

7. 계약의 해제

(1) 해제의 의미

계약의 해제란 유효하게 성립하고 있는 계약의 효력을 그 계약이 처음부터 없었던 것과 같은 상태로 복귀시키는 것을 말한다. 해제에는 당사자가 미리 계약에서 해제권을 행사할 수 있다는 사항을 정해두는 **약정해제**와 법률의 규정에 의하여 해제권이 당연히 발생하는 **법정해제**의 두 가지가 있다. 해제권은 계약당사자의 일방적인 의사표시에 의하여 상대방의 동의 없이도 법률관계를 변동시킬 수 있는 권리이다(형성권). 해제는 채권자가 자기채무에서 벗어날 수 있기 때문에 채무불이행에 대한 구제수단이 된다.

(2) 해제권의 발생

1) 법정해제권

① 법정해제권 일반

법정해제권은 법률규정에 의하여 발생하지만 그 발생원인은 계약 일반에 공통되는 것과 각종의 계약에 특수한 것이 있다. 계약 일반에 인정되는 일반적 법정해제권의 발생원인은 넓은 의미에서의 채무불이행으로 민법상 규정하고 있는 것은 이행지체(제544조.제545조)와 이행불능(제546조)이 있다. 명문의 규정은 없으나 일반적으로 논의되고 있는 해제권의 발생원인으로는 불완전이행, 사정변경의 원칙(판례는 부정, 학설은 인정) 등이 있다.

② 이행지체로 인한 해제권 발생

당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니 하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다(제544조). 따라서 해제권의 발생에는 다음과 같은 요건이 필요하다.

i) 채무자의 귀책사유에 의한 이행지체

채무가 이행기에 있고 채무의 이행이 가능함에도 불구하고 채무자의 귀책사유에 의하여 이행하지 않는 것이 위법한 경우에 이행지체가 된다.

ii) 상당한 기간을 정한 이행의 최고(催告)

이행의 최고란 채무자에 대하여 채무의 내용인 급부를 실현할 것을 촉구하는 행위로서 「이행청구」와 그 성질이 같다. 최고의 방법에는 특별한 제한이 없고, 채무의 동일성을 표시하여 일정한 기일 또는 일정한 기간 내에 이행할 것을 요구하는 것으로 충분하다.

iii) 최고기간 내에 이행의 제공이 없을 것

채권자가 상당한 기간을 정하여 최고를 하고 그 최고기간 내에 채무자가 이행을 하지 않아야 한다.

③ 이행불능에 의한 해제권의 발생

채무자에게 책임 있는 사유에 의한 이행불능이 있으면 해제권이 발생한다(민법 제546조). 해제권 발생의 요건은 채무불이행으로서의 이행불능의 성립으로 충분하고, 보통의 이행지체와 달리 최고를 필요로 하지 않는다. 양 당사자의 책임 없는 사유로 이행불능이 된 경우에는 위험부담의 문제가 발생할 뿐이다.

일부불능이 있는 경우에는 잔존부분만으로도 계약의 목적을 달성할 수 있는 때에는 급부불능에 대해서만 해제권이 발생하고, 잔존부분만으로는 계약의 목적을 달성할 수 없을 때에는 계약전부에 대해서 해제권이 발생한다.

④ 기타 해제권발생이 문제되는 경우

i) 불완전이행의 경우

불완전이행이란 채무자가 이행한 급부가 채무의 내용에 좇지 아니하여 불완전한 경우를 말한다. 현행법에는 아무런 규정이 없으나 통설은 채무자의 귀책사유에 의한 불완전이행의 경우에도 해제권의 발생을 인정한다.

ii) 채권자지체의 경우

채권자의 수령지체로 인한 해제권이 발생하느냐의 여부는 수령지체의 성질을 어떻게 해석하느냐에 따라서 결정된다. 통설에 의하면, 채무자는 상당한 기간을 정하여 수령을 최고하여 해제할 수 있다고 한다.

iii) 사정변경과 해제권

사정변경의 원칙이라 함은 계약을 체결할 당시 존재한 환경이나 그 성립의 기초가 된 사정이 그 후 현저하게 변경되어 계약의 효력을 그대로 유지하는 것이 현저히 불합리하게 되어 신의칙과 공평의 원리에 입각하여 그 계약의 내용을 변경하거나 폐기할 수 있다고 하는 원칙을 말한다. 우리 민법에는 이 원칙을 직접 규정하고 있는 일반 규정은 없으나 신의칙의 파생원칙으로 보고 있다. 학설은 긍정설과 부정설로 나뉘나 판례는 일관되게 이를 부정하고 있다.

2) 약정해제권

당사자가 계약을 체결하면서 일정한 경우에 계약을 해제할 수 있는 권리가 있다는 것을 약정할 수 있다. 이렇게 계약에 의하여 해제권이 유보되어 있으면 당사자가 그 해제권을 행사하여 계약을 소급적으로 소멸시킬 수 있는데, 이것을 법률의 규정에 의한 법정해제권과 구별하여 약정해제권이라고 한다.¹⁾

약정해제권은 (i) 매매에서의 해약금과 같이 계약이 체결된 후 이행 전에 재고할 기회를 갖거나, (ii) 환매의 약정과 같이 계약의 이행 후에도 계약 이전의 상태로 돌아갈 가능성을 확보하기 위하여 이용되고 있다.

(3) 해제권의 행사

1) 법정해제권의 행사

채권자에게 해제권이 발생하였더라도 이를 행사하지 않는 한 해제의 효력이 발생하지 않는다. 따라서 해제의 효과를 발생시키기 위해서는 해제권자가 해제권을 행사하여야 하는데, 해제권의 행사는 상대방에 대한 의사표시로 한다.

