

## 代價請求權에 관한 小考

김 상 명\*

### 목 차

- I. 서 론
- II. 대상청구권의 인정과 그 근거
- III. 대상청구권의 요건과 내용
- IV. 대상청구권의 효과
- V. 결 론

### 국문초록

우리 민법에서는 대상청구권에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않음으로 인해 판례가 인정하게 됨으로써 그 인정범위와 권리의 내용에 대해 학설상 다툼이 발생할 수밖에 없다. 이에 대하여 대법원은 공평의 원리에 따라 구체적인 사안에서 구체적 타당성을 도출하는 방향으로 대상청구권을 활용하고 있다. 특히 부동산 점유취득시효로 인한 소유권이전등기청구권이 이행불능이 되었을 경우에 대상청구권에 대하여도, 이행불능 전에 등기명의인에 대하여 취득시효의 완성을 주장하거나, 또는 그것을 원인으로 한 등기청구권을 행사하였을 경우에만 그 대상청구권을 행사할 수 있는 것으로 요건을 제한함으로써 취득시효완성 후 목적물을 처분한 소유자의 책임을 제한적으로 인정하여 온 기존 판례와 조화를 맞추고 있다. 이러한 판례의 태도는 공평의 이념에 따른 것으로 기본적으로는 타당한 것으로 볼 수 있으나 대상청구권의 인정범위나 구체적인 권리내용이 명확하지 않아 법적 안정성을 해칠 우려가 있다. 따라서 대상청구권에 관한 충분한 논의를 거쳐 그 인정범위와 권리의 내용에 대하여 민법에 명문으로 규정을 둬으로써 입법론적으로 해결하는 것이 다툼을 방지할 수 있는 방안이 될 것으로 생각한다.

주제어 : 취득시효, 점유취득, 이행불능, 대상청구권

논문접수일 : 2008.01.28 / 심사완료일 : 2008.02.11 / 게재확정일 : 2008.02.11

\* 법학박사 · 제주산업정보대학 부동산과 조교수 · 제주대학교 법학부 시간강사

## 1. 서론

대상청구권<sup>1)</sup>은 이행불능이 되는 것과 동시에 이행불능을 있게 한 동일한 원인에 의하여 채무자가 '대상이익'을 얻게 되는 경우에 채권자는 채무자가 수취할 물건이나 취득하는 청구권에 대하여 그 양도를 구할 수 있는 권리를 말한다. 가령 채무자가 급부의 목적물을 失火로 전소시켜 이행불능이 되면서 그로 인하여 화재보험금청구권을 갖는 경우에, 멸실한 목적물의 채권자는 채무자가 갖는 보험금청구권의 양도를 구할 수 있다고 하는 권리를 가리킨다.<sup>2)</sup> 즉 채무자에게 책임 없는 사유로 인한 급부의 후발적 불능은 채무자의 급부의무를 소멸시키지만 채권관계 자체는 후발적 불능에도 불구하고 소멸하지 않는다. 그런데 급부를 불능케 하는 것과 동일한 원인에 의하여 채무자가 대상을 취득한다면 원래의 이행청구권이 대상의 인도청구권의 형태로 지속된다고 하여야 공평의 원칙에 부합할 것이 되기 때문이다. 이와 같이 이행을 불능케 하는 사유로 인하여 채무자가 이행의 목적물에 갈음하는 이익을 취득하는 경우에, 채권자가 채무자에게 그 이익을 청구할 수 있는 권리가 대상청구권이다.<sup>3)</sup>

이러한 대상청구권은 이행을 불능하게 하는 사정의 결과로 채무자가 이행의 목적물에 대신하는 이익을 취득하는 경우에, 채권자가 채무자에 대하여 그 이익을 청구할 수 있는 권리이다. 이는 독일민법(제281조)과 프랑스민법(제1303조)에는 명문의 규정을 두고 있다. 그리고 오스트리아민법, 스위스채무법, 우리민법에는 명문을 두고 있지 않지만 통설·판례가 대상청구권을 인정하고 있다.<sup>4)</sup>

우리 민법에서는 대상청구권에 관하여 명문규정이 없지만 학설은 이에 대하여 제한적인 태도를 취하는 견해가 있는데, 이 견해는 법률의 규정이 없이 채권자에게 그러한 청

- 1) 대상청구권은 채무자에게 책임 없는 사유로 인한 급부의 후발적 불능으로 채무자의 급부의무는 소멸하지만, 급부를 불능케 한 것과 동일한 원인에 의하여 채무자가 대상을 취득한 경우에 채권자가 채무자에 대하여 가지는 그 이익을 청구할 수 있는 권리를 대상청구권이라 한다. 이와 유사개념으로 물상대위란 저당권이나 질권의 목적물이 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 소멸되더라도 그 교환가치를 대신하는 변형물이 생긴 때에는 저당권이나 질권은 소멸하지 않고 그 변형물 위에 존재하게 되는 것이 물상대위라 한다. 이러한 물상대위는 담보물권의 경우에 적용되고 그 근거 규정이 있으나 대상청구권은 그 근거 규정이 없지만 채권법상 학설과 판례가 인정하고 있다.
- 2) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581 판결: 토지수용보상금과 관련한 사건에서 우리 민법은 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 이외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없다고 판시함으로써 대상청구권을 인정하고 있다.
- 3) 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2005, 870면: 조성민, "대상청구권의 요건과 효과", 「고시계」, 제47권 제5호(통권543호), 국가고시학회, 2002, 5, 78면.
- 4) 송덕수, "취득시효와 대상청구권", 「저스티스」, 제30권 제2호(통권 제44호), 한국법학원, 1997, 6, 238면; 윤용석, "점유취득시효완성후의 법률관계", 「저스티스」, 제30권 제3호(통권 제45호), 한국법학원, 1997.9, 125면.

