

## 割賦販賣에 있어서 法律關係의 考察

신 중 철\*

### A Study on the Judicial Relation of the Installment Selling

Jong-Cheol Shin\*

#### Abstract

When it comes to the legal relations in installment sales in studying the legal matters of installment sales of goods the writer has described a theory of interpretation for the protection of the consumer. As the same time legislative consideration is presented. Therefore, on the line with consumer's positions treated are the legal matters on installment deals and suggested the direction of amendments.

The new types of consumer's credit transactions have been so complicatedly developed that supplementary legislation to solve any problem is required.

There are so many exceptions in the cooling-off system that reflect the safety of transaction. However such exceptions should be confined within the requisite limits for due process of law. Making a discrimination in protecting a consumer by the rise and fall of installment price is inconsistent with the equity of law enforcement. And the differences between the prices in using a credit card and in the installment sale make an obstruction to develop the credit transaction.

Such price discrimination should be revoked, and also the revocation right of consumer that protects economic inferior should be enacted. Although a buyer is charged for loss of damage of goods, the revocation right of the buyer have to be legislated like as German law.

#### I. 序 論

현대산업사회에 있어서 할부판매(Installment Selling, Abzahlungsgeschäft) 제도

\* 한국해양대학교 국제대학 법학부교수, 법학박사.

는 소비자측에서는 대금을 일정기간 동안에 분할지급할 수 있으므로 비교적 쉽게 상품을 구입할 수 있고 또한 수입에 맞추어 가계를 계획적이고 효율적으로 운영하여 소비목적을 달성할 수 있는 점에 편의와 매력이 있다. 한편 생산자(판매자)측에서는 소비를 자극하고 판매력을 증대하는 매매촉진책의 하나로서 매출액을 높이고 기업이윤을 유지·증가시키기 때문에 할부판매가 오늘날 소비생활에<sup>1)</sup> 차지하는 비율은 대단히 크다. 이에 할부판매제도는 대량으로 생산된 생산물을 판매하여 소비시켜야 하는 판매자측의 요구와 소비대중의 수입형태와 그 구매욕이 결합하여 양자의 필요를 동시에 해결하려는 합리적인 계약기술이다.<sup>2)</sup> 그러나 할부판매는 일반판매의 경우와는 달리 계약의 성립으로 먼저 목적물의 점유 또는 소유가 매수인에게 이전되기 때문에 매도인은 그 대금채권을 확보하기 위하여 여러 가지 강력한 채권보장방법을 강구하게 된다. 여기서 할부판매의 諸法律關係 즉, 위험부담문제, 일반채권자의 강제집행 경우, 당사자의 파산의 경우, 公租, 公課 기타 목적물에 관한 비용부담문제, 목적물보관상의 주의의무문제, 목적물의 사용·수익문제, 점유권, 점유보호청구권의 문제, 목적물에 대한 처분권문제, 선의취득문제, 소유권유보부채권 양도문제, 소유권유보의 포기의 문제, 및 형사책임문제 등을 구체적으로 고찰하여 해제조건부소유권이 전설의 전지에서 매도인을 소유권유보부담보채권자로 보고 매수인(소비자)을 보호하는 법리를 취하는데 본 논문의 목적을 두고 있다.

## II. 割賦販賣의 法的性質

할부판매의 정의에 대하여 독일할부판매법은 “판매대금을 할부금으로 지급하여야 할 동산판매에 있어서 매수인에게 물건이 인도되고 매도인이 매수인의 채무불이행을 이유로 하여 계약을 해제할 권리를 유보한 경우 계약해제시 각 당사자는 수령한 급부를 타방당사자에게 반환할 의무가 있다. 이와 다른 당사자간의 합의는 무효이다”(제1조). 또한 일본할부판매법에서는 “구입자로부터 분할하여 2월 이상의 기간에 걸쳐 3회 이상으로 분할하여 수령하는 것을 조건으로 하여 지정 상품을 매매하는 것이다”라고 규정하고 있다(제2조 1항). 위와 같은 정의에서 볼 때 할부판매란 신용부여에 의한 상품의 매매와 대금의 분할지급방

1) 李根植, 「割賦販賣에 관한 問題點」, 法曹, 1978, 제27권 1호, p.54.

鄭明煥, 「分割支給約款附販賣에 있어서의 法律問題」, 社會法學 4권 3호, 成大, 1966, p.98.

2) Larenz, Lehrbuch des schuldrechts, Bd. II, 13 Aufl, 1982, S.84.

법의 결합이다. 일반적인 판매계약에 있어서는 대금의 지급과 목적물의 인도가 동시이행의 관계에 있는 것이 보통이지만(민법 제536조, 제585조 참조) 할부판매에 있어서는 동시이행의 관계라기보다는 보통 매도인이 목적물인도 후에 매수인이 대금을 분할하는 형태를 취하는 대금분할지급판매이다. 또한 대금의 완급전에 매매의 목적물을 매수인에게 인도하는 경우는 그 목적물의 소유권도 아울러 이전하는 경우와 소유권 이전은 대금의 완급 후에야 비로소 이전되는 경우가 있다. 후자의 경우에 있어서는 목적물의 소유권이 매매대금의 완급을 조건으로 소유권이 이전되기 때문에 所有權留保附賣買라고 한다. 이에 할부판매는 판매계약의 일종으로서 낙성, 쌍무, 불요식의 유상계약이다. 그러나 할부판매는 그 종류와 형태가 다양하므로 법률상 어떠한 성질의 계약이냐에 대하여 법리구성에 견해가 대립되어 있다. 분설하면 다음과 같다.

## 1. 賃貸借契約說

이 설은 할부판매는 매매의 형식에 의하는 것만은 아니며 임대차의 형식에 의하여도 이루어진다고 한다. 즉, 매월 지급하는 할부금을 차임(임차료)으로 하여 마지막 달의 차임을 지급할 때까지 이 매매의 목적물의 소유권을 매도인에게 유보하고 매수인이 그 목적물을 임차하여 점유·사용하고 대금완급으로써 목적물의 소유권을 이전하기로 하는 특약이 있는 계약으로 보는 설이다(조건부 판매 및 사용임차, 조건부매매 및 임대차 등의 명칭으로 계약이 체결될 수 있다). 이러한 형태를 賃貸賣買 또는 還買權附賃貸借이라고 부르며<sup>3)</sup> 목적물의 소유권을 매도인에게 유보함으로써 매도인의 지위를 확보하기에 적합한 방법이라고 보며 영국의 Hire-Purchase, 독일에서의 Möbelleihvertrag, 불란서의 Ventelocation 등이 이에 해당한다고 한다.<sup>4)</sup> 그리고 영국의 임대매매는 할부판매의 중요한 형식이며 스위스에서도 임대매매는 확대되고 있다.<sup>5)</sup> 이런 계약은 그 자체로서는 공서양속에 반한다고는 할 수 없으므로 무효라고 해석할 수 없다. 그렇다면 이러한 계약을 민법상의 전형계약으로서 매매와 임대차의 어느 것에 속하느냐에 대하여 임대차와 매매와의 혼합계약, 또는 임대차와 매매예약과의 결합으로 볼 것이냐 아니면 순수한 매매로 해석할 것이냐가 문제이다.<sup>6)</sup> 그러나 이 문제는

3) 柚木馨, 註釋民法(14), 東京, 有斐閣, 1980, pp. 56~57.

神田博司, 「割賦販賣」, 田中實·山本進一編, 增補版, 債權總·各論, 重要問題解説, 東京, 法學書院, 1997, p. 352.

我妻榮, 債權各論, 東京, 有斐閣, 1983, p. 317.

4) 末川博, 「月賦販賣と所有權留保」(末川博法律論集Ⅲ), 東京, 岩波書店, 1970, p. 302.

5) Heinrich Mayrhofer, Dae Abzahlungsgeschäft nachdem neuen Ratengesetz springer-Verlag, Wien·New York, 1966, S. 23.

당사자간의 의사해석, 특히 임대료에 어떠한 의미를 부여하였느냐에 따라서 결정하여야 할 것이다. 일반적으로 매수인은 매도인의 소유에 속하는 목적물을 사용 내지 이용하는 형식이 되므로 일종의 임차관계로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 당사자간의 관계를 실질적으로 본다면 그것은 도저히 임대차로 해석할 수도 없다. 왜냐하면 당사자의 계약은 목적물의 소유권을 이전하는 것을 본래의 목적으로 하고 있고, 일정기간의 임차후에 반환하는 것을 목적으로 하는 것이 아니기 때문이다. 매수인이 매도인의 소유에 속하는 물건을 사용·수익한다는 임대차의 관계는 결국 해소되는 것이 당연한 전제이며, 단지 일시적 경과적인 상태로서 존재하는데 불과하다. 매도인에게 잔존하는 소유권이라는 것은 그 대금채권의 확보를 위한 것이며 매수인에게 목적물을 이용시켜서 그 대가를 수수하고 최종적으로는 그 목적물을 반환시키는 것을 의도하는 것은 아니다. 또한 대금전부의 지급이 있기까지 매도인에게 소유권을 유보하고 계약해제의 경우에는 지급된 임대료의 반환을 면하는 것 등의 목적을 달성하는 수단으로써 임대차의 형식을 사용한다에 불과한 것이다. 따라서 원천적으로 순수한 매매로 해석하여야 할 것이다. 이리하여 임대차와 매매와의 혼합계약도 아니고 임대차와 매매예약과의 결합도 아니며 무명계약도 아닌 순수한 매매로 보는 것이 옳다.<sup>8)</sup> 따라서 일반적으로 차임으로서 지급되는 할부금은 매매대금이며 목적물의 사용관계에 있어서도 임대차의 규정을 적용할 수 없다<sup>9)</sup>고 본다.

