

민법개정위원회 대상청구권 개정안의 법리적 검토

A Legal Analysis of the Reform Bill on the Claim Rights of Vicarious Compensation by the Reform Committee

성 중 모*
Seong, Dschung-Mo

목 차

- | | |
|----------------------|-------------|
| I. 대상청구권의 의의 및 문제 상황 | III. 개별적 비판 |
| II. 학설 및 판례의 현 상황 | IV. 결론 |

우리 민법상 대상청구권은 명문의 규정이 없음에도 불구하고 별다른 저항 없이 처음부터, 특히 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581 판결 이래 우리의 학설을 석권하였으며, 판례에서도 그 적용범위가 확대일로에 있다. 그 이유로는 우선 독일 학설의 절대적 영향을 들 수 있다. 그러한 상황에서 2013년 민법개정안은 대상청구권을 명문으로 규정하였으며 위험부담 규정도 그에 맞추어 개정하였다.

이 글에서는 우리 민법이 대상청구권을 그렇게 확고하게 인정하였는지를 제3기 민법개정위원회의 민법개정안과 그 전에 시도되었던 민법개정시안의 해당 조문들을 소재로 법논리적인 방식에 따라 비판적으로 고찰하는 것을 그 목적으로 하였다. 결론적으로 인정 근거는 취약한 것으로 드러났으며, 앞으로의 민법 개정의 기회에서는 대상청구권 제도의 본질과 우리 민법 전체의 취지를 더 잘 살펴 대상청구권의 실정법 도입 여부를 따져야 할 것으로 보인다.

이 글의 결론을 분설하면 다음과 같다.

1. 민법전에 명시적 규정도 없는 대상청구권이 과연 우리 법체계에 적합하여 인정하

투고일 : 2017. 5. 10. / 심사의뢰일 : 2017. 5. 23. / 게재확정일 : 2017. 6. 1.

* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School University of Seoul

여야 하는가와 관련하여, 양 당사자 무과책의 경우 채무자위험부담원칙이 적용되고 있는 우리 민법에서 대상청구권을 인정하여 채권자에게 이익 귀속을 인정하는 것은 채무자에게 이중의 불이익을 부과하는 것으로서 이익원칙에 위반한다. 그리하여 대상청구권은 현행 민법체계에 부합하지 않고 공평의 원칙을 실현한다는 취지를 갖는다지만, 오히려 공평의 원칙에 위배된다는 결론에 이르렀다.

2. 대상청구권을 제한 없이 인정하자는 일반적 인정설이 다수설인데, 인정설을 취한다고 하더라도 그 적용 범위에는 제한을 두어야 한다. 물론 필자의 견해를 취한다면, 이미 대상청구권의 인정 자체를 부정하였으므로 제한으로 갈 것도 없다. 그러나 부득이 다수설을 받아들여 대상청구권을 인정하는 경우라도 ‘법률행위에 의한 이익’까지 확대 해석하여 대상청구권을 적용하는 것은 타당하지 않다.

3. 대상청구권 인정 여부와 관련하여 우선 인정을 하지 않거나 제한하는 것이 이론적으로 정합적이지만, 민법개정 시에 민법전에 명문의 규정을 신설하여 체계적합성을 창출해낼 수도 있다. 다만, ‘물건에 의한 대상’의 경우로 국한해야 하고, 아직 손해배상이 인정되기 시작하는 병리 상태로 진입한 것은 아니므로 대상청구권을 손해배상보다 우선 청구하도록 하여야 한다. 마지막으로 대체의 원리상 초과이익은 당연히 채권자에게 귀속한다.

[주제어] 대상청구권, 대상, 위험부담, 관계사고, 이익원칙

I. 대상청구권의 의의 및 문제 상황

1. 대상청구권의 의의

대상청구권이란 이행을 불능케 하는 사정이 동시에 채무자에게 대상이 생기도록 한 경우 그 대상을 채권자가 채무자에게 청구하는 권리로 정의된다.¹⁾ 이른바 대상원리에 기초하는데, 대상 원리는 채권적으로도 물권적으로도 인정된다.²⁾ 대상청구권은 우리나라

1) ‘대상(代償)’이라는 용어보다 ‘대체이익’이 타당하다는 견해(송덕수, “대상청구권의 몇 가지 중요 문제에 관한 개별적인 검토-특히 보험금과 초과수익을 중심으로-”, 법학논총 Vol.36 No.1, 전남대학교 법학연구소, 2016; 김형석, “대상청구권-민법개정안을 계기로 한 해석론과 입법론-”, 법학(서울대학교) 55권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2014.12.)가 있는데 일리가 있다. 다만 대체이익이라는 용어로 과연 Stellvertretung 내지 substitution(두 용어 모두 A가 B를 완전히 대신한다는 의미이다)이라는 의미가 살아날 수 있는지는 더 고찰이 필요하다. 아래에서는 관용적인 용어 ‘대상’을 그대로 사용하였다. A. M. Wiczorek, “Erlösherausgabe nach § 281 BGB-Eine Untersuchung zu Umfang und Grenzen des § 281 BGB-”, Dissertation Marburg, 1995, S. 69ff.

2) 독일민법 제285조; 그 전신(前身)인 제1초안의 제238 E I조 참조.

라 민법에서 성문법적인 규율은 되어 있지 않지만 판례나 학설에 의하여 별 반감 없이 광범위하게 인정되고 있는 법제도이다. 그러한 판례나 학설의 태도에 기초하여 2013년 민법개정안에서는 아래와 같이 대상청구권이 실정화 되기에 이르렀다. 물론 당시 마련된 민법개정안은 국회에서 통과된 바는 없으므로 실정화는 진정한 실현을 이루지 못했다. 우리 법학이 큰 영향을 받고 있는 독일에서는 명문의 규정³⁾을 두고 있고 명문의 규정이 없는 일본에서는 아주 오래 전부터 대상청구권을 인정하고 있다.⁴⁾

2. 민법개정위원회의 개정안

1958년 민법 제정 이후 한국에서 특히 재산법 부분의 개정 필요성이 인식되었는바, 1999년 2월에도 법무부에 의하여 법조계와 학계의 전문가 12명으로 민법개정특별분과 위원회가 구성되어 2004년 6월 민법 재산편 개정안을 확정하여 같은 해 10월 21일 민법중 개정법률안이 국회에 제출되었다. 그러나 이 개정안은 꽃을 피우지 못하고 국회 임기만료로 폐기되었다.⁵⁾ 그러다가 다시금 민법개정의 필요성이 인정되어 2009년부터 법무부가 시작한 민법개정 준비 작업은 소위 제3기 민법개정위원회에 의하여 실행되어 2013년에 개정안이 확정되었지만, 이 개정안 또한 제대로 입법부 통과라는 성취를 이루지는 못했다.⁶⁾

민법개정위원회 제3기에서 ‘대상청구권’은 전체 여섯 분과위원회 중 제4분과위원회(담당: 채권법 1, 위원장: 송덕수)에서 담당하였다. 그간 학설에 의하여 인정되어 발전된 대상청구권 이론이 개정안에 반영되었다. 개정위원회가 최종적으로 결정한 개정안은 다음과 같다.

3) § 285 Herausgabe des Ersatzes

(1) Erlangt der Schuldner infolge des Umstands, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

(2) Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

4) 日大判 昭和 22.15, 民集 6卷 236.

5) 권영준, 2013년 민법 개정시안 해설(채권편), 법무부, 2쪽.

6) 단, 이 글에서는 우리나라 민법개정의 연혁적인 고찰은 주제가 아니기 때문에 상론하지 않겠다. 민법개정 작업 중 대상청구권 신설의 전반적 과정에 관해서는 김형석, “대상청구권-민법개정안을 계기로 한 해석론과 입법론 -”, 서울대학교 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014.12, 104쪽 참조.

제399조의2(대상청구권(代償請求權))

- ① 채무의 이행을 불가능하게 한 사유로 채무자가 채권의 목적인 물건이나 권리를 갈음하는 이익을 얻은 경우에는 채권자는 그 이익의 상환을 청구할 수 있다.
- ② 채권자가 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하는 경우에, 제1항에 따라 이익의 상환을 받는 때에는 손해배상액은 그 이익의 가액만큼 감액된다.

제537조(채무자의 위험부담)

- ① 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.
- ② 제1항은 상대방의 계약 해제에 영향을 미치지 아니한다.
- ③ 상대방이 제399조의2 제1항에 따라 이익의 상환을 청구하는 경우에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 이 경우에 상환할 이익의 가치가 본래의 채무보다 작으면 상대방의 채무는 그에 비례하여 감소한다.

그 전에 제출된 민법개정위원회 시안(試案)은 다음과 같았다.

[제396조의2]

- ① 채무자가 급부를 불능하게 하는 사정의 결과로 채무의 목적물에 관하여 그것에 대신하는 이익을 취득하는 경우에는 채권자는 그 이익을 청구할 수 있다.
- ② 채권자가 불이행을 이유로 손해배상청구를 할 수 있는 경우에 그가 제1항에 규정된 권리를 행사하는 때에는 배상액은 대신하는 이익의 가치만큼 줄어든다.

