

〈논문〉

## 騙取金錢에 의한 辨濟

金宇星\*

### 요약

편취금전에 의한 변제에서, 악의·중과실의 수익자에게 부당이득반환청구가 가능하다는 법적 구성은 과거 일본에서 형성되었다. 이는 (1) 「금전은 점유에 소유가 따른다」는 금전의 특수성 관념이 정립되면서 선의취득이 부정되고, (2) 불법행위의 피해자를 보호하고 그로부터 파생된 이익을 부당이득 제도로 조정하여야 한다는 지향에 따른 것이었다. 그러나 위의 전제가 되었던, 금전의 특수성 관념과 부당이득을 일반조항으로 보는 시각에는 오늘날 각기 유력한 비판이 제기되고 있다.

본 논고는 금전의 소유권 귀속에 있어 독자적인 견해를 제시하면서, 편취금전에 의한 변제의 사례를 소유권 귀속의 유형에 따라 세 가지로 분류한다. 그 후 ① 독일의 급부관계 우선의 원칙이 한국에서 발현되는 모습, ② 부당이득반환청구에서 있어 실질적 이익의 귀속 개념, ③ 편취금전에 의한 변제에 대한 기존 논의의 검토를 통해, 구체적 사안에 따른 우리 판례의 태도를 다시금 조명한다. 우리 판례는, 표면적으로는 일본에서 형성된 위 해석론을 취하면서도, 다시 비통일설(유형론)을 받아들이고 횡령금전에 의한 변제 사례를 침해부당이득이라고 평가하는 등, 어떠한 입장에 서 있는지 모호한 면이 있다. 그러나 구체적 사안에 따라 그 타당성을 찾아가는 과정에서 형성된 판례의 태도는, 오히려 편취금전에 의한 변제의 본질을 꿰뚫고 있다. 그것은 통일설(공평설)이 공평을 고려하여 도출한 위 해석론의 일괄된 적용이, 구체적 경우에 있어서는 공평하지 않을 수 있다는 성찰이기도 하다. 이에 본 논고에서는 금전 소유권 귀속의 측면을 기초로 물권적 반환청구, 부당이득반환청구, 불법행위에 기한 손해배상청구의 가능성을 검토하면서, 무엇이 위 문제의 공평한 해결인지에 대해 생각해본다.

주제어: 편취금전, 변제, 금전의 특수성, 부당이득, 불법행위, 실질적 이익

\* 삼성전기 주식회사 변호사.

## I. 서 론

편취금전에 의한 변제란, 사기, 절도, 강도, 횡령, 배임 등으로 위법하게 금전을 취득한 가해자가 위 금전을 기존의 채무 변제에 사용한 경우, 그 금전의 손실자가 변제를 받은 수익자에게 해당 금전 또는 이익의 반환을 구할 수 있는지에 관한 일련의 법학적 논의를 일컫는다.<sup>1)</sup> 실질적으로는 가해자가 채무 변제의 자력이 없거나 그 소재를 알 수 없을 때 그 위험을 손실자와 수익자 중 누구에게 분배할 것인가의 문제로, 이중매매나 전용물 소권과 함께 3자간 법률관계에서의 대표적인 난제로 다루어지고 있다. 그 해결이 어렵기도 한 것이, 손실자 측에서는 불법행위의 피해자인 자신을 보호하지 않고 불법에서 파생된 수익자의 이익을 방치하는 것은 부당하다 하고, 수익자 측에서는 독립된 법률관계에서 채무 변제를 받은 개인의 신뢰뿐만 아니라 거래안전의 측면에서도 그 이익을 회수하는 것은 부당하다 주장한다.

대법원은, “채무자가 손실자로부터 횡령한 금전을 그대로 채권자에 대한 채무변제에 사용하는 경우 손실자의 손실과 채권자의 이득 사이에 인과관계가 있음이 명백하고, 한편 채무자가 횡령한 금전을 자신의 채권자에 대한 채무를 변제하는 경우 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 약의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 채권자의 금전 취득은 손실자에 대한 관계에 있어 법률상 원인을 결여한 것으로 봄이 상당하나, 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 단순히 과실이 있는 경우에는 그 변제는 유효하고 채권자의 금전 취득이 손실자에 대한 관계에 있어서 법률상 원인을 결여한 것이라 할 수 없다”고 판시하여,<sup>2)</sup> 이를 수익자의 주관적 사정에 따른 부당 이득의 문제로 해결하고 있다. 이와 같은 해석론은 와가츠마 사카에(我妻榮)에 의해 주장된 이래 일본 최고재판소가 취하고 있는 것으로,<sup>3)</sup> 우리 학계에서도 긍정된 바 있다.<sup>4)</sup> 그러나 수익자에게 채권이 있는 이상 금전 취득에 법률상 원인은 존재하는 것이라는 유력한 반론이 제기되고 있으며, 수익자가 편취사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 하여 해당 이익 전부를 반환케 하는 것이 가해자의 무자

1) 종래 논문들과 정합성을 꾀하기 위해, 가해자는 M, 손실자는 X, 수익자는 Y, 수익자의 채권자는 Z로 표시한다. 위 논의에 추가해 손실자가 직접 給付한 경우 금전을 급부한 의미로 지급자를 併用하며, 지급자가 의도한 급부의 상대방을 수령자라 하고 R로 표시한다.

2) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결.

3) 일본에서 학설 및 판례가 형성된 과정에 대해서는, 양창수, “金錢의 不當利得으로 인한 返還義務”, 서울대학교 법학, 제43권 제4호(2002), 4-21면 참조.

4)곽윤직, 채권각론(신정판)(박영사, 1995), 619-621면.

력 위험을 공평하게 배분한 것인지는 의문이 있다.<sup>5)</sup>

본 논고는 다음의 순서로 편취금전에 의한 변제의 문제를 다룬다. 첫째, 물건적 반환청구에 관해, 다수설은 「금전은 점유의 취득에 따라 소유권도 이전된다」는 금전의 특수성을 이유로 위 청구를 부정하나, 금전의 특수성 자체에 비판이 제기되고 있는바 이를 검토한다(II.). 둘째, 부당이득반환청구에 관해, 판례에 대해 제기되고 있는 유력한 반론은 비통일설<sup>6)</sup>에 기초하여 손실자의 청구는 급부부당이득임을 전제로 한다. 그런데 판례는 횡령금전으로 변제한 사례를 침해부당이득 사안이라고 밝힘으로써,<sup>7)</sup> 비통일설을 받아들이면서도 위 견해와는 그 입장을 달리하고 있다. 이를 실마리 삼아 「금전의 소유권 귀속의 측면」에서 편취금전에 의한 변제 사안을 분류해봄으로써, 무엇이 부당이득반환청구에서의 공평한 해결인지를 고찰한다(III.). 셋째, 불법행위에 기한 손해배상청구에 관해, 편취금전에 의한 변제에 불법행위법을 적용한 판례를 검토하고 불법행위법을 통한 해결 가능성에 대해 평가한 후(IV.), 끝으로 이들을 종합하면서 논의를 마무리하고자 한다(V.).

## II. 금전의 특수성 및 물건적 반환청구

### 1. 기존의 논의

#### 가. 학설의 대립

금전의 특수성은 「**금전은 그 점유가 있는 곳에 소유권도 있다**」는 표현과 같이,

5) 단적으로, 가해자가 충분한 자력이 있는 상태에서 편취행위로 얻은 금전으로 수익자에 대한 채무를 변제하였고 수익자가 우연히 가해자의 편취사실을 안 경우, 가해자의 자력이 극도로 약화된 때에 이르러 손실자가 편취사실에 대한 악의를 문제 삼아 수익자에게 부당이득 반환을 구할 수 있다면, 수익자로서는 변제 당시 가해자의 다른 재산 채권의 만족이 가능했음에도 변제 당시 편취사실을 알았다는 우연한 사정만으로 향후 가해자의 무자력 위험을 부담하게 되는데, 이러한 결과를 관철하는 것이 수익자에게 「공평」한 처사일까? 수익자는 전혀 별개의 법률관계에서 변제를 받았다는 점에서, 채권자 취소권에서와 같이 변제 당시 채무자의 무자력을 추가로 요하는 것이 「공평」한因果가 아닐까?

6) 문헌에 따라서는 유형론으로 정의하기도 하나, 본 논고는 전통적인 분류에 따라 통일설, 비통일설의 구분을 따른다. 그 구분 및 기준에 대해서는 현명철, “급부부당이득반환청구권”, **법학논총**, 제8권(1991), 255-257면 참조.

7) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결.

금전의 소유권 귀속이 점유의 취득에 따라 결정된다는 성질을 뜻한다. 금전은 동산의 일종이기는 하나, 다른 동산과 달리 융통되는 가치가 거래의 본질이므로 물건으로서의 개성이 없다는 점을 그 이유로 한다. 이에 따르면, 일단 점유의 이전이 있으면 금전 소유권 또한 이전되고 점유를 잃은 자는 부당이득반환청구 또는 불법행위에 기한 손해배상청구와 같은 채권적 권리만을 행사할 수 있을 뿐이다.<sup>8)</sup> 금전의 특수성을 긍정하는 견해에는, 모든 금전 이전에 대해 이를 주장하는 견해(견해 ㉑)<sup>9)</sup>와 일정한 경우에 예외를 인정하는 견해(견해 ㉒)<sup>10)</sup>가 있다. 예외를 인정하는 견해는 강제통용력을 상실한 금전,<sup>10)</sup> 물건으로 특정되어 거래되는 금전(봉인된 금전의 임치, 진열 또는 수집의 목적으로 특정 화폐를 급부하는 경우),<sup>11)</sup> 도둑이 절취하여 소지한 금전<sup>12)</sup>을 그 예로 드는데, 민법 제250조 단서가 금전에 대해 선의취득을 예정하고 있다는 점을 근거로 한다.<sup>13)</sup> 한편, 금전의 특수성을 부정하는 견해(견해 ㉓)<sup>14)</sup>는 현행법상 금전을 다른 물건과 달리 취급할 법적 근거를 찾을 수 없고,<sup>14)</sup> 오히려 위 개념은 민법 제250조 단서에 모순된다고 한다.<sup>15)</sup> 그 외, 법률행위에 의한 소유권 양도를 점유이전으로 대체하는 것은 소유권 귀속 중심의 현행 사법질서에 혼란을 초래하고, 부적법한 금전 취득자를 우선하는 결과가 되며,<sup>16)</sup> 개성이 없고 혼화되기 쉬운 다른 동산과의 관계에서도 형평에 반한다는 점에서, 금전 역시 동산 일반의 물권변동 방식을 따라야 한다고 주장한다.<sup>17)</sup>

8) 편집대표 박윤직, **민법주해(II)**(박영사, 1992), 64면(김병재 집필부분); 박윤직, **민법총칙(제7판)**(박영사, 2002), 180면; 이영준, **물권법**(박영사, 1996), 241면.

9) 편집대표 박윤직, **민법주해(V)**(박영사, 1992), 228-229면(양창수 집필부분).

10) 김상용, **민법총칙(제2판)**(화산미디어, 2013), 313면; 이영준, 전게서(각주 8), 220면. 그러나 강제통용력을 상실한 화폐는 금전이라 할 수도 없고, 민법 제250조 단서 또한 적용되지 않는다(안법영, “金錢私法の 法理에 대한 小考”, **고려법학**, 제34집(1998), 217면).

11) 박윤직, **물권법(제7판)**(박영사, 2002), 122면; 김상용/박수곤, **민법개론**(화산미디어, 2015), 151면; 송덕수, **민법총칙(제2판)**(박영사, 2013), 705면; 일본의 경우는 양창수, 전게논문(각주 3), 17면 각주 34 참조.

12) 편집대표 박윤직, 전게서(각주 9), 192면(양창수 집필부분).

13) 박윤직, 전게서(각주 11), 122면.

14) 최수정, “민법상 금전의 개념과 금전채권의 특질”, **비교사법**, 제10권 제1호(2003), 11-12면.

15) 민법 제250조 단서의 취지 및 입법영역, 비교법적 관점에서 분석한 것으로 최준규, “금전의 이동(移動)과 물권적청구권”, **法曹**, 제58권 제11호(2009. 11), 95-100면 참조.

16) 안법영, 전게논문(각주 10), 200면. 안법영은 금전의 물건으로서의 특성과 가치로서의 특성을 다원적으로 고려하여야 한다고 주장하나, 물건으로서의 금전에 대해서는 견해 ㉑와 그 입장을 같이 하므로 본 논고에서는 따로 구분하여 실시하지 않는다.

17) 성원제, “도난당한 금전의 소유권 변동과 타인의 재물”, **法曹**, 제62권 제9호(2013), 297-298면; 정병호, “‘금전은 점유하는 자가 소유한다’는 이론 비판 - 이론의 원조에

### 나. 판례의 태도

판례는 형사사건이기는 하나, 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6157 판결<sup>18)</sup>에서 금전의 특수성에 대한 입장을 밝히고 있다. 피고인 M은 Y의 금전을 역삼동 소재 금고 등에 보관하여 왔는데, 피해자 X가 K와 함께 위 금전을 훔친 다음 자신의 몫을 운동가방 등에 나누어 담아 성내동 자신의 집 싱크대에 숨겨두었다. M은 Y의 지시에 따라, 폭력조직 조직원 A와 함께 X를 찾아가 겁을 주어 숨겨둔 금전을 건네받았고, 그 과정에서 해당 금전이 다른 금전과 섞이거나 교환된 바는 없었다. 검사는 M을 X에 대한 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동공갈)죄로 공소 제기하였는데, 공갈죄는 타인의 재물을 취득하여야 성립하는 바 X가 훔친 금전이 M 또는 Y와의 관계에서 「타인의 금전」인지 여부가 쟁점이 되었다. 제1심과 항소심은 이를 긍정하였는데, 특히 항소심은 “금전의 경우 고도의 유통성을 갖고 있어 물건임과 동시에 가치라 할 것이고, 이 중 가치의 면에 중점을 두는 것이 거래통념과 사회상식에 부합한다고 할 것이다. 따라서 금전은 그 점유와 함께 소유권이 이전하며, 절취한 금전이라 하더라도 그 피해자에게 반환청구권이 인정되지 아니하고, 부당이득 또는 손해배상의 문제만 남게 되는 것이다(민법 제250조 단서 참조)”라고 그 이유를 밝히고 있다. 이어 금전의 이동 거리 및 경과 시간 등의 사실관계를 고려할 때 점유는 이전되어 X가 금전의 소유권을 획득하였으므로, M은 타인 소유의 재물을 취득한 것으로 보았다. 반면에 대법원은 “타인의 재물인지 여부는 민법, 상법, 기타의 실체법에 의하여 결정되는데, 금전을 도난당한 경우 절도범이 절취한 금전만 소지하고 있는 때 등과 같이 구체적으로 절취된 금전을 특정할 수 있어 객관적으로 다른 금전 등과 구분됨이 명백한 예외적인 경우에는 절도 피해자에 대한 관계에서 그 금전이 절도범인 타인의 재물이라 할 수 없다”고 판시하여, 항소심과 다른 견해를 취하였다. 즉 절취된 금전이 운동 가방 등을 통해 특정성이 유지된 경우는 금전의 소유권이 Y에게 남아있어 M의 행위는 소유자의 지시에 따른 자기 소유의 재물 취득에 불과하고, 이에 공갈죄의 공소사실에 대해 무죄 판결을 선고한 것이다. 파기환송 후 항소심에서 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동협박)으로 공소장 변경이 받아들여졌고, 해당 공소사실로 유죄 판결이 확정되었다.<sup>19)</sup>

대한 비판을 중심으로”, 法曹, 제65권 제1호(2016. 1), 5-51면 참조.

18) 제1심: 서울동부지방법원 2011. 12. 8. 선고 2011고단2376 판결; 파기환송 전 항소심: 서울동부지방법원 2012. 5. 10. 선고 2011노1865 판결; 파기환송 후 항소심: 서울동부지방법원 2012. 11. 16. 선고 2012노1046 판결.

19) 한편, 민사사건에서도 금전이 타인의 소유임을 전제로 하여 금전의 선의취득이 언급

#### 다. 학설 및 판례에 대한 검토

항소심은 금전의 특수성에 관해 실시하면서 “민법 제250조 단서를 참조”토록 하여 민법 제250조 단서를 근거로 하는 듯하다. 이를 선택하면 금전은 도품·유실물 특례가 배제될 정도로 거래 안전이 중시된다는 점을 강조한 취지로 보이나, 위 규정은 오히려 금전의 특수성에 모순되는 것으로 해당 실시는 의문이다.<sup>20)</sup> 민법 제250조 단서는 ‘선의취득이 되었더라도 일정기간 원소유자의 반환청구가 가능한 민법 제250조 본문인 도품·유실물 특례’를 금전의 경우 배제하는 규정인데, 이는 금전에도 민법 제249조의 선의취득 규정이 적용되는 것을 전제로 한다. 그러나 금전의

---

된 판결이 있다. 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다74246 판결이 그것인데, 그 사실관계 및 소송경과는 다음과 같다. 원고인 화성시(X)의 지방세무공무원인 M은 공무원으로 재직 중 과오납 환부 사유가 없음에도 그것이 있는 것처럼 꾸며, 친정아버지인 피고 Y1를 비롯한 가족들 및 지인들(기타 피고들) 명의의 계좌로 과오납금을 송금하거나 직접 지급하였는데, 피고 Y1는 이 중 일부는 M에게 다시 송금하고 나머지 금원은 집수리비용과 차량구입비용으로 사용하였다. 이때 원고가 피고 Y1에게 금원의 반환을 구할 수 있는가에 대하여, 항소심인 서울고등법원 2011. 8. 19. 선고 2010나115647 판결은 “피고 Y1이 위 돈을 선의취득 하였는지 문제될 수 있으나, 피고 Y1이 위 돈을 증여받을 당시 과실 없이 이를 취득하였는지에 관하여 인정할 증거가 없[으므로], (...) 선의취득이 인정되지 않는다”고 하여, 금전에 있어서도 선의취득이 인정될 수 있음을 전제로 판시하였다. 이에 대해 대법원은 피고 Y1에게 송금된 것을 M으로부터 증여를 받은 것으로 평가하면서, 원고의 피고 Y1에 대한 부당이득반환청구가 가능한지는 그에게 M의 횡령사실을 알았거나 알지 못한 데 중대한 과실이 있는지 여부를 판단하였어야 한다고 실시하면서, “이에 이르지 아니한 채 선의취득 여부만을 살펴 부당이득 반환의무를 인정하고 말았으니”라고 판시하였다. 비록 명시적이지는 아니하나, 대법원은 금전의 선의취득에 대한 항소심의 판단을 부정하지 않고 선의취득 여부“만”을 살펴본 것을 문제 삼고 있을 뿐이어서, 적어도 횡령금에 대해서는 위 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6157 판결과 마찬가지로 타인의 재산임을 전제로 선의취득을 예정하고 있다고 보인다.

20) 박윤직, 전계서(각주 8), 180면도 “민법 제250조 단서 참조”라는 기제가 있으나, 박윤직, 전계서(각주 11), 122면의 기술 및 입법 과정을 전후한 박윤직의 견해를 비추어 볼 때, 단지 선의취득이 인정되는 민법 제250조 단서 부분에 대해서는 주의할 것을 ‘참조’하라는 취지로 보인다. 민법 제250조 단서가 금전의 특수성을 고려하지 않고 제정되었음은 입법적 연혁을 살펴보아도 명백하며, 이 규정을 이유로 박윤직도 모든 금전에 선의취득이 인정된다고 서술하였다(견해 ㉔, 1963년), 이후 견해를 변경하여 특정물로 거래되는 금전에만 적용되는 규정으로 한정할 바 있어(견해 ㉔, 1980년), 박윤직은 그 논의에서 민법 제250조 단서는 선의취득의 근거로 금전의 특수성의 근거가 되지 않음을 전제로 하고 있기 때문이다. 이에 관하여는, 서울오, “금전의 선의취득: 민법 제250조 단서의 학설사”, **법학논집**, 제19권 제2호(2014. 12), 75-82면; 최준규, 전계논문(각주 15), 97-98면 참조.

특수성에 따르면 금전은 점유의 취득만으로 무권리자로부터도 흠결 없이 금전의 소유권을 취득할 수 있어 선의취득은 주장될 여지가 없다.<sup>21)</sup> 이 점에서 예외 없이 금전의 특수성을 인정하는 견해 ㉠ 역시 민법 제250조 단서 규정을 무의미하게 만드는바, 우리 법제의 해석론으로 받아들이기는 어렵다.<sup>22)</sup>

반면에 대법원은 절취된 금전이 특정성을 유지하는 예외적인 경우에는 금전의 소유권은 이전되지 않는다고 판시하여, 견해 ㉡와 입장을 같이 하는 것으로 보인다. 이 견해는 선의취득이 인정되는 예외를 인정하므로 민법 제250조 단서에 직접 반하지는 않는다. 그러나 금전의 특수성의 근거로 금전 거래에서는 화폐된 가치가 본질이라는 점을 들고 있으나, 그것만으로는 i) 물권변동의 원인을 점유 취득이라는 사실 문제로 치환하는 것과 ii) 금전적 가치를 표상하는 다른 유가증권과 금전을 특히 달리 취급하는 이유를 온전히 해명하지 못한다. 일례로 별도의 배서 없이 교부만으로 가치가 이전되어 실질적으로 현금과 같은 정도의 환금성을 갖춘 양도성예금증서(Certificate of Deposit)도 유가증권에 관한 선의취득 규정인 민법 제514조가 적용되어 양도인이 무권리자임을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우는 소유권이 이전되지 않는다.<sup>23)</sup> 결국 금전의 특수성이란, 금전은 특수한 동산이므로 특수한 성격을 띤다는 것이 되는데 이는 동어반복에 다름 아니다.<sup>24)</sup>

이와 같은 점을 고려하여, 견해 ㉡는 금전 역시 물건이므로 동산 일반원칙에 따라 소유권이 결정되고 금전에 대해서도 물권적 반환청구가 가능하다고 한다.<sup>25)</sup> 그러나 이는 거래 현실과 일치하지 않는 면이 있다. 예컨대, X가 M의 고물상에서 고려청자를 구입하고 값을 금전으로 치렀는데 나중에 고려청자가 아님이 밝혀진 경우, X는 사기를 원인으로 계약을 취소하고 M에게 금전의 반환을 구할 것이다. 이 경우 X는 그가 지급한 금전과 동 가치 상당의 금전을 요구할 뿐이지 지급한 일

21) 박윤직, 전계서(각주 11), 122면; 이영준, 전계서(각주 8), 220면; 안법영, 전계논문(각주 10), 200면.