법정해제권이든 약정해제권이든 해제권의 행사여부는 해제권자의 자유이다. 해제의 의사표시는 상대방에 도달한 때에 효력이 생긴다(민법 제111조 제1항 참조).

해제의 의사표시의 방식에는 제한이 없다. 서면이나 구두로 할 수 있으며, 재판상은 물론 재판외에서도 할 수 있다.

해제의 의사표시가 상대방에게 도달하여 그 효력이 생긴 뒤에는 철회할 수 없다(민법 제543조 제2항). 이는 상대방 보호를 위한 것이므로 상대방이 승낙하면 철회할 수 있다.

당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 한다(**행사상의 불가분성**). 예를 들어 A로부터 B·C·D 3인이 공동으로 건물을 매수하려고 계약을 체결하였는데 매수인 쪽에서 계약을 해제하기 위해서는 B·C·D 전원이 A에 대하여 해제의 의사표시를 하여야 한다. 반면에 매도인 A가 해제하기 위해서도 B·C·D 전원에 대하여 해제의 의사표시를 하여야 한다.

또한 당사자 일방 또는 쌍방이 수인인 경우 해지나 해제의 권리가 당사자 1인에 대하여 소멸한 때에는 다른 당사자에 대하여도 소멸한다(**소멸상의 불가분성**). 위의 예에서 B·C·D 중 1인의 A에 대한 해제권이 소멸하면 다른 당사자의 A에 대한 해제권도 역시 소멸한다.

이러한 해제권의 불가분성은 해제권의 행사와 소멸에서 나타나는 것으로, 계약으로 발생한 채무가 분할채무이든 불가분채무이든 또는 연대채무이든 상관없다. 불가분성을 인정하는 이유는 복잡한 법률관계가 생기는 것을 피하기 위한 실제상의 편의 때문이다.

2) 약정해제권의 행사

약정해제권도 법정해제권과 마찬가지로 상대방에 대하여 해제의 의사표시를 함으로써 행사된다. 당사자는 해제권을 유보하는 계약에서 그 해제권의 행사방법과 효과에 대하여 특약을 할 수도 있으며, 특약을 한 때에는 그에 따라야 한다. 따라서 계약이 이행되기 전에만

1) 해제권의 유보는 본 계약과 동시에 할 수도 있으며 계약의 체결 후에 별개의 계약에 의해서도 가능하다. 그리고 당사자가 명백하게 해제권을 유보하지 않았더라도 민법의 규정상 약정해제권을 유보한 것으로 다루어지는 경우가 있다. 예를 들어 매매에서 계약금을 교부한 때에는 당사자 사이에 중도금을 지급하기 전까지는 교부자는 계약금을 포기하고 수령자는 수령한 계약금의 배액을 상환함으로써 계약을 해제할 수 있다(민법 제565조). 즉 당사자 사이에 다른 특약이 없는 한 매매계약에서 계약금이 수수된 때에는 해제권이 유보된 것으로 추정된다.

해제할 수 있거나, 또는 계약이 이행된 후에도 해제할 수 있다고 약정할 수 있으며, 상대방의 채무이행 여부를 불문하고 채무이행을 청구하지 않고 즉시 계약을 해제할 수도 있다. 그러나 특약이 없으면 법정해제권에 관한 규정이 적용된다.

(4) 해제권행사의 효과

1) 법정해제권의 효과

해제제도는 계약당사자 중 상대방의 채무불이행으로부터 구제하기 위한 하나의 법적 수단이며, 당사자 일방의 채무불이행으로 목적을 달성할 수 없게 된 계약을 소멸시켜 처음부터 그러한 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 회복시키는 것(소급효)을 목적으로 한다.

따라서 계약이 해제되면 ① 아직 이행하지 않고 있는 채무는 이행할 필요가 없고(계약관계의 소멸), ② 이미 이행한 것이 있을 때에는 서로 반환하게 되며(원상회복의무), ③ 이에 의하여 전보되지 않은 손해가 남는 경우에는 그 손해를 배상하게 한다(손해배상의무 발생).

① 계약의 소급적 소멸

계약에 의하여 생긴 채권·채무는 해제에 의하여 모두 소급적으로 소멸한다. 따라서 당사자는 계약의 구속으로부터 벗어나며 그 결과 이행하지 않은 채무는 이행할 필요가 없고, 이미 이행한 급부는 원상회복의 의무가 발생한다.

② 원상회복의무

계약이 해제되면 각 당사자는 상대방에게 계약이 행하여지지 않았던 것과 같은 상태에 복귀하게 할 원상회복의무를 부담한다(민법 제548조 제1항).

원상회복의무는 계약의 모든 당사자가 부담한다. 즉 해제의 상대방은 물론 해제한 자도 원상회복의무가 있다. 원상회복은 원물반환을 원칙으로 한다. 다만 원물이 수령자에 의하여 멸실·훼손·소비되어 반환이 불가능한 경우에는 가액반환을 하여야 한다.

③ 손해배상의무 발생

계약의 해제 후 남는 손해에 대해 배상을 청구할 수 있다.

2) 약정해제권의 효과

약정해제의 효과도 법정해제권의 행사의 경우와 마찬가지로 법률효과를 소급적으로 소멸시킨다. 물건변동도 소급적으로 실효된다. 다만 법정해제와의 차이점은 그 효과에서 손해배상의 청구(민법 제551조)는 약정해제에 적용되지 않는다는 점이다. 계약해제에서의 손해배상청구는 채무불이행에 기인하기 때문이다.²⁾

2) 대판 1989. 4. 25, 86다카1147.

