멸'이란, 어디까지나 원소유자의 원물반환을 용이하게 하는 의제적인 개념이기 때문이다. 후술하듯이 무효·취소의 '소급 무효'와 해제의 효과로서 '소급 무효'란, 비록 강학상 같은 표현으로 논의되고 있지만, 그 효과가 엄연히 다르다. 해제의 효과에서 논의되는 무효란 '계약의 효과가 청산을 위한 범위에서 부분적으로 존속하는 무효'이고, 계약당사자가 해제 시에 보유하는 항변 사유 및 계약성립 시 결정한 무자력 위험배분이 청산 시에도 중요하게 고려될 필요가 있다. 해제 시 원상회복의무의 경우 해제된 계약의 청산에 관한 규정들이 민법에 앞서 적용된다는 점에서도 차이가 있다.

위와 같은 점을 종합하면, 직접효과설에 따르더라도 계약은 '청산에 필요한 범위 내에서' 소멸하지 않고 남아 있게 된다. 결국 학설에서 논의되는 '계약의 소급적 소멸'이란 문자 그대로 해석되지 않으며, 판례의 표현에 따르면 "그 계약이 없었던 원상태"[26]로 복귀하는데 필요한 범위 내에서 해제된 계약은 일정한 효력을 갖게 되는 것이다. 이런 측면에서 계약 이후 원상회복의무의 성격을 반드시 부당이득으로 보아야 하는지는 재론의 여지가 있다.

고 84다카68 판결도 참조.

26) 대법원 1977. 5. 24. 선고 75다1394 판결.

제 2 절 원상회복의무의 성격

I. 해제의 효과와 원상회복의무의 성격

기존에 제출된 선행연구들의 입장은 대체로 해제의 효과와 원상회복의무의 법적 성질을 연동하여 검토하는 경향이 있었다. 그러나 엄격한 의미에서 해제에 소급효를 부여하는 문제와 원상회복의무의 법적 성격을 부당이득반환의무로 파악하는 문제는 구분된다. 이는 우리 민법이 부당이득반환 규정과 별도로 계약해제로 인한 원상회복의무에 관한 규정(민법 제548조)을 두고 있기 때문에 가능한 해석이다. 직접효과설을 따르며 원상회복의무를 부당이득반환의무와 구분되는 별도 권원으로 파악할 경우 해제 시 원상회복의무와 부당이득반환의무가 일견 경합하는 듯하지만, 급부부당이득법은 어디까지나 계약법의 보충규범으로서 기능하므로 계약법의 우위에 따라 해제 시 원상회복의무는 부당이득반환의무의 특별규정이고, 따라서 부당이득반환법리는 배제된다고 해석하면 된다.

이렇듯 원상회복의무의 법적 성격과 해제의 소급효 유무 사이의 관계는 반드시 논리필연적인 것이 아니다. 둘 사이의 관계를 간단히 표로 요약하면 다음과 같다.

	원상회복의무 별도 규정 O	원상회복의무 별도 규정 X
소급효 인정	부당이득반환의무로도, 독립된 법정 의무로도 해석 가능	부당이득반환의무
장래효 인정	독립된 법정 의무	부당이득반환 규정 유추적용 또는 해제 의사표시의 해석상 반환의무 인정

표 1 해제의 효과와 원상회복의무의 성격 사이의 관계

위와 같은 다양한 해석의 선택지 중에서, 이 논문에서는 직접효과설을 따르면서도 원상회복의무가 부당이득반환의무와 구별되는 법정의무라는 입장을 취한다. 그 이유로는 크게 ①형식적 관점에서 해제의 원상회복이 무효·취소의 반환관계와 별도의 독립된 규정을 두고 있다는 점 ②실질적 관점에서 해제와 무효·취소는 계약성립 시 의사의 흠결이라는 측면에서 다르게 규율될 필요가 있다는 점 ③역사적으로 법정해제제도는 해제약정에서 비롯되었다는 점 ④비교법적으로도 이러한 관점이 지지된다는 점 ⑤독일 학설상 확장해석되어 온 목적론적 급부개념이 계약해제의 상황에서 구체적으로 타당한 결과를 도출하지 못하고 있다는 점을 제시한다. 이하에서 각 논거를 검토한다.

II. 형식적 관점: 독립 규정의 존재

민법 제548조 제1항은 당사자 일방이 계약을 해제한 때 “각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다”고 규정하며, 계약해제 시 원상회복의무는 계약당사자들이 부담한다는 점을 명시하고 있다. 민법은 원상회복의무라는 별도 명칭을 사용하고 있을 뿐만 아니라, 편제상으로도 원상회복의무에 관한 규정은 계약총칙에 두고, 부당이득에 관한 규정들은 별도의 장(章)에 두고 있다. 이는 첨부로 인한 구상권과 같이 부당이득반환의무의 일종으로서 그 요건과 효과를 모두 준용하는 경우에 민법이 제261조에서 “손해를 받은 자는 부당이득에 관한 규정에 의하여 보상을 청구할 수 있다.”라고 명시적으로 정하는 것과 대조된다.

반면 계약이 무효 또는 취소된 경우에 민법은 별도의 원상회복의무 규정을 두고 있지 않다. 민법 제142조가 취소된 법률행위가 소급무효임을 명시해두어 부당이득반환법리에 의해 해결될 것을 예정할 뿐이다. 통설과 판례의 입장과 같이 해제와 무효·취소가 모두 계약을 소급하여 소멸

시키고, 이에 따라 부당이득반환법리가 적용되는 것이라면, 입법자가 굳이 해제에 관한 규정에서만 원상회복의무라는 별도 조문을 둔 이유가 해명되지 않는다. 통설과 판례는 해제로 인한 원상회복의무가 반환범위에서 부당이득의 특칙이 된다고 새길 뿐이지만, 설령 그러한 주장을 받아들이더라도 민법 제548조 제1항이 독자적으로 존재하는 이유를 설명하기 어렵다.

III. 실질적 관점: 의사 흠결

이러한 형식 차이는 계약해제 사유와 무효·취소 사유 사이의 차이에 주목할 때 납득할 만하다. 계약을 무효로 만드는 사유로서 민법은 공서양속 위반(민법 제103조), 계약당사자의 궁박, 경솔, 무경험으로 인해 현저하게 공정을 잃은 경우(제104조), 비진의의사표시(제107조), 통정허위표시(제108조) 등을 들고 있다. 취소 사유로는 사기나 강박(민법 제110조), 중요 부분의 착오(제109조), 제한능력자의 법률행위 등을 규정하고 있다(제7조, 제10조). 위와 같은 무효·취소 사유들은 대부분 계약성립 시부터 당사자들의 의사흠결이 있거나, 설령 당사자의 자유의사에 기한 것이더라도 그 의사의 규범적 보호 필요성이 낮다는 공통점이 있다.

반면의 해제 사유는 이행지체나 이행불능 등 채무불이행이 규정되어 있을 따름이고(민법 제544조, 제546조), 채무불이행이 없더라도 계약금 약정이 있는 경우와 같이 당사자들의 약정에 의한 해제도 가능함이 전제되어 있다(민법 제565조). 계약해제 상황에서는 무효·취소 상황과 달리 의사표시에 별다른 흠결이 존재하지 않는다. 이러한 측면에서 계약당사자들에 의하여 유효하게 체결된 계약의 존재는 그 계약에 의하여 이행된 채무가 반환되는 과정에서도 존중될 필요가 있다. 이는 민법 제570조나 제580조에서 해제 사유를 판단할 때는 '현시점을 기준으로' 나머지 부분만으로 계약을 유지하게 하는 것이 타당한지 살피는 반면, 일부무효의

경우 '계약체결 시를 기준으로' 흠이 없었더라도 나머지 부분만으로 계약을 체결할 의사였는지를 살피는 법리와도 합치한다.

다수설과 판례는 해제로 인해 계약이 소급 무효가 된다는 직접효과설을 취하면서도, 계약해제 시 계약에서 원래 정하고 있던 내용이 모두 소멸하는 것은 아니고, 해제의 요건과 효과에 관한 특약, 손해배상의 예정 등은 모두 그대로 효력을 가진다는 점에서 '청산을 위한 범위에서' 계약이 잔존한다고 해석해왔다. 이러한 '완화된 소급·무효' 해석론은 전술한 바와 같이 해제 이후 물권 귀속이 달라진다는 점에도 불구하고 해제의 효과에 대한 학설대립의 실익이 크지 않다고 여겨지게 하는 이유이기도 했다.[27] 반면 무효나 취소 사유가 있는 계약의 경우 성립 당시의 의사흠결이 문제되는 것이기 때문에, 그러한 의사흠결 사유가 반환약정에도 미치는 경우에는 반환약정에도 동일하게 무효·취소 사유가 있다고 보아야 한다.[28] 즉 무효·취소 사유와 해제 사유는 그 무효의 효과와 범위가 상이한 것이다.

위 해석에 따를 때 소급·무효는 계약해제의 효과로서 원상회복의무에 의해 마땅히 달성되어야 하는 목적으로서의 성격이라고 볼 수 있을 것이고, 계약당사자들이 계약 당시 설정한 무자력위험 배분 및 계약을 통해 보유하게 된 항변·대항 사유는, 원상회복단계에서도 중요하게 고려되어야 할 사항이다.

직접효과설을 취하면서도 해제의 요건과 효과에 대한 특약이나, 손해배상과 같은 계약청산에 관련된 규정들이 잔존한다고 보는 이상, 계약상 원상회복의무의 주체를 계약당사자로 한정하는 민법 제548조 제1항의 규정은 독자적 의의가 있을 뿐 아니라 타당하다. 나아가 위와 같은 해석은 쌍무계약상 급부 사이 이행상의 견련성과 그로 인한 동시이행관계가 인

27) 양창수·김재형 (2020), 598면.

28) 불법원인급여에 관한 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다51994 판결은 이를 정면으로 인정하고 있고, 이는 다른 무효·취소 사유의 경우에도 적용될 수 있다. 반환약정은 대부분 주계약 체결과 함께 또는 그 부분으로써 이루어진다는 점에서, 궁박, 경솔, 무경험, 사기, 강박, 제한능력 등의 사유는 반환약정에도 인정될 것이기 때문이다.

정되고, 계약이 해제된 이후에도 청산을 위한 범위 내에서 계약이 유효하게 존속한다고 평가되므로, 계약당사자 사이의 원상회복의무 사이에도 당연히 이행상 견련성이 인정된다는 점에서 민법 제549조의 문언에도 합치한다. 해제로 인해 계약이 소멸된다고 보면서도 민법이 제551조에 별도의 규정을 두어 채무불이행으로 인한 손해배상과 원상회복이 병존함을 규정하는 것도, 계약의 무효·취소로 인한 부당이득반환법리와 해제로 인한 원상회복의무가 구별된다는 점을 보여주는 근거이다.

이러한 관점에서 민법 제548조가 부당이득반환규정과 반환범위를 달리 규정하고 있는 이유도 재조명될 수 있다. 부당이득반환의무의 반환범위를 규정하는 민법 제748조 제1항은 선의의 수익자가 그 받은 이익이 현존한 한도에서 반환의무가 있다고 규정한다. 반면 원상회복의무는 민법 제548조 제2항에서 의무자의 선·악의 여부를 불문하고 받은 날로부터 이자를 가하도록 규정되어 있다. 왜 이런 차이가 정당화되는 것일까? 여기에는 원상회복의무의 경우 권리자로 하여금 계약이 없었던 원상태로 재산상태를 '회복'시켜주는 것에 초점이 있는 반면, 부당이득반환의무의 경우 부당한 재산이동을 교정하려는 취지가 더욱 고려된다는 전통적인 설명이 설득력이 있다고 생각된다.[29] 이에 대해서는 위 규정이 현존이익반환을 원칙으로 하는 독일 민법의 규정을 전제로 하는 것이라는 비판이 있으나,[30] 수익자의 선·악의 여부에 따라 반환범위를 달리하는 우리 민법에 대한 설명으로도 경청할 만한 부분이 있다.

다시 이 논문의 문제상황으로 돌아와서, 채무자와 계약을 체결한 자는 양도인이다. 그런데 채무자와 양도인 사이의 계약이 해제되었고, 직접효과설에 따라 계약의 존재가 소급하여 소멸한다는 논리를 원상회복단계에서부터 관철하게 되면, 양도인은 급부 자체를 수령한 바가 없으니 당연히 원상회복의무도 존재하지 않게 된다. 그런데 앞서 살펴본 완화된 직접효과설의 해석론에 따라 계약은 원상회복에 필요한 범위 내에서 효력

29) 김용담 (1985), 142면.
30) 양창수 (1995).

을 갖는다고 볼 경우, 양도인이 채무자와 계약을 체결한 뒤, 채권을 양도하여 채무자로 하여금 양수인에게 급부하도록 한 사실은 원상회복단계에서 고려되어야 할 중요한 규범적 사실이 된다.

이상과 같은 논의를 종합할 때, 원상회복의무를 부당이득반환의무의 수정된 형태로 파악하기보다, 계약법상 독립된 법정의무로서 원상회복의무의 성격을 재검토할 필요가 있다.

IV. 역사적 관점

로마법에서는 계약준수의 원칙에 따라 원칙적으로 계약해제가 인정되지 않았으며, 계약의 해소는 주로 주된 계약에 부수하는 약관의 형식(pacta adjecta)을 통해 이루어져 왔다. 이러한 약관 중에서 오늘날 법정해제제도와 가장 유사하다고 평가되는 것은 이른바 '실권약관'(lex commissoria)이다.[31] 오늘날 법정해제제도의 직접적 기원이라고 평가되는 중세 교회법(Kanonisches Recht)은 계약당사자의 묵시적 의사를 근거로 해제에 관한 당사자 사이 약정이 없는 경우에도 계약해제를 인정하였다.[32]

이렇듯 계약해제는 당사자들의 가정적 의사에서 기초한다는 점에서 무효·취소와 연혁적 측면에서도 구분된다. 동시에 법정해제도 어디까지나 약정해제를 기원으로 하는 것이므로, 성질상 제3자에 대해서는 영향을 미칠 수 없다. 우리 민법이 해석상 직접효과설을 취하고 있으면서도 동시에 제548조 제1항 단서에서 제3자 보호규정을 두어 청산관계설과 유사한 결과를 도출하고 있는 것도 같은 맥락이다. 해제 제3자 보호규정의 범위가 무효·취소의 제3자 보호규정과 달리 등기·인도 등 완전한 권리를 갖춘 자로 제한적으로 해석되는 이유도 약정해제와의 균형을 생각하면 쉽게 이해된다.

---

31) 손명지, "계약해제제도의 연혁적 검토", 공공사회연구 제6권 3호 (2016), 69-70면.
32) 위의 논문, 75면.

따라서 법정해제에 대한 해석 시에도 약정해제와의 균형은 중요한 고려요소가 된다. 우리 판례는 당사자 사이 합의해제 시 민법 제548조 제2항이 적용되지 아니하므로 반환할 금전에 받은 날부터 이자를 가산할 의무가 없다고 하고,[33] 합의해제된 경우 별도 손해배상특약이 있거나 손해배상을 유보하는 의사표시를 하지 않으면 채무불이행 원인 손해배상도 청구할 수 없다고 보아 민법 제551조의 적용도 배제하고 있으나,[34] 법정해제가 묵시적 해제약정의 기능을 한다는 점을 고려할 때 의문이다. 나아가 대법원은 합의해제의 경우에도 소유권은 원소유자에게 당연복귀하고 원소유자는 물권적 청구권을 행사할 수 있다고 판시하며,[35] 다만 민법 제548조 제1항 단서가 적용되어 제3자의 권리는 보호된다고 한다.[36] 그러나 약정해제의 경우에도 물권적 효력을 인정하는 대법원의 태도는 타당하지 않다. 약정해제는 당사자 사이 계약상 권리이고, 이는 법률행위로 인한 물권변동(민법 제186조)이므로 형식주의를 취하는 우리 물권법과 충돌하기 때문이다.

약정해제의 관점에서 원상회복청구권은 부당이득반환의무와 구분되는 계약상 청구권이라는 점이 명백하다. 부당이득반환은 계약의 소멸을 전제로 하는 반면, 약정상 원상회복청구권은 계약의 존재를 전제로 한다. 부당이득반환의무가 부당한 재산상태 교정을 위한 법정채무라면, 약정상 원상회복의무는 당사자들의 의사를 근거로 하는 계약상 채무이다. 물론 법정해제는 약정해제와 달리 민법 규정을 근거로 한다. 그러나 그러한 규정이 묵시적 해제약정을 기원으로 한다는 점을 고려하면, 민법 제548조 제1항의 원상회복의무가 부당이득반환의무를 본질로 한다고 볼 수 있는지 의문이다.

---

33) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다16011 판결.
34) 대법원 1989. 4. 25. 선고 86다카1147 판결. 최근 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다285048 판결은 특약 또는 의사표시 유보를 주장하는 자에게 증명책임이 있다고 한다.
35) 대법원 1982. 7. 27. 선고 80다2968 판결.
36) 대법원 1980. 5. 13. 선고 79다932 판결.

V. 비교법적 논의

1. 영국

영미법상 채무불이행을 이유로 계약을 종료시키는 의사표시를 termination이라고 한다. 착오나 부당한 압력과 같이 계약성립 시 의사표시의 하자를 전제로 하는 rescission은 계약을 소급적으로 무효화하는데, 이는 우리법상 계약취소 또는 무효와 대응된다고 볼 수 있다. 이러한 경우가 아니라 단순 채무불이행에 의한 termination은 장래효만 인정된다.[37] 영국에서 원상회복 개념에 해당하는 restitution은 비록 부당이득반환을 본질로 하고 있다고 설명되지만,[38] 사실은 채무불이행 또는 합의해제에 장래효만이 부여되어 있는 이상 우리 민법에 대응하는 급부부당이득과는 다른 개념으로 볼 수밖에 없다. 영미법상 계약해제를 원인으로 하는 restitution은 계약이 소급·무효가 되었기 때문에 법률상 원인이 없어졌으므로 반환하게 되는 것이 아니기 때문이다.

실제로 영미법상 부당이득이라고 번역되는 unjust enrichment(이하 '영미법상 부당이득'이라고만 한다)는 우리가 이해하는 부당이득반환과 요건과 효과를 달리하는 개념이다. 독일을 중심으로 한 대륙법계와 달리 영국법에서 부당이득법 분야가 별도로 논의된 역사는 짧은 편이다. 1760년 *Moses v Macferlan* 사건[39]에서 맨스필드 경(Lord Mansfield)이 정의와 형평을 근거로 부당이득반환소권을 인정하였으나, 이후 판례는 계약법상 청구권과 구별되는 부당이득법 원칙을 도외시하고 준계약(quasi-contract) 내지 묵시적 계약(implied contract)이라는 의제를 통해 반환청구권을 인정하는 방향으로 발전하였다.[40] 이후 사회상규에 위반되어 무효인 도박계약에

37) Mindy Chen-Wishart, *Contract Law* (5th ed.), Oxford University Press (2013), p.481.
38) Andrew Burrows, *The Law of Restitution* (3rd ed.), Oxford University Press(2011), p.3.
39) *Moses v Macferlan* [1760] 2 Burr 1005(Ct of KB).
40) 대표적으로 *Orakpo v Manson Investment Ltd* [1978] AC 95, [1977] 3 All ER 1(HL).

기한 반환청구를 다루는 *Lipkin Gorman v Karplan Ltd* 사건은 이에 대한 일종의 반전의 계기로서 부당이득원리에 근거한 원상회복청구를 인정하게 된다.[41] 위 판결을 전환점으로 묵시적 계약의제 법리를 폐기한 *Woolwich Equitable Building Society v Inland Revenue Commissioners*[42]를 비롯하여 부당이득반환법리에 의거한 금전반환청구를 인정하는 일군의 판례들이 형성되었다.[43]

현재 영국의 판례와 학설은 부당이득반환의 요건으로 ①피고의 이익(the defendant has been benefited) ②원고의 손실(the enrichment was at the claimant's expense) ③부당한 요소(unjust factors) ④다른 항변이 없을 것(defences)을 들고 있다.[44] 이 중에서 우리 부당이득반환청구의 요건과 가장 두드러지는 차이가 나타나는 부분은 '부당한 요소' 부분인데, 우리 부당이득반환법리는 소극적으로 '법률상 원인 없음'을 요구하는 반면, 영국 부당이득법에서는 착오, 강박, 약인소멸(failure of consideration) 등 부당한 요소가 적극적으로 입증될 때 한하여 반환을 구할 수 있다.[45] 영국의 지방자치단체들이 참여하였다가 권한유월(ultra vires)의 문제로 계약이 무효가 되어 부당이득반환이 문제되었던 일군의 판례들을 보면 중단된 스왑거래의 경우는 무효인 계약으로 인해 약인이 부재(no consideration)함을 이유로,[46] 종료된 스왑거래의 경우는 법률의 착오(mistake of law)를 이유로[47] 각 부당한 요소를 인정하고 원상회복을 명하였음을 알 수 있다. 이

---

41) *Lipkin v Gorman* [1991] 2 AC 548, [1992] 4 All ER 512(HL).
42) *Woolwich Equitable Building Society v Inland Revenue Commissioners* [1993] AC 70(HL).
43) Burrow (2011), p.5 이하 참조.
44) *Banque Financière de la Cité v Parc (Battersea Ltd)* [1999] 1 AC 221; *Cressman v Coys of Kensington (Sales) Ltd* [2004] EWCA 47, [2004] 1 WLR 2775; Burrow(2011), p.27.
45) 박세민, "영국 부당이득법의 부당요소(Unjust Factor), 이화여자대학교 법학논집 제18권 제3호(2014), 62-65면 참조.
46) *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* [1994] 4 All ER 890 (QBD).
47) *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349, [1998] 4 All ER 513 (HL).

를 두고 위 판례들이 계약의 무효 그 자체를 부당한 요소로 인정한 것이므로 '법률상 원인 없음'이라는 요건이 영국법의 '부당한 요소'에 포함되었다는 평가도 있으나,[48] 종료된 스왑거래에 대하여도 영국 판례가 법률상 착오를 이유로 부당한 요소를 인정하는 이상 법률상 원인 결여를 요건으로 하는 대륙법의 부당이득반환관계와는 논리적 차이가 있다는 점을 명시적으로 밝히고 있고, 이는 후행판결에서도 확인되는 입장이며,[49] 계약의 형식적 요건 흠결의 경우 원상회복을 인정하지 않는다는 점에서 이를 동일하게 평가하기는 어렵다.[50]

이렇듯 영미법상 부당이득은 우리법상 부당이득과 요건을 달리하여 일대일로 대응하기 어렵지만, 적어도 이 논문에서 비교하고자 하는 해제로 인한 원상회복의무에서 termination과 보다 중대한 하자를 요하는 rescission이 모두 restitution이라는 용어를 사용하고 있더라도 계약 소멸의 효과(소급효 인정 여부)를 달리하는 이상 해제의 효과와 원상회복의무의 법적 성격이라는 이론적 틀 안에서는 별도의 성격을 갖는 것으로 분류하여야 할 것이다.

2. 프랑스

2016년 2월 프랑스민법전 제정 200여 년 만에 프랑스채권법 개정이 이루어지면서 해제에 관한 부속절(Sous-section 4 La résolution) 또한 큰 변화가 있었다. 개정 전 프랑스민법전에서 해제는 독립적 법적 제도로서 다루어지지 않았으며, 다만 개정 전 제1184조가 쌍무계약에 관해서만 급부 불이행 시 판결에 의한 해제가 가능하다는 조항을 두고 있었고, 프랑스 최고법원인

48) Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford University Press(2005), p. 112 이하 참조.
49) *Deutsche Morgan Grenfell plc v IRC* [2006] UKHL 49, [2007] 1 AC 558, [2007] 1 All ER 449.
50) 최준규, "영국부당이득법상 Change of Position에 대한 연구ㅡ독일법과의 비교 및 우리법에의 시사점을 중심으로", 서울대학교 석사학위논문(2007), 25-26면; Burrow(2011), p.98.

파기원(Cour de Cassation)은 토크빌(Tocqueville) 판결 이래로 계약 일방 당사자의 행동의 중대성(la gravité du comportement)이 상대방이 자기 책임으로 계약을 일방적으로 종료시키는 것을 정당화한다는 원칙을 두어 판례상 일방적 해제권 행사가 인정되고 있는 상태였다.[51] 이러한 판례 법리는 개정 프랑스민법 제1224조에서 "충분히 중대한 채무의 불이행"(inexécution suffisamment grave)라는 요건으로 명문화된 것으로 보인다.[52]

해제의 효력과 관련한 개정 프랑스민법 제1229조 제1항은 "해제는 계약을 종료시킨다."[53]고 규정하여 "종료"라는 일응 중립적 용어를 어떻게 이해할 것인지 문제된다. 개정 전 프랑스민법에 해제의 효과에 대한 명문의 규정이 없음에도 학설상으로 해제의 소급효가 인정되어 온 탓에, 개정 프랑스민법상 계약해제에도 소급효가 인정되는지에 대해 다툼이 있으나 동조 제2항에서 해제의 효력이 각 경우에 따라 해제조항에서 정한 날, 채권자의 통지를 채무자가 수령한 날,[54] 법원이 정한 날에 발생한다고 규정하고 있는 점에 비추어볼 때,[55] 개정 민법은 해제의 소급효를 폐지한 것으로 봄이 타당하다.[56]

이러한 입장에 따른다면 동조 제3항이 별도의 원상회복의무를 규정하고 있는 점은 당연한 귀결로 볼 수 있다. 동조 제3항은 교환된 급부가 해제된 계약의 완전한 이행에 의해서만 유용하게 되는 경우는 받은 것 전부를, 교환된 급부가 계약의 상호이행에 따라 유용하게 된 경우는 반대급부를 받지 못한 마지막 급부이전 기간까지 원상회복의무가 발생하지 않으며, 이 경우

51) Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, nº 300.
52) 한불민사법협회, 개정 프랑스채권법 해제(박영사, 2021), 325면.
53) La résolution met fin au contrat. 이하 조문 번역은 한불민사법협회(2021)을 따랐다.
54) 한불민사법학회(2021), 334면에서 "la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier"를 "채무자의 통지를 채무자가 수령한 날"로 번역한 것은 오기로 보여 따르지 않았다.
55) La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.
56) 김현진, "개정 프랑스 채권법상 계약의 해제·해지-나폴레옹민법과 개정 프랑스민법의 비교를 겸하여-", 민사법학 제75호(2016).

