

미국 부당이득법의 과거와 현재*

—제1차 Restatement부터 제3차 Restatement까지—

Past and Present of the US Law of Unjust Enrichment

—From the Restatement (First) of the Law of Restitution to the
Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment—

서 중 희**

Seo, Jong-Hee

목 차

- | | |
|---|------------------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 제3차 Restatement의 내용 |
| II. 제1차 Restatement부터 제3차 Restatement
까지의 간행과정 | IV. 우리 부당이득법과의 비교
- 맺음말에 갈음하여 - |

제1차 원상회복법 Restatement가 부당이득이 계약, 불법행위와 다른 독자적인 책임발생 원인이라는 사고를 영미법권 전체에 확대하는 데 크게 공헌하였다면, 제3차 원상회복·부당이득법 Restatement는 미국뿐만 아니라 코먼웰스 국가들의 부당이득법에 관한 학문적 발전을 반영하였다는 점에서 영미 부당이득법학 발전사의 하나의 milestone이라고 평가할 수 있다. 특히 제3차 Restatement는 일반원칙(General Principles), 원상회복의 책임(Liability in Restitution), 구제(Remedies), 원상회복에 대한 항변(Defenses to Restitution)의 순서로 규율하고 있으며, 전체적으로 대륙법적인 사고를 수용하였다는 점에서 유럽사법의 통일화와 밀접한 연관을 가지고 있다. 제3차 Restatement에서 주목할만한 특징을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 제3차 Restatement 제1조는 ‘정당한 법적 근거의 부존재’를 기준으로 이득의 부당성을 판단한다. 둘째, 제3차 Restatement 제2편은 책임발생 사례를 유형화하여 성립요건과

투고일 : 2016. 12. 31. / 심사외뢰일 : 2017. 1. 16. / 게재확정일 : 2017. 2. 7.

* 이 글의 초고에 대하여 유익한 논평을 해준 익명의 심사위원들에게 감사드린다.

** 건국대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

Assistant professor, Law School of Konkuk University, Ph.D

효과를 다르게 접근하고 있는데, 이는 대륙법상 유형론이 취하는 입장과 유사하다. 셋째, 제3차 Restatement는 위법행위에 대한 원상회복(restitution for wrong)을 부당이득법으로 포섭하고 원고의 손실(expenditure)요건을 매우 넓은 의미로 이해하여 위법행위에 대한 원상회복(restitution for wrong)의 발생요건으로 손실의 발생요건을 무의미하게 만들었다. 넷째, 제3차 Restatement는 위법행위에 대한 원상회복의 경우 등에서 객관적 가치를 초과하는 이득의 토출(disgorgement)을 인정한다. 다섯째, 제3차 Restatement는 보통법상의 제도(준계약: quasi-contract)와 Equity상의 제도(주로 의제신탁: constructive trust)를 통일적으로 규정하였다.

[주제어] 부당이득, 제3차 원상회복 · 부당이득법 리스테이트먼트, 제1차 원상회복법 리스테이트먼트, 일반원칙, 원상회복책임, 구제, 항변, 이득의 토출, 위법행위에 대한 원상회복

I. 들어가는 말

대륙법과 영미법을 불문하고 부당이득법은 ‘자연법에 의하면, 그 누구도 타인의 손실에 의해 부당하게 이득을 취해서는 안 되는 것이 형평이다: Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores’¹⁾라는 Pomponius의 법언에 영향을 받았다. ‘그 누구도 타인의 손실에 의해 이득을 취해서는 안 된다’는 일반적 명제는 직접적인 법 적용에 적합하지 않았음에도 불구하고 간접적으로 부당이득과 관련하여 일정한 효과를 발휘하였다.²⁾ 더욱이 로마의 법률가들이 종종 구체적인 사례의 해결 근거로 정의와 형평을 제시하였다는 점(Celsus. D. 12, 1, 32)³⁾을 고려하면 초법규적인(extra legem) 자연법상의 원칙이 부당이득법상의 법원리로서 작용한 것은 자연스러운 과정이라고 할 수 있다.⁴⁾ 특히 중세 말부터 평균적 정의의 사상에 의한 스콜라 철학의

1) Pomponius, Dig. 50, 17, 206; Pomponius. D. 12, 6, 14. 이에 대해서는 C. Wolschläger, “Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft”, in: Römische Recht in der europäischen Tradition: Symposium für Franz Wieacker, Behrends, Okko, 1985, S. 41 ff. 참조하였음.

2) Wolschläger, a.a.O., S. 61 ff.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 852 f.

3) Zimmermann, *ibid.*, p. 853 f(874).

4) 위의 명제가 가지는 광범위하고 추상적인 성격을 고려하면, 위 명제는 실질적인 근거로서의 한계를 다분히 엿볼 수 있다. 특히 André Tunc가 불법행위에 관한 일반조항을 부당한 이득을 허용하지 않는 원리와 결부하여 서술한 부분을 고려하면, 위 명제는 모든 법 분야(계약법이나 불법행위법)에도 적용된다는 점에서 실질적으로 무의미한 법언이라고 할 수도 있다. H. & L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* tome I 6éd., Montchrestien, 1965, p. 17.

원상회복설이 등장하면서⁵⁾ Pomponius의 법언은 유럽을 포함하여 각국에서 직접적인 반환소권의 근거가 되었다.⁶⁾ 예컨대 프랑스 파기원 심리부 1892년 6월 15일 판결(이른바 Boudier 판결⁷⁾)은 형평의 원칙을 근거로 법문에 존재하지 아니하는 ‘원인 없는 이득(enrichissement sans cause)’을 이유로 하는 부당이득반환청구를 처음으로 인정하였고, 영국 또한 18세기 Moses v. Macferlan 사건⁸⁾에서 Lord Mansfield가 “피고는 자연의 정의와 형평의 의무에 의해 금전을 반환할 의무가 있다”고 하면서 형평의 원칙을 근거로 부당이득의 반환을 인정하였다. 그러나 영국에서 위 판례가 선례로서의 구속력을 가지는 부분은 주로 ‘준계약 이론’⁹⁾에 의거한 것으로서 결과적으로 영국은 부당이득법을 독립적인 법 분야로 인정하지 않았다.¹⁰⁾ 이는 보통법상의 채무발생원인을 계약과 불법행위의 이원론으로 구성하려는 사고의 고정관념에서 벗어나지 못한 결과라고 할 수 있다.¹¹⁾ 이러한 이유에서 Ibbetson은 ‘영국에서 부당이득에 의거한 반환 문제는 오랫동안 역사적 과정과 법률상의 의제에 의해 형성된 그림자와 같은 존재였다’고 평가한다.¹²⁾ 그 후 영국의 1943년 귀족원 판결¹³⁾은 기본적으로 계약법이나 불법행위법과는 다른 제3의 범주의

5) J. Gordley, *The Principle Against Unjustified Enrichment*, in: *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*(München: Verlag C.H. Beck), 2000, 213, 216 ff.; N. Jansen, “Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution? Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny”, ZSS 120, 2003, 106, 130 ff.

6) Jansen, ZSS 120, 135 ff.

7) Cass. Req., 15 juin 1892, S. 1893. I. 281 (note LABBÉ). D. P. 1892, I. 596. 지주와 소작인 간의 토지임대차 계약이 해제되었는데, 해제 이전에 소작인에게 화확비료를 판매한 제3자가 그 대금을 소작인이 아닌 지주에게 청구한 사안에서, 프랑스 파기원은 제3자의 지주에 대한 전용물소권(de in rem verso)을 인정하였다.

8) (1760) 97 ER 676[Lord Mansfield]. 사건의 개요는 다음과 같다. X는 약속어음에 배서하여 Y에게 이를 양도하면서, Y에게는 어떠한 금전지급 책임도 지지 않기로 서면으로 약정하였다. 그런데 이 약속을 어기고 Y는 X를 상대로 소액채권재판소(Court of Conscience)에 소송을 제기하였고 승소 판결을 받았다. X는 일단 판결에서 명한 지급을 이행한 후, 지급한 금전의 반환을 요구하며 왕좌재판소(Court of Queen's Bench)에 소송을 제기하였다. Lord Mansfield는 X가 주장하는 금전반환청구를 인정하면서, “이러한 종류의 소송의 요점은 사건의 여러 사정에 의거하여 피고는 자연적 정의와 형평에 의한 구속(ties of natural justice and equity)에 의해 금전반환의 의무를 진다”고 강조하였다. 이 판결은 부당이득반환을 목적으로 하는 보통법상의 채무가 다른 종류의 채무(계약 또는 불법행위)와는 별개의 종류(distinct species)로서 존재한다는 점을 표명한 것에 의의가 있다.

9) Sinclair v. Brougham [1914] A. C. 398.

10) D. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, 1999, p. 264. ‘준계약’상의 의무(예를 들어 착오에 의해 지급된 금전의 반환의무 등)는 ‘계약’의 존재를 법률상 의제함으로써 설명하였다. 이와 같은 무리한 의제를 끝까지 관찰하려는 판례 이론은 영국의 부당이득 이론 발전을 20세기 후반의 일정 시기에 이르기까지 저해하였다고 할 수 있다.

11) Equity(‘형평법’으로 의역할 수 있을 것이나 본고에서는 원어 그대로 사용하기로 한다)에서도 부당이득은 신탁법의 영역으로 이해되었다. Ibbetson, *ibid.*, p. 264.

12) Ibbetson, *ibid.*, p. 263 ff.; E. J. H. Schrage (Hg.), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution* 2. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 31 ff., 121 ff., 149 ff., 171 ff.

청구원인인 ‘부당이득’에 의거한 보통법상의 구제가 존재함을 시사(示唆)하였고,¹⁴⁾ 1991년의 귀족원 판결인 *Lipkin Gorman(a firm)v. Karpnale Ltd* 사건 판결¹⁵⁾에서 영국은 부당이득법(law of unjust enrichment)을 독자적인 소송원인(cause of action)으로서 인정하였다.¹⁶⁾ 반면에 미국은 영국보다 이른 시기인 1937년에 미국법률협회(American Law Institute: 이하 ‘ALI’로 표기함)에 의해 *Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trust*(이하 ‘제1차 Restatement’로 칭하기로 함)라는 형태로 부당이득법이 자리 잡았다. 더 나아가 미국은 최근에 간행된 *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*(이하 ‘제3차 Restatement’로 칭하기로 함)를 통해 부당이득법의 독자성을 강조하면서 좀 더 체계적인 지위를 공고히 하였다. 이에 본고에서는 미국의 제1차 Restatement부터 제3차 Restatement의 간행과정을 간단히 살펴보고(II), 제3차 Restatement에서 주목할 만한 변화가 있는지를 확인한 후(III), 대륙법적 시각에서 제3차 Restatement를 평가하면서 글을 마무리하고자 한다(IV).¹⁷⁾

II. 제1차 Restatement부터 제3차 Restatement까지의 간행과정

1937년에 미국법률협회(ALI)에 의해 제1차 Restatement가 간행된 이후, 부당이득법 내지 원상회복법의 제2차 Restatement 간행계획이 좌절되었으나 미국법률협회는 2010년 5월 19일에 워싱턴 컬럼비아 특별구에서 개최된 제87회 연차총회에서 제3차 Restatement의 최종판이 되는 잠정초안(tentative draft)을 승인하였다.

13) *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* [1943] AC 32, 61[Lord Wright].

14) Ibbetson, op. cit., p. 263 ff.

15) *Lipkin Gorman (a firm) v. Karpnale Ltd*, [1991] 2 A.C. 548(H.L.).

16) R. Goff & G. Jones, *The Law of Restitution* 5.Aufl., Sweet & Maxwell Ltd, 1998, p. 11 ff.; P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa* Bd. I, Mohr Siebeck, 2000, S. 63 ff.

17) 선행연구로서 제3차 Restatement를 개괄적으로 소개하는 문헌으로는 서종희, “침해부당이득에서 수익자의 반환범위”, 2015년도 한국비교사법학회 춘계학술대회 발표자료집, 한국비교사법학회, 2015, 121-129쪽, 155-158쪽; 진도왕, “미국 부당이득법-제3차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로-”, 법학논총 제40권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2016, 183쪽 이하; 이상용, “미국 부당이득법의 개관-제3차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로-”, 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016, 363쪽 이하가 있다. 또한 일본문헌은 笹川明道, “米国での‘第3次原状回復・不当利得法リステイトメント’の刊行について”, 神戸学院法学 第42卷 3・4号, 神戸学院大学法学会, 2013, 323頁 이하가 상세하다. 본고는 제3차 Restatement번역에 있어 笹川明道(사사카와 아키히미치)의 일본어 번역을 참조하여 원문의 표현을 수정한 곳이 더러 있음을 밝힌다.

1. 제1차 Restatement의 간행이 가지는 의미

1.1 간행과정

1937년 제1차 Restatement는 계약이나 불법행위와 더불어 ‘부당이득’이 독립한 책임발생원인이라는 점을 명확히 하였다는데 의의가 있다.¹⁸⁾ 종래 영미법 체계에서는 부당이득을 독립·일체의 법 분야로 인정하는데 소극적이었으며, 이에 ALI도 제1차 Restatement의 계획단계인 1930년에는 보통법상의 제도인 준계약(quasi-contract)에 관한 ‘준계약법 Restatement’¹⁹⁾을 구상하는데 그쳤다.²⁰⁾ 그러나 1933년에 접어들어 ALI는 준계약과 의제신탁을 포함하여 ‘원상회복 및 부당이득’을 규율하기로 하였고, 이에 새로운 Restatement를 간행하기로 결정하였다.²¹⁾ 이후 이 프로젝트는 하버드(Harvard) 대학의 두 법학자 Warren Seavey와 Austin Scott를 기초자로 하여 신속히 진전되었고, 1936년 연차총회에서 ALI의 최종적인 승인을 얻었다.²²⁾ 승인 후 기초자들은 ‘원상회복 및 부당이득’이라는 잠정초안의 표제에서 ‘부당이득’이라는 표현을 삭제하였고²³⁾ 이에 제1차

18) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. a.

19) 미국에서는 19세기 말 이래, 준계약에 관한 주요 체계서가 Keener(1893년) 및 Woodward(1913년)에 의해 저술되었으며, 준계약이 (합의에 의거한)계약과는 별개의 것이라는 이해가 이미 그러한 문헌에서 제시되었다 (George E. Palmer, *History of Restitution in Anglo-American Law*, in: *INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW*, Mohr, 2007, vol.X, ch.3.

20) 여기에는 Equity상의 ‘의제신탁’(constructive trust) 등의 제도는 포함되지 않았다. Andrew Kull, “Three Restatements of Restitution”, *WASH. & LEE L. REV.* Vol.68, Washington and Lee University, School of Law, 2011, pp. 868-869.

21) Kull, “Three Restatements of Restitution”, p. 869. 이와 같이 보통법과 Equity 쌍방에 걸쳐져 있는 일반적인 부당이득의 법리를 인정하는 사고는 1880년대 후반에 하버드 대학의 저명한 법학자인 James Barr Ames에 의해 이미 주장되었다. Andrew Kull, “James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment”, *Oxford Journal of Legal Studies* 25, Oxford University Press, 2005, pp. 303-305.

22) 간행과정에 관한 구체적인 소개는 Warren Seavey & Austin Scott, “Restitution”, *L. Q. REV.* Vol.54, Stevens and Sons, 1938. 참조.

