

法學碩士 學位論文

契約解除에 관한 比較法的 研究

A Comparative Study on the Termination of Contract

指導教授 金 哲 洙

2005 年 8 月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

曹 得 植

本 論 文 을 曹 得 植 의 法 學 碩 士 學 位 論 文 으 로 認 准 함

委 員 長 法 學 博 士 申 鍾 澈 (印)

委 員 法 學 博 士 黃 鉦 源 (印)

委 員 法 學 博 士 金 哲 洙 (印)

2005 年 6 月

韓 國 海 洋 大 學 校 大 學 院

海 事 法 學 科

曹 得 植

<Abstract>

## **A Comparative Study on the Termination of Contract**

Cho, duk-seek

A contract is the representative juristic action of the causes of the legal effects based on private autonomy. The matter of binding force and disorganization of a contract is very important in the law of contracts. In case that the aggrieved party cannot attain the purposes of a concerned contract intended at the time of the conclusion due to the defaulting party's default, the termination of the contract provides the former party with the possibility of forming a new contract relation by disaffirming the concerned contract relations and getting out of the binding force. That is, the termination of a contract is characterized by its position at the contact point between the loyalty to the contract and disorganization of it. It is a kind of legal remedy to arrange the payments that have failed to be delivered according to the contract relations. This is why the termination of a contract by the aggrieved party should be accepted when observing the contract any longer puts him or her in a harsh situation owing to the default by the defaulting party even if the contract was concluded in a valid way.

Recently the Ministry of Justice decided to include the provision, which has been the interpretation of the majority in the law, in the revision of Article 544-2 of the Civil Code. The Provision established the responsibility of the defaulting party as one of the requirements of

a termination. With the decision, the matter of the termination of a contract has been raised about whether it was necessary to prescribe the reasons of responsibility as part of the requirements, considering the functions and nature of a termination. The consequent attention has been paid to the interpretation of the termination of a contract, which is an effect of a default.

Thus this study attempts to conduct a systematic interpretation of the termination of a contract based on the consideration of the original functions and intents of the termination system. Further it reviews the provisions of the termination of a contract of BGB, CISG, and PECL that were recently revised from the perspective of the comparative law. Those considerations from the perspective will have lots of implications for the Korean civil code.

## 目 次

제 1 장	序 論	1
제 1 절	研究의 目的	1
제 2 절	研究方法 및 範圍	3
제 2 장	契約解除	5
제 1 절	序 言	4
I.	意 義	4
II.	沿 革	6
제 2 절	解除의 法的 性質 및 機能	9
I.	法的 性質	9
II.	解除의 機能	9
제 3 절	各國의 立法	10
제 4 절	檢 討	13
제 5 절	契約解除權의 發生原因	14
I.	約定解除	14
II.	法定解除	14
제 6 절	小 結	15
제 3 장	法定解除權의 發生原因에 관한 各國法の 比較	17
제 1 절	序 言	17
I.	概 說	17
II.	債務不履行과 解除와의 關係	19
III.	契約解除와 歸責事由	20
제 2 절	學 說	21
제 3 절	判 例	26

제 4 절 檢 討	27
제 5 절 獨逸法	28
I. 改正前 獨逸 民法	28
II. 改正後 獨逸 民法	29
제 6 절 프랑스 民法	32
I. 解除의 原因	32
II. 解除權의 行使	33
III. 歸責事由와 解除와의 關係	34
제 7 절 네덜란드 民法	35
I. 成立背景 및 概要	35
II. 契約責任의 基本要件으로서의 義務違反	35
제 8 절 英美法에서의 解除制度	36
I. 履行期前 履行拒絶	36
II. 重大한 契約違反	38
제 9 절 유엔統一賣買法	40
I. 概 要	40
II. 契約違反의 責任構成	41
III. 契約解除 規定	42
제 10 절 國際商事契約의 原則	44
I. 不履行한 當事者 治癒	44
II. 不履行과 催告	45
III. 免責條項	45
IV. 契約解除 規定에 관한 內容 檢討	46
제 11 절 유럽私法統一化 作業의 產物	48
I. 概 要	48
II. 契約解除의 發生要件	49
제 12 절 小 結	50
제 4 장 事情變更의 原則인 法的 發生	53
제 1 절 序 言	53

제 2 절 獨逸法	55
I. 行爲基礎論의 發展過程	55
II. 行爲基礎論의 適用要件 및 效果	56
III. 行爲基礎論의 立法	57
제 3 절 프랑스의 不豫見論의 適用	58
제 4 절 英美 契約法	59
제 5 절 日本民法	62
제 6 절 기타 近代民法에서의 事情變更의 原則	63
제 7 절 Unidroit 國際商事契約法 總則	63
제 8 절 유엔國際物品賣買法에서의 事情變更의 原則	65
제 9 절 各國의 태도에 관한 評價	66
제 10 절 우리民法의 構成	66
I. 認定與否와 그 根據	66
II. 原則適用의 限界	67
III. 事情變更과 不可抗力의 關係	67
IV. 適用範圍 및 要件	69
V. 效果	70
제 11 절 小結	72
제 5 장 契約解除의 效果	75
제 1 절 序言	75
I. 概說	75
II. 問題의 所在	76
제 2 절 學說	77
I. 直接效果說	77
II. 間接效果說	80
III. 折衷說	81
IV. 清算關係說	82
V. 私見	84

제 3 절	學說에 대한 比較 分析的 高찰	87
I.	遡及的 消滅과 非遡及的 消滅	87
II.	契約의 消滅과 損害賠償請求權과의 關係	88
III.	原狀回復義務의 性質	89
IV.	損害賠償의 範圍	90
제 4 절	直接效果說과 清算關係說의 具體的 適用結果 比較	91
I.	契約解消에 관한 法理	91
II.	契約關係의 消滅과 物權變動과의 關係	91
III.	契約關係消滅과 擔保의 存續與否	94
IV.	解除된 契約에 의하여 消滅된 權利의 復活 與否	95
V.	解除와 相計로 消滅한 債權의 復活與否	95
VI.	契約關係消滅과 제3자 保護 問題	96
제 5 절	原狀回復義務	100
I.	原狀回復義務의 法的 性質	100
II.	原狀回復義務의 主體 및 範圍	100
III.	價額返還	103
제 6 절	損害賠償義務	104
I.	民法의 規定 및 問題所在	104
II.	損害賠償의 原因과 性質	105
III.	損害賠償의 範圍	107
1.	民法 제393조의 適用	106
2.	履行利益과 信賴利益	107
제 7 절	小 結	108
제 6 장	우리 民法 改正案의 再考	111
제 1 절	우리 民法 改正案의 背景과 主要內容	111
I.	背景	111
II.	問題의 所在	113
제 2 절	解除規定의 檢討	115
I.	過去 通說의 입장 反影	115



Ⅱ. 事情變更에 의한 解除의 認定與否	117
Ⅲ. 事情變更에 대한 立法論과 解釋論	121
제 3 절 民法 改正案 제544조의4의 檢討	122
제 4 절 改正民法에 대한 意見	125
제 5 절 小 結	126
제 7 장 結 論	129
參 考 文 獻	132

# 제 1 장 序 論

## 제 1 절 研究의 目的

契約의 解除는 有效하게 성립한 契約關係를 當事者의 一方的 意思表示에 의하여 解消시키는 것을 말한다. 그리고 有效하게 成立한 契約關係를 一方 當事者의 意思表示에 의하여 解消시키는 法的 權限이 解除權이다. 契約의 解除는 “契約은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)”라는 契約忠實의 原則과 契約關係 解消를 통한 새로운 契約締結의 自由라는 私的自治의 접점에 위치해 있다는데 그 特徵이 있다.<sup>1)</sup> 즉, 解除는 債務不履行에 대한 여러 制裁手段 중에서 契約關係 과기를 內容으로 하는 制度이므로 契約忠實의 原則에 대한 중대한 例外를 構成하지만, 契約忠實의 原則에 따른 契約의 拘束力도 契約 當事者의 自由를 전제로 한다는 私的自治의 原則에서 볼 때 일정한 限界를 가질 수밖에 없다.

契約이 有效하게 成立하였다 하더라도 當事者 一方의 債務不履行으로 인하여 契約을 더 이상 維持하는 것이 相對方 當事者에게 가혹한 狀況에 이르게 될 경우에, 相對方 當事者로 하여금 당해 契約關係를 과기함으로써 契約의 拘束으로부터 벗어나 새로운 去來를 형성할 수 있는 可能性을 열어주어야 한다. 이와 관련하여 法定解除權의 要件이 되는 債務不履行에 있어서 債務者의 歸責事由를 要하는 것이 적절한지 與否가 問題되며, 債務者가 債務를 不履行한 客觀的 사실만으로 債權者가 契約을 解除할 수 없는가 하는 것이 論議되어야 할 것이다.

民法上 契約解除는 解除의 發生을 위한 要件을 損害賠償의 경우와 統一的으로 規律한 것인지 또한 契約을 解除한 경우에 民法 제548조, 제551조를 어떻게 矛盾 없이 설명할 것인지에 관하여 오랜 기간 동안에 걸쳐서 學說 對立과 法規適用에 問題가 되어 왔다. 그리고 法務部가 立法 예고한

1) 하경효, “債務不履行과 契約解除의 要件- 有責性 要件에 대한 批判的 檢討를 中心으로 -”, 「高麗大學」 제40호, 2003, 68면.

民法 改正案 제544조의2에서는 解除의 要件으로 債務者의 歸責性을 認定하고 있는 종래 通說의 解釋方向으로 기울어 이를 明文으로 받아들이면서 부터 특히 民法 改正案이 學者들에 의해 더욱더 現안으로 쟁점화 되었다. 이와 관련하여 解除의 機能과 本質에 비추어 契約解除의 要件으로 歸責事由의 必要性 與否가 論點化되고 있으며, 따라서 債務不履行의 效果인 契約解除의 解釋에 관하여 학계와 실무에 있어서 많은 관심이 집중·고조되고 있다. 그리하여 먼저 이 논문에서는 解除制度의 要件에 있어서 歸責性 與否에 관하여 各國法이 어떻게 規定하고 있는지를 비교법적으로 분석하고, 그리하여 現행 우리 民法規定體系 하에서는 契約解除制度에 관한 歸責性 與否에 관한 學說과 判例의 동향을 검토한 다음, 解除의 본래의 機能을 발휘할 수 있는 것이 어떤 學說이 타당한지에 대하여 검토하기로 한다. 다음으로는 契約解除의 要件에 있어서 事情變更에 대하여도 明文으로 一般規定化하는 것이 과연 타당한가, 아니면 解除에 관한 一般規定 없이 現행민법과 같이 信義誠實의 原則에 의하여 解決하는 것이 타당한가라는 것이 문제된다. 이 문제와 관련하여 各國의 立法을 比較法的으로 檢討함으로써 국제적인 흐름을 파악하고, 우리 民法이 이러한 국제적인 흐름에 얼마나 근접하고 있는지 또 다르다면 무엇이 얼마나 다른지에 대하여 分析함으로써 우리 民法에 올바른 방향제시가 되도록, 관련 문헌자료를 토대로 시사점을 얻고자 한다.

그리고 解除의 效果에 있어서는, 直接效果說과 清算關係說에 대한 상호 比較分析을 통하여, 특히 直接效果說의 問題點을 지적함과 동시에 清算關係說의 우수성과 상황적응에 유리한 점을 부각시키고자 한다. 그리하여 위와 같은 比較法的 分析과 證明 등을 통하여 우리 民法에 대한 올바른 方向 제시를 함으로써 우리 民法이 국제적인 흐름에 맞추어 선진입법이 되고자 기여하는데 이 논문에 그 目的이 있다.

## 제 2 절 研究方法 및 範圍

契約의 解除는 有效하게 성립한 契約關係를 當事者의 一方的 意思表示에 의하여 解消시키는 것을 말한다. 그리고 有效하게 成立한 契約關係를 一方 當事者의 意思表示에 의하여 解消시키는 法的 權限이 解除權이다.

이 論文에서는 當事者의 約定에 의하여 생기는 約定解除權보다는 法律規定에 의하여 생기는 法定解除를 중심으로 다루기로 한다. 그리고 約定解除에는 各種契約에 특유한(個別契約)에 관과 債務不履行을 이유로 하는 契約一般에 공통한 것(제544조-제546조)이 있는바 이 논문에서는 후자를 중심으로 검토하기로 한다.

이 논문에서는 各國의 解除制度의 規定을 비교하여 봄으로서 각국의 立法例에서는 解除制度를 어떠한 性質의 것으로 規定하고 있는가를 검토할 필요가 있다. 또한 우리 民法의 解釋論 및 改正에 대한 立法論으로서 어떠한 입장이 바람직한가를 判斷하여 보고자 한다. 그리고 특히 각국의 立法論을 檢討함에 있어서는 최근의 獨逸民法의 改正이 주목할 만하며, 특히 최근 改正 結果에 肯定的 評價를 받고 있는 네덜란드 民法과 그 외에 유엔 統一賣買法이나, 私法統一作業의 일환으로 나타난 國際商事契約原則의 내용과 유럽연합에서 適用하고자 하는 유럽 契約法原則의 規定에 나타난 解除規定에 대한 검토가 필요하다.

여기서 중심적인 검토사항으로는 解除權의 發生原因인 債務不履行은 그 成立에 있어서 債務者의 歸責事由를 필요하다고 하는 통설과 債務者의 歸責事由를 요하지 아니하고 客觀的 債務의 不履行이라는 사실이 있으면 족하다는 見解가 있는데, 이에 대하여 어느 學說이 타당한지에 대하여 비교법적으로 分析하고 각국의 경향에 대하여 검토하고자 한다. 法定解除의 요건인 事情變更에 대하여도 學說과 判例가 첨예한 대립의 결과와 향후 改正案과 관련하여 比較法的으로 分析함으로서 세계적인 입법추세와 경향을 검토하여 우리민법의 改正作業에 意見을 제시하고자 한다.

마지막 解除의 效果에 대하여는 각 學說의 問題點을 지적하고 또 어떤

학설이 상황에 적용하기가 무난하고 우수한지에 대하여 相互 分析함으로써 우리 民法이 나아가야 할 方向을 제시하고자한다.

이상을 기초로 하여 이 논문의 서술순서를 정리하여 보면 다음과 같다.

제1장 서론에서는 이 論文의 研究目的 및 研究方法과 範圍에 대하여 기술한다. 제2장에서는 契約解除에 관한 일반론을 간단히 기술하였다. 그리고 제3장은 契約解除에 있어서 통설은 歸責事由가 필요로 하는 반면에 소수설은 歸責事由가 필요하지 아니하고, 객관적 義務違反이 있으면 족하다는 논의이다. 간명하게 표현하자면 歸責事由 與否에 관한 사항이 되겠다. 제4장에서는 契約解除에 있어서 事情變更의 原則을 明文으로 規定하는 것이 좋은지 아니면, 현행대로 규정하지 아니하고 信義誠實에 의해서 規律하는 것이 좋은지에 대한 논의가 되겠다. 제5장은 契約解除의 效果에 대하여 直接效果說과 清算關係說의 상호비교로서 清算關係說이 直接效果說보다는 상황적응에 부더럽고 원만하다는 내용이다. 제6장에서는 契約解除에 있어서 債務者의 歸責性與否와 事情變更의 原則과 관련한 우리 民法의 改正案에 대한 논의가 되겠다. 마지막 제7장에서는 이상의 연구결과를 요약하고 결론을 내하고자 한다.

## 제 2 장 契約解除

### 제 1 절 序言

#### I. 意義

契約解除에 관하여 民法 제543조 제1항에서는 “契約 또는 法律의 規定에 의하여 當事者의 一方이나 雙方이 解除의 權利가 있을 때에는 그 解除는 相對方에 대한 意思表示로 한다.”고 規定하고 있다. 즉, 契約의 解除(Rücktritt)는 契約 當事者를 상대방의 債務不履行으로부터 구제하기 위한 하나의 法的手段이며, 一方當事者의 債務不履行으로 目的을 달성할 수 없게 된 契約을 相對方 當事者의 一方的 意思表示에 의하여 解消시키는 制度이다.<sup>2)</sup> 그러나 現行 民法은 契約解除의 概念을 명확하게 定義하지 않으므로, 解除의 概念에 관하여는 解除의 效果에 관한 學說에 따라서 각각 달리 定義하고 있다.

直接效果說에 따르면, 解除는 契約 當事者를 相對方을 債務不履行으로부터 救濟하기 위한 하나의 法的 手段이며, 一方 當事者의 債務不履行으로 契約上 目的을 달성할 수 없게 된 경우에 그 契約을 解消시켜서 처음부터 그러한 契約이 있지 않았던 것과 같은 상태로 되돌아가게 하는 것을 目的으로 한다.<sup>3)</sup>

그러나 清算關係說에 의하면, 解除는 債務者에 의한 契約上의 義務가 제대로 履行되지 않음으로써 債權者가 契約締結當時에 豫定했던 計劃이 어긋나게 되거나 契約目的이 실현될 수 없게 된 경우에, 債權者로 하여금 契約의 拘束으로부터 벗어나게 하여 새로운 契約을 締結할 수 있는 自由를 回復하게 해주는 制度로서,<sup>4)</sup> 既存의 契約關係에서 履行되지 않은 給付

2) 김형배, 債權各論(신정판), 2001, 박영사, 195면; 곽윤직, 債權各論, 채권각론(신정판), 2001, 133면.

3) 곽윤직, 위의 책, 165면.

는 消滅하고 이미 履行된 給付는 原狀回復으로 回復되어야 하는 清算關係로 轉換하게 된다고 한다. 解除에 관한 概念을 바로 理解하기 위하여 法定契約解除의 理論的 基礎 내지 趣旨에 대한 考察이 선행되어야 한다. 따라서 이는 解除制度의 沿革的 發展過程과 밀접한 관련이 있으므로 이하에서는 解除制度를 沿革的으로 考察하여 보고자 한다.

## II. 沿 革

解除에 관한 一般規定은 로마법과 獨逸普通法에서는 發見되지 않는다. 다만 契約 當事者에게 一方의 意思表示를 통하여 契約을 解消하는 것을 許容하는 개별적인 경우들만이 로마법에 이미 存在하고 있었다. 契約을 廢止할 수 있는 權限을 부여하는 特權(pacta adiecta :Nebenabrede)은 무엇보다도 賣買에 있어서 널리 行하여졌는데, 買受人이 代金を 積시에 지불하지 않는 경우에 賣渡人에게 契約을 解消할 수 있는 權限을 부여해 주는 失權約款(lex commissoria), 賣渡人이 더 나은 제한을 받은 경우에 그 本來契約을 解消할 수 있는 權限이 留保되어 있는 賣買, 이와 반대로 買受人이 목적물을 만족하지 못하고 매매한 것을 後悔하는 경우 그에게 解約權을 認定해주는 約款(pactum displicentiae)등이 그러한 것들이다.<sup>5)</sup>

이와 같은 規定들은 獨逸 普通法에 의해 받아들여졌고, 19세기 말경에는 이미 일반적인 解除權의 發展이 시작되었는데,<sup>6)</sup> 당시에는 契約으로 合意한 約定解除權만이 관련되어 있었고 法定解除權에 대해서는 아직 알려지지 않고 있었다. 解除에 관한 一般規定은 賣買의 目的物에 瑕疵가 있는 경우에 로마법과 普通法에서 認定되던 買受人의 賣買契約解除訴訟이 法定

---

4) 김형배, 앞의 책, 213면.

5) 양병화·박규룡, “解除權 및 解除시의 危險負擔에 관한 規定의 沿革- 獨逸法을 中心으로” 일감법학 제4권, 1999, 188면.

6) Leser, Der Rücktritt vom Vertrag. Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, 1975, S.24 f: 양병화·박규룡, 위의 논문, 188면 주5)에서 再引用.

解除權의 土臺로 논의되었던 獨逸民法의 制定을 위한 準備作業 속에서 발전되었고, 결국 獨逸民法을 위한 제1초안에서 처음 도입되었다. 1865년 독일동맹을 위한 일반 獨逸債務法의 法案으로 발전되었던 드레스덴 초안에는 아직 解除에 관한 일반규정이 포함되지 않았지만, 解約金에 관한 規定을 담고 있어서 法定解除權의 形成을 위한 최초의 發端이 發見되고 解除後 契約의 清算을 위한 原則들이 제시되어 있다는 점에서 의미를 가진다.<sup>7)</sup> 이 후 債權法을 위한 v. Kubel의 부분초안 역시 아직 解除權에 관한 一般規定을 認識하지는 않았으나, 제1초안의 土臺가 되는 교부된 또는 약속된 解約金에 기한 約定解除權, 解約金의 留保를 포함하는 契約에 근거한 約定解除權 등을 포함하였다. 독립적인 法制度의 하나로서의 解除權은 獨逸民法典의 草案作業을 위해 구성된 제1차 委員會(Erste Kommission)에서 처음 論議되며 발전되었다. 委員會는 約定解除權에 관한 一般의 法條文을 構成하기로 決定하고 이를 제426조 이하에 規定하였다. 1890년 12월 연방 參의원에 의해 소집된 第2次 委員會는 約定解除權에 대한 제2草案을 그대로 받아들였는데 이는 改正 獨逸民法 제346조 이하의 規定에 상응하는 內容이었다. 또한 法定解除를 위한 前提 要件들을 정하고 있는데 역시 실제적인 변경 없이 改定前 독일민법 제325조와 제326조로 편입되었다. 그러나 입법자들은 約定解除와 法定解除 그리고 物件瑕疵에 기인한 解除를 위해 共通的으로 適用될 수 있는 一般的이고 統一的인 規定을 아직 도입하지 못하였다.<sup>8)</sup> 여기서 알 수 있는 것은 解除制度는 損害賠償制度와는 달리 近代에 와서야 民法에 受容되었다는 것이다. 따라서 解除制度는 損害賠償制度和 역사적 背景 및 發展을 달리하고 있고, 이것이 解除와 損害賠償制度의 趣旨가 다를 수밖에 없는 중요한 이유이기도 하다. 解除制度는 債務者에게 債務를 不履行한데 따른 制裁를 주기 위한 것이었다. 따라서 解除制度는 損害賠償의 目的과는 달리 債權者에게 契約上의

7) Leser, DerRücktrittvom Vertrag. Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnissebei Leistungsstörungen, 1975,S.27: 양병화박규룡, 앞의 논문, 189면 주8)에서 再認容.

8) 양병회·박규룡, 앞의 논문, 190면.



拘束으로부터 벗어나 새로운 去來行爲를 할 수 있는 自由를 回復시키려는 것이라는 설명도<sup>9)</sup> 損害賠償을 통해 不履行한 債務에 대한 制裁는 이루어져 왔으나, 債權者가 契約에서 벗어나지 못하는 不合理的 나중어야 발견하고 이를 法體系에 編入시키게 된 解除制度의 沿革을 생각해 본다면 타당한 설명이라고 하겠다. 契約에 대한 解除制度는 프랑스 民法에 의해 획기적인 발전을 이룩하였다. 특히 프랑스민법은 解除와 관련하여 제1184조 제1항에서 “양당사자 중 一方이 契約에서 滿足을 얻지 못하는 경우를 위하여 雙務契約에서 解除條件은 항상 默示的으로 合意되어 있다고”고 規定하고, 이어서 “이 경우의 契約은 法律上 당연히 解除되는 것은 아니다. 債務履行을 받지 못한 當事者는 契約履行이 가능한 경우에 그 強制履行을 請求하거나 혹은 損害賠償과 함께 解除를 請求할 수 있는 選擇權을 갖는다.”(同條 제2항)고 規定하였다. 더 나아가 “解除는 法院에 請求해야 하며 法院은 경우에 따라서 피고에게 기한의 猶豫를 許與할 수 있다”고 規定하고 있다(동조 제3항). 제1184조 제1항은 동조 제2항과 제3항과 결합하여 그 表現과 관계없이 진정한 意味에서 法定解除制度를 認定한 것으로 解釋되고 있다. 독일민법은 解除制度를 처음으로 명확하게 規定하였다. 解除를 規定한 절에서는 約定解除만 規定하고, 債務不履行을 理由로 하는 法定解除權의 發生은 雙務契約과 관련하여 規定하였다. 이렇게 規定한 이유는 法定解除와 관련하여 雙務契約에서 양 債務의 履行與否의 建連關係를 확보하려고 하는 解題의 機能을 중시하였기 때문이다.

그러나 解除의 效果로서 債權者는 債務不履行을 이유로 契約을 解除하든지 損害賠償을 請求하든지 양자중에서 擇一하도록 하는 택일주의를 취하고 있다. 이에 반하여 스위스 債務法은 債務不履行을 理由로 하는 法定解除만 규정하고(동법 제97조-제109조), 約定解除는 當事者의 자유에 맡겨져 있다. 解除와 損害賠償請求의 並存을 인정하면서도, 損害賠償을 信賴利益의 賠償으로 제한하고 있다.

---

9) 김형배, 앞의 책, 215면

## 제 2 절 契約解除의 法的 性質 및 機能

### I. 法的 性質

解除權은 有效하게 성립한 契約關係를 當事者의 一方的 意思表示로 解消시키는 것이므로, 相對方의 承諾을 要하지 않는다. 이 점이 當事者의 合意에 의하여 契約의 效力을 解消시키는 合意解除(解除契約)와 다르다 또한 解除權의 發生이나 行使는 有效하게 성립한 契約關係에서만 問題가 되는 것이므로, 解除는 既存의 法律關係를 清算關係로 變形하는 效力을 가지는 것으로 解釋된다.<sup>10)</sup> 解除權은 契約關係의 當事者 또는 지위를 承繼한 자만이 가질 수 있다. 따라서 契約 當事者가 아닌 債權의 讓受人 또는 제 3자를 위한 契約에서의 受益者는 解除權을 갖지 못한다.<sup>11)</sup> 解除는 解除權자가 解除權을 行使함으로써 效力이 생긴다. 解除權은 契約上(約定解除權) 또는 法律上(法定解除權)發生하나, 그 效力은 解除權者가 그 權利를 行使함으로써 생긴다. 그리고 그 行使는 相對方에 대한 一方的 意思表示으로써 한다. 이것이 이른바 形成權인 것이다

### III. 解除制度의 機能

債權關係에 있어서 가장 核心이 되는 債權의 目的은 債務者로부터 債務內容에 좇은 給付의 履行을 받는 것이다. 解除는 債務不履行에 대한 여러 制裁手段 중에서 契約關係의 破棄를 內容으로 하는 制度이므로 契約忠實의 原則(pacta sunt servanda)에 있어 중대한 例外를 構成한다. 그런데 契

---

10) 清算關係說(또는 返還債務關係說): 김상용, 債權各論(상), 163면; 이은영, 債權各論, 2002, 박영사, 251면; 김형배, “解除效果에 관한 法理構成”, (民法學 研究), 223면.

11) 김형배, 앞의 책, 960면: 解除는 原則적으로 債權의 讓渡行爲에 直接影響을 주지는 않지만, 原來契約으로부터 발생한 債權은 讓渡되더라도 “解放效”의 대상이 된다. 따라서 解除의 解放效에 의하여 消滅되는 “債權 그 自體”의 양수인, 讓受人의 全部債權者 및 제3자를 위한 契約의 受益者는 제3자로서 保護되지 않는다.

約忠實의 原則에 따른 契約의 拘束力도 契約 當事者의 自由를 전제로 한다는 私的自治의 原則에서 볼 때 일정한 限界를 가질 수밖에 없다.

즉 契約解除는 契約忠實의 原則과 私的自治의 保障이라는 서로 다른 두 原則의 접점에 위치하는 독특한 解除라 볼 수 있다. 契約이 有效하게 成立하였다 하더라도 當事者 一方의 債務不履行으로 인하여 契約을 더 이상 유지하는 것이 相對方 當事者에게 가혹한 상황에 이르게 될 경우에, 相對方 當事者로 하여금 當該契約關係를 破棄함으로써 契約의 拘束力로부터 벗어나, 새로운 去來關係를 형성할 수 있는 可能性을 열어 주어야 한다.

法定解除에 있어서 解除에 의한 契約關係 解消의 이유는 더 이상 契約을 維持하는 것이 오히려 契約 當事者에게 부당한 結果를 招來하므로 契約上의 利益을 期待할 수 없는 경우에, 解除權者가 解除權을 行使함으로써 契約의 拘束으로부터 벗어나게 하는 데에 있으며, 이와 같은 解除의 效果를 “解放效(Befreiungswirkung)”라 한다. 따라서 法定解除의 原因인 債務不履行에 있어서 債務者의 歸責事由를 要하는 것은 적절하지 아니하며, 債務者가 債務를 不履行한 客觀的 事實만 있으면 債權者가 契約을 解除할 수 있어야 한다. 그리고 契約關係에서 履行障礙가 發生한 경우에 이를 정리하기 위한 法的手段으로서 損害賠償과 並存的으로 존재하는 法的 救濟手段이다. 民法은 約定解除와 法定解題를 規定하고 있으며(제543조), 法定解除(제544조·제545조·제546조)에서는 解除와 損害賠償請求權의 兩立을 認定하고 있다. 이와 같이 解除는 當事者를 契約의 拘束으로부터 解放시켜 契約關係를 清算하는 役割을 담당한다.

### 제 3 절 各國의 解除制度

#### I. 獨逸

독일민법은 解除制度(Ruecktritt)를 形成權 制度로 보고 있으며, 約定解

除를 중심으로 規定하고 그 規定 대부분을 法定解除에 준용하고 있다.

法定解除의 發生은 雙務契約에서 一方當事者が 債務不履行에 빠져 있는 경우 相對方은 給付履行에 대하여 상당한 期間을 정하고 그 기간 경과 후에는 給付受領을 거절할 뜻을 표시할 수 있다. 따라서 給付가 적시에 행하여지지 않는 경우에 相對方은 損害賠償을 請求하거나 契約을 解除할 수 있으며 履行의 請求는 할 수 없게 된다(독일민법 제436조 제1항)

解除權의 행사는 프랑스 민법에서와 달리 裁判에 의하지 않고 當事者의 일방적인 意思表示에 의해 할 수 있다. 債務者의 債務不履行시 債權者는 債務不履行을 이유로 契約을 解除하든가 또는 請求를 하든가 어느 하나만을 선택할 수 있을 뿐 양자를 병행할 수 없다.

解除시에는 각 當事者가 수령한 給付를 서로 반환할 義務를 지게 되며(독일민법 제346조) 勞務를 제공한 경우 및 物件을 사용한 경우에는 그 가치를 반환하거나 契約으로 정한 대가를 支給하도록 하고 있다.

독일의 경우 解除制度를 어떻게 이론 구성할 것인가와 관련하여 논쟁이 있어왔다. 이러한 논쟁은 19세기 말 독일 민법 제정당시로 거슬러 올라가게 되었는데, 直接效果說과 間接效果說의 대립이 그것이다.

독일민법 제1초안에서는 間接效果說의 입장에서 입법화하였는데, 間接效果說은 解除의 效果로서 未 이행채무에 대하여는 抗辯權이 생기고 이미 이행된 부분에 대하여는 給付에 대하여는 原狀回復請求權이 생기며, 그 原狀回復의 履行에 의하여 비로소 契約關係가 消滅한다고 이해하였다. 그러나 이후 심사과정에서는 直接效果說에 가깝게 규정하였다. 따라서 독일민법제정후에는 契約의 遡及的 消滅과 그로인한 不當利得 返還請求權을 規定한 것으로 海汐된다.

이후에는 清算關係說이 多數說의 입장을 차지하여 오고 있는데, 이는 解除의 效果를 비 遡及的으로 구성하고 未 이행채무는 解除에 의해 장래에 대하여 消滅하는 것으로 파악하고, 원래의 契約關係를 原狀回復의 債權關係인 返還債務關係로 變形시키는 것으로 파악하고 있다.

## II. 프랑스

프랑스 민법은 일반적인 法定解除權을 확립하였으나 解除를 解除條件으로부터 독립한제도로 발전시키지는 못하였다. 프랑스 민법의 특징은 契約의 解除는 法院의 判決에 의해야 한다는 原則을 고수하고 있는바, 프랑스 民法 제1184조 제3항에서 “契約解除는 法院의 判決에 의해야 하며, 이 때에 法官은 정황을 참작하여 피고에게 猶豫期間을 허여할 수 있다.”고 規定하고 있다. 이러한 規定은 아미도 교회법의 전통에 따른 것으로 보인다.<sup>12)</sup> 프랑스에서는 一方當事者가 債務를 履行하지 않는 경우에 相對方은 法院에 解除訴訟를 제기 하는데, 이 경우 法官은 請求內容에 구애받지 않고 高유권한에 기하여 債權者에게 損害賠償만 인정하든가 혹은 契約解除의 判決을 하게 된다. 契約解除의 判決을 위해서는 일반적으로 債務不履行의 정도가 契約關係를 더 이상 존속시키는 것이 무의미할 정도로 심각한 것이어야 하며, 그러한 정도에 이르지 아니한 債務不履行의 경우에는 損害賠償만 인정하게 된다.

## III. 스위스

스위스 債務法에는 契約解除에 관하여는 規定을 두지 않고, 債務不履行을 이유로 하는 法定解除에 관해서만 規定하고 있다. 約定解除는 契約의 自由에 맡겨놓고, 雙務契約의 경우 履行遲滯시 유예기간을 부여하고 그 기간이 경과한 때까지 履行하지 않으면, 債權者는 이체로 인한 損害賠償과 함께 履行을 소구하거나, 이에 갈음하여 지체 없이 意思表示를 하여 이후의 給付請求를 포기하고 不履行으로 인한 損害賠償을 請求하거나 契約를 解除할 수 있다고 한다. 解除의 效果로서 契約를 解除한자는 약속한 反對給付를 拒絕하고 給付한 것의 반환을 請求할 수 있다. 이 외에도 스

---

12) 명순구, “우리 민법 履行遲滯로 인한 契約解除와 그 比較法的 特性”, 한양대 法學論叢 (제12집), 1995. 7. 11.

위스 債務法은 解除와 損害賠償의 양립을 許容하고 있으나, 損害賠償은 信賴利益의 賠償으로 제한하고 있다.

## 제 4 절 檢 討

契約解除는 民法 제543조 제1항에서 規定하고 있는바와 같이 有效하게 성립하여 존속하던 契約關係를 一方的 意思表示에 의하여 解消시키는 制度이다. 그러나 解除制度의 概念과 目的은 解除의 效果에 관한 學說에 따라 달리 理解되고 있다. 즉, 直接效果說에서 解除는 解除權의 行使에 의하여 契約의 效力을 消滅시켜 처음부터 그러한 契約이 성립되지 않은 상태로 復歸하게 하는 制度로 이해되며, 清算關係說에서 解除는 解除權 行使에 의하여 기존의 契約關係에서 履行되지 않은 給付는 消滅하고, 이미 履行된 給付는 原狀으로 給付되어야 하는 清算關係로 轉換되므로 債權者가 契約의 拘束으로부터 벗어나 새로운 契約을 締結할 수 있는 自由를 回復하여 주는 制度라고 理解한다. 따라서 이상과 같은 內容으로 解除制度의 概念과 目的을 바로 이해하기 위하여 沿革的 考察을 하였다. 그래서 契約의 拘束을 엄격하게 인정한 로마법은 賣買와 관련해서 解除權이 주어지는 附隨的 約定인 解除約款(*lex commissoria*)을 認定하였고, 이것을 賣買를 解除할 수 있는 賣渡人의 權利로 파악하였다.

그러나 오늘날 다수학자들은 로마법상의 解除約款(*lex commissoria*)을 法定解除制度의 起源이라고 보지 않으며, 解除制度의 직접적 起源을 中世 敎會法에서 찾고 있다. 約束의 價値와 信義의 중요성을 강조한 敎會法學者들은 雙務契約에 있어서 타방당사자로부터 給付의 履行을 받지 못한 當事者는 자신의 給付를 履行하지 아니할 給付를 가지고 나아가 契約을 解除할 수 있는 抗辯權을 갖는다고 보아야 한다. 따라서 解除制度는 雙務契約關係에 있어서 雙方債務의 相互依存的 견련성에서 認定된 制度임을 알 수 있다. 우리 民法은 解除制度에 관한 一般規定과 함께 約定解除制度를 두고 있는 점과 解除權 行使를 一方的인 意思表示로 할 수 있다는 점 등

에서 獨逸 民法과 유사하다. 그러나 具體的인 內容上으로는 法定解除를 中心으로 하고 있는 점과 解除와 損害賠償의 並存을 認定하고 있는 점에서는 프랑스 民法과 유사하다.

## 제 5 절 契約解除權의 發生要因

### I. 約定解除權

約定解除는 當事者 사이에서 미리 解除權의 留保를 合意한 것으로, 解除權은 當事者 사이의 約定에 의하여 發生한다.<sup>13)</sup> 契約 當事者 사이에 契約金, 保證金 등의 이름으로 金錢 기타 物件을 교부한 경우에는, 約定解除權이 留保된 것으로 본다(제565조 제1항)<sup>14)</sup>.

約定解除權의 留保는 解除의 대상이 되는 契約의 締結과 同時에 約定할 수도 있고, 契約이 履行된 後에 해제할 수 있는 것으로 約定할 수도 있다. 이와 같은 約定解除權을 留保하는 特約을 解除約款이라 한다. 約定解除權은 解除權發生原因에 있어서 法定解除權과 差異가 있으나, 解除權의 行使와 效果 및 消滅에 있어서는 法定解除權과 同一하다.

그러나 約定解除의 경우, 損害賠償의 論理는 解除權을 約定하는 當事者의 意思에 맡겨져 있으므로 解除와 同時에 損害賠償을 請求할 수 있도록 規定하는 민법 제551조의 規定은 約定解除에 適用되지 않는다.<sup>15)</sup>

### II. 法定解除權

法定解除는 契約 債務者의 債務不履行을 要件으로 한다. 民法은 履行遲

13) 김형배, 앞의 책, 260면; 곽윤직, 앞의 책, 142-143; 이은영, 앞의 책 (債權各論: 3 판), 박영사, 1999, 224-227면.

14) 김형배, 앞의 책, 259면; 김상용, 앞의 책-債權各論(개정판), 법문사, 2003, 127면.

