

## 대상청구권에 관한 판례 및 학설의 검토

### Zur Betrachtung des Stellvertretenden Commodumsanspruchs in der Rechtsprechung und im Schrifttum

이재경\*  
Yi, Jae-Kyeong

#### 목 차

- I. 서론
- II. 판례를 통한 대상청구권의 인정
- III. 대상청구권에 관한 학설
- IV. 결론

#### 국문초록

우리 민법은 이행불능의 효과로 제390조 손해배상청구권과 제546조 계약해제권에 관하여 규정하고 있다. 또한 이행불능의 효과로 대상청구권이 학설과 판례에 의하여 인정되고 있다. 판례는 우리 민법에는 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나, 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없다는 점을 그 근거로 제시한다. 이후 판례는 채권관계 이외에 토지의 취득시효라는 물권관계에까지 대상청구권을 인정하고 있다. 그 밖에 판례는 대상청구권을 행사하려면 상대방에게 반대급부를 이행할 의무가 있는데, 그 대상청구권자가 제공하여야 하는

논문접수일 : 2013.06.28

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

\* 법학박사·원광대학교 법학전문대학원 교수

반대급부가 상대방에게 아무런 이익이 되지 않는다면 특별한 사정이 없는 한 대상청구권을 부정한다고 하여 대상청구권에 일정한 제한을 가하고 있다.

판례와 같이 대상청구권을 인정할 필요가 있다는 점에 대해서는 동의한다. 그러나 판례가 그 근거를 좀 더 분명히 제시하였어야 할 필요가 있다. 예컨대 민법의 다른 개별적인 규정들의 배후에 존재하는 일반적인 법원칙 내지 법의 이치로서 경제관계상 속하지 않아야 할 자에게 귀속된 재산적 가치는 그것이 마땅히 속하여야 할 자에게 돌려져야 한다는 점을 분명히 밝히든 아니면 대상청구권이 인정될 필요가 있음에도 불구하고 명문의 규정이 없어 동 사안에 대하여 이를 적용할 수 없다고 판시하는 것이 옳은 태도였다고 생각된다.

판례가 대상청구권을 인정하고 있음에도 여전히 대상청구권의 인정여부에 대해서는 학설이 대립한다. 대상청구권을 인정하여야 한다는 견해는 대상청구권을 일반적으로 인정하여야 한다는 견해와 불형평이 현저한 경우에 한하여 제한적으로 인정하여야 한다는 견해로 구분된다. 이에 반하여 대상청구권에 관한 명문의 규정이 없는 상태에서 현행 민법의 전보배상청구권과 채무자위험부담주의를 통해서도 채권자 보호가 충분한데 무리하게 해석상 대상청구권을 인정할 필요가 없다는 견해도 있다. 그러나 당사자 사이의 법률관계에 있어서 채권관계의 합리적인 의미는 그 후의 이행불능에도 불구하고 관찰되어야 하며, 채권자가 자신의 반대급부를 이행하면서 본래의 급부에 대한 대상물에 관하여 이행을 청구하는 경우에도 당사자의 급부의사를 인정하는 것이 원래의 당사자의사를 일관되게 존중하는 것이므로 대상청구권은 일반적으로 인정되는 것이 타당하다.

마지막으로 대상청구권의 효과와 관련하여 반환범위에 관한 것이 문제가 된다. 요컨대 채무자가 대상으로 취득한 이익이 원래의 급부가치 또는 채권자가 약정한 반대급부보다 많은 경우 그 전부를 채권자에게 반환하여야 하는가에 관한 것이다. 이에 관하여 학설은 초과이익을 반환하여야 한다는 학설과 손실의 범위 내로 제한하여야 한다는 학설 그리고 고의의 이행불능에 대해서만 초과이익까지 반환하도록 하여야 한다는 견해로 구분된다. 생각건대 대상청구권의 본질에 비추어 볼 때 초과이익까지 전부 반환하도록 하는 것이 타당할 것이다.

주제어 : 대상청구권, 이행불능, 전보배상, 채무자위험부담주의

## 1. 서론

이행불능의 효과로 우리 민법은 제390조 손해배상청구권과 제546조 계약해제권의 발생을 정하고 있으며, 그 외에 판례 및 학설은 대상청구권을 인정한다. 대상청구권이란 이행불능을 발생케 한 것과 동일한 원인에 의하여 채무자가 본래의 급부의무는 면하면서 그 대상이 되는 이익을 취득하는 경우에, 채권자가 채무자에 대하여 그가 취득한 대상 또는 대상청구권의 이전 또는 양도를 청구할 수 있는 권리를 말한다. 예컨대 토지매매계약에 있어서 인도채무의 목적물인 토지가 수용되어 채무자가 자신의 인도채무는 면하면서 수용보상금채권을 얻는 경우, 물건의 인도채무에 있어서 물건이 채무자에게 책임없는 사유로 멸실되어 채무자는 자신의 채무를 면하면서 물건의 멸실에 대해 책임있는 제3자에 대하여 손해배상채권을 갖는 경우, 건물의 매매계약에서 매도인의 경과실로 목적물이 소실되어 매도인은 매수인에 대한 인도채무를 면하면서 본인이 가입한 화재보험회사에 대하여 보험금청구권을 갖는 경우 등이 이에 해당한다.

우리는 대상청구권에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않음에도 불구하고 대법원이 1992.5.12. 선고 92다4581·4598 판결에서 대상청구권을 부정할 이유가 없다고 판시한 이래 대상청구권은 이행불능의 효과로 인정되어 오고 있다.

우리 민법은 채무자의 책임있는 사유로 급부가 불능이 된 경우에는 채권자에게 전보배상청구권을 인정하고, 채무자의 책임없는 사유로 급부가 불능이 된 경우에는 채무자위험부담주의에 의하여 채권자의 반대급부의무를 소멸시키고 있다. 이처럼 우리 민법이 명문으로 이미 채권자 보호를 위한 규정을 두고 있음에도 불구하고 명문의 규정이 없는 대상청구권을 이행불능의 일반적인 효과로 인정하는 것이 타당한지에 대해서는 비판의 목소리도 있다. 이에 본 논문에서는 대상청구권에 관한 대표적인 판례에 대하여 검토하고, 대상청구권의 인정필요성 및 인정요건 등에 대하여 살펴본 후, 이에 관한 본인의 의견을 제시하기로 한다.

## II. 판례를 통한 대상청구권의 인정

### 1. 대법원 1992.5.12. 선고 92다4581·4598 판결

#### 1) 사실관계

원고인 서울특별시는 복지시설의 진입로를 개설하기 위하여 피고 소유의 토지를 매수하였다. 원고는 매매대금 중 일부를 계약금 및 중도금의 명목으로 지급하고, 잔금을 지급하지 않아 소유권이전등기가 경료되지 않은 상태였다. 그러던 중 당해 토지 일대가 택지개발사업지구로 고시되어 사업시행자인 대한주택공사가 피고에게 보상금을 지급하고, 토지의 소유권을 취득하였다. 그리하여 피고의 원고에 대한 소유권이전채무는 이행이 불가능하게 되었고, 원고는 주위적으로 피고의 채무불이행으로 인한 손해배상을 예비적으로는 피고가 수령한 보상금의 반환을 청구하였다.