23) 표제에서 ‘부당이득’이 삭제된 이유에 대해 영국의 법학자 Birks는 ‘부당이득’이라는 용어가 ‘정의(Justice)’를 구실로 재판관이 부(富)를 재분배하도록 허용한다는 오해를 초래할 우려가 있으며, 러시아 혁명과 가까운 시기에 발생한 대공황 시기에 공산주의와 국가사회주의의 대두를 경험한 1930년대의 상황에서는 도발적으로 읽히지 않는 타이틀을 선택할 수밖에 없었던 것으로 추찰하고 있다. Peter Birks, “Misnomer”, in: W R Comish, Richard Nolan, J O’Sullivan, and G Virgo (eds), *Restitution-Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*(Hart Publishing 1998), p. 5. 이와 같은 Birks의 이해는 제1차 Restatement 사업 위원회(American Law Institute’s Committee on Restitution)에 참획한 컬럼비아 대학 교수 Edwin Patterson은 제1차 Restatement를 소개하는 서평에서, 일찍이 *Dynamic Sociology*(동태사회학)라는 타이틀의 서적이 dynamite와 socialism을 상기시켜

Restatement는 ‘원상회복’이라고 표제로 1937년 간행되었다.²⁴⁾

1.2 의의 및 파급효과

제1차 Restatement는 강한 정의(正義) 관념을 전제로 하고 있다고 평가된다. 예를 들어 Fuller와 Perdue는 1937년에 공표된 “계약상의 손해배상에 있어서의 신뢰이익” 라는 저명한 논문에서 다음과 같은 점을 제시하고 있다.²⁵⁾

“원상회복적 이익(restitution interest)은 부당한 손실(궁핍, impoverishment)과 부당한 이득(unjust gain)의 결합을 포함하므로 다른 구제보다 더 강한 구제의 요청을 가져온다. 아리스토텔레스와 마찬가지로 우리가 정의(justice)의 목적을 사회 구성원 간의 부(wealth)의 균형 유지로 본다면, 원상회복 이익은 신뢰이익과 비교하여 약 두 배 정도 정의에 의한 개입을 필요로 한다. 왜냐하면 만약 A가 (권원 없이)B에게 어떤 한 단위(unit)를 상실시키고 그 한 단위를 자신에게 귀속시킨다면, 결과적으로 A·B 간에서 발생한 차이는 한 단위가 아닌 두 단위가 되기 때문이다.²⁶⁾”

요컨대 Fuller와 Perdue는 공평의 관념에서, 재화의 불균형을 시정하는 것이 정의에 부합하기 때문에 부당한 이득의 반환이 필요하다고 본 것이다. 한편 제1차 Restatement는 착오(mistake) 등 당시까지 준계약(quasi-contracts)을 원인으로 이득이 제공된 경우에 법원에 의해 반환이 명령된 유형을 정식화하면서 기존의 전통적 법리를 재편하였고, 수범

러시아 제국에서 검열에 걸렸다는 이야기를 듣고 ‘unjust enrichment’라는 용어를 타이틀에 삽입하는 것은 불행한 오해를 초래할지도 모른다는 취지를 서술한 부분에서도 확인해 볼 수 있다. Edwin Patterson, “Book Review”, *YALE L. J.* Vol.47, The Yale Law Journal Company, Inc., 1938, p. 1421.

- 24) Kull은 이를 “어리석은, 벼랑 끝에 몰린 결정”(ill-advised, last-minute decision)이라고 평가한다(Kull, “Three Restatements of Restitution”, p. 867, p. 870). 법 분야의 명칭을 단순히 ‘원상회복’이라고 한 행위가 초래한 문제로서, 제3차 Restatement의 해설에서는 ① 물건이나 인간의 상태를 본래로 되돌리는 내용의 법적 구제가 다양하며, 여기에서 말하는 원상회복이 무엇을 의미하는지가 명확하지 않다, ② ‘원상회복’이라는 용어는 ‘본래 상태(rightful position)로 회복시키는’ 것을 의미할 수 있기 때문에 손해배상에 의한 구제와 혼동된다, ③ ‘원상회복법’의 내용에 대해 기본적으로 (효과론으로서의) ‘구제’만을 다루는 것이라는 오해를 받거나, (부당이익에 기초를 두는 것을 망각하여) 불법행위, 계약 그 외로부터 발생하는 채무의 강제수단을 다루는 것이라는 오해를 받을 수 있음을 서술하고 있다

(Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. e).

- 25) L.L. Fuller & W.R. Perdue, Jr., “The Reliance Interest in Contract Damages”, *Yale L.J.* Vol.46, The Yale Law Journal Company, 1936, p. 56.

- 26) *ibid.*, p. 52, p. 56.

자들이 이용하기 쉬운 형태로 종래 법리를 재구성 하였다고 할 수 있다.²⁷⁾ 이러한 이유 때문에 제1차 Restatement는 미국뿐만 아니라, 코먼웰스(Commonwealth) 국가들에 지대한 영향을 주었으며, ‘원상회복법’이라는 이름의 새로운 법 분야가 영미법권 전체에 뿌리 내리는 계기를 만들었다. 예를 들어 캐나다에서는 1954년 Deglman v. Guaranty Trust Co. of Canada 판결 사건²⁸⁾에서, 연방최고재판소가 ‘부당이득법’을 계약법·불법행위법과 분리된 독립한 소송원인(cause of action)으로서 처음으로 승인하였다. 한편 영국에서는 제1차 Restatement 영향아래 1960년대에 Goff 및 Jones의 공저에 의해 ‘원상회복법’이라는 제목의 선구적인 체계서²⁹⁾가 간행되었다. 영국 등 코먼웰스 국가들은 특히 1980년대 후반부터 Birks 등에 의해 부당이득에 관한 매우 활발한 논의가 전개되었으며,³⁰⁾ 이에 영국은 1991년 Lipkin Gorman(a firm)v. Karpnale Ltd 사건 판결에서 부당이득법을 독립한 법 분야로서 인정하였다.

27) John D. McCamus, “Mistake, Forged Cheques and Unjust Enrichment: Three Cheers or B.M.P. Global”, *Can. Bus. L.J.* Vol.48, Canada Law Book, Inc., 2009, p. 90.

28) Deglman v. Guaranty Trust Co. of Canada, [1954] S.C.R. 725, [1954] 4 D.L.R. 785.

29) R. Goff/G. Jones, *The Law of Restitution*(1966). Goff & Jones의 체계서는 제4판(1993년) 이후부터 Jones만이 개정 작업에 참여하였다. 먼저 Jones는 하버드 대학에 유학했을 때 원상회복법학을 처음 접했으며(John Langbein, “The Later History of Restitution”, in: W R Cornish, Richard Nolan, J O’Sullivan, and G Virgo eds., *Restitution-Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*(Hart Publishing 1998), p. 61), 제1차 Restatement 기초자인 Scott과 Seavey 밑에서 수학하였다고 한다(Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligations*, Hart Publishing, 1998, p. 110). 또한 Goff는 후에 재판관에 취임하여 부당이득에 관한 판례법의 발전에 크게 기여하였으며 특히 Goff가 맡았던 판결로는 부당이득법을 독립한 법 분야로서 사법상 최초로 확립한 것으로 평가되는 Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd. 사건 판결([1991] 2 A.C. 548) 등이 있다. 위 저서는 제8판(2011년)부터 Jones를 대신하여 Charles Mitchell가 개정자가 되었으며, 그는 책의 타이틀을 부당이득법(the Law of Unjust Enrichment)으로 변경하였으며, 내용 또한 대폭적인 변경을 가하였다.

30) Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, Clarendon Press, 1985. 한편 Birks가 서거(逝去) 직전에 저술한 체계서(Peter Birks, *Unjust Enrichment*, 2nd ed., Oxford University Press, 2005)에서는 어떠한 경우에 이득이 ‘부당’하다고 여겨지는지에 대해, 적극적인 부당성 요소(unjust factors)의 존재를 기준으로 삼는 종래의 견해(이는 영미법에서의 전통적인 접근과 친화적이다)를 포기하고, 수익에 ‘법적 근거가 결여된 점’(absence of basis)을 기준으로 삼는 대륙법적 접근을 제창하는 등 대폭적인 개설이 이루어졌다. Chaim Saiman, “Restitution in America: Why the US Refuses to Join the Global Restitution Party”, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol.28, Oxford University Press, 2008, pp. 99-104에서 영국에서의 활발한 논의에 대해 소개하고 있다.

2. 제2차 원상회복법 Restatement 간행과정

2.1 부당이득법 연구의 쇠퇴

미국은 제1차 Restatement 간행 후, 1950년대 및 60년대까지 John Dawson 및 George Palmer 등에 의해 원상회복·부당이득법이 활발하게 연구되었다.³¹⁾ 그러나 그 후 미국의 원상회복법 연구는 쇠퇴하였다. 특히 미국 법학자 John Langbein은 “마치 중성자폭탄이 이 분야에 떨어진 듯, 많은 기념비는 남았으나 사람(연구자)들은 멸족하였다”고 평가하였다.³²⁾ 미국에서 원상회복법학 연구가 쇠퇴한 원인은 분명하지 않으나, 이 쇠퇴의 배경으로서 다음의 두 가지가 언급되고 있다.³³⁾

첫째, 로스쿨 커리큘럼 개편의 영향이다. 미국 로스쿨이 공법(公法)에 점차 중점을 두면서 1960년대 이래 로스쿨 커리큘럼에서 사법 과목이 줄어들면서 원상회복법 또한 주목을 받지 못하였다. 이에 대해 Kull은 “‘마지막으로 채용된 자는 제일 먼저 해고된다’(last hired, first fired)는 표현처럼 사법(私法) 커리큘럼에서 가장 새롭게 추가된 원상회복법과목은 커리큘럼 우선순위에서 뒤질 수밖에 없었다”고 평가한다.³⁴⁾ 또한 1960년경부터 손해배상, Equity상의 구제방법³⁵⁾(equitable remedies) 그리고 원상회복을 결합한 ‘구제법’(law of remedies)이라는 과목이 급속하게 보급된 사실도, 부당이득(원상회복)법이 독자적 과목으로 살아남기 어려운 이유였다고 평가한다.³⁶⁾

둘째, 미국 법학계에서 리얼리즘(사실주의) 법학 및 ‘법과 경제학’에 대한 연구가 활발해지면서 원상회복연구는 쇠퇴하였다. Langbein은 “원상회복법 및 부당이득법 연구에는 법 원리(legal doctrine)가 환영받을 수 있는 환경이 필요한데,³⁷⁾ 리얼리즘 법학하에서는

31) 주된 저작으로서 John P. Dawson, *Unjust Enrichment: A Comparative Analysis*(1951); John P. Dawson & George E. Palmer, *Cases on Restitution*(2d ed., 1969); George E. Palmer, *the Law of Restitution*(1978) 등이 있다. 특히 Palmer의 단독 체계서는 1978년에 간행되었으나, Kull의 발언으로서 Saiman가 소개하는 바에 따르면, 그 대부분은 간행으로부터 20년 이상 전에 쓰여진 것이라고 한다(Saiman, op. cit., p. 100).

32) Langbein, op. cit., p. 60.

33) 이에 대해서는 Langbein, op. cit., pp. 61-62; Kull, “Three Restatements of Restitution”, pp. 870-871. 참조.

34) Kull, “Three Restatements of Restitution”, p. 867, p. 870.

35) Equity상의 구제 방법은 특정이행(specific performance)이나 금지명령(injunction)이 대표적이다. 이호정, 영국계약법, 경문사, 2003, 562쪽 이하 참조.

36) ‘구제법’이라는 과목의 발전과 보급에 대해서는 Douglas Laycock, “How Remedies Become a Field: A History”, *REV. LITIG.* Vol.27, University of Texas School of Law, 2008.에 상세한 기술이 있다.

37) Langbein, op. cit., p. 62.

법 원리가 판결에 실제 동기를 부여하는 여러 요소(정책, 정쟁, 가치관 등)를 은폐하는 연막(smokescreen)으로서 파악되었다. 이에 법 준칙을 다듬거나 상호관계의 정합성을 찾아가는 법 원리는 학계에서 매력을 잃어버렸고 자연스럽게 부당이득법 연구는 쇠퇴하게 되었다”고 평가한다.³⁸⁾ 더 나아가 Langbein은 “‘법과 경제학’도 판결의 근거로 법 원리가 아닌 재화의 효용가치나 재화분배의 효율성 등을 지향하였다는 점에서 법 원리를 지향하는 부당이득법 연구와는 어울리지 않았다”고 평가한다.³⁹⁾

2.2 제2차 Restatement 간행계획 및 실패

1970년대에 열린 ALI 연차총회에서 제2차 불법행위법 Restatement⁴⁰⁾ 및 제2차 계약법 Restatement⁴¹⁾의 기초가 논의되던 중, 그 기초자(Prosser, Farnsworth)가 일부 법률문제(구체적으로는 공동불법행위자 간의 구상이나 착오에 의한 지급 등)에 대해 불법행위법이나 계약법에 포함시키는 것을 보류하고, 장래 원상회복법 Restatement가 개정될 때 다루어져야 할 문제라고 논하면서⁴²⁾ 제2차 원상회복법 Restatement(이하 ‘제2차 Restatement’로 칭하기로 함)간행계획이 추진되었다. 당시 ALI 이사(Director)였던 Herbert Wechsler는 1976년 연차총회에서 제2차 Restatement의 구상에 대해 언급하였으며, 1980년에는 컬럼비아 대학의 William Young교수를 기초자로 하여 원상회복법 Restatement의 ‘재검토 및 개정’(reexamination and revision)이 진행중이라는 사실을 밝혔다.⁴³⁾ Young은 제2차 Restatement 잠정초안을 제2부까지 작성하였으나,⁴⁴⁾ 결국 연차총회의 심의 및 승인을 얻지 못하였다. 즉 Young이 작성한 잠정초안은 1983년 연차총회(잠정초안 제1부를 심의

38) Id.

39) Id.

40) 1·2권은 1965년, 3권은 1977년, 4권은 1979년에 간행되었다.

41) 1981년 간행되었다.

42) Kull, “Three Restatements of Restitution”, pp. 871-873.

43) 이 배경에는 1970년대의 ALI 연차총회에서 제2차 불법행위법 Restatement(1·2권은 1965년, 3권은 1977년, 4권은 1979년에 간행) 및 제2차 계약법 Restatement(1981년 간행)의 기초가 논의되던 중, 그 기초자가 일부 법률문제(구체적으로는 공동불법행위자 간의 구상이나 착오에 의한 지급 등)에 대해 불법행위법이나 계약법에 포함시키는 것을 보류하고, 장래 원상회복법 Restatement가 개정될 때 다루어져야 할 문제라고 논한 사정이 있다. Kull, “Three Restatements of Restitution”, p. 871 ff.

44) Restatement (Second) Of Restitution (Tentative Draft No. 1, 1983); Restatement (Second) Of Restitution (Tentative Draft No. 2, 1984). 더 나아가 제2차 Restatement에서는 총 10개의 장을 두도록 제안되었으며(<표 II-1> 참조), 잠정초안 제1부는 그 중 주로 제1장·제2장을 다루었으며, 제2부는 제3장(및 제4장 일부)을 다루었다.

하였다) 및 1984년 연차총회(잠정초안 제2부를 심의하였다)에서 회원들의 강한 반대에 의해 승인을 얻지 못하였고,⁴⁵⁾ 결국 1985년에 ALI는 ‘제2차 Restatement 잠정안(이하 <표 II-1> 참조)의 분석 및 기초를 위해 고려기간을 연장한다’고 발표하면서 사실상 제2차 Restatement간행계획은 실패하였다.⁴⁶⁾ 참고로 Kull은 제2차 Restatement 계획이 실패한 원인 중 하나로 Young의 전략상 실수를 지적한다.⁴⁷⁾

“Young은 기존의 Restatement 개정을 자신의 일이라고 생각한 것으로 보이며, 이에 원상회복에서도 어려운 부분부터 검토하기 시작하였다. 그 결과 의제신탁, 대위(subrogation), 추금(tracing) 등의 난문에 대한 야심에 가득 찬 개혁주의자의 공격 앞에 무너지고 만 것이다.”

〈표 II-1〉 제2차 Restatement 전체적 구성

제1장	원상회복의 기본원칙
제2장	구제
제3장	의제신탁, Equity상의 lien, 대위 및 재산의 형평 분배
제4장	위법행위에 의한 원상회복
제5장	착오에 의한 원상회복
제6장	타인의 사무에 대한 정당한 개입에 의거한 원상회복
제7장	정당한 청구의 이행에 의거한 원상회복
제8장	재산권 침탈에 의거한 원상회복
제9장	원상회복청구권의 범위
제10장	항변 및 소멸시효

45) Kull은 연차총회에서 이견이 많았던 경위에 대해 다음과 같이 기술한다. “먼저 1983년 연차총회에서 ‘합의와 관련한 이익’(Benefit in Relation to an Agreement)이라는 타이틀의 잠정초안 제6조의 심의가 차질의 발단이 되었다. 동조는 이득이 급부에 의해 발생한 경우의 기본원칙을 규정하였으나, 동조 제2항의 ‘계약 교섭에 있어서 이익 또는 우월적 지위를 얻기 위한 행위’(conduct in negotiating for a gain or advantage)가 ‘그 목적 또는 결과에 있어서 비양심적으로 보이는(appears unconscionable in purpose or effect)’때에는 부당이득의 존재를 인정할 수 있다는 규정의 의미에 대해 재논의의 필요성이 강하게 주장되었으며, 익년 1984년 연차총회는 ‘의제신탁, Equity상의 lien, 대위 및 재산의 형평 분배’(Constructive Trust; Equitable Lien; Subrogation; Marshaling of Assets)라는 장과 관련된 논의에서 ‘대위’(subrogation)라는 용어를 모두 ‘substitution’으로 변경해야 한다는 주장이 전 예일 대학 교수인 John Frank로부터 강하게 제기 되었다.” Kull, “Three Restatements of Restitution”, p. 867, p. 875.