22) 안법영, 전계논문(각주 10), 216-217면; 최준규, 전계논문(각주 15), 96-98면 참조.

23) 대법원 2002. 5. 28. 선고 2001다10021 판결.

24) “金錢을 특수한 動産이라는 概念的 前提에서 “特殊”하다는 논거로써, 動産으로서의 法的 規律을 배제하거나 動産이지만 例外로 취급하려는 折衷의 立場이라고 할 수 있다” (안법영, 전계논문(각주 10), 201-202면).

25) 다만, 금전의 경우 소송상 특정이 불가능하다는 사실상의 이유로 물권적 반환청구가 어려우며, 금전에 별도의 표시를 해두었거나 발행번호로 특정할 수 있는 경우, 절도범이 절취한 금전만 소지한 경우, 금전이 봉투 속에 들어있는 경우 등과 같이 특정성이 유지되는 경우에만 실제로 청구가 가능하며, 이 점에서 견해 ㉡와 결과에 있어서 차이는 없다고 한다(성원제, 전계논문(각주 17), 301면).

런번호 그대로의 금전을 고집할 수 없고,<sup>26)</sup> M 역시 해당 금전의 멸실 등을 이유로 이행불능을 주장할 수 없다. 더 나아가 고려청자가 판매될 때 고물상에서 M과 내기 바둑을 두던 Y가 M이 취득한 금전 중 일부를 획득하여 집으로 돌아온 경우를 가정해보자. 물권변동의 일반원칙을 관철하면, X가 Y에게 미리 적어둔 일련번호를 적시하며 취소를 이유로 해당 금전의 반환을 구할 수 있다는 것인데, 이는 분명 거래관행 및 일반인의 법 감정에 반하는 면이 있다.<sup>27)</sup> 항소심이 설치하듯 금전은 고도의 유통성을 전제로 가치의 이전 부분에 초점이 맞춰져 있어, 거래 관계에 따라 일단 이전된 금전을 “물권적으로 추적하여 반환을 구할 수는 없기” 때문이다. 반면에 범죄목적(유괴, 인질범행)에 의해 강제로 현금을 교부하면서 그 특정화폐의 일련번호를 기입하여 둔 경우는 오히려 물권적 반환청구가 가능하다고 봄이 타당할 것이다.<sup>28)</sup> 그렇다면 금전 거래는 어떻게 「해석」되어야 할까?

## 2. 새로운 견해(私見)

### 가. 문제의 제기

금전의 특수성은 이른 시기 일본에서 정립된 개념이나,<sup>29)</sup> 물권변동의 일반원칙에 비추어 볼 때 받아들이기 어렵다. 물권변동은 법률효과로서 그 원인이 되는 법률

26) 이러한 점을 고려하여 견해 ㉔를 취하는 입장에서도, “나아가 貨幣(金錢)의 物權의 歸屬秩序는 타인 金錢의 無權限 占有者가 자신의 金錢과 混和시키거나 消費 또는 자신의 金錢으로 對替할 수 있는가라는 문제와 구별되어야 하는 바, 無權限 占有者라도 이러한 행위는 去來觀念上 원칙적으로 허용된다”(안법영, 전계논문(각주 10), 214면)고 한다. 요컨대, 금전의 소유권을 취득하지 못한 무권한의 점유자라 하더라도, 금전 소유자에 대해 해당 금전 이외의 금전으로 대체 지급할 수 있는데, 그 이유를 「거래 관념」에서 찾는다.

27) X는 M에 대한 계약의 취소를 주장할 것인데, 이때 Y가 선의취득의 항변 또는 취소에 대한 선의의 제3자 항변을 주장할 수 있는 것과 별개로, X가 Y에 대해서 금전에 기하여 물권적 반환청구권을 행사하는 것 자체가 의문시된다.

28) 안법영, 전계논문(각주 10), 216면.

29) 금전의 특수성은 1937년 독일의 Max Kaser, Harry Westermann의 견해에 영향을 받은, 「금전은 이를 점유하는 자에게 속한다」는 학설이 일본에서 압도적인 다수에 의해 받아들여지고 일본의 판례에 반영되어 정립되었다. 그러나 위 독일의 학설은 정작 독일에서는 찬동을 얻지 못하였고, 독일의 통설은 여전히 금전에 대해서도 동산으로 취급한다. 이에 금전 역시 특정 가능한 한에서 소유물반환청구의 대상이 되며, 금전의 선의취득 또한 가능하다(양창수, 전계논문(각주 3), 16-17면, 각주 33 참조). 해당 이론의 독일에서의 전개, 일본에서 정립된 과정에 대해서는 정병호, 전계논문(각주 17), 10-37면 참조.



요건을 요하는데, 이에선 당사자의 의사에 기초한 법률행위와 그 외 법률의 규정 또는 국가의 주권 행사가 있다. 전자에 의한 물권변동을 「법률행위에 의한 물권 변동」, 후자에 의한 법률변동을 「법률행위에 의하지 않는 물권변동」이라고 한다.<sup>30)</sup> 그런데 금전의 특수성을 주장하는 견해는 어떤 법률요건에 기해 소유권이 이전하는지를 설명하지 않는다. 점유의 취득만으로 소유권을 의제할 법 규정은 찾을 수 없고,<sup>31)</sup> 절취된 금전의 소유관계에 대한 견해 대립 및 일반인의 법 감정을 고려할 때,<sup>32)</sup> 점유 취득만으로 소유권이 발생한다는 관습법 또한 인정하기 어렵다. 다만, 위 견해가 발견한 통상적인 금전 거래는 융통되는 가치에 초점이 있고 개별적인 금전의 개성은 요하지 않는다는 통찰은 분명 일리가 있다. 그렇다면, 이로 부터 i) 지급자는 금전이 수령자의 일반 재산에 혼용될 수 있음을 전제로 금전 자체보다는 화체된 가치로서 거래하고, ii) 수령자에게 금전이 인도된 때 소유권은 「중국적으로 이전」하여 계약의 해제 내지 취소 등으로 물권변동의 원인이 소멸하더라도 소유권은 복귀되지 않으며, iii) 향후 발생하는 이해관계는 「가치의 조정」으로서 부당이득 내지 손해배상의 채권적 청구로 해결하는 내용의 “법률행위 및 법률관계에 관한” 거래관행 내지 사실의 관습의 존재를 도출할 수는 없을까? 단순히 점유 취득이라는 사실관계만으로 소유권 변동을 의제하는 것이 아니라, 금전 거래를 둘러싼 처분권자의 의사 및 법률행위의 해석에 집중하여 그 원인을 찾는 것이다.<sup>33)</sup> 그러다보면, 오히려 금전의 특수성을 주장한 견해가 거래관행의 한 측면인 점유 취득 사실을 소유권 변동의 요건으로 무단히 오인한 것은 아닌지 의문에 이른다.

#### 나. 금전의 중국적 이전의 요건

앞서 언급한 소위 「금전의 중국적 이전」, 즉 소유권의 복귀를 배제하는 금전의 이전이 인정되기 위해서는, 우선 그와 같은 내용의 ① 「처분의사」가 있어야 한다.

30) 박윤직, 전게서(각주 11), 27면.

31) 민법은 오히려 소유권과 구분된 권리로서 점유권을 규정하여 양자의 구분을 명확히 하고 있다.

32) 최수정, 전계논문(각주 14), 12-13면.

33) 통상적인 금전 거래에 관한 해석으로는, 앞서 살핀 항소심 판례 외에도 다음의 서술 등이 있다. “金錢은 價値를 그 본질로 하며, 交換 내지 支給機能을 수행하는 樣態와 方法도 또한 그 價値(Wert)에 의해 결정된다. 따라서 다른 財貨들은 그 자체가 對象物로서 現實的 機能을 하는 것과 달리, 金錢의 實質은 機能的 表象(Vorstellung)으로 파악되...”(안법영, 전계논문(각주 10), 184면).

그 처분의사란 금전은 화체된 가치를 중심으로 거래되므로 수령자의 다른 금전과 혼용되어도 무방하며, 수령자는 원인관계의 취소, 무효 등으로 금전을 반환할 경우에도 다른 금전으로 대체하여 지급할 수 있다는 것이다. 따라서 당사자의 의사에 따라 해당 금전을 다른 금전과 구분한 경우에는 중국적 이전이 인정되지 않는다.<sup>34)</sup> 예컨대 지급자가 금전을 수령자의 일반 재산과 구분해 보관시킨 경우(보증금 금전의 임치),<sup>35)</sup> 금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 그 과정에서 금전을 취득한 경우,<sup>36)</sup> 진열 또는 수집의 목적으로 특정 금전을 거래한 경우 등에는 중국적 이전은 인정되지 않는다.<sup>37)</sup> 다음으로, 민법상의 동산 물권변동의 일반원칙으로서 지급자가 ② 「처분권한에 기초한 처분행위」를 하여야 하고, 목적물인 금전이 ③ 「수령자에게 인도」되어야 한다. 따라서 처분권한 없는 자가 지급한 경우나, 절도 또는 횡령 등과 같이 처분행위가 매개되지 않은 상태에서 이전된 경우, 처분행위가 있더라도 금전이 수령자에게 인도되지 못한 경우<sup>38)</sup>에는 물권변동 자체가 인정되지 않으므로 「금전의 중국적 이전」이라는 효과 또한 발생할 수 없다.

그런데 이들 요건 중 ②와 ③은 동산 물권변동의 일반요건일 뿐이어서, 결국 통상적인 금전 거래에서 중국적 이전이 인정되는지는 「금전의 거래관행」으로부터 ①에 해당하는 처분의사를 도출할 수 있을지에 달려있다. 민법상 금전 채권은 특정 금전이 아닌 금전에 화체되어 있는 재산가치의 조달을 목적으로 한다.<sup>39)</sup> 그리하여

34) 최준규, 전계논문(각주 15), 101면도 같은 취지이다.

35) 앞서 살펴본 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6157 판결 역시 공소외1이 피고인에게 금전을 보관시킨 경우 금전의 소유권은 공소외1에게 유보되어 있다고 판시하고 있다.

36) 위탁매매인이 수수한 금전이 그 예이다(상법 제103조 참조). 판례 역시 “금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 그 행위에 기하여 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전은 목적이나 용도를 한정하여 위탁된 금전과 마찬가지로 달리 특별한 사정이 없는 한 그 수령과 동시에 위임자의 소유에 속하고, 위임을 받은 자는 이를 위임자를 위하여 보관하는 관계에 있다”(대법원 2004. 3. 12. 선고 2004도134 판결)고 한다.

37) 이와 같은 점을 반영하여 형법상 횡령죄의 성립을 긍정한 판례로, 대법원 2004. 5. 27. 선고 2003도6998 판결(목적과 용도를 정하여 위탁한 금전), 대법원 1986. 6. 24. 선고 86도1000 판결(위탁매매대금), 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도1856 판결(보관을 위탁 받은 금전을 자신의 은행계좌에 보관한 경우) 등이 있다.

38) 예컨대, 지급자가 금전을 수령자에게 트럭으로 이송하였으나, 중도에 제3자인 운전자 또는 도둑이 금전을 취득한 경우이다. 다만, 개입된 제3자가 수령자로부터 대리권 기타 권한을 받은 경우는, 지급자가 그 자에게 금전을 이전한 시점에 금전의 소유권은 중국적으로 이전한다. 이때는 제3자가 금전을 무단히 취득하였더라도 수령자와의 관계에서 횡령이 문제될 뿐이다. 수령자와의 관계에서 제3자에게 표현대리가 인정되는 경우 또한 같다.

39) 안법영, 전계논문(각주 10), 181-182면.

가치조달 중심이라는 경제적 기능<sup>40)</sup>으로 금전이 이전된 경우, 지급한 금전은 가치 이전으로 그 목적을 달성하고, 「수령자가 보유한 금전 속에서」 다시 동일 가치의 징표 수단이 될 뿐 물건으로서의 특정성은 상실한다. 이때 금전 소유권은 중국적으로 이전해, 원인이 된 법률관계가 해제, 취소된 경우에도 가치의 반환은 부당이득, 불법행위에 기한 채권적 청구로 달성되고 소유권에 기한 물권적 반환청구는 허용되지 않는 것이다. 수령자도 해당 금전이 멸실되었다는 등의 이유로 이행불능을 주장할 수는 없다. 이처럼 통상적인 금전 거래에는, 일단 금전이 지급자의 급부에 따라 수령자에게 인도되어 가치조달의 목적을 달성하면 금전은 그 특정성을 잃고 수령자의 소유로 중국적으로 이전되는 거래관행이 존재한다 할 것이다.<sup>41)</sup> 위 관행에서 ①의 처분의사를 법률행위 해석으로 도출할 수 있는바,<sup>42)</sup> 결국 ②와 ③의 요건을 추가로 구비하면 금전의 소유권은 중국적으로 수령자에게 이전될 것이다. 반면에 (앞서 살핀 사례들과 같이) ①에서 ③까지의 요건을 충족하지 못하면 금전의 중국적 이전이 인정되지 않는데, 이 경우 지급자는 금전의 현 점유자에게 소유권에 기한 물권적 반환청구권을 행사할 수 있다.

이와 같은 해석은 점유의 취득 자체에 소유권 변동의 효력을 의제하는 견해 ㉓, 견해 ㉔와 다르고, 금전을 일반적인 동산과 같이 해석하여 통상적인 금전 거래에 있어서도 금전의 소유권의 회복을 인정하는 견해 ㉕와도 다르다. 점유만으로 무조건적인 소유를 의제할 수도, 금전이 특정 가능하다고 하여 수령자에게 중국적으로 귀속된 금전 자체의 반환을 강제할 수도 없다. 위 해석에 따르면, 금전이 거래관행에 따라 지급된 경우는 계약이 취소되더라도 해당 금전 자체의 반환을 구하는 것은 불가능하나, 거래관행이 인정되지 않는 경우, 예컨대 범죄목적에 따라 강제로 금전을 지급하거나 절취된 금전에 대해서는 지급자는 물권적 반환청구권을 행사할 수 있게 된다. 이처럼 금전은 점유에 소유권이 수반되는 성질을 지닌 ‘특수한 동산’이 아니라, 일반 물건과 다른 거래관행에 기초하여 당사자들이 ‘특수한 법률관계’를 형성할 뿐이다.

#### 다. 거래관행의 논증

앞서 실시한 私見을 정리하면, ① 금전 역시 원칙적으로 물권변동의 일반원칙이

40) 금전의 기능에 대한 경제학적 평가는 안법영, 전제논문(각주 10), 184-193면 참조.

41) 판례 또한 이들 거래관행을 전제하고 있음은 이어지는 다.에서 구체적으로 논증한다.

42) 민법 제106조 참조.

적용되나(민법 제188조 내지 제190조), ② 처분권자의 처분의사에 따라 금전 소유권은 당사자 간에 중국적으로 이전될 수도 있고(소유권의 처분은 사적 자치의 영역이다), ③ 통상적인 금전 거래에 있어서는 위와 같은 중국적 이전을 의도하는 거래 관행이 존재한다는 것이다. 위 거래관행은 “내가 준 만 원권 지폐를 상대방이 반환할 경우, 상대방은 반드시 그 만 원권 지폐를 주지 않고 다른 천 원권 지폐 10장을 주어도 된다는 통상적인 상황”에서,<sup>43)</sup> 만 원권 지폐의 중국적 이전은 직관적으로 도출할 수 있다.<sup>44)</sup> 이와 같은 판단 외에 거래관행의 논증에 있어, (이는 결국 법률행위 해석의 문제이므로) 구체적인 판례들을 살펴보는 것이 유의미할 수 있다. 판례는 금전을 단순 보관 하는 경우는 금전의 소유권이 이전되지 않는 것으로 해석하는 반면,<sup>45)</sup> 은행에 예금을 하는 경우(소비입치)는 금전의 소유권이 은행에 귀속되어 물리적 동일성을 상실한다고 판시한다.<sup>46)</sup> 위탁매매 등에 있어서 취득한 금전의 소유는 원 권리자를 위한 것임을 전제로 한다.<sup>47)</sup> 이처럼 동일한 금전의 흐름에 대해서도, “금전의 소유자가 거래관계에서 어떠한 처분행위를 의도하였는지에 따라 금전의 소유권 귀속을 달리 평가”하는데, 이는 점유와 소유를 동일시하는 견해들에서는 받아들일 수 없는 결론이다.

일상적인 거래로 대표되는 것은 은행 계좌를 통한 거래일 것인데, 이들 계좌이체 과정을 분석해보면 다음과 같다. 우선, i) 지급자는 은행에 대한 예금채권에 기해 보관 중인 금전<sup>48)</sup> 중 일부 또는 전부를, ii) 채권적 반환청구권 양도의 방법으로 수령자에게 ‘인도’하고, 은행은 위 양도를 승낙하며(지급자의 통장 기재), iii) 이때 특정된 금전의 소유권은 수령자에게 중국적으로 이전된 후, iv) 은행과 수령자의 예금계약(소비입치)에 기해 해당 은행이 다시 이를 보유한다(수령자의 통장 기재). 한편, 지급자의 은행과 수령자의 은행이 다른 경우(타은행간 계좌이체)는, α) 지급자가 수령자 은행 계좌로 전송할 때, 예금계약에 기한 지급자 은행의 지급채무를 수령자 은행이 면책적으로 인수하는 데 대해 지급자의 승낙이 추가되어, β) 수령자 은행의 보유 금전에 대하여 앞서 살핀 i) → iv)의 과정이 단계적으로 이어진다.

43) 최준규, 전제논문(각주 15), 100면.

44) 그 외 II. 1. 다.에서 견해 ㉔를 검토하면서 든 예시 등 참조.

45) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6157 판결.

46) 대법원 2000. 3. 10. 선고 98도2579 판결.

47) 위탁매매에 있어서는 판례뿐만 아니라 법령 또한 이를 전제로 한다. 각주 36) 참조.

48) 은행에 보관한 금전은 소비입치에 해당하므로 예금 채권은 은행 금전에 대한 채권적 청구일 뿐이다.

γ) 그 후 지급자의 은행과 수령자의 은행은 상호 간의 채무 인수부분을 상호 정리하게 되는데, 은행(들)은 이 과정에서 금전 자체에 대해 이익을 취하는 것이 아니라 신용에 기초한 매개 업무만을 처리한다. 판례는 이를 “은행의 중개기능”이라고 표현하고 있다.<sup>49)</sup> 이와 같이 계좌 이체에서 지급자의 금전은 수령자에게 (채권적 반환청구권의 양도의 방법으로) 인도될 뿐이므로, 착오 송금에 있어서 판례가 “지급자가 은행에 대하여 부당이득반환을 구할 수 없다”고 한 것은 금전의 소유권 귀속 측면에서도 당연한 귀결이다.<sup>50)</sup> 오히려 판례는 송금인의 실수라 하더라도 원칙적으로 수취인이 예금 채권을 취득한다고 판시함으로써,<sup>51)</sup> 처분권자가 수취인을 지정하여 금전을 거래관행에 따라 이전한 경우는 설사 착오가 개입되었다하더라도 해당 금전은 ‘종국적으로’ 금전의 소유권은 수령자에게 이전하고, 이에 기초해 수령자가 금전을 은행에 입금하여 예금 관계가 성립하는 것으로 보고 있다. 만일 이와 같은 종국적 처분을 인정하지 않는다면 지급자의 착오 취소 등으로 금전은 지급자에게 회수될 것인데, 이는 은행이 보유하고 있는 금전의 귀속에 대해 은행과 지급자, 수령자 사이에 복잡한 문제를 야기하고, 수령자가 예금 채권을 취득한다는 판례의 일반적 설시는 불가능할 것이다. 다만, 판례는 착오 송금한 금전을 수령자가 인출한 금전에 관하여 신의칙에 기한 보관의무를 인정함으로써 수령자의 임의적인 소비를 지급자에 대한 횡령죄로 의율하고 있으나, 이러한 해석이 인출한 금전의 소유권이 원칙적으로 수령자에게 있지 않고 지급자에게 있다는 것은 아니다.<sup>52)53)</sup>

49) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결. 학설 중에는 계좌이체의 경우는 기장금전(Buchgeld)만이 이전될 뿐 현금(Bargeld)의 이전은 없으므로 선의취득이 문제될 여지가 없다는 지적이 있다(정병호, 전제논문(각주 17), 41-42면). 그러나 기장금전이 이전되는 이면을 음미해보면, 본문과 같이 채권적반환청구권의 양도의 방법에 의한 현금의 인도가 있다고 볼 수 있으며, 이것이 민법상 물권변동의 본지에 따르는 해석이 아닐까? 주지하듯 점유개정의 방법이 아닌 채권적반환청구권의 양도의 경우는 선의취득이 가능하다.

50) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결.

51) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005다59673 판결. “송금의뢰인이 수취인의 예금구좌에 계좌이체를 한 경우 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이 수취인이 수취은행에 대하여 계좌이체금액 상당의 예금채권을 취득한다.” 이와 같은 취지로 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결; 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다69746 판결; 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다41263 판결 등.

52) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5975 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결. 더 정확히는 착오로 송금된 금전과 그가 인출한 금전은 그 「물질적 동일성」이 없다. 착오로 송금된 금전은 수령자의 소유가 되고, 이를 다시 은행에 입치한 예금 채권은 수령자에게 있으며, 이를 인출하여 보유한 금전의 소유권도 수령자에게 있다. 따라서 엄밀한 의미에서 자기 소유의 재물이므로 횡령죄가 성립할 수는 없으나, 판례는 수령

반면에, 판례는 권한 있는 자의 착오 송금과 달리 「권한 없는 자에 의한 금전의 이전은 소유권 이전을 달리 평가」하고 있는데, 권한 없는 자가 예금자와 같은 외향을 꾸며 ATM기를 조작하는 방법으로 무단으로 자신에게 계좌 이체한 경우가 그 예이다. 이 경우 판례는 권한 없는 자는 예금 채권이라는 재산상 이익을 취득한 것으로 컴퓨터 사용 사기죄가 성립하고, 이후 해당 예금 채권으로부터 인출된 금

자가 은행과의 예금 계약을 통해 해당 대금을 인출하였다하더라도 그것이 신의칙 등을 고려할 때 자신에 귀속될 것이 아니라면, 이러한 실질을 고려하여 횡령죄를 인정하고 있다. 이러한 논리를 취한 사례로 대법원 1999. 4. 15. 선고 97도666 전원합의체 판결이 있는데, 양도통지를 하지 않은 채권 양도인에게 채무자가 변제한 경우, 양도인이 이를 입으로 소비하였다. 판례는 “양도인은 양수인으로 하여금 채무자에 대한 대항요건을 갖출 의무를 부담하며, ... 채권양도의 당사자 사이에서는 양도인은 양수인을 위하여 양수채권 보전에 관한 사무를 처리하는 자라 할 수 있고, ... 그 금전을 자신에게 귀속시키기 위하여 수령할 수는 없는 것이고, 오로지 양수인에게 전달하여 주기 위해서만 수령할 수 있을 뿐이어서, 양도인이 수령한 금전은 **양도인과 양수인 사이에서는 양수인의 소유에 속하고 ...**”(강조는 인용자)라고 하여, 횡령죄로 의율하였다. 판례는 “양도인과 양수인 사이에서는”이라고 명시하여 「상대적 소유권 개념」을 취함으로써 횡령죄를 구성하였으나, 양도 통지가 되기 전에는 채무자에게 대항할 수 없어 “양도인과 채무자 사이에서는” 채권 변제의 효력은 유효하며, 금전의 소유권은 원칙적으로는 양도인에게 귀속되는 것이다. 이에 예금 채권의 수령자에게 횡령죄를 인정하는 것은 이와 같은 취지로 볼 것이다.

- 53) 예금채권의 경우는 지급인으로부터 송금된 금전과 수취인이 은행으로부터 출금하는 금전의 물리적 동일성이 인정되지 않는다는 점에서, 장부상 금전과 수취인이 인출한 금전에 대한 지급자의 물권적 청구의 가부가 문제된다. 소위 장부상 금전의 소유권 문제인데, 이 역시 본 논고의 거래관행에 기초하여 해석함이 공평할 것이다. 즉, 착오 송금과 같이 중국적 처분의사가 매개된 경우는 송금된 금전, 예금 채권, 새로이 인출한 금전은 모두 수취자의 소유이므로, 부당이득의 문제는 별론으로 물권적 반환청구권의 문제는 발생하지 않는다. 반면에, 그것이 중국적인 처분이 아니라 수취자에게 보관의무가 부과된 경우(예를 들면 위탁매매 등)에는 수취자는 단지 보관을 위해 해당 계좌를 이용하고 있을 뿐이므로, 그것이 혼화되어 특정성을 상실하는 경우가 아니라면 원권리자가 은행이 보관 중인 금전의 소유권을 가지며 인출한 금전에 대해서도 동일하다고 봄이 상당하다(대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도1856 판결도 같은 취지로 실시하고 있다). 그러나 물권(금전)과 채권(예금 채권)의 구분, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 등과 맞물려 그 법적 구성에 있어서는 어려움이 있으며(이에 관하여는, 최준규, 전제논문(각주 15), 102-114면 참조), 판결 중에는 실질적으로 횡령 금전에 해당함에도 이를 예금한 예금채권(장부상 금전) 및 향후 인출된 금전에 대해 횡령한 자의 소유권을 인정한 판결도 있다(대법원 1988. 11. 8. 선고 85다카1548 판결, 다만 동 판결은 법인세법상 이익의 귀속이 불분명한 경우에 대표자(亡人)의 상여로 간주하여 해당 금전에 대해 근로소득세를 부과하면서, 동시에 원천징수자의 구성채권에서는 위 예금 및 금전의 소유권을 부정하여 피고(납세의무자인 상속인)의 상계 주장을 배척할 경우 실질적으로 부당한 결과를 낳는 경우에 해당하였다).

전은 장물이 아니라 보고 있다. 이러한 판례의 태도에 대해서는 비판이 있으나,<sup>54)</sup> 오히려 해당 판시는 금전의 소유권 이전의 측면에서 타당하다. 즉, 권한 없는 자는 ATM기에 비밀번호 등을 넣으면서 은행을 기망하여 예금자가 수취인에게 채권적 반환청구권의 양도의 방법으로 인도한 것과 같은 외항을 꾸민 것인데, 금전 소유권 이전에 관한 사건에 따르면 금전에 대한 처분권한이 없는 자의 행위로는 소유권 변동의 효력은 없다. 따라서 이 경우는 수취인이 은행에 대한 기망을 수단으로 은행으로부터 “예금채권”이라는 재산상 이익을 얻은 것일 뿐이어서 은행을 피해자로 한 사기죄가 되는 것이며, 이후 금전의 인출은 은행과의 사이에서 자신의 예금을 인출하는 것은 불가벌적 사후행위로 별도의 범죄가 되지 않는다.<sup>55)</sup> 다만, 은행은 채권적 반환청구권의 양도의 방법으로 금전이 이전된 것과 같은 외항에 대해, 권한 없는 자의 기망행위 등을 파악하지 못한 데 귀책이 없는 이상 준점유자(예금통장의 소지인 등)에 대한 변제로서 예금주의 반환 청구에서 면책될 뿐이다.<sup>56)57)</sup>

54) 임상규, “은행거래금전의 재물성과 장물성에 관한 異義”, **비교형사법연구**, 제13권 제1호(2011), 55-56면. 해당 견해는 판례가 ‘착오 송금’은 금전을 전제로 하여 재물죄로 평가하고, ‘계좌 이체’는 장부상 금전이므로 재산상 이익으로 평가한다고 전제하여 이러한 태도를 비판한다. 이어 판례의 입장에 따르면 ‘착오 이체’를 계좌 이체와 같이 재산상 이익으로 평가할 것이라며 그 논의를 이어가고 있다. 그러나 이와 같은 해석은 부당하다. 본문에서도 언급하였듯이, 판례에 위와 같은 평가 차이가 발생한 것은 그것이 물건으로서의 금전인지, 장부상 기재인지 때문이 아니라, “권리자의 착오”에 의한 것인지 “권한 없는 자가 기망 등에 의하여 무단히 계좌를 개설 받은 것인지”에서 기인한다. 그 결과 前者는 금전 소유권이 이전하는 반면, 後者는 금전의 소유권이 이전되지 않을 뿐이다. 다만, 前者에서는 새로이 인출된 금전에 대해 신의관계에 기한 보관성을 인정하여 “예금주와의 관계에서” 횡령죄(私見으로는 지급자와 수령자 사이 별도 거래관계가 없는 경우에는 점유이탈물횡령죄로 의율함이 옳다고 본다. 같은 취지의 판례로 서울중앙지방법원 2009. 12. 29. 선고 2009노3792 판결. 다시 이를 배척한 판례로 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결 참조)를, 後者는 은행을 기망하여 취득한 예금채권이라는 재산상 이익을 이유로 “은행과의 관계에서” 사기죄를 각 인정하는 것이다. 그렇다면 동 견해가 언급한 착오 이체의 경우도, 권리자에 의한 금전의 처분이 있는 경우여서 무단 계좌이체가 아닌 착오 송금과 마찬가지로 평가될 것이므로, 판례는 이체된 금전을 인출하여 소비한 것에 대해 재물(금전)에 대한 횡령죄로 의율하지 않을까?

55) 대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도353 판결; 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도2704 판결.

56) 대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도353 판결. 판례는 타계좌이체의 경우를 추가로 고려하여, “무권한자에 의한 계좌이체의 경우에 은행은 계좌 명의인에 대한 채무와 다른 금융기관에 대한 이체금액의 결제채무를 이중으로 부담하게 되어 이 은행이 무단이체의 피해자가 되고, 최종적으로 예금 명의인에게 피해가 전가되는 것은 약관상의 면책조항이나 채권의 준점유자에 대한 법리를 적용한 결과일 뿐”이라고 실시하고 있는데, 이는 본 논고의 해석과 일치한다.

이와 같이 판례는 재물인지 여부가 중요하게 고려되는 형법 판례들에 있어, 처분권자의 착오 송금과 처분권 없는 자의 계좌 이체 사이에 금전의 소유권이 이전되는가를 구체적인 법률행위를 통해 달리 평가하고 있다고 보이며(단순히 금전의 특수성을 전제로 하지 않는다), 착오 송금에도 불구하고 통상적인 금전 거래에 있어서는 금전의 소유권이 ‘중국적으로 이전되는 것’을 전제하고 있다.<sup>58)</sup>

### 3. 편취금전에 의한 변제와 물권적 반환청구

가. 기존의 논의에 따른 경우

위 견해들은 금전에 대해 소유권에 기한 물권적 반환청구를 할 수 있는지에 관하여 다른 입장을 취한다. 견해 ㉔에서는 수령자가 금전의 점유를 취득하면 소유권 또한 이전되므로 지급자의 소유권에 기한 반환청구는 불가능하다. 견해 ㉕는 원칙적으로 견해 ㉔와 같으나, 금전이 가치의 표상이 아닌 특정 물건으로 거래되는 경우나 절취된 금원이 특정성을 유지하고 있는 경우는 예외적으로 소유권이 지급자에게 있어 물권적 반환청구가 가능할 것이다. 반면, 견해 ㉖는 금전에도 동산물권변동의 일반원칙이 적용되므로, 취소 등에 의해 소급적으로 지급자에게 소유권이 회복되고 지급자는 이에 기해 물권적 반환청구를 할 수 있다. 다만, 이 견해는 소송법상 청구 목적물의 특정이 어렵다는 점에서 견해 ㉔와 결과에서의 실질적인 차이는 없다고 한다.<sup>59)</sup>

위 논의를 편취금전에 의한 변제로 확대해보면 다음과 같다. 견해 ㉔에서는 가해자가 금전의 점유를 취득하는 순간 소유권이 손실자로부터 가해자에게 이전되

57) 은행의 준점유자에 대한 변제가 인정되지 않은 경우로는 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012다91224 판결이 있다. 다만, 동 판결은 계좌를 통해 인출된 사안이 아니라 직접 은행 직원으로부터 예금을 수령한 사안으로, 예금청구서에 압날한 인영과 예금통장에 찍힌 인감을 대조 확인함에 있어 충분한 주의의무를 다하지 않았음이 인정된 것이다. ATM기 등을 이용한 거래에 있어서 은행의 주의의무가 인정되는 경우는 많지 않을 것으로 보이나, 최근 계좌 이체 관계에서 새로운 통장 개설 등에 있어 은행의 본인확인 의무 위반을 인정한 사안으로 대법원 2015. 6. 24. 선고 2014다231224 판결이 있다.

58) 또한, 서울동부지방법원 2012. 5. 10. 선고 2011노1865 판결 등도 이러한 중국적 이전의 거래관행을 언급하고 있다. 전술한 II. 1. 나. 부분 참조.

59) 성원제, 전계논문(각주 17), 301면. 다만, 이와 같은 사실상 이유와 규범적 구성은 다른 것으로 견해 ㉕와 같은 구성은 그 자체로 타당하다(안법영, 전계논문(각주 10), 247면; 최수정, 전계논문(각주 14), 13면). 이에 더해, III.에서 후술하듯 금전의 소유권 귀속에 따라 부당이득반환청구에서의 논의를 달리하게 된다는 점에서도 구분의 실익은 있다.



로 해당 금전으로 변제하더라도 손실자의 수익자에 대한 물권적 반환청구는 원시적으로 불가능하다. 이와 달리 견해 ㉔는 절취한 금전을 예외로 들고 있어, 편취금전에 의한 변제 사례 중 가해자의 절취행위가 개입된 경우는 손실자의 수익자에 대한 물권적 반환청구가 가능하다. 이때 수익자는 선의취득 항변을 주장할 수 있는데(민법 제514조 유추적용), 손실자에게 도품·유실물 특례는 적용되지 않는다(민법 제250조 단서). 반면에, 견해 ㉕는 일반 동산물권 변동과 같은 태도를 취하여 일단 계약 등에 기하여 금전이 이전되더라도 법률행위가 취소되면 금전의 소유권은 손실자에게 소급적으로 회복된다. 따라서 편취금전에 의한 변제 사례 중 절취뿐만 아니라 가해자로부터 편취된 금전도 기망을 이유로 원인관계를 취소함으로써 물권적 반환청구를 행사할 수 있다. 이때 수익자는 앞서 언급한 선의취득 항변 또는 취소에 대한 선의의 제3자 보호 항변(민법 제110조 제3항 등)으로 위 청구에 대항할 것이다. 이처럼 편취금전에 의한 변제의 사안에서, 견해 ㉖는 손실자의 수익자에 대한 물권적 반환청구를 부정하는 반면, 견해 ㉗는 가해자의 절취가 개입된 경우에, 견해 ㉕는 절취뿐만 아니라 편취가 개입된 경우에도 물권적 반환청구가 가능해진다. 다만, 물권적 반환청구를 위해서는 해당 금전이 「특정」되어야 함은 앞서 언급한 바와 같다.

#### 나. 새로운 견해에 따른 경우

새로운 견해에서 금전의 소유권 귀속은 「금전의 중국적 이전」이 인정되는지에 따라 달라지므로 물권적 청구권의 행사 여부도 이에 따른다. ①에서 ③의 요건을 충족하지 못한 경우, 예컨대 지급자가 수령자의 일반 재산과 구분하여 보관을 요청한 금전, 사무처리를 위임받은 자가 그 과정에서 취득한 금전, 진열 또는 수집의 목적으로 특정물로 거래된 금전, 처분권한 없는 자가 지급한 금전, 절취 또는 횡령 등으로 처분행위를 매개하지 않고 이전된 금전, 처분행위가 있더라도 수령자에게 인도되지 못한 금전 등은 그 소유권이 지급자에게 있다. 반면에 위 요건을 모두 구비한 경우는 원인관계가 취소되더라도 소유권은 수령자로부터 회복되지 않는다. 이를 기초로 편취금전에 의한 변제 사례들을 살펴보면 다음과 같이 분류할 수 있다.<sup>60)</sup>

**[제1사례군]** 손실자의 급부 없이 가해자의 절도, 횡령 등의 탈취행위가 개입된 사례군이다. 물권변동에 필요한 처분행위가 존재하지 않아, 금전의 소유권은 손실자

60) 다음의 분류는 물권적 청구뿐만 아니라 부당이득반환청구 분석에서도 유효하다.

에게 있다(②요건 흠결). 이 경우 손실자는 가해자에 대하여 소유권에 기한 물권적 반환청구권을 행사할 수 있고, 그가 점유 중인 해당 금전을 강제로 회수하더라도 타인의 소유물을 객체로 하는 공갈죄가 성립할 여지는 없다.<sup>61)</sup> 가해자로부터 변제 받은 수익자 역시 무권리자로부터 금전을 이전받은 자로서 소유권을 취득하지 못하며(②요건 흠결), 해당 금전이 특정되어 있다면 손실자는 수익자에게도 물권적 반환청구권을 행사할 수 있다. 이에 대해 수익자는 선의취득 항변으로 대항할 수 있을 뿐이다.<sup>62)</sup>

**[제2사례군]** 손실자가 수령자를 정하여 거래관행에 따른 중국적 처분을 하였으나, 수령자에게 인도되기 전에 가해자가 개입하여 임의로 금전을 취득한 사례군이다. 손실자가 급부행위를 하였는지에 있어 [제1사례군]과 차이가 있다. 예컨대 손실자가 수령자에게 이전하기 위해 금전을 배송하였는데 트럭 운전자 또는 제3자가 해당 금전을 중도에 취득한 경우로, 가해자가 개입을 위해 손실자를 기망한 경우도 포함된다. 이때는 손실자의 처분행위는 있으나 가해자의 개입으로 인도가 되지 않아 물권변동은 성립하지 않는다(③요건 흠결). 따라서 무권리자인 가해자로부터 변제 받은 수익자 역시 선의취득이 인정되지 않는 한 소유권을 취득하지 못한다(②요건 흠결). 우연히 수령자와 수익자가 동일하더라도 이와 같다. 가해자의 개입으로 인해 손실자의 처분은 왜곡되어 종래의 목적을 상실하였기 때문이다.<sup>63)</sup> 특히 동 사례군에서는 수령자가 금전을 인도받았는지가 쟁점이 되는데, 이에 대해서는 III. 2에서 후술한다.

**[제3사례군]** 손실자가 기망 또는 착오에 의해 가해자에게 직접 금전을 지급한 사례군이다. 이때 가해자는 곧 수령자로, 거래관행에 따라 지급되었다면 금전의 소유권은 가해자에게 「중국적으로 이전」한다. 손실자가 원인관계를 사기나 착오 등을 이유로 취소하였더라도 마찬가지다. 이 경우는 당사자의 의사 및 거래관행에 따라 채권·물권행위에 대한 유인론의 예외를 인정하는 것이 되는데, 그 결과는 손실자의 채권적 청구로 가치의 조정이 가능할 뿐이다. 수익자 또한 정당한 권원을 가진 자로부터 금전을 이전받은 것으로, 손실자는 물권적 청구권을 행사할 수 없고 민법상 취소 및 무효에 대한 선의의 제3자 보호 규정은 적용될 여지가 없다.

이와 같이 편취금전에 의한 변제 중 거래관행이 인정되지 않는 [제1, 2사례군]에

61) II. 1. 나.에서 전술한 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6157 판결 참조.

62) 각주 18) 서울고등법원 2011. 8. 19. 선고 2010나115647 판결 참조.

63) III. 3. 나.에서 후술할 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결 참조.

서는 손실자가 금전의 소유자로서 물권적 반환청구권을 가지고, 수익자는 선의 취득 항변으로 이에 대항할 수 있다. 이때, 금전은 민법 제514조에서 정하고 있는 유가증권보다 거래의 안전을 중요시하는 거래수단으로 선의취득을 주장함에 있어서는 선의 무중과실임을 입증하는 것으로 족하고, 도품·유실물 특례는 적용되지 않는다. 반면에 거래관행이 인정되는 [제3사례군]에서는 금전의 소유권이 가해자에게 종국적으로 이전되어 손실자는 수익자에게 소유권에 기한 물권적 반환청구를 행사할 수 없다. 이는 원인이 된 계약 등을 사기 등을 이유로 취소하더라도 마찬가지이며, 이때 손실자는 부당이득 내지 불법행위에 기한 손해배상과 같은 채권적 청구만이 가능할 뿐이다.<sup>64)</sup>

<표 1> 흠결의 원인에 따른 금전 소유권의 귀속 및 물권적 반환청구

	절취	횡령	사기 또는 공갈(취소된 경우)	
			수령자에 인도 ×	수령자에 인도 ○
견해 ㉠	점유자 (물권적 청구 불가)			
견해 ㉡	소유자 (물권적 청구를 위해서는 금전 특정 필요)	점유자 (물권적 청구 불가)		
새로운 견해	소유자 (물권적 청구를 위해서는 금전 특정 필요)		수령자 (물권적 청구 불가)	
견해 ㉢	소유자 (물권적 청구를 위해서는 금전 특정 필요)			

#### 4. 소결

금전의 소유권 취득에 관하여, 기존의 견해는 점유에 따라 금전의 소유권이 이전 된다는 금전의 특수성을 인정하거나, 동산 물권변동의 일반원칙을 적용하여야 한다는 취지에서 금전의 특수성을 부정하는 견해로 나뉜다. 그러나 금전의 특수성을 주장하는 견해는 금전의 물권변동의 원인을 점유의 이전이라는 사실 관계로 치환해버림으로써 그에 대한 법리 구성을 간과한 잘못이 있으며, 이를 부정하는 견해는 거래의 실질 및 일반인의 법 감정에 부합하지 않는다는 문제가 있다. 이에, 본 논고

64) 채권적 청구를 가해자 외에 수익자에게 확대할 수 있는지는 III. 3.과 IV.에서 후술한다.

는 금전이 일반 물건과 다른 특성을 가지는 이유를 「거래관행」에서 찾고 「법률행위의 해석」을 통해 이를 분석하는 접근 방식의 전환을 제안하면서, 금전 거래는 통상적으로 가치 자체에 주를 두고 그 처분에는 「금전이 수령자에게 인도될 경우 그 소유권이 종국적으로 이전」하는 정지조건 성격의 부관이 있음을 논증하였다. 금전의 점유와 소유의 관계를 두고 평행선을 긋고 있던 기존의 견해 대립은 구체적인 사안에서의 법률행위 및 거래관행에 대한 해석의 문제로 전환할 수 있지 않을까?

그 결과 私見은 편취금전에 의한 변제에 있어서, 절취, 횡령이 있는 경우뿐만 아니라 손실자의 처분행위는 있었으나 수령자에게 인도되기 전에 가해자가 취득한 경우에도 물건적 반환청구를 긍정하여 견해 ㉔에 비해 물건적 반환청구로 해결할 수 있는 범위를 확대한다. 반면에 손실자가 자기 책임아래 금전을 가해자에게 이전한 경우는 가해자의 기망에 의한 것이라도 소유권을 회복할 수 없다고 보아, 견해 ㉔에 비해 물건적 반환청구의 행사 범위를 축소시켜 거래 관념에 부합하는 결론을 도출하게 된다. 물론, 소송법상 손실자가 편취금전에 의한 변제 사실 이외에 해당 금전이 수익자의 일반재산과 구분되고 있음을 추가로 입증하여야 한다는 점에서, 편취금전에 의한 변제를 물건적 반환청구로 해결하는 것에는 본질적인 한계가 있다. 그러나 소유권의 귀속에 관한 위 논의는 편취금전에 의한 변제에 대해 부당이득반환청구가 가능한지에 있어 여전히 실익이 있는데, 다음 장에서 자세히 살핀다.

