

## Ⅳ. 계 약

### 1. 재산형성을 위한 계약의 의의

넓은 의미의 계약은 사법상의 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 2인 이상의 당사자의 의사표시인 청약과 승락의 합치, 즉 합의에 의하여 성립하는 법률행위를 말한다.

### 2. 계약의 자유와 그 제한

#### (1) 계약자유 원칙

계약자유 원칙이란 계약에 의한 법률관계의 형성이 법의 제한에 반하지 않는 한 당사자의 자유에 맡겨지며, 법도 그러한 자유에 의한 결과를 승인한다는 원칙이다. 이는 양당사자의 합의사항의 정당성에 대한 보장과 인격의 자유에 대한 존중을 의미한다.

그 구체적인 내용으로는 계약체결의 자유<sup>1)</sup>, 상대방선택의 자유<sup>2)</sup>, 내용결정의 자유<sup>3)</sup>, 계약방식의 자유<sup>4)</sup> 등을 들 수 있다.

#### (2) 계약자유에 대한 제한

계약자유 원칙은 근대 자본주의가 발전함에 따라 점차 생산수단의 독과점 그리고 계약당사자의 실질적 불평등 등의 병폐 등이 나타나게 됨에 따라 그 한계가 나타나게 되고, 급기야 이러한 원칙에 대해 일정한 규제가 필요하게 되었다.<sup>5)</sup>

그러나 이러한 제한도 현행헌법과 법률이 인정하는 경제질서를 파괴할 정도까지의 제한은 인정되지 않으며, 그 제한의 방법이나 수단도 당사자의 이익을 형량하여 피해를 최소화함으로써 하여야 함은 당연한 것이라 할 수 있다.

#### 【계약자유 원칙에 대한 제한】

##### 1. 계약체결의 자유에 대한 제한

###### (1) 청약의 자유에 대한 제한

양곡관리법 제4조는 「농림수산부장관은 양곡의 수급을 조절하고 그 적정 가격을 유지하기 위하여 대통령령이 정하는 생산자 또는 소유자로부터 양곡을 매입 할 수 있다」고 규정한다. 따라서 위 생산자 또는 소유자는 양곡의 매도에 관한 청약의무를 지게 된다.

###### (2) 승낙의 자유에 대한 제한

- 1) 계약을 체결할 것인지에 대하여 타인의 간섭을 받지 않고 스스로 자유롭게 결정할 수 있는 자유를 말한다. 계약은 청약과 승낙에 의하여 성립하므로 체결의 자유에는 청약의 자유·승낙의 자유·청약거절의 자유 등을 의미한다.
- 2) 계약체결의 자유에 따라 어느 누구의 제약도 받지 않고 계약 당사자는 자신이 원하는 계약 상대방을 자유롭게 선택할 수 있는 자유를 의미한다.
- 3) 계약 당사자는 어떠한 내용의 계약을 체결할 것인지에 관하여 자유롭게 합의에 따라 결정할 수 있는 자유를 말한다.
- 4) 어떠한 방식으로 계약을 체결할 것인지를 양당사자가 스스로 결정할 수 있는 자유를 의미한다. 계약은 원칙적으로 당사자의 합의만으로 성립하며, 특정의 방식을 필요로 하지 않는다. 즉 낙성계약이 원칙이다. 그러나 이에는 예외가 존재한다.
- 5) 계약체결의 자유에 대한 제한의 사례로 청약의 자유에 대한 제한(양곡관리법 제4조는 「농림수산부장관은 양곡의 수급을 조절하고 그 적정 가격을 유지하기 위하여 대통령령이 정하는 생산자 또는 소유자로부터 양곡을 매입 할 수 있다」고 규정한다. 따라서 위 생산자 또는 소유자는 양곡의 매도에 관한 청약의무를 지게 된다)

#### ① 공법상의 계약강제

(i) 독점기업의 계약의무 - 우편 · 통신 · 운송 등의 사업을 경영하거나, 또는 수도 · 전기 · 가스 등의 생활에 필요 불가결한 재화를 공급하는 공익적 독점기업은 정당한 이유 없이 급부의 제공을 거절하지 못한다(우편법 제50조 · 철도법 제10조, 20조 · 자동차운수사업법 제12조 · 전기사업법 제19조 · 수도법 제24조 · 전기통신사업법 제3조, 29조 등)

(ii) 공공적·공익적 직무담당자의 계약의무 - 공증인 · 집행관 · 법무사 등 공공적 직무 (공증인법 제4조 · 집행관법 제14조 · 법무사법 제20조)와 의사 · 치과의사 · 한의사 · 조산사 · 약사 등의 공익적 직무(의료법 제16조 · 약사법 제22조)에 관하여는 정당한 이유 없이 직무의 집행을 거절할 수 없다.

