契約의 解除

明 淳 龜*

I. 서 설

계약해제제도는 로마법 이래로 내용적인 변천을 거듭하였으며 근대 이후로 각국의 법제는 이를 채무불이행에 대한 일반적 제재수단으로 채택하고 있다.[1] 우리 민법 또한 제543조 이하에서 계약해제의 요건과 효과를 규율하고 있다.

채무불이행에 대한 여러 제재수단 중에서 해제는 계약관계의 파기를 내용으로 하는 제도라는 점에서 특질을 지닌다. 그러므로 '계약의 구속력'이라는 측면에서 볼 때, 계약해제는 이 원칙에 대한 중대한 예외를 구성한다. 그런데 사적 자치의 원칙의 이면으로 볼 수 있는 계약의 구속력도 계약당사자의 자유를 전제로 하는 것이라는 점에서 보면, 계약의 구속력도 일정한 한계를 가질 수밖에 없다. 즉 계약이 유효하게 성립하였다 하더라도 당사자 일방의 행태로 인하여 계약에 구속력을 인정하는 근거를 무색하게 할 정도의 상황이 발생하였다면 타방 당사자로 하여금 당해 계약관계를 파기함으로써 계약의 구속력으로부터 벗어나 새로운 거래관계를 형성할 수 있는 가능성을 열어주어야 하는 것이다. 사실 계약해제는 '계약당사자의 개인적 자유'와 '계약의 구속력'이라는 서로 이질적인 두 원칙의 타협점에 위치하는 독특한 제도로 볼 수 있다. 이와 같이 계약해제는 그 본질에서부터 미묘한 문제점을 안고 있기 때문에 이 제도는 법제

* 高麗大學校 法科大學 敎授.

1) E. Lepeltier, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, th. Caen, 1934, p. 39 참조: 법정해제제도의 기초관념은 그 연원을 로마법이 아닌 교회법에 두고 있다. 일정한 사유가 발생한 경우에 유효하게 성립된 계약관계를 파기하는 것을 내용으로 하는 계약해제제도는 계약의 구속력에 거의 절대적 효력을 부여하고 있었던 로마법의 기본관념과 합치하는 것이 아니었기 때문이다. 이와는 달리, 교회법의 경우에 있어서는 자신의 자유로운 의사에 의하여 체결된 계약에 근거한 채무를 이행하지 않는다는 것은 기만행위로서 일종의 罪惡(péché)으로 평가되며 따라서 그는 상대방에게 계약채무의 이행을 요구할 수 있는 권리를 상실하는 것으로 하였다. 이러한 교회법의 관념을 표현하고 있는 법언은 "신의를 깨뜨린 자에게는 더 이상 신의가 주어지지 않는다"(*Fragenti fidem non est fides servanda*)이다. 이 법언의 구체적인 의미에 대하여는 H. Roland/L. Boyer, *Adages du droit français*, 3e éd., Paris, Litec, 1992, pp. 282-286 참조.

에 따라 규율태도에 있어서 차이가 발견되는 한편, 해석론적으로도 상당한 논쟁의 대상이 되어 왔다. 우리 나라에 있어서도 예외가 아니어서 민법이 시행된 이래 계약해제는 민법 해석학에 있어서 전통적 중요논점으로 다루어지고 있다.

이 글에서는 법정해제와 관련하여 현행 민법이 시행된 이후 지금까지 전개된 학설을 해제권의 발생원인과 해제의 효과의 측면에서 비판적으로 검토함으로써 해제제도에 관한 발전적 미래상을 모색해 보고자 한다.

Ⅱ. 해제권의 발생원인

1. 원칙적 해제사유: 이행불능과 이행지체

(1) 학설의 상황

이행불능이 해제사유가 될 수 있음은 민법의 규정상 명백하다(제546조 참조). 계약해제의 본질이 계약에 구속력을 인정하는 근거를 무색하게 하는 상황이 발생한 경우에 계약관계로부터의 해방이라는 점에서 볼 때, 이행불능은 가장 대표적인 계약해제사유라 할 수 있다. 이행불능에 있어서는 급부가 불가능하게 되었다는 그 자체만으로 계약의 구속력을 완화시킬 수 있는 충분한 근거가 되기 때문이다.

이행지체가 해제사유라는 점 또한 민법의 규정상 명백하다(제544조, 제545조 참조). 그런데 이행지체를 이유로 한 계약해제에 있어서는 원칙적으로 상당한 기간의 최고를 요구하고 있다는 점에서 특징을 가진다. 종래 학설은 제544조 본문의 '최고'는 제387조 제2항의 '이행청구'와 본질을 같이 한다[2]는 전제하에 당사자 쌍방의 입장을 고려하고 또 일반거래에 있어서의 계약에 대한 신뢰를 유지하기 위하여 인정된 절차[3]라든가 또는 이행지체가 있다고 하여 곧 계약을 근본적으로 파괴하여 버리면 채무자에게 가혹한 바가 있어 최후로 채무자의 반성을 촉구하는 의미에서 요구되는 절차[4]라고 한다.

이행불능과 이행지체가 법정해제권의 발생원인이 되기 위하여는 이들이 채무자의 귀책사유에 의한 것이어야 하는가? 하는 문제가 있다. 이에 대한 통설

2) 郭潤直, 「債權各論」(博英社, 1998), 146면; 金亨培, 「債權各論(契約法)」(博英社, 1997), 211면.
3) 金俊鎬, 「民法講義 — 理論과 事例 —」(法文社, 1995), 743면.
4) 金基善, 「韓國債權法各論」(法文社, 1982), 86면.

의 입장은 이러하다. 이행불능에 관하여는 제546조가 채무자의 귀책사유를 명정하고 있으므로 문제가 없으며, 이행지체에 관하여 명문의 규정은 없으나 제546조 및 제390조와의 균형상 채무자의 귀책사유에 의한 이행지체만이 해제사유가 된다고 한다.[5] 이러한 통설과 달리 일부 학설[6]은 이행지체가 채무자의 귀책사유에 의한 것인 경우에만 해제권이 인정될 수 있다면 채무자의 귀책사유에 의한 것이 아닌 때에는 그 지체가 계약의 목적이나 채권자의 이해에 중대한 영향을 미치는 것이라도 채권자는 계약관계를 해제할 수 없고, 따라서 계약의 구속력으로부터 벗어날 수 없게 되어 해제제도의 취지에 반하는 결과가 된다고 하여 통설과 다른 입장을 보이고 있다.

(2) 비판적 검토

여기에서는 제544조 본문의 최고의 규범기능과 해제의 실질적 요건으로서의 채무자의 귀책사유 문제를 중심으로 살피기로 한다.

1) 제544조 본문의 '최고'의 규범의미

제544조 본문의 입법적 계통을 더듬어 올라가면 BGB 제326조에 도달하게 된다.

그러므로 독일 민법 제326조의 입법연혁을 살펴보는 것은 우리의 문제를 해결하는 데에 있어서 중요한 의미를 가진다.

계약의 구속력에 거의 절대적 효력을 부여하고 있었던 게르만법의 전통과 계약에 관한 로마법적 관념의 결합으로 인해, BGB 입법자에게 있어서 계약해제는 매우 제한적인 제도로 관념되었다.[7] 그리하여 BGB는 원칙적으로 계약해제는 계약의 구속력과 조화될 수 있는 한도에서만 가능하다는 기본입장을 견지하고 있다. 그러므로 BGB에 있어서의 원칙적인 해제사유는 이행불능이며, 이러한 관념은 BGB 제1초안[8]으로부터 현행 BGB에까지 그대로 유지되고 있다. 그러나 이 원칙이 엄격하게 관철된다는 것은 문제가 있었다. 왜냐하면 이행불능 이외에도 채권자에게 해제권을 부여해 주어야 할 만한 상황이 얼마든지 있

5) 郭潤直, 앞의 책, 145면; 李銀榮, 『債權各論』(博英社, 1990), 164면 등.