### III. 부당이득반환청구

#### 1. 서설

##### 가. 기존의 논의

판례는 가해자가 횡령금으로 채무를 변제한 사례에서,<sup>65)</sup> 수익자의 횡령행위에 대한 악의, 중과실을 요건으로 손실자의 부당이득반환청구를 인정하였다. 이러한

<sup>65)</sup> 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결 등을 이유로 편취의 경우도 편취금전에 의한 변제의 판례 법리가 적용된다고 분류한 견해(각주 76)도 있으나, 본 논고는 판례가 편취가 개입된 모든 경우에 위 법리를 적용한 것인지에 대해서는 유보적인 입장에서 있다. 후술하는 III. 1. 나. 부분 참조.

해석론은 종래 일본에서 형성되었는데, 편취금전에 의한 변제에 대한 일본의 초기 판례는 부당이득의 요건에서 이익과 손실 사이의 「인과관계」에 주목해 「직접성」을 요구하거나, 「수익자가 금전의 소유권을 취득하는지」에 따라 문제를 해결하였다. 그러나 위 판례들은 부당이득에서의 인과관계는 「사회통념상의 연락」만으로도 족하고,<sup>66)</sup> 이후 금전의 특수성이 정립됨에 따라 소유권 취득은 그 기준이 될 수 없다는 비판을 받는다. 그리하여 부당이득의 다른 요건인 「법률상 원인」을 수익자가 구비하였는지 여부로 논점이 이전되었고, 와카츠마 사카에(我妻榮)에 의해 수익자의 악의, 중과실이라는 법률상 원인의 판단 기준이 설정되어 일본 판례에서 채택되기에 이른다.<sup>67)</sup> 그러나 위 기준의 타당성에 대해서는 일본에서도 다툼이 있다.<sup>68)</sup>

한국의 경우도 유사한데, 부당이득의 본질에 대한 통일설, 특히 공평설은 「공평」에 근거하여 손실자에게 악의, 중과실의 수익자에 대한 부당이득반환청구를 인정하고, 대법원도 같은 취지로 판시하였다.<sup>69)</sup> 그러나 비통일설은 부당이득제도를 공평을 실현하는 초실정법적인 제도로 보는 것을 비판하고, 다른 실정법적 제도와 동열에 위치시켜 급부, 침해, 비용, 구상 등으로 유형화하여 파악한다.<sup>70)</sup> 특히 위

66) 현병철, “不當利得에 있어서의 因果關係”, **법학논총**, 제5권(1988), 4-7면; 양창수, 전계 논문(각주 3), 1-2면. 양창수는 직접적 인과관계를 요하는 견해로 郭潤直을 들고 있으나, 광윤직은 그 견해를 변경하였다. “생각건대, 이득과 손실 사이에 인과관계가 있어야 함은 물론이나, 그것을 직접적인 것에 한정할 법률상의 근거나 해석상의 필요는 없다. 인과관계를 직접적인 것에 한정함으로써, 오히려 공평을 이념으로 하는 부당이득제도의 운용에 있어서 탄력성을 잃게 한다.”(광윤직, **채권각론**(신정수정판)(박영사, 2000), 432면)

67) 취득자의 악의, 중과실을 요구하여 부당이득 반환을 긍정하는 我妻榮의 견해는 일본 최고재판소에 받아들여졌고(日最判 1967(昭 42). 3. 31(民集 21-2, 475); 日最判 1974(昭 49). 9. 26(民集 28-6, 1243), 우리나라에도 상당부분 영향을 미쳤다(양창수, 전계논문(각주 3), 14-15면). 이 견해는 ‘금전의 특수성으로 인해’ 금전의 선의취득이 부정되나, 부당이득의 제도에서는 재산의 귀속을 실질적으로 고찰하고 법률상 원인을 공평의 이념에 따라 결정하기 위해 변제의 유효 여부를 판단함에 있어 선의 취득 규정을 유추 적용한 것으로, 유가증권과의 균형을 고려하여 선의·무중과실을 그 요건으로 한 것이다(송경근, “편취한 금전에 의한 변제와 부당이득의 성립 여부”, **대법원판례해설**, 제75호(2008), 109-111면).

68) 양창수, 전계논문(각주 3), 21면.

69) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결; 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003다49726 판결; 대법원 2008. 3. 13. 선고 200536090 판결; 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결 등.

70) 그 구체적인 실현에 대해서는 지원립, **민법강의**(제7판)(홍문사, 2009), 1541-1542, 1549-1562면 참조.

견해는 급부부당이득이 다른 유형의 부당이득과 경합할 경우 급부부당이득을 우선 적용하는 급부관계 우선의 원칙을 취한다. 그리하여 비통일설은 편취금전에 의한 변제 사안을 급부를 매개로 한 급부부당이득의 문제로 보아,<sup>71)</sup> 손실자는 가해자에 대하여만 해당 금전의 반환을 구할 뿐, 직접적인 급부관계가 존재하지 않는 수익자에게 확대 청구하여서는 아니 된다고 한다. 수익자는 자신의 채무를 변제받았을 뿐으로 급부 보유에 정당한 「법률상 원인」을 가진 변제 수령자이며,<sup>72)</sup> 민법 제747조 제2항은 무상의 악의 수익자에 한하여 예외적으로 제3자에 대한 급부부당이득 청구를 허용하고 있는데 채권의 소멸이라는 유상행위가 전제된 이상 자신은 유상 수익자라는 것이다.<sup>73)</sup>

#### 나. 검토의 방향

통일설은 금전의 특수성으로 인하여 금전은 물건적 청구가 불가능하다는 것을 전제한 후, 편취금전에 의한 변제를 「공평」의 문제로 풀고 있다. 이에 유가증권의 경우 수익자가 선의 무중과실인 경우 선의취득이 인정되는 것을 유추 적용하여, 금전의 선의취득이 인정될 경우를 가정해 수익자가 편취사실을 알았거나 모른 데 중대한 과실이 있을 때는 법률상 원인이 없다고 본 것이다.<sup>74)</sup> 그러나 위 견해는 금전의 특수성을 인정한 이상 가해자는 금전에 대하여 완전한 소유권을 취득하는 것인데, 무권리자의 처분행위인 유가증권의 선의취득 규정을 유추하는 것이 왜 공

71) 비통일설 중에는 편취금전에 의한 변제의 사례를 침해부당이득으로 보는 견해도 있으나, 가해자의 급부에 대해 수익자의 변제수령권이 있는 이상 피편취자의 부당이득반환 청구는 부정된다고 보아, 이를 급부부당이득의 문제로 보는 것이 일반적이다(양창수, 전계논문(각주 3), 21면 참조).

72) 양창수, 전계논문(각주 3), 22면.

73) 김형석, “支給指示・給付關係・不當利得”, 서울대학교 법학, 제47권 제3호(2006), 323면.

74) 법률상 원인의 유무를 수익자의 선의·무과실로 판단하는 것에 대한 我妻榮의 설명은 다음과 같다. “편취당한 금전이 법률의 형식에 있어서 편취 당한 자의 소유에 속하는 경우에는 변제를 받은 자가 [선의무과실을 요건으로 하는 동산선의취득에 관한 일본민법] 제192조의 적용에 의하여 소유권을 취득함과 동시에 채권의 변제로서 是認받게 된다. ... [한편] 법률의 형식에 있어서 편취자의 소유가 되는 경우에는 물론 [Z는 금전소유자 자신으로부터 변제를 받는 것이어서, 비권리자로부터의 취득에 관한 위] 제192조를 [바로] 적용할 수는 없다. 그러나 부당이득의 문제로서 재산의 귀속을 실질적으로 고찰하고 또한 법률상 원인을 후술하는 바와 같이 공평의 관념에 좇아 결정한다고 하는 때에는 그러한 경우에도 제192조의 취지를 유추적용하[여, Z가 선의무과실이여야 「완전한 변제」가 되고 따라서, 피편취자의 부당이득의 공격으로부터 유효하게 방어할 수 있도록 하]는 것이 타당하다고 믿는다(我妻榮, 債權法(事務管理・不當利得)(現代法學全集 34卷)(1930), 139면)”(양창수, 전계논문(각주 3), 19면에서 재인용).

평한가에 대해서는 설명이 없다. 결국 이는 위법한 방법으로 취득한 금전을 수익자가 보유하는 것은 부당하다는 사고로 환원될 뿐이며, 부당이득을 실질적 공평을 실현하기 위한 수단으로 일반화한 결과가 된다. 그러나 수익자의 입장에서 보면, 가해자의 행위에 적극적으로 공조한 것이 아니라 우연히 편취 사실을 알았을 뿐인데, 가해자에게 귀속된 금전으로부터 변제를 받지 못한다는 결과가 과연 공평한 것인가라는 물음에 닿는다. 특히 부당이득을 초실정법적 수단으로 보는 것을 비판하고 이를 다른 실정법적 제도와 동열에 위치시키는 비통일설에서는 위와 같은 해결을 받아들이기는 어렵다. 이에 비통일설에서는 급부부당이득임을 전제로 피해자의 수익자에 대한 부당이득반환청구권을 부정하고 채권자취소권 또는 채권자대위권으로 해결하려는 견해, 부당이득반환청구권을 부정하고 피편취자에게 일정한 범위에서의 물권적 청구권인 가치반환청구권을 인정하는 견해, 소유권의 채권적 연장으로서의 침해부당이득을 인정하려는 견해, 금전소유자가 그 의사에 뒷받침 없이 금전을 상실한 경우 다른 일반채권자에 대한 관계에서 우위를 인정하는 견해 등이 제시되고 있는 것이다.<sup>75)</sup>

위 논의들은 「금전은 점유가 있는 곳에 소유도 있다」는 금전의 특수성을 전제로 한다. 그러나 앞서 제시한 새로운 견해에 따르면, 금전의 특수성이라는 외관은 금전 거래를 둘러싼 거래 행위의 결과일 뿐이어서 거래관행이 충족되지 않을 경우에는 금전의 소유권이 계속 손실자에게 머물게 될 수도 있다. 편취금전에 의한 변제가 문제되는 많은 경우가 이에 해당하는데, 앞서 분류한 사례군 중에는 절도, 강도, 횡령 등에 의하여 금전의 탈취가 이루어져 피해자로부터 금전에 대한 처분행위가 매개될 수 없는 [제1사례군]과 피해자의 급부 행위가 있었으나 수령자가 금전을 취득하기 전에 가해자의 불법적 개입으로 인해 그 인도가 불가능해진 [제2사례군]이 그러하다. 이때는 점유의 이전에도 불구하고 금전의 소유권은 여전히 손실자에게 남아 있는 바, 이 점이 새로이 고려되어야 한다. 반면에, 가해자의 위법한 행위가 개입되었지만 손실자가 급부를 하고 그 본지에 따라 가해자가 금전을 수령한 [제3사례군]은, 거래관행에 따라 금전의 소유권이 가해자에게 종국적으로 귀속되므로 기존의 논의와 같은 구조를 따른다. 그러나 이 경우 가해자의 무자력 위험은 손실자가 가해자에게 스스로 금전을 이전하면서 부담한 것으로 그와 같은 의사가 없는 [제1, 2사례군]과는 상황이 다르다. 따라서 손실자가 스스로 그 무자력 위험을

75) 일본에서 주장되고 있는 각 견해는 양창수, 전제논문(각주 3), 21면; 이재욱, “편취금전에 의한 변제와 부당이득”, 민사법연구, 제18집(2010), 198-199면 참조.

부담한 [제3사례군]에 논의를 국한시키면, “불법행위의 일방적인 피해자인 손실자”는 보호되어야 한다는 통일설의 주장에는 균열이 발생한다. 이와 같이 금전의 소유권 귀속에 있어 금전의 특수성 관념을 제거하면, 부당이득반환청구에 있어서도 기존의 논의로부터 전환을 맞이하게 된다.

구체적으로, 판례 중 [제1사례군]에 해당하는 사안으로는 횡령금에 의한 변제가 문제된 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결이 있다. 그런데 판례는 이를 침해부당이득으로 보아, 편취금전에 의한 변제를 급부부당이득으로 보는 비통일설과는 다른 입장을 취한다. 이 차이를 급부관계 우선의 원칙과 그 예외에 대한 논의를 통해 분석한다. 한편, 편취행위가 개입된 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결은 [제2사례군]에 속하는데, 이에 대해 판례가 편취금에 의한 변제도 수익자의 악의, 무중과실을 기준으로 부당이득반환 가부를 판단한 것이라는 평가가 있다.<sup>76)</sup> 그러나 위 판결은 손실자의 원래 의도에 따라 수령자에게 금전이 인도되기 전에 가해자가 이를 취득한 사안으로, 소유권의 측면에서는 오히려 [제1사례군]에 가깝고 기망에 의해 가해자를 수령자로서 지정하여 급부하는 [제3사례군]을 고려하면 이를 일반화할 수는 없다. [제3사례군]에 관한 판례 사안으로는 서울고등법원 2010. 9. 10. 선고 2009나95174 판결이 있으나, 해당 부분이 중점적으로 다루어지지 않았다. 그러나 소유권이 수령자에게 귀속되는 경우에 대해서는 기존에 논의가 활발히 진행되어 있는바, 이를 바탕으로 무엇이 「공평」한 해결인가에 대해 생각해 보도록 한다.

## 2. [제1사례군]에 대한 분석

### 가. 급부관계 우선의 원칙에 대한 예외

비통일설은 부당이득을 급부부당이득, 침해부당이득, 비용부당이득, 구상부당이득 등으로 유형화한다. 그리고 기타 부당이득에 대해 급부부당이득이 우선하여 적용된다는 급부관계 우선의 원칙이 인정되는데, 기타 부당이득으로 급부관계에서 내린 판단을 번복하는 것은 부당하고, 급부의 상대방의 신뢰 또한 고려해야 하기 때문이다.<sup>77)</sup> 이는 전용물소권을 인정하지 않은 입법적 취지와도 궤를 같이 한다.<sup>78)</sup>

<sup>76)</sup> 노재호, **민법교안(제8판)**(도서출판 문성, 2011), 954-955면.

<sup>77)</sup> 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001다46730 판결; 대법원 2008. 6. 26. 선고 2006다63884 판결; 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결 등. 독일의 경우도 원칙적으로 이



다만, 독일에서는 일정한 경우 급부관계 우선의 원칙에 대한 예외를 인정하여 급부를 받은 자가 아니더라도 기타 부당이득반환청구를 허용하는데, 손실자가 물건의 소유권을 보유하는 절취의 경우가 대표적이다.<sup>79)</sup> 물권적 반환청구를 행사할 수 있음에도 부당이득반환청구가 허용되지 않는 것은 부당함을 이유로 한다.<sup>80)</sup> 그런데 급부부당이득과 침해부당이득의 관계에 있어서, 한국은 독일과 달리 유인론을 취하고 있어 채권행위 등이 취소될 경우 물권행위도 영향을 받아 소급적으로 물건의 소유권이 이전되므로 독일의 급부관계 우선의 원칙을 그대로 적용하기는 어렵다는 주장이 있다.<sup>81)</sup> 즉, 제3자의 대항력, 선의취득 등으로 인하여 손실자가 소유권을 주장할 수 없는 특별한 사정이 없는 한, 물건의 소유권은 유인론에 따라 원칙적으로 손실자에게 회복되는데, 손실자는 물권적 반환청구와의 균형상 점유자에 대해서 침해부당이득을 청구할 수 있으므로 이 범위에서는 급부관계 우선의 원칙은 유효하지 않다는 것이다. 독일과 달리 유인론을 취하고 있는 우리 법제에서 급부부당이득과 침해부당이득의 관계에 대한 위 지적은 타당하다고 생각한다.

그런데 금전의 경우는 보다 복잡하다. 금전이 거래관행에 따라 양도되어 수령자에게 귀속된 경우, 금전의 소유권은 채권행위의 유효 여부와 무관하게 종국적으로 수령자에게 이전되므로, 독일의 무인론을 취하는 것과 같은 결과가 되기 때문이다. 금전을 급부한 자는 급부를 받은 상대방에게 채권적 청구를 할 수 있을 뿐, 소유권과 같은 대세적 권리는 없다. 따라서 제3자에 대해서도 채권적 권리를 인정할 수 있는지, 만일 그것이 인정된다면 급부를 받은 자에 대한 부당이득반환청구와의 관계를 어떻게 볼 것인지의 문제가 추가로 남는다. 편취금전에 의한 변제 사례 중 [제3사례군]이 이에 해당한다. 반면에, 앞서 살펴본 [제1, 2사례군]과 같이 거래관

---

와 같은 태도를 취하고 있다(안춘수, “부당이득관계의 당사자확정의 구조”, 연세대학교 법학연구, 제21권 제3호(2011), 106-109면 참조).

78) 한 가지 특기할 점은 프로이센 및 오스트리아민법전에서 채용되었고, 부당이득에 관한 일반규정이 없는 프랑스에서는 학설상 일반적 부당이득반환청구권으로서의 기능이 부여된 전용물소권이, 독일 민법전의 제정과정에서 명시적으로 배척된 것이다. 그 이유로는 별도로 전용물 소권을 인정할 필요가 크지 않다는 것과 이를 인정할 경우 부당이득반환청구권이 무한히 확장되는 것을 방지하기 위해 재산이전의 직접성을 요구하는 부당이득법과 충돌된다는 것이다(안춘수, 전계논문(각주 77), 98-99면).

79) 독일민법은 명문으로 도둑 등의 점유이탈물의 선의취득을 배제하여, 그 소유권이 원래 소유자에게 유보된다는 점에 이견이 없다(안춘수, 전계논문(각주 77), 110면 및 각주 77 참조).

80) 독일에서는 이를 물권법상의 가치판단과의 일치가 필요한 경우라 한다.

81) 안춘수, 전계논문(각주 77), 120면.

행이 인정되지 않는 경우는 금전의 이전에도 불구하고 소유권이 손실자에게 남아 있어, 손실자는 자신의 소유권이 침해받고 있음을 이유로 하여 수익자에게 물권적 반환청구가 가능하다. 이 경우 급부관계 우선의 원칙은 인정되지 않고 수익자에게 침해부당이득을 청구할 수 있음은 앞서 살핀 바와 같으며, 따라서 아래 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결이 [제1사례군]에 대해 침해부당이득 관계라 설시한 것은 지극히 타당하다.<sup>82)</sup>

입증관계에 있어서 위 침해부당이득을 긍정하는 것은 실익이 있다. 소유권에 기한 물권적 반환청구와 달리, 손실자는 가해자가 자신의 금전을 편취하였고 그것이 그대로 수익자에게 이전하였다는 점을 입증하는 것으로 족하며, 해당 금전이 수익자의 일반재산과 구분되어 특정되어 있을 것까지 증명할 필요는 없다. 판례 역시 수익자에 대한 부당이득반환청구에서 손실자가 가해자로부터 해당 금전이 그대로 수익자에게 이전된 사실 이외에 해당 금전의 특정을 요하지는 않는다. 다만, 판례는 손실자에게 수익자가 편취사실을 알았다는 사실도 입증하도록 하나, 금전 이외의 물건과의 관계 및 침해부당이득의 법리에 비추어 선의취득을 주장하는 수익자가 입증하는 것이 논리적 일관성이 있을 것이다.<sup>83)</sup> 그러나 실제 증명에 있어서는 금

82) 판례의 설시에 대해 의문을 제시하는 견해도 있으나(이재욱, 전제논문(각주 75), 202면), 이는 금전의 소유권이 점유와 함께 이전한다는 법리를 전제로 한 것이어서, 금전의 소유권이 손실자에게 남아 있다면 침해부당이득의 성립에 문제는 없다. 이와 같은 점에서 위 판례를 급부관계 우선의 원칙에 대한 예외로서 유의미하게 평가하는 견해도 있다(안춘수, 전제논문(각주 77), 제115면).

83) 이에 대해, 편취금전에 의한 변제에서의 부당이득반환청구는 선의취득 관념이 원용된 것으로 봄은 적절하지 않다는 견해가 있다. 이 견해는 그 구조를 문제 삼는데, “기본적으로 채권의 변제효를 인정하는 가운데 만일 수령자의 시각에서 자신이 수령한 것이 올바른 채무자에 의해 적법하고 안전하게 이행된 것이라고 인식되지 않았다면 그에게 수령자체에 대한 책임을 묻는 것이 타당하다는 식의 이론구성이 이루어져야 한다. 이를테면 수령자의 선의로 인해 채무자의 지급이 변제효를 가지는 것이 아니라, 오히려 선의가 결여된 경우에 변제효가 배제되는 구조인 것이다”라 한다(박세민, “부당이득법의 인과관계와 법률상 원인”, **민사법학**, 제41호(2008), 124면).

그러나 이와 같은 지적은 타당하지 않다. 위 견해는 금전의 소유권은 점유에 따른다는 금전의 특수성을 전제로, 금전이 이전되었다면 당연히 변제효는 발생하고, 편취금전에 의한 변제 논의는 이후의 이익 조정으로 평가하는 것으로 보인다. 그러나 금전의 선의취득이 문제되는 사안은, 금전의 소유권이 가해자에게 이전되지 않고 손실자에게 남아 있는 경우, 즉 [제1, 2사례군]이다. 타인 소유의 금전이 이전되었음에도 무단히 변제효를 인정할 수는 없다. 민법 또한 마찬가지로 취지인데, 민법 제463조는 타인의 물건으로 변제한 경우를 예정하여, 채무자는 동일한 급부를 다시 한 경우에만 해당 물건의 반환이 가능하다고 규정하고, 다시 민법 제465조는 그가 선의로 소비하거나 양도한 경우에는 변제의 효력이 발생하도록 하고 있다. 이처럼 제465조는 타인의 물

전의 거래관행에 비추어 수익자는 선의, 무중과실로 금전을 수령하였다는 사실상 추정을 받을 것이어서, 손실자가 수익자가 그와 같은 점을 알 수 있었던 정황 및 가해자와의 관계 등을 밝혀 의혹을 제기하였을 경우에 한하여 수익자의 입증 책임이 문제될 것이다. 그렇다면 금전의 특수성으로 인해 그 자취를 감춘 부당이득반환청구를 선의취득의 문제로 판단한 일본의 초기 판례는, 금전의 소유권이 손실자에게 남아 있는 [1, 2사례군]에서는 여전히 유효하다고 보아야 하지 않을까?