#### ② 사법상 계약강제

일정한 자가 청약을 하면 상대방은 정당한 이유 없이 승낙을 거절할 수 없는 경우가 있다. 예컨대 우리 민법은 임차인과 전차인이 임대인에 대하여 부속물의 매수를 청구한 때(제646조, 제647조)에는 상대방의 승낙을 요하지 아니하고 당연히 지상물 또는 부속물에 대한 매매계약이 성립된다(형성권적 성질).

#### 2. 상대방선택의 자유에 대한 제한

사용자는 국가가 명하는 취업보호대상자의 채용을 거부할 수 없거나(국가유공자예우법 제32조), 사용자가 노동조합의 조합원이라는 이유를 들어 고용을 거부할 수 없는 것(노동조합및노동관계조정법 제81조)과 같이 사용자의 상대방 선택의 자유가 제한되는 경우가 있다.

#### 3. 계약내용 결정의 자유에 대한 제한

##### (1) 강행법규 및 사회질서에 의한 제한

강행법규(제105조) 또는 사회질서에 반하는 계약(제103조, 제104조)은 무효가 된다. 그리고 계약의 내용의 목적이 사회 일반의 이익이나 국민의 도의관념에 반하는 경우에도 계약은 무효로 된다.

##### (2) 보통거래약관에 의한 제한

보통거래약관에 의한 계약에 있어서는 상대방은 계약체결의 자유는 있지만 내용결정의 자유는 완전히 배제된다. 상대방은 약관이용자가 제시하는 약관의 내용에 따라 기계적으로 계약을 체결하여야 되기 때문이다.

#### 4. 계약방식의 자유에 대한 제한

법률관계를 명확하게 하고 증거를 보전하기 위하여 또는 당사자로 하여금 신중을 기하게 할 목적으로 요식계약과 같이 특정방식이 요구되기도 한다. ① 서면에 의하지 않은 증여의 해제(제555조), ② 부동산소유권이전을 내용으로 하는 계약에서의 서면작성과 검인(부동산등기특별조치법 제3조 제1항) 등이 그 예이다.

#### 5. 계약의 효력에 대한 제한

계약이 유효하기 위해서는 법률이 일정한 행정관청의 허가·신고·증명 등을 요구하는 경우가 있다. 예컨대 ① 농지의 매매에 있어서는 소재지관서의 일정한 증명(농지취득자격증명 · 임야매매증명)이 있어야 한다(농지법 제8조 · 산림법 제111조). ② 허가구역 안에 있는 토지에 관한 일정한 거래계약을 체결하려는 당사자는 「공동으로」 관할 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다(국토의계획및이용에관한법률 제118조 참조).

### 3. 계약의 일반적인 분류

#### (1) 전형계약과 비전형계약 및 혼합계약

예컨대 민법을 비롯한 여러 법률에서 규정하고 있는 규정하고 있는 계약을 전형계약이라고 하고 법률상 특별한 개념정의가 규정되어 있지 않은 계약을 비전형계약이라고 한다. 전형계약에는 민법상 증여, 매매, 임대차, 위임 등의 14가지 전형계약이 있고, 상법상의 상호계산계약, 익명조합계약, 보험계약 등이 있다. 그러나 의료계약이나 광고계약, 예금계약 등과 같이 실 거래계에서 이미 사용되고 있는 계약이지만 아직 법률에서 특별히 규정되어 있지 않는 비전형계약이라도 전형계약과 마찬가지로 동일하게 유효한 계약으로서 인정된다.

한편 비전형계약 가운데에서 어느 전형계약과 다른 전형계약이 혼합되어 그 계약의 내용

을 이루고 있거나, 또는 전형계약과 비전형계약이 혼합되어 계약의 내용을 이루고 있는 것을 혼합계약이라고 한다.

## (2) 쌍무계약과 편무계약

### 1) 쌍무계약

당사자 쌍방이 서로 대가적 의미를 갖는 채무를 부담하는 계약을 쌍무계약이라고 한다. 이에는 대표적 예로는 매매계약과 임대차계약 등이 있다.

쌍무계약에서 대가적이라는 것은 객관적·경제적 대가성을 의미하지는 않으며, 서로 급부를 하여야 한다는 의존관계를 의미한다. 예컨대 주택의 매매에 있어서 매도인은 주택을 넘겨줄 의무가 있고 매수인은 대금을 지급할 의무가 있는 것이 이에 해당한다.

### 2) 편무계약

당사자 일방만이 채무를 부담하거나 쌍방이 채무를 부담하더라도 그 채무가 서로 대가적 의미를 갖지 않는 계약을 편무계약이라고 한다. 그 대표적인 예가 증여이다.

【쌍무계약과 편무계약의 구별의 실익】 쌍무계약에서는 양 채무가 서로 의존관계에 서 있기 때문에, **동시이행의 항변권**(민법 제536조), **위험부담**(민법 제537조·제538조) 등의 문제가 생기지만 편무계약에는 이러한 문제가 발생하지 않는다.

