

## 매수인의 이행거절과 채권자지체로 인한 위험이전\*

- 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001다79013판결에 대한 평석 -

Refusal of Performance by Purchaser and Risk Transfer  
by Delay of Obligee: Commentary on the Korean Supreme Court  
Decision 2001Da79013 Decided March 12, 2004

박 영 목\*\*  
Park, Young-mok

### 목 차

- I. 서론
- II. 연구대상 판결
- III. 문제의 제기
- IV. 위험부담과 위험이전에 관한 검토
- V. 채권자지체로 인한 위험이전의 요건
- VI. 결론

### 국문초록

대법원은 2001다 79013판결에서 민법 제400조의 채권자지체를 인정하면서도, 채권자지체의 법률효과중 하나인 제538조상의 위험이전은 부정하였다. 그리고 그 이유로 이행의 제공, 최소한 구두의 제공도 없었다는 점을 들고 있다.

논문접수일 : 2016. 01. 29.

심사완료일 : 2016. 02. 18.

게재확정일 : 2016. 02. 18.

\* 이 논문(저서)은 2014년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음 (NRF-2014S1A5A8014771). This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(NRF-2014S1A5A8014771).

\*\* 법학박사·순천대학교 법학과 부교수.

민법 제400조가 채권자지체에 이행제공을 요구하고 있지만, 대법원은 확정적 수령거절에서는 이행제공 없이도 채권자지체가 성립한다고 하여왔다. 그런데 대상 판결에서 채권자지체의 중요한 법효과인 위험이전을 위해서는 이행제공이 필요하다고 하였다. 또한 대상판결은 채권자지체 자체는 인정하면서도, 그 효과 중의 하나인 위험이전은 부정하였다. 이렇게 동일한 용어 속에서 서로 다른 요건을 끄집어내는 것은 그 효과의 차이에 의해서만 설명될 수 있을 것이다. 즉, 각 효과에 의해 발생하게 되는 각 당사자의 이익들을 형량하여, 그에 가장 적합한 요건을 제시한 것이라고 볼 수 있다.

대상판결이 민법 제400조의 채권자지체를 인정하면서도 위험이전을 부정한 것과 관련해서는 위 판결사안의 3가지 특성을 고려해볼 수 있다. 첫째는 채무자의 이행제공이 없었다는 점, 둘째는 대상이 부동산이었다는 점, 셋째는 대상이 멸실된 것이 아니라 수용되었다는 것이다. 물론 대법원은 첫 번째 점만을 근거로 위험이전을 부정했다. 즉, 구두의 제공조차 없다는 점에 기초하여 위험이전을 부정한 것이다. 하지만 연구자는 '과연 구두제공이 있었다고 하여 위험이전을 인정하는 것이 정당 할 것인가'라는 의문을 제기하고자 한다.

채권자지체로 인한 위험이전은 위험부담과 위험이전의 일반론이 채권자지체에 반영된 것이므로, 이러한 일반론에 대한 검토가 선행되어야 한다. 사안에서 대법원이 위험이전을 부정하고, 최종적으로 채무자위험부담주의라는 일반원칙에 의해 문제를 해결했다는 점에서, 이는 채무자 위험부담 원칙과 그 예외로서의 위험이전에 대한 검토를 요구한다. 즉, 채무자위험부담주의라는 위험부담의 원칙은 어떠한 의의와 효력범위를 가지며, 이에 대한 예외로서의 위험이전은 어떠한 경우에 정당화될 수 있는지가 검토되어야 하는 것이다. 그리고 이러한 검토를 통해서 사안에서의 채권자지체가 이러한 위험이전의 요건을 갖추었는지 확인할 것이다.

**주제어** : 채권자지체, 이행거절, 반대급부위험, 위험부담, 이행제공, 위험이전, 자연적 인과관계

## I. 서론

대법원은 2004. 3. 12.에 선고한 2001다79013판결에서 채권자지체와 위험이전에 관한 판결을 내렸다. 이 판결의 사안은 부동산매매계약에서 이행기가 도래한 후 매수인(원고)이 (근거없는) 계약해제를 주장하면서 자신의 이행을 거절하고, 기 지급한 매매대금의 반환을 청구하던 중, 부동산이 수용되어 이행불능이 발생한 사안이다. 이에 원고는 제537조를 근거로 계약금과 중도금의 반환을 청구하였고, 피고(매도인)는 제538조의 채권자지체로 인한 위험이전 이유를 반환을 거절하였다. 애초 매매대금이 13억 원을 넘는데 반하여 수용보상금은 5억 원이 안 되기 때문에, 위험이전 여부에 따라서 8억 원의 향방이 바뀌는 상황이었다.

대법원은 제400조의 채권자지체는 인정하면서도 제538조에 따른 위험이전이 있기 위해서는 최소한 구두제공이 있어야 한다면서 위험이전을 부정했다. 대법원은 이를 통해 채권자지체의 요건을 명확히 했을 뿐만 아니라, 위험이전에 관한 추가요건도 설정하였다. 하지만, 대법원은 단지 제400조의 채권자지체가 성립하기 위한 요건과 제538조의 채권자지체가 성립하기 위한 요건은 다르다는 선언적 표현만을 사용할 뿐, 그 근거를 제시하고 있지 않다. 아래에서는 대법원의 이러한 구별이 타당한지, 타당하다면 어떠한 근거에서 타당할 수 있는지를 검토해보고자 한다.

## II. 연구대상 판결

### 1. 사실관계

원고(건설회사, 매수인)는 1997. 10. 17. 피고로부터 용인시 소재 부동산을 대금 13억 380만원에 매수하되 계약금 1억 3천만 원은 계약당일에 1차 중도금 3억은 1997. 11. 12.에 2차 중도금 2억은 1998. 1. 15.에 잔금 8억 7380만원은

1998. 4. 20. 또는 토지거래허가를 얻은 후 일주일 내에 지급하기로 하는 부동산 매매계약을 체결하였다.

원고는 매매계약에 따라 계약금과 1차 중도금 4억3천만원을 지급하였다. 매매대상 부동산은 1998. 1. 31. 국토이용관리법상의 토지거래허가구역에서 지정 해제되었다. 원고는 2차 중도금지급기일까지 중도금지급을 하지 않고 이 부동산에 대하여 공동주택 사업승인이 가능한지를 용인시에 질의하였고 이에 대하여 불가능하다는 회신을 받았다. 그러자 원고는 두 차례에 걸쳐 피고에게 내용증면우편으로 공동주택사업승인을 조건으로 매매계약을 체결하였는데 조건이 성취불가능하므로 매매계약이 무효라고 주장하였고 이에 대해 피고는 공동주택사업승인은 이 매매계약의 조건이 아니라면서 2차 중도금과 잔금의 지급을 요구하였다. 원고는 잔금기일날 잔금을 지급하지 않고 다시 피고에게 3차례에 걸쳐 내용증면우편으로 계약금과 1차 중도금의 반환을 요구하였으나 이에 피고는 아무런 답변을 하지 않았다.

원고는 피고를 상대로 매매계약의 해제를 이유로 한 매매대금반환청구를 하였으나, 1심 법원은<sup>1)</sup> 토지거래허가구역지정이 해제되어 계약이 확정적으로 유효로 되었고, 해제권도 인정되지 않으며 다른 무효 사유도 없으므로 원고의 피고에 대한 부당이득 반환청구는 인정될 수 없다고 하였다.

1심이 선고된 후에 한국토지공사는 2001. 4. 12. 피고를 피공탁자로 이 사건 부동산에 대한 수용보상금 4억 9043만 3300원을 공탁하고 이 사건 부동산을 수용한 후, 2001. 5. 21.자로 소유권이전등기를 경료하였다. 원고는 피고에 대한 부당이득반환청구권등 채권 전부를 승계참가인에게 양도하였다.

## 2. 당사자의 주장

### 가. 승계참가인의 주장

부동산이 2001. 4. 13. 한국토지공사에 수용됨으로 인하여 피고의 원고에 대

1) 수원지방법원 2001. 4. 3. 선고 2000가합12030 판결.

한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되었고, 이 이행불능에 대해 채권자인 원고나 채무자인 피고에게 귀책사유가 없으므로 채무자위험부담주의에 의하여 피고는 원고에 대하여 대금의 지급을 청구할 수 없다. 그리고 원고가 이미 이행한 부분은 채무자인 피고가 사후적으로 그 급부를 청구할 수 없게 되었음에도 수령한 것이므로, 이는 법률상 원인 없이 이득을 취한 것이 되어 부당 이득법리에 의하여 승계참가인에게 반환하여야 한다.

#### 나. 피고의 주장

소유권이전등기의무의 채권자인 원고는 반대급부인 자신의 잔대금 지급채무 이행을 하지 아니할 의사를 명백히 표시하였고, 이에 비추어 피고로부터 소유권이전등기의무의 이행제공이 있더라도 이를 수령 거절할 의사가 명백하였다고 보인다. 피고는 원고에게 소유권이전등기의무를 현실 제공하거나 구두 제공하지 아니하였지만, 원고는 수령 거절의사를 명백히 함으로써 채권자 수령지체의 책임을 부담한다. 그러므로 이 사건 부동산의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었더라도 이는 민법 제538조 제1항에서 정하는 “쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때이거나, 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때”에 해당하므로, 피고는 상대방인 원고의 미지급 대금의 이행을 청구할 수 있고, 이미 수령한 계약금 등을 부당이득으로 반환할 책임이 없다.

### 3. 원심의 판단<sup>2)</sup>

채무자인 피고가 원고를 채권자지체에 빠지게 하기 위하여는 원고에게 소유권이전등기의무의 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을 최고하는 구두 제공을 하였어야 한다. 그럼에도 피고는 구두제공을 하지 아니하였으므로, 원고는 수령지체 중에 있지 않았다. 이 부동산 매매계약은 유효인 상태에서 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 피고의 소유권이전등기의무가 이행불능되었으

2) 서울고등법원 2001. 11. 2. 선고 2001나23791 판결.

므로, 민법 제537조에 기하여 채무자인 피고는 원고에게 잔금 등의 이행을 청구할 수 없고, 이미 수령한 계약금 등을 부당이득으로 반환하여야 할 것이다.