(5) 해제권의 소멸

해제권이 소멸되면 계약을 해제할 수 없고 본래의 급부에 대한 청구권만 가지게 된다.

8. 계약의 해지

(1) 해지의 의의

해지란 계속적 권리의무관계에 있어서 계약의 효력을 장래에 향하여 소멸시키는 것(불소급효)을 말한다. 이와 같이 해지할 수 있는 권리를 해지권이라고 한다. 해지권은 해제권과는 달리 해지권의 유보가 있거나 채무불이행이 있는 경우에만 주어지는 것이 아니며, 신의칙위반을 이유로 인정되는 것도 있다.

해지는 계약의 효력을 장래에 향하여 소멸시키므로 해지가 있기 이전의 계약의 효력은 그대로 인정되므로 그 이전에 행해진 이행은 모두 유효하게 되고 이 점에서 원상회복의무가 생기는 해제와 본질적으로 다르다.

(2) 해지권의 발생

1) 약정해지권

당사자는 계속적 계약에서 당사자의 일방 또는 쌍방이 해지권을 유보하는 약정을 할 수 있다(민법 제543조 제1항). 기간의 정함이 없는 계속적 권리의무관계에서 각 당사자는 원칙적으로 해지의 자유가 인정되므로 해지권의 유보약정이나 법률의 규정이 없더라도 각 당사자는 언제든지 해지의 통고를 할 수 있다.

2) 법정해지권

민법은 법정해지권의 발생원인에 관하여는 일반적인 규정을 두지 않고, 각 개별법에서 그 발생원인을 규정하고 있다. 예컨대 임대차(제625조.제627조.제629조.제635조~제640조), 고용(제657조~제663조), 위임(제689조), 임치(제698조.제699조), 조합(제716조.제720조 등) 등에 관한 규정이 그것이다. 그 대부분은 채무불이행을 이유로 인정되는 것이나, 그 밖에도 신의칙을 이유로 인정되는 것도 있다.³⁾

(3) 해지권의 행사

해지권의 행사는 상대방에 대한 일방적 의사표시로 하고(민법 제543조 제1항), 그 의사표시는 철회하지 못한다(민법 제543조 제2항). 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인인 경우에는 해지권에도 불가분성이 있으므로 그 행사는 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 함은 해제권의 경우와 같다(민법 제547조).

(4) 해지권의 효과

3) 판례는 **일시적 계약**에서는 사정변경을 이유로 한 해지권의 발생을 부정하고 있으나(대판 1963. 9. 12, 63다452), **계속적 보증계약**에 있어서 주채무자에게 현저한 사정의 변경이 있는 경우에는 보증인에게 보증계약의 해지권을 인정하고 있다(대판 2001. 11. 27, 99다8353, 대판 2002. 5. 31, 2002다1673).

1) 해지의 비소급효

계약을 해지한 때에는, 계약은 장래에 대하여 그 효력을 잃는다(제550조). 따라서 해지 이전에 이미 이행한 급부는 그대로 유효하고, 해지 이전에 발생한 채무는 해지에 관계없이 그대로 존속한다.

2) 목적물의 반환의무

계약을 해지한 때부터 그 계약은 무효로 된다. 따라서 반환해야 할 목적물이 있으면 상대방에게 반환하여야 한다. 예컨대 사용대차나 임대차 계약이 해지되면 차주 또는 임차인은 더 이상 목적물을 사용·수익할 권리가 없게 되므로 목적물을 반환할 의무를 지게 된다.

3) 손해배상의 청구

계약의 해지는 계약의 해제의 경우와 마찬가지로 손해배상의 청구에 영향을 미치지 않는다(민법 제551조). 이때의 손해는 해지의 의사표시가 있기까지 채무자의 귀책사유에 의한 채무불이행으로 인한 손해이다. 예를 들어 임대차관계에 있어서 차임을 지급하지 않아 계약을 해지한 경우에는 그 지급하지 않은 차임이 손해로서 청구될 수 있을 것이다. 따라서 채무불이행에 의하지 않는 해지(민법 제689조 제1항·제698조 제1항 단서)에 있어서는 특별한 규정이나 당사자 사이의 특약이 없는 한 손해배상을 청구할 수 없다.

9. 주요 계약의 유형

현행법상 전형계약 중 일반적인 재산과 관련하여 크게 ① 재산권의 이전을 목적으로 하는 계약과 ② 재산의 이용을 목적으로 하는 계약 그리고 ③ 기타의 목적을 위한 계약으로 나눌 수 있다.

(1) 재산권이전을 목적으로 하는 계약

현행법상 당사자 일방이 재산을 이전해주는 것을 내용으로 하는 전형계약 중 대표적인 것으로 증여계약과 매매계약 및 교환계약 등이 있다.

즉 당사자 일방이 재산을 이전해 주고 ① 상대방은 금전을 그 대가로 이전하기로 하는 약속을 **매매계약**이라고 하며, ② 상대방이 금전 이외의 재산을 이전하기로 하는 약속을 **교환계약**이라고 한다. 그리고 ③ 상대방이 아무런 대가를 지급하지 않는 약속을 **증여계약**이라고 한다.

1) 증여계약

증여란 당사자의 주는 사람(**증여자**)이 반대급부를 받지 않고 자신의 재산을 상대방에게 준다는 의사를 표시하고, 받는 사람(**수증자**)이 그것을 승낙함으로써 성립하는 계약이다(민법 제554조). 증여는 자선·교육·학술·종교 등의 목적을 위하여 체결될 수도 있고, 사람이 죽기전에 재산분배로서 기능하기도 한다.

