

# 契約解除의 沿革과 法理에 관한 小考

정진명\*

## 목 차

- I. 머리말
- II. 로마법
  - 1. 서
  - 2. 실권약관의 개념 및 기능
  - 3. 실권약관의 행사
- III. 중세법
  - 1. 서
  - 2. 주식학과와 후기주식학과에 있어서 해제이론
  - 3. 교회법에 있어서 해제이론
  - 4. 중세법상 계약해제의 발현모습
- IV. 근세자연법론에서의 해제
  - 1. 서
  - 2. 근세자연법론의 해제이론
  - 3. 근세자연법론 영향하의 입법례
- V. 판덤편법학에서의 해제
  - 1. 서
  - 2. 판덤편법학의 해제이론
  - 3. 판덤편법학 영향하의 입법례
- V. 맺는말: 우리 민법에의 시사

\* 부산외국어대 법학부.

## [국문요약]

쌍무계약에 계약위반이 발생하면 피해당사자는 계약관계의 청산수단으로서 계약해제, 손해배상, 부당이득 및 물권적 청구권 등을 고려할 수 있다. 그러나 이러한 청산수단들은 매우 중첩적이어서 계약위반의 경우에 선택할 수 있는 어떠한 법원칙도 확립되지 못하고 있기 때문에 쌍무계약의 청산에 대하여 통일적인 체계를 설정할 필요가 있다. 특히 계약해제는 계약관계의 정상적 소멸과 구분되는 특성을 가지고 있기 때문에 해제의 이론구성에 관한 논란은 오랜 역사를 가지고 있다. 즉 오늘날 논의되는 계약해제는 계약해소의 기능을 가지던 개별적 제도들이 근대법에 들어와서 통합되어 하나의 새로운 법률체제로 확립된 것이지만 계약해제의 영역은 로마법에서 찾을 수 있다.

우리 민법에 규정된 해제제도의 입법과정을 살펴보면, 제544조의 이행지체로 인한 해제에 대하여는 개정전 독일민법 제326조와 스위스채무법 제107조 108조를, 제546조의 이행불능으로 인한 해제에 대하여는 개정전 독일민법 제325조를 참조하였다. 그런데 개정전 독일민법 제325조와 제326조는 우리 민법의 규정과 상이함에도 불구하고 우리나라에서는 독일민법의 해석을 무비판적으로 수용하였다. 이로 인하여 우리 민법상의 계약해제는 계약해제의 개념 및 손해배상과의 관계를 설명하는데 이론적 어려움이 있다. 그런데 최근 독일에서는 계약해제와 손해배상의 택일적 인정에서 오는 이론적 모순을 오랜 논란 끝에 민법개정을 통하여 해결하였다. 이러한 독일민법의 개정은 독일민법에 이론적 기초를 두고 있는 우리 민법의 입법과 해석에 많은 시사점을 준다.

이 글에서는 우리 민법에 규정된 계약해제의 법사적 발전과정을 로마법, 중세법, 근세자연법론 그리고 판덤편법학에 있어서 살펴보았다. 그리고 이를 바탕으로 하여 우리 민법상의 계약위반에 대한 청산수단으로서 해제제도의 의미를 새롭게 조명하여 보았다.

[주제어] 계약해제, 실권약관, 약속론, 법적원인론, 조건적구성론, 해제조건, 쌍무계약, 채무불이행, 손해배상, 원상회복

## I. 머리말

급부교환계약에 장애가 발생하여 계약을 체결한 애초의 목적이 달성되지 않으면 계약관계의 清算手段(Abrechnungsmodus)으로서 계약상 합의 또는 법률의 규정에 의하여 발생하는 계약해제, 급부반환의 결과를 가져오는 손해배상, 원인 없는 급부의 반환을 규율하는 부당이득 및 물권의 원만한 상태를 회복케 하는 물권적 청구권 등이 고려된다. 그러나 이러한 청산수단들은 급부교환계약의 청산에 대하여 만족할 만한 통일적인 方向體系(Orientierungssystem)를 구축하고

있지 못하기 때문에 제도 상호간에 존재하는 활동영역(Spielraum)을 새로이 정립할 필요가 있다. 그 중에서도 계약해제는 계약관계의 정상적인 소멸과 구분되는 병리적 현상(ein pathologisches Ereignis)으로서의 법적 지위를 가지고 있기 때문에 해제의 이론구성에 관한 논란은 오랜 역사를 가지고 있다.<sup>1)</sup> 즉 오늘날의 해제제도는 계약해소의 기능을 가지던 개별적 제도들이 근대법에 들어와서 통합되어 하나의 새로운 법률제도로써 확립된 것이지만, 계약해제와 관련된 오늘날의 법적 사고의 뿌리는 이미 로마법상의 失權約款과 그와 유사한 解消條項(Auflösungsklauseln)에서 찾아 볼 수 있다.<sup>2)</sup>

한편 우리 민법에 규정된 해제제도의 입법과정을 살펴보면, 제544조의 이행지체로 인한 해제에 대하여는 개정전 독일민법 제326조와 스위스채무법 제107조, 제108조를, 제546조의 이행불능으로 인한 해제에 대하여는 개정전 독일민법 제325조를 참조하였다.<sup>3)</sup> 그런데 개정전 독일민법 제325조와 제326조는 우리 민법의 규정과 상이함에도 불구하고 우리나라에서는 독일민법의 해석론을 그대로 수용하였고, 이로 인하여 계약해제의 개념 및 손해배상제도와와의 관계를 설명하는데 이론적 어려움이 있었다. 그런데 최근 독일에서는 계약해제와 손해배상의 택일적 인정에서 오는 이론적 모순을 오랜 논란 끝에 민법개정을 통하여 해결하였다. 이러한 독일민법의 개정은 독일민법에 이론적 기초를 두고 있

- 
- 1) 이에 대하여는 金旭坤, 「解除의 效果에 관한 法理 小考」, 『損害賠償法の 諸問題』(誠軒黃迪仁博士華甲紀念論文集, 1990), 712쪽 이하; 梁彰洙, 「독일민법上 解除排除에 관한 規定의 沿革」, 『裁判資料』, 제24집(1984.12), 113쪽 이하; Boyer, Recherches historiques sur la resolution des contrats, thèse, Toulouse, 1924, p.53 et ss.; Harst, Rücktritt und Schadensersatz, Diss. Bonn, 1984, S. 89ff.; Landfermann, Die Auflösung des Vertrages nach richterlichem Ermessen als Rechtsfolge der Nichterfüllung im französischen Recht, Frankfurt/Berlin, 1968, S. 10ff.; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen, 1975, S. 24ff.; Scherner, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Wiesbaden, 1965, S. 1ff.
  - 2) 근대적인 해제제도가 발전해 오는 과정에서 계약을 해소시킬 수 있는 법적 근거로 원용된 로마법상의 제도로는 채무불이행을 이유로 하는 失權約款 이외에도 暴利行爲(Laesio enormis), 事情變更의 原則(clausula rebus sic stantibus)이 있다(Scherner, a.a.O., S. 3).
  - 3) 『民法案審議錄』 上卷, 316~317쪽.

는 우리 민법의 입법과 해석에 많은 시사점을 준다.

다음에서는 민법상 해제제도가 발달되어 온 법사적 과정에 초점을 맞추어 로마법, 중세법, 근세자연법론 그리고 19세기의 판덤펜법학에 있어서 해제제도의 발전과정을 살펴보고, 이를 바탕으로 우리 민법상의 해제제도의 제도적 취지에 대하여 고찰하여 보고자 한다.

## II. 로마법

### 1. 서

로마법은 계약체결 방식(Formular)을 중요시하여 계약의 구속력을 엄격하게 인정하였으므로 일단 유효하게 성립된 계약에 대하여는 원칙적으로 해제를 인정하지 않았다.<sup>4)</sup> 그러나 고전시대 후기(die spätklassische Zeit)에 이르러 매매계약이 성립되었지만 매수인이 일정기간 내에 대금을 지급하지 않으면 계약이 실효되는 失權約款(*lex commissoria*)이 特約에 의하여 계약에 부가되는 관행이 생겼다. 이 약관은 오늘날 해제제도를 설명함에 있어서 중요한 의미가 있다.<sup>5)</sup> 왜냐하면 실권약관은 법정해제에 관한 이론구성에 결정적 역할을 하였던 중세법상의 解消條項의 전형이 되었기 때문이다.<sup>6)</sup> 그러므로 다음에서는 해제제도의 정

4) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II, 9 Aufl. 1906, §321 IV 9/10.

5) Harst, a.a.O., S. 89.

6) *Lex commissoria*를 오늘날의 법정해제 제도의 기원으로 볼 수 있는지에 대하여는 논쟁이 있다. 실권약관은 중세에 들어서서 매매계약뿐만 아니라 다른 쌍무계약에서도 일반화 되었고, 또한 반대의 특약이 없으면 실권약관은 당연히 존재하였으므로 법정해제의 기원이라는 견해가 있다(Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2 éd., 1952, n° 420). 이에 반하여 실권약관은 중세에 일관해 온 약관이 아니므로 오늘날의 법정해제 제도의 기원이 아니라는 반대견해가 있다(Mazeaud, *Leçon de droit civil*, t. II, 8 éd., 1991, n° 1088) (金旭坤, 앞의 논문, 714쪽 재인용).

확한 이해를 위하여 로마법상의 실권약관에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 실권약관의 개념 및 기능

법적 의미에 있어서 실권약관의 특약은 Sabinus에서 처음으로 나타나는데,<sup>7)</sup> 이 法源은 매도인이 기간과 계약금의 약정을 부가한 契約金去來(Arrahgeschäfte)에 관한 것이다.<sup>8)</sup> 여기서 실권약관의 기초가 되는 *committere*라는 단어는 ‘소유자에게 돌아가다’(verfallen)라는 의미로서,<sup>9)</sup> 매수인이 약정기간 내에 매매대금을 지급하지 않는 경우 매도인이 계약을 해제하겠다는 의사를 표시하면<sup>10)</sup> 실권약관이 성립되었다. 고전시대 후기에 들어와서는 실권약관이 유효하기 위하여 일정한 방식이 필요하였으며, 이러한 특약은 일정기간 내에 물건을 高價로 사고자 하는 매수인을 만난 경우 매도인이 물건의 양도를 유보할 수 있는 留保賣買의 約款(*in diem addictio*)과 함께 매도인의 이익에 기여하였다.<sup>11)</sup> 왜냐하면 실권약관의 특약이 없는 경우 매수인이 매매대금의 지급을 지체하면 매매계약은 파기되지 않고 손해배상청구권만 발생하였기 때문이다.<sup>12)</sup> 그러나 실권약관은

7) Sab-Paul. D. 41, 4, 2, 3 ; Pomp. D. 18, 3, 2 : “*si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*” (매매는 매매대금의 불이행에 의해서가 아니라 그 불이행에 대해서 표시된 해제에 의하여 소멸한다). Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Paderborn u.a., 1990, S. 155 ; Peters, Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts, Köln, 1973, S. 68 ; Wieacker, Lex commissoria, Berlin, 1932, S. 19.