6) 金亨培, 앞의 책, 209면.

7) J.-L. Constantinesco, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris, 1949, p. 35.

8) 독일 민법 제1초안 제360조는 "계약당사자 일방이 자신의 채무를 이행하지 않은 경우라 할지라도 법률 또는 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 한 그러한 사실만으로 타방 당사자가 계약관계로부터 일방적으로 벗어나는 것은 허용되지 아니한다"고 규정하였다. 그 후 제2초안에서는 이것을 당연한 원칙이라는 이유로 삭제하였다(J.-L. Constantinesco, *op. cit.*, p. 53).

을 수 있기 때문이다.

이러한 문제를 충분히 인식하고 있었던 BGB 제1초안의 기초자들은 해제의 원인에 관한 원칙관념을 완화하기 위한 하나의 법기술을 모색하기에 이르렀다. 이행지체로 인하여 당해 급부가 더 이상 채권자에게 이익이 없음을 입증하는 경우, 쌍무계약의 채권자에게 해제권을 부여한 조치가 바로 그것이다.[9] 그러나 이러한 조치도 채무불이행의 피해자인 채권자의 이익이라는 측면에서 볼 때 별다른 실익이 없다는 지적이 강하게 제기되었다. 왜냐하면, 채권자가 당해 급부의 이행기 이후의 이행이 그에게 이익이 없음을 입증하기란 매우 곤란한 경우가 많기 때문이다.

이러한 사정을 인식한 BGB 제2초안의 기초자는 제1초안에서 요구하고 있었던 '이익부존재의 입증' 대신에 HGB[10]에서 채택한 해결책에 눈을 돌리게 되었다. 즉 증명이 용이하지 않은 '이익부존재'라는 요건을 '급부의 이행을 위한 상당한 기간을 설정하고 이 기간 동안에 이행행위가 없으면'으로 대치하여, 유예기간 동안 급부가 행해지지 않은 때에는 채권자가 계약해제권을 취득하는 것으로 규정하기에 이르렀던 것이다. 달리 말하자면, 유예기간 중에도 이행이 없다는 사실에 기초하여 비록 이행기 이후에 이행이 있다 할지라도 이러한 이행은 더 이상 법적으로 채권자에게 이익이 없는 것으로 간주하고 있는 것이다.[11] BGB 제32조가, 상당한 기간이 경과한 후에는 채권자가 채무자에게 계약에서 정한 원래의 급부에 대한 이행청구를 할 수 없다고 규정하고 있는 이유가 바로 여기에 있는 것이다. 즉 상당한 기간이 경과한 후에는 당해 급부의 이행이 이미 법적으로 불가능한 것으로 되었기 때문이다. 채무자에 의한 확정적 이행거절이나 정기행위의 경우에는 해제권의 취득을 위한 유예기간의 설정을 요구하고 있지 않은데, 이 경우에 있어서도 이행기 후의 이행이 채권자에게 이익이 없다는 것이 이미 명백하다는 관념에 입각한 것이다. BGB에서 해제의 원인이 되는 이행지체를 '의제적 불능'으로 일컫기도 하는 이유를 충분히 짐작할 수 있다.

---

9) J.-L. Constantinesco, *op. cit.*, p. 156.

10) 보다 정확하게 말한다면, HGB 제354조와 제356조.

11) 이러한 입법기술은 우리 민법 제395조에서도 보여지고 있다. 즉 본 조에 의하면, 이행지체에 대한 책임법적 제재형태는 지연배상임이 원칙이나 채무자가 채무의 이행이 가능함에도 불구하고 이를 지체하고 있는 경우, 채권자가 그 채무자에게 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 이 기간 내에 이행이 없는 경우에는 지연배상이 아닌 전보배상을 청구할 수 있도록 하고 있다.

이상에서 살펴본 것이 해제에 있어서의 의무적 유예기간에 관한 간단한 연혁이면서 동시에 도이칠란트 민법에서 소위 "Nachfrist"로 불리우는 유예기간의 본질적인 규범기능이라 할 수 있는데, 이러한 설명은 우리 민법 제544조 본문에 관하여도 타당하다 할 것이다.

제544조 본문 소정의 의무적 법정절차가 가지는 규범기능은 여기에서 그치지 않는다. 즉 의무적 유예기간은 채무자를 위한다는 측면도 있다는 점에 유의하여야 한다. 해제권을 형성권으로 관념하여 해제가 법원의 판결이 아닌 채권자의 일방적 의사표시에 의하는 것으로 하는 법제에 있어서는 계약관계의 존속을 원하는 채무자의 이익이 해제자의 자의적 판단에 의하여 침해될 여지가 있다. 그러므로 채무자에게 채무이행을 위한 최후통첩으로서 유예기간을 요구하고 있는 것이다.

요컨대, 제544조 본문의 최고는 한편으로는 채권자의 이익을 위하여, 또 다른 한편으로는 채무자의 이익을 위하여 기능하는 법기술로 보아야 하고, 이러한 점에서 본다면 이 최고는 단순히 이행기의 정함이 없는 채무의 이행지체 시점을 결정하는 기준이 되는 제387조 제2항의 이행청구와 그 본질을 달리하는 것이다. 그러므로 양자의 본질이 동일하다고 본 종래의 학설은 시정되어야 할 것이다.[12]

2) 해제의 요건으로서의 귀책사유

위에서 본 바와 같이 법정해제의 요건에 채무자의 귀책사유를 포함시킬 것인가의 여부에 대하여 학설대립이 있다.

소수설[13]에 따르면, 해제제도는 채무자에게 불이익 또는 제재를 가하기 위한 것이라기보다는 채권자에게 계약상의 구속으로부터 벗어나 새로운 거래행위를 할 수 있는 자유를 회복시키는 것이므로 반드시 채무자의 귀책사유를 요건으로 할 필요가 없다고 한다. 계약해제와 계약위반으로 인한 손해배상책임제도(즉 계약책임제도)는 그 근거에 있어서 명백한 차이가 있음은 물론이다. 계약책임제도는 채무불이행으로 인하여 타방에게 손해를 발생시켰으므로 이를 배상하라는 것이고, 계약해제제도는 채무불이행으로 인하여 당해 계약이 그 존재이유를 상실했으므로 당사자를 계약의 구속력으로부터 해방시키는 것이 타당하다는 관념에 입각한 것이기 때문이다. 양 제도의 이와 같은 차이점으로 인하여 입

12) 이에 관한 자세한 설명은, 明淳龜, "민법 제544조 본문의 '催告'와 제387조 제2항의 '履行請求'의 구별," 「安岩法學(3호)」(安岩法學會, 1995), 433면 이하 참조.

13) 金亨培, 앞의 책, 209면.

