

賣買의 危險負擔에 있어서 責任의 意味에 관한 一考察

최 문 기*

- I. 序言
- II. 危險負擔의 原則
- III. 賣買의 危險負擔에 관한 立法例
- IV. 責任있는 및 責任없는 事由의 意味
- V. 代表的인 判例
- VI. 結語

I. 序言

1) 민법상 위험의 개념은 2가지로 나누어 사용되고 있다. 그 하나는 물건의 위험(Sachgefahr)이며, 다른 하나는 대가의 위험(Preisgefahr: Gegenseitungsgefahr: Vergütungsgefahr)이다. 물건의 위험은 물건이 손상 훼손 변질 등으로 물건의 양적, 또는 질적 상실의 가능성을 의미하며, 그 물건의 소유자가 그 물건의 위험을 부담한다. 대가의 위험은 쌍무계약에서 자기 급부에 대한 상대방으로부터의 반대급부를 상실할 가능성을 의미한다. 이러한 대가의 위험을 대가상실의 위험이라고도 하며, 일반적으로 위험이라 하면 후자의 대가상실의 위험을 의미한다.

우리 민법 제537조는 급부가 후발적으로 채무자에게 책임없는 사유로 이행이 불능

* 경성대학교 법학과 교수, 법학연구소장, 법학박사.

으로 된 때 채무자는 자기의 급부의무를 면하고, 채권자도 반대급부의무를 면하도록 규정하고 있다. 이러한 의미에서 대가위험은 채무자가 부담한다.¹⁾

2) 위험부담(Gefahrtragung)이란 쌍무계약에 있어서 양 당사자의 책임없는 사유로 일방 당사자의 채무의 이행이 불능으로 된 경우에 그 상대방 당사자의 채무의 존속 여부에 관한 대가상실의 위험을 양 당사자 중의 어느 당사자에게 부담시키느냐 하는 법적 문제를 말한다. 다시 말하면 쌍무계약의 일방의 채무가 채무자에게 책임없는 사유로 이행이 불능으로 되어 소멸한 경우에 그에 대응하는 타방채무의 소멸의 위험을 누가 부담하느냐 하는 법적 문제가 위험부담이다. 이에 대하여 우리 민법은 채무자가 위험을 부담하도록 규정하고 있다.(제537조) 이를 채무자주의 또는 채무자 위험부담주의라 한다. 그러므로 위험부담은 쌍무계약에 있어서의 양 채무 사이의 존속상의 견련관계를 정하는 제도이다.²⁾

3) 우리 민법은 매매에 적용될 별도의 위험부담규정을 두지 않고, 쌍무계약 일반에 적용되는 민법 제537조, 제538조에 의해 이를 규율하는 바, 가령 매도인의 채무가 계약 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행불능³⁾된 경우에 그는 채무를 면하지만, 매수인에 대해 대금지급을 청구할 수 없다.(제537조) 이를 두고 매도인이 대가위험을 부담한다고 한다. 그러나 매수인의 책임있는 사유(제538조 1항 1문), 또는 매수인의 수

1) 예컨대, 선박을 매매하였는데, 태풍으로 인하여 선박이 침몰된 경우에 매도인은 선박을 인도할 의무를 면한다. 그 때 매수인은 그 선박의 매매대금을 지급하여야 하느냐 지급하지 않아도 좋으냐의 문제가 위험부담이며, 우리 민법 제537조에서는 매도인은 매수인에 대하여 매매대금의 지급을 청구하지 못하는 것으로 규정하고 있다. 대가의 위험을 채무자인 매도인이 부담하도록 규정하고 있으므로 채무자 위험부담주의를 취하고 있다.

2) 졸저, 「채권법 강의Ⅱ」, 세종출판사, 2004, 166면.

3) 한편 매도인이 하자있는 목적물을 인도하거나 타인의 소유의 물건을 인도한 경우 매수인의 수증에서 그의 책임없는 사유로 목적물이 멸실될 때의 위험부담도 문제이다. 이것은 매수인이 담보책임법상의 계약해제권을 행사할 수 있는가, 계약이 해제된 경우에 매수인은 가액반환의무없이 매도인에게 대금의 반환을 청구할 수 있는가 등과 관련되어 있다. 흔히 이를 계약해제에서의 위험부담이라는 문제로 다루고 있다. 우리 민법은 이에 대해 제553조에서 간접적인 방식으로 다룬다. 이 조는 담보책임법상의 해제에도 유추적용될 수 있기 때문이다. 이 규정에 따르면 “채권자의 고의나 과실로 인하여 계약의 목적물이 현저히 훼손되거나 이를 반환할 수 없게 된 때 또는 가공이나 개조로 인하여 다른 종류의 물건으로 변경된 때”에는 채권자(매수인)로 하여금 계약을 해제할 수 없도록 한다. 이를 반대해석하면 매도인으로부터 수령한 급부목적물이 매수인의 고의, 과실없이 멸실 또는 훼손되었다면 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 이 때 매수인은 가액반환을 하지 않고(또는 훼손된 물건을 반환하고) 지급한 대금의 반환을 청구할 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 이와 유사한 문제는 매매가 무효, 취소된 경우에도 발생할 수 있다. 이를 일괄하여 계약청산에서의 위험부담이라고 하지만, 이 논문에서는 자세한 내용을 생략하기로 한다.

령지체 중 당사자 쌍방의 책임없는 사유(같은 조 1항 2문)로 매도인이 그 채무를 이행할 수 없게 된 때에는 매도인은 반대급부를 청구할 수 있다. 이를 두고 위험의 이전이라고 한다. 여기서 말하는 매매에서의 위험부담은 매도인의 위험부담 및 매수인에게로의 위험이전을 모두 포함한다.

4) 앞에서 언급한 법률규정은 임의규정⁴⁾이어서 당사자가 위험부담에 관하여 달리 정하면 그에 따라 처리될 것이지만, 법률규정이나 해석론이 매매에서의 위험부담을 어떤 기준에 따라 처리하는 것인지, 또한 그것이 합리적인지에 대해서는 여전히 불투명한 것이 적지 않다. 이 논문에서는 매매의 위험부담을 어떤 기준에 따라 처리하는 것이 우리 민법의 전체 체계에 부합하는지를 살펴보기로 한다. 먼저 위험부담에 관한 각국의 입법례를 개관하는 것은 위험배분의 기준을 어디에 둘 것인가에 대한 시사점을 제공할 것이기 때문이며, 대표적 판례를 분석하는 것은 앞으로의 해석론 및 입법론의 기준을 제시하는데 도움을 줄 것으로 생각되기 때문이다. 나아가 매매의 위험부담에서의 책임있는 사유와 책임없는 사유의 의미를 입법례와 대표적인 판례를 통하여 밝혀 보고자 한다.

II. 危險負擔의 原則

1. 債務者 危險負擔主義

1) 민법은 위험부담에 관하여 채무자주의를 취하고 있다.(제537조) 그러나 구민법은 채권자 위험부담주의를 취하였다.(구민법 제534조)

2) 쌍무계약에 있어서 양 당사자의 책임없는 사유로 급부의 이행이 불능⁵⁾인 때에

4) 위험부담에 관하여 규정하고 있는 민법 제537조와 제538조는 강행규정이 아니라 임의규정이라고 해석하는 데 견해가 일치되어 있다. 따라서 당사자간의 특약에 의하여 반대급부의 위험부담을 달리 정할 수 있다. 그러나 보통거래약관에 의하여 사업자가 부담해야 할 위험을 상당한 이유없이 고객에게 이전시키는 경우에 그 약관조항은 무효이다.(약관규제법 제7조 2호 후단)

5) 쌍무계약에 있어서 양 당사자에게 책임없는 사유로 급부가 불능이 되고, 그 급부불능을 원인으로 하여 채무자가 대상물 또는 손해배상청구권을 취득하는 경우에 채권자에게 그 대상물의 인도 또는 손해배상청구권의 양도를 청구할 수 있는 대상청구권이 인정되는가? 예컨대, 매매목적 건물이 태풍으로 인하여 멸실하여 보험금청구권이 발생하였거나, 제3자가 방화를 하여 그 제3자에 대한 손해배상청구권이 발생한 경우에 이러한 보험청구권 또는 손해배상청구권에 관하여 채권자는 채무자에 대하여 그것의 양도를 청구할 수 있는가라는 문제가 발생한다. 이러한 대상청구권은 쌍무계약의 균형을 유지하는 데 필요한 범위 내에서 인정함이 타당할 것으로 생각되므로 채권자는 대

는 채무자는 자기의 급부의무를 면하고, 반대 당사자인 채권자에 대하여 반대급부를 청구할 수 없다. 양 당사자에게 책임없는 사유는 그것이 인위적이든 자연적이든 상관없이 없다.

채권자가 이미 반대급부를 이행하였으면 채무자는 이를 목적소멸에 의한 부당이득으로 채권자에게 반환하여야 하며(제741조), 채권자가 채무자의 급부불능을 알지 못하고 자기의 반대급부를 이행하였다면 이는 비채변제에 의한 부당이득으로서(제742조) 채무자는 채권자에게 반환하여야 한다.

3) 급부가 전부불능이 아니라 일부불능⁶⁾인 경우에는 채무자는 불능의 범위에서 채무를 면하고, 그것에 비례하는 반대급부를 받을 권리도 상실한다고 해석된다. 채무자의 급부가 일부불능이나 채권자의 반대급부는 불가분이면 채권자는 전부급부를 하고 채무자는 불능부분에 대응하는 반대급부 부분을 금전으로 환가하여 이를 채권자에게 부당이득으로 반환하여야 한다.⁷⁾ 그러나 일부불능으로 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 전부불능의 경우와 마찬가지로 다루어야 한다.