#### 2) 원심법원<sup>1)</sup>의 판결요지

원심법원은 원고의 주위적 청구에 대하여 매매계약의 목적물로서 정한 토지면적과 사업부지로 편입되어 있는 토지 사이의 차이가 있는 경우에 그 증감에 따른 정산금의 지급에 관하여 약정한 바 있지만, 그러한 면적의 차이는 측량기술상 통상 발생할 수 있는 오차를 예상하여, 그 오차의 한계범위 내에서 진입로를 개설한 후 실측하여 가감하기로 약정한 것으로 해석함이 상당하므로, 측량에 의하여 사업부지로 편입된 토지가 당초 매매면적의 1.8배 정도에 이른다면, 당사자 사이에 편입된 토지 전부를 매매의 목적물로 삼기로 하는 진정한 합의가 있었다고 보기는 어렵다고 하여 원고의 주위적 청구를 기각하

1) 서울고등법원 1991.12.10. 선고 91나26555 판결: 판결문이 게시되지 않아 해당 판결은 정상 현, “대상청구권의 인정여부에 관한 법리 재검토”, 『성균관법학』, 제19권 제3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007.12, 705면 및 이충훈, “대상청구권에 관한 판례의 비판적 검토”, 『법학연구』, 제15권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2012.3. 323면 이하를 참조하여 정리하였음.

였다. 그리고 예비적 청구에 대하여는 매매계약의 목적물인 토지가 수용되어 피고의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었고, 그와 동일한 원인으로 인하여 피고가 목적물의 대가로 볼 수 있는 이익을 취득하였으므로, 원고는 이행불능으로 인한 손해를 한도로 피고에 대한 이익의 상환, 즉 이른바 대상청구권이 있다고 하여 원고의 대상청구권을 인정하였다.

### 3) 대법원<sup>2)</sup>의 판결요지

대법원은 원고의 주위적 청구에 대하여 “피고 소유의 토지에 대한 매매계약을 체결함에 있어서 그 목적물의 범위는 원고가 진입로 개설을 위하여 편입시키는 토지 전부를 무제한으로 포함시키기로 한 것이 아니라, 측량에 의하여 진입로 편입토지로 지적승인 및 고시된 면적을 기준으로 하되, 측량기술상의 오차를 예상하여 그 범위 내에서 진입로 개설 후 실측 평수에 따라 가감하기로 약정한 것이라고 인정되므로 원심판결을 정당하다”고 하여 피고의 채무불이행으로 인한 손해배상을 인정하였다. 그리고 예비적 청구에 대하여는 “피고가 사건토지에 대한 소유권이전등기의무의 이행불능을 발생케 한 원인인 토지수용으로 인하여, 이 사건 토지의 대상인 보상금을 취득하였음을 이유로 그 보상금의 지급을 구하는 것으로서 이른바 대상청구권을 행사하는 취지라고 볼 수 있으며, 우리 민법에는 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나, 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없으며, 대상청구권을 인정하는 것이 공공용지의취득및손실보상에 관한특별법에 저촉되고 당사자의 의사해석에도 반한다는 소론은 독자적 견해에 불과하여 받아들일 수 없다”고 판시하여 대상청구권을 인정하고 있다.

### 4) 판례의 검토

판례는 이행불능의 효과로서 채권자에게 대상청구권이 인정된다고 인정한 최초의 판례라는 점에서 의미를 갖는다. 이 판례는 원심판결에 대한 상고이유

2) 대법원 1992.5.12. 선고 92다4581,92다4598 판결.

와 대비하여 볼 때, 대상청구권이 인정되는 경우를 별도로 제한하지 않고 이행불능의 경우에 대한 일반적 구제수단으로 인정한 취지라고 추측하기도 한다.<sup>3)</sup> 그러나 문제가 되는 것은 판례가 명문의 규정이 없는 대상청구권을 인정하면서 단지 대상청구권의 인정을 “해석상 부정할 필요가 없다”는 것을 근거로 제시하고 있다는 점에 있다. 요컨대 명문의 규정이 없는 권리를 인정하면서, 그 근거를 분명하게 제시하지 않고 “부정할 필요가 없어서” 긍정한다는 불명확한 표현을 쓰고 있다는 점이다.<sup>4)</sup> 생각건대 명문의 규정이 없는 권리를 해석상 인정하기 위해서는 해석가능성이 있는 어떤 조문 혹은 어떤 원리에 의하여 인정되는 것인지를 분명히 하여야 할 것이며, “부정할 필요가 없어서” 긍정할 것이 아니라 오히려 “긍정할 필요가 있어서” 긍정한다는 분명한 근거 제시가 있어야 할 것이다.

판례에서 이미 매도인과 매수인 사이에 토지매매계약이 성립되었고, 이러한 채권관계에 기초하여 매매 목적물에 대한 소유권은 아직 채무자에게 존재하고 있다고 하더라도 목적물의 재산적 가치는 채권자에게 귀속한다고 볼 수 있다. 물론 채권관계가 성립되었다고 하더라도 채무자가 반드시 그것을 이행할 것이라고 보장할 수 없고, 계약의 내용대로 이행이 되었을 때 계약상의 급부가 이행이 되지 않은 상태에서 불능으로 됨으로써 발생한 대상이익을 채권자가 취득할 수 있게 됨은 분명하다. 이 때문에 자본주의 경제체제에서 채무자가 자신의 실리를 위하여 채무불이행을 감수하고 이행하지 않을 수도 있는 것이므로, 반드시 급부의 불능으로 인한 이익이 채권자에게 귀속된다고 보장

3) 양창수, “이행불능의 효과로서의 대상청구권”, 「고시연구」, 통권 제326호, 고시연구사, 2001. 5, 183면.

4) 이와 같은 취지로 김준호, “이행불능의 효과로서의 대상청구권”, 「사법행정」, 제34권 제6호, 한국사법행정학회, 1993. 6, 83면에서도 대상청구권이 민법에 명문으로 규정되어 있지 않은 상황에서 그것을 인정하려면, 대상청구권의 실체에 관한 설명이 선행되어야 한다고 하면서 판례의 태도를 비판한다. 또한 판례에 대한 직접적인 비판은 아니지만 판례와 같이 대상청구권을 무제한으로 인정하는 학설이 제한적 긍정설에 대하여 민법의 규정이 없다고 하여 해석상 대상청구권을 인정할 수 없다는 논리는 성립될 수 없다고 하면서 제한적 긍정설이 설득력이 없다고 비판하는 것에 대해 오히려 무제한 긍정설의 비판이 비판 자체의 설득력이 없다는 점을 지적하기도 한다. 이 견해는 제한적 긍정설이 민법상의 근거가 없다는 이유로 대상청구권을 일반적으로 인정할 수 없다고 하는 비판은 법률해석에 관한 문제로 법적 근거의 명확성을 추구하는 입장에서는 충분히 제기할 수 있는 문제라고 한다: 정상현, 앞의 글, 710면.

할 수는 없다.<sup>5)</sup> 그러나 당사자가 계약을 성립할 때 계약의 불이행을 예정하는 것이 아니라 계약의 이행을 예정하는 것이 일반적이고, 계약이 이행될 것을 전제로 그 불이행에 대한 여러 가지 구제방법이 마련되어 있는 것이기 때문에, 계약의 불이행을 원칙으로 하여 채권자가 반드시 대상으로서의 이익을 취득할 것이라고 볼 수 없어서 대상의 이익이 채권자가 아닌 소유자로서의 채무자에게 돌아가야 한다는 지적은 타당하지 않은 것으로 생각된다. 요컨대 계약의 이행이 계약당시 양 당사자의 의사에 부합하는 것이라고 보아 계약이 이행되었다면 그 이익이 누구에게 속할 것인가를 판단하여야지, 계약을 이행하지 않을 수도 있다는 점에 기초하여 계약을 이행하지 않은 채무자를 채권자보다 더 두텁게 보호하고자 하는 것은 옳지 않다.