법정책적으로는 귀책사유를 해제의 요건에 포함시키지 않는 것도 가능하다고 본다.[14]

그러나 우리의 현행 민법에 대한 해석론의 차원에서는 계약해제의 요건에 채무자의 귀책사유를 포함시키고 있는 통설의 입장이 타당하다고 본다. 만일 소수설과 같이 보게 되면 후발적 이행불능의 경우에 제546조의 계약해제와 제537조의 위험부담의 구별이 모호하게 된다. 또한, 이행지체의 경우에 채무자의 귀책사유와 무관하게 해제를 인정하게 되면 이행불능으로 인한 해제에 있어서 귀책사유를 요구하고 있는 제546조와의 관계에서 균형이 맞지 않는다는 통설의 지적 또한 유의하여야 할 부분이다. 귀책사유를 해제의 요건으로 규정한 제546조는 해제를 유책적 채무불이행의 경우에 기능하는 제도로 본 입법적 결단으로 보아야 할 것이다.

한편, 소수설은 이행지체로 인한 해제에 있어서 채무자의 귀책사유를 요구하게 되면 채무자의 귀책사유가 없는 때에는 이행지체가 계약의 목적이나 채권자의 이해에 중대한 영향을 미치는 것이라도 계약의 구속력으로부터 벗어날 수 없게 되는 난점이 있다고 지적하고 있는데, 이에 대하여는 다음과 같은 해결이 가능하다고 본다. 채무자에게 책임없는 사유로 이행지체가 발생하였고 이러한 지체로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없거나 지체 후의 이행이 채권자에게 아무런 이익도 줄 수 없다면 이는 단순한 지체의 문제가 아니라 이행불능과 동일한 상황이라고 보아야 할 것이다. 따라서 이 문제는 위험부담의 법리에 따른 해결이 가능하며, 굳이 계약해제의 차원에서 논의할 필요가 없다고 생각한다.

2. 부차적 해제사유: 불완전이행, 채권자지체, 사정변경

법정해제권의 발생원인에 관하여 종래 학설은 법률상 명문으로 규정된 이행지체와 이행불능 이외에 불완전이행, 채권자지체, 사정변경을 해제사유에 포함시킬 것인가 하는 문제를 중심으로 논의하여 왔다. 이들에 대하여 차례로 살피기로 한다.

(1) 불완전이행

이 문제에 관하여 학설은 별다른 이견없이 다음과 같은 내용으로 일치하고

14) 실제로 도이칠란트 채권법 개정안과 1980년 4월 11일 국제상품매매에 관한 비엔나협약은 이러한 입장을 전제로 하고 있다.

있다. 즉 민법이 불완전이행[15]을 해제사유로 규정하고 있지는 않으나 이것이 해제사유로 될 수 있으며, 이 경우에 완전이행(즉 추완)이 가능한가 불가능한가에 따라 전자의 경우에는 제544조 본문의 최고절차를 거쳐, 그리고 후자의 경우에는 최고없이 즉시 해제권을 취득한다는 것이다.[16] 해제제도의 본질 및 제544조 본문의 최고의 규범기능에 비추어 볼 때, 종래의 학설은 극히 타당하다고 생각되며, 따라서 특별한 이견을 제시하고 싶지는 않다. 다만 민법의 규율형식과 관련하여 약간의 견해를 밝히고자 한다.

민법은 법정해제권의 발생원인을 이행지체(제544조·제545조)와 이행불능(제546조)으로 규정함으로써 최소한 형식적으로는 해제권의 발생원인을 한정적으로 열거하고 있다. 즉 민법은 해제원인을 규율함에 있어서 계약책임에 관한 제390조에서 전혀 언급되지 않은 이행불능과 이행지체의 개념을 기본틀로 하여 규율하고 있으며, 결국 우리 민법은 해제의 원인사실과 계약책임의 원인사실에 관한 기초관념에 관하여 일관성을 유지하고 있지 못하다는 평가가 가능하다. 이들 양자에 있어서의 원인사실의 불일치가 입법자에 의하여 의도된 것인가, 아니면 입법상의 실책으로 보아야 할 것인가의 문제는 논외로 한다. 다만 우리 민법이 해제권의 발생원인을 규율함에 있어서 이를 한정적으로 열거하는 형식의 입법주의를 채택하고 있는 것은, 법정해제에 관한 전체적 규율구조를 염두에 두고 생각해 볼 때, 불가피한 것으로 볼 수 있다는 사실에 유의하고자 한다. 이 문제와 관련하여 의미를 가지는 규정은 해제권의 행사방법에 관한 제543조이다.

관념적 이성주의의 영향이 강한 BGB는 어떤 법제도 또는 법률관계를 운용함에 있어서 이들의 요건을 면밀하게 규정하게 되면 법원과 같은 중립적인 기관에 의한 후견적 기능이 없다 하더라도 법제도 또는 법률관계의 원활한 기능을 기대할 수 있다는 것을 전제로[17] 형성권의 관념이 발달하였다. 그러나 "누구도 자기 자신을 정당하게 평가할 수는 없다"(Nul ne peut se faire justice á soi-même)라는 원칙에 철저했던 프랑스법의 전통은 형성권의 관념에 익숙하지

15) 종래의 불완전이행론에 대한 비판적 검토에 대하여는, 明淳龜, "契約責任法의 展開와 未來像," 「韓日法學硏究(제17집)」(韓日法學會, 1998), 39면 이하 참조.

16) 郭潤直, 앞의 책, 154면; 金亨培, 앞의 책, 220면 등. 이은영 교수는 부수적 의무의 불이행인 불완전이행에까지 해제권을 부여함은 민법의 해석상 곤란하다고 하나(李銀榮, 앞의 책, 168면), 이 학설이 그 결과에 있어서 절대적 지배설의 입장과 다른 것은 아니라고 평가된다. 왜냐하면 지배설의 입장도 단순한 부수적 의무위반을 해제사유로 보는 것은 아니기 때문이다.

17) J.-L. Conatantinesco, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris, 1949, p. 313.

않았다.[18] 이로 인하여 도이칠란트 민법에서는 형성권의 행사에 의하여 행해지게 되는 권리가 프랑스 민법에 있어서는 법원의 판결에 의하여 행사될 수 있는 것으로 되는 경우가 적지 않다. 해제권의 행사방법에 있어서도 양 법제는 이러한 차이를 보여준다.

해제권의 행사방법에 관하여 우리 민법 제543조는 "… 해지 또는 해제는 상대방에 대한 의사표시로 한다"고 규정하여 입법기술의 측면에서 도이칠란트 민법과 그 궤를 같이하고 있다. 언뜻 보기에는 이 규정이 별다른 규범적 의미를 가지고 있지 않은 것처럼 보일 수도 있다. 그러나 이 규정을 다른 규정과의 유기적 관련하에서 바라본다면, 본 조가 가지는 매우 중대한 규범의미를 발견한다는 것이 그리 어려운 일이 아니다. 계약해제를 법원의 판결에 의하도록 하고 있는 프랑스 민법의 경우와 달리, 계약해제가 채무불이행의 상대방인 채권자의 일방적 의사표시에 의하여 행해지게 되는 도이칠란트 민법과 우리 민법에 있어서는 어떠한 채무불이행이 계약해제사유가 될 정도로 중대한 것인가? 하는 것을 판단하는 주체는 다름 아닌 바로 당해 계약의 당사자인 채권자이다. 이러한 법기술은 해제를 사법심사에 의하도록 하는 경우에 있을 수 있는 시간과 비용의 낭비를 회피할 수 있다는 장점이 있는 반면, 해제권 행사의 상대방인 채무자의 이익이라는 측면에서 볼 때에는 상당히 심각한 약점을 내포하고 있다. 이러한 이유로 하여 이러한 법제에 있어서는 채권자의 자의적인 해제권 행사로부터 어떠한 방법으로 채무자의 이익을 보호할 수 있는가? 하는 것이 매우 중요한 관심사로 될 수밖에 없다. 그러므로 채권자에 의한 일방적 의사표시에 의하여 해제가 있게 되는 법제에 있어서는 해제권의 유무에 대한 법원의 사전심사에 비견되는 의미를 가지는 어떠한 규범장치가 마련되어 있어야 하는데, 그 규범장치는 채권자가 해제권을 취득하게 되는 요건을 상세하고 명확하게 규율하는 방법이다. 이렇게 본다면, 우리 민법이 계약책임에 관한 제390조가 채무불이행을 관념함에 있어서 이를 일반적·포괄적인 것으로 하고 있는 것과 달리, 계약해제의 경우에는 그 사유를 한정적으로 열거하고 있는 이유를 이해할 수 있을 것이다.

