

危險負擔의 歷史的 發展過程과 그 意味

鄭震明*

목 차

- I. 머리말
- II. 로마법과 중세법에 있어서의 위험부담
 - 1. 로마법
 - 2. 중세법
- III. 근세자연법론에 있어서의 위험부담
 - 1. 근세자연법론에 있어서 위험부담에 대한 논의
 - 2. 근세민법전에 있어서의 위험부담
- IV. 판덱텐법학에 있어서의 위험부담
 - 1. 판덱텐법학에 있어서 위험부담에 대한 논의
 - 2. 19세기 이후의 민법전에 있어서 위험부담
- V. 우리 민법상 위험부담의 의미
 - 1. 입법의 연혁과 특징
 - 2. 위험부담 규정에 대한 검토
- VI. 맺음말

* 부산외국어대학교 법학부 조교수

I. 머리말

계약당사자들의 합의에 의하여 성립된 채권관계에서 당사자 일방의 채무가 불능이 되면 이러한 불능에 대한 책임을 누가 부담하여야 하는지의 문제가 생긴다. 먼저 채무자가 책임을 부담하여야 한다고 하면 채무자에게 채권관계에 터잡은 책임의 척도가 존재하여야 한다. 우리 민법은 제390조에서 채무자의 고의, 과실을 책임의 척도인 유책사유로 규정하여 채무불이행에 대한 책임을 채무자에게 지우고 있다. 예외적으로는 이행지체에 의하여 야기된 책임의 확장을 채무자에게 인정하여 이후에 발생한 이행불능에 대하여도 채무자에게 책임을 지우고 있다(제392조 참조). 그러나 불이행에 대한 책임을 채무자에게 돌릴 사유가 없다면, 즉 불이행에 대한 책임의 척도가 채무자에게 존재하지 않으면 이는 책임의 문제가 아닌 危險負擔(periculum)의 법리 문제로 된다.

우리 민법은 제537조에서 위험부담에 대하여 규정하고 있는데, 여기서 위험부담은 계약당사자가 계약을 체결하였으나 양당사자의 책임 없는 사유로 채권관계가 중단된 경우에 이로부터 발생하는 이익조정 현실화를 위한 채권관계상 이익(commodum obligationis)의 상실을 의미한다.¹⁾ 그러므로 위험부담에서는 계약당사자 가운데 누가 합의된 이익의 중단에 대한 불이익한 법적 상태를 부담하여야 하는지의 문제가 생긴다. 특히 특정물매매에 있어서 위험부담은 오늘날까지도 법사적으로 그리고 비교법적으로 다양한 원칙들이 주장되고 있다. 그러므로 이러한 제도의 역사적 전개과정을 검토하여 우리 민법이 취하고 있는 입법태도의 포괄적 계보를 밝히고, 이에 터잡아 우리 민법에서의 위험부담의 법적 지위와 그 의미를 재검토하는 일은 커다란 의미가 있다.

그런데 위험부담은 계약당사자들의 채권관계를 전제로 하므로 채권관계의 유형에 따라 다양한 위험부담의 사정거리가 고려될 수 있다.²⁾ 여기에는, 첫째 급부와 반대급부의 교환을 목적으로 하는 쌍무계약, 둘째 급부가 쌍무적으로 교환되는 것

1) Betti, "Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen", *SZ(RA)* 82, 1965, S. 1.

2) Betti, a.a.O., S. 2.

이 아니라 공동의 목적을 추구하는 합동행위, 셋째 당사자 일방의 사무처리가 상대방의 이익의 조건이 되는 계약 등이 있으나, 다음에서는 가장 주된 유형인 쌍무 계약에 있어서의 위험부담에 한정하여 고찰하기로 한다.

II. 로마법과 중세법에 있어서의 위험부담

1. 로마법

로마 고전 전기의 법학자들은 위험의 개념을 급부이행의 지체 동안에 발생하는 매매계약상의 代價危險(Vergütungsgefahr)에 한정하지 않고 매도인이 소유권자로서 偶然한 事變(casus fortuitus)에 의하여 발생한 물건의 상실에 따른 손해(damnum fatale)를 부담하는 것을 매도인위험이라고 하였다.³⁾ 즉 매도인위험은 매매에 적용되는 위험부담 규정에 의한 효과가 아니라 단순히 물건이 멸실되면 매매가 존재하지 않는다는 것을 의미하였으므로,⁴⁾ 오늘날과 같이 논리적으로 엄격한 모습을 띠지 않았다. 그리하여 위험부담에 관하여는 두 가지의 규율이 고려되었는데,⁵⁾ 하나는 매수인이 매매목적물을 취득하지 못하거나 또는 목적물을 원상의 상태로 취득하지 못할지라도 매도인이 매도소권(actio venditi)을 가지는 매수인위험(periculum emptoris)⁶⁾과, 다른 하나는 위와 동일한 경우에 매도인이 매도소권을 가지지 못하는 매도인위험(periculum venditoris)이 있었다. 여기서 위험은 매도인이 매매대금을 받지 못한 채 매매목적물을 완전히 또는 부분적으로 상실한 경우에 매도인이 매매대금에 대한 위험을 부담함을 의미하였다.⁷⁾

그런데 로마 고전 전기에 있어서 매수인이 위험을 부담하는 기준에 대해서는

3) 그러나 위험부담은 매매법상의 위험지정과는 구분되었다. 이에 대한 典據로는 Gai. D. 18, 1, 35, 7; Paul. D. 18, 1, 34, 6 : prioris servi periculum ad venditorem respicit.
 4) 이에 대한 대표적 典據로는 Paul. D. 18, 6, 8 pr : *et quod pretii...fin.*
 5) Ernst, *Das klassische römische Recht der Gefahrtragung beim Kauf*, Diss. Bonn, 1981, S. 1.
 6) 이에 대한 典據로는 D. 19, 2, 33 Afr. (논쟁 있음); Jul. D. 18, 5, 5, 2; Paul. D. 18, 1, 34, 6.
 7) Kaser, "Die actio furti des Verkäufers", *SZ(RA)* 96, 1979, S. 112f.

다시 매매완성시설과 인도시설이 대변되었고, 매매가 완성되면(emptione perfecta) 즉 통상적으로 계약이 체결되면 위험은 매도인으로부터 매수인에게 이전되었다는 것이 지배적인 견해였다.⁸⁾ 이러한 법적 근거는 이제까지 매도인에게 속하였던 물건이 매수인에게 속하여야 한다는 현재의 합의를 매매계약의 구성요소로 파악한 데 있다.⁹⁾ 그리하여 당사자가 매매계약에 합의하면 매매목적물은 매수인에게 속하게 되므로 당사자 사이에서는 매수인이 물건의 멸실에 대한 위험을 부담하여야 하였다.¹⁰⁾ 이러한 규율은 계약의 체결과 급부의 이행이 동시에 이루어지는 현금매매에서도 인정되었으며, 특히 위험은 매매계약이 체결된 이후부터¹¹⁾ 급부이행 사이의 목적물의 멸실, 훼손에 대하여 인정되었다.¹²⁾

그리고 로마 고전 전기에는 책임 없는 사유로 목적물이 멸실된 경우에만 매도인이 매수인에게 목적물에 대한 대금지급을 청구할 수 있었으므로 매도인은 급부의 실행이 연기된 동안에는 절도에 의한 목적물의 멸실 및 제3자에 의하여 물건이

8) Kaser, *Das römische Privatrecht*, Abs. I, München, 2. Aufl. 1971, S. 552; Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht*, Berlin u.a., 1987, S. 310; Seckel/Levy, "Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht", *SZ(RA)* 47, 1927, 117ff. 이에 반하여 매수인위험은 로마 고전 후기에 발생한 것으로 목적물의 이전에 의하여 위험이 매수인에게 이전되었다는 견해가 있다[Haymann, "Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht", *SZ(RA)* 41, 1920, S. 172ff.; Betti, a.a.O., S. 12]. 그 이외에도 로마 고전 전기에는 위험부담에 관한 확정된 원칙이 없이 해설적 예증(kasuistik)을 통하여 위험을 판단하였다는 견해가 있다(Rabel, "Gefahrtragung beim Kauf", *SZ(RA)* 42, 1921, S. 555).

9) 이는 매매계약의 체결이 매도인이 매수인에게 물건을 이전할 의무를 발생시키는 오늘날의 계약관념과 매우 다르다(Kaser, a.a.O., S. 550; Peters, "Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer", *SZ(RA)* 96, 1979, 173ff.).

10) Paul. D. 18, 6, 8 pr : perfecta emptione periculum ad emptorem respicit.

11) 예컨대, 계약체결과정 중에 매매목적물이 멸실되어 발생하는 이익의 상실은 매도인위험이 아닌 물건의 소유자에 속한 멸실(res perit domino)이므로, 계약체결 이전에 발생하는 목적물의 멸실에 대한 위험은 소유자가 부담(casum sentit dominus)한다(Honsell/Mayer-Maly/Selb, a.a.O., S. 309).

12) Seckel/Levy, "Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht", *SZ(RA)* 47, 1927, S. 149 이하 : 만일 매수인이 물건의 인도 이후에 발생한 위험만을 부담한다고 하면 완전한 행위로부터는 어떠한 의무도 발생하지 않으므로 매수인의 위험부담은 문제되지 않는다고 한다.

