

전문가의 이익충돌행위에 대한 민사적 구제 수단에 관한 소고*

A Study on the Civil Remedies for Conflict of Interests by Professionals

장 명**
Myung Jang

목 차

- | | |
|--------------------------|----------------------|
| I. 서론 | IV. 부진정사무관리 |
| II. 수임인의 취득물 등의 인도·이전 의무 | V. 부당이득(이득토출책임의 가능성) |
| III. 손해배상책임 | VI. 결론 |

전문가가 사무처리 과정에서 의뢰인의 이익과 충돌하는 행위를 한 경우 의뢰인에게 별도의 민사적 구제수단을 부여하고 있는 경우를 발견하기는 쉽지 않고, 이 경우 의뢰인은 통상의 민사적 구제수단에 따라 손해 등을 전보받을 방법을 모색할 수 밖에 없다.

수임인인 전문가가 사무처리 과정에서 취득한 금전 등을 위임인인 의뢰인에게 인도 및 이전할 것을 명하고 있는 민법 제684조는 전문가가 의뢰인의 사무를 처리하고자 하는 의사에 따라 정당하게 사무처리가 이루어진 경우에 한하여 적용하는 것이 타당하다. 따라서 민법 제684조는 전문가가 의뢰인의 사무를 처리하는 과정에서 스스로의 이익을 도모할 목적에서 이익충돌행위를 함으로써 부당하게 취득한 이득의 반환을 명하는 법적 근거로 작동할 수는 없다. 한편, 현행 손해배상제도는 전문가가 이익충돌행위를 통하여 의뢰인에게 발

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..55.143>

투고일: 2023. 7. 31. / 심사완료일: 2023. 8. 23. / 게재확정일: 2023. 8. 23.

* 이 논문은 서강대학교 신진연구 지원사업의 지원을 받아 작성되었다.

이 논문은 필자의 “신인의무에 관한 연구-수탁자의 의무 및 전문가책임 중심으로-”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2023의 일부를 기초로 보완 수정하여 작성한 것이다.

** 서강대학교 법학전문대학원 조교수

Assistant Professor, Sogang University Law School

생한 손해를 초과하는 이익을 취득한 경우 위와 같은 초과이익에 대한 반환을 명할 수 없다는 점에서 분명한 한계를 지닌다. 이와 더불어 전문가가 의뢰인을 위한 관리의사 없이 이익충돌행위를 한 경우 타인을 위한 관리의사가 존재하지 않는다는 점에서 사무관리의 성립요건을 충족할 수 없고, 독일 민법과 달리 무단사무관리에 관한 명문의 규정이 없는 우리 민법에서 무단사무관리의 개념을 인정하기도 어렵다.

전문가가 이익충돌행위를 하여 취득한 이익의 반환은 부당한 이익의 귀속관계를 조정한다는 측면에서 부당이득제도를 통하여 해결하는 것이 타당하다. 그러나 현행 민법의 규정 및 그 해석론에 따르면, 전면적으로 부당이득의 반환범위를 수익자가 취득한 이득 전부로 확장하기에는 용이하지 않은 측면이 존재한다. 전문가의 이익충돌행위는 의뢰인의 전문가에 대한 고도의 신뢰를 훼손시킨다는 점에서 비난가능성이 크고, 전문가에 비하여 상대적으로 열악한 지위에 있는 의뢰인을 보호할 필요성이 적지 않다는 점 등을 고려하면, 전문가가 이익충돌행위를 통하여 취득한 초과이익은 의뢰인에게 반환하도록 하는 것이 타당하고, 이를 위한 명시적인 법적 근거를 마련하는 것이 필요하다.

[주제어] 이익충돌, 수임인의 취득물 등의 인도·이전 의무, 손해배상책임, 부진정사무관리, 부당이득, 이득토출책임

I. 서론

전문가란 과학 또는 고도의 지식에 기반하여 체계적 이론을 가진 특수한 지능을 특별한 교육이나 훈련을 통해 습득하고, 이에 기초하여 불특정 다수의 사람 중에서 임의로 선별된 의뢰인의 요구에 따라 구체적인 업무를 처리함으로써 사회 전체의 이익에 이바지하는 직업을 의미한다.¹⁾ 고도의 전문화와 분업화를 특징으로 하는 현대사회는 각계각층의 전문가의 등장을 촉진시켰고, 빠르고 광범위한 기술의 발전이나 지식의 변화 속에서 각 분야의 전문가의 영향력은 점차 커지는 추세이다. 전문가의 영향력이 확대되고 전문가에 대한 의존도가 심화되는 현상과 맞물려 전문가가 자신이 가진 권한이나 지식을 오용하거나 남용하는 것에 대한 통제의 필요성 또한 갈수록 증가하고 있다.

전문가와 의뢰인 간의 법률관계를 별도로 규율하는 규정²⁾이 없는 이상 전문가와 의뢰인의 법률관계는 전문가의 지위, 전문가와 의뢰인 사이에 체결된 계약의 내용, 의뢰인의 전문가에 대한 감독 가능성, 사무처리에 있어 전문가의 재량 정도 등에 따라 그 성격이

1) 編著者 川井 健, 専門家の責任, 日本評論社, 2008, 16頁.

2) 가령 상법 제382조 제2항은 회사와 이사의 관계에 민법의 위임에 관한 규정을 준용함으로써 명시적인 법적 근거를 마련하고 있다.

달라질 여지가 있고, 다양한 법률관계가 혼재할 수도 있다. 그러나 통상의 경우 의뢰인은 전문가를 상대로 의뢰인과 관련된 사무의 처리를 위탁하고, 전문가는 자신의 전문적 지식과 경험을 통하여 이를 처리할 것을 약속한다는 점에서 전문가와 의뢰인의 법률관계는 기본적으로 위임계약에 기반하거나 위임계약을 전제로 하는 성격이 강하다.³⁾ 판례 또한 일반적으로 변호사,⁴⁾ 법무사,⁵⁾ 세무사,⁶⁾ 의사⁷⁾ 등의 책임이 문제된 경우 해당 전문가와 의뢰인의 관계가 위임관계라는 점을 전제로 판단하고 있다.⁸⁾

3) 최성근, 전문가책임의 입법에 관한 연구, 한국법제연구원, 1997, 7쪽.

4) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다7354 판결 등.

5) 대법원 2001. 2. 27. 선고 2000다39639 판결 등.

6) 대법원 2005. 1. 14. 선고 2003다53968 판결 등.

7) 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결 등.

8) 우리나라와 달리 ① 독일은 위임계약을 무상계약(unentgeltlich)으로 한정하고 있다(독일 민법 제662조). 반면, 고용계약의 경우 그 대상이 되는 노무의 종류를 제한하지 않고 있고, 고용인과 피고용인 사이에 종속성이 있는지 여부를 고용계약의 성립에 있어 필수적인 요소로 고려하지 않기 때문에 전문가와 의뢰인의 법률관계를 위임계약이 아닌 고용계약에 기반하여 해석하고 있다(독일 민법 제630조의 b는 진료계약에 대하여 원칙적으로 고용계약에 관한 규정이 적용됨을 명시적으로 밝히고 있다). 다만 독일 민법 제675조가 사무처리를 내용으로 하는 고용계약 또는 도급계약을 유상의 사무처리계약(entgeltliche Geschäftsbesorgung)으로 규정하면서 위임에 관한 규정을 상당부분 준용하고 있기 때문에 위임계약으로 해석하는 것과 비교할 때 결과에 있어 큰 차이를 발생시키지는 않는다[Max Vollkommer, *Anwaltshaftungsrecht*, C.H.Beck, 1989, S. 1; 이상현, “도급에서의 수급인의 책임에 대한 연구 -유형도급과 무형도급간 비교를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2019, 41-42쪽; 엄동섭/김천수/박영규/오종근/정태운, 변호사책임론, 소화, 1998, 135쪽(박영규 집필부분)]. ② 프랑스 민법은 위임(mandat) 또는 수권행위(procuration)는 당사자 일방이 다른 상대방에게 위임인을 위하여 위임인의 이름으로 어떠한 일을 할 수 있는 권한을 부여하는 행위라고 규정(제1984조)함으로써 위임과 대리를 엄격히 분리하지 않고 있고, 이러한 점에서 위임은 사실행위가 아닌 법률행위의 수행을 목적으로 한다고 파악하고 있다[엄동섭/김천수/박영규/오종근/정태운, 같은 책, 245쪽(정태운 집필부분); 이상현, 같은 논문, 18쪽]. 반면, 프랑스 민법상 도급계약(contrat d'entreprise)은 그 대상이 법률행위로 제한되지 않고 사실행위도 포함하며 위임과 달리 수급인이 대리권을 보유하지 않는다는 점에서 의료인, 건축가, 변호사 등이 의뢰인과 체결하는 계약을 도급계약으로 파악하고 있으나(프랑스 민법 제1779조 제3항 참조), 변호사나 공증인 등이 의뢰인의 법률행위를 대리할 수 있는 권한을 부여받아 사무를 처리하는 경우에는 위임계약으로 평가되거나 위임계약과 도급계약이 결합된 혼합계약으로 평가될 수 있다[Philippe Malaurie/Laurent Aynès/Pierre-Yves Gautier, *Droit des Contrats Spéciaux*, 10e édition, LGDJ, 2018, pp. 441-449; 엄동섭/김천수/박영규/오종근/정태운, 같은 책, 245-246쪽]. ③ 한편, 일본의 경우에는 위임계약의 수임인에게 선관주의의무를 부과하는 점은 우리나라와 차이가 없지만(일본 민법 제644조), 위임계약의 성립을 법률행위를 위탁한 경우로 제한(일본 민법 제643조)하고 있기 때문에 사실행위를 위탁한 경우는 준위임으로 규정하면서 위임에 관한 규정을 준용하고 있다는 점에서 우리 민법과 차이가 존재한다(일본 민법 제656조). 이와 관련하여 우리나라에서도 전문가와 의뢰인의 관계를 위임계약으로 판단하는 판례의 태도를 비판하며 무명계약으로 파악하여야 한다는 견해, 전문가가 처리하는 사무의 내용에 따라 고용, 위임, 도급계약 등으로 구분하여 판단하여야 한다는 견해 등이 주장되고 있으나, 본고에서는 논의의 집증을 위해 판례의 태도를 기초로 내용을 전개한다. 이와 관련된 국내의 논의는 이상현, 같은 논문, 49-89쪽 참조.

의뢰인의 사무를 처리하는 전문가는 의뢰인에 대하여 위임계약에 따른 선관주의의무를 부담하고, 그 결과 전문가는 사무처리 과정에서 의뢰인의 이익과 충돌하는 행위를 하여서는 아니 된다. 전문가의 직종에 따라 다소 차이가 존재하기는 하지만, 이미 전문가를 규율하는 여러 법령이나 윤리규정 등은 전문가로 하여금 의뢰인의 이익과 충돌되는 행위를 금지함으로써 전문가를 통제하고 있고, 일부 이익충돌행위에 대해서는 전문가를 상대로 징계 또는 형사처분을 할 수 있는 근거 규정 또한 마련하고 있다.⁹⁾

그러나 전문가가 사무처리 과정에서 의뢰인의 이익과 충돌하는 행위를 한 경우 의뢰인에게 별도의 민사적 구제 수단을 부여하고 있는 경우를 발견하기는 쉽지 않고, 이 경우 의뢰인은 통상의 민사적 구제 수단에 따라 손해 등을 전보받을 수 있는 방법을 모색할 수밖에 없다. 물론 전문가의 종류나 업무 범위, 전문가와 의뢰인 사이에 체결된 계약의 내용, 전문가의 구체적인 행위 등에 따라 전문가와 의뢰인의 이익충돌은 다양한 양상으로 전개될 수 있고, 각각의 상황에서 의뢰인이 강구할 수 있는 구제 수단의 종류나 그 내용 역시 달라질 수밖에 없다는 점은 부정하기 어렵다. 다만 개괄적인 관점에서 전문가가 이익충돌행위를 한 경우 의뢰인이 강구할 수 있는 민사적 구제 수단을 조망하고, 그 한계 및 개선방안을 고찰하는 것 역시 나름의 의미를 지닐 수 있으므로 본고에서는 위와 같은 점에 초점을 맞추어 논의를 진행하고자 한다.

II. 수임인의 취득물 등의 인도·이전 의무

1. 의의와 문제의 소재

수임인은 위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건 및 그 수취한 과실을 위임인에게 인도하여야 하고(민법 제684조 제1항), 수임인이 위임인을 위하여 자기의 명의로 취득한 권리는 위임인에게 이전할 의무가 있다(민법 제684조 제2항).

이른바 수임인의 취득물 등의 인도·이전 의무는 수임인의 보고의무와 더불어 선관주의의무에서 파생된 의무 중 하나이다.¹⁰⁾ 수임인이 위임인으로부터 사무처리의 위탁을

9) 가령 변호사법 제32조는 “변호사는 계쟁권리(係爭權利)를 양수하여서는 아니 된다.”라고 규정하여 변호사와 의뢰인의 이익충돌을 방지하고 있고, 만약 변호사가 이를 위반하여 계쟁권리를 양수한 경우 변호사법 제112조 제5호에 따라 형사처벌을 받게 된다.

10) 대법원 2005. 9. 28. 선고 2003다61931 판결; 편집대표 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 4 제5판, 한국사법행정학회,

넘어 대리권까지 부여받아 위임인의 대리인으로서 사무를 처리하는 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한 수임인이 사무처리 과정에서 취득한 물건이나 권리 등은 수임인에게 귀속하는 것이 원칙이다.¹¹⁾ 그러나 위와 같이 취득한 물건이나 권리 등은 위임인의 사무를 처리한다는 위임의 취지상 실질적으로 위임인에게 귀속되는 것이 타당하므로, 수임인은 위임사무를 처리하는 과정에서 취득한 물건 등을 선량한 관리자의 주의로써 위임인의 사무를 처리하기 위하여 사용하여야 하고, 사무처리를 위하여 해당 물건 등이 필요한 경우가 아니라면 이를 위임인에게 인도하여야 한다.¹²⁾ 이처럼 위임인을 위한 정당한 위임사무의 처리로 인하여 수임인이 취득한 물건이나 권리 등은 민법 제684조에 의하여 규율하면 되고, 전문가와 의뢰인의 관계 역시 기본적으로 위임관계에 해당하는 이상 특별한 사정이 없는 한 달리 해석할 이유가 없다.¹³⁾ 당초 전문가와 의뢰인이 예상하였던 이익보다 초과이익이 발생하였다고 하더라도 그러한 초과이익이 전문가가 정당하게 사무처리를 한 결과라면 민법 제684조에 따라 의뢰인에게 반환하도록 하는 것은 아무런 문제가 없다.¹⁴⁾

그렇다면 전문가가 의뢰인의 이익과 충돌하는 행위를 하여 스스로 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이익을 취득하게 한 경우 그러한 이득도 민법 제684조에 따라 반환을 인정할 수 있을지 여부가 문제된다.

2022, 201쪽(김형두 집필부분); 편집대표 박윤직, 민법주해 제15권: 채권 8, 박영사, 2009, 555쪽(이재홍 집필부분).

11) 편집대표 박윤직, 민법주해 제15권: 채권 8, 555쪽(이재홍 집필부분).

12) 편집대표 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 4 제5판, 201쪽(김형두 집필부분); 김상중, “위법이익 반환에 관한 민사책임의 법리”, 비교사법 제25권 제2호, 한국사법학회, 2018, 580-581쪽.