구권을 인정할 수 있는가? 그리고 반드시 그러한 청구권을 인정하여야 할 급박한 필요성이 있는가가 면밀히 검토되어야 하고, 제3자 채권침해나 채권자대위권, 위험부담의 법리에 의한 채권자의 구제가 합리적으로 해결되지 않은 경우에는 권리의 정당한 귀속의 법리를 기초로 예외적으로 대상청구권을 인정할 수 있다고 하여 대상청구권을 이행불능의 일반적인 법률효과로 인정하는 것이 아니라, 다른 법제도에 의한 채권자의 구제가 충분하지 아니한 경우에만 인정되는 예외적인 보충적 구제수단으로 이해하는 견해이다.<sup>5)</sup>

이에 대하여 대법원은 “우리 민법은 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없다”고<sup>6)</sup> 하여 정면에서 긍정하고 있다. 그 후 토지수용으로 인하여 토지소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우에 토지수용보상공탁금에 대한 대상청구권을 인정하는 법원행정처 공탁실무<sup>7)</sup>도 대법원 판례를 이어가고 있다.

따라서 본고에서는 대법원 판례를 중심으로 대상청구권의 인정해야 할 만한 필요성과 그 근거에 대하여 검토하여 대상구권의 요건과 내용 그리고 그 범위를 검토한 다음 그 대상청구권의 효과, 특히 취득시효완성후에 대상청구권의 인정여부에 대하여 판례를 중심으로 검토한다.

## II. 대상청구권의 인정과 그 근거

### 1. 인정의 필요성

대상청구권에 관하여 명문의 규정이 없는 우리나라에서 제한적 긍정설은, 대상청구권을 이행불능의 일반적 효과로서가 아니라 필요한 경우에 한하여 제한적으로 인정하는 것이 타당하다는 견해이다.<sup>8)</sup> 그러나 제한적 긍정설에 있어서도 그 범주 안에 포함

5) 김준호, “이행불능의 효과로서의 대상청구권”, 『사법행정』, 1993. 6. 83면; 윤철홍, “이행불능에 있어서 대상청구권”, 『고시연구』, 1991. 10. 88면.

6) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581 판결.

7) 법원행정처, 1993. 6. 29자 법정 재1249회 질의회답에서는, “이 경우 갑의 상속인인 을이 종전 사업시행자에 대하여 가지고 있는 매매계약(위 특례법상 토지의 취득에 관한 협의)에 의한 소유권이전등기의무가 토지수용으로 인하여 이행불능이 되었으므로, 종전 사업시행자는 을이 대상으로 취득한 토지수용보상공탁금의 출납청구권의 양도를 청구하여 양도받은 후(을이 자발적으로 양도하지 않으면, [을을 상대로 하여] 공탁금출급청구권의 양도의사를 표시하고 채무자인 국가에게 이를 통지하라는 내용의 판결을 구할 수 있다) 공탁금의 출납청구를 할 수 있다”고 한다.

8) 이은영, 『채권총론』, 박영사, 1999, 228면; 김준호, 전계논문, 83면; 윤철홍, “이행불능에 있어서 대상청

시킬 수 있는 것에 따라 그 논리전개에서 다소 차이를 보이고 있다. 먼저, 대상청구권을 제3자 채권침해나 채권자대위권, 위험부담의 법리 등 다른 법제도에 의한 채권자의 구제가 충분치 않을 경우에 '권리의 정당한 귀속의 법리'에 기초로 예외적으로 인정되는 보충적인 구제수단으로 인정해야 하고 법적 근거 없는 대상청구권을 광범위하게 인정하여 문제를 안이 하게 해결하기 보다는 민법에 규정된 제도를 통하여 문제를 최대한 해결하여야 한다는 견해가 있다.<sup>9)</sup>

다음으로, 대상청구권을 인정할 것인가 아닌가 하는 문제는 논리의 문제라기보다는 법적 사고방식의 문제라는 사실을 확인하면서, 결론적으로 전체 법질서와의 조화여부 및 상대적으로 덜 무리하고 번잡한 쪽을 선호해야 한다는 것을 내세워 제한적 긍정설을 취하는 견해가 있다. 가령 매매의 경우에 민법 제537조의 취지에 충실하게 대상청구를 인정하지 말고, 물건의 급부의무자인 매도인이 법이 정하는 위험부담의 원칙에 따라 물건의 후발적 불능으로 인한 모든 위험을 부담하는 것에 상응하여 그로 인한 이익을 부담하며, 매수인은 거래관계로부터 이탈하는 것으로 법을 정리하는 것이 모든 불확실성을 제거하고, 관련된 법률관계를 깨끗하게 처리하는 방법이라 한다.<sup>10)</sup> 그리고, 대상청구는 그 밖의 다른 경우로서 대상청구를 인정하는 것이 필요한 경우에 한하여 제한적으로 인정하는 것이 타당하고, 우리 민법 제1083조(유증의 물상대위성)와 제1084조(채권의 유증의 물상대위성)가 이러한 사례유형에 해당하는 특정한 경우라고 하는 견해가 있다.<sup>11)</sup>

이와 달리 일반적 긍정설은, 대상청구권은 이행불능의 경우에 보호할 필요가 없는 채무자가 취득한 목적물에 대신하는 이익을 그것이 속하여야 할 채권자에게 귀속시키는 취지의 제도로 이러한 대상청구권의 취지에서 볼 때, 그 권리는 그것이 인정되는 한 널리 인정되어야 한다는 견해이다.<sup>12)</sup> 그러므로 우리 민법의 해석으로도 대상청구권의 내용에 관하여, 독일 민법 제281조의 규정을 그대로 원용하여 채무자의 귀책사유의 유무를 불문하고 대상청구권을 인정하자는 견해로 다수설이다.<sup>13)</sup> 그 근거에 대하여서 공평의 원칙을 드는 견해<sup>14)</sup>와 민법상 일반적인 법원칙이라 할 수 있는 대위법리 또는 대상법리에서 찾는 견해<sup>15)</sup> 또는 채권관계의 연장효에서 찾는 견해<sup>16)</sup>가 있다.

구권”, 『고시연구』, 18권 10호(통권 211호), 고시연구사, 1991. 10. 87면.

9) 조성민, 전계논문, 79면; 김준호, 전계논문, 172면; 윤철홍, 상계논문, 87면.

10) 최병조, 『민법주해 X III 채권(6)』, 박영사, 1997. 87면.

11) 최병조, 상계서, 109면.