임대차에 있어서는 특칙을 두어 임차물의 일부가 임차인의 과실없이 멸실 기타 사유로 사용 수익할 수 없게 된 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 해당하는 차임의 감액의 청구를 할 수 있도록 규정하고(제627조 1항), 잔존부분만으로는 임차목적 달성할 수 없을 때에는 임차인은 계약을 해지할 수 있도록 하고 있다.(같은 조 2항) 그리고 운송물의 일부가 송하인의 책임없는 사유로 인하여 멸실한 때에는 운송인은 운임을 청구할 수 없다.(상법 제134조 1항 전문)

2. 債權者 危險負擔主義

1) 채무자 위험부담주의 원칙에 대하여 2가지의 예외가 인정된다. 첫째, 급부불능의 귀책사유(책임있는 사유)가 채권자에게만 있는 경우이고(제538조 1항 전문), 둘째,

상청구를 하고 그의 반대급부를 이행하거나, 대상청구를 하지 아니하고 그의 반대급부의무의 소멸을 주장할 수 있다.

6) 위험부담의 유추적용에 관한 판례에 의하면 「임의경매절차가 진행되어 그 경락허가 결정이 확정되었는데 그 경락대금지급일이 지정되기 전에 그 경락목적물에 대한 소유자 내지 채무자 또는 그 경락인의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 말미암아 그 경락목적물의 일부가 멸실되었고 그 경락인이 나머지 부분이라도 매수할 의사가 있어서 경매법원에 대하여 그 경락대금의 감액신청을 하여 왔을 때에는 경매법원으로서 민법상의 쌍무계약에 있어서의 위험부담 내지 하자담보책임의 이론을 적용하여 그 감액결정을 허용하는 것이 상당하다」(대판 1979.7.24, 78마248)고 한다.

7) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2000, 84면.

채권자의 수령지체 중 양 당사자에게 책임없는 사유로 급부불능이 된 때이다.(제538조 1항 후문) 이와 같은 경우에는 채권자가 위험을 부담하므로 채무자는 자기의 급부의무를 면하나, 채권자는 반대급부를 이행⁸⁾하여야 한다.

2) 채권자에게 책임있는 사유로 채무자의 급부가 불능으로 된 때란 채권자의 지배영역하에서 채무자의 급부가 불능으로 된 경우라고 해석하여야 할 것이다.⁹⁾ 왜냐하면 채권자는 채무자의 급부의 이행에 법률상 의무를 부담하지 아니하므로 채권자의 책임있는 사유를 채권자의 의무위반으로는 볼 수 없기 때문이다.¹⁰⁾ 예컨대, 도급계약에 있어서 채권자인 도급인이 채무자인 수급인에게 일의 지시를 잘못하였거나, 흠있는 재료를 공급하였거나, 수급인의 일의 과정이나 수행이 잘못되어 있음을 알면서도 도급인이 이를 경고하지 않은 때에는 채권자인 도급인에게 귀책사유(책임있는 사유)가 있다고 할 것이다.

3) 채권자의 수령지체 중 양 당사자의 책임없는 사유에 의한 급부불능은 채권자의 수령지체가 없었더라면 채무자의 급부불능은 발생하지 않았을 것이므로 채무자는 반대급부청구권을 상실하지 않는다고 하여야 할 것이다. 그러므로 채권자의 수령지체

8) 부당해고에 따른 채권자의 책임에 관한 판례에 의하면 「부당해고로 인하여 노무를 제공하지 못한 근로자는 민법 제538조 1항 본문의 규정에 의하여 사용자에 대하여 임금을 청구할 수 있고 이 경우 근로자가 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻는 때에는 이를 사용자에게 상환하되, 상환하여야 할 이익은 채무를 면한 것과 상당인과관계에 있는 것에 한한다 할 것이지만, 근로자가 해고기간 중에 근로조합기금으로부터 지급받은 금원은 그가 근로제공을 면한 것과 상당인과관계에 있는 이익이라고는 볼 수 없다」(대판 1991.5.14, 91다2656)고 한다. 그리고 퇴직처분이 무효인 경우의 임금지급의 청구에 관한 판례에 의하면 「사용자의 근로자에 대한 퇴직처분이 무효인 경우에 근로자는 사용자의 귀책사유(책임있는 사유)로 인하여 근로의 제공을 못하였으므로 민법 제538조 제1항에 의하여 사용자에게 그 기간 중에 근로를 제공하였을 경우에 받을 수 있는 반대급부인 임금의 지급을 청구할 수 있다」(대판1992.3.31, 90다8763)고 한다. 나아가 해고기간 중 중간수입의 공제에 관한 판례에 의하면 「근로기준법 제38조는 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유(책임있는 사유)로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 여기서의 휴업에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취입이 거부되거나, 또는 불가능하게 된 경우도 포함되므로 근로자가 사용자의 귀책사유(책임있는 사유)로 인하여 해고된 경우에도 위 휴업수당에 관한 근로기준법이 적용될 수 있으며, 이 경우에 근로자가 지급받을 수 있는 해고기간 중의 임금액 중 위 휴업수당의 한도에서는 이를 위 1항의 중간수입 공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액범위에서만 공제하여야 할 것이다」(대판 1991.12.13, 90다18999)라고 한다.

9) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2004, 184면.

10) 박윤직, 앞의 책, 85면.

중 양 당사자에게 책임없는 사유로 발생한 급부불능에 대해서는 채권자가 그 위험을 부담한다.

4) 이와 같이 채권자가 위험을 부담하는 예외적인 경우에 채무자가 그의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 그 이익을 채권자에게 상환하여야 한다.(제538조 2항) 왜냐하면 이러한 채무자의 이익은 부당이득이기 때문이다.¹¹⁾ 이 때 채무자가 채권자에게 상환하여야 할 이익은 채무자가 채무를 면한 것과 상당인과관계에 있는 범위이다.¹²⁾ 그리고 판례는 사용자의 귀책사유(책임있는 사유)로 해고된 근로자가 해고기간 중 다른 직장에 종사하여 얻은 이른바 중간수입은 근로자가 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당된다고 판결하고 있다.¹³⁾

3. 雙方 當事者에게 모두 歸責事由(責任있는 事由)가 있는 境遇

쌍무계약에 있어서 급부불능에 관하여 채무자에게도 채권자에게도 귀책사유(책임있는 사유)가 있는 경우에 어떻게 처리할 것인가에 대하여 우리 나라에서는 별 논의가 없으나, 독일의 지배적 견해와 마찬가지로 어느 측의 과책이 주된 것이냐에 따라서 이행불능과 채권자 위험부담 중의 하나를 인정하고, 과실상계를 함이 타당하다고 하는 소수의 견해¹⁴⁾가 있으나, 채무자에게 귀책사유(책임있는 사유)가 있으므로 이행불능의 성립을 인정하고, 채권자에게도 과실이 있으므로 과실상계를 함이 문제해결에도 간편하고 법리상으로도 타당할 것으로 생각된다.¹⁵⁾

III. 賣買의 危險負擔에 관한 立法例

하자있는 물건 또는 타인 소유물을 이전하는 등 매도인의 의무위반이 있거나, 수령지체, 기타 요구되는 협력 등의 결여와 같이 매수인의 책임있는 사유가 있을 때의 위험배분에 관한 입법례는 다음과 같다.

11) 박윤직, 앞의 책, 85면.

12) 대판 1991.5.14, 91다2656.

13) 대판 1991.6.28, 90다카25277.

14) 김형배, 「채권각론(계약법)」, 박영사, 1997, 170면.

15) 김상용, 「채권각론(상)」, 법문사, 1999, 111면.

1. 賣渡人이 瑕疵있는 物件을 引渡한 境遇

매도인이 하자있는 물건을 인도한 경우에 그 하자가 매매목적물의 멸실, 훼손의 원인인 때에는 매도인이 위험을 부담하는 것에는 의문이 없으며, 또한 매수인의 책임 있는 사유로 인해 물건이 멸실되었다면 그 한도에서는 매수인이 책임을 부담하여야 하는 것에도 의문이 없다. 그러나 매매목적물의 하자과 물건의 멸실, 훼손이 직접적 관련성이 없는 경우에 누가 위험을 부담하여야 하는가에 대해서는 입법례가 다르다.

1) 賣渡人의 危險負擔

가. CISG

하자있는 물건이 인도된 경우에 매수인은 계약을 해제하거나 대체물 인도청구권을 행사함으로써 위험을 매도인에게 전가할 수 있다.(제70조)¹⁶⁾ 계약에 반하는 물건인도가 본질적 계약위반이더라도 매수인이 상당한 기간을 정하여 추완청구권을 행사한 경우에 그 기간 중 우연적인 물건멸실에 대해서도 매도인이 위험을 부담한다는 주장도 있다.¹⁷⁾ 그러나 매도인의 위험부담은 여러 가지 점에서 완화된다. 첫째, 계약해제와 대체물 인도청구권은 상당한 기간 내에 표시되어야 한다.¹⁸⁾ 둘째, 매매목적물의

16) 이 조는 “매도인이 본질적 계약위반을 한 경우, 제67조, 제68조, 제69조는 이런 의무위반을 이유로 하여 매수인에게 성립한 권리구제수단에는 영향을 미치지 않는다”고 한다. 매도인의 의무위반이 있을 때 매수인에게 인정되는 권리구제수단으로는 계약해제(제49조 1항 a호, 2항 b호), 대체물 인도청구권(제46조 2항), 추완청구권(제46조 3항), 감액청구권(제50조), 손해배상청구권(제74조 이하) 등이 있다. 그러나 계약해제와 대체물 인도청구권을 행사할 때 비로소 매수인에게 이전된 위험을 다시 매도인에게 전가시킬 수 있다. 매매목적물이 우연히 멸실된 경우 추완청구는 애초부터 가능하지 않고, 감액청구권 역시 이미 매수인에게 이전된 위험을 전가시킬 수 없으며, 손해배상청구권도 위험발생 이전의 손해를 배상받을 수 있기 때문이다.(Schlechtriem/Hager, Kommentar zum Einheitslichen Un-Kaufrecht, Art. 67 Rn.)

