

## 위험부담의 개념에 관한 연구\*

### A Study on the Concept of Risk of Loss

이 우 진\*\*  
Lee Woo Jin

#### 목 차

- I. 서설
- II. 위험부담의 개념
- III. 입법주의
- IV. 위험부담법리의 확장-노무공급계약과 관련하여
- V. 맺음말

#### 국문초록

우리 민법 제537조는 ‘채무자 위험부담주의’를 원칙적으로 규정하고 있으며, 제538조에서는 ‘채권자 위험부담주의’를 예외적으로 규정하고 있다는 것은 주지의 사실이다. 이는 우리나라뿐만 아니라 독일, 일본도 공통적으로 채무자위험부담주의를 기본으로 하고 있다고 판단된다. 미국은 통일상법전(UCC)에서 계약위반의 여부에 따라 분류하고 다시 계약의 유형에 따라 위험이전의 시점을 중심으로 하여 규정하고 있다. 그러나 이러한 체제가 비록 우리와는 상이하게 받아들여질 수도 있으나 기본적으로 채권자에게 위험이 이전되기 전까지는 채무자가 위험을 부담하므로 “채무자위험부담주의”가 원칙이라고 할 수 있는 것이다.

논문접수일 : 2019. 10. 01.

심사완료일 : 2019. 10. 24.

게재확정일 : 2019. 11. 04.

\* 이 논문은 2019년 백석대학교 학술지원에 의하여 이루어졌음.

\*\* 백석대 경찰학부 교수

한편 이러한 채무자가 위험을 부담한다는 원칙은 채권자의 책임있는 사유나 수령지체로 인하여 이행불능이 발생하거나, 목적물의 인도된 경우에는 채권자가 위험을 부담하는 것으로 전환이 된다. 즉, 기본적으로 귀책사유 있는 당사자, 위험을 부담하기에 합당한 당사자로 하여금 위험을 부담하게 하는 것이 공통의 법체제인 것으로 판단이 된다. 따라서 우리 민법은 비교법적으로 보더라도 그 해석상 타당성을 갖추고 있다고 판단되는 바이다.

한편 우리 민법이 “위험부담”법리를 노부공급계약에 확장적용하면서 “소급지급임금”의 계산에서 “중간수입”을 공제하는 것은 매우 신중하여야 할 것이다. 필자는 근로자가 타 직장에서 일하여 얻은 “중간수입”은 부당해고와는 법률적으로 전혀 다른 원인에 기인하여 발생한 것으로서 민법 제538조 제2항에서 말하는 자기의 채무를 면함으로서 얻은 이익에 근로자의 중간수입을 포함시킬 수는 없다고 판단된다. 또한 근로기준법 제46조에 더 잡아 근로자의 “중간수입공제”를 제한적으로 인정하는 판례의 태도에 대해서는 찬성할 수 없다. 즉 근로자의 “소급임금지급청구”의 근거를 민법 제538조에서 찾는다면 근로기준법 제46조는 “휴업수당”에 대한 규정으로서 민법상 임금청구권(민법 제538조 제1항)의 경우와 별도의 취지에서 설정된 것이다. 따라서 필자는 민법 제538조와 근로기준법 제46조의 “휴업수당청구권”과는 제도상의 취지가 다르기 때문에 같이 취급될 수 없다고 생각되므로 근로자의 “중간수입공제”는 부정되는 것이 타당하다고 생각한다.

**주제어** : 위험, 위험부담, 채무자위험부담, 채권자위험부담

## 1. 서설

일반적으로 위험부담이란 당사자 일방의 채무가 그에게 책임 없는 사유로 불능으로 되어 소멸하는 경우에, 그의 반대급부 의무는 어떻게 되느냐에 관한 문제라고 일컬어진다.<sup>1)</sup> 그리고 학설은 이러한 위험부담에 관한 입법주의로는 채무자주의, 채권자주의, 소유자주의가 있다고 한다.<sup>2)</sup> 각국의 입법례가 우리와는 상

이한 경우도 있으며 이러한 분류방식이 무리가 없는 것도 아니다. 가령 독일민법 제446조는 매매목적물이 매수인에게 인도된 시점을 기준으로 위험이 매수인에게 이전하는 것을 규정하고 있다. 그러므로 매매목적물이 매수인에게 인도되기 전에는 매도인이 위험을 부담하고(채무자위험부담), 매수인에게 인도된 후에는 매수인이 위험을 부담한다(채권자위험부담). 이러한 위험이전의 과정을 일률적으로 채무자주의나 채권자주의나 하는 관점에서 파악하기는 곤란할 수도 있다. 그러나 동조는 결국 일정한 요건이 충족되면 채권자에게 위험이 이전되어 그가 위험을 부담하게 되는 것을 규정하고 있는 것이다. 따라서 이러한 경우는 채권자위험부담으로 유형화하여 논의하는 것이, 이 논문의 입장에서는 타당하다고 생각되는 것이다.

한편 우리 민법은 제537조에서 채무자위험부담주의를 원칙으로 하고 있으며 제538조에서 예외적인 채권자위험부담주의를 채택하고 있다. 반면 독일 민법은 위험부담에 대하여 다양하게 규정하고 있다.<sup>3)</sup> 이 글에서는 위험부담 법리를 구성하는 요소들의 개념에 대해 비교법적으로 검토해 보고 이를 바탕으로 민법상 위험부담 법리의 적용범위에 대해 합리적인 해석론을 전개해 보고자 한다.

## II. 위험부담의 개념

### 1. 위험의 개념

위험의 개념에 대해서는 우리 민법은 명시적으로 규정하고 있지 않다. 학설은 채권의 목적이 양 당사자의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 경우에 그로 인한 불이익을 위험으로 이해하고 있는 것으로 판단된다.<sup>4)</sup>

1) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2017, 1324면 참조. 또한 송덕수, 민법강의, 박영사, 2012, 1336면과 양형우, 민법의 세계, 피앤씨미디어, 2018, 1213면도 같은 취지.

2) 송덕수, 전게서, 1337면; 지원림, 전게서, 1326면.

3) 즉 제326조 제1항 제1문에서는 견련관계를 규정하고, 매매에 대하여는 제446조 제1문에서 인도주의를 규정하고 있을 뿐만 아니라 임대차에 대하여는 제537조 제1항 제1문, 고용에 대하여는 제615조 및 제616조, 도급에 대하여는 제644조 및 제645조 등의 규정이 있다.

한편, 독일민법 제446조 제1문의 “우연적 멸실 및 우연적 훼손의 위험” 에서의 위험이란 점유, 제3자나 객관적인 상황(예를 들면 자연현상)에 의하여 특정 사물에 영향을 줄 수 있는 가능성을 말한다고 하는 견해가 있다.<sup>5)</sup>

그리고 위험이란 광의로는 채무자 또는 채권자의 행위에 의한 경우나 그 물건의 본래의 성질에 의해 자연적으로 발생한 경우를 포함한, 그 물건에서 발생한 모든 손해를 가리키지만 채무자의 행위에 의해 발생한 훼손이나 매매계약 체결이전부터 그 물건에 내재하고 있던 하자에 대해서는 오로지 이와 같은 손해를 전보하여야 할 者 및 그 전보의 범위를 결정하기 위하여 발달하여온 채무불이행이나 담보책임제도의 적용에 위임하는 것이 합리적이기 때문에 이러한 제도들에 의하여 규율되어야 할 것이며, 민법학 상 협의의 위험부담의 문제로서 논하여지는 것은 그것들을 제외한 부분이라고 하는 견해<sup>6)</sup>가 있다.

또한 원래 “위험(risk)”의 개념은 어떠한 경우에도 오직 우연한 멸실(destruction)이나 훼손(deterioration)에 대한 것이지 당사자 일방의 과실에 의하여 야기된 물품의 멸실이나 훼손의 경우에 적용되는 개념이 아니라고 한다.<sup>7)</sup>

이상에서 살펴본 바와 같이 결국 위험부담에서 논의되는 위험이란 계약이 당사자의 책임 없는 사유로 이행불능이 된 경우, 그 불이익을 계약 당사자중 누군가가 부담하게 되는 것을 일컫는다고 하겠다.

## 2. 위험의 종류

위험은 그것이 문제되는 법률관계에 따라 물건의 위험, 급부위험, 대가위험으

4) 김형배, “위험부담”, 송춘박영우교수화갑기념논문집-사법학의 재조명(한림원, 1994), 475면; 이은영, 「채권각론」(박영사, 2005), 174면; 최병조, 「민법주해XⅢ」(박영사, 1997), 42면 참조. 한편 곽윤직, 「채권각론」(박영사, 2003), 67면에서는 위험은 쌍무계약에 있어서 서로 대가적 의미를 가지고 대립하는 채무의 한쪽이 소멸함으로써 받는 불이익을 말한다고 한다. 또한 황적인, 「현대민법론 IV」(박영사, 1983), 105면에서는 일반적으로 위험이라고 하는 것은 인간생활에 필요한 재화에 어떠한 위해가 가하여질 염려가 있는 상태를 말한다고 한다.

5) Palandt Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl.(C. H. Beck, 2005), § 446 Rn. 5. (이하에서는 Palandt Kommentar를 Palandt로 약칭한다)

6) 半田吉信, 賣買契約における危険負擔の研究(信山社, 1999), 7頁.

7) Atiyah/Adams/Macquen, The Sale of Goods, 10th ed(Longman, 2001), p. 354.

로 나누어질 수 있다.<sup>8)</sup>

물건의 위험(Periculum rei)이란 물건이 불가항력으로 멸실됨으로 말미암아 그것을 갖지 못하게 되는 불이익을 말한다고 한다.<sup>9)</sup> 물건이 소멸하면, 그 위에 존재하는 물건도 또한 소멸될 것이고, 따라서 물건의 상실의 위험은 물건의 귀속자에게 돌아가며, 매매목적물의 멸실의 경우도 일반적으로 물건의 위험은 소유자에게 돌아간다고 한다.<sup>10)</sup> 그것은 물건의 양도 전에는 통상적으로 매도인에게, 양도 후에는 매수인에게 귀속한다고 한다.<sup>11)</sup>

급부위험(Leistungsgefahr)이란, 급부의 목적물이 멸실, 훼손된 경우에 채무자가 여전히 급부의무를 부담하는가의 문제라고 한다.<sup>12)</sup> 특정물채무에서 목적물이 채무자의 책임으로 돌아갈 수 없는 사유에 의해 멸실한 경우에는 특별한 합의가 없는 한 채무자는 급부의 책임을 면하지만, 종류채무에 있어서는 채무자는 최소한 목적물의 특정이 발생할 때까지는 급부의 책임을 면하지 못한다고 한다.<sup>13)</sup>

8) 이러한 입장에 있는 견해로는 최병조, 민법주해XⅢ, 43면; 최수정, “동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구”, 서울대 박사학위 논문, (2000), 9-11면; 半田吉信, 前掲書, 8頁참조. 한편 서울오, “민법 제537조 위험부담법리의 역사적 변천”, 서울대 법학연구 제5권(1998), 70면 이하에서는 위험부담에서 말하는 위험이란, 급부위험과 반대급부위험을 총칭하는 채무의 위험과 물건의 위험으로 나누는데 같은 의미로 판단된다. 또한 小野秀誠, 危險負擔の研究, (日本評論社, 1995), 395-399頁에서는 “위험부담은 매매의 과정 중에 당사자중 누가 목적물에서 발생한 손실을 부담하여야 하는가라고 하는 문제인 반면에, 매매계약과는 상관없이 목적물의 소유자는 소유의 속성으로서 그 물건에서 발생한 위험을 스스로 부담하지 않으면 안 된다. 여기서 계약의 존재를 전제로 한 손실부담의 법리를 계약적위험이라고 하고 소유자 또는 물권자가 소유의 속성으로서 부담하는 손실부담의 법리를 물적위험이라고 할 수 있다.”고 설명한 후 계약적 위험의 분배를 규정한 일본민법 제536조 제1항은 물적 위험의 분배를 규정한 일본민법 제534조 제1항에 우선하여 적용될 필요가 있다고 한다. 그러나 이러한 견해에 대해서는 찬성하기 어렵다. 일본민법 제534조 제1항에서도 계약체결을 요건으로 하기 때문에 동 견해가 주장하는 바와 같이 계약적위험과 물적위험을 구분하기가 명확하지 않기 때문이다.

9) 이은영, 전제서, 174면.

10) 半田吉信, 前掲書, 8頁.