손상된 경우에도 그에 대한 책임은 매도인이 부담하였다.¹³⁾ 즉 고전 전기에는 “日 常的 危險”(“niederer” Zufall)에 의한 사안은 채권관계로부터의 해방을 전제로 하는 위험부담과 구분되었다. 이와 같이 고전 전기에는 계약체결과 급부이행 사이에 “天災地變”(“höherer” Zufall)에 의하여 물건이 멸실된 경우에만 매도인이 채권관계에서 벗어날 수 있었으므로 위험은 항상 천재지변에 의한 위험만을 의미하였다.¹⁴⁾

그러나 로마 고전 후기에 들어와서는 매매가 물건의 이전과 결합하는 경향을 띠게 되어 매매목적물에 대한 위험은 계약체결의 완료시, 즉 물건의 인도시에 매수인에게 이전되었다. 이와 같이 변경된 원인은 고전 후기의 계약의 완성에서 유래하는데, 고전 전기에는 이를 점유의 이전을 예정한 단순한 합의로 파악한 반면, 고전 후기에는 어떠한 물건을 어떠한 가격으로 조건 없이 매도하였는가와 같은 구성요건 사실들이 분명한 합의¹⁵⁾로 이해하였다. 이러한 변경은 위험부담에 관하여 새로이 두 가지의 문제를 야기하였다.¹⁶⁾ 첫째는 본질적으로 서로 다른 두 가지의 사안을 동일하게 취급함으로써 나타난 위험의 불이익(incommodum)에의 同化(Angleichung)이다. 여기서 위험은 양당사자에게 책임 없이 발생한 급부불능을 전제로 하는 데 반하여, 불이익은 급부의 불능이 아니라 단지 그 가치가 감소되는 것을 의미한다. 즉 불이익은 단지 매매목적물의 변경만을 의미한다. 이와 같이 계약상 위험의 구성요건은 불이익의 구성요건과 엄격히 구별되었으므로¹⁷⁾ 양자에 대한 동일한 취급은 비판되었다.¹⁸⁾ 즉 계약상 동일시되는 물건의 변경에 대한 문제에 있어서 이익(commodum)과 불이익(incommodum)의 상관관계만 의미가 있었으며, 이익과 위험은 엄격히 구분되었다.¹⁹⁾ 둘째는 점유의 이전까지 매도인에게 법

13) 이러한 책임을 保管責任(custodia-Haftung)이라고 하며, 이에 대한 典據로는 Paul. D. 18, 6, 3이 있다. 이러한 이유로 로마 고전 전기에 매수인의 위험부담은 상당히 협소하게 인정되었다(Honsell/Mayer-Maly/Selb, a.a.O., S. 310).

14) Ernst, a.a.O., S. 2.

15) 이에 대한 典據로는 D. 18, 6, 8 pr. : si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit.

16) Betti, a.a.O., S. 9.

17) 이에 따른 재구성의 典據로는 D. 18, 6, 7이 있다.

18) Betti, a.a.O., S. 9.

19) 위험과 이익의 상관관계는 프랑스민법에 영향을 미쳤다 : les bonnes et mauvaises chances.

적인 보관책임(custodia-Haftung)을 인정하여 매수인에 대한 위험부담의 축소를 추구하였는데,²⁰⁾ 여기서 보관책임은 매도인이 매매목적물을 임의로 보관한 경우에만 합의될 수 있었고, 이는 법적인 계약효과로 인정되었다. 이와 같이 보관책임을 지는 매도인의 위험부담은 책임의 인수를 전제로 하였으며, 이는 대금지급의무를 부담하는 매수인에 대한 배상으로서 의미가 있었다.

그 밖에도 로마 고전 후기에는 고전 전기와 달리 매도인이 목적물의 멸실에 대하여 책임이 없는 경우, 즉 천재지변뿐만 아니라 일상적 위험의 사례에 있어서도 매수인에게 위험의 이전을 인정하여 그 적용범위를 확대하였다.²¹⁾

이와 같이 로마 고전 후기에는 매매의 완성, 즉 법률행위 구성요건 충족에 의하여 위험이 이전되었으므로 매수인은 인도와 동시에 위험을 부담하게 되었다. 이는 로마 고전 전기에는 매매(emptio venditio)가 쌍무적 효력을 가지는 諾成行爲(Konsensualgeschäft)이었으나 로마 고전 후기에 들어와서는 매매가 목적물의 讓渡行爲(Veräußerungs- und Übereignungsgeschäft)로 변경된 데 그 원인이 있다.²²⁾ 즉 로마의 법체계에 존재하던 계약과 소유권취득행위와의 엄격한 분리에 기인한다.

2. 중세법

중세에 있어서 위험부담에 대한 논의²³⁾는 본질적으로 로마법대전의 내용을 바탕으로 하여 전개되었으며, 중세 후기에 이르러서야 일정한 형평성에 대한 고려가 추가되었다.²⁴⁾ 즉 로마법상의 매수인 위험부담은 중세 성기의 주석학파에 있어서도 일반원칙으로 인정되었고, 매도인 위험부담에 관한 여러 규정들은 예외로서 체계화되었다. 그리하여 매수인 위험부담은 가장 간단한 매매의 형식, 즉 조건 없는 口頭의 특정물매매일 것, 유보약정이 없을 것, 채무자측의 給付障礙가 없을 것을

20) 유스티니아법전에 있어서 보관책임은 고전 전기와 달리 규정되었다(Kaser, a.a.O., S. 352f.).

21) Ernst, a.a.O., S. 3.

22) Betti, a.a.O., S. 11ff.

23) 이에 대하여 자세하게는 Dilcher, *Die Theorie der Leistungsstörungen*, Frankfurt am Main, 1960, 191ff.

24) Wesenberg/Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, Wien/Köln, 1985, S. 50.

요건으로 하였다.²⁵⁾ 그러나 그 체계에 있어서 Placentinus²⁶⁾는 위험부담의 요건을 매매계약의 체결과 연계한 반면, Accursius²⁷⁾는 Azo의 연구를 바탕으로 하여 위험부담의 요건을 매수인과 연계하였다.

특히 중세의 주석학파에서는 포도주매매시의 위험부담에 대하여 많은 논의가 있었다. 먼저 Placentinus는 포도주의 특정물매매에 있어서는 試味(degustatio)에 의하여, 종류매매에 있어서는 計測(mensuratio)에 의하여 위험이 매수인에게 이전된다고 하였으며,²⁸⁾ 이러한 견해는 Accursius에 의하여 찬동되었다.²⁹⁾ 이에 반하여 Azo는 로마법의 원칙으로 거슬러 올라가 포도주의 특정물매매에 있어서도 계약체결에 의하여 위험이 이전된다고 하였으며,³⁰⁾ 이는 Odofredus에 의하여 찬동되었다.³¹⁾

후기주석학파에 있어서도 이러한 논의는 계속되어 프랑스학파는 매수인 위험부담의 원칙을 계승하였으며,³²⁾ Ravanis는 특정물매매 및 종류매매와 나란히 제한종류매매의 가능성을 인정하였는데³³⁾ 그 효과는 특정물매매와 동일하게 취급하였다.³⁴⁾ 그러나 Faber는 Ravanis의 주장과 달리 포도주 매매에 대한 Bellapertica의 새

25) Dilcher, a.a.O., S. 198.

26) Placentinus, *Summa Codicis, Moguntiae*, 1536, 4, 48 : ...Contrahitur venditio alias pure, alias sub conditione. item ubi pure venditur, alias per scripturam, alias sine scripturam. Item sine scriptura, alias venditur species, alias quantitas...(Dilcher, a.a.O., S. 193).

27) Accursius, *Glossa ordinaria*, Lugduni, 1557, gl. statim zu I 3, 23, 3.

28) Placentinus, *Summa Codicis* 4, 48 : ...idem erit si quantitas venit tanquam species. ita tamen si vinum sit degustatum...non aestimatur plene venditum, nisi sit degustatum...ubi venditur in quantitate, ut ad emptorem spectet periculum, opus est ut sit mensuratum...(Dilcher, a.a.O., S. 194).

29) Accursius, *Glossa ordinaria*, I 3, 23, 3.

30) Azo, *Summa Codicis, Augustae Taurinorum*, 1578, 4. 48 n 4 : ...Nam si nil de periculo conuenisset venditor, spectaret periculum ad emptorem, cum in specie vinum emerit, sicut in qualibet specie vendita...(Dilcher, a.a.O., S. 194).

31) Odofredus, *Lectura Super Codicem*, Lugduni, 1552, C 4, 41, 1 : ...si venditur in specie : statim pertinet periculum ad emptorem...(Dilcher, a.a.O., S. 195).

32) Dilcher, a.a.O., S. 195.

33) Accursius는 종류채무와 제한종류채무를 구분하지 않았다.

34) Ravanis, *Petri de Bella Perthica...Lectura...super prima parte Codicis Justiniani...*, Parrhisiis,

로운 개념을 바탕으로 하여 특정물매매에 따른 법률효과가 아니라 순수한 종류매매의 법률효과, 즉 매도인 위험부담을 주장하였다.³⁵⁾ 그리고 이태리학파도 Accursius의 매수인 위험부담이라는 일반원칙을 계승하였으며, 특히 Cinus에 의하여 위험은 다시 멸실위험(periculum peremptionis)과 훼손위험(periculum deteriorationis)으로 구분되었는데, 여기서 매수인 위험부담은 멸실위험에만 적용되었다.³⁶⁾

그리고 교회법학자에 있어서도 위험부담의 원칙은 Azo의 견해에 기초하여 매수인 위험부담이 승인되었다.

