

각 호의 어느 하나를 증명하면 약관의 '불공정성'은 법률상 추정되고, 사업자 쪽이 반대사실인 '불공정하지 않다'는 점을 증명하여야 한다). 제7조~제14조에서 정하고 있는 약관조항 무효의 요건사실 역시 그 무효를 주장하는 고객 쪽에서 증명하여야 한다('상당한 이유 없이', '부당하게', '정당한 이유 없이'와 같은 불확정적 평가개념 역시 그 요건의 규정 형식상 고객 쪽에서 그 근거사실에 대한 증명책임을 진다³⁷³⁷⁾).

5. 부당이득

가. 부당이득반환청구의 요건사실

부당이득³⁷³⁸⁾ 반환 청구의 청구원인 요건사실로서 ① '원고에게 손해가 발생한 사실',³⁷³⁹⁾ ② '피고에게 이득이 발생한 사실', ③ '① 손해와 ② 이득 간 인과관계'³⁷⁴⁰⁾가 필요함에는 별다른 이론이 없다. 부당이득의 실체법적 요건 중 '법률상 원인 없이'의 경

여 계약 상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 약관 조항을 작성·사용함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다. ... 이 사건 비용 부담조항이 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주는 약관조항으로서 법 제6조 제1항에 의하여 무효가 되는 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항'에 해당한다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다."

3737) 사업자 쪽에 증명책임을 지우는 반대견해도 있으나(민법주해 채권(5), 1997년, 357면(손지열 집필)), 약관조항 무효의 일반조항인 제6조 중 제2항 제1호 소정의 '부당하게'의 요건사실에 대한 증명책임을 고객 쪽에 지우는 것과 마찬가지로 구체적 개별조항에서의 동일·유사의 요건사실 역시 고객 쪽에 증명책임을 지우는 것이 일관성이 있다.

3738) 민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다. ▣ 부당이득 성립의 실체법적 요건으로는 ① 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻을 것(수익), ② 타인에게 손해를 가하였을 것(손실), ③ 수익과 손실 간에 인과관계가 있을 것(인과관계), ④ 수익의 보유를 정당화하는 법률상 원인이 없을 것(법률상 원인의 결여) 등 4가지가 필요하다.

3739) ❶ 부당이득제도는 부당한 재산적 가치의 이동을 조정하려는 제도이므로, 이익에 대응하여 손해를 입은 사람이 있어야 하고, 어떤 사람의 재산이나 노무가 다른 사람에게 이익을 주는 일이 있더라도 그로 말미암아 그 재산 또는 노무의 제공자에게 어떤 손해를 주는 일이 없는 이상, 이득자에 대하여 그 이득의 반환을 명할 이유가 없다(2014다5531). ❷ 대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결: "적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 소유권보존등기를 마친 무권리자가 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도, 그러한 소유권보존등기와 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 모두 무효이다. 따라서 이 경우 원소유자가 소유권을 상실하지 아니하고, 또 무권리자가 제3자와 체결한 매매계약의 효력이 원소유자에게 미치는 것도 아니므로, 무권리자가 받은 매매대금이 부당이득에 해당하여 이를 원소유자에게 반환하여야 한다고 볼 수는 없다."

3740) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결: "무권리자로부터 부동산을 매수한 제3자나 그 후행 등기 명의인이 ... 민법 제245조 제2항에 따라 바로 그 부동산에 대한 소유권을 취득하고, 이때 원소유자는 소급하여 소유권을 상실함으로써 손해를 입게 된다. 그러나 이는 민법 제245조 제2항에 따른 물권변동의 효과일 뿐 무권리자와 제3자가 체결한 매매계약의 효력과는 직접 관계가 없으므로, 무권리자가 제3자와의 매매계약에 따라 대금을 받음으로써 이익을 얻었다고 하더라도 이로 인하여 원소유자에게 손해를 가한 것이라고 볼 수도 없다." ▣ 채무자 이외의 자의 소유에 속하는 동산을 경매한 경우에 경락인이 동산의 소유권을 선의취득한 경우 그 동산의 매득금은 채무자의 것이 아니어서 채권자가 이를 배당을 받았다고 하더라도 채권은 소멸하지 않고 계속 존속하므로, 배당을 받은 채권자는 이로 인하여 법률상 원인 없는 이득을 얻고 소유자는 경매에 의하여 소유권을 상실하는 손해를 입게 되어, 동산의 소유자는 배당을 받은 채권자에 대하여 부당이득으로서 배당받은 금원의 반환을 청구할 수 있다(98다6800).

우, ‘급부부당이득’의 경우에는 원고가 청구원인사실로서 ④ ‘법률상 원인이 없다’는 점에 대한 주장·증명책임을 지나, ‘침해부당이득’의 경우에는 피고가 항변사실로서 ‘이익을 보유할 정당한 권원’ 즉, ‘법률상 원인이 있다’는 점에 대한 주장·증명책임을 진다.

1) 이득, 손해의 발생

부당이득반환에 있어서 손해의 발생에 대한 증명책임이 부당이득반환을 청구하는 자에게 있다.³⁷⁴¹⁾ 이득의 발생에 대해서도 동일하게 보아야 한다.

부당이득반환청구의 상대방이 되는 수익자는 실질적으로 그 이익이 귀속된 주체이어야 한다.³⁷⁴²⁾ 채무를 면하는 경우와 같이 어떠한 사실의 발생으로 당연히 발생하였을 손실을 보지 않는 것과 같은 재산의 소극적 증가도 이익에 해당한다.³⁷⁴³⁾

침해부당이득에서는, 권리자가 침해행위로 현실적·구체적 손해를 입을 것이 요구되지 않고, 침해행위로 말미암아 그 재산으로부터 ‘이익을 누릴 가능성’이 박탈되었다는 것 자체로 권리자에게 손해가 있다고 보아야 한다.³⁷⁴⁴⁾ 타인 소유의 토지 위에 권한 없이

3741) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008다41574, 41581 판결.

3742) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결. ◀ 실질적으로 이득이 귀속된 바 없다면 그 이득의 반환의무를 부담시킬 수 없다. ① 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결; 피고 1은 1차계약 체결 직후 뇌출혈로 쓰러져 의식불명 상태가 되었고 이에 따라 피고 2와 아들인 소외인이 피고 1을 대신하여 2차계약을 체결하였고, 원고들은 그 당일 계약금을 피고 2에게 지급하였고, 피고 2는 위 계약금을 수령하였다는 취지의 영수증을 작성하여 원고들에게 교부한 사안에서, 위 돈은 피고 2에게 지급된 것일 뿐 피고 1에게 지급되었다고 볼 수 없고, 달리 의사무능력 상태에 있던 피고 1에게 위 돈이 실질적으로 귀속되었다고 보기도 어렵다고 한 예). ② 갑의 대리인 을이, 토지 소유자 병에게서 매도에 관한 대리권을 위임받지 않았음에도 대리인이라고 사칭한 정으로부터 토지를 매수하기로 하는 매매계약을 체결한 후, 갑이 병 명의 계좌로 매매대금을 송금하였는데, 병에게서 미리 통장과 도장을 교부받아 소지하고 있던 정이 위 돈을 송금당일 전액 인출한 사안에서, 병이 위 돈을 송금 받아 실질적으로 이익의 귀속자가 되었다고 보기 어렵다고 한 예(2010다37325, 37332). ③ 소외 1이 횡령한 돈이 처인 피고 1의 예금계좌로 입금되었다고 하더라도, 그로 인하여 피고 1이 위 돈 상당을 이득하였다고 하기 위해서는 피고 1이 위 돈을 영득할 의사로 송금 받았거나 소외 1로부터 이를 증여받는 등으로 위 돈에 관한 처분권을 취득하여 실질적인 이득자가 되었다고 볼 만한 사정이 인정되어야 할 것인데, 피고 1이 납편 소외 1로부터 퇴직금 중간정산금이라며 그 보관을 의뢰 받고 자신의 계좌로 위 돈을 송금 받았다가 송금 받은 그 날 소외 1에게 처분 용도를 물어 소외 1의 지시에 따라 송금된 돈의 대부분을 곧바로 소외 1에게 송금하고 나머지 돈도 그 무렵 소외 1에게 교부하여 주었다는 것인바, 이와 같은 송금 및 반환 경위에 비추어 볼 때 피고 1이 위 돈을 자신의 계좌로 송금받았다고 하여 실질적으로 이익의 귀속자가 되었다고 보기는 어려우므로, 원고의 피고 1에 대한 부당이득반환 주장은 이유 없다고 한 예(2003다8862).

3743) 대법원 2024. 3. 28. 선고 2023다308911 판결; 원고의 자녀를 사칭한 성명불상자가 원고에게 전화하여 원고의 휴대전화에 원격조종 프로그램을 설치한 다음, 원고의 은행계좌에서 피고에게 부여된 소외 카드회사의 가상계좌로 100만 원을 이체하였는데, 위 돈은 피고의 소외 회사에 대한 신용카드대금으로 결제되었고, 이에 원고가 성명불상자로부터 송금을 받은 피고를 상대로 부당이득반환을 구한 사안에서, 피고가 자신의 신용카드대금 채무이행과 관련하여 소외 회사 명의의 가상계좌로 송금된 원고의 돈으로 법률상 원인 없이 위 채무를 면하는 이익을 얻었으므로 원고에게 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무를 부담하고, 이때 피고가 얻은 이익은 위 돈 자체가 아니라 위 돈이 소외 회사 명의의 가상계좌로 송금되어 자신의 채무를 면하게 된 것이므로, 피고가 위 돈을 사실상 지배하였는지는 피고의 부당이득 반환의무 발생에 영향을 미치는 사정이 아닌데도, 피고가 위 돈을 사실상 지배할 수 있는 상태에 이르지 못하여 실질적인 이득을 얻지 못하였다는 이유로 피고의 부당이득 반환의무를 부정한 원심이 잘못이 있다고 한 예.

3744) 대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견; “중전 대법원판결은 부동산의 무단점유로 수익자에게 이익이 발생해도 권리자에게 그에 상응하는 손해가 실제로 발생해야만 부당

건물이나 공작물 등을 소유하고 있는 자는 그 자체로서 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인 없이 타인의 재산으로 토지의 차임에 상당하는 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 동액 상당의 손해를 주고 있다고 보아야 한다.³⁷⁴⁵⁾

부당이득반환책임이 인정되는 경우에 법원은 그 손해액에 관한 당사자의 주장과 증거가 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 증거를 촉구하여야 하고 경우에 따라서는 직권으로라도 손해액을 심리·판단하여야 한다.³⁷⁴⁶⁾

손실자의 급부에 의한 부당이득(급부부당이득)의 경우에는, 민법 제741조가 정하는 '이익' 또는 '그로 인한 손해'의 요건은 '계약상 급부'의 실행이라는 하나의 사실에 해소되어, 다른 특별한 사정이 없는 한 계약의 상대방 당사자가 얻은 계약상 급부가 당연히 부당이득으로 반환된다.³⁷⁴⁷⁾ '제3자를 위한 계약'의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와

이득의 성립을 인정하는 입장에서, 구분소유자들이 공용부분을 점포 등 용도로 사용·수익할 수 없다면 구분소유자들에게 차임 상당의 손해가 인정되지 않는다고 하였다. 다수의견은 위와 같은 경우에도 다른 구분소유자들이 공용부분을 그 용도대로 또는 전용하여 사용·수익할 권리가 침해되어 손해가 존재하고 '차임 상당액'은 그 손해를 금전적으로 평가하기 위한 기준에 불과하다는 이유로 부당이득의 성립을 인정한다. 여기에서 나아가 타인의 재산권 등을 침해하여 이익을 얻었음을 이유로 부당이득반환을 구하는 이른바 침해부당이득에서는, 권리가 침해행위로 현실적·구체적 손해를 입은 것이 요구되지 않고, 침해행위로 말미암아 그 재산으로부터 이익을 누릴 가능성이 박탈되었다는 것 자체로 권리자에게 손해가 있다고 보아 부당이득반환을 인정해야 한다는 논지에서 다수의견을 보충하고자 한다. ... 일반적으로 부동산을 권원 없이 점유·사용하는 자는 점유기간 동안 부동산 사용에 따른 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있고, 이때 소유자의 부동산 사용이 현실적으로 방해되었는지는 묻지 않는다. 판례는 토지 상공에 고압전선이 설치된 경우 토지사용자가 토지를 농지뿐만 아니라 이용하여 왔고 그 지상에 고층 건물을 지을 수 없더라도 토지 상공에 대한 구분지상권에 상응하는 차임 상당의 손해를 입었다고 보아 부당이득을 인정한다(94다54283). 또한 토지 지하에 무단으로 하수도 시설을 설치한 사안에서 토지소유자가 그 지하 부분을 실제로 사용하려 하였는지 묻지 않고 지하 부분에 대한 차임 상당액의 부당이득을 인정한다(96다14227). ... 소유자가 실제로 부동산을 사용할 계획이 있었는지나 소유자의 사용이 현실적으로 방해되었는지, 즉 소유자에게 구체적·현실적인 손해가 발생하였는지는 부당이득의 성립 여부와 무관한 것이다. ... 민법 제741조에서 말하는 '손해'는 불법행위나 채무불이행에서 말하는 '손해'와 동일한 개념으로 파악할 필요가 없다. ... 침해부당이득에서는 권리가 침해행위로 재산을 이용할 가능성이 박탈되었다는 사실 자체로 손해가 있다고 보아야 한다. 결국수익자가 무단으로 타인의 재산을 사용하여 이익을 얻었다면, 소유자에게는 타인이 자기 소유 물건을 무단으로 이용했다는 사실만으로 이용가능성을 빼앗긴 손해가 있다고 볼 수 있다."