8) Levy, “Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs”, Symbolae Friburgenses in Honorem Ottonis Lenel, Leipzig, 1933, S. 139f. ; Wieacker, a.a.O., S. 79ff.

9) *Committere*라는 단어의 의미에 대한 다양한 解釋論에 대하여는 Peters, a.a.O., S. 50f.

10) 이러한 두 번째의 구성요건은 *committere*라는 단어 속에는 포함되어 있지 않지만 당시의 법률가들이 이를 발전시켰다. 이에 대한 典據로는 Ulp. D. 18, 3, 3 ; Pomp. D. 18, 3, 2.

11) 이에 대하여 매수인이 자신의 이익을 위해서 물건이 마음에 들지 않을 경우 일정기간 내에 매매계약을 해제할 수 있는 試味賣買의 約款(*pactum displicentiae*)이 있다. 이에 대한 典據로는 Paul. D. 41, 4, 2, 5 ; Ulp. D. 18, 1, 3.

12) Flume, a.a.O., S. 155 ; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, Berlin u.a., 1987, §117 b (S. 320)

유보매매의 약관과 같이 매매와 동시에 행하여진 合意의 附隨約款(*paetum adiectum*)이 아니라 매도인이 일방적으로 부가한 約款(*lex dicta*)이었으며,<sup>13)</sup> 매도인의 일방적 의사표시에 의하여 그 효력이 발생하였다. 따라서 실권약관이 부가된 매매에 있어서는 일정기간 내에 매매대금이 지급되지 않으면 매수인의 過失 유무와 관계없이 계약은 실효되고,<sup>14)</sup> 매도인은 매수인에게 목적물을 인도할 필요가 없었다. 다만 목적물이 이미 인도된 경우 매도인은 매수인의 다른 채권자들과 경합하지 않고 그 목적물을 반환 받을 수 있었다.

### 3. 실권약관의 행사

#### (1) 매도인의 최고

로마법에서는 이행지체로 인한 계약해제의 경우에 매도인의 催告가 요구되는지의 여부에 대하여 논쟁이 있었다. 즉 매도인이 실권약관상의 권리를 행사하고자 하는 경우 매매대금의 지급을 최고하여야 하는지 아니면 계약의 해소를 회피하고자 하는 매수인이 스스로 자신의 급부인 매매대금을 이행하여야 하는지가 문제되었다. 이에 대하여 Ulpianus는 매매대금 지급의 최고는 필요하지 않다고 답변하였다.<sup>15)</sup> 이에 반하여 Marcellus는 매도인이 매수인에게 매매대금 지급을 청구하였으나 매수인이 이를 거절한 경우에만 매도인은 계약을 해제할 수 있다는 의견이었다.<sup>16)</sup> 그러나 Ulpianus의 견해가 더 합리적인 것으로 보인다. 왜냐하면 매매대금 지급이 확정기한으로 합의된 경우에는 최고가 필요

; Kaser, *Das römische Privatrecht*, Abs. I, München, 1971, §119 II (S. 515); Peters, a.a.O., S. 52.

13) Levy, a.a.O., S. 109.; Wieacker, a.a.O., S. 20.

14) 로마법은 쌍무적 급부교환계약에 채무불이행이 발생한 경우 계약의 해소뿐만 아니라 손해 배상청구권도 인정하였다(Harst, a.a.O., S. 147.; Leser, a.a.O., S. 17).

15) Ulp. D. 18, 3, 4, 4.

16) Beseler, "Romantische Studien", SZ (RA) 54 (1934), S. 11.

없으며, 만일 최고가 필요하다고 하면 매도인에게 유보된 해제권이라는 결정적 권한이 이러한 요건에 의하여 약화되기 때문이다.<sup>17)</sup> 또한 최고가 필요하다고 하면 매도인은 매수인에게 어떠한 시점에 최고를 하여야 하는지의 문제가 생긴다. 왜냐하면 매도인이 매수인에게 변제기 이전에 한 매매대금 지급의 최고는 의미가 없으며, 변제기 이후에 한 최고는 해제권의 포기로서 해석될 수 있기 때문이다.<sup>18)</sup> 그러므로 로마법에서 이행지체를 이유로 하는 실권약관의 행사는 매도인의 최고가 필요하지 않았던 것으로 보인다.<sup>19)</sup>

## (2) 매수인의 귀책사유

실권약관 행사의 요건으로서 이행지체는 매수인이 변제기가 도래한 만기의 채무를 지체한 것이다.<sup>20)</sup> 이 경우에 매수인이 실권약관상의 이행지체에 관하여 책임있는 사유가 있어야만 하는지의 여부가 문제된다. 이에 대하여 Pomponius가 전하는 실권약관의 전형적인 사례<sup>21)</sup>에서는 매매대금의 이행지체에 대하여 매수인의 책임있는 사유가 있어야 한다고 규정하고 있지 않으며, 또한 당시의 법률가들도 실권약관의 행사에 매수인의 책임있는 사유가 필요하지 않다고 해석하였다.<sup>22)</sup> 그러므로 매도인은 실권약관의 행사를 통하여 계약상의 신뢰를 상실한 매수인과의 계약으로부터 신속하고 확실하게 벗어날 수 있었다.<sup>23)</sup>

17) Peters, a.a.O., S. 73.

18) Scaevola. D. 18, 3, 6, 2.

19) Peters, a.a.O., S. 72.; Wieacker, a.a.O., S. 35f.

20) Kaser, a.a.O., §119 II (S. 515).

21) Pomponius. D. 18, 3, 2.

22) Scaevola. D. 18, 3, 6, 2.

23) 이와 다른 견해로 Peters, a.a.O., S. 74f.; Siber, "Interpellatio und Mora", SZ (RA) 29 (1908), S. 101f.는 D. 19, 1, 51, 1; D. 18, 3, 6 pr의 典據를 근거로 당시에도 채무자의 귀책사유가 필요하였다고 주장한다.

### (3) 매도인의 수령지체

로마법에서는 매도인이 受領遲滯에 빠진 경우 매수인이 매도인에 대하여 해제권을 행사할 수 있는가의 여부가 문제되었다.<sup>24)</sup> 즉 매수인이 매도인에게 매매대금을 제공하였으나 매도인이 수령지체에 빠졌고, 그리하여 다음날 매수인이 매도인에게 매매대금의 지급을 위하여 급부를 國庫(*fiscus*)에 귀속시킨 경우가 문제되었다. 이에 대하여 Scaevola는 매도인의 수령지체를 매수인의 이행지체와 달리 취급하여 매수인의 해제권은 인정되지 않는다고 답변하였다.<sup>25)</sup> 왜냐하면 Scaevola는 매도인은 급부를 수령할 의무가 없으므로 수령지체에 대한 책임을 부담하지 않는다고 보았기 때문이다.<sup>26)</sup> 한편 매도인의 수령지체가 해제권을 영구적으로 배제하는지 아니면 잠정적으로 중단시키는 것인가에 대한 질문에 대하여, Scaevola는 해제권은 영구적으로 배제된다고 답변하였다. 그러나 이러한 Scaevola의 판단은 사안의 특별한 성격에 비추어 해제권의 최종적 소멸이라고 해석할 수 없다. 왜냐하면 매도인의 매수인에 대한 대금지급청구권은 수령지체 사유의 소멸 이후에는 당연히 그 효력을 다시 가지기 때문이다. 결국 매도인의 수령지체는 매수인에게 해제권의 잠정적인 중단 효력만 가졌던 것으로 판단된다.<sup>27)</sup>

### (4) 매도인의 선택권

실권약관의 행사와 관련하여 매도인은 계약을 계속 유지할 것인지 아니면 종료시킬 것인지를 선택할 자유가 있으며, 이러한 선택은 신속하게 결정하여야

24) Scaevola. D. 18, 3, 8.

25) 위와 같은 견해로는 Beseler, a.a.O., 11f.; Wieacker, a.a.O., 10, S. 82. 그러나 Levy, a.a.O., S. 118은 Paul. D. 49, 14, 21의 典據를 근거로 다른 견해를 제시한다.

26) Kaser, a.a.O., §119 III 1 (S. 517).

27) Labeo/fav. D. 19, 1, 51, 1.



하였다. 그리고 매도인은 자신의 결정에 구속되었다.<sup>28)</sup> 그러므로 매도인의 명백한 의사표시가 결여된 사례에서는 매도인이 계약을 계속적으로 유지할 의사를 가진 것으로 추정하였다. 이게 대하여 매도인의 推斷的 行爲, 즉 일부지급의 거절, 대금의 요구 등은 해제권의 상실사유로 인정되었다.

### Ⅲ. 중세법

#### 1. 서

중세의 法律家(Legisten)와 教會法學者(Kanonisten)에게 있어서 해제문제는 학문적인 근본문제이었으며, 계약해제는 해제의 형식적·방법적 의미뿐만 아니라 윤리적·도덕적 의미도 논의되었다.<sup>29)</sup> 그러나 중세의 법률가들은 계약의 종류를 형식적으로 구분했던 로마법의 계약이론을 계승함으로써 해제에 관한 일반이론을 정립하지 못하였다. 다만 상거래상의 필요에 따라 실권약관이 매매계약뿐만 아니라 다른 쌍무계약에도 일반적으로 인정되었지만 이는 계약관계의 청산을 위한 개별적인 제도에 머물렀다.<sup>30)</sup> 이에 반하여 교회법학자들은 쌍무계약에 있어서 당사자 일방의 급부이행을 상대방의 계약의무에 대한 조건으로 이해하여 계약해제를 상대방과의 약속을 이행하지 않은 유책당사자에 대한 제재로 이해하였다.<sup>31)</sup> 이러한 중세의 법이론은 근세의 해제제도의 성립에 많은 영향을 미쳤으므로 다음에서는 이에 대하여 살펴보기로 한다.

28) Scaevola. D. 18, 3, 6, 2.

29) Scherner, a.a.O., S. 9.

30) Leser, a.a.O., S. 4.

31) Landfermann, a.a.O., S. 13.