15) 김형배, 앞의 책, 259면; 김상용, 앞의 책, 127면. 같은 趣旨의 判決로는, 大判 이하 동일

滯와(제544조·제545조)와 履行不能(제546조)에 관해서만 規定하고 있으나, 學說은 不完全履行과 受領遲滯도 法定解除權의 發生原因이 된다는 데에 見解가 일치하고 있으며, 事情變更의 原則에 의한 契約의 解除가 許容되어야 하는 것도 일반적인 見解이다.<sup>16)</sup>

附隨的 債務不履行의 경우에 契約을 解除할 수 없다는 것이 判例의 태도이다.<sup>17)</sup> 解除權의 發生原因인 債務不履行은, 그 成立에 있어서 債務者의 歸責事由를 要하는 견해와 債務者의 歸責事由를 要하지 아니하고 客觀的으로 債務의 不履行이라는 사실이 있으면 족하고, 債務의 不履行에 債務者의 歸責事由가 있는 경우에 損害賠償을 追加적으로 請求할 수 있다는 見解가 있다. 이에 관하여는 제3장에서 자세히 검토하기로 한다.

## 제 6 절 小 結

契約의 解除는 有效하게 성립한 契約關係를 解除權者의 一方的 意思表示에 의하여 解消시키는 行爲이다. 그러나 現行 民法上 契約解除는 그 概念 정의가 明確하지 않기 때문에 解除의 概念에 관하여는 解除의 效果에 관한 學說에 따라서 각각 달리 정의하고 있다. 따라서 解除에 관한 概念을 바로 이해하기 위하여 解除制度를 沿革的으로 考察하여 보았다.

로마법에서 解除約款은 買受人이 約定期日 내에 代金を 支給하지 않을 때에는 契約의 成立을 認定하지 않겠다는 約定으로, 이러한 法律行爲를

---

16) 多數說은 民法上 제218조, 제286조, 제557조, 제628조, 제661조, 제689조 등에서 事情變更의 原則이 認定되어 있지 않다고 볼 수 없으며, 事情變更의 原則은 信義則에서 나온 本則으로 民法 제2조는 信義則을 宣言하고 있기 때문에 이를 肯定한다(곽윤직, 앞의 책, 159면); 그러나 判例는 지금까지 事情變更을 原因으로 하는 契約關係를 判示한 적이 없다. 대판 1963.9.12다 452에서는 “賣買契約을 맺은 때와 그 잔대금을 支給할 때와의 사이에 장구한 시일이 지나서 그 동안 貨幣價値의 變動이 극심하였던 탓으로 買受人이 애초에 契約할 당시의 金額表示대로 잔대금을 제공한다면 그 동안 양등한 賣買 目的物의 價格에 비하여 그것이 현저하게 均衡을 잃은 履行이 되는 事案이라 할 지라도 民法上 賣渡人으로 하여금 事情變更의 原理를 내세워 그 賣買契約을 解除할 수 있는 權利는 생기지 않는다”고 判示하고 있다.

17) 대판 2001. 11.13, 2001다20394, 20400.



賣買契約과 解除權의 合意로 構成되는 두 개의 意思表示로 把握하였다. 한편 中世 教會法은 雙務契約에 있어서 타방당사자로부터 給付의 履行을 받지 못한 當事者는 자신의 給付를 履行하지 아니할 權利를 가질 뿐만 아니라 契約을 解除할 수 있는 抗辯權을 갖는다고 이해하였다. 解除制度는 雙務契約關係에 있어서 雙方債務의 相互 依存的 견련성을 인정한 中世 教會 法學者들에 의하여 成立되었다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 債權關係에 있어서 가장 중요한 것은 債務者로부터 債務內容에 좇은 給付履行을 받는 것이다. 따라서 契約이 有效하게 成立하였다 하더라도 當事者一方의 債務不履行으로 인하여 契約을 더 이상 유지하는 것이 相對方 當事者에게 가혹한 狀況에 이르게 될 경우에 相對方 當事者로 하여금 당해 契約關係를 解消함으로써 契約의 拘束으로부터 벗어나 새로운 去來關係를 形成할 수 있는 가능성을 열어 주어야 한다는 점에서 契約解除의 存在意義를 구할 수 있다. 그러나 解除權은 當事者一方의 意思表示에 의하여 契約關係의 變動을 가져오는 形成權이므로 일정한 要件하에서 制限的으로 行使될 수 있어야 할 것이다. 여기서 契約解除發生의 要件에 관하여 檢討할 實益 있다고 보며, 이하 제3장에서는 이에 관하여 比較法的 分析에 重點을 두면서 檢討하고자 한다.

# 제 3 장 解除權의 發生原因에 관한 各國法の 比較

## 제 1 절 序 言

### I. 概 說

우리 民法의 體系上 解除權은 當事者의 合意에 따른 留保(約定解除)나 法律이 規定하고 있는 경우(法定解除)에 의하여 發生하게 된다. “解除權의 有·無에 관계없이 契約關係를 消滅하여 契約이 없었던 상태로 되돌리려는 雙方의 合意에 따른 새로운 契約”이라는 判例의 說明<sup>18)</sup>은 바로 約定解除에 대한 說明이다. 결국 約定解除는 契約 當事者가 애당초 契約의 解除를 合意로서 豫定하고 있는 경우로서 私的自治의 또 다른 모습으로 理解할 수 있다.<sup>19)</sup> 따라서 이에 대해서는 아무런 疑問의 여지가 없다.<sup>20)</sup>

주로 문제될 수 있는 것은 역시 法律이 規定하고 있는 法定解除의 경우이다.<sup>21)</sup> 즉 法律規定에서 一方契約 當事者의 意思表示로 契約關係의 一方的 解消가 가능하도록 許容한 경우이다. 우리 民法에서는 각 個別契約의 具體的 特徵을 고려하여 解除權의 發生을 規定하고 있기도 하지만,<sup>22)</sup> 債

18) 대판 94다17093 1994.9.13 선고; 대판 92다4270 1992.6.23 선고.

19) 하경호, 앞의 논문, 69면.

20) 대판 1983. 1.18, 81다89,90.

21) 대판 2001. 6.29, 2001다 21441·21458 에서는 契約解除權의 法的 性質을 일종의 形成權으로 보아 當事者 一方에 의한 契約解除의 意思表示가 있으면 그 效果로서 새로운 法律關係가 發生하고 그에 拘束되는 것이라고 본다.

22) 民法 제556조, 제557조의 贈與契約, 民法 제669조, 제673조 및 제674조의 都給契約의 경우를 들 수 있다. 이 경우 債權關係 特性을 고려하여 個別的으로 認定된 解除權으로서 그 要件도 個別的으로 規定되어 있다.

債務不履行의 類型을 제시하고 그러한 債務不履行이 發生한 경우에 解除權의 發生을 認定하고 있다. 민법 제544조와 履行遲滯와 제546조의 履行不能의 경우에 解除權의 發生을 認定한 規定이 그것이다. 그리고 우리 民法은 債務不履行責任(민법 제390조 이하, 제543조 이하)과 擔保責任(민법 제570조 이하)에서도 解除를 認定하고 있는데, 前者의 責任은 債務者의 歸責事由를 要件으로 하고 後者(擔保責任)는 債務者의 歸責事由를 要件으로 하지 않는 無過失責任이라고 通說은 설명한다. 이러한 解除의 規定들이 관심을 끄는 이유는 우리 민법 제390조에서 債務不履行의 경우 損害賠償의 要件에 관하여는 一般規定을 두고 있음에도 解除와 관련해서는 契約의 章에서 個別的으로 規定하고 있는데 있다.<sup>23)</sup> 이러한 履行遲滯나 履行不能이 債務不履行의 전형적인 모습이라는 점에서 아무런 의문이 없다.

그러나 解除制度에 內在하고 있는 立法的 問題點은, 解除와 관련하여 제390조상의 債務不履行責任(損害賠償請求權)이 歸責事由에 기한 것이고, 履行遲滯나 履行不能이 債務不履行의 전형적인 모습인 한 解除權도 역시 그러한 歸責事由를 要件으로 하는 것으로 볼 수 있는 것인가 하는 점에 있다. 즉, 다시 말해서 解除와 損害賠償을 契約違反(breach of contract: 契約에서 追究하는 權利·義務關契에 어긋나는 것)이라는 上位概念으로부터 끌어내지 아니하고, 債務者의 歸責事由에 의한 債務不履行으로부터 도출하려는데 있다. 이를 상세히 표현하자면 解除權의 發生은 언제나 債務者의 歸責事由에 의한 債務不履行을 前提로 하고 있다는 것이다. 契約의 解除와 損害賠償은 契約違反(給付障礙)이라는 하나의 뿌리에 바탕을 두고 있지만, 解除는 契約維持의 期待可能性을 要件으로 하는 契約解除에 관한 制度이고, 損害賠償은 歸責事由를 要件으로 하는 損害의 補償制度이다. 따

<sup>23)</sup> 不完全履行의 경우도 民法 제390조에서 規定한 債務不履行의 한 모습으로 이해한다: 곽윤직, 債權總論, 1995년, 161면; 김형배, 債權各論(契約法), 2001년, 212면; 안춘수, “債務不履行體系의 檢討”, 이영준 박사 화갑기념논문집, 1999, 480면, 獨逸에서도 우리나라와 같이 債務不履行이 不履行의 한 類型으로 理解되고 있다.

라서 이와 같은 立法과 制度의 趣旨 사이의 矛盾關係를 통하여 克復되어야 하는 것으로 생각된다.<sup>24)</sup>

## II. 債務不履行과 解除와의 關係

우리 民法 제390조에서는 債務者의 歸責事由로 인하여 債務內容에 좇은 履行이 없는 경우에 損害賠償 請求權을 認定하고 있다. 종래의 通說은 一般的인 債務不履行이 發生하면 解除權이 認定된다고 한다.<sup>25)</sup> 즉 제390조의 有責性에 기한 債務不履行責任으로서 損害賠償請求權이 認定되는 한, 解除權의 發生도 일반적인 債務不履行 責任의 效果로서 認定된다는 것이 通說의 입장이다. 債務不履行이 이미 歸責事由 있는 경우로서 理解되는 한 그 效果로서 비로소 認定되는 損害賠償請求權과 解除는 歸責事由라는 共通의 要件을 갖게 되는 셈이다. 그러나 이러한 通說의 立場은 解除의 機能과 本質을 간과한 見解이고, 現行 民法規定에서도 이와 같이 解釋할 수 있는 根據가 不足하다는 점에서 문제가 많다는 見解이다.<sup>26)</sup> 또한 이러한 이해는 債務不履行體系와는 별도로 擔保責任에서 그 歸責事由를 묻지 않고 損害賠償과 解除權을 認定하는 우리 規定을 볼 때 體系論上의 혼란을 유발하였다는 批判도 있다.<sup>27)</sup> 아울러 民法 改正案에서 이러한 通說의 입장을 반영하여 解除의 要件으로 債務者의 歸責事由를 明文化 한 것은

24) 契約責任의 一元的 法律에 관해서는 김정배, “契約責任論 批判” 고시계, 1992.12, 116면 이하 참고.

25) 곽윤직, 앞의 책 101면; 김상용, 債權各論(上), 1999, 141면; 김주수, 債權各論, 1997, 128면; 이은영, 앞의 책, 1999, 227면; 민법주해(VIII), 채권(6), 1999, 264면(김용덕).

26) 김형배 앞의 책, 215면; 명순구, 앞의 책, 449면; 정진명, “契約解除와 有責事由”, 비교사법 15권, 제1호, 16면; 하경호, 앞의 논문, 70면.

27) 박영복, “최근 서구 契約責任 論議와 우리 民法上의 契約責任 體系”, 民事法學 제13-14호, 1996, 337면.

단지 위의 通說의 論理를 그대로 답습하였을 뿐, 오히려 現行 民法이 解除의 制度的 本質을 고려하여 損害賠償과 體系上的 區別을 시도한 長點을 喪失하게 한 後退된 立法이라는 批判의 견해도 많다.<sup>28)</sup>

### Ⅲ. 契約解除와 歸責事由

우리 民法은 契約解除와 損害賠償을 동일한 構造 속에서 다루고 있다. 損害賠償에 관하여는 包括的 構成要件主義를 택하여, 민법 제390조에서 債務不履行이 있는 경우에 損害賠償責任을 지우고 있으며, 履行遲滯(제387조·제392조·제395조), 定期行爲(제395조), 金錢債務不履行(제397조) 등에 관하여 약간의 特則을 두고 있다. 契約解除要件에 관하여는 債務不履行의 類型에 따라서 履行遲滯와 解除(제544조), 定期行爲와 解除(제545조), 履行不能과 解除(제546조)로 나누어 類型別로 解除의 要件을 달리하고 있다. 또한 이 論文의 主要 論點 중의 核心이 될 수 있는 事案으로, 債務不履行으로 인한 損害賠償에서 故意·過失을 要하는 것과 마찬가지로 履行不能시의 解除의 경우에도 債務者의 責任있는 事由를 要件으로 하고 있다. 문제가 되는 것은 履行遲滯의 경우에도 債務者의 歸責事由를 要件으로 할 것인가에 대하여 解釋上 다툼이 있다는 것이다. 契約解除와 損害賠償은 그 기능면에서 고찰할 때 전혀 다른 次元의 技能을 담당하는 制度로서 보아야 한다. 損害賠償 그 중에서도 履行에 갈음하는 損害賠償은 契約의 本來의 目的 즉 給付의 履行이 최종적으로 挫折되었을 때 責任의 소재를 가려 債務者가 債權者에게 本來의 給付에 대신하여 일정한 賠償額을 支給하게 함으로써 契約 當事者間의 關係를 마무리 하는 것이다.

<sup>28)</sup> 하경효, 앞의 논문, 78면; 안법영, “2001년 法務部 民法 改正案에 관한 小考-總則編과 債權編을 中心으로”, 高麗法學 제38호, 2002, 192면 이하; 안법영, 改正 獨逸 民法의 解除解止法の 一別- “우리民法典의 改正案에 관한 논의에 붙여서”, 比較私法 9권 3호(통권18호), 2002.10.27면 이하.

반면에 契約解除는 아직 진행 중인 契約關係에서 契約의 本來의 目的을 達成하는 것이 어렵게 되었을 때에, 一方의 일방적인 選擇으로 契約關係를 終了시키는 것이다. 즉 契約解除는 무의미하거나 危險性이 중대한 契約關係를 早期에 종결시켜 그 被害를 最小化하고자 하는 豫防的인 性格을 가지고 있고 또 一方의 選擇으로 이루어지는 形成的 性格을 가지고 있다.

이상과 같이 이러한 內容은 解除權의 發生要件을 어떻게 정할 것인가의 중요한 判斷基準이 되므로, 學說과 判例에 대하여 보면 다음과 같다.

## 제 2 절 學 說

### I. 歸責事由 必要說

通說은 民法 제390조가 債務不履行에 대해 寡責主義 立場을 반영한 것이라고 설명한다. 現行民法 제390조는 債務不履行에 따른 損害賠償 責任을 規定하면서 債務內容에 좇은 履行이 없음에 그치지 않고, 債務者에게 古意나 過失이 있을 것을 名文으로 規定한 것이라고 한다. 이러한 立場에 따른다면 결국 債務不履行이 成立하기 위해서는 債務內容에 좇은 內容이 없을 것이라는 客觀的인 要件과 債務者에게 歸責事由라는 主觀的인 要件이 모두 充足되어야 하며, 이러한 경우에 비로소 損害賠償責任과 함께 解除權이 發生된다고 이해한다.<sup>29)</sup> 따라서 通說의 立場으로 보면 債務不履行이 發生하였다는 것, 그 自體는 債務者의 歸責事由를 前提로 하는 것이고, 債務不履行의 效果로서 解除權과 損害賠償 請求權이 發生하게 된다고 理解하는 것이며, 이렇게 理解하는 한 解除權의 發生에는 歸責事由가 要件이 될 수밖에 없다.

<sup>29)</sup> 곽윤직, 債權總論, 앞의 책, 141; 민법법해(VIII), 債權(6), 1999, 274면(김용덕).

이러한 通說의 論據를 보면 實定法的 根據로 민법 제546條를 들 수 있다. 民法 제546조는 “債權者가 責任 있는 事由로 履行이 不能하게 된 때에는 債務者는 契約을 解除할 수 있다”고 規定하고 있다. 여기서 “債務者의 責任 있는 事由”를 明示的으로 規定하고 있는 民法의 태도가, 不能이 債務者의 歸責事由에 기한 것이어야 한다는 것을 名言하고 있다는 설명이다.<sup>30)</sup> 解除와 관련된 債務不履行의 一般的 效果規定을 損害賠償과는 달리 두지 않고, 단지 類型에 따른 個別的 規定을 둔 現행 民法上 履行不能의 規定이 債務不履行의 典型的 모습으로 債務不履行의 一般에 適用된다고 이해한다. 그렇기 때문에 名文의 규정대로 解除權의 發生要件에 一般적으로 歸責事由를 要求하는 것으로 解釋이 가능해진다.

履行不能과는 달리 民法 제544조의 履行遲滯에는 “債務者의 責任 있는 事由”라는 표현이 규정되어 있지 않다. 민법 제544조에서는 “當事者 一方이 그 債務를 履行하지 아니하는 때에는 相對方은 상당한 期間을 정하여 그 履行을 催告하고 그 期間 內에 履行하지 아니한 때에는 契約을 解除할 수 있다. 그러나 債務者가 미리 履行하지 아니할 意思를 표시한 경우에는 催告를 要하지 아니한다.”라고 規定하고 있다. 따라서 履行遲滯에는 履行不能과는 달리 歸責事由를 解除의 要件으로 解釋할 實定法的 根據는 약하다는 것이다. 그러나 通說의 태도는 履行遲滯라는 概念 內에 債務不履行의 成立要件으로 債務者에게 責任 있는 事由가 포함되어 있으므로 履行遲滯가 認定된 다면 이는 이미 履行遲滯가 認定된 것이고 그러므로 歸責事由를 要件으로 하는 履行遲滯의 效果인 解除權의 發生에도 歸責事由가 要件이라고 解釋할 수 있다는 설명이다.<sup>31)</sup> 또한 解釋上 歸責事由가 解除의 要件이라 하는 것도 우리 民法의 過責責任을 原則으로 하고 履行遲滯와

---

30) 민법주해(VIII), 債權(6), 1999, 299면(김용덕).

31) 위의 책, 274면.

履行不能을 구별할 實質的 根據가 없기 때문이라고 설명한다.<sup>32)</sup>

그 밖의 根據로 설명하는 것으로는 金錢債務에서 歸責事由 없음을 抗辯하지 못한다는 特則(민법 제397조)를 든 것 등을 제시하고 있다. 그런데 原來 解除는 契約關係의 一方的 解消를 意味하므로 스스로 契約의 內容에 拘束을 부여한 當事者 關係에서 그러한 契約의 拘束을 一方이 解消 한다는 것은 결국 私的自治原則에 附合하지 않는 면이 있다. 따라서 解除의 濫用을 막을 필요가 생긴다는 것이다. 결국 解除를 어느 정도까지 용이하게 行使할 수 있도록 하는 것인가의 問題에 대하여 通說이 歸責事由를 要한다는 立場을 택한 것은 주로 解除의 濫用可能性을 우려해서 비롯된 것임을 알 수 있다.<sup>33)</sup> 현행 民法 제543조가 法律上 특히 豫定된 경우와 當事者間의 合意에 따른 경우에만 비로소 契約의 解除를 認定하는 것은, 바로 가능한 한 契約의 拘束力을 一方이 解消시키지 못하도록 하는 趣旨를 나타내고 있다고 볼 수 있다.

## II. 歸責事由 不要說

通說의 立場과는 달리 解除權의 發生에 歸責事由를 要件으로 하지 않는다는 見解이다. 이는 현행 民法 제390조는 債務不履行에 따른 損害賠償責任의 要件으로 歸責事由를 規定한 것에 불과한 것이지, 解除의 發生까지 당연히 一般化 될 수 없다고 한다. 결국 이러한 見解는 민법 제390조의 規定에서 歸責事由를 言及한 것은 損害賠償 請求權의 認定與否에 관한 것일 뿐, 解除權의 發生과는 아무런 관련 없는 規定이라고 설명한다. 通說이 설명하는 民法 제390조가 債務不履行의 過責主義를 反映한 것이라

32) 곽윤직, 債權總論, 앞의 책, 141면; 김상용, 債權各論(上), 1999, 143면.

33) 하경효, “債務不履行과 契約解除의 要件- 有責性 要件에 대한 批判的 檢討를 중심으로”, 高麗法學 40호, 2003, 73면.



는 설명도 결국 解除權과는 관련이 없고, 損害賠償 請求權에 한하여 과책주의를 反映한 것이라고 한다. 이러한 立場에서는 通說에서 實定法的 根據를 들고 있는 民法 제546조의 “債務者의 責任 있는 事由”에 대해서는 다음과 같이 설명한다. 明文上으로 보면 現行 民法이 履行不能의 경우에 명백히 歸責事由를 解除權의 發生要件으로 한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 通說에서 履行遲滯에 의한 解除의 경우에도 歸責事由를 要하는 것으로 履行不能의 경우와 같게 解釋하는 데 異說이 없다고 하는 것<sup>34)</sup>의 의미는 그러한 明文上의 規定을 달리 解釋할 수 없다고 바라보는 좋은 예이다. 그러나 이에 대해서 歸責性不要說에서는 民法 제546조는 양당사자에게 歸責事由 없는 경우 또는 債權者에게 歸責事由 있는 경우와 같은 危險負擔의 問題와 구별하여 특히 그 法的效果를 規定한 것에 지나지 않는 것으로 이해한다.<sup>35)</sup> 풀어서 설명하자면 우리 民法의 規定上 危險負擔의 경우는 債務者 또는 債權者의 歸責事由 없는 領域의 경우를 상정한 것으로 이러한 경우에 別途의 契約解除 없이도 危險負擔의 原理에 의해 契約當事者間의 關係가 清算될 수 있게 한 것이며, 履行不能의 경우에 “債務者의 責任 있는 事由”를 規定한 것은 債務者의 責任이 없는 事由로 不能이 發生한 경우 이미 그 債務는 消滅한 것이기 때문에 契約解除權의 發生의 의미를 갖는 것은 債務者의 責任 있는 事由에 기한 履行不能의 경우에 국한되므로 이를 별도로 規定해 놓은 것일 뿐이라는 解釋이다.<sup>36)</sup> 또한 民法이 제546조에서 債務者의 歸責事由를 意味 할 수도 있는 “責任 있는 事由”를 削除하고 단순히 “履行不能하게 된 때에는”이라고 規定하더라도, 민법 제

34) 민법주해(VIII), 債權(6), 1999, 274면(김용덕)에서는 위와 같은 解說에는 異說이 없다고 解釋한다.

35) 김형배, 앞의 책, 2001, 224면; 정진명, “契約解除의 事由”, 比較私法 제5권 1호, 1998, 22면 이하.

36) 김형배, 앞의 책, 2001, 212면; 하경효, 앞의 논문, 74면; 앞의 논문, 344면; 정진명, 앞의 논문, 22면.

537조와 제538조를 同時에 고려한다면 마찬가지로 解除權은 債務者의 責任 있는 경우에 한해서만 認定되고 그 외의 경우는 民法 제537조 및 제538조로 規律되는 것으로 解釋할 수밖에 없다.<sup>37)</sup>

따라서 通說이 解釋하는 것처럼 民法 제546조의 “責任 있는 事由”라는 規定이 解除權 發生의 要件으로 規定된 것이라고 단정할 수는 없다는 것이다. 이외의 根據로도 “債務者의 責任 있는 事由”의 의미를 반드시 債務者의 過責으로 概念上 같이 볼 것은 아니라는 論據도 說得力이 있다.

歸責性要件不要說의 대표적인 實定法的 根據는 通說과는 反對로 履行遲滯를 規定한 民法 제544조이다. 그 이유로는 同 規定에서는 解除權 發生에 있어서 歸責事由에 관한 要件을 名文으로 規定한 바 없기 때문이다. 이러한 見解는 債務不履行의 가장 빈번한 事例가 履行遲滯이며 따라서 履行遲滯의 規定이 履行不能의 規定보다는 오히려 더 原則적인 規定이 될 수 있기 때문이라고 설명한다. 또한 解除를 어느 정도 용이하게 認定할 것인가의 問題에 대해서도 解除權의 行使를 엄격하게 規制하는 것은 契約關係의 實現이라는 意味에서 매우 중요하다고 설명하면서 이는 私的自治의 原則上 重要하나, 그렇다고 歸責事由를 要件으로 하여 解除權의 發生의 要件을 어렵게 하는 方法으로 解除權 行使를 엄격하게 規制하려 하는 것은 全體 契約責任에 附合하지 못하는 것이라고 한다.<sup>38)</sup> 왜냐하면 解除는 契約上 損害賠償 責任과는 달리 債務者에게 일정한 責任을 歸屬시키는 것을 目的으로 하는 것이 아니고, 오히려 債權者에게 契約上 拘束으로부터 벗어나서 새로운 去來行爲를 할 수 있는 自由를 回復시키려는 것이 目的이기 때문이다.<sup>39)</sup> 따라서 解除의 가능성은 契約義務違反의 事實이 중대

---

37) 이진기, “債務不履行의 일원적 規律을 위한 論議”, 2003년도 韓國法律學會 춘계학술 발표회 資料集, 2003, 85면.

38) 김형배, 앞의 책, 206면

39) 김형배, 앞의 책, 215면; 하경호, 앞의 논문, 75면

한 경우에만 認定되는데 이는 결국 契約義務違反의 重大性 與否에 의하여 解除의 可能性이 決定된다는 것이다.

그렇다면 결국은 契約에 있어 解除의 判斷을 債務者의 歸責事由 與否에 두는 것이 아니고, 債務者가 契約履行義務를 違反한 事實이 重大한 것인가 아닌가의 與否에 두는 것이라고 정리된다.

### 제 3 절 判 例

履行遲滯와 履行不能의 경우를 나누어 判例의 立場을 정리하면 다음과 같다. 履行遲滯의 경우, 明文에 歸責事由의 要件이 없음에 따라 判例도 반드시 歸責性을 要件으로 하고 있지 않다는 것이다. 또한 履行不能에 관한 判例에서 看過하지 말아야 할 것은 一部 履行不能이 있는 경우에도 그러한 一部給付의 履行不能으로 말미암아 契約目的을 達成할 수 없다고 認定되어야 비로소 全部의 解除를 가능한 것으로 본다는 점이다.<sup>40)</sup> 마찬가지로 民法 제544조상의 履行遲滯에 따른 債務不履行을 이유로 契約을 解除하기 위해서도 당해 債務가 契約의 目的에 있어서 필요 불가결하고 이를 履行하지 아니하면 契約의 目的이 達成되지 아니하여 債權者가 그 契約을 締結하지 아니하였을 것이라고 여겨질 定度の 주된 債務이어야 한다. 그렇지 아니한 附隨的 債務를 不履行한 데에 지나지 아니한 경우에는 契約을 解除할 수 없다고 하는 점<sup>41)</sup> 등의 判例의 태도는 결국, 일반적인 債務不履行에 대하여 언제나 解除權의 發生要件으로 歸責事由를 要求하고 있다고 볼 수 없다는 점이다. 債務不履行에 따른 解除權의 發生은 民法 제544조가 原則的 規定이라는 점에서 볼 때에 解除의 要件으로 歸責事由를

---

40) 하경효, 앞의 논문, 75면.

41) 대판 2001다20394, 20400, 2001.11.13. 선고.

要件으로 判斷하고 있다고 보기 어렵다는 것이다.

결국, 歸責性要件不要說의 立場에서는 解除의 發生可能性 判斷基準을 判例에서도 契約違反行爲가 契約의 目的에 비추어 중요한 것인가, 與否를 中心으로하여 判斷하고 있다고 한다.

## 제 4 절 檢 討

歸責性要件必要性에 관한 通說의 解釋論과 歸責性要件不要說의 解釋論의 타당성을 判斷하는 過程에서 중요한 것은 반드시, 歸責事由를 要하는 債務不履行의 效果로서 解除가 認定되는 것인가 아니면, 解除는 歸責事由를 要件으로 하는 債務不履行과는 必然적으로 관련될 필요는 없는 別個의 目的을 가진 制度이어야 하는지가 問題의 要旨라고 생각된다.

歸責性要件說의 경우 설명대로 解除制度가 損害賠償制度和 같이 歸責事由를 要件으로 하는 債務不履行의 필연적인 效果라면, 解除權의 發生要件을 通說과 같이 해석함이 타당할 것이다. 하지만 歸責性要件不要說의 경우처럼, 債務不履行의 效果로서 필연적으로 認定되어야 하는 制度가 아니라면, 우리 民法의 解釋도 通說과 충분히 달라질 수 있다고 생각된다. 이러한 問題에 대한 判斷을 위해서 이 研究에서는 각국의 解除制度의 規定을 檢討하여보고 각국의 立法例에서는 解除制度를 어떠한 性質의 것으로 規定하고 있는가를 검토하여 보겠으며, 또한 우리 民法의 解釋論 및 改正에 대한 立法論으로서 어떠한 立場이 바람직한가를 判斷하여 보고자 한다. 그리고 우리의 立法 草案은 獨逸 民法을 繼受하였기에 특히 各國의 立法論을 檢討하는 데에 있어서 우리가 주목할 수 있는 부분은 獨逸民法의 改正 部分이 되겠으며, 아울러 國際私法 規範의 解除規定과 각국의 先進立法까지하여 검토 내지 다루어 보겠다. 특히 최근 改正 結果에 肯定的

評價를 받고 있는 네덜란드 民法과 그 외에 유엔 統一賣買法이나, 私法統一作業의 일환으로 나타난 國際商事契約原則의 規定의 內容을 檢討하여 보겠으며, 마지막으로 統一유럽에서 適用하고자 하는 유럽 契約法原則의 規定에 나타난 解除規定 까지 포함하여 보면 다음과 같다.

## 제 5 절 獨逸法

### I. 獨逸 債權法

#### 1. 改定前 獨逸 民法

독일민법은 2001년 改正되기 前에는 契約의 解除를 約定解除와 法定解除로 나누고, 解除의 기본은 契約上 合意된 約定解除를 中心으로 規律하였다.<sup>42)</sup> 그리고 賣渡人의 瑕疵擔保責任의 內容으로서의 解除는 形成權이 아니라 請求權으로 規定되어 있었다. 즉 債務不履行으로 인한 解除에 있어서는 債權者의 一方的 意思表示에 의하여 解除權을 行使하면 契約關係가 消滅하게 된다. 그러나 解除請求權의 行使에 의한 契約의 解除에 있어서는 買受人이 賣渡人에 대하여 賣買契約解除를 請求(즉, 請約)하고 賣渡人이 契約解除에 同意(즉, 承諾)을 하여야 賣買契約關係가 消滅하게 된다.

買受人의 契約解除請求에 대하여 賣渡人이 同意하지 않으면, 買受人은 法院에 賣渡人의 同意(즉, 承諾)에 갈음하는 判決을 구할 수 있었다. 그리고 獨逸民法上の 法定解除는 債務不履行에 의하여 發生하였다. 債務不履

---

42) 독일민법은 解除制度를 形成權制度로서 명확히 規定하였다. 解除의 節에서는 우리 民法과는 달리 約定解除를 中心으로 規定하고(독민 제346-제361조), 債務不履行을 이유로 하는 法定解除權의 發生은 雙務契約의 節에서 規定하고 있다. 따라서 이러한 立法方式은 獨逸法이 法定解除制度를 雙務契約에서 양 債務의 履行上 建連關係를 확보하는 制度로서 把握하는 데에 기인한다.

行에 관하여 獨逸民法에서는 履行遲滯와 履行不能을 規定하고 있었고, 不完全履行(적극적 채권침해)은 慣習法에 의하여 認定되었다. 따라서 독일에서의 法定解除의 原因은 履行遲滯, 履行不能, 그리고 不完全履行은 慣習法에 의하여 이루어지고 있었으며, 債務不履行이 成立하기 위해서는 債務者에게 故意·過失의 歸責事由가 있어야 하였으며<sup>43)</sup>, 또한 賣買에 있어서의 解除처럼 歸責事由를 要하지 않는 경우도 있다. 그리고 不完全履行에서와 같이 期待可能性, 一部履行에서의 相對方의 履行, 行爲基礎의 喪失에는 債務者의 過失을 要하지 않았으며, 또한 債務者가 給付義務를 不履行한 것이 아니라 부수의무를 不履行한 경우는 契約을 解除할 수 없고 損害賠償만 請求할 수 있는 등 比較的 散漫하고 相異하게 이루어져 있었다.

## 2. 改正後 獨逸 民法

독일에서는 2001년 1월 1일부터 새로운 債權法이 施行되고 있다. 그것은 그 직접적인 出發點이 된 2000년 8월의 “債權法現代化를 위한 討議安”을 공표한 이래 불과 1년 4개월 만에 立法節次를 거쳐서 그 施行을 본 속전속결의 立法事業이었다.<sup>44)</sup> 이와 같은 독일 債權法現代化法案이 立法으로 추진되고 있었던 것은 2001년말 까지 유럽연합의 消費商品賣買指針(Vebrauchsgüterkaufrichtlinie)이 獨逸國內에서 立法化 되어야 하였기 때문에, 자체에 이와 함께 그 동안 推進되어 왔던 독일 債權法 改正案의 立法도 함께 종결 짓기 위함이었다.<sup>45)</sup> 그리고 이러한 獨逸 債權法現代化 法

43) 故意의 概念에 관해서는 行爲에 대한 認識과 意慾 외에 違法性에 대한 認識을 포함하느냐 않느냐에 관하여 見解가 대립되고 있다.

44) 송호영, 앞의 논문, 2003, 195-196면: 독일 債權法의 改正作業은 1970년대 後半부터 準備되고 以後 일정한 持續性을 가지고 進行되어온 덕분에 比較的 短期間 내에 立法案이 마련될 수 있었다.

45) 그러나 獨逸法學系에서는 消費商品賣買指針書의 國內法으로서의 立法과 獨逸債權法

案의 내용은 英美法の 내용을 바탕으로 이루어진 국제적인 統一契約法들의 立法을 基礎로 하는 것으로서, 오늘날의 세계적인 推移인 國際化, 世界化의 債權法の 反影이라 할 수 있다. 이러한 독일의 債權法の 現代化法案은 2001년에 立法에 되어, 이제는 債務者의 契約不履行이 義務違反 하나로 통일이 되었으며, 義務違反으로 인한 契約의 解除에는 債務者의 故意·過失을 요하지 않지만(제323, 324 BGB), 損害賠償義務은 債務者의 故意·過失이 있어야 하는 것으로 改正되었다(제280 BGB).

최근 獨逸의 改正民法은 舊獨逸民法의 散漫하게 이루어져 있는 契約解除制度를 否定的으로 보고 英美法이나 유엔統一賣買法の 模範을 따라 契約上의 “義務違反”이라는 표지에 의해 統一的으로 規律하고자 하는 노력을 보인 결과, 改正 獨逸民法에서는 債務不履行의 여러 類型을 義務違反(Pflichtverletzung: Pflichtwidrigkeit) 하나로 통합하였다. 따라서 義務違反에는 종래의 履行遲滯, 履行不能, 不完全履行, 履行期到來前の 履行拒絶, 擔保責任을 모두 包括하게 되었다.<sup>46)</sup> 이러한 義務違反이 있을 때에는 法的效果로서 損害賠償請求權, 契約解除權, 瑕疵補修請求權, 代金減額權이 發生한다. 이 중에서 契約違反의 가장 중요한 法的效果는 損害賠償請求權과 契約解除權등이 있다. 改正 獨逸民法은 義務違反으로 인한 損害賠償請求에 있어서는 債務者의 歸責事由를 要하는 것으로 規定하고(獨民 제 280조 제2항)있으며, 契約解除에 있어서는 債務者의 歸責事由를 要하지 아니하고 客觀的 契約違反이 있으면 족한 것으로 規定하고 있다(독민 제

---

改正을 분리하여, 전자는 2001년말 까지 立法하고, 후자는 더 시간을 갖고 검토한 다음에 立法할 것을 주장하였다.

46) 송도영, 앞의 논문: 새로운 債務不履行法の 體系에 관하여 두 가지 法 政策的 目標로서, 첫째로 統一化와 單純化를 통하여 債務不履行法을 現代적으로 再構成하는 債務不履行을 個別類型(履行不能, 履行遲滯, 不完全履行)으로 分類하는 것을 廢棄하고 契約上 “義務違反”이라는 統一的인 要件을 정해야 한다는 것이고, 둘째로는 既存의 判例로 개발된 制度를 民法典 속으로 編入하여 立法의 透明성과 完決性を 確保하는 것으로 積極的 債權侵害, 契約締結上の 過失, 行爲基礎의 喪失을 實定法에 受容하는 것이다.

323조). 따라서 改定 獨逸 民法에서는 契約解除로 인한 債務不履行에 債務者의 歸責事由를 要하지 아니한다.<sup>47)</sup>

그러므로 獨逸 改正民法에서는 解除權은 중대한 契約義務 不履行, 즉 重大한 違反을 要件으로 하며, 損害賠償은 歸責事由에 기한 義務違反을 要件으로 하는 制度로 理解되고 있다. 따라서 解除는 契約關係의 相對方에 대한 制裁나 非難을 의미하는 損害賠償制度와는 그 次元을 달리하고 있다. 이와 같은 義務違反으로 인한 解除權의 行使에 있어서는, 債權者는 먼저 債務者에게 履行 또는 追完履行을 위한 적절한 期間을 許與하여야 한다(獨民 제323조 제1항).

그러나 債務者가 給付를 진지하게 그리고 終局的으로 拒絶하거나, 違反限 契約이 定期行爲거나, 履行不能의 경우와 같이 즉시 解除를 정당화할 만한 특별한 事情이 있는 때에는 期間을 許與하지 않고 義務違反이 있을 때에 곧 解除할 수 있다(獨民 제323조 제2항). 그리고 附隨的 義務違反으로도 契約解除를 認定하고 있다.

그러나 給付義務 違反의 경우와는 달리 부수의무의 違反이 있는 때에는, 그로 인하여 債權者로 하여금 그 契約을 維持토록 하는 것이 더 이상 期待할 수 없을 때에는 그 債權者가 그 契約을 解除할 수 있도록 規定하고 있다. 따라서 부수의무 違反의 경우에는 그것이 本質的인 契約違反이 될 때에 비로소 解除할 수 있다고 解釋된다.