3745) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다71978 판결. ㉠ 건물 소유자는 부지인 토지를 점유·사용할 수 있는 권원이 있음을 주장·증명하지 못하는 경우 토지의 차임에 해당하는 이익을 얻고 토지 소유자에게 같은 금액의 손해를 입었다고 볼 수 있어 토지 소유자에게 부당이득반환의무를 부담한다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다278320 판결). ㉡ 토지의 상공에 고압전선이 통과하게 됨으로써 토지소유자가 그 토지 상공의 사용·수익을 제한받게 되는 경우, 특별한 사정이 없는 한 고압전선의 소유자는 토지소유자의 사용·수익이 제한되는 상공 부분에 대한 차임 상당의 부당이득을 얻고 있으므로, 토지소유자는 이에 대한 반환을 구할 수 있다. 이때 토지 소유자의 사용·수익이 제한되는 상공의 범위에는 고압전선이 통과하는 부분뿐만 아니라 관계 법령에서 고압전선과 전조물 사이에 일정한 거리를 유지하도록 규정하고 있는 경우 그 거리 내의 부분도 포함된다. 한편 고압전선의 소유자가 해당 토지 상공에 관하여 일정한 사용권원을 취득한 경우, 그 양적 범위가 토지소유자의 사용·수익이 제한되는 상공의 범위에 미치지 못한다면, 사용·수익이 제한되는 상공 중 사용권원을 취득하지 못한 부분에 대해서 고압전선의 소유자는 특별한 사정이 없는 한 차임 상당의 부당이득을 토지소유자에게 반환할 의무를 부담한다(대법원 2022. 11. 30. 선고 2017다257043 판결). ㉢ 해당 토지의 현황이나 지목이 '도로'라는 이유만으로 부당이득의 성립이 부정되지 않으며, 도로로 이용되고 있는 사정을 감안하여 부당이득의 액수를 산정하면 된다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2018다228868 판결).

3746) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012다20819 판결.

요약자 사이에 이루어진다(‘채권충척-해제-원상회복청구’ 부분 참조). 이득자에게 ‘실질적’으로 이득이 ‘귀속’된 바 없다면 그 반환의무를 부담시킬 수 없다.³⁷⁴⁸⁾

2) 손해와 이득 사이의 인과관계

손해와 이득 사이의 인과관계의 의미로 판례는 이른바 ‘사회관념상 인과관계’론을 취하고 있다.³⁷⁴⁹⁾ 甲의 손실이 乙의 이익으로 돌아간다고 ‘사회관념상’ 인정되는 한 부당이득의 성립요건으로서 필요한 인과관계의 존재를 폭넓게 인정하고 있다.

3747) ① 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다98706 판결; “계약상 채무의 이행으로 당사자가 상대방에게 급부를 행하였는데 그 계약이 무효이거나 취소되는 등으로 효력을 가지지 못하는 경우에 당사자들은 각기 상대방에 대하여 계약이 없었던 상태의 회복으로 자신이 행한 급부의 반환을 청구할 수 있다. 계약의 효력 불발생에서의 이러한 원상회복의무를 법적으로 뒷받침하는 것이 민법 제741조 이하에서 정하는 부당이득법이 수행하는 핵심적인 기능의 하나이다. 이 경우의 부당이득반환의무에서는, … 상대방이 얻은 계약상 급부는 다른 특별한 사정이 없는 한 당연히 부당이득으로 반환되어야 한다. 다시 말하면 이 경우의 부당이득반환의무에서 민법 제741조가 정하는 ‘이익’ 또는 ‘그로 인한 손해’의 요건은 계약상 급부의 실행이라는 하나의 사실에 해소되는 것이다. 그리고 예를 들어 계약상 금전채무를 지는 이가 채권자 갑의 지시에 좇아 갑에 대한 채권자 또는 갑이 증여하고자 하는 이에게 직접 금전을 지급한 경우 또는 남의 경사를 축하하기 위하여 꽃을 산 사람이 경사의 당사자에게 직접 배달시킨 경우와 같이, 계약상 급부가 실제적으로는 제3자에게 행하여졌다고 하여도 그것은 계약상 채무의 적법한 이행(이른바 ‘제3자방(第三者方) 이행’)이라고 할 것이다. 이때 계약의 효력이 불발생하였으면, 그와 같이 적법한 이행을 한 계약당사자는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 제3자가 아니라 계약의 상대방 당사자에 대하여 계약의 효력불발생으로 인한 부당이득을 이유로 자신의 급부 또는 그 가액의 반환을 청구하여야 한다.” ② 대여금이 직접 피고에게 지급되지 아니하고 소외법인에게 지급되었으므로 피고가 얻은 급부가 없다거나 피고에게 ‘실질적인 이득’이 없다는 상고이유 주장을 배척한 예. ③ 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다42800, 42817, 42824, 42831 판결; “주권이 발행되지 않은 주식에 관하여 체결된 매매계약이 구 상법 제341조에서 금지한 자기주식의 취득에 해당하여 무효인 경우, 매도인은 지급받은 주식매매대금을 매수인에게 반환할 의무를 부담하는 반면 매수인은 매매계약 체결 당시 이행받은 급부가 없으므로 특별한 사정이 없는 한 반환할 부당이득이 존재하지 않는다. 다만 무효인 매매계약을 근거로 매수인이 마치 주주인 것처럼 취급되고 이러한 외관상 주주의 지위에서 매도인의 권리를 침해하여 매수인이 이익을 얻었다면 매수인은 그 이익을 반환할 의무가 있다. 그러나 매수인이 이러한 외관상 주주의 지위에 기하여 이익을 얻은 바도 없다면, 역시 매수인의 매도인에 대한 부당이득반환의무는 존재하지 않는다. … 무효인 매매계약에 따라 매수인에게 … 명의 개서절차가 이행되었더라도, 매도인은 특별한 사정이 없는 한 매수인의 협력을 받을 필요 없이 단독으로 매매계약이 무효임을 증명함으로써 회사에 대해 그 명의개서를 청구할 수 있다.” ④ 소외 회사와 피고들 사이의 주식매매계약이 구 상법에서 금지한 자기주식의 취득에 해당하여 무효인 이상, 주권이 발행되지 않은 이 사건 주식이 피고들로부터 소외 회사에게 이전되었다고 볼 수 없고, 피고들이 여전히 주식을 보유하므로, 소외 회사가 피고들에 대하여 ‘주식반환의 원상회복의무’ 또는 그 의무이행이 불가능함을 이유로 한 주식매매대금 상당의 ‘가액반환의무’를 부담한다고 볼 수 없으며, 소외 회사가 원상회복의무로서 ‘명의개서와 관련한 협조의무’를 부담한다거나 그러한 협조의무의 이행이 불가능하게 되었다고 보기도 어려우므로, 소외 회사가 피고들에 대하여 ‘부당이득반환의무’를 부담함을 전제로 한 피고들의 상계항변은 이유 없다고 한 예.

3748) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017다213838 판결. 구체적 사례로는, 甲의 대리인 乙이, 토지 소유자 丙으로부터 매도 대리권을 위임받지 않았음에도 대리인이라고 사칭한 丁과 체결한 토지 매매계약에 기하여, 甲이 丙 명의의 계좌로 매매대금을 송금하였는데, 丙으로부터 미리 통장과 도장을 교부받아 소지하고 있던 丁이 위 돈을 송금당일 전액 인출한 사안에서, 甲이 송금한 돈이 丙의 계좌로 입금되었다고 하더라도, 그로 인하여 丙이 위 돈 상당을 이득하였다고 하기 위해서는 丙이 이를 사실상 지배할 수 있는 상태에까지 이르러 실질적인 이득자가 되었다고 볼 만한 사정이 인정되어야 할 것인데, 甲의 송금 경위 및 丁이 이를 인출한 경위 등에 비추어 볼 때 丙이 위 돈을 송금 받아 실질적으로 이익의 귀속자가 되었다고 보기 어렵다고 한 2010다37325, 37332 판결 참조.

3749) 대법원 1997. 11. 28. 선고 96다21751 판결 등(96다43799 판결, 96다1610 판결).

3) 법률상 원인의 결여

(당사자 일방이 자신의 의사에 따라 일정한 급부를 한 다음 그 급부가 법률상 원인 없음을 이유로 반환을 청구하는) ‘급부부당이득’의 경우에는, ‘법률상 원인이 없다’는 점에 대한 증명책임은 부당이득반환을 주장하는 사람에게 있다. 이 경우 부당이득의 반환을 구하는 자는 ① ‘급부행위의 원인이 된 사실의 존재’와 함께 ② ‘그 사유가 무효, 취소, 해제 등(이들은 법률상 원인 없는 사유에 관한 공격방법에 지나지 않으므로 그 중 어느 사유를 주장하여 패소 확정판결을 받은 경우에 다른 사유를 주장하여 다시 청구하는 것은 기판력에 저촉되어 허용되지 않는다³⁷⁵⁰⁾)’으로 소멸되어 법률상 원인이 없게 되었음을 주장·증명하여야 하고(급부 원인이 행정처분인 경우에도 동일하다³⁷⁵¹⁾), 급부행위의 원인이 될 만한 사유가 처음부터 없었음을 이유로 하는 이른바 착오 송금과 같은 경우에는 ‘착오로 송금하였다는 점’ 등을 주장·증명하여야 한다.³⁷⁵²⁾

(타인의 재산권 등을 침해하여 이익을 얻었음을 이유로 부당이득반환을 구하는) ‘침해부당이득’의

3750) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다231928 판결. [동일 판시] 2007다49960; “집행권원에 기한 금전채권에 대한 강제집행절차에서, 그 집행권원에 표시된 집행채권이 소멸하였다 하더라도 그 강제집행절차가 청구이의의 소 등을 통하여 적법하게 취소·정지되지 아니한 채 계속 진행되어 채권압류 및 전부명령이 적법하게 확정되었다면, 특별한 사정이 없는 한 단지 집행채권의 소멸을 이유만으로, 확정된 전부명령에 따라 전부채권자에게 피전부채권이 이전되는 효력 자체를 부정할 수는 없는 것이고, 다만 위와 같이 전부명령이 확정된 후 그 집행권원상의 집행채권이 소멸한 것으로 판명된 경우에는 그 소멸된 부분에 관하여는 집행채권자가 집행채무자에 대한 관계에서 부당이득을 한 셈이 되므로, 그 집행채무자는 집행채권자에 대하여 그가 위 전부명령에 따라 전부받은 채권 중 실제로 추심한 금전 부분에 관하여는 그 상당액을, 추심하지 아니한 부분에 관하여는 그 채권 자체를 양도하는 방법에 의하여 부당이득의 반환을 구할 수 있다. 그리고 위와 같은 부당이득반환청구에서 집행채무자가 집행채권 소멸의 원인으로 주장할 수 있는 사유가 여러 가지인 경우 이들은 법률상의 원인 없는 사유에 관하여 공격방법이 다른 데 지나지 않으므로 그 중 어느 사유를 주장하여 패소의 확정판결을 받은 경우에 다른 사유를 주장하여 다시 청구하는 것은 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.” 前訴는 전부명령의 집행채권인 약속어음금채권이 그 원인채권 내지 피담보채권의 변제로 실질적으로 소멸하였음을 주장하면서 부당이득반환을 구하는 것이고, 後訴는 전부명령의 집행채권이 그에 앞선 다른 전부명령의 확정으로 소멸하였음을 주장하면서 부당이득반환을 구하는 것이므로, 전소와 후소는 모두 동일한 전부명령의 피전부채권에 기하여 추심한 금원 중 그 전부명령 전에 이미 집행채권이 소멸한 부분을 법률상 원인 없이 취득한 이익이라 하여 그 반환을 구하는 것으로서 소송물이 동일하고, 다만 그 집행채권의 소멸사유, 즉 법률상 원인 없는 사유에 관한 공격방법을 달리할 뿐이라고 판시한 예.