## 2. 混合契約說

이 설은 매수인의 목적물의 사용 및 수익권과 매도인의 소유권유보와의 관계를 해제조건부임대차와 정지조건부매매와의 혼합형이라고 본다. 즉 독일의 Brünneck는 Möbelleihvertrag는 매매로서는 정지조건으로서 또 임대차로서는 해제조건으로서 각각 조건의 성취에 의하여 매매로 전환하여야 할 임대차이며 조건의 성취 즉 임대료의 완급에 의하여 목적물의 소유권은 간이의 인도방법으로 임차인에게 이전한다고 한다<sup>10)</sup>. 이 설도 소정기간의 임대료는 결코 물건의 사용·수익의 대가는 아닌 것으로써 물건 자체의 가격을 표준으로 하여 정하여진 매매대금의 분류에 지나지 않으며 임대차의 요소는 결여되어 있다고 할 수 있

6) Heinrich Mayrhofer, a.a.O. S. 21.

7) 柚木馨, 前掲書, p. 57.

8) 末川博, 前掲論文, p. 302, 神田博司, 前掲論文, p. 352.  
我妻榮, 前掲書, p. 317, 柚木馨, 前掲書, p. 56.

9) 獨逸, 割賦販賣法 第6條에서도 賃貸借의 법률형태를 갖고 본법의 적용을 회피하는 것을 방지하기 위하여 이러한 법률형태에도 본법을 적용해야만 하는 것을 규정.

10) Brünneck, über den sogenannten Möbelleihvertrag in Gruchot X.S. 344.

다. 따라서 그 본질은 임대료가 아닌 매매대금으로 보아야 할 것이다.<sup>11)</sup> 다만 최후의 할부금이 지급되기 전까지의 중간상태를 임대차라 하고, 할부금을 임대료라고 부르는데 지나지 않는 것이다.

### 3. 所有權留保契約說

이 설은 목적물의 소유권을 최후의 할부금의 지급시까지 매도인에게 유보하는 계약이라고 한다.<sup>12)</sup> 독일의 Gierke는 “Möbelleihvertrag에는 소유권유보를 수반하는 매매가 있는 것이며 대금의 분할지급이 있다. 그리고 매수인은 잔여채무의 변제를 조건으로 하여 소유권을 취득하는 것이다” 라고 한다.<sup>13)</sup> 이 설이 보다 합리적인 것으로 보여지나 단순한 소유권유보가 따른 매매라고 하는 것만 으로서는 매수인이 매도인의 소유권에 속하는 물건으로 점유하고 사용·수익하는 관계를 설명하기가 곤란하다. 결국 본질적으로는 매매이긴 하나 매수인으로 하여금 물건의 사용·수익을 하게 하는 점으로는 임대차와 비슷한 요소가 결합하여 있다고 보는 것이 오히려 적합할 것이다<sup>14)</sup>. 또 전술한 임대차계약의 경우에 있어서도 이 소유권보유약관이 붙어 있는 것이 보통이다.

### 4. 停止條件附所有權移轉說

이 설은 매도인의 의무는 계약의 성립과 더불어 먼저 목적물의 점유를 매수인에게 이전하고 대금의 완급을 정지조건으로 하여 소유권이 매수인에게 이전한다는 특약이 있는 매매라는 것이다.<sup>15)</sup> 매도인이 그 수익을 확실히 하려면 대금이 완급되었을 때에 새로이 소유권이전의 행위를 하기로 하는 것이 가장 효과적이나 그렇게 되면 매수인은 채권적인 청구권을 갖는데 불과하며 대금완급 후에 소유권을 취득할 수 있는 것에 대하여 하등의 물권적인 보장이 없게 되므로 매수인의 지위는 너무 불안정하여 판매정책상의 지장을 초래

11) 我妻榮, 前掲書, p. 317, 柚木馨, 前掲書, p. 57.

末川博, 前掲論文, p. 303.

12) Britz, Abzahlungsgeschäft and Glaubiger sicherung, S. 25f.

13) Deutsches privatrecht III, S. 496.

14) 末川博, 前掲論文, p. 303.

15) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1989, p. 259.

崔鍾吉, 「所有權留保附 賣買의 法律關係에 관한 考察」, 法學 제9권 2호, 서울대, 1972, p. 62.

金基洙, 「所有權留保賣買와 所有權의 歸屬」, 고시계, 1976, 12월호, p. 65.

李根植, 前掲論文, p. 55.

柚木馨, 前掲書, p. 60, 神田博司, 前掲論文, p. 356.

末川博, 前掲論文, p. 305, 幾代通, 「割賦販賣—所有權留保賣買」, 契約法 II, 東京, 有斐閣, 1970, p. 293.

하게 된다. 이리하여 정지조건부소유권이전설이 대두하게 된 것 같다. 여기서 조건을 해제조건으로 할 수도 있으나 이렇게 되면 매도인의 권리확보라는 목적이 완전히 달성되지 않을 때가 있으므로 경제적으로 강한 지위에 있는 매도인이 불안하게 된다. 그리하여 그 조건은 정지조건이며, 대금을 완급하면 그때에 소유권이 당연히(ipsa jure) 매수인에게 이전한다는 것이 정지조건부소유권이전설이다. 이 설의 법리는 매매계약 자체에 의하여 소유권이전의 합의는 가능하며 다만 그 효과를 조건부로 하는 것이며 그 이외에는 매매계약과 다른 점이 없다<sup>16)</sup>고 한다.

## 5. 解除條件附所有權移轉說

### 1) 의의

이 설은 목적물의 소유권은 매수인의 매매대금의 완급이 있기 전에 이미 매수인에게 이전하되 매수인이 할부금을 지급하지 않을 때에는 해제조건의 성취에 의하여 매수인은 목적물에 대한 소유권을 상실하고 매도인에게 당연히 소유권이 복귀되는 것으로 이해되는 설이다.

### 2) 解除條件附 主張根據

조건부소유권이전설에서 조건을 해제조건으로 새기지 않고 정지조건으로 이해하는 것은 상술한 바와 같이 첫째, 매도인이 해제조건으로 하면 권리확보의 목적을 충분히 달성할 수 없게 되므로 경제적으로 강한 지위를 가지는 매도인에게 만족을 줄 수 없기 때문이고 둘째, 독일민법 제455조에서도 같은 취지의 명문규정을 두고 있으며 또한 현실적으로 거래되고 있는 계약관의 예시 문언이 정지조건의 취지로 정하여져 있으며 셋째, 해제조건으로 행하여지는 경우는 실제에 있어서 극히 드물기 때문에 소유권유보매매의 계약을 체결하였으나 목적물의 소유권이전을 정지조건으로 하였는지 또는 해제조건으로 하였는지 분명하지 않을 경우에는 오히려 정지조건으로 한 것으로 추정하는 것이 타당하다는 것이다<sup>17)</sup>. 이러한 관점에서 당사자의 명백한 의사에 의하여 해제조건부로 한 경우에만 인정하여야 한다고 하나 논자는 다음과 같은 이유에서 반대한다. 첫째, 매도인의 권리확보는 할부제도의 발달로 인하여 간접할부제도인 Loan제휴

16) 金基洙, 前揭論文, pp. 65~66.

郭潤直, 前揭債權各論, p. 259.

17) 崔鍾吉, 前揭論文, p. 77.

郭潤直, 前揭債權各論, pp. 261~262.



판매제도, Ticket판매제도(신용회사 등이 이용자 즉 회원에게 Ticket을 발행하여 이용자가 판매자로부터 Ticket과 교환하여 거기에 표시되어 있는 금액상당의 상품을 구입하는 제도로서 Credit card에 의한 판매와 기본적 취지는 같으나 분할불이 인정되는 것이 Credit card제와 상이함.) 금융기관의 중간보증 보험제도의 도입, 연대보증인인정약관, 기타 약관에 의하여 정지조건부소유권이전설에 의하는 것만큼 보장될 수 있으며 둘째, 할부판매에 있어서 소유권유보를 대금채권의 변제를 확보하기 위한 확보방법의 기능으로 볼 수 있으며 이러한 의미에서 양도담보 또는 매도담보의 경우와 같이 재산권이전형의 담보에 속하는 것이라고 할 수 있다<sup>18)</sup>(양도담보에서는 소유권을 담보하는 형태는 할부판매와는 역구성이 된다). 따라서 소유권은 매수인에게 이전하고 매도인은 목적물에 대한 매매대금채권을 피담보채권으로 하는 담보권만 가지는데 불과하다<sup>19-1)</sup>. 따라서 매도인은 소유권유보부담보채권자로 볼 수 있다. 이러한 접근방법으로 이론구성이 가능하며 해제조건부소유권이전설과 이론구성이 유사하다. 이때 매수인은 목적물의 이용권에만 그치지 않고 물권적기대권 더 나아가 지배권까지 인정될 수 있을 것이며 매수인의 법적지위는 더욱 보장된다<sup>19-2)</sup>. 셋째, 앞으로 더욱더 성행될 부동산할부판매제도 및 기타 법률관계(위험부담 문제 등)에 있어서 법리해석상 이론구성을 함에 있어 합리성을 기할 수 있기 때문이다. 예컨대 부동산할부판매의 경우 목적물을 동산에 제한하는 입법예<sup>20)</sup>도 있으나 우리 법제상으로는 목적물이 동산에만 제한된다고 하여야 할 아무런 이유나 근거도 없다. 그리고 실재에 있어서도 현재 부동산 특히 건물의 할부판매가 상당히 이용되고 있다. 이에 할부판매시, 대금의 완급전에 목적물의 소유권을 매수인에게 이전하는 것과 매도인에게 소유권이 유보된 매매가 있을 수 있다. 전자의 경우에는 대금채권을 확보하기 위하여 그 부동산위에 저당권을 설정하는 것이 보통일 것이며 특별한 문제는 생기지 않는다고 하며 후자의 경우에는 매수인의 보호가 문제라고 한다. 동산 및 부동산 소유권유보부매매시, 물권적기대권(매수인은 매도인의 의사에 의하여 영향받지 않고 조건의 성취로 법률상 당연히 완전한 무

18) 金基洙, 前掲論文, p. 67, 李根植, 前掲論文, p. 63.

