

危險의 移轉

김 철 수*

Passing of Risk

Cheol-Soo Kim

Abstract

When a person is bound to bear the accidental loss of, or damage to, goods, they are said to be at his risk. The rules on the passing of risk determine which party is to bear that risk. The time when risk passes marks the point from which the buyer must pay for the goods even though he has not received them or received them only in a damaged condition.

Article 537 of the Korean Civil Code provides that “if the performance of an obligation of one of the parties to a bilateral contract becomes impossible by any cause for which neither of the parties is responsible, the obligor may not be entitled to counter-performance.”

However, this provision is not concerned with the time of passing of risk but merely the burden to bear the risk. Thus, in the Korean Civil Law, the question of when the buyer takes over the risk in the goods must be determined by theories. Therefore, this paper is intended to set up the rules on the passing of risk.

I . 머리말

위험이란 채권의 목적이 양 당사자의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 경우에 그것으로 인한 불이익을 말한다. 일반적으로 위험은 「물건의 위험」과 「대가의 위험」으로 분류된다. 전자는 불가항력에 의하여 물건이 멸실됨으로 인하여 그것을 갖지 못하게 되는 위험을 말하며, 후자는 쌍무계약의 목적물인 물

* 한국해양대학교 법학부 교수

건의 멸실로 인하여 대가(반대급부)를 받지 못하게 되거나 또는 멸실에도 불구하고 상대방에게 손해배상청구도 하지 못하고 대가만을 지불하여야 하는 불이익을 말한다.)¹⁾

우리 민법은 독일민법 제446조나 프랑스민법 제1138조 등과 같이 「위험」(Gefahr, risque, 로마법에서는 periculum)이란 용어를 명문으로 사용하고 있지는 않지만, 쌍무계약에서 일방의 채무가 채무자의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때, 이에 대응하는 다른 당사자의 채무의 운명은 어떻게 될 것인가 하는 「위험부담」의 문제에 관하여 규정하고 있다.²⁾ 즉, 민법은 제537조에서 쌍무계약에서 위험부담에 관하여 채무자위험부담주의의 원칙을, 그리고 제538조에서 채권자의 귀책사유로 인한 이행불능이나 채권자의 수령지체중의 이행불능의 경우에 채권자위험부담주의의 예외를 규정하고 있다.

원래 위험부담은 매매계약을 중심으로 하여 발전한 것이다. 물건의 매매의 경우, 당사자가 계약관계에 들어가기 이전에 그 물건이 불가항력으로 멸실, 훼손된 때에는, 그 멸실(물건의 위험)은 물건의 소유자인 채무자(매도인)의 부담에 속하는 것은 당연하다(「事變으로 인한 손해는 소유자가 부담한다(casum sentit dominus; res perit domino)」). 또한 계약의 이행이 완전히 끝난 후에 생긴 물건의 위험은 소유자로 된 채권자(매수인)가 부담하는 것도 당연하다. 그리고 계약관계는 이미 종료되었으므로 대가위험도 문제되지 않는다(매수인은 이미 지불한 대가의 반환을 매도인에게 청구할 수 없다). 따라서 계약이 성립한 때로부터 이행의 완료 사이의 어느 시점에 대가위험의 부담자가 바뀌게 되며, 이것을 ‘위험의 이전’이라고 한다. 결국 위험부담에 관하여 채무자주의를 취한다면, 위험부담에서의 중심적인 문제는 언제 위험이 채무자(매도인)로부터 채권자(매수인)에게로 이전하는가 하는 문제라고 할 수 있다.³⁾

그러나 우리 민법은 외국의 입법례와는 달리 매매에서의 위험의 이전시기에 관한 규정을 두고 있지 않으므로, 위험부담에 관한 민법 제537조와 제538조의 규정은 매매에도 그대로 적용된다. 그러나 외국의 여러 입법례에서 매매를 특별히 취급하여 특칙을 두고 있는 것을 고려한다면, 위험부담에 있어서 매매의 개별적인 특성에 입각한 고려는 필요없는지, 또한 구체적인 매매에서의 위험의 이전시기는 언제인지 등에 대하여는 깊은 검토가 필요하다고 생각한다.

그리하여 본고에서는 매매계약을 중심으로 위험부담 또는 위험의 이전에 대

1) 이은영, 채권각론(서울: 박영사, 2004), 174면.

2) 따라서 우리 민법상의 「위험부담」에 있어서의 「위험」은 대가의 위험을 말한다.

3) 谷口知平(編), 注釋民法(13)(東京: 有斐閣, 1986), pp.284~285 참조.

하여 검토하기로 한다. 특히 우리 민법상 매매와 관련하여 위험의 이전시기는 언제인지, 위험의 이전에 관한 규정이 필요한지의 여부, 규정이 필요하다고 한다면, 어떤 내용의 규정이 필요한지 등에 대하여 검토하는 것을 그 목적으로 한다.

Ⅱ. 危險負擔

1. 立法主義

1) 우리나라의 학설에 의하면, 위험부담에 관한 입법주의에는 채무자주의, 채권자주의, 소유자주의 등이 있다고 하는 것이 보통이다.⁴⁾

(1) 채무자주의

채무자가 위험을 부담한다는 주의이다. 대륙법계의 여러 나라에서 위험부담의 원칙으로서 이 주의를 취하고 있다(독민 제323조 1항, 스채 제119조 2항). 프랑스민법은 물건의 인도채무에 관하여 채권자주의를 원칙으로 하고 있지만, 채무자가 물건의 인도채무에 관하여 지체상태에 있는 때에는 채무자가 위험을 부담한다고 규정한다(프민 제1138조 2항). 일본민법은 쌍무계약의 일반에 있어서 위험부담의 원칙으로는 채무자주의를 취하지만(일민 제536조 1항), 특정물에 관한 계약에 대하여는 예외로서 채권자주의를 규정한다(일민 제534조).

(2) 채권자주의

채권자가 위험을 부담한다는 주의이다. 로마법은 매매에 대하여 이 주의를 취한 것으로 보이며, 스위스채무법도 매매에 대하여 이 주의를 취한다.⁵⁾ 프랑스민법은 물건의 인도채무에 대하여 이 주의를 취하고 있다. 일본민법도 특정물에 관한 쌍무계약에서 이 주의를 취하고 있다(일민 제534조 1항).

(3) 소유자주의

「재해는 소유자가 부담한다(casum sentit dominus)」는 원칙에 의하여, 계약에 있어서 소유권이 채권자에게 이전한 때부터 채권자가 위험을 부담한다는 주의

4) 권윤직, 채권각론(제6판)(서울: 박영사, 2003), 68면 이하; 김중환, 채권각론(서울: 박영사, 1988), 64면 이하; 황적인, 현대민법론IV(서울: 박영사, 1980), 108면 이하.

5) 스위스 채무법 제185조. 다만, 부동산의 매매에서 인도시기의 정함이 있는 때에는, 그 때에 매수인에게 위험이 이전하는 것으로 추정된다(동법 제220조).

이다. 영국에서는, 1893년의 물품매매법(Sale of Goods Act)에 의하여, 물품매매에서는 소유권과 함께 위험이 매수인에게 이전한다고 규정하고 있다(동법 제20조). 이 소유권이전시기는 당사자의 의사에 의하여 결정되며(동법 제17조), 인도의 유무에 의하지 아니한다. 이 법제는 일반적으로 소유자주의의 대표적인 예로 되고 있다.