## (3) 유상계약 · 무상계약

### 1) 유상계약

계약의 성립으로부터 소멸까지를 기준으로 하여 계약의 쌍방 당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 출재(出財: 경제적 손실)를 하는 계약을 유상계약이라고 한다. 즉 당사자 일방의 경제적 손실이 상대방으로부터 그에 상응하는 급부를 통하여 보상되는 계약으로서, 예컨대 매매에서 매도인은 재산권이전의 출연을 하고 매수인은 금전지급의 출연을 하게 되는 것이다. 쌍무계약은 언제나 유상계약이다.

### 2) 무상계약

계약당사자의 일방만이 급부를 할 뿐이라든가 쌍방당사자가 급부를 하더라도 그 급부 사이에 대가적 의미 있는 의존관계가 없는 계약을 무상계약이라 하며, 증여가 이에 속한다.

## (4) 낙성계약과 요물계약

낙성계약은 당사자의 합의만으로 성립하는 계약으로 민법을 비롯한 대부분의 법률에서 규정하고 있는 계약이 이에 속한다.

요물계약은 당사자의 합의 외에 일정한 방식이나 서면의 작성 등이 있어야 계약이 비로소 성립하는 계약을 말한다. 이에는 매매 계약금계약이나 임대보증금계약 등이 이에 속한다.

#### (5) 계속적 계약과 일시적 계약

계속적 계약이란 계약의 효과로서 발생하는 계약관계가 일정기간 동안 계속적으로 실현되는 계약을 말한다. 예컨대 임대차 등이 이에 해당한다.

이에 반하여 일시적 계약이란 계약의 효과로서 발생하는 계약관계가 일시점에서 실현되는 계약을 말한다. 이에는 매매계약이나 증여계약이 대표적이 예이다.

#### (6) 예약과 본계약

장래 일정한 계약을 체결할 것을 미리 약정하는 계약을 예약이라 하며, 그 예약에 의하여 장차 체결될 계약을 본계약이라고 한다.

### 4. 정형화된 계약인 약관

#### (1) 약관의 의의

약관이란 기업 또는 개인이 그의 업종에 속하는 계약을 체결할 때에 장래의 거래에 획일적으로 적용하기 위하여 미리 일방적으로 작성한 정형화된 계약내용 내지 조건을 말한다(약관규제법 제2조 제1항). 오늘날에는 예금계약, 휴대폰 할부계약이나 인터넷사용계약 등 사회 여러 영역에서 광범위하게 이용되고 있다. 이러한 약관은 대부분의 경우에 계약체결 당시에 조문화되어 계약서의 이면이나 별지에 인쇄되어 있으며, 고객이 그 계약서에 서명함으로써 계약은 성립하는 것이다.

약관은 대량거래에 있어서의 계약을 표준화·정형화하여 합리적이고 간편하게 처리할 수 있는 기능을 하며, 거래 상대방에 대한 일반적인 행위 조건을 제시하여 법률생활의 안정을 가져온다.

#### (2) 약관규제의 필요성

약관은 사업자에 의하여 일방적으로 작성되는 것이 일반적이어서 내용상의 불공정으로 인하여 남용의 위험성도 무시할 수 없다.

약관에 의하는 契約의 체결은 그 작성자에게 유리하고 따라서 상대방에게 불리한 것으로 되기 쉽다. 여기에 보통거래약관에 대하여 規制를 가할 필요가 있다.

##### 【약관의 규제와 관련된 법률】

우리나라는 소비자의 보호와 국민생활의 균형 있는 향상과 불공정한 내용의 약관을 규제하기 위하여 「**약관규제에 관한 법률**」(1986년 법 제3922호·개정 1992. 12. 8 법 4515호)을 제정하여 시행하고 있다. 그리고 개별적 거래에 대한 약관의 규제로서의 성격을 가진 「**방문판매 등에 관한 법률**」(1995. 12. 29 법5086호)과 「**할부거래에 관한 법률**」(1991. 12. 31 법 4480호)이 제정되었다.

#### (3) 약관의 해석원칙

약관은 거래의 대량·신속을 위하여 일방 당사자에 의하여 만들어지므로 상대방에게 불리한 규정들이 포함될 가능성이 매우 높다. 따라서 이를 규제하는 방법으로 약관의 합리적

인 해석이 요구된다.

### 1) 신의성실의 원칙

약관을 해석할 때에는 어느 일방당사자의 이익에 치우쳐서는 아니 되며, 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 한다(약관규제법 제5조 제1항 전단).

### 2) 동일성 유지의 원칙

약관은 다수의 상대방과의 계약관계를 일정하게 유지할 필요가 있기 상대방에 따라 차별하지 아니하고 언제나 객관적으로 동일하게 해석하여야 한다(약관규제법 제5조 제1항 후단).

### 3) 작성자 불이익의 원칙

약관의 의미가 불명확함으로 인하여 생기는 불이익은 작성자에 귀속되며, 다양하게 해석이 가능한 경우에는 상대방에게 유리하게 해석한다(약관규제법 제5조 제2항). 약관의 내용이 불명확한 경우에는 그 원인을 제공한 자가 위험을 부담하는 것이 공평하다는 「작성자 불이익의 원칙」을 명문화 한 것이다.