이와 같이 중세법에 있어서 위험부담은 계약체결에 의하여 성립되었는데, 첫째 특정물매매에서는 試味에 의하여 그리고 종류매매에서는 분배에 의하여 매수인에게 위험이 이전되었으며, 제한종류채무는 특정물매매와 동일하게 취급되었다. 둘째 매수인 위험부담의 원칙은 단지 목적물의 멸실위험에만 적용되었으므로 훼손위험은 매도인이 부담하여야 하였다. 즉 매수인 위험부담은 조건 없는 단순매매를 요건으로 하였으므로 목적물이 훼손된 경우에는 매도인이 목적물을 현상대로 인도하여야 할 의무를 부담하였다.³⁷⁾

중세 후기에는 로마법이 보통법으로 계수됨에 따라 독일에서는 매수인 위험부담 원칙이 승인되었다. 그러나 그 전제로서 最輕過失(culpa levissima)에 의한 매도인의 유책사유가 확대되어 상대적으로 불능이 된 급부의 채권자가 부담하는 대가 위험, 즉 로마법상의 매수인(채권자) 위험부담 원칙의 적용범위는 축소되었다. 다만 이러한 원칙은 Donellus에 의하여 그 전환이 시도되었는데, 그는 裸約定의(pactum nudum)을 위한 채무자 위험부담 원칙을 세우고, 이를 통하여 일반적인 채권법론의 모델을 제시하고자 하였다.³⁸⁾ 그는 위험(Zufall)에 있어서 일반적으로 인정되는 반환청구권을 채권자와 채무자가 부담하는 급부의 이론적 동등성에 터잡

1519, 4, 48, 2.

35) Faber, *Ioannis Fabri Annotationes Codicis, Breviarium nuncupatae*, Lugdundi, 1593, 4, 48, 2 n 1.

36) Cinus, *Cyni Pistoriensis in Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum Tomi Commentaria*, Francoforti ad Moenum, 1578, 4, 48, 1 n 5.

37) Dilcher, a.a.O., S. 198/9.

38) Wollschläger, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, Köln/Wien, 1970, S. 64.

아 위험부담의 전환을 주장하였다. 그러나 급부의 동등성이라는 일관성 있는 Donellus의 해석은 법전의 원문과 차이가 있었기 때문에 로마법의 현대적 관용 이후에는 이를 따르는 학자가 없었다.³⁹⁾ 다만 대다수의 학자들은 매매에 있어서는 매수인위험(periculum emptoris)을 인정하면서도, 주는(dare) 급부인 물건급부에 대하여는 매도인위험(periculum creditoris)을 인정하였다.⁴⁰⁾

Ⅲ. 근세자연법론에 있어서의 위험부담

1. 근세자연법론에 있어서 위험부담에 대한 논의

근세자연법론에 들어와서는 소유권 설정 의무만을 본래적인 것으로 보지않고 인도를 기준으로 하는 引渡主義(Traditionsprinzip)에서 벗어나 단순한 계약상의 합의만으로 소유권이 이전된다고 보는 合意主義(Konsensprinzip)로 대체되었다.⁴¹⁾ 이로 인하여 채권적인 매매행위와 소유권이전은 하나의 매매행위로 파악되었으며, 로마법상의 매수인 위험부담 원칙은 소유권의 이전과 결부되어 논의되었다.

자연법론의 선구자인 Grotius는 이에 대하여 소유권 이전까지는 매도인이 위험을 부담하지만 각국의 실정법 규정에 따라 소유권취득 이전에도 매수인에게 위험이 이전될 수 있다고 하였다.⁴²⁾ 즉 Grotius는 계약체결과 결부된 소유권의 이전을 지지하여⁴³⁾ 결국 로마법 원칙과는 커다란 차이 없이 위험은 계약체결시에 매수인에게 이전된다고 하였다.⁴⁴⁾ 그러나 소유권이 곧바로 매수인에게 이전되지 않는다

39) Wollschläger, a.a.O., S. 66.

40) Wollschläger, a.a.O., S. 66.

41) Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, München, 1985, S. 455.

42) Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Libri tres, Lugduni Batavorum, 1625, II 12 §15 1.

43) Grotius, a.a.O., II 8 §25.

44) Grotius는 위험부담을 계약체결과 결부지을 것인지 아니면 소유권 이전과 결부지을 것인지에 대한 판단은 계약체결에 의하여 성립된 매수인의 물건에 대한 권리(*ius ad rem*)에 의미를 부여할 것인지 아니면 소유권에 의미를 둘 것인지에 달려 있다고 하였다. 그런데 거래가 빈번한(*regem Handel*) 민족은 매수인의 권리를 높게 평가하기 때문에 위험은

고 합의한 경우에는 그 물건으로부터 생긴 이익과 손해는 매도인이 부담한다고 하였다.⁴⁵⁾

그러나 매수인 위험부담에 관한 로마법 원칙을 비판하면서, 자연법론상의 위험 부담에 대한 논의를 명확히 한 것은 Pufendorf이다. 그는 물건변동에 관하여 의사 주의를 취하는 경우에는 계약의 체결시에 위험이 매수인에게 이전되지만, 아직 물건이 인도되지 않은 경우에는 매도인이 위험을 부담한다고 하였다.⁴⁶⁾ 그리하여 의사 주의를 취하지만 물건의 소유권은 인도시까지 매도인에게 있게 되므로 인도시까지는 매도인이 위험을 부담하게 된다. 다만 매수인이 매도인에게 물건의 보관을 위임한다면 매도인은 물건에 대하여 더 이상 소유권자가 아니라 단지 공허한 점유(vacua possessio)만을 하게 되므로 물건의 멸실에 대한 위험은 매수인이 부담하여야 한다고 하였다. 이는 위험부담을 소유권 변동과 결부시킨 자연법론의 소유권 사상과 일치하며, 매매계약의 체결에 의하여 매수인에게 위험이 이전된다는 로마법의 원칙을 깨는 계기가 되었다.⁴⁷⁾

이와 같이 자연법론자들은, 첫째 위험부담을 소유자주의(casum sentit dominus)에 따라 이해하였으므로 위험은 인도에 의해서 매수인에게 이전된다고 하였다.⁴⁸⁾ 둘째 계약체결시에 위험이 매수인에게 이전된다는 로마법의 원칙은 “거래상대방이 그 의무를 이행한다면 다른 일방도 자신의 의무를 이행한다”(do ut des)⁴⁹⁾는 쌍무

계약체결시에 이전되지만 거래가 드문(trägem Handel) 민족은 소유권의 취득에 비중을 두기 때문에 소유권의 이전까지 위험은 매도인이 부담한다고 한다(Grotius, a.a.O., II 12 §15 1, Anm. 138, in : Kirchmann, *Drei Bücher über das Recht des Krieges und des Friedens*, Berlin, 1869).

45) Grotius, a.a.O., II 12 §15 1.

46) Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, Londini Scanorum, 1672, V §5 3.

47) 또한 그는 이행불능의 원인에 따라 그러한 불능이 매도인의 지체 또는 거래의 성질에서 유래한다면 목적물의 멸실에 대한 위험은 매도인이 부담하여야 하고, 이와 반대로 매수인의 지체에서 유래한다면 매수인이 손해를 부담하여야 한다고 하였다(Pufendorf, a.a.O., V §5 3).

48) Coing, a.a.O., S. 455; 이에 반하여 교회법적인 자연법학자들은 여전히 로마법적인 규정을 따랐다(Pothier, *Traité du contrat de vente*, Oeuvres de Pothier, Tom. 3, Paris, 1847, n 307 p. 123).

49) Pufendorf, a.a.O., V §5 3.

계약의 견련관계와 일치하지 않는다고 하였다. 셋째 로마법의 원칙은 물건을 아직 인도 받지 못한 채무자가 그 위험을 부담하는 것은 자연법론상의 형평성(Billigkeit)에도 어긋난다고 하였다.⁵⁰⁾

2. 근세민법전에 있어서의 위험부담

1) 프로이센일반관트법

독일에서 보통법의 전통이 강했던 지역에서는 로마법 계수 이래로 여전히 매수인 위험부담원칙이 적용되었지만,⁵¹⁾ 근세자연법론의 영향을 받은 지역에서는 물건변동의 형식주의를 전제로 하여 위험부담은 인도시에 매수인이 부담한다는 원칙이 입법화되었다.

근세자연법론이 입법화된 대표적 법전인 프로이센일반관트법은 Suarez에 의하여 기초되었는데, 그는 만일 매수인이 목적물을 보관한다면 그 처분권을 가지지만, 물건을 보관할 수단을 가지지 못한 경우에는 그에 관하여 생긴 위험을 매수인이 부담하는 것은 자연법론적인 형평에 반한다고 하였다. 그리고 매매목적물의 소유권은 인도에 의해서 매수인에게 이전되므로 위험도 인도에 의해서 이전된다고 한다.⁵²⁾ 특히 그는 프로이센일반관트법의 규정은 자연법적인 이해에 의한 소유자

50) Hager, *Die Gefahrtragung beim Kauf*, Frankfurt am Main, 1982, S. 41.

51) 1765년에 제정된 바이에른민법전(Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis)은 위험부담에 관하여 일반적인 규정을 두고 있지 않지만, 계약의 체결시부터 매수인이 당연히 위험을 부담한다는 로마법의 원칙을 따랐다(CMBC IV 3 §11 : Obwohl jetztgedachtermassen der Käufer das Eigentum der verkauften Sache durch den bloßen Contract ohne erfolgende wirkliche Uebergabe niernal erlangt, so träge er gleichwohl von Zeit des geschlossenen Contractes : auch noch vor gescheneher Extradition, wieder die sonst obwaltende Rechtsregel : Quod Res pereat suo Domino, die Gefahr der Sache, dergestalt, daß, wenn sie etwa zu Grunde geht, oder deteriorirt wird, alsdann der Schade oder Verlust nicht mehr den Verkäufer, sondern den Käufer betrifft, folglich auch der Kauf : Schilling deßungeactet ganz bezahle werden muß; wohingegen aber auch der Käufer solchenfalls befugt ist, wider alle Jene, welche an sothanem Schaden, Verlust oder Untergang der Sache Schuld tragen, also fort zu agiren, ohne daß er heut zu Tage noch eine vorläufige Cessionem Actionis hierzu vornöthen hat).