① 법적 성질

증여는 편무·무상·낙성·불요식의 계약이다.

증여계약에 의해 증여자는 약속한 재산을 이전해 줄 의무가 있지만 수증자는 그에 대한 반대급부를 지급할 의무가 없이 성립하는 **편무계약**이다. 또한 증여자의 재산권 이전의무를 이행함에 있어서 그 대가가 존재하지 않으므로 **무상계약**이다.

한편 증여계약은 타인의 재산을 증여의 목적으로 하여 성립시킬 수 있지만(통설), 이 경우에 증여자는 그 타인의 재산을 자신이 취득하여 상대방인 수증자에게 급부하여야 할 의무를 부담한다.

그리고 증여는 증여자가 재산을 이전해 주겠다는 청약과 수증자가 이를 받겠다는 승낙이라는 의사표시만으로 성립하는 **낙성계약**이다.⁴⁾ 그리고 증여는 서면 등의 특별한 방식을 요하지 않는 **불요식계약**이다. 다만 민법은 서면에 의하지 않는 증여는 각 당사자가 이를 해제할 수 있도록 하여 구속력을 약하게 하고 있다(민법 제555조).

② 증여의 효력

증여자는 증여계약에 따라 약정한 수증자에게 **재산을 이전할 의무**를 부담한다. 그리고 수증자는 이에 대응하는 권리를 취득한다.

증여자는 증여하려는 목적물에 하자 또는 흠결이 있더라도 **담보책임**을 지지 않는다(민법 제559조 제1항 본문). 증여는 무상계약이기 때문이다. 그렇지만 증여계약이 체결될 당시 아직 증여의 목적물이 특정되어 있지 않은 경우에는 증여자가 하자나 흠결이 없는 완전한 목적물을 지급하여야 함은 물론이다.

그러나 증여 당시 증여자가 그 하자나 흠결을 「알고 있으면서도 수증자에게 알리지 아니한 때」(즉 **악의**)인 때에는 담보책임을 부담한다(민법 제559조 제1항 단서). 담보책임의 내용은 목적물에 하자가 없음을 믿음으로써 입은 손해의 배상을 말한다. 따라서 수증자가 이미 목적물의 하자 또는 흠결을 **알고 있었던 때**에는 증여자의 책임은 발생하지 않는다. 이 담보책임에 관한 사항은 강행규정이 아니므로 당사자가 특약으로 담보책임을 지기로 약속한 경우에는 담보책임이 발생할 수도 있다(**임의규정성**).

③ 증여의 해제

i) 서면에 의하지 않은 증여

증여계약은 낙성·불요식계약이므로 서면으로 증여하지 않아도 유효하게 계약이 성립하지만, 증여의 의사표시를 서면으로 한 경우에는 이를 쉽게 해제할 수 없도록 하고 있다.⁵⁾ 경솔한 증여를 경계하고 증여의사를 명확히 하여 분쟁을 피하기 위하여 증여의 의사가 서면으로 표시되지 아니한 경우에는 각 당사자는 이를 해제할 수 있게 하였다(민법 제555조).

4) 증여는 수증자의 승낙이 있어야 성립하므로 권리능력이 없어서 승낙을 할 수 없는 태아(대판 1982. 2. 19. 81다534)나 아직 형성되지 않은 종중 또는 친족공동체(대판 1992. 2. 25. 91다28344)에 대한 증여의 의사표시는 그 효력이 생기지 않는다. 그리고 동산의 증여 등에서 계약과 동시에 출연행위가 행하여지는 현실증여가 있는데, 이에 대하여도 증여에 관한 규정이 적용된다.

5) 대판 1998. 9. 25. 98다22543.

ii) 수증자의 망은행위

수증자가 증여의 사실을 알면서 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대하여 **범죄행위**를 한 때, 증여자에 대하여 **부양의무**가 있는 경우에 그 의무를 **이행하지 않는 때**에는 증여자는 망은행위를 이유로 그 증여를 해제할 수 있다(민법 제556조 제1항). 증여는 무상계약인 점에서 인정되는 경우이다.

iii) 증여자의 재산상태의 악화

증여계약 후에 증여자의 재산상태가 현저히 변경되고 그 이행으로 인하여 생계에 중대한 영향을 미칠 경우에는 증여자는 증여를 해제할 수 있다(민법 제557조). 이 경우도 사정변경의 원칙을 적용한 것으로 볼 수 있다. 그리고 그 이행으로 인하여 생계에 중대한 영향을 미치는 정도에 관해서는 **증여자의 사회적 지위를 고려**하여 객관적으로 판단하여야 한다.

iv) 해제효력의 제한

위의 3가지의 경우에 의한 증여의 해제는 이미 이행한 부분은 해제의 효력이 미치지 않는다(제558조). 즉 이미 이행한 경우에는 이를 해제하고 원상회복해 달라는 주장을 할 수 없다는 의미이다.

④ 특수한 증여

i) 부담부 증여

부담부 증여는 수증자가 증여를 받는 동시에 일정한 의무를 부담하는 것을 약정하는 증여를 말한다(민법 제559조·제561조). 예를 들어 서울에 있는 가옥을 증여하나, 그 대신 증여자의 자녀가 서울에 유학하는 동안 수증자가 돌보아 주기로 약속하는 경우가 부담부 증여이다. 부담부 증여가 행해진 경우에는 증여자는 그 부담의 한도에서 매도인과 같은 담보책임을 진다(**예외적인 담보책임** : 제559조 제2항).