13) 한편, 전술한 바와 같이 전문가와 의뢰인의 관계는 전문가와 의뢰인의 관계, 전문가와 의뢰인 사이에 체결된 계약의 내용이나 전문가의 재량정도 등에 따라 위임이 아닌 법률관계로 해석될 수도 있고, 여러 법률관계가 혼재하는 형태를 지닐 수도 있으나, 이러한 경우에도 민법상 위임에 관한 규정은 타인의 사무를 처리하는 법률관계의 원칙적인 규정에 해당하므로, 전문가와 의뢰인 사이에 별도의 약정을 하거나, 해당 법률관계에 직접적으로 적용되는 법령이 다른 취지로 규율하고 있지 않은 이상 전문가가 의뢰인의 정당한 사무처리 과정에서 취득한 물건 내지 권리 등은 민법 제684조에 따라 전문가의 인도·이전의무를 긍정함이 타당하다 (김주수, 채권각론 上: 계약법, 삼영사, 1986, 401쪽; 송덕수, 채권법각론 제4판, 박영사, 2019, 364쪽).

14) Tobias Helms, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Mohr Siebeck, 2007, S. 387f.

2. 독일에서의 논의

2.1 독일 민법 제667조의 의의 및 독일 연방대법원의 입장

독일 민법 제667조는 수임인의 인도 의무와 관련하여 “수임인은 위임의 실행을 위하여 받거나 사무처리로부터 획득한 모든 것을 위임인에게 인도할 의무가 있다.”라고 하여 우리 민법 제684조와 유사한 규정을 두고 있다. 독일 민법 제667조 역시 우리 민법 제684조의 취지와 마찬가지로 무상행위가 원칙인 위임계약의 특성상 수임인이 위임사무의 처리로 인하여 손해나 불이익을 입어서는 안 되지만, 위임계약에 따른 비용과 위험을 포함한 위임사무처리에 따른 법적 효과는 궁극적으로 위임인에게 귀속되는 것이 타당하다는 이념에 기초하여, 수임인이 위임사무를 처리하는 과정에서 취득한 것을 위임인에게 반환하도록 규정한 것으로 파악하고 있고,¹⁵⁾ 위임인에게 발생한 손해의 전보는 위 규정과 무관하다.¹⁶⁾

독일 민법 제667조 전단은 위임의 실행을 위하여 위임인으로부터 수령한 것이 있는 경우 위임사무가 종료되었거나, 그것이 더 이상 위임사무의 처리를 위하여 필요하지 않게 된 경우 위임인에게 반환하여야 한다는 취지이고, 여기에는 위임인으로부터 수령한 금전도 포함된다.¹⁷⁾ 만약 수임인이 위임사무의 처리를 위하여 수령한 금전 등을 모두 소비하여 반환할 수 없게 되었다면, 금전 등이 정당한 위임사무의 처리를 위하여 사용되었다는 점에 관하여는 수임인에게 증명책임이 있다.¹⁸⁾

위법 내지 부당하게 취득한 이득의 반환 의무와 관련하여 문제가 되는 부분은 독일

15) Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB) Band 10 Schuldrecht* 8: §§ 652-704 BGB 13. Auflage, Kohlhammer, 2012, §667 Rn.3(Beuthien).

16) BGH NJW 2001, 2476, 2477.

17) J. von Staudinger, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse* §§662-675b, Otto Schmidt, 2017, §667 Rn.5(Michael Martinek/Sebastian Omlor); Soergel, *op. cit. (supra note 15)*, §667 Rn.4(Beuthien); Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen, *Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/3: §§662-853 4. Auflage*, Nomos, 2021, §677 Rn.3, 3a, 4(Schwab); 한편, 우리 민법 제684조는 “위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타의 물건” 등이라고만 규정하고 있기 때문에 위임인으로부터 받은 물건도 민법 제684조의 적용 대상인지 여부와 관련하여 이를 긍정하는 견해(곽윤직, 채권각론 민법강의 IV, 박영사, 2007, 277쪽; 김상용, 채권각론 제4판, 화산미디어, 2021, 410쪽)와 부정하는 견해(김중환/김학동, 채권각론 제7판, 박영사, 2006, 554쪽)가 대립하고 있다. 다만 민법 제684조의 적용을 부정하는 견해도, 위임인으로부터 받은 물건을 반환할 의무는 위임계약 자체에 기하여 발생한다고 해석하고 있으므로(김중환/김학동, 같은 책, 554쪽), 실질적으로는 양 견해에 유의미한 차이는 없다.

18) J. von Staudinger, *op. cit. (supra note 17)*, §667 Rn.6(Michael Martinek/Sebastian Omlor).

민법 제667조 후단이다. 즉 수임인이 위법한 방법으로 취득한 부당한 이득까지 독일 민법 제667조 후단이 규정하고 있는 사무처리로부터 획득한 것으로 볼 수 있는지가 논란이 된다. 이와 관련하여 독일 연방대법원은 위임사무의 처리와 직접적이고 본질적인 관련(unmittelbarer innerer Zusammenhang)이 존재하는 이상, 수임인이 정당하게 위임 사무를 처리하는 과정에서 취득한 것뿐만 아니라 위법 내지 부당하게 취득한 것에 관해서도 독일 민법 제667조를 근거로 수임인의 인도 의무를 긍정하고 있고, 설령 제3자가 그것을 위임인이 아닌 수임인에게 지급할 의사였다고 하더라도 그 결론이 달라지지 않는다는 입장이다.¹⁹⁾ 독일 연방대법원의 위와 같은 입장은 수임인에게 인도 의무를 부과하는 목적에는 수임인이 사무를 처리함에 있어 위임인의 이익을 보호할 의무를 이행하고, 사무처리를 위한 중요한 결정을 함에 있어 수임인 스스로의 이익이나 거래 상대방의 이익에 영향을 받지 않도록 하는 것이 포함되어 있다는 점을 전제로 한다.²⁰⁾

2.2 독일 민법 제667조의 확장가능성

독일 민법상 위임계약을 체결한 수임인은 위임인의 이익과 충돌하는 행위를 회피할 의무를 부담하는 점, 수임인이 위임인에 대하여 부담하는 충실의무의 강도는 수임인이 위임인의 이익에 영향을 미칠 가능성의 크기와 위임인의 수임인에 대한 의존도에 상응하여 결정되는 점 등을 근거로 독일 민법상 위임관계는 영미법상 신인관계(fiduciary relationship)²¹⁾의 특성을 충족하고 있음을 전제로, 독일법의 체계 내에서 신인의무위반에 따른 구제수단으로서 이득토출책임에 관한 일반적인 원칙은 확립되지 않았지만, 개별 법률에서는 이득토출책임에 관한 법적 근거를 발견할 수 있고, 이에 해당하는 대표적인 예가 독일 민법 제667조라고 주장하는 견해가 있다.²²⁾

19) BGH NJW-RR 1987, 1380; BGH NJW 1991, 1224; BGH NJW 2001, 2476; BGH NJW-RR 2016, 1391 등.

20) RGZ 99, 31; BGHZ 39, 1, 4.

21) 영미 신인의무법상 본인(principal)과 수인자(fiduciary) 사이에 신인관계가 인정되면 수인자는 본인의 최선의 이익을 위해 사무를 처리하여야 하고, 사무를 처리하는 과정에서 이익충돌금지원칙과 이익향수금지원칙을 준수해야 한다. 변호사, 의사, 회계사 등의 전문가는 영미 신인의무법상 전통적으로 그 지위에 근거하여 수인자로 취급된다. 수인자가 위와 같은 의무를 위반하여 부당한 이익을 취득한 경우 수인자는 취득한 이득 전부를 반환할 책임을 부담하는데 이를 이득토출책임(disgorgement)이라 한다.

22) Konrad Rusch, *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten*, Mohr Siebeck, 2003, 168ff, 202ff; 다만 같은 책, S. 204, 228에 따르면, 독일 민법 제667조에 관한 독일 연방대법원의 입장은 영미 신인의무법의 논의와 외관상 상당히 유사하고, 일부 중첩되는 영역이 존재하는 것도 사실이지만, 그 범위가 반드시 일치하는 것은 아니며, 오히려 독일 연방대법원이 위 규정을 해석함에 있어 위임인의 이익을 배려하지 않을 우려의 존재나

이 견해에 따르면, 독일 민법 제667조에 따라 이득토출책임을 부과하기 위해서는 두 가지 요건이 충족될 것을 요구하고 있는데, 첫 번째 요건은 수임인이 수인자(Treuepflichtiger)의 지위를 이용하여 이익을 취득하여야 한다는 것이고, 위와 같은 요건의 법률상 근거는 독일 민법 제667조가 수임인이 “사무처리로부터 획득한 것(aus der Geschäftsbesorgung erlangt)”을 위임인에게 반환하여야 하는 대상에 포함시키고 있다는 점에서 구할 수 있다고 한다.²³⁾ 두 번째 요건은 수임인이 취득한 이익은 이익충돌의 위험에 기반하고 있어야 한다는 것인바, 실제로 이익이 침해당하는 결과가 발생하는 것까지 요구하는 것은 아니고, 수임인의 정당한 사무처리에 관하여 우려를 야기하는 정도면 충분하다고 한다.²⁴⁾ 다만 수임인의 이익취득이 이익충돌의 위험에 기반하여야 하는 이상, 그러한 위험이 전혀 없는 경우에는 독일 민법 제667조가 적용될 수 없다고 파악하고 있고, 그 결과 영미 신인의무법상 이익향수금지의 원칙이 이익충돌금지원칙과 별도의 독립적인 원칙으로 작용하는 것과는 차이가 존재한다.²⁵⁾ 한편, 위 견해는 독일 민법 제667조가 적용되기 어려운 사안에서는 이득토출책임의 법적 근거를 신인의무에서 직접 구하는 것이 가능하다는 점을 전제로, 수인자인 수임인이 본인의 이익에 반하여 부당한 이득을 취득한 경우 수임인에게 신인의무 위반을 원인으로 이득반환책임을 부과하는 구성도 가능하다고 주장한다.²⁶⁾

이와 더불어 신탁계약(Treuhandvertrag)을 고용계약의 특성을 지닌 사무처리계약의 일종으로 파악하면서 수탁자가 위탁자로부터 위탁자의 이익에 영향을 미칠 수 있는 권한을 부여받은 경우 당사자 사이에는 신탁관계(Treuhandverhältnis)가 성립하고, 수탁자는 위탁자의 이익을 위해 행동하고 이를 보호할 의무를 부담한다는 것을 전제로,²⁷⁾ 수탁자가 그와 같은 의무를 위반하여 위법한 이득을 취득한 경우 독일 민법 제677조를 근거로 위법한 이득을 환수할 수 있을지 여부를 고찰한 논의도 존재한다. 이 견해는 독일 민법 제667조에 관한 독일 연방대법원의 입장을 기본적인 전제로 수탁자가 사무처리 과정에서 위법한 보상을 받은 경우에는 위와 같은 보상이 사무처리와 본질적이고 실질적인

위임사무의 처리와 직접적이고 본질적인 관련 등을 요구하는 측면에서 볼 때, 영미 신인의무법에 비해 그 적용 범위가 상당히 제한적이라고 평가하고 있다.

23) Konrad Rusch, *Ibid.*, S. 215.

24) Konrad Rusch, *Ibid.*, S. 215.

25) Konrad Rusch, *Ibid.*, S. 215f.

26) Konrad Rusch, *Ibid.*, S. 228f.

27) Martin Löhnig, *Treuhand*, Mohr Siebeck, 2006, S. 146, 159, 185.

관련이 있는 이상 독일 민법 제667조를 근거로 수탁자로부터 이를 환수하는 것이 가능하다고 주장한다.²⁸⁾ 반면, 위 기준에 따르면, 단순히 사무처리를 기화로 이득을 취득한 것에 불과한 경우에는 사무처리와 본질적인 관련을 인정할 수 없으므로, 수탁자로부터 그 이득을 환수하기는 어렵다고 한다.²⁹⁾

위와 같은 주장에 대해서는 의무를 위반한 자로부터 이익을 환수해야 한다는 정당성과 그 필요성에만 매몰되어 독일 민법 제667조의 취지와 그 규정을 도외시하였다는 비판이 제기되고 있다.³⁰⁾ 이 견해는 독일 민법 제667조가 원칙적으로 위임계약 체결의 기초를 이루는 당사자의 추정된 의사에 기반하여 위임계약에 따른 정당한 의무이행이라는 측면에서 수임인에게 인도 의무를 부과하고 있는 것으로 파악한다.³¹⁾ 만약 수임인의 지위를 이용하여 부당하게 이득을 취득한 자로부터 그 이득을 환수하는 방법으로 독일 민법 제667조를 적용한다면, 독일 민법 제667조는 더 이상 당사자의 추정적 의사와는 아무런 관련 없이 의무위반에 대한 제재로서만 기능하게 되는데, 독일 민법 제667조는 의무위반과 관련하여 어떠한 언급도 하고 있지 않다고 지적하고 있다.³²⁾ 같은 맥락에서 위임계약에 따른 의무에 위반한 행위가 위임계약의 이행과 본질적인 관련을 가질 수는 없다는 점에서 이를 인정하고 있는 독일 연방대법원의 입장은 타당하지 않다고 주장하면서, 결과적으로 독일 민법 제667조는 신인의무위반을 원인으로 하는 이득토출책임의 법적 근거가 될 수 없다고 한다.³³⁾

다만, 이 견해는 하나의 규범이 완전히 상이한 두 가지 목적을 추구하는 것은 모순적이라는 점에서 독일 민법 제667조는 수임인이 이익충돌행위로부터 취득한 이득을 박탈하는 법적 근거가 되기는 어렵다고 평가한 것일 뿐,³⁴⁾ 이익충돌행위로부터 취득한 이득을 환수하는 것의 정당성까지 부정하는 것은 아니다. 이 견해에 의하면, 이익충돌행위를 통하여 취득한 이득을 박탈하기 위해서는 그와 관련된 독립적인 법 원칙을 정립할 필요가 있고,

28) Martin Löhnig, *Ibid.*, S. 620f.

29) Martin Löhnig, *Ibid.*, S. 621f; 같은 책 S. 622는 이러한 문제를 해결하기 위해서는 수탁자에게 부과된 의무에 비추어 볼 때, 당시 수탁자가 어떻게 행동하는 것이 타당하였는지 여부를 기준으로 판단하는 방식을 고려해 볼 수 있지만, 이러한 접근방식은 법률의 표현이나 입법자의 의도에 기반하지 않았다는 점에서 한계가 있다는 점을 인정하고 있다.

30) Tobias Helms, *op. cit.*(*supra* note 14), 385ff.

31) Tobias Helms, *Ibid.*, S. 387.

32) Tobias Helms, *Ibid.*, S. 387f.

33) Tobias Helms, *Ibid.*, S. 387, 390.

34) Tobias Helms, *Ibid.*, S. 388ff.

그 과정에서 이득토출책임의 법리가 유의미한 역할을 수행할 수 있다고 주장한다.³⁵⁾

3. 검토

민법 제684조를 근거로 수임인의 인도 의무를 긍정하는 견해는, 물건의 구입을 위탁받은 수임인이 제3자와 구매계약을 체결함에 있어 잘 팔리지 않는 물건을 목적물로 선정하는 대가로 제3자로부터 금전 기타 물건을 받은 경우와 같이 물건의 수수가 부당성을 가지는 경우에는 수임인은 이를 반환할 의무가 있다고 한다.³⁶⁾

전문가의 이익충돌행위와 관련하여 대법원의 명시적인 판례는 존재하지 않지만, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다4561 판결은 민법 제684조 제1항의 해석과 관련하여 “위임계약이 위임인과 수임인의 신임관계를 기초로 하는 것이라는 점 및 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 하는 것이라는 점 등을 감안하여 볼 때, 위 조항에서 말하는 ‘위임사무의 처리로 인하여 받은 금전 기타 물건’에는 수임인이 위임사무의 처리와 관련하여 취득한 금전 기타 물건으로서 이를 수임인에게 그대로 보유하게 하는 것이 위임의 신임관계를 해한다고 사회통념상 생각할 수 있는 것도 포함된다.”라고 판시하여 수임인의 인도 의무의 대상에 수임인이 보유하는 경우 사회통념상 위임의 신임관계를 해한다고 평가할 수 있는 것까지 포함하고 있고, 위 판결의 문언을 그대로 확장하면 대법원은 전문가가 의뢰인의 이익과 충돌하는 행위를 하여 취득한 위법한 이득도 민법 제684조 제1항에 따라 반환 대상에 포함된다고 해석할 여지가 존재한다.³⁷⁾

35) Tobias Helms, *Ibid.*, S. 390.