### 4) 축소해석의 원칙

고객의 권리를 제한하는 약관조항이나, 고객에게 불리한 사업자의 면책조항·책임제한조항은 고객에게 유리하도록 좁게 해석하여야 한다는 원칙이다.

#### 【불공정약관조항】

##### 1. 일반원칙

신의칙에 반하는 불공정한 약관조항은 무효이다(약관규제법 제6조 제1항). 고객에게 부당하게 불리한 조항이나 고객이 계약의 거래 형태 등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항(意外條項.奇襲條項), 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도의 권리를 제한하는 조항은 불공정한 약관으로 추정된다(약관규제법 제6조 제2항).

##### 2. 개별적인 불공정약관조항

###### ① 면책조항

- (i) 사업자·이행보조자 또는 피용자의 귀책사유에 의한 법률상의 책임을 배제하는 조항,
- (ii) 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 이전시키는 조항,
- (iii) 상당한 이유 없이 사업자의 담보책임을 배제 또는 제한하거나, 그 담보책임에 따르는 고객의 권리행사의 요건을 가중하는 조항, 또는 계약목적물에 관하여 견본이 제시되거나 품질·성능 등에 관한 표시가 있는 경우에 그 보장된 내용에 대한 책임을 배제 또는 제한하는 조항은 무효이다(약관규제법 제7조).

###### ② 손해배상액의 예정

고객에 대하여 부당하게 과중한 지연손해금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 조항은 무효이다 (약관규제법 제8조).

###### ③ 계약의 해제·해지

- (i) 법률의 규정에 의한 고객의 해제권 또는 해지권을 배제하거나 제한하는 조항,
- (ii) 법률상 규정 없이 사업자에게 해제권·해지권을 부여, 법률의 규정에 의한 해제권·해지권의 행사요건을 완화하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항,
- (iii) 계약의 해제, 또는 해지로 인한 고객의 원상회복의무를 상당한 이유 없이 과중하게 부담시키거나 원상회복청구권을 부당하게 포기하도록 하는 조항,
- (iv) 계약의 해제·해지로 인한 사업자의 원상회복의무나 손해배상의무를 부당하게 경감하는 조항,
- (v) 계속적인 채권관계의 발생을 목적으로 하는 계약에서 그 존속기간을 부당하게 단기 또는 장기로 하거나, 묵시의 기간연장 또는 갱신이 가능하도록 정하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항 등은 무효이다(약관규제법 제9조).

#### ④ 채무의 이행

상당한 이유 없이 사업자에게 급부내용의 일방적 결정권을 부여하거나 급부의 중지 또는 제3자로 하여금 대행할 수 있게 하는 조항은 무효이다(약관규제법 제10조).

#### ⑤ 고객의 권익보호

- (i) 법률의 규정에 의한 고객의 항변권·상계권 등의 권리를 상당한 이유 없이 배제 또는 제한하는 조항,
- (ii) 고객에게 부여된 기한의 이익을 상당한 이유 없이 박탈하는 조항,
- (iii) 고객이 제3자와 계약을 체결하는 것을 부당하게 제한하는 조항,
- (iv) 사업자가 업무상 알게 된 고객의 비밀을 상당한 이유 없이 누설하는 것을 허용하는 조항 등은 무효이다(약관규제법 제11조).

#### ⑥ 의사표시의 의제

- (i) 일정한 작위 또는 부작위가 있을 때 의사표시가 표명되거나 표명되지 아니한 것으로 보는 조항,
- (ii) 고객의 의사표시의 형식이나 요건에 부당하게 엄격한 제한을 가하는 조항,
- (iii) 고객의 이익에 중대한 영향을 미치는 사업자의 의사표시가 상당한 이유없이 고객에게 도달된 것으로 간주하는 조항,
- (iv) 사업자의 의사표시에 부당하게 장기의 기한 또는 불확정기한을 정하는 조항은 무효이다(약관규제법 제12조).

#### ⑦ 대리인의 책임가중

고객의 대리인에 의하여 계약이 체결된 경우, 고객이 그 의무를 이행하지 아니하는 때에는 대리인에게 그 의무의 전부 또는 일부를 이행할 책임을 지우는 내용의 약관조항은 무효이다(약관규제법 제13조).

#### ⑧ 소제기의 금지

상대방에게 부당하게 불리한 소의 제기를 금지하는 조항 또는 재판관할의 합의이나, 상당한 이유 없이 고객에게 입증책임을 부담시키는 약관조항은 무효이다(약관규제법 제14조).

### (4) 불공정약관조항의 효과

#### 1) 법률상의 효과

약관규제에 관한 법률의 무효조항에 해당하는 사항은 당연히 무효이며, 이로 인하여 고객이 손해를 입은 경우에는 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 있으며, 이미 급부한 것이 있으면 부당이득으로 반환청구를 할 수 있다.

