

〈특집: 민법개정안의 몇 가지 쟁점에 관한 고찰〉

## 대상청구권\* - 민법개정안을 계기로 한 해석론과 입법론 -

金 炯 錫\*\*

### 요 약

현재 제안된 민법 개정안은 대상청구권 규정의 신설을 제안하고 있다(제399조의2, 제537조 제3항). 대상청구권 규정의 신설은 이행불능으로 인하여 불이익을 받은 채권자의 구제를 강화한다는 점에서 중요한 의미를 가지고 있다고 보인다. 이 글은 민법 개정안을 계기로 하여 해석론과 입법론을 모색하는 것을 목적으로 한다. 이는 지금까지의 학설과 판례를 비판적으로 회고하는 동시에 외국의 경향을 참고함으로써, 지금까지 대상청구권에 대한 해석론을 재구성하고, 동시에 민법 개정안의 내용에 개선할 점이 있는지를 입법론적으로 검토함을 의미한다.

본고의 해석론상 결론은 다음과 같다. ① 문제되는 사안유형들을 검토한 결과 대상청구권은 일반적으로 인정되어야 하고, ② 다만 법정채권의 경우 당해 근거규범의 취지에 따라 달라질 수 있는데 이는 당해 법률의 해석문제이며, ③ 대상청구권은 급부를 당사자들 사이에서 채권자에게 귀속시키는 결과를 달성시키기 위한 부당이득과 유사한 성질의 구제수단으로, ④ 법률행위로 인하여 대체이익이 취득된 경우를 포함하지만, ⑤ 대상청구권의 반환범위는 손해에 한정되어야 하고, ⑥ 대상청구권이 이행불능의 효과인 이상 주는 급부의무 외에 하는 급부의무나 부작위의무를 포괄하므로 이행불능으로 급부에 상응하는 이익이 채무자에게 발생되면 인정될 수 있다는 것이다.

그리고 입법론적으로도 이상의 해석론적 결론이 반영되어야 한다. 또한 앞서 요약한 내용 외에, 채무자의 최고권을 도입하는 것도 적절하다. 그러나 민법개정안은 이러한 입법적 제안에 비추어 보면 아쉬운 점이 없지 않다. 특히 적용범위를 주는 채무에 한정하면서, 법률행위에 의한 이익의 반환문제나 반환범위 문제에 대해서 침묵하고 있다는 점에서 그러하다.

주제어: 이행불능, 채무불이행, 대상청구권, 손해배상, 이익환수

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비 지원을 받았다. 이 글의 작성을 위해 민법개정작업과 관련된 자료를 제공해 주신 서울대학교 법학대학원 권영준 교수님께 감사의 말씀을 전한다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

## I. 서 론

2009년 법무부가 시작한 민법개정 준비 작업은 이제 마무리 단계에 있다. 5년여의 집중적인 검토에 따라 민법 재산법 전반 및 후견법에 대한 검토가 이루어졌고, 그에 따라 각 부분에 대한 개정안이 마련되었다.<sup>1)</sup> 그중 채무불이행에 관한 개정안은 작업의 막바지에 마무리된 것으로 보이는데, 다른 부분의 개정안과 마찬가지로 여러 가지 흥미로운 개정제안을 포함하고 있다. 여기서 특히 필자의 관심을 끄는 내용은 채무불이행의 효과와 관련해 종래 판례 및 해석론에 의해 인정되고 있던 법리들이 실정화되어 반영되고 있는 대상청구권(개정안 제399조의2, 제537조 제2항)과 비용배상(제392조의2)이다. 이들은 여러 가지 흥미로운 내용을 포함하고 있으나, 제한된 지면을 고려하여 여기서는 우선 대상청구권에 관한 민법 개정안을 살펴보기로 한다.

개정안은 다음의 두 조문에서 종래 학설과 판례가 이행불능의 효과로서 인정하고 있던 대상청구권(代償請求權)을 규정하고 있다.

### 제399조의2[대상청구권(代償請求權)]

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

### 제537조(채무자의 위험부담)

- ③ 상대방이 제399조의2 제1항에 따라 이익의 상환을 청구하는 경우에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 이 경우에 상환할 이익의 가치가 본래의 채무보다 작으면 상대방의 채무는 그에 비례하여 감소한다.

대상청구권 규정의 신설은 이행불능으로 인하여 불이익을 받은 채권자의 구제를 강화한다는 점에서 중요한 의미를 가지고 있다고 보인다. 특히 종래 학설·판례에서 인정하고 있던 내용을 이어받아 실정화하고 있어, 이전의 해석론에 대한 재검토와 함께 정책적 관점을 고려하는 입법론적인 접근을 요구하고 있다. 이러한 과

---

1) 그리고 주지하는 바와 같이 성년후견제도를 도입하는 개정안은 그 사이 법률로 성립하여(2011년 3월 7일 법률 제10429호) 2013년 7월 1일부터 시행되었다(동법 부칙 제1조).

제에 상응하여 이 글은 앞서 인용한 민법 개정안을 계기로 하여 해석론과 입법론을 모색하는 것을 목적으로 한다. 이는 지금까지의 학설과 판례를 비판적으로 회고하는 동시에 외국의 경향을 참고함으로써, 지금까지 대상청구권에 대한 해석론을 재구성하고, 동시에 민법 개정안의 내용에 개선할 점이 있는지를 입법론적으로 검토함을 의미한다. 이로써 한편으로 현행법의 해석과 운용에 기여하면서, 다른 한편으로 앞으로의 민법의 개정이 보다 바람직한 방향으로 이루어지는데 조력하고자 한다.

## II. 대상청구권에 관한 해석론

현재 학설과 판례는 민법<sup>2)</sup>의 명시적인 규정 없이 해석으로 대상청구권을 인정하고 있다. 그 결과 그 인정근거와 구체적인 내용에 대해서는 학설에서 다툼이 존재한다. 이러한 상황에서 입법론적인 논의는 우선 현재의 해석론에 대한 비판적인 평가를 전제로 할 수밖에 없다.

### 1. 학설상황

우리 민법이 명시적으로 대상청구권을 언급하고 있지 않음에도 불구하고, 다수설은 이전부터 공평을 근거로 이를 채무의 이행불능의 효과로서 인정해 오고 있었다.<sup>3)</sup> 그러던 중 대법원은 1992년 토지 매매에서 매매목적물의 수용으로 이행불능이 발생한 경우 채권자에게 수용보상금청구권의 양도를 청구할 수 있다고 하여 대상청구권을 인정하였고,<sup>4)</sup> 같은 취지의 판결들이 뒤를 이었다.<sup>5)</sup> 이에 따라 학설에서도 대상청구권을 해석론으로 인정할 수 있는지, 인정한다면 그 적용범위는 어떠한지, 대상청구권이 행사되는 경우 그 요건과 효과는 어떠한지 등에 대해 많은 논의가 행해졌다.

여전히 다수설은 대상청구권을 채무가 이행불능이 된 경우의 일반적인 구제수단

2) 아래에서 法名의 언급 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.

3) 1990년대 이전의 학설상황으로는 송덕수, “이행불능에 있어서 이른바 대상청구권”, **경찰대 논문집**, 제4집, 1985, 198면 특히 주 3 참조.

4) 大判 1992. 5. 12, 92다4581,4598, 집 40-2, 21.

5) 大判 1994. 12. 9, 94다25025, 공보 1995, 450 등.

으로서 인정한다. 즉 이행불능이 된 채무의 근거가 계약인지 법률인지, 그 이행불능이 채무자의 책임 있는 사유에 의한 것인지 아닌지, 특히 쌍무계약의 경우 대가 위험을 채무자와 채권자 중 어느 편이 부담하는지 등을 고려하지 아니하고, 채무의 이행불능으로 채무자가 급부에 갈음하는 이익을 얻은 때에는 채권자는 이를 청구할 수 있다고 한다. 그 인정근거에 대해서는 여러 가지 주장이 개진되고 있으나, 가장 우세한 견해는 크게 다음의 두 가지 고려에 기초해 대상청구권을 일반적으로 인정하고자 한다.<sup>6)</sup> 한편으로, 우리 민법의 여러 곳에서는(보통 제342조, 제370조, 제399조, 제480조, 제538조 제2항, 제1083조 등이 언급되고 있다) ‘어떤 사람에게 귀속된 재산가치가 그 기초에 존재하는 경제적 관계에 비추어 다른 권리자에게 속해야 할 경우에는 그 재산가치는 후자에게 이전되어야 한다’는 내용의 대상법리 내지 대위법리가 표현되어 있는데, 이는 일반적 법리로 볼 수 있어 채무의 이행불능으로 채무자가 이익을 받은 경우에도 유추할 수 있고, 다른 한편으로 계약상 채무의 경우에 애초 당사자들의 기대 및 의무부담의 의사에 비추어 볼 때 이는 이행불능의 경우에도 관철되어야 하므로 이행불능의 결과 채무자가 받은 이익은 채권자에게 이전되어야 한다는 것(“채권관계의 연장효”)이다. 특히 후자의 관점에서 당사자들의 추정적 의사에 따른 계약의 보충적 해석상 인정된다는 지적도 추가된다.<sup>7)</sup> 그러나 다수설과 결론에서는 일치하면서도 인정근거는 달리 이해하는 견해도 존재한다. 민법상 대상법리 내지 대위법리가 발현되고 있다고 지적되는 규정들은 그 본질이 대상청구권과 상이하어 단순히 일반이념의 차원에서만 공통점을 가지고 있으므로 직접 원용하기 어렵다고 하면서 채무불이행책임의 일반규정인 제390조

6) 강봉석, “대상청구권의 의의 및 요건”, **민사법학**, 제32호, 2006, 253-254면; 김증한·김학동, **채권총론**, 제6판, 1998, 169-170면; 송덕수(주 3), 215-217면; 송덕수, “대상청구권”, **민사판례연구**[XVI], 1994, 37-40면; 심준보, “취득시효와 대상청구권”, **민사판례연구**[XX], 1998, 95면; 양창수, “매매목적토지의 수용과 보상금에 대한 대상청구권”, **민법연구**, 제3권, 1995, 392-396면; 엄동섭, “대상청구권의 제한”, **법률신문**, 제2603호, 1997. 6. 2, 14면; 이덕환, **채권총론**, 2010, 115면; 이은애, “우리 민법상 이른바 대상청구권의 인정”, **사법논집**, 제26집, 1995, 205-206면; 이재경, “대상청구권에 관한 판례 및 학설의 검토”, **법과 정책**, 제19집 제2호, 2013, 344-346면; 이충훈, “대상청구권”, **연세법학연구**, 제5권 제1호, 1998, 319-320면; 지원림, “대상청구권”, **민법학논총 제1**(곽윤직 교수 고회기념), 1995, 205-210면; 김용담 편집대표, **주석민법 채권총칙**(1), 제4판, 2013, 694면(김상중 집필) 등.

7) 임건면, “대상청구권에 관한 소고”, **경남법학**, 제14권, 1998, 137면. 김대정, **채권총론**, 개정판, 2007, 517면; **주석민법 채권총칙**(1)(주 6), 694면(김상중 집필)도 비슷한 취지이다.

와 대상원칙을 구체화할 수 있는 신의칙에 관한 제2조가 근거가 되어야 한다는 견해<sup>8)</sup>나, 민법에 규정이 없으므로 제1조에 따라 조리상 인정된다는 견해<sup>9)</sup> 등이 그것이다.

그러나 이러한 다수설에 대해 비판적인 견해도 드물지 않다. 제한적 인정설이라고 명명할 수 있는 견해는 민법에 명시적인 규정이 없는 이상 급부가 불능으로 된 경우에도 민법상 다른 제도(채무불이행책임, 위험부담, 채권자대위, 제3자에 의한 채권침해 등)에 의해 해결될 수 있다면 대상청구권을 인정할 수 없다고 하면서, 그러한 해결이 불가능한 경우 또는 불합리한 경우에 예외적으로 대상청구권을 허용하고자 한다.<sup>10)</sup> 특히 민법은 채무자위험부담주의에 따른 해결을 정하고 있으므로 그에 대한 예외를 인정할 근거를 찾기 쉽지 않을 뿐만 아니라,<sup>11)</sup> 채권자에게 원래의 급부를 유지할 것인지 대상청구를 할 것인지 선택권을 부여함으로써 채권자가 불능이 된 급부의 시가상승의 이익만을 취하고 손실은 회피할 수 있어 불합리하다는 점도 지적된다.<sup>12)</sup> 그러나 이들 견해 사이에서도 어떠한 사안에서 예외적으로 대상청구권이 인정될 수 있을 것인지 여부에 대해서는 반드시 견해가 일치하지는 않는다. 반면 한 걸음 더 나아가 전면적으로 대상청구권을 인정할 수 없다는 부정설도 주장된다. 이 견해는 앞서 언급된 다수설과 제한적 인정설의 난점들을 지적하면서, 채무불이행책임과 위험부담의 법리에 따른 해결로 충분하다고 한다.<sup>13)</sup>

8) 안법영, “채권적 대상청구권”, **채권법에 있어서 자유와 책임**(김형배 교수 화갑기념), 1994, 252면.

9) 이상경, “대상청구권”, **민사재판의 제문제**(이시운 박사 화갑기념), 상권, 1995, 254-255면.

10) 김상현·이승길, “대상청구권의 인정여부에 관한 일고”, **입법정책**, 제3권 제1호, 2009, 120-121면; 김준호, “이행불능의 효과로서 대상청구권”, **사법행정**, 제34권 제6호, 1993, 83면; 윤철홍, “이행불능에 있어서 대상청구권”, **고시연구**, 제18권 제10호, 1991, 93-94면; 이은영, **채권총론**, 제4판, 2009, 230-231면; 주지홍, “대상청구권의 규범적 근거에 관한 소고”, **연세법학연구**, 제5권 제1호, 1998, 306, 308면; 곽윤직 편집대표, **민법주해** [XIII], 1997, 90-91면(최병조 집필) 등.

11) **민법주해**[XIII](주 10), 90면(최병조 집필).

12) 이은영(주 10), 231면.

13) 정상현, “대상청구권의 인정여부에 관한 법리 재검토”, **성균관법학**, 제19권 제3호, 2007, 721-725면; 조광훈, “우리 민법상 대상청구권의 해석적 인정에 따른 비판적 논고”, **사법행정**, 제47권 제10호, 2006, 26면 이하; 최원준, “위험부담의 원리와 대상청구권의 인정여부”, **성균관법학**, 제21권 제1호, 2009, 625-626면 등.

## 2. 대상청구권 규정의 역사적·비교법적 개관

이러한 우리 학설상황과 비교를 위해 외국의 입법례와 논의를 살펴보는 것이 유용할 것이다. 외국의 법에 대해서는 이미 상세한 연구들이 많이 있으므로,<sup>14)</sup> 그동안 소개되어 있는 개괄적 내용보다는 특히 1990년대 이후 대상청구권과 관련해 전개되고 있는 독일의 해석론상의 논의들을 중심으로 개관하고자 한다.

### (1) 로마법

주지하는 바와 같이 대상청구권은 로마법에서 채권자위험부담주의로부터 나타날 수 있는 불합리를 교정하기 위하여 등장하였다. 로마법상 매매계약의 경우 대가위험은 채권자인 매수인이 부담하였으므로, 매도인이 불능으로 인하여 일정한 이익을 받았다면 반대급부를 제공해야 하는 매도인에게 그 이익의 이전을 청구할 수 있도록 하는 규율이 바람직하였던 것이다.<sup>15)</sup> 그런데 로마법에서 이렇게 대상청구권의 규율을 보는 것만으로는 매도인과 매수인의 이익상황을 이해하기에 충분하지 않다. 무엇보다도 로마법상 매매계약이 체결됨으로써 매수인은 대가위험을 부담하지만, 그에 상응하여 매도인은 이른바 보관책임(custodia)을 부담하였기 때문이다. 채무자가 자신의 이익을 위하여 채권자의 물건을 점유하고 이를 나중에 인도해야 하는 일정 계약관계에서는 채무자는 그러한 물건이 유실되거나 손상을 입지 않도록 감시할 의무를 부담하며, 반환해야 할 물건이 유실되거나 손상된 경우 불가항력에 의한 것이 아닌 한 그 결과에 대해 무과실책임을 부담하는 법리가 인정되고 있었다.<sup>16)</sup> 매매계약의 매도인도 그러한 보관책임을 부담하고 있었다.<sup>17)</sup> 그러므로 매매계약이 성립하면 매매목적물의 가치는 기본적으로 채권자에게 귀속하는 경제적 결과가 창출되었다. 즉 매도인은 보관책임을 지게 되어 과실 유무에 불구

14) 비교법실무연구회 편, **판례실무연구**[I], 1997, 439면 이하; 정상현, “대상청구권의 역사적 의미와 비교법적 고찰”, **민사법학**, 제39권 제1호, 2007, 479면 이하; 정진명, “대상청구권에 대한 입법론적 소고”, **민사법학**, 제68호, 2014, 227면 이하 등 참조. 그 밖에도 앞의 주 6, 10, 13에 언급된 문헌들의 대부분은 외국법제에 대한 언급을 포함하고 있다.

15) **민법주해**[XIII](주 10), 72면 이하(최병조 집필). 이것이 전통적인 통설이지만, 이에 대해 채무자의 책임 있는 매매목적물 멸실의 경우에도 대상청구권이 인정되었다고 이해하는 소수설도 주장된다. Helms, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, 2007, S. 311 및 주 6의 문헌 참조.

16) Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., 2008, § 36 Rn. 15f.

17) 이는 보통 고로마법의 현실매매에서 기인한 사고방식에 따라 매매계약에 의하여 양도계약이 행해진 것으로 간주하였던 태도에서 비롯된 것이라고 추측되고 있다. Kaser/Knütel(주 16), § 41 Rn. 21 참조.