예를 들어 100만원 상당의 목적물을 증여하고 수증자의 부담이 20만원 상당액인 경우에 증여목적물에 하자가 있더라도 실제가액이 20만원 이상인 경우에는 증여자는 담보책임을 지지 않게 된다. 그러나 하자로 인하여 실제가격이 20만원 미만인 경우 증여자는 20만원에 부족한 금액만큼의 담보책임을 지게 된다.

ii) 정기증여

정기증여는 일정한 시기마다(매년말, 매월말 등) 무상으로 재산을 증여하는 계약으로서 계속적 법률관계의 성질을 가진다. 정기증여는 증여자 또는 수증자의 **사망으로 인하여** 그 효력을 상실한다(민법 제560조).

iii) 사인증여

사인증여는 증여자의 사망으로 인하여 효력이 발생하는 증여이다. 이 경우 증여자의 생

전 재산이 아닌 상속재산으로부터 출연되므로 유증에 관한 규정이 준용된다(제562조).

2) 매매계약

① 매매계약의 성립

매매는 매도인의 재산권이전과 매수인의 대금지급에 관한 당사자의 의사표시의 합치만 있으면 유효하게 성립한다. 그리고 그 의사표시는 구두·서면·기타 어떤 방법에 의하여도 된다. 따라서 그밖에 사항, 예를 들어 계약의 비용, 채무의 이행시기 및 이행장소 등은 부수적인 것이므로 반드시 합의가 없더라도 매매의 성립에 영향이 없다.⁶⁾

② 매매 예약과 재매매 예약

i) 매매의 예약

매매의 예약이란 당사자 사이에 장차 매매계약(본계약)을 체결할 것을 약속하는 계약을 말한다. 따라서 매매의 예약은 그 예약상의 권리자가 본계약인 매매계약의 체결을 위하여 청약을 하면 상대방은 승낙을 하여야 할 채무를 부담하기로 약정하는 계약이다. 즉, 예약에 의하여 예외적으로 계약체결이 강제되는 것이다. 당사자가 본계약의 체결을 거부할 경우에는 예약위반에 따른 채무불이행책임이 발생한다.

ii) 재매매 예약

재매매의 예약이란 매매를 함에 있어서 그 목적물을 다시 매도인에게 되판다는 것을 약정하는 예약이다. 재매매의 예약은 실거래상 일정한 채권에 대한 담보적 기능을 위해 활용되고 있다. 즉 일정한 채무에 대한 담보를 위하여 목적물의 소유권을 채권자에게 이전해주고 후에 채무자가 자신의 채무를 전부 이행한 경우 채권자로부터 목적물의 소유권을 이전받기 위해 재매매에 대하여 예약을 가등기해 두는 경우가 이에 해당한다.

iii) 예약과 본계약의 관계

본계약이 무효 또는 불능으로 되면 그 예약도 무효가 된다.

③ 계약금(체약금)

i) 계약금의 의의

계약금이란 계약을 체결함에 있어서 그 계약에 부수하여 당사자의 일방이 상대방에게 교부하는 **금전 기타의 유가물**을 말한다. 계약금은 예를 들어 매매에 있어서 반드시 매수인으로부터 매도인에게 교부되는 것이 보통이지만 그 반대이더라도 무방하다.

ii) 계약금계약의 성질

6) 대판 1996. 4. 26, 94다34432.

계약금계약은 계약금을 현실적으로 지급하여야만 성립하므로 **요물계약**이며 매매 기타 계약(임대차·도급 등)에 부수하여 행하여지는 **종된 계약**이다. 다만, 계약금계약은 주된 계약과 동시에 성립하여야 하는 것은 아니므로 주된 계약이 성립한 후에 수수된 계약금도 역시 계약금으로서의 효력을 갖는다.

iii) 계약금의 기능

㉠ 증약금

계약금은 계약체결의 증거로서의 의미를 갖기 때문에 계약금이 교부되어 있으면 적어도 당사자 사이에 어떠한 합의가 있었다는 증거가 될 수 있다. 계약금의 가장 기본적인 기능을 갖는다.

㉡ 해약금(해약체약금) 추정

계약의 해제권을 유보하는 작용을 하는 계약금을 말하며, 민법은 원칙적으로 계약금을 해약금으로 **추정**한다(민법 제565조). 해약금이 교부되었으면 당사자 사이에 약정이 없는 한 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지 **교부자**는 그것을 **포기**하고 **수령자**는 **배액을 상환**하여 매매계약을 **해제할 수 있다**. 여기서 중도금을 제공하거나 잔대금을 준비하고 가옥의 명도 내지는 소유권이전등기를 청구하는 것 등은 이행에 착수한 것으로 본다.

㉢ 위약(계약)금(위약벌) 특약

위약금 혹은 위약계약금은 첫째 계약금을 교부한 자가 계약상의 채무를 이행하지 않으면 그것을 수령한 자가 몰수하는 **위약벌의 성질**을 가지며, 둘째 채무를 불이행하는 경우에 계약금을 교부한 자는 그것을 몰수당하고 교부받은 자는 그 배액을 상환할 것을 약정하는 **손해배상액의 예정**(제398조 제4항)으로서의 성질을 가지는 것이 있다. 계약금이 위약계약금의 성질을 가지는 것으로 약정했다면 이 위약금과는 별도로 채무불이행에 의한 손해도 청구할 수 있다. 다만 계약금에 대하여 위약계약금으로서 효력을 발생하려면 「당사자 사이에 그에 관한 **특약**」이 있어야 한다.⁷⁾

iv) 해약금의 효력

계약금(해약금)의 효력은 교부자는 이를 포기하고, 수령자는 그 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있다는 것이다. **해제의 정당한 이유 없이도 해제권을 행사할 수 있다**. 교부자는 계약금반환청구권의 포기한다는 별도의 의사표시 없이 해제권의 행사로 당연히 효력이 발생한다. 그러나 수령자가 해제하려면 해제의 의사표시와 함께 **반드시 계약금 배액을 제공하여야** 하는데, 그 배액이 아니면 해제할 수 없다.⁸⁾

당사자 중 어느 일방이 **이행에 착수하기 전까지만** 계약을 해제할 수 있다.