#### 4. 대법원의 판단<sup>3)</sup>

민법 제400조 소정의 채권자지체가 성립하기 위해서는 채무자의 변제 제공이 있어야 하고, 변제 제공은 원칙적으로 현실 제공으로 하여야 하며 다만, 채권자가 미리 변제받기를 거절하거나 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 구두의 제공으로 하더라도 무방하고, 채권자가 변제를 받지 아니할 의사가 확고한 경우에는 구두의 제공을 한다는 것조차 무의미하므로 그러한 경우에는 구두의 제공조차 필요 없다고 할 것이지만 구두의 제공조차 필요 없는 경우라고 하더라도, 이는 그로써 채무자가 채무불이행책임을 면한다는 것에 불과하고, '채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때'에 해당하기 위해서는 현실 제공이나 구두 제공이 필요하다고 할 것이므로 원고의 수령거절의 의사가 확고하여 채권자의 영구적 불수령에 해당한다고 하더라도, 채무자인 피고는 원고를 수령지체에 빠지게 하기 위하여 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 준비하여 두고 원고에게 그 서류들을 수령하여 갈 것을 최고하는 구두 제공을 하였어야 한다고 할 것이다.

### Ⅲ. 문제의 제기

대상판결은 채권자지체와 위험이전에 관해 실시하고 있는 드문 판결에 속한다. 대상판결 사안은 부동산매매계약에서 이행기가 도래한 후 쌍방 모두가 이행을 제공하고 있지 않던 중, 부동산이 수용되어 이행불능이 발생한 사안이다. 애초 매매대금이 13억 원을 넘는데 반하여 수용보상금은 5억 원이 안되기 때문에, 위험이전여부에 따라서 매도인과 매수인의 이해관계는 크게 달라진다. 위험이전이 부정된다면 매수인은 기 지급금을 모두 반환받을 수 있게 되고,

3) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001다79013 판결.

매도인은 수용보상금으로 만족해야 한다. 반면 위험이전이 인정되면 매도인은 매수인으로부터 매매대금을 모두 받을 수 있고, 수용보상금만 매수인에게 넘겨주면 된다. 위험이전 여부에 의해 8억원의 향방이 달라지는 것이다. 매수인은 제537조의 채무자위험부담주의에 따라 매도인이 위험을 부담해야 한다고 주장했다. 반면 매도인은 제538조의 위험이전을 주장했다. 제538조에 의한 위험이전은 채권자의 책임있는 사유나 채권자지체를 요건으로 한다. 해당 사안에서의 불능이 수용때문이라는 점에서 채권자의 책임있는 사유는 인정될 수 없다. 매수인이 잔금지급을 지체했다고 해서 수용에 대해 책임을 져야하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 문제는 제538조의 채권자지체가 성립했는지였다.

대상판결의 원심은 이행거절은 이행지체가 될 뿐, 그 자체로 채권자지체가 되지는 않는다는 입장이다. 즉, 이행거절은 자신의 이행을 거절하는 것으로 채무불이행 책임은 지게 되지만, 채권자지체는 상대방의 이행제공을 전제하는 것이기 때문에, 상대방의 이행제공에 대한 거절이 아닌 한 채권자지체는 아니라는 입장을 취하고 있다. 반면 대법원은 쌍무계약에서 자신의 채무 이행을 확정적으로 거절하는 사람은, 상대방의 변제에 대한 수령도 확정적으로 거절하고 있는 것이므로, 이 경우에 상대방은 자신의 이행제공 없이도 거절자를 채권자지체에 빠뜨릴 수 있다고 본다. 따라서 쌍무계약에서 확정적 이행거절을 한 사람은 이행거절만이 아니라 수령거절도 한 것이고, 따라서 채무불이행 책임만이 아니라 채권자지체의 책임도 지게 된다고 보고 있다.

그러나 대법원은 이러한 채권자지체는 제400조 이하(및 제487조)의 법효과만 발생시킨다고 한다. 즉, 채권자지체의 효과는 크게 채무불이행책임을 면하는 것(제400조 이하)과 위험이 이전되는 것(제538조)을 들 수 있는데(그밖에 종류채무에서는 급부목적물이 특정되고, 급부위험이 이전된다), 전자는 이행제공 없이도 일어나지만, 후자는 이행제공이 있어야 한다는 것이다. 따라서 대법원의 입장에 따르면 쌍무계약에서 일방이 확정적 이행거절을 하는 경우에, 이는 그 일방의 채권자지체에도 해당되는데, 다만 제400조 이하의 법률효과는 상대방의 이행제공 없이도 일어나지만, 제538조의 법률효과는 상대방이 최소한 구두제공을 해야 발생한다는 것으로 요약해볼 수 있다. 즉, 법률효과에 따라 그 요건을 달리하고 있다.

하지만, 우리 민법 제400조와 제538조는 모두 채권자지체에 대한 규정이고, 제538조가 채권자지체의 성립이나 위험이전에 관해서 제400조에서 규정한 것 외의 추가적인 요건을 제시하고 있지는 않다. 따라서 각각의 경우에 다른 요건이 필요하다는 대법원의 입장이 어떻게 정당화될 수 있는지가 설명되어야 한다. 그러나 대법원은 단지 제400조의 법률효과(채무불이행책임의 면제)가 인정되기 위한 요건과 제538조의 법률효과(위험이전)가 인정되기 위한 요건은 다르다는 선언적 표현만을 사용할 뿐, 그 근거를 제시하고 있지 않다.

학계에서는 대상판결에 대하여 신의칙이라는 관점에서 설명하는 견해가 제시된 바 있다. 즉, 대법원의 논리전개는 지나치게 기교적이어서 수긍할 수 없고, 매수인의 수령거절행위가 신의칙에 반할 정도가 아니라면 제538조의 요건을 충족시키지 못한다는 관점에서 해석하는 것이 타당하다는 것이다.<sup>4)</sup> 따라서 대법원이 제시한 구두제공을 중시하는 것이 아니라 매수인의 수령거절 자체를 보되 그 행위가 제400조 보다는 비난가능성이 더 커야지 제538조가 적용될 수 있다는 것이다. 그러나 위 논문에서는 신의칙이라는 관점을 구체화시키지 않고 있어 실제 사안에서 어떠한 요건 하에 위험이전이 인정될 수 있을지를 예측할 만한 기준은 아직 제시되지 않고 있다. 신의칙은 사안별로 구체적 타당성을 실현하기 위하여 동원되는 일반적 개념이기 때문에, 이에 의한 해결은 체계적 기준의 제시라고 할 수 없을 것이다. 따라서 결론의 타당성을 뒷받침할 이론의 제시가 요구된다 할 것이다.

대상판결이 민법 제400조의 채권자지체를 인정하면서도 위험이전을 부정한 것과 관련해서는 위 판결사안의 3가지 특성을 고려해볼 수 있다. 첫째는 채무자의 이행제공이 없었다는 점, 둘째는 대상이 부동산이었다는 점, 셋째는 대상이 멸실된 것이 아니라 수용되었다는 것이다. 물론 대법원은 첫번째 점만을 근거로 위험이전을 부정했다. 즉, 구두의 제공조차 없다는 점에 기초하여 위험이전을 부정한 것이다. 하지만 연구자는 '과연 구두제공이 있었다고 하여 위험이전을 인정하는 것이 정당한가'라는 의문을 제기하고자 한다. 이 의문을 검토하는 과정을 통해서 채권자지체시의 위험이전에 대한 요건이 더 잘 드러날

4) 김동훈, “쌍무계약에서 채권자 귀책사유의 의의 -대상판결 : 대법원 2004.3.12. 선고 2001다 79013 판결-”, 『법조』 제54권 8호(통권587호), 2005, 262면.



것이라고 보기 때문이다. 본 연구에서는 이러한 의문들을 검토해가면서 대법원이 채권자지체라는 동일한 개념에 대하여 서로 다른 요건을 요구하는 것이 정당화될 수 있는지, 그렇다면 어떠한 관점에서 정당화될 수 있는지를 논의하고자 한다.

## IV. 위험부담과 위험이전에 관한 검토

### 1. 위험부담과 위험이전에 대한 검토의 필요성

제400조와 제538조 모두가 사용하고 있는 채권자지체라는 하나의 용어에 대해 두 가지의 다른 요건을 제시하는 것은 어떻게 정당화될 수 있는가? 먼저 제400조의 채권자지체와 제538조의 채권자지체가 그 문언적 해석상 다르게 읽힐 수 있는지를 검토해야 할 것이다. 문언적 해석으로는 대법원의 입장을 해명할 수 없다고 생각된다. 두 조문의 문언에서는 아무런 차이가 없기 때문이다. 다음으로, 역사적, 체계적 해석을 생각해볼 수 있을 것이다. 역사적 해석에 대하여는 그 사료를 찾을 수 없고, 입법자들이 대상판결사안과 같은 것을 염두에 두지도 않았으리라 추정된다. 남은 것은 체계적 해석, 목적론적 해석이다. 즉, 제400조의 체계적 위치나 목적, 제538조의 체계적 위치나 목적에 비추어서 용어의 차별적 취급을 정당화하는 방법만이 남는다. 이를 위해서는 해당 법조문이 규정하는 법효과를 먼저 검토해야 한다. 제400조와 제538조는 분명 상이한 법효과를 규정하고 있다. 따라서 대법원은 법효과의 차이를 염두에 두고 용어를 차별적으로 취급했다고 추정해볼 수 있다. 즉, 대법원이 제시한 추가요건은, 제400조의 법효과와 제538조의 법효과가 어떻게 다른지를 먼저 검토해야지 정당화될 수 있을 것이다. 법효과의 차이가 동일한 용어에 대해 다른 요건을 부여하는 것을 정당화하는 것이다. 그렇다면 위험이전이라는 법률효과를 부여하기에 상당한 요건이 무엇인지를, 위험이전에 관한 일반적 이론에 비추어 검토해보아야 할 것이다.

위 사안에서 대법원이 위험이전을 부정하고, 최종적으로 채무자위험부담주의

라는 일반원칙에 의해 문제를 해결했다는 점에서, 이는 채무자 위험부담 원칙과 그 예외로서의 위험이전에 대한 검토를 요구한다. 즉, 채무자위험부담주의라는 위험부담의 원칙은 어떠한 의의와 효력범위를 가지며, 이에 대한 예외로서의 위험이전은 어떠한 경우에 정당화될 수 있는지가 검토되어야 하는 것이다.

## 2. 채무자위험부담주의와 그 근거

대상판결의 논점은 일견 위험이전을 인정할 것인가 아닌가의 문제로 보인다. 하지만, 채권자로서의 위험이전을 부정하는 것은 바로 채무자의 위험부담을 인정하는 것이기 때문에, 이는 결국 채권자와 채무자사이에서 위험부담자를 선택하는 문제에 속한다. 연구대상 판결도 채권자지체에 의한 위험이전을 부정함에 따라 결국 위험부담의 일반론을 적용하였다. 이는 위험이전의 부정으로 인해 일반원칙인 제537조의 위험부담이 적용된다는 이론구성에 의한 것이지만, 실질적으로는 채무자위험부담과 채권자로서의 위험이전 사이에서 채무자위험부담을 선택한 것이라고 할 수 있다. 따라서 우리 민법 제537조에서 규정한 채무자위험부담주의의 타당성 근거를 검토하여야 할 것이다. 즉, 위험분배의 일반적인 기준과 그 예외를 설정하는 방식(위험이전의 기준)에 관한 고찰이 우선되어야 한다.

