일감법학 | 제32호
2015년 10월 51-76쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.32, Oct., 2015. pp.51-76
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

매매에 있어서 위험부담과 위험이전*

Gefahrtragung und Gefahrübergang im Kauf

박 규 용**
Park, Kyu-Yong

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 채무자위험부담의 원칙
Ⅲ. 채권자위험부담의 경우
Ⅳ. 위험의 이전
Ⅴ. 결 어

쌍무계약에서 각 당사자가 부담하는 채무는 서로 의존관계에 있는데, 이러한 '채무의 견련성'은 성립・이행・존속의 세 가지 면으로 나타나며 그 중 존속과 관련해서는 위험부담으로 규정하고 있다. 이에 의하면 당사자 일방의 채무가 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 되어 소멸한 경우, 그것과 상호 의존관계에 있는 상대방의 채무도 역시 소멸하게 된다. 그 결과 채무자가 과실 없이 자신이 가진 목적물을 잃은 경우에 상대방으로부터 대가를 받지 못하는 위험을 부담하게 되는데, 이것이 바로 쌍무계약에서의 '위험부담'(Gefahrtragung)의 문제이다.

매매계약에 있어서도 매도인이 매수인에게 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 한다는 규정(민법 제568조 제1항)을 매도인이 위반한 경우, 약정한 매매대금을 매도인에게 지급해야 하는 매수인의 반대급부의무에 어떠한 법적 효과가 발생하는 것인가의 의문이 생길 수 있다. 이러한 매매에서의 위험부담은 매도인의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 계약의 성립 후에 이행될 수 없게 된 후발적 불능과 채무의 이행이 모두 종료되지 않은 경우를 전제로 하므로, 채무자가 그 채무를 이미 이행한 때에는 위험부담의 문제가 생기지 않는다. 그리고 매매목적물이 매수인에게 인도된 이후에는 매수인이 위험을 부담하게 되는데, 우리 민법은 이와 같은 위험이전에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 않다.

매매에서의 위험부담은 매도인과 매수인 누구에게도 책임 없는 사유에 의해 매도인이 매매목적물을 인도할 채무를 이행할 수 없게 된 경우, 매도인이 매수인을 상대로 매매대금

투고일 : 2015. 8. 31. / 심사일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.
* 이 논문은 2015학년도 제주대학교 학술진흥연구비 지원사업에 의하여 연구되었음.
** 제주대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사
Professor, Jeju National University Law School

의 지급을 청구할 수 있는가의 문제이다. 여기서 우리 민법이 채무자위험부담주의를 채택하여 매도인에게 대금지급을 위한 청구를 인정하지 않은 것은 그에게 대가위험을 부담시킨 것인데, 이것은 매매물건이 매수인에게 인도되기 전까지는 매도인이 물건을 사실상 지배한다는 점에서 당연한 규정이라고 평가할 수 있다. 위험이전과 관련해서도 매매물건이 매수인에게 인도되는 시점에서 물건의 위험은 매수인에게 이전한다고 해석된다.

결과적으로 매매에서 논하고 있는 위험부담은 원칙적으로 매매목적물이 매도인과 매수인 어느 쪽의 지배영역(Herrschaftbereich)에서 멸실 내지 손상되었는가를 기준으로 결정하면 되고, 물건이 매수인의 지배영역으로 들어갔을 경우에는 그에게 위험이 이전한다고 해석할 수 있을 것이다.

[주제어] 매매, 위험부담, 위험이전, 반대급부위험, 대가위험, 쌍무계약, 이행불능, 지배영역

Ⅰ. 서 론

계약의 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 쌍무계약에서 각 채무는 서로 의존관계에 있다. 이러한 '채무의 견련성'은 성립・이행・존속의 세 가지 면으로 나타나고, 그 중에서 존속에 관해서는 민법이 위험부담으로 규정하고 있다. 이에 따르면 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 되어 소멸한 경우, 그것과 상호 의존관계에 있는 상대방의 채무도 역시 소멸하게 된다. 그 결과 과실 없이 불가항력적 사유로 자신이 가진 목적물을 잃게 된 채무자가 상대방으로부터 대가를 받지 못하는 위험을 부담하게 되는데, 이것이 바로 쌍무계약에서의 '위험부담'(Gefahrtragung)의 문제이다.

이와 관련하여 매매계약에 있어서도 매도인이 매수인에게 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 한다는 규정(민법 제568조 제1항[1]))을 매도인이 위반한 경우, 약정한 매매대금을 매도인에게 지급해야 하는 매수인의 반대급부의무에 어떠한 법적 효과가 발생하는 것인가의 의문이 생길 수 있는데, 이 문제는 매도인의 급부의무가 계속 존속하는 경우와 매도인의 급부의무가 배제된 경우로 구분하여 설명되어야 한다.[2] 전자에 있어서 매수인에게는 매도인이 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 동시이행의 항변권(제536조)이 주어지고, 그에 따라 매수인은 매도인이 매매목적물의 인도의무를

1) 이하에서 법률이름 없이 법조문만으로 표기한 것은 민법의 조문임.

2) Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, 30 Aufl., München 2005, § 3 Rdnr. 8 ff.

이행할 때까지 매매대금의 지불을 거절할 수 있다. 이러한 항변권은 매도인의 급부의무가 존속하는 중에 매매대금을 아직 지불하지 않고 있는 매수인이 행사할 수 있는 것이고, 매매대금을 이미 지불한 매수인은 계약을 해제하여 매매대금의 반환을 청구할 수 있다.

매매에서의 위험부담은 매도인의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 계약의 성립 후에 이행될 수 없게 된 후발적 불능의 경우를 요건으로 한다. 매도인의 채무가 원시적으로 불능이 된 경우에는 '성립상의 견련성' 문제로서 매수인의 채무도 당연히 성립하지 않게 되며, 일정한 요건 하에 계약체결상의 과실책임(제535조)으로 다루어질 수 있다.

그리고 위험부담의 문제는 채무의 이행이 모두 종료되지 않은 경우를 전제로 하므로, 채무자가 그 채무를 이미 완전히 이행한 때에는 위험부담의 문제가 생기지 않는다.[3] 예를 들어 건물의 매매계약에서 매도인이 매수인에게 건물을 인도하고 또 그 등기를 매수인에게 이전하였다면, 그 후에 그 건물이 소실되더라도 위험부담이 문제될 여지가 없으며, 매수인은 여전히 그 대금의 지급의무를 부담한다. 이러한 경우는 이미 매수인에게 위험이 이전된 후에 매매목적물이 소멸된 것이기 때문에, 매수인이 위험을 부담하게 되고 채무의 변제로서 매매대금의 지급을 통하여 채무가 소멸된다. 우리 민법은 위험이전에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 않다.

매매를 비롯한 쌍무계약에서 주로 문제가 되고 있는 위험부담과 위험이전은 여러 유형의 계약관계 뿐만 아니라, 서로 대가적 관계에 있는 다양한 형태의 채무를 이행하는 데 있어서 고려될 수 있는 것으로서,[4] 당사자 사이의 채무이행에 대한 책임유무를 판단

---

3) 양창수/김재형, 민법 I: 계약법, 박영사, 2010, 546쪽; 김증한/김학동, 채권각론, 박영사, 2006, 86쪽.

4) 매매계약의 해제에 있어서 제553조의 반대해석에 의하면, 해제권자(매수인)가 상대방으로부터 수령한 물건이 불가항력에 의해 멸실·훼손된 경우에 해제권의 행사가 배제되지 않으며, 매매계약의 해제에 의하여 매수인은 멸실 또는 훼손된 물건 그 자체를 반환해야 하고, 해제의 상대방(매도인)은 원상회복의무에 따라 수령한 대금을 반환해야 한다. 이에 따르면 실질적으로 매수인은 수령한 물건의 반환채무를 면하는 반면, 매도인에 대해서는 자신이 급부한 대금의 반환을 청구할 수 있게 됨으로써, 물건에 대한 위험을 매도인이 부담하는 결과가 발생하게 된다. 계약해제에 있어서 위험부담의 문제에 대해서는, 졸고 "계약해제에 있어서 위험의 분배", 비교사법 제7권 2호(통권13호), 한국비교사법학회, 2000. 12, 483쪽 이하.
그밖에도 민법 제202조(점유자의 회복자에 대한 책임)의 반대해석에서 점유물이 점유자의 책임 없는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때에 점유자의 배상책임 유무, 전세권의 목적물이 불가항력으로 멸실된 경우(제314조)에 전세금반환채무의 존속문제, 제747조의 규정에서 원물이 수익자에게 책임 없는 사유로 멸실된 경우에 가액반환의 책임유무 등 위험부담의 문제와 관련될 수 있는 내용을 여러 곳에서 찾아볼 수 있다. 위 제314조와 관련하여 전세금반환채무와 목적물반환채무와의 사이에 서로 대가적 관계에 있는 것은 아니기 때문에 위험부담의 문제로 볼 수 없다고 한다(이상태, "전세권 소멸의 해석론", 일감법학

