

요물계약 개념의 유래와 현행법상 요물계약설에 관한 비판적 고찰*

정병호**

목 차

- I. 머리말
- II. 로마법상 요물계약
 - 1. 로마 고전법학상의 계약이론
 - 2. 요물계약의 법정정책적 의의
- III. 현행법상 요물계약설에 대한 비판
 - 1. 계약과 요물계약의 정의
 - 2. 요물계약으로 이해되는 계약유형
 - 3. 계약금계약
 - 4. 대물변제
- IV. 맺음말

[국문 요약]

우리 민법은 전형계약 가운데 과거 구민법 아래서 로마법의 전통에 따라 요물계약이던 것을 모두 낙성계약으로 전환시켰다. 최근 외국의 입법동향도 마찬가지이다. 이런 경향에 반해 다수설과 판례는 대물변제와 계약금계약을 요물계약으로 본다. 요물계약설에서는 계약을 채권관계를 발생시키는 합의에 한정하지 않고, 널리 법률관계의 발생, 변경, 소멸이라는 효과를 가져 오는 당사자의 합의로 이해한다. 여기에는 채권계약 이외에도 물권계약, 준물권계약, 가족법상 계약, 해제권유보약정 등이 포함된다. 그러나 요물계약 개념의 시초인 로마 고전법에 따르면 계약은 채권관계를 발생시키는 합의에 한정되었음을 유념할 필요가 있다.

* 이 논문은 정중휴 선생 정년 기념으로 한국법사학회가 전남대 법학연구소와 공동개최한 2015년 동계 학술발표회 “민법학과 법사학의 행복한 만남”에서 발표한 원고를 수정한 것이다. 선생의 학문적 업적 가운데 ‘비교법과 법사’를 주제로 하는 것이 많다. 비교법이나 법사를 연구하는 목적은 현행법의 해석론과 입법론에 시사점을 얻기 위한 것임은 다언을 요하지 않는다. 졸고의 궁극적인 목적도 크게 다르지 않다고 할 수 있으나, 그 전제로서 보다 직접적인 목표를 요물계약이란 전문용어 내지는 요물계약 개념의 의미 내용을 명확하게 인식하는 데 중점을 두었음을 밝힌다. 이 논문은 2014년도 서울시립대학교 교내학술연구조성비에 의해 지원되었음.

** 서울시립대 법학전문대학원

요물계약설에 대해서는, 우선 요물계약으로 구성해야 할 법정책적인 필요가 있는가 생각해 볼 필요가 있다. 로마법 상 요물계약을 둔 정책적 이유에 대한 탐구가 도움을 줄 수 있다고 생각된다. 무이자소비대차, 사용대차, 무상임치는 대체로 가까운 사이에서 성립한다. 이런 관계에서는 情誼에 의해 쉽게 금전이나 물건을 빌려주거나 맡아주기로 약속할 수 있는데, 이런 약속에 기초하여 약속의 이행을 청구하는 것은 바람직하지 않다고 생각한 것으로 추측된다.

대물변제와 계약금계약(또는 약정)의 경우에 요물계약이라는 구성이 불가피한지도 의문이다. 그러나 대물변제를 계약으로 구성하지 않아도 그와 관련한 법률문제를 설명할 수 있다면, 굳이 채권발생의 한 원인이라는 전통적인 계약 개념을 벗어나 채무변제라는 법률효과에 대한 합의까지 계약의 개념에 포함시키고, 계약의 현대적 경향에 거슬러 요물계약 및 그 예약이라는 복잡한 구성을 하여야 하는지 의문이다. 그리고 계약금계약(또는 약정)을 낙성계약이 아니라, 요물계약으로 구성하면 해약 가능 여부가 계약금을 지급하기로 한 자의 자의에 의존하게 되는 불합리한 결과가 초래된다.

요컨대 낙성계약이 원칙이 된 현행법에서 요물계약이란 개념을 전통적인 맥락과 거리가 있는 사안에 적용하는 것은 그다지 바람직하지 않다고 본다. 계약의 본질이 합의인 이상 전통적인 채권계약의 의미 이외에 물권계약, 해제권유보약정, 채무변경계약 등 당사자의 합의에 의해 법률관계가 형성되는 경우에 계약이란 용어를 넓게 사용하는 것은 가능하다고 본다. 그러나 이처럼 채권계약 이외의 계약에 대해서까지 전통적으로 채권계약의 한 유형이었던 요물계약과 결합시키는 것은 바람직하지 않다.

[주제어] 요물계약, 계약금, 해약금, 대물변제, 예약, 해제권

I. 머리말

계약은 여러 가지 관점에서 구별된다. 낙성계약·요물계약도 그 중 하나다. 낙성계약은 당사자의 합의만으로 성립하는 계약이고, 요물계약은 합의 이외에 물건의 인도 등 특별한 법률사실이 있어야만 성립하는 계약으로 설명된다.¹⁾ 현행 민법은 14개의 전형계약 가운데 현상광고를 제외하고는²⁾ 모두 낙성계약으로 하고 있다. 구민법(일본 민법)은 로마법의 예에 따라 소비대차, 사용대차, 임치 그리고 입질(질계약)을 요물계약으로 하였으나, 현행법은 이들 계약을 모두 낙성계약으로 하였다. 그 이유는 오늘날에는 요물계약을 인

1) 곽윤직, 『채권각론』(2000), 33-34면 등.

2) 현상광고가 계약인지 단독행위인지 다투어 지는데, 계약설에 따르면 현상광고는 요물계약이 된다. 곽윤직, 전게서, 324-325면 참조.

정할 이론적 근거나 합리적 이유가 없기 때문이라고 한다. 특히 요물계약으로 규정하더라도 계약자유 원칙상 당사자가 낙성계약으로 하는 것이 가능하고, 구민법 아래서도 거래계에서는 요물계약을 불편하게 여겨 낙성계약으로 체결하고 있었다고 한다.³⁾

요물계약의 낙성계약으로의 전환은 외국입법례에서도 관찰된다. 소비대차를 요물계약으로 규정하던 독일민법(제607조)⁴⁾은 2002년 채권법 개정에 의해 낙성계약으로 규율하고(제607조 1항·제488조 1항), 오스트리아 민법은 종래 소비대차(제983조), 사용대차(제971조), 임치(제957조), 입질(제1368조), 물건매각위임계약(제1086조)⁵⁾, 2010년 개정에 의해 요물계약으로 규정하던 소비대차⁶⁾를 낙성계약으로 규율하기에 이르렀다.⁷⁾ 일본 민법도 최근 채권법 개정안을 마련하면서 소비대차, 사용대차, 임치를 낙성계약으로 전환할 것을 제안하고 있다.⁸⁾

이처럼 법률 선진국들에서는 요물계약에서 낙성계약으로의 전환이 대세인 것을 보여준다. 하지만 우리 민법은 이미 제정시부터 낙성계약의 원칙을 수용했음에도⁹⁾, 학설과 판례는 이에 역행하여 전형계약 밖에서는 적지 않은

3) 박윤직, 전거서, 34면 등.