## 2) 일부무효의 특칙

약관의 전부 또는 일부의 조항이 약관규제 관한 법률의 규정에 의하여 계약의 내용이 되지 못한 경우나(동법 제3조 제3항), 약관이 규정에 의하여 무효인 경우(동법 제16조 본문)에는 계약은 그 무효로 된 약관부분을 제외한 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다(동법 제16조 본문). 즉 무효조항이 포함되더라도 원칙적으로 약관은 나머지 부분만으로 유효하게 존속하는데, 이는 약관전체를 무효로 하면 결국 사업자를 보호하는 것이 되어 부당하고, 약관에 의하여 계약을 체결하고자 한 고객에게 일방적으로 피해를 입히기 때문이다.<sup>6)</sup>

## 5. 재산에 대한 계약의 성립

계약이 성립하기 위해서는 일반적으로 당사자 사이의 의사의 합치, 즉 「합의」가 있어야 하는바, 이러한 합의는 청약과 승낙으로 구성되는 당사자 쌍방의 의사표시이다. 당사자 간의 이 두 의사표시가 서로 일치하지 않는 경우 계약은 성립하지 않게 된다.

### (1) 청약

청약은 이에 대응하는 승낙과 결합하여 일정한 계약을 성립시킬 것을 목적으로 하는 의사표시이다. 그러나 청약만으로 계약이 성립하지 않는다.

그리고 청약은 청약자가 누구인지 그 청약의 의사표시 속에 명시적으로 표시될 필요는 없다. 익명의 청약이나 자동판매기의 설치도 유효하다. 청약은 특정인에 대하여 하는 것이 원칙이지만 불특정다수인에 대하여도 할 수 있다. 예를 들어, 자동판매기의 설치, 버스의 정류소에서의 정차 등도 청약이 될 수 있다.

그러나 청약은 승낙자의 단순한 동의만 있으면 계약이 성립할 수 있을 정도로 내용이 확정적이어야 한다.

### (2) 승낙

승낙은 청약의 상대방이 계약을 성립시킬 목적으로 청약자에 대하여 행하는 의사표시이다. 청약수령자는 원칙적으로 승낙의 의사표시를 할 의무가 없다. 승낙은 특정한 청약자에 대하여 행하여지는 것이다. 따라서 청약과는 달리 불특정다수인에 대한 승낙은 있을 수 없다.

승낙은 청약의 내용과 일치하여야 한다. 따라서 청약에 조건을 붙이거나 변경을 가한 승낙은 청약을 거절하고 새로운 청약을 한 것으로 본다(민법 제534조). 예컨대 10만원에 판다는 A의 청약에 대하여 8만원이면 산다는 B의 승낙이 있는 경우가 이에 해당한다. 이 경우

6) 일정한 사업자가 불공정약관조항을 계약의 내용으로 하고자 하는 경우에 공정거래위원회(독점규제및공정거래에관한법률 제35조 이하 참조)는 그 약관조항의 삭제·수정 등에 필요한 시정조치를 명령·권고할 수 있고, 불공정한 표준약관에 대해서는 그것을 사용하지 말 것을 권고할 수 있다(약관규제법 제17조의 2). 사업자가 그 명령에 위반한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다(동법 제32조).

B의 승낙은 새로운 청약이 되고 A가 다시 이에 승낙하면 계약이 성립하는 것이다.

### **(3) 교차청약**

교차청약이란 계약의 당사자가 우연히 교차적으로 청약을 하고 두 청약의 내용이 객관적·주관적으로 완전히 일치하는 경우이다. 예를 들어 A가 B에게 자기소유의 가옥을 1억에 팔겠다고 청약을 하였는데, 그 청약사실을 모르고 B가 A에 대하여 그 가옥을 1억원에 사겠다고 청약을 한 경우이다. 이것은 양 당사자의 청약이 매도와 매수라는 점에서 매매에 관한 합의가 이루어진 것으로 볼 수 있으므로 A와 B사이에 매매계약이 성립한다.

### **(4) 의사실현**

청약자의 청약에 대하여 상대방이 아무런 의사표시 없이 「승낙의 의사표시로 인정되는 행위나 사실」이 이루어지는 경우 계약이 성립한다고 보아야 한다(민법 제532조). 이를 의사실현에 의한 계약의 성립이라고 한다. 승낙이라는 의사표시가 없음에도 불구하고 계약의 성립을 인정하는 것은 승낙자의 일정한 행위로부터 승낙의 의사표시를 추측할 수 있기 때문이다.

예컨대 매도인이 1만원에 팔겠다는 청약을 한 경우 상대방이 이를 사겠다는 표시 없이 1만원을 지불하는 경우 승낙의 의사표시는 없었지만, 계약은 성립한다고 보아야 하는 경우가 이에 해당한다.

### **(5) 계약의 성립시기(도달주의)**

청약이나 승낙의 효력은 그 청약이나 승낙이 상대방에게 도달한 때 발생하므로, 청약과 승낙이 순차적으로 이루어졌다면 승낙이 상대방인 청약자에게 도달한 때 효력이 발생한다. 따라서 교차청약의 경우 교차된 두 청약이 양 당사자에게 모두 도달한 때 효력이 발생하게 된다. 그리고 의사실현에 의한 계약성립이 인정되는 경우에는 그 실현행위가 객관적으로 발생한 때에 계약이 성립된다.