36) 김중환/김학동, 앞의 책(주 17), 554쪽. 위 문헌은 위탁사무의 처리로 인하여 받은 물건이 아니라 위탁사무의 처리의 기회에 받은 물건은 민법 제684조의 규율대상에 포함되지 않는다고 하면서도 물건의 수수가 부당성이 있는 경우에는 민법 제684조에 따라 반환의무를 긍정하고 있는바, 그 근거를 제시하고 있지는 않다.

37) 이 사건은, 실질적으로는 원고의 소유인 토지를 명의신탁 받은 피고가 원고로부터 해당 토지의 매도를 위임받고 수임인으로서 해당 토지에 관한 1, 2차 매매계약을 체결하고 주택조합에 소유권이전등기를 마쳐주었으나, 용도변경이 부결될 경우 매매계약을 무효로 하기로 한 약정으로 인해 3차 매매계약을 체결하고 추가 매매대금을 지급받으면서 아파트 사업승인과 관련하여 어떠한 이의도 제기하지 않겠다는 취지의 약속서 및 가처분 해제 신청서를 작성해 준 사안이다. 대법원은 본문에서 언급한 판시를 전제로 수임인은 추가 매매대금 중 토지의 정당한 시가에 상응하는 금원을 위임인에게 반환할 의무가 있다고 판시하였다. 다만 이 사건의 경우 처음부터 위임인이 매매대상 토지의 실소유자였던 이상 수임인의 이익충돌행위로 인한 이익취득과는 사안을 달리한다. 같은 취지의 지적으로는 김상중, 앞의 논문(주 12), 581쪽; 이 사안이 전형적인 위임과는 다르다는 점을 전제로 위임이 아닌 신탁계약 또는 신탁법이 유추될 수 있는 사안으로 볼 여지가 있다는 주장으로는 이연갑, “위임과 신탁: 수임인과 수탁자의 의무를 중심으로”, 비교사법 제22권 제1호, 한국사법학회, 2015,

그러나 민법 제684조가 규정하고 있는 수임인의 취득물 등의 인도 및 이전의무는 수임인이 위임인의 사무를 처리하고자 하는 의사에 기하여 사무처리가 이루어진 경우에 인정되는 규정으로 해석함이 타당하고,³⁸⁾ 전문가와 의뢰인 사이의 위임관계에서도 위와 같은 해석은 그대로 적용되어야 한다.

민법 제684조 제2항은 ‘수임인이 위임인을 위하여’ 권리를 취득한 경우라고 규정함으로써 수임인의 권리취득에 자신이나 제3자가 아닌 위임인을 위한 의사가 필요하다는 점을 분명하게 확인하고 있다. 따라서 전문가가 의뢰인의 이익과 충돌하는 행위를 하여 자신의 이익을 위하여 권리를 취득한 경우에는 위임인을 위하여 권리를 취득한 것이 아닌 이상 민법 제684조 제2항을 적용하여 수임인에 대하여 권리의 이전을 명할 수 없다. 수임인이 자신이 아니라 제3자로 하여금 부당한 이익의 일환으로 특정한 권리를 취득하도록 한 경우에는 수임인이 권리를 취득한 것이 아니라는 점에서도 민법 제684조 제2항의 적용이 배제된다.

민법 제684조 제1항의 경우에는 민법 제684조 제2항과 달리 ‘위임인을 위하여’라는 표현 대신 단순히 ‘위임사무의 처리로 인하여’라고 표현하고 있지만, 위임계약의 의의와 그 취지를 고려할 때, 위임사무의 처리라는 표현에는 위임인의 이익(*mea gratia*)을 위한다는 점이 내재하여 있다고 봄이 타당하다.³⁹⁾ 따라서 전문가가 위임사무를 처리하는 과정에서 자신 또는 제3자의 이익을 도모할 목적에서 위법하거나 부당한 방법으로 금전 등의 이익을 취득한 경우에는 전문가에게 위임사무처리에 관한 정당한 의사가 결여된 이상 전문가의 의뢰인에 대한 이득반환의무의 근거를 민법 제684조 제1항에서 구할 수는 없다. 전문가가 자신의 이익을 위해 의뢰인의 이익과 충돌하는 행위를 하여 취득한

35-36쪽, 한편, 대법원 1997. 5. 16. 선고 96다27903 판결은 위임인으로부터 아파트 임차권의 양도를 위임받은 자가 양도대금으로 받은 자기앞수표를 위임인에게 교부한 후 2년여가 지나 해당 자기앞수표 중 일부에 대하여 법원에 공시최고 신청을 하여 계권판결을 받아 이를 은행에 제시하고 그 수표금을 수령한 사안이다. 위 사안에서도 대법원은 민법 제684조를 근거로 “수임인이 그 수표에 대한 공시최고 신청을 한 경위가 분명히 밝혀져 다른 특별한 사정이 있는 것으로 인정되지 않은 이상, 그 수표금은 수임인이 아파트의 임차권의 양도라는 수임사무의 처리와 관련하여 취득한 것으로 보아야 하므로 수임인이 이를 보유하는 것은 사회통념 상 위임의 신임관계를 해하는 것이어서, 수임인은 그 금원을 위임인에게 반환하여야 한다.”라고 판시하여 앞서 소개한 판결과 유사한 취지의 판시를 하였다. 이 판결에 대하여 이연갑, 같은 논문, 35쪽은 수임인이 양도대금으로 수령한 자기앞수표를 위임인에게 인도한 이상 위임사무의 처리는 종료한 것이고, 그로부터 2년이 경과한 후 계권판결에 따라 수령한 수표금 상당은 불법행위 또는 부당이득으로 해결하였어야 한다고 지적하고 있는바, 타당한 지적이다.

38) 同旨 김상중, 앞의 논문(주 12), 582쪽.

39) Heinrich Dernburg, *Pandekten Band 2*, Müller, 1886, S. 302.

이득은 우연히 수입인의 지위에서 위임인의 사무를 처리하는 것을 기회로 취득한 것에 불과하고, 전문가가 이익을 취득하게 된 주관적인 의사나 전문가가 취득한 이익의 객관적인 귀속이 모두 전문가를 향하고 있는 이상 전문가가 의뢰인과 이익충돌행위를 함으로써 취득한 이익을 위임사무의 처리로 인하여 취득한 것이라고 평가할 수는 없다.⁴⁰⁾ 따라서 전문가가 부당한 이익을 취득하는 것을 방지할 당위성과 필요성만으로는 민법 제684조의 적용범위를 전문가가 이익충돌행위를 통하여 위법하게 취득한 이득까지 확장할 수는 없다.⁴¹⁾

III. 손해배상책임

전문가가 의뢰인의 사무를 처리하는 과정에서 의뢰인의 이익과 충돌되는 행위를 하거나 그 지위를 이용하여 부당한 이익을 취득하고, 그로 인해 의뢰인에게 손해가 발생하였다면 채무불이행에 기한 손해배상책임을 청구할 수 있다(민법 제390조).⁴²⁾ 통상 전문가의 이익충돌행위로 인하여 위임계약에 따른 채무의 이행이 지체되거나 급부 자체가 불가능하게 되는 것은 아니므로, 의뢰인은 채무의 불완전이행을 원인으로 전문가를 상대로 책임을 추궁할 수 있다.⁴³⁾

40) Martin Henssler/Jan Busche/Matthias Casper, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht · Besonderer Teil II* §§611-704 EFZG · TzBfG · KSchG 6. Auflage, C.H.Beck, 2012, §667 Rn.17(Seiler). 이러한 해석은 후술하는 바와 같이 독일과 달리 우리 민법에 있어서는 관리의사가 결여된 사무관리에 대하여 부진정사무관리를 인정할 수 없는 것과 맥락을 같이 한다.

41) 김상중, 앞의 논문(주 12), 582쪽은 수입인의 의무위반을 억제할 필요성에 따라 수입인의 위임인에 대한 위법이익 반환의무가 정당하다고 여겨진다 하더라도 위법한 사례를 수명한 경우와 같이 수입인이 취득한 이익이 본래부터 위임인에게 귀속한다고 볼 수 없는 한 반환의무의 근거를 달리하는 민법 제684조 제1항에 따라 수입인의 위법이익 반환책임을 인정하는 것은 무리라고 평가하고 있다.

42) 전문가의 이익충돌행위가 실제로 이루어지기 전에 의뢰인이 이를 알게 된 경우 의뢰인은 가처분 제도를 이용하여 전문가의 해당 행위를 금지할 수 있고(민사집행법 제300조 제2항), 위와 같은 가처분 역시 일종의 구제수단의 하나로 평가할 수 있지만, 이는 어디까지나 임시적·예방적 성격의 구제수단에 불과하므로, 전문가의 이익충돌행위로 초래된 문제를 종국적으로 해결하기 위해서는 가처분과 동시에 또는 이와 별도로 다른 구제수단을 강구할 필요가 있다.

43) 전문가의 이익충돌행위가 별도로 불법행위책임을 요건을 충족한다면 의뢰인은 전문가를 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구할 수 있다(민법 제750조). 계약책임이 성립하는 경우 원칙적으로 불법행위책임을 인정하지 않는 프랑스와 달리 우리 대법원은 양자의 청구권 경합을 인정하고 있다(대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결 등 참조). 다만 채무불이행을 원인으로 하는 배상청구와 불법행위를 원인으로 하는 배상청구는 별개의 소송물이므로, 채무불이행이 성립한다고 하여 그것만으로 불법행위가 성립하는

한편, 의뢰인이 전문가를 상대로 채무불이행에 기한 손해배상책임을 청구하기 위해서는 의뢰인에게 손해가 발생하였다는 점을 증명하여야 한다. 이때 손해는 전문가의 이익충돌행위가 없었더라면 존재하였을 재산 상태와 이익충돌행위가 행해진 현재의 재산 상태의 차이를 의미하고,⁴⁴⁾ 의뢰인에게 현실적이고 확정적으로 발생한 손해로 한정된다.⁴⁵⁾ 이처럼 의뢰인에게 발생한 손해의 전보에 초점을 맞춘 현행 손해배상책임 제도 아래에서는 전문가가 의뢰인과 이익이 충돌하는 행위를 함으로써 의뢰인에 대한 선관주의의무를 위반하였다고 하더라도, 의뢰인에게 구체적인 손해가 발생하지 않거나 이를 증명하기 어려운 경우에는 전문가를 상대로 손해배상을 청구할 수 없고, 더불어 전문가가 취득한 이익이 의뢰인의 손해를 초과하는 경우에는 손해를 초과하는 이익에 상응하는 부분에 관해서도 책임을 추궁하기 어렵다는 문제가 발생한다.⁴⁶⁾

이와 관련하여 의뢰인이 전문가를 상대로 채무불이행을 원인으로 손해배상청구를 하는 경우 전문가가 의뢰인의 과실을 이유로 과실상계(민법 제396조)를 주장할 수 있는지 여부를 논의할 필요가 있다. 전문가가 수임인으로서 의뢰인의 최선의 이익을 위하여 행위를 할 의무를 부담한다고 하더라도, 이를 의뢰인에게 경제적으로 불리할 수 있는 일체의 행위를 금지하면서 전문가의 무한정한 희생을 강요하는 의미로 해석될 수는 없는 점, 의뢰인에게 손해의 발생 및 확대에 있어 과실이 인정되는 이상 그로 인한 손실은 의뢰인 스스로 부담하는 것이 자기책임의 원칙에 부합하는 점 등을 고려하면, 전문가가 과실로 의뢰인의 이익과 충돌되는 행위를 함으로써 의뢰인에게 손해가 발생한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 의뢰인을 상대로 과실상계를 주장할 수 있다고 봄이 타당하다.

그러나 고의에 의한 채무불이행으로서 전문가가 의도적으로 의뢰인의 착오 또는 부주의를 적극적으로 이용하여 이익충돌 상황을 야기한 경우에는 전문가의 과실상계 주장을

것은 아니고 각 책임의 성립여부와 법률효과의 인정여부는 개별적으로 판단이 이루어져야 한다(대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다210474 판결).

44) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결 등 참조.

45) 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다22833 판결.

46) 김상중, 앞의 논문(주 12), 579쪽. 이러한 문제를 해결하기 위한 방안으로 상법은 이사가 회사의 기회 및 자산을 유용한 경우 이사 또는 제3자가 얻은 이익을 손해로 추정하고 있다(제397조의2 제2항). 최근 우리나라에서 영미법상 징벌적 손해배상제도(punitive damages)의 도입에 관한 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 현재 하도급거래 공정화에 관한 법률, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 등 일부 법률에서 개별적으로 징벌적 손해배상제도를 도입하였으나, 아직 민법상 손해배상책임에 관한 일반적인 구체수단으로 인정되지는 않고 있다. 전문가의 이익충돌행위를 억제하고 이를 예방한다는 목적의 정당성이 인정된다고 하더라도 별도의 규정이 없는 이상 의뢰인에게 발생한 손해를 초과하는 손해배상을 명하는 것은 현행 민법의 해석상 어렵다.

제한할 필요가 있다. 이러한 경우까지 전문가의 과실상계 주장을 허용한다면, 전문가의 이익충돌행위를 조장하거나 방치하는 결과를 초래할 수 있고, 이는 전문가에 대한 고도의 신뢰를 기반으로 성립하는 전문가제도를 근본적으로 훼손할 수 있기 때문이다.⁴⁷⁾

IV. 부진정사무관리

1. 부진정사무관리의 의의

사무관리는 관리자가 계약상 또는 법률상의 의무 없이 타인을 위하여 그의 사무를 관리하는 행위를 하는 경우 성립하는 법정 채권관계를 의미한다(민법 제734조 제1항). 사무관리가 성립하기 위해서는 일반적으로 ① 계약상 또는 법률상 의무의 부존재, ② 타인⁴⁸⁾의 사무에 관한 관리, ③ 타인을 위한 관리의사, ④ 본인의 이익이나 의사에 반하지 않는 관리가 필요하다고 설명되고 있다. 위 요건 중 타인을 위한 관리의사라고 함은 사무관리로 인한 사실상의 이익이나 효과를 본인에게 귀속시키고자 하는 의사를 의미한다는 점에서 본인에게 법적효과를 귀속시키고자 하는 대리의사와 구별된다.⁴⁹⁾

이와 달리 사무관리가 성립하기 위해서는 사무가 객관적으로 타인의 것으로 귀속되는 것이 타당하다고 판단되면 족하고, 타인을 위한 관리의사는 그 요건이 아니라는 견해가 있다.⁵⁰⁾ 이 견해는 사무관리는 계약이 없는 타인의 사무처리로 인하여 발생하는 당사자 사이의 재산적 이익을 조정하는 제도인 이상 그 대상을 관리자의 이타적 행위로 한정할 필요가 없고, 오신사무관리와 무단사무관리를 별도로 규정하고 있는 독일 민법과 달리 우리 민법은 이에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않으므로 오신사무관리와 무단사무관리도 사무관리의 영역에 포섭하여 함께 규율할 필요가 있다는 점 등을 주요 근거로 한다.⁵¹⁾ 그러나 민법 제734조 제1항이 명시적으로 “타인을 위하여” 사무를 관리할 것을

47) 대법원도 고의에 의한 채무불이행에 관하여는 공평의 이념이나 신의칙 등을 근거로 채무자의 과실상계 주장을 제한하고 있다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2010다58315 판결).