3751) 대법원 2023. 10. 12. 선고 2022다276697 판결; “요양기관의 요양급여비용 수령의 법률상 원인에 해당하는 요양급여비용 지급결정이 취소되지 않았다면, 요양급여비용 지급결정이 당연무효라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 결정에 따라 지급된 요양급여비용이 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없고, 공단의 요양기관에 대한 요양급여비용 상당 부당이득반환청구권도 성립하지 않는다. … 원고가 … 의사소견서 발급비용 지급결정을 직권으로 취소하였다는 주장·증명이 없고, … 지급결정이 당연무효라고 볼 만한 사정도 없어 그 결정에 따라 지급된 의사소견서 발급비용이 법률상 원인 없는 이득이라고 할 수 없으므로, 원고의 부당이득반환청구권이 성립하지 않을 여지가 있다.” [동일 취지] 무단으로 공유재산 등을 사용·수익·점유하는 자가 변상금부과처분에 따라 그 돈을 납부한 경우, 변상금부과처분이 당연무효이거나 행정소송을 통해 먼저 취소되기 전에는 부당이득반환청구로써 위 납부액의 반환을 구할 수 없다(2012다79828).

3752) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결; 원심이, ① 원고가 피고에게 7회에 걸쳐 합계 7,200만 원을 송금한 사실이 인정되나 원고 제출 증거만으로는 7,200만 원을 대여하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하고, ② 피고가 원고로부터 금전을 받은 사실이 인정되나, 그 원인에 관한 원고의 주장이 인정되지 않는다고 하여 곧바로 피고가 받은 금전을 아무런 법률상 원인 없이 이득한 것으로 볼 수 없고, 피고가 받은 금전이 부당이득에 해당한다는 점을 원고가 증명할 책임이 있는데, 제출 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 하여 원고의 예비적 청구도 배척한 것은, 모두 정당하다고 한 예.

경우에는, 부당이득반환 청구의 상대방이 그 '이익을 보유할 정당한 권원'이 있다는 점을 증명할 책임이 있다.³⁷⁵³⁾

확정판결은, 실체적 권리관계와 다르다 하더라도, 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한, 그 소송당사자를 기속하므로, '확정판결에 기한 이행으로 받은 급부' 및 그 급부의 대가로서 기존 급부와 동일성을 유지하면서 형태가 변경된 것에 불과한 '처분대금', 확정판결의 '강제집행으로 취득한 금원이나 채권' 등은 법률상 원인 없는 이익이라 할 수 없다(확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하는 경우 불법행위로 인한 손해배상채권이 성립할 수는 있고, '지급명령' 확정에 기한 급부의 경우 부당이득이 성립할 수 있다).³⁷⁵⁴⁾

부동산 임의경매가 피담보채권 소멸로 무효인 저당권에 기초하여 개시됨으로써 무효인 경우, 매수인은 부동산의 소유권을 취득할 수 없으나,³⁷⁵⁵⁾ 경매채권자가 그 경매절차에서 배당받은 금액이나 그 배당금에 대한 추심·전부 채권자가 채권배당절차에서 배당받

3753) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결, 대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다278320 판결.

대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다35903 판결: "물건의 소유자가 그 물건에 관한 어떠한 이익을 상대방이 권원 없이 취득하고 있다고 주장하여 그 이익을 부당이득으로 반환청구하는 경우에는, 우선 상대방이 얻는 이익의 구체적인 내용을 따져서 그 취득을 내용으로 하는 권리가 일반적으로 유상으로 부여되는 것이어서 그 이익이 부당이득반환의 대상이 될 만한 것인지를 살펴봐야 하며, 그 경우 그러한 이익의 유무는 상대방이 당해 물건을 점유하는지에 의하여 좌우되지 아니하고 점유 여부는 단지 반환되어야 할 이익의 구체적인 액을 산정함에 있어서 고려될 뿐이다. ... 이익이 긍정된다면 나아가 그 이익이 소유자의 손실로 얻어진 것인지, ... 상대방에게 ... 그 이익의 보유에 관한 '법률상 원인'이 있는지, 즉 당해 이익을 보유하는 것을 내용으로 하는 소유자에 대항할 수 있는 권원이 있는지 여부를 살펴야 한다. ... 이익을 보유할 권원이 있음을 주장·입증하지 아니하는 한 원고에게 그것을 부당이득으로 반환할 의무가 있다."

3754) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다243812 판결(피고가 원고로부터 확정판결에 따른 급부의 이행으로 반환받은 인센기의 매각대금은 법률상 원인 없는 이익이라 할 수 없다고 한 예). ◀ [동일 취지] ① 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다56665 판결: "확정판결이 실체적 권리관계와 다르다 하더라도 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한 그 판결의 기판력에 저촉되는 주장을 할 수 없어 그 판결의 집행으로 교부받은 금원을 법률상 원인 없는 이득이라 할 수 없는 것이므로, 불법행위로 인한 인신손해에 대한 손해배상청구소송에서 판결이 확정된 후 피해자가 그 판결에서 손해배상에 산정의 기초로 인정된 기대여명보다 일찍 사망한 경우라도 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한 그 판결에 기하여 지급받은 손해배상금 중 일부를 법률상 원인 없는 이득이라 하여 반환을 구하는 것은 그 판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다." ② 99다32905; "소송당사자가 허위의 주장으로 법원을 기망하고 상대방의 권리를 해할 의사로 상대방의 소송관여를 방해하는 등 부정한 방법으로 실체의 권리관계와 다른 내용의 확정판결을 취득하여 그 판결에 기하여 강제집행을 하는 것은 정의에 반하고 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 것이어서 권리남용에 해당한다고 할 것이지만, 위 확정판결에 대한 재심의 소가 각하되어 확정되는 등으로 위 확정판결이 취소되지 아니한 이상 위 확정판결에 기한 강제집행으로 취득한 채권을 법률상 원인 없는 이득이라고 하여 반환을 구하는 것은 위 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없고, 다만 위와 같이 위 확정판결에 기한 강제집행이 권리남용에 해당하는 이상 위 강제집행은 망인에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다 할 것이고 망인은 그로 인하여 피전부채권액 상당의 손해를 입게 되었다고 할 것이니 망인의 재산상속인인 채권자들은 채무자에 대하여 피전부채권액 중 각 상속지분에 상당한 돈에 대한 손해배상채권을 가지고 있다 할 것" ▶ 대법원 2024. 4. 12. 선고 2023다307741 판결: "지급명령에는 기판력이 인정되지 않으므로 실체적 권리관계와 다른 내용으로 지급명령이 확정되고 그 지급명령에 기한 이행으로 금전 등이 교부되었다면 그에 관하여 부당이득이 성립할 수 있다."

3755) 민사집행법 제267조(매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다)는 실체상 존재하는 담보권에 기하여 경매개시결정이 이루어졌으나 그 후 경매 과정에서 담보권이 소멸한 경우에는 예외적으로 공신풀을 인정하여 그 경매는 유효하고 매수인이 소유권을 취득한다는 규정이고, 경매개시결정 전에 담보권이 소멸한 경우까지 포함하여 경매의 공신풀을 인정하는 규정은 아니다(대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결).

은 금액에 대하여 그 수령자를 상대로 부당이득반환을 구할 수 있다.³⁷⁵⁶⁾

4) 편취·횡령 금전에 의한 변제와 변제수령자의 부당이득

채무자가 피해자로부터 편취 또는 횡령한 금전을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 사용하는 경우 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 그 금전이 편취 또는 횡령한 것이라는 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 채권자의 금전 취득은 피해자에 대한 관계에서 법률상 원인이 있는 것으로 봄이 상당하고,³⁷⁵⁷⁾ 이와 같은 법리는 채무자가 편취 또는 횡령한 금원을 자신의 채권자에 대한 채무변제에 직접 사용하지 아니하고 자신의 채권자의 다른 채권자에 대한 채무를 대신 변제하는 데 사용한 경우나,³⁷⁵⁸⁾ 제3자에게 증여한 경우에도³⁷⁵⁹⁾ 마찬가지로, 채권자가 채무자로부터 수령한 금전이 피해자에 대한 관계에서 부당이득이 되기 위해서는 채무자가 이를 편취 또는 횡령하였고, 채권자

3756) 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다228107 판결; 원심이, 무효인 부동산 임의경매절차의 배당금채권에 대하여 추심·전부받은 피고들은 부동산 경매와는 별개의 강제집행절차를 통하여 배당금을 지급받았으므로 위 경매절차로 인하여 원고의 경매 매각대금을 부당이득을 하였다고 볼 수 없다고 한 데 대하여, 대법원은, ① 피고들이 위 경매절차에서 인정된 소외인들(근저당권자 겸 임의경매신청인)의 배당금채권에 대하여 적법하게 발부되어 확정된 압류 및 추심·전부명령에 따라 별도의 채권배당절차에서 그중 일부를 배당금으로 수령하였더라도, 위 경매절차가 무효인 이상, 소외인들의 배당금채권 자체가 존재하지 않아 피고들의 압류 및 추심·전부명령 역시 무효이므로, 피고들은 법률상 원인 없이 원고의 매각대금으로 인하여 수령한 배당금 상당의 이익을 얻고 원고에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다고 봄이 타당하고, ② 원고와 소외인들 사이에는 별도의 계약관계가 존재한다고 볼 수 없고 원고가 자신의 의사에 따라 소외인들에게 일정한 금부를 한 경우라고 볼 수도 없는 이상, '금부부당이득'에 관한 법리가 적용되는 사안이라고 볼 수 없으며, ③ '채권의 준점유자에 대한 변제(민법 제470조)'는 적어도 채권의 존재 사실 자체가 인정되어야 적용될 수 있는데, 위 경매절차가 무효인 이상, 소외인들의 배당금채권이 존재한다고 볼 수 없고, 위 배당금채권에 관한 피고들의 압류 및 추심·전부명령 역시 무효이므로, 민법 제470조가 적용되는 사안이라고 보기도 어렵다.'고 판단한 예.

3757) 즉, 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 채권자의 금전 취득은 피해자에 대한 관계에 있어서 법률상 원인을 결여한 것으로 봄이 상당하나, 채권자가 그 변제를 수령함에 있어 단순히 과실이 있는 경우에는 그 변제는 유효하고 채권자의 금전 취득이 피해자에 대한 관계에 있어서 법률상 원인을 결여한 것이라고 할 수 없다(대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결).

3758) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733, 53740 판결; 경리업무 담당자가 회사자금의 횡령 사실을 은폐할 목적으로 권한 없이 회사 명의로 은행과 대출계약을 체결하여 그 대출금을 편취한 후 이를 회사 또는 그 회사의 채권자인 거래처의 예금계좌에 송금하여 횡령금 상당액을 변제한 경우, 위 송금 당시 이러한 사정에 대하여 회사의 악의 또는 중과실이 없는 한 위 회사가 금전취득 또는 채무소멸의 이익을 얻은 것은 편취행위의 피해자인 은행에 대한 관계에서 법률상 원인이 있다고 한 사례.

3759) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다74246 판결; 甲이 지방세공무원으로 재직하던 중 아무런 과오납 환부사유가 없는 사망자나 관외 거주자 등에게 과오납 환부사유가 있는 것처럼 서류를 작성하여 청정아버지인 乙을 포함한 가족들 또는 지인들 명의의 계좌로 과오납금을 송금하는 방법으로 수차례 횡령을 하였는데, 乙이 자신에게 송금된 돈 중 甲에게 다시 계좌이체를 해주고 남은 돈 및 횡령금의 일부로서 甲에게서 별도로 교부받은 돈을 집수리비용과 차량구입비용으로 사용한 사안에서, 甲이 횡령금 중 일부를 乙에게 송금하거나 교부함으로써 증여하였다고 볼 수 있으므로, 乙이 위 돈을 송금받거나 교부받을 당시 그것이 횡령한 것이라는 점에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 있었는지에 관하여 심리한 다음 부당이득 성립 여부를 판단하였어야 하는데도, 이에 이르지 않은 채 선의취득 여부만을 살펴 乙의 부당이득반환의무를 인정한 원심판결을 파기한 사례.

● 한편, 민법 제747조는 원물반환이 불능인 경우의 가액 반환에 대한 무상의 전득자의 책임을 규정하고 있는데, "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 악의의 제3자는 전항의 규정에 의하여 반환할 책임이 있다."라고 규정하고 있다.

는 그 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 있어야 할 것이며, 이에 대한 증명책임은 부당이득반환을 구하는 피해자에게 있다.³⁷⁶⁰⁾

5) 삼각관계에서의 급부와 부당이득

‘편취금전에 의한 변제와 부당이득반환’의 법리는 침해부당이득 관계의 경우에 적용되는 것이고, 급부부당이득 관계의 경우에는 적용되지 않아, 이른바 ‘삼각관계에서의 급부’ [= 계약의 일방당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계(대가관계)를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경위가 이루어진 경우에, 제3자가 급부를 수령함에 있어 계약의 일방당사자가 계약상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계(보상관계)에 무효 등의 흠이 있었다는 사실을 ‘알고 있었다 할지라도’ 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다.³⁷⁶¹⁾ ‘단축급부’는 계약상대방의 지시뿐만 아니라, 채권양도³⁷⁶²⁾와 제삼자를

3760) 대법원 2024. 6. 27. 선고 2024다216187 판결: “채권자가 수령한 금전이 편취된 것이라는 사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다는 점에 대한 증명책임은 피해자에게 있다.”(피고는 중고거래 인터넷 사이트를 통해 금목걸이를 판매하였을 뿐, 원고 계좌에서 피고 계좌로 송금된 금목걸이 대금이 보이스피싱 범죄자가 원고로부터 편취한 금원이라는 사실을 피고가 알았거나 알지 못한 데에 중대한 과실이 있었다고 단정하기는 어렵다고 한 예) [동일 판시] 2008다41574, 41581: “이 사건 진료비는 교통사고 피해자인 소외인이 가해자의 보험회사인 피고로부터 보험금을 지급받아 그 돈으로 원고에게 치료비로 변제하였다는 것이므로, … 원고가 소외인으로부터 지급받은 위 진료비가 피고에 대한 관계에서 부당이득이 되기 위해서는 소외인이 피고에게 위 진료비를 교통사고 보험금으로 청구할 수 없음에도 불구하고 피고를 속여 이를 편취하였고, 원고는 그 사실에 대하여 악의 또는 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 있어야 할 것이며, 이에 대한 입증책임은 피고에게 있다.”