결국 대상청구권을 인정할 필요가 있다는 점에 대해서는 동의하지만, 판례가 그 근거를 민법의 다른 개별적인 규정들의 배후에 존재하는 일반적인 법원칙 내지 법의 이치<sup>6)</sup>로서 “경제관계상 속하지 않아야 할 자에게 귀속된 재산적 가치는 그것이 마땅히 속하여야 할 자에게 돌려져야 한다”는 점에 근거한다<sup>7)</sup>는 것을 분명히 밝혔거나 혹은 대상청구권이 인정될 필요가 있음에도 불구하고 명문의 규정이 없어 동 사안에 대하여 이를 적용할 수 없다고 판시하는 것이 옳은 태도였다고 생각된다.

## 2. 대법원 1994.12.9. 선고 94다25025 판결

### 1) 사실관계

원고는 피고 소유의 토지를 20년간 점유하여 점유취득시효가 완성되었으나 소유권이전등기절차 이행청구의 소를 제기하여 소송계속 중 위 토지가 토지수용을 원인으로 안성군 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 이에 피고의 원고에 대한 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 절차 이행청구를 주

5) 정상현, 앞의 글, 718면.

6) 양창수, 『민법주해 IX (채권(2))』(곽윤직 편), 박영사, 2011, 290면.

7) 송덕수, 『신민법강의』, 박영사, 2012, 1020면.

위적 청구로 하고, 예비적 청구로 피고가 안성군으로부터 수령한 토지수용으로 인한 보상금 상당액의 배상을 구하였다.

## 2) 원심의 판결요지

원심은 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었다고 판단하여 위 토지에 대한 소유권이전등기를 구하는 주위적 청구는 기각하고, 이행불능으로 인한 손해배상책임은 인정하였다.

## 3) 대법원의 판결요지

대법원은 “취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 이유가 원심 판시와 같이 토지수용 때문이라면, 이러한 이행불능은 위 피고들의 고의 또는 과실에 기하여 발생한 것이라고 볼 수 없어, 위 피고들은 위 이행불능으로 인하여 위 토지의 시가 상당액에 해당하는 손해를 배상할 책임이 있다고 할 수 없다”고 하면서 이행불능으로 인한 손해배상을 인정한 예비적 청구에 관한 부분을 파기 환송하였다.

또한 “취득시효가 완성된 토지가 수용됨으로써 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우에는, 그 소유권이전등기청구권자는 소위 대상청구권의 행사로서, 그 토지의 소유자가 그 토지의 대가로서 지급받은 수용보상금의 반환을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다”고 판시하고 있다.

## 4) 판례의 검토

판례는 취득시효 완성의 사안에서 점유자에 대하여 대상청구권을 인정하였다는 점에서 의미가 있다. 문제는 취득시효가 완성된 점유자는 부동산 소유자와 채권·채무관계에 놓여 있는 것이 아님에도 불구하고 대상청구권을 물권법 분야인 등기청구권에까지 확대하는 것이 타당한가 하는 점이다. 취득시효가



완성된 점유자의 지위와 관련하여 판례는 기본적으로 등기청구권의 발생 이외에 취득시효기간의 완성만으로 당연히 점유자에게 일정한 법익이 발생하는 것으로 보지 않는다.<sup>8)</sup>

판례는 부동산에 관한 취득시효가 완성되었더라도 “그 점유자가 취득시효를 주장하거나 이로 인한 소유권이전등기를 청구”하기 전에는 소유자가 그 부동산을 제3자에게 처분한 경우에도 불법행위가 성립하지 않는다고 한다.<sup>9)</sup> 또한 점유취득시효에 있어서 부동산 소유자와 점유자 사이에 계약상의 채권·채무관계가 있는 것이 아니므로 그 부동산을 처분한 소유자에게 채무불이행 책임을 물을 수 없다고 한다.<sup>10)</sup> 그런데 대상청구권이 발생하기 위해서는 급부가 후발적으로 불능으로 되어야 하며, 이는 당사자 사이에 채권관계가 존재함을 전제로 하는 것이므로<sup>11)</sup> 점유취득시효에 있어서는 원칙적으로 대상청구권이 인정될 수 없다. 또한 어느 토지에 관한 수용 당시에 그 토지를 시효취득한 자가 있는 경우에 소유명의자가 수령한 보상금은 어디까지나 소유권의 대상물이지 소유권이전등기청구권의 대상물이 아니라는 점에 비추어 볼 때에도 시효취득자는 대상청구권을 행사할 수 없다. 그렇다면 당해 판례는 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우에 채권·채무관계가 존재하지 않음을 이유로 소유명의자의 채무불이행 책임을 부정하는 판례와 모순된다.<sup>12)</sup>

### 3. 대법원 1996.6.25. 선고 95다6601 판결

#### 1) 사실관계

원고와 피고는 서로 그 소유 토지를 교환하기로 계약을 체결하였으나 소유

8) 김준호, “부동산 점유취득시효와 대상청구권”, 「고시연구」, 통권 제279호, 고시연구사, 1997, 6, 168면.

9) 대법원 1993. 2. 9. 92다47892 판결.

10) 대법원 1995. 7. 11. 94다4509 판결.

11) 지원림, “점유취득시효 완성 이후의 사정변경과 대상청구권”, 「판례연구」, 제19권, 박영사, 1997, 131면.

12) 지원림, 위의 글, 162면.

권이전등기를 마치지 않던 중, 피고가 그 소유토지를 한국토지개발공사에게 협의매도하여 한국토지개발공사 명의로 소유권 등기를 마친 후 대금 1억 5천여 만원을 수령하였다. 이 후 원고도 그 소유토지를 한국토지개발공사에게 협의매도하고 대금 9천 8백여만원을 수령한 후 한국토지개발공사 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 이후 원고와 피고는 서로에게 위 매매대금을 지급할 의무가 있다는 이유로 원고가 피고에 대하여 그 차액 5천 8백여만원에 대해 부당이득반환을 청구하였다.

## 2) 원심판결<sup>13)</sup>

원심판결은 “쌍무계약인 교환계약에 있어서 서로가 그 이행의 제공을 하지 아니하고 있던 중 그 계약목적물인 토지가 한국토지개발공사에 협의취득 또는 수용됨으로써 쌍방 당사자에게 책임 없는 사유로 그 각 소유권이전등기절차의 이행이 불능으로 되어 민법 제537조의 채무자 위험부담주의의 원칙에 따라 원·피고의 위 각 토지에 대한 각 소유권이전등기 의무는 모두 소멸되었다 할 것이므로 그 각 소유권이전등기의무가 소멸되지 않았음을 전제로 하여 그 대상인 위 각 보상금의 차액의 반환을 구하는 원고의 청구는 이유 없다”고 판단하였다.

## 3) 대법원 판결

대법원은 “공공사업의 시행자가 공공용지의취득및손실보상에관한특례법에 따라 그 사업에 필요한 토지를 협의취득하는 행위는 토지수용의 경우와는 달리 사경제주체로서 하는 사법상의 법률행위에 지나지 아니하여 토지 소유자는 그 협의매수의 제의에 반드시 응하여야 할 의무가 있는 것은 아니”므로 “소유권이전등기의무의 이행불능에 대하여 각 귀책사유가 없다고 단정할 수는 없다”고 하였다.