결국 우리 민법이 해제의 발생원인에 관하여 그 규율형식이 한정적 열거주의의 모습을 가지고 있다고 하여 이를 확대하여 해석하여서는 아니 될 것이다.

18) J. Beguin, L'adage 《*Nul ne peut se faire justice soi-même*》 en droit français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, pp. 41 et s.; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris, 1973, p. V.

즉 계약해제에 있어서 '이행불능,' '이행지체'라는 유형 자체가 중요성을 띠는 것이 아니라 오히려 채무자의 채무불이행이 계약의 구속력을 부정할 만한 상황인가의 판단이 보다 의미를 가지는 것이다. 특히 BGB는 채무불이행의 유형으로서 이행불능과 이행지체의 양자만을 전제하고 있으므로 채무이행을 위한 최고절차가 이행지체로 인한 해제의 경우에 한하여 특유한 것으로 규율되고 있으나, 채무불이행의 개념에 있어서 BGB와 차이를 보이고 있는 우리 민법의 해석[19]에 있어서는 제544조를 이행지체에 국한시켜 운용할 것이 아니라 보다 유연하게 새겨야 할 것이다.

(2) 채권자지체

채권자지체를 해제사유로 볼 것인가의 문제는 채권자지체의 본질론과 관련된다.

종래 학설은 채권자측의 수령의무의 존재 여부를 중심으로 채권자지체의 본질을 논의하여 왔다. 제 1 설(소위 채무불이행책임설)에 의하면, 채권관계는 양당사자의 신뢰를 바탕으로 계약의 목적실현이라는 공동의 목적을 향하여 서로 협력하여야 하는 관계이므로 채권자 측에서도 급부를 수령하여야 할 의무를 부담하고 이러한 수령의무를 이행하지 않은 경우에는 채무불이행책임을 진다고 한다.[20] 따라서 채권자지체의 효과는 민법 제400조 내지 제403조에 규정된 사항 이외에 손해배상청구권과 해제권도 포함될 수 있다는 것이다. 이에 반해 제 2 설(소위 법정책임설)에 따르면, 채권자는 급부를 수령할 권리만을 가지고 있는 것이지 의무를 지는 것은 아니므로 채권자지체는 공평관념 내지 신의칙에

19) 우리 민법은 채무불이행의 개념을 포괄적으로 파악하고 있다는 점에서 BGB와 차이가 있다. 종래 학설 또한 이러한 사실을 인식하고 있었으나 여전히 채무불이행의 유형에 지나친 관심을 기울여 오지 않았나 생각된다. 우리 민법에서는 채무불이행의 유형에 중요성을 둘 것이 아니라 채무불이행 사실의 존재 여부 판단(즉 당위로서의 계약내용과 현실 사이의 괴리 여부에 대한 판단), 민사책임요건으로서의 위법성과 귀책사유의 판단, 인과관계의 설정 및 손해배상의 범위설정 등에 관한 논의로 그 중심이 옮겨져야 할 것이다. 이러한 쪽으로의 방향전환은 종래 학설에서 채무불이행의 1유형으로 보고 있는 불완전이행 또는 적극적 채권침해의 경우에 더욱 절실하다고 본다. 불완전이행 또는 적극적 채권침해에 있어서 특히 문제되는 점은 부가손해에 대한 배상인데, 이는 채무불이행의 유형이라는 측면에서 바라볼 것이 아니라 손해배상의 범위에 관한 제393조의 규준에 따라 이를 해결되어야 하는 것이 타당하다고 생각한다. 결국 제390조는 채무내용에 합치하지 않는 채무자의 모든 행태, 즉 채무불이행이 손해배상청구권을 발생시킬 수 있다고 하여 단순히 청구권의 발생근거를 규정한 것으로 보아야 할 것이다. 사실 도이칠란트에서 적극적 채권침해이론이 등장한 것도 계약이익 이외의 부가손해의 배상근거를 어디에서 찾을 것인가에 있었다는 점에서 볼 때, 제390조에 지나친 하중을 과하는 것은 바람직하지 못하다.

20) 郭潤直, 「債權總論」(博英社, 1995), 177면 이하; 金容漢, 「債權法總論」(博英社, 1988), 179면 이하; 林正平, 「債權總論」(法志社, 1989), 171면 등.

기하여 법률이 특별히 인정한 제도라고 한다.[21] 따라서 채권자지체의 효과는 민법 제400조 내지 제403조에 규정된 사항에 한정된다고 한다. 한편 제 3 설은 채권자에게 수령의무를 인정하지 않는 점에서는 제2설과 같으나 매매, 도급, 임치와 같은 계약유형에서는 부수적 의무 내지 신의칙을 기초로 하여 채권자에게 수취의무를 인정하며, 이 때의 수취라 함은 '유체물의 수거'를 의미하는 것으로 일체의 협력행위를 뜻하는 '수령'과 구별된다는 입장으로서 일종의 절충설이라 할 수 있다.[22]

언뜻 보기에 채무불이행책임설에 의하게 되면 채권자지체를 이유로 채무자에게 손해배상청구권, 계약해제권을 인정하게 되어 성실한 채무자의 보호에 충실할 것같이 보이지만 실상은 그렇지 않다. 왜냐하면 이 견해에 따르자면 채권자지체의 성립요건으로서 채권자의 귀책사유를 요구하게 되므로 채권자의 귀책사유가 없다면 민법 제401조, 제402조, 제403조 등의 효과도 발생하지 않는다고 보아야 하기 때문이다. 법정책임설에 따르면, 채무불이행책임설이 비판하는 것과 같이, 채권자지체의 효과가 법정된 사항에 한정되어 채권관계의 개별적 유형에 있어서 공평한 해결책을 제시할 수 없다는 난점이 있다. 한편 제 3 설의 경우에는 수취의무와 수령의무 사이의 개념구분이 명확하지 않다는 문제가 있다.

채권자지체의 본질에 관한 위와 같은 학설대립에도 불구하고 종래 학설은 채권자지체를 채권자에게 일정한 불이익을 부과하는 제도로 이해한다는 점에 있어서는 견해를 같이한다. 그러나 채권자지체의 본래적 기능은 채권자를 제재하는 데에 있는 것이 아니라, 채무의 내용에 합치하는 유효한 변제의 제공을 한 성실한 채무자를 보호하기 위한 제도로 보는 것이 보다 타당한 관점으로 생각한다. 사실 제401조 내지 제403조의 규정내용 또한 성실한 채무자의 책임을 경감 또는 면제하는 형식으로 되어 있다. 성실한 채무자를 보호하게 되면 그 결과 계약상대방인 채권자에게 일정한 불이익이 가해질 수 있으나 이러한 불이익은 엄밀한 의미의 채권자지체 자체의 직접적 효과로 볼 것이 아니라 채무의 내용에 좇은 변제의 제공을 한 성실한 채무자를 보호함으로써 나타나는 반사적 효과로 보아야 할 것이다. 채권자지체의 본질에 관한 종래의 입장이 각각 내재적인 문제점을 내포하게 되는 원인이 채권자지체를 채권자에 대한 제재의 측면에서 파악하는 데에 기인한 것이었다는 점에서 채권자지체의 본질론에 있어서

21) 金相容, 「債權總論」(法文社, 1996), 263면; 李銀榮, 「債權總論」(博英社, 1992), 339면 등.
22) 金亨培, 「債權總論」(博英社, 1998), 304면.