48) 타인이란 관리자 이외의 자로서 사무관리의 이익이 귀속되는 자를 의미하는데(지원림, 민법강의 제17판, 홍문사, 2020, 1645쪽), 반드시 타인을 명확히 인식하지 않더라도 사무관리의 성립에는 영향이 없다[Martin Henssler/Jan Busche/Matthias Casper, *op. cit. (supra note 40)*, §677 Rn.7(Seiler); Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch I 15. Auflage*, Otto Schmidt, 2017, §677 Rn.10(Dornis)].

49) 편집대표 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 5 제5판, 한국사법행정학회, 2022, 630-631쪽(최수정 집필부분).

50) 이은영, 채권각론 제5판, 박영사, 2005, 665쪽.

요구하는 이상 사무관리의 성립을 위하여 타인을 위한 관리의사가 필요하다고 봄이 타당하다.⁵²⁾ 판례 역시 사무관리가 성립하기 위하여는 “타인을 위하여 사무를 처리하는 의사, 즉 관리의 사실상의 이익을 타인에게 귀속시키려는 의사”가 필요하다고 하여 같은 입장이다.⁵³⁾ 사무관리의 성립에 있어 타인의 사무를 관리할 의사가 필요하다는 입장에 따르면, 타인을 위한 관리의사가 결여된 경우 사무관리가 성립하기 위한 주관적 요건을 충족하지 못한 이상 원칙적으로 사무관리에 따른 법적 효과를 부여할 수 없다. 부진정사무관리란 위와 같이 타인의 사무를 관리함에 있어 관리자에게 타인을 위한 관리의사가 없는 경우 사무관리에 따른 법적 효과를 부여하기 위한 법리를 지칭한다.⁵⁴⁾

부진정사무관리의 유형으로는 크게 타인의 사무를 자신의 사무인 것으로 잘못 알고 관리하는 오신사무관리와 타인의 사무인 것을 알고 있음에도 불구하고 이를 자신을 위한 것으로 처리하는 무단사무관리로 구분할 수 있다.⁵⁵⁾ 오신사무관리와 무단사무관리 모두 타인을 위한 관리의사가 결여되어 있다는 점에서 차이가 없으나, 무단사무관리는 타인의 사무에 대한 인식의 결여가 아닌 자신을 위하여 타인의 사무를 인수한다는 의사가 필요하다는 점에서 오신사무관리와 차이가 있다.⁵⁶⁾ 즉, 무단사무관리라 함은 타인의 사무를 타인을 위하여 관리할 의사 없이 그로부터 얻어지는 성과를 전적으로 자기에게 귀속시킬 의사에 따라 타인의 사무를 관리하는 경우를 의미한다.⁵⁷⁾

우리 민법에는 독일 민법과 달리 무단사무관리에 관한 별도의 규율이 존재하지 않는다. 무단사무관리의 경우 관리자에게 타인을 위한 관리의사가 존재하지 않고, 나아가 관리행위 또한 타인의 의사와 이익에 반한다는 측면에서 원칙적으로 사무관리가 아닌 불법행위나 부당이득의 영역에서 다루는 것이 타당하다.⁵⁸⁾ 그럼에도 불구하고 무단사무관리에 관하여 적법한 사무관리에 따른 효과를 부여하고자 하는 시도는 사무관리제도와

51) 이은영, 위의 책(주 50), 665쪽. 이러한 견해에 기반하여 종래 사무관리제도의 이론적 근거로 설명되던 사회부조설은 사무관리의 범위를 지나치게 제약하는 측면이 있으므로, 재산관계의 합리적 조정이라는 사무관리의 기능적 이익에 주목하여 사무관리의 범위를 확대할 필요가 있다는 견해로는 이병준, “사무관리 제도의 기능과 그 적용범위 -계약이 성립하지 않거나 무효인 경우를 중심으로-”, 고려법학 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 137-175쪽.

52) 편집대표 박윤직, 민법주해 제17권: 채권 10, 박영사, 2012, 42-43쪽(최병조 집필부분).

53) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다25124 판결 등.

54) 김상중, 앞의 논문(주 12), 582-583쪽.

55) 안춘수, 불법행위·부당이득·사무관리, 동방문화사, 2018, 460쪽.

56) 편집대표 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 5 제5판, 686-687쪽(최수정 집필부분).

57) 김형배, 사무관리·부당이득 [채권각칙 III], 박영사, 2003, 51쪽.

58) 김형배, 위의 책(주 57), 51쪽.

비교할 때 본인이 입은 손해 또는 손실로 반환범위를 제한하고 있는 현행 불법행위 또는 부당이득제도만으로는 당사자 사이의 이익조정에 불균형이 발생할 수 있다는 우려에 기인한다.⁵⁹⁾

2. 독일과 일본에서의 논의

2.1 독일

독일 민법 제677조에 따른 사무관리가 성립하기 위하여는 객관적 요건으로서 위임이나 기타 법적 권한 없이 타인의 사무⁶⁰⁾를 대상으로 관리를 하여야 하고, 주관적 요건으로서 관리자 자신이 아닌 타인을 위한 관리의사가 요구되며, 관리자에게 타인을 위한 관리의사가 존재하지 않는 경우에는 사무관리가 성립할 수 없다.⁶¹⁾ 원칙적으로 타인을 위한 관리의사는 외부에서 인식할 수 있는 형태로 나타나야 하지만, 실무적으로 사무의 성질이나 규모에 따라 관리의사의 증명방법은 달라진다.⁶²⁾

독일 법원은 관리자가 사무의 타인성을 인식하고 있는 상태에서 객관적으로 타인의 사무를 관리하는 행위를 한 경우 타인을 위한 관리의사를 추정하여 사무관리의 성립에 있어 주관적 요건의 충족을 완화하고 있다.⁶³⁾ 이러한 독일 법원의 입장에 대하여는, 이익과 비용을 궁극적으로 부담하여야 하는 사람에게 올바르게 귀속시키는 것이 사무관리의 중요한 역할인데, 객관적으로 타인의 사무를 처리하였다는 이유만으로 타인을 위한 관리의사를 추정해버리면 사무관리제도가 위와 같은 기능을 올바르게 수행할 수

59) 김중환/김학동, 앞의 책(주 17), 645-685쪽; 편집대표 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 5 제5판, 687쪽(최수정 집필부분).

60) 사무의 타인성에 대한 판단은 원칙적으로 관리자가 해당 사무를 인수하는 시점에 결정이 되고, 그 이후에 사정의 변화가 있더라도 사무의 타인성에 영향을 미치지 않는다[Erman, *op. cit.(supra note 48)*, §677 Rn.7(Dornis)].

61) Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch Band 7 79. Auflage*, C.H.Beck, 2020, §677 Rn.3(Hartwig Sprau); Martin Henssler/Jan Busche/Matthias Casper, *op. cit.(supra note 40)*, §687 Rn.2(Seiler); Erman, *op. cit.(supra note 48)*, §677 Rn.8(Dornis).

62) Erman, *Ibid.(supra note 48)*, §677 Rn.11(Dornis).

63) BGH 181, 188ff; NJW 2007, 63, 64; 이론적으로는 이에 반하는 증거를 제시함으로써 추정을 번복할 여지가 있으나 실질적으로 반증에 성공할 가능성은 크지 않다[J. von Staudinger, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 §§677-704*, Otto Schmidt, 2015, Vorbem zu §677 ff Rn.168(Andreas Bergmann)].

없다는 점에서 비판적인 견해도 존재한다.⁶⁴⁾

그러나 독일 민법의 경우 부진정사무관리에 관한 규정을 두어 무단사무관리에 대해서도 원칙적으로 사무관리에 따른 법적 효과를 인정하는 이상, 오신사무관리를 제외하면, 실무적으로 특정한 사안이 사무관리에 관한 규정에 따라 해결될 수 있는지 여부를 가늠함에 있어 관리의사의 존부가 결정적인 징표로서 작용하기는 어려울 것으로 보인다. 이러한 점에서 사무관리의 주관적 요건인 관리의사의 증명을 엄격히 요구하여 적법한 사무관리의 범위를 제한하고, 부진정사무관리의 범위를 확장하기보다 관리의사의 증명을 완화하는 방법을 통하여 적법한 사무관리의 외연을 확장하는 방식을 택한 독일 법원의 입장은 실무적인 관점에서 완전히 그 합리성을 부정하기는 어려울 것으로 보인다.

우리 민법과 달리 독일 민법 제687조는 관리자에게 타인을 위한 관리의사가 존재하지 않는 부진정사무관리(*Unechte Geschäftsführung*)에 관하여 별도의 규정을 마련하고 있다. 독일 민법 제687조는 부진정사무관리를 타인의 사무에 관한 관리자의 인식을 기준으로 오신사무관리(*Irrtümliche Eigengeschäftsführung*)와 무단사무관리(*Angemaßte Eigengeschäftsführung*)로 구별하고 있고, 양자의 법적 효과 역시 상이하게 취급하고 있다.⁶⁵⁾

우선 타인의 사무를 자기의 사무라고 잘못 인식하여 처리한 오신사무관리의 경우에는 사무관리에 관한 민법 제677조 내지 제686조가 적용되지 않는 것으로 규정하고 있다(독일 민법 제687조 제1항). 사무관리의 성립에 있어 타인을 위한 관리의사를 요구하는 이상, 오신사무관리는 타인을 위한 관리의사라는 사무관리의 주관적 요건을 충족하지 못한다는 점에서 사무관리에 관한 규정의 적용을 배제하는 것은 논리적으로 자연스러운 결론이다.

반면, 오신사무관리와 달리 사무처리에 관한 권한이 없음을 알면서 타인의 사무를 자신의 사무로 처리한 무단사무관리에 관하여는 원칙적으로 사무관리에 관한 규정에 따른 법적 효과를 주장할 수 있는 것으로 규정하고 있다(독일 민법 제687조 제2항). 무단사무관리에 관한 규정이 도입된 경위를 살펴보면, 당시 제1위원회에서 예비초안을 담당한 von Kübel은 무단사무관리 역시 사무관리에 관한 법리에 따라 규율할 수 있다고 보았으나, 제1위원회는 무단사무관리는 사무관리의 본래적 특성을 결여(*Denaturierung*)한 이상 사무관리에 관한 규정을 적용할 수 없다고 판단하였다.⁶⁶⁾ 그러나 제2위원회는 타인

64) J. von Staudinger, *Ibid.*(*supra* note 63), Vorbem zu §677 ff Rn.170(Andreas Bergmann).

65) Martin Henssler/Jan Busche/Matthias Casper, *op. cit.*(*supra* note 40), §687 Rn.1(Seiler).

66) Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band III Schuldrecht Besonderer Teil 2. Teilband: §§657-853*, Mohr Siebeck, 2013, §687 II Rn.2(Nils Jansen).

의 법률영역에 위법하게 침범한 무단사무관리자가 적법한 사무관리자에 비해 유리한 지위에 놓이는 것을 방지하기 위하여 무단사무관리에도 사무관리에 관한 법적 효과를 부여하는 것이 타당하다고 판단하였고, 현행 독일 민법 제687조 제2항은 제2위원회의 위와 같은 결단에 기반하고 있다.⁶⁷⁾ 다만 위와 같은 입법과정에 비추어 볼 때, 당시 입법자들은 무단사무관리를 규율하는 방식을 결정함에 있어 사무관리제도의 틀 내에서 무단사무관리자를 적법한 사무관리자로 취급할 수 있는지 여부에만 초점을 둔 것으로 보이고, 무단사무관리에 관한 규정이 계약 이외의 국면에서 발생하는 이득책임 전반을 규율하는 것까지 기대하지는 않았던 것으로 파악된다.⁶⁸⁾

위와 같은 입법에도 불구하고, 적법한 사무관리의 성립요건을 구비하지 못할 뿐만 아니라, 타인의 영역에 대한 침해를 인식하였다는 점에서 오신사무관리에 비해 오히려 위법성이 강한 무단사무관리에 사무관리에 관한 법적 효과를 부여하는 것이 타당한지 여부에 관한 논의는 여전히 지속되고 있다. 현행 독일 민법의 규율 방식에 비판적인 견해는, 무단사무관리를 사무관리의 범주에 포섭한 것은 타인의 사무에 관한 객관적인 결정을 함에 있어 사무관리와 일관된 기준을 제시하기 위한 목적이었으나, 타인의 영역에 무단으로 침범한 위법행위자를 마치 적법하게 본인을 위해 사무를 관리한 사람과 동등하게 취급하여 스스로의 이익을 도모하는 행위를 금지하기 위해서는 위법행위자에게 타인을 위하여 이타적으로 행동해야 한다는 의무를 부과하는 것이 가능하고, 그러한 의무를 위반한 행동을 제재할 필요성이 인정되어야 하는데, 적법한 사무관리에 관한 독일 민법 제677조에서는 이러한 점을 도출할 수 없다는 점에서 독일 민법 제687조 제2항은 체계적으로 오류가 있다는 점을 지적하고 있다.⁶⁹⁾

한편, 독일 민법 제687조 제2항의 적용을 받기 위해서는 객관적으로 행위자가 위임이나 권한 없이 타인의 사무를 처리하여야 하고, 주관적으로 행위자에게 해당 사무가 타인

67) Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, *Ibid.(supra note 66)*, §687 II Rn.3(Nils Jansen).

68) Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, *Ibid.(supra note 66)*, §687 II Rn.2(Nils Jansen).

69) Tobias Helms, *op. cit.(supra note 14)*, 127ff; 같은 책 S. 125는 위법한 이득을 환수할 필요성이 존재하고, 이에 관한 명문의 규정이 있음에도 불구하고 사실상 부진정사무관리의 법리가 독일 내에서 실질적으로 중요한 역할을 담당하지 못하고 있다는 점을 지적하고 있다. 그밖에 무단사무관리는 ① 타인의 사무를 관리한다는 점과 ② 이를 의도적으로 자신의 부당한 이익을 위해 남용한다는 점을 구성요건의 표식(Tatbestandsmerkmal)으로 하고 있다는 점에서 전통적인 귀속이론이나 위법성이론은 무단사무관리를 정당화하는 논거로서 한계가 있고, 이를 해결하기 위해서는 영미법상 의제신탁의 법리를 활용할 필요가 있다는 견해도 존재한다[J. von Staudinger, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 §§677-704*, §687 Rn.11, 12(Andreas Bergmann)].