이와 같은 義務違反<sup>48)</sup>으로서의 統合과 관련하여 從來의 擔保責任의 法

---

47) 김형배, “改正 獨逸 債權法の 現代的 意義”, 民事法學 23호, 2003, 190면: 從前의 不能과 遲滯의 이원적인 給付障礙 類型에서 탈피하여 “義務違反(Pflichtverletzung)”이라는 包括的인 基準이 각종 損害賠償 請求權과 解除에 관한 統一的 基本要件이 되었다. 다만 損害賠償은 債務者의 歸責事由를 要件으로 하지만, 解除에 있어서는 歸責事由가 要件이 아니다. 또한 積極的 債權侵害의 領域도 包括할 수 있게 되었으며, 保護義務와 契約締結上의 過失責任 行爲基礎의 喪失을 法文化하였다. 그 결과 全般的으로 債務不履行의 構成體系가 單純化 되어 國際的인 基準과 附合하게 되었다.

48) 獨逸 債權法現代化法案에서는 一般債務不履行의 體系, 給付障礙에 대한 一般要件과



리가 크게 바뀌게 되었다. 즉, 權利의 瑕疵와 物權의 瑕疵로의 구별이 없어졌으며, 賣渡人의 擔保責任의 內容으로서의 契約解除請求權(Wandlung)이 形成權으로서의 契約解除權(Rücktritt)으로 統合되었으며, 代金減額權이 認定되었으며, 債務者의 追完(Nacherfüllung)이 追加的으로 認定되었다. 그리고 瑕疵補修請求權(Nachbesserung), 完全物給付請求權을 內容으로 하는 代替物給付請求權(Erstzlieferung)이 義務違反의 內容(즉, 擔保責任)으로 認定되었다.

契約의 解除는 債務者의 과책을 要하지 아니하며, 義務違反이 있다고 해서 항상 行使할 수 있는 것은 아니고, 債務者가 契約上의 給付를 履行하기를 원치 않거나(unerwünscht), 債務者의 給付履行을 期待할 수 없을 경우(nicht erwartungsgerecht)에 認定되었다. 그리고 契約解除와 損害賠償을 請求할 수 있도록 許容하고 있었다. 그리고 독일 債權法現代化法에서는 不能인 給付를 目的으로 하는 契約도 有效로 다루며, 義務違反의 法理에 包括하여 解決하고 있었다.

## 제 6 절 프랑스 民法

### I. 解除의 原因

프랑스民法에서는 改定前 獨逸民法에서와 같이 債務不履行의 類型을 나누어서 規定하지 않고, 不履行 하나로 統合하여 規定하고 있다. 즉 履行遲滯, 履行不能, 一部履行, 附隨的義務의 不履行 등 積極的 債權侵害를 각각

---

效果, 賣渡人과 受給人의 擔保責任, 民事特別法의 民法典으로의 受容, 消滅時效에 관해서 다루고 있었다. 그리하여 獨逸 債權法現代化法案에서는, 義務違反 속에 債務不履行, 擔保責任을 包括하고, 普通去來約款의 實體法的 內容을 民法典으로 受容하고자 하며, 消滅時效期間을 30년에서 3년으로 短縮할 것을 推進하고 있었다.

분리하여 다루지 아니하고, 모두 不履行의 內容으로 포섭하여 이에 대한 法的效果를 同一하게 規律하고 있다. 이러한 包括的 意味의 債務不履行이라는 개념은 프랑스민법에서 契約責任과 契約解除의 原因이 된다. 특히 解除의 原因에 관하여 제1184조 제1항에서 “양당사자 중 一方이 契約에서 만족을 얻지 못하는 경우를 위하여 雙務契約에서 解除의 條件은 항상 默示적으로 合意되어 있다.”고 規定하여 이를 분명히 하고 있다. 동조 제2항에서는 “이 경우<sup>49)</sup>의 契約은 法律上 당연히 解除되는 것은 아니다. 債務不履行을 받지 못한 當事者는 契約履行이 가능한 경우에 그 強制履行을 請求하거나 혹은 損害賠償과 함께 解除를 請求할 수 있는 選擇權을 갖는다”고 規定하였다.

## II. 解除權의 行使

解除權의 行使方式에 대하여, 教會法의 影響을 받아 프랑스 民法 제 1184조 제3항<sup>50)</sup>에서는 “契約解除는 法院의 判決에 의해야 하며, 이 때 法官은 정황을 참작하여 被告에게 猶豫期間을 許與 할 수 있다”고 規定하고 있다. 이러한 것이 他立法에 비교하여 특이 하며, 契約違反이 있는 경우 教會法院의 判事는 契約違反 事實이 教會法上的 制裁의 對象이 되는가를 判斷하고 그러한 契約違反者에게 적절한 制裁를 決定할 수 있는 權限이 있었다. 이러한 教會法의 影響 외에도 프랑스 民法은 “누구도 자기 자신

---

49) 여기에서 “이 경우”라고 하는 것은 本條의 바로 전항과 연결하여 解釋되어야 한다. 따라서 제1항 제2항 제1문의 內容을 연관지어 解釋한다면 “雙務契約에 있어서 契約 當事者중의 一方이 不履行한 경우를 대비하여 언제나 解除條件이 內包되어 있는 것인데, 그렇다고 하더라도 債務不履行이라는 事實의 發生 自體만으로 契約이 당연 解除되는 것은 아니다” 정도로 解釋될 수 있다. ;명순구, 앞의 논문, 445면.

50) 이은영, 앞의 책: 제1184조 제3항; 바로 教會法의 傳統에 淵源을 두고 있다는 根據인 것이다.

을 정당하게 評價 할 수 없다(Nul ne peut se faire justice à soi-même)”라는 原則에 철저했기 때문에 獨逸法에서와 같은 形成權의 觀念에 익숙하지 않았고, 法院의 後見的 機能을 重視하는 結果 이러한 解除方式을 取하게 되었다.<sup>51)</sup> 債務不履行으로 解除訴訟이 提起된 경우, 事實審法官은 原告의 請求에 구애받지 않고 法官의 固有權限에 기해 債權者에게 損害賠償만을 認定하든가 또는 契約解除의 判決을 하게 된다. 이 때 事實審法官은 辯論終決시까지의 모든 事項을 참작할 수 있는데, 一般的으로 解除判決이 있기 위해서는 債務不履行의 程度가 심각한 것 이여야 하며, 그러한 程度에 일어지 않은 債務不履行의 경우에 대하여는 損害賠償만 認定할 수 있다. 債務不履行을 위한 猶豫期間을 許與할 것인가도 法官은 자신의 固有權限을 가지고 判斷하게 된다.<sup>52)</sup>

### Ⅲ. 歸責事由와 解除와의 關係

프랑스 民法의 경우, 不履行이 成立하기 위해서는 債務者의 歸責事由에 의한 것을 要求하고 있다. 그러나 債務者의 歸責事由의 立證責任에 있어서는 債務者가 行爲債務이나 結果債務이나에 따라서 각각 다르다.

前者는 醫師의 治療行爲와 같이 行爲 그 자체만 要하고, 그 結果를 要하지 않는 債務로서, 이러한 行爲債務에 있어서는 善良한 管理者의 主意義務를 다하면 債務는 履行된 것이 된다. 이러한 行爲債務을 手段債務라고 하고, 이러한 行爲債務에 있어서 債務者의 歸責事由에 대한 立證責任

---

51) 명순구, 앞의 책, 435면; 주식 民法 債權各論(2) 1999, 44면(이은영); 이은영, 債權各論, 2000, 217면.

52) 이러한 점에서 프랑스 民法上의 猶豫期間은 그 法的 性格에 있어서 우리 民法의 제 544조 本文의 相當한 期間을 정하여 하는 催告와는 그 本質을 달리한다고 한다; 명순구, “우리民法上의 履行遲滯로 인한 契約解除와 그 比較法的 特性”. 法學論叢 제12집, 漢陽大學校 法學研究所, 1995, 439면.

은 債權者가 負擔한다(프랑스 민법 제1137조). 그리고 結果債務는 運送契約上의 債務와 같이 行爲의 結果가 이루어져야 債務가 履行된 것으로 되는 債務로서, 不可抗力의 경우를 제외하고는 債務者가 그 不履行에 대하여 責任을 져야 한다는 것이다.

그리고 債務者의 歸責事由에 대해서는, 債務者 스스로 免責事由를 立證하지 못하는 한 責任을 져야 한다(프랑스 민법 제1147조). 즉, 프랑스의 學說과 判例는 다음과 같은 結果를 내고 있다. 多數學者의 경우에는 不履行이 債務者의 歸責事由에 의한 것일 것을 要求하고 있으며, 判例는 不履行이 歸責事由에 의한 것일 것을 要求하지 않고 있다고 한다.<sup>53)</sup>

## 제 7 절 네덜란드 民法

### 1. 成立背景 및 概要

20세기에 들어서 네덜란드는 法에 社會的으로나 經濟的으로 弱者 계층의 保護의 必要性을 느끼며, 이러한 부분의 內容을 特別法으로 反映하였다가 이를 民法典으로 삽입하고자하는 論議가 야기 되었는데 이러한 1947년 새로운 民法典의 基礎 作業에 대한 委任을 政府가 決定하기에 이르렀다. 그 결과, 1992년 1월 1일 새로운 民法典(총10개편)의 重要부분인 債權 및 物權法 全般이 施行<sup>54)</sup>됨으로서 네덜란드의 신민법전은 法的確實性과 豫見可能性을 확보하기 위하여 일괄되고 統一的인 規律을 시도하면서 다면적인 法體系를 하나로 통합한 進步的인 構造라고 評價받고 있다.<sup>55)</sup>

53) 안춘수 역(Michael Stahopoulos), “契約의 拘束力과 契約關係의 解消에 관한 比較法的 考察”, 延世大學校 法學研究 제6권, 1996. 6, 548면.

54) 박영복, “네덜란드 民法의 再編纂 :그 體系 및 內容의 眺望”, 홍천용교수화갑 記念論文集, 3면-5면.

## 2. 契約責任의 基本要件으로서의 義務違反

무엇이 債務不履行인가에 관하여 네덜란드 新民法典은 프랑스 民法에 유래한 舊民法典보다 명확하게 契約責任을 契約에 의한 혹은 그 밖의 原因에 의한 債務의 不履行을 意味하는 義務라는 統一的 概念 下에 構成하여 債務不履行을 統一的으로 把握하고 있다. 따라서 “債務關係가 要求하고 있는 것에 대하여 어떠한 점을 缺如하고 있는 모든 경우”가 義務違反으로 받아들여지는 것으로 된다. 그러므로 이제는 더 이상 履行不能, 履行遲滯, 不完全履行은 給付障礙에 독자적인 형태가 아니라 義務違反의 태양에 불과 하며, “履行의 可能性 與否가”가 중요한 基準이 된다.<sup>56)</sup> 이러한 義務違反은 그 不履行이 債務者의 歸責事由에 의한 것이건 아니건 불문하는 概觀的인 概念이다. 네덜란드 新民法은 債務者의 責任에 歸責하는 義務違反에 대하여 주어지는 救濟手段과 이러한 歸責事由가 없어도 發生하는 구제수단을 意味하고 있다. 이러한 態度는 최근 契約法의 흐름인 유엔 統一賣買法과 독일 改正債權法의 態度와도 一致하는 것이다.

## 제 8 절 英 美 法

英美法에서 契約違反의 경우는 債務者가 不可抗力 등의 경우를 제외하고 歸責事由의 有·無와는 관계없이 責任이 認定된다. 英美法에는 履行期前 履行拒絶과 중대한 契約違反을 한 경우 등 2가지 類型으로 발전 시켜왔다. 즉, 全體契約과 관련하여 그 違反事項이 그 決定的 重要性을 갖고 있는 경우이다. 여기에 관하여 細部的 內容은 다음과 같다.

55) 박용복, 위의 논문, 31면 주42)에서 再認容.

56) 박용복, “네덜란드의 契約法”, 國際地域研究, 제2권, 제4호, 韓國外大 外國學綜合研究中心, 1998, 23면.

## I. 履行期前 履行拒絶

履行期前 履行의 拒絶이라 함은 자신의 履行期가 到來하기 前에 契約當事者 一方이 債務를 履行하지 않겠다는 意思를 表示하거나, 履行을 不可能하게 하는 行動을 취한 경우 이를 契約違反의 한 가지 類型으로 보는 것으로 英美 契約法에서 발달한 독특한 制度 이다.

이러한 경우에 아직 履行期가 到來하지 않았으므로 不履行을 認定할 수 없을 뿐만 아니라, 拒絶當事者가 생각을 바꾸어 履行期 前에 완전한 履行을 할 수 있기 때문에 엄격하게 契約違反에 해당한 다고 보기 어렵다.

그러나 拒絶 當事者가 拒絶의 意思를 變복하는 것은 그 蓋然性이 낮은 데도 불구하고 相對方으로 하여금 履行期가 到來할 때 까지 기다렸다가 그 後에야 違反責任을 물을 수 있도록 한다거나, 拒絶當事者가 履行하지 않은 것이 확실한 데도 相對方만 履行토록 한다는 것은 不合理하다.

이 때문에 英美法에서는 履行前 契約拒絶도 契約違反으로 보아 相對方에게 즉시 救濟를 許容하고 있는 것이다.<sup>57)</sup> 契約을 拒絶한다는 것은 債務者가 契約의 相對方에게 契約上의 義務를 拒絶하는 것이다.

契約의 解除(rescission)는 契約拒絶이 포함되며 解除는 나아가 契約全部를 없었던 것으로 만들며, 契約이 締結되지 않았던 상태로 當事者 雙方의 地위를 還元시키는 것이다.

주문된 生産 트럭에 관한 Palmer v. Idaho Peterbilt, Inc.<sup>58)</sup> 事件判決이 解除와 契約拒絶 양자의 關係를 例示해주고 있다. 이 事件에서 當事者 雙方은 契約 相對方에 대하여 서로 상당한 불만을 가지게 되었다. 賣渡人은 트럭의 引渡에 있어서 引渡遲延에 우려를 표시하였고, 賣渡人은 買受

57) 양명조, 美國契約法, 1996, 154면.

58) 641 P. 2d 346 (Idaho App, 1982); 양명조, 美國契約法, 1996, 156면.

人的 代金支給能力에 의심을 가졌다. 상당한 論意를 거친 後에 賣渡人은 買受人의 500달러 契約金を 返還하고 契約을 解除 하였다. 買受人은 契約金を 환수 하였으나 解除를 받아들이지 아니하고 賣渡人의 行爲를 契約拒絶로 看做 하였다. 履行期前 契約拒絶을 이유로 買受人이 제기한 契約違反 訴訟에서 법원은 買受人의 勝訴 判決을 내렸다. 賣渡人이 代金支給을 받지 못하리라고 믿을만한 상당한 理由를 가졌다면, 그는 契約金を 返還하고 契約을 解除 하기 前에 U.C.C. 제2-609조에 따라 代金支給에 대한 擔保提供을 要求하였어야<sup>59)</sup> 했다는 것이 이 事件 法院의 論據였으며, 곧 法院은 解除와 履行拒絶을 완전히 同一하게 보진 않고 있음을 알 수 있고, 우리 民法 解除와 완전히 같은 效果를 갖는 경우는 아닌 듯하다.

## II. 重大한 契約違反

契約違反(breach of contract)은 그 違反의 정도에 따라 契約의 중대한 違反(material breach of contract)과 사소한 違反(minior breach of contract)의 두 가지 形態로 分類하여 볼 수 있다.

이를 區分하는 基準은 그 違反의 程度라고 할 수 있는데 무엇이 程度의 違反인가는 具體的 狀況에 따라서 判斷되는 바, 대개 契約의 基礎에 이르는(going to the root of the contract) 違反이라든가, 契約의 本質的인 違反(essential breach of contract)을 말한다. 이를 判斷하는 基準<sup>60)</sup>을 대강

---

59) U.C.C. 제2-609조; Uniform Commercial Code(統一商法典)은 美國의 모든 주에서 採擇된 制定法으로 美國契約法에서 Common Law, Restatement와 함께 중요한 法源이 된다.

60) Restatement of the Law of Contract 2nd에서는 제241조인 重大한 違反의 與否를 決定하는 重要한 事實에 대해 다음과 같이 規定한다.

“ 契約違反이 重大한가를 決定하는 데에는 다음의 事實들이 중요하다.

(a) 契約違反의 相對가 一般的으로 期待했던 利益의 喪失 程度

(b) 契約違反의 相對者가 喪失한 이익에 적합하게 報償받을 수 있는 程度

살펴보면, 契約違反의 時點이 契約의 履行 이전 또는 初期에 契約을 違反하는 경우는 契約을 나중에 違反하는 경우에 비하여 契約의 重大한 違反이 된다는 것과, 契約違反의 動機가 惡意 또는 古意에 의한 경우는 過失 또는 無過失에 의한 경우에 비하여 重大한 違反이 된다는 것이고, 契約의 違反者가 契約의 나머지 不履行을 履行할 것이 불확실할수록 契約의 重大限 違反이 된다. 그리고 契約의 違反 당시 이미 契約의 履行으로 他方當事者가 利益을 본 경우에 그 이익이 클수록 契約의 사소한 違反이 된다는 것이다. 끝으로 契約의 違反으로 인하여 입은 損害를 충분히 賠償할 수 있을 정도가 크면 클수록 契約의 사소한 違反이 된다. 一般的으로 英國에서도 무엇이 重大한 不履行인가에 대하여 債務不履行의 相對方(injured party)이 당해 契約에 의하여 얻을 수 있는 것으로 意圖한 利益의 거의 全部(substantially the whole benefit)를 잃을 정도의 債務不履行이라고 한다.<sup>61)</sup> 영국에서는 契約의 約款을 契約의 主對象(subject matter)의 重要部分에 관한 約款인 條件約款(condition)과 契約의 副次的인 측면에 관한 約款인 擔保約款(warranty)으로 分類하여, 條件約款(condition)을 違反한 경우에는 相對方에게 解除權을 부여하는 반면, warranty를 위반한 경우에는 解除權을 인정하지 않고 損害賠償請求權만을 認定하여 왔는데, 사실 양자의 區別은 매우 어려워져 불필요하고 모호한 概念을 基準으로 구별하는 것보다는 直接 實質的 基準에 따라 결정되어야 할 것이고 또 그렇게 할 수도 있다고 한다.<sup>62)</sup> 근자에 이르러서는 그 約款이 違反된 경우 相對

(c) 契約違反의 當事者가 입게 되는 喪失의 程度

(d) 契約違反의 當事者가 그의 違反을 教程할 可能性(一般的인 保證을 포함함)

(e) 契約違反의 當事者의 行爲가 善意와 公評한 去來의 基準에 適合한 程度“라고 規定한다.

61) 영국 Hongkong Fir Shipping Co Ltd V. Kawasaki Kisen Ltd (1962) 2 Q.B.26.70

62) 안춘수 역(Michael Stahopoulos), “契約의 拘束力과 契約關係의 解消에 관한 比較法的 考察”, 延世大學校 法學研究 제6권, 1996, 6. 547면.



方이 얻을 수 있을 것으로 意圖限 利益의 거의 全部를 잃게 되는 사태까지 이를 수도 있고 그렇지 않을 수도 있는 中間的 約款을 認定하게 됨에 따라 中間的 約款의 違反의 경우에는 그 定도가 實質的 不履行(substantial failure)에 이르면 解除할 수 있다고 한다. 즉 간명하게 말하자면, 영국에서도 契約을 違反한 경우를 程度에 따라 분류하여 그 정도가 重大하고 實質的인 경우라는 基準으로 解除權을 附與하고 있음을 알 수 있다.

## 제 9 절 유엔統一賣買法(CISG<sup>63</sup>)

### I. 概要

“國際物品賣買契約에 관한 유엔協約(The United Nations Convention on for the International Sale of Goods)”은 1980년 비엔나에서 국가간 協約으로 採擇되었다. 이 協約은 다른 國際協約과는 달리 特定分野에 관한 통일된 實體法의 性格을 가지고 있으며, 草案作成過程에서 先進國은 賣渡人의 立場이 되고 開發途上國은 買受人의 立場이 되어 자국의 立場이 유리하도록 規定하고자 노력하였다. 그 결과 이 法은 각국의 利益의 타협물이 되었으며, 특히 英美法과 大陸法의 要素가 뒤섞여 있는 混合物로 탄생하게 되었다.<sup>64)</sup> 유엔統一賣買法의 이러한 특성 때문에 法속에는 종종 抽象的인 概念이 사용되는데 각국의 法源은 抽象的이며 불명확한 概念을 자국법의 의미로 解釋하고 適用할 可能性이 있으며, 그 結果 統一法의 意味가 喪失될 위험도 있었다. 그러나 유엔統一賣買法은 어느 法體系 또는 어

---

63) 정식명칭은 “The United Convention on Contracts for the International Salw of Goods”이며 약어로 CISG라고 불린다. “유엔統一賣買法” 외에도 “비엔나統一賣買法”, “國際賣買契約法” 등으로 命名되어지고 있다.

64) 최홍섭, 유엔 國際賣買法- 國際物品契約에 관한 유엔協約, 인하대출판부, 1997, 6면.

는 法概念에 입각하여 이루어진 것이 아니고 獨自의인 目的을 가지고 만들어진 법이므로 이 법속에 사용된 制度, 用語, 概念 등은 유엔統一賣買法의 獨自의인 基準과 統一의인 基準으로 解釋 適用되어야 한다는 것이다. 이러한 유엔統一賣買法은 4개편, 101개 條項으로 構成되어 있다.

유엔統一賣買法이 일상 實務에 發生하는 중요한 問題들을 넓은 範圍에서 다루지는 못하지만 國際賣買에서 나타날 수 있는 모든 法的問題를 規律하지는 못한다. 유엔統一賣買法에서는 當事者의 意思가 法規定보다는 우선한다(제6조). 또한 慣行, 冠禮, 繼續的 去來關契 등에 의하여 유엔統一賣買法의 適用이 排斥될 수도 있다(제9조). 民事賣買인가, 商事賣買인가의 區別 없이 적용된다(제1조 제3항)고는 하지만 주로 國際商去來를 염두에 두고 立法하였음을 알 수 있다. 債務不履行體系에 대해서는 履行遲滯, 履行不能, 不完全履行, 瑕疵擔保責任, 原始的 不能의 區別이 없으며, 대신 이들을 위해 統一의으로 契約違反(breach of contract)를 “本質的인 契約違反(a fundamental breach of contract)”과 “非本質的인 契約違反”으로 나누어 그 法的效果를 달리하고 있을 뿐이다.<sup>65)</sup> 또한 無過失責任을 原則으로 하고 있어 契約違反에 過失을 要求하지 않는 것으로 規定한다.

## II. 契約違反의 責任構成

유엔 統一賣買法은 다양한 履行障礙 類型에서 出發하여 각각에 서로 다른 法的 구제수단을 許容하는 體系를 취하지 않고 統一의 概念인 “契約違反(breach of contract) 또는 債務不履行(failure to perform the obligation)”에서 출발하여, 契約違反에 대한 구제수단도 그 契約違反(breach of contract)이 本質的이나 本質的이지 못한가로 구분하여 달리정할 뿐이

---

<sup>65)</sup> 최홍섭, 위의 논문, 10면.

다.<sup>66)</sup> 契約違反이 本質的이기 위해서는 제25조에서 規定하듯이 “그 契約에서 相對方이 期待할 수 있는 것을 實質的으로 박탈할 程度의 損失을 相對方에게 주는 것”이어야 하고, 다만 “契約을 違反한 當事者가 그와 같은 結果를 豫見하지 못하고 또 그와 같은 합리적인 사람도 같은 事項에서 같은 結果를 豫見하지 못하는 때에는 本質的인 契約違反이 되지 못한다.<sup>67)</sup> 따라서 契約違反이라는 客觀的 狀況 下에서 相對方이 期待할 수 있는 것이라는 主觀的 狀況이 첨가되어 그것을 實質的으로 박탈하는 損失이 發生하여야 한다. 이때 決定的 基準이 되는 것은 損害의 크기와 같은 客觀的 要素가 아니라 債權者의 主觀的 利益이다.<sup>68)</sup> 즉 그 義務違反이 債權者에게 주는 意味가 무엇이나에 契約違反의 本質性 與否가 달려있다. 따라서 侵害된 義務가 무엇이나에 契約違反의 與否가 달려있다. 侵害된 義務가 主된 義務이나 附隨的 義務이나는 重要하지 않게 된다.

그러나 契約違反者가 그러한 結果를 豫見했거나 또는 豫見할 수 있었던 경우에 한해서 本質的 契約違反은 認定된다. 따라서 합리적인 사람이 豫見할 수 없었던 경우에는 契約違反이 위의 要件에 해당된다고 하여도 本質的인 契約違反에 該當되지 않게 된다.

결국 이때의 豫見 可能性은 契約違反者를 보호해 주는 役割을 하며 判斷時點은 契約締結시이다.<sup>69)</sup>

---

66) 本質的 · 非本質的 契約違反의 概念은 코몬로에서 유래한다. 이것은 英國賣買法의 條件(condition)과 保證(warranty)의 概念과 相應한다. 우리 민법 제75조 제1항의 “契約의 目的을 達成할 수 없는 경우에 한하여” 買受人은 契約을 解除할 수 있다는 것도 이와 같은 概念이다. 라고 한다.(황적인, 208면)

67) 윤기택, “債務不履行責任과 瑕疵擔保責任의 統合理論”, 財産法研究 16권 1호 1999, 144면.

68) 최홍섭, 앞의 논문, 47면.

69) 최홍섭, 앞의 논문, 48면.

### Ⅲ. 契約解除 規定

#### 1. 契約解除의 一般

買受人은 賣渡人의 本質的인 契約違反이 있는 경우에 한하여 契約을 解除할 수 있다. 여기서 本質的인 契約違反이라 함은 賣渡人 또는 買受人의 契約違反이, 相對方이 契約에서 期待할 수 있는 것을 實質的으로 박탈할 定度の 損失을 相對方에게 주는 경우를 말한다(Art 25 CISG).

그러나 그러한 경우에도 契約을 違反한 當事者가 그와 같은 結果를 豫見하지 못했고, 또한 그와 같은 分類에 속하는 合理的인 사람도 그와 같은 事項에서 그러한 結果를 豫見하지 못하였을 경우에는 本質的인 契約違反으로 다루어지지 않는다(Art 25 CISG). 그러므로 契約解除는 本質的인 違反이 있는 경우에 認定되고, 契約違反에는 賣渡人·買受人의 故意·過失을 要하지 않는다.

#### 2. 解除權 發生 要件의 一般

契約解除 一般에서 本質的인 契約違反에 대하여 살폈듯이 이는 契約違反者의 豫見可能性을 前提로 하는 概念이다. 이외에 解除權을 制限하는 規定이 있는데 辨濟期에 債務의 履行이 없는 경우에도 相當한 猶豫期間을 부여한 後에 解除할 수 있고(제47조 제1항), 不完全履行의 경우 重大限 契約違反의 경우에만 契約全體를 解除할 수 있다고 規定한다(제51조 제1항).

이는 契約의 拘束力을 강화하려는 趣旨일 뿐이며, 債務者의 歸責事由의 認定과는 무관하다. 단지 重大한 不履行이라는 概念으로서 解除權 附與의 타당성 與否를 檢討하고 있을 뿐이다.<sup>70)</sup> 이는 契約으로의 拘束力이 債權

者에게 不當한가, 혹은 債務者에게 가혹한가를 當事者의 이익형량의 觀點에서 檢討한다는 意味이지, 債務者의 歸責事由를 전제로 한 概念이 아니라는 것이다.<sup>71)</sup>

## 제10절 國際商事契約의 原則 (UNIDROIT-Principles:PICC<sup>72)</sup>)

PICC는 제1장에서 契約法 全體를 지도할 一般的이고 추상적인 몇 가지 指導原理 중 하나가 당사자들은 자유롭게 契約을 締結하고 그 內容을 정할 수 있다는 契約自由의 原則, 契約締結에 있어 方式의 自由, 일단 締結된 契約의 拘束力(Pacta Sunt Servanda), PICC規정의 原理的 任意規定 등이 그것이다. 또한 國際貿易에 있어 당사자들은 信義와 公正去來에 따라 行動해야 할 것을 明示함으로써 이를 PICC를 引導하는 根本的인 思想의 하나로 삼고 있으며 이것이 強行規定임을 밝히고 있다. 따라서 이 原則은 契約의 交渉團體로부터 全過程에 걸쳐 當事者들의 行動規定과 判斷의 指針이 되고 있다. 意思表示에 대하여는 到達主義 原則을 취하되 當事者 合意에 의한 發送主意를 가능케 規定하였다는 立場이다.<sup>73)</sup>

### I. 不履行한 當事者 治癒

PICC(7·1·4)는 英美法에서 발달한 이른바 治癒(cure)의 制度를 導入하

---

70) 하경효, “앞의 논문, 82면 구44에서는 이러한 理由로 “우리民法上の 解除에 있어서도 解釋上 解除權 附與와 관련하여 이러한 制限要件을 둘 것인지 또는 解除權이 發生하는 경우에 대한 類型化가 可能한지는 債務者의 歸責事由와는 別個의 問題인 것이다.

71) 하효경, 앞의 논문, 81-82면.

72) 정식명칭은 Principles of International Commercial Contracts이다.

73) 김동훈, “國際私法統一研究所의 (國際商事 契約의 原則)”, 人權과 定義, 통권 제262호, 99면.

고 있다.<sup>74)</sup> 이 制度는 不履行(non-performance)한 當事者에게 履行에 필요한 時間을 一時的으로 延長해 주는 效果를 가져온다. 이 制度는 PICC가 契約維持의 情神을 반영한 것으로 不履行으로 判定되어 救濟手段으로 넘어가기 前에 가능한 契約을 維持해보고자 하는 것이다. 그 要件으로는, 治癒의 通知가 遲滯없이 이루어져야 하고, 治癒가 適合해야 하며, 不履行의 相對方이 治癒를 拒絕하는데에 正當한 利益이 있을 경우 治癒는 強要될 수 없으며, 治癒는 通知 後에 즉시 이루어 져야 한다.

治癒의 通知가 有效하게 되면 相對方은 不履行當事者의 治癒의 權利와 양립하지 못하는 契約의 解消나 損害賠償 請求 등은 治癒期間이 경과될 때까지 일시 중지 된다<sup>75)</sup> 물론 相對方은 治癒期間 동안 自身の 給付履行을 보류할 수 있다.

## II. 不履行과 催告

PICC(7.1.5)에서는 契約의 維持優先 原則에 입각하여 遲延된 履行에 대하여 債權者 쪽에서 일정한 履行의 追加期間을 許諾할 수 있는 制度를 導入하고 있다. 특히, 獨逸의 이른바 催告期間의 制度에 基礎하고 있다. 不履行한 債權者는 자신의 다른 구제수단에 影響을 주지 않고 債務者에게 한 번 더 幾回를 줄 수 있는 制度이다. 催告期間(Nachfrist) 동안 解除는 할 수 없고 損害賠償 請求는 가능하다. 大陸法의 催告制度和 차이는 PICC의 催告는 選擇事項이라는 점이다. 또 催告期間의 相當性도 반드시 要求하지 않는다. 다만 遲延履行이 중대한 事項이 아닐 경우에만 催告期間의 相當性을 전제로 契約의 解除權을 부여한다.<sup>76)</sup>

---

74) 김동훈, 위의 논문, 105면.

75) International Institute for the Unification of Private Law(Unidroit), Principles of International Commercial Contracts, Rome, 1994, p.162

### III. 免責條項

PICC(7.1.6)에서는 不履行에 대한 債務者の 責任을 制限하거나 排除하는 免責조항을 私的自治의 發現으로 原則적으로는 有效하게 보면서 法院에 公正性を 기한 廣範圍한 裁量權을 주고 있다. 즉 契約目的을 고려할 때 심하게 不公正한 경우에는 效力이 없을 수도 있다는 뜻이다. 免責條項에 대하여 大陸法은 대체로 債務者の 形態에 따라 즉, 故意·重過失에 따른 不履行의 경우에는 認定하지 않고 있고, 英美法에서는 주로 條項의 合理性만을 基準으로 한다. PICC는 條項의 심한 不公正性 基準을 直接 債務者の 形態와 연관시키는 것은 피하고 있다.

### IV. 契約解除 規定에 관한 內容 檢討

#### 1. 契約解除 一般

解除制度에 관한 PICC의 경우, 債務者が 債務를 不履行 경우에 債權者는 債務者の 不履行이 中대한(fundamental) 경우에만 解除할 수 있다 하여 比較的 간명하다. 그리고 英美法の 경우는 中대한 契約違反(material breach of contract)의 理論과 같은 맥락이다. 다만 PICC는 催告制度를 導入하고 있기에 催告가 있는 後에는 不履行 重大性 要件이 없어도 契約을 解除할 수 있게 된다.

解除는 相對方에게 解除의 意思表示를 通知함으로써 效力을 발하며 이 通知는 債權者가 不履行을 알았거나 알아야 하는 後에 相當한 期間 내에 行하여져야 한다. 不履行 後 債務者는 債權者의 解除權行使 與否에 따라

---

76) 김동훈, 앞의 논문, 105면.

불안정한 지위에 있게 되고 債權者가 價格의 登落에 投機를 할 수도 있으므로 債權者의 解除權行使與否의 決定은 이러한 事情을 고려하여 상당한 期間 內에 行하여 져야 한다(7.3.2).

## 2. 解除權 發生의 要件

PICC도 解除와 관련하여 解除權 發生要件으로 債務者의 歸責事由를 要求하지 않는다. 단지 不履行의 重大性 여부만을 解除權 發生의 判斷基準으로 삼고 있을 뿐이다. 이 때에 重大性의 判斷基準을 PICC는 여러 개 提示하고 있다.(7.3.1) 實質적으로 債權者가 契約으로부터 期待한 것을 喪失했는가, 債務內容에 엄격한 遵守가 필수적 要素인가, 不履行이 故意이거나 경솔했는가, 債權者에게 債務者가 將來에도 履行할 수 없으리라고 믿게 할 合理的인 이유가 있는가, 契約이 解除되면 債務者가 準備나 履行의 結果로서 불균형한 損害를 입게 되느냐 등이다.

## 3. 履行期 前의 不履行과 解除

PICC(7.3.3)에서는 解除에 관해서 英美法에서 발전한 이른바 “履行期 前의 契約違反(anticipatory breach of contract)”의 理論을 受容하고 있다. 즉 一方의 履行期 前에 중대한 不履行이 있을 것이 명백한 경우에는 債權者는 契約을 解除할 수 있다. 중대한 不履行이 있을 것이 명백한 경우여야 하고 그럴 것이라는 강한 疑心만으로는 解除할 수 없다. 또한 PICC(7.3.4)에서는 중대한 不履行이 있으리라고 믿을 合理的인 理由가 있는 債權者는 履行에 대한 相當한 保障을 要求할 수 있고 동시에 자신의 履行을 保留할 수 있다. 또 상당한 期間 內에 이러한 保障이 이루어지지 않는 경



우에는 債權者는 契約을 解除할 수 있다. 大陸法의 “不安의 抗辯權”과 대  
체로 一致하는 內容이다.

## 제 11 절 유럽私法統一化 作業의 産物- 유럽契約法原則(PECL<sup>77)</sup>)

### I. 概要

유럽契約法原則의 適用 대상은 유럽연합 내국가로 하고 있으며 그 長期  
的인 推進目的이 “유럽統一契約法”을 形成하는 것이다. 이 規定의 가장  
큰 特徵으로는 새롭게 만들어진 것이라기보다는 國際間 去來에 있어서의  
慣行 혹은 國際慣習으로 商事仲裁를 통해 活用되고 認定되어온 것을 참조  
하여 形成되었다. 그리고 무엇보다 契約上 一般概念과 體系的인 基礎로서  
普遍性을 지니는 외에도 英美法과 大陸法의 調和로운 모색이 EU의 目標  
였다. 이러한 유럽연합(European : EU)의 틀 속에서 유럽의 새로운 普通  
法을 指向하는 勞力은 다양하게 행하여 졌으며, 그 結果 1995년 “유럽의  
契約法原則(The Principle of Contract Law)”라는 題目으로 시작하여,  
1997년에 9장 130개 條文을 비공식적 안으로 하여,<sup>78)</sup> 마침내 1988년 11월  
에 改正 및 完成된 “유럽契約法原則”이라는 確定版<sup>79)</sup>을 發表하였다.

유럽契約總則은 債務不履行의 類型으로 分類하여 接近하는 것이 아니라  
“不履行(non-performance)”이라는 包括的 概念을 중심으로 債務不履行體  
系를 規定하고 있다. 즉 “不履行(non-performance)”이란 “免責(excused)  
되는지 與否를 불문하고 契約上 義務를 履行하지 아니하는 모든 경우를

77) 정식명칭: The Principle of European Contract Law.

78) 박영복, 앞의 논문, 237면 이하.

79) 確定版의 정식명칭: 유럽契約原則(The Principle of European Completed and revised version).

의미하는 것이고 履行遲延(delayed performance), 缺陷있는 履行 및 契約을 완전히 실현하기 위한 協力을 하지 아니하는 것을 포함한다.”고 하고 있다. 이와 같은 不履行은 附隨的인 義務違反을 포함하는 契約上 債務를 履行하지 않는 모든 경우를 포함하는 概念이다.<sup>80)</sup> 따라서 給付不能의 경우는 물론이고 給付의 遲延, 積極的 債權侵害와 瑕疵있는 物件을 給付한 경우가 포함된다. “不履行” 概念은 債權者 측이 協力하지 않는 경우도 포함되는 것으로 받아들이고 있다.

契約解除와 관련된 規定은 同法 제9장 제301조 제1항에서는 “相對方의 不履行이 本質的인 경우에는 當事者는 契約을 解除 할 수 있다”라고 規定하고 있으며, 제2항에서는 “履行遲延의 경우에는 不履行當事者는 제8장 제106조에 따라 契約을 解除 할 수 있다”고 規定하고 있다.

同法 제8장 제106조 제3항에서는 “履行遲延(delayed performance)이 되고 그것이 本質的인 것이 아닌 경우에, 불이행당한 당사자가 합리적인 期間의 追加期間을 정하는 通知를 하였던 때에는, 通常의 期間이 경과하면 當事者는 契約을 解除할 수 있다.”고 規定하고 있으며, 동법 제9장 제304조에서는 “本質的인 不履行(fundamental non-performance)이 있을 것이 履行期前에 명백한 경우에는 相對方은 契約을 解除 할 수 있다.”고 規定하였다.

## II. 契約解除의 發生要件

위의 規定에서 볼 수 있듯이 契約의 解除權 發生을 위한 要件에 債務者의 歸責事由를 規定하지 않고 있다. 相對方의 不履行으로 契約의 目的을 達成할 수 없거나 또는 履行의 시기가 중요한 契約에 있어서 契約의 目的

---

<sup>80)</sup> 양창수, “유럽契約法 原則에 대한 일고 및 그 翻譯”, 서울대학교 法學, 제40권1호, 1999, 365면 이하의 翻譯을 따른다.