46) 제3차 Restatement간행과정에서 제2차 Restatement 잠정안은 큰 영향력을 발휘하였다.

47) Kull, “Three Restatements of Restitution”, p. 876. Young과 대조적으로, 제3차 Restatement의 기초에 있어서 Kull은 이해가 용이하며 이견이 없을 기초적인 사항부터 작업을 시작하여 관계자 간에 신뢰를 쌓은 것이 큰 역할을 하였다고 한다. 즉 그는 신뢰를 쌓은 후에 견해 대립이 있을 수 있는 어려운 부분을 논의해야 한다는 생각을 전제로 작업을 진행하였다.

3. 제3차 Restatement 간행과정

제2차 Restatement 작업이 중단되고 3년 후, ALI의 이사였던 Geoffrey Hazard는 당시 텍사스 대학 교수였던 Douglas Laycock과 코넬 대학교수인 Dale Oesterle에게 원상회복법 Restatement를 새롭게 작성할 가치가 있는지 자문하였다.⁴⁸⁾ 이에 대해 Laycock은 대단히 긍정적인 답변을 주었다.⁴⁹⁾ 반면에 Oesterle는 독자적인 원상회복법 Restatement를 작성하는 것은 적절하지 않으며 오히려 원상회복에 관한 여러 원칙은 계약법, 불법행위법, 대리법, 재산법의 각 Restatement에 분산시키거나, 혹은 새롭게 ‘구제법’ Restatement을 만들어 원상회복을 거기에 포함시켜야 한다고 주장하였다.⁵⁰⁾ Hazard는 1990년 연차총회에서 Oesterle의 견해에 따라 원상회복법 Restatement를 구제법 Restatement로 전환하겠다는 취지를 표명하였으며,⁵¹⁾ 1991년 및 1992년 연차총회에서도 이와 동일한 취지를 재차 발표하였다.⁵²⁾ 그런데 아이러니(irony)하게도 Hazard는 Oesterle가 아닌 Laycock에게 구제법 Restatement의 기초자가 되어주길 간곡하게 부탁하였으며, 이에 독자적인 원상회복법 Restatement를 고수하는 입장이었던 Laycock도 구제법 Restatement작성을 진지하게 고민하였으나,⁵³⁾ 1995년에 Laycock는 구제법 Restatement 기초자가 되는 것을 거절하였다. 그 후 Hazard는 1995년 연차보고에서 “우리의 내심에는 한 명의 기초자 후보가 있었으나, 안타깝게도 (이를 승낙해 줄) 가망성이 사라졌다”고 논하며,⁵⁴⁾ 구제법 Restatement의 구상이 암초에 부딪혔다는 사실을 밝히게 된다. 결국 Hazard는 1996년 연차총회에서 독자적인 원상회복법 Restatement 간행사업에 복귀하겠다고 의사를 표명한다.⁵⁵⁾ 그 뒤

48) Kull, “Three Restatements of Restitution”, p. 876.

49) 이 답신서 일부는 논문 형태로 간행되었다. Douglas Laycock, “The Scope and Significance of Restitution”, *TEX. L. REV.* Vol.67, University of Texas School of Law, 1989. Laycock 또한 부당이득법의 독자성을 강조하면서도 Equity상의 개념 등은 부당이득법의 정립에 필요하지 않다고 본다. Laycock의 보고서를 요약·정리하여 소개하는 문헌으로는 진도왕, 앞의 논문, 192쪽 참조.

50) 이에 대한 소개는 Kull, “Three Restatements of Restitution”, pp. 877-878.

51) 연차총회 의사록에는 Hazard의 다음과 같은 발언이 기록되어 있다(67 ALI PROC. 13 (1990)). “우리는 구제법 Restatement(a Restatement of Remedies)를 모색(exploring)하고 있습니다. 이는 원상회복의 딸과도 같은 것입니다. 우리는 수년 전에 원상회복 Restatement 사업을 시작하였씀니다만, 거기에는 몇 가지 곤란한 점이 있어 이에 대해 재검토하였습니다. 구제법 Restatement는 한층 더 복잡하며 도전적(challenging)인 것이 될 것입니다. 그러나 필시 최종적으로는 더욱 정합적으로 정리될(coherent) 것입니다…… [구제법]의 크기는 괴수 고질라(Godzilla)와 같이 [거대하게] 변할 수 있으리라 인식하고 있습니다.”

52) 68 A.L.I. PROC. 664 (1991) 69 A.L.I. PROC. 11 (1992).

53) Kull, “Three Restatements of Restitution”, p. 879.

54) 72 A.L.I. PROC. 461 (1995).

얼마 지나지 않아 당시 에모리 대학 교수였던 Kull이 새로운 Restatement 기초자의 지위를 맡게 되었고,⁵⁶⁾ 1997년 6월에 개최된 제3차 Restatement를 위한 최초의 고문회의(advisers' meeting)에서 Kull이 제시한 구상(構想)이 논의되었다.⁵⁷⁾ 새로운 Restatement 간행사업은 1996년 계획 발표로부터 2011년 간행에 이르기까지 15년의 시간이 걸렸는데, 이에 대하여 기초자인 Kull은 반대견해 때문이 아니라 최초의 고문회의 이래로 간행작업이 체계적이고 꾸준히(착실히) 진행되었기 때문이라고 분석한다.⁵⁸⁾ 구체적으로 살펴보면 2000년에 '원상회복·부당이득법 Restatement'라는 표제 아래, '제1장 일반원칙' 및 '제2장 무효가 되는 재화 이전'을 다룬 논의용 초안⁵⁹⁾(Discussion Draft)이 간행되었으며, 이후 잠정초안이 제1부(2001년⁶⁰⁾), 제2부(2002년⁶¹⁾), 제3부(2004년⁶²⁾), 제4부(2005년⁶³⁾), 제5부(2007년⁶⁴⁾), 제6부(2008년⁶⁵⁾), 제7부(2010년⁶⁶⁾)순으로 간행되었다. 이 잠정초안은 연차총회에

55) 73 ALI. PROC. 11 (1996). Kull은 만약 구제법 Restatement의 구상이 실현되어, 원상회복법이 그에 흡수되었다면, 아마도 원상회복법이 부당이득에 기초를 두는 독립한 책임발생원인을 규정하는 형태가 파괴되었을 것이라고 한다. Kull, "Three Restatements of Restitution", p. 867.

56) Langbein은 Kull 교수와 Laycock 교수를 제외하면 생존해 있는 미국의 [원상회복법에 관한]권위자의 이름을 듣기 어려운 상황이 되었다고 평가한다. Langbein, op. cit., p. 61. 나아가 제3차 Restatement 간행 사업에는 Laycock도 고문 중 한 사람으로서 참가하고 있으며, Laycock은 본인이 '매우 의욕적인 고문'(very active adviser)으로서 협력하고 있다고 자평하고 있다. Douglas Laycock, "Restoring Restitution to the Canon", *MICH. L. REV.* Vol.110, Michigan Law Review Association, 2012, p. 929 ff.

57) 제3차 Restatement 간행 사업에는 총 27명의 고문(adviser)이 임명되었으나, 그 중 한 명은 영국의 Gareath Jones였으며, 그 외에도 독일의 프라이부르크 대학 교수였던 Peter Schlechtriem과 이스라엘의 텔아비브 대학 교수 Daniel Friedmann이 포함되었다. 이는 제3차 Restatement에 대륙법적인 요소를 가미시킨 결과를 가져온다.

58) Kull, "Three Restatements of Restitution", p. 880. 순조롭게 진행되었다는 사실에 대해서는 다른 학자들도 인정한다(Doug Rendleman, "Restating Restitution: The Restatement Process and Its Critics", *WASH. & LEE L. REV.* Vol.65, Washington and Lee University, School of Law, 2008, p. 936 등). 이러한 이유에서 2006년에 ALI는 Kull을 유능한 입법 기초자에 수여하는 'R. Ammi Cutter Reporter'로 임명하였다 (<http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.ammi>).

59) 논의용 초안은 연차총회에서 논의하기 위해 마련되는 초안이나, 잠정초안과 달리 총회에서 공식적인 승인을 얻지 않는다. Lionel Smith, "Book Review", *MCGILL L. J.* Vol.57 No.3, McGill University 2012, p. 632 n.9.

60) 제1부는 제2장 '무효가 된 재화 이전'의 일부(제5조-제16조, 제18조-제19조)를 대상으로 한다.

61) 제2부는 제2장 '무효가 된 재화 이전'의 일부(제17조) 및 제3장 '의식적인 [이타]행위(Intentional Transactions)'의 일부(제20조-제26조)를 대상으로 한다.

62) 제3부는 제3장 '의식적인 [이타]행위'의 일부(제27조-제30조) 및 제4장 '원상회복과 계약'의 일부(제31조-제38조)를 대상으로 한다.

63) 제4부는 제4장 '원상회복과 계약'의 일부(제39조) 및 제5장 '위법행위에 의한 원상회복'의 일부(제40조-제44조)를 대상으로 한다.

64) 제5부는 제5장 '위법행위에 의한 원상회복'의 일부(제45조-제46조), 제6장 '삼자 간의 이득'(제47조-제48조) 및 제7장 '구제'의 일부(제49조-제53조)를 대상으로 한다.

65) 제6부는 제7장 '구제'의 일부(제54조-제59조)를 대상으로 한다.

서 각각 심의 및 승인이 이루어졌고 ALI에서의 최종적인 승인은 2010년 연차총회에서 이루어졌으며, 2011년에 4편 8장 70개의 조문으로 구성된 제3차 Restatement 완성판⁶⁷⁾이 간행되었다(<표 II-2> 참조).⁶⁸⁾ 한편 제3차 Restatement에서는 최근에 이르기까지의 방대한 판례·학설 등이 수집·정리되어 각 조별로 극히 상세한 해설이 더해졌다.⁶⁹⁾ 미국의 법학자 Laycock은 제3차 Restatement가 부당이득법에 관한 ‘강력한 연구 도구(powerful research tool)’로서의 역할을 담당할 것이라고 평가하였다.⁷⁰⁾ 또한 캐나다의 법학자 Lionel Smith는 제3차 Restatement는 “미국에서 오랜 기간 휴면상태에 빠져 있던 [부당이득]분야를 부흥시키는 숙명(destiny)을 짊어지고 있다”고 하였고,⁷¹⁾ 오스트레일리아의 법학자 James Edelman은 제3차 Restatement를 ‘경이로운 위업’(astonishing achievement)이라고 평가하였다.⁷²⁾

66) 제7부는 주로 제 7장 ‘구제’의 일부(제60조-제61조), 제8장 ‘원상회복 청구에 대한 항변’(제62조-제70조) 및 제1장 ‘기본원칙’(제1조-제4조)을 대상으로 한다.

67) 2011.6.에 전 2권으로 간행된 제3차 Restatement는 그 제1권 모두에 Lord Mansfield의 초상화를 실어 부당이득법이 독립한 법 분야로서 성장해 나가는 단서를 제공한 Lord Mansfield에 대해 특별한 경의를 표하고 있다. 또한 연방대법원 재판관으로서 의제신탁에 관한 판례법리의 발전에 기여한 Benjamin Cardozo의 초상화도 실려 있다.

68) 제3차 Restatement 간행 직전 및 직후에 각각, 제3차 Restatement에 관한 심포지엄이 ALI의 협력 아래 미국의 대학에서 개최되었다. 한 번은 2011.2.25. Washington and Lee대학 로스쿨에서 ‘Restitution Rollout : Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment’라는 테마로 개최되었다(이 심포지엄의 보고는 *Washington and Lee Law Review* Vol.68, No.3, Washington and Lee University, School of Law, 2011에 수록되었다). 또 다른 한 번의 심포지엄은 2011.9.16. · 17.에 Kull 교수가 소속된 보스턴 대학 로스쿨에서 개최되었다(이 심포지엄에서의 보고는 *Boston University Law Review* Vol.92, No.3, Boston University School of Law, 2012에 수록되었다).

69) Restatement of the law third, restitution and unjust enrichment: as adopted and promulgated by The American Law Institute at Washington, D.C., May 19, 2010.

70) Laycock, “Restoring Restitution to the Canon”, p. 932.

71) Smith, op. cit., p. 629. 반면에 미국의 Saiman은 2008년 논문에서 최근의 영국의 학계·사법계에서 찾아볼 수 있는 doctrinal한 원상회복법학의 융성이 미국에 발생할 가능성은 희박하다고 하였다. Saiman, op. cit., pp. 124-126). 또 미국의 Laycock은 원상회복·부당이득이라는 법 분야가 미국의 법률가에 확실하게 재인식되기 위해서는 로스쿨의 커리큘럼에 이 과목이 부활할 필요가 있다고 하였으며, 그 전제조건이 되는 수업용 사례집이 제3차 Restatement의 기초자인 Kull에 의해 집필되기를 기대한다는 취지를 서술하였다(Laycock, “Restoring Restitution to the Canon”, pp. 951-952).

72) 특히 그는 “이 기념비적인 학문적 저작은 [미국에서 최근 수년 간 doctrinal한 사법 연구가 쇠퇴되어 온]풍조에 대해 굳세게 저항하고 있다”고 서술한다. James Edelman, “Book Review”, *L. Q. REV.* Vol.128, Sweet & Maxwell Ltd., 2012, p. 314. 다만 Edelman이나 Smith는 제3차 Restatement가 불법행위나 신인의무위반 사안에서의 이득 반환청구(위법행위에 의한 원상회복)의 근거를 ‘부당이득’으로 구성한 제3차 Restatement를 비판하며, 위법행위에 의한 원상회복은 부당이득이 아닌 위법행위(불법행위 등) 그 자체가 당해 청구의 근거가 되어야 한다고 주장한다(Edelman, “Book Review”, p. 311, pp. 313-314; Smith, “Book Review”, pp. 635-638).

〈표 II-2〉 제3차 Restatement 전체적 구성

제1편 서론(Introduction)	제1장 일반원칙 (General Principles)	제1조-제4조
제2편 원상회복의 책임 (Liability in Restitution)	제2장 무효가 된 재화 이전 (Transfers Subject To Avoidance)	제5조-제19조
	제3장 의뢰(요청) 없는 개입 (Unrequested Intervention)	제20조-제30조
	제4장 원상회복과 계약	제31조-제39조
	제5장 위법행위를 이유로 한 원상회복 ⁷³⁾	제40조-제46조
	제6장 제3자에 의해 제공된 이익 (Benefits Conferred By A Third Person)	제47조-제48조 ⁷⁴⁾
제3편	제7장 구제 (Remedies)	제49조-제61조
제4편	제8장 원상회복에 대한 항변 (Defenses to Restitution)	제62조-제70조

III. 제3차 Restatement의 내용

제3차 Restatement는 제1차 Restatement와 달리 표제를 ‘원상회복(restitution)’에서 ‘원상회복(restitution)과 부당이득(unjust enrichment)’으로 수정하였다. 이는 제3차 Restatement가 다루는 문제 영역이 ① 부당이득법을 계약법이나 불법행위법으로부터 독립한 하나의 법 분야로 인정하겠다는 의지로 보이며, 종래처럼 ② 단순히 구제(remedy)로서의 원상회복만을 논하고 있지 않다는 점(즉 부당이득에 의거한 책임이 어떠한 경우에 발생하는지를 명확히 하는 데에도 중점을 두고 있다는 점)을 강조한 것으로 판단된다.⁷⁵⁾ 즉 표제의

73) 대륙법상 침해부당이득에 해당한다. Mark P. Gergen, “Self-Interested Intervention in the Law of Unjust Enrichment”, in: Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts(R. Zimmermann ed.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 248.

74) 이 장은 삼자 간 부당이득 문제의 일부를 다루며, ‘원고의 재산에 관하여 [제3자로부터]피고에 대해 지급이 이행된 경우’(제47조) 및 ‘[제3자로부터]피고에 대해 이행된 지급에 대해 원고가 우선적인 권리를 가지는 경우’(제48조)로 구성된다.

75) http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=46. 즉, 제3차 Restatement에서는 그 표제에 ‘부당이득’이라는 용어가 새로이 추가되었다. 이는 다루는 문제 영역이 바뀌었다는 점을 제시하는 것이 아니라, 본래 ‘원상회복’이라는 법률용어가 부당이득에 의거하는 책임을 나타낸다는 취지로 사용되어 온 것을 명확히 하기 위한 것이다. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. c.; Joseph M. Perillo, “Restitution in a Contractual Context and the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment”, *WASH. & LEE L. REV.* Vol.68 No.3, Washington and Lee University, School of Law, 2011, p. 1008.