11) 선택채권을 예로 들어 설명하면 선택채권에서 두 물건 중 하나가 멸실한 경우 선택채권은 잔존물건에 남게 되므로, 채무자는 남은 물건을 채권자에게 이전하여야 한다. 이 경우 멸실된 물건의 위험은 채무자가 부담하게 되고, 후에 나머지 물건도 멸실하였다면 채권자가 급부를 받을 수 없게 되므로, 채권자가 나머지 물건의 멸실에 대한 위험을 부담하게 된다. 이상의 예는 최병조, 민법주해XⅢ, 43면 참조.

12) 半田吉信, 前掲書, 8頁.

13) 半田吉信, 前掲書, 8頁참조.

대가위험(Preisgefahr)<sup>14)</sup>은 채권자가 채무의 목적인 급부를 취득하지 않았음에도 불구하고 여전히 대금의 지급의무가 있는가의 문제이며, 위험부담문제의 중심을 이룬다. 이것은 프랑스에서는 계약의 위험(risque du contrat)으로 불리우며, 편무계약에서는 대가위험은 문제로 되지 않는다고 한다.<sup>15)</sup>

이상에서 본 바와 같이 물건의 위험과 급부위험을 구분하는 견해<sup>16)</sup>가 있는 반면에 양자를 같은 의미로 사용하는 견해<sup>17)</sup>가 있다. 전자의 근거로는 위험과 소유권은 완전히 별개의 제도로써 상이한 규범목적을 가지고 있으며 결국 채권관계에서 위험을 배분하기 위한 원칙과는 별개라는 점을 들고 있으며,<sup>18)</sup> 양자를 같은 의미로 사용하는 후자의 견해는 이러한 위험의 개념을 바탕으로 하여 입법론을 설명하는 가운데 전자의 견해와 마찬가지로 소유자주의를 채무자주의, 채권자주의와 함께 구별하여 설명하고 있다.

생각하건대 논리의 일관성이라는 측면에서 본다면 전자가 타당하다고 여겨진다. 엄밀히 말해서 적어도 물건의 위험을 독자적인 개념으로서 급부위험과는 구분하여야 후술하는 소유자주의-그 타당성은 별도로 하더라도-의 논의의 여지가 있다고 생각되기 때문이다.

### 3. 불능과 멸실·훼손

민법 제537조에서는 위험부담이 문제가 되는 경우로서 “당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때”라고 표현하고 있으나 각국의 입법례는 주로 멸실·훼손으로 표현하고 있다. 따라서 이하에서는 멸실·훼손의 개념에 대해서 살펴보고자 한다.

매매계약에서는 이전부터 목적물이 사고 또는 사건에 의해 멸실, 훼손된 경우, 매수인의 대금지급의무의 존재여부가 문제로 되어왔으며<sup>19)</sup> 본래 위험부담

14) Vergütungsgefahr라고도 한다. Palandt, § 326 Rn. 1 참조.

15) 단, 부담부증여와 같은 경우에는 부담의 한도에서(대가)위험이 문제로 될 수 있다. 半田吉信, 前掲書, 12頁의 註(3) 참조.

16) 자세한 것은 최수정, 전제논문, 11면 이하와 112면 이하 참조.

17) 예를 들면 주지홍, 주석민법, 채권각칙 1(한국사법행정학회, 1999), 312면

18) 자세한 것은 최수정, 전제논문, 11면 이하와 112면 이하 참조.

은 유체물의 멸실이나 훼손과 관련하여 발달한 것이라고 한다.<sup>20)</sup> 그리고 현재 비교법적으로 보더라도 매매계약에 관한 위험부담규정에서 목적물의 멸실, 훼손을 요건으로 하고 있는 것으로 파악되는데 독일, 프랑스 등이 그러하며<sup>21)</sup> 영국에서도 전술한 바와 같이 멸실(destruction)이나 훼손(deterioration)을 위험부담 적용의 중심개념으로 파악하고 있다. 또한, 미국에서도 “물건의 매매에 있어서 목적물이 훼손(damage)되거나 멸실(destruction)되는 위험을 당사자 중 누가 부담하여야 하는가 하는 문제가 종종 발생한다.”<sup>22)</sup>고 하여 역시 같은 입장으로 생각된다.

멸실(Untergang)은 단순히 물리적인 파괴뿐만 아니라 압수 등 매수인이 목적물에 대한 점유(Besitz über Eigentum)를 불가능하게 하는 것을 말한다고 한다.<sup>23)</sup> 물건이 부패, 汚損에 의해 경제적 가치를 완전히 잃은 경우나 물건은 존재하지만 특별한 사정에 의해 제공할 수 없는 경우도, 여기에 해당한다고 하는 것이 일반적이라고 한다.<sup>24)</sup> 영미에서도 멸실이라고 하기 위해서는 상품이 전부 멸실할 필요는 없고 그 성질이 변화하여 거래목적으로부터 보아서 당초에 표시된 것과는 다른 것으로 되면 족하다고 하고 있다.<sup>25)</sup>

훼손(Verschlechterung)은 품질저하, 물품의 일부분의 손상 또는 부패, 일부분의 부존재 등을 의미한다고 한다.<sup>26)</sup>

그런데 지금까지 살펴본 바와는 달리, 우리나라의 위험부담에 관한 규정인

19) 半田吉信, 前掲書, 15頁

20) 최수정, 전제논문, 24면.

21) 가령 독일 민법 제446조, 프랑스 민법 제1624조, 일본 민법 제534조, UN통일매매법 제66조 등을 예로 들 수 있겠다.

22) Calamari/Perillo, The Law of Contracts, 4th ed(West Group, 1998), p. 536.

23) Palandt, § 446 Rn. 6.

24) Filios, Die Gefahrtragung beim Kauf (§ 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas, 1964, S. 55; H. Brox, Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache, Jus 1975, S. 4. 이상은 半田吉信, 前掲書, 16頁참조.

25) Treitel, Frustration and Force Majeure, 1st ed(Sweet & Maxwell, 1994), p. 77.

26) Palandt, § 446 Rn. 7. 한편 半田吉信, 前掲書, 16頁에서는 훼손이란 매매목적물의 단순한 물리적인 변경일 뿐만 아니라 당사자의 의사에 쫓아 물건의 가치에 중요한 영향을 미칠 수 있는 모든 변경이다. 비 물리적인 것이어도 좋다. 그 의미는 물건의 훼손이란 품질의 저하라고 하는 의미에 있어서의 물품의 변화를 가리킨다고 한다.

민법 제537조와 제538조는 멸실이나 훼손이라는 표현을 쓰고 있지 않다. 즉 우리민법 제537조에서는 “책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때”라고 규정하고 있다. 여기서 “책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때”란 전술의 멸실, 훼손의 위험과는 어떠한 관계에 있는 것인가가 검토의 여지가 있다고 생각된다. 이에 관하여는 후술하기로 한다. 이하에서는 立法主義에 대하여 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 입법주의

#### 1. 서

한편 전술한 바와 같이 위험부담문제에 있어서는 대가(또는 반대급부)위험이 논의의 중심을 이룬다. 그런데 대가위험을 누가 부담하느냐에 따라서 채무자주의, 채권자주의, 소유자주의로 구분하는 것이 일반적이다.<sup>27)</sup> 그러나 各國에 있어서 위험부담제도가 하나의 主義로 관철되고 있다는 의미는 아니고 계약 내지 채무의 종류에 따라, 복수의 주의를 채용하고 있는 것이 보통이라고 한다.<sup>28)</sup>

채무자위험부담주의란 쌍무계약에 있어서 양 채무의 대가적 牽聯性<sup>29)</sup>으로 말미암아 타방의 채무도 소멸하기 때문에 그 위험은 채무자가 부담한다고 하는 주의이다. 결과적으로 공평한 처리이며 상식에도 부합한다고 한다.<sup>30)</sup> 위험부담에 관한 여러 입법주의 중에서 쌍무계약의 대가적 채무 사이에 存續上의 牽聯性을 인정하는 채무자주의가 가장 공평한 제도로서 인정받고 있다고 할 수 있다.<sup>31)</sup>

27) 곽윤직, 전게서, 69면 이하에서도 그러하며 최병조, 민법주해XⅢ, 45면도 같은 의미로 판단된다.

28) 近江幸治, 民法講義V: 契約法(成文堂, 2003), 52頁참조.

29) 일반적으로 存續上의 牽聯性이라고도 부른다. 그 의미는 후발적 불능에 의해 채무가 소멸하는 경우에 원시적 불능의 경우와 마찬가지로 대가적인 관계에 있는 채무도 같이 소멸되는가 하는 문제이다. 이것은 일단 성립한 채무의 존속에 관한 견련성이기 때문에 존속상의 견련성이라고 부를 수 있을 것이다. 존속상의 견련성에 대해 자세한 것은 內田貴, 民法Ⅱ: 債權各論(有斐閣, 2004), 58-60頁 참조.

30) 近江幸治, 前掲書, 52頁

31) 곽윤직, 전게서, 69면; 최병조, 민법주해XⅢ, 45면; 지원림, 전게서, 1326면.

채권자위험부담주의란 존속상의 견련성이 없는 경우를 말한다. 즉, 채권자가 위험을 부담하는 주의로서, 채권자는 그 목적물로부터 전매 등에 의한 이익을 향수할 수 있기 때문에 손실도 부담하여야 한다<sup>32)</sup>고 하는 사상이다. 이 주의는 부동산 매매 등의 위험부담에 대해서는 매우 불합리한 결과를 초래한다고 한다.<sup>33)</sup>

소유자위험부담주의란 “재해는 소유자가 받는다(casum sentit dominium).”는 원칙에 의하여, 물건의 멸실·훼손 당시에 그 물건에 대하여 소유권을 가지는 자가 그 위험을 부담하는 것이 자연스럽기 때문에, 소유권이 채권자에게 이전한 때부터 채권자에게 그 위험을 부담케 하는 주의라고 한다.<sup>34)</sup>

이하에서는 채무자위험부담을 중심으로 위험부담의 일반이론에 대하여 살펴 보도록 한다.

## 2. 채무자위험부담의 원칙

우리나라에서는 민법 제537조에서 채무자위험부담주의를 원칙으로 삼고 있다. 독일도 마찬가지이다. 그러나 후술하는 바와 같이 여기에는 다수의 예외규정들이 존재한다. 또한 미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code: U.C.C)은 계약위반이 있는가, 없는가에 따라 분류하고 또한 위험이전시점을 중심으로 구성되어 있다. 여기서는 미국통일상법전상의 위험부담규정을 중심으로 논의해 보고자 한다.

일본에서는 일본민법 제536조 제1항에서 원칙적으로 채무자위험부담주의를 채택하고 있다. 이하에서는 독일, 미국, 일본과 우리나라에서의 채무자위험부담주의에 대하여 비교법적으로 검토하여 보도록 한다.

### (1) 獨逸의 論議

독일민법상 쌍무계약의 위험부담에 관한 일반원칙으로서 독일민법 제326조

32) 近江幸治, 前掲書, 52頁 참조.

33) 上掲面 참조.

34) 곽윤직, 전게서, 69면.

제1항제1문에서는 “채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 급부를 실행할 필요가 없는 경우에는 반대급부청구권은 소멸한다.”<sup>35)</sup>고 규정하여 채무자위험부담주의를 원칙으로 하고 있다.

쌍무계약에 있어서 계약 당사자들의 급부의무는 서로 의존적이기 때문에 자신의 급부이행이 그의 반대급부이행청구권에 영향을 미친다.<sup>36)</sup> 한편 독일민법 제275조 제1항부터 제3항<sup>37)</sup>까지의 급부의무(Pflicht zur Leistung)에 대한 설명은 원칙적으로 쌍무계약에서도 적용되며 이러한 쌍무계약(gegenseitiger Vertrag)에서는 불능(Unmöglichkeit)이 채무자의 이행의무(Leistungspflicht)에 어떻게 작용하는가 뿐만 아니라, 반대급부이행 청구권(Anspruch auf die Gegenleistung)에 대한 효과까지 규정하고 있다고 한다.<sup>38)</sup>

쌍무계약에서는 채무자가 어떠한 급부이행의무를 짐으로써 채권자는 자신의 반대급부를 약속하기 때문에, 만약 채무자가 제275조 제1항부터 제3항까지의 규정에 의하여 자신의 이행의무로부터 해방이 될 경우에는 채권자에게도 더 이상 자신의 반대급부에 대한 의무가 지워질 수 없다고 한다.<sup>39)</sup> 독일민법 제326조는 채무자의 급부의무가 제275조 1항부터 제3항까지의 사유로 소멸한 경우의

35) 이 논문에서의 독일민법규정에 대한 해석은 양창수, 「독일민법전: 2015년판」(박영사, 2015)을 참조한 것이다.