주의와 합치하며, 부자연스러워 그 본질에 반하는 로마법을 재생한 것은 아니라고 하였다.⁵³⁾

이와 같은 Suarez의 견해는 프로이센일반관트법에 받아들여져 물권변동의 형식주의를 전제로 한 매도인 위험부담 원칙이 규정되었다. 즉 프로이센일반관트법에 의하면 “모든 자발적 매매에 있어서 당사자들이 포괄적으로 또는 달리 명시적으로 약정하지 않고 계약을 체결한 경우에 매도인이 매수인에게 목적물을 아직 이전하지 않은 때에는 위험과 손해는 매도인이 부담한다”고 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 그리고 “매도된 물건이 인도 이전에 불가항력에 의하여 더 이상 인도할 수 없을 정도로 완전히 파손되거나 파괴된 경우에 계약은 소멸된 것으로 본다”고 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 이와 같이 채무자가 자신의 급부의무를 아직 이행하지 않으므로 인하여 여전히 물건의 소유권자인 경우에 그는 물건의 멸실에 대한 손해를 부담하여야 하며, 또한 반대급부에 대한 청구권도 상실한다.⁵⁶⁾ 그리고 물건이 멸실되면 계약도 소멸되는 것으로 간주하였다. 즉 프로이센일반관트법은 소유자주의에 의거하여 약정한 물건급부가 불가능하게 된 자에게 위험을 부담시켰으며, 또한 이를 계약의 소멸사유로 간주하였다. 다만 종류채무에 있어서의 위험부담에 관하여는 어떠한 규정도 두고 있지 않다.

2) 오스트리아민법전

오스트리아민법전도 자연법론의 영향을 받아 프로이센일반관트법과 유사한 위

52) Suarez, *Amtliche Vorträge bei der Schluß-Revision des Allgemeinen Landrechts, Kamptzchen Jahrbuch für die Preußische Gesetzgebung*, Bd. 41, 1833, S. 16f.

53) Suarez, a.a.O., S. 16.

54) ALR I, 11 §95 : “So lange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bey allen freywilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Pausch und Bogen geschlossen, oder sonst ein Anderes ausdrücklich verabredet worden, Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last.”

55) ALR II, 11 §100 : “Wird die verkaufte Sache, noch vor der Uebergabe, durch einen Zufall gänzlich zerstört oder vernichtet, dergestalt, daß gar keine Uebergabe erfolgen kann, so wird der Contract für aufgehoben geachtet’.

56) Förster/Eccius, *Preußisches Privatrecht*, Bd. 1, 7. Aufl. 1896, S. 740/1.

험부담에 관한 규정을 두고 있다. 처음에는 오스트리아민법전의 기초자들도 특정 물매매에 있어서는 통상 계약의 체결에 의하여 위험이 이전되며, 종류매매에 있어서는 특정시에 사실상의 인도가 행하여진다는 로마법의 원칙을 따랐다. Martini는 자신의 교과서에서 이러한 로마법의 원칙을 따랐으나,⁵⁷⁾ 그가 기초한 민법전 초안에서는 본질적으로 프로이센일반란트법의 규정을 수용하였다.⁵⁸⁾ 그는 물건의 멸실은 소유자에게 속한다(res perit domino)는 원칙을 고수하면서도, 소유권의 이전은 물건의 인도에 종속되기 때문에 위험부담은 물건의 이전과 결부된다고 하였다. 그러므로 교환에 있어서 취득자는 멸실위험을 계약체결시가 아닌 인도 이후에만 부담하며, 물건의 훼손시에는 계약체결과 동시에 위험이 이전된다는 종래의 규율에 따를 것을 고려하였다. 또한 매매에 있어서도 매매목적물이 절반이상 훼손된 경우에는 인도 이전에도 훼손에 대한 위험을 매도인이 부담하여야 한다는 예외만을 제외하고는 교환에 대한 규율을 유추적용하였다.

한편 Zeiller는 민법전심의위원회에서 교환과 매매에 있어서 목적물의 일부멸실에 대한 위험부담의 다양한 처리방법에 대하여 반대하였다. 그리고 그는 인도 이전에 물건의 멸실은 대부분 불가항력이 아닌 매도인의 유책사유에 기인한 것이므로 물건의 유지를 위하여는 매도인에게 위험을 부담시켜야 한다고 하였다.⁵⁹⁾ 그리하여 Martini가 매매계약에서 기대했던 규율들은 Zeiller에 의하여 교환계약에도 받아들여졌다.⁶⁰⁾ 다만 최종심의(Superrevision)에서는 확정일을 사실상의 인도가 있었던 날이 아닌 약정한 인도일로 의제하는 변동이 있었다.⁶¹⁾

오스트리아민법전은 원초안(Urentwurf)의 해결을 토대로 하여,⁶²⁾ “그 목적물을

57) Martini, *Lehrbegriffe des Natur-, Staats- und Völkerrechts*, Wien, 1783/4, §532.

58) Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. II, Wien, 1889, §§166, 168.

59) Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Bd. 3, Wien und Triest, 1812, S. 343.

60) Ofner, a.a.O., Bd. II, S. 82f.

61) 이 점에 있어서 오스트리아민법은 다른 나라의 규정들이 계약체결시가 아닌 사실상의 인도시를 기준으로 하는 데 대한 특별성을 띤다.

62) 입법이유는 “불가항력은 그 소유자가 부담한다”고 규정하고 있다(Ofner, a.a.O., Bd. II, S. 28). Zeiller도 만일 인도가 있었다면 매수인이 소유자로 된다고 한다(Zeiller, a.a.O., S.

인도할 시기를 정하였고 그 사이에 매도된 일정한 목적물이 금지에 의하여 거래가 중단되거나 또는 불가항력에 의하여 전부 또는 가액의 절반 이상이 손실된 경우에는 그 교환계약은 없는 것으로 본다”고 규정하고 있다.⁶³⁾ 이와 같이 매도인이 가지고 있는 목적물이 불가항력에 의하여 멸실된 경우에는 매매계약이 없는 것으로 간주되므로 매수인은 대가를 지급할 의무를 면하게 되며, 매도인이 위험을 부담하게 된다. 또한 “일정한 목적물을 인도할 시기를 정하지 않았고 어느 당사자도 과실을 부담할 근거가 없는 경우에 위험부담과 사용수익을 이유로 하는 제1048조 내지 제1050조의 규정은 당사자들이 달리 정하지 않는 한 이전시점에 적용된다”고 규정하고 있다.⁶⁴⁾ 그 결과 오스트리아민법에 있어서 당사자들이 목적물의 인도시기를 정하지 않은 때 위험부담은 사실상의 인도에 의존하게 된다. 그리고 교환에 관한 이러한 규정들은 제1064조에 의하여 매매계약에도 준용하고 있다.

3) 프랑스민법

프랑스는 위험부담에 관하여 초기에는 매수인 위험부담 원칙이라는 로마법의 원칙을 따랐지만 근본적으로는 프랑스관습법의 영향도 크게 받았다. 프랑스관습법은 합의만이 아니라 인도도 소유권 이전의 요건으로 보았기 때문에 낙성계약인 매매계약이 성립한 이후 인도시까지 발생한 손실을 관습법에 따라 판단하기에는 어려움이 많았다. 그리하여 매수인 위험부담의 원칙이 일반적으로 인정되었다.⁶⁵⁾ 그러나 근세자연법론을 받아들이면서 소유권이 계약의 체결과 동시에 이전된다는 의사주의를 취하게 되었고,⁶⁶⁾ 이에 따라 소유자주의에 의한 위험부담이 채택되었다. 즉 성문법지역의 학자인 Domat는 위험이전을 매매계약의 체결에 의해서 목적

343).

63) ABGB §1048 : “Ist eine Zeit bedungen, zu welcher die Übergabe geschehen soll, und wird in der Zwischenzeit entweder die vertauschte bestimmte Sache durch Verbot außer Verkehr gesetzt, oder zufälliger Weise ganz, oder doch über die Hälfte am Werte zu Grunde gerichtet, so ist der Tausch für nicht geschlossen anzusehen”.

64) ABGB §1051 참조.

65) Wollschläger, a.a.O., S. 104.

66) Coing, a.a.O., S. 455.

물이 매수인에게 귀속되는 효과의 하나로 보았고,⁶⁷⁾ 관습법지역의 학자인 Bourjon도 소유권 이전은 의사주의의 전제인 만큼 위험부담은 소유자주의에 따라야 한다고 하였다.⁶⁸⁾

그러나 근세자연법론이 주장한 소유자주의에 대하여 Pothier는 이 원칙은 소유권자가 자신의 물건을 제3자에게 보관시켰고 그리고 물건이 우연한 사정으로 인하여 제3자에게서 멸실된 경우에만 적용될 수 있으므로 물건의 교환거래에는 적합하지 않다고 반박하였다. 나아가 매수인이 물건을 보관하지 않았는데 대금을 지급하여야 하는 것은 자연법론과 모순된다는 주장도 근거가 없다고 반박하였다.⁶⁹⁾ 그 이유는 매수인에게 대금지급의무가 발생하기 위하여는 매도인이 매수인에게 목적물을 이전하는 데에 있지 않고 매도인 자신이 유효하게 자신의 인도의무를 부담하는데 있다고 한다.⁷⁰⁾ 즉 매매계약은 당사자의 합의만으로 완료되고 그것에 의하여 대금지급의무가 발생하므로 각 채무는 그에 관한 독자적인 소멸원인이 발생하지 않는 한 소멸하지 않는다. 그러므로 이후에 매매목적물이 멸실되어 매도인의 인도의무가 소멸되어도 채무가 일단 유효하게 성립된 이상 매수인의 대금지급의무는 변경되지 않는다고 한다.⁷¹⁾ 이러한 Pothier의 견해는, 첫째는 자연법론상의 “소유자주의”에 근거한 위험부담의 원칙을 약화시켰으며, 둘째로 성립상의 견련성에서 기능상의 견련성으로의 발전이 완성되지 못하였음을 보여준다.⁷²⁾

그러나 프랑스민법전은 Pothier의 반박에도 불구하고 “물건의 인도채무는 계약 당사자의 합의만으로써 완성된다.”⁷³⁾고 하여 매매계약상의 위험부담에 대하여 로마법상의 매수인 위험부담 원칙이 아닌 자연법론상의 소유자주의 원칙⁷⁴⁾을 채택

67) Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tom. 1, Paris, 1723, p. 34.