## **6. 재산에 대한 계약의 효력**

### **(1) 계약의 효력의 의의**

계약은 일반적 효력요건을 갖추면 그 효력이 발생한다. 그리고 계약의 구체적 효력은 계약의 종류·내용 등에 따라 다르다. 즉 계약 당사자 사이의 합의내용에 따라 그 효력이 발생할 것이다. 즉 매매계약일 경우 법률상의 매매계약의 규정이 적용되어 매도인과 매수인의 권리의무가 발생한다. 그리고 두 당사자의 합의에 의해 특별한 계약 내용이 추가되었다면 그것이 형행법상 불법이나 탈법적인 내용이어서 허용되지 않는 것이 아닌 한 계약의 내용으로 인정되어 효력이 발생하게 될 것이다.

이 이외에도 우리 법에서는 계약의 효력 중 쌍무계약에 대하여 공통적으로 인정되는 효력을 규정하고 있는 것들이 있다. 즉 동시이행의 항변권(민법 제536조)과 위험부담(민법 제



537조·제538조), 그리고 제3자를 위한 계약(민법 제539조~제542조)에 관하여 규정하고 있다. 여기서는 동시이행의 항변권과 위험부담 문제를 중점적으로 파악해보고자 한다.

## (2) 쌍무계약의 특징

쌍무계약이란 계약의 당사자가 서로 대가적 의미를 가지며(대가성), 원칙적으로 상환으로 이행되어야 할 성질을 가진(상환성) 채무를 부담하는 계약을 말한다. 그 결과 쌍무계약에 있어서 당사자의 채무는 서로 의존관계에 서 있으며 이를 채무의 견련성(牽連性)이라고 한다. 쌍무계약에 있어서 채무의 견련성은 채무의 성립·이행·존속(소멸)에서 나타나며, 그 내용은 각각 특수한 법리에 의하여 규율되고 있다.

### 1) 성립상의 견련성

쌍무계약에서 각 당사자의 채무는 성립에 있어서 서로 의존관계에 있다는 것이다. 즉 일방의 의무가 성립하지 않는다면 상대방의 의무도 성립하지 않는 것을 말한다. 예를 들어 이미 소실하고 없는 가옥을 매매하는 계약을 체결하였다고 하더라도 매도인이 소유권을 넘겨주는 것이 불가능하므로 그에 대한 채무자의 대금지급의무도 당연히 성립하지 않는다.

### 2) 이행상의 견련성

쌍무계약에서 일방이 자신의 의무를 이행하지 않는 경우 그 의무가 이행될 때까지 상대방도 자신의 의무를 이행하지 않아도 된다는 관계를 말한다. 이러한 쌍무계약에서의 채무이행상의 의존관계를 이행상의 견련성이라고 하며, 이는 채무자 상호간의 공평의 원칙을 기초로 하는 **동시이행의 항변권**에 의하여 규율되고 있다.

### 3) 존속상의 견련성

쌍무계약에서 일방의 의무가 그 의무자에게 책임 없는 사유로 이행불능이 되어 소멸한 경우에는 다른 일방의 의무에 어떠한 영향을 미치느냐가 문제된다. 이를 **위험부담**의 문제라고 하는데, 민법은 채무자가 위험을 부담하는 채무자위험부담주의를 채택하고 있다.

## (3) 동시이행의 항변권

### 1) 의의

동시이행의 항변권이란 쌍무계약의 당사자의 일방은 상대방이 그 의무를 이행할 때까지 자기의 의무의 이행을 거절할 수 있는 권리이다(연기적 항변권). 서로 대가관계인 양 채무 중 일방의 채무만 이행을 강요하는 것은 공평의 관념 및 신의칙에 반한다는 점에서 근거를 찾을 수 있다. 이러한 항변권은 당사자가 상대방에게 반대급부를 제공받지 못한 상태에서 자신의 채무를 이행해야 할 위험으로부터 보호되는 담보적 기능이 있고, 상대방의 이행을 촉구하기 위하여 압력을 가하는 수단이 될 수도 있다.

## 2) 성립요건

동시이행항변권이 성립하기 위해서는 대가적 의미 있는 의무가 존재하고 상대방의 의무가 변제기에 있음에도 불구하고 상대방이 의무이행을 하지 않거나 또는 그 이행의 제공을 하지 않아야 한다. 이하 분설한다.

### ① 대가적 의미 있는 의무의 존재

(i) 동일한 쌍무계약에 의하여 서로 대가적 의미 있는 의무를 부담하고 있어야 한다. 당사자 쌍방의 의무가 동일한 쌍무계약이 아니고 별개의 계약에 의하여 생긴 경우에는 동시이행의 특약이 없는 한 동시이행의 항변권은 인정되지 않는다<sup>7)</sup>.