하는 기초로 활용될 수 있다. 이하에서는 채무자위험부담의 원칙과 채권자위험부담 그리고 위험의 이전에 관하여 정리하고, 이러한 내용이 채무이행과 관련한 민법의 해석에서 구체적으로 어떠한 작용을 하는 것인지 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 채무자위험부담의 원칙

1. 의의

채무자의 귀책사유 없이 급부불능이 된 경우에는 채무자의 채무는 소멸하고, 채권자는 채무자로부터 급부를 받지 못하는 위험을 부담하게 된다. 특히 쌍무계약에 있어서는 채무자가 그의 채무를 면하는 것에 대응하여 그 채무와 상호 의존관계에 있는 상대방의 반대급부의무의 존속여부가 별도로 문제될 수 있고, 여기서 상대방의 반대급부의무도 역시 소멸하는 것으로 보는 경우에 채무자가 상대방으로부터 반대급부 내지 대가를 받지 못하게 되는 위험을 부담하게 된다. 우리 민법은 위험부담에서 채무자가 상대방에게 반대급부를 청구하지 못하는 것으로 하는 '채무자위험부담주의'(제537조)를 채택하고 있으며, 대가위험에 관하여 규정하고 물건의 위험에 관하여는 규정하고 있지 않다.[5)]

이와 같은 민법의 규정에 따라 매매계약이 체결된 후에 과실 없이 매매목적물을 인도할 수 없게 된 매도인은 매수인에 대하여 반대급부로서 매매대금의 지급을 청구할 수 없고, 기본적으로 매도인이 반대급부위험(Gegenleistungsgefahr) 내지 대가위험(Preisgefahr)을 부담하게 된다. 결국 대가위험은 매매계약의 체결 후에 매도인에게서 매매목적물의 인도가 불능으로 되었을 때, 매매대금의 지불을 위한 매수인의 의무가 어떠한 영향을 받는 것인가의 문제를 규율하는 것인데, 매수인이 여전히 매매대금을 지불해야 한다면 그가 대가위험을 부담하는 것이고, 매수인이 지불의무에서 벗어난다면 매도인이 대가위험을 받게 된다. 그러나 매수인이 매도인에게 대상목적물의 인도 또는 대상청구권의 양도를 요구하는 경우에는 반대급부로서 매매대금을 지불해야 하는 매수인의 의무가 계속 존속한다고 보아야 한다.[6)]

제5권, 건국대학교 법학연구소, 2000. 12, 51-52쪽).

5) 이은영, 채권각론, 박영사, 2007, 175쪽.

6) 독일민법 제326조 제3항 1문은 이러한 내용을 명문으로 규정하고 있다. 한편 대가위험은 독일의 채권법현

한편 대가위험 또는 반대급부위험은 급부위험(Leistungsgefahr)과 구분되어야 한다. 급부위험은 채무자의 채무가 그의 귀책사유 없이 이행불능이나 기타 이행장애사유가 후발적으로 발생한 경우에 그 채무 자체의 존속 여부에 관하여 발생하는 위험을 의미한다. 예를 들어 특정물매매에서 매매목적물이 멸실된 경우는 물론이고, 종류물매매에서 매도인이 그 이행을 위해 준비해 두었으나 아직 특정되지 않은 물건이 멸실 또는 훼손된 경우에도 그로 인하여 매도인의 채무가 역시 소멸 또는 축소되는가의 문제가 급부위험의 개념 하에서 다루어지고, 만일 그 채무가 소멸 또는 축소되지 않으면 매도인이 급부위험을 부담하고, 채무 역시 소멸 또는 축소된다면 매수인이 급부위험을 부담한다는 것이다.[7)]

결국 급부위험은 매도인의 물건급부가 불능으로 되는 경우에 그 위험을 누가 부담하느냐의 문제를 다루는데, 독일민법 제275조에 따르면, 매도인이 매매계약의 체결 후 그 이행 전에 급부를 제공할 수 없게 되었을 때 급부의무에서 벗어나고, 매수인은 물건에 대한 청구권을 상실할 뿐만 아니라 이를 위해 어떠한 보상도 얻지 못한다. 매도인이 불능의 발생에 책임을 져야 하는 경우에도 역시 물건급부에 대한 청구가 배제된다. 따라서 물건급부가 불능이 되는 경우에 기본적으로 매수인이 물건위험 또는 급부위험을 부담한다고 본다.[8)]

2. 요건

2.1 매매계약으로부터 생긴 채무의 존재

민법 제537조가 쌍무계약에서 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 되는 급부불능을 요구하고 있으므로, 매매계약으로부터 생긴 채무가 존재하여야 한다. 편무계약의 경우에는 위험부담의 문제가 생기지 않는다. 한편 정지조건부 또는 시기부로 체결된 매매계약에서 그 계약의 성립 후 조건의 성취 전에 또는 기한이 도래하기 전에 계약의 목적이 불능으로 된 경우, 비록 그 상태에서는 계약의 효력이 발생하지 않아 급부의무도 생기지 않는다고 하더라도, 장래에 조건이 성취되거

대화법률에 따라 무엇보다 독일민법 제326조 제1항과 제2항에 규정되어 있는데, 이 조문들은 매매계약을 포함하여 모든 쌍무계약에 유효하고 그러한 계약들을 고려하여 구상되었으며, 매매계약에서의 위험이전에 관한 독일민법 제446조와 제447조를 통하여 변형되었다.

7) 양창수/김재형, 앞의 책, 546쪽.

8) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., München 2004, Rdnr. 148.

나 기한이 도래하더라도 마찬가지인 점에서 위험부담의 법리를 적용할 수 있다고 본다.[9]

2.2 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 후발적 불능의 발생

계약당사자 쌍방의 책임 없는 사유에 의해 불능으로 되어야 하므로, 매매계약으로부터 발생하는 매도인의 채무가 그의 귀책사유로 이행불능이 된 경우에는 채무불이행의 문제가 될 뿐이며, 이 경우에 매수인은 매매계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있는 것이고 위험부담은 문제되지 않는다. 한편 채무를 이행하지 못하는 귀책사유가 채무자인 매도인에게 없고 채권자인 매수인에게 있는 때에는 제538조가 적용되고, 채무자위험부담의 원칙을 규정한 제537조에서의 이행불능은 후발적 불능을 의미하므로[10] 원시적 불능의 경우에는 위험부담이 문제되지 않는다. 예컨대 건물의 매매에서 계약 당시에 이미 그 건물 전체가 멸실된 경우에는 그 매매계약은 무효가 되고, 제535조의 요건을 갖추는 것을 전제로 계약체결상의 과실책임이 문제될 수 있다. 만약 매매계약 당시에 이미 그 건물의 일부만이 멸실된 경우에는 제574조에 따라 매도인의 담보책임이 발생할 수 있다.

종류채권에서는 물건의 특정이 있은 후에 불능이 생기게 되므로 특정 후에 비로소 위험부담의 문제가 발생하게 된다. 그리고 당사자 쌍방의 채무가 모두 이행된 상태에서는 위험부담이 생기지 않으며, 다만 매수인이 대금을 전부 지급하였더라도 매도인의 채무가 남아있는 상태에서는 위험부담이 문제될 수 있다.[11]

3. 효과

3.1 대가관계에 있는 상대방 채무의 소멸

제537조에 따른 채무자위험부담주의에 의해 소멸하는 것은 쌍무계약상 대가관계에 있는 상대방의 채무(반대급부의무)이고, 이에 따라 채무자는 상대방인 채권자에게 이행을 청구하지 못한다. 예를 들어 건물에 대한 매매계약이 체결된 이후에 이웃건물의 화재

9) 김증한/김학동, 앞의 책, 86쪽; 김준호, 민법강의, 법문사, 2015, 1463쪽.
10) 이은영, 앞의 책, 179쪽.
11) 김증한/김학동, 앞의 책, 87쪽; 김준호, 앞의 책, 1463쪽.