해제는 해지에 해당한다고 규정하고 있기 때문이다.[57] 이렇듯 이행된 채무의 '유용성'을 기준으로 하여 반환범위를 정하는 것은 우리의 다수설상 논의되는 법률상 원인 없음을 이유로 한 급부부당이득반환관계가 개정 프랑스 채권법상 해제로 인한 원상회복의무와 그 법적 성질을 달리한다는 점을 보여주는 예라고 생각된다.

실제로 프랑스 채권법상 원상회복의무는 계약적 성격을 지닌 것으로 이해되어왔고, 프랑스 판례도 원상회복의무를 계약의 결과물로서 부당이득반환의무와 별개의 개념으로 인식해왔다고 평가되고 있다.[58] 특히 개정 프랑스 민법 제1352-9조가 채무의 이행을 위해서 설정된 담보가 원상회복의무에 당연히 이전된다고 규정하고 있다는 점은 주목할 만하다.[59] 이는 담보의 부종성을 고려할 때 해제에 소급효를 인정하는 것과는 논리적으로 합치되지 않는 규정인데,[60] 이처럼 원상회복의무는 일반적 부당이득반환과 달리 본래 계약상 채무와 밀접한 관련성이 인정되는 만큼 계약적 성격을 인정하여 부당이득반환과 구분하는 것이 타당하다. 우리 민법은 프랑스와 같이 담보의 이전을 명문화하고 있지는 않으나, 일찍이 판례를 통해 해제로 인한 원상회복의무에 대해 같은 법리를 인정하고 있다.[61]

참고로 개정 프랑스 채권법은 제5장 급부반환(Les restitutions)에서 무효·실효·해제·비채변제의 효과로서 급부반환에 대한 일반규정들을 두고 있다. 이러한 급부반환의 근거를 종래에는 계약의 소급적 소멸에서 찾는 견해도 있

---

57) Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.

58) 여하윤, "프랑스 민법상 원상회복의무-체계적 의미와 반환범위에 관한 논의를 중심으로-", 민사법학 제94호(2021), 266-268면.

59) Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme.

60) 여하윤 (2021), 282-284면.

61) 대법원 1972. 5. 9. 선고 71다1474 판결; 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다23306 판결 등.

었으나, 무효와 달리 실효나 해제는 반드시 소급효를 갖는 것이 아니라는 점을 고려하면,[62] 채권법상 별도의 규정으로 인해 발생하는 반환관계라고 봄이 타당하다.

반면 부당이득(L'enrichissement injustifié)에 관한 규정들은 제3장에 별도로 편제되어 있으므로 해제의 효과로서 급부반환이 프랑스 부당이득법에 근거하여 발생하는 것은 아니다.[63] 개정 전 프랑스민법에서는 부당이득에 관한 일반규정 없이 판례상으로 타인의 손실로 이득하는 것을 금지하는 형평의 원칙을 근거로 부당이득반환소권(action de in rem verso)을 인정하였는데,[64] 2016년 개정으로 인해 1303조 이하에 이에 대한 일반규정이 명문화된 것이다.

개정 프랑스민법 제1303조는 "사무관리 및 비채변제 이외의 경우, 타인을 해하여 부당한 이득을 받은 자는 그것에 의하여 손실을 입은 자에 대하여 이득과 손실 중 보다 적은 가액에 상당하는 배상을 하여야 한다."[65]고 규정하고, 제1303-1조에서 그 부당성에서 채무의 이행(l'accomplissement d'une obligation)과 무상양여(intention libérale)를 제외함으로써 법적 권원이 있는 경우에 부당이득반환소권이 부정된다는 점을 명시한다.[66] "사무관리 및 비채변제 이외의 경우"에만 부당이득의 일반규정이 적용된다는 것은 부당이득의 보충성 요건(condition de subsidiarité)를 규정한 것으로 보이는데, 이는 개정 전 부당이득소권이 계약, 준계약, 불법행위 또는 준불법행위로부터 발생하는 어느 소권도 행사할 수 없는 경우에 한하여 인정된다는 판례와도 궤를 같이하는 것이며, 이에 따라 사무관리와 비채변제가 성립하지 않는 경우에 예외적으로 부당이득이 인정된다.[67]

---

62) 한불민사법학회 (2021), 642면.
63) Cass. 1re civ., 24 sept. 2002, *Bull. civ.* I, nº 00-21.278도 같은 입장.
64) 정태윤, "프랑스의 부당이득법", 재산법연구 제29권 제2호(2012), 85면 이하 참조.
65) En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement.
66) 한불민사법학회 (2021), 424면.
67) 남효순, "개정 프랑스민법전(채권법)상의 비채변제와 (협의의) 부당이득", 부당이득반환의 비교법적 연구(박영사, 2021), 34-35면.

위와 같이 프랑스 민법은 급부반환소권과 부당이득반환소권을 구분하는 등 우리 민법의 체계와 같지 않아 정확한 대응을 하기는 어렵겠지만, 적어도 개정 프랑스 채권법이 해제에 관하여 장래효를 부과하고 있고, 이행된 급부의 유용성을 바탕으로 반환범위를 달리한다는 점을 고려하면, 프랑스 민법상 해제로 인한 급부반환관계가 이해되는 방식은 해제의 소급효로 이유로 원상회복관계를 급부부당이득반환관계와 동일한 성격으로 파악하는 우리의 다수설과 차이가 있다고 생각된다. 설령 프랑스민법 제5장의 급부반환관계를 우리 급부부당이득반환관계와 해당하는 것으로 평가하는 견해를 따르더라도,[68] 해제로 인한 원상회복을 급부부당이득반환관계로 해결하고자 하는 경우 프랑스 민법이 제1229조 제4항에서 명문으로 규정하는 방식과 우리 계약해제에 관한 규정인 민법 제548조의 규정형식을 비교하면, 우리 민법에서 원상회복에 관한 규정에서 별도로 제741조 이하를 지시하고 있지 않다는 점에 유념할 필요가 있다.

3. 독일

독일의 경우 계약해제로 인한 원상회복의무가 부당이득반환의무의 일종이 아닌 독일 민법 제346조 이하에서 규율하는 별도의 법정의무로 해석되고 있다.[69] 이는 책임 없는 사유로 계약해제 시 부당이득에 관한 조문인 동법 제818조의 규정에 의하여 반환의무를 부담한다고 해석되던 구 독일민법 제327조 제2항을 채권법 개정을 통해 삭제함으로서 장기간 이어 온 해석논쟁을 입법으로서 종결한 것으로 볼 수 있다.[70] 독일 민법 제346조 제1항은 “계약당사자 일방이 계약으로 해제권을 유보하거나 법정해제권을 가지는 경우에 해제가 행하여지면 각기 수령한 급부를 반환하고 수취한 수익을 인도하여야

68) 남효순 (2021), 53면.
69) Gerhard Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford University Press(2009), p.60.
70) 위 조문을 둘러싼 구 독일민법상의 견해대립에 대해서는, 정진명, “독일에 있어서 해제효과론의 전개”, 재산법연구 제24권 제1호(2007), 191-217면 참조.

한다.”고 규정하여 원상회복의무의 별도 근거를 마련하고 있다.[71] 이는 비교법적으로 영미법상 부당이득법과의 주요한 차이점 중 하나로 설명되고 있으나, 앞서 살핀 바와 같이 영국 부당이득법에서도 무효 또는 취소로 인한 부당이득반환과 계약해제로 인한 부당이득반환의 법적 성질을 달리 분석할 수 있다는 점을 감안하면 실질에 있어 큰 차이를 가져오지는 않는다고 생각된다.

독일 부당이득법에서 원상회복의무를 부당이득반환과 구별되는 별도의 의무로 두고 있는 이유는, 적어도 2002년부터 시행 개정 독일채권법이 적용된 이래 독일의 통설 및 판례가 계약해제에 장래효만이 부여된다고 해석하고 있기 때문이다.[72] 이에 따라 계약이 해제된 이후에도 손해배상과 관련된 약정 등은 여전히 유효하고, 이러한 손해배상은 계약해제에도 불구하고 인정된다. 또한 독일 민법 제346조 제2항은 원물반환이 목적물의 성질 또는 멸실·훼손 등으로 인해 불가한 때 채무자에게 가액상환의무를 부여하고 있으며, 나아가 계약상 정해졌던 반대급부가 가액배상액 산정의 기초가 된다고 규정한다.[73] 동조 제3항 제2문은 이러한 계약상 청산 수단인 가액반환의무

---

71) Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. 이하 독일 민법 조문의 번역은 양창수, 독일민법전: 총칙·채권·물권, 2021년판(박영사, 2021)을 따랐다.

72) Dannemann(2009), p.61; 정진명 (2007), 219면; Birke Häcker, *Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law*, Mohr Siebeck(2009), p.21.

73) Statt der Rückgewähr oder Herausgabe hat der Schuldner Wertersatz zu leisten, soweit

1. die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist,
2. er den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat,
3. der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht.

Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen; ist Wertersatz für den Gebrauchsvorteil eines Darlehens zu leisten, kann nachgewiesen werden, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war.

가 소멸하는 경우에도 잔존하는 이익이 있다면 이를 반환한다고 규정하고 있는데,[74] 이는 부당이득법리에 의한 해결을 의미하는 것으로 해석되며 급부부당이득법이 계약법의 보충규범으로서 기능한다는 점을 보여주는 것으로 해석된다.[75]

4. 검토

이렇듯 부당이득과 해제에 관한 규율은 국가마다 차이가 있으나, 무효와 취소에 따른 계약소멸의 효과와 계약해제로 인한 계약소멸의 효과를 달리 규정하고 있다는 점에서 공통점을 찾을 수 있다. 이에 대한 예외는 통설·판례가 직접효과설을 취하면서 원상회복의무도 부당이득반환의무의 일종으로 파악하는 한국과 일본 정도이다.[76] 무효·취소와 해제의 효과를 달리 규율하는 비교법적 다수의 결론은 계약 성립단계에서의 의사흠결 유무라는 기준에서 볼 때 타당성이 있다. 그 결과 당사자들이 계약해제 시의 청산에 관한 약정을 두고 있는 경우에는 그러한 약정을 반영하여 원상회복의무가 정해지며, 계약해제에도 불구하고 계약위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다. 이는 설령 계약해제로 인해 계약이 소급적으

---

74) Die Pflicht zum Wertersatz entfällt,

1. wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat,

2. soweit der Gläubiger die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre,

3. wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Eine verbleibende Bereicherung ist herauszugeben.

75) Dannemann(2009), p.67.

76) 일본의 경우 한국과 같이 통설·판례가 직접효과설을 취하고 있고 원상회복의무는 부당이득반환의무를 본질로 하며 다만 그 반환범위에서 특칙이라고 해석한다. 松岡久和, 中田邦博 編 (2020), 926; 我妻榮·有泉亨·清水誠·田山輝明, 我妻·有泉コンメンタール民法—総則‧物権‧債権—第5版(東京: 日本評論社, 2018), 1116.

로 소멸한다는 직접효과설을 취하더라도 마찬가지이다.

이러한 관점에서 볼 때, 계약법상 원상회복의무를 부당이득반환의무의 일종으로 분류할 수 있는지 의문이다. 국가별로 다소 차이가 있으나, 앞서 살핀 바와 같이 비교법적으로 보더라도 원상회복의무는 해제 후에도 잔존하는 당사자들의 계약관계를 전제로 한다. 이에 따라 성문법 중심 국가들은 해제로 인한 원상회복의무의 근거규정을 별도로 마련하고 있으며, 그 의무의 성질도 단순히 부당이득반환의 일종이라고 해석되지 아니하고 있다는 점은 우리 민법의 해제 원상회복의무 규정을 해석할 때도 참조할 만한 사항이라고 생각된다.

위와 같은 비교법적 논의를 염두에 두고, 이하에서는 직접효과설을 취하면서도 원상회복의무를 부당이득반환의무와 독립한 법정의무로 해석할 때 삼각관계에서의 부당이득반환보다 구체적 문제상황을 더 간명하고 타당하게 해결할 수 있다는 점을 밝히고자 한다.

VI. 목적론적 급부개념의 문제점

제4장 제2절에서 더욱 자세히 논의되는 바이지만, 현재 급부부당이득법리에서 반환의무자를 결정하는 핵심적 개념인 급부는 '의식적이고 목적지향적인 타인 재산의 증가'라고 정의된다(이른바 '목적론적 급부개념'). 이에 따라 단축급부 사안에서 피지시자가 급부수령자에게 변제한 것은 지시자에 대한 변제를 위한 것이므로 피지시자는 자신이 계약관계에 있는 지시자의 재산을 증가시키기 위해 변제한 것으로 이해할 수 있다. 이러한 상황에서는 물리적인 재산이동와 규범적 단계에서 급부가 다르게 평가된다. 급부자와 급부수령자를 결정하는 문제에 급부관계 당사자들의 의사에 대한 평가가 개입되기 때문이다.

그런데 제3자를 위한 계약이나 채권양도 사안에서는 이러한 당사자들

의 의사가 명확하지 않다는 점에서 목적론적 급부개념이 이른바 삼각관계에서의 부당이득반환 사안 전반을 포괄하는 해결책이 될 수 있는지는 의문이다. 우선 제3자를 위한 계약에 관해서 보면, 낙약자는 요약자와 계약관계에 있지만 동시에 제3자를 위한 계약을 통해 수익자와 채권관계가 발생하게 된다. 그리하여 낙약자가 수익자에게 계약에 따른 급부를 할 때, 그 급부의 목적에는 분명히 자신의 채권자인 수익자에 대한 이행의 성격이 있음을 부정할 수 없다. 이러한 경우 낙약자의 급부행위에는 요약자와의 기본관계와 수익자와의 출연관계에 대한 만족의 목적이 모두 포함되고, 마찬가지로 수익자 또한 요약자와의 대가관계와 낙약자와의 출연관계를 통해 급부를 수령한다. 따라서 제3자를 위한 계약 사안에서는 급부관계의 당사자들의 목적지향성에 따라 반환의무자를 결정하기 어렵다.

결국 목적론적 급부개념은 당사자들의 의사를 고려한다고 하지만 이는 평가기준이 되기에 지나치게 추상적이고 자의적 판단의 위험이 있어, 실질적으로는 보상관계와 대가관계 유무라는 도식적 구조를 통해서 반환의무자가 결정될 수밖에 없다. 그러나 반환의무자 결정의 문제에서 보상관계, 대가관계의 유무가 언제나 결론을 달리 결정할 만큼 본질적인 문제라고 볼 수 있는지 의문이다. 채권양도 사안은 양도인과 양수인 사이 대가관계가 결여된다는 점에서 양수인을 급부수령자로 평가할 수는 없지만, 동시에 지시취득 사안과 이익상황이 유사하다고 볼 수 있고, 당사자들의 의사 또한 명확히 구분되지 않는 경우가 많기 때문이다.

결국 목적론적 급부개념은 구체적 사안을 해결하는 과정에서 단축급부와의 유사성을 바탕으로 반환의무자를 결정하고 있고, 그 결과 급부의 의미가 사전적·일상적 용례에 비추어 볼 때 지나치게 확장되고 불분명해져서 사회평균인의 관점에서 보았을 때도 거래당사자들이 그 의미를 예측하기 어렵게 되었다. 그런데 제4장에서 자세히 살피는 바와 같이, 사실 목적론적 급부개념도 단축급부 사안에서 계약당사자들 사이의 청산을 유도하기 위하여 등장한 개념인 점을 고려하면 급부의 개념을 규범적으로

확장시키기 보다 계약당사자 사이의 청산을 강조하는 해결책이 낫다는 생각이다. 물론 아래에서 검토하듯이 이른바 '실질적 평가기준설'이 급부부당이득법에서 목적론적 급부개념의 문제점을 보충해주고 있으나, 채권양도 사안처럼 두 가지 기준이 충돌할 때 어떤 기준에 따를 것인지 평가가 어렵다는 문제가 있다. 적어도 계약해제와 채권양도 사안에 관하여 본다면, 원상회복의무에 대한 별도 규정이 있고, 앞서 살핀 바와 같이 무효·취소와 해제 사이에는 의사흠결이라는 실질적 차이가 있으며, 해제 이후에도 당사자들 간에 손해배상이나 원상회복의 방식 등에 관한 특약으로 인해 계약관계가 완전히 소멸되지 않는다는 점을 고려하면, 해제로 인한 원상회복의무를 부당이득반환의무와 구분되는 별도의 계약법상 구제수단으로 해석하는 것이 타당하다.

제 3 장 해제와 채권양수인의 지위

제 1 절 채권양도법상 통지·승낙의 항변차단효

계약해제가 채권양수인의 지위에 미치는 영향을 본격적으로 살피기에 앞서, 일종의 전제적 논의로서 채권양도법상 통지 이후 양도인에 대하여 생긴 사유 또는 이의를 보류하지 않는 승낙의 항변차단효가 계약해제의 경우에도 적용되는지를 먼저 살필 필요가 있다. 만약 채무자가 채권양수인에게 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 경우 채무자가 계약해제로서 양수인에게 대항할 수 없다면, 민법 제548조 제1항상 보호받는 제3자로 인정되는 것과 마찬가지로 양수인은 계약해제로부터 영향을 받지 않게 되기 때문이다.

I. 채권양도의 의의

채권이 양도되면 채권은 그 동일성을 유지하면서 귀속주체가 변경된다.[77] 채권양도는 채무자에게 급부를 청구하고, 또 이를 수령하여 보유할 수 있는 관계를 일컫는 이른바 '채권관계'의 일방당사자인 채권자의 변경을 가져온다. 채권양도법에는 크게 2가지 긴장관계에 있는 원칙이 고려되는 것으로 보인다. 첫째는 채권양수인을 보호함으로써 채권양도거래의 안전을 보장하는 것이다. 둘째는 자신이 관여하지 않은 채권양도에 의하여 채무자의 법적 지위가 침해되지 않도록 보호하는 것이다.[78] 지명채권

77) 곽윤직 편, 민법주해(X)(박영사, 1992), 527면(박상훈 집필부분).
78) 전원열, "채권양도에 대한 이의보류 없는 승낙에 있어서 대항사유의 단절", 재산법연구 제33권 제3호 (2016), 2면.

의 양도가 일반적으로 채무자를 배제한 채 양도인과 양수인 사이의 계약으로 이루어지는 까닭에, 거래의 안전과 채무자 보호를 조화롭게 보장하려는 요청이 일반적 법률행위에 비해 더욱 강하다고 볼 수 있다.

특히 상업적으로 대량 발생하는 채권양도거래와 달리 개인 사이에 일회적으로 발생하는 채권양도거래의 경우 두 번째 원칙이 더 큰 비중으로 고려되어야 한다. 민법은 제450조에서 채권자의 채무자에 대한 통지 및 채무자의 승낙을 받아야 채무자에게 대항할 수 있다는 것을 규정함으로써 채권양도거래에 채무자의 인식을 개입시키고 있다.[79] 이 요건을 갖추지 못하였다면, 설사 채무자가 채권양도 사실을 알고 있다고 하더라도 이로써 채무자에게 대항하지 못한다. 채무자의 주관적 인식에 따라서 채권양도의 법률효과를 좌우하는 것은 법적 안정성을 해칠 수 있기 때문이다.[80]

다만 채권양도계약 자체가 해제 또는 합의해제된 경우, 판례는 민법 제452조가 유추적용된다고 보아 채권이 양도인에게 당연복귀하고(해제의 물권적 효과), 양도인이 양수인에게 동의를 얻어 양도통지를 철회하기까지 선의가 유지되는 채무자 한하여 양수인에 대한 변제 및 상계 등의 사유로 양도인에게 대항할 수 있을 뿐이라는 취지로 판시한 바 있다.[81] 이는 채권양도계약이 해제된 경우 양수인에게서 양도인에게로 채권이 재양도되는 것으로 보아 민법 제450조를 적용하던 종전의 법리와는 궤를 달리하는 것인데, 해당 판례에 법리에 따르면 채권양도계약이 해제되는 경우에는 민법 제450조의 적용이 배제되거나 민법 제452조와 병존하여 적

79) 다만 민법 제450조의 대항요건을 갖추지 못한 경우 채권양도 자체는 발생하지만 채무자 및 제3자에게 대항할 수 없다는 의미인지, 아니면 채권양도의 효력이 없다는 것인지에 대해서는 견해 대립이 있고, 판례의 입장도 단정하기 어렵다. 이에 대해서는 오수원, “통지·승낙 없는 지명채권양도의 채무자에 대한 효력-대상판결: 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두20109 판결-”, 민사법학 제47호 (2009), 686-700면; 이동진, “대항요건을 갖추지 아니한 지명채권양도의 효력”, 민사법학 제90호 (2020) 참조.

80) 김용덕 편, 주석민법 채권총칙(3) 제5판(한국사법행정학회, 2020), 553면(최수정 집필 부분). 이하에서 이 책을 인용할 때는 “주석민법 채권총칙(3)”으로 표기한다.

81) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결.

용되는 것이 된다고 볼 수 있다.[82]

한편 민법 제451조 제1항은 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 채무자는 양수인에게 대항할 수 없다고 규정하고 있다. 이는 채무자가 채권양도를 승낙하면서 그가 양도인에게 대항사유를 가지고 있음을 밝히지 않은 경우, 채권양수인에 대한 항변을 단절시켜 그 신뢰를 보호하려는 취지이다. 마찬가지로 민법 제451조 제2항은 "채무자가 통지를 받은 때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다"라고 규정하고 있는데, 이 또한 채권에 별다른 대항사유가 없으리라고 기대한 채권양수인의 신뢰를 보호하기 위한 취지이다. 이러한 제도의 취지와 같은 맥락에서, 판례는 양수인이 악의 또는 중과실인 경우 이러한 항변차단의 효과가 발생하지 않는다고 본다.[83]

II. 채무자의 해제 항변 가능 여부 검토

위와 같은 제도의 취지를 고려할 때, 채무자가 채권양도 통지를 받거나 그 사실을 안 뒤 이의를 보류하지 않고 채권양도를 승낙한 경우 및 통지를 받은 이후 계약당사자인 양도인과의 관계에서 채무불이행 등 해제 사유가 발생한 경우라도, 채무자는 민법 제451조 제1항, 제2항에도 불구하고 채권의 기본계약 해제로써 채권양수인에게 대항할 수 있다고 보아야 한다.

우선 이의를 보류하지 않은 승낙의 경우, 현재 통설은, 민법 제451조상

82) 해당 판례에 대한 해설 및 연구로는 강승우, "채권양도가 해제된 경우의 제452조 제1항 유추적용-대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결에 대한 검토를 중심으로-", 민사법학 제92호 (2020), 171면-217면; 송덕수, "채권양도가 해제 또는 합의해제된 경우 민법 제452조의 유추적용-대상판결: 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결-", 법학논집 제17권 제3호 (2013), 421면-452면 참조.

83) 대법원 1999. 8. 20. 선고 99다18039 판결; 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결.

의 “이의보류 없는 승낙”을 단순한 ‘관념의 통지’로 해석하는 입장이다.[84] 즉 채권양도사실을 단순히 알고 있다고 표현하는 것만으로도 이의 보류 없는 승낙으로 본다는 것이다. 다만 통설은 양도채권에 당연히 전제되어 있는 사유이거나 이의 보류에 대한 기대가능성이 없는 경우에는 그러한 사유로써 양수인에 대해 대항이 가능하다고 보아 거래의 안전과 채무자 보호 사이의 균형을 도모하고 있다.

이와 같이 통설이 채권양도법상 ‘승낙’을 관념의 통지로 대단히 넓게 파악하고 있는 이상, 채권양도 시 채무자가 양도인의 채무불이행으로 인하여 계약해제가 될 수 있다는 사실을 일일이 적시하여 승낙하는 것은 유보에 대한 기대가능성이 없는 경우에 해당한다고 생각된다. 따라서 이 경우에는 민법 제451조 제1항의 항변차단효가 발생하지 않는다는 결론이 종전 통설의 도그마틱을 통해서도 타당하게 도출된다. 논의되는 학설들도 일반적으로 위와 같은 견해를 취하고 있다.[85]

둘째로, 양도 통지 이후 양도인과의 관계에서 발생한 채무불이행 사유로 채무자가 양수인에게 대항할 수 있는지에 관하여도, 제출된 학설은 별다른 이론(異論) 없이 긍정하는 입장이다.[86] 해제권은 당사자들의 계약관계에 내재되어 있는 것이므로 항변차단효를 통해 보호되어야 하는 양수인의 신뢰는 크지 않다. 반면 채무자가 채권양도통지를 받았다는 이유

---

84) 양창수·권영준, 민법Ⅱ－권리의 변동과 구제 제3판(박영사, 2017), 201면; 곽윤직, 채권총칙 제6판(박영사, 2002), 222면.

85) 주석민법 채권총칙(3), 598-599면. 다만 이에 대하여 현행 판례의 입장에 따르면 양수인에게 중과실이 있는지 여부에 따라 달리 판단될 것이라는 견해가 있다. 이러한 견해에 대해서는 전원열 (2016), 3면 참조. 그러나 과연 현행 판례의 기준이, 아직 발생하지 않은 채무불이행 사유까지 채무자가 적시를 해야만 선의 또는 경과실 있는 양수인에 대해 대항 가능하다고 보고 있는지에 대해서는 불분명한 영역이라고 사료된다. 특히 후술하는 민법 제451조 제2항상 통지 이후 발생한 채무불이행 사유에 항변차단효를 부여해서는 안 된다는 해석과 평가적 관점에서의 일관성을 고려할 때 의문이다. 물론 이의를 보류하지 않는 승낙 당시 이미 발생해있는 해제 사유를 적시하지 않은 것은 현재 판례 법리상 대항이 불가하다는 점에는 동의한다. 해제권이 기회주의적으로 남용될 우려가 있기 때문이다.