변경은 종래 다루는 문제 영역이 바뀌었다는 점을 제시하는 것이 아니라, 본래 ‘원상회복’이라는 법률용어가 부당이득에 의거하는 책임을 나타낸다는 취지로 사용되어 온 것을 명확히 한 것이라 할 수 있다.⁷⁶⁾ 문리적 개념으로 ‘원상회복’이라는 용어를 넓게 이해하면, 부동산 소유자의 불법점거자에 대한 부동산회복소송(ejectment)이나, 동산을 절도 당한 경우의 소유권자의 절도자에 대한 동산점유회복소송(replevin 및 detinue), 더 나아가 대부금 변제의 청구까지도 ‘원상회복’문제로 포섭될 수 있다. 그러나 이러한 청구는 역사적으로 부당이득이라는 개념과 전혀 관계가 없는 것이었기 때문에 이번 제3차 Restatement에서는 표제를 ‘원상회복과 부당이득’이라고 하여 이점을 명확히 하였다.⁷⁷⁾

또한 제3차 Restatement는 제1차 Restatement의 체계를 전면적으로 재편성하여,⁷⁸⁾ 보통법상의 제도(준계약: quasi-contract)와 Equity상의 제도(주로 의제신탁: constructive trust)를 통일적으로 규정하였다.⁷⁹⁾ 즉 제1차 Restatement는 보통법상의 제도(준계약)와 Equity

76) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. c. 물론 중대한 계약위반에 의한 계약해제로 인한 원상회복

77) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. g. 다만 예외적으로 ① ‘중대한 계약위반을 이유로 하는 계약 해제’(제37조)의 경우와 ② ‘[원고의]이행을 기준으로 하는 손해배상’(performance-based damages, 제38조)의 경우는 부당이득에 의거하지 않는다고 여겨짐에도 불구하고 제3차 Restatement는 취급 대상에 포함시키고 있다. 이러한 구제 방법은 오래전 제1차 계약법 Restatement(1932년)에서 ‘원상회복’이라 불렸으며, 이것이 미국에서 정착된 관례로 일반적으로는 부당이득에 의거한다는 식으로 일컬어지고 있었다. 이러한 이유에서 제3차 Restatement는 이 구제방법을 부당이득으로 포섭한 것이라 할 수 있다. 그러나 중대한 계약위반을 이유로 하는 계약해제로 인한 원상회복을 엄격하게 계약책임으로서 이해한다면, 이를 부당이득으로 포섭하기는 어려울 것이다(예컨대 우리민법 제548조의 해제의 효과를 청산관계로 설명하는 학설이 해제 후 원상회복을 부당이득이 아닌 계약책임으로 보는 것을 상기해 보자). 참고로 ‘원고의 이행을 기준으로 하는 손해배상’은 통상의 배상 기준인 기대이익(expectation interest)의 증명이 곤란한 때에 기대이익의 배상을 대신하여 인정되는 것이다. Frederick Wilmot-Smith, “§38 and the Lost Doctrine of Failure of Consideration”, in: Charles Mitchell & William Swadling eds., Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment: CRITICAL AND COMPARATIVE Essays(HART PUBLISHING, 2013), p. 60 ff. 이러한 구조는 우리민법상 이행이익의 증명의 곤란을 고려하여 신뢰이익배상을 인정해야 한다는 주장과 연결된다.

78) 이에 수범자들은 제1차 Restatement보다는 원하는 내용을 쉽게 찾아 볼 수 있게 되었다고 한다. Douglas Laycock, “Restoring Restitution to the Canon”, p. 931. 의제신탁에 대한 설명은 Underhill/Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15th ed., LexisNexis, 1995, p. 916 ff.; Scott(Austin Wakemann)/Fratcher(William Franklin)/Ascher(Mark L.), *The Law of Trust*, Vol. V, Aspen, 2008, § 462 ff.; 이연갑, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 30쪽 이하 참조.

79) 제3차 Restatement에서는 체계가 대폭 변경되긴 하였으나, 실질적 내용은 제1차 Restatement에서 제시했던 법리가 유지·발전된 것이다. Edelman, “Book Review”, p. 314. 특히 제1차 Restatement와 제3차 Restatement에 대한 비교분석은 Candace Saari Kovacic-Fleischer, “Cohabitation and the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment”, *WASH. & LEE L. REV.* Vol.68 No.3, Washington and Lee University, School of Law, 2011, p. 1414 ff. 참조.

상의 제도(의제신탁, Equity상의 lien, 대위)로 크게 이분하여 각각에 대해 별개의 상세한 규정을 두었으나 제3차 Restatement에서는 보통법상의 제도와 Equity상의 제도를 가능한 한 하나로 통합하여 ① 원상회복·부당이득법의 일반원칙, ② 책임발생 사례의 여러 유형, ③ 구제(부당이득의 효과), ④ 항변 순으로 구성하였다.⁸⁰⁾ 이는 결과적으로 수범자(受範者)들이 찾고 싶은 항목을 제1차 Restatement보다 제3차 Restatement에서 용이하게 찾을 수 있게 만들었다.⁸¹⁾ 또한 제3차 Restatement에서는 계약법의 잔재라 할 수 있는 ‘준계약’(quasi-contract)라는 용어나,⁸²⁾ 종래의 소송방식(forms of action)을 가리키는 용어(예: general assumpsit, 일반인수소송) 등을 의도적으로 사용하지 않아, 부당이득법의 독자성을 더욱 강화시켰다.

1. 일반원칙(제1조-제4조)

제3차 Restatement 제1편 서론은 제1장 일반원칙(General Principles)이라는 하나의 장(제1조-제4조)으로만 구성되었다(<표 III-1> 참조).

〈표 III-1〉 제1편: 서론(Introduction)

제1장 일반원칙 (General Principles)	제1조 원상회복 및 부당이득 타인의 손실로 부당하게 이익을 취한 자는 원상회복의 책임을 진다.
	제2조 책임을 제한하는 여러 원칙 (1) 수익자가 대가를 지급하지 않고 일정한 이익을 취득한 사실만으로 수령자가 부당하게 이익을 취하였다고 추정하지 않는다. (2) 유효한 계약은 그 영역 내의 사항에 대해 (계약해석으로) 당사자의 채무를 확정하며, (확정된)내용에 대해서는 부당이득이 문제되지 않는다(부당이득에 관한 모든 심리를 배제한다). (3) [수익자의]의뢰(요청) 없이 수익자가 일정한 이익을 임의로 취득한 때, 수익자는 원상회복의 책임을 지지 않는다. 다만 그 행위의 상황으로 보아 원고가 계약 없이 관여하는 것이 정당한 때에는 그러하지 아니하다. (4) 원상회복의 책임은 선의의 수익자에 대한 강제적인 거래(forced exchange) 및 수익자의 수령을 거부할 자유를 박탈하는 결과를 초래하지 않는다.
	제3조 위법하게 취득한 이득(Wrongful Gain) 스스로의 위법행위에 의해 이익을 취할 수 없다.
	제4조 원상회복은 보통법 또는 Equity 또는 그 쌍방에 의지할 수 있다 (1) 원상회복·부당이득법에 속하는 책임 및 구제 방법은 보통법 혹은 Equity 또는 그 양자의 결합에 기원을 두는 경우가 있다. (2) 부당이득에 대한 구제가 Equity에 기원을 두는 경우에도 원고는 보통법상 주장할 수 있는 [그 이외의]구제 방법으로는 불충분하다는 점을 입증할 필요 없이 그 구제를 주장할 수 있다.

80) 제1차 Restatement가 215개조로 구성된 반면에 제3차 Restatement는 조문수가 70개에 불과하다.

81) Laycock, "Restoring Restitution to the Canon", p. 931.

82) 예를 들어 Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, pp. 38-39.

1.1 제3차 Restatement 제1조의 의미

제3차 Restatement 제1조는 제1차 Restatement 제1조와 동일하게 “타인의 손실(비용)로 (at the expense of another) 부당하게 이익(benefit)을 취한 자는 원상회복의 책임을 진다”고 규정하고 있다.⁸³⁾ 제3차 Restatement 주석서에는 이와 관련된 전형적인 사례로 재산 이전을 통해 일방당사자가 취한 이익이 그대로 타방의 손실에 대응하는 경우라고 서술하고 있는데,⁸⁴⁾ 이는 우리 판례가 말하는 급부부당이득에서의 이득과 손실의 관계와 같다.⁸⁵⁾ 더욱이 제3차 Restatement 제1조 주석서는 ‘법률상의 보호를 받는 타인의 권리를 침해하는 경우(우리 민법상 침해부당이득에 해당)에 원고는 손해(loss)발생사실을 입증할 필요가 없다’는 점을 강조하고 있는데,⁸⁶⁾ 이와 같은 확장적 정의의 배경에는 ‘위법한 침해행위에 의해 피고가 이익을 취한 경우, 원고에게 구체적인 손해가 발생하였는지와 상관없이 수익의 환수(토출, disgorgement)를 불법행위법 등 여타 다른 책임법이 아닌 부당이득법으로 해결하고자 하는 의도가 있었다’고 보인다.⁸⁷⁾ 제1조의 이익(benefit)은 수령자의 재산(wealth)에 예측 가능한 증가를 야기하는 모든 형태의 것을 의미한다.⁸⁸⁾ 예를 들어 노무의 제공을 받은 것, 출비의 절약, 채무의 면책 등도 모두 여기에서 말하는 이익에 포함된다. 그런데 무엇보다도 제1조에서 가장 주목해야 할 부분은 ‘부당하게’(unjustly)라는 표현일 것이다. 이는 이득이 부당해야 한다는 의미를 내포하는데 어느 경우에 이득이 부당한지가 문제된다. 본조의 주석서에 의하면, 법적으로 이득이 부당하다고 것은 이득의 정당한 법적 근거(adequate legal basis)가 결여(absence)된 경우를 의미한다.⁸⁹⁾ 이와

83) 특히 원상회복이 문제되는 ‘이익’(benefit)의 의미에 대해서는 수령자의 재산(wealth)에 예측 가능한 증가를 야기하는 모든 형태의 것으로 보고 있다. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. d. 이는 이득을 ‘취득한 것 자체’로 보고 있는 독일, 일본, 우리의 통설과 다르다고 할 수 있다.

84) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. a.

85) 급부부당이득에서 계약의 구속력이 중요하게 판단되는 이유는, 계약이 급부의 보유의 정당성을 부여하기 때문이다. 즉 당사자 간의 유효한 계약은 당해 계약조항의 범위 내에서 일방당사자로부터 타방당사자에 급부된 것을 보유하는 것(수령자의 이득)을 정당화하는 기초를 제공한다. 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다98706 판결.

86) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. a. 예를 들어 타인 소유의 물건을 무단으로 이용하는 경우이다.

87) 서종희, “영미 부당이득법상 이득토출 책임”, 서울법학 제24권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2016, 162쪽 참조.

88) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. d.

89) 이득은 그것이 정당한 법적 근거를 결여하는 경우에 한하여 부당하다. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. d.

관련하여 동 주석서는 ‘unjust enrichment’라는 표현과 ‘unjustified enrichment’라는 표현을 대비시키며 다음과 같이 논한다.⁹⁰⁾

“‘unjust enrichment’라는 표현은 매우 포괄적이고 개념 내재적으로 아무런 제약이 없어 그 판단의 예측이 불가능한 반면에, unjustified enrichment에 해당하는 사례는 [판단]에 예측 가능하며 또 객관적으로 정의할 수 있다. 그 이유는 여기에서 문제되는 [이득의]정당성은 도덕적인 것이 아니라 법적인 것이기 때문이다. unjustified enrichment란 정당한 법적 근거를 결여한 이득이다. ……만약 제1차 원상회복법 Restatement에 의해 unjust enrichment라는 용어가 확립되지 않았다면, 이보다 설명에 도움이 되는 unjustified enrichment라는 표현을 선택하는 편이 나았을 것이다. 그러나 ……이러한 두 표현 중 무엇을 선택할지는 법적인 결과에 차이를 발생시키지 않는다…… 왜냐하면-unjust enrichment라는 표현이 가지는 잠재적인 사정 및 ‘자연적 정의’에 대한 Lord Mansfield의 확신적인 근거에도 불구하고-미국법에서 실제로 법적 책임을 발생시키는 unjust enrichment로서 인정되어 온 것은 unjustified enrichment(정당한 법적 근거가 결여된 이익) 국한되었기 때문이다.”

위와 같이 ‘unjustified enrichment’라는 개념을 정당한 법적 근거가 결여된 이익으로 이해한다면, 이는 부당이득의 요건으로 법률상 원인의 부존재를 요구하는 대륙법(특히 독일법)적 사고와 같다고 할 수 있다.⁹¹⁾ 종래 영미법은 대륙법과 달리 반환청구의 가부를 판단함에 있어서 착오(mistake), 강박(duress), 부당위압(undue influence), 약인의 불성취(failure of consideration) 등, 적극적인 부당성 요소(unjust factors) 리스트 중 하나에 해당하면 부당하다는 기준을 가지고 있었다.⁹²⁾ 그런데 최근 영국에서 Birks가 부당성을 판단함에 있어 위와 같은 기준을 포기하고 법적 근거의 부존재(absence of basis)를 일원적인 기준으로 삼는 대륙법적 접근으로의 전환을 제창하여,⁹³⁾ 코먼웰스 국가에서 많은 논의를 불러 일으켰는데, 정당한 법적 근거의 결여를 통해 이득의 부당성을 판단하는 제3차

90) Ibid.

91) Gerhard Dannemann, “Unjust Enrichment by Transfer: Some Comparative Remarks”, *TEX. L. REV.* Vol.79, University of Texas School of Law, 2001, p. 1864 에서 동일하게 지적한다. 제3차 Restatement의 기초자 자신도 unjustified enrichment라는 용어가 독일의 ungerechtfertigte Bereicherung(독일 민법 제812조) 및 프랑스의 enrichissement sans cause의 대략적인 번역어에 상당한다고 언급한다(Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 reporter’s note b.).

92) Birks, *Unjust Enrichment*, pp. 105-106.

93) Birks, *Unjust Enrichment*, pp. 101-105, pp. 127-128.

Restatement 주석서의 입장⁹⁴⁾은 Birks설과 공통의 발상을 가진다. 그러나 조문의 표현만을 놓고 보면 이러한 해석이 당연하게 도출된다고 보기 어렵다. 즉 제3차 Restatement가 채용하는 부당성 판단의 구조를 대륙법과 완벽히 동일한 것으로 볼 것인지에 대해서는 다음과 같은 난점을 극복해야만 한다. 첫째, 제3차 Restatement가 제1조의 기본원칙을 구체화한 제2장 원상회복의 책임(제5조-제48조)에서 착오, 강박, 부당위압 등의 적극적 부당성 요소별로 개별적 규정을 두고 있는데 이는 오히려 법률상 원인의 부존재를 고려한 것이 아니라 종래 영미법상의 적극적인 부당성요소의 리스트를 열거한 것으로 볼 수 있지 않은가? 이에 대한 해답은 Birks의 사고로부터 발견할 수 있을 것으로 생각된다. 즉 대륙법적 접근을 주장하는 Birks 또한 각각의 부당성 요소를 법률상 부존재를 판단하는 예시로 이해하여, 법률상 원인의 부존재와 착오, 강박 등의 개별적 요소들을 피라미드에 비유하여 설명하였다. Birks는 피라미드의 정점(頂點)에 법률상 원인의 부존재가 있으며, 그 저변에는 착오, 강박, 부당위압 등 개별의 부당성 요소가 존재한다고 보았다. 요컨대 그는 착오 등을 기초로 하여 피고의 재산 취득에 법적 근거가 없는 사실이 존재하며, 이는 궁극적으로 이득이 부당하여 반환되어야 하는 점이 도출된다고 보았다.⁹⁵⁾

둘째, ‘정당한 법적 근거’라는 개념이 완수하는 기능에 착목한다면, 제3차 Restatement의 주석서에는 수익에 정당한 법적 근거가 ‘있는’ 경우에 원상회복의무가 부정된다는 점에 대해서 언급하고 있을 뿐, 수익에 정당한 법적 근거가 ‘없는’ 것이 원상회복의무를 긍정하는 직접적 또는 본원적 이유가 되는지에 대해서는 명확한 설명이 없다는 점에서 ‘법률상 원인의 부존재’를 부당성의 판단기준으로 볼 수 있을 것인지에 대해 의문이 남는다.⁹⁶⁾ 그런데 이는 기초자가 논의의 실익이 없다는 이유에서 ‘부당이득’의 정의에 관한 이론적 문제에 깊게 개입하는 것을 피하려는 자세를 취하였다⁹⁷⁾는 점을 감안하면 극복할 수 있을 것이다. 즉 제3차 Restatement 주석서는 대륙법적 색채를 띤 정당한 법적

94) 미국 내에서도 루이지애나주(대륙법계)와 노스다코타주, 애리조나주, 델라웨어주는 이미 법적인 정당화 근거의 부존재(absence of legal justification)를 부당이득의 요건으로 보고 있었다. Saiman, op. cit., pp. 121-122).