17) Schlechtriem/Hager, a.a.O., Art. 70 Rn. 7

18) 같은 법 제39조 제1항은 상품이 계약에 반하는 것임을 확인하거나 확인할 수 있었던 시점으로부터 상당한 기간 내에 이를 매도인에게 통지하지 않고, 또한 이 때 계약위반의 유형을 정확하게 표시하지 않은 경우에는 계약위반을 원용할 권리를 상실한다고 규정한다. 이 조 제2항은 별도의 계약상의 보증기간이 없는 한 물건이 사실상 인도된 때로부터 늦어도 2년이 경과하면 계약위반을 원용할 권리를 상실한다고 한다. 대체물 인도청구권을 행사하기 위해서는 이 요건을 준수하여야 한다.(같은 법 제46조 2항) 계약해제의 경우에도 상당한 기간 내에 이를 행사하지 않으면 해제권을 상실한다고 한다.(같은 법 제49조 2항 b호)

멸실, 훼손이 매수인 또는 그에게 귀속될 수 있는 자의 용태(작위 또는 부작위)에 기인한 경우에 매수인은 하자를 이유로 한 계약해체 또는 대체물 인도청구를 할 수 없고, 매수인이 그 손해를 부담하여야 한다.(제82조 2항 a호) 셋째, 계약해체나 대체물 인도청구를 하기 위해서는 그 하자가 본질적인 계약위반이어야 한다.(제46조 2항) 즉 그렇지 않은 경우에는 매수인이 위험을 부담한다.¹⁹⁾

나. 독일 민법

개정된 독일 민법에 따르면 매도인은 하자없는 물건을 인도할 의무가 있기 때문에 (제433조 1항), 하자있는 물건이 인도된 경우에 매수인은 수령을 거절할 수 있다. 여기서의 하자는 위험이전의 시점을 기준으로 하여 첫째, 당사자가 합의한 성상(Beschaffenheit)을 갖추지 못한 경우(제434조 1항 1문), 둘째, 그런 합의가 없을 경우 객관적으로 결정된다.(제434조 1항 2문) 물건의 하자에도 불구하고 매수인이 이를 수령한 경우에 그에게는 제437조의 권리구제수단이 주어진다. 그 중 위험부담과 관련하여 의미있는 것은 계약해제권이다. 개정된 독일 민법은 계약해제에 있어서 개정 전 독일 민법 제350조 내지 제353조(우리 민법 제553조에 상당하는 규정)와 같은 제한을 두지 않는다. 따라서 매수인은 매매목적물이 멸실된 경우에도 제한없이 계약을 해제할 수 있다. 대신 매수인은 목적물반환에 갈음하여 가액상환을 해야 하지만(제346조 2항), 다음과 같은 경우에는 가액상환의무가 없다. 첫째, 하자가 목적물의 가공 또는 개조의 시점 또는 그 후에 비로소 드러난 경우(제346조 3항 1호), 둘째, 멸실, 훼손에 매도인(반환채권자)이 책임이 있거나 목적물이 매도인(반환채권자)에게 있었다라도 손해가 발생하였을 경우(제346조 3항 2호),²⁰⁾ 셋째, 매수인이 매매목적물에 자기 사무에 대하여 통상 행하여지는 주의를 하였음에도 멸실, 훼손된 경우(제346조 3항 3호) 등이 그것이다.²¹⁾ 이런 사유에 해당될 때에는 목적물의 인도로 매수인에게

19) Schlechtriem/Hager, Art. a.a.O., 70 Rn. 5 a

20) 매도인의 책임있는 사유가 있었는지와 무관하게 하자가 멸실, 훼손의 원인이거나 매도인이 사용, 보관 등에 대한 잘못된 정보를 제공함으로써 멸실, 훼손된 경우 등이 그 대표적인 예일 것이라고 한다. (Huber/Faust, Schuldrechtsm odernisierung, S.293f. ; Schuldrechtsreform 2002, S. 795의 채무법개정연방안의 근거제시 부분 참조, 247f.)

21) 이 때에는 목적물의 멸실이 매수인의 용태와 관련이 있더라도 가액상환의무가 없다. 자기 사무에 대한 주의의무는 경과실의 기준인 사회생활상 요구되는 주의(제276조 2항)와 중과실--제277조는 "자기의 사무에 대하여 통상 행하여지는 주의에 대하여만 책임을 지는 사람이라도 중과실로 인한 책임을 면할 수 없다"고 한다--사이에서 개별적으로 결정될 것이다. (독일 민법전의 번역문 사용은 양창수, 독일 민법전 2002년 판을 기준으로 함)

이전된 위험(같은 법 제446조)을 해제로 인해 다시 매도인에게로 재이전시킬 수 있다.²²⁾ 그러나 해제를 통해 매도인에게 위험을 전가시킬 수 있는 가능성은 다음 두가지에 의해 제한된다. 첫째, 해제는 제438조에서 정한 기간 내에 해야 한다. 둘째, 사소한 하자의 경우에는 해제가 허용되지 아니한다.(제437조 2호, 제323조 5항 2문)²³⁾ 한편 제437조 제1호에 의해 인정되는 추완청구권의 행사로도 매도인에게 위험을 재이전시킬 수 있다. 예컨대, 매수인이 하자없는 대체물의 인도를 청구한 경우에 매도인은 제346조 내지 제348조에 좇아 하자있는 물건의 반환을 청구할 수 있다.(제439조 4항) 여기에 위에서 언급한 제346조 제3항이 적용되고, 따라서 반환할 목적물의 멸실에도 불구하고 매수인은 가액상환의 의무없이 대체물을 인도받을 수 있다. 이렇게 함으로써 매도인에게 위험을 재이전시킬 수 있다는 것이다.

2) 買受人의 危險負擔

프랑스 민법 제1647조는 하자있는 물건이 우연히 멸실한 때 매수인이 그 위험을 부담하도록 정한다.²⁴⁾ 그런데 매수인이 계약체결의 시점에서 물건의 성질에 대해 착오를 한 경우 -- 이는 특정물매매에서 흔히 있을 수 있다-- 매수인에게 무효소권이 인정된다. 종류물매매의 경우에 모델에 따른 물건을 인도하지 않거나 특별한 합의가 없는 때에는 상품성 있는 물건이 인도되지 않아 매도인이 그 인도의무를 위반하고, 그리고 그 하자가 중대한 때에는 매수인에게는 해제소권이 인정된다. 이 양 소권을 행사함으로써 위험을 다시 매도인에게 전가할 수 있다는 것이 프랑스의 통설이라고 한다. 이로써 제1647조의 규정의 엄격성이 완화된다는 것이다. 최근 매도인에게 위험을 다시 전가하는 것을 억제하려는 경향이 있으며, 멸실이 매수인의 행위에 기인한 때에는 매수인이 그 위험을 부담하도록 하고 있다.²⁵⁾

22) 이와 같은 입법적 결정을 한 배경은 자기 의무를 완전히 이행하지 않은 매도인으로 하여금 매수인에게로의 위험이전을 신뢰하도록 할 이유가 없다는 것에 있다고 한다.(Huber/Faust, a.a.O., S. 249)

23) 이 경우 추완청구나 감액청구 등으로 만족하여야 할 것이다. 그러나 매도인이 추완을 거절한 경우에는 계약을 해제할 수 있다.(제440조)

24) 멸실 후 감액청구가 가능한지에 대해서는 학설상의 다툼이 있다고 한다. 이에 대해서는 Hager, Die Gefahrtragung beim Kauf, S. 168 참조.

25) 이상의 설명은 Hager, a.a.O., S. 195f. 참조.

3) 통일상법전(위험부담의 결정기준으로서 물건의 인수)

계약의 내용에 좇은 물건을 교부하지 않음으로써 매수인이 수령을 거절 할 수 있는 경우에 매도인이 그 하자를 치유할 때까지 또는 매수인이 계약부적합에도 불구하고 목적물을 인수(accept)할 때까지 매도인이 위험을 부담한다.(제2-510조 1항) 한편 매수인이 물건을 인수한 후 목적물의 계약 부적합성을 안 경우에 매수인은 인수를 철회할 수 있다. 이 때 매수인은 보험범위의 한도에서만 위험을 부담한다.(제2-510조 2항) 보험범위를 넘어선 손실에 대해서는 매도인이 위험을 부담한다.