4) 사용대차(제598조)와 임치(제688조)의 요물계약성과 관련해서 입법자는 중립적으로 표현하였는데, 다수의 견해는 소비대차와 마찬가지로 요물계약으로 이해했다고 한다.

5) 자신의 동산을 타인에게 약정 기간 내에 약정 대금을 지급하거나 그 물건을 반환한다는 조건으로 일정한 가격에 매각토록 인도한 자는 그 기간 내에 그 물건의 반환을 청구할 수 없다. 그러나 인도 받은 자는 그 기간 경과 후에는 약정한 대금을 지급하여야 한다. Verkaufsauftrag 또는 Trödelvertrag이라고도 한다.

6) 이전에는 소비대차의 약속을 예약(제936조)으로 구성하였다.

7) § 983. Im Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber, dem Darlehensnehmer vertretbare Sachen mit der Bestimmung zu übergeben, dass der Darlehensnehmer über die Sachen nach seinem Belieben verfügen kann. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, dem Darlehensgeber spätestens nach Vertragsende ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben. 또한 무이자소비대차의 약속은 서면에 의한 경우에만 효력이 있게 하였다. 제984조 참조.

8) 2015년 법무성의 『民法(債權關係)の改正に関する要綱案』(<http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>), 53면, 58면, 62면. 다만 소비대차의 경우에는 서면(전자적 기록 내지 문서 포함)에 의하지 않은 합의는 현행법과 같이 요물계약으로 규정하였다.

9) 다만, 소비대차가 요물계약임을 전제로 하는 준소비대차에 관한 규정(상세는 Byoung-Ho Jung, *Darlehensvaluation im römischen Recht*, Wallstein Verlag, 2002, 136ff.)을 깊이 있는 이론적 검토 없이 채택한 것은 아쉽다. 최병조, 『민법 제605조(준소비대차)의 규정적합성에 관한 管見-역사의 관성과 체계적합성 사이에서-』, 『서울대 법학』 제35권 1호(94호)(1994), 220면 이하 참조.

경우에 요물계약을 인정하고 있다. 그러나 이런 태도가 타당한지 검토할 필요가 있다.

우리가 알고 있는 요물계약은 주지하듯이 로마법에서 유래한다. 아래서는 먼저 로마법상 요물계약에 대해 간략하게 알아보고(Ⅲ), 현행법상 요물계약으로 이해되는 것들과 관련하여 그것을 요물계약으로 이해하는 것이 타당한지 검토해 보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 로마법상 요물계약

1. 로마 고전법학상의 계약이론

낙성계약과 요물계약의 구별은 주지하듯이 로마 고전법에서 유래한다.¹⁰⁾ 이 구별은 근대민법전에까지 명맥을 유지하였다. 우리의 관심사인 요물계약에는 무상 소비대차(mutuum),¹¹⁾ 사용대차(commodatum), 무상입치(depositum),¹²⁾ 入質[질권설정계약](pignus)이 포함되었다. 즉 이러한 계약은 당사자의 합의 만으로는 성립하지 않으며, 계약 성립을 위해서는 합의 이외에도 물건의 인

일본의 民法(債權關係)の改正に関する要綱案은 서면에 의한 소비대차를 낙성계약으로 하면서도 현행 준소비대차 규정은 일부 자구수정과 함께 유지하기로 했는데, 타당한지 의문이다. 낙성계약으로 규율해도 차주의 반환채무는 어디까지나 대주로부터의 목적물의 인도를 전제로 하고 있다는 점에 대한 의문을 피하기 위해서 종래의 규정을 유지한다고 설명된다. 民法債權法改正檢討委員會 編, 『註解 債權法改正の基本方針』, IV 各種の契約 (1), 2009, 385면 이하. 그러나 2002년 개정 독일민법이 소비대차를 낙성계약으로 전환하면서 과거 준소비대차에 관한 규정(제607조 2항)을 삭제한 것은 수미일관한다. 이 규정이 없더라도 개정법에서는 제311조 1항에 따라 소비대차 이외의 채무가 소비대차채무로 변경될 수 있음은 물론이다. Jauernig *BGB/Mansel*, 13. Aufl., 2009, Rn. 6. 소비대차를 낙성계약으로 하는 경우 준소비대차는 계약 성립이 아니라 대주의 의무 이행 방법에 관한 문제이다. 개정 독일민법이 금전소비대차의 대주가 '금액을 제공할 의무를 진다고 보고 준소비대차 규정을 삭제한 것도 같은 취지이다.

10) 낙성계약(contractus consensu), 요물계약(contractus re) 이외에도 구술계약(contractus verbis), 家의 거래장부(accepti et expensi)에의 기입에 의한 계약 (contractus litteris)을 구별하였다. Gai. III 89. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, 2. Aufl. 1971, S. 524 ff. 참조.

11) 유상 소비대차를 위해서는 원인으로부터 독립된 일방적인 채무부담계약으로서의 문답계약(stipulatio: Spondesne mihi C aurum? Spondeo.)이 이용되었다.

12) 아래서 특별한 언급 없이 쓰는 입치라는 용어는 무상입치를 뜻한다.

도가 요구되었다. 따라서 이런 계약의 기능은 채권자가 인도한 물건의 반환을 확보하는 데 있다고 할 수 있다. 즉 물건을 인도한 연후에 계약이 성립하므로, 소비대주, 사용대주 등에 대해서는 계약상 물건을 인도할 의무와 같은 것은 인정될 여지가 없었으며, 물건을 인도 받은 자에 대해서 그 반환의무가 인정될 뿐이었다.¹³⁾ 이 요물계약의 구조를 이해하기 위해 로마고전법학의 계약이론에 대해 조금 알아볼 필요가 있다.