우리 민법 제537조는 채무자부담주의를 채택하고 있는데, 이는 대부분의 입법례와 마찬가지로이다. 다만 직접적인 연결지점은 독일민법에 있다.<sup>5)</sup> 2002년 채권법현대화법률에 의해 개정되기 전의 독일민법 제323조는 “쌍무계약상의 당사자 일방의 급부의무가 쌍방에 책임 없는 사유로 불능이 된 경우에는, 그는 반대급부청구권을 상실한다”라고 규정하여 채무자위험부담주의를 정하고 있었다.<sup>6)</sup> 이는 쌍무적 견련성, 즉 반대급부 청구권이 급부청구권의 존속에 의존한다는 것의 표현이라고 한다.<sup>7)</sup> 이 규정의 근거는 대부분 “받기 위해 준다

5) 「민법안 심의록 상권」, 1957, 312면.

6) 개정 독일민법 제326조 1항 1문은 “제275조 1항에서 3항에 따라 채무자가 급부를 할 필요가 없는 때에는 반대급부에 대한 청구권도 탈락한다”라고 하여 반대급부위험에 대해 개정 전과 마찬가지로의 내용을 규율하고 있다. 따라서 귀책사유 없는 불능의 경우 채무자의 반대급부위험 부담은 이전과 다를 것이 없다: Rorenz/Riehm, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Rn. 340.

(do ut des)”는 쌍무계약의 본질에서 찾는다.<sup>8)</sup> 로마 초기에는 이런 견련성이 확립되지 않았으나, 자연법 학자들은 일방의 의무를 상대방의 의무에 대한 전제조건으로 보아, 계약상의 합의에는 “상대방으로부터 자신이 출연한 것 이상을 받을 수 없다”는 자연의 유보가 내재된 것으로 보았는데,<sup>9)</sup> 이러한 자연법적 설명은 그 이후의 법편찬에도 영향을 미쳤고, 독일도 이러한 점에서는 마찬가지였다.<sup>10)</sup>

또한 이 규정은 자신의 급부의무로부터 벗어난 사람은 반대급부도 청구할 수 없도록 하여 쌍무계약에서 당사자 사이에 동등한 부담분배를 추구하는 것이라는 견해도 있다.<sup>11)</sup> 급부위험을 채권자가 부담했으니 반대급부위험은 채무자가 지는 것이, 당사자들 사이에 위험을 동등하게 분배하는 것이라는 설명이다. 물론 물건 멸실로 인한 경제적 불이익은 최종적으로 채무자가 부담하기 때문에 이를 당사자 사이의 동등한 부담분배라고 표현하기는 어려울 수도 있다.<sup>12)</sup> 다만, 채무자위험부담의 결론적 정당성은 어느 견해나 인정하고 있기 때문에, 표현상의 차이에도 불구하고 채무자위험부담이 ‘정당한’ 부담분배라는 점에서는 결론을 같이하게 된다. 결국 이러한 논의들은 채무자위험부담이 위험분배의 관점에서 정당하다는 것을 보여준다.<sup>13)</sup>

다른 한편 독일에서는 채무자위험부담의 근거를 ‘지배가능성’과 ‘흡수가능성’이라는 관점에서 설명하는 이론이 제시되었다. 이 견해는 채무자가 반대급부위험을 부담하는 이유에 대해, 채무자가 자기 급부의 위험을 먼저 예견하고 더 잘 지배할 수 있으며(추상적 지배가능성의 원칙) 더 쉽게 흡수할 수 있기

7) Staudinger/Otto, § 323(1995), Rn. 1.

8) Soergel/Wiedemann, § 323(1990), Rn. 3; Larenz, *Schuldrecht I*, § 21 I, S. 310; Esser/Schmidt, *Schuldrecht I/1*, § 12 III, S. 218.

9) 최수정, “동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2000, 52-53면.

10) 최수정, 전제논문, 62면 참조.

11) Esser/Schmidt, *Schuldrecht I/2*, § 22 VII, S. 19.

12) 채권자는 채무자에게 약속한 반대급부를 다른 방식으로 동일한 목적에 투입할 수 있기 때문에, 경제적으로 봤을 때 그리 해가 되지 않는다. 경제적 불이익은 오로지 채무자만이 입게 되며, 이러한 불이익에는 채무자가 행한 비용과 투자도 포함된다: Koller, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, 1979, S. 9-10.

13) 박영목, “매매계약에서의 위험이전시기”, 고려대학교 석사논문, 2003, 40면.

때문(흡수원칙)이라고 한다.<sup>14)</sup> 추상적 지배가능성의 원칙은, 위험이 기원한 영역 혹은 위험이 먼저 작용한 영역에 있는 사람에게 위험이 귀속되어야 한다는 것이다.<sup>15)</sup>

대륙법계와 마찬가지로 영국이나 미국에서도 반대급부위험은 채무자가 부담한다. 다만 대륙법과 다른 것은 이를 ‘반대급부위험’의 문제로 다루는 것이 아니라, 프러스트레이션에 의한 계약 해소의 문제로 다루는데,<sup>16)</sup> 그 근거는 대체로 당사자의 가정적 의사에서 찾는다. 가령 영국에서 지도적 판례가 된 사례(Taylor v. Caldwell, 1863)에서 블랙번 판사는 “당사자들은 채무자의 과실 없이 목적물이 멸실됨으로써 그 이행이 불가능하게 된 때에는 면책된다”는 묵시적 조건이 계약에 포함되어 있다는 이론을 제시했다.<sup>17)</sup>

미국에서도 통일상법전 2-615조는 “어떤 사건의 불발생이 기본적인 전제이고 이를 근거로 하여 계약이 체결되었는데, 그 사건의 우연한 발생에 의해 합의된 급부가 비현실적으로 된 경우”에 프러스트레이션을 인정한다. 이는 불능을 초래한 사건의 불발생이라는 조건이 계약에 포함되어 있다는 점을 근거로 프러스트레이션을 인정하는 것이라고 할 수 있다. 그리고 계약에 포함되는 방식은 명시적인 것만이 아니라 계약체결의 정황 등에 의해 묵시적으로도 가능하기 때문에<sup>18)</sup> 미국도 영국의 상황과 유사하다고 할 수 있다. 이와 같이 영국

14) Koller, a.a.O., S. 302.

15) Koller, a.a.O., S. 78. 이는 영역설과 가까운데, 이에 대해서는 고전적인 영역설에 비해 어떤 발전을 가져오지 않았다는 비판이 있다. 즉 지배가능성우위의 추론을 위해 다시 영역, 조직범위(Organisationsbereich) 등의 개념에 의지하고 있으므로 ‘구체화’시킨 것이 없다는 것이다: Roth, AcP 181(1981), S. 146.

16) Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th Ed.(1995), p. 240 참조. 보통법(common law)은 불능에 의해 채무자의 의무가 해방되지 않는다는 기본관념을 가지고 있지만, 이행가능이 계약의 전제였는데 양당사자의 과실없이 이행이 불가능해지면 채무자는 계약상의 의무에서 벗어나고 그 상대방도 계약상의 의무를 지지 않게 된다고 한다: Birks/Treitel, *English Private Law II*, 2000, 8. 434.

17) Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, § 36 IV, S. 509 에서 재인용. 다만 영국에서 초기에는 이미 지급한 금전의 반환을 인정하지 않는 판결(Chandler v. Webster, 1904)이 있었지만 1943년의 판결(Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ltd, 1943)에 의해 기지급금에 대한 부당이득반환청구가 인정되었고, 이는 1943년에 법률(Law Reform (Frustrated Contracts) Act)로 수용되었다: 정조근, “사정변경의 비교법적 연구”, 『부산여대 논문집』 제11집, 1981, 201면.

과 미국에서는 채무자가 반대급부위험을 부담하는 근거를 계약에 내재된 당사자의 가정적 의사에서 찾는다고 할 수 있다.

위에서 보았듯이 채무자위험부담주의는 쌍무계약상의 보편적인 원칙이라고 할 수 있다. 그리고 그 근거들은 채권자가 언제부터 위험을 부담하게 되는가, 즉 위험이전에서도 마찬가지로 작용될 수 있다고 할 것이다. 위험이전의 인정 이 어느 요건의 충족에 따른 자동적 효과가 아니라, 위험을 채무자가 아닌 채권자가 부담해야 한다는 선택이라고 한다면, 채무자가 위험을 부담하는 것이 정당하다고 했던 사유들은 동시에 채권자가 위험을 부담하는 것도 정당화시킬 수 있어야 하기 때문이다. 따라서 채권자지체를 이유로 하는 위험이전도 견련성의 관점, 정당한 위험분배의 관점, 추상적 지배가능성의 관점, 가정적 의사의 관점 등에서 그 타당성을 검토해 볼 수 있을 것이며, 이러한 검토를 통해서 대상판결의 정당성근거도 찾을 수 있을 것이다.

### 3. 위험이전에 관한 검토

채권자지체에 의한 위험이전에 관해 검토하기 위해서는 일반적인 위험이전의 기준에 대한 검토도 선행되어야 한다. 채권자지체에 의한 위험이전도 다른 사유에 의한 위험이전과 효과는 동일하므로, 다른 위험이전 요건과의 관계를 검토해 볼 수 있을 것이다. 또한 대상판결에서 위험이전을 부정한 대법원 판례의 입장에는 일반적인 위험이전의 요건에 비추어 해당 사안이 위험을 이전 시키기에 부족했다는 판단이 깔려있을 수 있기 때문이다. 따라서 위험이전에 관한 우리 학설의 입장과 입법례를 검토하여야 할 것이다. 그런데 우리 민법은 매매계약에서의 위험이전시기에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 타당한 위험이전시기의 문제가 먼저 해결되어야 하는데, 이때 위험이전의 타당한 시점을 검토하기 위한 관점들은 채권자지체에 의한 위험이전을 인정하기 위한 요건을 검토함에 있어서도 마찬가지로 중요한 기준이 될 수 있을 것이라 생각된다.

18) UCC S. 2-615 Official Comment 8.