金容漢, 物權法論, 博英社, 1989, p. 658.

神田博司, 前掲論文, p. 357, 幾代通, 前掲論文, p. 294.

田中整爾, 「所有權留保買賣をめぐる占有關係-主としてドイツ法を中心として」, 民商雜誌 第78卷 臨時增刊號, 東京, 有斐閣, 1978, p. 242.

19-1) 未倉明, 「所有權留保の實證的研究」, 東京, 商事法務研究會, 1977, p. 22, p. 37.

19-2) 金容漢, 前掲物權法, p. 659.

20) 독일법에서는 Auflassung에 조건과 기한을 붙이지 못하므로 이론상 부동산의 할부판매는 인정될 수 없다. 또한 독일법 할부판매법 제1조에도 동산의 할부판매에만 적용된다고 규정, 瑞西, 오질이, 벨기에 할부법에도 동산에 한함. 일본의 경우 할부법에는 동산에 한한다고 규정하고 있으나 宅地建物取引法, 積立宅地建物販賣法에 의하여 부동산의 할부판매도 인정하고 있다.

조건의 소유권을 취득하는 기대)을 매수인에게 모두 인정하는 경우에는<sup>21)</sup> 그나마 매수인은 보호될 수 있으나 동산의 소유권유보부매매시에는 물권적기대권을 인정하지만 부동산의 경우 부정하는 입장<sup>22)</sup>에서는 매수인의 보호 문제가 대단히 심각하다. 부동산 소유권유보부매매의 경우 물권적기대권을 부정하는 논거는 부동산물권변동에 있어서 부동산을 점유하고 있으나 아직 등기되어 있지 않은 매수인의 지위에 물권적기대권을 인정하지 않는다. 그것은 우리 민법 제186조에 물권행위로 인한 물권변동은 등기하여야 그 효력이 발생하는데 물권행위를 정지조건으로 한 경우 정지조건부를 등기할 길이 없다. 왜냐하면 등기사항은 등기와 동시에 효력이 생기는 것이어야만 하는데, 정지조건으로는 물권변동이 완전히 이루어지지 않으므로 물권변동의 효력이 생기는 것이어야만 하는데, 정지조건으로는 물권변동이 완전히 이루어지지 않으므로 물권변동의 효력이 생기지 않는 등기이므로 등기를 할 수가 없고, 조건의 성취로 비로소 등기할 수 있기 때문이다. 이에 물권적기대권 이론도 동산 및 부동산 소유권유보부판매에 있어 일관성 있게 적용되기도 곤란하다. 그러나 해제조건부이전설에 의하는 경우 해제조건은 등기될 수 있다.<sup>23)</sup> 그 이유는 등기와 동시에 물권변동의 효력이 발생하므로 따라서 매수인에게 소유권은 이전되고 만약 해제조건이 성취되면 등기의 효력이 당연히 복귀된다. 이 같은 논거에서 볼 때 해제조건부소유권이전설에 의하는 경우 동산·부동산 소유권유보부매매에 가장 일관성 있는 논거가 전제되어 정지조건부소유권이전설 및 물권적기대권 이론보다 매수인은 보호할 수 있다. 또한 소유권을 이전할 경우 매도인이 목적물에 저당권을 설정하여 별 문제가 없다고 하지만 매수인에게 이전등기비용 뿐만 아니라 저당권 설정시 사무비·등록세 등의 비용을 부담케 하고, 매도인에게는 저당권부사채권에 대한 조세채권의 우위 및 집행시 경매로 인한 채권확보의 불확실 등을 고려할 때, 해제조건부소유권이전설에 의하면 이런 문제도 없다.

### 3) 主張의 結論

상술한 이론구성의 접근방법으로 당사자간의 명백한 의사표시가 있는 경우는 물론 정지조건부 또는 해제조건부중 어느 조건으로 특약을 하였는지 분명하지 않는 경우에도 해제조건부로 추정하여야 한다. 즉 당사자가 정지조건부로 한다는 명백한 의사가 없는 경우에는 해제조건부로 이해하자는 것이다.

21) 金基洙, 前揭論文, p. 68, 崔鍾吉, 前揭論文, p. 79.

22) 郭潤直, 前揭債權各論, p. 262.

23) 金容漢, 前揭書, p. 630.

嚴英鎮, 割賦販賣의 法律關係, 大旺社, 1985, p. 50.



### Ⅲ. 具體的事例의 法律關係

#### 1. 危險負擔

쌍무계약에 있어서 일방의 채무의 전부 또는 일부가 채무자에게 채무없는 사유로 이행불능이 되어 소멸한 경우에 그에 대응하는 타방의 채무의 운명은 어떻게 되느냐가 이른바 위험부담(민법 제537조)의 문제이다. 이 위험부담 문제가 할부판매 하에서는 어떻게 나타나는가에 대하여 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 목적물이 멸실·훼손한 경우, 매수인의 책임없는 사유로 목적물이 멸실·훼손된 후 계약이 해제된 경우, 계약해제 후의 위험부담 문제로 나누어 분설하기로 한다.

##### 1) 당사자쌍방의 책임없는 사유로 목적물이 멸실·훼손된 경우

매수인이 목적물을 인도받고 할부금을 지급하고 있는 도중에 대금완급 전에 목적물이 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 멸실·훼손될 경우에 그 위험부담을 누가 부담하는가?

이에 대하여 우리나라에서는 학설이 나누어져 있다. 소수설은 채무자위험부담주의를 취하고 있는 우리 민법 제537조의 입장에서 매도인은 목적물인도의무 외에 완전한 소유권이 매수인에게 이전될 때까지 매도인의 채무는 존속한다는 견해에 의하여 매수인의 대금채무는 소멸한다고 한다<sup>24)</sup>. 그러나 다수설은 채무자위험부담주의의 일반원칙에도 불구하고 할부판매 즉, 소유권유보부매매에 있어서는 매수인이 위험을 부담한다고 하여 매수인의 잔대금채무는 소멸하지 않는다고 한다<sup>25)</sup>. 이와 같이 학설의 대립이 있으나 후설인 다수설이 타당하다고 본다. 그 이유는 첫째, 매도인에게 소유권이 유보되어 있다 하더라도 매수인이 목적물에 대한 점유권과 사용·수익권을 가지고 있는 등 실질상의 소유자는 매수인이 목적물에 대한 점유권과 사용·수익권을 가지고 있는 등 실질상의 소유자는 매수인이고 둘째, 해제조건부소유권이전설에 의하면 매도인에게 소유권을 유보하여 두는 것은 매도인의 매매대금채권을 확보하기 위한 것에 불과하며<sup>26)</sup> 매수인의 대금채무가 면제되는 것은 목적에 반하므로 매수인이 부담하는 것이 타당하다. 이에 관하여 외국의 입법례를 보아도 미국의 통일상법전 제9-207조

24) 金錫宇, 債權各論, 博英社, 1978, p. 217.

金曾漢, 安二濬, 新債權各論(上), 博英社, 1970, p. 264.

鄭明煥, 前揭論文, p. 108.

25) 郭潤直, 前揭債權各論, p. 261.

26) 張庚鶴, 債權各論, 受驗社, 1966, p. 89.

(2) (6)은 할부에 있어서는 상품멸실에 의한 위험은 상품의 Legaltitle만 가지고 있는 매도인이 부담하는 것이 아니라 Beneficial incident title의 소유자인 매수인이 부담하고 있음을 규정하고 있고, 독일의 민법 또한 매도된 목적물이 매수인에게 인도된 이후에는 매수인이 목적물의 멸실에 대한 위험을 부담하는 것으로 하고 있으며(독민 제466조) 또 일본에서도 이것은 특정물매매이므로 일본민법 제534조의 적용에 의하여 매수인이 위험을 부담하게 되므로 매수인의 잔대금채무는 소멸하지 않는다고 한다<sup>27)</sup>.