하고 매수인의 손해를 배상해야 했을 뿐만 아니라, 예외적으로 불가항력 등 책임 없음을 이유로 급부의무로부터 벗어나더라도 그로부터 받은 이익이 있으면 이를 매수인에게 양도할 의무가 있었기 때문이다. 대상청구권이 탄생한 로마 매매법에서, 대상청구권이 매도인의 보관책임과 더불어 매매목적물의 가치를 채권자인 매수인에게 경제적으로 귀속시키는 기능을 수행하고 있었다는 사실은 이후 서술과 관련해서도 주목할 필요가 있다(아래 II. 2. (3) (나) 참조).

## (2) 프랑스 민법

이러한 로마법의 법리는 이후 보통법에도 계승되었고, 프랑스에서 포티에 역시 이를 수용하였다.<sup>18)</sup> 포티에의 서술은 거의 문언 그대로 프랑스 민법 제1303조에 반영되어, “채무자의 과실 없이 물건이 멸실되거나, 거래할 수 없게 되거나 분실될 경우, 채무자는 그 물건을 배상하는 권리 또는 소권이 있으면 이를 채권자에게 양도해야 한다”고 규정되었다(이 규정을 계수한 스페인 민법 제1186조, 이탈리아 신 민법 제1259조 등도 참조). 그런데 프랑스 민법전은 물권변동에 대해 의사주의(합의주의)를 채택하고 있으므로 매매계약의 성립으로 소유권은 이미 매수인에게 이전한다. 따라서 매수인은 소유자로서 손해배상청구권 등 멸실한 물건에 대해 발생한 권리를 행사할 수 있어, 대상청구권은 실질적으로 그 기능을 상실하게 되었다.<sup>19)</sup> 즉 물권변동의 법리에 의해 급부가 대외적으로도 채권자에게 귀속하게 되었으므로, 이를 채권자에게 경제적으로 귀속시킨다는 대상청구권은 그 의의를 대폭 상실할 수밖에 없었던 것이다.<sup>20)</sup>

18) Pothier, *Traité des obligations*, n° 670 = *Oeuvres de Pothier*, tome 2, Paris, 1825, p. 140-141.

19) 남효순, “프랑스 민법상의 대상청구권”, *판례실무연구*[(주 14), 447-448면.

20) 관련하여 프랑스 법무부가 위촉하여 제출된 채권법개정 예비초안(이른바 카탈라 초안)은 이전 프랑스 민법 제1303조의 내용을 유지한 채로 문언만 수정하여 제1152-1조로 제안하고 있다(“채무자는 물건의 멸실이 그의 과책 없이 발생하였다는 것을 입증하면 채무에서 해방된다. 그러나 그 물건에 관해 배상하는 어떤 권리 또는 소권이 있으면 이를 자신의 채권자에게 양도할 의무가 있다”). 이는 실질적인 개정과 결부되어 있지 아니하므로 본고에서는 더 이상 고려하지 아니한다. 한편 송덕수, “대상청구권에 관한 입법론”, *법조*, 제660호, 2011, 80면은 같은 예비초안 제1163조의5를 대상청구권의 규정으로 언급하고 있으나, 이는 계약이 원상회복이 될 경우 반환의무에 대한 규정이므로 우리 민법과 비교해 보면 급부이득반환의 경우 대체이익반환에 관한 규정이고(아래 주 67 참조), 여기서 말하는 대상청구권과 직접 관련이 있다고 하기는 어렵다고 보인다. 정진명(주 14), 235-236면도 참조.

## (3) 독일 민법

(가) 독일 민법 제1초안은 프랑스 민법과 마찬가지로 종래 보통법의 법리를 반영하여 채무자의 책임 없는 사유로 급부가 불능이 된 경우에 한정해 채권자의 대상청구권을 인정하였다(제1초안 제238조, 제368조 제3항). 그런데 독일 민법전은 대가위험의 부담과 관련해 일반적으로 채무자위험부담주의를 채택하였으므로(제1초안 제368조, 2002년 개정전 제323조, 개정후 제326조), 이러한 규율은 채권자가 대가위험을 부담하는지 여부와 상관없이 채무자는 책임 없는 사유로 인한 급부불능으로 받은 이익을 채권자에게 양도해야 한다는 것을 의미하게 되었다. 실제로 판데텐 법학에서는 대가위험이 누구에게 있는지 여부를 구별하지 않고 책임 없는 급부불능으로 채무자가 얻은 이익이 있으면 채권자는 이를 청구할 수 있다는 언명이 행해지고 있었고,<sup>21)</sup> 이로써 대가위험부담과의 관련성에서 탈피하는 동시에 대상원칙 내지 대위원칙을 시사하는 설명이 나타나고 있었다.<sup>22)</sup> 제1초안은 이에 따른 것으로 보인다. 즉 제1위원회에서 예비초안을 담당했던 폰 쿨벨(von Kübel)은 대가위험 부담과 대상청구권을 연동하는 입장에서 명시적으로 벗어나, 당사자들의 가정적 의사를 근거로 대상청구권을 인정하는 규정을 안출하였고,<sup>23)</sup> 이 규정이 이후 심의과정에서 수용되었던 것이다. 이러한 변화 즉 위험부담 법리와의 절연에 직면하여 독일 민법 제1초안의 대상청구권은 이전에 보통법상 전승되었던 내용의 대상청구권과는 그 의미와 기능을 달리할 수밖에 없었다. 그 때문에 제1초안 이유서는 대상청구권에 대한 근거로서 민법상 대위원칙 내지 대상원칙이 이 경우에도 적용된다는 것과 당사자들의 의무부담의사는 그러한 대체이익에도 미친다는 채권관계의 연장효를 들어 그러한 규정을 정당화하였다.<sup>24)</sup> 이러한 이유제시가 우리 다수설의 근거제시이기도 하다는 점은 이미 보았다(앞의 II. 1. 참조). 그러나 이렇게 대상청구권의 근거를 대위원칙 내지 대상원칙 그리고 당사자들의 추정적·가정적 의사에서 찾게 되면, 이를 채무자의 책임 없는 불능의 경우에 한정할 이유가 없어진다.<sup>25)</sup> 그래서 독일 민법 제2초안은 그러한 제한을 없애 일반적인 대상청구권을

21) 예컨대 Friedrich Mommsen, *Erörterungen über die Regel: Commodum ejus esse debet, cujus periculum est*, 1859, S. 77; Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band 2, 9. Aufl., 1906, S. 93f.

22) Schermaier in *Historischer-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, 1. Teilband, 2007, §§ 280-285, Rn. 80.

23) Schubert (hrsg.), *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB*. Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 1980, S. 877f.

24) *Motive II*, 46f.



규정하기에 이르렀고(제2초안 제237조, 제274조 제2항),<sup>26)</sup> 그것이 거의 그대로 현재 독일 민법전의 규율로 계승되었다(2002년 개정전 제281조, 제323조 제2항, 개정 후 제285조, 제326조 제3항).<sup>27)</sup>

(나) 그렇다면 현재 독일에서 대상청구권의 이론적 근거는 어떻게 이해되고 있는가? 입법자가 채택하였던 설명, 즉 대위원칙 내지 대상원칙의 적용과 당사자들의 추정적·가정적 의사에 의해 인정되는 채권관계의 연장효는 현재 널리 받아들여지고 있는 견해라고는 할 수 없다.<sup>28)</sup> 현재 보다 우세한 견해는 대상청구권을 채권관계의 구속력 및 부당이득제도와와의 상관성에서 찾고 있는 것으로 보인다. 독일 민법전이 시행되고 얼마 지나지 않아 프리츠 슈츠(Fritz Schulz)는 대상청구권이 부당이득과 내용 및 기능에서 밀접한 관련성을 보이고 있음을 지적하면서, 타인 권리(여기서는 채권)의 위법한 침해로부터 받은 이익을 반환하게 하는 일반적 법리의 표현으로 보았다.<sup>29)</sup> 마찬가지로 헤크(Heck) 역시 대상청구권을 이익상황에 비추어 자명한 규정으로 이해하는 동시에 부당이득제도와와의 근친성을 지적하였고,<sup>30)</sup> 빌부르크(Wilburg)도 대상청구권을 채권에 대해 인정되는 부당이득 유사의 구제수단으로 파악하여 권리연장효(Rechtsfortwirkung)의 한 모습으로 논하였다.<sup>31)</sup> 이어서 폰 캐머러(von Caemmerer)는 동산물권법과 부당이득에 관한 비교법적 연구의 성과로부터 대상청구권을 정하는 규정과 무권리자의 처분에 따른 침해이득반환을 정하는 독일 민법 제816조가 “동일한 사고방식의 표현”(Ausdruck desselben Gedankens)이라는 인식을 이끌어 내었다. 폰 캐머러의 주장은 이후 학설의 전개에 중요한 의미가 있으므로 다소 길더라도 인용하기로 한다.

25) Laband, “Zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. I. Abschnitt. Titel 1 bis 3”, *Archiv für die civilistische Praxis* 73 (1888), 161, 196.

26) *Mugdan* II, 530; Jakobs/Schubert (hrsg.), *Die Beratung des BGB §§ 241 bis 432*, 1978, S. 231.

27) 2002년의 채권법 대개정은 대상청구권의 내용을 유지하면서, 새로운 불능규율에 맞추어 표현을 수정하는 것에 그쳤다고 설명되고 있으나(Canaris (hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002, S. 688f. 참조), 문언에서는 내용의 변화가 감지되어 해석론상 논란이 있다. 이 점에서 대해서는 아래 주 80 참조.

28) 독일과 오스트리아의 학설상황에 대한 포괄적인 서술로 Bollenberger, *Das stellvertretende Commodum*, 1999, S. 54ff. 참조.

29) Fritz Schulz, *Rückgriff und Weitergriff*, 1907, S. 109ff.; ders., “System der Rechte auf den Eingriffserwerb”, *Archiv für die civilistische Praxis* 105 (1909), 1, 5ff.

30) Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929, S. 103f.

31) Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 1934, S. 46f.

“프랑스, 영국, 미국의 법에서는 매수인의 손해배상청구권은 이미 계약체결로 소유권이 그에게 이전하였다는 사실로부터 바로 도출된다. [반면] 스위스, 오스트리아, 독일의 법이 인도주의(Traditionsprinzip)를 좇을 때, 이는 제3자에 대한 효력을 고려하여 즉 관계인의 채권자들과 특정승계인들에 대한 효력을 고려하여 그러한 것이다. 이들의 이익을 위해 소유권이전의 외부적 인식가능성에 강조가 놓이는 것이다. [그러나] 이는 ‘**당사자들 사이에서**’(inter partes) 달리 판단할 가능성을 배제하지는 않는다. 인도주의를 채택하는 나라들에서도 매도된 물건은 **채권적으로는** 계약체결시점부터 매수인의 것, 그에게 속한 것으로 간주된다. 이른바 ‘대채이익의 취급’([대상청구권을 정하는 2002년 개정된 독일 민법] 제281조)이 이를 잘 보여준다.”<sup>32)</sup> 즉 “제281조는 채무의 목적인 물건이 채권자에게 속해야 한다는 것으로부터 결론을 이끌어 낸다. 이 규정은 독일법에서 [물권변동과 관련해] 의사주의(Konsensprinzip)가 효력을 가지고 있었다면 있었을 상태를 **당사자들 사이에서**(inter partes) 창출한다. 그랬다면 물건의 멸실 또는 손상으로 인한 손해배상청구권이나 [독일 민법] 제816조 제1항 또는 제951조에 따른 부당이득반환청구권은 매수인에게 성립하였을 것이다. [그러나] 인도주의에 따라 이들 권리가 매도인에게 성립하므로, 이들은 매수인에게 양도되어야 한다. 계약체결 이후 상품의 가치 상승은 매수인에게 속해야 하는 것이다. 물건이 인도 전 그 사이 가격이 상승한 상태에서 관공서에 의해 수용되었다면, 매수인은 이미 물건이 수용된 소유자가 된 것처럼 상승한 가격을 기초로 산정한 보상금액을 받는다. 그러므로 제281조는 [...] 대상반환의 범위와 관련하여 제816조 제1항 제1문과 동일하게 해석되어야 한다.”<sup>33)</sup>

이상의 인용에서 명백하지만, 이 견해에 따르면 대상청구권은 매매당사자들 사이에서, 매매목적물이 이미 매수인에게 귀속하는 것과 동일한 결과를 가능하게 하는 채권법적 수단으로 이해된다. 즉 물권변동에서 인도와 등기가 요구되는 것은 제3자와의 관계에서 명확성을 창출하기 위한 기제이므로, 계약의 당사자들 사이에서는 원래 매매계약에서 채택한 리스크 분배가 그대로 의미를 가지는 것이 타당하며, 이를 위해 대상청구권은 매수인이 매도인에 대한 관계에서 마치 소유자가 된

32) von Caemmerer, “Das Problem des Drittschadensersatzes”, *Gesammelte Schriften*, Band I, 1968, S. 616f. [ ]의 내용 및 강조는 인용자가 부가한 것이다. 이하 같다.

33) von Caemmerer, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, *Gesammelte Schriften*, Band I, 1968, S. 265 Fn. 211. 인용문의 마지막 부분과 관련하여, 폰 캐머러는 대상청구권과 부당이득의 경우 모두 객관적 가치의 반환으로 충분하다고 하면서 이를 초과하는 이득은 반환될 필요가 없다고 주장한다(S. 235f. 참조).

것과 같은 지위를 확보하는 법적 수단이 된다. 세부적인 내용에서는 차이가 있지만 그 결과와 기능에서 이러한 해석이 원래 로마법에서의 상황(앞의 II. 2. (1) 참조)과 매우 유사하다는 점은 주목할 만하다.

폰 카메라가 동산매매를 중심으로 개진한 이 설명을 이후 피커(Picker)는 채권 일반에 확장한다. 그에 의하면 “당사자들 사이에서는(inter partes) 즉 채권관계의 당사자들 사이에서는 ‘절대적’ 법적 지위와 ‘상대적’ 법적 지위의 구별은 의미를 가지지 않는다.” 이는 예를 들어 이미 채권관계가 존재하는 당사자들 사이에서는 물건의 반환을 청구하는 사람이 소유물반환을 청구하든 급부이득반환을 청구하든 그 실질에 있어 차이가 없다는 사실<sup>34)</sup>에서도 잘 나타난다. 절대적 법적 지위는 제3자에 대한 관계에서 의미를 가진다는 점에서 차이가 있다. 그러므로 절대적 법적 지위를 가지는 사람, 예컨대 소유자가 제3자가 소유권을 침해하여 받은 이익에 대해 독일 민법 제816조에 따라 부당이득을 반환청구할 수 있는 것과 마찬가지로, 상대적 법적 지위(채권)를 가지는 사람(채권자)은 바로 그 상대적 지위를 침해할 수 있는 사람(채무자)이 이를 침해하여 받은 이익을 대상청구권으로 반환청구할 수 있다는 것이다.<sup>35)</sup> 이 견해에 따르면 대상청구권은 채권관계에서 다음과 같은 기능을 수행하는 채권자의 구제수단이 된다.<sup>36)</sup>

보호내용 \ 법적 지위	절대권, 예컨대 소유권	상대권, 예컨대 채권
권리 내용 그대로의 실현	물권적 청구권	이행청구권
권리를 침해함으로써 침해자가 받은 이익의 반환 (귀책사유 불문)	부당이득반환	대상청구권
귀책사유에 따른 손해의 전보	불법행위책임	채무불이행책임

대상청구권을 채권관계상 급부를 당사자들 사이에서 채권자에게 귀속하게 하는

34) 이 점에 대해 김형석, “점유자와 회복자의 법률관계와 부당이득의 경합”, 서울대 법학, 제49권 제1호, 2008, 251-252면 참조.

35) Picker, “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo”, Archiv für die civilistische Praxis 183 (1983), 369, 511f.

36) Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretendes commodum, 2007, S. 25ff.

제도라고 이해하여 부당이득과의 근친성을 강조하는 이러한 견해가 현재 독일의 다수설로 보인다.<sup>37)</sup> 그 밖에 대상원칙 내지 대위원칙을 원용하거나 당사자들의 가정적 의사를 강조하는 논거도 여전히 내지 그와 함께 (보조적으로) 주장되고 있음은 물론이다.<sup>38)</sup>

(다) 그러나 이렇게 대상청구권과 부당이득의 기능적 근친성을 강조하는 다수설에 대해서는 최근 대상청구권과 손해배상 사이의 근친성을 강조하는 소수설이 유력하게 주장되고 있다. 이 견해<sup>39)</sup>는 우선 채무자 예컨대 매도인으로서 당사자들 사이에서도 목적물을 자신에게 귀속시킬 정당한 이익을 가지고 있고, 그러한 한도에서 목적물이 상대적으로 채권자인 매도인에게 귀속되는 결과를 인정하기 어렵다고 말하며,<sup>40)</sup> 대가위험 이전시까지 목적물의 과실이나 사용이익이 매도인에게 귀속한다는 규율(독일 민법 제446조 제1항 제2문)이 그러한 내용을 반영하고 있다고 다수설을 비판한다. 또한 매도인이 항상 선량한 관리자의 주의의무로 목적물을 보관할 의무가 있는 것은 아니므로(예컨대 수령지체의 경우) 채권자에 대한 목적물의 상대적 귀속을 받아들이기 어려우며, 급부불능의 경우에 채무자의 “침해”를 운위할 수 없는 경우도 많다고 지적한다. 특히 채무자가 급부불능으로 어떠한 이익을 받았더라도 채권자의 손실로 받았다고 말하기가 어렵고, 이는 채권자가 대가위험을 부담하지 않음으로써 충분히 보호받고 있기 때문에 더욱 그러하다고 한다.

