「法과 政策」第20輯 第1號, 2014. 3. 30.
濟州大學校 法과政策硏究所

부당이득법에서 급부관계의 의미에 관한 소고

-독일에서의 논의를 중심으로-

Die Bedeutung der Leistung im Rahmen des Bereicherungsrechts

허 명 국*
Heo, Myeong-Guk

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 급부부당이득의 체계적 지위 -통일설과 분리설
Ⅲ. 급부부당이득의 기능-변제와 부당이득의 관계
Ⅳ. 글을 마치며

국문초록

부당이득제도의 체계적 이해와 관련하여 독일의 현재의 통설 및 판례의 태도는 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 제812조 이하에 규정되어 있는 부당이득반환청구권은 급부부당이득과 비급부부당이득으로 나누어 그 요건을 달리한다. 둘째, 동일한 대상물에 대하여 동일한 부당이득반환채무자를 상대로 급부관계와 그 밖의 방법을 통한 이득의 취득이 경합하는 경우 그 대상물이 급부를 통하여 취득된 것인지를 먼저 검토하여 이것이 인정되는 경우에는 그 밖의 방법에 의한 취득을 더 이상 검토하여서는 아니 되고 급부를 통한 취득

논문접수일 : 2014.02.11
심사완료일 : 2014.03.03
게재확정일 : 2014.03.05
* 법학박사 · 한림대학교 법행정학부 조교수

이 부정되는 경우에만 그 밖의 방법에 의한 취득을 검토하여 비급부부당이득의 반환여부를 결정하여야 한다. 셋째, 급부부당이득관계의 당사자는 급부의 당사자가 된다. 즉 급부자가 부당이득반환청구권자가 되고 급부의 수령자가 부당이득반환의무자가 된다. 그런데 현실적인 재화의 이전과정에 제3자가 개입하는 경우에는 누가 급부의 주체로서 급부부당이득의 청구권자가 되는지 불명확한 경우 급부자는 급부의 목적설정행위의 해석을 통하여 결정되는 데 여기에는 상대방 있는 의사표시의 해석의 원칙에 따라서 수령자의 시각이 결정적이다. 이를 종합적으로 고려하면 결국 부당이득제도에 있어서 인식있고 목적지향적인 타인재산의 증식으로 이해되는 목적적 급부개념이 만능키의 기능을 수행하고 있다고 평가할 수 있다.

이러한 통설 및 판례는 급부의 귀속결정, 즉 부당이득법상의 목적설정으로부터 급부의 주체를 결정함으로써 부당이득에 있어서 급부의 목적을 지나치게 과대평가하게 된다는 점이 문제라고 생각된다. 즉 목적적 급부개념을 통하여 급부부당이득 관계의 모든 문제점이 해결될 수 있다고 판단하고 있다는 점이다. 이러한 생각은 소위 급부부당이득의 비급부부당이득에 대한 우선원칙을 통하여 더욱 강화되고 있다. 그러나 급부의 목적은 급부의 주체를 그 내용으로 하고 있지 않을 뿐만 아니라 급부부당이득이란 원인된 채권관계가 무효 또는 취소되어 본래의 계획대로 진행될 수 없는 경우에 이를 해소하기 위한 제도로서 변제의 반면을 이루고 있는 점을 고려해야 할 것이다. 그렇다면 부당이득법에 있어서 급부는 급부부당이득반환청구권의 성립요건으로서 기능하는 것으로 이해하면 족하고 그 목적과 체계를 달리하는 비급부부당이득반환청구권의 성립을 배제한다던지 급부에 있어서의 목적설정행위의 해석을 통하여 급부자를 결정하는 기능을 수행하는 것으로 이해하는 것은 논리 필연적 결론은 아니라고 할 것이다.

주제어 : 급부부당이득, 비급부부당이득, 급부, 목적설정행위, 급부부당이득 우선의 원칙

Ⅰ. 들어가며

채권법은 개인간의 재산관계를 규율하는 법영역으로서 권리주체 사이의 재화의 공정한 배분(gerechte Allokation von Vermögensgegenständen) 및 손해 또는 손실의 보전에 관한 규정을 두고 있다. 그리고 이를 통하여 개인의 사적 자치를 실현하는 데 기여할 뿐만 아니라 일정한 경제적 사회·정책적 목적도 수행한다고 설명할 수 있을 것이다.[1] 그런데 여기서 재화배분의 공정성이 의미하는 것이 무엇인지, 그 발현형태가 어떠한지 그리고 그에 따른 결과가 어떻게 나타나는지 등의 여러 관련된 의문들[2]과는 관계없이 채권법이 권리주체 사이의 공정한 재화의 배분이라는 기능을 달성하기 위해서는 바람직한(공정한) 재화배분의 상태를 안정화(Stabilisierung)하기 위한 장치와 바람직하지 않은(불공정한) 재화배분의 규제(Regulierung)를 위한 장치가 필수적이라고 할 것이다.[3] 예컨대 각종의 금지청구권들은 (Unterlassungsansprüche) 바람직한 재화의 배분을 안정화하기 위한 것으로 볼 수 있고 부당이득반환청구권은 바람직하지 않은 재화배분을 규제하기 위한 장치라고 할 수 있다.

여기서 재화의 배분이란 특정한 시점에 특정한 권리주체들 간의 재화의 귀속상태를 의미하는 것이라고 한다. 즉 특정한 권리주체의 특정시점에의 재화의 상태를 말한다.[4] 그런데 실제의 재화의 배분이 있어야 할 배분의 상태와 상이한 경우가 발생할 수 있는데 이것을 배분의 장애(Verteilungsstörung)라 하고 이러한 배분의 장애를 규제하여 있어야 할 상태로 되돌리기 위하여 독일의 채권법은 다양한 장치들을 마련해 두고 있다.[5] 이 중 대표적인 것으로

---

1) Christiane Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, Mohr Siebeck, 1999, S. 7; Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl., Walter de Gruyter, 1997, S. 3; Joachim Gernhuber, Das Schuldverhältnis, Mohr Siebeck, 1989, S. 3 ff; Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht Band I/1, 8.Aufl., C.F. Müller, 1995, S. 14 ff.

2) 예컨대 공정성이란 어떠한 근본적인 가치질서(Wertordnung)에 부합하는 것을 의미하는 것인지 또한 그것의 발현형태가 법률로 제정되어 존재하는 것인지 그리고 법률로 제정되어 존재하는 가치질서에 한정되는 것인지 등에 관한 의문을 들 수 있을 것이다.

3) Wendehorst, a.a.O., S. 7-8.

4) Wendehorst, a.a.O., S. 8.

재화가 배분되어 있어야 할 자에게 실제로 재화를 가지고 있는 자에 대한 청구권을 부여하는 방법을 들 수 있다. 이와 같이 배분의 장애를 규제하기 위한 청구권을 '조정청구권(Ausgleichsanspruch)'이라고 부르기도 한다.[6] 이에 따르면 재화의 배분에 장애가 있는 경우 이를 규제하여 있어야 할 재화배분의 상태로 돌려 공정한 재화배분이 이루어지도록 조정하는 청구권을 조정청구권이라고 부를 수 있다고 한다. 독일 민법 제812조 이하에 규정되어 있는 부당이득반환청구권은 대표적인 조정청구권이라고 할 것이다.[7]

특정시점의 재화배분상태의 조정이 필요하다는 것은 결국 그러한 배분보다 선호되는 재화의 배분이 있다는 것을 의미한다. 그런데 어떠한 배분형태도 일정한 관점하에서는 그보다 선호되는 배분이 있을 수밖에 없다. 결국 모든 재화의 배분에는 언제나 그보다 선호되는 배분이 항상 존재하게 마련이다. 이러한 선호의 차이(Präferenzgefälle)는 다양한 관점에서 다양한 방향으로 존재하고 경우에 따라서는 서로 충돌하기도 한다. 따라서 모든 선호의 차이가 재화의 재배분(Umverteilung)을 정당화 할 수 있는 것은 아니다. 뿐만 아니라 근대적 법체계의 객관적 가치질서로서 일반적으로 인정받고 있는 법적안정성(Rechtssicherheit), 신뢰보호(Vertrauensschutz)라는 가치는 오히려 즉각적인 재화의 재배분을 저지하는 방향으로 작동하게 된다. 이를 종합해보면 실제의 재화의 배분(Ist-Verteilung)과 있어야 할 재화의 배분(Soll-Verteilung)을 구분짓게 하는 다양한 관점에서의 선호의 차이들 중 재화의 재배분을 저지하는 요소들을 극복할 수 있는 것만이 조정청구권을 발생시킬 수 있다고 할 것이고 실제의 재화의 배분을 더 나은 상태로 재배분하는 것을 정당화하기 위해서는 엄격한 논거가 필요하다고 할 것이다.[8]

이렇게 본다면 법정채권관계로서 조정청구권을 규정하고 있는 경우에는 그 요건들의 의미와 포섭가능성에 관하여 보다 엄격한 검토가 필요하다고 할 것

5) Wendehorst, a.a.O., S. 11 ff.

6) Wendehorst, a.a.O., S. 12.

7) 이하 법명칭에 관하여 특별한 언급이 없는 경우는 모두 독일 민법(Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)을 의미한다.

8) Wendehorst, a.a.O., S. 12.

이다. 조정청구권 중 하나인 부당이득반환청구권에 관한 일반규정으로 이해되고 있는 민법 제812조 제1항은 "타인의 급부 또는 그 밖의 방법으로 타인의 손실하에 무엇인가(etwas)를 법률상 원인없이 취득한 자는 그에게 반환의무를 부담한다. 이러한 의무는 법률상 원인이 후에 상실되거나 법률행위의 내용상 급부를 통하여 달성하고자 했던 결과가 발생하지 않는 경우에도 존재한다"고 규정하고 있다. 이에 따르면 부당이득을 취득하는 방법으로 급부에 의한 것과 그밖의 방법에 의한 것을 인정하고 있다. 그러나 급부와 그밖의 방법이 의미하는 것이 무엇인지 그리고 양자의 관계는 어떠한지 등에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 않아 아직까지도 종결되지 않고 있는 수많은 논쟁의 원인이 되고 있다는 평가를 받고 있다. 이에 본 논문에서는 엄격한 논거와 요건의 정확한 의미에 대한 이해가 필수적인 법정 조정청구권으로 이해되는 부당이득반환청구권의 요건 중 급부의 의미에 집중해 검토하려고 한다. 특히 급부부당이득과 비급부부당이득의 관계 그리고 부당이득법에서의 급부의 개념 및 변제에서의 급부의 개념과의 상이여부 및 급부관계의 부당이득법에서의 기능을 살펴보고자 한다.