68) 동산소유권 이전에 관한 의사주의와 위험이전에 대하여 Bourjon, *Droit commun de la France et la coutume de Paris*, 1747, Liv. 3, III §1 (p. 458); 부동산소유권 이전에 관한 의사주의와 위험이전에 대하여는 Liv. 3, IV §4 (p. 474).

69) Hager, aa.O., S. 43.

70) Pothier, op. cit., Tom. 3, n 307 (p. 123).

71) Pothier, op. cit., Tom. 3, n 307 (p. 123/4).

72) Hager, aa.O., S. 43.

73) Code civil Art 1138 : “L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes”.

하였다.⁷⁵⁾ 그리고 “매매에서 목적물과 대금에 대하여 합의가 있으면 목적물의 인도와 대금의 지급 이전에도 매매는 완료되고 매수인은 매도인에 대한 관계에서 소유권을 취득한다”⁷⁶⁾고 규정하여 로마법과 달리 매매계약에 소유권 이전의 효력을 부여하였다. 이와 같은 매매계약의 권리이전적 효력은 관습법상의 원칙인 인도주의의 해소에 의한 것으로 자연법론상의 고려와 거래의 필요성에 그 근거를 두고 있다.⁷⁷⁾ 또한 “목적물의 인도가 없어도 매수인은 인도가 없는 시점으로부터 소유권자로 되어 위험을 부담한다”고 규정하고 있는데, 이에 따라 계약체결시에 매수인은 단순한 물건에 대한 권리(un simple droit à la chose)가 아니라 소유권(droit de propriété)을 취득하며, 목적물이 우연한 사정으로 인하여 목적물의 인도시 이후에 멸실되면 그로 인한 손해는 소유자주의 원칙에 따라 매수인이 부담하게 된다.

이와 같이 프랑스민법전은 소유권은 계약체결에 의하여 매수인에게 이전되고, 위험은 소유권 이전의 결과에 의한다는 양 규정에 따라 특정물의 매수인은 계약의 체결시에 위험을 부담한다는 결론에 도달하였다.⁷⁸⁾

〈위험 부담에 관한 각국의 입법례〉

법률	ALR	ABGB	Code civil
대상			
물권변동(소유권이전)	형식주의	형식주의	의사주의
위험이전시기	목적물인도시	목적물인도시	소유권이전시
위험부담	채무자부담	채무자부담	소유자부담
근거조문	ALR I. M. §95	제1048조	제1138조

74) 프랑스민법의 기초자들은 소유자주의를 채용하고 있지만 조문상 분명하게 규정하지 않음으로써 로마법의 원칙도 계속 유지하고 있는지에 대한 논의가 계속되고 있다(Hager, a.a.O., S. 44).

75) 프랑스민법전은 위험부담을 각 계약유형에서 정하고 있을 뿐 계약 일반에 적용될 총칙적 규정을 두고 있지 않다.

76) Code civil Art 1583 : “Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé”.

77) Hager, a.a.O., S. 44/5.

78) Planiol/Ripert/Esmein, *Traité Pratique de Droit Civil Français, Vol. VI : Obligations*, 2. éd., Paris, 1954, n 414.

IV. 판덱텐법학에 있어서의 위험부담

1. 판덱텐법학에 있어서 위험부담에 대한 논의

19세기 초반까지 지배적 지위를 차지하였던 자연법론은 위험부담에 관하여 소유자주의(*casum sentit dominus*), 즉 목적물의 소유자가 물건의 침해에 대한 위험을 부담한다는 원칙을 물건변동과 연계하여 주장하였다. 그러나 1814년부터 시작되어 1830년대에 전성기를 맞이한 역사법학은 자연법론의 주장과 달리 위험부담의 해석에 있어서 위험이 언제 매수인에게 이전되느냐의 문제보다 매수인 위험부담의 원칙을 어떻게 근거지우며, 이를 쌍무계약의 일반체계 속에서 어떻게 이론 구성할 것인가에 몰두하였다.⁷⁹⁾ 이를 위하여 역사법학자들은 자신들의 로마법에 대한 역사적 연구 결과를 가지고 현실문제에 대한 해결책을 찾으려고 하였다.

먼저 로마법의 매수인 위험부담 원칙을 채권에 있어서의 위험부담으로 구성한 학자는 Wächter이다. 그는 매수인 위험부담 원칙의 근거⁸⁰⁾로서 쌍무계약상의 각 채무는 일단 유효하게 성립하면 독립하여 존속하거나 또는 소멸되므로 매도인의 급부가 이후에 불능이 되면 매도인은 자신의 급부의무에서 벗어나지만 매수인의 의무는 불능이 되지 않으므로 여전히 대금을 지급하여야 한다고 하였다.⁸¹⁾ 이러한 Wächter의 이론 구성은 매수인 위험부담의 원칙을 이행의 의제에 의하여 설명한 Fuchs의 주장과 대조되지만,⁸²⁾ 채무상호간의 견련관계를 인정하지 않았던 로마시대의 매매법적 인식과 일치하며,⁸³⁾ 또한 자연법론적 소유자주의가 로마법과 배치된다는 근거를 제시한 데 의미가 있다. 그러나 Savigny는 Wächter와 마찬가지로 쌍

79) Hager, a.a.O., S. 47.

80) Wächter는 자연법론에서 주장하는 소유자주의는 쌍무적 채권의 위험분배에 대한 것이 아니라 일방적 채권의 당연한 귀결이며, 채무자주의의 근거로 “*Impossibilium nulla obligatio est; casus a nullo praestantur*”(不可能한 것에 대하여는 債務가 없고, 偶然은 轉嫁 할 수 없다)를 든다.

81) Wächter, “Wer hat bei Obligation die Gefahr zu tragen?” AcP 15(1832), 118; Windscheid, Pandekten, Bd. II, 1906, S. 660ff.

82) Fuchs, “Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationem”, AcP 34(1851), 106, 112.

83) 이러한 이론구성은 오히려 프랑스의 Pothier의 채무독립설과 유사하다.

무계약에 있어서 급부의 상호의존관계를 인정하지 않지만 이행불능이 우연히 발생한 경우에는 현실적으로 이행되었다고 의제하여 매수인의 대금지급의무를 인정한다. 즉 매수인이 곧바로 매매목적물을 수령하였다면 우연에 의한 멸실은 매수인에게 귀속되었을 것이고 매도인은 그로 인한 손실에 대하여 책임이 없으므로 매도인에게 그러한 위험을 부담시킬 수 없다고 하였다.⁸⁴⁾

이와 같이 매수인 위험부담 원칙을 채권법의 일반원칙으로 구성하는 견해에 대하여 이를 매매계약의 특별성으로 파악하는 견해가 있다. Regelsberger는 그 근거로서 매도인은 계약체결에도 불구하고 매매목적물에 관한 물권적 처분권을 보유하지만 채권법적으로는 매수인에게 귀속되므로 매매목적물을 다른 곳으로 양도할 수 없으며, 이러한 매도인의 비양도성은 물건의 멸실 또는 훼손으로부터 스스로를 보호하는 적절한 수단이 되므로 물건에 대한 위험은 결국 매수인이 부담하여야 한다고 하였다.⁸⁵⁾ 이에 반하여 Jhering은 Savigny와 마찬가지로 매매목적물의 수령에 대한 매수인의 과실을 의제한다. 즉 Jhering은 매매계약이 체결되면 매수인이 곧바로 목적물을 수령할 수 있는데 이를 수령하지 않고 지체한 책임은 결국 매수인에게 있다고 본다. 그러므로 계약체결과 수령 사이에 목적물의 멸실에 대한 손실은 매수인이 부담하여야 한다고 하였다.⁸⁶⁾ 이러한 견해와 달리 Windscheid는 매매에 의하여 목적물이 당사자 사이에서 이전하는 계약에 있어서는 매매목적물이 매도인의 재산에서 분리되어 그 목적물이 매수인에게 별도로 인도되지 않아도 계약체결에 의하여 당연히 매수인의 재산에 귀속되므로 목적물에 대한 위험의 이전은 계약체결시를 기준으로 판단하여야 한다고 하였다.⁸⁷⁾ 이러한 주장은 계약체결만으로는 소유권이 이전되지 않는 인도주의를 취한 독일법에 있어서 직면하는 모순을 회피하기 위하여 계약체결시 소유권이 아닌 추상적 재산이 매수인에게 이전된다고 한 데 그 특징이 있다.⁸⁸⁾

84) Wollschläger, a.a.O., S. 142.

85) Regelsberger, "Über die Tragung der Gefahr beim Genuskauf", AcP 49(1866), 183.

