

민 법

(2021년 예비학습)

— 계약법 —

- 목 차 -

제1편 채권법

제1장 계약관계 일반 : 계약의 성립 및 일반적 내용과 효력

I. 契約의 概念과 意味	1
II. 契約 成立의 模範	2

제2장 계약의 내용 : 채권의 목적 - 급부

I. 債權關係 總說	6
II. 特定物債權과 種類債權	9
III. 金錢債權과 利子債權	14

제3장 계약의 효력 : 쌍무계약의 효력

I. 雙務契約의 效力 一般	18
II. 同時履行의 抗辯權	19
III. 危險負擔	22

제4장 개별 계약유형 : 매매, 임대차, 도급

I. 賣買契約.....	25
II. 物件用益을 目的으로 하는 契約	33
III. 勞務提供形 契約 : 도급, 위임 등 소개.....	40

제5장 계약관계의 실현 : 변제 등 채권의 소멸사유

I. 辨濟의 法律關係	41
II. 辨濟의 個別 問題	43
III. 代物辨濟.....	44
IV. 相計	45

제6장 계약위반의 책임 (채무불이행)

I. 債務不履行責任과 不法行爲責任	49
II. 債務不履行責任의 一般要件과 類型	50
III. 債務不履行責任의 內容: 契約責任	59

제7장 다수당사자 채권관계

I. 分割債權關係	65
II. 不可分債權關係	66
III. 連帶債務	69
IV. 保證債務	75

제8장 채권양도와 채무인수

I. 債權讓渡	83
II. 債務引受	91

제1편 채권법

제1장 계약관계 일반 : 계약의 성립 및 일반적 내용과 효력

I. 契約의 개념과 의미

계약은 청약과 승낙이라는 당사자 간의 의사표시의 합치로 성립하게 되며, 또한 합의로서 계약이 효력을 가지기 위해서는 성립요건과 효력요건을 모두 갖추어야 한다.

(1) 典型契約과 非典型契約

민법은 계약의 유형들을 계약의 목적(내용)에 따라서 총 14개의 계약으로 구분하여 정하고 있다(민법 제2편 채권 제2절 이하). 민법상 규정된 이러한 계약유형들은 다양한 계약들에 대하여 일종의 전형 내지 모델이 된다는 의미에서 ‘전형계약’이라고 하거나 명칭이 존재한다는 의미에서 ‘유명계약’이라고도 한다.

계약의 목적 및 내용	계약의 명칭과 조문	계약의 성질
재산권의 이전	증 여	낙성 · 무상 · 편무계약
	매 매	낙성 · 유상 · 쌍무계약
	교 환	낙성 · 유상 · 쌍무계약
물건의 사용 및 이용	소비대차	낙성 · 유상/무상 · 편무/쌍무계약
	사용대차	낙성 · 무상 · 편무계약
	임 대 차	낙성 · 유상 · 쌍무계약
노무의 이용	고 용	낙성 · 유상 · 쌍무계약
	도 급	낙성 · 유상 · 쌍무계약
	여 행	낙성 · 유상 · 쌍무계약
	현상광고	요물 · 유상 · 편무계약
	위 임	낙성 · 유상/무상 · 쌍무/편무계약
	임 치	낙성 · 무상/유상 · 편무/쌍무계약
물건과 노무의 결합	조 합	낙성 · 유상 · 쌍무계약
	종신통기금	낙성 · 유상/무상 · 쌍무/편무계약
분쟁의 해결	화 해	낙성 · 유상 · 쌍무계약

(2) 諾成契約과 要物契約

낙성계약이란 당사자의 의사표시의 합치, 즉 합의만으로 성립하는 계약을 말하는데, 민법상 전형계약 중에서 현상광고를 제외한 나머지 계약들은 모두 낙성계약에 해당한다. 따라서 매매계약은 매도인과 매수인의 합의만으로 성립하며, 매도인이 목적물을 인도하거나 매수인이 매매대금을 제공하는 것은 계약의 성립요건이 아니다. 반면 당사자의 합의 이외에 물건의 인도나 그 밖의 급부의 제공이 계약의 성립요건이 되는 계약을 요물계약이라고 하는데, 현상광고의 경우 응모자가 광고에서 정해진 특정한 행위를 완료하여 이를 제공하면서 응모하여야만 계약이 성립하므로 대표적인 요물계약에 해당한다.

(3) 雙務契約과 片務契約

계약을 통하여 당사자 간에 서로 대가적인 채무를 부담하는 계약을 쌍무계약이라고 하는데, 매매, 교환, 임대차, 고용, 도급 등이 이에 해당한다. 이와 달리 계약 당사자 일방만이 채무를 부담하는 계약을 편무계약이라고 하는데, 증여, 사용대차 등이 이에 해당한다. 쌍무계약은 양 채무간의 대가적 관계(견련관계)에 기하여 동시이행의 항변권(제536조), 위험부담(제537조-제538조)의 규정이 적용된다는 점에서 편무계약과 구별의 실익이 있다.

(4) 有償契約과 無償契約

유상계약이란 계약 당사자들이 서로 대가적인 출연을 하는 계약을 말하는데, 예를 들어 매매계약에서 매도인은 매매대금을 수령하는 대신에 그 대가로 목적물의 소유권을 넘겨 주는 출연을 하게 되므로 대표적인 유상계약에 해당한다. 매매계약 이외에도 교환, 임대차, 고용, 도급, 조합, 화해 등이 유상계약에 속한다. 반면 계약 당사자들 간에 대가적인 의미의 출연을 하지 않는 계약을 무상계약이라고 하는데, 증여, 사용대차가 무상계약의 대표적인 경우이다. 이외에도 소비대차, 위임, 임치, 종신정기금계약은 당사자들의 합의나 발생원인에 따라서 유상계약이나 무상계약이 될 수도 있다.

II. 契約 成立의 모습

계약은 계약당사자간의 합의(논리적 시간간격이 있는 청약과 승낙이라는 의사표시의 합치)에 의하여 체결되는 것이 원칙이다. 그러나 경우에 따라서는 이와는 다른 형태로 계약이 체결되기도 하는데, 민법은 교차청약(제533조), 의사실현(제532

조)에 의한 계약의 성립에 관하여 규정하고 있다. 그 밖에도 계약의 성립양태로서 몇 가지를 더 들 수 있다.

1. 契約成立의 原則的 모습 : 청약과 승낙

(1) 序說 : 의사의 합치

계약성립의 원칙적 양태는 당사자 사이의 합의이다. 합의란 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 당사자 사이의 의사의 합치(즉 청약과 승낙)의 형태로 이루어진다. 이때 의사표시의 합치란 객관적 합치와 주관적 합치 양자를 포함하는 개념이다. 객관적 합치란 계약체결당사자 서로가 주고받은 의사표시의 내용이 일치해야 한다는 것이다. 계약의 성립을 위한 의사표시의 객관적 합치의 정도에 대하여 판례는 “계약이 성립하기 위하여는 당사자의 서로 대립하는 수개의 의사표시의 객관적 합치가 필요하고 객관적 합치가 있다고 하기 위하여는 당사자의 의사표시에 나타나 있는 사항에 관하여는 모두 일치하고 있어야 하는 한편, 계약 내용의 ‘중요한 점’ 및 계약의 객관적 요소는 아니더라도 특히 당사자가 그것에 중대한 의의를 두고 계약성립의 요건으로 할 의사를 표시한 때에는 이에 관하여 합치가 있어야 계약이 적법·유효하게 성립한다”고 판시한다.

의사표시가 일치하지 않는 것을 불합의(Dissens)라고 한다. 불합의란 의사표시의 내용이 서로 다르거나 부분적으로만 일치하는 경우이다. 불합의의 경우에는 계약의 불성립으로 된다(불합의에 따라 계약이 성립하지 않은 경우에 제535조가 문제될 여지가 있다).

(2) 請約

(가) 請約의 개념

청약이란 계약 상대방에 의한 승낙이 있으면 곧바로 계약을 체결시키겠다는 것을 내용으로 하는 상대방의 수령을 요하는 意思表示이다. 그러나 그 상대방이 반드시 특정될 필요는 없다(예: 음료수 자동판매기의 설치). 청약은 그에 대응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립될 수 있는 정도의 확정성을 가져야 한다. 계약이 성립하기 위한 법률요건인 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립하는 구체적·확정적 의사표시여야 하므로, 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을

포함시키는 것이 필요하다.

청약은 소위 ‘청약의 유인’과 구별된다. 청약의 유인은 상대방으로 하여금 자신에게 청약을 해오도록 유인하는 행위이다(예: 구인광고, 물품판매광고, 상품목록의 배부). 구체적인 경우에 그것이 청약인가 청약의 유인인가 하는 것은 의사표시 해석의 문제이다.

(나) 請約의 效力

(a) 請約의 效力發生時期

청약도 의사표시이므로 의사표시의 효력발생시기에 관한 일반원칙에 따라 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다(제111조 1항). 도달이란 의사표시가 상대방의 지배영역에 이르고 이로써 통상의 경우라면 그 의사표시를 알 수 있을 것으로 기대되는 상태에 놓여 있는 것(ex. 우편함에의 투입, 동거가족에의 전달)인데, 다만 일정한 법적 평가(쉽게 발견할 수 없도록 작은 글씨로 상품 송부서에 소유권유보의 사실을 기재한 경우)를 거치게 된다.

(b) 請約의 拘束力

계약의 청약은 이를 철회하지 못한다(제527조). 청약 자체는 독립된 법률요건이 아님에도 불구하고 구속력을 인정하였다는 점에 특이성이 있다. 이는 청약을 받은 상대방이 그에 기초해 일정한 계약체결 준비를 하게 되는데, 그에게 부당한 손해를 주지 않게 하기 위한 조치로 이해되고 있다. 여기서 청약의 구속력이 의미하는 것은 일단 청약을 하면 철회가 절대적으로 불가능하다는 것이 아니다. 즉 청약의 효력이 발생한 이후에 철회가 불가능하다는 의미이므로 청약의 의사표시가 상대방에 도달한 이후에 철회가 불가능하다는 것을 의미한다.

청약의 구속력에 대한 중요한 예외로 ‘청약철회기간’(cooling-off period) 제도가 있다(할부거래법 제5조, 방문판매법 제10조). 이는 소비자의 카테고리에 있는 매수인은 비록 정당한 이유가 없더라도 일정한 기간 동안에는 일정한 요건 아래 자신이 행한 청약을 철회할 수 있도록 인정해주는 제도로서 영미법상에서 소비자보호제도의 일환으로 유래한 제도이다.

(c) 請約의 效力 存續期間：承諾適格

승낙적격이란 청약에 대응한 승낙에 의하여 바로 계약이 체결될 수 있는 효력이 다. 쉽게 말해 ‘청약의 효력보유기간’이라고 할 수 있다. 승낙적격을 보유하고 있는 기간을 ‘승낙기간’이라 한다. 민법은 승낙기간을 정한 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어서 규율하고 있다(제528조, 제529조).

(3) 承諾

(가) 承諾의 概念

승낙이란 청약의 수령자가 청약자에게 대하여 그 청약내용을 모두 수락하여 계약을 체결하겠다는 내용의 의사표시이다. 승낙은 청약자가 제시한 사항을 무조건적으로 수락하는 것이어야 한다.

(나) 承諾期間

(a) 承諾期間이 정해진 경우

청약을 하면서 승낙기간을 지정한 경우에는 승낙기간 내에 승낙이 있어야 한다(제528조 1항). 따라서 그 기간 내에 승낙이 청약자에게 도달하지 않으면 계약이 성립하지 않는다.

(b) 承諾期間이 정해지지 않은 경우

승낙기간이 정해져 있지 않은 경우에는 상당한 기간 내에 승낙이 있어야 한다(제529조). 따라서 상당한 기간 내에 승낙이 청약자에게 도달하지 않으면 계약이 성립하지 않는다. 상당한 기간은 청약이 상대방에게 도달하여 상대방이 그 내용을 받아 들일지 여부를 결정하여 회신을 함에 필요한 기간을 가리키는 것으로, 이는 구체적인 경우에 청약과 승낙의 방법, 계약 내용의 중요도, 거래상의 관행 등의 여러 사정을 고려하여 객관적으로 정해진다.

(다) 變更 또는 延着된 承諾

(a) 變更된 承諾의 效力

승낙자가 청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 수락한 때에는 원래 청약에 대한 거절과 동시에 새로운 청약을 한 것으로 본다(제534조). 의식적 불합의

의 경우로서 계약경제를 고려한 입법으로 볼 수 있다. 승낙이 새로운 청약으로 대체되므로 종전의 청약은 실효되는 것으로 해석하여야 한다.

(b) 延着된 承諾의 效力

승낙이 승낙기간이 지난 후에 도착했다 하더라도 청약자가 이를 새로운 청약으로 볼 수 있다(제530조). 이는 승낙기간이 정해진 경우이든 정해지지 않은 경우이든 마찬가지이다. 이것도 계약경제를 고려한 입법으로 볼 수 있다.

승낙기간이 정해진 경우에 대하여 민법은 특별한 규정을 두고 있다. 승낙의 통지가 전항의 기간 후에 도달한 경우에 보통 그 기간 내에 도달할 수 있는 발송인 때에는 청약자는 지체없이 상대방에게 그 연착의 통지를 하여야 한다(제528조 2항 본문). 그러나 그 도달 전에 지연의 통지를 발송한 때에는 그러하지 아니하다(제528조 2항 단서). 청약자가 이 통지를 하지 아니한 때에는 승낙의 통지는 연착되지 아니한 것으로 본다(제528조 3항). 그러므로 계약은 성립하는 결과가 된다. 제528조 2항·3항은 승낙연착의 경우 연착에 대한 위험을 승낙자에게 부담시키고 청약자에게는 연착의 통지를 해주어야 할 신의칙상의 책무 내지 간접의무를 부과한 것이다.

2. 特殊한 形態의 契約의 成立

(1) 意思實現

청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 아니한 경우에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립한다(제532조). 예를 들어 떡볶이와 어묵을 파는 포장마차에서 아무 대화 없이 우선 어묵을 하나 집어 먹는 경우에 당해 어묵에 대한 매매계약은 소비자가 위 어묵을 집어 먹는 사실이 있는 때에 성립하는 것이며, 포장마차 상인이 위 사실을 알았을 때에 성립하는 것이 아닌 것이다.

(2) 交叉請約

가령 A가 B에게 α물건을 100만원에 매도하겠다는 청약을 하고 이 청약이 B에게 도달하기 전에 B가 A에게 α물건을 100만원에 매수하겠다는 청약을 했다고 가정해 보자. A와 B의 의사표시 사이에 청약과 그에 대응한 승낙이 있었던 것은 아니지만 의사표시가 주관적·객관적으로 합치하고 있으므로 계약성립을 부정할 특별한 이유가 없다. 제533조의 규정은 이처럼 “가능하면 계약을 성립시키려는 방향”이라는 근

대민법의 기본방향을 그 토대에 두고 있는 것이다.

3. 普通去來約款에 의한 契約 (생략)

[보론: 契約締結上の 過失]

민법 제535조 ① 목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하여야 한다. 그러나 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못한다.

② 전항의 규정은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용하지 아니한다.

제2장 계약의 내용 : 채권의 목적 - 급부

I. 채권관계 총설

1. 채권관계의 상대성과 유기적 관계

物權과 달리 相對權인 채권에서는 배타성이 없다(따라서 원칙적으로 공시방법이 요구되지 않는다). 왜냐하면 채권이란 원칙적으로 특정인, 즉 채무자만에 의하여 존중되는 권리로, 채무자에 의해서만 침해될 수 있기 때문이다.

주된 급부 의무란 해당 계약관계/채권관계의 특성을 결정해 주는 의무 내용인 반면, 부수적 의무란 계약/채권의 목적을 달성하기 위하여 급부를 하는데 주의하고 상대방에게 배려할 의무로서 당사자의 의사 또는 신의칙에 기해 인정되는 의무이다.

[판례 정리] 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하려면 당해 채무가 매매계약의 목적달성에 있어서 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 매매계약의 목적이 달성되지 아니하여 매도인이 매매계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데 지나지 아니한 경우에는 매매계약 전부를 해제할 수 없다. 그런데 계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다.

[보호의무에 관한 판례 경향] 사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 인

적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무(안전배려의무)를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 이를 배상할 책임이 있다. 또한 환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우에 있어서, 병원은 환자에 대한 진료 이외에 숙식의 제공이나 간호·보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 지는 것인 만큼, 병원은 병실에서의 출입자를 통제·감독하거나 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제공하는 등으로 입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다. 따라서 병원이 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무 관련이 없는 자가 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였다면 병원은 그로 인한 손해배상책임을 면하지 못한다.

2. 債權의 目的: 給付

(1) 意義

채권의 목적인 給付란 원칙적으로(결과채무에서는 급부결과의 실현을 의미할 수 있음에 주의할 것) 채권자가 채무자에게 요구할 수 있는 일정한 행위를 말한다. 가령 아파트매매에서 법률행위로서 매매 및 그에 기한 채권의 목적은 재산권이전과 대금지급의무를 뜻한다(제568조).

금전으로 그 가액을 산정할 수 없는 급부도 채권의 목적으로 될 수 있으며(제373조), 이러한 급부를 목적으로 하는 채권도 그 효력에서 보통의 채권과 같다. 즉 본래의 급부에 관한 소구 및 강제집행이 가능하고, 채무불이행시 손해배상을 청구할 수 있다.

(2) 給付의 要件

채권(및 그 전제로서 채권관계)이 유효한 것으로 되기 위하여 급부가 ① 確定(可能性)(급부의 내용이 확정되었거나 확정될 수 있을 것), ② 可能性(급부의 내용이 실현가능한 것일 것. 여기서 문제되는 것은 원시적 불능에 한정된다), ③ 適法性(급부의 내용이 강행규정에 위반하는 것이 아닐 것) 및 ④ 社會的 妥當性(급부의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것이 아닐 것)의 요건을 갖추어야 한다.

(3) 급부의 종류

(가) 급부는 적극적인 「作爲」일 수도 있고 소극적인 「不作爲」일 수도 있다. 가령 매매목적물의 인도는 작위급부이지만, A가 B에게 경쟁이 되는 영업을 하지 않기로

약속한 경우에, A가 그러한 영업을 하지 않는 所爲는 부작위급부이다.

(나) 作爲給付는 노무의 제공 또는 일의 완성을 목적으로 하는 「하는 給付」와 물건의 인도(또는 권리의 이전)를 목적으로 하는 「주는 給付」로 나누어진다. 그리고 하는 급부는 대체성이 있는지에 따라 대체적인 것과 부대체적인 것으로 나뉘고, 주는 급부는 급부목적물이 특정되어 있는지에 따라 특정물급부와 불특정물급부로 나뉘어진다.

(다) 한편 부작위급부는 아무 것도 하지 않는 단순부작위와 채권자의 일정한 행위를 방해하지 않고 참고 받아들여야 하는 수인의무(예: 제624조)로 나누어진다.

(라) 나아가 판례는 일정한 급부결과 발생을 목적으로 하는 結果債務과 결과발생을 위하여 필요한 노력을 기울이기만 하면 되는 手段債務(行爲債務라고도 한다)를 구분한다. 가령 부동산매도인의 재산권이전의무는 결과채무이므로 등기소요서류의 교부만으로 족한 것이 아니고, 아직 매수인 명의의 등기가 경료되지 않았다면 채권, 특히 등기청구권은 소멸하지 않는다. 반면 의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라, 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무, 즉 수단채무이다. 결과채무와 수단채무의 구별은 특히 채무불이행에서의 증명책임과 관련하여 중요한 의미를 가진다.

II. 特定物債權과 種類債權

1. 特定物債權과 種類債權

(1) 概念

(a) 特定物債權이란 소유권의 이전 여부와 관계없이 특정물의 引渡를 내용(목적)으로 하는 채권을 말한다(제374조). 즉 급부(인도)되어야 할 물건이 개별적·구체적으로 지정되어 있는 경우(가령 이 그림, 이 차 하는 식으로 급부되어야 할 물건이 개별표지에 의하여 특정되어 있는 경우)에 특정물채권이 존재한다. 이때 채무자는 특정되어 있는 물건(즉 특정물)을 채권자에게 인도하여야 하며, 그 물건이 대체물이더라도 다른 물건을 인도할 수 없다.

(b) 이와 달리 급부되어야 할 물건이 일반적으로, 즉 종류표지에 의해서만 지정되어 있는 경우(가령 쌀 100가마 하는 식으로 급부되어야 할 물건의 종류와 수량만이 정하여져 있는 경우)에 種類債權(불특정물의 인도를 목적으로 하는 채권)이 존재한다. 즉 일정한 종류에 속하는 물건의 일정량의 인도를 목적으로 하는 채권이 종류채권이다(제375조). 가령 K가 Cyber Mall에서 냉장고 1대를 주문하여 매매계

약이 성립한 경우에, 종류채권이 존재한다. 종류채권에서 급부되어야 할 물건의 종류의 표지는 당사자들의 약정에 의하여 정해지는데, 이 표지가 상세하면 할수록 인도하여야 할 물건의 종류의 범위가 더 한정된다.

(2) 區別의 基準 및 實益

(a) 특정물채권이나 종류채권이나 하는 것은(그 전제로 특정물이나 불특정물이나 하는 것도) 당사자의 의사에 의하여 주관적으로 결정된다. 반면 대체물이나 부대체물이나 하는 것은 물건의 성질이라는 객관적 기준에 의하여 구별된다. 일반적으로 대체물은 종류채권의 목적이고 부대체물은 특정물채권의 목적이지만, 반드시 그런 것은 아니다.

(b) 특정물채권과 종류채권의 구별은 목적물의 보존의무(제374조, 제462조), 변제의 장소(제467조) 및 매도인의 담보책임(제580조, 제581조) 등과 관련하여 실익을 가진다.

2. 特定物債權

특정물채권의 채무자는 다음 두 가지의 의무를 부담한다.

(1) 目的物保存義務(善管注意義務)

특정물채권의 채무자는 “그 물건을 인도하기까지 선량한 관리자의 주의로 보존하여야 한다”(제374조).

(가) 意義

① “善良한 管理者의 注意”, 즉 선관주의란 거래상 일반적으로 평균인에게 요구되는 정도의 주의를 말한다. 다시 말하면 주의의무를 부담하는 자가 속하는 직업, 지역, 사회적 지위에 있는 사람들에게 평균적·일반적으로 요구되는 정도의 주의를 말한다.

② 이처럼 객관화·정형화된 기준에 따라 요구되는 선관주의의무가 민법상 주의의무의 원칙적 모습이다. 다시 말하면 민법상 주의의무를 부담하는 자는 특별한 규정이 없는 한 선관주의의무를 부담한다. 이러한 주의의무의 해태(게을리 함)를 抽象

的 輕過失이라고 한다.

③ 일반적으로 특정물채권의 채무자는 선관주의의무를 부담하지만, 가령 무상수치인에 대해서는 특칙인 제695조가 적용되어 그 주의의무가 경감된다.

④ 제374조는 임의규정이므로, 당사자의 특약에 의하여 그 적용이 배제될 수 있다.

(b) 善管注意義務의 存續期間

① 제374조에 의하여 특정물채권의 채무자는 채무가 성립한 때부터 “물건을 인도하기까지” 선량한 관리자의 주의로 보존하여야 한다. 그런데 “물건을 인도하기까지”가 문언 그대로 채무자가 실제로 인도할 때까지를 의미하느냐 아니면 인도하여야 할 시기, 즉 이행기까지를 의미하느냐에 관하여 과거 견해의 대립이 있었으나, 현재 법문 그대로 물건을 실제로 인도할 때까지라는 의미로 새기는 데 異論이 없다.

② 주의할 것은, 이행기가 지난 후에는 통상 履行遲滯에 빠져 채무자의 책임이 가중되거나(제392조) 債權者遲滯가 성립하여 채무자의 책임이 경감된다(제401조)는 점이다. 따라서 이행기가 지난 후 인도시까지 채무자가 여전히 선관주의의무를 부담하는 것은 이행지체나 채권자지체가 성립하지 않은 경우, 가령 채무자가 불가항력으로 이행기에 물건을 인도하지 못하였거나 채무자가 정당한 사유(예: 유치권, 동시이행의 항변권 등)에 기하여 이행기에 물건을 인도하지 않은 경우에 한한다.

(나) 違反의 效果

채무자가 선관주의를 게을리 하여 목적물이 멸실 또는 훼손된 경우에, 그는 손해배상책임을 지는데(제390조), 선관주의를 다하였는지 여부에 대한 증명책임은 채무자가 진다(동조 단서. 대법원 2001.1.19. 선고 2000다57351 판결 참조). 반면 채무자가 선관주의의무를 다하였다면, 목적물이 멸실 또는 훼손되어 손해가 발생하였더라도 그는 손해배상책임을 지지 않는다.

(2) 目的物引渡義務

채무자는 특정물을 선량한 관리자의 주의를 기울여 보존하다가 그 목적물을 인도하여야 할 때(즉 履行期)의 현상 그대로 인도하여야 한다(제462조).

3. 種類債權

(1) 法的 意味

(a) 종류채권에서 급부하여야 할 물건이 종류와 수량에 의하여 결정되어 있을 뿐이므로, 채무자가 종류물 중에서 특정된 물건을 인도하여야 할 의무를 지는 것은 아니다.

(b) 특정물채권에서 채권 성립 후 급부가 불능으로 되면 채무자의 인도의무가 소멸한다(급부위험의 채권자 부담). 그러나 종류채권에서 채무자는 이행기까지 지정된 종류·수량의 물건을 구하여 채권자에게 인도하여야 할 의무, 즉 調達義務를 부담하기 때문에, 종류물 전부가 존재하지 않게 된 경우(예: 1930년산 모젤포도주가 전혀 존재하지 않게 된 경우)에만 인도의무를 면한다. 바꾸어 말하면 종류물의 멸실은 원칙적으로 인정되지 않는다.

(2) 種類債權에서 目的物の 品質

(a) 채무자가 종류물 중에서 가치가 가장 많은 물건을 제공하여야 하는 것은 아니다. 법률행위의 성질(가령 소비대차에서 차주는 빌린 것과 같은 종류·품질·수량의 물건을 반환하여야 하고, 소비임치의 경우에도 같다. 제598조, 제702조 참조)이나 당사자의 의사에 의하여 품질을 정할 수 없는 경우에, 중등품질의 물건을 급부하면 된다(제375조 1항). 당사자의 의사가 명확하지 않은 경우에, 임의규정인 제375조 1항에 앞서 거래관행이 적용될 수 있음은 물론이다(제106조).

(b) 그러면 채무자는 상등품질의 물건을 급부할 수 없는가? 채권자가 특히 중등품질의 물건을 급부받아야 할 특수한 사정이 있는 경우가 아니라면, 채무자가 중등품질의 물건 대신 상등품질의 물건을 급부하더라도 채무불이행으로 되지 않는다고 새겨야 할 것이다.

(c) 한편 인도된 물건이 하등품질의 것이라면 채무내용에 좇은 변제제공이 아니고, 따라서 채권자는 급부의 수령을 거절할 수 있다. 그러나 종류매매에서 채권자인 매수인은 급부를 수령하고, 제581조에 기한 권리를 주장할 수도 있다.

(3) 種類債權의 特定

(가) 意義

채무자가 종류채무를 이행하기 위하여 종류물 중에서 급부하여야 할 물건이 결정되지 않으면 안 된다. 이처럼 종류물 중에서 인도되어야 할 물건이 구체적으로 결

정되는 것을 種類債權의 特定이라고 한다.