13) 대구고법 1995.1.11. 선고 94나744 판결.

또한 대상청구권이 인정되는 경우에도 “그 당사자 일방이 대상청구권을 행사하려면 상대방에 대하여 반대급부를 이행할 의무가 있다고 할 것인바, 이 경우 당사자 일방의 반대급부도 그 전부가 이행불능이 되거나 그 일부가 이행불능이 되고 나머지 잔부의 이행만으로는 상대방의 계약목적은 달성할 수 없는 등 상대방에게 아무런 이익이 되지 않는다고 인정되는 때에는, 상대방이 당사자 일방의 대상청구를 거부하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 당사자 일방은 상대방에 대하여 대상청구권을 행사할 수 없다고 봄이 상당하다 할 것이다”고 판시하고 있다. 그리하여 판례는 이 사안에서 원고와 피고의 소유권이전등기의무는 모두 이행불능이 되었고, 피고는 원고의 대상청구를 거부할 수 있다고 보아 원고의 대상청구를 전제로 원고와 피고가 받은 보상금의 차액을 반환할 수 없다고 한 원심판결을 인용하였다.

#### 4) 판례의 검토

이 판례는 대상청구권의 발생요건에 일정한 제약을 가하였다는 점에서 의미가 있다. 요컨대 대상청구권을 행사하려면 상대방에게 반대급부를 이행할 의무가 있는데, 그 대상청구권자가 제공하여야 하는 반대급부가 상대방에게 아무런 이익이 되지 않는다면 특별한 사정이 없는 한 대상청구권을 부정한다.<sup>14)</sup>

해당 판례의 경우 양 당사자 모두 귀책사유 있는 채무불이행의 상태에 있다. 이 경우 판례는 채무불이행으로 인해 각자 손해배상청구권이 생긴 이상, 요컨대 그 상대방에게 손해배상채무가 있는 이상 그가 부당이득을 하였다고 보기는 어렵다는 이유로 부당이득이 아닌 대상청구로 접근한 것으로 이해한 것이라고 한다.<sup>15)</sup> 어찌되었든 판례는 채무자의 귀책사유로 인한 이행불능으로 손해배상청구권이 발생하는 경우에도 대상청구권을 인정할 수 있다는 전제에서 출발하여, 본 사안에서는 대상청구권의 취지상 이를 인정하는 것이 적절치 않다고 하여 대상청구권을 부정하고 있다.

대체로 위의 판례에 대해서는 학설도 결론적으로 대상청구권을 부정한다는

14) 양창수, 앞의 글, 189면.

15) 김준호, 『채권법』, 법문사, 2013, 88면.

점에 대해서는 판례의 태도에 찬성한다.<sup>16)</sup> 그러나 그 구체적 내용에 있어서는 해석에 의한 대상청구권을 부정하여 해당 사안의 경우에도 대상청구권이 아닌 다른 법리를 통하여 해결하여야 한다는 견해와 대상청구권은 인정되지만 그 취지상 해당 사안의 경우에는 부정하는 것이 타당하다는 견해로 구분할 수 있다. 먼저 전자의 경우 급부불능의 결과 채권자가 자신의 반대급부 역시 이행할 수 없거나 이행하는 의미가 없게 되면, 채무자가 반대급부를 수령할 수 있는 급부의 균형이 파괴되므로 당연히 채권관계가 유지될 필요가 없다고 한다. 즉 이 판례는 대상청구권을 제한하는 원리에 의한 것이 아니라, 채권관계의 본질적인 의미에서 계약목적의 달성 불능 등으로 인하여 채권관계를 유지할 필요가 없게 된 경우에 나타난 결과로<sup>17)</sup> 이를 굳이 대상청구권으로 이룬 구성할 필요는 없다고 한다.<sup>18)</sup>

후자의 경우 양자가 서로 대상으로 주면서까지 본래의 채권관계를 유지할 필요는 없고, 또 대상청구권을 갖게 되는 자가 자기의 급부의무를 자의로 대상으로 바꾼 경우예까지 대상청구권을 인정하는 것은 대상청구권을 남용할 위험이 있다고 하여 대상청구권 자체는 인정하면서, 판례의 사안에 있어서는 대상청구권을 부정한 판례의 태도가 옳다고 한다.<sup>19)</sup> 비슷한 취지에서 대상청구권은 본래의 급부가 이행불능이 되었을 때 채권자를 구제하기 위하여 채권자에게 부여된 권리라고 하여 대상청구권은 인정하면서도, 본래의 급부에 대한 채무자가 채권자에게 본래의 급부에 대신하여 그 수령을 강요할 수 있는 성질의 것은 아니기 때문에 쌍방의 채무가 이행불능으로 대상채무나 전보배상채무로 변경되어 존속하는 경우에 일방이 대상청구권을 행사하면 자신의 반대급부의무를 채권자인 상대방에 대하여 본래의 반대급부 대신 그 대상이나 전보배상의 수령을 강요하는 결과가 되므로 이 사안의 경우에는 대상청구권을 부정하는 것이 타당하다는 견해도 있다. 더구나 이 견해는 쌍방의 급부

16) 김준호, 위의 책, 88면; 유남석, “쌍무계약 당사자 쌍방의 대가적 채무가 모두 이행불능이 된 경우 대상청구권 행사의 가부”, 『대법원 판례해설』, 통권 제26호, 법원도서관, 1996, 120면.

17) 정상현, 앞의 글, 720면.

18) 이충훈, 앞의 글, 343면.

19) 김준호, 앞의 책, 88면.

가 귀책사유로 말미암아 이행불능에 빠진 경우에 그 상대방에게 대상청구권을 인정하는 것은 신의칙에도 반한다고 한다.<sup>20)</sup>

### Ⅲ. 대상청구권에 관한 학설

#### 1. 대상청구권의 인정여부에 관한 학설의 검토

우리 민법은 대상청구권에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 대상청구권은 판례와 학설을 통해 인정되는 민법상의 권리로 이해되고 있다. 그러나 명문의 규정이 없음에도 이를 인정하는 것이 타당한가 하는 점이 지적되면서 대상청구권에 관한 입법 논의로 이어지고 있다.<sup>21)</sup> 이러한 입법논의는 기본적으로 대상청구권이 우리 민법상 인정되어야 할 필요가 있다는 점에서 출발한다.

한편 우리 민법은 급부의 불능과 관련하여, 채무자의 책임있는 사유로 인한 불능의 경우에는 채권자에게 전보배상청구권을 인정하고, 채무자의 책임 없는 사유로 불능이 된 경우에는 민법 제537조 채무자위험부담주의에 의하여 채권자의 반대급부의무 역시 소멸되는 것으로 정하고 있다. 이 때문에 대상청구권을 인정하면 채권자는 대상의 취득에 대응하여 자신의 반대급부의무를 이행해야 하므로 민법의 규정에 반하는 결과가 된다고 하여 대상청구권을 부정하는 견해도 제시되고 있다.

#### 1) 일반적 인정설

일반적 인정설은 우리 민법이 대상청구권에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다고 하여 이것이 대상청구권을 부인하는 취지로 이해할 수는 없다고 한

20) 유남석, 앞의 글, 120면.

21) 대상청구권의 입법에 관한 논의로 송덕수, "대상청구권에 관한 입법론", 『법조』, 제660호, 법조협회, 2011. 9. 57면 이하; 조성민, "대상청구권에 대한 입법론적 고찰", 『민법개정안의 견서』, 삼지원, 2002, 343면 이하 참조.