1) 고전법학의 계약법정주의(numerus clausus)

고전법학의 계약이론은 주로 고시와 그 주해를 통해 발전되었다. 고전법학에서는 나중에 완화되긴 했지만 계약법정주의가 지배하였다. 법상 계약은 요물방식의 무이자소비대차(mutuum), 言成방식의 문답계약(stipulatio), 회계장부기재 방식의 文記계약(contractus a litteris) 그리고 매매(emptio venditio), 賃約(locatio conductio), 조합(societas), 위임(mandatum)과 같이 당사자의 단순한 합의만으로(nudo consensu) 체결되는 낙성계약에 한정되었다. 이러한 법정 계약에는 법상 당연히 소권(actio. 사실에 기초한 소권actio in factum concepta)에 대비하여 법에 기초한 소권actio in ius concepta)이 인정되었다. 반면에 사용대차, 임치, 입질 등은 단순한 생활관계상의 사실적 접촉으로서 여기에는 법상 소권이 부여되지 않고, 법무관이 국가고권(imperium)의 담지자로서 특별히 보호할 필요가 있다고 인정하는 사안에 대해서만 이러한 사실관계에 즉응한 소권이 부여되었다. 고전시대 초기에 Sabinus와 Proculus에서 시작된 학파대립이 盛期에 Julianus와 Celsus가 상대 학파의 이론을 일정 부분 수용하면서 완화되었다. 사용대차와 임치에 대해 사실에 기초한 소권 이외에 법에 기초한 소권이 전승된 것으로부터 알 수 있듯이,¹⁴⁾ 고전시대 성기에 고전전법학을 계승한 Sabinus학파의 주장을 Proculus학파에서도 점차 수용함으로써, 고전법 정초기에 법상 계약의 지위를 인정받지 못했던 사용대차, 임

13) Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl. 2003, S. 238.

14) 줄고, 『로마법 텍스트 석의-고전전시대의 임치소권(actio depositi), 켈수스(Iuventius Celsus)의 선과 형평에 근거한 부당이득반환소권(소위 *condictio Iuventiana*)』, 『강원법학』 제12권(2000), 289면 이하.

치 등이 법상 계약으로 승격된 것으로 보인다.¹⁵⁾

2) 계약의 기초로서의 합의

고시를 중심으로 발전한 고전법학의 계약이론의 핵심개념은 합의(*conventio*), 무방식의 약정(*pactum conventum*)이다. 고전법체계상 합의(*conventio*)는 채권의 일방적 취득을 내용으로 하는 세 가지 방식계약, 즉 요물의 무이자소비대차, 문답계약, 문기계약에서의 합의를 뜻한다. 따라서 모든 법정 계약에는 이 합의가 공통이 되고, 이 합의가 없으면, 어떤 편무계약(또는 편무)도, 쌍무계약도 성립하지 않는다고 보게 된다.¹⁶⁾ 이 합의는 계약상 채권의 취득과 함께 끝난다. 고전시대 성기에 이 개념은 법제화되는데, 고전시대 성기의 약정에 관한 고시(*De pactis conventis*)의 주해에서 합의(*conventio*)는 무방식의 약정(*pactum conventum*(좁게는 화해약정)을 포섭하는 상위개념으로 나타난다.¹⁷⁾ 이에 따르면 모든 약정은 합의를 포함하는데, 이 단순한 합의가 법정 계약의 이름을 얻게 되면 소권을 발생시키고, 그렇지 않고 단순한 약정에 머물면 항변권만 발생시킨다.¹⁸⁾ 그리하여 합의 개념은 고전법상 법상 계약으로 거부되었던 교환을 소권을 발생시키는 계약으로 인정할 수 있도록 하였다. 물론 합의만으로 이행청구권을 발생시키지는 않고, 각 당사자가 선이행하는 경우 상대방에게 반대급부를 요구할 수 있는 채권을 인정했다. 즉 이 경우 상대방의 법상 급부의무(*obligatio*)를 인정하고, 상대방에 대하여 반대급부를 소구할 권리(*actio*)를 인정하게 되었다.¹⁹⁾ 평화적 요소를 갖는 무방식의 약정(*pactum conventum*)²⁰⁾과 달리 어떠한 평화적 요소

15) Behrends, *Institut und Prinzip*, Bd. I. 2004, S. 274ff.

16) Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 3: ... Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Peditius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

17) Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 3: Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi *transigendique causa* consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.

18) Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 4; Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, pr./1.

19) Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 2.

를 갖지 않는 합의(*conventio*)는 이러한 방식으로, 우선 “차용물에 관한” 고시(*De rebus creditis*)에 배열된 후에, 일방의 채권취득을 내용으로 하는 요식 계약에, 그리고 고전시대 성기의 교환에 있어서 선이행을 통하여 발생한 일방의 채권취득에도 근거가 되는 기초를 제공할 수 있었다.

2. 요물계약의 법정책적 의의

로마 고전법상 계약의 성립에 당사자의 합의 이외에 어떤 것을 더 요구하는 계약들은 나름대로 정책적인 이유가 있었다. 문답계약의 경우 엄격한 형식을 요구한 이유는 이자부소비대차 등 이기적인 거래에 이용되었기 때문이다. 문기계약은 로마에서는 家마다 회계장부를 갖고 있었다는 사정과 관련이 있다.

계약의 성립에 물건의 인도가 요구되는 요물계약의 법정책적 고려는 다소 설명을 요한다. 로마법에 있어서 요물계약, 낙성계약의 구분은 로마 고전법학의 정초기에 이루어졌다. 로마 고전법의 시초에는 법상 당연히 소권(*actio*, 사실에 기초한 소권 *actio in factum concepta*에 대비하여 법에 기초한 소권 *actio in ius concepta*)이 인정되는 계약에 법정주의를 채택하여, 매매 (*emptio venditio*), 賃約 (*locatio conductio*), 위임 (*mandatum*) 이외에는 무이자 소비대차 (*mutuum*)만 법정 계약으로 보호하였다. 반면에 사용대차, 임치 등은 단순한 생활관계상의 사실적 접촉으로서 여기에는 법상 소권이 부여되지 않고, 법무관이 국가고권 (*imperium*)의 담지자로서 특별히 보호할 필요가 있다고 인정하는 사안에 대해서만 이러한 사실관계에 즉응한 소권을 부여하였다.²¹⁾ 사용대차, 임치 등에 대해서는 법상 소권을 부여하지 않았다는 것은 현행법상 호의행위에 대해서 법적 구속력을 부인하는 것에 비견할 수 있겠다.

20) Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 1/2; Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 5.

21) 사용대차, 임치 등에 대해서는 법상 소권을 부여하지 않았다는 것은 법리적으로는 현행법상 호의행위에 대해서 법적 구속력을 부인하는 것에 비견될 수 있다.

무이자 소비대차를 요물계약으로 구성한 이유는 무엇일까. 낙성계약으로 구성한다면, 차주와의 인간관계 등으로 인해 금전 기타 대체물을 빌려주기로 약속한 대주에게 경우에 따라서는 심대한 부담이 될 수 있다. 더구나 금전 기타 대체물 인도의 일반적 속성상 무이자 소비대차는 차주에게 소유권 상실의 대가로 채권을 부여하는 상당히 위험한 계약이기도 하다. 무이자 소비대차의 대주는 차주와의 관계를 고려하고 소유권 상실로 인한 거래위험을 비교衡量 한 뒤 관계 지속을 위해 기꺼이 거래위험을 인수하는 경우에 비로소 차주에게 금전 기타 대체물을 인도하게 될 것이다. 이처럼 로마 고전법의 시초에는 이자약정과 증여에 엄격한 형식의 문답계약을 요구하듯이 무이자 소비대차라는 위험한 계약체결을 신중하게 하도록 하는 취지가 있었던 것이 아닌가 생각된다. 그리하여 대주는 목적물을 차주에게 실제로 인도하기 전에는 대여 약정을 파기할 수 있었던 것이다. 법상 계약으로 승인받지 못한 사용대차, 임차, 입질 등에 대해서는 물건이 인도된 경우에 법무관이 사실에 기초한 소권을 부여할 수 있었다. 전승된 사료 또는 이에 기초한 재구성에 따르면 물건이 무상 사용, 임차, 입질 등의 목적으로 인도된 경우에 인도한 자는 인도한 물건의 반환을 청구할 수 있었고, 인도받은 자는 비용상환이나 인도한 자의 고의에 의한 손해배상을 청구할 수 있었다.

고전시대 초기에 사비누스와 프로쿨루스에서 시작된 학파대립이 성기에 율리아누스와 켈수스가 상대 학파의 이론을 일정 부분 수용하면서 완화되기에 이르렀고, 이에 따라 -사용대차와 임차에 대해 사실에 기초한 소권 이외에 법에 기초한 소권이 전승된 것으로부터 알 수 있듯이²²⁾ - 고전시대 성기 이후에는 무이자 소비대차 이외에도 고전법 정초기에 법상 계약의 지위를 인정받지 못했던 사용대차, 임차, 입질도 법상 계약으로 승인되고, 요물계약으로 분류되기에 이르렀다. 위에서 언급했듯이, 이 요물계약은 모두 무상계약인데서 알 수 있듯이 친척, 친구, 이웃 등 가까운 사람들 사이의 이타적 상호

22) 그 예에 대해서는 Lenel, *Edictum Perpetuum*, 3.Aufl. (1927), S.101 ff. (사무관리소권 *actio negotiorum gestorum*); S. 252 ff. (사용대차소권 *actio commodati*); S.288 ff. (임차소권 *actio depositi*) 참조.

부조 관계의 법률문제를 해결하기 위한 것이었다. 이런 관계에 낙성계약을 인정하여 합의만으로 의무부담을 하도록 하는 것은 관계의 본질에 부합하지 않은 측면이 있다. 돈이나 물건을 빌려주거나 물건의 보관을 맡아주기로 약속한 이웃 등에게 약속 위반을 이유로 이행 또는 손해배상 소송을 제기할 수 있도록 하는 것은 지나치다고 생각할 수 있다. 물론 로마 고전법상 무상 계약이면서도 낙성계약으로 구성된 경우가 없는 것은 아니다. 위임(mandatum)이 그러하다.²³⁾ 고전前시대에는 사무관리와 위임에 대해 모두 법에 기초한 소권을 부여하여 양자의 구별이 철저하지 못했으나, 고전법의 정초기에 전자를 사회생활상의 사실관계로 이해하여 법상 계약인 위임과 구별하고 법에 기초한 소권이 아니라, 사실에 기초한 소권을 부여한 것으로 보인다.²⁴⁾ 사무관리는 본인과의 의사연락 없이 본인의 사무가 관리된 경우에 비용상환이 소구될 수 있으나, 위임의 경우에는 사무처리를 맡긴다는 당사자의 합의만으로도 수임인에 대해 의무이행 및 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있었다. 고전법학이 위임을 사무처리의 약속만으로도 책임을 지게 되는 낙성계약으로 구성한 데는 아마도 가까운 사람 혹은 공동체구성원의 일을 무상으로 돌보는 것은 고래로 로마라는 공동체를 하나로 묶는 포괄적인 도덕적, 윤리적 의무(officium)라는 로마 특유의 관념이 강하게 반영된 결과가 아닌가 생각된다.

Ⅲ. 현행법상 요물계약설에 대한 비판

1. 계약과 요물계약의 정의

현재 우리의 학설은 계약을 보통 “서로 대립하는 두 개 이상의 의사표시

23) Gai. 3, 162; Paul. Iav. D. 17, 1, 1, 4: mandatum nisi gratuitum nullum est. 보수를 소구할 수 없었지만, 당사자들은 사례를 수수하는 관행이 있었고, 나중에는 이것을 특별절차에서 소구하는 것을 허용하였다. Kaser I, S. 577f.

24) Behrends, *Institut und Prinzip*, Bd. I. 2004, S. 274.

의 합치에 의하여 성립하는 법률행위”²⁵⁾로 정의하고, 좁게는 채권관계의 발생을 목적으로 하는 채권계약을 지칭하고,²⁶⁾ 넓은 의미에서는 채권계약 이외에도 물권의 변동을 목적으로 하는 물권계약 또는 물권적 합의, 신분관계의 변동을 목적으로 하는 가족법상의 계약을 포함하는 것으로 이해한다.²⁷⁾ 낙성계약과 요물계약의 구별에 관해서는 계약을 어떻게 보는가에 따라 견해가 갈린다. 일부 학자는 로마법의 전통에 따라 요물계약을 채권계약의 하나로 이해하는 반면,²⁸⁾ 다수의 학자는 넓은 의미의 계약을 전제로 하여, 요물계약을 합의 이외에 물건의 인도 기타 급부를 하여야 성립하는 계약으로 이해한다.²⁹⁾

2. 요물계약으로 이해되는 계약유형

현재 요물계약으로 이해되는 것으로는 현상광고, 질권설정계약, 전세금지급, 계약금계약, 대물변제가 있다. 뒤의 두 가지는 그 성질이 요물계약인지 여부를 놓고 상당한 논란이 있으나, 앞의 세 가지는 특별한 논란거리가 없다. 뒤의 두 가지는 별도로 항목으로 설명한다.