12) 박윤직, 『채권총론』, 박영사, 2002. 87면; 김상용, 『채권총론』, 법문사, 2003. 130면.

13) 송덕수, 전계논문, 36면; 지원림, 전계논문, 207면; 양창수, “매매목적토지의 수용과 보상금에 대한 대상청구권”, 『민법연구』, 제3권, 박영사, 1995. 396면.

14) 박윤직, 전계서, 109면.

일반적인 긍정설에서는 제3자 채권침해의 법리 혹은 채권자대위권이나 채무자위험부담주의 원칙 등으로는 채권자의 이익을 충분히 고려할 수 없다고 보아 민법에서도 대상청구권을 이행불능의 일반적인 효과로서 인정하여야 한다고 한다.

한편, 우리 대법원은 1990년대 초반 최초로 대상청구권을 인정하면서, “우리 민법에서는 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나, 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없다”<sup>17)</sup>고 판시하여 대상청구권을 인정하고 있으며, 이후의 판결에서도 위 설시의 내용을 그대로 원용하고 있다.<sup>18)</sup>

그러나 대법원 판결에서는 대상청구권에 있어서 적용범위에 대하여는 구체적으로 판단하고 있지 아니하나 위 각 판결이 취득시효와 같은 법률의 규정에 의한 편무적 채무의 이행불능의 경우<sup>19)</sup>에는 물론 매매와 같은 쌍무계약상 일방 채무의 이행불능의 경우<sup>20)</sup>에도 대상청구권을 인정하고 있는 것으로 미루어 보아 제한적 긍정설의 입장이라기보다는 일반적 긍정설에 가까운 판단을 하고 있는 것으로 생각된다. 나아가 대법원은 “부동산점유취득시효기간의 만료를 원인으로 한 등기청구권이 이행불능 전에 등기명의자에 대하여 점유로 인한 부동산소유권취득기간이 만료되었음을 이유로 그 권리를 주장하였거나 그 취득기간 만료를 원인으로 한 등기청구권을 행사하였어야 하고, 그 이행불능 전에 그와 같은 권리의 주장이나 행사에 이르지 않았다면 대상청구권을 행사할 수 없다고 봄이 공평의 관념에 부합한다.”고 판단함으로써 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다25025 판결과 달리 부동산점유취득시효완성자의 대상청구권 행사에 손해배상청구권의 발생요건을 요구하고 있다. 그러나 공평의 관념 내지 형평의 원칙에 근거하여 대상청구권을 인정하고 있지 않은 판결<sup>21)</sup>도 있음을 주의할 필요가 있다.

따라서 사건으로서는, 법적 근거가 없는 대상청구권을 일반적 긍정설과 같이 광범위하게 인정하여 문제를 안이 하게 해결하기보다는 민법에 규정된 제도, 가령 제3자 채권침해, 채권자대위권, 위험부담의 법리 등을 통하여 문제를 해결하도록 최대한 모색하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>22)</sup> 따라서 제한적 긍정설이 타당하다고 생각한다.

15) 송덕수, 전제논문, 33면.

16) Brox, *Allgemeine Schuldrecht*, 21. Aufl., München: C. H. Beck 1993, S. 146; Kaser, *Römisches Privatrecht*, Ein Studienbuch, 16. Aufl. 1992, S. 98.

17) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581.4598 판결.

18) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다38080 판결; 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다27113 판결.

19) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다25025 판결.

20) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581. 4598 판결

21) 대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 판결.

## 2. 인정근거

대법원이 대상청구권에 대하여 여러 차례 인정하는 판결을 내림에 따라 법률실무계에서는 그것을 제한할 필요성을 제기하고 있다. 이는 대상청구권의 범위와 관련하여 '하는 급부'에 있어서 인정할 필요가 있는지에 대하여, 또 쌍무계약·편무계약상의 채무 모두에 대하여 인정할 필요가 있는지에 대하여 그리고 물권적 청구권에 관해서도 인정할 필요가 있는지에 대하여, 거래행위 또는 법률행위로 인한 이익도 '대신하는 이익'으로 보아 인정할 필요가 있는지에 대하여, 매매대금이나 보험금에 대해서도 대상청구권을 인정할 필요가 있는지에 대한 여러 논의가 있을 수 있다.

이에 대하여 일부 견해는, 대상청구권의 범위 문제에 대하여 대상청구권이 민법의 기저에 흐르는 근본사상의 표현이고, 명문규정으로 이러 이러한 경우에만 대상청구권을 인정하는 입법에서와 달리 우리 민법처럼 명문규정이 없는 상황에서는 적용범위를 제한할 경우에 그 근거를 제시하기가 어렵기 때문이며, 제한한다고 하더라도 어떤 경우에 한정하느냐를 정하기 어렵다고 함으로써 결국 대상청구권의 적용범위를 인위적으로 제한하는 것은 바람직스럽지 않거니와 논리적으로도 지지될 수 없다고 하면서 대상청구권을 비교적 인정범위를 넓게 새기는 견해가 있다.<sup>23)</sup>

이에 대하여 다른 견해는, 대상청구권은 형식적·법률적으로 부당하지 않지만 실질적·경제적으로는 용인될 수 없는 결과를 조정하기 위한 제도이다. 그러므로 이러한 형평의 요청은 편무계약에서 채무자에게 책임 없는 사유로 급부불능이 되면서도 채권자가 대상을 취득하는 경우에 한정되는 것만은 아니다. 따라서 대상청구권을 인정하는 경우에는 전면적으로 적용되어야 한다는 견해가 있다.<sup>24)</sup>

## Ⅲ. 대상청구권의 요건과 내용

### 1. 대상청구권의 요건

#### (1) 물건 또는 권리의 급부를 목적으로 하는 채권

22) 제한적 긍정설의 문제점에 대해서는, 조성민, "대상청구권에 대한 입법론적 고찰", 『민법개정안의견서』, 민법개정안연구회, 2002, 347~348면 참조.

23) 송덕수, 전계논문, 242면.

24) 지원립, 전계서, 872면.