3761) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결: “계약의 일방당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부한 경우(이른바 삼각관계에서의 급부가 이루어진 경우), 그 급부으로써 급부를 한 계약당사자의 상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부도 이루어지는 것이므로 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다. 이러한 경우에 계약의 일방당사자가 계약상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계에 무효 등의 흠이 있다는 이유로 제3자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 수익자인 제3자가 계약상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하기 때문이다. 이와 같이 삼각관계에서의 급부가 이루어진 경우에, 제3자가 급부를 수령함에 있어 계약의 일방당사자가 계약상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계에 무효 등의 흠이 있었다는 사실을 알고 있었다 할지라도 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다. … 한편, 이득자가 손실자의 부당한 출연 과정을 알고 있었거나 잘 알 수 있었을 경우에는 그 이득이 손실자에 대한 관계에서 법률상 원인이 없는 것으로 보아야 한다는 취지로 원심에서 들고 있는 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 청산을 구하는 경우(이른바 급부부당이득관계)에 관련된 이 사건과는 사안을 달리하는 것이므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.” ㉠ 총회 결의에 따라 추가부담금 등을 납부할 의무를 조합에 부담하는 원고들(재건축조합원)이 조합의 지시에 따라 추가부담금 등을 조합과 재건축사업공사계약을 체결한 피고에게 공사대금 등으로 직접 지급한 사안에서, ‘원고들이 제3자인 피고에게 한 급부는 원고들의 조합에 대한 추가부담금 등의 납부 의무의 이행으로서 이루어진 것임과 동시에 조합의 피고에 대한 공사대금 등 지급채무의 이행으로서도 이루어진 것이고, 다만 조합의 지시 등으로 그 급부과정을 단축하여 원고들이 피고에게 직접 급부한 것으로 평가할 수 있다. 이러한 경우에 원고들이 조합에게 추가부담금 등을 납부한 법률상 원인이 된 총회가 부존재하거나 무효로 되었다고 하더라도 피고는 조합과 사이의 공사계약에 따른 공사대금 등의 변제로서 원고

위한 계약,³⁷⁶³⁾ 질권설정행위³⁷⁶⁴⁾ 등 다양한 방식으로 이루어질 수 있다. 계약상대방의

들로부터 추가납부금 등을 수령한 것이므로 피고가 그 급부의 수령에 대한 유효한 법률상 원인을 보유하고 있다. 나아가, 피고가 원고들로부터 급부를 수령함에 있어, 원고들이 조합에게 추가부담금 등을 납부한 법률상 원인이 된 총회가 부존재하거나 무효인 사실을 알고 있었다 할지라도 원고들은 피고를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다.'라고 판시한 예.

3762) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결; 피고 분양회사가 원고들과 상가 분양계약을 체결할 당시 피고 신탁회사와 체결한 분양관리신탁계약 및 대리사무계약에 따라 분양대금채권을 피고 신탁회사에 양도하였고, 원고들이 이를 승낙하여 분양대금을 전부 피고 신탁회사의 계좌로 납입하였는데, 그 후 원고들이 피고 회사를 상대로 분양계약 해제·취소로 인한 원상회복·부당이득반환으로 원고들이 납부한 분양대금 등의 지급을 구한 사안에서, 원심이, 분양대금채권이 양도됨으로써 채무자인 원고들과 양수인인 피고 신탁회사 사이에 직접적인 채권·채무관계가 설정되었고 피고 신탁회사가 양수한 분양대금채권의 행사가 그 고유의 이익을 위한 것이 아니어서, 그 기초가 된 분양계약이 취소되어 소급적으로 무효가 된 경우에 위 채권·채무관계에 의하여 원고들이 피고 신탁회사에 이행한 급부는 법률상 원인이 없게 되었다는 이유로, 피고 신탁회사는 분양관리신탁 계약 등에 따라 관리하고 있는 신탁재산의 한도 내에서 수분양자인 원고들에게 분양대금을 반환할 책임이 있다고 한 데 대하여, 대법원은, 원고들이 분양계약에 따라 피고 신탁회사 명의의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 '단축급부'에 해당하고, 이러한 경우 피고 신탁회사는 피고 분양회사와의 분양관리신탁계약 등에 따른 변제로서 정당하게 분양대금을 수령한 것이므로, 원고들이 피고 신탁회사를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 원상회복청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다고 하면서 "원심이 인용한 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은 이 사건과 사안을 달리하므로 이 사건에 원용할 수 있는 것이 아니다."라고 한 사례. ■ 이와 달리, 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은, "계약이 해제된 경우 계약해제 이전에 해제로 인하여 소멸되는 채권을 양수한 자는 계약해제의 효과에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없음은 물론이고, 나아가 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다."라고 하였다.

3763) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566, 7573 판결; "제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다." [동일 판시] 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다31860, 31877 판결(보상관계와 대가관계가 모두 무효인 사안). ■ 다만, 보험계약자가 타인의 생활상의 부양이나 경제적 지원을 목적으로 보험자와 사이에 타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험 계약을 체결하여 보험수익자가 보험금 청구권을 취득한 경우, 보험자의 보험수익자에 대한 급부는 보험수익자에 대한 보험자 자신의 고유한 채무를 이행한 것이므로, 보험자는 보험계약이 무효이거나 해제되었다는 것을 이유로 보험수익자를 상대로 하여 그가 이미 보험수익자에게 급부한 것의 반환을 구할 수 있고, 이는 타인을 위한 생명보험이나 상해보험이 제3자를 위한 계약의 성질을 가지고 있다고 하더라도 달리 볼 수 없다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결).

3764) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결; "금전채권의 질권자가 민법 제353조 제1항, 제2항에 의하여 자기채권의 범위 내에서 직접청구권을 행사하는 경우 질권자는 질권설정자의 대리인과 같은 지위에서 입질채권을 추심하여 자기채권의 변제에 충당하고 그 한도에서 질권설정자에 의한 변제가 있었던 것으로 보므로, 위 범위 내에서는 제3채무자의 질권자에 대한 금전지급으로써 제3채무자의 질권설정자에 대한 급부가 이루어질 뿐만 아니라 질권설정자의 질권자에 대한 급부도 이루어진다고 보아야 한다. 이러한 경우 입질채권의 발생 원인인 계약관계에 무효 등의 흠이 있어 입질채권이 부존재한다고 하더라도 제3채무자는 특별한 사정이 없는 한 상대방 계약당사자인 질권설정자에 대하여 부당이득반환을 구할 수 있을 뿐이고 질권자를 상대로 직접 부당이득반환을 구할 수 없다. 이와 달리 제3채무자가 질권자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면 자기 책임 하에 체결된 계약에 따른 위험을 제3자인 질권자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 질권자가 질권설정자에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하기 때문이다. 반면에 질권자가 제3채무자로부터 자기채권을 초과하여 금전을 지급받은 경우 그 초과 지급 부분에 관하여는 위와 같은 제3채무자의 질권설정자에 대한 급부와 질권설정자의 질권자에 대한 급부가 있다고 볼 수 없으므로, 제3채무자는 특별한 사정이 없는 한 질권자를 상대로 초과 지급 부분에 관하여 부당이득반환을 구할 수 있다고 할 것이지만, 부당이득반환청구의 상대방이 되는 수익자는 실질적으로 그 이익이 귀속된 주체이어야 하는데, 질권자가 초과 지급 부분을 질권설정자에게 그대로 반환한 경우에는 초과 지급 부분에 관하여 질권설정자가 실질적 이익을 받은 것이지 질권자로서는 실질적 이익이 없다고 할 것이므로, 제3채무자는 질권자를 상대로 초과 지급 부분에 관하여 부당이득반환을 구할 수 없다." ■ 乙이 丙에 대한 대출금채무를 담보하기

지시 등이 없는 경우에는 계약의 일방당사자가 제3자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다.³⁷⁶⁵⁾ 채무자 아닌 자가 타인의 채무를 자기의 채무로 잘못 알고 자기 채무의 이행으로서 변제한 경우는 단축급부에 관한 법리가 적용되지 않는다.³⁷⁶⁶⁾

나. 다른 청구권과의 관계

‘계약상의 급부’가 계약의 상대방뿐 아니라 제3자에게 이익이 된 경우에 급부를 한 계약당사자는 계약 상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 이외에 그 제3자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수는 없다.³⁷⁶⁷⁾ 이는 그 급부가 ‘사무관리’에

위해 丙에게 乙의 甲에 대한 보험금청구권에 관하여 질권을 설정해 주었고, 보험사고가 발생하자 甲은 질권자인 丙에게 직접 보험금을 지급해 주었는데, 乙이 보험금청구 당시 허위의 손해사정자료를 제출함으로써 보험약관에 의해 甲의 乙에 대한 보험금지급의무가 없음이 밝혀지자 甲이 丙을 상대로 직접 부당이득반환청구를 한 사안에서, 丙의 피담보채권의 범위 내에서는 甲은 乙에 대해 부당이득반환청구를 할 수 있을 뿐이고 丙에 대해 직접 부당이득반환청구를 할 수는 없다고 한 예.

3765) 2012다92258 중 “질권자가 제3채무자로부터 자기채권을 초과하여 금전을 지급받은 경우 그 초과 지급 부분에 관하여는 위와 같은 제3채무자의 질권설정자에 대한 급부와 질권설정자의 질권자에 대한 급부가 있다고 볼 수 없으므로, 제3채무자는 특별한 사정이 없는 한 질권자를 상대로 초과 지급 부분에 관하여 부당이득반환을 구할 수 있다.” 부분 참조.

3766) ① 발주자가 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 제1항 제4호에 따라 수급사업자로부터 하도급대금의 직접 지급을 요청받을 당시 원사업자에 대한 대금지급채무가 이미 변제로 소멸한 상태인 경우 발주자의 수급사업자에 대한 직접 지급의무는 발생하지 아니함에도, 발주자가 수급사업자에 대한 직접 지급의무가 발생하였다고 착오를 일으킨 나머지 수급사업자에게 하도급대금 등을 지급하였다면, 이는 채무자가 아닌 제3자가 타인의 채무를 자기의 채무로 잘못 알고 자기 채무의 이행으로서 변제한 경우에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 발주자는 수급사업자를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다(대법원 2019. 12. 24. 선고 2018다223139 판결). 2009다67351은 원심이 원고의 피고들에 대한 하도급대금의 지급이 단축된 급부에 해당한다는 이유로 피고들이 법률상 원인 없이 하도급대금을 수령한 것이라고 볼 수 없다고 판단한 것에는 부당이득반환에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 하였다. ② 책임보험에서 보험자가 피보험자에게 보험금을 지불하지 아니하고 직접 피해자에게 그 손해를 보상하였다면 이는 보험자가 병존적으로 인수하여 부담하는 피해자에 대한 자신의 손해배상채무를 변제할 의사로 한 것이지, 타인의 채무인 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 변제할 의사로 한 것이 아니므로, 교통사고에 대하여 보험계약의 효력이 미치지 않아 출연의 목적 내지 원인을 결여하였음이 밝혀진 경우, 보험자는 피해자에게 부당이득반환을 구할 수 있다(99다37856).

3767) 대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564, 66571 판결: “계약상의 급부가 계약의 상대방뿐만 아니라 제3자의 이익으로 된 경우에 급부를 한 계약당사자가 계약 상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 이외에 그 제3자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면, 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라, 채권자인 계약당사자가 채무자인 계약 상대방의 일반채권자에 비하여 우대받는 결과가 되어 일반채권자의 이익을 해치게 되고, 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하므로, 위와 같은 경우 계약상의 급부를 한 계약당사자는 이익의 귀속 주체인 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 한편, 유효한 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유 물건의 점유를 이전받아 이를 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 도급인이 그 물건을 간접점유하면서 궁극적으로 자신의 재산으로 비용지출과정을 관리한 것이므로, 도급인만이 소유자에 대한 관계에 있어서 민법 제203조에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자라고 할 것이고, 수급인은 그러한 비용지출자에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.” ☞ 원고(1/2), 정OO, 정□□(각 1/4) 공유인 건물에 관하여 정OO이 원고 등의 없이 피고에게 1, 2층 창호공사를 2억 5천만 원에 도급주고 피고가 공사를 완료하였으나 공사대금을 지급받지 못했는데, 위 공사로 건물 가치가 149,779,696원 상당 증가한 사안에서, 원심이, “원고는 피고에게 위 공사로 건물 가치가 증가한 부분 중 원고 지분에 상응하는 74,889,848원을 부당이득 내지 유익비로서 반환할 의무가 있다”고 판단한 데 대하여, 대법원은, “정OO으로부터 건물에 관한 공사를 도급받아 공사를 완료한 피고로서는 건물의 공유자 중 1인인 원고에 대하여 직접 부당이득반환을 청구하거나 유익비상환을 청구할 수 없다”고 한 예.