86) 이동진 (2015), 287면; 주석민법 채권총칙(3), 602-603면.

만으로 양도인의 채무불이행에 대하여 항변할 수 없다면, 채무자로서는 자신이 개입하지도 않은 채권양도계약으로 인해 반대급부도 받지 못한 채 이행을 강제 당하게 되어 대단히 부당한 결과가 도출된다. 이러한 이익상황을 고려할 때 위와 같은 경우에도 항변차단효를 부여하지 않는 것이 타당하다.

제 2 절 해제로부터 보호되는 제3자의 권리

민법 제548조 제1항은 해제로 인한 원상회복의무가 제3자의 권리를 해하지 못한다고 규정하고 있다. 통설과 판례는 본 조항이 말하는 "제3자"란 원인행위에 따른 물권변동의 결과로 새로운 권리를 취득한 자를 의미한다고 해석한다. 나아가 대법원은 합의해제와 법정해제를 불문하고 보호받는 제3자의 범위를 "등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자"로 한정하고 있다.[87] 요컨대 현재 통설과 판례에 따라 민법 제548조 제1항의 제3자로 보호되기 위해서는 ①해제된 법률관계를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺어야 하고 ②등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득해야 한다. 이러한 제3자 범위는 외관신뢰보호 법리에 기초하고 있는 민법 제108조 제2항의 제3자의 범위와 상이하다("실질적으로 새로운 법률상 이해관계").[88]

이러한 통설과 판례의 설명에 대하여 크게 두 가지 정도의 의문을 제기해볼 수 있다. 첫째로, 등기나 인도는 물권변동의 성립요건주의를 취하고 있는 우리 법제에서 제3자가 완전한 물권을 취득하기 위한 요건인데, 민법 제548조 제1항 단서의 문언이 단순히 '권리'라고 규정되어 있음에도

87) 대법원 1955. 9. 22. 선고 4288민상413 판결; 대법원 1962. 1. 18. 선고 4294민상576 판결; 대법원 1980. 5. 13. 선고 79다932 판결; 대법원 1980. 5. 13. 선고 80다660 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다14569 판결 등 참조.
88) 대법원 1996. 4. 26. 선고 94다12074 판결; 대법원 2000. 7. 6. 선고 99다51258 판결; 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다59753 판결 등 참조.

불구하고, 다수의 해석론이 이를 '물권'에 한정하여 해석하는 이유는 무엇인가?(제한해석 문제) 둘째로, 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득하기만 하면 그는 민법 제548조 제1항 단서로부터 보호받는 자라고 볼 수 있는가? 계약당사자의 지위를 승계하지 않은 채권양수인의 경우, 채무자로부터 급부를 수령하여 등기·인도 등으로 물권을 취득하게 되면 기본계약의 해제로부터 보호받는다고 보아야 할 것인가? 첫 번째 질문이 제3자의 "권리"에 대한 제한해석에 관한 의문이라면, 두 번째 질문은 "제3자"의 범위에 관한 질문이다. 이하에서는 양자를 구분하여 민법 제548조 제1항 단서의 적용 범위를 보다 분명하게 확정하고자 한다.

I. 민법 제548조 제1항 단서상 "권리"의 의미

우선 민법 제548조 제1항 단서의 법문이 단순히 "제3자의 권리"라고 규정되어 있음에도 불구하고, 통설과 판례가 이를 "등기·인도 등을 갖춘 제3자의 권리"로 제한해석하는 근거가 무엇인지 검토할 필요가 있다. 1차적으로 가능한 설명은 물권을 취득한 제3자가 채권을 취득한 자에 비하여 보호가치가 높다는 것이다. 그러나 위 설명은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않은데, 우선 통설과 판례는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자 범위에 가압류 채권자나 대항력 있는 임차인을 포함시키고 있다는 점에서 물권·채권의 구분 도식이 완벽하게 들어맞는 것은 아니다. 다만 권리의 대항가능성의 측면에서 일반 채권자와 구분되는 측면은 있다. 둘째로 물권과 채권의 구분은 많은 경우 설득력 있는 설명이지만, 모든 사안에서 구체적 타당성이 있는 설명은 아니다. 사안의 구조에 따라 채권을 취득한 자가 물권을 취득한 자보다 보호가치 있는 경우가 얼마든지 존재할 수 있다. 더군다나 현 규정은 제3자의 선·악의를 불문하고 있는 만큼 물권 취득 여부만을 보호가치의 기준으로 삼는 것은 타당하지 않은

측면이 있다.

통설의 또 다른 해석론 중에는 해제된 채권으로부터 권리를 승계취득한 자가 물권적 지위를 갖추지 못하고 채권적 지위만을 가진 경우에는, 우리 민법이 제569조에서 타인권리 매매를 허용하는 등 그 지위가 계약 해제로부터 영향을 받지 않는다는 점을 근거로 드는 것이 있다.[89] 이 또한 우리 민법이 해제에 물권적 효과를 부여하고 있다는 점을 전제로 한다는 점에서 타당한 접근이지만, 민법 제107조 내지 제110조에 이르는 '제3자'의 범위와 민법 제548조 제1항 단서의 '제3자'의 범위가 달라지는 이유를 설명하기에는 부족한 측면이 있다.[90]

법률은 입법정책 문제에 대한 대답으로서, 이를 해석하기 위해서는 당시 입법자들의 질문이 무엇이었는지를 이해할 필요가 있으며, 이 점에서 역사적 해석은 지지될 수 있다. 민법 제548조 제1항 단서에 대한 통설 및 판례의 해석은 해당 규정이 해제에 채권적 효과만을 부여하는 법제에서 기원하였다는 점을 고려할 때 더욱 설득력을 갖는다. 현행 민법 제548조는 1954년 민의원에 제출된 민법초안 제537조에서 유래한 것인데, 당초에 본 조항에는 단서 규정을 따로 두고 있지 않았다. 이후 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회 심의에서는 일본민법과 달리 우리 민법은 물권변동 공시의 원칙을 취하고 있으므로 본래는 단서 규정이 필요하지 아니하나,[91] 민법 초안 제128조, 제377조 등 다른 규정들과의 균

89) 지원림, 민법강의 제18판(박영사, 2020), 1422면.

90) 이러한 차이와 이를 정당화하는 논거에 대해서는, 김상중, "계약의 무효·취소, 해제와 제3자의 보호-비교법적 고찰을 통한 우리 판결례의 해명과 해석적 제언-", 민사법학, 제59호(2012), 156면 이하.

91) 이러한 입법자의 태도는 의문인데, 앞서 살핀 바와 같이 해제에 의하여 계약은 소급하여 소멸한다는 입장에 따르면(직접효과설) 해제 즉시 물권이 원소유자에게 복귀하므로 제3자 보호규정이 필요하기 때문이다. 이는 소급효 부여의 문제이고 공시의 원칙과 관련이 없다. 다만 ①독일민법과 같이 형식주의를 채택하며 무인성의 원칙도 함께 수용한 것으로 해석하였다는 추측과 ②해제로 인한 물권 복귀도 법률규정이 아닌 법률행위에 의한 물권변동이므로 공시방법을 갖추어야 한다는 입장이었을 수 있다는 해석이 있는데, 개연성 있는 추론이라고 생각된다. 이러한 해석에 대해서는 오종근 (2022), 582면 각주 115번 참조. 보다 상세한 설명으로 정진명, "계약해제와 제3자", 민법학의 현대적 양상:

형을 위하여 단서 규정을 추가하게 되었다는 입법취지를 밝히고 있다.[92] 이러한 입법취지로부터 현행 민법 제548조 제1항 단서 규정이 일본 민법 제545조 제1항 단서에서 유래하였다는 점을 알 수 있다. 결국 민법 제548조 제1항 단서는 물권변동의 의사주의, 무인성 및 해제의 채권적 효과를 전제로 한 규정이고, 해당 법제를 채택한 경우와 동일한 결과를 만들고자 한 것이 우리 입법자의 의사라고 생각된다.[93] 따라서 민법 제548조 제1항에 의하여 해제로 보호되는 제3자의 권리도 해제에 채권적 효력만을 인정하였더라면 해제의 영향을 받지 아니하였을 권리로 한정하여 해석해야 한다.

이러한 맥락 속에서 민법 제548조 제1항 단서를 이해할 때, 등기·인도 등 완전한 권리를 갖춘 자로 보호 대상을 제한하는 통설 및 판례의 해석이, 물권을 취득한 제3자는 선·악의를 불문하고 채권을 취득한 제3자보다 우월하게 보호하겠다는 단순한 시각과 거리가 있음을 알 수 있다. 전술한 바와 같이 만약 단순히 제3자의 신뢰투자의 관점에서 제3자 보호를 결정할 경우, 반드시 물권을 취득한 자가 채권을 취득한 자에 비하여 보호가치가 높다고 볼 수는 없다. 사안마다 제3자의 보호가치가 다르게 될 가능성이 있고, 제3자의 선·악의 여부도 고려되어야 할 것이다.[94] 실제로 계약해제의 효과에 관하여 직접효과설과 물권적 효과설을 취하고 있었던

나암서민교수정년기념논문집(법문사, 2006), 267면 이하; 이동진, "매매계약이 해제된 경우 미등기 매수인이 한 임대차의 운명", 민사법학, 제68호(2014), 721면 이하도 참조.

92) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록, 상권(1957), 320면.

93) 이동진 (2014), 723면.

94) 종래의 선행연구가 제3자의 보호가치를 중심으로 민법 제548조 제1항 단서를 설명했던 것에는 우리와 같은 조문 구조를 취하고 있는 일본의 통설·판례의 영향을 받은 듯하다. 그러나 일본의 경우 물권변동에 의사주의를 취하고 있어 부동산 전매수인이 소유권을 취득한 뒤에도 매도인에게 등기가 남아 있는 상황이 종종 발생하며, 이러한 상황에서 물권취득 여부만을 가지고 단순하게 제3자 보호 여부를 결정할 경우 보호가치가 등기를 마치지 않은 전매수인에 비해 더욱 큰 매도인이 보호되지 않게 되는 부당함을 시정하기 위하여 이러한 이론이 발전한 것으로 보이는데, 이를 물권변동에 있어 등기주의를 택하고 있는 한국의 법제에도 그대로 적용할 수 있는지는 의문이다. 이에 대한 보다 자세한 설명은 이동진 (2014), 725면 참조.

구 프랑스 민법 하에서 동산의 선의취득과 부동산 선취특권의 일정 범위에서만 제3자 보호가 제한적으로 이루어지고 있다는 점도 참고가 된다.[95] 그에 반해 우리 민법의 역사적 해석에서 나타나는 민법 제548조 제1항의 의미는 계약해제의 맥락에서 물권과 채권을 달리 취급하는 특수한 규정으로, 이 점에서 무효·취소에서의 제3자 보호규정과는 다른 개념으로 이해할 수 있다.

그리고 이러한 역사적 해석의 결과는, 법해석에 있어서 객관주의의 입장에 따르더라도 "오늘날의 언어관용과 현재의 법맥락을 근거로 규범문언에 가장 설득력 있게 귀속될 수 있는 의미"[96]라는 점에서 여전히 타당하다. 앞서 제2장에서 자세히 살핀 바와 같이 무효·취소와 달리 해제는 법정해제라고 할지라도 약정해제에서 유래한 것이고, 법정해제는 묵시적 해제약정의 일종으로 이해될 수 있다. 그런 이유에서 해제 사유는 민법상 법정해제제도에도 불구하고 원칙적으로 당사자들 사이의 약정에 따라 자유롭게 재구성될 수 있다. 따라서 아무리 당사자 사이에서 해제의 효과에 물권효를 부여하더라도, 이러한 효과를 제3자에게까지 무한정 확장할 수는 없다. 이는 민법상 무효 사유는 법에 따라 한정되고 개인이 함부로 창설할 수 없으며, 이에 따라 무효가 원칙적으로 대세효를 갖는 것과 대비된다. 나아가 무효·취소는 계약성립 당시 존재하던 흠결인 반면, 장래적 사유가 주로 문제되는 해제의 경우 그러한 위험의 통제권도 해제권자에게 있다는 점도 타당한 논거이다.[97]

II. 민법 제548조 제1항 단서상 "제3자"의 의미

그런데 이때 채권양수인이나 제3자를 위한 계약의 수익자가 등기·인도

95) 이동진 (2014), 722면 참조.
96) Ernst A. Kramer (2022), 131-132면.
97) 김상중 (2012), 162면.

등으로 완전한 권리를 취득하였다면, 그는 해제로부터 보호되는 제3자라고 볼 수 있을 것인가? 등기·인도 등으로 완전한 권리를 갖춘 자를 보호한다는 판례 문구에 따르게 되면 채무자의 급부로 인하여 완전한 권리를 취득한 채권양수인이라고 해서 보호되지 못할 이유는 없다는 해석도 가능하고, 실제로 유력하게 주장되고 있다. 이는 이미 위에서 다룬 바와 같이 제3자가 어떤 권리를 취득하였는지의 문제라기보다 "누가" 권리를 취득하였느냐에 보다 초점을 둔 논의라고 볼 수 있다.

1. 채권양수인의 보호긍정설

등기·인도로 완전한 권리를 취득한 제3자가 민법 제548조 제1항 단서의 '제3자'에 해당한다는 긍정설 중 일부 견해는 지시를 통하여 제3자가 권리를 취득한 경우와 채권양수를 통하여 권리를 취득한 경우 사이 이익상황이 다르지 않다는 점을 지적한다(이하 '긍정설1').[98]

해당 학설이 문제를 제기하고 있는 간단한 예시 사안을 옮기면 다음과 같다. 甲이 그가 소유한 부동산을 乙에게 매도하였고, 乙은 다시 丙과 같은 부동산을 목적물로 하는 매매계약을 체결하였다. 이 경우 ①乙의 요청에 따라 甲이 소유권이전등기를 丙에게 직접 경료한 뒤 甲과 乙 사이 계약이 해제되었다면, 丙은 등기·인도 등 완전한 권리를 취득한 제3자로 보호받는다. 그런데 이는 ②乙이 丙에게 자신의 소유권이전등기청구권을 양도하고 甲에게 통지하여 甲이 丙에게 등기를 경료해준 경우와 이익상황이 다르지 않고, 丙의 신뢰도 ①의 경우와 ②의 경우 사이 차이가 없다. 따라서 ①의 경우에는 제3자인 丙이 보호받지만, ②의 경우에는 보호되지 않는다고 해석하는 것은 당사자들의 의사나 이익상황 사이의 형평을 고려하였을 때 타당하지 않다.

최근 위와 다소 다른 결에서, 해제의 효과에 대한 이론적 배경을 근거

98) 정태윤 (2016), 159-164면; 전재우 (2008).

로 등기·인도 등 완전한 권리를 갖춘 채권양수인의 보호를 긍정하는 견해가 제출되었다(이하 '긍정설2').[99] 위 견해는 해제의 효과로 인해 계약당사자 사이에는 계약관계가 소급하여 소멸하나, 제3자에 대한 관계에서는 계약이 장래를 향하여 소멸할 뿐이라는 이른바 '상대적 소급소멸설'을 취한다. 이러한 상대적 소급소멸설에 따르면 해제로 인해 물권이 원권리자에게 당연복귀하여 원권리자가 물권적 청구권을 행사할 수 있지만, 제3자 보호범위는 청산관계설과 같이 직접효과설에 따를 때보다 넓게 해석된다.

상대적 소급소멸설은 직접효과설을 따르는 통설·판례가 제3자 보호범위를 '해제 전에 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 새로운 이해관계를 가지고 등기·인도 등 대항요건을 취득한 자' 또는 '해제 후 말소등기 전 선의로 이해관계를 갖게 된 제3자'로 규정하는 것이 지나치게 불명확하고 자의적이라고 비판하면서, ①계약상 채권양수인과 제3자를 위한 계약의 수익자도 해제 당시 이행을 받은 경우에는 보호되는 제3자에 포함되어야 하고 ②해제 후에 출현한 제3자의 경우 선의로 보호범위를 한정하는 것은 민법 제548조 제1항 단서의 문언과 배치된다고 주장한다.[100]

2. 채권양수인의 보호부정설

이에 대해서 반대견해는 계약해제란 계약의 본질상 내재된 위험이므로, 계약상 채권을 양수한 자는 양도인과 채무자 사이 계약이 해제될 수 있다는 점을 예상가능하고, 이러한 신뢰의 정도가 이행 여부에 따라 달라질 까닭이 없다고 주장한다.[101] 반대의 견해가 명시하고 있지는 않으나, 이는 민법 제548조 제1항 단서의 '제3자'의 범위에서 채권양수인을 아

99) 오종근 (2022), 559-617면.
100) 오종근 (2022), 590면.
101) 윤진수 (2014), 138-139면; 이동진 (2015), 287면.

예 배제하는 입장이고, 따라서 그가 얼마큼 확정적인 권리를 취득하였느냐를 불문하고 보호를 인정하지 않는 것이라고 볼 수 있다. 즉 이 문제는 제3자가 갖는 '권리'의 문제라기보다 '제3자'의 범위 결정 문제라고 생각된다.

3. 검토

결론에 있어서는 등기·인도 등 물권을 취득하였더라도 채권양수인은 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않는다는 견해가 타당하나, 앞서 제시된 반대견해의 논거에는 불충분한 면이 있다고 생각된다. 우선 긍정설1의 논거를 살펴보면, 단순히 등기·인도 등 완전한 권리를 취득하였음을 이유로 '안심'하였음에 주목하기보다, 지시취득의 관계에서의 제3자와 이익상황이 유사하다는 '형평'을 고려한 것에 더욱 가깝기 때문이다. 따라서 보다 적절한 반박이 되기 위해서는, 단순히 등기·인도 전후에 채권양수인의 신뢰 차이가 적다는 논거만으로는 충분치 않고, 지시취득관계와 채권양도 사이 제3자의 신뢰가 어떠한 지점에서 차이가 있는지를 살필 필요가 있다.

실제로 긍정설1은 물권을 취득한 경우와 채권을 취득한 경우, 적어도 '계약해제'의 측면에서 위험의 차이가 없고, 특히 처음부터 물권을 취득한 자에 비해 채권을 통해 등기·인도 등 완전한 권리를 취득한 자가 처음부터 관여하지도 않은 계약의 위험을 감수할 필요는 더더욱 없다고 주장한다.[102] 이러한 측면에서 긍정설은 민법 제548조 제1항 단서의 제3자 보호란 오로지 그가 취득한 것이 채권인지 혹은 물권인지에 따라 달라져야 하고(전술한 제3자의 '권리' 문제), 채권을 취득한 후 이를 통해 물권을 취득하였다면 처음부터 물권을 취득한 자와 계약해제에 관한 예견가능성 및 신뢰의 측면에서는 동등하게 평가하자는 주장으로 볼 수 있다.

---

102) 정태윤 (2016), 162-164면.

이러한 긍정설의 논거에는 한 가지 중요한 문제점이 있다. 지시관계와 채권양도관계의 결정적 차이는, 지시관계의 경우 급부수령자와 지시자 사이의 계약이 지시자와 피지시자(채무자) 사이의 계약해제와 독립하여 존재하고 있다는 점이다.[103] 이를 뒤집어서 말하면, 채권양수인은 채권양도인과의 계약을 통해 급부를 취득한 것이 아니라, 채권양도인과 채무자 사이의 계약을 통해 급부를 취득하였다는 점에서 지시취득과는 구조적 차이가 있다. 채권양수인이 '예견 가능'했던 계약해제의 위험은 자신이 취득한 바로 그 채권이 발생한 계약의 해제 가능성이다. 반면, 지시취득 관계에서 급부수령자가 예견한 계약해제의 가능성은 지시취득자가 가지고 있는 지시자에 대한 채권과는, 적어도 법률적으로, 관계가 없는 것이다. 양자는 신뢰의 정도에서라기보다, 신뢰한 내용에 있어 차이가 난다고 볼 수 있다.

게다가 구체적 타당성의 관점에서 보더라도, 긍정설1을 취할 경우 선의의 채권양수인에게 급부한 채무자는 계약이 해제되더라도 소유권을 회복할 수 없고, 결과적으로 원물반환을 받지 못하게 된다. 채무자가 계약상대방에게 급부한 경우에는 물권행위의 유인설에 의하여 원인계약이 해제되면 물권도 바로 복귀하게 되는 상황과 비교하면, 채무자로서는 자신이 개입할 수 없는 채권양도로 인해 지나치게 큰 불이익을 입게 된다. 이러한 결과가 채무자 보호와 구체적 타당성의 관점에서 어떻게 정당화될 수 있는지 의문이다.

긍정설2 중 해제 전 이행 받은 제3자를 민법 제548조 제1항 단서의 보호되는 제3자에 포함된다고 해석하면서도, 그가 취득한 소유권을 원권리자에게 부당이득으로 반환하여야 하는지에 대해서는 별도의 검토가 필요하다고 하며, 결과적으로 채권양수인에 대한 부당이득반환을 긍정하고

103) 이는 이른바 대가관계(지시자와 급부수령자 사이의 관계)의 존재 여부에 따른 차이라고 정리할 수 있다. 지시관계의 주요 특징으로 보상관계, 대가관계, 재산의 경유적 이동 등의 개념을 정리한 논문으로, 이계정, "삼각관계에서의 부당이득 법률관계와 질권자의 부당이득반환의무 유무－대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결－", 법조 통권 제721호(2017), 630-631면 참조.

있다.[104] 이러한 주장에 대해서는, 이미 지적된 바와 같이 “물권법상 보호를 받는 제3자에게 부당이득반환의무를 지워 다시 그 보호를 빼앗아서는 안 된다”는 평가적 불균형의 문제에 대한 적절한 해명도 요구되겠지만,[105] 무엇보다도 민법 제548조 제1항 단서의 보호되는 제3자의 범위와 그로 인해 취득한 소유권을 반환하는 문제를 분리하여 각 단계에서 제3자의 보호 여부를 달리 판단하는 것도 지나치게 기교적이다. 민법 제548조 제1항 단서상의 보호되는 제3자에 해당함에도 계약은 장래를 향하여 소멸하므로 제3자가 부당이득반환의무를 부담할 수 있다고 새기게 되면, 민법 제548조 제1항 단서의 제3자 범위를 직접효과설에 비하여 간명하고 일관성 있게 평가할 수 있다는 상대적 소급소멸설의 장점도 상당 부분 퇴색된다.

아울러 긍정설2는 직접효과설이 해제 이후 이해관계를 맺은 악의의 제3자를 보호하지 않는다는 점을 비판하는데, 바로 그 점에서 직접효과설이 청산관계설을 비판하고 있다는 점은 이미 설명한 바 있다.[106] 구체적 타당성의 측면에서 이러한 경우까지 제3자를 보호하는 것은 과도하고, 원래 직접효과설에 따르면 해제 이후 제3자는 보호가 되지 않는 것이 원칙인 만큼 악의의 제3자에 대한 보호가 입법자 의사라고 볼 수 없다. 직접효과설에 따라 예외적으로 구체적 타당성을 고려하여 해제 이후 선의 제3자에 한하여 보호범위를 확장하는 것이고, 이러한 예외를 악의의 제3자에까지 확장할 필요는 없다.

4. 제3자를 위한 계약 및 채권질권 사안과의 비교

이상과 같은 측면들을 종합하여 살펴보면, 역시 비슷한 구조 때문에 논란이 있는 제3자를 위한 계약에서 수익자 지위나 채권질 관계에서 질

104) 오종근 (2022), 595-599면.
105) 이동진 (2015), 291면.
106) 양창수 (1995), 274면.

권자 지위도 다시 평가해볼 수 있다.

우선 제3자를 위한 계약에서 낙약자에게 이행을 받아 등기·인도 등 완전한 권리를 갖춘 수익자가 해제로부터 보호받는 제3자에 해당하는지에 관하여는, 대법원이 일관되지 않은 태도를 보이고 있다. 당초 대법원은 제3자를 위한 계약의 수익자(제3자)가 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다.[107] 동시에 위 판결에서 대법원은 수익자가 계약해제 시 보호되는 제3자에 해당하는지에 관한 문제와 그에게 원상회복의무를 부담시키는 문제를 분리하였고, 계약관계의 청산은 계약당사자 사이(낙약자와 요약자 사이)에서 이루어져야 하고 계약상의 위험을 제3자에게 전가시켜서는 안 된다는 계약법의 기본원리를 들어 수익자의 원상회복의무를 부정하였다(이하 '2005년 판결').

그런데 최근 대법원은 제3자를 위한 계약에서 낙약자와 요약자 사이 법률관계(기본관계)에 기초하여 수익자가 요약자와 원인관계(대가관계)를 맺음으로써 해제 전 새로운 이해관계를 갖고 그에 따라 등기·인도 등 완전한 권리를 취득하였다면 수익자는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당한다고 판시하였다(이하 '2021년 판결').[108]

대법원의 기존 판결이 명시적으로 변경된 바 없으므로, 두 판례 사이의 괴리는 적절히 해명될 필요가 있다. 추측컨대 대법원은 크게 2가지 측면에서 두 사안을 달리 평가하고 있는 듯하다. 우선 기존 2005년 판결이 금전급부반환이 문제된 사안이었다면, 2021년 판결은 '함포'라는 물건급부가 문제된 사안이다. 대법원은 '등기·인도 등 완전한 권리를 갖출 것'이라는 요건을 중요하게 고려했을 가능성이 있다. 둘째로 2021년 판결의 수익자와 요약자 사이 대가관계(현물변상계약)가 기본관계(함포납품계약)를 기초로 체결되었다는 점을 달리 평가하였을 수 있다. 이는 기본관계를 기초로 '새로운 이해관계를 맺은 자'라는 제3자 요건을 중시한 해석이다. 물론 두 사정을 종합적으로 고려하여 판단했을 가능성도 배제할 수

107) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566,7573 판결.
108) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다244976 판결.