다.<sup>22)</sup> 그리하여 대상청구권을 일반적으로 인정한다. 그 구체적 근거로는 우리 민법의 기저에 존재하는 “경제관계상 속하지 않아야 할 자에게 귀속된 재산적 가치는 그것이 마땅히 속하여야 할 자에게 돌려져야 한다”는 기본원리를 제시한다.<sup>23)</sup> 그리하여 이행불능의 경우에 이행불능의 원인이 된 사정에 기하여 채무자에게 원래의 급부에 갈음하는 이익이 발생하였다면 그 이익은 채권 관계에 의할 때 채무자에 대한 관계에서는 채권자에게 속하여야 하는 것이므로, 채권자가 그 대상을 청구할 수 있는 법적인 가능성이 인정되어야 한다는 것이다.<sup>24)</sup>

일반적 인정설에 따르면 대상청구권은 채무자의 귀책사유에 상관없이 인정된다<sup>25)</sup>. 따라서 채무자에게 귀책사유 있는 이행불능의 경우 이행불능을 원인으로 하는 손해배상청구권과 대상청구권은 서로 그 본질을 달리하기 때문에 채권자는 선택권을 가진다.<sup>26)</sup> 다만 그 중 어느 하나를 선택하더라도 이로써 당연히 타방의 권리가 소멸하는 것은 아니고, 선택한 권리가 다 만족될 때까지는 소멸하지 않는다고 한다.<sup>27)</sup> 같은 맥락에서 채권자가 대상청구권을 행사하여 대신하는 이익을 수령한 경우에는 손해배상액이 수령한 이익의 가치만큼 감소된다고 한다.<sup>28)</sup>

## 2) 제한적 인정설

제한적 인정설은 우리 민법상 근거가 없는 대상청구권을 일반적으로 인정할 수는 없기 때문에 대상청구권을 광범위하게 인정할 수 없고, 당사자의 불형평이 현저한 경우에 한하여 보충적으로 인정하고자 한다.<sup>29)</sup> 그리하여 이행

22) 양창수, 앞의 책, 290면.

23) 양창수, 위의 책, 290면; 송덕수, 앞의 책, 1020면; 임건면, “대상청구권에 관한 소고”, 『경남법학』, 제14집, 경남대학교 법학연구소, 1999, 133면; 박규용, “대상청구권의 적용에 관한 논의”, 『법학연구』, 제24집, 한국법학회, 2006, 109면.

24) 양창수, 위의 책, 291면.

25) 지원립, 앞의 글, 153면.

26) 양창수, 위의 책, 294면; 송덕수, 위의 책, 1021면; 임건면, 위의 글, 142면.

27) 양창수, 위의 책, 294면.

28) 송덕수, 앞의 책, 1021면.

불능으로 인하여 발생한 불리한 결과가 현저한 경우에 현행법이 정하고 있는 제3자에 의한 채권침해, 채권자대위권, 위험부담의 법리를 우선적으로 적용하고, 이를 통한 합리적 해결이 어려운 경우에 한하여 제한적으로 대상청구권을 인정하여야 한다는 것이다.<sup>30)</sup>

### 3) 부정설

부정설은 대상청구권에 대한 법률상의 근거가 없고, 급부불능에 대하여 현행 민법이 정하고 있는 전보배상청구권과 채무자위험부담주의로 당사자 쌍방에게 불형평의 결과가 발생할 일이 없다는 점을 이유로 해석상 대상청구권을 인정하는 것에 반대한다.<sup>31)</sup> 이 견해에 따르면 이행불능은 채권은 물론 채권관계의 종료와 소멸을 뜻한다고 한다. 그리하여 계약의 당사자는 채무자의 고의·과실이 있다면 원상회복, 전보배상책임, 부당이득의 단계로 넘어가며 쌍무계약에서 채무자의 과실 없이 급부가 불능이 된 경우에는 위험부담의 문제로 해결하도록 입법되어 있다고 한다.<sup>32)</sup> 이 때문에 이행불능이 발생하였음에도 불구하고 채권관계가 여전히 존속한다거나 채권관계의 연장효가 발생한다는 주장은 채권관계의 연장이 아닌 본래의 채권이 그대로 존속한다고 보는 것으로 논리적 모순이며 위험부담의 법리를 무시하는 주장이라고 한다.<sup>33)</sup>

또한 대상청구권을 인정하는 견해들이 주장하는 바와 같이 채무자의 귀책사유로 인한 급부불능의 경우에 대상청구권과 전보배상청구권을 선택적으로 인정하게 한다면, 채권자는 자신에게 유리한 효과를 선택할 것인데 불능된 급부의 목적물은 대체로 채무자의 소유에 속할 것이므로 장래의 이행을 전제로 한 채권자의 이익은 보호하면서, 소유자인 채무자의 이익보호에 인색한 것은

29) 이은영, 『채권총론』, 박영사, 2006, 230면; 윤철홍, 『채권총론』, 법원사, 2006, 139면.

30) 이은영, 앞의 책, 230면.

31) 정상현, 앞의 글, 721~725면; 이충훈, 앞의 글, 343면; 조광훈, "대상청구권의 해석상의 인정에 따른 문제점 및 그 입법의 필요성", 『서울법학』, 제19권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 11, 85~89면.

32) 조광훈, 위의 글, 87면.

33) 조광훈, 위의 글, 87면.

오히려 불형평을 야기하는 것이라고 비판하기도 한다.<sup>34)</sup>

그리하여 부정설은 채무자의 귀책사유로 인한 급부불능의 경우에는 급부불능의 경우에는 채권자의 전보배상청구권으로 보호하면 충분하고, 채무자 또는 쌍방당사자의 귀책사유가 없는 급부불능의 경우에는 채무자위험부담주의에 따라 쌍방급부의 소멸로 처리하면 족하다고 한다.<sup>35)</sup>

#### 4) 검토

대상청구권을 인정하는 견해와 부정하는 견해의 가장 큰 차이점은 이행불능의 효과로 전보배상청구권과 채무자위험부담주의를 인정하는 우리 민법에서 추가적으로 대상청구권을 인정할 실익이 있는가 하는 점에 있다. 최근에는 대상청구권을 인정하는 입장에서 대상청구권에 관한 입법이 필요하다는 주장에까지 이르고 있기 때문에 대상청구권에 관한 입법으로 이러한 다툼이 일응 해결될 수 있는 것처럼 보이기도 한다.<sup>36)</sup> 그러나 입법을 통한 해결을 도모할 것인지를 결정하기 위해서는 근본적으로 우리 민법에서 대상청구권을 인정할 필요가 있는가 하는 점에 대해 의견의 일치가 있어야 할 것이다.

생각건대 우리 민법이 대상청구권에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않다고 하더라도 채권관계에 기초하여 대상청구권은 일반적으로 인정될 수 있는 권리라고 할 것이다. 본래의 채권관계에 기초한 급부의 이행이 불가능하게 된 경우에도 이미 시작된 채권관계에 기초하여 불능하게 된 급부를 대신하여 어떤 이익이 발생한 경우 그것에까지 채권관계가 미친다고 보는 것이 본래 채권관계를 맺은 채권자·채무자의 의사에 부합한다고 할 것이다. 결론적으로 대상청구권에 관한 무제한 인정설에 찬성한다.

대상청구권을 부정하는 입장 중에서는 대상청구권을 인정하는 견해들이 채권의 연장과 채권관계의 연장효를 혼동하고 있으며, 채권관계는 채권자가 채

34) 정상현, 위의 글, 723면.