### 2) 매수인의 채무없는 사유로 목적물이 멸실·훼손된 후 계약이 해제된 경우

매수인이 점유 중 그에게 책임없는 사유로 목적물이 멸실·훼손된 후에 매수인의 할부금지급의 지체 등 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제된 경우에 매수인은 목적물이 멸실된 때에는 반환의무를 면하고 훼손된 때에는 훼손된 그대로 반환하면 된다고 할 것인가<sup>28)</sup> 아니면 멸실된 때에는 그 가액을 반환하고 훼손된 때에는 훼손된 목적물과 훼손분의 가액을 반환하여야 하는가의<sup>29)</sup> 대립이 있다. 목적물의 인도 후에는 매도인을 所有權留保附擔債權者로 볼 때 이미 멸실·훼손에 대하여는 매수인이 위험을 부담하는 것이 당연하고 또한 매수인의 채무불이행에 의하여 계약이 해제된 것이므로 후설이 타당하다.

### 3) 계약해제 후의 위험부담

매수인의 채무불이행에 의하여 계약이 해제되고 원상회복으로서 매수인의 목적물반환의무가 현실적으로 발생한 후에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 목적물이 멸실·훼손된 경우는 해제로서 쌍방당사자의 원상회복의무는 서로 동시이행의 관계에 있으나 위험부담제도의 적용이 있는 것과 같은 견연성은 갖지 않는다고 할 것이므로 매도인이 위험을 부담하여야 한다. 그 결과 매도인은 이미 수령한 할부금의 반환의무를 면할 수 없으며(물론 매수인에 대한 손해배상액을 공제한다) 매수인은 목적물 멸실의 경우는 반환의무를 면하고 훼손의 경우는 훼손된 대로 목적물을 반환하면 되는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다<sup>30)</sup>.

## 2. 一般債權者의 强制執行의 경우

할부판매에 있어서 대금완제시까지 목적물의 소유권이 매도인에게 유보되고

27) 李太載, 債權各論新講, 進明文化社, 1977, p. 198.

28) 金基洙, 前揭論文, p. 68.

29) 柚木馨, 前揭書, p. 63, 神田博司, 前揭論文, p. 359.

30) 柚木馨, 前揭書, p. 63, 神田博司, 前揭論文, p. 359.

대금완제와 동시에 당연히 매수인에게 소유권이 이전된다고 보는 설에 의하면 매수인의 채권자가 할부판매의 목적물을 매수인의 책임재산으로 보아 강제집행을 할 수 없다. 만약 매수인의 채권자가 강제집행을 한 경우에는 매도인은 목적물의 소유권이 매매대금 완급시까지 자기에게 유보되어 있음을 이유로 제3자 이의의 소(민소법 제509조)를 제기하여 강제집행을 저지할 수 있다<sup>31)</sup>. 이와는 반대로 매도인의 채권자가 목적물에 강제집행을 한 경우에는 매수인은 이의의 소를 제기할 수 없고 또한 그 집행에 의하여 경락한 때에는 경락인에게 대하여 그 이용권으로 대항할 수 없다<sup>32)</sup>는 결론에 도달한다. 따라서 매수인에게 심히 불리하게 된다. 그러나 해제조건부소유권이전설에 의하면 목적물의 소유권은 매수인에게 이전되었다는 것과 그 소유권유보는 매수인에게 옮겨진 소유권에 대한 담보라는 점에서 그 목적을 위하여 소유권이 보유되어 있다는 것이므로 매도인의 소유권유보채권이라는 뜻으로 의미되며 양도담보에 있어서와 같이(양도담보와 할부매도는 소유권담보관계는 역구성이 되나) 그 이론구성에 있어서는 동일하다고 볼 수 있으며<sup>33)</sup> 양도담보설정자의 일반 채권자가 목적물에 대하여 강제집행하는 경우 양도담보권자는 제3자 이의의 소를 제기할 수 있다는 설도 있으나<sup>34)</sup> 소유권유보를 담보권으로서 파악하는 이상 양도담보권자는 피담보채권에 관한 우선변제가 보장되면 그것으로 만족하여야 하고 목적물이 가지는 그 이상의 가치가 다른 일반 채권자에게 귀속하는 것을 방해할 권리는 없다고 하여야 하기 때문이다. 따라서 양도담보권자는 우선변제청구의 소를 제기할 수 있을 뿐이다.<sup>35-1)</sup> 또한 양도담보권자의 채권자가 목적물에 대하여 집행하는 경우에는 양도담보설정자는 이의의 소를 주장할 수 있으며<sup>35-2)</sup> 따라서 할부판매에 있어서도 매도인의 일반채권자가 목적물에 대하여 집행할 때에는 매수인은 제3자 이의의 소를 제기할 수 있다<sup>36)</sup>.

31) 幾代通, 前掲論文, p. 395.

Serick, Eigentums Vorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd, 1, 1963, SS. 171~172, 256~257.

32) 李根植, 前掲論文, p. 69.

神田博司, 前掲論文, p. 357.

33) 柚木馨, 高木多喜男, 擔保物權法(新版), 東京, 有斐閣, 1973, p. 605.

34) 郭潤直, 物權法, 博英社, 1983, p. 644.

金容漢, 物權法論, 博英社, 1983, p. 626.

柚木馨, 高木多喜男, 前掲書, p. 605.

35-1) 金容漢, 物權法, 博英社, 1989, p. 661.

郭潤直, 物權法, 博英社, 1989, p. 697.

35-2) 郭潤直, 前掲物權法, p. 696, 단 채권자에게 변제하여 양도담보권을 소멸시킨 후에 가능.

金容漢, 前掲物權法, p. 661.

36) 金容漢, 前掲物權法, p. 661. 반대 : 郭潤直, 前掲債權論, p. 263.

### 3. 當事者의 破産의 경우

매수인이 채무불이행으로 계약이 해제된 경우에 매수인에 대하여 파산선고가 내린 경우에는 매도인이 목적물에 대하여 환취권을 가지는 것은 별론이 없으나 매수인이 대금완제 이전에 파산한 경우에는 매도인은 자기에게 유보되어 있는 소유권에 기하여 목적물의 환취권을 갖는다고 해석하는 입장이 있다. 그러나 상술한 바와 같이 목적물의 소유권은 매수인에게 이전되었고 소유권유보는 매수인에게 옮겨진 소유권에 대한 담보라는 뜻으로 해석하면 파산의 경우에는 별 제권(파산법 제84조 이하)을 가지는 것으로 해석하여야 한다<sup>37)</sup>. 그러므로 매수인을 더욱 보호할 수 있다. 매도인이 파산한 경우에는 매수인이 환취권을 가지는 것을 파산법은 명문으로 부정하고 있으나(파산법 제80조) 논자는 파산법상의 규정자체가 부당하다는 입법론을 주장하며 해제조건부소유권이전설을 주장하는 입장에서 매수인이 환취권을 가지는 것은 논리적 귀결이라고 생각한다<sup>38)</sup>.

### 4. 公租·公課 기타 目的物에 관한 費用負擔問題

목적물에 관하여 지출되는 공조·공과·수수료·수선비용 등은 특약이 없는 한 매수인이 부담하여야 한다는데 이론이 없다. 다만 수수료의 금액은 적정하여야 하며 계약체결 전의 단계에서 주지되어야 한다. 실제 할부판매계약서에도 매수인이 부담하도록 하고 있다<sup>39)</sup>. 그러나 계약이 해제되면 일단 매수인이 부담한 비용에 대하여는 비용상환의 문제가 발생한다<sup>40)</sup>. 이러한 매수인의 공조부담 등은 원칙상 소유권을 매도인에게 유보하는 입장이 아니고 소유권유보부담보채권을 인정하는 입장에서는 극히 당연한 것이다.

### 5. 目的物保管上의 注意義務

매수인이 목적물을 보관함에 있어서 하여야 할 주의의무는 특약으로 선관주의의무를 정하고 있지 않으면 자기재산에 있어서와 동일한 주의의무를 진다고 해석하여야 한다<sup>41)</sup>. 그 이유는 매수인은 실질적으로 목적물의 소유자이기 때문

37) 金容漢, 前掲物權法, p. 661. 반대 : 郭潤直, 前掲債權各論, p. 263.

38) W. Hedemann, Sachenrecht des BGB, 3 Aufl, S. 198.

H. Westermann, Sachenrecht, 5 Aufl, 1973, S. 206.

독일에서는 학설과 판례가 일치하며 환취권을 인정한다.

金容漢, 前掲物權法, p. 661. 단 매수인이 이 대금을 완제할 때. 반대 : 郭潤直, 前掲債權各論, p. 263.

39) 에로리카 구로 대리점 「월부불임계약서」, 4조, 보르네오 총판 「物品貨典契約書」, 4조.

40) 郭潤直, 前掲債權各論, p. 261.

이다. 그러나 이에 대하여 매수인의 선관주의의무를 요구하는 견해가 있다. 그 논거로는 첫째, 매수인은 아직 소유권을 취득하지 않았으므로 목적물보관상의 주의의무를 부담하고 그 주의의 정도는 선관주의라고 해석하여야 한다고<sup>42)</sup>하며 둘째, 매수인의 지위는 실질적으로는 자기의 재산을 타인에 대한 채무의 담보에 제공한 자와 동일하므로 채무자가 자기의 소유하는 담보물건의 훼손 등 담보물권을 침해하는 사태에 대해 담보채권자에 대하여 부담하는 보관상의 주의의무에 준해야 하고 또 매수인의 채무불이행으로 말미암아 계약이 해제되어 목적물반환의무가 생긴 경우에 해제까지는 물건에 관하여 생긴 사고에 있어 매수인은 자기의 재산과 동일한 주의의무를 하였다는 정도만으로는 면책될 수 없다는 이유로 매수인은 선관주의를 저야 한다고 한다<sup>43)</sup>. 그러나 실제 할부판매계약서에는 명문으로 선관의무특약을 정하는 것이 보통이므로 논의할 실익은 없다고<sup>44)</sup> 사료되나 매수인의 보호차원에서 자기재산에 있어서와 동일한 주의의무를 진다고 본다.