없다.

그러나 이러한 대법원 2021년 판결의 입장은 타당하지 않다. 우선 이론적 관점에서 제3자를 위한 계약상 수익자 지위는 요약자-낙약자 간 기본계약에 의해 발생하고, 요약자와 낙약자가 제3자에게 직접 채권을 취득하게 할 의사가 있는 이상 수익자와 요약자 사이 대가관계를 요건으로 하지 않는다. 수익자는 기본관계와 수익의 의사표시를 통해 채권을 취득할 뿐이고, 대가관계를 새삼 기다려 지위를 얻지 않는다. 이런 측면에서 본다면 기본관계를 기초로 대가관계가 이후에 체결되었다는 사실이 해제로부터 보호되는 제3자에서 '기본관계를 기초로 새로운 이해관계를 얻은 자' 요건에 대한 평가를 달리할 수 있는 사정인지는 의문이다. 수익자는 해제 가능성이 내재된 기본관계를 통해 급부를 받은 것이고, 해제된 계약에 기초하여 새로운 이해관계를 맺은 자로 평가할 수 없는 이상 등기·인도 등 완전한 권리를 갖추었는지와 무관하게 보호될 수 없다(제3장 제2절 II. 참고). 약정해제권과의 균형이나 낙약자로 하여금 기본관계에 대하여 수익자에게 항변할 수 있도록 규정하는 민법 제542조의 규정 취지를 생각했을 때도 그렇다.

구체적 타당성의 측면에서도 2021년 판결의 입장은 타당하지 않다. 물론 2005년 판결과 2021년 판결은 결론에 있어 수익자의 반환의무를 부정한다는 점에서 같다. 그러나 2005년 판결은 계약법의 기본원리를 논거로 삼은 반면, 2021년 판결은 민법 제548조 제1항 단서 보호규정을 들고 있다. 바로 이런 논거의 차이로 2021년 판결은 요약자의 물권적 청구권을 봉쇄한다는 문제가 있다. 물건을 급부한 경우와 금전을 급부한 경우 사이 반환의무자가 사실상 달라지는 결론이 일견 타당하지 않게 느껴질 수 있으나, 자세히 따져보면 그렇지 않다. 물건을 급부한 경우 급부자의 입장에서는 그 특정물을 반환받는 것이 중요한 반면, 금전을 급부한 경우는 반환의무자의 책임재산이 더욱 중요해지기 때문이다. 물건의 급부반환이 '무엇을 돌려받는가'의 문제라면, 금전의 급부반환은 '누구로부터 돌려받는가'의 문제이다. 2005년 판결의 금전반환청구는 민법 제548조에 근

거한 계약상 원상회복청구를 권원으로 하는 반면, 2021년 판결의 원물반환청구는 물권적 청구권과 계약상 원상회복청구 모두 청구원인이 된다. 2021년 판결은 그럼에도 민법 제548조 제1항 단서에 수익자를 포함하여 채무자의 원물반환을 봉쇄시키고, 수익자에게 이론적으로 근거 없는 이익을 부여하고 있다. 해당 판결의 결론에 반대한다.

채권질권에 관해서는, 제3자를 위한 계약에 비해 채권양도의 구조와 더욱 유사한 측면이 있기 때문에 채권양도에 관한 설명의 상당 부분이 적용될 수 있다. 채권질권자가 민법 제353조 제1항, 제2항에 의하여 직접 청구하는 경우에는 채권양도 사안과 같이 질권설정자와 질권자 사이의 피담보채권의 추심이 아니라 제3채무자와 질권설정자 사이에 발생한 입질채권의 추심이 이루어지는 것이므로,[109] 질권자가 제3채무자로부터 실제로 급부를 수령하였는지 여부와 관계 없이 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에는 포함되지 않는다고 새겨야 할 것이다. 다만, 입질채권의 계약해제가 민법 제352조상의 권리처분제한에 위배되어 질권자에게 이로써 대항할 수 없다고 볼 여지도 있고, 이에 대해서는 학설 또는 판례상 논의를 찾기 어렵다.[110] 생각건대 적어도 채무불이행에 의한 해제권 행사는 면제, 포기, 경개, 상계 등과 달리 계약관계에 내재되어 있는 전형적 위험이고, 제3채무자에게 반대채권의 이행을 받지 못하고 있음에도 질권자에게 급부이행을 강제할 수는 없으며, 채권양도법에서 민법 제452조상 항변차단효의 범위에 채무불이행으로 인한 계약해제가 제외된다는 점과의 균형을 생각하면, 이 경우에도 질권자는 계약해제의 영향을 받는다고 새겨야 한다.

109) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결.

110) 취지가 분명하지는 않으나, 김용덕 편, 주석민법 물권법(3) 제5판(한국사법행정학회, 2020), 710면(이태종 집필부분)은 해제가 가능하나 민법 제352조로 인하여 질권자에게 대항하지는 못한다는 입장을 취하는 듯하다.

제 4 장 부당이득법적 해결의 문제점

제 1 절 문제의 소재

채권양수인은 등기·인도 등으로 완전한 권리를 갖추었는지를 불문하고 민법 제548조 제1항 단서의 제3자라고 볼 수 없음은 앞서 살핀 바와 같다. 그렇다면 채무자는 양수인에게 해제로 대항할 수 있게 되는데, 이때 채권양수인이 채무자로부터 받은 급부를 직접 원상회복의무를 부담하는지는 별도의 문제로서 검토될 필요가 있다.[111] 종래의 다수 견해는 이 문제를 이른바 다수당사자 사이 부당이득반환 이론을 중심으로 논의하였다. 이러한 논의의 평면에서 크게 두 가지 견해가 대립하고 있다. 첫 번째 견해는 채무자와의 관계에서 계약당사자인 채권양도인이 원상회복의무를 부담한다는 입장이다. 두 번째 견해는 채무자로부터 급부를 수령한 채권양수인이 반환의무를 부담한다는 입장이다. 이하에서는 편의상 전자를 양도인 반환설, 후자를 양수인 반환설로 부르기로 한다.

두 학설 및 판례의 태도에 대한 구체적 평가를 하기 이전에, 먼저 각각의 입장이 어떠한 이론적 전제를 가지고 있는지에 대한 정확한 이해가 선행될 필요가 있다. 양수인 반환설과 양도인 반환설은 모두 비통일설(유형론), 그중에서도 급부부당이득의 개념에 기반하여 논의되는 경우가 대부분이기 때문이다. 부당이득반환청구권의 성립요건인 '법률상 원인 없이'의 의미를 이해하는 방식을 두고서, 이른바 통일설과 유형론 사이의 대립이 있다는 점은 주지의 사실이다. 그중에서도 유형론의 핵심적 기여는 급부부당이득 유형을 따로 분리하여, 급부자와 그 상대방을 확정하게

111) 제3자를 위한 계약의 제3자가 해제로부터 보호되는 민법 제548조 제1항 단서상의 제3자에 해당하지 아니하나, 그렇다고 당연히 계약해제로 인한 원상회복의무를 부담하는 것은 아니라고 하여 양자의 문제를 명백히 분리하고 있는 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573(미간행) 판결도 같은 입장에서 두 문제를 분리하여 판단하고 있다.

되면 이익과 손실을 따로 증명할 필요가 없게끔 하였다는 점에 있다. 우리나라에도 복잡하고 다양한 부당이득의 법률관계를 논리적으로 정치하게 설명할 수 있다는 점에서 유형론을 지지하는 견해가 힘을 얻고 있으며,[112] 이에 입각한 판례들도 이미 제출된 바 있다.[113]

그러나 통일설과 비통일설 사이의 관계가 완전히 대립적이라거나, 양립불가능한 것이라고 생각되지는 않는다. 무엇보다도, 후술하듯이 비통일설의 핵심 개념인 급부부당이득법상 '급부'의 개념이 시간과 문제상황의 맥락에 따라 계속해서 변화해왔으며, 그러한 변화의 원인에는 문제상황에 대한 '공평한 해결'이 끊임없이 고려되었기 때문이다. 따라서 비통일설의 핵심적 기여가 있다면, 이는 종래 공평설에서 다소 추상적인 언어로 고려되어왔던 부분들을 보다 구체적으로 적시하였다는 점에 있다.[114] 삼각관계에서의 부당이득반환문제를 해결하기 위한 기준으로 그간 제시되었던 많은 이론은 크게 3가지 평가 기준을 고려한 것으로 요약할 수 있다. 첫째는, 급부자와 급부 상대방이 누구인지를 기준으로 급부부당이득반환관계를 확정하려는 것이다. 이는 급부부당이득이라는 유형이 급부자와 급부 수령자를 확정하는 순간 이익과 손실 요건이 충족된다는 점을 강조하는 견해이다. 둘째는, 이른바 카나리스(Canaris)의 세 가지 접근 방법을 고려한 실질적 평가기준설이다. 이는 계약당사자들 사이 무자력위험의 분배와 항변·대항 사유의 유지를 고려하여 반환상대방을 결정하려는 견해이다. 셋째는, 근래 국내에서도 유력하게 제기되고 있는 견해로서, 물권법적 평가기준을 참조하는 견해이다. 이는 물권법(특히 선의취득법)상 보호 여부를 반환상대방 결정에 참조하는 견해이다. 이외에도 법경제학적 평가를 도입하려는 정책적 관점이 제시된 바 있는데, 이에 대해서는 후술하도록 한다.

---

112) 김용덕 편, 주석민법 채권각칙(5) 제5판(한국사법행정학회, 2022), 730면(이계정 집필부분)(이하에서 이 책을 인용할 때는 "주석민법 채권각칙(5)"라고 한다).
113) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다98706 판결; 대법원 2011. 6. 10. 선고 2010다40239 판결.
114) 이와 같은 입장으로, 양창수·권영준 (2017), 500면 참조.

제 2 절 삼각관계에서의 부당이득반환 법리

I. 급부자와 급부수령자 결정

1. 직접적 재산이동

독일 민법이 시행된 후 초기에는 급부부당이득의 성립요건 중 하나로서 직접적 재산이동(unmittelbare Vermögensverschiebung)이 요구되었다.[115] 이는 급부목적물인 재화의 이동경로를 따라 부당이득반환관계를 확정하고자 한 것으로 볼 수 있다. 단순히 재화의 이동이 가장 가시적이고 직관적으로 청산관계를 확정한다는 데에 그 이유가 있던 것은 아니다. 오히려 이러한 이론은 기본적으로 계약당사자가 아닌 제3자와 사이에 직접 부당이득반환이 이루어지는 것을 배제하고자 하는데 그 목적이 있었다고 생각된다.[116] 그에 대한 근거는, 직접적 재산이동이라는 관점에서 급부자와 급부수령자를 확정하고자 하는 이론이 그러한 목적에 합치하도록 변화하였다는 점에서 찾을 수 있다.

직접적 재산이동이라는 급부부당이득법상 개념이 계약당사자 사이의 청산을 유도하는데 기여한 예로는 이중흠결 사안을 들 수 있다. 예컨대

115) 정태윤, "독일에서의 채권양도에 있어서의 부당이득의 삼각관계론", 법학논집 제12권 제1호(2007b), 166면.

116) 물론 이론의 발전 과정에서 이러한 목적의식이 분명하게 수반되었다고는 볼 수 없을 것이다. 후술하겠으나 계약당사자 사이의 청산이라는 문제의식이 직접적이고 명시적으로 이론에 반영된 것은 카나리스(Claus-Wilhelm Canaris)의 주장에 이르러서야 발견할 수 있다. 그렇지만, 급부개념이 발달하게 된 문제상황의 맥락들을 살펴볼 때, 계약당사자가 아닌 제3자와의 관계에서 청산이 이루어짐으로써 독일 민법의 부당이득법과 밀접한 관련이 있는 물권행위의 무인성론이 사실상 무의미해지는 것에 대한 거부감은 적어도 묵시적으로나마 존재했던 것으로 보인다.

甲-乙, 乙-丙 사이 계약관계가 존재하고 甲이 乙에게, 乙이 丙에게 순차적으로 이행했다고 가정해보자. 여기서 甲-乙, 乙-丙 사이 계약관계가 무효, 취소, 해제 등으로 소멸될 경우 甲이 丙으로부터 직접 부당이득반환을 청구할 수 있는지 문제 된다. 부당이득의 일반적 요건에서 따질 때 甲의 이행으로 丙이 법률상 이득을 얻은 바를 부정하기 어려우나, 직접적 재산이동의 관점에서 볼 때 丙에 대한 청구는 부정되고, 계약당사자인 甲-乙, 乙-丙 간 청산이 유도된다는 점에서 직접적 재산이동 개념이 도입된 실익이 있다.

그럼에도 불구하고 직접적인 재산이동의 관점에서 부당이득반환관계를 청산하려는 초기의 관점은 계약당사자 사이의 청산을 유도하는 역할을 수행하기에 문제점이 있었다. 연속된 급부의 이중흠결 사안에서 직접적 재산이동이 일정 부분 계약당사자 사이의 청산을 유도했던 것은 사실이나, 지시취득의 상황에서는 재산이동이 지시를 받은 자와 지시취득자 사이에 이루어지기 때문이다. 실제로 이후 삼각관계의 부당이득반환문제에서는 지시취득 사안과의 비교를 중심으로 논의가 전개된다.

2. 당사자들의 인식을 고려한 급부개념

이러한 지시취득의 사안을 해결하기 위해 단순히 재화의 이동으로서 급부 개념을 파악할 것이 아니라, “의식적이고 목적지향적으로 행하여진 타인의 재산증가행위”(bewußte, zweckgerichtete Vermehrungfremden Vermögens)로 급부 개념을 확장시켜야 하고, 이에 따라 급부자와 급부수령자를 확정하여야 한다는 견해가 제출되었다.[117] 이는 기본적으로 급부자와 급부 수령자 사이의 관념의 일치에 보다 주목하는 견해로 볼 수 있는데, 급부자의 목적적 의식을 갖춘 변제지정과 급부 수령자의 시계(視界)에서의 인식을 종합하여 급부자와 급부 수령자를 확정하게 된다. 당사

117) 곽윤직 편, 민법주해(XVIII)(박영사, 1992), 208면 이하(양창수 집필부분)(이하에서 이 책을 인용할 때는 민법주해(XVIII)로 인용한다); 정태윤 (2007b), 168면.

자들 사이의 관념을 기준으로 부당이득반환관계를 확정하기 때문에, 계약당사자 확정의 문제와 유사하게 양 당사자의 관념이 불일치하는 경우 수령자의 관점에서 합리적인 인식을 기준으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

실로 이렇듯 당사자들의 인식(최종적으로는 수령자 인식)을 기준으로 급부자 및 급부수령자를 확정하게 되면 앞서 언급한 지시취득의 사안에서 계약당사자가 아닌 제3자와 사이에 계약이 청산되는 것을 막을 수 있다. 예컨대 지시를 받은 자가, 자신이 계약관계에 있는 지시자에게 급부한다는 생각으로 지시취득자에게 재화를 취득하게 하였다면, 적어도 지시를 받은 자와 지시자 사이에서는 급부와 급부 상대방을 계약당사자와 동일하게 확정할 수 있을 것이기 때문이다. 한편 지시자와 지시를 통해 권리를 취득한 자 사이에서는 그들 사이의 원인관계에 따라 그러한 지시와 권리취득이 이루어졌을 것이므로, 취득자의 관점에서는 비록 지시를 받은 이로부터 재화를 수령하였더라도 이는 지시자와의 원인관계를 통하여 취득한 것으로 인식하는 것이 합리적이다.

그러나 이러한 급부이론의 등장으로 모든 문제가 해결된 것은 아니다. 무엇보다도 '합리적인 관점에서 급부자 또는 급부수령자의 인식'을 따지는 것이 용이하지 않은 문제상황이 제출되었기 때문이다. 그 대표적인 문제상황이 제3자를 위한 계약과, 계약관계와 급부관계가 분열되는 양상을 보이는 채권양도 사안이다.[118] 비록 이 논문에서 집중적으로 다루고자 하는 주제는 후자이나, 이해의 편의상 제3자를 위한 계약에서 발생하는 문제를 먼저 간략하게 설명하고자 한다.

제3자를 위한 계약에서는 요약자와 낙약자 간 기본관계와 요약자와 수익자 간 대가관계가 존재한다. 이러한 구조는 요약자를 매개로 두 개의 법률관계가 독립적으로 존재한다는 점에서 지시취득의 문제상황과 구조가 다르지 않다. 그럼에도 불구하고 제3자를 위한 계약을 통해서 수익자가 직접 낙약자에 대한 채권을 취득하게 되므로, 수익자가 낙약자로부터

118) 민법주해(XVIII), 208면.

직접 급부를 수령하게 되면 급부자가 누구인지 가리기가 상당히 어려워진다. 지시취득의 관점에서 낙약자는 요약자와의 기본관계에서 급부를 한 것이고, 수익자는 요약자와의 대가관계에서 급부를 수령한 것이지만, 동시에 수익자는 낙약자에 대해 직접 이행청구권을 갖기 때문이다. 바로 이러한 측면에서 제3자를 위한 계약에서 급부 방향이나 지정은 대단히 모호하고 자의적인 해결로 귀결될 공산이 크다.

이에 대해 판례는 ①수익자에 대한 낙약자의 급부는 기본관계에서 발생한 급부에 불과하고, ②수익자의 급부수령은 대가관계에서 적법하게 취득한 것이며, ③자기 책임 하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가하는 것은 타당하지 않다는 이유로 낙약자의 수익자에 대한 직접 부당이득 반환청구는 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다는 입장이다.[119] 이에 대해서 상세한 평석을 하는 것은 이 논문의 범위를 초과하는 것이지만, 계약당사자 사이 청산이라는 계약법적 원칙을 고수했다는 점에서 판례의 결론이 타당하다고 생각된다. 다만 급부관계를 엄격히 따질 때 수익자가 낙약자에 대해 직접 이행청구권을 갖는다는 점을 어떻게 급부부당이득법의 논리로 정당화할 수 있는지에 대한 논거가 제시되어있지 않은 점은 아쉬움이 남는다. 이 점은 채권양도 사안과도 무관하지 않은 것이므로, 제4장에서 보다 상세히 논한다.

3. 카나리스(C.-W. Canaris)의 실질적 평가기준

이에 독일의 카나리스(Claus-Wilhelm Canaris)는 채권양도나 제3자를 위한 계약이야말로 목적론적 급부개념의 한계를 보여주는 대표적인 예라고 지적하며, 부당이득 반환의 당사자 확정 문제는 다음과 같은 이른바 '실질적 평가기준'에 근거해야 한다는 입장을 제출하였다.[120] 첫째, 하자 있

119) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566 판결; 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018다204992 판결.
120) 주석민법 채권각칙(5), 778면.

는 계약의 당사자들은 원래 계약에서 가지고 있던 항변·대항 사유를 그대로 보유해야 한다. 둘째, 당사자들은 오직 계약상대방과의 관계에서만 무자력 위험을 부담해야 한다. 셋째, 당사자들은 계약상대방과 제3자 사이의 관계에서 발생하는 제3자의 항변으로부터 보호되어야 한다. 이러한 카나리스의 실질적 평가기준은, 당사자들 사이의 이익 상황을 고려하여 계약관계와 급부관계를 최대한 일치시키며, 결과적으로 독일 민법의 물권행위 무인성과도 합치되는 결과를 내고자 한 것으로 평가될 수 있다.

이상과 같은 논의에 비추어보면, 결국 부당이득 유형론, 그중에서도 급부부당이득법리는 이른바 계약법의 보충규범으로서 기능하며, 계약당사자 사이의 청산을 염두에 두고 발전해 온 것으로 보인다. 카나리스의 실질적 평가기준은 이를 전면에 내세웠다는 점에서 기여가 적지 않으나, 종래의 급부부당이득론도 '직접적 재산이동'에서 급부 개념을 당사자 사이의 관념을 고려하는 것으로 확장함으로써, 지시취득과 같이 계약당사자 간 재산이동이 직접적으로 이루어졌다고 보기 어려운 사안에서도 계약당사자 사이 청산을 유도하는 방향으로 발전해왔다는 사실에 유의할 필요가 있다.

4. 물권법적 평가의 고려

근래 국내에서도, 독일의 부당이득 논의가 주로 독일법상 물권행위의 무인성 원칙에 초점을 맞추어 이루어진다는 점에 착안하여, 물권법적(특히 선의취득법적) 평가를 부당이득 반환 시 고려하려는 입장이 제출된 바 있다.[121] 이는 물권법상 보호를 받는 제3자에게 부당이득 반환의무를 부과하여 다시 그 보호를 빼앗아서는 아니되고, 반대로 물권법상 보호되지 않는 사람은 부당이득법에 의해서도 보호되지 않는다고 하여, 물권법적 반환관계와 부당이득 반환관계를 되도록 일치시키려는 입장이라고 볼

121) 이동진 (2015), 291면.

수 있다. 그런데 부당이득 반환관계에서 가장 많이 문제가 되는 금전의 경우는 이러한 물권법적 평가가 어떻게 적용될 수 있을지 의문이다. 통설은 그간 금전의 경우 점유가 곧 소유라는 법리를 일관되게 발전시켜왔기 때문이다.[122]

기본적으로 물권법적 평가를 부당이득 반환상대방 확정에 전면적으로 고려하려는 견해는 ①금전과 비금전 사이 청산 상대방이 달라지는 것은 적절하지 않고 ②채무자에게 계약해제를 통하여 당연복귀한 소유권에서 기인하는 물권적 청구권과 계약당사자 사이 발생하는 원상회복청구권이 양립하는 것은 근거 없는 이중의 청구권 부여라는 문제의식에서 비롯된 것으로 보인다. 양자는 모두 계약당사자 사이의 청산을 중시하는 관점에서 비판과 대안 제시가 가능하다. 이에 관한 본격적인 논의는 제5장에서 후술하도록 하겠다.

5. 정책적 평가

정책적인 관점에서 부당이득법에 법경제학적 평가를 적극적으로 고려할 필요가 있다는 견해도 존재한다.[123] 이 견해에 따르면, 부당이득법을 해석함에 있어 경제적 효율의 증진이 고려되어야 하며, 특히 부당이득이 발생한 경우 생길 수 있는 분쟁으로 인한 피해를 최소화하는 방향으로 법리를 설계할 필요가 있다. 특히 본 장에서 다루고 있는 삼각관계에서의 부당이득의 경우 급부를 한 자가 실제로 이익을 얻은 자에 비하여 동시이행항변이나 담보 요구 등의 법적 수단을 통해 부당이득 발생 위험에 더 잘 대처할 수 있으므로, 최종수령자의 부당이득반환의무를 부정하는 편이 효율적이라고 한다.[124]

---

122) 양창수·권영준 (2017), 505면; 이러한 학설의 기원 및 비판에 대해서는 정병호, “금전은 점유하는 자가 소유한다는 이론비판ㅡ이론의 원조에 대한 비판을 중심으로ㅡ”, 법조 제65권 제1호(2016), 5-51면; 서을오, “금전에 있어서는 점유와 소유가 일치한다는 학설의 기원”, 법학논집 제21권 제2호(2016), 1-30면 참조.

123) 윤진수 (2014) 참조.

한 가지 주목할 만한 점은 해당 견해가 지시취득의 사안과 채권양도 사안에서의 삼각관계 부당이득의 경제적 구조가 유사하여, 법경제학적 관점에서는 양도인 반환설을 긍정하면서도, 법해석학적 관점에서 양수인 반환설을 지지하고 있다는 점이다.[125] 무엇보다도 양도인이 현실적으로 변제를 받은 것이 아니기 때문에 양도인에게 반환 대상이 되는 이익이 없다는 점에서, 법경제학적 고려에도 불구하고, 양수인 반환설을 지지하는 것으로 보인다. 이러한 측면에서 볼 때, 법경제학적 평가를 부당이득 반환에 고려하는 입장에서도 반환상대방 결정에는 여전히 다른 평가기준이 우선될 수 있음을 수긍하는 것이라고 볼 수 있다. 구체적 고려의 비중은 다르겠으나, 본 연구 또한 법경제학적 평가를 법해석적 관점에 우선하기보다도, 부수적인 기준으로서 고려하면 족하다는 입장이다.

II. 채권양도와 삼각관계 부당이득

1. 지시관계와의 유사성

앞서 서술한 이론적 배경을 토대로 볼 때, 삼각관계 부당이득의 관점에서 채권양도로 인한 급부 이후 계약해제 시 '당사자들의 인식을 고려한 급부개념'상 반환상대방과 '실질적 평가기준'으로 도출되는 반환상대방이 달라진다는 점을 쉽게 알 수 있다. 이 때문에 종래의 학설들은, '실질적 평가기준' 뿐 아니라 '당사자들의 인식을 고려한 급부개념'에서도 채권양도인에게 반환의무를 지울 수 있는지를 두고 치열하게 대립해왔다. 급부개념 논의의 평면에서는 결국 지시관계와의 유사성, 그중에서도 양수인과 양도인 사이의 계약관계상 채권이 채무자의 양수인에 대한 급부로서 만족되는지가 문제되었다. 우리 법원도 이러한 논의에 영향을 받

124) 위의 논문, 132면.
125) 위의 논문, 137면 이하 참조.

아, 지사관계와의 유사성을 염두에 둔 판시들이 여럿 제출되었다. 이하에서는 판례와 학설의 논의를 차례로 정리해본다.