관점의 전환이 요구된다 할 것이다.

새로운 시각에서 보게 되면 채권자의 귀책사유 유무와 관계없이 채권자지체가 성립하여 법률이 규정한 효과(민법 제401조 내지 제403조, 제538조 제1항 제2문 등)가 인정된다.[23] 물론 채권자의 수령거절 또는 수령지체는 경우에 따라서 계약당사자에게 부과된 부수적 급부의무(특히 협력의무) 위반이 될 수 있고 이러한 사유가 채권자의 귀책사유에 의한 것이라면 상대방으로서는 손해배상청구권을 가지며, 채권자의 부수적 급부의무 위반이 중대하여 계약의 구속력의 근거를 상실하게 할 정도에 이르렀다면 계약해제도 고려할 수 있다고 보아야 한다.

그러나 이는 채무불이행을 이유로 인정되는 순수한 계약책임 또는 계약해제의 문제로서 엄밀한 의미의 채권자지체와는 구별되어야 할 것이다.

(3) 사정변경

여기에서는 사정변경의 원칙의 의미, 적용요건 및 효과에 대한 설명은 피하고, 다만 사정변경을 이유로 해제권을 인정할 수 있을 것인가 하는 문제를 중심으로 논의하기로 한다. 종래의 다수설[24]은 사정변경을 법정해제사유의 하나로 보고 있으나 이러한 태도에는 수긍하기 곤란하다.

사정변경의 원칙에 있어서 기본적으로 문제되는 것은 계약체결 당시에 예상하지 못했던 사정이 발생하였음에도 불구하고 당사자를 여전히 계약관계로 구속하는 것은 부당하다는 형평의 관념이다. 이러한 면에서 보면 사정변경의 원칙도 계약의 구속력 근거의 상실이 문제되는 부분으로서 계약해제와 유사한 측면이 있다. 또한 사정변경의 원칙의 적용으로 인한 대표적 효과 중에 계약내용의 수정과 더불어 계약관계의 파기가 있다는 점에 있어서도 계약해제제도와 유사한 면이 있다.

그러나 사정변경의 원칙으로 인한 계약파기는 엄밀한 의미의 해제와는 구별되는 것으로 계약해제와 독립된 별도의 문제로 파악하는 것이 옳다고 본다. 이렇게 보아야 할 이유로는 여러 가지를 들 수 있을 것이나, 특히 사정변경의 원칙은 그 적용요건으로서 당해 사정변경이 당해 계약당사자에게 특유한 사유

23) 제538조 제1항 제2문은 채권자지체의 성립에 있어서 채권자의 귀책사유가 요건이 아니라는 사실을 간접적으로 표현하고 있다. 본 조 제1항 제1문은 쌍무계약에서 채권자의 귀책사유로 채무를 이행할 수 없게 된 경우에는 상대방은 반대급부를 청구할 수 있도록 하고, 제2문은 채권자지체 중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행불능이 된 경우에도 상대방이 반대급부를 청구할 수 있도록 하고 있다. 만일 채권자의 귀책사유를 채권자지체의 성립요건으로 보아야 한다면 굳이 제1문과 따로 채권자지체에 관하여 규정할 필요가 없었을 것이다.

24) 예컨대, 郭潤直, 앞의 책 「債權各論」, 159면 등.

가 아니라 일반성[25]을 가져야 하나, 계약해제의 경우에는 구체적인 계약관계에 있어서 채무자의 채무불이행이 문제된다는 점에서 차이가 있다는 점을 지적하고자 한다.

Ⅲ. 계약해제의 효과

해제의 효과에 관한 이론구성에 있어서 가장 핵심적인 문제는 해제에 소급효를 인정할 것인가의 여부에 있다. 그런데 해제의 소급효에 관한 논의는 많은 법제에 있어서 계약법상의 주요논점으로 취급되어 왔으며 우리 나라의 경우에도 예외가 아니다.

1. 학설의 상황

해제의 소급효에 관한 종래 학설을 크게 양분한다면, 소급효를 인정하는 입장과 이를 부정하는 입장으로 분류할 수 있으며, 판례는 전자에 속한다. 즉, 해제에 의하여 계약관계가 소급적으로 소멸한다고 보는 '직접효과설'과 소급효를 부정하고 해제에 의하여 원래의 계약관계는 채권관계의 청산을 목적으로 하며 원래의 계약관계와 동일성을 유지하는 반환채권관계로 변경될 뿐이라는 '청산관계설'의 대립이 그것이다.[26] 학설의 형세[27]를 본다면, 오랜 기간 동안 직접효과설이 다수설 내지는 통설의 위치를 점하여 왔었으나 최근에는 도이칠란트에서 지배적 위치를 점하고 있는 청산관계설이 그 세력을 더해가고 있다. 청산관계설에 의하면, 해제의 효과에 대하여 소급적 구성을 취하면서 원래의 채무와 동일성이 없는 원상회복의무 및 손해배상의무에 대하여 보증인의 채무를 인정하는 것은 논리적 일관성을 결여한 이론구성이며, 해제의 효과에 관한 비소

25) Soon-Koo Myoung, *La rupture du contrat pout inexécution fautive en droit coréen et français*, Paris, L.G.D.J, 1996, p. 115 et s.

26) 각 학설에 대한 보다 구체적인 내용에 대하여는, 金亨培, "解除의 效果에 관한 法理構成," 「民法學硏究」(博英社, 1986), 211-224면; 金龍潭, "解除의 效果에 관한 一考察," 「民事法學(제4·5호 합병호)」(韓國民事法學會, 1985), 118-149면; 金旭坤, "解除의 效果에 관한 法理小考," 「損害賠償法의 諸問題(黃迪仁博士華甲記念)」(博英社, 1990), 711-756면 등 참조.

27) 해제효과의 이론구성에 관한 종래 우리나라의 학설은 모두 독일민법학에 그 연원을 두고 있으며, 이들 이론 중에는 간접효과설도 있으나 이 견해는 독일에서도 학설사적 의미를 가질 뿐이다(L.-J. Constantinesco, *op. cit.*, p. 334.). 그러므로 이 글에서는 간접효과설에 관하여는 논의하지 않기로 한다.

급적 구성에 의하고 있는 청산관계설에 의하는 경우에야 비로소 타당한 해결책에 이를 수 있다고 한다.

2. 비판적 검토

(1) BGB와 우리 민법전의 차이

직접효과설의 논리적 문제점에 대한 청산관계설의 지적은 일면 수긍이 가는 부분이 있다. 그러나 청산관계설에도 문제가 없는 것은 아니다. 직접효과설의 난점을 극복하고 보다 타당한 결과에 이르기 위한 노력의 일환으로 독일에서 형성된 청산관계설이 과연 현행 한국민법의 해석론으로서도 타당하다고 볼 수 있는가? 하는 보다 근본적인 문제가 제기될 수 있기 때문이다. 결론부터 말한다면, 도이칠란트 민법이라면 몰라도 우리의 현행 민법규정 아래에서 해제의 효과에 관한 비소급적 이론구성을 채택하는 데에는 매우 결정적인 장애요인이 있다.