#### 나. [제1사례군]에 대한 판례의 태도

대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결<sup>84)</sup>은 비록 방론이기는 하나, 다음과 같이 실시하고 있다. “원심에서 수익자가 손실자의 부당한 출연 과정을 알고 있었거나 잘 알 수 있었을 경우에는 그 이득이 손실자에 대한 관계에서 법률상 원인이 없는 것으로 보아야 한다는 취지의 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결은, 손실자의 권리가 객관적으로 침해당하였을 때 그 대가의 반환을 구하는 경우(이른바 침해부당이득관계)에 관하여 적용되는 것으로서, 손실자가 스스로 이행한 급부의 정산을 구하는 경우(이른바 급부부당이득관계)에 관련된 이 사건과는 사안을 달리하는 것이므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.” 이는 비통일설의 구분

---

건으로 변제를 한 때에는 원칙적으로 변제효가 발생하는 것으로 보지 않고, 수령자의 선의로 인해 채무자의 지급이 변제효를 가지는 구조를 취하고 있다. 또한 “선의취득·점부에 의한 소유권 취득·취득시효의 각 요건을 갖추는 때에는, 채권자는 그 소유권을 취득하여 채권의 목적을 실현하게 되므로, 채권은 소멸하고 제465조의 적용은 없어(곽윤직, **채권총론**(제6판)(박영사, 2001), 제246면)”, 실질적으로 ‘선의취득이 인정되면 변제효는 발생’한다. 더군다나, 금전에 있어서는 선의취득에 있어 선의·무중과실을 요구하는데, 선의·무중과실은 거의 악의에 근접하므로 수령 당시 선의취득이 부정되었음에도 이를 선의로 소비하거나 제3자에게 양도한다는 제465조는 가정하기 어렵고, 결국 타인 소유 금전에 의한 변제의 효력 여부는 수령자에게 선의취득을 인정할 수 있는지 여부로 수렴할 것이다. 결국, 위 견해가 주장하는 바와 같이 선의취득 관념과 편취금전에 있어서의 부당이득반환청구가 서로 다른 지향을 두고 있다고 단언할 수 없다. 의견상으로는 금전 거래에 있어 수령자에게 입증책임이 돌아가는 것이 부당해 보일 수 있으나, 이는 본문에서 서술하였듯 금전의 거래관행에 기한 사실상 추정으로 해결하면 족하다. 그럼에도 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다74246 판결은 금전에 대한 선의취득을 전제하면서도 편취 사실에 대한 수익자의 악의 여부 판단을 별개로 검토하여야 하는 것처럼 실시하고 있는데(각주 19), 편취금전에 의한 변제에서의 부당이득반환청구의 논의가 일본에서 선의취득이 부정되면서 형성되었다는 연혁에 비추어 볼 때, 위와 같은 중복적인 검토는 의문이다.

<sup>84)</sup> 제1심: 서울중앙지방법원 2004. 3. 17. 선고 2003가합63192 판결; 항소심: 서울고등법원 2006. 6. 14. 선고 2004나27350 판결.

을 받아들이면서도,<sup>85)</sup> 횡령행위로 취득한 금전에 의한 변제를 손실자의 권리가 객관적으로 침해된 침해부당이득으로 분류한 것이다. 가해자의 횡령 또는 절도로 인해 금전이 탈취된 [제1사례군]은 손실자의 자발적인 급부란 있을 수 없고 그 소유권은 손실자에게 남아있어 이를 침해부당이득으로 본 판례는 실질에 부합한다. 다만, 판례는 손실자로 하여금 수익자의 악의, 중과실을 추가로 입증하여 수익자를 배타적 이익의 침해자로 포섭하고 있으나, [제1사례군]에서 손실자는 소유권에 기한 물권적 청구권을 직접 수익자에게 행사할 수 있으므로 수익자의 주관적인 요소에 따라 침해자의 범위를 달리 정하는 것은 타당하지 않다. 침해부당이득에서 손실자는 그에게 해당 금전에 대한 배타적 이익이 있다는 점, 현재 수익자가 이를 침해하여 그 이익을 보호하고 있다는 점을 입증하면 족하며, 오히려 수익자가 자신에게 해당 이익을 보유할 정당한 권리가 있다는 점을 항변으로 입증해야 하기 때문이다.<sup>86)</sup> 이 점에서 선의취득을 주장하는 수익자가 자신의 선의, 무중과실을 입증하는 것이 법리적 일관성을 갖는다는 점은 앞서 밝힌 바와 같다.

대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결<sup>87)</sup>의 사실관계 및 소송경과는 다음과 같다. 원고 X의 자금 출납을 담당하던 직원 M은 공금 7억 원 상당을 횡령하였고, 해당 금원은 피고들인 그의 처 Y1, 누나 Y2, 친구 Y3, X의 주거래 금융기관 과장인 Y4에게 원고의 상호명으로 직접 입금되었다. 이후 M이 무자력에 처하자, 손실자인 원고는 수익자인 피고들에게 금전 내지 이익의 반환을 구하였다. 항소심과 대법원은, 피고들의 가해사실에 대한 악의, 중과실이라는 주관적 사정에 따라 원고의 부당이득반환청구가 가능하다고 판시하였다. 특히, 가해자 M이 원고 명의 계좌에서 피고 계좌로 직접 송금하는 방식을 취한 경우에도, 횡령행위를 통해 획득한 금원을 M의 피고에 대한 채무 변제로 사용한 것으로 보고 있으며, 인천지방법원 2008. 10. 2. 선고 2008가단55848 판결,<sup>88)</sup> 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다74246

85) 대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564, 66571 판결; 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결; 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다9269 판결 등에서도, 비통일설의 구분을 받아들인 것으로 평가된다.

86) 지원립, 전게서(각주 70), 1245면.

87) 항소심: 서울고등법원 2003. 1. 8. 선고 2002나16455 판결.

88) 인천지방법원 2008. 10. 2. 선고 2008가단55848 판결. 동 판결의 사실관계 및 소송경과는 이렇다. A, B, M이 피고(Y)로부터 차량 매수 및 유지관리 계약을 체결하면서 부담하게 된 차량매매대금 내지 차량유지관리비의 지급을 위해, 원고 회사(X)의 경리담당자인 M이 원고 명의 계좌에서 피고의 계좌로 원고 대표이사의 승낙 없이 해당 대금을 임의로 송금한 사안에서 인천지방법원은 피고가 원고 대표이사의 승낙 없이 M이

판결<sup>89)</sup> 역시 같다. 이러한 해석은 외형적으로는 원고로부터 피고에게 금전이 지급 되었으나 M의 횡령행위로 인해 원고의 개입이 단절되고 횡령금이 M의 사실상 처분 위에 놓인다는 실질을 고려한 것으로, 판례가 위 사안을 침해부당이득으로 보고 있는 것과는 상통하고, 제3자의 변제(민법 제469조)를 인정하는 현행 법제의 태도나 변제를 법률행위가 아닌 사실행위 내지 준법률행위로 보는 통설의 입장에도 부합한다. 구체적 사안에서 항소심은 피고들을 선의 무중과실로 판단하였고,<sup>90)</sup> 대법원도 기본적으로 원심과 같이 판단하였으나, 피고 Y1에 대해서는 “M으로부터 해당 금원의 보관을 의뢰받은 자에 지나지 않아 실질적인 이익의 귀속자라고 볼 수 없”다며 그 이유를 달리하였다. 이처럼 판례는 [제1사례군]을 침해부당이득으로 보고, 손실자 명의 계좌에서 수익자에게로 직접 송금된 경우에도 가해자의 지배 및 변제를 전제하며, 횡령사실에 대한 수익자의 악의, 중과실 여부를 기준으로 손실자의 부당이득반환청구를 긍정한다. 한편 대법원은 피고 Y1에 대해서는 수익자 명의 계좌로의 금전 이전에도 불구하고 「실질적 이익의 귀속」을 부정하는데, 이 개념은 [제2사례군]에 관한 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결을 이해하는데 필수적인바, 이하에서 자세히 살핀다.<sup>91)</sup>

임의로 송금하였다는 점에 관하여 알았거나 또는 모른 데 중대한 과실이 있었다고 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 원고의 부당이득반환청구를 기각하였다.

- 89) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다74246 판결. 동 판결에서는 M이 횡령하여 Y에게 직접 송금한 금원은 Y에게 증여된 것으로 보아, M의 해당 금원에 대한 처분 가능성을 고려하여 실시하고 있다. 동 판결의 사실관계 및 소송경과는 전술한 각주 19) 참조.
- 90) 그 이유 부분은 다음과 같다. “M은 주식투자의 실패로 경제적으로 곤궁하던 중 부족한 금원을 원고의 공금에서 몰래 횡령하는 방법으로 보충하였던 점, 피고들에게 이를 송금할 당시 자신의 경제적 곤궁을 숨겨왔다는 점, 피고 Y1은 다시 M의 계좌로 해당 금원을 송금하였고 피고 Y2, Y3, Y4는 주식 투자 명목으로 해당 금원의 전부 또는 일부를 다시 M에게 맡긴 점을 알 수 있는 바, 이러한 사실에 비추어보면 피고들이 M과 가까운 사이라는 것만으로는 M이 원고의 금원을 횡령한 사실을 알았거나 알 수 있었다고 인정하기에는 부족하고, 송금의뢰인 및 송금 받은 자의 명의를 M 및 피고들의 실명이 아니라는 것을 가볍게 생각하고 확인해보지 않은 점만으로는 피고들이 금원을 취득한 것에 중대한 과실이 있다고 보기 어렵다”(서울고등법원 2003. 1. 8. 선고 2002나16455 판결).
- 91) 한편, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다89708 판결 또한 [제1사례군]에 해당한다. 동 판결의 사실관계 및 소송경과는 다음과 같다. 망인인 M은 사회복지법인인 피고 법인(Y)의 예금계좌에서 돈을 무단 인출하여 의료재단(X)을 설립하였는데, 이후 M은 의료재단이 은행으로부터 대출받은 대출금 중 일부를 피고 법인에 대한 횡령금 채무의 변제에 무단으로 사용하였다. 이에 의료재단의 채권자인 원고가 피고 법인에 대해 위 변제된 금전의 반환을 구하였다. 이에 대해 항소심(서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010나14393 판결)은 M의 처인 피고 법인의 대표가 M의 의료재단으로부터의 횡령

### 3. [제2사례군]에 대한 분석

#### 가. 실질적 이익의 귀속

부당이득은 법률상 원인 없이 이득을 얻고 이로 인해 타인에게 손해를 끼친 경우에 성립하므로, 실질적 이익이 없으면 부당이득은 인정되지 않는다. 편취금전에 의한 변제에 있어 실질적 이익의 귀속이 부각된 것은, 앞서 살펴본 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결에서였다. 위 사안에서 대법원은 가해자의 처인 피고 Y1은 금전의 보관을 의뢰받은 자에 지나지 않아, 실질적인 이익의 귀속자라고 볼 수 없다고 보았다. 단순히 보관을 의뢰받아 타주점유를 한 후 해당 금전을 반환한 경우는 실질적인 이익을 향유하였다고 볼 수 없다는 것인데, 금전의 소유권 귀속의 측면에서도 당연하다.<sup>92)</sup> 이는 송금인(지급자)이 잘못된 계좌로 예금을 착오 전송한 경우도 마찬가지인데, 판례는 수취인(수령자)이 아닌 은행에 대해 그 금원의 부당이득반환을 구할 수 있는지에 대해, “송금인의 실수라 하더라도 원칙적으로 수취인의 예금이 되어 수취인이 예금 채권을 취득하고(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005다59673 판결), 다만 수취인은 법적으로 자금 이체의 원인인 법률관계가 존재하지 않으므로 송금인은 수취인에 대하여 착오 이체 금전 상당의 부당이득반환을 청구할 수 있으나 은행은 송금인과 수취인 사이의 증개기능을 수행할 뿐이고 이득을 얻은 바가 없으므로 부당이득반환청구의 상대방이 되지 않는다”<sup>93)</sup> 실질적

---

사실을 잘 알고 있었다는 점에서 부당이득반환청구를 긍정하고, 피고 법인의 i) 피고 법인과 의료재단 사이에 정상적인 대여계약이 있었다는 주장은 배척하고, ii) 의료재단 설립 과정에 설립자인 망인의 피고법인에 대한 횡령이라는 불법행위가 인정되므로 의료재단도 민법 제35조에 의한 불법행위 책임을 진다는 주장에 대해서는, 망인의 불법행위는 의료재단의 직무에 관한 행위가 아니며 가사 직무에 해당하더라도 당시 망인은 피고법인의 대표이사이기도 하였다는 점에서 피고 법인이 위 불법행위 사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에 해당한다고 하여, 해당 주장 또한 배척하였다. 대법원은 항소심의 판단이 옳다고 보고 피고 법인의 상고를 기각하였다. 법원은 위 판결에 대해서는 침해 부당이득의 사안이라 밝힌 바는 없으나, 망인 M이 의료재단의 금전을 정당한 권한이 없이 횡령한 사안이며, 수령자인 피고 법인의 악의·중과실을 근거로 하여 부당이득반환청구의 가부를 판단하고 있다.

92) 금전의 소유권에 대한 본 논고의 해석에 따르면, 단순보관의 경우는 금전의 소유권이 Y1에게 이전된 바 없으며, 해당 금전을 반환하여 그가 점유하고 있지도 않다. 반면에, 은행에 예금을 하는 경우는 소비대차로서, 이 경우 판례는 금전의 소유권은 은행에게 귀속되어 「물리적 동일성을 상실」하나, 장물성은 예금 부분에 유지된다고 판시하고 있다(대법원 2000. 3. 10. 선고 98도2579 판결). 이는 예금계약이 체결되면 은행에 동가치의 반환청구권을 가지는 실질을 고려한 것으로 자기앞수표를 입금한 경우도 같다.

이익의 귀속에 따라 부당이득반환청구를 판단하는데, 이 역시 금전의 소유권 귀속과 일치함은 앞서 살핀 바와 같다.<sup>94)</sup>

판례는 가해자의 기망행위에 의해 손실자로부터 수령자의 계좌로 직접 송금이 이루어진 경우에도 제반 사실관계를 고려하여 실질적 이익이 수령자와 가해자 중 누구에게 귀속되는지를 판단한다. 서울중앙지방법원 2011. 5. 11. 선고 2009가합100260(본소), 129360(반소) 판결은 이를 구체적으로 적시하고 있는데, 동 판결의 사실관계 및 소송경과는 다음과 같다. 2007. 1. 9. 피고 Y의 회생절차 개시결정에 따라 수탁자인 원고 X 은행은 미확정회생채권의 변제를 위한 신탁계약을 체결하였는데, 위 계약은 피고 Y가 미확정 채무를 지급받을 수익자<sup>95)</sup> 및 지급될 금액 등의 리스트를 확정하여 원고에 통지하면, 원고는 이에 기하여 수익자 등에게 금전을 지급하고 그 내역을 피고 Y에게 통지하도록 되어 있었다. 그런데 피고 Y의 재경팀 소속 피고 A, B는 원고에게 리스트를 첨부하지 아니하고, 위조된 인출증 사본을 팩스로 송부하여 위조 사실을 알지 못한 원고가 신탁금의 지급을 승인토록 하여 피고 Y 명의 계좌로 898억 원 상당을 송금 받은 후 위 계좌로부터 해당 금원을 임의로 인출하였다. 이후 원고는 피고 Y에 대해 주위적으로 신탁금을 피고 Y의 계좌로 송금한 이상 회생채무는 존재하지 않는다며 채무부존재 확인을, 예비적으로 송금된 금전의 부당이득반환청구와 사용자 책임에 기한 손해배상청구를 각 구하고, 피고 A, B에 대해서는 불법행위에 기한 손해배상청구를 하였다. 반면에, 피고 Y는 원고가 수익자 아닌 자에게 신탁금을 지급하였다는 이유로 부족액의 원상회복을 구하는 반소를 제기하였다. 법원은 원고가 수익자 아닌 자에게 신탁금을 지급하였으므로 채무는 여전히 존재한다고 보아,<sup>96)</sup> 원고의 주위적 청구를 기각하고 피고 Y의 반소인 원상회복 청구를 받아들였다. 한편, 예비적 청구 중 부당이득 부분은 피고 Y에게 실질적 이익이 없었다고 하여 기각하였는데, 다음과 같이 판단 기준을 실시하였다. “피고 A, B가 피고 Y의 계좌를 사용하였으나, 그로 인하여

93) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결.

94) 전술한 II. 2. 다. 부분 참조.

95) 신탁계약의 수익자를 말한다.

96) 법원은 신탁계약상 피고 Y가 리스트를 확정된 후에야 수익자가 확정되고 원고가 수익자에게 신탁금을 직접 지급할 의무를 지게 된다는 점, 피고 A, B의 지급 청구 시에는 리스트가 첨부되지 않았다는 점, 조건부 수익자로 141인이 기지명되어 있었고 원고 역시 이를 알았다는 점, 원고의 직원은 지급 당시 의문을 품었음에도 전화통화만을 하였고 수익자가 아닌 피고 Y의 계좌로 이체된다는 점을 확인하였음에도 별다른 조치를 취하지 않은 점에 비추어, 원고가 채권자 아닌 자에게 지급한 것으로 보았다.

피고 Y가 위 입금액 상당을 이득하였다고 보기 위해서는 일시적으로나마 그 돈을 영득할 의사로 취득하였다거나, 그 돈에 대한 종국적인 처분권을 가지고 있었다고 불만한 사정이 인정되어야 할 것”인데, “피고 Y의 대표자 및 임원들은 위 계좌로 입금된 사실조차 알지 못한 점에 비추어보면 피고 A, B가 원고로부터의 지급금을 편취할 목적으로 피고 Y의 계좌를 일시적으로 이용한 것에 불과하므로 피고 Y는 이 사건 지급금에 대한 영득의 의사 혹은 처분권을 가지지 아니하여 아무런 이득을 얻지 못하였다고 봄이 상당하다.” 그 외 예비적 청구 중 사용자 책임 부분은 원고에게 해당 사실을 모른 데 대한 중대한 과실이 있어 받아들이지 않았고, 피고 A, B에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구는 상사이율을 구한 부분 이외에는 인용되었다.

이처럼 금전이 수령자의 계좌로 직접 송금되었다라도 가해자가 해당 금전을 취득하기 위해 계좌에 대한 실질적 처분권을 장악한 경우는, 수령자가 해당 금전의 종국적 처분권을 가지거나 영득할 의사로 취득하였다고 볼 수 없다.<sup>97)</sup> 그렇다면 이는 금전의 지급에도 불구하고 가해자의 개입에 의해 수령자에게 인도되지 못한 [제2사례군]에 해당하여, 수령자는 금전의 소유권을 취득하지 못한다. 이와 달리 금융기관의 직원이 본디 편취 내지는 횡령할 생각을 가지면서 예금자가 금융기관에 예금한 금전을 받아 입금하지 않고 취득한 사건에서는, “예금 계약은 금융기관이 그 의사에 따라 돈을 받아 확인을 하면 그로써 성립하는 것이고, 직원이 예금을 입금하지 않고 횡령하였다는 사실만으로는 금융기관의 이득이 없다고 단정할 수 없다”고 하여,<sup>98)</sup> 가해자가 은행의 계좌에 입금조차 하지 않았음에도 금융기관의 점유를 인정한 바 있다.<sup>99)</sup> 이처럼 판례는 수령자가 해당 금전의 실질적 이익을 취득하였는가를 제반 사정을 고려하여 판단하고, 특히 금전에 대한 영득의사

97) 위 사안에서 가해자에게 수령자의 대리권 내지 표현대리가 인정되지 않음에 주목한다. 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에도 불구하고, 예금주와 금전의 소유자를 달리 판단하고 그 이유를 명확히 실시하고 있는 판결로는 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도 1856 판결 참조.

98) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다26919 판결.

99) 판례는 금융기관의 금전의 점유 취득에 대해서 직접 언급하지 않고, 예금계약의 성립 여부만을 판단하였다. 그러나 예금계약은 금전의 제공을 계약의 성립요건으로 하는 요물계약이고, 가해자인 직원이 금융기관을 대리(표현대리 포함)하여 금전 제공의 확인을 하면 이로써 해당 금전의 소유권이 금융기관에 이전하여 성립하는 소비임치계약의 본질에 비추어보면, 판례가 예금계약의 성립을 긍정한 것은 금융기관의 금전 점유 내지 소유권의 취득 또한 긍정한 것으로 보인다.



