

하자담보책임의 법리 검토

김 서 현*

目 次

- | | |
|-----------------------------------|-----------------------|
| I. 서 론 | III. 소멸시효와 제척기간 법리 검토 |
| II. 민법 제580조와 제390조의 청구권
경합 문제 | IV. 상법 제69조의 제척기간 검토 |
| | V. 결 론 |

I. 서 론

2023년 6월 16일 자로 65년 만의 민법 전면 개정이 추진되어 「법무부 민법개정위원회」가 출범하였다. 우리 민법은 1958년 제정된 이래 지난 1999년부터 2004년까지, 2009년부터 2013년까지 두 차례에 걸쳐 민법 개정안이 발표되었으나 회기 종료로 인해 모두 폐기되었다. 이미 2002년 독일은 약 100년 만의 민법 개정을 하였고, 2017년 프랑스와 일본이 각각 약 100년, 200년 만의 민법 개정을 마쳤으며, 최근에는 벨기에가 민법 개정을 진행 중이다. 우리 민법 역시 이러한 세계적 개정 추세에 힘입어 다시 한번 개정을 추진한 것으로 보인다. 또한 이번 민법 개정은 지난 두 번의 개정안을 토대로 함과 동시에 선행된 타국의 개정 작업을 참고할 것으로 보인다.

지난 「2013 민법개정안」에서는 제390조를 비롯한 채무불이행 관련 규정에 관하여 「채

■ 투고일자 : 2023년 11월 8일, 심사일자 : 2023년 12월 7일, 게재확정일자 : 2023년 12월 21일.

* 부산대학교 법학전문대학원 법학과 법무석사과정

무불이행법 개정안」이 제시되었다. 개정안 중에서도 불완전이행의 효과로서 학설상 인정되고 있는 추완청구권에 관한 규정을 신설한 것은 기존의 법정책임설과 채무불이행책임설의 대립 구도를 채무불이행책임으로의 일원화라는 세계적 추세에 부합하는 규정으로 해석된다. 이에 본고에서는 채무불이행과 하자담보책임에 관한 지난 개정시안 및 독일과 일본의 개정민법을 바탕으로 현재 학계의 동향 및 판례의 법리를 검토함으로써 채무불이행책임으로의 일원화라는 개정 방향을 검토하는 것을 목적으로 한다.

우리 민법은 제580조 내지 제582조에 따라 매매의 목적물에 하자가 있을 때 매수인의 손해배상청구권을 규정하고 있다. 이를 ‘하자담보책임’이라 한다. 하자담보책임의 성질과 관련하여서는 전통적으로 법정책임설과 채무불이행책임설의 대립 구도가 존재했고, 종전 판례는 법정책임설의 입장을 취했다. 그러나 학계가 채무불이행책임설에 힘이 실리는 방향으로 나아감에 따라, 대법원 역시 이러한 형편을 의식하는 판례를 배출하고 있다. 비단 우리나라뿐 아니라 전세계적으로 하자담보책임의 성질을 채무불이행책임으로 일원화하는 경향이 도드라지고 있는데, 이러한 경향에 맞게 직접적으로 채권법을 개정할 나라가 독일과 일본이다. 따라서 우리 민법 또한 기존의 학설 대립을 완전히 정리하고 대법원이 하나의 명확한 입장을 취할 수 있도록 하는 입법 개정이 필요할 것으로 사료된다.

하자담보책임의 성질에 더불어 하자담보책임과 채무불이행책임의 양립 문제에서 판례는 두 책임의 경합을 인정하는 방향으로 정리되었다. 판례의 판시에 의하면, “매매의 목적물에 하자가 있는 경우 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임은 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 하자를 보수하기 위한 비용은 매도인의 하자담보책임과 채무불이행책임에서 말하는 손해에 해당한다. 따라서 매매 목적물인 토지에 폐기물이 매립되어 있고 매수인이 폐기물을 처리하기 위해 비용이 발생한다면 매수인은 그 비용을 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있고, 민법 제580조 제1항에 따라 하자담보책임으로 인한 손해배상으로 청구할 수도 있다.”¹⁾ 그러나 해당 판례는 학계에서 많은 비판을 받고 있다. 따라서 본고에서는 독일, 일본 등 하자담보책임과 관련한 세계적인 법리 추세를 살펴보고 적절한 수정 방향을 검토하고자 한다.

동 쟁점에서 불 때 소멸시효와 제척기간 또한 소멸시효로 일원화될 필요성이 있다.

1) 대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결.

현재 우리 민법은 제582조가 규정하고 있는 기간을 제척기간으로 보며, 제167조 소멸시효와 제척기간이 서로 다른 법리임을 인정하면서도 그 경합을 긍정하고 있다. 2011년 최초로 매도인의 담보책임의 권리행사기간과 소멸시효의 관계에 대해 판시하였는데, 대법원은 “매도인에 대한 하자담보에 기한 손해배상청구권에 대해서는 민법 제582조의 제척기간이 적용되고, 이는 법률관계의 조속한 안정을 도모하고자 하는 데에 취지가 있다. 그런데 하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권은 권리의 내용·성질 및 취지에 비추어 민법 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용되고, 민법 제582조의 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없으며, 이때 다른 특별한 사정이 없는 한 무엇보다도 매수인이 매매 목적물을 인도받은 때부터 소멸시효가 진행된다고 해석함이 타당하다.”²⁾라고 보았다. 그러나 해당 판례는 오히려 제척기간 법리의 형해화와 채무불이행책임으로 편향된 결과가 초래되는 문제가 야기되었다는 비판을 받는다. 따라서 본고에서는 판례가 제582조에서 규정된 기간을 제척기간으로 보는 이유와 제척기간과 소멸시효 간의 차이점을 검토하고, 소멸시효 규정을 중점으로 하면서도 제척기간 규정의 장점을 조정한 최종적인 개정 방향을 제시함으로써 하자담보책임에 대한 하나의 통일된 법리의 구축 가능성을 모색하고자 한다.

또한 소멸시효로의 일원화는 곧 상법 제69조의 제척기간에도 영향을 미칠 수 있으므로, 해당 법규의 모체인 일본 민법을 바탕으로 검토한다. 동조에서는 상인 간의 매매에서 하자가 있음을 통지해야 하는 최후의 시점을 6월의 제척기간으로 제한하고 있다. 그러나 당사자 중 매도인이 상인이라 할지라도 6월의 제척기간은 타 법리의 제척기간과 비교했을 때 짧은 편에 속하므로, 그 기간이 합리적인지에 대한 의문이 잔존한다. 그럼에도 동일한 내용의 조항이 있는 일본에서는 지난 2017년에 민법 개정이 있었음에도 이를 변경하지 않고 그대로 두었으며, 우리 민법 역시 『2013 민법개정안』에서 이를 다른 사정은 보이지 않는다. 따라서 일본과 더불어 독일, 영미법의 하자담보책임의 제척기간을 어떻게 규정하고 있는가를 비교해 봄으로써 6개월의 제척기간이 매수인의 권리구제 및 거래의 신속한 완결의 조화에 적절한 기간이 될 수 있는지를 판단해 보고자 한다. 그런데 한편, 최근 판례에서는 상인 간의 매매에 대한 하자담보책임에서도 불완전이행시의 채무불이행책임과의 경합을 인정함으로써 단기 제척기간으로 인한 매수인의 권리구제 한계를 극복하였다. 이에 본고에서는 해당 판례에 대한 검토를 통해 상법 제69조

2) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다10266 판결.

제1항 단서의 의의와 채무불이행책임과의 경합의 타당성을 판단해 보고자 한다.

II. 민법 제580조와 제390조의 청구권 경합 문제

우리 민법은 이원적 계약책임을 규정하고 있는데, 그 기준이 되는 것은 채무자의 귀책사유이다. 제580조 하자담보책임은 채무자의 귀책사유를 요건으로 하지 않는 반면, 민법 제390조에 규정된 채무불이행책임은 채무자의 귀책사유를 요건으로 한다. 이와 같이 담보책임은 요건을 완화하면서 그 책임 범위를 제한하는 반면, 채무불이행책임은 채무자의 귀책사유를 검토하면서 그 요건을 엄격히 하는 특징이 있고 그 대신 그 책임 범위를 확대하여 채무자의 이익을 넓힌다는 특징이 있다.³⁾ 양 책임은 서로 요건을 달리하여 손해배상의 범위나 권리행사기간 등과 관련된 효과 측면에서도 차이를 보인다. 그러므로 두 책임에 대한 청구권의 경합 여부를 검토하기에 앞서 두 책임의 차이점을 상세히 검토함으로써 그 구별 실익을 알아볼 필요가 있다.

우선 하자담보책임과 채무불이행책임은 하자의 유형에 따라 구별된다. 원시적 하자에 해당하는 경우에는 하자담보책임을 저야 하나, 후발적 하자에 해당하는 경우라면 채무불이행책임이 문제 된다.⁴⁾ 또한 두 책임은 손해배상의 범위에서 차이점을 갖는다. 하자담보책임의 경우 손해배상의 범위는 신뢰이익으로 한정된다. 반면, 채무불이행책임의 손해배상 범위는 제393조에 규정되어 있는데, 이에 따르면 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상 손해를 그 한도로 하고, 특별 손해의 경우에는 채무자가 그 사정에 대하여 악의 또는 과실이 있었던 경우에 한하여 책임이 인정된다. 이와 같이 채무불이행책임은 이행이익이 손해배상범위의 기준이 된다.⁵⁾ 마지막으로, 권리행사기간과 관련하여 하자담보책임의 경우 제582조에 의해 6월 내에 행사하여야 한다는 제척기간의 적용을 받지만, 채무불이행에 의한 손해배상청구권은 일반적으로 10년의 소멸시효기간이 적용된다.⁶⁾ 판례는 이러한 두 책임이 별개의 권원에 의하여 경합적으로 인정된다고 보고 있는

3) 이재목, “수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합에 관한 일고-대법원 2020. 6. 11. 선고 2019다2000126 판결”, 재산법연구 제37권 2호(2020), 152-153쪽.

4) 김성욱, “민법상 담보책임과 관련한 몇 가지 법적 문제”, 법과정책 제22권 2호(2016), 2쪽.

5) 서울민사지법 1988. 11. 9. 선고 88나1621 판결.

6) 대법원 2021. 4. 8. 선고 2017다202050 판결.

바, 그 배경에는 이러한 차이점들이 존재하기 때문임을 알 수 있다.

판례가 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합을 인정하기는 했으나, 매도인으로부터 하자 있는 물건을 교부받은 매수인이 그 손해에 대하여 하자 있는 물건을 인도한 고의 또는 과실이 있는 매도인에게 하자담보책임과 채무불이행책임을 모두 물을 수 있는지 여부, 즉 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합이 인정될 수 있는지 여부에 대하여 오랫동안 학계의 논쟁이 있었다. 하자담보책임의 본질 및 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합을 둘러싼 해석론적 논쟁은 양 책임을 이원적으로 규율하고 있는 우리 계약법의 구조에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 우리 민법은 구독일 민법과 구 일본 민법 중 채권법에 명시된 계약책임과 관련한 규정 및 그 해석론을 대부분 차용해왔기 때문에 구민법제도 아래에 있던 일본과 독일이 겪은 바와 같이 여전히 책임 경합과 관련된 문제에 시달리고 있어 그 해결 방법을 찾고 있으므로, 그로 인해 더불어 여전히 하자담보책임의 본질에 관한 논쟁은 끊이지 않았다. 이미 독일과 일본의 경우 해당 문제를 해결하려는 노력 끝에 민법 개정을 통해 해소하였다. 따라서 우리 민법 역시 앞으로의 개정 과정에서 이 같은 타국의 개정법을 참고할 필요가 있다.