35) 정상현, 앞의 글, 725면.

36) 실제로 대상청구권을 부정하는 견해 중에서도 입법론으로서 프랑스나 독일과 같은 명문 규정을 통하여 이익의 조정을 피하는 것은 별개의 문제라고 하는 견해도 있다: 정상현, 위의 글, 725면.



무자에 대하여 어떤 급부를 요구하는 채권을 전제로 인정되는 것이기 때문에 채권의 존재 없이는 채권관계만을 논할 수는 없다고 비판하기도 한다.<sup>37)</sup> 그러나 이행불능으로 채권이 소멸하고, 그리하여 채권관계까지 소멸한다고 볼 것은 아니다. 오히려 이행불능으로 본래 채권의 내용이었던 주급부의 내용에 중대한 변경이 가해진 것으로 채권은 변경된 급부에 대해 여전히 존재하고, 변경된 급부에 대한 청구권을 요소로 하는 채권관계 역시 유지되는 것으로 보아야 할 것이다. 본래 채권관계를 맺을 때 채권자와 채무자는 채권관계의 요소인 채권의 내용이 된 본래의 급부에 대한 청구권과 그에 대한 급부의무에 대한 의사가 있었을 것이다. 이 때 양 당사자의 의사가 특정한 급부 그 자체에 있는 경우도 있겠지만, 그 급부가 가지고 있는 경제적 가치 내지는 이익에 까지 미치는 것이 오히려 일반적이라고 생각된다. 그렇다면 본래의 급부이행이 불가능해졌다고 하더라도 그로 인하여 다른 경제적 이익이 발생하였다면 그에 대해서까지 당사자의 의사가 미치는 것으로 보아야 할 것이다.

한편 이행불능의 경우에도 채권관계가 성립된다는 점에 대해서는 긍정하면서, 이때에 급부의 목적물은 여전히 채무자의 소유로 남아 있으므로, 단지 이행청구권을 갖고 있는 채권자가 아무런 노력이나 위협의 감수 없이 대상 이익을 취득하는 것은 오히려 불형평의 시정이라는 명목 아래 새로운 불형평을 초래하는 결과를 가져오는 것이라는 부정설의 또 다른 비판도 있다.<sup>38)</sup> 물론 채권관계가 성립되어 있다고 하더라도 당연히 급부가 채권자에게 속하는 것은 아니며, 채무자가 급부를 이행하여야 비로소 채권자에게 속하고 채무자가 급부의무를 위반하면 채권관계에도 불구하고 급부는 여전히 채무자에게 속한다. 그렇다고 하더라도 양 당사자의 의사합치에 의하여 채권관계가 이미 시작되었음에도 불구하고 이행불능 당시에 소유자가 누구였는지에 따라 본래의 급부에 대신하여 발생한 이익을 귀속시키는 것이 타당한 지는 의문이다. 당사자가 채권관계를 시작할 때에 이미 급부의 경제적 가치는 어느 정도 채권자에게 속해졌다고 보아야 하고, 더 나아가 채권관계에 따라 급부

37) 조광훈, 앞의 글, 90면.

38) 정상현, 앞의 글, 714면.

의무가 이행되는 경우가 아닌 급부의무가 불이행되는 경우를 예상하여 그 이익을 귀속시키는 것은 채권관계의 의미를 지나치게 약화시키는 것은 아닌가 생각된다. 대상청구권이 채권자를 지나치게 보호한다는 비판에서 지적하는 바와 같이 보험계약에 있어서 채무자는 보험료를 납부하는 등 위험의 감소를 위하여 노력하였으나, 채권자는 위험의 감소에 전혀 기여한 바 없이 보험금을 대상으로서 취득할 수 있다는 것은 부당하다<sup>39)</sup>는 점에 전혀 공감하지 않는 바는 아니나, 엄밀히 말하면 채무자가 보험료를 납부하는 것은 급부소멸의 위험 감소를 위한 노력이지 채권자와의 채권관계에서 이행불능을 예방하고자 하는 노력은 아니라고 할 것이다. 또한 부동산 소유권의 경우에도 우리 민법이 비록 성립요건주의를 취하고 있다고 하더라도 채권관계가 존속하는 한 등기를 완료하지 못하였다고 하더라도 채권자를 보호할 필요가 없다고 할 수는 없다.

결론적으로 당사자 사이의 법률관계에 있어서 채권관계의 합리적인 의미는 그 후의 이행불능에도 불구하고 관철되어야 하며, 채권자가 자신의 반대급부를 이행하면서 본래의 급부에 대한 대상물에 관하여 이행을 청구하는 경우에도 당사자의 급부의사를 인정하는 것이 원래의 당사자의사를 일관되게 존중하는 것이라고 할 것이다.

## 2. 대상청구권의 효과에 관한 학설의 검토

대상청구권이 성립하기 위해서는 급부가 후발적으로 불능하여야 하며, 채무자가 급부의무의 목적물에 대신하여 배상 또는 배상청구권을 획득했어야 한다. 또한 급부를 불능하게 하는 사정과 대신하는 이익 사이에 상당인과관계가 있어야 한다.<sup>40)</sup> 마지막으로 급부가 불능하게 된 객체와 채무자가 그에 관하여 대신하는 이익을 취득한 객체 사이에 동일성이 존재하여야 한다. 이러한 요건이 구비된 경우 채권자는 대상청구권을 행사할 수 있다. 문제가 되는 것은 채

39) 정상현, 위의 글, 714면.

40) 송덕수, 앞의 책, 1021면.

무자가 취득한 대상의 반환범위에 관한 것으로 채무자가 대상으로 취득한 이익이 원래의 급부가치 또는 채권자가 약정한 반대급부보다 많은 경우 그 전부를 채권자에게 반환하여야 하는가에 관한 것이다.

### 1) 초과이익 무제한 반환설

이 견해에 따르면 채무자는 그가 취득한 것 모두를 채권자에게 인도하여야 하며, 그 결과 대체이익이 채권의 목적물의 통상의 가치를 넘는 경우에는 초과가치도 인도하여야 한다.<sup>41)</sup> 이 견해는 위법한 채무자의 행위로 인한 이익은 채무자에게 남아 있어서는 안되고, 채권자에게 돌아가야 한다는 근본사상에 바탕을 둔 것으로 만약 초과가치를 채권자에게 인도하지 않아도 된다면 채무자는 계약위반에 관하여 아무런 위험부담을 지지 않게 되는 결과를 가져오게 되므로 초과이익도 대상의 범위에 포함시킨다.<sup>42)</sup> 또한 손해의 한도 내에서 대상청구권을 인정하게 되면 채무자에게 유책사유가 있는 경우에는 대상청구권이 무의미하게 된다고 지적한다.<sup>43)</sup> 그 밖에 대상의 범위를 손해로 한정하게 되면 계약은 반드시 지켜야 한다는 원칙을 무시하는 결과를 가져오게 되고, 특히 채무자의 이중매매를 방관하는 결과를 가져와 거래질서의 혼란을 야기할 수 있을 뿐만 아니라 대상청구권의 본질인 정당성의 추구에 반한다고 한다.<sup>44)</sup> 그리하여 이 견해는, 본래 대상청구권은 손해배상청구권이 아니며, 채권관계에 기하여 자기에게 귀속되지 아니할 이익을 보유한 자로부터 그러한 이익을 반환하는 것이 대상청구권의 본질에 부합하는 것이라고 하여 채무자의 거래수완 등에 의하여 얻어진 이익을 채권자에게 귀속시키고자 한다.<sup>45)</sup>

41) 송덕수, 위의 책, 1021면; 최병조, 『민법주해(XIII)』(곽윤직 편), 박영사, 2009, 97면; 이은영, 앞의 책, 232면; 박규용, 앞의 글, 120면; 임건면, 앞의 글, 144면.