達成할 수 없는 때에는 履行되어진 경우에 不履行당한 當事者が 契約을 解除할 수 있도록 하는 것이 合理的인 것이다.

그러나 이러한 解除權의 行使가 경우에 따라서는 相對方의 심각한 損害를 隨伴할 수 있기 때이다. 따라서 解除權 이외의 損害賠償이나 代金減額이 더 有用할 수도 있다. 이러한 意味에서 解除의 前提要件으로서 不履行이 “本質的”일 것을 要求하는 것이다.

그러나 유럽契約法 總則에서는 不履行이 本質的이던 그렇지 않던 解除權의 發生要件에는 債務者의 歸責事由가 들어 있지 않다. 단지 本質的인 不履行의 경우 중에서 不履行이 故意的인 경우만이 歸責事由에 該當될 수 있을 뿐, 나머지 경우는 단지 契約上 義務履行의 嚴格성과 不履行이 債權者에게 가지는 結果의 重大性이 문제될 뿐이다.

## 제 12 절 小 結

### I. 責任體系의 單純化

각국의 立法例를 檢討해 보면 우선적으로 눈에 띄는 변화 및 傾向은 契約責任體系 특히, 債務不履行의 規律에 있어 類型化를 통한 規律보다는 하나의 抽象的이고 包括的인 概念을 상정하여 이를 통한 規律의 方式을 選擇하고 있다는 점이다.

獨逸 改正民法도 過去의 履行不能, 履行遲滯의 類型을 規定하지 않았고 심지어 瑕疵 擔保責任까지도 包括하는 構成要件을 規定하기에 이르렀다.

國際法規들을 살펴봐도 모두 “義務違反”, “不履行”이라는 概念을 통하여 통일적인 規律을 目標로 하고 있다. 프랑스, 네덜란드 신민법도 마찬가지이며 이는 英美法의 規律方式과 매우 흡사하다.

## II. 契約解除權의 規律- 歸責事由 要件의 排除

우선 獨逸改正民法은 債務者의 歸責事由를 要件으로 하는 態度를 버리고 義務違反 및 催告期間의 經過만으로 解除權이 發生되게 하였다. 대신에 債權者가 不當할 정도로 너무 쉽게 契約의 拘束을 破棄하지 못하도록 여러 가지 장치를 두고 있다. 附加期間이 그것인데 義務違反이 있으면 附加期間의 設定 要求로 履行이 우선 보장되며 附加期間이나 催告가 있음에도 이를 徒過했을 경우 解除할 수 있다는 規定을 취하였다. 유럽契約法原則에서도 不履行 중에서 중대한 不履行의 경우 解除가 가능하게 規定하였으며, 역시 歸責事由는 要件으로 관련시키지 않았다. 이렇게 解除權의 발생 여부를 判斷하는 基準으로 不履行의 중대성을 規定하고 있는데 이는 독일改正民法의 태도와 흡사하다. 이러한 태도는 유엔統一賣買法과 國際商事賣買契約의 原則, 네덜란드, 英美法 體系에서도 同一하다. 不履行의 重大性 判斷은 어차피 抽象的이고 모호한 概念이다. 이러한 抽象的 概念을 判斷의 基準으로 삼는 것보다는 실제 判決에서 具體的인 事案에 따른 解決을 추구하는 실질적인 方法이 더 바람직하다고 설명하기로 한다. 여기서 本質的인 違反의 判斷, 중대한 不履行의 判斷基準이 결국 解除의 發生要件 判斷基準과 연결 되는데 이것이 實質的으로 歸責事由가 있는 경우와 같은 경우가 아닌가하는 疑問이 들 수도 있다.

그러나 歸責事由 없이 履行이 遲滯된 경우에 이것이 實質的으로는 債權者의 契約의 目的을 達成하지 못하게 하는 事案일 경우에 歸責事由의 要件이 없음에도 解除를 認定하여 債權者가 契約으로부터 벗어날 수 있는 자유를 찾도록 할 필요가 있는 경우도 있을 수 있다.<sup>81)</sup> 따라서 양자는 상

81) 債務不履行 概念에 歸責事由가 있음을 包含하는 通說의 立場에서는 債務者의 歸責事由가 없는 遲滯의 경우, 債權者는 解除를 할 수 없게 되고, 債權者는 아무런 잘 못도 없이 契約에 拘束되어야만 하는 경우가 發生한다. 이 경우 債權者가 損害의 危險을 감수하게 되는 結果를 招來하는데 이는 不能의 경우 債務者 危險負擔主意를 規定한 우리

당한 부분 중복될 경우일 수 있지만 歸責事由를 解除의 要件으로 한다면 解除가 필요한 경우 오히려 解除權 行使가 不當하게 制限되어 버리는 結果가 招來될 수 있다. 요컨대 대다수 先進立法의 태도는 解除權 發生要件으로 歸責事由를 要하는 立法의 態度와는 명백히 區別되는 것이다.

---

民法 제537조의 規定과 比較해 볼 때 不當한 結論임을 알 수 있다.

## 제 4 장 事情變更의 原則

### 제 1 절 序 言

法律行爲, 특히 契約은 그 締結시에 當事者가 그 行爲當時의 個人的·社會的·經濟的 事情을 고려하여 성립시키는 것이 一般的이다. 그러나 이러한 行爲시의 諸般事情은 契約이 성립한 이후에도 急激하게 變化하는 경우가 많다. 이러한 경우에 “契約은 지켜야 한다(pacta sunt sevanda)”는 法原則에 의해 例外 없이 原來的 취지대로 效果가 發生되어야만 하는가?

모든 契約은 “그 契約이 締結된 때의 事情이 그대로 존속하는 한에 있어서만 效力을 가진다”고 하는 契約을 포함하고 있으므로 그 事情이 變更된 때에는 契約은 拘束力을 잃게 된다. 그리하여 事情變更의 原則은 세계 각국에서 널리 承認되어 있다. 우리나라에서도 이러한 事情變更의 原則은 많은 학자들이 이를 認定하고 있다. 하지만 現行民法에는 이 原則에 기한 規定이 흩어져 있으나, 이를 직접 規定하는 一般規定은 없고, 判例도 原則的으로 事情變更의 原則을 否定한다. 따라서 이 論文에는 이를 歷史的 比較法的으로 他立法의 事情變更과 우리나라의 事情變更에 대하여 살펴보고서, 이를 土臺로 하여 우리 民法 改正案에 一般規定으로서 明文化 하는 것이 적정한지 檢討하고자 한다.

事情變更의 原則은 信義誠實의 原則(민법 제2조 제1항)의 具體化의 하나이며 契約, 그 중에서도 繼續的 契約에 주로 적용될 수 있는 民法上의 法原則 중의 하나이다. 이러한 事情變更의 原則에 관하여는 民法典에 明文으로 規定한 나라도 있고, 明文의 規定을 두고 있지는 않지만 判例를 통하여 이를 認定하는 나라도 있다. 우리나라는 民法典에 事情變更의 原則에 관하여 明文으로 一般規定을 두고 있지는 않지만, 事情變更의 原則

을 具體化한 個別規定은 적지 아니하며,<sup>82)</sup> 個別的인 名文의 規定이 없는 경우에도 극히 제한적이기는 하지만, 判例에 의하여 信義誠實의 原則에 기하여 事情變更을 인정한 事例도 있다. 判例가 事情變更의 原則을 인정한 具體的인 事例로는, 繼續的 保證契約에 있어서 현저한 事情의 變更으로 保證人의 解止權을 認定하기도 하고,<sup>83)</sup> 保證人의 責任額의 制限을 認定한 경우도 있다.<sup>84)</sup> 근자에 제정된 유엔國際物品賣買法, Unidroit<sup>85)</sup> 國際商事契約法總則, 유럽契約法總則 등의 國際的인 統一契約法에서는 이러한 事情變更의 原則을 名文으로 規定하고 있다. 그리고 우리 民法의 改定作業에 있어서도, 事情의 變更은 信義則에 의하여 解決하고 明文의 규정은 立法하지 않는 것이 타당하다는 反對의 見解가 있기는 하였으나, 事情變更에 의한 契約의 解除 또는 解止를 明文으로 規定하기로 하였다(韓國民法 改正案 제544조의 4). 法律行爲를 함에 있어서는, “契約은 지켜져야 한다”는 契約忠實이 大原則이다. 그러므로 事情變更에 의한 契約內容의 變更이나 契約의 終了를 認定하는 것은 극히 例外的으로 認定되어야 할 것이다. 그러한 현저한 事情의 變更이 있음에도 불구하고 그러한 事情의 變更을 고려하지 않는 것은 또한 契約的 定義에 反하는 結果를 招來한다. 따라서 契約忠實의 原則과 事情變更의 原則은 서로 衝突되지만 調和를 이루어야 할 民法에서의 課題이다. 결국 事情變更의 原則은 信義誠實의 原則의 내제적인 原則의 하나이며, 明文으로 規定하지 않더라도 信義誠實의 原則이 의해 事情變更을 고려할 수 있다는 것을 간과해서도 안 된다.

82) 事情變更에 관한 個別規定: 民法 제218조 제2항, 제312조의2, 제557조, 제628조, 제661조, 제689조.

83) 대판 1978. 3. 28. 77다2298; 대판 1986. 9.9.86다카792; 대판 1990.2.27다카1381.

84) 대판1984. 10.10. 84다카543; 대판1988.11.8. 88다3253; 대판 1989.11.28. 89다카8252.

85) Unidroit는 私法統一을 위한 國際機構(International Institute for the Unification of Private Law)이다.

## 제 2 절 獨逸法

獨逸에 있어서 일반적인 민법 주석서를 보면 “行爲基礎는 契約의 체결시에 명료하게 드러난 일정의 事情이 現在에도 여전히 存在하는 것, 또는 將來에 發生할지도 모르는 事情으로 他方 當事者에게 인식가능 했지만, 그에 의해 이의가 제기 되지 않은 表象(Vorstellungen), 또는 當事者 雙方의 共通의 表象이고, 當事者의 行爲意思가 그것을 基礎로서 정해진 경우의 이러한 表象”을 말한다. 이러한 行爲基礎論은 法律의 規定이나 當事者의 特約이 없는 경우만 問題로 되다. 그 根據는 대체로 信義誠實의 原則에서 구하고 있다.

### I. 行爲基礎論의 發展過程

行爲基礎論이란 表現은 1921년 외르트만(Oertmann)에 의해 처음으로 사용되었다. 그는 “行爲基礎란 契約締結시에 나타나고 相對方에게도 그 重要性이 認識되어 이의가 주장되지 않는 一方 當事者의 表象 또는 行爲가 그 기초위에 세워지는 어떤 事情의 存在 또는 發生에 관한 양당사자의 共通된 表象(Vorstellung)이다”라고 定義하면서, 빈트샤이트<sup>86)</sup>의 전제론의 문제를 극복하고자 行爲基礎를 意思形成의 主觀的 要素에서 탈피시켜 이를 行爲 그 自體의 客觀的 要素로 보아야 한다고 주장하였으나, 當事者의 表象을 강조함으로써 여전히 當事者의 主觀的 要素를 重視하고 있다.

이러한 외르트만과 빈트샤이트의 主觀說이 여러 問題點이 제기되자 契約

---

<sup>86)</sup> 빈트샤이트의 前提論에 의하면 “前提란 動機와 條件의 中間에 위치한 제3의 形態인데 이는 契約上 意味있는 것으로서 意思表示 내에 표현된 意思制限, 즉”이 展開된 條件 “으로 把握되게 있다. 또한 이와 같은 前提로는 모든 契約에 默示的으로 자리 잡고 있기 때문에 契約締結시 前提가 된 狀況이 變更되면 그 契約은 效力을 잃는다고 한다.



當事者들의 “共通的 目的”을 강조하는 客觀說이 카우프만(E. Kaufmann), 크뤼만(Kruckmann)<sup>87)</sup>, 로허(Eugen Loher) 등에 의해 제기 되었고 라렌쯔(Larenz)에 이르러 한층 深化되었다. 라렌쯔(Larenz)는 計算의 共通錯誤 또는 動機의 共通錯誤의 경우를 主觀的 行爲基礎의 喪失로 認定하였다. 그리고 客觀的 行爲基礎는 契約締結의 前提가 된 事情으로서, 그러한 客觀的 行爲基礎가 喪失된 경우로는 貨幣價値의 暴落, 法律의 改正, 政治關係 變化 등에 관하여 等價關係가 破棄된 때와 축구 경기장에 가기 위하여 입장권을 샀으나 축구경기가 무산된 경우와 같이 契約目的의 달성이 좌절된 때로 分類하였다. 이와 같이 行爲基礎가 喪失된 때에는, 主觀的 行爲基礎 喪失의 경우에는 契約關係를 解消하거나 契約內容을 信義則에 따라 수정할 것이며, 概觀的 行爲基礎喪失의 경우에 變更된 事情으로 當事者가 알았더라면 合意하였을 內容대로 法的 效果가 發生하는 것으로 理論 定立을 하였다. 그러나 레만은 라렌쯔의 見解를 批判하면서 主觀的인 行爲基礎와 客觀的인 行爲基礎를 統合하는 見解를 提示하였다. 최근에는 行爲基礎의 要件에 契約危險과 期待不可能性을 강조하는 휘켄처의 見解가 많은 支持를 받고 있다.

## II. 適用要件 및 效果

行爲基礎의 適用要件에 관해서는 여전히 다투어 지고 있으나 대체로 危險分配觀點과 期待不可能性의 두 標準을 들고 있는 것이 최근의 傾向이

---

87) 카우프만은 契約의 相對方의 義務는 일정한 契約類型의 本質的 目的을 追求하는 契約자의 效果意思에 의거하여 義務를 負擔하는 契約締結者에게 期待할 수 있는 것 중에서 그 限界가 있다. 따라서 事情變更이 고려되지 않으면 안 되는 것은 그 事情變更에 의해 契約本質的 目的이 危機에 처한 경우, 예를 들면 그 本質的 目的에 있어서 필요로 되는 給付와 反對給付의 等價 關係가 破壞된 것과 같은 경우가 그 것에 해당한다. 카우프만의 理論은 clausula 概念을 國際契約法에서 採用한 것으로 平價하고 있다.

다. 즉 契約目的에 비추어 어느 一方 當事者의 危險範疇에 속하는 事情變更에는 行爲基礎論이 適用되지 않고, 行爲基礎論을 適用하기 위하여는 事情變更에도 불구하고 當事者를 契約에 拘束하기에는 期待不可能 하여야 한다. 法的 效果에 있어서 通說과 判例에 의하면 行爲基礎論의 法的 效果는 무엇보다 契約을 실제상황에 적용시키는 것이 우선된다. 이는 具體的으로 給付의 輕減하는 소위 報償請求權行使를 통한 反對給付의 增額을 통하여 행하여진다. 이와 같은 제1차적 法的 效果로서 契約內容의 수정은 契約은 지켜져야 한다는 契約忠實原則과 調和를 도모하기 위하여 이미 負擔한 債務에의 최소한의 侵害에 그쳐야 한다는 점 특히 강조하는 것이다. 契約의 解消는 이러한 契約의 適應 내지 修整이 不可能하거나 또는 契約存續이 期待 不可能한 경우에만 當事者에게 解除權 또는 解止權을 保障함으로써 最後에 부득이 고려되어야 한다고 한다. 여기서 契約의 修整權이 發生되는 要件과 契約解除權·解止權이 發生되는 要件이 처음부터 區別되어 별도로 存在하는 것은 아니다. 契約修整權과 解除權·解止權은 行爲基礎의 消滅로 인하여 발생된 期待可能性의 程度에 따라 결정된다. 즉, 일반적인 契約의 締結當事者는 契約締結시부터 發生하는 危險을 스스로 負擔하는 것이 原則인데 그 危險의 程度가 일정한 限界를 넘으면 그 때로부터 期待不可能性の 問題가 發生하고 期待不可能性の 程度에 따라 契約의 修整權 또는 解除權·解止權이 發生하는 것이다. 契約修整權이 認定되는 경우에 相對方 當事者가 契約調停交渉에 응하지 않음으로써 수정이 不可能하게 된 때에도 解除權·解止權이 發生한다.

### Ⅲ. 行爲基礎論의 立法

獨逸에서는 2001년 獨逸民法을 改正하면서 事情變更의 原則인 行爲基礎

論을立法하였다. 그리하여 契約의 基礎가 된 事情이 契約締結 後에 重大하게 變更이 되고 당사자가 그러한 變更을 豫見하였다면 그 契約을 締結하지 않았거나 다른 內容으로 締結하였을 경우에, 1차적으로 당해사건의 모든 事情, 특히 約定上 또는 法定의 危險分配를 고려하여 一方當事者에게 本來契約을 維持하는 것이 기대 될 수 없을 때에는 契約內容의 變更된 事情에 適應, 契約內容의 修整을 請求할 수 있도록 許容하고 있다(제 313 Abs 1 BGB). 또한 契約의 基礎가 된 本質的인 觀念이 虛僞로 밝혀진 경우에도 역시 事情變更과 同一하게 다룬다(제312 Abs 2BGB).

그리고 2차적으로 契約의 修整이 不可能 하거나 一方當事者에게 修整이 期待될 수 없을 때에는, 事情變更으로 不利益을 받는 當事者는 그 契約을 解除할 수 있도록 許容하고 있다.(제 313 Abs 3S 1 BGB). 契約이 繼續的 契約인 경우에는 解止 할 수 있다(제 313 Abs 3S 2, 제314 BGB). 이와 같이 改正獨逸民法 行爲基礎의 喪失의 경우에 1차적으로 契約內容의 수정을 하도록 하고, 그것이 不可能할 때에는 2차적으로 그 契約을 解除, 繼續的 契約의 경우에는 解止할 수 있도록 하고 있다.

### 제 3 절 프랑스에서의 不豫見論의 定立과 그 適用

프랑스民法에 있어서 當事者가 契約責任을 면하기 위하여 不履行이 當事者가 責任질 수 없는 외부적인 原因, 특히 不可抗力 또는 우연한 事故에 의하여 생기는 경우에 한한다. 이 原則은 普通法의 原則과 같이 엄격한 것은 아니지만, 學說·判例에 의한 民法의 解釋은 제한적 이었다. 이에 대하여 1차 세계대전 후에는 이 原則을 완화하고 잊혀졌던 *clausula rebus sic stantibus* 原則이 復活되었던바 이것이 不豫見論이다.

判例에 의한 不豫見論<sup>88)</sup>에 의하면, 독일에서의 行爲基礎論과는 달리, 새

로운 事情의 發生이 契約締結當時에 豫見할 수 없었고, 債務者의 履行이 期待 불가능한 不可抗力의인 경우에만 期待할 수 있다. 그러므로 프랑스에서는 事情變更의 原則이 극히 制限的으로만 認定된다. 따라서 判例는 事情變更의 原則에 대하여 냉담하다고 할 수 있다.

세계 제1차 대전이 끝난 後 事情의 變更을 좀 널리 認定하기 위한 不豫見論의 緩和가 주장되었다. 그러한 不豫見論 要件의 완화를 행정법원은 받아들였으나, 民事事件의 最高 法院인 抗訴法院은 이를 拒否하고 本來의 不豫見論을 固守하고 있다. 단지 當事者가 豫見하지 못한 事情의 變更이 不可抗力이 될 때에는 債務者의 免責을 認定하고 있을 뿐이다. 그 根據는, 事情變更의 原則을 認定하는 것은 국가기관인 法院이 私人間의 私法的 法律關係에 干涉하는 것이 되기 때문이다. 따라서 프랑스에서는 私法的 契約關係와 公法的 契約關係를 구분하여, 私法的 關係는 事情變更이 不可抗力이 될 때에만 고려하고, 公法的 契約關係에는 事情變更이 不可抗力이 되지 아니할 때에도 고려한다. 프랑스에는 事情變更의 原則에 관한 規定을 두지 않고, 반대로 契約忠實의 原則에 관한 規定을 두고 있다. 이는 로마법의 影響으로 判斷된다. 그리고 프랑스에는 제1차 세계대전과 제2차 세계대전이 끝나고 特別法에 의하여 貨幣價値의 下落으로 인한 事情變更을 고려하도록 하는 立法을 한 바가 있으며, 契約實務에 있어서는 私人間의 契約에는 事情變更의 경우에도 貨幣價値의 保障을 위한 約定을 하는 것이 一般化되었다.

#### 제 4 절 英美 契約法

영국에서는 契約締結 後에 事情의 變更에 대하여, 1차적으로 大陸法の

---

88) 김상용, 比較契約法 2002, 11, 법영사, 49면, 참조.

補充的 解釋에 해당되는 默示的 合意 理論에 의하여 契約內容을 變更된 事情에 맞게 修整하는 方法으로 수정하여 왔다. 이 默示的 合意의 理論은, 契約을 締結할 때에 이미 事情變更이 있을 때에는 契約內容을 수정한다는 默示的 條件을 함의하였다고 보아 契約을 維持하고자 하는 契約解釋의 方法이다. 그러나 현저한 事情의 變更으로 契約의 目的을 達成할 수 없거나 契約內容의 重大限 變更이 招來되는 경우에는, 이를 不能으로 보아 危險負擔의 法理에 따라서 債務者를 免責케 하였다. 이러한 理論이 바로 目的不到達論(doctrine of frustration of contract)<sup>89)</sup>으로서, 독일에서와 같이 事情變更을 널리 認定하는 것이 아니라, 比較的 制限的으로 認定하였다. 영국에서는 事情變更의 原則을 認定한 최초의 具體的 判例는 1863년의 Taylor v. Caldwell 事件<sup>90)</sup>이었다. 이 判決에서는, 英國普通法에서 認定된 契約締結 後에 發生한 事情으로 인하여 債務者가 免責되는 3가지 事由<sup>91)</sup> 중에서, 給付의 目的物이 特定物일 경우에, 그 給付의 目的物이 滅失되었거나 훼손된 경우에, 債務者를 免責케 하였다. 즉 이 判決에 의하여, 契約은 그 契約이 締結된 事情이 계속되어야 履行할 수 있고, 그 事情이 變更되어 契約의 基礎가 喪失되면 履行할 수 없고 債務者는 免責된다는 理論이 정립된 것이다.<sup>92)</sup> 이와 같이 영국에서는 給付 目的物의 滅失 또는 毀損으로 契約의 目的에 到達할 수 없는 경우에 비로소 事情變更의 原則을

89) 事情의 變更으로 契約의 目的을 달성할 수 없는 履行不能에 해당될 때에는 債務者의 責任을 면하는 理論으로서 “目的挫折論”이라고도 한다.

90) 122 Eng. Rep. 309 (K.B. 1863).

91) 英美의 普通法에서는 契約締結 後에 發生한 사유로 債務者의 免責을 認定하지 않음이 原則이다. 그러나 그 세 가지의 경우에는 예외적으로 契約締結 後에 發生한 事情으로 인하여 債務者가 免責된다. 그 첫째는 全部의 介入措置가 있는 경우(supervening governmental action), 둘째는 履行을 위하여 特定人이 存在하여야 할 경우에 그 特定人이 死亡 또는 行爲無能力者가 된 경우, 셋째는 履行에 필요한 特定物이 存在하여야 할 경우에 그 特定物이 滅失하였거나 毀損된 경우이다.

92) E. Allen Farnsworth, United States Contract Law, Revised Edition(1999), p.156.

認定하고 있다.

미국에서는 事情變更의 原則을 두 가지로 나누어, 事情變更으로 給付가 絶對적으로 不能은 아니지만, 履行이 극히 困難하게 된 impracticability와 給付의 履行이 可能은 하지만 그 意味가 없고 또한 契約의 目的을 達成할 수 없는 frustration으로 구분하였다.

구체적으로 impracticability로 債務者를 免責키 위하여서는 네 가지 要件을 갖추어야 하는데 그 첫째로 事情의 變更으로 合意된 履行을 困難케 하여야 하며, 둘째로 事情의 變更이 契約基本締結의 基本的인 전제가 되어 있어야 하며, 셋째로 契約의 履行의 困難(impracticability)이 免責을 구하는 당사자의 歸責事由 없이 發生하여야 하며, 넷째로 免責을 구하는 當事者가 그러한 履行困難의 危險을 引受하지 않았어야 한다. 이와 같이 미국에서는 履行困難의 경우에 事情變更을 認定한다 하더라도 嚴格한 要件 하에서만 이를 認定하고 있다.

Frustration은 債務者가 給付를 履行하고 債權者가 그 給付를 受領하는데는 아무런 문제가 없으나, 그러한 履行이 債權者에게 아무런 意味가 없거나 契約目的 達成을 할 수 없는 경우로서, 이러한 경우에는 當事者의 給付義務를 免責케 한다. 예를 들면 政府의 高權的 內戰狀態 또는 自然災害의 發生 등으로 賃借한 不動産을 사용할 수 없거나, 買受한 物件을 외국으로 즉각 수출할 수 없는 경우와 같은 것이 이에 해당한다. 이러한 때에는, 債務者의 給付義務는 免責된다. 契約에 관한 리스테인먼트도 역시 이에 관하여 債務者의 免責을 規定하고 있다.

그런데 債務者를 免責케 하는 目的不到達論의 要件은 履行困難性論(dotrine of impracticability)의 要件과 매우 유사하다. 그러나 美國의 判例는 履行困難性에 根據하여서 보다는 目的不到達論에 根據하여 債務者를 免責케 하는 것을 꺼리고 있다.

이와 같이 英美法上의 事情變更의 原則은 事情變更으로 契約內容을 變更된 事情에 맞게 修正하는 것은 默示的 合意 理論에 의한 契約解釋의 方法에 의하여 解決하고, 契約關係를 종료시키는 것은 危險分配를 위한 마지막 시도로서 履行困難性 理論 및 目的不到達理論에 의하고 있다. 그러나 영국은 양자의 理論을 目的不到達理論 하나로 統合하여 다루고 있다. 어떠한지 英美 契約法에서는 事情變更의 原則을 쉽게 認定하지 않고 있음을 알고 있다.

## 제 5 절 日 本 法

日本民法도 프랑스民法과 마찬가지로 事情變更의 原則에 관한 一般規定을 두고 있지는 않으나, 이를 認定하는 見解가 支配的이다. 判例도 事情變更의 原則을 認定하고 있다.<sup>93)</sup> 일본에서는 제1차 세계대전 後 극심한 인플레이션을 겪은 後 獨逸의 行爲基礎論의 影響을 받아 事情變更에 대한 理論定立의 必要性이 대두되었는바, 1926년 勝本正晃 “민법에아げる事情變更의 原則”이라는 論文에서 獨逸의 行爲基礎論을 批判하고 日本特有의 理論인 “事情變更의 原則을 제창하였고, 그것이 學說과 判例의 支持를 받아 通說로 정착된 것이라고 한다.

日本民法學에 독일의 行爲基礎論이 繼受되지 못한 理由는 주로 共通의 錯誤를 主觀的 行爲基礎의 欠缺로 다루는 독일과는 달리 일본에서는 共通의 錯誤를 動機의 錯誤로 보아 주로 錯誤論에서 다루기 때문 이라고 한다. 다만 현재 일본에서는 債權法改正에 관한 論意가 進行되고 있는데, Unidroit 國際商事契約法原則에 影響을 받아 주 解釋과 같은 立法案이 發表되어 있다.<sup>94)</sup>

<sup>93)</sup> 일본 判例: 大法院 1944.12.6. 판결, 민집 23권613; 최고재 1944.2.12.判決, 민집 8권 2호 448

## 제 6 절 기타 近代民法에서의 事情變更의 原則

1942년에 제정된 이태리민법전인, 契約篇 제1467조에서 雙務契約에 있어서 事情變更에 의한 一方 當事者の 契約終了請求와 이에 대한 他方當事者の 變更事情에 맞는 契約內容의 修整提供에 관하여 規定하고 있다.

그리스 民法(1940년 制定)도 그 제2편 契約法 제5장 雙務契約의 原則 중의 하나로 동법 제388조에서 事情變更의 原則을 認定하고 있으며, 雙務契約에서 현저한 事情의 變更이 있을 때에는 債務者の 請求에 의하여 法院이 契約內容을 修正하거나 契約을 全部 또는 部分的으로 解消시킬 수 있도록 規定하고 있다. 오스트리아 民法은 事情變更에 관하여 一般規定을 두지 아니하고, 個別的으로 規定하고 있다. 豫約(동법 제936조), 交換契約(동법 제1052조) 그리고 都給契約(동법 제1170a조)에서 個別的으로 事情變更으로 하는 規定을 두고 있을 뿐이다. 포르투갈 民法典에서도 역시 그 제437조에서 事情變更의 原則에 관한 一般規定을 두고 있다.

## 제 7 절 Unidroit 國際商事契約法 總則

Unidroit 國際商事契約法 總則<sup>95)</sup>에서는 事情變更의 原則에 관하여 아

94) 日本 事情變更의 原則인 “提案” 契約의 改正

1. 契約締結후에 발생한 事情에 의하여 契約의 文言대로의 拘束力을 認定한다면 一方 當事者에게 不當한 不利益을 發生시킴으로써 信義에 반하는 結果가 되는 경우에는, 當該 事情이 契約 當事者에 의하여 豫見할 수 없었던 것이며, 또한 그 發生이 當事者에게 歸責 될 수 없는 事由에 의하여 發生한 대에 한하여 不利益을 입는 契約 當事者는 相對方에게 契約條件에 대한 再交渉을 要求할 수 있다.
2. 전항의 경우에, 契約 當事者間의 契約의 再交渉이 合意에 이르지 않을 때에는, 法院은 當事者의 申請에 의하여 契約의 解除 또는 改正을 명할 수 있다. 다만, 契約의 改正 命을 받은 當事者는 改正된 契約으로는 不當한 不利益을 받는 경우에는 契約의 解除를 請求할 수 있다.

95) 同 總則 (Unidroit Principles of Intenational Commercial Contract Law: Contract



주 상세히 規定하고 있다. 同 總則은 그 제6.2.2조에서 事情變更의 概念에 관하여 規整하고, 그 제6.2.3조에서는 事情變更의 效果에 관하여 規定하고 있다. 그러나 同 總則에서는 事情變更이 原則이 아니라, 契約忠實이 原則임을 그 제6.2.1조에서 規定하고 있다. 그리하여 同 總則에서도 契約 忠實이 大原則이고 事情變更은 例外的으로 認定될 뿐이다. 그리고 事情變更에도 等價關係 破壞의 경우에만 認定되고, 契約目的 不到達의 경우에는 認定되지 아니한다.

동 총칙 제6.2.1조에서는, 事情變更은 제6.2.2조 이하에서의 例外的 경우를 제외하고서는 債務者의 債務不履行이 그 에게 부담스럽다 하더라도 그 채무자는 그의 債務를 履行할 義務가 있음을 밝히고 있으며, 제6.2.2조에서는 一方 當事者가 給付를 履行하는데 있어서 費用이 引上되거나, 또는 타방당사자가 수령할 給付의 가치가 감소 등의 事由의 發生으로 契約의 等價 關係가 근본적으로 變更될 定度라고 概念定義를 規定하고 있다. 이와 같은 事由의 發生으로 事情變更의 要件이 충족되면, 同 總則 제6.2.3조에 의하여 債務者는 契約內容의 再協議를 請求할 수 있으며, 적절한 期間 내에 再協議에 의한 협약이 이루어지지 못한 경우에는, 양당사자는 法院에 契約의 解消 또는 等價關係를 回復할 수 있는 契約內容의 調停을 구할 수 있다. Unidroit 國際商事契約法 總則도 역시 事情變更을 좁게 認定하고 있으며, 특히 等價關係 破壞의 경우에만 認定하고, 그러한 경우에도 法院이 當事者의 請求에 의하여 契約內容을 調停하거나 契約을 解消 할 수 있도록 하고 있다. 그리고 事情變更이 있다 하더라도 事由發生 後의 將來에 履行할 給付에 대해서만 認定되고, 이미 履行한 給付에 대해서는 아무런 效力이 미치지 않는다.

---

Law: Grundregeln der Internationalen Handelsverträge)은 1994년에 發表되었다.

## 제 8 절 유엔 國際物品賣買法

유엔國際物品賣買法을 制定을 위한 協議와 論爭의 結果 事實的 不能 뿐만 아니라, 經濟的 不能도 債務者를 免責케 할 수 있다는 것이 지배적인 見解였고<sup>96)</sup>, 그 結果 同法 제79조에서 事情의 變更으로 인한 債務者의 免責에 關하여 規定하고 있다. 동 條項에 의하면, 債務不履行이 債務者의 영향력이 밖에 존재하는 障礙事由에 기인하고, 또한 債務者가 그러한 障礙事由를 契約締結시에 고려할 수 없거나 또는 그러한 障礙事由로 인한 結果를 回避하거나 克復하는 것이 債務者에게 理性的으로 期待할 수 없음을 債務者가 입증한 때에는 債務不履行으로 인한 同 법상의 損害賠償 責任을 면하는 것으로 規定하고 있다(Art 79 I, V CISG). 그리고 특이한 內容은, 이러한 障礙事由가 發生한 경우에 債務者는 그 障礙事由와 그것이 자기의 履行能力에 미치는 影響에 關하여 債權者에게 通知하여야 한다는 점이다. 債務者가 이러한 障礙事由를 알았거나 알 수 있었던 때로부터 合理的인 기간 내에 債權者가 通知를 받지 못할 때에는 그에게 發生한 損害를 賠償해야 한다(Art 79 IV CISG). 그리고 債務者의 免責은 그러한 障礙事由가 存在하는 기간동안만 認定된다(Art 79 III CISG). 또한 이러한 債務를 免責케 할 수 있는 障礙事由가 存在한다 하더라도 그 危險을 債務者가 인수한 경우에는 債務者는 免責되지 않음은 말할 것도 없다. 이와 같이 유엔物品賣買法에서는 事情變更을 認定하고 있지만, 극히 엄격한 要件하에서만 그것도 제한된 기간동안만 認定한다. 단순한 事情의 變更으로 債務者를 免責케 하는 것이 아니라, 發生한 事由가 不可抗力적인 定度일 때에 비로소 債務者를 免責케 함을 알 수 있다.

---

<sup>96)</sup> Peter Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht (1996), 79. 291.

## 제 9 절 各國의 態度에 관한 評價

事情變更의 原則에 관하여 獨逸의 경우 名文規定을 두어 이를 認定하고 있으며, 事情變更의 경우에 1차적으로는 契約內容을 修正하도록 하고, 2차적으로는 契約의 解除, 繼續的 契約의 경우에는 解止할 수 있도록 許容하고 있다. 그리고 프랑스는 公法上의 契約에는 事情變更을 認定하고 있음에 반하여, 私法的 契約에서는 事情變更이 不可抗力인 경우에만 債務者의 免責을 인정하고 있어서 事情變更을 認定치 않고 있다.

영국도 프랑스와 마찬가지로 事情變更이 不可抗力이 될 때에만 고려하여 事情變更을 認定하고 있지 않고 있다.

美國은 獨逸과 英國의 중간정도로만 事情變更을 認定하고 있다. 대체로 근대민법에서는 事情變更의 原則을 認定하는 態度를 보이고 있으며, 그러나 事情變更의 原則을 認定하는 경우에도 契約 當事者의 一方的인 意思表示 의하여 契約을 解除하거나 許容하는 것이 아니고, 當事者의 請求에 의한 契約의 終了에 신중한 태도를 보이고 있다.

일본민법도 事情變更의 原則이 적용되는 경우를 정면으로 規定하고 있지는 않으나 제2차 세계대전 말기를 기점으로 하여 學說에 영향을 받아 判例가 인정하고 있으며 그 근거는 信義則에서 주장하고 있다.

## 제 10 절 우리 民法의 構成

### I. 認定 與否와 그 根據

民法典에는 事情變更의 原則의 구현이라고 볼만한 規定이 散在하고는 있으나(예컨대, 제286조의 地料增減請求, 제557조의 贈與契約解除, 제628

조의 借賃增感請求, 제698조의 任置·解止, 제716조 제2항의 組合員의 任意脫退, 제720조의 組合解散請求 등) 事情變更의 原則에 관한 一般的인 規定이 없어서 이를 정면으로 인정할 것인가에 대해서 解釋上 問題가 있다.

判例는 일관하여 “事情變更의 原則은 現行법상 認容되지 않는다”고 하고 있다. 그러나 첫째, 事情變更의 原則은 債權法 전반을 支配하는 信義誠實의 原則의 한 내용이며 信義則에 대해서는 民法에 明文의 規定(제2조 제1항)이 있고, 둘째, 기술한 特別規定들은 한정적 열거가 아니라 例示에 不過하다고 보아야 하며, 셋째, 실제에 있어서도 심한 經濟的 變更과 물가 상승으로 契約의 等價關係가 현저하게 파괴된 경우에는 이 原則을 認定하여 契約의 改定 또는 解除를 認定하는 것이 具體的 妥當性 있는 判決이 될 것이라는 점에서 學說은 事情變更의 原則을 認定하고 있다.

## II. 原則的用的 限界

當初의 契約을 後에 이르러 간단하게 變更 또는 解除할 수 있다고 한다면 去來에 대한 信賴는 없어지고 契約的 定義는 무너져, “pacta sunt servanda(契約은 遵守되어야 한다)”라는 原則이 근대 資本主義 社會에서 갖는 規範的 意義는 否定되게 될 것이다. 그러므로 事情變更의 原則은 그 適用要件 및 效果를 엄격 신중하게 解釋하지 않으면 아니 된다는 것을 主意하여야 한다.

## III. 事情變更과 不可抗力과의 關係

不可抗力은 外部로부터 오는 사실로서 去來上 要求되는 정도의 主意나 豫防方法을 강구하더라도 損害를 防止할 수 없는 것을 말한다. 이와 같은 不可抗力은 絶對的 責任이 認定되는 경우에 그 責任을 免除하기 위한 사유로부터 유래하며, 오늘날은 주로 司法上의 責任 또는 債務, 그 밖의 不

利益을 면하게 하는 事由내지 標準으로서 쓰여지는 觀念이다. 이러한 不可抗力도 역시 事情變更의 한 內容으로 把握될 수 있다.