2) 이상이 종래의 위험부담에 관한 입법주의의 일반적인 설명이다. 이에 대하여 소유자주의를 제외한 입법주의에서는 매매계약에서는 일정한 시기에 채권자에게 위험을 이전시키고 있기 때문에, 적어도 부분적으로는 채권자주의를 채용하고 있는데, 이를 모두 채권자주의로서 파악하는 것은 적절하지 않으며, 문제는 위험이전의 시기로서 어떠한 시점을 선택할 것인가, 바꾸어 말하면, 채권자(매수인)가 목적물에 대하여 어느 정도의 실질적인 관계를 가지기에 이른 때로부터 위험을 부담하게 할 것인가 하는 점에 있는 것이며, 따라서 각국의 입법은 위험이전시를 기준으로 하여 다음과 같이 재분류되어야 한다고 한다.⁶⁾

(1) 계약체결시주의

일본민법과 스위스채무법이 여기에 속한다. 프랑스민법과는 달리, 여기에서는 위험이전과 소유권이전이 반드시 일치되고 있지는 않다. 따라서 가장 순수한 채권자주의라고 말할 수 있다. 그러나 그 중에서도 스위스법에서는 위험이전과 목적물사용권(과실수취권을 포함하여)의 이전이 결합되어 있고, 또한 부동산매매에 대하여 특칙을 두고 있는 것에 반하여, 일본법에서는 그렇지 않다는 것에 주의할 필요가 있다.

(2) 소유권이전시주의

프랑스민법이 여기에 속한다. 동법은 물건의 인도채무에 대하여, 인도하여야 할 때에 소유권과 함께 위험이 채권자에게 이전한다고 규정하고 있다(제1138조). 관념적, 추상적인 소유권이전과 위험이전이 결합되어 있는 점에 이 주의의 특징이 있다.

(3) 인도시주의

독일민법의 입법주의이다. 여기에서 말하는 인도(Übergabe)는 반드시 소유권이전을 의미하는 것은 아니므로 소유자주의와는 다르지만, 프랑스법의 소유권이전시주의와 비교한다면, 매수인과 목적물 사이의 실질적인 관계가 보다 엄밀

6) 注釋民法(13), pp.290~291; 최수정, 급부장애와 위험부담(서울: 소화, 2003), 128~129면.

하다고 말할 수 있다. 이 주의는 독일고유법(게르만법)에 유래하는 것이라고 한다. 게르만법에서는 게베레(Gewere)의 이전에 수반하여 당연히 위험이 매수인에게 이전하였다고 한다.

2. 立法例

1) 위에서는 위험부담에 관한 입법주의를 살펴보면서 외국의 입법례도 단편적으로 언급하였다. 그러나 위험부담에 관한 법리를 이해하기 위해서는 먼저 그 법리의 역사적 형성·발전과정에 대하여 고찰하여야 하는 바, 이를 위하여 외국의 입법례 중 로마법, 독일법, 미국법, 일본법 그리고 유엔통일매매법에서의 위험부담 내지 위험의 이전에 관하여 좀 더 자세하게 알아보기로 한다.

2) 로마법

원래 위험부담은 매매계약을 중심으로 하여 발전한 것이지만, 그 후 쌍무계약 일반의 문제로 되기에 이른 것이다. 로마법은 매매에 대하여는 채권자주의(위험은 매수인에게 속한다. *periculum emptoris est*)를, 임대차에 대하여는 채무자주의(위험은 임대인에게 속한다. *periculum locatoris est*)를 채용함으로써 위험부담에 관하여 매매와 다른 일반 쌍무계약(임대차)을 구별하고 있었다.⁷⁾

로마법에서는 특정물의 매매계약이 체결된 후에 객체가 멸실 또는 훼손되어 매도인이 그 책임을 지지 않는 경우에, 매수인이 대금지급책임을 지는가 여부와 관련하여, 객체의 멸실 또는 훼손의 위험은 매수인에게 있다(*periculum est emptoris*)고 하여 매수인의 위험부담을 원칙으로 하였다.⁸⁾ 이 원칙의 기원에 대하여는 여러 가지의 학설이 있지만 그다지 확실하지는 않으며, 적어도 오늘날의 입장에서 본다면 합리적인 설명은 어렵다.⁹⁾

3) 독일법

(1) 쌍무계약에서의 일반원칙

독일민법상 쌍무계약에서의 채무자는 자신의 급부를 완전히 이행할 때까지는 급부위험을 부담하는 것이 원칙이다(독민 제326조 1항¹⁰⁾). 다만 채권자가 채무의

7) 注釋民法(13), p.286 참조.

8) 船田享二, 로마法 第3卷(東京: 岩波書店, 1968), pp.149~150.

9) 內田 貴, 民法Ⅱ 債權各論(東京: 有斐閣, 1986), p.64.

10) §326 Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Braucht der Schuldner nach §275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die

목적물에 관하여 취득한 대상(代償)의 인도 또는 대상청구권의 양도를 청구한 경우에는, 채권자는 반대급부의무를 부담한다고 하여 예외를 인정하고 있다(독민 제326조 3항).

제326조 [급부의무의 배제와 반대급부로부터의 해방 및 해제]

① 채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 급부를 실행할 필요가 없는 경우에는 반대급부청구권은 소멸한다; 일부급부의 경우에 대하여는 제441조 제3항이 준용된다. 제1문은 계약에 좇지 아니한 급부의 경우에 채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 급부를 실행할 필요가 없는 때에는 적용되지 아니한다.¹¹⁾

(2) 매매계약에서의 위험이전규정

그러나 독일민법은 우리 민법과는 달리, 매매계약에서의 위험이전에 관한 별도의 특별규정을 두고 있다(독일민법 제446조¹²⁾, 제447조 1항¹³⁾). 즉, 매매목적물의 우연한 멸실·훼손의 위험은 매매목적물이 인도된 때로부터 매수인에게 이전되며(독민 제446조), 매도인이 매수인의 청구에 의하여 매매목적물을 이행지 이외의 장소에 송부하는 경우(이른바 ‘송부매매’)에는 매도인이 운송주선인이나 운송인, 기타 운송의 실행을 맡은 사람 또는 시설에 물건을 인도한 때로부터 위험이 매수인에게 이전한다(독민 제447조 1항).

제446조 [위험이전 및 위험부담]

우연적 멸실 또는 우연적 훼손의 위험은 매매목적물이 인도된 때로부터 매수

Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet §441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Satz 1 gilt nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach §275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht.

11) 이하의 독일법의 번역은 양창수(역), 2002년판 독일민법전(서울: 박영사, 2002), 171~172면, 231면에 의함.

12) §446 Gefahr- und Lastenübergang

Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.

13) §447 Gefahrübergang beim Versendungskauf

(1) Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

(2) Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus Schaden entstehenden Schaden verantwortlich.

인에게 이전한다. 인도시부터 (매매물건의) 수익은 매수인에게 귀속되고 또한 그 때부터 매수인은 물건의 부담을 진다. 매수인의 수령지체는 인도와 동시(同視)된다.

제447조 [송부매매목적물에서의 위험이전]

① 매도인이 매수인의 청구에 의하여 매매목적물을 이행지 이외의 장소에 송부하는 경우에는 매도인이 운송주선인이나 운송인, 기타 운송의 실행을 맡은 사람 또는 시설에 물건을 인도한 때로부터 위험이 매수인에게 이전한다.

② 매수인이 송부의 방법에 관하여 특별한 지시를 한 경우에 매도인이 급박한 이유 없이 그 지시를 위반한 때에는 매도인은 이로 인하여 발생하는 매수인의 손해에 대하여 책임을 진다.