현상광고를 단독행위가 아니라 계약으로 보는 견해는 광고를 청약으로, 지정행위의 완료에 승낙의 의사표시로 본다. 이 경우 지정행위의 완료로 인해 계약의 효과인 보수청구권이 발생하므로, 현상광고는 요물계약이라고 하게 된다.³⁰⁾

제330조를 두고 질권설정계약이 요물계약인지가 문제된다. 요물계약설은 질권설정계약은 물권계약이자 요물계약이라고 보는 반면³¹⁾, 요물계약부정설

25) 송덕수, 1247면.

26) 예컨대 지원림, 『민법강의』(2014), 1239면.

27) 박윤직, 전계서, 7면 등

28) 양창수, 『타인의 물건에 관한 대물변제계약으로 인한 책임』, 『민법연구』 2(1998), 271-272면; 지원림, 『민법강의』(2014), 988면.

29) 박윤직, 전계서, 34면 등.

30) 예컨대 김형배·김규완·김명숙, 『민법학강의』 11판(2012), 1140면.

31) 예컨대 이영준, 『물권법』(2009), 803-804면. “인도가 없다고 하더라도 질권설정계약은 채권적 합의 및 물권적 합의로서 효력이 있으므로 후에 인도가 있으면 별도로 질권설정의 물권행위로 완성

은 질권설정은 인도가 있어야 효력을 발생한다는 것은 우리 민법에서는 성립요건주의를 적용한 당연한 결과로서 제330조는 무의미한 규정이라고 한다.³²⁾ 요물계약부정설은 제330조는 우리 민법이 구민법의 의사주의를 버리고 성립요건주의로 전환한 것을 망각하고, 의사주의를 취한 구민법 규정을 그대로 답습한 입법상 오류이므로, 삭제되어야 한다고 주장한다. 제330조를 삭제해야 하는가는 논란의 여지가 있으나, 요물계약설에는 찬동할 수 없다. 일본의 통설은 물건계약인 질권설정계약을 요물계약으로 보는데,³³⁾ 우리 민법 제330조와 일치하는 일본민법 제344조의 문언에 따라, 질권설정계약이 인도와 동시에 성립한다는 뜻이 아니라 효력이 발생한다는 뜻으로 이해하고 있음을 유의해야 한다. 다른 물건계약은 성립과 동시에 물건변동이라는 효력을 발생시키지만, 유치적 효력을 확보해야 하는 질권의 경우에는 설정계약만으로는 물건변동이 일어나지 않고, 인도가 있어야 질권설정이라는 효과가 발생한다는 취지이다. 이는 우리가 알고 있는 요물계약의 일반적 정의와는 거리가 있는 것이다. 요물계약은 계약의 효력이 아니라 성립에 관한 것이기 때문이다.³⁴⁾ 또 질권설정계약을 요물계약으로 보면, 채권자의 질물인도청구권을 뒷받침하기 위해서 예약이라는 복잡한 구성을 해야 한다는 비판을 면하기 어렵다.³⁵⁾

전세권설정계약과 관련해서도 논란이 있다. 전세권 성립의 요건으로서 전세금 지급(§ 303 D)을 요구하는 통설·판례에 대해 전세권설정계약을 법상 근거 없이 요물계약으로 보는 것이라는 비판이 있다. “사적 자치를 원칙으로 하는 현행민법하에서는” 요물계약은 “명문의 근거 있어야” 하는데, 그렇지

되어 질권이 성립하는 것”이라고 보고 인도 전의 질권설정계약을 정지조건부 질권설정계약 또는 질권설정의 예약이라고 볼 것은 아니라고 한다. 송호영, *해약계약금의 약정에서 계약금의 일부만 지급된 경우의 법률관계*, 민사판례연구, 제38권, 2006, 471면은 요물성을 인정하는 이유를 대세적 효력을 지닌 질권의 공시에서 찾는다.

32) 곽윤직, 『물권법』(2012), 299면.

33) 질물인도청구권을 뒷받침하기 위해 낙성계약으로 이해하는 소수설도 있다고 한다. 田井義信 등, 『新物權・擔保物權法』(2005), 323면 참조.

34) 곽윤직, *전개서*, 33-34면 참조.

35) 양창수, 『동산질권에 관한 약간의 문제-민법학방법에 대한 의문 제기를 겸하여-』, 『민사법학』 제7권(1988), 66면 이하.

않다는 것이다.³⁶⁾ 그러나 이 견해는 통설·판례는 전세금을 지급해야 비로소 물권적 합의로써 전세계약이 성립하는 것이 아니라, 전세권 성립을 위해서는 전세계약 이외에도 전세금지급이 있어야 한다는 뜻을 간과하고 있다.

3. 계약금계약

거래계에서 계약금은 증약금, 해약금, 위약금의 기능을 하는 것으로 알려져 있고, 통설·판례도 3가지 기능을 인정한다. 그 가운데 학설·판례상 계약금계약이 요물계약인지 문제되는 것은 계약금이 해약금으로 교부되는 때이다.

1) 학설

제565조 1항에 의해 해약금약정으로 추정되는 계약금지급을 종래의 통설³⁷⁾은 요물계약으로 이해하고 있으나, 최근에는 낙성계약으로 보는 견해가 늘고 있다.³⁸⁾ 요물계약설은 동항의 “상대방에게 교부한 때”라는 표현을 근

36) 이영준, 전거서, 739면.