(ii) 의무의 일방이 이행불능 기타 원인으로 소멸한 때에는 동시이행의 항변권도 당연히 소멸하게 된다.

(iii) 본래의 의무의 내용이 바뀌어 손해배상의무로 되어도 그 동일성을 유지하므로 동시이행의 항변권은 존속한다.<sup>8)</sup>

(iv) 동시이행의 항변권은 쌍무계약을 체결한 본래의 당사자에게만 인정되는 것은 아니다. 따라서 상속 등으로 당사자가 변경되어도 채권·채무가 동일성을 유지하는 한 항변권은 존속한다.

### ② 상대방의 의무가 변제기에 있을 것

#### (i) 원칙

동시이행의 항변권을 가지는 자의 상대방의 의무가 변제기에 있어야 한다(제536조 제1항 단서 참조). 따라서 당사자의 일방이 상대방보다도 먼저 이행할 의무를 부담하는 선이행의무자는 항변권을 가지지 않는다. 그러나 쌍방의 의무가 변제기를 같이 할 필요는 없으며, 항변권을 행사할 당시에 상대방의 의무의 변제기가 도래되어 있으면 된다.

#### (ii) 예외

##### (a) 선이행의무의 이행지체 중 상대방의 의무가 변제기에 도래한 경우

동시이행의 항변권의 요건으로서의 변제기의 도래는 항변권을 행사할 때에 상대방의 의무가 이행기에 있을 것을 요구하는 것뿐이며, 처음부터 이행기가 같아야 하는 것은 아니다. 따라서 선이행의무자가 이행하지 않고 있는 동안에 상대방의 채무가 이행기에 달한 경우에는 선이행의무를 부담하는 채무자도 상대방의 청구에 대하여 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다<sup>9)</sup>.

##### (b) 불안의 항변권

7) 대판 1990. 4. 13. 89다카23794.

8) 대판 2000. 2. 25. 99다30066.

9) 통설, 대판 1992. 7. 24. 91다38723.38730.

상대방의 의무의 변제기가 도래하기 전이라도, 이행기에 있어서의 후이행의무자의 이행이 현저히 곤란한 사유, 즉 상대방의 재산상태의 악화 등이 있는 때에는 선이행의무자에게 동시이행의 항변권이 인정된다(민법 제536조 제2항). 예를 들어 A 건축회사가 B의 건물을 건축하는 도중 B가 파산 직전에 놓여 있기 때문에 건물이 완공되더라도 공사대금을 받지 못할 것을 염려하여 B에게 공사비를 미리 지급하지 않으면 공사를 계속하지 않겠다고 항변할 수 있는 것이다.

### ③ 상대방이 자신의 의무를 이행하지 않으면서 이행을 청구하였을 것

상대방이 자기의 의무에 대하여 이행 없이 채무의 이행을 청구하여야 한다. 이 경우에 의무자는 이행지체책임을 지지 않으며, 동시이행항변권을 행사할 수 있다.<sup>10)</sup>

## 3) 항변권행사의 효력

### ① 일반적 효력

동시이행의 항변권은 영구적 항변권이 아니라 상대방이 자신의 의무를 이행할 때까지 상대방의 청구권을 저지하고, 자기 의무의 이행을 연기할 수 있는 연기적 항변권으로써 반드시 항변권의 행사가 있어야만 효력이 발생한다.<sup>11)</sup> 이 항변권을 행사하는 시기에 관해서는 특별한 제한이 없으며, 상대방으로부터 청구를 받은 때에 행사하면 된다.

### ② 항변권존재의 효력

동시이행의 항변권이 존재하는 것 자체만으로도 다음과 같은 효력이 발생한다.

#### (i) 이행지체책임의 면제

동시이행의 항변권을 가지는 의무자는 자신의 의무를 이행하지 않는 것이 정당화되기 때문에 이행기에 이행을 하지 않더라도 이행지체책임을 지지 않는다. 이러한 효과는 이행지체책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 동시이행항변권을 행사해야만 발생하는 것은 아니다.

#### (ii) 상계의 금지

동시이행의 항변권이 붙은 채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 없다(대판 1975. 10. 21. 75다48). 만일 이를 허용하면 상대방은 이유 없이 그의 항변권을 잃게 되기 때문이다. 다만 항변권이 붙은 자기의 채무를 수동채권으로 하여 상계하는 것은 자기의 이익을 포기하는 것 일 뿐이므로 허용된다. 예를 들어 매수인 B에 대하여 대금채권(항변권이 붙은 자동채권)을 가지고 있는 A가 그의 대금채권과 B에 대하여 부담하고 있는 금전채무를 상계하려

10) 판례는 임차인의 임차목적물 명도의무와 임대인의 보증금반환의무는 동시이행의 관계에 있으므로, 임대인의 동시이행의 항변권을 소멸시키고 임대보증금반환 지체책임을 인정하기 위해서는 임차인이 임대인에게 임차목적물의 명도의 이행제공을 하여야만 한다 할 것이고, 임차인이 임차목적물에서 퇴거하면서 그 사실을 임대인에게 알리지 아니한 경우에는 임차목적물의 명도의 이행제공이 있었다고 볼 수 없다고 한다(대판 2002. 2. 26. 2001다77697).