## 6. 占有權 占有保護請求權의 問題

매수인이 타인의 소유권을 대금완급의 정지조건부로 소유하고 있다고 보면 객관적으로 소유권이 유보매도인에게 있으므로 매수인은 타주점유자이고, 매도인은 자주점유자이다<sup>45)</sup>. 따라서 매수인은 타주점유자로서 인도받은 목적물에 대한 점유권을 취득한다<sup>46)</sup>. 매도인이 일단 매도한 목적물을 그 후 다시 타인에게 양도하거나 하면 그 양도행위는 매수인의 점유권의 침해 내지는 대금완급인 조건의 성취로 인한 소유권취득을 방해하는 행위가 되므로 그 한도에서 무효이고 매도인은 제2양도인에게 우선하여 보호된다<sup>47)</sup>. 또 매도계약이 해제되든가 또는 특약이 있는 경우 외에는 단순히 대금의 지급이 지체되었다고 하여 매수인의 점유가 매도인에게 대항할 수 없는 부적법한 것으로 되는 수는 없으며 목적물을 매도인에게 반환할 의무도 발생하지 않는다. 요컨대 매수인의 점유할 수 있는 권리는 매수인의 계약반환으로 매도인이 계약을 해제하여야 비로소 상

41) 金顯泰, 債權法各論, 一朝閣, 1973, p. 141. 金容漢, 前掲物權法, p. 659.  
田中實·山本進一, 前掲書, p. 360.

42) 郭潤直, 前掲債權各論, p. 260.

43) 幾代通, 前掲論文, pp. 302~303.

44) 李根植, 前掲論文, p. 66. 幾代通, 前掲論文, p. 303.

45) Georgiades. Die Eigentumsanwartschaft bei vorbehalt Kauf Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 73ff.

46) 日高松高判 1957, 11, 15, 高民集10권 11호, p. 601.

47) Enneccerus-Nipperdy, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht 15, Aufl, 1960, S. 119.



실된다. 물권적기대권이론에 의하면 유보매수인의 법적지위를 물권적 권리로 보고 점유이전과 물권적 합의에 의하여 점유권을 인정하는 것은 유보매수인의 법적지위는 소유권의 기대로부터 유래하는 점유권이라 할 수 있다. 따라서 목적물을 제3자가 불법하게 침해하는 경우에는 점유제도의 목적을 달성할 수 없기 때문에 점유보호청구권(민법 제204-206조)을 행사할 수 있다. 그러나 해제조건부소유권이전설에 따른 소유권보유를 담보적 측면으로 해석하는 경우 매도인은 소유권유보부담보채권자에 불과하고 매수인은 실질적인 소유자이므로 임의로 처분할 수 있음은 물론 그 침해에 대하여는 당연히 물권적 청구권을 갖는다. 이렇게 해석하는 것이 매수인보호에 가장 적합한 이론이라고 생각된다.

## 7. 目的物의 使用·受益權

목적물이 매도인의 대금채권의 담보로 되어 있다고 하더라도 매수인이 실질적인 소유자이므로 매수인은 목적물을 자기의 소유물로서 자유로이 사용, 수익할 수 있다<sup>48)</sup>. 그러나 거래의 실체에 있어서는 물품의 장소 이전시 사전에 매도인에게 통보하여야 한다<sup>49)</sup>든지 또는 매도인의 승인없이 양도 또는 담보물로 이용할 수 없다<sup>50)</sup>. 등의 제한하는 특약이 많다. 이러한 특약은 선량한 풍속, 기타 사회질서에 반하지 않는 한 유효하다고 할 것이나<sup>51)</sup> 이러한 특약 때문에 매수인의 사용·수익권의 본질이 변경되는 것은 아니며<sup>52)</sup> 다만 이런 특약은 당사자 사이에서 채권적 효력이 있을 뿐이다<sup>53)</sup>. 이에 매수인이 목적물을 사용, 수익할 수 있는 근거에 대하여 과거에는 영국의 Hire purchase와 실제 계약서에 근거를 두어 임대차설과 매수인의 사용임대상의 권리와 같은 지위에 있다고 하는 사용임차설이 있으나<sup>54)</sup> 매매계약에 부수한 법률관계로서 사용임차계약의 경우와 같이 후일 목적물건을 반환하는 것을 당연한 전제로서 목적물건을 사용하는 것과는 그 성질이 다르므로 매매계약과는 별개의 사용임차가 성립하고 있는 것으로 해석하는 것은 타당치 않다. 따라서 근거는 매매계약에 두어야 한다.

48) 日高松地判, 1958, 11, 14, 民集, 9권 11호, p. 2248.

49) 대우전자 「대금불이 약정조항」, 2조 3항.

50) 금성사 「대금불입 약정서」, 5조 2항.

51) 郭潤直, 前掲債權各論, p. 260, 柚木馨, 前掲書, p. 63.

52) 打田峻一, 稻村良平, 割賦販賣法, 東京, 第1法規出版株式會社, 1974, p. 119.

53) 崔鍾吉, 前掲論文, p. 74.

54) 打田峻一, 稻村良平, 前掲書, p. 118.

## 8. 目的物에 대한 處分權

### 1. 買受人의 處分權

매수인의 목적물처분권에 관하여 목적물을 매수인이 지배하고 있는 법적 성질을 점유형으로 보는 경우와(정지조건부소유권이전설) 소유형으로 보는 경우(해제조건부소유권이전설)가 있으므로 나누어 분석해 본다.

#### ㄱ. 매수인 점유형

할부판매에 있어서 목적물의 소유권은 매도인이 유보하고 있으므로 매수인은 목적물에 대한 처분권이 없다. 따라서 매수인의 목적물에 대한 양도·입질 등의 처분행위는 물권적으로 무효이며<sup>55)</sup> 상대방은 처분목적물이 동산인 경우 선의취득의 요건(민법 제249조)을 갖춘 경우를 제외하고는 매도인으로부터 목적물을 회수 당한다. 이렇게 보면 매수인의 투자자본의 회수는 봉쇄될 수 밖에 없다. 그러나 매수인은 대금을 완급하면 법률상 당연히(*ipso jure*) 완전한 무조건적 소유권을 취득하게 되는 기대(*Anwartschaft*)내지 법률적지위를 갖는다. 이것을 일종의 물권적기대권(*dingliches Anwartschaftsrecht*)으로 보아 매수인은 이 기대권을 처분할 수 있다.<sup>56)</sup> 소유권유보매수인의 법적지위인 기대권이 양도가능한 권리라는 것은 독일의 학설·판례는 이미 오래 전부터 인정하고 있다<sup>57)</sup>. 따라서 매수인은 목적물의 점유를 이 기대권과 더불어 제3자에게 양도할 수 있을 뿐만 아니라 담보에도 제공할 수 있다. 그러나 목적물의 처분은 매수인의 채무불이행이 되고, 계약의 해제원인이 될 것이다. 해제로 인하여 목적물의 매수인이 반환할 수 없으면 매도인은 손해배상을 청구할 수 있다<sup>58)</sup>.

#### ㄴ. 매수인소유형

할부판매에 있어서 목적물의 소유권은 매수인에게 귀속되고 매도인은 그 대금채권의 확보를 위하여 그 범위 내에서 목적물의 소유권을 유보하므로 일종의 담보부목적물에 불과하다<sup>59)</sup>. 따라서 매수인은 소유권자로서 당연히 양도·입질 등의 처분행위를 할 수 있다고 본다<sup>60)</sup>. 이렇게 본다면 매수인의 투자자본의 회수도 용이하며, 매도인은 담보부목적물에 대한 담보권적 효력을 주장할 수 있

55) 幾代通, 前掲論文, p. 296. 神田博司, 前掲論文, p. 358.

56) 郭潤直, 前掲債權各論, p. 262.

57) Westermann, a, a, O, S. 217. Georgades, a, a, O, 1963, SS. 26~29.

58) 郭潤直, 前掲債權各論, p. 262. 金容漢, 前掲物權法, p. 660.

59) 金容漢, 前掲物權法, p. 660.

日最高判 1974, p. 18. 民集, 28卷 5號, p. 743.

60) 美國統一高法典 제9-311조 담보물에 대한 채무자의 권리는 양도를 금지하거나 또는 채무불이행사유로 하는 담보계약의 조항에 불구하고 양도할 수 있다.

게 되어 양자의 조화를 도모할 수 있을 것이다. 이렇게 볼때 「점유형」은 물권적기대권이론의 도입으로 매수인에게 자유처분권이 보장되는 것이고 「소유형」은 해제조건부소유권이전설에 의하여 매수인이 소유자로서 자유처분권을 갖는 것이므로 결과는 동일하다. 그러나 「소유형」이론은 현행실정법에 적합한 매수인보호의 이론이 되고 「점유형」이론도 매수인을 보호하는 데 이바지는 되나 매수인의 법적지위보장, 투하자본의 회수 목적물이 부동산인 경우 등을 고려할 때 소비자보호를 위하여 매수인소유형 이론이 더욱더 타당함은 다언을 요하지 않는다.