86) Jhering, "Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt", JherJb. 3(1860), 449; 4(1861), 366.

87) Windscheid, a.a.O., S. 660.

88) 이러한 이론구성은 의사주의를 취하는 프랑스민법에 있어서 매수인 위험부담 원칙에 대

이와 같이 판덤편법학은 유책과 이행으로 구성된 채권법의 일반 개념을 사용하여 위험부담을 로마법의 구속으로부터 해방시켰으며, 나아가 민법전 제정에 있어서도 여러 학설의 근거를 토대로 게르만법 기원설이 수용될 수 있는 계기를 제공하였다.

2. 19세기 이후의 민법전에 있어서 위험부담

1) 독일민법

독일민법상 위험부담에 관한 규정은 판덤편법학의 입장을 따랐기 때문에 법전 편찬 중에 커다란 변화는 없었다. 즉 독일민법의 기초자들은 매매에 관한 위험부담 규정의 심의에 있어서 보통법상의 채무자 위험부담 원칙을 채택하지 않았다. 그 이유는 보통법상의 채무자 위험부담 원칙에서는 위험부담 규율에 대한 합리적 근거를 찾을 수 없으며, 또한 이러한 원칙은 쌍무계약의 성질과도 모순된다고 하였다.⁸⁹⁾ 그 대신에 기초자들은 고대 독일법과 일치하며, 이미 프로이센일반란트법전, 오스트리아민법전, 그 밖의 대부분의 란트법전⁹⁰⁾ 초안에 규정되었던 인도주의를 채택하였고,⁹¹⁾ 이와 함께 급부의 존속상의 견련관계도 규정하였다.⁹²⁾ 그 이유는 물건의 인도주의와 쌍무계약의 견련관계 사이에는 필연적으로 내부관계가 있다고 보았다. 즉 견련관계를 규정하고 있는 현행민법 제323조의 전신인 제368조의 심의에 있어서 견련관계는 매매계약에 근거를 둔 인도주의에 의하여 이미 인식되

한 설명과 유사하다.

89) Motive, S. 206 = Mugdan II, S. 114.

90) 이에 반하여 작센민법전(제866조, 1091조), 바바리아민법전(IV c 3 §11)은 보통법상의 채무자 위험부담 원칙을 따랐으며, 뷔르템베르그민법전 초안 제304조는 프랑스민법전을 본받아 소유권 이전은 계약체결에 의하여 이루어지고, 위험부담은 인도에 의하여 이루어진다고 하였다(Motive, S. 206 = Mugdan II, S. 114).

91) BGB §446 Abs. 1 S. 1 : "Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über".

92) BGB §323 Abs. 1 : "Wird die aus einem gegenseitigen Verträge dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§472, 473".

었다고 보았으며,⁹³⁾ 이와 반대로 매매의 위험부담에 관한 심의에 있어서는 인도주의는 단지 견련관계의 반복에 불과하지만 그 실질적 의미 때문에 다시 한번 강조한 것이라고 하였다.⁹⁴⁾ 그리하여 독일민법 제1초안에서 위험부담은 매수인에게 소유권이 설정되는 목적물의 인도에 의하여 이루어진다고 결정하였다.

그러나 제2초안에서는 제323조 제1항에 의하여 변동되는 제446조 제1항의 삭제가 제안되었다. 그 이유는 인도는 인도에 의하여 소유권이 이전되는 것에 불과하므로 그에 의하여 위험부담의 효과가 발생하는 것은 아니며, 매도인이 인도 이후에는 더 이상 물건을 보관하지 않음에도 불구하고 그에게 위험을 계속 부담시키는 것은 공평하지 않기 때문에 견련관계에는 위험부담의 효과가 존재한다고 하였다.⁹⁵⁾ 그러나 이러한 제안은 매매와 같은 중요한 범영역에 있어서는 견련관계를 강조하는 것도 의미가 있다고 하여 채택하지 않았다. 결국 제2초안에서는 제323조 제1항은 계약체결시부터 이행의 종료시까지 급부장애가 반대급부의무에 영향을 미친다는 것을 규정하였고, 제446조 제1항은 계약체결시부터 인도시까지 동일한 효과가 있다고 규정하였다. 여기서 인도는 이행과 동일한 개념이 아니라 여러 가지의 매매유형 가운데 통상의 매매에 있어서 상정한 이행을 의미하는 것으로 이해하였다.

이와 같이 독일민법이 인도를 특정물매매에 있어서 위험이전의 기준으로 규정한 것은 소유권 이전과 위험이전을 동일하게 구성하는 것보다 위험이전 시기를 명확히 하는 기능이 있으며, 또한 견련관계의 관점에서 매수인 위험부담 원칙이 주장되는 것이 아니라 오히려 인도주의가 견련관계를 명확히 한 것이라는 데 의미가 있다.⁹⁶⁾

93) Motive, S. 205 = Mugdan II, S. 113.

94) Motive, S. 322 = Mugdan II, S. 179.

95) Prot. II, S. 61/2 = Mugdan II, S. 771.

96) Laband, "Zum zweiten Buch des Entwurfes eines BGB für das Deutsche Reich", AcP 74 (1889), 28f.

〈제1초안, 제2초안 및 현행법 규정〉

사상 법률	제1초안	제2초안	민법전
牽演關係	제386조	제274조·제275조	제323조
引渡主義	제463조	제387조·제391조	제44조

2) 스위스민법

스위스채무법에 있어서 위험부담에 관한 규범은 독일민법의 인도주의와 프랑스 민법의 소유자주의에 의하여 커다란 영향을 받았다.⁹⁷⁾ 먼저 스위스채무법 제1초안⁹⁸⁾은 프랑스민법에 따라 계약체결시로부터 위험이 매수인에게 이전된다는 원칙을 채택하였다. 그 결과 위험부담은 소유권 이전의 결과에 의존되고, 특정물매매에 있어서 소유권 이전은 계약체결에 의하여 이루어진다고 이론 구성하였다. 그러나 1879년의 초안은 독일민법의 인도주의로 전환하여 소유권 이전과 위험부담은 서로 결부된다는 주장을 하였다.⁹⁹⁾ 즉 초안의 기초자들은 목적물을 양수한 매수인의 법적 모습보다 소유권 이전의 요건이 되는 물건의 인도에 의미를 부여하였다. 이와 같이 1879년의 초안이 이전의 초안과 구분되는 한도에 있어서 점유이전의 요청은 감소되었다. 그러나 최종결과는 양자의 타협에 의한 해결이 모색되었다.¹⁰⁰⁾ 즉 목적물의 양도에 대한 규율에 있어서는 독일민법의 인도주의를 따랐는데, 여기서 양도는 물건에 대한 사실상의 지배로 이해되는 물건의 이전, 즉 인도와 결부시켰다.¹⁰¹⁾ 그리고 위험부담의 규율에 있어서는 프랑스민법의 소유자주의를

97) Egli, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Zürich, 1926, S. 65.

98) Entwurf nach den Beschlüssen vom 1869 und vom 1872(Art. 202, 203, 205); Entwurf nach den Beschlüssen vom 1876(Art. 202, 203, 205).

99) Entwurf Art. 220 참조.

100) Hager, a.a.O., S. 56.

101) ZGB Art 714 I: "Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Übergangs des Besitzes zu den Erwerber".

채택하여 특정물매매에 있어서의 위험이전은 계약체결과 결부시켰다.¹⁰²⁾ 그 이후 채권법 개정논의에서 프랑스민법적 해결과 독일민법적 해결 사이의 모순이 제기 되었으나 이러한 타협에 의한 해결이 그대로 규정화 되었다.

V. 우리 민법상 위험부담의 의미

1. 입법의 연혁과 특징

우리 민법에 규정된 위험부담에 대한 계보를 살펴보면 현행민법 제537조는 구 민법 제534조에 바탕을 두고 있으며, 구민법 제534조는 일본민법 제534조를 차용한 것이다. 그러나 현행민법의 제정과정에서 우리 민법의 기초자들은 구민법의 태도에서 벗어나 독일민법 제323조 제1항, 중국민법 제266조, 만주민법 제524조를 참조하여 위험부담에 대한 규정을 크게 수정하였다.

구민법은 제536조에서 채무자주의를 원칙으로 하고 제534조에서 채권자주의를 예외적으로 인정하였으나 채권자주의가 넓게 인정되어 실질적으로는 채권자주의에 가까웠다.¹⁰³⁾ 즉 제534조 제1항은 특정물에 관한 물권의 설정 또는 이전을 목적으로 하는 쌍무계약에 있어서 그 목적물이 채무자에게 책임 있는 사유로 멸실·훼손된 때에는 채권자가 위험을 부담하는 것으로 하고, 제2항은 불특정물에 관한 계약에 있어서 그 물건이 확정된 때에는 제1항의 규정을 적용하는 것으로 하였다. 그러나 민법전 제정과정에서 위험부담에 관한 규정은 “물권변동에 있어서 의사주의를 채택하는 현행법 하에서는 매매계약의 당사자간에는 계약과 동시에 소유권 이전의 효력이 생하여 일응 매수인에게 그 위험이 있다고 주장할 조건이 있음에도 불구하고 채무자주의를 지지하는 학설이 많았던 바, 초안이 등기와

102) OR Art 185 I: “Sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen, gehen Nutzen und Gefahr der Sache mit dem Abschlusse des Vertrages auf den Erwerber über”.

103) 郭潤直, 『債權各論』(博英社, 1995), 106쪽; 「註釋 債權各則」(I), 『危險負擔 總說』(金錫宇), 309쪽 이하.