(나) 特定の 方法

종류채권의 특징은 제375조 제2항에 따라 원칙적으로 “채무자가 이행에 필요한 행위를 완료”한 때 또는 “채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때”에 이루어진다.

(a) 債務者が 履行에 必要한 行爲를 完了한 때

채무자가 이행에 필요한 행위를 완료한 때, 즉 원칙적으로 “채무내용에 좇은 변제”의 제공(제460조)을 한 때 종류채권의 특징이 이루어진다. 다만 하자 있는(즉 제375조 1항에 위반된) 목적물의 제공은 채무내용에 좇은 이행의 제공이라고 할 수 없으므로, 특징의 효과를 발생시키지 않는다.

(b) 債務者が 債權者の 同意를 얻어 履行할 物件을 指定한 때

채무자가 채권자로부터 指定權(법적 성질: 形成權)을 부여받아 인도할 물건을 지정한 때 특징이 이루어진다.

(다) 特定の 效果

(a) 特定物債權으로의 轉換

특정에 의하여 종류채권은 특정물채권으로 전환된다(다만 금전채권의 경우에는 그렇지 않다). 따라서 특정 후 채무자는 특정된 물건에 대한 선관주의의무(제374조)만을 부담한다. 주의할 것은, 특정된 물건의 수량을 채권자가 지체하는 경우에 채권자지체가 성립하여 채무자의 보관상의 주의의무가 경감될 수 있다(제401조)는 점이다.

(b) 給付危險의 문제

특정에 의하여 給付危險(대가위험은 이와 구별되어야 함에 주의할 것)이 채무자로부터 채권자에게로 이전된다. 즉 특정 전에 급부하려고 준비하여 둔 물건이 멸실되면, 그 종류의 물건이 존재하는 한 채무자는 다른 물건을 구하여 급부하여야 하지만(調達義務), 특정된 후에는 특정된 물건만이 급부의 목적으로 되기 때문에, 물건이 멸실되면 불능으로 인하여 급부의무를 면한다. 물건의 멸실에 대하여 채무자

에게 책임이 있는 경우에, 그가 손해배상책임을 질 수 있음은 물론이지만, 이는 급부위험과 별개의 문제이다.

III. 金錢債權과 利子債權

1. 金錢債權

(1) 概念 및 發生原因

(가) 가장 빈번하게 급부의 대상으로 되는 것이 金錢이다. 특수한 동산으로서 금전은 재화와 용역에 대한 가치척도인 동시에 법률적 지급수단이다. 이러한 금전의 지급(인도)을 목적으로 하는 채권을 金錢債權이라고 하는데, 대부분의 경우에 금전채권은 金額債權이다. 물건의 인도를 목적으로 하는 채권 중 거래계에서 특히 중요한 것은 바로 금전채권이다.

(나) 금전채권은 법률행위(예: 매매, 소비대차, 임대차, 고용 등과 같은 계약 또는 유증과 같은 단독행위) 또는 법률의 규정(예: 사무관리, 부당이득, 불법행위, 부양청구권. 특히 채무불이행이나 불법행위에 적용되는 제394조 참조)에 의하여 성립한다.

(2) 金錢債權의 特殊性

(가) 金錢債權의 性格

금전채권은 일종의 종류채권이지만, 지급되는 금전 자체는 별로 중요하지 않고 수량으로 표시된 일정한 화폐가치(즉 화폐의 구매력)가 중요시되는 점에 특색이 있다는 것이 통설의 입장이다. 즉 금전채권을 특수한 종류채권으로 이해하고 있다.

금전채권의 이행불능이라는 것은 생각할 수 없고, 履行遲滯가 성립할 수 있을 뿐이다. 즉 강제통용력 있는 통화가 존재하는 한 금전채권은 언제나 이행가능한 상태에 있고, 따라서 채무자는 이행의무를 부담한다.

금전지급 채무자는 지급무능력을 이유로 자신의 급부의무로부터 해방될 수 없다. 법적 거래는 참여자 각자가 자기 채무를 적절하게 이행할 수 있는 능력을 가지고 있음을 전제로 하여 이루어지기 때문이다.

(나) 金錢債務의 履行方法

(a) 현금, 즉 한국은행권 또는 주화의 인도(지급)에 의한 이행(가령 주차요금을 지폐나 주화로 지급하는 所爲)이 금전채무의 전형적인 이행방법이다.

(b) 우편환이나 금융기관이 발행한 자기앞수표를 교부(인도)하는 방법에 의한 이행도 이들이 거래계에서 가지는 의미 및 당사자의 의사에 따라 현금의 인도와 마찬가지로 보아야 할 것이다. 그러나 지급 여부가 불확실한 어음이나 개인 발행의 수표(예: 가계수표)의 인도는 원칙적으로 금전채무를 소멸시키는 이행으로 되지 않는다(다만 당사자 사이에 대물변제의 합의가 있는 경우에는 그렇지 않다).

(다) 金錢債務 不履行에 관한 特則

(a) 要件에 관한 特則

① 일반적으로 손해배상을 구하는 채권자가 손해의 발생 및 그 액을 증명하여야 하지만, 금전채무 불이행의 경우에 그 증명이 곤란할 뿐만 아니라 금전은 일정한 果實을 발생시키는 것이 보통이므로, 채권자가 손해의 발생과 손해액을 證明할 필요는 없다(제397조 2항 전단). 즉 제397조는 금전채무의 이행지체가 있으면 지연이자부분만큼의 손해가 있는 것으로 의제하려는 데 그 취지가 있으므로, 지연이자를 청구하는 채권자는 손해의 발생 및 손해액에 대한 證明責任을 지지 않는다.

② 일반적으로 채무자는 자신의 귀책사유에 기한 것이 아닌 채무불이행에 대하여 책임을 지지 않지만(제390조 단서), 금전채무의 채무자는 채무불이행이 자신에게 책임 없는 사유로 인한 것임을 증명하더라도 책임을 면할 수 없다. 즉 금전채무의 불이행에 대하여 채무자는 과실 없었음을 항변하지 못하므로 結果責任을 부담한다(제397조 2항 후단).

(b) 效果에 관한 特則

금전채무 불이행의 경우에 손해배상액은 법정이율에 의하여 산정된다(제397조 1항 본문). 따라서 채권자에게 실제로 발생한 손해가 법정이율에 의하여 산정된 액보다 많거나 적더라도 채무자는 법정이율에 따라 산정된 금액을 손해배상액으로 지급하여야 하고, 그것으로 족하다. 그러나 법정이율과 다른 이자율의 약정이나 지연손해금율의 약정이 있는 경우에 손해배상액은 그에 의하여 산정된다(동항 단서).

2. 利子債權

(1) 概念

(가) 利子債權은 이자의 지급을 목적으로 하는 채권을 말한다. 여기서 利子란 금전 기타 대체물의 사용대가로 그 원본액과 사용기간에 따라 일정기마다 일정한 비율(즉 이율)에 따라 지급되는 금전 기타 대체물을 말한다. 따라서 원본채권의 존재를 전제하지 않는 종신통기금(제725조)은 이자가 아니다. 또한 地料나 賃料는 금전 기타 대체물의 사용대가가 아니라 부대체물인 토지 또는 가옥의 사용대가기기 때문에 이자가 아니다. 회사의 이익배당금도 일정한 이율(원본과 이자의 비율)에 따라서가 아니라 그때그때의 이윤에 따라 계산되기 때문에 이자가 아니다. 한편 금전채무 불이행에 대한 손해배상금을 「遲延利子」라고도 하는데, 그 법적 성질은 이자가 아니라 손해배상금이다.

(나) 이자채권에서 원본과 이자는 금전인 것이 보통이지만, 금전 외의 대체물일 수도 있다(예: 쌀을 빌려주거나 쌀로 이자를 받는 경우). 또한 이자가 원본과 동일한 종류의 물건일 것을 요하지 않는다(가령 쌀을 빌려주고 금전으로 이자를 받을 수 있다).

(다) 이자채권은 법률의 규정 또는 당사자간의 약정에 의하여 성립한다. 법률의 규정에 의하여 발생하는 이자를 法定利子(예: 제29조 2항, 제587조 후단, 제748조 2항 등), 당사자들의 약정에 의하여 발생하는 이자를 約定利子(예: 이자부 소비대차)라고 하는데, 후자가 일반적인 모습이다.

(2) 利率

(a) 利率은 원본과 이자의 비율을 말하는데, 이율에 따라 이자가 산정된다. 즉 당사자들이 약정한 이율(즉 約定利率)이 있으면 이에 따라 이자가 산정되고, 당사자들이 이율을 정하지 않은 경우에 法定利率(법률이 규정하는 이율)의 적용을 받는데, 법률에 다른 규정이 없으면 민사법정이율은 연 5푼(제379조)이고, 상사법정이율은 연 6푼(상법 제54조)이다.

(b) 이자의 이자, 즉 변제기에 도달한 이자를 원본에 산입하여 원본의 일부로 이에 또 붙여지는 이자를 複利 또는 重利라고 한다. 민법은 이러한 복리를 금지 또는 제한하고 있지 않으므로, 법률(가령 이자제한법 제5조) 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 한 복리의 약정을 할 수 있다.

(3) 利子の 制限

(가) 이자제한법의 적용범위

이자제한법은 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율을 제한한다(동법 제2조 1항). 즉 「金錢」의 소비대차에서의 약정이자에만 적용되고, 금전 외의 소비물을 목적으로 하는 소비대차에는 적용되지 않는다. 이러한 경우에 제104조의 폭리행위로서 무효로 될 수 있을 것이지만, 금전대차의 이자로 금전 외의 대체물을 지급하기로 한 경우에 동법이 적용된다고 하여야 한다. 한편 금전의 「消費貸借」에 한하여 적용되므로, 매매대금과 같이 대차관계에 기하지 않은 금전채권에는 적용되지 않는다.

(나) 制限利率

(a) 이자제한법은 약정이율의 최고한도를 제한하는 방식을 취한다. 즉 약정한 때의 최고이자율은 연 25%를 넘지 않는 범위 안에서 대통령령으로 정하는데(동법 제2조 1항, 2항), ‘이자제한법 제2조 1항의 최고이자율에 관한 규정’에 의한 현재의 최고이자율은 연 24%이다. 그런데 이자가 확정된 금액으로 약정된 경우에도 원본과의 비율에 따라 위 제한을 받는다고 할 것이다.

(b) 한편 금전대차에 관하여 채권자가 받는 원본 외의 금전은 그 명칭 여하를 불문하고 모두 이자로 간주되는데(看做利子, 동법 제4조.), 이러한 간주이자를 포함하여 최고이자율을 초과하지 않는 범위 내에서만 약정이자가 유효하다.

(c) 복리에 관하여 동법 제5조는 “이자에 대하여 다시 이자를 지급하기로 하는 복리약정은 제2조 1항에서 정한 최고이자율을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 대하여는 무효로 한다”고 한다.

(라) 制限違反의 效果

(a) 超過部分의 無效

금전소비대차의 약정이자로 앞에서 본 최고이자율을 초과하는 부분은 무효이다(이자제한법 제2조 3항). 따라서 채권자가 이를 재판상 청구할 수 없을 뿐만 아니라 최고이자율을 초과하는 이자채권을 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하더라도 그 효력이 발생하지 않는다. 나아가 준소비대차계약을 하거나 경계계약을 하더라도 초과부분에 관하여는 효력이 없다.

(b) 制限超過利子の 返還請求

이자제한법 제2조 4항은 “채무자가 최고이자율을 초과하는 이자를 임의로 지급한 경우에는 초과지급된 이자 상당 금액은 원본에 충당되고, 원본이 소멸한 때에는 그 반환을 청구할 수 있다”고 규정하여 이를 입법적으로 해결하였다. 이러한 태도는 과도한 이자약정으로부터 채주를 보호하기 위한 동법의 입법취지에 비추어 긍정적으로 평가된다.

제3장 계약의 효력 : 쌍무계약의 효력

I. 쌍무계약의 효력 일반

쌍무계약은 다음과 같은 견련관계를 갖고 있다.

먼저, 쌍무계약에서 발생한 것으로서 서로 대가적인 의미가 있는 채무들은 각자 독자적으로 취급되지 않고 서로 종속되어 그 법률적 운명을 같이하게 되는 의존관계가 있다. 이러한 의존관계를 채무의 견련성이라고 하며 이것이 바로 쌍무계약의 특질이 된다. 쌍무계약에 있어서의 채무의 견련성은 주로 다음 3가지의 점에서 나타난다.

다음으로 成立上の 牽聯關係 : 쌍무계약에 의하여 부담하게 된 일방의 채무가 불능, 불법 등의 이유로 성립하지 않거나 무효 또는 취소된 경우, 이와 대가적인 의미가 있는 상대방의 채무도 성립하지 않게 된다. 예를 들어 매매계약의 목적인 건물이 이미 멸실되어 있었기 때문에 그 건물인도채무가 불능이라면 상대방의 대금지급 채무도 성립하지 않게 될 것이다. 다만, 이 경우에는 계약체결상의 과실(제535조)이 문제될 수 있다.

셋째, 履行上の 牽聯關係 : 쌍무계약에 의하여 부담하게 된 채무는 원칙적으로 대가적 의미가 있는 상대방의 채무가 이행될 때까지 이행하지 않아도 좋다. 자신의 채무를 이행함이 없이 그와 대가관계에 있는 상대방의 채무의 이행을 요구하는 것은 공평의 원칙이 어긋나고, 그렇다고 자신의 채무를 먼저 이해하여 버리고 나면 상대방에 대한 채무이행을 요구하는 것이 곤란하게 될 수도 있다. 동시이행의 항변권이라는 제도는 이러한 문제의 해결을 위한 것이다.

넷째 存續上の 牽聯關係 : 쌍무계약에 의하여 부담하게 된 일방의 채무가 그 당사자에게 책임이 없는 사유로 이행불능이 되어 소멸하게 되는 경우, 대가적 의미가 있는 상대방 채무의 운명은 어떻게 되는지 문제된다. 이 경우 상대방의 채무도 소멸한다면 이행불능으로 인하여 채무가 소멸함으로써 생기는 위험은 이행불능이 된 채무의 채무자가 부담하게 되고, 반대로 상대방의 채무가 소멸하지 않는다면 위험은 이행불능이 된 채무의 채권자인 상대방이 부담하게 된다. 이것이 쌍무계약에 있

어서의 반대급부 위험부담의 문제이다. 일단 성립하였으나 이행되기 전에 쌍방 귀책사유 없이 불능으로 된 경우 우리 민법상으로는 상대방의 채무도 소멸된다고 보는 것, 즉 불능으로 된 채무의 채무자가 그 위험을 부담한다고 보는 것이 원칙이다. 그 밖에도 당사자 일방의 채무가 채무불이행에 빠진 경우 상대방은 자기의 채무를 면하기 위해 계약을 해제할 수 있고(채무불이행시의 건련성), 또 이미 채무의 이행이 끝난 후에 계약이 무효로 판명되거나 취소된 경우 양 당사자의 원상회복의무도 건련성을 갖는다(清算上の牽聯性).

II. 同時履行의 抗辯權

1. 意義

동시이행의 항변권이란 쌍무계약상 상대방이 이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 권리(제 536조)로서, 대가적 채무는 상환으로 이행되어야 한다는 원칙에 기초한 것이다. 상환의 원칙은 먼저 각 당사자는 상대방으로부터 반대급부를 받지 못한 상태에서 자신의 채무를 이행하여야 할 위험으로부터 보호된다는 담보적 기능을 하며, 또한 상대방의 이행을 촉구하는 압력수단으로서도 기능한다.

2. 成立要件

(1) 對價的 意味 있는 債務의 存在

(a) 쌍무계약에 의해 당사자 쌍방은 대가적 의미가 있는 채무를 서로 부담해야 한다. 예를 들어 매매계약에 있어서 매매대금의 지급의무와 권리의 이전의무 사이에는 특별한 사정이 없는 한 서로 건련적 관계에 있다.

(b) 公평의 원칙에 따른 확대

「동시이행의 항변권은 당사자 쌍방이 부담하는 각 채무가 고유의 대가관계에 있는 쌍무계약상의 채무가 아니더라도 구체적 계약관계에서 당사자 쌍방이 부담하는 채무 사이에 대가적인 관계가 있어 이행상 건련관계를 인정할 사정이 있는 경우에도 인정되어야 한다」

[인정사례]

1) 명문규정으로 인정한 경우

① 쌍무계약 일반(제536조), ② 매매계약에서의 쌍방의 의무(제568조 2항), 유상 계약에의 준용(제567조), ③ 계약해제로 인한 원상회복 의무(제549조), ④ 매도인의 담보책임(제583조), ⑤ 수급인의 하자보수의무(제667조), ⑥ 종신정기금계약의 해제시 원본상환청구(제728조)

2) 해석상 인정하는 경우 ① 변제와 영수증의 교부, ② 채무의 변제와 그 채무이행의 확보를 위해 교부한 어음 수표의 반환, ③ 임차물과 보증금반환의무, ④ 계약이 무효 취소된 경우 반환의무

(2) 相對方의 債務가 履行期에 있을 것

상대방의 채무가 변제기에 있지 않으면 동시이행의 항변권이 인정되지 않는다(제536조 1항 단서). 따라서 일방채무자가 선이행의무를 부담하는 경우(즉, 상대방의 이행기는 아직 도달하지 않은 경우)에는 동시이행의 항변권을 가질 수 없다. 대표적으로 부동산매매 관행상 중도금 채무는 선이행의무에 해당하며, 잔금채무는 소유권이전과 동시이행 관계에 있다. 만일 부동산 매매 계약에 있어서 등기 후에 잔금을 지급하기로 특약을 하였다면, 매도인의 등기의무가 선이행의무로 될 것이다. 그러나 일방당사자가 선이행의무를 부담하는 경우에도 다음과 같은 두 가지 예외가 존재한다.

첫째, 선이행의무자가 그 이행을 지체하는 동안에 상대방의 채무가 이행기에 달하게 되면, 선이행의무를 부담하는 채무자도 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다. 중도금 지체 후 해제하지 않던 중 잔금 기일이 도래한 경우 판례는 중도금과 중도금에 대한 잔금기일까지의 지연배상 및 잔금 지급의무와 소유권이전등기서류에 대한 이행의무는 동시이행의 관계를 인정한다. 둘째, 일방당사자가 선이행의무를 부담하더라도 상대방의 채무 이행이 현저히 곤란한 사정이 있는 때에는 거절이 가능하다(제536조 2항).

위와 같은 예외에 해당하지 않는데 동시이행의 항변을 주장하여 자신의 채무를 이행하지 아니할 경우, 자칫 위약(계약위반)이 되어 계약을 해제당하고 계약금을 위약금으로 몰수되는 경우가 있다.

(3) 相對方이 債務의 履行 또는 履行의 提供을 하지 않을 것

상대방의 이행 또는 이행의 제공이 없는 경우에 채무자는 이행지체책임을 지지 않으며, 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다. 상대방이 자기의 채무의 ‘이행 또는 이행의 제공’을 하지 아니하고 이행을 청구하였을 것을 요한다. 입장을 바꾸어 말하면 상대방의 동시이행의 항변으로부터 벗어나기 위해서는 자신의 채무에 관하여 “이행 또는 이행의 제공”을 하여야 한다. (‘이행’을 하게 되면 동시이행의 항변권 자체가 문제되지 않으므로, ‘이행의 제공’을 하는 것으로 설명하는 것이 보통이다.)

(4) 履行의 提供을 維持할 것

매도인이 등기서류를 제공하였으나 상대방(매수인)이 이를 수령하지 않은 상태에서, 등기용 인감증명의 시효가 경과하였고, 그 후 매도인이 잔대금을 청구하는 경우 상대방이 등기서류의 교부를 요구하며 동시이행의 항변권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된다. 이에 대해 이행의 제공이 있었으므로 동시이행의 항변권이 성립하지 않으며 잔대금의 거부는 채무불이행이라는 견해가 있다. 이에 반해 이행의 제공이 계속되지 않은 경우, 과거에 한번 이행의 제공이 있었다는 사실만으로는 상대방의 동시이행의 항변권이 소멸하지 않으며, 동시이행관계에 있는 상대방에 대해 이행지체를 계속 발생시키기 위해서는 변제의 제공이 계속되어야 한다고 보는 견해인 이른바 계속적제공설이 판례와 다수설의 입장이다. 그러나 주로 부동산매매에서 인감증명의 유효기간이 지난 경우 등의 유형에서 주로 받아들여지는 논리이고, 사안에 따라서는 계속적 이행제공에 대하여 이를 완화해서 이해하는 태도도 있다.

4. 效果

(1) 履行拒絶權能

동시이행의 항변권은 상대방의 채무이행이 있기까지 자신의 채무이행을 거절할 수 있는 권리이므로, 이와 같은 이행거절권능이 이 항변권의 본체적 효력이라고 할 수 있다. 이 항변권은 연기적 항변권이므로 채무자체가 소멸하는 것이 아니라, 연기할 수 있는 것에 불과하다.

(2) 訴訟上の 效力: 相換履行判決

원고의 청구에 대하여 피고가 적법하게 동시이행의 항변권을 소송상 원용한 경우 원고가 단순청구를 관철시키기 위하여서는 자기 채무를 이행하였거나, 이행의 제공을 하였음을 입증할 책임이 있다. 원고가 입증책임을 다하지 못한 경우 법원은 단순히 원고의 청구를 기각하여야 할 것이 아니라, 상환으로 급부를 명하는 상환이행 판결(일부승소판결)을 하여야 한다.

(3) 實體法的인 效力1：履行遲滯의 防止

동시이행의 항변권을 가진 채무자는 그 채무의 이행기에 이행을 하지 않더라도 상대방이 먼저 자기 채무를 이행하거나 이행의 제공을 하지 않는 한 이행지체에 빠지지 않는다. 따라서 상대방은 이행지체를 이유로 한 손해배상채권을 취득할 수도 없고, 계약을 해제할 수도 없다. 동시이행의 항변권이 존재한다는 사실 자체가 반대급부의 이행이 있기까지 자기 채무의 불이행을 정당화시키는 이유가 되기 때문이다. 이와 같은 이행지체 저지효는 항변권의 원용 없이도 그 효과가 인정된다. 예컨대 임차인이 임차보증금반환채권을 내세워 임대인의 명도청구를 거절하는 경우 임대인이 임차인에게 정산된 임차보증금을 현실적으로 반환하거나 그 이행의 제공을 하여 동시이행의 항변권을 소멸시키지 않는 한, 임차인의 목적물에 대한 점유는 불법점유라고 할 수 없다. 다만 임차인이 그 점유로 인하여 실질적인 이득을 얻는 경우 이를 부당이득으로서 임대인에게 반환하여야 하는 것은 별개의 문제이다.

(4) 實體法的인 效力2：相計禁止

동시이행의 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 상계하지 못한다. 만약 상계를 허용한다면 상대방이 가진 동시이행의 항변권을 잃게 되는 결과가 발생하기 때문이다. 그러나 이 항변권이 붙어 있는 상대방의 채권을 수동채권으로 하여 상계하는 것은 무방하다. 이것은 항변권의 행사를 스스로 포기한 것이기 때문이다. 다만 자동채권과 수동채권이 서로 동시이행관계에 있는 경우에는 동시이행의 항변권이 붙은 채권을 자동채권으로 하는 상계도 허용된다. 상계를 허용함으로써 오히려 당사자 사이의 채무 변제를 용이하게 처리할 수 있기 때문이다. 한편 양 채무가 서로 동시이행관계에 있는 경우에는 상계가 가능하다. 상계금지효 역시 동시이행의 항변권의 존재만으로 그 효과가 인정된다.

III. 危險負擔

유효하게 성립한 채권관계에 있어서 채무자의 귀책사유 없이 급부장애가 발생한 경우에 타방채무는 존속하는지, 또 이에 따른 불이익을 누구에게 부담시켜야 할 것인지 문제된다.

1. 意義

(가) 위험이란 계약당사자인 채무자와 채권자 쌍방의 책임없는 사유로 채무의 내용이 실현될 수 없게 됨으로써 발생한 불이익을 의미한다. 위험에는 급부위험과 반대급부위험이 있다. 급부위험이란 재산권이전이라는 급부가 양 당사자의 귀책사유 없이 불능이 된 경우 그 목적물에 대한 재산권을 이전받지 못하게 되는 불이익을 말한다. 반면에 반대급부위험이란 급부의 불능에 따라 반대급부인 대금지급을 받지 못하게 되거나, 반대로 급부를 받지 못함에도 불구하고 반대급부만을 부담해야 하는 불이익을 말한다. 제 537조와 제 538조에서 말하는 위험이란 반대급부위험, 즉 대가위험을 의미한다.

(나) 위험부담이란 쌍무계약에 있어서 대가위험을 누가 부담하느냐의 정책적 개념이다. 양 채무는 존속상 견련관계에 있기 때문에 일방의 채무가 불능이 된 이상, 상대방의 채무도 소멸한 것으로 보는 것이 타당하다. 우리 민법 제 537조에서는 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다고 하여 채무자위험부담주의를 취한다. 즉, 반대급부의 위험은 소멸된 채무의 채무자가 부담한다.

2. 債務者의 反對給付危險負擔原則의 要件과 效果

(1) 要件

- ① 쌍무계약일 것을 요한다. 양 당사자의 채무가 대가적 견련관계에 있어야 한다.
- ② 일방의 채무가 후발적으로 불능이 되어야 한다. 원시적 불능의 경우에는 계약체결상의 과실이 문제될 여지가 있을 뿐이다.
- ③ 급부불능에 대한 양 당사자의 귀책사유가 없어야 한다.

(2) 效果

채무자의 반대급부청구권이 소멸한다. 채무자는 자신의 채무를 면함과 동시에 채권자에게 반대채무의 이행을 청구할 수 없다. 채무자가 이미 반대급부의 전부 또는 일부를 이행받았다면 이는 부당이득으로서 상대방에게 반환되어야 한다. 채무자가 그의 급부불능을 원인으로 이에 갈음하여 대상물 또는 배상청구권을 취득한 경우에 채권자는 그 대상물의 인도 또는 배상청구권의 양도를 청구하고 자신의 반대급부를 이행할 수 있다. 채권자는 대상청구권을 행사하지 않고 반대급부의무의 소멸을 청구할 수도 있다.

민법 제537조는 강행규정이 아니므로 당사자의 특약에 따라 이와는 다르게 위험부담의 문제를 약정할 수도 있다.

3. 債權者의 歸責事由로 인한 경우의 例外

민법 제538조에서는 채권자가 위험을 부담하는 예외를 규정하고 있다. 즉 ①쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때, ②채권자의 수령지체중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방에 대한 반대급부청구권을 상실하지 않는다.

(1) 要件

채권자의 책임있는 사유로 불능이 될 것을 요한다. 채권자의 책임있는 사유란 채무자의 급부실행을 불가능하게 만든 원인으로서는 계약에 반하는 채권자의 유책한 행태를 말한다. 채권자의 책임사유는 비교적 넓게 해석된다. 즉, 반드시 법적의무를 위반하는 경우에만 인정되는 것은 아니며 채권자가 회피할 수 있었던 장애사유를 그의 잘못으로 저지하지 못한 경우에도 인정될 수 있다.

채권자의 수령지체 중인 경우에는, 양 당사자의 책임없는 사유로 불능이 되었다 하더라도 채권자가 위험을 부담한다. 가령, 부동산 매매계약 사례에서 매도인 A가 잔금지급일에 등기서류를 제공하고 잔금청구를 하였는데, 매수인 B가 이를 수령하지 아니하고 있던 중에 쌍방 책임 없는 사유로 해당 부동산가 소실된 경우를 생각할 수 있다.