의 사무라는 점에 대한 인식이 있을 것이 요구되는데, 이 점에 있어서는 적법한 사무관리의 성립요건과 크게 다르지 않다.⁷⁰⁾

그러나 무단사무관리는 행위자가 타인의 사무를 관리할 권한이 없다는 점을 인식하면서 자신의 이익을 도모하기 위한 의도로 타인의 사무를 관리한다는 측면에서 적법한 사무관리와 명확히 구별되고, 이러한 점에서 무단사무관리는 타인의 권리를 의도적으로 침해하는 위법행위에 해당한다.⁷¹⁾ 독일 민법 제687조 제2항의 존재로 인해 불법행위나 부당이득책임이 배제되는 것은 아니고, 위 규정의 요건이 충족되었다고 하여 사무관리의 규정에 따른 법적 효과가 당연히 부여되는 것도 아니므로, 본인은 선택적으로 불법행위 내지 부당이득에 관한 청구권을 행사하거나, 사무관리에 따른 법적 효과를 주장할 수 있다.⁷²⁾ 즉, 본인이 독일 민법 제687조 제2항의 적용을 주장할 때 비로소 같은 법 제677조, 제678조, 제681조, 제682조에 규정된 청구권을 행사할 수 있게 되고, 이 경우 사무관리자의 부수적 의무에 관한 독일 민법 제681조가 수임인에게 인도 의무를 부과하는 독일 민법 제667조를 준용함에 따라 무단사무관리자는 운용이익을 포함하여 본인의 사무를 처리하는 과정에서 취득한 모든 이익을 본인에게 반환할 의무를 부담하게 된다.⁷³⁾ 다만 독일 민법 제687조 제2항이 적용되더라도 사무관리에 관한 법적 효과를 향유할 수 있음에 그치는 것이고, 위법한 무단사무관리자의 행위가 적법한 사무관리로 승인되었음을 의미하는 것은 아니라는 점을 유의할 필요가 있다.⁷⁴⁾

무단사무관리를 규율하는 독일 민법 제687조 제2항이 계약에 따른 사무를 처리하는 과정에서 그 의무를 위반하여 부당한 이득을 취득한 경우에도 의무위반자로부터 부당하게 취득한 이득을 환수하는 법적 근거로서 작동할 수 있는지와 관련하여서는 이를 부정

70) BGH NJW 2000, 72, 73; NJW 1989, 1225, 1257; Erman, *op. cit. (supra note 48)*, §687 Rn.4(Domis); Otto Palandt, *op. cit. (supra note 61)*, §687 Rn.2a(Hartwig Sprau); Martin Henssler/Jan Busche/Matthias Casper, *op. cit. (supra note 40)*, §687 Rn.8(Seiler); 타인의 사무에 대한 인식과 타인을 위한 관리의사는 모두 사무관리가 성립하기 위한 주관적 요건에 해당한다. 다만 타인의 사무에 대한 인식은 관리자 인식의 상태 내지 상황에 관한 것으로서 독일 민법 제687조 제1항에서 법적 근거를 발견할 수 있고, 타인을 위한 관리의사는 관리자의 주관적 의도 내지 의사에 관한 것으로서 독일 민법 제677조에서 법적 근거를 발견할 수 있다는 점에서 양자는 구별되어야 하는 개념이다[Erman, *op. cit. (supra note 48)*, §677 Rn.9(Domis)].

71) Erman, *Ibid. (supra note 48)*, §687 Rn.5, 6(Domis); Otto Palandt, *op. cit. (supra note 61)*, §687 Rn.2a(Hartwig Sprau); Martin Henssler/Jan Busche/Matthias Casper, *op. cit. (supra note 40)*, §687 Rn.8(Seiler).

72) Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil 3. Auflage*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, S. 261; Walter Seitz, "Prinz und die Prinzessin - Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit", *NJW Heft. 43*, C.H.Beck, 1996, 2848f.

73) RGZ 88, 351, 359f; BGHZ 29, 157, 159.

74) Erman, *op. cit. (supra note 48)*, §687 Rn.9(Domis).

하는 견해가 유력하다.⁷⁵⁾ 독일 민법 제687조 제2항을 포함한 독일 민법 제677조 이하의 규정들은 행위자에게 타인의 사무와 관련하여 법적 권한이 존재하지 않는 상황을 규율하기 위한 목적으로 제정된 이상, 당사자 사이의 계약에 따라 타인의 사무를 처리할 권한을 보유한 행위자가 사무를 처리하는 과정에서 계약상 의무를 위반한 경우까지 그 적용 범위를 확장하는 것은 적절하지 않다는 점을 주요 근거로 한다.⁷⁶⁾

그밖에 독일 민법 제687조 제2항과 관련하여서는 독일 민법 제687조 제2항을 삭제하되, 독일 민법 제251조 제3항에 “배상의무자가 채권자의 권리를 의도적으로 침해한 경우 채권자는 손해배상을 청구하는 대신 배상의무자가 취득한 이득의 반환 및 위 이익에 관한 계산을 제시할 것을 청구할 수 있다.”라고 추가하는 방식의 독자적인 입법안이 제시되기도 하였다.⁷⁷⁾ 다만 이러한 입법안에 대해서는 그 규정의 적용 범위가 명확하지 않고,⁷⁸⁾ 비록 채권자의 자산이 배상의무자가 취득한 이득에 부수적인 기여를 하였다고 하더라도 그러한 이득이 모두 채권자에게 귀속될 수 있다면, 오히려 채권자를 과도하게 보호하는 결과를 초래할 수 있다는 측면에서 비판이 제기됨에 따라 결과적으로 입법까지 관철되지는 않았다.⁷⁹⁾

2.2 일본

일본의 경우 사무관리에 관한 민법 제697조 제1항은 “의무없이 타인을 위하여 사무의 관리를 개시한 자는 그 사무의 성질에 좇아 가장 본인의 이익에 적합한 방법에 따라 그 사무의 관리를 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 위 규정을 근거로 일본에서도 사무관리의 성립을 위해서는 타인을 위한 관리의사가 필요하다고 보는 것이 지배적인 견해이다.⁸⁰⁾ 일본 민법의 경우에도 우리나라와 마찬가지로 관리자에게 타인을 위한 관리의사

75) Martin Löhnig, *op. cit.*(*supra* note 27), S. 624f.

76) Martin Löhnig, *Ibid.*(*supra* note 27), S. 624f.

77) Gehard Wagner, *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006 Band I: Gutachten/Teil A: Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, C.H.Beck, 2006, S. A 95, 97.

78) 입법안을 제시한 Wagner 스스로도 입법안 제251조 제3항의 규정에는 별도의 제한이 명시되어 있지 않음에도 불구하고, 원칙적으로 위 규정의 적용 범위는 시장을 우회하여 강제적으로 이익이 이전된 경우를 대상으로 한다고 제한적으로 해석하였다[Gehard Wagner, *Ibid.*(*supra* note 77), S. A 91].

79) Tobias Helms, *op. cit.*(*supra* note 14), S. 480ff.

80) 編者 窪田充見, 新注釋民法(15) 債權(8), 有斐閣, 2017, 32頁(平田健治).

가 없는 경우를 규율하는 별도의 규정을 두고 있지 않고, 이로 인해 관리자가 타인을 위한 의사가 아닌 자기의 이익을 위하여 사무를 처리한 경우 준사무관리⁸¹⁾를 인정할 수 있는지 여부를 둘러싸고 다양한 견해가 주장되고 있다.

우선 준사무관리를 인정하지 않을 경우 고의로 타인의 권리에 간섭한 위법행위자에게 그 이익을 귀속시킴으로써 불공평한 결과를 초래하고, 불법을 조장할 수 있다는 측면에서 일반적 사회정의의 관념에 부합하는 해석을 위해서는 명문의 규정이 없더라도 준사무관리를 긍정해야 한다는 견해가 있다.⁸²⁾ 준사무관리를 부정하는 견해는 ① 관리자 자신을 위한 관리행위는 불법행위 또는 부당이득으로 처리하면 족하고, 오히려 관리자의 특수한 재능이나 노력에 의해 취득한 이득을 본인에게 귀속시키는 것은 부당하다는 견해⁸³⁾와 ② 준사무관리에 관한 별도의 규정이 존재하지 않는 이상 관리자로부터 이득을 박탈할 필요성만으로 준사무관리를 인정할 수는 없다고 하면서도, 본인이 관리자의 행위를 사후적으로 추인하는 경우에는 타인을 위한 관리의사라는 요건의 흠결이 치유되는 이상 사무관리의 법리에 따라 관리자에 대하여 이득을 반환하도록 청구하는 것이 가능하다는 견해⁸⁴⁾ 등이 있다. 그 밖에도 적법한 사무관리가 성립한 경우와 타인을 위한 관리의사라는 주관적 요건이 흠결된 경우는 외형은 유사할지 몰라도 본질적으로 완전히 다른 것이므로, 독일 민법과 같이 명문의 규정이 없는 상황에서 이를 사무관리와 연관지어 취급하는 것은 타당하지 않고, 상법상 개입권 규정의 일반화를 통하여 해결하는 것이 바람직하다는 견해 등도 존재한다.⁸⁵⁾

일본에서 준사무관리를 논함에 있어 대표적으로 논의되는 판례로는 이른바 ‘공유선박 매각사건’이 있다.⁸⁶⁾ 이 판결의 주요 사실관계는 다음과 같다. 실질적으로 선박을 공유하는 관계에 있던 X와 Y는 편의상 선박을 Y의 명의로만 등록을 하였고, Y는 X의 동의를 받지 않고 자신의 지분과 함께 X의 지분까지 제3자에게 매각하였다. 이후 이를 알게 된 X는 Y를 상대로 선박 매각대금의 절반의 지급을 청구하였다. 이에 대하여 원심은 사무관리의 법리를 적용하여 X의 청구를 인용하였다. 그러자 Y는 상고를 하면서

81) 일본의 경우에는 준사무관리라는 용어를 사용하면서 준사무관리에 관한 논의의 범위를 무단사무관리의 영역에 한정하는 것이 일반적이다(近江幸治, 民法講義 VI 事務管理・不當利得・不法行為 第3版, 成文堂, 2018, 20-21頁 등).

82) 編者 石崎泰雄/渡辺達徳, 新民法講義 5, 事務管理・不當利得・不法行為法, 成文堂, 2011, 27-28頁(芦野訓和).

83) 橋本佳幸/大久保邦彦/小池 泰, 民法V 事務管理・不當利得・不法行為 第2版, 有斐閣, 2020, 14頁.

84) 加藤雅信, 新民法大系V 事務管理・不當利得・不法行為, 2002, 27-28頁.

85) 平田春二, “所謂準事務管理について”, 私法 第14号, 日本私法學會, 1955, 31-38頁.

86) 大判大正7年(1918年)12月19日民錄 24輯 2367頁.

X의 주장과 같이 사무관리가 성립하기 위해서는 Y가 X를 위하여 선박을 매각하였다는 것을 전제로 하나, Y가 선박을 매각한 것은 X를 위해서가 아니라 자신의 이익을 위해서였다는 이유로 사무관리는 성립할 수 없다고 주장하였다. 이에 대하여 일본 법원은 “공유자의 1인인 Y가 다른 공유자 X의 동의를 얻지 않고 자기의 지분과 함께 임의로 다른 공유자 X의 지분을 매각한 행위는 불법행위를 구성함에도 불구하고, 다른 공유자 X가 후일 매각행위를 승낙한 때에는 사무관리의 법칙에 의해 X는 민법 제701조, 제646조의 규정에 따라 Y가 X의 지분을 매각하여 수취한 대금의 인도를 청구하는 것이 가능하고, 본건에서 X가 추후 매각을 승인하였으므로, 사무관리의 규정을 적용하여 지분의 1/2에 상당한 금액을 청구할 수 있다.”라고 판시하였다. 위 판시사항과 관련하여 일본 법원이 준사무관리를 긍정하는 입장이라고 해석하는 것이 지배적인 견해이나,⁸⁷⁾ 준사무관리가 아닌 사무관리추인론을 채택한 판례라는 견해,⁸⁸⁾ 위 판결에서 준사무관리라는 용어를 언급하지 않은 이상 판례의 입장은 명확하지 않다는 견해⁸⁹⁾ 등이 주장되고 있다.

3. 무단사무관리의 인정 여부

우리 민법은 독일과 달리 사무관리에 관한 규정만 두고 있을 뿐 부진정사무관리에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않기 때문에 관리자가 타인을 위한 관리의사 없이 사무를 처리하는 과정에서 취득한 이득의 처리방법을 둘러싸고 견해가 대립하고 있다. 이를 명시적으로 판단한 대법원 판례는 아직 존재하지 않는다.

우선 사무관리가 성립하기 위하여 타인을 위한 관리의사가 요구되지 않는다는 견해의 경우, 타인의 사무라는 객관적인 요건만 충족이 되면 관리자의 이익을 위하여 사무를 처리한 경우에도 사무관리가 성립하는 이상 별도로 무단사무관리를 논의할 필요 없이 사무관리에 따른 법적 효과에 기하여 관리자가 취득한 이득을 반환시킬 수 있다고 한다.⁹⁰⁾ 그러나 사무관리가 성립하기 위해서는 타인을 위한 관리의사가 필요하다고 봄이 타당한 이상 관리자가 취득한 이득을 반환시킬 필요성에는 공감하더라도 위와 같은 결론에는 찬동하기 어렵다.

사무관리의 성립에 있어 타인을 위한 관리의사가 필요하다는 입장에서도 무단사무관

87) 橋本佳幸/大久保邦彦/小池 泰, 前掲書(注 83), 14頁.

88) 加藤雅信, 前掲書(注 84), 28頁.

89) 編者 石崎泰雄/渡辺達徳, 前掲書(注 82), 26頁(芦野訓和).

90) 이은영, 앞의 책(주 50), 659-660쪽.

리를 인정할 것인지 여부에 관해서는 다시 견해가 나뉜다. 이를 긍정하는 견해는 악의의 무단관리자가 위법한 관리행위에 의해 이익을 취득한 경우 사무관리에 따른 법적 효과를 부여하지 않으면, 본인은 무단관리자를 상대로 불법행위에 따른 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 수밖에 없는데, 이 경우 무단관리자가 본인의 손해나 손실을 초과하는 이익을 취득한 경우에는 이를 반환시킬 수 없게 되어 적법한 사무관리가 성립하는 경우와 비교할 때 본인이 상대적으로 불리한 지위에 처하게 됨으로써 불법의 동기를 정당화시켜주는 결론을 초래하는바, 이러한 결론은 정의와 공평에 어긋난다는 점을 논거로 한다.⁹¹⁾ 무단사무관리를 인정하는 입장에 따르면, 전문가가 의뢰인의 사무를 처리하는 과정에서 의뢰인의 이익과 충돌되는 행위를 함으로써 이익을 취득한 경우 의뢰인의 손해를 초과하는 초과이익은 사무관리에 관한 규정에 따라 반환시킬 수 있는 여지가 생긴다.

반면, 무단사무관리에 사무관리에 관한 법적 효과를 부여하는 것에 부정적인 입장은 현행 불법행위나 부당이득에 의한 손해의 배상이나 이득의 반환만으로 본인을 충분히 보호할 수 있고, 무단관리자의 재능에 의하여 취득한 이득을 본인에게 모두 반환시키는 것은 오히려 형평의 관념에 반하는 측면이 있으며, 사무관리에 따른 법적 효과를 부여하기 위해서는 관리의사가 필요함에도 명문의 규정이 없는 상황에서 관리의사가 결여된 무단관리를 적법한 사무관리에 준하여 취급할 필요가 없다는 점을 주요 논거로 한다.⁹²⁾ 그밖에 무단사무관리라는 별도의 개념을 상정하는 것을 부정하면서도, 무단사무관리에서 문제가 되는 무단관리자의 행태는 타인의 생활영역에 무단으로 침입하여 적극적 관리행위를 통해 상대방에게는 피해를 발생시킴과 동시에 무단관리자 스스로는 이득을 도모하는 특수한 불법행위의 한 유형이라는 점을 전제로, 이러한 사안에서는 특단의 사정이 없는 한 무단관리자의 위법한 이득을 바로 피해자의 손해라고 보아 사무관리에 있어서와 마찬가지로의 효과를 인정할 수 있다는 견해도 존재한다.⁹³⁾

무단관리자가 취득한 위법한 이득을 박탈함과 아울러 본인을 보다 두텁게 보호하기 위하여 무단사무관리의 개념을 인정하는 견해의 취지와 그와 같은 법정책적 필요성은 부정하기 어렵다.⁹⁴⁾ 그러나 무단사무관리는 어디까지나 타인의 영역에 부당하게 침해하

91) 김형배, 앞의 책(주 57), 53, 56쪽; 김중환/김학동, 앞의 책(주 17), 686쪽은 불법행위에 의한 손해배상청구권은 단기의 소멸시효에 걸리기 때문에 무단사무관리를 인정하지 않으면 위법한 관리자가 적법한 관리자보다 유리하게 된다는 점 역시 무단사무관리를 인정할 필요성으로 언급하고 있다.