이러한 특별규정에 의하여 매매에서는 매도인이 그의 채무를 모두 이행하지 않았음에도 불구하고, 그 이전의 일정한 시점, 즉 매수인에게 목적물을 인도한 시점, 또는 운송인 등에게 목적물을 인도한 시점에 위험이 매도인으로부터 매수인에게 이전된다. 결국 독일법은 쌍무계약의 견련관계를 선언한 제326조의 일반원칙과 매매에서의 특별규정 내지 예외규정인 이른바 ‘인도주의’를 규정한 제446조, 그리고 이보다 앞서 위험을 이전시키는 또 다른 예외규정인 제447조를 두고 있다고 설명하는 것이 보통이다.¹⁴⁾

4) 미국법

(1) 통일매매법

위험부담의 문제에 관한 미국법은 통일상법전(UCC) 제정 이전과 이후로 구별된다. UCC가 제정되기 전의 미국법은 영국의 동산매매법(Sales of Goods Act 1893)을 참고하여 제정한 통일매매법(Uniform Sales Act 1906, 이하 USA)에 의하여 위험부담에 관하여 소유자주의를 채용하고 있었다. 즉 소유권이 매수인에게 이전할 때까지는 매도인이 위험을 부담하며, 그 후는 매수인의 위험부담으로 된다는 것이다(USA 제22조).¹⁵⁾ 그러나 USA의 이러한 원칙에 대하여는 권원

14) 최수정, 앞의 책, 156면.

15) USA하에서의 소유권이전시키는 원칙적으로 당사자의 의사에 따른다. 다만, 당사자의 의사가 명확하게 표시되어 있지 않은 경우에는, 다음과 같은 기준에 의해 정해지게 된다.

(1) 계약시에 특정되어 있는 물건에 대해서는, 소유권은 계약시에 이전된다. 다만, 특정물을 인도가능한 상태로 하기 위하여 무엇인가의 것을 해야 할 필요가 있는 경우에는, 소유권은 그것이 행해진 때에 이전된다(USA §19 Rules 1 and 2).

(2) 계약시에 특정되지 않은 물건에 대하여는, 그것이 특정되고, 매수인에게 운송하기 위하여 운송업자에

(title)의 이전시기를 명확하게 판단하는 것이 곤란한 경우가 많았고, 그 결과 공평하지 않은 상황이 빈발하게 되었다. 그리하여 통일상법전에서는 물품매매에 있어서의 위험부담에 대하여 통일매매법에서와는 다른 새로운 원칙을 규정하게 되었다.¹⁶⁾

(2) 통일상법전

미국통일상법전은 위험의 이전 문제에 대하여 소유권에 의하여 판단하는 것은 아니다. 즉, 매매계약의 이행과정에 있어서 물품의 멸실·훼손에 관한 위험이 언제 매도인으로부터 매수인에게 이전하는가 하는 문제는 물품의 소유권이 누구에게 있는가 하는 것과는 관계가 없다. 미국통일상법전에서의 위험부담에 관한 원칙은 다음과 같다.

(가) 위험부담에 관하여 당사자 사이의 합의가 있는 때에는, 합의된 때에 위험이 이전한다(UCC 제2-509조 4항).

(나) 승인부매매(Sale on Approval)에서는 별도의 합의가 없는 한 매수인이 승인할 때까지는 위험은 매수인에게 이전하지 아니한다(UCC 제2-504조 4항).

(다) 계약위반이 없는 경우의 위험의 이전

위 (가), (나)의 경우를 제외하고, 또한 계약위반이 없는 경우(Non-Breaching Case)에는 위험의 이전은 다음의 규칙에 의해 결정된다.

① 계약상 물품의 운송이 필요 없는 경우(Non-Carrier Case)에는 매도인이 상인인지의 여부에 따라 다르다. 매도인이 상인인 때에는 매수인이 현실적으로 물품을 점유한(taking of physical possession) 때에 위험이 매수인에게 이전한다. 그리고 매도인이 상인이 아닌 때에는 매도인이 물품인도를 제공(tender of delivery)한 때에 위험이 매수인에게 이전한다(UCC 제2-509조 3항).

② 계약상 물품의 운송이 필요한 경우 : i) 선적지계약(Shipment Carrier Case)¹⁷⁾에서는 매도인이 물품을 운송인에게 적법하게 인도한 때에 위험이 이전한다. ii) 양하지계약(Destination Carrier Case)¹⁸⁾에서는 목적지에서 매수인에게

게 인도된 때에, 소유권은 매도인으로부터 매수인에게 이전되는 것으로 추정한다(shipment contract). 그러나, 매도인이 운임을 지불해야 하는 경우에는, 소유권은 그 목적지에서 이전된다(destination contract) (USA §19 Rules 4 and 5).

(3) 승인부매매에서는, 매수인이 승인한 때에 소유권이 이전된다. 환매권부매매에서는, 소유권은 인도시에 이전되지만, 매수인은 물품을 매도인에게 반환하는 것에 의해 소유권을 매도인에게 재이전할 수 있다(USA §19 Rule 3). 瀧谷年史(譯), *アメリカ統一商法典*(東京: 木鐸社, 1994), pp.72~73 참조.

16) 명순구(편저), *미국계약법입문*(법문사, 2004), 170~171면 참조.

17) 매도인이 물품을 운송수단에 의하여 매수인에게 인도하는 경우에, 매도인이 특정의 목적지에서 인도한다는 특약이 없는 경우를 말한다.

물품의 인도가 제공된(tendered to the buyer at the destination) 때에 위험이 매수인에게 이전한다(UCC 제2-509조 1항).

③ 물품이 수탁자(bailee)에게 보관되어 있거나, 이전 없이 인도되는 경우에는, 수탁자가 매수인의 권리에 관한 통지, 즉 매수인이 물품을 매수하여 점유할 권리가 있다고 하는 취지의 통지를 받아, 매수인의 권리를 인정(acknowledge)한 때에 위험이 이전한다(UCC 제2-509조 2항).

(라) 계약위반이 있는 경우의 위험의 이전

① 매도인의 계약위반의 경우 : 물품에 하자가 있어 매수인이 물품의 수령을 거절할 수 있는 경우(UCC 제2-601조)에는, 하자가 치유되거나, 하자에도 불구하고 매수인이 물품을 수령한 경우를 제외하고는 매도인이 계속하여 위험을 부담한다(UCC 제2-510조 1항).

그리고 매수인이 수령하였지만, 그 후 정당하게 수령을 철회하였다면, 매수인은 보험이 그 위험을 보상하지 못하는 한도에서 물품을 수령한 시점에서 수령을 철회할 때까지 매도인이 위험을 부담한다(UCC 제2-510조 2항).

② 매수인의 계약위반의 경우 : 매도인이 물품을 특정하고 위험이 매수인에게 이전하기 전에 매수인이 계약을 위반하였다면, 매도인이 이러한 위반을 알고 물품을 처리할 수 있는 합리적인 기간내에 발생하는 손실은 매도인의 보험이 보상하지 못하는 범위에서 매수인이 이를 부담한다(UCC 제2-510조 3항).

5) 일본법

(1) 일본민법은 특정물에 관한 물권의 설정 또는 이전을 목적으로 하는 계약에 있어서 위험부담의 원칙으로 채권자주의를 규정하며(제534조)¹⁹⁾, 특정물매매 이외의 쌍무계약의 일반에 있어서는 채무자주의를 취하고 있다(제536조 1항).²⁰⁾

18) 매도인이 물품을 운송수단에 의하여 매수인에게 인도하는 경우에, 당사자 사이의 약정에 의하여 물품이 특정의 목적지에서 매수인에게 인도되어야 하는 계약을 말한다.