(2) 效果

채권자의 반대급부의무가 인정된다. 채무자는 자신의 급부의무는 면하지만 반대급부청구권은 상실하지 않는다.

채무자는 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익을 채권자에게 상환하여야 한다(제538조 2항).

제538조 1항 역시 임의규정으로서 당사자의 특약으로 이와 달리 반대급부의 위험부담을 정할 수 있다.

[제538조와 제401조의 關係] 채권자의 수령지체 중에 채권자의 책임있는 사유로 불능이 되면 당연히 반대채무는 존속한다. 나아가 수령지체 중 쌍방의 책임 없는 사유로 불능이 된다면 제538조 1항 2문 규정에 따라 반대채무가 존속한다. 그러나 채권자의 수령지체 중에 '채무자의 책임 있는' 사유로 불능이 되는 경우에는 어떻게 되는지가 문제 된다. 이는 특히 민법 제401조에서 채권자지체 중 채무자는 고의 또는 중대한 과실이 없으면 불이행으로 인한 '모든 책임이 없다'고 규정하고 있어 해석상 위험부담과의 충돌이 생긴다. 통설의 입장인 반대급부청구긍정설에서는 채권자 지체 중에 A의 경과실로 목적물이 멸실된 경우를 채무자의 귀책사유 없는 이행불능과 동일하게 다루어, 채무자는 급부를 면하고 반대급부를 청구할 수 있다고 본다.

제4장 개별 계약유형 : 매매, 임대차, 도급

I. 매매계약

1. 매매의 의의와 법적 성질

(1) 매매는 매도인이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고, 매수인은 이에 대해 대금을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(제563조).

(2) 매매의 목적인 재산권은 제한이 없으며, 따라서 물권, 채권, 지식재산권 이외에 영업이나 기업도 대상이 될 수 있다. 타인의 권리 또는 장차 성립할 재산권에 대한 매매도 유효하다.

2. 계약금계약

(1) 계약금의 의의와 종류

(가) 계약금이란 계약을 체결할 때에 일방이 상대방에게 교부하는 금전 기타 유가물로서 그 지급을 약정하는 합의가 계약금계약이다. 계약금계약은 주된 계약에 부종하는 종된 계약으로서 계약금의 수수를 필요로 한다는 점에서 요물계약으로 이해되고 있다.

(나) 계약금의 종류

(a) 계약금은 일단 계약성립의 증약금으로서 공통된 성질을 갖는다.

(b) 계약금은 제565조에 따라 당사자의 합의가 없더라도 해약금으로서 추정된다

(c) 위약계약금

① 당사자가 계약금을 수수하면서 ‘교부자가 채무를 불이행한 경우에는 계약금 몰수, 수령자의 경우에는 그 배액을 배상한다’는 약정을 하는 경우 계약금은 위약금으로서 성격을 갖는다 (위약금과 위약벌의 구별).

② 계약금이 해약금으로 추정되는 반면 별도의 약정이 없는 한 위약금으로 추정되지는 않는바, 위약계약금이 되기 위하여는 위와 같은 별도의 약정이 필요로 한다.

(2) 해약금에 의한 약정해제권의 유보

(가) 계약은 성립한 이상 당사자가 임의로 이를 해제할 수 없으며, 해제권 행사를 위하여는 채무불이행의 법정사유 또는 당사자의 약정에 의한 유보가 필요하다. 약정해제권은 특히 계약금의 교부에 따른 해약권의 형태로도 인정되는데, 제565조는 당사자의 약정이 없더라도 계약금을 해약금으로 추정하고 있다. 제565조는 임의 규정이다.

(나) 유보해제권의 행사

(a) 계약금의 교부자와 수령자 모두 유보해약권을 행사할 수 있다. 교부자는 포기의 의사만으로 충분하겠으나, 수령자는 배액을 상환하여야 하는데 이때 현실의 제공을 필요로 한다.

(b) 해제권 행사는 이행에 착수하기 이전에만 가능하다.

① “이행의 착수”란 중도금의 제공과 같이 채무이행 행위의 일부를 행하거나 또는 이행하는데 필요한 전제행위를 하는 경우로서, 이 같은 시간적 제한은 당사자 일방이 이미 이행에 착수한 때에는 그 당사자는 그에 필요한 비용을 지출하였을 것이며 계약이 이행될 것으로 기대하고 있는데, 만일 이 단계에서 상대방으로 하여금 계약을 해제할 수 있게 한다면 예측하지 못한 손해를 입게 되기 때문에 이를 방지하는데 목적을 두고 있다.

② 위 취지에 따라 “이행의 착수”라는 요건은 객관적으로 외부에 확인할 수 있는 정도로 채무의 이행행위 가운데 일부를 하거나(예컨대 중도금의 지급이나 목적물의

인도) 또는 이행을 하기 위하여 필요한 준비행위(매수인이 잔금을 준비하고 매도인에게 등기절차를 밟기 위하여 등기소에 동행할 것을 촉구하거나 또는 가옥의 매수인이 약정한 명도기한 후에 매도인에게 수차 명도를 요구하면서 매도인이 명도를 하면 언제든지 약정대금을 지급할 수 있는 상태에 놓여 있는)를 하는 경우에 인정된다. 그러나 단순히 이행의 준비를 하는 것(가령 매매대금의 지급을 위하여 용자계약을 체결해 두었다는 사정)만으로는 충분하지 않으나, 그렇다고 이행의 착수가 반드시 계약내용에 들어 맞는 정도에까지 이르지 않는다고 된다.

(c) 해제권 행사의 효과

① 해약금에 의해 유보된 해제권은 약정해제권의 행사로서 채무불이행을 전제로 한 법정해제권과는 다르다. 특히 이행의 착수 이전에만 행사할 수 있는 관계로 원상회복이 문제되지 않는다. 또한 상대방의 채무불이행 여부와 무관하므로 약정해제권을 행사하면서 상대방에게 채무불이행책임을 물을 수는 없다.

② 해약금에 의해 유보된 해제권 행사는 법정해제권의 행사에 영향을 미치지 않는다.

3. 매매계약의 효력 일반

매매계약에 따라 매도인은 매수인에게 이전하기로 약정한 재산권의 이전의무를 부담하는 반면, 매수인은 그에 대한 대금을 지급할 의무를 부담한다(제568조 1항). 민법은 매도인의 의무로서 재산권이전만을 정하고 있으며 목적물을 인도할 의무도 매수인의 대금지급의무와 상환적으로 인정하는 한편, 이러한 전형적 의무 이외에도 개별 상황에 따른 여러 (부수적) 의무가 인정될 수 있다.

(1) 매도인의 의무 I : 재산권이전의무

(가) 매매의 목적인 재산권은 동산, 부동산, 채권, 지적 재산권 등 제한이 없는데, 각 목적에 따라 매도인이 구체적으로 취해야 할 이전행위의 내용을 달리 할 수 있다. 가령 매도인은 부동산매매의 경우에는 소유권이전등기의무를, 동산매매의 경우에는 점유의 이전을, 채권매매의 경우에는 양도합의로 족하나 채무자에 대한 대항요건의 구비를 필요로 한다.

(나) 매도인은 매수인과 별도의 합의가 없는 한 제3자의 용익적, 담보적 권한에 따른 부담이 없는 완전한 상태의 재산권이전 의무를 부담한다. 또한 매매대금의 지

급의무와 동시이행의 관계에 있다.

(다) 매매계약 당시 매도인이 처분권자일 것을 필요로 하지는 않으나, 매매계약의 이행을 위한 재산권이전행위(처분행위)를 하기 위하여 처분권한이 있어야 한다. 또한 매도인이 이전해야 할 재산권은 가령 타인의 소유지 위의 건물에 대한 매매계약의 경우 주된 물건인 건물의 소유권 이외에 건물을 위한 토지임차권 등의 종된 용익권도 포함한다.

(2) 매도인의 의무 II : 목적물인도의무

(가) 매도인은 별도의 합의나 관습이 없는 한 매수인에게 매매목적물에 대한 점유를 취득케 할 의무를 부담한다. 가령 준공되기 이전의 건물이 불법점유자에 의하여 점거되어 있는 경우 매도인은 이를 퇴거시켜 매수인에게 제공하여야 할 것이다. 재산권이전의무의 한 내용으로 이해할 수 있다.

(나) 목적물인도의무는 매매대금지급의무와 동시이행의 관계에 있다고 이해된다. 이견이 있으나 부동산매매의 경우에도 판례는 마찬가지로 취급하고 있다.

4. 매수인의 의무 : 매매대금 지급의무와 수령의무 여부

(가) 매수인은 매도인의 재산권이전과 목적물인도의무에 대한 반대급부로서 이와 상환하여 대금을 지급할 의무를 부담한다(제568조).

(나) 매수인은 매매목적물에 관하여 권리를 주장하는 자가 있어서 매수한 권리의 전부나 일부를 상실한 염려가 있을 때에는 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다(제588조)

(다) 매매목적물의 수령의무

가령 자동차의 매도인이 매수인에게 대금을 수령함과 함께 자동차등록증 등 관계서류를 교부해 주었으나 매수인이 이전등록을 하지 않음으로써 매도인에게 자동차세 등의 불이익이 발생한 경우에 매수인에게 그에 따른 책임을 물을 수 있는지의 여부이다.

5. 매도인의 담보책임

(1) 매도인의 담보책임 개관

매수인으로부터 일정한 대금을 받기로 하고 일정한 재산권을 이전하기로 한 매도인은(제563조 참조) 매매의 목적인 ‘그 권리’는 물론(제568조 참조), 매매목적물인 ‘특정된 물건’을 인도해야 한다.

만일 이렇듯 물건은 인도되었으나, i) 그 권리의 전부 또는 일부를 이전할 수 없는 경우 또는 그 권리도 이전하기는 하였으나, ii) 그 권리에 제한(예컨대 제한물권 또는 대항력 있는 임차권이 설정되어 있는 경우) 또는 부담(예컨대 제3자의 [가]압류 또는 가처분)이 있는 경우 또는 권리도 일단 이전하기는 하였으나, iii) 그 권리가 다시 박탈된 경우 매도인은 이러한 권리하자에 대하여 책임져야 한다. 만일 매매목적물조차 인도된 적이 없다면 매수인은 매도인에게 일반채무불이행법(제389조 내지 제399조 및 제544조 내지 제553조)에 따라 이행불능 또는 이행지체의 책임을 추궁할 것이므로 권리하자에 따른 매도인의 담보책임은 불완전이행에 대하여 채무자가 지는 책임의 특수한 형태이다.

만일 매매의 목적인 권리는 직전에서 말한 “하자 없이” 이전되었으나, 인도된 매매목적물의 性狀(성질과 상태)이 계약내용에 부합하지 않는 경우 매도인은 이러한 물건하자에 대하여 책임져야 한다. 이미 매매목적물의 동일성이 계약내용에 부합하지 않는다면 매수인은 매도인에게 일반채무불이행법(제389조 내지 제399조 및 제544조 내지 제553조)에 따라 이행불능 또는 이행지체의 책임을 추궁할 것이므로 물건하자에 따른 매도인의 담보책임도 불완전이행에 대하여 채무자가 지는 책임의 한 형태이다.

(일반)채무불이행책임은 채무자가 그의 귀책사유로 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 경우에 이를 이행지체·이행불능·불완전이행이라는 유형으로 파악하는 책임체계이다. 그러나 담보책임은 채무자(매도인)가 제공하여야 할, 또는 제공한 권리나 물건의 하자(흠)에 대하여 매도인의 과실 유무를 불문하고 매도인이 부담하여야 할 책임이다. 즉, 일반 채무불이행법의 책임귀속에서는 채무자의 고의·과실을 묻는 유책성의 원리가 지배하지만, 담보책임에서는 그 책임의 내용을 결정하는 요소로서 하자의 종류와 성질, 매수인의 선의·악의 등이 고려되는 형평의 원리가 지배한다.

담보책임의 내용을 이해할 때에는 i) 제570조 이하에서 규정하고 있는 하자의 종류, ii) 담보책임의 내용과 종류(즉, 매수인의 권리)를 정확하게 파악하고, iii) 매수인이 하자에 대하여 선의 또는 악의였는가, 즉 하자의 존재에 관한 매수인의 인식 여부를 확인하여야 한다. 특히 매수인이 매매계약 당시 하자의 존재에 관하여 악의

인 경우 원칙적으로 손해배상을 청구할 수 없다. 왜냐하면 하자에 관해 악의인 매수인은 하자로 인하여 발생할지도 모를 장래의 손해에 대하여 예비할 수 있었던 것으로 전제되기 때문이다.

(2) 權利瑕疵와 買受人의 權利

(가) 權利하자의 종류

權利하자는 계약내용에 비추어 볼 때 “흠(결)이 없는”, 즉 “완전한” 權利의 이전이 (처음부터 또는 결과적으로) 불가능한 경우를 말한다. 이러한 경우를 우리 입법자는 다음과 같이 예정하고 있다. i) 權利의 전부를 이전할 수 없는 경우, ii) 權利의 일부를 이전할 수 없는 경우(특정물매매에서의 수량부족 또는 일부멸실을 포함한다), iii) 權利를 이전하기는 하였으나 權利에 제한 또는 부담이 있는 경우 또는 iv) 일단 이전된 權利가 추후 박탈된 경우가 그것이다.

(나) 權利의 全部가 他人에게 속한 경우(이른바 “他人權利賣買”), 제570조

타인의 權利도 매매의 목적으로 할 수 있으나(제569조 참조), 매도인이 타인의 權利를 취득해서 이전할 수 없는 경우 매도인은 담보책임을 부담한다(제570조). 타인의 權利매매에 따라

매수인에게는 우선적으로 해제권이 주어질 수밖에 없다(제570조 본문). 이때 매수인의 하자준부에 관한 선의 또는 악의는 문제되지 않는다. 이행최고 없이 해제의 의사표시만으로 족하다. 다만, 선의의 매수인은 해제와 더불어 손해배상을 청구할 수 있다(동조 단서). 손해배상의 범위는 이행불능의 시점을 기준으로 산정되는 이행이익에 미친다(아래 1번째 판례 참조). 이러한 해제권 (및 손해배상청구권)의 행사에 대해서는 제척기간이 정해져 있지 않다.

유의할 것은 매도인의 귀책사유로 인하여 이행불능이 되었다면 악의의 매수인이라도 일반 채무불이행책임법에 의거하여 계약을 해제하고(제546조) 손해배상을 청구할 수 있다(제551조, 제390조)는 점이다.

(다) 權利가 他人의 制限物權 등에 의하여 제한을 받는 경우(제575조)

매도인은 매수인에게 소유권을 완전하게 이전해야 할 의무를 부담하는데, 타인의 제한물권에 의하여 매매목적의 소유권이 용익상의 제한을 받고 있다면 그러한 한도

에서 소유권에 하자가 존재하는 것이 된다. 즉, 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 되어 있거나(제571조 1항), 목적부동산을 위하여 존재해야 할 지역권이 설정되어 있지 않은 때 또는 목적부동산 위에 등기된 임차권(동조 2항)이나 이에 준하는 주택임대차보호법(제3조, 제 3 조의3)에 의해 대항력을 갖춘 주택임차권 또는 상가건물임대차보호법(제 3 조 3항, 제 6 조)에 의해 대항력을 갖춘 상가임차권이 있는 경우가 이에 해당한다. 이러한 경우 매수인은 선의의 경우에 한하여 매도인에게 담보책임을 물을 수 있다. 매수인이 계약체결 당시 이미 제한물권의 존재를 알고 있었던 경우에는 매도인에게 담보책임을 물을 수 없다. 이를 감안하여 매수대금을 결정했을 것이며, 그렇지 않았다하더라도 이는 매수인이 부담할 시장위험에 해당하기 때문이다. 제한물권으로 인하여 매수인이 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 선의의 매수인이 계약을 해제할 수 있으며, 아울러 손해배상을 청구할 수도 있다(제575조 1항). 따라서 계약의 목적을 달성할 수 있는 선의의 매수인은 손해배상 청구권을 행사할 수 있을 뿐이다(동조 1항 2문). 손해배상청구권과 해제권은 매수인이 그 사실을 안 날로부터 1년 이내에 행사하여야 한다(동조 3항).

(라) 抵當權 또는 傳貰權 등의 행사로 權利取得이 不可能하거나 취득한 權利가 追後 剝奪된 경우(제576조, 제577조)

저당권이 설정되어 있다는 사실 자체만으로는 소유권의 기능인 사용·수익·처분권이 제한되지는 않는다. 그러나 저당권이 실행되어 제 3 자가 소유권을 취득하게 된다면 매매계약에 의한 채권만을 보유하고 있는 매수인은 소유권을 취득할 수 없을 뿐만 아니라, 이미 소유권이전등기를 마친 매수인이라 하더라도 취득한 소유권을 상실하게 된다. 따라서 저당권이 설정되어 있다는 사실은 소유권의 취득을 불가능하게 하거나 취득된 소유권을 상실하게 할 잠재적 가능성을 지니므로 일종의 권리의 하자라고 할 수 있다. 그러나 이와 같은 하자는 매도인이 피담보채권의 이행기에 채무를 변제하면 더 이상 문제될 것이 없다. 따라서 저당권에 의하여 담보된 채권의 이행기에 채무자인 매도인 또는 제 3 자가 이행하면 그 하자는 제거된다. 한편 전세권의 설정은 용익권을 제한하는 것이지만(이러한 사정만으로 제575조가 적용될 여지가 있다), 전세권자가 경매청구권을 행사하게 되면(제318조 참조) 매수인은 소유권을 취득할 수 없게 되거나 취득한 소유권을 상실하게 된다.

유의할 것은 거래현실에서 저당권, 전세권 혹은 가등기담보권이 설정되어 있는 부동산을 매매함에 있어서는 이미 매매계약 당사자가 매도인의 (피담보)채무를 매수인이 인수하도록 하는 약정을 체결하거나(채무인수), 매수인이 매도인의 채무를 대신 이행할 것을 약정하는 이행인수계약을 체결함으로써 매매대금 중 인수된 채무액을 공제한 잔액만을 지급하는 경우가 있다는 점이다. 이와 같이 매수인이 자신의

出財로 소유권을 보존해야 할 명시적·묵시적 특약이 존재하는 경우 매수인은 소유권을 상실하더라도 매도인에게 제576조에 기초한 담보책임을 추급할 수 없다.

제576조에 따른 담보책임의 효과로서, 우선 매수인이 소유권을 취득할 수 없거나 또는 소유권을 상실한 때에는 계약을 해제할 수 있다(제576조 1항). 또한 매수인의 출재로 소유권을 보존한 때에는 상환청구뿐만 아니라 손해배상도 청구할 수 있다(동조 2, 3항). 담보책임이 아니더라도 당연하다.

6. 物件瑕疵와 買受人의 權利

(1) 瑕疵의 概念

하자란 채무자의 급부가 현실적으로 '있는' 상태와 마땅히 '있어야 할' 상태가 불일치하는 것을 말한다. 즉, 권리 또는 물건의 성질과 상태에 있어서 급부당위와 급부현실이 불일치하는 것이 채권자에게 불리한 상태를 일컫는다. 다만, 이때 '급부당위'의 기준을 어떻게 잡을 것인지에 관하여 견해의 대립이 있는데, 결국에는 당사자가 정한 약정의 내용(주관적 하자)과 매매 목적물이 보통 갖추어야 할 상태(객관적 하자) 등에 따라 판단될 것이다.

(2) 買受人의 權利

(가) 特定物賣買의 경우

목적물의 하자가 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 중대한 것이 아닌 경우에는 매수인은 손해배상만을 청구할 수 있다(제580조 1항 본문, 제575조 1항 단서). 손해배상의 범위는 매수인이 계약을 해제하지 아니하고 하자있는 목적물 자체를 그대로 보유·활용하여야 하는 상태에서 받게 되는 손해, 즉 매매목적물에 하자가 없을 것을 신뢰함으로써 입게 된 손해로서 하자보수비용, 하자로 인한 교환가치의 감소분 등의 소극적 손해의 전보에 국한된다.

목적물의 하자로 계약의 목적을 달성할 수 없을 때에는 계약을 해제할 수 있다(제580조 1항 본문, 제575조 1항 본문). 해제의 효과로 인하여 계약관계는 청산되며 본래의 계약관계의 성립을 신뢰함으로써 발생한 계약비용 등이 배상되어야 한다.

매도인의 손해배상의 범위를 산정함에 있어서는 과실상계에 관한 제396조가 유추

적용된다.

(나) 種類物賣買의 경우

이른바 완전물급부청구권이 추가되는 것 외에 종류물매수인은 특정물매수인과 동일한 권리를 가진다. 즉, 하자가 계약목적을 달성할 수 없을 정도로 중대한 것이 아닌 때에는 손해배상만을 청구할 수 있으며(제581조 1항, 제580조 1항 본문, 제575조 1항 단서), 하자로 계약의 목적을 달성할 수 없을 때에는 매수인은 계약을 해제할 수 있다(제581조 1항, 제580조 1항 본문, 제575조 1항 본문). 다만, 매수인은 계약해제권 또는 손해배상청구권을 행사하지 않는 대신, 하자 없는 물건(‘완전물’)의 급부를 청구할 수도 있다(제581조 2항).

(다) 除斥期間(權利行使期間)

매수인은 하자를 안 날로부터 6개월 내에 계약해제권 또는 손해배상청구권(종류물매매의 경우) 또는 완전물급부청구권을 행사하여야 한다. 이러한 권리행사기간은 제척기간이지만, 출소기간은 아니다.

(라) 擴大損害와 買受人의 權利

물건하자 그 자체가 문제되는 것이 아니라, 그 하자로 말미암아 채권자인 매수인의 다른 법익 내지 이익이 훼손된 경우 그러한 불이익을 확대손해라고 한다. ‘2차적 손해’, ‘(하자)후속손해’라고도 불린다.

이러한 손해의 배상을 가능케 하는 법적기초도 역시 제580조 또는 제581조이므로 제393조의 범위 내에서 손해배상책임의 범위만을 확정하면 된다는 견해에 따르면 제580조 또는 제581조의 손해배상청구권은 물건하자에 관해 매도인에게 귀책사유(고의·과실 및 제391조)가 없는 경우에도 매수인에게 귀속될 수 있다는 점에서 매수인에게 유리한 측면이 있다. 반면 확대손해는 일반 채무불이행책임법에 따른 손해배상청구권(제390조)에 기초하여서만 배상이 가능하다는 견해에 따르면 물건하자에 관해 매도인에게 귀책사유가 있을 것을 전제로 하여 제393조의 범위 내에서 손해배상책임의 범위가 확정될 것이다. 판례는 후자의 입장이다.

II. 물건용익을 목적으로 하는 계약

1. 概觀

우리 민법상 타인의 물건을 일정한 범위 안에서 사용·수익하는 용익의 방법은 채권적인 방법과 물권적인 방법으로 구분할 수 있다. 채권적으로 타인의 물건을 용익하는 방법으로는 소비대차, 사용대차, 임대차를 들 수 있고, 물권적으로 타인의 물건을 용익하는 방법은 지상권, 지역권, 전세권을 들 수 있다.

(1) 債權에 기초한 使用·收益

(가) 消費貸借

A가 B로부터 쌀 80kg 또는 연 10%의 이자로 1억원을 빌리는 경우와 같이, 소비대차는 당사자일방이 금전 기타 대체물의 소유권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방은 동종, 동질, 동량의 물건을 반환할 것을 약정함으로써 성립하는 낙성, 불요식계약이다. 소비대차는 차주가 목적물의 소유권을 취득한다는 점에서 목적물의 소유권을 취득하지 않고 그 목적물을 그대로 반환해야 하는 사용대차, 임대차와 구별된다. 또한 소비대차는 금전 기타 대체물을 그 목적물로 한다는 특색이 있다.

(나) 使用貸借

A가 급한 용무로 자동차를 필요로 하는 B에게 자신의 자동차를 무상으로 이용하도록 허락하고 인도하는 경우와 같이, 사용대차는 당사자일방이 상대방에게 무상으로 사용, 수익하게 하기 위하여 목적물을 인도할 것을 약정하고 상대방은 이를 사용, 수익한 후 그 물건을 반환할 것을 약정함으로써 성립하는 낙성, 불요식계약이다. 사용대차는 대가지급을 전제하지 않으며, 대가의 지급이 있으면 그 명칭과 무관하게 임대차에 해당한다.

(다) 賃貸借

A가 B의 건물을 매달 100만원의 차임을 지급하고 임대하여 사용하는 경우와 같이, 임대차는 당사자일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대한 대가로서 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 유상, 쌍무, 낙성, 불요식의 계약이다. 임대차는 그 사용·수익한 물건 자체를 반환한다는 점에서 동종, 동질, 동량의 물건으로 반환하는 소비대차와 구별되며, 목적물

용익의 대가로서 차임을 지급한다는 점에서 무상으로 물건을 사용하는 사용대차와 구별된다.

(3) 物權에 기초한 使用·收益

(가) 地上權

A소유 토지에 B가 자신의 건물을 소유하기 위하여 지상권을 설정하는 경우와 같이, 지상권은 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용하는 권리를 말한다.

(나) 地役權

A토지의 소유자가 B토지를 통하여 통행하거나 B토지를 거쳐 물을 끌어오는 등 A토지의 편익을 위하여 B토지와 같은 타인의 토지를 이용하는 권리를 지역권이라고 한다. 즉, 지역권자는 용익물권의 설정행위에서 정한 일정한 목적을 위하여 타인의 토지(승역지)를 자기토지(요역지)의 편익에 이용하는 권리가 있다.

(다) 傳貰權

A가 2000만원을 전세금으로 지급하고 B소유의 건물에 이(전세권)를登記하여 사용·수익하는 경우와 같이, 그 부동산에 대하여 후순위권리자 기타 채권자보다 전세금의 우선변제를 받을 권리가 있는 통상적인 용익방법을 물권으로 규정해 놓은 것을 전세권이라고 한다. 우리 민법에 특유한 제도로, 건물에 대한 임대차와 소비대차가 결합되어 이용되던 채권관계를 물권으로 규정한 것이다. 따라서 물권으로서 전세권은 용익물권적 성격과 전세권 소멸후 담보물권적 성격을 동시에 갖는다.

2. 임대차계약의 의의와 성립

(1) 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고, 상대방이 이에 대한 대가로서 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립한다(제618조). 차임지급은 본질적이지만 금전에 한하지 않는다.

(2) 임대차는 당사자의 합의로 성립하는 낙성계약으로서, 목적물이 유체물인 한 동산, 부동산 모두 가능하며 일부에 대해서도 성립할 수 있다. 임대차는 소비대차와는 달리 목적물의 소유권을 상대방에게 이전하는 것이 아니므로, 임대인의 소유권 처분권한은 불필요하지 않고 따라서 타인 소유의 물건에 대한 임대차약정도 유효하다.

3. 임대차의 효력 개관

(1) 賃貸人의 權利・義務

(가) 임대인은 차임지급청구권을 가지며, 종료 후 목적물반환청구권을 가진다.

(나) 임대인은 임대차관계가 존속하는 동안 임차인이 목적물을 사용·수익할 수 있도록 할 여러 가지 적극적 의무를 부담한다(제618조). 따라서 목적물을 임차인에게 인도하고 임대차 기간 중 사용·수익에 필요한 상태를 계속 유지하여야 한다(제623조). 임대인은 임대차기간 중 임대물의 사용·수익에 필요한 상태를 유지할 적극적인 의무를 부담하며, 목적물이 사용·수익에 적합하지 아니하면 임대인은 다른 약정이 없는 한 이를 수선할 의무를 진다.