내지 중국적 처분권을 취득하였는가를 언급한다. 그렇다면 이는 그와 같은 권한을 내재한 금전의 소유권이 수령자에게 귀속되었는지의 판단과 유사할 것이어서, [제2사례군]에서 소유권 취득의 기준이 되는 수령자에 대한 인도 여부가 쟁점이 될 것이다.<sup>100)</sup><sup>101)</sup>

위와 같이 판례는 부당이득반환청구의 대상을 확정하는 데 실질적 이익이라는 개념을 사용한다. 그런데 일단 소유권을 취득한 자는 목적물에 대한 사용 및 처분에 대한 배타적 권리를 가지므로 위 실질적 이익을 부정하기 어렵다.<sup>102)</sup> 결국 가해자가 수령자에게 지급된 금전에 중도 개입한 경우, 수령자가 금전의 실질적 이익을 취하여 부당이득반환청구의 상대방이 되는지는 수령자가 금전의 소유권을 취득한 것으로 볼 수 있는지와 같으며,<sup>103)</sup> 이 판단에서 가해자와 수령자의 관계 및 편

100) 금전의 소유권에 대한 본 논고의 해석에 따르면, 손실자가 회사의 계좌에 금전을 송금한 서울중앙지방법원 2011. 5. 11. 선고 2009가합100260(본소), 129360(반소) 판결 사안은 금전을 수령한 직원들에게 대리권 내지 표현대리를 인정할 수 없고, 계좌에 대한 실질적 처분권을 직원들이 장악하여 회사의 지배가능성을 인정할 수 없는 특별한 사정이 있어, 금전은 수령자인 회사에 인도되기 전에 가해자에 의해 침탈된 경우에 해당한다. 따라서 수령자에 소유권이 귀속된 바 없는데, 그에 대한 부당이득반환 청구는 불가하다. 반면에 예금자가 은행직원에게 금전을 지급한 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다26919 판결 사안은 가해자가 수령자인 은행의 대리인 내지 표현대리인에 해당하여 수령자인 은행은 금전의 소유권을 중국적으로 취득하고(소비대차로 단순 보관이 아님), 직원이 계좌에 입금하지 않은 행위는 은행에 대한 횡령을 구성할 뿐이어서, 예금자는 일단 금전에 대한 중국적 처분권인 소유권을 취득한 은행에게 해당 이익의 반환을 구할 수 있는 것이다.

101) 여기서 수령자에 대한 인도를 판단함에 있어, 가해자의 수령자에 대한 대리권 내지 표현대리의 성립이 중요하게 검토된다. 이에 더 나아가, 상대방의 「금부」를 구체적으로 본인이 아니라 무권대리인이 수취하였다고 하더라도, 사후의 경과에 비추어볼 때 본인이 수취한 것과 다를 바 없다고 평가할 수 있다면, 이 경우도 상대방은 본인에게 부당이득반환청구를 할 수 있다는 견해도 있다. 이는 권한 없이 대리한 경우에 국한되며, 가해자가 자기의 채무로서 금전을 차용한 경우와는 구별된다고 한다(양창수, 전개논문(각주 3), 13면). 그러나 그와 같은 사후 평가는 오히려 부당이득반환청구 상대방 확정에 혼란을 가져오며 비통일설의 입장에서 취할 성격의 것은 아니라고 생각한다(후술하는 각주 118 참조).

102) 금전의 특수성을 인정할 경우는 별도의 논의가 있을 수 있으나(예컨대, 금전의 특수성을 인정할 경우 보관자에게 금전의 소유권은 귀속하나 실질적 이익은 없다는 논증이 있어야 한다), 본 논고의 해석에 따르면 그와 같은 불일치는 없다.

103) 금전의 소유권이 수령자에게 이전된 경우 지급자는 원인관계의 흠결을 이유로 수령자에게 부당이득의 반환을 청구할 것이며, 금전의 소유권이 지급자에게 남아 있는 경우 지급자는 가해자에 대하여 소유권에 기한 물권적 반환청구 또는 부당이득반환청구를 행사할 것이다.

취사실에 대한 수령자의 주관적 사정이 함께 고려된다. 그 결과 수령자에게 금전이 실질적으로 이전된 경우는 직접 ‘급부’ 부당이득반환청구의 상대방이 되고, 수령자에게 금전이 이전된 것이라 할 수 없는 경우는 다음 판례와 같은 [제2사례군]으로 편취금전에 의한 변제가 문제되는 것이다.<sup>104)</sup>

나. [제2사례군]에 대한 판례의 태도

대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결<sup>105)</sup>에서, 대법원은 손실자가 수익자에게 편취금을 직접 지급된 경우에도 가해자가 해당 금원을 자신의 채무 변제로 사용한 것으로 볼 수 있고, 수익자의 편취사실에 대한 악의, 중과실 여부에 따라 손실자가 그에게 부당이득반환청구를 할 수 있다고 판시하였다. 이에 대해 판례가 편취금에 대해서도 횡령금과 마찬가지로 법리를 취하였다는 평가가 있으나, 이는 의문이다.<sup>106)</sup> 동 판결의 사실관계 및 소송경과는 다음과 같다. 형제인 A, B가 각 대표이사로서 있는 회사인 원고들 Y1, Y2는 같은 사무실을 사용하였는데, M은 B의 처남으로 원고들의 경리업무를 담당하면서 그 자금을 횡령하였다. 이후 M은 횡령 사실을 은폐할 목적으로, 원고들의 인감을 무단히 사용하여 피고 은행 X와의 사이에 2003. 12. 18. 원고 Y1 명의의 2억 원의 여신거래 약정을, 2004. 3. 12. 원고 Y2 명의의 9억 원의 여신거래 약정을 각 체결하여 기존 대출계좌의 기간 및 범위를 연장한 허위계좌를 만들었다. 위 약정에 기해 M은 원고 Y1 명의의 허위계좌에서

104) 과거 일본 판례도 유사한 사안에 대해 판단하고 있는데, 日本判 1935(昭 10). 3. 12 (民集 14, 467) 판결과 日本判 1936(昭 11). 1. 17(民集 15, 101) 판결이 그것이다. 일본 법원은 X로부터 Y에게 직접 금전이 지급된 경우, “Y가 금전을 원시취득하였다고 해서 부당이득이 당연히 배제되지 않으며(무권원점유자에 대한 물권적 반환청구권과 부당이득반환청구권을 혼동하는 것에 다름 아니다), 오히려 소유권이 이전되었기에 이제 부당이득의 문제가 발생하는 것이라 실시하였다. 이어, Y에의 지급이 「누구의 이름으로 어떠한 경과를 거쳐 이루어졌는가에 따라」 X에게 부당이득반환청구권이 있는가가 정하여진다”(양창수, 전제논문(각주 3), 11-12면에서 재인용)고 판시하였다. 이는 X에게서 Y로 직접 급부가 이루어진 경우, 그것이 M의 지배에 의한 자기채무 변제인지, X의 Y에 대한 비채변제인지는 「채반 사정」을 고려하여 판단한다는 것인데, 결국 본문에서와 같이 X의 책임 범위에서 Y에게 금전이 지급되었는지가 부당이득반환청구의 당사자를 결정짓게 된다. 다만, 위 일본 판례는 선의취득이 인정되는 경우도 양 청구권을 별개임을 이유로 부당이득반환청구가 가능하다고 실시하고 있으나, 이러한 결론은 거래안전을 고려하는 선의취득 제도에 부합하지 않는다.

105) 제1심: 전주지방법원 2006. 1. 19. 선고 2004가합2443(본소), 2005가합3085(반소) 판결; 환송 전 항소심: 광주고등법원 2006. 7. 21. 선고 2006나1861 판결; 환송 후 항소심: 광주고등법원 2008. 7. 2. 선고 2008나2608(본소), 2615(반소) 판결.

106) 노재호, 전제서(각주 76), 954-955면. 전술한 III. 1. 나. 부분 참조.

약 2억 원을 원고들의 거래계좌와 Y1의 거래처<sup>107)</sup>에 각 송금하였고, 원고 Y2 명의 허위계좌에서는 약정 당일 9억 원 전부를 원고들의 대출계좌 및 거래계좌에 입금하였다. 마침내 M이 도주하였고 B는 M이 회사자금 30억 원을 횡령하였다는 내용의 고소장을 2004. 5. 11. 검찰청에 제출하였다.

원고들은 법원에 피고를 상대로 여신거래약정에 기한 채무의 부존재 확인[㉞-1]의 본소를 제기하고,<sup>108)</sup> 피고는 주위적으로 위 채무가 존재함을 확인[㉞-1]하고 예비적으로 원고들이 대출받은 금원에 대해 부당이득반환[㉞-2]을 구하는 반소를 제기하였다. 제1심은 위 각 여신거래약정이 M의 무권대리행위로 무효이고 표현대리도 인정되지 않는다고 보아 원고들의 본소 청구를 인용하고, 피고의 반소 중 주위적 청구 부분은 확인의 이익이 없어 각하하였다. 다만, 피고의 부당이득반환청구는 위 대출금은 법률상 원인 없이 원고의 계좌로 입금되어 원고들의 운영자금으로 사용되었으므로 그 이유가 있다고 보아 일부 인용하였다.<sup>109)</sup> 피고가 [㉞-1] 부분에 대해 다투지 않아 항소심에서는 [㉞-2] 반소 부분만이 심판대상이 되었는데,<sup>110)</sup> 피고는 법정이자 부분을 다투면서 예비적으로 경리담당 직원 M에 대한 원고의 사용자 책임 [㉞-3]을 추가 주장하였고, 원고는 부당이득 부분에 대해 적극적으로 다투었으나 모두 기각되었다.<sup>111)</sup><sup>112)</sup> 원고는 상고하였는데, 대법원은 [㉞-2] 반소 부분에 대해 제1심 및 항소심과 다른 견해를 취하여 파기 환송하였다. 즉, “M이 피고

107) 여기서 거래처는 수익자의 채권자(Z)에 해당하는바, 이를 두고 관례가 제3자 수익형을 인정할 것인지가 문제된다. 자세한 논의는 III. 6.에서 후술한다.

108) 위 청구를 주위적으로 하고 예비적으로는 잠정적으로 상환한 합의금의 반환을 구하였으나, 사안의 분석에는 관련이 없어 논의에서 배제하였다.

109) 법정이자 청구 부분은 입금일자부터가 아니라 원고들이 법률상 원인이 없었다는 점을 알았다고 볼 수 있는 고소장 제출 시점인 2004. 5. 11.부터 대출 원리금을 상환한 2005. 3. 3.까지의 법정이자만을 일부 인정하였다.

110) 항소심에서 원고는 M과 피고 직원 사이에 횡령이 공모되었다는 이유로 예비적·선택적으로 불법행위에 기한 손해배상청구[㉞-2]를 추가했으나, 법원은 심판 대상이 되지 않는다고 보아 각하하였고, 이 판단은 대법원에서도 긍정되었다.

111) 원고는 (1) M이 횡령한 돈이 대출금보다 많으므로 원고들은 이득이 없고, (2) M과 피고의 직원 사이에 공모에 의한 횡령이 이루어졌으므로 부당한 이득이 아니며, (3) 반사회질서인 타인명의의 불법행위에 대해 피고가 고의·중과실이 있어 부당이득이 될 수 없다고 주장하였으나, 이에 대해 항소심은 대출금이 원고들 명의 계좌로 입금되어 지급되고 원고들을 위해 사용된 이상 해당 이득은 원고들이 누린 것이어서 (1) 부분은 이유 없고, X의 불법이 개입된 증거도 인정되지 않아 (2), (3) 부분 역시 이유 없다고 판시하였다.

112) 원고의 항소가 기각됨에 따라 피고의 예비적 주장인 사용자 책임은 판단되지 아니하였으나, 해당 부분은 파기환송 후 항소심에서 판단되었다.

로부터 여신거래 약정을 체결하고 받은 대출금은 편취금전에 해당하므로 해당 금액이 원고들의 다른 계좌 및 원고 Y1의 거래처에 송금될 당시 수익자인 원고들에게<sup>113)</sup> 편취사실에 대해 악의·중과실이 인정되지 않는 이상, 피고는 원고들로부터 해당 금액의 부당이득 반환을 구할 수 없다”한 것이다. 위 취지에 따라, 파기환송 후 항소심은 심리 끝에 M의 편취행위에 대한 원고들의 악의·중과실을 인정할 수 없어 부당이득반환청구 부분<sup>④-2)</sup>을 이유 없다고 판단하였다. 다만, 파기환송 전 항소심에서 판단되지 아니한 예비적 청구인 사용자 책임을 원인으로 한 손해배상청구<sup>④-3)</sup>의 성립을 인정하고, 피고의 과실을 참작해<sup>114)</sup> 원고 Y1은 1억 원, 원고 Y2는 4억 7천만 원을 피고에게 각 지급하도록 판시하여 확정되었다.

위 사안에 대해 각 법원이 상이한 법리를 구성한 것은 「실질적 이익의 귀속에 대한 해석 차이」에 있었다. 제1심과 환송 전 항소심 법원은 피고가 원고들 계좌로 대출금을 직접 송금하였고 그것이 원고들을 위하여 사용되었으므로, 원고들의 ‘급부’ 부당이득을 인정하였다.<sup>115)</sup> 반면에 대법원 및 환송 후 항소심 법원은 M이 원고들의 허위계좌를 실질적으로 지배하였다는 점에 주목하여, M이 허위계좌로부터 원고들의 다른 계좌 및 원고 Y1의 거래처에 송금함으로써 M이 기존에 원고들에게 가지고 있던 횡령금 반환 채무를 변제한 것으로 해석하고 있다. 즉, 피고가 원고들에게 급부를 하였으나 허위계좌를 통한 M의 개입으로 실질적으로 원고들에게 금전이 인도되기 전에 M이 이를 취득한 것이다.<sup>116)</sup> 결국 위 사안은 수령자에게 금전이 인도되기 전에 제3자가 개입한 [제2사례군]으로 손실자가 금전의 소유권을 가지며, [제1사례군]과 같은 이유로 수익자에 대해 침해부당이득을 청구할 수 있다.<sup>117)</sup>

113) 거래처가 아닌 “원고들”의 악의·중과실임에 유의한다.

114) 불법행위에 기한 손해배상청구의 경우 부당이득반환청구와 달리 과실상계가 인정된다.

115) 원고들을 금전의 수령자(R)로 보아 그들에게 대한 직접 반환청구를 인정한 것이다.

116) 이는 앞서 살핀 서울중앙지방법원 2011. 5. 11. 선고 2009가합100260(본소), 129360(반소) 판결과 같다. 이 경우 가해자(M)이 금전을 취득한 후 이를 자신의 채무 변제로 원고들에게 변제한 것으로, 이때 원고들은 편취금전에 의한 변제에서의 수익자(Y)이다. 여기서 손실자(X)가 원고들을 수령자(R)로 정하여 금전을 지급하였다는 우연적인 사정은 그들이 수익자(Y)라는 사실과 무관하다.

117) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다74246 판결에 대한 평석 중에는, 독일에서의 지시취득에 의한 선의취득 문제를 논의하며, 금전이 계좌 이체를 통해 손실자로부터 수령자에게 직접 이전된 경우에 한정해, 수익자가 손실자의 출연이 ‘**가해자의 채무 변제 수단으로 오인한 것이 누구에게 귀속되는 사정인가를 고려하여, (침해)부당이득인지, 급부부당이득인지**를 달리 평가하여야 한다는 견해가 있는데(정태윤, “세무공무원이 과오납 환부 사유가 있는 것처럼 서류를 작성하여 친척들 명의의 계좌로 송금하게 한 경우 그 송금액을 부당이득반환청구할 수 있는지 여부”, **법학논집**, 제19권 제4호

이에 대해 수익자는 무권리자로부터 금전을 취득한 것이므로, 선의취득으로 대항할 것이다.<sup>118)</sup> 따라서 대법원의 태도가 옳다.

#### 4. [제3사례군]에 대한 분석

##### 가. 기존 논의의 재검토

앞서 살핀 [제1, 2사례군]은 금전의 소유권이 손실자에게 있어, 수익자에 대해 물권적 반환청구와 ‘침해’부당이득반환청구가 모두 가능하고, 급부관계 우선의 원칙이 적용되지 않는다. 그러나 [제3사례군]은 가해자의 기망이 개입되었으나 손실자가 본디 의도한 수령자에게 금전을 지급하고 수령자가 그 점유를 취득한 경우로, 금전에 대한 거래관행이 적용되어 소유권이 수령자에게 종국적으로 이전한다. 따라서 편취금전에 의한 변제에 대한 기존 논의들이 전제하였던 금전의 특수성을

---

(2015. 6), 530면), 이는 본문의 서술과 궤를 같이 한다. 다만, 해당 계좌 이체가 (침해 부당이득이 문제되는) 가해자의 급부인지, (급부부당이득이 문제되는) 손실자의 급부인지의 판단은, 해당 금전의 「실질적 이익의 귀속」을 가해자가 장악하여 자신의 채무 변제로 사용하였는지에 있는 것이지, 위 견해와 같이 수익자의 입장에서 계좌이체한 자가 가해자 이외의 사람이라는 부분에도 불구하고 이를 가해자 채무의 변제로 오인한 연유가 무엇인지라는 수익자의 주관적 사정에 따라 달라질 수는 없다. 요컨대, 수익자의 오인이 어디서 연유하였는가는 i) **금전에 대한 가해자의 지배를 판단하는 자료 중 하나인 동시**에, ii) 선의취득을 판단하는 기준이 되는데, 수익자의 오인에 수익자의 귀책이 있더라도 가해자의 금전에 대한 실질적 지배가 인정되는 이상, 이후 선의취득 항변이 부정될 뿐 **변제되는 채권이 가해자의 것임에는 변함이 없다**. 이점에서 위 판결의 원심과 대법원은 모두 가해자가 모든 과정을 장악한 가해자의 증거라는 점에 이견이 없는바, 위 평석이 주장하는 “수령자측의 오신이 수령자에게 기속되어야 하고, 따라서 급부관계는 X(손실자)와 Y(수령자) 사이에 인정되며, ... 급부부당이득청구가 인용되었어야 한다”(정태윤, 상계논문, 530면)는 결론에는 동의하지 아니한다.

118) [제2사례군]은 수령자가 해당 금전을 인도받은 것으로 볼 수 있는지가 금전 소유권 귀속을 결정한다. 본 사안에서 대법원은 M은 Y1, Y2의 무권대리인이어서(표현대리도 성립하지 않았다), 그가 Y1, Y2의 계좌를 이용하였다라도 금전은 M이 취득한 것으로 해석하였다. 그런데 무권대리인에게 귀속된 금전이 사후의 사정에 따라 본인에게 귀속되었다면, 본인이 부당이득반환청구의 상대방이 될 수 있다는 해석에 따르면(양창수, 전게논문(각주 3), 13면), X는 본인인 Y1, Y2에 대해서도 급부부당이득을 구할 수 있을 여지도 있다. 제1심에서 이와 같은 취지의 판시를 찾을 수 있는데, “원고들의 계좌로 입금되어 원고들의 운영 자금으로 사용되었으므로”라는 부분이 그것이다. 그러나 이와 같은 해석을 증명하면, 법리 구성에 따라 Y1, Y2에 대한 부당이득반환청구의 기준이 달라지는데(특히, 편취금전에 의한 변제에서 수익자의 주관적 요소를 요하는 판례는 더욱 그러하다), 그와 같은 혼란을 야기하는 것은 타당하지 않다.

인정한 것과 같은 구조를 갖는다. 기존의 견해에서, 통일설은 수익자의 악의, 중과 실이라는 주관적 사정을 기준으로 법률상 원인을 판단하여 손실자가 부당이득반환 청구권을 가진다고 하며, 비통일설에서는 수익자는 정당한 법률상 원인을 가진 변제 수령자이고 급부관계 우선의 원칙 및 민법 제747조 제2항에 비취볼 때 수익자에 대한 청구는 금지된다고 보는 것이 일반적이다.<sup>119)</sup> 다만, 일본에서는 비통일설을 취하면서도 물권적 청구권의 하나로 가치반환청구권을 인정하거나,<sup>120)</sup> 소유권의 채권적 연장으로서의 침해부당이득을 인정함으로써, 통일설과 같이 악의의 수익자에 대한 직접 청구권을 인정하려는 견해가 있다.

생각건대, 법적 근거가 없는 가치반환청구권이라는 별개의 물권적 청구권을 인정할 수는 없다.<sup>121)</sup> 다만, 부당이득을 분쟁이 있는 당사자들의 이해관계 조정과 관련짓고 당사자의 주관적 사정을 이에 고려할 수 있다면, 소유권을 상실한 [제3사례군]에서도 소유권의 연장으로 악의의 수익자에 대한 침해부당이득을 구성할 여지는 있다. 그러나 이와 같은 구성은 다음의 이유에서 부정되거나,<sup>122)</sup> 가사 인정되더라도 급부관계 우선의 원칙에 따라 배제되어야 한다고 본다.<sup>123)</sup> 첫째, 편취금전의 변제에서 수익자는 채권이 소멸된 유상양수인이므로, 그에게 부당이득 반환청구를 할 수 있다는 것은 악의, 무상의 양수인에 한해 예외적으로 제3자에 대한 부당이득반환을 허용한 민법 제747조 제2항에 반한다. 둘째, 금전의 소유권이 가해자에게 이전된 [제3사례군]에 있어 편취금전의 변제에서 수익자의 지위는

119) 다만, 법문과 같이 무상 이외에 악의를 요하여야 하는지에 대해서는 이견이 있다 (윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, **서울대학교 법학**, 제55권 제3호(2014), 146면).

120) 이는 물소유권과 가치소유권의 분리를 전제로, 금전의 소유권이 가해자에게 이전되었다고 하더라도 실질적인 가치는 여전히 손실자에게 있어 그에게 가치소유권의 추급을 인정하는 것이다. 와가츠마 사카에(我妻榮)가 그의 논의를 전개한 것 또한 물소유권과 가치소유권의 분리 사고방식에 기해, 이를 부당이득법의 ‘법률상 원인’에 짜맞춘 것이라는 지적도 있다(정태윤, “다수당사자 사이의 부당이득에 관한 최근 판례의 검토”, **민사법학**, 제52호(2011), 518-520면).

121) 그 외, 가치반환청구권에 대해서 “점유자의 다른 채권자들에 대한 관계에서 원소유자에게 우월한 법적 지위를 인정하게 되는데 이는 선의의 채권자들을 부당하게 차별하는 것이며 강제집행법이나 파산법의 원칙을 별다른 이유 없이 무너뜨리는 것이 되며, 가치반환청구가 인정되는 경우와 부정되는 경우 사이의 경계 설정에 뚜렷한 합리성이 없다”(편집대표 박윤직, 전계서(각주 9), 229면(양창수 집필부분))는 비판이 있다.

122) 따라서, 편취금전에 의한 변제에서 급부관계 우선의 원칙에 대한 예외가 적용되는 것은 [제2사례군]이다. [제1사례군]은 급부관계가 없고, [제3사례군]은 손실자에게 침해 부당이득이 인정되지 않기 때문이다.