II. 급부부당이득의 체계적 지위 -통일설과 분리설

1. 서

민법 제812조 제1항 제1문은 타인의 급부 또는 그 밖의 방법으로 타인의 손실하에 법률상 원인없이 취득한 것의 반환의무를 규정하고 있다. 이를 결과적 측면에서 본다면, 부당이득반환제도는 재화의 현재의 보유자가 그의 보유자로서의 지위가 법질서에 의하여 지속될 수 없는 것으로 평가되는 경우 그보다 그 재화를 보유하는 것이 타당한 것으로 평가되는 자에게 반환할 의무를 발생시키는 것으로 볼 수 있다.[9] 즉 재화배분의 조정(Ausgleich)의 기능을 수행하

9) Patrick Gödicke, Bereicherungsrecht und Dogmatik, Dunker&Humblot, 2001, S. 177.

는 것으로 파악할 수 있다. 그런데 급부부당이득과 비급부부당이득이 이러한 재화분배의 조정이라는 목적하에 단일한 청구권을 발생시키는 것으로 이해할 것인가 아니면 양자는 서로 다른 요건하에 다른 기능을 수행하는 별개의 부당이득반환청구권 근거규범으로 이해할 것인가에 관하여 통일설(Einheitslehre)과 분리설(Trennungslehre)로 나뉘어 다투고 있다.[10]

2. 학설의 개관

1) 통일설(Einheitslehre)

통일설은 민법 제812조는 단일한 부당이득반환청구권을 규정하고 있는 것이고 급부에 의한 것과 그 밖의 방법에 의할 것이라는 선택적인 방법으로 구성요건을 규정하고 있는 것에 불과한 것이라고 이해한다. 이에 따르면 부당이득법은 재산의 이동이 형식적 법규정(formelles Recht)에는 부합하나 실질적인 정의(materielle Billigkeit)에 부합하지 않는 경우에 배분적 정의를 실현하기 위한 상위질서의 법(ein Recht höherer Ordnung)이라고 한다. 결국 부당이득반환청구권이 성립하기 위해서는 어떤 방법에 의하는지는 상관없이 재산의 이전(Vermögensverschiebung)과 재산이전의 직접성(Unmittelbarkeit) 그리고 법률상 원인이 없을 것이라는 요건이 필요하다고 구성하게 된다.[11] 이 중 재산이전의 직접성 요건은 제812조 제1항 제1문이 규정하고 있는 '그의 손실(auf dessen Kosten)로'라는 요건으로부터 도출할 수 있는데 이를 통하여 다수당사자 간의 부당이득 관계를 합리적으로 해결할 수 있다고 한다. 즉 직접적인 재산이전이 있는 당사자만이 부당이득반환관계의 당사자가 되며 소위 직접반환(Durchgriff)은 허용되지 않는다고 한다. 그리고 이를 통하여 독일민법의 제정

10) 독일에서의 부당이득법 이론의 역사적 전개 및 유형론에 관하여 소개하는 국내문헌으로는 안춘수, "부당이득관계의 당사자확정의 구조", 「법학연구」 제21권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 92면 이하 참조.

11) 통일설은 부당이득의 성립요건 중 이득을 객체중심적(Gegenstand)으로 파악하는 것이 아니라 재산(Vermögen)을 중심으로 파악하게 되고 결국 이러한 태도는 쌍무계약에 있어서의 부당이득 반환시의 '결산이론(Saldotheorie)'로 발전하게 된다.

과정에서 명시적으로 그 도입을 반대했던 전용물소권(Versionsklage)을 방지할 수 있다고 한다. 이러한 초기의 통일설은 Savigny(Friedrich Carl von Savigny)의 이론에 그 기원을 두고 있다고 한다. Savigny는 로마법상의 다양한 condictio의 유형들(indebiti, ob caudsam finitam, causa data ccausa non seccuta, ob turpem vel iniustam causam)로부터 하나의 통일적인 부당이득의 성립요건을 발견한다. 그리고 그러한 통일적인 부당이득의 기본원칙은 타인재산의 감소를 통한 법률상 정당화 될 수 없는 재산의 확장은 허용되어서는 안된다는 것이었다.

이러한 전통적인 통일설은 아래에서 살펴볼 분리설이 통설적 지위를 차지하면서 지지자를 잃어 버렸으나 비교적 최근에는 다시 급부부당이득과 침해부당이득의 엄격한 분리를 극복하고 부당이득제도를 통일적인 시각에서 바라봐야 한다는 견해가 주장되고 있다.[12] 이에 따르면 제812조 이하에 규정되어 있는 부당이득 반환청구권은 급부부당이득, 침해부당이득 그리고 그 밖의 부당이득으로 그 유형을 분류할 수 있지만 그 구성요건은 모두 동일하다고 이해한다. 즉 부당한 이득이 발생하는 양태(Modalität)가 중요한 것이 아니라 타인의 재산으로부터 정당화될 수 없는 이득을 취득했다는 것(das unrechtsmäßige Haben aus fremdem Vermögen)이 부당이득반환청구권 발생의 핵심요건이라고 한다. 그리고 부당이득반환청구권의 구성요건은 첫째 부당이득반환채무자(Beriecherungsschuldner)에게 이득이 발생하였을 것, 둘째 이 이득은 부당이득반환청구권자(Bereicherungsgläubiger)로부터 나온 것일 것, 셋째 이득자는 손실자에 대하여 그 이득을 정당화할 수 있는 근거가 없을 것으로 구성된다고 한다. 이득이 급부에 의한 것인지 그 밖의 방법에 의한 것인지는 그 이득의 보유의 정당성 혹은 부당성을 판단함에 있어서야 그 의미를 갖게 되는데 그마저도 부차적인 중요성만 있을 뿐이라고 한다. 그러면서 분리설에 대하여는 법률에 규정되어 있는 부당이득반환청구권의 구성요건을 자의적으로 분리

12) 새로운 통일설은 주장하는 학자마다 그 내용이 상이하여 하나의 학설의 지위를 차지한다고 평가하기 어려울 정도이나 그 기초에 있어서는 부당이득반환청구권을 통일적인 시각으로 바라봐야 한다는 점에서 일치하고 있다. Dieter Reuter/Michael Martinek,, Ungerechtfertigte Bereicherung, J.C.B. Mohr Tübingen 1983, S. 36.

하는 방법론적 문제가 있을 뿐만 아니라 작위적인 급부개념에 지나치게 의존하고 있다고 비판하고 있다.

2) 분리설(Trennungslehre)

분리설의 단초를 제공한 것은 당시의 통일설을 충실히 따르고 있었던 Fritz Schulz라고 평가되고 있다.[13] 그는 여전히 통일적인 시각으로 부당이득제도를 바라보고 있었지만 Savigny와는 달리 법률상 원인없는 재산의 이전이 아니라 이득자의 위법한 행위에 초점이 맞추어져야 한다고 주장하였다.[14] 그에 따르면 현상(Zustände), 권리(Rechte) 그리고 심지어 행위의 결과(Erfolge von Handlungen)에 대하여 적법하다 또는 위법하다고 평가하는 것은 심각학 오류이며 따라서 위법한 소유권이란 있을 수 없으며 오직 위법한 행위만이 존재할 수 있다고 한다.[15] 위법성에 대한 그의 이러한 이해에 따라 그는 Savigny와는 달리 재산보유의 위법성이 아니라 재산취득행위의 위법성을 부당이득반환제도의 핵심으로 구성하였다. 이러한 Schulz의 이론은 '불법을 통한 이득금지(Kein Gewinn aus Unrecht)'라는 사상에 바탕을 둔 것이었다. 결국 행위중심적이고 불법행위적인 위법성의 개념을 통하여 Schulz는 부당이득법을 불법행위법에 근접하게 만들게 된다. 즉 부당이득반환은 위법한 행위에 대한 제재인 것이 된다. 다만 불법행위법은 피해자의 재산상황이 가해행위가 없었더라면 있었을 상태로 만드는 데 목적이 있지만 부당이득법은 그 반대로 가해자가 그의 위법한 침해가 없었더라면 있었을 그의 재산상태를 만들게 되는 것이라고 한다.[16] 이러한 이론구성은 급부부당이득에 집중되었던 당시의 부당이득법을 바라보는 시각으로부터 벗어나 부당이득제도를 새롭게 바라볼 수 있게 하였고 이를 통하여 현재의 시각으로 본다면 Schulz는 침해부당이득(Eingriffskondiktion)의 발견자라고 평가될 수 있다고 한다.[17]

---

13) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 25.

14) Fritz Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105(1909), 446.

15) Schulz, a.a.O., S. 438.

16) Schulz, a.a.O., S. 445.