[제537조 2항]

상대방이 제396조의 2에 의하여 채무의 목적물에 대신하는 이익을 청구하는 경우에는, 그는 채무를 이행하여야 한다. 다만, 그의 채무는 목적물에 대신하는 이익의 가치가 본래의 채무보다 적은 경우에는 그에 비례하여 줄어든다.

아래에서는 방금 소개한 민법개정위원회의 개정안과 개정시안을 소재로 삼아 법제도 대상청구권을 비판적으로 고찰하겠다. 그럼으로써 판례 및 학설의 토대가 되고 있는 기본 관념을 파악하고 비판해 보려 한다.

3. 문제의 제기

대상청구권 관련 저술에서 대상청구권을 인정하는데 다툼이 없다는 기술을 빈번히 접한다.⁷⁾ 그러나 이렇게 다툼이 없다는 학설 상황은 의문이다. 필자에게는 대상청구권이 우리 민법의 전체 틀에 부합하는지, 부합한다 하더라도 그 적용범위를 구체적으로 어디까지 정할 것인지 등 여러 문제가 불분명한 것으로 보이기 때문이다.

대상청구권이라는 주제는 이행불능이라는 사태에 직면하여 그로부터 발생한 이익을 채권자 또는 채무자에게 귀속시킬 것인가의 문제로서 민법 전 체계와 관련되어 있는 채권채무관계의 본질 및 성격 및 급부장애법과 관련된 중요한 문제이다. 위에서 본 민법 개정안들은 기존의 종래 학설과 판례에서 인정하고 있던 내용 또는 필요성이 인정되던 내용을 실정화하는 것이어서, 이전의 해석론에 대한 재검토뿐만 아니라 필요하다면 정책적으로 신법을 요구하는 입법론적인 접근까지 필요하다. 지금까지 독일 입법과 학설의 지대한 영향 하에 대상청구권에 대한 해석론에 있어서 일반적 인정설이 무반성적으로 받아들여지고 있는 것으로 보인다. 민법 개정안의 내용에 개선할 점이 있는지를 검토하겠지만 기존의 여러 논문에서 다루어진 내용들은 이 글에서 생략하겠다. 그 대신 기초적 원리들에 근거를 둔 반대 논거들을 제시함과 동시에 앞으로 대상청구권과 채권채무관계 일반론 내지 급부장애론을 반성하려 한다. 이로써 한편으로 현행법의 해석과 운용에 기여하면서, 다른 한편으로 앞으로의 민법의 개정이 보다 바람직한 방향으로 이루어지는데 조력하는 것이 이 글의 취지이다.

이러한 사유로 이 글에서는 대상청구권 인정설을 비판적으로 고찰한다. 물론 대상청구권을 비판적으로 보면서도 다른 법제도들이 존재하므로 대상청구권이 불필요하다거나 다른 법제도들과 대상청구권이 충돌한다는 근거를 대는 견해들도 있지만,⁸⁾ 이 글에서는 비판의 주안점을 엄격한 법리적 논변에 기초하겠다. 그러한 기본적 법리를 적용한다면 과연 그렇게 용이하게 대상청구권이 인정되는지 의문이기 때문이다.

7) 지원립, 민법강의 제13판, 홍문사, 2015, 1072쪽은 대상청구권의 명문 규정이 없는 것을 ‘법의 흠결’로 보면서 명문의 규정이 없다고 해서 부정할 것은 아니라는 견해이며, 송덕수, 신민법강의, 박영사, 1003쪽은 대상청구권은 우리 법에서도 인정되어야 할 뿐 아니라 그것도 일반적으로 인정되어야 한다고 한다.

8) 이은영, 채권총론, 박영사, 2006, 57쪽 이하.

II. 학설 및 판례의 현 상황

1. 서론

후발적으로 이행 불능이 발생하고 그 사실과 동일한 원인에 의하여 채무자가 이행의 목적물에 갈음하는 이익을 얻었을 경우 채권자가 채무자에 대하여 그 이익을 청구할 수 있는 권리라고 정의되는 대상청구권 제도는 우리 민법에 실정적으로 규정되어 있지 않기 때문에 학설상 약간의 논의만이 있었다. 그러다가 대상청구권과 관련하여 *leading case*로 인정되는 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581 판결 이후 통설이나 판례가 이 법제도를 별 주저 없이 인정하고 있는 것으로 보인다. 위 판결에서는 매매목적토지의 수용과 보상금에 대한 대상청구권이 문제된 사안을 해결하면서 “우리 민법에는 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 해석상 대상청구권을 부정할 이유가 없다.”라고 판시하였다. 일정한 논증을 위하여 논거를 제시하는 방식은 크게 적극적 제시와 소극적 제시가 있다. 적극적 제시는 명확하기는 하지만 제시자가 논거를 제시하는 부담이 큰 반면, 소극적 제시는 불명확하지만 제시자의 부담이 적다. 위의 법원의 정식화는 전형적인 소극적 논거 제시(“부정할 이유가 없다.”)의 형태로서 적극적으로 논거 제시가 되지 못하여 아쉬운 부분이 있다.

2. 인정여부에 관한 학설과 판례

대상청구권을 인정하는 입장이 판례일 뿐만 아니라 다수설인 것으로 파악된다.⁹⁾ 인정설은 또 일반적 인정설과 제한적 인정설로 나뉘는데, 일반적 인정설이 지배적인 것으로 보인다. 판례의 입장은 대상청구권을 광범하게 인정하는 일반적 인정설에 가까운 것으로 파악된다.

인정설의 근거로는 우선 소극적으로 법적 근거가 없다고 부정할 것은 아니라는 견해가 있다(특히 위 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다4581 판결의 정식이 그러하다). 조리(條理)를 근거로 들고 있기도 하다.¹⁰⁾ 민법상 개별적인 규정 배후의 일반적 법원칙을 법률의

9) 대상청구권이라는 주제에 관한 한, 송덕수, “이행불능에 있어서 이른바 대상청구권·독일민법과의 비교·검토”, 논문집(경찰대) 4집, 경찰대학, 1985.가 선구적 연구이다. 다만 대상청구권이 광범한 관심을 불러일으킨 것은 위의 대법원 판결 이후이다.

10) 이상경, “대상청구권 : 대법원 1992. 5. 12. 선고 제1부 92다 4581(본소), 4598(반소) 판결”, 이시윤 박사 회갑기념

홈결에 적용할 수 있다고 보아 법유추(Rechtsanalogie)에 의한 보충이 필요하다고도 한다.¹¹⁾ 다른 견해는 대상청구권을 ‘정당한 귀속(suum cuique)’의 실현 방편으로 보기도 한다.¹²⁾ 또 견해에 따라서는 대상청구권이 기초하고 있는 것은 ‘경제관계상 속하지 않아야 할 자에게 귀속된 재산적 가치는 그것이 마땅히 속하여야 할 자에게 돌려져야 한다’는 것이 우리 민법의 근본사상이라 한다.¹³⁾ 그러나 이것은 전형적인 ‘논점 선취의 오류(petitio principii)’로서 이미 처음부터 특정 당사자에게 재화가 마땅히 속하여야 한다는 것이 전제되어 있기 때문에 누구에게 마땅히 속하여야 하느냐가 먼저 정해지지 않으면 안 된다는 점에서 부당하다. 게다가 ‘채권채무관계의 연장효’를 근거로 들면서 이행불능의 결과 채무자가 받은 이익은 채권자에게 돌려져야 한다는 주장도 있고, 당사자들의 추정적 의사에 따른 계약의 보충적 해석상 인정된다는 주장도 있다.¹⁴⁾ 기본적으로 민법 제342조 등 ‘대위’ 법리를 그 근거로 드는 것은 옳은 것으로 보이며, 대위의 본질에 기반을 두고 풀어야지, 조리나 신의칙,¹⁵⁾ 법의 일반 원칙,¹⁶⁾ 법의 이치, 근본 사상 등을 근거로 삼아서는 안 될 것이다.

앞으로의 논의 진행을 위하여 인정설의 내용을 간략히 정리한다.

2.1 일반적 인정설

일반적 인정설은 우선 우리 민법에 ‘대위(代位)’(내지 ‘대상(代償)’의 법형상이 일반적(제342조, 제370조, 제399조, 제480조, 제1083조, 제1084조)이라는 근거를 제시한다. 그리고 결국엔 공평(公平) 원칙에 의하여 이익을 정당하게 귀속할 곳에 귀속시켜야 한다는 일반적 법원칙을 들기도 한다. 필자는 일반적 법원칙이 아니라, 대위 법리를 근거로서 제시하는 것이 타당하다고 본다.

논문집, 1995, 254쪽. 그러나 조리는 법원(法源)으로 하기에 부족하다.