123) 이들 견해에 대해서는, 양창수, 전계논문(각주 3), 21면 참조.

이중매매에 있어 제2매수인과 유사한 면이 있는데,<sup>124)</sup> 제2매수인은 매도인의 배임 행위에 적극 가담한 경우에 책임을 지는데 반해, 편취금전의 수익자에게는 가해자의 편취사실을 알았다는 사실만으로 그 위험을 부담하도록 하여 양자의 평가를 달리하고 있다. 셋째, 손실자의 수익자에 대한 부당이득반환청구가 문제되는 경우는 주로 가해자가 무자력인 경우에 해당할 것인데, 이때 부당이득반환청구를 인정하는 것은 가해자의 채무불이행 책임(취소 전에는 유효한 채권관계)을 수익자에게 전가하는 결과가 된다. 가해자가 수익자에게 변제하던 당시에는 자력이 있었으나, 손실자가 수익자에게 부당이득반환을 청구할 때에는 그가 무자력인 경우 특히 문제된다.<sup>125)</sup> 반면에 채권자취소권의 문제로 접근한다면, 가해자의 변제가 사해행위로서 취소되는 것은 그가 변제 당시 무자력인 경우에 한정될 것이므로 위와 같은 불합리는 줄어든다.

한편, 통일설은 가해자의 불법행위로부터 피해자를 보호하여야 하며 불법한 행위로부터 파생되는 이익을 수익자가 보유하는 것은 공평에 반한다고 주장하나, [제3사례군]에 국한하여 평가할 때도 그러하지는 의문이다. [제3사례군]에서 손실자는 가해자의 기망이 개입되기는 하였으나 그의 판단과 책임 하에 가해자에게 급부한 자로 일방적인 피해자라고 보기는 어렵기 때문이다. 이 경우는 거래관행이 적용되어 가해자가 점유를 취득하면 금전의 소유권 역시 종국적으로 이전하므로, 수익자가 얻은 이익이 불법으로부터 파생되었다고 단언할 수 없다. 무엇보다 가해자의 무자력 위험은 손실자의 급부 당시 고려된 것인데, 수익자가 편취사실을 알았다는 사정만으로 손실자가 스스로 부담한 위험을 그에게 전가하는 것은 손실자와 수익자 사이의 공평한 위험 배분으로 볼 수 없다. 더군다나 앞서 살핀 민법 제747조 제2항의 취지, 이중매매의 제2매수인과의 관계, 급부관계 우선의 원칙을 취한 이유, 소유권에 기한 물권적 청구권의 가부 등을 전체적으로 고려하면, [제3사례군]에서는 수익자에 대한 손실자의 직접적인 부당이득반환청구를 부정함이 상당하다고 생각한다. 이는 비통일설의 논리적 귀결일 뿐만 아니라, 통일설의 입장에서도

124) 편취금전에 의한 변제의 경우와 이중매매에 동일한 기준이 적용될 수는 없으나, 가해자(매도인)에게 금전(물건)의 소유권이 있는 상태에서 금전(물건)에 관해 손실자(제1매수인)에 대해 일정한 채무를 부담하던 중, 별도의 불법행위(편취금전, 배임행위)가 문제되는 사안에서, 별개의 법률관계에 기해 이익을 취한 수익자(제2매수인)의 보호범위가 문제된다는 점에서 유사한 면이 있다.

125) 즉 수익자는 가해자가 편취한 대금으로 변제하지 않더라도 자력을 담보할 수 있었으나, 단지 가해자가 편취하였다는 점을 안 것만으로 추후 그의 무자력 위험을 떠안는 결과가 되기 때문이다.

공평에 닿지 않기 때문이다. 부당이득반환청구에서는 과실상계가 인정되지 않아 손실자의 귀책을 고려할 수 없다는 점에서 또한 그러하다.

#### 나. [제3사례군]에 대한 판례의 태도

판례 중 [제3사례군]을 직접 다룬 것은 없으나, 그 입장을 유추할 수 있는 경우로 서울고등법원 2010. 9. 10. 선고 2009나95174 판결이 있다. 동 판결의 사실관계 및 소송경과는 다음과 같다. 원고(X)는 사찰이고 피고(Y)는 원고의 신도인데, 원고가 피고를 통해 부동산 회사 M을 소개 받아 미국 소재 부동산을 매입하려다 매매계약이 합의해제된 바 있다. 이 후 원고는 미국 캘리포니아 주법원에 M을 상대로 수수료 23만 달러의 반환청구소송을 제기하여, 그중 11만 5천 달러를 지급받았다. 그런데 M이 원고로부터 받은 수수료 중 일부인 14만 달러가 피고의 계좌로 송금된 사실이 발견되었고, 원고는 피고에 대해 (1) M과 공모하여 원고를 기망하였거나, 피고가 원고의 사무를 처리하면서 배임 또는 M이 원고에게 반환한 수수료를 횡령한 것으로 불법행위에 해당하거나, (2) 편취행위금의 일부를 분배받은 부당이득이거나, (3) 원고와 피고 사이의 위임계약에 위반한 채무불이행에 해당하여, 원고가 회수하지 못한 수수료 11만 5천 달러와 지연손해금을 지급할 것을 청구하였다. 이에 대해 서울고등법원은 (1) 배임행위임을 이유로 불법행위의 성립은 인정하였으나 피고의 시효 소멸 항변(안 날로부터 3년 기간 경과)을 인정하고, (2) 원고는 M에게 약정한 수수료를 지급하였고, 피고는 M과 체결된 수수료 분배 약정에 따라 수수료를 분배받은 것이므로 법률상 원인이 있다고 판시하였다. 다만, (3) 피고가 별도의 수수료 분배 약정을 체결한 것은 원고와의 관계에서 위임의 본지에 따른 행위로 볼 수 없어 채무불이행을 구성하며, 원고가 M에게 지급한 23만 달러 중 실제 경비로 사용된 3만 달러와 이미 지급받은 11만 5천 달러의 합계액을 뺀 나머지 8만 5천 달러와 지연손해금을 손해배상액으로 인정하였다.

위 사안에서 법원은 피고의 불법행위를 배임 부분에 초점을 두어 설명하였으나 부동산 매매와 관련하여 M의 편취행위도 문제되었는데,<sup>126)</sup> 그렇다면 그와 같은 기망행위로 인해 취득한 수수료를 M이 피고와의 별도 분배 약정에 따라 지급하였다면 이는 [제3사례군]에 해당한다. 그런데 법원은 (2) 부분에서 피고가 M으로부터 지급받은 수수료는 분배 약정이라는 별도의 법률상 원인에 의한 것이어서 부

<sup>126)</sup> 다만, 이에 대해 법원은 명시적인 판단을 내리고 있지 않다는 점에서, [제3사례군]에 대해서는 판례의 입장이 명확하지는 않다.



당이득은 성립하지 아니한다고 판시하고 있다. 이는 [제3사례군]에 있어서는 원칙적으로 급부부당이득이 적용된다는 것인데, 앞서 살펴본 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결에서 실질적 이익의 귀속 부분에서 대법원과 입장을 달리했던, 제1심과 항소심 법원 역시 이를 전제로 하고 있다. 그리하여 이 경우 가해자가 금전을 인출하여 소비하였다 하더라도, 이는 수익자와의 관계에서 별도의 횡령행위를 한 것으로 해석될 뿐이다.<sup>127)</sup> 그렇다면, 판례가 편취금에 대해서도 일률적으로 위 판례 법리를 적용하였다고 보는 것은 지나친 해석이 아닐까?

### 5. 소결

편취금전에 의한 변제에서 부당이득반환청구는 금전의 특수성에 따라 금전의 소유권이 가해자에게 이전되었음을 전제로 논의되었다. 그러나 금전의 소유권 귀속에 대한 본 논고의 해석에서는 거래관행의 인정 여부에 따라 소유권의 귀속이 달라진다. 즉, 거래관행이 인정되지 않는 [제1, 2사례군]에서는 금전의 소유권이 손실자에 있어, 손실자는 수익자에게 소유권에 기한 물권적 청구뿐만 아니라 침해부당이득에 기한 반환청구를 구할 수 있고, 이에 대해 수익자는 선의취득으로 대항할 수 있다. 그런데 가해자가 수익자에게 금전을 지급하는 과정에서 자신 명의로 은행 등에 입금한 경우에도, 수익자에 대한 침해부당이득이 가능한지가 문제될 수 있다. 은행이 소비입치 계약에 기해 선의취득한 경우 해당 금전의 소유권은 은행에게 이전하여, 물권적 반환청구는 불가능하기 때문이다.<sup>128)</sup> 법리적 구성의 곤란은 있으나 침해부당이득은 긍정하여야 할 것이다.<sup>129)</sup> 반면에, 거래관행에 따라 금전이

<sup>127)</sup> 앞서 살핀 대법원 1996. 1. 26. 선고 95다26919 판결 참조. 투자자 K의 편취된 투자금에 대해 원고가 실질적인 지배를 행사한 경우, 해당 금전은 원고의 소유인 것으로 보아 M의 원고에 대한 횡령의 문제로 다루고 있는 대구지방법원 2012. 9. 28. 선고 2011가합14897 판결 역시 같다.

<sup>128)</sup> 정병호, 전계논문(각주 17), 41면이 지적하고 있는 부분이다.

<sup>129)</sup> 해당 금전이 가해자의 은행에 입금되었는지는 그렇지 않은 경우와 법적 가치판단을 달리할 사정이라 보기 어렵기 때문이다. 가해자가 타인의 금전을 은행에 입금하면 은행은 선의취득으로 금전의 소유권은 취득하나, 가해자는 그 대가로 은행에 대해 채권적반환청구권을 가지는데, 이를 실현하여 인출하거나 계좌이체 한 금전을 손실자와 가해자 사이에서까지 가해자의 소유로 가치 평가하기는 어렵지 않을까? 법원 역시 착오 송금된 금전을 인출한 자에 대해 횡령죄로 의율하고 있는데(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도891 판결 등), 그렇다면 위 경우에도 금전을 이전 받은 수익자가 가해자의 절취 등을 통해 취득한 금전임을 알고 있었다면, 그에 대해서도 부당이득반환청구를 긍정할 수는 없을까?

이전된 [제3사례군]은 금전의 소유권이 종국적으로 가해자에게 이전되고, 수익자는 정당한 권한을 가진 자로부터 금전을 취득한 것이 된다. 따라서 손실자와 가해자 사이의 원인관계가 취소되더라도 이후 가해자에 대한 채권적 청구만이 문제될 뿐이고, 물권적 청구권과 같은 대세적 권리가 인정되지는 않는다. 이 경우 수익자에 대한 채권적 권리로서 부당이득반환청구권이 인정될 수 있는지가 문제될 수 있는데, 앞서 III. 4. 가.에서 살핀 바와 같이 부정함이 상당하다.

여기서 금전의 소유권 귀속에 따라, 부당이득반환청구 또한 달리 평가할 실질적 차이가 있는 것인가라는 의문이 있을 수 있다. (1) 손실자의 측면에서 보면, [제1, 2사례군]은 가해자가 「금전 자체」를 탈취, 침탈한 것이다. 가해자는 지급자와 금전의 관계를 단절시킨 후 이를 취득한 것으로, 이때 지급자는 불법한 행위로 인해 금전을 상실한 피해자가 된다. 반면에 금전의 소유권이 손실자의 의사에 따라 가해자에게 이전된 [제3사례군]의 경우는, 지급자의 「의사결정 과정」에 위법행위가 개입되었을 뿐, 그 의사결정의 본지는 스스로가 부담한 위험 하에 달성되었고 그 결과 또한 그 위험이 실현된 상태일 뿐이다. 따라서 이때의 손실자를 일반적인 피해자라고 할 수는 없다.<sup>130)</sup> (2) 다음으로 수익자의 측면에서 보면, [제1, 2사례군]에서는 해당 금전을 무권리자인 가해자로부터 취득하는 것으로, 이 경우 수익자가 이 점을 알았다면 그 이익을 취득하여서는 아니 된다(선의취득 적용). 반면에, [제3사례군]의 수익자는 지급자가 가해자의 행위로 인해 거래상 위험을 부담한다는 점을 알면서도 해당 금전을 수령할 뿐, 가해자는 금전에 대해 완벽한 처분 권한을 가지고 있다. 따라서 그는 향후 계약의 취소 등으로 부당이득 내지 불법행위에 기한 손해배상 채권을 가지게 될 손실자와의 관계에서 그저 나쁜 사마리아인일 뿐인데, 이 경우까지 사회 일반인에게 자신의 채권확보를 포기하는 것을 기대할 수 있을 지는 의문이다. 특히 수익자의 입장에서 지급자와 가해자 사이의 개별적인 거래관계에서 어느 정도의 기망이 허용되는지를 확정하기 어렵다는 점에서도 그러하다. (3) 무엇보다, 기존의 다수설 및 판례는 수익자의 위법행위에 대한 악의, 무중과실이 있으면 수익자의 부당이득반환청구를 일괄적으로 긍정하고 있다. 그러나 손실자가 해당 거래에 얼마만큼의 위험을 부담하였는지를 고려하지 않고 수익자의 주관적 사정만으로 이를 결정하는 것은 공평한 결과라 할 수 없다.<sup>131)</sup> 편취금전에

130) 다만, 횡령에 있어서는 이론이 있을 수는 있다. 이에 관하여는, 이영준, 전게서(각주 8), 240-241면에서의 논의가 참조 가능하다.

131) 각주 5에서 제기한 문제 제기 참조.

의한 변제에서 손실자의 부당이득반환청구권을 인정할 것인지의 여부는, 단순히 가해자의 불법행위에 대한 수익자의 주관적 사정 이외에도 제반사정을 고려한 손실자와 수익자 사이의 실질적 이익형량이 되어야 하는 것이다. 이 점에서 새로운 견해가 금전이 누구에게 귀속되는가를 판단하기 위해 법률행위 및 관행을 해석하는 것은, 부당이득반환청구에 있어서도 이익형량의 실질적 도구로 기능할 수 있다. 탈취나 편취와 같은 위법행위 유형에 따른 구분보다 「금전의 소유권 귀속의 측면」에서 그 태양에 따라 법리 구성을 달리 하는 것이 거래 관계의 실질을 보다 반영할 수 있다.

<표 2> 각 사례군에 따른 부당이득반환청구 정리

사례군	제1사례군	제2사례군	제3사례군
불법행위 유형	절취 또는 횡령 (탈취의 경우)	자기 또는 공갈 (편취의 경우)	
		수령자에 인도 ×	수령자에 인도 ○
새로운 견해에 따른 소유권자	소유자		수령자
급부관계 우선의 원칙 적용 여부	적용 ×	적용 ×	적용 ○
수익자에 대한 부당이득반환청구	침해부당이득: 가능	침해부당이득: 가능	급부부당이득: 불가능

## 6. 傍論: 편취금전에 의한 변제의 적용 범위

[제2사례군]으로 다룬 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결은 「(가해자의) 채권자의 다른 채권자에 대한 채무」를 대신 변제하는 데 사용한 경우에도 편취금전에 의한 변제의 법리가 적용된다고 판시하고 있는데, 이를 두고 판례가 제3자수익형<sup>132)</sup>을 인정한 것이라는 견해가 있다.<sup>133)</sup> 위 견해 중 일부는 제3자수익형을 가

132) 편취금전의 의한 변제는 그 태양에 따라 자기채무변제형, 이증편취형, 제3자수익형으로 나뉜다. 자기채무변제형은 가해자가 기존에 존재하던 자신의 채무변제를 위해 편취금전을 사용한 경우이고, 이증편취형은 제1손실자에 대한 제1편취행위로 인해 발생한 채무에 대한 변제 수단으로 제2손실자에 대한 제2편취행위로 인한 편취금전을 사용한 경우이다. 이증편취형은 가해자가 자신의 채무를 변제하기 위한 수단으로 편취금전을 사용한다는 점에서 자기채무변제형과 본질을 같이 한다. 반면 제3자수익형은 가해자가 자신의 채무가 아닌 제3자의 채무를 변제하기 위해 제3자의 채권자에게

해자와 제3자와 일정한 관계가 존재함을 전제로, 제3자를 간접수익자(Y), 제3자의 채권자를 직접수익자(Z)로 정의하고 Z 또는 Y에 대한 부당이득반환청구의 문제로 파악한다.<sup>134)</sup> 그러나 가해자와 제3자에게 채권이 존재하는 경우, 제3자의 채권자에 대한 금전의 교부는 자신의 제3자에 대한 채무에 기한 「단축급부」에 지나지 않으며,<sup>135)</sup> 가해자와 어떠한 채권관계도 존재하지 않는 경우에도 수익자에게 법률상 원인을 인정할 수 있을지를 다루는 원래 의미의 제3자수익형과는 차이가 있다.<sup>136)</sup> 따라서 위 판결은 제3자수익형에 대해서 명시적으로 판시한 것이 아니라, ‘단축’된 형태의 자기채무변제형과 이중편취형에 대해 편취금전에 의한 변제 법리를 적용한 것에 지나지 않는다.<sup>137)</sup>

편취금전을 지급한 경우이다. 해당 구분과 일본에서 문제된 구체적인 사안에 대해서는 양창수, 전계논문(각주 3), 4-14면 참조.

133) 송경근, 전계논문(각주 67), 132면; 박세민, 전계논문(각주 83), 91면.

134) 송경근, 전계논문(각주 67), 103면.

135) 이 경우는 Z의 채권이 아닌 자신에 대한 Y의 채권에 대한 변제일 뿐이다. 즉, M은 Z에게 금전을 지급하면서, M의 Y에 대한 채무를 변제하는 동시에, Y의 Z에 대한 채무를 변제한 것이다. 이 경우 M은 Z에 대해 직접 급부부당이득반환을 구할 수는 없다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001다46730 판결 참조). 판례 또한 이와 같은 점을 인지하고 있다 볼 것이, 위 단축급부 당시에 Z가 아닌 Y의 악의, 중과실을 기준으로 Y에 대한 부당이득반환을 인정하고 있을 뿐이다.

136) 이에 대해서는 다음의 문제제기 부분 참조. “한편, 제3자수익형의 경우에는, Y는 M에 대하여 급부를 자신에게 실현할 것을 청구할 권리를 가지지 않는다. 그렇다면 이 경우에 郭潤直(또는 我妻榮)과 마찬가지로 Y는 법률상 원인이 없어서 부당이득을 한 것이 되어 그 반환의무를 부담한다고 할 것인가?”(양창수, 전계논문(각주 3), 22면)

137) 같은 취지의 판례로 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003다49726 판결(대천고등법원 2003. 8. 21. 선고 2003나1982 판결)이 있는데, 이에 대해서도 다툼이 있다. 동 판결의 사실관계 및 소송경과는 다음과 같다. A 보험회사의 영업소장인 M은 원고(Y)와의 보험계약을 체결하면서, 원고의 차용증서를 위조하여 약관대출을 받아 사용하던 중 X 보험회사로 직장을 옮겼다. 보험의 만기일이 다가오자 대출금을 상환하지 못할 경우 보험금이 전액 지급받지 못하여 그의 허위 대출사실이 발각될 위험에 처하자, M은 원고에게 A 보험회사로부터 받는 보험금을 전액 보험료로 하는 X 보험회사의 보험상품을 소개하고, 원고로부터 그에 대해 승인을 받았다. M은 A보험회사로부터 미상환한 약관대출금을 공제한 보험금을 받아 X 보험회사에 원고의 보험료로 지급하였으나, 부족한 보험료를 납입하기 위해 다시 원고의 서류를 위조하여 X 보험회사로부터 약관대출을 받아 이를 충당하였다. 이후 피고가 X 보험회사를 인수하였고, 보험사고가 발생하여 원고는 피고에게 보험금 지급을 청구하기에 이르렀다. 이에 피고는 (1) 약관대출계약 자체의 효력을 부정하면서 보험료가 납부되지 않았다고 주장하는 동시에, (2) M의 약관대출금은 X 보험회사를 기망하여 얻은 편취금전으로 그로부터 일정한 이익을 얻은 원고는 이를 X 보험회사를 승계한 피고에게 부당이득으로 반환하여야 하는바, 이로써 피고의 보험금채무 중 동일한 금원에 대해 상계항변을 하

제3자수익형에서의 부당이득반환청구의 가부는 다른 유형의 경우와 동일하다. 즉, [제1, 2사례군]에서는 금전의 소유권을 가진 손실자는 현재 금전의 점유자에게 침해부당이득반환청구가 가능하고, 따라서 제3자수익형의 경우에도 수익자에게 선의취득이 인정되는지 여부에 따라 이익의 귀속이 결정될 것이다. 반면에, [제3사례군]에 있어서 수익자는 가해자와 직접적인 채권관계가 없다는 점에서, 손실자와의 관계에서 금전 보유의 법률상 원인을 가지는지가 문제될 수 있다. 손실자는 스스로의 판단 아래 거래관행에 따라 가해자에게 급부한 것이어서 그에 대해서 채권적 청구권만을 가지며, 그 외의 제3자에게 부당이득반환청구를 확대하기 위해서는 민법 제747조 제2항의 무상의 악의 수익자 또는 민법 제404조 채권자취소권의 수익자에 해당해야 할 것이다. 그러나 가해자로부터 직접 채권을 보유하고 있지 않더라도 그가 채무의 변제로서 금전을 받아 채무가 소멸하였다면 그는 유상의 수익자라 할 것이다. 이 경우 소멸된 채권이 가해자나 제3자 중 누구의 것인지, 즉 처분권을 가진 가해자가 제3자 변제를 한 사실은, 수익자와 손실자 사이의 이익형량에 고려될 요소는 아니다. 따라서 [제3사례군]의 손실자는 금전의 지급 당시 부담한 가해자의 무자력 위험을 타인에게 전가할 수 없고, 제3자형수익형의 수익자 역시 법률상 원인을 가진다고 해석함이 상당할 것이다.<sup>138)</sup>

었다. 이에 대해 대전고등법원은 (1) 약관대출의 효력과는 무관하게 일단 보험료가 납입된 이상 피고는 보험계약에 따른 보험금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다. (2) 나아가 상계항변 주장에 대해서는, M은 X 보험회사로부터 약관대출금 상당액을 불법 취득한 다음 M의 원고에 대한 채무를 변제하는 방편으로 보험료를 납부한 것이므로, 불법취득 사실을 원고가 알았거나 알지 못한 데 중과실이 있다는 점을 인정할 증거가 없으므로 부당이득은 성립하지 않으며 피고의 상계항변은 이유 없다고 판시하였으며, 대법원도 이를 긍정하였다.