37) 박윤직, 『채권각론』(2000), 157-158면; 송덕수, 『신민법강의』(2015), 1390면; 심재돈, 민법주해 XIV, 채권(7), 1999, 143면 등. 지원림, 『계약금분할지급약정의 효력』, 『민사법학』 72호(2015), 101면 이하도 요물계약설에서 출발하고 있으나, 분할지급이나 후지급 약정 여부에 따라 해약권 발생의 요건인 계약금지급의 정도를 달리 파악한다. 당사자의 이해관계 조정이라는 새로운 관점으로 계약금약정을 해석하고 있어 주목할 만하다. 다만, 몇 가지 지적하면 다음과 같다. 먼저 낙성계약설에 대해 계약금을 받지 못한 상태에서 매도인을 상대로 매수인이 (계약금을 제공하면서) 해제하는 것이 매도인의 이해에 반한다고 비판한다. 그러나 계약금약정이 해약금약정인 이상 매도인은 그런 결과를 이미 감수한 것으로 이해하는 것으로 볼 수 있지 않을까 한다. 계약금의 일부 또는 전부를 지급하지 않은 경우 낙성계약설에서 교부자는 약정한 계약금 전부를 제공하고, 수령자는 받은 계약금에 약정한 계약금을 추가하여 상환함으로써 해제할 수 있다고 보는 것에 대해, “요물계약설로 이해하는 입장과 실질적으로 차이가 없을 뿐만 아니라 오히려 계약금계약의 성립과 효력발생을 분리하는 근거를 설명하기 어렵다”고 한다. 그러나 그 경우 수령자에게 해제권을 인정하는 것은 요물계약설의 수정 내지 포기이며, 계약금의 제공을 당사자 쌍방의 해제권 취득요건으로 이해할 수 있다고 본다(후술).

38) 남효순, 『계약금약정에 관한 몇 가지 쟁점』, 『서울대 법학』 제39권 2호(1998), 267면 이하; 오종근, 『계약금의 법적 성질』, 『이화여대 법학논집』 제15권 3호(2011), 179면; 송호영, 『해약계약금의 약정에서 계약금의 일부만 지급된 경우의 법률관계』, 『민사판례연구』 제38권(2006), 449면 이하; 이종구, 『계약금의 미지급단계에서의 계약금계약과 주계약의 효력 등에 대하여』, 『단국대 법학논총』 제33권 1호(2009), 192면 이하.

거로 하나, 낙성계약약설은 약정된 계약금은 약정해제권에 대한 대가로 이해해야 하고, 제565조의 문언은 계약체결시 계약금이 지급되는 일반적인 경우를 상정한 것일 뿐이라고 새긴다. 학설대립의 중점은 약정해제권의 발생을 위해 계약금지급이 필요한가 하는가에 있다.³⁹⁾ 따라서 여기서는 전통적인 요물계약·낙성계약 개념과 달리 성립과 함께 채권을 발생시키는 계약이 아니라, 약정해제권을 발생시키는 계약이 문제된다는 점을 유념할 필요가 있다. 물론 낙성계약설에 따르면 계약금계약은 계약금지급 전에 해약권을 발생시킬 뿐만 아니라, 계약금지급의무도 발생시킨다는 점에서 채권계약을 포함하고 있으나, 요물계약설은 계약금지급의무의 근거로서 해제권유보의 합의인 ‘계약금계약과 별도로 ‘계약금약정’을 상정하고 있다는 점에 차이가 있다.

2) 판례

판례도 통설에 따라 계약금계약의 성질을 요물계약으로 보고 있다. 그러나 구체적인 결론에 있어서 요물계약설이 얼마나 관철되고 있는지는 분명하지 않다. 선례로서의 가치를 판단하기 위해 먼저 요물계약설을 따르는 것으로 알려진 판결례들의 사정거리에 대해 살펴본다.

대법원 1991.5.28. 선고 91다9251 판결은 계약금의 후지급약정에 관한 것이다. “매도인이 위약을 했을 때는 계약금의 배액을 배상하고 매수인이 위약하면 계약금의 반환을 청구할 수 없기로 특약하였”는데, 계약당일 계약금을 마련하지 못한 매수인인 원고가 매도인인 피고에게 그 다음날 10:00경 계약금을 지급하기로 하면서도 형식상 피고가 계약금을 받아서 이를 다시 원고에게 보관한 것으로 하여 원고가 피고에게 현금보관증을 작성·교부한 사

39) 양설에 대해서는 송호영, 전계 논문, 464면 이하, 특히 계약금의 일부만 지급된 경우의 학설대립에 대해서는 478면 이하에 잘 설명되어 있다. 다만 일반적으로 요물계약설의 일종으로서 요물성을 완화한 것으로 소개되는 제1설과 제3설은 엄밀히 말하면 요물계약설로 보기 어렵지 않은가 한다. 제1설의 경우 요물계약으로서의 성립요건인 약정과 금전지급이 일치하지 않으며, 제3설의 경우 애초 약정된 계약금 전액이 지급되지 않았음에도 수령자가 약정된 계약금을 추가로 제공하면 해약할 수 있는 이유를 설명하지 못하기 때문이다. 제3설은 이름만 요물계약설이지 내용은 낙성계약설이라 할 만하다. 제1설과 제3설은 요물계약설 자체의 한계를 드러낼 뿐이다.

건이 문제됐다. 대법원은 “계약금은 계약해제권 유보를 위한 계약금의 성질을 갖는다 할 것이고 원·피고사이에는 적어도 다음날 10:00까지는 계약금이 현실로 지급된 것과 마찬가지로의 구속력을 갖게 된 것이라고 할 것이어서 당사자는 약정된 계약금의 배액상환 또는 포기 등에 의하지 아니하는 한 계약을 해제할 수 없기로 약정한 것으로 보는 것이 상당하다”고 판시하고, 계약금의 약정지급일 전에 피고가 그 배액을 제공하지 않고 해제의 의사표시를 했고, 원고가 그 달 24. 그 계약금을 변제공탁한 후 피고가 그 배액의 제공 없이 해제의 의사표시를 한 것으로는 계약해제의 효력이 발생하지 않는다는 원심의 판단을 승인했다. 이 판결은 실제로 계약금이 지급되지 않은 상태에서 약정해제권을 인정하고 있다는 점에서 요물계약설의 입장이 다소 완화된 것으로 이해할 수 있다.⁴⁰⁾

대법원 2008.3.13. 선고 2007다73611 판결은 계약시 약정된 계약금이 하나도 지급되지 않은 상태에서 매도인이 마음이 변해 해약을 주장한 사건에 관한 것이다. 아파트 매수인인 원고가 계약 당일과 다음날 분할지급하기로 약정하였으나, 피고2(아파트 소유자인 피고1의 무권대리인)이 다음날 계약금이 하나도 지급되지 않은 상태⁴¹⁾에서 해약을 주장하며 계약금 수령을 거부하였다. 원고는 곧바로 계약금 전액을 송금하였으나, 피고2는 이를 인출하여 원고에게 반환하려 하자 원고가 거부하자 공탁하였고, 피고2는 이를 수령하였다. 대법원은 “계약금이 교부되지 아니한 이상 아직 계약금계약은 성립되지 아니하였다고 할 것이니, 매도인측은 매수인인 원고의 채무불이행이 없는 한 이 사건 매매계약을 임의로 해제할 수 없다고 할 것이므로, 이 사건 계약금을 수령하기 전에 피고측이 일방적으로 한 이 사건 매매계약 해제의