19) 第534條 [債權者の危險負擔] ① 特定物に關する物權の設定又は移轉を雙務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに歸することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債權者の負擔に歸す。

② 不特定物に關する契約については、第401條第2項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する。

20) 第535條 [停止條件付雙務契約における危險負擔] ① 前條の規定は、停止條件付雙務契約の目的物が條件の成否が未定である間に滅失した場合には、適用しない。

② 停止條件付雙務契約の目的物が債務者の責めに歸することができない事由によって損傷したときは、その損傷は、債權者の負擔に歸する。

③ 停止條件付雙務契約の目的物が債務者の責めに歸すべき事由によって損傷した場合において、條件が成就したときは、債權者は、その選擇に従い、契約の履行の請求又は解除權の行使をすることができる。この場合においては、損害賠償の請求を妨げない。

그 밖에 이 계약이 정지조건부인 경우의 특칙(제535조²¹⁾)을 두고 있다. 이와 같은 규정, 특히 특정물의 매매계약에서의 채권자주의의 채용에 대하여는, 채권자에게는 대단히 가혹하며, 통상의 의식에도 합치하지 않는다고 하여 극히 비판적이다.²²⁾ 채권자주의의 결과가 공평하지 않다고 생각하는 이유는 다음의 두 가지로 요약된다.²³⁾

첫째, 원시적 불능의 경우와의 비교할 때의 불공평함이다. 목적물의 멸실이 계약체결 전인 경우에는 원시적 불능으로 되어 계약은 무효로 된다. 결국 성립상의 견련성이 있다. 그런데 목적물의 멸실이 계약체결 후라고 한다면, 매수인은 인도도 받지 않았음에도 대금지불을 지불해야 한다. 이것은 불공평하다고 하는 것이다.

둘째, 목적물에 대한 지배가능성과의 관련에서의 불공평함이다. 계약은 성립하였지만 아직 아무런 이행도 되어 있지 않은 시점에서는, 매수인은 목적물에 대하여 아무런 지배가능성이 없다. 오히려 매도인이 목적물을 현실적으로 지배하고 있는 것이다. 따라서 양당사자의 책임 없는 사유에 의한 멸실의 리스크는 목적물에 대한 지배가능성을 가지는 자가 부담해야 되지 않는가 하는 점이다.

(2) 그리하여 오늘날의 학설은 일본민법 제534조의 규정에 대하여 입법론으로서 의문을 제기할 뿐 아니라, 해석론으로서도 채권자주의의 적용을 제한하는 경향에 있다. 구체적인 해석기술로는 다음과 같은 방법이 있다.²⁴⁾

제1단계는, 일본민법 제534조의 규정은 임의규정이므로, 이 점을 이용하여 동조의 적용을 배제하는 당사자의 의사를 가능한 한 널리 인정하는 방법이다. 즉 위험부담에 관한 명확한 특약이 없는 경우에는, 계약의 해석이라고 하는 수법에 의하여 당사자의 의사를 탐구하여, 예를 들면 당사자가 일정한 시점에 등기 이전과 대금지불을 정하고 있다면, 그 때에 위험이 이전하는 것으로 해석하는 것이다. 그러나 등기, 인도, 대금지불 등의 시기가 제각각으로 약정되고 있다면, 당사자의 의사라고 하여도 확실하지 않다. 그래서 다음 단계로 넘어간다.

제2단계는, 당사자의 의사가 명확하지 않은 때에는 제534조가 적용되지만, 조

21) 第536條〔債務者の危險負擔等〕① 前2條に規定する場合を除き、當事者雙方の責めに歸することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反對給付を受ける權利を有しない。

② 債權者の責めに歸すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反對給付を受ける權利を失わない。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債權者に償還しなければならない。

22) 注釋民法(13), p.293; 内田 貴, 前掲書, p.63.

23) 内田 貴, 上掲書, p.64.

24) 内田 貴, 上掲書, pp.65~66.

문해적으로 그 의미를 사실상 바꿔버리는 것이 제안되고 있다. 즉, 제534조는 채권자가 위험을 부담하는 취지를 규정하고 있지만, 언제부터 부담하는가에 대하여는 규정하고 있지 않다고 하여(文理上 계약성립시라는 것은 분명하지만), 목적물에 대한 지배가 옮겨간 때, 따라서 부동산매매의 경우에는 이전등기 또는 인도가 행해진 때(즉 지배가능성의 이전시)에 위험이 이전한다고 해석하는 것이다. 이 해석은, 문리상으로는 조금 무리이지만, 그 타당성 때문에 많은 지지를 받고 있다.

(3) 일본민법의 제534조의 규정을 그대로 적용한다면 그 결과가 부당한 것으로 인정되는 두 가지의 사례가 있다.

첫째로, 부동산의 이중양도가 행해진 경우에 제534조 1항을 그대로 적용하면, 매도인은 쌍방의 매수인으로부터 대금을 취할 수 있게 된다. 그래서 이 결과를 회피하기 위하여 제536조 1항을 적용한다고 하는 것이 통설로 되었다. 그러나 이중매매의 경우에만 그와 같이 해석하는 이유에 대하여는 설명이 곤란하다.

둘째로, 타인의 물건의 매매에서 매도인이 소유권을 취득하기 전에 목적물이 멸실된 경우, 제534조 1항을 적용하면, 매도인은 매수인에게 소유권을 이전할 수 있었는가 어떤가 알지 못하는데도 대금을 취할 수 있게 되어 버린다. 그래서 이 경우에도 제536조 1항의 원칙에 따른다고 하는 것이 통설이다.

6) 유엔통일매매법²⁵⁾

(1) 유엔통일매매법²⁶⁾은 제3편(물품의 매매(Sale of Goods)) 제4장에서 위험의 이전(Passing of Risk)에 대하여 규정한다(제66조 내지 제70조). 즉, 먼저 제66조에서는 위험이전의 효과에 대하여 규정하고 있으며, 제67조에서는 매매계약이 물품의 운송을 포함하는 경우, 제68조에서는 운송중인 물품의 매매의 경우, 그리고 제69조에서는 매수인이 매도인의 영업소 또는 영업소 이외의 장소에서 물품의 수령하는 경우의 위험의 이전에 대하여 각각 규정한다. 그리고 제70조는 매도인의 중대한 계약위반과 위험의 이전에 대하여 규정한다.

먼저, 위험이전의 효과와 관련하여 협약은, 위험이 매수인에게 이전된 후의 문제만을 다루고 있다. 즉, 위험이 매수인에게 이전된 이후에는, 매수인은 물품이 멸실 또는 훼손되더라도 대금지급의무를 면하지 못한다(제66조 본문).²⁷⁾ 다

25) 이하 高桑 昭, 江頭憲治郎(編), 國際取引法(東京:青林書院, 1991), pp.105~107를 참조함.