위 판결은 M이 X에게서 편취한 금전을 X에 대한 원고의 보험료 채무에 변제한 것으로, 이에 대해 타인의 채무를 변제한 제3자수익형이라 평가하는 견해가 있다(박세민, 전계논문(각주 83), 94면). 그러나 이는 타당하지 않다. 동 사안은 A 보험회사로부터 허위 약관대출을 받아 사용함으로써 M이 원고(Y)에게 상환할 채무가 있던 중, 이를 변제하기 위한 방편으로(관례는 ‘M의 Y에 대한 채무를 변제한 셈’이라고 표현한다) M이 X 보험회사로부터 편취한 금전을 Y의 채권자로서 X 보험회사(그 실질은 Z이다)에 대해 단축급부를 한 것이어서, 이는 단축된 자기채무변제형일 뿐이기 때문이다.

138) 양창수, 전계논문(각주 3), 22-24면은 해당 부분의 법리적 구성을 논증하고 있다.

#### IV. 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구

판례상 편취금전에 의한 변제는 부당이득반환청구가 주된 쟁점이 되었으나, 불법행위에 기한 손해배상청구 또한 꾸준히 제기되었다. 그러나 이 청구를 적극적으로 받아들인 경우는 많지 않다. 앞서 살핀 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결의 항소심은,<sup>139)</sup> 수익자가 횡령사실을 과실 없이 알지 못하고 송금된 금원을 인출하였으므로 고의·과실이 없는 이상 금원취득행위가 불법행위가 되지 않는다고 판시하면서, “사실관계 하에서는 피고들의 행위가 원고의 횡령행위와 공동불법행위의 관계에 있지도 아니하다”는 부분을 추가로 설시하고 있다. 민법에 규정된 불법행위가 성립되기 위해서는, i) 가해자의 고의 또는 과실에 의한 행위, ii) 가해자의 책임능력, iii) 가해행위의 위법성, iv) 가해행위에 의한 손해발생이 요구되는데, 위 판례는 그중 고의·과실을 문제 삼으면서도, 수익자가 가해자의 위법한 행위가 종료된 후 그와 같은 점을 「알면서」 해당 금전을 취득하였다라고 그와 같은 행위에 위법성을 인정할 수 있는지는 별개의 문제로 본 것이다.<sup>140)</sup> 우리 판례는 불법행위의 성립요건으로서 위법성을 판단할 때, 개별적인 행위를 침해행위와 피침해 법익, 기타 여러 사항을 종합적으로 고려하여 판단한다.<sup>141)</sup> 특히, 채권 침해의 경우는 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의의 유무 등을 참작하여 구체적·개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등도 종합적으로 고려한다.<sup>142)</sup>

그리하여 판례는 편취금전에 의한 변제에 있어, 구체적인 사실관계를 고려하여 불법행위에 기한 손해배상책임을 인정하고 있다. 서울중앙지방법원 2011. 5. 12. 선고 2009가합100260(본소), 129360(반소) 판결에서 사용자 책임에 기한 손해배상청구 부분에 대해, 피고 A, B는 피고 Y의 직원으로서 해당 업무를 처리함이 외견상

139) 서울고등법원 2003. 1. 8. 선고 2002나16455 판결.

140) 판례는 불법행위와 관련하여 편취금전의 취득행위가 아닌, 원고의 횡령행위와의 공동불법행위 성립 가능성에 대해서 설시하고 있을 뿐이다.

141) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94다35718 판결; 대법원 2001. 2. 9. 선고 99다55434 판결; 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다57975 판결 등.

142) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다82582 판결. 구체적인 판례의 위법성 판단에 대해서는 정기웅, “不法行爲 成立要件으로서의 違法性에 대한 考察”, **안암법학**, 제31권 (2011), 442-451면 참조.

명백하다고 하여 사용자 관계를 인정하였고,<sup>143)</sup> 앞서 검토한 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결의 파기환송 후 항소심 역시 파기환송 전 항소심에서 판단되지 아니하였던 예비적 청구 부분인 사용자 책임에 기한 손해배상청구를 다시 검토하여 이를 인정한 바 있다.<sup>144)</sup> 그러나 편취금전을 변제 받은 행위 자체에 대해서는 일반적으로 불법행위를 인정하지는 않고 있다. 서울남부지방법원 2010. 10. 12. 선고 2010가합7158 판결과 같이<sup>145)</sup> M의 Y에 대한 편취금전 지급이 공박에 의한 것이라는 의혹이 제기된 경우에도 변제를 둘러싼 제반사정을 고려하여 변제 행위 자체에 대해서는 위법성을 부정하였다.<sup>146)</sup> 이처럼 판례는 수익자가 가해자의 편취 행위 등에 가담하였거나<sup>147)</sup> 독자적인 책임이 있는 경우에는 위법성을 인정하고 있

143) 다만, 원고 X 은행에게 해당 사실을 모른 것에 대해 중대한 과실이 있다는 피고 Y의 항변을 받아들였다.

144) 광주고등법원 2008. 7. 2. 선고 2008나2608(본소), 2615(반소) 판결.

145) 사실관계 및 소송경과는 다음과 같다. X는 1990. 11. 29. Y로부터 토지를 매수하면서, 위 부동산이 비업무용 토지로 분류될 수 있다며 소유권이전등기를 Y 앞으로 남겨둘 것을 제안하고 Y가 이를 받아들여 해당 토지가 명의신탁되었다. 그러던 중 X가 경영난을 겪게 되자 자신이 가진 모든 재산을 A에게 이전하는 영업양도계약을 체결하고 그 이행을 위해 위 토지의 소유권을 A에게 이전하고자 하였다. 이에 대해 Y가 X에게 소유권이전등기 절차 지연을 원인으로 금전적 손해배상을 요구하자, X는 Y에게 1억 5천만 원을 지급하되 이후 Y는 어떠한 금전 보상 및 위 토지에 대한 소유권 주장을 하지 않겠다는 합의를 받고 이를 지급하였다. 그런데 X는 그 합의가 X가 아닌 그 대표이사인 M의 개인적인 합의에 지나지 않는다는 이유로, 주위적으로 Y에게 지급된 대금의 부당이득반환청구를, 예비적으로 Y가 M의 공박 상태를 이용하여 M으로 하여금 Y에게 교부하도록 한 것으로 민법 제750조 불법행위에 기한 손해배상을 각 청구하였다. 이에 대해 서울남부지방법원은 합의서가 M의 이름이 기재되어 있기는 하나, M이 X의 최대주주이자 대표이사인 점, X와 A 사이의 계약 이행을 위한 합의인 점, X와 Y 사이의 소유권이전등기 지연을 원인으로 한 손해배상을 위한 것이라는 점, 합의 전후의 상황 및 경위, 내용에 비추어 X와 Y 사이의 합의라고 봄이 상당하다고 하여 X의 주위적 주장을 받아들이지 않고, 가사 M이 합의의 당사자라고 하더라도 M이 횡령하여 지급한다는 점에 대해 Y에게 중과실이 있다고 볼 수도 없어 부당이득은 성립하지 않는다고 판시하였다. 한편, 불법행위에 기한 손해배상청구 부분에 대해서도, 법원은 Y가 위 토지와 관련된 법적 문제를 해결하기 위해 비용을 지출한 점, M이 그 손해를 배상할 필요성을 시인한 점, Y가 소유권이전등기명의를 보유하고 된 경위 및 X와의 관계 등에 비추어볼 때, Y의 행위가 불법행위에 해당하여 위법하다고 보기는 어렵다고 판시하였다.

146) 수익자의 변제 수령행위는 제3자 채권침해로 그나마 구성할 수 있을 것이나, 제3자의 채권침해는 채권사실을 알고 법규를 위반하거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반할 것까지를 요구하고 있어, 일반적으로 그 위법성은 인정되지 않을 것이다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다82582 판결).

147) 이때는 공동불법행위(민법 제760조)가 문제될 것이다. 그런데 공동불법행위에 대해서

으나, 변제를 받은 행위 자체만으로는 이를 인정하지 않는다.

생각건대, 수익자가 가해자의 편취행위 등을 알면서 해당 금전으로부터 변제를 받았다는 사실 자체로부터 불법행위의 위법성을 일괄적으로 도출할 수는 없다고 본다. 결국 불법행위의 성립여부는 개별적인 사안의 제반사정을 고려하여 파악될 것이나, 수익자가 편취행위 등에 가담하거나 책임이 있지 않는 이상 변제 사실만으로 위법성을 인정하기란 쉽지 않을 것이다. 불법행위는 가해자와 이해관계인의 역학관계 여하에 따라 손실자뿐만 아니라 수익자 측에서도 주장할 수 있다. 예컨대, 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733 판결은 경리담당 직원인 M에 대한 수익자의 사용자 책임이 주장되어 인정되기도 했으나, 직원 M과 손실자 직원 사이에 수익자에 대한 별도의 횡령이 공모되었다는 이유로 불법행위에 기한 손해배상청구 [㉔-2]가 제기되기도 했다. 특히, 불법행위에 기한 손해배상청구는 부당이득과 달리 과실상계가 인정된다는 점에서 당사자들의 귀책을 고려한 위협의 분배가 가능한 장점이 있다.

## V. 정리 및 결어

본 논고는 금전에 대해서만 점유 취득으로 소유권의 이전을 간주하는 「금전의 특수성」 관념을 부정한다. 금전 거래에 있어서의 특수성은 거래관행 및 당사자의 의사에 대한 해석의 문제일 뿐이고, 그 해석에 따라 금전 소유권의 귀속 역시 결정된다. 그렇다면 금전의 소유권이 가해자에게 당연히 이전되어 가해자에게 변제의 권원이 있음을 전제로 한, 편취금전에 의한 변제에 대한 논의는 재검토되어야 한다. 그리하여 가해자에 의해 금전이 탈취된 [제1사례군]과 수령자에게 금전이 인도되기 전에 가해자가 중도에 개입한 [제2사례군]에서 손실자는, ‘수익자’에 대해 소유자로서 물권적 반환청구권을, 급부관계 우선의 원칙이 배제된 결과 ‘침해’부당이득반환청구권을 동시에 가진다. 반면에, 지급자의 의사에 따라 가해자를 수령자

---

는 연대책임을 원칙으로 하고 있어 손해배상액에 대해 각 가해자는 전부 책임을 지는 것이 원칙이고 책임제한은 인정되지 않는다(대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다22481 판결; 원칙과 예외에 대해서는 김상중, “공동불법행위에 관한 현행 민법 제760조의 개정 방향과 내용”, **민사법학**, 제60호(2012), 333-338면 참조). 따라서 수익자가 단순히 알면서 변제를 받았다는 정도만으로는 민법 제760조의 ‘공동’을 인정할 수 없고, 동조 제3항의 교사나 방조에 이른 경우에만 공동불법행위자로 평가할 수 있을 것이다.



로 하여 금전을 이전한 [제3사례군]은, 설사 그 과정에 가해자의 기망행위 등이 개입되었다고 거래관행에 따라 금전의 소유권은 가해자에 「중국적으로 이전」하는 것이어서, 손실자는 물권적 반환청구권을 행사할 수 없고, ‘가해자’에 대한 ‘급부’ 부당이득반환청구만을 구할 수 있을 뿐이다.

[제1, 2사례군]에서의 부당이득반환청구는 수익자에게 금전의 선의취득이 인정되는지에 따라 결정되어야 한다. 판례는 수익자의 악의, 중과실 여부를 손실자에게 입증하도록 하여 부당이득반환청구 여부를 판단하고 있으나, 위 기준은 금전이 편취자의 소유가 되므로 선의취득에 관한 규정을 바로 적용할 수 없어 이를 유추한 것으로, 무권리자의 처분으로 선의취득을 직접 적용할 수 있는 경우에 굳이 그와 같은 우회로를 택할 이유가 없다. 선의취득이 인정된다면 소유권을 취득할 뿐만 아니라 「법률상 원인」 또한 보유하는 것이다. 즉, 판례는 수익자의 악의, 무중과실이라는 기준으로 부당이득반환청구를 인정하였으나, 금전의 특수성을 고집하지 않는다면 선의취득 규정을 유추한 위 기준이 아니라 선의취득 규정 자체가 적용되어야 할 것이다. 그나마 판례 법리가 적용될 수 있는 것은 금전의 소유권이 가해자에게 중국적으로 이전되는 [제3사례군]에 국한된다. 여기서 [제1, 2사례군]과의 관계에서 선의취득에 관한 규정을 유추적용한 수익자의 악의, 무중과실이라는 요건이 상호 간에 「공평」할 것이라는 생각에 미칠 수 있으나, 양자에는 차이가 있어 그와 같은 결론에 주저되는 것이다. 무엇보다 손실자가 의도한 거래관계에서 그 위험을 자발적으로 부담하였는지에 차이가 있는데, 손실자가 부담한 위험이라면 수익자와의 관계에서 그를 위법한 행위의 피해자로만 취급할 수는 없는 것이며, 거래상 급부관계 조정의 문제로 귀결됨이 상당할 것이기 때문이다. 비통일설이 ‘침해’부당이득과 ‘급부’부당이득을 구분하여 논의하는 실익도 여기에 있다. 이들을 전체적으로 고려하면, [제3사례군]에서는 손실자의 수익자에 대한 부당이득반환청구는 부정함이 상당하다. 이에 대한 명시적인 판결은 없으나, 일부 판결들은 손실자의 가해자에 대한 급부부당이득만을 다룰 뿐이다. 한편, 편취금전에 의한 변제를 수익자의 변제 취득 자체에 대한 일반 불법행위로 취급하기에는 무리가 있다. 채무 변제 행위에 위법성을 인정하기란 쉽지 않기 때문인데, 판례 역시 이와 같은 점에서 편취행위 자체에 대하여 수익자가 가담하였거나 일정한 책임(사용자 책임)을 부담하였을 경우에만 불법행위를 인정하고 있다.

이상의 논의를 종합해보면, 과거 금전의 특수성이라는 관념이 형성됨에 따라 잊혀진 일본의 판례는 [제1, 2사례군]에서 선의취득이라는 「법률상 원인」을 논급하

는 데 있어 여전히 유효하며, [제3사례군]은 「급부관계」가 우선하는 경우로 수익자에 대한 부당이득반환의 확장보다는 취소에 대한 제3자 항변, 채권자 취소권을 통한 책임 재산의 보전과 같은 계약법상 제도가 적용됨이 상당할 것이다. 이해관계자들의 인적 관계나 주관적 사정 등은 이들 계약법상 제도나 불법행위에 기한 손해배상청구에서 고려됨으로써, 오히려 그 구체적 타당성을 피할 수 있다. 이 해석이 금전 소유권 귀속과의 통일성,<sup>148)</sup> 이해당사자의 기여를 고려한 위험 분배의 측면에서도 적합할 것이다. 그렇다면, 금전의 특수성 관념에서 촉발된 편취금전에 의한 변제를 둘러싼 기존의 논의는 가해자의 위법한 행위의 불법성에 지나치게 주목하여 그 위법의 색채를 수익자에게까지 물들여 그 또한 비난할 수 있는가에 집중되어 형성되어 온 것은 아닐까?

투고일 2015. 9. 8	심사완료일 2016. 2. 16	게재확정일 2016. 2. 19
----------------	-------------------	-------------------

148) 그 타당성을 강조하기 위해, 카나리스 이론의 귀속성 하자 관념을 인용한다. “어차피 물권적 청구권이든 부당이득반환청구권이든 당해 법체계를 일관되게 지배하는 결단 하에 상호간에 올바른 재산귀속을 지향하고 있고, 그렇지 못한 부당한 상태를 교정하기 위해 존재하는 것이기 때문이다. 단일한 법체계의 모든 제도는 이득이 귀속되어야 할 유일한 곳으로 향할 수 있도록 유기적으로 관련되어 있는 것이 바람직하다. 그렇다면 물권적 청구권과 부당이득반환청구권의 긴밀한 관계도 간과되어서는 안 된다. 즉 원칙적으로 물권적 청구권이 행사되어야 할 장면에서도 물건이 멸실되어 목적물 자체가 존재하지 않는다면 물권적 청구권은 행사할 수 없다. 그런데도 그와 같은 상태를 그대로 용인하는 것은 부당이득법에서 말하는 ‘부당한 상태’인 것이고, 그래서 부당이득반환청구권이 물권적 청구권에 후차적으로 개입하여 그 부당한 상태를 교정하게 되는 것이다.”(박세민, 전제논문(각주 83), 112면).

## 참고문헌

- 곽윤직, **물권법**(제7판)(박영사, 2002).
- \_\_\_\_\_, **민법총칙**(제7판)(박영사, 2002).
- \_\_\_\_\_, **채권각론**(신정판)(박영사, 1995); (신정수정판)(박영사, 2000).
- \_\_\_\_\_, **채권총론**(제6판)(박영사, 2001).
- 편집대표 곽윤직, **민법주해(II)**(박영사, 1992).
- \_\_\_\_\_, **민법주해(V)**(박영사, 1992).
- 김상용, **민법총칙**(제2판)(화산미디어, 2013).
- 김상용/박수곤, **민법개론**(화산미디어, 2015).
- 김상중, “공동불법행위에 관한 현행 민법 제760조의 개정 방향과 내용”, **민사법학**, 제60호(2012).
- 김형석, “支給指示・給付關係・不當利得”, **서울대학교 법학**, 제47권 제3호(2006).
- 노재호, **민법교안**(제8판)(도서출판 문성, 2011).
- 박세민, “부당이득법의 인과관계와 법률상 원인”, **민사법학**, 제41호(2008).
- \_\_\_\_\_, “양도에 의한 선의취득과 선의취득자의 부당이득”, **비교사법**, 제18권 제4호(2011).
- 서울오, “금전의 선의취득: 민법 제250조 단서의 학설사”, **법학논집**, 제19권 제2호(2014. 12).
- 성원제, “도난당한 금전의 소유권 변동과 타인의 재물”, **法曹**, 제62권 제9호(2013).
- 송경근, “편취한 금전에 의한 변제와 부당이득의 성립 여부”, **대법원판례해설**, 75호(2008).
- 송덕수, **민법총칙**(제2판)(박영사, 2013).
- 안법영, “金錢私法の 法理에 대한 小考”, **고려법학**, 제34집(1998).
- 안춘수, “부당이득관계의 당사자확정의 구조”, **연세대학교 법학연구**, 제21권 제3호(2011).
- 양창수, “金錢의 不當利得으로 인한 返還義務”, **서울대학교 법학**, 제43권 제4호(2002).
- 윤진수, “부당이득법의 경제적 분석”, **서울대학교 법학**, 제55권 제3호(2014).
- 이영준, **물권법**(박영사, 1996).
- 이재욱, “편취금전에 의한 변제와 부당이득”, **민사법연구**, 제18집(2010).

- 임상규, “은행거래금전의 재물성과 장물성에 관한 異義”, **비교형사법연구**, 제13권 제1호(2011).
- 정기웅, “不法行爲 成立要件으로서의 違法性에 대한 考察”, **안암법학**, 제31권 (2011).
- 정병호, “‘금전은 점유하는 자가 소유한다’는 이론 비판 – 이론의 원조에 대한 비판을 중심으로”, **法曹**, 제65권 제1호(2016. 1).
- 정태윤, “다수당사자 사이의 부당이득에 관한 최근 판례의 검토”, **민사법학**, 제52호 (2011).
- \_\_\_\_\_, “세무공무원이 과오납 환부 사유가 있는 것처럼 서류를 작성하여 친척들 명의의 계좌로 송금하게 한 경우 그 송금액을 부당이득반환청구할 수 있는지 여부”, **법학논집**, 제19권 제4호(2015. 6).
- 지원림, **민법강의**(제7판)(홍문사, 2009).
- 최수정, “민법상 금전의 개념과 금전채권의 특질”, **비교사법**, 제10권 제1호(2003).
- 최준규, “금전의 이동(移動)과 물권적청구권”, **法曹**, 제58권 제11호(2009. 11).
- 현병철, “금부부당이득반환청구권”, **법학논총**, 제8권(1991).
- \_\_\_\_\_, “不當利得에 있어서의 因果關係”, **법학논총**, 제5권(1988).

&lt;Abstract&gt;

## Debt Payment with Wrongfully Acquired Money

Kim, Woo-Sung\*

This article deals with the problem of the debt payment with wrongfully acquired money. The Supreme Court of Korea states “Knowing (or having gross negligence) that the money is supplied by illegal act, the creditor should compensate a victim for his loss.” This interpretation of law is formed in Japan in 1960s, and has two premises. The first premise is “the doctrine of transition in ownership of money.” According to this doctrine, money has the special characteristic of which the ownership of money is determined by the occupation of it. So, the transaction of money ownership cannot be defective. The second one is “the doctrine of unjust enrichment as a *Generalklausel*.” It means that unjust enrichment can be widely used as the equitable solution for various contradictions between the legal entities.

Nowadays, these premises come under criticism. This article also suggests the personal idea about transition in money ownership. It focuses on the detailed routes of transaction, and finds out the juristic acts in the behavior of legal entities. “The doctrine of transition in ownership of money” may pretermite it and misunderstand the occupation as requirement for change in a real right. Another criticism is about the existence of the “legal cause.” According to the typological approach of unjust enrichment, the creditor has the bond as the legal cause, therefore the victim can not demand that the creditor compensate him for the loss. This article tries to find the substantive fair solution by categorizing and analyzing the precedents. Moreover, this paper checks the validity of “real right claim” and “tort claim” in these cases.

Keywords: wrongfully acquired money, debt payment, unjust enrichment, tort, legal cause

---

\* Attorney, Samsung Electro-Mechanics Co., Ltd.