37) 폰 캐머러와 피커 외에 Bollenberger(주 28), S. 111ff., 139ff.; Hartmann(주 36), S. 25ff.; Lobinger, “Der Anspruch auf das Fehlersurrogat nach § 281 BGB”, *Juristische Schulung* 1993, 453, 456; Köndgen, “Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktion für Vertragsbruch?”, (*Rabels*) *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 56 (1992), 696, 739ff., 742(“같은 나무에서 나온 목재”); Emmerich in *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 2, 5. Aufl., 2007, § 285 Rn. 2; Westermann in Erman, *BGB*, Band I, 13. Aufl., 2011, § 285 Rn. 1; Esser/Schmidt, *Schuldrecht*, Band I, 6. Aufl., 1984, S. 314; Weiler, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 2013, § 28 Rn. 1; HKK/Schermaier(주 22), §§ 280-285 Rn. 78. 반면 Helms(주 15), S. 355ff. 역시 대상청구권을 부당이득과 같은 성질의 제도로 이해하지만, 위 저자들과는 달리 침해부당이득이라기보다는 급부부당이득과 상관적이라고 주장한다. 또한 Schwarze, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2008, § 26 Rn. 1f., 19f.은 부당이득적 구성이 타당한 유형과 (아래 살펴볼) 손익상계적 구성이 타당한 유형을 구별해 이원적으로 설명하는 것으로 보인다.

38) Grüneberg in Palandt, *BGB*, 71. Aufl., 2012, § 285 Rn. 2; Bamberger/Roth/Unberath, *BGB*, Band 1, 3. Aufl., 2012, § 285 Rn. 1; Weiler(주 37), § 28 Rn. 1.

39) Stoll, “Vorteilsausgleichung bei Leistungsverweigerung”, *Festschrift für Peter Schlechtriem*, 2003, S. 686f.

40) Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, 2010, Rn. 350도 같은 취지이다.

대신 이 견해는 대상청구권이 손해배상법의 손익상계(Vorteilsausgleichung)의 법리와 유사성을 가지고 있다고 말한다. 손익상계의 법리에 따르면 손해를 발생시킨 바로 그 원인으로부터 이익이 발생한 경우에, 이익과 손해는 하나의 사건의 양면으로 밀접한 관련을 가지므로 그 이익을 손해에 산입하여 손해액을 감축해야 한다. 그런데 급부불능이 문제되는 경우에는 급부가 실현되지 못하는 불이익은 채권자에게 발생한 대신 그로부터 채무자에게 이익이 발생하였고, 이는 서로 상반적인 관계에 있다. 이렇게 손해에 산입되어야 할 이익이 서로 다른 주체에 발생하였으므로, 채권자는 그 이익의 반환을 청구해 손해에 산입하도록 해야 하며 그러한 손익상계적 결과를 보장하는 제도가 대상청구권이라는 것이다.<sup>41)</sup>

(라) 이상의 견해대립은 어떠한 차이를 가져오는가? 다수설은 대상청구권과 부당이득의 근친성을 강조하므로, 해석론상으로 대상청구권이 적용되는 경우와 부당이득이 적용되는 경우의 결과를 가급적 일치시키는 방향으로 나아가지만, 그 때문에 부당이득제도의 이해에 따라 다수설 내에서도 서로 다른 결론이 주장되고는 한다. 반면 손익상계와의 근친성을 강조하는 견해에 따르면, 대상청구권은 손해배상을 보충하는 제도로서 자리매김을 하므로 예컨대 대상청구권의 반환범위와 관련해 원칙적으로 손해로 한정하는 입장을 고수하게 된다.<sup>42)</sup> 그러나 차이에도 불구하고 이 두 견해 모두에 공통적인 경향은 관찰된다. 어느 해석에 따르더라도 대상청구권은 물건의 멸실과 관련된 대가위험부담의 모델과는 확실히 절연하며, 오히려 채무불이행의 일반적 구제수단으로서의 성격에 근접한다. 그 결과 종래 대상청구권이 부정되었던 종류채무, 하는 채무, 부작위채무 등과 관련해서도 대상청구권을 인정하는 결론에 보다 적극적인 태도를 취하게 된다. 물론 본고의 목적을 고려할 때 여기서 그 내용을 상론할 수는 없다.<sup>43)</sup>

#### (4) 커먼로

이러한 대륙법의 상황과는 달리, 커먼로에서는 이행불능에 대한 채권자의 일반적 구제수단으로서 대상청구권에 해당하는 제도는 발견되지 않는다고 지적된다.<sup>44)</sup>

41) Stoll(주 39), S. 688. 이에 동조하는 견해로 Löwisch, “Herausgabe von Ersatzdienst”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 2049, 2051; Löwisch/Caspers in Staudinger, *Kommentar zum BGB*, 2009, § 285 Rn. 3. 부분적으로 Schwarze(주 37), § 26 Rn. 1f., 19f.

42) 예컨대 Stoll(주 39), S. 693f.

43) 자세한 내용은 예컨대 Bollenberger(주 28), S. 237ff.; Hartmann(주 36), S. 86ff; Helms(주 15), S. 318ff.; Stoll(주 39), S. 688ff.; Staudinger/Löwisch/Caspers(주 41), § 285 Rn. 22ff. 등 참조.

이는 커먼로에서 채권자가 가지는 지위에 비추어 자연스러운 결론으로 이해된다. 한편으로 커먼로에서는 원칙적으로 채권자에게 계약의 특정이행(specific performance)이 인정되지 않아 채무자가 계약을 불이행하고 손해배상을 하여 구속력에서 벗어날 수 있는 가능성이 인정되어 있다. 이렇게 이른바 “계약파기의 자유”를 누리고 있는 채무자에 대한 관계에서 채권자에게 대상청구권을 인정하면 이는 실질에서 특정이행을 허용하는 효과 특히 쌍무계약에서는 급부의 교환을 강제하는 결과로 작용하므로 체계상 대상청구권을 일반적으로 수용할 수는 없었을 것으로 보인다.<sup>45)</sup> 그러나 이는 다른 한편으로 커먼로에서 채무자는 원칙적으로 과실이 없더라도 채무불이행에 대해 책임을 부담하므로 채권자의 불이익은 통상 손해배상에 의해 충분히 전보될 수 있기 때문이기도 하다.<sup>46)</sup> 그러나 커먼로에서도 계약목적의 달성불능(frustration of contract) 등의 사유로 채무자가 예외적으로 면책되는 경우에는 채권자에게 대상청구권에 상응하는 구제수단을 부여하는 것이 고려될 수 있다고 지적된다.<sup>47)</sup> 그러나 이는 원상회복 restitution)의 방법으로 이루어지는 구제수단이므로, 이미 채권자가 채무자에게 반대급부를 제공한 한도에서만 허용되는 것으로 보이고,<sup>48)</sup> 그러한 의미에서는 대륙법상 인정되는 채권자의 선택에 따른 대상청구권과는 차이가 있다고 하겠다. 채무자에게 엄격책임을 지우면서 예외적으로 채권자가 대가위험을 부담하는 경우에 대상청구를 허용한다는 점에서 이러한 태도는 그 내용에서 로마법(앞의 II. 2. (1) 참조)과 유사하다고 보인다.

### 3. 우리 민법상 대상청구권

#### (1) 대상청구권의 인정범위

이러한 외국의 경험을 배경으로 우리 민법상 대상청구권을 해석상 인정할 수 있는지 여부 및 인정한다면 어느 범위에서 인정할 것인지의 문제를 다시 살펴보기로 한다. 그런데 여기서는 종래 학설들의 접근법과는 달리, 어느 하나의 이론적 입장이나 논거를 미리 전제하여 포괄적으로 접근하기보다는 사안유형을 나누어 개별적

44) 이성호, “미국법상 대상청구권의 인정여부”, *판례실무연구*[I](주 14), 502면 참조.

45) Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, 1. Band, 1936/1964, S. 370 참조.

46) Stoll(주 39), S. 681.

47) Stoll(주 39), S. 682. 예컨대 미국에서 여러 선례들에 대해서 Nehf, *Corbin on contracts*, Vol. 14, Revised ed., 2001, § 78.7 (p. 315-316) 참조.

48) Nehf, *Corbin on contracts*(주 47), § 78.6 (p. 311-312).

으로 이익형량을 통해 그 타당성을 음미해 보고, 그렇게 획득된 결과를 토대로 일반적인 이론구성으로 나아가고자 한다. 이를 위해서 대상청구권이 문제될 수 있는 사안유형을 다음과 같이 구별한다. ① 편무계약상 채무의 이행이 채무자의 책임 없는 사유로 불능이 된 경우, ② 쌍무계약에서 채권자가 대가위험을 부담하는 경우, ③ 쌍무계약에서 채무자가 대가위험을 부담하는 경우, ④ 계약에서 채무자의 책임 있는 사유로 급부가 불능이 된 경우, ⑤ 법정채권의 급부가 불능이 된 경우가 그것이다.

첫째, 편무계약상 채무의 이행이 불능이 된 경우(①), **제1083조, 제1084조**와의 관계에서 대상청구권의 인정은 불가피하다고 생각된다.<sup>49)</sup> 이들 규정에 의하면 유증자가 유증목적물의 멸실, 훼손 또는 점유의 침해로 인하여 제3자에게 손해배상을 청구할 권리가 있는 때에는 그 권리를 유증의 목적으로 간주하고(제1083조), 채권을 유증의 목적으로 한 경우에 유언자가 그 변제를 받은 물건이 상속재산 중에 있는 때에는 그 물건을 유증의 목적으로 간주한다(제1084조 제1항). 여기서 민법은 유증이라는 단독행위가 아직 효력을 발생하지 않은 상태임에도 불구하고 유언자의 가정적 의사를 고려하여, 나중에 유증이 효력을 발생한 때에는 수유자에게 대상청구권에 상응하는 권리를 인정한다. 그렇다면 당사자들의 합의로 편무계약이 성립하였고 그에 따른 채무가 바로 유효하게 발생한 경우라면 당연히 더욱 그러한 내용의 권리가 인정되는 것이 타당하지 않겠는가? 게다가 이들 규정은 사인증여에 준용되는데(제562조), 그렇다면 이들 규정은 편무계약 일반에 확장해 유추할 필요가 더욱 크다고 하겠다. 요컨대 편무계약에서 대상청구권을 인정하지 아니하면, 제1083조, 제1084조가 정하는 취지와 평가모순을 피하기 어렵다.<sup>50)</sup>

49) 김형배, **채권총론**, 제2판, 1998, 198면; **민법주해**[XIII](주 10), 90면(최병조 집필); 제철웅, “대상청구권의 적용범위”, **사법연구**, 제4집, 1999, 93면 참조. 이상경(주 9), 251면은 반대.

50) 제1083조, 제1084조는 의용민법 제999조 제1항, 제1001조를 통해(민의원 법사위 민법안심의소위원회, **민법안심의록**, 하권, 1957, 207-208면 참조) 독일 민법 초안의 규정들이(전자에 대해 제1초안 제1848조 제3호, 제2초안 제2040조 제3항 및 후자에 대해 제1초안 제1855조, 제1856조, 제2초안 제2044조) 계수된 것으로(**民法修正案理由書 親族編·相續編**, 1898, 350-352면 참조), 유언자의 현실적 내지 가정적 의사를 고려하는 규정이다(*Motive V*, 147, 157f. 참조). 여기서 특히 흥미로운 사실은, 독일 민법 제1초안을 준비하는 과정에서 예비초안을 준비했던 폰 퀴벨(앞의 II. 2. (3) (가) 참조)이, 대상청구권의 근거를 당사자들의 가정적 의사에서 찾으면서, 이후 제1초안 제1848조 제3호가 될 예비초안 규정을 명시적으로 인용하여 같은 취지의 권리로 설명하고 있었다는 점이다(Schubert (hrsg.), *Die Vorentwürfe*(주 23), S. 878). 여기서 대상청구권이 그 내용

둘째, 편무계약에서 당사자의 가정적 의사를 고려하여 원칙적으로 대상청구권을 인정해야 한다는 결론을 받아들인다면 이는 비교적 어렵지 않게 법정채권의 급부가 불능이 된 경우(⑤)에도 적용될 수 있다.<sup>51)</sup> 즉 채권을 발생시키는 법률의 해석상 당해 급부를 채권자에게 중국적으로 귀속시키고자 하는 **입법취지**가 확인된다면, 유증 및 편무계약의 경우와 비교할 때 법정채권의 경우에 대상청구권을 부정할 이유는 찾을 수 없는 것이다.<sup>52)</sup>

셋째, 쌍무계약에서 급부가 채무자의 책임 없는 사유로 불능이 되었으나 채권자가 대가위험을 부담해야 하는 경우(②), 채권자가 대상청구권을 행사할 수 있다는 점은 별다른 의문 없이 인정될 수 있을 것이다. 역사적으로도 바로 이러한 사안에 대해 대상청구권이 인정되기 시작하였던 것이고(앞의 II. 2. (1) 참조), 여기서 대상청구권을 인정하지 아니하면 채무자는 채권자가 제공한 반대급부를 수령하면서도 불능으로 발생한 대체이익을 보유할 수 있게 되어 당사자들의 이익균형이 크게 깨지기 때문이다.

넷째, 어려운 문제는 결국 쌍무계약에서 급부불능이 발생하였고 채무자가 그 대가위험을 부담하는 경우(③)에 대상청구권을 인정할 것인지 여부이다.

앞서 살펴보았지만(앞의 II. 1. 참조) 이를 반대하는 핵심적인 논거는 민법이 채무자위험부담주의를 채택한 이상 채무자가 대가위험을 부담하여 계약이 해소되는 것으로 충분하므로 대상청구권을 인정하는 것은 법률의 취지에 반하고, 또한 채권자에게 대상청구권을 행사할 선택권을 부여해 시가상승의 이익은 취하지만 시가하락의 불이익은 회피할 수 있는 일종의 후회권(Reurecht)을 주는 것은 바람직하지 않다는 것이다. 그런데 우선 민법이 채무자위험부담주의를 채택하였다는 사실만으로는 대상청구권을 해석상 부정하는 것에 대한 충분한 논거가 될 수 없다. 그러한

---

과 성질에서 제1083조, 제1084조의 수유자의 권리에 상응한다는 점이 잘 나타난다.

51) 제철웅(주 49), 100면 참조.

52) 그러한 의미에서 취득시효 완성자의 등기청구권과 관련해 대상청구권을 인정할 것인지 여부 및 인정한다고 하더라도 어떠한 요건 하에서 인정할 것인지 여부에 대해 판례(특히 大判 1996. 12. 10, 94다43825, 공보 1997, 2860)를 둘러싸고 학설에서 다툼이 있는 이유는(우선 권용우, “취득시효완성자의 대상청구권”, **법학논총**, 제30권 제1호, 2006, 94면 이하 참조) 제245조 제1항의 입법취지 즉 취득시효 완성의 효과로서 발생하는 등기청구권의 성질과 내용과 관련해 서로 의견이 일치하고 있지 않기 때문이라고도 말할 수 있다(예컨대 양창수, “이행불능의 효과로서 대상청구권”, **고시연구**, 2001, 188면 참조: “단적으로 말하면” 취득시효 완성의 효과에 대한 “판례준칙에 근본적인 문제”). 그 밖에 물권적 청구권이나 부당이득의 경우에 당해 근거규범의 취지상 대상청구권이 인정될 수 있는지 여부에 대해서는 제철웅(주 49) 참조.



주장이 정당화되기 위해서는, 입법자가 책임 없는 이행불능으로 채무자가 대체이익을 취득한 사안유형까지 염두에 두고 고려·심의한 결과 대상청구권을 배척하기 위한 취지로 규정을 두지 않았다는 점이 증명되거나 그러한 취지가 법률에 나타나야 한다. 그러한 사실이 없는 이상 법학방법론적으로 법에 따른(secundum legem) 법형성은 혹 아닐지 몰라도 적어도 **법을 보충하는(praeter legem)** 법형성으로 대상청구권을 인정하는 것은 논리적으로 가능하고 정당화될 수 있기 때문이다.<sup>53)</sup> 그러나 입법자의 의사가 대체이익이 발생하는 경우까지 고려에 넣고서 대상청구권을 부정하려는 취지였다거나, 그 내용이 법률에서 확인된다고는 전혀 말할 수 없다.<sup>54)</sup> 적어도 법률 문언으로만 판단한다면, 입법자는 대체이익이 발생하지 않는 통상의 경우만을 상정하여 채무자위험부담을 정하였다고 이해할 가능성도 충분하다. 만일 그렇다면 이러한 경우 법을 보충하는 법형성은 가능할 뿐만 아니라 당사자들의 이익형량과 거래의 필요에 부합한다면 정당한 법형성으로 평가될 수 있다.

그러므로 제기되어야 할 질문은 채무자의 책임 없는 사유로 급부가 불능으로 됨과 동시에 채무자가 이익을 받은 경우, 당사자들의 이익을 형량할 때 채권자가 그 이익을 청구하는 것이 민법질서 전체의 관점에서 정당화될 수 있는지 여부이다. 이러한 경우 단순히 대위원칙이나 대상원칙을 언급하는 것만으로는 충분하다고 할

53) 우선 Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl., 2010, S. 227ff.; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 232ff. 등 참조.