## 2. 賣渡人의 處分權

소유권유보 하에서의 매매계약은 매수인 의무이행을 정지조건으로 하는 물권계약이므로 조건이 성취하기까지 즉 매수인이 대금 전부를 지급하기까지 매도인은 목적물에 대한 소유권을 갖고 있다고 보는 설(정지조건부소유권이전설)에 의하면 매도인은 당연히 처분행위를 할 수 있다. 그러나 조건부법률행위의 각 당사자는 조건의 성부가 미정인 동안에 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못하므로(민법 제148조 2항) 매도인은 매수인에 대하여 부작위 의무를 부담한다. 따라서 조건의 성취전에 매도인이 한 처분행위는 후일 매수인이 대금을 완급한 경우에는 무효가 된다<sup>61)</sup>. 이 침해의 효과로서 불법행위에 기한 손해배상책임이 발생한다. 해제조건부소유권이전설에 의하면 대금완급 이전의 처분행위도 무효로 해석하여야 한다.

## 9. 善意取得

매도인이 매수인에게 소유권유보 하에 상품을 매도하고(제1매매) 매수인이 다시 제3자에게 전매하여(제2매매), 제3자는 대금을 완제하고 그 상품의 인도를 받았다. 이후 매도인은 매수인의 대금채무불이행을 이유로 제1매매를 해제하고 유보소유권에 기하여 목적물의 반환을 제3자에게 청구하였다. 이 경우 제3자는 매도인의 청구에 응하여야 하며 그 청구는 가능한가 하는 것이 여기서의 선의 취득의 문제이다. 여기서 매수인의 기대를 독립의 또는 물권적인 구성으로서 파악하려는 경향, 더욱더 해제조건부소유권이전설에 의하여 매도인을 소유권유보부담보채권자로 보는 견지에서는 처분한 행위의 효과로서 제3자(전득자)는

61) 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1988, p. 513.  
四宮和夫, 民法總則(第3版), 東京, 孔文堂, 1983, p. 290.  
獨逸民法 제16조에 명문화하고 있다.

민법 제249조의 요건을 갖추었다면 소유권을 취득한다는 데 이설이 없으며 판례<sup>62)</sup> 또한 같다. 즉 매수인이 목적물을 선의·무과실의 제3자에게 전매하고 그 제3자가 평은·공연하게 점유를 하였다면 원칙적으로 제3자는 그 목적물에 대한 소유권을 취득하고 매도인은 제3자에 대하여 목적물의 반환을 청구할 수 없다. 따라서 매도인이 제3자에게 반환청구를 하는 것은 매도인의 매수인에 대한 대금회수의 위험을 제3자에게 부담시키는 것으로서 자기의 이익을 도모하기 위하여 대금의 완급까지 한 제3자에게 불측의 손해를 주는 것으로 권리남용으로 보아야 한다<sup>63)</sup>. 한편 매도인은 판매시 매수인에 대하여 대금확보에 관한 대책을 마련하였을 것이고 또한 제3자가 매도인에게 유보소유권이 있음을 알았더라도 매수인은 매매대금을 완급하고 그것을 소멸시켜 줄 것이 틀림없다는 기대를 갖는 것이 보통이며 제3자의 기대는 보호되어야 하고<sup>64)</sup> 또한 영업의 통상의 과정에 있어서 제3자는 당연히 보호되어야 한다<sup>65)</sup>. 그리고 제3자가 매도인에게 유보소유권이 있음을 전혀 알지 못한 경우는 물론 비록 알았다 하더라도 매수인이 제1매대금을 완급하고 유보소유권을 소멸시켜 준다고 신뢰하고, 그 신뢰 및 기대가 무리가 아닌 경우에는 선의·무과실로 보아 선의취득으로 보아야 한다<sup>66)</sup>. 또한 매도인은 제3자에 대하여 사용료상당액의 부당이득이나 또는 불법행위의 성립을 주장할 수 없음은 물론이며 이를 주장하면 권리남용이 된다<sup>67)</sup>.

## 10. 所有權留保附債權의 讓渡

채권도 하나의 재산으로서 오늘날 넓은 범위에서 양도성이 인정되고 있으며 우리 민법도 채권양도에 관한 규정을 두고 있다(민법 제499조 1항). 그렇다면 소유권유보부채권도 보통의 채권처럼 자유로이 양도성이 있는가가 문제이다. 할부계약약관에 특별규정이 없으면 민법의 규정에 의할 수 밖에 없다. 그러나 대체로 매도인의 파산 등 특별한 경우를 제외하고는 소유권유보채권은 보통의 채권보다 소유권유보객체의 교환가치의 현저한 감소 등으로 인하여 그 성질상 양도성이 없는 것이 보통일 것이다. 다만 채권발생의 기초인 법률관계가 이미

62) 日最高判, 1970, 12. 4. 日報 617號, p. 55.

東京地判, 1969, 12, 22. 時報 588號, p. 84.

63) 日最高判 1975, 2. 28, 民集29卷 2號, p. 193.

64) 未倉明, 「流通過程における所有權留保再論」, 法學協會百年記念論文集, 第3卷, 民事法, 東京, 有斐閣, 1983, p. 363.

65) 未倉明, 前掲論文, p. 372.

66) 未倉明, 前掲論文, pp. 377~379.

67) 未倉明, 前掲論文 p. 354.

존재하고 또한 그 내용이 명확한 것이라면 그것을 양도할 수 있다. 따라서 매도인이 채권을 양도할 경우에는 매수인은 채권의 양수인에게 대금을 지급하지 않으면 소유권을 취득할 수 없다. 그런데 매도인이 채권을 양도한 경우에 그가 갖고 있는 유보소유권이 어떻게 되는가가 문제이다. 여기서 소유권유보에 따라 확보되어 있는 채권과 소유권과의 사이에는 마치 저당권과 피담보채권과의 사이에 수반성이 있는 것과 같이 수반성이 있음을 인정하여야 하며 또 사회 실재에서는 채권양도와 그 원인행위는 합체되어 한 개의 행위로서 행해지는 것이 일반적이고 일반의식도 양자의 구별 독립을 느끼지 못하며 궁극적으로 이전을 목적으로 하는 행위를 하면 후에 별도로 채권양도만을 목적으로 하는 계약을 하지 않더라도 원칙적으로 채권의 이전이 있게 된다<sup>68)</sup>. 따라서 매도인이 채권을 양도한 경우에는 그가 가진 소유권도 당연히 채권의 양수인에게 이전한다고 한다. 그러나 채권의 양도와는 별개의 법률행위로 소유권의 양도를 하지 않는 한 유보소유권은 채권의 양수인에게 이전될 수 없다. 왜냐하면 채권의 양도와 소유권의 양도는 별개의 법률행위 때문이고, 해제조건부 견지에서는 실질적 소유자는 매수인이고 매도인은 담보부채권자에 불과하므로 매도인이 채권양도시 당연히 소유권도 양도되지 않으며 매도인이 별개의 법률행위에 의하여 유보소유권을 양도한 경우 그 행위는 무효로 새겨야 한다.

## 11. 所有權留保 拋棄의 경우

매도인은 소유권의 유보를 포기할 수 있는가? 우리 민법은 기한이익의 포기에 대하여는 규정하고 있으나(민법 제153조 2항), 조건이익의 포기에 대하여는 규정이 없다. 따라서 조건을 포기하는 것이 가능한가는 의문이다. 그러나 소유권유보의 특약이 실질적으로 담보권의 설정이며 담보권의 포기는 상대방있는 일방적 의사표시이므로 매수인에 대한 의사표시에 의하여 포기할 수 있다. 또한 소유권유보의 포기를 인정하여도 상대방의 이익을 해치는 일은 없다. 따라서 매도인이 매수인에 대하여 소유권유보를 포기하면 매수인은 바로 그 물건의 소유자가 된다. 다만 소유권유보의 포기는 매도인이 갖고 있는 대금채권의 포기를 의미하는 것은 아니므로 대금채권에는 영향이 미치지 않는다고 하나, 해제조건부소유권이전설의 견지에서는 목적물의 소유권은 매수인에게 귀속되고 매도인은 그 대금채권의 확보를 위하여 소유권을 유보한 소유권유보부담보채권자로 볼 수 있으므로 소유권유보의 포기는 대금채권의 포기로서 확대 해석함이

68) 金容漢, 前掲 債權法總論, pp. 428-430.



더 실질적이고 매수인을 보호하는 것이 되지 않을까 생각한다.

