

〈특집: 민법개정안의 몇 가지 쟁점에 관한 고찰〉

## 부당이득에 관한 민법개정안 연구\*

權 英 俊\*\*

### 요 약

법무부 민법개정위원회는 지난 2009년 2월부터 2014년 2월까지 민법 중 재산법 분야에 대한 전면 개정작업을 진행하여 최종적인 민법개정안을 마련하였다. 민법이 1958년 공포되어 1960년 시행된 이래 한국 사회가 많은 변화를 경험하였는데도 재산질서의 근간을 규정하는 재산법 분야에 대한 전면 개정이 없었던 점을 고려하면 이번 개정안은 중요한 의미를 지닌다. 이 글은 이번 민법개정안 중 부당이득에 관한 부분을 소개, 분석한 결과물이다.

부당이득에 관한 민법개정안의 내용을 개관하면 다음과 같다. 악의의 비채변제는 그 변제가 “임의로” 이루어진 경우에 한하여 부당이득반환청구가 금지된다는 점을 명확하게 하였다(제742조). 불법원인급여시 불법원인이 “주요” 수익자에게 있는 때에 급여자의 반환청구를 허용함으로써 불법성 비교론을 명문화하였다(제746조). 부당이득의 반환방법으로 원물반환과 가액반환을 차례대로 명시하고, 원물로부터 수취한 과실 그 밖의 이익이 반환대상이라는 점을 명확하게 하였다(제747조). 수익자의 반환불능시 악의인 무상전득자의 반환의무에 대한 민법 제747조 제2항의 내용을 별도의 신설 조항으로 옮겼다(제749조의2). 민법 제741조(부당이득의 내용), 제743조(기한 전의 변제), 제745조(타인채무의 변제), 제748조(수익자의 반환범위)에 대해서는 개정 논의가 있었지만 개정대상에서 제외되었다.

부당이득에 관한 민법개정안에는 극적인 요소가 그리 많지 않다. 가령 등기된 부동산에 대한 유치권 폐지라는 과감함을 담은 유치권 개정안이나 현행 2개 조문을 10개로 대폭 늘리면서 기존 논의 내용을 뛰어넘는 참신함을 담은 채권자취소권 개정안과 비교하면 부당이득 개정안은 이미 판례와 학설을 통해 승인된 내용을 반영한 정도로 평가된다. 하지만 이러한 밋밋함은 민법개정위원회의 역부족 때문이기도 다는 정당한 재산귀속의 추구라는 근본적 문제를 다루는 부당이득법의 특성상 사회 변화에 민감하게 대응할 필요성이 크지 않았기 때문일 것이다.

이러한 개정안이 국회를 통과하여 시행에 이르는 아직 불명확하다. 그러나 그 시행 여부를 떠나 그 동안 우리나라에 축적되어 온 판례와 학설의 발전상, 나아가

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비 지원을 받았다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

외국 입법례의 다양한 흐름을 골고루 담아낸 것으로서 학술적인 가치가 크다. 또한 개정안의 내용과 이를 둘러싼 논의의 이모저모는 현행 민법을 해석함에 있어서도 참조할 만한 것이 많아 실무적인 가치도 크다. 그러한 점에서 개정안은 관심을 받기에 충분하다.

주제어: 민법개정, 민법개정위원회, 부당이득, 비채변제, 불법원인급여

## I. 서 론

대한민국 민법은 1958년 2월 22일 법률 제471호로 공포되어 1960년 1월 1일부터 시행되었다. 그중 재산법 분야(총칙편, 물권편, 채권편)는 지금까지 50여 년 동안 전면개정 없이 대체로 그 모습을 보존하여 왔다.<sup>1)</sup> 이는 잦은 개정을 통해 그 내용이 상당히 변화한 가족법 분야(친족편, 상속편)와는 대조적이다. 가족법 분야가 크게 변화한 것은 가부장적 가족제도나 양성불평등 등 극복대상이 분명했고, 이에 대한 국회나 정부, 사회단체, 특히 국민의 관심이 컸기 때문이다. 또한 재산법 분야가 가족법 분야보다 특별법을 통한 변화를 상대적으로 선호했던 점도 한 원인이었다. 하지만 이러한 점들을 고려하더라도 지난 50여 년간 한국 사회에 일어난 숨가쁜 변화를 생각하면 사회의 규범적 중추인 재산법 분야의 개정이 미미했던 점은 의외이다.

그동안 재산법 분야를 전면 개정하려는 시도가 없었던 것은 아니다. 법무부는 1999년 민법개정위원회를 설치하여 2004년까지 작업한 끝에 민법 재산편 개정안을 마련하여 2004년 10월 21일에 이를 국회에 제출하였다.<sup>2)</sup> 그러나 이 개정안은 학계 일부의 반대와 국회의 무관심이 겹쳐져 회기 만료로 폐기되고 말았다. 그 이후에도 민법의 전면 개정 필요성은 지속적으로 제기되었다. 특히 이웃 나라들의 민법 제·개정 움직임은 우리나라에도 자극이 되었다.<sup>3)</sup> 이에 법무부는 2009. 2. 4.

1) 2013년 7월 1일부터 성년후견제가 도입된 것을 제외하면 특별실종제도의 정비, 구분지상권 신설, 전세권의 우선변제적 효력 인정 등을 내용으로 하는 1984년 민법개정, 이사의 직무집행정지 및 직무대행자 선임 가치분 도입을 내용으로 하는 2001년 민법개정 정도가 재산법 분야에서 특기할 만한 개정이다.

2) 2004년 민법 재산편 개정안의 내용과 작업경과는 법무부 민법개정자료발간팀 편, 2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편(법무부, 2012)과 법무부 민법개정자료발간팀 편, 2004년 법무부 민법개정안 채권편·부록(법무부, 2012) 참조.

민법개정위원회를 설치하여 민법의 현대화와 국제화의 기치 아래 2014. 2. 17. 마지막 전체회의에 이르기까지 5년에 걸쳐 작업을 진행하였고, 이제 그 개정안의 전체 내용이 모습을 드러내게 되었다.<sup>4)</sup> 이는 우리나라 민법사에서 중요한 의미를 가지는 결과물이다.

서울대학교의 김재형, 최봉경, 김형석 교수와 필자는 2013년 서울대학교 법학연구소 공동연구프로젝트의 일환으로 민법개정안 중 몇몇 분야들에 대한 소개와 검토작업을 분담하여 진행하기로 하였다. 필자는 민법 채권편 중 부당이득에 관한 민법개정안을 소개, 분석하기로 하였다.<sup>5)</sup> 이 글은 그 작업 결과이다.

## II. 개정안의 개요와 작업경과

### 1. 개요

현행 민법은 제741조부터 제749조까지 모두 9개의 조문으로 부당이득의 문제를 규율한다. 이 글에서는 편의상 이를 부당이득법이라고 부르기로 한다. 부당이득법은 재산 귀속질서의 정당성이라는 근원적 문제를 다루고 있어 어려운 쟁점들을 포함하고 있다. 또한 부당이득법은 법계(法系)와 국가에 따라 그 발전사, 내용, 체계 등이 상당히 달라 국제적인 규범조화가 요원한 분야이기도 하다.<sup>6)</sup>

3) 중국은 1986년 민법총칙, 1999년 계약법, 2007년 물권법, 2010년 불법행위법에 이르기까지 지속적으로 성문 민법전을 정비하여 왔다. 일본은 2009년 3월에 채권법 개정의 기본방침을 마련하고(일본 민법(채권법) 개정검토위원회 편, 법무부 역, **일본 채권법 개정의 기본방침**(법무부, 2009) 참조), 2013년 3월에 민법(채권관계)의 개정에 관한 중간시안을 마련한 뒤 2015년 국회통과를 목표로 개정안 요강 준비에 박차를 가하는 등 채권법 개정작업을 꾸준히 진행해 오고 있다([http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai\\_saiken.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html), 2014. 3. 4. 최종방문 참조).

4) 2013. 7. 1.에 개정시안의 조문을 담은 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2013년 법무부 민법개정시안조문편**(법무부, 2013)이 발간되고, 2013. 8. 1.에 개정 관련 회의자료들을 담은 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2013년 법무부 민법개정시안 총칙편, 물권편, 채권편(上), (下)**(법무부, 2013)가 각각 발간되었으나 부당이득 분야의 개정시안은 그 이후에 확정된 관계로 조문과 이에 대한 회의자료들이 위 책들에 포함되어 있지 않다.

5) 김재형 교수는 계약의 해제·해지와 위험부담, 최봉경 교수는 증여계약, 김형석 교수는 대상청구권 부분을 담당하였다.

6) 이준형, “부당이득법의 현대적 기능과 입법 - 이스라엘 민법초안에 대한 다니엘 프리드먼의 報告를 소재로 -”, 김재형·제철웅 (편), **채무불이행과 부당이득의 최근 동향**(박영사, 2013), p. 393.

이러한 점들을 고려하면 짧은 기간의 민법개정작업을 통해 부당이득법에 대한 근본적인 변혁을 꾀하기는 어려웠다. 더구나 지난 수십 년간 부당이득에 관한 입법론은 거의 없었으며 하여 개정 동력도 그다지 크지 않았다.<sup>7)</sup> 이러한 이유 때문에 2004년 민법개정안 작성 당시에도 부당이득제도 정비는 장기연구과제로 분류되어 개정대상에서 제외되었다.<sup>8)</sup> 이번 민법개정위원회에서 마련한 부당이득 개정안 역시 판례와 학설에서 승인된 내용을 조문에 반영하거나 기존 조문의 표현을 수정하는 정도에 그치고 있다.

개정안의 내용을 개관하면 다음과 같다. 악의의 비채변제는 그 변제가 “임의로” 이루어진 경우에 한하여 부당이득반환청구가 금지된다는 점을 명확하게 하였다(제742조). 불법원인급여시 불법원인이 “주로” 수익자에게 있는 때에 급여자의 반환청구를 허용함으로써 불법성 비교론을 명문화하였다(제746조). 부당이득의 반환방법으로 원물반환과 가액반환을 차례대로 명시하고, 원물로부터 수취한 과실 그 밖의 이익이 반환대상이라는 점을 명확하게 하였다(제747조). 수익자의 반환불능시 악의인 무상전득자의 반환의무에 대한 민법 제747조 제2항의 내용을 별도의 신설조항으로 옮겼다(제749조의2). 민법 제741조(부당이득의 내용), 제743조(기한 전의 변제), 제745조(타인채무의 변제), 제748조(수익자의 반환범위)에 대해서는 개정 논의가 있었지만 개정대상에서 제외되었다.

## 2. 작업경과

부당이득에 관한 개정안은 민법개정위원회의 일반적인 작업과정을 거쳐 마련되었다. 민법개정위원회의 작업과정을 간략하게 소개한다.

민법개정위원회는 2009년부터 2012년까지 4년에 걸쳐 민법 재산편을 순차적으로 개정할 목적으로 2009. 2. 4. 법무부에 설치되었다. 위원들은 매년 새롭게 임명되었는데, 2009년 제1기 민법개정위원회에서는 37명, 2010년 제2기 민법개정위원회와 2011년 제3기 민법개정위원회에서는 각 43명, 2012년 제4기 민법개정위원회에서는 33명의 교수, 판사, 변호사들이 민법개정위원으로 활동하였다. 다년간 민법

7) 한국법사학회, **민법 제정·개정 연혁사 연구**(2012년도 법무부 연구용역과제보고서)에서는 1945년 이후의 민법전 제·개정 문제를 다룬 관련 문헌목록을 정리하였는데 그 중에서 부당이득법 개정에 관한 문헌은 발견되지 않는다.

8) 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2004년 법무부 민법개정안 채권편·부록**(법무부, 2012), p. 545. 단 제743조의 표현을 수정한 개정안은 마련되었다. 같은 책, p. 546.

개정위원회에서 활동한 위원들도 있으므로 실제 참여한 전체 인원 숫자는 위 숫자의 합에 미치지 못한다. 민법개정위원회는 4년 내에 정해진 작업을 마치지 못하여 실제로는 5년간 활동하였다. 따라서 마지막에 구성된 제4기 민법개정위원회는 2012년 2월부터 2014년 2월까지 2년간 활동하였다.

민법개정위원회는 매년 여러 개 분과위원회로 나누어 담당분야를 배정하였다.<sup>9)</sup> 각 분과위원회에서는 담당분야에 대한 개정시안을 마련하였다. 2기 민법개정위원회부터는 각 분과위원회의 개정시안을 총괄적으로 분석, 검토하기 위해 실무위원회가 설치되었다. 두 위원회를 거친 개정시안은 각 분과위원장들로 구성된 위원장단 회의의 심의를 거쳐 모든 민법개정위원들이 참여하는 전체회의에 상정된 뒤 표결을 통해 개정안으로 확정되었다. 요약하면 민법개정위원회는 『분과위원회⇒실무위원회⇒위원장단 회의⇒전체회의』의 순서로 논의를 진행하여 개정안을 확정하는 것이다.

부당이득법 분야에 대한 검토는 2011년 2월부터 2014년 2월까지 3년에 걸쳐 이루어졌다. 2011년 제3기 민법개정위원회 제5분과위원회<sup>10)</sup>와 2012년 제4기 민법개정위원회 제4분과위원회<sup>11)</sup>가 9차례 회의를 통해 개정시안 초안을 마련하였고,<sup>12)</sup> 실무위원회<sup>13)</sup>가 2차례 회의를 통해 이를 검토한 뒤 일부 수정제안을 하였다. 그 이후 위원장단 회의<sup>14)</sup>에서 2차례 회의를 통해 위원장단안을 확정하는 뒤, 2013년 12월 30일 제4기 제10차 전체회의에서 최종 개정안을 확정하였다.<sup>15)</sup>

9) 2009년부터 2011년까지는 각 6개, 2012년 이후에는 4개의 분과위원회가 설치되었다. 분과위원회의 현황에 대해서는 법무부 민법개정위원회 웹사이트(<http://minbub.or.kr>) 참조.

10) 2011년 제3기 민법개정위원회 제5분과위원회는 백태승 연세대 교수를 위원장으로 하고, 이연갑 연세대 교수, 박수곤 경희대 교수, 서희석 부산대 교수, 김학준 인천지법 부장판사, 최건호 김·장 법률사무소 변호사(이상 당시 직책 기준)를 위원으로 하여 구성되었다. 이 분과위원회는 신중계약과 부당이득 분야를 담당하였다.

11) 2012년 제4기 민법개정위원회 제4분과위원회는 백태승 연세대 교수를 위원장으로 하고, 이연갑 연세대 교수, 박수곤 경희대 교수, 서희석 부산대 교수, 장준현 수원지법 부장판사, 임성훈 김·장 법률사무소 변호사(이상 당시 직책 기준)를 위원으로 하여 구성되었다. 이 분과위원회는 채권자대위권과 부당이득 분야를 담당하였다.

12) 그 이외에도 제4기 민법개정위원회 제2분과위원회가 합유 관련 규정을 검토하는 과정에서 부당이득에 관한 일부 규정을 검토하였으나 주무 분과위원회는 아니었다.

13) 심의 당시 실무위원회는 윤진수 서울대 교수를 위원장으로 하고 윤용섭 법무법인 율촌 변호사, 이태중 서울고법 부장판사, 권영준 서울대 교수를 위원으로 하여 구성되었다.