54) 계수과정을 살펴보면 오히려 우리 민법은 이 문제에 대해 아무런 평가도 내리지 않고 있다는 결론이 보다 더 자연스럽다. 우선 의용민법의 제정과정을 살펴보면, 보아소나 드는 일본 구민법 재산권 제543조에 대상청구권을 규정하고 있었다(“물건의 전부 또는 일부의 멸실의 경우에 그 멸실로부터 제3자에 대해 보상소권이 발생한 때에는 채권자는 잔여의 물건을 요구하고 또 이 소권을 행사할 수 있다”). 그런데 의용민법의 기초자 중 한 사람인 富井政章은 주는 채무뿐만 아니라 하는 채무 일반에 대해서 예컨대 제3자의 행위로 이행불능이 야기되면 채권자는 그 제3자에 대해 직접 손해배상을 청구할 수 있으므로(“채권자의 대세권”) 그러한 규정은 필요 없다고 하여 이 규정을 삭제하도록 하였다(法典調査會, *民法議事速記録* 三, 1984, 638-639면). 그러나 그러한 경우 제3자의 행위가 항상 불법행위가 되는 것은 아니므로(우선 김형배(주 49), 199면; 김재형, “제3자에 의한 채권침해”, *민법론* III, 2007, 398면 이하 등 참조), 富井가 전제하고 있는 논리에 착오가 있음은 명백하지만, 불능이 된 급부의 가치가 채권자에게 귀속되어야 한다는 가치평가는 확인가능하다. 그렇다면 의용민법에서는 이 문제에 대해 어떤 구속력 있는 입법자 의사를 확인하기 어렵다고 할 것이다. 우리 민법의 입법자는 의용민법에 있던 특정물에 대한 채권자위험부담주의를 제거하면서 일반적인 채무자위험부담주의를 채택하였으나, 대체이익이 발생한 경우의 취급에 대해 고려하였는지 여부는 전혀 확인되지 아니한다(민법전편찬오강 **채권각론** 5; 민의원 법사위 민법안심소의위원회, **민법안심의록**, 상권, 1957, 312-313면 참조).

수 없다. 왜냐하면 실제로 우리 민법에 규정된 대위나 대상의 유형들은 각각 서로 다른 정책적 고려에 기초하고 있기 때문에 모두를 아우르는 하나의 법원칙을 상정할 수는 없다고 보이기 때문이다.<sup>55)</sup> 그러므로 어떤 원리나 정책에 기초해 대위가 일어나는지에 대한 설명이 없다면 이는 대상청구권이 인정된다는 결론을 다른 말로 표현하는 것에 불과하게 된다.<sup>56)</sup>

그러나 이익상황을 살펴보면 대상청구권을 인정하는 해석이 보다 타당하다는 점을 부정하기는 어렵다. 여기서 주의할 것은 채권자가 대상청구권을 행사하는 사안 유형을 단순히 채무자위험부담의 경우(제537조)와 비교해 이익을 형성해서는 안 된다는 점이다. 왜냐하면 채권자가 대상청구권을 행사하는 이상 그는 쌍무계약에서 급부교환을 선택하였고, 이로써 반대급부의무를 부담하게 되기 때문이다. 그러므로 채권자에게 대상청구권을 인정한다는 것은 채무자가 대가위험을 부담할 사안에서 **채권자위험부담주의로 전환할 선택권을 채권자에게 부여한다는 것**을 의미한다. 여기서 채무자의 책임 없는 사유로 급부가 불능이 되었는데, 채권자가 대체이익을 목적으로 하는 계약유지를 채무자에게 제안하면서 반대급부를 제공하는 경우를 상정해 보자. 이때 만일 급부의 가치가 그 사이 상승하였다면 채무자는 통상 이를 거절할 것이지만, 반대로 급부의 가치가 그 사이 하락하였다면 이를 승낙할 것이다. 그렇다면 채무자가 대가위험을 부담하는 경우에 대상청구권을 부정한다는 견해는 결과적으로 사실상 시가 변동에 따라 이익만을 획득할 수 있도록 하는 후회권을 채무자에게 부여하는 해석에 다름 아니다. 따라서 채무자와 채권자에게 공평하게 후회권을 주는 해석은 있을 수 없으며, 선택해야 한다. 즉 시가변동에 직면하여 계약유지 내지 계약해소를 선택해 이익을 취할 수 있게 하는 후회권을 채무자에게 인정할 것인지(제한적 인정설, 부정설) 아니면 채권자에게 인정할 것인지(일반적 인정설)이다. 민법의 해석상 후자가 타당하다. 채권자는 수령지체에 빠지거나 자신의 책임 있는 사유로 이행불능을 야기함으로써 즉 자신에게 귀책될 만한 사정이 있는 상황에서(제538조) 대상청구권을 행사할 수 있는데(앞의 “셋째” 참조), 오히려 그러한 “문제 있는” 행동이 전혀 없는 상태에서 자발적으로 채권자위험부담을 선택하는 채권자에게 대상청구권을 부정하는 것은 **보호의 균형을 상실**하기 때문이다. 급부의 시가상승의 이익을 책임 있는 채권자에게는 부여하면서, 자발적으로 계약유지를 선택하여 대가위험을 부담하려는 책임 없는 채권자에게는 부정

55) 안법영(주 8), 252-253면 참조.

56) Schulz(주 29, 1909), 5f.

하는 해석이 정당화될 수 있을 것인가? 오히려 대상청구권을 인정함으로써, 전자는 시가상승의 이익은 취하게 되지만 시가하락에 직면해 계약을 해소할 수 없는 불이익을 지는 반면에, 후자는 시가상승의 이익을 취할 수 있는 것과 함께 시가하락의 불이익을 회피할 가능성을 가지게 되어, 둘 사이의 균형 잡힌 차별이 가능하게 되는 것이다. 그리고 그러한 대상청구권을 인정한다고 하더라도 채무자는 자신이 원래 계약에서 인수한 것 이상의 희생을 부담하지 않으므로 그에게 어떤 불이익이 발생하지도 아니한다.<sup>57)</sup>

이러한 결론은 동시에 **보충적 계약해석**을 통해서도 정당화된다. 이것이 종래 다수설이 당사자들의 가정적 의사를 들어 대상청구권을 정당화했던 논거이기도 하다. 이에 대해서는 채무자가 대가위험을 부담하는 경우 특히 불능이 된 급부의 가치가 상승한 경우에만 채무자에게 그러한 가정적 의사를 인정하기는 어렵다는 비판이 있다.<sup>58)</sup> 그러나 이러한 비판은 타당하지 않다. 보충적 계약해석에 따라 가정적 의사를 탐구할 때에는 분쟁이 발생한 사후적 시점(ex post)에서가 아니라 계약을 체결하던 사전적 시점(ex ante)에 당사자들에게 알려진 사정을 바탕으로 가정적 의사를 탐구해야 한다.<sup>59)</sup> 이렇게 이해할 때, 채무자의 사전적 가정적 의사가 통상 대체이익의 양도를 포함할 것이라는 점에서는 의문을 제기하기 어려울 것이다. 자신이 대가위험을 부담할 것이고 특히 급부의 가치가 상승할 것이라는 사정을 채무자가 고려에 넣을 수 있었다면 그는 아마도 계약을 체결하지 않았을 것이기 때문이다. 그러한 의미에서 독일의 판례는 대상청구권을 “법률로 규율되어 있는 보충적 계약해석”의 예로 이해하는데,<sup>60)</sup> 그러한 결과가 우리 민법에서 보충적 계약해석으로 달성되지 못할 이유는 전혀 발견할 수 없다.<sup>61)</sup>

마지막으로, 이상에서 살펴본 바와 같이 채무자의 책임 없는 사유로 계약의 이행이 불능하게 된 경우에 대상청구권이 인정되는 결론이 타당하다면, 채무자의 책임 있는 사유로 급부가 불능하게 된 경우(④)에는 **당연히** 대상청구권이 인정되어야 할 것이다. 화재로 인한 목적물 멸실로 인도의무를 이행할 수 없어 보험금청구

57) Heck(주 30), S. 103; **주석민법 채권총칙**(1)(주 6), 694면(김상중 집필).

58) 예를 들어 **민법주해**[XIII](주 10), 86-87면(최병조 집필); 정상현(주 13), 718-719면 등.

59) 가령 Ellenberger in Palandt(주 38), § 157 Rn. 7 등 참조.

60) BGHZ 25, 1, 9.

61) Selb, *Schadensbegriff und Regreßmethoden*, 1963, S. 70: “만약 독일 민법 제281조의 규율이 법률에 없었다고 하더라도, 우리는 분명히 보충적 계약해석으로, 강하게 인적인 내용의 채권관계에서뿐만 아니라 그 일반적인 이념에 따라 아주 일반적으로도(auch ganz allgemein), 그러한 규율을 발견해 내었을 것이다.”

권을 양도해야 하는 채무자가, 이제 새삼 그 화제에 과실이 있음이 밝혀졌다고 해서 그러한 의무가 없다고 할 것인가?<sup>62)</sup>

이렇게 사안유형들을 개별적으로 검토해 본 결과, 이익상황 및 민법의 가치평가에 비추어 채무의 이행이 불능하게 된 경우 채권자의 대상청구권은 일반적으로 인정되어 한다는 것을 확인할 수 있다.<sup>63)</sup>

## (2) 대상청구권의 근거와 그 귀결

(가) 이상에서는 민법상 가치평가에 비추어 이익형량을 함으로써 대상청구권이 일반적으로 정당화된다는 것(Begründung)을 보았다. 다음에는 이러한 대상청구권의 이론적인 기초를 어디에서 찾을 것인지 법률구성(juristische Konstruktion)의 문제가 제기된다. 특히 독일학설에서 살펴본 대로, 이를 부당이득과 관련해 이해할지 아니면 손해배상과 관련해 이해할 것인지의 문제가 제기된다. 개별사안유형의 고찰을 통해 일반적으로 대상청구권이 인정된다고 보는 이상, 본고에서는 채권관계에서 급부를 당사자 사이에서 채권자에게 귀속시키는 결과를 달성하기 위해 민법의 해석상 인정되는 구제수단으로 이해하고자 한다. 물론 이에 대해서는 여러 가지 비판(앞의 II. 2. (3) (다) 참조)이 있음을 보았으나, 반드시 납득할 만한 것은 아니라고 생각된다.<sup>64)</sup> 오히려 손익상계와의 유사성을 강조하는 견해에 의문이 제기되는데, 이는 무엇보다 채무자에게 책임이 없어 채권자가 손해배상을 청구할 수 없는 경우에게까지 채무자에 발생한 이익을 이전하게 하여 그의 불이익에 충당할 근

<sup>62)</sup> Laband(주 25), 196; 제철웅(주 49), 101면; 엄동섭(주 6), 14면.

<sup>63)</sup> 실제로 법률의 규정이 없는 오스트리아나 스위스(안법영, “스위스·오스트리아의 대상청구권”, **판례실무연구**[I](주 14), 455면 이하), 복구의 여러 나라들(Rabel(주 45), S. 296)이 해석으로 대상청구권을 인정하고 있는 것도 그러한 이유 때문일 것이다.

<sup>64)</sup> 우선 당사자 사이에서도 채무자는 대가위험 이전시까지 급부를 자신에게 귀속시킬 이해관계가 있다고 비판하지만, 이는 민법이 동시이행관계를 통해 해결하도록 예정하고 있어(제536조) 급부가치가 채권자에게 귀속한다고 해서 특별히 문제될 것이 없다. 이는 매매에서 점유개정으로 이미 소유권이 이전된 경우에도 매도인이 동시이행을 통해 자신의 지위를 보호할 수 있다는 것에서 잘 나타난다. 주의의무 경감(제401조) 등의 규정도 계약관계의 특수성을 고려한 규율일 뿐 급부의 상대적 귀속에 반드시 영향을 준다고 이해할 필요가 없으며, 우리 민법의 과실취득(제587조) 규정은 오히려 급부의 상대적 귀속이라는 관점에서 보다 적절하게 설명된다. 또한 급부불능의 경우에 채무자의 “침해”를 운위할 수 없는 경우도 많다고 하지만, 침해부당이득에서 침해가 제3자의 행위나 자연사건에 의해서도 일어날 수 있다는 점을 생각한다면 정확한 지적이라고 하기는 어렵다고 생각된다. 이 견해에 대한 비판으로 Helms(주 15), S. 347ff.; Hartmann(주 36), 70ff. 참조.

거는 무엇인지에 대해 충분할 설명을 발견할 수 없기 때문이다. 오히려 로마법 이래 대상청구권이 급부를 당사자 사이에서 채권자에게 귀속하게 하는 기능을 수행해 왔고, 채권관계의 효력이 그러한 보호를 정당화한다는 점에서, 채권자에 대한 급부의 대내적 귀속을 가능하게 하는 채권법적 수단으로 이해하는 것이 현재로서는 보다 적절한 이해라고 보인다.<sup>65)</sup>

(나) 이러한 법률구성을 채택한다면, 대상청구권에 관한 개별문제의 해석에는 다음과 같은 지침이 주어진다고 할 수 있다. 각각의 문제를 해결함에 있어서 결론이 부당이득과 동일할 필요는 없더라도, 부당이득에서의 결과와 평가도순이 발생해서는 안 될 것이다.<sup>66)</sup> 두 제도는 각각의 영역에서 같은 기능을 수행하고 있기 때문이다.

이러한 점은 예를 들어 물건 자체를 갈음하는 이익(commodum ex re) 외에 채무자의 **법률행위로부터 발생한 이익(commodum ex negotiatione)**도 대상청구권의 대상이 될 것인지의 문제에서 잘 나타난다. 현재 부당이득과 관련해서 우리 학설은 부당이득으로 반환할 대상 자체를 갈음하는 이익은 원물반환으로 청구할 수 있지만, 반환의무자의 법률행위로부터 발생한 이익은 원물반환으로 청구할 수 없고 그 객관적 가치에 따른 가액반환을 청구해야 한다고 한다.<sup>67)</sup> 당사자들의 관여 없이

65) 이미 제철웅(주 49), 100면(“물권변동에서 의사주의를 취하는 법제와의 간격을 좁히는 기능”, “성립요건주의를 취하는 법제에서 대상청구권을 인정하는 것은 의사주의가 가지는 장점을 취하는 것”); **주석민법 채권총칙(1)**(주 6), 694면(김상중 집필: “대세적 관계에서는 여전히 소유자인 채무자에게 재산 상실의 대가가 할당되더라도 그 재산적 가치를 채권관계 당사자 사이에서 원래 속하도록 되어 있는 채권자에게 취득할 수 있도록 하는 권리”). 또한 엄동섭(주 6), 15면도 참조(“대상청구권과 부당이득반환청구권이 동일한 것은 아니지만 양자 모두 부당이득금지의 이념에 기초”). 다만 후자의 견해가 주장하는 것처럼 제748조 제1항을 유추해 선의의 채무자는 현존이익의 한도에서만 책임을 진다고 해석될 경우는 거의 없다고 보인다. 우선 대상청구권이 존재하는 이상 계약상 채무자의 경우에는 선의가 인정될 수 없다고 해야 한다. 그러므로 제748조 제1항의 유추적용 문제는 법정채권에서만 발생할 수 있는데, 여기서도 현실적으로 현존이익 상실이 인정되기는 어려울 것이다. 채권자가 채무자가 취득한 채권 등이 있음을 입증해 양도를 청구하는 사안에서는 논리필연적으로 현존이익이 존재하며, 채무자가 변제를 받은 사안 등에서도 비용지출절약의 법리 및 금전의 현존이익 추정법리 등에 의해(이에 대해서는 우선 박윤직 편집대표, **민법주해**[XVII], 2005, 589-591면(양창수 집필) 참조) 현존이익 상실이 받아들여지는 경우는 거의 상정하기 어렵기 때문이다. 법정채권의 이행불능이 발생하고, 채무자가 채권 및 채권자의 존재를 전혀 알지 못한 상태에서 대상으로 취득한 채권에 대해 채무면제를 하는 등의 경우 정도가 상정될 수 있을 것이다. 독일의 학설도 현존이익상실의 규정의 유추적용을 부정한다(*MünchKommL Emmerich*(주 37), § 285 Rn. 31 참조).

66) Bollenberger(주 28), S. 336ff. 반면 안범영(주 8), 262면은 반대의 취지로 보인다.

67) **민법주해**[XVII](주 65), 561-562면(양창수 집필); 김중환·김학동, **채권각론**, 제7판, 2006,

우연히 대체이익이 발생한 경우와는 달리, 반환의무자의 거래가 매개하여 그의 재산에 유입되는 대체이익은 그의 능력·수완·평판 등에 따라 좌우되어 실제 원물의 객관적 가치를 상회할 수도 하회할 수도 있는데, 반환권리자에게 반환의무자의 능력에 따라 획득된 이익을 누리게 하거나 미숙하여 발생한 불이익을 전가시킬 합리적인 이유는 찾기 어렵다. 그러므로 이때에는 원물반환을 불능으로 보아 가액반환으로 객관적 가치를 청구하는 것이 바람직하다. 그러나 대상청구권의 경우에는 법률행위로부터 발생한 대체이익의 반환을 반드시 부정할 이유는 없다고 생각된다.<sup>68)</sup> 이익의 반환이라는 점에 중점을 두는 부당이득에서는 반환의무자에게 그가 받은 이익 이상의<sup>69)</sup> 부당이나 불이익이 발생해서는 안 되지만, 채권관계에서 급부의무를 부담하고 있어 이행과 관련해 급부를 창출할 부담을 지는 채무자의 경우 채무불이행(여기서는 이행불능)의 모습과 그로부터 발생하는 이익의 종류에 따라 채권자의 지위를 달리 취급할 이유는 없을 것이기 때문이다. 게다가 채무자의 무능력이나 미숙으로 인하여 대체이익의 가치가 원래 급부의 가치에 미달한 경우에도, 편무계약이나 법정채권의 채권자는 어차피 대가 없이 이익을 받게 되므로 특별히 불리하다고 말하기 어려울 뿐만 아니라(이 점에서 스스로 급부를 했거나 할당내용의 침해를 입은 부당이득 권리자와는 사정이 다르다), 쌍무계약의 (책임 없는) 채권자는 계약해소를 선택하거나(제537조) 손해배상(제390조)을 주장함으로써 그러한 불이익의 영향을 받지 않을 수 있으므로, 부당이득과 동일하게 해석할 필요는 없는 것이다.