2. 대법원의 입장

가. 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결

(1) 사안의 개요

수분양자인 원고는 시행사와 분양계약을 체결하며 계약금을 제외한 중도금 및 잔금을 피고 시공사 계좌에 입금하기로 약정하였다. 이러한 약정에 따라 원고는 분양대금 일부를 시행사와 피고 시공사에 나누어 납부를 하였다. 그런데 시행사가 공사기성금을 시공사에게 제때 지급하지 못하게 되자, 시행사는 피고 시공사에게 원고를 포함한 수분양자들에 대한 분양미수금채권을 양도하였으며, 이후 원고는 분양금 2,500만 원을 피고 시공사에 추가 납부를 하였다. 이러한 상황에서 원고와 시행사 사이 분양계약이 해제되자, 원고는 자신이 채권양도 이후 추가로 납부한 2,500만 원 부분의 부당이득반환을 청구하였다.

(2) 판결 요지

대법원은 우선 "민법 제548조 제1항 단서에서 규정하고 있는 제3자란 일반적으로 계약이 해제되는 경우 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말하고, 계약상의 채권을 양수한 자는 여기서 말하는 제3자에 해당하지 않는다고 할 것"이라고 하여 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다51685 판결에서 설시한 바와 같이 해제로 인해 보호받는 제3자의 범위에 채권양수인은 급부 수령 여부를 불문하고 포함되지 않는다는 법리를 재확인하였다.

나아가 대법원은 "계약이 해제된 경우 계약해제 이전에 해제로 인하여

소멸되는 채권을 양수한 자는 계약해제의 효과에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없음은 물론이고, 나아가 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다"[126]고 판시하며 이 경우 양수인을 부당이득반환청구의 상대방으로 보았다.

나. 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다77956 판결

(1) 사안의 개요

원고는 마찬가지로 수분양자이고, 피고는 자산신탁회사이다. 시행사인 주식회사 필러스건설은 이 사건 부지에 건물을 신축하는 사업과 관련하여 피고에게 부지를 신탁하는 내용의 분양관리신탁계약을 피고와 체결하였다. 또한 필러스건설은 피고, 시공사인 에이치엔종합건설 주식회사, 대출금융기관인 일산농업협동조합과 필러스건설이 이 사건 건물의 분양수입금 등의 수납, 관리, 집행을 피고에게 위임하고, 위 사업과 관련된 분양대금채권을 피고에게 양도하여야 한다는 내용의 사업약정 및 대리사무계약을 체결하였다.

이후 원고는 피고와 에이치엔종합건설이 참여한 가운데 필러스건설과 이 사건 호실을 분양받는 내용의 분양계약을 체결하였다. 위 분양계약에는 ①필러스건설은 원고에 대한 분양대금채권을 피고에게 양도하고 원고는 이를 승낙하며, ②원고는 분양대금을 피고 명의 계좌에 입금하고, ③원고는 분양관리신탁계약과 대리사무계약에 따라 피고가 분양대금을 관리하는 데 동의한다고 규정되어 있다.

이후 원고가 분양대금 중 계약금과 중도금을 피고 명의 계좌에 입금하였는데, 원고와 필러스건설 사이의 분양계약이 합의해제되어 원고가 피고를 상대로 부당이득반환청구를 한 사안이다.

(2) 판결 요지

126) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결.

대법원은 원고가 “분양계약에 따라 분양대금 지급 과정을 단축하여 피고에게 직접 분양대금을 납부”한 것이라고 판시하며 이를 단축급부 사안으로 보았다. 구체적으로 피고가 분양대금 수령한 것의 법률상 원인은 피고와 필러스건설 사이의 대리사무계약이므로, 실질적으로 필러스건설로부터 분양대금을 수령한 것으로서 그 법률상 원인이 없다고 볼 수 없다는 것이다. “또한, 피고는 대리사무계약이 해지되지 않는 한 적법하게 분양대금을 보유할 권리가 있고, 원고는 대리사무계약에 기한 피고의 위와 같은 권리 행사에 동의하면서 분양계약을 체결하였다. 만약 원고가 분양계약 해제에 따라 피고를 상대로 분양대금의 반환을 구하는 것을 허용한다면, 이는 원고가 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 피고에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라, 피고가 필러스건설과의 대리사무계약에 기하여 가지는 권리를 침해하게 되어 부당하다. 따라서 원고는 필러스건설과의 분양계약 해제를 이유로 하여 피고를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없다고 보아야 한다.”[127]

다. 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다8960 판결

(1) 사안의 개요

원고는 수분양자로, 피고 주식회사 리얼스페이스와 사이에 분양계약을 체결하였다. 해당 분양계약에서는 “신탁 및 대리사무”라는 제목 아래에서 ① 피고 케이비신탁이 사업부지 신탁등기 및 분양수입금 등의 자금관리를 담당하고, 그 외 매도인으로서의 책임을 지지 아니하며, ② 피고 리얼스페이스가 피고 케이비신탁에 분양대금채권을 양도하였다는 사실을 규정하고 있었다.

피고들은 원고들과 이 사건 각 분양계약서를 작성하기에 앞서 이 사건 분양관리신탁계약 및 대리사무계약을 체결하였는데, 해당 계약에서는 ①

127) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다77956 판결.

위 분양관리신탁계약이 구 건축물의 분양에 관한 법률(2009. 4. 1. 법률 제9593호로 개정되기 전의 것)에 근거하여 피고 리얼스페이스가 신탁부동산에 건물을 신축 또는 증축하여 분양하는 사업에 관하여 신탁부동산의 소유권을 보전·관리하여 피분양자를 보호하고 피고 리얼스페이스의 채무불이행 시에 신탁부동산을 환가·처분하여 정산함을 목적으로 한다는 점과 ② 피고 케이비신탁은 대리사무 신탁자로서 선관의무에 따른 분양수입금 관리계좌 개설 및 분양대금의 수납·관리와 자금관리계좌에서의 제반 비용 지급 등의 업무를 수행하며, 건축물분양법 등 관련 법령에 따라 그 효력을 가진다는 취지가 규정되어 있었다.

원고가 분양계약에 따라 피고 케이비신탁에게 분양대금을 지급한 뒤, 분양광고가 허위광고의 정도를 넘어 기망행위에 해당한다는 점을 주장하였다. 법원은 사기에 의한 계약취소를 인정하였는데,[128] 이때 피고 케이비신탁을 상대로 지급한 분양대금을 부당이득으로 반환받을 수 있는지가 문제된 사안이다.

(2) 판결 요지

대법원은 "① 피고들은 건축물분양법 및 건축물분양법 시행령의 관련 규정들에 근거하여 제1심 판시 이 사건 상가의 분양에 관하여 위 분양관리신탁계약 및 대리사무계약을 맺은 후, 원고들과 이 사건 각 분양계약을 맺으면서 그 내용을 반영하여 이 사건 분양계약 조항과 같이 약정하였다고 보이고, ② 피고 케이비신탁이 이 사건 분양계약 조항에 따라 원고들에 대한 분양대금채권을 양도받았다 하더라도 이는 건축물분양법령과 위 분양관리신탁계약 및 대리사무계약에서 정한 바에 따라 신탁재산

128) 따라서 해당 판결은 해제에 따른 원상회복의무와 관련된 사안은 아니다. 그러나 판례가 삼각관계의 부당이득반환 문제로 해당 사안을 보며 계약의 해제와 취소, 무효의 경우를 구별하지 않고 있고, 실제 판결 내용에서도 "법률관계에 무효 등의 흠이 있다거나 그 계약이 해제되었다는 이유로"라고 판시하고 있으므로, 해제 시 원상회복의무자 결정 문제와 동일한 주제로 취급하여 판례의 논리를 분석하더라도 별다른 문제가 없을 것으로 생각된다.

을 이루는 분양수입금의 관리 및 그 분양수입금에 의한 분양대금의 우선적 정산 등의 업무처리를 위한 것으로 보이며, ③ 결국 피고 케이비신탁은 원고들에 대한 관계에서 이 사건 각 분양계약에 관하여 피고 리얼스페이스와 같은 매도인으로서의 책임을 지지 아니하고 다만 위 분양관리신탁계약 및 대리사무계약에 의하여 위 분양수입금을 보유하면서 그 관리 및 정산 등의 사무를 처리할 뿐이므로, 피고 리얼스페이스가 이 사건 각 분양계약에 의한 분양대금 수령자로서 분양계약의 취소에 따라 분양대금에 관한 부당이득반환의무를 지며, 원고들은 분양계약의 취소를 이유로 피고 케이비신탁을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없다고 할 수 있다"[129]고 판시하며 양도인인 피고 리얼스페이스를 상대로 반환을 구해야 한다는 점을 들어 원고의 상고를 기각하였다.

라. 판시의 배경과 맥락

가. 항에서 논한 2000다22850 판결(이하 "제1판결"이라고만 한다)과 나. 및 다. 항에서 소개한 2014다77956 판결(이하 "제2판결"이라고만 한다)과 2013다8960 판결(이하 "제3판결"이라고만 한다)은 결론에 있어서나 논리 전개 방식에 있어서나 몇 가지 두드러지는 차이가 있다.

우선 제1판결의 경우, 논리 전개의 측면에서만 보더라도 불충분하다는 문제가 있다. 전술한 바와 같이 채권양수인이 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 아니한다는 것과 채권양수인이 직접 원상회복의무를 부담한다는 것은 별도의 문제이다. 그런데도 제1판결은 채권양수인이 계약의 해제로부터 보호되는 제3자가 아님을 밝힌 뒤, 별다른 논증 없이 채권양수인이 "특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다"라고 선언하고 있다.[130] 제1판결이 참조판

129) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다8960 판결.
130) 다만 "채무자로부터 이행받은 급부"라는 판시 부분에서, 해당 판결이 급부부당이득반환법리에 따라 문제를 해결하고 있는 것으로 추론할 수 있을 뿐이다.

결로 명시하고 있듯이, 계약상 채권의 양수인이 민법 제548조 제1항 단서상의 보호되는 제3자가 아니라는 점은 이전에도 대법원에서 판단된 바 있다.[131] 반면 위 상황에서 반환의무자 결정 문제는 해당 판결이 이 문제에 관하여 명시적으로 판단했던 첫 번째 판결이었음에도, 제1판결은 이 점에 대해서 별다른 이유를 기재하지 아니한 것이다. 이러한 논리전개는 제3자를 위한 계약 사안인 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573(미간행) 판결에서 제3자 보호문제와 반환의무자 결정의 문제를 분리하여 판시하였던 바와도 합치하지 않고, 제2판결과 제3판결이 단축급부라는 명확한 논거를 제시(후술하는 바와 같이 논리적인 측면에서 이러한 논거에도 문제가 없지 않다)하였던 점과도 대비된다.

다음으로 제2판결 및 제3판결과 제1판결의 결론이 달라졌음에도 세 판결은 모두 유효하게 남아있는 상태인바, 결론을 달리하게 된 사안의 구조 차이를 더욱 섬세하게 살필 필요가 있다. 제1판결에서 양도인과 양수인 사이 양도계약의 체결 경위 및 성격은 명시적으로 드러나 있지 않으나, 해당 판결의 원심인 서울고등법원 2000. 4. 4. 선고 99나35999 판결에 의하면 시행사가 시공사에 대해 공사대금채권을 제때 지급하지 못하게 되자 "그 공사대금의 지급을 위하여"[132] 분양대금채권을 양도하였음을 알 수 있다.

반면 제2판결과 제3판결에서 양도계약의 체결 경위 및 그 성격은 분양관리신탁 및 대리사무계약이었다. 그중에서도 분양대금채권의 양도와 핵심적으로 관련되는 부분은 대리사무계약이다. 건축물의 분양에 관한 법률 시행령(이하 "건축물분양법 시행령"이라고만 한다) 제3조는 분양관리신탁 및 대리사무계약의 체결을 강제하고 있는데, 그중에서도 동조 제2항 제1호는 신탁업자로 하여금 분양대금과 대출금을 관리하기 위한 계좌를 개설하도록 하고, 제2호는 시행사로 하여금 분양대금채권을 신탁업자에게 양도하도록 규정하고 있다. 제2판결과 제3판결에서도 모두 이 건축

131) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다51685 판결 등 참조.
132) 서울고등법원 2000. 4. 4. 선고 99나35999 판결.

물분양법 시행령에 따라서 분양대금채권이 양도된 것이었다. 건축물분양법 시행령이 이러한 대리사무계약을 의무적으로 체결하도록 규정하는 취지는 자금관리계좌를 통한 분별관리의무 이행으로 시행사는 물론 신탁업자의 고유재산과도 독립하여 도산절연의 효과를 취하는 것에 있고, 신탁의 수익자는 특별한 사정이 없는 한 시행사로 보아야 한다고 한다.[133]

제1판결과 제2, 3판결은 채무자로부터 급부를 받은 자에 대하여 평가를 달리하였고, 바로 그 점 때문에 결론이 달라졌다고 볼 수밖에 없다. 제1판결이 명시하고 있지는 않지만 양수인이 "채무자로부터 이행받은 급부"를 반환해야 한다고 판시하였고, 제2판결은 "단축급부" 사안임을 명시하였으며, 제3판결은 양도인이 "분양계약에 의한 분양대금 수령자"라고 판시하고 있기 때문이다. 요컨대 신탁업자가 수령한 분양대금을 시행사가 받은 것으로 '의제'한 것이다. 그런데 그러한 의제의 근거는 무엇인지에 대해서는, 제2판결과 제3판결이 침묵하고 있다.

앞서 살핀 바와 같이 건축물분양법 시행령 제3조 제2항은 시행사로 하여금 신탁업자에게 분양대금채권을 양도하도록 규정하고 있다. 따라서 해당 사안에서는 통상의 채권양도와 마찬가지로 소위 단축급부 상황의 '보상관계'를 따로 감각할 수 없다. 양수인과 양도인 사이에 "또 다른 급부원인"이 전제되어 있는 경우(이 사안에서라면 신탁계약이 될 것이다)에는 이를 보상관계로 보아 재산의 경유적 이전과 동시변제효를 인정할 수 있다는 견해도 있으나,[134] 역시 근거 없는 의제에 불과하다. 시행사가 신탁업자에게 부담하는 법정의무는 '분양대금채권을 양도할 의무'이지 '분양대금을 급부할 의무'가 아니기 때문이다. 이는 건축물 분양법 시행령의 채권양도강제 규정이 시행사가 수분양자로부터 분양대금을 급부받는 것을 차단하여 시행사의 자금유용을 막으려는데 그 취지가 있다는 점을 고려할 때 더욱 명백하다. 오히려 제1판결의 채권양도체결원인이 대물변제일 경우 양수인으로서는 채무자의 급부로서 자신의 양도인에 대한

133) 이계정 (2021), 808-809면 참조.
134) 윤지영 (2019), 648-649면.

채권이 만족을 의사가 있다고 평가할 여지가 있다. 물론 이 또한 구조상 보상관계가 존재한다고 말할 수는 없을 것이다.

그렇다면 본 논문에서 주장하는 바와 같이, 위 3차례의 걸친 대법원의 판시와 이를 둘러싼 해석이 겪는 혼란을 감안할 때, 이른바 채권양도 사안에서는 급부부당이득법리에 따른 해결이 계약당사자 사이의 청산을 더 이상 유도하지 못하게 되었고, 이에 따라 당사자들 사이 무자력 위험분배나 항변사유의 주장기회의 박탈의 측면에서 나타나는 문제점이 미해결의 상태로 남게 되었다고 평가하는 편이 타당하지 않을까? 나아가 기왕에 위와 같은 이유로 반환의무자를 급부수령자 대신 계약당사자로 볼 것이라면, 실질적 평가기준설에 따라서 급부부당이득의 법리를 수정하는 것보다는 계약해제의 경우 당사자들 사이의 청산을 기본적인 원칙으로 삼는 편이 더욱 간명하고 논리적인 해결이 아닌가? 이하에서는 이러한 문제의식 하에서 기존에 제출된 학설들을 검토한다.

3. 학설

가. 양도인 반환설

이상과 같은 문제상황에서 채무자가 양도인으로부터 부당이득반환을 받아야 한다는 입장은 다음과 같은 근거를 제시한다.

첫째, 채무자의 양수인에 대한 반환청구는 '일방당사자의 무자력 위험은 그를 계약상대방으로 선택한 자가 부담하여야 하고 제3자에게 전가해서는 안 된다'고 하는 계약법원칙에 어긋난다. 이러한 논거는 ①하자 있는 원인관계의 당사자들은 다른 당사자에 대한 항변사유를 그대로 보유하여야 하고, ②계약상대방과 제3자 사이에 발생한 항변사유로부터는 보호되어야 하며, ③모든 당사자는 계약상대방의 무자력만을 부담해야 한다는 독일의 실질적 평가기준설의 주장에 영향을 받은 것으로 보인다. 구체적으로는 양수인이 반환의무자가 되면 기본계약의 당사자인 매도인

은 동시이행항변 등을 주장할 기회를 박탈하게 되고, 채무자에게 동시이행항변을 우회할 수 있는 길을 열어주게 되며, 채무자가 계약상대방으로 선택하지도 않은 양수인의 무자력을 부담하게 되어 부당하다는 지적이다.[135]

둘째, 채무자가 자신이 동의하지 않은 채권양도를 이유로 불리해지는 것은 채권양도법의 기본원칙에 반한다.[136] 채무자는 채권양도 합의의 당사자가 아니며, 통지나 승낙 등으로 제한된 참여의 기회만을 부여받는다는 점을 강조한 견해이다. 민법이 양도인에게 가지고 있던 종전 대항 사유로써 양수인에게 대항할 수 있게 하는 등 채권양도거래에 참여하지 않는 채무자를 보호하는 조치를 두고 있다는 점과도 궤를 같이한다고 평가할 수 있는 논리이다.

셋째, 채권양수를 통한 권리취득과 단축급부의 상황은 법적으로 유사한 구조를 가지고 있다.[137] 채권양도는 통상 양수인과 양도인 사이 법률관계에서 양도인의 의무 이행을 위하여 이루어지고, 이때 채무자의 양수인에 대한 급부를 통해 양도인이 양수인에 대하여 부담하는 채무도 소멸하게 된다는 점을 근거로 삼는다.

넷째, 채권양도인은 채무자의 양수인에 대한 급부로 인하여 일정한 이익을 얻었다. 그러나 이러한 이익의 내용이 무엇인가에 대해서는, 양수인에 대한 채무로부터의 해방, 또는 담보책임으로부터의 해방에서 찾을 수 있다는 독일의 견해가 소개된 바 있으나, 국내에서는 오히려 채무자의 출연 자체에서 구하는 견해가 다수인 것으로 보인다.[138]

---

135) 이계정 (2021), 818면. 특히 항변사유와 관련하여 앞서 분석한 제2판결 및 제3판결의 사안에 대입해보면, 신탁업자는 대리사무계약에 따른 자금집행순서와 관련된 항변을 수분양자에게 주장할 수 없게 되고, 수분양자의 목적물 인도의무에 대한 동시이행항변권도 주장할 수 없어 부당하다고 한다. 이에 대해서는 이계정(2021), 822면 참조.

136) 최수정 (2005), 319면.

137) 정태윤 (2016), 164-170면.

138) 최수정 (2005), 327면; 이상훈, “계약법의 기본원리에 따른 3각관계 부당이득 사안해결-DCFR과의 비교를 중심으로-”, 재산법연구 제34권 제1호(2017), 105면; 이계정(2021), 820면.

나. 양수인 반환설

반면 채무자가 양수인으로부터 부당이득반환을 받아야 한다는 입장은 다음과 같은 논거를 제시하고 있다.

첫째, “당해 채권의 발생원인인 계약이 그 효력을 소급적으로 상실하였으므로, 양도의 대상인 채권도 애초부터 발생하지 아니한 것으로 다루어진다. 따라서 채권양수인은 처음부터 당해 채권양도에 의하여 아무런 권리도 취득하지 못하였던 것이 된다. 그러므로 그가 채무의 변제로서 수령한 급부도 이제 그 법률상 원인이 없는 것이 되어, 이를 그 급부를 행한 채무자에게 반환하지 않으면 안 된다.”[139] 이러한 논거는 급부부당이득반환법리나 실질적 평가기준설 등에 의존하기보다, 계약해제의 직접적 효과설과 부당이득반환법리의 일반적 요건의 결합으로 문제를 해결한다고 볼 수 있다.

둘째, 채권양도인은 이미 채권양도 시점에 급부 목적에 관한 권리통제력이 없고, 급부 목적물은 전적으로 양수인의 손에 맡겨지는 까닭에, 양수인이 양도인을 통하여 급부를 취득하였다고 볼 여지가 있는 지시취득과는 다른 구조이다.[140]

셋째, 이상의 논거와 같은 맥락에서, 채권양도 사안에서는 채무자가 양도인에 대하여 어떠한 급부를 한다고 볼 수 없으므로, 양도인에게는 반환의 대상이 되는 이익이 존재하지 않는다.[141] 또한 양도인 반환설에서 양수인의 출연 자체가 양도인의 이익이라는 논거는 근거 없는 의제에 불과하다. 이러한 의제로 인하여 무상 또는 저가양도에서 양도인의 이득액과 양수인의 이득액이 달라지게 되며, 현존이득 감소 여부를 어떻게 결

139) 양창수, “매매대금채권 일부의 양수인이 대금을 수령한 후에 매매계약이 해제된 경우 그 금전반환의무는 매수인의 목적물인도의무와 동시이행관계에 있는가?”, 민법연구 제7권(박영사, 2005), 371면.
140) 이동진 (2015), 294면.
141) 윤진수 (2014), 138면.

정할지도 알 수 없게 된다.[142]

넷째, 채무자는 양수인이 무자력이어서 자신의 급부를 반환받을 수 없을 때 양도인의 원상회복청구에 대하여 이익이 현존하지 않는다는 항변을 할 수 있다.[143]

다섯째, 양도인 반환설은 양수인의 무자력을 부담하게 되는 것이 채무자에게 불이익한 것이므로 채권양도법의 기본원칙에 반한다고 주장하나, 채권양도법에서 고려하는 채무자의 불이익이란 항변·대항 사유에 관련된 것일 뿐이고 무자력 위험을 배분하는 것은 채권양도법의 고려 대상이 아니다.[144]

마지막으로 양수인 반환설은 삼각관계 부당이득반환에 있어 이른바 '물권적 평가설'을 참조하는 것으로 보인다.[145] 이는 물권행위에 관하여 유인적 구성을 취하고 있는 우리 법제에서 계약이 해제될 경우 원상회복청구권(부당이득반환청구권)이 발생함과 동시에 소유권이 원소유자에게 당연복귀하여 물권적 청구권이 병존하게 됨을 지적하는 견해이다. 요컨대 양도인에 대한 원상회복청구권을 인정하여 가액반환이 가능해진다면, 채무자는 양수인에 대하여 물권적 청구권도 갖게 되므로, 근거 없는 이중배상의 문제가 발생한다는 것이다.

다. 개별 사안별 평가를 달리하는 견해

이러한 양도인 반환설과 양수인 반환설의 양자 대립구도에서 벗어나, 사안별로 평가를 달리해야 한다는 입장도 존재한다.[146] 이러한 태도는 판례의 입장과 조금 더 유사하다고 볼 수 있다. 이에 따르면, 양수인에 대한 급부가 이루어지는 시점에 양수인과 양도인 사이 또 다른 계약관계가

142) 이동진 (2015), 299면.
143) 이동진 (2015), 298면.
144) 이동진 (2015), 299면.
145) 이동진 (2015), 290-293면.
146) 윤지영 (2019), 647-653면.

잔존하고 있고, 이를 위하여 양도인이 변제 또는 담보제공을 하고자 채권을 양도한 것이라면 부당이득법상 단축급부로 평가할 수 있다고 한다. 예컨대 앞서 살펴 본 제2판결이나 제3판결과 같은 경우에는 신탁회사와 시행사 사이의 신탁계약이 채권양도 이후에도 존속하고 있었다. 따라서 수탁자의 입장에서는 신탁계약에 따라서 수분양자의 분양대금을 수령한 것으로 볼 수 있으므로, 지시취득과 유사한 구조가 있다.

이 견해는 신탁계약 외에 채권질권이나 채권양도담보로 인해 양수인이 급부를 수령한 경우도 지시취득과 유사한 구조로 볼 수 있다고 한다. 예컨대 양도담보권자가 양수채권을 변제받으면 그 범위 내에서 피담보채권이 소멸하는데,[147] 이는 지시취득에서 피지시자가 최종수령자에게 급부함으로써 최종수령자와 지시자 사이에 급부가 이루어진 것으로 보는 것과 구조가 유사하다는 것이다.

반면 채권의 매매나 대물변제와 같이, 급부 시점에 양수인과 양도인 사이 다른 급부원인이 존재하지 않는다면, 이는 지시취득의 경우와 달리 평가되어야 할 것이고, 양수인이 급부를 반환하는 것이 타당하다고 주장한다. 나아가 이 경우에까지 계약당사자 사이의 청산을 고집하는 것은 민법 제741조의 문언에 반하는 것으로서 도식적인 해결방식이고, 양도금지특약을 통해 채무자를 보호할 수 있으며, 이러한 특약이 보호에 미흡하다고 해도 이는 사실상의 불이익에 불과하여 어쩔 수 없는 문제라고 한다.

147) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다16660 판결.

제 5 장 채권양도인의 원상회복의무

제 1 절 계약법과 급부부당이득법리

I. 양도인반환설의 문제의식과 한계

양도인 반환설과 양수인 반환설 사이 차이는 어디에서 유래하는 것인가? 우선 양도인 반환설에 대하여 여러 가지 논거들이 제시되어있으나, 가장 결정적 문제의식은 양수인의 무자력 위험을 채무자에게 부담하게 하는 것이 계약 당사자 사이에서만 무자력의 위험을 부담한다는 계약법의 원칙에 반한다는 점으로 수렴하는 듯하다.