36) 가령 Brox는 “쌍무계약은 일방의 계약 당사자가 어떠한 급부(Leistung)의 이행을 약속하고 다른 당사자도 자신의 이행을 약속함으로써 성립된다. 이러한 계약은 급부교환계약(Austauschvertrag)이라고도 하는데, 이러한 계약의 주된 급부의무가 서로 교환관계에 있기 때문이다. 이러한 계약에서의 특징은 계약의 양 당사자의 주된 급부의무(Hauptleistungspflicht)가 서로 의존적이라는 것이다. 일방의 계약당사자는 다른 계약당사자가 자신의 급부(Leistung)를 이행할 때까지 그에 대한 반대급부(Gegenleistung)이행을 거절할 수 있다. 즉 한 계약당사자가 자신의 급부의 이행을 하지 않던지 적절하지 않았을 경우에는 반대급부이행 청구권(Anspruch auf die Gegenleistung)에 영향을 받는다.”고 하고 있다. Brox, Allgemeines Schuldrecht, 28. Aufl (C. H. Beck, 2002), S. 20참조.

37) 독일민법 제275조는 급부의무의 배제에 대하여 정하고 있는데 1항은 급부가 불능인 경우에 그 급부에 대한 청구권이 배제되고, 2항은 급부가 채권관계의 내용과 신의칙에 비추어 채권자의 급부이익에 대하여 현저한 불균형을 이루는 경우에 채무자가 급부를 거절할 수 있는 것을 정하고 있으며, 3항은 채무자의 급부장애사유가 채권자의 급부이익에 대하여 형량하면 채무자에게 그 급부를 기대할 수 없는 경우에 채무자는 급부를 거절할 수 있다는 것을 규정하고 있다.

38) Brox, a.a.O., S. 217.

39) A. a. O.

반대급부에 대하여 규정한다. 따라서 제326조 제1항<sup>40)</sup>의 규정에 의하여 반대급부 이행에 대한 청구권도 함께 소멸하고 채권자도 자신의 반대급부를 이행할 필요가 없게 된다. 여기서 보듯이 채권자는 급부의 위험(Leistungsgefahr)을 지고, 반면에 채무자는 반대급부의 위험(Gegenleistungsgefahr)을 진다고 한다.<sup>41)</sup>

이러한 채무자위험부담주의의 원칙 하에는 여러 가지 예외가 있는데, 이에 관하여는 후술할 것이다.

## (2) 미국의 논의

### 가. 危險移轉의 시점 규정

계약이 체결되고 완전히 이행되기 전에 계약상 특정된 물건은 멸실되거나, 분실되거나, 훼손될 수 있다. 이때 위험부담에 관한 법률은 매도인과 매수인 중 누가 경제적인 손실에 대한 책임이 있느냐 하는 것을 정하는 것이라는 것은 미국에서도 마찬가지였던 것으로 보인다. 중세부터 20세기 중반까지 위험부담은 물건에 대한 權原(Title)을 누가 가지느냐에 따라 결정되었다고 한다.<sup>42)</sup>

이러한 과거의 이론은 미국통일상법전(Uniform Commercial Code, 1952: U.C.C)이 제정되기 전에 물품매매를 규정한 통일매매법(Uniform Sales Act, 1906: U.S.A)에 의해 유지되었다고 한다.<sup>43)</sup> 위험부담에 관한 미국통일상법전과 통일매매법의 가장 근본적인 차이는 위험부담으로부터의 Title의 분리라고 한다.<sup>44)</sup> 미국통일상법전의 기초자인 Karl Llewellyn은 Title과 함께 위험이 이전하는 것은 문제가 있다고 느꼈다. 즉, Llewellyn은 Title을 통하여 위험을 부담하는 사람을 정하는 것은 자의적이며, 혼란스러우며, 그리고 상사실무와도 거리

40) 독일민법 제326조[급부의무의 배제와 반대급부로부터의 해방 및 해제] ①채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 급부를 실행할 필요가 없는 경우에는 반대급부청구권은 소멸한다(이하생략).

41) Brox, a.a.O., S. 217.

42) Seth Gardenswarth, "The Risk of Loss in Electronic Transactions: Vintage Law for 21st Century Consumers", 6 Virginia Journal of Law & Technology, (fall 2001), p. 2.

43) *Id.*

44) *Id.*

가 먼 것이라고 느꼈다고 한다.<sup>45)</sup>

그 결과 미국통일상법전은 계약당사자 중 어느 쪽이 물건을 지배(control)하고 있는가, 어느 쪽이 물건을 더 잘 보호(insure)할 수 있는가, 어느 쪽이 계약을 위반하였는가에 기초하여 위험을 분배하는 시스템을 채택하게 된 것이라고 한다.<sup>46)</sup> 즉, 미국통일상법전은 계약위반여부에 따라 제2-509조와 제2-510조로 나누고 다시 계약의 유형에 따라 위험이전의 시점을 규정하고 있는 법체제로서, 우리와는 매우 상이하다고 볼 수 있을 것이다.

따라서 가령 당사자의 계약위반이 없는 경우에 미국통일상법전 제2-509조(1)항 (a)에서는 선적계약에서 운송인에게 물품이 제공된 때에 위험이 매수인에게 이전한다는 것을 규정하고 있으므로, 이와 같은 경우에는 물품의 인도전에는 채무자가 위험을 부담하고 인도 후에는 채권자가 위험을 부담하게 되는 것이다. 한편 이러한 위험이전은 물품의 제공으로 채무자로부터 채권자에게 위험이 이전되므로, 채권자가 위험을 부담하는 경우에서 논의되는 것이 타당할 것이라는 것은 이 논문의 서설에서도 언급한 바 있다.

#### 나. 매도인이 계약을 위반한 경우

미국통일상법전 제2-510조는 계약 당사자 중 일방이 계약을 위반한 경우에 위험부담을 다룬다. 그 기본적인 개념은 계약을 위반한 당사자는 그 위반이 멸실의 원인이 되는가에 상관없이 위험을 부담하여야 한다는 것이다.<sup>47)</sup> 이러한 규정은 미국통일상법전의 전신인 통일매매법에서 연유된 것인데, 거기서는 유책 당사자만이 위험을 부담한다고 규정하고 있다고 한다.<sup>48)</sup> 매도인의 계약위반의 효과는 미국통일상법전 제2-510조(1)항과 (2)항에 의해 규율된다.

그런데 이는 우리의 입장에서는 채무자의 채무불이행책임으로 다루어 질 수

45) *Id.*

46) *Id.*

47) Mitchell Stocks, "Risk of Loss Under The Uniform Commercial Code and The United Nations Convention On Contracts for The International Sale Of Goods: A Comparative Analysis And Proposed Revision Of UCC Section 2-509 And 2-510", 87 Northwestern University Law Review, (Summer 1993), p. 1435.

48) Stocks, *op.cit.*, p. 1435.

있을 것이다. 즉 미국통일상법전 제2-510조(1)항은 매도인의 변제로 제공된 물건이 계약과 불합치(nonconforming)한 경우에는 매수인에게 거절권이 발생하고 하자가 치유되거나 물건이 수령될 때 까지 위험은 매도인에게 남아 있다고 규정하고 있다.<sup>49)</sup> 또한 미국통일상법전 제2-510조(2)항은 매수인이 숨은 하자(latent defect)를 발견하지 못하고 계약과 불합치하는 물건을 수령한 경우나 명백한 하자(patent defect)가 매도인에 의해 치유될 것이라고 하는 약속을 믿고 물건을 수령하였으나 실행되지 않은 경우를 다룬다고 한다.<sup>50)</sup>

이러한 상황 하에서 미국통일상법전 제2-510조(2)항은 매수인은 수령을 “정당하게 철회(rightfully revoke)” 할 수 있고 매수인의 보험으로 담보되는 범위 외의 부족분에 대하여 매도인에게 위험을 다시 환원시킬 수 있다고 규정하고 있다.<sup>51)</sup> 따라서 상기의 규정들은 목적물의 인도로 인하여 채권자에게 위험이 이전된다는 원칙의 예외라고 볼 수 있을 것이며, 우리의 관점에서는 채무불이행 책임으로 규율될 것이므로 여기서는 더 이상의 자세한 논의는 피하고자 한다.

다. 부동산매매에 있어서 채무자가 위험을 부담하는 경우

전술한 바와 같이 동산의 위험부담에 관한 미국통일상법전상의 규정들은 위험이전을 중심으로 논의되고 있으나 부동산의 경우는 사정이 좀 달라질 수 있다. 여기서는 부동산매매계약이 체결된 후 소유권이 최종적으로 매수인에게 넘어가기 전에 부동산이 우연히 멸실되거나 훼손된 경우를 중점적으로 살펴본다.

다수의 주에서는 위험은 매수인이 부담하여야 한다고 한다.<sup>52)</sup> 형평법상의 재산권형태전이론(theory of equitable conversion)<sup>53)</sup> 때문이다. 즉 계약이 체결되면 매수인은 equity법원에 의해 소유자로서 간주된다. 이러한 견해 하에서는 우연하게 목적물이 멸실된 때에 매수인에게 법적인 Title이 없다고 하더라도,

49) 미국통일상법전 제2-510조 (1)항 참조.

50) Stocks, op. cit., p. 1436.

51) 미국통일상법전 제2-510조 (2)항 참조.

52) Calamari/Perillo, op. cit., p. 536.

53) 예를 들면 유효한 부동산매매계약이 성립한 경우, 강제이행이 가능하기 때문에 그 시점에서 equity상으로는 매수인이 부동산의 권원(title)을 취득하고, 매도인은 대금에 대한 권리를 취득한다고 하는 법리. 이상은 田中英夫, 英美法辭典(東京大學出版會, 2000), 300頁 참조.

그는 매매목적물에 대하여 대가를 지불해야만 한다.<sup>54)</sup> 우리의 입장에서는 채권자위험부담주의가 적용된 것과 유사하다고 할 수 있다.

소수의 주에서는 매수인은 위험을 부담하지 않는다고 한다. 즉 우연한 사정으로 매매의 목적물이 멸실된 경우, 부동산의 법적인 소유자로서 매도인은 자신의 소유물인 부동산을 잃게 되며, 매수인에게 매매대금을 청구할 수 없다는 입장이다.<sup>55)</sup> 즉, 매도인이 위험을 부담해야 한다는 것이며, 채무자위험부담주의가 적용된 것과 유사한 결론이다. 또한 이러한 견해 하에서는 이행불능이론과 관련하여 의문이 제기될 수 있다. 즉, 매도인은 매매목적물을 이전하지 못한 것에 대하여 손해를 배상하여야 하는가이다. 매도인은 계약목적물의 멸실에 근거한 불능의 항변(defense of impossibility)을 제출할 수 있기 때문에 손해배상을 할 필요는 없으나 매도인에게 이미 지급된 계약금은 매수인에게 반환하여야 한다고 한다.<sup>56)</sup>

한편 통일매도인매수인위험부담법(the Uniform Vender and Purchaser Risk Act, 1935)을 채택하고 있는 미국의 10여개의 주에서는 매수인이 목적물을 점유(possession)하고 있거나 법적인 title을 가지고 있는 경우에만 위험을 부담하도록 하고 있다고 한다.<sup>57)</sup> 따라서 그 이외의 경우라면 매도인이 위험을 부담하게 되기 때문에, 채무자가 위험을 부담하는 경우와 같은 결과로 될 것이다.

### (3) 일본의 논의

#### 가. 서

일본에서는 최근 민법이 대폭 개정되는 과정에서 위험부담에 관한 규정들도 변경되게 되었다. 개정 전 일본 민법 제534조는 「특정물에 관한 물권의 설정

54) Calanari/Perillo, op. cit., p. 536.

55) *Id.*

56) J. S. Potts Drug Co. v. Benedict, 156 Cal. 322, 104 P. 432 (1909). Calanari/Perillo, op. cit., p. 536에서 재인용.