- 11) 양창수, 민법주해(9), 박영사, 290쪽.
- 12) 송덕수, 대상청구권, 민사판례연구 XVI, 박영사, 1994, 19쪽 이하.
- 13) 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2016, 1003쪽.
- 14) 김대정, 채권총론 개정판, 피데스, 2007, 517쪽; 임전면, “대상청구권에 관한 소고”, 경남법학 제14권, 경남대학교 법학연구소, 1998, 137쪽.
- 15) 안법영, “채권적 대상청구권우리 민법의 발전적 형성을 위한 비교법적 소고”, 채권법에 있어서 자유와 책임 (김형배 교수 화갑기념논문집), 박영사, 1994, 234쪽 이하.
- 16) 최수정, 급부장애와 위험부담 (한림과학원총서 101), 소화, 2003은 대위법리(Surrogationsprinzip)를 타당하게도 일반적인 법원칙으로 본다. 다만 대위법리는 구체적 법규칙으로서 사안에 직접 적용할 수 있기도 하다는 점에서 실정화된 일반적 법원칙이라고 할 수 있다.

2.2 제한적 인정설

대상청구권이라는 법제도를 이행불능의 효과로 일반적으로 인정하기에는 무리라고 본다. 민법 제390조에서 예정하고 있는 채무불이행의 한 유형으로 보지 않는다. 우선적으로 제3자 채권침해, 채무불이행 손해배상, 채무자위험부담주의와 같은 기존의 제도를 우선적으로 적용하고 그러한 제도들을 통해서도 해결되지 않는 경우에만 대상청구권을 보충적으로 적용할 수 있다고 본다.¹⁷⁾

3. 문제의 제기

위에서도 언급한 바와 같이 이 글에서 기존의 논의를 반복할 의도는 전혀 없다. 그 대신 기초적 법리 차원에서 대상청구권이 타당성 및 적실성을 갖는지를 검토하겠다.

대상청구권이 우리 법원과 학계에서 별 거리낌 없이 인정되고 있는 현 상황에서 우선 다음과 같은 세 가지 문제를 제기할 수 있다.

제1질문. 민법전에 명시적 규정도 없는 대상청구권이 과연 우리 법체계에 적합하여 인정하여야 하는가?

제2질문. 대상청구권을 제한 없이 인정하자는 일반적 인정설이 다수설인데 인정설을 취한다고 하더라도 여하한 제한의 필요도 없는가?

제3질문. 일반적으로든 제한적으로든 대상청구권을 인정한다고 할 때, 개정 민법에 명문의 규정을 신설하는 것이 요청되는가?

III. 개별적 비판

위 세 가지 문제 제기와 관련하여 여러 문제점들이 드러난다. 그 문제점들을 하나하나 고찰해 보고 결론적으로 그 세 질문에 적절한 답을 현출해 내도록 시도하겠다.

17) 이은영, 앞의 책, 230쪽.

1. 제1의 비판점: 위험부담의 측면

1.1 문제의 제기

대상청구권은 위험부담 내지 위험이전 문제와 불가분의 관계에 있다. 대상청구권에 대한 비판 중에는 쌍무계약으로 형성된 채권채무관계에서 채무자의 과책 없이 이행이 불능하게 된 경우, 채권자가 대상청구권을 행사하면 관계가 이어져 채권자 자신도 당연히 자기의 의무를 이행해야 하는데 반하여, 대상청구권을 행사하지 않으면 민법 제537조가 적용되어 채권자는 채무자의 이행도 청구하지 못하지만 물론 자신의 이행을 하지 않아도 된다는 결론에 이른다. 물론 같은 사실관계에서 채권자의 선택에 따라 계약관계가 존속하는지 소멸하는지 달라진다고 부당한 것은 아니다. 오히려 그것이 문제가 아니라, 채무자위험부담주의를 취한 우리 민법의 정신에 비추어 기본적으로 대상청구권이 타당한 법제도인지가 문제이다.

1.2 위험부담과 대상청구권의 관계

그런데 현행 한국 민법전에 위험이전에 관한 명문규정은 없지만 대체로 인도 시로 보는 ‘인도주의’(독일, 오스트리아)로 인정되고 있다. 유럽 매매법 전통에서는 양당사자 무책(無責)으로 목적물이 멸실된 경우, 그 위험을 원칙적으로 매수인이 부담하였다(로마법 이래 인정된 ‘caveat emptor’ 원칙¹⁸⁾).¹⁹⁾ 그 맥락 하에 오늘날 프랑스와 스위스 민법은 소위 채권자위험부담주의인 것으로 인정된다. 반면 한국 현행법은 매수인 위험부담주의를 취한 것이 아니면서도 다수설, 판례는 무반성적으로 대상청구권을 인정하고 있다.

전통적 유럽 매매법과 같이 채권자(매수인)위험부담주의의 경우 대상청구권이 논리적으로 필요하고 소위 ‘이익 원칙Utilitätsprinzip’²⁰⁾과도 부합한다. 우리 민법은 매도인이 위험부담하는데 대상(代償)까지 매수인에게 이전시킴으로써, 채무자인 매도인은 2중으로 불이익을, 채권자인 매수인은 이중으로 이익을 얻는 불공평이 실현된다. 이익원칙에 현저히 위배하는 것으로서 부당함이 명백하다.

18) 최병조, 민법주해(VIII), 박영사, 72쪽.

19) 물론 이 원칙에는 여러 가지 예외적 상황들이 존재했다. 종류채권인 경우 특정으로 볼 수 있는 계량admensura 시점까지는 매도인이 위험을 부담했다. D.18.1.1.

20) 아래 [3. 제3의 비판점: 민법상 이익원칙의 고려] 참조.

이러한 문제점을 선명하게 부각시키기 위하여, 물건변동에서 대항요건주의를 취하고 있는 프랑스를 주목할 필요가 있다. 즉 프랑스 민법에서는 대항요건주의를 취하여 대가의 위험이 이미 물건변동 시에 이전된다고 하기에 더 편익롭다. 실제로 프랑스 민법전은 제1303조에서 대상청구권을 실정적으로 규정하고 있다. 프랑스는 목적물 인도 시점부터 채권자가 소유자가 된다. 그리하여 목적물에 대한 소유권이전과 동시에 채권자에게 위험도 이전된다. 소유자위험부담주의가 적용된다고 할 수 있다. 이런 측면에서 채무자위험부담주의를 택한 우리 민법의 체계보다 프랑스 법이 논리적으로 훨씬 정합적인 태도를 보이고 있다. 즉 이미 위험까지 이전받은 채권자는 대상이라는 이익까지 자기에게 청구할 수 있어야 한다는 것이다.

제1303조: 채무자의 과실 없이 물건이 멸실되거나 거래할 수 없게 되거나 또는 상실되는 경우, 채무자는 그 물건의 배상으로서 얻은 권리 또는 소권을 채권자에게 양도하여야 한다.

Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdu, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

물론 우리 민법과 다른 점은 그것뿐만이 아니라 로마법 이래의 소권법(訴權法)의 영향으로 권리 또는 소권의 양도를 채권자의 권리이자 채무자의 의무로 정하고 있다. 권리 또는 소권의 양도라는 기제를 우리 민법은 대체이익을 위한 실체법적인 ‘청구권’으로 변환시켰다.

2. 제2의 비판점: 관계사고의 적절성

2.1 관계의 성립은 언제 이루어지는가?

법학에서, 특히 민법에서 ‘법률관계’라는 용어가 관용되고 있다. 과연 민법에서 법률 ‘관계’라는 관념은 타당한가? 소위 관계개념이 법학을 지배하고 있다. 채권관계(Schuldverhältnis)라는 용어는 민법 도그마틱에서 확고한 위치를 점하고 있다. 더 나아가 채권채무관계는 가능한 한 연장된다고 본다. 이러한 관계 사고는 독일 판덱텐 법학의 산물로 인정된다. 1902년판 데른부르크의 판덱텐 교과서를 보면 사비니 법률관계론 이

래 발전되어 온 법률관계 개념을 ‘사람의 다른 사람들 또는 다른 재물에 대한 법적으로 효력 있는 관계(rechtlich wirksame Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Sachgütern)’으로 정의하고 있다.²¹⁾ 이 정의에서 우리는 판덕텐 법학이 인간-인간 사이뿐만 아니라 인간-물건 사이에도 법률관계를 인정하여 청구권을 넘어 지배권에 이르기까지 전반적으로 법률관계에 기하여 전체 법체계를 파악하고 있음을 간취할 수 있다.

이처럼 로마법에는 없었던 법률관계가 상용된 것은 근대의 일이며, 종래 전통적으로는 사람 간에 권리와 의무를 발생시키는 것을 ‘단발적 행위(Akt)’로 파악하는 관점이 우세하였다. 반면 현재는 법률관계를 맺게 되면서 당사자들이 ‘지속적 관계(Verhältnis)’ 내에 구속되어 있다는 견해가 지배적이다.²²⁾ 법학에서 관계 사고는 적절한가? 관계 사고란 일응 채권의 목적물이 당사자의 귀책 없이 급부 불능이 되어 버린 경우, 채권채무관계를 해소하고(깨고) 다른 방식으로 이익을 조정하지 않고 관계를 깨지 않은 채 채권채무관계 내에서 문제를 해결하려는 태도라고 정의할 수 있다. 외부로 유출되는 부분을 차단하고 결국에는 이익이든 불이익이든 당사자에게 귀속시킴으로써 내부로 환원시키는 것이다. 대상청구권 제도에 특히 더 강한 관계사고의 존재를 볼 수 있다. 대상청구권 인정설은 대표적인 관계사고의 한 실례라 하여야 한다. 인정설은 “관계를 깨지 말고 가능한 한 지속케 하라.”는 모토에 지배되고 있다.