이러한 문제의식은 우리 법제도가 계약에 구속력을 부여하는 이유와도 밀접하게 연관되어 있다는 점에서, 기본적으로 양도인 반환설의 결론이 타당하다고 생각된다. 계약은 당사자의 자율적 선택에 따라 이루어진 것이기 때문에 비로소 구속력을 갖는다. 이러한 '자율적 선택'에는, 계약상대방 선택의 자유도 당연히 포함되어 있으며, 이러한 선택의 자유의 핵심적 부분에, 적어도 재산법적인 맥락에서는, 상대방의 자력에 대한 고려가 대단히 중요한 부분을 차지하고 있음을 부정할 수 없다. 양수인 반환설을 주장하는 측에서도 이 점을 잘 인식하고 있기 때문에, 양수인이 무자력일 경우 '현존이익 없음'을 이유로 양도인의 채무자에 대한 원상회복청구권(혹은 반대급부상환청구권)을 제한하자는 조정방안을 제시하는 것이다. 그러나 이러한 해결방안이 불충분하다는 점은 다언을 요하지 않는다. 예컨대 채무자가 양수인에게 선이행하고, 양도인은 아직 채무자에게 이행하지 않은 상황에서 계약이 해제된 뒤, 양수인이 원상회복의무를 부담하지만 무자력이어서 이행할 수 없는 경우, 채무자는 애초에 양도인으로부터 반대급부를 받지 못하였기 때문에 현존이익 없음의 항변으로 보

호될 수 없다.

반면 양도인 반환설의 가장 큰 약점으로 평가되는 부분은 채무자의 급부로 인하여 양도인이 받은 이익이 무엇인지 확정하기가 어렵다는 점이다. 이는 기본적으로 카나리스의 실질적 평가설을 따라서 급부관계와 별도로 부당이득반환관계를 설정할 때 발생하게 되는 본질적 문제이기도 하다.[148] 실제로 양도인 반환설을 취하는 측에서는 이러한 반론에 대하여 양수인에 대한 채무로부터의 해방, 담보책임으로부터의 해방 또는 채무자의 출연 자체에서 구하는 견해 등을 제시한 바 있으나, 이들 모두 구체적인 상황에서 그대로 적용되기 힘든 문제점이 있음은 앞서 양수인 반환설의 근거를 소개하는 과정에서 지적한 바와 같다. 이는 양도인 반환설의 핵심적 문제의식이 계약상대방이 아닌 제3자의 무자력위험을 채무자가 부담해야 한다는 계약법적 맥락에서 비롯되었음에도 불구하고, 급부부당이득이라는 유형론적 사고 내에서 삼각관계의 부당이득반환문제를 논의의 주된 평면으로 삼았던 것에서 기인한 문제로 생각된다.

양도인 반환설을 취하는 견해 중 하나로는, 계약상대방인 양도인이 아니라 양수인에 대해 반환청구권을 인정하면 전용물소권을 인정하게 된다는 점에서 비판하는 견해가 있다.[149] 이 견해도 시사점이 적지 않으나, 타당하다고 볼 수는 없다. 전용물소권의 주된 문제의식은 계약당사자 사이 반환청구권을 가지고 있는데도 불구하고 법률상 원인 없이 이익을 얻은 제3자를 상대로 반환청구를 구할 경우 근거 없는 이중의 청구권을 갖게 된다는 점에 있기 때문이다. 다만 전용물소권 이론은 주로 계약상대방이 얻은 이익을 찾기 쉽지 않고, 오히려 제3자가 이익을 얻었음이 더욱 명백한 상황에서도 계약당사자 사이의 청산을 중시한다는 점에서 채권양도 사안에 적지 않은 시사점을 주는 것은 사실이다.

결국 핵심은 채권양도 상황에서 양도인이 원상회복의무 부담할 경우 그 전제가 되는 '이익'이 무엇인지를 개념화하는 것이다. 양도인의 '이익'

148) 이동진 (2015), 299면.
149) 김준호, 민법판례 270선(집현재, 2017), 688면.

문제에 대해서는 아래에서 상술한다.

II. 계약법적 검토

1. 문언해석

부당이득반환의 요건으로서 양도인이 받은 '이익'을 명시하기 어렵다는 양도인 반환설의 한계는, 급부부당이득 법리가 계약법의 보충규범이라는 점을 의식하면서 계약법 규정들을 재검토할 때 비로소 극복될 수 있을 것으로 생각된다.

우리 민법은 계약법의 총칙 부분인 제548조 제1항에서 "각 당사자"가 "그 상대방에 대하여" 원상회복의무를 부담한다는 점을 명문으로 규정하고 있다. 여기에서 당사자와 상대방이 계약당사자 사이의 관계를 의미하는 것임에는 의문의 여지가 없다. 채권양도는 채권자의 변경을 가져올 뿐이며, 계약상대방은 여전히 채무자와의 관계에서 양도인이다. 계약당사자로서의 지위를 하나의 단위로 하여 그 주체를 변경하고자 한다면, 채권양도가 아니라 계약인수의 방법에 의하여야 한다.[150] 따라서 양도된 채권관계에 따라 채무자가 양수인에게 직접 급부를 하였더라도, 계약해제시 원상회복의무는 민법 제548조 제1항에 의하여 양도인이 부담하여야 한다. 민법 제548조 제1항은 양도인이 직접 급부를 받은 경우에만 적용되는 것이라고 축소해석할 근거가 달리 없다고 생각된다.

물론 이러한 해석은 급부를 받은 자가 부당이득을 반환하여야 한다는 급부부당이득의 법리와는 합치하지 않는 해석이다. 그러나 급부부당이득은 어디까지나 계약법의 보충규범으로 기능하는 것이다.[151] 계약법상 명문의 규정으로 계약당사자 사이의 청산을 예정하고 있을 때는, 이에 따

150) 양창수·권영준 (2017), 221면.
151) 양창수·권영준 (2017), 499면.

라서 반환상대방이 결정되어야 하는 것이며, 급부부당이득의 법리에 따라 반환관계가 결정되어서는 안 된다. 물론 대부분의 경우 급부관계와 계약관계가 일치할 것이고, 또 전술한 바와 같이 급부부당이득법리는 되도록 계약관계와 일치하는 방향으로 발전되어 왔다. 그러한 해석의 발전 방향은 급부관계와 계약관계가 분리되는 채권양도 사안에서 더 화해하기 어려운 지점에 이른 것이 아닌가 생각된다. 그러나 계약법의 원칙이 어디까지나 보충규범인 급부부당이득의 법리 발전에 따라 수정될 수는 없다고 생각한다.

더욱이 민법 제741조는 "법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다."고 통일적으로 규정하고 있을 뿐, 유형론에 따른 급부부당이득반환의 법리를 별도로 예정하고 있지도 않다. 통일적 규정으로 지나치게 추상적으로 규율되던 우리 부당이득법에 유형론의 수용이 논리성과 예측가능성의 측면에서 일정한 기여를 한 것도 사실이나, 급부부당이득법리라는 유형론에 입각한 논의가 명문의 규정보다 우선할 수는 없다고 생각한다. 양도인의 원상회복의무를 반대하는 견해에서는 채권양도 사안에서까지 계약당사자 사이 청산을 주장하는 것은 입법론으로라면 모를까 민법 제741조의 해석으로는 무리라고 비판하지만,[152] 오히려 계약당사자가 아닌 이에게 원상회복의무를 부과하는 것이 민법 제548조 제1항의 취지에 반하는 해석이고, 급부부당이득법리는 계약법의 보충규범이며, 민법 제741조는 통일적 규정이고 별도의 유형론을 예정하고 있지 않다는 점에서 타당하지 않은 비판이라고 생각된다.

2. 원상회복의무의 주체

가. 계약당사자

152) 윤지영 (2019), 654면.

민법 제548조 제1항의 문언에도 불구하고, 다수설은 채권양수인이 직접 급부를 수령한 경우에는 그가 원상회복의무의 주체라는 입장이다.[153] 그러나 다수설은 이러한 결론에 대하여 별다른 근거를 제시하지 않고 있다는 점에서 문제이다. 정확한 취지를 알기 어려우나, 이에 대해 다수설의 입장에서 크게 2가지 정도의 근거를 짐작해보면 다음과 같다. 우선 원상회복의무는 성질상 부당이득반환의무를 본질로 하므로 삼각부당이득관계에서 급부부당이득법리에 따라 양수인이 반환의무자로 결정된다는 입장이다. 이는 앞서 소개한 양수인 반환설과의 입장과도 일치한다. 두 번째 가능한 근거는, 민법 제548조 제1항이 원상회복의무를 계약당사자 사이에 부여하고 있는 것이 계약상대방이 급부를 받은 상황을 전제로 하고 있다는 점을 생각해볼 수 있다.

우선 첫 번째 근거에 대해서는, 원상회복의무는 부당이득반환의무의 특칙이고, 민법 제548조 제1항이 계약당사자 간 원상회복의무를 부담한다고 명문으로 규정하고 있는 이상 이러한 문언과 결론을 달리 해석하는 이유가 먼저 제시되어야 하고, 이를 전제로 부당이득반환법리에 따라 반환의무자를 결정해서는 안 된다는 점에서 선결문제 요구의 오류(petitio principi)가 있다는 비판을 면하기 어렵다.

두 번째 근거에 대해서는 조금 더 정밀한 반박이 요구된다. 우선 민법 제548조 제1항이 계약상대방이 급부를 받은 경우로 한정된다는 해석은, 급부를 받지 않은 경우에는 원상회복할 대상이 계약상대방에게 남아 있지 않으므로, 이 경우까지 원상회복의무를 계약상대방에게 부담시키는 것은 형평에 맞지 않다는 취지가 전제되어 있는 것으로 보인다. 민법 제548조 제1항의 문언이 이러한 해석을 배척하고 있다고 볼 수는 없다. 따라서 결국 동조의 해석은, 계약법의 지도원리가 되는 계약 자유의 원칙이라는 측면에서, 또 구체적 타당성의 측면에서 어떤 해석이 더 합당한가를 두고 판단해야 한다.

153) 민법주해(XIII), 320면; 곽윤직 (2003), 104면; 김주수, 채권각론(삼영사, 1992), 138면.

먼저 계약해제 시 원상회복의무는 일방 계약 당사자가 자신의 계약상 대방으로 하여금 계약의 효과로 인해 발생한 손해를 회복시킬 의무를 부담한다는 내용이므로, 채무자로부터 급부가 '계약으로 인하여' 이루어진 이상, 계약상대방은 급부 수령 여부와 관계없이 원상회복의무를 부담한다고 할 것이다. 우리 민법이 계약상 채권의 양도, 심지어는 일부 양도까지 채무자의 동의 없이 자유롭게 할 수 있도록 정하고 있으므로, 채권자가 이를 통해 자산을 유동화하는 등 거래상·사실상의 이익을 얻으면서도, 양수인의 무자력위험 및 이들을 상대로 각각 반환청구를 해야 하는 번거로움은 모두 채무자가 부담하게 되는 상황이 발생하게 된다. 채권자가 채권양도를 통해 채무자에게 위험을 창출하고 자신이 그 이익을 얻을 수 있었던 것은, 순전히 그가 계약 당사자의 지위에 있었기 때문이다. 이런 측면을 고려할 때 민법 제548조는 상대방의 계약이행으로 인해 발생한 각종 손해에 대해 '계약 당사자'가 책임을 지고 회복할 것을 요청하는 규정으로 해석함이 타당하다.

양수인 반환설의 입장에서 양도인이 얻은 이익이 없다는 비판에 대해서도, 원상회복의무가 개념상 반드시 의무자의 이익을 요건으로 하지 않는다는 점을 고려하면 간명하게 해결할 수 있다. 원상회복의무는 채무자로 하여금 계약이 이루어지지 않았을 때 기대 가능한 채권자의 재산상태를 회복하게 함으로써 계약의 소급 무효를 규범의 차원뿐 아니라 현실의 차원에서도 관철하는 기능을 한다고 볼 수 있다. 이러한 이해의 차원에서, 계약 당사자가 반드시 현실의 이익을 얻지 아니하였다고 하더라도 상대방에게 계약상 급부를 하게끔 원인을 제공한 자로서 원상회복의무를 부담한다고 볼 수 있다. 즉 부당이득이 "받았기 때문에 돌려주는" 의무라면, 원상회복은 "받지 않았더라도 주어야 하는" 의무인 것이다. 민법 제548조 제2항에서 반환범위의 특칙으로서 금전을 받은 날로부터(=채무자가 급부한 날로부터) 이자를 가하도록 한 점에서 보더라도, 얻은 이익이 무엇이냐에 따라 반환범위가 달라지는 부당이득과 반환범위가 채무자가 얻은 이익과 무관하게 확정되는 원상회복 간의 차이를 발견할 수 있

다. 바로 그 점 때문에 종래의 통설은 원상회복의무가 반환범위에서 부당이득반환의무의 특칙이 된다고 이해하고 있었다. 그러나 반환범위가 고정되어있는 이상, 얻은 이익이 무엇이냐에 대해서도 엄격하게 판단할 필요가 없고, 그에게 책임을 지울 수 있는 사유가 있느냐의 관점에서 파악하는 것이 타당하다.

이러한 관점을 취할 때, 양도인에게 원상회복의무를 부담시키는 것이 형평에 어긋나 채무자에게 양수인의 무자력위험을 부담하게 할 정도라고 볼 수 있는가? 양도인이 채권양도의 원인계약을 통해 반대급부를 받은 경우는 물론이고, 채권양도의 원인계약이 증여인 경우에도 기본계약이 해제되어 애초에 채권이 존재하지 않았다고 본다면 채권양도에 대한 이행이 이루어졌다고 볼 수 없으므로,[154] 원인계약에 대한 이행을 목적으로 채권양도계약을 체결한 양도인에게 기본계약 해제로 인한 원상회복책임을 부과하는 것이 부당하다고 볼 수는 없다고 생각된다.

설령 채권의 조건 없는 증여의 경우 양도인이 얻은 이익이 없다고 보더라도, 그러한 경우를 제외한 나머지 유상양도의 경우에는 양도인에게 원상회복의무가 부담되어야 함이 더욱 명백하다고 생각한다. 이른바 대가관계[155]의 성격에 따라서 반환상대방을 다르게 지정하는 법리는 익숙한 것이다. 제3자를 위한 계약에서 판례는 기본적으로 계약당사자 사이 청산이 이루어져야 한다는 법리에 따라 요약자 반환설을 취하나, 생명보험과 같이 수익자와 낙약자 사이 별다른 계약관계가 없고, 낙약자가 생명보험 수익자 지정을 통해 수익자로부터 어떠한 이득을 얻은 바 없는 등 온전히 배려적 성격을 갖는 경우에 예외적으로 수익자가 반환의무를

154) 기존 견해에서는 채권양도 후 계약이 해제되면 양도인은 양수인에 대해 담보책임을 부담한다고 보았으나, 기본계약이 해제되어버리는 경우까지 담보책임에 포함되는 것인지는 의문이 있다. 민법 제579조도 채권매매의 담보책임을 채무자의 자력 문제로 보고 있기 때문이다. 오히려 채권의 기본계약이 해제되어 계약이 소급하여 소멸한다면, 발생하지 않은 채권에 대한 양도는 양도의 원인계약상 이행이 이루어지지 않은 것이므로 이행불능 책임의 문제가 되리라고 생각한다.

155) 양수인과 양도인 사이의 관계도 이렇게 부를 수 있을지는 의문이나 비교의 편의상 이렇게 지칭한다.

부담한다는 입장을 취한 바 있다.[156]

채권양도의 경우 현실적으로 제3자를 위한 계약과 같이 양도인이 양수인에게 채권을 아무런 대가나 조건 없이 증여하는 경우는 많지 않다고 생각된다. 대부분의 채권양도 상황에서 양도인은 양수인으로부터 일정한 대가를 받는다. 그리고 설령 현실적 대가가 없더라도 양도인이 원상회복의무를 부담하는 것은 민법상 근거가 있고, 후술하듯이 구체적 타당성의 관점에서도 타당하다.

나. 예외의 인정 여부

원칙적으로 계약당사자 사이의 청산을 지지하면서도, 개별 사안 특수성에 따라서는 제3자가 직접 양수인에게 반환을 청구할 수 있는 길을 열어놓는 예외의 법리를 검토하는 견해가 있다.[157] 이러한 견해에 따르면 계약당사자 사이에 계약청산이 이루어지도록 하는 근거가 당사자들 사이의 의사에 있는 만큼, 적어도 제2판결 및 제3판결의 사안과 같이 수분양자가 신탁회사에 대해 직접 대금반환을 구하는 경우는 신탁회사가 보유하는 자금을 시행사의 자산이라고 볼 수 있고, 신탁회사가 수분양자에게 부당이득을 반환하더라도 이는 시행사의 경제적 출연으로 볼 수 있기 때문에 양수인 반환을 긍정하더라도 당사자들의 의사와 경제적 실질에 어긋나지 않는다고 한다.[158]

그러나 이에 대해서는 신탁재산 독립의 원칙상 신탁회사가 보유하는 분양대금을 시행사의 자산으로 평가할 수는 없고, 자금관리계좌에 보관하는 금원은 대출기관 등 분양사업상 이해관계인을 위하여 수탁하는 것이라는 점을 간과하였다는 비판이 있고,[159] 이러한 비판의 논리적 타당성

156) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결.
157) 장보은, “계약의 해소와 부당이득반환의 문제: 선분양계약에서의 신탁관계를 중심으로-대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결-”, 저스티스 통권 제171호(2019), 278-316면.
158) 장보은 (2019), 306-308면.

을 생각할 때 수분양자 보호를 위한 별도의 직접청구권을 보장하도록 입법적 고려를 하는 것은 별론으로 하더라도 해제의 원상회복의무자를 해석상으로 달리 평가할 것은 아니라고 생각된다.

이외에도 미국 부당이득법 제3차 리스테이트먼트상 순차적 부당이득 관계에서 경제적 부담 전이의 항변 권리를 소개하며, 역시 기본적으로 계약당사자 사이의 청산을 원칙으로 하지만 예외적으로 선의의 수령자는 "①그 지급으로 인한 경제적 부담이 제3자(순차급부관계에서 최초 급부자)에게로 전이되었고, ②이득을 변제자(순차급부관계에서 중간자)가 반환받는 것이 종국적으로 이를 수령할 권리자의 부당이득 회수를 용이하게 하지 못한다는 점"(괄호 안 설명은 필자 추가)을 증명하여 급부수령자는 중간자의 반환청구를 거절할 수 있고, 급부자의 수령자에 대한 직접청구권을 인정하자는 견해가 있다.[160]

생각건대 계약해제 시 원상회복의무의 경우도 언제나 계약당사자만이 그 의무를 부담한다고 고집할 것은 아니지만, 그와 같은 직접청구권을 인정하려면 민법상 명문의 규정을 배제할 만큼의 구체적 타당성이 인정되는 경우여야 할 것이다. 따라서 ①, ② 요건 외에도 ③계약당사자 아닌 제3자의 권리를 우위에 두고 보호해야 할 필요성이 인정되고, ④계약당사자 간의 항변권을 침해할 우려가 없으며, ⑤중간자의 일반채권자의 이익을 해할 우려가 없고, ⑥직접청구가 중간자의 무자력 위험을 회피하기 위함이 아닐 것 등의 요건이 갖추어져야 계약법상 계약당사자로 청산을 제한하는 기본원리의 훼손이 없고, 구체적 타당성의 관점에서도 직접청구가 정당화된다고 할 것이다.

159) 최수정, "분양계약의 해제에 따른 분양대금의 반환", 인권과 정의 제484호(2019); 이계정 (2021), 822-823면.

160) 최은석·김제완, "순차적 부당이득에서 변제자와 제3자 권리의 경합-미국법상 경제적 부담 전이의 항변 법리를 중심으로-", 서강법률논총 제11권 제1호(2022).

3. 원상회복의무의 방식

원상회복의무의 방식과 관련해서는, 원칙적으로 원물반환의 방법에 의하여야 하고, 이것이 불가능한 경우에만 가액반환을 하여야 한다는 것이 통설적 견해이며, 별다른 이설(異說)이 없다고 생각된다.[161] 그런데 사실 이러한 원상회복청구를 통한 원물반환청구는 그다지 실효성이 없다고 생각된다. 채무자의 입장에서는, 계약해제로 소유권이 당연복귀하기 때문에 이를 통해 양수인에게 물권적 청구권을 행사하여 바로 반환받을 길이 열려 있기 때문이다.

그러나 이론적 완결성을 위해서, 물권적 청구권을 채무자가 보유하고 있음에도 불구하고 부득불 채무자가 계약상 원상회복청구로서 원물반환을 주장한다고 가정해보자. 이 경우에도 원상회복청구권의 상대방은 계약당사자로 제한됨은 물론이다. 따라서 채무자는 계약상대방인 채권양도인에게 원물반환을 요청할 수 있다. 다만 이 경우 부동산에 대한 이전등기 또는 말소등기청구를 채권양도인에게 할 때 등기의무자에 해당하지 않는다는 이유로 각하될 수 있고,[162] 동산인도청구의 경우 양도인이 점유하고 있지 않으므로 양도인에 대해 승소판결을 받더라도 원칙적으로 집행이 불가하게 될 수 있다.[163] 이런 현실적 어려움 때문에 원물반환의 경우는 양수인에 대한 물권적 청구권이 주로 이용될 것으로 보인다.

채권양수인이 급부목적물을 선의취득한 경우, 원물반환의 방식은 불가능해진다. 채권양수인은 선의취득이라는 적법한 권원을 통하여 소유권을 취득한 것이고, 소유권의 대세적 효력상 채무자에게도 대항 가능하기 때문이다. 이 경우 채권양도인은 가액반환 방법에 의하여 원상회복의무를 부담한다. 가액반환의 범위와 관련하여 해제 당시 가격을 기준으로 해야 한다는 견해[164]와 급부 당시의 가액을 기준으로 한다는 견해[165]가 있으

161) 곽윤직 (2003), 320-321면; 지원림 (2020), 1426-1427면.
162) 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다39225 판결.
163) 전병서, 민사집행법 제3판(박영사, 2021), 463면.
164) 김주수 (1992), 139면.

나, 후자가 다수설이고, 또 급부 이후 시가의 변동을 바탕으로 기회주의적 해제를 하는 상황을 방지하기 위해서라도 다수의 견해가 타당하다고 생각된다.

4. 동시이행의 항변

계약당사자를 원상회복의무자로 고정할 필요가 있다는 해석론은, 민법 제549조가 계약당사자 간 원상회복의무를 동시이행관계로 규정하고 있다는 점과도 합치한다. 만약 단순히 급부를 받았다는 이유로 계약당사자가 아닌 이가 원상회복의무를 부담한다면, 반대급부와의 연관관계가 사라진다는 점에서 민법 제549조가 예정하고 있는 동시이행관계를 그대로 적용하기도 어려워진다. 판례도 이러한 이유에서 양수인 반환을 긍정하면서, 민법이 명문으로 규정하고 있는 동시이행관계를 부정한 바 있다.[166]

이러한 판례의 태도에 대해서는 비판이 있다.[167] 무엇보다도 민법의 명문 규정을 무시하는 해석이기 때문이다. 비판하는 견해는 민법 제549조를 이 경우 채권양수인이 채무자가 원래의 채권자인 양도인에 대하여 원상회복의무를 제공하기 전까지 상대방에 대하여 자신의 반환의무를 거절할 수 있다고 해석하여야 한다고 주장한다. 그렇지만 이러한 해석이 타당한지 의문이다. 동시이행관계란 급부와 반대급부의 쌍무적 견련성과 쌍무계약을 체결한 당사자의 의사에서 근거하는 것인데, 채권양수인이 계약당사자의 지위에 있지 않음에도 양도인이 가지는 동시이행항변권을 원용하는 것이 민법 제549조의 취지에 부합하는지 선뜻 납득되지 않기 때문이다.

비판론에 대하여 판례의 결론을 지지하는 견해는, 양도인이 채무자에 대해 원상회복청구권만을 가지고 있고 양수인은 채무자에 대해 원상회복

165) 곽윤직 (2003), 160면; 이은영 (1992), 187면; 민법주해(XIII), 321면.
166) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결.
167) 대표적으로 양창수 (2005), 369-375면 참조.

의무만을 부담하며 채무자는 양도인에 대해 원상회복의무를 부담하고, 양수인에 대해 원상회복청구권을 갖는 세 당사자 사이의 관계에서 양수인에게 동시이행항변을 인정하면, 채무자로서는 양도인의 반환청구에 대해 양수인의 반환이 선행될 것을 항변할 수 있으므로, 관계의 청산을 전적으로 채무자의 의사에 맡기게 되어 부당하다고 한다.[168]

계약당사자가 아닌 양수인이 양도인의 채무자에 대한 동시이행항변권을 행사할 수 있다면, 일견 채무자의 양도인에 대한 이행을 압박하는 효과가 있다고 생각할 수 있다. 그러나 채무자가 양수인으로부터 반환받지 않는 상태를 유지하고 자신도 양도인에게 반환하지 않고 있다면 양도인의 입장에서 계약관계를 청산하고자 하더라도 문제를 해결하기가 쉽지 않다.

우선 양도인이 채무자에 대해 이행을 청구할 경우 채무자는 자신이 양수인에 대해 갖는 동시이행항변권을 근거로 이행을 거절할 수 있다. 이를 해결하기 위해 양도인이 채무자를 대위하여 양수인에게 부당이득반환청구를 하는 경우 양수인의 동시이행항변으로 상환이행 판결을 받게 되면, 민사집행법 제41조 제1항에 따라 집행 개시를 위해 채무자가 양도인에 대한 의무를 이행 또는 이행제공하였다는 점을 증명해야 한다. 다시 말해 양수인 반환설에 따르면서도 민법 제549조에 따라 양수인에게 동시이행항변권을 인정하게 되면, 양도인으로서는 채무자의 도움을 받지 않고 계약을 청산하는 것이 불가능해진다.