현재 통설의 지위를 차지하고 있는 분리설의 창시자는 Walter Wilburg와 Ernst von Caemmerer로 평가되고 있다.[18] 이들의 핵심주장은 제812조 이하에 규정되어 있는 부당이득반환청구권은 급부부당이득과 비급부부당이득으로 나누어 그 요건을 달리한다고 하는 것이다. Wilburg는 통일설에 대하여 원인없는 급부에 의한 부당이득과 급부에 의하지 않은 부당이득이 공통의 근거를 가지고 있다는 점은 입증되지 않았고 정의(Billigkeit)나 적법성(Gerechtigkeit)은 부당이득제도를 다른 제도와 구별되도록 하는 표지가 될 수 없다고 비판하면서 급부부당이득과 비급부부당이득은 그 근거가 전혀 다르다고 주장하였다.[19] 그는 급부부당이득은 급부가 그 목적을 달성하지 못하는 경우에 물권행위의 무인성원칙(Abstraktionsprinzip)의 결과를 수정하는 것을 그 목적으로 하는 것으로 부당이득반환청구권의 출발점은 재산의 직접적 이전이 아니라 급부의 내용과 목적이 되어야 한다고 주장하였다.[20] 급부자는 그가 급부를 제공한 자 즉 급부수령자(Leistungsempfänger)에 대하여만 부당이득반환을 요구할 수 있는데, 급부수령자가 누구인지는 급부의 내용과 목적을 통하여 정해진다고 한다. Wilburg는 침해부당이득은 급부부당이득과 구별되는 별개의 독립한 청구권으로 이론구성한다. 그는 침해부당이득을 소위 '귀속내용(Zuweisungsgehalt)'을 관철하기 위한 '권리지속청구권(Rechtsfortwirkungsanspruch)'으로 이해한다. 즉 침해로 인하여 형식적으로는 소멸하게 되는 지배권(Herrschaftsrecht)이 실질적으로 지속되도록 하려는 것이 법률에 의한 귀속내용이며 이를 가능하게 해 주는 것이 바로 침해부당이득청구권이라고 한다.[21]

v. Caemmerer는 Wilburg의 분리설을 독일법에 맞추어 발전시켰다. 그는 부당이득반환청구권의 구조와 한계를 분명히 하기 위해서는 이득의 다양한 원인에 따라서 유형화해야 한다고 하면서 부당이득을 급부부당이득, 침해부당이

17) Dieter Medicus/Jens Petersen, Bürgerliches Recht, 22. Aufl., 2009, Rn. 704; Reuter/Martinek, a.a.O., S. 25.

18) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 26.

19) Walter Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau, 1934, S. 112 ff.

20) Wilburg, a.a.O., S. 113.

21) Wilburg, a.a.O., S. 122.

득, 구상부당이득(Rückgriffskondiktion) 등으로 구분하면서 이러한 유형은 결코 제한적인 것이 아니라 새로운 사회변화에 대하여 열려있는 것이라고 설명한다.[22] 그리고 각각의 유형의 부당이득반환청구권은 그 근거뿐만 아니라 그 내용 및 범위에서 모두 구별되는 별개의 청구권이라고 한다.[23]

Wilburg와 v. Caemmerer의 분리설이 주장되고 인식있고 목적지향적인 타인재산의 증대(bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens)라는 목적적 급부개념이 정립되자 분리설은 많은 학자들로부터 지지를 받아 현재까지 통설의 지위를 유지하며 보다 정교하게 발전하고 있다.[24] 현재 통설의 지위를 차지하고 있는 분리설은 다음과 같은 모습이다. 급부부당이득과 침해부당이득(비급부부당이득의 가장 중요한 유형)은 부당이득반환청구권의 기본유형으로서 그 구성요건을 달리하는 별개의 청구권근거이다. 과거 통일설에서 부당이득반환청구권의 성립을 위하여 요구하던 재산이전의 직접성의 요건은 목적적 급부개념과 귀속내용(Zuweisungsgehalt)으로 대체될 수 있다. 급부부당이득과 비급부부당이득의 관계에 관하여는 급부부당이득이 우선한다는 원칙(Subsidiaritätsdogma)에 따르며 이는 삼각관계에서 마찬가지이다. 따라서 삼각관계에서 출연자가 침해부당이득을 통하여 직접반환(Durchgriff)을 요구할 수 없고 부당이득의 반환은 언제나 급부관계 속에서 이루어지게 된다. 이때 급부가 존재하는지 그리고 급부의 당사자가 누구인지는 급부자의 의사에 의하여 결정되지 아니하고 급부수령자의 시각에서 결정하여야 한다.[25]

3. 평가 및 사견

고대 로마시절에는 독립적인 소권의 형태로 존재하던 개별적인 부당이득반환청구권들이 독일민법에 계수되는 과정에서 Savigny의 영향으로 통일적인

22) Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS für Ernst Rabel, 1954, S. 335.

23) v. Caemmerer, a.a.O., S. 355.

24) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 33.

25) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 33의 내용을 요약 정리한 것임.

부당이득반환청구권으로 이해되어 오다가 Wilburg와 v. Caemmerer에 의해 급부부당이득과 비급부부당이득으로 분리해서 이해하는 분리설이 통설의 지위를 차지하고 있다고 정리할 수 있을 것이다.[26]

생각건대 부당이득제도는 다음과 같은 이유에서 급부부당이득과 비급부부당이득으로 나누어 그 요건과 효과를 별개로 구성하는 것이 타당하다. 첫째로 청구권은 근대민법의 핵심적인 구조를 차지하고 있는데, 민법이 알고 있는 다양한 청구권들 중에서 어느 청구권을 선택하고 이를 관철할 것인가는 각 청구권의 법률효과에 의하여 결정되는 것이 아니라 각 청구권의 구성요건에 의하여 결정되는 것이다.[27] 부당이득반환청구권도 민법상의 청구권 중 하나로 다른 청구권들과 마찬가지로 그 구성요건의 충족여부에 의해서 그 적용여부가 결정된다. 통일설은 부당이득을 실질적인 정의 내지는 적법성이라는 통일된 이념에 바탕을 둔 것으로 이해하려는 입장으로 그 구성요건이 지나치게 추상적이어서 어떠한 경우에 부당이득반환청구권이 성립되는지 답할 수 없다는 점에서 문제가 있다고 생각된다.[28]

다음으로 분리설이 방법론적으로 보다 우수한 이론으로 생각된다. 법학에서의 이론은 다양한 법규정들 가운데 문제가 되고 있는 사실관계의 해결에 적합한 법문을 발견하는 데 기여하는 것이 그 주요한 기능이라고 할 것인데 통일설은 이미 살펴본 바와 같이 부당이득반환제도의 이념적 기반을 탐구하는 데 그치고 있어 분쟁의 기초가 되고 있는 사실관계가 어느 법문에 의해서 포섭될 수 있는가를 밝히는 데에는 그 한계가 노출될 수밖에 없다고 할 것이다.[29]

마지막으로 통일설은 급부부당이득과 비급부부당이득이 수행하는 기능의 차이점을 반영하지 못한다는 문제점이 있다고 생각된다. 독일 민법은 재화의 이동(Güterbewegung)에 관하여는 계약법이 이를 규율하고 있고 재화의 보호

26) 고대 로마시대에 독립된 소권의 형태로 존재하던 condictio를 부당이득반환청구권으로 이해하는 것도 현재의 시각에서 바라보는 것이다.

27) 이에 관하여 자세한 것은 Gödicke, a.a.O., S. 122 ff.

28) Sascha Beck, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung, Berlin, 2008, S. 350; Gödicke, a.a.O., S. 172; Hans Georg Koppensteiner /Ernst A. Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., Berlin, 1988, S. 4.

29) Gödicke, a.a.O., S. 79 ff, 172.

(Güterschutz)에 관하여는 소유권으로 대표되는 물권법이 이를 규율하도록 편제되어 있다.[30] 재화의 이동에 있어서는 누구로부터 누구에게로 어떤 재화가 이전되어야 하는지 그리고 재화의 보호에 있어서는 어떤 재화가 누구에게 귀속되어 보호되어야 하는지는 각 법영역의 규율내용에 따른다. 따라서 부당이득반환청구권의 해심요건인 이득의 부당성(법률상 원인이 없음)은 계약법의 영역과 물권법의 영역에서 상이할 수밖에 없다고 할 것이다. 따라서 급부부당이득과 비급부부당이득은 그 요건과 기능을 달리하는 별개의 청구권근거로 이해하는 분리설의 입장이 보다 현행 민법의 체계에 부합하는 것이라고 생각된다. 이렇게 본다면 결국 부당이득에 관한 통일설은 부당이득제도의 사상적 혹은 이론적 근거를 설명하는 차원의 학설이라 할 것이고 분리설은 각 부당이득반환청구권의 기능 및 요건을 도출하기 위한 이론이라고 할 것이어서 양자는 그 차원을 달리하는 학설이라고 생각된다.[31]

Ⅲ. 급부부당이득의 기능-변제와 부당이득의 관계

1. 급부부당이득의 기능

급부부당이득(Leistungskondiktion)은 실패한 변제를 되돌리려는데 그 목적이 있는 것이다. 변제를 위하여 급부가 이루어지면 실제로 이루어진 급부의 내용과 채무의 내용인 급부(실현되어야 할 급부)의 내용을 비교하여 양자가 일치하면 변제의 효과가 발생하고 양자가 일치하지 않아 변제의 효과가 발생하지 않으면 실제로 급부된 것을 급부수령자가 계속하여 보유하지 못하도록 이를 반환하게 하는 것이 급부부당이득의 기능이다.[32] 이렇게 본다면 급부부

30) Beck, a.a.O., S. 350; Gödicke, a.a.O., S. 172; Hartmut Reeb, Grundfälle zum Bereicherungsrecht, JuS 1972, S. 391.

31) Gödicke, a.a.O., S. 180.

32) Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonder Teil, 2. Halbband(Schuldrecht Ⅱ/2로 인용), 13. Aufl., München, 1994, S. 133; Ulrich Loewenheim, Bereicherungsrecht, 3. Aufl., 2007, S. 58; Reuter/Martinek, a.a.O., S. 94;

당이득과 변제는 급부의 선택적 결과이며 급부부당이득에 따른 상환관계(Rückabwicklungsverhältnis)는 변제를 위한 급부관계의 단순한 전환(Umkehrung)이라고 할 수 있을 것이다.[33]

그런데 변제에 관하여 규정하고 있는 민법 제362조 제1항은 채권관계는 채무의 내용인 급부가 채권자에게 실현되면 소멸한다고 하고 있고, 급부부당이득을 규정하고 있는 제812조 제1항 제1문은 타인의 급부를 통하여 법률상 원인없이 이득을 얻은 자는 이를 반환할 의무를 부담한다고 규정하고 있을 뿐 급부의 개념에 관한 통일된 규정은 존재하지 아니 한다. 이에 따라 변제에 있어서의 급부개념과 부당이득에 있어서의 급부개념의 동일성에 관하여 학설이 대립하고 있다. 이하에서 이에 관하여 검토하기로 한다.