## 가. 위험이전에 관한 입법례

매매계약에서 위험이전과 관련해서는 세 개의 입법주의가 알려져 있다. 바로 계약체결시주의, 인도시주의, 소유권이전시주의가 그것이다. 스위스<sup>19)</sup>와 일본<sup>20)</sup>에서는 특정물매매의 경우 계약체결시에 위험이 이전되며, 독일<sup>21)</sup>과 오스트리아<sup>22)</sup> 및 미국 통일상법전(UCC)<sup>23)</sup>과 미국 '매도인 매수인 위험부담법'<sup>24)</sup>에 의하면 인도시에 위험이 이전되며, 프랑스<sup>25)</sup>와 영국의 동산매매법에<sup>26)</sup> 따르

- 19) 스위스 채무법(OR) 제185조 제1항: “특별한 관계나 합의로 예외를 정하지 않은 한, 물건의 수익과 위험은 계약체결로 양수인에게 이전한다”
- 20) 일본민법 제534조 1항: “특정물에 관한 물권의 설정이나 이전이 쌍무계약의 목적인 때에는, 그 물건이 채무자의 귀책사유 없이 멸실이나 훼손된 때에는 그 멸실이나 훼손은 채권자의 부담으로 돌아간다”
- 21) 독일민법(BGB) 제446조: “매매목적물의 인도로 인해서 우연한 멸실이나 훼손의 위험은 매수인에게 이전된다. 인도로 인해서 수익은 매수인에게 돌아가며, 그가 물건의 부담을 진다. 매수인이 수령지체에 빠진 때에는 인도와 마찬가지로이다.”
- 22) 오스트리아민법(ABGB) 제1048조: “인도가 이루어져야 하는 시점이 정해져 있고, 그 사이(계약체결과 인도)에 교환하기로 한 물건이 금지에 의해 거래를 못하게 되거나, 우연한 방법으로(사고로) 완전히 혹은 반 밀로 가치가 떨어지면, 교환은 체결되지 않은 것으로 간주된다” 이 조항은 매매에 준용된다.(§ 1064 ABGB)
- 23) 미국 통일상법전(UCC)은 “매도인이 상인이면 매수인이 상품을 수령한 때, 상인이 아니면 인도를 위한 제공을 한 때, 매수인에게 위험이 이전한다”고 하고 있다(UCC § 2-509. 3). 또 송부매매에서는 “매도인이 상품을 특정한 목적지에 인도하지 않아도 된다면, 상품이 운송인에게 정당하게 인도되는 때에, 선적이 보류되었을 지라도, 위험이 매수인에게 이전한다. 매도인이 상품을 특정 목적지에 인도해야 하고, 운송인의 점유하에 있는 동안 상품이 거기에서 정당하게 제공되었다면, 위험은 상품이 정당하게, 매수인이 인도를 받을 수 있도록 제공된 때에 매수인에게 이전한다.”고 규정하고 있다(UCC § 2-509. 1)
- 24) 통일 매도인 매수인 위험부담법(Uniform Vendor & Purchaser Risk Act 1935) 제1조: “이 법에 따른 부동산 매매는 다른 명시적 약정이 없는 한, 당사자들이 다음의 권리와 의무를 가지는 것으로 해석된다. (a) 계약목적물의 법률상 권리나 점유가 이전되지 않았다면, 매수인의 과실없는 전부나 일부의 멸실 혹은 수용의 경우에, 매도인은 계약을 강제할 수 없으며, 매수인은 자신이 이미 지불한 금액의 반환을 청구할 수 있다; (b) 계약목적물의 법률상 권리나 점유가 이전되었다면, 매도인의 과실없는 전부나 일부의 멸실 혹은 수용의 경우에, 매수인은 대금지불의무로부터 벗어나지 못하며 이미 지불한 금액의 반환을 청구하지도 못한다.” 이에 따르면 부동산 매매의 경우에 인도시에 위험이 이전된다. 이 법은 현재 미국의 뉴욕, 캘리포니아를 비롯한 12개 주에서 채택되고 있다: “[http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Vendor%20and%20Purchaser%20Risk%20Act%20\(1935\)](http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Vendor%20and%20Purchaser%20Risk%20Act%20(1935))”(2016. 1. 15. 최종 확인). 그밖의 주 중 다수에서는 부동산매매에서 형평법상의 재산권형태전환이론에 의해 계약체결시에 매수인이 위험을 부담한다고 한다: 이우진, “채권자 위험부담에 관한 연구”, 성균관대학교 박사논문, 2006, 18면.

면 소유권이전시에 위험이 이전된다.<sup>27)</sup> 다만 법조문상 계약체결시주의를 채택하고 있는 스위스와 일본에서는 학계에서 그 부당함에 대해 꾸준히 지적하면서 실질적 지배의 이전시에 위험을 이전시키고자 하는 노력이 계속되고 있다.<sup>28)</sup> 소유권이전시주의를 택한 프랑스와 영국은 특정물매매에서는 다른 합의가 없는 한 계약체결시에 소유권이 매수인에게 이전되기 때문에 계약체결시에 위험이 이전되는 경우가 많다. 다만 소유권유보부매매처럼 계약체결시에 소유권이 이전되지 않는 경우에는 소유권이 이전된 때에야 위험이 이전된다.

#### 나. 우리 민법상의 위험이전 기준

우리 민법은 채권자지체시의 위험이전 이외에 위험이전의 기준시점에 관한 직접적인 규정을 두고 있지는 않다. 이에 따라 해석론상 인도시주의와 소유권이전시주의가 대립되고 있는데,<sup>29)</sup> 대다수는 인도시주의를 취하고 있다.<sup>30)</sup> 인도시에 위험이 이전되는 근거에 관해서는 다양한 근거가 제시되고 있는데, 제537조상의 위험부담원칙에 대한 근거들이 동시에 위험이전의 근거도 될 수 있다고 생각한다. 그리고 이에 따르면 인도시에 위험을 이전시키는 것이 타당할 것이다.<sup>31)</sup>

제537조는 쌍무계약상의 견련성을 표현한 조문이므로 우선 견련성의 관점에

25) 프랑스 민법(Code Civil) 제1138조 제1항: “물건의 인도의무는 계약당사자의 합의만으로 완성된다.” 제2항: “인도의무에 의하여 채권자는 물건이 인도되기로 한 때에 소유자가 되고 위험을 부담한다.” 제1583조: “물건과 그 가격에 대한 합의가 있으면 물건이 인도되지 않고 대금이 지불되지 않았더라도 매매계약은 효력을 발생하여 매수인은 매도인과의 관계에서 당연히 소유권을 취득한다.”

26) 영국 동산매매법(Sale of Goods Act 1979)은 제20조 1항에서 매수인에 대한 위험이전을 인도와 상관없이 소유권이전과 연결시키고 있다. 그리고 소유권의 이전시기는 당사자의 의사에 달려있는데(sec. 17 1) SGA), 특정물매매에서는 원칙적으로 계약체결시에 이전되고, 이때에는 대금의 지급이나 인도 등은 중요하지 않다(sec. 18 rule 1 SGA).

27) 최수정, 전계논문, 97면 이하.

28) 이에 관해서는 최수정, 전계논문, 99면 이하 및 104면 이하.

29) 이우진, 전계논문, 71-74면.

30) 최수정, 전계논문, 148면 이하; 박규용, “매매에 있어서 위험부담과 위험이전”, 『일감법학』 제32호, 건국대학교 법학연구소, 2015, 73면 참조.

31) 박영목, 전계논문, 89면 이하.

서 위험이전을 살펴보아야 할 것이다. 견련성의 관점에서는 매도인이 반대급부를 받는데 충분한 이행을 했다는 것과, 매수인이 매매계약으로 이루고자 한 결과를 본질적으로 달성했다는 것에 의해 위험이전이 인정될 수 있을 것이다. 매수인이 인도 받은 물건을 계속 매도인에 대해서 점유할 뿐만 아니라 수익할 수 있다면 실질적으로 계약을 이행한 것이고 계약이익의 본질적 부분이 만족된 것이므로, 소유권이 이전되지 않았더라도 매도인에게 반대급부위험을 면제시키는 것이 타당하다.<sup>32)</sup> 정당한 위험분배라는 관점에서 본다면, 위험이전은 불능을 초래한 사정(멸실이나 수용 등)에 따른 경제적 손실을 매도인이 아니라 매수인에게 부담시키는 것이 정당한 경우에 인정할 수 있다. 이는 매매목적물의 경제적 가치가 종국적으로 매수인의 재산상 이익으로 되었다면, 즉 매수인이 물건에 대해 재산지배를 하고 있다면 인정될 수 있을 것이다.<sup>33)</sup> 또한 채무자위험부담이 지배가능성의 관점에서 정당하다고 한다면, 사실적 지배의 이전인 인도시에 위험을 이전시키는 것이 타당할 것이다. 물론 단순한 사실적 지배만으로는 위험부담이 인정되지 않는다. 가령 임대차계약에서 임차인이 위험을 부담하지는 않기 때문이다.<sup>34)</sup> 따라서 사실적 지배의 이전이 있다는 것만이 아니라, 이것이 종국적인 의미를 가졌을 때라야 위험이전을 인정할 수 있다. 이와 같이 매도인이 재산권이전의무의 이행을 위하여 매수인에게 물건을 인도하였다면 위험이전을 인정해야 할 것이다.

인도시에 위험을 이전시키면 사물지배와 위험부담이 연결되어 분쟁의 발생을 방지하며, 경제적으로도 최적의 결과를 가져올 수 있다.<sup>35)</sup> 즉, 인도주의에 따르면 물건을 손해로부터 가장 잘 보호할 수 있고, 가장 일찍 보험에 들 수 있

32) Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1982, S. 69.

33) Reinhardt, Die Gefahrtragung beim Kauf - unter besonderer Berücksichtigung der Regelungsvorschläge des Schuldrechtsreformentwurfs, 1998, S. 78-79.

34) Reinhardt, a.a.O., S. 49 참조; 따라서 리스 이용자가 '사실상 물건을 인수한 때로부터' 위험을 부담한다는 약관(한국개발리스주식회사, 시설대여(리스)계약서, 제19조 1항)은 단지 사물지배가 그에게 있다는 것 때문이 아니라 리스계약의 '금융적 성격' 때문에 정당화 될 수 있다: 구도일, "리스계약에서의 위험부담전환", 「법학논집(취봉김용철선생고회기념)」, 1993, 538면 이하 참조.

35) Hager, a.a.O., S. 71-72.