1. 학설 검토

(1) 법정책임설과 채무불이행책임설의 대립

법정책임설에 의하면, 매도인의 담보책임이란 매매계약의 유상성, 대가성에 비추어 매수인을 보호하고, 일반거래의 동적 안전을 보장하려는 뜻에서 매도인에게 인정되는 법정책임을 의미한다.⁷⁾ 법정책임설에서 기초로 하는 특정물도그마 이론 및 제462조에 명시된 바에 따라 매도인이 이행기에 특정물을 그 현상 그대로 인도함으로써 채무를 이행한다면, 그로써 이행 의무를 다한 것으로 평가된다. 즉, 설령 계약의 대상인 특정물에 하자가 존재하는 상태이더라도 그 상태대로만 이행하면 채무자(매도인)는 채무를 면하게 되는 것이다. 이러한 논리는 계약 체결 당시를 기준으로 특정물에 이미 하자가 존재했을 경우에 한하여 공평한 것으로 이해된다. 만약 하자가 없는 상태를 전제로 계약을 체결하고 그에 따른 대금을 지불한 매수인이라면, 계약 체결 이후 특정물에 하자가 생겼음에도 특정물 도그마 이론에 따라 이행기에 하자 있는 특정물을 인도함으로써 매도

7) 송인권, “판례평석: 매도인의 담보책임과 채무불이행책임의 경합-대상판결: 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586”, 법조 제55권 4호(2006), 213쪽.

인이 아무 책임을 지지 않는 것이 공평의 원칙상 매수인에게 정당하다고 보기 어렵다. 따라서 법정책임설은 매수인과 매도인의 등가성의 회복을 위해 매도인의 무과실 책임을 인정하며, 하자에 대하여 매도인의 과실 여부와 상관없이 수리비와 같은 하자가 없는 특정물의 매매대금과 하자가 있는 특정물의 매매대금과의 차액을 지급해야 하는 것을 원칙으로 한다.⁸⁾ 그러나 목적물에 하자가 있더라도 계약 당사자 간 매매계약은 유효하게 체결된 것이 되고, 그러한 하자의 여부를 불문하고 특정된 목적물을 인도하기만 하면 된다는 특정물도그마이론의 주장이 일반인의 법감정에 부합하지 않는다는 것은 명백하며, 이러한 점은 특정물도그마이론을 이론적 근거로 하는 법정책임설이 주된 비판을 받는 부분이다.

이와 달리 채무불이행책임설에 의하면, 특정물의 인도 방법을 정한 제462조는 하자가 있는 물건이라도 이를 인도하면 완전한 이행이 된다고 규정한 것이 아니라 매수인의 수령거절을 금지하는 취지로 이해할 수 있을 뿐이다. 이로 인해 채무불이행책임설은 현상 인도만으로 완전한 이행이 될 수 있다고 주장하는 특정물도그마이론과 구별된다. 즉, 채무자인 매도인은 계약 당사자의 합의에 따라 정한 목적물, 다시 말해 하자가 없는 완전한 목적물을 인도해야 하는 채무가 존재하는 것이다. 하자가 없는 완전물의 인도가 이행이라고 보는 채무불이행책임설에 따르면, 매도인의 하자담보책임은 본질적으로 채무불이행책임의 성질을 갖는 것에 해당한다. 다만, 하자담보책임이 무과실책임이라는 데 그 본질이 있다는 점에서 제390조 채무불이행책임의 일반적 성격과 달리, 매도인에게 과실이 있는지 여부를 요건으로 하지는 않는다. 따라서 채무불이행책임설에 따르면 하자담보책임은 채무불이행책임의 특칙이 된다.⁹⁾ 채무불이행책임설은 현재 세계적으로 채택되는 학설이자 우리 민법 학계 다수설의 입장이다.

법정책임설과 채무불이행책임설의 첫 번째 대립 지점은 하자담보책임과 채무불이행책임의 청구권 경합의 가부이다. 법정책임설의 입장에서 하자담보책임의 적용대상으로 하는 하자는 원시적 하자와 일부불능이다. 이는 채무불이행책임에서 후발적 하자를 문제 삼는 것과 구별된다. 따라서 법정책임설을 취할 경우, 하자담보책임과 채무불이행책임은 서로 다른 하자를 문제 삼고 있기 때문에 양 책임의 경합은 문제가 되지 않는다.

8) 주지홍, “폐기물매립후 토지가 전전유통된 경우 최후계약당사자간의 채무불이행책임 - 대법원 2016.5.19. 2009다66549 판례를 중심으로-”, 토지법학, 제33권 제2호, 한국토지법학회(2017), 87쪽.

9) 이재목, “수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합에 관한 일고-대법원 2020. 6. 11. 선고 2019다2000126 판결”, 재산법연구 제37권 2호(2020), 155쪽.

즉, 법정책임설은 채무불이행책임과 하자담보책임의 경합을 인정한다. 그러나 채무불이행책임설은 하자담보책임을 채무불이행책임에 대한 특별규정으로 보기 때문에 채무불이행책임과의 경합을 인정하지 않는다.¹⁰⁾

두 번째 대립 지점은 손해배상범위이다. 법정책임설에 따르면 하자담보책임은 원시적 일부하자에 대한 책임으로서 매도인의 무과실책임에 해당하므로, 이에 따라 신뢰이익의 배상만을 인정해야 한다는 학설과 맥락을 같이 한다. 즉, 신뢰이익배상설에 따라 손해배상의 범위는 하자 그 자체만을 전보하기 위한 손해, 앞서 언급한 하자가 없는 특정물의 매매대금과 하자가 있는 특정물의 매매대금과의 차액을 보상하는 것으로 본다. 이는 하자담보책임이 채무자의 과실을 묻지 않는 무과실책임이라는 본질을 고려할 때 채권자인 매도인에게 상당 불리한 측면이 있으므로, 채권자와 채무자 사이의 평등을 고려하여 신뢰이익으로 배상 범위를 제한한 것으로 해석된다. 그러나 채무불이행책임설의 입장에서는 법정책임설의 손해배상범위를 확장하여 하자로 인한 손해 배상의 범위에 이행이익이 포함된다고 한다. 이는 이행이익배상설과 궤를 같이하는데, 이행이익이란 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않았기 때문에 채권자가 입은 손해, 즉 채무자가 채무를 이행하였더라면 채권자가 얻었을 이익을 말한다.¹¹⁾ 이행이익배상설에 따라 하자담보책임에 기한 손해배상에는 채무불이행의 손해배상에 관한 규정인 제393조가 적용된다. 다만, 배상 범위에 항상 이행이익이 포함되는 것은 아니다. 매도인의 과실을 고려하여 매도인에게 과실이 있을 때만 이행이익의 배상을 해야 한다는 견해도 있고, 매도인이 숨은 하자에 관하여 무하자를 보증하였거나 하자를 알면서 고지하지 않은 경우에만 이행이익을 배상하여야 한다는 견해가 있다는 점에서, 결국 귀책사유 없는 하자담보책임의 배상 범위를 이행이익으로 확대하는 데에는 부정적이다. 결론적으로 신뢰이익배상설과 크게 다르다 보기는 어렵다.¹²⁾

(2) 관련 외국법 검토

앞서 독일과 일본은 이러한 학설 대립 문제를 민법 개정을 통해 해결하였다고 전술하였는데, 우리나라 대법원 판례 입장을 살펴보기 전에 타국의 입법 개정 방향성을 우

10) 송인권, 위의 논문, 220쪽.

11) 송인권, 위의 논문, 231쪽.

12) 이재목, 위의 논문, 156-157쪽.

선하여 검토해 봄으로써 판례의 입장과 비교해 보고, 후에 우리 민법 개정의 방향성을 논하고자 한다.

(가) 독일

독일의 경우, 2002년에 개정된 채권법이 시행되었다. 개정법의 가장 두드러지는 부분은 기존의 채무불이행과 하자담보책임의 이원화 구조에서 벗어나 담보책임을 일반급부장애법으로 일원화하였다는 점이다. 채무자의 의무위반(Pflichtverletzung)에 기한 손해배상에 관하여 일반규정을 두면서도(제280조 제1항) 그 하위규정에서 매도인에게 하자 없는 물건의 급부의무를 인정하고 있다. 이에 따라 특정물매매의 경우에도 하자 있는 물건의 인도는 계약의무위반이 되어 매수인은 일반 채무불이행과 마찬가지로 해제권과 손해배상청구권을 행사할 수 있게 되었다.¹³⁾ 자세히 살펴보면, 독일 민법 제439조 제1항에서 매수인의 추완청구권(Nacherfüllungsanspruch)을 인정함에 따라 매수인은 하자의 제거 또는 하자 없는 물건의 인도를 청구할 수 있게 되었다.¹⁴⁾ 다만, 매도인이 하자 있는 물건을 검사하기 위해 목적물의 인도를 요구하는 경우, 매수인은 그에 응할 의무가 있다. 하자 있는 물건을 인도받은 매수인이 매도인에게 하자담보책임을 묻고자 하는 경우(제437조), 매수인은 위험이전시점인 목적물을 수령(제363조)한 때에 목적물에 하자가 있었다는 것을 증명해야 한다.¹⁵⁾

(나) 일본

구 일본 민법은 구 독일법 및 우리 민법과 마찬가지로 제415조에 채무불이행책임에 관한 규정을, 제570조에 하자담보책임에 관한 규정을 두어 이원적 체계를 취하고 있었다. 이로 인해 하자담보책임의 성질을 둘러싸고 법정책임설과 채무불이행책임설이 대립하였고, 그 양상은 현재의 우리 상황과 크게 다르지 않았다. 그러나 일본에서는 독일 민법의 개정에 영향을 받아 2005년부터 채권법 개정논의가 시작되었고, 2020년 4월 1일부터 「민법 일부를 개정하는 법률」이 시행됨으로써 그 결실을 보게 되었다. 그 주요 내용은 ① 담보책임의 법적 성질이 법정책임에서 채무불이행으로 변경되었고, ② 담보책임

13) 이재목, 위의 논문, 162쪽.

14) 서종희, “독일민법상 추완청구권에 관한 소고”, 법학논총, 제26권 제2호, 조선대학교 법학연구원 (2019), 270쪽.

15) 서종희, 위의 논문, 292-293쪽.