그런데 不可抗力이 法的處理에 관해서는 여러 가지로 規定하고 있다. 소위 receptum責任<sup>97)</sup>이 認定되는 公중접객업자의 責任의 경우에 不可抗力의 경우에는 免責을 認定하기도 하며(상법 제152조 제2항)危險責任을 免責하기도 하며, 海商保險者의 責任을 輕減시키기도 한다. 그리고 때로는 不可抗力의 경우에 法定期間의 延長을 認定하기도 하며(어음법 제54조), 消滅時效의 進行을 停止시키기도 한다(제206 BGB). 이와 같이 不可抗力의 경우에는 義務者의 免責 또는 責任輕減이 認定되나, 때로는 不可抗力의 경우에도 責任이 認定되는 경우가 있다(민법 제308조, 제336조). 이와 같이 不可抗力의 法的處理에 관하여 名文規定이 立法되어 있는 경우에는, 그 規定에 따라서 處理하면 된다.

그러나 그와 같은 名文規定이 없는 경우에는 不可抗力을 어떻게 처리할 것인가가 問題이다. 이에 관하여 우선 不可抗力으로 인하여 債務者가 債務를 履行하지 못하는 경우, 유엔國際物品賣買法에서와 같이 債務不履行의 成立要件으로 債務者의 故意·過失을 要하지 않는 경우에 債務不履行이 成立한다.

그러나 不可抗力의 경우에 債務不履行의 成立이 認定되는 때에도 債務者의 免責을 認定한다(Art 79 CISG). 그리고 우리 民法에서와 같이 債務不履行의 成立要件으로서 債務者의 故意·過失이 要求되는 때에는, 不可抗力의 경우에는 債務不履行이 成立하지 않는다. 이와 같이 債務不履行이 成立되지 아니하는 때에는 不可抗力으로 인하여 債務者가 免責되나, 그 法理構成은 危險負擔의 法理規定의 類推適用이나 事情變更의 原則에 의할 수 있다. 따라서 不可抗力은 危險負擔의 法理에 의하여서도 解決할 수 있

97) 김상용, 比較私法 2002, 11 법영사: 이 receptum責任은 로마법에서 生成된 責任類型으로서, 他人의 物件의 保管과 有關한 特殊한 絶對的 責任이다. 이 責任은 여관주인이 客이 반입한 物件의 紛失, 滅失, 毀損 등에 대하여 지는 法定의 絶對的인 損害賠償의 責任으로서, 독일 普通法에 繼受되고, 오늘날 獨逸民法과 우리 商法과 다른 法定責任으로서, 客이 여관 등에 物件을 가져왔다는 事實에 기하여 여관주인 등에게 認定되는 責任이다

고, 事情變更의 原則에 따라서도 해결할 수가 있다. 따라서 不可抗力은 事情變更 보다 좁은 범위이다.

그리하여 事情變更을 좁게 認定하는 나라에서는 不可抗力의 경우에만 事情變更의 경우에만 事情變更의 原則을 認定한다. 이러한 나라에서는 事情變更의 原則이 認定되지 않는다고 설명하기도 한다. 프랑스, 영국 등이 그러하다. 事情變更을 좀 넓게 認定하는 나라에서는 不可抗力의 경우는 물론 그 외의 事情의 變更의 경우에도 事情變更의 原則을 認定한다. 獨逸과 우리나라의 判例가 그러하다.

#### IV. 適用範圍 및 要件

事情變更의 原則은 私法뿐만 아니라 公法の 領域에서도 문제가 될 수 있지만, 주된 適用領域은 역시 私法契約에서이다. 契約法 중에서는 契約의 成立時와 履行期 사이에 時間的 間隙이 있는 繼續的 去來關係에서 問題가 된다. 또한 事情變更의 原則은 일정한 경우에 그 適用可能性을 제한 받는다. 가령 事情變更의 原則에 우선하는 特別規定이 있는 경우, 契約內容과 契約現實의 差異가 解釋을 통하여 조정될 수 있는 경우, 法律行爲에 矛盾(Perplexität)이 있는 경우, 不能法에 의한 規律을 받는 경우, 動機錯誤에 관한 特別規定이 있는 경우에는 事情變更의 原則에 관한 一般理論이 적용될 여지가 없게 된다. 事情變更의 原則이 적용 될 一般的인 要件을 살펴보면 다음과 같다.

i) 法律行爲의 成立 當時의 環境이었던 事情이 變更하였을 것  
法律行爲 種類에 관해서는 契約, 특히 雙務契約이 중심인데, 이 原則의 非固定性으로 미리 一般的 限界를 설정하는 것은 困難하다. “環境이었던 事情”이라 것은 대체로 獨逸理論의 Geschäftsgrundlage에 해당하지만, 공동의 錯誤와 같은 主觀的인 것은 除外되어야 할 것이다.

ii) 事情變更이 그 法律行爲의 成立 後, 效果完了 前에 생겼을 것  
成立 당시부터 存在하였던 기초의 欠缺은 錯誤의 問題로 생각할 것이고,

成立과 완료의 중간의 것이면 綜合的으로 보아서 “事情變更”이라고 할 수 있나 없나를 判定하여야 할 것이다. 이때 變更은 客觀的으로 確定된 것으로 認定되는 경우가 아니면 안 된다. 效果완료시란 債務가 客觀的으로 完了되는 때라는 見解도 있으나 債務者의 履行遲滯 中 事情이 變更되었다면 債務는 이 原則을 주장할 수 없다고 본다.

iii) 事情變更이 當事者에 豫見되지 않았고 또 豫見될 수 없는 性質일 것

iv) 事情變更이 當事者의 歸責事由로 인한 것이 아닐 것

v) 事情變更의 結果, 당초의 法律效果를 그대로 發生시키거나, 또는 維持하는 것이 현저하게 信義·公平에 反할 것

가장 核心的이면서 가장포괄적인 要件이다. 有償雙務契約에서 給付와 反對給付사이의 等價性이 극도의 乖戾에 이른 경우 따위는 하나의 중요한 지표로 된다. 그러나 金錢債務에 있어서 貨幣價値에 急變이 있는 경우와 같이 一部の 事例의 처리에는 성공한다하더라도 도리어 다른 大規模의 混亂을 야기할 念慮가 있는 경우에는 增額評價를 特別立法으로서 確立적으로 處理할 일이지, 事情變更의 原則의 적용만으로써 解決하려는 것은 곤란하다. 이 要件으로 보아 履行遲滯者 受領遲滯者는 事情變更을 주장할 수 없는 것은 當然하다.

vi) 當事者가 이 原則의 適用을 主張하였을 것 事情變更의 原則은 當事者間의 公平을 기하기 위한 것이므로 그 主張을 기다려서 비로소 作用이 있는 것으로 보아야 한다. 法律上 當然히 效果를 일으키게 하는 것은 必要도 없거니와 사태를 더욱 複雜하게 할 念慮조차 있다.

## VI. 效果

現在 우리나라의 判例가 事情變更에 의한 契約內容의 調停이나 그 解消 가능성을 전혀 개방하지 않고 있음은 주지의 사실이다. 다만 事情變更의 原則의 效果에 관하여 學說의 立場은 엇갈린다. 크게 보면, ① 私的自治를 존중하는 자유주의적 契約法의 構造 하에서 事情變更의 法理는 認定될 수

없다는 견해, ② 契約解消에 重點을 두어 契約解除權을 認定하는 見解, ③ 契約維持에 重點을 두어 契約內容의 調停을 認定하는 見解로 나뉘어 진다. 比較法的인 檢討를 통하여 알 수 있었듯이, 국제적인 立法이나 解釋의 추세는 事情變更의 契約效果로서 契約內容의 調停(제1차적)과 解除(제2차적 효과)를 인정함에 있다. 최근 國內의 學說이나 立法的 論意傾向도 同一하다. 契約成立의 基礎가 되었던 事情에 重大限 變更이 발생하여도 契約規範의 安定性을 위하여 契約의 內容을 그대로 維持시킨다든가, 具體的 妥當性의 實現이라는 名分아래 契約維持를 위한 최소한의 勞力도 없이 最小의 合意를 無力化시키는 것은 아무래도 契約的 定義에 附合하지 않아 보인다. 相衝하는 理念과 價値를 調和 하기위한 合理的 代案은 역시 契約解消의 先行的 段階로서 變更된 事情에 따른 契約의 調停을 인정함에 있다고 할 것이다. 이러한 根本趣旨을 전제로 할 때 이 原則이 가장 많이 적용될 수 있는 雙務契約에 있어서는 事情變更은 다음과 같은 效果가 段階的으로 認定된다.

### 1. 第1次的 效果

事情變更으로 不利益을 받는 當事者는 變更된 事情에 응하여 給付內容의 改正을 주장할 수 있다. 예컨대 賣買契約을 인플레이션에 의한 가격폭등 後에 完結하는 데 있어서 代金の 減額을 要求한다든지 하는 것이다. 그런데 이 主張이 가능한 경우에는 當事者는 우선 이러한 主張을 하는 것이 必要하고, 이것을 뛰어넘어서 다음의 主張을 하는 것은 전술한 根本趣旨에 비추어 볼 때 認定할 수 없다. 즉 一方의 當事者가 이 主張을 하여도 相對方은 반드시 그에 拘束되지는 않고 拒否權을 가지는데, 이 拒否權이 行使되는 것을 기다려 비로소 제2차적 效果의 주장으로 옮겨갈 수 있다고 하여야 할 것이다. 다음, 이태리 민법은 이러한 경우에 관한 一般的인 規定을 두어 當事者에게 처음부터 解除의 要求를 하는 것을 認定하고 그것에 대하여 相對方이 契約內容의 적당한 變更을 申請함으로써 解除를



피할 수 있는 것으로 하고 있다(동법 제1467조). 이렇게 하는 편이 訴訟技術과의 관련까지도 고려한다면 보다 더 당사자간의 具體的 公平을 실현할 가능성이 있다고 하겠으나, 明文의 規定이 없는 우리 民法 下에서는 解釋만으로써 위와 동일한 結論을 認定할 수 있는지는 매우 疑問이다.

## 2. 第2次的 效果

제2차적 效果로서 주요한 것은 解止權 또는 解除權의 발생이다. 抽象的 要件 아래 契約解除라는 중대한 效果를 認定하는 것은 法運營을 恣意에 빠뜨릴 있으므로 止揚되어야 한다는 見解도 있으나, 多數說은 이를 肯定한다. 事情變更의 原則은 契約이 일단 성립한 後에 事情變更을 原因으로 하는 것이므로 事情變更 이전에 이미 발생한 契約은 有效하다. 따라서 2차적 效果로서는 普通將來에 向하여 契約의 效力을 消滅시키는 解止權을 발생시키게 된다.

그러나 解止權만으로 當事者 사이의 利害를 완전히 조정할 수 없는 경우에는 解除權의 發生을 認定하여야 할 것이다. 제2차적 效果라는 것은 전술한 契約內容變更의 主張을 할 수 있는 경우를 전제로 하여 제2차적이라는 것이므로, 그러한 주장이 처음부터 무의미한 경우에 解止權·解除權의 發生이 제1차적으로 認定된다.

事情變更의 效果로서 契約解除權이 認定된다는 점에 대해서는 理論이 없다. 解除權은 契約內容의 調停이 不可能하거나 기대할 수 없는 경우에 2차적으로 부여되는 效果이다. 일단 解除權이 認定되면 그 後 發生한 事情의 變更을 考慮할 필요는 없지만, 事情變更의 原則 適用與否를 判斷함에 있어서는 口頭辯論終結시까지의 사실은 綜合的으로 考慮하여야 한다.

## 제 11 절 小 結

契約法에서는 契約自由와 契約忠實이라는 大原則 아래, 오늘날은 事情

變更을 사실 그대로 認定하고자 하는 理論으로 발전하여, 行爲基礎論, 不豫見論, 履行困難性理論 및 目的否到達論이 主張되고, 많은 나라에서는 立法的으로 解決을 하였다. 그러면서도 事情變更은 어디까지나 契約忠實의 原則에 대하여는 2차적인 原則임을 분명히 하고 있는 것이 一般的이다. 이러한 事情變更의 原則은 名文으로 立法한 나라도 있고, 名文의 規定을 두지 않더라도 信義誠實의 原則의 具體化의 한 內容으로 判例에 의하여 解決하는 나라도 있다.

그러나 事情變更의 原則은, 극히 制限的으로, 事情의 變更이 있음에도 불구하고 契約內容에 忠實하도록 要求하는 것이 當事者에게 가혹할 정도의 負擔이 될 때에 비로소 認定되고 있음을 알 수 있다. 그리고 事情變更을 認定하더라도 당사자 一方的 意思表示에 의하여 契約을 解除, 解止 또는 修整하도록 하는 것이 아니라, 1차적으로 當事者가 契約內容의 修整 또는 契約의 解消를 위한 合議를 하도록 하고, 그러한 합의에 이르지 못할 때에 法院이 介入하여 契約內容을 수정하거나 契約을 解消(Aufhebung :Aufösung)할 수 있도록 하고 있음을 알 수 있다.

事情變更의 原則에 관하여 독일은 名文에 規定을 두어 이를 認定하고 있으며, 事情變更의 경우에 1차적으로는 契約內容을 修正하도록 하고, 2차적으로 契約의 解除, 繼續的 契約의 경우에는 解止할 수 있도록 許容하고 있다. 그리고 프랑스는 公法上의 契約에는 事情變更을 認定하고 있음에 반하여, 私法的 契約에는 事情變更이 不可抗力인 경우에만 債務者의 免責을 認定하고 있어서 事情變更을 인정치 않고 있다. 영국도 프랑스와 마찬가지로 事情變更이 不可抗力이 될 때에만 고려하여 事情變更을 認定치 않고 있다. 그 외의 근대민법에서는 事情變更의 原則을 일반적으로 認定하는 태도를 보이고 있다. 그러나 事情變更의 原則을 認定하는 경우에도 契約當事者의 일방적인 意思表示에 의하여 契約을 解除하거나 解止하도록 許容하지는 아니하고, 當事者의 請求에 의하여 法院이 契約을 解消할 수 있도록 事情變更에 의한 契約의 終了에 신중한 態度를 보이고 있다.

끝으로 事情變更을 一般原則으로 이를 立法으로 認定할 것인가 포인터

가 되겠다. 學說은 일정한 경우에 認定하지만, 判例은 계속적 契約關係에서 認定을 하고 事情變更으로 인한 契約의 解除는 否定한다. 民法 改正案은 이를 반영하여 “事情變更을 이유로 當事者는 事情에 따른 契約의 修正을 要求할 수 있고 상당한 기간 내에 契約의 修正에 관한 合意가 이루어지지 않을 때에는 契約을 解除할 수 있다”고 規定하고 있다. 위의 契約原則이 취하는 要件 면에서 좀 더 구체적이고 客觀性을 附與하고 있으며, 또 效果로 우선적 契約內容의 變更이 가능하지 않은 경우에 契約內容의 調停 및 解除與否를 法院에 맡기는 점 등은 契約維持의 이상 및 具體的 妥當性에서 實益이 있다.<sup>98)</sup>

---

<sup>98)</sup> 김상용, 比較契約法, 65면: 事情變更의 原則을 立法하지 않더라도 信義誠實의 原則에 기하여 判例에 의하여 이를 解決할 수 있다는 見解.

## 제 5 장 契約解除의 效果

### 제 1 절 序 言

#### I. 概 說

契約解除은 계약당사자를 相對方의 債務不履行으로부터 救濟하기 위한 하나의 法的手段이며, 一方 當事者の 債務不履行으로 目的을 達成할 수 없게 된 契約을 相對方 當事者の 一方的 意思表示에 의하여 解消시키는 制度이다.<sup>99)</sup> 解除의 效果에 관하여는 各國의 立法例가 동일하지 아니하며, 解除에 의하여 契約關係가 消滅하게 된다.

契約이 그 成立시까지 하여 遡及的으로 消滅하느냐, 아니면 解除시부터 將來에 대하여 消滅하느냐에 관해서도 立法例가 同一하지 않다. 그리고 解除에 의하여 契約시에 遡及하여 消滅하는 경우에, 解除와 함께 損害賠償을 請求할 수 있느냐, 아니면 解除를 하든가 債務不履行을 이유로 損害賠償만을 請求하든가 選擇的으로만 行使할 수 있느냐에 관해서도 立法例가 동일하지 못하다.

解除의 效果로서의 原狀回復義務도 그 法的 性質이 不當利得返還義務이냐, 기존 契約上의 義務가 清算關係로 轉換된 義務이냐에 관해서도 立法例가 나누어져 있다. 그리고 損害賠償의 義務도 그것이 履行利益의 損害의 賠償義務이냐 信賴利益의 損害의 賠償義務이냐에 관해서도 立法例와 學說이 나누어져 있다.

解除에 있어서의 기본적인 效果는 契約의 拘束으로부터의 解放, 原狀回復, 損害賠償 등의 3가지 效果가 있으며, 이러한 效果를 解除權의 行使라

---

99) 김형배, 앞의 책, 212면; 解除는 債務者에 의한 契約上의 義務가 제대로 履行되지 않으므로 債權者가 契約締結當時에 豫定했던 計劃이 어긋나게 되거나, 契約目的이 실현될 수 없게 된 경우에, 債權者로 하여금 契約의 拘束으로부터 벗어나게 하여 새로운 契約을 締結할 수 있는 自由(Dispositionfreiheit)를 回復하게 하여 주는 制度 이다.

는 하나의 行爲로부터 理論적으로 矛盾없이 설명하기 위하여 解除의 效果에 관한 法理論構成이 다양하게 시도되어 왔다. 그 중에서도 解除의 中心的 效果는 原狀回復義務이며 解除에 의하여 契約關係가 解消 되는 데, 과연 解除의 效果인 原狀回復義務인 法的性質이 무엇이며 그 範圍가 어떻게 規律되는지가 問題된다. 이는 民法 제548조가 “當事者 一方이 契約을 解除한 때에는 각 當事者는 그 相對方에 대하여 原狀回復義務가 있다”고만 規定할 뿐, 具體적으로 어떻게 規律할 것인가의 問題에 再規定하고 있지 않기 때문이다. 이는 전적으로 解釋論에 의할 수밖에 없다. 또한 民法 제551조는 解除와 損害賠償請求의 양립가능성을 規定하고 있는데, 제548조와 제551조를 어떻게 矛盾 없이 說明할 수 있는지에 관하여 見解가 나누어져 있다. 契約解除의 效果에 관하여 위와 같은 問題點들을 어떻게 설명할 수 있을지에 대하여 우선 契約解除의 效果에 관한 法理를 어떻게 構成할 것인지를 각 學說과 判例의 태도를 比較法的으로 檢討하여 볼 필요가 있겠다.

## II. 問題의 所在

獨逸民法學계의 解除의 效果에 관한 論意에 있어서, 가장 중요한 契機가 되었던 것은, 去來의 安全을 위하여 物權的 效力을 否認하는데 있었다.

그리하여 獨逸民法典 第1草案은 이러한 점을 고려하여 立法的으로 間接效果說을 採擇하였다. 그러나 그 後의 審議過程에서, 현행 獨逸民法 제346조와 같은 內容을 채택함으로써, 間接效果說에서 한 걸음 후퇴하게 되었다. 그 이유 중의 하나가 物權行爲의 無因性을 前提로 하면, 間接效果說에 의하지 않더라도, 解除의 效果를 債權的 效力에 머무르게 할 수 있다는 것이었다. 따라서 그 後 獨逸에서는 直接效果說이 지배적인 위치를 차지하게 되었으며 일본과 우리나라의 通說과 判例도 이에 따르게 되었다. 그런데 近來에 와서는 다시 直接效果說에 대한 理論的 檢討와 함께 여러 가지의 批判이 가해짐으로써, 獨逸에서는 이미 返還債務關係說이 지배적인

學說로 등장하고 있으며, 일본에서도 直接效果說에 대한 활발한 批判的 論意가 이루어지고 있다. 그러나 우리나라에서는 여전히 直接效果說이 通說로 되어 있다. 그러나 최근에는 이에 대한 批判과 아울러 새로운 理論 構成이 시도되고 있다.

따라서 우리 民法의 規定과 관련하여 問題를 제기하면, 民法 제544조 내지 546조에서 當事者間의 解除權을 約定하지 않는 경우에도 履行遲滯나 履行不能 등의 事由가 發生하면 契約을 解除 할 수 있다고 規定하고 있다. 이러한 理由로 契約을 解除한 경우에 發生하는 效果에 대해 제548조에서는 “當事者 一方이 契約을 解除한 때에는 각 當事者는 그 相對方에 대하여 原狀回復義務가 있다.”고 規定하고 있다. 그런데 이러한 原狀回復義務를 어떻게 解釋해야 할 것인지에 대해, 古典的인 學說은 解除에 의하여 契約의 效力이 遡及的으로 消滅한다는 直接效果說과, 解除는 契約上의 債權關係 그 자체를 消滅시키는 것이 아니라 債權關係는 그대로 존속하고 그 作用만 저지된다는 間接效果說, 그리고 解除는 遡及效를 가지지 않으며 債權關係는 解除시부터 將來에 向하여 消滅한다는 折衷說이 對立되어 왔다. 그런데 1970년대 後半부터 獨逸學說의 影響을 받은 學者들에 의하여 直接效果說을 批判하면서 獨逸의 清算關係說 내지 返還債務關係說을 주장하고 있다.

## 제 2 절 學 說

### I. 直接效果說 (Theorie der direkten wirkung)

直接效果說에 의하면 契約이 解除되면 지금까지의 契約은 廢棄되고, 처음부터 契約이 존재하지 않은 것과 같은 效果가 생기므로 契約에 의한 모든 債權關係는 遡及的으로(ex tune) 消滅한다.<sup>100)</sup> 따라서, 解除 당시에 債

<sup>100)</sup> 民法 제141조에서는 取消한 法律行爲를 처음부터 無效라고 보아 遡及效를 明示的으로 規定하고 있으나, 同法 제548조는 明示的으로 遡及效를 規定하고 있지 않다.

務가 아직 履行(“未 이행채무”)되어 있지 않으면, 그것은 당연히 消滅하고, 이미 履行(“既 이행채무”)되어 있으면, 그 給付는 法律上의 原因을 결하게 되었기 때문에 不當利得의 法理(제741조 이하)에 따라 이를 返還하여야 한다고 한다. 그리고 그 返還의 範圍에 있어서도 이를 現存利益에 限定하는 것(제748조)보다는 原狀回復으로 擴大하는 것이 合理的이라고 한다.

原來的 契約에 기한 債權을 擔保하기 위하여 保證이나 物的擔保를 設定한 경우에 있어서, 原則적으로 直接效果說에 의하면 解除에 의하여 原來的 契約이 遡及적으로 消滅하므로, 原來的 契約關係에 의한 債務의 擔保는 解除 후의 原狀回復 義務 및 損害賠償義務를 擔保하게 된다는 立場이다. 契約關係의 解消로 인한 物權變動과 관련해서는, 當事者が 解除 이전에 債務의 履行으로서 登記나 引渡를 완료하여 이미 所有權이 移轉된 경우에 解除의 直接的 效果로서 所有權移轉의 效果도 遡及하여 消滅하는가에 대하여는, 物權變動의 遡及的 消滅을 認定하는(物權的 效果說)것과 이를 否認하는 立場(債權的 效果說)으로 나뉘고 있다.

먼저, 物權的 效果說<sup>101)</sup>은, 契約解除의 效果로서 이미 행하여진 物權變動의 效果가 遡及적으로 消滅하게 되고 目的物의 所有權은 前所有者에게 自動적으로 復歸하게 한다. 이 立場은 物權行爲의 無因性を 否定하여 債權行爲와 物權行爲를 有因關係<sup>102)</sup>로 把握하게 되고, 解題된 契約에 기하여 이미 행하여진 履行行爲와 登記·引渡로 物權變動이 發生하고 있더라도 原因行爲인 債權契約이 解除되면 일단 移轉하였던 權利는 당연히 復歸하는 것으로 보게 된다.<sup>103)</sup>

101) 곽윤직, 앞의 책 101면; 김주수, 債權各論 146면 이하; 김육곤, 解除의 效果에 관한 法理小考, 損害賠償의 再問題 1990. 727면 이하.

102) 대판 1977.5.75다 1394; 대판 1982. 11.23, 81다카 1110.

103) 우리 判例는 契約이 解除되면 그 契約의 履行으로 變動이 되었던 物權은 당연히 그 契約이 없었던 상태로 復歸한다고 하는 物權의 效果說의 立場을 取하고 있다. 즉, “契約에 따른 債務의 履行으로 이미 登記나 引渡를 하고 있는 경우에 그 原因行爲인 債權契約이 解除됨으로써 原狀回復된다고 할 때 그 理論 構成에 관하여 解除가 있더라도 履行行爲 그 自體는 그대로 效力을 保有하고 다만 그 給付를 返還하여 原狀回復할 債權 債務關係가 發生할 뿐이라는 소위 債權의 效果說과 이미 행하여진 履行行爲와 登記

債權의效果說은, 契約解除의 效果로서 遡及的으로 消滅하는 것은 債權行爲에 限定되며 物權行爲는 이로부터 直接影響을 받지 않고 존속함으로 解除 이전에 행하여진 所有權移轉은 解除 後에도 有效하며, 양도한 契約當事者는 讓受人에 대하여 所有權을 返還하라는 債權의請求權만 갖게 된다는 입장이다.<sup>104)</sup> 이는 物權行爲의 無因性을 認定하는 立場에 근거하여, 物權行爲와 그 原因行爲인 債權行爲는 각각 그 效力要件을 달리하고 債權行爲의 效力 喪失이 物權行爲에 直接影響을 미치지 않는다고 한다.

解除의 直接的 效果로서 債務는 遡及的으로 消滅하여 給付 수령한 當事者에게 不當利得返還義務가 생기고, 그 義務의 內容은 登記나 引渡에 의해 移轉받은 物權을 返還하는 것이라고 보고 있으며, 따라서 當事者는 返還을 위한 物權行爲를 다시 負擔할 뿐이며 解除로 直接 物權이 復歸하는 것은 아니라고 한다.<sup>105)</sup>

제548조 제1항 단서의 意味와 이 規定에 의하여 保護받는 제3자의 範圍와 관련하여서는, 먼저 同 단서의 意味와 相關하여 直接效果說 중 物權의 效果說의 立場에서는 이를 必要的 規定이라고 把握하고, 同 단서가 解除로 인하여 契約關係가 遡及的으로 消滅하는 것으로 볼 수 있는 주된 根據가 된다고 한다. 또한 同 단서에 의하여 保護받을 수 있는 제3자는 解除의 意思表示가 있기 전에 法的인 利害關係를 맺은 제3자에 한하지 않고

---

나 引渡로 物權變動이 發生하고 있더라도 原因行爲인 債權契約이 解除되면 일단 移轉되었던 物權은 당연히 復歸한다는 소위 物權의效果說이 對立되어 있다. 우리의 법제가 物權行爲의 獨自性과 無因性을 認定하고 있지 않는 점과 民法 제548조 제2항 단서가 去來安全을 위한 特別規定이라는 점을 생각할 때에 契約이 解除되면 그 契約의 履行으로 變動이 생겼던 物權은 당연히 그 契約이 없었던 原狀態로 復歸한다고 봄이 타당하다고 할 것이다”라고 그 立場을 밝힌바 있고,(대판 1977.5.24, 75다1394) 이후 이러한 立場이 견지되고 있다(대판1995.5.12, 94다18881).

104) 김기선, 위의 책- 韓國債權法各論, 법문사, 1988,95면; 김석우, 위의 책-債權法各論, 박영사, 134면; 김주수, 위의 책- 債權各論, 박영사, 1997년, 149면.

105) 이와 相關하여 具體的으로 例를 들어보면, 引渡된 物權이 登記를 要하는 不動產인 경우 登記의 效力과 相關하여 問題가 될 수 있는데, 解除의 遡及效를 認定하는 直接效果說에 의하면, 解除된 契約으로 이미 發生하고 있는 權利移轉은 처음부터 생기지 않았던 것이 되기 때문에, 그 權利의 轉得者 保護問題가 생기고, 이 문제 解決을 위해서는 解除의 遡及效를 制限하지 않으면 안 된다.



解除의 意思表示가 있었으나 相對方名義의 抹消登記가 行하여지기 前에 그 相對方名義의 登記를 믿고서 利害關係를 맺은 제3자도 포함된다고 한다. 또한 保護받는 제3자는 善意者만에 한하고 惡意者는 포함되지 않는다는 立場이다. 106)

債權의 效果說의 경우에는 同 단서 規定의 意味와 관련하여, 이는 規定하지 않아도 될 당연한 것으로 主意的 規定에 불과 하다고 볼 수 있다. 또한 제3자의 範圍에 대해서는 契約이 解除되어도 物權行爲는 有效하게 존속하므로 抹消登記를 하기까지 利害關係를 맺은 제3자는 善意든 惡意든 保護받는다고 한다.

따라서 解除에 의하여 消滅하는 債權 그 자체의 讓受人, 그의 全部債權者, 押留債權者, 제3자를 위한 契約의 受益者 등은 同 단서의 제3자에 포함되어 이러한 자도 保護받게 된다.<sup>107)</sup>

## II. 間接效果說 (Theorie der indirekten Wirkung)

解除權이 行使되더라도 기존의 債權關係는 그대로 존속하며, 다만 當事者 사이에 原狀回復을 위한 새로운 債權·債務關係를 發生이 된다는 것이다. 즉 다시 말해서 解除가 契約關係의 消滅을 가져오는 것이 아니라 그 作用을 저지할 뿐이라고 한다. 이와 같은 債權·債務가 履行됨으로써 契約關係는 消滅한다고 한다. 그리고 未履行給付에 대해서는 抗辯權이 생기므로 解除權의 行使 후에는 未履行給付를 行使할 필요가 없다.<sup>108)</sup>

이 說은 解除의 效果로서 損害賠償義務는 적절히 설명할 수 있으나, 原狀回復義務는 적절히 설명할 수 없는 問題點을 갖고 있다. 또한 이 學說은 未 履行給付에 관하여는 履行拒絶의 抗辯權이 발생할 뿐이라고 하므

---

106) 곽윤직, 앞의 책, 124면.

107) 김기선, 앞의 책, 95면; 김주수, 앞의 책, 149면.

108) 이 學說은 20세기 초에 Dembung, Crome, Endemann 등의 學者에 의해 주장된 것으로 國內에서 이를 주장하는 學者는 없는 것으로 보인다.

로, 當事者가 抗辯權을 포기하면 解除의 效力이 消滅하여 契約關係가 不確定하게 될 뿐만 아니라, 解除의 目的을 達成할 수 없게 된다. 그리고 契約을 解除하였다 하더라도, 當事者가 履行의 抗辯權을 援用하지 않는 경우에는, 法院은 債務者에게 給付履行을 명하는 判決을 하지 않으면 아니 되는 矛盾點을 내포하고 있다.

### III. 折衷說 (Die mittlere Theorie)

이 說은 解除의 遡及效를 부인하고, 解除의 行使에 의하여 未履行債務는 將來에 向해서만 그 效力이 喪失되며, 이미 履行된 給付에 관하여는 원 契約에 內在하는 返還約定에 의하여 새로운 返還請求權이 發生한다고 한다. 이 說은 間接效果說과 마찬가지로 解除의 效果에 관한 損害賠償義務는 적절히 설명할 수 있으나, 原狀回復義務를 적절히 설명할 수 없는 問題點이 있다. 즉, 折衷說에서는, 原狀回復義務는 原來契約에 內在하는 返還約定으로부터 發生한다고 한다.

그러나 原契約에서 返還約定을 포함하고 있다는 것은, 約定解除에서는 타당하지만, 法定解除에서는 타당하지 못하다. 이와 같이 法定解除에 있어서도 原契約에 內在하는 返還約定이 있고, 그 返還約定에 의하여 解除시까지 이미 履行한 給付의 返還義務(즉, 原狀回復義務)의 消滅과 原狀回復義務를 不當利得返還義務로 法理構成을 하는 直接效果說에서 벗어났다는 점에서 그 意味가 있으며, 이 說이 清算關係說의 法理構成이 가능하도록 加교역할을 하였다는 것이다.<sup>109)</sup>

---

109) 獨逸에서는 이른바 法定解除의 效果에 관한 研究는 直接效果說의 克復을 통하여 清算關係설을 完成하는 方向으로 進行되었다고 해도 過言이 아니다. 1921년 초의 H.Stoll의 學位論文 (Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts, 1921)를 시발로 하여 1954년의 E.Wolf의 論文을 거쳐 1975년에 간행된 Leser의 教授資格 論文에 의하여 完成되었다. 그 동안 獨逸에서 뿐만 아니라 스위스 및 오스트리아에서도 清算關係설은 지배적인 學說 이었다.

#### IV. 清算關係說 (Theorie der Rückgewährvevhältnisses)

直接效果說, 間接效果說, 折衷說이 모두 解除의 效果를 矛盾 없이 설명할 수 없는 缺點을 갖고 있기 때문에, 解除의 法理 構成에 關하여 독일에서 清算關係說이 주장 또는 제기<sup>110)</sup>되고, 우리나라에서도 이 說을 지지하는 見解가 점점 증가하고 있다.

清算關係說은 直接效果說과는 달리 契約解除에 의하여 기존의 債權關係가 遡及的으로 消滅하지 아니하고, 解除 이후에도 清算의 完了時까지 契約關係가 存續한다고 보아, 原狀回復의 機能은 一方當事者의 債務不履行으로 契約이 解除되었으므로 이미 反對給付를 履行한 相對方이 그 反對給付에 대하여 처음부터 履行하지 않았던 상태의 回復을 求하여 給付와 反對給付 사이에 等價的 均衡을 維持하고자 함에 있다고 한다. 따라서 계약해제의 原狀回復義務는 法律行爲에 기초한 것으로서 不當利得返還義務와 같은 法定債務關係가 아니라고 보고 있다. 契約解除로 인하여 종전의 契約 拘束力은 消滅하고 契約은 清算關係(Abwicklungsverhältnis)로 變形된다는 立場이므로, 解除 당시에 아직 履行하지 않은 債務는 당연히 消滅하나, 이미 履行되어 있는 것에 대하여서는 새로운 返還請求權이 成立하는데, 이는 原來的 債權關係와 連續性 내지 同一性을 가지면서 다만 內容上 變更이 생긴 것이라고 한다. 解除는 一般的으로 將來에 향하여 效力을 發生한다고 하므로, 未履行債務는 將來에 대해 消滅하지만, 그 때 까지 존속했던 原狀回復을 위한 清算關係로 變形된다는 立場이다.<sup>111)</sup>

原來的 契約에 기한 債權을 擔保하기 위하여 保證이나 物的擔保를 設定

110) 김형배, “解除의 效果에 關한 法理構成”, 考試研究, 1979. 10. 41; 이은영, 위의 책-債權各論, 박영사, 1989, 182면.

111) 既存의 契約關係를 內容으로 變更시키는 것이 바로 解除의 效果라는 주장을 提唱한 사람이H. Stoll 이다. Stoll은 債權關係를 有機體로 파악하고, 그 속에 內在하는 當事者 사이의 權利義務는 變更될 수 있으나, 有機體로서의 債權關係는 基本的 關係로서 同一性을 維持한다고 主張하였다. 이러한 同一性을 바탕으로 Stoll은 解除의 意思表示에 의하여 債權關係의 存在가 消滅되는 것이 아니라, 그 內容이 清算關係로 變更이 될 뿐이라고 하였다(H. Stoll, RÜcktritt und Schadensersatz, AcP 131 「1929」, 171).

한 경우에 있어서, 解除에 의해 原來 契約關係는 同一性을 維持하며 존속하게 되므로, 原來契約에 의한 債務의 擔保는 清算을 위한 原狀回復義務 및 損害賠償義務도 계속 擔保하게 된다고 한다. 또한 清算關係는 原契約의 變形이라 理解하므로 原契約의 雙務契約關係가 清算關係에도 維持된다. 따라서 原契約에 認定되는 同時履行의 抗辯權은 清算關係에서도 인정되며, 原契約의 商行爲性은 清算關係에 있어서도 그 性質을 維持된다.

또한 清算關係說은 契約關係의 解消로 인한 物權變動과 관련하여 債權의 效果說과 비슷한 立場을 取하고 있다. 즉, 契約이 解除되었다 하더라도 原來의 契約關係는 그대로 有效하므로 相對方名義에서 原權利者의 移轉登記가 경로 되어야 비로소 原權利者에게로 物權이 復歸하게 된다.

제548조 제1항 但書의 意味와 이 規定에 의하여 保護받는 제3자의 範圍와 관련하여, 먼저 同 단서 規定의 意味에 대해서는 이는 規定하지 않아도 될 當然限 것으로 主意的 規定에 不過하다고 볼 수 있다. 즉, 解除에 의하여 契約은 將來에 대해서만 消滅하게 되고 이미 履行한 給付는 清算되어야 하므로 清算에 의하여 相對方名義의 登記의 原權利者 名義로 移轉登記가 行하여질 때까지는 相對方이 物權者이므로, 移轉登記가 경로 될 때까지 利害關係를 맺은 제3자는 善意이든 惡意이든 언제나 保護받게 되므로 同 단서의 規定은 主意的 規定에 不過하고 이에 대한 論意의 實益이 없다고 한다.

同 단서의 제3자의 範圍와 관련하여서는 이에 대해 특별한 制限을 하지 않고 解除로 인한 抹消登記 또는 移轉登記가 경로되기 前에 法律上 利害關係를 맺은 자이면 善意·惡意를 불문하고 保護받는 제3자에 속하는 것으로 보고 있다. 여기서 解除에 의하여 영향을 받지 않는 제3자는 契約을 基礎로 한 給付의 目的인 物件 또는 權利의 讓受人, 擔保權者, 質權者 등이다. 物權變動을 위한 登記나 引渡 등의 成立要件을 갖추어야 하는 경우에는 이러한 要件을 구비한 자만이 보호된다.

그리고 債權의 效果說과는 다르게 清算關係說에 의하면 解除權의 行使가 債權의 讓渡行爲에 直接影響을 주지 않는 것이 原則이지만, 原來契約으로

부터 발생한 債權은 讓渡되더라도 解放效的 消滅의 대상이 된다. 解除에 의하여 消滅되는 債權 그 자체의 讓受人 그의 全部債權者 押留債權者 제3자를 위한 契約의 受益者는 제548조 제1항 단서에서 規定한 제3자에 해당되지 않는다.

## V. 私見

解除의 效果에 清算關係說이 타 理論보다 합리적인 長點이 다음과 같이 몇 가지의 論理를 펼 수 있다.