의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다.³⁷⁶⁸⁾

반면에, 부당이득반환청구권과 '불법행위로 인한 손해배상청구권'은 서로 실체법상 별개의 청구권으로 존재한다.³⁷⁶⁹⁾ 국가 등은 국유재산의 무단점유자를 상대로 국유재산법상 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.³⁷⁷⁰⁾

다. 비채변제

1) 협의의 비채변제

비채변제³⁷⁷¹⁾를 원인으로 부당이득금의 반환을 청구하는 변제자 측은 ① 채무가 존재하지 아니한 사실과 ② 변제 사실³⁷⁷²⁾을 주장·증명하면 족하고, 상대방인 변제수령자 측이 항변사실로서 '변제자가 채무 없음을 알았다는 사실'을 주장·증명하여야 한다.³⁷⁷³⁾

민법 제742조 소정의 비채변제는 변제자가 채무 없음을 알면서도 '임의로' 지급한 경우에만 성립하고, 채무 없음을 알고 있었다 하더라도 '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 사정'이 있는 때에는 변제자가 그 반환청구권을 상실하지 않는다.³⁷⁷⁴⁾ '변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진

3768) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다17106 판결; "의무 없이 타인을 위하여 사무를 관리한 자는 그 타인에 대하여 민법상 사무관리 규정에 따라 비용상환 등을 청구할 수 있는 외에 그 사무관리에 의하여 결과적으로 사실상 이익을 얻은 다른 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수는 없다."

3769) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결.

3770) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두5688 판결(이러한 변상금 부과·징수권과 민사상 부당이득반환청구권은 동일한 금액 범위 내에서 결합하여 병존하게 되고, 민사상 부당이득반환청구권이 만족을 얻어 소멸하면 그 범위 내에서 변상금 부과·징수권도 소멸하는 관계에 있다).

3771) 민법 제742조(비채변제) 채무 없음을 알고 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다. 위 규정은 변제자가 채무 없음을 알면서도 변제를 한 경우에 적용되는 것이고, 채무 없음을 알지 못한 경우에는 그 과실 유무를 불문하고 적용되지 아니한다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다96847 판결 등).

3772) 변제 주체에 대한 증명책임은 자신이 변제 주체임을 전제로 변제에 법률상 원인이 없다고 주장하며 부당이득 반환청구를 하는 사람에게 있다(대법원 2024. 2. 15. 선고 2023다272883 판결).

3773) 민법 제742조는 부당이득의 일반적 성립요건에 관한 규정인 민법 제741조의 예외규정으로서 부당이득반환청구권에 대한 권리장애규정에 해당하므로, '변제자가 채무 없음을 알았다는 점'에 대한 주장·증명책임은 반환청구권을 부인하는 측에게 있다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다96847 판결 등).

판례 중에는 "원심이 ... 채무 없음을 모르고 ... 변제한 것이므로 원고들로서는 그 반환청구권을 상실하지 않는다고 판단한 것은 정당하고"(2004다54633 판결, 97다5541 판결)라거나, "원심이 그 판시 중에서 전부금으로 원고가 변제한 돈 중 833,094원이 부존재하였음을 몰랐었던 점에 관하여 분명히 판시한 점은 없으나"(76다2212 판결)라고 설시한 것이 보이나, 이는 적절치 않고, 요증대상으로 변제자의 '부지(不知)'가 아닌 변제자의 '악의(惡意)'를 내세워 '변제자가 채무 없음을 알았음'을 인정하기 어렵다거나 인정할 증거가 없다는 식으로 설시함이 타당할 것이다.

비채변제에 해당한다는 주장을 사실심에서는 하지 아니하고 상고심에 이르러 비로소 하는 경우라면 이는 적법한 상고이유가 될 수 없다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2007다71271 판결 등).

3774) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2008다39786 판결 등.

것으로 볼 수 있는 사정'은 부당이득의 반환을 청구하는 변제자 측이 상대방의 비채변제 항변에 대한 재항변 사실로 주장·증명하여야 한다.³⁷⁷⁵⁾

반환청구권을 유보하고 변제하는 유보부 변제(留保附 辨濟)의 경우도³⁷⁷⁶⁾ '채무 없음을 알았으나 변제를 합리화 시킬 만한 사정'이라는 점에서 '자유로운 의사에 반하여 이루어진 변제'와 동일하므로 그 증명책임도 마찬가지로 변제자 측에 있다고 봄이 옳다.³⁷⁷⁷⁾

납세의무자와 과세관청 사이의 조세법률관계에서 발생한 부당이득에 대하여는 민법상의 비채변제의 규정이 적용되지 아니한다.³⁷⁷⁸⁾

2) 기한 전 변제

민법 제743조³⁷⁷⁹⁾ 단서 규정에 기초하여, 부당이득반환을 구하는 변제자 측은

3775) 민법주해 채권(10), 2005, 402면(양창수 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999, 493면(김문석 집필). 이 점에 대한 명시적인 판례는 없다. 대법원 판결 중에는 "원고의 피고에 대한 이자지급이 입의에 의한 비채변제라고 볼 수 없다고 판단하였는바, ... 원심의 위와 같은 증거취사, 사실인정 및 판단은 정당하고"라거나(2007다11316 판결), "피고가 원고 회사에게 급료 및 상여금 명목으로 지급받은 금액을 반환할 의무가 없다는 것을 알면서 자유로운 의사에 기하여 반환하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다"(95다52222, 52239 판결)고 하여 '임의'나 '자유로운 의사'를 비채변제를 주장하는 변제수령자 측이 주장·증명할 책임이 있다고 판시한 것으로 볼 수 있는 것도 있으나, 대부분의 판결들은 '변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것으로 볼 수 있는 사정'을 요증대상으로 하여 실시하고 있으므로(예컨대, 2008다39786 판결("변제지점에 따른 손해를 피하기 위하여 자유로운 의사에 반하여 피고가 요구하는 연대보증채무 상당액을 부득이하게 지급한 것이라고 봄이 상당하다"), 2009다4022 판결("원심은 ... 원고들은 불법거주배상금을 지급하지 아니하여 이 사건 각 아파트에 관한 분양계약을 체결하지 못함으로써 발생하게 될 사실상의 손해를 피하기 위해 부득이하게 불법거주배상금을 지급하였다고 판단하였는바, ... 원심의 위와 같은 인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고"), 2004다54633 판결("원심이 ... 채무 없음을 알고서도 변제지점으로 인한 사실상의 손해를 피하기 위하여 그 자유로운 의사에 반하여 부득이 변제한 것이므로 원고들로서는 그 반환청구권을 상실하지 않는다고 판단한 것은 정당하고"), 87다432 판결("원심이 ... 원고는 피고가 독점 공급하고 있는 전기공급을 받기 위하여서는 다른 방도가 없어서 인수하지도 아니한 소외회사의 체납전기요금채무를 부득이 변제하게 된 것이므로 그 지급물의 반환을 구할 수 있다는 취지로 판단한 것은 정당하고") 등), 판례는 부당이득반환 청구의 변제자 측이 비채변제 항변에 대한 재항변 사실로 위와 같은 사정을 주장·증명하여야 한다는 입장에서 있다고 봄이 옳다.

3776) 예컨대, 91다17917 판결의 사안("원고가 공장을 매수할 당시 전기요금체납 사실을 알지 못하였는데, 피고가 전기공급을 해주지 아니하므로 이를 공급받기 위하여 부득이 인수하지도 아니한 소외 회사의 체납전기요금채무를 그 반환청구권을 유보하고 변제하게 된 때에는, 매수 당시부터 그 체납사실을 알면서도 이를 매수한 경우와 달리 민법 제742조의 비채변제에 해당한다고 할 수 없고, 원고가 중도금까지 지급한 후에 전기요금체납사실을 알게 되었다 하여 결론이 달라질 수 없다 할 것이다.")

3777) 민법주해 채권(10), 2005, 402면(양창수 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999, 493면(김문석 집필).

3778) 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31419 판결 등. 이는, 조세법령에 따라 납세의무가 법정되어 있고 가산세 등으로 그 납부가 강제되며 체납절차를 통한 자력집행권에 기한 징수가 이루어질 수 있다는 점에서 납세의무자로서는 부득이 하게 일단은 납부할 수밖에 없다는 데 따른 것이다. 따라서 납세자의 부당이득반환청구 상대방인 국가나 지방자치단체가 비채변제를 항변으로 내세우더라도 이는 주장 자체로 이유가 없어 유효한 항변이 될 수가 없고, 납세자가 '강제로 부득이하게 변제한 점'을 재항변으로 주장하여야 하는 것은 아니다. 국세체납의 예에 따라 징수할 수 있는 각종 부담금의 경우에도 조세법률관계에 준하여 민법상 비채변제의 규정이 적용되지 아니하므로(2001다72074), 동일한 논리가 적용된다. 강제집행에 의한 채권의 만족도 변제자의 의사에 기하지 아니하고 행하여지는 것으로서 비채변제가 성립되지 아니한다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2017다286577 판결).

3779) 민법 제743조(기한전의 변제) 변제기에 있지 아니한 채무를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다. 그러나 채무자가 착오로 인하여 변제한 때에는 채권자는 이로 인하여 얻은 이익을 반환하여야 한다. ☞ 변제기 전

청구원인 사실로서 ① 변제기 전 변제 사실과 함께 ② 그 변제가 '착오로 인한 것'³⁷⁸⁰⁾임을 증명할 책임이 있다(부인설).³⁷⁸¹⁾ 착오로 변제기 전에 변제한 경우라도 중대한 과실이 있는 경우에는 변제수령자가 이익을 반환할 필요가 없다는 취지의 판시도 보이나,³⁷⁸²⁾ 위 단서 소정의 '착오'는 민법 제109조의 의사표시 착오와는 관계가 없다 하여 위 판시에 찬성하지 않는 견해가 유력하다.³⁷⁸³⁾

3) 도의관념에 적합한 비채변제

민법 제742조의 비채변제에 관한 주장 속에 민법 제744조³⁷⁸⁴⁾의 도의관념에 적합한 비채변제³⁷⁸⁵⁾에 관한 주장이 반드시 포함되어 있는 것으로 볼 수는 없다.³⁷⁸⁶⁾

4) 타인의 채무의 변제

① 채무자 아닌 자가 착오로 인하여 타인의 채무를 변제한 경우에, ② 채권자가
 ㉠ 선의로 증서를 훼손하거나 ㉡ 담보를 포기하거나 ㉢ 시효로 인하여 그 채권을 잃은

변제라도 채무가 있는 이상 법률상 원인 없는 변제가 아니고, 채권자의 채무가 변제로 소멸하는 이상 채권자에게 이득이 생긴 것도 아니라는 점에서, 민법 제743조 본문은 부당이득이 성립하지 않는 당연한 사리를 규정한 데 지나지 않고, 단서가 변제기까지 이자 상당 부당이득의 성립을 규정한 것이다.

3780) 여기서 '착오로 인하여'라 함은 변제기 전임을 알지 못하였음을 의미하므로, 변제기가 도래했다고 오신하고서 변제한 경우에 한하고, 변제기 전임을 알면서 변제한 자는 기한의 이익을 포기한 것으로 볼 것이다(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다6856 판결).

3781) '착오'의 유무에 대한 증명책임에 관하여, 반환을 거부하는 변제수령자 측에게 변제가 착오로 인한 것이 아님을, 즉 민법 제742조의 비채변제와 마찬가지로 기한 전 변제에 대한 변제자의 악의를 증명할 책임이 있다는 견해(항변설)도 있으나, 위 단서 규정은 부당이득반환청구의 권리근거규정에 해당하므로, 부인설을 취함이 옳다(민법주해 채권(10), 2005, 415면(양창수 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999, 498면(김문석 집필)). 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다6856 판결은, "피고의 위 중간퇴직금 지급이 착오에 의한 것임을 인정할 수 있는 사정이 엿보이지 않는 이 사건에 있어서 변제기 전의 변제로 인한 법정이자 상당액의 부당이득을 피고가 원고에게 지급하여야 할 퇴직금에서 공제하여야 한다는 피고의 주장은 배척되어야 할 것"이라고 판시하여, '착오에 의한 것임을 인정할 수 있는 사정'을 요증대상으로 삼고 있으므로, 판례의 입장도 동일하다고 볼 수 있다.