95) Birks, *Unjust Enrichment*, p. 116. 남아프리카의 법학자인 Scott 및 Visser는 이와 같은 피라미드적인 접근을 제3차 Restatement가 채용한 것으로 보고 있다. Helen Scott & Danie Visser, “Excess Baggage? Rethinking Risk Allocation in the Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment”, *B. U. L. REV.* Vol.92 No.3, Boston University School of Law, 2012, p. 861.

96) Dannemann, op. cit., pp. 1864-1867.

97) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. a. “이론적인 사항으로서, ‘부당이득’을 어떻게 정의하는 것이 최선인가에 대해서는 명확한 답이 존재하지 않는다…… [부당이득의 정의와 관련한 학리적 문제]에 대한 명확한 답을 제시하지 않더라도, 원상회복·부당이득법 Restatement는 유용하다.”

근거(의 부존재)라는 개념을 제3차 Restatement가 도입하는 것이 어떠한 의의를 가지는지에 대해 완벽하게 설명하고 있지 않을뿐, 실질적으로는 법률상 원인의 존재가 부당성을 조각한다면 법률상 원인의 존재여부를 부당이득의 성립요건으로 이해한 것이라 할 수 있다.

1.2 제3차 Restatement 제2조의 의미

제1차 Restatement 제2조는 책임 제한에 관한 기본원리로서 “타인에 대해 간섭적으로 (officially) 이익을 제공한 자는 그에 대해 원상회복을 청구할 수 없다”는 격언적인 규정이 하나 있었을 뿐인데, 제3차 Restatement 제2조에서는 책임을 제한하는 기본원리로서 네 가지를 들고 있다.

첫째, 일정한 이익을 무상으로 받았다는 사실이 있더라도 원상회복의 책임이 당연히 발생하지 않는다는 원칙이다(제3차 Restatement 제2조 제1항). 즉 원상회복의 책임이 발생하기 위해서는 피고가 취득한 것에 대해 원고가 법적으로 보호를 받는 이익(legally protected interest)을 가질 필요가 있으며, 또한 피고가 취득한 이득의 정당한 법적 근거가 결여되어야 한다.⁹⁸⁾ 따라서 유효하게 증여를 받은 경우는 부당이득이 되지 않으며, 특허에 의한 보호기간이 만료된 타인의 발명품 등을 이용하여 수익을 낸 경우⁹⁹⁾나 주변지역이 개발되어 자신의 토지가격이 상승한 경우¹⁰⁰⁾ 등도 부당이득 책임은 원칙상 발생하지 않는다.

둘째, 유효한 계약이 존재하는 경우에는 그 계약의 효력범위 내에서 부당이득 문제가 배제된다(제3차 Restatement 제2조 제2항). 이 원칙은 계약이 유효하다면 부당이득법은 보충적으로 적용될 뿐이라는 점을 명확히 한 것이다.¹⁰¹⁾

98) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §2 cmt. b.

99) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §2 cmt. b, illus. 1.

100) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §2 cmt. b, illus. 2.

101) 예외적으로 ‘기회주의적인 계약위반’(opportunistic breach)의 경우(제39조)는 계약이 유효함에도 불구하고 부당이득반환이 문제된다. 예를 들어 A가 어떠한 토지를 10만 달러로 B에게 매각하기로 약속하였으나, 그 후 두 번째로 나타난 買主 C에게 그 토지를 11만 달러에 양도하였다고 하자. 이 이중매매 사례에서 제3차 Restatement의 해설에 의하면, B는 (A가 부당하게 이득을 취한)1만 달러의 인도를 A에게 청구할 수 있다(Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §39 cmt. d, illus. 1). 기회주의적인 계약위반(opportunistic breach)에 대한 설명은 이해리, “미국법상 기회주의적 계약위반에 대한 토출(吐出)책임”, 비교사법 제21권 제2호, 한국비교사법학회, 2014, 673쪽 이하 참조.

셋째, 수익자가 타인에게 어떠한 요청을 하지 않았는데도 결과적으로 타인에 의해 이득을 취하였다면, 원칙적으로 수익자는 이득을 반환할 필요가 없다(제3차 Restatement 제2조 제3항 본문). 다만 요청받지 않은 개입에 정당한 이유가 있는 경우에는 이득을 반환해야 한다(제3차 Restatement 제2조 제3항 단서 및 제3차 Restatement 제2편 제3장 참조).

마지막으로 이득자의 책임을 제한하는 기본원리로서 강요된 이득의 문제를 언급하고 있다. 요컨대 제3차 Restatement 제2조 제4항은 부당이득 책임이 선의의 수익자를 강제적인 거래(forced exchange)에 따르게 해서는 안 된다는 원칙을 규정하고 있다. ‘강제적인 거래’가 문제되는 경우는 통상 원물반환이 불가능한 이익을 취한 경우(예를 들어 노무를 제공받았거나 물건을 소비하였거나 물건을 개량한 경우)이며, 이러한 경우 가령 당해 이익에 시장 가치가 있다고 할지라도 수익자 자신은 그 가격으로(혹은 전혀) 구입하기를 원하지 않았던 경우가 있을 수 있다. 이 경우 수익자에게 시장 가치의 지급을 명하는 것은 매매를 강제하는 것과 동일하기 때문에, 동조는 선의의 수익자가 수령을 거부할 권리를 가지고 있었던 경우에는 원칙적으로 그에게는 금전지급의무가 없다는 것을 확인해 준 것이다.¹⁰²⁾

1.3 제3차 Restatement 제3조의 의미

제3차 Restatement 제3조는 ‘스스로의 위법행위에 의해 이익을 취할 수 없다’라고 하여, 위법행위에 의해 취득한 수익의 환수(disgorgement)에 관한 일반원칙을 명문화 하였다.¹⁰³⁾ 즉 법원은 원고의 손실을 초과하더라도 위법하게 취득한 이익을 피고로부터 박탈시킬 수 있다.¹⁰⁴⁾ 물론 이 유형에서 초과이득 반환의 책임이 명해지는 경우는 통상 악의의 위법행위(conscious wrongdoing)의 경우로 한정된다(제3차 Restatement 제51조 참조).¹⁰⁵⁾

102) 물론 이 원칙에도 예외가 있는데, 착오에 의해 타인의 물건을 개량한 경우(제10조)가 대표적이다. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §2 cmt. d.

103) 서중희, “영미 부당이득법상 이득토출 책임”, 162쪽 이하. 제1차 Restatement에는 “타인의 손실로 행한 자신의 위법행위에 의해 이익을 취할 수 없다”고 하였으나, 제3차 Restatement에서는 해석상의 오해를 방지하기 위해 “타인의 손실로(at the expense of another)”라는 문구를 삭제하였다. 즉 “법적으로 보호되는 이익의 고의적이고 수익성 있는 침해”는 ‘위법행위에 의한 원상회복’으로서 손해와 관계없이 수익을 환수해야 한다. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §3 cmt.; Nicholas McBride, “Restitution of Wrongs”, in: Charles Mitchell & William Swadling eds., Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment: CRITICAL AND COMPARATIVE Essays(HART PUBLISHING, 2013) p. 251 ff.

104) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §3 cmt. a.

105) 왜냐하면 이득토출은 위법한 이익 취득으로의 의욕을 상실시키는 것을 목표로 하므로 선의의 수익자에게는

악의의 위법행위를 행한 자에게 이득의 완전한 반환(이득 토출)을 명하는 이유는 타인의 것을 권한 없이 침해한 행위에 대한 책임액이 당해 침해행위로 취득한 이득액보다 적다면, 위법행위에 대한 인센티브를 제공하게 되어 적절하지 않기 때문이다.¹⁰⁶⁾ 이러한 입법태도는 일반적으로 다른 영미법 체계의 일부학자들이 “위법행위에 의한 원상회복 (restitution for wrongs)은 그 책임발생원인이 (성격상)부당이득이 아니라 불법행위법 및 지적재산법 등이 규율하는 위법행위라는 점에서 부당이득법이 아닌 다른 구제수단으로 해결하자”는 주장(불법행위법 등 다른 법에서의 구제수단으로 해결하자는 입장)¹⁰⁷⁾과 상충된다는 점에서 주목할 필요가 있다.¹⁰⁸⁾ 또한 제3차 Restatement는 위 부당이득과 그 이외의 책임발생원인(불법행위 등)의 경합을 인정하고 있어, 채권자는 자유롭게 양자를 선택하여 청구할 수 있다.¹⁰⁹⁾

1.4 제3차 Restatement 제4조의 의미

제3차 Restatement 제4조는 부당이득법에서의 보통법과 Equity의 평가에 관한 규정이다.¹¹⁰⁾ 먼저 동조 제1항은 부당이득에 관한 구제에는 보통법에 기원을 두는 것, Equity에 기원을 두는 것 및 그 쌍방에 기원을 두는 것이 있다는 취지를 서술한다. 미국에서는 부당이득에 대한 구제가 오로지 Equity에 유래한다는 오해가 일부에 퍼져 있어 이에 대한 오해를 불식시키고자 마련된 조항이다.¹¹¹⁾ 한편 종래에는 Equity상의 구제를 받기

필요가 없었기 때문이다. 다만 예외적으로 신탁법상의 수탁자(trustee)나 그 이외의 수탁자가 신인의무(fiduciary duty)를 위반하여 이익을 취한 경우에는 선의라 할지라도 이득토출을 명한다(제3차 Restatement 제43조 및 제51조 제4항).

106) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §3 cmt. c. 피고의 행위가 위법한지에 대해서는 통상 Restatement 이외의 법률(예를 들어 불법행위법이나 재산법 등의 준칙)에 의해 결정된다. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §3 cmt. d.

107) Birks, *Unjust Enrichment*, pp. 11-16; R. Goff & G. Jones(Charles Mitchell et al. eds.), *The Law of Unjust Enrichment* 8th ed., Sweet & Maxwell, 2011, pp. 1-3, pp. 1-5 등.

108) 이에 대한 확실대립을 미국은 제3차 Restatement로 명문화하여 해결하였다고 할 수 있다.

109) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. e.

110) 제1차 Restatement에는 이와 같은 규정이 없다.

111) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §4 cmt. a. 이러한 오해는 영국의 Lord Mansfield가 *Moses v. Macferlan* 사건에서 ‘equity’(형평)를 논거로 하여 부당이득의 반환을 명하였기 때문에 비롯된 것이다. 그러나 이 판결은 보통법을 적용하는 왕좌재판소에서 내려졌으며, 법으로서의 equity는 적용되지 않았다는 점에서 잘못된 오해라는 것을 알 수 있다. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §4 cmt. b.

위해서는 보통법상의 구제로는 미흡하다는 점(보통법상 구제의 불충분성)을 원고가 입증하여야 하였으나(Equity상의 구제의 보충성), 그러한 입장은 잘못된 것이며 현재는 더 이상 보통법상의 불충분성을 요건으로 Equity상의 구제가 인정되는 것이 아니므로 동조 제2항에 의해 부당이득에 대한 구제를 요구하는 자는 그것이 Equity에 유래하는 구제(예를 들어 의제신탁 등)인 경우이든 보통법상 인정되는 구제이든 상관없이 자유롭게 주장할 수 있다.¹¹²⁾

2. 원상회복의 책임

제3차 Restatement는 제2편 ‘원상회복의 책임’이라는 표제 아래, 책임이 발생할 수 있는 사례를 크게 5개의 장으로 나눈 뒤 총 10개의 절로 정리하여 책임의 유무에 관한 개별적 규정을 두고 있다(<표 III-2> 참조).

〈표 III-2〉 책임발생사례 유형:

제2편: 원상회복의 책임(Liability in Restitution)

제2장 무효가 된 재화 이전 (Transfers Subject to Avoidance)	제1절 착오에 의한 이익 (제5조-제12조)	[재화 이전의]무효를 초래하는 착오(제5조)
		금전의 비채변제(제6조)
		착오에 의한 타인채무의 이행(제7조)
		착오에 의한 채무 면제 또는 lien의 포기(제8조)
		금전 이외의 것에 의한 수익(제9조)
		착오에 의한 [타인의 부동산 또는 동산의]개량(제10조)
		생존자 간의 증여에 있어서의 착오(제11조)
		[유가증권 등의]표시에 있어서의 착오(제12조)
	제2절 하자 있는 합의 또는 하자 있는 권한 (제13조-제17조)	사기 및 부실표시(제13조)
		강박(제14조)
		부당위압(제15조)
		양도인의 무능력(제16조)
		권한 [대리권 등]의 부존재(제17조)
	제3절 법적 강제하의 재화 이전(제18조-제19조)	파기 또는 취소된 판결(제18조)
		지급된 세금의 회복(제19조)
제3장 의뢰(요청) 없는 개입 (Unrequested Intervention)	제1절 긴급시의 개입 (Emergency Intervention) (제20조-제22조)	타인의 생명 또는 건강의 보호(제20조)
		타인재산의 보호(제21조)
		[긴급한 사유에 의한]타인채무의 이행(제22조)

112) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §4 cmt. e.

	제2절 제3자에 대한 이행 (제23조-제25조) ¹¹³⁾	연대적 채무의 이행(구상 및 부담 부분)(제23조)
		독립한 채무의 이행(Equity상의 대위)(제24조)
	제3절 자신의 이익을 위한 개입(제26조-제30조)	[원고가] 제3자와의 계약에 의거하여 [피고에게 이익이 되는] 이행을 하였으나, 제3자가 보수를 지급하지 않은 경우(제25조)
		원고 자신의 재산보호 [에 의해 타인도 이익을 취한 경우](제26조)
		소유권 취득에 대한 원고의 기대 [에 의거하여 물건의 보존·개량을 위한 비용이 지출된 경우](제27조)
		미혼인 동거 커플(unmarried cohabitants) [의 일방이 동거기간 동안에 타방의 재산 형성에 공헌한 경우](제28조)
		공유의 자금(common fund) [을 유지·증대시키는데 공유자 중 1인이 일정한 종류의 공헌을 한 경우](제29조)
		의뢰 없이 행해진 개입: 그 외의 규정(제30조)
제4장 원상회복과 계약	제1절 이행했음에도 불구하고 계약상의 청구권이 없는 당사자로의 이득 반환(제31조-제36조) ¹¹⁴⁾	[내용의 확정 불능 또는 방식의 불비에 의해 계약을] 강행할 수 없는 경우(제31조)
		[계약이] 위법한 경우(제32조)
		수령자의 무능력(제33조)
		착오 또는 후발적인 사정 변경 [에 의해 계약이 효력을 상실한 경우](제34조)
		[존부에 관하여] 다툼이 있는 채무에 대해 [이익을 보류한 채] 행해진 이행(제35조)
	제2절 강제할 수 있는 계약에 대한 위반이 있는 경우의 대체적 구제 (제37조-제39조)	채무불이행으로 [계약상의 청구권을 가지지 못하는] 당사자로의 이득 반환(제36조)
		중대한 계약위반을 이유로 하는 계약 해제(제37조)
		[원고가 한] 이행 [의 비용 또는 가치]를 기준으로 삼는 손해 배상(제38조)
		기회주의적인 계약위반으로 발생한 이익 [의 반환](제39조)
제5장 위법행위를 이유로 한 원상회복 ¹¹⁵⁾	제1절 불법행위 또는 그 이외의 의무위반에 의해 취득한 이익 (제40조-제44조)	침해, 횡령 및 그와 유사한 위법행위(제40조)
		금융자산의 착복(제41조)
		지적재산권 및 유사한 권리의 침해(제42조)
		신인관계 또는 신뢰관계 [에서 발생하는 의무를 위반한 행위](제43조)
	제2절 타인의 사망과 관련된 재산권 침탈(Diversion of Property Rights at Death) (제45조-제46조)	그 외의 [법률상] 보호를 받는 이익 [의 침해](제44조)
		사람을 살해한 자가 피해자의 재산을 상속하거나 생명보험금을 수취하는 등의 이익을 취한 경우에 관한 ‘살해자 [의 이득 반환] 준칙’(제45조)
제6장 제3자에 의해 제 공된 이익 (Benefits Conferred By A Third Person) ¹¹⁶⁾		사기·강박 등으로 부당하게 유증을 취한 자에게 이득반환 책임을 과하는 ‘유증에 관한 위법한 간섭’(제46조)
		원고의 재산에 관하여 [제3자로부터] 피고에 대해 지급이 이행된 경우(제47조)
		[제3자가] 피고에게 이행한 지급에 대해 원고가 우선적인 권리를 가지는 경우(제48조)

113) 특히 제3차 Restatement 제25조는 우리민법상 소위 전용물소권에 해당한다. 제3차 Restatement 제25조는 엄격한 요건 하에서 전용물소권을 긍정하고 있는데 이는 프랑스법적인 영향을 많이 받은 것으로 이해된다.