해약금에 의한 해제의 효과는 보통의 해제와 마찬가지로 채권관계를 **소급적으로 소멸**케 하지만, 당사자가 이행에 착수하기 전에만 해제할 수 있으므로 **원상회복의무는 발생할 여**

7) 대판 1996. 6. 14, 95다11429.

8) 대판 1973. 1. 30, 72다2243.

지가 없다. 그리고 채무불이행에 기한 해제가 아니라 해약금계약이라는 특약에 의한 것이기 때문에 **손해배상청구권도 발생하지 않는다**(민법 제565조 제2항).

④ 매매계약비용의 부담

매매계약에 관한 비용은 당사자 사이에 특약이 없으면 당사자 쌍방이 **균분**하여 부담한다(제566조). 이 비용은 매매의 성립을 위하여 지출된 것이므로 당사자 쌍방의 이익에 관련되는 것이기 때문이다. 그러나 부동산매매계약에 있어서의 **등기비용**은 계약비용에 포함되지 않으며, 관습상 **매수인**이 부담하고 있다.

⑤ 매매의 효력

i) 매도인의 의무

매도인은 매수인에 대하여 매매의 목적이 된 권리를 이전하여야 한다(**재산권이전의무** : 민법 제568조 제1항). 즉 매도인은 매수인이 매매의 목적인 재산을 취득하여 자유롭게 그 권리를 행사할 수 있도록 필요한 모든 행위를 하여야 한다. 또한 타인의 재산을 매각한 때에는 이를 매도인이 취득하여 매수인에게 이전해 주어야 한다(민법 제569조). 이전하여야 할 권리는 특약이 없는 한 아무런 부담 없는 완전한 것이어야 한다.⁹⁾

매도인의 재산권이전의무는 원칙적으로 매수인의 대금지급의무와 **동시이행관계**에 선다(제568조 제2항 임의규정). 이와 관련하여 **부동산매매**에서 매수인의 대금지급의무와 동시이행의 관계에서는 것은 매도인의 **소유권이전등기절차**만의 이행이나, 아니면 **목적물인도의무**도 포함되느냐가 문제된다. 이에 관하여 학설은 나뉘어지고 있으나, **판례**는 형평의 원칙상 또는 목적물인도의무도 주된 의무라는 이유로 동시이행관계에 있다는 견해를 취하고 있다.¹⁰⁾

ii) 매수인의 의무

매수인은 매도인에게 매매의 목적이 된 재산권의 대금을 지급할 의무가 있고(**대금지급의무** : 민법 제568조 제1항 후단). 이 의무는 원칙적으로 매도인의 재산권이전의무와 동시이행의 관계에 있다(민법 제568조 제2항).

한편 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있어서 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다(**대금지급거절권** : 민법 제588조 본문). 그러나 매도인이 **상당한 담보**를 제공한 때에는 매수인은 대금의 지급을 거절하지 못한다(민법 제588조 단서). 매수인이 이러한 거절권을 행사하는 경우에는 매도인은 매수인에 대하여 대금의 **공탁**을 청구할 수 있다(민법 제589조).

iii) 매도인의 담보책임

9) 대판 1967. 7. 11, 67다813.

10) 대판 2000. 11. 28, 2000다8533 등.

매매에 의하여 매수인이 취득하는 「권리」 또는 「권리의 객체인 물건」에 하자 또는 불완전한 점(흠결)이 있는 경우에 매도인이 자신의 잘못과 관계없이 매수인에게 부담하는 책임을 매도인의 담보책임이라 한다(무과실책임).

담보책임을 인정하는 근거는 매매의 당사자 사이의 급부의 교환적 형평성, 즉 등가치성을 유지하기 위함이다. 매도인이 인도하는 목적물에는 하자가 있을 수 있으나 매수인이 지급하는 대금에는 하자가 있을 수 없으므로 매매의 등가치성을 유지하기 위해서 담보책임을 인정하는 것이다.

매도인의 담보책임에 관하여는 민법에서 하자의 유형이나 정도에 따라 매도인에게 주장할 수 있는 권리를 자세하고 구체적으로 규정하고 있는데 그 주요 내용으로 ① 매수인은 매매 목적물의 수량이 부족한 경우 대금감액을 청구할 수 있고(대금감액청구권) ② 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우 계약을 해제할 수 있으며(계약해제권) ③ 매수인에게 손해가 발생한 경우 손해배상을 청구할 수 있다(손해배상청구권)는 것이 대표적이다.