의 요건이 ‘숨은 하자’에서 특정물·불특정물을 가리지 않고 ‘계약부적합’으로 정리되었으며, 이에 따라 ③ 법정책임설하에서는 원시적 하자에 한하였지만, 개정 민법에서는 계약의 이행 시까지 발생한 것이면 계약부적합 책임을 지게 되었고, ④ 담보책임의 성질이 채무불이행으로 변경됨에 따라 담보책임의 효과도 부수하여 변경되었으며, ⑤ 기간제한에 관하여 매수인이 계약부적합을 안 때부터 1년 이내에 통지하면 충분한 것으로 되었다.¹⁶⁾

2. 판례 검토

판례는 채권자인 매수인이 하자담보책임과 채무불이행책임의 요건을 모두 충족한 경우, 매도인에게 양 책임을 모두 물을 수 있다고 보아 그 경합을 인정한다. 그러면서도 제580조의 매도인의 하자담보책임의 본질을 민법의 지도이념인 공평의 원칙에 입각하여 법이 특별히 인정한 무과실책임으로 본다.¹⁷⁾ 또한, 배상의 범위 역시 공평의 원칙에 따라 신뢰이익으로 한정한다. 이와 같이 경합 인정, 무과실책임, 신뢰이익배상을 고려했을 때 현재 판례의 입장은 법정책임설을 따르고 있다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 판례의 입장은 다음과 같은 비판점들에 직면한다. 우선, 담보책임과 위험부담의 경합이 일반적으로 부정된다는 점에서 담보책임과 채무불이행책임의 경합 역시 부정함이 민법 전체의 균형에 맞는 해석이라 할 수 있다. 따라서 경합을 인정할 경우, 담보책임에 대한 규정이 사실상 사문화될 우려가 있다.¹⁸⁾ 가령 하자담보책임에 기한 제척기간이 도과한 후에도 채무불이행책임의 소멸시효가 인정된다면, 매수인은 하자를 발견한 지 6개월이 지난 뒤에도 소멸시효에 기한 소 제기 및 권리구제의 요청이 가능하게 된다. 이와 같은 채무불이행책임의 소멸시효에 따른 손해배상청구권의 인정은 기존의 하자담보책임에 기한 시간적 한계 및 배상의 범위 이상으로의 손해를 보전받을 수 있게 된다는 점에서 결국 제척기간을 도입한 하자담보책임의 취지를 몰각시키는 결과를 초래한다. 한편, 제척기간과 소멸시효와 관련해서는 이후 목차에서 자세히 후술한다.

이처럼 판례가 법정책임설을 취하고 있다는 것이 종전의 이해였지만, 사실 대법원은

16) 이재목, 위의 논문, 163-164쪽.

17) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다23920 판결.

18) 송인권, “판례평석: 매도인의 담보책임과 채무불이행책임의 경합-대상판결: 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586”, 법조 제55권 4호(2006), 235쪽.

이전에도 하자담보책임이 채무불이행책임의 성질을 띤다는 점에 명시적으로 부정할 적이 없다. 오히려 대법원은 제570조, 제572조의 담보책임에 기한 손해배상의 범위는 이행이익에 해당한다고 판시한 적이 있다. 종래 판례에서는 권리하자로 인한 손해배상의 범위에 대하여 신뢰이익의 배상이라고 하였지만¹⁹⁾, 그 후 입장을 변경하여 “타인의 권리를 매매한 자가 권리이전을 할 수 없게 된 때에는 매도인은 선의의 매수인에 대하여 불능 당시의 시가를 표준으로 그 계약이 완전히 이행된 것과 동일한 경제적 이익을 배상할 의무가 있다.”²⁰⁾라는 이행이익배상의 입장을 취하기도 하였다. 이러한 판시사항의 변화는 비록 580조에 해당하는 내용은 아니나, 매도인의 담보책임과 관련하여 손해배상의 범위를 채무불이행책임의 손해배상인 이행이익으로 판단한 것을 볼 때 결국 판례가 담보책임의 본질을 채무불이행책임으로 판단하고 있다고 생각해 볼 여지를 제공한다.²¹⁾ 또한 판례는 직접적으로 하자담보책임의 본질은 불완전이행책임에 해당한다고 언급하기도 하였다. “양도목적물의 숨은 하자로부터 손해가 발생한 경우에 양도인이 양수인에 대하여 부담하는 하자담보책임은 그 본질이 불완전이행책임으로서 본 계약 내용의 이행과 직접 관련된 책임”²²⁾이라 판시한 데에서 그러하다.²³⁾ 앞서 살펴본 여러 판례를 고려했을 때 대법원이 완전한 법정책임설을 지지하는 입장이라고는 할 수 없을 것으로 판단되고, 대법원이 하자담보책임의 채무불이행책임적 성질을 인식하고 있음에 따라 채무불이행책임설의 입장을 취한다 하더라도 모순이라 해석되지는 않을 것으로 생각된다. 결론적으로, 판례가 법정책임설과 채무불이행책임설의 경합을 인정함으로써 비로소 하자담보책임에 대한 손해를 이행이익 범위로 확장하였다고만은 볼 수 없다. 오히려 기존의 판례는 하자담보책임의 채무불이행책임으로서의 성질을 긍정하고 있었고, 하자담보책임의 본질에 관한 학설대립 사이에서 하자담보책임과 채무불이행책임의 두 성질 모두를 긍정하는 경합설의 입장을 취했다는 점은 이제 마지막 단계만이 남았음을 시사한다. 하자담보책임의 본질에 대한 명확한 정리를 위해 기존의 판례이론을 넘어 명시적인 입법 개정이라는 제도적 보완이 요구된다는 것이다.

19) 대법원 1960. 4. 21. 선고 1961민상385 판결.

20) 대법원 1967. 5. 18. 선고 66다2618 전원합의체 판결.

21) 김성욱, “민법상 담보책임과 관련한 몇 가지 법적 문제”, 법과정책, 제22권 제2호(2016), 6쪽.

22) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146, 91다17153 판결.

23) 송인권, 위의 논문, 214쪽.

3. 소결

매도인이 계약체결 당시의 상태대로 이행기에 자신의 급부를 이행하였다고 하더라도, 그러한 급부이행이 반대급부의 경제적 가치 등에 상응하지 않은 것으로 평가될 수 있다면, 비록 매도인에게 귀책사유가 없더라도 이를 실질적인 급부의무를 다한 것으로 볼 수는 없다. 과실책임주의 원칙의 예외로서 담보책임제도의 독자성을 고려한다면, 담보 책임에 있어서 채무의 내용에 좇은 이행이란 계약체결 당시(또는 종류물의 특정 시)의 상태대로 급부를 이전받았는지에 초점이 있는 것이 아니라, 급부와 반대급부의 경제적 가치가 당사자들이 합의한 또는 객관적인 물건의 상태에 부합되어 균형을 유지하면서 상대방에게 완전하게 이행되었는지의 여부에 초점을 두는 것이 타당하기 때문이다.²⁴⁾ 이 같은 견해에 의하면, 하자담보책임의 성질은 채무불이행책임설에 입각하여 해석하는 것이 타당하다. 통상적인 매매계약에서 하자 있는 물건은 계약할 당시 매수인이 생각한 물건과 같다고 할 수 없다. 따라서 이행이란 채무의 내용을 좇아 실현하는 것인데, 하자 있는 물건을 인도하는 것을 원채무의 목적이라고 할 수 없으므로 하자 있는 목적물을 인도할 것을 두고 이행이라 하는 것은 합당하지 않다. 또한 하자 있는 물건에 대한 보상을 신뢰이익으로 제한하는 것은 매수인 입장에서 손해에 대한 온전한 구제를 받지 못하는 결과를 초래한다. 본질적으로 하자담보책임이 무과실책임인 점을 고려하여 배상범위를 제한한 것이긴 하나, 매수인이 완전한 물건을 인도받을 것을 기대하고 완전한 물건에 대한 비용을 계약 당시에 이미 지급하였다면 매도인의 과실 여부와 상관없이 매수인에게 완전한 물건을 급부하는 것이 계약신뢰 측면에서 타당할 것이다. 해당 논리에 기하여, 완전물의 급부가 불가능한 경우에는 신뢰이익이 아닌 이행이익으로 보상하는 것이 타당하다. 결과적으로 하자 있는 물건의 급부는 채무불이행책임의 성질을 가지고, 다만 과실책임주의 원칙의 예외로서 채무불이행책임임에도 무과실책임으로서의 성질을 갖는 규정이라 해석함이 타당하다.

그런데 만약 채무불이행책임설을 취하면서도 하자담보책임과의 경합을 인정함으로써 하자담보책임을 채무불이행책임의 한 종류로 본다면, 특별법 우선의 원칙에 의해 결국 채무불이행책임이 배제되는 것이 옳다는 점에서 두 책임에 대한 청구권의 경합을 인정하는 것은 논리적 모순이 된다. 이러한 모순에서 법정책임설의 입장에서는 현행체계의

24) 김성욱, 위의 논문, 45쪽.

유지라는 결론이 도출될 것으로 예상된다. 그러나 법정책임설은 하자담보책임과 채무불이행책임을 각각 개별 규정으로 존재하기에 경합을 인정한다는 점에서는 오히려 기존 민법 체계에 부합하는 측면도 있는데, 이는 현행 민법 체계 하에서 채무불이행책임설을 도입하는 것에 한계가 있다는 것을 의미한다. 종합하면, 하자담보책임과 채무불이행책임을 경합을 긍정하는 것은 두 책임이 별개의 규정이라는 점에서 민법의 체계상 당연히 인정될 수도 있으면서 동시에 특별법 우선의 원칙에 의한 모순이 발생할 수도 있다. 따라서 어느 관점에서 생각하더라도 우리 민법이 현 상황을 개선하기 위하여 개정을 통한 문제의 해결을 도모할 필요성이 도출된다는 점에서는 이견이 없을 것이다. 한편, 현재 국제통일규범인 국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; CISG)은 하자담보책임과 일반채무불이행책임을 ‘계약위반’(breach of contract)이라고 하는 후자의 입장에 가까운 개념으로의 일원적 규율을 추구하고 있고, 계약위반의 성질을 무과실책임으로 하면서도 불가항력 내지 채무자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 면책시키는 태도를 취한다.²⁵⁾ 우리 민법 역시 이러한 국제적 추세에 호응하는 개정을 함으로써 근본적인 해결책을 마련할 것이 요구된다.

보다 구체적인 개정안의 제안으로는 추완청구권의 도입을 제시할 수 있다. 앞서 살펴본 독일 민법 제439조에 규정된 추완청구권에 대해 검토한 결과, 독일 민법에서 하자담보책임의 성질의 일원화는 추완청구권을 통해 이루어졌다고 평가할 수 있기 때문이다. 추완청구권이란, 완전한 물권을 인도할 것을 청구할 수 있는 권리이다. 독일의 추완청구권은 우선 유효한 계약의 존재, 계약의 객체와 관련한 추완의 가능성, 물건 또는 권리의 하자가 존재할 것을 그 요건으로 한다. 이러한 추완청구권은 독일 민법 제442조에 의하여 매수인이 이미 하자를 인지했거나 중과실로 인하여 인지하지 못한 경우 배제되고, 혹은 제444조, 제475조에 따르는 계약상 합의에 따라서도 배제될 수도 있다. 추완청구권을 행사함에 있어 매수인은 제439조 제1항에 따라 하자의 제거 또는 완전물급부 중 하나를 선택할 수 있는데, 독일 민법에서는 만약 매도인이 추완을 하지 않은 경우에 한하여 감액을 허용하고 있기도 하다. 하지만 만일 매수인이 스스로 대부분의 흠결을 유발하였다면 감액청구권은 배제된다(제441조, 제323조 제6항).²⁶⁾

25) 김성연, “하자담보책임과 채무불이행책임을 관계에 관한 비교법적 동향”, 법학연구, 제26권 제2호(2016), 12-13쪽.