대상청구권은 원칙적으로 모든 채권적 청구권에 적용될 수 있으며, 청구권의 법적 기초는 중요하지 않다.<sup>25)</sup> 따라서 계약상의 청구권뿐만 아니라 사무관리 또는 계약해제에 기한 원상회복청구권에도 적용될 수 있다. 대상청구권은 물건 또는 권리의 급부를 목적으로 하는 것이어야 하며, 작위와 부작위는 대상청구권의 객체가 아니다. 따라서 도급계약에는 대상청구권이 적용될 여지가 없다. 여기서 주의를 요하는 것은, 불법행위에 기한 손해배상청구권은 금전채권이어서 불능이 성립할 할 수 없으므로 대상청구권이 인정될 수 없다.

대상청구권은 개별적 물건 또는 권리가 의무지워질 것을 요건으로 한다. 따라서 종류채권의 경우에 특정에 의하여 특정물채권으로 되지 않는 한 대상청구권이 인정되지 않는다. 이 점은 제한종류채권에 대해서도 원칙적으로 타당하지만 불능이유가 압류라든가 화재로 소실된 경우와 같이 재고 전체에 관한 것이라면 대상청구권이 재고채권에 적용될 수 있다고 본다.

## (2) 급부의 후발적 불능

이에 대하여 대법원은 “대상청구권이 인정되기 위해서는 급부가 후발적으로 불능하게 되어야 하고, 급부를 불능하게 하는 사정의 결과로 채무자가 채권의 목적물에 관하여 '대신하는 이익'을 취득하여야 한다. 대상청구권은 채무불이행의 후발적 불능에서 문제가 되는데, 그 불능에 대하여 채무자에게 귀책사유가 있는지에 대하여 그 여부는 불문한다.<sup>26)</sup> 급부가 원시적으로 불능인 경우에 채무자체가 성립하지 않으며, 따라서 대상청구권이 문제될 여지가 없다. 즉 불능이 채무자의 귀책사유에 기한 경우에도 원칙적으로 대상청구권은 적용될 수 있다.<sup>27)</sup>”

또한 대법원은 “채권자가 본래적 급부청구인 부동산소유권 이전등기청구에다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구의 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속하는 것으로 허용되고,<sup>28)</sup> 또 부동산소유권 이전등기청구의 판결확정 후 그 소유권이전등기의무가 집행불능이 된

25) 지원림. 전게서. 872면.

26) 양창수. 전게서. 292면.

27) 김상명. “점유취득시효완성자의 대상청구권”. 『법학연구』, 제27집. 한국법학회. 2007. 58-59면.

28) 대법원 1975. 7. 22. 선고 75다450 판결.

뒤에 별소로 그 전보배상을 구하는 것도 당연히 허용된다”고<sup>29)</sup> 판시하고 있다.

그리고 쌍무계약의 당사자 쌍방의 대가적 채무가 모두 이행불능으로 되는 경우에 대하여 대법원은 “쌍무계약의 당사자 일방이 상대방의 급부가 이행불능이 된 사정의 결과로 상대방이 취득한 대상에 대하여 급부청구권을 행사할 수 있는 경우가 있다고 하더라도, 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 계약목적 달성을 할 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<sup>30)</sup> 하여 원칙적으로 대상청구권을 행사할 수 없다고 하는 것이 판례의 태도이다.

### (3) 대상의 취득

이 청구권은 채무자가 대상 또는 대상에 대한 권리를 실제로 취득하였을 것을 요건으로 하며, 채무자가 무엇인가를 취득할 수 있었을 것이라는 것만으로는 부족하다. 대상의 예로 보통 손해배상, 수용보상금, 매매대금 등에 대한 청구권을 들고 있다. 그 밖에 보험금청구권을 대상으로 볼 것이나에 대하여 다툼이 있으나, 실질적으로 정당하지 못한 재산가치의 분배를 조정하려는 대상청구권의 목적을 고려하면 포함된다고 할 것이다.<sup>31)</sup>

### (4) 인과관계의 존재

채무자는 급부를 불능케 하는 사정에 의하여 급부의 목적에 갈음하여 대상을 취득하여야 한다. 그러나 그 사정이 대상급부의 유일한 원인일 필요는 없으며 공동원인으로 족하다. 대상은 일반적으로 두 종류로 구분된다. 가령 급부의 목적인 물건이나 권리가 제3자에 의하여 훼손되거나 급부의 목적물이 수용된 경우에 채무자가 그 급부에 갈음하여 취득하게 되는 손해배상청구권이나 보험금청구권 또는 보상금청구권은 이른바 “급부에 갈음하는 이익”이고 채무자가 급부의 목적물을 법률행위에 의하여 제3자에게 양도하고 그 대가로 취득한 반대급부는 ‘거래행위에 기한 이익’이다. 이 중 인과관계와

29) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다55411 판결; 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다39013 판결.

30) 대법원 1996. 6. 25. 선고 95다6601 판결.

31) 송덕수, 전계논문, 42면; 김상명, 전계논문, 60면.



관련하여 문제되는 것은 후자이다. 그런데 급부를 불능케 하는 물건의 소유권양도와 대상청구권을 발생시키는 물건의 매도가 동일하지 않더라도 그럼에도 불구하고 양 행위가 경제적으로 단일하다면 대상청구권은 인정될 수 있을 것이다. 따라서 법률행위 특히 매매에 의하여 채무자가 취득한 대가도 대상으로 된다.

판례는 대상청구권의 요건으로서 인과관계에 대하여 “대상청구권이 인정되기 위해서는 급부가 후발적으로 불능하게 되어야 하고, 급부를 불능하게 하는 사정의 결과로 채무자가 채권의 목적물에 관하여 ‘대신하는 이익’을 취득하여야 한다”고<sup>32)</sup> 판시하고 있다. 급부의 후발적 이행불능의 경우 ‘급부를 불능하게 하는 사정’과 채무자가 취득한 ‘대신하는 이익’ 사이에 상당인과관계가 존재한다고 할 수 없어 채무자에 대한 대상청구권의 발생을 부정한다”고<sup>33)</sup> 하여 대상청구권이 발생하지 아니한다는 취지로 판단하였다.