26) The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980(「국제물품매매계약에 관한 유엔협약」, 1980년). 이 협약은 「유엔통일매매법」, 「비엔나통일매매법」, 「국제매매계약법」, 「통일매매법」 등으로 불린다. 본고에서는 단순히 「협약」 또는 「유엔통일매매법」이라 부르기로 한다)

만, 멸실, 훼손이 매도인의 행위 또는 부작위에 기인한 경우에는(예를 들면, 물품이 매도인에 의한 포장불량으로 인하여 해상운송 도중에 멸실 또는 훼손된 경우) 매수인은 대금지급의무를 면한다(제66조 단서). 그리고 매도인의 이러한 행위 또는 부작위가 매도인의 계약위반으로 되는 경우에는, 매도인은 그의 계약위반으로 인하여 발생한 멸실, 훼손에 대하여 책임을 져야 한다.²⁸⁾

(2) 위험의 이전시기

(가) 운송을 포함하는 매매의 경우(제67조)

계약에서 목적물의 인도장소에 대하여 특히 정함이 없는 경우에는, 위험은 목적물이 운송을 위하여 제1운송인(first carrier)에게 인도(hand over)된 때에 매수인에게 이전된다(제67조).²⁹⁾

본조가 규정하는 바는, FOB·CIF 조건과는 다소 차이가 있다. 매도인의 영업소·창고로부터 육상운송을 사용하여 선적항까지 운송하는 것으로 되어 있는 경우에는, FOB·CIF 조건에서는 선적항에서 본선의 현측(舷側) 난간 통과시에 위험이 이전되지만, 협약에서는 육상운송인에게 인도한 때에 위험이 이전되는 것으로 된다. 이것이 원칙으로 된 것은 컨테이너 등을 사용하는 오늘날의 수송에서는 육상, 해상(내지 항공)이라는 다른 운송수단이 사용되는 경우에도 전체로서 하나의 운송으로 보는 것이 적당하며, 최초로 운송인에게 직접 전한 때로부터 매수인에게 위험이 이전하는 것이 합리적이라고 생각되었기 때문이다.³⁰⁾

27) 이하의 협약의 번역은 오원석(역), 유엔통일매매법(서울: 삼영사, 2004)을 참조함.

28) Article 66. Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller.

29) Article 67. (1) If the contract of sale involves carriage of the goods and the seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place. The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passage of the risk.

(2) Nevertheless, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.

제67조 (1) 매매계약이 물품의 운송을 포함하고 또한 매도인이 특정한 장소에서 이를 인도할 의무가 없는 경우에, 위험은 매매계약에 따라 매수인에게 송부되기 위하여 물품이 제1운송인에게 인도되는 때에 매수인에게 이전된다. 매도인이 물품을 특정한 장소에서 운송인에게 인도할 의무가 있는 경우에는, 물품이 그러한 장소에서 운송인에게 인도되기 전에는 위험은 매수인에게 이전되지 아니한다. 매도인이 물품의 처분을 지배하는 서류를 보유할 권한을 가진다는 사실은 위험의 이전에 영향을 미치지 아니한다.

(2) 그럼에도 불구하고, 위험은 물품이 화인(貨印)이나 선적서류, 매수인에게의 통지 기타의 방법에 의하여 계약에 명확히 특정되기 전에는 매수인에게 이전되지 아니한다.

30) 高桑 昭, 江頭憲治郎(編), 前掲書, p.106.

본조는 운송중의 멸실 또는 훼손의 위험에 대한 국내법과 상관습의 지배적인 접근법을 반영하고 있으며, 운송위험에 관한 한, 협약의 접근법은 UCC 제 2-509조의 그것과 유사하며, 다른 국내법의 규칙들도 기본적으로, 당사자의 반대의 약정이 없는 한, 운송위험은 매수인이 부담한다는 기준에서 출발하고 있다.³¹⁾

(나) 운송중인 물품의 매매의 경우(제68조)³²⁾

운송중인 물품의 매매의 경우에는, 위험은 매매계약이 체결된 때에 매수인에게 이전한다. 그러나 이 원칙에 따르면, 태풍에 의하여 물품운송중의 선박이 침몰한 경우 등에 있어서, 계약체결과 멸실·훼손의 시간적 전후를 확정하기 어려워 분쟁이 생길 가능성이 있기 때문에 여러 가지 상황으로부터 운송인에게 물품이 인도된 시점으로부터 매수인이 위험을 인수하였다고 생각되는 경우에는, 매매계약체결의 시점 전에 멸실·훼손된 경우에도, 매수인이 위험을 부담하는 것으로 한다(제68조).³³⁾

(다) 매수인이 매도인의 영업소 등에서 물품을 수령하는 경우(제69조)³⁴⁾

31) 오원석, 앞의 책, 508~509면.

32) Article 68. The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract. However, if the circumstances so indicate, the risk is assumed by the buyer from the time the goods were handed over to the carrier who issued the documents embodying the contract of carriage. Nevertheless, if at the time of the conclusion of the contract of sale the seller knew or ought to have known that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damaged is at the risk of the seller.

제68조 운송중에 매각되는 물품에 관한 한, 위험은 계약체결시에 매수인에게 이전된다. 그러나 상황이 그렇게 가리키는 경우에는, 매수인은 물품이 운송계약을 구현하는 서류를 발행한 운송인에게 인도된 때부터 위험을 부담한다. 그럼에도 불구하고, 매도인이 매매계약 체결시에 물품이 이미 멸실 또는 훼손된 사실을 알았거나 알았어야 했고 또한 이를 매수인에게 밝히지 아니한 경우에는, 그 멸실 또는 훼손은 매도인의 위험에 속한다.

33) 高桑 昭, 江頭憲治郎(編), 前掲書, p.106.

34) Article 69 (1) In cases not within articles 67 and 68, the risk passes to the buyer when he takes over the goods or, if he does not do so in due time, from the time when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery.

(2) However, if the buyer is bound to take over the goods at a place over than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at his disposal at that place.

(3) If the contract relates to goods not then identified, the goods are considered not to be placed at the disposal of the buyer until they are clearly identified to the contract.

제69조 (1) 제67조 및 제68조에 해당되지 아니하는 사안의 경우에, 위험은 매수인이 물품을 수령하는 때 또는, 매수인이 적시에 수령하지 아니한다면, 물품이 매수인의 처분하에 놓이고 또한 매수인이 인도를 수령하지 아니함으로써 계약위반을 범하게 된 때에 매수인에게 이전된다.

(2) 그러나 매수인이 매도인의 영업소 이외의 장소에서 물품을 수령할 의무가 있는 경우에는, 위험은 인도

제67조·제68조의 적용이 없는 경우, 즉 운송인에 의한 운송을 수반하지 않는 모든 매매계약에서는, 다음의 시기에 위험이 매수인에게 이전된다.

원칙적으로 매수인이 목적물을 현실로 인수한 때에(take over) 위험은 매수인에게 이전한다. 매수인이 매도인의 영업소·창고에서 물품을 인수한 경우(工場渡)가 전형적이다. 현실의 인도가 없어도, 매수인의 인수 의무 위반이 생긴 경우에는, 그 때로부터 매수인에게 위험이 이전된다. 매수인이 물품을 매도인의 영업소 이외의 장소(창고업자의 창고)에서 인수해야 하는 경우에는, 인도기일이 도래하고, 또한 인도준비가 완료되어 있다는 것을 매수인이 알게 된 때에 위험은 매수인에게 이전된다. 이 경우에는 매수인에게 현실의 점유가 이전되지 아니하여도, 매수인에게 위험이 이전된다는 점이 다르다.³⁵⁾

(3) 중대한 계약위반과 위험부담의 관계(제70조)³⁶⁾

위험부담의 규정은 매도인에게 중대한 계약위반이 있는 경우에 매수인에게 주어진 구제수단(대물청구·보수청구, 대금감액, 해제, 손해배상)의 행사를 방해하는 것은 아니다. 문제로 되는 것은 다음의 경우이다.