42) 임건면, 앞의 글, 143면.

43) 송덕수, 위의 책, 1021면.

44) 임건면, 위의 글, 144면.

45) 임건면, 앞의 글, 144면 이하.

## 2) 손해한도 내에서의 반환설

채권자가 이행불능으로 인하여 입은 손해의 한도 내에서 대상청구권을 인정하는 것이 타당하다는 견해이다.<sup>46)</sup> 이 견해에 따르면 “채무자가 얻은 대상 중 초과이익은 단순히 원래의 급부에 갈음하는 것만이 아니라, 많은 경우에 채무자 자신의 활동과 능력의 성과이기도 하다”.<sup>47)</sup> 이때 초과이익을 채권자에게 반환하도록 하면, 이는 오히려 채권자가 원인 없는 이득을 취하는 것이며 특히 채무자의 책임없는 이행불능의 경우에 채무자의 노력으로 취득한 이익을 채권자에게 전부 반환하도록 하는 것은 부당하다고 한다.<sup>48)</sup>

또한 이 견해는 반환을 청구할 수 있는 대상의 범위를 우리 민법이 정하고 있는 부당이득반환의 법리와 같은 차원에서 파악한다. 부당이득에 관한 민법 제741조의 해석에 있어서 반환의 범위와 관련하여 부당이득은 손실자의 손실의 범위 내에서만 성립하기 때문에 반환하여야 할 범위는 손실자의 손실을 최고액으로 한다. 부당이득은 손실자의 손해를 전보해서 당사자 사이의 공평을 유지하려는 제도이기 때문이다. 그리하여 손실자의 손실의 한도를 넘는 이득부분은 이를 반환하여야 할 필요가 없다.<sup>49)</sup> 대상청구권에서 반환하여야 할 채무자의 대상이익을 손해한도 내로 제한하는 이 견해는 대상청구권도 부당이득금지의 이념에 기초한 것이라고 하여 이러한 이치를 대상청구권에도 적용하고자 한다.<sup>50)</sup> 또한 이행불능을 원인으로 한 전보배상의 범위가 이행불능 사유 발생 당시의 가액을 기준으로 하는 점에 비추어 초과이익의 반환이 오히려 채권자에게 부당한 이익을 주는 것이라는 점을 지적한다.<sup>51)</sup>

46) 양창수, 앞의 책, 294면; 지원림, 앞의 글, 159면; 최원준, “위험부담의 원리와 대상청구권의 인정여부”, 『성균관법학』, 제21권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2009, 625면.

47) 양창수, 앞의 책, 294면.

48) 양창수, 위의 책, 294면; 지원림, 앞의 글, 160면.

49) 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 2000, 451면.

50) 지원림, 위의 글, 159면; 양창수, 위의 책, 294면.

51) 지원림, 위의 글, 160면; 양창수, 위의 책, 204면.

### 3) 고의의 이행불능에 대한 초과이익 반환설

이 견해에 따르면 채무자의 무과실 내지 과실에 의하여 급부불능이 발생한 경우에는 원칙적으로 반환의 범위를 시가로 제한하고, 고의의 급부불능의 경우에는 급부의 객관적 가치는 넘는 이득에까지 대상청구권의 효력을 확대한다.<sup>52)</sup>

### 4) 검토

대상청구권의 본질이 채권관계에 기초하여 볼 때 경제관계상 속하지 않아야 할 자에게 귀속된 재산적 가치는 그것이 마땅히 속하여야 할 자에게 돌려져야 한다는 점에 있다면, 원칙적으로 반환하여야 할 대상의 범위에 제한을 두지 않는 것이 타당할 것이다. 초과이익이 많은 경우 채무자 자신의 활동과 능력의 성과일 수도 있으나, 계약을 준수하려 하지 않고 오히려 계약을 준수하지 않으려 하면서 자신의 재산을 증가시킨 경우에 그러한 노력을 보호하여야 할 필요가 있는지는 의문이다. 요컨대 초과이익에 대한 반환을 인정하지 않는다면 계약준수의 원칙을 약화시킬 우려가 있다. 또한 채무자가 다른 사람보다 더 뛰어난 상술로 더 많은 이익을 얻었다는 것은 채권자에게는 직접적인 아무 관련이 없는 것이다.<sup>53)</sup>

물론 대상의 이익이 급부이행을 통하여 보유하게 될 이익보다 더 큰 경우에 그것이 채무자의 귀책사유 없는 이행불능이었다면, 그러한 우연적인 사정으로 채권자가 본래 예정한 것보다 더 큰 이익을 얻는 것이 타당한가 하는 비판이 있을 수 있다. 그러나 같은 취지에서 그렇다면 그러한 우연적인 사정으로 발생한 이익을 본래의 급부의무를 면한 채무자가 보유하는 것이 타당한가 하는 비판도 가능할 것이다. 그렇다면 대상청구권의 기초가 되는 채권관계에 비추어 계약이 이행되었더라면 그 급부 및 그에 따른 경제적 가치는 채권자에게

52) 안법영, "채권적 대상청구권 - 우리 민법의 발전적 형성을 위한 비교법적 소고 -", 『김형배 교수 회갑기념논문집』, 박영사, 1994, 268면.

53) 임건면, 앞의 글, 143면.

속하였어야 할 것인데, 이를 통하여 이익이 발생한 것이기 때문에 채무자보다 채권자에게 속하는 것이 형평에 맞는 것이라고 할 것이다. 더군다나 채무자의 귀책사유로 이행이 불가능하게 된 경우라면 유책한 채무자의 행위를 보호할 필요는 없을 것이다.

한편 고의로 인한 이행불능과 무과실 내지 과실에 의한 이행불능을 구분하는 것은 채무불이행에 있어서 고의와 과실을 구분하지 않는 우리 민법의 태도에 비추어 볼 때 타당하지 않다고 생각된다.

#### IV. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 대상청구권은 민법에 명문규정이 없음에도 불구하고 판례와 학설에 의하여 일반적으로 인정되고 있다. 그러나 민법의 규정이 없다는 점 이외에도 민법이 이행불능의 효과로 전보배상청구권과 채무자부담주의를 취하고 있어 이미 채권자 보호에 충분한 기능을 하고 있기 때문에 대상청구권을 보호할 필요가 없다는 견해도 존재한다. 특히 채무자부담주의와 관련하여서는 대상청구권을 인정하게 되면 채무자부담주의에 관한 규정을 배제시키는 결과가 된다고 비판하기도 한다.

그러나 판례는 이미 채권자에게 대상청구권을 인정하고 있고 심지어 취득시효의 완성 후 등기가 이루어지기 전에 발생한 사정으로 소유권이전등기가 불능이 된 때에도 대상청구권의 행사를 인정한다. 그 밖에 대상청구권의 대상청구권자가 제공하여야 하는 반대급부가 상대방에게 아무런 이익이 되지 않는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 대상청구권을 부정한다고 하여 대상청구권의 발생요건에 일정한 제한을 두고 있다. 이처럼 판례가 이미 대상청구권을 인정하고 있음에도 대상청구권의 인정 및 효과와 관련하여서는 학설의 대립한다.