인도로 물권변동의 효력이 생기는 주의를 채택한 이상 위험부담에 있어서 채무자 주의를 채택할 논거가 강화되는 것"이라고 하여¹⁰⁴⁾ 채권자주의의 예외를 인정하지 않는 채무자주의가 지지를 얻어 채무자주의로 변경되었다. 그리하여 우리 민법은 제537조에서 채무자주의를 취하는 규정을 두게 되었고, 오늘날 이는 학설과 판례에 의하여 확고한 원칙으로 인정되고 있다.

위험부담에 대한 우리 민법의 특징은, 첫째 누가 위험을 부담할 것인가(Gefahrtragung)에 대하여는 외국의 입법례에 따라 제537조에서 채무자 위험부담이라는 원칙적 규정을 두고 있으나 그 이외의 구체적 규정은 두고 있지 않다. 특히 매매에 있어서의 위험부담에 대하여도 별도의 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라,¹⁰⁵⁾ 제537조, 제538조에 의하여 모든 종류의 쌍무계약에 있어서의 대가위험을 해결하려고 한다. 그러나 쌍무계약 중 임대차 등은 쌍무성은 인정되지만 매매와 같은 위험부담 법리를 적용하기에는 문제가 있다. 둘째 채무의 이행은 여러 단계를 거쳐서 이루어지는 데 그 중 어느 단계에서 위험이 상대방에게 이전되는가(Gefahrübergang)에 대하여 명확하지가 않다. 외국의 입법례를 보면 위험이전에 관한 별도의 규정을 두는 경우¹⁰⁶⁾가 있으나 우리 민법은 이러한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 셋째 어떠한 근거에 의하여 위험이 이전되는지에 대하여도 분명하지 않다. 외국의 입법례들이 로마법의 형식적 원칙에서 벗어나 쌍무계약의 견련관계에 터잡은 위험부담의 근거를 제시하는 데 노력한 반면, 우리 민법에서는 입법론으로 수용한 배경에 대하여 언급이 없다.¹⁰⁷⁾ 특히 위험부담에 대한 이론적 근거와

104) 民議院 法制司法委員會, 『民法案審議錄(上卷)』, 312/3쪽.

105) 독일민법은 매매계약상의 위험부담에 관하여 제446조, 제447조와 같은 규정을 두어 거래의 합리적 해결을 도모하고 있다.

106) 예를 들어 독일민법은 각종의 계약유형마다 위험이전을 상세히 규정하고 있다.

107) 『民法註解[XIII], 債權(6)』, 제537조(崔秉祚), 84-5쪽은 그 이유를 "로마인들은 급부가 불가능한 경우 단도적입적으로 급부행위의 대상이 결여된 것으로 인식하였다. 즉 법적으로 유관한 사태의 작동적 측면 그 자체를 고립적으로 포착하였지, 오늘날처럼 당사자 사이의 관계구조를 출발점으로 삼지 않았다. 그 결과 오늘날처럼 의무의 이행으로서 급부가능성의 결여, 그리고 그에 따르는 계약에 대한 영향은 일차적인 인식의 범위 밖에 있었다"고 하여 로마법학의 주요한 사유정황의 맥 속에서 로마법을 파악하여야 한다고 한 다음, "민법 제537조가 위험부담의 원칙을 정하는 경우 불능이 된 원래의 급부와 관련된 일

동일한 맥락에 서 있는 다른 법률제도와의 연관성에 대하여도 불분명하다.

2. 위험부담 규정에 대한 검토

1) 위험부담의 주체

쌍무계약에 있어서 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 급부의 전부 또는 일부가 불능이 된 경우에 계약당사자 중의 어느 일방이 그로 인한 위험을 부담할 것인가의 문제는 입법례에 따라 상이하다. 우리 민법은 이러한 경우에 목적물인도의무를 부담하는 채무자가 상대방인 채권자에 대하여 반대급부인 대가지급을 청구할 수 없는 것으로 하여 채무자주의를 채택하고 있다. 그러나 급부불능이 채권자의 유책 사유나 채권자지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없이 발생한 경우에는 채무자는 상대방인 채권자에게 반대급부의 이행을 청구할 수 있다고 하여 예외적으로 채권자주의를 인정하고 있다.

이와 같이 우리 민법이 취하고 있는 채무자주의를 검토하고자 하는 경우 먼저 불이익의 귀속주체가 문제로 되며, 이는 책임의 근거에 의존한다. 즉 채무자의 책임 있는 사유로 급부가 불능이 되면 채무자는 채권자에게 손해배상의무를 부담하며(제390조 참조), 당사자 쌍방의 책임 있는 사유로 급부불능이 발생하면 채무자의 손해배상의무에 대한 채권자의 과실상계가 적용된다(제396조 참조). 그리고 쌍무 계약에 있어서는 채무자에게 책임 있는 사유로 급부가 불능이 되면 채권자는 계약을 해제할 수 있으며(제546조 참조), 채권자에게 책임 있는 사유로 급부가 불능이 되면 채권자는 반대급부를 청구할 수 없다(제398조). 그러므로 당사자 쌍방이 급부불능에 대하여 유책사유가 없는 경우에는 결국 그에 대한 불이익의 분배는 입법자의 판단에 맡겨지게 된다.¹⁰⁸⁾ 그런데 위험부담 규정은 후발적 불능을 전제로 하므로 계약의 체결시점부터 급부의 완전한 이행시점까지만 적용되며, 그 동안에 목적물은 채무자의 지배·감시영역에 놓여 있게 된다. 그리하여 채무자는 목적물의 멸실·훼손을 방지함에 있어서, 이미 발생한 손해를 배상 청구함에 있어

체의 언급이 없는 것은 바로 이러한 로마적 사유의 일단이 그대로 수용된 것에 다름아니다"고 설명한다.

108) 金亨培, 『債權各論』(博英社, 1997), 160쪽은 위험부담을 법적·입법정책적 개념이라고 한다.

서, 손해를 보험으로 청구함에 있어서 그리고 불가항력으로 인한 손해인지의 입증에 있어서 채권자보다 유리한 위치에 있게 된다.¹⁰⁹⁾ 이러한 위치에 있는 채무자에게 급부불능에 따른 불이익을 부담시키는 것은 아직 이행되지 않은 급부에 대하여는 그 급부의 이행을 청구하고, 이행의 제공이 있는 급부에 대하여는 그 급부를 수령할 책무만 부담하는 채권자에게 부담시키는 것보다 공평의 관념에 적합하다고 할 수 있으며, 또한 계약당사자의 의사에도 합치된다고 볼 수 있다.¹¹⁰⁾ 이러한 근거에서 우리 민법 제537조의 채무자주의는 공평의 관념이 적용되는 채권채무관계에 있어서 중요한 의미가 있다고 할 수 있으며, 이는 동시에 각국의 입법 태도와 같이 쌍무계약상 채무의 견련관계가 위험부담에도 관철되어 가는 모순이라고 할 수 있다.

2) 위험의 이전 시기

위험부담은 계약이 체결된 이후 당사자 일방의 채무가 아직 이행되지 않고 있는 동안에 발생한다. 그러나 채무자가 어느 시점부터 위험을 부담하는지에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않기 때문에 이러한 논의는 학설에 맡겨져 왔다. 먼저 소유권이전 시기를 위험이전 시점으로 보는 견해¹¹¹⁾가 있으나 물건변동에 관하여 형식주의를 취하는 우리 민법에 있어서 소유권의 이전은 이행의 종료가 되므로 위험부담은 문제되지 않는다. 여기서 우리 민법은 계약의 존재를 전제로 하는 손실부담의 법리인 채권적 위험과 소유자 또는 물권자가 소유권의 속성으로서 부담하는 손실부담의 법리인 물적 위험을 구분하고 있다.¹¹²⁾ 즉 채권적 위험인 위험부담은 어떤 특정의 위험이전 시점을 설정하여 그 시점에 위험이 이전된다고 보는 데 반하여,¹¹³⁾ 물적 위험은 계약관계의 소멸이라는 위험귀속 근거를 기준으

109) Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, Hb. 1, 13. Aufl., 1986, S. 96; Brox, "Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache", JuS 1975, S. 4.

110) 『註釋 債權各則』(I), § 537(金錫宇), 314쪽.

111) 李銀榮, 『債權各論』(博英社, 1992), 139쪽.

112) 이와 같은 채권적 위험(periculum obligatoris)과 물적 위험(periculum rei)의 개념은 이미 보통법상 구별되었으나 물적 위험이 채권적 위험과 구체적으로 어떠한 관계에 있는지는 분명하지 않다(이러한 개념에 대해서는 Brox, JuS 1975, S. 1).

로 하여 위험이 이전된다고 본다. 그러므로 채권적 위험에 있어서는 목적물의 이전, 즉 점유의 이전이 있으면 채무자는 목적물에 대한 위험에서 벗어나지만, 물적 위험에 있어서는 채권자가 그 목적물의 소유권을 취득한 경우에 채무자는 목적물에 대한 위험에서 벗어나게 된다.

목적물이 동산인 경우에 그 인도로써 위험이 매수인에게 이전된다는 데에는 이견이 없다. 그런데 이러한 경우의 인도는 현실적 인도를 의미하므로 관념적 인도도 포함할 것인가의 문제가 있다. 채권적 위험인 위험부담은 목적물이 채무자의 지배·감시영역에 놓여 있다는 이유로 인정되는 만큼 관념적 인도도 이에 해당한다고 할 것이며,¹¹⁴⁾ 다만 간접점유로써 위험이 채무자에게 이전되기 위해서는 계약에서 간접점유를 인정한다는 약정이 있어야 한다.¹¹⁵⁾ 이는 채권적 위험이 현실적 인도와 관념적 인도를 포함하여 물건 자체에 대한 위험이 이전되는 물적 위험과 구별되는 데 의미가 있다.