반면에, 우리 민법에는 추완청구권이 아직 존재하지 않으므로 손해배상청구권이나 계약해제권을 행사할 수 있을 뿐이다. 물론 우리나라 역시 과거 민법 개정을 시도하는 과정에서 하자담보책임과 채무불이행책임 간 문제의 해결책으로서 추완청구권의 도입을 제안했던 적은 있다. 2004년 하자보수청구권, 대금감액청구권 신설, 권리행사기간 연장 개정안이 나왔으나 2013년 민법개정시안에 채택되지 못했고, 또한 2013년 하자담보책임에 기한 손해배상에 제390조를 적용하자는 개정 역시 채택되지 못했다.²⁷⁾ 비록 개정 시안들이 채택되지는 못하였더라도 학계에서 추완청구권을 비롯한 하자담보책임 법리 개정의 필요성을 인식하고 있는 것은 자명하다. 만약 이번 개정에서 추완청구권이 새로이 규정된다면, 완전물급부가 곧 이행이 되기 때문에 하자담보책임은 채무불이행책임의 아래에 자리하게 될 것이다. 그리고 매수인은 추완청구권을 행사함으로써 하자치유를 받거나 또는 완전물급부를 통해 채무불이행으로 인한 손해배상을 넘어 원 계약에서 생각했던 물건을 온전히 급부 받을 수 있게 되므로, 매수인에 대한 이익 보호 가능성이 증대될 것이다. 특히 하자치유의 경우에는 매도인 역시 계약에서 기대했던 대금을 모두 받을 수 있기 때문에 매도인의 이익 측면에서도 불합리하지 않다. 이와 더불어, 추완청구권의 존재로 인해 급부이행을 손해배상으로 대충 무마하려던 매도인은 완전물급부를 더욱 성실히 이행하려고 할 것이며, 결과적으로 계약의 안정성이라는 부수적 효과까지 꾀할 수 있을 것이다. 이때 완전물급부청구권을 규정한 제581조 제2항과의 충돌이 우려된다는 비판도 존재하나, 이는 종류채권에 한해 적용되는 것으로서 추완청구권에 대한 특별규정으로 해석함으로써 해결될 수 있는 문제로 생각된다.²⁸⁾ 따라서 우리나라 역시 독일의 민법 개정을 참고하여 추완청구권을 도입하는 것이 합리적인 해결책이 될 것이다. 한편, 새로운 입법개정안을 제시할 때에는 추완청구권의 도입 외에도 채무불이행책임설로의 일원화에 대한 근본적인 쟁점으로서 채무불이행책임을 무과실책임화 할 수 있는지, 그리고 하자담보책임에 따른 손해배상청구권을 과실책임과 무과실책임 중 무엇으로 해야 하는지 등을 보다 명확하게 제시할 수 있어야 할 것이다.²⁹⁾

26) 박신옥, “매매에 있어 하자담보책임에 관한 비교법 연구”, 한양법학, 제23권 제3호(2021), 249-253쪽.

27) 김성연, “하자담보책임과 채무불이행책임의 관계에 관한 비교법적 동향”, 법학연구, 제26권 제2호(2016), 19쪽.

28) 김대정, “2013년 「채무불이행법 개정안」에 관한 약간의 검토-특히 불완전이행에 관한규정을 중심으로-”, 중앙법학, 제17집 제4호(2015), 290쪽.

29) 김성연, 위의 논문, 21쪽.

Ⅲ. 소멸시효와 제척기간 법리 검토

민법 제580조 및 제581조에 의해 하자 있는 물건을 매도한 자는 매수인에 대하여하자담보책임을 진다. 이때 매수인은 제582조에 의해 ‘하자를 안 날’로부터 6개월 이내에 손해배상청구권 및 계약해제권을 행사하여야 한다. 이는 제척기간으로 해석된다. 그런데 제390조 채무불이행책임에 의하면 하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권은 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용된다. 소멸시효는 매수인이 ‘매매의 목적물을 인도받은 때’부터 진행되며, 그 기간은 10년이다. 본고에서는 이러한 권리의 경합이 조화를 이룰 수 있는 입법 개정 방향을 제안해 보고자 한다.

제척기간과 소멸시효가 별개의 법리이기도 하지만, 다음과 같은 이유에서 두 법리의 경합을 인정하는 것은 신중해야 한다. 우선 첫 번째로 하자담보책임의 본질이 매도인의 무과실책임인 이상, 그에 따라서도 제582조의 제척기간 규정 외에 채무불이행책임과 관련된 소멸시효 규정이 중첩적으로 적용된다고 확일적으로 판단하는 것은 문제가 있다. 채무불이행책임은 매도인의 과실을 전제로 하는 것이고, 매도인의 귀책사유가 없을 때는 적용된다 볼 수 없기 때문이다. 즉, 매도인의 귀책사유 여부가 하자담보책임의 제척기간과 채무불이행책임의 소멸시효를 구분하는 차이점으로 기능하므로 두 규정의 경합을 인정하는 것은 논리적인 모순이 된다.³⁰⁾ 두 번째로 민법 제582조의 제척기간은 법률관계의 조속한 안정을 도모하고자 하는 데에 그 취지가 있지만, 제162조 제1항의 소멸시효는 10년의 기간을 두고 있어 제척기간과 물리적 기간으로만 보더라도 경합 시 제척기간의 취지가 몰각될 우려가 있다. 그뿐만 아니라 두 청구권이 경합하는 상황에서 만약 소멸시효가 완성되면 제척기간 준수 여부와 관계없이 손해배상청구권이 소멸하기 때문에 매수인은 더 이상 손해배상청구권을 행사할 수 없게 되는데, 이 같은 상황으로 인해서도 제척기간 규정이 유명무실해질 수 있다. 세 번째로는 우리 민법이 무과실에 기한 손해배상청구권이 발생하는 일반규정을 두고 있지 않기 때문에 경합을 인정할 법적 근거가 부재하다는 점 역시 유의하여야 할 것이다.³¹⁾

그럼에도 판례는 매수인의 하자담보에 기한 손해배상청구권에 권리의 내용·성질 및 취지에 비추어 민법 제162조 제1항의 채권 소멸시효의 규정이 적용되고, 민법 제582조

30) 김성욱, “민법상 담보책임과 관련한 몇 가지 법적 문제”, 법과정책 제22권 2호(2016), 11쪽.

31) 김성욱, 위의 논문, 11쪽.

의 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다고 하였고³²⁾, 해당 판례는 전술한 내용에 비추어 소멸시효가 제척기간을 무의미하게 만드는 부당한 결과가 발생할 수 있다는 비판을 받았다.

1. 소멸시효와 제척기간의 법리 검토

소멸시효는 권리불행사, 즉 일정한 기간 권리행사를 하지 않은 것을 중점으로 만들어진 규정이며, 이미 소멸시효가 도과하였다면 사실상 채무자가 변제하였을 가능성이 높은 상황에 해당하기 때문에 이미 오랜 기간 도과한 경우 불안정한 지위에 위치한 채무자 보호를 목적으로 하여 그 권리가 소멸하는 것으로 한 것이다. 반면에 당사자나 제3자 사이의 법률관계를 안정시키는 것을 취지로 하여 권리 행사를 일정 기간 제한하는 경우가 있는데, 바로 이것이 제척기간에 해당한다. 요컨대 소멸시효 제도는 채무자 보호의 관점이 상대적으로 더 부각되는 것에 반하여, 제척기간 제도는 채무자 보호보다는 법적 안정성과 법적 명료성의 관점이 더 부각된다.³³⁾ 다만, 우리 민법에는 제척기간과 관련된 명확한 규정이 없다.³⁴⁾ 대법원은 제582조에 대하여 제척기간으로 해석하고 있다.

소멸시효와 제척기간의 중요한 차이점은 기산점이다. 소멸시효는 객관적 기산점을 따르는데, 객관적 기산점이란 제166조 제1항에 규정된 바와 같이 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때를 의미한다. 따라서 권리를 행사할 수 없는 동안에는 소멸시효가 진행하지 않는다. 이때 권리를 행사할 수 없는 때라 함은 그 권리행사에 기간의 미도래나 조건 불성취와 같은 법률상의 장애 사유가 있는 경우에 한하여 인정되고, 권리의 존재나 권리행사 가능성을 알지 못함에 있어서의 과실 유무와 같은 사실상의 장애 사유는 인정되지 않아 시효 진행에 영향을 미치지 않는다. 따라서 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도의 하자가 아닌 한, 목적물에 하자가 있는 경우에는 매매 계약의 체결 시에 곧바로 민법 제580조 제1항에 의한 하자담보책임에 기한 손해배상청구권이 발생하고, 만약 매수인이 계약의 목적물에 하자가 있는지 사실상 알지 못하였다 한 사정이

32) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2011다56491 판결.

33) 김준호, “하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권”, 연세법학, 제20호(2012), 111쪽.

34) 한상인, “민법 제580조 소정의 매수인의 손해배상청구권의 행사기간”, 고시계, 제57권 6호(2012, 148쪽.

있더라도 이는 사실상 장애 사유에 불과하므로 이를 고려할 필요 없이 소멸시효가 시작될 것이다. 즉, 매수인의 손해배상청구권은 권리 행사 가능 시점인 매매계약 체결 시부터 소멸시효가 시작되고, 그 기간은 일반 채권의 소멸시효기간인 제162조 제1항에 따라 10년이다.³⁵⁾ 반면에 제척기간의 기산점은 권리가 발생한 때이다. 따라서 매수인이 목적물의 하자를 인식한 때에 비로소 기산된다. 요컨대 소멸시효의 기산점은 권리 행사가 가능한 때, 제척기간의 기산점은 권리가 발생한 때로서 차이가 있다.

기산점 외에도 소멸시효와 제척기간의 차이는 여러 부분에서 찾을 수 있다. 첫째, 제도의 존재 이유에 의한 구별이 가능하다. 제척기간의 인정 이유로서 법률관계의 조속한 확정을 제시하는 데 반해, 소멸시효의 경우에는 사회질서의 안정, 입증 곤란의 구제, 게으른 권리자의 보호 가치 부재 등을 제시하는 것이 보통이다. 둘째로, 법문상의 표현 차이가 있다. 통상 법조문에 ‘시효로 인하여 소멸한다.’ 또는 ‘소멸시효가 완성한다.’고 표현되어 있으면 소멸시효 기간으로, 그러한 표현이 없으면 제척기간으로 이해할 수 있다. 그러나 이러한 기준에 의해서 소멸시효기간인지 제척기간인지 여부가 언제나 판단되는 것은 아니다. 판례는 제척기간은 그 기간 내에 소 제기 방식으로만 권리를 행사하여야 하는 것은 아니라 하였다. 즉, 제척기간의 경우 반드시 재판상 권리를 행사해야 하는 것이 아니며 오히려 재판 외 방식으로 권리행사가 가능하다. 따라서 그 기간이 재판상 행사를 해야 하는 출소기간에 해당하는지, 재판 외 방식으로 권리행사가 가능한 기간에 해당하는지 여부에 따라 소멸시효인지 제척기간인지의 여부가 결정된다. 판례는 제582조의 매수인의 권리행사기간을 특별한 형식을 요구하지 않는 재판 외에서의 권리행사에 관한 기간으로 본다. 판례가 “매수인이 매도인에 대하여 적당한 방법으로 매매 목적물 하자를 통지하고 손해배상을 구하는 뜻을 표시하는 등과 같은 재판 외 권리행사를 실현할 수 있다.”³⁶⁾고 판시한바, 이를 통해 대법원이 제582조를 제척기간으로 보고 있다고 할 수 있다.

이렇게 제척기간과 소멸시효의 범리가 명백히 다르고, 판례는 제582조의 매수인의 권리행사기간을 제척기간으로 보고 있음에도 현재 판례가 소멸시효의 양립 가능성을 인정하는 근거들은 다음과 같다. 첫 번째, 제척기간에 걸리는 청구권 역시 일종의 채권으로서 제162조 이하의 소멸시효와 관련된 규정의 적용을 받기 때문이다. 두 번째, 제582

35) 한상인, 위의 논문, 142-143쪽.

36) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다20190 판결.