## 12. 刑事 債權 問題

소유권유보하에 목적물의 인도를 받은 매수인이 대금지급 전에 목적물을 처분하면 형법상 횡령죄의 책임을 물을 수 있다는 견해가 있으며<sup>69)</sup> 일본의 대심원도 소유권유보의 월부로 산 자동차를 대금완급 전에 제3자에게 매도담보를 한 행위를 횡령죄로 보고 있다. 그 근거로는 대금을 완납하기까지는 그 소유권은 여전히 매도인에게 유보되고 있는 까닭에 목적물에 인도를 받고 대금완급전에 매수인이 이를 처분하면 목적물은 타인의 재물이 되므로<sup>70)</sup> 또는 쉽게 영득의 의사를 입증할 수 있기 때문에<sup>71)</sup> 횡령죄가 성립한다고 한다. 그러나 이 이론구성은 모순이 많고 앞에서 논거한 바와 같이 소유권유보에서의 매수인은 비록 대금완급 전이라도 목적물에 대한 실질적인 소유권을 적어도 조건부권리라는 형에서 인정받고 있으며 따라서 매수인의 법적지위를 물권적 기대권으로 보아 매수인의 물권적 기대권은 조건성취에 의하여 취득하는 완전한 권리와 같은 방법에 의하여 타인에게 처분하는 것은 가능하며 더 나아가, 소유권유보를 해제조건부소유권이전설에 따른 담보권적 성질을 가지고 있는 이론에<sup>72)</sup> 있어서는 횡령죄가 성립할 여지가 없다. 다만 할부금의 지체 등으로 계약이 해제되었는데도 이후 매수인이 처분하였다면 이 경우 매수인은 완전한 무권리자이기 때문에 횡령죄의 성립이 가능하다고 생각한다<sup>73)</sup>. 따라서 매수인의 대금지급지체 등으로 계약이 해제된 후 매도인의 동의 없이 처분행위를 하였다면 횡령죄의 법리구성이 가능하다. 계약해제전의 계획적인 매수인의 처분행위 즉 할부구입한 후 물건을 다른 곳에 팔고 자취를 감추어 버리는 경우에는 기망의 고의를 입증하여 사기죄의 책임을 물을 수 있다고 본다<sup>74)</sup>. 할부판매는 당사자 쌍방의 신뢰관계를 전제로 하는 것이므로 판매인이 신뢰성을 배반하고 이를 처분하였다면 판례에서<sup>75)</sup> 말하는 “사기의 요건으로서의 기망이라 함은 신의성실에 위배되는 것을 의미하는 것”과 같으므로 사기죄로 다스릴 수 있다고 생각한다.

69) 姜求真, 刑法講義各論 I, 博英社, 1983, p. 349.

金顯泰, 前揭債權各論, p. 143.

末川博, 前揭論文, p. 306.

柚木馨, 前揭書, p. 62, 谷川久, 前揭論文, p. 71.

70) 姜求真, 前揭書, p. 349.

71) 谷川久, 前揭論文, p. 71.

72) 李根植, 前揭論文, p. 68. 幾代通, 前揭論文, p. 298.

73) 幾代通, 前揭論文, p. 299.

74) 幾代通, 前揭論文, p. 299.

75) 大法判, 1961, 3, 31, 4294, 刑上 4.

## IV. 買受人을 위한 其他事項

### 1. 買受人의 契約解除權

매도인에게는 매수인의 채무불이행 등의 사유가 있으며 계약해제권을 인정하면서 매수인에게는 아예 해제권에 관한 조항도 두지 않고 만일 해제시에는 상품은 즉시 반환하여야 하고 그때까지 지급한 할부금은 상품의 손료에 충당하고 반환하지 않는다는 특약이<sup>76)</sup> 많아 사실상 매수인의 계약해제권을 봉쇄하고 있다. 그러나 이러한 조항은 법적으로는 무의미한 조항이라고 해석되어 진다. 매수인의 해제권 발생에 관하여는 우리민법 제543조 2항의 해제에 관한 규정에 따라 그 발생여부를 판단하여야 할 것이고 따라서 매도인의 채무불이행에 따른 매수인의 계약해제권은 반드시 보장되어야 한다. 그러므로 당사자간의 법률관계가 형평에 맞기 때문이다. 다만 계약을 해제하는 경우 보상기준은 지급한 할부금, 상품의 사용기간, 매도인의 계약반환사유 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다. 미국의 RISA에서는 지급된 할부금을 반환받을 수 있으며 매도인의 고의적인 계약위반의 경우는 3배 손해배상금을 지급하도록 하고 있다<sup>77)</sup>.

### 2. 撤回權留保制度

#### 1) 철회권의 의의

철회권이란 계약의 체결 후 일정기간은 일절의 불이행을 받음이 없이 청약 또는 계약의 철회를 할 수 있는 권리를 소비자에게 인정하는 권리이다. 환언하면 계약체결 후에도 소비자에게 진정한 구입의 필요가 있는가를 재고할 기간(재고기간 또는 숙려기간, Cooling-off period)을 주고 그 기간 내에 철회한 경우에는 철회 후에도 소비자에게 아무런 불이익을 받음이 없이 계약이 처음부터 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 되는 점에 특색이 있다. 이 제도는 오늘날 소비자보호제도중의 하나로 각국이 대부분 인정하고 있으며 우리나라에서도 생명보험의 분야에 도입되었으나 할부판매제도에에는 도입되어 있지 않다. 이 제도와 일반판매계약의 해제와의 차이점은 후자의 경우 매수인의 사정으로 계약을 해제하면 계약금으로 지급한 금액을 포기하여야하나(민법 제565조 1항) 유보된 철회권행사의 경우에는 이미 지급한 계약금을 반환받을 수 있다. 그러므로 소

76) 대구상사(TV), 「월부계약서」 3조.

77) Eugene Hafter, 「An Introduction to the Retail Installment Sales Act」, Water Forest Law Review, Vol. 8, No. 2, 1972, p. 182.

비자의 불이익이 하나도 없다.

## 2) 철회권의 존재이유와 목적

이 제도는 할부판매·방문판매 등에 발달한 것으로 “계약은 지켜야 한다”라는 원칙에서 보면 이 제도는 존재의 의의가 없으며 거래의 안전과 확실성을 저해한다. 그러나 소비자는 분할지급으로 상품을 구입할 수 있다는 점에서(경제적 부담을 덜 느끼므로) 매력을 가져 충동구매 등으로 계약을 체결할 때가 많다. 이러한 경우 소비자에게 냉정하게 재고할 기간을 보장하여 본의 아닌 계약의 구속에서 벗어나는 수단을 보장하기 위하여 위의 원칙에 수정을 가하여 이 제도를 인정하는 것이다<sup>78)</sup>. 이로써 소비자 자신이 냉정한 상태에서 정말로 계약을 체결할 의사의 의무를 숙지하게 하여 적극적으로 소비자를 보호해 주는 것이 제도의 목적이라 하겠다<sup>79)</sup>.

## 3) 철회권의 행사 및 유보기간

매수인에게 철회권의 행사를 용이하게 하기 위한 방법을 각국은 채택하고 있다. 미국은 매도인이 철회권을 고지하기 위하여 매수인에게 교부한 서면을 이용하게 하고<sup>80)</sup> 프랑스는 절취할 수 있는 철회용지를 사용하고 있다. 철회권행사의 효력은 각국은 발송주의를 택하고 있으며 유보기간은 각국이 일정하지 않으나 미국의 경우는 계약서를 교부한 날로부터 3일, 영국, 스위스는 5일, 일본<sup>81)</sup>, 독일, 프랑스 등은 7일 등으로 되어 있다.

## 4) 유보제도의 주지

일반적으로 각국은 철회권에 관하여 계약서에 명백한 표현으로 기재하고 있다. 일본의 경우 주지내용은 ① 계약서에 수령일로부터 7일간으로 서면에 의한 철회가 가능하다는 점 ② 철회의 경우 상품회수의 비용은 판매자가 부담한다는 점 ③ 이미 지급한 대금은 지체없이 전액을 상환한다는 점 ④ 판매자의 명칭과 주소 등은 붉은 활자로 기재할 것이 요구(일본 할부판매법 1조1항, 4조의3) ⑤ 철회는 그 뜻을 기재한 서면을 발송한 때에 효력이 생긴다는 점, 소비자에게 충분히 주지하지 않는 경우에는 매수인은 할부금을 지급할 때까지 언제라도 철회할 수 있다는 내용 등이 있다.

78) 竹内昭夫, 「訪問販賣と消費者保護」, JURIST, No. 808, 1984, p. 11.

竹内昭夫, 「アメリカ, 比較法研究」, No. 36, 1974, p. 20.

79) 田鳥裕, 「訪問販賣法—イギリス, アメリカ」, JURIST, No. 808, 1984, p. 23.

80) 竹内昭夫, 前掲比較法研究, pp. 20-21.

81) 일본은 1984년 5월 11일의 개정에 의하여 7일로 연장하였다. 원래는 4일이었으나 4일은 소비자보호에 안전을 기할 수 없다는 취지에서 7일로 연장하였다.

### 5) 철회권의 포기 및 철회의 효과

당사자간의 철회권의 배제나 포기에 관한 합의는 무효이며<sup>82)</sup> 철회권에 관하여 다른 내용의 특약 중 소비자에게 불리한 것은 무효로 한다(일본할부판매법 제4조 3항, 4항)하여 사전 포기는 인정하지 않고 있다. 철회권의 효과에 관하여서는 매수인이 철회권을 행사하면 각 당사자는 원상회복의무를 지며<sup>83)</sup>, 따라서 각자 수령한 것은 반환하여야 한다.