도이칠란트의 경우, 민법전의 기초과정에서 해제의 효과에 관한 이론구성에 관하여는 민법전 제정을 위한 제 1 위원회에서부터 다양한 견해가 주장되었었는데,[28] 제 2 위원회는 해제의 소급효라는 예민한 문제에 관하여 확정적 입장을 견지하는 것을 피하고 우회적인 입장[29]을 채택하게 되었고, 이러한 태도는 현행 BGB에까지 이어졌다.[30] BGB는 해제의 소급효를 겨냥한 규정을 가지고 있지 않고, 다만 제346조에서 해제의 효과로서의 상호반환의무만을 규정하고 있을 뿐이다. 이러한 BGB의 규범체계는 해제효과의 이론구성, 특히 소급효의 문제에 관하여 여러 가지 방향의 해석론이 전개될 수 있는 가능성을 열어놓고 있음을 의미한다. 도이칠란트에 있어서 해제에 소급효를 인정하는 직접효과설과 이와는 달리 소급효를 부정하는 청산관계설이 모두 주장될 수 있었던 것은 바로 그와 같은 이유 때문이다.

우리 나라 학설의 경향도 독일의 그것과 유사한 상황이 전개되고 있는 것 같은 인상을 주고 있다. 그러나 BGB 입법자의 경우와는 달리, 우리 민법전의 입법자는 해제의 소급적 효력에 관하여 이를 의도적으로 우회하는 태도를 취하

---

28) 제 1 위원회에서 주장된 주요입장은 간접효과설과 직접효과설이었다.

29) 해제의 소급효 문제에 대한 의도적 우회는 1980년 4월 11일의 국제상품매매에 관한 비엔나 협약도 마찬가지이다(D. Tallon, La résolution du contrat pour inexécution imputable au débiteur: des droits nationaux á la Convention des Etats-Unis sur les contrats de vente internationale de marchandises(C.V.I.M.), *Law in east and west*, Institute of Comparative Law, Waseda University, Tokyo, 1988, p. 598).

30) L.-J. Constantinesco, *op. cit.*, p. 331.

고 있지 않다고 생각한다. 물론 우리 민법의 어느 규정에도 "해제로 인하여 계약관계는 소급적으로 소멸된다"는 규정은 없다. 그러나 우리 실정법은 최소한 간접적으로나마 이러한 취지를 명백히 하고 있다. 그 규정은 다름 아닌 민법 제550조이다. 이 규정은 현행 민법 하에서의 해제효과에 대한 비소급적 이론구성에 대한 결정적 장애요소 중의 하나이다. 비소급적 이론구성에 입각하고 있는 청산관계설이 가지는 장점은 계약해제에도 불구하고 종전의 계약관계가 소멸하지 않는 것으로 이론구성함으로써, 특히 주계약의 해제로 인한 주채무자의 원상회복의무를 보증채무의 범위에 포함시킨다든가, 또는 해제와 병존하여 손해배상청구권을 인정할 수 있는 법리적 근거를 용이하게 제공할 수 있다는 것이다. 그러나, 최소한 우리 나라에서는 청산관계설이 채택될 수 없는 것으로 생각한다.[31]

(2) 해제의 소급효에 관한 제안

다음에서는 비소급적 이론구성의 문제점에 대한 보다 구체적인 지적을 통하여 현행 민법 아래에서 타당성을 확보할 수 있으며 또한 구체적 문제해결에 적합할 수 있는 이론을 제안하고자 한다. 제안의 골자는 이러하다. 첫째, 우리 민법상 해제는 소급효를 갖는 것으로 구성할 수밖에 없다는 것, 둘째, 이러한 원칙에도 불구하고 채무불이행에 대한 구제수단으로서의 해제의 소급효는 일정한 요소에 의하여 제한을 받는다는 것이다.

1) 해제의 소급효의 원칙

민법은 제543조 이하에서 법정해제제도를 규율하고 있다. 이들 규정들을 살펴봄에 있어서 우선 각별히 유의하여야 할 사항이 있음을 지적하고자 한다. 그것은 우리 민법규정의 다른 부분에서도 간혹 관찰할 수 있는 바와 같이,[32] 해제에 관한 규정에 있어서도 우리 민법의 입법자는 선진법제의 실정규범만을 계수한 것이 아니라 선진법제의 학설(또는 판례)도 입법에 반영하였다는 사실이다.[33] 해제에 관한 규율에 있어서 이러한 현상의 대표적인 예가 바로 제550

31) 청산관계설에 대한 비판적 관점에 관하여는 金旭坤, 앞의 논문, 749-752면; 梁彰洙, "契約의 解除에 관한 學說 등에 대한 所感," 「考試硏究」(1991년 4월호), 31-32면 등 참조.

32) 계약책임에 관한 주요 규정을 불법행위책임에 준용하고 있는 민법 제763조가 대표적인 예이다. 이러한 규율태도는 우리 민법제정 당시 일본의 통설과 판례가 입법에 반영된 결과이다(鄭鍾休, "損害賠償의 範圍規定의 構造," 「損害賠償法의 諸問題(黃迪仁博士華甲記念)」(博英社, 1990), 68면 이하 참조).

33) 해제의 효과에 관한 우리 민법의 입법자 의사에 관한 체계적 설명에 대하여는, 특히 金旭坤, 앞의 논문, 742-743면 참조.

조라고 생각한다. 본 조는 "당사자 일방이 계약을 해지한 때에는 계약은 장래에 대하여 그 효력을 잃는다"고 하여, 해제제도 일반을 규정함에 있어서 '해지'[34]라는 용어를 특별히 구분하여 사용하고 있다. 대륙법계에서의 대표적인 법수출국인 프랑스[35]와 도이칠란트 민법전에서는 물론 일본 민법전에서도 찾아볼 수 없는 입법태도이다.[36] 물론 이들 법제에서도 '해제'와 대비되는 것으로서 '해지'의 개념을 인정하고는 있으나 우리 민법과 같이 일반적 제도로 규정하고 있지는 않다. 제550조를 민법전에 삽입한 입법자의 의도는 두 가지 방향으로 평가할 수 있다고 생각한다. 하나는, 선진법제에서 그간에 형성된 이론을 실정화하였다는 것이며,[37] 다른 하나는, 해지는 그 비소급적 효력에 의하여 해제와 구별된다는 것이다. 제550조의 규정으로부터 볼 때, 계약이 해제되면 그 효력은 계약이 성립된 때로 소급한다고 볼 수밖에 없다.

비소급적 이론구성에 의하는 청산관계설의 입장에서 본다면, 제550조는 매우 거추장스러운 것일 수밖에 없다. 그런데 청산관계설을 괴롭히는 규정은 여기에서 그치지 않는다. 제548조 제1항 단서와 제549조 또한 비소급적 이론구성의 장애요소이다. 청산관계설에 입각한다면 이들 두 규정은 당연한 규정으로서 사족에 불과한 것이 되기 때문이다. 법이론은 실정법을 토대로 형성되는 것이며 또한 관련된 모든 규정에 나름대로의 규범적 의미를 부여할 수 있는 것이어야 한다. 그런데 청산관계설은 이러한 요구에 부응하는 이론으로 볼 수 없다고 평가된다.[38]

34) 근대민법에 있어서 일반적으로 법전용어로서의 '解止'라는 용어는 기한의 정함이 없는 계약관계에 있어서 당사자 일방의 의사표시 또는 쌍방의 합의에 의하여 계약의 효력을 장래에 향하여 소멸하게 하는 경우를 가리킨다(J. Ghestin/M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 459-460 참조).