57) Calamari/Perillo, op. cit., pp. 536-537. 한편 미국통일매도인매수인위험부담법 제1조는 명시적 특약이 없는 한, (a) 계약의 목적물인 부동산의 common law 상의 권원의 이전도 점유의 이전도 없는 경우에는 매도인은 계약을 강제할 수 없다. (b) 그 중 어떠한 이전이 행해진 경우에는 매수인은 대금지급의무를 면할 수 없다고 규정하고 있다.

또는 이전을 쌍무계약의 목적으로 한 경우에 그 물건이 채무자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 인하여 멸실 또는 손상된 때」에는 채권자위험부담주의를 취하고 있었다. 그리고 그 밖의 채무가 계약 성립 후에 이행불능으로 된 경우에는 제536조가 적용되어 당사자 쌍방에게 귀책사유가 없는 경우에는 채무자주의, 채권자에게 귀책사유가 있는 경우에는 채권자주의를 따르고 있었다.<sup>58)</sup> 그러나 특정물채무에서 인도불능의 경우에 소유자위험부담의 사상에 기초하여 채권자주의를 정한 개정 전 민법 제534조 및 이에 관련한 제535조에 대해서는 학설의 대부분이 일치하여 합리성이 없다는 비판을 가해왔고, 그리하여 개정민법에서는 제534조 및 제535조를 삭제하였다고 한다.<sup>59)</sup> 이하에서는 일본 학계의 논의를 개정 전과 후로 나누어 간략히 살펴보기로 한다.

#### 나. 개정 전의 논의

구 일본민법 제536조 제1항에서는 전 2조의 규정을 제외한, 당사자 쌍방의 책임으로 돌아갈 수 없는 사유에 의해 이행불능으로 된 경우에는 채무자는 반대급부를 받을 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 일본민법도 일반적인 쌍무계약에 있어서 원칙적으로는 채무자위험부담주의를 채택하고 있으나, 실제상으로는 동조 제1항의 적용을 받는 계약에서 이행불능이 발생하는 경우는 지극히 작다고 말할 수 있다.<sup>60)</sup>

학설이 채무자위험부담주의가 적용되는 예로서 들고 있는 것들은 다음과 같다.<sup>61)</sup>

첫째, A가 B에게 건물을 임대한 경우, 쌍방의 책임으로 돌아갈 수 없는 사유로 인하여 소실한 경우에는, 그 위험은 건물을 B에게 임대하는 채무를 부담하는 A가 부담한다. 건물은 특정물이지만 물권의 설정·이전을 목적으로 하는 것은 아니기 때문이다. B는 A에게 임대료를 지불하지 않아도 된다고 한다.

둘째, 가수 A가 B소유의 극장에 출연하는 계약을 체결하였으나, 그 후 그 극

58) 위험부담에 관한 일본 민법의 개정 과정과 관련 논의에 대한 분석은 김병선, “위험부담에 관한 일본 개정 민법 고찰”, 재산법연구 제35권 제1호(2018.5), 156면 이하 참조.

59) 김병선, 전제논문, 157면.

60) 篠塚昭次·前田達明, 新·判例コンメンタル民法6, 債權總則2, 契約1(三省堂, 1992), 221頁 참조.

61) 이하의 예들은 近江幸治, 前掲書, 62頁 참조.

장이 불가항력으로 소실하였기 때문에 A가 출연할 수 없게 된 경우에는, B극장주는 A에게 출연료를 지불하지 않아도 된다고 한다.

또한 동조 동항이 적용되기 위해서는 당사자 쌍방의 책임으로 돌아갈 수 없는 사유에 의한 이행불능이어야 한다. 불능이 문제된 판례로는 임차권의 목적인 토지가 시의 특별도시계획법에 의해 구획정리구역에 지정된 경우, 임차목적물의 사용은 불능이 아니라고 한 것이 있다. 즉, “건물소유의 목적으로 임차한 토지의 사용수익에 일정한 기간 동안 지장이 있었다고 하더라도, 그 사용수익이 전면적으로 불능이 되지 않는 한, 임차인은 그 기간 동안의 임대료지급의무를 당연히 면하게 되는 것은 아니다.”<sup>62)</sup>라고 하여, 일본민법 제536조 제1항이 적용되어야 한다고 주장한 상고인의 상고를 기각하였다.

전술한 요건이 만족되면 채무자는 그 채무를 면하지만, 반면에 채권자에 대하여 반대급부를 청구할 수는 없다. 일부불능의 경우는 채무자는 급부가 가능한 급부를 행하면 충분하며, 그 비율로 반대급부를 청구할 수 있다고 한다.<sup>63)</sup> 이 반대급부의 감축에 대해서는 임대차에 특칙이 있으며, 임차인의 감액청구가 있어야 감액이 이루어진다(일본민법 제611조 제1항). 반대급부가 성질상 불가분 채무인 경우에는 채권자는 전부의 반대급부를 행한 후에 불능의 부분에 관하여는 부당이득에 의해 금전으로 상환을 받게 된다고 한다.<sup>64)</sup>

한편 채권자가 반대급부를 면하는 것을 주장하기 위해서는 채무자가 부담하는 급부가 불능으로 된 것을 증명하면 족하고, 그 불능이 당사자 쌍방의 책임으로 돌아갈 수 없는 사유에 의해 발생한 것을 증명할 필요는 없다고 한다.<sup>65)</sup>

#### 다. 개정 후의 논의

개정 일본 민법 제536조(채무자의 위험부담 등)는 제1항에서 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무를 이행할 수 없게 된 경우에는 채권자는 반대급부의 이행을 거절할 수 있다는 취지를 규정하고 있으며 제2항에서 채권자의 귀책사유로

62) 最2小判 1959(昭和 34). 12. 4 民集 13卷 12号 1588頁.

63) 新田孝二집필부분, 民法コンメンタル11, 契約1(ぎょうせい, 1987), 912頁.

64) 上掲面.

65) 上掲面.

인한 이행불능의 경우에는 채권자는 반대급부의 이행을 거절할 수 없으며 채무자는 자기의 채무를 면함으로 인하여 얻은 이익이 있으면 이를 채권자에게 상환하여야 한다는 취지를 규정하고 있다. 즉 개정 일본 민법은 쌍무계약에서 일방의 채무가 이행불능인 경우, 채권자는 반대채무의 이행을 거절할 수 있는가라고 하는 관점에서 위험부담의 제도를 입론하고 있는 것이다.<sup>66)</sup> 신일본 민법의 해석론과 관련하여 다음과 같은 논의가 있다. 우선 채권자는 반대채무의 이행을 거절할 수 있을 뿐이지 그의 반대채무가 소멸한다는 의미는 아니다. 반대채무를 소멸시키기 위해서는 채권자는 이행불능을 이유로 계약을 해제하여야 한다.<sup>67)</sup> 또한 제536조 제1항에 의하여 이행을 거절하기 위해서는 채권자는 채무의 이행이 불능인 것을 주장·입증하여야 할 뿐만 아니라, 반대채무의 이행을 거절한다는 주장(권리주장)을 할 필요가 있다(권리항변). 즉 위험부담제도는 채권자의 권리행사 의사에 달려있는 제도로 재구성된 것이다. 이 이행거절의 항변은 동시이행의 항변과 같은 일시적(연기적) 항변이 아니라 이행불능을 이유로 한 영구적 항변이다. 또한 이 항변이 인정되는 경우 청구기각판결이 내려지는 점에서 동시이행의 항변의 경우에 상환급부판결을 하는 것과 다르다.<sup>68)</sup>

한편 채권자가 채무자에 대해 반대채무를 선 이행하였으나 그 후에 채무자의 채무가 이행불능이 된 경우나 채무의 이행이 이미 불능으로 되었는데 채권자가 이를 알지 못하고 채무자에게 반대채무의 이행을 한 경우에는 채권자는 채무자에 대해 이미 이행한 급부의 반환을 청구할 수 있는가? 이를 부정한다면 이행불능을 이유로 채권자가 계약을 해제한 경우와의 사이에 균형이 맞지 않으며 해제와 위험부담제도의 병존구성을 채용한 이상 위험부담의 규율에 의하는 경우에도 선의의 채권자는 이미 이행한 반대급부의 반환을 청구할 수 있다고 하여야 한다<sup>69)</sup>는 견해가 있다.

한편 일본 민법 제536조와 관련하여 주장·입증책임의 해석론은 어떤가? 가령 A가 B에게 甲을 매각하였으나 인도 전 甲이 멸실되었는데, A가 B에 대하여 대

66) 潮見佳男, 新債權總論 I (信山社, 2017), 616頁 참조.

67) 潮見佳男, 前掲書, 617頁.

68) 前掲面.

69) 潮見佳男, 前掲書, 618頁.

금지급을 청구한 경우를 가정해 본다. 이때 B는 A의 채무의 이행불능(甲의 멸실)을 주장·입증하면서 이행거절의 의사표시(권리주장)를 하면 될 것이다(이행불능을 이유로 한 이행거절의 항변, 제536조 제1항). B의 주장이 인정된다면 청구기각판결이 내려질 것이다. A가 이러한 결과를 피하려면 A는 甲의 멸실이 B의 책임으로 돌릴 수 있는 사유로 인한 것임을 주장·입증하여야 한다(재항변, 제536조 제2항 전단).<sup>70)</sup> 여기에서 알 수 있는 바와 같이 채무자로부터의 반대채무의 이행청구에 대해 채권자가 채무자의 채무가 이행불능으로 된 것을 이유로 이행거절의 의사표시를 하면 채무자는 이행불능이 자기의 책임 없는 사유로 인한 것임을 주장하더라도, 채권자에 의한 이행거절의 항변을 배척할 수 없다. 다시 말하면 위험부담제도는 채무자의 책임 없는 사유로 인한 이행불능의 경우에 반대채무의 이행거절권의 발생여부에 대한 제도이므로 이행불능에 대한 채무자의 귀책사유는 주장·입증면에서는 무의미하다. 즉 개정 일본 민법의 해석상 민법 제536조 제1항 모두의 “당사자쌍방의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 의해”라는 문언은 요건사실로서는 무용한 것이다.<sup>71)</sup> 그럼에도 불구하고 그 문언을 유지한 것은, 「채무자의 책임으로 돌릴 수 있는 사유」로 인한 이행불능의 경우에 채권자는 채무자에 대하여 이행에 대신하는 손해배상청구권(전보배상청구권)을 가지는바, 채권자로부터의 전보배상청구에 대하여 채무자가 이행거절의 항변권을 가지는 것으로 해석될 여지가 있어, 적어도 「채무자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유」로 인하여 라는 문언이 없으면 이행불능에 관하여 귀책사유 있는 채무자가 이와 같은 영구적 항변권을 행사함으로써 전보배상청구권을 영구적으로 거절할 수 있다고 해석될 우려가 있는 것을 염려하였기 때문이라고 한다.<sup>72)</sup>

#### (4) 國內의 論議

##### 가. 민법 제537조의 의의

쌍무계약에 있어서 일방 당사자의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로

70) 潮見佳男, 前掲書, 619-620頁.

71) 潮見佳男, 前掲書, 620頁.

72) 法制審議會民法(債權關係)部會 第95回 會議(2014.8.5.) 議事録 16頁(金洪周關係官의 발언).

불능이 된 경우에 양 채무의 존속상의 牽聯관계로 말미암아 타방의 채무도 소멸한다는 것이 위험부담에 있어서의 채무자위험부담주의라는 것은 이미 전술한 것이다. 우리 민법 제537조는 이 채무자위험부담주의를 원칙으로 삼고 있으며<sup>73)</sup> 따라서 그 위험은 채무자가 부담한다고 하는 주의이다. 이는 경제적으로 보자면 채무자가 완전한 이행의 순간까지 투자에 대한 모든 위험을 부담한다는 취지라고 설명하는 견해가 있다.<sup>74)</sup>

본조에 대하여는 민법이 예외를 인정하지 않는 ‘완전한 채무자주의’를 원칙으로 한 것은 타당한 입법이라는 견해<sup>75)</sup>가 일반적인 것으로 보인다. 이에 대하여는 매매교환과 같은 물건이전형의 쌍무계약과 기타의 쌍무계약을 구별하여, 각각의 특수성을 고려하여 다르게 다루는 것이 타당하다고 한 후 그 근거로 채권자주의의 불합당을 시정하기 위해 채무자주의를 취한 것도 잘된 입법이라고 보아지지만, 채무자주의를 일관되게 적용할 경우의 불공평의 문제를 ‘위험이전’에 관한 특칙을 두거나 각 계약적 특약을 고려하여 보완규정을 두는 것이 바람직하기 때문이라고 주장하는 견해가 있다.<sup>76)</sup> 한편 본조의 규정을 민법상의 다른

73) 여기서 주목하여야 할 것은 채무자주의라고 하여도 위험이전시점까지는 채무자가 위험을 부담하지만 위험이전 이후에는 채권자가 위험을 부담하며 이러한 상황은 채권자주의에서도 마찬가지이므로 결국 위험의 이전을 전제로 한 법제 하에서는 항상 채무자주의와 채권자주의가 함께 존재하게 된다는 것이다. 따라서 이러한 용어사용방식에 의문을 제기하고 매매계약의 진행과정에서 따라 위험이전시점을 구분하여 설명하는 견해로는 최수정, 전계논문, 96면 이하 참조.