그러나 관계 사고에서도 한계는 있다. 채권채무관계를 한번 맺는 경우 그것이 언제 풀리는지, 당사자들이 의사로 풀 수 있는지 등의 문제는 채권채무관계의 본질에 관한 철학적 숙고가 필요한 지점이다.

우리 대법원의 판결 중에는 물론 관계의 성립을 부정한 예들이 있다.

관계의 부정례 1

대법원 1996. 6. 25. 95다6601 판결에서 법원은 “쌍무계약에서 당사자 쌍방의 채무가 모두 이행불능이 된 경우에는 대상청구권이 인정되지 않는다.”는 입장을 밝혔다. 이 판결을 분석하면서 통설은 채권자에게 이행될 급부도 불능이 되기 때문에 대상청구권이 인정될 수 없다고 한다. 공평의 원칙을 그 이유로 들고 있다. 그러나 직접적으로 ‘관계’를 언급하지는 않지만 명백히 관계 사고에 영향을 받은 것이다. 필자가 보기에도 이러한

21) Heinrich Dernburg, *Pandekten I*, 1902, S. 88.

22) Rechtsakt와 Rechtsverhältnis 사이의 구별과 함의에 관해서는 Werner Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, 1990, 특히 S. 99 이하 참조.

경우까지 관계를 인정하기 어렵다고 판단된다. 대상청구권은 원칙적으로 일방의 이행만이 불능이 되는 경우를 예정하고 있는 것이다. 일방의 이행이 불능이 되는 경우에만 관계가 연장되는지 단절되는지 문제가 되는 것이지, 상호 대립적 두 채권이 모두 소멸한 경우에는 관계 연장의 근거가 전혀 없게 되어 관계의 존속을 인정하기 어렵다.

관계의 부정례 2

대법원 1996. 12. 10. 94다43825 판결에서는 법원이 “점유로 인한 부동산 소유권 취득 기간 만료를 원인으로 한 등기청구권이 이행불능이 된 경우, 대상청구권을 행사하기 위해서는 이행불능 전에 등기명의자에 대하여 기간 만료를 이유로 권리를 주장하거나 등기청구권을 행사하였어야 한다.”고 밝혔다. 살피건대 법원의 입장은 관계 형성이 되기 위해서는 이행불능 사태에 빠지기 전에 권리를 주장 또는 행사를 했어야 할 것을 요구하고 있다. 그래야만 관계의 성립을 인정한다. 반대로, 법원은 등기청구권의 경우 권리 주장 등이 없으면 아직 관계가 형성되지 않은 것으로 본 것이다. 이 판결은 취득 시효 완성 후, 원 소유자와 점유취득자 간의 관계 형성에 관하여 일정한 단서를 제공하고 있다. 다만 완벽한 요건은 알려주지 않기 때문에 관계 성립을 위하여 우리는 무엇이 더 필요한지 계속 궁구하여야 할 것이다. 학설은 일정한 요건 하에 법원이 취득시효 완성자에게도 대상청구권을 인정한다고 하면서, 여러 판결들은 원용한다.²³⁾ 하나의 대표적 판결의 설시를 들여다보자.

대법원 1994. 12. 9. 94다25025

취득시효가 완성된 토지가 수용됨으로써 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전 등기의무가 이행불능이 된 경우에는, 그 소유권이전등기청구권자는 소위 대상청구권의 행사로서, 그 토지의 소유자가 그 토지의 대가로서 지급받은 수용보상금의 반환을 청구할 수 있다고 보아야 할 것...

시효완성자와 원 소유자 사이에 대상청구권이 적용될 수 있는 채권채무관계가 성립하는지와 관련하여, 원래 그 둘 사이에는 엄밀한 의미에서 채권, 채무는 없고(채권, 채무가 있어야지만 채권채무 ‘관계’를 말할 수 있음은 물론이다), 법정의 책임만이 있다고 보아

23) 그 외에도 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다21559; 대법원 1995. 12. 5. 선고 95다4209; 대법원 1996. 12. 10. 선고 94다43825 참조.

야 한다.²⁴⁾

2.2 채권의 상대성

채권의 본질로 흔히 상대성(relativity(=privity, 私隱性))이 제시된다. 물건 등이 가지는 전효성(Allwirksamkeit, 全效性)과 대비된다. 채권채무관계의 당사자들이란 임의로 바꿀 수 있는 불특정인이 아니라 특정이 되어 더 이상 바꿀 수 없는, 즉 상호대용이 불가능 자라는 것이다.²⁵⁾ 대상청구권이라는 제도는 관계사고의 강화이자 다른 말로 상대성의 강조이기도 하다. 관계와 상대는 같은 것을 관점을 달리 하여 보는 것이기 때문이다. 다시 말해, 채권자가 채무자로부터 받을 수 있는 바가 있었음에도 일정한 사유로 급부가 불능이 된 경우 상대성이 존재하는 채권채무 ‘관계’ 내에서 이익조정을 시도하려 하고 외부로 유출하려는 이익 및 불이익을 내부로 다시 환수하는 것이다. 아래에서 살펴 볼 ‘법률행위에 의한 이익’에까지 대상청구를 인정하는 것은 그야말로 상대성 사고 내지 관계 사고의 극단화인 것이다. 채무자에게 과도한 불이익을 부담시키는 것으로 파악해야 하지만 통설은 별다른 고려 없이 대상청구권을 인정하는데 인색하지 않다.²⁶⁾

2.3 소위 ‘법률행위에 의한 이익(commodum ex negotiatione)’의 문제

대상(stellvertretendes commodum)은 일반적으로 두 종류로 나뉜다. 물건에서 나오는 이익(commodum ex re:=급부에 갈음하는 이익)과 법률행위에서 나오는 이익(commodum ex negotiatione:= 법률행위에 의하여 얻은 이익)이 그것이다.²⁷⁾ 독일에서는 학설사적으로 법률행위를 통한 매득금의 취급과 관련하여 대상청구가 인정되는지 격론이 있었는데,²⁸⁾ 현재는 대체적으로 인정되고 있다. 그리하여 채무자가 채무 목적물을 자기 의사에 기하여 처분함으로써 급부를 불능으로 만드는 경우, 채무자는 제2매각 매득금을 반환하여야 한다.²⁹⁾ 독일은 심지어 은행에 의한 주식의 불법 처분 사례에서도 대상청구를 인정하고 있다.

24) 박윤직 편집대표, 민법주해(VIII), 채권 (6), 최병조 집필부분, 박영사, 94쪽.

25) 민법주해 채권 [5] IV, 박영사, 27쪽.

26) 2010 한국민사법학회/서울대 법학연구소 공동학술대회. “민법의 개정과 민법학의 최근 동향(미공간)”, 2010, 132쪽.

27) 김형배, 채권총론, 법원사, 1993, 217쪽.

28) 성중모, “민법상 대상청구권의 반환범위”, 법학논집 제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.6, 139쪽.

과도한 듯한 이러한 대상청구권의 확장을 학자들은 소위 ‘수단대상(Mittelsurrogation)’(법률 행위에 기하여 재산을 수단으로 취득한 바는 이 수단을 대체한다)이라는 새로운 개념으로써 설명하려 한다.³⁰⁾

우리의 다수설도 ‘법률행위에 의한 이익’(예컨대 매매대금)을 대상청구권의 대상으로 인정한다. 대상청구권의 대상은 본래 ‘대상’이라는 개념의 분석에서도 알 수 있듯이 그 이익이 물건 자체로부터 파생되어 나오는 경우를 전제하고 있다. 그러므로 그 이익이 법률행위negotiatio에서 나오는 경우는 대상으로 부르기 힘들다. 그럼에도 불구하고 우리나라의 통설적 견해는 물건에서 파생되었든 법률행위에서 파생되었든 불문하고 대상(代償)으로 인정하고 대상청구도 인정하고 있다. 필자가 보기에 법률행위에 의하여 이익이 발생한 경우까지 대상청구를 인정하는 것은 위에서 말했던 ‘채권채무관계 연장효’의 극단적 모습인 것으로 보인다. 대상청구권 자체가 관계사고의 과잉으로 보이는데 더 나아가 법률행위에 의한 이익도 대상청구권으로 채권자를 보호하는 것은 부당한 것으로 파악된다. 왜냐하면 법률행위로 채무자가 채무의 대상물을 처분한다면 그것은 이미 계약 당사자인 그에게 관계 내에서 머물 생각이 전혀 없다는 징표이기 때문이다. 이때 분명히 채무자는 계약을 해소하고 자신은 관계 밖으로 나가겠다는 의사의 표명을 명백히 한 것이고, 상대방 채권자에게도 관계 지속의사를 인정하기는 무리일 것이다.