35) 우리 민법 제550조와 같은 규정이 없는 프랑스의 경우에 있어서는 계속적 계약관계에 있어서 당사자 일방의 채무불이행을 이유로 계약을 파기하는 경우, 이 계약파기에 일반적인 경우와 마찬가지로 소급효를 인정할 것인가의 여부에 대하여 판례·학설상 많은 논의가 있다. 이에 관하여 자세한 것은 J. Ghestin, L'effet rétroactif de la résolution des contrats á exécution successive, *Mélanges offerts â P. Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 217 et s.

36) 우리 민법 제550조는 일본 민법전 제545조 3항과 같은 내용이다.

37) 제550조와 같은 규정은 선진법제에서의 법운용상의 발전이 입법에 반영된 예로서 후발법제가 가지는 장점이기도 하다. 프랑스 민법학에 있어서 해제(résolution)와 이에 대응하는 개념으로서의 해지(résiliation)를 설명함에 있어서 계약경제성(économie du contrat)을 들고 있다.

즉, 계속적 계약의 경우 일정기간 동안 계약채무가 정상적으로 이행되어 당사자간의 계약적 균형이 완전하게 유지된 경우에까지 소급효를 인정한다는 것은 당사자의 의사에 비추어 보든지 또는 계약경제의 측면에서 볼 때, 타당하다고 볼 수 없으므로 계약적 균형이 유지된 부분에 대하여는 소급효를 제한하자는 것이다(이에 관하여는 특히 J. Ghestin/M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 493 et s. 참조).

38) 유사한 취지의 견해로서는 梁彰洙, 앞의 논문, 33면.

이상의 논의로부터 우리는 현행 민법상 원칙적으로 해제는 계약관계의 소급적 소멸이라는 효과를 발생시킨다는 결론에 도달하게 된다.

2) 해제의 소급효의 제한요소

현행민법 하에서 해제의 소급효를 인정할 수밖에 없다는 것이 곧바로 직접효과설의 정당성을 의미하는 것은 아니다. 직접효과설의 입장에서는 해제의 소급효라는 전제 위에서 특히 민법 제551조를 어떻게 이론적으로 설명할 수 있는가? 하는 데에 심각한 어려움이 있다. 본 조는 계약해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 않음을 규정하고 있다. 여기에서의 손해배상은 계약채무불이행을 원인으로 하는 계약책임으로서의 본질을 가지는 것인데, 직접효과설에 의하면 그 책임근거인 계약관계가 해제에 의하여 이미 소급적으로 소멸되었다고 보아야 하기 때문이다. 제551조를 단지 계약해제의 소급효에도 불구하고 당사자 사이의 공평을 유지하기 위한 특별규정이라고 보는 것은 문제의 본질을 회피한 것으로서 승인되기 어려운 견해이다. 그렇다면 해제에 소급효를 인정하면서 이들 문제에 대한 타당한 해결책은 없는가? 하는 것이 중요한 문제로 등장하게 된다. 이를 달리 표현한다면, 해제의 소급효라는 것이 전면적인 것은 아니며, 일정한 요소에 의하여 제한될 수 있는가? 의 문제로 환원될 수 있다.

해제의 소급효를 제한하는 요소는 두 가지 측면에서 생각해 볼 수 있다.

첫째, 해제의 의사표시의 법적 성질의 측면[39]이다. 우리 민법상 해제권은 형성권의 일종으로 구성되어 있으며, 따라서 해제권자의 상대방에 대한 의사표시에 의하여 계약이 해제된다[40](민법 제543조 제1항 참조). 그리고 형성권이 법률행위의 한 형태라는 점에 의문이 있을 수 없다. 그런데 법률행위란 이를 행하는 행위자의 의사에 의하여 당해 법률행위의 효과가 구성되게 된다는 점에서 그 이외의 법률사실 내지 법률요건과 구별된다. 법률행위 이외의 법률요건(또는 법률사실)에 있어서는 그것이 비록 당사자의 정신작용에 기한 것이라 할지라도 그 법률효과는 당사자의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 법률의 범위 내에서 또한 법률이 정하는 효과가 발생하게 될 뿐이다. 해제의 의사표시는 법률행위이고, 따라서 해제의 효과의 원천은 법률행위자, 즉 해제자의 의사에서 구해지는 것

39) 이에 대하여 상세한 것은, Soon-Koo Myoung, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français, op. cit.*, n° 253 et s. 참조.

40) 해제권의 행사방법에 관한 민법 제543조 제1항이 해제제도에서 가지는 규범적 의미에 대하여는 明淳龜, "민법 제544조 본문의 '催告'와 제387조 2항의 '履行請求'의 구별," 「安岩法學(제3집)」(高麗大學校 安岩法學會, 1995), pp. 430-431 참조.

이다.[41] 그러나 계약해제가 하나의 독립적인 법제도로서 승인될 수 있기 위하여는 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 경우에 해제에 정형적인 효과를 부여할 필요가 있다. 그러므로 근대민법은 직접 또는 간접적으로 해제의 효과에 대한 일반원칙적 규정을 두고 있으며, 우리 민법 제548조도 해제자의 의사를 고려하여 해제의 정형적 효과로서 원상회복의무를 규정하고 있는 것이다. 그러나 해제의 효과로서 원상회복의무가 있다는 것으로부터 곧 당해 계약과 관계된 모든 법률관계가 예외없이 소멸된다는 결론을 이끌어 낼 수는 없다. 해제자의 의사로부터 계약관계의 무조건적인 소급적 소멸을 유추할 수는 없기 때문이다. 해제의 소급효는 원계약채무의 이행의무로부터의 해방을 위한 논리적 전제라는 측면에서 파악하여야 하며, 계약이 해제되었다고 하여 형성권으로서의 해제권을 행사한 자의 의사내용 속에 계약관계의 존속을 전제로 한 어떠한 주장도 이를 포기하겠다는 의사는 없다고 보아야 한다.[42]

둘째, 해제제도의 본질적 기능의 측면[43]이다. 제543조 이하에서 규정하고 있는 해제제도는 채무불이행에 대한 제재이다. 이와 같은 해제제도의 본질적 기능은 그 효과에 관한 이론구성에 중요한 영향을 미치게 된다. 계약해제가 있는 경우, 아직 이행하지 아니한 채무는 이행할 필요가 없으며 이미 이행된 부분은 이를 반환하여야 한다. 그런데 상대방으로부터 수령한 급부의 상호반환에도 불구하고 일방의 의무불이행으로 인하여 상대방에게 여전히 남게 되는 손해가 있을 수 있으며, 이 손해는 배상되어야 할 손해이다. 그런데 해제로 인한 상호반환의무는 이 손해의 배상에 대하여는 어떠한 작용을 할 수가 없다. 그렇다면 손해배상의 근거는 어디에서 찾아야 할 것인가? 당해 손해가 채무자에 의한 채무불이행으로 인한 것이라는 점에서 볼 때, 이 때의 손해배상청구권의 근거규범은 민법 제390조로 볼 수 있다. 그러나 해제에 소급효를 인정하는 입장에서 본다면, 이미 손해배상청구권의 근거인 계약관계가 소급적으로 소멸하였다고 볼 수밖에 없기 때문에 법리상의 문제가 제기된다. 생각건대, 해제에 의하여 소급적으로 소멸하는 것은 계약에서 정해진 원채무일 뿐이며 채무불이행으로 인

41) 해제의 의사표시가 법률행위로서의 본질을 가지는 것이라고 보는 관점은 이미 청산관계설에서도 지적되는 바이다(金龍潭, 앞의 논문, 145면).