제2편 중 특히 중요한 부분은 제2장, 제3장, 제5장이며,¹¹⁷⁾ 각각 ① 착오 또는 사기·강박 등에 의해 재화 이전의 효력이 부정되는 경우(제2장), ② 타인의 의뢰(요청)에 의거하지 않고 타인에 이익을 제공한 경우(제3장),¹¹⁸⁾ ③ 타인의 재산을 권한 없이 이용·처분하는 경우 등 위법한 침해행위에 의해 이익을 취한 경우(제5장)에 대한 이득반환 책임의 발생요건 등을 규정한다. 대륙법적 시각의 유형론과 비교했을 때, 대략적으로 말해 제2장(및 제4장 제1절)에 포함되는 것이 급부이득에 가까운 집합이며, 제3장이 사무관리 및 지출이득(구상이득·비용이득)에 가까운 집합, 제5장(및 제6장)이 침해이득에 가깝다고 할 수 있다.¹¹⁹⁾ 한편 상기의 각 장에 규정된 여러 유형 어디에도 포함되지 않는 경우라도, 일정한 이득이 ‘unjustified’(정당한 법적 근거를 결여한다)하다면 원상회복 책임이 인정될 것인지가 문제되나, 제1조(부당이득의 일반원칙)의 주석서는 그 가능성을 시사하고 있다.¹²⁰⁾

“[책임발생 사례의]리스트를 포괄적(comprehensive)으로 만드는 것이 [본 Restatement 제2장에서 제6장에서] 시도되었으나, 그 리스트가 배타적(exclusive)이라고 말할 수는 없다. 즉 본조 [제1조]의 규정에는 해당하나, [제2편]의 부당이득의 어떠한 유형(pattern)에도 해당하지 않는 사례가 발생할 수 있다.”¹²¹⁾

3. 구제(부당이득의 효과)

제3차 Restatement 제3편 제7장 구제(remedies)는 금전지급 판결을 통한 원상회복(제1절)과 특정 가능한 재산에 인정되는 권리를 통한 원상회복(제2절)을 인정한다. 전자는

Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §25 reporter's note c.

114) 이 중 제31조-제34조는 전통적인 표현으로는 quantum meruit(당연히 반환받아야 하는)에 관한 규정이다 (Laycock, “Restoring Restitution to the Canon”, p. 937).

115) 대륙법상 침해부당이득에 해당한다. Gergen, op. cit., p. 243, 248.

116) 삼자 간 부당이득(삼각부당이득)의 일부를 다루고 있다.

117) Gergen, op. cit., p. 248.

118) 의식불명의 긴급환자에 대한 의료행위 등, 타인의 생명·신체·재산을 지키기 위해 긴급하게 개입하는 경우, 연대적 채무를 지는 복수의 채무자 중 한 명이 변제하여 다른 채무자에게도 면책을 부여한 경우, 공유자 중 한 명이 공유물 보존을 위해 필요한 비용을 지출한 경우가 이에 포함된다.

119) 다만 제2장의 ‘착오에 의한 [타인소유의 물건]의 개량’(제10조)은 급부이득이 아닌 지출이득에 속한다.

120) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 cmt. a.

121) 즉 책임유형화는 열거의 의미가 아니라 예시의 의미를 가진다.

가액반환에 의한 원상회복인 반면에 후자는 원물반환에 의한 원상회복으로서 물권적 구제에 해당한다.

3.1 금전지급판결에 의한 구제

제1절은 통상의 구제인 ‘금전지급 판결을 통한 원상회복’을 규율하며, 부당이득을 금액으로 산정하는 기준을 상세히 규정한다(제3차 Restatement 제49-제53조). 부당이득의 산정기준은 먼저 부당이득의 발생이 ‘위법한 침해이득’(misconduct¹²²)에 의한 것인지에 따라 크게 두 가지로 나뉘며, 나아가 수익자(피고)의 주관적 요소(악의 또는 과책의 유무)나 이득의 내용(원물반환이 가능한가) 등을 고려한다(<표 III-3> 참조). 또한 제3차 Restatement는 부가적인 이득(supplemental benefits), 즉, ① 사용이익(use value: 이자, 임대 수입 등, 재산의 사용에 의해 취하는 이익), ② 직접적 산출물(proceeds: 원상회복의 목적 물로부터 직접 발생한 것), ③ 간접적 이득(consequential gains: 목적물의 전매, 투자 등 피고의 사후적인 행위에 의해 취하는 이익)의 반환 책임에 관한 특별규정을 두고 있다(제3차 Restatement 제53조 등). 예컨대 선의·무과실의 수익자는 간접적 이득에 대한 반환 책임을 지지 않는 반면에¹²³ 악의의 침해행위자는 간접적 이득에 대해서도 원칙상 반환 책임을 진다(제3차 Restatement 제53조 제3항).

122) ‘misconduct’는 법적인 보호를 받는 이익을 침해하는 것으로, 제13조-제15조(사기 및 부실표시, 강박, 부당위압), 제39조(기회주의적인 계약위반) 및 제40조-제49조(제2편 제5장에 규정된 위법행위에 의한 원상회복)에 의거하여 피고의 책임이 추급된다.

123) 그러나 선의·무과실의 수익자라도 할지라도 사용이익이나 직접적 산출물에 대해서는 반환 책임을 질 수 있다. 제3차 Restatement 제50조 제5항.

〈표 III-3〉 부당이득 산정 기준의 개요: 제3편 제7장 ‘구제(Remedies)’¹²⁴⁾

A. 수익이 ‘위법한 침해행위’에 의하지 않는 경우	
【A1】 수익자가 ‘선의·무과실’인 경우 (1) 수익한 원물이 금전이 경우에는 지급받은 금액 또는 피고의 자산의 순증액(피고가 실질적으로 얻은 이익) 중, 적은 쪽을 반환한다(제49조 제2항). ¹²⁶⁾ (2) 수익한 원물이 금전이 아니지만 원물반환이 불가능한 경우(nonreturnable benefits)에는 다음의 기준이 적용된다. 첫째, ‘의뢰(요청) 없는 수익’(unrequested benefit)의 경우(예: 의뢰하지 않은 노무가 착오에 의해 제공된 때 등)는 ① 수익자의 주관적 가치(value to the recipient, subjective value), ¹²⁷⁾ ② 원고의 손실, ③ 시장가치, ④ 약정가치 중 가장 적은 것을 부당이득으로 반환하면 된다(제50조 제2항(a), 제49조 제3항). 둘째, 의뢰(요청)에 의한 수익(requested benefit)의 경우(예: 무효한 계약에 기하여 이행을 받은 때 등)는 수익자에게 발생한 합리적인 가치(통상은 시장가치 또는 약정가치 중 적은 쪽)가 반환할 부당이득액이 된다(제50조 제2항(b)).	【A2】 수익자가 이득의 수령, 보유 또는 취급에 대해 일정한 과오(responsible)가 있는 경우 ¹²⁵⁾ 【A1】 과 비교하여 가중된 책임을 지는 경우가 있다(제52조 제2항). (1) 의뢰(요청) 없는 수익의 경우에, 선의·무과실의 수익자라면 책임을 지지 않을 가치에 대해서도 반환책임이 발생할 수 있다(제52조 제2항(a)). ¹²⁸⁾ (2) 합리적 이유 없이 원고의 손실을 회피 또는 경감시키지 않은 경우에는 가중된 책임을 부담할 수 있다(제52조 제2항(b)). (3) 악의(또는 비난받아 마땅한 행위)가 있었던 자는 ‘악의의 침해행위자’(【B1】)와 동일한 책임을 부담하게 될 수 있다(제52조 제2항(c)).
B. 수익이 ‘위법한 침해행위’에 의해 발생한 경우	
【B1】 수익자가 악의의 침해행위자(conscious wrongdoer)이거나 신인인무를 위반한 경우 (1) 피고는 최소한 시장가격에 상당하는 이익을 취득한 것으로 간주된다(제51조 제2항). (2) 피고가 시장가격을 초과하는 이익을 취득한 때는 순이익(net profit)을 모두 반환할 필요가 있다(제51조 제4항).	【B2】 수익자가 위법한 침해행위를 하였으나 【B1】에는 해당하지 않은 경우 (1) 【B1】과 마찬가지로 피고는 최소한 시장가격에 상당하는 이익을 취한 것으로 간주된다(제51조 제2항). (2) 【B1】과는 달리, 시장가격을 초과하는 이익에 대한 반환책임을 부담하지 않는다. 다만 피고에 일정한 과책이 있는 때는 【A2】의 경우와 마찬가지로 가중된 책임을 질 수 있다(제52조 제1항 및 동조 제2항).

124) <표 III-2>에서는 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment를 생략한 채 조문만 적시하기로 한다. 한편 이 표는 笹川明道, 앞의 논문, 355頁 이하를 참조하여 정리한 것이다.

125) 이에 해당하는 것은 다음 중 하나가 부당이득발생의 원인이 된 경우이다(제3차 Restatement 제52조 제1항). 피고의 (a)과실(negligence), (b)부실표시, (c)원고와의 사이에서 체결된 계약의 불이행, (d)당해 부당이득을 회피 또는 시정할 수 있었음에도 불구하고 합리적 이유 없이 하지 않은 경우, (e)악의 또는 비난받아 마땅한(reprehensible) 행위. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §51 cmt.

126) 금전이 원고에서 피고로 직접 지급된 때는 통상 지급액이 이득액이 된다. 이에 반해 원고가 제3자에게 지급하여 피고를 면책시킨 때는 지급액이 아닌 피고가 실제로 면책을 받은 금액이 기준이 된다. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §49 cmt. c.

127) 예를 들어 한 병에 15 달러가 넘는 와인을 구입한 경험에 없는 자에게 한 병에 250 달러인 와인이 잘못 전달되어, 그 자가 의문의 친구로부터의 배달된 선물이라고 오신하여 와인을 마신 경우, 당해 와인의 수익자에게 있어서의 가치는 15 달러를 초과하지 않는다(Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §49 cmt. b, illus. 1). 참고로 Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §49 cmt. d에서는 ‘주관적(subjective)’이라는 용어를 사용하는 데 소극적이다.

128) 수익자의 주관적 가치를 넘는 반환액이 정해질 수 있다.

3.1.1 수익자가 위법한 침해행위를 하지 않은 경우

선의·무과실의 수익자는 원칙적으로 본인에게 가장 유리한 방법으로 반환액이 산정된다. 먼저 수익한 원물이 금전이라면 수익자는 지급받은 금액 또는 피고의 자산의 순증액(피고가 실질적으로 얻은 이익) 중, 적은 쪽을 반환하면 된다. 수익한 원물이 금전이 아니고 그 원물을 반환할 수 없는 경우에는 수익자의 요청(의뢰)된 수익인지 아닌지에 따라 달라진다. 먼저 전자의 경우 수익자는 ① 수익자의 주관적 가치(value to the recipient, subjective value), ② 원고의 손실, ③ 시장가치, ④ 약정가치 중 적은 금액을 반환하면 된다. 후자의 경우에는 시장가치 또는 약정가치 중 적은 금액을 반환하면 된다.

이득의 보유에 과책이 있는 수익자는 가중책임을 부담한다. 즉 과책있는 수익자는 선의·무과실의 수익자와 달리 주관적 가치를 초과하는 액을 반환할 수도 있으며, 손실의 회피 및 경감조치 의무를 부담하게 되며, 악의인 경우에는 악의의 위법한 침해행위와 동일한 책임을 부담할 수 있다.

3.1.2 수익자가 위법한 침해행위를 한 경우

피고가 악의의 침해행위자(conscious wrongdoer)이거나 신인의무를 위반한 경우, 피고는 최소한 시장가격에 상당하는 이익을 취한 것으로 간주되며,¹²⁹⁾ 시장가격을 초과하는 이익을 취한 때는 그 자체를 반환할 책임이 있다.¹³⁰⁾ 반면에 피고가 ‘위법한 침해행위’를 하였으나 악의의 침해자가 아니거나 신의의무위반이 없는 경우에는 피고는 시장가격을 초과하는 이익을 얻었다 할지라도 시장가격에 상당하는 이익만을 반환하면 된다. 다만, 피고에게 과책(과실을 포함하는 넓은 의미)이 있는 경우에는 책임이 가중되어 객관적 가치 이상을 반환할 수도 있다. 요컨대 제3차 Restatement는 침해자의 악의여부 및 신의의무 위반 여부를 고려하여 반환범위(초과수익 포함)를 다르게 판단하고 있다.¹³¹⁾

129) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §51(2), 51 cmt c, d.

130) 침해행위를 전제로 한 초과수익을 부당이득으로 환수시키는 이 법리에 대해서는 획기적이라고 할 수 있으나, 학설은 이에 부정적이다. Edelman, “Book Review”, p. 313 f.; Smith, “Book Review”, p. 635 ff.

131) 이러한 절충적 입장의 모색에 대해서 오스트레일리아의 법학자 Edelman은 “경이로운 위업(astonishing achievement)”이며, 이 기념비적인 학문적 저작은 최근 수년 간 doctrinal한 사법 연구가 쇠퇴되어 온 미국의 풍조에 대한 강한 저항의 결과물이다”라고 서술한다. Edelman, “Book Review”, p. 313.

3.2 원물반환을 명하는 구제방법

제2절은 ‘특정 가능한 재산에 인정되는 권리를 통한 원상회복’(Restitution via Rights in Identifiable Property)이라는 표제 아래, 물권적 성질을 가지는 구제(property-based remedies 또는 asset-based remedies)에 대해 규정한다(제3차 Restatement 제54-제61조).¹³²⁾ 먼저 rescission(취소 및 해제)의 요건·효과에 관한 규정(제3차 Restatement 제54조)이 있으며, 이어서 ① 의제신탁¹³³⁾(제3차 Restatement 제55조), ② Equity상의 lien¹³⁴⁾(equitable lien)(제3차 Restatement 제56조), ③ 대위¹³⁵⁾(제3차 Restatement 제57조)의 세 가지 구제가 규정되어 있다.¹³⁶⁾ 즉 피고가 부당이득으로 취득한 물건이나 그 처분 등에 의해 취득한 가치변형물이 특정 가능한 상태로 존재한다면 법원은 원고에게 물권적 구제를 인정한다.¹³⁷⁾ 법원에 의해 물권적 구제가 인정된 경우, 원고는 ‘추급(following 또는 tracing)의 법리’¹³⁸⁾에 의해 가치변형물에 대해서도 권리를 주장할 수 있으며(제3차 Restatement 제58조 제1항), 제3자에 대해서도 권리를 주장할 수 있다(제3차 Restatement 제58조 제2항). 물권적 구제는 피고의 일반채권자에 대한 관계에서도 우선권을 가진다는 점에서 금전지급판결에 의한 구제보다 원고에게 유리하다.¹³⁹⁾

132) 이에 대한 좀 더 상세한 설명은 서종희, “영미 부당이득법상 이득토출 책임”, 166쪽 이하; 이상용, 앞의 논문, 386쪽 이하 참조.

133) 의제신탁은 부당이득을 시정하기 위한 수단으로서, 피고를 신탁의 수탁자와 동일한 지위에 두고 원고에게는 (Equity상의)소유자로서의 지위를 인정하는 것이다. 이해리, “미국법상의 의제신탁의 의미-제3차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로-”, 성균관법학 제27권 제2호, 성균관대학교법학연구소, 2015, 209쪽 이하 참조.

134) Equity상의 lien은 부당이득을 이유로 하는 일정액의 금전지급청구권을 담보하기 위해 특정한 재산 위에 성립하는 담보권이다.

135) 원고의 재산이 피고의 채무(또는 피고의 재산에 부착한 담보권)를 소멸시키기 위해 이용되고, 그로 인해 피고에게 부당이득이 발생한 경우, 원고는 대위(구상권의 만족을 얻기 위해, 예를 들어 피고의 재산상에 존재하는 담보권을 원고가 원채권자로부터 승계하는 등)를 주장할 수 있다.