74) 최병조, 민법주해XⅢ, 56면.

75) 곽윤직, 전계서, 69면. 이외에도 이와 비슷한 견해들이 있다. 즉, 민법 제537조가 가지는 의미에 대하여 김증한 교수는 위험부담에 있어서 채권자주의를 합리적 근거가 약하고, 당사자의 의사와 다르며, 공평에도 반한다고 비판한 후 “민법은 이와 같은 구민법의 태도를 버리고 채무자주의로 일관하고 있다.”고 하였으며(김증한, 채권각론(박영사, 1989), 64면), 이은영 교수는 “우리 민법의 형식주의와 조화를 이루는 것이 채무자위험부담제도이고, 따라서 위험을 부담하는 자는 채무자인 동시에 물건의 소유자이기 때문에 ‘물건의 위험은 일차적으로 소유자가 부담한다’는 기본원칙에 부합하게 되었기 때문에 과거 의용민법 시절에 취했던 채권자위험부담의 원칙을 버리고 채무자위험부담의 원칙을 취한 것은 매우 잘된 입법이라고 평가된다.”고 하였으며(이은영, 전계서, 176면), 이태재 교수는 “물권변동에 관하여 형식주의를 채택한 우리 민법에 있어서는 res perit domino의 원칙에 의하여도 채무자주의가 합리적이며 또한 모든 쌍무계약의 相因性에 비추어 판단컨대 위험은 언제나 채무자가 부담한다고 하는 채무자주의가 공평의 원칙에 가깝다”고 한다(이태재, 「채권각론」(진명문화사, 1982), 89-90면). 지원림 교수는 “상대방이 채무를 부담하기 때문에 나도 채무를 부담한다는 쌍무계약의 의미에서 민법이 따르는 채무자주의가 가장 합리적인 것으로 평가된다.”고 하였다(지원림, 전계서, 1326면).

규정들과 조화롭게 수정해석하여 재구성하려는 견해도 있다.<sup>77)</sup>

이러한 국내의 견해들과 전술한 각국의 입법례들을 종합하여 볼 때, 우리민법이 채무자주의를 원칙으로 채택한 것은 합리적인 선택이었다고 생각된다.

#### 나. 要件

##### 1) 雙務契約일 것

유효한 쌍무계약이 존재하여야 한다. 즉 양 채무가 대가적 견련관계에 있어야 대가위험이 문제되는 것이다. 한편 동조에 대하여 매매와 같은 물건을 주는 급부를 예정한 것이기 때문에 노무의 제공이나 일의 완성을 내용으로 하거나 물건의 이용을 취지로 하는 계약에는 적합하지 않다고 보는 견해<sup>78)</sup>가 있다.

이하에서는 쌍무계약은 아니지만 위험부담의 법리가 문제될 수 있는 경우에 대하여 살펴보기로 한다.

##### ① 負擔附贈與의 경우

증여는 편무계약이므로 민법 제537조가 적용될 여지가 없으나, 민법 제561조의 부담부증여에서는 쌍무계약에 관한 규정이 적용된다는 것이 통설적 입장으로 판단된다.<sup>79)</sup> 따라서 증여급부가 불능이 되면 부담의무도 소멸하고, 부담급부가 불능이 된 경우에는 그와 연계된 증여급부 역시 보통은 목적불능으로 소멸하지만, 부담급부가 사소한 것일 때에는 증여의무는 존속한다고 새겨야 할 것이다.<sup>80)</sup>

##### ② 계약 解除, 또는 無效·取消의 경우

쌍무계약이 해제되거나 무효·취소되면 양당사자는 부당이득반환의무를 진다.

76) 주지홍, 주석 채권각칙(1), 333면.

77) 최병조, 민법주해XⅢ, 57면 이하 참조.

78) 최병조, 민법주해XⅢ, 66면.

79) 김형배, 「채권각론」(박영사, 2001), 167면; 윤철홍, 「채권각론」(법원사, 1999), 79면; 이은영, 전게서, 178면; 임정평, 전게서, 153면; 최병조, 민법주해XⅢ, 44면. 다만 위험부담은 쌍무계약에 있어서의 양채무가 대가관계에 있는데서 생기는 것이므로 부담부증여의 경우에 준용하는 것은 타당하지 않다는 반대견해로는, 김증한·안이준, 「신채권각론」(박영사, 1970), 195면 참조.

80) 최병조, 민법주해XⅢ, 44면; 주지홍, 주석 채권각칙(1), 334면 이하도 동지.

이러한 반환의무의 발생 후에 양당사자의 책임 없는 사유로 인하여 반환되어야 할 목적물이 멸실, 훼손된 경우에 위험부담의 적용 긍정설과 적용 부정설이 존재한다.

이러한 경우에 위험부담규정의 적용 긍정설은 “쌍무계약의 법리를 적용하여 채무자위험부담의 원칙에 따라 상대방에 대하여 자신이 한 급부의 반환을 청구할 수 없다”<sup>81)</sup>고 하거나, “사기의 경우라도 기망이 급부자체에 있는 것은 아닌 만큼, 부담하여야 할 위험의 분배를 달리할 필요는 없으며 급부교환의 신뢰와 그로 인한 쌍무적 결합은 여전히 인정할 수 있을 것이다. 더욱이 피기망자를 위한 다른 법적 보호조치가 마련되어 있는 점도 아울러 고려한다면 사기·강박의 경우에 쌍무적 결합을 부정할 이유는 없다고 생각된다.”<sup>82)</sup>고 하고 있다.

반면에 위험부담규정의 적용을 부정하는 견해들이 있다. 즉 “이러한 경우 원상회복은 법률의 규정에 의하여 그 결과의 야기가 명해진 것이므로 원상회복과 관련하여 각 당사자는 자신의 급부에 대한 위험을 법률상 부담하는 것으로 보아야 할 것이다. 그러므로 양 급부간의 소멸상의 견련성은 부정되어야 한다. 따라서 물건의 반환의무를 지는 자는 비록 그 물건이 양 당사자에게 책임 없는 사유로 멸실하더라도 그에 갈음하는 가격 상당의 반환의무가 있다.”<sup>83)</sup>고 하거나 “각종 계약의 유형론과 이득자의 선의·악의와의 관계에서 구체적 형평을 기해야 할 것이므로 부정설의 견해가 타당하다.”<sup>84)</sup>고 하고 있다.

그런데 이하와 같은 예를 들어 위험부담적용긍정설을 비판하는 견해가 있다. 즉 “만약 A가 강박으로 B에게 시가 1억짜리 건물을 2억에 매도한 후, 후에 강박을 이유로 매매계약이 취소되었다면, 양당사자는 이미 지급받은 급부를 반환할 의무가 있다. 그런데 이러한 의무의 이행 전에 양당사자 쌍방의 책임없는 사유로 건물이 멸실되었다면 위험부담적용부정설의 견해는 B가 2억 전부를 받게 되지만, 긍정설의 견해는 B의 목적물인도의무가 불능이 되므로 이에 상응하는 반대급부 2억원도 받지 못하게 된다.”<sup>85)</sup>고 비판하며 부정설의 입장을 취하

81) 양창수, “위험부담”, 고시연구 제17권 12호(1990, 12), 49면.

82) 김용담, “쌍무계약의 무효·취소와 부당이득(하)”, 사법행정(1983, 04), 28면.

83) 최병조, 민법주해XⅢ, 44면.

84) 주지홍, 주식 채권각칙(1), 336면 이하 참조.

고 있는 견해가 있다.

그러나 이 경우도 역시 채무자위험부담주의를 적용하는 것이 타당할 것으로 여겨진다. 다만 이때에는 B는 A에게 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 즉 B는 강박을 이유로 그의 의사표시를 취소할 수 있을 것이며, 그의 반환급부목적물이 불능이 되어 자신의 대금반환청구권이 존속상의 견련성으로 말미암아 소멸하더라도, A에 대하여 손해배상을 청구함으로써 그의 손해를 전보받을 수 있을 것이다.

## 2) 後發的 履行不能일 것

민법 제537조와 제538조에서의 불능은 채권채무관계의 발생 후, 이행 전에 생긴 후발적인 것이고, 또 일시적이지 않은 지속적인 것이어야 한다고 한다.<sup>86)</sup> 학설이 급부불능의 예로서 흔히 드는 것은 특정물채무에서 목적물이 후발적으로 멸실되어 존재하지 않게 되는 경우, 일신전속적 노무제공의무에 있어서 채무자의 사망·중병으로 급부행위를 할 수 없게 된 경우, 법적·행정적 조치에 의한 급부의 불능, 채무자의 처분권상실로 인한 급부불능 등이다.<sup>87)</sup>

급부가 가능한가, 불가능한가의 판단의 기준시점에 대해서는 급부장애의 발생 시점이라고 하는 견해<sup>88)</sup>가 있다. 이 견해에 의하면 급부장애 발생시에 지속적인 불능이 인정되면 나중에 급부가 다시 가능하게 되더라도 급부불능에 변함이 없다. 여기에 대하여 이행기를 기준으로 하는 견해가 있다.<sup>89)</sup> 판례는 “부동산소유권이전등기 말소등기의무가 이행불능이 됨으로 인한 손해액 및 현재의 급부

85) 주지홍, 주석 채권각칙(1), 336면.

86) 최병조, 민법주해XⅢ, 66면.

87) 김형배, 전게서, 167면; 이은영, 전게서, 179면. 한편 이은영 교수는 ‘급부 자체는 물리적으로 가능하나 과도한 비용·노력이 드는 까닭으로 불능으로 판단되는 경우’를 급부불능의 예로 들고 있는데, 독일에서는 독일민법 제275조에서 명문으로 경제적 불능을 인정하고 있으나 우리도 그렇게 해석할 수 있을지는 의문이다.

88) 주지홍, 주석 채권각칙(1), 339면; 최병조, 민법주해XⅢ, 67면.

89) 이은영, 전게서, 179면; 임정평, 전게서, 153면. 한편 이은영 교수는 “원칙적으로 이행기를 기준으로 하지만, 이행기 전이라도 불능이 확실한 경우에는 위험부담의 효과가 발생할 수 있다.”고 하고 있는데 이는 실질적으로 급부불능의 발생시점으로 보는 견해와 다르지 않다고 할 것이다.

청구의 이행을 명하는 판결이 확정된 후 또는 그 판결확정과 동시에 그 급부의무가 집행불능이 되는 경우에 전보배상액의 산정기준시기에 대하여 소유권이전등기 말소의무의 이행불능사유가 발생한 시점부터 진행된다고 봄이 상당하다.”<sup>90)</sup>고 하고 있는데, 이것이 불능의 기준시점을 정면으로 판단한 사건은 아니나 불능의 기준시점이 급부장애의 발생시점으로 볼 수 있는 하나의 근거는 될 수 있을 것 이라고 생각한다.

### 3) 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 인한 이행불능일 것

민법 제537조가 적용되기 위해서는 양 당사자에게 책임있는 사유가 없어야 한다. 이것은 채무자에 의한 급부실현이 불능으로 된 원인에 대하여 양 당사자에게 귀책사유가 없다는 것은 급부실현의 불능과 양 당사자의 귀책사유 사이에는 원칙적으로 직접적인 인과관계가 없음을 의미한다고 한다.<sup>91)</sup> 즉, 이행불능이 채무자의 귀책사유로 발생한 경우에는 채무자는 손해배상책임을 지게 될 것이다. 또한 이행불능이 채권자의 책임있는 사유로 발생한 경우에는 민법 제538조의 채권자위험부담이 적용될 것이다.