## 2. 주석학과와 후기주석학과에 있어서 해제이론

중세의 註釋學派와 後期註釋學派는 계약을 訴權이 허용되는 有名契約(*contractus nominatus*)과 訴權이 허용되지 않는 無名契約(*contractus innominatus*)으로 형식적으로 구분했던 로마법(*Corpus juris civilis*)의 계약이론을 계승함으로써 해제에 관한 통일적인 일반이론을 세우지 못하였다. 즉 로마법에서 유명계약은 계약의 합의 속에 계약당사자 상호간의 구속력에 대한 요소가 존재하고, 또한 계약에 근거한 訴權이 인정되었기 때문에 계약의 불이행을 이유로 하는 해제는 인정되지 않았다.<sup>32)</sup> 이에 반하여 무명계약에서는 단지 前加文에 의한 訴權(*actio praescriptis verbis*)만이 계약체결 원인의 실행수단으로 인정되었고, 또한 합의와 계약은 계약당사자 상호간에 구속력을 가지지 않는다고 보았다. 그리고 무명계약상의 目的不到達에 의한 不當利得返還請求(*condictio causa data causa non secuta*)는 합의의 불이행에 대한 制裁(Sanktion)로서의 의미를 가졌기 때문에 계약의 불이행을 이유로 하는 해제와 그 기능이 유사하였다. 그러나 이는 무명계약의 범위를 넘어서 인정되지 못하였으며, 또한 부당이득을 제재하기 위한 것이었으므로 해제제도와는 구분되었다.<sup>33)</sup>

주석학과와 후기주석학과에 있어서 해제이론에 대한 논의는 동일한 사안에 대하여 履行의 訴와 返還의 訴가 동시에 인정되는 사례에서 시작되었다.<sup>34)</sup> 중세법에서 訴權이 인정되는 束縛契約(*vestmentum*)으로는 로마법에서 계수한 4종류의 계약과 계수 이후에 발전한 3종류의 계약을 합쳐 7종류<sup>35)</sup>로 제한되었고, 그 중 諾成契約(*contractus consensu*)이 해제권의 발전에 가장 큰 의미를 가졌다. 왜냐하면 낙성계약은 계약체결에 당사자의 선이행의무 및 일정한 체결방식을 필

32) v. Savigny, *Obligationenrecht* II, §§ 72~77 ; Windscheid, *Pandekten* II, §321, Anm. 10.

33) Leser, a.a.O., S. 3.

34) Scherner, a.a.O., S. 11.

35) 중세독일법에 있어서 束縛契約(*vestmentum*)으로는 要物契約(*contractus re*), 言語契約(*contractus verbis*), 文書契約(*contractus litteris*), 諾成契約(*contractus consensu*), 契約에 의한 結合(*cohaerentia contractus*), 物件의 先履行(*interventu rei*), 法律의 助力을 받는 契約(*legis auxilio*)이 있었다.

요로 하지 않을 뿐만 아니라, 계약의 특성상 牽連性(*synallagma*)을 내포하는 전형적인 급부교환계약이었기 때문이다. 그러나 중세의 법률가들은 ‘해제권능이 존재하는 諾成契約’에 채무불이행이 발생한 경우 일반적인 해제이론을 적용하는 것을 부인하였다. 그 이유는, 첫째로 매매대금의 불이행을 이유로 하여 소송을 제기하는 경우 단지 매매대금 이행의 소만이 가능하고 매매목적물 반환의 소는 제기할 수 없었기 때문이다.<sup>36)</sup> 둘째로 매매대금의 불이행을 이유로 하여 매매목적물 반환의 소가 제기되면 이는 목적불도달에 의한 부당이득반환청구권이라는 고유한 제도와 저촉되며, 셋째로 당시에 발전된 法的原因論(*die Causa Lehre*)<sup>37)</sup>의 적용에 기인한다. 법적인원론에 따르 유명계약에 존재하는 법적인원(*causa*)은 상대방의 급부에 있지 않고 계약상의 합의와 체결방식에 있다고 보았다. 그러므로 계약의 법적인원을 고려하지 않고 매매목적물의 반환을 인정하게 되면 이는 계약해제와 같은 의미를 가지게 되어 당시의 계약이론과 부합하지 않는 결과를 낳았다.<sup>38)</sup> 그리하여 주식학과 이래 중세 후기에 이르기까지 쌍무계약과 법적인원론에 의한 일정한 법원칙의 설정과 事案에 대한 공평한 개별적 평가의 기초를 세우기 위하여 계약해제에 관한 학문적 논의는 계속되었다.<sup>39)</sup>

### 3. 교회법에 있어서 해제이론

교회법학자들은 계약의 유형에 관한 로마법적 기초를 수용하였다. 그러나 교회법학자들은 쌍무계약에 관한 중세법의 견해를 벗어나기 위하여 노력하였

36) 그 典據로는 C. 3, 32, 12; C. 4, 38, 8; C. 4, 44, 14; C. 4, 49, 6; C. 4, 54, 6.

37) 法的原因(*causa*)의 개념은 로마법의 口頭契約(*stipulatio*)에서는 先履行의 債務負擔을, 무명계약에서는 일방당사자의 先履行을 가리킨다.

38) Söllner, “Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten”, SZ (RA) 78 (1960), S. 213.

39) Scherner, a.a.O., S. 17.

는데,<sup>40)</sup> 그러한 노력은 單純合意(*pacta nuda*)와 束縛合意(*pacta vestita*)의 구분 및 무명계약과 유명계약의 대상에 대한 불구분에서 볼 수 있다. 즉 교회법학자들은 “單純合意에 의하여 債務는 성립하지 않는다”(ex nudo pacto obligatio non oritur)는 로마법원칙 대신에 “單純合意로 債務가 성립한다”(solus consensus obligat)는 법원칙을 세우고, 무명계약에도 유명계약과 같이 訴權을 인정하였다. 이를 통하여 교회법학자들은 계약법의 통일을 위한 근간을 마련하였다.<sup>41)</sup>

그러나 교회법학자들은 해제에 관한 일반이론을 정립하는 데 관심을 가지기 보다 계약의 법적 결정을 도덕적 원칙에 비추어 재검토하는 것과,<sup>42)</sup> 법률생활에 관여한 계약당사자의 의사의 탐구에 두었다.<sup>43)</sup> 특히 계약당사자의 의사는 계약내용을 형성하며, 쌍무계약에 있어서 일방당사자에 의한 급부의 이행은 상대방의 계약의무에 대한 조건으로 이해하였다. 따라서 계약의무 위반은 계약당사자의 의사(Parteiwille)와는 일치하지 않지만 債務負擔意思(Verpflichtungswille)를 위반한 것이 아니며, 또한 이러한 계약의무의 위반행위를 객관적인 불법(objektives Unrecht)으로 보지 않았다. 특히 이러한 사고는 12세기에 들어와서 구체화된 “계약상의 신뢰를 파기한 당사자에 대해서는 계약상의 신뢰는 파기되어야 한다”(Fidem frangenti fides frangatur eidem)는 원칙과 일치한다.<sup>44)</sup> 이는 교회법학의 한 학파인 Huguccio학파의 견해이며, 이 견해는 계약당사자의 일방이 급부를 이행하지 않았거나 또는 기타의 부수적 계약의무를 위반한 경우에 다른 당사자는 급부를 이행할 필요가 없다는 이론을 바탕으로 한다.<sup>45)</sup> Huguccio학파 이래 계약의무의 불이행을 이유로 하는 계약해제(rescessio)는 쌍무계약상의 급부의 무가 默示的 條件(condicio subintellecta)을 바탕으로 하여 성립된다는 이론을 근거

40) Landfermann, a.a.O., S. 12.

41) Boyer, op. cit., p.216.

42) Landfermann, a.a.O., S. 12 ; Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, Nördlingen, 1881, S. 45f. : 教會法에서 약속의 파기는 거짓말이며, 죄로 간주하였다.

43) Scherner, a.a.O., S. 9.

44) Boyer, op. cit., pp.223.

45) Boyer, op. cit., p.232 ; Coing, Europäisches Privatrecht, Abs. 1, München, 1987, S. 443.

로 하여 정당화 되었다.

교회법학자들은 쌍무계약의 경우에 채무자가 급부를 이행하지 않으면 채권자에게 해제할 수 있는 권리를 인정하였다.<sup>46)</sup> 그 이유는 중세법에 있어서 제기된 默示條件(*conditio tacita*) 이론의 확대적용이다. 교회법에 따르면 쌍무계약상의 모든 채무는 단지 계약의 내용을 이루는 默示條件에 근거하여서만 반대급부의 이행을 하지 않아도 되었다. 왜냐하면 교회법상 약속은 자신의 계약상대방뿐만 아니라 신과의 약속이므로 계약당사자는 묵시적 합의에 의하여만 약속으로부터 벗어날 수 있었기 때문이다.<sup>47)</sup> 그러나 교회법학자들은 默示條件에 의한 해제권을 이행거절의 경우에만 한정하여 인정하였다. 그 이유는 교회법학자들이 해제권의 인정을 통하여 계약구조의 변경을 생각한 것이 아니라 오히려 유명계약에서 이미 이행된 급부의 반환만을 금지하는 것이라고 보았기 때문이다.<sup>48)</sup>

다른 한편 교회법학자들은 이행의무의 해소는 법원의 판결에 따르게 함으로써 로마법상의 訴權制度에서 오는 어려움을 해결하였다. 즉 교회법학자들은 계약해제를 자신의 宣誓나 約束을 이행하지 않는 책임있는 당사자에 대한 제재로 이해하여<sup>49)</sup> 불이행을 이유로 하는 계약해제는 법원의 판결에 따르게 하였다. 그리고 이러한 원칙을 모든 급부교환계약에 인정함으로써 해제는 점차 계약법의 일반원칙으로 받아들여졌다. 이와 같이 교회법에서 계약해제에 관한 이론은, 한편으로 계약당사자의 推定的 意思를 근거로 하여, 다른 한편으로 약속위반에 대한 법원의 계약벌의 모습으로 발전하였다.<sup>50)</sup>

46) Coing, a.a.O., S. 443.

47) Boyer, op. cit., pp.263.

48) Scherner, a.a.O., S. 42.

49) Mazeaud, op. cit., n<sup>o</sup> 1088 (金旭坤, 앞의 논문, 715쪽).

50) Landfermann, a.a.O., S. 13.

#### 4. 중세법상 계약해제의 발현모습

##### (1) 무명계약에 있어서의 해제

무명계약 속에는 급부가 “*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*”의 전형<sup>51)</sup>에 따라 상호의존적인 相因性을 가진 쌍무적 계약이 포함된다. 이러한 급부방식은 일방의 급부가 반대급부의 성립에 대한 목적으로 간주되므로 당사자 일방이 자신의 급부를 이행하지 않으면 상대방은 이미 이행한 급부를 목적도달에 의한 부당이득으로 반환 청구할 수 있다. 그러나 목적도달에 의한 부당이득반환청구는 급부의 수령자가 급부를 이행하지 않기 때문이 아니라 급부를 이행한 자가 더 이상 계약에 구속되지 아니하고자 하는 무명계약상의 해제와의 관계가 문제되었다. 그 이유는 무명계약에서 당사자 일방이 반대급부의 불이행을 이유로 자신의 급부를 반환 청구하는 것은 진정한 해제, 즉 구속력 있는 계약으로부터의 해방이라는 권능의 행사라고 말할 수 없었기 때문이다. 당시의 교회법학자들은 이러한 권능을 목적부도달에 의한 부당이득반환청구를 수단으로 하여 관철되는 先履行者의 解約權(*ius poenitentiae*)의 적용 예<sup>52)</sup>로 본 데에 기인한다. 그러므로 무명계약에서는 아직 급부를 이행하지 않은 자에 대하여 前加文에 의한 訴權만 인정되었고, 그러한 계약은 불이행의 당사자에게 직접적인 구속력을 가지지는 않았다.