2.4 중간 결론: 관계 사고에 대한 비판

법률(특히 채권채무)관계를 특별구속관계 Sonderverbindung로까지 파악하는 견해도 있다.³¹⁾ 그러한 관점의 원류라 할 수 있는 독일도 우리와 사정이 유사하다.³²⁾ 독일에서는 물론 학설에 머물지 않고 독일 민법전 제2편의 표제 “Recht der Schuldverhältnisse”와 그 이하의 조문에서 보다시피 관계 사고는 실정화되는데까지 이르렀다. 특히 제241조는 채권채무관계를 극명하게 부각시키는데, 채무자에 대한 급부 청구권의 기초를 채권채무관계로 보면서 채권채무관계 내에 채권채무 외에 상대방 권리, 법익, 이익을 배려할 의무를 추가적으로 부과하고 있다.³³⁾ 채권채무관계를 포함하는 법률관계 관념을 위주로

29) 성중모, 위의 논문, 139쪽.

30) 성중모, 위의 논문, 140쪽; Wiczorek, S.7.

31) 김형배, 채권총론, 법원사, 1993, 24쪽 이하.

32) Josef Esser, Schuldrecht allgemeiner und besonderer Teil, 1960, S.77: “Schuldverhältnis als ‘übergreifende Bindung’”.

33) § 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis.

하는 이러한 판덱텐 법학의 영향은 독일을 거쳐 한국 민법학에도 그림자를 드리우고 있다.³⁴⁾

반면 프랑스에서는 채권법을 채권채무관계에서 시작하지 않는다. 채권법도 ‘droit des obligations’로 부르면서 관계개념을 굳이 넣지 않는다.³⁵⁾ 판덱텐 도그마틱을 비껴간 이탈리아 민법전Codice Civile을 보아도 “le obbligazioni”라고만 되어 있다(제4권의 표제가 다만 “Delle obbligazioni”이다). 법에 의한 채권적 구속력의 기초를 관계가 아니라 ‘obbligazioni’로 파악한다는 것은 채권채무관계보다는 ‘채권’ 또는 ‘채무’에 주안점을 둔다는 의미이다. 채권관계 기초를 규정한 이탈리아 민법 제1173조에서도 ‘채권’의 기초를 규정하지 채권채무 ‘관계’는 언급이 없다.³⁶⁾

프랑스나 이탈리아의 입법에서도 일별할 수 있듯이, ‘채무’(obligation)(‘계약’contract으로 발생)와 ‘관계’(relation)는 너무나 다른 개념이다. 계약을 구성하는 것은 단순한 채무들과 채권들이다. 이 채권들과 채무들을 관계로 물론 묶을 수도 있다. 관계를 중시하는 견해는 개별 채권, 채무들 외에도 채권채무관계에 여타 요소들이 존재한다고 본다. 그러나 그 관계는 당사자의 의사 등을 고려하여 풀릴 수도 있는 관계이지, 결코 풀리지 않을 사슬은 아니다. 우리 법학은 두 채무(채권)를 둘러싸는 관계라는 일종의 막(幕)을 관념상으로 설정하면서 그 막으로 싸인 관계사고 안에서 법률문제를 해결하는 것이 공평하다고 본다. 그러나 많은 경우 공평 원칙 자체가 관계 사고와 상충한다. 특히 당사자의 의사에 반해서까지 관계를 당사자들에게 덮어씌우는 경우 공평하지 않은 결과가 용이하게 발생한다.

오히려 관계 사고를 약화시켜 방향이 서로 역방향인 두 채권만이 병존하는 것으로

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

34) 그 시초는 사비니에서 찾을 수 있다. Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. I. Berlin, 1840의 제2권의 표제가 “Die Rechtsverhältnisse”이며 법률관계가 상세히 다루어지고 있다. 예컨대 그 아래 제1장에서는 관계를 인간의 본질에서 추출하고 있다: “Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser feiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung”.

35) Art. 1100: Les obligations naissent d’actes juridiques, de faits juridiques ou de l’autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l’exécution volontaire ou de la promesse d’exécution d’un devoir de conscience envers autrui.

36) Art. 1173[Fonti delle obbligazioni]: Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto, o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico.

볼 수는 없을까? 현행 법학 도그마에서도 채권채무관계를 해소하기 지난한 관계로 보지 않고 채무자의 급부가 불능이 되면 그대로 불능으로서 인정하고 Rechtsakt로서의 급부대상은 결여되는 것으로 볼 수 있다. 그에 따르면 급부의무는 더 이상 존속하지 않게 되는 것이다(쌍무계약인 경우, 상대방인 채권자의 채무가 불능이 될 것[쌍방불능]을 기다리지 않고). 민법 제537조의 채무자위험부담주의 원칙을 이에 연결하여 이해하는 것이 적합하다. 즉 우리 민법 도그마틱에서 말하는 위험에 있어서 기본적으로 물건의 위험이 고려되는 것이 아니라, 대가의 위험이 문제되는 것도, 채권채무관계에서 두 채무의 대향적(對向的) 대립구조를 전제로 하고 있는 것으로 보아야 한다. 원래의 물건 인도 채무가 불능이 되고 급부의 목적은 존재하지 않게 되므로 이 문제를 해결하려는 제도가 또한 위험부담 문제인 것이고, 우리 민법의 제537조 규정이다.³⁷⁾

규범의 효력의 강도를 고려할 때, 대상청구권은 현재 명문화되어 있지 않기 때문에 명문으로 규정되어 있는 위험부담 규정이 대상청구권 규율보다 우선한다고 하여야 한다. 대상청구권도 민법상의 대상원리에 의하여 - 필요하면 법유추Rechtsanalogie를 통하여 - 적용된다고는 하지만 일반적 법해석상 명문규정의 규율에 유추법의 규율이 우선순위를 내어주어야 할 것이다.³⁸⁾ 결국 원칙적으로 대상은 채무자에게 귀속하는 것으로 해석하여야 한다.

그러나 물론 통설에 따를 때, 채무자의 과책이 인정되는 경우에도 대상청구권이 또한 광범하게 적용된다. 이 경우는 완전히 다른 관점에서 문제를 바라보아야 하며, 대상청구권이 위험부담과 충돌되지 않고 일반 급부장애법과 충돌된다. 아래 항목 〈3. 제3의 비판점: 정상(급부이행 가능) 단계와 병리(급부이행 불능) 단계〉에서 대상청구권과 일반 급부장애법과의 관련성을 다루겠다.

3. 제3의 비판점: 정상(급부이행 가능) 단계와 병리(급부이행 불능) 단계

3.1 문제점

일반적으로 급부장애법에서, 급부의 이행이 아직 가능한 경우와 그것이 불능이거나 더 이상 의미가 없는 경우를 대별되고 있다. 급부의 이행이 불능으로 평가되는 순간부터

37) 곽윤직 편집대표, 민법주해(VIII), 채권 (6), 박영사, 85쪽도 같은 취지의 기술이다.

38) 최수정, 앞의 책, 2002, 174쪽; 같은저자, 앞의 책, 193쪽.

는 규범적으로 그 전 단계와는 상이한 효과를 부여하고 있다. 즉 아직 가능한 단계에서는 직접이행이 가능하므로 강제이행(추완 포함)이 가능한 반면, 이행이 불능이 되면 강제이행 등이 의미를 잃고 손해배상과 같이 이행과는 판이하게 다른 새로운 수단을 권리자에게 부여한다.

그런데 민법개정시안은 제396조의2 제2항에서 대상청구권과 손해배상청구권의 경합을 인정하고 있다(“채권자가 불이행을 이유로 손해배상청구를 할 수 있는 경우에 그가 제1항에 규정된 권리[대상청구권]를 행사하는 때에는 배상액은 대신하는 이익의 가치만큼 줄어든다.”). 이 규정 내용은 독일민법 제285조 제2항³⁹⁾과 대동소이하며 일정한 영향을 받은 것으로 추정된다.⁴⁰⁾ 그리하여 우리의 민법개정시안은 대상청구권과 손해배상청구권 두 청구권 간에 경합을 문제의식 없이 인정하고 있다. 현재 학설도 이 점에 대해서 큰 의문을 제기하지는 않는다.⁴¹⁾

그러나 필자에게는 대상청구권도 이미 병리 상태에 빠져 소위 2차적 채무 또는 이차책임(Sekundärhaftung⁴²⁾)으로 이전된 것이냐 하는 의문이 든다. 환언하자면, 대상이라는 것이 원래의 급부의 이행이 가능한 경우인가, 아니면 불가능한 경우인가?

3.2 문제의 해결

우리 민법 도그마틱은 대체로 다음과 같이 해석하고 있다.

‘채권자는 -물론 과책의 존재가 인정되는 경우- 대상청구권과 손해배상청구권을 선택할 수 있다. 채권자가 대상청구권을 행사하는데 채무자가 제3자로부터 얻은 이익이 채권자가 입은 손해보다 큰 경우에는, 채권자가 그 큰 가액 전부를 취득할 수 있다. 반면, 채무자가 얻은 이익이 채권자의 손해보다 작은 경우에는 채무자가 나머지 손해액을 배상하여야 한다.’⁴³⁾

독일 실정법의 해석론에 지대한 영향을 받은⁴⁴⁾ 위의 해석론은 대상(代償)이 2차 의무

39) Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

40) 과책을 불문하고 대상청구권을 인정하는 것도 기본적으로는 대상청구권을 폭넓게 인정하는 독일 법 도그마틱의 영향인 것으로 보인다. Volker Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2005, S. 84f.