2. 변제와 부당이득에서의 급부개념의 동일성

1) 변제에 있어서의 급부개념

독일민법전에서 사용되는 급부라는 용어는 두 가지 의미가 있다고 이해되고 있다. 즉 급부라는 개념은 급부행위 또는 급부의 결과를 의미할 수 있다고 한다. 따라서 급부라는 용어가 어떤 의미로 사용되고 있는 것인지는 해석을 통하여 결정하여야 한다고 한다.[34] 그런데 채권자는 자신이 원하는 결과가 실제로 발생하여야만 만족을 얻게 되므로 변제에 있어서의 급부란 급부의 결과를 의미하는 것으로 이해하는 것이 통설 및 판례의 태도이다.[35] 다만 이러한

Hans Josef Wieling, Bereicherungsrecht, 2. Aufl., 1999, S. 15.

33) Wilhelm Stolte, Der Leistungsbegriff: Ein Gespenst des Bereicherungsrecht?, JZ 1990, S. 221; Volker Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen, 1969, S. 282; Gerhard Hassold, Zur Leistung im Dreipersonnenverhältnis, München, 1981, S. 7.

34) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil(Schuldrecht I로 인용), 14. Aufl., München, 1987, S. 8; Gernhuber, a.a.O., S. 99; Franz Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 1. Band(이하 FS Nipperdey I로 인용), München, 1965, S. 784; Volker Beuthien, a.a.O., S. 7.

태도에 따르더라도 결과발생이 아니라 행위만이 채무의 내용인 경우에는 급부의 의미를 급부행위로 이해할 수밖에 없다.[36]

이러한 통설 및 판례의 태도와는 달리 제362조 제1항에서의 급부는 급부의 결과가 아니라 급부행위만을 의미한다고 이해하는 견해도 있다.[37] 이에 따르면 결과발생을 요하지 않는 단순한 용역이나 부작위가 급부의무의 내용인 경우에는 변제를 위하여 결과발생이 필요없게 되는데 변제법상의 급부의 개념을 급부의 결과를 의미하는 것으로 이해하게 되면 이를 설명할 수 없게 된다고 비판한다.[38] 계속해서 변제법상의 급부개념과 부당이득법상의 급부개념은 통일적으로 이해되어야 한다는 점을 근거로 들고 있다. 변제를 목적으로 급부가 이루어지면 우선 그 목적이 달성되어 유효한 변제가 되는지 검토하고 이것이 부정되는 경우에는 급부된 것을 부당이득으로 반환하도록 하고 있으므로 결국 변제와 부당이득의 성립은 급부의 결과 발생할 수 있는 두 가지 가능성 중 하나에 불과한 것이라고 한다. 따라서 그 목적이 달성되는 경우와 달성되지 않는 경우에 있어서 급부개념을 서로 다른 것으로 파악하는 것은 타당하지 않다고 한다. 그런데 부당이득법상의 급부개념은 급부의 결과발생을 의미할 수 없으므로 변제법상의 급부개념에도 결과발생을 포섭해서는 안 된다고 한다.[39] 또한 지정변제충당에 관하여 규정하고 있는 제366조 제1항에서는 채무자가 급부시에 충당지정을 할 수 있는 것으로 규정하고 있는데 여기서 급부는 급부행위로 이해할 수밖에 없다는 점도 근거로 들고 있다.[40] 지정변제

35) Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht 30. Aufl., C.H. Beck, 2004 S. 122; Larenz, Schuldrecht I, S. 235; Gernhuber, a.a.O., S. 99; Beuthien, a.a.O., S. 791; BGH Urt. v. 06. 02. 1954 - II ZR 176/53, BGHZ 12, 267 = NJW 1954, 794; BGH Urt. v. 25. 03. 1983 - V ZR 168/81, BGHZ 87, 156 = NJW 1983, 1605.

36) Larenz, Schuldrecht I, S. 239. 독일에서의 변제의 의미 및 변제에 있어서의 급부의 의미에 관하여 자세한 것은 허명국, "변제에 있어서 급부의 주체 및 귀속 결정", 「홍익법학」 제14권 제2호(2013. 6.), 홍익대학교 법학연구소, 356면 이하 참조.

37) Hartmut Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, C.H. Beck, 1975, S. 13; Beck, a.a.O., S. 60-65.

38) Beck, a.a.O., S. 62.

39) Beck, a.a.O., S. 330 ff; Reeb, a.a.O., S. 13.

40) Staudinger/Olzen, §366 Rn. 5. 지정변제충당에서의 급부시를 급부의 결과발생으로 이해하게 되면 특히나 송부채무의 경우에 채무자는 결과발생시점을 알 수 없는 경우가 많으므로

충당은 변제의 특수한 경우이므로 두 경우에 있어서 급부의 의미를 달리 이해하는 것은 법의 체계적 해석에 부합하지 않게 된다고 한다.[41] 마지막으로 급부의 양태(Modalität)로서 급부의 시간, 장소, 품질(Qualität)이 논의되고 있는데 이는 모두 급부행위의 내용을 말하고 있다는 점도 근거로 들고 있다.[42]

2) 부당이득에 있어서의 급부개념

부당이득법에서는 급부를 인식있고 목적지향적인 타인재산의 증식(bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens)으로 이해하는 것이 일반적인 학설 및 판례의 태도이다.[43] 즉 급부가 이루어지기 위해서는 단순한 타인재산 증식행위(Zuwendung)만으로는 부족하고 목적설정(Zweckbestimmung)이 필요하다고 이해한다.

3) 양자의 동일성

제362조 제1항과 제812조 제1항 제1문이 동일하게 급부(Leistung)라는 용어를 사용하고 있지만 변제에 있어서의 급부와 부당이득에 있어서의 급부는 별개로 이해해야 한다고 주장하는 견해가 있다. 이들의 주요 논거를 중심으로 양자의 동일성에 관하여 살펴보기로 한다.

① 채무의 내용인 급부와 채무의 내용이 아닌 급부

부당하게 된다고 한다.

41) Beck, a.a.O., S. 63.

42) Beck, a.a.O., S. 64.

43) Larenz/Canaris, Schuldrecht Ⅱ/2, S. 133; Josef Esser/Hans-Leo Weyers, Schuldrecht Band Ⅱ Besonderer Teil Teilband 2(이하 Schuldrecht Ⅱ/2로 인용), 8. Aufl., Heidelberg 2000, S. 42; Wolfgang Fikentscher, a.a.O., 1997, S. 679; Wieling, a.a.O., S. 13; Walter Zeiss, "Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung", JZ 1963, S. 8; BGH Urt. v. 31.10.1963 - VII ZR 285/61, BGHZ 40, 272 = NJW 1964, 399 ff; BGH Urt. v. 27.05.1971 - VII ZR 85/69, BGHZ 56, 228 = MDR 1971, 743 f; BGH Urt. v. 24.02.1972 - VII ZR 207/70, BGHZ 58, 184 = NJW 1972, 864 ff; BGH Urt. v. 26.10.1978 - VII ZR 71/76, BGHZ 72, 246 = NJW 1979, 157 ff.

변제에 있어서의 급부는 채무의 내용인 급부를 의미하는 것이고 부당이득에 있어서의 급부는 채무의 내용이 아닌 급부를 의미하므로 양자는 구별해야 한다는 견해가 있다.[44] 그러나 변제나 부당이득은 급부라는 '행위'로 인해 발생하는 선택적 결과로서 그 급부가 채무의 내용과 일치하는 경우에는 변제라는 결과가 동일한 그 급부가 채무의 내용이 아닌 경우에는 부당이득이 발생하는 것이다. 따라서 이러한 견해는 부당하다고 할 것이다. 더구나 제812조 제1항 제2문은 법률상 원인이 급부 후에 소멸하는 경우에도 부당이득반환의무가 발생하는 것으로 규정하고 있다.[45] 따라서 예컨대 급부 후에 해제조건(auflösende Bedingung)이 성취되는 경우에는 급부된 것을 부당이득으로 반환하여야 한다.[46] 이러한 경우에 채무자의 행위는 동일한데 그 결과는 일단은 변제의 효과가 발생하였다가 후에 다시 부당이득이라는 효과가 발생하는 것이다. 그렇다고 하여 채무자의 동일한 급부행위를 한 번은 변제에 있어서의 급부로 또 한 번 부당이득에 있어서의 급부로 달리 평가하는 것은 타당하지 못하다고 할 것이다.[47]

② 급부와 재산가치(Vermögenswert)

부당이득에 있어서의 급부는 인식있고 목적지향적인 타인재산의 증식이므로 부당이득에 있어서의 급부가 존재하기 위해서는 재산가치가 있을 것이 요구되는 반면 변제는 실현된 급부와 채무의 내용인 급부가 일치하면 족하므로 재산적 가치를 요하지 않는다고 한다. 따라서 재산가치의 관점에서 부당이득에 있어서의 급부가 변제에 있어서의 급부보다 좁은 개념이라고 한다.[48]

그러나 부당이득에 있어서의 급부도 재산가치를 가져야만 하는 것은 아니라고 할 것이고 이러한 점은 법문에 의해서도 분명하다고 할 것이다. 제812조 제1항 제1문은 단순히 급부를 통해서(durch die Leistung) 무엇인가(etwas)를

44) Hans-Wilhelm Kötter, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153(1953), S. 195.

45) 보다 정확하게는 제812조 제1항 제1문 첫 번째 경우(comndictio ob causam finitam)이고, 제812조 제1항 제2문 두 번째 경우는 소위 목적좌절의 부당이득(condictio ob rem)을 규정하고 있다.

46) Larenz/Canaris, Schuldrecht Ⅱ/2, S. 146.

47) Beck, a.a.O., S. 331.

48) Kötter, AcP 153(1954), S. 194; Erman/Westermann, §812 Rn. 3.