그러나 채권자가 대상청구를 할 때 대체이익의 가치가 채권자의 손해를 초과하는 경우에는 그 **손해의 범위**에서만 이를 청구할 수 있다고 해석해야 하며, 이러한 의미에서는 부당이득법과의 평가모순은 회피되어야 한다.<sup>70)</sup> 대상청구권을 대내적

749면; 김형배, **사무관리·부당이득**, 2003, 215면 주 1; 김형석, “유류분의 반환과 부당이득”, **민사판례연구**[XXIX], 2007, 180-181면 등. 박준서 편집대표, **주식 민법 채권 각칙**(5), 제3판, 2004, 544면(현병철 집필)은 반대.

68) 우리 다수설이며 판례의 입장이다. 강봉석(주 6), 257면; 김대정(주 7), 513, 519면; 김중환·김학동(주 6), 170면; 송덕수(주 3), 220면; 안법영, “대상청구권의 발전적 형성을 위한 소고”, **한국법이론의 발전 II**, 1999, 538면; 윤철홍(주 10) 90면; 임건면(주 6), 141면; 이덕환(주 6), 118-119면; 지원림(주 6), 214면; 최종길, “대상청구권”(1965), 최광준 편, **민법학연구**, 2005, 314-315면 및 협의취득에 관한 大判 1996. 6. 25, 95다6601, 집 44-1, 631; 2003. 11. 14, 2003다35482, 공보 2003, 2351 참조. 성중모, “민법상 대상청구권의 반환범위”, **법학논집**, 제14권 제4호, 2010, 151면은 반대.

69) 물론 수익자의 선의·악의에 따라 반환범위가 정해지는 이익의 범위를 말한다(제748조).

70) 양창수(주 6), 401면 이하 참조.

관계에서 급부의 상대적 귀속을 가능하게 하는 구제수단으로 이해한다면, 평가모순을 피하기 위해서는 예를 들어 매도인이 이행 전에 매매목적물인 동산을 타인에게 양도해 이행불능을 야기한 사안에서 매수인이 대상청구권으로 청구할 수 있는 이익액이 매도인이 점유개정(제189조)으로 매수인에게 소유권을 이전한 다음 이를 타인에게 선의취득(제249조)시켜 반환의무의 이행불능을 야기한 사안에서 매수인이 부당이득으로 청구할 수 있는 이익액보다 커서는 안 될 것이다. 그렇지 않으면 단순히 소유권이전청구권만을 가지고 있는 채권자가 대외적으로 소유권까지 취득한 채권자보다 유리한 지위에 있게 되어 불합리하기 때문이다. 그런데 후자의 경우 처분자가 받은 이익이 목적물의 객관적 가치를 상회하더라도 부당이득의 반환범위는 후자로 한정된다는 것이 현재 다수설이며,<sup>71)</sup> 또 타당하다고 생각된다. 그렇다면 대상청구권에서도 그 범위는 채권자의 손해의 범위로 한정하는 것이 타당할 것이다.<sup>72)</sup> 물론 이에 대해서는 채무자의 위법한 행위로 인한 이익은 채권자에게 돌아가는 것이 타당하며 그렇지 않으면 채무자는 계약위반에 아무런 위험을 지지 않는다는 이유로 받은 이익 전체를 반환해야 한다는 비판이 있다.<sup>73)</sup> 그러나 대

71) 부당이득 반환의무자의 처분 등으로 원물반환은 불가능하게 되었고 또한 법률행위로 발생한 이익에 대해서는 원물반환의무가 미치지 않는다고 해석되므로(주 67 참조), 객관적 가치에 따른 가액반환이 이루어지는 것이다(제747조 제1항). 박윤직, **채권각론**, 제6판, 2003, 370면; 김중환·김학동(주 67), 748면; **민법주해**[XVII](주 65), 250면(양창수 집필); 이은영, **채권각론**, 제5판, 2007, 694면; 장재현, **채권각론**, 2006, 509면; 제철웅(주 49), 86-87면 등. 반면 김형배(주 67), 184면 주 2; 송덕수, **채권각론**, 2014, 458면은 반대견해이다. 그러나 이 견해는 단순히 부당이득은 손실전보가 아닌 이익반환을 목적으로 하므로 부당이득 권리자의 손실로 제한될 필요가 없다고 추상적인 차원에서 논의를 진행할 뿐, 구체적으로 이러한 사안유형에서 법률행위로 발생한 이득에 원물반환의무가 미친다고 보는 것인지 아니면 가액반환에서 객관적 가치의 산정기준을 달리 보는 것인지 등을 분명히 밝히지는 않고 있다. 게다가 그러한 추상적 차원의 논거는 설득력을 가지기 어렵다. 손실전보가 아닌 이익반환이 이루어져야 함은 모두가 동의하는 바이지만, 바로 그 반환의 모습과 기준에 대해 다투고 있는 것이기 때문이다. 예컨대 실제로 유럽의 이전 보통법 및 다수의 국가들의 법제는 부당이득의 효과와 관련해 권리자의 손실을 기준으로 부당이득의 반환범위를 제한하고 있으며, 이것이 보다 우세한 유럽사법의 경향이라고 말할 수 있다(Helms, “Gewinnhaftung”, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Band I, 2009, S. 754 참조). 이러한 상황에서 제도의 추상적 차원의 본질을 언급하는 것만으로는 논거가 되기 어렵다고 생각된다.

72) 심준보(주 6), 104면; 양창수(주 6), 401면 이하; 이덕환(주 6), 119면; 이은애(주 6), 214면; 지원립(주 6), 217면 등. 대상청구권을 손해배상과 상관적인 제도로 이해하는 견해에 따르면이라도 이러한 결론은 동일하게 된다(Stoll(주 39), 693ff.; Staudinger/Löwisch/Caspers(주 41), § 285 Rn. 41 등).

상청구권은 이행불능이라는 채무불이행에 대한 구제수단으로서 인정되는 권리인데, 그 행사에 의해 채무자의 원만한 이행이 있었던 상태보다 더 유리하게 있게 되는 결과는 쉽게 받아들이기 어렵다고 생각된다. 그래서 예컨대 불이행하고자 하는 채무자가 악의적으로 대체이익 없이 목적물을 멸실시켜 이행불능을 야기한 경우에는 채권자의 손해에 대해서만 책임을 부담하는데, 그 목적물을 유리한 조건으로 달리 처분한 경우(법경제학적으로 이른바 효율적 계약파기에 해당하는 사안도 있을 수 있다)에는 손해 이상의 책임을 부담한다는 결과가 합리적인지는 의문이다. 또한 채권자의 손해를 초과하는 이익을 채무자가 법률행위에 의해 취득하였다면, 이는 그의 재능이나 수완에 기인한 것이므로 채권자보다는 채무자가 그것을 누릴 만한 지위에 보다 근접하다고 보아야 한다.<sup>74)</sup> 초과이익의 반환이 특히 문제되는 이중매매처럼 두 거래 사이에 시간적 격차가 크지 않은 거래에서 초과이익이 발생하는 경우, 가격이 안정된 시장이라면 그 초과이익은 거의 전적으로 채무자의 교섭능력에서 기인한 것이므로 채권자에게 반환될 근거가 희박하지만, 만일 시가의 상승에 기인한 것이라면 급부의 객관적 가치가 상승한 것이므로 채권자의 손해에 해당하여 채권자는 상승한 가액에 따라 대상청구권을 행사할 수 있다.<sup>75)</sup> 이러한

73) 김중환·김학동(주 6), 170면; 김대정(주 7), 521-522면; 송덕수(주 3), 221면; 이상경(주 6), 258면; 이재경(주 6), 349면; 임건면(주 6), 144면 등. 대법원은 한 미공간 판결(大判 2008.6.12., 2005두5956)에서 “특별한 사정이 없는 한 채권자는 그 목적물에 대하여 지급되는 보상금 전부에 대하여 대상청구권을 행사할 수 있는 것”이라고 하여 일견 이 견해와 비슷한 표현을 보이지만, 바로 이어서 “소유권이전등기의무의 이행불능 당시 채권자가 그 목적물의 소유권을 취득하기 위하여 지출한 매수대금 상당액 등의 한도 내로 그 범위가 제한된다고 할 수 없다”고 밝히고 있으므로, 이는 매매대금 한도로 범위를 제한하는 것을 배척한 것뿐이지 채권자 손해의 한도로 제한하는 문제에 대해서는 입장을 밝히고 있는 것은 아니다. 이 판시만으로는 판례의 입장은 확정되어 있지 않다고 할 것이다. 매매대금으로 제한하는 것과 손해으로 제한하는 것이 서로 다른 문제라는 점에 대해서는 Bollenberger(주 28), S. 341ff. 참조.

74) 양창수(주 6), 403면. 송덕수(주 6), 44-45면은 이에 반대하며, 반환범위를 한정하면 채무자의 책임 있는 이행불능의 경우 대상청구권을 인정하는 것은 무의미해진다고 한다. 그러나 곧 살펴보는 바와 같이(아래 II. 3. (2) (다) 참조), 대상청구권의 반환범위를 손해로 한정하더라도 채권자의 유효적절한 구제수단으로 기능할 수 있다.

75) Helms(주 15), S. 317f. 독일의 판례를 살펴본 헬름스는 매우 흥미로운 관찰을 제공하고 있다. 그에 의하면 독일 학설이 법률행위로부터 발생한 이익이 대상청구권의 대상이 되는지 여부 및 그 경우 초과이익이 반환되어야 하는지 여부에 대해 상당한 비중을 두고 논의해 왔지만, (제국법원 판례를 포함하여) 실제 전자의 논점을 방론이 아니라 주된 논점으로 판단한 판례는 2004년에 비로소 나왔고(BGH WM 2004, 2443; 그 밖에 대부분은 수용 등이 문제되었다고 한다), 후자에 관해 사실관계에서 채무자가 받은 이익이 실제로 손해를 초과하였음이 드러나 초과이익 반환이 문제된 사례는 판



섬세한 차이를 구별하지 않고 일률적으로 모든 이익을 반환하게 하는 해석이 타당한지는 의문이다.

게다가 의무위반 행위로부터 위반자가 얻은 이익을 피해자의 손해와 무관하게 모두 환수하는(profit disgorgement, Gewinnabschöpfung) 내용의 책임법리는 우리 민법전에서 규율되어 있지 않으며 학설에서도 아직 법리 발전이 없다. 이는 (부진정 사무관리, 부당이득의 효과, 손해배상제도 등) 민법의 체계 전반에 영향을 미치는 심중한 법리로서 다른 부분과의 관련성을 검토하지 않고 대상청구권에서만 그러한 결과를 인정하는 것은 주저된다(앞의 주 71도 참조).<sup>76)</sup> 더 나아가 그러한 이익환수책임은 이익을 내기 위해 의무위반을 감행하는 위반자의 제재라는 일반예방의 관점에서 논의되는 법리여서 원칙적으로 고의의 위반행위에 대해서만 의의를 가지므로,<sup>77)</sup> 대상청구권의 일반적인 효과로서 받은 이익 전부를 (그것도 채무자의 책임이 없거나 단순한 과실에 의한 이행불능의 경우까지 포함하여) 반환해야 한다는 해석에는 쉽게 동의하기 어렵다.<sup>78)</sup>

---

례상 거의 발견할 수 없다고 한다. 여러 사정이 다른 외국의 경험이지만, 실제로 초과 이익 반환의 문제가 실무상 거의 중요성이 없을 수 있음을 보여준다는 점에서 흥미로우며, 우리 판례에서도 이 문제가 정면으로 다루어지지 않고 있다는 사실을 고려할 때 특히 그러하다(앞의 주 73도 참조).

76) 같은 취지로 제철웅(주 49), 88-89면. 이 점에서 실정법상 근거로 고려될 만한 규정을 일부 가지고 있는 독일 민법(예를 들어 동법 제687조 제2항, 제816조 등)과는 상황이 다르며, 그러한 규정이 존재하는 독일 민법의 해석으로도 동법 제816조에 따른 부당이득환반이나 대상청구권이 이익환수기능을 수행하는 것에 비판적인 견해가 주장된다는 사실(예컨대 상세하게 Helms(주 15), S. 339ff. 참조)도 고려되어야 한다. 또한 커먼로와 독일법에서 지적재산권 침해의 경우 이익환수책임이 인정되고 있으나(König, “Gewinnhaftung”, *Festschrift für von Caemmerer*, 1978, S. 188ff. 참조) 우리는 단순히 손해추정규정만을 두고 있다는 차이(저작권법 제125조 제1항, 특허법 제128조 제2항, 실용신안법 제30조 등)도 이 맥락에서는 간과되어서는 안 될 것이다. 관련하여 영국의 Attorney General v Blake [2001] 1 AC 268에 의해 촉발되어 계약위반의 효과로 이익환수책임이 인정될 수 있는지 여부에 대해 여러 나라에서 진행되고 있는 논의를 살펴보면(우선 Bock, *Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung*, 2010; Dornscheidt, *Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung*, 2013; 이혜리, “미국법상 기회주의적 계약위반에 대한 토출(吐出) 책임”, *비교사법*, 제21권 제2호, 2014, 673면 이하 등 참조), 이 문제에 대해 일반적으로 성급한 결론을 내리는 것에 아직 주저하게 된다.

77) 예컨대 von Caemmerer(주 33), S. 235f.; Stoll(주 39), S. 694f.; Helms(주 71), S. 755, 757; König(주 76), S. 187f. 등 참조.

78) 이러한 맥락에서 고의에 의한 이행불능의 경우는 모든 이익을 반환하고, 그 밖의 경우는 반환범위가 손해로 한정되어야 한다는 견해(안법영(주 8), 268면; 독일의 경우 예컨대 Köndgen(주 37), 742-744)는 경청할 만한 점이 없지 않다. 그러나 이렇게 고의와 과실에 따라 책임범위를 차별하는 규율 역시 우리 민법전에서 발견되지 아니하므로,

(다) 대상청구권을 당사자들 사이에서 급부를 채권자에게 귀속시키게 하는 채권 법적 수단으로 이해하거나 손익상계와 근친성 있는 제도로 이해하는 관점에서 선다면, 대상청구권을 **이행불능으로 이행청구권의 전부 또는 일부가 배제되는 채무 불이행 일반에 대한 구제수단**으로 이해할 가능성이 열리게 된다. 이는 대상청구권을 대가위험부담법리와 관련지어 물건의 멸실을 중심에 놓고 사고하던 관점으로부터 벗어나는 것을 의미한다. 실제로 우리 학설은 독일의 다수설(아래 주 80 참조)을 좇아 그 적용범위를 실질적으로 물건이나 권리의 이전을 내용으로 하는 주는 채무에 한정하고, 그 밖의 채무 예를 들어 하는 채무나 부작위채무 등에 대해서는 적용될 수 없다고 한다.<sup>79)</sup> 그러나 이러한 해석은 그런 내용으로 읽을 소지가 있었던 2002년 개정전 독일 민법 제281조 문언의 해석으로는 주장될 여지가 있을지 몰라도,<sup>80)</sup> 대상청구권을 이행불능 일반에 대한 효과로 이해하는 이상 우리 민법에서

---

단순히 해석론으로 그렇게 새길 수 있는지 의문이 있다(독일 민법의 해석으로 Helms(주 15), S. 359ff.도 같은 취지이다).

79) 송덕수(주 3), 207-208, 220면; 이덕환(주 6), 115면; 이은애(주 6), 211-212면; 이충훈(주 6), 329면; 임건면(주 6), 141-142면; 엄동섭(주 6), 14면; 지원립(주 6), 214-215면 등.