## 3. 買受人의 訴提起權

### 1) 서

할부판매에 있어서 매수인이 할부금의 지급지체 등 채무불이행이 있으면 매도인의 구제수단은 계약약관에 의하여 다양하게 보장받고 있다. 그러나 매수인의 경우는 매도인의 하자담보책임, 목적물의 교환·수선청구권 내지는 계약해제권, 손해배상청구권 등에 불과하다. 이러한 매수인의 청구권에 매도인과의 분쟁이 발생하면 결국 소에 의하여 권리 실현을 하여야 할 것이다. 그러나 재판관할약관 등에 의하여 사실상 소제기가 어렵게 되고 더 나아가 소제기권마저 박탈당하는 경우도 있다. 그러나 소제기권은 매수인에게 인정되는 당연한 권리로서 약관에 의하여 박탈당하는 것은 매도인의 권리남용으로서 그 약관조항은 무효이다. 현실적으로 소비자(매수인)는 경제적 약자로서 소송비용과 시간이 많이 필요하고 청구 금액이 비교적 소액일 때에는 아예 처음부터 소송을 할 의지를 갖고 있지 않으며 이 결과로 매도인은 실질적으로 책임을 경감하는 현상이 발생한다. 그리하여 경제적 약자인 소비자를 위하여 입법적 규제로서 특별소송절차가 필요하다고 생각된다. 즉 개별적으로는 힘이 없는 다수의 소액피해자나 소비자가 그들의 권리를 옹호하거나 중요한 사회적 쟁점을 소송화할 수 있는 영미의 Class action같은 제도를 우리 실정에 맞게 보완하여 입법화하는 것이다.

### 2) 영미의 Class action 제도

Class action이란 다수자간에 이해관계가 충분히 관련되어 있어서 각별의 소에 의하는 것보다 단일소송절차에서 재판하는 것이 보다 더 능률적인 경우에 그 다수자가 또는 그 다수인을 상대로 제기하는 소를 말한다. 이 소송은 관련자의 수가 많다는 단순한 이유로 인하여 소송당하거나 제소 당함이 곤란해지면 안된

82) 독일 할부판매법 16조 6항, 프랑스 방문판매법 3조 벨기에 할부판매 및 그 금융에 관한 법률 4조, 스위스 채무법 226조 C.

83) 독일 할부법 1d조, 영국 소비자신용법 70조에서 73조, 벨기에 할부판매 및 그 금융에 관한 법률4조3항.

다는 견지에서 영국의 형평법에서 발전되어 미국으로 계수된 제도이다. 이 제도에서는 스스로 대표자가 되려고 하는 자가 전원을 대표하여 소송<sup>84)</sup>을 제기하는 것이므로 특별히 개별적인 수권이 필요없고 또 미리 Class가 조직되어 있지 않더라도 특정될 수 있으면 된다. 따라서 이 제도는 다수인의 소액피해를 합산하면 많은 금액이 되는 것이고 같은 입장에서 입은 피해이므로 청구원인 역시 공통성을 갖고 있으므로 피해금액의 과다를 불문하고 정형화한다는 것이 특색이다.

### 3) 현행 소비자소송 및 개선책

우리나라는 Class action제도는 없으나 피해자 수인이 모여 공동원고로서 동종의 소송을 제기하는 공동소송제도(민소법 제61조)나 공동의 이해관계를 가지는 다수인이 공동으로 소송을 하여야 할 때 그 가운데서 전원을 위하여 당사자로 될 자를 선정하여 전원에 갈음하여 소송당사자가 되는 선정당사자에 의한 소송제도(민소법 제49조)가 있다. 또한 단체에 의한 소송제도(민소법 제48조)도 있는 바, 소비자 단체는 그 구성원이 소비자 일반의 이익을 대표하므로 원고로서 소송을 제기할 수 있다<sup>85)</sup>. 그러나 현실적으로 소비자소송에서 소비자가 소액피해자인 경우 많은 시간과 비용이 소요되고 기업측은 자본과 법률적 지식을 가지고 있으나 소비자는 그렇지 못하다. 따라서 소비자의 신속한 권리 실현과 분쟁 처리의 촉진을 기하여야 하며 소송물가액이 2000만원의 최고한도액(소액사건심판규칙 제1조의 2)을 일률적으로 적용할 것이 아니라 할부가격 시간 등을 종합적으로 고려하여 상향조정을 할 필요성이 있다고 생각된다. 이에 소비자보호를 더욱 도모할 수 있을 것이다.

## V. 結 論

할부판매는 현대사회의 경제의 구조적인 측면에서 발생한 매매방식이지만 계약기술로서 일반 소비자의 소비생활 전역에 그 범위가 확대되어 가고 있다. 우리나라도 외국과 마찬가지로 할부판매가 성행하고 있으나 판매업자와 소비자를 연결하는 중간매개기관이 할부판매에 개입하는 사례가 점차로 증대하고 있지만 여러 제도에서 외국에 비하여 현대적인 할부판매제도가 정착하지 못한 단계이

84) 洪天龍, 消費者被害救濟論, 三英社, 1980, p. 172.

85) 洪天龍, 前揭書, p. 176.



다. 이러한 우리의 현실 여건에서 판매자는 소비자에게 불리한 계약조건으로 소비자를 유혹하고 소비자는 그 불리함을 감수하고 혹은 그러한 것을 전혀 알지도 못하고 대금의 분할지급이라는 편리함 때문에 판매에 응하게 되는 경우가 대단히 많다. 소비자는 경제적 약자이고 판매자가 일방적으로 작성한 계약내용에 따르게 된다. 여기서 할부판매의 제법률관계를 고찰하여 소비자(매수인)를 보호하는 법리구성을 도모하여 보았다.

## 참고문헌

- 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1988. 物權法, 1989. 債權總論, 博英社, 1989. 債權各論, 博英社, 1989.
- 金容漢, 民法總則論, 博英社, 1989. 物權法, 博英社, 1989. 債權總論, 博英社, 1983.
- 金曾漢, 民法總則, 博英社, 1980. 物權法, 博英社, 1983.
- 金曾漢, 安二濬, 新債權法各論(上), 博英社, 1970.
- 黃迪仁, 現代民法論 I, 博英社, 1981. 現代民法論 II, 博英社, 1983. 現代民法論 III, 博英社, 1981. 現代民法論 IV, 博英社, 1985.
- 金基善, 韓國民法總則, 法文社, 1980. 韓國物權法, 法文社, 1985. 韓國債權各論, 法文社, 1970.
- 金錫宇, 債權法各論, 博英社, 1978.
- 金亨培, 債權總論, 日新社, 1974.
- 洪天龍, 消費者被害救濟論, 三英社, 1980.
- 李太載, 債權各論新講, 進明文化社, 1977.
- 金基善, “특수한 매매”, 고시계, 1980년 9월호.
- 金基洙, “所有權 留保附賣買와 所有權의 歸屬”, 고시계, 1976년 12월호.
- 金容漢, “계약과 보통계약약관”, 고시연구, 1983년 7월호.
- 魚寅義, “월부판매와 소비자보호에 관한 고찰”, 법학논고 제13집, 제주대, 1981.
- 鄭明煥, “분할지급약관매매에 있어서의 법률문제”, 사회법학 제4집, 성대, 1966.
- 嚴英鎭, “할부판매의 성질”, 고시계, 1982년 5월호, 할부판매의 법률관계, 대양사, 1985.
- 李根植, “할부판매에 관한 문제점”, 법조 제1호, 1978.
- 李銀榮, “서독의 보통거래약관법”, 법조 제3호, 1978.

- 崔種吉, “소유권 유보부 매매의 법률관계에 관한 고찰, 법학 제9권 2호, 서울대, 1972.
- 我妻榮, 債權各論, 東京, 有斐閣, 1983. 擔保物權法, 東京, 岩波書店, 1967.
- 未倉明, 所有權留保の實證的研究, 東京, 商事法務研究會, 1977.  
流通過程における所有權留保再論, 法學協會百週年記念論文集 第3卷, 東京, 有斐閣, 1983.
- 伊藤進外, 消費者的權利, 東京, 有斐閣, 1976.
- 長尾治助, 約款と消費者保護の法律問題, 東京, 三省堂, 1981.
- 長尾治助, 現代契約法入門, 東京, ぎょうせい, 1990.
- 打田峻一, 稻村良平, 割賦販賣法, 東京, 第1法規出版株式會社, 1974.
- 通商産業編, 改訂版 割賦販賣法 關係法令集, 東京, 大藏省, 印刷局, 1980.
- 幾代通, “割賦販賣-所有權 留保販賣”, 契約法大系, 東京, 有斐閣, 1970.
- 末川博, “月賦販賣と所有權留保”, 債權, 東京, 有斐閣, 1970, “月賦販賣の法律構造”, 法律時報, 第27卷 3號, 1955.
- 小西清治, “割賦販賣の諸問題”, 綜合法學 2卷4號, 1959.
- 石田文次郎, “擔保作用より見たる所有權留保契約”, 法學時報, 第41卷 6號, 1981.
- Lanenz, Lehrbuch des schuldrechts Bd, II. 13. Aufl, 1982. Allgemeiner Teil des deutsche Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl, 1983.
- Flume, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, Archiv Für die Civilistische Praxis, 161. Band. 5, Heft, 1962.  
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, “das Rechtsgeschäft” 2. Aufl., 1975.
- Heinrich Mayrhofer, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz, Spiger-Verlag. Wien. New York, 1966.
- Ostler-Weidner, Abzahlungsgesetz, 6. Aufl., Berlin. New York, 1971.
- Vold, Hand Book of the Law of Sales, 2nd ed., 1959.
- Eugene Hafter, “An introduction to the Retail Installment Sales Act”, Wake Forest Law Review, VoL. 8. No. 2, 1972.