### (5) 불능 급부와 그 대상의 동일성

불능으로 된 급부와 채무자가 그에 갈음하여 취득한 대상 사이에 동일성이 존재하여야 한다. 따라서 소유권의 대상은 채무자가 소유권을 이전하여야 할 의무를 지는 경우에만 반환되어야 한다. 한편 용익권을 상실한 임차인은 대상물에 대한 임차권의 허용을 청구할 권리를 가지지 않으며, 임차목적물에 갈음하여 지급된 수용보상비 또는 손해배상에서도 마찬가지다. 반면 이용손실 자체에 대한 대상급부는 임차인에게 귀속된다.

### (6) 취득시효가 완성된 경우에 요구되는 특수한 요건

부동산의 점유취득시효가 완성되었으나 소유권이전등기를 하기 전에 그 등기가 불가능하게 된 경우에 대상청구권을 인정하여야 하는지, 만일 인정한다면 어떠한 요건하에 인정될 수 있는지에 대하여 견해의 대립이 있다. 이에 대하여 점유취득시효완성자가 가지는 권리의 법적 성질에 대하여 다음과 같은 학설이 있다.

첫째, 대상청구권을 물권법 분야인 민법 제245조 제1항의 등기청구권에까지 확대하는 것에 대하여 의문을 제기하면서, 시효완성자는 소유자에 대하여 아무런 부담을 갖지 아니하므로, 점유취득시효의 경우에 소유자는 무상편무계약 당사자 유사자의 지위에 있는 소유자가 소유권이전의무를 부담하게 되는 것은 일방적 채무관계로 그 기저에 흐르는 대가성이 결여되어 있으므로, 대상청구권을 인정하여 보호할 가치가 없다고 한

32) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003다35482 판결.

33) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003다35482 판결.

다. 나아가 우리 민법 제245조 제1항은 부동산점유취득시효에 등기를 요구함으로써 시효완성자를 강하게 보호하여야 할 실제적인 필요성이 있는지 의문을 제기하면서, 대법원 판례<sup>34)</sup>에 대한 비판적 견해를 보이고 있는 채권설이 있다.<sup>35)</sup>

둘째, 취득시효가 완성됨으로써 부동산의 점유자는 마치 물권적 합법이 있는 취득자와 마찬가지로 물권적 기대권을 취득하고 등기청구권 역시 물권적 기대권의 효력으로 생기고, 매매 등의 법률행위에 의한 등기청구권의 성질도 물권적 기대권의 효력으로 생기는 물권적인 성질을 가지는 물권적 기대권설이 있다.<sup>36)</sup>

셋째, 판례에 나타나는 시효완성자의 권리는 단순한 채권이 아닌 준물권적 지위로 시효 완성 후 등기부상의 소유자는 장차 시효완성권리자에게 등기이전을 해 줄 의무가 있으므로, 불법점유임을 이유로 그 지상건물의 철거와 대지의 인도를 청구할 수 없고, 점유로 인한 부당이득의 반환청구를 할 수 없으며, 채권적 청구권만을 가지는 점유취득시효완성자가 물권적 소유권자인 등기명의자에 대하여 불법행위법에 의한 보호를 받을 수 있는 지위를 가진다면 이는 단순한 채권을 넘어서는 권리라고 보아야 한다는 견해로 준물권적 지위설이 있다.<sup>37)</sup>

넷째, 시효완성자는 등기 없이 곧바로 소유권을 취득한다는 견해로, 등기 없이도 취득시효의 다른 요건이 갖추어지면 사실상 소유권을 취득한 것과 같은 결과를 인정하여야 하며, 점유취득시효에 있어서 등기는 단지 소유권취득을 마무리하는 절차적인 의미만을 가지는 것으로 해석하는 소유권취득설이 있다. 이 견해는 명의신탁이론을 원용하여 시효완성자의 권리를 해석하려는 견해로, 등기의무자의 등기의무를 이행불능상태로 만듦으로써 시효취득자가 소유권을 취득할 수 없게 된 데 대한 책임을 불법행위책임으로만 보고, 채무불이행책임으로 보지 않는 입장은 시효완성자의 법적 지위를 물권자로 볼 경우에만 가능한 것이며, 시효완성자는 시효완성으로 등기 없이도 실질적인 소유권을 취득하고, 다만 시효완성자의 명의로 소유권이전등기를 경료하기 전까지 제3자에 대하여는 등기명의자가 소유자가 된다고 하는 명의신탁이론의 원용이론이 있다.<sup>38)</sup>

사건으로는, 점유시효취득자가 갖게 되는 이전등기청구권이 본질적으로 채권적 청구권이고, 시효취득자와 소유자 사이에는 계약상은 아닐지라도 채권·채무관계가 발생한다는 판례의 태도<sup>39)</sup>에 비추어 볼 때 단순히 물권법에 규정되어 있다는 사실만으로 대

34) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다25025 판결.

35) 박윤지, 「물권법」, 박영사, 2007. 194면; 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006. 202면; 이상경, “대상청구권”, 「민사재판의 쟁문제 : 송천이시윤박사화갑기념논문집」, 박영사, 1995. 260~261면.

36) 김중환·김학동, 「물권법」, 박영사, 1997. 99면.

37) 지원림, “점유취득시효완성 이후의 사장변경과 대상청구권”, 「민사판례연구」, 제18집, 박영사, 1996. 133면.

38) 윤용석, 전계논문, 136~139면.