3782) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다6856 판결; "피고가 원고에게 중간퇴직금을 지급하고 원고가 이를 수령하였다고 하더라도 이로써 피고가 착오에 의하여 변제기 전의 채무를 변제한 것이라고 보기는 어렵다고 할 것이다. 왜냐하면, 피고와 같은 대기업이 위와 같은 중간퇴직처리가 퇴직으로서 아무런 효과가 없다는 것을 모르고 있었다고 보기는 어렵다고 할 것이고, 가사 이를 모르고 있었다고 하더라도 이는 중대한 과실에 의한 것일 뿐만 아니라, 피고가 중간퇴직처리의 무효를 알고서도 회사의 필요에 의하여 이를 강행한 것이라면 이는 변제기 전의 퇴직금에 대하여 기한의 이익을 포기하면서 이를 지급한 것과 같은 결과가 되었을 뿐이라고 보아야 하기 때문이다."

3783) 민법주해 채권(10), 2005, 413면(양창수 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999, 496면(김문석 집필).

3784) 민법 제744조(도의관념에 적합한 비채변제) 채무 없는 자가 착오로 인하여 변제한 경우에 그 변제가 도의관념에 적합한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다.

3785) 경과실이 있는 공무원이 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하지 아니함에도 피해자에게 손해를 배상하였다면 그것은 채무자 아닌 사람이 타인의 채무를 변제한 경우에 해당하고, 이는 민법 제469조의 '제3자의 변제' 또는 민법 제744조의 '도의관념에 적합한 비채변제'에 해당하여 피해자는 공무원에 대하여 이를 반환할 의무가 없다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다54478 판결).

3786) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다19961 판결(따라서 도의관념에 적합한 비채변제에 관한 주장인지 여부에 관하여 석명하지 아니한 채 비채변제에 해당하지 아니한다는 이유로 배척하는 것이 석명권을 행사하지 아니한 위법을 저지른 경우에 해당한다고 볼 수 없다).

때에는, 변제자는 그 반환을 청구하지 못한다(민법 제745조 제1항).

민법 제745조 소정의 비채변제는 채무자가 아닌 제3자가 타인의 채무를 자기의 채무로 오신하고 착오로 변제한 경우에 채권자가 선의로 증서를 철회하는 등으로 그 채권을 잃은 때에는 채권자를 위하여 착오로 변제한 변제자의 부당이득반환청구권을 제한하는 취지의 규정으로서, 부당이득반환을 구하는 변제자 측이 청구원인 사실로서 위 ①의 사실을 주장·증명하면(제3자가 타인의 채무임을 '알고' 변제한 경우에는 민법 제469조 제1항 본문에 따라 제3자의 변제로 원칙적으로 채권이 소멸하므로 부당이득의 문제가 생기지 않는다), 변제수령자 측이 부당이득반환청구권을 소멸시키는 항변 사유로서 위 ②의 ㉠, ㉡, ㉢ 중 하나의 사실을 주장·증명하여야 한다.³⁷⁸⁷⁾

라. 수익자의 반환범위

민법 제748조³⁷⁸⁸⁾ 제1항의 '현존이익'³⁷⁸⁹⁾의 증명책임에 관하여, 판례는, 대체로 수익자증명설³⁷⁹⁰⁾의 입장에 서서 '금전이나 그와 유사한 대체물의 경우 이를 취득한 자가

3787) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다17917 판결: "민법 제745조 소정의 비채변제는 ... 기록상 피고가 그 요건사실에 관하여 주장·입증을 하였다고 할 수도 없으므로 이 점에 관한 심리미진 내지 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다."

3788) 민법은 제741조에서 '부당이득의 내용'이라는 제목하에 '법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다'고 규정한 다음, 제747조 제1항에서 '수익자가 그 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다'고 규정하고, 제748조에서 '수익자의 반환범위'라는 제목하에 제1항은, '선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존한 한도에서 전조의 책임이 있다', 제2항은 '악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다'고 정하고 있다.

3789) 민법 제748조 제1항 소정의 '이익이 현존한 한도에서'와 동일한 형식의 문구가 민법 제29조 제2항, 제141조 단서, 제202조에서는 '이익이 현존하는 한도에서', 제444조 제2항, 제739조 제3항, 제740조에서는 '현존이익의 한도에서'라는 표현으로 법문에 규정되어 있다.

3790) ① 제748조 제1항을 제741조 부당이득의 일반성립요건을 보충 내지 추가하는 규정으로 보아 이익 현존 사실을 반환청구자가 증명해야 한다는 반환청구자 증명설과 ② 제748조 제1항을 제741조의 예외규정으로 보아 수익자가 이익이 현존하지 않는 사실을 증명해야 한다는 수익자 증명설로 나뉜다(민법주해 채권(10), 2005, 590면(양창수 집필); 오석락, 신판 입증책임론, 박영사(2002), 346면).

반환청구자 증명설에 따르면, 원고가 수익자에게 그가 받은 이익을 부당이득으로 하여 반환청구를 하려면, 청구원인 단계에서 ① 원고의 손실, ② 피고의 이득, ③ 손실과 이득 간의 인과관계, ④ 피고의 이득이 법률상 원인에 기한 것이 아님을 기초지우는 사실, ⑤ 현물반환이 불가능한 경우 그 가액'이라는 요건사실에 대하여 피고 수익의 현존을 주장·증명하거나 수익이 현존하지 않더라도 수익자가 악의였다는 점(이득 당시 ④ 사실을 알았다는 사실)까지 주장·증명하여야 하고, 이에 대해 수익자가 선의였고 수익이 현존하지 않는다고 답변하는 것은 항변이 아니라 부인에 지나지 않게 된다. 수익자 증명설에 따르면, 원고가 수익자에게 그가 받은 이익을 부당이득으로 하여 반환청구를 하려면, 청구원인 단계에서 수익의 현존이나 수익자의 악의까지 주장·증명할 필요는 없고, 수익자가 항변으로서 자신이 선의였다는 점(이득 당시 ④ 사실을 알지 못했다는 사실)과 이익이 현존하지 않는 사실(이득의 전부 또는 일부의 소멸 사실)을 주장·증명하여야 하며, 원고는 수익자가 나중에 악의로 되었다는 점을 재항변으로서 주장·증명하여야 한다[大江 忠, 제3판 要件事實民法(4) 債權各論, 2005, 587-588면].

민법 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의·악의를 묻지 아니하고 부당이득의 반환 범위를 현존 이익에 한정시켜 무능력자의 책임을 제한한 민법 제141조 단서의 해석과 관련하여, 무능력자가 취득한 현존 이익의 존부에 대한 증명책임을 누가 부담하는지에 대하여는 견해의 대립이 있는바, ① 무능력자가 취득한

소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 그 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 수익자 측에 증명책임이 있다.’라고³⁷⁹¹⁾하면서, ‘수익자가 급부자의 지시나 급부자와의 합의에 따라 그 금전을 사용하거나 지출하는 등의 사정이 있다면 위 추정은 반복될 수 있다.’³⁷⁹²⁾라고 판시하고 있다.³⁷⁹³⁾

이익도 현존하는 것으로 추정하여야 하고, 무능력자의 보호는 현존이익의 반환으로 족하지 그 증명책임까지 상대방에게 지워 그렇게 두텁게 보호할 필요는 없으며, 증명책임을 무능력자 쪽에 부담시키는 것이 쌍방의 이익을 조화시키는 것이라 하여, 무능력자가 그 이익이 현존하지 아니함을 증명하여야 한다는 견해, ② 민법 제141조 단서는 무능력자의 보호에 목적이 있으므로 부당이득반환을 청구하는 측에서 현존이익이 있다는 점을 증명하여야 한다는 견해로 나뉘는데, 전자의 견해가 다수이다[주석민법 총칙(3), 2001, 380면(이주홍 집필); 민법주해 총칙(3), 1992, 303면(김용담 집필)]. 선의의 자주점유자가 그 점유물을 자신의 책임 있는 사유로 멸실 또는 훼손한 경우 소유자에게 배상하여야 할 손해를 ‘이익이 현존하는 한도’ 내로 제한한 민법 제202조는 선의의 수익자가 부담하는 부당이득 반환의무 규정인 민법 제748조 제1항에 따른 것인데[민법주해 물권(1), 1992, 429면(양창수 집필); 주석민법 물권(1), 2001, 374면(김용한 집필)], 민법 제202조 소정의 ‘이익이 현존하는 한도’에 관하여 선의의 자주점유자 보호라는 위 조문의 입법이유로 보아 이익의 성립이나 존속은 그 손해의 배상을 청구하는 자가 증명하여야 한다는 견해도 있다[민법주해 물권(1) 407면(양창수 집필)].

3791) “선의의 수익자에게 대한 부당이득 반환청구에 있어 그 이익이 현존하고 있는 사실에 관하여는 그 반환청구자에게 입증책임이 있다고 보는 것이 상당하다.”고 하여 일반론으로서 반환청구자 증명설을 취한 판례(69다2171)가 있었으나, 금전상의 이득의 경우 “취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정”된다는 일관된 판례가 있고(2008다19966, 96다32881, 69다1093), “취득한 것이 성질상 계속적으로 반복하여 거래되는 물품으로서 곧바로 판매되어 환가될 수 있는 금전과 유사한 대체물인 경우에도 마찬가지다”라고 한 판례(2007다20440, 20457), 금전상 이득의 현존 추정과 연계하여 다른 이득의 현존도 추정하는 듯한 판례(87다카768)도 있는데, 모두 명시적으로 증명책임의 소재에 대하여 밝히고 있지는 않지만, 96다32881 판결은 금전상 이득의 현존 추정의 일반론 실시 다음에, “원심판결에 소론과 같은 입증책임에 관한 법리오해가 없”다고 판시함으로써, 금전 수익자가 그 이익이 현존하지 않음을 증명하여야 한다는 취지를 나타내고 있는 한편, 2007다20440, 20457 판결은 위 96다32881 판결을 참조판결로 하여 금전과 유사한 대체물의 현존 이익 추정의 일반론을 실시한 다음에 “원고가 무상공급분을 판매함으로써 얻은 이득이 얼마나 현존하는지에 관하여 아무런 주장·입증이 없다고 할 수는 없고, 원고가 취득한 비디오폰을 비롯한 각종 통신제품은 그 성질상 계속적으로 반복하여 거래되는 물품으로서 곧바로 판매되어 환가될 수 있는 금전과 유사한 대체물로 볼 수 있어 그 이득이 현존하는 것으로 추정된다고 할 것이다”라고 판시함으로써, 반환청구자가 이익의 현존을 주장·증명하여야 한다는 취지의 설시를 하고 있다. 민법 제141조 단서와 관련해서는, 금전상 이득의 현존 추정에 대해서만 실시한 판례(2003다60297, 60303, 60310, 60327)가 있다가, 위 96다32881 판결을 참조판결로 하여 “취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 위 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 자, 즉 의사무능력자 측에 입증책임이 있다”고 명시적으로 증명책임의 소재에 대하여 판시(2008다58367) 하기에 이르렀다. 일본 판례도 수익자 증명설에 서있다(최고재판소 평성 3. 11. 19. 판결).

3792) 대법원 2022. 10. 14. 선고 2018다244488 판결: 원고 공익법인이 투자중개업자인 피고 회사와 FX마진거래계약을 체결하고 원고 명의 위탁계좌에 기본재산을 예약한 후, 그 돈을 위탁증거금 및 거래대금으로 하여 피고 회사의 전자중개 서비스를 통해 거래를 하였다가 손실을 입자, 피고를 상대로 주무관청의 허가 없이 기본재산을 예약한 것은 법률 위반으로 무효라며 부당이득반환을 구한 사안에서, 피고가 원고에게 거래에 따른 정상결과가 반영된 잔액을 전부 반환하였으므로, 피고에게는 예약된 돈과 관련하여 현존하는 이익이 없다고 한 사례.