조를 제척기간으로 본 이유는 신속한 법률관계의 확정에도 있으므로, 소멸시효가 완성된 후까지 매수인에게 권리를 인정할 필요가 없다. 세 번째, 과실책임인 채무불이행책임도 10년의 시효기간을 두고 소멸하는데 무과실책임인 하자담보책임이 하자 발견 시까지 무한정 존속하는 것은 형평에 맞지 않다. 네 번째, 상법상 상인 간의 매매에 있어서는 상법 제69조에 따라 매매목적물에 즉시 발견할 수 없는 숨은 하자가 있는 경우에도 6개월의 제척기간이 경과하면 더는 하자 담보책임을 물을 수 없도록 규정하고 있다. 이 점을 고려하면 민법 또한 10년 안에 이를 발견하여 권리를 행사하도록 하는 것이 부당하다고 볼 수 없다. 즉, 매수인에게 하자 발견의 부담을 지게 하는 것은 형평에 있어 문제가 되지 않는다.³⁷⁾

그러나 이러한 판례의 입장에는 비판점 또한 존재하는데, 특히 법정책임설의 입장에서 다음과 같이 비판하고 있다. 첫 번째, 대법원은 매도인의 하자담보책임은 법률이 매수인의 신뢰를 보호하기 위해 특별히 마련한 법정책임이라 명시한 바 있다. 즉, 특별책임이 존재하는 이상 일반책임은 배제되어야 하므로 특별규정에 해당하는 제582조 하자담보책임규정에 의해 일반규정인 소멸시효는 배제되는 것이 타당하다. 두 번째, 만약 소멸시효의 적용을 긍정하게 되면, 매수인이 하자의 존재를 알고 있었는지 여부를 불문하고 손해배상청구권이 시효 완성으로 소멸하게 되며 이는 결과적으로 매수인에게 매매목적물을 스스로 검사하고 하자를 발견하도록 하는 의무를 부과하게 된다. 그러나 이는 매수인에게 부담을 주는 것으로써 매수인 보호 관점에서 적절한 대책으로 보기 어렵다. 또한 법정책임설을 지지하는 입장에서 하자담보책임과 채무불이행책임은 서로 구별되는 것인데, 각 규정의 기간을 정하고 있는 제척기간과 소멸시효기간의 경합을 긍정하는 것은 애초에 두 제도를 구별해놓은 민법 전체의 체계에 반하는 주장이며 논리상 자연스럽지 못하다. 따라서 두 규정은 각각의 본래 취지에 맞추어 구별되어 적용되는 것이 옳다.³⁸⁾

그러나 이러한 비판은 채무불이행책임설의 입장에서 재 반박될 수 있다. 즉, 채무불이행책임설은 판례와 법정책임설의 입장 모두 한계점이 존재하는 상황에서 채무불이행책임설로의 일원화를 통해 제척기간과 소멸시효의 경합에 대한 해결책을 제시할 수 있

37) 서종희, “하자담보책임상의 매수인의 손해배상청구권과 소멸시효와의 관계”, 동아법학, 제72호(2016), 75쪽.

38) 서종희, 위의 논문, 76-77쪽.

다. 이는 채무불이행책임설을 지지함으로써 단순히 제척기간에 소멸시효를 적용해 양립 가능성을 인정하는 것이 아니라, 제척기간을 소멸시효에 편입시킬 수 있는 가능성을 논하는 것이다. 이러한 제척기간의 소멸시효로의 편입은 현재 우리 민법에 제척기간이 명문에 규정된 바가 없기 때문에 계약 당사자들이 법적 불안정성을 안고 가야 한다는 불합리함을 해결할 수 있다는 점에서 그 필요성이 긍정된다. 또한 소멸시효로의 일원화라는 명문의 입법 개정이 이루어진다면 매수인(채권자) 입장에서는 청구권 행사에 관한 불안정성을 감소시킬 수 있을 것이고, 매도인(채무자) 입장에서든 청구권의 권리행사기간이 하나로 통일되어 시효의 기산점에 대한 인식이 분명해지므로 계약의 안정성을 증진할 수 있을 것이다. 가령 현재와 같이 제척기간과 소멸시효가 경합하여 인정되는 경우, 매수인이 하자를 안 때 제척기간이 발생하고, 목적물의 인도 시에 소멸시효가 발생하는 별개의 진행이 일어나는데, 이는 매수인과 매도인 모두에게 언제부터 언제까지 권리행사가 가능한지에 대한 불안감을 지속시키므로 소멸시효로의 일원화라는 개정은 그러한 불안감을 해소할 수 있는 합리적인 해결책이 된다.

이에 따라 매수인 입장에서는 소멸시효기간의 적용을 받아 재판 외 행사가 불가능해지는 불리한 측면이 있기는 하나, 시효의 적용으로 인해 제척기간이라는 이른 시일 내에 청구권을 행사해야 한다는 압박에서 벗어날 수 있는 기회가 생긴다는 점에서 이러한 불편은 매수인이 어느 정도 수용할 수 있는 부분이라고 생각된다. 또한 매도인의 입장에서든 매수인의 권리행사기간이 늘어난다는 불리한 측면이 있으나, 전 세계적으로 매수인을 두텁게 보호하려는 방향으로의 입법 개정이 지속해서 이루어지고 있다는 점을 고려한다면, 매도인의 부담 역시 수용할 수 있는 부분이라 본다. 이에 본고에서는 실제 하자담보책임의 제척기간과 소멸시효에 대하여 매수인을 두텁게 보호하는 방향의 입법 개정 현황을 이어서 살펴보고자 한다.

2. 관련 외국법 개정 현황

현 민법 개정의 세계적인 추세는 담보책임의 권리를 소멸시효의 일반 법리로 해결하도록 통일하는 것이다. 대표적으로 일본 민법과 유럽통일법이 그러하다. 이와 달리, 개별규정을 둔 경우에는 독일과 같이 동산과 부동산을 구별하여 권리행사의 기산점을 다르게 하거나 오스트리아같이 권리행사기간에 차이를 둔 경우로 나뉜다. 이에 따라 본고에서는 일본, 유럽연합, 독일, 오스트리아의 담보책임의 권리행사기간에 관한 법리가 어

떠한지를 검토해 보고자 한다.

(1) 일본

일본의 구민법 제566조 제3항에 따르면, 매도인의 담보책임에 기한 계약해제 또는 손해배상청구는 매수인이 목적물에 하자가 있다는 사실을 안 때로부터 1년 이내에 행사하여야 하고, 하자담보책임에 기한 손해배상청구권은 일반채권의 소멸시효 규정이 중복으로 적용되어 권리행사가 가능한 때로부터 10년의 소멸시효에 걸린다고 해석해 왔다. 또한 수급인의 담보책임에 대해서는 하자의 종류에 따라 제638조의 5년을 원칙으로 하면서도, 신축 주택의 경우에는 「주택의 품질확보촉진 등에 관한 법률」 제95조에 의해 10년으로 기간 제한을 두었다. 하자로 인한 멸실 및 훼손의 경우에는 1년의 기간 제한을 두고 있었다.

그러나 개정 민법에서는 구민법에서 규정하고 있던 권리행사기간에 관한 특별규정이 삭제되었다. 대신 채권의 소멸시효에 관한 일반 규정이 적용되어 권리를 행사할 수 있는 때로부터 10년, 권리를 행사할 수 있음을 안 때부터 5년의 이중 기간이 적용된다(제166조 제1항). 즉, 기존의 10년의 소멸시효라는 통일된 소멸시효기간에 관한 일반규정이 주관적 기산점과 객관적 기산점의 이중 적용으로 변경되었다. 이로 인해 하자담보책임의 권리행사기간의 제한이 사라지고, 매수인의 권리구제가 한층 강화되었다 볼 수 있다. 이때 매수인에게는 개정 민법 제566조에 따라 인도된 목적물이 계약부적합인 경우 추완청구권, 대금감액청구권, 손해배상청구권 및 계약해제권의 행사에 대하여 매수인이 그 부적합을 안 때로부터 1년 내로 그 취지를 매도인에게 통지하여야만 권리 행사가 가능한 통지의무가 신설되었다. 다만, 매도인이 인도 시에 그 부적합을 알았거나 중대한 과실로 알지 못했을 때는 1년의 기간 제한이 적용되지 않는다.

(2) 유럽연합

유럽연합 소비재매매 및 품질보증 지침(Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of the 25th of May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, 이하 ‘유럽 소비재매매지침’으로 칭하기로 함) 제5조 제2항은 하자를 발견한 후 2개월 이내에 소비자인 매수인에게 하자통지의무를 부과하고 있다. 유럽매매법원칙(PELS, Principles of European Law on Sales) 또한 제4:302조에서도 매수인에게 2개월의 통지의무를 규정하고 있고, 매수인이 소비자인 경우에도 2개월 안에 하자를

통지해야 할 의무가 있다. 유럽매매법원칙 제4:305조에 의하면, 부적합통지를 한 매수인이 추완청구 또는 해제권 행사를 선택하는 경우에도 부적합통지 후 합리적인 기간 내에 그 취지를 통지해야 한다. 이상과 같은 부적합의 통지의무를 다 한 매수인은 부적합에 의거하는 청구권을 주장할 수 있으나, 그 청구권의 기간 제한 자체는 유럽매매법원칙에서 규정하고 있지 않아 유럽계약법원칙(PECL, Principles of European Contract Law)의 일반적인 소멸시효규정이 적용된다. 이때 매도인의 인적 사항 또는 채권 발생의 기초 사실에 대해 매수인이 알지 못하였거나 이를 알았을 것을 합리적으로 기대할 수 없는 동안에는 소멸시효가 정지되도록 규정하고 있다는 점에서(DCFR III.-7:301) 앞서 일본이 민법을 개정하면서 매수인에게 통지의무를 부과한 것이 이러한 국제적인 경향에 부합하는 내용임을 알 수 있다³⁹⁾.

(3) 독일

독일 민법 제438조에 따르면 동산, 부동산의 하자담보책임은 모두 2년의 소멸시효 내에 권리를 행사하여야 하고, 원칙적으로 제437조에 의해 하자담보책임에 기한 매수인의 권리는 객관적 기산점을 기준으로 한다. 다만, 부동산의 경우에는 인도 시부터 기산하고, 동산의 경우에는 교부한 시점부터 기산한다는 점에서 차이가 있다. 또한 매도인이 하자에 악의인 채로 매매계약을 체결한 경우에는 제438조 제3항에 따라 매수인이 하자를 안 날로부터 3년의 소멸시효에 걸리게 되는데, 이는 주관적 기산점일 뿐만 아니라 기간이 더 길어졌다는 점에서 악의의 매도인을 보호할 가치가 훨씬 적다고 보고 있음을 시사한다. 한편, 일반적인 담보책임의 기산점이 객관적 기산점인 이유는 거래안전과 법적안정성을 추구하던 구 독일민법 제477조의 입법취지를 그대로 유지한 것이다. 독일민법은 이 같은 기조에 맞게 앞서 서술한 유럽연합 소비재매매 및 품질보증 지침에 따른 매수인의 통지의무는 개정 과정에서 별도로 입법하지 않았다. 매수인에게 통지의무를 부과하지 않는 것이 매수인에게 더 유리하기 때문이다.

(4) 오스트리아

오스트리아는 독일과 달리 부동산과 동산의 담보책임의 권리행사기간이 상이하다.

39) 서종희, 위의 논문, 204쪽.