41) 예컨대 이은영, 앞의 책, 233쪽.

42) E. Wolf, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 1978, S. 443.

43) 예컨대 김형배, 채권총론, 법원사, 1993, 217쪽.

44) 독일 민법 제285조 제2항.

인지 1차 의무인지 밝히지 않은 채 당연히 경합을 인정하고 있다. 그러한 학설은 부당하며 동일한 내용을 규범화하고 있는 개정시안 제396조의2 제2항도 대상청구권과 손해배상청구권의 경합을 전제하고 있다는 점에서 부당하다.

필자가 보기에 대상이 청구되는 상황은 오히려 아직 이행이 가능한 물건이 존재하는 상황이고 2차 책임이 아닌 1차 책임이 문제되는 상황이다. 대위(대상=대위=대체=대물)에서 원 물건은 존속한다고 보아야 하지 않을까? 대위한다는 것은 원물의 동일성이 유지된다는 의미이고 2차 책임의 영역으로 넘어가지 않는다는 의미이기도 하다. 대상을 청구하는 상황은 병리적 상태에 진입하지 않은 것이다. 요컨대 대상청구는 채무 일반 이행의 연장인 반면(1차적 의무), 손해배상청구는 관계의 파괴가 전제되기(2차적 의무) 때문에, 손해배상청구보다 대상청구권을 우선 청구하여야 하고 그 두 청구권 간의 경합은 부정하여야 할 것이다. 게다가 이차책임의 본질적 특성이 바로 귀책사유 *Vertretenmüssen*가 존재한다는 점이다. 그러므로 귀책사유가 불가결의 요건이 아닌 대상청구권은 일반적인 이차 책임 사안을 위한 법제도가 아닌 것이다.

결론적으로 직접이행이 가능하면 대상청구권 행사할 수 있고, 직접이행이 불능이 되고 과책에 기한 손해배상만이 가능한 상태라면 손해배상만으로 문제를 해결하여야 한다.

4. 제4의 비판점: 민법상 이익원칙의 문제

앞에서도 잠시 보았지만, 독일의 보통법 시대(당시의 표어: *commodum eius esse debet, cuius periculum est*⁴⁵⁾)에 보편적 효력을 가졌던 사법(私法)에서의 이익 원칙 *Utilitätsprinzip*이란 ‘이익이 있는 곳에 불이익도 있으라’ 또는 ‘이익을 얻는 자가 위험도 부담하고 그만큼 주의의무의 정도도 높아진다’는 원칙이다. 예컨대 대상청구권을 규정하고 있는 독일 민법 제285조의 역사를 보면 독일 민법 제1초안이 제285조의 선구라고 할 수 있는 제238조의 취지를 설명하면서 ‘채무자에게 책임 없는 사유로 이행불능이 발생한 경우로 한정하여 채권자에게 불능을 발생케 한 사정에 의하여 배상으로 수령한 것을 반환하거나 취득된 배상청구권의 양도하여야 할 채무자의 의무를 규정한’ 것으로 파악하였다. 다만

45) 이 표어의 기원은 로마 법学家 율리아누스로 알려져 있다: “nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa suscepit, damnosum esse.”(D. 47,2,62(61),5) 이 문구는 타인의 이익을 위하여 자신에게 불이익이 될 바를 강제적으로 수인할 수밖에 없는 상황에 처해져서는 안 된다는 의미이다.

보통법에서는 반대급부를 유지하기 위하여 채권자에게 배상을 강요할 권리를 가지지는 않았음에 반하여, 독일의 현행 대상청구권 제도는 채무자가 채권자의 대상청구에 의해서만 그렇게 할 의무를 부담할 뿐인 것으로 이익조정을 더 섬세하게 조정하고 있다.⁴⁶⁾

그렇다면 만일 채권채무관계에서 인도하여야 할 목적물이 쌍방의 과책 없이 멸실된 경우에, 이익원칙을 고려한다면, 불이익도 감수할 수밖에 없는 자가 이익도 대상으로 자신에게 귀속시킬 수 있다고 보아야 한다. 이러한 이익원칙은 법의 한 원리임을 넘어 구체적 사안에서 형평에 합치하는 결과를 실현시키는 정의의 한 원칙이 될 것이다. 우리 민법 여기저기에도 이러한 이익 원칙이 편재해 있다. 추상적 경과실 책임은 선량한 관리자의 주의의무를 부담하는 자의 과실(예컨대 유상 임치)에 부과하고, 구체적 경과실 책임은 자기 물건에 대한 주의의무를 부담하는 자의 과실(예컨대 무상 임치)에 부과하는 것도 그 원칙의 구체적인 한 적용례이다.

채무자위험부담주의에 따를 때 이행되기 전 목적물이 멸실되어 발생하는 손해는 채무자가 부담하는 것도 이익 원칙으로 무리 없이 설명할 수 있다. 반면 대상청구권의 경우, 목적물 멸실 등으로 인한 이행불능에 기한 이익은 채권자가 누린다. 결국 채무자는 불이익을 이중으로 부담하게 되어 완벽하게 이익 원칙에 위배하게 되고 공평하지 못한 해결이 된다.

5. 제5의 비판점: 규범학으로서의 법학

학문성을 유지하기 위하여 법학이 갖추어야 하는 본질소(本質素)는 무엇인가? 법철학적 차원에서 논의하면서 굳이 켈젠까지 언급할 필요는 없다 하더라도,⁴⁷⁾ 법학은 그 본질이 규범학이고 규범학이 사실적인 요소를 당위적 결정의 근거로 편입시키는 경우 ‘사실에서는 규범적 내용을 추출할 수 없음에도 불구하고 추출을 시도한다’는 소위 자연주의의 오류(naturalistic fallacy)의 혐의를 받을 수밖에 없게 된다. 법경제학(law and economics) 같은 분과는 아예 사실적·경제적 요소가 법적 결정에 영향 준다는 것을 공언하고 있지만,⁴⁸⁾ 민법 도그마틱은 오히려 법학에서 사회경제적 요소를 고려하여 법리에 편입할

46) Jakobs/Schubert, *Die Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs. Recht der Schuldverhältnisse I*, 1978, S. 210 이하.

47) 켈젠은 물론 극단적으로 사회심리적 사실이라 할 수 있는 승인(承認)마저 부정한다. 한스 켈젠, 심헌섭 편역, 켈젠법이론선집, 법문사, 1990, 290쪽.

48) 법경제학은 법의 경제적 분석(economic analysis of law)이라고도 한다. 이 분과는 법학의 분과이면서도 효율성 efficiency에 근거를 두고 있는데, 이 때 효율성이란 한 권리를 위하여 가장 많은 것을 지불할 용의가 있는

것인가라는 질문에 부정의 답을 준다. 법학은 특별한 상황이 아니라면 규범적인 법적 논리로 문제를 해결해야 하기 때문이다.⁴⁹⁾

대상청구권에서도 그 문제를 법리에만 의하지 않고 경제적 요소를 고려하여 문제 해결에 이용한다면 경제학적 문제 해결은 필지언정 법적 문제해결은 아닐 것이다. 마찬가지로 법에서의 형평(衡平, equity) 개념은 경제적 형평이 아니라 어디까지나 법적 형평인 것이다. 요컨대, 대상청구권과 관련된 법 논리 운용에서 지가 상승 등 사회경제적 상황을 고려하지 않는 것이 원칙적으로 타당하다. 앞에서 말한 바 있는 이익 원칙도 사회경제적인 사실을 고려한다는 의미는 아니다. 지가 상승으로 인한 이익을 채권자가 갖는 것이 좋다는 결정에 지가 상승을 채무자가 보유하는 것은 좋지 않거나 당연히 채권자가 가져야 한다거나 하는 논변들은 법적 해결이 아닌 것이다. 법적 해결이 되려면 그 형태가 적어도 -채권자에게 대상청구를 인정하는 입장이라면- ‘법적 관계에서 우연적으로 발생하는 대상(代償)은 관계 내에서 원래 급부를 청구할 수 있는 권리를 갖는 자가 보유하도록 하는 것이 타당하다’라든가 ‘대상(代償)은 채권 목적물과 존재론적 차원에서 동일성이 인정되는 것이다. 동일성이 인정되는 한에서 그 급부에 채권 목적물 자체의 급부와 같은 법적 효과를 인정하여야 한다’이어야 한다. 더 나아가 법규범적으로 해결된다는 것은 시가가 하락하는 경우에도 그 불이익을 채권자가 부담하여야 한다고까지 말하여야 논리가 일관되는 것이라는 의미이다. 그리하여 저술들에서 예컨대 “대상청구권은 통상 대상의 가액이 반대급부의 그것보다 큰 경우에 문제된다.”⁵⁰⁾라는 기술은 현상을 기술하는 것으로는 충분할 수 있지만 법률문제의 기술도 아니고 해결에 충분한 도움을 주는 것도 아니기 때문에 완전한 기술은 아니다.