136) 이는 모두 역사적으로 Equity에 그 기원을 둔다. 이는 Equity가 소유권을 “권리들의 다발”로 파악하여 거기에 서 이를 여러 개의 작은 다발로 분류해냄으로써 그 각 권리자에게 그 재산에서 나오는 특정한 이익을 향유하도록 허용해준 결과물이다. 특히 신탁제도는 Equity가 판례법체계에 바친 최대의 공헌이라 할 수 있다. Sarah Worthington, 임동진 옮김, 형평법, 도서출판 소화, 2009, 137쪽.

137) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, Chapter 7, Topic 2, introductory note.

138) 추급에 대해서는 본문에 제시한 제3차 Restatement 제58조에 원칙적인 규정이 있는 외에, 제3차 Restatement 제59조에 ‘혼화한 금전에 대한 추급’에 관한 특칙도 마련되어 있다. 영미에서 추급(follow 또는 tracing)은 두 가지 의미로 쓰인다. 하나는 신탁재산의 변형물에 수익권이 미친다는 것이고, 다른 하나는 신탁재산이 제3자에게 이전되더라도 그 재산에 수익권이 미친다는 것이다. 앞의 것을 tracing, 뒤의 것을 following이라고 구분하여 부르기도 한다.

139) 원고의 우선권에 대해서는 제3차 Restatement 제60조 및 제61조에 규정이 있으며, 침해받은 본래 재산의

4. 항변

제3차 Restatement 마지막 편인 제4편 제8장에서는 원상회복청구(부당이득반환청구)에 대한 항변사유들을 예시적으로 규율하고 있다.¹⁴⁰⁾ 구체적으로 크게 세 가지로 정리해 볼 수 있다(<표 III-4> 참조).¹⁴¹⁾

〈표 III-4〉 제4편 제8장: 항변(Defence)

피고가 선의·무과실(without notice) ¹⁴²⁾ 인 경우에 피고의 수령행위의 유효성에 대한 신뢰를 보호하기 위해 인정되는 부당이득법 특유의 항변 사유	이득소멸(상태변경)의 항변 (change of position)(제65조)	
	원고가 목적물을 양도받은 제3자에 대해 의제신탁 등 물권적 구제에 의한 추급을 주장한 경우에 그 제3자는 다음과 같은 사유로 원고에게 대항할 수 있다.	① 선의·무과실로 유상으로 목적물을 취득한 경우 (bona fide purchaser ¹⁴³⁾)(제66조) ② 목적물이 금전인데 제3자가 선의·무과실인 동시에 유효한 채권에 기하여 변제수령한 경우(bona fide payee)(제67조)
(부당이득법 특유의 항변 사유가 아닌) 일반적 항변사유	원고가 불공정한 행위를 한 점(unclean hands)(제63조)	
	제정법에 의한 소멸시효(limitation of actions) 및 Equity상의 소멸시효(laches)(제70조)	
기타 항변 사유	수령자의 이득이 외형과 달리 실질적으로 부당하지 않은 경우(제62조)	
	이익에 대응하는 원고가 입은 경제적 손실이 급부제공자로부터 제3자에게 전속(轉屬)된 경우(passing on)(제64조)	

가치를 상회하는 가치변형물이 발생한 경우, 제3차 Restatement 제60조 (a)는 ‘원고의 손실을 초과하는 부분’에 대해서는 일반채권자에 대한 우선권을 주장할 수 없다고 규정하고 있다. 제1차 Restatement 제202조의 해설에서는 이 부분에 대해서도 원고의 우선권이 인정되었으나, 제3차 Restatement는 그러한 입장을 받아들이지 않았다.

140) 즉 제시된 항변사유들(제3차 Restatement 제62조-제70조)이외의 사유를 통해서도 부당이득반환청구에서 벗어날 수 있다.

141) 항변의 분류는 Laycock의 견해를 참고하였으며(Laycock, “Restoring Restitution to the Canon”, p. 940), 내용은 James Goudkamp and Charles Mitchell, “Denials and Defences in the Law of Unjust Enrichment”, in: Charles Mitchell & William Swadling eds., Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment: CRITICAL AND COMPARATIVE Essays(HART PUBLISHING, 2013), p. 154 ff를 참조하였음.

142) ‘without notice’는 직역하면 ‘선의’이나, 실질적으로는 선의·무과실을 의미한다. 왜냐하면 ‘악의(notice)’가 원상회복청구의 발생원인이 되는 사실을 실제로 알고 있었던 경우뿐만 아니라, 그와 같은 사실의 존재를 수익자가 추인하는 것이 합리적이었다면 경우도 포함하기 때문이다. 3차 Restatement 제69조 제3항 (c) 참조.

143) purchaser는 매매(sales)에서의 매수인을 의미하는 것이 아니므로, 취득자를 의미한다. 참고로 이상용, 앞의 논문, 396쪽(특히 각주 149 참조)에서는 매수인으로 번역하면서도 실질적으로는 양수 또는 취득의 의미로 이해한다.

4.1 피고의 선의·무과실 등을 보호하기 위해 마련된 항변

3차 Restatement 제65조는 상태변경(change of position)의 항변¹⁴⁴⁾을 규정한다.¹⁴⁵⁾ 이 항변은 이득의 전면적인 반환을 피고에게 명하는 것이 ‘형평에 반하는’(inequitable) 때, 피고의 이득반환의무를 감면한다. 예를 들어 금전수령의 유효성을 신뢰하여 그 금전을 사회에 기부한 경우,¹⁴⁶⁾ 예정 없이 수령한 금전을 주식 등에 투자하여 결과적으로 모두 소비한 경우,¹⁴⁷⁾ 대리인으로서 금전을 수령한 후에 그것을 모두 본인에게 인도한 경우¹⁴⁸⁾에는 이 항변이 인정된다. 그러나 피고가 위법한 행위로 이득을 취한 경우에는 피고의 이득소멸의 항변(change of position)이 인정되지 않는다. 또한 3차 Restatement는 선의·무과실의 유상취득자 및 선의·무과실의 변제수령자를 보호한다(bona fide purchaser and payee, 3차 Restatement 제66조-제67조).

4.2 불법원인급여 및 소멸시효완성의 항변

원고가 불공정한 행위를 한 경우에는 이른바 “unclean hands” 법리가 적용되어 원고의 청구는 부인되며(3차 Restatement 제63조),¹⁴⁹⁾ 원고의 청구권은 소멸시효의 완성으로 행사가 저지될 수 있다(3차 Restatement 제70조 제1항). 또한 원고가 equity에서 비롯된 청구권이나 구제수단(예컨대 의제신탁 등)을 주장하는 경우, 피고는 부당지연(laches)의 항변을 할 수 있다(3차 Restatement 제70조 제2항). 즉 원고가 권리행사가 가능함을 인지(notice)한 후에도 합리적 이유 없이 소송의 제기를 지연하거나 사정 변경으로 인하여 해당 구제수단이 상대방에게 불공정하게 피해를 주게 될 경우에는 그 구제행사가 제한될 수 있다.

144) 이는 독일민법 제818조 제3항 및 우리민법 제748조 제1항의 선의자의 이득소멸의 항변에 해당한다.

145) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §49 cmt. b; Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §65 cmt. a. 이 항변은 제1차 Restatement에서는 ‘사정의 변경’(change of circumstances)이라 명명되었다.

146) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §65 cmt. c, illus. 10.

147) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §65 cmt. d, illus. 14.

148) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §65 cmt. b, illus. 1.

149) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §63 illus. 1.

4.3 기타의 항변

제3차 Restatement 제62조 주석서는 일정한 급부(전형적으로는 착오에 의한 금전지급)에 의해 부당이득이 성립한 것으로 보일지라도 급부에 이른 배경을 더욱 폭넓게 살펴보면 수익이 ‘부당하다’고는 할 수 없는 경우에 피고의 항변을 인정한다.¹⁵⁰⁾ 예를 들어 B에 대해 5천 달러의 채무를 지고 있던 A가 ① 소멸시효 완성 후에 그 사실을 알지 못한 채 B에게 지급한 경우¹⁵¹⁾ 또는 ② A가 다른 채권자 C에게 5천 달러를 송금하려고 하였으나 실수로 또 다른 채권자 B에게 송금한 경우¹⁵²⁾ 등은 ‘착오에 의한 지급 사례’라고 일단을 말할 수 있으나, 수령자 B는 반환을 거절할 수 있다.

또한 이익에 대응하는 원고가 입은 경제적 손실이 급부제공자로부터 제3자에게 전속(轉屬)된 경우에도 수익자의 항변은 인정된다(제3차 Restatement 제64조). 이는 전형적으로 세금(특히 간접세)이 부적절하게 징수되어 그 반환이 문제된 경우에 발생한다. 예컨대 어떤 상점이 물품·서비스의 판매를 하면서 대금액의 몇 %를 간접세로 추징하고 이를 세무 당국에 납부하였으나 실제로는 그 간접세가 법률상의 근거를 결여한 경우, 상점으로부터 오납금반환청구를 받게 된 세무 당국은 상점의 경제적 손실이 고객에 전속된 점을 들어 반환을 거절할 수 있다.¹⁵³⁾

IV. 우리 부당이득법과의 비교-맺음말에 갈음하여-

제1차 Restatement가 부당이득이 계약, 불법행위와 다른 독자적인 책임발생원인이라는 사고를 영미법권 전체에 확대하는 데 크게 공헌하였다면, 제3차 Restatement는 미국뿐만 아니라 코먼웰스 국가들의 부당이득법에 관한 학문적 발전을 반영하였다는 점에서 영미 부당이득법학 발전사의 하나의 milestone이라고 평가할 수 있을 것이다.¹⁵⁴⁾ 특히 제3차 Restatement는 대륙법적인 사고를 크게 수용하였다¹⁵⁵⁾는 점에서 유럽사법의 통일

150) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §62 cmt. a.

151) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §62 cmt. b, illus. 1.

152) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §62 cmt. b, illus. 2.

153) Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §64 cmt. c, illus. 4.

154) 제3차 Restatement의 reporter's note에서는 근시의 코먼웰스 국가의 문헌도 상당수 인용하고 있다.

155) 제3차 Restatement의 주석서에는 “만약 현대 미국 원상회복법의 다양한 선조(various antecedents)가 지금도

화와 밀접한 연관을 가지고 있다고 해도 과언이 아니다.¹⁵⁶⁾ 또한 제3차 Restatement는 우리 부당이득법과 이하와 같은 유사점과 차이점을 가진다는 점에서 우리민법 개정에도 많은 시사점을 줄 것으로 판단된다.¹⁵⁷⁾

첫째, 이득이 ‘부당하다는 점’의 판단에 대해, 제3차 Restatement 제1조의 해설은 Lord Mansfield 이래의 ‘자연적 정의와 형평’에 의거하는 전통적 견해의 문제점을 지적함과 동시에, ‘정당한 법적 근거의 부존재’를 기준으로 삼는 대륙법적 사고를 제시하고 있다(본고 III. 1.1 참조). 요컨대 제3차 Restatement 제1조는 우리민법 제741조의 ‘법률상 원인의 부존재’요건을 요구하고 있다.

둘째, 제3차 Restatement 제2편은 책임발생 사례를 유형화하여 성립요건과 효과를 다르게 접근하고 있는데(본고 III. 2. 참조), 이는 우리 부당이득법에서 유형론이 취하는 입장과 유사하다.¹⁵⁸⁾ 특히 제3차 Restatement 제1조의 주석에 따르면, 제3차 Restatement는 열거된 유형이외에도 이득을 유지하는 것이 부당하다면(법률상 원인이 부존재 하면), 반환을 인정할 수 있다고 보아 ‘법률가의 잘 알려진 지병, 즉 유형화의 경직화’를 지양하고 있다는 점에서 의의가 있다.¹⁵⁹⁾

셋째, 제3차 Restatement는 위법행위에 대한 원상회복(restitution for wrong)을 부당이득법으로 포섭하고 원고의 손실(expence)요건을 매우 넓은 의미로 이해하여 위법행위에 대한 원상회복(restitution for wrong)의 발생요건으로 손실의 발생요건을 무의미하게 만들었다고 할 수 있다. 이는 일본과 우리나라의 유력설이 부당이득(일본민법 제703조)에서

개별적으로 확인이 가능하다고 한다면, 주요한 원류 중 하나는 로마법 및 대륙법에서 찾을 수 있을 것이다”고 서술하고 있다. 그 중 대표적인 예로 착오에 의해 타인의 물건을 개량한 경우에 관한 규정 제3차 Restatement 제10조를 들고 있다. Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §4 cmt. b.

156) EU 지역 내에 있어서의 부당이득법을 비교법적으로 분석한 Study Group on a European Civil Code, prepared by christian von Bar and Stephen Swann, *Principles of European Law: Unjustified Enrichment*, sellier, Stämpfli and Bruylant, 2010, Introduction, p. 91 ff. 참조.

157) 참고로 제3차 Restatement 간행이후 영국에서는 2012년 11월에 옥스퍼드 대학 교수인 Andrew Burrows가 영국의 저명한 법학자·재판관·법률실무가 등과의 공동 작업을 통해 영국 부당이득법 Restatement(A RESTATEMENT OF THE ENGLISH LAW OF UNJUST ENRICHMENT, OXFORD, 2012)라는 서적을 간행하였다. 이에 대한 분석은 향후 ‘영국 부당이득법의 변화’라는 주제의 논문으로 소개해 보고자 한다.

158) 민법개정으로 유형론을 반영하려고 한 시도에 대해서는 권영준, “부당이득에 관한 민법개정안 연구”, 서울대학교 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 155쪽 이하 참조.

159) Michael Traynor, “The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions”, *WASH. & LEE L. REV.* Vol.68 No.3, Washington and Lee University, School of Law, 2011, p. 902. 참고로 吉川愼一, “不当利得法と要件事实”, *ジュリスト* 1428号, 有斐閣, 2011, 41頁에서도 일본의 유형론을 개방형 유형론으로 보아 밝혀진 유형 이외의 유형의 존재를 인정하고 있다.

의 손실요건을 실질적으로 무의미한 요건으로 보는 것과 비슷하다.¹⁶⁰⁾ 반면에 우리 판례는 ‘손해¹⁶¹⁾’의 발생을 부당이득의 성립요건으로 본다.¹⁶²⁾

넷째, 우리 판례는 손해를 한도로 이득의 반환을 제한한다.¹⁶³⁾ 비교법적으로 프랑스가 손해로 이득의 반환범위를 제한하고 있으며,¹⁶⁴⁾ 독일 또한 객관적 가치를 한도로 이득의 범위를 제한하는 견해가 지배적이다.¹⁶⁵⁾ 코먼웰스(commonwealth) 국가들 중 다수는 위법행위에 대한 원상회복(restitution for wrong)을 부당이득과 별개의 독자적인 책임영역으로 보고 부당이득과 차별화를 시도하고 있다.¹⁶⁶⁾ 그러나 제3차 Restatement는 위법행위에 대한 원상회복의 경우 객관적 가치를 초과하는 이득의 토출(disgorgement)을 부당이득으로 인정한다. 이러한 차이가 발생하는 이유는 무엇인가? 이는 객관적 가치를 초과하는 이득을 누구에게 향유하게 하는 것이 바람직한지에 대한 정책적 차이에서 기인한다고 할 수 있으며, 더 나아가 손실자에게 귀속시키는 것이 바람직하다고 판단된 경우에도

160) 즉 급부부당이득의 경우에는 급부자체에 의해 손실과 이득이 바로 인정된다는 점, 침해부당이득에서는 권원 없이 타인의 권리를 사용·수익하였다는 점에 초점을 맞춰 배타적인 이익귀속의 침해를 손실로 본다면, 그 자체가 이미 타인의 손실을 가져온다는 점에서 부당이득에서 손실요건은 실질적인 의미를 가지지 않는다. 潮見佳男, 債權各論 I (契約法・事務管理・不當利得 第2版), 新世社, 2009, 320頁; 加藤雅信, 事務管理・不當利得・不法行為(新民法大系 V), 有斐閣, 2009, 32頁; 곽윤직 편집대표(양창수 집필부분), 민법주해 제17권, 박영사, 2005, 156쪽 이하 참조. 독일 또한 부당이득에서 손실의 발생을 부당이득에서 중요한 의미를 가지는 것으로 보지 않는다. 대표적으로 K. Larenz/C. -W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts* Bd. II/2, 13. Aufl., Verlag C.H.Beck, 1994, S. 128; R. Zimmermann, “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol.15 No.3, Oxford University Press, 1995, p. 404 f. 참조.