첫째, 매도인에 의하여 물품이 운송인에게 인도되고, 운송중에 전쟁에 휩쓸리게 되어 적하가 피해를 받았지만, 목적지에 도달후 매수인이 검사를 한 바, 목적물에는 원래 하자가 있어 중대한 계약위반이 성립한다고 하는 경우이다. 멸실·훼손의 원인 그것은 전쟁이며, 매도인에게 책임은 없다. 위험부담의 원칙(제67조)에 의하면, 위험은 당연히 매수인에게 이전되어 있는 것이지만(대금지불의 무 있음), 중대한 계약위반이 있기 때문에 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 계약을 해제한다면, 매수인은 대금채무를 면하며, 매도인은 훼손된 목적물을 회복할 수 있을 뿐이므로, 결국 매도인이 위험을 부담하는 것과 실질적으로 같다.

둘째, 목적물의 멸실·훼손 자체가 매도인의 행위에 기인하는 것이며, 계약위반으로 되는 경우에는, 통상의 계약위반의 문제이며, 위험부담의 문제로 되는 것은 아니다.³⁷⁾

기일이 도래하고 또한 물품이 그 장소에서 매수인의 처분하에 놓인 사실을 매수인이 안 때에 이전된다.

(3) 계약이 아직 특정되지 아니한 물품과 관련되어 있는 경우에는, 물품이 계약에 명확히 특정되기 전에는 물품이 매수인의 처분하에 놓이지 아니한 것으로 본다.

35) 高桑 昭, 江頭憲治郎(編), 前掲書, p.107.

36) Article 70. If the seller has committed a fundamental breach of contract, article 67, 68 and 69 do not impair the remedies available to the buyer on account of the breach.

제70조 매도인이 중대한 계약위반을 범한 경우에는, 제67조, 제68조 및 제69조가 동 계약위반을 이유로 매수인이 원용할 수 있는 구제권을 해하지 아니한다.

37) 高桑 昭, 江頭憲治郎(編), 前掲書, p.107.

Ⅲ. 우리 民法에서의 危險의 移轉

1. 序說

앞 장에서 살펴본 바와 같이, 오늘날 많은 입법례에서는 쌍무계약 일반의 경우와는 별도로 매매에서의 위험부담의 특칙을 규정함으로써 입법상 매매를 특별히 취급하고 있는 것이 보통이다. 그러나 우리 민법에서는 쌍무계약 일반에 적용되는 규정만을 두어 채무자가 자신의 채무를 이행할 때까지 위험을 부담하도록 규정하고 있다. 그러나 우리 민법은 채무자의 위험의 '부담' 만을 규정할 뿐이며, 채무의 이행과정에서 어느 시점으로부터 채권자가 위험을 부담하게 되는가 하는 위험의 이전시기에 대하여는 규정하고 있지 않다(다만 채권자의 귀책사유가 있는 경우의 예외로서 제538조의 규정이 있음).

위험부담에 관한 원칙으로서 채무자주의를 취한다면, 결국 위험부담에 있어서의 중심적인 문제는 위험이 언제 채무자로부터 채권자에게 이전하는가 하는 위험의 이전시기, 즉 매매의 경우에는 원래 매도인에게 있던 위험이 언제 매수인에게 이전하는가 하는 데 있다고 할 수 있다. 그러나 매매에서의 위험이전의 문제는 우리 민법이 이에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 매우 어려운 문제를 야기한다. 물론 매매의 경우에도 쌍무계약의 일반에 관한 규정이 적용된다. 그러나 구체적으로 매매에 있어서 언제 위험이 매도인으로부터 매수인에게 이전하는가의 문제에 대하여는 우리 민법의 해석상 여러 가지의 검토가 필요하다.

2. 學說

우리 민법학에서는 위험의 이전시기, 특히 매매에서의 위험의 이전시기에 관하여 자세히 다루고 있는 학설은 많지 않다. 이하에서는 이 문제를 중점적으로 다루고 있는 학설 가운데 대표적인 학설 두 가지를 소개한다.

1) 제1설

이 학설은, 우리 민법에서 위험이전이 발생할 수 있는지의 여부에 관하여, 목적물이 동산인 경우와 부동산인 경우를 각각 나누고, 동산매매에서도 매도인이 소유권을 유보한 경우와 물건의 운송을 포함하는 매매를 중심으로 하여 유형별로 검토한다. 그리하여 우리민법에서도 일정한 경우 매도인이 자신의 주된 채무를 이행완료하기 이전에 위험이전이 발생할 수 있다고 한다. 그리하여 먼저

동산매매의 경우, 위험의 이전시기는 다음과 같다고 한다. 38)

① 소유권유보부매매에 있어서는 매도인이 목적물을 매수인에게 인도할 때에 위험이 이전된다. 이 경우 위험이전시점은 변제장소와 관련하여 구체적으로 다음과 같이 구분된다. 매매목적물이 특정물인 경우에는 매도인이 변제장소(별도의 정함이 없는 한 채권성립 당시 그 물건이 있던 장소(제467조 1항))에서 매수인에게 현실의 제공을 하고 매수인이 목적물을 수령한 때 위험은 이전된다. 그리고 매매의 목적물이 불특정물인 경우에는 매도인이 채권자의 주소나 영업소에 가지고 가서 채권자가 언제든지 수령할 수 있는 상태에 놓은 때에 위험이 이전된다(지참채무가 원칙이므로(제467조 2항)). 반면 채권자가 미리 수령을 거절하거나 별도의 약정에 따라서 추심채무를 부담하는 경우에는, 매도인이 변제준비를 완료하고 이를 통지하여 매수인의 수령을 최고할 뿐만 아니라(제460조 2문), 수령지체가 되지 않는 한, 매수인이 매도인의 주소에 와서 수령하게 될 때 비로소 위험이 이전된다고 하여야 한다.

② 계약상 물건의 운송이 개재된 경우에 매도인이 부담하는 채무의 내용에 따라서 그러한 운송위험의 귀속이 달라지게 되며, 단순히 매도인이 송부채무를 부담한다는 사실만으로 송부에 의한 위험이전이 발생하지는 않는다. 오히려 위험이전과 관련하여서는 이행지가 매도인의 주소임에도 불구하고 매수인의 요청에 의해서 매도인이 호의로 송부채무를 부담한다든가 이행지가 매수인의 주소인 경우에도 매수인의 요청에 의해 특별히 제3지로 송부함으로써 특별히 위험이 증가되었다든가 하는 사정이 존재할 때에 비로소 송부에 의한 위험이전을 허용할 수 있게 된다.

다음으로 부동산매매에서의 위험이전에 관하여서는 채무의 일부가 이행되는 각 유형에 따라서 검토할 필요가 있다고 하면서, 등기를 이전하였으나 아직 점유를 이전하지 않은 경우와 반대로 점유를 이전하였으나 아직 등기를 이전하지 않은 경우로 나누어, 각각의 경우에 위험의 이전시기는 다음과 같다고 한다.39)

① 등기를 이전하였으나 아직 점유를 이전하지 않은 경우

통상의 부동산매매에서 목적물의 인도도 여전히 매도인의 주된 채무에 속하기 때문에 매수인 앞으로 이전등기만 되고 아직 인도되지 않은 부동산에 대하여 발생한 경제적 불이익을 채권자인 매수인에게 귀속시켜야 할 근거는 명확하지 않으며, 매수인이 소유자로서 물권적 청구권을 행사할 수 있다고 하는 점이 곧 매도인의 목적물인도채무를 대신할 수는 없다. 따라서 이론적인 관점에서

38) 최수정, 앞의 책, 209~210면, 222면 이하.

39) 최수정, 위의 책, 226~228면.