로 매매의 목적이 된 건물이 연소된 경우에는 채무자위험부담주의가 적용되어 매도인은 매수인을 상대로 대금의 지급을 청구하지 못한다. 그러나 건물에 대한 임대차의 경우에는 비록 임차인의 목적물반환의무가 쌍방의 책임 없는 사유로 이행불능이 되더라도 임대인의 보증금반환의무가 소멸되는 것은 아니라고 보는데,[12] 그 이유는 임대차에서 임대인이 임차인에게 목적물을 일시적으로 사용·수익하게 할 의무와 이에 대해 임차인의 차임지급의무 및 보증금의 일시적 이전의무만이 서로 대가관계에 있고 보증금을 임대인에게 영구히 보유하게 할 것을 계약내용으로 하지는 않기 때문이다.[13]

채권자인 상대방이 채무자에 대하여 이미 전부 또는 일부의 급부를 이행한 경우에는 그것은 제741조에 따라 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이득으로 반환을 청구할 수 있다. 판례[14]도 "민법 제537조는 채무자위험부담주의를 채택하고 있는바, 쌍무계약에서 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무가 이행불능으로 된 경우 채무자는 급부의무를 면함과 더불어 반대급부도 청구하지 못하므로, 쌍방 급부가 없었던 경우에는 계약관계는 소멸하고 이미 이행한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이득의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있다"고 하면서, 매매 목적물이 경매절차에서 매각됨으로써 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 이행불능에 이르러 매매계약이 종료된 사안에서 "위험부담의 법리에 따라 매도인은 이미 지급받은 계약금을 반환하여야 하고 매수인은 목적물을 점유·사용함으로써 취득한 임료 상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다"고 판시하여, 매매와 같은 쌍무계약에서 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무가 이행불능으로 되어 계약관계가 소멸한 경우에 부당이득의 법리를 적용하고 있다.

또한 입목의 매매계약에서 계약금을 지급한 후 당국의 산림 정책상의 영림계획변경으로 벌채허가를 얻을 수 없게 됨으로 말미암아 계약당사자 일방이 입목 인도의무를 면하게 된 경우, 이것은 당사자쌍방의 책임질 수 없는 사유로 매도인이 의무를 면한 경우의 법률관계에 해당하고, "입목 인도의무를 면한 당사자는 상대방으로부터 받은 계약금을 부당이득 한 것이 되므로 이를 상대방에게 반환하여야 할 의무가 있다"[15]고 하여, 매수인으로 하여금 이미 지급한 계약금에 대하여 부당이득으로 반환을 청구할 수 있도록 허용하고 있다.

---

12) 대법원 1965. 11. 23. 선고 65다1898 판결.

13) 양창수/김재형, 앞의 책, 548쪽.

14) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다98655, 98662 판결.

15) 대법원 1975. 8. 29. 선고 75다765 판결.

3.2 일부불능의 경우

매매계약이 성립한 후 목적물의 일부가 매도인의 책임 없는 사유로 멸실된 때에는 원칙적으로 그 불능부분에 상응하는 매수인의 반대급부의무가 소멸하는데, 이러한 후발적 일부불능의 경우에도 당사자 쌍방에 책임 없는 경우에는 위험부담의 법리가 적용된다.[16] 따라서 그 일부불능 부분에 비례하여 상대방의 채무도 소멸하지만, 그 일부불능으로 인해 계약의 목적을 달성할 수 없는 때에는 전부불능과 마찬가지로 다루어 상대방의 채무 전부가 소멸하는 것으로 본다.[17] 일부불능의 발생에 대한 책임유무와 관련하여 채무자에게 귀책사유가 있거나 채권자에게 귀책사유가 있는 경우는 본래 의미에서의 위험부담의 문제가 아니다.

일부불능과 관련한 위험부담에서 우리 민법은 "임차물의 일부가 임차인의 과실 없이 멸실 기타 사유로 인하여 사용, 수익할 수 없는 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 의한 차임의 감액을 청구할 수 있다"(제627조 제1항)고 규정하여, 일부멸실된 목적물에 상응하는 차임이 바로 소멸하는 것이 아니라 차임의 감액을 청구할 수 있도록 하고 있다.

---

16) 임대차계약에 있어서도 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우와 관련하여, 대법원은 "목적물을 사용·수익하게 할 임대인의 의무와 임차인의 차임지급의무는 상호 대응관계에 있으므로 임대인이 목적물을 사용·수익하게 할 의무를 불이행하여 임차인이 목적물을 전혀 사용할 수 없을 경우에는 임차인은 차임 전부의 지급을 거절할 수 있으나, 목적물의 사용·수익이 부분적으로 지장이 있는 상태인 경우에는 그 지장의 한도 내에서 차임의 지급을 거절할 수 있을 뿐 그 전부의 지급을 거절할 수는 없다"고 한다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96다44778 판결). 물론 우리 민법은 "임차물의 일부가 임차인의 과실 없이 멸실 기타 사유로 인하여 사용, 수익할 수 없는 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 의한 차임의 감액을 청구할 수 있다"(제627조 제1항)고 규정하여, 일부멸실된 목적물에 상응하는 차임이 바로 소멸하는 것이 아니라 차임의 감액을 청구할 수 있도록 한다.

17) 김증한/김학동, 앞의 책, 88쪽; 김준호, 앞의 책, 1463쪽; 양창수/김재형, 앞의 책, 548쪽. 급부의 일부가 불능으로 된 경우에 원칙적으로 나머지 부분으로 존속한다고 전제하는 다수의 학설과 달리, 오히려 제137조의 일부무효의 법리를 적용하여 원칙적으로 전부불능으로 다루고 불능부분이 없더라도 계약을 체결했을 것이라고 인정되는 때에는 나머지 부분으로 존속한다고 보는 것이 타당하다는 주장이 있으며, 이렇게 해석하는 경우에도 다수설과 실질적인 차이는 없고 증명책임에서 다르게 될 것이라고 한다(송덕수, 신민법강의, 박영사, 2014, 1323-1324쪽).

3.3 대상청구권과의 관계

3.3.1 대상청구권의 의의[18)]

계약이 성립한 후에 채무자에게 책임 없는 사유로 인하여 그 이행이 불가능하게 된 경우, 채권자가 본래의 급부의무에 대한 강제이행을 구하거나 손해배상을 청구하지 못하는 반면, 채무자는 본래의 1차적 급부의무를 면하게 된다. 여기서 이행불능을 일으킨 원인에 의하여 채무자가 채권자에게 이행하였어야 할 목적물에 대신하는 이익(*stellvertretendes commodum*)을 취득하는 수가 있는데, 채권자가 그 이익의 이전을 채무자에게 청구할 수 있는 권리가 대상청구권이다. 매매계약에서 급부를 불능으로 만든 사정에 의하여 매도인이 제3자에 대한 손해배상청구권과 같은 청구권을 획득하면, 매수인은 매도인에게 이 청구권을 양도하거나 이미 취득한 대상물을 이전할 것을 요구할 수 있다.[19)] 대상청구의 객체가 되는 이익은 급부의 목적물이 손상되거나 수용됨으로 인하여 채무자가 그 급부에 대신하여 취득하게 되는 손해의 배상 및 보상청구권 또는 보험금청구권과 같은 "급부에 대신하는 이익"(*commodum ex re*)은 물론, 채무자가 급부의 목적물을 매매계약 등을 통하여 제3자에게 양도하고 그 반대급부로 취득한 이익(예를 들어, 물건의 판매수익)인 "법률행위에 의하여 얻는 이익"(*commodum ex negotiatione*)을 포함한다.[20)]

독일민법은 제285조에서 대상청구권을 명문으로 규정하고 있고, 채무자가 채권자에게 이행하여야 할 목적물에 대신하여 취득한 이익은 본래부터 그 목적물에 대한 권리를 가졌던 채권자에게 귀속되는 것이 공평의 관념에 적합하다는 점에서 그 인정근거를 찾고 있다.[21)] 우리 민법은 대상청구권을 위한 명문규정을 두고 있지 않으나, 역시 채무자가 이행불능이 생기지 않았던 것보다 더 많은 이익을 얻는 것은 적절치 않다는 이유에서 대체적으로 채권자의 대상청구권을 인정하고 있으나,[22)] 그 적용범위, 전제요건 및 그

18) 이에 관해서는 주로 본인의 졸고, "대상청구권의 적용에 관한 논의", 법학연구 제24집, 한국법학회, 2006. 11, 104쪽 이하의 내용을 인용하였다.

19) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 149.

20) Vgl. BGHZ 46, 264; BGHZ 75, 203; BGH, NJW 1983, 930.

21) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, S. 309; Löwisch, Herausgabe von Ersatzverdienst: Zur Anwendbarkeit von § 285 BGB auf Dienst- und Arbeitsverträge, NJW 2003, 2050.

22) 김준호, 앞의 책, 1071쪽; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2015, 1071-1072쪽; 김형배, 채권총론, 박영사, 1998, 198쪽; 임건면, "대상청구권에 관한 소고", 경남법학 제14권, 경남대학교 법학연구소, 1998, 133쪽 이하; 송덕수, "취득시효와 대상청구권", 저스티스 제30권 제2호, 한국법학원, 1997, 240쪽; 양창수, "매매목적토지의 수용과 보상금에 대한 대상청구권", 민법연구 제3권, 박영사, 1995, 393쪽.

법적 효과 등에 관해서는 견해의 일치를 보지 못하고 있다. 대법원도 대상청구권을 인정하는 근거를 자세히 밝히고 있지 못하다.