161) 우리민법 제741조의 ‘손해’를 ‘손실’로 개정할 것인지에 대해서는 권영준, 앞의 논문, 159쪽 이하 참조.

162) 대법원 1988. 4. 25. 선고 87다카1073 판결. 참고로 네덜란드 민법 제6편 제212조 제1항은 “타자의 손실에 있어서 부당하게 이득을 취한 자는 그것이 적절한 한 그 이득의 금액의 한도 내에서 손해를 배상할 의무를 진다”고 하고 있어 부당이득을 손해배상의 문제로 보고 있어 손실 및 손해의 발생 요건이 매우 중요한 요소가 된다. A. S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht*, Bd. III, 11. Aufl., Kluwer, 2002, Rn. 363.

163) 대법원 2008.01.18. 선고 2005다34711 판결은 “부당이득반환의 경우 수익자가 반환해야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정되고, 여기서 손실자의 손해는 사회통념상 손실자가 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익 상당이라 할 것이며, 부당이득한 재산에 수익자의 행위가 개입되어 얻어진 이른바 운용이익의 경우, 그것이 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 아니하였더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 통상 취득하였으리라고 생각되는 범위 내에서는 반환해야 할 이득의 범위에 포함된다.”고 보고 있다(밑줄은 필자가 첨가).

164) J. FLOUR=J.-L. AUBERT=É. SAVAUX, *Les obligation/2. Le fait juridique*, 14e éd., Sirey, 2011, n° 33 ets.; P. Schlechtriem, a.a.O., S. 4 f., S. 11 f.

165) 서중희, “침해부당이득에서 수익자의 초과수익반환”, 저스티스 제151호, 한국법학원, 2015, 178쪽 이하.

166) Ewoud Hondius & André Janssen eds., *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015, p. 13 ff.

어떠한 방법으로 이득을 토출시킬 것인지에 대해 각국의 책임법리가 달랐기 때문에 발생하였다고 할 수 있다. 예컨대 독일은 준사무관리(독일민법 제687조 제2항)를 통해 이득토출이 인정되며, 영국 등 코먼웰스 국가들의 경우에는 판례법으로 위법행위에 대한 원상회복(restitution for wrong)¹⁶⁷⁾으로 이득의 토출을 인정하고 있다는 점에서 부당이득의 법리를 통해 이득의 토출을 실현시킬 현실적 필요성이 적었을 것이다. 반면에 우리의 경우에는 독일과 같은 준사무관리 규정을 두지 않고 있으며, 영국 판례법과 같은 위법행위에 대한 원상회복(restitution for wrong)제도가 존재하지 않으므로 이득의 토출은 침해부당이득으로 구성할 수밖에 없다.¹⁶⁸⁾ 문제는 수익(Gewinn)의 반환을 객관적 가치로 제한할 것인지인데, 제3차 Restatement는 원칙적으로 반환해야 할 이득을 객관적 가치로 보면서도 악의적인 침해행위에 의한 수익은 객관적 가치를 초과하더라도 반환하도록 하고 있다. 요컨대 제3차 Restatement는 부당이득을 통해 이득 토출을 실현하고 있다. 이점을 감안하여 향후 우리 부당이득법의 해석론 및 입법론으로 부당이득법으로 이득토출을 인정할 것인지에 대한 진지한 고민이 필요할 것으로 생각된다.¹⁶⁹⁾

167) 법적성질을 부당이득으로 이해하는 견해도 있으나 부당이득과는 다른 유형의 구제방법으로 보는 견해도 있다. 이에 대해서는 서종희, “영미 부당이득법상 이득토출 책임”, 152-153쪽 참조.

168) 즉 위법행위로 발생한 손해(Schaden, 상실한 물건의 객관적 가치)는 불법행위에 기한 손해배상문제로, 이를 통해 취득한 수익(Gewinn)은 부당이득으로 해결할 수밖에 없을 것이다. 참고로 우리 신탁법 제43조 제3항은 부당이득과 별개로 법정책임으로서 이득토출책임을 인정하고 있다.

169) 서종희, “영미 부당이득법상 이득토출 책임”, 168쪽 이하; 이상용, 앞의 논문, 410-411쪽에서도 도입 여부에 대한 검토의 필요성을 제기하고 있다. 笹川明道, 前掲論文, 357면에서도 반환범위와 관련하여 선의·무과실의 수익자와 악의의 수익자의 반환범위를 좀 더 세분화하고 있는 제3차 Restatement의 구성은 일본민법의 해석론 및 입법론에 참고할 만한 가치가 있음을 확인한다. 참고로 부당이득에 기한 이득토출에 부정적인 독일 또한 최근 인격권 등을 악의적으로 침해하여 취득한 수익은 객관적 가치와 상관없이 [준사무관리와 별개로] 부당이득으로 환수할 수 있음을 주장하는 유력한 견해가 등장하였다. Canaris, Claus-Wilhelm, “Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts”, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln u. a. 1999, S. 278; Rusch, Konrad, *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten*, Mohr Siebeck, 2003; Amelung, Ulrich, *Der Schutz der Privatrecht im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, 2002, S. 7 ff., S. 289 ff.; Wagner, Wagner, Gerhard, “Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen”, ZEuP 2000, 200 ff. 참조. 반면에 부당이득은 객관적 가치의 이득의 반환이라는 점에서 이를 초과하는 이익의 토출을 부당이득을 통해 실현하는 것에 대해 부정적인 견해로는 Köndgen, Johannes, “Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns: Eine juristisch-ökonomische Skizze”, RabelsZ 64 (2000), 661 ff. 참조.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직(편집대표), 민법주해 제17권, 박영사, 2005.
- 이호정, 영국계약법, 경문사, 2003.
- 加藤雅信, 事務管理・不當利得・不法行爲(新民法大系 V), 有斐閣, 2009.
- 潮見佳男, 債權各論 I (契約法・事務管理・不當利得 第2版), 新世社, 2009.
- Sarah Worthington, 임동진 옮김, 형평법, 도서출판 소화, 2009.
- A. S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht*, Bd.III, 11.Aufl., Kluwer, 2002.
- Amelung, Ulrich, *Der Schutz der Privatrecht im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, 2002.
- Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligations*, Hart Publishing, 1998.
- D. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, 1999.
- E. J. H. Schrage (Hg.), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution* 2.Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1999.
- Ewoud Hondius & André Janssen eds., *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, Springer, 2015.
- George E. Palmer, *History of Restitution in Anglo-American Law*, in: *INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW*, Mohr, 2007.
- H. & L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle* tome I 6éd., Montchrestien, 1965.
- J. FLOUR=J.-L.AUBERT=É.SAVAUX, *Les obligation/2. Le fait juridique* 14^e éd., Sirey, ArmandColin, 2011.
- K. Larenz/C. -W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts* Bd. II/2, 13.Aufl., Verlag C.H.Beck, 1994.
- P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa* Bd. I, Mohr Siebeck, 2000.
- Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, Clarendon Press, 1985.

- _____, *Unjust Enrichment* 2nd ed., Oxford University Press, 2005.
- R. Goff & G. Jones, *The Law of Restitution* 5.Aufl., Sweet & Maxwell Ltd, 1998.
- R. Goff & G. Jones(Charles Mitchell et al. eds.), *The Law of Unjust Enrichment* 8th ed., Sweet & Maxwell, 2011.
- Rusch, Konrad, *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten*, Mohr Siebeck, 2003.
- R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996.
- Scott(Austin Wakemann)/Fratcher(William Franklin)/Ascher(Mark L.), *The Law of Trust*, Vol.5, Aspen, 2008.
- Underhill/Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 15th ed., LexisNexis, 1995.

2. 학술지

- 권영준, “부당이득에 관한 민법개정안 연구”, 서울대학교 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 149-191쪽.
- 서종희, “침해부당이득에서 수익자의 초과수익반환”, 저스티스 제151호, 한국법학원, 2015, 173-208쪽.
- _____, “침해부당이득에서 수익자의 반환범위”, 2015년도 한국비교사법학회 춘계학술대회 발표자료집, 한국비교사법학회, 2015, 84-172쪽.
- _____, “영미 부당이득법상 이득토출 책임”, 서울법학 제24권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2016, 145-181쪽.
- 이상용, “미국 부당이득법의 개관-제3차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로-”, 민사법학 제75호, 한국민사법학회, 2016, 363-420쪽.
- 이혜리, “미국법상 기회주의적 계약위반에 대한 토출(吐出)책임”, 비교사법 제21권 제2호, 한국비교사법학회, 2014, 673-704쪽.
- 이혜리, “미국법상의 의제신탁의 의미-제3차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로-”, 성균관법학 제27권 제2호, 성균관대학교법학연구소, 2015, 209-235쪽.
- 진도왕, “미국 부당이득법-제3차 부당이득법 리스테이트먼트를 중심으로-”, 법학논총 제40권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2016, 183-211쪽.
- 吉川愼一, “不当利得法と要件事实”, *ジュリスト* 1428号, 有斐閣, 2011, 38-47頁.

- 笹川明道, “米国での ‘第3次原状回復・不当利得法リステイトメント’의刊行について”, 神戸学院法学 第42卷 3・4号, 神戸学院大学法学会, 2013, 323-363頁.
- Andrew Kull, “James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment”, *Oxford Journal of Legal Studies* 25, Oxford University Press, 2005, pp. 297-319.
- _____, “Three Restatements of Restitution”, *WASH. & LEE L. REV.* Vol.68, Washington and Lee University, School of Law, 2011, pp. 867-880.
- C. Wollschläger, “Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft”, in: *Römisches Recht in der europäischen Tradition: Symposium für Franz Wieacker*, Behrends, Okko, 1985, S. 41-88.
- Canaris, Claus-Wilhelm, “Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts”, in: *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, Köln u. a. 1999, S. 85-109.
- Candace Saari Kovacic-Fleischer, “Cohabitation and the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment”, *WASH. & LEE L. REV.* Vol.68 No.3, Washington and Lee University, School of Law, 2011, pp. 1407-1442.
- Chaim Saiman, “Restitution in America: Why the US Refuses to Join the Global Restitution Party”, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol.28, Oxford University Press, 2008, pp. 99-126.
- Douglas Laycock, “The Scope and Significance of Restitution”, *TEX. L. REV.* Vol.67, University of Texas School of Law, 1989, pp. 1277-1293.
- _____, “How Remedies Become a Field: A History”, *REV. LITIG.* Vol.27, University of Texas School of Law, 2008, pp. 161-267.
- _____, “Restoring Restitution to the Canon”, *MICH. L. REV.* Vol.110, Michigan Law Review Association, 2012, pp. 929-952.
- Doug Rendleman, “Restating Restitution: The Restatement Process and Its Critics”, *WASH. & LEE L. REV.* Vol.65, Washington and Lee University, School of Law, 2008, pp. 933-944.
- Edwin Patterson, “Book Review”, *YALE L. J.* Vol.47, The Yale Law Journal Company, Inc., 1938, pp. 1420-1423.
- Frederick Wilmot-Smith, “§38 and the Lost Doctrine of Failure of Consideration”, in: Charles

- Mitchell & William Swadling eds., *Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment: CRITICAL AND COMPARATIVE Essays*(HART PUBLISHING, 2013), pp. 59-88.
- Gerhard Dannemann, “Unjust Enrichment by Transfer: Some Comparative Remarks”, *TEX. L. REV.* Vol.79, University of Texas School of Law, 2001, pp. 1837-1867.
- Helen Scott & Danie Visser, “Excess Baggage? Rethinking Risk Allocation in the Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment”, *B. U. L. REV.* Vol.92 No.3, Boston University School of Law, 2012, pp. 859-883.
- J. Gordley, *The Principle Against Unjustified Enrichment*, in: *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*(München: Verlag C.H. Beck), 2000, pp. 213-231.
- James Edelman, “Book Review”, *L. Q. REV.* Vol.128, Sweet & Maxwell Ltd., 2012, pp. 311-314.
- James Goudkamp and Charles Mitchell, “Denials and Defences in the Law of Unjust Enrichment”, in: Charles Mitchell & William Swadling eds., *Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment: CRITICAL AND COMPARATIVE Essays* (HART PUBLISHING, 2013), pp. 133-164.
- John D. McCamus, “Mistake, Forged Cheques and Unjust Enrichment: Three Cheers or B.M.P. Global”, *Can. Bus. L.J.* Vol.48, Canada Law Book, Inc., 2009, pp. 76-101.
- John Langbein, “The Later History of Restitution”, in: W R Cornish, Richard Nolan, J O’Sullivan, and G Virgo eds., *Restitution-Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*(Hart Publishing 1998), pp. 57-62.
- Joseph M. Perillo, “Restitution in a Contractual Context and the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment”, *WASH. & LEE L. REV.* Vol.68 No.3, Washington and Lee University, School of Law, 2011, pp. 1007-1026.
- Köndgen, Johannes, “Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns: Eine juristisch-ökonomische Skizze”, *RabelsZ* 64 (2000), S. 661-695.
- L.L. Fuller & W.R. Perdue, Jr., “The Reliance Interest in Contract Damages”, *Yale L.J.* Vol.46, The Yale Law Journal Company, 1936, pp. 52-96.
- Lionel Smith, “Book Review”, *MCGILL L. J.* Vol.57 No.3, McGill University 2012, pp. 629-638.

- Mark P. Gergen, “Self-Interested Intervention in the Law of Unjust Enrichment”, in: Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts(R. Zimmermann ed.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 243-263.
- Michael Traynor, “The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions”, *WASH. & LEE L. REV.* Vol.68 No.3, Washington and Lee University, School of Law, 2011, pp. 899-910.
- N. Jansen, “Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution? Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny”, *ZSS* 120, 2003, S. 106-162.
- Nicholas McBride, “Restitution of Wrongs”, in: Charles Mitchell & William Swadling eds., *Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment: CRITICAL AND COMPARATIVE Essays*(HART PUBLISHING, 2013), pp. 251-284.
- Peter Birks, “Misnomer”, in: W R Cornish, Richard Nolan, J O’Sullivan, and G Virgo (eds), *Restitution-Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*(Hart Publishing 1998), pp. 1-30.
- R. Zimmermann, “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol.15 No.3, Oxford University Press, 1995, pp. 403-429.
- Wagner, Gerhard, “Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen”, *ZEuP* 2000, S. 200-228.
- Warren Seavey & Austin Scott, “Restitution”, *L. Q. REV.* Vol.54, Stevens and Sons, 1938, pp. 29-43.

3. 학위논문

- 이연갑, “신탁법상 신탁의 구조와 수익자 보호에 관한 비교법적 연구”, 서울대학교 박사 학위논문, 2009.

[Abstract]

Past and Present of the US Law of Unjust Enrichment

—From the Restatement (First) of the Law of Resttution to the
Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment—

Seo, Jong-Hee*

This article compares past and present of the US Law of Unjust Enrichment. It will principally summarize the structure(the general principles, liability in restitution, remedies, defences to restitution) and key points of the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment.

The General Principles: the first and central principle is that “[a]person who is unjustly enriched at the expense of another is subject to liability in restitution.” A corollary principle applies that “[a] person is not permitted to profit by his own wrong.” Whether the defendant’s conduct is “wrongful” will ordinarily turn on principles outside the scope of the Restatement. The Restatement also makes clear that restitution may be legal or equitable or both. A claimant entitled to a remedy for unjust enrichment need not demonstrate the inadequacy of available remedies at law. The term “restitution” connotes both liabilities and remedies for unjust enrichment. The term does not connote only a remedy.

Liability in Restitution: The law of restitution and unjust enrichment sometimes provides an independent ground for liability, for example, in cases of mistake, and often provides a supplemental or alternative ground for liability, for example in cases of tort or breach of contract. The Restatement has five chapters on liability: Transfers Subject To Avoidance; Unrequested Intervention; Restitution And Contract; Restitution For Wrongs; And Benefits Conferred By A Third Person. Under these chapters, forty-four sections address particular liability issues.

Remedies: The Restatement provides a set of remedies other than compensatory damages

* Assistant professor, School of Law, Konkuk University

for harm. They concentrate on what the defendant has received rather than what the plaintiff has lost.

Defenses to Restitution: The Restatement's last part includes the defenses that the recipient was not unjustly enriched, equitable disqualification (unclean hands), passing on and rights of third persons, change of position, bona fide purchaser, bona fide payee, value, notice, and limitation of actions and laches.

[Key Words] Unjust Enrichment, the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment, the Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trust, the General Principles, Liability in Restitution, Remedies, Defenses to Restitution, disgorgement of profits, restitution for wrong