불 때 매도인은 아직 자신의 채무를 이행하지 못하였고 따라서 계약관계에서의 위험은 채무자에게 귀속된다고 하여야 한다. 다만 당해 부동산이 투기의 대상으로서 거래되었고 매수인은 물건의 점유에는 관심이 없으며 따라서 등기의 이전만으로도 매도인의 주된 의무가 이행되었다고 보아야 할 경우라면 당해 부동산에 대한 등기이전시에 위험이 이전된다고 할 수 있다.

② 점유를 이전하였으나 아직 등기를 이전하지 않은 경우

매도인이 목적물을 인도하였으나 아직 등기를 이전하지 않은 경우 제537조의 명문규정에 반하여 부동산의 인도라고 하는 일부의 채무이행만으로 위험이전이 발생한다고 할 수는 없을 것이다. 다만 매도인이 등기이전에 필요한 서류를 교부하였고 또한 목적부동산을 인도까지 한 경우, 자신의 채무를 다한 매도인에게는 반대급부청구권이 인정되어야 한다. 따라서 이 경우 비록 등기부상 등기이전이 없다고 할지라도 인도와 함께 등기이전에 필요한 서류를 교부받는 때부터 매수인은 위험을 부담한다고 할 것이다.

2) 제2설

이 학설은, 우리 민법은 매매에서의 위험이전시기에 대한 규정을 두지 않으므로, 쌍무계약의 채무자위험부담의 원칙, 채권자의 귀책사유 있는 경우의 예외 인정은 그대로 매매에도 적용되지만, 구체적으로 위험을 누가 부담하는가는 목적물의 소유권이전시기, 목적물의 종류, 채무의 이행지, 채권자지체의 여부 등에 따라 달라진다고 한다. 그리하여 이 학설은 매매를 특정물매매와 종류매매로 나누고, 각각의 경우의 위험이전에 관하여 다음과 같이 설명한다.⁴⁰⁾

① 특정물매매에서의 위험이전

첫째, 특정물인도의무에서는 인도시에 위험이 매도인에게서 매수인에게로 이전하는 것이 원칙이다. 위험이전이 되기 위한 인도는 현실의 인도에 한정되지 않고, 기타의 인도방법에 의하더라도 무방하다. 반환청구권양도에 의한 인도, 또는 점유개정 방법에 의하더라도 그것으로 채무의 이행이 완료되었다고 보여지는 경우에는 위험도 그 때부터 매수인에게 이전한다고 해석된다. 이 때 인도는 반드시 소유권이전을 동반하는 것이어야 할 필요는 없다. 예를 들면 소유권유보부매매에서는 매수인이 인도받은 후 물건을 사실상 지배하고 있는 점을 고려할 때 물건의 위험은 인도시에 매수인에게 이전한다고 해석된다.

둘째, 채권자지체가 생긴 경우 그 시점에 위험이 채무자로부터 채권자에게

40) 이은영, 채권각론, 187~191면(김종윤, “매매계약에서의 위험의 이전” (법조 제37권 1호, 1988)을 참고한 것으로 보인다).

이전하게 된다. 채무자가 인도장소에서 특정물을 채권자에게 제공하였으나 채권자가 수령하지 않은 경우에는 그 변제제공만에 의하여 위험은 채권자에게 이전한다.

셋째, 부동산의 경우에는 위험의 이전시기가 언제인가를 정하는 것은 어려운 문제이다. (가) 등기시: 부동산매매에서 위험의 이전은 등기시를 기준으로 함이 원칙이다. 부동산의 매도인은 소유권이전등기와 명도를 하기 전까지는 채무를 완전히 이행하였다고 볼 수 없다. 그러나 양자 중 중요한 것은 등기이전이므로 통상 등기이전(등기서류의 교부)과 대금이 교환된다. 등기 이후에 생긴 불이익(토지수용, 건물의 소실 등)은 매수인의 부담으로 된다. (나) 인도시: 예외적으로 등기에 앞서 인도가 이루어져 매수인이 사용수익권을 가지는 경우에는 인도할 때에 위험이 이전한다고 해석된다. 매도인이 등기서류교부와 인도를 하고 대금도 받아 계약관계가 일단 완료된 경우 등기절차기간중 또는 매수인의 등기해태기간중에 생긴 위험까지 매도인이 부담하는 것은 부당하므로 이 때에는 위험이 매수인에게 이전되었다고 해석하여야 한다. 미등기건물은 인도에 의해 위험도 이전한다.

② 종류매매의 경우

종류매매에서의 위험부담의 문제는 종류채권의 특징이 있는 후에야 생긴다. 매도인이 목적물을 변제제공하면 종류채무가 특정되고, 그 변제의 제공은 매수인을 채권자지체에 빠뜨리므로, 그 때부터 위험은 매수인이 부담한다.

첫째, 종류매매의 이행의 경우, 대가위험은 물건을 매수인에게 인도하는 때에 이전한다. 매도인은 완전한 물건을 선정하여 변제의 제공을 하였고 그 물건이 매수인에게 인도되기까지 사이에 목적물이 불가항력으로 멸실된 경우에, 그 위험을 누가 부담할 것인가는 위험의 이전시기와 직접 관련이 있다. 매도인은 특정 이후에는 다시 물건을 조달할 의무는 지지 않지만, 위험은 스스로 부담하여야 하므로 매수인에게 대금을 청구하지는 못한다(채무자위험부담). 변제의 제공만으로 이행이 완료된 것이 아니기 때문이다.

둘째, 매도인이 매수인에게 변제의 제공을 하였으나 매수인이 그것을 수령하지 않아 채권자지체에 빠진 경우에, 그 변제제공으로 종류채무가 특정되면서 위험도 매수인에게 이전한다. 채권자지체 이후에 급부불능(또는 하자발생)이 생기더라도 매수인은 그 대금을 지급할 의무를 면하지 않는다.

셋째, 매수인에게 화물상환증이 교부된 경우에는 운송물을 인도한 것과 동일한 효력이 있으므로(상법 제133조), 이 때에 매수인에게 위험도 이전한다고 해석된다.

3. 私 見

이상에서는 위험부담 내지 위험의 이전에 관한 입법주의, 입법례 그리고 학설을 살펴보았다. 이하에서는 위험부담 내지 위험의 이전에 관하여 학설에 대한 검토와 함께 해석론과 입법론으로 나누어 사건을 제시하고자 한다.

1) 해석론

(1) 매매의 경우, 계약의 이행이 완전히 끝난 후에 생긴 물건의 위험은 소유자로 된 채권자(매수인)가 부담하는 것도 당연하다. 그리고 이 경우 계약관계는 종료되었으므로 대가위험도 문제되지 않는다. 따라서 계약이 성립한 때로부터 이행의 완료 사이의 어느 시점에 대가위험의 부담자가 바뀌게 된다(즉 위험이 이전하게 된다). 결국 위험부담에 관하여 채무자주의를 취한다면, 위험부담에서의 중심적인 문제는 언제 위험이 채무자(매도인)로부터 채권자(매수인)에게로 이전하는가 하는 문제라고 할 수 있다.

(2) 매매의 목적물이 특정물인 동산인 경우에는 인도를 기준으로 위험의 이전시기를 정하는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 이것이 당사자의 기대나 의사에 부합하게 되는 것이기 때문이다. 최근의 외국의 입법례나 우리나라의 학설에서도 동산의 경우에는 인도를 기준으로 위험의 이전시기를 정하는 것이 일반적이다. 그리고 소유권유보부매매의 경우에도 소유권이전시가 아니라, 물건의 인도시에 위험이 매수인에게 이전하는 것으로 해석된다.

(3) 채권자(매수인)의 수령지체중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 경우에는 채무자(매도인)는 대금을 청구할 수 있으므로(제538조), 채권자지체시에는 위험이 매수인에게 이전하게 된다.