첫째로 解除는 일단 有效하게 성립한 契約에 있어서 一方當事者의 債務不履行등으로 인하여 契約目的을 달성할 수 없을 때에 認定되는 契約解消制度이므로, 無效·取消의 경우처럼 契約을 遡及的으로 消滅시키는 것은 不當하다. 無效·取消는 契約上の 債務를 처음부터 생기지 않게 하여 當事者間的 關係를 契約締結 前의 상태로 還元시키는데 目的이 있음에 반하여, 解除는 解除事由(一方當事者의 債務不履行)로 말미암아 信賴를 基礎로 한 原來의 契約關係를 維持시킬 필요가 없는 경우에 當事者間的 契約拘束力을 풀어 주고자 하는 制度이다. 일단 契約의 유효한 成立을 認定하고 解除 이후의 法律關係는 清算關係로 把握함으로써 無效·取消와 구분하여 理解하는 것이 타당하다.

둘째로 解除의 意思表示(解除權의 行使)에 의하여 既存의 債權關係 內容이 清算關係로 變形된다. 이와 같은 契約關係의 變更에 의하여 原來의 未履行債務는 消滅되고 返還債務가 成立한다. 따라서 이미 履行된 給付의 返還을 請求하는 權利는 同一性を 維持하면서 존속하는 既存의 債權關係를 基礎로 한다. 契約關係의 遡及的 消滅을 前提로 하는 直接效果說에서 返還請求權은 不當利得返還의 效果로서 설명되므로 일종의 法定債權關係를 根據로 한다고 주장하지만, 清算關係說은 기존의 債權關係를 基礎로 返還 및 清算關係를 설명한다. 마찬가지로 損害賠償과 擔保權이나 保證人의 責任도 이 契約關係를 根據로 한다. 따라서 清算關係는 法定債權關係

가 아니라 契約關係라는 것이다.

셋째로 返還請求權 내지 原狀回復의 請求權의 內容을 더 적절하게 설명할 수 있다. 狀回復義務(제548조1)는 給付가 행하여 졌던 當時의 價値를 基準으로 실현되어야 한다고 보므로 不當利得法은 適用될 수 없다. 解除權의 行使에 의하여 실현되는 原狀回復은 일차적으로 解除權者를 위하여 지는 것이기 때문이다.

넷째로 未履行債務로부터의 解放效는 清算을 위한 하나의 과정에 지나지 않는다는 점이다. 따라서 解放效도 未履行債務를 將來에 대해서 消滅시키는데 지나지 않는다. 또한 解除의 效力을 발생케 하는 形成權의 行使는 既存의 契約關係를 마치 契約이 締結되지 않았던 것처럼 완전히 제거시키는 것이 아니라<sup>112)</sup> 未履行債務를 將來에 대해서 消滅시킬 뿐이고, 그 消滅의 效力은 債權·債務에 관해서만 미치며 物權行爲에 관해서서는 現實적으로 영향을 줄 수 없다. 따라서 債權者의 解除權 行使에 의하여 한편으로는 既存의 契約關係가 清算關係로 變形되어 原狀回復義務가 發生하고, 다른 한편으로는 未履行債務가 將來에 대하여 消滅한다. 이와 같이 解除權者가 가지는 形成權의 效力은 清算을 위하여 필요한 한도 내에서만 認定될 뿐이다.

다섯째 解除로 인하여 物權의 讓受人은 讓渡에 대하여 原狀回復義務의 한 內容으로서 所有權返還義務를 진다고 보는 것이 타당하다. 所有權移轉의 效果가 登記의 抹消, 物件의 返還이 없이 否定된다는 直接效果說·物權의 效果說의 주장은 不當하며, 所有權은 讓受人의 返還을 위한 物權行爲와 登記·引渡가 있을 때에 讓渡人에게 復歸하게 된다고 보아야 한다. 所有權返還에 있어서 返還義務者는 相對方에 대하여 代金返還과 同時履行할 것을 抗辯할 수 있어야 한다. 直接效果說은 이 同時履行의 抗辯權을 理論

---

<sup>112)</sup> 解除에 의한 解放效를 契約關係의 遡及的 消滅이라고 說明하는 直接效果說을 von Tuhr는 暴力적인 見解라고 批判하였다. 엄연히 存在했던 請求權을 마치 없었던 것처럼 말살시키는 것은 法律이나 기타 사람의 權限으로 할 수 없는 일이라고 한다(von Tuhr, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1918, S.21f. u. s. 25).

的으로 설명할 수 없고, 단지 民法規定(제549조)에 의해 附與되는 權利로 把握한다는 難點을 가지고 있다. 清算關係說에 의할 때에 同時履行의 抗辯權의 理論的 當爲性이 설명될 수 있다.

이상과 같이 우리 민법의 規定은 清算關係說로 설명함이 더 적절하다. 判例는 우리의 法制가 物權行爲의 獨自性和 無因性을 認定하고 있지 않은 점과 민법 제548조 제1항 단서가 去來安全을 위한 특별규정이라는 점을 생각할 때에 契約이 解除되면 그 契約의 履行으로 變動이 생겼던 物權은 당연히 그 契約이 없었던 原狀態로 復歸한다고 봄이 타당하다“고 함으로서 直接效果說을 基礎하여 수정된 物權의 效果說을 취한다.

우리 民法 制定者들의 立法意思와 判例는, 解除의 效果에 관하여 直接效果說에 입각해 있는 것으로 判斷된다. 우리 民法 제548조 제1항 본문에서는 解除에 의하여 각 當事者는 相對方에게 原狀回復義務를 規定하고 있고, 제548조 제1항 단서에서는 解除에 의하여 契約이 溯及的으로 失効한다 하더라도 解除 전에 利害關係를 맺은 제3자의 權利를 害하지 못한다는 規定에 비추어 보면, 解除의 意思表示에 의하여 契約은 溯及的으로 失効한다고 理解하고 있었던 것으로 생각되기 때문이다. 그리고 우리 判例는, 解除의 效果와 物權變動과의 關係에 있어서 解除의 意思表示가 있으면, 本來의 契約에 기하여 이루어진 物權의 移轉은 抹消登記나 占有의 이전 없이도 당연히 原權利者에게 復歸한다는 物權의 效果說을 따르고 있기 때문이다.<sup>113)</sup> 생각건대 우리 民法 制定者들의 立法意思是 解除의 效果에 관하여 直接效果說에 입각해 있었던 것으로 생각된다. 比較法的으로도 獨逸 民法制定 後에는 直接效果說이 지배적인 學說이었다. 하지만 直接效果說은 解除의 效果로서 損害賠償義務의 發生에 관해서는 적절히 설명할 수 없는 問題點을 갖고 있다.

그러나 解除의 效果를 보다 원만히 理論定立 할 수 있는 學說은 새로운 清算關係說이 타당한 것으로 생각된다. 清算關係說은 法理論에 있어서나

---

<sup>113)</sup> 대판 1977.5.24, 75다1394; 대판 1982.7.27, 80다2968; 대판1982. 11.23, 81다카 1110.

實際關係에 있어서나 解除의 效果를 설명함에 무리가 없는 學說로 생각된다. 그러므로 解除의 意思表示가 있으면, 原契約關係는 清算關係로 變形(Umgestaltung)되어 아직 履行하지 않은 給付는 履行義務가 消滅하고, 이미 履行된 給付는 原狀回復하여야 할 返還債權關係로 轉換하게 된다. 따라서 原契約關係는 解除에 의하여 遡及的으로 失效하는 것이 아니라, 契約成立 前의 상태로 復歸를 위한 返還債權關係(Rückgewählduerhältnis)로 變形될 뿐이며, 이미 발생한 損害는 이를 賠償하여야 한다고 함이 타당하다 또한 解除 전에 利害關係를 맺은 제3자는 언제나 보호된다.

특히 민법 제548조 제1항 본문의 原狀回復은 不當利得返還으로서의 原狀回復보다는, 契約成立 前의 狀態로 回復함으로 理論構成하여도 무리가 없으며, 무난하다는 判斷을 할 수 있다.

따라서 解除의 效果에 있어서 直接效果說과 清算關係說에 대하여 重點을 두면서 他立法과 함께 比較하면서 檢討하겠다.

### 제 3 절 學說에 대한 比較 分析的 考察

#### I. 遡及的 消滅과 非遡及的 消滅

解除에 의하여 契約關係가 消滅하게 된다. 이러한 解除에 의한 契約消滅이 契約성립시까지 해서 消滅하느냐, 아니면 解除시부터 將來에 향하여 消滅하느냐가 문제이다. 直接效果說은 遡及的(ex tunc) 消滅을 認定하는 반면에, 清算關係說에서는 非遡及的 消滅을 認定하고 있다. 遡及的消滅說에 의하면 本來 契約上의 債務者의 義務와 解除에 의한 原狀回復義務와 損害賠償義務 간에는 동일성이 認定되지 아니한다. 그러므로 本來債務의 擔保는 解除의 效果로서 發生하는 原狀回復義務를 擔保하지 아니한다.

立法例는 舊 獨逸民法은 直接效果說에 입각해서 解除에 의하여 契約은 그 成立시에 遡及해서 성립한다는 立場에서 立法되어 있었다. 프랑스민법도 이와 같다. 그러나 英美契約法과 네덜란드民法 및 유엔國際物品賣買法,



Unidroit 國際商事契約法 總則(Art 7.3.5 PICC) 및 유럽契約法 총칙(Art 9:305(1) PECL)에서는 非適及的 消滅의 效果, 즉 將來의 消滅의 效果를 認定하고 있다. 우리의 判例는 直接效果說에 의하여 契約의 適及的 消滅을 인정하지만, 本來의 契約關係에 의한 擔保는 解除 後의 原狀回復義務 및 損害賠償義務를 擔保한다고 判決하고 있다.<sup>114)</sup> 이러한 理論構成은 論理的으로 적절치 못하다.

## II. 契約의 消滅과 損害賠償請求權의 關係

解除의 效果에 관하여 直接效果說을 取하면, 解除에 의하여 契約은 처음부터 성립하지 않았던 것으로 된다. 그러면 契約이 성립한 일이 없기 때문에, 實質的으로 債務不履行이 있었으나 理論的으로는 債務不履行이 없고 따라서 債務不履行으로 인한 損害賠償도 請求할 수 없게 된다.

直接效果說에 의하면 解除에 의하여 이러한 契約關係의 適及的(ex tunc) 消滅로 인하여, 形式 論理的으로는 解除로 인해서는 損害賠償請求權을 行使할 수 없다는 結論에 到達한다. 그러나 實質的으로는 債務不履行이 있었고, 解除에 의하여 契約이 適及的으로 消滅하였다 하더라도, 債務不履行으로 이미 발생한 損害는 解除 後에도 그대로 남아 있게 된다.

舊독일민법은 直接效果說에 충실하여 契約을 解除하면 損害賠償을 請求할 수 없고, 損害賠償을 請求하려면 契約을 解除하지 아니하고 債務不履行을 理由로 하여야만 가능하도록 立法을 하고 있다.

따라서 舊독일민법에서는 債務者의 債務不履行의 경우에 債權者는 契約을 解除하든지 아니면 債務不履行을 理由로 損害(즉, 履行利益의 損害)의 賠償을 請求하든지 選擇的으로만 行使할 수 있도록 하고 있었고, 따라서 양자를 함께 請求할 수 없도록 規定하고 있었다. 그리하여 舊독일민법은 “解除는 損害賠償을 排除한다”는 法理에 기초하고 있었다.

그러나 改正 獨逸民法에서는 債務者의 歸責事由에 의한 義務違反을 原

---

<sup>114)</sup> 대판 1965.10.65다1636; 대판1966.5.17.66다161; 대판1972.5.9.71다1474.

因으로 解除를 하는 경우에는 양자를 並存的으로 請求할 수 있도록 하고 있다. 프랑스 민법은 解除와 동시에 履行利益의 損害賠償의 賠償을 認定한다(Art 1184ⅡC.c.). 이와 같은 프랑스 民法에서의 解除制度는 契約을 解消하는데 重點을 두기보다는 契約의 履行을 강제하는데 重點을 두고 있는 것이다.

解除의 遡及效을 認定하지 아니하고 將來에 대해서만 契約消滅의 效果를 인정하는 學說과 立法例에서는, 解除와 損害賠償의 並存을 인정한다. 解除는 債務不履行으로 이유로 認定되고, 解除에 의해서도 債務不履行은 그대로 존속하므로 解除에 의하여서도 債務不履行으로 인한 損害賠償을 請求할 수 있는 것이다. 그 損害賠償은 履行利益의 損害의 賠償이다.

이와 같이 解除의 非遡及效 및 損害賠償請求의 並存的 認定은 清算關係說에서 그러하고, 유엔 國際物品賣買法, Undroit 國際商事契約法 總則 및 유럽 契約法 總則에서 이를 規定하고 있다. 그리고 損害賠償의 範圍는 履行利益의 損害이다.

### Ⅲ. 原狀回復義務의 法的 性質

契約을 解除하면 解除權의 行使 전에 이미 履行된 給付는 상호간에 原狀回復하여야 한다. 이 原狀回復의 法的 性質에 관해서도, 解除의 效果로서 契約의 遡及的 失效를 認定하는가 아니면, 將來의 消滅을 認定하느냐에 따라서 다투어 진다. 直接效果說에 의하면, 原狀回復義務의 法的 性質을 不當利得義務로 把握하게 된다. 解除에 의하여 契約이 遡及적으로 失效하면 當事者間에 債權關係가 存在하지 않게 되므로 當事者間的 原狀回復義務는 不當利得返還義務라고 理解한다.<sup>115)</sup> 따라서 原狀回復義務에 관

<sup>115)</sup> 대관 1995.3.24, 94다10061; 契約이 解除되면 그 效力이 遡及적으로 消滅함에 따라 이미 그 契約上 義務에 기하여 履行된 給付는 原狀回復을 위하여 不當利得으로 返還해야 하는 것이고, 그러한 原狀回復義務는 解除의 相對方은 물론이고, 解除한자도 당연히 負擔하게 되는 것이므로, 當事者 사이의 約定이 適法하게 解除된 것이라면 그 解除가 누구의 歸責事由로 인한 것인지의 與否에 관계없이, 原來 當事者는 그 約定에 기하여 이미 지급받은 約定金을 相對方에게 返還해야 할 義務를 지게 된다.

하여 解除에서 規定되지 않은 事項은 不當利得에 관한 規定이 補充적으로 適用된다고 理論構成 한다. 이에 반하여, 契約의 將來의 消滅效를 認定하는 견해와 立法例에서는, 解除로 인한 原狀回復義務의 法的 性質은 本來 契約關係가 解除로 인하여 原狀回復義務關係로 轉換되었다고 본다.<sup>116)</sup> 따라서 原狀回復義務에는 不當利得에 관한 規定이 準用될 여지가 없다고 보게 된다.

#### IV. 損害賠償의 要件과 範圍

獨逸民法은 그 改正前에는 解除의 效果로서 損害賠償請求權을 전혀 認定하지 아니하였다. 그러나 改正民法에서는 解除와 함께 損害賠償도 請求할 수 있도록 許容하고 있다(독민 제325조). 그러나 損害賠償의 要件은 解除의 要件과는 달리 債務者의 歸責事由가 있어야 한다. 그러므로 獨逸民法上的 損害賠償請求權은 解除로 인한 損害賠償請求權이 아니고 債務不履行으로 인한 損害賠償 請求權이다. 따라서 독일민법상의 解除로 인한 損害賠償 請求權은 形成權이 아니고 請求權이다. 損害賠償請求權을 인정하는 立法例에 있어서도, 履行利益의 損害의 賠償을 認定하는 立法例도 있고, 信賴利益의 賠償을 認定하는 立法例도 있다. 프랑스 民法, 國際的인 統一契約法등이 履行利益의 損害賠償을 認定하고 스위스 債務法이 信賴利益의 賠償을 認定한다. 獨逸民法은 解除와 함께 認定되는 損害賠償請求權은, 그 本質이 債務不履行으로 인한 損害賠償請求權이기 때문에 履行利益의 損害賠償을 認定하고 있다.

우리 민법은 解除와 함께 損害賠償의 請求權을 認定하고 있지만(民法 제551조) 그 範圍에 관해서는 명확히 規定하고 있지 않다. 그러나 通說과 判例<sup>117)</sup>은 履行利益의 損害賠償으로 把握하고 있다.

---

116) 김형배, “解除의 效果에 관한 法理構成”, 「考試研究」, 1978.10, 41면 이하 (동, 民法學 研究, 1989, 216면 이하에 수록) 참고.

117) 대판 1962.2.22. 4294 민상667; 대판 1983.5.24. 82다카1667.

## 제 4 절 直接效果說과 清算關係說의 具體的 適用結果 比較

### I. 契約消滅에 관한 法理: 遡及的 消滅說과 將來에 향한 消滅說의 對立

當事者が 解除權을 行使하면 契約關係의 拘束으로부터 解放된다. 이를 解除의 解放效라 한다. 解放效인 契約關係消滅에 있어서 直接效果說은 이를 契約의 遡及的 失效로 把握하고 있다. 즉 解除의 意思表示에 의하여 契約關係는 遡及的으로 消滅하여, 契約이 成立되지 않은 것으로 된다.<sup>118)</sup>

清算關係說에 있어서는, 解除에 의하여 契約은 將來에 향해서만 消滅하고, 契約成立시부터 解除시까지 존속하였던 本來의 契約關係는 消滅하는 것이 아니라, 清算關係로 變形된다고 한다. 그러므로 解除시까지 移行된 給付가 모두 原狀回復 되었을 때에, 비로소 契約이 成立되지 않았던 것과 동일한 상태로 復歸한다고 한다. 그리고 清算關係說에서는, 當事者は 解除시부터 將來에 향해서만 本來의 拘束力으로부터 解放된다고 이해한다. 契約消滅에 관한 法理構成이 遡及的 消滅보다는 將來에 향한 消滅이 사항에 따라서 부더럽게 適用할 수 있는 合理性이 내포되어 있는 關係로 原來의 契約關係는 清算關係로 轉換된다고 보는 것이 더 타당하다.

### II. 契約關係의 消滅과 物權變動과의 關係

本來의 契約에 의하여 物權 또는 準物權이 相對方에게 移轉되어, 그 相對方 名義로 登記가 경료 되었거나 相對方에게 占有가 移轉된 後에 契約이 解除되어 그 契約關係가 消滅한 때에는, 相對方에게 移轉되었던 物權 또는 準物權이 原權利者에게 당연히 복귀하는 가, 아니면 原狀回復을 위하여 相對方 名義의 登記를 抹消하거나, 原權利者에게로 占有의 이전까지 있어야 復歸하는 가가 問題이다.

<sup>118)</sup> 곽윤직, 앞의 책, 150-164면; 김장우, 앞의 책-債權各論, 130면; 김기선, 앞의 책, 62면 이하.

直接效果說에서는 다시 物權의效果說과 債權의效果說로 나누어진 다.<sup>119)</sup> 物權의效果說은, 契約이 解除되면 物權變動의 要件인 物權行爲도 역시 遡及的으로 失效되어, 相對方에게 移轉되었던 物權은 解除에 의하여 당연히 原權利者에게로 復歸한다고 한다. 이러한 物權의效果說은 物權行爲의 有因性を 認定하는 見解를 취하고 있다고 볼 수 있으며, 判例 또한 物權의 效果說의 立場이다.<sup>120)</sup>

그러나 債權의效果說은, 解除에 의하여 契約이 消滅한다 하더라도, 그것은 債權行爲인 契約의 遡及的 消滅을 초래하고, 物權行爲(즉, 물권적 합의)는 여전히 有效하게 남아 있기 때문에, 相對方 名義 登記를 抹消 하여야 비로소 原權利者에게로 物權이 復歸한다고 한다. 이러한 債權의 效果說은 物權行爲의 無因性を 認定하고 있는 見解를 취하고 있다.

清算關係說은 契約이 解除 되었다 하더라도 原來 契約關係는 有效하기 때문에, 相對方 名義의 登記에서 原權利者 名義의 移轉登記를 경로 하여야, 原權利者에게로 物權이 復歸된다. 이 說은 당연히 相對方에게서 原權利者에게로 移轉登記를 하여야 物權이 復歸하게 되므로, 결과에 있어서는 債權의 效果說과 同一하나, 抹消登記가 아니라 移轉登記를 하여야 하는 差異點이 있다. 상기 내용에 관하여 덧붙여서 설명을 하면 다음과 같다. 제548조 제1항 단서의 規定에 의하여 保護되는 제3자는 원칙적으로 “解除의 意思表示가 있기 이전”에 權利를 취득한자를 의미한다. 예를 들어 A와 B의 賣買契約이 解除되고 A가 B 名義로 된 移轉登記를 아직 抹消하지 않고 있는 동안에, A와 B의 賣買契約이 解除되었음을 알지 못한 善意의 C가 B와 다시 賣買를 하여 移轉登記를 받았다면 C는 保護될 수 있는가?

解除의 效果를 遡及的으로 理論 構成하는 直接效果說 중 物權의效果說과 判例에 따르면 原則적으로 제548조 제1항 단서의 제3자는 解除의 意思

---

119) 김상용, 앞의 책, 109면: 物權의效果說과 債權의效果說은 直接效果說 내의 對立이고 清算關係說은 있을 수 없다.

120) 대판 1970. 7. 24, 70다1005; 대판 1971. 11. 30, 71다1995; 대판 1977.5.24, 75다1394; 대판1980.8.26, 80다660; 대판 1982.7.27, 80다2968; 대판1982. 11.23, 81다카 1110; 대판 1985.4.9, 84다카130; 대판 1993.9.14, 92다 1353.

表示가 있기 전에 새로운 權利를 取得한 자로서 登記나 引渡 등의 公示方法을 갖춘 取得한자를 의미한다고 한다.<sup>121)</sup> 그러나 解除權行使 후 所有權 移轉登記조가 아직 抹消되지 않은 상태에서 契約이 解除되었다는 事實을 전혀 모르고 登記를 경료한 제3자도 契約의 解除가 있기 전에 權利를 취득한 제3자의 경우와 마찬가지로 保護되어야 할 것이다. 따라서 제548조 제1항 단서의 제3자는 “解除의 意思表示가 있는 후 그 解除에 의한 抹消登記가 있기 이전”에 利害關係를 갖게 된 “善意”의 제3자를 포함하는 것으로 解釋되고 있다<sup>122)</sup> 이 견해에 따르면 A가 解除權行使 후 아직 抹消登記를 하지 않았다면 C가 解除權行使 후에 目的 不動產을 取得한데 대하여 善意가 推定되므로 동 規定에 의하여 보호된다.<sup>123)</sup>

한편 債權的 效果說에 따르면 A가 解除權을 行使하여도 A와 B 사이에는 契約上의 債權·債務만 遡及的으로 消滅할 뿐, 이미 發生한 B에로의 物權變動은 有效하며, 有效하게 物權變動을 받은 B로부터 다시 不動產을 取得한 제3자 C가 保護된다는 것은 당연하다. 즉, C는 契約解除가 있더라도 解除權行使 前後에 관계없이 保護된다.<sup>124)</sup>

121) 대판 1971.9.28, 71다1460; 대판 1985.4.9 84다카130·131; 대판 1996.4.12, 95다 49882; 대판 1996.8.20. 96다 17653; 대판 1997.12.26, 96다 44860; 대판 2000.1. 14, 99다 40937.

122) 대판 1985. 4.9, 84다카 130·131: 契約當事者 一方이 契約을 解除하였을 때에는 契約은 遡及하여 消滅하며 該當當事者는 각 原狀回復義務를 지게 되나 이 경우 契約解除로 인한 原狀回復登記 등이 이루어지기 以前에 契約의 解除를 주장하는 자와 양립되지 아니하는 法律關係를 가지게 되었고 契約解除 事實을 몰랐던 제3자에 대하여는 契約解除를 주장할 수 없다.

123) C가 保護되어야 한다는 점은 타당하다. 그러나 遡及的 理論構成에 따르면 A의 解除權行使에 의하여 B는 無權利者가 되고 C는 無權利者로부터 不動產을 取得한 것이 된다. 따라서 登記에 公信力이 認定되지 않는 한, C는 保護될 수 없다. 物權의 效果說이 제548조 제1항 단서를 根據로 하여 C를 保護하려고 한다면 동 規定은 解除의 遡及效를 制限하는 本來의 目的을 넘어서 登記에 公信力을 부여해버리는 결과가 된다. 따라서 物權의 效果說은 이런 점에서 理論的으로 무리라고 생각된다.

124) 理論的으로는 契約解除 후 새로운 利害關係를 맺은 제3자는 有效한 物權變動을 받은 債務者로부터 所有權을 移轉받은 것이므로 契約의 解除 前後에 관계없이 公示方法을 갖춘 제3자는 保護된다고 하여야 함에도 불구하고 解除 전의 제3자만이 제548조 제1항 단서에 포함된다고 하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

이에 반하여 非適及的 理論, 특히 清算關係說은 解除의 效果로서 기존의 債務關係가 返還債務關係, 즉 原狀回復關係로 변하기 때문에<sup>125)</sup> 解除權行使의 전후에 관계없이 제3자는 不動產 物權變動의 公示方法을 갖추는 解除權者에 대하여 對抗할 수 있다고 한다.

### III. 契約關係 消滅과 擔保의 存續與否

原來 契約에 기한 債權을 擔保하기 위하여 物的擔保를 設定하였거나 保證을 한 경우에, 그 擔保가 解除에 의하여 發生하는 原狀回復義務 및 損害賠償義務도 계속 擔保하는 가, 아니면 消滅하는 가가 문제이다.

直接效果說에 의하면, 解除에 의하여 原來契約이 適及的으로 消滅하므로, 原來 契約關係에 의한 債務의 擔保도 역시 消滅한다고 해석함이 理論的으로 타당하게 보인다. 그러나 直接效果說을 취하는 學說과 判例은,<sup>126)</sup> 原來의 契約關係에 의한 債務의 擔保는, 解除 후의 原狀回復義務 및 損害賠償義務를 擔保한다고 한다. 그러나 이러한 理論構成은 物理的으로 不適節하다는 것이다. 清算關係說에 의하면 解除에 의해서도 原來의 契約關係는 消滅하지 아니함으로, 原來 契約에 의한 債務의 擔保는, 그것이 物的擔保이든, 解除의 效果로서 發生하는 清算을 위한 原狀回復義務 및 損害賠償義務도 繼續擔保하게 된다.<sup>127)</sup>

---

125) 이 學說도 解除의 效果가 當事者 사이의 返還清算을 目的으로 하는 債權關係로 變容된다는 점에서 債權의 效果說과 같지만, 解除의 效果를 非適及的으로 把握하고 특히 解除의 本質과 目的을 清算關係에 의한 原狀回復으로 把握하므로 두 說은 서로 區別된다.

126) 대판 1965. 10. 9.65다1636; 1966.5.17, 66다161; 대판 1972.5.9, 71다 1474.

127) E. Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, Acp 153, 108 Fn. 55; MÜnch Komm/ Janben, Vor 제346 56; 김정배, “解除의 效果에 관한 法理 構成”, 民法學研究, 222면; 김용표, “解除의 效果에 관한 일고찰(완)”, <司法行政>, 1983년.11, 31면 참고. 清算關係說을 주장하면서도 保證人이 保證한 債務는 解除 前의 契約上의 債務(債務者의 契約上의 履行債務)이고, 解除 後의 返還債務(債權者가 給付한 것의 返還債務)가 아니라는 점에서 原則的으로 保證人의 返還 債務에 대한 責任을 否認하는 見解가 있다. 따라서 保證人은 保證契約의 내용상 返還債務를 保證한 것으로 解釋되는

#### IV. 解除된 契約에 의하여 消滅된 權利의 復活 與否

契約이 解除되면 그 契約에 의하여 消滅되었던 權利는 다시 復活하게 된다고 한다. 예컨대 賃貸人이 賃貸 土地를 賃借人에게 賣却한 後에, 그 賣買契約이 解除되면 賃借人이 所有權을 취득한 결과로 混同으로 消滅하였던 賃借權은 다시 復活한다.<sup>128)</sup> 그러나 更改契約이 解除된 경우에는 舊債務는 復活하지 않는다고 한다. 왜냐하면 更改契約에 의해서 新債務가 바로 發生하므로, 更改契約에는 債務不履行이 생길여지가 없고, 따라서 更改契約에는 解除가 있을 수 없기 때문이라고 한다.

清算關係說은 解除에 의하여 消滅되었던 權利가 당연히 復活되는 것이 아니라고 하여야 할 것이다. 그러나 清算關係說의 內容은 解除된 契約이 成立하지 않았던 상태로 復歸하여야 하는 것이므로, 解除에 의하여 既履行給付를 返還하여 原狀에 回復되면, 이 때에 混同으로 인하여 消滅된 契約關係는 復活된다고 解釋된다. 따라서 위의 例에서, 賣買契約이 解除되어, 賣買契約이 없었던 상태로 原狀回復되면, 그 때에 賃貸借關係는 復活하게 된다고 할 것이다.<sup>129)</sup>

#### V. 解除와 相計로 消滅한 債權의 復活 與否

判例는 直接效果說에 입각하여, 被告會社에 대한 債權者가 그 會社를 引受하는 引受契約을 締結하고, 債權者가 그의 債權額과 會社引受代金額를 相計하였으나, 그 후에 會社引受契約이 解除된 事件에서, 解除에 의하여 會社引受代金債權이 遡及적으로 消滅하고 相計로 消滅한 債權의 債權은 다시 復活한다고 한다. 이와 같이 直接效果說에 의하면, 解除로 인하여

---

경우에만 例外的으로 保證債務가 認定되어야 한다(Staudinger/ Kaiser, §346ff. 7. 67f).

128) 곽윤직, 앞의 책, 172면.

129) 곽윤직, 앞의 책, 173면.



消滅하는 債權이 解除가 있기 이전에 相計로 消滅한 경우에, 契約이 解除되면 그 債權은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 되기 때문에, 相計는 無效가 되고, 따라서 相計로 消滅했던 債權은 다시 復活한다고 한다.<sup>130)</sup>

清算關係說에 의하면, 解除된 契約이 成立하지 않았던 상태로 復歸하여야 하므로 清算이 完了되어 契約이 成立되지 않은 상태로 原狀回復되면, 相計로 消滅한 債權은 그 때에 다시 復活하게 된다고 解釋된다.

## VI. 契約關係의 消滅과 第3者 保護 問題

### 1. 解除와 第3者 保護의 必要性과의 關係

民法 제548조 제1항 但書에서 말하는 제3자란 一般的으로 그 解除된 契約으로부터 생긴 法律效果를 基礎로 하여 解除 전에 새로운 利害關係를 가졌을 뿐만 아니라, 登記·引渡 등으로 완전한 權利를 취득한자를 말한다. 따라서 同 단서에 의하면 解除의 意思表示 前에 맺은 제3자의 權利를 害하지 못하는 것으로 規定하고 있다. 이때 보호받는 제3자를 善意의 제3자만 保護를 받는지 아니면, 惡意의 제3자도 保護를 받는지가 문제이다.

直接效果說중 物權의效果說은 必要의規定이며, 同 단서가 바로 解除로 인하여 契約關係는 遡及的으로 消滅하는 것으로 볼 수 있는 根據가 된다고 한다. 그리고 物權의效果說은, 同 단서 規定에 의하여 保護받을 수 있는 제3자는 解除의 意思表示가 있기 전에 法的인 利害關係를 맺은 제3자에 한하지 아니하고, 解除의 意思表示가 있었으나 相對方 名義의 登記가 抹消되기 전에, 그 相對方의 登記를 믿고서 利害關係를 맺은 제3자도 역시 포함된다고 한다.<sup>131)</sup>

判例는 善意 제3자에 한하는 것으로 判決하고 있다.<sup>132)</sup> 이와 같이 物權

---

130) 박윤직, 앞의 책, 173면.

131) 김상용, 앞의 책, 175면.

132) 대판 1971. 11. 30, 71다1995; 대판 1985. 4. 9 (84다카130,131); 대판집 33권 1

的效果說<sup>133)</sup>이 解除의 意思表示 後 抹消登記가 行하여지기 前에 利害關係를 맺은 제3자도 同 단서에 의하여 保護받는 제3자에 包含시키는 것은, 解除의 意思表示 後에 抹消登記가 있기까지의 期間 동안에 登記의 公信력을 認定하는 結果가 되어, 登記의 公信력 認定問題와 衝突하게 된다. 그리고 同 단서가 物權的效果說에 입각하여 立法된 規定이라면, 보호받는 제3자는 善意의 자만에 限定하여 立法했어야 하였다.

반면에 清算關係說 및 債權의 請求權說에 의하면, 民法 제548조 제1항 단서인 解除의 效果로서 “제3자의 權利를 害하지 못 한다”라고 規定하고 있는 것은 債權的效果說을 取하는 경우는 主意規定으로서 제3자의 “保護” 規定이라기보다는 “對抗”규정이라고 해야 하며 對抗할 수 있는 제3자의 權利는 公示方法을 갖춘 物權에만 한정한다. 그 理由는 契約이 解除되어도 物權行爲는 有效하게 존속하므로, 抹消登記를 하기 전까지 利害關係를 맺은 제3자는, 善意든 惡意든 언제나 保護받기 때문이다.

그리고 清算關係說에 의하면, 解除에 의하여 契約은 將來에 대해서만 消滅하고, 이미 移行한 給付는 清算되어야 하므로, 清算에 의하여 상대방 名義의 登記에서 原權利者 名의로 移轉登記가 行하여질 때까지는 相對方이 物權者이므로, 移轉登記가 경료 될 때까지 利害關係를 맺은 제3자는 善意이든 惡意이든 언제나 보호받게 된다. 따라서 同 단서의 規定은 主意的 規定에 不過하고<sup>134)</sup>, 善意者만 保護받는 제3자로 規定하지 않는 趣旨

---

집, 167면.

133) 곽윤직 앞의 책, 122면; 곽教授는 民法 제548조 1항 但書의 規定을 解除의 대하여 遡及效를 인정한 根據로 解釋해야 한다고 주장한다. 그러나 이와 같은 解除의 效果에 따라 解釋上의 論理가 뒤바뀐 것으로 判斷된다. 왜냐하면 解除의 效力은 解除制度의 趣旨에 따라 解除의 意思表示의 內容을 中心으로 規定되어야 하고, 그 結果에 따라 이 條項의 意義와 內容이 解釋되어야 하기 때문이다.

134) 대판 1970. 7. 24, 70다 1005; 대판 1993. 9.14 다 1353 참고. 이 判例에 의하면 解除權의 行使에 의하여 物權은 當然히 解除權者인 賣渡人에게 復歸된다고 한다. 따라서 賣渡人은 登記 名義人에게 所有權移轉登記를 請求할 것이 아니라, 所有權移轉登記의 抹消登記節次履行을 請求하여야 한다고 한다. 賣渡人은 解除權行使 後에 登記 名義人인 買受人에 대하여 所有權에 대한 物權의 請求權을 가지고 登記 名義人만 回復하는 것이지 權利의 移轉을 받는 것은 아니다. 따라서 이러한 判例의 견해에 따르면 이와

를 살릴 수 있다.<sup>135)</sup>

따라서 解除로 인한 제3자 保護의 必要性 問題는, 直接效果說 중 物權의 效果說에서만 解除의 遡及效를 制限하는 問題로서 논의의 대상은 될 수 있지만, 直接效果說 중 債權의 效果說과 清算關係說에서는 論意의 實益이 없는 사항이다.

## 2. 第3者의 範圍

우리 民法 제548조 제1항 但書에서 말하는 判例의 見解는, 解除에 影響을 받지 않는 제3자라 함은, 原則적으로 解除의 意思表示가 있기 전에 解除된 契約에서 생긴 法律效果를 基礎로 하여 새로운 權利를 取得한 자를 말한다. 이 경우, 제3자의 權利는 登記·引渡 등의 物權變動의 效力發生要件을 갖추고 있어야 한다. 그 範圍의 擴張과 관련하여, 解題의 意思表示가 있었으나, 解除로 인한 抹消登記가 있기 前에 利害關係를 가진 “善意의 제3자”를 포함한다.

物權의 效果說에서는 민법 제548조 제1항에 의하여 保護받을 수 있는 제3자라 함은, 契約成立 後 解除의 意思表示가 있기 전에 相對方과 利害關係를 맺은 자에 한정함이 原則이다. 그런데 通說과 判例는 解除權의 行使後 原狀回復登記 등이 이루어지기 전에 契約解除의 事實을 모른 채 새로운 權利를 취득한 제3자에 대해서도 解除者는 契約解除를 주장할 수 없다고 한다. 따라서 解除權 行使와 함께 物權의 效果說을 인정하는 直接效果說에 의하면 그 相對方은 目的物에 대한 權利를 喪失하기 때문에 비록 해당 目的 不動產에 대하여 登記簿上으로는 여전히 名義자로 남아 있더라도 無權利者가 되므로 處分權을 가질 수 없다.

---

같은 物權의 請求權은 假登記의 對象이 될 수 없다. 그 理由는 不動產登記法 제3조가 規定한 假登記는 所有權·傳貫權·抵當權·賃借權 등의 設定·移轉·變更 또는 消滅의 請求權을 保全하려고 할 때 행할 수 있는 것이기 때문이다.

<sup>135)</sup> 直接效果說을 取하면서도 解除의 效果를 債權의 效力으로 理解하는 見解로는 김기선, 앞의 책, 95면; 김주수, 앞의 책149면.

그러나 通說과 判例은 契約事實을 모르고 登記만 信賴하여 利害關係를 갖게 된 善意의 제3자는 去來의 安全을 위하여 보호되어야 한다.<sup>136)</sup> 따라서 제548조 제2항 단서가 규정한 제3자는 解除權 行使가 있을 때까지 새로운 權利를 취득한 제3자 뿐만 아니라, 契約의 解除로 인한 原狀回復義務가 이루어지기 以前에 登記된 權利의 外觀을 믿고 權利를 取得한 善意의 제3자도 포함된다고 한다. 그러므로 原來의 契約에 의한 給付의 目的인 物件이나 權利의 讓受人, 給付의 目的物에 대한 抵當權者, 質權者 등으로 이해하며, 제3자는 物權取得에 필요한 要件을 갖추어야 한다고 한다.<sup>137)</sup> 따라서 登記·引渡의 要件을 갖추어야 한다고 한다. 이러한 登記·引渡의 要件은 債權의 效果說 및 清算關係說에서도 마찬가지로 要求된다. 그리고 物權의 效果說에서는, 解除에 의하여 消滅하는 債權 그 자체의 讓受人, 그의 全部債權者, 押留權者, 제3자를 위한 契約의 受益者 등은 동 단서의 受益者에 포함되지 않는다고 한다.<sup>138)</sup> 그러나 債權의 效果說 및 清算關係說에서는 이러한 제3자도 보호받게 되며, 相對方은 原權利者에 대하여 原物返還을 하지 못하고 價額返還을 하여야 하는 것으로 解釋된다. 그리고 物權의 效果說에서는, 제3자는 善意者만에 限定되는 것으로 解釋된다.