14) 심의 당시 위원장단 회의는 서민 충남대 명예교수(개정위원회 위원장), 윤진수 서울대 교수(실무위원장)와 분과위원장을 맡은 지원립 고려대 교수, 남효순 서울대 교수, 송덕수 이화여대 교수, 백태승 연세대 교수, 윤철홍 숭실대 교수, 엄동섭 서강대 교수로 구성되었다.

### Ⅲ. 부당이득의 요건

#### 제741조(부당이득의 내용) - 개정 제외

현행	분과위안	실무위안	위원장단안
제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.	제741조(부당이득의 내용) (제1안) 법률상 원인 없이 <u>타인의 급부 또는 타인의 재산이나 노무로 인하여</u> 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.  (제2안) 현행 유지	제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.	개정 제외

#### 1. 개관

민법 제741조는 부당이득의 요건과 효과를 개괄적으로 규정하는 일반조항이다. 부당이득법의 중추적 조항이라고 할 수 있다. 부당이득에 관한 법리는 오랜 세월 에 걸쳐 형성되어 왔다. 민법 제741조는 그 정수(精髓)를 짚은 문언 속에 포괄적으로 담아내고 있다. 이번 민법개정 논의과정에서 이 조항을 근본적으로 바꾸어야 한다는 의견은 없었다.

다만 이 조항의 큰 틀을 그대로 둔 채 세부 내용을 바꾸려는 시도는 있었다. 분과위원회 개정시안 제1안은 두 가지 변화를 의도하였다. 첫 번째는 부당이득에 급부부당이득<sup>16)</sup>이 포함된다는 점을 명확하게 규정하는 것이었다. 두 번째는 법문 중 “손해”를 “손실”로 바꾸는 것이었다. 실무위원회는 첫 번째 점에 대해서는 반대하고, 두 번째 점에 대해서는 찬성하였다. 그런데 위원장단 회의에서는 분과위원회안

15) 2014. 2. 17. 제4기 제11차 전체회의에서 개정안 제749조의2에 대한 추가 논의가 있었으나 이미 확정되었던 개정안을 수정하지는 않았다.

16) 우리 민법은 일본민법과 달리 급부(給付) 대신 급여(給與)라는 용어를 사용하므로(민법 제746조 참조) 급부부당이득보다 급여부당이득이 더 적절한 용어라는 입장이 있다. 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학, 제55권 제3호(2014. 9), pp. 108-109.

개정시안 제2안, 즉 현행 유지안을 받아들이기로 하였다.<sup>17)</sup> 그 결과 제741조 개정안은 전체회의에 상정되지 않았다. 이처럼 민법 제741조는 개정대상에서 제외되었지만 그 경과와 논의 내용을 살펴볼 필요는 있다. 민법 제741조에 대한 개정논의는 곧 부당이득법의 근간을 다루고 있는 것이어서 그 자체로 학술적 가치가 크기 때문이다.

## 2. 유형론의 반영 시도

분과위원회의 첫 번째 시도는 급부부당이득에 관한 명문 근거를 마련하는 것이었다. 이는 부당이득제도에 관한 통일론 및 유형론의 문제와 관련이 있다.

통일론은 부당이득제도를 형평 또는 공평이라는 하나의 통일된 원리로 설명하려는 입장이다. 연혁적으로 보면 부당이득은 통일된 제도로 출발한 것이 아니다. 로마법은 통일된 제도로서의 부당이득제도를 알지 못하였다. 비채변제, 불법원인, 목적부도달 등 개별적 유형별로 부당이득반환청구소권(*condictio*)이 인정되었을 뿐이다.<sup>18)</sup> 이러한 부당이득법에 대한 파편적 이해는 근대까지 계속되었다. 가령 프랑스 민법(1804년)이나 오스트리아 민법(1811년)에는 부당이득을 통일적 법원칙으로 규정하는 일반규정은 존재하지 않았다.<sup>19)</sup> 그런데 19세기에 사비니(Savigny)를 필두로 부당이득제도를 보편적 원칙에 따라 통일적으로 이해하려는 움직임이 있었고, 이것이 20세기 초 독일 법학의 통일론(*Einheitslehren*)으로 나타났다.<sup>20)</sup> 독일 민법에 부당이득에 관한 일반규정(제812조)을 둔 것도 이러한 영향 때문이다. 독일의 통일론은 일본을 거쳐 우리나라에도 영향을 미쳐 우리나라에서도 통설적 지위를 차지하였다.<sup>21)</sup> 판례도 “부당이득제도는 이득자의 재산상 이득이 법률상 원인을 결여하는 경우에 공평·정의의 이념에 근거하여 이득자에게 그 반환의무를 부담시키는 것”이라고 판시하여 통일론에 입각하였다.<sup>22)</sup>

반면 유형론은 부당이득제도를 하나의 원리로 설명할 수는 없으므로 유형을 나

17) 제4기 민법개정위원회 위원장단 회의일지(제30차)(2013. 9. 2)(미공간) 참조.

18) 이에 대해서는 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press, 1990), pp. 838-857 참조.

19) 김형배, *사무관리·부당이득*(박영사, 2003), p. 60.

20) 위의 책, pp. 69-71.

21) 김중환, *채권각론*(박영사, 1988), pp. 404-405; 박윤직, *채권각론*(박영사, 2003), pp. 345-346 등.

22) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결.

누어 설명하여야 한다는 입장이다. 독일에서는 1930년대 빌부르크(Wilburg)의 문 제제기로부터 출발하여,<sup>23)</sup> 1950년대 케머리(Caemmerer)가 유형론(Trennungslehre)<sup>24)</sup>을 제시함으로써<sup>25)</sup> 통일론이 지배하던 학설상황에 큰 변동을 가져왔다.<sup>26)</sup> 이제는 유형론이 독일의 통설로 자리잡고 있다.<sup>27)</sup> 독일에서는 일반적으로 부당이득을 급부부 당이득(Leistungskondiktion)과 비급부부당이득(Nichtleistungskondiktion)으로 나누고,<sup>28)</sup> 후 자는 침해부당이득(Eingriffskondiktion), 비용부당이득(Verwendungskondiktion), 구상부 당이득(Rückgriffskondiktion)으로 세분하여 설명한다.<sup>29)</sup> 일본에서도 와가쓰마 사카 에(我妻 榮)의 영향 아래 통일론이 지배적 지위를 차지하다가,<sup>30)</sup> 1980년대부터 유형론이 유력하게 등장하기 시작하여 현재는 오히려 유형론이 다수설의 지위를 차 지하고 있다.<sup>31)</sup> 독일과 일본의 영향 아래 우리나라에서도 유형론이 유력하게 주장 되고 있다.<sup>32)</sup> 우리나라의 유형론에서도 독일과 마찬가지로 부당이득을 급부부당이 득, 침해부당이득, 비용부당이득, 구상부당이득으로 나누어 고찰하는 것이 일반적 이다.<sup>33)</sup>

23) Walter Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht* (Leuschner und Lubensky, 1934), p. 113.

24) 직역하면 ‘분리설’이다.

25) Ernst von Caemmerer, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, Festschrift für Ernst Rabel (Mohr, 1954).

26) Beck'scher Online-Kommentar BGB, 2013, §812 Rn. 17.

27) Jack Beatson & Eltjo Schrage (eds.), *Case, Materials and Texts on Unjustified Enrichment* (Hart Publishing, 2003), p. 185.

28) 독일 민법 제812조 제1항은 이미 문언 자체에서 급부(Leistung)에 의한 부당이득과 그 밖의 방법(in sonstiger Weise)에 의한 부당이득을 나누고 있어 이러한 구분을 뒷받침 한다.

29) Stephan Lorenz & Johannes Czipuka, “Grundwissen – Zivilrecht: Bereicherungsrecht – Grundtypen der Kondiktionen”, *JuS*, No. 9 (2012), p. 777.

30) 我妻 榮, *債權各論*, 下卷 1(民法講義V 4)(岩波書店, 1972), p. 938 참조.

31) 宮田浩史, “不当利得論における我妻衡平説の意義と日本類型論と可能性”, *早稻田法學會誌*, 第63巻 第2号(2013), p. 313; 松岡久和, “不当利得法の全体像 – 給付利得法の位置づけを中心に”, *ジュリスト*, 第1428号(2011), p. 4. 그러나 여전히 실무에서는 종전의 형평설적 입장에 기초하여 판단하는 경우가 많다고 한다. 宮田浩史, 위 논문, p. 313 참조.

32) 곽윤직 편, *민법주해*[XVII](박영사, 2005), p. 161 이하(양창수 집필부분); 김형배, *supra* note 19, p. 76; 이은영, *채권각론*, 제5판(박영사, 2007), p. 714; 지원림, *민법강의*, 제12판(홍문사, 2013), p. 1614 등.

33) 곽윤직 편, *supra* note 32, pp. 171-172(양창수 집필부분); 김형배, *supra* note 19, p. 66 이하 등 참조.



통일론과 유형론이 과연 같은 차원에서 논의될 수 있는 것인지, 또한 서로 양립 불가능한 것인지는 의문이다.<sup>34)</sup> 통일론은 좀 더 근본적인 차원을 다루고 유형론은 좀 더 구체화된 차원을 다룬다는 점에서 양자는 상호배척관계가 아니라 상호보완 관계에 있다.<sup>35)</sup> 그러므로 유형론이 유력한 지위를 차지하게 된 오늘날에도 통일론은 여전히 의미를 가진다. 유럽 사법(私法)의 핵심원리를 담고 있는 공통참조기준 초안(Draft Common Frame of Reference, 이하 DCFR)<sup>36)</sup> VII.-1:101조 제1항 역시 “타인의 불이익으로 인하여 부당한 이익을 얻는 사람은 그 타인에게 이익을 반환할 의무가 있다”<sup>37)</sup>라고 하여 부당이득반환의 원칙을 통일론적 입장에서 규정하고 있다.

그러나 통일론만으로는 부당이득제도에 대하여 충분한 설명력을 획득하기 어렵다. 통일론이 부당이득제도의 이념적 토대로 내세우는 형평은 구체적인 내용을 담고 있지 않아 지나치게 추상적이고 공허하다.<sup>38)</sup> 또한 어차피 모든 법제도가 형평을 지향하므로 이를 부당이득제도의 특유한 원리로 내세우기도 겹겹적이다. 따라서 통일론이 추구하는 형평의 이념을 염두에 두면서도 유형론에 따라 부당이득의 개방적 유형화와 맞춤형 규율 제공을 통해 형평의 이념을 구체화할 필요성이 존재한다.<sup>39)</sup> 민법의 부당이득 규정들을 보더라도 제742조 내지 제746조는 부당이득 전체가 아니라 급부부당이득을 규율하는 것이므로 이 점에서도 부당이득의 유형을 구별할 실익이 있다.<sup>40)</sup> 최근 대법원 판례는 급부부당이득과 침해부당이득을 명시적

34) 양창수·권영준, **권리의 변동과 구제**(민법 II)(박영사, 2011), pp. 427-428.

35) Beck'scher Online-Kommentar, *supra* note 26, §812 Rn. 18도 같은 취지이다.

36) 유럽의 공통참조기준초안은 유럽위원회(European Commission)의 위탁에 따라 유럽의 연구자들이 유럽 사법(私法)의 내용을 기본원리, 개념 및 모델규칙의 형태로 작성한 연구결과물이다. 그 내용과 배경에 관하여는 권영준, “유럽사법(私法)통합의 현황과 시사점 - 유럽의 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference)에 관한 논쟁을 관찰하며 -”, **비교사법**, 제18권 제1호(2011. 3) 참조.

37) 원문은 “A person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another's disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment”이다.

38) 양창수, **일반부당이득법의 연구**, 박사학위논문, 서울대학교(1987), p. 258에서는 유형론의 입장에서 현행 민법 제741조 이하의 부당이득 규정이 분쟁을 처리함에 있어서 직접 의거할 수 있는 ‘개별적 법률관계를 확실하게 규율하는 특정한 법규범’을 제시하는 데 실패하였다고 평가한다.

39) 이러한 통일론과 유형론의 상호작용은 법계를 불문하고 다양한 모습으로 이루어지고 있다. 독일이나 일본, 우리나라가 통일론에서 유형론으로 나아간 사례라면 프랑스나 영국, 미국은 개별적 사례로부터 통일적 원리를 추출하려고 시도하는 사례에 해당한다. 후자에 관하여는 James Gordley, *Foundations of Private Law* (Oxford University Press, 2006), pp. 420-421 참조. 통일론적 입장에서 원칙규정을 두고 있는 DCFR에서도 VII.-4:101조에서는 인과관계와 관련하여 부당이득의 유형화를 시도한다.

으로 구분하고 있는데,<sup>41)</sup> 이 역시 유형론적 사고에 기초한 것이다.

분과위원회 개정시안 제1안은 유형론의 태도를 민법 제741조에 반영하고자 하였다. 이러한 분과위원회의 시도는 부당이득의 유형화를 통해 좀 더 세밀한 규율을 제공하려는 노력으로서 의미 있는 것이었다. 이와 관련하여 분과위원회는 “타인의 재산 또는 노무로 인하여”라는 문언에 “급부”를 추가하여 “타인의 급부 또는 타인의 재산이나 노무로 인하여”로 개정하자고 제안하였다. 이러한 제안의 이면에는 현행 민법 제741조의 문언만으로는 급부부당이득을 규율할 수 없거나 적어도 급부부당이득을 규율할 수 있는지가 불명확하다는 생각이 깔려 있다. 환언하면 현행 민법 제741조의 문언만 놓고 보면 이 조항은 침해부당이득에 관한 조항처럼 읽힌다는 것이다.

그러나 이러한 전제에는 동의하기 어렵다. 급부 역시 재산 또는 노무로 인한 것이어서 “타인의 재산 또는 노무로 인하여”라는 기존 문언에 충분히 포섭될 수 있기 때문이다. 그 점에서 현행 민법 제741조는 이미 급부부당이득을 포섭할 만한 유연성과 포괄성을 지니고 있다. 지금까지 학계와 실무계에서는 “타인의 재산 또는 노무로 인하여”라는 문언이 모든 부당이득 유형을 포괄한다고 이해하여 왔고, 위 개정시안의 제안이 이루어지기 전에는 이에 대한 별다른 이견을 찾아보기도 어려웠다.

분과위원회는 아마도 독일 민법 제812조 제1항을 참조하여 개정시안을 만들었던 것으로 추측된다. 독일 민법 제812조 제1항은 현행 민법 제741조와 달리 타인의 급부(Leistung)에 의한 부당이득과 기타의 방법(in sonstiger Weise)에 의한 부당이득을 명시적으로 나누고 있다. 만약 부당이득을 유형화하고자 하였다면 이미 모든 것을 포괄하는 추상적인 문언에 “급부”만 추가하기보다는 차라리 독일 민법과 같이 부당이득의 유형을 명시적으로 나누는 것이 분과위원회의 의도에 부합하였을 것이다.

결과적으로 분과위원회 개정시안 제1안 중 “급부”를 추가한 부분은 실무위원회나 위원장단 회의에서 받아들여지지 않았다.

40) 이처럼 조항에 따라 적용대상인 부당이득 유형이 달라지는 것은 독일 민법도 마찬가지이다. 독일 민법 제813조, 제814조, 제815조, 제817조, 제819조 제2항, 제820조 제1항은 급부부당이득에만 적용되는 조항들이다.

41) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다98706 판결. 이 판결의 주심은 유형론을 주장하였던 양창수 대법관이었다.