80) 2002년 개정전 독일 민법 제281조는 채무자가 급부를 불능으로 하는 사유에 기하여 “채무의 목적[물]에 관하여”(für den geschuldeten Gegenstand) 대체이익을 받은 때 성립한다고 해석하고 있었으므로, 실제로 통설은 대상청구권은 소유권이전을 내용으로 하는 채권 등에만 인정된다고 이해하고 있었다. 그리고 이 견해는 현재에도 다수설이기는 하다(문헌지시와 함께 MünchKomm/Emmerich(주 37), § 285 Rn. 5f., 24ff. 참조). 그러나 2002년 개정후 독일 민법 제285조는 이행불능을 포함하여 “제275조 제1항 내지 제3항”에 따라 채무자가 급부할 필요가 없게 하는 사유로 대체이익이 발생할 것을 요건으로 하고 있는데, 여기서 하는 채무의 기대불능의 경우에 채무자에게 항변권을 인정하는 제3항도 명시적으로 지시하고 있으므로(또한 제275조 제4항도 참조), 이에는 문언상 하는 채무 등에서도 대상청구권이 인정된다는 소수설도 유력하다(Löwisch(주 41), 2052; Staudinger/Löwisch/Caspers(주 41), § 285 Rn. 24). 더 나아가 대상청구권을 급부의 당사자간 상대적 귀속이라는 관점에서 이해하거나 손익상계와의 근친성의 관점에서 이해하는 견해는 이를 채권의 효력에 따라 인정되는 채무불이행의 구제수단으로 이해하므로, 마찬가지로 하는 채무 등에서도 대상청구권이 인정될 수 있다고 주장한다(Stoll(주 39), S. 688ff.; Hartmann(주 36), S. 96ff.; Schwarze(주 37), § 26 Rn. 3 등. 더 나아가 그 밖에 Hartmann(주 36), S. 102f.에 인용된 문헌도 참조). 그렇다면 법물의 제한적 문언 없이 이행불능의 효과로서 대상청구권을 인정하는 우리 민법의 해석으로 굳이 2002년 개정전 독일 민법의 문언에 따라 인정되는 기준에 얽매일 필요는 없다고 보인다. Helms(주 15), S. 329f.는 독일의 통설이 하는 채무나 부작위 채무에 대상청구권을 인정하는 것에 소극적인 이유는 (독일의 통설처럼) 반환범위를 받은 이익 전부로 해석하는 입장에 선다면 가치실체가 없어 제반사정에 따라 채무자가 받는 이익액의 차이가 상당할 수 있는 노무의 경우 과도한 이익반환이 일어날 우려가 있기 때문이라고 진단한다. 그렇다면 본문에서와 같이 대상청구권의 반환범위를 손해로 한

그런 제한적인 해석을 채택할 근거는 발견되지 아니한다. 중요한 것은 급부의 이행을 (전부 또는 일부, 양적으로 또는 질적으로) 불가능하게 하는 사정으로 채무자가 바로 채권자에게 귀속되어야 할 급부에 상응하는 이익을 얻었는지 여부일 뿐이며, 그러한 사정이 인정된다면 채권자는 대내적으로 자신에게 귀속되는 급부가 침해되었음을 이유로 대상청구권을 행사할 수 있어야 한다.<sup>81)</sup> 즉 불능이 된 급부와 발생한 이익 사이에 실질적이고 경제적인 동일성·상관성이 있어야 함은 물론이지만, 그 급부를 주는 급부로 제한할 필요는 없다. 이에 대해서는 대상청구권의 본래취지와 지나치게 먼 결과이며, 채무불이행책임이나 제3자의 채권침해로 해결할 수 있다는 비판이 있다.<sup>82)</sup> 그러나 여기서 논의의 대상이 되는 대상청구권은 이제 대가위험부담과 결별하여 이행불능의 효과로서 일반화됨으로써 주는 급부와와의 관련성은 상실하였다(앞의 II. 2. (3) (가), (나) 참조). 대상청구권이 이행불능의 효과로서 일반적으로 인정되는 구제수단이라고 한다면 주는 채무에 한정하는 것이 대상청구권의 본래취지라고는 말하기 어렵다고 생각된다. 더구나 아래의 구체적인 사례에서 살펴보는 바와 같이 채무불이행책임이 성립하더라도 대상청구권은 매우 효율적인 기능을 수행할 수 있다.

그래서 예를 들어 대항력 없는 임대차의 경우에 임대인이 임대목적물을 타인에게 양도하여 임차인에 대해 사용수익을 불가능하게 하였다면, 임대인이 만약 대항력 있는 임대차의 목적물을 타인에게 양도함으로써 받을 수 있었을 대금과의 차액은 임차인에게 사용수익하게 할 급부의 가치로 볼 수 있으며, 그에 대해서 임차인은 자신의 차임을 제공하면서 대상청구권을 행사할 수 있다고 할 것이다. 여기서 그 이익부분을 임대인에게 귀속시킬 합리적인 이유는 찾기 어렵다. 물론 그러한 경우 임차인은 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수도 있을 것이다(제390조). 그렇다고 해도 임차인에게는 대상청구권을 행사할 유인이 있을 수 있다. 가령 임대인의 자력이 안정적이지 아니하거나 유동성이 부족한 경우에 임차인은 금전집행을 하는 대신 임대인의 대금채권을 양도받을 수 있다면<sup>83)</sup> 보다 손쉽게 만족을

정하는 입장을 채택한다면(앞의 II. 3. (2) (나) 참조), 하는 채무와 부작위 채무 등에서 대상청구권을 부정할 이유는 더욱 없다고도 말할 수 있을 것이다.

81) 이미 최종길(주 68), 312면. 같은 취지로 안법영(주 8), 253면; 윤철홍(주 10), 88면; 이상경(주 9), 255면; 이은애(주 6), 206-207면.

82) 송덕수, “취득시효와 대상청구권”, **저스티스**, 제30권 제2호, 1997, 241면.

83) 채무자가 양도에 협력하는 경우 채권자가 쉽게 만족을 받는 것은 분명하지만, 그렇지 아니한 경우에도 대상청구권을 행사하는 것은 강제집행에서 이점이 있다. 의사표시의 집행은 판결만으로 효력을 발생하므로(제389조 제2항 참조), 가처분과 결합해 대상청

받을 수 있다. 또한 임차인이 자신의 손해의 입증이 쉽지 않은 경우에 대체이익의 입증이 상대적으로 쉽다면 대상청구권을 행사할 수 있으며, 그러한 때에는 대체이익이 임차인의 손해를 상회한다는 점을 임대인이 입증하여 그 범위를 제한해야 할 것이다.<sup>84)</sup> 같은 내용이 예컨대 임대차 목적물이 임대차에 대한 고려 없이 수용된 경우에도 적용될 수 있을 것인데, 이때에는 임차인이 채무불이행을 이유로 하는 손해배상을 청구할 수 없을 것이므로 대상청구권이 더욱 의미를 가진다. 마찬가지로 실무상 분쟁이 드물기는 하겠지만, 이중임대차의 경우에도 제1임차인에게 선형적으로 대상청구권을 부정할 이유는 없을 것이다. 목적물의 이중매매는 약속한 목적물의 실제가치를 타인에게 제공하여 불능을 야기하는 것이고, 목적물의 이중임대차는 약속한 목적물의 사용수의 가치를 타인에게 제공하여 불능을 야기한 것인데, 이 둘을 달리 취급할 합리적인 이유는 없기 때문이다.

이러한 법리는, 불능이 된 노무급부와 채무자가 받은 이익 사이에 실질적 동일성과 인과관계가 인정되는 한, 고용계약이나 도급계약에서 채무가 이행불능이 된 경우에도 다를 바 없다. 예를 들어 타인의 불법행위로 노무자가 상해를 입어 노무를 제공할 수 없게 된 경우, 그 기간 동안의 노무가 사후적으로 추완불가능하다면 이행불능이 존재한다. 그러한 사안에서 사용자가 노무자에게 임금을 지급하는 대신에 노무자가 가해자에 대해 가지는 일실이익에 대한 손해배상청구권을 양도할 것을 청구하는 것을 선택한다면 이를 막을 이유는 찾기 어렵다. 노무자로서는 훨씬 더 간이하게 자신의 노무에 상응하는 가치를 임금으로 받을 뿐만 아니라, 사용자는 고용관계의 안정을 도모할 수 있기 때문이다. 마찬가지로 노무자가 계약에 위반해 동일한 성질의 노무를 타인에게 제공한 경우 받은 이익에 대해서 사용자는 대상청구권을 행사할 수 있고, 노무자는 사용자에게 손해 없음을 입증해 그 범위를 제한할 수 있다. 한편 수급인이 도급인의 건물에 추완할 수 없는 성질의 하자 있는 공사를 하여(질적 일부불능) 하자손해를 발생시킨 경우, 수급인이 이를 이유로 보험금청구권을 가지게 된다면, 도급인이 보험자에 대해 직접청구권을 가지는 것(상법 제724조)은 별론, 대상청구권에 의해 수급인에게 그 양도를 청구하는 것을 이론상 부정할 이유는 없다. 보험금은 수급인 채무의 질적 일부불능(하자 있는 노

구권을 행사하는 채권자는 금전채권을 이유로 하는 집행에서라면 다른 채권자와 경쟁하였을 결과를 회피하여 책임재산에서 대체이익을 먼저 확보할 가능성이 높기 때문이다.

<sup>84)</sup> 이렇게 대상청구권을 이행불능 일반의 효과로 인정하면서 그 행사범위를 손해로 제한하면, Stoll(주 39), S. 696이 지적하는 대로, 대체이익은 채권자의 “최소손해”(Mindestschaden)로 추정되는 효과가 발생한다. 관련해 아래 주 86도 참조.

무제공)으로 인하여 발생하였고, 실질에서 바로 그 불이익에 충당하기로 예정되어 있는 금전이기 때문이다. 수급인은 보험금이 도급인의 하자손해를 상회한다는 점을 입증해 그 범위를 제한할 수 있을 뿐이다.

부작위채무에서도 대상청구권이 문제될 수 있는가? 이와 관련해서는 먼저 개념적으로 부작위채무의 위반의 경우 이행불능을 운위할 수 있는지의 문제가 제기된다. 부작위채무 중에서 한 번의 위반으로 이행불능이 야기되는 사안유형은 존재하며(예컨대 비밀유지의무에 위반해 비밀을 공표하거나 주주총회에 불참하기로 한 의무에 위반하여 참여해 표결을 하는 경우 등), 그러한 경우에 부작위의무의 위반과 상관된 대체이익이 존재한다면 대상청구권이 인정되어야 함은 물론이다. 그러나 실무상 주로 문제되는 사안에서 부작위채무는 채무자가 위반을 중지함으로써 이행으로 복귀하거나 과거의 불이행 상태를 제거할 가능성이 존재하므로, 과연 지나간 불이행에 대해 급부의 일부불능을 상정해 그로부터 발생한 대체이익의 반환을 청구할 수 있는지 여부에 대해서는 논란의 여지가 있다. 우리 학설에서는 이에 관해 많은 논의가 있다고 하기 어려우므로 우선 독일의 문헌을 참조해 본다면, 채무자가 추완에 의해 위반상태를 제거할 수 있는 경우에는 일시적 불능에 불과하므로 이행지체에 해당하지만, 추완에 의해 과거의 위반상태를 제거할 수 없다면 그 기간 동안 일부불능이 있는 것으로 본다.<sup>85)</sup> 이에 따르면 후자의 경우에 원칙적으로 대상청구권을 부정할 이유는 없다고 하겠다. 예컨대 경업금지약정의 경우 채무자가 경업을 중단함으로써 장래에는 의무를 준수할 수 있으나 과거 경업의 효과는 제거할 수 없으므로 일부불능이 있다. 그러므로 약정에 위반한 경업행위로부터 이익을 받은 채무자에 대해 채권자는 그 이익의 반환을 청구할 수 있다. 그래서 채무자가 경업으로 취득한 보수채권들을 가지고 있는 경우 채권자는 손해입증의 어려운 문제를 회피해 그 양도를 청구할 수 있고, 채무자는 채권자의 손해가 그에 미치지 못함을 입증하여 그 범위를 제한할 수 있다고 할 것이다.

이상에서 살펴보았지만, 대상청구권을 이행불능 일반에 대한 구제수단으로 명확히 자리매김함으로써, 대상청구권은 채무자의 유책한 이행불능의 경우에도 채권자의 구제수단으로서 매우 유효적절한 기능을 수행할 수 있음을 알 수 있다. 즉 불능을 야기한 바로 그 사유로 채무자가 이익을 받은 경우, 채권자는 그 이익의 양도를 청구할 수 있으며, 채무자는 채권자의 손해가 그에 미치지 못한다는 것을 입

<sup>85)</sup> Ernst in *Münchener Kommentar*(주 37), § 286 Rn. 42; Staudinger/Löwisch/Caspers(주 41), § 275 Rn. 23ff.; Bamberger/Roth/Unberath(주 38), § 275 Rn. 38 등.

증하여 그 범위를 제한할 수 있다. 이로써 채권자는 손해입증의 어려움을 회피할 수 있고<sup>86)</sup> 강제집행에서의 이점을 누릴 수 있게 된다(앞의 주 83, 84 참조).

### Ⅲ. 대상청구권에 관한 입법론

이상에서 우리 민법의 해석으로 가장 타당하다고 생각되는 대상청구권의 인정근거와 내용을 소묘해 보았다. 규정이 없는 민법에서 여러 규정들에 있는 가치평가와 이익형량을 기초로 하여 도출된 결론으로, 이들은 대상청구권에 관한 명시적 규정을 둘 때 입법론적으로도 고려되어야 할 내용이라고 보인다. 그러나 이에 따른 구체적인 제안을 하기 앞서, 새로운 입법경향을 간단하게 살펴보기로 한다.

#### 1. 새로운 입법례와 개정제안

##### (1) 네덜란드 신민법

그렇다면 20세기 후반 새로운 입법례와 개정제안 중에서 이러한 모습에 가장 근접하는 현대적인 규율은 존재하는가? 차이점에도 불구하고 네덜란드 신민법전 제6:78조를 들 수 있을 것이다(쌍무계약의 경우에 제6:277조 제2항도 참조).

##### 제6:78조

- ① 불이행이 채무자에게 귀책될 수 없으나 그가 불이행과 관련하여 적절하게 이행하였더라면 가질 수 없었던 이익을 누리는 경우, 채권자는 부당이득의 규정에 따라 그 이익액을 한도로 하여 자신의 손해를 배상하게 할 권리가 있다.
- ② 이 이익이 제3자에 대한 채권인 경우, 채무자는 그 채권의 양도에 의해 전항을 충족시킬 수 있다.

이 규정의 입법과정에서 이유로 제시된 설명은 우리 민법을 해석하고 개정할 때에도 참조가 된다고 보인다.

첫째, 네덜란드의 구민법전 제1481조는 프랑스 민법을 좇아 채무자의 책임 없는

---

<sup>86)</sup> 즉 이행불능으로 채무자에게 대채이익이 발생한 한에서는 대내적으로 즉 채권관계의 당사자 사이에서는 대상청구권에 의해 (저작권법 제125조 제1항, 특허법 제128조 제2항, 실용신안법 제30조 등과 유사하게) 손해추정의 효과가 발생한다.

물건의 멸실의 경우에 한하여 대상청구권을 규정하고 있었으나, 신민법은 명시적으로 불이행 일반의 효과로 이를 확장하고 있다. 왜냐하면 “[구민법] 제1481조가 규율하고자 하는 상황은, 주는 채무 일반 아니 더 나아가 하는 채무 또는 부작위 채무에서도 마찬가지로 발생할 수 있기 때문이다.” 그러므로 이 규정은 “급부의 불이행이 채무자에게 귀책되지 아니하는 모든 사안에 적용된다.”<sup>87)</sup> 이 점에서 네덜란드 신민법전은 명시적으로 대상청구권을 채무의 이행불능 일반의 효과로 정한 1940년의 그리스 민법전의 태도를 이어 불이행 일반으로 확대한다.<sup>88)</sup> 그에 따라 여기서 말하는 ‘불이행’은 넓고 중립적인 개념으로 채무의 내용에 좇은 이행이 없는 경우를 모두 포괄하며(제6:74조 참조), 그래서 학설은 대상청구권이 주는 채무, 하는 채무, 부작위채무의 불이행 일반에 대해 인정된다고 한다.<sup>89)</sup>

둘째, 신민법은 대상원칙과 결별하고 부당이득적 관점을 채택한다. 프랑스 민법을 따른 구민법 제1481조와 같은 규율에 의할 때, 대체이익이 채권자의 손해를 상회하는 경우 이를 그대로 채권자에게 양도하게 하면 타당하지 않은 결과를 발생시키는데, 왜냐하면 유책하게 불이행한 채무자가 책임 없는 채무자보다 유리한 지위에 있게 되기 때문이다. 이러한 문제를 대처하기 위해 독일 민법에서와 같이 유책한 불이행의 경우에 대상청구권을 인정할 수도 있다고 하면서도, 초안은 구민법상 책임 없는 불이행에 대해서만 대상청구권이 인정되는 태도를 유지하면서 다만 채권자가 손해의 한도에서만 대상청구권을 행사할 수 있다고 제한하여 평가모순을 제거하고, 그 성질을 일종의 부당이득으로 이해한다. 즉 이 규정은 “대상원칙이 아니라 부당이득(ongerechtaardigde verrijking)의 원칙에 근거하고 있다. [...] 그러한 이득은 채권자가 급부의 불이행을 이유로 손해를 입은 한도에서 그의 손실로 발생한 것이다.”<sup>90)</sup> 그에 따라 대상청구권은 채무자가 받은 이익액과 채권자의 손해액에 따라 제한된다.<sup>91)</sup>

셋째, 이 규정은 채무자가 이익을 받은 한도에서 채권자가 손해배상을 받을 수 있다고 하므로 일견 엄밀한 대상청구권과는 무관하게 보일 수는 있다. 그러나 이

87) Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting*, Derde Gedeelte (Boek 6), 1961, p. 542.

88) 그리스민법 제338조는, 책임 없는 이행불능으로 채무자가 채무로부터 해방되는 경우, 그는 같은 사유로 그에게 발생한 모든 것을 채권자에게 상환해야 한다고 정한다.

89) Olthof in Neiuwenhuis et al. red., *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar*, Zesde druk, 2005, Art. 6:74 annt. 1., Art. 6:78 annt. 2 a.

90) Meijers(주 87), p. 542.

91) Olthof, *T&C BW*(주 89), Art. 6:78 annt. 3.

는 그렇지 아니다. 초안 해설은 채권자가 금전배상을 청구하는 것이 아니라 채무자가 받은 이익 자체의 양도를 청구하면 이는 신민법 제6:103조 제2문에 따라 원상회복으로서 허용됨을 명언하면서, 이렇게 채무자의 권리가 채권자에게 이전되는 방법을 통해 채권자의 손해입증의 어려움이 해소될 수 있음을 시사한다.<sup>92)</sup> 그러므로 제6:74조 제2항과 함께 살펴보면, 채무자의 책임 없는 불이행으로 채권자가 대상청구권을 가지는 경우 채권자는 그 이익을 금전으로 청구하거나 그 이익의 이전을 청구할 선택권을 가지고 있고, 채무자는 채권자가 금전으로 청구하는 경우에도 이익을 양도함으로써 그 의무를 이행할 수 있다는 결과가 된다. 이러한 유연한 태도는 이후 입법에서 고려할 만한 점이라고 생각된다.