상청구권을 부정할 이유도 없으며, 대상청구권이 대가성을 가지는 채권·채무관계에만 인정할 수 있다고 볼 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 오히려 편무계약에서도 대상청구권을 인정할 필요가 있는 경우도 있다. 또한 우리 민법 제245조 제1항의 규정취지가 시효완성자를 보호하려 하지 않는다고 볼 수만은 없다는 이유에서 점유취득시효완성자의 대상청구권을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>40)</sup>

## 2. 대상청구권의 내용

대상청구권의 범위가 채권자가 이행불능으로 인하여 받은 손해의 한도로 제한되는 문제가 되는가에 대하여 두 가지 견해가 있다. 하나는 “우리 민법에는 독일민법 제281조와 같은 명문규정이 없을뿐더러 실 손해보다 더 많은 이익을 얻는 것으로 손해배상법의 기본원칙에도 반하다”고 하는 이유로 채권자의 손해를 한도로 한다는 견해이다.<sup>41)</sup> 다른 하나는 “대상청구권의 취지에 비추어 이를 인정하는 한, 그 가액을 제한하지 않는 것이 타당하다”고 한다.<sup>42)</sup> 이에 대하여 독일에서는 일반적으로 대상의 가액이 원래의 급부의 가치 또는 채권자가 약정한 반대급부보다 많은 경우에도 채무자는 그 초과이익을 포함하여 그 대상 전부를 채권자에게 상환하여야 한다는 것이 통설이다. 이에 반하여 일본은 “이행불능에 의하여 채권자가 입은 손해의 한도에서 대상의 반환의무를 진다”고 하고 있다.<sup>43)</sup>

채무자가 얻은 대상 중 초과이익은 원칙적으로 이를 반환하지 않아도 좋다고 할 것이다. 그러한 초과이익은 단순히 원래의 급부에 갈음하는 것만이 아니라, 많은 경우에 채무자가 자신의 활동과 능력의 성과이기도 하다. 왜냐하면 그러한 이익을 채권자에게 반환하여야 한다면, 이는 오히려 채권자에게 원인 없는 이득을 취득하도록 하는 결과가 되기 때문이다. 특히 이행불능이 채무자에게 책임 없는 사유로 일어난 경우에는 이는 부당하다고 할 것이다.

39) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다25025 판결.

40) 같은 견해: 문홍수, “점유취득시효 완성 후의 시효취득자, 소유명의자, 제3취득자 상호간의 관계”, 「법조」, 45권 3호, 법조회, 1996. 3; 윤근수, “점유취득시효완성으로 인한 등기청구권이 이행불능된 경우 대상청구권의 성부 및 요건”, 「판해연구」, 제8집, 부산판해연구회, 1998. 5. 178~179면.

41) 김형배, 「채권총론(상)」, 박영사, 2002. 237면.

42) 송덕수, 전제논문, 243면.

43) 일최고재판소 1966. 2. 15.

## N. 대상청구권의 효과

### 1. 채권적 청구권의 취득

대상청구권의 채권적 성격에 대한 대법원은 “소유권이전등기의무의 목적부동산이 수용되어 그 소유권이전등기의무가 이행불능이 된 경우, 등기청구권자는 등기의무자에게 대상청구권의 행사로써 등기의무자가 지급받는 수용보상금의 반환을 구하거나 또는 등기의무자가 취득한 수용보상금청구권의 양도를 구할 수 있을 뿐 그 수용보상금청구권 자체가 등기청구권자에게 귀속되는 것은 아니다”고<sup>44)</sup> 판시하고 있다. 대상청구권은 물권적 효력을 가지지 않으며, 채권자는 채무자의 대상에 대한 권리를 채권적으로 대위할 뿐이다. 따라서 채권자의 청구에 따라 채무자가 대상의 인도 또는 양도행위를 하지 않으면 대상에 대한 권리가 채권자에게 귀속되지 않는다.

그리고 채권자가 직접 대상청구권의 대상인 권리를 실현한 경우의 부당이득의 성부에 대하여 판례는 “채무자가 수령하게 되는 보상금이나 그 청구권에 대하여 채권자가 대상청구권을 가지는 경우에도 채권자는 채무자에 대하여 그가 지급받는 보상금의 반환을 청구하거나 채무자로부터 보상청구권을 양도받아 보상금을 지급받아야 할 것이나, 어떤 사유로 채권자가 직접 자신의 명의로 대상청구권의 대상이 되는 보상금을 지급 받았다고 하더라도 이로써 채무자에 대한 관계에서 바로 부당이득이 되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다”고<sup>45)</sup> 보고 있다. 따라서 대상청구권은 손해배상청구권도 부당이득반환청구권도 아니며, 오히려 독자적 성격의 보상청구권이다. 이 청구권은 법률에 의해서가 아니라 채권자가 청구하는 경우에만 발생하는 이른바 ‘유보된 청구권’이라 할 수 있다.

### 2. 대상청구권의 범위

#### (1) 대상청구권의 인정범위

대법원이 대상청구권에 대하여 여러 차례 인정하는 판결을 내림에 따라 법률실무계에서는 그것을 제한할 필요성을 제기하고 있다. 이는 대상청구권의 범위와 관련하여 ‘하는 급부’에 있어서 인정할 필요가 있는지에 대하여, 또 쌍무계약·편무계약상의 채

44) 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다56910 판결.

45) 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다23910 판결.

무 모두에 대하여 인정할 필요가 있는지에 대하여 그리고 물권적 청구권에 관해서도 인정할 필요가 있는지에 대하여, 거래행위 또는 법률행위로 인한 이익도 '대신하는 이익'으로 보아 인정할 필요가 있는지에 대하여, 매매대금이나 보험금에 대해서도 대상청구권을 인정할 필요가 있는지에 대한 여러 논의가 있을 수 있다.

이에 대하여 일부 견해는, 대상청구권의 범위 문제에 대하여 대상청구권이 민법을 일괄하는 근본사상의 표현이고, 명문규정으로 이러 이러한 경우에만 대상청구권을 인정하는 입법에서와 달리 우리 민법처럼 명문규정이 없는 상황에서는 적용범위를 제한할 경우에 그 근거를 제시하기가 어렵기 때문이며, 제한한다고 하더라도 어떤 경우에 한정하느냐를 정하기 어렵다고 함으로써 결국 대상청구권의 적용범위를 인위적으로 제한하는 것은 바람직스럽지 않거나와 논리적으로도 지지될 수 없다고 하면서 대상청구권을 비교적 인정범위를 넓게 새기는 견해가 있다.<sup>46)</sup>

이에 대하여 다른 견해는, 대상청구권은 형식적·법률적으로 부당하지 않지만 실질적·경제적으로는 용인될 수 없는 결과를 조정하기 위한 제도이다. 그러므로 이러한 형평의 요청은 편무계약에서 채무자에게 책임 없는 사유로 급부불능이 되면서도 채권자가 대상을 취득하는 경우에 한정되는 것만은 아니다. 따라서 대상청구권을 인정하는 경우에는 전면적으로 적용되어야 한다는 견해가 있다.<sup>47)</sup>