92) 곽윤직, 앞의 책(주 17), 343쪽; 김상용, 앞의 책(주 17), 524쪽; 안춘수, 앞의 책(주 55), 473쪽.

93) 편집대표 곽윤직, 민법주해 제17권: 채권 10, 97-98쪽(최병조 집필부분).

는 행위로서 위법행위에 해당하므로 독일과 같이 명문의 규정이 없는 상황에서는 그 필요성만으로 적법한 행위에 해당하는 사무관리와 동일한 평면에서 규율하는 것은 바람직하지 않다는 점에서 무단사무관리에 사무관리에 관한 규정을 적용하는 것은 부정함이 타당하다. 독일 민법의 경우 부진정사무관리 중 오신사무관리는 무단사무관리에 비하여 그 위법성이 약함에도 불구하고 사무관리에 관한 규정을 배제하고 있다. 이는 타인을 위한 관리의사가 없는 경우에도 사무관리에 관한 규정을 적용할 필연성은 존재하지 않는다는 점을 나타낸다. 이러한 점에서 무단사무관리에 사무관리에 관한 규정을 적용하여 무단관리자로 하여금 취득한 이득을 반환하도록 하는 것은 논리적인 개연성이나 일관성보다 무단관리자가 취득한 이득을 보유하도록 방지하지 않겠다는 법정정책 결단에 가깝다고 보는 것이 바람직하다.

그러나 이와 같은 결론이 무단사무관리의 개념을 부정하는 견해들이 취하는 논거를 모두 수용한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 우선 무단관리자의 행위를 불법행위로 구성하되, 무단관리자가 취득한 이득을 피해자의 손해와 동일시하는 견해와 관련하여서는 무단관리자가 취득한 이득과 본인에게 발생한 손해는 명확히 구별되는 개념이라는 점에서 동의하기 어렵다. 설령 무단관리자가 취득한 이득만큼 본인에게 손해가 발생하였다는 점을 증명하는 것에 어려움이 있다고 하더라도, 위와 같이 이득과 손해를 동일시하기 위해서는 저작권법 제125조 제1항, 상표법 제110조 제3항 등과 같이 권리를 침해한 자가 얻은 이익액을 권리가 침해한 자의 손해액으로 추정하는 명문의 규정이 필요하고, 이러한 규정이 없는 이상 무단관리자가 취득한 위법한 이득을 곧바로 피해자의 손해라고 단정지을 수는 없다.

불법행위에 기한 손해배상청구권을 행사하는 경우 단기 소멸시효의 적용을 받기 때문에 무단사무관리를 인정하여야 한다는 논거도 선뜻 수긍하기 어렵다. 특정 청구권이 어떠한 소멸시효의 적용을 받는지 여부는 해당 청구권의 법적 성질이 정해지면 민법의 규정에 따라 자동적으로 결정이 되는 문제이고, 특정 청구권이 단기 소멸시효의 적용을 받는 결과를 방지하기 위한 목적에서 특정 청구권의 법적 성질을 변경하는 것은 옳지 않다.⁹⁵⁾

무단관리자의 재능으로 취득한 이익을 본인에게 반환시키는 것은 오히려 형평의 관념

94) 서중희, “부당사무관리 및 부진정사무관리와 부당이득과의 관계 -부당이득 성립요건 및 반환범위에 관한 재고찰과 함께-”, 민사법학 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013, 68쪽.

95) 만약 불법행위에 따른 손해배상청구권이 단기 소멸시효의 적용을 받는 것 자체가 부당한 측면이 존재한다면 해당 소멸시효기간의 연장 여부를 논의하는 것이 적절하다.

에 반한다는 주장은 무단관리자로부터 박탈한 이득을 반드시 본인에게 반환시켜야 한다는 결론이 필연적으로 도출되는 것은 아니라는 점에서 일견 타당한 지적이다. 그러나 무단관리자는 부당하게 타인의 영역에 침범하지 않았다면 처음부터 그러한 이익을 취득할 기회를 가지지 못하였을 가능성이 클 뿐만 아니라, 무단관리자가 위법한 행위를 통하여 취득한 이득을 그대로 방치하는 것은 타당하지 않고 이러한 행위를 억제할 필요성도 적지 않다. 반면, 비록 무단관리자의 노력 등이 투입되어 취득한 이득이라 할지라도 그러한 이득의 발생은 본인의 영역에 그 기원을 두고 있고, 본인이 관리를 하였더라면 그러한 이득을 취득하지 못하였을 것이라는 판단은 가정적 판단에 불과하다는 점 등을 비교해 보면, 무단관리행위를 통하여 취득한 이득은 무단관리자와 본인 중 본인에게 귀속되는 것이 보다 바람직하다.

무단사무관리의 개념을 부정하는 이상 의뢰인은 결국 손해배상 또는 부당이득 제도를 통하여 이득의 반환을 도모할 수밖에 없다. 다만 무단관리자가 취득한 이득을 환수하는 방안으로 손해배상책임을 추궁하는 것은 별도의 규정이 없는 상황에서 본인에게 발생한 손해를 초과하는 손해배상을 명하기 어렵다는 점에서 그 한계가 분명하다는 점은 전술한 바와 같다. 나아가 이 문제는 무단관리자가 위법하게 취득한 ‘이득’을 반환하도록 하는데 초점이 맞추어져 있는 이상 손해배상보다는 부당이득을 통하여 방안을 모색하는 것이 일관성의 측면에서 보다 자연스러운 선택이다.⁹⁶⁾ 그러나 부당이득의 반환범위와 관련하여 현재 판례는 손실한도설에 입각하고 있고, 판례의 입장에 따르는 경우 본인에게 발생한 손실을 초과하는 이득을 환수하는데 여전히 어려움이 존재한다. 이하에서는 이 문제에 관하여 보다 구체적으로 고찰하기로 한다.

V. 부당이득(이득토출책임의 가능성)

1. 침해부당이득의 의의 및 성립요건

부당이득은 피해자에게 발생한 손해의 전보를 주된 목적으로 하는 손해배상제도와 달리 수익자의 재산변동에 초점을 두고 부당한 이익의 귀속관계를 회복시키는 것을

96) 同旨 서종희, “부당사무관리 및 부진정사무관리와 부당이득과의 관계 -부당이득 성립요건 및 반환범위에 관한 재고찰과 함께-”, 70쪽.

주된 목적으로 한다.⁹⁷⁾ 민법상 부당이득이 성립하기 위해서는 수익자가 법률상 원인 없이 이익을 취득할 것이 요구된다(제741조). 이때 법률상 원인이라 함은 수익자의 이익 취득을 법률상 정당화하는 사유 내지 수익자가 취득한 이득을 그대로 보유할 수 있는 권원을 의미한다.⁹⁸⁾ 따라서 법률상 원인이 없다는 것은 수익자의 이익취득 또는 이익보유가 손실자와의 관계에서 재산적 정의에 반하는 상태에 있다는 것을 가리키고, 이익의 취득이나 그 보유가 재산적 정의에 반하여 정당화될 수 없다면, 비록 수익자가 수익의 전제가 되는 법률상의 권리를 가지고 있다고 하더라도 법률상 원인은 존재하지 않는 것이다.⁹⁹⁾

특히 부당이득에 관한 유형론에 따르면, 전문가가 의뢰인의 이익과 충돌하는 행위를 함으로써 스스로의 이익을 도모한 행위는 일반적으로 침해부당이득을 구성한다. 침해부당이득은 본래 법질서에 의해 특정인에게 배타적으로 할당된 이익 또는 귀속된 법익을 침해하여 이익을 얻은 자(수익자)에 대하여 그 이득을 반환할 것을 명하는 제도이다.¹⁰⁰⁾ 계약법의 보충적 규범의 역할을 수행하는 급부부당이득과 달리 불법행위의 보충적 규범의 기능을 담당하는 침해부당이득은 법질서에 의해 타인에게 독점적으로 귀속된 재산상의 지위를 부당하게 침해하였다는 점에서 정당화된다.¹⁰¹⁾ 침해부당이득에 있어서는 배타적으로 할당된 이익 또는 귀속된 법익을 침해하는 상태가 이미 교정되어야 할 상태를 의미하므로,¹⁰²⁾ 권리귀속에 반하는 침해가 있으면 법률상 원인의 흠결이라는 요건이 충족된다.¹⁰³⁾ 침해는 수익자가 손실자의 권리 등에 대하여 행한 가해행위로 한정되는 것이 아니고, 수익자의 행위에 의하여 침해가 이루어진 경우 수익자에게 귀책사유가 있는지 여부도 묻지 않는다.¹⁰⁴⁾ 따라서 침해부당이득의 경우 부당이득의 반환을 구하는

97) 김형배, 앞의 책(주 57), 170쪽; 서종희, “침해부당이득에서 수익자의 초과수익반환 -독일법을 중심으로 한 비교법적 고찰-”, 저스티스 제151호, 한국법학원, 2015, 201쪽.

98) 박윤직, 앞의 책(주 17), 355쪽; 지원립, 앞의 책(주 48), 1659쪽; 이를 전제로 급부부당이득에서는 급부의 원인이 되는 법률행위가 법률상 원인에 해당하고, 침해부당이득에서는 타인의 권리를 이용할 수 있는 권원이 법률상 원인에 해당하는 것으로 파악하고 있다[편집대표 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 5 제5판, 764쪽(이계정 집필부분)].

99) 송덕수, 앞의 책(주 13), 457쪽.

100) 편집대표 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 5 제5판, 761쪽(이계정 집필부분); 김형배, 앞의 책(주 57), 160쪽; 潮見佳男, 基本講義 債權各論 I 契約法・事務管理・不当利得 第2版, 新世社, 2016, 303頁.

101) Josef Esser/Hans-Leo Weyeres, *Schuldrecht Band II Besonderer Teil: Teilband 2 8. völlig neubearbeitete Auflage*, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 2000, S. 79; 김형배, 앞의 책(주 57), 170쪽.

102) 편집대표 박윤직, 민법주해 제17권: 채권 10, 245쪽(양창수 집필부분).

103) 김형배, 앞의 책(주 57), 176쪽.

사람은 자신에게 배타적으로 할당된 권리의 내용에 반하는 침해로 인하여 수익자가 이익을 얻었다는 사실을 주장·증명하면 족하고, 그러한 침해를 법률상 정당화할 수 있는 사유가 있는지 여부는 수익자에게 주장·증명할 책임이 있다.¹⁰⁵⁾ 즉, 침해부당이득에 있어 법률상 원인은 침해부당이득반환 청구권의 적극적 성립요건이라기보다는 수익자의 항변사유 이상의 의미를 지니지 않는다.¹⁰⁶⁾

이러한 관점에서 살펴볼 때, 이익충돌행위를 통하여 부당한 이득을 취득한 전문가를 상대로 의뢰인이 그 반환을 청구함에 있어 전문가와 의뢰인 사이에 체결된 위임계약은 해당 이익이 전문가에게 귀속되는 것을 정당화할 수 없는 이상 부당이득의 성립을 방해하는 법률상 원인이 될 수 없다. 전문가와 의뢰인이 체결한 위임계약은 전문가가 의뢰인의 사무를 처리하기 위한 법률상 원인에 불과하다. 따라서 전문가가 위임계약의 내용에 따라 정당하게 의뢰인의 사무를 처리하였다면, 사무처리 과정이나 그 결과에 대한 법적 규율은 전문가와 의뢰인 사이에 체결된 위임계약과 민법상 위임에 관한 규정을 통해 이루어진다. 그러나 전문가가 이익충돌행위를 통하여 부당하게 자신의 이익을 도모하였다면, 전문가의 이익충돌행위나 그로 인하여 전문가가 취득한 이득은 위임계약이 예상하거나 예정할 수 없었던 사항으로, 위임계약이 목적하고 있는 규율 범위를 벗어난다. 전문가가 위임사무의 처리과정에서 의뢰인의 이익이 아닌 자신의 이익을 도모할 의사로 부당하게 이득을 취득하고 이를 보유하는 행위를 법률상 정당화할 수 있는 규정도 존재하지 않는다. 물론 특별한 사정이 없는 한 사적자치의 원칙상 전문가와 의뢰인이 위임계약을 체결하는 과정에서 그와 같은 이익취득에 관해서도 별도의 약정을 할 수 있지만, 이러한 경우에는 전문가의 이익취득에 의뢰인의 동의가 있는 이상 처음부터 부당하게 취득한 이득이라 평가할 수 없다. 만약 위와 같은 특별한 사정이 없다면, 전문가와 의뢰인 사이에 위임계약이 체결되었다는 사정은 전문가가 의뢰인과 이익이 충돌하는 행위를 하여 이득을 취득하는 행위를 법률상 정당화할 수 없고, 해당 위임계약의 존재가 위와 같이 취득한 이득을 전문가로 하여금 계속하여 보유할 수 있도록 하는 권원으로도 작동할 수 없는 이상, 결과적으로 전문가가 이익충돌행위를 통하여 취득한 이득은 부당이득의 성립에 필요한 ‘법률상 원인이 없을 것’이라는 요건을 충족한다.

한편, 민법 제741조는 “법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고

104) 김상용, 앞의 책(주 17), 539쪽.

105) 四宮和夫, 事務管理・不當利得, 靑林書院, 1981, 72頁; 대법원 역시 같은 입장이다(대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결).

106) 편집대표 박윤직, 민법주해 제17권: 채권 10, 246쪽(양창수 집필부분); 김상용, 앞의 책(주 17), 540쪽.

이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.”라고 규정하여 부당이득의 성립과 관련하여 ‘손해’를 언급하고 있다. 나아가 대법원은 원칙적으로 부당이득 반환의 범위와 관련하여 ‘수익자가 반환해야 할 이득의 범위는 손실자가 입은 손해의 범위에 한정’된다는 입장을 취하고 있다.¹⁰⁷⁾ 만약 부당이득에 있어 손해의 개념을 불법행위에 있어 손해의 개념과 동일하게 파악한다면, 전문가가 이익충돌 행위를 통하여 의뢰인에게 발생한 손해를 초과하는 이익을 취득한 경우 부당이득제도를 활용하여도 초과 수익에 대한 반환책임을 인정하기 어렵게 된다.

그러나 부당이득에서 손해의 개념은 반드시 수익자의 귀책사유나 위법행위를 전제로 하지 않는다는 점에서 채무불이행 또는 불법행위에서의 손해의 개념과 구별된다.¹⁰⁸⁾ 더욱이 침해부당이득의 성립에는 급부부당이득과 달리 침해자가 취득한 이득과 특정인에게 발생한 손해 사이의 재산의 이동(Vermögensverschiebung)은 요구되지 않고,¹⁰⁹⁾ 특정인에게 배타적으로 귀속된 이익이 침해된 상태 그 자체를 손해로 해석하므로,¹¹⁰⁾ 수익자의 행위로 권리자에게 본래적 의미의 손해(Schaden)가 발생하였는지 여부는 부당이득의 성립에 영향을 미치지 않는다.¹¹¹⁾ 따라서 전문가가 의뢰인의 사무를 처리하는 과정에서 의뢰인의 사무에 기초하여 취득한 정보나 기회 등을 이용하여 자신의 이득을 취득한 경우에는 의뢰인에게 배타적으로 귀속된 법익을 침해하였다고 봄이 타당한 이상, 의뢰인에게 경제적 손해가 발생하였는지와 무관하게 침해부당이득의 성립을 인정할 수 있다. 또한 민법 제748조는 수익자의 반환범위와 관련하여 선의의 수익자는 그 받은 이익이 현존하는 한도에서 이를 반환하도록 규정(제1항)하고 있고, 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 손해까지 배상하도록 규정(제2항)하고 있을 뿐이므로, 부당이득의 반환범위를 손실자에게 발생한 손해를 기준으로 제한할 법률상의 근거는 존재하지 않는다. 이처럼 침해부당이득의 성립에 있어서는 손실자에게 본래적

107) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다34711 판결 등 참조.