그럼에도 불구하고 중세의 법률가들은 목적도달에 의한 부당이득반환청구를 두 가지의 이유 때문에 계약해제권의 행사로 인정하였다.<sup>53)</sup> 하나는 무명계약도 계약의 한 종류로서 무명계약상의 급부의 이행도 계약에 의한 급부의 이행이 된다. 그러므로 이미 이행된 급부는 목적도달에 의한 부당이득으로 다시

51) D. 19, 5, 5, pr: “나는 당신이 주기 위하여 주며, 나는 당신이 하기 위하여 주며, 나는 당신이 주기 위하여 하며, 나는 당신이 하기 위하여 한다”.

52) “*Fides non servanda est ei qui frangit fidem*”

53) Scherner, a.a.O., S. 22.

반환 청구할 수 있다. 그러나 상대방이 아직 이행하지 않은 급부는 계약상 합의된 원래의 목적과 완전히 대립되므로 결국 중세법상의 무명계약은 해제에 대한 實際的 拘束力(Bindungswirkung)을 가진 결과가 된다. 다른 하나의 근거는 목적도달에 의한 부당이득반환청구가 해제권의 행사라는 견해와 달리 訴權이 없음에도 불구하고 당사자의 단순한 恣意에 의하여 반환청구권이 발생한다는 解約에 의한 不當利得返還請求(*condictio ex poenitentia*)로 보는 견해이다.<sup>54)</sup> 이 견해에 따르면 解約<sup>55)</sup>은 상대방의 계약위반 행위가 있을 때 계약의 운명에 대한 소급효를 지향하는 意思表示(Willensakt)로서 계약의 효과가 발생하기 위해서는 계약의 의사가 표시되어야 한다. 그러나 계약은 계약권자의 급부의무를 소멸시키는 데 있으므로 단지 양당사자 중의 일방이 아직 급부하지 않은 경우에만 적절하다. 이와 반대로 중세법에 있어서 이미 이행된 급부의 반환에 대하여는 목적도달에 의한 부당이득반환청구가 허용되었다. 그러므로 무명계약에 있어서 상대방의 불이행을 이유로 하는 계약론은 쌍무계약의 일정한 범주에 있어서는 유효한 해제권을 완전히 수용한 모습이었다.<sup>56)</sup> 또한 이는 계약을 체결한 일정한 방식이 해제권의 발생을 지지하지 않는 한 쌍무적 유명계약의 범주에 속하지 않는 모든 쌍무적 계약에 대하여도 효력이 있었다.<sup>57)</sup> 그러나 교회법학자들에 의하여 주장된 이러한 논리는 계약해제에 관한 일반이론으로 발전되지 못하였고, 계약해제에 관한 도그마적 논의는 근세자연법론에 이르러 다시 계속되었다.<sup>58)</sup>

54) Scherner, a.a.O.

55) poenitentia의 로마법상의 典據에 대하여는 Kaser, a.a.O., §139 Anm. 42f. 중세독일법에 대하여는 Coing, a.a.O., S. 443.

56) Coing, a.a.O.

57) Scherner, a.a.O., S. 26.

58) Leser, a.a.O., S. 3.

## (2) 유명계약에 있어서의 해제금지

주석학과와 후기주석학과에 있어서 유명계약에 관한 해제의 일반이론은 성립되지 않았다.<sup>59)</sup> 그러나 이 시기에도 불이행을 이유로 계약을 해소할 수 있는 개별적이며, 직접적인 권능은 법률상 인정되었다. 즉 계약체결시 매수인이 매매목적물에 현저한 하자가 있음을 알지 못한 경우 매수인에게는 매매계약의 解除訴權(*actio redibitoria*)을 인정하였으며, 매매목적물이 제3자에 의하여 追奪(*emieren*)된 경우 매수인은 자신이 지급한 매매대금의 반환을 청구할 수 있었다. 그러나 유명계약의 해제금지는 독일에 로마법이 계수된 이후(*usus modernus*)까지 계속되었으며,<sup>60)</sup> 특히 법정해제의 부인에 대한 분명한 태도는 매도인이 매매대금의 불이행을 이유로 계약을 해제할 수 있는 특약인 매매계약상의 실권약관의 강조에서 찾아 볼 수 있다.<sup>61)</sup> 이와 같이 해제금지의 원칙에 따른 해제권의 부정은 중세 후기의 地方特別法(*Partikularrecht*)에서도 유지되었으며, 이는 특별히 이행지체만을 이유로 하는 일반적 해제권으로 존재하지 않고 원칙적으로 채무불이행의 모든 결과를 포함한 모습을 띠었다.

## IV. 근세자연법론에서의 해제

### 1. 서

근세자연법론은 중세법의 주석학과와 후기주석학과의 해제이론을 계수하였다. 특히 유명계약과 무명계약에 있어서 소송이 가능한 계약의 종류도 계수하

59) Boyer, op. cit., pp.299; Scherner, a.a.O., S. 16; Windscheid, Pandekten II, §321 Anm. 9 und 10. 이에 대한 典據로는 C. 3, 32, 12; C. 4, 44, 14; C. 4, 49, 6; C. 4, 54, 6.

60) Coing, a.a.O., S. 443.

61) Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht, Bd. I, Leipzig, 1902, S. 304ff.



였다. 그러나 중세법의 해제이론은 17, 8세기가 경과하면서 부분적으로 결정적인 변동을 경험한다. 이러한 변동의 동기는 Grotius와 Pufendorf에 의하여 주장된 이성적 방향에 있어서 理性法的 自然法(das rationalistische Naturrecht) 또는 소위 近世自然法論의 이상에 근거한다. 즉 근세자연법론에서는 약속을 상대방에 대한 條件關係로서의 自己拘束行爲로 보았으므로 해제를 엄격히 금지하였던 중세법의 원칙을 극복하고 점차로 해제금지를 완화하였다. 이러한 근세자연법론의 사상은 당시의 중앙집권적 국가권력과 함께 국가의 포괄적 입법을 위한 기본적인 지침이 되었다.<sup>62)</sup> 특히 근세자연법론은 18세기의 개별적 법전편찬에 있어서 서로 다른 영향을 미쳤으므로,<sup>63)</sup> 다음에서는 오늘날의 해제제도 형성에 중요한 의미를 가지는 근세자연법론의 해제이론 및 개개의 법전에 있어서 근세자연법론이 해제제도에 수용된 과정에 대하여 살펴보기로 한다.

## 2. 근세자연법론의 해제이론

근세자연법론을 대표하는 Grotius와 Pufendorf는 계약당사자 일방이 급부를 불이행하고, 이에 상응하는 계약상의 默示的 條件이 인정되는 사례에 대하여 계약해제를 인정하였다.<sup>64)</sup>

62) Wesenberger, Neue deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, Lohr, 1954, S. 135.

63) 1811년의 오스트리아민법전 제919조는 “당사자 일방에 의한 계약의 불이행은 상대방에게 그 이행과 손해배상청구권만 부여하며, 계약해제권은 부여하지 않는다”고 규정함으로써 중세 독일법에서 계수한 이행강제의 원칙을 고수하였다. 그러나 오스트리아의 학설과 판례는 해제금지의 원칙에 대한 예외를 통하여 위의 규정을 유명무실하게 하였다. 그리하여 1916년의 제3차 부분개정에서는 제919조를 삭제하고, 독일민법(제326조), 스위스채무법(제107조)과 비슷하게 쌍무계약상의 급부가 지체된 경우에 상대방은 해제권을 가진다고 규정하였다(제918조 내지 제921조). 그러므로 이 글에서는 근세자연법론의 영향을 받은 법전에 대한 설명에서 제외하기로 한다.

64) Coing, a.a.O., S. 444.

먼저 계약해제에 관한 Grotius(1583~1645)의 견해는 계약의 개별적 요점 및 당사자 사이의 쌍무적 급부는 상호 조건관계에 있으며, 계약당사자 일방의 급부의무는 상대방의 이행에 의존한다고 하는 約束論(Lehre von Versprechen)에서 출발한다.<sup>65)</sup> Grotius의 견해에 의하면 계약상의 권리와 의무는 양당사자의 동질성을 전제로 하여 결정되며, 특히 쌍무계약의 양당사자가 가지는 급부의무는 계약의 본질로부터 나오는 당연한 상호의존적 相因性에 근거하고 조건관계의 형성은 계약체결에 있다고 한다. 따라서 중세의 교회법에서 논의되어 온 로마법학자들의 法的原因論은 근세자연법론에서는 계약의 條件構造論(Conditio-Konstruktion)으로 대체된다. 이러한 이론구성은 계약의 양당사자가 책임없는 사유로 자신의 급부를 이행할 수 없게 된 경우에 문제되는 危險負擔과 구분지운다.<sup>66)</sup> 또한 이는 아직 해제권이라고는 할 수 없지만 이를 통하여 중세법의 엄격한 해제금지는 어느 정도 완화되었다.<sup>67)</sup>

이에 대하여 계약해제에 관한 Pufendorf(1707~1785)의 견해는 쌍무계약에 계약해제를 인정하기 위해서는 양채무 사이에 상호의존적 相因性의 조건이 있어야 하며, 다른 한편 계약상의 채무는 계약상대방의 불성실함을 이유로 하여 완전히 파기되지 않고 선이행의 급부의무가 있거나 또는 그 급부를 다른 것과 함께 이행하여야 하는 자가 이를 이행하지 않는 경우에 파기된다고 한다.<sup>68)</sup> Pufendorf의 견해에 따르면 계약을 신뢰한 당사자가 법률상의 계약해소에 대하여 위와 같은 요건 이외에도 계약해제의 의사가 필요한가에 대하여 명확하게 표현하지는 않았지만 계약을 신뢰한 당사자에게 계약을 유지할 수 있는 길을 열어 놓았다.<sup>69)</sup> 그러나 계약의 청산에 있어서 계약을 신뢰한 당사자의 반환청구는 배제되며, 계약을 파기한 자도 이미 그가 부분적으로 급부를 이행한 경우 그 급부를 반환 청구할 수 없다고 하였다.<sup>70)</sup>

65) Grotius, De jure belli ac pacis, libri tres, Lugduni Batavorum, 1939, 3. 19. 14.

66) 그러나 Grotius는 매매에서의 危險負擔을 給付移轉과 연결지었다(Grotius, a.a.O., 2. 12. 15).