3793) 반환청구자 증명설이나 수익자증명설 어느 쪽이나 그 논거에 있어 나름대로의 타당성이 인정되고 일반적 우위를 논하기는 어려운 점이 있다. 사전으로는, 각 규정의 체계상 민법 제741조를 이득반환 범위에 관한 일반규정으로, 제748조 제1항을 그 예외 규정으로 보기는 어렵고 민법 제741조는 부당이득 전체의 일반규정으로, 제748조는 그 범위에 관한 보충규정으로 선의와 악의를 나누어 각 규정한 것이라 봄이 옳고(민법 제741조가 이득반환 범위에 관한 일반규정이고 제748조가 그 특별규정이라면 제748조가 커버하지 않는 부분은 일반규정인 민법 제741조에 의하여 규율되어야 하는데, 제748조가 커버하지 않는 부분은 존재하지 않는다), ‘이익의 현존’을 적극적 요건사실로 규정하고 있지 소극적 요건사실로 규정하고 있지는 않고 있는 점, 유사한 문언으로 규정된 민법 제203조 제2항, 민법 제626조 제2항 소정의 ‘가액 증가의 현존’에 관하여 유익비상환청구권자에게 증명책임을 부담시키는 판례(62다437, 2001다40381), 학설(민법 제203조 제2항의 경우 민법주해 물권(1)

원고가 수익자에게 수익 그 자체나 현존 이익 및 그에 대한 소장 송달 다음날부터의 지연손해금을 청구하는 데서 더 나아가, '악의의 수익자'라고 주장하면서 민법 제748조 제2항에 따라 수익에 대한 법정이자³⁷⁹⁴⁾의 반환 및 손해배상을 추가하여 청구하는 경우에는, 청구원인 단계에서 수익자가 '악의'라는 점까지 주장·증명할 책임이 있다.³⁷⁹⁵⁾

마. 불법원인급여

부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조³⁷⁹⁶⁾가 규정하는 '불법'이 있다고 하려면, 급부의 원인이 된 행위가 그 내용이나 성격 또는 목적이나 연유 등으로 볼 때 '선량한 풍속 기타 사회질서에 위반'될 뿐 아니라 '반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저'하거나, 급부가 '강행법규'를 위반하여 이루어졌지만 이를 반환하게 하는 것이 오히려 '규범 목적'에 부합하지 아니하는 경우³⁷⁹⁷⁾ 등에 해당하여야 한다.³⁷⁹⁸⁾ '부동산 실권리

406면(양창수 집필), 주석민법 물권(1) 367면(김용한 집필), 민법 제626조의 경우 민법주해 채권(8) 100면(민 일영 집필), 주석민법 채권각칙(3) 431면(김종화 집필)의 입장과 균형을 맞출 수 있다는 점, 부당이득 반환 범위를 정한 동일 조문 내에서 원칙·예외 관계가 아닌 제1항과 제2항의 증명책임이 달라진다는 것은 어색하다는 점, 현존 이익에 관하여 규정한 민법 141조 단서와 제202조의 증명책임 소재와 동일하게 해석하여 무능력자 및 선의자 보호를 꾀할 수 있다는 점 등에서 반환청구자 증명설에 찬동하고, 금전상 이득의 경우 그 현존 추정 = 증명책임의 변경을 초래하지 않는 사실상 추정의 의미로 이해함이 어떨까 생각한다.

3794) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다47478 판결: "계약무효의 경우 각 당사자가 상대방에 대하여 부담하는 반환 의무는 성질상 부당이득반환의무로서 악의의 수익자는 그 받은 이익에 법정이자를 붙여 반환하여야 하므로(민법 제748조 제2항), 매매계약이 무효로 되는 때에는 매도인이 악의의 수익자인 경우 특별한 사정이 없는 한 그 매도인은 반환할 매매대금에 대하여 민법이 정한 연 5%의 법정이율에 의한 이자를 붙여 반환하여야 한다. 그리고 위와 같은 법정이자의 지급은 부당이득반환의 성질을 가지는 것이지 반환의무의 이행지체로 인한 손해배상이지 아니므로, 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기 말소등기절차 이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계가 없다."

3795) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결: "부당이득의 수익자가 악의라는 점에 대하여는 이를 주장하는 측에서 증명책임을 진다. 여기서 '악의'는, 민법 제749조 제2항에서 악의로 의제하는 경우 등은 별론으로 하고, 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식하는 것을 말하고, 그 이익의 보유를 법률상 원인이 없는 것이 되도록 하는 사정, 즉 부당이득반환의무의 발생요건에 해당하는 사실이 있음을 인식하는 것만으로는 부족하다."

3796) 민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

■ 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결: "민법 제746조의 불법원인급여 규정은 부당이득반환청구권에 대한 특칙으로서, 불법원인급여를 한 자, 즉 반환청구자에 대한 법적 보호를 거절함으로써 소극적으로 법적 정의를 유지하려는 데 그 취지가 있다. ... 불법원인급여 규정을 적용한 결과가 실제적 정의에 반한다면 불법원인급여 규정을 적용하는 것을 삼가야 한다. 대법원도 민법 제746조의 '불법'의 개념을 엄격하게 해석함으로써 불법원인급여 규정을 획일적으로 적용하거나 함부로 적용범위를 확장하는 것을 경계해 왔다. 제3자에게 뇌물을 전달해달라고 교부한 금전은 불법원인급여에 해당하여 금전 소유권이 수익자에게 귀속된다. 성매매를 할 사람을 고용하면서 성매매의 유인·권유·강요의 수단으로 선불금을 지급한 경우에도 불법원인급여 규정이 적용되어 선불금의 반환청구가 금지된다. 뇌물제공 목적의 금전 교부 또는 성매매 관련 선불금 지급과 같이 불법원인급여에 해당하는 전형적인 사례에서는 급여자의 급부가 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하여 그 반환청구를 거부해야 한다는 데에 우리 사회 구성원 모두가 인식을 같이 하고 있다. 이러한 경우에는 법원이 그 반환청구를 받아들이지 않는 것이 관련 법규범의 목적에도 부합한다."

3797) 이는 강행법규 위반행위가 민법 제103조 위반에 해당하는 경우에도 위반의 대상이 된 강행법규의 규범 목적을 고려하여 민법 제746조의 적용이 제한될 수 있다는 것을 보여준다(대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결).

자명의 등기에 관한 법률'을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 수탁자 명의로 등기를 한 경우에는 불법원인급여 규정이 적용되지 않는다.³⁷⁹⁹⁾

불법원인급여 규정상 '급부'는 '종국적'인 것이어야 하므로, '저당권설정등기'는 이에 해당하지 아니하나,³⁸⁰⁰⁾ '양도담보 목적의 소유권이전등기'는 해당하고,³⁸⁰¹⁾ 임대차의 경

3798) ○ 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013다79887, 79894 판결: 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 2011. 4. 13.부터 2012. 4. 12.까지 1년간 과수원·잡종지 및 그 지상 창고시설을 임대하면서, 1년치 차임 450만 원을 선불로 지급받았는데, 피고가 2013. 3. 22.까지 위 부동산을 점유하자, 원고는 본소로 임대차기간 종료 후의 임료 상당 손해 배상을 구하였고, 이에 피고는 반소로, 농지 임대차계약은 무효라는 이유로 선불 임료의 부당이득반환을 구하였으며, 원고는, 임대차계약이 무효라면 임대차기간 동안 피고는 권원 없이 점유·사용한 것이어서 임료 상당 손해를 배상할 의무가 있으므로 그 손해배상채권을 자동채권으로 하여 피고 주장의 부당이득반환채권과 상계한다고 항변한 사안에서, 원심은, (1) 본소청구는 인용하고, (2) 반소에 관해서는, ① 선불 임료는 농지법 위반으로 무효인 계약에 의한 것이고 원고는 악의의 수익자이므로 피고에게 반환할 의무가 있고, ② 나아가 원고가 강행규정인 농지법을 위반하여 임대한 것은 불법원인급여에 해당하므로, 손해의 배상을 청구하지 못한다고 하여 원고의 상계항변을 배척하고 반소 청구를 인용한 데 대하여, 대법원은, "농지임대차가 농지법에 위반되어 그 계약의 효력을 인정받을 수 없다고 하더라도, 그 임대 목적이 농지로 보전되기 어려운 용도에 제공하기 위한 것으로서 농지로서의 기능을 상실하게 하는 경우라거나 임대인이 자경할 의사가 전혀 없이 오로지 투기의 대상으로 취득한 농지를 투하자본 회수의 일환으로 임대하는 경우 등 사회통념으로 볼 때 헌법 제121조 제2항이 농지 임대의 정당한 목적으로 규정한 농업생산성의 제고 및 농지의 합리적 이용과 전혀 관련성이 없고 구 농지법의 이념에 정면으로 배치되어 반사회성이 현저하다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면, 농지 임대인이 임대차기간 동안 임차인의 권원 없는 점유를 이유로 손해배상을 청구한 데 대하여 임차인이 불법원인급여의 법리를 이유로 그 반환을 거부할 수는 없다."고 판시한 다음, 구 농지법에 위반되는 농지 임대차 계약은 무효이고, 피고가 토지에 관한 부분이 무효임을 알았더라면 건물에 관하여도 임대차계약을 체결하지 않았을 것으로 보이므로, 위 임대차계약 전부가 무효라고 판단한 것은 정당하나, 원심으로서 원고가 토지를 취득한 경위, 임대차가 있기 전까지의 경작 상황, 임대차계약의 목적 및 체결 경위, 피고가 토지를 이용한 방법 등을 심리한 다음 위 임대차 관계에 불법원인급여의 법리가 적용될 수 있는지를 가려보았어야 한다고 하여 원심을 파기한 예.

○ 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도18035 판결: 피고인이 수표를 현금으로 교환해 주면 대가를 주겠다는 제안을 받고, 수표가 불법 금융다단계 유사수신행위에 의한 사기범행을 통해 취득한 범죄수익이거나 그 범죄수익에서 유래한 재산이라는 사실을 잘 알면서도 교부받아 그 일부를 현금으로 교환한 후 아직 교환되지 못한 수표 및 교환된 현금을 임의로 사용하여 횡령하였다고 하여 기소된 사안에서, 피고인이 수표를 교부받은 원인 행위는 이를 현금으로 교환해 주고 대가를 지급받기로 하는 계약으로서, '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률'에 의하여 형사처벌되는 행위를 내용 및 목적으로 하는 것이므로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되고, 그 자체로 반사회성이 현저하며, 형벌법규에서 금지하고 있는 자금세탁행위를 목적으로 교부된 범죄수익 등을 특정범죄를 범한 자가 다시 반환받을 수 있도록 한다면, 위 법률의 입법 목적에도 배치되므로, 위 수표는 불법의 원인으로 급여한 물건에 해당하여 소유권이 피고인에게 귀속되고, 따라서 횡령자가 성립하지 않는다고 한 사례.

⇒ 종래 판례(대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다74769 판결 등)는 "부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다."라고 하여, 민법 제746조 소정의 '불법'을 민법 제103조 소정의 '선량한 풍속 기타 사회질서 위반'과 '동일'한 개념으로 보고, '강행법규 위반' 중에서 선량한 풍속 기타 사회질서 위반에 해당하지 않는 것은 제외하였는데, 위 2013다79887, 79894 판결은 종래 판례와 달리하여 '불법'을 '선량한 풍속 기타 사회질서 위반'과 '다른' 개념으로 보면서 좀 더 제한적으로 보고 있다. 이는 민법 제746조의 적용 범위를 매우 불명확하게 하는 문제점이 있다(개별 사안마다 결국 법원의 판단을 받아야 그 적용 여부를 알 수 있게 될 것이다).

3799) 입법자는 신탁부동산의 소유권이 명의신탁자에게 귀속됨을 전제로 규정함으로써, 민법 제103조와 제746조의 관계를 부동산실명법 자체에서 명확하게 해결하고 있으므로, 부동산실명법에서 금지한 명의신탁에 관하여 반사회적인지 아닌지를 구분하여 불법원인급여의 적용을 달리하려는 시도는 바람직하지 않다(대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결).

우 ‘점용이익’이 ‘급부’에 해당한다.³⁸⁰²⁾

불법원인이 수익자에게만 있거나, 수익자의 불법성이 현저히 크고 그에 비해 급여자의 불법성은 미약한 경우에는 급여자의 반환 청구가 허용된다.³⁸⁰³⁾

불법원인급여에 관한 주장·증명책임의 소재에 대하여, ① 민법 제746조 본문이든 단서이든 당사자의 주장이 있어야만 적용 가능한 것은 아니고 변론에 나타난 사정에 의하여 법원이 직권으로 인정할 수 있다고 하고, ② 증명책임에 관하여는 민법 제746조 본문은 민법 제741조의 원칙규정(권리근거규정)에 대한 예외의 권리장애규정으로서 불법원인급여에 해당한다는 주장은 급부자의 부당이득반환청구 또는 소유권에 기한 반환청구 등에 대한 ‘권리행사저지사유’ 내지 ‘권리발생장애사유’를 주장하여 항변하는 것이므로 반환의무자로 지목된 수익자가, 민법 제746조 단서는 불법원인급여에도 불구하고 반환청구권이 인정되는 예외적 사정에 대한 것으로서 일종의 권리근거규정으로 작용하므로 그 적용을 주장하는 급부자가 부담한다는 것이 통설이다.³⁸⁰⁴⁾ 이에 따르면, 급부자의 부당이득반환청구에 대하여, 수익자로서는 (선량한 풍속 기타 사회질서 위반의 경우) ‘반사회성·반윤리성·반도덕성이 현저하다’거나, (강행법규 위반의 경우) ‘급부를 반환하게 하는 것이 오히려 규범 목적에 부합하지 아니하다’는 점³⁸⁰⁵⁾을 증명하여야 한다.³⁸⁰⁶⁾

3800) 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다54108 판결: “불법의 원인으로 인하여 급여함으로써 그 반환을 청구하지 못하는 이익은 중국적인 것을 말하고, 도박자금으로 금원을 대여함으로써 인하여 발생한 채권을 담보하기 위한 근저당권설정등기가 경료되었을 뿐인 경우와 같이 수령자가 그 이익을 향수하려면 경매신청을 하는 등 별도의 조치를 취하여야 하는 것은 이에 해당하지 않는다고 할 것인바, ... 원고는 무효인 위 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다고 한 원심판단은 ... 옳고”

3801) 대법원 1989. 9. 29. 선고 89다카5994 판결: “원고가 도박채무가 불법무효로 존재하지 아니한다는 주장으로 양도담보의 의미로 이전하여 준 소유권이전등기의 말소를 청구하는 것은 민법 제746조의 적용에 의하여 허용되지 아니한다고 할 것이다.”