오스트리아 민법 제933조에 의하면 부동산의 경우 인도 시를 기산점으로 하여 3년, 동산의 경우 인도 시로부터 2년으로 권리 행사 기간의 소멸시효를 규정하고 있다. 본래 오스트리아민법에서는 동산의 권리행사기간이 6개월이었는데, 유럽 소비재매매지침에 따라 2년으로 변경하였다. 또한 제척기간으로 규정했던 것을 소멸시효 규정으로 변경하였다. 이같이 부동산, 동산과 같은 물건의 하자는 인도 시가 기준점이 되어 객관적 시점을 기산점으로 하지만, 권리의 하자는 주관적 시점을 기산점으로 한다는 점도 타국과 구별되는 지표이다. 단, 검수를 통해 하자를 발견할 가능성이 없는 상태라면 물건의 하자라 할지라도 권리의 하자의 기산점을 유추적용 하여 매수인을 보호하고 있다. 가령 폐기물매립지 매매의 경우 양 당사자가 하자를 토지의 인도만으로 발견할 수 없다는 사실을 묵시적으로 합의하였다고 보고, 매수인이 토지의 하자를 알 수 있었던 때로부터 시효 진행을 인정함으로써 인도 시가 아닌 매수인이 안 날을 기준으로 한다.

3. 소결

본고에서는 「2013년 민법개정안」의 제582조를 유지함을 전제로 하면서도 이를 보완한 담보책임에 관한 권리행사의 개정을 제안해 보고자 한다. 먼저 담보책임에 기한 청구권의 권리행사기간을 제척기간이 아닌 소멸시효로 통일해야 한다. 시효의 중단 등을 인정함으로써 매수인을 더욱 두텁게 보호할 수 있고, 특히 매도인이 하자를 알면서도 악의로 매도한 경우 일반 소멸시효 규정으로 해결하는 것이 타당하다는 점에서도 소멸시효 규정을 적용하는 것이 제척기간 규정에 비해 합리적이다. 이와 더불어 매수인에게 는 하자를 인지한 경우 매도인에게 이를 통지할 의무를 부과하는 것으로써 양 당사자의 균형을 맞출 수 있고, 세계적인 개정 방향에도 부합한다.

또한, 소멸시효로의 권리행사기간 일원화는 앞서 제시한 하자담보책임의 채무불이행 책임으로의 일원화에도 동지이다. 판례는 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합을 인정함으로써 소멸시효의 적용을 긍정하였고, 이로 인해 기존의 하자담보책임 및 제척기간 규정의 사문화라는 비판을 받는 것은 불가피했다. 그러나 하자담보책임의 본질을 채무불이행책임으로 보는 일원화 과정을 거칠 경우, 매수인의 추완청구권과 함께 하자담보책임에 기한 청구권의 권리행사기간을 소멸시효 규정으로 보는 것이 오히려 타당해진다. 즉, 소멸시효로의 일원화는 채무불이행책임으로의 일원화와 이어지는 논리이다.

다만, 우리 민법의 개정 시에는 소멸시효의 기산점을 함께 검토해야 한다. 제척기간

과 소멸시효의 기산점이 달랐기 때문에 이를 일원화하는 과정에서 두 제도의 각 취지를 유지할 필요성이 있기 때문이다. 제166조 소멸시효의 경우 권리행사기간 중 시효중단 및 연장이 가능하며 객관적 기산점을 기준으로 한다. 이와 달리, 제582조의 제척기간은 주관적 기산점을 기준으로 하고 빈번하게 이루어지는 물건의 매매에 있어 분쟁을 신속히 해결하고 권리관계를 조기에 확정함으로써 거래의 안전을 확보하고자 하는 것에 취지를 두고 있다. 따라서 민법 개정안은 이러한 기존의 제척기간으로서의 본질에 반하지 않으면서도 제166조에 규정된 소멸시효의 객관적 체계를 유지할 수 있는 방향의 해결책이어야 할 것이다. 특히 다음 목차에서 후술할 폐기물매립지 매매계약과 같이 하자를 겹으로는 단기간에 아는 것이 불가능할 때는 ‘토지의 인도 시’라는 객관적 기산점을 기준으로 소멸시효가 진행되는 것이 매수인에게 부당할 수 있다. 상법 제69조 제1항에서는 상인 간의 매매 시 하자담보책임의 권리행사기간이 6개월에 불과한데, 해당 기간이 제척기간이라는 점에서 더욱이 매수인이 토지에 하자가 있음에도 구제받지 못하는 판례가 최근에도 지속해서 배출되고 있는 실정이다.

이러한 문제점을 해결할 수 있도록 하는—예컨대 매수인의 하자에 대한 객관적 인식가능성을 고려하여 예외적으로 채권자가 하자와 관련된 사정을 알기 어려웠을 경우— ‘하자를 안 때’를 기준으로 하는 주관적 시점을 기산점으로 삼거나, 타 권리행사의 주관적 기산점을 유추적용하는 등의 명시적인 보완규정 역시 요구될 수 있다. 다만, 주관적 기산점을 기준으로 하는 예외를 두게 된다면 소멸시효기간을 적용하여 매수인이 권리를 행사할 수 있는 기간이 너무 길어진다는 단점이 발생하게 된다. 따라서 일본의 개정법 중 매수인의 하자통지의무를 우리 민법에서도 신설하여 일정 부분 적용할 필요성이 있다고 본다. 즉, 매도인과 매수인 간의 균형을 고려하여 주관적 기준인 하자를 안 때를 기산점으로 하는 때에는 매수인이 상당한 기간 내 매수인에게 통지의무를 부과하고, 의무 이행 시에만 하자담보책임을 청구할 수 있어야 한다. 요컨대 현행 일본 민법과 같이 통지의무와 관련해서는 제척기간을 도입하고, 권리행사기간과 관련해서는 채무불이행 책임설의 일원화에 발맞추어 소멸시효를 적용하는 것이다. 이러한 제안은 독일법과 같이 모든 권리에서 객관적 기산점을 기준으로 하기보다 오스트리아법과 같이 일정 부분 주관적 기산점을 기준으로 두는 예외를 두는 것에 해당하고, 그 예외규정을 매매계약의 유형에 맞게 적용할 수 있어 더욱 타당하다 본다.

IV. 상법 제69조의 제척기간 검토

상법 제69조 제1항에 의하면, 매도인이 상인인 매매에서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 원칙적으로 지체 없이 이를 검사하여 하자 여부를 확인한 후, 하자가 있다면 즉시 매도인에게 통지하여야 이로 인한 계약해제, 대금 감액 또는 손해배상을 청구할 수 있고, 만약 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우라 하더라도 최대 6월 내에 하자를 발견하여 통지하여야 한다. 본 조항은 매수인에게 하자담보책임을 추궁할 수 있는 기간으로 6개월의 제척기간을 둠으로써, 그 이후에는 거래를 신속히 종료하려는 거래의 안전성 추구에 중점을 둔 것으로 해석된다. 실제 판례에서도 “상법 제69조 제1항의 매수인의 목적물의 검사와 하자의 통지의무에 관한 규정의 취지는 상인 간의 매매에 있어 그 계약의 효력을 민법 규정과 같이 오랫동안 불안정한 상태로 방치하는 것은 매도인에 대해서는 인도 당시의 목적물에 대한 하자의 조사를 어렵게 하고 전매의 기회를 잃게 될 뿐만 아니라, 매수인에 대해서는 그 기간 중 유리한 시기를 선택하여 매도인의 위험으로 투기할 기회를 주게 되는 폐단 등이 있어 이를 막기 위하여 하자를 용이하게 발견할 수 있는 전문적 지식을 가진 매수인에게 신속한 검사와 통지의 의무를 부과함으로써 상거래를 신속하게 결말짓도록 한 것이다.”라고 하였다.⁴⁰⁾ 다만, 판례는 해당 조문에 대해 “성질상 임의규정으로서 보아야 할 것이고 따라서 당사자 간의 약정에 의하여 이와 달리 정할 수 있다고 할 것이다.”⁴¹⁾라고도 판시하였다는 점에서 당사자 사이의 합의를 통해 예측하지 못했던 피해로부터 매수인을 보호할 수 있다. 이는 매도인의 보호 및 거래의 안전성과 매수인의 권리구제를 조화할 수 있는 가능성을 열어두고 있는 것으로 해석된다.

1. 본조와 관련된 외국법 규정

상사매매에 있어 하자담보책임의 권리행사기간과 관련하여 판례의 입장을 통해 조문의 실효성을 판단하기에 앞서 일본법과 독일법, 그리고 영미법이 각각 어떠한 입장을 취하는지 살펴봄으로써 우리 상법에서 규정하는 6개월의 제척기간 규정이 적정한가를

40) 대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2446 판결.

41) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008다3671 판결.

가늠해 보고자 한다.

1) 일본

본 조항은 일본 상법 제526조⁴²⁾를 그대로 수용하여 지금까지 유지해 온 조항이다. 그리고 일본에서는 2017년 민법을 개정하면서 하자담보책임의 권리행사기간에 관해 채무불이행책임설로의 일원화 입장을 취하면서도, 해당 조항의 기간까지 개정하지는 않았다. 다시 말해, 상인 간의 매매에 한해서는 소멸시효 규정에 의한 5년, 10년의 권리행사기간을 두지 않고 6개월의 단기 제척기간을 유지하였다. 이는 담보책임 규정이 채무불이행책임의 특칙이라는 관점에서 비롯된 것인데, 일본 내에서도 목적물의 종류 여하에 따라 하자가 6개월을 경과한 후에 나타나는 일도 있으므로 설령 상인 간이라고 하더라도 이 규정은 가혹하다는 지적이 있다.⁴³⁾ 이는 본고에서 지적하는 점인 제척기간이 지나치게 단기인 점이 아닌가 하는 의문과 상통한다.

42) 日本 商法 第五百二十六條(買主による目的物の検査及び通知)

① 商人間の賣買において、買主は、その賣買の目的物を受領したときは、遅滞なく、その物を検査しなければならない。

② 前項に規定する場合において、買主は、同項の規定による検査により賣 買の目的物に瑕疵(かし)があること又はその數量に不足があることを發見したときは、直ちに賣主に對してその旨の通知を發しなれば、その瑕疵又は數量の不足を理由として契約の解除又は代金減額若しくは損害 賠償の請求をすることができない。賣買の目的物に直ちに發見することのできない瑕疵がある場合において、買主が六箇月以内にその瑕疵を發見したときも、同様とする。

③ 前項の規定は、賣主がその瑕疵又は數量の不足につき惡意であった場合には、適用しない。

일본 상법 제526조(매수인의 목적물의 검사 및 통지)

① 상인 간의 매매에서 매수인은 그 매매의 목적물을 수령한 때에는 지체 없이 그 물건을 검사하여야 한다.

② 전항에 규정된 경우, 매수인은 동항의 규정에 따른 검사에 의해 매매 목적물에 하자가 있거나 수량에 부족이 있음을 발견한 경우, 즉시 매도인에게 그 취지의 통지를 하지 않으면 그 하자 또는 수량의 부족을 이유로 계약의 해제나 대금 감액이나 손해배상의 청구를 할 수 없다. 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우, 매수인이 6개월 이내에 그 하자를 발견한 때에도 같다.

③ 전항의 규정은 매도인이 하자 또는 수량 부족에 대하여 악의인 경우 적용하지 않는다.

43) 안강현, “상법 제69조와 불완전이행책임 -대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다522 판결을 중심으로-”, 상사판례연구, 제33권 제4호(2020), 162쪽.