(2) 賃借人의 權利

(가) 賃借權

임차인은 목적물을 사용·수익할 권리, 즉 임차권을 가진다. 다만 임차인은 계약 또는 그 목적물의 성질에 의하여 정하여진 용법으로 임차물을 사용·수익하여야 하며, 임대인의 승낙 없이 임차물을 타인에게 용의하게 할 수 없다.

(나) 費用償還請求權

임차인은 필요비와 유익비에 관한 비용상환청구권을 가진다. 필요비 상환청구권이란 임차인이 임차물의 보존을 위하여 필요비를 지출한 때에는 임차인이 그 상환을 청구할 수 있는 권리이다(제626조 1항). 유익비는 임대차관계 종료시 청구할 수 있는데 반하여 필요비는 즉시 청구가 가능하다. 유익비 상환청구권은 임차인이 비용을 지출하여 목적물의 가치를 객관적으로 증가시킨 경우 임대차 종료시에도 그 가액의 증가가 현존하고 있으면 이에 대해 상환을 청구할 수 있는 권리를 말한다.

임대인은 임차인이 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 하며, 임대인의 동의가 없거나 임대인의 의사에 반하여 지출된 유익비도 상환되어야 한다. 이 경우에 법원은 임대인의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있다(제626조 2항).

[판례] ① 민법 제626조 제2항에서 임대인의 상환의무를 규정하고 있는 유익비란 임차인이 임차물의 객관적 가치를 증가시키기 위하여 투입한 비용을 말하는 것으로, 임차인이 임차건물부분에서 간이 음식점을 경영하기 위하여 부착시킨 시설물에 불과한 간판은 건물부분의 객관적 가치를 증가시키기 위한 것이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그로 인한 가액의 증가가 현존하는 것도 아니어서 그 간판설치비를 유익비라 할 수 없다. ② 임대차계약 체결시 임차인이 임대인의 승인하에 임차목적물인 건물부분을 개축 또는 변조할 수 있으나 임차목적물을 임대인에게 명도할 때에는 임차인이 일체 비용을 부담하여 원상복구를 하기로 약정하였다면, 이는 임차인이 임차목적물에 지출한 각종 유익비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 봄이 상당하다.

(다) 建物賃借人の 附屬物買受請求權

건물 기타 공작물의 임차인이 그 사용의 편익을 위하여 임대인의 동의를 얻어 이에 부속한 물건이 있는 때에는 임대차의 종료시에 임대인에 대하여 그 부속물의 매수를 청구할 수 있다(제646조 1항). 임차인에게 매수청구권을 인정하는 이유는 기간만료 후 투하자본의 잔존가치를 보호하기 위한 것이다. 매수청구권은 형성권이며, 임대차가 종료한 때 발생한다. 다만 임차인의 채무불이행에 기한 해지의 경우에 판례는 매수청구권을 부정한다.

부속한 물건은 임차인의 소유에 속하고 그 건물의 구성부분을 이루지 않는 독립한 물건이어야 하며 사용의 편익에 제공되어야 한다. “사용의 편익”은 건물의 客觀的 使用의 便益을 의미하며, 임차인의 특수목적에 편익을 가져오는 것은 해당되지 않는다. 또한 부가되었으나 건물의 구성부분이 아닌 독립한 물건일 것을 요하므로, 부합을 통해 건물의 일부로 된 경우에는 “유익비”의 문제가 됨은 별론으로 하고, 부속물매수청구권의 문제가 되지는 않는다. 예를 들어 증개축 부분은 부속물이라 할 수 없다. 냉난방시설은 철거가 가능하나 철거시 가치가 크게 훼손되므로 객관적 가치를 증대시켰다고 볼 수 있으며 동의를 얻어 부착한 경우라면 부속물 매수청구가 가능할 것이다. 부속물매수청구권은 임대인으로부터 매수한 부속물에 대해서도 인정된다(제646조 2항).

유익비와 달리 이는 강행규정이므로 이를 배제하는 특약으로서 임차인에게 불리한 것은 효력이 없다(제652조).

(3) 賃借人の義務

(가) 借賃支給義務

임차인은 임차물을 사용·수익하는 대가로서 임대인에게 차임을 지급할 의무를 부담한다(제618조). 건물 기타 공작물의 임대차에서는 임차인의 차임연체약이 2기의 차임액에 달하는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다(제640조). 이는 편면적 강행규정이므로 이에 위반하는 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 무효이다(제652조).

(나) 賃借物 保管 및 目的物返還義務

임차인은 임대차관계의 종료로 임차물을 임대인에게 반환할 때까지 선량한 관리자의 주의로 임차물을 보관할 의무가 있다(제374조). 이에 위반하여 임차물이 멸실 훼손된 경우 손해배상 채무 발생한다(91다22605). 임대차가 종료한 때에 임차인은 임차물을 반환하여야 할 계약상의 의무를 부담한다. 임차인이 임차물을 반환할 때에는 이를 원상으로 회복하여 반환하여야 한다.

3. 保證金

보증금이란 부동산임대차에 있어서 임차인의 채무 등을 담보하기 위하여 임차인 또는 제3자가 임대인에게 지급하는 금전 기타의 유가물을 말한다. 보증금은 임대차관계에서 생길 수 있는 임차인의 모든 채무를 담보하는 담보적 효력을 지니며, 특히 임대인은 이 보증금으로부터 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있다.

(1) 保證金返還請求權

보증금반환청구권은 임대차 종료시 임대인의 반대채권의 존재를 해제조건으로 발생한다. 판례상 임대목적물의 반환의무와 “보증금에서 연체차임등 모든 채무를 공제한 나머지 보증금을 반환할 의무”간에 동시이행관계에 있으며, 그 피담보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제되는 것으로 해석한다. 다만 목적물과 견련관계가 없으므로 임대목적물에 대해 보증금반환청구권을 근거로 유치권을 행사할 수는 없으며, 제3자(예컨대 새로운 소유자)에는 주장하지 못한다.

부동산소유권이 이전된 경우, 보증금반환의무도 새 소유자가 승계하는지에 관하여, 임차인이 대항력을 가지는 경우(제621, 622조, 주택임대차보호법 등)는 보증금도 승계되고, 대항력이 없는 경우는 승계되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 임대인과 양수인간에 보증금반환채무를 승계하기로 약정하는 것은 임차인에게 별다른 불이익이 없으므로 유효하며, 다만 임차인이 이를 원하지 않을 경우 임차인에게 해지권을 인정한다.

(2) 賃貸借保證金返還請求權의 讓渡

이는 일종의 채권양도로서 양도통지 등 대항요건 등 필요하고, 양도통지를 받은 후에는 임대인과 임차인 사이에 임대차계약의 갱신이나 계약기간 연장에 관하여 명시적 또는 묵시적 합의가 있더라도 그 합의의 효과는 보증금반환채권의 양수인에 대하여는 미칠 수 없다.

4. 住宅賃貸借保護法

(1) 目的

임대차가 있는 관계에서 부동산이 매매된 경우, 채권적 관계인 임대차는 그 당사자인 임대인(종전 소유자)과 임차인간에만 효력이 있는 것이어서, 임차인은 자신이 임차인이므로 건물에서 살 수 있고, 퇴거시 보증금을 받을 수 있다는 권리를 임대계약에 있어서의 제3자인 신소유자에게는 주장할 수가 없다. 이는 매수인이 임대차 관계를 알고 부동산을 매수한 경우에도 마찬가지이며, 다만 보증금을 매수인이 인수하기로 하고 그 금액을 매매대금에서 공제하여 매수한 경우에는 매수인이 책임을 진다. 채권적 임대차관계에 관하여 제3자에 대항할 수 있는 등 방법으로 경제적 약자인 임차인을 보호하는 것이 임차인보호법제이며, 우리나라에는 주택임대차보호법이 있다.

(2) 對抗力

주택임대차보호법(이하 주임법) 제3조 제1항에 따르면 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 ① 주택의 인도와 ② 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

대항력의 의미는 원래 임차인이 목적물의 사용가능성을 임대인 외의 제3자에게 주장하여 제3자의 인도청구에 대하여 이를 거절할 수 있다는 의미이나, 대항력에 따라 주임보법 제3조 2항에 따라 계약관계도 양수인에게 이전된다는 의미로 이해되는 한 계약관계의 이전도 수반하게 된다(비용상환 등의 상대방).

대항력의 요건을 갖춘 경우 임차인은 제3자(신소유자, 침해자 등)에 대하여 임대차를 주장할 수 있게 된다. 물론 대항력을 갖추더라도 선순위 담보권자에게 까지 대항할 수 있는 것은 아니다. 경락의 경우에는 주임법 제3조의 5에서 특칙을 마련하여 약정 임차권은 소멸하지만, 보증금이 전액변제되지 아니한 대항력이 있는 임차권만 대항력이 유지된다고 본다.

(3) 競賣에 있어서의 優先辨濟權

주택임대차보호법 제3조 1항의 대항요건과 함께 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 민사소송법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임대주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위 권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 인정된다(제3조의 2 2항). 확정일자의 취지는 임대차 당사자의 담합을 통하여 제3자의 기망적 행위를 방지하기 위함이다.

III. 노무제공형 계약 : 도급, 위임 등 소개

1. 都給의 意義

도급은 당사자 일방이 일정한 일을 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것으로 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제664조). 도급은 노무공급계약의 일종이지만, 「일의 완성」을 목적으로 하는 점에서 고용이나 위임과 다르다. 도급은 어떤 일의 완성에 대하여 보수를 지급하는 낙성·쌍무·유상·불요식의 계약이다. 도급은 일의 완성된 결과에 대해서만 보수를 지급하는 것이므로 변호사에게 소송사건의 처리를 부탁하는 계약은 도급이 아니라 위임이다.

2. 수급인의 담보책임

원칙적으로 유상계약의 경우 민법 제567조에 의하여 매도인의 담보책임에 관한 규정이 준용되나 도급의 경우 그 특성을 고려하여 제667조 이하에서 수급인이 부담할 담보책임에 관한 특별규정을 두고 있다. 수급인의 담보책임이 인정되기 위해서는 ① 하자가 존재해야 하며, ② 수급인의 귀책사유는 요구되지 않으며(무과실책임), ③ 면책특약은 유효하지만 면책특약이 있더라도 수급인이 알고 있으면서 고지하지 않은 사실에 대해서는 그 책임을 면하지 못한다(제672조). 위와 같은 요건이 갖추어지면 하자보수의무, 손해배상의무, 계약해제권이 발생한다(제667조, 제668조).

3. 委任

위임은 당사자 일방(위임인)이 상대방(수임인)에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약이다. 위임은 도급과 마찬가지로 노무공급계약의 일종이지만, 일정한 사무의 처리라는 통일된 노무를 그 목적으로 하며 수임인은 위임인과 일종의 신임관계를 가지게 된다. 주식회사와 이사와의 관계나 의사와 환자간의 관계는 위임계약으로 이해될 수 있다. 위임계약은 무상임을 원칙으로 하며 편무·낙성·불요식계약에 해당한다. 다만 특약으로 유상으로 할 수 있으며 이 경우 유상·쌍무계약이 된다. 또한 전문적 위임계약의 경우, 묵시적 보수약정을 인정하기도 한다. 이러한 점에서 볼 때 위임계약이 무상계약이라는 점은 현대사회에서 사실상 의미가 없다.

4. 組合

조합은 2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 의미한다(제703조). 조합의 대표적인 유형으로는 동업관계, 발기인 조합(설립자 조합)등이 있다.

제5장 계약관계의 실현 : 변제 등 채권의 소멸사유

I. 변제의 법률관계

변제란 채무자 또는 제3자의 급부행위에 의하여 채권이 만족을 얻게 되는 것을 말한다. 변제에 의하여 채권은 소멸한다. 일반적으로 변제라 하면 임의변제를 의미한다. 따라서 강제집행이나 담보권의 실행 등으로 채권의 만족을 얻는 경우라 하더라도

라도 이것은 변제가 아니다.

(1) 辨濟의 方法

(가) 원칙적인 변제자는 채무자이다. 제3자도 변제를 할 수 있다(제469조 제1항 본문). 그러나 채무의 ① 성질상 또는 ② 당사자의 의사표시에 의하여 제3자 변제를 금지한 경우에는 제3자에 의한 변제는 허용되지 않는다(제469조 제1항 단서). 제3자에 의한 변제가 허용되는 것과 같이 제3자에 의한 공탁, 대물변제도 허용된다.

변제수령권자는 변제를 유효하게 수령할 수 있는 법적 지위에 있는 자를 말한다. 변제자는 변제수령권자에게 변제하여야 자신의 채무에서 벗어날 수 있다. 변제수령권자가 아닌 자에게 변제를 하였다면 진정한 수령자가 다시 변제를 요구하는 경우에 다시 변제를 해야 한다. (주의 : 채권이 압류(또는 가압류)된 경우(민사집행법 제227조, 제296조 제3항): 압류 또는 가압류결정이 제3채무자에게 송달된 때부터 변제수령권한이 제한됨)

[表見受領權者] 실체적으로 변제수령권은 없지만 마치 수령권자와 같은 외관을 갖춘 자에게 변제를 하였다 하더라도 유효한 변제가 되지 못하는 것이 원칙이다. 그러므로 진정한 변제수령자가 나타나서 변제를 요구하면 다시 변제를 하여야 한다. 그러나 변제수령자로서의 외관을 갖추고 있는 자에 대한 변제에 대하여 일률적으로 변제의 유효성을 부정한다는 것은 변제자에게 가혹하다. 그래서 민법은 일정한 경우에 선의·무과실의 변제자를 보호하고 있다. 수령권한 있는 자와 같은 외관을 가진자를 표현수령권자라 하는데, 이에겐 채권의 준점유자(제470조), 영수증소지자(제471조)가 있다.

(나) 辨濟의 目的物 - 特定物債務의 경우: 現狀引渡의 原則

제462조는 “특정물의 인도가 채권의 목적인 때에는 채무자는 이행기의 현상대로 그 물건을 인도하여야 한다.”라고 규정한다. 소위 ‘특정물의 현상인도’의 원칙이다.

(2) 辨濟의 提供

채무의 이행과 관련하여, 어떤 경우에는 채무자의 이행행위만으로 변제의 결과를 가져오는 경우(예: 부작위채무, 의사표시를 하여야 할 채무, 대체적 작위의무 등)가 있는가 하면 어떤 경우에는 채권자의 수령 등 일정한 협력이 있어야만 변제의 결과를 가져오는 경우가 있다. 두 번째 경우에는 채권자가 협력을 하지 않는다면 채무

자가 아무리 성실한 변제를 하려고 하여도 채무자만으로써는 변제를 완료할 수 없고 따라서 채무를 소멸시킬 수 없다; 여기서 민법은 성실한 채무자를 보호하기 위한 일정한 방법을 강구한다.

변제제공의 방법은 채무의 내용(달리 말하면 급부결과에 이르기 위하여 채권자에게 요구되는 협력내용의 정도)에 따라 차이가 있다. 원칙적으로는 현실제공(즉 사실상의 제공)을 하여야 하나, 예외적으로는 구두제공(언어상의 제공)이 허용되고 특별한 경우에는 구두제공조차 요구되지 않는다. 구두의 제공은 가령 채권자가 미리 변제받기를 거절하는 경우이다. 채권자가 수령을 거절하였음에도 불구하고 채무자에게 현실제공을 요구한다는 것은 무의미하며 불공평하므로 제공의 정도를 낮추어 구두제공으로 족하도록 한 것이다.

변제제공이 있다고 하여 채권이 소멸하는 것은 아니지만, 변제제공을 이후에는 채무자는 변제가 이루어지지 않음으로 인한 불이익으로부터 해방된다. 변제제공의 효과를 구체적으로 본다. <1> 채무불이행책임으로부터의 해방이다(제461조). 그러므로 변제제공이 있게되면 채무불이행을 이유로 하는 손해배상, 약정지연이자, 위약금 청구를 당하지 않으며 해제를 당하거나 담보권 실행을 강제당하지 않는다. <2> 변제제공시부터 채권자는 채권자지체에 빠진다. 채권자지체 중에는 채무자는 고의 또는 중대한 과실이 없으면 불이행으로 인한 모든 책임이 없다(제401조). 채권자지체 중에는 이자있는 채권이라도 채무자는 이자를 지급할 의무가 없다(제402조). 채권자지체로 인하여 그 목적물의 보관 또는 변제의 비용이 증가된 때에는 그 증가액은 채권자의 부담으로 한다(제403조). 변제의 제공이 있었고 이로 인하여 채권자지체가 있게 되면 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에 한하여 채무자가 책임을 지도록 하고 있는데(제401조), 이 규정은 461조와 모순되는 것 아닌가? 그렇지 않다고 본다. 왜냐하면 제401조는 민사벌의 의미를 가지는 것이기 때문이다. <3> 채무자로서는 변제공탁을 할 수 있다(제487조). <4> 쌍무계약의 경우에 변제제공을 한 자의 상대방은 동시이행의 항변권을 상실한다. 그러나 이 효과가 유지되기 위하여는 변제제공이 계속되어야 하고 과거에 한 번 변제제공이 있었다는 사실만으로는 동시이행의 항변권이 상실되지 않는다.

II. 변제의 개별 문제

1. 변제의 충당

가령 A가 B에 대하여 대금채무 100만원, 임차료 200만원, 대차금채무 50만원을

부담하고 있는데, A는 B에게 300만원을 변제하였다고 해보자. 300만원이 어느 채무를 이행한 것으로 보아야 하는가? 이것이 변제충당의 문제이다. 변제충당은 채권자, 채무자의 이해관계에 중대한 영향을 준다. 변제의 충당은 제1차적으로는 당사자 사이의 합의에 의하여 결정할 수 있음은 물론이다. 이를 특히 합의충당이라 한다. 민법은 이 합의충당이 없는 경우를 대비하여 두 가지의 준칙을 규정하고 있다. 지정변제충당 과 법정변제충당이 그것이다.

[변제이익의 다소에 관한 판례 경향]① 특별한 사정이 없는 한 변제자가 타인의 채무에 대한 보증인으로서 부담하는 보증채무는 변제자 자신의 채무에 비하여, 연대채무는 단순채무에 비하여 변제자에게 그 변제의 이익이 적다. ② 변제자가 주채무자인 경우, 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에 변제이익의 점에서는 차이가 없다고 보아야 하므로, 보증기간 중의 채무와 보증기간 종료 후의 채무 사이에서는 변제이익의 차이가 없고, 따라서 주채무자가 변제한 금원은 이행기가 먼저 도래한 채무부터 법정변제충당하여야 한다.

2. 辨濟者代位 : 辨濟에 의한 代位

A가 은행 B로부터 사업자금을 대출받으면서 자신 소유 부동산 위에 저당권을 설정해주고 더불어 C를 보증인으로 내 세웠고, 나중에 C가 은행 B에게 보증채무를 이행한 경우

변제자대위란 채무자가 아닌 제3자 또는 공동채무자(예: 불가분채무자, 연대채무자, 보증인)가 채무자를 위하여 변제한 경우에 채무자에 대하여 구상할 수 있는 범위 내에서 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있도록 하는 법기술이다. 민법상 채무자가 제3자에게 구상권을 가지는 경우는 다음과 같다: ① 채무자의 부탁을 받은 제3자가 변제한 경우에 위임사무처리비용의 상환청구(제688조)로서 구상권을 취득하는 경우; ② 채무자의 부탁 없이 제3자가 변제한 경우에 사무관리비용의 상환청구(제739조)로서 구상권을 취득하는 경우; ③ 연대채무자, 보증인, 불가분채무자 등과 같은 공동채무자 중의 1인 또는 물상보증인이 변제를 한 경우 등. 변제자대위는 이처럼 채무자가 제3자에게 구상권을 가지는 경우에 그 구상권을 확보하기 위해 인정된 것이다.

[보론: 보증인은 전세권이나 저당권의 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하지만, 이를 위해서는 보증인이 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기해야 한다(제482조 제2항 제1호). 이와 달리 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다(제482조 제2항 제2호). 제3취득자는 담보권이 존재함을 알고 부동산을 취득한 것이므로 특별히 보호할 필요가 없다는 취지이다.

III. 代物辨濟

채무자가 계약에 의하여 정하여진 원래의 급부와 다른 내용의 급부를 실현하는 것은 원칙적으로 변제가 될 수 없다. 그러나 채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래의 채무이행에 갈음하여 다른 급부를 한 때에는 변제와 같은 효력이 있는데 이를 대물변제라고 한다. 예컨대 1천만 원을 차용하고 있는 A가 채권자 B의 승낙을 얻어 그가 본래 지급해야 할 1천만 원의 금전급부에 갈음하여 1필의 토지를 급부하는 경우가 이에 해당한다. 대물변제는 ‘변제와 같은 효력’을 가지므로 그 성질이 허용하는 한 변제에 관한 규정은 대물변제에도 적용된다.

[채권양도와 대물변제 여부] 채권자에 대한 채무변제를 위하여 다른 채권을 채권자에게 양도한 경우 별도의 사정이 없는 한 그 채권양도는 채무변제를 위한 담보 또는 변제의 방법으로 양도되는 것으로 볼 것이고, 채권변제에 갈음하여 양도되는 것은 아니므로 원래의 채권은 소멸되지 않는다.

IV. 相計

(1) 相計의 意義

상계라 함은 채권자와 채무자가 서로 동종의 채권·채무를 가지는 경우 그 채권과 채무를 대등액에서 소멸시키는 일방적 의사표시이다. 가령 A가 B에 대하여 1000만원의 금전채권을 가지고 B는 A에 대하여 800만원의 금전채권을 가지는 경우에, 그리고 양 채무가 모두 이행기에 있을 때에는, 각 채무자 A 또는 B는 상대방에게 대등액인 800만원에 대해 상계의 의사표시를 함으로써 800만원의 범위에서 채무가 소멸하게 된다. 이 때 상계를 위해 내놓은 채권을 ‘자동채권’(B가 상계를 하는 경우, B의 A에 대한 금전채권)이라 하고, 상대방의 채권 즉 상계에 의해 소멸을 당하는 채권을 ‘수동채권’(A의 B에 대한 금전채권)이라고 한다.

상계는 당사자가 서로 각각 변제함으로써 소요되는 노력·시간·비용을 절약하는 간이한 결제방법으로서의 기능을 한다. 또한 상대방의 자산상태가 악화된 경우에 다른 채권자에 우선해서 자기의 채권의 회수를 확보할 수 있게 해줌으로써, 자동채권에 대하여 최우선, 최강의 담보적 역할을 한다.

(2) 相計의 要件

(가) 債權이 對立하고 있을 것

대립하는 양 채권이 존재하여야 하며, 이때 채무자는 채권자에 대한 채권(자동채권)을 가지고 채권자에게 상계할 수 있음이 원칙이다. 제3자의 상계 가능 여부와 관련해 민법은 다음과 같은 다수당사자의 채권관계에서 이를 허용하고 있다. 즉, ① 연대채무에서 상계할 채권이 있는 연대채무자가 상계를 하지 않는 때에는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 연대채무자가 상계할 수 있고(제418조 2항), ② 보증관계의 경우 보증인은 주채무자가 채권자에 대해 갖는 채권을 가지고 상계할 수 있다(제434조).

(나) 雙方 債權이 同種의 目的을 가질 것

대립하는 채권이 금전채권 등 동종의 목적을 가진 종류채권에 한한다. 동종의 목적을 지니는 채권인 한 채권의 발생원인·수량·이행지가 다르더라도 상계적상이 인정된다.

(다) 雙方 債權이 辨濟期에 있을 것

민법은 쌍방의 채무의 이행기가 도래할 것을 요건으로 규정하고 있으나, 상계자는 스스로 자기의 기한의 이익을 포기하고 변제기 도래 전이라도 변제할 수 있으므로 반드시 수동채권이 변제기에 도래할 것이 필요하지는 않다. 결국 자동채권의 변제기가 도래할 것이 상계적상의 요건으로 된다.

(라) 債權의 性質이 相計가 許容되는 것일 것

부작위채무나 하는 채무는 현실적으로 이행을 하여야 채권의 목적을 달성할 수 있으므로 성질상 상계가 허용되지 않는다. 또한 자동채권에 대하여 항변권이 붙어 있는 경우에 상계를 허용하면 상대방은 이유 없이 상계자의 일방적 의사표시에 의해 그 항변권을 잃게 되므로 이때에도 성질상 상계가 허용되지 않는다. 그러나 수동채권에 붙어 있는 항변권은 상계권자가 스스로 포기할 수 있으므로 이때에는 상계가 허용된다.

(3) 相計의 禁止

(가) 當事者 意思表示에 의한 禁止

(나) 法律에 의한 禁止

다음의 경우와 같이 채무자가 실제로 변제를 하여야 할 특별한 사정이 있는 수동채권에 대해서는 민법은 상계의 수동채권으로 삼는 것을 금지하고 있다. 그러나 이러한 채권을 자동채권으로 하여 상계하는 것은 무방하다.

(a) 故意의 不法行爲로 인한 損害賠償債權(제496조)

불법행위로 인한 손해배상채무가 '고의'로 인한 것인 경우에는 그 채무자(가해자)는 상계로 채권자(피해자)에게 대항하지 못한다. 이는 불법행위의 피해자로 하여금 현실의 변제를 받게 하는 동시에 불법행위의 유발 즉 채권자가 변제에 대신하여 채무자에게 불법행위를 함으로써 만족을 얻고자 하는 것을 방지하려는 취지에서 규정한 것이다. '고의'로 인한 불법행위로 발생한 손해배상채권만 규정하고 있으므로 '중과실'로 인한 불법행위로 발생한 손해배상채권을 수동채권으로 하여 상계하는 것은 가능하다.

(b) 押留禁止의 債權(제497조, 근로기준법 제28조 등)

수동채권이 압류하지 못할 것인 때에는, 그 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다(제497조). 압류금지채권은 법령에 규정된 부양료 및 유족부조료, 구호사업이나 제3자의 도움으로 계속 받는 수입, 병사의 급료, 급료·연금·봉급·상여금·퇴직연금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액, 그리고 퇴직금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액을 말한다(민사집행법 제246조 1항). 이 제한도 수동채권에 관한 것이므로 압류금지채권을 자동채권으로 하는 상계는 허용된다.

(c) 押留된 債權-支給禁止의 債權(제498조)

지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로

그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다(제498조). 지급을 금지하는 명령을 받았다는 것은 압류나 가압류를 받은 경우로서 제498조의 규정취지는 지급금지명령을 확보한 채권자를 보호하기 위한 것이다. 그러나 반대해석에 의하면 제3채무자는 압류 이전에 취득한 자동채권을 가지고 압류된 채권을 상계할 수 있게 된다. 여기서 압류 전에 제3채무자가 취득한 채권이라면 그 변제기가 압류 이후에 도래하는지, 압류채권과의 변제기의 도래 순서 등과 관계없이 언제나 상계할 수 있는가? 다수설에 따르면 통설은 압류 전에 취득하였던 한 그 자동채권이 압류명령 이전에 반드시 변제기에 도래해 있을 필요는 없고 수동채권보다 변제기가 먼저 도래할 것이거나 적어도 동시에 도래할 경우에는 상계가 가능하다는 입장(변제기선도래설)이다.

(d) 質權이 設定된 債權

입질채권의 채무자 즉 제3채무자는 그 질권설정의 통지를 받은 이후에 채권자에 대해서 취득한 채권을 자동채권으로 하여 채권자와 상계를 하더라도 채권질권자에게 대항하지 못한다. 질권설정이 앞서기 때문에 당연한 결과이다.