참고사항 - 매도인의 담보책임 정리					
담보책임 원인		매수인의 선의·악의	책임의 내용(매수인의 권리)		
			대금감액 청구권	해제권	손해배상청구권
권리의 하자 에 대한 담보 책임	전부타인의 권리(\$570)	선의		있음 ♠	있음 ♠
		악의		있음 ♠	없음
	일부타인의 권리(\$572)	선의	있음 ♥	(殘)경우만 있음 ♥	있음 ♥
		악의	있음 ◆	없음	없음
	수량부족·일부멸실(\$574)	선의	있음 ♥	(殘)경우만 있음 ♥	있음 ♥
		악의	없음	없음	없음
	용익권 등에 의한 제한 (\$575)	선의		(目) 있음 ♥	있음 ♥
		악의		없음	없음
저당권·전세권에 의한 제 한(\$576)	선의		(喪)경우 있음 ♠	(喪)경우 있음 ♠	
	악의		(喪)경우 있음 ♠	(喪)경우 있음 ♠	
물건의 하자 에 대한 담보 책임	특정물 하자의 경우(\$580)	선의		(目) 있음 ♣	있음 ♣
		악의		없음	없음
	종류물 하자의 경우(\$581)	선의		(目) 있음 ♣	손해배상 or 완전물급부청구
		악의		없음	없음
채권매도인의 담보책임(다 수설)	채권전부가 타인에게 속한 경우		\$570에 따라 해결		그러나 소수설이나 판례 에 의할 경우 모두 \$580조에 의해 해결한 다.
	채권일부가 타인에게 속한 경우		\$572에 따라 해결		
	채권전부가 부존재		계약체결상의 과실로 해결		
	채권일부가 부존재		\$574에 따라 해결		
	채권이 질권의 목적인 경우		\$576에 따라 해결		
	채권이 경매된 경우		\$578에 따라 해결		
	담보나 보증이 있다고 구입했지만 없는 경 우		\$575에 따라 해결		
경매에서의 담보책임	경락 받은 권리에 하자가 있는 경우	채무자·채권자 선의 (\$578①②)	① 채무자에게 계약해제 또는 대금감액청구가능 ② 채무자 무자력이면 「대금배당받은 채권자」에게 반환청 구가능		
		채무자·채권자 악의	악의인 자에게 손해배상청구가능		

		(§578③)	
		저당권·전세권의 경매	민사집행법 §91에 따라 저당권·전세권은 소멸
	경락 받은 물건에 하자가 있는 경우	담보책임 없음(§580②)	

※ 행사기간

- ♠ 행사기간에 관한 규정이 없음
- ♥ 안 날로부터 1년 내에 행사.
- ♣ 발권 후 6개월 내에 행사.
- ◆ 계약 후 1년 내에 행사.

※ 일정한 경우의 이유

- (殘) 잔존한 부분만으로 매수하지 않았을 경우
- (喪) 소유권을 취득할 수 없거나, 취득한 소유권을 잃은 경우
- (目) ; 목적달성할 수 없는 경우

⑥ 특수한 매매

i) 할부매매

㉠ 의의

매매대금을 일정기간 동안에 분할해서 일정기마다 지급할 특약이 있는 특수한 형태의 매매를 할부매매라고 한다. 일반적으로 매도인은 매매계약의 성립과 동시에 목적물을 매수인에게 인도하고 대금채권의 담보를 위하여 할부금이 완납될 때까지 목적물의 소유권은 매도인에게 유보하고 있다(**소유권유보**).

할부매매계약은 보통 사업자가 작성한 약관에 의하여 체결되어 소비자에게 불리한 내용이 적지 않으므로 할부거래에관한법률(1991. 12. 31, 법4480호)이 이를 규율하고 있다.

㉡ 법률관계

할부매매계약의 매도인은 목적물 점유이전의무와 매수인으로 하여금 사용·수익하게 할 의무가 있고 매수인은 점유자로서 모든 보호를 받는다. 대외적으로는 매도인에게 소유권이 있으므로 매수인은 점유자로서 목적물**보관상의 주의의무**(선량한 관리자주의의무)를 부담한다. 그리고 목적물에 지출된 **수선비용** 등은 특약이 없는 한 사용·수익자인 매수인이 부담한다.

매도인에게 소유권이 유보된 것은 대금채권을 확보하기 위한 것이고 목적물의 점유와 사용권(용익권)은 이미 매수인에게 이전되어 있기 때문에 매수인이 목적물을 사용하는 동안에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 목적물이 멸실하더라도 매수인의 대금채무는 소멸하지 않는다. 즉, 위험은 매수인이 부담한다.

【할부거래법상 주요내용】

① 계약내용의 명시·고지의무와 계약의 서면주의

매도인은 매수인이 계약체결 전에 계약내용을 이해할 수 있도록 일정사항을 **명시·고지**하여야 한다(동법 제3조). 그리고 할부계약은 일정한 사항이 기재된 **서면**으로 체결하여야 한다(동법 제4조).

② 매수인의 철회권(Cooling off)

매수인은 계약서를 교부받은 날 또는 목적물을 인도받은 날로부터 **7일 이내**에 서면으로 청약 철회할 수 있다(동법 제5조 제1항). 매수인이 청약을 철회한 경우에는 매수인은 인도받은 동

산 또는 제공받은 용역을, 매도인은 지급받은 할부금을 동시에 반환하여야 한다. 이 때에 목적물의 **반환비용은 매도인이 부담**하고, 매도인은 매수인에게 위약금 또는 손해배상을 청구할 수 없다(동법 제6조)

③ 매수인의 기한이익상실

매수인은 할부계약으로 가지는 기한의 이익을 포기하고 잔여 할부금을 일시에 지급할 수 있다(동법 제11조). 또한 매수인은 할부금을 연속 2회 이상 지체하고 그 지체한 금액이 할부금의 10분의 1을 초과하거나 생업에 종사하기 위하여 또는 외국인과의 혼인이나 연구관계로 외국에 이주하는 경우에는 기한의 이익을 잃게 되는데(동법 제10조), 이 때에는 매도인으로부터 잔여 할부금 전액지급을 청구당한다.