얻을 것을 요건으로 규정하고 있고 여기서의 '무엇인가'에는 재산가치가 없는 대상도 포함된다고 할 것이다. 급부된 것이 재산적 가치를 가지고 있는지의 문제는 부당이득의 반환범위 및 방법을 결정함에 있어서야 문제가 되는 것이다. 818조 제1항은 급부된 목적물(Gegenstand) 자체의 반환을 규정하고 있고 동조 제2항은 급부된 목적물의 성질상 반환이 불가능하거나 수령자가 그 밖의 이유로 반환이 불가능한 경우에는 그 가치(Wert)를 반환하도록 규정하고 있다. 급부부당이득반환청구권의 성립요건을 규정하고 있는 제812조 제1항 제1문과 그 반환범위 및 방법을 규정하고 있는 제818조를 연결해서 읽으면 급부부당이득이 성립하기 위해서는 급부를 통하여 무엇인가를 얻으면 족한 것이고 이것의 반환방법을 결정함에 있어서 그것의 재산적 가치가 문제될 뿐이라고 이해하는 것이 타당하다고 생각된다.[49] 따라서 변제에 있어서의 급부의 목적물이 될 수 있는 모든 것은 부당이득에 있어서의 급부의 목적물이 될 수 있다고 이해하는 것이 타당하다고 할 것이다.[50]

③ 부작위 급부

변제에 있어서의 급부와 부당이득에 있어서의 급부를 별개로 취급해야 한다는 또 다른 논거로 주장되는 것은 변제에 있어서의 급부는 단순한 부작위(Unterlassen)도 포함될 수 있는데 부작위를 통한 급부가 이루어지는 경우에는 부당이득으로서 반환될 수 있는 '무엇인가(etwas)'가 존재하지 않으므로 양자는 구별해야 한다는 것이다.[51]

그러나 제818조 제2항은 급부를 통하여 취득한 것이 객체 그대로 반환할 수 없는 경우에 그 가치를 반환하도록 규정하고 있는데 이 조항은 제812 조1항 제1문에 따라서 무엇인가가 급부된 것을 그 전제로 하고 있다. 여기서 '무엇인가'에는 사실행위(Realhandlung) 또는 부작위도 포함되는 것이다. 타인의 급

49) Arnold Liebisch, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden, Leipzig 1970, S. 12; Koppensteiner/Kramer, a.a.O., S. 117; Wieling, a.a.O., S. 7; Reeb, JuS 1972, S. 394.

50) Loewenheim, a.a.O., S. 130; Beck, a.a.O., S. 335.

51) Hassold, a.a.O., S. 6.

부를 통해 취득한 '부작위'가 그 자체로 반환될 수 없다는 것은 부당이득의 성립요건인 급부의 존재의 문제가 아니라 부당이득의 반환의 범위와 방법에 관한 문제일 뿐이라고 할 것이다. 따라서 부작위 급부의 경우에도 변제와 부당이득에 있어서의 급부개념은 동일하게 이해하는 것이 타당하다.[52]

④ 급부행위와 급부결과

급부부당이득의 경우에는 급부행위 자체의 반환이 아니라 급부의 결과의 반환이 문제되는데 반하여 변제에 있어서는 급부행위가 중요하므로 부당이득에 있어서의 급부의 개념이 이러한 관점에서는 변제에 있어서의 급부의 개념보다 좁은 것이라고 설명하는 견해도 있다.[53]

그러나 변제에 있어서도 급부행위의 실행만으로는 부족하고 급부의 결과가 발생하여야 한다. 그리고 급부행위 자체만이 채무의 내용인 경우는 오히려 예외적인 경우이고 급부의 결과발생이 채무의 내용인 것이 일반적인 경우이다.[54] 따라서 채무자는 채무의 내용인 급부의 결과가 발생한다면 구체적인 급부행위위 내용은 자유롭게 선택할 수 있는 것이다. 이렇게 본다면 급부의 결과발생은 부당이득에 있어서 뿐만 아니라 변제에 있어서도 그 구성요건이라고 할 것이다.[55]

또한 급부자의 급부행위는 변제와 급부부당이득 모두에 있어서 중요한 의미가 있다고 할 것이다. 급부행위 자체가 아니라 급부의 결과만이 부당이득으로서 반환되어야 한다는 점은 분명하다. 그러나 이것은 급부부당이득의 효과만을 바라보고 있는 것이다. 이러한 법률효과가 발생하기 위해서는 급부자의 급부행위가 구성요건으로서 전제되어야 한다는 점을 간과하고 있는 것이다.[56]

---

52) Beck, a.a.O., S. 335; Horst-Eberhard Henke, Die Leistung, Dunker&Humblot, 1991, S. 87; Reeb, JuS 1972, S. 394.

53) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 94; Wieacker, FS Nipperdey I, S. 784; Erman/Westermann, §812 Rn. 11.

54) Beuthien, a.a.O., S. 291.

55) Beck, a.a.O., S. 336.

56) Hassold, a.a.O., S. 5; Gerhard Welker, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung, Berlin, 1974, S. 24.

급부자의 급부행위가 존재하는지에 의해서 급부부당이득과 비급부부당이득이 구별될 수 있는 것이고 이에 따라 다른 요건과 효과를 가진 상이한 부당이득반환청구권이 성립하게 되는 것이다.[57] 결국 급부의 수령자에게 급부의 결과가 발생하여야 변제 또는 부당이득이 성립하는 것이고 역으로 채무의 내용인 결과가 채권자에게 발생하였어도 이러한 결과가 급부자의 행위에 의한 것이 아니면 변제 또는 급부부당이득이 성립하지 않는다고 할 것이다.[58]

⑤ 급부목적의 상이함

변제에 있어서의 급부와 부당이득에 있어서의 급부는 변제를 위한 급부(Leistung solvendi causa)의 경우에만 일치하는 것이고 부당이득에 있어서의 급부 목적은 변제 외에도 다양할 수 있다고 하는 것이 양자의 동일성을 부정하는 견해의 가장 주된 논거이다. 즉 부당이득에 있어서의 급부에는 변제 외에도 다양한 목적들이 추구될 수 있으므로 이러한 관점에서 부당이득에 있어서의 급부개념이 변제에 있어서의 급부개념보다 넓으며 변제를 위한 급부는 부당이득에 있어서의 급부의 가장 주요한 것일 뿐이라고 한다.[59] 변제목적 이외의 급부목적으로 제시되는 것으로서 현실증여(Handschenkung)에 있어서의 증여목적의 급부(Leistung donandi causa)와 제812조 제1항 제2문에 규정되어 있는 급부의 목적(Leistung ob rem)을 들 수 있다.

먼저 증여목적의 급부에 관하여 살펴보면, 증여계약이 사전에 체결되고 이의 이행을 위하여 급부가 이루어지는 경우에는 변제목적의 급부가 이루어지지만, 현실증여에 있어서는 변제되어야 할 채권계약이 결여되어 있으므로 변제목적의 급부로 파악할 수 없고 이 경우의 급부의 목적은 증여를 위한 것으로 파악해야 한다고 설명한다.[60] 그러나 의무부담행위(Verpflichtungsgeschäft)와 처분

57) Beck, a.a.O., S. 336.

58) Beck, a.a.O., S. 336.

59) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 94; Wieling, a.a.O., S. 18; Erman/Westermann, §812 Rn. 44; Hassold, a.a.O., S. 88; Christina Wolf, Drittleistung und Leistungsmittlung, Berlin, 1995, S. 22; Franz Schnauder, Leistung ohne Bereicherung? - Zu Grundlagen und Grenzen des finalen Leistungsbegriffes, AcP 187(1987), S. 175.

60) Manfred Harder, Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen - lediglich ein rechtlicher

행위(Verfügungsgeschäft)를 엄격히 구분하고 있는 민법의 기본적인 체계는 현실증여의 경우에도 유지되어야 할 것이므로 현실증여를 의무부담행위와 처분행위의 중간에 위치한 독립한 법률행위의 유형으로 파악할 수 없고 결국 의무부담행위와 처분행위가 시간적 간격없이 현실적으로 동일한 거동을 통하여 이루어지는 것으로 파악해야 할 것이다. 이렇게 본다면 비록 시간적으로는 선행하지 않지만 현실증여의 경우에도 이행되어야 할 의무부담행위가 전제되고 있고 이를 위하여 급부가 이루어지는 것이라고 할 것이다. 따라서 현실증여에 있어서의 급부를 변제를 위한 급부가 아니라 증여를 위한 급부로 파악할 것은 아니다.[61]

변제이외의 급부목적으로 제812조 제1항 제2문이 규정하고 있는 목적(causa ob rem)을 든다. 동 조항이 규정하고 있는 급부목적은 변제 또는 증여 목적과는 구별되는 제3의 급부목적을 말하는 것이라고 한다.[62] 그러나 목적좌절의 부당이득(condictio ob rem)도 급부부당이득으로서 재화의 교환관계를 규율하기 위한 법체계에 속하는 것으로서 실패한 계약관계의 정리가 주된 기능이라고 할 것이다.[63] 따라서 그 적용범위는 계약자유의 원칙의 한계를 넘어 법적으로 승인되지 못하는 계약관계의 '이행'을 위하여 급부가 이루어지는 경우로 한정하는 것이 타당할 것이다.[64] 따라서 목적좌절의 부당이득의 경우에도 인식있는 타인재산의 증식이 계약의 내용상 한계를 넘어 법질서로부터 승인되지 못한 계약의 이행을 목적으로 이루어지는 것으로 이해한다면 결국 변제목

Vorteil, JuS 1977, S. 155; Michael Fischer, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln 2002, S. 18.

61) Beck, a.a.O., S. 562; Wieling, a.a.O., S. 15.

62) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 91; Koppensteiner/Kramer, a.a.O., S. 10; Wieling, a.a.O., S. 15 f.

63) Alfred Söllner, Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163(1963), S. 29.

64) Beck, a.a.O., S. 598; Martin Weber, Bereicherungsansprüche wegen enttäuscheter Erwartung?, JZ 1989, S. 30; Wieling, a.a.O., S. 27도 목적좌절의 부당이득의 적용범위 중 가장 중요한 것이 법률에 의하여 승인되지 못한 계약의 이행을 위한 것임을 인정하고 있다. condictio ob rem의 역사적 전개 및 현대적 의미에 관하여 자세한 것은 이 연구의 범위를 벗어나므로 새로운 연구에서 이를 밝히기로 한다. 이에 관하여 자세한 것은 Beck, a.a.O., S. 564 ff; Wieling, a.a.O., 26 ff 참고.