(4) 문제는 매매의 목적물이 부동산인 경우이다. 부동산의 매도인은 목적물의 인도 의무 뿐만 아니라 소유권이전 의무도 부담한다. 따라서 이론적으로는 이 두 가지 의무를 모두 이행하기 전에는 그의 채무를 완전히 이행하였다고 할 수 없으므로 위험은 매도인에게 이전하지 않는다고 하여야 한다. 그러나 위에서 본 바와 같이, 학설상으로는 등기시를 기준으로 하는 견해와 인도시를 기준으로 하는 견해가 대립하고 있다.

생각건대, 부동산의 매매에 있어서 위험부담의 문제를 소유권이전과 관련시키는 것은 반드시 합리적인 것 같지는 않다. 입법례에 따라서 소유권이전시기는 차이가 있으며, 매매계약만으로 소유권이 이전하는 입법례도 있는 반면에 우리 민법과 같이 등기이전이 되어야 소유권이 이전되는 입법주의도 있다. 채무자(매도인)로서는 자기의 이행의무를 다하였으나 아직 소유권은 이전되지 않

고, 이행완료와 소유권이전 사이에 통상적으로 시간적 간격이 존재한다. 따라서 소유권이전보다는 이행이라는 시점이 기준이 되어야 할 것이다. 그러나 부동산의 매매에 있어서 매도인이 그의 의무를 이행하는 형태는 아주 다양하다. 등기에 앞서 목적물이 인도되는 것이 보통이지만, 반대로 목적물의 인도에 앞서 등기가 먼저 행하여지는 경우도 있다. 따라서 다양한 이행의 형태를 고려한다면, 어느 하나의 기준만으로 일률적으로 위험의 이전시기를 정하는 것은 어려우며 당사자의 의사와도 부합하지 않을 것이다. 결국 부동산의 경우, 구체적으로는 목적물의 인도, 등기서류교부, 소유권이전시 등이 문제가 되겠지만 구체적으로 어느 시점을 위험이전시기로 할 것인가 하는 문제는 당사자의 의사, 거래관행, 신의칙 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

2) 입법론

다음으로 법정책상의 문제로서 위험부담 내지 위험의 이전에 관한 우리 민법의 규정 내지 입법에 대하여 어떠한 판단을 할 수 있을 것인가가 문제이다.

(1) 위험부담에 관하여 우리 민법은 채무자주의를 원칙으로 하면서 예외적으로 채권자주의를 취하고 있다. 이러한 입법은 채권자, 채무자 사이에 위험을 공평하게 부담시키는 것으로서 합리적이며 잘 된 입법으로 평가할 수 있으며, 이러한 입법은 유지되어야 할 것으로 생각된다. 따라서 계약총론 차원에서는 현행 민법의 위험부담에 관한 규정은 계속 유지되어야 할 것이다.

(2) 다른 한편으로 계약각론 차원에서의 특별규정, 특히 매매에서의 위험부담 또는 위험의 이전(시기)에 관한 특칙을 신설하여야 할 것인가가 문제이다. 매매 가운데 통상적으로 운송의 과정을 수반되는 원거리매매나 국제적인 매매에 있어서는 언제 위험이 매도인으로부터 매수인에게 이전하는가 하는 위험이전시기의 문제는 실제로 아주 중요하며 복잡하다. 특히 국제매매의 경우 계약체결시 위험이전시기에 관한 정형화된 약관이 사용되고 있으므로 우리 민법의 규정이 적용될 여지는 많지 않겠지만, 국제사법에 의해 우리 민법이 준거법으로 되는 경우도 있으므로 특칙을 두는 것이 바람직하다고 생각한다.

그렇다면 매매에서의 위험부담에 관한 특칙을 둔다면 구체적으로 어떠한 규정을 두어야 할 것인가? 매매에서 우연한 사고에 의한 목적물의 멸실·훼손에 대한 위험을 매도인에게 부담시킬 것인가, 아니면 매수인에게 부담시킬 것인가 하는 위험부담의 문제는 매매에서 상당히 중요한 문제의 하나이다. 그러나 이 문제는 어떤 논리필연의 문제가 아니라, 법정책적 판단을 요하는 문제라고 생각한다. 위험부담과 관련된 법정책적 판단을 함에 있어서는, 어느 당사자가 보

다 나은 입장에서 손해를 평가하고 보험자를 상대로 보상을 청구하고 손상된 목적물을 구조 또는 처분할 수 있는지, 누가 최소의 비용으로 부보할 수 있는지, 그리고 표준적 상관습에 따를 때, 누가 부보할 가능성이 높은지 등의 여러 가지 요소들이 고려되어야 할 것이다.⁴¹⁾ 물론 앞서 살펴본 외국의 입법례나 국제협약 등도 참고해야 할 요소가 될 수 있을 것이다.

IV. 맺음말

우리 민법은 외국의 입법례와는 달리 매매에서의 위험의 이전시기에 관한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 구체적인 매매에서의 위험의 이전시기는 언제인지, 또한 매매의 개별적인 특성에 입각한 법정책상의 고려는 필요없는지 등에 대한 검토가 필요하다. 그리하여 본고에서는 이 문제와 관련한 입법주의, 외국의 입법례 및 우리나라의 학설 등을 소개·검토한 다음, 이를 기초로 하여 사건을 제시하였다.

오늘날의 거래의 현실은 인터넷을 이용한 거래의 보급, 거래의 글로벌화 등으로 인하여 이전과는 전혀 다른 양상으로 급진전하고 있다. 특히 거래로부터 발생하는 위험을 어떻게 분배하고 관리할 것인가 하는 문제는 현대계약법의 중요한 과제중의 하나로 되고 있다. 그러나 1세기 전에 만들어진 독일민법이나 일본민법을 기본으로 하고 있는 우리 민법의 규정만으로는 위험부담 내지 위험의 이전에 관한 오늘날의 다양한 문제를 충분히 포섭할 수 없다. 따라서 앞에서 소개한 외국 입법례 등에서의 최근의 발전방향은 앞으로 우리 민법의 현대화 작업에 있어서 많은 시사점을 제공할 것으로 생각된다. 다만 본고가 이 문제에 관한 기초적인 연구에 지나지 않는다는 점을 아쉽게 생각하며, 이에 관한 본격적인 연구는 다음의 과제로 하기로 한다.

참고문헌

곽윤직, 채권각론(제6판), 서울: 박영사, 2003.

41) John O. Honnold, Uniform Law for International Sales(3rd ed.), Kluwer Law International, 1999, p.393; 오원석, 499면 참조.

- 김증한, 채권각론, 서울: 박영사, 1988.
명순구(편저), 미국계약법입문, 서울:법문사, 2004.
양창수(역), 2002년판 독일민법전, 서울: 박영사, 2002.
오원석(역), UN통일매매법(제2판), 서울: 삼영사, 2004.
이은영, 채권각론(제4판), 서울: 박영사, 2004.
최수정, 급부장애와 위험부담, 서울: 소화, 2003.
황적인, 현대민법론IV, 서울: 박영사, 1980.
高桑 昭, 江頭憲治郎(編), 國際取引法, 東京:靑林書院, 1991.
谷口知平(編), 注釋民法(13), 東京: 有斐閣, 1986.
內田 貴, 民法II 債權各論, 東京: 東京大學出版會, 1998.
船田享二, 로마法(第3卷), 東京: 岩波書店, 1968.
澁谷年史(譯), 아메리카統一商法典, 東京: 木鐸社, 1994.