넷째, 초안 해설은 명시적으로 법률행위로부터 이익이 발생한 경우에도 대상청구권이 성립한다고 밝히고 있다.<sup>93)</sup>

다섯째, 대상청구권은 채권자지체의 경우에도 적용된다. 그러한 경우 채무자는 급부를 하지 않게 됨으로써 비용을 절약하거나 물건을 달리 처분할 수 있게 되어 이익을 취할 수 있는데, 그러한 경우에는 자신의 손해를 한도로 그러한 이익에 대해서도 대상청구권을 행사할 수 있다.<sup>94)</sup> 우리 제538조 제2항이 정하는 바의 내용을 대상청구권으로 달성하도록 하는 태도가 시사하는 바가 있다.

여섯째, 쌍무계약의 경우 채권자가 대상청구권을 행사하면 그는 당연히 반대급부의무를 부담한다. 다만 채권자지체에 있는 채권자가 자신의 채무도 이행하지 않아 채무자가 계약을 해제하였다면, 채권자는 대상청구권을 행사할 수 없다. 계약은 해소되었고, 해제사유가 된 불이행이 그의 불이행이므로 그가 손해를 배상할 위치에 있기 때문이다. 채무자가 받은 이익은 손익상계의 방법으로 고려해야 한다.<sup>95)</sup>

이상에서 보았지만, 네덜란드 신민법은 대상청구권을 부당이득과의 관련 하에서 이해하면서, 발생사유를 채무불이행 일반적으로 확장하고 그 범위를 손해로 제한한다는 점에서, 여러 가지로 진전된 모습을 보이고 있다고 생각된다. 다만 동법은 채무자의 책임 없는 불이행의 경우에만 대상청구권을 한정하고 있으나, 이는 구민법과의 연장선상에서 이해할 수 있는 태도로 보인다.

<sup>92)</sup> Meijers(주 87), p. 542; Olthof, *T&C BW*(주 89), Art. 6:78 annt. 4.

<sup>93)</sup> Meijers(주 87), p. 542.

<sup>94)</sup> Meijers(주 87), p. 542; Olthof, *T&C BW*(주 89), Art. 6:78 annt. 3.

<sup>95)</sup> Meijers(주 87), p. 543.



(2) 일본 민법개정 작업

이러한 경향은 대체로 일본의 개정제안에서도 관찰된다. 앞서 살펴본 바와 같이 일본민법은 대상청구권에 관한 규정을 두고 있지 않지만(주 54 참조), 판례와 학설에 의해 인정되어 오고 있었다. 다만 그 요건과 효과에 대해서는 논의가 분분한 상황이었다.<sup>96)</sup>

(가) 2013년에 공개된 법제심의회 민법(채권관계)부회의 「민법(채권관계)의 개정에 관한 중간시안」에서는 다음과 같이 대상청구권을 규정할 것을 제한하였다.<sup>97)</sup>

제10 채무불이행에 의한 손해배상

5 대상청구권

이행청구권의 한계사유가 발생한 것과 동일한 원인에 의해 채무자가 채무의 목적물의 대상이라고 인정되는 권리 또는 이익을 취득한 경우에는, 채무불이행에 의한 손해배상에 관해 앞의 1 (2) 또는 (3)의 면책사유가 있는 때에는, 채권자는 자기가 받은 손해의 한도에서 그 권리의 이전 또는 이익의 상환을 청구할 수 있는 것으로 한다.<sup>98)</sup>

(주) “채무불이행에 의한 손해배상에 관해 앞의 1 (2) 또는 (3)의 면책사유가 있는 때”라는 요건을 두지 않는다는 사고방식이 있다.

여기서 이행청구권의 한계사유는 계약상 채권에 관해 채권자의 이행청구가 배제되는 경우를 말하는데, 구체적으로는 ① 이행이 물리적으로 불가능한 경우, ② 이행에 필요한 비용이 채권자가 이행에 의해 얻을 이익과 비교해 현저하게 과대한 경우, ③ 그 밖에 당해 계약의 취지에 비추어 채무자에게 채무의 이행을 청구하는 것이 상당하지 않다고 인정되는 경우를 말한다(중간시안 제9 2).<sup>99)</sup> 그리고 동시에 언급되고 있는 면책사유는, 계약에 의한 불이행이 당해계약의 취지에 비추어 채무자의 책임 없는 사유에 의한 것인 경우(제10 1 (2))와 계약 이외의 불이행이 그 채무가 발생한 원인 및 그 밖의 사정에 비추어 채무자의 책임 없는 사유에 의한 것인 경우(제10 1 (3))를 지시한다.<sup>100)</sup> 그러므로 중간시안의 대상청구권은 채무자의

96) 우선 潮見佳男, 債權總論 I, 第2版, 2003, 167면 이하 참조.

97) 일본 민법(채권법)개정검토위원회의 「민법개정의 기본방침」(2009)에 따른 개정제안에 대해서는 송덕수(주 20), 90-91면; 정진명(주 14), 242-243면 참조.

98) 商事法務 編, 民法(債權關係)の改正に關する中間試案(概要付き), 2013, 41면. 중간시안과 보충설명은 <http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900184.html>에서도 참조가능하다.

99) 商事法務 編(주 98), 36-37면.

책임 없는 사유로 이행청구권이 배제되는 불이행이 있으면 채무자가 같은 사유로 받은 이익을 손해의 한도에서 이전청구할 수 있는 내용의 채권자의 권리를 의미하지만, 심의과정에서 채무자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에도 인정해야 한다는 유력한 반론이 있었음을 알 수 있다.

그 내용에 대해 공식설명과 보충설명을 토대로 살펴보기로 한다. 우선 종래 민법상 규정이 없음에도 불구하고 판례와 통설에 의해 대상청구권이 규정되어 있었음을 확인하면서, 민법 개정의 경우 명시적으로 이를 규율할 것을 제안한다.<sup>101)</sup> 여기서 대상청구권의 대상인 “대상(代償)이라고 인정되는 권리 또는 이익”의 해석에 대해서는 해석에 위임하지만, 전형적인 예로 제3자에 대한 손해배상청구권, 보험금으로 수령한 금전 내지 보험금청구권 등을 들고 있다. 그리고 대상청구권은 채권자가 채무자의 권리의 이전을 청구하는 내용의 권리라고 지적된다.<sup>102)</sup>

이에 대해 다툼이 있었던 부분은 채무자의 책임 있는 불이행의 경우에도 대상청구권을 인정할 것인지 여부이다.

“대상청구권의 행사에 관해서는 [...] 이행에 갈음하는 손해배상청구권에 관해 채무자에게 면책사유가 있을 것을 요건으로 하여, 대상청구권의 행사는 보충적으로 인정되는 것으로 하고 있다. 그것은, 대상청구권과 이행에 갈음하는 손해배상청구권을 단순히 경합시키면, 대상청구권의 행사가 채무자의 재산관리에 대한 간섭이 될 수 있음을 고려한 것이다. 즉 이행에 갈음하는 손해배상청구권과 대상청구권을 단순히 경합시켜 어느 것을 행사할지를 채권자의 선택에 맡기는 경우, 채권자가 그 마련해 둔 재산을 채무자의 의향과 무관하게 선택할 여지가 생긴다. 예를 들어 채무자에게는 현금·예금 등이 윤택하게 있어 그것에 의해 이행에 갈음하는 손해배상(전보배상)을 이행할 것을 바라고 있음에도 불구하고, 채권자가 굳이 대상청구권을 선택해 보험금청구권의 이전을 청구하는 경우가 생각될 수 있는데, 그것은 채무자의 재산관리에 관한 간섭이 되는 측면이 있다고 생각되는 것이다.

이에 대해 대상청구권을 보충적인 구제수단으로 위치시킬 필요는 없다고 하여, 채무자가 이행에 갈음하는 손해배상의무를 면해야 한다는 요건은 불필요하다는 사고방식이 있고, 이를 (주)로 채택한다. 이 사고방식은 이행에 갈음하는 손해배상과 대상청구권 중 어느 것을 행사할지를 채권자의 선택에 맡기는 것이 오히려 채

100) 商事法務 編(주 98), 38면.

101) 商事法務 編, 民法(債權關係)의改正に關する中間試案の補足説明, 2013, 118면.

102) 商事法務 編(주 101), 118면.

권자의 이익의 관점에서 바람직하다는 관점에 근거한다. 중복전보의 회피라는 양자의 관계의 조정은, 청구권경합이라는 일반적 문제의 틀 안에서 해결한다고 생각한다.”<sup>103)</sup>

마지막으로 대상청구권의 채권자가 입은 한도로 제한된다는 관례의 입장을 받아들인다고 밝히고, 규정의 위치는 대상청구권이 손해배상에 대한 보충적 구제수단임을 고려하여 채무불이행에 의한 손해배상 부분에 두기로 한다고 말한다.<sup>104)</sup>

채무자에게 귀책사유가 있는 경우에도 대상청구권을 인정할 것인가의 논란을 제외한다면, 중간시안의 대상청구권도 중요한 사항에서 네덜란드 신민법과 공통된 특징을 보인다. 즉 한편으로 물건의 멸실이라는 넓은 관념에 사로잡히지 않고 채권자의 이행청구가 배제되는 불이행의 경우에 대한 일반적인 구제수단으로 문언이 표현되어 있고, 다른 한편으로 대상청구권의 범위를 채권자의 손해의 범위로 한정하고 있다는 점에서 그러하다.

(나) 그런데 2014년 8월 26일 결정된 「일본 민법(채권관계)의 개정에 관한 要綱假案」<sup>105)</sup>은 이행불능의 효과로 대상청구권에 관한 규정을 둘 것을 확인하면서, “채무의 이행이 불능이 된 것과 동일한 원인에 의해 채무자가 그 채무의 목적물의 代償인 권리 또는 이익을 취득한 때에는, 채권자는 그 받은 손해액의 한도에서 채무자에 대하여 당해 권리의 이전 또는 당해 이익의 상환을 청구할 수 있다”는 문언을 제안하고 있다(제11 5). 다른 부분은 이전의 논의가 그대로 승계되었으나, 채무자의 책임 있는 불이행의 경우에도 대상청구권을 인정할 것인지 여부에 대해서는 부정설에서 긍정설로 다시 한 번 입장을 전환이 있었던 것으로 보인다(주 103 참조).

## 2. 입법론의 제안과 개정안의 검토

### (1) 입법론의 제안

이미 살펴보았지만(앞의 II. 3. (1) 참조), 우리 민법의 해석으로 이행불능의 효과

<sup>103)</sup> 商事法務 編(주 101), 118-119면. 여기서 「기본방침」에서의 다수와 소수가 중간시안에서 역전된 것으로 보인다. 3.1.1.59에 대해 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 債權法改正の基本方針, 2009, 134-135면 참조.

<sup>104)</sup> 商事法務 編(주 101), 119면.

<sup>105)</sup> <http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>.

로 일반적으로 대상청구권을 인정해야 하므로 민법을 개정할 때 그에 관한 명시적 규정을 두는 것은 법적 안정성을 제고한다는 점에서 필요하고 적절하다고 보인다.<sup>106)</sup> 그러한 경우에는 앞서 우리 민법의 해석론으로 타당하다고 생각되는 사항들이 반영될 필요가 있다.

첫째, 대상청구권은 채권관계 일반에 인정되는 구제수단으로 규정해야 한다. 이는 편무계약이나 법정채권에서도 대상청구권이 인정되어야 한다는 것을 의미한다. 물론 법정채권 중에는 그 발생근거가 되는 법률의 해석에 따라 대상청구권이 부정되어야 하는 경우도 있을 수는 있다. 그러나 이는 당해 법률의 해석문제이므로, 대상청구권을 규정하면서 이에 관한 어떠한 규율을 둘 수는 없다고 할 것이다.<sup>107)</sup>

둘째, 대상청구권을 이행청구가 배제되는 채무불이행 일반에 대한 구제수단으로 규정할 필요가 있다. 대상청구권이 물건이나 권리의 이전을 내용으로 하는 채무를 중심으로 발전한 것은 사실이지만, 이는 대상청구권이 대가위험부담과 관련해서 전개되었다는 역사적 사정에 기인한 것이다. 이행불능을 발생시킨 사정으로 채무자가 이익을 받았고 그 이익이 채권자에 귀속해야 한다는 이익상황이 동일한 이상, 그 적용범위를 한정할 이유가 없다. 그런 제한적 해석의 소지가 있는 문언을 가진 독일 민법에서도 최근 반대의 견해가 유력한 상황에서(주 80 참조), 굳이 주는 채무에 한정해서 대상청구권을 규정할 이유는 발견할 수 없다.

셋째, 대상청구권은 채무자의 책임 있는 불이행의 경우에도 인정한다. 물론 이에 대해서는 유책한 불이행에 대해서는 채권자가 손해배상을 청구할 수 있으므로 대상청구권이 불필요하다고 말할 수 있을지도 모른다. 그러나 이미 지적한 바와 같이(앞의 II. 3. (2) (다) 참조), 대상청구권을 인정함으로써 채권자는 손해입증의 어려움을 회피할 수 있고, 집행에서 유리함을 누리게 되는데, 이러한 이점을 부정할 이유는 찾을 수 없다. 일본 개정제안의 경우 채무자의 재산관리에 대한 간섭을 이유로 하지만(앞의 III. 1. (2) 참조), 이 역시 반대의 이유는 될 수 없다. 대상청구권은 급부를 당사자 사이의 관계에서 채무자 아닌 채권자에게 귀속하게 하는 구제수단인데, 채무자에게 책임 있는 사유가 있다고 해서 이 점이 달라질 이유는 없기 때문이다. 급부를 대체하는 이익이 발생하여 채권자가 그 양도를 구하는데, 달리

106) 같은 취지로 김대규·전완수, “대상청구권에 대한 입법론적 고찰”, **원광법학**, 제22권 제2호, 2006, 174면; 송덕수(주 20), 92-94면; 조성민, “대상청구권에 대한 입법론적 고찰”, 황적인 외, **민법개정안의견서**, 2002, 355면 등.

107) 취득시효와 관련해 송덕수(주 20), 99면도 참조.

손해배상을 할 자력이 있다는 이유로 굳이 거절하는 채무자를 보호할 이유는 무엇인가? 이는 많은 경우 시카네(Schikane)에 해당하지 않겠는가(제2조)?

넷째, 채무자의 법률행위로 인하여 발생한 대체이익도 반환대상으로 한다. 물론 이 점을 문언에 어떻게 반영할 것인지는 문제이나, 반환해야 할 이익을 예시하는 방법으로 비교적 간단하게 규율할 수 있다고 보인다.<sup>108)</sup> 관련하여 보험금이나 보험금청구권이 대상청구권이 적용될 대체이익인지 여부에 대해서도 논란이 있으나, 다수설이 이를 긍정하고 있을 뿐만 아니라,<sup>109)</sup> 비슷한 문제가 있는 물상대위에서 판례가 받아들이는 결과이기도 하므로,<sup>110)</sup> 해석에 맡기고 명시적 규정을 둘 필요는 없다고 보이지만,<sup>111)</sup> 필요하다면 역시 예시의 방법으로 규율할 수 있을 것이다.

다섯째, 대상청구권의 반환범위는 채권자의 손해로 한정되어야 할 것이다. 이에 대해서는 물론 채무자가 받은 이익 전부가 반환되어야 한다는 반론도 있으나,<sup>112)</sup> 이미 서술한 바와 같이(앞의 II. 3. (2) (나) 참조) 그러한 입장은 현재 해석론으로 받아들이기 쉽지 않을 뿐만 아니라 이익환수법리 전반에 관한 재구성을 포함하므로 대상청구권에 관해서만 이를 인정하는 것은 바람직하지 않다. 앞서 이와 관련해 제기된 논거들은 입법론에서도 고려될 필요가 있다고 생각된다.

여섯째, 학설에서는 대상청구권의 채무자에게 채권자를 상대로 하는 확답을 촉구할 권리를 인정해야 한다는 견해가 있다. 즉 채무자는 채권자가 대상청구권을 선택할 것인지, 선택한다면 언제 선택할 것인지를 알 수 없으므로, 그의 지위를 보호하기 위해 채무자가 채권자에게 상당한 기간을 정하여 대상청구권을 행사할 것인지 결정할 것을 요구할 수 있고 그 기간을 도과하면 대상청구권은 소멸하도록 해야 한다는 것이다.<sup>113)</sup> 실제로 대상청구권의 행사는 이행불능에 따른 급부의무 소멸의 효과를 역전시켜 연장효를 발생시키는 형성적 효력을 가지는 것이 사실이다. 우리 민법은 많은 경우 형성권의 상대방의 지위가 불안해지는 것을 예방하기

108) 역의 사례이지만, 우리 입법자가 물상대위에서 법률행위로 인한 대체이익을 제외하기 위해 의용민법의 “그 목적물의 매각, 임대, 멸실, 또는 훼손으로 인하여 [...] 받을 금전 기타의 물”이라는 표현을 “멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 [...] 받을 금전 기타 물건”(제342조)으로 수정한 태도가 참조가 된다.

109) 학설상황에 대해 송덕수(주 20), 67-68면 참조.

110) 大判 2004. 12. 24, 2004다52798.

111) 송덕수(주 20), 95-96면.

112) 송덕수(주 20), 96-98면; 정진명(주 14), 252면, 255면.

113) 해석론으로 임건면(주 7), 146면(제552조의 유추) 및 주석민법 채권총칙(1)(주 6), 698-699면(김상중 집필), 입법론으로 송덕수(주 20), 103면.