대상청구권은 계약준수의 원칙에 따라 경제관계상 속하지 않아야 할 자에게 귀속된 재산적 가치는 그것이 마땅히 속하여야 할 자에게 돌려져야 한다는 민법의 기본이념에 기초하여 인정되는 것이다. 따라서 명문의 규정이 없다

고 하여 대상청구권의 적용을 배제할 수는 없을 것이다. 또한 이러한 기본이념에 비추어 생각한다면, 대상청구권의 인정에 일정한 제한을 두는 것은 타당하지 않다. 전보배상청구권과 채무자위험부담주의를 취한다고 하더라도 채권관계에 따른 당사자의 의사존중이라는 측면에서 대상청구권을 인정하여야 한다. 또한 급부의 이행이 불가능해졌다고 하여 채권관계가 소멸하는 것은 아니며, 채권관계가 인정되는 이상 채권의 대상이 된 급부의 경제적 가치는 채무자보다도 오히려 채권자에게 속하는 것이라고 볼 수 있을 것이므로 대상청구권은 인정되어야 한다. 더 나아가 대상청구권의 행사에 의하여 채무자가 반환하여야 할 이익의 범위도 손해의 한도로 제한을 둘 것이 아니라 본래의 급부를 대신하여 발생한 이익이라면 초과이익에까지 그 효과가 미친다고 보아야 할 것이다.

## 참고문헌

### 단행본

- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2000.  
 김준호, 『채권법』, 법문사, 2013.  
 송덕수, 『신민법강의』, 박영사, 2012.  
 양창수, 『민법주해 IX (채권(2))』(곽윤직 편), 박영사, 2011.  
 윤철홍, 『채권총론』, 법원사, 2006.  
 이은영, 『채권총론』, 박영사, 2006.  
 최병조, 『민법주해(XIII)』(곽윤직 편), 박영사, 2009.

### 논문

- 강봉석, “대상청구권의 의의 및 요건”, 『민사법학』, 제32호, 한국사법행정학회, 2006.  
 김준호, “부동산 점유취득시효와 대상청구권”, 『고시연구』, 통권 제279호, 고시연구사, 1997. 6.

- 김준호, “이행불능의 효과로서의 대상청구권”, 「사법행정」, 제34권 제6호, 한국사법행정학회, 1993. 6.
- 박규용, “대상청구권의 적용에 관한 논의”, 「법학연구」, 제24집, 한국법학회, 2006.
- 성중모, “민법상 대상청구권의 반환범위”, 「법학논집」, 제14권 4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.
- 송덕수, “대상청구권에 관한 입법론”, 「법조」, 제660호, 법조협회, 2011. 9.
- 안법영, “채권적 대상청구권 - 우리 민법의 발전적 형성을 위한 비교법적 소고 -”, 『김형배 교수 회갑기념논문집』, 박영사, 1994
- 양창수, “이행불능의 효과로서의 대상청구권”, 「고시연구」, 통권 제326호, 고시연구사, 2001. 5.
- 유남석, “쌍무계약 당사자 쌍방의 대가적 채무가 모두 이행불능이 된 경우 대상청구권 행사의 가부”, 『대법원 판례해설』, 통권 제26호, 법원도서관, 1996.
- 이충훈, “대상청구권에 관한 판례의 비판적 검토”, 「법학연구」, 제15권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2012.3.
- 임건면, “대상청구권에 관한 소고”, 「경남법학」, 제14집, 경남대학교 법학연구소, 1999.
- 정상현, “대상청구권의 인정여부에 관한 법리 재검토”, 「성균관법학」, 제19권 제3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007. 12.
- 조광훈, “대상청구권의 해석상의 인정에 따른 문제점 및 그 입법의 필요성”, 「서울법학」, 제19권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2011. 11.
- 조성민, “대상청구권에 대한 입법론적 고찰”, 『민법개정안의견서』, 삼지원, 2002.
- 지원립, “점유취득시효 완성 이후의 사정변경과 대상청구권”, 「판례연구」, 제19권, 박영사, 1997.
- 최원준, “위험부담의 원리와 대상청구권의 인정여부”, 「성균관법학」, 제21권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.



[Zusammenfassung]

## Zur Betrachtung des Stellvertretenden Commodumsanspruchs in der Rechtsprechung und im Schrifttum

Yi, Jae-Kyeong

*Professor, Law school, WonKwang National University*

Das koreanische Zivilrecht erkennt dem Gläubiger das Schadensersatzrecht gem. §390 KBGB sowie das Vertragsaufhebungsrecht gem. §546 KBGB bei der Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner zu; daneben existiert das sog. stellvertretende Commodum, welches zwar nicht ausdrücklich im KBGB geregelt ist, aber mittlerweile auch im Schrifttum und in der Rechtsprechung Anerkennung findet. Überdies wird der Commodumsanspruch gemäß der Rechtsprechung nicht nur im Schuldrecht, sondern auch im Sachenrecht bzw. bei der Ersetzung von Grundstücken anerkannt dieser bleibt jedoch dann zu verneinen, wenn die den Gläubiger verpflichtende Gegenleistung für den anderen nutzlos ist.

Ausgehend von der Bejahung dieses Anspruchs beschäftigt sich dieser Beitrag mit dessen eigentlicher Begründung und stellt dabei die Frage nach dem Standpunkt der Rechtsprechung. Mit anderen Worten: es wird dazustellen sein, dass die koreanische Judikatur sich darum bemühen müsste, deutlich zu machen, ob und in worin sich der fehlgeschlagene Vermögenswert widerspiegelt - ein Vermögenswert, welcher trotz des Nichtvorhandenseins eines Rechtssatzes dem Berechtigten zurückgeführt werden sollte. Demgegenüber kann man konstatieren, dass die aufgrund der mangelnden Regelung zunächst zu verneinen wäre.

Vor diesem Hintergrund ist die rechtliche Behandlung des Herausgabeanspruchs

noch umstritten: zum einen ist hier die grundsätzliche Befürwortung dafür oder sozusagen eine Kompromisslösung zu berücksichtigen, bei welcher der Anspruch nur auf krasse Missverhältnisse beschränkt werden muss. Zum anderen vertritt die Gegenmeinung den Standpunkt, dass die aktuell geltenden Rechtssätze des KBGB schon den Gläubigerin ausreichendem Maße zu schützen in der Lage sind. Vor allem sollten hier die Schuldverhältnisse jedem Betroffenen verständlich gemacht werden; ferner sollte deren eigentlicher und vernünftiger Willen ohne Rücksicht auf die nachträgliche Erfüllungsunmöglichkeit stets im Vordergrund stehen. Aus diesem Grunde ist dieser Anspruch zu Recht anzuerkennen.

Des Weiteren ist noch dessen Tragweite problematisch. Hier geht es besonders um einen Fall, in welchem dem Schuldner ein höherer stellvertretender Wert als derjenige der geschuldeten Leistung angefallen ist. In diesem Fall ist es im Schrifttum auch umstritten, ob und inwieweit der Gläubiger dieses überschrittene Commodum verlangen kann. Unter Berücksichtigung, dass es bei diesem Anspruch nicht um eine Werterhaltung oder um einen Ausgleich, sondern um die unmöglich gewordene, aber nach dem Vertrag vereinbarte Leistung geht, die dem Gläubiger zustehen soll, ist das gesamte stellvertretende Commodum zu recht vollumfänglich dem berechtigten Gläubiger zurückzuführen.

**Stichwörter** : der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, die Erfüllungsunmöglichkeit, der Schadensersatz statt der Leistung, die Gefahrübergang des Schuldners