67) Leser, a.a.O., S. 5.

68) Pufendorf, De jure naturae et gentium, libri octo, Francofurti et Lipsiae, 1744, 5. 11. 9.

69) Pufendorf, a.a.O.

한편 Wolff(1679~1754)는 Grotius의 이론을 수용하여 주석학파의 “do ut des” 원칙 이래로 최초의 쌍무계약의 자명한 정의인 “*praestationes mutuae*” 또는 “*contractus bilateralis aequalis*”를 사용하였다. 이는 계약당사자 일방이 급부하였기 때문에 상대방도 급부하여야 한다<sup>71)</sup>는 의미로서 양자 사이에는 조건관계가 존재한다. 그러나 Wolff는 해제권은 단지 “해제를 원하지 않는다”는 전제조건이 없는 경우에 발생한 우체적 불이행의 사례에 대하여만 효력이 있다고 보았다. 그러므로 그는 해제권자가 이미 이행한 급부에 대한 반환문제에 대하여는 Pufendorf와 견해를 달리한다. 우선 당사자 일방이 고유한 급부부분을 이행하였으면 상대방에게 동일한 급부의 반환 또는 배상을 청구할 수 있다. 왜냐하면 이는 계약을 신뢰한 당사자 일방이 이미 상대방에게 부담하는 조건의 한 부분을 이행하였기 때문이다.<sup>72)</sup> 그러나 이미 전체급부를 이행하였다면 목적물에 대한 반환청구는 배제되며, 단지 계약을 신뢰한 당사자 일방은 상대방에게 전체급부를 반환청구가 아닌 이미 부기된 실권약관의 실행을 통하여 반환 받을 수 있다.<sup>73)</sup> 한편 계약을 파기한 자는 상대방이 해제권을 행사하면 자신이 이미 이행한 급부를 반환 청구할 수 없다고 하였다.<sup>74)</sup> 이와 같이 Wolff는 계약의 파기와 이미 이행한 급부의 반환관계를 분리하여 파악하였다.

근세자연법에 있어서 Grotius와 그의 이론의 계승자들은 해제의 근거를 계약의 상호존성에 근거를 둔 계약 자체의 이론으로 발전시킨 것이 아니고 실권약관과 같은 해제조건의 모습으로 계약해제를 인정하였다.<sup>75)</sup>

70) Pufendorf, a.a.O.

71) Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertratatum*, Francofurti et Lipsiae, 1741, 3. §830.

72) Wolff, a.a.O.

73) Wolff, a.a.O., 4. §1060.

74) Wolff, a.a.O., 3. §830.

75) Leser, a.a.O., S. 6; Scherner, a.a.O., S. 102.

### 3. 근세자연법론 영향하의 입법례

#### (1) 프로이센일반판트법

중세 보통법에서 일관해 온 해제금지의 원칙을 극복하고 불이행을 근거로 하여 계약해제를 처음으로 인정한 것은 1794년의 프로이센일반판트법(das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten)이다. 근세자연법론의 해제이론을 수용한<sup>76)</sup> 프로이센의 소위 “공표되지 않은 제1초안”(der ungedruckte erste Entwurf)<sup>77)</sup> 제268조는 “당사자 일방이 계약을 파기하면 상대방은 동등하게 행 하든가 또는 계약의 이행을 강요할 선택권을 가진다”고 규정하였다.<sup>78)</sup> 여기서 “契約의 破棄”(Vertragsaufhebung)는 모든 가능한 계약파기를 가리키며, 해제는 명백하게 서면으로 표시하여야 하고(제275조), 해제 의 의사표시는 구속력을 가 졌다(제276조).<sup>79)</sup> 그러나 이러한 일반적인 해제권을 인정하면 계약관계의 “혼란, 권리의 남용, 소송”을 발생시킨다는 보통법학자들의 비판이 제기되었다.<sup>80)</sup> 이에 따라 프로이센의 “공표된 초안”(der gedruckte Entwurf)<sup>81)</sup> 제281조는 “계약 당사자 일방이 계약상 부여된 자신의 주된 의무가 모호하며 자세한 해명이 필요하다는 이유로 그 이행을 거절한 경우”에 계약을 해제할 수 있도록 하였다. 그러나 주된 의무위반 이외에 기타의 위반과 시간, 장소 또는 다른 부수적 약 관을 이유로 하는 분쟁과 같은 사례에 대하여는 해제를 인정하지 않았다.<sup>82)</sup> 이

76) Scherner, a.a.O., S. 126.

77) 위 초안은 Ernst Ferdinand Klein의 “Grundsätzen der natürlichen Rechtswissenschaft” (Halle, 1797)에 실려 있다.

78) Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, Bd. II, 2. Aufl. 1938, Berlin, S. 365.

79) Bornemann, a.a.O.

80) Scherner, a.a.O., S. 126.

81) 위의 정식명칭은 “프로이센법초안”(Entwurf eines Gesetzbuches für die preußischen Staaten, Berlin u. Leipzig, 1781~87)이다.

82) Bornemann, a.a.O., S. 367f.

와 같이 해제의 원인을 주된 의무위반에 한정된 것은 해제권을 일반적으로 인정하는 근세자연법론의 견해와 이를 일반적으로 인정하지 않는 보통법학자들의 견해의 타협의 산물이다.<sup>83)</sup>

프로이센일반판트법 제1편 제5장 제393조 이하에서는 원칙적으로 해제를 금지하고, 예외적으로 해제를 인정하는 법적 구성을 취하였다. 동법 제393조는 “계약당사자 일방이 급부의 이행을 거절하거나 또는 불완전하게 이행하여도 통상 다른 당사자는 이를 이유로 계약에서 벗어날 권리가 없다”고 규정하고, 제394조는 “채무자는 채판을 통하여 상대방에게 약속한 이행을 하고, 법률에 의하여 부담하는 배상만 하면 된다”고 규정하여 원칙적으로 중세 보통법상의 해제금지 원칙을 그대로 유지하였다. 그러나 계약의 내용이 명확하고, 계약당사자 일방이 급부를 불완전하게 이행하거나 또는 그것을 이행하지 않으므로 다른 당사자가 자신이 부담하는 급부의 이행을 거절한 경우 그러한 거절의 이유가 채판에 의하여 상당하지 않다고 확정되었을 때에는 이행을 청구한 자는 급부의 이행을 청구하고 그리고 이유없는 거절에 의하여 발생한 손해의 배상 청구로 만족하거나 또는 계약을 전체로서 해제하는 것을 선택할 수 있다고 규정하여(제396조, 397조 참조) 예외적으로 채권자에게 계약해제를 인정하였다. 그리고 해제의 효과로서 “이행을 청구한 자가 해제를 한 경우 법률상 근거없이 자신의 계약상의 의무의 이행을 거절한 자는 거절에 의하여 발생한 손해를 배상하고, 그리고 계약관계에 기하여 이미 수령한 물건의 반환시에 惡意占有者와 동일하게 모든 책임을 부담하여야 한다”고 규정하여(제398조) 계약해제와 손해배상의 병합을 인정하였다. 한편 채무자의 이행거절의 이유가 채권자의 불완전한 이행 또는 이행할 수 없는 것이 확정판결에 의하여 명확해진 경우 이행을 거절한 채무자의 권리는 확정되고, 채무자에게 계약에서 벗어날 권리가 부여된다고 규정하여 일정한 경우 채무자에게도 계약해제를 인정하였다(제399조 참조).

83) Scherner, a.a.O., S. 127f.

프로이센일반란트법에 있어서 해제권은 解約(*poenitentia*)의 단순한 의사표시로서 발생하지 않고, 상대방이 급부를 이행하지 않음을 이유로 자신의 급부이행을 거절한 자가 해제사유에 대하여 재판을 청구함으로써 발생한다. 그 결과 채권자가 勝訴하면 본래의 급부내용에 대한 이행청구와 해제 중에서 선택하여 행사할 수 있었고(제396조 참조), 敗訴하면 채무자에게 해제권이 부여되었다. 이와 같이 프로이센일반란트법에 있어서 해제권은 해제권을 행사할 수 있는 자가 법원의 판결에 의하여 확정되었을 때 행사할 수 있었다. 그리고 해제권자의 해제권 인정 여부는 전제적 또는 부분적으로 책임있는 또는 책임없는 한도 내에서 발생한 상대방의 불이행에 있으나, 상대방의 해제권 인정 여부는 그에게 발생한 급부장애에 의해서가 아니라 그에게 책임있는 급부장애로 인한 이행거절에 있었다. 그러므로 해제권자에게는 이미 이행한 급부의 반환청구와 불이행을 이유로 하는 손해배상 청구가 인정되었지만 해제권자의 상대방에 대하여는 공적 평화의 파괴자라고 하여 손해배상 청구가 인정되지 않았다(제398조, 401조 참조). 이와 같이 프로이센일반란트법은 채무자가 이행을 거절한 경우에 채권자에게 급부의 반환청구와 손해배상 청구를 동일한 청구권으로 인정하였다. 그러므로 양자의 병합은 이론적 모순이 없었으며, 오히려 해제에 의한 계약의 소멸을 채권자가 불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있는 요건으로 간주하여 해제에 채무자의 有責事由를 요구하지 않았다.<sup>84)</sup> 그리고 이미 이행한 급부에 대한 반환책임은 소유자에 대한 점유자의 목적물 반환책임을 준용하였다.<sup>85)</sup>

84) Harst, a.a.O., S. 127.

85) 해제의 원인이 재판에 의하여 확정되면 계약을 신뢰한 당사자는 眞正한 占有者(*vollständiger redlicher Besitzer*)와 같은 책임을 지며(제1편 제7장 제188조 이하), 반대로 계약의 신뢰를 파괴한 당사자는 不眞正한 占有者와 같은 責任을 진다(제222조 이하).