3.3.2 채무자위험부담주의가 적용되는 경우와 대상청구권

민법 제537조의 '채무자위험부담주의'가 적용되는 사안에서 동조의 적용을 배제하고 대상청구권을 인정할 수 있는 것인가의 문제가 제기될 수 있는데, 판례는 이에 대해 구체적으로 언급하고 있지 않다. A(원고)가 B(피고)로부터 매수한 토지가 택지개발사업 용지로 수용됨으로써 A에 대한 B의 소유권이전의무가 이행불능으로 되자 A가 B를 상대로 B가 수령한 보상금의 반환을 청구한 사안에서, 대법원[23]은 매도인이 수령한 보상금의 지급을 청구하는 것은 토지에 대한 소유권이전등기의무의 이행불능을 발생하게 한 토지 수용으로 인하여 매도인이 얻은 토지의 대상인 보상금의 지급을 구하는 것으로서 이른바 대상청구권을 행사하는 취지로 보았고, "우리 민법은 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 해제권 외에 별도 대상청구권을 규정하고 있지 않으나 해석상 이를 부인할 이유가 없다"고 하여 대상청구권을 인정하였다.

그런데 위 사안을 보면, A와 B가 토지매매계약을 체결한 후 토지의 수용에 의해 토지의 소유권을 이전해야 하는 B의 채무가 이행불능이 되었고, 여기에 B의 책임 있는 사유가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 이 사안의 경우에 제537조의 채무자위험부담주의가 적용되어 B는 A를 상대로 반대급부로서 매매대금을 청구할 수 없고 이미 수령한 대금은 부당이득으로 반환하는 것이 타당할 수 있다고 보는데,[24] 대법원판결은 이에 관해서는 아무런 언급 없이 대상청구권을 인정하면서 제537조의 적용을 배제하였다.

이 판결 이후에도 대법원은 제537조에 의한 채무자위험부담주의가 적용될 수 있는 사안에서 동조를 적용하지 않고 이행불능의 효과로서 대상청구권을 인정하고 있다. 예컨대 환매에 의해 피고가 원고에게 토지의 소유권을 이전해야 할 의무가 있는데, 토지의 수용으로 인해 피고에게 보상금이 지급되고 원고가 피고에게 이 보상금의 반환을 청구한 사안에서, 원고의 청구를 대상청구권의 행사로 보고 이를 인용하였고,[25] 경매에 있어서 경락허가결정이 내려진 후 경매의 목적물인 토지가 하천구역에 편입됨으로써 하천법의 적용을 받아 국유로 되어 경락인에 대한 토지소유자의 소유권이전의무가 이행불능으로

23) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581, 92다4598 판결. 이 판결은 이행불능의 효과로서 대상청구권을 인정한 첫 판결로서, 그 후에 대상청구권에 관한 판결이 적지 않게 나오고 있다는 점에서 의미가 있다.

24) 이상경, "대상청구권", 민사재판의 제문제, 사법발전재단, 1992, 256쪽; 김준호, 앞의 책, 1075쪽.

25) 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다27113 판결.

된 사안에서, 토지소유자가 받게 되는 손실보상금에 대해 위 사안과 마찬가지로 경락인의 대상청구를 인용하였다.[26] 이 사안들의 경우에도 첫 번째 사안과 마찬가지로, 매매의 목적이 된 토지가 수용 내지 국유로 되어 매도인이 그에 따른 보상금을 수령하고 매도인의 과실 없이 토지의 소유권을 이전할 수 없는 이행불능이 된 결과, 매수인이 매도인을 상대로 보상금의 반환을 청구한 것이다. 여기서도 대법원은 채무자위험부담주의를 규정한 제537조를 적용할 것인가에 대해서 구체적으로 밝히지 않고 바로 대상청구권을 인정하였다.

학설은 이 문제에 대해 견해를 달리하고 있다. 민법 제537조의 채무자위험부담주의가 적용되는 경우에도 대상청구권을 인정하는 견해[27]는, 당사자의 의사를 일관성 있게 관철하는데 적합하다거나 채무자를 특별히 불리하게 하지는 않는다는 점[28]에서, 그리고 우리 민법이 입법정책상 대상청구권을 부정하고 있지는 않다는 근거를 제시하고 있다. 반면, 대상청구권을 부정하는 견해[29]는, 우선 제537조의 요건에 해당하는 경우에 그 규정을 적용하는 것이 민법의 취지에 맞고, 대상청구권을 인정하면 채권자에게만 기회이익을 부여하게 되므로[30] 계약당사자의 이익형평을 깨뜨리는 것이며, 입법정책적 관점에서 제537조가 채무자위험부담주의를 규정하여 당사자의 의사에 기초한 이른바 채권관계의 연장효는 채택하지 않았다고 보아야 한다는 등의 이유를 들고 있다.

---

26) 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다23901 판결; 대법원 2008. 6. 12. 선고 2005두5956 판결.

27) 김준호, 앞의 책, 1076쪽; 지원림, 앞의 책, 1375쪽; 양창수, 앞의 논문, 393쪽; 유남석, "쌍무계약 당사자 쌍방의 대가적 채무가 모두 이행불능이 된 경우 대상청구권 행사의 가부", 대법원판례해설 제26호, 법원도서관, 1996, 120쪽; 강봉석, "대상청구권의 의의 및 요건", 민사법학 제32호, 한국민사법학회, 2006, 255쪽.

28) 독일민법 제285조의 대상청구권에서 관한 규정은 급부불능을 야기한 제3자에 대한 배상청구권이 매매대금보다 더 고액인 경우에도 유효하고(BGH, NJW 1958, 1041; Erman/H.P. Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., 2004, § 285 Rdnr. 10), 그 급부는 마땅히 매수인에게 돌아가야 하므로 그에게 대상물이 속한다고 본다(Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 152).

29) 정상현, "대상청구권의 인정 여부에 관한 법리 재검토", 성균관법학 제19권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007. 2, 724쪽 이하; 조광훈, "우리 민법상 대상청구권의 해석적 인정에 따른 비판적 논고", 사법행정 제47권 10호, 한국사법행정학회, 2006. 10, 28쪽 이하.

30) 대상청구권을 명문으로 규정하고 있는 독일민법에서는 대상 또는 대상청구의 가치가 채무자가 이행하여야 할 급부보다 적은 때에는 반대급부 역시 그에 상응하여 감소된다고 보는데, 예를 들어, 자동차의 매도인이 보험회사를 상대로 매매대금을 초과하는 청구권을 획득하였고 매수인이 그 청구권의 양도를 요구하면, 매수인은 매매대금을 지불해야 하고, 만약 보험금액이 자동차가격의 2/3에 불과하다면, 매수인은 단지 합의한 매매대금의 2/3만을 지불할 의무가 있다고 한다(Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 30. Aufl., München 2004, § 22 Rdnr. 46).

Ⅲ. 채권자위험부담의 경우

1. 의의

쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때 또는 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자가 상대방인 채권자의 이행을 청구할 수 있다(제538조 제1항). 매매계약에서는 이러한 법률효과가 매도인의 이행불능이 매수인에 의해 유발되었거나, 매수인의 수령지체 중에 매도인의 급부가 불능으로 되었을 때에 발생한다. 이 경우에는 예외적으로 매도인이 아닌 매수인이 대가위험을 부담하고, 매도인으로 하여금 급부의무를 면하게 한 사정에 대해 매수인이 책임이 있는 때에 매수인은 여전히 반대급부의무를 이행해야 한다.[31] 이 규정은 채무자인 매도인의 보호를 위해 급부가 이행된 것으로 본다는 점에 근거하고 있다.[32]

여기서 결국 채권자가 위험을 부담한다고도 볼 수도 있겠지만, 이것은 엄밀한 의미에서 위험부담의 문제로 보기는 어렵다.[33] 채무자인 매도인의 이행불능이 매수인의 책임 있는 사유로 발생하거나 매수인의 수령지체 중에 발생한 경우에는, 위험부담의 본질적 전제가 되는 양당사자의 책임 없는 사유가 아니라 이미 채권자인 매수인의 책임 있는 사유에 의해 이행불능이 발생했기 때문이다.

매수인이 위험을 부담하는 실례로서, 매도인이 중고자동차를 합의한 바에 따라 매수인에게 가져왔으나 매수인이 근거 없이 수령을 거절하여 매도인이 목적을 이루지 못하고 다시 뒤돌아 가야 하는 상황이 이따금 발생하는데, 매도인이 귀로하는 중에 자동차가 전파될 정도의 사고를 당하는 경우에도 매도인은 여전히 매매대금을 위한 청구권을 보유한다. 그리고 이러한 사고와 관련하여 매도인에게 책임이 있으면, 매도인은 원칙적으로 매매대금을 위한 청구권을 가지지 못하고, 고의나 중과실로 사고를 유발한 때에는 오히려 매수인의 손해를 배상할 의무가 있다.[34] 이에 반해 채무자(매도인)는 채권자(매

31) 여기서 매도인은 자신이 급부를 면하게 된 결과로 비용을 절감하거나 노동력을 달리 사용함으로써 획득한 것을 반대급부를 청구할 때 차감해야 하는데, 만약 매도인이 매수인의 책임에 의해 유발된 불능으로 인하여 발송비용을 면하게 되었다면, 매수인은 이 금액을 매매대금에서 공제해야 한다.