한편 전술한 바와 마찬가지로 우리나라의 위험부담에 관한 규정인 민법 제 537조와 제538조는 멸실이나 훼손이라는 표현을 쓰고 있지 않다. 특히 우리민법 제537조에서는 “책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때”라고 규정하고 있다. 여기서 “책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때”란 전술의 멸실, 훼손의 위험과는 어떠한 관계에 있는 것인가에 대하여 살펴보기로 한다.

민법 제537조의 “책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때”는 이행불능을 의미하는 것으로 여겨진다. 이행불능이란 광의로 급부의 제공불가능을 말한다고 한다.<sup>92)</sup> 그런데 위험부담에서 문제되는 것은 당사자의 유책사유 없는 후발적 이행불능의 경우가 논의의 중심이다. 따라서 물건의 멸실 또는 훼손은 그것이 우

90) 대법원 2006. 1. 27. 선고, 2005다39013 판결.

91) 김형배, 전게서, 167면.

92) 지원림, 전게서, 1024면; 대법원 2003. 1. 24. 선고, 2000다22850 판결에서도 “채무의 이행이 불능이라는 것은 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활에 있어서의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.”고 실시한다.

연적인 경우<sup>93)</sup> 또는 채무자의 책임으로 돌아갈 수 없는 사유<sup>94)</sup>나 당사자 쌍방의 책임 없는 사유에 의한 경우<sup>95)</sup>에 위험부담규정의 적용을 받는다. 입법례에 따라서는 “위험”이라고 표현하고 있는 경우도 상당히 많은 것으로 판단된다.<sup>96)</sup> 또한 매매계약에서 이행불능이 발생하는 전형적인 경우가 바로 물건의 멸실 또는 훼손이라고 한 후 독일 민법 제446조 제1항을 예로 들어 입법례에 따라서는 이러한 이행불능사유(즉 물건의 멸실 또는 훼손 : 필자 주)만을 언급하고 있기도 하지만 물리적인 침해를 전제로 하지 않는 그 밖의 불이익이 되는 사유들도 포함되는 것으로 해석하고, 따라서 도난이나 분실 등의 불이익이 되는 사건들을 포함하여 사회관념상 급부가 기대될 수 없는 때에도 이행불능이 발생한다고 하는 견해<sup>97)</sup>가 있는데 이들 견해와 전술한 위험부담의 의의에 입각하여 판단할 때 “우연<sup>98)</sup>한 멸실이나 훼손”, “책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때”, “위험”이라고 하는 표현들은 위험부담의 적용이라는 문제에 있어서만큼은 당사자의 책임없는 사유로 인한 후발적 이행불능을 염두에 두고 있는 개념으로 볼 수 있을 것이다.<sup>99)</sup>

#### 다. 효과

##### 1) 반대급부청구권의 소멸

채무자는 급부의 이행이 자신에게 책임없는 사유로 불능이 되면 더 이상 그

93) 독일민법 제446조 제1문은 “우연적 멸실 또는 우연적 훼손(des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung)의 위험은 매매목적물이 인도된 때로부터 매수인에게 이전한다.”고 하고 있다.

94) 일본 구민법 제534조 참조.

95) 우리민법 제537조; 일본 개정 민법 제536조 참조

96) 가령 독일 민법 제447조에서는 “Gefahr”, 프랑스 민법 제1138조 2항의 “Risques”, 스위스 채무법 제185조 제1항과 제3항의 “Gefahr”, 영국 동산매매법 제20조의 “Risk”, 미국 통일상법전 제2-509조의 “Risk”, UN통일매매법 제66-69조의 “Risk” 등이 그러하다.

97) 최수정, 전제논문, 24-25면.

98) 우연(Zufall)은 계약당사자(Vertragspartei)의 과실(Verschuldung)이 없다는 것이다. Palandt, § 446 Rn. 8.

99) 이때의 “위험”은 결국 “물건의 멸실 또는 훼손이 우연적인 경우 또는 채무자의 책임으로 돌아갈 수 없는 사유에 의해 발생한 경우”와 같은 의미로 사용되고 있다고 해도 좋을 것이라 는 견해가 있다. 半田吉信, 前掲書, 18-19頁 참조.

러한 급부의무를 지지 않게 되며 2차적인 급부의무인 배상의무도 부담하지 않는다. 전술한 바와 마찬가지로 쌍무계약에 있어서 양 채무의 대가적 牽聯性내지 存續上의 牽聯性으로 말미암은 결과이다. 이것은 결국 채무자가 대가위험을 부담하게 된다는 것을 의미한다.

따라서 계약의 내용이 쌍방의 급부의무에 한정되어 있고 채무자가 또한 불능이 된 급부에 대한 代償物을 취득한 바 없고 채권자는 채권자대로 아직 급부를 하지 않은 경우라면 채권관계는 완전히 소멸한다고 한다.<sup>100)</sup> 매매목적물(특정물)의 멸실과 대금지급청구권의 상실, 임대목적물의 소실과 차임청구권의 상실, 전기·가스공급의 중단과 요금청구권의 소멸 등을 그 예로서 들고 있는 견해가 있다.

## 2) 이미 이행한 반대급부의 반환청구

민법 제537조는 불능급부의 면제일 뿐이고 이미 이행한 급부의 원인에는 계약의 효력이 존속하는 것이므로, 민법 제741조에 해당되지 않을 수도 있다. 그러나 채무자의 급부가 불능이 된 경우에 채권자는 자신이 이미 행한 급부의 반환을 부당이득을 이유로 채무자에게 요구할 수 있다고 보는 것이 통설이다.<sup>101)</sup> 그 근거는 급부불능으로 인하여 채무자의 채무가 소멸하고 채권자의 채무도 민법 제537조의 규정에 의하여 소멸하기 때문이라고 한다. 또한 전술한 통설은 채무자의 이행이 불가능으로 되었음을 알지 못하고 채권자가 그 후에 반대급부를 이행한 경우에는, 非債辦濟에 의한 부당이득으로서 반환청구권을 가지게 된다고 한다. 한편 이러한 경우, 채권자가 반대급부를 이행할 당시에는 채무자의 급부이행이 가능하였던 경우라고 하더라도 달리 볼 것은 아니라고 해석해야 할 것이다.

100) 최병조, 민법주해XⅢ, 69면.

101) 광운직, 전게서, 69면; 권용우, 전게서, 104면; 김형배, 전게서, 169면; 송덕수, 전게서, 1338면; 이은영, 전게서, 181면; 이태재, 전게서, 90면; 주지홍, 주식 채권각칙(1), 342면; 지원림, 전게서, 1327면; 황적인, 전게서, 115면 등 참조. 한편 대판 2009.5.28. 2008다98655·98662는 매매 목적물이 경매절차에서 매각됨으로써 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행불능에 이르러 매매계약이 종료된 경우에 관하여, 위험부담의 법리에 따라 매도인은 이미 지급 받은 계약금을 반환하여야 하고 매수인은 목적물을 점유·사용함으로써 취득한 임료 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다고 하였다.

3) 代償請求權을 취득한 경우

후발적으로 불능이 된 급부의 채무자가 그에 갈음하는 代償- 대체된 물건이나 대체된 청구권- 을 취득한 경우에 채권자는 그것을 청구할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 학설은 이 경우에 대상청구권의 인정범위를 둘러싸고 이견이 있는 것은 사실이나 대상청구권 자체는 인정하는 것이 학계의 지배적인 견해인 것으로 판단된다.<sup>102)</sup> 대상청구권의 인정근거로서는 쌍무계약의 균형을 유지하는 데 필요한 경우에 인정할 수 있다고 하는 견해<sup>103)</sup>, 인정근거를 신의칙에서 찾고 있는 견해<sup>104)</sup>, 대상청구권은 불능으로 된 급부에 갈음하여 채무자에게 돌아간 대상이 급부청구권을 잃어버린 채권자에게 그에 대한 보상으로 귀속되어야 한다는 사상에 연유하며 형평고려에 기하여 실질적으로 정당하지 못한 재산가치의 분배를 조정함을 목적으로 한다는 견해<sup>105)</sup> 등이 있다. 판례는 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581, 4598 판결<sup>106)</sup>에서 최초로 대상청구권을 인정한 이후 현재에 이르기까지 널리 인정하고 있다.

한편, 학설은 쌍무계약에 기한 채무가 채무자에게 책임없는 사유로 소멸한 경우에 채권자는 민법 제537조에 의하여 자신의 채무를 면할 수도 있고, 대상청구권을 행사하면서 반대급부를 이행할 수도 있을 것이라고 하는 견해가 있다.<sup>107)</sup> 또한 代償이 원래의 급부의 가치 또는 채권자가 약정한 반대급부보다 많은 경우에도 채무자는 그 초과이익을 포함하여 그 대상 전부를 채권자에게 양도하여야 하는가에 관한 학설의 대립이 있다. 즉 초과가치 모두를 대상청구권의 객체로 인정하여야 한다는 견해<sup>108)</sup>와 채권자가 입은 손해를 한도로 대상의

102) 전면적으로 인정하자는 견해로는 지원림, 전게서, 1034면 참조; 송덕수, 전게서, 1020면에서는 취득시효 완성자를 제외하고 일반적으로 인정되어야 할 것이라고 한다. 제한적 인정설로서는 김상용, 「채권각론」(법문사, 2003), 100면; 김형배, 전게서, 168면; 이은영, 전게서 182면; 최병조, 민법주해XⅢ, 90면 참조.

103) 김상용, 전게서, 100면; 김형배, 전게서, 168면.

104) 임정평, 전게서, 155면.

105) 지원림, 전게서, 820면.

106) 매도인에게 매매목적토지가 수용됨으로써 그 보상금을 수령하였음을 이유로 그 금원의 지급을 구하는 청구, 위 토지에 대한 소유권이전등기의무의 이행불능을 발생케 한 원인인 토지수용으로 인하여 위 토지의 대상인 보상금을 취득하였음을 이유로 그 보상금의 지급을 구하는 것으로서 이른바 대상청구권을 행사하는 취지라고 볼 수 있다고 한 사례.

107) 김형배, 전게서, 168-169면; 지원림, 전게서, 824면.

반환을 청구할 수 있다고 하는 견해<sup>109)</sup>가 있다.

불능급부의 채무자가 그에 갈음하는 代償을 얻은 경우에는 형평의 원칙에 의해 정당한 재산가치의 분배가 이루어져야 할 것이므로, 채권자에게 대상청구권을 인정하는 것이 타당할 것이다. 따라서 그 반환의 범위도 채권자가 입은 손해를 전보하는 한도 내에서 인정하는 것이 타당할 것이다.

#### 4) 一部不能의 경우

일부불능의 경우에는 원칙적으로 그 불능부분에 상응하는 상대방의 반대급부 의무가 소멸한다(감축된다)는 것이 통설적 입장으로 판단된다.<sup>110)</sup> 반면에 일부불능의 경우에는 원칙적으로 위험부담의 문제로 처리되지 않으며 담보책임의 법리에 따라 해결하여야 한다는 소수견해도 있다.<sup>111)</sup> 채권자의 반대급부가 금전일 경우에는 감액은 아무 어려움 없이 행해질 수가 있으며, 채권자가 이미 급부한 금액이 감액분을 공제한 액보다 많을 때에는 그 차액을 부당이득으로서 반환청구할 수 있음은 당연하다는 견해가 있다.<sup>112)</sup> 그러나 채권자의 급부의 전부 또는 일부가 금전이 아니고 또 가분적이 아닌 경우에는 비례적인 감축은 현실적으로 불가능하므로, 이러한 경우에는 채권자는 반대급부 전부의 이행의무를 부담하되 그 대신에 채무자로부터 채무자의 급부감소분을 전보하기 위한 추가적인 지급을 할 것을 청구할 수 있다고 하는 견해<sup>113)</sup>가 있다. 이에 대하여는 채권자에게 부당한 부담을 지우는 것이어서 반대하는 견해<sup>114)</sup>가 있다.

당사자는 계약체결시의 조건대로 급부의 완전한 이행을 목적으로 계약을 체결하였을 것이기 때문에 그러한 당사자의 의사를 존중하는 것이 필요할 것으로 생각된다. 따라서 채권자에게 반대급부 전부의 이행의무를 부담시키고 채무자의 급부감소

108) 권오승, 「민법의 쟁점」(법원사, 1993), 239면.

109) 지원림, 전게서, 823면.

110)곽윤직, 전게서, 70면; 김형배, 전게서, 169면; 양창수, 전계논문, 45면; 주지홍, 주식 채권 각칙(1), 343면; 최병조, 민법주해XⅢ, 98-99면.