### 3. 손실 개념의 도입 시도

분과위원회의 두 번째 시도는 “손해”를 “손실”로 바꾸는 것이었다. 이러한 시도를 이해하려면 손해 및 손실의 개념에 대해 살펴보고 양자를 비교해 보아야 한다.

“손해”는 “법익에 관하여 받은 불이익”이다.<sup>42)</sup> 따라서 손해 개념을 이해하려면 법익과 불이익의 개념을 이해해야 한다.<sup>43)</sup> 다만 이 문제는 이 글과 직접적인 관련이 없으므로 여기에서 검토하지는 않는다. 여기에서는 손해가 법익에 관해 불이익이 생긴 상태를 의미한다는 정도로 이해하기로 한다. 한편 손해의 개념 자체는 이러한 상태가 어떤 원인으로 생긴 것인지를 묻지 않는다. 그러한 점에서 손해 개념은 본래 원인중립적인 개념이다. 따라서 손해가 자연력과 사람의 행위 중 어떤 원인으로 생겼는지, 또한 사람의 행위가 위법한 것인지의 문제는 손해 개념 자체와는 분리하여 생각해야 한다. 그런데 민법의 용례를 보면 손해는 위법한 행위로 인하여 야기된 법적 불이익의 의미로 사용되는 경우가 많다.<sup>44)</sup> 이러한 의미의 손해는 반환 또는 보상의 대상이 아니라 배상의 대상이다. 그러한 점에서 위법행위-손해-배상은 서로 긴밀하게 연관되어 있다.<sup>45)</sup>

42) 박운직, **채권총론**, 제6판(박영사, 2006); 김상용, **채권총론**, 개정증보판(법문사, 2003), p. 154; 김증한·김학동, **채권총론**, 제6판(박영사, 1998), p. 126; 김형배, **채권총론**, 제2판(박영사, 1999), p. 238; 이은영, **채권총론**, 제4판(박영사, 2009) p. 264 등.

43) 특히 불이익의 개념에 대해서는 차액설과 구체적 손해설을 둘러싼 어려운 논의가 있다. 차액설은 손해의 원인이 없었더라면 존재하였을 이익상태와 현재의 이익상태의 차이를 손해로 파악하고, 구체적 손해설은 개별적이고 구체적으로 발생한 불이익 그 자체를 손해로 파악한다. 판례는 차액설의 입장을 취한다. 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다 33070 전원합의체 판결 등 참조.

44) 실종선고의 취소와 손해배상에 관한 제29조 제2항, 법인의 불법행위와 손해배상에 관한 제35조, 이사 임무해태와 손해배상에 관한 제65조, 자연손해배상에 관한 제90조, 무권대리인의 손해배상에 관한 제135조 제1항, 악의 점유자의 손해배상에 관한 제202조 제1항, 점유침탈과 손해배상에 관한 제204조 제1항, 점유방해와 손해배상에 관한 제205조와 제206조 제1항, 소유권 방해와 손해배상에 관한 제214조, 하류 연안의 용수권 방해와 손해배상에 관한 제232조, 용수장해와 손해배상에 관한 제236조 제1항, 경계선 부근의 건축과 손해배상에 관한 제242조 제2항, 전전세로 인한 손해배상에 관한 제308조, 전세권의 소멸청구와 손해배상에 관한 제311조 제2항, 전세권자의 손해배상책임에 관한 제315조 제1항, 질물의 하자로 인한 손해배상책임에 관한 제334조, 전질권과 손해배상책임에 관한 제336조, 저당권 피담보채무의 불이행으로 인한 손해배상에 관한 제360조, 채무불이행과 손해배상청구에 관한 제390조 이하, 불법행위와 손해배상청구에 관한 제750조 이하 등 다수.

45) 다만 이사 또는 청산인 결여 등으로 인하여 손해가 생길 염려가 있는 때 임시이사나 청산인을 선임할 수 있도록 한 제63조 및 제83조에서는 손해를 위법행위나 배상과는 무관한 개념으로 사용한다. 또한 인지사용과 손해보상에 관한 제216조 제2항, 수도 등

“손실”은 “이익”의 반대 개념으로서 “재산상 법익에 관하여 받은 불이익”, 또는 “재산의 적극적 또는 소극적 감소”의 의미를 가진다.<sup>46)</sup> 부당이득에 관하여 “손해”가 아닌 “손실”의 개념을 사용하는 일본 민법의 해석론상으로도 마찬가지이다.<sup>47)</sup> 이러한 설명에 따르면 손실은 법익에 대한 불이익의 의미로 사용된다는 점에서 손해와 공통되지만, 재산상 법익에 국한된 개념이라는 점에서 손해와 구별된다. 비재산적 손실의 개념이 성립할 수 있는가 하는 문제가 있기는 하지만, 적어도 “재산”의 귀속질서를 다루는 부당이득법에서는 “비재산적” 손실의 문제는 다를 실익이 없다. 우리나라 민법에서는 조합원의 손익분배에 관한 제711조 제2항과 조합원에 대한 채권자의 권리행사에 관한 제712조에서 이익에 대응하는 의미로 손실의 개념을 사용한다. 이러한 손실 개념은 손해의 일반적인 용례와는 달리 위법행위나 배상의 개념과 관련되지 않는다.

참고로 여러 외국 입법례들은 부당이득의 요건으로 “손실”의 개념을 사용한다. 일본 민법 제703조는 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 그로 인하여 타인에게 손실을 끼친 자는 그 이익이 존재하는 한도에서 이를 반환할 의무를 진다”라고 규정하여 “손해” 대신 “손실” 개념을 사용한다.<sup>48)</sup> 독일 민법 제812조 제1항은 “타인의 급부로 인하여 또는 기타의 방법에 의하여 그의 손실(Kosten)로 법적 원인 없이 어떤 것을 취득한 사람은 그에 대하여 반환의 의무를 진다.”라고 규정하여 “손해”(Schaden)와는 구별되는 “손실”(Kosten)의 개념을 사용한다.<sup>49)</sup> DCFR VII.-1:101조 제1항은 “타인의 손실(disadvantage)로 인하여 부당한 이익을 얻은 자는 그 타인에게 그 이익을 반환하여야 한다.”라고 규정하여 “손해”(damage) 대신 “손실”(disadvantage)의 개념을 사용한다.

우리 민법이 부당이득에 관하여 손실 대신 손해의 개념을 사용하게 된 배경은

---

시설과 손해보상에 관한 제218조 제1항, 주위토지통행권과 손해보상에 관한 제219조 제2항, 여수소통권과 손해보상에 관한 제226조 제2항, 연의 설치 및 이용과 손해보상에 관한 제230조, 침부와 손해보상에 관한 제261조, 관리자의 무과실손해보상에 관한 제740조 역시 위법행위와 결부되지 않고 배상의 대상도 아닌 손해의 개념을 사용한다.

46) 박준서 편, **주석민법: 채권각칙**, 제3판(한국사법행정학회, 1999), p. 457(임한흠 집필부분).

47) 甲斐道太郎・谷口知平 編, **新版 注釋民法 V 18** (有斐閣, 1988), p. 432; 我妻 榮・清水 誠・田山 輝明・有泉 亨, **我妻・有泉コメンタル 民法**, 第3版(日本評論社 2013), p. 1275.

48) 번역문은 권철, **일본민법전**(법무부 민법개정사무국, 2011), p. 299 참조. 이하 일본 조항에 관하여는 같다.

49) 번역문은 양창수, **독일민법전**(박영사, 2008), p. 523 참조. 이하 독일 조항에 관하여는 같다.

명확하지 않다. 일제 강점기 시절 우리나라에 적용되었던 의용 민법 제703조<sup>50)</sup>는 손해가 아닌 손실 개념을 사용하고 있었고, 우리 민법 제정과정에 영향을 미쳤던 만주국 민법 제742조<sup>51)</sup> 독일 민법 제812조 제2항 등도 모두 손실 개념을 사용하고 있었기 때문이다. 그런데 1954년 정부안으로 민의원에 제출된 민법 초안 제743조에서는 이와 달리 손해의 개념을 사용하였고, 민의원에서도 별다른 논의 없이 이를 채택하였다.<sup>52)</sup> 아마도 중화민국 민법 제179조를 참조한 것이 아닌가 추측된다.<sup>53)</sup>

“손해”와 “손실” 개념이 유사하다는 점을 고려하면 민법 제741조에서 꼭 어느 특정 개념을 사용해야 한다고 고집할 수는 없다. 우리나라의 문헌들을 보면 법문과 달리 “손실”의 개념을 사용하는 것<sup>54)</sup>과 법문에 충실하게 “손해”의 개념을 사용하는 것<sup>55)</sup>이 있다. 판례 중에는 “손실”의 개념을 사용한 것도 있지만,<sup>56)</sup> 최근에는 “손해” 개념을 사용하는 방향으로 수렴하고 있다.<sup>57)</sup> 다만 이는 법문에 충실한 표현일 뿐이고, 손해와 손실의 개념과 용례를 구분한 뒤 의식적으로 전자를 선택한 결과로는 보이지 않는다.

하나를 선택해야 한다면 “손해”보다는 “손실” 개념이 적절하다. 현행 민법 제741조에서 규정하는 부당이득법상의 “손해”는 재산총액의 감소를 의미하는데, 이는

50) 현행 일본 민법 제703조와 동일하다.

51) 만주국 민법 제742조는 “법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손실을 끼친 자는 이를 반환할 의무를 진다”라고 규정한다.

52) 양창수, *supra* note 38, p. 131에서는 우리 민법 초안이 의용민법상 손실을 손해라는 용어로 변경한 배경에 대한 자료는 찾을 수 없다고 한다.

53) 중화민국 민법은 현재 대만 민법으로 사용되고 있고, 그중 제179조는 현재까지 개정 없이 그대로 보존되어 있다. 이 조항에서는 “법률상의 원인 없이 이익을 얻고 타인에게 손해를 가한 경우에 그 이익을 반환하여야 한다. 법률상의 원인이 있었으나 그 후 이미 존재하지 아니하는 경우도 같다”라고 규정한다. 번역문은 김성수, *대만민법전*(법무부, 2012), p. 133 참조.

54) 박윤직, *supra* note 21, p. 353; 지원림, *supra* note 32, p. 1629; 송덕수, *新民법강의*, 제5판(박영사, 2012), p. 1604; 김형배·김규완·김명숙, *민법학강의: 이론·판례·사례*, 제10판(신조사, 2011), p. 1570; 박준서 편, *supra* note 46, p. 456(임한흠 집필부분); 지원림, *supra* note 32, p. 1631 등.

55) 박윤직 편, *supra* note 32, p. 156(양창수 집필부분). 한편 이은영, *supra* note 32, p. 693는 ‘손해’를 부당이득의 요건으로 설명하면서도 이는 실질적으로 ‘손실’의 개념에 가깝다고 한다.

56) 대법원 1985. 8. 13. 선고 85다카421 판결; 대법원 1989. 2. 28. 선고 88다카4482 판결; 대법원 1992. 11. 27. 선고 92다12681 판결.

57) 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카931 판결; 대법원 1990. 6. 8. 선고 89다카18990 판결; 대법원 1992. 7. 24. 선고 92다15970 판결; 대법원 2002. 12. 6. 선고 2000다57375 판결; 대법원 2006. 4. 13. 선고 2005다14083 판결; 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다8914 판결 등.

민법에서 일반적으로 사용되는 손해의 의미, 즉 위법한 행위를 암묵적으로 전제한 법적 불이익의 의미를 가지지는 않는다. 그러므로 채무불이행이나 불법행위 등 위법행위로 인한 손해배상, 그리고 위법행위와는 무관한 부당이득의 반환을 구별하는 지표로서 손실 개념은 의미가 있다. 또한 부당이득반환의 범위에 관하여 민법 제748조 제2항은 악의의 수익자는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다고 규정하는데, 여기에서의 손해는 불법행위로 인한 손해로 해석하는 것이 일반적이다.<sup>58)</sup> 이와 구별하기 위해서라도 제741조에서는 손실 개념을 채택하는 것이 유용하다. 부당이득법의 핵심 개념인 이익의 반대 개념으로는 손해보다 손실이 더 적당하다는 점, 손해는 일반적으로 비재산적 손해도 포함하는 개념인데 부당이득법에서는 비재산적 손해 내지 손실이 문제되지 않는다는 점 등을 고려하더라도 그렇다.

분과위원회 개정시안 제1안 중 “손해”를 “손실”로 변경한 부분은 실무위원회에서 받아들여졌으나 위원장단 회의에서 받아들여지지 않았다. 따라서 현행 민법 제741조대로 “손해”의 개념이 유지되게 되었다.

#### IV. 부당이득반환의 제한

##### 1. 제742조(비채변제) - 개정

현행	분과위안	실무위안	위원장단안=확정안
제742조(비채변제) 채무없음을 알고 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.	제742조(채무없음을 알고 한 비채변제) (1안) 채무없음을 알고 입의로 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.  (2안) 현행규정 유지	제742조(채무없음을 알고 한 변제) 채무없음을 알고 입의로 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.	제742조(채무없음을 알고 한 비채변제) 채무없음을 알고 입의로 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.

<sup>58)</sup> 김형배, *supra* note 19, p. 252에서는 이를 한국과 일본의 통설로 소개한다. 이에 대한 국내 판례는 없지만 일본 최고재판소는 이를 불법행위책임으로 새긴다. 最高裁 2009 (平成 21). 11. 9. 판결(民集 63-9-1987) 참조. 반면 곽윤직 판, *supra* note 32, p. 599 (양창수 집필부분)에서는 통설과 달리 이 의무를 채무불이행책임에 가까운 일종의 특수한 손해배상무무라고 설명한다.

### 가. 민법 제742조의 해석론

민법은 제742조부터 제746조까지 급부부당이득의 반환이 제한되는 경우에 관하여 규정한다. 그중 민법 제742조는 “채무없음을 알고 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다”라고 하여 악의의 비채변제에 대해 규정한다.

채무가 없는데도 변제된 급부는 법률상 원인이 없으므로 급부부당이득으로 변제자에게 반환되어야 한다.<sup>59)</sup> 실수로 이중변제한 경우 두 번째로 변제한 급부를 반환하는 것이 대표적 예이다. 하지만 법률상 원인으로서의 채무가 없음을 알면서도 굳이 변제한 자에게까지 부당이득반환청구권을 부여하여 보호할 필요성은 크지 않다. 채무 없음을 알면서도 변제하여 스스로 위험한 상황을 자초한 뒤 다시 태도를 바꾸어 반환을 구하는 것은 선행행위에 반하는 행위일 뿐만 아니라,<sup>60)</sup> 법적 분쟁을 조장하여 소송비용과 같은 불필요한 거래비용을 증가시키는 행위이기 때문이다.<sup>61)</sup> 이러한 행위에 대해서도 부당이득반환청구를 허용하는 것은 변제 단계에서 정당하게 해결할 수 있었던 사태를 만연히 변제 이후의 단계로 지연시키는 결과를 용인하는 셈이 되어 법정책적으로도 바람직하지 않다. 민법 제742조가 악의의 비채변제에 대해서 부당이득반환청구를 금지하는 것은 이러한 이유 때문이다.