이러한 문제점은 민법 제548조 이하의 계약해제에 관한 규정이 계약당사자 사이의 원상회복의무 부담을 예정하고 있음을 보여주는 예라고 생각한다. 양도인이 원상회복의무를 부담한다는 본 논문의 입장에 의할 때 민법 제548조 문언에도 맞는 해석이 될 뿐만 아니라, 민법 제549조의 동시이행관계를 규정한 조항도 그대로 적용될 수 있어 계약법 규정들에 충실할 수 있다고 생각된다.

---

168) 이동진 (2015), 308-309면 참조.

5. DCFR과의 비교

비교법적 관점에서 보더라도, 계약법의 기본원리를 채권양도 이후 계약해제로 인한 원상회복 국면에서 관철시키는 규범이 더욱 발전하고 있는 추세라고 판단된다. 종래에 양도인 반환설의 강한 근거 중 하나로 원용되었던 카나리스의 실질적 평가기준설은 독일의 물권행위 무인성 원칙이라는 특수한 배경 하에서 도출된 것이라는 비판의 여지가 없지 않았다. 그러나 부당이득법에 관한 최신의 국제모델규정인 유럽민사법 공통참조기준안(Draft Common Frame of Reference, 이하 "DCFR"이라고 한다)의 제7편 부당이득법(Unjustified enrichment)의 해결방식을 검토해보면 계약법의 기본원리에 따라 계약당사자 사이 청산을 유도하는 방향이 보다 넓은 맥락에서 지지받고 있음을 확인할 수 있다.

DCFR은 유럽위원회(European Commission)의 위탁 및 재정지원을 받아 EU가 복수의 연구 그룹이 EU가 장차 제정할 공통참조기준(Common Frame of Reference)의 초안으로서 유럽사법(私法)의 내용을 모델규칙의 형태로 작성한 연구결과물이다.[169] DCFR의 규정 내용은 유럽사법학의 영향을 받아 온 우리 민법의 해석론에도 적지 않은 의미를 가지는데, 실제로 2009년부터 2014년까지 진행되었던 우리 민법의 개정 작업에서 DCFR이 빈번하게 참고되었다는 점을 보더라도 동 규정이 갖는 시사점을 짐작할 수 있다.[170]

우선 DCFR의 부당이득법은 유럽 법통일이라는 목표에 이바지하는 취지에 맞게, 독일 특유의 급부개념이나 유형론을 배제하고 있다. DCFR Ⅶ.-2:102는 수익자가 이득을 얻은 것이 손실자가 제3자에게 부담하는 채무 또는 부담하는 것으로 여겨진 채무를 임의로 이행한 결과일 경우, 수

169) DCFR의 의의 및 그 연혁에 대해서는 권영준, 민법학의 기본원리 (박영사, 2020) 63-66면; 권영준, "유럽사법통합의 현황과 시사점: 유럽의 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference)에 관한 논쟁을 관찰하며", 비교사법, 제18권 제1호(2011) 참조.

170) 권영준 (2020), 66면.

익자의 이득이 정당화된다고 규정하고 있다.[171] DCFR의 해설서는 채권양도 사안의 경우도 양수인이 이득한 것을 채무자가 기존 채권자인 양도인에게 부담하던 채무를 이행한 것으로 보아, 양도인에게 반환을 구해야 한다고 설명하고 있다.[172] 그 이유로는 계약상대방으로 선택한 자가 아닌 다른 사람의 무자력위험을 부담하게 하는 것은 타당하지 않다는 계약법의 기본원리가 다시금 지적되고 있다.[173]

결국 DCFR은 계약관계의 당사자가 누구인지를 원상회복의무의 일관된 기준으로 삼는 것으로 보인다. 이러한 고려 요소는 본 논문에서 반복하여 제기하고 있는 계약 자유의 원칙, 그중에서도 계약상대방 선택의 자유라는 원칙과 긴밀하게 연관되어 있다고 생각된다. 이는 DCFR이 우리 민법과 달리 명문으로 계약상 지위 이전(Transfer of contractual position)을 규정하고 있고(Ⅲ,-5:302), 이 경우 계약상대방인 채무자의 동의가 요구되기 때문에 법률적으로 채권양도와 달리 평가하고 있다는 점에서도 드러난다. 비교법적 연구에 따르면, 계약상대방 선택의 자유라는 원칙에 따라 양도인에게 원상회복의무를 부담시키는 태도는 DCFR 뿐만 아니라 독일, 영국에서도 지지받고 있는 입장으로 보인다.[174] 따라서 양도인이 원상회복의무를 부담하여야 한다는 태도는, 단순히 물권행위의 무인성을 취하는 독일에서 삼각관계 부당이득반환문제를 해결하기 위해 제출된 특수한 학설에 불과하다기보다, 계약법의 기본원칙이라는 더 넓은 맥락에서 지지받고 있다고 볼 수 있다.

171) DCFR 규정의 번역에 대해서는 이상훈 (2017), 79-115면을 참조하였다.
172) Christian von Bar & Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* Full Edition(Oxford University Press, 2010), Ⅵ,-2:102, 3968.
173) *ibid,* 3964.
174) 이상훈 (2017), 107면.

제 2 절 채권양도법상 채무자 보호

I. 채권양도금지특약을 통한 보호가능성

우리 채권양도법상 채권양도는 채무자의 동의를 요하지 않는다. 민법 제450조의 문언이 비록 채무자의 '승낙'을 양도의 요건으로 규정하고 있으나, 이때의 '승낙'이 채권양도에 대한 동의가 아니라 채권양도의 사실에 대한 인식을 표시하여 밝히는 것에 불과하다는 점은 주지의 사실이다.[175] 이러한 점 때문에 채권양도법의 해석에 있어 자유로운 채권양도거래와 채무자 보호라는 두 가지 이념 사이에서 균형을 도모할 필요성이 강조됨은 앞서 본 바와 같다. 양수인 반환설의 가장 본질적인 문제는, 당사자들 사이 합의도 없이 계약상대방의 무자력 위험이 이전되는 현상을 설명하지 못한다는 것이다.

여기에는 다음과 같은 반론이 있을 수 있다. 계약을 맺을 당시 채권양도를 통하여 무자력의 양수인을 만날 위험은 채권양도를 채권자와 양수인의 의사에 따라 결정할 수 있는 우리 법상 이미 전제되어 있는 위험이며, 이를 회피하기 위해서 채권양도특약을 사전에 체결할 수 있지 않은가? 실제로 제3장에서 전술한 바와 같이 양수인 반환설에서 이러한 논거들도 제출된 바 있다.

우선 채권양도금지특약이 채무자를 보호하는 데에 충분치 않은 수단이라는 점에서 이러한 논거는 적절하지 않다고 생각한다. 채권양도금지특약의 효력을 이해하는 방식으로는 크게 2가지 학설이 있다. 물권적 효과설은 채권양도금지특약이 있으면 채권의 양도성이 상실된다는 입장이다. 반면 채권적 효과설은 특약에 반한 채권양도가 이루어지더라도 그러한 채권양도는 유효하고, 채무자는 의무위반에 따른 책임을 질 뿐이라고 한다. 그간 다수설[176] 및 판례[177]는 물권적 효과설을 취하는 것으로 설명되

175) 곽윤직, 채권총론 제6판(박영사, 2002), 222면.
176) 현재까지도 물권적 효과설이 다수설이라고 볼 수 있는지에 대해서는 의문이 없지

어왔다. 실제로 민법 제449조 제2항 단서는 “선의의 제3자에게 대항하지 못한다”고 규정하고 있고, 양도제한을 주장하는 자가 양도제한특약의 존재와 제3자의 악의 또는 중과실에 대해 증명책임을 부담하므로,[178] 다수설 및 판례의 입장은 물권적 효과설의 순수 이념형이라기 보다 ‘수정된 물권적 효과설’에 가깝다.[179] 이러한 이유 때문에 실제에 있어서는 채권적 효과설이나 물권적 효과설 중 어느 쪽을 취하더라도 결론에 있어서 별다른 차이가 없다는 설명도 있었다.[180]

물론 물권적 효과설이나 채권적 효과설 사이 대립이 아주 무용하다고 볼 수는 없겠으나,[181] 적어도 본 논문이 논의하고 있는 ‘채권양도금지특약을 통한 채무자의 보호’의 관점에서는 어느 견해를 따르든지 충분하지 않다고 생각된다. 양도금지특약에 물권적 효과설을 부여하더라도, 민법 제449조 제2항에 의하여 선의의 양수인이 등장할 때 그러한 채권양도는 유효한 것으로 되는 까닭이다. 따라서 채권양도금지특약을 사전에 체결하더라도 채무자가 계약해제 시 양수인의 무자력 위험을 부담하게 되는 문제는, 근본적으로 해결되지 않는다.

II. 의사해석의 관점

채권양도금지특약을 통해 채무자가 스스로를 보호할 수 있다는 논거는

않으나, 곽윤직 (2002), 219면; 김주수, 채권총론 제2판(삼영사, 1996), 324면.

177) 대법원 1980. 1. 29. 선고 78다1237 판결; 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다476685 판결. 최근 이에 대해서 대법원 전원합의체에서 다수의견과 반대의견 간 큰 토론이 있었으나, 기존의 입장을 유지하는 쪽으로 결론이 났다. 대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284 전원합의체 판결.

178) 대법원 1999. 12. 28. 선고 99다8834 판결.

179) 전원열, “채권양도금지특약의 효력”, 민사법학 제75권(2016), 167-201면.

180) 곽윤직 편, 민법주해(X)(박영사, 1992) 568면(박상훈 집필부분).

181) 전원열 (2016), 171면에 따르면 양도인과 양수인에게 각각 집행채권자가 있을 때 둘 중 누구의 책임재산으로 파악할 것인지의 문제, 이중의 채권양도에 있어 누가 더 우선하느냐의 문제, 도산절연의 문제 등에서 양설을 취할 때 구체적 결론이 달라진다고 한다.

계약체결 시 당사자들의 의사해석의 관점에서도 의문이 있다. 임의규정이 계약의 보충적 규범으로 기능할 수 있는 이유는, 당사자들이 '침묵하고 있는' 의사를 가장 잘 반영하도록 법이 구성되어 있기 때문이다. 임의규정에 대한 해석도 응당 이에 맞게 이루어져야 한다. 당사자들이 채권양도금지 특약을 체결하지 않았다고 할 때, 과연 그들에게 채권양도를 통해 무자력의 양수인을 만나더라도 이를 감수하겠다는 의사가 있었다고 볼 수 있는가? 실제 당사자들이 그러한 사실 또는 위험을 충분히 인식하고 채권양도금지특약을 배제한 경우라면 모르겠으나, 그러한 경우가 일반적인 당사자의 의사라고 보아도 평가할 수 있을 정도의 거래관념을 상정하기는 어렵다고 생각된다. 즉 채무자가 계약 체결 시에 별도로 특약을 두지 않는다고 하더라도, 급부의 상대방 뿐만 아니라 책임재산의 교체를 감내하겠다는 의사는 없는 것이 통상 '합리적인 다수의 기준'이라고 볼 수 있다.[182] 민법상 계약해제와 부당이득에 관한 법리도, 이러한 통상의 의사를 전제로 해석되어야 비로소 계약의 보충 규범으로서의 역할에 충실할 수 있다.

뿐만 아니라, 계약 상대방의 무자력에 대한 위험부담은 어디까지나 계약당사자로서 부담하는 책임이자 위험의 성질이지, 채권양도를 통해서 이전될 수 있는 성질의 것은 아니라고 생각된다. 계약당사자로서 부담하는 권리와 의무관계는 채권이 양도된 이후에도 지속된다. 이는 계약인수에 관하여 통설적 견해인 이른바 '통일설'의 논의에서도 발견되는 법리이다.[183] 계약당사자 지위에서 갖는 해제권, 취소권, 동시이행의 항변권 등은 채무인수나 채권양도, 또는 양자의 결합을 통해 이전될 수 있는 속성

182) 임의규정을 설계 및 해석할 때는 통상 '합리적 다수의 기준'에 따르는 것을 원칙으로 해야 한다. 물론 다수의 기준이 명백하지 않은 때에는 정보제공의 유도, 오류비용의 감소, 결론의 예측가능성 확보 등 추가적 기준들이 고려될 수 있을 것이다. 이에 대한 보다 자세한 논의는 최준규, "계약법상 임의규정을 보는 다양한 관점 및 그 시사점", 법조 제62권(2013), 53면 이하 참조.

183) 계약이전에 있어 통일설 및 분해설의 대립에 대해서는, 이동진, "계약이전의 연구ㅡ상대방 동의 요건의 기능과 위치를 중심으로ㅡ", 서울대학교 법학, 제53권 제1호(2012), 683면 이하 참조.

의 것이 아니라고 평가되는데, 당사자들 사이의 책임재산, 즉 무자력 위험도 마찬가지라고 볼 수 있을 것이다.

제 3 절 물권법적 평가의 관점

I. 이중배상의 문제

양수인 반환설을 지지하는 측에서는, 이른바 물권적 평가설의 관점에서, 양도인 반환설에 따를 경우 "양수인에 대한 물권적 청구권은 원물반환을, 양도인에 대한 부당이득반환청구권은 가액반환을 지향하게 되어, 채무자에게 근거 없는 선택권을 부여하게 될 것"이라고 비판한다.[184] 그러나 원물반환이 가능한 경우 계약상 원상회복청구권의 내용도 원물반환을 원칙으로 하므로 채무자가 양수인에게 원물반환을 받고 양도인에게 가액반환을 받게 되지는 않는다. 가액반환의 경우 양수인에게도 원물반환이 불가능한 상황이므로 역시 이중의 상환권이 발생하지 않는다. 가액반환청구 시 원물반환이 불가능하다는 점에 대해 원고가 주장 및 증명책임을 부담한다고 보면 충분하다고 생각한다.

이렇듯 계약상 원상회복청구권이 원물반환을 원칙으로 하는 이상 계약상 청구권과 물권적 청구권이 원고에게 동시에, 각각 양도인과 양수인에 대해 모두 인정되더라도 부당하지 않고, 우리 법에서도 유사한 예가 인정되는 것을 어렵지 않게 찾을 수 있다. 예컨대 임대인의 동의를 얻지 않은 전대차로 인해 임대차 계약이 해지된 경우를 생각해보자. 이 경우 물권적 청구권 행사의 상대방은 원칙적으로 건물의 불법점유자인 전차인을 상대로 하여야 한다. 그런데 전차인에 대한 건물인도청구권 외에도, 임대인에게는 간접점유자인 임차인에 대한 원상회복청구권에 근거한 건

184) 이동진 (2015), 293면.

물인도청구권이 인정된다.[185] 이렇듯 원물반환이 가능한 경우에는 원칙적으로 이중배상의 문제가 발생하지 않는다.

만일 채무자가 양수인에 대해 물권적 반환청구권을 통해서 직접 인도받을 수 있음에도, 부득불 양도인에 대해서 계약상 원물반환을 청구하고 있다고 가정할 경우, 민사집행법 제259조(목적물을 제3자가 점유하는 경우)에 따라 집행단계에서 조정하게 될 것이다. 이와 같이, 양도인은 여전히 양수인과의 두 청구권을 모두 인정하더라도 채무자가 근거 없는 이중변제를 받게 될 상황이 발생할 가능성은 적다고 생각된다.

문제는 원물의 일부가 감가된 경우, 채무자가 양수인을 상대로는 물권적 청구권에 기한 원물반환청구와 (감가가 양수인의 귀책사유로 인해 발생한 경우) 불법행위에 기한 손해배상청구를 행사하고, 양도인을 상대로는 원물반환청구에 더해 가액반환을 요구하는 경우에 발생할 수 있다. 그러나 이 경우에도, 원물반환이 중복되어 인정되는 것은 별다른 문제가 없고, 가액반환이 이중으로 인정되는 부분은 양수인의 불법행위로 인한 손해배상의무와 양도인의 원상회복의무에 기한 가액반환의무가 부진정연대채무의 관계에 있다고 해석하면 족하다. 이행보조자가 고의 또는 과실로 목적물을 훼손시킨 경우 채무자의 채무불이행책임과 이행보조자의 불법행위책임과 같이 서로 법률상 속성이 다른 채무도 부진정연대채무로 인정되고 있다는 점을 상기할 때,[186] 계약상 원상회복의무와 불법행위로 인한 손해배상청구도 부진정연대채무 관계로 파악하는 것이 가능한 구성이라고 생각된다. 이러한 이론구성은 여러 채무자가 동일 급부에 대하여 각자 독립해서 전부의 이행을 하여야 할 채무를 부담하나, 그중 한 사람의 이행이 있으면 다른 채무자의 채무도 소멸하고, 각 채무자 사이 주관적 공동관계가 없을 때 적용되는 부진정연대채무의 의의와도 합치한다.[187]

---

185) 대법원 1983. 5. 10. 선고 81다187 판결.
186) 양창수·김형석, 민법Ⅲ－권리의 보전과 담보 제3판(박영사, 2018), 326면.
187) 양창수·김형석 (2018), 325-326면.

II. 물권적 평가와의 불일치 문제

이 논문에서 제기된 입장에 따르게 되면, 채무자가 물건을 급부한 경우와 금전을 급부한 경우 반환상대방이 '사실적'으로 달라지는 사안이 많을 것이다.[188] 이에 대해서는 물권적 청구권이 상실될 경우 그에 대신하여 취득되는 부당이득반환청구권은 당초 물권적 반환관계의 당사자 사이에 성립하고, 부당이득반환청구권은 그 원형에 있어 물권적 청구권의 계속으로 이해된다는 물권법과 부당이득법 사이의 관련성에 비추어볼 때 타당하지 않다는 비판이 제기된 바 있다.[189]

이상과 같은 문제를 해결하기 위해 채무자에게 소유권이 남아 있는 이상 손해가 없으므로 부당이득반환이 문제될 여지는 없다는 이론구성이 소개되기도 하였다.[190] 실제로 채무자로서는 물권적 청구권을 행사하여 만족을 얻는 것이 간명하므로 원상회복청구와 물권적 청구권 사이 경합 문제가 현실적으로 크게 문제 되지는 않을 것으로 생각된다. 우리 판례 중에서도 "이른바 3자간 등기명의신탁의 경우 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에서 정한 유예기간 경과에 의하여 그 명의신탁 약정과 그에 의한 등기가 무효로 되더라도 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보유하고 있어 그 유예기간의 경과로 그 등기명의를 보유하지 못하는 손해를 입었다고 볼 수 없다"[191]고 판시한 바 있다.

그러나 양수인에 대한 물권적 청구권과 양도인에 대한 원상회복청구권을 별도로 인정하더라도 채무자가 근거 없는 이중의 상환을 받게 되는

188) 그러나 원상회복청구권이 원물반환이 원칙이고, 동산의 경우 양도인에 대해 원물반환을 訴求할 수 없는 것이 아니므로, 이러한 이론은 규범적으로 일관성이 있다.
189) 이동진 (2015), 293면.
190) 이동진 (2015), 292면.
191) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290, 55306 판결.

문제는 발생하지 아니한다는 점 외에도, 양자를 병존하여 인정해야 할 필요성이 있다고 생각된다. 첫째는 구체적 타당성의 관점에서 물건과 금전의 경우에는 반환관계에서 고려되어야 할 사항이 다르다. 급부된 물건의 반환관계에서 반환대상은 소유권의 복귀대상인 '특정물'이고, 또 그 특정물에 대한 반환을 보전하는 것이 중요한 고려사항이다. 즉 이 맥락에서 반환의 '상대방'의 중요성은 상대적으로 낮다.

반면 금전의 경우에는 '금전 가치'를 반환받는 것이 더욱 중요하고, 따라서 '무엇을' 반환하느냐보다 '얼마나', 나아가서는 '누가' 반환하느냐가 더욱 중요한 의미를 가진다. 그리고 반환상대방의 중요성은 앞서도 강조한 바와 같이, 무자력 위험 및 계약상 항변사유의 존부와 관련하여 반환상대방이 누구냐에 따라 반환범위 및 그 방식이 큰 영향을 받기 때문이다. 따라서 이러한 결론은 구체적 타당성이 있다고 생각된다. 양수인 반환설을 지지하는 견해에서도 "금전 내지 금전가치를 급여한 경우에 양수인반환설의 근거가 약해진다는 점을 부정하기 어렵다"[192]는 점이 지적되고 있는데, 양도인 반환설에 따를 때 금전의 반환관계와 특정물의 반환관계가 달라지는 것은 합리적인 이유가 있을 뿐 아니라 논리적으로도 모순되지 않는다.

둘째로 소유권을 보유하는 것과 소유권이전등기청구권을 보유하는 것 사이 차이가 있기 때문에 물권적 청구권을 보유한다고 해서 계약상 원상회복청구권이 불필요하다고 볼 수는 없다. 소유권에 기초한 물권적 청구권과 계약해제에 따른 원상회복청구권은 우리 판례가 취하고 있는 구 소송물 이론에 따를 때 소송물이 다르고, 물권적 청구권 행사로 인한 확정판결의 기판력이 계약상 원상회복청구를 구하는 소에 미치지 않는다.[193] 또한 이론적 관점에서 보더라도 양자 간 계약에서 물건이 급부목적물인 경우 이를 급부한 자는 계약상 원상회복청구권, 물권적 청구권 중 어떤 것에 의하더라도 반환받을 수 있음이 분명한데, 계약상 채권이 양도되었

192) 이동진 (2015), 296면.
193) 이러한 관점에 입각한 판례로, 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다1353 판결.

다고 하여 원래 존재하던 원상회복청구권이 사라진다고 보는 것은 납득하기 어렵다.

따라서 동일한 소송절차에서 위 권리들을 행사하는 경우 채권자는 어느 것이라도 선택하여 행사할 수 있으나, 중첩적 행사는 불가하고 선택적 병합의 형태로 청구하여야 한다.[194] 다만 양자는 실체법상 별개 청구권이고 소송물을 달리하므로, 채권자는 물권적 청구권과 원상회복청구권 중 어느 하나에 기하여 승소확정판결을 받은 뒤 다른 청구권에 기하여 별소를 제기하더라도 권리보호이익이 인정되며, 다만 어느 하나의 청구권에 관하여 만족을 얻었다는 사정을 본안에서 고려할 뿐이다.[195]

제 4 절 양도원인과 반환의무자

I. 이론적 배경

앞서 살핀 바와 같이 개별 사안에 따라서 반환상대방을 달리 평가하여야 한다는 이른바 절충적 견해는, 양도인과 양수인 사이 계약관계가 채권양도 이후에도 여전히 존속하는지에 따라 결정한다는 입장이다.[196] 이러한 입장은 양도인과 양수인 사이 채권양도 이후에도 남아 있는 계약관계를 단축급부상의 대가관계로 파악하려는 시도로 보인다. 이에 대한 이론적 배경을 부연하면 다음과 같다.

채권양도는 처분행위로 준물권행위의 성격을 갖지만, 그 처분의 원인이 되는 의무부담행위는 채권양도계약과는 별도의 존재로 독자성을 갖는

194) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다56087 판결.
195) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011다50080 판결.
196) 이러한 견해로는, 윤지영 (2019) 참조. 전술한 바와 같이 판례의 태도도 사안별로 구분하려는 입장이라고도 해석할 수 있으나, 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결의 사실관계 및 그 취지가 분명하지 않아 단언할 수는 없다.

다는 것이 통설이자 판례의 태도이다.[197] 채권양도의 원인행위로는 매매, 증여, 담보계약, 대물급부약정, 신탁 등 다양한 형태가 있을 수 있다. 양도인은 양수인에게 이러한 원인행위를 이행하는 수단으로서 채권양도행위를 하게 되는데, 이러한 밀접한 관계 때문에 원인행위가 무효, 취소, 해제 사유가 있어 효력 상실하면 채권양도행위도 무효가 된다. 절충설은 이렇듯 채권양도의 배후에 이와 밀접한 관련성을 갖는 양도인과 양수인 사이 원인행위가 있다는 점에 주목하여, 채권양도 이후에도 원인계약이 계속 남아 있는 채권담보, 채권질권, 신탁과 같은 경우 채무자가 양수인에게 급부함으로써 양도인이 양수인에 대하여 부담하는 채무가 이행된다고 보아 양도인 반환으로 평가하고, 그렇지 않은 매매, 증여와 같은 경우에는 양수인 반환으로 귀결된다고 본다.

우리 판례도 이유를 통해 명시하고 있지는 않으나, 이와 같은 논리구조를 염두에 두고 있는 것으로 보인다. 앞서 살핀 제1판결의 경우 시행사가 시공사에게 채권양도를 한 원인이 무엇이었는지 정확하게 밝히고 있지 않아 판단에 어려움이 있지만, 제2판결 및 제3판결의 경우는 양도인과 양수인 사이에 신탁계약이 체결되어 있음이 명백하다. 여기서 판례는 해당 사안을 지시취득 구조라고 판단하였다. 양도인과 양수인 사이 신탁계약을 대가관계로 파악하고, 채무자와 양도인 사이 계약은 기본관계로 보며, 채무자가 양수인에게 분양대금을 납부한 것을 재산의 경유적 이동으로 보는 해석이다. 따라서 양도인과 양수인 사이의 계약관계가 채권양도 이후에도 계속 남아 있는 경우—제1판결의 양도인과 양수인 사이 채권양도 원인이 분명치 않아 단언할 수는 없으나—판례는 지시취득과의 유사성을 감안하여 양도인 반환설에 따라 결론을 내는 입장이라고 정리하더라도 큰 무리는 없지 않을까 생각된다.

197) 양창수·권영준 (2017), 186면; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다100711 판결 참조.

II. 절충설의 문제점

채권양도의 원인행위를 보상관계로 파악하는 관점은 다음과 같은 문제점이 있다. 우선 채무자의 인식과 무관하게 반환상대방이 결정된다는 점에서 양수인 반환설에 대한 비판이 그대로 적용될 수 있다. 양도인과 양수인 사이의 계약관계 여부에 따라 반환상대방을 달리할 경우, 채무자로서는 알 수 없는 사정으로 불측의 손해를 입게 될 공산이 크다. 적어도 채무자 보호의 관점에서는 양수인과 양도인 사이 계약관계에 따라 보호여부를 달리할 이유를 찾기 어렵다.