40) 그러나 비슷한 사안에 대해 대법원 1999. 10. 26. 선고 99다48160 판결은 위약금약정이 있는 것으로 보고, “원·피고 사이에는 계약금 상당액의 위약금 약정이 있었다고 볼 것이므로 피고가 계약을 위반하였다면 실제로 계약금을 지급하지 않았다 하더라도 약정한 위약금을 지급할 의무가 있다”고 판시하였다. 요물계약설에 철저히 해약금계약의 성립을 부인한 것인지는 알 수 없다.

41) 아파트소유자의 무권대리인과 매수인이 계약금(매매대금의 5억 중 6천만원)포기 및 배액상환에 의한 해약과 계약금분할지급(계약당일 300만원, 다음날 5천 7백만원지급) 약정을 하였으나, 매수인이 계약당일 300만원을 지급하지 않고, 380만원이 예치된 매수인 명의의 MMF 통장을 공인중개사에게 맡김.

의사표시는 부적법하여 효력이 없다”고 판시하였다. 계약금 약정을 요물계약으로 보고 계약금이 하나도 지급되지 않은 상태에서는 매도인에게도 계약금에 따른 해제권이 발생하지 않으며, 원고의 계약금지급의무 불이행도 없으므로 매도인은 계약금약정을 해제하고, 이에 기초하여 주계약을 해제할 수도 없다는 이유로, 계약되었다는 매도인의 주장을 배척한 것이다. 그러나 매도인 측의 계약권이 문제된 이 사건에서는 대립하는 학설 중 어느 학설을 취하든 결론이 다르지 않다. 학설대립의 핵심 쟁점 가운데 하나는 계약금이 미지급된 상태에서 매도인이 약정 계약금을 지급하고 해제할 수 있는가이다. 대법원이 따르는 요물계약설의 논지에 따르면 부정해야 할 것이지만, 이 판결은 이 문제를 직접 다룬 것이 아니기 때문에 어떤 입장인지 정확히 알 수는 없다.

대법원 2015.4.23. 선고 2014다231378 판결은 계약금의 일부만을 수령한 매도인이 계약금의 나머지의 수령을 거부한 채, 수령한 계약금의 배액만을 공탁하여 계약해제의 의사표시를 한 사건을 다루었다. 대법원은 계약금계약이 요물계약이라는 앞의 판결을 그대로 인용하면서도, 계약금의 일부만이 지급된 상태에서도 수령자가 계약을 해제할 수 있다는 매도인인 피고의 주장에 대해서, “피고의 주장과 같이 계약금 일부만 지급된 경우 수령자가 매매계약을 해제할 수 있다고 하더라도, 그 계약금의 기준이 되는 금원은 ‘실제 교부 받은 계약금’이 아니라 ‘약정 계약금’이라고 봄이 타당하다”(강조는 필자)⁴²⁾는 이유로 계약이 해제되었다는 피고의 주장을 배척하였다. 이 판결이 요물계약설을 취한 이전 판결의 판시를 그대로 인용하고 있고 또 전원합의체판결도 아닌 점을 감안하면, 요물계약설을 버릴 뜻은 없는 것으로 보인다. 그래서 인지 약정 계약금의 일부만 지급된 경우 받은 금액에 더하여 약정금액만큼을 상환하면 계약해제권이 생기는가에 대해서 직접 언급하지 않은 채, 피고의 주장이 초래할 부당한 결과, 즉 계약의 구속력약화를 지적함으로써 피고의 주장을 배척하고 있다(reductio ad absurdum).⁴³⁾ 더구나 이 사건에서는 요

42) 계약금 중 이미 지급받은 것을 반환하는 것을 전제로 하는 것으로 보인다.

43) ‘실제 교부받은 계약금의 배액만을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다면 이는 당사자가 일정한

물계약설을 적용하더라도 같은 결과가 된다. 따라서 피고의 주장을 배척하기 위해 사용한 논법에 포함된 판시 자체로 종전의 요물계약설을 포기한 것으로 보기는 어렵다. 그러나 동시에 피고의 주장을 배척하기 위해 사용한 논법에 포함된 판시가 요물계약설과 충돌된다는 점에서, 이 판결은 낙성계약설로의 전환을 예고한 것으로 볼 수는 없다고 하더라도 최소한 요물계약설의 약점을 시인한 것으로 볼 여지를 주고 있다고 할 것이다.⁴⁴⁾

3) 요물계약설의 법리구성 검토

요물계약설의 이론 구성은 대법원 2008.3.13. 선고 2007다73611 판결에 상세하게 설명되어 있다. 원심이 요물계약설을 계약금지급전까지는 계약의 자유해제권이 유보되어 있다고 오해한⁴⁵⁾ 탓으로 보인다. 다소 길지만 해당 판시 전부를 인용한다.

“주된 계약과 더불어 **계약금계약**을 한 경우에는 민법 제565조 제1항의 규정에 따라 임의 해제를 할 수 있기는 하나, 계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 하므로 단지 계약금을 지급하기로 약정만 한 단계에서는 아직 계약금으로서의 효력, 즉 위 민법 규정에 의해 계약해제를 할 수 있는 권리는 발생하지 않는다고 할 것이다. 따라서 당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 교부자가 계약금의 잔금이나 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 **계약금약정**을 해제할 수 있고, 나아가 위 약정이 없었더라면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 인정된다면 주계약도 해제할 수도 있을 것이나, 교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 아니하므로 당사자가 임의로 주계약을

금액을 계약금으로 정한 의사에 반하게 될 뿐 아니라, 교부받은 금원이 소액일 경우에는 사실상 계약을 자유로이 해제할 수 있어 계약의 구속력이 약화되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.

44) 이 판결의 가정적 판시에 대해 비판적인 지원립, 전계 논문, 110면 참조.