108) 이은영, 앞의 책(주 50), 693쪽.

109) Hans-Georg Koppensteiner/Ernst A. Kramer, *Ungerechtfertigte Bereicherung 2 neu bearbeitete Auflage*, Walter de Gruyter, 1988, S. 85f; Hans Josef Wieling/Thomas Finkenauer, *Bereicherungsrecht 5. Auflage*, Springer, 2020, S. 51; 김형배, 앞의 책(주 57), 160, 171쪽.

110) 편집대표 김용덕, 주석 민법: 채권각칙 5 제5판, 761쪽(이계정 집필부분).

111) Josef Esser/Hans-Leo Weyeres, *op. cit. (supra note 101)*, S. 79; 편집대표 곽윤직, 민법주해 제17권: 채권 10, 243-245쪽(양창수 집필부분). 급부부당이득의 경우에도 손실을 별도의 요건으로 취급하는 것은 무용(Entbehrlichkeit)하다는 지적으로는 Dirk Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil 16. Auflage*, Vahlen, 2021, S. 441.

의미의 손해가 발생하였는지 여부는 고려대상이 아니고, 부당이득의 반환범위를 손실자에게 발생한 손해를 한도로 제한할 법률상 근거도 존재하지 않는 이상, 전문가가 이익충돌행위를 통하여 취득한 이득을 부당이득으로 반환하는 경우 그 반환범위는 전문가가 취득한 이득에 초점을 두어 결정하면 족하고, 의뢰인에게 발생한 손해를 한도로 제한하여서는 안 된다고 봄이 타당하다.¹¹²⁾

2. 침해부당이득의 효과와 이득토출책임의 필요성

부당이득이 성립한 경우 수익자는 원칙적으로 원물을 반환하여야 하고, 원물반환이 불가능한 경우에는 그 가액을 반환하여야 한다(민법 제747조 제1항). 원물반환이 불가능한 경우라 함은 멸실이나 훼손 등으로 객관적으로 반환이 불가능한 경우뿐만 아니라 수익자의 처분 등으로 인하여 주관적으로 불가능한 경우도 포함하고, 이 경우 수익자가 반환하여야 할 가액은 원물의 객관적 가치를 금전으로 환산한 금액을 의미한다.¹¹³⁾ 침해부당이득의 경우 원래 권리자인 타인에게 배타적으로 귀속되어야 할 사용·수익·처분 등의 권능이 사실상 수익자에 의해 행사되는 것 자체를 이익으로 파악하므로,¹¹⁴⁾ 원칙적으로 침해자가 타인에게 배타적으로 귀속되는 권능을 이용하여 실제 어느 정도의 수익을 얻었는지와 관계없이 그 이용에 대한 객관적 대가를 부당이득으로 반환하여야 한다.¹¹⁵⁾ 한편, 대법원 판례에 의하면 수익자가 부당이득한 재산을 이용하는 과정에서 자신의 능력이나 노력 등을 투자하여 얻은 이른바 운용이익은 “사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 아니하였더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 당연히 취득하였으리라고 생각되는 범위 내”에서만 수익자의 반환의무를 인정하고 있다.¹¹⁶⁾

위와 같은 해석론 및 대법원의 입장에 의하면, 전문가가 수임인의 지위에서 의뢰인의 정보 등을 이용하여 부당한 이익을 취득한 경우 원칙적으로 전문가는 그 이용에 대한

112) 같은 취지에서 부당이득의 성립에 있어 손해는 요건이 아니거나 그 의미가 크지 않다는 취지의 견해로는 서종희, “부당사무관리 및 부진정사무관리와 부당이득과의 관계 -부당이득 성립요건 및 반환범위에 관한 재고찰과 함께-”, 57-58, 70-71쪽; 이계정, “부당이득에 있어서 이득토출책임의 법리와 그 시사점 -반환범위에 있어 손해중심에서 이득중심으로의 전환-”, 저스티스 169호, 한국법학원, 2018, 73-74쪽.

113) 편집대표 박윤직, 민법주해 제17권: 채권 10, 565쪽(양창수 집필부분).

114) 編著者 谷口知平・甲斐道太郎, 新版 注釋民法(18) 債權(9) 事務管理・不當利得, 有斐閣, 1991, 421-422頁(田中整爾).

115) 편집대표 박윤직, 민법주해 제17권: 채권 10, 244쪽(양창수 집필부분).

116) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다26328, 26335 판결 등.

객관적 대가 및 사회통념상 전문가의 행위가 개입되지 아니하였더라도 의뢰인이 당연히 취득하였으리라고 인정되는 범위 내의 운용이익을 반환할 의무를 부담하게 된다. 영미 신인의무에 관한 법리에 따르면 본인과 신인관계에 있는 수인자가 신인의무를 위반하여 부당한 이익을 취득한 경우 원칙적으로 수인자는 해당 위법행위로부터 취득한 이득 모두를 반환해야 하는 이득토출책임을 부담하는데,¹¹⁷⁾ 운용이익에 관한 현행 대법원의 입장은 위와 같은 이득토출책임에 따른 반환범위와 비교할 때 전문가의 이득반환 범위를 축소시키는 결론을 낳는다.¹¹⁸⁾

당사자의 관계와 지위, 부당이득이 발생하게 된 경위 등에 따라 부당이득의 성질이나 유형은 다양할 수밖에 없다. 따라서 운용이익 내지 초과이익을 반환하도록 할 것인지를 여부, 만약 반환을 인정한다면 이를 손실자와 수익자 중 누구에게 어느 범위만큼 귀속시킬 것인지 여부 등과 관련하여 모든 사안에 일률적으로 적용할 수 있는 기준을 상정하는 것은 용이하지 않다.¹¹⁹⁾ 그러나 부당이득의 반환범위를 결정함에 있어 수익자가 손실자의 권리 내지 법적이익을 침해하는 행위를 억제할 필요성이 매우 크고, 손실자를 보호할 고도의 필요성이 있는 경우에는 수익자가 취득한 운용이익 내지 초과이익까지 모두 부당이득의 반환범위에 포함시키고자 하는 적극적인 노력이 요구되며,¹²⁰⁾ 전문가가 의뢰인과 이익충돌행위를 함으로써 부당한 이득을 취득한 경우는 위와 같은 요건을 충족하는 대표적인 유형이라 할 수 있다. 의뢰인이 전문가에 대한 고도의 신뢰를 기반으로 사무처리를 위탁하였음에도 불구하고 전문가가 그러한 의뢰인의 신뢰에 편승하여 의뢰인의 이익과 충돌하는 행위를 한 것은 그 비난가능성이 적지 않다는 점에서 이익충돌행위를 통하여 취득한 이익을 그대로 보유할 수 있도록 허용하는 것은 공평의 원칙상 타당하지 않다.

아울러 의뢰인은 자신의 재산이나 사무를 위탁하였음에도 불구하고 실질적으로 전문가의 사무처리를 감독하거나 통제하기 용이하지 않은 지위에 있다는 점을 감안할 때, 상대적으로 의뢰인을 보호할 필요성이 강하게 요구된다. 만약 이러한 경우까지 의뢰인

117) Andrew Burrows, *The Law of Restitution 3rd ed.*, Oxford University Press, 2011, p. 645.

118) 물론 영미법상 이득토출책임의 경우에도 반환의무자에게 무제한적인 이득반환책임을 부과하는 것은 아니다. 수인자가 이득을 취득하는 과정에서 지출한 비용이나 신인의무 위반행위와 이득 사이의 인과관계가 격원한 경우에는 반환범위에서 제외를 인정하고 있다(the principle of remoteness of gain). 미국 제3차 부당이득 리스테이트먼트 §51 (5) 또한 이를 인정하고 있다.

119) 같은 맥락에서 지원림, 앞의 책(주 48), 1687쪽은 운용이익을 누구에게 귀속시킬지 여부는 법적용자의 결단에 속하는 문제라고 서술하고 있다.

120) 이계정, 앞의 논문(주 112), 75쪽.

이 아닌 전문가의 재능이나 노력에 기초하고 있다는 이유만으로 전문가가 이익충돌행위를 통하여 취득한 이익을 그대로 보유할 수 있도록 한다면, 전문가를 신뢰하여 자신의 재산이나 사무를 위탁한 의뢰인에게 유·무형의 불측의 손해가 발생할 가능성이 매우 크고, 궁극적으로 전문가의 이익충돌행위를 방지하거나 조장함으로써 전문가제도 자체의 유지와 존속을 위협하는 결과로 이어질 수 있다는 점까지 고려하면 전문가에 대한 엄격한 책임을 부과함으로써 위와 같은 행위를 강력하게 억제하는 것이 타당하다.

더욱이 일반적으로 의뢰인은 위탁하는 사무에 관하여 전문적인 지식이나 능력이 불충분하기 때문에 이러한 지식과 능력을 갖춘 전문가에게 자신의 사무처리를 위탁하는 것인데, 현재 대법원 판례의 입장과 같이 운용이익의 반환을 사회통념상 전문가의 행위가 개입되지 아니하였더라도 의뢰인이 당연히 취득하였으리라고 인정되는 범위로만 한정한다면, 전문가의 전문적 지식과 능력에 기초하여 취득한 이익에 관해서는 반환을 구하는 것이 사실상 매우 어렵게 된다.

다만 이처럼 전문가에 대한 이득토출책임을 도입할 필요성을 인정하더라도 위와 같은 사정만으로 전문가가 취득한 초과이익을 의뢰인에게 반환하도록 하는 점에는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 전문가는 의뢰인의 사무처리 위탁으로 인해 본래 의뢰인에게 권한이 있는 영역의 일부를 이전받은 것이다.¹²¹⁾ 즉 전문가의 입장에서는 의뢰인으로부터 사무를 위탁받지 않았다면 해당 사무처리 과정에서 취득하였던 정보나 기회에 접근하는 것조차 허용되지 않았을 가능성이 높은 반면, 의뢰인의 입장에서는 위와 같은 정보나 기회가 전문가가 취득한 이익발생의 원천이고, 의뢰인 스스로는 해당 사무에 관련된 전문지식이나 능력이 부족하더라도 만약 동등한 전문지식과 능력을 갖추고 의뢰인에게 충실한 다른 전문가에게 사무를 위탁하였더라면 이익충돌행위를 한 전문가가 취득한 이익 역시 의뢰인에게 귀속되었을 가능성을 배제할 수 없다.

따라서 전문가가 의뢰인의 사무를 처리하는 과정에서 의뢰인의 이익과 충돌되거나 허용되지 않은 이익을 향수하는 것이 금지됨에도 불구하고, 전문가가 이러한 의무에 위반하여 이득을 취득한 경우에는 이득토출책임의 법리에 따라 전문가가 취득한 이득 전부를 의뢰인에게 반환할 의무를 부담하도록 하는 것이 타당하다.

121) Lionel Smith, "Fiduciary Relationships: Ensuring the loyal Exercise of Judgement on Behalf of Another", *Law Quarterly Review Vol. 130*, Sweet & Maxwell Limited, 2014, p. 628은 수인자가 본인의 자율성(autonomy), 즉 선택능력(choice-making ability)의 일부를 취득하는 것이 신인관계의 특징이고, 수인자가 위와 같은 지위에 있는 이상 수인자의 지위에서 취득한 모든 이익은 수인자에게 귀속될 수 없다고 서술하고 있다.

3. 다른 나라의 입법상황 및 시사점

위에서 논의한 바와 같이 전문가가 이익충돌 행위를 통해 의뢰인의 손해와 무관하게, 또는 의뢰인의 손해를 초과하여 취득한 이득에 대해서 그 반환의 필요성을 인정하더라도 현행 민법의 규정 및 그 해석상 곧바로 이득토출책임을 도출하는 것은 용이하지 않은 측면이 존재한다.

이와 관련하여 프랑스는 2016년 민법 개정에서 그동안 판례를 통하여 인정되던 부당 이득제도를 전면적으로 민법에 수용하였다. 개정 프랑스 민법 제1303조는 기존 판례의 입장에 따라 손실과 이익 중 적은 가액을 배상하도록 하는 이중한도의 원칙(*règle de double plafond*)을 부당이득 반환범위의 원칙적인 기준으로 채택하는 한편, 제1303-4조에 서는 그 예외를 인정하여 수익자가 악의인 경우에는 손실과 이익 중 큰 가액을 배상 (*indemnité*)하도록 함으로써 손실을 초과하는 이익 반환에 관한 명시적인 법적 근거를 마련하였다.

독일과 유사하게 스위스 역시 무단사무관리에 관한 명문의 규정(스위스 채무법 제423 조 제1항)을 두고 있다.¹²²⁾ 그런데 최근 스위스는 채무법 총칙의 개정을 위한 채무법 2020 초안(OR 2020)에서 무단사무관리에 관한 규정을 삭제하는 한편, 타인의 법적으로 보호받는 이익(*rechtlich geschützten Interessen*)을 침해함으로써 이익을 얻은 경우 그러한 사실을 인식하지 못하였고 인식하였어야 했던 것도 아니라는 점을 증명하지 못하는 한, 이익의 전부 또는 일부를 권리자에게 반환하여야 한다는 규정을 도입하는 방식으로 침해부당이득에 있어 수익반환에 관한 법적 근거를 마련하였다(제69조).

이미 무단사무관리에 관한 규정을 통하여 타인의 영역에 부당하게 침범하여 위법하게 취득한 이득을 환수할 수 있는 법적 수단을 보유하고 있음에도 불구하고, 이를 대체하여 부당이득에 관한 새로운 입법을 시도한 스위스 채무법 2020 초안은 우리 민법에도 시사하는 바가 적지 않다. 우리 민법상 무단사무관리에 관하여 명시적인 규정이 없음에도 불구하고, 무단사무관리의 개념을 인정하고자 하는 견해의 주된 목적은 무단관리자가

122) 스위스 채무법 제423조 제1항이 도입된 배경 역시 독일과 거의 흡사하다. 즉 스위스 채무법상으로도 사무관리가 성립하기 위한 요건으로 타인을 위한 관리의사를 요구하고 있고, 무단사무관리는 이러한 의사가 결여되어 있다는 점에서 사무관리의 성립요건을 충족할 수 없으나, 무단사무관리자가 적법한 사무관리자에 비하여 유리한 지위에 놓이는 것을 방지하기 위한 목적에서 스위스 채무법 제423조 제1항이 제정되었다고 한다 [Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar: Obligationenrecht I Art.1-529 Or 5. Auflage*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 423 N 2(Rolf H. Weber)].

타인의 사무를 무단으로 관리하여 취득한 이득을 그대로 보유하는 것이 정당하지 못하다는 점에 주목하여 무단관리자로부터 위와 같이 취득한 이득을 박탈하고자 하는 점에 있다. 전술한 바와 같이 독일이나 스위스에서 무단사무관리 규정을 두게 된 배경 역시 논리적인 귀결이라기보다는 무단관리자를 적법한 사무관리자보다 유리한 지위에 두어서는 안 된다는 법정책적 결단에 기반하고 있는 성격이 강하고, 그러한 연유로 이미 무단사무관리에 관한 명문의 규정을 두고 있는 독일에서조차 무단사무관리를 사무관리 제도를 통하여 규율하는 점에 관한 비판이 지속되고 있는 것이다. 무단사무관리는 처음부터 타인이 아닌 무단관리자 스스로의 이익증진을 목적으로 하는 위법한 행위라는 점에서 타인을 위한 이타적인 행위인 적법한 사무관리와는 본질적으로 차이가 존재하므로, 이를 사무관리제도를 통하여 해결하는 것은 적절하지 않다.