적의 급부가 이루어지는 것으로 이해할 수 있을 것이다.[65] 또한 계약자유의 원칙이 지배하고 있는 근대적인 법상황에서는 목적좌절의 부당이득은 매우 이례적인 급부부당이득의 특수한 경우로서 급부부당이득의 전체적인 체계를 결정하는 힘이 없을 뿐만 아니라 목적좌절의 부당이득으로부터 모든 급부부당이득을 체계화하려는 시도는 부당이득체계에 혼란을 일으키게 된다는 점도 지적되고 있다.[66]

Ⅲ. 급부관계의 부당이득법상의 의미

1. 급부부당이득 우선의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)

다수의 자가 문제되는 관계에서는 어느 당사자의 급부를 통한 이득이 제3자와의 관계에서는 침해(Eingriff)가 되는 경우도 발생할 수 있다. 이러한 경우에 제3자가 취득자를 상대로 침해부당이득을 주장할 수 있는지가 문제된다.[67] 이와 같이 동일한 대상물에 대하여 동일한 부당이득반환채무자(Bereicherungsschuldner)를 상대로 급부관계와 그 밖의 방법을 통한 이득의 취득이 경합하는 경우 그 대상물이 급부를 통하여 취득된 것인지를 먼저 검토하여 이것이 인정되는 경우에는 그 밖의 방법에 의한 취득을 더 이상 검토하여서는 아니 되고 급부를 통한 취득이 부정되는 경우에만 그 밖의 방법에 의한 취득을 검토하여 비급부부당이득의 반환여부를 결정하여야 한다는 원칙을 급부부당이득 우선의 원칙 내지는 비급부부당이득 열후의 원칙(Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion)이라 한다.[68]

이 원칙은 Josef Esser의 이론을 따라 독일연방대법원(BGH)이 개발한 것이

65) Beck, a.a.O., S. 599.

66) Larenz/Canaris, Schuldrecht Ⅱ/2, S. 138.

67) Günter Christan Schwarz/Manfred Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2011, S. 220.

68) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 399; Schwarz/Wandt, a.a.O., S. 220.

다.[69] BGH는 무엇인가를 급부를 통하여 취득한 자는 동일한 것을 그 밖의 방법으로 취득할 수는 없다고 하여 급부부당이득 우선의 원칙을 선언한 이후 다소간의 수정이 있었지만 현재까지 그 태도를 유지하고 있다.[70] 수정된 원칙의 내용은 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다. 첫째, 대상물을 급부행위로 취득한 경우에 취득자가 이를 선의취득하는 것이 가능했던 경우에는 이를 비급부부당이득의 성립이 배제된다. 둘째, 대상물을 급부행위로 취득한 경우 그것을 선의취득하는 것이 불가능했던 경우에는 비급부부당이득의 성립도 가능하다.[71]

이러한 판례의 태도에 대하여 비급부부당이득(특히 침해부당이득)은 소유권의 지속효 기능(Fortwirkungsfunktion)을 수행하는 것으로서 그 출발점에는 소유권에 관한 규율들이 자라잡고 있으며 따라서 비급부부당이득이 성립하는지를 검토할 때에도 이를 함께 고려하여 그 성립여부가 결정되는 것이지 급부관계가 그 밖의 관계에 우선하여 비급부부당이득의 성립이 배제되는 것은 아니라는 견해가 주장되고 있다. 이에 따르면 제932조는 선의취득을 인정하고 있고 제816조 제1항은 종전의 소유자는 선의취득자에게 부당이득반환을 청구할 수 없음을 규정하고 있으며 이러한 물권법상의 규율에 따라서 부당이득반환청구권이 성립하지 않는 것이지 급부관계가 우선하기 때문에 비급부부당이득의 반환이 배제되는 것이 아니라고 한다. 또한 제935조는 목적물이 도난당하는 등 소유자의 의사에 의하지 않고 그의 점유를 이탈하는 경우에는 선의취득을 부정하고 있으므로 이러한 규정도 비급부부당이득반환청구권의 성립여부를 결정함에 있어서 고려하여야 한다고 한다. 즉 비급부부당이득의 성립여부는 급부관계 우선의 원칙에 따라 결정되는 것이 아니라 물권법상의 기본질서에 의하여 결정될 문제라고 한다.[72]

---

69) 이를 최초로 인정한 것은 BGH Urt. v. 31.10.1963 - VII ZR 285/61, BGHZ 40, 272 = NJW 1964, 399.

70) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 400; BGH Urt. v. 20.06.1977 - II ZR 169/75 BGHZ69, 186; BGH Urt. v. 02.07.1999 - V ZR 167/98, NJW 1999, 2892.

71) Schwarz/Wandt, a.a.O., S. 220-221의 내용을 요약 정리한 것임.

72) Beck, a.a.O., S. 362; MünchKomm/Lieb, §812 Rn. 213; Koppensteiner/Kramer, a.a.O., S. 114.

2. 급부부당이득관계의 당사자 결정

1) 문제의 소재

급부부당이득관계의 당사자는 급부의 당사자가 된다는 것이 통설 및 판례의 입장이다.[73] 즉 급부자가 부당이득반환청구권자가 되고 급부의 수령자가 부당이득반환의무자가 된다. 그런데 현실적인 재화의 이전과정에 제3자가 개입하는 경우에는 누가 급부의 주체로서 급부부당이득의 청구권자가 되는지 불명확한 경우가 발생하게 된다. 이 때 어떻게 급부의 주체를 결정할 것인가에 관하여 학설이 대립하고 있다.[74]

2) 학설의 대립

① 목적설정행위의 해석을 통한 급부의 주체결정

통설 및 판례는 급부의 수령자는 실제로 급부를 수령한 자가 되고, 급부자는 급부의 목적설정행위(Zweckbestimmung)의 해석을 통하여 결정되는 데 여기에는 상대방 있는 의사표시의 해석의 원칙에 따라서 수령자의 시각(Empfängerhorizont)이 결정적이라고 한다.[75] 즉 급부의 목적설정자의 내면의 의사와 수령자의 이해가 일치하지 않는 경우에는 상대방 있는 의사표시 해석의 일반원칙에 따라서 상대방의 시각에 따라야 한다고 한다. 다시 말하면 급부의 목적설정의 객관적 내용에 따라서 급부의 주체가 결정되어야 하고 그 자만이 부당이득반환청구권을 갖는다고 한다.[76]

---

73) Schwarz/Wandt, a.a.O., S. 125; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 30. Aufl., C.H. Beck, 2005, S. 435.

74) 이에 관하여 자세한 것은 허명국, 전게논문, 359면 이하 참조.

75) Reuter/Martinek, a.a.O., S. 104; Koppensteiner/Kramer, a.a.O., S. 38; Fikentscher, a.a.O., S. 680; Gernhuber, a.a.O., S. 116; Stolte, JZ 1990, S. 223; Zeiss, JZ 1963, S. 9; BGH Urt. v. 31.10.1963 - VII ZR 285/61, BGHZ 40, 272 = NJW 1964, 399; BGH Urt. v. 26.09.1994 - II ZR 166/93, NJW 1995, 128 = BB 1994, 2373; BGH Urt. v. 05.11.2002 - XI ZR 381/01, BGHZ 152, 307 = NJW 2003, 582.

76) BGH Urt. v. 05.10.1961 - VII ZR 207/60, BGHZ 36, 30 = NJW 1962, 101; BGH Urt. v.

② 출연행위를 통한 급부의 주체결정

이러한 통설 및 판례의 태도와는 달리 급부의 주체는 급부의 목적설정행위의 해석을 통하여 결정될 수 없고 출연행위를 누가하였는가를 통하여 결정하여야 한다는 견해도 있다.[77] 이에 따르면 급부의 목적설정은 현실적으로 이루어진 급부를 변제되어 소멸될 채무에 귀속시키는 것만을 그 내용으로 포함하고 있을 뿐 급부의 주체를 그 내용으로 하고 있지 못하므로 급부의 목적설정행위의 해석을 통하여는 급부자를 결정할 수 없다고 한다. 오히려 일방적인 급부의 귀속결정은 출연을 통하여 재급부의 위험 및 상대방의 무자력 위험을 감수하는 것에 대한 대가로 주어지는 것이라는 점을 고려한다면 급부의 주체는 출연이 누구에게 귀속될 수 있는가를 통하여 결정되어야 할 것이라고 한다.[78] 이행보조자를 통한 급부의 경우에는 채무자가 자신의 재산을 투입하여 채권자의 재산을 증가시키므로 이행보조자가 아닌 채무자의 출연행위가 존재하게 되는 것이고 따라서 채무자의 급부의 귀속결정이 정당하며 이를 통하여 채무자가 급부자가 된다. 이에 반하여 제3자의 급부의 경우에는 제3자가 자신의 재산을 투입하여 채권자의 재산을 증가시키므로 제3자의 출연이 있고 따라서 제3자만이 급부의 귀속을 결정할 수 있게 된다. 다만 이 견해는 급부가 어떤 채무의 변제를 위한 것인지에 관하여 다툼이 있는 경우에는 목적설정행위의 해석을 통하여 결정하여야 하는데 이 때에는 법률행위의 해석의 일반원칙에 따라서 객관적인 수령자의 시각에서 결정하여야 한다고 한다.[79]

3) 사례를 통한 논의의 구체화

이상의 논의를 아래와 같은 사례를 가지고 구체화 해보기로 한다:

토지소유자 E는 W가 대표자로 있는 Idealheim GmbH와 320,000유로의 고정된 가격으로 2가족주택(Zweifamilienhaus)을 건축하기로 하는 계약을 체결

31.10.1963 - VII ZR 285/6, BGHZ 40, 272 = NJW 1964, 399.

77) Beck, a.a.O., S. 278 ff.

78) Beck, a.a.O., S. 279.