일종의 사고 실험이기는 하지만, 대상이 원래 급부 목적의 가액에 미치지 못하는 경우, 대상청구권을 행사하지 않음으로서 그러한 불이익을 채권자가 피할 수 있다고 주장하는 견해도 규범학적으로 해결하는 것도 아니다.

또 하나, 채권 목적물이 멸실했는데 채권자의 책임 있는 사유가 있다고 상정해보자. 대상청구권이 적용된다면 채권자 자신이 채무자를 상대로 배상하여야 할 채무액에 대하여 자신이 청구할 권리를 갖는 것이 된다. 그것을 금할 수는 없을 것이다. 이때에도

자에게 그 권리를 부여한다는 것을 의미한다. 대상청구권을 예로 들자면 대상청구권에서 과연 채권자(매수인)가 권리를 위하여 가장 가까이 희생할 사람인지가 문제되는 것이다.

49) 소위 ‘법명제(Rechtssatz)’의 의미와 구조와 관련하여 법률문제의 해결에 관해서는 칼 엥기쉬 저, 안법영/윤재왕 역, 칼엥기쉬 저, 법학방법론, 세창출판사, 2011 법명제 부분 참조.

50) 최수정, 앞의 책, 193쪽.

물론 채무자에게 대금을 지급하여야 할 것이다. 민법 제538조가 적용된다면 채권자가 위험을 부담하여, 자신은 물건을 받지 못하고 대금만을 지급하여야 한다. 물건의 가액을 받을 수 있는(물론 자기 자신의 손실을 전제로 하지만) 대상청구권과 비교하면, 제538조가 적용되는 경우 대금은 지급하지만 물건은 받지 못한다. 채권자의 불이익은 불가피한 것이다.

법률행위에 의한 이익의 경우에도 대상청구권을 인정하는 견해는 심지어 급부의무를 해방시키는 사정과 대상청구권이 발생하는 사정이 사물적으로 동일하지 않더라도 경제적으로 동일성이 인정된다면 대상청구권을 인정할 수 있다고도 주장한다. 결국 경제적 동일성이란 별 것이 아니라 경제 활동의 주체로서의 당사자가 이익이든 불이익이든 취한다는 의미이다. 이러한 주장이 규범학으로서의 법학의 해석론으로 부적절함은 이미 앞에서 밝혔다.

6. 제6의 비판점: 초과이익의 문제

6.1 문제의 제기

일정한 사유로 원래의 채무 목적에 해당하는 가액보다 더 큰 이익이 그 목적물에 기하여 채무자 쪽에 대상(代償)으로 발생한 경우, 그 이익을 채무자가 소유하는지 아니면 채권자에게 귀속하여야 하는지는 여러 장면에서 문제된다. 이때에도 그 판단의 기준으로 *ex re*와 *ex negotiatione*의 구별이 중요하므로 이를 검토한다.

6.2 초과 이익의 향배

특히 대상청구권과 관련하여 채권 목적물이 갖는 통상의 가치를 넘는 경우, 초과가치 부분을 양도하여야 하는 문제에 대하여 학설은 갈린다. 초과 가치도 양도하여야 한다는 견해 중에는 대상청구권이 인정되는 이상, 대상 전부를 양도하도록 허용해야만 법률관계가 간명하게 된다고 한다.⁵¹⁾ 그러나 초과 이익을 전부 이전하느냐 마느냐의 문제는 간명한 법률관계를 위해서라기보다 대상(대체 이익) 개념의 본질에서 나오는 법 논리로 풀어야 할 것이다.

51) 이은영, 앞의 책, 233쪽, 각주 8).

독일 법원은 “대상(代償)이 원래 급부의 가치 또는 채권자가 약정한 반대급부보다 많은 경우에도 채무자는 그 초과이익을 포함하여 그 대상 전부를 채권자에게 양도하여야 한다.”고 결정한 바 있다.⁵²⁾ 프랑스민법에서는 대상청구권 범위에 관하여 제한이 없기에 대상의 가액이 원래 급부의 가액보다 크더라도 채무자는 그 전부를 이전하여야 한다고 해석하는데,⁵³⁾ 더 나아가 대상의 가액이 원래 급부의 가액보다 적은 경우에도 적은 가액을 취득시킨다는 점에서 대위의 법리를 가장 엄격하게 택하고 있는 것으로 보인다. 일본은 “이행불능에 의하여 채권자가 입은 손해의 한도에서 그 이익의 상환을 청구할 권리를 인정하는 것이 상당하다.”고 하면서 제한적 입장을 취한 바 있다.⁵⁴⁾ 한국은 대법원이 2008. 6. 12. 선고 2005두5956 판결에서 손해를 한도로 하지 않고, 이익 전부의 청구가 인정된다는 해석이 가능한 결정을 했다가 2016년에 이 취지를 더욱 확고히 하는 판결을 내리기도 했다.

즉 아래의 대법원 2016. 10. 27. 선고 2013다7769 판결에서 대법원은 매매의 목적물이 화재로 소실됨으로써 매도인이 화재보험금, 화재공제금을 지급받게 되는 경우, 매수인이 화재보험금, 화재공제금 전부에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있는지 여부와 관련하여 원칙적으로 전부 청구권을 인정하여, 인도의무의 이행불능 당시 매수인이 지급하였거나 지급하기로 약정한 매매대금 상당액의 한도 내로 대상청구의 범위가 제한되지 않는다고 보았다.

“손해보험은 본래 보험사고로 인하여 생길 피보험자의 재산상 손해의 보상을 목적으로 하는 것으로(상법 제665조), 보험자가 보상할 손해액은 당사자 간에 다른 약정이 없는 이상 그 손해가 발생한 때와 곳의 가액에 의하여 산정하는 것이고(상법 제676조 제1항), 이 점은 손해공제의 경우도 마찬가지라고 할 것이므로, 매매의 목적물이 화재로 인하여 소실됨으로써 매도인이 지급받게 되는 화재보험금, 화재공제금에 대하여 매수인의 대상청구권이 인정되는 이상, 매수인은 특별한 사정이 없는 한 그 목적물에 대하여 지급되는 화재보험금, 화재공제금 전부에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있는 것이고, 인도의무의 이행불능 당시 매수인이 지급하였거나 지급하기로 약정한 매매대금 상당액의 한도 내로 그 범위가 제한된다고 할 수 없다.”

52) RGZ 138, 48.

53) 남효순, “프랑스민법상의 대상청구권”, 판례실무연구 1권, 박영사, 1997, 453쪽.

54) 日最裁 1966.12.23. (民集 20卷 2211).

이 판결의 기초가 된 사실관계를 살펴보면, 원고는 2008년 8월 27일 피고와 냉동육계 3,091,331kg을 1kg당 1,400원에 인수하기로 하는 매매계약을 체결하였는데, 2008년 12월 5일 화재가 발생하여 피고가 ‘로지스올’ 냉동창고에 보관하고 있던 냉동육계 120,633.4kg이 모두 소실되었다. 마침 이 화재 당시 매매계약의 목적물은 농협화재공제에 가입되어 있었고, 손해사정 결과에 따라 피고는 위와 같이 소실된 냉동육계 120,633.4kg에 대한 화재공제금으로 총 290,137,729원을 수령하였다. 계산상 이는 냉동육계 1kg당 약 2,405원에 이르는 금액이었다. 그러자 피고는 위와 같이 소실된 냉동육계 120,633.4kg 중 네 배로 물량 58,123.9kg에 대하여만 1kg당 2,050원으로 계산한 보상금 119,153,995원을 지급하였고, 이 사건 육계 62,509.5kg에 대하여는 아무런 보상금을 지급하지 않았다. 이에 대하여 원고는 대상청구권을 행사하였고, 피고가 수령한 화재공제금 290,137,729원에서 피고가 네 배로 물량에 대하여 지급한 보상금 119,153,995원을 뺀 나머지 170,983,734원의 지급을 청구하였던 것이다.

법원은 원고가 위와 같이 소실된 냉동육계 120,633.4kg과 관련하여 대상청구권을 취득한 이상, 그 범위는 특별한 사정이 없는 한 피고가 수령한 화재공제금 전부에 미치고, 이와 달리 원고가 이 사건 매매계약에 의하여 피고에게 지급한 매매대금 상당액으로 제한된다고 볼 수 없다고 본 것이다. 원심은 원고가 위와 같이 소실된 냉동육계에 대하여 매매대금으로 1kg당 1,400원을 지급하였으므로 대상청구권의 범위도 위 매매대금 상당액으로 제한된다는 전제에서, 이 사건 육계에 대하여는 87,513,300원(= 62,509.5kg × 1,400원)의 지급만을 명하였고, 네 배로 물량에 대하여는 이미 1kg당 2,050원의 보상금이 지급되었다는 이유로 원고의 청구를 모두 배척하였는데, 그에 대하여 대법원은 오히려 원심의 판결을 배척하고 원고의 청구에 손을 들어 준 것이다.

6.3 소결

초과이익의 귀속문제에 있어 판단의 기준으로 ex re(이익이 물건으로부터 발생한 경우)와 ex negotiatione(이익이 법률행위에 의하여 발생한 경우)의 구별이 중요하다.