32) Vgl. Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches II, 208.

33) 결과적으로 매수인이 위험을 부담하게 된다는 점에서는 채권자위험부담이라는 의미를 가질 수는 있을 것이고, 그에 따라 본 논문에서는 일단 '채권자위험부담주의'라는 표현을 그대로 사용한 것이다.

수인)의 지체 중에는 고의 또는 중대한 과실이 없으면 불이행으로 인한 모든 책임이 없기 때문에(제401조), 매수인의 단순한 경과실은 손해배상의무를 발생시키지 않는다.

2. 요건

2.1 매수인의 책임 있는 사유로 인한 이행불능

매수인의 책임 있는 사유로 인하여 매도인이 채무의 이행을 할 수 없게 된 것이어야 한다. 채권자는 채무자의 이행을 위해 어떠한 법률상의 의무를 부담하지는 않기 때문에, '채권자의 책임 있는 사유'가 무엇을 의미하는 것인지에 대하여 논란이 있다. 위험의 공평한 분배라는 측면에서 채권자의 귀책사유를 넓게 해석하여, 채권자의 어떤 행위나 부작위로 말미암아 급부불능이 생겼고 채권자가 그를 피할 수 있었던 경우에는 채권자가 그에 대한 법적 의무가 없어도 귀책사유를 인정된다고 보면서, 채권자의 귀책사유를 채권자의 위험영역에서 발생한 모든 급부불능의 경우로 해석할 수 있다. 이에 따르면 급부불능을 야기한 요인이 채권자의 영역 내이면 채권자위험부담으로, 채권자와 채무자의 영역 밖이면 채무자위험부담으로 된다.[35]

2.1.1 판례의 태도

'채권자의 책임 있는 사유'에 대하여 판례는 채권자의 어떤 행위(작위와 부작위를 포함)가 채무자의 이행의 실현을 방해하고, 그러한 행위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 가리킨다고 한다.[36] 변호사에게 사건을 맡긴 의뢰인이 변호사와의 협의 없이 임의로 상대방과 화해를 하여 변호사의 위임사무의 처리를 불가능하게 만든다든지, 부동산매매에 관한 중개가 성사된 후에 중개료지급을 회피하기 위해 중개인을 통하지 않고 당사자 간에 직접 계약을 체결하는 경우, 그리고 도급인이 제공해주는 재료를 사용하여 가공하거나 사용자의 공장에 있는 설비를 이용해야 할 작업에서 도급인이 재료를 제대로 공급하지 않아 수급인이 가공하지 못하거나 사용자가 노무자의 공장출입을 막아 작업할 수 없는 경우 등을 예로 들 수 있다.

---

34) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 151.

35) 이은영, 앞의 책, 183-184쪽; 지원림, 앞의 책, 1376쪽.

36) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001다79013 판결.

판례가 인정한 '채권자의 책임 있는 사유'에 해당하는 사안으로서, 영상물 제작공급계약에서 수급인의 채무가 도급인의 협력 없이는 완전한 이행이 불가능하고 그 계약의 성질상 수급인이 일정한 기간 내에 채무를 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우라면, 도급인의 영상물제작에 대한 협력거부로 수급인이 독자적으로 성의껏 제작하여 납품한 영상물이 도급인의 의도에 부합하지 않게 됨으로써 결과적으로 도급인의 의도에 부합하는 영상물을 기한 내에 제작하여 납품하여야 할 수급인의 채무가 이행불능이 된 경우, 이는 계약상의 협력의무의 이행을 거부한 도급인의 귀책사유로 인한 것이므로 수급인은 도급인에게 약정대금 전부의 지급을 청구할 수 있다고 한다.[37] 한편 아파트분양계약과 관련하여 수분양자에게 중도금을 대출한 은행이 수분양자가 대출금 이자의 지급 등을 이행하지 않자 대출채무의 연대보증인인 분양회사에 요구하여 아파트에 대한 근저당권을 설정 받은 후 근저당권을 실행하여 제3자가 아파트의 소유권을 취득한 사안에서, 근저당권의 실행으로 제3자가 아파트소유권을 취득한 결과 분양회사의 소유권이전의무가 이행불능이 된 것은 채권자인 수분양자가 잔대금과 대출금 및 이자의 지급의무를 이행하지 않은 귀책사유로 인한 것이므로, 이것은 채무자의 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에 해당하여 분양회사는 수분양자에 대하여 잔대금을 청구할 수 있다고 보았다.[38]

그런데 '채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때'라고 함은 채권자에게만 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때를 의미하는 것으로 보고, 채무자의 이행불능이 쌍방의 책임 있는 사유로 발생한 경우에는 채무자가 채무불이행책임을 지되 손해배상에 있어서 제396조의 과실상계 규정에 비추어 채권자의 귀책사유를 그 책임의 유무 및 범위를 정하는데 참작하여야 한다.[39]

2.1.2 '채권자의 책임 있는 사유'에 관한 독일민법의 규정

독일민법은 채권법현대화법률을 통한 개정에서 채권자인 매수인에게 전적으로 책임 있는 때는 물론이고 매수인에게 보다 무거운 책임(weit überwiegende Verantwortlichkeit)이 있는 경우에도 매수인이 대가위험을 부담하는 것으로 규정하고 있고, 채권자가 급부장애에 대해 더 무거운 책임을 지는 것인가는 채무자의 책임의 정도를 고려하여 평가되

37) 대법원 1996. 7. 9. 선고 96다14364 판결.

38) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다25698 판결.

39) 양창수/김재형, 앞의 책, 549-550쪽; 이은영, 앞의 책, 185쪽.

어야 한다.[40] 그리고 채권자가 무엇에 대한 책임을 지는 것인가에 대해 법률이 규정하고 있지는 않지만 단순한 인과관계를 넘는 개념이고,[41] 매수인의 책임성은 과실상계의 요건으로서 공동과실을 넘어 채권자의 손해배상청구권의 배제를 가져오는 정도를 의미한다고 본다.[42] 또한 채권자가 급부장애에 대해 공동으로 책임이 있으나 더 무거운 책임이 인정되지 않은 경우를 위해서는, 반대급부가 보통 분리될 수 있기 때문에 공동과실에 관한 독일민법 제254조의 법적 사고에 따라 반대급부의 축소를 고려할 수 있다고 한다.[43]

한편 매도인의 급부면제를 가져오는 사정에 대해 매수인에게 80% 또는 그 이상 책임이 있다면, 매수인은 불능으로 인해 물건의 급부를 위한 청구권을 갖지 못함에도 불구하고 계속해서 매매대금의 지불의무를 부담한다는 기준을 제시하기도 한다.[44] 무엇보다 채권자가 책임져야 하는 것은 위험분배의 합의에 따라 결정되고, 채권자의 책임은 보통 자신이 부담하는 계약상의 주된 의무 또는 부수의무를 고의나 과실에 의해 위반했을 때에 생기며, 이행보조자의 행위에 대해서는 채권자가 제391조의 유추적용에 의해 책임을 지게 될 것이다. 예를 들어, 필요한 관청의 허가가 이루어지는 것을 채권자가 의무에 위반하여 방해한다거나, 매수인의 지배인이 고의나 과실로 매매물건을 파손하였을 때, 임차인이 관리의무를 위반하여 목적물의 반환을 불가능하게 만든 경우에 채권자는 자신의 반대급부를 이행해야 하고 채무자의 의무이행을 청구하지 못한다.

2.2 수령지체 중의 이행불능

매수인의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 매도인이 이행할 수 없게 된 경우, 매수인이 위험을 부담하여 매도인에 대하여 반대급부로서의 매매대금을 지급할 의무를 진다. 그러나 채권자의 수령지체 중에는 채무자는 고의나 중과실이 없으면 그 책임을 부담하지 않으므로(제401조), 비록 이행불능이 매수인의 수령지체 중에 매도인의 경과실에 의하여 발생한 경우에는 제390조와는 달리 매도인에게 책임이 없는 것으로 되어, 매도인은 여전히 매수인에 대하여 반대급부의 이행을 위한 청구권을 보유한다.[45]

---

40) Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 22 Rdnr. 37 und 40.

41) Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 22 Rdnr. 38.

42) Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache. 14/6040, S. 187; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 22 Rdnr. 40.

43) Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 22 Rdnr. 41.

44) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 150.

채권자의 수령지체 성립을 위해 채권자의 귀책사유가 필요한지에 대해서는 학설이 나뉘고 있고, 판례는 수령지체의 요건과 관련하여, 민법 제400조 소정의 채권자지체가 성립하기 위해서는 채무자의 변제제공이 있어야 하고 변제제공은 원칙적으로 현실제공으로 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 제공조차 필요 없다고 하면서, "구두의 제공조차 필요 없는 경우라고 하더라도, 이는 그로써 채무자가 채무불이행책임을 면한다는 것에 불과하고, 민법 제538조 1항 2문 소정의 '채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때'에 해당하기 위해서는 현실제공이나 구두제공이 필요하다"[46]고 본다.