## (2) 대상청구권의 초과이익 문제

대상이 원래의 급부의 가치 또는 채권자가 약정한 반대급부보다 많은 경우에도 채무자는 그 초과이익을 포함하여 그 대상 전부를 채권자에게 양도하여야 하는가에 관하여 견해의 대립이다. 즉 대상청구권의 범위를 손해의 한도로 제한하여야 한다는 견해<sup>48)</sup>가 있는가 하면 그러한 제한<sup>49)</sup>을 부정하는 견해가 있다.<sup>50)</sup>

생각건대 채권자가 입은 손해를 한도로 대상의 반환을 청구할 수 있다고 할 것이다. 즉 부당이득에 관한 일반규정인 제742조의 해석상 타인의 권리를 유효하게 처분한 무권리자는 그가 그 처분으로 인하여 취득한 것 전부가 아니라 권리자의 '손실'의 한도에서의 '이익'보다 그 권리의 '통상의 가치'를 반환하면 족하고,<sup>51)</sup> 이러한 법리는 부당

46) 송덕수, 전계논문, 242면.

47) 지원림, 전게서, 872면.

48) 양창수, 전게서, 401면; 지원림, 전게서, 217면.

49) 송덕수, 전계논문, 202면.

50) 김상명, 전계논문, 63-64면 참조.

51) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94다25551 판결.

이득금지의 이념에 기초한 대상청구권에서도 인정되어야 할 것이다.

본래적 급부청구에 부가하여 대상청구를 한 경우 대상금액의 산정시기에 대하여 대법원은 “본래적 급부청구에다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 청구한 것으로서 본래적 청구와 대상청구를 병합한 것임을 알 수 있는바, 대상청구는 본래적 급부청구의 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 후에 이행불능 또는 집행불능이 된 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 경합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다 할 것이고,<sup>52)</sup> 이 경우의 대상금액의 산정시기는 사실심변론의 종결당시의 본래적 급부의 가격을 기준으로 산정하여야 함이 상당하다.”<sup>53)</sup>고 판단하고 있으며, “또 위와 같이 현재의 급부청구와 장래의 집행불능이 되는 경우에 대비한 대상청구가 병합된 경우가 아니라 그 현재의 급부청구의 이행을 명하는 판결이 확정된 뒤에 그 판결 확정과 동시에 그 급부의무가 집행불능이 되는 경우의 전보배상액도 그 집행불능이 된 당시의 목적물의 시가 상당액으로 보아야 한다.”<sup>54)</sup>고 판단하고 있다.

### 3. 대상청구권과 손해배상청구권의 경합

이행불능이 채무자에게 책임 있는 사유로 발생한 경우에 채권자는 대상청구권 외에 손해배상청구권을 가지게 되는데, 이 중 어느 청구권을 먼저 행사할 것인지를 채권자가 결정하며, 채권자는 선택채권으로서와 달리 변경권을 지닌다. 반면 채무자는 채권자에게 대상을 양도할 용의를 표시함으로써 손해배상의무를 면할 수 없다.

채권자가 대상청구권을 행사하여 대상을 수령한 경우에 손해배상액이 수령한 이익의 가치만큼 ‘손익상계의 법리’에 따라 감소된다. 그런데 상계의 의사표시를 요하지 않으며 당연히 감소가 일어난다. 여기서 공제되는 것은 대상의 실질적 가치만큼이며 따라서 대상이 배상청구권인 경우에 액면가액은 그 기준으로 되지 못한다. 만약 그렇게 새기지 않는다면 채권자가 제3채무자의 자력의 위험을 인수할 수 있게 되기 때문이다.<sup>55)</sup>

### 4. 채권자의 반대채권의 운명

쌍무계약에서 당사자 쌍방의 급부가 모두 이행불능으로 된 사안에서 판례는 “쌍무계

52) 대법원 2005. 6. 15. 선고 2004나93906 판결.

53) 대법원 1975. 7. 22. 선고 75다450 판결; 대법원 1960. 8. 18. 선고 4292민상733 판결.

54) 대법원 2005. 6. 15. 선고 2004나93906 판결.

55) 김상명, 전제논문, 64면.

약의 당사자 일방의 급부가 이행불능이 된 사정의 결과로 상대방이 취득한 대상에 대하여 급부청구권을 행사할 수 있다고 하더라도 그 당사자 일방이 대상청구권을 행사하려면 상대방에 대하여 반대급부를 이행할 의무가 있는 바 이 경우 당사자 일방의 반대급부도 그 전부가 이행불능이 되거나 그 일부가 이행불능이 되고 나머지 잔부의 이행만으로 상대방의 계약목적 달성을 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 없다"고 하였다. 그런데 대상청구권의 본질이 원래의 채권관계의 연장효에 있기 때문에 쌍무계약에서 대상청구권을 부정할 필요는 없다고 본다. 가령 교환계약에서 일방의 의무는 수용에 의하여 상대방의 의무는 제3자의 불법행위에 의하여 불능으로 된 경우에 손해배상청구권을 취득하는 것보다 그 실현이 확실한 수용보상금을 청구하는 것이 더 현명한 방법일 수 있을 것이다.

따라서 대상청구권은 채권자의 권리이지 의무가 아니므로 쌍무계약에 기한 채무가 채무자에게 책임 없는 사유로 소멸한 경우에 채권자는 제537조에 의하여 자신의 채무를 면할 수도 있고, 대상청구권을 행사할 수도 있다. 따라서 채권자의 입장에서 그 대상의 취득을 원한다면 대상청구권을 행사하면서 반대급부를 하여야 하고, 이를 원하지 않으면 기존의 채권관계는 채무자의 귀책사유 없는 급부불능을 원인으로 소멸하게 될 것이다. 다만 채권자가 대상청구권을 행사하고 자신의 채무를 이행하는 경우에, 만일 대상이 본래의 급부보다 적다면 그의 채무도 그에 상응하여 줄어든다(민법 제572조).

## 5. 입증책임

채권자는 본래의 급부 의무의 성립 여부와 또한 후발적 불능 및 이로 인하여 채무자가 본래의 목적에 대신하는 이익을 취득하였다는 것뿐만 아니라 그 대신하는 이익의 수액도 입증하여야 한다.