다음과 같은 경우에 매수인의 인수(acceptance)를 인정한다.(제2-606조) 첫째, 매매 목적물이 계약에 합치한다거나 하자에도 불구하고 보유하고 보유하겠다는 것을 매수인이 매도인에게 표시한 경우에(제2-606조 1항 a호) 그 표시는 명시적일 필요는 없고, 대금의 지급과 같이 추단적 행위로도 충분하다. 둘째, 기대가능한 조사가능성에도 불구하고 매수인이 상당한 기간 내에 거절하지 않은 때에도 인수가 있다.(제2-606조 1항 b호) 통상 이것은 물건이 매수인의 수중에 있고 적시에 반환되지 않은 모든 사안을 망라한다. 상당한 기간에는 흠결발견의 난이도, 매수인이 전문가인지의 여부, 상품유통기간, 교부 후 당사자의 용태 등이 고려된다. 매수인이 매도인에게 거듭하여 추완을 허용한 때에는 매도인의 추완이 성공하지 못할 경우에 매수인은 더 오랜 기간 동안 거절할 수 있다. 거절 후에는 매수인은 주의를 기울여 물건을 보관하여 매도인이 처분할 수 있도록 하여야 한다.(제2-602조 2항 b호) 매수인이 상인이고, 매도인이 거절장소에 대리인을 두지 않은 경우에 매수인은 매도인의 합리적 지시를 따라야 하고, 부패하는 물건은 매도인을 위해 처분하여야 한다.(제2-603조) 셋째, 매수인이 매도인의 소유자의 지위와 합치되지 않는 행위를 함으로써도 수령이 있게 된다.(제2-606조 1항 c호) 예컨대, 매도, 변경, 지속적 사용 등이 그 예이다. 인수는 매수인이 물건을 지배하고 이를 자신의 것으로 보유하려는 의사가 표현된 경우에 인정된다고 할 것이다.²⁶⁾

2. 所有權移轉義務의 不履行의 境遇

매도인 소유가 아닌 물건을 인도하여 매수인이 소유권을 취득하지 못한 상태에서 목적물이 우연히 멸실한 경우에 누가 위험을 부담할 것인가가 문제된다. 소유자가 위험을 부담하는 영국이나 프랑스의 경우에는 매도인이 위험을 부담할 것이다. 그런데 우선권 등이 설정된 물건이 양도된 경우에는 문제가 될 수 있다. 프랑스 민법에서는

26) 이상의 설명은 Hager, a.a.O., S. 171f.; 위 각 조문의 Official Comment 참조.

물건을 추탈당한 후에야 비로소 담보책임을 추궁할 수 있다고 한다.(같은법 제1626조) 추탈 당시 매매목적물의 상태와 무관하게 대금전부를 반환받을 수 있다.(제1631조) 즉 매도인이 위험을 부담한다. 그러나 우연한 물건멸실 또는 현저한 손상 후에는 추탈 될 수 없을 것이므로 결과적으로는 매수인이 위험을 부담할 것이다. 개정된 독일 민법에 따르면 권리하자가 있는 경우에도 물건하자와 마찬가지로 매수인은 계약을 해제함으로써 위험을 매도인에게 전가시킬 수 있다.(제443조, 제437조, 제346조)

3. 買受人의 受領遲滯 등 그의 責任있는 事由의 境遇

매수인의 협력이 있어야 인도 등이 가능한 경우에 그 협력이 결여됨으로써 매도인은 매수인에게로 위험을 이전시킬 수 있는데 필요한 행위를 할 수 없게 된다. 이 경우 누가 위험을 부담하여야 하는가가 문제된다.

1) CISG

같은 법 제69조 제1항 후단은 인도받아야 할 시점에서 매도인이 매수인의 처분상태하에 물건을 두고, 또한 그 불수령이 매수인의 계약위반일 경우에 매수인에게 위험이 이전된다. 이 규정은 우리 법의 수령지체에 대비될 수 있다. 그런데 이 규정으로부터 매수인의 협력의무위반으로 인해 매도인이 매수인에게 위험을 이전시킬 수 있는 정상적인 상태를 실현시키지 못한 경우에도 매수인에게 위험이 이전된다는 일반 원칙을 도출할 수 있다는 주장도 있다.²⁷⁾

2) 독일 민법

매수인의 계약위반적 용태로 인해 위험이전이 이루어지지 않은 경우에 독일 민법은 주로 수령지체에 관한 규정을 통해 해결한다. 매수인이 이행기에 적법한 변제장소에서 계약의 내용에 좇은 물건을 수령하지 않거나 기타 매수인에게 요구되는 협력을 하지 않은 경우에 채권자지체에 빠진다.(제293조 내지 제296조, 제298조) 채권자지체 중 매도인에게 귀책할 수 없는 사유(경과실 또는 무과실)로 물건이 멸실, 훼손된 경우에 매도인은 이행의무를 면하고, 대금지급을 청구할 수 있다.(제300조, 제326조 2항, 제446조 2문) 즉 채권자지체는 위험을 이전시킨다. 한편 독일의 학설과 판례는

27) 이에 대해서는 Schlechtriem/Hager, a.a.O., Art. 69, Rn. 9 참조.

매수인의 이행거절도 개정 전 독일 민법 제324조(현행 독일 민법 제326조 2항)의 채권자의 책임있는 후발적 불능의 사유로 이해하고 있다. 따라서 매수인의 이행거절로 인해 매도인이 더 이상 이행할 수 없었던 중에 이행불능이 초래되면 매도인은 매수인에게 대금지급을 청구할 수 있게 된다.²⁸⁾

3) 미국 통일상법전

미국 통일상법전 제2-510조 제3항에 따르면 물건이 특정되었으나, 이에 대해 매수인이 이행거절을 하거나 또는 위험이 이전되기 이전에 기타 의무위반을 한 경우에 매도인은 보험범위를 넘어서는 손실을 매수인으로 하여금 부담하게 할 수 있다. 이 한도에서는 매수인이 위험을 부담한다. 그러나 매수인은 상업적으로 합리적인 기간 동안에만 위험을 부담한다.²⁹⁾

4) 프랑스 민법

프랑스 민법에서는 매수인의 계약위반적 용태가 있을 때의 위험이전에 관한 별도의 규정이 없다.³⁰⁾ 그러나 특정물의 경우에는 계약체결로 매수인에게 위험이 이전되기 때문에 별다른 문제가 없다. 이 점은 영국의 경우에도 마찬가지이다. 반면 종류물 매매에서는 양 당사자의 합의에 기한 물건의 특징이란 요건을 완화시켜 매도인이 매수인의 협력없이도 실질적으로 특정과 소유권이전 및 위험이전을 가져 올 수 있다고 한다.³¹⁾ 그 밖에도 위험의 증가는 그것의 원인을 제공한 자가 부담하여야 한다는 원칙이 있다고 한다. 영국 동산매매법에서도 매수인의 계약위반이 있는 경우에 그에게 위험이 이전되도록 한다.(SGA 제20조 2항)

28) Soergel/Wiedemann, BGB, §324 Rn. 9; MünchKomm/Emmerich, BGB, §324 Rn. 9; BGH NJW 1987, 1262ff. 참조.

29) 예컨대, 12월 5일에 물건을 인도할 채무를 매도인이 부담하는데, 12월 3일 매수인이 이행거절을 하고, 12월 4일 화재로 그 물건이 멸실한 경우에 매수인이 위험을 부담한다는 해석도 가능하다. 그러나 Nordstrom은 이 경우 계약위반과 물건 멸실간에 인과관계가 없다고 하여 위험이전을 부정한다고 한다. 이에 대해서는 Hager, a.a.O., S. 186f. 참조.

30) 이 점은 Hager, a.a.O., S. 187f. 참조.

31) 예컨대, 3월 2일 종류물 500개를 매수인이 추심하기로 하고, 당일 매도인이 이를 분리하여 준비하여 놓았으나 매수인이 운송인을 구하지 못해 추심하지 못하였고, 그 다음날 화재 등으로 멸실된 경우 위험이 이전된다고 한다. 이에 대해서는 Hager, a.a.O., S. 187f. 참조.

IV. 責任있는 및 責任없는 事由의 意味

1. 買受人의 責任있는 事由로 賣渡人의 債務가 履行될 수 없었던 境遇

매도인이 자신의 채무이행에 필요한 준비를 다 갖추었고, 채무이행에 아무런 장애 사유도 없었지만, 매수인에게 귀책될 만한 사유가 있고 매도인의 채무의 이행불능이 그것과 상당인과관계가 있다면 설령 매수인이 수령지체에 빠지지 않았다 하더라도 그에게 위험을 이전시킬 수 있을 것이다.³²⁾ 수령지체를 법정책임으로 이해하는 입장에서 보면 이 경우도 수령지체 못지않게 매수인에게 위험을 이전시키는 것이 형평에 부합할 것이다. 채무이행에 필요한 준비를 다하였으나, 수령지체에 빠뜨리는 행위를 하지 않았다는 것은 매수인의 책임있는 사유로 상쇄될 수 있기 때문이다.

2. 賣渡人의 客觀的 債務不履行의 境遇

매도인이 하자있는 물건을 인도하거나 흠결있는 권리를 이전한 경우에는 매도인의 채무가 사실상 이행되었다고 할 수 없다. 따라서 위에서 언급한 위험배분의 원칙에 대한 예외를 인정하여야 할 필요가 있다. 이러한 문제를 간접적으로 규율하는 것이 제553조이다.

3. 不動產賣買의 境遇

계약상의 채무이행으로 인도되었으나, 아직 소유권이전등기가 경료되지 못한 경우에 그 원인이 매수인의 대금미불 등에 원인이 있고, 그 원인이 해소되면 매도인의 잔여 채무이행에 아무런 장애사유가 없다면 위험은 매수인에게 이전된다고 할 것이다. 또한 소유권이전등기가 경료되었으나, 아직 인도되지 않은 경우에도 그것이 매수인의

32) 이것은 어떤 사유가 제538조의 '채권자의 책임있는 사유'에 포섭될 수 있는가의 문제이다. 예컨대, 매수인이 자기 채무를 이행거절하였지만, 매도인이 매수인을 수령지체에 빠뜨리지는 않았을 경우에 매도인이 계약상의 채무이행을 하고자 하는 때에는 매수인에게 위험이 이전될 수 있음을 인정한다. 한편 후술하는 대판 2004.3.12. 2001다79013은 제538조 제1항의 '채권자의 책임있는 사유'를 채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무자의 이행의 실현을 방해하고 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 의미한다고 한다. 당해 사안에서의 결론의 당부는 별론으로 하고 이행거절도 제538조 제1항의 '채권자의 책임있는 사유'에 포섭될 가능성을 배제한 것은 아니라고 할 것이다.