3802) 위 2013다79887, 79894 판결.

3803) 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다49530, 49547 판결: “급여자에게 불법 원인이 있는 경우에는 수익자에게 불법 원인이 있는지의 여부나 수익자의 불법 원인의 정도 내지 불법성이 급여자의 그것보다 큰지의 여부를 막론하고 급여자는 그 불법원인급여의 반환을 구할 수 없는 것이 원칙이라 할 것이나, 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 크고 그에 비하면 급여자의 불법성은 미약한 경우에도 급여자의 반환 청구가 허용되지 않는다고 하는 것은 공평에 반하고 신의성실의 원칙에도 어긋난다고 할 것이므로 이러한 경우에는 민법 제746조 본문의 적용이 배제되어 급여자의 반환 청구는 허용된다고 해석함이 상당하다.” ☞ 급여자가 수익자에 대한 도박 채무의 변제를 위하여 급여자의 주택을 수익자에게 양도하기로 한 것이지만 내기바둑예의 계획적인 유인, 내기바둑에서의 사기적 행태, 도박자금 대여 및 회수 과정에서의 폭리성과 갈취성 등에서 드러나는 수익자의 불법성의 정도가 내기바둑예의 수동적인 가담, 도박 채무의 누증으로 인한 도박의 지속, 도박 채무 변제를 위한 유일한 재산인 주택의 양도 등으로 인한 급여자의 불법성보다 훨씬 크다고 보아 급여자로서는 그 주택의 반환을 구할 수 있다고 한 사례.

3804) 민법주해 채권(10), 2005년, 523면(박병대 집필); 주석민법 채권각칙(5), 1999년, 520, 536, 537면(박기동 집필).

3805) 예컨대, 농지임대차가 농지법에 위반되어 무효인 경우, 2013다79887, 79894 판결의 판시 중 “반사회성이 현저하다고 볼 수 있는 특별한 사정”에 관한 사실이 이에 해당한다.

3806) 통설은 추상적 관념으로 보면, 타당한 것처럼 보이나 실체는 그렇지 않은 경우가 많다. 민법 제746조 소정의 불법원인을 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서 위반과 동일한 개념으로 보는 경우는 물론이고,

불법원인급여 규정은 부당이득반환청구권만을 제한하는 규정이 아니어서, 원인행위가 무효이기 때문에 급여물의 소유권이 여전히 자기에 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구를 하거나,³⁸⁰⁷⁾ 원인계약의 해제·해지를 원인으로 한 원상회복으로서 급부의 반환을 구하거나,³⁸⁰⁸⁾ 수익자의 불법행위를 이유로 급부 상당의 손해배상을 구하는 것도 허용되지 아니한다(급여자의 손해배상청구를 인정하지 아니하는 것이 오히려 사회상규에 명백히 반한다고 평가될 수 있는 ‘특별한 사정’까지 주장·증명하면, 손해배상청구가 인용될 여지는 있다).³⁸⁰⁹⁾

달리 보는 경우라 하더라도 부당이득반환 청구의 청구원인인 ‘선량한 풍속 기타 사회질서 위반’ 사실 자체로부터 ‘반사회성·반윤리성·반도덕성의 현저함’이 드러나는 많은 경우(예컨대, 2016도18035 판결의 ‘자금세탁 목적의 범죄수익 교부’ 사건)가 그러하다. 실제 소송에서의 예를 들어보기로 한다. 원고가 피고에게 도박자금을 대여한 경우 그 돈의 반환을 구하기 위해서는 통상의 경우, 우선 원고로서는 소비대차약정만을 청구원인으로 밝히면서 대여금 반환 청구를 하고, 피고가 도박자금으로 차용한 것임을 주장·증명하여 소비대차약정이 민법 제103조에 반하여 무효라고 항변하면, 이러한 항변이 받아들여질 경우에 대비하여 원고는 예비적으로 부당이득반환 청구를 하게 될 것인바, 예비적 청구인 부당이득반환 청구 단계에서는 이미 민법 제746조 본문 소정의 불법원인급여 사실, 즉 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 사실 및 ‘반사회성·반윤리성·반도덕성의 현저함’이 드러나 있어 그 이익의 반환을 청구하지 못함이 법규의 적용상 명백한 상태이므로, 원고로서는 부당이득반환 청구를 이유 있게 하기 위해서는 민법 제746조 본문의 적용을 배제하는 예외적 사유, 즉 민법 제746조 단서의 적용을 위해 불법원인이 수익자에게만 있음을 나타내는 사실이나 수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 크고 그에 비하면 급여자의 불법성은 미약한 경우에 해당함을 나타내는 사실을 추가하여 주장·증명하여야 한다.

즉, ‘불법원인’이라는 점은 주위적 청구인 대여금 반환 청구에 있어서는 항변으로 작용하지만, 예비적 청구인 부당이득반환 청구에 있어서는 이미 청구원인에 포함되어 항변으로 작용할 여지가 없다. 급부의 흠결이 불법원인인 경우의 부당이득반환 청구에 있어서는 부당이득반환 청구의 일반적 요건인 ‘법률상 원인의 흠결’을 주장·증명하면서 불법원인에 해당하는 사실이 청구원인 중에 이미 드러나 버리는 경우가 많기 때문에 반환청구를 정당화 할 사유의 추가적인 주장이 없는 한 원고의 청구는 주장 자체로 이유 없게 될 수 있다(일본 신판 주석민법(18) 채권(9), 703면, 1991년(松本博之 집필)). 결국 많은 경우, 민법 제746조 단서 등 민법 제746조 본문의 적용을 배제하는 예외적 사유만이 청구원인 사실로서 의미가 있을 뿐이고, 민법 제746조 본문을 권리발생장에 사유인 항변사유로 보는 것은 아무런 의미가 없는 것이며 타당하지도 않다. 이러한 점에서 민법 제746조 본문 이든 단서이든 직권조사사항이라서 청구원인 단계에서 고려된다고 볼 것도 아니다. 물론, 부당이득반환 청구의 청구원인 사실 자체로부터 불법원인급여 해당 사실이 드러나지 않는 예외적 경우(예컨대, 2013다79887, 79894 판결의 ‘농지법 위반 농지임대차’ 사건)에는 수익자가 불법원인급여에 해당하는 추가적인 사정을 항변 사실로 주장·증명하여야 하는 것으로 볼 것이다.

3807) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결(반환청구를 하지 못하는 ‘반사적 효과’로서 급여한 물건의 ‘소유권’은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다).

3808) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92다33169 판결: “불법원인급여에 관한 민법 제746조의 규정취지는 민법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 그 형식 여하를 불문하고 스스로 한 불법행위의 무효를 주장하여 그 복구를 소구할 수 없다는 법의 이상을 표현하는 것이고 부당이득반환청구권만을 제한하는 규정이 아니므로 불법의 원인으로 인하여 금원을 급여한 사람이 그 금원의 교부가 송금위탁계약에 기한 것으로 이의 해제를 전제로 그 반환을 구하는 것도 허용되지 아니한다고 할 것이다.” ☞ 송금액에 해당하는 수입품에 대한 관세포탈 범죄를 저지르기 위하여 미인가 환전상에게 비밀송금을 위탁한 행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위로서 불법원인급여에 해당하고, 송금위탁계약의 해제를 전제로 그 반환을 구하는 것도 허용되지 아니한다고 한 예.

3809) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다35412 판결: “불법의 원인으로 재산을 급여한 사람은 상대방 수령자가 그 ‘불법의 원인’에 가공하였다고 하더라도 상대방에게만 불법의 원인이 있거나 그의 불법성이 급여자의 불법성보다 현저히 크다고 평가되는 등으로 제반 사정에 비추어 급여자의 손해배상청구를 인정하지 아니하는 것이 오히려 사회상규에 명백히 반한다고 평가될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 상대방의 불법행위를 이유로 그 재산의 급여로 말미암아 발생한 자신의 손해를 배상할 것을 주장할 수 없다고 할 것이다. 그와 같은 경우에 급여자의 위와 같은 손해배상청구를 인용한다면, 이는 급여자는 결국 자신이 행한 급부 자체 또는 그 경제적 동일물을 환수하는 것과 다른 결과가 되어, 민법 제746조에서 실정법적으로 구체화된 앞에서 본 바와

불법원인급여 후 그 급부의 반환약정에 기한 약정금 청구의 경우, 수익자인 피고가 그 반환약정이 사회질서에 반하여 무효라는 점을 항변으로 주장·증명하여야 한다.³⁸¹⁰⁾ 약정금 청구의 청구원인 사실 중에 그 반환약정이 사회질서에 반하여 무효라는 점이 드러나 있는 경우, 예컨대 불법원인급여 당시의 반환약정으로서 불법적인 청탁과 함께 금전을 교부하면서 청탁이 실패할 경우에 반환하기로 하는 약정에 기한 약정금 청구의 경우라면,³⁸¹¹⁾ 원고의 주장 자체에서 이유 없는 것으로 되어 기각되어야 한다.

6. 불법행위

가. 일반불법행위책임

민법 750조³⁸¹²⁾의 일반불법행위책임에 기초한 손해배상청구의 청구원인 요건사실³⁸¹³⁾은, ① 원고(가해행위의 직접 상대방으로 한정되지 않는다³⁸¹⁴⁾)의 권리나 보호법익의 존

같은 법이념에 반하게 되는 것이다.” ㉠ 원고가, 피고가 기초자치단체의 의원으로서 관할 등기소에 청탁하여 사건 임야의 등기명의인 표시가 경정되도록 하여 주겠다는 명목으로 원고의 총무 등으로부터 1억 원을 교부받은 것을 부당이득으로 반환하여야 한다고 주장한 데 대하여, 원심이, 원고 총무 등의 위와 같은 금전지급행위는 원고에게 그 효과가 귀속되어야 하는 불법원인급여에 해당한다는 등의 이유로 피고의 원고에 대한 부당이득반환의무를 부인한 것은, 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 또한, 피고가 고의 또는 과실로 원고 총무 등의 금전횡령행위에 관하여 원고 총무 등과 연대하여 공동불법행위책임을 지므로 위 금액 상당의 손해배상을 하여야 한다는 원고의 주장에 대하여도, 원고는 피고에 대하여 피고의 불법행위를 이유로 위 1억 원 상당의 손해를 배상할 것을 청구할 수 없다고 판단한 예.

3810) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다12580 판결: “불법원인급여 후 급부를 이행받은 자가 급부의 원인행위와 별도의 약정으로 급부 그 자체 또는 그에 같은 대가물의 반환을 특약하는 것은 불법원인급여를 한 자가 그 부당이득의 반환을 청구하는 경우와는 달리 그 반환약정 자체가 사회질서에 반하여 무효가 되지 않는 한 유효하다고 할 것이고, 여기서 반환약정 자체의 무효 여부는 반환약정 그 자체의 목적뿐만 아니라 당초의 불법원인급여가 이루어진 경위, 쌍방당사자의 불법성의 정도, 반환약정의 체결과정 등 민법 제103조 위반 여부를 판단하기 위한 제반 요소를 종합적으로 고려하여 결정하여야 하고, 한편 반환약정이 사회질서에 반하여 무효라는 점은 수익자가 이를 입증하여야 한다.”

㉡ 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다51994 판결은, “당사자의 일방이 상대방에게 공무원의 직무에 관한 사항에 관하여 특별한 청탁을 하게 하고 그에 대한 보수로 돈을 지급할 것을 내용으로 한 약정은 사회질서에 반하는 무효의 계약이라 할 것이고, 따라서 민법 제746조에 의하여 그 대가의 반환을 청구할 수 없으며, 나아가 그 돈을 반환하여 주기로 한 약정도 결국 불법원인급여물의 반환을 구하는 범주에 속하는 것으로서 무효이고, 그 반환약정에 기하여 약속어음을 발행하였다 하더라도 채권자는 그 이행을 청구할 수 없다”라고 하였는데, 이는 위 2009다12580 판결에 배치되는 범위에서 사실상 판례변경이 이루어진 것으로 보아야 한다.

3811) 대법원 1991. 3. 22. 선고 91다520 판결의 사안 참조.

3812) 민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

3813) ㉠ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결: “불법행위에 있어서 고의·과실에 기한 가해행위의 존재 및 그로 인한 손해 발생에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다 … 입증책임을 원고 회사에게 부담시킨 조치는 정당하고” ㉡ 대법원 2019. 11. 28. 선고 2016다233538, 233545 판결: “일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에서 가해자의 가해행위, 피해자의 손해 발생, 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계에 관한 증명책임은 청구자인 피해자가 부담한다.”

3814) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2016다202947 판결: “민법 제750조는 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.’라고 정함으로써 불법행위에 관한 일반조항주의를 채택하고 있다. 이 규정은 손해배상 청구권자를 가해행위의 직접 상대방으로 한정하고 있지 않다. 따라서 가해행위의