이것은 채무불이행책임을 면하는 차원에서의 변제의 제공이나 채권자지체와는 달리, 위험부담의 영역에서의 수령지체는 채무자가 채권자에 대해 반대급부를 청구할 수 있는 요건인 점에서 현실제공이나 구두제공이 필요하다고 보았다는 점에서 그 의미를 두고 있다.[47] 그리고 앞의 판례[48]에서 "제538조 제1항 소정의 '채권자의 책임 있는 사유'라고 함은 채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무자의 이행의 실현을 방해하고 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 의미한다"고 하여, 위험의 배분이라는 측면에서 채권자의 지배영역에서 발생한 사유에 대하여 채권자가 책임을 진다는 점을 내포하고 있는 판결이라고 볼 수 있겠다.

3. 효과

3.1 매수인(채권자)의 대금지급의무의 존속

제538조 1항 1문에 따라 채무자는 자신의 급부의무를 면하면서 상대방에 대해서는 그 이행을 청구할 수 있는 바, 상대방이 지는 반대급부의무는 그가 본래의 쌍무계약에서

45) 김준호, 앞의 책, 1466쪽; 양창수/김재형, 앞의 책, 550쪽; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 22 Rdnr. 44. 독일민법 제446조 3문은 수령지체의 경우에 지급위험이 매수인에게 귀속된다는 점을 분명하게 규정하고 있다.

46) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001다79013 판결.

47) 김준호, 앞의 책, 1467쪽.

48) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001다79013 판결; 지원림, 앞의 책, 1376쪽.

부담하였던 자신의 채무로서 여전히 남아 있게 된다. 이에 따라 매매계약의 경우에 매수인의 수령지체 중에 매도인의 목적물 인도의무가 이행불능으로 되었다 하더라도, 매수인은 자신의 반대급부의무로서 매매대금을 지불해야 한다.

3.2 매도인(채무자)의 이익상환

채무자가 자기의 채무를 면하게 한 사유에 의하여 이익을 얻은 때에는 그 이익을 채권자에게 상환해야 하는데(제538조 2항), 채무자가 채권자의 귀책사유가 있기 전보다 더 많은 이익을 얻는 것은 부당하기 때문이다. 예컨대 매수인에게 인도되어야 하는 매매목적물이 매수인의 책임으로 멸실된 경우, 매도인은 여전히 매수인에게 대금을 청구할 수 있지만, 본래의 채무이행을 면함으로써 지출하지 않아도 되는 운임이나 재료비 등의 비용은 매도인이 얻은 이익으로서 공제되어야 한다. 여기서 매도인이 상환해야 할 이익은 자신의 채무를 면한 것과 상당인과관계에 있는 것에 한하고, 상환되어야 할 매도인의 이익은 채무로서 부담하는 범위를 한도로 한다. 그리고 이익에 대한 매수인의 반환청구권은 매도인이 가지는 반대급부청구권과 대가관계에 있는 것은 아니므로, 둘 사이에 동시이행의 관계는 성립되지 않는다.[49]

한편 채권자의 책임 있는 사유가 불법행위에 해당하는 경우에는 채무자는 그에 따른 손해배상을 청구할 수 있다. 손해배상청구권과 관련하여 판례는, 사용자가 근로자들을 해고할 사유가 없는데도 위장폐업을 하고 근로자들을 해고한 후에 다시 종전회사와 다를 바 없는 회사를 통하여 이전의 기업활동을 계속하는 경우, 근로자들은 해고가 무효임을 이유로 제538조 1항에 따라 부당해고 기간 중 받지 못한 임금의 지급 또는 해고가 불법행위에 해당함을 이유로 손해배상을 선택적으로 청구할 수 있다고 한다.[50]

---

49) 양창수/김재형, 앞의 책, 551쪽; 지원림, 위의 책, 1378쪽.

50) 대법원 2011. 3. 10 선고 2010다13282 판결. '근로자의 부당해고에 따른 임금청구'에 있어서, 사용자의 귀책사유로 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 취업하여 지급받은 임금은 제538조 2항에 의해 이를 공제하여야 하지만, 근로기준법의 적용을 받는 '근로관계'에 한해서는 동법 제38조 소정의 휴업수당은 최소한 보장되어야 하므로, 다른 직장에서 받은 임금이 휴업수당 범위 내인 경우에는 이를 공제할 것이 아니고, 휴업수당을 초과한 경우에 한하여 그 초과부분만을 공제하여야 한다는 것이 판례의 입장이다(대법원 1993. 11. 9. 선고 93다37915 판결).

Ⅳ. 위험의 이전

1. 의의

쌍무계약에서 위험부담의 문제는 계약의 당사자 일방의 채무가 아직 이행되지 않고 있는 동안에 발생하는 것이고, 이미 채무의 이행이 이루어진 후에는 목적물이 멸실되더라도 상대방은 여전히 반대급부를 이행할 의무를 부담한다. 매매와 같이 물건의 소유권을 이전하는 계약에서는 채무자가 언제 위험부담에서 벗어나는가의 문제는 양당사자에게 중대한 이해관계가 있으며, 소유권이전시기를 동산의 인도시 및 부동산의 등기시로 규정하고 있는 우리 민법에 의하면, 원칙적으로 매도인은 매수인에게 동산의 인도 또는 부동산의 등기를 완료할 때까지 스스로 위험을 부담하는 것으로 볼 수도 있다.[51] 그러나 매매의 목적물이 동산이든 부동산이든 매수인에게 목적물이 인도되면, 그 때부터는 그 물건을 사실상 지배하여 사용·수익하면서 경제적 이익을 얻게 되는 매수인이 그에 따른 불이익도 감수하는 것이 타당하다고 본다.[52] 가령 매매계약에 따라 매도인이 목적물을 매수인에게 인도한 후에 그 물건이 자연재해 등 양당사자의 책임 없는 사유로 멸실되었다고 하더라도 매수인은 매매대금을 지급해야 한다. 이에 따라 매매목적물이 매수인에게 인도된 경우에 매수인이 목적물에 대한 위험을 부담하게 되고, 그때를 기준으로 매수인에게 위험이 이전하게 되는 것이다.[53]

결국 매매목적물의 우연한 멸실에 의해 매도인은 소유권이전의무에서 벗어나고, 이러한 멸실이 대가위험 내지 반대급부위험이 이미 매수인에게 이전되었던 시점 이후에 비로소 발생하였을 경우에도 매수인은 매매대금을 지불해야 하는 것이다.[54] 우리 민법이 위험이전에 관한 규정을 두고 있지 않은 반면, 독일민법은 매매에 있어서 대가위험의 이전에 관하여 제446조와 제447조에서 규정하고 있다. 따라서 여기에서는 위험이전에 관한 규정을 두고 있는 독일민법의 내용을 비교법적 차원에서 살펴보기로 한다.

---

51) 이은영, 앞의 책, 177쪽.

52) 김증한/김학동, 앞의 책, 231쪽; 송덕수, 앞의 책, 1327쪽 비교.

53) 지원림, 앞의 책, 1373-1374쪽. 위험이전에 관하여는 우리 민법이 별도의 규정을 두고 있지 않으며, 다만 채권자의 수령지체에서의 위험부담에 관한 제538조 1항 2문이 채권자지체의 경우에 위험이 채권자에게 이전됨을 정한 것으로 이해할 수 있다.

54) Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, § 3 Rdnr. 13.

2. 매매에서 위험이전에 관한 독일민법의 규정

독일민법에 의하면 매매에서의 대가위험은 완전한 계약이행의 시점에 비로소 매수인에게 이전하는 것이 아니라, 경우에 따라서는 그 보다 더 이른 시점에 매수인에게 이전하게 되는데, 이에 관해서는 두 가지 경우로 구분되어야 한다.

2.1 위험이전 내지 책임이전

우선 독일민법 제446조 1문에 따르면, 매도된 물건의 인도를 통하여 우연한 멸실이나 우연한 파손에 대한 대가위험이 매수인에게 이전하며, 물건의 인도는 직접점유의 획득으로 이해한다. 매수인이 매매물건을 인도받아 물건의 소유자가 되면 매매계약이 이행된 것이므로, 이 경우에는 제446조 1문의 적용범위를 벗어나게 되고, 그 이유는 대가위험은 단지 급부가 매매계약의 체결과 이행 사이에서 불능으로 되는 경우에서만 문제되기 때문이라고 한다.[55] 그리고 이 규정의 근거는 매수인이 인도된 시점으로부터 물건을 활용할 수 있다는 점에 있으며, 물건이 매수인의 지배영역에 놓여 있고 매수인 자신이 물건의 보호에 주의할 수 있기 때문에, 물건이 인도된 이후에 멸실되는 때의 불이익도 매수인이 부담해야 한다는 것이다.[56]

매도인이 매매물건을 계약에 따라 적절히 제공했음에도 불구하고 매수인이 수령하지 않음으로 인하여 목적물이 인도되지 못하는 때에는 수령지체로서 독일민법 제446조 3문에 따라 대가위험은 매수인에게 이전한다. 예를 들어 도자기의 매수인이 매도인과 협의한 시간에 물건을 인수하지 않아서 수령지체에 빠지게 된 경우, 우연한 멸실의 위험은 제446조 3문에 의해 매수인에게 이전할 것이고,[57] 그 후 매도인의 책임 없는 사유로 도자기를 도난당했다고 하더라도 매수인의 대금지불의무는 면제되지 않는다.[58] 매도인

55) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 147 u. 156.

56) Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, § 3 Rdnr. 14.

57) 이와 동일한 법적 효과는 이미 독일민법 제326조 제2항 1문으로부터 발생하기 때문에, 위험부담의 영역에서 제446조 3문은 단지 확인적 의미를 가질 뿐이라고도 한다(Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 161).

58) Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, § 3 Rdnr. 16. 따라서 독일민법 제446조의 의미와 목적에 의하면 물건이 멸실된 것이 아니고, 매수인에게서 도난당하여 찾아낼 수 없는 때에도 이 규정이 적용될 수 있고(Vgl. Erman/Grunewald, BGB, § 446 Rdnr. 8; MünchKomm/Westermann, BGB, Bd. 3, 4. Aufl., 2004, § 446 Rdnr. 8), 매수인이 물건의 수선을 위하여 정비소에 맡긴 후 작업자가 그 물건을 선의의 제3자에게 양도한 경우에도 마찬가지라고 한다(Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 158).

의 급부의무를 배제시키는 결과를 가져오는 매매물건의 멸실은 우연한 사정으로 발생해야 하는데, 이러한 관계에서의 '우연'(Zufall)은 멸실에 대해 매수인도 매도인도 책임질 필요가 없다는 것을 의미하며, 매도인에게서 도자기가 도난당한 경우에서처럼 제3자의 행위도 제446조 1문의 의미에서 우연에 해당할 수 있다.[59]

한편 제446조 1문은 동산매매에서 매도인이 소유권유보 하에 물건을 양도했을 때에도 적용되는데, 매수인은 물건이 이전된 시점부터 대가위험을 부담해야 한다.[60] 이때부터 물건이 매수인의 지배영역(Herrschaftsbereich)[61]에 놓여 있고, 제446조 2문에 따라 매수인이 물건을 사용하고 이용할 수 있는 만큼 물건에 대한 책임도 매수인이 부담하며, 계약의 경제적인 위험은 물건의 멸실이나 손상에 관계되는 한 이미 매수인에게 이전되어 있다는 것이다. 그러나 매도인이 제3자의 점유 하에 있는 물건을 반환청구권의 양도에 의하여 매수인에게 이전했을 경우에는 물건에 대한 위험이 매수인에게 이전하는 것은 아니라고 본다.[62] 한편 독일민법 제446조의 규정은 강행규정이 아니기 때문에, 당사자 사이에 위험이전과 관련하여 합의로써 달리 정할 수 있고, 이것은 특히 부동산매매에서 흔히 발생하는 상황이라고 한다.[63]

2.2 송부매매에서 위험이전

매도인이 매수인의 요청에 따라 매매물건을 이행장소와 다른 장소로 송부하는 경우, 매도인이 운송업자 또는 송부의 실행을 위해 정해진 사람이나 기관에 물건을 넘겨주면, 독일민법 제447조 제1항에 의해 대가위험이 매수인에게 이전한다. 이와 같이 송부매매

59) Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, § 3 Rdnr. 18.

60) Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., Tübingen 1998, Rdnr. 65. 우리 민법의 입장에서도 마찬가지로 보는데, 김증한/김학동, 앞의 책, 231-232쪽; 양창수/김재형, 앞의 책, 552쪽; 이은영, 앞의 책, 188쪽; 양형우, 민법의 세계, 진원사, 2015, 1271쪽 참조.

61) 위험의 이전과 관련하여 위험부담의 문제를 위험영역을 기준으로 판단할 때, 근로자와 사용자의 관계에서 기술적 및 경제적 장애의 경우의 임금위험은 사용자가 부담하는 반면, 파업으로 근로자가 노무급부를 제공할 수 없는 경우에는 그의 임금청구권이 소멸한다고 보는데, 이러한 경우에는 노무장애를 가져온 행위가 근로자의 지배영역에 속하기 때문이라고 한다(지원림, 앞의 책, 1375쪽).

62) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 147 u. 157. 물건의 인도(점유의 이전) 형태에 따른 위험이전과 관련하여 현실의 인도에서 위험이 이전하는 것은 당연하다고 보고, 그 밖에 간이인도, 반환청구권의 양도에 의한 인도, 점유개정의 경우에도 그것으로 채무의 이행이 완료되었다고 보여 지는 경우에는 마찬가지로 매수인에게 위험이 이전된다고 보기도 한다(이은영, 앞의 책, 188쪽).

63) Erman/Grunewald, BGB, § 446 Rdnr. 12.

에서는 매도인이 물건을 운송인에게 넘겨준 시점에서 물건이 매수인에게 인도되어 있지 않더라도 물건에 대한 위험은 매수인에게 이전하는 것이고, 위험이전의 시점이 제446조 1문에 비해 제447조 제1항에서 보다 더 앞당겨지게 된다.[64] 이러한 측면에서 매매에서의 위험부담에 관한 독일민법을 보면, 매도인은 제326조 제1항 1문에 의해 계약의 이행시점까지, 제446조 1문에 의해 매수인에게 물건을 인도할 때까지, 제447조에 의해 운송인에게 물건을 인도할 때까지 대가위험을 부담하게 된다.

제447조 제1항에 의한 위험이전은 무엇보다 매매물건이 이행장소와는 다른 장소로 보내진다는 것을 전제로 한다. 이에 따라 지참채무(Bringschuld)에 있어서 물건을 매수인에게 송부하는 것으로는 제447조 제1항이 적용되지 않고, 오히려 제446조 1문에 의해 위험이 이전하는데, 이것은 물건이 이행장소와 다른 장소로 송부된 것이 아니기 때문이다.[65] 그러나 추심채무(Holschuld)나 송부채무(Schickschuld)에 관계되는 한, 두 경우에 매도인의 주소지가 이행장소로 되기 때문에 매수인에게 송부하는 것은 제447조 제1항의 적용을 위한 첫 번째의 전제요건을 충족하게 된다.[66] 제447조는 매매물건이 매도인의 주소지나 영업사무소와 같은 이행장소로부터 송부되는 것을 전제로 하고, 이에 반해 매매물건이 다른 장소에서 매수인에게 발송되는 경우에는 제447조가 적용되지 않는다.[67] 매도인은 운송인에게 물건을 인도함으로써 그가 해야 할 바를 다 한 것으로 볼 수 있지만, 급부이행의 완성을 위한 의무를 이행한 것이 아니며, 매수인이 아직 물건의 소유자와 점유자로 된 것은 아니다. 그러나 매도인은 그의 급부행위를 완료했기 때문에, 물건이 운송 중에 멸실되었을 경우에 매도인이 매매대금을 위한 청구권을 여전히 가진다고 보는 것이다.[68]

---

64) 그렇다고 하더라도 독일민법 제447조는 채권법현대화법률에 의한 채권법개정을 통하여 그 의미를 현저히 잃었다고 평가되는데, 이 규정은 독일민법 제474조 제2항에 따라 기업가로부터 소비자에게 판매되는 동산의 매도(소비재매매)에 있어서는 유효하지 않다고 한다. 이 경우에는 오히려 제446조에 의해 매수인이 물건의 점유를 획득하는 때에 비로소 매수인에게 위험이 이전한다는 것이다(Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, § 3 Rdnr. 20; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 172).

65) Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 2006, § 73 Rdnr. 36.

66) Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, § 3 Rdnr. 21; 이은영, 앞의 책, 190쪽.

67) Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, § 3 Rdnr. 22.

68) Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 163; Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, Rdnr. 67. 그러나 추심채무를 원칙으로 하는 독일민법과는 달리 지참채무를 원칙으로 하는 우리 민법의 경우에는 송부만으로는 부족하고 목적지에 도달해야 비로소 이행이 완료되는 것이기 때문에, 매매목적물을 단지 송부하는 것만으로는 위험부담의 법리가 적용되지 않고 위험이 매수인에게 이전하지 않는다고 한다(김증한/김학동, 앞의 책, 230-231쪽).