111) 이은영, 전게서, 180면.

112) 최병조, 민법주해XⅢ, 99면.

113) 상계면.

114) 양창수, 전계논문, 46면.

분에 해당하는 금전을 추가 지급받도록 하는 것은 부당할 수도 있다고 생각된다.

#### Ⅳ. 위험부담법리의 확장-노무공급계약과 관련하여

한편 대법원은 무효인 해고 기간 동안 노무제공을 할 수 없었던 근로자가 사용자로부터 해당 기간에 상응하는 보수지급청구권을 가지는 근거를 민법 제538조 제1항에서 찾고 있다. 문제는 근로자가 해고 기간 동안에 다른 직장에 취업하여 얻은 수입, 즉 중간수입이 있으면 이를 소급임금에서 공제할 수 있는가 하는 문제가 다투어지고 있는데, 대법원은 그 근거를 민법 제538조 제2항과 근로기준법 제46조의 휴업수당 규정에서 찾고 있다. 따라서 해고가 무효로 되어 근로자가 해고기간 중의 임금청구를 할 수 있는 경우에도 판례와 다수설은 근로자가 그 부당해고 기간 중에 다른 곳에서 일을 하여 얻은 수입이 있을 때에는 이를 민법 제538조 제2항에 의해 상환할 의무가 있다고 한다. 다만 근로기준법 제46조와 관련해서 제한적으로 근로자의 중간수입공제를 인정하고 있을 뿐이다.<sup>115)</sup> 따라서 이러한 경우가 민법 제538조 제2항이 적용될 수 있는 사례에 해당하는 것인지의 여부와 근로기준법 제46조를 근거로 한 판결의 논리가 타당한지의 여부 등이 검토되어야 할 것이다.

무엇보다도 미국과 독일에서는 부당해고근로자의 보수지급청구권에서 그의 이익상환과 관련한 법률규정이 존재한다는 점에 주목하여야 한다. 즉 미국에서는 부당해고 근로자의 이익 상환 의무를 규정하고 있는 back pay제도가 많이 논의되고 있다. back pay란 부당한 대우로 인하여 -통상 해고로 인하여- 근로자가 일할 수 없었던 기간 동안에 근로자가 얻을 수 있었던 임금을 말한다고 정의할 수 있을 것이다.<sup>116)</sup> 한편 Title VII의 § 706(g)<sup>117)</sup>에서는 법원이 승소한

115) 근로기준법 제46조 제1항은 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다는 취지의 규정이다.

116) Bennet-Alexander/Hartman, *Employment Law For Business*(Irwin Mcgraw Hill, 2001), p. 85 참조. 이 외에도 back pay는 다양한 의미로 사용되고 있다. 부당해고기간동안에 근로자가 지급받을 수 있었던 소급임금자체를 의미하거나 그러한 소급임금을 지급하게 하는 것을 의미한다고 하는 견해(田中英夫, 英美法辭典(東京大學出版會, 2000), 83頁), 미지급

원고에게 back pay 지급을 명할 수 있으나 그 지급액에 어느 정도 제한이 있다는 것을 명정하고 있다. 즉 “차별대우 당한 근로자가 중간수입을 얻었던 경우나 상당한 노력으로 대가를 얻을 수 있었던 경우에는 back pay를 감소시킬 수 있다.”고 규정한다. 미국에서는 back pay에서 중간수입공제를 허용하고 있는 실무를 비판하는 견해들이 존재하지만 근로자의 이익상환 의무는 구체적인 방식이 문제될 뿐 이미 확립된 이론이라고 보아야 할 것이다. 그러나 미국에서는 부당노동행위 발생시 징벌적손해배상<sup>118)</sup>이 인정되고 그 구체수단도 다양하며 근로자가 새로운 직장을 구하고 유지하는 데 든 비용은 소급임금산정시에 고려되는 등 우리와는 사정이 다르다는 것에 주목하여야 한다. 결국 back pay문제를 다루는데 있어서 중요한 것은 형평의 원칙상 근로자의 “회복”의 실현이 어느 정도까지 인정될 수 있느냐 하는 것이 논의전개의 초점이 되어야 할 것이라고 여겨진다. 따라서 노동환경이 미국과 다른 우리나라에서 사회적 여건의 차이를 고려하지 않은 채 미국식의 back pay 제도를 그대로 도입하는 것은 무리가 있다고 생각한다.

한편 독일 민법 제615조에 의하면 노무청구권자가 노무의 수령을 지체한 경우에 노무제공의무자는 그 지체로 인하여 급부하지 못한 노무에 대하여 약정된

임금의 소급지급금을 의미하는 경우에는 백페이(backpay)로 표현하고 미지급 임금의 소급 지급행위를 의미하는 경우에는 백 페이(back pay)로 표현하여야 한다고 주장하는 견해(稻垣正明, 労働法研究 - バック・ペイ 利息裁定その他, (啓文社, 1987), 2頁), back pay는 근로자가 사용자의 부당해고에 없었더라면 얻을 수 있었던 수입을 말한다고 하는 견해(정진경, “미국에서의 부당해고의 사법적 구체수단에 관한 연구”, 노동법학 10호(한국노동법학회, 2000. 08), 311면), 또한 백 페이 재정(back pay award)이란 특정의 고용기간동안에 발생한 근로자의 임금상승분을 근로자가 지급받지 못한 경우, 근로자는 그 임금 증가분에 대한 법적 권리가 있으므로 소급적으로 근로자에게 지급되어야 한다고 사법기관이나 준 사법기관에 의해 내려진 재정을 의미하며 고용상의 차별대우로 인하여 피해고자가 입은 경제적 손실을 전보하기 위하여 백페이 재정이 행해질 수 있다고 하는 견해(West’s Encyclopedia of American Law v.1, 2nd ed(Gale Group, 2005), p. 433 참조; Black’s Law Dictionary, 6th ed(West Publishing Co. 1990), p. 138도 같은 취지) 등이 있다. 이 글에서는 back pay를 부당해고근로자에 대한 소급지급임금으로서의 의미에 주로 초점을 두고 논의를 전개하고자 한다.

117) 법전화하면서 42 U.S.C. § 2000e-5(g)(1)로 되었다.

118) 42 U.S.C. § 1981a(a)(1)에서는 “의도적 차별대우(intentional discrimination)”의 경우에 전보적 손해배상과 징벌적 손해배상이 허용된다는 것을 정하고 있으며, 42 U.S.C. § 1981a(b)(1)에서는 징벌적 손해배상은 사용자의 행위가 연방정부에 의해 보호되는 근로자의 권리에 대하여 악의적(malicious)이거나 무모하게 무시(reckless indifference)할 때 허용된다고 한다.

보수를 노무청구권자에게 청구할 수 있다. 하지만 그가 노무급부의무를 부담하지 않음으로 인하여 절약한 비용<sup>119)</sup> 또는 자신의 노무를 달리 사용함으로써 취득한 이익<sup>120)</sup> 나아가서 고의로 취득하지 아니한 이익<sup>121)</sup>은 약정된 보수에서 공제된다. 이것은 수령지체로 인하여 노무급부의무자가 경제적으로 유리해지거나 불리해지지 않도록 하여야 하기 때문이라고 한다.<sup>122)</sup>

한편 독일부당해고보호법(KSchG) 제11조에 의하면, 근로자와 사용자 사이의 고용관계가 사용자의 해고에도 불구하고 판결에 의하여 지속되었던 것으로 확인될 경우, 근로자는 사용자에게 해고 후 받지 못한 보수를 사용자에 대하여

119) 절약된 비용과 노무급부 사이에는 차비, 작업복에 대한 지출과 같이 직접적인 관련이 있어야 한다고 한다. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 4. Aufl (C. H. Beck, 2005), § 615 Rn. 68 참조(이하에서는 Münchener Kommentar를 MünchKomm으로 약칭한다).

120) 근로계약이든, 독립적인 고용계약이든, 단순한 호의관계(Gefälligkeitsschuld)이든 어떠한 관계에 의해서 자신의 노무를 달리 사용하게 되었는지 상관없다. MünchKomm, § 615 Rn. 68. 그러나 근로자가 노무의 이행 중에도 퇴근한 후에 취득할 수 있었을 보수입은 공제하지 않는다고 한다. MünchKomm, § 615 Rn. 69.

121) 고의의 의미에 대하여, 취업가능성에 대한 사용자의 기대가능성과 임금지급의무를 인지하고 있음에도 불구하고, 그러한 가능한 취업을 하지 않았거나 자신에게 이런 일이 제공되는 것을 방해했다고 신의칙상 비난할 수 있는 경우에 노무급부의무자는 고의적으로 행동하는 것이라고 하며 고의의 요건으로 가해 의도를 요구하지 않는다고 한다. MünchKomm, § 615 Rn. 74; Spirolke, Der-böswillig unterlassene-anderweitige Erwerb I, s. der § 615 BGB, § 11 KSchG, NZA 2001, 711. 특히 문제가 되고 있는 것은 노무급부의무자가 구직자(Arbeitssuchende)로 등록을 해야 하는지가 논란이 되고 있다. 즉 노무급부의무자가 실업수당을 신청하는 것만으로도 충분하다고 하는 견해가 있다. MünchKomm, § 615 Rn. 75 참조. 반면 노동시장에서 근로행위를 이행하겠다는 구직자로서의 각오를 노동청에 신고를 통해 알리지 않는 사람은 구체적인 고용 제안이 이루어지는 것을 고의적으로 회피한 것이라고 하는 견해로는, Spirolke, a.a.O., S. 711; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht-Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen(C. H. Beck, 2004), KSchG § 11 Rn. 23(이하에서는 Kündigungsrecht로 약칭한다); Dieterich/Preis/Müller-Glöge/Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 51, 4. neu bearbeitete Aufl(C. H. Beck, 2004), KSchG § 11 Rn. 10 참조(이하에서는 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht를 Erfurter Kommentar로 약칭한다). 그러나 소송실무에서는 피고용자의 고의적 회피를 입증하는 것이 사용자에게는 거의 성공되지 않는다고 한다. Spirolke, a.a.O., S. 711; Kündigungsrecht, KSchG § 11 Rn. 23. 한편 피고용자에게 요구되는 이러한 의무가 기존의 직무보다 더 적은 가치의 직무를 받아들일 것을 요구하는 것은 아니며 가치판단의 기준으로는 노무시간, 노무의 장소, 노무의 위험도나 사회급부의 규모 등이 고려될 수 있다고 한다. MünchKomm, § 615 Rn. 76 참조.

122) MünchKomm, § 615 Rn. 61.

청구할 수 있다. 그 보수를 받는 근로자는, 해고 기간 동안 노무를 달리 사용하여 취득한 이익, 고의로 포기한 이익 등을 상환하여야 한다. 여기서 주목하여야 할 점이 독일은 우리와는 달리 이익상환에 대한 규정이 매우 다양하다는 것이다. 즉 독일민법 제326조 제2항에서는 일정한 경우에 채권자에게 위험이 이전하는 경우를 정하고 있으며, 이때 채무자는 이익을 얻었거나 얻을 수 있었다면 이러한 이익을 상대방에게 상환하여야 한다는 것이다. 그런데 이러한 이익상환의 규정으로는 임대차계약에서 임대인의 이익상환을 규정한 독일민법 제537조 제1항, 고용계약에서 노무급부무자의 이익상환을 규정한 동법 제615조 제2항, 도급계약에서 수급인의 이익상환을 규정한 동법 제649조, 부당해고근로자의 이익의 상환을 규정한 독일부당해고보호법(KSchG) 제11조, 상업사용인의 이익상환을 규정한 독일상법(HGB) 제74조의c 등이 있다. 이는 계약당사자 중 어느 일방이 계약이 이행되었을 경우보다 경제적으로 더 유리해지거나 불리해져서는 안 되며 부당해고의 경우라 하여 달리 볼 것은 아니라는 점에 대해 사회적 합의가 굳게 이루어져 있는 상황이라고 보아야 할 것이다. 또한 독일의 노사관계가 우리의 경우보다 비교적 대등한 관계에 있는 것도 한 원인이라고 생각된다.<sup>123)</sup> 따라서 이러한 법리적, 노동환경적 특징의 차이를 감안하여 이 문제를 볼 때 우리나라가 독일과 같이 중간수입을 전액 공제하는 것에는 찬성하기 어렵다. 이상에서 살펴본 바와 같이 독일에서는 불능급부채무자의 이익상환 의무에 대하여 여러 곳에서 규정하고 있으며 이를 당연한 법리로 받아들이고 있는 것으로 판단된다. 즉 독일에서는 불능급부채무자의 이익상환 의무에 대하여는 사회적 합의가 굳게 이루어져 있는 상황이기 때문에 여기에는 제기되는 반론도 거의 없는 실정이다. 따라서 그러한 법리의 타당성은 이미 독일에서는 확실히 정립된 개념으로 보아도 좋을 것이고 이러한 경향은 부당해고근로자의 타 직장에서 얻은 이익의 상환 문제에 있어서도 마찬가지다. 즉 판례와 학설은 그 이익의 전액을 공제하는 태도에서 벗어나지 않고 있다. 그러나 우리의 경우, 이러한 사회적 합의

123) 예를 들면 1923년 2월 6일, 라이히 법원은 파업 사건에 관해서 주목되는 판결을 내렸다. 즉 1920년 2월 4일의 경영협의회법으로 인하여 피용자는 이제는 기업가의 단순한 도구가 아니고, 노동공동체의 살아있는 일원이기 때문에 일부 파업근로자들로 말미암은 경영휴업의 결과로 인한 임금미지급은 파업 불참가자들도 감수하여야 한다는 취지로 실시하였다. RGZ, 106, 272.