결국 이 논쟁의 핵심은 타인의 배타적인 법익을 침해하여 초래된 재산법적 질서에 반하는 재화의 귀속에 있는 이상, 이를 시정하는 것은 부당한 이익의 귀속 관계 회복을 주된 목적으로 하는 부당이득제도¹²³⁾를 활용하는 것이 타당하다. 이러한 점에서 무단사무관리에 관한 규정을 삭제하는 대신 이를 부당이득의 영역으로 편입하고자 하는 스위스 채무법 2020 초안의 개정 방향은 긍정적으로 평가할 수 있다. 이득환수에 관한 다른 나라의 입법 상황과 논의에 비추어 볼 때, 우리 민법에도 부당이득에 관한 일반규정으로서 이득토출책임에 관한 명문의 규정을 도입할 것인지 여부에 관한 진지한 논의가 요구되는 시점이라고 판단된다.¹²⁴⁾ 이와 관련하여 신탁법 제43조 제3항의 이득반환청구권은 영미법상 이득토출책임에 관한 법리에 그 기원을 두고 있지만, 재산의 부당한 귀속 상태를 교정하기 위한 목적을 지닌다는 측면에서 침해부당이득과 그 맥락을 같이하고 있다.¹²⁵⁾ 신탁법상 이득반환청구권은 우리 사법체계 내에서 영미법상 이득토출책임에 관

123) 김형배, 앞의 책(주 57), 170쪽.

124) 이러한 문제의식을 바탕으로 최근 우리나라에서도 악의의 수익자에 대하여 전면적으로 이득토출책임을 인정하는 대신 ‘이익을 취득할 목적으로 고의적으로 위법행위를 한 경우로, 침해된 권리에 대하여 고도의 권리보호 필요성이 인정되는 경우’에 이득토출책임을 인정하는 형태의 입법안이 제시되기도 하였다[이계정, 앞의 논문(주 112), 79쪽].

125) 신탁법 제43조 제3항의 이득반환청구권은 그 기초에서 부당이득, 특히 침해부당이득에 닿아 있다고 평가하고 있는 문헌으로는 최수정, 신탁법 개정판, 박영사, 2019, 362쪽; 신탁법상 이득반환청구권 규정을 성년후견인이 피후견인의 재산을 유용하여 이익을 취득한 경우 등에 있어 유추 또는 확장하여 적용될 수 있는 가능성이 있다는 점을 언급하고 있는 문헌으로는 김상중, 앞의 논문(주 12), 608-609쪽; 이계정, 앞의 논문(주 112), 71쪽; 한편, 최우진, “타인 재화의 무단관리로 인한 수익책임”, 저스티스 제180호, 한국법학원, 2020, 54-96쪽은 민법 제201조 내지 제203조의 규율에서 도출할 수 있는 신탁적 법률관계의 의제를 타인 재화의 무단관리자와 해당 재화 보유자 사이의 관계에 적용 또는 유추적용하는 방법을 통하여 타인 재화를 무단으로

한 법리를 전격적으로 수용하여 이득환수와 관련된 명시적인 법적 근거를 마련하였다는 점에서 그 의미가 적지 않고, 향후 민법상 부당이득의 반환범위와 관련하여 이득환수에 관한 법적 근거를 마련함에 있어서도 유용한 지침을 제공하여 줄 것으로 생각한다.

VI. 결론

전문가의 이익충돌행위를 엄격히 통제하는 규범이 아무리 세밀하게 정비가 되어 있다 하더라도 전문가가 실제 이익충돌행위를 한 경우 이에 상응하는 실질적인 구제수단이 적절하게 마련되어 있지 않다면 해당 통제규범이 가지는 의의는 퇴색될 수밖에 없다.

수임인인 전문가가 사무처리 과정에서 취득한 금전 등을 위임인인 의뢰인에게 인도 및 이전할 것을 명하고 있는 민법 제684조는 전문가가 의뢰인의 사무를 처리하고자 하는 의사에 따라 정당하게 사무처리가 이루어진 경우에 한하여 적용하는 것이 타당하다. 따라서 민법 제684조는 전문가가 의뢰인의 사무를 처리하는 과정에서 스스로의 이익을 도모할 목적에서 이익충돌행위를 함으로써 부당하게 취득한 이득의 반환을 명하는 법적 근거로 작동할 수는 없다. 한편, 현행 손해배상제도는 전문가가 이익충돌행위를 통하여 의뢰인에게 발생한 손해를 초과하는 이익을 취득한 경우 위와 같은 초과이익에 대한 반환을 명할 수 없다는 점에서 분명한 한계를 지닌다. 이와 더불어 전문가가 의뢰인을 위한 관리의사 없이 이익충돌행위를 한 경우 타인을 위한 관리의사가 존재하지 않는다는 점에서 사무관리의 성립요건을 충족할 수 없고, 독일 민법과 달리 무단사무관리에 관한 명문의 규정이 없는 우리 민법에서 무단사무관리의 개념을 인정하기도 어렵다.

전문가가 이익충돌행위를 하여 취득한 이익의 반환은 부당한 이익의 귀속관계를 조정한다는 측면에서 부당이득제도를 통하여 해결하는 것이 타당하다. 그러나 현행 민법의 규정 및 그 해석론에 따르면, 전면적으로 부당이득의 반환범위를 수익자가 취득한 이득 전부로 확장하기에는 용이하지 않은 측면이 존재한다. 전문가의 이익충돌행위는 의뢰인의 전문가에 대한 고도의 신뢰를 훼손시킨다는 점에서 비난가능성이 큰 점, 전문가에 비하여 전문지식이나 경험이 부족하여 전문가와의 관계에서 상대적으로 열악한 지위에 있는 의뢰인을 보호할 필요성이 적지 않은 점, 전문가가 의뢰인으로부터 사무처리를 위탁받지 않았다면 위탁받은 사무와 관련된 정보나 기회에 처음부터 접근이 허용되지

않았을 개연성이 큰 점 등을 고려하면, 전문가가 이익충돌행위를 통하여 취득한 초과이익은 의뢰인에게 반환하도록 하는 것이 타당하고, 이를 위한 명시적인 법적 근거를 마련하는 것이 요구되는 시점이다.

다만 전술한 바와 같이 전문가가 담당하는 업무, 전문가와 의뢰인 사이에 체결된 계약 내용 등에 따라 전문가와 의뢰인의 이익충돌은 다양한 형태로 야기될 수 있고, 개별적인 분쟁 상황에 따라 의뢰인이 강구할 수 있는 구제수단의 종류와 내용 역시 일정 부분 달라질 수 밖에 없다. 향후 여러 전문 직종을 둘러싸고 발생할 수 있는 다양한 이익충돌 상황에서 의뢰인이 취할 수 있는 구제수단의 구체적인 내용과 그 한계 및 새롭게 국내법에 도입이 요구될 수 있는 구제수단의 종류 등에 관하여 보다 활발한 논의가 이루어지기를 기대한다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론 민법강의 IV, 박영사, 2007.
- 김상용, 채권각론 제4판, 화산미디어, 2021.
- 김주수, 채권각론 上: 계약법, 삼영사, 1986.
- 김증한/김학동, 채권각론 제7판, 박영사, 2006.
- 김형배, 사무관리·부당이득 [채권각론 II], 박영사, 2003.
- 송덕수, 채권법각론 제4판, 박영사, 2019.
- 안춘수, 불법행위·부당이득·사무관리, 동방문화사, 2018.
- 엄동섭/김천수/박영규/오종근/정태윤, 변호사책임론, 소화, 1998.
- 이은영, 채권각론 제5판, 박영사, 2005.
- 지원림, 민법강의 제17판, 홍문사, 2020.
- 최수정, 신탁법 개정판, 박영사, 2019.
- 편집대표 곽윤직, 민법주해 제15권: 채권 8, 박영사, 2009.
- _____, 민법주해 제17권: 채권 10, 박영사, 2012.
- 편집대표 김용덕, 주식 민법: 채권각칙 4 제5판, 한국사법행정학회, 2022.
- _____, 주식 민법: 채권각칙 5 제5판, 한국사법행정학회, 2022.
- 四宮和夫, 事務管理・不當利得, 靑林書院, 1981.
- 編著者 谷口知平/甲斐道太郎, 新版 注釋民法(18) 債權(9) 事務管理・不當利得, 有斐閣, 1991.
- 加藤雅信, 新民法大系V 事務管理・不當利得・不法行爲, 有斐閣, 2002.
- 編著者 川井 健, 専門家の責任, 日本評論社, 2008.
- 橋本佳幸/大久保邦彦/小池泰, 民法V 事務管理・不當利得・不法行爲 第2版, 有斐閣, 2020.
- 編者 石崎泰雄/渡辺達徳, 新民法講義 5 事務管理・不當利得・不法行爲法, 成文堂, 2011.
- 潮見佳男, 基本講義 債權各論 I 契約法・事務管理・不當利得 第2版, 新世社, 2016.
- 編者 窪田充見, 新注釋民法(15) 債權(8), 有斐閣, 2017.
- Andrew Burrows, *The Law of Restitution 3rd ed.*, Oxford University Press, 2011.
- Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen, *Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/3: §§662-853 4. Auflage*, Nomos, 2021.
- Dirk Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil 16. Auflage*, Vahlen, 2021.

- Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch I 15. Auflage*, Otto Schmidt, 2017.
- Eugen Bucher, *Obligationenrecht Besonderer Teil 3. Auflage*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988.
- Gehard Wagner, *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006 Band I: Gutachten/Teil A: Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, C.H.Beck, 2006.
- Hans-Georg Köppensteiner/Ernst A. Kramer, *Ungerechtfertigte Bereicherung 2 neu bearbeitete Auflage*, Walter de Gruyter, 1988.
- Hans Josef Wieling/Thomas Finkenauer, *Bereicherungsrecht 5. Auflage*, Springer, 2020.
- Heinrich Dernburg, *Pandekten Band 2*, Müller, 1886.
- Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar: Obligationenrecht I Art.1-529 Or 5. Auflage*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.
- J. von Staudinger, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 §§677-704*, Otto Schmidt, 2015.
- _____, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§662-675b*, Otto Schmidt, 2017.
- Josef Esser/Hans-Leo Weyeres, *Schuldrecht Band II Besonderer Teil: Teilband 2 8. völlig neubearbeitete Auflage*, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 2000.
- Konrad Rusch, *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten*, Mohr Siebeck, 2003.
- Martin Henssler/Jan Busche/Matthias Casper, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4: Schuldrecht - Besonderer Teil II §§611-704 EFZG · TzBfG · KSchG 6. Auflage*, C.H.Beck, 2012.
- Martin Löhnig, *Treuhand*, Mohr Siebeck, 2006.
- Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band III Schuldrecht Besonderer Teil 2. Teilband: §§657-853*, Mohr Siebeck, 2013.
- Max Vollkommer, *Anwaltshaftungsrecht*, C.H.Beck, 1989.
- Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch Band 7 79. Auflage*, C.H.Beck, 2020.
- Philippe Malaurie/Laurent Aynès/Pierre-Yves Gautier, *Droit des Contrats Spéciaux 10e édition*,

LGDI, 2018.

Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB) Band 10*

Schuldrecht 8: §§ 652-704 BGB 13. Auflage, Kohlhammer, 2012.

Tobias Helms, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Mohr Siebeck, 2007.

2. 학술지

김상중, “위법이익 반환에 관한 민사책임의 법리”, *비교사법 제25권 제2호*, 한국사법학회, 2018, 577-616쪽.

서종희, “부당사무관리 및 부진정 사무관리와 부당이득과의 관계 -부당이득 성립요건 및 반환범위에 관한 재고찰과 함께-”, *민사법학 제63권 제1호*, 한국민사법학회, 2013, 39-79쪽.

_____, “침해부당이득에서 수익자의 초과수익반환 -독일법을 중심으로 한 비교법적 고찰-”, *저스티스 제151호*, 한국법학원, 2015, 173-208쪽.

이계정, “부당이득에 있어서 이득토출책임의 법리와 그 시사점 -반환범위에 있어 손해중심에서 이득중심으로의 전환-”, *저스티스 제169호*, 한국법학원, 2018, 37-87쪽.

이병준, “사무관리 제도의 기능과 그 적용범위 -계약이 성립하지 않거나 무효인 경우를 중심으로-”, *고려법학 제56호*, 고려대학교 법학연구원, 2010, 137-179쪽.

이연갑, “위임과 신탁: 수임인과 수탁자의 의무를 중심으로”, *비교사법 제22권 제1호*, 한국사법학회, 2015, 23-50쪽.

최우진, “타인 재화의 무단관리로 인한 수익책임”, *저스티스 제180호*, 한국법학원, 2020, 54-102쪽.

平田春二, “所謂準事務管理について”, *私法 第14号*, 日本私法學會, 1955, 22-38頁.

Lionel Smith, “Fiduciary Relationships: Ensuring the loyal Exercise of Judgement on Behalf of Another”, *Law Quarterly Review Vol. 130*, Sweet & Maxwell Limited, 2014, pp. 608-634.

Walter Seitz, “Prinz und die Prinzessin - Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit”, *NJW Heft. 43*, C.H.Beck, 1996, ss. 2817-2888.

3. 학위논문

이상현, “도급에서의 수급인의 책임에 대한 연구 -유형도급과 무형도급간 비교를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2019.

4. 보고서

최성근, 전문가책임의 입법에 관한 연구, 한국법제연구원, 1997.

[Abstract]

A Study on the Civil Remedies for Conflict of Interests by Professionals

Myung Jang^{*}

There are not many cases in which a separate remedy is granted in relation to the civil remedy for the conflict of interests by professionals. In the end, clients have no choice but to rely on usual civil remedies.

Article 684 of the Civil Act, which orders delegated person to deliver and transfer things acquired, shall be applied only when the professional handle the client's affair with the intention to properly handle it. Therefore, Article 684 of the Civil Act cannot be applied in cases where a professional unjustly acquires profits by engaging in a conflict of interest with the purpose of promoting his or her own interests. On the other hand, the current compensation for damages presuppose the damage of the client. In this regard, if the professional acquires profits regardless of the client's damages or in excess of the client's damages, it is difficult to request the return of the above profits from the professional. In addition, if a professional engages in a conflict of interest, the requirement for management of affairs cannot be satisfied in that the intention to manage for others does not exist. Unlike the German Civil Act, it is difficult to recognize the concept of false management of affairs in Korean Civil Act, which does not have a regulation on false management of affairs.

It is reasonable to resolve the return of profits acquired by professionals by engaging in a conflict of interest through the unjust enrichment system in terms of adjusting the attribution relationship of unjust profits. However, according to the current Civil Act, there is an aspect that it is not easy to fully expand the scope of return of unjust enrichment to all of the profits acquired by professionals. Considering that conflict of interests by professionals is likely to be criticized in that they undermine the client's high level of trust in professionals,

^{*} Assistant Professor, Sogang University Law School

and that there is a need to protect clients who are in a relatively inferior position compared to professionals, it is desirable to return the excess profit acquired through the conflict of interests to clients. In order to do that, the clear legal basis is required.

[Key Words] conflict of interests, delegated person's duty to deliver and transfer things acquired, compensation for damages, untrue management of affairs, unjust enrichment, disgorgement