으며, 발생한 손해를 가장 잘 제거할 수 있는 자에게 위험이 부과되는데, 이와 같이 최소비용회피자(cheapest cost avoider), 최소비용보험자(cheapest insurer), 최고의 위험감수자(superior risk bearer)에게 위험을 부담시키는 것이 경제적으로도 타당하다고 할 것이다.<sup>36)</sup>

## V. 채권자지체로 인한 위험이전의 요건

아직 우리 대법원에서는 채권자지체로 인한 위험이전을 인정한 사례가 없다. 따라서 어떠한 경우에 위험이전을 인정할 지는 속단하기 어렵다. 물론 2004년의 판결에 따른다면 매도인 측의 이행제공, 즉 최소한 구두제공이라도 있었다면 위험이전이 인정될 수도 있을 것이다. 그러나 말 한마디로 8억 원이 오고가는 상황을 인정할 것인지는 불확실하다. 즉, 유사한 사안에서 단지 매도인이 구두제공을 했다는 이유만으로 위험이전을 인정할 지는 확인할 수 없는 것이다. 이는 구두제공이 위험이전의 요건으로 적절한가라는 문제를 제기한다.<sup>37)</sup> 다만 본 논문에서는 우선 대법원의 입장을 문언 그대로 받아들여, 구두제공이 위험이전의 요건이라는 전제하에 이를 정당화할 수 있는 요소를 검토해본 후, 다른 관점에 의한 검토도 이어서 해 보기로 한다.

### 1. 이행제공

대상판결에서 채권자지체로 인한 위험이전에 채무자의 이행제공을 요구하

36) Wehrt, "Das ökonomische Vertragsmodell", KritV, 1992 Heft 4, S. 362 ff.: 최적의 비용회피자 논증은 최소의 비용으로 손해발생을 피할 수 있었던 계약당사자에게 위험을 부담시키는 것이며, 최적의 보험자 논증은 위험을 더 적은 비용으로 부보할 수 있는 자가 위험을 부담한다는 것이다. 이에 따르면 자신의 영역에서 기원하는 모든 위험에 대해서는 그자가 최적의 보험자라고 한다(S. 368). 최고의 위험감수자 논증은 보험에 들 수 없는 위험의 경우에 비대칭적 시장구조에서 적용되는 것으로, 소수를 점하는 시장측(공급자 혹은 수요자)의 참여자는 상대방보다 더 많은 계약을 체결하고, 이에 따라 손해를 더 잘 조정할 수 있으므로, 그가 손해를 부담해야 한다고 한다(S. 370 ff.).

37) 김동훈, 전제논문, 265면에서도 유사한 의문을 제기하고 있다.

는 대법원의 태도는 일견 자연스러울 수 있다. 왜냐하면 채권자지체는 원칙적으로 채무자의 이행제공을 전제로 하는 제도이기 때문이다. 채권자지체가 인정되는 전형적인 경우는 채무자가 이행제공을 했지만 채권자가 그 수령을 거절하거나 수령을 할 수 없는 경우이다. 예외적으로 쌍무계약에서는 채권자가 채무자의 변제를 수령할 준비는 되어 있지만, 자신의 반대채무를 이행할 준비가 되어 있지 않은 경우에도 채권자 지체를 인정하는데,<sup>38)</sup> 이 경우에도 채무자의 이행제공은 여전히 전제된다. 그러나 우리 대법원은 이러한 경우들 외에 채권자의 행태에 비추어 변제 수령을 거절할 것이 명확한 경우에는 채무자의 이행제공이 없더라도 채권자지체를 인정하고 있었다.<sup>39)</sup> 이를 인정한 판결사례는 담보가등기권자가, 정산권리자(사안에서는 제3취득자)의 채무 변제에 뒤따라야 할, 자신의 말소등기의무를 부정하고 있었던 경우이다. 다만 해당 판결은 직접적으로 채권자지체란 표현을 사용하고 있지는 않다. 그러나 변제공탁의 요건 중 하나인 채권자지체가 그 문언내용상<sup>40)</sup> 제400조와 동일하므로, 이는 채권자지체를 인정한 것이라고 보아야 한다.<sup>41)</sup> 해당 사안은 쌍무계약은 아니지만, 채무자의 선급부에 뒤따라야 할 채권자 자신의 의무를 부정하고 있다는 점에서, 쌍무계약에서 채권자가 자신의 의무를 부정하고 있는 사안과 유사하다. 그렇다면 쌍무계약에서 채권자가 자신의 채무에 대한 확정적 이행거절을 한 경우에 이를 채권자지체로 보는 것 또한 기존 대법원 판결의 내용이라고 할 수 있다. 따라서 대상판결에서 대법원이 채무자의 이행제공이 없이도 채권자의 수령지체를 인정한 것은 기존 입장과 일관된 것이라고 할 수 있다.

그렇다면, 채권자지체로 인한 다른 법률효과에서는 채권자의 확정적 이행거절 외에 다른 요건을 요구하지 않던 대법원이 왜 위험이전에서는 채권자가

38) 박윤직(편집대표), 「민법주해 IX」, 제400조, 721면(이은영 집필). 이러한 해석론은 독일민법 제298조를 받아들인 것이라고 할 수 있다.

39) 대법원 1981.9.8. 선고 80다2851 판결; 대법원 1994.8.26. 선고 93다42276 판결.

40) 민법 제487조 (변제공탁의 요건, 효과) “채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없는 때에는 변제자는 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁하여 그 채무를 면할 수 있다. 변제자가 과실없이 채권자를 알 수 없는 경우에도 같다.

41) 우리 민법은 채권자지체에 관해서 제400조에 403조 사이에 그 요건과 효과를 규정한 외에 제487조 제538조에서도 그 효과를 규정하고 있으며, 요건에 관해서도 동일한 내용을 규정하고 있다.

자신의 채무를 이행거절하고 있더라도 채무자가 자신의 채무를 이행제공해야 한다는 입장을 취한 것인가? 대법원이 채권자의 확정적 이행거절을 수령거절로 보아 채무자에게 이행제공을 요구하지 않는 것은, 그것이 무의미하기 때문이다. 즉, 채권자가 확정적 수령거절을 하고 있는 경우에(이렇게 보이는 행동을 취하는 경우를 포함하여), 채무자에게 이행제공을 요구해 보았자 이는 결국 아무런 소득도 없을 것이므로, 법은 이러한 무의미한 행동을 요구하지 않는 것이다. 그렇다면, 채무불이행책임의 면책이나 변제공탁과 관련해서는 ‘무의미한 행동’이었던 이행제공이 왜 위험이전을 위해서는 요구되어야 하는가?

이때 가장 먼저 생각되는 것은 이행제공으로 매도인이 할 바를 다했다는 관점이다. 매매계약에서 인도시의 위험이전을 긍정하는 근거 중에 하나인 견련성을 보자. 이에 따른다면 이행제공에 의해 매도인이 자신의 할 바를 다했고, 따라서 그 이후에 발생하는 불이익은 매수인이 져야 한다는, 즉 위험은 이전되어야 한다는 주장이 가능할 것이다. 이렇게 본다면 위 판결에서 대법원이 왜 제400조의 법효과는 인정하면서도 제538조의 법효과는 부정했는지 설명될 수 있다. 제400조 이하의 법효과는 채권자의 행위만 보고 인정해도 충분하지만, 제538조의 위험이전은 채무자의 이행행위를 보아야 한다는 것이다. 즉, 견련성의 관점에서 매도인이 자신이 할 바를 다했을 때라야 위험이전이 인정될 수 있다는 것이다.

또한 위험분배라는 관점에서 보더라도, 이행제공에도 불구하고 채권자지체에 의해 실질적 이행의 기회가 없어졌으므로, 채권자가 위험을 부담해야 한다는 논리가 가능하다. 채권자지체가 없었다면 이행이 완료되거나, 실질적 이행이 이루어져서 위험이 이전되었을 텐데, 채권자로 인해 이행행위를 할 수 없게 되었다는 점이 채권자지체로 인한 위험이전의 실질적 근거가 될 수 있다.

다른 한편 매도인의 이행제공을 요구하는 대법원의 입장을 다른 각도에서 볼 수도 있다고 생각된다. 위에서 보았듯이 매수인이 이행거절을 할 경우 매도인은 즉시의 해제와 손해배상을 선택할 수도 있고, 계약의 실현을 선택할 수도 있다. 만일 매도인이 계약을 해제한다면, 그 이후의 위험은 계약관계에 의해 규율되지 않기 때문에, 소유자인 매도인이 부담할 수밖에 없다. 이와 달리 매도인이 계속해서 계약의 진행을 원한다면 이는 존중되어야만 하고, 따라

서 위험은 그 이전여부에 따라 매수인(채권자)이 부담할 수도 있고, 매도인이 부담할 수도 있다. 그런데 매도인이 계약의 진행을 계속 원한다면 그는 자신의 채무이행을 제공해야만 할 것이다. 따라서 매수인의 이행거절만 있고 매도인의 이행제공이 없는 상황에서는 매도인의 선택이 아직 분명하지 않고, 이러한 상황은 아직 매수인에게 위험을 이전시키기에 충분하지 않다고 할 수 있다. 따라서 매도인이 이행제공을 통해 계약의 계속진행에 대한 의사표현을 분명히 한 경우에만 위험을 이전시켜야 한다는 관점에서 대법원의 입장을 이해해 볼 수도 있을 것이다.

이행제공을 강조하는 것은 도급계약에서 채권자치체로 인한 위험이전을 인정하는 기존의 대법원 판결<sup>42)</sup>에도 상응하는 것으로 보인다. 이 판결 사안에서 수급인이 일부 공사한 후 이에 상응하는 기성고의 지급을 요구하였는데, 도급인이 부당한 트집을 잡아 이에 해당하는 공사대금을 지급하지 않자 원고는 계약을 해지하였다. 그 후 그 대지가 경락되었고, 도급인은 경락인과 사이에 기성부분을 철거한다는 제소전화해를 하였다. 그 후 경락인이 무단으로 위 건물을 철거하려하자 원고는 이에 저항하였으나 결국 철거되고 말았다. 원고는 경락인을 상대로 손해배상을 청구하였다. 이에 대해 대법원은 “기성부분의 소유권이나 처분권을 (도급인이) 취득할 수는 없으므로,” 도급인과 경락인 사이의 제소전화해에 기한 철거집행은 “집행력 있는 채무명의를” 기한 것이라고 할 수 없다면서 불법행위를 인정했다. 본 논문과 관련된 주된 문제는 수급인이 공사대금채권을 상실한 손해를 입었는가인데, 법원은 도급인의 귀책사유로 인해, 최소한 도급인의 수령지체중에 목적물이 멸실되었으므로 수급인이 공사대금채권을 상실하지 않았다고 보았다. 즉, 도급인이 경락인과 기성부분을 철거한다는 제소전화해까지 하였으므로, 건물철거에 대해 적어도 신의칙상 고의 과실과 동일하게 볼 수 있는 사유가 있으며, 또한 수급인이 도급인에게 공사금을 지급하고 기성부분을 인도해 가라고 최고하였으므로, 수급인은 “자기 의무의 이행 제공을 하였는데” 도급인이 아무런 이유 없이 그 수령을 거절함으로써 이때부터 수령지체에 빠졌다 할 것인바, 이와 같이 수령지체 중에 쌍방이 책임질 수 없는 경락

42) 대법원 1993.3.26. 선고 91다14116 판결.