136) 곽윤직, 앞의 책, 124면; 김주수, 앞의 책, 151면; 대판 1985. 4. 9, 84 다카 130. 通說과 判例은 제548조 제1항 단서의 제3자의 範圍를 擴大解釋함으로써 이러한 結論에 到達하고 있다. 그러나 위와 같은 事案에 대하여는 제548조 제1항 但書의 規定을 擴大適用하기 보다는 제108조제2항의 規定을 類推適用하는 것이 妥當할 것으로 생각된다.

137) 대판 1962.1.18, 4294 민상576; 대판 1962.3.8, 4294 민상572; 대판 1971.9.28, 71다1460; 대판1987.5.26, 86다카 1991.4.12, 91다2601; 대판 1991.4.12, 90다카 16761.

138) 대판1964.9.22, 64 다596; 대판1996.4.12, 95 다49882; 대판 2000.4.11, 99 다 51685. 包括的 承繼人은 제3자의 範圍에 포함되지 않는다는 것을 암시한 判例: 대판 1971. 9. 28, 71다 1460. 解除된 契約에 의하여 債務者의 責任財産이 된 契約의 目的物을 假押留한 假押留債權者는 그 假押留에 의하여 當該 目的物에 대하여 暫定的으로 그 權利行使만을 制限하는 것이나 終局的으로 이를 환가 하여 그 代金으로 被保全 債權의 만족을 얻을 수 있는 權利를 取得하는 것이므로, 민법 제548조 제1항 단서 소정의 保護되는 제3자에 포함된다(대판 2000.1.14, 99다 40937).

## 제 5 절 原狀回復義務

### I. 法的性質

法定解除權을 行使하게 되면, 각 當事者는 민법 제548조 제1항에 의하여 原狀回復義務를 負擔한다. 따라서 原狀回復義務의 法理를 어떻게 解釋할 것인지, 學說에 따라서 달리 理解되고 있다.

直接效果說에 의하면, 解除에 의해 契約이 遡及的으로 失效하므로 原狀回復義務는 不當利得返還이며, 다만 返還義務의 範圍를 現存利益에 한정하지 아니하고 原狀回復義務로 擴大된다고 이해한다. 判例도 이와 같이 把握하고 있다. 따라서 原狀回復義務는 法定債務이며, 原狀回復義務에 관한 제548조 제1항 본문은 不當利得返還義務에 관한 民法 제741조 特則으로 이해하게 된다.<sup>139)</sup>

그리고 原狀回復의 義務가 物權의 반환일 때에는, 物權行爲의 無因說에 의하느냐 아니면 有因說에 의하느냐 하는 것이다. 따라서 有因說에서는 抹消登記 또는 占有移轉이 없더라도 解除의 意思表示에 의해서 당연히 原權利者에게 復歸한다는 物權의效果說을 취한다.

반면 清算關係說에 의하면, 解除에 의하여 本來의 契約關係는 清算關係로 바뀌고, 그 清算關係인 內容의 하나로 이미 履行된 給付는 契約成立前의 상태로 回復해야 할 返還義務가 발생한다(민법 제548조 제1항)고 한다. 清算關係의 內容은 既履行된 給付의 반환 뿐 만 아니라 損害賠償義務도 포함된다. 그리고 清算關係는 債權法的(契約債務關係)으로 理解하는 清算關係이다. 清算關係說에서는 이 原狀回復을 위한 返還義務는 物權의效

---

<sup>139)</sup> 관윤직, 앞의 책, 125면; 대판 1998.12.23, 98 다 43175; 제548조 제1항 本文이 제 741조 제1항의 특칙이라고 理解하는 견해는 原狀回復義務를 法律의 規定에 의하여 생긴 債務라고 파악한다. 다만, 原狀回復義務의 範圍가 不當利得의 것과 다르기 때문에 수정된 不當利得의 關係라고 한다. 이와 같은 思考가 直接效果說의 基本骨格을 이루고 있는 說은 原狀回復義務를 契約에서 發生한 債務라고 理解하는 것은 앞에서 설명한 바와 같다.

果가 있는 返還義務가 아니라 債權的 返還義務이다. 따라서 返還하여야 할 給付가 不動產物權인 때에는 移轉登記를, 動產物權인 때에는 占有의 移轉이 있어야 비로소 原權利者에게 復歸된다. 따라서 解除에 의하여 當事者 雙方이 이미 履行한 給付를 서로 완전히 返還하고, 損害賠償을 함으로써 清算關係는 종결된다.

私見으로 보건데 解除로 인하여 原狀回復義務는 法定債務로 보기보다는, 解除의 意思表示에 의한 清算關係의 義務로 파악함이 적절하다. 그리고 原來契約에 기한 債務가 商事債務인 경우에는 清算關係의 債務도 역시 商事債務를 잃지 않는다.

## II. 主體 및 範圍

原狀回復義務의 主體는 解除의 效力이 미치는 當事者 全員이다. 原狀回復義務의 範圍와 관련해서는 不當利得返還規定이 適用될 것인가에 대하여 學說이 對立하고 있다. 直接效果說은 解除에 따른 原狀回復은 “契約締結前의 狀態로의 回復”을 意味하므로 특별한 規定이 없는 한 不當利得返還의 範圍에 따라야 한다고 보고 민법 제548조 제2항의 規定을 不當利得에 관한 民法 제741조의 特則이라고 보고 있다.

이에 대하여 清算關係說은 解除의 原狀回復은 解除固有의 效果인 既履行 給付의 返還義務이므로 不當利得規定을 適用해서는 안된다는 立場이다. 民法 제548조 제1, 2항을 適用하고도 法の 공백이 있을 경우에는 契約法의 一般原則에 따르고, 原狀回復의 範圍나 內容은 雙務契約의 相換性 및 等價性에 基礎하여 정하여야 한다는 立場이다.<sup>140)</sup> 返還範圍에 있어서는 返還해야 할 것이 買受代金 등 金錢인 경우에는 제548조 제2항에 의해 그 받은 날로부터 利子を 붙여서 返還해야 할 것이다. 여기에 있어서도 直接

<sup>140)</sup> 김형배, 앞의 책, 244면: 解除權의 行事に 의하여 기존의 債權關係는 清算을 目的으로 하는 返還債權關係로 變更된다. 따라서 當事者 사이에 이미 給付된 것이 있으면 이를 返還해야 한다. 제548조 제1항 本文의 原狀回復義務는 이러한 返還義務를 規定한 것이다. 따라서 原狀回復義務는 返還債務關係를 基礎로 한다.

效果說에 의할 경우에는 不當利得의 返還範圍에 따르게 되어 善意의 受益者는 現存利益의 範圍에서 返還義務를 지게 된다. 清算關係說에 의할 경우에는 返還義務者의 善意·惡意에 관계없이 利子 및 使用收益을 追加하여 返還해야 한다는 立場이다.

原物返還이 가능한 경우에는 그 回復에 目的物의 時價보다 많은 費用이 든다고 하더라도 原狀回復을 하는 것이 原則이라 하겠다. 原狀回復이 不可能한 경우에는 그 價額返還<sup>141)</sup>해야 할 것이다. 이 때의 價額算定基準의 시기는 回復不能當時의 目的物의 時價이며 그 價額は 返還請求權者가 立證해야 한다. 勞務 기타 物件의 利用 등 無形의 價値를 給付받은 경우에는 그 客觀的 價格을 返還해야 할 것인바, 이 때의 價額算定은 解題當時의 價額으로 하여야 한다는 立場과 給付當時의 價格으로 해야 한다는 立場이 對立하고 있다.

우리 判例는, 契約解除로 인한 原狀回復義務를 負擔하는 當事者 一方이 目的物을 이용한 경우, 그 使用利益의 返還義務의 存否 및 그 利用으로 인한 감가비 相當의 返還義務의 存否와 관련하여, 契約解除로 인하여 契約 當事者가 原狀回復義務를 負擔함에 있어서 當事者 一方이 目的物을 利用하는 경우에는 그 使用에 의한 利益을 相對方에게 返還하여야 하는 것이므로, 讓渡人은 讓受人이 讓渡 目的物을 引渡받은 後 사용하였다 하더라도 讓渡 契約解除로 인하여 讓受人에게 그 使用에 의한 利益의 返還을 구함은 別論으로 하고, 讓渡 目的物 등이 讓受人에 의하여 使用됨으로 인하여 減價 내지 消耗가 되는 要因이 發生하였다 하더라도 그것을 毀損으로 볼 수 없는 한, 그 減價費相當은 原狀回復義務로서 返還할 性質의 것은 아니라고 하고 있다.<sup>142)</sup>

---

141) 價額返還義務는 原狀回復義務의 단순한 變更이고 損害賠償義務가 아니므로, 減失 毀損 또는 消費 등의 返還不能原因이 受領者의 責任있는 事由에 의한 것이냐 與否를 묻지 않는다 ; 김기선, 韓國債權法 各論, 97면. 解除에 의한 目的物 返還시 까지는 解除 相對方이 所有者로서 危險을 負擔해야 하는 見解도 있다; 이은영, 앞의 책, 261-262.

142) 대판 2000. 2.25, 97다30066.

### III. 價額返還

原物返還이 不可能 하거나 또는 受領者에게 利益이 되지 않는 경우에는 그 給付의 價額을 金錢으로 返還해야 한다. 價額의 算定은 約定價額(代價)또는 返還시의 時價에 依함이 原則이다.

特定物の 價額은 반환시의 時價에 依해 定해진다. 引渡받은 特定物이 滅失·毀損된 경우, 返還義務者는 그의 歸責事由에 관계없이 價額返還을 해야 하는가에 관해서는 學說이 대립한다. 返還義務者의 歸責事由가 있는 경우<sup>143)</sup>에만 價額返還義務를 진다는 見解(歸責事由說)歸責事由가 없더라도 價額返還을 해야 한다는 見解(歸責事由不要說)가 對立한다. 契約解除의 實益이 있는 경우는 대개 雙務契約인데, 一方의 物件返還義務는 免除되고 相對方의 代金返還義務만이 존속한다면 “雙務契約의 손속상의 健全性 原則”에 違反하게 되어 不當하다.

物件을 引渡받은 자는 그 때부터 物件滅失로 인한 危險도 인수한 것이 라고 解釋되므로 자기에게 歸責事由가 없는 滅失에 대하여도 價額返還을 할 義務를 짐이 타당하다. 단 賃貸借·任置에서와 같이 返還義務者가 物件 에 관한 危險을 引受하지 않는 경우에는 歸責事由 없는 滅失에 대하여 價 額返還 할 필요가 없는데, 이는 解除의 法理에 따른 것이 아니라 賃貸借· 任置의 屬性에 따른 結果이다.

編務契約에서는 一方의 物件引渡로 契約은 완전히 履行되므로 그 後에 契約을 解除할 事由가 생기는 경우는 거의 없다. 契約의 履行으로서 勞務 를 수령한 경우에 受領者는 자기가 取得한 價値 또는 現存利益을 返還하

<sup>143)</sup> 곽윤직, 앞의 책, 177; 김주수, 앞의 책, 154-155: 責任이 없는 滅失의 경우까지 價 額返還토록 하는 것은 公平하지 않다는 점을 根據로 든다. 민법주해(13), 322 주(68) (김용덕 執筆部分)에서는 “歸責事由不要說에서 제기된 問題點은 雙務契約에서 危險負擔 에 관한 民法 제537조의 債務者主義가 그 解除로 인한 原狀回復義務 相互간에도 適用되느냐가 문제일 분 賣買目的物의 所有權移轉時期와는 直接的으로 관련이 없다고 보 이기 때문이다. 清算關係說에서는 雙務契約에서의 危險負擔에 관한 理論이 그대로 原 狀回復에서도 適用된다고 보므로, 民法上의 債務者主義 原則에 따라 受益者가 不可抗 力으로 인하여 返還義務를 면하는 경우에는, 原狀回復請求權도 消滅될 것이다.”라고 한다.



는 것이 아니라 原來 약정한 報酬를 返還해야 한다. 報酬約定이 없는 경우에는 時價에 따라 價額이 정하여 진다. 勞務의 價額算定은 給付를 제공할 당시를 基準時點으로 한다.

原狀回復으로서 金錢을 交付할 경우에, 반환할 金錢에는 그 받은 날로부터 利子を 가하여야 한다(제548조 제2항). 原來의 契約債務에 利子付約定이 없었던 경우에도 利子加算의 義務가 부가된다.

利子の 기산일은 金錢을 실제로 받은 날이고 終算日은 金錢을 實際로 返還한 때이다. 利率은 約定利率이 있으면 이에 의하고 約定利率이 없으면 法定利率에 의한다(제379조).

## 제 6 절 損害賠償義務

### I. 民法의 規定 및 問題所在

契約의 解除와 損害賠償은 債務不履行에 대한 핵심적인 救濟手段으로서, 債權者는 解除와 損害賠償의 請求 중 어느 하나만을 行使할 수 있는 경우(독일민법의 태도)와 並存的 行使가 가능한 경우(프랑스 민법의 태도)가 있으나, 우리민법 제551조는 “契約의 解除 또는 解止는 損害賠償의 請求에 影響을 미치지 아니 한다”하여 後者(프랑스)의 立法例를 따른 것이다. 즉 여기서 損害라 함은, 契約이 有效하게 成立하였다고 믿었기 때문에 받은 損害(이른바 信賴利益 내지 消極的 契約利益)를 말하는 것이 아니라, 債權關係가 有效하게 成立하고 있는 동안 發生하여, 解除後에도 그대로 남아 있는 損害, 債務不履行에 기한 損害를 가리킨다.

우리 민법 제390조는 “債務者가 債務內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때에는 債權者는 損害賠償을 請求할 수 있다”고 規定함으로써 債務不履行을 이유로, 損害賠償에 관하여는 一般條項主意를 採擇하고 있다.

한편, 債務不履行을 理由로 契約이 解除되면, 이미 履行한 部分에 관해서는 原狀回復義務가 發生하고(민법 제548조), 損害賠償請求를 할 수 있다

(민법 제548조). 계약해제의 損害賠償에 관해서는 解除의 效果에 관한 學說에 따라 그 性質과 範圍를 다르게 볼 여지가 있다.

## II. 損害賠償의 原因과 性質

民法 제551條는 “契約의 解除 또는 解止는 損害賠償의 請求에 影響을 미치지 아니 한다”라고 정하고 있다. 즉 契約의 解除는 契約關係를 終了시키고 原狀回復義務만을 남기므로 解除權者는 原狀回復으로 填補되지 않는 損害에 대하여는 별도로 損害賠償을 請求할 수 있으며, 이 規定은 양 당사자 사이의 基本的 契約關係의 存續을 전제로 이해되어야 한다. 예컨대 賣買 目的物이 價格이 올라가기 때문에 買受人이 履行을 催告(제544조)했음에도 불구하고 賣渡人이 目的物을 引渡하지 않는 경우에, 買受人은 契約을 解除하고 그 동안 오른 時價로 인하여 다른 物件을 買入하게 될 때 發生하는 損害의 賠償을 請求할 수 있다. 이 때에 買受人은 賣渡人에 대하여 양등된 價格만큼의 差額뿐만 아니라 여러 가지 費用支出로 인한 損害의 賠償도 請求할 수 있다.

直接效果說에 따르면 契約解除로 인하여, 契約이 遡及的으로 消滅하기 때문에 損害賠償을 請求할 수 있는 根據를 제시할 수 없는 難點이 있다. 이러한 解釋上의 어려움에 대하여 直接效果說의 주장자들은 다음과 같은 論理를 편다. 즉 債務者가 그의 債務不履行으로 債權者에게 준 損害는 現實的으로 그대로 남게 되므로 그 損害發生의 有責者인 債務者가 損害賠償責任을 지는 것은 당연하다. 따라서 解除와 損害賠償의 請求가 양립할 수 있다고 설명한다. 더불어, 契約의 解除가 契約에 의한 債權·債務關係만 遡及的으로 消滅 시키는 것이고, 債務不履行이라는 非法律行爲의 사실로부터 발생한 損害賠償債權關係까지 遡及的으로 消滅시키는 것은 아니라고 하며, 解除로 인한 契約의 遡及的 消滅은 이미 발생한 損害賠償請求權을 害하지 않는 範圍 내에서 消滅이라고 본다.

直接效果說 이러한 설명에도 불구하고 解除로 인하여 契約이 遡及的으로

로 消滅하기 때문에 損害賠償請求의 根據를 제시함에 理論的 矛盾을 治癒할 수 없다. 한편 清算關係說은 契約이 解除 되더라도 原來的 契約關係가 同一性を 유지 하면서 清算關係로 變更되기 때문에, 損害賠償의 根據를 債務不履行으로 보는 것이다.<sup>144)</sup> 直接效果說이 그 解釋上의 論理的 矛盾으로 인하여, 契約해제시의 損害賠償을 설명할 수 없음에도 불구하고, 清算關係說과 마찬가지로 契約해제시의 損害賠償을 債務不履行에 기한 損害賠償이라고 把握하고 있다. 따라서 제551조의 損害賠償은 債務不履行으로 인한 것이므로 解除 相對方에게 歸責事由가 있어야 한다. 즉 다시 말해서, 相對方의 歸責事由 없이 履行이 遲滯되어 契約目的을 達成할 수 없게 된 경우에 債權者는 解除權을 行使할 수 있지만, 損害賠償請求權은 認定될 수 없다. 判例의 경우를 보면 契約解除로 인한 損害賠償請求는 債務不履行에 의한 損害賠償을 目的으로 한다. 따라서 契約을 解除하고 나서 債務不履行을 理由로 損害賠償을 請求할 때에는 債權者가 받을 利益, 이른바 履行利益을 算出하여 請求할 수 있고 信賴利益을 請求하여야 하는 것은 아니라고 한다.<sup>145)</sup> 判例의 結論은 타당한 것으로 判斷되지만, 解除의 效果에 관하여 直接效果說을 취하면서 損害賠償의 性質을 債務不履行의 效果라고 주장하는 것은 通說의 경우와 마찬가지로 矛盾된 태도이다.

### III. 損害賠償의 範圍

#### 1. 民法 제393條의 適用

民法 제551조에 있어서, 契約해제시의 損害賠償을 債務不履行에 기인한

<sup>144)</sup> 清算關係說은 直接效果說이 解題의 遡及效를 認定하여 損害賠償을 請求할 수 있는 根據를 제시할 수 없다는 점에 대하여 批判하며, 判例가 解除의 效果에 관하여 直接效果說을 취하면서 損害賠償의 性質을 債務不履行의 效果라고 주장하는 것도 역시 矛盾된 態度라고 批判한다 ;김형배, 앞의 책, 250면.

<sup>145)</sup> 대판 1962.2.22, 4294 민상 667; 대판 1983.5.82 다카 1667; 대판 2000.10.6, 2000 다 22515, 22522 참고. 契約이 有效할 것으로 믿고 支出한 費用이 損害賠償의 範圍에 속하는 것은 물론이다(대판 1999.7.27, 99다 13621).

損害賠償이라고 한다면, 그賠償의範圍는 제393조의規定에 의하여 정하여진다. 債務不履行責任에서 損害賠償의 目的은 債務者가 제대로 履行되었더라면 債權者가 있었을 狀態로 回復하는 것이다. “債務不履行으로 인한 契約이 완전히 履行된 것과 동일한 經濟的 利益”을 賠償하는 것이다. 구체적인 損害賠償額은 差額說에 따라 정한다. 즉, 損害賠償額은 그 契約이 解除되지 아니하고 履行된 경우에 當事者가 얻게 되는 經濟的 利益과 契約이 解除된 경우에 當事者에게 남아있는 經濟的 利益의 差額이다. 損害賠償範圍에 관하여 民法 제393조 제1항은 “債務不履行으로 인한 損害賠償은 通常의 損害를 그 한도로 한다”라고 規定하고 있으며, 제2항은 “특별한 事情으로 인한 損害는 債務者가 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 賠償의 責任이 있다”라고 規定하고 있다. 同條 제1항의 通常損害는 특별한 事情이 없는 한 그 種類의 債務不履行이 있으면, 社會一般의 去來觀念 또는 經驗則에 비추어 通常 發生하는 것으로 생각되는 範圍의 損害를 말하며, 同條 제2항의 特別한 事情으로 인한 損害는 當事者들의 個別的, 具體的 事情에 따른 損害를 말하며, 이에 대하여는 債務者가 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 賠償責任을 진다. 따라서 民法上의 損害賠償 範圍를 정할 때에는, 債務者의 豫見可能性이 核心的으로 作用한다. 債務者의 豫見可能性은 契約解除의 경우, 損害賠償의 範圍를 정할 때에도 適用되며, 解除의 경우 問題가 되는 損害賠償은 填補賠償이다.

## 2. 履行利益과 信賴利益

債務不履行을 理由로 契約을 解除하면서 損害賠償을 請求하는 경우에는 履行利益의 賠償을 認定해야 하는 지, 아니면 信賴利益의 賠償을 해야 하는지에 관하여 學說은 契約解除시 損害賠償의 범위를 履行利益으로 본다. 履行利益은 이미 有效하게 성립된 債權의 存在를 전제로 하여 債務者가 債務內容에 좇은 履行을 하지 않았기 때문에 그 결과 債權者가 입은 損害를 말한다.<sup>146)</sup> 즉, 履行利益의 損害는 履行이 있었다라면 존재하였을 債權

者의 狀態와 現在의 差異를 말한다.<sup>147)</sup> 大法院은 초기에 契約解除시에도 損害賠償의 性質이 債務不履行 責任에 기한 것이라고 보고, 그 損害賠償의 內容도 履行利益의 賠償이라고 하였는데, 최근에는 종전 大法院 判決들과는 달리 信賴利益을 契約해제시의 損害賠償의 範圍에 포함시키고 있다.<sup>148)</sup> 信賴利益의 賠償을 인정한 判決들도 履行利益의 한도 내에서 信賴利益의 賠償을 認定하고 있다. 즉, 判例는 債務不履行을 理由로 契約解除와 아울러 損害賠償을 請求하는 경우에 그 契約으로 인하여 債權者가 얻을 利益 즉 履行利益의 賠償을 구하는 것이 原則이지만, 그에 갈음하여 그 契約이 履行되리라고 믿고 債權者가 支出한 費用 즉 信賴利益의 賠償을 救할 수도 있고, 信賴利益 중 契約의 締結과 履行을 위하여 通常적으로 支出되는 費用은 通常의 損害로서 相對方이 알았거나 알 수 있었는지의 與否와 관계없이 그 賠償을 구할 수 있고, 이를 超過 하여 支出되는 費用은 특별한 事情으로 인한 損害로서 相對方이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 그 賠償을 구할 수 있다고 본다.<sup>149)</sup>

## 제 7 절 小 結

契約解除의 종래의 概念은 有效하게 성립하고 있는 契約의 效力을 當事者가 一方의 意思表示에 의하여 그 契約이 처음부터 있지 않았던 것과 같

146) 독일에서는 “履行利益” 또는 “積極的 利益”이라는 用語를 사용하나, 英美法에서는 “期待利益”이라는 用語를 사용한다.

147) 이에 反하여 信賴利益은 契約이 有效하리라고 믿었기 때문에 입은 損害를 말한다. 예컨대, 契約費用, 調査費用, 貸金の 借用, 운수단의 準備 등과 같은 契約의 履行을 위한 준비로 費用을 支出하거나 다른 사람보다 유리한 買受提議를 拒絶한 경우를 들 수 있다.

148) 대판 2002. 6. 11. 2002다2539에서는 “債務不履行을 이유로 契約解除와 아울러 損害賠償을 請求하는 경우에 그 契約履行으로 인하여 債權者가 얻을 수 있는 利益 즉 履行利益의 賠償을 구하는 것이 原則이지만, 그에 갈음하여 그 契約이 履行되리라고 믿고 債權者가 支出한 費用 즉 信賴利益의 賠償을 구할 수도 있다”고 判示하고 있다.

149) 대판 2003. 10. 23. 2001다 75295.

은 상태로 復歸시키는 制度를 意味하는 것으로 정의되어 왔다. 그러나 解除의 概念은 앞서 서술한 바와 같이 解除後의 法律關係의 性格, 原狀回復의 範圍 및 損害賠償의 理論構成의 측면을 고려해 볼 때 지금까지의 일반적인 定義 概念과는 다른 정의가 필요한 것으로 보인다. 따라서 解除制度는 契約 當事者를 相對方의 債務不履行으로부터 救濟하기 위한 하나의 法的手段이며, 一方當事者의 債務不履行으로 目的을 달성 할 수 없게 된 契約을 相對方 當事者의 一方的 意思表示에 의하여 解消시키는 制度라고 할 수 있다. 解除의 效果와 관련해서는 이는 결국 그 效果에 있어서 遡及效를 認定할 것인지 아니면 이를 부정할 것인지에 그 논의의 核心이 있다고 하겠다. 그러나 이 문제는 解除制度의 존립의 義務와 무관하지 않을 것이다. 解除制度는 豫定하고 있는 契約終了時點에 앞서 어느 一方 當事者에게 契約關係를 유지시키는 것이 어려운 상황에서 이로부터 벗어날 수 있는 기회를 줌으로써 향후의 또 다른 私的自治의 가능성을 확보해주려는 것이라 하겠다.

그리고 이를 比較法的으로 分設하여 보면, 解除의 效果에 있어서 遡及效를 認定하는 立法例도 있으나, 대체로는 將來의 效를 認定하는 추세에 있다. 또한 損害賠償義務를 解除의 效果로 볼 것인가, 아니면 契約不履行의 效果로 볼 것인가도 立法例에 따라 다르다. 그리고 損害賠償 範圍도 履行利益의 損害의 賠償까지 認定하는 나라도 있고, 信賴利益의 損害賠償에 한정하는 나라도 있다. 그러한 차이는 解除의 本質에 관하여 어떠한 學說에 입각하여 立法하였느냐에 기인한다.

이와 같이 解除, 특히 法定解題의 原因, 效果에 있어서 각국의 立法例는 同一하지 아니하며, 清算關係說이 一般的으로 타당한 學說로 받아들여지고 있고, 清算關係說에 입각하여 立法이 이루어지고 있다.

## 제 5 장 우리민법 改正案의 再考

### 제 1 절 우리민법 改正案의 背景<sup>150)</sup>과 主要內容

#### I. 背景

우리 民法改正에 관한 作業은 1999년2월1일 法務部の “법무자문 委員會 民法(재산법)改正特別分果 委員會”가 構成되면서부터이다. 이 後 作成된 개정의 趣旨는 民法을 시대와 歷史의 흐름에 맞게 維持함으로써 국민모두의 일상 活動이 원활하고 평화롭게 영위될 수 있도록 하고 나아가 法全體가 올바르게 運用될 수 있는 건실한 基礎를 提供하기 위함으로 說明하였다.<sup>151)</sup> 그리고 民法改正作業의 方向은 다음과 같다. 첫째, 民法典의 現實適合性을 強化하는 것, 둘째, 民法典의 包括性과 統一性을 확보하고 提高시키는 것, 셋째, 국민들이 쉽게 이해하고 접근할 수 있으면서도 또한 論理的으로 탄탄한 構成을 갖춘 法이 되는 것 등이다.<sup>152)</sup>

현행 民法상 契約해제에 관한 규정과 개정안의 내용은 대조해설면, 아래와 같다.

현행 규정	개정안
제544조(履行遲滯와 履行) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니한 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 期間內에 이행을 최고하고 그 期間內에 履行하지 아니한 때에는 契約을 解除할 수 있다. 그러나	<삭제>

150) 여기서 살펴볼 民法改正案의 內容은 2001년 11월 27일 법무부공청회에서 發表된 改正案의 內容임.

151) 양창수, “民法改正作業의 經過와 債權編의 改正檢討 사항 I(債權總則)”, 民事法學 제 19호, 2001, 15면.

152) 양창수, 위의 책, 16면.

<p>債務者が 미리 履行하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 催告를 요하지 아니한다.</p>	
<p>&lt;신설&gt;</p>	<p>제544조의2(債務履行과 解除 ) ①채무자가 채무내용에 좇은 履行을 하지 아니한 때에는 債權者는 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 에 이행하지 아니한 때에는 契約을 해제할 수 있다. 그러나 債務者의 故意나 없이 그 이행이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 채권자는 다음 각호의 경우에는 제1항의 催告를 하지 아니하고 契約을 해제할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 債務의 行移이 不能하게 된 때</li> <li>2. 債務가 履行되지 아니할 것이 명백하게 예견된 때</li> <li>3. 契約의 성질 또는 當事者의 의사에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 履行하지 아니하면 契約의 목적을 달성할 수 없을 경우에 債務者가 그 기대에 履行하지 아니한 때</li> </ol>
<p>&lt;신설&gt;</p>	<p>제544조의3(債務履行과 解止 ) ①계속적 契約관계에서 채무자가 채무내용에 좇은 이행을 하지 아니하여 장래의 契約이행이 의심스러운 경우에는 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 이행을 催告하고 그 期間內 에 이행이 이루어지지 아니한 때에는</p>



	<p>약정된 契約期間에 불구하고 契約을 해지할 수 있다. 그러나 債務者의 故意나 過失 없이 그 이행이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 제1항의 경우에 債務者의 중대한 債務不履行으로 인하여 契約을 解除할 수 없는 부득이한 사유가 있을 때에는 債權者는 催告하지 아니하고 契約을 해지할 수 있다.</p>
<p style="text-align: center;">&lt;신설&gt;</p>	<p>제544조의4(事情變更과 解除, 解止) 당사자가 契約 당시 예견할 수 없었던 현저한 事情變更으로 인하여 契約을 유지하는 것이 명백히 부당할 때에는 그 當事者는 변경된 사정에 따른 계약의 수정을 요구할 수 있는 상당한 期間內 에 契約의 수정에 관한 합의가 이루어지지 아니한 때에는 契約을 解除 또는 解止할 수 있다.</p>
<p>제545조(定期行爲와 解除) 契約의 성질 또는 當事者의 意思表示에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 에 이행하지 아니하면 契約의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자 일방이 그 시기에 履行하지 아니한 때에는 相對方은 진조의 催告를 하지 아니하고 契約을 解除할 수 있다.</p>	<p style="text-align: center;">&lt;삭제&gt;</p>

## II. 問題의 所在

### 1. 歸責性 與否

이 研究에서 관심이 있는 解除에 관하여는 改正檢討事項에 들지는 아니하였으나 民法 제544조 이하에서 法定解除權의 發生要件으로서 債務者의 故意·過失을 規定하기에 이르렀다. 이는 過去 通說의 立場이 반영된 것으로 改正案에서는 民法 제544조를 削除하고 제544조의 2에서(債務不履行과 解除)라는 表題아래 제1항에서“債務者가 債務內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때에는 債權者는 相當한 期間을 정하여 그 履行을 催告하고 그 기간 내에 履行하지 아니한 때에는 契約을 解除할 수 있다.

그러나 債務者의 故意나 過失 없이 그 履行이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다”고 改正하는 것으로 하였다. 이는 債務不履行과 解除를 損害賠償의 경우처럼 發生要件으로 規定하고 있는 通說의 立場을 반영한 것이다.<sup>153)</sup>

### 2. 事情變更의 原則

유효하게 성립한 契約은 原則적으로 당사자간에 그 내용에 따른 債權·

---

<sup>153)</sup> 法務部 改正案 제2004-25호(2004년6월14일).

<제544조의2(債務不履行과 解除)>

- ① 債務者가 債務內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때에는 債權者는 相當限 期間을 정하여 그 履行을 催告하고 그 期間 내에 履行하지 아니한 때에는 契約을 解除할 수 있다. 그러나 債務者의 故意나 過失 없이 그 履行이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 債權者는 다음 각호의 경우에는 제1항의 催告를 하지 아니하고 契約을 解除할 수 있다.
  1. 債務者 履行이 不能하게 된 때
  2. 債務者가 履行되지 아니할 것이 명백하게 豫見되는 때
  3. 契約의 性質 또는 當事者의 意思表示에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 履行하지 아니하면 契約의 目的을 達成할 수 없을 경우에 債務者가 그 시기에 履行하지 아니한 때

債務關係를 발생시킴으로써 當事者로 하여금 約定된 債務를 履行하지 않으면 안 되는 拘束力을 발생시킨다. 이와 같이 契約의 當事者가 합의 내용대로 발생한 債務를 履行하지 않으면 안 되는 效力을 契約의 拘束力이라고 한다. 근대민법은 개인의 意思에 절대적인 權威를 인정하여 사인간의 法律關係는 각자가 의욕한대로 형성할 수 있도록 한다는 이른바 “私的自治의 原則”(Prvatautonomie autonomie de la valonte)을 그 기본 논리로 하고 있다. 이와 같은 私的自治의 原則에 의하여 契約의 當事者는 각자의 자유로운 意思의 合致에 의하여 法律關係를 자유롭게 형성할 수 있는 것이다. 契約의 拘束力은 바로 이러한 私的自治의 原則의 法的 표현인 契約自由의 原則에서 찾을 수 있다.

우리 민법은 프랑스민법 제1134조와 같이 契約의 拘束力을 직접 천명하고 있는 規定은 두고 있지 않으나, 任意規定에 관한 民法 제105조는 契約의 拘束力을 간접적으로 선언하고 있는 것이며, 契約編의 제 規定들도 契約의 拘束力을 전제로 하고 있는 것이라고 할 수 있다. 그러나 契約의 拘束力의 原則은 絶對的 原則이라 할 수 없으며, 특히 19세기 후반부터 심화된 자본주의 경제체제의 모순과 폐해를 시정하기 위하여 많은 제한이 가해지고 있는데, 주로 契約內容의 變更, 契約關係의 解消(解除·解止)또는 契約關係의 存續期間에 관하여 예외가 인정되고 있다. 民法과 民事特別法에 個別規定은 散在<sup>154)</sup>하고 있으나 一般規定은 존재하지 않고 있다.

국가마다 다양한 명칭을 가지고 논의되어온 이 法理의 초점은 크게 두 가지로 요약할 수 있다.

첫째, 契約의 基礎를 이루는 사정에 重大한 變更이 생겨 給付의 絶對的 均衡이 현저하게 파괴되거나 契約의 目的을 달성할 수 없게 되어 契約의 內容을 유지하는 것이 當事者 一方에게 심각한 不利益을 초래하는 경우에도 契約의 拘束力을 그대로 認定해야 하는가 하는 것이며, 둘째로는 信義則에 입각하여 그 效力을 否定한다면, 契約의 解消만 인정할 것인가

---

154) 현행민법상 地上權設定契約에 있어서의 地料增減請求權(제286조), 傳貰權設定契約에 있어서의 傳貰金增減請求權, 賃借權請求權....

아니면 變更된 事情에 맞게 契約內容을 새롭게 조정하는 것도 許容할 수 있는가 하는 것이다.

최근에 들어서 立法論的, 解釋論的 논의가 더욱 활발해지고 있고, 事情變更의 原則의 도입 및 적용여부에 대한 學說과 判例의 입장은 상반하고 있는데, 이러한 밑바탕에는 근대 契約法의 기본논리인 私的自治 및 契約遵守의 原則과 수정원리인 契約 公定の 原則이 상충적 가치로 作用하고 있고, 나아가 法的 安定과 合目的 理念이 첨예하게 대립하고 있다. 양자의 균형과 조화가 法理構築에 중요한 단서로 作用하게 된다. 그리고 최근에 들어 獨逸債權法 및 우리 民法 改正案에서 事情變更의 原則이 주요한 착안점으로 등장하면서, 信義則과는 별도의 一般規定으로 편입시켜야 할 필요성이 현실화되고 있다.

## 제 2 절 解除規定의 檢討

### I. 過去通說의 입장 反映

改正 民法案은 解除의 要件으로서 給付障礙의 여러 類型을 “債務者가 債務內容에 좇은 履行을 하지 아니한 때”라고 하여 민법 제390조에 상응하여 統一的으로 規定하고, 단서에는 同條 案과 同一하게 “그러나 債務者의 古意나 過失 없이 그 履行이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다” 라고 하고 있다. 이러한 內容을 一見하면, 形式에 있어서는 제390조의 規定方式과 一貫性を 維持함으로써 體系的 論理性을 정비한 것으로 볼 수 있다. 그러나 내용면에서 보면, 民法의 基本原理와 관련하여 法 政策的으로 결정적인 변화내지 오진을 초래할 수 있는 여지가 있다는 點을 간과하고 있다고 하겠다. 改正案 內容 중 削除하는 것으로 제안한 現行民法 제546조에서는 “債務者의 責任있는 사유로 履行이 不能하게 된 때”라고 하고 있어 給付障礙에 대한 債務者의 故意·過失을 責任있는 사유, 즉 有

責을 包括하는 歸責事由와 동일시한 것이라는 批判이 있다. 改正 委員會에서는 “債務不履行으로 인한 法的效果인 損害賠償 責任의 경우와 마찬가지로 債務者에게 故意·過失이 없는 경우에는 解除權과 解止權을 認定하지 않고, 解除權과 解止權의 成立要件으로 債務者의 歸責事由의 要件을 排除하자는 意見이 많았으나 現行規定을 일반화하는 것으로 決定하였으며, 제 1항에서 제390조의 規定方式을 참작하여 債務不履行과 解除에 관한 規定을 둠으로써 본문에서 債務不履行의 效果로서 解除를 認定하고, 단서에서 債務者에게 歸責事由가 없는 경우에 解除權을 排除한 것”이라고 한다.<sup>155)</sup> 이러한 論旨에서 알 수 있듯이 解除에 관한 改正內容이 과거 通說의 立場을 반영하여 規定된 것이다.

民法 改正案의 解除에 관한 태도에 대한 改正委員會는 다음과 같은 意見에 의하여 規定되었다고 한다. 즉, 이러한 改正案의 태도가 各國의 立法例와 배치됨에도 불구하고 현재의 태도로부터 급격한 전환은 바람직하지 아니하고, 결국 현재의 法상태와 큰 차이가 있는 것도 아니며, 歸責事由 없이도 契約의 解除를 할 수 있게 한다면 契約遵守를 해칠 수도 있다는 견해이다.