## V. 결 론

대상청구권은 민법상 명문규정이 없는 제도이지만 판례가 인정하면서 현재 활발히 논의되고 있다. 이러한 대상청구권이 명문규정이 없이 판례상 인정되나 보니 그 인정 범위와 권리의 내용에 대해 학설의 다툼이 발생할 수밖에 없는 것이다. 이러한 논의에

대하여 대법원은 공평의 원리에 따라 구체적인 사안에서 구체적 타당성을 도출하는 방향으로 대상청구권을 널리 활용하고 있는 것으로 보인다. 부동산점유취득시효로 인한 소유권이전등기청구권이 이행불능이 되었을 경우의 대상청구권에 대하여도, 점유자가 소유자에게 취득시효의 완성을 주장하였거나, 이로 인하여 소유권이전등기청구권을 행사하였을 때만 점유취득시효완성자의 대상청구권을 행사할 수 있는 것으로 요건을 제한함으로써 취득시효완성 후 목적물(부동산)을 처분한 소유자의 책임을 제한적으로 인정하여 온 기존 판례와 조화를 맞추고 있다. 이러한 판례의 태도는 공평의 이념에 따른 것으로 기본적으로는 타당하다고 할 수 있으나, 대상청구권의 인정범위나 구체적인 권리내용이 명확하지 않아 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 것을 부인할 수 없다. 따라서 대상청구권에 관한 충분한 논의를 거쳐 그 인정범위와 권리의 내용에 대하여 민법에 명문으로 규정을 두는 것이 다툼을 방지할 수 있는 유일한 방안이 될 것으로 생각한다.

## 참고문헌

- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2002.  
 \_\_\_\_\_, 「물권법」, 박영사, 2007.  
 최병조, 「민법주해 X III 채권(6)」, 박영사, 1997.  
 김상명, “점유취득시효완성자의 대상청구권”, 「법학연구」, 제27집, 한국법학회, 2007.  
 김상용, 「채권총론」, 법문사, 2003.  
 \_\_\_\_\_, 「물권법」, 법문사, 2006.  
 김준호, “이행불능의 효과로서의 대상청구권”, 「사법행정」, 1993. 6.  
 김중환·김학동, 「물권법」, 박영사, 1997.  
 문홍수, “점유취득시효 완성 후의 시효취득자, 소유명의자, 제3취득자 상호간의 관계”, 「법조」, 1996. 3.  
 송덕수, “대상청구권”, 「민사판례연구 X VI」, 박영사, 1994.  
 송덕수, “취득시효와 대상청구권”, 「저스티스」, 제30권 제2호(통권 제44호), 한국법학원, 1997. 6.  
 양창수, 「민법주해 [IX] (채권2)」, 박영사, 1997.  
 양창수, “매매목적토지의 수용과 보상금에 대한 대상청구권”, 「민법연구」, 제3권, 박영사, 1995.



- 엄동섭, “대상청구권의 제한”, 「법률신문」, 1997. 6. 2.
- 윤근수, “점유취득시효완성으로 인한 등기청구권이 이행불능된 경우 대상청구권의 성부 및 요건”, 「판례연구」, 제8집, 부산판례연구회, 1998.
- 윤용석, “점유취득시효완성후의 법률관계”, 「저스티스」, 제30권 제3호(통권 제45호), 한국법학원, 1997. 9.
- 윤철홍, “이행불능에 있어서 대상청구권”, 「고시연구」, 1991. 10.
- 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1999.
- 이상경, “대상청구권”, 「민사재판의 제문제 : 송천이시윤박사화갑기념논문집」, 박영사, 1995.
- 이은애, “우리 민법상 이른바 대상청구권의 인정”, 「사법논집」, 제26집, 법원행정처, 1995.
- 조성민, “대상청구권의 요건과 효과”, 「고시계」, 제47권 제5호(통권543호), 국가고시학회, 2002. 5.
- \_\_\_\_\_, “대상청구권에 대한 입법론적 고찰”, 「민법개정안의견서」, 삼지원, 2002.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2005.
- \_\_\_\_\_, “대상청구권”, 「민법학논총 : 광윤직교수고회기념논문집」, 박영사, 1995.
- \_\_\_\_\_, “점유취득시효완성 이후의 사정변경과 대상청구권”, 「민사판례연구」, 제18집, 1996.
- 최병조, 「민법주해 X III 채권(6)」, 박영사, 1997
- 田中廣治, “民法536條2項但書類推適用論の批判的検討: 代價請求權に関する一考察”, 「大坂法學」, 第48卷 1号, 1998.
- Brox, *Allgemeine Schuldrecht*, 21. Aufl., 1993.
- Kaser, *Römisches Privatrecht*, Ein Studienbuch, 16. Aufl. 1992.

[Abstract]

## A Study on the Claim Right of Vicarious Compensation

Kim, Sang-myeong

*Professor, Dept. of Real Estate Consulting, Jeju College of Technology*

The claim rights of vicarious compensation mean the creditors' right of recourse on the profit against the obligors when debtors make profits on vicarious compensation of the object to be fulfilled by the same causes which raised the insolvency. The Korean civil law has no provision on the claim rights of vicarious compensation.

The claim rights of vicarious compensation in legal schemes and the harmonizations of the laws with the other civil law systems are different due to the differences in the ways of the transfer of a real right and the principles of risk bearing etc. of the countries.

The results of breaking the fairness between both parties concerned like this appear continuously in that only the proportional decrease of a consideration obligation would be admitted, the effect come up to fruit, even a guarantor necessarily bears a responsibility when the rights are exercised.

In conclusion, due to the problems in itself as well as possible conflict with existing system and fairness breaking result of the acknowledging the claim right of vicarious compensation, it is reasonable that the Korean civil law should not acknowledge the claim rights of vicarious compensation. In a word, it is necessary to provide an express provision admitting the claim rights of vicarious compensation and regulating essential contents rationally to solve the problems.

**Key words** : Positive Prescription, Possession Prescription, Fulfillment Impossibility, The Claim Rights of Vicarious Compensation.