④ 매도인의 계약해제권과 손해배상청구권

매수인이 할부금납부를 지체한 경우에 매도인은 14일 이상의 기간을 정하여 이행을 서면으로 최고한 후 할부계약을 해제할 수 있다(동법 제8조 제1항). 해제에 따르는 손해배상에 관해서는 매수인의 보호를 위하여 그 금액을 제한하고 있다(동법 제9조 제2항·제3항)

⑤ 매수인의 항변권

일정한 경우에 매수인은 매도인 또는 신용제공자에게 할부금의 지급을 거절할 수 있는 항변권이 인정된다(동법 제12조). (i) 할부계약이 무효·취소 또는 해제된 경우, (ii) 목적물의 전부 또는 일부가 인도되지 않은 경우, (iii) 매도인이 하자담보책임을 이행하지 않은 경우, (iv) 기타 매도인의 채무불이행으로 할부계약의 목적을 달성할 수 없는 경우가 이에 해당한다.

ii) 방문판매·전화권유판매

방문판매란 재화 또는 용역의 판매업자가 방문의 방법으로 사업장 외의 장소에서 소비자에게 권유하여 계약을 체결하여 재화 또는 용역을 판매하는 것을 말한다(방문판매 등에 관한 법률 제2조 1호).

그리고 전화권유판매란 전화를 이용하여 소비자에게 권유하여 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하는 등의 방법으로 재화 등을 판매하는 것을 말한다(동법 제2조 3호).

방문판매자 또는 전화권유판매자는 계약을 체결하기 전에 일정한 사항을 미리 설명하여야 하고(동법 제7조 1항), 계약을 체결할 경우에는 일정 사항을 기재한 계약서를 소비자에게 교부하여야 한다(동법 제7조 2항). 그리고 이러한 방법으로 계약을 맺은 소비자는 일정한 기간내(통상 계약서 받은 날 등으로부터 14일)에 계약의 청약을 철회할 수 있다(동법 제8조 1항·3항)

iii) 다단계판매

다단계판매란 판매업자가 특정인에게 일정한 활동을 하면 일정한 이익을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적으로 이루어지는 다단계판매조직을 통하여 재화 등을 판매하는 것이다(방문판매법 제2조 5호). 다단계판매에서는 판매업자(A)가 특정인(B)에게 A가 공급하는 상품을 구입하거나 용역을 제공받아 이를 소비자들에게 판매 또는 제공할 것, 또는 소비자들의 전부 또는 일부(C)를 B의 하위판매원으로 가입하도록 하고, C가 B와 동일한 활동을 하도록 함으로써 B가 일정한 이익을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 3단계 이상 순차적·단계적으로 확산된다. 방문판매법 제7조, 제8조, 제10조 등이 다단계판매에 준용되고 있으며(동법 제16조 제17조, 제19조), 기타 금지행위 등에 관하여는 자세한 규정을 두고 있다.

【다단계판매시 금지행위 주요내용】

다단계판매거래의 공정화와 다단계판매거래를 하는 소비자를 보호하기 위해서 「방문판매 등에 관한 법률」은 사업자에게 계약체결 강요행위의 금지, 소비자를 기만하는 방식의 거래 금지, 청약 철회 등의 방지를 목적으로 하는 주소변경 금지, 다단계판매원에 대한 과도한 부담부과의 금지 등 여러 가지 금지의무를 부과하고 있다.

- 계약체결의 강요행위 등 금지
- 거짓 또는 과장된 사실의 고지행위 등 금지
- 청약철회 등을 방해할 목적으로 주소·전화번호 등을 변경하는 행위 금지
- 분쟁해결 등에 필요한 인력 등의 부족을 방지해서 소비자에게 피해를 주는 행위 금지
- 소비자의 청약이 없는데도 일방적으로 재화 등을 공급하고 그 대금을 청구하는 행위 등 금지
- 소비자가 구매 의사가 없음을 밝혔는데도 전화 등을 통해 재화 등을 구매하도록 강요하는 행위 금지
- 다단계판매업자의 고용되지 않은 다단계판매원을 그 피용자로 오인하게 하는 행위 등 금지
- 소비자피해보상보험계약 등을 체결하지 않고 영업하는 행위 금지
- 판매 재화 등의 가격을 대통령령으로 정하는 금액 이상으로 책정해서 판매하는 행위 금지
- 소비자의 허락 없이 소비자에 관한 정보를 이용하는 행위 등 금지
- 다단계판매조직 및 다단계판매원의 지위를 양도·양수하는 행위 금지
- 사행적 판매원 확장행위 등의 금지

iv) 통신판매

통신판매란 판매업자 또는 용역제공업자가 우편·팩시밀리·PC통신·인터넷 등을 이용한 전기통신수단이나 통신매매를 위하여 설치된 금융기관의 예금구좌(예: 우체국의 통신판매) 등을 사용하는 방법으로 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하여 상품을 판매하거나 용역을 제공하는 것을 말한다(전자상거래법 제2조 2호).

통신판매에 있어서도 계약체결전에 일정사항을 표시·광고 또는 고지하고, 계약이 체결된 경우에는 일정사항이 기재될 서면을 계약자에게 교부하여야 한다(동법 제13조 2항). 또한 통신판매업자는 소비자로부터 청약을 받은 경우에는 청약 받은 물건 등의 판매가능 여부에 관한 정보를 소비자에게 통지하여야 하고, 소비자가 청약의 내용을 확인하고 정정 또는 취소할 수 있도록 적절한 절차를 갖추어야 한다(동법 제14조). 소비자는 일정한 기간내(7일)에 계약의 청약을 철회할 수 있다(동법 제17조).