(4) 相計의 方法

상계는 당사자 일방의 상대방에 대한 일방적 의사표시로 한다. 상계적상이라도 의사표시가 없는 한 상계의 효과가 발생하지 않는다. 상계는 단독행위이므로 조건을 붙일 수 없고 소급효가 있기 때문에 기한을 붙일 수도 없다(제493조 제1항 후단).

(5) 相計의 效果

(가) 債權對等額의 消滅

상계에 의하여 당사자 쌍방의 채권은 그 대등액에 관하여 소멸한다. 피상계자에게 상계적상에 있는 수동채권이 수개 존재하는 경우에 상계자가 그 전부를 소멸시키기에 불충분한 자동채권을 가지고 상계한 경우에는 변제충당에 관한 규정(제476조 내지 제479조)이 준용된다(제499조). 이를 상계충당이라고 한다.

(나) 相計의 遡及效

상계의 의사표시가 있으면 각 채무는 상계할 수 있었던 때에 소멸한 것으로 본다(제493조 2항). 따라서 양 채무의 변제기가 이미 도래한 후에 상계가 행하여진 경우에도 채무는 상계적상이 생긴 시점에 소급하여 소멸한다. 이는 상계적상에 있는 채권을 가진 당사자는 이미 그 채권관계가 결제된 것으로 취급하는 것이 보통이기 때문이다. 상계의 소급효로 인해 상계적상이 생긴 이후에는 이자가 발생하지 않고 이행지체도 일어나지 않는다.

제6장 계약위반의 책임 (채무불이행)

I. 채무불이행책임과 불법행위책임

1. 의의

채무불이행책임은 채권관계의 존재를 전제로 하여 채무자가 그 채무를 이행하지 않는 경우에 발생하는 책임이라면, 불법행위책임은 채권관계를 전제로 하지 않은 채 일반인들 사이의 문제라는 점에서 근본적 차이를 갖고 있다.

채무불이행책임은 채무자의 계약위반 등 채무불이행에 따른 채권자의 이행에 대한 기대이익을 전보해 주려는데 1차적인 목적이 있는 반면, 불법행위책임은 사회인 누구에게나 요구되는 ‘타인을 해쳐서는 안 된다’는 일반적 의무를 위반하여 발생한 손해를 전보하는데 주목적이 있다. 채무불이행책임은 일반인 사이의 관계를 전제로 하는 불법행위책임과 비교해 할 때 그 불이행 이전에 채권관계라는 특별결합관계가 존재하기 때문에 그 책임이 보다 엄격한 특성을 갖는다고 한다.

위와 같은 본질적 차이에 따라, 채무불이행책임과 불법행위책임은 개별적으로 다음의 차이를 갖고 있다.

① 고의·과실의 증명책임에서 차이를 갖고 있다. 즉, 채무불이행과 불법행위책임은 모두 채무자 및 가해자의 고의·과실을 필요로 하는데, 그 증명책임을 부담하는 자는 동일하지 않다. 채무불이행책임에서는 채무자가 채무불이행에 자기의 고의·과실이 없었음을 입증하지 못하는 한 채무불이행을 면하지 못하는 반면, 불법행위책임에서는 피해자가 가해자의 고의·과실을 입증하여야 한다.

② 이행보조자나 피용자와 같은 제3자 행위에 대한 책임에서도 차이가 있다. 즉, 채무불이행책임과 불법행위책임은 모두 채무자나 가해자 이외의 제3자의 행위에 대한 책임을 규정하고 있다. 그런데 채무불이행책임에서는 제391조가 이행보조자의

고의·과실을 채무자의 고의·과실로 귀속시키고 청구권 자체는 제390조에서 주어지는 반면, 불법행위책임에서는 제756조에서 피용자의 불법행위에 대한 사용자의 책임을 피해자의 고유한 배상청구권 기초로서 규정해 두고 있다. 또한 면책가능성의 여부, 이행보조자와 피용자의 인정표지 등에서 차이가 있다고 지적되고 있다.

계약상의 의무위반 등의 채무불이행이 동시에 불법행위책임의 요건을 충족하는 경우가 있을 수 있다. 이와 관련해 통설은 양 책임이 각각 독립한 책임이므로 양 책임의 경합을 인정하고자 한다(청구권경합설). 즉, 이 견해에 따르면 피해자는 채무불이행으로 인한 손해배상청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권을 선택적으로 행사할 수 있다.

II. 債務不履行責任의 一般要件과 類型

채무불이행이란 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 상태를 뜻한다. 이에 대해서 채권자는 본래적 이행의 청구, 자신의 의무이행 거절, 손해배상, 그리고 계약해제 등을 주장할 수 있다. 이러한 법적 효과의 부여를 위한 공통의 요건으로서 바로 채무불이행이라는 객관적 요건이 갖추어져야만 하고, 더 나아가 손해배상 등의 권리에 대해서는 별도로 채무자의 고의·과실이라는 주관적 요건도 갖추어져야만 한다(제390조 단서).

1. 債務不履行責任의 要件 一般

채무불이행책임이 성립하기 위해서는 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않았지 않았다는 객관적 요건과 - 특히 손해배상의 효과가 문제되는 한 - 채무자의 고의·과실이라는 주관적 요건이 있어야 하며, 그 이외에 다수의 입장은 불법행위책임의 구성요건과 마찬가지로 채무자의 책임능력과 위법성을 별도의 요건으로 다루고 있다.

(1) 客觀的 要件(債務의 內容에 좇은 履行이 行해지지 않을 것)

채무의 이행이 가능함에도 불구하고 행하여지지 않고 있거나(이행지체), 채무의 이행이 거래통념상 불가능하거나(이행불능), 또는 채무가 이행되기는 하였지만 그 급부가 불완전한 경우(불완전이행)이어야 한다.

(2) 主觀的 要件(債務者の 歸責事由가 있을 것)

귀책사유란 채무불이행으로 인한 손해를 채무자의 책임으로 귀속시켜 채권자에게 손해배상청구권을 발생케 하는 주관적 요건이다. 민법은 제390조 단서의 표현(“이행할 수 없게 된 때”)에만 엄격히 한정할 경우 채무불이행의 유형 중 이행불능에 대해서만 귀책사유를 필요로 한다고 정한 듯 보인다. 그러나 근대 민법 원리로서의 과실책임 원칙, 이행불능과 이행지체를 구별할 이유가 없다는 점, 귀책사유를 전제로 하는 다른 규정들(제391조, 제392조, 제397조2항)을 근거로 모든 유형의 불이행에 대해 귀책사유를 필요로 한다는 것이 통설이다. 채무자의 귀책사유에는 채무자의 고의·과실은 물론 이행보조자의 고의·과실도 포함된다(제391조).

(3) 責任能力要件

책임능력이란 행위의 책임을 변식하는데 충분한 지능을 의미한다. 즉 채무불이행 책임과 관련해서는 채무자가 자신의 행위를 채무불이행법에 비추어 그 저촉 여부에 관한 판단을 할 수 있는 능력을 가리킨다. 민법은 불법행위로 인한 손해배상책임에서 책임무능력자를 따로 규정함으로써(제753조, 제754조) 가해자가 책임능력자일 것을 요구하고 있으나, 채무불이행책임에서는 이에 관한 별도의 규정이 없다. 과실책임의 원칙상 책임능력은 손해배상의 귀책의 근거가 되므로 채무자의 책임능력을 채무불이행책임의 요건으로 해석하는 것이 통설이다. 다만 추상적 과실에 대해 채무자 개인의 책임능력을 연결 짓는 것은 모순이라는 점에서 책임능력을 요건으로 파악하지 않는 견해도 있다.

2. 履行遲滯

이행지체란 채무의 이행이 가능함에도 불구하고 채무자가 (그의 책임 있는 사유로) 이행을 하지 않고 이행기를 도과하는 채무불이행의 유형이다.

이행지체의 요건으로는 (가) 債務의 履行이 可能할 것(‘불능은 지체를 배제한다.’), (나) 履行期에 履行을 懈怠할 것, (다) 채무자의 귀책사유이다. 이중에서 (나)를 설명하면 아래와 같다.

(a) 確定期限附債務, 즉 채무이행의 확정 기한이 있는 경우에는 채무자는 그 기한이 도래한 때로부터 지체책임이 있다(제387조 1항 1문). 예컨대 A가 B에게 어떤

물건을 5월 15일에 인도하기로 약정하였다면 A는 5월 15일까지 이를 인도하지 않음으로써 5월 16일부터 이행지체책임에 빠지게 된다.

(b) 不確定期限附債務, 즉 채무이행의 불확정한 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래함을 안 때로부터 지체책임이 있다(제387조 1항 2문). 기한이 도래한 것을 알지 못한 경우에도 채무자에게 이행지체의 책임을 묻는 것은 가혹하기 때문이다.

(c) 期限의 定함이 없는 債務, 채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다.(제387조 2항) 기한을 정함이 없는 채무는 그 채무가 발생한 때부터 채권자는 이행을 청구할 수 있지만 그때부터 지체책임이 발생하는 것은 채무자에게 가혹하기 때문에 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다고 규정한다. 최고 후 지체책임의 발생시기에 대해서 판례에 의하면 채무자는 이행청구를 받은 날 안으로 이행을 하면 되고 그 청구를 받은 날을 도과할 때 지체 책임을 진다고 해석하고 있다. 다만 기한의 정함 없는 소비대차의 경우 대주는 상당한 기간을 정하여 반환을 최고해야 하므로(제603조 2항) 상당한 기간이 경과한 때부터 이행지체가 되고, 상당한 기간을 정하지 않고 최고한 때에는 최고한 때로부터 상당한 기간이 경과한 후에 비로소 차주는 지체에 빠지게 된다.

채권자는 채무불이행 일반에서 다룬 바와 같이, 채무의 존재, 이행기의 도래, 채무자에 의한 이행제공이 없음을 입증하여야 하는 반면, 채무자는 자신의 고의·과실이 없음을 입증하여야 한다.

이행지체의 효과는 다음과 같다.

(가) 履行의 強制

이행지체는 원래의 급부가 여전히 가능하므로 채권자는 현실의 이행을 강제할 수 있다(제389조).

(나) 損害賠償

이행지체의 경우 채권자는 본래의 급부에 대한 이행청구와 더불어 지체로 인해 발생한 손해에 대해서도 그 배상을 청구할 수 있다(지연배상). 또한 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간 내에 이행하지 아니하거나 지체 후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때에는, 채권자는 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상

(전보배상)을 청구할 수 있다(제395조). 전보배상의 손해액 산정 시기는 ‘최고 후 상당기간이 경과한 때’의 시가에 의한다.

(다) 責任의 加重

채무자는 자기에 과실이 없는 경우에도 이행지체 중에 생긴 손해를 배상하여야 한다(제392조 본문).

(라) 法定解除權

채무자가 이행을 지체하는 경우에 채권자는 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 채무자가 그 기간 내에 이행하지 않으면 채권자에게 해제권이 발생한다(제544조). 그러나 채무자가 미리 이행하지 않을 의사를 표시한 경우, 또는 급부가 정기행위인 경우에는 최고 없이도 해제할 수 있다(제544조 단서).

4. 履行不能

(1) 意義

채권이 성립한 후에 (채무자의 귀책사유로) 그 이행이 불가능하게 된 경우를 이행불능이라고 한다. 이행지체는 이행이 가능하다는 점에서 불능과 차이가 있다.

(2) 分類

(가) 原始的 不能·後發的 不能

불능은 그 발생시점에 따라 계약성립시에 이미 급부가 불능인 원시적 불능과 채권관계 성립 후에 비로소 급부가 불능이 된 후발적 불능으로 구별된다. 예를 들어 매매 당시 이미 매매 목적물인 그림이 멸실된 경우에는 원시적 불능이고, 매매계약 체결 후에 멸실된 경우는 후발적 불능이다. 원시적 불능과 후발적 불능의 구별은 특히 계약의 유효·무효의 판단과 관련해 중요한 의미를 갖는다. 즉, 원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 계약은 유효하지 않고, 단지 그 불능을 알았거나 알 수 있었던 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상해야 한다(제535조). 반면 후발적 불능의 경우 그 계약은 유효하고 채무자의 귀책사유가 있는지 여부에 따라 채무불이행 책임 내지는 위험부담(제537조, 제538조)의 문제로

처리된다.

(나) 客觀的 不能·主觀的 不能

누구도 법률행위의 목적을 실현할 수 없는 것이 객관적 불능이고, 채무자만이 실현할 수 없는 것이 주관적 불능이다. 양자의 구분은 대체로 큰 의미를 갖지는 않지만 원시적 불능에 따른 무효(제535조)의 적용 여부에서는 객관적 불능인가 주관적 불능인가에 따라 그 취급을 달리한다. 즉, 원시적 불능으로서 법률행위를 무효로 하는 것은 객관적 불능의 경우에 한한다. 반면 제569조의 타인 권리 매매처럼 원시적·주관적 불능의 경우에는 원칙적으로 유효한 것으로 본다. 따라서 매도인은 이행기까지 타인의 권리를 취득하여 이전하여야 하고 그렇지 못한 경우에는 채무불이행책임 내지는 담보책임을 지게 된다.

(3) 要件

(가) 債權關係의 成立 以後에 履行이 不能으로 되었을 것

채권관계가 성립한 후에 급부가 불능으로 된 경우이어야 한다. 급부 불능은 단순히 절대적·물리적 불능에만 한정되지 않고 법률상의 금지에 의해 이행할 수 없는 경우(법률상의 불능), 그리고 더 나아가 사회생활상의 경험칙 또는 거래상의 관념에 비추어 채권자가 채무자의 이행을 더 이상 기대할 수 없는 경우(사회관념상의 불능)에도 인정된다. 판례에 따르면 부동산의 이중매매와 관련해, 부동산을 이중으로 매매하였다는 사실만으로는 언제나 이행불능이 되지 않으나, 제2매수인에게 이전등기를 경료한 때에는, 환매의 특약과 같이 소유권을 회복할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 제1매수인에 대한 이전등기의무는 이행불능의 상태에 놓인다고 한다.

이행불능의 판단은 이행기를 표준으로 한다. 따라서 이행기 이전에 일시적으로 불능이 되었더라도 다시 이행기에 이행이 가능하게 된 경우에는 이행불능으로 되지 않는다. 반면 이행기의 경과로 인해 이행지체가 성립한 후에 채무자의 귀책사유로 인해(제392조 참고) 급부가 이행할 수 없게 된 경우에는 이행불능으로 취급되는데, 다만 채무자는 지체 이후 불능 이전까지에 대해서는 지연배상을, 불능 이후에는 전보배상을 하여야 한다.

(나) 債務者의 歸責事由

급부불능에 대한 채무자의 귀책사유가 있어야만 한다. 다만 이행지체 중에 급부불능이 발생한 경우에는 지체에 대해 귀책사유가 있는 한 불능에 대해서는 귀책사유가 없더라도 책임을 진다(제392조). 귀책사유의 요건은 불능에 따른 손해배상을 청구하기 위한 요건이며, 대상청구권의 행사에 관해서는 이를 필요로 하지 않는다.

(다) 證明責任

채권관계의 존재와 급부불능의 사실에 대해서는 전통적 견해에 따르면 채권자가 입증하도록 되어 있으며, 채무자는 불능에 대한 귀책사유 없음을 입증하여 배상책임을 면할 수 있다. 채무이행이 채무자 영역에서 이루어진다는 점 등에서 불능 여부에 대해서도 채무자가 입증해야 한다는 견해가 있다.

(4) 效果

(가) 이행불능의 경우 이행이 불가능하므로 강제이행을 구할 수 없다. 따라서 채무자는 본래의 급부의무를 면하게 된다.

(나) 損害賠償(填補賠償)請求權

급부의 전부가 채무자의 귀책사유로 불능이 된 경우에 본래의 급부를 목적으로 하는 청구권은 소멸하며 이에 갈음한 손해배상(전보배상)청구권이 발생한다. 일부불능의 경우에도 나머지 부분만의 이행으로 계약 목적을 달성할 수 없는 경우에는 채권자는 채무 전부의 이행에 갈음하는 전보배상을 청구할 수 있다. 본래의 급부가 전보배상청구권으로 변경된 경우에도 채권관계의 동일성은 유지되므로, 원래의 채권에 붙어 있던 보증채무나 담보 등은 소멸하지 않게 된다.

(다) 채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불가능하게 된 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다(제546조).

[代償請求權] 급부의 후발적 불능으로 인하여 채무자가 이행의 목적물에 갈음하는 이익을 취득하는 경우, 채권자가 채무자에 대하여 그 이익을 청구할 수 있는 권리를 대상청구권이라고 한다. 이행불능으로 인하여 채무자가 취득한 대가(대상(代償))는 정상적으로 이행되었더라면 채권자에게 귀속될 것이었으므로, 이를 인정하는 것이 공평의

원리에 부합한다는 점에서 논의가 되고 있다. 판례와 다수설은 이를 인정하는데, 다만 대상청구권이란 본래의 급부이행에 갈음한 상태의 형성만을 목적으로 할 뿐 채권관계 그 자체에 대해 변경을 가져오지는 않고 오히려 채권관계의 존립을 전제로 해서만 인정된다. 따라서 쌍무계약의 당사자 일방이 상대방의 급부가 이행불능이 된 사정의 결과로 상대방이 취득한 대상에 대하여 급부청구권을 행사할 수 있다고 하더라도, 그 당사자 일방이 대상청구권을 행사하려면 상대방에 대하여 반대급부를 이행할 의무가 있다. 따라서 만약 “당사자 일방의 반대급부도 그 전부가 이행불능이 되거나 그 일부가 이행불능이 되고 나머지 잔부의 이행만으로는 상대방의 계약목적 달성을 할 수 없는 등 상대방에게 아무런 이익이 되지 않는다고 인정되는 때에는, 상대방이 당사자 일방의 대상청구를 거부하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 당사자 일방은 상대방에 대하여 대상청구권을 행사할 수 없다”.

5. 不完全履行

(1) 不完全履行의 内容

불완전이행은 일정한 이행행위가 있었으나 급부목적물이나 급부행위에 하자가 있는 경우 또는 이행과 관련하여 주의를 제대로 하지 않음으로써 급부목적물이나 급부결과 혹은 그 이외의 채권자의 법익에 손해를 발생시킨 경우에 인정되는 채무불이행의 한 유형이다. 이행불능이나 이행지체와 같이 (적어도 정해진 시점에) 이행 자체가 없는 것과는 달리, 이행행위가 이루어졌으나 그것이 완전하지 않다는 점에서 이를 적극적 채권침해라고도 부른다. 채무자의 귀책사유를 전제로 하므로 이를 요건으로 하지 않는 하자담보책임과는 구별된다.

(2) 不完全履行의 一般的인 要件 및 效果

불완전이행의 모습과 효과는 개별 사례에서 다양하게 나타날 수 있다. 다만 개괄적 이해를 도모하기 위해 불완전이행의 일반요건과 효과를 제시한다면 다음과 같다. ① 이행행위가 있었으나 채무의 내용에 좇지 않은 불완전한 이행일 것, ② 불완전한 이행이 채무자의 귀책사유로 인한 것일 것, ③ 불완전한 이행에 의해 채권자에게 손해가 발생하였을 것 등을 들 수 있다. 이에 따른 효과로는 손해배상청구권과 계약해제권 그리고 완전이행 또는 추완청구권 등이 인정된다.

(3) 不完全履行의 모습과 證明責任

불완전이행은 채무자의 이행행위가 채무의 내용에 좇지 않은 제반의 형태를 포괄

하므로 다양하게 나타나고 있다. 따라서 그 분류도 여러 기준에 의해 가능할 수 있으나 많이 활용되는 위반의무의 유형에 따라 나누어 살펴도록 한다. 다만 미리 주의할 것은, 제390조에 따른 불완전이행은 (일부) 이행불능·이행지체, 담보책임과의 관계에서 형성된 유형으로서 경우에 따라서는 ‘불완전한’ 이행이라고 부를 수 있음에도 이 유형에 포함시키지 않는 경우가 있을 수 있다는 점이다.

(가) 給付義務의 不完全履行

채무자의 급부의무가 완전하지 않게 이행된 경우는 크게 ① 일부의 이행을 행하지 않은 경우, ② 매매와 같은 권리이전을 목적으로 하는 계약에서 매수인에게 완전한 권리를 이전하지 못한 경우, ③ 제공된 목적물에 교환가치·사용가치의 감소를 초래하는 하자가 있는 경우로 나누어 볼 수 있다.

(나) 附隨的 義務의 不完全履行

채권관계의 목적실현을 위해 필요로 하는 일련의 행태의무로서 부수적 의무에 대한 불완전이행도 인정되는데, 가령 매도인이 목적물의 사용방법에 대하여 매수인에게 잘못된 지시나 정보를 제공함으로써 매수인이 사용을 그르쳐 목적물이 훼손된 경우 또는 위험성이 있는 물건을 판매하면서 매수인에게 위험성에 관한 충분한 설명을 하지 않는 등이 해당한다. 이 경우에도 부수적 의무의 위반에 따라 채권자의 법익이 침해된 경우 불완전이행을 인정할 중요한 의미가 있다. 다만 가령 포장의무나 보관의무와 같이 부수적 의무위반의 경우에도 그 결과가 목적물의 훼손을 이끌게 되어 결국에는 이행불능 또는 이행지체가 성립할 수도 있다.

(다) 保護義務의 不完全履行

예를 들어 판매한 가구를 집안에 들여놓다가 매수인의 다른 가구를 훼손한 경우와 같이 급부의 이행과정에서 채무자의 귀책사유에 의해 채권자의 인신 및 재산 등 일반적 법익을 침해하는 불완전이행의 한 유형이다. 보호의무 자체에 대한 인정 여부가 논란이 있는 바에 따라 보호의무의 불완전이행을 급부의무 또는 부수적 의무의 불완전이행과 분리하여 별도로 인정할 것인지 여부는 다투어지고 있다.

(라) 證明責任

채무불이행책임의 증명책임 일반과 마찬가지로 채권자는 채권관계의 존재와 채무 이행의 불완전성 내지 부수적 의무·보호의무의 위반사실을 입증하여야 하고, 채무자는 이에 대해 자신의 귀책사유 없음을 들어 면책할 수 있을 뿐이다. 다만 주의할 바로서 급부의무의 불완전이행과 관련해, 일정한 결과의 실현 자체 (가령 소유권이전과 같은 ‘결과채무’)가 아니라 결과 달성을 위해 최선의 노력을 할 것을 내용으로 하는 ‘수단채무’의 경우에는 채무의 불완전성 여부와 채무자의 고의·과실의 주의의무 기여가 서로 분리되지도 않고, 특히 의료과오와 같이 증거와의 거리 또는 난이도 등에 비추어 채권자가 채무의 불완전성을 사실상 입증할 수 없는 경우 그 증명책임을 완화해 가고 있다.

(5) 不完全履行의 效果

불완전이행에 따라 채무자는 채권자에 대해 무엇보다 손해배상의무를 부담한다. 대개의 경우 불완전이행에 따른 기존 법익의 침해를 이유로 한 손해배상이 문제되었으나, 불완전이행이 이행지체를 동반하는 경우 지연손해를 함께 그 내용으로 할 수도 있으며 불능의 경우에도 마찬가지이다. 또한 급부의무의 불완전이행의 경우에는 급부의무가 완전히 이행될 수 있는 한 완전이행 또는 추완청구권의 행사도 가능하며, 불완전이행에 따라 계약목적의 달성이 불가능한 경우에는 계약해제권도 인정된다.

[이행거절의 불이행 모습] 이행거절이란 채무자가 채무의 이행이 가능함에도 이를 행할 의사가 없음을 채권자에게 종국적으로 표시하여 채권자로 하여금 채무의 이행을 더 이상 기대할 수 없게 하는 것을 말한다. 이행거절의 의사를 언제 표시하였는가를 기준으로 이행기 전의 이행거절과 이행기 후의 이행거절로 나눌 수 있다. 그 가운데 이행 후의 이행거절은 제544조 단서에서 “채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지” 아니하고 곧바로 해제할 수 있도록 하고 있다고 규정함으로써 별도의 취급을 필요로 하지 않는다.

그렇지만 이행기 전의 이행거절은 그 사정이 다르다. 즉, 이 경우에 대해서는 별도로 명시하여 정한 바가 없으며, 또한 불능·지체·불완전이행의 유형과도 완전히 맞아 떨어지지 않는다. 즉, 이행기 이전의 이행거절은 그 자체로는 이행이 여전히 가능하다는 점에서 이행불능과는 다르며, 아직 이행기를 경과하지 않고 있다는 점에서 이행지체에 빠져 있다고 말하기 쉽지 않고, 또한 이행행위 자체가 행해지지 않았다는 점에서 불완전이행과도 똑같지는 않다. 이런 이유에 따라 이행지체에 대해서는 이들 3 유형과는 별도로 구성하여 포괄적 요건인 제390조의 고유한 유형으로 인정하려는 입장이 있는가 하면 이행지체의 특수한 한 모습으로 평가하려는 견해도 있다.

이행거절이 있더라도, 채권자는 이행기를 기다려 채무자의 이행을 강제할 수도 있고 그렇지 않고 즉시 계약을 해제하면서 손해배상(전보배상)을 청구할 수도 있다. 판례도 “부동산 매도인이 중도금의 수령을 거절하였을 뿐만 아니라 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우 매수인은 신의성실의 원칙상 소유권이전등기의무 이행기

일까지 기다릴 필요 없이 이를 이유로 매매계약을 해제할 수 있다”고 판시하고 있다. 이행거절의 의사표시가 적법하게 철회된 경우 다시 원칙으로 돌아가 상대방으로서는 자기 채무의 이행을 제공하고 상당한 기간을 정하여 이행을 최고한 후가 아니면 채무 불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없다고 하고 있다.

III. 채무불이행 책임의 내용: 계약책임

1. 強制履行
2. 債務不履行에 따른 損害賠償 (불법행위 책임 참고)
3. 契約의 解除

(1) 解除의 意義

해제란 유효하게 성립한 계약을 해제권자의 일방적 의사표시에 의하여 해소시키는 제도를 말하고, 해제할 수 있는 권리를 해제권이라고 한다. 해제권은 계약에 따른 개별 권리가 아니라 계약관계 자체의 해소를 뜻하므로 계약의 당사자 또는 그 지위를 승계한 자만이 가질 수 있다. 계약은 해제에 따라 그 효력을 상실하며, 따라서 채무자는 더 이상 채무를 이행할 필요가 없고 이미 급부를 이행한 경우 이를 원상회복의 방법으로 반환청구할 수 있다.

해제는 계약구속의 원칙에 따라 당사자의 임의대로 할 수는 없고 일정한 사유에 따라 당사자가 해제권을 갖는 경우에만 인정될 뿐이다. 해제권의 발생은 크게 당사자의 약정에 의한 경우(약정해제)와 채무불이행을 이유로 한 경우(법정해제)가 있다.

(2) 法定解除權의 發生要件

(가) 履行遲滯에 의한 解除權의 發生(제544조)

계약의 일방 당사자가 이행지체에 빠진 경우 상대방은 상당한 기간을 정하여 최고한 후 그래도 이행을 받지 못한 때에는 계약해제권을 갖게 된다(제544조). 정기행위에 대해서는 제545조에서 특별규정을 두고 있다. 제544조의 개별 요건은 ① 債務者の 履行遲滯, ② 相當한 期間을 定한 履行의 催告, ③ 催告期間 內에 債務者の 履行 또는 履行의 提供이 없을 것이다.