사정에 기인한 경우에는 위험은 매수인에게 이전된다고 할 것이다. 개정된 독일 민법 제446조를 감안하면³³⁾ 우리 민법의 해석에서도 인도를 기준으로 하는 것이 더 타당하지 않는가라는 의문이 있을 수 있다. 그러나 우리 민법의 해석에서는 다음과 같은 사정을 감안하여야 할 것이다. 첫째, 매도인이 여전히 부동산을 점유하는 경우에 통상 매도인은 타주점유자로서 매수인을 위하여 점유한다는 것³⁴⁾, 둘째, 부동산을 매도인이 아닌 제3자가 점유하는 경우에 우리 민법에서는 당사자 간의 합의만으로는 매수인에게 점유를 창출시켜 줄 수 없다는 점(제196조, 제190조) 등이 그것이다.³⁵⁾ 즉 매도인은 매수인에게 점유를 이전시키지 않은 채 소유권이전등기를 경료해 주고, 매수인이 소유물반환청구권에 기하여 직접점유자로부터 간접점유를 승인받는 것으로 만족하고자 하는 경우도 있다는 것이다.³⁶⁾ 이런 사정을 감안하면 소유권이전등기의 경료로도 위험이 매수인에게 이전되도록 할 필요가 있다. 다만, 매도인이 여전히 자주 점유를 하면서 매수인으로 하여금 매매목적물인 부동산을 담보로 하여 자금을 융자 받아 대금지급을 하도록 하기 위해 소유권이전등기를 경료하여 준 경우에는 매도인의 매매계약상의 채무가 사실상 이행되었다고 보기는 어려울 것이다. 결국 개별 계약 당사자간의 제반사정을 감안하면 소유권이전등기로 매수인에게 위험이 이전되지 않도록 할 경우도 있을 수 있다.³⁷⁾

4. 買受人의 責任있는 事由로 賣渡人の 債務가 移行될 수 없었던 狀態에서 의 履行不能의 境遇

첫째, 매도인이 변제 제공을 하였으나(제460조) 매수인의 사정에 의해 수령하지 못

33) 개정 전 독일 민법 제446조 제2항에서 부동산의 경우 인도 전 소유권이전등기만으로 위험이 이전되도록 하였으나, 개정된 독일 민법은 이 경우에도 인도의 시점에 위험이 이전되도록 하였다.

34) 개정 전 독일 민법 제446조 제2항에서 소유권이전등기로 위험이 이전되게 한 중요한 이유 중의 하나가 매도인이 질권자와 유사한 타주점유자로서 목적물을 점유한다는 점에 두고 있었다.(Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 83)

35) 제철웅, “매매에서의 위험부담”, 민사법학 제26호, 한국민사법학회, 2004. 9, 375면.

36) 물론 주택임대차보호법 또는 상가임대차보호법에 의해 양수인이 임대인의 지위에 편입됨으로써 간접점유를 취득하는 경우도 있다.

37) 이 문제와 직접 관련이 없지만, 대판 1992.4.28, 91다32527-- 이 판결의 평석으로는 명순구, "부동산매매목적물로부터 발생한 과실", 433면 이하 참조--의 사안과 같이 예컨대, 매도인이 부담하는 채무를 대신 실현시킬 목적으로 매수인 명의로 소유권이전등기를 경료한 경우에는 위험이 이전되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.

한 경우 매수인의 수령지체가 있다. 이 때 매도인은 고의 또는 중과실이 없이는 매매 목적물이 멸실, 훼손된 경우 책임을 지지 않는다. 따라서 매도인의 귀책사유없이 매매 목적물이 멸실, 훼손된 경우에 매수인은 대금을 지급하여야 한다.(제638조 1항 2문)

둘째, 매수인에게 요구되는 협력 등의 결여로 매도인이 그 채무를 이행 할 수 없었던 경우에도 매수인이 위험을 부담하여야 할 것이다.(제538조 1항 1문) 예컨대, 소유권이전등기에 필요한 서류 일체가 교부된 후 매수인의 사정에 의해 소유권이전등기가 경료될 수 있는 상당한 기간을 무의하게 경과한 후 발생한 소유권의 상실에 대해서도 매수인이 위험을 부담해야 할 것이다. 예컨대, A가 B에게 부동산소유권이전등기에 필요한 서류 일체를 교부하였으나, 소유권이전등기를 게을리하던 중 A의 채권자가 그 부동산을 강제집행하여 C가 소유권을 취득한 경우가 그것이다.³⁸⁾ 이 때에도 매수인에게 위험이 이전되고, 그의 대금지급의무는 잔존한다고 할 것이다. 다만, 경락 대금으로 매도인의 채무가 변제되는 이익은 제538조 제2항, 또는 부당이득법에 의해 처리하면 되고, 결과적으로는 매매대금과 채무변제액의 차이에 해당되는 만큼의 손실을 매수인이 부담할 것이다.³⁹⁾

셋째, 매수인의 수령지체는 없었지만 그의 진지하고 중국적인 이행거절의 의사표시가 있고, 매도인이 이로 인해 자신의 채무를 이행할 수 없었다면 이행거절이 지속되던 중의 쌍방의 책임없는 사유로 이행불능된 경우에도 매수인에게 위험을 이전시킬 수 있다.(제538조 1항 1문) 물론 매수인의 사정(이행거절)을 제외하고는 채무이행에 있어서 매도인측의 장애사유는 없어야 한다.

38) 대판 1979.6.26, 79다564에서는 A 소유의 부동산을 B가 대물변제로 소유권을 취득하기로 한 후, B가 C에게 매도하고, 소유권이전등기에 필요한 서류 일체를 교부하였으나, C가 등기를 게을리하던 중 A의 채권자가 그 부동산을 강제경매하여 C가 소유권을 취득하지 못하였다. 대법원은 「타인의 권리매매에 있어 매도인의 목적물을 매수인에게 이전할 수 없게 된 것이 오직 매수인의 귀책사유(책임있는 사유)에 기인한 경우에는 매도인은 하자담보책임을 지지 않는다」고 하였다. 학설들도 이 판결을 원용하면서 매수인의 귀책사유(책임있는 사유)로 인한 이전불능의 경우에는 명문의 규정은 없지만, 신의칙상 매도인인 B는 C에게 담보책임을 지지 않는다고 한다. 학설 등에 관하여는 민법주해 XIV, 338면(남효순 집필부분) 참조.

39) 대판 1979. 6.26, 79다564 사건에서는 소유자가 A에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있을 것이다. 이러한 부당이득은 비급부부당이득으로 자리매김할 수 있을 것이다.

V. 代表的인 判例

1. 事實關係

원고 X(건설회사)는 1997.10.17 피고 Y로부터 A 부동산을 대금 13억 380만원에 매수하되, 계약금 1억 3,000만원은 계약 당일, 1차 중도금 3억원은 1997.11.10 2차 중도금 2억원은 1998.1.15 잔금 6억 7,380만원은 1998.4.20 각 지급하기로 하는 매매계약을 체결하고, 계약 당일에 계약금 1억 3,000만원, 1997.11.10 1차 중도금 3억원을 지급하였다. 원고 X가 매매계약에 따라 선이행의무가 있는 2차 중도금 2억원의 지급일이 되었어도 이행을 지체하자 피고는 1998.2.28까지 2차 중도금을 지급할 것을 최고하였다. 그러나 원고 X는 피고 Y에게 이 매매계약은 공동주택사업의 승인을 조건으로 체결되었는데, 그 조건의 성취가 불가능하다는 등의 이유로 매매계약의 실효를 주장하면서 계약금과 1차 중도금 합계 금 4억 3,000만원의 반환을 요구하였다. 이에 피고 Y는 공동주택사업 승인은 매매계약의 조건이 될 수 없다며 중도금의 지급을 거둬 최고하고, 원고 X는 기지급금의 반환을 거둬 요구하였다. 이러던 중 A 부동산이 2001.4.13 한국토지공사에 수용되어 피고 Y는 수용보상금으로 4억 9,043만 3,300원을 지급받았다.

원심은 피고 Y가 1998.4.21 원고 X에게 2차 중도금과 잔금의 지급을 요구한 이후 원고 X의 여러 차례에 걸친 계약금과 1차 중도금의 반환 요구에 대하여 아무런 대응을 하지 아니하고 매매계약을 해제하지 아니하여 매매계약이 유효인 상태에서 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 피고의 소유권이전등기의무가 이행불능이 되었으므로 민법 제537조에 따라 채무자인 피고 Y는 원고 X에게 2차 중도금의 잔금의 이행을 청구할 수 없고, 이미 수령한 계약금과 1차 중도금을 부당이득으로 원고에게 반환하여야 한다고 판단하였다.

2. 判示事項

[1] 민법 제538조 제1항 소정의 ‘채권자의 책임있는 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.(민법 제538조 제1항 제1문이 적용되어야 한다는 피고의 주장을 배척하였다)

[2] 민법 제400조 소정의 채권자지체가 성립하기 위해서는 민법 제460조 소정의 채무자의 변제 제공이 있어야 하고, 변제 제공은 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 경우(이른바 채권자의 영구적 불수령)에는 구두의 제공을 한다는 것조차 무의미하므로 그러한 경우에는 구두의 제공조차 필요없다고 할 것이지만, 그러한 구두의 제공조차 필요없는 경우라고 하더라도 이는 그로써 채무자가 채무불이행책임을 면한다는 것에 불과하고, 민법 제538조 제1항 제2문 소정의 '채권자의 수령지체 중 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때'에 해당하기 위해서는 현실제공이나 구두제공이 필요하다.(다만, 그 제공의 정도는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의성실의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 한다) 민법 제538조 제1항 제2문이 적용되어야 한다는 피고의 주장을 배척하였다.