위해 최고권을 인정하므로(제15조, 제131조, 제381조, 제384조 제2항, 제540조, 제552조, 제1077조 등), 이익상황이 유사한 대상청구권과 관련해서도 이를 허용하는 것은 타당할 것이다(제1077조, 제1083조 참조). 다만 여기서도 채권자 침묵의 경우 효과를 대상청구권의 포기로 할 것인지, 대상청구권의 선택으로 할 것인지, 아니면 채무자가 이후에는 현존이익의 범위에서만 책임을 진다고 할 것인지<sup>114)</sup>의 문제가 남는데, 우리 민법의 최고권 규정에서 권리의 행사여부에 대한 침묵을 통상 포기로 상정하여 의제하는 점을 고려할 때 대상청구권이 소멸한다고 규정하는 것이 무난할 것으로 보인다.<sup>115)</sup>

## (2) 민법 개정안의 검토

이러한 관점에서 살펴보면, 민법개정안의 제399조의2 제1항<sup>116)</sup>은 채권관계 일반에 대해 대상청구권을 인정하면서 채무자의 책임 있는 불능의 경우도 포함하고 있는 점에서는 타당하다. 또한 개정안이 원시적 불능에 따른 계약무효 법리를 포기한 점을 고려할 때,<sup>117)</sup> 원시적 불능도 포함될 수 있는 문언을 채택한 것도 바람직하다. 개정안 제537조 제3항도 쌍무계약의 특성을 고려할 때 해석상 인정되어야 하는 결론으로<sup>118)</sup> 입법적으로 확인하는 것은 지지할 만하다. 그러나 여러 가지 아쉬운 부분도 없지는 않다.

우선 제기되는 의문은 그 문언이 대상청구권의 적용범위를 제약하고 있다는 것이다. 즉 이행불능으로 “채무자가 채권의 목적인 물건이나 권리를 갈음하는 이익을 얻은 경우”에 한정하여 대상청구권을 인정함으로써, 그 적용범위를 주는 채무로 한정하고 있기 때문이다. 그러나 앞서 지적한 대로, 대상청구권을 주는 채무로 한정할 논리적·정책적 이유는 발견하기 어려울 뿐만 아니라, 반대의 입장이 학술상 유력하고(독일) 입법이나 입법제안으로 반영되어 있다는 것(그리스, 네덜란드, 일본 중간시안)을 고려하면, 이는 받아들이기 어려운 태도라고 생각한다. 설령 대상청구권을 주는 채무에 한정하는 견해가 정당하다고 생각되더라도, 규정의 문언

114) 독일의 통설이다. *MünchKomm/Emmerich*(주 37), § 285 Rn. 35.

115) 반면 정진명(주 14), 260면은 후자의 해법을 지지한다.

116) 개정안이 성립한 경과에 대해서는 김재형, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안”, *민사법학*, 제65호, 2013, 626-628면 참조.

117) 개정안 제535조 제1항은 “계약을 체결할 때에 이미 그 이행을 할 수 없다는 사정은 계약의 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 정하고 있다.

118) 해석으로 대상청구권을 인정하는 오스트리아와 스위스에서도 같은 내용은 인정되고 있다. *Bollenberger*(주 28), S. 13f., 16 참조.

은 하는 채무나 부작위 채무의 불능을 상정하는 표현을 채택하여 이후 학설과 실무의 해석에 의지하는 편이 보다 적절한 입법일 것이다.

더 나아가 이 문언만으로는 법률행위에 의한 대체이익이 반환대상이 될 것인지 여부 더 나아가 채무자가 채권자 손해를 초과한 이익을 받은 경우에도 이익 전부를 반환해야 하는지 여부 등의 문제가 결정되어 있지 않다고 보인다. 물론 이 문언을 읽는 방법에 따라서는 어떤 특정한 견해가 반영되어 있다고 볼 수 있을지도 모른다. 예를 들어 문언이 이행할 수 없게 된 사유를 특정하지 아니하므로 당연히 법률행위로 인해 대체이익이 발생한 경우도 적용되고, 상환청구의 범위나 한도가 없으므로 이익 모두가 반환되어야 한다고 이해할 여지도 없는 것은 아니다.<sup>119)</sup> 그러나 솔직하게 문언을 관찰한다면, 이 규정을 받아들인다고 하더라도 종래 논의가 종식될 것으로는 예상되지 아니한다. 이는 실제로 개정안과 유사한 문언의 독일민법의 해석과 관련해 여전히 다툼이 있다는 사실을 고려할 때 그러하다. 굳이 규정을 신설하면서도 종래 해석론상 논의가 분분하던 상황을 해소하지 못한다면 그 입법의 의의는 감소할 수밖에 없을 것이다. 또한 입법단계에서는 고려되고 있던 채무자의 확대청구의 권리가 개정안에 반영되지 못한 것도 아쉬운 일이다.<sup>120)</sup>

반면 “채권자가 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하는 경우에, 제1항에 따라 이익의 상환을 받는 때에는 손해배상액은 그 이익의 가액만큼 감액된다”는 제2항의 규정은 둘 필요가 있는지 의문이다. 이는 청구권경합 및 손해배상의 범리로 부터 당연하게 도출되는 결론이므로 굳이 규정하지 않아도 해석상 문제가 발생하지 않을 것이기 때문이다.<sup>121)</sup>

119) 김재형(주 115), 628, 629면.

120) 송덕수(주 20), 103-104면; 김재형(주 115), 629면 참조.

121) 이 규정이 참조한 것으로 생각되는 독일 민법 제285조 제2항은 위원회들의 심의과정에서 논의되지 않다가 제2위원회 편집소위(Redaktionskommission)의 편집을 거치며 삽입된 것으로 보이는데, 그 경위는 불분명하다(Jakobs/Schubert(주 26), S. 232, 233 참조). 독일 민법 외에 이러한 규정을 두는 예는 쉽게 발견되지 아니한다.

## IV. 결 론

본문의 내용을 요약하면 다음과 같다.

1. 우리 민법의 해석으로 대상청구권에 대해서는 다음과 같은 내용이 인정된다. 즉 ① 문제되는 사안유형들을 검토한 결과 대상청구권은 일반적으로 인정되어야 하고(II. 3. (1)), ② 다만 법정채권의 경우 당해 근거규범의 취지에 따라 달라질 수 있는데 이는 당해 법률의 해석문제이며(II. 3. (1)), ③ 대상청구권은 급부를 당사자들 사이에서 채권자에게 귀속시키는 결과를 달성시키기 위한 부당이득과 유사한 성질의 구제수단으로(II. 3. (2) (가)), ④ 법률행위로 인하여 대체이익이 취득된 경우를 포함하지만(II. 3. (2) (나)), ⑤ 대상청구권의 반환범위는 손해에 한정되어야 하고(II. 3. (2) (나)), ⑥ 대상청구권이 이행불능의 효과인 이상 주는 급부의무 외에 하는 급부의무나 부작위의무를 포괄하므로 이행불능으로 급부에 상응하는 이익이 채무자에게 발생되면 인정될 수 있다는 것이다(II. 3. (2) (다)).

2. 입법론적으로도 이상의 해석론적 결론이 반영되어야 한다. 앞서 요약한 내용 외에, 채무자의 최고권을 도입하는 것도 적절하다(III. 2. (1)). 그러나 민법개정안은 이러한 입법적 제안에 비추어 보면 아쉬운 점이 없지 않다. 특히 적용범위를 주는 채무에 한정하면서, 법률행위에 의한 이익의 반환문제나 반환범위 문제에 대해서 침묵하고 있다는 점에서 그러하다(III. 2. (2)).

투고일 2014. 10. 7	심사완료일 2014. 11. 20	게재확정일 2014. 11. 28
-----------------	--------------------	--------------------



## 참고문헌

- 강봉석, “대상청구권의 의의 및 요건”, **민사법학**, 제32호, 2006.
- 곽윤직, **채권각론**, 제6판, 2003.
- 곽윤직 편집대표, **민법주해**[XIII], 1997.
- \_\_\_\_\_, **민법주해**[XVII], 2005.
- 권용우, “취득시효완성자의 대상청구권”, **법학논총**, 제30권 제1호, 2006.
- 김대규·전완수, “대상청구권에 대한 입법론적 고찰”, **원광법학**, 제22권 제2호, 2006.
- 김대정, **채권총론**, 개정판, 2007.
- 김상현·이승길, “대상청구권의 인정여부에 관한 일고”, **입법정책**, 제3권 제1호, 2009.
- 김용담 편집대표, **주석민법 채권총칙**(1), 제4판, 2013.
- 김재형, “제3자에 의한 채권침해”, **민법론 III**, 2007.
- \_\_\_\_\_, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안”, **민사법학**, 제65호, 2013.
- 김준호, “이행불능의 효과로서 대상청구권”, **사법행정**, 제34권 제6호, 1993.
- 김증한·김학동, **채권총론**, 제6판, 1998.
- \_\_\_\_\_, **채권각론**, 제7판, 2006.
- 김형배, **채권총론**, 제2판, 1998.
- \_\_\_\_\_, **사무관리·부당이득**, 2003.
- 김형석, “유류분의 반환과 부당이득”, **민사판례연구**[XXIX], 2007.
- \_\_\_\_\_, “점유자와 회복자의 법률관계와 부당이득의 경합”, **서울대 법학**, 제49권 제1호, 2008.
- 남효순, “프랑스 민법상의 대상청구권”, **비교법실무연구회 편, 판례실무연구**[I], 1997.
- 민의원 법사위 민법안심소위원회, **민법안심의록**, 상권, 1957.
- 민의원 법사위 민법안심소위원회, **민법안심의록**, 하권, 1957.
- 박준서 편집대표, **주석 민법 채권각칙**(5), 제3판, 2004.
- 성중모, “민법상 대상청구권의 반환범위”, **법학논집**, 제14권 제4호, 2010.
- 송덕수, “이행불능에 있어서 이른바 대상청구권”, **경찰대 논문집**, 제4집, 1985.
- \_\_\_\_\_, “대상청구권”, **민사판례연구**[XVI], 1994.
- \_\_\_\_\_, “취득시효와 대상청구권”, **저스티스**, 제30권 제2호, 1997.
- \_\_\_\_\_, “대상청구권에 관한 입법론”, **법조**, 제660호, 2011.
- \_\_\_\_\_, **채권각론**, 2014.

- 심준보, “취득시효와 대상청구권”, **민사판례연구**[XX], 1998.
- 안법영, “채권적 대상청구권”, **채권법에 있어서 자유와 책임**(김형배 교수 화갑기념), 1994.
- \_\_\_\_\_, “스위스·오스트리아의 대상청구권”, **비교법실무연구회 편, 판례실무연구** [I], 1997.
- \_\_\_\_\_, “대상청구권의 발전적 형성을 위한 소고”, **한국법이론의 발전** II, 1999.
- 양창수, “매매목적토지의 수용과 보상금에 대한 대상청구권”, **민법연구**, 제3권, 1995.
- \_\_\_\_\_, “이행불능의 효과로서 대상청구권”, **고시연구**, 2001.
- 엄동섭, “대상청구권의 제한”, **법률신문**, 제2603호, 1997. 6. 2.
- 윤철홍, “이행불능에 있어서 대상청구권”, **고시연구**, 제18권 제10호, 1991.
- 이덕환, **채권총론**, 2010.
- 이상경, “대상청구권”, **민사재판의 제문제**(이시윤 박사 화갑기념), 상권, 1995.
- 이성호, “미국법상 대상청구권의 인정여부”, **비교법실무연구회 편, 판례실무연구**[I], 1997.
- 이은애, “우리 민법상 이른바 대상청구권의 인정”, **사법논집**, 제26집, 1995.
- 이은영, **채권총론**, 제4판, 2009.
- \_\_\_\_\_, **채권각론**, 제5판, 2007.
- 이재경, “대상청구권에 관한 판례 및 학설의 검토”, **법과 정책**, 제19집 제2호, 2013.
- 이충훈, “대상청구권”, **연세법학연구**, 제5권 제1호, 1998.
- 이혜리, “미국법상 기회주의적 계약위반에 대한 토출(吐出) 책임”, **비교사법**, 제21권 제2호, 2014.
- 임건면, “대상청구권에 관한 소고”, **경남법학**, 제14권, 1998.
- 장재현, **채권각론**, 2006.
- 정상현, “대상청구권의 역사적 의미와 비교법적 고찰”, **민사법학**, 제39권 제1호, 2007.
- \_\_\_\_\_, “대상청구권의 인정여부에 관한 법리 재검토”, **성균관법학**, 제19권 제3호, 2007.
- 정진명, “대상청구권에 대한 입법론적 소고”, **민사법학**, 제68호, 2014.
- 제철웅, “대상청구권의 적용범위”, **사법연구**, 제4집, 1999.
- 조광훈, “우리 민법상 대상청구권의 해석적 인정에 따른 비판적 논고”, **사법행정**, 제47권 제10호, 2006.
- 조성민, “대상청구권에 대한 입법론적 고찰”, **황적인 의**, **민법개정안의견서**, 2002.
- 주지홍, “대상청구권의 규범적 근거에 관한 소고”, **연세법학연구**, 제5권 제1호, 1998.
- 지원림, “대상청구권”, **민법학논총 제이**(곽윤직 교수 고회기념), 1995.

- 최원준, “위험부담의 원리와 대상청구권의 인정여부”, *성균관법학*, 제21권 제1호, 2009.
- 최종길, “대상청구권”(1965), 최광준 편, *민법학연구*, 2005.
- Bamberger/Roth/Unberath, *BGB*, Band 1, 3. Aufl., 2012.
- Bock, *Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung*, 2010.
- Bollenberger, *Das stellvertretende Commodum*, 1999.
- von Caemmerer, *Gesammelte Schriften*, Band I, 1968.
- Canaris (hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002.
- Corbin on contracts, Vol. 14, Revised ed. by Nehf, 2001.
- Dornscheidt, *Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung*, 2013.
- Erman, *BGB*, Band I, 13. Aufl., 2011.
- Esser/Schmidt, *Schuldrecht*, Band I, 6. Aufl., 1984.
- Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, 2010.
- Hartmann, *Der Anspruch auf das stellvertretendes commodum*, 2007.
- Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929.
- Helms, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Gewinnhaftung”, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Band I, 2009, S. 753.
- Historischer-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, 1. Teilband, 2007.
- Jakobs/Schubert (hrsg.), *Die Beratung des BGB §§ 241 bis 432*, 1978.
- Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., 2008.
- Köndgen, “Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktion für Vertragsbruch?”, *(Rabels) Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 56 (1992), 696.
- König, “Gewinnhaftung”, *Festschrift für von Caemmerer*, 1978, S. 179.
- Kramer *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl., 2010.
- Laband, “Zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. I. Abschnitt. Titel 1 bis 3”, *Archiv für die civilistische Praxis* 73 (1888), 161.
- Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995.
- Lobinger, “Der Anspruch auf das Fehlersurrogat nach § 281 BGB”, *Juristische Schulung* 1993, 453.
- Löwisch, “Herausgabe von Ersatzdienst”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 2049.

- Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting*, Derde Gedeelte (Boek 6), 1961.
- Mommsen, *Erörterungen über die Regel: Commodum ejus esse debet, cujus periculum est*, 1859.
- Münchener Kommentar zum BGB*, Band 2, 5. Aufl., 2007.
- Nieuwenhuis et al. red., *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar*, Zesde druk, 2005.
- Palandt, *BGB*, 71. Aufl., 2012.
- Picker, “Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo”, *Archiv für die civilistische Praxis* 183 (1983), 369.
- Pothier, *Oeuvres de Pothier*, tome 2, Paris, 1825.
- Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, 1. Band, 1936/1964.
- Schubert (hrsg.), *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1, 1980.
- Schulz, *Rückgriff und Weitergriff*, 1907.
- \_\_\_\_\_, “System der Rechte auf den Eingriffserwerb”, *Archiv für die civilistische Praxis* 105 (1909), 1.
- Schwarze, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2008.
- Selb, *Schadensbegriff und Regreßmethoden*, 1963.
- Staudinger, *Kommentar zum BGB*, §§ 255-304, 2009.
- Stoll, “Vorteilsausgleichung bei Leistungsverweigerung”, *Festschrift für Peter Schlechtriem*, 2003.
- Weiler, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 2013.
- Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 1934.
- Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band 2, 9. Aufl., 1906.
- 民法修正案理由書 親族編・相續編, 1898.
- 法典調査會, 民法議事速記録 三, 1984.
- 潮見佳男, 債權總論 I, 第2版, 2003.
- 民法(債權法)改正檢討委員會 編, 債權法改正の基本方針, 2009.
- 商事法務 編, 民法(債權關係)の改正に関する中間試案(概要付き), 2013.
- 商事法務 編, 民法(債權關係)の改正に関する中間試案の補足説明, 2013.
- 法務省, 民法(債權關係)の改正に関する要綱假案, 2014. 8. 26.

&lt;Abstract&gt;

## Claim for the Substitute

Kim, Hyoung Seok\*

The new draft for a Civil Code Reform suggests introducing new provisions for the creditor's claim for the substitute (art. 399-2, 537 II): The creditor can claim the assignment of a right or benefit which his/her debtor obtained as a result of the latter's performance being impossible. At this occasion, this article aims to give a retrospective assessment of the present doctrine and case law accompanied by a critical review of the new draft provisions. It thus hopes to contribute to the ongoing discussions.

The main conclusions *lege lata* are as follows: ① The related parties' interests ask for recognizing the claim for the substitute in all relevant cases. ② As for obligations arising from the law, the purpose of each underlying norm decides. ③ The claim is understood to have its theoretical basis on the principle of unjustified enrichment in that it *inter partes* shifts the value of impossible performances to the frustrated creditor. ④ The so-called *commodum ex negotiatione* has to be included. ⑤ The right or benefit in question has to be assigned only as far as the creditor's damage is not covered. ⑥ The impossibility of an obligation to do or not to do can also trigger the claim.

These points mentioned above are also suggested to be considered upon *lege ferenda*.

Keywords: impossibility of a performance, breach of an obligation, claim for the substitute, damages, profit disgorgement

---

\* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