## (2) 프랑스민법전

프랑스민법은 16세기 말 이래 모든 종류의 쌍무계약에 해제를 인정한 교회법상의 해제이론을 수용하였다.<sup>86)</sup> 즉 계약해제를 인정한 교회법은 프랑스 세속법(droit laïc)에 지속적인 영향을 미쳤으나 교회법상의 해제제도가 프랑스민법에 일반적으로 인정되게 된 중요한 계기는 Dumoulin의 견해에 근거한다.<sup>87)</sup> Dumoulin(1500~1566)은 교회법상 무명계약과 결합된 부당이득반환청구권이 유명계약인 매매에도 적용될 수 있다고 하여 유명계약과 무명계약의 구분을 부인하였고,<sup>88)</sup> 또한 Bartolus(1314~1357)의 法的原因論(Causa)을 수용하여 모든 유상계약에서 당사자 일방은 상대방이 급부를 이행한다는 묵시적인 정지조건 하에서만 자신의 급부를 이행한다고 주장하였다.<sup>89)</sup> 이러한 동향은 17, 8세기에 들어오면서 의사자치의 이론(Autonomie de la volonté)과 결합된다. 즉 Domat(1625~1696)은 쌍무계약에서 계약당사자가 상호간의 채무를 이행하지 않으면 계약해제가 인정된다고 하고, 이러한 원칙은 매매에도 적용되므로 매매의 해제를 위해서 별도로 해제조항을 규정할 필요가 없다고 하였다. 그 이유는 당사자 일방이 자신의 채무를 이행하는 것이 불가능하거나 또는 그가 채무를 이행하지 않는 경우 상대방에게 해제를 인정하는 것은 정당하며, 이러한 경우에 계약을 지속시키는 것은 계약당사자의 의사에 맞지 않는다고 한다.<sup>90)</sup> 그리고 계약해제의 원인이 존재하는 경우 계약해제와 나란히 계약위반자에 대한 별도로 손해배상도 인정된다고 한다.<sup>91)</sup>

한편 Pothier(1699~1772)는 불이행에 기한 해제를 해제조건(condition résolutoire)으로 취급하면서도 채무불이행을 해제조항 중에 명기하지 않아도 해제할 수 있

86) Boyer, op. cit., pp.350 ; Coing, a.a.O., S. 444.

87) Mazeaud, op. cit., n° 1088 (金旭坤, 앞의 논문, 715쪽 참조).

88) Boyer, op. cit., p.343 ; Harst, a.a.O., S. 131.

89) Boyer, op. cit., pp.350 ; Harst, a.a.O., S. 132.

90) Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, t. 1, Sect. IV, n° 11 (Harst, a.a.O., S. 132 참조).

91) Harst, a.a.O., S. 132/133.

다고 하였다. 그 이유의 하나는 법관이 직권으로 해제를 선고하는 것이 가능한 이상 해제조건을 부기할 필요가 없다고 하였다. 다른 하나는 계약당사자가 계약상 약속한 것이 행하여지지 않았으면 계약을 체결하지 않았을 상황이라면 그러한 채무의 불이행은 해제의 원인이 된다고 하여<sup>92)</sup> 해제권의 발생근거를 묵시적 계약조건에서가 아니라 당사자의 의사에서 찾았다. 그리하여 1804년의 프랑스민법 기초자들은 제1184조 제1항에서 “쌍무계약에 있어서 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 않는 경우 언제나 해제조건이 묵시적으로 포함된 것으로 한다” 라고 규정하고, 제2항 제1문은 “전항의 경우에 계약은 당연히 해제된다”고 규정하여 교회법상의 묵시적 조건론에 근거한 계약해제를 인정하였다. 그리고 제2항 제2문은 “채무의 이행을 받지 못한 당사자는 그것이 가능한 때에는 상대방에 대하여 그 이행을 강제하거나 손해배상과 함께 계약해제를 청구할 수 있는 선택권이 있다”고 규정하여 계약의 해제와 채무불이행으로 인한 손해배상의 양립을 인정하였다.

프랑스민법에 있어서 해제는 쌍무계약이 묵시적 해제조건을 포함한다는 교회법상의 법리를 수용한 것이다. 다만 프랑스민법의 기초자들은 쌍무계약에는 급부의 상호적 견련성 때문에 해제조건이 필요 없다는 Pothier의 견해를 잘못 이해하여 이와는 전혀 다르게 해제조건이 묵시적으로 합의되었다고 규정하였다.<sup>93)</sup> 그러나 프랑스민법에 있어서 약정해제는 당사자의 사적 자치에 맡기고 있는 점에 비추어<sup>94)</sup> 제1184조 제1항은 진정한 의미에서의 법정해제를 인정한 것으로 보인다. 그리고 제2항 제2문은 해제와 손해배상은 동등한 조건 하에서 발생하는 것으로 보았다.

92) Pothier, *Traité des obligations*, n<sup>o</sup> 672 (金旭坤, 앞의 논문, 716쪽 참조).

93) Mazeaud, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 1088 (金旭坤, 앞의 논문, 716쪽 참조).

94) 약정해제에 대하여는 Dalloz, *Contrats et Conventions*, Paris, 2. éd., 1988, n<sup>o</sup> 257 ; Mazeaud/Chabas, *Obligations*, Paris, 6. éd., 1978, nos 1104.



## V. 판덱텐법학에서의 해제

### 1. 서

19세기 독일에서는 보통법을 연구대상으로 하는 판덱텐법학이 크게 융성하였고, 이는 해제제도의 형성에 커다란 영향을 미쳤다. 특히 판덱텐법학자들은 근세자연법론에서 발전된 조건적 구성론(Bedingungskonstruktion)의 영향으로 불이행된 급부의 반환을 여러 측면에서 해결하고자 하였다. 그러므로 채무자가 급부를 불이행한 경우 채권자에게 급부의 이행과 지연손해의 배상만을 인정하는 것은 부적절하다고 보고 채권자가 실제적으로 계약상의 구속력에서 벗어날 수 있는 권리를 인정하였다. 그러나 판덱텐법학에서도 이와 같은 일반적인 해제권의 인정여부에 대하여는 많은 논쟁이 있었다.<sup>95)</sup> 그러므로 다음에서는 1900년의 독일민법전에 규정된 해제제도의 근간으로써 독일의 여러 란트에서 공통적으로 시행되었던 ADHGB 및 판덱텐법학의 산물로서 우리 민법상의 해제제도에 모범이 된 독일민법상의 해제제도의 발전과정에 대하여 살펴보기로 한다.

### 2. 판덱텐법학의 해제이론

19세기 판덱텐법학에 있어서 해제이론의 발전과정의 특징은 근세자연법론과의 대립에 의하여 얻어진 결과, 즉 무명계약에도 해제권이 인정된다는 포괄적인 해제이론의 성립이다. 즉 로마법원에 충실했던 독일보통법에서는 근세자연법론과 달리 일정한 무명계약에 인정되었던 로마법의 부당이득반환청구를 계약 일반에 확대 적용하거나 또는 교회법학자들에 의하여 인정된 해제제도를

95) 이에 대하여는 Regelsberger, "Über das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung", AcP 50 (1867), S. 28 ; Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1852, S. 44.

인정하지 않았다.<sup>96)</sup> 또한 요식·유명계약에서 뿐만 아니라 무명계약에 대하여도 단순합의 만으로 계약에의 구속력을 인정함으로써 이행단계에서의 쌍무성을 고려하지 않았다. 다만 채무자의 이행지체의 경우 그리고 지체 이후의 이행이 채권자에게 아무런 이익이 없는 때에만 예외적으로 계약해제를 인정하였다. 이와 같이 보통법에서 채무불이행에 대하여 일반적인 해제를 인정하지 않은 것은 쌍무계약 관념의 결여에 기인한다.<sup>97)</sup>

판덤편법학에 있어서 해제제도를 둘러싼 쌍무계약의 법이론적 구성은 논쟁거리였다. 먼저 판덤편법학자들은 동일한 계약에 의하여 성립된 권리와 의무는 상호 특별관계에 있으며, 다만 계약해소의 관계에서만 불일치 한다고 하였다. 이에 대한 이론구성에 있어서 Thibaut(1772~1840)는 당사자 일방의 급부는 다른 상대방에게 법적 의무라는 조건을 형성하므로 양급부는 상호의존적으로 종속된다고 한다. 그러므로 쌍무계약에 기한 소송은 원고가 자신의 급부를 이행하였거나 또는 적어도 이행의 제공이 있었을 때에만 효력이 있다고 하였다.<sup>98)</sup> Windscheid는 Thibaut와 견해를 같이 하지만 그 관계는 法的條件(Rechtsbedingtheit)이 아니고 계약을 체결한 당사자의 의사에 귀속하는 조건이라고 하였다.<sup>99)</sup> 그러므로 Windscheid는 채권자가 계약해제의 가능성을 가지는 것이 아니라 약정한 급부가 채무자의 지체에 의하여 채권자에게 더 이상 의미가 없게 된 경우 채권자가 지체되어 제공된 본래의 급부를 거절할 권리를 가진다고 하여 계약해제와 동일한 결론을 도출하였다.<sup>100)</sup> 이에 대하여 Regelsberger는 채무자의 이행지체는 손해배상청구권을 발생시키는 것으로 파악하고, 계약해제는 손해배상의

96) Leser, a.a.O., S. 3.

97) 金旭坤, 앞의 논문, 717쪽.

98) Thibaut, System des Pandektenrechts, Bd. 1, Jena, 1803, S. 113.

99) 이에 대하여 Dernburg는 쌍무계약에 있어서 급부는 상호 자명하며 독립된 두 개의 채권이라고 한다. 그러므로 債務不履行의 抗辯(*exceptio non adimpliet contractus*)은 법이론적으로 쌍무계약에 관한 어떠한 이론도 추출할 수 없는 衡平原則(Billigkeitsregel)이라고 한다(Dernburg, Pandekten, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, Frankfurt, S. 57ff.).

100) Windscheid, Pandekten II, § 280 Anm. 1.

특별형태로 보아 배상하여야 할 손해의 내용을 확장함에 의하여 계약해제를 인정하였다.<sup>101)</sup> 이러한 견해 차이에도 불구하고 판덱텐법학자들은 양금부의 雙務的 從屬性을 인정하였으며, 이를 통하여 중세의 교회법이론이나 근세자연법론과는 달리 새로운 일반적인 해제이론을 성립시킬 수 있었다. 그리고 이는 단순한 계약금에 의한 해제뿐만 아니라 상대방의 불이행에 의하여 야기된 해제에 대하여도 효력이 있었다.<sup>102)</sup>

### 3. 판덱텐법학 영향하의 입법례

#### (1) 독일상법전

개정전 독일민법의 해제제도에 중요한 영향을 미친 것은 1861년의 독일상법전(das allgemeine deutschen Handelsgesetzbuch)이다. 독일상법전의 심의과정에는 프로이센법 초안과 오스트리아법 초안이 제안되었는데 최종적으로 채택된 것은 프로이센법 초안이다. 특히 이 법의 심의과정에서 해제제도와 관련하여 주로 논쟁된 것은 프로이센법에 규정된 해제와 손해배상의 병합적 인정 및 해제의 법적 근거로서 조건론이다.<sup>103)</sup> 즉 프로이센법 초안 제250조는 “계약당사자의 일방 또는 쌍방을 위한 상행위인 쌍무계약에서 계약당사자의 일방이 이행을 지체하거나 또는 계약에 따른 이행을 하지 않는 경우 그 상대방은 다른 상대방에 대하여 계약의 이행 및 지체를 이유로 하는 손해배상을 청구하거나 또는 법원에 계약해소와 손해배상의 청구를 선택할 수 있다”고 규정하였고, 제 251조 제2항은 “계약이 폐기된 경우 각 당사자는 상대방에게 이미 급부한 것을

101) Regelsberger, a.a.O., S. 34. 이와 동일한 견해로는 Puchta, Pandekten, 1845, Leipzig, S. 384; Seuffert, a.a.O., S. 44.