목적물이 부동산인 경우에 매도인은 매수인에게 목적물을 인도할 의무와 그 소유권을 이전할 의무를 부담한다. 이러한 경우에 위험은 매도인이 어떠한 의무를 이행한 경우에 위험이 매수인에게 이전되는가의 문제가 있다. 이에 대해서는 등기의 이전만을 기준으로 한다는 입장¹¹⁶⁾과 그 이전에 목적물의 인도가 있으면 인도시에 위험이 이전한다는 입장¹¹⁷⁾이 대립한다. 먼저 목적물을 인도 받았지만 아직 등기를 하지 않은 경우에는 매수인이 목적물에 대한 지배·감시 가능성을 가지고 있으므로 목적물의 인도에 의하여 위험이 이전된다고 볼 수 있다.¹¹⁸⁾ 다음으로 매수인이 등기를 하였지만 목적물을 매도인으로부터 아직 인도 받지 못한 경우에는 채권적 위험과 물적 위험이 충돌된다. 즉 한편으로 계약상의 급부가 아직 종료되지 않았기 때문에 위험부담에 관한 원칙이 적용되어 그 사이에 발생한 위험을 매

113) 金亨培, 앞의 책, 161쪽.

114) 이에 대하여 매도인의 채무내용에 쫓은 것인 한 관념적 인도에 의해서도 위험이 이전된다는 견해가 있다(李銀榮, 앞의 책, 146쪽).

115) 같은 취지: 『民法注解[XIII], 債權(6)』 제537조(崔秉祚), 57쪽.

116) 李銀榮, 앞의 책, 145쪽; 『民法注解[XIII], 債權(6)』 제537조(崔秉祚), 58쪽.

117) 黃迪仁, 『現代民法論(IV)[債權各論]』(博英社, 1987), 118쪽. 이러한 입법례로는 독일민법 제446조 제2항이 있다.

118) 이와 다른 의견으로 『民法注解[XIII], 債權(6)』, 제537조(崔秉祚), 58쪽.

도인이 부담하여야 한다. 그러나 다른 한편으로 매수인은 이미 목적물에 대한 등기를 종료하였으므로 소유권자로서 물건에 대한 법적 지배권을 행사할 수 있다. 그러므로 이러한 경우에 위험의 이전을 점유취득 시점까지 미룬다는 것은 사물의 본성에 반하므로 위험은 매수인이 부담하여야 한다.¹¹⁹⁾

3) 위험부담의 법적 지위

우리 민법에 규정된 위험부담은 쌍무계약상의 견련관계에 이론적 근거를 두고 있다는 데 이론이 없다.¹²⁰⁾ 그 이유는 쌍무계약에서 발생하는 각 당사자의 채무를 별개의 것으로 파악하면 각 채무의 발생, 존속도 별개로 정하여지게 되므로 어느 일방의 채무가 소멸되었다고 하여 상대방의 채무에 영향을 미치지 않게 된다. 그러나 쌍무계약에 고유한 각 채무의 상호존성은 각 채무의 성립이나 행사뿐만 아니라 소멸에 있어서도 관찰된다. 즉 계약적 위험인 위험부담은 계약의 체결부터 이행의 종료까지 전기간에 걸쳐서 급부장애에 대한 각 급부의 상호관계를 조정하는 제도이다. 또한 위험부담은 그 자체를 대상으로 하는 견련관계 및 계약법의 일반원리인 과실책임의 원칙(제538조 참조)도 고려함으로써 계약상 급부의 조정제도로 자리매김 된다.

이와 같이 위험부담의 이론적 근거를 쌍무계약상의 견련관계에서 구하는 경우에 동일한 이론적 근거를 바탕으로 하는 계약해제와의 관계가 문제로 된다. 우리 민법 제546조는 “채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다”고 규정하고 있는 데, 여기서 “책임 있는 사유”는 제538조에 규정된 채권자의 “책임 있는 사유”와 마찬가지로 엄격한 의미의 유책사유로 파악하지 않는다.¹²¹⁾ 즉 제546조에 규정된 책임 있는 사유는 채무자의 책임 없는 사유로 인한 이행불능의 경우에 발생하는 위험부담과 구분하기 위한 것이며,¹²²⁾ 제538조의 책임 있는 사유는 채권자가 자기에게 귀속되는 행위에 의하여 채무자의

119) Mugdan II, S. 179.

120) 편무계약의 경우에 채무자는 채권자에게 반대급부청구권을 가지지 않으므로 반대급부청구권을 가지느냐의 문제는 생기지 않는다.

121) 拙稿, 「계약해제와 유책사유」, 『比較私法』 제5권 1호, 1998, 5쪽 이하.

122) 金亨培, 앞의 책, 219쪽.

급부가 불능으로 된 경우에 채권자가 자신의 행위로 인한 행위의 경제적 불이익을 부담하는 귀속구조라고 한다. 그러므로 계약해제는 쌍무계약에 있어서 채무상호간의 견련관계라는 객관적 구조에 터잡아 채권자를 계약체결 당시에 예정하였던 계약의 구속력에서 벗어나게 하려는 제도이다. 이에 대하여 위험부담은 서로 견련관계 있는 채무 중의 하나가 양당사자의 책임 없는 사유로 불능이 된 경우에 각 당사자가 부담하는 급부의 상호관계를 조정하는 제도로서 자리매김 된다. 결국 쌍무계약의 견련성에 터잡은 채무의 소멸이라는 측면에서 보면 채무자의 책임 없는 사유에 기한 불이행의 경우에도 적용되는 계약해제는 쌍무계약의 소멸에 관한 일반조항으로, 그리고 위험부담은 그 특별한 경우에 해당한다고 할 수 있다.¹²³⁾

VI. 맺음말

우리 민법은 급부위험의 부담에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 반대급부의 위험에 대하여는 제537조에서 채무자 위험부담주의를, 예외적으로 제538조에서 채권자주의를 채택하고 있다. 그러나 위험부담은 그 역사적 발전과정과 입법례에 따라 내용에 많은 차이가 있으며, 또한 그 의미도 새로이 검토되고 있다. 특히 위험부담은 쌍무계약의 견련성 측면에 있어서는 그 해석에 있어서 당사자의 의사 및 거래관행 등이 고려될 것이 요청되고 있으며, 경제적 측면에 있어서는 채무자가 완전한 이행의 순간까지 투자에 대한 모든 위험을 부담한다는 취지로 받아들여지고 있다. 또한 위험부담은 계약체결부터 이행의 종료 사이에 양당사자의 책임 없는 사유에 의하여 발생한 급부장애에 대하여 급부의 상호관계를 조정하는 제도로 자리매김되고 있다. 이는 우리 민법상의 위험부담에 관한 규정이 많은 경우에 해석상 분명한 기준을 제시해 주지 못하고 있는 실정에서 비추어 이를 합리적으로 해결해 줄 수 있는 수단으로써 의미가 있다. 그러므로 이러한 각국의 입법

123) 위험부담은 급부불능이 반대급부에 미치는 효과에 관하여 계약의 효력이라는 관점에서 규정함으로써 일반적 불능법리를 보충하는 기능이 있다고 한다(『民法注解[XIII], 債權(6)』, 危險負擔 前論(崔秉祚), 42쪽).

태도와 그 해석은 우리 민법의 발전과 관련하여 진지하게 검토되어야 할 것이라고 생각한다.

The Historical Process of a Risk of Loss and It's Meaning

Chong, Jin-Myong

In the obligatory relation agreed by bilateral contract, there occurs the problem about who bears the non-fulfillment when a debt is non-fulfilled. If a debtor bears the obligation, there must be the measurement of responsibility based by the bilateral contract. Our civil law in Act 390, imposes the responsibility of the non-fulfillment upon a debtor regarding a debtor's purpose and fault as the reason of responsibility. As an exception, it also imposes the responsibility of non-fulfillment occurred after non-fulfillment upon a debtor putting the expanding responsibility caused by delay down to a debtor(Act 392). But if the non-fulfillment can't be charged upon a debtor, this problem becomes not the responsibility of charge but the law problem of a risk of loss.

Our civil law prescribes a risk of loss in Act 537. Here, a risk of loss means the lost of obligatory profit caused by the quit of obligatory relations that are freed from the obligation after agreement of bilateral contract. But a risk of loss has many differences depending on historical process and legislative cases and has been newly examining it's meaning. Especially, in the aspect of bilateral contract, it is required the opinion of contractors and practical dealings in the explanation of a risk of loss and in the aspect of economy. It has been taken that a debtor has to bear all the risk of loss at the end of the fulfillment. These do not provide various cases of a risk of loss with definite standard in our civil law. Therefore, the legislative attitude and explanation of

* Professor, Faculty of Law. Pusan University of Foreign Studies

other countries must be newly considered in our civil law because of having the value of means for the rational solutions.

This study considers following contents.

First, in the various bilateral contracts, it is not obvious that, who bears a risk of loss, and when and what reason a risk of loss is handed over. That's why the models our civil law followed have not been obvious.

Second, our civil law has adopted the principle of a debtor's burden. It is based on the principle of the equality of both parties

Third, when it comes to the time of handing over, there are two kinds of risk. One is a risk in contract, which a debtor becomes free when he hands over the object. The other is the risk of things, which a risk becomes transfer to a creditor when a creditor acquires the object

Finally, the position of a risk of loss has some meanings when a debt is not fulfilled. Especially, in concerning of recession of contracts, while a risk of loss is a special principle of the extinct of contracts, recession of contracts is a general principle of the extinct of contracts.