79) Beck, a.a.O., S. 414. 이에 관하여 자세한 것은 허명국, 전게논문, 372면 이하 참조.

하였다. 그런데 동 유한회사는 그러한 주택의 골조공사(Rohbau)를 스스로 수행할 능력이 없었다. 이에 W는 U와 골조공사를 위한 계약을 체결하였다. 그 과정에서 W는 U에게 자신을 E의 건축가로 소개하였고 이에 따라 U는 W를 E의 대리인으로 생각하고 계약을 체결하였다. U가 골조공사를 마친 후 E에게 공사대금으로 60,000유로를 청구하였고 E는 U의 청구를 거절하였다.[80]

이 사례에서 먼저 U의 E에 대한 청구권의 존부를 살펴보면 E는 U와 도급계약을 체결하지 않았고 W의 행위는 무권대리행위로서 E가 추인하지 않았으므로 E와 U 사이에는 도급계약이 존재하지 않는다. 따라서 U는 E에 대하여 도급계약에 따른 보수청구권이 없다. 또한 U는 E의 사무를 처리하기 위한 것이 아니라 자신의 채무를 이행하기 위한 행위를 한 것이므로 사무관리에 근거한 청구권도 존재하지 않는다.

다음으로 U가 E에게 급부부당이득반환청구권(§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB)을 행사할 수 있는지 검토해 보면 다음과 같다. E는 U의 건축자재의 점유 및 소유권을 취득하였다. 그런데 이러한 이득이 U의 급부행위에 의한 것인지 문제된다. 이에 대하여 통설 및 판례는 급부관계의 당사자는 급부행위의 상대방의 시각에 의한 해석을 통하여 결정되어야 하는데 E와 U 사이에는 도급계약이 존재하지 않아 E로서는 U가 자신의 급부행위를 하는 것인 줄 알 수 없었고 E와 Idealheim GmbH 사이에 도급계약이 존재하므로 그 이행보조자로서 행위하는 것이라고 이해할 수밖에 없었으므로 U는 Idealheim GmbH의 이행보조자로서 Idealheim GmbH의 E에 대한 급부의무를 이행한 것이라고 보았다. 따라서 급부관계는 E와 Idealheim GmbH 사이에 존재하므로 U는 E에 대하여 급부부당이득반환청구를 할 수 없다고 한다.[81] 계속하여 U가 E에 대하여 비급부부당이득반환청구권(§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 i.V.m. § 951 Abs. 1 S. 1 BGB)을 가지는지에 관하여는 E는 부합(§946)에 따라 U의 건축자재의 소유권을 취득하고 이에 따라 U는 자신의 소유권을 상실하였으므로 E는 급부이외의 방법으로 E의 손실을 통하여 이득을 취득하였으므로 비급부당

80) BGH Urt. v. 05.10.1961 - VII ZR 207/60, BGHZ 36, 30 = NJW 1961, 2251(Idealheim-Fall)을 바탕으로 구성한 사례임.

81) BGH Urt. v. 05.10.1961 - VII ZR 207/60, BGHZ 36, 30.

이득의 요건이 갖추어진다고 할 수 있다. 그러나 통설 및 판례는 비급부부당이득은 그 목적물이 수령자에게 누구의 급부에 의해서도 주어진 것이 아닌 경우에만 인정된다고 하여 소위 급부부당이득우선의 원칙을 적용하여 U의 비급부부당이득반환청구권을 부정한다.[82]

통설 및 판례는 계속하여서 이 경우에 결국 U는 Idealheim GmbH에 대하여 급부부당이득의 반환을 청구할 수 있다고 한다. 즉 Idealheim GmbH는 U의 행위를 통하여 자신이 E에 대하여 부담하고 있던 도급계약상의 채무(일부)를 면하는 이득을 얻었다. 이러한 이득이 U의 Idealheim GmbH에 대한 급부행위를 통한 것인지에 관하여는 수령자인 Idealheim GmbH의 시각에서는 U는 자신과의 도급계약(실제로는 성립되지 아니한)의 이행을 위하여 건축행위를 한 것이므로 U의 Idealheim GmbH에 대한 급부행위가 존재한다고 할 수 있고 실제로는 도급계약이 불합의로 인하여 성립하지 않았으므로 이러한 급부행위는 그 목적을 달성할 수 없어 법률상 원인이 없게 된다고 한다. 따라서 U는 Idealheim GmbH에 대하여 급부부당이득의 반환을 청구할 수 있다고 한다.[83]

이러한 통설 및 판례의 태도와는 달리 급부의 주체는 목적설정행위의 해석이 아니라 출연행위를 누가하였는가에 따라 결정하여야 한다는 견해에 의하면 이 사례에서 Idealheim GmbH는 골조공사에 있어서는 실제로 자신의 재산을 출연한 바가 없고 U만이 자신의 재산을 출연하였으므로 U가 급부의 주체가 된다고 한다. 다만 U의 급부가 어느 채무의 변제를 위한 것인지에 관하여는 급부의 수령자인 E의 시각에서 결정하여야 하는데, E는 Idealheim GmbH와 건축을 위한 도급계약을 맺고 있었으므로 결국 U의 급부는 E와 Idealheim GmbH 사이의 도급계약의 변제를 위한 급부로 이해되어야 한다고 한다. 즉 U는 제3자로서 Idealheim GmbH 의 채무를 변제하기 위하여 급부한 것이라고 한다. 그런데 제267조 제1항에 따르면 제3자의 변제도 유효하므로 결국 U의 급부행위를 통하여 Idealheim GmbH의 채무가 변제된다고 한다. 따라서 E는 U의 급부를 보유함에 법률상 원인이 있으며 결국 급부부당이득이 성립하

82) BGH Urt. v. 05.10.1961 - VII ZR 207/60, BGHZ 36, 30.

83) Schwarz/Wandt, a.a.O., S. 224.

지 않게 된다고 한다. 즉 통설 및 판례와는 달리 U가 급부의 주체이나 이는 Idealheim GmbH의 채무의 변제를 위한 급부이고 따라서 E에게는 이 급부를 보유할 법률상 원인이 있으므로 급부부당이득이 성립하지 않는다고 이론구성한다.[84]

Ⅳ. 글을 마치며

채권법은 개인간의 재산관계를 규율하는 법영역으로서 권리주체 사이의 재화의 공정한 배분 및 손해 또는 손실의 보전에 관한 규정을 두고 있다. 여기서 재화의 배분이란 특정한 시점에 특정한 권리주체들 간의 재화의 귀속상태를 의미하는 것이라고 한다. 그런데 실제의 재화의 배분이 있어야 할 배분의 상태와 상이한 경우가 발생할 수 있는데 이러한 배분의 장애를 규제하여 있어야 할 상태로 되돌리기 위한 청구권을 조정청구권이라고 한다.[85] 독일 민법 제812조 이하에 규정되어 있는 부당이득반환청구권은 대표적인 조정청구권이라고 할 것이다. 이러한 법정채권관계로서 조정청구권을 규정하고 있는 경우에는 그 요건들의 의미와 포섭가능성에 관하여 엄격한 검토가 필요하다.

부당이득제도의 체계적 이해와 관련하여 독일의 현재의 통설 및 판례의 태도는 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 제812조 이하에 규정되어 있는 부당이득반환청구권은 급부부당이득과 비급부부당이득으로 나누어 그 요건을 달리한다. 둘째, 동일한 대상물에 대하여 동일한 부당이득반환채무자를 상대로 급부관계와 그 밖의 방법을 통한 이득의 취득이 경합하는 경우 그 대상물이 급부를 통하여 취득된 것인지를 먼저 검토하여 이것이 인정되는 경우에는 그 밖의 방법에 의한 취득을 더 이상 검토하여서는 아니 되고 급부를 통한 취득이 부정되는 경우에만 그 밖의 방법에 의한 취득을 검토하여 비급부부당이득의 반환여부를 결정하여야 한다. 셋째, 급부부당이득관계의 당사자는 급부의 당사자가 된다. 즉 급부자가 부당이득반환청구권자가 되고 급부의 수령자가 부당이

84) Beck, a.a.O., 413 ff.

85) Wendehorst, a.a.O., S. 12.

득반환의무자가 된다. 그런데 현실적인 재화의 이전과정에 제3자가 개입하는 경우에는 누가 급부의 주체로서 급부부당이득의 청구권자가 되는지 불명확한 경우 급부자는 급부의 목적설정행위(Zweckbestimmung)의 해석을 통하여 결정되는 데 여기에는 상대방 있는 의사표시의 해석의 원칙에 따라서 수령자의 시각(Empfängerhorizont)이 결정적이다. 이를 종합적으로 고려하면 결국 부당이득제도에 있어서 인식있고 목적지향적인 타인재산의 증식으로 이해되는 목적적 급부개념이 만능키의 기능을 수행하고 있다고 평가할 수 있다.[86]

먼저 급부부당이득과 비급부부당이득의 관계에 관한 통일설과 분리설에 관하여 살펴보면 통일설은 부당이득을 실질적인 정의 내지는 적법성이라는 통일된 이념에 바탕을 둔 것으로 이해하려는 입장으로 그 구성요건이 지나치게 추상적이어서 어떠한 경우에 부당이득반환청구권이 성립되는지 답할 수 없다는 점에서 문제가 있을 뿐만 아니라 통일설은 급부부당이득과 비급부부당이득이 수행하는 기능의 차이점을 반영하지 못한다는 문제점이 있다고 생각된다. 따라서 급부부당이득과 비급부부당이득은 그 요건과 기능을 달리하는 별개의 청구권근거로 이해하는 분리설의 입장이 보다 현행 민법의 체계에 부합하는 것이라고 생각된다.