그러나 이러한 見解는 몇 가지 점에서 說得力이 부족한 점이 있다. 첫째, 결과적으로 현재의 法상태와 큰 차이가 없다고 하면서 급격한 전환은 바람직하지 않다는 것은 모순이다. 이와 관련하여 이미 現행 民法 제544조와 擔保責任의 解除에 있어서는 債務者의 歸責事由를 要件으로 하고 있지 않다는 점이 그 反證이 될 수 있다. 둘째로는 “契約은 지켜져야 한다”는 法原理를 견지하려는 입장에서 보다 엄격한 要件을 정하려는 것으로 하고 있으나, 이는 契約의 解除를 통한 債權關係의 遡及的 清算은 契約當事者에게 債權關係를 존속 拘束시킬 아무런 利益이 없게 되는 事由를 要件으로 하는 한, 損害賠償責任과 같이 歸責事由를 要件으로 하여야 할 필연적 이유는 없다. 셋째, 이러한 民法改正案의 태도는 최근 국제적인 立法例와

---

155) 남효순, “債權法 改正案에 관한 主題發表”, 法務部, 民法(財産編)改正 公聽會, 2001.12, 178면 이하.

도 정면으로 상처된다. 독일 民法이 유럽연합의 추세와 더불어 유럽 契約法의 태도를 받아들이고 立法方式을 바꾼 사안이 비록 절대적 例는 되지 않더라도, 解除의 發生要件에 歸責事由를 명시하여 規定하는 것은 이러한 세계적인 추세의 흐름에 반하는 것으로 바람직스럽지 못하다는 것이다.

## II. 事情變更에 의한 解除의 認定與否

전술한 바와 같이 우리 民法에는 事情變更에 관한 一般規定이 없고, 判例 또한 原則적으로 事情變更의 原則을 인정하고 있지 않고 있다. 단지 學說에 의하여 事情變更에 의한 解除를 인정하자는 주장이 있다.

우리나라에서는 事情變更에 의한 인정할 것인지에 관해 學說의 태도는 크게 나누어 세 분류로 구분할 수 있다.

첫째는 日本民法의 事情變更의 原則에 관한 이론을 토대로 주로 그 法的效果 면에서 契約의 解除를 중시하는 견해이고, 둘째로는 獨逸의 行爲基礎論의 영향을 받아 事情變更에 따른 法的效果 면에서도 契約의 維持를 강조하는 見解이다. 셋째는 事情變更의 原則을 否定하는 見解이다.

### 1. 學說

#### (1) 契約解消說

이설에 의하면 現行민법에 事情變更의 原則에 관한 規定이 없어도 이 原則이 信義則에서 나오는 分則이고 민법 제2조가 信義誠實의 原則을 인정하는 이상, 現行법상의 解釋上 事情變更의 原則을 인정할 근거가 충분히 있다고 본다.<sup>156)</sup> 즉 오늘날 법제에 있어서의 解除制度는 契約에 의하여 구속되는 當事者는 契約締結當時에 豫想하지 않은 事情이 그 후 發生하여도, 그 구속에서 벗어나지 못한다는 전제에서 契約拘束에서 벗어나려면

---

<sup>156)</sup> 곽윤직, 앞의 책, 112면.

특히 契約에서 그것이 留保되었거나(約定解除權) 또는 債務不履行 이라는 사실이 있지 않으면(法定解除權) 안되는 데서 출발하고 있다.

그러나 당사자를 그대로 그 契約에 拘束받게 하는 것이 타당하다고 주장한다. 이 견해가 多數說의 見解이다.<sup>157)</sup> 이 설은 事情變更의 原則을 適用하기 위한 要件을 다음과 같이 들고 있다. i) 當事者が 예견하지 않았고 또한 예견할 수 없었던 현저한 事情의 變更이 있어야 한다. 원래 當事者는 契約을 締結함에 있어서 그 당시 社會的·經濟的 事情을 고려하고, 또한 장래에 있어서의 다소의 豫상을 하는 것이 보통이다. 그러므로 事情變更의 原則에 의하여 解除權이 발생한다면 이러한 事情을 고려하고 또한 보통 사람이 도저히 豫상할 수 없을 만큼 현저한 事情의 變更이 생겨야 한다. 위와 같은 事情의 變更은 契約을 締結한 후 해제할 때까지의 사이에 일어난 事情을 고려하여서 결정한다. 事情變更으로 要件이 충족되었더라도 解除를 하지 않고 있는 동안(즉 제2심 변론종결시) 事情이 다시 變更되어 要件을 충족하지 않게 된 때에는 解除할 수 없다고 하여야 한다. ii) 事情의 變更이 解除權을 취득하는 當事者에게 責任이 없는 사유로 생겨야 한다. 따라서 當事者의 歸責事由로 자산상태가 급격히 악화되어도 스스로 解除權을 행사할 수는 없는 것이다. iii) 契約內容 되로의 拘束力을 인정한다면 信義則에 반하는 결과가 되어야 한다. iv) 최고는 이를 필요를 하지 않는다. 履行을 강제하는 것은 信義則에 반한다는 데서 解除權을 인정하기 때문이다.

이러한 多數說의 見解에 의한 事情變更의 原則을 비판하는 見解가 있다. 이 견해에 의하면 多數說은 契約目的 등 주관적인 事情은 제외하고 오로지 사후 事情變更만 고찰의 대상으로 하고 있으나, 주관적인 行爲基礎와 관련한 계산기초에 대한 共通錯誤의 문제나 目的挫折 등의 경우에 錯誤 또는 不能制度로 解決할 수밖에 없어 결국 契約忠實의 原則에 반하는 결과를 인정하는 부당한 결론에 이르게 된다고 한다. 또한 이 原則에 의하면 事情變更은 결국 經濟·社會의 급변의 경우를 상정하고 있어 오늘

---

157) 김주수, 채권각론, 삼영사, 1992, 126면

날 보통 豫見할 수 있는 완만한 속도의 누적된 물가상승 문제를 解決할 수 없게 되는 이론적 난점이 있으며, 당사자에게 歸責事由가 있는 경우라도 당사자의 存在를 위협하게 되는 극도의 損害가 발생하는 경우에는 事情變更이 있다고 하여야 할 터이므로, 當事者の 歸責事由는 契約의 위험 인수범위를 判定하는 중요한 기준이 될 뿐 事情變更의 原則을 적용하기 위한 이론은 독일에서의 行爲基礎論에 의하여 이론적인 보완을 하여야 한다고 설명한다. 事情變更에 의한 解除의 경우에도 그 行使의 효과는 法定解除의 경우와 같다. 그러나 損害賠償義務는 發生하지 않는다고 한다.<sup>158)</sup>

## (2) 契約維持說

독일의 行爲基礎論에 영향을 받은 견해로서 事情變更에 따른 法的效果 면에서 契約解消說과는 달리 契約關係를 가급적 존속시킬 것을 강조한다. 즉, 事情變更으로 인하여 損害를 입게 된 當事者는 相對方으로부터 그 履行을 請求당한 경우에 즉시로 그 履行을 拒否할 수 없지만 相對方에 대하여 자기가 負擔하는 反對給付 內容定度を 변경할 것을 請求할 수 있다는 것이다. 극단의 물가등귀에 대하여 賣渡人の 매매대금의 증액을 請求할 수 있는 경우를 그 전형적인 예로 들고 있다.

契約의 解除權은 이와 같은 제2차적 效果를 당사자간에 만족스러운 解決을 줄 수 없는 경우에만 발생한다고 한다.<sup>159)</sup>

## (3) 事情變更의 原則 適用否定說

否定說의 견해는 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 事情變更의 原則을 민법의 一般原則을 인정함으로써 契約의 拘束力을 否認하는 것에 반대하는 견해이다. 만약 전혀 예견치 못한 社會的·經濟的 격변으로 인하여 기

158) 관운직, 앞의 책, 114면.

159) 백태성, 전계논문(각주1), 44면.



존의 契約關係의 불균형이 극심하게 될 경우에 特別法의 制定에 의하여 특정된 契約類型에서 구체적인 要件 아래에서만 例外的으로 인정될 수 있을 뿐이라고 한다. 둘째로는 우리나라 學說이 말하는 事情變更의 原則을 독일의 行爲基礎論과 같은 것으로 理解하여 行爲基礎論의 도입에서의 問題點을 지적하고 주관적인 行爲基礎論의 문제는 錯誤論으로, 객관적인 行爲基礎論의 問題는 履行不能의 문제로 환원시켜 解決할 수 있다는 견해이다.<sup>160)</sup>

#### (4) 制限的 肯定說

이 견해는 事情變更으로 인한 解除權의 發生要件을 전시나 또는 그에 준하는 위기상황으로 엄격하게 제한한다. 肯定說의 요건에 “事情變更을 인정하는 法律의 規定이 있거나, 또는 전시나 기타 심각한 危機狀況이 발생하였을 것”이라는 要件을 추가한다.

그리고 解除制度和 별도로 “契約 拘束力 불인의 法理”를 信義則上 인정하여 契約上의 債務不履行을 要求하는 것이 객관적으로 부당하다고 판정될 정도의 事情變更이 생긴 경우에는 바로(當事者의 解除權 行使 여하에 좌우하지 않고) 契約 拘束力을 부정하여 債務를 消滅시키는 것이 타당하다고 한다. 다만 一方 當事者가 이미 履行을 하였거나 履行의 제공을 항 경우에는 契約 拘束力을 인정해서는 안 될 것이라고 한다.<sup>161)</sup>

## 2. 判例

우리나라 大法院은 구민법 당시에 “債權을 발생시키는 法律行爲 성립 후 당시 환경이 된 事情에 當事者 雙方이 예견 못하고 또 예견할 수 없었던 事情이 발생한 결과 본래의 給付가 信義衡平의 原則上 當事者에게 현

160) 이영준, “事情變更의 原則에 관한 研究”, 私法論集 5집, 1974, 106면.

161) 이은영, 앞의 책, 240면.

저히 부당하게 된 경우에 있어서 當事者가 신의행평의 要求하는 바에 따라 그 給付內容을 적당히 變更할 것을 相對方에게 제의할 수 있고 상대방이 이를 거절할 때에는 契約을 解除할 수 있다는 規範인 소위 事情變更의 원칙은 民法의 解釋上 용납되지 않는다.”고 판시<sup>162)</sup>한 이래, 契約의 解除에 관하여는 事情變更의 原則이 適用되지 않는다는 입장을 고수하여 왔다.<sup>163)</sup>그러나 계속적 契約에 관해서는 “회사의 임원이나 직원의 직위에 있기 때문에 회사의 요구로 부득이 회사와 제3자 사이의 계속적 거래로 인한 회사의 債務에 대하여 保證人이 된 자가 그 후의 회사로부터 퇴사하여 임원이나 직원의 지위를 떠난 때에는 保證契約 성립당시의 事情에 현저한 變更이 생긴 경우에 해당하므로 事情變更을 이유로 保證契約을 解止할 수 있다고 보아야 하며, 위 계속적 保證契約에서 保證期間을 정하였다 고 하더라도 그것이 특히 퇴사 후에도 保證債務를 부담기로 특약한 취지라고 인정되지 않는 한 같은 解止權에 영향이 없다”라고 판시하여 事情變更에 의한 解止權을 인정한다.<sup>164)</sup>

#### IV. 事情變更에 대한 立法論과 解釋論

##### 1. 現行法の 解釋論

우리민법은 事情變更의 原則을 立法化하였다고 볼 수 있는 規定들을 散發的으로 두고 있으나, 이에 관한 一般規定을 두고 있지는 않다. 우리 民法의 이러한 태도는 契約法의 一般原則으로서 事情變更의 原則을 規定하는 경우에는 契約의 拘束力과 去來의 安全에 威脅이 될 것이라는 점을 고려한 것이라고 보아야 할 것이며, 基本的으로 옳은 決斷이라고 생각된다. 또한 두 차례에 걸친 세계대전을 비롯하여 急激한 社會的·經濟的 變革을

162) 대판 1955.4.14 4286민상 231.

163) 대판 1963.9.12 63다452.

164) 대판 1978.3.28. 77다 2298.

경험한 바 있는 오늘날에는 장기간에 걸친 繼續的 契約關係에 있어서의 經濟事情의 變更, 특히 貨幣價値의 變動은 當事者가 豫見할 수 있는 順應 約款을 통하여 충분히 대처 할 수 있음에도 불구하고, 이러한 對策을 마련하지 않은 채 발생한 事情變更으로 인한 危險은 當事者가 負擔하는 것이 마땅하며 相對方에게 이를 전가하는 것은 許容되지 않는다고 解釋하는 것이 타당할 것이다. 多數說은 信義則에 根據하여 事情變更의 原則을 契約法의 一般原則으로 認定함으로써, 一般的인 契約內容의 變更權과 契約의 解消權을 解釋上 認定하고 있으나, 우리 民法의 기본적인 立場을 고려할 때에 多數說이 취하고 있는 이러한 立場도 負擔이 될 수 있다고 하는 見解로서 즉, 現行法의 解釋上 一般原則으로서 事情變更의 原則은 許容될 수 없다는 判例와 소수설의 立場이다.

## 2. 立法論

立法論으로서 事情變更의 原則을 民法典에 規定하는 것이 과연 타당한가 하는 것은 解釋論과 구별되는 문제인데, 國際交易의 상당부분을 의존하고 있는 우리나라의 실정을 고려할 때 특히 “Unidroit 國際商事契約法の 原則”이나 “유럽契約法原則”, 英美 契約法 등 事情變更을 契約 拘束力의 原則에 대한 例外로 規定해가는 세계적인 立法趨勢에 따라 事情變更의 原則을 民法典에 新設하는 것이 合理的이라 생각한다.

### 제 3 절 民法 改正案 제544조4의 檢討

#### I. 條文의 位置

改正案은 契約法總則의 제3관(契約의 解除·解止)에 現행민법 제544조(履行遲滯와 解除)를 삭제하고 債務不履行으로 인한 契約의 解除·解止에

관한 제544조의2, 제544조의3과 나란히 제544조의4를 신설하는 것으로 하고 있다. 아마도 改正案의 作成者는 事情變更을 債務不履行의 일종으로 파악하였다면 이는 명백한 오류이다. 事情變更의 原則은 當事者가 契約의 기초로 삼은 事情이 債務者의 歸責事由에 의하지 아니한 경제사정의 急變 등으로 인하여 변경된 경우에 적용되는 原則이므로, 債務不履行으로 인한 계약의 解除·解止만을 效果로 하는 것이 아니라 契約內容의 變更도 그 效果로 포괄하고 있는 제도이므로(改正案 契約의 수정 그 效果의 하나로 규정하고 있다), 債務不履行으로 契約解除와 관련하여 規定하는 것이 아니라, 契約의 일반적인 효력인 拘束力과 관련하여 그 例外로 規定하는 것이 타당하다고 할 것이다.

## II. 適用要件

위에서 살펴본 여러 立法例를 참고하여 보건데 바람직한 事情變更의 認定要件으로 다음과 같은 요소가 포함되어야 할 것이다. 즉, i) 事情變更이 契約締結 이후에 발생하였을 것, ii) 契約 당시에 當事者가 事情變更을 豫見할 수 없을 것, iii) 當事者에게 歸責事由가 없을 것, iv) 事情變更이 契約의 衡평을 근본적으로 변경시킬 정도로 중대할 것 등이 要件으로 포함되어 있어야 할 것이다. 改正案은 事情變更의 原則인 適用要件을 “當事者가 契約當時에 豫見할 수 없었던 현저한 事情變更으로 인하여 契約을 維持하는 것이 명백히 부당할 때”라고 規定하고 있는바, 解釋上 위와 동일한 要件上の 結論이 나올 수도 있지만 표현을 좀더 명확히 할 수 있다고 본다. 따라서 “契約締結 이후 當事者가 契約當時에 豫見할 수 없었던 사태의 發生으로 인하여 契約 成立의 기초가 된 事情이 현저하게 變更됨으로 인하여 합의한 내용에 따라 債務를 履行하는 것이 當事者 一方에게 극히 가혹한 결과가 되는 때”로 수정하는 것이 바람직한 생각이다.

### Ⅲ. 效果

事情變更의 效果에 관한 논의는 두 가지인데, 첫째는 當事者에게 契約을 解消시킬 수 있는 權利(解除·解止)이외에 契約內容의 變更을 요구할 權利를 인정할 것인가 하는 점이고, 둘째는 이러한 權利를 當事者가 直接行使 할 수 있도록 할 것인가 아니면 當事者의 申請에 의하여 法院이 行使하도록 할 것인가 하는 점이다.

첫 번째, 쟁점에 대하여 改正案은 事情變更으로 인하여 不利益을 입은 當事者에게 契約의 解除·解止權 이외에도 變更된 사정에 따른 契約의 수정을 要求할 權利를 부여하고 있는바, 契約의 수정을 통하여 되도록 契約을 維持하는 것이 바람직하므로 改正案의 立場은 타당하다고 할 것이다. 다만 “계약의 수정”이라는 생소한 용어 보다는 “契約의 內容變更”이라고 規定하는 것이 좋을 것이다. 두 번째, 쟁점에 대하여 改正案은 法院의 개입에 의한 契約 內容變更의 가능성을 否認하고 있는데, 이는 바람직하지 않다고 본다.

事情變更으로 인한 契約上의 분쟁은 결국 法院에 의하여 解決할 수밖에 없는데 (합의에 의하여 契約內容을 變更하거나 契約을 解消할 수 있음은 당연하다)事情變更의 原則을 인정하면서 法院의 개입을 허용하지 않는다면 當事者의 자율적인 재교섭의 결과 합의에 이르지 못한 경우에는 결국 不利益 當事者가 일방적으로 契約을 解除·解止 할 수 밖에 없을 것이고, 이는 契約維持의 이상에 반하는 결과가 될 것이다.

따라서 國際商事契約法 原則과 유럽 契約法原則, 改正 獨逸民法과 마찬가지로 契約을 유지하는 것이 타당한 경우에 當事者 申請에 의하여 法院의 判斷으로 契約內容을 變更할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

## 제 4 절 改定民法에 대한 意見

### I. 歸責性與否

債務者의 歸責性을 要件으로 할 것인가, 아니면 그 외에 責任能力 등을 포함한 責任性이 要求되는 責任의 成立을 歸責要件으로 할 것인가에 論議는 될 수 있는 바, 改正案과 같이 改正하는 경우에는 우리 民法의 債務不履行의 責任歸屬原理와 體系를 理解하는 解釋論에 적지 않은 誇張을 초래할 수 있다는 見解이다.<sup>165)</sup> 나아가 條文의 字面表現이 含蓄하여 意味하는 바가 現行민법의 債務不履行責任에서 債務者의 주관적인 責任性을 排除하고 客觀的 違法責任으로 進향한 것으로 解釋될 여지가 많으며, 나아가 이를 機能으로 하는 法 政策的 判斷에 관하여도 숙고하였는가에 대해 疑問을 提起 하지 않을 수 없다.<sup>166)</sup> 또한 “原來 期待하였던 給付가 이루어지지 않았기 때문에 債權者가 契約的 拘束으로부터 벗어나 負擔없이 새로운 去來를 구할 수 있도록 하여주는 契約 解除에 대하여 債務不履行에 대한 責任을 물어 損害賠償 義務를 부과하는 경우와 같이 債務者의 故意·過失을 要求하는 것은 두 制度의 機能上 差異를 간과한 것이며, 體系的 흐름에도 附合하지 않는다”는 見解도 있다.<sup>167)</sup> 이 외에도 不動產의 買受人은 賣渡人이 契約履行期까지 所有權 移轉登記와 引渡를 하지 않을 때에는 買受人은 상당한 기간을 정하여 履行을 催告하고 그 期間이 지난 後에는 買受人은 賣渡人에 대하여 賣買契約을 解除할 수 있는데, 改正案에 따르면 賣渡人이 故意·過失없이 履行期 내에 履行하지 못했다면 買受人은 相當한 기간의 催告 後에도 賣買契約을 解除할 수 없게 된다. 또 現行 民法과

165) 안법영, “2001년 法務部 民法 改正案에 관한 小考- 總則편을 中心으로”, 高麗法學 제38호, 2002, 190면

166) 안법영, 위의 책, 190면.

167) 안춘수, 改正案 제544조의2에 대한 見解, 民法 改正案 意見書, 民法改正案研究會, 2002, 102면.

달리 賣渡人이 자신의 不履行에 대하여 故意·過失이 없음을 주장하여 대항하여 오면 賣買契約 自體가 解除될 수 없게 되는 不合理的가 생기게 되는데 이것은 買受人이나 賣渡人이나 모두 반드시 合理的 것만은 아니라는 見解가 있다.<sup>168)</sup>

## II. 事情變更

事情變更에 대하여는 이상의 檢討를 통하여 알 수 있는 바와 같이, 세계적인 立法이나 解釋論의 흐름은 事情變更의 原則이 민법의 一般規定으로 편입되어야 할 必要性을 강하게 肯定한다. 다만 자주적인 契約法의 基本 틀 속에서 事情變更의 法理가 기능할 수 있는 영역이 어떻게 구획되어야 할 것인가의 문제에 대해서는 매우 한정적인 立場을 취한다. 생각건대, 급격한 인플레이션이나 전쟁 그리고 各種災難에 수반하여 契約事情의 變更을 招來하는 경우를 제외하고 事情變更의 原則이 民法의 恒時的 法理論으로 적용될 可能性은 희박하다고 볼 수 있다. 사회·경제적 安定基調가 強化되면 될 수록 그러한 可能性은 더욱 縮小될 것이다.

따라서 法의 공백을 매우고, 보다 구체적인 解釋基準을 마련하는 것이 立法의 任務가 아닌가 생각되기에, 이러한 立場에서 事情變更에 관한 一般規定을 民法에 도입한 現在의 改正案에 찬동한다. 물론 私的自治의 료를 本質적으로 毀損하는 原則의 適用에는 반대한다. 따라서 事情變更 原則의 適用要件은 매우 嚴格하게 解釋해야 하고, 契約遵守原則의 근간을 維持하면서 契約關係의 具體的 妥當性を 指向해야 할 것이다.

## 제 5 절 小 結

解除權의 發生要件으로 歸責事由를 要件으로 한 立法 態度는 國際的 趨

168) 황적인, “改正案 제544조의2에 대한 見解”民法 改正案 意見書, 民法改正案研究會, 2002, 104면.

勢와는 반대로 우리 國內 立法을 정비한 것으로서 國際的 趨勢의 역행적 흐름이라고 보아진다. 이러한 世界的 立法의 趨勢가 契約의 신속한 처리 要望이라는 現實的 課題에서 출발한 것이라는 점, 현행 우리 민법도 이러한 點을 반영하기 위하여 현재 이루어지고 있는 거의 대부분의 契約形態라고 할 수 있는 有償契約에 準用되는 擔保責任에서 歸責事由와는 관계없이 解除를 認定하고 있는 점, 解除의 原來 趣旨에서 알 수 있듯이 解除는 契約關係의 신속한 消滅이라는 趣旨에서 損害賠償과 같은 징벌적 의미가 없고 따라서 징벌적 의미가 될 수 있는 歸責事由는 解除의 要件과는 별개라는 점 등의 이유로 볼 때에 民法 改正案은 오히려 종래 通說의 實定法的 根據만을 明確하게 해주는 意味의 改正뿐이라는 생각이다. 물론 歸責事由를 解除의 要件으로 한다면 契約解除에서 債務者를 보호할 수 있다는 長點이 있고 또한 損害賠償과 함께 債務不履行이라는 사실의 救濟手段으로 效果의 認定을 동일하게 한다는 편리함도 있으나, 반대로 債務者가 債務不履行이라는 상태를 除去할 수 있다고 判斷되는 경우에는 契約이 유지되는 것이 더 바람직하다는 점, 다시 말해 債務者의 歸責事由 있는 債務不履行이라도 債權者에게 損害나 危險이 없고 債務者가 이러한 상태를 除去할 수 있을 경우라면 解除를 認定하지 않아서 債務者에게 그러한 機會를 주는 것이 債務者에게 더 유리할 수도 있다. 결국 立法的으로 양자의 立場이 있을 수 있으나, 解除가 危險負擔의 規定에 비해 법리적 解釋의 長點도 있고 法律의 規定보다는 權利 當事者의 判斷에 契約의 解消 여부를 맡기는 것이 더 私的自治의 原則에 忠實하다는 점이나, 현실적 規定體系에서 解釋論으로 보나, 최근 契約의 신속성, 대량성 등의 현대적 특성에 필요한 解除의 機能에서 보나, 최근 立法論的 檢討에서 보나 解除의 要件으로서 歸責事由를 規定하는 태도는 지양되고, 解除는 原則적으로 歸責事由와는 관계없이 契約義務의 不履行과 催告期間의 경과를 그 基本要件으로 하는 것으로 立法이 되어야 할 것이다.

우리나라 事情變更의 原則에 대하여는 比較法的으로 제3장에서 살펴보고, 현재 우리나라에서 事情變更에 의한 解除를 認定하는 것은 學說과



의 경우와 繼續的 契約에 있어서는 事情變更에 관한 判例가 있을 뿐, 民法과 判例는 原則的으로 事情變更에 의한 解除를 認定하고 있지는 않고 있다. 하지만 다수학자의 見解와 세계적인 趨勢에 맞추어 明文에 規定함이 合理的이라고 생각한다.

## 제 7 장 結 論

契約을 解除하기 위해서는 解除權이 있어야 하는데, 解除權은 形成權이므로 契約 當事者들의 의사에 基礎하여 締結한 契約이 일방적인 意思에 의하여 消滅된다는 점에서 제한적인 경우만 認定 되어야 할 것이다. 왜냐하면 契約解除制度는 契約關係에서 給付障礙가 發生한 경우에 이를 정리하기 위한 법적 救濟手段이며, 契約忠實의 原則에 있어서 重大한 例外가 되기 때문이다. 따라서 契約 解除權은 契約이 有效하게 成立하였다 하더라도 債務者의 債務不履行으로 인하여 契約을 더 이상 維持하는 것이 債權者에게 加害한 狀況에 이르게 될 경우에 認定되어야 할 것이다. 여기서 契約解除의 存在意義가 債務者의 債務不履行으로 인하여 債權者가 契約締結當時 의도한 契約의 目的을 실현할 수 없을 경우에 債權者로 하여금 당해 契約關係를 破棄함으로써 契約의 拘束으로부터 벗어나 새로운 去來를 형성할 수 있는 가능성을 열어주는 데 있다는 점을 알 수 있다. 따라서 法定解除權의 原因인 債務不履行에 있어서, 債務者에게 歸責事由를 要하는 것은 적절하지 아니하며 債務者가 債務를 不履行한 客觀的 事實만 있으면 債權者가 契約을 解除할 수 있어야 한다.

우리 民法에서는 履行遲滯·履行不能의 경우에 契約을 解除할 수 있도록 規定하고 있다. 그러나 履行遲滯로 인한 解除의 경우, 履行遲滯의 성립에 債務者의 歸責事由가 있어야 한다는 明文의 規定이 없음에 반하여, 履行不能으로 인한 解除는 債務者의 歸責事由가 있어야 한다는 明文을 두고 있다. 이에 學說은 債務不履行으로 인한 法定解除의 경우 債務者의 歸責事由를 요한다는 歸責性要件說과 債務者의 歸責事由를 要하지 아니하는 歸責性不要說로 對立하고 있음을 검토하였다. 그러나 契約解除制度는 歸責事由를 要件으로 하는 債務不履行과 必然적으로 연관될 必要가 없는 개개의 目的을 가진 制度이므로 解除權의 發生要件으로 債務者의 歸責事由를 要求하고 있다고 볼 수 없다.

한편 判例는 解除權 發生與否를 判斷함에 있어 契約違反行爲가 契約의

目的에 비추어 當該契約의 目的達成이 가능한지 與否를 중요한 判斷根據로 삼고 있다. 또한 比較法的인 측면에서 유럽契約法原則은 當該契約에 있어서 契約上 義務遵守가 契約上 核心的이거나 不履行이 지니는 結果가 重大하다면 契約을 解除할 수 있다고 본다. 유엔 統一賣買法은 契約維持의 次元에서 일정한 경우 解除權을 制限하고 있으나 原則적으로 相對方의 契約上 期待를 實質적으로 저해하는 損失을 가하는 本質적인 契約違反의 경우에만 解除權을 發生시키며 여기서 契約違反에는 故意나 過失이라는 歸責事由를 要하지 아니한다. 독일민법에서도 契約解除로 인한 債務不履行에 債務者의 有責事由를 要하지 아니한다. 契約解除 制度의 기능과 判例의 態度 및 外國立法 例를 살펴보면, 契約解除는 債務者의 歸責事由를 要件으로 하지 않고, 解除 可能性은 契約義務違反의 重大성에 의해 判斷되어야 하며, 契約에 있어 本質的 部分의 不履行이 있는 경우에 비로소 解除權이 發生한다고 理解되어야 할 것이다.

그리고 또 다른 論點은 解除의 效果에 대한 理論構成을 어떻게 할 것인가 하는 問題이다. 이것은 무엇보다도 解除制度의 目的 및 趣旨와 調和되어야 한다. 따라서 解除權의 行使로 인하여 契約의 解消로 인한 契約의 拘束으로부터의 解放, 原狀回復, 損害賠償이라는 效果를 理論적으로 矛盾없이 설명하기 위하여 解除의 效果에 관한 法理構成이 다양하게 시도되어 왔다. 특히 우리나라의 通說的 見解인 直接效果說에 의하면 契約이 溯及적으로 失效함으로써, 履行利益의 損害賠償을 內容으로 하는 損害賠償義務의 發生을 설명할 수 없는 難點에 부딪히게 된다. 判例는 解除權의 行使에 의하여 物權은 당연히 復歸한다고 보아 物權의效果說을 取하고 있으나 이 역시 直接效果說과 같은 限界에 이르게 된다. 契約解除 이후 法律關係의 性格, 原狀回復의 範圍, 損害賠償의 理論構成의 측면을 고려하여 보건데 清算關係說로 說明하는 것이 타당하다고 생각된다. 解除의 溯及效를 認定하면 제2차적인 給付義務로 轉換될 수 있는 契約에 기초하는 債權·債務가 더 이상 存在하지 않게 되어 法理論上 契約解除와 損害賠償은 양립할 수 없게 되기 때문이다. 比較法的으로 본다면, 독일민법, 유엔統一

賣買法 유럽契約法總則은 모두 契約解除로 인하여 契約關係가 遡及하여 消滅하지 않고, 解除權의 行事에도 불구하고 解除權者가 契約 相對方에 대하여 損害賠償을 請求할 수 있으며, 損害賠償의 範圍는 履行利益을 原則으로 하고 실 손해를 填補하려는 동일한 立場을 取하고 있다. 그러므로 契約解除의 法理論은 앞으로 解除制度의 趣旨와 法律要件 및 그 效果를 體系的으로 說明할 수 있는 方向으로 展開되어야 할 것으로 생각되며, 우리의 民法 改正案 內容 또한 先進立法과 國際的 趨勢에 맞춤이 무난하다고 判斷한다.

끝으로 우리 學說은 일정한 경우에 事情變更을 이유로 한 契約의 解除를 認定하지만, 判例는 繼續的 契約關係에 있어서 事情變更에 의한 解止는 認定하지만, 事情變更을 이유로 한 契約의 解除는 否定하고 있다. 民法 改正案은 이를 반영하여 “事情變更을 이유로 當事者는 變更된 事情에 따른 契約의 수정을 要求할 수 있고 相當한 기간 내에 契約의 수정에 관한 합의가 이루어지지 않을 때에는 契約을 解除할 수 있다”고 規定하고 있다. 私的自治의 本質을 훼손하지 않는 범위 내에서 현재의 改正案이 바람직하다는 것이 私見이다.

그러나 契約 解除權을 줌으로서 契約法 原則이 取하는 要件 面에서 좀더 具體的이고 客觀性을 附與하여야 하겠으며, 또 그 效果로서 우선적 契約內容의 變更이 가능하지 않는 경우에 契約內容의 調停 및 解除를 맡기는 점 등은 契約維持의 이상 및 具體的 타당성 측면에서 實益이 있다.

- 參考文獻 -

1. 單行本

- 곽윤직, 債權總論, 博英社, 1995.  
\_\_\_\_\_, 債權各論, 博英社, 2000.  
김상용, 債權各論(上), 法文社, 1999.  
\_\_\_\_\_, 比較契約法, 法英社, 2002.  
김형배, 債權總論, 博英社, 1988.  
\_\_\_\_\_, 債權各論, 博英社, 1998.  
김주수, 債權各論, 三英社, 1997.  
김준호, 民法講義, 法文社, 2002.  
김민중(옴김), 유엔統一賣買法, 두성사, 1995.  
이은영, 債權總論, 博英社, 1999  
\_\_\_\_\_, 債權各論, 博英社, 2000  
최홍섭, 유엔國際賣買法, 인하대학교출판부, 1997.  
최대권, 英美法, 博英社, 2001.

2. 論 汶

- 김동훈, “契約解除의 要件에 관한 判例分析” 判例月報 통권350호 1999/11.  
김옥근, “解除의 效果에 관한 法理小考”, 損害賠償법의 再問題(황적인 교수화갑기념 논문집), 서울:박영사, 1990, 711-756면.  
김형배 “우리民法의 債務不履行 體系”, 후암 곽윤직 교수 화갑기념 民法學 論叢, 박영사, 1985.  
\_\_\_\_\_, 민법학 연구, 서울: 박영사, 1986.  
\_\_\_\_\_, “獨逸債權法現代化法案”, 저스티스 제34권 제5호, 2001  
\_\_\_\_\_, “一般給付障礙法의體系와 內容”:獨逸債權法 現代化, 법문사 2003  
\_\_\_\_\_, “契約責任論”, 고시계, 1992, 12  
김용담, “解除의 效果에 대한 일고찰”, 사법행정 1983. 5월호, 7월호, 11월호.  
김상용, “解除의 效果에 관한 法理 再構成”, 법조(제521조), 2000. 2월호.  
김대정, “事情變更의 原則”을 明文化한 “民法 改正案 제544조의 4에 관한 檢討” 2001, 전북대학교 법학연구소.

- 명순구, “契約解除”, 韓國民法理論의 發展(이영준박사갑기념논문집),서울: 박영사,1999.
- \_\_\_\_\_, “우리민법상 履行遲滯로 인한 契約解除와 그 比較法的 特性”, 한양대 법학 논총(제12집), 1995,7.
- 양창수, 民法의 歷史와 民法學 民法研究 제3권, 1995.
- \_\_\_\_\_, “유럽契約法에 대한 일고 및 그 翻譯” 法學(서울대) 제40권 제1호, 1999.
- \_\_\_\_\_, “解除의 效果에 관한 學說들에 대한 소감“ 民法研究 제3 권, 1999
- 안춘수, “契約의 拘束과 契約關係의 解消에 관한 比較法的 高찰” 法學研究 연세대 제6권, 延世大學校 法學研究所, 1995.
- \_\_\_\_\_, “解除效果에 관한 學說들에 대한 소감”, 고시연구 1991. 4
- 정중휴, “契約責任의 再構成- 獨逸債權法現代化를 中心으로”, 比較私法 제9권 3호(통권18호), 2002, 10.
- 조성민, “事情變更에 대한 契約의 解除” 고시계, 2002, 11.
- 박영복, “유럽統一契約法”, 법조, 法曹協會, 1999, 1
- \_\_\_\_\_, 네덜란드의 契約法, 國際地域研究, 제2권 제4호, 韓國外大 外國綜合研究中心, 1998 가을.
- 안법영, “改正獨逸民法의 解除·解止法의 一瞥- 우리民法典의 改正案에 관한 論議에 부쳐서”, 比較私法 제9권 제3호(통권18호), 2002/10.
- \_\_\_\_\_, “2001년 法務部 民法改正案에 관한 小考-總則編과 債權編을 中心으로”, 高麗法學 제38호, 2002.
- 이진기, “法律記念, 法律文場, 法體系- 民法改正案과 관련하여-, ”比較私法 제9권 4호, 2002.12, 163면.
- 정진명, “契約解除와 有責事由”, 比較法, 제5권1호(통권8호), 1998.
- \_\_\_\_\_, “契約解除의 存在意義에 대한 檢討” 홍천용교수 회갑기념 論文集.
- 최준선, “UNIDROIT國際商事契約原則의基本理念”, 20세기 商事法の 展開-정동운교수 회갑기념 論文集, 1999.
- 하경호, “債務不履行과 契約解除의 要件- 有責性에 대한 批判的 檢討를 中心으로”, 高麗法學 제40호, 高大法學研究所, 2003.
- 민법주해 債權各論(2), 韓國司法行政學會, 1999.
- 민법주해(VIII), 債權(6), 박영사, 1999.
- 民法改正案, 法務部 民法改正特別分科委員會,2001, 11.
- 民法改正案意見書, 民法改正案研究會(황적인외29인), 삼지원, 2002.

### 3. 國外文獻

#### (1) 英美文獻

- E. Allen Farnsworth, *Contracts*(2 ed.), Little, Brown and Company, 1990
- \_\_\_\_\_, William F. Young, *Selections For Contracts*, Foundation Press, 2001
- Hossam EI-Saghir, *Match-up of CISG Article25 with PECL Article 8:103*, Pace University, 2000, [www.Cisg.law.pace.edu](http://www.Cisg.law.pace.edu)
- International Institute for the Unification of Private Law(Unidroit), *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994
- Michael Jewell, *An Introduction to English Contract Law*(2 Aufl.), Nomos Verlagsgesellschaft, 2002
- Ole Lando, *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, Erasmus University of Rotterdam, 1995
- Ole Lando & Hugh Beale(ed.), *Principles of European Contract Law : Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000

#### (1) 獨逸文獻

- A. Flessner, "Haftung und Gefahrbelastung des getauschten Käufers", NJW 1972 .
- Brox *Aesonderes Schuldrecht*, 27. Aufl, 2000.
- C. -W. Canaris, Einführung, in : *Schuldrechtsreform 2002*.  
\_\_\_\_\_, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", JZ 2001
- D. Kaiser, "Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform", JZ 2001
- D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil* ,12. Aufl., 2000, 13.Aufl., 2002  
\_\_\_\_\_, *Bürgerliches Recht*, 19.Aufl., 2002
- Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5. Aufl., 2003.
- Esser/Schmidt, *Schuldrecht Bd.I Allgemeiner Teil Teilband I*,8. Aufl, 1995.
- Esser/Schmidt, *Schuldrecht Allg. Teil, Teilbd. I*, 8. Aufl., Heidelberg,

1995, Teibd. II, 8. Aufl., Heidelberg 2000.  
P. Schechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Aufl, 2000.