인의 불법철거행위로 인하여 원고의 의무를 이행할 수 없게 되었으므로, 수급인의 도급인에 대한 공사대금지급채무는 여전히 남아 있다고 하였다.

이 판결에서 대법원은 채권자 귀책사유로 인한 불능도 인정하고, 예비적으로 채권자지체 중의 불능도 인정하였는데 후자에 대하여는 원고가 이행제공을 하였다는 점을 우선적으로 제시하고 있다. 따라서 대상판결과 위 판결에서 일관되게 ‘이행제공’을 위험이전의 요건으로 본 것이라고 할 수도 있다. 그러나 본 판결에서 채권자인 도급인에게 ‘불능에 대한 귀책사유’(신의칙상 고의·과실과 동일시 할 수 있는 사유)가 있었기 때문에, 이러한 판결을 근거로 대상판결에서도 이행제공만 있었으면 위험이전을 긍정했을 것이라고 말하기는 어렵다고 생각된다.

## 2. 다른 관점에 대한 검토

다른 한편, 대법원의 입장에도 불구하고 이행제공이 아닌 다른 관점에서 위험이전의 요건을 검토하는 방식이 있을 수 있다. 즉, 대상판결과 같은 사안에서 비록 매도인이 이행제공을 했더라도 그것만으로는 위험이전을 긍정할 수 없고, 다른 사유가 갖추어져야 한다는 관점이다. 이에 관해서는 대상판결과 관련하여 매수인에게 ‘신의칙상의 비난가능성’이 있어야 위험이전이 긍정될 수 있다는 견해가 제시된 바 있다.<sup>43)</sup> 또한 위 판결이 내려지기 전이기는 하지만 채권자지체로 인한 위험이전은 사물지배와 위험부담의 일치라는 원칙에 반하는 것이기 때문에 제한적으로 운용되어야 한다는 견해가 제시된 바도 있다.<sup>44)</sup> 필자는 위에서도 언급했듯이, 대상판결사안에서 이행제공이 없었다는 점뿐 아니라, 그 대상이 부동산이고 불능사유가 수용이라는 점도 고려해 볼만하다고 생각한다. 이러한 생각은 제392조와의 균형에 대한 고려에서 시작되었다.

민법 제392조에 의하면 이행지체 중에 불능이 발생한 경우에 채무자는 불능 자체에 과실이 없다 하더라도 전보배상의 책임을 진다. 불능이 쌍방의 과실없이 일어났다는 점에서 이는 위험부담의 문제와 유사한 면이 있다. 그러나 채

43) 김동훈, 전계논문, 263면.

44) 최수정, 전계논문, 231면 이하.

무자는 자신이 이행지체에 빠져있었다는 이유 때문에 전보배상의 책임을 져야한다. 그런데 이에는 중대한 예외가 있는데, 이행기에 이행했어도 손해를 면할 수 없는 경우가 그것이다. 즉, 채무자가 제때 이행했어도 손해가 발생할 경우였다면 책임을 면하게 되는 것이다. 이는 결국 이행지체와 불능사이에 상당인과관계는 없다 하더라도, 최소한 자연적 인과관계(조건적 인과관계)는 있어야 채무자가 책임을 진다는 의미가 된다.<sup>45)</sup> 이를 채권자지체와 제538조에 반대로 투영해본다면, 비록 채권자지체가 있고 그 이후에 불능이 발생했다 하더라도, 불능사유가 채권자지체가 없어도 발생할 경우였다면(즉 자연적 인과관계가 없다면) 위험이전이 부정되는 것이다. 이러한 관점에 따르면 부동산의 경우나, 동산이라 하더라도 수용의 경우에는 채권자지체로 인한 위험이전의 가능성이 상당히 줄어든다. 필자는 이와 관련하여 미국과 독일의 판결례를 함께 검토하고자 한다. 물론 이 사건들이 대상판결과 직접적인 관련은 없지만 약간의 시사점은 줄 수 있을 것이라 생각하기 때문이다.

#### 가. 미국의 Multiplastics 사건<sup>46)</sup>

1971년 6월 30일에 피고(매수인)와 원고(플라스틱 제조회사, 매도인)는 원고가 피고의 요구에 따라 주문제작할 플라스틱 알갱이 4만 파운드를 파운드당 19센트에 매매하기로 계약을 체결하였다. 원고가 플라스틱을 다 만들면 피고는 하루에 1000파운드씩 가져가기로 했다. 원고는 2주 만에 플라스틱을 다 만든 후 피고에게 이를 인수하여 가라고 했지만 피고는 근로자의 휴가계획 등을 이유로 이를 거절했다. 1971년 8월 18일에 원고는 플라스틱을 가져가라는 서면을 피고에게 보내고, 전화로 이를 독촉했다. 피고는 8월 20일에 이를 인수하여 가겠다고 합의해 놓고는 실제로는 하지 않고 있었다. 1971년 9월 22일 원고의 공장이 불타면서 플라스틱도 모두 타버렸다. 원고의 화재보험에 의해서는 플라스틱은 부보하지 못하고 있었다. 원고는 피고를 상대로 매매대금의 지불을 청구하는 소를 제기했다.

45) 박윤직(편집대표), 「민법주해 IX」, 제392조, 433면, 438면(양창수 집필) 참조.

46) Multiplastics, Inc. v. Arch Industries, Inc. 166 Conn. 280, 348 A.2d 618

법원은 원고가 피고에게 적법한 이행제공을 했다고 보았으며, 피고의 인수 거절은 계약위반이 된다고 했다. 그리고 원고의 이행제공 이후 상당한 시간이 지난 후에 플라스틱이 멸실된 만큼 매수인이 위험을 부담한다면 피고에게 매매대금과 이자의 지불을 명했다.

피고는 자신이 확정적 이행거절을 한 것이 아니므로 계약위반이 아니라고 항변했다. 하지만 법원은 이행거절은 아니지만 이행지체가 있다면서 계약위반을 인정했다. 또한 피고는 8월 20일에서 9월 22일까지의 기간은 매수인이 위험을 부담할 것으로 여겨질 만큼의 합리적 기간이 아니라고 주장했지만, 법원은 이러한 주장을 배척했다. U.C.C. 2-510조 3항에 따르면<sup>47)</sup> 위험이 매수인에게 이전하기 전에, 물품의 수령을 매수인이 거절하거나 다른 방식으로 위반하고 있다면, 매도인은 유효한 보험이 미치지 못하는 범위에서 상업적으로 합리적 기간동안 매수인이 손실위험을 부담하는 것으로 다룰 수 있다고 한다.<sup>48)</sup> 피고가 물품의 인수를 거듭 약속했다는 점과, 그 물품이 피고의 특별한 주문에 의해 생산되었다는 점에 비추어서, 원고의 입장에서는 피고가 그 물품을 곧 인수해 갈 것이라고 믿어서 이에 대해 보험을 들지 않는 것이 합리적이라고 법원은 보았다.

#### 나. 독일의 귀리 징발 사건<sup>49)</sup>

원고는 피고에게 200 섬의 귀리를 한 섬당 200마르크에 매도했다. 1920년 4월 7일 피고가 운송을 의뢰하자, 원고는 귀리를 1920년 4월 13일에 발송을 위해 브리즈번에 있는 K회사로 보냈다. 하지만 빵곡물이 혼합되어 있다는 이유로 귀리는 제국곡물청(Reichsgetreidestelle)에 의해 징발되었다(beschlagnahmt). 원고의 소청(Betreiben)에 의해 징발은 1920년 5월 1일에 해소되었고, 귀리는 5

47) 해당 사건은 코네티컷 대법원에서 다루어진 것인데, 코네티컷주의 해당 법(C.G.S.A.: Connecticut General Statutes Annotated)은 이 조항에 관해 연방 UCC와 아무런 차이가 없다.

48) UCC s. 2-510 (3) Where the buyer as to conforming goods already identified to the contract for sale repudiates or is otherwise in breach before risk of their loss has passed to him, the seller may to the extent of any deficiency in his effective insurance coverage treat the risk of loss as resting on the buyer for a commercially reasonable time.

49) RGZ 106, 16.

월 1일 피고에게 도달했다. 그러나 피고는 1920. 5. 1. 계약을 해제했다. 그 근거로 피고는 자신이 4월 12일자 서면에서 원고에게 해제를 예고하면서 4월 17일까지의 적재(Verladung)기간을 정했는데, 5월 1일까지 귀리가 자신에게 오지 않았다는 것을 제시했다. 원고는 이에 대해 이의를 제기하면서 매매대금의 지불을 청구했다. 이 사안에서 독일제국법원은 징발에 대해서는 위험부담의 규율은 적용될 수 없다면서, 매도인에게 매매대금청구권을 인정했다.

#### 다. 독일의 기관차 징발 사건<sup>50)</sup>

이 사안에서 원고는 피고에게 중고 기관차(건설장비인 기관으로 추정) 두 개를 임대해 주었다. 피고는 당시 폴란드에서 건축업을 하고 있었는데, 이 두대의 기관차가 적군에 의해 강제징발되었다. 원고와 피고는 위험부담에 관한 규율을 건설장비에 대한 통일임대차법(EMV)에 따르도록 하고 있었는데, 이 조항은 “계약당사 중 누구에게도 귀책사유없는 사정으로 인해 장비가 멸실되면, 임차인은 임대인에게 동가치의 대체물(gleichwertigen Ersatz)을 마련해주거나 배상금을 지불해야 한다.” “대체장비(Ersatzgerät)나 배상금을 받기 전까지, 장비의 멸실 이후 최장 3개월의 기간동안은 합의된 차임을 계속 지불해야 한다.”라는 규정을 두고 있었다. 이에 기초하여 원고는 기관차의 손실의 대해 손해배상을 청구했다.

임차인인 피고는 위험부담에 관한 규율은 목적물의 멸실에만 적용되지 징발과 같은 경우에는 적용되지 않는다는 기존의 제국법원 판결(귀리 징발사건)을 들면서 원고의 주장이 배척되어야 한다고 주장했다. 하지만, 독일최고법원은 민법 제446조와 447조, EMV 제11조의 멸실개념이 물건의 물리적 소멸에 국한되지 않는다면 피고의 주장을 배척했다. 바다에 가라앉은 목적물이 비록 물리적으로 변경되지 않지만, 통상적인 언어습관에 따라서만이 아니라 입법기술적인 의미에서도 “멸실”되었다고 여겨져야 하듯이, 적군의 수중에 떨어진 물건도 법적으로 달리 평가될 수 없다는 것이다. 즉, 두 사례에서 물건은 최소한 독일 내에서는 거래계에 다시 들어올 수 없을 것이므로, 거래계에 대

50) OGH NJW 1949, 23.