3. 爭 點

원고 X(매수인)와 피고 Y(매도인) 사이에 부동산매매계약이 체결되었는데, 그 이행과정 중에 목적부동산이 토지수용됨으로써 피고 Y의 목적토지의 소유권이전등기가 불능이 되었다. 이행불능의 원인인 토지의 수용이 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 인한 것이라면 민법 제537조의 채무자 위험부담주의가 적용되어 채무자, 즉 매도인인 피고 Y는 대가의 지급을 청구할 수 없게 되고, 따라서 이미 지급받은 계약금 및 중도금은 부당이득이 되어 반환되어야 한다는 것이 대법원 판결의 내용이다.

판결은 나아가 채무자 위험부담주의의 예외를 정하고 있는 민법 제538조 제1항의 적용을 주장하며 반환의무를 부인하는 피고 Y의 주장에 대하여 첫째, 민법 제538조는 제1항 제1문의 채권자, 즉 매수인의 책임있는 사유로 인한 것이라는 주장에 대해 답하면서 '채권자의 책임있는 사유'의 의미에 대하여 판시하고 있다. 둘째, 제538조 제1항 제2문의 채권자의 수령지체에 해당한다는 주장을 배척하며 그 의미에 대하여 설시하고 있다.

4. 大法院 判決의 法理

1) 이 판결에서 피고 Y는 채권자(매수인)인 원고 X가 반대급부인 자신의 잔대금

지급채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하여 피고 Y로부터 소유권이전등기 의무의 이행제공이 있더라도 그 수령을 거절할 의사가 명백하였는 바, 목적부동산의 소유권이전등기 의무가 토지수용으로 인하여 이행불능이 된 것은 ‘채권자의 책임있는 사유’로 인한 것이므로 민법 제538조 제1항 제1문에 의하여 피고 Y는 원고에게 미지급대금을 청구할 수 있고, 따라서 이미 수령한 계약금 등을 부당이득으로 반환할 의무가 없다고 주장하였다.

대법원은 쌍무계약에서 위험부담에 관한 채무자 부담주의 원칙의 예외를 정하고 있는 제538조 제1항 1문에서 ‘채권자의 책임있는 사유’라고 함은 채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무자의 이행의 실현을 방해하고 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난 받을 수 있는 경우를 의미한다고 한다.

따라서 판결은 원고의 잔금 등 지급거절이 제538조에서 말하는 채권자의 책임있는 사유로 볼 수는 없다고 한다. 즉 원고 X가 이른바 이행거절의 의사를 명백히 표시하였더라도 피고 Y가 이에 따른 권리, 즉 최고없이 또 자신의 채무의 이행제공없이 계약을 해제할 수 있는 권한은 행사할 수 있으나, 매도인인 피고 Y가 목적물을 인도하지 못하면서도 매매대금의 지급을 청구하는 것을 가능케 할 정도의 채권자의 귀책사유(책임있는 사유)가 있다고는 보기 어렵다는 것이다.

즉 판결은 채권자의 작위 또는 부작위가 직접 채무자의 이행의 실현을 방해하는 것이어야 하며, 또 그러한 방해행위를 회피할 수 있었음에도 이를 강행하였을 것을 요구하고 있는 바, 채권자에게 신의칙상 상당한 비난가능성이 있어야 한다는 것이다. 그러한 채권자라야 목적물을 얻지 못함에도 대가를 지급해야 하는 가혹한 결과를 감수케 하는 것이 정당화될 수 있다고 보는 듯 하다.⁴⁰⁾

2) 채권자의 이행거절과 귀책사유(책임있는 사유) 여부

문제는 사안과 같이 채권자가 반대급부, 즉 대가의 지급을 계약에 위반되게 거절하고 이로 인해 채무자가 이와 상환으로 급부되는 자신의 채무를 이행하지 못하게 된 경우에도 채권자의 귀책사유(책임있는 사유)로 인한 것이라고 볼 수 있는가이다.

대가위험을 채권자의 귀책사유(책임있는 사유)가 있을 때 채권자에게 부담시킨다는 원칙은 ‘모순행위 금지의 원칙’(venire contra factum proprium)이라는 사고를 반영하고 있다고 말해진다.⁴¹⁾ 채무자의 불이행에 책임있는 채권자가 그 불이행으로 인한 위험의 부담을 상대에게 전가시킨다는 것은 신의칙에도 반하는 것이라고 볼 수 있다. 이

40) 김동훈, “위험부담의 법리와 신의칙”, 고시연구사, 고시연구 2004. 7, 214면.

41) MünchKomm-Emmerich(2001), § 324 Rz. 2

러한 점에서 이 판결이 채권자의 귀책사유(책임있는 사유)를 적극적으로 채무자의 이행의 실현을 방해하는 행위로서 신의칙상 비난 받을 수 있는 경우에 한한다는 것도 수긍할 수는 있다. 이러한 기준에서 볼 때 계약의 실효를 주장하면서 자신의 대금지급을 거절한 매수인의 행위만으로는 매도인의 소유권이전의무의 이행불능과 직접적인 인과관계를 인정하기도 부족하고 또 이를 신의칙상 비난할만한 이행방해행위라고 보기는 어려울 것이라⁴²⁾는 견해가 있다.

사안에서 피고 Y는 원고 X가 수령지체에 있던 중 토지수용이라는 이행불능 사유가 발생하였다고 볼 수 있으므로 제538조 제1항 제2문에 근거하여 원고의 이행을 청구할 수 있고, 따라서 부당이득반환의무를 지지 않는다고 항변한다.

이에 대해 판결은 피고 Y의 항변을 배척하면서 이행 또는 변제의 제공에 관한 특이한 법리를 전개하고 있다. 즉 수령지체의 요건으로서는 이행의 제공이 필요하고(제400조), 이행의 제공의 방법은 현실제공의 원칙으로 하되, 채권자가 미리 변제받기를 거절하는 경우에 이른바 채권자의 영구적 불수령의 경우에는 구두의 제공을 한다는 것조차 무의미하므로 그러한 경우에는 구두의 제공조차 필요 없다는 법리를 인정한다 하여도 이는 그것으로서 채무자가 채무불이행책임을 면한다는 것에 불과하고, 민법 제538조 제1항 제2문 소정의 '채권자의 수령지체 중 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때'에 해당하기 위해서는 현실제공이나 구두제공이 필요하다는 것이다.

그런데 피고 Y는 별도로 원고 X를 채권자지체에 빠지게 하기 위하여 원고 X에게 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 준비하여 두고 원고 X에게 그 서류들을 수령하여 갈 것을 최고하는 구두제공을 하지 아니하였으므로 비록 원고 X의 수령거절의 의사가 확고하여 이른바 채권자의 영구적 불수령에 해당하다고 하더라도 제538조 제1항 제2문이 적용될 수 없다는 것이다.

5. 評釋

1) 債權者의 責任있는 事由의 意味

제538조의 채권자의 '책임있는 사유'의 해석을 채무자의 책임있는 사유와 구별할 것인지는 이론적으로 매우 어려운 문제이다. 채권자의 책임있는 사유의 의미에 대하여 채무자의 책임있는 사유와는 그 내용이 다르며, 채무자의 급부실현을 불가능하게

42) 김동훈, 앞의 논문, 214면.

만든 원인사유로서 계약에 반하는 채권자의 유책한 형태라고 하는 설이 있다. 채권자의 책임으로 돌릴 수 있는 형태로 인하여 채무자의 급부가 실현 불가능⁴³⁾하게 되었다면 채권자가 그 불이익을 받는 것이 책임법의 일반원칙에 합치한다는 것이다. 그리고 채권자의 책임있는 사유를 넓게 새겨 법적 의무를 위반하는 경우 뿐만 아니라 채권자가 회피할 수 있었던 장애사유를 그의 잘못으로 막지 못한 경우에도 인정될 수 있다고 한다.⁴⁴⁾

2) 債權者의 永久的 不受領과 口頭提供 免除의 法理

채권자의 영구적 불수령시 구두의 제공조차 필요하지 않다는 법리 자체는 학설과 판례상 인정되어 온 것으로서 특별히 문제될 것은 없다. 학설은 채권자가 변제를 받지 아니할 의사가 확고한 경우, 이른바 채권자의 영구적 불수령의 경우에는 구두의 제공조차 필요 없다고 한다. 즉 채권자가 수령거절의 의사를 번의할 가능성이 없는 경우와 같이 구두제공이 무의할 정도로 수령거절의 의사가 명백함에도 이를 요구하는 것은 신의칙에 반한다고 한다.