물건의 발송은 매수인의 명시적 또는 묵시적 요구에 의해 이루어져야 하고, 매수인이 계약체결 후에 그러한 의향을 표시해도 족하다. 그에 반해 매도인이 독단적으로 발송하는 경우에는 제447조가 적용되지 않는다. 송부의 형태에 대하여는 매도인이 자유롭게 선택할 수 있으며, 그가 매수인의 특별한 지시에 따르지 않더라도 제447조 제1항에 의한 위험이전에 영향을 주지 않는다. 다만 매도인은 급박한 사정없이 매수인의 지시에 따르지 않음으로 인하여 발생한 손해에 대해 매수인에게 책임을 져야 한다.[69] 한편 송부매매에서의 위험이전은 운송업자, 우편, 철도 등의 운송인에게 매매물건이 인도됨으로써 발생하는 바, 운송계약의 체결에 의해 아직은 물건이 매도인의 지배영역에서 벗어난 것은 아니기 때문에 그것만으로는 위험이전을 위해 충분하지 않다.[70]

Ⅴ. 결 어

쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다고 규정한 민법 제537조가 채무자위험부담주의를 채택하고 있는 바, 이에 따르면 매매에서 매매물건의 우연한 멸실로 인한 위험(대가위험 또는 반대급부위험)은 매도인이 부담하게 된다. 또한 위 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 경우와 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 경우에 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다고 규정한 제538조에 의하면, 매수인의 귀책사유에 의해 매도인의 이행불능이 발생한 때에는 매도인은 매수인을 상대로 매매대금의 지급을 청구할 수 있게 된다. 앞에서 언급했듯이 제537조가 실질적 의미에서의 위험부담에 관한 규정이고, 제538조의 규정은 채권자의 귀책에 대한 결과로서 그에게 위험을 부담시키는 내용에 불과하다.

한편 위험이전에 관해서는 우리 민법이 직접적인 규정을 두고 있지 않은 반면, 독일민법은 매매에 있어서 대가위험(또는 반대급부위험)의 이전에 관하여 제446조와 제447조에서 규정하고 있다. 이에 의하면 매매물건의 인도로서 우연한 멸실과 우연한 손상의

69) Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, § 3 Rdnr. 25.

70) 이와 관련하여 매매물건을 운송인에게 전달할 매도인 측의 사람들에게 물건이 인도되어 있는 경우에 위험이전을 가져오는 것인가에 대해서는 견해가 나뉜다(Vgl. MünchKomm/Westermann, BGB, § 447 Rdnr. 16; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnr. 169).

위험이 매수인에게 이전하고, 매도인이 매수인의 요구에 따라 매매물건을 이행장소와 다른 장소로 보내는 경우에는 매도인이 그 물건을 운송을 위해 지정된 자에게 인도하면 그때부터 위험이 매수인에게 이전한다. 이것은 개정 전의 독일민법 제446조가 부동산의 경우에는 등기 시에 위험이 이전된다고 한 반면, 개정된 규정은 목적물의 인도 시에 위험이 매수인에게 이전된다고 함으로써, 매매목적물이 실질적으로 누구의 지배영역에 놓여 있었느냐를 기준으로 위험을 부담시킨 것으로 볼 수 있겠다.

따라서 매매에서의 위험부담은 매도인과 매수인 누구에게도 책임 없는 사유에 의해 매도인이 매매목적물을 인도할 채무를 이행할 수 없게 된 경우, 매도인이 매수인을 상대로 매매대금의 지급을 청구할 수 있는가의 문제이다. 여기서 우리 민법이 채무자위험부담주의를 채택하여 매도인에게 대금지급을 위한 청구를 인정하지 않은 것은 그에게 대가위험을 부담시킨 것인데, 이것은 매매물건이 매수인에게 인도되기 전까지는 매도인이 물건을 사실상 지배한다는 점에서 당연한 규정이라고 평가할 수 있다. 위험이전과 관련해서도 소유권이 이전되기 전에도 매매물건이 매수인에게 인도되는 시점에서 물건의 위험은 매수인에게 이전한다고 해석된다.

결과적으로 매매에서의 위험부담은 원칙적으로 매매목적물이 매도인과 매수인 어느 쪽의 지배영역(Herrschaftbereich) 내지 책임영역(Verantwortungsbereich)에서 멸실되거나 손상되었는가를 기준으로 결정하면 되고, 물건이 매수인의 지배영역으로 들어갔을 경우에는 그에게 위험이 이전한다고 해석할 수 있을 것이다. 따라서 매매에 있어서의 위험부담의 문제를 결정해야 할 경우에 매매물건이 누구의 지배영역에 놓여 있는 것인가에 대한 판단이 먼저 이루어져야 한다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

김준호, 민법강의, 법문사, 2015.
김증한/김학동, 채권각론, 박영사, 2006.
김형배, 채권총론, 박영사, 1998.
송덕수, 신민법강의, 박영사, 2014.
양창수/김재형, 민법 I: 계약법, 박영사, 2010.
양형우, 민법의 세계, 진원사, 2015.
이은영, 채권각론, 박영사, 2007.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2015.
Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 30. Aufl., München 2004.
Brox/Walker, Besonderer Schuldrecht, 30 Aufl., München 2005.

2. 학술지

강봉석, “대상청구권의 의의 및 요건”, 민사법학 제32호, 한국민사법학회, 2006, 245-272쪽.
박규용, “계약해제에 있어서 위험의 분배”, 비교사법 제7권 2호(통권13호), 한국비교사법학회, 2000. 12, 483-507쪽.
_____, “대상청구권의 적용에 관한 논의”, 법학연구 제24집, 한국법학회, 2006. 11, 103-123쪽.
송덕수, “취득시효와 대상청구권”, 저스티스 제30권 제2호, 한국법학원, 1997, 234-258쪽.
양창수, “매매목적토지의 수용과 보상금에 대한 대상청구권”, 민법연구 제3권, 박영사, 1995.
유남석, “쌍무계약 당사자 쌍방의 대가적 채무가 모두 이행불능이 된 경우 대상청구권 행사의 가부”, 대법원판례해설 제26호, 1996.
이상경, “대상청구권”, 민사재판의 제문제, 1992.
이상태, “전세권 소멸의 해석론”, 일감법학 제5권, 건국대학교 법학연구소, 2000. 12, 39-59쪽.

임건면, “대상청구권에 관한 소고”, 경남법학 제14권, 경남대학교 법학연구소, 1998, 131-148쪽.

정상현, “대상청구권의 인정 여부에 관한 법리 재검토”, 성균관법학 제19권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007. 2, 671-727쪽.

조광훈, “우리 민법상 대상청구권의 해석적 인정에 따른 비판적 논고”, 사법행정 제47권 10호, 한국사법행정학회, 2006. 10, 24-37쪽.

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Bd. 1, 2004.

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.

Löwisch, Herausgabe von Ersatzverdienst: Zur Anwendbarkeit von § 285 BGB auf Dienst- und Arbeitsverträge, NJW 2003.

Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 2006.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3(§§ 433-610), 4. Aufl., 2004.

Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., München 2004.

Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., Tübingen 1998.

[Abstract]

Gefahrtragung und Gefahrübergang im Kauf

Park, Kyu-Yong*

Es ist fraglich, welche rechtlichen Folgen sich aus der Verletzung der Verkäuferpflichten für die Gegenleistungspflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises ergeben. Dem Käufer steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu. Danach kann er die Kaufpreizahlung verweigern, bis der Verkäufer seine Verpflichtungen zur Übereignung und Übergabe der Kaufsache erfüllt. § 356 greift allerdings nur ein, wenn die Leistungspflicht des Verkäufers noch fortbesteht, nicht dagegen, wenn sie ausgeschlossen ist. Außerdem kommt sie dem Käufer nur dann zugute, wenn er den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat. Andernfalls muss er vom Vertrag zurücktreten, um den gezahlten Kaufpreis zurückfordern zu können.

Falls der Verkäufer wegen Unmöglichkeit, groben Missverhältnisses zwischen Aufwand und Leistungsinteresses des Käufers oder wegen Unzumutbarkeit von seiner Leistungspflicht frei wird, entfällt sein Anspruch auf die Kaufpreiszahlung. Allerdings bleibt dei Käufer zur Kaufpreiszahlung verpflichtet, wenn er für den zur Unmöglichkeit führenden Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich ist.

Schließlich muss der Käufer den Kaufpreis auch dan zahlen, wenn die Übereignungspflicht des Verkäufers wegen zufälligen Untergangs der Kaufsache ausgeschlossen ist und dieser Untergang erst nach dem Zeitpunkt eingetreten ist, in dem die sog. Preisgefahr o. Gegenleistungsgefahr schon auf den Käufer übergegangen war. Beim Kauf geht die Preisgefahr nicht erst im Zeitpunkt der vollständigen Vertragserfüllung, sondern u.U. schon früher auf den Käufer über.

[Key Words] Gefahrtragung, Gefahrübergang, Preisgefahr, Gegenleistungsgefahr, Kauf, Erfüllungsunmöglichkeit, Herrschaftbereich

* Professor, Jeju National University Law School