2) 독일

독일 상법 제377조에 의하면, 매매가 당사자 쌍방을 위하여 상행위일 때에는 매수인은 매도인으로부터 인도를 받은 후 가능한 한 즉시 상품을 조사하여, 하자가 발견될 경우 즉시 매도인에게 통지하여야 하고(1항), 매수인이 전항의 통지를 하지 않은 경우 검사로 알 수 없는 하자를 제외하고는 그 상품을 승인한 것으로 보며(2항), 검사 후에 하자를 발견한 때에는 지체 없이 통지하여야 하고, 이를 해태한 때에는 그 하자에 관하여 상품을 승인한 것으로 보며(3항), 매수인의 권리보전을 위하여 통지를 적시에 발송하는 것으로 충분하고(4항), 매도인이 악의로 하자를 묵비한 경우 매도인은 이 조의 규정을 원용할 수 없다(5항).⁴⁴⁾

독일 상법 제377조는 우리 상법 제69조와 달리 6개월의 제척기간을 정하고 있지 않다. 또한 매수인의 권리구제 방안에 대해 상법에 별도 규정을 하는 대신 민법을 적용하는 것으로 하고 있는데, 독일 민법 제438조의 하자로 인한 청구권의 소멸시효 중 하자추완청구권과 손해배상청구권의 가장 짧은 시효가 2년(제438조 제1항 제3호)이라는 점에서 최소 2년의 하자담보책임의 권리행사기간을 두었다고 해석할 수 있다. 독일이 이러한 입장을 취하는 이유는 게르만 고유법에 근거한 상관습법, 즉 “매수인은 주의하라(caveat emptor)”라고 하는 원칙을 따르기 때문인데, 이는 매수인이 실제로 본 후에 그 지배권(Gewere)을 갖게 된 때에는 그 후에 나타난 매도인의 책임을 물을 수 없다는 것이다.⁴⁵⁾ 해당 논리가 극단적으로 될 경우, 매매물건에 대한 정보의 비대칭성에 의해 상대적으로 정보가 많은 매도인이 물건의 하자를 숨기거나 거짓으로 말하고, 이에 대한 위험을 매수인이 부담하게 되면서 거래비용이 증가하고 사회효용이 저해될 수 있다.⁴⁶⁾ 그

44) HGB § 377

(1) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

(2) Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

(3) Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

(4) Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

(5) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

45) 안강현, 위의 논문, 159쪽.

럼에도 독일 민법은 우리 민법의 6개월의 제척기간에 비하여 비교적 장기의 소멸시효 규정을 두고 있다는 점에서 매수인의 권리행사기간이 가혹할 정도로 짧다는 의견은 없는 것으로 보인다.

3) 영국, 미국

영미법에서는 하자담보책임의 개념이 존재하지 않는다. 대신 하자담보책임과 채무불이행책임을 계약책임으로 일원화하고 있다고 해석할 수 있다. 즉, 영미의 경우에는 매수인에게 검사 및 하자통지의무를 부담시키면서도 매도인에 대한 책임추궁은 채무불이행책임을 묻는 것으로 한다.⁴⁷⁾ 따라서 우리 민법과 같은 단기 제척기간의 문제는 발생하지 않는다.

영국의 「동산매매법」 제34조, 제35조, 제53조에서는 매도인이 매수인에게 물품을 인도한 경우 매도인은 매수인의 청구에 의하여 물품이 계약에 일치하는지 여부를 확인하기 위한 검사의 상당한 기회를 매수인에게 부여하여야 하고,⁴⁸⁾ 매수인이 물품을 인수했음을 매도인에게 알리는 등의 행위를 한 경우에는 물품을 인수한 것으로 간주하나, 물품이 매수인에게 인도되고 사전검사를 하지 않은 경우에는 매수인이 물품의 계약일치 여부에 대한 조사 등의 목적을 위하여 물품을 검사할 기회를 적절하게 가질 때까지는 물품을 인수한 것으로 간주하지 않는다.⁴⁹⁾ 매도인의 담보위반이 존재하거나 또는 매수

46) 주지홍, “폐기물매립후 토지가 전전유통된 경우 최후계약당사자간의 채무불이행책임 -대법원 2016.5.19. 2009다66549 판례를 중심으로-”, 토지법학, 제33권 제2호, 한국토지법학회(2017), 92쪽.

47) 안강현, 위의 논문, 164-165쪽.

48) 34 Buyer's right of examining the goods.

Unless otherwise agreed, when the seller tenders delivery of goods to the buyer, he is bound on request to afford the buyer a reasonable opportunity of examining the goods for the purpose of ascertaining whether they are in conformity with the contract and, in the case of a contract for sale by sample, of comparing the bulk with the sample.

49) 35 Acceptance.

(1) The buyer is deemed to have accepted the goods subject to subsection (2) below -

(a) when he intimates to the seller that he has accepted them, or

(b) when the goods have been delivered to him and he does any act in relation to them which is inconsistent with the ownership of the seller.

(3) Where goods are delivered to the buyer, and he has not previously examined them, he is not deemed to have accepted them under subsection (1) above until he has had a reasonable opportunity of examining them for the purpose -

인이 매도인 측의 조건위반을 담보위반으로 취급하거나 거절하게 된 경우, 매수인은 그러한 담보위반의 사유만으로 물품을 거절할 권리는 없고, (1) 매도인에 대하여 대금감액 또는 소멸, (2) 매도인에 대한 담보위반에 기한 손해배상청구를 할 권리만을 가진다.⁵⁰⁾

미국의 경우, 미국통일상법전 § 2-513 (1)에 의하면 별도 합의와 (3)의 경우를 제외하고는 물품이 제공되었거나 또는 양도되었거나 또는 매매계약에 특정된 경우에 매수인은 합리적인 장소 및 시간에 합리적인 방법으로 변제 또는 수령 전에 물품을 검사하는 권리를 가지며,⁵¹⁾ 물품의 거절은 양도 또는 제공 후 합리적인 기간 내에 하여야 하며, 매수인이 매도인에게 시의적절하게 통지하지 않으면 그 거절은 무효가 된다[§2-602 (1)]. 물품을 검사할 수 있는 합리적인 기회 후 매수인이 그 물품이 적합하다는 것 또는 그것이 적합하지 않음에도 불구하고 그 물품을 취득 또는 보유하는 것을 매도인에게 알린 경우나 매수인이 유효한 거절을 하지 않은 경우 물품을 수령한 것으로 되어[§2-606 (1)], 매수인이 위반을 발견하였거나 발견할 수 있었을 때로부터 합리적 기간 내에 그 위반을 매도인에게 고지하지 않으면 어떠한 구제 방법도 인정되지 않는다[§2-607(3)(a)].

(a) of ascertaining whether they are in conformity with the contract, and

(b) in the case of a contract for sale by sample, of comparing the bulk with the sample.

50) 53 Remedy for breach of warranty.

(1) Where there is a breach of warranty by the seller, or where the buyer elects (or compelled) to treat any breach of a condition on the part of the seller as a breach of warranty, the buyer is not by reason only of such breach of warranty entitled to reject the goods; but he may-

(a) set up against the seller the breach of warranty in diminution or extinction of the price, or

(b) maintain an action against the seller for damages for the breach of warranty.

51) § 2-513. Buyer's Right to Inspection of Goods.

(1) Unless otherwise agreed and subject to subsection (3), where goods are tendered or delivered or identified to the contract for sale, the buyer has a right before payment or acceptance to inspect them at any reasonable place and time and in any reasonable manner. When the seller is required or authorized to send the goods to the buyer, the inspection may be after their arrival.

(2) Expenses of inspection must be borne by the buyer but may be recovered from the seller if the goods do not conform and are rejected.

(3) Unless otherwise agreed and subject to the provisions of this Article on C.I.F. contracts (subsection (3) of Section 2-321), the buyer is not entitled to inspect the goods before payment of the price when the contract provides

(a) for delivery "C.O.D." or on other like terms; or

(b) for payment against documents of title, except where such payment is due only the goods are to become available for inspection.

2. 우리 민법과 판결 검토

상법 제69조에서 말하는 하자통지의무란, 의무를 이행하지 않을 경우 제척기간의 도과로 인해 권리행사가 제한되는 불완전의무이자 간접의무이다. 또한 검사란, 거래에서 통상 요구되는 주의의무를 가지고 하자발견을 위하여 상당하다고 인정되는 방법으로 검사하는 것을 의미한다. 본 조항은 상인 간의 매매에서는 매수인이 하자를 용이하게 발견할 수 있는 전문지식을 가지고 있다는 전제하에 민법의 특칙으로 규정되었다는 점에서 매수인에게 현저히 부담하지는 않아 보인다. 그러나 실제 해당 조문이 판단 근거로 사용되는 사례들은 모두 6개월의 기간이 하자를 발견하기에 부족한 상황을 배경으로 한다. 가장 대표적인 사례는 폐기물이 매립된 토지매매의 경우이다. 토지의 경우, 폐기물이 지하 깊숙이 매립되어 있으면 매수인은 물론 매도인조차 전전유통 이전에 매립된 사실을 알지 못한 채 새로이 매매계약을 체결하기 쉽다. 매립된 지점까지 파헤치지 않는 한 하자를 발견할 수 없을 뿐 아니라 실제 조사하는 데에 시간과 비용이 많이 든다는 점에서 매수인에게 부담이 크다. 이러한 문제점에 관하여 우리 민법과 동일한 제척기간을 두고 있는 일본에서도 유사한 주장이 제기되었음을 전술한 바 있다. 따라서 본고에서 말하고자 하는 상법 제69조의 가장 큰 문제점은 토지거래에서의 전전유통 과정에서 중간매도인과 매수인에 대한 보호가 적절하게 이루어지지 못하여 동 취지의 판례가 계속해서 나오고 있다는 점이다.

이와 관련하여 최근 판례는 상법 제69조의 하자담보책임과 민법상 불완전이행책임과의 경합을 인정하였다. 해당 판례에서는 “갑 유한회사가 을 주식회사를 상대로 을 회사가 유류, 중금속 등으로 오염된 토지를 매도하였다는 이유로 매도인의 하자담보책임 또는 불완전이행으로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 갑 회사와 을 회사의 매매계약은 상인 간의 매매인데 갑 회사가 토지를 인도받아 소유권이전등기를 마친 때로부터 6개월이 훨씬 경과한 후에야 토지에 토양 오염 등의 하자가 있음을 통지하였다는 이유로 하자담보책임에 기한 손해배상청구는 배척하고, 을 회사가 오염된 토양을 정화하지 않은 채 토지를 인도한 것은 불완전이행에 해당한다는 이유로 오염된 토양을 정화하는 데 필요한 비용 상당의 손해배상책임을 인정한 원심판단이 정당하다.”⁵²⁾라고 하였다. 이로 인해 매수인은 단기의 시효 또는 목적물의 검사와 하자통지 의무 등과 같은 제한을 받

52) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다522 판결.