(나) 履行不能으로 인한 解除權의 發生(제546조)

채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 즉시 해제할 수 있다(제546조). 이행기의 도래 또는 채권자의 최고 모두 무의미하기 때문에 이를 필요로 하지 않는다. 또한 쌍무계약의 경우에도 채권자는 자기의 반대급부 의무를 이행제공할 필요가 없다. 채무자의 귀책사유 없는 불능의 경우 위험부담에 관한 제537조가 적용되므로 해제가 문제되지 않는다.

(다) 不完全履行에 기한 解除權의 發生

이행불능과 이행지체 이외에 채무불이행의 3번째 유형으로서 불완전이행이 인정되고 있다(통설). 따라서 불완전이행에 대해서도 불능지체와 마찬가지로 채권자의 구제수단으로 해제권이 인정되고 있다. 해제권의 구체적 요건과 관련하여, 불완전한 이행부분에 대한 추완이 가능한 경우에는 이행지체에 준하여, 그렇지 않은 경우에는 이행불능과 같이 최고 없이 해제할 수 있다고 해석된다. 또한 해제의 범위에 대해서는 일부 불능의 법리에 따라, 다시 말해 불완전한 부분이 이행되지 않음으로써 계약목적 달성을 수 없는 경우에는 전부의 해제를 인정하고 그렇지 않은 경우에는 불가능한 부분에 한해서만 해제할 수 있을 뿐이다.

부수적 의무 또는 보호의무의 위반에 대해서는 원칙적으로 해제권이 인정되지 않으나, 근로계약상의 근로자에 대한 안전배려의무 위반과 같은 경우에는 해제·해지권이 인정될 수 있다.

(라) 事情變更과 解除權

민법은 사정변경을 이유로 한 계약의 해제권 또는 해지권을 일반적으로 규정하고 있지는 않다(개별규정으로서는 제557조). 그러나 학설은 신의성실 원칙의 파생법리로서 사정변경의 법리를 승인하면서 계약성립 당시에 전제로 삼았던 사정이 그 후 변경되어 당초의 계약내용을 그대로 유지시키는 것이 신의칙상 부당한 결과를 가져오는 경우 그 내용을 수정하거나 또는 계약을 해제할 수 있도록 하고 있다.

사정변경의 법리는 계약구속력의 원칙에 대한 예외로서 그 요건을 엄격히 할 필요가 있는데, 학설에 따르면 ① 계약의 전제가 되었던 사정, 다시 말해 당사자 중 일방이 계약의 전제로 삼았던 것으로서 만약 그러한 사정이 기초되지 않았더라면 계약을 체결하지 않았을 중요한 사정이 변경되었어야 하며, ② 사정의 변경은 당사자가 예상하지 않았고 예상할 수도 없었으며 또한 당사자의 책임 없는 사유에 기인

하였어야 하며, 현저한 정도에 이르렀어야 하고, ③ 원래의 계약내용에 따른 구속력을 인정할 경우 신의칙에 반하는 결과가 생기고 또한 계약의 수정이 불가능할 것을 그 요건으로 하고 있다.

판례는 사정변경 법리에 대하여 종래 그 개념을 인정하면서도 실제 사안에서는 그 적용과 관련하여 이를 부정해 왔으며 단지 근보증의 계속적 계약관계에서 사정변경에 따른 해지권을 인정해 왔다. 다만 최근 대법원은 한 지방자치단체로부터 매수한 토지가 공공공지에 편입되어 매수인이 의도한 용도로 사용할 수 없게 된 사안에서 사정변경으로 인한 계약해제가 계속적 계약관계를 넘어 1회적 계약관계에서도 원칙적으로 적용될 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 그러나 당해 사안의 판단에서는 “사정변경으로 인한 계약해제는, 계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방 당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다. 또한, 계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약 목적을 달성할 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 계약내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다.”고 판시함으로써 해제권을 인정하지는 않았다.

(3) 解除權의 行使

해제권의 행사 여부는 해제권자의 자유이며, 따라서 채권자는 해제권을 갖더라도 계약을 해제하지 않은 채 지연배상과 함께 본래의 이행을 청구할 수도 있다. 해제권은 형성권으로서 상대방에 대한 의사표시에 의해 행사된다(제543조 1항). 따라서 해제의 의사표시는 상대방에게 도달한 때부터 효력을 발생하며(제111조 1항), 상대방의 승낙이 없는 한 임의대로 철회하지 못한다(제543조 2항).

해제권은 원칙적으로 조건을 붙이지 못한다. 그렇지 않을 경우 법률관계의 불명확성에 따라 상대방의 지위가 불안하게 될 염려가 있기 때문이다. 다만 채권자가 이행의 최고를 하면서 그 기간 내에 이행하지 않으면 해제의 의사표시가 없더라도 계약의 효력을 상실하도록 하겠다는 별도의 의사표시를 부가한 경우, 이는 상대방을 특별히 불리하게 하는 것이 아니므로 유효하고, 그 기간의 경과에 따라 해제권의 발생과 동시에 별도의 의사표시 없이 그 계약은 해제된 것으로 보게 된다

해제권은 약정이나 법률규정에 의하여 행사기간이 정하여져 있지 않는 한 일반원

칙에 따라 10년의 제척기간에 걸린다.

(4) 解除의 效果

(가) 해제권의 행사로 인해 아직 이행되지 않은 채무는 소멸하고 이미 이행한 바는 반환되어야 한다. 또한 제390조에 따른 채무불이행 책임의 요건이 갖추어지는 한 채권자는 해제와 더불어 손해배상을 청구할 수도 있다. 해제권 행사에 따른 법률관계가 어떻게 구성될 수 있는가에 관하여 종래부터 견해가 대립해 왔는데, 다수설과 판례는 직접효과설, 그 중에서 물권적 효과설을 택하고 있다. 즉, 해제권이 행사되면 기존의 계약은 계약 당시로 소급하여 소멸하고 따라서 계약상의 채권·채무도 처음부터 존재하지 않았던 것처럼 소급하여 소멸하게 된다. 그러므로 아직 이행하지 않은 급부는 더 이상 이행할 필요가 없고, 이미 이행한 급부는 부당이득으로서 반환하여야 하지만 다만 반환의무자가 선의인 경우에도 현존이익의 반환(제748조 1항)이 아닌 제548조의 원상회복의 방법으로 이루어지게 된다.

(나) 具體的 效果

해제권자의 해제의 의사표시로 인하여 양 당사자는 계약 구속력으로부터의 해방, 즉 아직 이행되지 않은 채무로부터 벗어나고 이미 급부된 목적물의 반환을 청구할 수 있다. 그런데 원상회복의무의 실현과 관련해 당사자가 해제 이전에 채무의 이행으로 상대방에게 등기 또는 인도까지 완료해 주어 물권변동이 발생한 경우 변동된 물권이 계약해제로 인해 복귀하는가, 그리고 상대방과 이해관계를 갖게 된 제3자는 보호될 수 있는가 하는 것이 문제된다. 또한 원상회복의무의 기준과 방법, 급부 목적물로부터 발생한 과실 또는 급부목적물에 지출한 비용 등의 반환은 어떻게 다루어져야 하는가도 문제된다.

(a) 계약의 구속력으로부터 해방

해제로 인하여 계약은 소급적으로 소멸하여 그 효력을 상실하고 따라서 이미 이행된 급부는 법적 원인 없이 행해진 바로서 원래의 상태대로 반환되어야 한다. 이와 관련해, 일방 당사자가 상대방에게 계약의 이행으로써 등기 또는 인도를 갖추어 물권을 이전시켜 주었을 때, 해제로 인해 그 물권이 원래의 당사자에게 등기 또는 인도 없이도 당연히 복귀하느냐가 문제된다. 통설과 판례는 물권행위의 유인성을 인정하는 전제에 서 있으며, 이에 따르면 원인행위인 채권계약이 소급해서 소멸하면 이를 기초로 변동되었던 물권도 당연히 복귀한다고 하는 입장이다(물권적 효과

설).

[계약해제의 효과에 관한 판례] 제548조 1항 본문에 의하면 계약이 해제되면 각 당사자는 상대방을 계약이 없었던 것과 같은 상태에 복귀케 할 의무를 부담한다는 뜻을 규정하고 있다. 계약에 따른 채무의 이행으로 이미 등기나 인도를 하고 있는 경우에 그 원인행위인 채권계약이 해제됨으로써 원상회복 된다고 할 때 그 이론 구성에 관하여 소위 채권적 효과설과 물권적 효과설이 대립되어 있으나 우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하고 있지 않는 점과 민법 548조 1항 단서가 거래안정을 위한 특별규정이란 점을 생각할 때 계약이 해제되면 그 계약의 이행으로 변동이 생겼던 물권은 당연히 그 계약이 없었던 원상태로 복귀한다 할 것이다.

(b) 解除와 제3자

해제권자의 해제에 따라 당사자는 상대방에 대하여 원상회복의무를 부담하나 이로써 제3자의 권리를 해하지는 못한다(제548조 1항 단서). 물권적 효과설의 입장에서는 해제의 소급효를 제한하여 제3자의 지위와 거래안전의 보호를 위한 특별규정으로 파악된다.

① 제548조 1항 단서에 따라 보호되는 제3자는 어떤 자가 해당하는가? 해제의 효력에 따라 영향 받지 않는 제3자는 해제된 계약으로부터 발생된 법률효과를 기초로 하여 해제권의 행사가 있기 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라, 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말한다. 따라서 가령 해제권자가 해제할 당시 해제 상대방으로부터 아직 제3자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지지 않은 때에는, 그 제3자는 완전한 권리를 취득한 것이 아니므로 위 규정에 따라 보호되는 제3자에 해당하지 않으며, 해제상대방과의 관계에서 채무불이행책임 등을 물을 수 있을 뿐이다.

반면 제3자는 원칙적으로 해제가 있기 전에 그 계약에 기초하여 새로운 권리를 취득한 자이어야 하지만 판례와 학설은 이를 확대하여 해제권 행사 후 원상회복등기 등이 이루어지기 전에 계약해제 사실을 모른 채 새로운 권리를 취득한 제3자도 제548조 1항 단서에 따라 계약해제로부터 보호되는 제3자의 범위에 해당한다고 한다. 이러한 확대는 민법의 선의자 보호를 위한 제109조 2항, 제110조 3항 등과 조화를 이루고 있다.

(c) 原狀回復義務

계약의 해제 이전에 이미 일방 또는 양 당사자가 계약에 기해 급부한 것이 있는 경우 이는 해제로 인해 원상대로 반환되어야 한다(제548조 1항 본문). 해제된 계약

의 양 당사자 모두 수령한 것이 있는 한 반환의무를 부담한다.

직접효과설에 의하면 계약은 해제로 인해 소급하여 실효되므로, 이미 이행된 급부는 법률상 원인 없이 수령한 것이 되어 부당이득으로서의 성질을 가진다. 다만 그 반환의무의 이행은 이익의 현존 여부와 관계없이 받은 급부 전체의 반환을 내용으로 한다.

계약의 해제에 따라 각 당사자가 서로 부담하는 원상회복의무에 대해서는 동시이행의 항변권이 준용된다(제549조, 제536조). 청산관계설에 따르면 원래의 채권관계가 변형된 한도 내에서 존속함에 따른 당연한 규정이었으며, 직접효과설에 의하면 계약이 해제된 경우 계약이 소급적으로 실효되어 쌍무계약 자체가 성립하지 않게 되므로 그 존속을 전제로 한 효과가 그대로 적용될 수는 없으므로 공평의 견지에서 별도로 '특수한 이행거절 권능'을 부여한 것으로 해석된다.

계약해제에 따라 각 당사자는 원상회복의 의무를 부담한다. 즉, 이미 설명한 바와 같이 각 당사자는 부당이득법의 경우와는 달리 이득의 현존 유무나 상대방의 선·악을 불문하고 받은 급부 전부를 상대방에게 반환하여야 한다.

(라) 損害賠償의 請求와 保證債務의 效力存續

계약의 해제 또는 해지는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다(제551조). 직접효과설에 따르면 해제에 따라 계약이 소급적으로 소멸하기 때문에 손해배상의 법적 기초를 찾기가 쉽지 않다.

제551조에서 의미하는 손해배상은 제390조에 따라 채무불이행을 이유로 한 손해배상을 의미하며, 따라서 배상의무자의 귀책사유가 있어야만 한다. 그 범위와 관련해서는 대부분의 견해는 그 배상책임의 근거가 제390조에서 찾아지는 한 이행이익을 그 내용으로 한다고 이해하고 있다. 이때 손해배상액의 산정은 해제 시점의 시장가격을 기준으로 하게 되는데, 해제한 채권자는 해제 시점까지 이행이 가능한 한 그 시점에서 본래의 급부를 청구할 수 있었던 것이므로 해제에 의하여 급부청구권이 전보배상청구권으로 전환된 것으로 볼 수 있기 때문이다. 다만 최근 판례에서는 계약해제에 따른 손해배상의 내용으로서 이행이익에 갈음하여 “그 계약이 이행되리라고 믿고 채권자가 지출한 비용 즉 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있다”고 판단하고 있다(대법원 2003.10.23. 선고 2001다75295 판결; 대법원 2002.6.11. 선고 2002다2539 판결).

원래의 계약상 의무에 대한 보증인은 해제 이후에도 원상회복의무 및 손해배상의무에 대하여 여전히 보증채무를 부담한다.

제7장 다수당사자 채권관계

채권·채무의 귀속은 1인의 채권자와 1인의 채무자 사이의 관계를 전형적 모습으로 한다. 그런데 거래생활상 채권자 또는(와) 채무자가 수인인 경우가 발생한다. 이러한 귀속형태는 분할채권관계, 불가분채권관계, 연대채무관계, 보증채무관계로 대별할 수 있다.

I. 분할채권관계

1. 의 의

채권자나 채무자가 수인인 경우에 특별한 의사표시가 없으면 각 채권자 또는 각 채무자는 균등한 비율로 권리가 있고 채무를 부담한다(제408조). 채권자나 채무자가 다수인 경우, 민법은 분할주의를 원칙으로 하고 있다. 예를 들어, A·B가 X로부터 자동차 1대를 50만 원에 매수하였다면, 다른 의사표시가 없다면, 매도인 X는 매수인 A에게 25만 원, B에게 25만 원만 청구할 수 있을 뿐이다(분할채무의 예).

2. 효 력

(1) 對外的 效力

분할채권자는 자기의 채권액 이상을 채무자에게 청구할 수 없으며 분할채무자는 자기가 부담하는 비율 이상의 채무를 이행할 필요가 없다. 다만 계약의 해제 또는 해지는 제547조에 의하여 전원이 전원에 대하여 행사하여야 한다.

또 각 채권자의 채권 또는 각 채무자의 채무는 각각 독립한 채권·채무이므로 1인의 채권자 또는 채무자에게 생긴 사유(예: 채무불이행, 경개, 면제, 혼동, 시효 등)는 다른 채권자 또는 채무자에게 영향이 없다. 다만 계약의 해제 또는 해지는 해제권의 행사에 관하여는 제547조에 해제권의 불가분성에 관한 명문규정이 있다.

(2) 對內的 效力

제408조는 분할채권관계의 대외적 효력만을 규정하고 있을 뿐, 분할채권자 또는 분할채무자 상호 간의 내부관계에 대해서는 아무 언급이 없다. 이는 분할채권, 분할

채무의 경우에 공동채권자, 공동채무자는 서로 독립된 채권자, 채무자이기 때문이다. 만일 분할채무자 중 1인이 다른 분할채무자의 채무를 변제하였다면 이는 제3자의 변제(제469조)에 해당한다.

II. 불가분채권관계

1. 의 의

하나의 불가분급부를 목적으로 하는 다수당사자의 채권관계를 불가분채권관계라고 한다. 급부가 성질상 불가분인 때에는 당연히 불가분채권관계로 할 것이지만, 그 외에 채무이행의 편의를 도모하는 측면과 채권담보의 기능이라는 측면에서 의사표시에 의한 불가분채권관계를 인정한다.

불가분채권관계는 복수의 채권관계이다. 각각의 채권 또는 채무는 서로 별개의 독립된 것인데, 다만 그 목적물이 불가분이기 때문에 채권·채무의 독립성이 제약을 받는 것에 불과하다. 따라서 채무불이행으로 인하여 불가분급부가 손해배상의무로 바뀐 경우와 같이, 불가분급부가 가분급부로 변한 때에는 불가분채권관계는 분할채권관계로 변경하기도 한다(412조).

2. 불가분채권

(1) 對外的 效力

(가) 不可分債權者 全員과 債務者간의 法律關係

각 채권자는 모든 채권자를 위하여 자기에게 급부할 것을 청구할 수 있다. 채무자는 모든 채권자를 위하여 각 채권자에게 이행할 수 있다(제409조). 소의 제기, 강제집행도 불가분채권자 한 사람의 이름으로 할 수 있다.

(나) 不可分債權者 中 1인에게 생긴 事由의 效力

(a) 絶對的 效力

제410조 제1항은 “전조의 규정에 의하여 모든 채권자에게 효력이 있는 사항을 제외하고는 불가분채권자 중 1인의 행위나 1인에 관한 사항은 다른 채권자에게 효

력이 없다.”고 규정한다. 여기서 ‘전조의 규정에 의하여 모든 채권자에게 효력이 있는 사항’이란 채권자 측의 이행청구 또는 채무자측의 이행행위를 가리킨다. 따라서 이행청구에 따른 효과로서의 시효중단, 이행지체 등의 효과도 절대적 효력이 있으며, 채무자의 이행행위와 관련된 변제의 제공, 채권자지체 등의 효과도 절대적 효력이 있다.

(b) 相對的 效力

이행청구 또는 채무이행 및 이들과 관련된 사항 이외의 경우에는 불가분채권자 중 1인에 관하여 생긴 사항은 다른 채권자에게 효력이 없다(제410조 제1항). 즉 위에서 말한 절대적 사유 이외에는 모두 상대적 효력을 가지는 데에 그친다.

예를 들어, A·B·C가 X와의 매매계약에 기하여 자동차인도채권을 가진다고 할 때에 A가 X에게 채무면제의 의사표시를 하였다 하더라도 B·C는 여전히 자동차인도청구권을 행사할 수 있다. 다만 이 경우에 X는 A에게 부당이득반환을 청구할 수 있다. 왜냐하면 면제에 X·A간의 상대적 효력은 있기 때문이다.

이 사안에서 원래대로 하면, X는 B 또는 C에게 자동차를 인도하고, 만일 X가 B에게 자동차를 인도하였다고 할 때에 B는 A와 C에게 귀속하여야 할 이익을 분배하며, B로부터 이익을 분배받은 A는 다시 X에게 그 이득을 반환하는 절차를 거치게 된다. 이러한 문제를 간명하게 처리하기 위하여 민법 제410조 제2항은, 채무전부의 이행을 받은 채권자 B가, 경개 또는 면제를 행한 채권자 A가 권리를 잃지 않았더라면 그에게 분급하였을 이익을, 직접 채무자 X에게 반환하도록 규정하고 있다.

(2) 對內的 效力

민법은 불가분채권의 내부관계에 관하여 규정한 바 없다. 그러나 불가분채권의 본질상 다음과 같이 설명할 수 있다. ① 변제를 받은 채권자는 내부관계의 비율에 따라 급부이익을 분배하여야 한다; ② 당사자 사이에 특별한 약정이 없으면 그 비율은 균등한 것으로 추정하여야 한다(제408조 내지 제424조의 유추적용).

3. 불가분채무

(1) 對外的 效力

(가) 不可分債務者 全員과 債權者간의 法律關係

민법 제411조는 연대채무에 관한 제413~415조를 준용한다. 따라서 ① 불가분채무자는 채무 전부를 각자 이행할 의무가 있고(제413조), ② 채권자는 채무자 중의 1인에 대하여 또는 모든 채무자에 대하여 동시에 또는 순차적으로 전부의 이행을 청구할 수 있으며(제414조), ③ 불가분채무자 1인에 대한 무효·취소 사유는 다른 불가분채무자의 채무에 영향이 없다(제415조).

(나) 不可分債務者 중 1인에게 생긴 事由의 效力

(a) 絶對的 效力

불가분채무는 채무자 전원의 자력을 통하여 채무의 실현가능성을 강하게 보장한다. 이러한 이유에서 채권자에게 만족을 주는 채권소멸 사유(예: 변제, 대물변제, 상계, 공탁)에 한하여 다른 다수당사자 채권관계에서와 마찬가지로 절대적 효력을 가진다.

‘이행청구’도 절대적 효력을 가지는지 문제 된다. 통설은 연대채무에서 ‘이행청구’는 절대적 효력사유(제416조)인데, 제411조가 제416조를 준용대상에서 제외하므로 불가분채무에서의 ‘이행청구’는 상대적 효력을 가지는 것으로 이해한다. 그러나 불가분채무의 법적 기능에 비추어 볼 때, 그리고 제411조는 “이행청구는 절대적 효력사유이다”(제409조)라는 것을 전제하는 제410조를 준용한다는 점을 아울러 볼 때, ‘이행청구’는 불가분채무에서 절대적 효력사유라고 보는 것이 타당하다는 견해도 있다.

(b) 相對的 效力

채권자에게 만족을 주는 사유 이외의 채권소멸사유(예: 경개, 면제, 시효완성)는 상대적 효력사유에 그친다. 왜냐하면 제411조는 연대채무에 관한 제416~421조, 제423조를 준용하지 않고 불가분채권에 관한 제410조를 준용하고 있기 때문이다. 이처럼 불가분채무의 경우에는 연대채무에 비하여 절대적 효력사유가 좁기때문에 연대채무보다 채권담보의 효력이 강하다고 말할 수 있다.

(2) 對內的 效力

불가분채무자 상호간의 내부관계에 관하여는 제411조에 의하여 연대채무에 관한 제424~427조가 준용된다. 따라서 변제를 한 채무자는 다른 채무자에 대하여 각각의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있고, 이때 각 채무자의 부담부분은 특별한 사정이 없는 한 균등한 것으로 추정된다.

Ⅲ. 연대채무

1. 의의

수인의 채무자가 각자 동일한 내용의 급부를 할 독립된 채무를 부담하고, 채무자 중의 1인이 전부의 급부를 하면 모든 채무자의 채무가 소멸하게 되는 다수당사자의 채권관계를 연대채무라고 한다(제413조). 연대채무를 이해할 때에는 각각의 채무가 서로 독립한 별개의 채무라는 점에 유의해야 한다. 채무자의 수만큼 복수의 채무가 존재하고 이들 채무는 단일한 목적을 위하여 결합되어 있다.

따라서 채무자 중의 1인에 대하여 법률행위의 무효·취소사유가 있다 하더라도 다른 채무자의 채무의 효력에는 영향이 없다(제415조).

연대채무는 보증채무와 더불어 채권담보의 작용을 한다. 연대채무에서는 채무자 사이에 주종의 구별이 없다. 이러한 점에서 보증채무보다 강한 담보적 작용을 한다. 그러나 절대적 효력사유가 비교적 넓게 인정되기 때문에 불가분채무나 부진정연대채무보다는 담보적 효력이 약하다.

2. 성립

연대채무는 당사자 사이의 약정이나 법률 규정(민 616, 654, 35②, 760, 832 등)에 의해서만 발생한다. ‘연대’는 추정되지 않는다.

3. 對外的 效力

(1) 連帶債務者 全員과 債權者간의 法律關係

채권자는 어느 연대채무자에 대하여 또는 동시나 순차로 모든 연대채무자에 대하여 채무의 전부나 일부의 이행을 청구할 수 있다(제414조). 이러한 청구는 재판 외에서 뿐 아니라 재판상으로도 할 수 있다.

(2) 連帶債務者 中 1인에게 생긴 事由의 效力

연대채무는 복수의 채무이며 또한 각각의 채무는 서로 독립적이다. 다만, 채무자 1인에게 일정한 사유가 있는 경우에는 다른 연대채무자에게도 절대적으로 효력을 미치기도 한다.

(가) 絶對的 效力

(a) 일체형 절대적 효력사유

① 변제·대물변제·공탁

우리 민법은 절대적 효력사유로서 7개를 규정한다. 다만, 법률에 명시적인 규정이 없더라도 채권자에게 만족을 주는 사유는 당연히 절대적 효력이 있는 것으로 본다. 따라서 변제, 대물변제나 공탁은 절대적 효력이 있다고 보아야 한다.

② 이행의 청구

어느 연대채무자에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있다(제416조). 이행청구가 절대적 효력이 있으므로 이행지체(제387조 제2항의 경우), 시효의 중단도 절대적 효력이 있다.

③ 경계

어느 연대채무자와 채권자간에 채무의 경계가 있는 때에는 채권은 모든 연대채무자의 이익을 위하여 소멸한다(제417조).

④ 상계

어느 연대채무자가 채권자에 대하여 채권이 있는 경우에 그 채무자가 상계한 때에는 채권은 모든 연대채무자의 이익을 위하여 소멸한다(제418조 제1항). 상계도 채무자의 출자를 수반하여 채권자에게 만족을 주는 것이기 때문에 변제와 마찬가지로 절대적 효력을 가지는 것이다.

⑤ 채권자지체

어느 연대채무자에 대한 채권자의 지체는 다른 연대채무자에게도 효력이 있다(제422조). 이는 채무 전부에 대한 유효한 변제의 제공을 한 경우를 전제로 한 것이다.

(b) 부담부분형 절대적 효력사유

① 면제

어느 연대채무자에 대한 채무면제는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 연대채무자의 이익을 위하여 효력이 있다(제419조). 이는 당사자들 사이에 구상의 순환을 피하여 구상에 관한 법률관계를 간략히 하려는 데 취지가 있다. 채권자가 연대채무

자 중 1인에 대하여 채무를 일부 면제하는 경우에도 그와 같은 취지는 존중되어야 하므로, 연대채무자 중 1인에 대한 채무의 일부 면제에 상대적 효력이 있다고 볼 특별한 사정이 없는 한 일부 면제의 경우라도 면제된 부담부분에 한하여 면제의 절대적 효력이 인정된다.

이와 구별할 개념으로 ‘연대의 면제’가 있다. 채무자에게 자신의 부담부분만을 이행하도록 하는 채권자의 의사표시이다. 가령 채권자 X에 대해 A, B, C가 300만 원의 연대채무를 부담하는 경우, X가 A, B, C 모두에게 연대의 면제를 하면(절대적 연대면제) 연대채무는 분할채무로 변경되어 A, B, C는 각각 100만 원의 채무를 부담하게 된다. 이 경우 연대채무의 담보적 기능은 더 이상 없게 된다.

② 혼동

어느 연대채무자와 채권자간에 혼동이 있는 때에는 그 채무자의 부담부분에 한하여 다른 연대채무자도 의무를 면한다(제420조). 예를 들어 A, B, C가 X에게 300만 원의 연대채무를 부담하고, 각 부담부분이 균등하다고 하자. X가 A를 상속하여 X와 A간에 혼동이 있게 되면 B·C는 X에 대하여 200만 원의 연대채무를 부담하게 된다.

③ 소멸시효의 완성

어느 연대채무자에 대하여 소멸시효가 완성한 때에는 그 부담부분에 한하여 다른 연대채무자도 의무를 면한다(제421조).

(나) 相對的 效力

앞에서 든 절대적 효력사유 외에는 어느 연대채무자에 관한 사항은 다른 연대채무자에게 효력이 없다(제423조). 다만 이 규정은 임의규정이므로 법정의 사항 이외의 사유를 절대적 사유로 하는 것도 허용된다.