즉 ex re인 경우에는 본래적 의미의 대상(대체적 이익)이기 때문에 이행의 목적으로서의 물건이 존속하는 것이다. 물건이 존속하는 한 이행이 가능한 정상상태로 보아야 함을 앞에서도 밝혔다. 즉 이 경우에는 대체가 일어났으므로 이행의 대상인 물건은 새로운 물건(금전)으로 교체된 것이다. 그러므로 초과 이익도 물건, 즉 이행의 목적물인 것이고

당연히 채권자의 권리에 의한 구속을 받으므로 채권자에게 귀속하여야 한다.

반면 ex negotiatione의 경우에는, 대상성이 파괴되고 따라서 원래 급부의 목적물과 대상으로 등장한 물건 사이의 동일성도 파괴된다고 보는 것이 논리가 일관된다. 그리하여 ex negotiatione의 경우에는 초과이익이 문제되기 전에 대상(代償) 자체가 부정된다고 보아야 한다.⁵⁵⁾

위 2016년 판결을 살펴보면, 전형적인 ex re의 사안이며 그러므로 초과이익은 채권자 매수인에게 속한다고 해석하여야 한다.

IV. 결론

우선 결론을 포괄하여 정리하자면, 우리 민법에서 대상청구권이 처음부터 독일 학설의 절대적 영향 하에 학설이 거부감 없이 수용된 것으로 보인다. 더 나아가 그나마 학설상으로는 부정적인 일부 견해가 있었음에도 불구하고, 법원에서 이 법제도를 우리 법상의 제도로 인정하여 채택하자마자 확고한 제도로 자리 잡았다. 그러나 우리 민법이 대상청구권에게 그러한 확고한 안착을 허용하는지는 여전히 의문이고 인정 근거는 매우 취약한 것으로 생각된다. 앞으로 다시 있게 될 민법 개정의 시도에서는 대상청구권 제도의 본질과 우리 민법 전체의 취지를 모두 살펴 대상청구권의 실정 도입이 적절한지 심층적 고구를 더 해야 할 것이다.

본론에서 고찰 한 바에 따라 이 글 모두에 제기했던 세 가지 질문에 대하여 답변을 각각 아래와 같이 제시한다.

1. 제1질문에 대한 답변

- ‘민법전에 명시적 규정도 없는 대상청구권이 과연 우리 법체계에 적합하여 인정하여야 하는가?’

대상청구권은 현행 민법체계에 부합하지 않고, 공평의 원칙을 실현한다는 대상청구권은 인정하지 않는 것이 오히려 공평의 원칙에 부합한다. 통설이 근거로 대고 있는 공평의

55) 성중모, “독일 민법 제285조와 제818조 제1항에서의 代償 원리”, 한양법학 제21권 제2집(통권 제30집), 한양대학교 법학연구소, 2010.5, 140-141쪽.

원칙은 사후정당화의 혐의가 있다.

2. 제2질문에 대한 답변

- ‘대상청구권을 제한 없이 인정하자는 일반적 인정설이 다수설인데 인정설을 취한다고 하더라도 여하한 제한의 필요도 없는가?’

제1 질문에서 대상청구권 인정과 관련하여 부정적으로 답하였으므로 원칙적으로 제2 질문의 제기는 논리적으로 불필요하다. 다만, 부득이 다수설을 받아들여 대상청구권을 인정한다 하더라도 ‘법률행위에 의한 이익’까지 채권자에게 귀속되도록 확대 해석하는 것은 타당하지 않다.

3. 제3질문에 대한 답변

- ‘일반적으로든 제한적으로든 대상청구권을 인정한다고 할 때, 개정 민법에 명문의 규정을 신설하는 것이 요청되는가?’

대상청구권이라는 법제도가 우리 민법에 체계적합성이 없다고 하더라도 독일의 예처럼 명문으로 체계적합성을 새로이 창출해 낼 수는 있다. 다만, 그러한 경우에도 ‘물건에 의한 대상’의 경우로 청구를 국한하고, 아직 병리 상태로 진입한 것은 아니므로 손해배상보다 우선 청구하도록 하여야 한다. 그리고 대체의 원리상 초과이익은 당연히 채권자에게 귀속한다.

참고문헌

1. 단행본

- 김대정, 채권총론 개정판, 피데스, 2007.
- 김형배, 채권총론, 법원사, 1993.
- 곽윤직 편집대표, 민법주해(VIII), 채권 6, 박영사, 1999.
- 김용담, 주석민법 채권총칙(1), 한국사법행정학회, 2013.
- 남효순, “프랑스민법상의 대상청구권”, 판례실무연구 1권, 박영사, 1997.
- 송덕수, “이행불능에 있어서 이른바 대상청구권-독일민법과의 비교·검토-”, 논문집(경찰대) 4집, 경찰대학, 1985.
- 송덕수, 대상청구권, 민사판례연구 XVI, 박영사, 1994.
- 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2016.
- 안법영, “채권적 대상청구권-우리 민법의 발전적 형성을 위한 비교법적 소고-”, 채권법에 있어서 자유와 책임(김형배 교수 화갑기념논문집), 박영사, 1994.
- 이상경, “대상청구권 : 대법원 1992. 5. 12. 선고 제1부 92다 4581(본소), 4598(반소) 판결”, 이시윤 박사 회갑기념논문집, 박영사, 1995.
- 이은영, 채권총론, 박영사, 2006.
- 지원림, 민법강의 제13판, 홍문사, 2015.
- 최수정, 급부장애와 위험부담 (한림과학원총서 101), 소화, 2003.
- 칼 엥기쉬 저, 안법영/윤재왕 역, 법학방법론, 세창출판사, 2011.
- 한스 켈젠, 심헌섭 편역, 켈젠법이론선집, 법문사, 1990.
- Herinrich Dernburg, *Pandekten I*, 1902.
- Volker Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2005.
- Josef Esser, *Schuldrecht allgemeiner und besonderer Teil*, 1960.
- Werner Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, 1990.
- Jakobs/Schubert, *Die Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs. Recht der Schuldverhältnisse I*, 1978.
- Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Bd. I. Berlin*, 1840.

A. M. Wiczorek, “Erlösherausgabe nach § 281 BGB-Eine Untersuchung zu Umfang und Grenzen des § 281 BGB-”, Dissertation Marburg, 1995.

E. Wolf, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 1978.

2. 학술지

김형석, “대상청구권-민법개정안을 계기로 한 해석론과 입법론”, 법학(서울대학교) 55권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2014.12. 103-148쪽.

성중모, “독일 민법 제285조와 제818조 제1항에서의 代償 원리”, 한양법학, 제21권 제2집 (통권 제30집), 한양대학교 법학연구소, 2010.5, 125-144쪽.

성중모, “민법상 대상청구권의 반환범위”, 법학논집 제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010.6, 133-154쪽.

송덕수, “대상청구권의 몇 가지 중요 문제에 관한 개별적인 검토-특히 보험금과 초과수익을 중심으로-”, 법학논총 Vol.36 No.1, 전남대학교 법학연구소, 2016, 575-603쪽.

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

3. 보고서

권영준, 2013년 민법 개정시안 해설(채권편), 2013.

법무부, 2004년 민법(재산편)개정자료집, 2004.

2010 한국민사법학회/서울대 법학연구소 공동학술대회. 민법의 개정과 민법학의 최근 동향(미공간), 2010.

[Zusammenfassung]

Überprüfung der neuen Vorschriften über den Surrogationsanspruch in dem Entwurf des Zivilgesetzbuches von 2013

Seong, Dschung-Mo*

In der vorliegenden Studie wurden die Punkte, die bis jetzt sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur nicht grundsätzlich auseinandergesetzt und allgemein unpolemisiert anerkannt worden sind, kritisch in Einzelheiten überprüft.

Die Überprüfung ergibt folgende Ergebnisse.

Erstens: die allgemeine Anerkennung des Surrogationsanspruchs ist in Bezug auf das die Gefahrtragung des Schuldners fordernde Gefahrtragungsprinzip des koreanischen Zivilgesetzbuchs im koreanischen Rechtssystem nicht geeignet.

Zweitens: der sog. Relationsgedanke, der von dem in Deutschland und Korea gebräuchlichen Begriff der ‘Rechtsverhältnisse’ ausgeht, ist in manchen Aspekten zu verneinen.

Drittens: der Begriff des die direkte Leistung noch erlaubenden Surrogationsanspruchs ist mit den des Schadensersatzes, der die pathologische Phase voraussetzt, unvereinbar.

Viertens: die erweiterte Anwendung des Surrogationsanspruchs verhindert die Anwendung des sog. im Zivilrecht allgemein geltenden Utilitätsprinzips, weil im koreanischen System der Schuldner Nachteile verdoppelt erleidet.

Fünftens: die koreanische Rechtsprechung vergeht den Irrtum von ‘naturalistic fallacy’, indem sie sozio-ökonomische Faktoren in Betracht zieht.

[**Stichwörter**] Surrogationsanspruch, Surrogat, Gefahrtragung, Relationsgedanke, Utilitätsprinzip

* Professor, Law School University of Seoul