그런데 판례는 민법 제742조를 목적으로 축소해석한다. 즉 채무 없음을 알았더라도 임의로 변제한 것이 아니라면 민법 제742조의 문언에도 불구하고 부당이득 반환을 구할 수 있다는 것이다. 대법원 1988. 2. 9. 선고 87다432 판결에서 “민법 제742조 소정의 비채변제는 지급자가 채무없음을 알면서도 임의로 지급한 경우에만 성립하고, 채무없음을 알고 있었어도 변제를 강제당한 경우나 변제거절로 인한 사실상의 손해를 피하기 위하여 부득이 변제하게 된 경우 등 그 변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것으로 볼 수 있는 사정이 있는 때에는 지급자가 그 반환청구권을 상실하지 않는다.”라고 판시한 이래, 이러한 법리를 적용한 재판례들이 상당히 축적되어 있다. 재판례를 보면 대체로 경매실행<sup>62)</sup>이나 전기공급중

59) 이는 로마법상 비채의 부당이득반환소권(*condictio indebiti*) 이래 널리 인정되어 왔다. 이를 명문으로 규정하는 입법례도 있는데, 가령 프랑스 민법 제1235조 제1항은 “변제는 모두 부채를 전제로 한다. 의무 없이 변제된 것은 반환청구의 대상이 된다”라고 규정함으로써 이를 명시한다.

60) 김형배, *supra* note 19, p. 120.

61) 윤진수, *supra* note 16, p. 127.

62) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2008다39786 판결. 반면 대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다46451 판결에서는 부동산에 대한 임의경매절차가 진행되던 중 근저당권자 겸 낙찰자에게 피담보채무액을 초과한 금원을 지급하고 그 임의경매신청을 취하지킨 뒤 그 금

단,63) 계약체결의 거절64)이나 해제65), 형사책임66) 등을 부득이한 변제사유로 들고 있다. 이러한 목적적 축소해석은 학설상으로도 받아들여지고 있다.67)

#### 나. 개정안의 내용과 이에 대한 평가

##### (1) 개정안의 타당성

민법 제742조는 부당이득반환청구에 대한 예외 규정이므로 엄격하게 해석하여야 한다. 이러한 점을 염두에 둔다면, 아무리 채무 없음을 알았다고 하더라도 현실적으로 채무를 일단 변제하지 않을 수 없는 합리적 사정이 있어 변제한 경우에게까지 부당이득반환을 부정하는 것은 부당하다. 따라서 민법 제742조에 대한 목적적 축소해석은 타당하다.

이러한 해석론의 타당성을 인정한다면 입법론으로서는 이를 법문에 반영하는 것이 바람직하다. 물론 판례와 학설이 확고하게 정립되어 있으므로 이를 굳이 법문에 반영할 실익이 없다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 민법 제742조의 문언 자체에서는 채무 없음을 알고 변제하였을 것만 요구할 뿐 그 변제의 경위나 사정은 묻지 않고 있다. 그러므로 현재의 해석론은 법문에 없는 요건을 부가하고 있어 이론적으로는 논란의 불씨가 남아 있다. 그러한 점에서 개정안 제742조가 “채무없음을 알고 임의로 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.”라고 규정하여 해석론상 논란의 여지를 없앤 것은 적절한 조치이다. 아울러 개정안에서는 표제를 “비채변제”에서 “채무없음을 알고 한 비채변제”로 바꾸었다. 민법 제742조가 비채변제 일반에 적용되는 조항이 아니라 악의의 비채변제에만 적용되는 조항임을 고려하면 이처럼 표제를 구체적으로 표현하는 것이 타당하다.68)

---

원을 부당이득으로 반환청구한 사안에서 이를 자유로운 의사에 반한 변제라고 볼 수 없다고 판시하였다

63) 대법원 1988. 2. 9. 선고 87다432 판결. 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다17917 판결도 전기요금 체납을 이유로 한 전기공급거절 문제를 다루고 있으나, 이 사안에서는 변제자가 명시적으로 부당이득반환청구권을 유보하였다는 차이점이 있다.

64) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다4022 판결.

65) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결.

66) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다18535 판결.

67) 곽윤직 편, *supra* note 32, p. 394(양창수 집필부분); 곽윤직, *supra* note 21, p. 361; 박준서 편, *supra* note 46, p. 489(김문혁 집필부분); 송덕수, *채권법각론*(박영사, 2014), p. 445 등.

68) 이와 관련하여 분과위원회 논의 단계에서는 “채무없음”과 “비채”가 중복되므로 표제



개정안과 유사한 입법례로는 스위스 채무법 제63조 제1항과 DCFR VII.-2:101조를 들 수 있다. 스위스 채무법 제63조 제1항은 “비채변제(Zahlung einer Nichtschuld)”라는 표제 아래 “채무가 없는데도 자발적으로(freiwillig) 변제한 자는 그가 채무에 대해 착오에 빠졌음을 증명할 수 있는 경우에만 급부한 것의 반환을 청구할 수 있다”라고 규정한다.<sup>69)</sup> DCFR VII.-2:101조 (b)는 부당이득이 성립하지 않는 경우의 하나로서 “손실자가 그 손실에 대하여 자유롭게(freely) 또한 착오 없이 동의한 경우”를 들고 있다.<sup>70)</sup> 개정안 제742조도 이러한 입법례의 연장선상에 있다고 평가된다.

한편 개정안에서 채택한 “임의로”라는 표현은 이 조항에 관한 리딩 케이스(leading case)인 대법원 1988. 2. 9. 선고 87다432 판결에서 유래된 것으로 생각된다. 이 판결에서는 “민법 제742조 소정의 비채변제는 지급자가 채무 없음을 알면서도 임의로 지급한 경우에만 성립”(밑줄은 필자가 부가한 것임, 이하 같다)한다고 하면서 “변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것으로 볼 수 있는 사정이 있는 때”에는 민법 제742조 소정의 비채변제가 성립하지 않아 부당이득반환청구를 할 수 있다고 판시한다. 이러한 판례의 입장은 민법 제742조의 적용 여부를 임의의 변제 또는 자유로운 의사에 기한 변제가 있었는지에 따라 결정하지는 것이다.

그런데 민법에서 임의성의 개념은 임의대리인의 경우(제120조)처럼 자발성이나 자율성의 의미로 사용되기도 하고, 물권 임의창설금지의 경우(제185조)처럼 자의성의 의미로 사용되기도 하여 다의적이다. 이러한 다의성을 고려하여 “임의로” 대신 “자유로운 의사에 기하여”로 명확하게 표현하는 방안을 생각해 볼 수 있었을 것이다. 또한 임의성이 내포하는 자율성 또는 자발성은 모호한 개념이다. 예컨대 변제자가 변제거절로 인해 발생할 수 있는 사실상 손해(가령 경매실행으로 발생할 수 있는 손해)와 일단 변제함으로써 얻을 수 있는 사실상 이익을 교량하여 의식적으로 변제를 택하였다면 이러한 변제는 임의성이 없다고 단정하기 어렵다.<sup>71)</sup> 임의

---

를 “채무없음을 알고 한 변제”라고 하여야 한다는 제안이 있었다. 논리적으로는 타당한 지적이다. 그러나 이를 비채변제 중 “악의의 비채변제”를 풀어쓴 것이라고 이해하면 수긍할 수 있다고 생각한다. 또한 이러한 표제가 더 쉽게 이해할 수 있다.

69) 원문은 “Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat”이다.

70) 발췌한 부분의 원문은 “the disadvantaged person consented freely and without error to the disadvantage”이다.

71) 광윤직 편, *supra* note 32, p. 394(양창수 집필부분)는 이러한 경우에는 임의성이 없다고 하기 어려울 것이라고 하면서 “합리적 사정”이라는 표현이 더 적절하다고 한다.

성 개념이 가지는 이러한 모호성을 고려하면 ① DCFR VII.-2:103조<sup>72)</sup>처럼 임의성이 부정되는 경우를 구체적으로 열거하여 그 의미를 명확히 하거나, ② 임의성 내지 자유로운 의사라는 주관적 측면보다는 변제를 해야 할 합리적 사정의 존부라는 객관적 측면을 요건화하는 방안을 생각해 볼 수 있었을 것이다. 다만 어떤 표현을 선택하건 해당 법리에 대한 실질적 이해에 차이가 있는 것은 아니므로 실제 결론이 달라지지는 않을 것이다.

## (2) 착오 요건 관련

그런데 위에서 살펴 본 스위스 채무법이나 DCFR과 같은 입법례들은 현행 민법이나 개정안과 달리 착오와 관련된 요건을 부가하는 특징을 가진다. 특히 스위스 채무법은 악의의 비채변제자가 부당이득반환을 구하려면 착오에 빠져 변제하였을 것을 요구한다. 이러한 특징은 영국 등 보통법 국가들에서도 나타난다.<sup>73)</sup> 반면 우리 민법 제742조는 착오와 관련된 아무런 언급이 없다.<sup>74)</sup> 비록 개정과정에서 별로 논의되지 않았지만 이러한 비교법적 관찰에 의거하여 착오 요건을 부가할 것인가 하는 점도 생각해 볼 가치가 있다. 결론적으로 말하자면 현행 민법과 개정안에는 착오 요건을 부가할 필요가 없다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 우리 민법상 착오 요건은 불필요하다. 착오 요건이 없는 현행 민법이나 개정안의 해석에 따르더라도 착오변제에 대해서는 원칙적으로 부당이득반환청구를 할 수 있기 때문이다. 민법 제742조는 변제자가 변제 당시 채무 없음을 알았다면 부당이득반환청구를 할 수 없다는 것인데, 착오변제자는 채무 없음을 알지 못한 것이므로 반환청구를 할 수 있기 때문이다. 결국 악의의 개념으로 이미 착오 문제가 해결되는 셈이다.<sup>75)</sup> 물론 우리 민법 제744조는 착오변제가 도의관념에 적합하면 그 반환을 청구하지 못한다고 규정하여 이를 제한하고 있기는 하다.<sup>76)</sup> 그러나

72) 이 조항에서는 “손실자의 동의가 무능력, 사기, 강제, 강박 또는 부당한 착취에 의하여 영향을 받은 때에는 손실자는 자유로운 의사로 동의한 것이 아니다”라고 규정한다. 이는 임의성을 적극적으로 정의하지는 않지만 임의성이 인정될 수 없는 경우를 열거함으로써 거꾸로 임의성이 어떠한 의미인지를 간접적으로 설명하는 것이다.

73) 영국의 경우 *Barclays Bank Ltd. v. WJ Simms, Son & Cook (Southern) Ltd*, [1980] 1 QB 677, 695.

74) 참고로 민법 제744조(도의관념에 적합한 비채변제), 제745조(타인의 채무의 변제)에서는 “착오로 인하여”라는 요건이 부가되어 있음이 특기할 만하다.

75) 스위스 채무법 제63조 제1항은 우리나라 민법 제742조와 달리 악의 요건을 두고 있지 않다.

착오변제가 도의관념에 적합한 사례는 별로 많지 않고,<sup>77)</sup> 이러한 사례에 해당한다면 변제자보다는 수령자를 보호할 가치가 큰 경우일 것이어서 반환청구를 제한할 정당성이 인정된다. 따라서 착오요건을 두건 두지 않건 착오변제자의 보호에는 지장이 없다. 그러므로 이러한 점에서 착오요건의 필요성이 인정되지 않는다.

둘째, 우리 판례에 따르면 착오 요건은 부당한 결과를 가져올 수 있다. 이를 부당이득반환청구의 요건으로 설정하게 되면 착오에 빠지지 않은 경우에는 부당이득 반환청구를 할 수 없게 된다. 그런데 착오에 빠지지 않는 않았지만 강제집행의 압박 등 변제할 수밖에 없었던 불가피한 사정이 있었던 경우에는 부당이득반환청구를 허용할 필요가 있다. 우리 판례들이 악의의 비채변제에 대하여 부당이득반환청구를 허용하는 대부분의 사안들은 착오에 빠지지 않는 않았으나 사실상의 피해를 피하기 위해 부득이하게 변제한 사안들이다.<sup>78)</sup>

## 2. 제743조(기한 전의 변제) – 개정 제외

현행	분과위안	실무위안	위원장단안
제743조(기한 전의 변제) 변제기에 <u>있지</u> 아니한 채무를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다. 그러나 채무자가 착오로 인하여 변제한 때에는 채권자는 이로 인하여 얻은 이익을 반환하여야 한다.	제743조(기한 전의 변제) 변제기에 <u>이르지</u> 아니한 채무를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다. 그러나 채무자가 착오로 인하여 변제한 때에는 채권자는 이로 인하여 얻은 이익을 반환하여야 한다.	제743조(기한 전의 변제) 변제기에 <u>이르지</u> 아니한 채무를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다. 그러나 채무자가 착오로 인하여 변제한 때에는 채권자는 이로 인하여 얻은 이익을 반환하여야 한다.	개정 제외

76) 민법 제744조에 대해서는 도의관념에 적합한지 여부를 객관적으로 판단해야 한다는 취지에서 민법 제744조에 “객관적으로 도의관념에 적합한 때”라고 명시할 필요성에 대한 언급 이외에는 별다른 논의가 없었다. 제3기 민법개정위원회 5분과 제15차 회의록(2011. 11. 11)(미공간), 18면 참조.

77) 대법원은 도의관념에 적합한 비채변제에 대해 엄격한 태도를 취한다(대법원 1996. 12. 20. 선고 95다52222, 52239 판결; 대법원 1998. 11. 13. 선고 97다58453 판결; 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다19961 판결; 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007다67654 판결). 도의관념에 적합한 비채변제를 인정한 예로는 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다54478 판결이 발견될 뿐이다.

78) *supra* note 62부터 *supra* note 66까지의 판례 참조.

민법 제743조는 기한 전 변제에 따른 부당이득반환청구를 금지하면서 착오변제에 한하여 이로 인해 채권자가 얻은 이익의 반환청구를 허용한다.<sup>79)</sup> 분과위원회는 “변제기에 있지 아니한 채무”를 “변제기에 이르지 아니한 채무”로 표현한 수정한 개정시안을 제안하였다.

관련 민법 조항들을 보면 “변제기에 있지 아니하는 때”(제536조 제1항) 또는 “변제기에 있지 아니한 때”(제688조 제2항)라고 표현하는 경우도 있고, “변제기에 이르지 아니한 채권”(제91조 제1항, 제1035조), “변제기가 도래하지 아니한 채권”(제165조 제3항), “변제기에 도달하지 아니한 채권”(제579조 제2항), “변제기에 달하지 아니한 채권”(제1017조 제2항)으로 표현하는 경우도 있다. 현행 민법 제743조의 “변제기에 있지 아니한 채무”는 어법에 맞지 않으므로 개정해야 한다. 분과위원회는 2004년 민법개정안 제743조의 표현을 그대로 따라 수정제안을 하였다.<sup>80)</sup> 실무 위원회도 그 제안에 찬성하였다.

그러나 위원장단 회의에서는 이러한 표현 수정은 법제처의 ‘알기 쉬운 법령’ 사업<sup>81)</sup>으로 해결될 수 있다고 하여 이를 개정대상에서 제외하였다. 민법개정위원회가 내용에 변화가 없는 표현 수정을 개정작업의 범위에 포함시킬 것인지, 아니면 법제처의 향후 작업에 맡길 것인지는 선택의 문제이다. 위원장단 회의에서는 부당이득법 개정안에 관하여 후자의 방법을 선택하였다.<sup>82)</sup> 대체로 민법개정작업 후반부로 오면서 이러한 표현 수정은 개정작업에서 제외하는 경향을 보여 왔다. 그런데 어차피 전면 개정작업을 하는 마당에 굳이 이를 개정작업의 범위에서 제외할 이유가 있는지는 의문이다. 민법개정안 전체를 놓고 보면 표현만 수정한 조항들도 매우 많다. 하나의 유기적이고 체계적인 개정안을 만드는 과정에서 개정작업의 범위에 관하여 일관성이 결여된 것은 바람직하지 않다.