판례도 「민법 제460조 단서는 전에 수령을 거절한 채권자라도 그 후 번의하여 수

43) 채권자의 책임있는 사유로 인한 이행불능은 크게 몇가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 하나는 채무자의 이행을 위하여 채권자에게 단순한 수령 이상의 협력행위를 필요로 하는 경우에 그러한 협력의무(Mitwirkungspflicht)를 위반함으로써 채무자가 이행을 할 수 없게 된 경우이다. 특히 정기행위의 경우에 문제가 부각될 수 있다. 예컨대, 판례는 영상물제작공급계약에서 채권자인 도급인이 제작에 관한 협력의무를 다하지 못하여 수급인이 납기를 지키지 못한 사안에서 「영상물 제작공급계약상 수급인의 채무가 도급인과 협력하여 그 지시감독을 받으면서 영상물을 제작하여야 하므로 도급인의 협력없이는 완전한 이행이 불가능한 채무이고, 한편 그 계약의 성질상 수급인이 일정한 기간 내에 채무를 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 정기행위인 사안에서 도급인의 영상물제작에 대한 협력의 거부로 수급인이 독자적으로 성의껏 제작하여 납품한 영상물이 도급인의 의도에 부합되지 아니하게 됨으로써 결과적으로 도급인의 의도에 부합하는 영상물을 기한 내에 제작하여 납품하여야 할 수급인의 채무가 이행불능케 된 경우에 이는 계약상의 협력의무의 이행을 거부한 도급인의 귀책사유(책임있는 사유)로 인한 것이므로 수급인은 약정대금 전부의 지급을 청구할 수 있다」(대판 1996.7.9, 96다14364)고 한다. 또 하나의 유형은 채권자가 직접 채무자의 급부영역에 개입하여 영향력을 가함으로써 채무자로 하여금 이행을 불능하게 한 경우이다. 예컨대, 매매계약 체결 후 채권자가 매매의 목적물을 검사하는 등의 과정에서 과실로 목적물을 훼손한 경우 등을 들 수 있다. 판례는 고용계약에서 사용자가 근로자를 부당하게 해고 처분한 경우 근로자가 사용자에게 근로제공을 하였을 경우에 지급받을 수 있는 반대급부의 지급을 청구하는 것을 인용하고 있다.(대판 1996.9.24, 95다21785) 이외에도 넓은 의미에서 채권자의 계약 위반행위들로 인해 채무자가 이행할 수 없게 되는 경우도 있을 수 있다.

44) 김형배, 앞의 책, 171면.

령을 하는 경우도 있을 것이므로 그 경우에는 신의칙상 채무자는 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을 최고하는 소위 언어상의 변제 제공방법을 하여야 할 의무 있을 것을 규정한 취지이고 변제를 수령하지 않을 의사가 명백하여 전의 수령거절의사를 번의할 가능성이 보이지 않는 경우에까지 구두의 변제 제공을 하여야 한다는 취지는 아니라 할 것이므로 이러한 경우에는 채무자는 위의 소위 언어상의 변제 제공을 아니 하더라도 채권자에게 채무불이행의 책임이 없다고 해석함이 타당하다」⁴⁵⁾고 한다.

3) 제538조의 受領遲滯의 意味

사안에서 매도인의 항변은 매수인이 수령지체 중 이행불능이 되었으므로 제538조 제11항 제2문이 적용될 수 있다는 것이다. 대법원 판결은 채무자의 이러한 항변을 배척하면서 그 근거를 매도인이 구두로라도 이행의 제공을 하지 아니하여 수령지체의 요건이 충족되지 못하였다는 것이다. 비록 매수인이 수령할 의사가 전혀 보이지 아니한 이른바 채권자의 영구적 불수령의 경우라도 이행의 제공은 필요한 것이라며 수령지체의 요건으로서의 이행의 제공과 채무불이행책임을 면하는 요건으로서의 이행의 제공(제461조)의 의미를 구분하고 있다. 자신의 채무불이행책임을 면하는 소극적요건으로서의 이행의 제공과 상대방을 적극적으로 수령지체에 빠뜨리는 적극적 요건으로서의 이행의 제공은 구별된다는 뜻인지도 모르겠다.⁴⁶⁾

6. 小結

매도인이 점유하던 목적이 멸실된 것이 매수인의 수령지체 중 일어났다는 것만으로는 매도인이 위험을 면하고 매수인에게 위험을 전가할 충분한 사유가 되지 않는다고 볼 수는 있다. 제537조가 정하는 위험부담의 원칙의 예외가 되기 위하여는 채권자의 수령지체인든, 또는 다른 사유이든 채권자를 신의칙상 비난할 만한, 즉 채권자의 대가지급의 거절이 모순행위금지 원칙에 반할 정도가 되어야 할 것이라는 대법원의 태도는 전혀 타당성이 없는 것으로 보이지는 않는다. 위험부담이란 대부분 쌍방간의 분담이 아니라 일방이 전담하게 되는 '전부 아니면 무'의 결론을 내려야 한다는 점에서 본다면 책임있는 사유의 의미를 보다 신중히 생각해 볼 필요성이 있다는 생각이 든다. 쌍무계약에 있어서 이행불능에 관하여 채무자에게도 채권자에게도 귀책사

45) 대판 1976.11.9, 76다2218.

46) 김동훈, 앞의 논문, 214면.

유(책임있는 사유)가 있는 경우에 어떻게 처리할 것인가에 대하여 우리 나라에서는 별 논의가 없으나, 독일의 지배적 견해와 같이 어느 측의 과실이 주된 것이냐에 따라서 이행불능과 채권자의 위험부담 중의 하나를 인정하고, 과실상계를 함이 타당하다고 하는 소수의 견해도 있었다. 이 사안에서 피고 Y는 채권자(매수인)인 원고 X가 반대급부인 자신의 잔대금 지급채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하여 피고 Y로부터 소유권이전등기의무의 이행제공이 있더라도 그 수령을 거절할 의사가 명백하였는 바, 목적부동산의 소유권이전등기 의무가 토지수용으로 인하여 이행불능이 된 것은 '채권자의 책임있는 사유'가 어느 정도 있다고 볼 수 있으므로 양 당사자에게 모두 책임이 있는 것으로 처리하는 것도 가능하다고 보여진다. 채무자에게도 채권자에게도 책임있는 사유가 있다고 본다면 이행불능의 성질을 인정하고, 채권자에게도 과실이 있으므로 과실상계를 함이 문제해결에 간편하고 법리상으로도 타당할 것으로 생각된다.⁴⁷⁾

그런데 제538조 제2항은 “전항의 경우에 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다”라고 정하고 있다. 채무자가 적극적으로 취득한 이익 뿐만 아니라 소극적으로 지출하지 않게 된 비용 등도 상환의무의 내용이 된다. 이득상환은 실질적으로 채권자의 반대급부와 자동적으로 상계될 것이다. 사안에서 대법원의 결론과 달리 만일 제538조 제1항이 적용되는 경우라면 피고 Y의 잔금 등 청구권이 소멸되지 아니하였으므로 원고 X는 여전히 피고 Y에 대하여 미지급 잔금채무 금 873,800,000원에서 피고 Y가 얻은 수용보상금 490,433,000원을 제538조 제2항에 따라 공제한 금 383,366,700원을 지급할 의무가 있다고 할 것이다.

VI. 結語

1) 원래 위험부담은 계약의 정상적인 이행과정 중 우연히 발생한 목적물의 멸실에 대해 누가 불이익을 감수하는가에 관한 논의이다. 한편 당사자의 고의 또는 과실에 의해 목적물이 멸실되었다면 그 당사자에게 채무불이행책임을 묻게 되고 위험부담은 문제되지 않는다. 그런데 만약 당사자의 고의 또는 과실 없이 목적물이 멸실되었지

47) 대법원 판결에 관한 이론은 아니지만 김상용, 앞의 책, 111면에서도 같은 취지의 견해를 밝히고 있다.

만, 그 밖의 계약상 의무위반이 있는 경우라면 이 때에도 위험부담의 원칙이 그대로 적용되는가가 문제되며, 매매계약이 정상적으로 전개되지 않는 경우의 위험부담 문제는 바로 이러한 경우에 관한 논의이다.⁴⁸⁾

2) 매매 목적물이 매도인 또는 매수인의 책임없는 사유로 멸실·훼손된 경우에 누구에게 대가의 위험을 부담시킬 것인가의 문제는 당사자간에 다른 합의가 없는 한 한편에서는 계약상의 채무이행과도 관련시켜야 할 것이다. 즉 매수인의 책임있는 사유가 없었더라면 매도인의 이행불능도 없었을 것이 인정되는 경우(제538조) 뿐만 아니라 매도인이 그 급부의무의 주요한 부분을 실현하고, 잔여 채무가 아직 이행되지 못한 것이 매수인의 사정에 기인할 때에도 매수인이 위험을 부담하도록 해야 한다는 것이다. 소유권이 이전되지 않더라도 매도인이 계약의 내용에 좇아 인도를 통해 매수인에게 점유를 이전시킨 경우에 매수인이 위험을 부담하여야 하고, 매매계약에 좇아 매수인에게 목적물을 교부할 운송인에게 물건을 인도한 경우에도 매수인에게 위험이 이전된다고 할 것이다. 한편 부동산매매의 경우에는 매매계약상의 채무이행으로 목적물을 인도하거나 소유이전등기가 경료됨으로써도 매수인에게 위험이 이전⁴⁹⁾된다고 보아야 할 것이다.

3) 앞의 장에서 언급한 바와 같이 매도인이 점유하던 목적물이 멸실된 것이 매수인의 수령지체 중 일어났다는 것만으로는 매도인이 위험을 면하고 매수인에게 위험을 전가할 충분한 사유가 되지 않는다고 볼 수는 있다. 제537조가 정하는 위험부담의 원칙의 예외가 되기 위하여는 채권자의 수령지체이든, 또는 다른 사유이든 채권자를 신의칙상 비난할 만한, 즉 채권자의 대가지급의 거절이 모순행위금지 원칙에 반할 정도가 되어야 할 것이라는 대법원의 태도는 전혀 타당성이 없는 것으로 보이지는 않는다. 위험부담이란 대부분 쌍방간의 분담이 아니라 일방이 전담하게 되는 '전부 아니면 무'의 결론을 내려야 한다는 점에서 본다면 책임있는 사유의 의미를 보다 신중히 생각해 볼 필요성이 있다는 생각이 든다. 쌍무계약에 있어서 이행불능에 관하여 채무자에게도 채권자에게도 귀책사유(책임있는 사유)가 있는 경우에 어떻게 처리할 것인가에 대하여 우리 나라에서는 별 논의가 없으나, 독일의 지배적 견해와 같이 어느 측의 과책이 주된 것이냐에 따라서 이행불능과 채권자의 위험부담 중의 하나를 인정하고, 과실상계를 함이 타당하다고 하는 소수의 견해도 있었다. 이 사안에서 피

48) 최수정, "동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구", 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2000, 173면.