4. 對內的 效力: 求償關係

(1) 求償의 개념과 요건

(가) 의의

어느 연대채무자가 변제 기타 자기의 출재(出財)로 공동면책이 된 때에는 다른 연대채무자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(제425조 제1항). 여기서

부담부분은 연대채무자 사이에서 자유로이 정할 수 있으나 특약이 없는 경우에는 부담부분은 균등한 것으로 추정된다(제424조).

(나) 求償權의 발생요건

(a) 공동면책

연대채무자 중의 1인이 모든 채무자를 위하여 채무를 소멸 또는 감소하였어야 한다.

(b) 자기의 출재

연대채무자 중의 1인 자신의 출재(=출연)가 있어야 한다. 따라서 출재에 의한 것이 아닌 채무면제, 시효의 완성 등에 의한 경우에는 구상권이 발생하지 않는다.

(다) 求償權의 범위

출재액은 그 전액이 구상권의 범위에 포함되는 것이 원칙이지만 출재액이 공동면책액을 넘는 경우에는 공동면책액을 한도로 한다. 그 외에 면책된 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없는 비용 기타 손해배상 등이 포함된다(제425조 제2항)

(2) 求償關係에서의 通知義務

연대채무자가 공동면책을 얻기 위하여 출재를 하는 경우에는 다른 채무자에게 대하여 사전과 사후에 통지하여야 한다(제426조). 이러한 통지는 구상권 발생의 요건은 아니지만 이를 게을리하면 구상권 행사에 제한을 받게 된다.

(가) 事前通知를 게을리한 때

어느 연대채무자가 사전에 다른 연대채무자에게 통지하지 아니하고 변제 기타 자기의 출재로 공동면책이 된 경우에, 다른 연대채무자가 채권자에게 대항할 수 있는 사유가 있었을 때에는 그 부담부분에 한하여 이 사유로 면책행위를 한 연대채무자에게 대항할 수 있다(제426조 제1항). 만일 그 대항사유가 상계인 때에는 상계로 소멸할 채권은 그 연대채무자에게 이전된다(제426조 제1항 후단).

(나) 事後通知를 게을리 한 때

어느 연대채무자가 변제 기타 자기의 출재로 공동면책된 후에 그 사실을 다른 연대채무자에게 통지하지 아니한 경우에 다른 연대채무자가 선의로 채권자에게 변제 기타 유상의 면책행위를 한 때에는 그 연대채무자는 자기의 면책행위의 유효를 주장할 수 있다(제426조 제2항).

(3) 求償과 無資力

연대채무자중에 상환할 자력이 없는 자가 있는 때에는 그 채무자의 부담부분은 구상권자 및 다른 자력이 있는 채무자가 그 부담부분에 비례하여 분담한다(제427조 제1항 본문). 그러나 구상권자에게 과실이 있는 때에는 다른 연대채무자에 대하여 분담을 청구하지 못한다(제427조 제1항 단서). 만일 상환할 자력이 없는 채무자의 부담부분을 분담할 다른 채무자가 채권자로부터 연대의 면제를 받은 때에는 그 채무자의 분담 부분은 채권자가 부담한다(제427조 제2항).

5. 不眞正連帶債務

(1) 의의 및 필요성

부진정연대채무란 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이나 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 채권관계를 말한다. 부진정연대채무는 출연분담에 관한 주관적인 밀접한 연관관계가 없고 단지 채권만족이라는 목적만을 공통으로 하고 있다는 점에서 연대채무와 구별된다.

우리민법은 이 개념을 명시적으로 사용하고 있지 않으나 학설과 판례는 이 개념을 인정하고 있다.

(2) 발생원인

부진정연대채무는 주로 동일한 사실관계에 기한 하나의 손해를 수인이 각자의 입장에서 전보해 주어야 하는 경우에 발생한다. 즉 손해배상관계에서 주로 발생한

다. 왜냐하면 진정연대와 부진정연대의 근본적 차이는 출연분담에 관한 주관적 공동관계인데, 손해배상에 있어서는 손해배상을 하려는 데에 대하여 공동관계가 있을 수 없기 때문이다.

판례와 학설은 다음의 경우에 부진정연대채무가 발생한다고 본다. ① 법인의 불법행위책임과 그 이사 기타 대표자의 책임, ② 책임무능력자의 불법행위에 대하여 법정감독의무자와 감독대행자의 책임, ③ 피용자의 불법행위책임과 사용자책임; ④ 동물의 가해행위에 대하여 그 점유자와 보관자의 책임, ⑤ 공동불법행위의 책임.

(3) 對外的 效力

(가) 不真正連帶債務者와 債權者와의 關係

이에 대해서는 연대채무의 대외적 효력에 관한 제414조가 유추적용된다는 것이 통설이다. 이에 따르면 채권자는 어느 부진정연대채무자 1인에 대하여 또는 동시나 순차로 모든 부진정연대채무자에 대하여 채무의 전부나 일부의 이행을 청구할 수 있다.

(나) 不真正連帶債務者 1인에 대하여 생긴 事由의 效力

연대채무에서와 달리, 부진정연대채무에서는 채무자 사이의 공동목적에 의한 주관적 관련이 결여되어 있다. 따라서 부진정연대채무에서는 채무자들 간에 ‘경제적 이익공동체관계’를 전제로 인정되는 연대채무에 관한 규정(예를 들면, 채권자의 만족과 무관한 ‘면제’ 같은 것도 절대적 효력사유로 인정하는 것)은 적용되지 않는다. 즉 부진정연대채무에 있어서는 변제 및 이에 준하는 채권만족사유 외에는 모두 상대적 효력에 그칠 뿐이다. 다만 상계의 경우, 채권만족사유로 보아 절대적 효력을 인정한다(판례).

(4) 對內的 效力

부진정연대채무에 있어서는 연대채무와 달리 채무자 사이에 공동목적에 의한 주관적 관련이 결여되어 있다. 부담부분이 없고, 구상관계도 인정되지 않음이 원칙이나, 채무자들 사이에 특별한 내부적 법률관계가 있는 경우(가령, 공동불법행위 사안 등)에는 그에 기초하여 구상관계가 결정될 수 있다.

부진정연대채무에서 주관적 밀접한 연관관계가 없으므로 채무자 상호간 통지의무

를 규정한 민법 제426조는 적용되지 않는다.

IV. 保證債務

1. 의의

(1) 개념

채권자와 보증인 사이의 보증계약에 의하여 성립하는 채무로서 주채무자가 자신의 채무를 이행하지 않는 경우에 보증인이 이를 이행할 의무를 부담하게 되는 채무를 보증채무라고 한다(제428조 제1항).

보증채무는 그 본질상 다수당사자의 채권관계는 아니다. 보증채무는 보증인과 채권자 사이의 보증계약에 의하여 성립하는 것으로서 주채무의 성립과는 독립적이다.

실제거래에서, 보증채무는 물적 담보보다 실행절차가 간단하다는 현실적 장점으로 많이 이용되는 제도이다. 다만, 보증인에게 지나치게 가혹한 상황이 발생하는 경우가 있어서 일정한 요식성을 요구하는 등 보증의 성립과 책임범위를 제한하는 규율이 도입되었다. 가령, 보증계약의 서면방식(민법 제482조의2), 근보증에서 최고액의 서면 특정(제482조의3), 그리고 채권자의 보증인에 대한 정보제공의무(제436조의2) 등 참조.

(2) 법적 성질

(가) 獨立性

보증채무는 채권자와 보증인 간 체결되는 보증계약으로 성립한다. 주채무와 독립된 채무이다. 따라서 보증채무를 다시 보증하는 것도 가능하다(이를 副保證이라 한다).

(나) 債務內容의 同一性

보증채무의 내용은 주채무의 내용과 같다. 주채무는 원칙적으로 대체적 급부를 내용으로 하여야 하며, 만일 불대체적 급부를 목적으로 하는 채무를 보증하였다면 이는 주채무자의 채무불이행으로 인하여 손해배상채무로 변하는 것을 정지조건으로

하여 보증을 한 것으로 해석한다(통설).

(다) 附從性

보증계약은 종된 계약이다. 주채무의 성립, 존속, 내용, 이전의 측면에서 부종적 성질을 가진다. 보증채무의 목적과 형태는 주채무보다 무거울 수 없다(제430조). 주채무자에 대한 채권이 이전한 경우 보증인에 대한 채권도 이전한다(물론 사적 자치의 대상으로서 가령 손해담보의 약정에 따른 주채무의 소멸에도 존속가능한 형태의 약정이 가능함은 물론이다).

(라) 補充性

보증인은 주채무자의 이행이 없는 경우에 그 이행을 할 책임이 있다(제428조 제1항). 이러한 보충성으로 인하여 보증인은 일정한 경우 채권자에 대하여 최고·검색의 항변을 할 수 있다(제437조). 다만 연대보증에 있어서는 보충성이 없으므로 연대보증인은 이러한 항변권을 행사할 수 없다.

2. 성립

(1) 保證契約의 존재

(가) 보증채무는 채권자와 보증인을 당사자로 하는 보증계약에 의하여 성립한다. 주채무자는 보증계약과 직접적 관계가 없다. 다만 주채무자의 부탁에 의하여 보증계약을 체결하는 것이 일반적이겠지만 그 부탁의 유무는 보증계약의 효력에는 아무런 영향을 주지 않고 다만 구상권의 범위에만 차이가 있다(제441조, 제444조 참조). 보증계약은 주채무의 내용이 확정된 다음 체결되는 것이 보통이겠지만 주채무가 확정가능한 이상 기본계약 체결 전이라 하더라도 체결할 수 있다(제428조 제2항 참조).

(나) 대체로 채권자와 보증인 사이의 계약으로서 통상적으로 보증인만이 의무를 부담하는 편무계약의 성격을 가진다.

(다) 보증계약의 방식에 관하여 민법에는 한때 아무런 규정을 두지 않았다. 2015년 민법 개정으로 도입된 제428조의2에 따르면 보증은 보증인의 기명날인 또는 서

명이 있는 서면으로 보증의사를 표시하여야만 효력을 발생한다(제1항). 이는 보증채무가 보증인에게 불리하게 변경되는 경우에도 같다(제2항). 다만 보증채무가 이미 이행된 경우 서면의 결여라는 방식의 하자는 치유된다고 판단하여 더 이상 보증의 무효를 주장할 수는 없다. 또한 근보증의 경우에는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 하며, 이를 결여한 경우 보증계약은 무효이다(제428조의3)

(2) 主債務에 관한 요건

보증계약이 성립하기 위하여 주채무는 유효하게 존재해야 한다.

(3) 保證人에 관한 요건

일반적으로 보증인에 대해서는 특별한 제한이 없다. 그러나 계약, 법률의 규정 또는 법원의 명령 등에 의하여 채무자가 보증인을 세울 의무가 있는 경우에는 그 보증인은 행위능력 및 변제자력이 있는 자로 하여야 한다(제431조 제1항). 이 경우 보증인이 변제자력이 없게 된 때에는 채권자는 보증인의 변경을 청구할 수 있다(제431조 제2항).

3. 保證債務의 범위

(1) 보증인의 보증범위는 보증계약 당사자 간의 의사에 따라 정해진다. 다만 보증계약에서 이를 정하지 않은 경우, 보증채무는 주채무의 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속하는 채무를 포함한다(제429조 제1항).

(2) 다만, 보증채무의 부종성에 의하여 일정한 제한을 받는다. 따라서 보증인의 부담이 주채무의 목적이거나 형태보다 중한 때에는 주채무의 한도로 감축한다(제430조).

4. 對外的 效力

(1) 保證人과 債權者간의 法律關係

(가) 債權者의 權利

주채무의 이행기가 도래한 경우, 채권자는 동시에 또는 순차로 채무자 또는 보증인에게 이행의 청구를 할 수 있다. 주채무자에게 청구하지 않고 보증인에 대해서만 청구할 수도 있다. 다만 이 경우 보증인은 여러 가지의 항변권을 행사하여 자기의 이행을 거절할 수 있다.

(나) 保證人의 權利

(a) 보증채무의 부종성에 기한 권리

보증인은 주채무자의 항변으로 채권자에게 대항할 수 있고, 주채무자의 항변포기는 보증인에게 효력이 없다(제433조). 또한 보증인은 주채무자의 채권에 의한 상계로 채권자에게 대항할 수 있다(제434조). 그리고 주채무자가 채권자에 대하여 취소권 또는 해제권이나 해지권이 있는 동안은 보증인은 채권자에 대하여 채무의 이행을 거절할 수 있다(제435조). 그러나 보증인이 주채무자의 이들 권리를 직접 행사할 수 있는 것은 아니다.

(b) 보증채무의 보충성에 기한 권리

보증인은 주채무자가 이행하지 아니하는 채무를 이행할 의무가 있다(제428조 제1항). 만약 채권자가 곧바로 보증인에게 이행을 청구해 온다면 보증인으로서 ① 먼저 주채무자에게 청구할 것을 항변하거나(최고의 항변권) ② 먼저 주채무자의 재산에 대하여 집행할 것을 항변(검색의 항변권)할 수 있다(제437조).

보증인이 최고·검색의 항변권을 행사하였음에도 불구하고 채권자의 해태(懈怠)로 인하여 채무자로부터 전부나 일부의 변제를 받지 못한 경우에는 채권자가 게을리하지 아니하였으면 변제받았을 한도에서 보증인은 그 의무를 면한다(제438조).

(2) 主債務者 또는 保證人에게 생긴 事由의 效力

(가) 主債務者에게 생긴 事由의 效力

보증채무의 부종성에 비추어 볼 때 주채무자에 대하여 생긴 사유는 모두 보증인에 대해서도 절대적 효력이 있다. 다만 보증채무가 성립한 후에 주채무의 내용이 보다 과중하게 변한 경우에는 보증인에게 효력이 없다(제430조).

또 주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대해서도 효력이 있다(제440조). 이는 보증채무의 부종성에서 당연히 생기는 효과가 아니라, 주채무와 별도로 보증

채무가 시효로 소멸하지 않도록 하여 채권담보적 효력을 강화하여 채권자를 보호하기 위한 정책적 규정이다. 그러나 주채무에 대한 시효기간 연장의 효과까지 보증채무에 미치는 것은 아니다.

(나) 保證人에게 생긴 事由의 效力

보증인과 채권자 사이에 발생한 사유는 채권의 만족을 주는 사유(예를 들면, 변제, 대물변제, 공탁 등)는 절대적 효력이 있지만, 그 이외의 경우에는 모두 상대적 효력이 발생할 뿐이다. 따라서 채권자와 보증인 사이에서 발생한 채권만족사유 이외의 사유는 채권자와 주채무자와의 관계에는 영향이 없다.

5. 對內的 效力: 求償關係

(1) 의의

보증인이 보증채무를 이행하였다면 이는 자신의 채무(즉 보증채무)를 이행한 것이다. 그러나 주채무자와의 관계(즉 내부관계)에서는 타인의 채무를 변제한 것으로 보증인은 주채무자에게 대하여 구상권을 행사할 수 있다. 구상관계는 보증계약이 주채무자의 부탁에 의하여 체결되었는가 여부에 따라 차이가 있다.

(2) 受託保證人の 求償權

(가) 求償要件

주채무자의 부탁으로 보증인이 된 자가 과실없이 변제 기타의 출재로 주채무를 소멸하게 한 때에는 주채무자에 대하여 구상권이 있다(제441조 제1항). 일부를 소멸시킨 경우에는 그 한도에서 구상권이 생긴다. 그리고 보증인의 출재가 있어야 하므로, 예컨대 보증인이 채권자에게 부탁하여 주채무를 면제하게 한 때에는 구상권이 없다.

(나) 求償權의 범위

수탁보증인의 구상권의 범위는 변제한 연대채무자의 구상권의 범위에 관한 규정

이 준용된다(제441조 제2항). 따라서 면책액 및 면책한 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없었던 비용 기타 손해배상을 포함한다.

(다) 求償權의 행사시기

구상권은 자기의 출재로 주채무를 소멸하게 한 후에 구상하는 것이 원칙이다(제441조 제1항). 다만 민법은 수탁보증인에게 사전구상이 인정되는 경우를 4가지 규정하고 있는데, 이는 모두 보증인을 보호하기 위한 것이다. 다만 사전구상의 사유에 관한 제442조 제1항은 임의규정이므로 당사자가 사전구상의 사유를 임의로 정했다면 그것은 유효하다(판례).

사전구상권이 인정되는 경우는 다음과 같다(제442조 제1항). ① 보증인이 과실없이 채권자에게 변제할 재판을 받은 때, ② 주채무자가 파산선고를 받은 경우에 채권자가 파산재단에 가입하지 않은 때, ③ 채무의 이행기가 확정되지 아니하고 그 최장기도 확정할 수 없는 경우에 보증계약 후 5년을 경과한 때, ④ 채무의 이행기가 도래한 때. 이 경우 보증계약 후에 채권자가 주채무자에게 허여한 기한으로 보증인에게 대항할 수 없다(제442조 제2항).

수탁보증인에게 사전구상권을 인정하는 것이 보증인을 보호하기 위한 것이라면, 다른 한 편 주채무자를 보호하기 위하여, 보증인의 사전구상에 응하는 경우에 주채무자는 ① 자기를 면책하게 하거나 ② 자기에게 담보를 제공할 것을 보증인에게 청구할 수 있도록 하고 있다(제443조 전단). 주채무자는 보증인이 담보를 제공할 때까지 사전구상 의무의 이행을 거절할 수 있다.

또 주채무자로서는 사전구상에 응하는 대신 ① 배상할 금액을 공탁하거나, ② 담보를 제공하거나, ③ 보증인을 면책하게 함으로써 구상채무를 면할 수도 있다(제443조 후단).

(라) 求償權의 制限

(a) 보증인이 면책통지를 하지 않은 경우

보증인이 주채무자에게 통지하지 아니하고 변제 기타 자기의 출재로 주채무를 소멸하게 한 경우에 주채무자가 채권자에게 대항할 수 있는 사유가 있었을 때에는 이 사유로 보증인에게 대항할 수 있고 그 대항사유가 상계인 때에는 상계로 소멸할 채권은 보증인에게 이전된다(제445조 제1항). 또한 보증인이 변제 기타 자기의 출재로 면책되었음을 주채무자에게 통지하지 아니한 경우에 주채무자가 선의로 채권자에게 변제 기타 유상의 면책행위를 한 때에는 주채무자는 자기의 면책행위의 유효를 주장할 수 있다(제445조 제2항). 이는 연대채무에서 변제자가 사전통지 및 사

후통지를 게을리한 경우에 대한 제426조와 같은 구조이다.

(b) 주채무자가 면책통지를 하지 않은 경우

주채무자가 자기의 행위로 면책하였음을 그 부탁으로 보증인이 된 자에게 통지하지 아니한 경우에 보증인이 선의로 채권자에게 변제 기타 유상의 면책행위를 한 때에는 보증인은 자기의 면책행위의 유효를 주장할 수 있다(제446조).

(3) 부탁 없는 保證人の 求償權

주채무자의 부탁없이 보증인이 된 자가 변제 기타 자기의 출재로 주채무를 소멸하게 한 때에는 주채무자는 그 당시에 이익을 받은 한도에서 배상하여야 한다(제444조 제1항). 따라서 면책된 날 이후의 법정이자와 손해배상은 구상권의 범위에 포함되지 않는다.

또 주채무자의 부탁이 없었을 뿐만 아니라 주채무자의 의사에 반하여 보증인이 된 자가 변제 기타 자기의 출재로 주채무를 소멸하게 한 때에는 주채무자는 현존이익의 한도에서 배상하여야 한다(제444조 제2항). 다만 이 경우 주채무자가 구상한 날 이전에 상계원인이 있음을 주장한 때에는 그 상계로 소멸할 채권은 보증인에게 이전된다(제444조 제3항).

부탁없는 보증인의 경우에는 어떠한 경우에도 사전구상권은 인정되지 않는다. 그러나 면책행위를 함에 있어서는 수탁보증인과 마찬가지로 사전 및 사후의 통지의무가 있다(제445조). 반면, 주채무자는 부탁없는 보증인에 대해서는 통지의무를 부담하지 않는다(제446조).

6. 保證의 特殊形態

(1) 連帶保證

연대보증이란 보증인이 주채무자와 연대하여 채무의 이행을 담보하는 형태의 보증을 말한다. 당사자의 약정에 따라 성립함은 물론이며, 주채무가 상행위인 경우 또는 보증이 상행위인 경우에 보증은 연대보증이다(상법 제57조 2항). 연대보증은 연대채무적 성질도 가지고 있으므로 연대보증인은 일반 보증채무에 있어서의 보충성에 기한 권리, 즉 최고·검색의 항변권은 행사할 수 없다. 그러나 연대보증도 기본적으로는 보증의 한 형태이므로 부종성을 가지고 있으며, 그 목적, 범위, 구상관계 등은 일반 보증채무와 동일하다.

연대보증과 구별하여야 할 개념으로 보증연대라는 것이 있다. 보증연대란 일반보증과 다를 바가 없으나, 수인의 보증인이 있고 그들이 연대하여 채무자의 채무를 담보하는 것으로 공동보증의 한 형태이다. 보증연대의 경우에 각 보증인은 보충성에 기한 권리를 행사할 수 있다.

(2) 共同保證

공동보증이란 보증인이 2인 이상인 경우를 말한다. 공동보증의 형태에는 여러 가지가 있을 수 있는데, 구체적으로 다음과 같다. ① 다수의 보증인이 보통의 보증인인 경우, ② 다수의 보증인이 연대보증인인 경우; ③ 다수의 보증인이 보증연대인인 경우.

공동보증의 경우 원칙적으로는 분할채무에 관한 규정이 적용된다(제439조). 이를 분별의 이익이라고 한다. 따라서 예를 들어 채무자 X가 채권자 Y에게 부담하는 300만 원의 채무를 공동보증인 A, B, C가 보증한다고 할 때에 채권자 Y는 공동보증인 A, B, C에 대하여 각각 100만 원에 한해서 청구할 수 있다. 그러나 ① 주채무가 불가분인 경우, ② 보증연대의 경우, ③ 연대보증의 경우에는 이러한 분별의 이익이 없다(제448조 제2항 전단).

제8장 債權讓渡와 債務引受

I. 債權讓渡

1. 총설

(1) 의의

(가) A는 C에 대한 9억 원의 채무를 변제하기 위하여 A가 B에게 자신의 토지를 매각하고 아직 받지 못한 10억 원의 대금채권을 C에게 양도하는 경우와 같이, 채권양도란 채권의 동일성을 유지하면서 법률행위에 의하여 채권을 이전하는 채권양도인과 양수인간의 계약을 말한다. 가령 ① 기업이 조속한 시일 내에 현금을 확보하기 위하여 다른 기업으로 부터 발행받은 어음을 은행으로부터 할인받으면서 그 어음을 은행에게 넘겨 주는 행위, ② 화물로 운송되어 오고 있는 상품에 대한 매매를 위하여 화물상환증을 교부하는 행위, ③ 추심 목적의 채권양도, ④ 채권의 양도담보, 즉 어떤 자가 타인으로부터 금전을 차용하면서 그에 대한 담보로 자신이 제3자에게 물품매각대금의 채권을 이전하는 행위, ⑤ 어음 속에 담겨진 어음발행인에 대한 채권, 채무자에 대한 물품대금채권을 이전하는 경우 등과 같이 '채권자가 자신의 채권을 그 동일성을 유지한 채 법률행위를 통하여 타인에게 채권을 이전하는 행위' (채권자의 변경 ↔ 채무인수; 계약인수 - 취소권자) 등을 생각할 수 있다.

(2) 債權讓渡의 법적 성질

채권양도는 지명채권의 양도와 증권적 채권의 양도로 구분된다. 지명채권의 양도는 낙성·불요식계약에 의하여 성립한다(다만, 유언에 의한 채권양도는 유언의 방식을 따라야 한다). 그러나 지명채권의 양도를 제3자에게 대항하기 위해서는 채무자에 대한 통지 또는 승낙의 요건을 갖추어야 한다(제450조 1항, 2항). 증권적 채권의 양도는 당사자 사이의 양도계약 외에 증서의 배서·교부(제508조), 교부(제523조)를 요한다. 이와 관련하여 증권적 채권의 양도계약은 요식계약이라는 견해와 법률이 특별히 요구하는 또 하나의 요건이라는 견해가 대립하고 있다. 그러나 증서의 배서·교부 또는 교부 없이 양도계약은 효력이 없으므로, 견해의 대립으로 양도계약이 효력상 특별한 차이를 갖는 것은 아니다.

채권양도는 처분행위이며, 처분행위로 양도인은 채권을 잃는다. 재산적 거래대상

인 채권을 양도인에게서 양수인에게 직접 이전하기 때문에 처분행위에 해당한다. 따라서 채권양도를 준물권행위라고 부른다. 준물권행위인 채권양도 역시 독자성과 무인성이 문제된다. 지명채권은 양도행위가 원인행위인 채권행위와 합체되어 행해지는 것이 보통이므로 양도행위의 독자성이 부정된다. 따라서 원인행위인 채권행위가 무효·취소·해제 등으로 효력을 잃으면 양도행위도 함께 효력을 잃는다. 그러나 증권적 채권은 양도행위를 그 원인행위인 채권행위와 구별되는 독자적인 처분행위로 보며, 양도행위의 효력이 원인행위의 효력 유·무의 영향을 받지 않는다. 유통의 안전성과 권리행사의 확실성을 확보하기 위함이다.

(3) 債權讓渡의 효과 일반

사적 자치의 원칙에 따라 채권양도의 효과는 양도인과 양수인의 합의내용에 따른다. 채권이 양도되고 대항요건을 구비한 경우 채무이행을 구할 권한은 양수인만이 갖게 된다(따라서 이행의 소는 양수인만이 당사자적격을 갖게 된다. 이는 압류 및 전부명령이 있는 경우와 압류 및 추심명령이 내려진 경우에도 마찬가지이다)

(가) 동일성의 유지 및 채권‘만’의 이전 (채권관계 자체와 구별)

(a) 채권을 위한 담보권, 채권에 대한 대항사유 등의 유지, 이자·위약금채권 및 종된 채권의 유지

(b) 종된 권리의 수반성; 다만 종된 권리 중에서 이미 변제기가 도래하여 독립성을 갖는 채권의 경우 수반성의 부정

(c) 담보권의 이전 여부 : 주종의 관계에 따라 함께 수반하는 것으로 해석됨, 다만 별도의 요건 구비, 즉 질권과 저당권의 경우 인도 또는 등기의 요건 구비 (보증채무의 경우)

(d) 항변권의 유지

(aa) 채권불성립 (무효 + 취소, 해제), 채무소멸 (변제, 면제, 시효완성), 연기적 항변

(bb) 채권만의 이전일 뿐이며 채권관계 당사자의 지위는 여전히 유지되고 있음. 즉, 매도인이 매수인에 대한 채권을 양도한 경우, 매도인은 여전히 계약당사자로서 소유권을 이전할 의무를 매수인에 대하여 부담하며, 이 경우 매수인이 매도인에 대하여 갖는 항변은 양수인을 상대로 관철 여부가 검토되어야 할 것이다.