79) 여기에서 착오로 인한 변제는 변제기가 도래하였다고 오신하고서 한 변제를 의미한다. 변제기 전임을 알면서 변제한 경우에는 기한의 이익을 포기한 것으로 보아 착오 변제의 경우와 달리 중간이자 등 이익의 반환을 구할 수 없다. 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다6856 판결.

80) 법무부 민법개정자료발간팀 편, *supra* note 2, p. 546면.

81) 알기 쉬운 법령 사업은 국민 누구나 법령을 쉽게 읽고 이해할 수 있도록 법령을 정비하는 사업이다(<http://www.moleg.go.kr/lawinfo/easylaw/overview>, 2014. 3. 4. 최종방문). 이 사업의 일환으로 2006년부터 『알기 쉬운 법령 정비기준』을 발간하기 시작하여 2012년 12월에 제5판을 발간하였다. 2012년 6월에는 ‘민법 알기 쉽게 새로 쓰기’ 자문위원회를 구성하여 민법의 표현정비작업을 시작하였다.

82) 참고로 법제처가 마련한 “민법 알기 쉽게 새로 쓰기 정비안(채권편)”(미공간) 중 제 743조에 관한 권고안에서는 “변제기가 되지 않은 채무”라는 표현을 사용한다.

## 3. 제745조(타인채무의 변제) - 개정 제외

현행	분과위안	실무위안	위원장단안
제745조(타인채무의 변제) ① 채무자 아닌 자가 착오로 인하여 타인의 채무를 변제한 경우에 채권자가 선의로 증서를 회멸하거나 담보를 포기하거나 시효로 인하여 그 채권을 잃은 때에는 변제자는 그 반환을 청구하지 못한다. ② 전항의 경우에 변제자는 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.	제745조(타인채무의 변제) ① 채무자 아닌 자가 착오로 인하여 타인의 채무를 <u>자신의 채무로 알고</u> 변제한 경우에 채권자가 선의로 증서를 회멸하거나 담보를 포기하거나 시효로 인하여 그 채권을 잃은 때에는 변제자는 그 반환을 청구하지 못한다. ② <u>제1항</u> 의 경우에 변제자는 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.	제745조(타인채무의 변제) ① 개정 반대 (현행 유지) ② <u>제1항</u> 의 경우에 변제자는 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.	개정 제외

민법 제745조는 착오로 타인의 채무를 변제한 경우를 다루고 있다.

채무변제는 채무자가 하는 변제와 제3자가 하는 변제로 나눌 수 있다. 제3자가 하는 변제는 다시 타인의 채무임을 알고 변제하는 것과 자신의 채무로 잘못 알고 변제하는 것으로 나눌 수 있다.<sup>83)</sup> 제3자의 변제 중 타인의 채무임을 알고 그 채무를 변제하는 것은 원칙적으로 허용된다(민법 제469조 참조).<sup>84)</sup> 이 경우에는 그 변제를 법률상 원인으로 하여 채무는 소멸하고 부당이득의 문제는 발생하지 않는다.<sup>85)</sup> 제3자와 채무자 사이의 구상문제만 남을 뿐이다. 그런데 제3자의 변제 중 타인의 채무인데도 자신의 채무로 잘못 알고 채무자로서 한 변제가 유효한 변제인지가 문제된다. 민법 제745조 제1항은 이러한 변제가 무효임을 전제로 부당이득반환청구를 허용하되, “채권자가 선의로 증서를 회멸하거나 담보를 포기하거나 시효로 인하여 그 채권을 잃은 때”에는 예외적으로 부당이득반환청구를 할 수 없다고 규

83) 곽윤직, *supra* note 21, p. 363; 양창수, “타인채무의 착오변제”, *민법연구*, 제7권(2005), p. 339.

84) 민법 제469조는 제1항에서 “채무의 변제는 제삼자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 제삼자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고, 제2항에서 “이해관계없는 제삼자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다”라고 규정한다.

85) 양창수, *supra* note 83, p. 340.

정한다. 이는 변제자의 부당이득반환청구권을 제한함으로써 그 변제가 유효한 변제임을 믿은 선의의 채권자가 자신의 법적 지위를 변경시킴으로써 예측하지 못한 손해를 입지 않도록 하는 취지이다.<sup>86)</sup> 이러한 예외적인 경우에 해당하면 변제가 유효하게 취급되므로 부당이득반환청구권은 소멸하고 그 대신 변제자는 민법 제 745조 제2항에 따라 채무자에게 구상권을 행사할 수 있다.

분과위원회에서는 “착오로 인하여 타인의 채무를 변제”한 경우는 곧 “착오로 인하여 타인의 채무를 자신의 채무로 알고 변제”한 경우를 의미한다고 전제하였다. 그리고 이러한 내용을 법문에 반영하는 개정안을 마련하였다. 국내 문헌들도 민법 제745조의 요건으로서 “제3자가 타인의 채무를 자기의 채무로 오신하였을 것”을 들고 있다.<sup>87)</sup> 판례도 마찬가지이다.<sup>88)</sup> 입법연혁 측면에서 보더라도 민법 제745조는 의용 민법 제707조에서 비롯된 것이고, 의용 민법 제707조는 착오로 자신이 채무자라고 믿은 자가 부채를 변제한 경우에 관하여 규정한 프랑스 민법 제1377조에서 비롯된 것이다.<sup>89)</sup> 그러한 점에서 분과위원회의 개정안은 국내의 학설, 판례 및 입법연혁에 충실하게 작성된 셈이다. 또한 법문의 숨겨진 의미를 독자들에게 드러내고자 했다는 점에서 친절한 입법이라고도 할 수 있다.

그런데 민법 제745조의 문언만 놓고 보면 변제자가 자신의 채무를 변제할 의도가 아니라 다른 사람 A의 채무를 변제할 의도로 변제하였는데 실제 채무자는 A가 아니라 B인 경우도 여기에서의 착오변제에 해당한다. 분과위원회의 개정시안대로라면 이러한 경우에는 제745조가 적용되지 않게 된다.<sup>90)</sup> 이때 변제자는 부당이득 반환청구권을 행사할 수 있게 되고, 채권자는 다시 실제 채무자인 B에게 이행청구를 하여야 한다. 결국 채무자의 무자력 위험을 채권자가 부담하게 된다. 제745조가 적용되는 사안인 경우 채무자의 무자력 위험을 변제자가 부담하게 되는 것과는 뚜렷하게 구별된다. 착오의 내용에 따라 법적 취급이 달라지는 것이다.

86) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다17917 판결.

87) 김상용, “비채변제의 제 유형”, *민사법연구*, 제3권(2000), p. 453; 양창수 *supra* note 83, p. 346; 양창수·권영준, *supra* note 34, p. 486.

88) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다17917 판결.

89) 비교법적으로 보더라도 착오변제의 법리는 타인의 채무를 자기 채무로 잘못 알고 변제한 경우를 중심으로 발달하여 왔다. 비교법적 검토는 김형석, “오상채무자의 변제와 수령자의 급부자에 대한 착오”, 김재형·제철웅 (편), *채무불이행과 부당이득의 최근 동향*(박영사, 2013), p. 316 이하 참조.

90) 제4기 민법개정위원회 실무위원회 제19차 회의록(2013. 3. 29)(미공간), 13면 참조. 이 문제점은 윤진수 실무위원장이 지적한 것이다.

그렇다면 ① 타인의 채무를 자신의 채무로 잘못 알고 착오변제한 경우와 ② 타인인 B의 채무를 역시 타인인 A의 채무로 잘못 알고 착오변제한 경우는 달리 취급되어야 하는가? 두 가지 유형은 변제자 입장에서는 채무귀속을 잘못 알고 착오로 변제하였다는 면에서 동일하고, 채권자 입장에서는 어느 경우나 유효한 변제로 믿고 권리보전조치를 취하지 않았다는 점에서 동일하다. 다른 점은 변제자가 자기 채무로 잘못 믿었는가(① 유형), 아니면 A의 채무로 잘못 믿었는가(② 유형) 하는 착오의 내용뿐이다. 이러한 착오의 내용 차이만으로 양자의 취급을 달리 할 충분한 이유를 찾기 어렵다. 따라서 민법 제745조는 ② 유형에도 적용될 실익이 있다. 분과위원회의 개정안은 이러한 가능성을 봉쇄하는 것이다. 그러므로 이를 개정대상에서 제외한 것은 타당하다.

#### 4. 제746조(불법원인급여) - 개정

현행	분과위안	실무위안	위원장단안=확정안
제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.	제746조(불법원인급여) 제1안: 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 주로 수익자에게 있는 때에는 그러하지 아니하다. 제2안: 현행 유지	제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 주로 수익자에게 있는 때에는 그러하지 아니하다.	제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 주로 수익자에게 있는 때에는 그러하지 아니하다.

가. 민법 제746조의 해석론

민법 제746조는 불법원인급여에 관한 규정이다. 본문에 따르면 불법원인급여자는 그 급여의 반환을 구할 수 없다. 단서에 따르면 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 불법원인급여자는 예외적으로 그 급여의 반환을 구할 수 있다. 이러한 불법원인급여의 범리는 모습을 조금씩 달리하지만 대부분의 나라에서 인정되고 있다.

대법원 판례의 표현을 빌리자면 불법원인급여제도는 “사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람을 보호할 수 없다는 법의 이념을 실현하려고 하는 것”이다.<sup>91)</sup> 스스

로 법질서에 의하여 승인되지 않은 급여를 한 자는 법의 보호대상에서 제외시킴으로써 정의로운 사법질서와 법적 평화에 이바지하는 것이다. 불법원인급여제도는 불법거래에 대한 법의 조력을 거부함으로써 불법거래를 최소화하고자 하는 예방적 기능도 수행한다.<sup>92)</sup> 만약 불법원인급여를 하였다가 나중에 그 거래의 목적을 달성하지 못하더라도 자신이 급여한 바를 돌려받을 수 있다면 불법원인급여자로서는 잃을 것이 없는 지위에 놓이게 된다.<sup>93)</sup> 이는 불법을 조장하는 결과를 초래한다. 불법원인급여제도는 이러한 결과를 용납할 수 없음을 명백히 밝혀 잘못된 인센티브를 차단하고 이를 통해 건전한 법질서를 지키는 기능을 수행한다.

그런데 이처럼 급여자의 반환청구를 거절하면 불법원인급여의 상대방인 수익자는 반사적으로 급여된 물건의 소유권을 취득함으로써 망외의 이익을 얻는다.<sup>94)</sup> 몰수나 추징처럼 불법에 관여한 수익자로부터도 이익을 박탈할 수 있다면 가장 좋겠지만, 늘 이러한 몰수나 추징이 인정되는 것도 아니다.<sup>95)</sup> 따라서 불법원인급여를 논의함에 있어서 핵심적인 과제는 급여자가 불이익을 얻고 수익자가 이익을 입는 구조를 어떻게 정당화할 것인가이다.<sup>96)</sup> 이러한 문제의식을 해결하기 위한 실마리는 “불법원인이 수익자에게만 있는 때”에는 급여자의 반환청구를 허용하는 민법 제746조 단서에서 찾을 수 있다. 이러한 점에서 민법 제746조 단서의 해석론은 불법원인급여에서 가장 중요한 문제이다.

민법 제746조 단서를 문언대로만 해석하면 불법원인이 급여자에게는 없고 오로지 수익자에게만 있는 때에 한하여 급여자의 반환청구가 허용된다. 그런데 불법원인급여가 오로지 수익자의 불법만으로 이루어지는 경우는 드물고, 현실적으로는 급여자와 수익자 쌍방에게 불법원인이 함께 있는 경우가 대부분이다.<sup>97)</sup> 따라서 민

91) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결.

92) 최봉경, “불법원인급여 - 민법 제746조 본문의 해석과 적용기준을 중심으로”, *比較私法*, 제13권 제3호(2006. 9), p. 176. 미국에서도 이러한 점이 강조되고 있다. 가령 *McMullen v. Hoffman*, 174 U.S. 639, 669-670 (1899)에서는 불법원인급여자에 대한 법적 조력의 거절은 불법원인급여자도 하여금 그들이 불법계약관계에 들어가는 이상 법의 보호 바깥에 놓이게 된다는 점을 인식하게 하여 불법거래의 숫자를 최소한으로 줄이고 이를 통해 법의 엄격한 준수에 관한 공익을 유지하게 한다는 점을 밝히고 있다. 그 이외에도 *Mlynarik v. Bergantzel*, 675 N.W. 2d 584, 587 (Iowa 2004)도 참조.

93) John W. Wade, “Benefits Obtained under Illegal Transactions-Reasons For and Against Allowing Restitution”, *Texas Law Review*, Vol. 25 (1964), pp. 31-62.

94) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결.

95) 윤진수, *supra* note 16, p. 148.

96) 양창수·권영준, *supra* note 34, p. 487.



법 제746조 단서의 문언을 기계적으로 해석하면 단서가 적용될 수 있는 경우가 거의 없게 될 뿐만 아니라, 급여자에게 조금이라도 불법성이 있다면 아무리 수익자의 불법성이 압도적으로 크더라도 반환청구를 할 수 없게 되는 불합리한 결과가 생긴다. 이는 더 큰 잘못을 저지른 수익자에게 오히려 망외의 이익을 안겨준다는 점에서 정당화되기 어렵다. 따라서 판례는 “수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 크고 그에 비하면 급여자의 불법성은 미약한 경우에도 급여자의 반환청구가 허용되지 않는다고 하는 것은 공평에 반하고 신의성실의 원칙에도 어긋난다고 할 것이므로 민법 제746조 본문의 적용이 배제되어 급여자의 반환청구는 허용된다고 해석함이 상당하다”는 입장을 취한다.<sup>98)</sup> 이는 급여자에게 불법성이 있더라도 수익자의 불법성이 이에 비해 현저히 크면 급여자는 여전히 반환청구를 할 수 있다는 입장으로서 ‘불법성 비교론’이라고 불린다. 판례는 신의성실의 원칙을 언급하지만 해석기술상으로는 민법 제746조 단서의 문언을 예시적인 것으로 보거나 이를 유추적용한 결과로 이해할 수 있다. 통설도 판례와 마찬가지로 불법성 비교론을 채택함으로써 민법 제746조 단서를 확장하여 해석한다.<sup>99)</sup>

#### 나. 개정안의 내용과 이에 대한 평가

개정안은 이러한 불법성 비교론을 명문으로 받아들였다. 개정안 제746조 단서에 따르면 “그 불법원인이 주로 수익자에게 있는 때”에는 급여자는 불법으로 급여된 것에 대한 반환청구를 할 수 있다. 불법원인이 수익자에게만 있는 때에 한하여 급여자가 반환청구를 할 수 있다고 규정한 현행 민법 제746조 단서와 달리 불법원인이 급여자에게 있는 경우에도 급여자와 수익자의 불법성을 비교하여 급여자의 반환청구를 허용할 여지를 문언상으로 열어놓은 것이다. 불법성 비교론은 이미 우리나라에서 널리 받아들여지는 해석론이므로 논의과정에서 이를 명문화하는 것에 대해서는 별다른 논란이 없었다. 필자 역시 이러한 개정에 찬성한다.