가 없기 때문에 독일의 해석론을 그대로 받아들이는 것은 문제가 있을 수 있다.

일본은 이 문제의 처리에 있어서 가장 우리와 유사하다. 즉 일본에서 임금을 둘러싼 법적분쟁에 있어서 지금까지 가장 많이 활용되어 온 법 규정이 일본민법 제536조 제2항이라고 하며<sup>124)</sup>, 특히 해고가 재판에 의해 무효로 된 경우에는 해고시부터 판결기준시(구두변론종결시)까지의 기간, 즉 해고기간의 임금에 대해서는 민법 제536조 제2항에 의한 처리가 판례상 확립되어 있다고 한다.<sup>125)</sup> 그리고 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에서 얻은 임금은 자기의 채무를 면함으로 인하여 얻은 이익으로서 해고기간중의 임금채무에서 공제할 수 있다고 한다.<sup>126)</sup> 단 일본의 판례는 노동기준법 제26조를 적용하여 중간수입의 공제의 한도액은 해고기간 중에 일시금 등을 포함해서 얻을 수 있었던 임금에서 평균임금의 6할을 제외한 나머지 액으로 한다.<sup>127)</sup> 이러한 입장이 일본에서의 처리 방식이며 우리나라는 일본의 입장을 그대로 수용한 것으로 판단된다. 한편 일본 최고재판소는 제2 비둘기 택시 사건에서 중간수입 공제를 인정하였으나 일부 소수 견해는 미국과 일본의 노동사정이 다르므로 미국식의 해석은 곤란하다는 점<sup>128)</sup>, 중간수입과 종전의 직장에서 얻는 임금과는 성질이 다르다는 점<sup>129)</sup> 등의 이유로 중간수입공제를 반대하였다.

## V. 맺음말

지금까지 위험부담의 개념과 관련한 일반이론에 대해 검토해 보았다. 각각의 문제되는 곳에서 본고의 입장을 피력하였으므로 여기에서 다시 상론하지는 않

124) 盛誠吾, “賃金と労働時間”, 講座21世紀の労働法 第5卷(日本労働法學會, 2000), 76頁.

125) 本久洋一, “違法解雇の效力”, 講座21世紀の労働法 第4卷(日本労働法學會, 2000), 205頁

126) 本久洋一, 上掲書, 205頁.

127) 上掲面.

128) 最大判 1977(昭和 52). 2. 23 勞判 269号 14頁(第二鳩タクシ - 事件)에서 재판관 岸盛一の 반대의견 참조.

129) 最大判 1977(昭和 52). 2. 23 勞判 269号 14頁(第二鳩タクシ - 事件)에서 재판관 団藤重光, 同本林讓, 同服部高顯, 同環昌一の 반대의견 참조.

기로 한다. 비교법적 검토결과 우리나라와 독일, 일본은 공통적으로 채무자위험 부담주의를 기본으로 하고 있었다. 미국은 통일상법전(UCC)에서 계약위반의 여부에 따라 분류하고 다시 계약의 유형에 따라 위험이전의 시점을 중심으로 하여 규정하고 있었다. 그러나 이러한 체제가 비록 우리와는 상이하게 받아들여질 수도 있으나 기본적으로 채권자에게 위험이 이전되기 전까지는 채무자가 위험을 부담하므로 채무자위험부담주의가 원칙이라고 할 수 있는 것이다. 한편 이러한 채무자가 위험을 부담한다는 원칙은 채권자의 책임있는 사유나 수령지체로 인하여 이행불능이 발생하거나, 목적물의 인도된 경우에는 채권자가 위험을 부담하는 것으로 전환이 된다. 즉, 기본적으로 귀책사유 있는 당사자, 위험을 부담하기에 합당한 당사자로 하여금 위험을 부담하게 하는 것이 공통의 법체제인 것으로 판단이 된다. 따라서 우리 민법은 비교법적으로 보더라도 그 해석상 타당성을 갖추고 있다고 판단되는 바이다.

한편 소급지급임금의 계산에서 중간수입을 공제하는 것은 매우 신중하여야 할 것이다. 필자는 근로자가 타 직장에서 일하여 얻은 중간수입은 부당해고와는 법률적으로 전혀 다른 원인에 기인하여 발생한 것으로서 민법 제538조 제2항에서 말하는 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익에 근로자의 중간수입을 포함시킬 수는 없다고 판단된다.<sup>130)</sup> 또한 근로기준법 제46조에 터 잡아 근로자의 중간수입공제를 제한적으로 인정하는 판례의 태도에 대해서는, 근로자의 소급임금 지급청구의 근거를 민법 제538조에서 찾는다면 근로기준법 제46조는 휴업수당에 대한 규정으로서 민법상 임금청구권(민법 제538조 제1항)의 경우와 별도의 취지에서 설정된 것이다. 따라서 필자는 민법 제538조와 근로기준법 제46조의 휴업수당청구권과는 제도상의 취지가 다르기 때문에 같이 취급될 수 없다고 생각되므로 근로자의 중간수입공제는 부정되는 것이 타당하다고 생각한다.

130) 동조 동항의 이익상환의 적용례로는 가령 채무자가 이행을 위해 지출해야 할 운송비를 지출하지 않았던 경우에 그것은 채권자에게 상환되어야 할 것이라고 한다. 山本進一, 債權法の基礎課題 - 民法研究3(信山社, 1995), 73頁 참조.

## 참고문헌

- 고세일, “미국법의 위험부담 법리에 대한 고찰”, 재산법연구 32권 4호, 2016.
- 곽윤직, 「채권각론」(박영사, 2003)
- 김병선, “위험부담에 관한 일본 개정 민법 고찰”, 재산법연구 제35권 제1호 (2018. 5)
- 김용담, “쌍무계약의 무효·취소와 부당이득(하)”, 사법행정(1983, 04)
- 김형배, “위험부담”, 송춘박영우교수회갑기념논문집-사법학의 재조명(한림원, 1994)
- 박규용, “계약해제에 있어서 위험부담 : 독일민법의 해제규정과의 비교를 중심으로”, 원광법학 32권 3호, 2016.
- 박규용, “매매에 있어서 위험부담과 위함이전”, 일감법학 32권 32호, 2016.
- 서울오, “민법 제537조 위험부담법리의 역사적 변천”, 서울대 법학연구 제5권 (1998)
- 송덕수, 「민법강의」(박영사, 2012)
- 양창수, “위험부담”, 고시연구 제17권 12호(1990, 12)
- 양형우, 「민법의 세계」(피앤씨미디어, 2018)
- 이은영, 「채권각론」(박영사, 2005)
- 주지홍, 주식민법, 채권각칙 1(한국사법행정학회, 1999)
- 지원림, 「민법강의」(홍문사, 2017)
- 최병조, 「민법주해XⅢ」(박영사, 1997)
- 최수정, “동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구”, 서울대 박사학위 논문, (2000)
- 황적인, 「현대민법론 IV」(박영사, 1983)
- Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht-Gro ßkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen(C. H. Beck, 2004)
- Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht-Gro ßkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen(C. H. Beck, 2004)

- Atiyah/Adams/Macquen, *The Sale of Goods*, 10th ed(Longman, 2001)
- Bennet-Alexander/Hartman, *Employment Law For Business*(Irwin Mcgraw Hill, 2001)
- Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, 28. Aufl(C. H. Beck, 2002)
- Calamari/Perillo, *The Law of Contracts*, 4th ed(West Group, 1998)
- Dieterich/Preis/Müller-Glöge/Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Band 51, 4. neu bearbeitete Aufl(C. H. Beck, 2004)
- Dieterich/Preis/Müller-Glöge/Schaub, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Band 51, 4. neu bearbeitete Aufl(C. H. Beck, 2004)
- Mitchell Stocks, “Risk of Loss Under The Uniform Commercial Code and The United Nations Convention On Contracts for The International Sale Of Goods: A Comparative Analysis And Proposed Revision Of UCC Section 2-509 And 2-510”, 87 *Northwestern University Law Review*, (Summer 1993)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 4. Aufl(C. H. Beck, 2005), § 615
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 4. Aufl(C. H. Beck, 2005), § 615
- Palandt Kommentar, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 64. Aufl(C. H. Beck, 2005)
- Seth Gardenswarth, “The Risk of Loss in Electronic Transactions: Vintage Law for 21st Century Consumers”, 6 *Virginia Journal of Law&Technology*, (fall 2001)
- Spirolke, Der-böswillig unterlassene-anderweitige Erwerb I. s. der § 615 BGB, § 11 KSchG, NZA 2001
- Spirolke, Der-böswillig unterlassene-anderweitige Erwerb I. s. der § 615 BGB, § 11 KSchG, NZA 2001
- Treitel, *Frustration and Force Majeure*, 1st ed(Sweet & Maxwell, 1994)
- 近江幸治, *民法講義V: 契約法*(成文堂, 2003)

内田貴, 民法Ⅱ: 債權各論(有斐閣, 2004)

稻垣正明, 労働法研究 - バック・ペイ 利息裁定その他, (啓文社, 1987)

半田吉信, 賣買契約における危険負擔の研究(信山社, 1999)

本久洋一, “違法解雇の效力”, 講座21世紀の労働法 第4卷(日本労働法學會, 2000)

盛誠吾, “賃金と労働時間”, 講座21世紀の労働法 第5卷(日本労働法學會, 2000)

小野秀誠, 危険負擔の研究, (日本評論社, 1995)

篠塚昭次・前田達明, 新・判例コンメンタール民法6, 債權總則2, 契約1(三省堂, 1992)

潮見佳男, 新債權總論 I, 信山社, 2017

[Abstract]

## A Study on the Concept of Risk of Loss

Lee Woo Jin

*Professor, Division of Police, Baekseok University*

It is well known that Article 537 of the Civil Code stipulates “periculum est debitoris” in principle, and Article 538 prescribes “periculum est creditoris” as an exception. Several foreign countries including Germany, America and Japan have the same principle that the debtor should risk the loss or destruction of the subject matter of the contract without any fault of the parties of the bilateral contract. They have the similar exceptions that the risk is shifted from the debtor to the creditor. The exception cases are where the creditor is negligent in the loss or destruction, where the loss or destruction occurs without any fault of the parties while the creditor delays reception of the subject matter, and where the subject matter is delivered to the creditor before its title is transferred to him. That is, it is generally considered that the responsible party or the party worthy of the risk bears the risk. Therefore, our civil law is considered to be very valid even in the comparative law.

Meanwhile, The case of unfair dismissal from work has been the major application of Korean Civil Law Article 538 paragraph two and there has been many discussions about if the dismissal is decided as invalid, then whether the profit employee has earned by taking another job while he was dismissed is considered as the subject of the reimbursement of Article 538 paragraph two. That is to say because Labor Standard Act Article 45 is about shutdown allowance, the purpose of this article is different from that

of Civil Law Article 538 and therefore we can not apply both articles at the same time. As we have seen in the Back Pay rule, we have to decide the degree to which we have to relieve the victim that conforms the Principle of Equity and such degree differs depending on each country's situation.

**Key words** : Risk, Risk of Loss, Obligor's Burden to Bear Risk, Obligee's Burden to Bear Risk