11) 대판 1967. 9. 19. 67다2321.

는 경우에는 A는 B가 그의 대금채권에 대하여 가지고 있는 동시이행항변권을 소멸시키기 위하여 매매목적물을 제공하여야 하며, 그러한 제공을 하지 않고서 한 상계는 무효로 된다. 그렇지 않다면 B의 매매목적물의 소유권이전채권(즉 A의 소유권이전채무)만이 홀로 남게 되어, B는 이 채권의 이행을 확보할 수 있는 동시이행의 항변권을 일방적으로 상실하기 때문이다.

### **(iii) 이자의 불발생**

동시이행의 관계에 있는 금전채무에 있어서 상대방이 반대급부를 이행할 때까지 이자는 발생하지 않는다(제387조).

## **(4) 위험부담의 문제**

### **1) 위험부담의 의미**

쌍무계약상의 일방의 의무가 그 의무자의 책임 없는 사유로 인하여 이행이 불가능하게 되어 소멸한 경우에 그에 대응하는 상대의 의무의 운명이 어떻게 되느냐가 이른바 「위험부담」의 문제이다.

위험이란 계약당사자인 의무자와 권리자의 책임 없는 사유로 의무의 이행이 불가능하게 된 경우에 발생하는 불이익을 의미한다. 예를 들어 A와 B가 가옥의 매매계약을 체결했는데 그 가옥이 태풍으로 멸실되어 매도인 A가 그의 채무를 이행할 수 없게 된 때에 매수인 B는 대금을 지급하여야 되느냐의 여부가 문제된다.

### **2) 입법주의**

#### **① 채무자주의**

쌍무계약의 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 인한 불능으로 소멸한 경우에 다른 일방의 채무도 소멸한다고 하여, 채무자는 자신의 의무를 면하지만 동시에 반대급부청구권을 상실하므로 위험은 채무자가 부담하게 된다는 주의이다.

#### **② 채권자주의**

채무자는 자기의 채무는 면하지만 채권자에 대한 반대급부를 청구하는 권리를 상실하지 않으므로 채권자가 위험을 부담하게 된다는 주의이다.

#### **③ 소유자주의(영미법계)**

「재해는 소유자가 받는다」는 원칙에 의하여 소유권이 채권자에게 이전한 때부터 채권자가 위험을 부담하게 된다는 주의이다.

## **3) 현행법의 규정**

현행 민법은 채무자위험부담주의를 취한다. 즉 「쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자

쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다」고 규정한다(민법 제537조).

## ① 채무자위험부담주의의 원칙

### (i) 요 건

(a) 위험의 분담제도에서 문제되는 채무는 쌍무계약으로써 양 채무가 서로 대가적 관계에 있어야 한다.

(b) 일방채무가 후발적으로 불능이어야 한다. 즉 계약성립 후에 이행불능이 되어야 하고, 이미 계약 성립전부터 이행이 불가능한 경우에는 계약 자체가 성립하지 않았기 때문에 위험부담문제가 발생하지 않는다.

(c) 양당사자에게 책임없는 사유로 이행이 불가능해져야 한다.

### (ii) 효 과

쌍무계약의 일방의 이행의무가 귀책사유 없이 소멸된 경우 상대방의 반대급부 이행의무도 소멸하게 되므로 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다(제537조). 즉 채무자는 자기의 채무를 면하지만 동시에 채권자에 대하여 반대급부를 청구하는 권리를 잃는다.

그러나 이 위험부담에 관한 규정은 강행규정이 아니므로 당사자 사이의 특약이 있는 때에는 그에 따를 수 있다.

## ② 채권자의 귀책사유로 인한 이행불능

### (i) 의 의

쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 또는 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자의 반대급부청구권이 소멸하지 않는 것으로 하고 있다(민법 제538조 제1항). 채권자의 책임 있는 사유 내지 수령지체가 없었다면 채무자가 채무를 제대로 이행하여 반대급부를 받았을 것이라는 점에서 채권자의 반대급부를 존속시키는 것이 공평에 적합하고 법률관계가 간명하게 처리되기 때문이다.

### (ii) 요 건

#### (a) 채권자의 책임 있는 사유로 이행이 불가능해진 경우

채권자의 책임 있는 사유란 「채무자의 급부실현을 불가능하게 만든 원인으로서, 계약에 반하는 채권자의 유책한 행태」를 말하며 채권자의 책임 있는 사유로 인하여 채무자가 이행할 수 없게 된 것이어야 채무자는 채권자에게 반대급부를 청구할 수 있다.

#### (b) 채권자의 수령지체

채권자가 수령을 지체하던 중 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 채권자의 책임이 인정된다(민법 제538조 제1항 후문).