102) Dernburg, a.a.O., S. 327; Thibaut, a.a.O., S. 113.

103) Leser, a.a.O., S. 10; Harst, a.a.O., S. 136.

반환하여야 한다. 이 경우에 계약에 해제조건이 부여된 것과 같은 관계가 생긴다”고 규정하였다.<sup>104)</sup> 그러나 이러한 초안은 제1독회(1857년)에서 계약해제에 의하여 계약이 완전히 존재하지 않았던 것과 같이 된다면 존재하지 않는 계약에 기하여 계약에 충실한 당사자의 손해배상 청구를 인정하는 것은 모순이므로 계약해제와 손해배상을 동시에 인정할 수 없다는 비판이 제기되었다.<sup>105)</sup> 그리하여 이와 같은 일반적인 해제규정을 두지 않고 개개의 상행위 유형에 따라 그에 특별한 해제규정을 두기로 하였다.

독일상법전 제정을 위하여 제1독회에 제출된 초안 제250조는 “매수인이 매매대금의 지급을 지체하고 그리고 상품이 아직 인도되지 않은 경우 매도인은 대금지급 및 손해배상을 청구하거나 또는 계약으로부터 벗어나고 손해배상의 청구를 선택할 수 있다. 상품이 이미 인도되었으면 채권자는 손해배상청구권만 가진다”고 매도인의 해제권을 규정하였다.<sup>106)</sup> 그러나 이 초안은 제2독회(1958년)에서 강한 비판을 받았다. 즉 매도인의 이익은 지연이자와 매매대금의 이행청구로 충분하며, 계약의 이행청구 및 계약상 채무의 이행지체를 이유로 손해배상을 청구할 수 있는 법체계 하에서 이와 별도로 해제권을 도입하는 것은 법체계를 혼란시킨다는 비판이 제기되었다.<sup>107)</sup> 그러나 거래현실에 따라 해제를 인정할 필요가 있었으므로 매수인의 이행지체의 경우 매도인의 구제수단으로서 해제권의 독자성을 강조한 초안이 채택되었다.<sup>108)</sup> 즉 초안 제298조는 “매수인이 매매대금의 지급을 지체하고 그리고 상품이 아직 인도되지 않은 경우 매도인은 대금지급 및 지체를 이유로 하는 손해배상을 청구하거나 또는 제285조에 따라 상품을 매수인의 계산으로 매각하거나 또는 계약으로부터 벗어날 것을 선택할 수 있다”고 하여 매도인에게 손해배상청구권, 자조매각권 그리고 계

104) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Theil 2, 1857, S. 47f.

105) Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Theil. 2, 1858, S. 595 (이하에서는 “Prot. ADHGB”로 표시한다).

106) Prot. ADHGB, Theil 2, S. 626.

107) Prot. ADHGB, Theil 3, S. 1400.

108) Prot. ADHGB, Theil 3, S. 1401.

약해제권을 인정하였다.<sup>109)</sup> 그러나 이러한 초안에 대하여 매도인에게 해제권을 인정하게 되면 매도인은 상품의 경기가 하락하는 경우에는 매수인의 계산으로 상품을 매각하고, 상품의 경기가 상승하는 경우에는 매매계약을 해제하고 자기 계산으로 상품을 매각하는 것이 가능하여 과도한 이익을 얻을 수 있으므로 매도인에게 계약해제를 인정하여서는 안 된다는 비판이 제기되었다.<sup>110)</sup> 이에 대하여 매도인은 매수인의 계산으로 상품을 매각하여도 계약관계로부터 벗어나는 것은 아니고, 또한 매도인의 이익이 충분히 보호되지 않으므로 매도인에게 계약해제권이 필요하다는 반론이 제기되었다.<sup>111)</sup> 여기서 해제권은 실권약관을 체결하였던 것과 같이 계약이 처음부터 체결되지 않았던 것과 같은 사정을 야기하는 의사표시라고 이해하고, 계약해제와 손해배상을 완전히 분리하여 양자택일적인 구제수단으로 보았다.

이러한 심의과정을 거쳐 독일상법전 최종안 제354조는 매도인의 이익을 위하여 “매수인이 매매대금의 지급을 지체하고 그리고 상품이 아직 인도되지 않은 경우 매도인은 계약의 이행과 이행지체를 이유로 하는 손해배상을 청구하든지, 또는 제343조의 규정을 고려하여 이행에 대신하여 상품을 매수인의 계산으로 매각하고 손해배상을 청구하든지, 또는 계약이 처음부터 체결되지 않았던 것과 같이 계약에서 벗어나는 것을 선택할 수 있다”고 규정하였다. 그리고 제355조는 매수인의 이익을 위하여 “매도인이 상품의 인도를 지체한 경우 매수인은 이행지체를 이유로 하는 손해배상과 이행을 청구하든지, 또는 이행에 대신하여 불이행에 기한 손해배상을 청구하든지, 또는 계약이 처음부터 체결되지 않았던 것과 같이 계약에서 벗어나는 것을 선택할 수 있다”고 규정하였다.

109) Prot. ADHGB, Theil 3, S. 1402.

110) Prot. ADHGB, Theil 3, S. 1407.

111) Prot. ADHGB, Theil 3, S. 1408.

## (2) 독일민법전

독일법에 있어서 계약해제에 대한 법적 사고는 19세기에 들어와서야 관철되었다. 즉 독일민법상 중요한 의미를 가지는 법정해제는 1804년의 프랑스민법전과 1861년의 독일상법전을 본받아서 중세 보통법상의 해제조건과 원상회복의 여러 요소를 고려하여 규정하였다.<sup>112)</sup> 특히 독일민법 초안의 기초자들은 이행지체를 중심으로 한 이전까지의 해제이론과 달리 채무자의 책임있는 사유에 기한 불능의 경우를 중심으로 하여 완전히 새로운 해제권을 설정하고자 하였다.<sup>113)</sup> 이들은 이행지체에 대한 후기 보통법상의 이론을 전부불능과 일부불능에 적용하여 이행지체를 일종의 시간적인 일부불능으로 이론구성 하고, 해제권을 이행지체와 채무자의 책임있는 사유에 의한 불능의 경우까지 확장하였다. 그리고 이들은 “지체의 경우와 마찬가지로 이행의 전부불능, 일부불능의 경우에도 사정에 따라서는 해제가 손해전보 수단으로 채권자에게 인정되는 것이 채권자의 이익에 필요하다”고 하여<sup>114)</sup> 해제를 손해배상의 특별방식으로 보았다.<sup>115)</sup> 나아가 이들은 해제는 손해배상의 한 방법이며, 이러한 손해배상 수단에 의하여 “계약체결 이전의 상태로의 완전한 회복이 가능하다. 이를 위해서는 해제에 의하여 전보될 손해와 나란히 손해에 대한 주장이 채권자에게 열려 있어야 한다”고 하여,<sup>116)</sup> 해제와 손해배상의 양립을 인정하였다.

그러나 이러한 채권법 부분초안(der Teilentwurf zum Obligationenrecht)에 대하여, 첫째 해제를 채권자의 손해전보 방법으로 본다면 손해배상청구권이 해제 이후에도 변하지 않고 존속하는 것은 채권자에게 특별한 권리의 확장을 인정

112) 독일민법의 성립사에 대한 다양한 의견에 대하여는 대표적으로 Leser, a.a.O., S. 26, 96, 286.

113) Harst, a.a.O., S. 144.

114) Schubert, Die Vorgaben der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, 1980, S. 867.

115) Protokolle der ersten Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches(1881~1889), S. 1138.

116) Schubert, a.a.O., S. 868.

하는 것과 같다.<sup>117)</sup> 둘째, 해제는 계약당사자를 계약이 처음부터 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 회복하므로 해제와 손해배상을 동시에 인정하는 것은 내부적 모순이라는 비판이 제기되었다.<sup>118)</sup> 그리하여 해제를 손해배상의 특별방식으로 본 중세 보통법상의 견해는 퇴보하고, 해제권은 채권자에게 손해배상청구권과 선택적으로 부여되는 것으로 이론 구성함으로써 계약해제는 손해배상이라는 구제수단으로부터 완전히 분리되었다. 개정전 독일민법 제315조, 제316조의 모태가 된 제1초안 제369조는 “쌍무계약에 기한 급부가 채무자의 책임있는 사유로 불능이 된 경우 채권자는 불능을 이유로 손해배상을 청구하든지, 또는 계약을 해제할 것인지를 선택할 수 있다. 급부의 일부만이 불능으로 된 경우 불능으로 된 급부부분이 채권자에게 어떠한 의미도 없을 경우에는 채권자에게 해제권을 인정한다”고 규정하였다. 이는 제1초안의 이유서에 따르면 채무자가 이행지체에 빠진 결과 급부가 채권자에게 어떠한 의미도 없는 때에는 해제할 수 있다고 하고, 일부불능의 경우도 급부가 채권자에게 어떠한 의미도 없는 때에는 해제할 수 있다고 하여 이행지체와 이행불능의 경우 채권자에게 이익이 없으면 해제권이 인정된다고 하였다.<sup>119)</sup> 이는 후기 보통법에서 전개된 채무자의 이행지체의 경우에 채권자에게 해제권을 인정하였던 판단기준을 채무자의 책임있는 사유에 의한 불능에도 확장한 것이다.<sup>120)</sup> 그 이후 제2차 위원회에서는 계약해제는 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 된다는 것을 전제로 하여 논의되었으며, 해제와 손해배상의 관계에 대하여는 특별히 새로운 설명을 하지 않았다.<sup>121)</sup> 다만 제2초안에서는 제1초안의 내용을 실질적으로 유지하면서 약간의 조문상의 표현의 변경을 가한 다음 제325조와 제326조로 나누어 최종안으로 확정하였다.

117) Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1, 1978, S. 273.

118) Jakobs/Schubert, a.a.O.

119) Mugdan, S. 115ff. (Motive, S. 209f.)

120) Scherner, a.a.O., S. 204ff.

121) Mugdan, S. 646 (Protokolle, S. 1308).