(나) 담보책임 (제579조)

- (a) 채무자의 무자력에 따라 채권실행 불능의 위험에 대한 양수인 보호의 문제
- (b) 제579조의 규정 내용

(2) 담보목적의 채권양도

- (a) 담보목적의 채권양도의 성질 (“변제에 갈음하여”의 의미 ?)
- (b) 신탁적 양도행위에 따른 대내적·대외적 법률관계

2. 指名債權의 讓渡

(1) 指名債權의 讓渡性

지명채권이란 채권자가 특정되어 있고, 증권적 채권과 달리 그 채권의 성립·양도에 증서의 작성·교부가 필요하지 않은 채권이다. 지명채권은 일반적으로 그 양도성이 인정된다(제449조 1항 본문). 다만 다음과 같은 세 가지 경우에 채권의 양도성이 제한된다.

(a) 채권이 그 성질상 양도가 제한되는 경우이다(제449조 1항 단서). 채권이 그 성질상 채권자가 변경되면 그 목적을 달성할 수 없는 경우, 예를 들어 상호계산에 산입된 채권과 같이 특정채권자와의 사이에서 결제되어야 하는 채권은 그 양도가 제한된다. 또한 채권을 양도하는 경우에 그 채권의 동일성이 훼손되는 경우, 가령 A를 부양하기로 약정한 B의 채무는 부양을 받는 부양채권자가 A에서 C로 바뀌면 그 채무의 내용이 구체적으로 변하게 되므로 양도가 제한된다. 또한 제610조 2항의 사용차주의 채권과 같이, 채권이 당사자의 신뢰에 기초한 계속적 채권관계에서 발생하는 채권도 그 양도가 제한된다. 다만 이러한 채권은 채무자의 승낙(동의)이 있다면 양도할 수 있고, 채무자의 승낙을 얻지 못한 채권양도는 채무자 및 제3자에게 대항할 수 없다. 다만, 채무불이행으로 손해배상채권으로 바뀐 경우에는 채무자의 승낙을 필요로 하지 않는다.

(b) 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 채권을 양도하지 못한다. 그러나 양도금지의 의사표시로 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(제449조 2항). 채권의 양도성은 근대법의 일반적인 원칙이므로, 당사자의 의사표시로 이를 제한하는 경우에 이러한 특약을 선의의 제3자에게 주장할 수는 없다. 따라서 제3자는 악의와 같

이 볼 수 있는 중과실이 아니라면 과실이 있는 경우에도 양도금지의 의사표시에 따른 제한을 받지 않는다.

(2) 指名債權讓渡의 對抗要件

(가) 민법 제450조는 ‘지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 아니하면 채무자 기타 제3자에게 대항하지 못하며(1항), 특히 채무자 이외의 제3자에게 대항하기 위해서는 확정일자 있는 증서에 의하여 통지나 승낙을 해야 한다’고 규정하고 있다(2항). 채권양도는 양도인과 양수인간의 합의만으로 성립하는 법률행위이므로, 합의에 참여하지 않은 채무자에게 채권자가 변경되었음을 알리고 양수인과 제3자간 양도의 효력을 결정하기 위한 방법을 규정한 것이다. 채무자에 대한 대항요건은 채무자의 이익을 위한 것이나, 제3자에 대한 대항요건은 관계 당사자의 이해를 조정하는 역할을 하므로 특약으로도 이를 배제할 수 없다.

(나) 대항요건의 구비 필요성

지명채권은 그 존재 자체에 관하여 별도의 공시수단이 구비되어 있지 않으며, 또한 채권양도의 효력은 사적 자치에 따라 양도인과 양수인 사이의 합의에 따라 효력을 발생한다. 즉, 채무자의 의사 관여가 결여된 관계로, 채무자의 보호가 문제된다(제450조 1항 통지 또는 승낙: 가령 양도인과 양수인 사이의 양도계약 이후 채무자의 양도인에 대한 변제행위가 있는 경우 상기). 한편, 양도인인 (구) 채권자에 대한 또 다른 채권자가 있는 경우에도 그 양도에 따른 보호가 문제된다(제450조 1항, 2항).

(다) 債務者에 대한 對抗要件

(a) 通知 또는 承諾

채권양도의 통지는 관념의 통지로, 채권양도가 있었다는 사실을 알리는 것이다. 채권양도의 통지는 양도인이 채무자에게 하여야 하며, 양수인은 양도인을 대위해서도 채권양도의 통지를 할 수 없다. 그러나 양수인이 양도인의 사자 또는 대리인으로 통지하는 것은 가능하다. 채무자가 채권양도의 사실을 거짓 없이 알기 위해서는 양도인의 통지가 필요하다는 점과, 관념의 통지인 채권양도의 통지에 법률행위에 관한 규정이 유추적용 되기 때문이다.

채권양도의 통지는 채권양도와 동시에 또는 사후에 하면 족하며, 양도인의 일방적 행위이므로 조건이나 기한을 붙일 수 없다. 양도인이 채무자에게 채권양도를 통

지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다(제452조 1항). 또한 채권양도의 통지는 양수인의 동의가 없으면 철회하지 못한다(제452조 2항).

채권양도의 승낙은 채무자가 채권양도의 사실을 알고 있음을 양도인 또는 양수인에게 알리는 관념의 통지이다. 승낙의 통지는 이의를 유보하고 할 수 있으며, 채권양도의 통지와는 달리 조건을 붙여 할 수 있고 사전 승낙도 가능하다. 양수인을 특정하지 않고 승낙의 통지를 하는 것도 가능하다.

(b) 통지 또는 승낙이 없는 동안의 효력

채권양도는 채권자(양도인)와 양수인사이의 합의만으로 효력이 발생한다. 따라서 채무자가 임의로 양수인에게 채무를 변제하는 경우 유효한 채무변제로 취급되며(면제, 상계의 경우도 마찬가지임은 물론) 따라서 양수인에 대한 부당이득 반환청구는 배제된다. 오히려 사후적 승낙으로 해석될 여지가 있다.

다만, 통지나 승낙이 없는 한 양수인은 채무자에 대해 “대항하지 못하”기 때문에 채무자에 대하여 이행을 주장할 수는 없다. 다시 말해 양수인은 채무자를 상대로 유효한 이행청구 및 담보권실행 등의 조치를 취할 수 없다. 이는 채무자가 우연한 사정으로 채권양도사실을 알았다고 하더라도 동일하게 취급한다(대항요건의 획일성 보장). 한편 대항요건을 갖추지 주지 않는 한 양도인은 양수인에 대하여 완전한 권리를 넘겨주지 못함에 따른 채무불이행 또는 담보책임을 부담하게 될 것이다.

(c) 통지 또는 승낙의 효력

① 통지의 경우

양도인이 양도통지만을 한 때에는 채무자는 그 통지를 받은 때까지 양도인에 대하여 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다(제451조 2항). 예컨대 양도인 A가 채무자 B에 대한 채권 중 일부를 면제한 뒤에 이 채권을 C에게 양도하고 B에게 양도통지를 하였다면, 채무자 B는 자신의 채무중 일부가 면제되었음을 양수인 C에게 주장할 수 있다. 이것은 채권양도로 채권이 동일성을 유지하며 양수인에게 이전되기 때문이다. 따라서 채권에 붙은 항변권은 채권과 함께 양수인에게 이전한다(아래 88다카4253 판결례 참고).

한편 양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다(제452조 1항. 가령 채권양도의 합의 자체가 통정허위표시로 무효인 상황에서 채무자에게 무효인 채권양도가 통지되었고 이에 채무자가 양

수인에게 변제한 경우 선의의 채무자 보호필요성에 따른 규정). 이 통지는 양수인의 동의가 없으면 철회하지 못한다(제452조 2항).

② 승낙의 경우

채무자는 채권양도에 대하여 양도인에게 주장할 수 있는 항변을 유보하여 양수인에게 주장할 수 있음을 밝히고 승낙을 할 수 있다. 이러한 이의를 유보한 승낙은 그 효력이 통지의 효력과 동일하다. 반면, 이의를 유보하지 않은 승낙은 채권양도에 대하여 양도인에게 주장할 수 있는 항변을 밝히지 않은 승낙으로, 양도인에게 대항할 수 있는 사유를 가지고 양수인에게 대항하지 못한다(제451조 1항 본문). 예컨대 양수인 C는 채무자 B를 통해서 채권의 존부와 내용을 확인하게 되는데, B의 이의를 유보하지 않은 승낙으로 C는 양수받은 채권이 어떠한 항변도 없는 채권임을 확신하게 되기 때문이다.

따라서 채무자 B는 이에 반하는 항변사유를 양수인 C에게 주장할 수 없다. 판례는 제451조 1항의 양도인에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인에게 대항하지 못하는 사유로 협의의 항변권에 한하지 않고, 넓게 채권의 성립, 존속, 행사를 저지하거나 배척하는 사유를 포함하는 것으로 보며, 양수인이 악의이며 중과실이 있는 경우에는 채무자가 이의를 보유하지 않은 승낙을 한 경우에도 승낙 당시까지 양도인에게 생긴 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다고 한다(대법원 2002.3.29. 선고 2000다13887 판결). 다만 채권의 귀속에 관한 항변은 즉, 채권의 양도에 따른 채권의 귀속주체가 누구인지는 제450조의 문제로 다루어진다(대법원 1994.4.29. 선고 93다35551 판결).

한편, 이의를 유보하지 않은 승낙의 효과는 제3자에게 영향을 미치지 않는다(견해대립 있음). 예컨대 A가 자신의 채권을 담보하기 위하여 채무자인 B 소유 토지에 저당권을 설정하였다면, A가 채권의 변제를 받은 후 저당권등기의 말소전에 채권을 C에게 양도하고 채무자 B가 이에 이의를 유보하지 않은 승낙을 하였다더라도 채무자인 B 소유 토지의 후순위저당권자, 저당물의 제3취득자 등에게 저당권의 부활을 주장할 수는 없다.

채무자가 이의를 유보하지 않은 승낙을 한 경우에 채무자가 채무를 소멸하게 하기 위하여 양도인에게 급여한 것이 있으면 이를 회수할 수 있고, 양도인에 대하여 부담한 채무가 있으면 그 성립되지 아니함을 주장할 수 있다(제451조 1항 단서).

(라) 제3자에 대한 대항요건

채권자 A가 채무자 B에 대한 채권을 C에게 양도한 후에 이를 다시 D에게 이중

으로 양도하는 경우와 같이, 채권자와 채무자가 아닌 제3자간의 우열이 문제되는 경우가 있다. 여기서 제3자란 양도된 채권에 법률상의 이익을 가지고 있거나 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상의 지위를 갖는 자를 말한다. 이러한 문제는 채권에 대한 질권설정·압류·전부 등이 경합하여 발생한 경우에도 동일하게 문제된다. 지명채권은 이를 공시할 수 있는 방법이 없고 채권자 등은 채무자를 통해서 채권의 존부와 내용을 파악하게 되므로 채무자에 대한 통지·승낙의 방법으로 채권을 공시하게 된다. 따라서 제3자간의 우열의 문제도 채무자에 대한 통지·승낙의 방법으로 해결한다. 다만 이 통지나 승낙은 확정일자 있는 증서에 의하여 하여야 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 있다(제450조 2항). 확정일자는 공증인 또는 법원서기가 정해진 절차에 따라 찍은 확정일자인, 공정증서의 일자, 내용증명우편의 일자와 같이 당사자가 변경하지 못하는 확정된 일자로 법률상 인정되는 일자를 말한다(대법원 2008.9.11. 선고 2008다38400 판결). 제3자에 대한 대항요건으로 확정일자 있는 증서를 요구하는 이유는 양도통지 혹은 승낙을 명확히 하여 양수인의 권리를 확정적으로 정하여 혼란을 막기 위함이다. 확정일자는 채권양도증서가 아닌 채권양도의 통지서 또는 승낙서에 있어야 한다.

3. 證券的 債權의 讓渡

(1) 指示債權의 讓渡

(가) 指示債權의 의의

지시채권은 특정인 또는 그가 지시한 자에게 변제하여야 하는 증권적 채권을 말한다. 어음·수표·화물상환증·창고증권·선하증권 등이 이에 해당하며, 순수한 민법상의 지시채권은 없다. 따라서 주로 상법의 적용을 받고, 민법이 적용되는 경우는 거의 없다.

(나) 指示債權의 讓渡

지시채권은 그 증서에 배서하여 양수인에게 교부하는 방식으로 양도할 수 있다(제508조). 증서의 배서·교부는 성립요건이다. 증권의 배서는 증서 또는 그 보충지에 채권양도의 뜻을 기재하고 배서인이 서명 또는 기명날인함으로써 이를 한다. 배서의 종류는 세 가지가 있는데, 피배서인의 이름을 특정하여 기재하는 정식배서(제510조 2항의 반대해석), 피배서인을 지정하지 않거나 배서인의 서명 또는 기명날인만으로 하는 약식배서(제510조 2항), 증서의 소지인에게 지급할 것을 기재한 소지

인출급배서(제512조)가 이에 해당한다. 소지인출급배서는 약식배서와 같은 효력이 있으며, 약식배서는 제511조에 따라 자기나 타인의 명칭을 피배서인으로 기재하거나, 약식으로 또는 타인을 피배서인으로 표시하여 다시 증서에 배서하거나, 피배서인을 기재하지 아니하고 배서없이 증서를 제3자에게 교부하여 양도할 수 있다. 또한 지시채권은 그 채무자에 대하여도 배서하여 양도할 수 있다(제509조 1항). 배서로 지시채권을 양수한 채무자는 이를 다시 배서하여 양도할 수 있다(제509조 2항).

민법상 배서는 권리이전적 효력과 자격수여적 효력은 있으나, 어음법 및 수표법상의 담보적 효력은 인정되지 않는다. 권리이전적 효력이란 배서의 효력으로 증서에 화체된 권리가 피배서인에게 이전되는 효력이다. 자격수여적 효력은 증서의 점유자가 배서의 연속으로 그 권리를 증명하는 때에는 적법한 소지인으로 추정하는 효력을 말한다(제513조 1항).

(다) 讓受人 및 債務者 保護

지시채권의 채무자는 소지인의 전자에 대한 인적관계의 항변으로 소지인에게 대항하지 못한다(제515조 본문). 지시채권의 거래의 안전을 위하여 외관을 신뢰한 자를 보호하겠다는 취지이다. 다만, 소지인이 그 채무자를 해함을 알고 지시채권을 취득한 때에는 인적관계의 항변을 소지인에게 행사할 수 있다(제515조 단서). 또한 소지인은 권한 없는 자로부터 지시채권을 배서·교부 받은 경우에도 자신에게 악의나 중과실이 없다면 그 증서상의 권리를 원시취득하게 된다(제514조). 즉, 소지인은 지시채권을 선의취득한다. 경과실의 경우에도 선의취득이 인정된다는 점과 도품·유실물에 관한 특칙이 없다는 점에서 동산의 선의취득과 구별된다.

채무자는 배서의 연속여부를 조사할 의무가 있으며 배서인의 서명 또는 날인의 진위나 소지인의 진위를 조사할 권리는 있으나 의무는 없다(제518조 본문). 그러나 채무자가 변제하는 때에 소지인이 권리자 아님을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 때에는 그 변제는 무효로 한다(제518조 단서).

(라) 指示債權의 辨濟

증서에 변제장소를 정하지 아니한 때에는 채무자의 현영업소를 변제장소로 한다. 영업소가 없는 때에는 현주소를 변제장소로 한다(제516조). 증서에 변제기한이 있는 경우에도 그 기한이 도래한 후에 소지인이 증서를 제시하여 이행을 청구한 때로부터 채무자는 지체책임이 있다(제517조). 채무자는 증서와 교환하여서만 변제할 의무가 있고(제519조), 채무자는 변제하는 때에 소지인에 대하여 증서에 영수를 증명하는 기재를 할 것을 청구할 수 있다(제520조 1항). 일부변제의 경우에는 채무자

의 청구가 있으면 채권자는 증서에 그 뜻을 기재하여야 한다(제520조 2항). 멸실한 증서나 소지인의 점유를 이탈한 증서는 공시최고의 절차에 의하여 무효로 할 수 있다(제521조). 공시최고의 신청이 있는 때에는 채무자로 하여금 채무의 목적물을 공탁하게 할 수 있고 소지인이 상당한 담보를 제공하면 변제하게 할 수 있다(제522조).

(2) 無記名債權의 讓渡

무기명채권은 무기명사채·무기명수표, 상품권·승차권 등과 같이 증서면에 특정 채권자의 이름이 기재되어 있지 않고 증권의 정당한 소지인에게 변제하여야 하는 증권적 채권을 말한다. 무기명채권은 양도를 위하여 배서를 요하지 않고, 양수인에게 증서를 교부함으로 족하다(제523조). 지시채권에 관한 제514조 내지 제522조의 규정은 무기명채권에 준용된다(제524조).

(3) 指名所持人出給債權의 讓渡

지명소지인출급채권은 증서에 특정한 채권자를 지정하고 증서의 소지인에게도 변제할 것을 부기한 증권적 채권을 말한다. 증서의 소지인이 증서상의 권리를 행사할 수 있다는 점에서 무기명채권과 동일하다(제525조). 따라서 증서의 교부만으로 양도의 효력이 생긴다.

(4) 免責證書

면책증서는 철도수화물상환증, 물품출고지시서, 휴대품예치증, 음식점의 신발표 등과 같이 채무자가 증서소지인에게 변제하여 그 책임을 면할 목적으로 발행한 증서를 말한다. 채무자는 면책증서의 소지인에게 변제하기만 하면 채무자에게 악의 또는 중대한 과실이 없는 한 면책된다. 면책증서는 채권을 화체하고 있지 않으므로, 이를 통해 채권을 양도할 수는 없다. 또한 권리행사를 위하여 증서를 제시할 필요가 없고, 다른 방법으로 권리를 증명하여 행사할 수 있다. 면책증서에는 지시채권에 관한 변제의 장소(제516조), 증서의 제시와 이행지체(제517조) 및 영수의 기입청구권(제520조)의 규정이 준용된다.

II. 債務引受

1. 免責的 債務引受

(1) 의의

채무인수는 채무의 동일성을 유지하면서 채무를 인수인에게 이전시키는 낙성, 불요식의 계약을 말한다. 채무자의 변경은 채권자의 채권에 중대한 사유이므로, 채권자의 의사와 상관없이 채무자와 인수인 사이의 계약만으로 채무인수가 일어나지는 않는다. 채무인수의 법적 성질은 인수계약의 당사자에 따라 다른데, 채권자가 인수인과 또는 채권자가 채무자 및 인수인과 인수계약을 체결하였다면 채권행위와 준물권행위가 합체되어 있는 것으로 본다. 즉, 인수인은 종래의 채무자의 채무와 같은 채무를 부담하고, 동시에 채권자는 종래의 채권을 처분하는 것으로 본다. 그러나 이러한 설명에 대하여 채무인수를 채무의 귀속주체를 변경시키는 처분행위 또는 준물권행위라고 보는 견해도 있다.

채무인수가 채무자와 인수인 사이의 계약으로 이루어진 경우에는 채권자의 승낙에 의하여 그 효력이 생긴다(제454조 1항). 채권자의 승낙 또는 거절의 상대방은 채무자나 제3자이다(제454조 2항). 채무자와 인수인 사이의 계약은 채권행위 또는 의무부담행위이나, 채권자의 승낙으로 준물권행위가 된다.

(2) 요건

채무가 부대체적이지 않다면 채무는 원칙적으로 이전할 수 있다. 조건부 또는 장래의 채무라도 명확한 기초적 법률관계가 존재한다면 이전할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 인수를 허용하지 않는 경우에는 그러하지 않다(제453조 1항 단서). 채무의 인수로 채무의 동일성을 잃게 되거나 채권의 목적이 달성될 수 없는 경우, 채무자의 개성이나 능력 등이 중요한 비중을 차지하여 채무인수가 적당하지 않은 경우에는 채무를 이전할 수 없다. 예를 들면, 노무자의 노무급부의무(제657조), 수임인의 의무(제682조), 수치인의 보관의무(제701조, 제682조) 또는 특정한 화가의 초상화를 그릴 채무 등은 이전성이 없다. 또한 당사자가 채무인수에 반대하는 합의를 한다면, 당사자는 채무를 이전할 수 없다. 그러나 선의의 제3자에게 대항하지는 못한다(제449조 2항 유추).

채무인수는 채권자와 채무자 그리고 인수인 사이의 삼면계약으로 행해질 수 있다. 또한 채권자와 인수인 사이의 계약으로도 할 수 있다(제453조 1항 본문). 그러나 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 채무를 인수하지 못한다(제453조 2항). 채무자와 인수인 사이의 계약으로 채무를 인수하기 위해서는 채권자의 승

낙이 필요하다(제454조 1항). 채권자의 승낙 또는 거절의 의사표시는 채무자 또는 인수인에게 하면 된다(제454조 2항). 채무자 또는 인수인은 상당한 기간을 정하여 승낙여부의 확답을 채권자에게 최고할 수 있다(제455조 1항). 채권자가 그 기간내에 확답을 발송하지 아니한 때에는 거절한 것으로 본다(제455조 2항). 채무자와 인수인 간 채무인수계약이 성립한 경우에는 채권자의 승낙이 있을 때까지 당사자는 이를 철회하거나 변경할 수 있다(제456조). 채권자를 해하지 않기 때문이다.

(3) 효과

채무인수로 채무는 동일성을 유지하며 전채무자로부터 인수인에게 이전한다. 따라서 전채무자는 채무를 면하고 인수인이 이를 부담한다. 채무인수는 채권자·채무자·인수인간 또는 채권자·인수인간 채무인수계약과 동시에 이루어진다. 채무자·인수인간 채무인수계약은 채권자가 승낙을 하면 그 효력이 생긴다(제454조 1항). 다만, 채권자의 승낙은 다른 의사표시가 없으면 채무를 인수한 때에 소급하여 그 효력이 생긴다. 그러나 제3자의 권리를 침해하지 못한다(제457조).

전채무자가 채권자에게 항변할 수 있는 사유로 인수인은 채권자에게 대항할 수 있다(제458조). 그러나 전채무자의 채무에 대한 보증이나 제3자가 제공한 담보는 채무인수로 소멸한다. 그러나 보증인이나 제3자가 채무인수에 동의하였다면 소멸하지 않는다(제459조). 채무자의 변경으로 보증인이나 제3자에게 발생할 수 있는 불측의 손해를 막기 위한 것이다. 전채무자 자신이 제공한 담보는 인수계약이 채무자와 인수인 사이에서 체결된 경우에는 채무자가 동의한 것으로 보아 소멸하지 않지만, 인수계약이 채권자와 인수인 사이에서 체결된 경우에는 소멸한다.

채무인수로 채권을 발생하게 한 계약 자체의 취소·해제권이 인수인에게 이전하지는 않는다. 계약의 취소·해제권은 계약 당사자의 권리이기 때문이다. 또한 인수인은 전채무자의 채권자에 대한 채권으로 상계를 주장하지 못한다. 인수인에게 전채무자의 권리를 처분할 권한이 없기 때문이다.

2. 並存的 債務引受

(1) 의의

병존적 채무인수는 종래의 채무자를 면책시키지 않고, 인수인이 채무자와 동일한 채무를 새로이 부담하는 계약이다. 인수인의 채무는 부가적인 채무로 종래의 채무에 대하여 담보적 기능을 갖는다. 종래의 채무자가 면책되지 않으므로 면책적 채무인수와 달리 처분행위가 아니며, 인수인이 새로운 채무를 부담하는 채권행위 또

는 의무부담행위의 성질을 갖는다. 채무인수계약이 병존적 채무인수인지 면책적 채무인지는 채무인수계약에 나타난 당사자의 의사에 의하여 결정된다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 않은 경우에는 병존적으로 인수한 것으로 볼 것이다.

(2) 요건

병존적 채무인수를 위한 채무는 채무자 이외의 제3자도 이행할 수 있는 대체적인 것이어야 한다. 그러나 채무자 역시 급부의무를 갖기 때문에, 면책적 채무인수와 같이 엄격하게 해석할 필요는 없다. 병존적 채무인수는 채권자·채무자·인수인 사이의 계약으로 성립할 수 있고, 채권자·인수인 사이의 계약으로 성립할 수도 있다. 또한 채무자·인수인 간의 계약으로도 성립할 수 있다. 이 경우 채권자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약으로 본다. 채권자는 수익의 의사표시를 통해 인수인에 대한 채권을 갖는다(제539조 2항).

(3) 효과

병존적 채무인수에 의하여 종래 채무의 채무자는 면책되지 않고, 인수인은 동일한 내용의 채무를 부담한다. 병존적 채무인수의 경우에 채권자의 기대를 고려하면 절대적 효력을 줌이 타당하기 때문에 종래의 채무와 인수인의 채무는 부진정연대채무의 관계에 있다는 견해도 있지만, 대개의 경우 채무인수가 채무자의 부탁으로 이루어진다는 점을 고려하면 채무자와 인수인 사이에는 주관적 공동관계가 있고 종래의 채무와 인수인의 채무는 연대채무관계에 있다고 보아야 한다.

3. 債務引受와 유사한 제도

(1) 履行引受

부동산의 매수인이 매매목적물에 대한 근저당권의 피담보채무를 인수하면서 그 채무액만큼 매매대금을 공제하기로 하는 경우와 같이, 이행인수는 인수인이 채무자의 채무를 이행할 것을 약정하는 채무자·인수인 사이의 계약을 말한다. 따라서 이행인수는 제3자에 의한 변제가 가능한 채무여야 한다. 이행인수는 채무자와 인수인 사이의 계약이므로, 채무자는 자신의 채무를 이행할 것을 인수인에게 청구할 권리가 있으나 채권자는 그러한 권리를 갖지 못한다.

(2) 契約引受

A와 B 사이의 일정한 계약에서 A의 계약 당사자로서의 지위를 C에게 완전히 이전하는 경우와 같이, 계약당사자로서의 지위를 포괄적으로 이전하고 자신은 계약 관계로부터 탈퇴하는 계약을 계약인수라고 한다. 가령 영업양도에 따른 사업자의 교체에 따른 종전 사용자와 근로자의 계약관계가 새로운 사용자와 사이에 이전하는 경우 근로관계 당사자 지위의 이전 또는 주택임대차보호법의 적용을 받는 임차 주택의 목적물 소유권이 종전 소유자로부터 신 소유자에게 이전함에 따라, 임차인이 종전 소유자에 대해 갖던 사용수익의 권한이 신 소유자에게 주장할 수 있고 또한 보증금의 반환도 청구할 수 있게 되는 경우(제3조 2항) ; 대항력을 갖춘 임차권을 설정해 둔 목적물 양도의 경우 (근거 : 소유자만이 사용수익의 상태를 유지해 줄 수 있음 + 임차인의 이익제기를 통한 해지 가능성 부여) ㄷ 주임보법의 대항력을 갖추지 않은 건물의 양도 및 양수인이 양도인의 보증금반환의무를 넘겨받기로 약정한 경우를 생각할 수 있다.

계약인수는 하나의 계약에서 발생하는 일체의 법률관계를 간단하게 처분할 수 있어 많이 이용된다. 계약 당사자로서의 지위를 이전한다는 점에서 채권 또는 채무의 귀속주체를 변경하는 채권양도, 채무인수와 구별된다.

계약인수는 원계약의 당사자와 인수인 사이의 3면계약에 의하여 성립한다. 원계약의 당사자 일방과 인수인이 인수계약을 하고, 원계약의 상대방이 이에 동의 내지 승낙하여 성립하기도 한다. 원계약 상대방의 동의 내지 승낙을 요하는 이유는 계약인수가 채무의 이전을 포함하기 때문이다. 계약인수는 계약당사자로서의 지위를 이전하는 것이므로 계약관계로부터 발생하는 취소권·해제권 등의 권리·의무도 포괄적으로 이전된다.