지 않을 뿐만 아니라, 손해배상의 범위도 확대손해로 되어 있기 때문에⁵³⁾ 매수인을 더욱 두텁게 보호할 수 있고, 오히려 이로 인해 본조보다 더 높은 수준으로 매수인을 보호함으로써 당사자 간의 합의가 필요한 상사매매의 특질을 외면하였다는 비판까지 존재한다.⁵⁴⁾

그러나 이 같은 비판이 항상 유효한 것은 아니다. 하자담보책임에 불완전이행의 법리를 개입시키는 것은 채무불이행책임설로의 일원화의 개정 방향에 미루어 볼 때 적절한 방향이며, 그렇다 하더라도 채무불이행책임을 묻기 위해서는 민법 제390조의 일반규정에 의해 매도인의 과실이 존재하여야 한다. 따라서 토지가 전전유통 되었을 경우 중간 매도인 내지 최종매도인이 폐기물 매립 사실에 대하여 선의였다면 뒤늦게 매수인에 대하여 손해배상책임을 지는 일은 없다. 또한 최초로 폐기물을 매립한 악의의 매도인에게 책임을 묻게 될 경우에도 그 소멸시효를 10년으로 규정하고 있으므로, 만약 매수인이 토지 검사를 10년 넘게 하지 않았다면 그 불이익은 마땅히 감수하는 것이 합리적이라 판단된다. 또한 해당 판례에서 한 가지 더 살펴볼 것은 하자담보책임에서의 매도인의 악의와 채무불이행책임에서의 매도인의 불완전이행에 대한 고의, 과실에 관해 일관적으로 판단하지 않았다는 점이다. 원심은 매도인인 피고가 악의였다는 원고의 주장에 대하여는 “피고가 이 사건 토지를 직접 오염시켰다거나 위 토지가 오염된 사실을 알면서도 원고에게 매도하였다는 사실을 인정하기 부족”하다고 판시하면서도 매도인인 피고의 불완전이행에 대해 고의, 과실이 없다는 피고의 주장에 대하여는 “그 불이행의 귀책사유에 대한 입증책임은 채무자에게 있는데 이 사건 토지의 오염이 지하 또는 지중에 존재하여 시각적으로 쉽게 확인할 수 없다는 사정만으로는 피고에게 귀책사유가 없음을 인정하기에는 부족”하므로 “피고는 최소한 이 사건 토지에 오염이 있는 사실을 알 수 있었음에도 불구하고 과실로 이를 알지 못하고 오염된 토지를 정화하지 않은 채 원고에게 인도하였다고 봄이 타당”하다고 판시했고, 대법원은 원심의 판단을 인정하였다. 물론 악의와 과실을 동의어라고 할 수는 없기에 판결에 이론적으로 모순이 있지는 않지만, 이러한 과실의 판단은 상사매매의 특질을 고려할 때 매우 엄격하게 인정되어야 할 것이다. 그렇지 않으면 상법 제69조가 유명무실해질 수 있기 때문이다.

이에 본고에서는 상인 간의 매매에서 채무불이행책임과의 경합을 인정하는 것은 우

53) 정명덕, “2015년 상법총칙·상행위법 판례의 동향과 분석”, 상사판례연구, 29-1(2016), 181쪽.

54) 안강현, 위의 논문, 181-182쪽.

리 민법의 개정 방향성에 맞추어 볼 때 합리적이거나, 하자담보책임의 특칙이라는 상법의 존재의의를 살리기 위하여 매도인의 채무불이행책임은 극히 제한적으로 인정되는 것이 적절하고, 만약 이를 모든 상사매매에 적용하는 것이 상법의 규정취지 및 상법 제69조의 형해화를 야기한다는 우려가 크다면 입법적으로 토지매매 등 하자를 단기간에 발견하는 것이 쉽지 않은 경우에 한하여 극히 한정적으로 채무불이행책임과의 경합을 인정할 수 있다는 별도의 규정을 신설하는 것도 하나의 해결책이 될 수 있음을 제안한다.

V. 결 론

학계와 대법원이 이미 하자담보책임의 성질을 채무불이행책임설에 입각하여 파악하고 있음에 따라, 우리 민법은 이를 명확히 하는 입법 개정이 필요하다. 본고에서는 보다 적절한 개정 방향을 검토하기 위하여 실제 독일, 일본 등 세계적인 민법 개정 현황을 살펴보았는데, 독일의 경우 기존의 하자담보책임과 채무불이행책임의 이원화 구조를 담보책임을 일반급부장애법으로 일원화하고, 매수인의 추완청구권이 규정되어 있음을 확인할 수 있었다. 또한 일본의 경우, 하자담보책임의 법적 성질을 채무불이행책임으로 확정하고, 담보책임의 요건 및 효과를 ‘계약부적합’이라는 새로운 개념을 도입함으로써 채무불이행책임의 내용에 맞게 변경하였다. 이는 우리 민법에 앞서 독일의 민법 개정에 영향을 받은 것으로 보인다. 이러한 검토를 바탕으로, 채무불이행책임설로의 일원화를 반영한 개정 및 매도인 보호와의 균형을 위한 추완청구권 등의 도입이 함께 요구될 수 있음을 확인하였다.

이러한 하자담보책임의 성질에 대한 논의는 제척기간과 소멸시효의 법리에 대한 논의로 이어진다. 우리 민법은 제척기간과 소멸시효를 별개의 법리로 규정하면서도 경합을 긍정한다. 판례에 따르면, 제척기간 규정으로 인하여 소멸시효 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다고 판시하고 있다. 그러나 판례의 입장은 법정책임설의 입장에서 여러 비판을 받고 있는데, 만약 채무불이행책임설로의 일원화가 실현될 경우, 동 맥락에서 소멸시효와 제척기간 또한 소멸시효로 일원화된다면 이러한 비판점들을 해소할 수 있다. 이때 소멸시효의 객관적 기산점을 기준으로 하는 성질에 비추어 볼 때, 매수인의 권리행사의 실효성을 확보할 수 있도록 예외적으로 주관적 기산점을 기준으로 할 수 있

도록 하고, 매도인과의 균형을 위하여 매수인에 대한 통지의무를 부과하는 등의 추가적인 개정안을 제안한다.

마지막으로 채무불이행책임설, 소멸시효로의 일원화에 따라 상법 제69조의 하자담보책임 역시 채무불이행책임과의 경합이 인정된다는 점에서 일정 부분 개정이 필요할 것으로 사료된다. 현행법상 6개월의 제척기간은 독일, 영미법에 비해 단기에 해당하고, 동일 제척기간을 규정한 일본에서도 매수인에 가혹할 정도로 짧다는 의견이 제시되는 실정이다. 판례는 채무불이행책임의 경합을 인정함으로써 단기 제척기간의 문제를 해결하였는데, 이로 인해 민법의 특별법으로서의 상법의 취지 내지 상사매매의 특질을 형해화시키는 것은 바람직하지 않다. 따라서 채무불이행책임의 경합을 극히 예외적으로 인정하는 규정을 신설하는 입법적 해결이 필요하다.

참 고 문 헌

- 김대정, “2013년 「채무불이행법 개정안」에 관한 약간의 검토-특히 불완전이행에 관한 규정을 중심으로-”, 중앙법학, 제17집 제4호, 2015.
- 김성연, “하자담보책임과 채무불이행책임의 관계에 관한 비교법적 동향”, 법학연구, 제26권 제2호, 연세대학교법학연구원, 2016.
- 김성욱, “민법상 담보책임과 관련한 몇 가지 법적 문제”, 법과정제, 제22권 2호, 2016.
- 서종희, “독일민법상 추완청구권에 관한 소고”, 법학논총, 제26집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2019.
- 김준호, “하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권”, 연세법학, 제20호, 2012.
- 박신욱, “매매에 있어 하자담보책임에 관한 비교법 연구”, 한양법학, 제23권 제3호, 2021.
- 서종희, “하자담보책임상의 매수인의 손해배상청구권과 소멸시효와의 관계”, 동아법학, 제72호, 2016.
- 안강현, “상법 제69조와 불완전이행책임-대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다522 판결을 중심으로-”, 상사판례연구, 제33권 제4호, 2020.
- 이재목, “수급인의 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합에 관한 일고-대법원 2020. 6. 11. 선고 2019다2000126판결”, 재산법연구, 제37권 2호, 한국재산법학회, 2020.
- 정명덕, “2015년 상법총칙·상행위법 판례의 동향과 분석”, 상사판례연구, 29-1, 2016.
- 주지홍, “폐기물매립후 토지가 전전유통된 경우 최후계약당사자간의 채무불이행책임 - 대법원 2016.5.19. 2009다66549 판례를 중심으로-”, 토지법학, 제33권 제2호, 한국토지법학회, 2017.
- 한삼인, “민법 제580조 소정의 매수인의 손해배상청구권의 행사기간”, 고시계, 제57권 6호, 2012.

<국문초록>

65년 만에 민법 전면 개정이 추진된다. 우리 민법은 1958년 제정된 이래 지난 1999년부터 2004년까지, 2009년부터 2013년까지 두 차례에 걸쳐 민법 개정안이 발표되었으나 회기 종료로 인해 모두 폐기되었다. 이번 민법 개정은 지난 두 번의 개정안을 토대로 함과 동시에 선행된 타국의 개정 작업을 참고할 것으로 보인다. 『2013 민법개정안』에서는 제390조를 비롯한 채무불이행 관련 규정의 개정안인 『채무불이행법 개정안』이 제시되었다. 개정안 중에서도 불완전이행의 효과로서 학설상 인정되고 있는 추완청구권에 관한 규정을 신설한 것은, 기존의 법정책임설과 채무불이행책임설의 대립 구도를 채무불이행책임으로 일원화하는 세계적 추세에 부합하도록 하는 규정으로 해석된다. 따라서 추후 개정 역시 추완청구권의 신설을 비롯한 채무불이행책임으로의 일원화 방향으로 이루어질 것으로 예측된다. 이에 본고에서는 채무불이행과 하자담보책임에 관한 지난 개정시안 및 독일과 일본의 개정민법을 바탕으로 현재 우리 민법 학계의 동향 및 판례의 법리를 검토함으로써 적절한 개정의 방향을 검토하는 것을 목적으로 한다. 이어서 채무불이행책임설로의 일원화에 따라 소멸시효와 제척기간에 대해서도 소멸시효로의 일원화의 필요성을 추가로 검토함으로써 하자담보책임에 대한 하나의 통일된 법리의 구축 가능성을 모색하고자 한다. 또한 소멸시효로의 일원화는 곧 상법 제69조의 제척기간에도 영향을 미칠 수 있으므로, 최근 상법 제69조의 하자담보책임과 민법상 채무불이행책임의 경합을 인정한 판례와 해당 법규의 모체인 일본민법을 바탕으로 이를 검토한다.

주제어 : 하자담보책임, 채무불이행책임설, 추완청구권, 소멸시효, 제척기간, 상법 제69조

<Abstract>

A Legal Review on Seller's Warranty

Kim, Seo Hyun

After 65 years, a comprehensive revision of the Civil Code is being pursued. Our Civil Code, established in 1958, had previously seen two attempts at revision, from 1999 to 2004 and from 2009 to 2013, but both were discarded due to session closures. This current revision is expected to build upon the previous two revision attempts and draw inspiration from the legislative work in other countries. In the '2013 Civil Code Amendment,' a proposed revision of provisions related to non-performance of obligations, including the 'a right of creditor to demand making subsequent completion' was introduced. Among the proposed amendments, the inclusion of provisions regarding the right of creditor to demand making subsequent completion, a remedy recognized in legal scholarship as an effect of non-complete performance, is seen as aligning with the global trend of unifying the confrontation between statutory liability theory and default liability theory into default liability theory. Therefore, it is predicted that future revisions will also move in the direction of unification, including the introduction of the right of creditor to demand making subsequent completion. In this context, this document aims to review the legal trends in our Civil Code academic community and court precedents related to non-performance liability and seller's warranty, based on past revision drafts and the revision of civil codes in Germany and Japan, in order to explore the appropriate direction for revision. Furthermore, in light of the unification of default liability theory, this document seeks to investigate the necessity of unifying the extinctive prescription and during exclusion periods, aiming to establish a unified legal principle for seller's warranty. Unifying the extinctive prescription may also affect Article 69 in Commercial Act, so this document reviews it based on the recent precedents that acknowledged the competition between seller's warranty and default liability, and the Japanese Civil Act, which serves as the model for the Commercial Act.

하자담보책임의 법리 검토

Keywords : Seller's Warranty, Default liability theory, a right of creditor to demand making subsequent completion, Extinctive prescription, During the exclusion period, Article 69 in Commercial Code