또 다른 문제는, 엄밀한 급부부당이득의 법리에서 따졌을 때 양수인을 급부수령자로 평가할 수 없다는 것이다. 양수인이 양도인으로부터 채권을 양도받는 것은 분명 양도인과 양수인 사이의 계약관계로부터 수령하는 급부이다. 그러나 채무자가 양수인에게 급부하는 것을 양수인 입장에서 양도인과의 계약을 통해 수령한다고 평가할 수 있을지 의문이다. 양수인은 자신이 양도계약을 통해 양수한 바로 그 채권으로부터 발생하는 급부를 수령하는 것이다. 따라서 급부자의 관점에서나, 수령자인 양수인의 관점에서나 양도인과의 관계를 매개로 취득한다는 인식이 있다고 평가하기는 어렵다.

이러한 문제점은 절충설이 이론적 배경으로 삼고 있는 급부부당이득반환법리에 비추어 보았을 때도 문제가 있다. 목적론적 급부개념에서 급부자와 급부수령자는 급부 시 당사자들의 의사에 의하여 결정되는데, 채권양도인과 양수인 사이 원인행위에 대해 채무자가 알지 못한 경우도 많을 것이고, 양수인의 입장에서도 양도인과의 원인관계가 채권양도 이후에도 남아 있는 경우와 그렇지 않은 경우 사이 수령의 인식이 달라져야 할 이유가 없기 때문이다. 즉 양도인과 양수인 사이 채권양도의 원인행위의 종류는 원상회복의무자의 결정에 있어서 전혀 본질적인 문제가 아니고, 애초에 그런 원인관계가 급부의 내용 안에 반영되어 있지 않는다는 문제점이 있다.

결론적으로 절충설은 양도인 반환설과 양수인 반환설 사이 균형을 잡고 사안별로 구체적 타당성을 모색하는 견해로 보이지만, 동시에 양측의 견해가 갖는 문제점을 함께 가지며, 기존에 제기되었던 문제의식에 대한 답을 제공하지 않고 있다는 점에서 따르기 어렵다. 이러한 측면에서 보더라도, 사실상 지시취득으로 평가될 수 있는 경우뿐만 아니라 대물변제, 매매 등을 원인으로 채권양도가 된 경우에도 양도인이 원상회복의무를 부담하는 것이 타당하다.

제 5 절 불필요한 구상의 순환 방지

전술한 바와 같이, 채권양수인의 무자력을 채무자가 부담하는 것이 구체적 타당성의 관점에서 문제가 있다는 점은, 양도인 반환설을 취하는 입장뿐만 아니라 양수인 반환설의 입장에서도 일정 부분 합의가 있는 것으로 보인다. 그러나 채무자의 관점에서만 국한하여 구체적 타당성을 논하는 것은 이해당사자들 사이의 전체적 균형을 고려하지 못하게 될 가능성도 있으므로, 이하에서는 양도인의 관점에서 양수인 반환설을 취할 때보다 양도인의 불이익이 더욱 심화되는지, 불이익이 있다면 그러한 불이익은 구체적 타당성의 관점에서 정당화될 수 있는 불이익인지를 따져보고자 한다.

이를 위해 한 가지 가상의 모형사례를 제시한다. 모형사례에서 甲과 乙은 乙이 甲에게 a 급부를 이행할 것을(이하 'A 채권'이라 한다), 甲이 乙에게 b 급부를 이행할 것을(이하 'B 채권'이라 한다) 약정하였다(이하 '제1계약'이라 한다). 또한 乙과 丙은 丙이 乙에게 c 급부를 이행할 것을(이하 'C 채권'이라 한다), 乙이 丙에게 d 급부를 이행할 것을(이하 'D 채권'이라 한다) 약정하였다(이하 '제2계약'이라 한다). 이후 乙은 丙에게 d를 이행하는 대신 자신이 甲에 대해 갖는 B 채권을 양도하기로 하는 내

용의 약정을 체결하였다(이하 '모형 채권양도계약'이라 한다).

위 모형사례는 쌍무·유상계약을 전제하고 있지만, 편면적 약정으로도 얼마든지 변용이 가능하다. 乙이 丙에게 B 채권을 무상으로 양도하는 경우에는 반대급부인 c의 값을 0으로 설정하면 족하고, d를 B 채권으로 정하면 된다. 이 경우에는 모형 채권양도계약을 별도로 생각할 필요 없고, 제2계약과 모형 채권양도계약이 동일하다고 이해하면 된다. 우선 모형 채권양도계약이 체결되기 전 甲, 乙, 丙 3자 간의 의무부담관계를 정리하면 다음과 같다.

	의무부담관계 (양도계약 전)
甲	A-B
乙	(C-D)+(B-A)
丙	D-C

표 2 양도계약 전 의무부담관계

위 표에서는 편의상 권리를 보유하는 경우는 陽(+)으로, 의무를 부담하는 경우는 陰(-)으로 표기한 것이다. 내용은 위에서 설명한 바와 같다. 그렇다면 모형 채권양도계약 후의 의무부담관계를 살펴보자.

	의무부담관계 (양도계약 후)
甲	A-B
乙	C-A
丙	B-C

표 3 양도계약 후 의무부담관계

모형 양도계약에 따라 B 채권이 丙에게 이전되었으므로, 甲의 입장에서는 이행의 상대방만 바뀌었을 뿐 아직은 부담의 실질이 다르지 않고,

乙은 B 채권을 양도함으로써 D 채무를 이행한 것이 된다. 이 논문에서는 계약해제 전 계약상 급부가 이루어진 상황을 전제로 하고 있으므로, 위 의무부담관계에 따라 일단 급부가 마쳐진 경우 급부 보유관계를 확인할 필요가 있다. 급부 이후의 보유관계는 다음과 같다.

	급부보유관계 (계약해제 전)
甲	a-b
乙	c-a
丙	b-c

표 4 계약해제 전 급부보유관계

이후 제1계약이 해제되어 甲이 원상회복의무로서 乙에게 b 급부를 반환할 것을 요청한다고 해보자. 그런데 이 경우 乙 또한 甲에게 자신이 이행한 a 급부를 이행받음과 동시에 b 급부를 회복한다는 점을 유념할 필요가 있다. 따라서 甲은 위 급부보유관계에서 b-a를, 乙은 a-b를 각 추가하여 정리해야 한다.

	급부보유관계 (계약해제 후)
甲	0
乙	c-b
丙	b-c

표 5 계약해제 후 급부보유관계

이러한 최종적 급부보유관계에 대해 2가지 비교대상이 있다. 첫째는, 제1계약이 체결되지 않았을 경우를 상정한 규범적 재산상황이다. 해제시의 원상회복의무가 계약의 소급무효상태를 지향하기 때문에, 원상회복관계의 타당성을 검토하기 위해서 비교의 필요성이 있다. 둘째는 계약해

제 시 양수인인 丙이 반환의무를 부담할 때 발생하는 급부보유관계이다. 이는 양수인 반환과 양도인 반환 사이의 구체적 타당성을 비교하기 위해 필요하다.

	양도인 반환	제1계약 부존재	양수인 반환
甲	0	0	0
乙	c-b	c-d	c
丙	b-c	d-c	-c

표 6 최종 급부보유관계 비교

우선 양도인 반환과 제1계약의 부존재의 경우를 비교해보자. 이 경우 당초 甲이 丙에게 급부한 b 급부가 乙이 丙에게 급부하기로 하였던 d 급부를 대체한 것 외에는 차이가 없다. 왜 이런 결과가 발생한 것일까? d 급부를 B 채권으로 갈음하고자 함이 乙, 丙 양자 사이의 의사였고, 그 의사에 따라 B가 丙에게 양도되었으며, B가 b로 '실현'되는 계약상 이행의 위험이 甲의 현실급부로 인하여 해소되었기 때문이다. 양수인인 丙이 기본계약 해제 이후에도 그 계약상 급부인 b를 보유하는 것은 언뜻 법률상 원인이 없어 보이지만, 그렇지 않다. 丙은 乙과의 유효한 제2계약을 통해 B 채권을 보유하고 있었고, B 채권의 불이행 위험이 해소된 것이 b이며, 제2계약 아직 유효하게 남아 있기 때문에 乙에 대해서 丙은 b 급부를 보유함을 주장할 수 있는 것이다. 계약해제 전의 상태와 비교하면 乙은 a 반환받고 d를 지출할 의무를 면하는 대신 b를 지출한 것이다. 모형 양도계약의 의사에는 '甲이 b를 정상적으로 이행한다면' 丙은 乙로부터 d를 급부 받는 대신 b를 보유하는 것이고, '甲이 b를 이행하지 않는 위험'은 丙이 인수하는 것임을 생각하면, 이러한 양도계약상 乙-丙 간의 위험분배가 甲-乙 사이 계약이 해제되었다고 하여 달라져야 할 하등의

이유가 없다.

다음으로 양수인 반환의 결과와 양도인 반환의 결과를 비교해보자. 이 경우 丙은 다시 乙에게 d 급부를 할 것을 요청하거나, 제2계약의 이행불능을 이유로 c 급부를 반환할 것을 청구할 수 있어야 할 것이다. 甲의 무자력 위험과 달리 제1계약의 해제 위험을 양수인이 양도계약 시 인수하였다고 평가할 수는 없기 때문이다. 따라서 丙에 대한 관계에서 乙은 제2계약 이행불능을 이유로 c를 반환할 의무를 부담하거나, 그에 상응하는 다른 급부(B와 유사한 B' 채권 또는 그 급부인 b')를 이행할 의무가 있을 것이다. 즉 양수인 반환설을 취할 경우에는 채무자와 양수인 간, 양수인과 양도인 간의 반환관계를 두 차례에 걸쳐 진행해야 하는 것이다. 그리고 그 결과도, 제2계약까지 무위로 돌리는 상태를 만들거나 B 채권의 대용급부를 하는 것이어서 양도인 반환의 결과와 비교했을 때 당사자들의 당초 의사에 합치한다고 볼 수도 없다. 결국 양수인 반환의 결과는 양도인 반환과 비교할 때 비효율적이고, 형평에 맞지도 않는다.

양도인 반환과 비교할 때 양수인 반환이 일정 정도 양도인에게 유리한 것은 사실이다. 이는 양수인 반환을 취할 때 양수인이 양도인에게 반환을 받는 절차가 한 단계 더 남아 있기 때문인 것이다. 이는 종국적으로 양수인에게 이행되어야 하는 의무라는 점을 상기하면, 이러한 유리함을 규범적으로 보호할 필요가 있는지 의문이다. 그보다는 규범적인 재산분배 상황을 한 번에 실현시키는 양도인 반환이 구체적 타당성의 측면에서도 합리적이라고 생각한다.

제 6 장 결론

1990년대 중반 이후 한국에서 채권 거래 규모가 폭증함에 따라 채권양도는 자산유동화, 신탁, 채권양도담보 등 금융 분야에서 더욱 활발하게 이용되고 있다. 특히 담보 목적의 양도거래가 발전하고 있다는 사실에서 유추할 수 있듯이, 계약당사자들의 신용위험 현실화로 인하여 계약이 해제되는 경우도 심심치 않게 발생한다. 이러한 문제상황에 대한 분석에 있어서, 독일의 삼각관계에서의 부당이득이론의 강한 존재감 탓에, 정작 계약법이 예정하고 있는 해제에 관한 원상회복의무 규정들은 깊이 있게 다뤄질 기회가 적었다. 그러나 민법 제548조 제1항의 원상회복의무의 의미와 해석은 급부부당이득이론만으로 해결되지 않는 구체적인 문제상황을 해결할 수 있는 실마리를 제공한다는 점에서 재조명될 필요가 있다.

이 논문은 이와 같은 문제의식에서 출발하여 해제의 효과와 원상회복의무의 성격, 민법 제548조 제1항 단서상 제3자 범위에 관한 해석론, 계약해제 시 원상회복의무의 주체에 관한 해석론과 같이 문제상황의 계약법적 해결을 도모하고자 노력하였다. 이러한 관점에서 민법 제548조 제1항의 원상회복의무는 부당이득반환과 그 성질을 달리한다는 점을 강조하고, 그러한 해석론이 원상회복의무 사이 동시이행을 규정하는 민법 제549조 및 채무자의 동의 없는 채권양도를 허여하는 채권양도법과 균형이 맞는다는 점을 논증하였다. 동시에 물권법적, 부당이득법적 관점에서 제기될 수 있는 문제에 대하여 답변하고, 채권양도 원인계약의 존속 여부에 따라 결론을 달리하는 이른바 절충설의 문제점을 지적하였다.

그러나 이러한 법리적 검토는, 무엇보다도 양수인 반환설을 취하였을 때 발생하는 구체적 타당성의 문제에서 출발한 것이다. 양수인의 무자력 위험을 채권양도에 개입할 수 없는 채무자로 하여금 부담하게 하는 것은 계약법의 관점에서 정당화하기 어렵다. 양수인 반환설을 취한 제1판결 사안의 경우 채무자가 자력 있는 양수인에게 반환받기를 원했던 상황이

기 때문에 양수인 반환설에 따르더라도 채무자 보호에 큰 문제가 없었다고 볼 수 있었으나, 이러한 원칙이 일반적 법리로 자리 잡게 되어 채무자가 무자력인 양수인보다 자력이 충분한 계약당사자를 상대로 반환받기를 청구하는 경우에도, 급부부당이득의 법리를 들어 이를 거절하는 것이 정당화될 수 있을 것인가? 극단적인 예시일 수 있겠으나, 부당이득반환법리에 충실하겠다는 양수인 반환설의 선의를 악용하는 채권자가 있어, 매매계약을 체결하고 매도인이 곧바로 대금채권을 염가에 매각하여 현금을 취득한 뒤, 의도적으로 채무불이행하여 계약을 해제시키고, 채권양수인이 자금사정 악화로 파산하였다면, 채무자는 양수인 반환설에 따를 때 어느 쪽에서도 반환받지 못하게 된다. 양수인 반환설이 이러한 결론을 구체적 타당성의 측면에서도 지지하는 것인지 의문이다.

양도인에게 원상회복의무가 있다고 새기게 되면 우선은 계약법 문언에 충실한 해석이 될 뿐만 아니라, 동시이행 관계나 무자력 위험 배분의 문제가 간명하게 해결되고, 양도인과 양수인 사이 별도 청산이 요구되지 않는다는 점에서 효율적이다. 계약은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)는 오래된 법언도, 계약당사자가 상대방을 선택할 수 있는 자유가 부여되었을 때 비로소 설득력을 얻는다. 그 상대방 선택에서 핵심적인 고려 요소가 책임재산이 됨은, 두말할 나위 없다. 위와 같은 논거들을 고려할 때, 채권양도 후 기본계약이 해제된 경우 계약당사자인 채권양도인이 원상회복의무를 부담함이 타당하다.

참 고 문 헌

※ 본문의 각주에서 같은 문헌을 2회 이상 인용할 때에는 “저자 (발행연도)”로 표기하였다. 같은 저자가 해당 연도에 발간한 문헌이 2편 이상일 때에는 문헌 제목의 가나다 순서대로 “저자 (발행연도a)”, “저자 (발행연도b)” 등으로 표기하였다.

강승우, “채권양도가 해제된 경우의 제452조 제1항 유추적용 - 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결에 대한 검토를 중심으로 - ”, 민사법학 제92호(2020).

곽윤직 · 김재형, 민법총칙 제9판(박영사, 2013).

곽윤직, 채권총론 제6판(박영사, 2002).

_____, 채권각론 제6판(박영사, 2003).

곽윤직 편, 민법주해(X)(박영사, 1995).

_____, 민법주해(XIII)(박영사, 1992).

_____, 민법주해(XVIII)(박영사, 1992).

권영준, 민법학의 기본원리(박영사, 2020).

_____, “유럽사법통합의 현황과 시사점: 유럽의 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference)에 관한 논쟁을 관찰하며”, 비교사법, 제18권 제1호(2011).

김동훈, “채권양도와 계약해제 - 대상판결: 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22859 판결”, 고시연구 제351호(2003).

김상중, “계약의 무효·취소, 해제와 제3자의 보호 - 비교법적 고찰을 통한 우리 판결례의 해명과 해석적 제언 - ”, 민사법학 제59호(2012).

김용담, “해제의 효과에 관한 일고찰”, 민사법학 제4·5권(1985).

_____, “쌍무계약을 청산하는 여러 가지 제도에 관하여 - 제도상의 비교를 중심으로 - ”, 민법상의 제문제: 온산방순원선생고희기념논문집(박영사, 1984).

김용덕 편, 주석민법 채권각칙(1) 제5판(한국사법행정학회, 2021).

_____, 주석민법 채권각칙(5) 제5판(한국사법행정학회, 2022).
_____, 주석민법 물권법(3) 제5판(한국사법행정학회, 2020).
_____, 주석민법 채권총칙(3) 제5판(한국사법행정학회, 2020).
김욱곤, “해제의 효과에 관한 법리 소고”, 손해배상법의 제문제: 황적인 화갑기념논문집(박영사, 1990).
김주수, 채권총론 제2판(삼영사, 1996).
_____, 채권각론(삼영사, 1992).
김준호, 민법판례 270선(집현재, 2017).
김형배, 채권각론[계약법] 신정판(박영사, 2001).
남효순·이동진·김형석·이상훈·이계정, 부당이득반환의 비교법적 연구(박영사, 2021).
민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록, 상권(1957).
박세민, “삼각관계상의 부당이득 - 지시사례를 중심으로 - ”, 서울대학교 박사학위논문(2007).
_____, “영국 부당이득법의 부당요소(Unjust Factor)”, 이화여자대학교 법학논집 제18권 제3호(2014).
서을오, “금전에 있어서는 점유와 소유가 일치한다는 학설의 기원”, 법학논집, 제21권 제2호(2016).
송덕수, “채권양도가 해제 또는 합의해제된 경우 민법 제452조의 유추적용－대상판결: 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011다17953 판결－”, 법학논집, 제17권 제3호(2013).
양창수, 민법연구 제3권(박영사, 1995).
_____, 민법연구 제7권(박영사, 2005).
_____, 독일민법전: 총칙·채권·물권 2021년판(박영사, 2021).
양창수·김재형, 민법Ⅰ－계약법 제3판(박영사, 2020).
양창수·권영준, 민법Ⅱ－권리의 변동과 구제 제3판(박영사, 2017).
양창수·김형석, 민법Ⅲ－권리의 보전과 담보 제3판(박영사, 2018).
Ernst. A. Kramer(최준규 옮김), 법학방법론(박영사, 2022).

여하윤, “프랑스 민법상 원상회복의무 - 체계적 의미와 반환범위에 관한 논의를 중심으로 -”, 민사법학 제94호(2021).
오수원, “통지·승낙 없는 지명채권양도의 채무자에 대한 효력 - 대상판결: 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두20109 판결 -”, 민사법학 제47호(2009).
오시영, “계약해제의 효과와 그 법적 성질에 대한 검토”, 민사법학 제58호(2012. 3.).
오종근, “해제의 효과와 제3자의 보호 - 상대적소급무효설을 중심으로 -”, 민사법학 제100호(2022).
_____, “합의해제의 효과-대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결-”, 민사법학 제59호(2012).
윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학, 제55권 제3호(2014).
윤지영, “채권양도와 부당이득 -「삼각관계에서의 급부부당이득」법리를 중심으로 -”, 민사판례연구, 제41권(2019).
이계정, “삼각관계에서의 부당이득 법률관계와 질권자의 부당이득반환의무 유무 - 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결 -”, 법조 통권 제721호(2017).
_____, “분양계약 해제에 따른 부당이득의 법률관계와 수분양자 보호방안”, 자율과 정의의 민법학: 양창수 교수 고희기념논문집(박영사, 2021).
이동진, “채권양도, 부당이득, 동시이행”, 비교사법 제22권 제1호(2015).
_____, “매매계약이 해제된 경우 미등기 매수인이 한 임대차의 운명”, 민사법학 제68호(2014).
_____, “계약이전의 연구-상대방 동의 요건의 기능과 위치를 중심으로-”, 서울대학교 법학 제53권 제1호(2012).
_____, “대항요건을 갖추지 아니한 지명채권양도의 효력”, 민사법학 제90호(2020).
이무상, “변론주의에 있어서 요건사실과 주요사실 - 통설 및 판례에 대한 비판적 고찰 -”, 법조 제682권(2013).
이상훈, “계약법의 기본원리에 따른 3각관계 부당이득사안 해결 - DCFR과의

비교를 중심으로 -", 재산법연구 제34권 제1호(2017).
이은영, 채권각론 개정판(박영사, 1992).
장보은, "계약의 해소와 부당이득반환의 문제: 선분양계약에서의 신탁관계를 중심으로 - 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결 -", 저스티스 통권 제171호(2019).
전병서, 민사집행법 제3판(박영사, 2021).
전원열, "채권양도에 대한 이의보류 없는 승낙에 있어서 대항사유의 단절", 재산법연구 제33권 제3호(2016).
_____, "채권양도금지특약의 효력", 민사법학 제75권(2016).
전재우, "매수인이 매매잔대금채권 양수인에게 일부 변제 후 당해 매매계약을 해제한 경우 원상회복청구의 상대방", 법률신문(2008. 10. 2.자).
정병호, "금전은 점유하는 자가 소유한다는 이론비판 - 이론의 원조에 대한 비판을 중심으로 -", 법조 제65권 제1호(2016).
정진명, "계약해제와 제3자", 민법학의 현대적 양상: 나암서민교수정년기념논문집(법문사, 2006).
_____, "독일에 있어서 해제효과론의 전개", 재산법연구 제24권 제1호(2007).
정태윤, "계약이 무효이거나 취소 또는 해제된 경우에 보호받는 제3자의 범위에 관한 대법원판례의 정합성 여부", 법학논집(이화여자대학교), 제20권 제4호(2016).
_____, "프랑스의 부당이득법", 재산법연구 제29권 제2호(2012).
_____, "독일에서의 채권양도에 있어서의 부당이득의 삼각관계론", 법학논집, 제12권 제1호(2007).
지원림, 민법강의 제18판(박영사, 2020).
최은석·김제완, "순차적 부당이득에서 변제자와 제3자 권리의 경합 - 미국법상 경제적 부담 전이의 항변 법리를 중심으로 -", 서강법률논총 제11권 제1호(2022).
최수정, 신탁법(박영사, 2019).
_____, "지명채권양도에 있어서 다수인 사이의 부당이득반환", 민사법학 제

30호(2005).

_____, “분양계약의 해제에 따른 분양대금의 반환”, 인권과 정의 제484호(2019)

최준규, “영국부당이득법상 Change of Position에 대한 연구 - 독일법과의 비교 및 우리법에의 시사점을 중심으로”, 서울대학교 석사학위논문(2007).

_____, “계약법상 임의규정을 보는 다양한 관점 및 그 시사점”, 법조, 제62권(2013).

한불민사법협회, 개정 프랑스채권법 해제(박영사, 2021).

Birks, Peter, Unjust Enrichment 2nd ed.(Oxford University Press, 2005).

Burrows, Andrew, The Law of Restitution 3rd ed.(Oxford University Press, 2011).

Chen-Wishart, Mindy, Contract Law 5th ed. (Oxford University Press, 2013).

Dannemann, Gerhard, The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction, Oxford University Press(2009).

Häcker, Birke, Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law, Mohr Siebeck(2009).

von Bar, Christian & Eric Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition(Oxford University Press, 2010).

平井一雄, “解除の效果についての覺書”, 獨協法學 第9号(1977).

松岡久和, 中田邦博 編, 新・コンメンタール 民法: 財産法[第2版](東京: 日本評論社, 2020).

我妻榮·有泉亨·淸水誠·田山輝明, 我妻·有泉コンメンタール民法—總則・物權・債權—第5版(東京: 日本評論社, 2018).

Abstract

Contract Termination and Claim Assigner's Obligation to Restitute

Kwon, Yong-Seok

Department of Law

Law School

Seoul National University

Who takes the responsibility to restitute when the underlying contract for assignment of claim is terminated after the payment has been completed? Conventionally, this topic has been treated as a matter of unjust enrichment among 3-parties relationships. This approach assumes that the legal nature of restitution followed by contract termination is a type of unjust enrichment.

I propose that restitution should be redefined as an independent legal duty imposed on contracting parties. It accords with the textual interpretation of Article 548 (1) of the Korean Civil Code which defines the subject of the obligation to restitute as "each party" of the contract when it is terminated. As such, the debtor's profit is not an inevitable requirement for restitution, which is a distinctive feature of restitution compared to unjust enrichment.

This redefined concept has significant implications for resolving claim

assignment cases. If the assignee bears the obligation to restitute, it is contrary to the basic principle of the contract law in that the debtor must bear the risk of insolvency of the assignee, who he/she did not choose as a counterpart of the contract.

Since the rule of unjust enrichment by performance is a supplementary norm for the contract law, it is reasonable that the assigner bears the obligation to restitute not as a recipient of the debtor's payment, but as a contractual partner of the debtor. It also conforms to the text of Article 548 (1) of the Korean Civil Code, which stipulates each contracting party to bear the obligation to restitution. In this way, it is not only a faithful interpretation of the basic principles of the contract law but also provides a simple resolution for the simultaneous performance relationship stipulated in Article 549 of the Civil Code in the context of contract termination. Furthermore, it leads to sound conclusions in several aspects such as the protection of the debtor, risk allocation between contractual partners, and reduction of the transaction cost. It is also supported in the perspective of comparative law of recent years.

keywords : contract termination, assignment of claim, obligation of restitution, unjust enrichment, the basic principle of the contract law

***Student Number* : 2020-24958**