그런데 급부부당이득은 실패한 변제를 되돌리려는데 그 목적이 있는 것이다. 변제를 위하여 급부가 이루어지면 실제로 이루어진 급부의 내용과 채무의 내용인 급부(실현되어야 할 급부)의 내용을 비교하여 양자가 일치하면 변제의 효과가 발생하고 양자가 일치하지 않아 변제의 효과가 발생하지 않으면 실제로 급부된 것을 급부수령자가 계속하여 보유하지 못하도록 이를 반환하게 하는 것이 급부부당이득의 기능이다. 이렇게 본다면 급부부당이득과 변제는 급부의 선택적 결과이며 급부부당이득에 따른 상환관계는 변제를 위한 급부관계의 단순한 전환이라고 할 수 있을 것이다. 급부부당이득의 기능을 이렇게 이해한다면 변제에 있어서의 급부 개념과 부당이득에 있어서의 급부개념은 많은 반론에도 불구하고 논리필연적으로 동일하게 이해할 수밖에 없을 것이다.

다수의 자가 문제되는 관계에서는 어느 당사자의 급부를 통한 이득이 제3자

86) Jan Wilhelm, Das Merkmal "auf Kosten" als notwendige Merkmal bei der Leistungskondiktion, JuS 1973, S. 1.

와의 관계에서는 침해가 되는 경우에 급부부당이득과 비급부부당이득의 관계 및 급부자의 결정방법에 관하여 통설 및 판례는 무엇인가를 급부를 통하여 취득한 자는 동일한 것을 그 밖의 방법으로 취득할 수는 없다고 하여 급부부당이득 우선의 원칙을 따르고 있고 급부의 주체결정에 있어서는 급부의 목적설정행위(Zweckbestimmung)를 수령자의 시각(Empfängerhorizont)에서 해석하여 결정하고 있다. 그러나 이러한 통설 및 판례의 태도는 다음과 같은 점에서 문제가 있다고 생각된다. 우선 급부의 목적설정이 의사표시 또는 준법률행위로서 의사표시에 관한 규정이 이에도 적용되고 따라서 상대방의 시각에 따른 해석이 필요하다는 점에는 의문이 없다. 그러나 급부의 목적결정은 변제되어야 할 채권이 무엇인지를 특정하는 것을 그 내용으로 하고 있고 급부의 주체가 누구인지는 그 내용으로 포섭하고 있지 아니하다. 따라서 급부의 목적설정으로부터는 규범적 해석에 의해서도 급부의 주체가 결정될 수 없고 그 급부를 통하여 소멸하게 될 채무가 무엇인가 하는 점만이 해석을 통하여 결정될 수 있다.

이상의 논의를 정리하면 통설 및 판례는 급부의 귀속결정, 즉 부당이득법상의 목적설정으로부터 급부의 주체를 결정함으로써 부당이득에 있어서 급부의 목적을 지나치게 과대평가하게 된다는 점이 문제라고 할 것이다. 즉 목적적 급부개념을 통하여 급부부당이득 관계의 모든 문제점이 해결될 수 있다고 판단하고 있다는 점이다. 이러한 생각은 소위 급부부당이득의 비급부부당이득에 대한 우선원칙을 통하여 더욱 강화되고 있다. 그러나 급부의 목적은 급부의 주체를 그 내용으로 하고 있지 않을 뿐만 아니라 급부부당이득이란 원인된 채권관계가 무효 또는 취소되어 본래의 계획대로 진행될 수 없는 경우에 이를 해소하기 위한 제도로서 변제의 반면을 이루고 있는 점을 고려해야 할 것이다. 그렇다면 부당이득법에 있어서 급부는 급부부당이득반환청구권의 성립요건으로서 기능하는 것으로 이해하면 족하고 그 목적과 체계를 달리하는 비급부부당이득반환청구권의 성립을 배제한다던지 급부에 있어서의 목적설정행위의 해석을 통하여 급부자를 결정하는 기능을 수행하는 것으로 이해하는 것은 논리 필연적 결론은 아니라고 할 것이다.

참고문헌

안춘수, "부당이득관계의 당사자확정의 구조", 「법학연구」 제21권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 91면 이하.

허명국, "변제에 있어서 급부의 주체 및 귀속 결정", 「홍익법학」 제14권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 351면 이하.

Beck, Sascha, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung, Berlin, 2008.

Beuthien, Volker, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen, 1969.

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 30. Aufl., C.H. Beck, München, 2004.

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Besonderes Schuldrecht, 30. Aufl., C.H. Beck, München, 2005.

von Caemmerer, Ernst, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS für Ernst Rabel, Teil 1: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, 1954, S. 335 ff.

Esser, Josef/Schmidt, Eike, Schuldrecht: Ein Lehrbuch, Teilband 1: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8. Aufl., Heidelberg, 1995.

Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo, Schuldrecht Band II Besonderer Teil Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000.

Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin 1997.

Fischer, Michael, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln 2002.

Gernhuber, Joachim, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1994.

Gernhuber, Joachim, Das Schuldverhältnis, Mohr Siebeck, 1989.

Gödicke, Patrick, Bereicherungsrecht und Dogmatik, Dunker&Humblot, 2001.

Harder, Manfred, Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen - lediglich ein rechtlicher Vorteil, JuS 1977, S. 149 ff.

Hassold, Gerhard, Zur Leistung im Dreipersonnenverhältnis, München, 1981.

Henke, Horst-Eberhard, Die Leistung, Dunker&Humblot, 1991.

Koppensteiner, Hans Georg/Kramer, Ernst A, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., Berlin, 1988.

Kötter, Hans-Wilhelm, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153 (1953), S. 193 ff.

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil (Schuldrecht I로 인용), 14. Aufl., München, 1987.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonder Teil, 2. Halbband(Schuldrecht Ⅱ/2로 인용), 13. Aufl., München, 1994.

Liebisch, Arnold, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden, Leipzig 1970.

Loewenheim, Ulrich , Bereicherungsrecht, 3. Aufl., 2007.

Medicus, Dieter/Petersen, Jens, Bürgerliches Recht, 22. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2009.

Reeb, Hartmut, Grundprobleme des Bereichwerungsrechts, C.H. Beck, 1975.

Reeb, Hartmut, Grundfälle zum Bereicherungsrecht, JuS 1972, S. 581 ff.

Reuter, Dieter/Martinek, Michael, Ungerechtfertigte Bereicherung, J.C.B. Mohr Tübingen 1983.

Schnauder, Franz, Leistung ohne Bereicherunng? - Zu Grundlagen und Grenzen des finalen Leistungsbegriffes, AcP 187(1987), S. 143 ff.

Schwarz, Günter Christan/Wandt, Manfred, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2011.

Schulz, Fritz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105(1909), S. 1 ff.

Söllner, Alfred, Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit

einer Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163(1963), S. 20 ff.

Stolte, Wilhelm, Der Leistungsbegriff: Ein Gespenst des Bereicherungsrecht?, JZ 1990, S. 220 ff.

Weber, Martin, Bereicherungsansprüche wegen enttäuscheter Erwartung?, JZ 1989, S. 25 ff.

Welker, Gerhard, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung, Berlin, 1974.

Wendehorst, Christiane, Anspruch und Ausgleich, Mohr Siebeck, 1999.

Wieacker, Franz, Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 1. Band(FS Nipperdey I로 인용), München, 1965.

Wieling, Hans Josef, Bereicherungsrecht, 2. Aufl., Springer, 1999.

Wilburg, Walter, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau, 1934.

Wilhelm, Jan, Das Merkmal "auf Kosten" als notwendige Merkmal bei der Leistungskondiktion, JuS 1973, S. 1 ff.

Wolf, Christina, Drittleistung und Leistungsmittlung, Berlin, 1995.

Zeiss, Walter, Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung, JZ 1963, S. 7 ff.

〈Zusammenfassung〉

Die Bedeutung der Leistung im Rahmen des Bereicherungsrechts

Heo, Myeong-Guk

Assistant Professor, Hallym Univeersity

Die unterschiedliche Grundfunktionen des Bereicherungsrecchts macht eine

dogmatiche Trennung zwischen Leistungs- und Nichtleistungskondiktion notwendig, trotzdem es immer wieder Bestrebungen, diese Trennung aufzugeben und die Einheitslehre neu zu begründen, gibt. Schon die Situation des fehlenden Rechtsgrundes stellt sich bei Leistung und Nichtleistung als zu unterschiedlich dar.

Die Leistungskondiktion dient der Rückabwicklung fehlgeschlagener Erfüllungen. Sind aber Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB oder Leistungskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB lediglich alternative Ergebnisse des Vergleichs von erbrachter mit geschuldeter Leistung, stellt die Leistungskondiktion die Kehrseite der Erfüllung dar. Sowohl Erfüllung als auch Leistungskondiktion knüpfen an dieselbe Handlung des Leistenden an. Daraus folgt, dass Leistung in beiden Vorschriften nicht unterschiedlich ausgelegt werden darf.

Im Anschluss an Josef Esser entwickelte der BGH zur Erfassung des strittigen Verhältnisses zwischen Leistungs- und Nichtleistungskonsdiktion den Grundsatz der Subsidiarität. Er besagt pauschal, dass eine Nichtleistungskondiktion nicht mehr zulässigist, falls eine Leistungskondiktion in Betracht kommt. Aber erst die Berücksichtigung aller eigentumsrechtlichen Wertungen aus §§ 932, 935 BGB und Rückbesinnung auf den Rehctsfortwirkecharakter der Eingriffskondiktion können erklären, dass die Anwendbarkeit der Nichtleitungskondiktion keiner Subsidiarität unterworfen ist. Die Anwendbarkeit der Nichtleitungskondiktion hängt mithin nicht vom Vorliegen etwaiger Leistungsbeziehungen ab.

Die Rechtsprechung und h.M. legen nicht nur die Person des Leistenden im Wege der Auslegung der Zweckbestimmung nach dem Empfängerhorizont fest, sondern sichern die dadurch gewonnenen Ergebnisse mit dem angeblichen Subsidiaritätsgrundsatz ab. Die Zweckbestimmung kann jedoch nicht die Person des Leistenden im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB entnommen werden. Die Zweckbestimmung bestimmt allein das erlöschende Schuldverhältnis. Erst aus der Vornahme der Zuwendung folgt

die Möglichkeit der Zuordnung, weshlab immer der Zuwendende die Zweckbestimmung abgibt und damit zum Leistenden wird.

Schlüsselwörter : Leistungskondiktion, Nichtleistungskondiktion, Trennung, Subsidiaritätsgrundsatz, Zweckbestimmung