42) 어떤 제도에 소급효가 있다고 하더라도 그 소급효의 범위에는 차이가 있을 수 있다. 예컨대, 계약성립상의 결함에 대한 제재인 취소의 소급효와 유효하게 성립된 계약채무의 불이행에 대한 제재인 해제의 소급효는 그 의미에 있어서 차이가 있다고 보아야 한다.

43) 이에 대하여 상세한 것은 Soon-Koo Myoung, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et fran ais, op. cit.*, n° 219, n° 256 et s. 참조.

하여 야기된 손해와 그 배상은 해제와는 별개의 문제라고 보아야 한다.[44] 계약해제에 있어서는 채무자의 채무불이행으로 인하여 타방에게 손해를 발생시켰다는 것이 문제되는 것이 아니라, 당해 채무불이행이 계약의 존재근거를 상실시켰다는 데에 있다는 사실에 유의할 필요가 있다.[45] 손해배상은 그 기능과 법적 본질에 있어서 계약해제와 완전히 별개의 독립성을 갖는다. 해제와 손해배상의 경합을 규정하고 있는 민법 제551조는 이러한 관점에서 이해되어야 한다. 다른 한편, 법률행위로서의 해제의 의사표시를 하면서 손해배상은 청구하지 않는다는 것은 결코 해제자의 의사가 아니다. 요컨대, 채무불이행을 전제로 그에 대한 제재의 기능을 수행하게 되는 법적 수단 또는 당사자의 약정에 대하여는 원칙적으로 소급효가 제한된다고 보아야 한다.[46]

요컨대, 해제의 효과에 관한 이론구성에 있어서 해제자의 의사와 해제제도의 본질적 기능을 중요한 요소로 고려하여야 하며, 이들 요소는 특히 해제의 소급효의 제한이라는 결과로 나타나게 된다.

계약해제가 제한적 소급효를 가지는 것으로 이론을 구성하게 되면 주계약의 해제가 종된 계약의 운명에 어떠한 영향을 줄 수 있겠는가? 하는 문제를 해결하는 부분에 있어서도 특별한 의미를 가진다.

예컨대, 주계약이 해제된 때에 보증인의 책임범위가 어떠한가의 문제에 있어서, 주채무자에 의한 채무불이행을 이유로 채권자가 계약을 해제한 경우, 그 채권자의 의사표시에 보증인을 보증채무로부터 벗어나게 하겠다는 의사가 내포되어 있다고 볼 수 없다. 해제자의 진정한 의사는 차라리 그 반대라고 보아야 한다. 또한 보증채무의 본질적 기능은 채무이행의 담보라 할 수 있는데, 보증채무의 실효성이 특히 발휘되는 것은 주채무자가 채무를 불이행하는 경우이며,[47]

---

44) 金旭坤 교수(앞의 논문, 747면)도 이와 유사한 관점에 있다: "一般的으로 契約解除는 契約의 拘束力으로부터의 解放效(Befreiungswirkung von der Verbindlichkeit des Vertrags)를 가져온다고 한다. 그런데 契約의 拘束力이라 함은 有效하게 成立한 契約關係에서 當事者들로 하여금 契約에서 約定한 대로의 債務를 이행하여야 할 義務를 부담시키는 것을 의미하는 것이지 債務不履行의 效果(制裁)로 인정되어지는 損害賠償義務關係까지도 포함하는 의미인 것은 아니다." 매우 타당한 견해로 생각한다.

45) E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912. p. 387.

46) 이에 관한 실정법상의 예로서 민법 제398조 제3항을 들 수 있다. 본 조에 따르면, 손해배상액의 예정은 계약의 해제에 영향을 미치지 아니한다. — 일정한 경우에 해제의 소급효가 제한될 수 있다는 취지의 견해로서는 金旭坤, 앞의 글, "解除의 效果에 관한 法理 小考," p. 747 참조.

47) 보증채무의 보충성을 상기해 보라.

특히 주계약이 해제되었다는 것은 주채무자의 채무불이행이 확정적인 경우를 전제로 한다. 주계약과의 관계에서 종속적인 의미를 가지는 약정은 주계약과 그 운명을 같이하는 것이 일반원칙이라 할 수 있으나 때에 따라서는 일정한 조건하에 주계약의 소멸에도 불구하고 계속 효력을 유지하는 경우도 있는데, 그 조건으로서 다음과 같은 두 가지를 들 수 있다. 첫째로는, 당해 약정 또는 특약이 채무불이행 후의 상황을 규율하는 것을 내용으로 하는 것이어야 하며, 둘째로는, 주계약의 해제 후에도 이들 약정 또는 특약이 여전히 유용성을 가지고 있어야 한다는 것이다. 이들 요건을 충족하는 약정은 부종성에도 불구하고 효력을 유지한다고 보아야 한다. 보증채무는 이들 두 요건을 모두 구비한 약정으로 볼 수 있으며, 주계약의 해제에도 불구하고 여전히 그 효력을 유지하며, 따라서 보증인은 주채무자가 채권자에게 부담하는 채무의 이행을 담보해야 한다.

이러한 입론이 적용될 수 있는 또 다른 예를 들어보기로 한다. 계약당사자간의 분쟁, 특히 채무불이행시를 대비한 관할에 관한 합의 또는 중재계약도 원계약과의 관계에서 종속적인 의미를 가지는 것이기는 하나 원계약의 해제에도 불구하고 여전히 효력을 유지한다고 보아야 한다. 만일 주계약의 해제에 의하여 이들 특약도 모두 소급적으로 효력을 잃는다고 한다면, 이는 이들 약정의 존재의미 자체를 부정하는 결과가 되기 때문이다.

Ⅳ. 맺 음 말

지금까지 법정해제에 있어서 해제권의 발생원인과 효과를 중심으로 이에 대한 종래 학설을 비판적 관점에서 검토하였다. 이 논의를 통하여 다음과 같은 사항을 알 수 있었다.

첫째, 우리 민법이 해제권의 발생원인을 이행지체와 이행불능으로 규정함으로써 한정적 열거주의의 모습을 하고 있는데, 이는 계약책임에 관한 제390조의 규율형식과 대조를 이루고 있다. 그러나 우리 민법의 채무불이행에 대한 기본관념 및 계약해제제도의 본질에 비추어 볼 때, 이행지체와 이행불능 이외의 경우에 대하여도 해제권을 인정하여야 할 필요가 있다.

둘째, 이행지체를 이유로 하는 해제에 있어서 요구되는 제544조 본문의 최고는 제387조 제2항의 이행청구와는 구별되는 특별한 규범기능을 가진다는

것이다.

셋째, 엄밀한 의미에서의 채권자지체 또는 사정변경으로 인한 계약파기는 그 결과에 있어서는 계약해제와 유사한 면이 있으나 계약해제의 차원에서 논할 문제가 아니라고 보아야 한다.

넷째, 계약해제의 소급효와 관련하여 학설상 소급적 이론구성과 비소급적 이론구성이 대립하고 있으나, 후자는 현행 민법의 해석론으로서는 전자가 타당하다고 생각한다. 다만 계약해제의 소급효는 법률행위의 일종인 해제권의 본질 및 해제제도의 본질에 비추어 계약에 의하여 형성된 원채무에 한정되는 것으로 보아야 한다.

그리고 이러한 이론구성은 해제와 손해배상청구권의 병합 또는 주된 계약이 해제된 경우 종된 계약의 존속 여부를 판단함에 있어서도 유용성을 가진다.