해서는 멸실된 것으로 봐야 한다는 것이다.

#### 라. 외국판결의 시사점

위 세 판결 중 미국 판결은 채권자지체로 인한 위험이전을 긍정한 사례이고, 독일의 판결은 징발(수용)과 같은 사안에서 위험부담 규정이 적용될 수 있는지에 대한 사례이다. 우선 미국 사례는 채권자지체로 인한 위험이전의 전형적인 사례라고 할 수 있다. 그리고 이 판결에서도 매도인의 이행제공은 중요한 요소로 취급되고 있다. 다만 매수인의 주문에 기초하여 매도인이 특별히 제작한 물품이라는 점, 이행이 되었다면 점유장소가 변했을 것이고 따라서 화재로 멸실될 일도 없었을 것이라는 점도 참작해야 한다. 독일의 판결에서는 수용(징발)의 경우에 위험부담에 관한 규율이 적용될 수 있는지가 문제된 사안들이다. 귀리징발 사건은 위험부담보다는 채무불이행 및 불능의 인정여부가 문제된 사안이었다. 매수인(피고)은 채무불이행을 이유로 매매대금의 지불을 거절했지만, 매도인(원고)은 채무불이행도 불능도 아니라면서 매매대금을 청구하고 있기 때문이다. 이 사안에서 징발은 일시적일 뿐이었고, 영구적인 것이 아니었으므로 일시적 불능에 관한 규율이 적용되었고, 최종적으로는 불능이 부정되었다. 그렇지만, 만일 영구적 징발이라면 위험부담에 관한 규율이 적용될 것인가라는 문제는 남는다. 다만 위 판결은 '징발에 관하여는 위험부담의 규율이 적용될 수 없다'는 일반론을 제시한 점에서 주목할 만하다. 그러나 이러한 내용은 기관차 징발사건에서 약간의 수정을 받게 된다. 기관차 징발사건에서 독일최고법원은 귀리징발사건에서와 같은 전쟁경제적 징발과 적군에 의한 징발을 구별하면서, 적군에 의한 징발에 대하여는 위험부담의 규율이 적용된다고 하였다. 독일의 두 사례 중 귀리징발사건은 위험부담 사례라고 보기는 어려우므로, 기관차징발 사례만을 검토해보자. 이 사례는 임대차 계약 사례였으므로, 재산권 이전형 계약에서 문제되는 위험이전은 다뤄지지 않았고, 임대인과 임차인 중에서 위험부담자가 누구인지가 문제되었다. 위 사례에서는 계약에 의해, 멸실에 의한 불능의 경우에 위험은 임차인이 부담하기로 했었는데, 임차인은 적군에 의한 징발은 멸실이 아니라면서 자신의 위험부담을 부정했

다. 그러나 독일최고법원은 적군에 의한 징발은 멸실과 다름이 없다면서 위험 부담에 관한 약정을 적용하여 임차인을 위험부담자로 정하였다. 이 사례에서는 거래계에서 완전히 사라지는 ‘적군에 의한 징발’을 멸실과 동일시한 점이 주목할 만하다. 이는 “적군에 의한 징발은 - 전쟁경제적인 징발과는 달리- 징발된 물건을 소유자로부터 실질적으로 상실하게 만들며, 따라서 소유자에게 법적으로만이 아니라 사실적으로도 더 이상 존재하지 않게 된다”고 한 기존의 다른 제국법원 판결(RGZ 114, 405)을 근거로 하면서도, 수용이나 징발 일 반에 대하여 위험부담 규율을 적용할 수 있는 여지를 주었다. 이후 독일 학계에서는 수용도 위험부담 규정이 적용되는 불능사유의 하나로 보아 채권자지 체시에 수용이 되는 경우에도 위험이전을 인정하고 있다.<sup>51)</sup> 이러한 점을 본다면 수용의 경우에도 채권자지체로 인한 위험이전은 긍정될 수 있다고 할 수 있다. 그러나 기관차 징발 사건은 임차인이 해당 목적물을 점유하고 있었다는 점, 더욱이 적군의 점령지에서 점유하고 있었다는 점을 고려해야 한다.

필자는 제392조의 규율내용, 즉 자연적 인과관계가 있는 경우에만 지체에 빠진 채무자에게 불능으로 인한 책임을 지우는 방식이 제538조에서도 유효하게 적용될 수 있는지에 관하여 고심하면서, 위의 세 판결들을 살펴보았다. 그러나 위 세 판결만으로는 긍정의 방향으로도 부정의 방향으로도 더 나아가지 못했다. 다만, 미국의 판결과 독일의 기관차징발 사건에서는 모두 ‘자연적 인과관계’를 적용해 보아도 그 위험부담자가 정당하다는 점은 확인된다. 미국 사례에서는 매수인이 수령했다면 매도인 공장의 화재시에 플라스틱 알갱이가 불타지 않았을 것이므로, 수령거절이 없었다면 불능은 발생하지 않았을 것이다. 또한 독일의 기관차 징발사건에서는 임차인이 적군의 점령지에서 임차물을 점유하고 있지 않았다면 징발도 없었을 것이다.

### 3. 추가요건으로서의 자연적 인과관계

제392조는 ‘자연적 인과관계’를 법적으로 중요하게 취급하는 것이라고 할 수

51) MünchKomm/Ernst, § 326, (6. Aufl., 2012), Rn. 75.

있다. 제392조에서 만일 이행지체와 불능 사이에 상당인과관계가 있다면, 이는 채무자의 귀책사유로 인한 불능이므로 제392조의 독자적인 의미는 없다.<sup>52)</sup> 따라서 제392조의 고유한 의미는 이행지체와 불능사이에 상당인과관계가 없다 하더라도 채무자가 불능에 대하여 손해배상책임을 져야 한다는데 있다. 그러나 가정적 인과관계에 따라 이행지체가 없다 하더라도 불능이 발생했을 경우에는 이러한 책임을 지지 않는다. 이는 결국 자연적 인과관계(조건적 인과관계)가 없다는 것의 다른 표현이다. 이행지체를 제거하더라도 불능이 발생했다는 것은 결국 자연적 인과관계가 없다는 것이 되기 때문이다.<sup>53)</sup> 따라서 제392조는 결론적으로 자연적 인과관계를 이유로 채무자에게 손해배상책임을 지우는 것이 된다. 일반적으로 자연적 인과관계(조건적 인과관계)만으로는 책임귀속의 근거가 될 수 없다. 법적 인과관계(판례와 다수설에 따라 상당인과관계)가 있어야만 책임귀속이 인정되기 때문이다. 그런데 제392조는 자연적 인과관계(조건적 인과관계)만으로 채무불이행책임을 지운다. 물론 채무불이행책임을 지우는 근거는 제392조가 아니라 제390조이고 제392조는 귀책사유의 완화라는 의미만을 가지고,<sup>54)</sup> 그 단서는 이에 대한 예외로 작용할 뿐이다. 즉, 자연적 인과관계가 있으니 책임을 져야한다는 방식이 아니라, 자연적 인과관계가 없으면 책임을 면제하는 방식이기 때문에, 적극적인 책임귀속이라고 볼 수는 없다. 이는 이행지체로 인해 귀책의 영역이 가중되더라도 최소한 자연적 인과관계는 있어야 책임을 진다는 의미로 받아들일 수 있다. 즉, 이행지체로 인한 책임가중에 대해 '자연적 인과관계'라는 추가요건을 요구하는 것이다. 이는 제392조가 과실책임 원칙에 대한 예외이기 때문이라고 할 수 있다.

채권자지체가 이행지체에 대립되는 개념이며, 민법 제392조상의 이행지체 중 책임가중과 민법 제401조의 채권자지체 중 채무자의 책임경감이 채권자와 채무자를 공평하게 취급하고자 하는 이익조정제도이고,<sup>55)</sup> 더 나아가 민법 제

52) 박윤직(편집대표), 「민법주해 IX」, 제392조, 439면(양창수 집필).

53) 이는 제392조 단서의 내용을 설명한 부분에서도 확인할 수 있다. 가령 이행지체 중에 채무자의 집이 불타 매매목적물인 가구가 멸실되었는데, 그 시점에 채권자의 집도 홍수에 잠겨 가구가 멸실된 경우에 대해서도 채무자의 책임은 면제될 것이라고 한다. 박윤직(편집대표), 「민법주해 IX」, 제392조, 444-445면(양창수 집필).

54) 박윤직(편집대표), 「민법주해 IX」, 제392조, 436면(양창수 집필).

392조는 원래 채권자가 지던 급부위험이 이행지체에 의해 채무자에게 전가되는 것을 규정한 것이고, 제538조는 원래 채무자가 지던 대가위험(반대급부위험)이 채권자지체에 의해 채권자에게 전가되는 것을 규정한 것이라고 한다면,<sup>56)</sup> 민법 제538조상의 위험이전과 관련해서도 제392조의 규율내용을 참작할 수 있을 것이다.<sup>57)</sup> 손해배상과 위험이전은 다른 제도이지만, 경제적 손실의 부담자를 정하는 제도라는 점에서는 유사하다고 볼 수 있다.<sup>58)</sup> 더 나아가 제392조가 과실 책임 원칙에 대한 예외이듯이, 제538조 후단은 사물지배자의 위험부담이라는 원칙에 대한 예외이다. 따라서 제392조가 규정하고 있는 추가요건인 ‘자연적 인과관계’를 제538조에서 요구하는 것도 가능하리라 생각된다. 또한 일반적인 채권자지체의 법효과들도 인과관계는 인정된다. 가령 비용부담과 이자면제를 본다면, 채권자지체가 없었다면 비용증가가 없었을 것이고, 채권자지체가 없었다면 지연이자 발생할 일도 없기 때문에 이러한 불이익을 채권자에게 지운다. 이러한 규율내용은 채권자지체 제도의 입법이유가 채권자 측에서 생긴 사정의 ‘결과로 인하여’ 채무자의 의무가 무겁게 되는 것은 부당하다는 점에 기초하고 있다는 점에서 정당하다.<sup>59)</sup> 위험이전에 관해서 이러한 명문의 규정은 없지만, 자연적 인과관계도 없이 불이익을 부담시키는 것은 해당자에게 가혹하다고 할 수 있다. 원칙적으로 위험은 그 사물지배자가 부담하는 것이 원칙인데 이에 대한 예외를 규정한 것이 제538조 후단이기 때문이다. 따라서 채권자지체 중에 양당사자의 귀책사유없이 불능이 발생했다 하더라도, 그 불능의 발생이 채권자지체와 자연적 인과관계조차 없다면 채권자로의 위험이전은 부정된다는 입론이 가능할 것이다.

55) 박윤직(편집대표), 「민법주해 IX」, 채권자지체 전론, 708면(이은영 집필).