49) Paul Chr. Filios, Die Gefahrtragung beim Kauf(§446 BGB) im Rahmen des Synallagmas, 1964

고 Y는 채권자(매수인)인 원고 X가 반대급부인 자신의 잔대금 지급채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하여 피고 Y로부터 소유권이전등기의무의 이행제공이 있더라도 그 수령을 거절할 의사가 명백하였는 바, 목적부동산의 소유권이전등기의무가 토지수용으로 인하여 이행불능이 된것은 '채권자의 책임있는 사유'가 어느정도 있다고 볼 수 있으므로 양 당사자에게 모두 책임이 있는 것으로 처리하는 것도 가능하다고 보여진다. 채무자에게도 채권자에게도 책임있는 사유가 있다고 본다면 이행불능의 성질을 인정하고, 채권자에게도 과실이 있으므로 과실상계를 함이 문제해결에 간편하고 법리상으로도 타당할 것으로 생각된다.

그런데 제538조 제2항은 “전항의 경우에 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다”라고 정하고 있다. 채무자가 적극적으로 취득한 이익뿐만 아니라 소극적으로 지출하지 않게 된 비용 등도 상환의무의 내용이 된다. 이득상환은 실질적으로 채권자의 반대급부와 자동적으로 상계될 것이다. 사안에서 대법원의 결론과 달리 만일 제538조 제1항이 적용되는 경우라면 피고 Y의 잔금 등 청구권이 소멸되지 아니하였으므로 원고 X는 여전히 피고 Y에 대하여 미지급 잔금채무 금 873,800,000원에서 피고 Y가 얻은 수용보상금 490,433,000원을 제538조 제2항에 따라 공제한 금 383,366,700원을 지급할 의무가 있다고 할 것이다.

4) 이러한 점을 감안하여 다음과 같은 방향의 입법이 있어야 할 것이다. 첫째, 최소한 해제 후 반환의무를 부담하는 매수인이 매도인을 수령지체에 빠뜨리지 않은 상태에서 매도인이 위험을 부담하도록 할 필요가 있다. 무엇보다도 계약을 해제한 후의 우연한 멸실에 대해서는 매도인이 위험을 부담하도록 할 필요가 있다. 사소한 하자를 제외하면 매수인이 추완을 청구한 이후 발생한 우연한 멸실에 대해서는 매도인이 위험을 부담하여야 할 것이다. 또한 물건의 통상의 용법에 따라 평균인이 사회생활에서 기울이는 물건에 대한 주의의무를 다하였음에도 물건이 멸실, 훼손된 경우에도 매도인이 위험을 부담하도록 하여야 할 것이다. 나아가 계약해제 후에는 매도인을 수령지체에 빠뜨리지 않는 상태에서 매수인이 물건의 유상수치인이었다면 그 물건에 기울일 통상의 주의의무를 위반하지 않는 한 매도인이 위험을 부담하도록 하여야 할 것이다. 둘째, 사소한 흠결이나 권리흠결로 인해 그 추완을 청구한 후 상당한 기간에 경과한 후에는 계약해제의 의사표시를 하지 않은 상태에서 매도인이 위험을 부담하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 위와 같은 입법론은 개정된 독일 민법⁵⁰⁾과 같이

50) 개정된 독일 민법 제346조 제3항 제3호와 같은 태도는 소비자에게는 유리할지 모르지만, 매도인에게 지나치게 불리한 것으로 입법정책적으로 바람직한지는 의문이다. 오히려 미국의 통일상법전

제553조의 삭제제를 전제로 하면서 매도인의 채무불이행으로 인한 계약해제 등에 적용되는 위험부담 규정의 신설을 의미한다.⁵¹⁾ 나아가 위험부담, 하자담보책임, 해제 등을 망라하는 내용의 개정이 필요할 것으로 생각된다.



▶ 최문기

매매의 위험부담(Gefahetragung beim Kauf), 물건의 위험(Sachgefahr)
 대가의 위험(Preisgefahr), 매매계약(Kaufvertrag), 해제(Rücktritt)
 이행불능(Unmöglichkeit der Leistung)

제2-510조 제1항, 제2-606조 또는 CISG 제 70조와 같은 태도가 개정 독일 민법보다는 더 나은 입법인 것처럼 보인다.

51) 제철웅, 앞의 논문, 385면의 내용도 같은 취지의 견해로 보인다.

[Zusammenfassung]

Eine Studie über die Bedeutung der Haftung in der Gefahrtragung beim Kauf

Prof. Dr. Choi, Moon-Ki

I. Wie oben dargelegt wurde, beruht die im KBGB festgelegte Regelung in Ansehung der Unmöglichkeit der Leistung im Rahmen des Synallagmas auf dem Prinzip der gleichzeitigen Befreiung sowohl des Schuldners als auch des Gläubigers: Der Gläubiger trägt die Leistungsgefahr, der Schuldner die Gegenleistungsgefahr. Dieses Prinzip können wir als Synallagmatisches Prinzip bezeichnen.

Nähere Folgen des Synallagmatischen Prinzips in Ansehung der Gefahr. Eine nähere Betrachtung dieses Prinzips führt angesichts des Kaufvertrages zu folgenden Ergebnissen (Über die Frage, ob das KBGB dieses Prinzip für den Kaufvertrag modifiziert hat oder nicht, Hier müssen wir der Klarheit halber seine Funktion in bezug auf die Gefahrtragung etwas eingehender betrachten):

1) Bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung infolge des Unterganges des Kaufgegenstandes vor Übergabe wird zwar der Verkäufer frei, verliert aber seinen Anspruch auf die Gegenleistung, nämlich den Kaufpreis.

2) Bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung wird der Verkäufer angesichts des noch nicht erbrachten Teils frei; er behält also seinen Anspruch auf den Kaufpreis nur in bezug auf seine schon bewirkte Leistung.

Gemeinsame Voraussetzung der teilweisen Unmöglichkeit ist, daß der fehlende Teil oder die fehlende Qualität das Wesen der geschuldeten Leistung, wie es der Vertragszweck und die Verkehrsauffassung (objektive Kriterien) ergeben, nicht ändern. Eine Änderung des Wesens der Leistung löst

vollständige Unmöglichkeit aus. Aus diesem Zusammenhang erwächst die Frage, ob das Unvermögen des Verkäufers, der nach §§537, 538 des KBGB, sowohl zur Eigentumsverschaffung als auch zur Übergabe der Kaufsache verpflichtet ist, Eigentum zu verschaffen bzw. die Sache zu Übergeben, eine völlige oder eine teilweise Unmöglichkeit darstellt. Die Tatsache, daß einerseits die Eigentumsverschaffung, andererseits die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes der Kaufsache als zwei gleichwertige Pflichten des Verkäufers eine unteilbare und einheitliche Leistung darstellen spricht für eine völlige Unmöglichkeit in bezug auf beide Fälle. Dies führt hinsichtlich der Gefahrtragung, zunächst noch abgesehen von §§537, 538 des KBGB, zu den folgenden Ergebnissen.

II. Die Gefahrtragung beim Kauf geht von der synallagmatischen Veknüpfung der Verbindlichkeiten zwischen Verkäufer und Käufer aus. Bei zufälliger Untergang einer verkauften Sache vor voller Erfüllung trägt also der Verkäufer die Gefahr.(§537 des KBGB)

Wenn der Käufer aber den Untergang der Sache zu vertreten hat, soll er die Gefahr tragen. Das Koreanische BGB regelt ausdrücklich die Fälle: bei der aus dem Käufer(=Gläubiger) zugerechneten Umstände herrührenden Undurchführbarkeit des Vertrags(§538 Abs.1 S.1 des KBGB) und bei der während des Annahmeverzugs des Käufers ereigneten Undurchführbarkeit des Vertrags, die der Verkäufer nicht zu vertreten hat.(§538 Abs.1 S.2 des KBGB) Unter dem ersten Fall dürfte nach dem Verfasser die ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung auf Seiten des Käufers oder das Versäumnis der Eintragung beim Grundstückskauf subsumiert werden.

III. Nach dem Verfasser sollte sich die Gefahrtragung beim gesetzlichen Rücktritt wie folgend gestalten: bei zufälligem Untergang oder zufälliger Berschlechtung der zurückzugebenden Sache haftet der Käufer(der Rückgewährschuldner) so lange auf Wertersatz, bis die Gefahr dadurch auf dem Verkäufer(dem Rückgewährgläubiger) zurückkehrt, dass er in Annahmeverzug gerät, gleichgültig ob er rücktrittsberechtigt ist oder nicht. Natürlich wird ihm das Rücktrittsrecht dann entzogen, wenn der zufällige

Untergang oder die zufällige Verschlechterung der zurückzugebenden Sache vor Ausübung des Rücktrittsrechts auf seinem Verschulden beruht (§ 553 des KBGB). Wenn man dieser Ansicht folgen würde, dürfte man auf das Bemühen verzichten, das Verschulden in §553 des KBGB im nicht technischen Sinne zu begreifen. Aber schlägt der Verfasser vor, de lege ferenda das Vorbild des Art. 2-606 Uniform Commercial Code aufzunehmen.