개정안이 시행될 경우 해석론의 핵심은 이번 개정과정에서 추가된 “주로”의 개념을 어떻게 해석할 것인가 하는 점이 될 것이다.<sup>100)</sup> 불법성 비교론의 운용에 관

97) 곽윤직 편, *supra* note 32, p. 499(박병대 집필부분).

98) 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다12947 판결; 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다49530, 49547 판결; 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결 참조.

99) 곽윤직 편, *supra* note 32, p. 502(박병대 집필부분); 김상용, **채권각론**(화산미디어, 2011), p. 552; 이은영, *supra* note 32, p. 714; 지원림, *supra* note 32, p. 1685 등. 반대 의견으로는 송덕수, *supra* note 67, p. 454.

하여는 수익자의 불법성이 급여자의 불법성에 비하여 현저하게 또는 압도적으로 커야 한다는 입장이 있는가 하면, 수익자의 불법성이 급여자의 불법성에 비하여 더 무거우면 된다는 입장도 있다.<sup>101)</sup> 판례는 전자의 입장을 취한다.<sup>102)</sup> 반면 개정안은 “주로”라는 개념을 사용하고 있어 후자의 입장을 채용하였거나 최소한 판례의 기준을 완화하였다고 볼 여지도 충분하다.<sup>103)</sup>

그런데 논의과정을 살펴보면 개정안은 현재 판례의 태도를 수용한 것이지 불법성 비교의 기준변경을 의도한 것이라고는 하기 어렵다. 초안 작성 당시 분과위원들은 판례를 반영하여 개정안을 만든다는 점에 의견이 일치하였지만, 판례의 표현을 사용하면 문언이 길어지거나 자연스럽지 못하다는 점 등을 들어 “주로”라는 표현을 대신 사용한 것이다.<sup>104)</sup> 그 이후 실무위원회나 위원장단 회의, 나아가 전체회의에서도 이러한 표현을 받아들였다. 그러나 판례를 반영할 의도였다면 “수익자의 불법성이 현저히 큰 때”와 같이 현저하다는 표현을 직접적으로 사용하는 편이 해석상 불필요한 혼란을 방지한다는 점에서 더 바람직하였을 것이다.<sup>105)</sup>

한편 “불법원인이 주로 수익자에게 있는 때”는 단순히 불법성의 정도를 기계적으로 비교하여 수익자의 불법성이 급여자의 불법성보다 크거나(가령 전체 불법성 중 수익자의 불법성이 50% 초과) 상당한 정도로 초과할 때(가령 전체 불법성 중 수익자의 불법성이 75% 초과)에 자동적으로 급여반환청구를 거절한다는 의미는 아닐 것이다. 오히려 이는 급여자의 반환청구를 법적으로 보호할 가치가 있는지 여부에 대한 전체적인 평가를 통해 이를 보호한다는 판단에 이른 경우를 함축적으로 나타내는 의미일 것이다.<sup>106)</sup> 그러한 점에서 불법원인급여와 부당이득반환의 문

100) 참고로 계약해제에 관한 민법개정안 제544조 제4항 본문도 “당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다”라고 규정한다.

101) 학설상황에 대해서는 곽윤직 편, *supra* note 32, p. 501(박병대 집필부분) 참조.

102) 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다12947 판결; 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결.

103) 민법상 주종관계는 한쪽이 다른 쪽보다 현저하거나 압도적일 것을 요구하지 않는다. 주된 권리와 종된 권리에 관한 제183조, 부합에 있어서 주된 동산과 종된 부동산에 관한 제257조 참조.

104) 제3기 민법개정위원회 5분과 제16차 회의록(미공간), 2면 이하. ‘주로’라는 표현은 일본의 加藤雅信 교수가 주도한 日本民法研究會의 民法改正案 제654조의 표현을 참조한 것으로 보인다.

105) 민법에서 현저하다는 표현은 제104조, 제259조, 제269조, 제362조, 제536조, 제553조, 제557조, 제870조, 제905조, 제924조 등 상당히 많은 곳에서 이미 사용되고 있다.

106) 곽윤직 편, *supra* note 32, p. 503(박병대 집필부분) 참조.

제는 중국적으로 가치판단의 문제로서 판단 주체인 법원에 일정한 재량이 허용되는 방향으로 해석할 필요가 있다.<sup>107)</sup>

## V. 부당이득반환의 효과

### 1. 제747조(반환의 대상과 방법) - 개정

현행 규정	분과위안	실무위안	위원장단안=확정안
제747조(원물반환 불능한 경우와 가액 반환, 전득자의 책임) ① 수익자가 그 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다. ② 수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에는 수익자로부터 무상으로 그 이익의 목적물을 양수한 약의 제삼자는 전항의 규정에 의하여 반환할 책임이 있다.	제747조(반환의 대상과 방법) ① 수익자는 그 받은 이익을 원물(原物)로 반환하여야 하며, 그로부터 수취한 과실 그 밖의 이익도 반환하여야 한다. ② 제1항의 경우 원물로 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다.	제747조(반환의 대상) ① 수익자가 받은 목적물을 반환할 때에는 그로부터 수취한 과실도 반환하여야 한다. ② 수익자가 목적물 또는 그로부터 수취한 과실을 반환할 수 없거나 목적물로부터 수취한 이익이 있는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다.	제747조(반환의 대상과 방법) ① 수익자는 그 받은 이익을 원물(原物)로 반환하여야 하며, 그로부터 수취한 과실 그 밖의 이익도 반환하여야 한다. ② 제1항의 경우에 원물로 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다.

#### 가. 개정안의 내용

##### (1) 개정안 제747조 제1항

현행 민법 제747조 제1항은 수익자가 그 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는

<sup>107)</sup> 참고로 뉴질랜드나 이스라엘에서는 불법원인급여의 반환 문제를 법원의 재량에 따라 판단할 수 있도록 명문으로 허용한다. The Illegal Contracts Act 1970, 제7조 제3항(뉴질랜드) 및 The Israeli Contracts Law(General Part) Law 1973. 제31조 참조. 한편 독일과 네덜란드는 명문의 규정은 없지만 이를 재량판단의 문제로 파악한다. 이상 Gerhard Dannemann, "Illegality as Defence against Unjust Enrichment Claims", in David Johnston & Reinhard Zimmermann (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (Cambridge University Press, 2002), p. 321 참조.

그 가액을 반환하여야 한다고 규정한다. 이는 가액반환에 대한 규정이지만 “그 받은 목적물을 반환할 수 없는 때”라는 요건 설정을 통해 원물반환이 원칙이라는 점도 간접적으로 밝히고 있다. 개정안 제747조 제1항은 이처럼 간접적으로 추론되는 원물반환 원칙을 직접적으로 밝히는 조항이다. 현행 민법 제747조 제1항에 규정되어 있던 가액반환은 제2항으로 위치를 옮겼다.

개정안 제747조 제1항에서 주목할 부분은 수취한 과실 그 밖의 이익을 반환대상에 포함시킨 부분이다. 현행 민법 제747조 제1항의 해석론도 과실이나 사용이익은 “받은 목적물”의 개념에 포함된다고 보아 이를 반환대상에 포함시킨다.<sup>108)</sup> “받은 목적물”에 과실을 포함시키는 것은 다소 무리한 해석기술이기는 하다.<sup>109)</sup> 과실은 손실자로부터 받은 목적물 자체가 아니라 그로부터 수익자가 별도로 수취한 것이기 때문이다. 그러나 현행법상 이러한 목적적 확장해석은 불가피하다고 생각한다. 원물과 함께 과실을 반환하게 하는 것이 부당이득 제도의 취지, 즉 부당이득이 없었다면 존재하였을 본래 상태로 복귀시킨다는 취지에 부합한다. 이러한 논리는 과실에 준하여 취급되는 사용이익에도 적용할 수 있다.<sup>110)</sup> 개정안 제747조 제1항은 이러한 내용을 명문화함으로써 해석상 논란의 여지를 차단하였다.

개정안 제747조 제1항은 “받은 목적물”이라는 용어를 폐기하고, 이를 “원물”과 “수취한 과실 그 밖의 이익”으로 구분하여 반환대상으로 명시한다.<sup>111)</sup> 여기에서 “원물(原物)”은 수익자가 손실자로부터 받은 목적물 자체를 의미한다.<sup>112)</sup> “수취한 과실”은 실제로 수취한 과실을 의미하므로, 수취할 수 있었으나 그렇게 하지 못한 과실 또는 그 가액까지 반환대상이 되는 것은 아니다. “그 밖의 이익”은 원물에 중

108) 이에 대해서는 우선 박윤직 편, *supra* note 32, p. 558(양창수 집필부분); 지원림, *supra* note 32, p. 1645 등 참조.

109) 가령 정욱도, “부당이득반환에 있어서 운용이익의 반환범위”, *민사판례연구*, 제31권 (2009), pp. 499-500에서는 과실이 “받은 목적물”에 포함된다고 단정하기 어렵다고 한다.

110) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다61869 판결은 사용이익을 과실과 마찬가지로 취급한다.

111) 이 점에서 계약해제로 인한 원상회복에 관한 개정안 제548조와 차이가 있다. 가령 개정안 제548조 제3항 제1문은 “각 당사자가 상대방으로부터 받은 목적물 또는 그로부터 수취한 과실을 반환할 수 없거나 목적물로부터 수취한 이익이 있는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다.”라고 규정함으로써 개정안 제747조 제1항의 “원물”대신 “받은 목적물”이라는 개념을 사용하는 한편, 제747조 제1항과 달리 과실반환은 원물반환의 문제로, 이익반환은 가액반환의 문제로 명시적으로 나누어 다루고 있다. 개정안 제548조는 개정안 제747조와 본질적으로 같은 문제를 다루고 있으므로 개념과 규정 체계의 통일이 필요하다.

112) 그 점에서 개정안 제747조의 원물(原物)은 민법 제102조 제1항의 원물(元物)과 구별해야 한다.

된 이익을 의미하는데, 사용이익 이외에는 예를 떠올리기 어렵다. 운용이익이 포함되는가가 문제될 수 있으나, 기존 판례의 태도가 적용되면 충분할 것이다.<sup>113)</sup>

## (2) 개정안 제747조 제2항

개정안 제747조 제2항은 현행 민법 제747조 제1항에서 규정한 가액반환에 관한 내용을 옮겨온 것으로서 실질적인 내용의 변화는 없다. 그러므로 제2항의 내용에 대해서는 상세한 설명을 생략한다.

오히려 이와 관련하여 주목할 것은 원물반환과 가액반환 이외에 대상물(代償物) 반환을 명문화하려는 논의가 있었다는 점이다. 여기에서의 대상물은 수익자가 당초 취득한 구체적 대상에 갈음하여 취득한 대위물로서 가령 토지수용에 의한 보상금, 보험금, 채권을 법률상 원인 없이 취득한 수익자가 나중에 채무자로부터 유효한 변제를 받은 경우의 그 변제물 등을 말하는 것이다.<sup>114)</sup> 분과위원회에서는 원물을 반환할 수 없는 때에는 그 가액 또는 대상물을 반환하여야 한다고 규정하는 방안에 대하여 논의하였다.<sup>115)</sup>

이처럼 대상물 반환을 명문으로 허용하는 입법례들이 있다. 그 대표적 예인 독일 민법 제818조 제1항은 “반환의무는 수취한 수익 및 수령자가 취득한 권리에 기하여 얻은 것 또는 취득한 목적물의 멸실, 훼손 또는 침탈에 대한 배상으로 얻은 것에도 미친다”고 규정한다. DCFR VII.-5:101조 제4항도 제한된 범위 내에서 이를 인정한다.<sup>116)</sup> 대상물은 “받은 목적물”의 변형물이므로 원물반환의 연장선상에서 이를 반환하도록 허용할 이론적 타당성이 있다.<sup>117)</sup> 따라서 위 입법례처럼 이러한 규정을 두는 것도 하나의 가능한 선택지였을 것이다. 분과위원회에서는 대상물의

113) 판례는 수익자의 행위가 개입되어 얻어진 이른바 운용이익 중 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 않았더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 통상 취득하였으리라고 생각되는 범위를 초과하는 이익은 반환하지 않아도 된다고 한다. 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다34711 판결 참조.

114) 곽윤직 편, *supra* note 32, p. 560(양창수 집필부분); 지원림, *supra* note 32, p. 1646.

115) 제3기 민법개정위원회 제5분과위원회 제19차 회의록(2012. 1. 27)(미공간), 4면 이하. 제4기 민법개정위원회 제4분과위원회 제11차 회의록(2012. 8. 31)(미공간); 제4기 민법개정위원회 제4분과위원회 제13차 회의록(2012. 9. 28)(미공간), 4면 이하 참조.

116) “... 다음 각호의 어느 하나의 경우에 해당할 때에는 수익자가 원물의 대상물을 취득한 한도에서 그 대상물을 반환하여야 한다”.

117) 양창수·권영준, *supra* note 34, p. 457; 이계정, “송금된 금원에 대한 예금 명의인의 부당이득반환의무 유무의 판단기준 - 부당이득에 있어서 이득의 개념을 중심으로 -”, *민사판례연구*, 제35권(2013), p. 583(각주 45) 참조.

반환범위가 명확하지 않은 점 등의 이유로 이를 명문화하지 않고 해석론에 맡기기로 하였다.<sup>118)</sup> 이러한 입장은 전체회의에 이르기까지 존중되었다. 그러나 이번 회의에 이를 명문화하였더라면 더 좋았을 것이다.

참고로 우리 판례는 민법에 명문 규정이 없음에도 불구하고 해석론으로 대상청구권을 인정한다.<sup>119)</sup> 이번 민법개정안에서도 이러한 해석론을 명문화하였다.<sup>120)</sup> 이러한 대상청구권의 법리가 부당이득반환청구에도 적용될 수 있는가에 대해서는 논란의 여지가 있으나, 이를 부정할 이유가 없다. 판례는 사해행위취소로 인한 원상회복과 관련하여 대상청구권을 인정할 수 있다는 점을 밝히고 있다.<sup>121)</sup> 이 판결에서는 사해행위취소에 따른 근저당권말소판결이 확정된 후 그 근저당권 대상 부동산이 임의경매로 매각되어 근저당권말소가 불가능해진 경우, 취소채권자는 대상청구권의 행사로서 사해행위로 취소된 근저당권에 기하여 배당을 받은 근저당권자를 상대로 그 배당금의 반환을 구할 수 있다고 판시하였다. 사해행위취소로 인한 원상회복도 궁극적으로는 부당이득반환의 성질을 가진다는 점을 고려하면, 이러한 판례의 취지는 부당이득반환청구에 따른 대상물 반환에도 적용할 수 있을 것이다. 그러므로 현재의 해석론으로도 대상물 반환을 구하는 것은 허용될 수 있다. 학설도 마찬가지이다.<sup>122)</sup>

### (3) 기타

개정안 제747조는 “무엇”을 반환할 것인가의 문제를 다루고 있다는 점에서 “어느 만큼” 반환할 것인가의 문제를 다루는 민법 제748조와 구별된다. 민법 제748조 제1항은 선의의 수익자가 현존이익 범위 내에서, 제2항은 악의의 수익자가 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상해야 한다고 규정한다. 따라서 수익자가 개정안 제747조에 따라 과실반환의무를 부담하게 되더라도 그 구체

118) 제4기 민법개정위원회 제2분과위원회 제14차 회의록(2012. 10. 5)(미공간), 2-5면; 제4기 민법개정위원회 제4분과위원회 제14차 회의록(2012. 10. 12)(미공간), 6면 참조.

119) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581,4598 판결 외 다수.

120) 민법개정안 제399조의2에서는 “대상청구권(代償請求權)”이라는 표제 아래 제1항에서 “채무의 이행을 불가능하게 한 사유로 채무자가 채권의 목적인 물건이나 권리를 갈음하는 이익을 얻은 경우에는 채권자는 그 이익의 상환을 청구할 수 있다”라고 규정한다.

121) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결.

122) 광윤직 편, *supra* note 32, p. 560(양창수 집필부분); 김형배, *supra* note 19, pp. 214-215; 양창수·권영준, *supra* note 34, p. 457; 지원림, *supra* note 32, p. 1646.

적인 반환범위는 수익자의 선·악의를 구별하여 민법 제748조에 따라 정하여야 한다. 예컨대 선의의 수익자가 수취한 과실을 일부 소비하여 나머지만 현존하고 있다면 민법 제748조 제1항에 따라 현존하는 과실 부분에 대한 반환의무만 부담하게 된다.

#### 나. 민법 제201조와의 관계

개정안 제747조 제1항은 수취한 과실의 반환에 대해 규정하므로 선의 점유자의 과실수취권에 관하여 규정하는 민법 제201조 제1항과의 관계가 문제된다.<sup>123)</sup> 판례는 소유자가 선의 점유자를 상대로 소유물 반환을 구할 때에는 선의 점유자의 과실수취권을 규정한 민법 제201조 제1항이 우선하여 적용되므로 과실의 반환을 구할 수 없다고 한다.<sup>124)</sup> 개정안 제747조 제1항은 이러한 판례의 태도를 변경할 의도로 만든 것은 아니다. 그러므로 이번 개정에도 불구하고 기존 논의는 그대로 적용될 것이다.

참고로 민법 제201조도 이번 개정대상에 포함되었다. 2013. 12. 30. 개최된 제4기 민법개정위원회 제20차 전체회의를 통해 확정된 개정안 제201조 제1항은 선의·무과실 점유자의 과실반환의무를 면제하고, 제2항은 선의·유과실 점유자에게 현존이익 범위 내에서 과실반환의무를 인정하며, 제3항은 악의 점유자에게 수취한 과실 또는 그 가액 전체의 반환의무를 인정한다. 선의 점유자를 무과실자와 유과실자로 나누어 취급을 달리한 점이 특징이다.<sup>125)</sup> 하지만 본권자와 점유자 사이의 이익상황을 보면 선의·무과실 점유자라고 하더라도 부당이득의 일반원리(선의 수익자의 현존이익반환)를 넘어서서 과실반환의무 면제라는 혜택을 줄 정당한 이유를 찾기 어렵다. 차라리 민법 제201조는 삭제하고 부당이득의 일반원리에 따르도록 하는 쪽이 좋았을 것이다.<sup>126)</sup>

123) 민법 제201조 제1항은 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 수취한다”라고 규정한다.

124) 대법원 1967. 11. 28. 선고 67다2272 판결; 대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카1996,1997 판결 등.

125) 판례는 민법 제201조 제1항 소정 선의의 점유자를 “과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신한 점유자”라고 하면서 “그와 같은 오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다”고 하여 사실상 선의·무과실 점유자라야 과실반환의무가 면제된다고 새기고 있는데(대법원 1995. 8. 25. 선고 94다27069 판결; 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다63350 판결 등), 개정안 제201조는 이러한 판례의 태도를 참조한 것이다.

126) 제철웅, “소유물반환청구권에 부수하는 채권관계를 독자적으로 규율할 필요가 있는가?”, 김재형·제철웅(편), **채무불이행과 부당이득의 최근 동향**(박영사, 2013), p. 297 이하는 이러한 통합규정의 당위성에 대해 설명한다.

2. 제747조 제2항(악의의 전득자의 반환의무) - 개정(위치변경)

현행 규정	분과위안	실무위안	위원장단안=확정안
<p>&lt;신설&gt;</p> <p>※ 참고조항 제747조(원물반환불능한 경우와 가액반환, 전득자의 책임) ① (생략) ② 수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에는 수익자로부터 무상으로 그 이익의 목적물을 양수한 악의의 제3자는 전항의 규정에 의하여 반환할 책임이 있다.</p>	<p>제749조의2 (전득자의 반환의무) 수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에는 수익자로부터 무상으로 그 이익의 목적물을 양수한 악의의 제3자는 제747조의 규정에 의하여 반환할 책임이 있다.</p>	<p>제749조의2 (악의의 전득자의 반환의무) 수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에는 수익자로부터 무상으로 그 이익의 목적물을 양수한 악의의 제3자는 제747조에 따라 반환할 책임이 있다.</p>	<p>제749조의2(악의의 전득자의 반환의무) 수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에는 수익자로부터 무상으로 그 이익의 목적물을 양수한 악의의 제3자는 제747조에 따라 반환할 책임이 있다.</p>

가. 개정안의 내용

현행 민법 제747조 제2항은 “수익자가 그 이익을 반환할 수 없는 경우에는 수익자로부터 무상으로 그 이익의 목적물을 양수한 악의의 제3자는 전항의 규정에 의하여 반환할 책임이 있다”라고 규정한다. 이는 수익자의 반환불능시 악의와 무상취득의 요건을 모두 충족한 전득자에게 수익자를 대신하여 반환할 책임을 부담시키는 항이다.

그런데 이 항은 같은 조 제1항과는 다른 차원의 내용을 담고 있다. 제1항은 원물반환과 가액반환의 문제, 즉 부당이득 반환의 대상과 방법에 대한 내용을 규정하지만, 제2항은 악의의 전득자의 반환의무, 즉 특정한 지위에 있는 제3자의 부당이득반환의무 존부에 대한 내용을 규정하기 때문이다.

이에 따라 개정안에서는 제747조는 부당이득 반환의 대상과 방법에 대한 조항으로 남겨놓되, 악의의 전득자의 반환의무에 대한 조항으로 제749조의2를 신설하였다. 표제 신설과 약간의 표현수정(제3자⇒제3자, 전항⇒제747조, 의하여⇒따라)을 제외하면 본문의 내용은 현행 민법 제747조 제2항을 거의 그대로 옮겨온 것이므로 변화가 없다.



### 나. 악의 요건의 삭제 논의

그런데 개정안 제749조의2와 관련하여 반환의무자를 “악의의 무상양수인”으로 한정하지 않고 악의 요건을 삭제함으로써 “무상양수인” 전반으로 확대할 것인가 하는 점에 대한 논의가 있었다.<sup>127)</sup>

현행 민법 제747조 제2항이 “악의”의 무상양수인에게만 부당이득반환의무를 인정하게 된 경위는 분명하지 않다. 민법 초안 작성 전에 법전편찬위원회<sup>128)</sup>가 만든 『민법안 편찬요강』에서는 “이득의 목적을 무상으로 양수한 제3자에 대하여 그 반환의무를 인정할 것”이라는 항목(채권법각론 제35항)을 두고 있었다. 위 항목은 무상전득자의 반환의무를 규정한 독일 민법 제822조와 중화민국 민법 제183조를 참조한 것이다.<sup>129)</sup> 우리 민법 제정과정에서 영향을 미친 의용 민법이나 만주국 민법에는 전득자의 부당이득반환에 대한 조항 자체가 없다.

독일 민법 제822조에서는 『제3자의 반환의무(Herausgabepflicht Dritter)』라는 표제 아래 “수령자가 취득한 것을 무상으로 제3자에게 출연한 때에는, 이로 인하여 수령자의 부당이득반환의무가 배제되는 한도에서, 제3자는 부당이득청구권자로부터 법적 원인 없이 출연을 받은 경우에 준하여 반환의무를 진다”라고 규정한다.<sup>130)</sup> 이 규정은 다음 두 가지 고려사항에 기초하고 있다. 첫 번째는 제3자에게 직접 부당이득반환청구권을 행사할 수 없는 지위에 있는 손실자에게 부당이득을 반환받을 이익을 실현해 줄 필요성이 있다는 점이다.<sup>131)</sup> 두 번째는 무상으로 이익을 얻은 제3자는 이러한 부당이득반환청구로부터 보호받을 가치가 없다는 점이다.<sup>132)</sup> 환언

127) 무상양수인 전반으로 확대되어야 한다는 의견으로 법무부 민법개정위원회 자료집(제 4기 제11차 전체회의, 2014. 2. 17) 중 31면 이하(윤진수 교수 작성부분)(미공간) 참조. 다만 이 의견은 위원장단 회의 단계에서 받아들여지지 않았고, 전체회의에서는 실질적인 토의나 표결이 이루어지지 않았다.

128) 법전편찬위원회는 1948. 9. 15. 『법전편찬위원회직제』(대통령령 제4호)에 따라 조직된 위원회로서 주요 법률의 제정 방향과 내용을 편찬요강의 형태로 정리하는 임무를 담당하였다. 민법안 편찬요강에서는 모두 112개의 항목을 두고 있었다.

129) 민의원 법제사법위원회 민법안 심의소위원회, **민법안 심의록**, 상권(민의원 법제사법위원회, 1957), p. 438; 명순구, **실록 대한민국 민법** 3(법문사, 2010), p. 779; 박윤직 편, *supra* note 32, p. 571(양창수 집필부분).

130) 원문은 다음과 같다. “Wendet der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zu, so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, der Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte.”

131) *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage 2013, §822, Rn. 1.

132) *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage 2013, §822, Rn. 1.

하면 손실자의 이익의 보호 필요성이 제3자의 보호 필요성을 능가한다는 것이다. 중화민국 민법 제183조<sup>133)</sup>도 같은 취지에 따른 것이라고 생각된다.

그런데 이처럼 무상전득자 전체에 특별한 부당이득반환의무를 인정하고자 했던 편찬요강의 의도와는 달리 정부안 원안에는 “악의” 요건이 추가됨으로써 그 대상자가 축소되었고, 민법안심소위원회에서도 이에 관해 별다른 이의 없이 원안에 합의하였다.<sup>134)</sup> 국회 본회의에서도 별다른 토론이 없었다.<sup>135)</sup> 그 이외에 왜 악의의 요건이 추가되었는지를 알 수 있는 입법자료는 발견하기 어렵다.<sup>136)</sup> 다만 당시 민사법연구회가 제출한 민법안 의견서에서는 정부안 원안에 찬성하면서 그러한 악의의 제3자를 보호할 필요는 없고 이를 통해 형평을 기할 수 있으므로 타당한 규정이라는 입장을 취하고 있다.<sup>137)</sup> 이 점에 비추어 보면 입법자도 악의의 무상전득자와 선의의 무상전득자에 대한 보호가치를 달리 본 것이 아닌가 생각된다. 선의의 무상전득자에 대해서는 선의취득을 인정하지만 악의의 무상전득자에 대해서는 선의취득을 부정하는 민법 제249조의 태도와도 연결시킬 수 있다.

그러나 손실자와 무상전득자의 보호가치를 형량해 보면 무상전득자가 선의인 경우에도 손실자의 보호를 우선시킬 필요가 있다. 선의의 무상전득자를 손실자에 우선하여 보호하려는 현행 민법 제747조 제2항의 태도는 결국 무상전득자의 신뢰를 보호하겠다는 것이다. 그러나 일반적으로 본래의 권리자를 희생시키고 그 토대 위에서 제3자의 신뢰를 보호하려면 ① 신뢰야기자에 관한 요건으로는 그에게 귀책 가능한 신뢰야기, ② 신뢰자에 관한 요건으로는 이에 관한 정당한 신뢰와 이로 인한 신뢰투자가 각각 요구된다.<sup>138)</sup> 그런데 민법 제747조 제2항이 상정하는 상황에서는 본래의 권리자에게 신뢰야기에 대한 책임을 귀속시키기도 마땅치 않을 뿐만 아니라 특히 선의의 무상전득자에게 보호가치 있는 충분한 신뢰투자를 인정하기

133) 중화민국 민법 제183조는 “부당이득의 수익자가 그 받은 것을 제3자에게 무상으로 양도하여 수익자가 이로 인하여 반환의무를 면한 경우에 제3자는 그 반환의무를 면한 한도에서 반환책임이 있다”라고 규정한다. 이 조항 역시 현재 대만 민법에 그대로 보존되어 있다. 김성수, *supra* note 53, p. 135.

134) 민의원 법제사법위원회 민법안 심의소위원회, *supra* note 129, p. 438.

135) 제26회 국회정기회속기록 제45호, 국회사무처, 1957. 11. 25, 6면(명순구, *supra* note 129, p. 780에서 재인용).

136) 광윤직 편, *supra* note 32, p. 571(양창수 집필부분).

137) 민사법연구회, **민법안 의견서**(일조각, 1957), p. 198(현승중 집필 부분).

138) 권영준, “계약관계에 있어서 신뢰보호”, **서울대학교 법학**, 제52권 제4호(2011. 12), pp. 263-264 참조.

어렵다. 그는 문자 그대로 어떤 대가도 지불하지 않은 채 무상으로 목적물을 취득하였기 때문이다.<sup>139)</sup> 따라서 법률상 원인 없이 손실을 입게 된 자에 우선하여 선의의 무상전득자를 보호할 당위성이 뚜렷하지 않다.<sup>140)</sup> 비교법적으로 보더라도 악의 요건까지 요구하는 입법례는 찾아보기 어렵다.<sup>141)</sup> 그러므로 악의 요건을 삭제하여 무상 전득자에 대해서는 일종의 특수한 부당이득반환청구권을 허용하는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있었을 것이다.<sup>142)</sup>

### 3. 제748조(수익자의 반환범위) - 개정 제외

현행	분과위안	실무위안	위원장단안
제748조(수익자의 반환범위) ① 선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 전조의 책임이 있다. ② 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다.	제748조(수익자의 반환범위) ① 선의의 수익자는 그 받은 이익이 <u>현존하는 한도에서 제747조의 책임이 있다.</u> ② 악의의 수익자는 (가액으로 이익을 반환하는 경우) 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다. ③ <u>제1항 및 제2항의 규정은 수익자의 비용상환 청구권 행사에 영향을 미치지 아니한다.</u>	제748조(수익자의 반환범위) ① 선의의 수익자는 그 받은 이익이 <u>현존하는 한도에서 제747조에 따른 책임이 있다.</u> 제1안: ② 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하여야 한다. 제2안: ② 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(현행 유지).	개정 제외

민법 제748조는 부당이득의 반환범위에 관한 것으로서 선의의 수익자는 현존 이

139) 우리 민법은 증여자의 담보책임을 원칙적으로 부정하거나(제559조), 무상수취인의 주 의무무를 달리 파악하는 등(제695조) 무상행위와 유상행위를 구별하는 경우가 있다.

140) 그러한 점에서 입법론으로는 오스트리아 민법 제367조나 DCFR VIII.-3:101 (1) (c)처럼 유상취득자에게만 선의취득을 인정하거나 독일 민법 제932조, 제822조처럼 일단 무상 선의취득을 인정하더라도 그와 별도로 부당이득반환의무를 인정하는 것이 타당하다.

141) 곽윤직 편, *supra* note 32, p. 571(양창수 집필부분).

142) 참고로 독일에서는 이러한 제3자에 대한 부당이득반환청구권의 법적 성격이 수익자에 대한 부당이득반환청구권과는 구별되는 독립된 청구권인지, 아니면 수익자에 대한 부당이득반환청구의 확장에 불과한 것인지에 대한 견해 대립이 있다. 이는 제3자가 수익자의 항변을 원용할 수 있는지의 문제로 연결된다. *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage 2013, §822, Rn. 2 f. 참조.