56) 박윤직(편집대표), 「민법주해 IX」, 제392조, 437면(양창수 집필).

57) 이와 유사한 취지로는 최수정, 전제논문, 224면.

58) 물론 불능사유, 대표적으로 멸실로 인한 경제적 손실은 우선적으로 매도인(채무자)이 부담한다. 그러나 매수인은 목적물의 멸실당시의 시가에 해당하는 손해배상청구권을 가질 수 있었을 것인데, 가정적 인과관계에 기초하여 이러한 청구권이 상실되는 손실을 입는다. 따라서 목적물의 멸실당시 교환가치와 매매대금의 차액 만큼의 경제적 손실은 매수인이 부담하게 되는 것이다.

59) 박정기, “독일민법에 있어서 채권자의 수령의무”, 「법학논고」 제32집, 경북대학교, 2010, 426면 참조.

이러한 점을 채권자지체로 인한 위험이전에 반영해보면 다음과 같다. 동산의 경우에는 이행으로 인하여 그 점유장소가 달라질 것이었는데, 채권자의 지체로 인하여 이러한 기회가 박탈되었다는 점이 인정된다. 따라서 이행의 기회가 채권자로 인해 상실된 상황에서 동산이 물리적으로 손상된다면, 이는 채권자지체와 자연적 인과관계가 있게 되고, 이러한 면에서 위험을 이전시키는 것이 더 정당해 보인다. 점유장소의 변화가 없는 부동산의 경우에는 이러한 관계가 없고, 따라서 위험이전의 긍정사유는 그만큼 줄어들 것이다. 다만, 가령 매도인이 장기간 집을 비워야만 하는 상황에서 매수인이 인도를 받지 않아 그 사이에 주택이 훼손되거나 멸실된 경우(거주자가 있었다면 발생하지 않았을 훼손이나 멸실)라면 자연적 인과관계를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 이 경우에는 채권자지체와 불능 사이에 '상당인과관계'가 있다고도 할 수 있으므로, 제538조 전단도 적용될 수 있고, 따라서 제538조 후단의 적용영역이 상당히 협소한 것은 마찬가지라고 할 수 있다. 다른 한편 매매목적물이 동산이라 하더라도 불능의 사유가 수용이라면 이는 점유장소와 직접적인 관련이 없다. 따라서 수용의 경우에는 동산이라 하더라도 부동산과 유사한 상황이 발생한다. 다만 독일의 사례처럼 적군에 의한 징발 등, 점유장소와의 관련이 깊은 소유권 박탈의 경우에는 점유장소와 불능발생 간에 자연적 인과관계가 있다고 할 수 있을 것이다.

## VI. 결론

대법원은 2001다 79013판결에서 민법 제400조의 채권자지체를 인정하면서도, 채권자지체의 법률효과중 하나인 제538조상의 위험이전은 부정하였다. 그리고 그 이유로 이행의 제공, 최소한 구두의 제공도 없었다는 점을 들고 있다. 민법 제400조가 채권자지체에 이행제공을 요구하고 있지만, 대법원은 채권자가 확정적으로 수령을 거절하는 경우에는 이행제공 없이도 채권자지체가 성립한다고 하여왔다. 그런데 대상판결에서는 채권자지체의 중요한 법효과인 위험이전을 위해서는 이행제공을 요구했다. 대상판결이 민법 제400조의 채권자지체를 인정하면서도 위험이전을 부정한 것과 관련해서는 위 판결사안의 3가

지 특성을 고려해볼 수 있다. 첫째는 채무자의 이행제공이 없었다는 점, 둘째는 대상이 부동산이었다는 점, 셋째는 대상이 멸실된 것이 아니라 수용되었다는 것이다. 대법원은 이행제공이 없다는 점에 기초하여 위험이전을 부정했다. 견련성 및 위험분배의 관점에서, 채무자의 행위를 주목하는 대법원의 입장은 근거가 있다고 할 것이다. 그러나 필자는 구두제공만으로 위험이전을 인정하는 것이 정당인가라는 의문이 들었다. 그리고 이 의문을 검토하는 과정에서 채권자지체시의 위험이전에 대해서도 제392조와 마찬가지로 ‘자연적 인과관계’가 있어야 하는 것 아닌가라는 생각을 가지게 되었다. 다만, 나름의 연구에도 불구하고 이러한 입론에 대한 확실한 근거를 찾지는 못했다. 그러나 앞으로 유사사례가 등장할 경우, ‘자연적 인과관계’도 중요한 고려요소가 되어야 한다는 점에 대하여서는 확실히 주장할 수 있게 되었다. 자연적 인과관계가 없음에도 위험이전을 긍정해야 할 사례가 있을 수도 있겠지만, 이를 위해서는 다른 요소가 자연적 인과관계의 부재를 뛰어넘을 만큼 강해야 할 것이다.

법학에서 개념의 중요성은 대부분이 인정하는 것이다. 따라서 개념의 정확한 이해와 사용은 법학에서 기초이자 관건을 이룬다. 하지만, 위 판결에서 보는 바와 같이 정확한 개념이 항상 올바른 판단을 보장해주지는 않는다. 위 판결사안을 채권자지체로 개념 지우는지 아닌지와 사안해결의 적절성은 무관하기 때문이다. 일견 이질적으로 보이는 사건은 기존 지식체계의 불완전을 드러낼 뿐만 아니라, 이를 메워줄 중요한 단서를 제공하기도 한다. 본 판결은 채권자지체를 인정하면서도 그 대표적 효과인 위험이전은 부정하고, 이에 대해 별도의 추가요건을 부과했다는 점에서 일견 기존 체계와 불화하는 판결이라는 인상을 준다. 그러나 이 판결은 채권자지체가 어떠한 기능을 하는 제도인지, 위험이전이 왜 인정되는지에 관한 좀 더 깊은 성찰을 요구하기도 한다. 필자는 본 논문을 작성하는 과정에서 확고한 결론을 내리지는 못했지만, 위험이전, 채권자지체, 불이익의 귀속 등에 대하여 좀 더 깊이있는 시각을 가질 수 있게 되었다. 그리고 이 판결은 개념법학에 얽매이지 않고, 이익형량에 의해 적절한 해결책을 찾았다는 점에서 방법론적 관점에서도 주목할 만한 판결이라고 생각된다. 이질적 사건이 새로운 지식체계를 생산할 수 있도록 하는 것처럼, 본 판결도 민법학에 대해 그러한 역할을 할 수 있으리라 생각된다.

## 참고문헌

- 「민법안 심의록 상권」, 1957.
- 곽윤직(편집대표), 「민법주해 IX」, 박영사, 1995.
- 구도일, “리스계약에서의 위험부담전환”, 「법학논집(취봉김용철선생고회기념)」, 1993.
- 김동훈, “쌍무계약에서 채권자 귀책사유의 의의 -대상판결 : 대법원 2004.3.12. 선고 2001다79013 판결-”, 「법조」 제54권 8호(통권587호), 2005.
- 박규용, “매매에 있어서 위험부담과 위험이전”, 「일감법학」 제32호, 건국대학교 법학연구소, 2015.
- 박영목, “매매계약에서의 위험이전시기”, 고려대학교 석사논문, 2003.
- 박정기, “독일민법에 있어서 채권자의 수령의무”, 「법학논고」 제32집, 경북대학교 법학연구원, 2010.
- 이우진, “채권자 위험부담에 관한 연구 -채무자의 이익상환을 중심으로-”, 성균관대학교 박사논문, 2006.
- 정조근, “사정변경의 비교법적 연구”, 「부산여대 논문집」 제11집, 1981.
- 최수정, 동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구, 서울대학교 박사논문, 2000.
- Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th Ed.(1995).
- Birks/Treitel, *English Private Law II*, 2000.
- Esser/Schmidt, *Schuldrecht Bd. I/2*, 8.Aufl., 2000.
- Esser/Schmidt, *Schuldrecht Bd. I/1*, 8. Aufl., 1995.
- Hager, Günter, *Die Gefahrtragung beim Kauf - Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 1982.
- Koller, Ingo, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, 1979.
- Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I*, 14. Aufl., 1987.
- MünchKomm/Ernst, Bd. 2, §§ 241-432, 6. Aufl., 2012, § 326.

Reinhardt, Wilhelm, *Die Gefahrtragung beim Kauf - unter besonderer Berücksichtigung der Regelungsvorschläge des Schuldrechtsreformentwurfs*, 1998.

Lorenz/Riehm, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, 2002.

Roth, Günter H., *AcP* 181(1981), S. 145 ff.

Soergel/Wiedemann, Bd. 2B, *Schuldrecht I*, §§ 279-432, 12. Aufl., 1990, § 323.

Staudinger/Otto, Buch 2, §§ 293-327, 13. Aufl., 1995, § 323.

Wehrt, Klaus, "Das ökonomische Vertragsmodell: Theorie und Anwendung", *KritV*, 1992 Heft 4, S. 358 ff.

Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.Aufl., 1996.

[Abstract]

**Refusal of Performance by Purchaser and Risk Transfer  
by Delay of Obligee: Commentary on the Korean Supreme Court  
Decision 2001Da79013 Decided March 12, 2004**

**Park, Young-mok**

*Ph.D. at Law, Associate Professor of Department of Law at the Sunchon  
National University.*

The Supreme Court(2001Da79013) acknowledged delay of obligee pursuant to Article 400 of Civil Code, but denied the transfer of risk pursuant to Article 538 of Civil Code. The reason is that there was no offer of a performance by obligor.

Civil Code Article 400 requires a offer of a performance to establish the



delay of obligee. However, the Supreme Court said that if the creditor is firmly reject the receipt, delay of obligee would be established without offer of a performance by obligor. But on the other hand, target judgment case called for the offer of performance in order to provide an important result of delay of obligee: risk transfer. Therefore, the existing general statement about the effect of the delay of obligee, might be changed by this decision.

Target judgment case have the three characteristics related to risk transfer. The first is that there was no offer of a performance. Second, the real estate was the target point, and the third is the matter is expropriation rather than the destruction of subject. Of course, the Supreme Court denied the risk transfer only on the basis of the first point. In other words, even on the basis of that verbal offer it will accept the risk transfer. But I would like to raise the question of "rightness" of acknowledge of risk transfer only by verbal offer.

Risk transfer due to delay of obligee is the reflection of general principle of burden of risk and risk transfer. Therefore, it should be preceded by a review of the general principle. I will review the reasons and scope of the principle, and after that I will review the reasons justifying the exception. Through the process of reviewing this question, the requirement for risk transfer by delay of obligee would be revealed.

**Key words** : Delay of Obligee, Refusal of Performance, Risk of Counter-Performance, Risk-Bearing, Offer of Performance, Transfer of Risk, Factual Causation