그러나 독일민법의 제정 이후 독일의 학설<sup>122)</sup>과 판례<sup>123)</sup>는 해제권과 손해배상청구권은 계약청산을 위한 구제방법으로 서로 기능을 달리 하기 때문에 양자의 병합을 인정하여야 한다고 주장하였다.<sup>124)</sup> 그리하여 채권법개정위원회는 최종보고서에서 채권자가 손해배상을 요구한 경우 차액설에 따른 손해배상청구권을 고려하여 손해배상은 계약해제와 결합된 것으로 보았다. 즉 위원회 초안<sup>125)</sup> 제327조는 “채권자는 해제 후에 계약의 불이행으로 인한 손해를 배상 청구할 수 있다. 채권자는 이에 갈음하여 그가 계약의 이행을 신뢰하였기 때문에 입은 손해를 청구할 수 있다”고 규정하여 원래의 계약상의 급부에 대한 대체행위(Dekungsgeschäft)로 인하여 초과된 비용 또는 일실이익의 배상을 청구할 수 있도록 하였다. 그리고 이 때의 손해배상은 신뢰이익의 배상으로 한정하였다. 이러한 초안은 유럽연합지침의 수용에 대한 논의<sup>126)</sup>를 거쳐 통합안(die Konsolidierten Fassung)이 제시되었으며, 통합안 제325조는 “쌍무계약상 손해배상을 청구할 수 있는 자는 해제에 의하여 배제되지 않는다”고 개정되었다. 이러한 통합안은 채권자가 계약해제를 위하여 자신의 고유한 급부를 희생함이 없이, 즉 자신이 부담하는 반대급부를 이행하지 않고 자신의 계약상의 이익을 현실화 할 수 있으며, 또한 손해배상에 의한 청산의 범위에서 반대급부의 소멸에 대한 명백한 이론적 대응을 할 수 있게 되었다.<sup>127)</sup>

122) Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, 6. Aufl. 1984, S. 428; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 14. Aufl. 1987, S. 404; Medicus, Schuldrecht I, 5. Aufl. 1990, S. 237; MünchKomm/Janßen, vor § 346 Rn. 30; Soergel/Wiedemann, vor, § 346 Rn. 4는 해제의 의사표시에 의하여 계약관계는 장래에 청산관계로 변하는데 불과하므로 해제에 의하여 손해배상청구권이 전면적으로 배제되는 것은 아니라고 한다.

123) BGH NJW 1982, 1279.

124) Huber, a.a.O., S. 680ff., 855ff.; Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, vom Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 1992, S. 172.

125) Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministerium der Justiz vom 4. 8. 2000.

126) 이에 대한 모범으로는 국제통일매매법 제25조, 제45조 제2항, 제49조 제1항, 제74조, 제97조 제1항이 있다.

127) Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 514.



## V. 맺는말 : 우리 민법에서의 시사

### 1. 해제제도의 연혁

계약의 해제제도는 오랜 시간에 걸쳐 계약이론의 한 부분으로 발전되어 왔다. 로마법은 일반적인 해제제도를 인정하지 않았으나 채무불이행이 발생한 경우 채권자가 계약을 파기할 수 있는 실권약관의 특약을 허용하였다. 이러한 특약은 무명계약에서 발전하기 시작하여 고전시대 후기에 이르러 매매계약 등에도 널리 행하여졌다. 실권약관은 중세에 들어와서도 매매계약에서만 아니라 다른 쌍무계약에서도 일반화 되었으나 일반적인 해제제도로는 성립되지 못하였다. 다만 12세기 이래로 교회법학자들은 쌍무계약상의 급부는 목시적 조건에 근거하여 성립된다고 보고, 이를 근거로 하여 계약의무의 불이행을 이유로 하는 계약해제의 이론적 터전을 마련하였다. 그러나 해제제도에 관한 일반적인 법이론의 정립은 쌍무계약에 상호의존적 相因性을 인정한 근세자연법론에서 보게 된다. 즉 약속을 상대방에 대한 조건관계로서의 자기구속행위로 보았던 근세자연법론에서는 해제를 엄격히 금지하였던 중세법의 원칙을 극복하고 점차로 해제금지를 완화하였다. 결국 19세기에 들어와서 계약해소의 모습을 가지던 여러 제도들이 이제까지 발전된 법이론에 더 잡아 해제 제도로 정립되었다.

### 2. 해제제도의 의의

계약해제는 쌍무계약에 있어서 쌍방의 채무의 건련관계를 바탕으로 하므로 쌍무계약으로부터 발생한 채무가 이행되지 않는 경우 상대방의 채무를 계약의 구속력으로부터 벗어날 수 있게 한다. 이와 같은 계약해제의 제도적 목적은 계약당사자가 급부장애로 인하여 애초의 계약목적 달성을 못한 경우 계약상

의 급부의무에서 벗어나는 데 의미가 있다. 즉 급부장애의 경우 “약속은 지켜야 한다”는 계약이념에 따라 이행청구를 본래적 구제방법으로 인정하고, 계약해제는 “약속을 지키지 않은 자에 대하여는 그 약속을 지키지 않아도 된다”는 이념에 따라 급부의무로부터 해방을 인정한 것이다. 그러나 우리나라의 다수설<sup>128)</sup>은 계약해제는 당사자 일방의 의사표시에 의하여 그 계약이 처음부터 있지 않았던 것과 같은 상태(status quo ante)로 복귀시키는 제도라고 한다. 그러나 이러한 견해는 해제를 실권약관을 체결하였던 것과 같이 계약이 처음부터 체결되지 않았던 것과 같은 사정을 야기하는 의사표시라고 보고, 해제의 독자성을 강조한 결과 계약해제와 손해배상을 분리한 독일민법에서 유래한다. 이에 대하여 프로이센일반관판트법과 프랑스민법 등 해제에 대한 법이론은 계약상의 급부가 건련관계에 있는 경우 채권자의 이익을 위하여 계약해제를 손해배상과 중첩적으로 인정하였다. 우리 민법에서도 계약해제의 근거를 쌍무계약의 건련관계에서 구하고 있을 뿐만 아니라 양자를 중첩적으로 인정하고 있으므로 독일민법에서와 같은 해석은 해제제도에 대한 혼란을 야기할 수 있다. 그러므로 해제는 계약을 깨뜨린 자에게 책임을 묻는 채무불이행에 대한 제재가 아니라 쌍무계약에 존재하는 주관적 등가성의 파괴를 이유로 상대방이 일방적 의사표시에 의하여 계약의 구속력으로부터 벗어날 수 있도록 한 제도로 보아야 할 것이다.

### 3. 계약해제와 손해배상

우리나라의 다수설은 계약해제와 손해배상청구권을 채무불이행의 효과로

128) 郭潤直, 債權各論, 179~180쪽 (1995); 金基善, 韓國債權法各論, 101쪽 (1982); 金錫宇, 債權法各論, 139쪽 (1978); 金曾漢, 債權各論, 101쪽 (1988); 金顯泰, 債權法各論, 84쪽 (1969); 李太載, 債權各論, 129쪽 (1967); 金龍潭 등, 註釋 債權各則(Ⅰ)(제551조), 432쪽 (金曾漢 등, 1985).

파약하고, 이를 위한 공통의 요건으로 채무자의 책임있는 사유를 요구하며, 이는 우리 민법 제390조에서의 고의, 과실이라고 한다. 이러한 해석은 이행지체를 중심으로 한 이전까지의 해제이론과 달리 채무자의 책임있는 사유에 기한 불능의 경우를 중심으로 완전히 새로운 해제권을 설정하고자 한 독일민법의 영향에 의한 것이다. 즉 독일민법에서는 지체의 경우와 마찬가지로 이행의 전부불능, 일부불능의 경우에도 사정에 따라서는 해제가 손해전보 수단으로 채권자에게 인정되는 것이 채권자의 이익에 필요하다고 하여 해제를 손해배상의 특별방식으로 인정하였다. 그러나 해제를 계약의 구속력으로부터 해방이라는 관점에서 해제의 요건을 고찰한다면 채무불이행에 기한 손해배상과는 별개의 해제요건이 필요하다. 또한 계약해제에 유책사유를 요구한 것은 채권자가 계약의 구속력에서 탈피하여 계약의 종료를 정당화시키기 위한 사고과정에서 도입되었을 뿐 채무불이행의 발현모습과 주관적 귀책근거로서 적용된 것은 아니다.

계약해제와 손해배상의 관계는 연역적 고찰에서 살펴보았듯이 계약해제가 독자적인 권리로 인정되기 이전에도 채권자에게는 실질적으로 계약상의 급부의무를 면하고 상대방에게 손해배상을 청구하는 것이 인정되어 왔다. 즉 근세자연법론에서 해제는 손해배상의 특별형태로 인정되어 양자는 결합된 것으로 보았다. 그러나 개정전 독일민법은 해제의 독자성을 강조하여 해제와 손해배상을 택일적으로 인정하였고, 이러한 사정은 해제의 효과에 대하여 소급적 구성을 취하는 직접효과설과 조화를 이루었다. 그러나 해제와 손해배상이 서로 다른 것을 고려하면 해제와 동일한 방향을 목적으로 하는 비소급적 구성이 타당하다. 현재 우리나라의 다수설과 판례는 소급적 구성을 취하는 직접효과설의 입장에서 제551조에 규정된 손해배상을 계약이 유효하게 존재하는 사이에 발생한 이행이익의 손해로 파악한다. 이에 대하여 비소급적 구성을 취하는 청산관계설은 제551조의 손해배상을 원계약에서 발생한 급부의무의 불이행에 대한 손해로 파악한다. 그러므로 양자를 중첩적으로 인정하고 있는 우리 민법에서는 계약해제는 급부장애에 대한 구제수단이 아니라 해제권자가 이미 급부한 것을 반환 받는 데 제도적 의의가 있으며, 해제와 동일한 방향의 신뢰이익 배상을 목적으로 한다고 볼 수 있다.

## A Study on the History and the Legal Theory of the Rescission of Contract

Chung Jinmyung\*

The breach of contract in the bilateral contract makes to cause the consideration that the injured party should have the right to rescind of contract and claim for damage, to get a return against unjust enrichment and for restitution of the real rights. But it is necessary that new united system of remedies must be established and arranged because the remedies which have been existed are so cumulative themselves that they can't have any doctrine of being elected in the case of the breach. Especially, the rescission has been debated on the established of theory for a long time because it has the characteristics of not normal discharge in the contract relationship. Therefore, the legal root of rescission which has been debated nowadays can be found in Roman law, although various individual systems of modern law has been transformed and established into the newly united legal system.

If we look into the process of the rescission regulated in Korean civil law, the rescission of §544(Korean Civil Code, KCC) was adopted from old German civil law §326 and Swiss obligation law §§107, 108, and the one of §546(KCC) was adopted from old German civil law §325. By the way, old German civil law §§325, 326 had different clauses from Korean civil law but they adopted the interpretation of German civil law without any criticism. Because of that, there were theoretical difficulties to be

---

\* Professor, Pusan University of Foreign Studies.

explained the concept, requirement of rescission and the relationship between rescission and damage. Recently, in Germany, they have solved the theoretical dilemma which had been alternative of the rescission or the compensation of damage through the reformation of the civil law with a long controversy. This reformation of German civil law indicates a lot of aspects to interpret and establish Korean civil law which has had basis of theory on German civil law.

This article was surveyed the process of development for the rescission in Roman law, Medieval law, Modern natural law and Pandectist. And then it was tried to interpret newly about the meaning of the rescission as remedies of the breach of contract in the Korean civil law on the basis of this survey.