익만 반환하고, 악의의 수익자는 받은 이익에 이자까지 부가하여 반환하여야 한다고 규정한다. 민법 제748조 제1항에 대해서는 위에서 보듯이 자구 수정 시도만 있었지만, 제2항에 대해서는 실체적인 논의가 있었다. 분과위원회에서는 원물반환의 경우에도 이자를 붙여 반환하는 것이 타당한지에 대해 논란의 여지가 있다고 보아<sup>143)</sup> 이를 “가액으로 이익을 반환하는 경우”로 한정할 것인지 여부를 실무위원회와 위원장단 회의에서 판단하여 달라는 취지로 이를 괄호 안에 넣어 초안을 만들었다. 한편 실무위원회에서는 이에 대해 논란의 여지가 있을 수 있다는 점을 인식하면서도 선불리 어느 한쪽으로 명문화하기보다는 해석론에 맡기는 것이 타당하다는 이유로 현행 규정의 표현을 그대로 두기로 하였다.<sup>144)</sup> 오히려 실무위원회 단계에서는 부당이득 반환규정에는 이질적이라고 할 수 있는 손해배상 부분을 제거할 필요성에 대해 논의하였는데, 의견의 일치를 이루지 못하여 1안(삭제안)과 2안(현행 유지안)으로 나누어 위원장단 회의에 상정하였다.<sup>145)</sup> 한편 위원장단 회의에서는 민법 제748조를 현행 규정대로 두기로 하고 이 조항은 전체회의에 상정하지 않았다.<sup>146)</sup>

## VI. 결 론

부당이득에 관한 민법개정안에는 극적인 요소가 그리 많지 않다. 등기 부동산에 대한 유치권 폐지라는 과감함을 담은 유치권 개정안이나 현행 2개 조문을 10개로 대폭 늘리면서 기존 논의 내용을 뛰어넘는 참신함을 담은 채권자취소권 개정안과 비교하면 부당이득 개정안은 이미 판례와 학설을 통해 승인된 내용을 반영한 정도로 평가된다. 하지만 이러한 밋밋함은 민법개정위원회의 역부족 때문이기보다는 정당한 재산귀속의 추구라는 근본적 문제를 다루는 부당이득법의 특성상 사회 변화에 민감하게 대응할 필요성이 크지 않았기 때문일 것이다.

143) 관련 논의는 박윤직 편, *supra* note 32, pp. 597-598(양창수 집필부분) 참조.

144) 제4기 민법개정위원회 실무위원회 제20차 회의록(2013. 4. 16)(미공간), 9면.

145) 제4기 민법개정위원회 실무위원회 제20차 회의록(2013. 4. 16)(미공간), 8-9면.

146) 부당이득법 개정안에 대한 위원장단 회의의 논의는 제4기 민법개정위원회 위원장단 회의 제30차 회의록(2013. 9. 2)(미공간)과 제31차 회의록(2013. 9. 16)(미공간)에서 발견되는데, 제748조의 개정에 대해서는 실질적인 논의는 거의 이루어지지 않은 것으로 보인다.

이번 부당이득 개정안은 비채변제 요건의 구체화(제742조)나 불법성 비교론의 명문화(제746조)와 같이 유의미한 성과를 담고 있지만 개정안에 반영되지 않은 개정논의 그 자체도 주목할 만하다. 부당이득 유형론의 입법 시도는 개정안으로 이어지지 않았지만 이제 독일과 일본에 이어 우리나라에서도 부당이득 유형론이 오히려 우세한 입장으로 자리잡았음을 보여주었다. 악의인 무상전득자의 부당이득 반환의무를 둘러싼 논의는 지금까지 거의 의식되지 않던 문제로서 수익자의 반환 불능 사태를 둘러싸고 손실자와 전득자의 법적 보호 균형점을 어디에서 찾을 것인가 하는 새로운 과제를 던져주었다. 요컨대, 부당이득 개정안은 그 시행 여부를 떠나 그동안 우리나라에 축적되어 온 판례와 학설의 발전상, 나아가 외국 입법례의 다양한 흐름을 골고루 담아낸 것으로서 학술적인 가치가 크다. 또한 개정안의 내용과 이를 둘러싼 논의의 이모저모는 현행 민법을 해석함에 있어서도 참조할 만한 것이 많아 실무적인 가치도 크다.

부당이득 개정안을 포함하여 이번 민법개정안이 과연 국회의 문턱을 넘을 수 있을지는 장담하기 어렵다. 현재 국회의 여건은 2004년 개정안을 방치하여 폐기에 이르게 했던 때와 비교하여 별로 변한 것이 없기 때문이다. 그래서 주무부처인 법무부에서는 민법개정안을 인위적으로 조각내어 개정의 필요성과 가능성이 높은 부분부터 순차적으로 국회에 보내는 전략을 택하였다.<sup>147)</sup> 이러한 전략은 민법개정에 관한 국민의 관심을 지속적으로 환기시키고, 국회의 심의부담을 덜어주는 한편, 법무부로서는 일단 가시적인 입법성과를 내게 할 수도 있어 이해가 가는 바 있다. 하지만 이는 개정안의 유기성과 체계성을 해칠 수 있다. 어떤 개정안은 통과되고 어떤 개정안은 통과되지 않을 경우, 또한 그 통과 과정에서 각각의 개정안 부분에 대한 단편적 수정이 이루어질 경우를 떠올려 보면 그 위험은 더욱 심각해진다. 향후 국회제출과정에서 이러한 유기성과 체계성을 최대한 보존할 수 있는 지혜로운 “조각내기”를 하는 것이 법무부의 중요 과제일 것이다. 어쨌든 하나의 유기성과 체계성을 가지는 법안을 인위적으로 분리하는 전략을 사실상 강요하는 국회의 현실은 서글픈 것이다.

열정적인 개정작업과 시큰둥한 외부반응 사이의 현실적 간극은 과연 민법개정의

147) 별도로 제출된 성년후견제 개정안은 2013. 7. 1. 법률 제10429호로 개정 민법으로 시행되고 있다. 법인과 소멸시효 제도에 관한 개정안은 2011. 6. 22. 국회에 제출되었으나 심의도 거치지 못한 채 제18대 국회 임기만으로 폐기되었다. 유치권 제도에 관한 개정안은 2013. 7. 17.에, 여행계약과 보증에 관한 개정안은 2014. 3. 25.에 각각 국회에 제출되었다.

진정한 필요성은 무엇인가, 입법자와 국민에게 그 필요성을 어떻게 설득할 것인가, 일부의 시각처럼 어차피 판례나 특별법 제정으로 대부분의 문제를 해결할 수 있다면 사법(私法)의 모법(母法)인 민법의 정체성은 어디에서 찾을 수 있는가 등의 깊은 고민을 하게 한다. 이는 지난 5년간의 개정작업이 민법학자들에게 새롭게 던져주는 과제이다.

투고일 2014. 10. 22	심사완료일 2014. 11. 24	계재확정일 2014. 11. 28
------------------	--------------------	--------------------

## 참고문헌

- 곽윤직 편, **민법주해**[XVII], 박영사, 2005.
- 곽윤직, **채권각론**, 제6판, 박영사, 2003.
- \_\_\_\_\_, **채권총론**, 제6판, 박영사, 2006.
- 권영준, “계약관계에 있어서 신뢰보호”, **서울대학교 법학**, 제52권 제4호(2011. 12).
- \_\_\_\_\_, “유럽사법(私法)통합의 현황과 시사점 - 유럽의 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference)에 관한 논쟁을 관찰하며 -”, **비교사법**, 제18권 제1호(2011. 3).
- 권 철 역, **일본민법전**, 법무부 민법개정사무국, 2011.
- 김상용, “비채변제의 제 유형”, **민사법연구**, 제3권(2000).
- \_\_\_\_\_, **채권각론**, 화산미디어, 2011.
- \_\_\_\_\_, **채권총론**, 개정증보판, 법문사, 2003.
- 김성수 역, **대만민법전**, 법무부, 2012.
- 김증한, **채권각론**, 박영사, 1988
- 김증한·김학동, **채권총론**, 제6판, 박영사, 1998.
- 김형배, **사무관리·부당이득**, 박영사, 2003.
- \_\_\_\_\_, **채권총론**, 제2판, 박영사, 1999.
- 김형배·김규완·김명숙, **민법학강의: 이론·판례·사례**, 제10판, 신조사, 2011.
- 김형석, “오상채무자의 변제와 수령자의 급부자에 대한 착오”, 김재형·제철웅 (편), **채무불이행과 부당이득의 최근 동향**, 박영사, 2013.
- 명순구, **실록 대한민국 민법 3**, 법문사, 2010.
- 민사법연구회, **민법안 의견서**, 일조각, 1957.
- 민의원 법제사법위원회 민법안 심의소위원회, **민법안 심의록 상권**, 민의원 법제사법위원회, 1957.
- 박준서 편, **주석민법: 채권각칙**, 제3판, 한국사법행정학회, 1999.
- 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2004년 법무부 민법개정안 채권편·부록**, 법무부, 2012.
- \_\_\_\_\_, **2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편**, 법무부, 2012.
- \_\_\_\_\_, **2013년 법무부 민법개정시안 조문편**, 법무부, 2013.
- \_\_\_\_\_, **2013년 법무부 민법개정시안 총칙편**, 법무부, 2013.

- \_\_\_\_\_, 2013년 법무부 민법개정시안 물권편, 법무부, 2013.
- \_\_\_\_\_, 2013년 법무부 민법개정시안 채권편(上), 법무부, 2013.
- \_\_\_\_\_, 2013년 법무부 민법개정시안 채권편(下), 법무부, 2013.
- 송덕수, 新민법강의, 제5판, 박영사, 2012.
- \_\_\_\_\_, 채권법각론, 박영사, 2014.
- 양창수 역, 독일민법전, 박영사, 2008.
- 양창수, 일반부당이득법의 연구, 박사학위논문, 서울대학교(1987).
- \_\_\_\_\_, “타인채무의 착오변제”, 민법연구, 제7권(2005).
- 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제(민법 II), 박영사, 2011.
- 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, 서울대학교 법학, 제55권 제3호(2014. 9).
- 이계정, “송금된 금원에 대한 예금 명의인의 부당이득반환의무 유무의 판단기준 — 부당이득에 있어서 이득의 개념을 중심으로 —”, 민사판례연구, 제35권 (2013).
- 이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007.
- \_\_\_\_\_, 채권총론, 제4판, 박영사, 2009.
- 이준형, “부당이득법의 현대적 기능과 입법 — 이스라엘 민법초안에 대한 다니엘 프리드먼의 報告를 소재로 —”, 김재형·제철웅 (편), 채무불이행과 부당이득의 최근 동향, 박영사, 2013.
- 일본 민법(채권법) 개정검토위원회 편, 법무부 역, 일본 채권법 개정의 기본방침, 법무부, 2009.
- 정옥도, “부당이득반환에 있어서 운용이익의 반환범위”, 민사판례연구, 제31권 (2009).
- 제철웅, “소유물반환청구권에 부수하는 채권관계를 독자적으로 규율할 필요가 있는가?”, 김재형·제철웅 (편), 채무불이행과 부당이득의 최근 동향, 박영사, 2013.
- 지원립, 민법강의, 제12판, 홍문사, 2013.
- 최봉경, “불법원인급여 — 민법 제746조 본문의 해석과 적용기준을 중심으로”, 비교사법, 제13권 제3호(2006. 9).
- 한국법사학회, 민법 제정·개정 연혁사 연구, 2012년도 법무부 연구용역과제보고서.
- Beatson, Jack & Schrage, Eltjo (eds.), *Case, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Hart Publishing, 2003.



- Caemmerer, Ernst von, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, Festschrift für Ernst Rabel, Mohr, 1954.
- Dannemann, Gerhard, “Illegality as Defence against Unjust Enrichment Claims”, in David Johnston & Reinhard Zimmermann (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (Cambridge University Press, 2002).
- Gordley, James, *Foundations of Private Law*, Oxford University Press, 2006.
- Lorenz, Stephan & Czipuka, Johannes, “Grundwissen – Zivilrecht: Bereicherungsrecht – Grundtypen der Kondiktionen”, *JuS*, No. 9 (2012).
- Wade, John W., “Benefits Obtained under Illegal Transactions-Reasons For and Against Allowing Restitution”, *Texas Law Review*, Vol. 25 (1964).
- Wilburg, Walter, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Leuschner und Lubensky, 1934.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1990.
- 甲斐道太郎・谷口知平 編, **新版 注釋民法** V 18, 有斐閣, 1988.
- 宮田浩史, “不当利得論における我妻衡平説の意義と日本類型論と可能性”, **早稲田法學會誌**, 第63巻 第2号(2013).
- 松岡久和, “不当利得法の全体像 – 給付利得法の位置づけを中心に”, **ジュリスト**, 第1428号(2011).
- 我妻 榮, **債權各論**, 下巻 1(民法講義V 4), 岩波書店, 1972.
- 我妻 榮・清水 誠・田山 輝明・有泉 亨, **我妻・有泉コメンタル 民法**, 第3版, 日本評論社 2013.

<Abstract>

## Korean Civil Code Amendment Draft on Unjust Enrichment Law

Kwon, Youngjoon\*

The Ministry of Justice in Korea completed its ambitious legal project of preparing an amendment draft of the Korean Civil Code in Feb. 2014, after running the Civil Code Amendment Committee for five years. Since the enactment of the Civil Code back in 1960, Korean society has experienced drastic changes in various aspects. However, the Civil Code has never been comprehensively amended up to now. Thus, the final draft is highly significant. This paper introduces and analyzes the unjust enrichment part of the final draft.

The draft reflects following changes. Article 742 of the draft makes it clear that performance of non-existing obligation gives rise to the claim for the reversal of enrichment only when the performance was made voluntarily. Article 746 of the draft reflects judicial precedents and relevant legal doctrines regarding performance based on an illegal cause by stipulating that the reversal of enrichment is allowed when illegality is mainly falls on the side of the enriched party. Article 747 of the draft categorizes the method of the reversal into the transfer of asset and the transfer of value, and it also clarifies that the reversal of enrichment extends to fruit and use of an enrichment. Article 747 Section 2 in the current Civil Code, which deals with the obligation of a third party who obtained the asset or benefit gratuitously from the enriched party in bad faith, is restipulated in Article 749-2 of the draft. There were further attempts to amend Article 741 (definition of unjust enrichment), 743 (discharge prior to due date), and 745 (discharge of another person's obligation), but the Committee decided to leave as they are.

We do not find conspicuous changes in the current draft for unjust enrichment,

---

\* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

since the draft merely reflects present legal doctrines that reached consensus but were not manifestly represented in the Civil Code. This is in clear contrast with some other parts of the draft, such as the draft for a lien or a fraudulent transfer where bold moves and wide changes are incorporated. Perhaps it is mainly due to the nature of unjust enrichment law which deals with the fundamental issue of private law such as just allocation of property. Fundamental positions do not easily fluctuate with time.

It remains to be seen whether or not this draft will finally be enacted in the near future. Yet, the draft itself is certainly worthy of being reviewed from both academic and practical point of view even before its enactment.

Keywords: amendment of Korean Civil Code, Civil Code Amendment Committee, unjust enrichment, performance of non-existing obligation, reversal of enrichment in case of illegality