45) “계약금계약은 요물계약이기 때문에 약정에 따른 계약금이 지급되기 전까지는 계약당사자 어느 일방도 그 계약에 구속되지 않고 자유로이 이를 파기할 수 있도록 계약해제권이 유보되어 있다”.

해제할 수는 없다 할 것이다.”(강조는 필자)

먼저 유념할 것은 판례는 계약금을 지급하기로 한 약정, 즉 ‘계약금약정’과 요물계약인가가 문제되는 ‘계약금계약을 구분한다는 점이다. 전자는 당사자의 합의만으로도 이행의무를 발생시키고 그 의무불이행시 그 약정의 해제권을 발생시키므로 당연히 낙성계약일 것이다(학설·판례는 이를 매매 등 주된 계약과 對比하여 종된 계약으로 본다). 그러나 이와 별개로 계약금계약을 상정하고, 약정한 계약금이 지급되어야 비로소 그 계약이 성립하여 주된 계약의 해제권 발생이라는 효과를 갖는다는 것이다. 판결이 해당 사건에서 내린 결론의 당부를 떠나, 요물계약인 계약금계약과 별도로 계약금약정이 있다는 법리구성을 이해하기 쉽지 않다. 계약금약정은 계약금계약에서의 합의와 다르다고 볼 이유를 찾기 어렵기 때문이다. 그런데 종래의 통설과 판례가 계약금계약을 요물계약으로 보는 이유는 단순한 합의에는 효력을 인정하지 않고, 물건의 인도 등 급부가 이루어진 경우에 비로소 해제권 발생이라는 계약의 효력을 인정한다는 데 있다. 그러나 판결에서는 계약금약정에는 이와 다른 효력을 인정하고 있다. 특히 계약금지급의무 불이행시 계약금약정의 해제권 이외에 주계약의 해제권은 계약금약정이 없었더라면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 있는 경우에 한해 인정한다.

그러면 계약금약정의 성질은 무엇인가 의문이 생긴다. 판결이 밝히고 있지는 않지만 대물변제의 예약과 유사한 것으로 이해하는 것이 아닌가 한다.⁴⁶⁾ 즉 예약인 계약금약정에 의해 본계약인 계약금계약 체결의무가 발생하고, 보통 계약금 지급을 약속하는 매수인이 매도인에게 계약금을 지급함으로써 본계약인 계약금계약이 성립한다는 것이다. 대물변제를 요물계약으로 보고, 그 예약을 인정하는 경우, 예약에 의해 대물변제의 성립을 위한 합의와 요물성의 충족을 위한 대물급부를 청구할 수 있다고 보듯이,⁴⁷⁾ 계약금계약을 요물

46) 지원림, 전계 논문, 108면도 계약금 후지급약정이 있는 경우 지급전까지는 요물계약으로서 계약금 계약이 성립하지 않지만, 수령하기로 한 자의 계약금지급 청구권을 위해 그 예약의 성립을 부인할 수 없을 것이라고 한다. 여기서 예약은 계약금 후지급약정 자체일 것이다.

47) 곽윤직, 「대물변제의 요물계약성」, 『민사판례연구』 제2권(1993), 25면.

계약으로 보는 경우 보통 예약상 권리자인 매도인이 매수인에게 그 예약인 계약금약정에 기초하여 계약금계약의 성립을 위해 계약금지급을 청구할 수 있을 것이다.⁴⁸⁾

문제는 두 경우 모두 예약이라는 합의 이외에 따로 본계약 성립의 합의가 존재하는 것으로 봐야 하는가이다. 대물변제나 계약금을 지급하기로 한 당사자가 미리 합의한 대로 급부를 하면 바로 대물변제나 약정해제권 발생이라는 효과가 발생하는 것으로 보면 충분하지 않을까? 대물변제의 경우와 마찬가지로 계약금지급을 본계약인 요물계약으로 보고 계약금을 지급하기로 하는 약정을 예약으로 보는 경우, 본계약의 성립에 필요한 합의와 예약상의 합의가 실제로 서로 다른 것인지 알기 어렵다. 실제로는 하나인 합의에 대해 한편으로는 예약, 다른 한편으로는 이와는 일정한 시간적 간격이 있는 요물계약인 본계약상의 합의를 상정하는 것은 별로 설득력이 없다.⁴⁹⁾ 따라서 계약금약정은 계약금지급의무를 발생시키는 채권계약임과 동시에 해제권유보약정으로 이해할 수 있지 않을까 한다. 계약금약정 자체에 이미 해제권유보약정이 있는 것으로 보지 않으면, 매수인이 계약금 전부 또는 일부를 지급하지 않은 경우, 매도인의 해약권은 매수인의 계약금지급에 의존하게 되어 공평하기 못하기 때문이다. 이 경우 당사자 쌍방의 계약금 상당액의 제공을 해제권 행사요건으로 이해할 수 있지 않을까?⁵⁰⁾

그렇다면 계약금의 전부 또는 일부가 지급되지 않은 경우 법률관계는 어떻게 설명하여야 하는가? 먼저 분할지급약정의 경우든 후지급약정의 경우든

48) 양자 모두 당사자 한쪽만이 예약상 권리를 가지므로, 편무예약 또는 일방예약 가운데 하나라고 해야 한다. 그러나 대물변제와 달리 해약금의 경우 계약금을 받기로 한 당사자의 예약완결의 의사표시에 의한 본계약 체결을 상상하기 곤란하므로 편무예약의 일종이라고 보아야 할 것이다.

49) 약정도 계약의 일종인데, 계약금약정과 계약금계약으로 구별하는 것도 부자연스럽고 용어상 혼란을 야기할 우려마저 있다.

50) 동지 송호영, 전제논문, 487면 이하, 490, 493면. 낙성계약설을 취하면서 프랑스의 해석론에 따라 '해제권의 효력요건'으로 이해하는 남효순, 전제 논문, 270면도 비슷한 취지라고 생각된다. 해제권 자체의 효력요건은 이해하기 힘들고, 계약금을 제공하기 전에 계약금약정만으로 이미 해제권을 취득한다면, 계약금의 제공은 해제권의 행사요건이라고 할 수 밖에 없기 때문이다. 계약금 상당액의 제공 (또는 포기)을 해제권취득 요건으로 세기는 것도 생각해 볼 수 있으나, 그 제공으로 해제권을 취득함과 동시에 해제 의사표시를 하는 것으로 보는 것은 좀 부자연스럽다고 생각된다.

약정된 계약금 전부 또는 일부가 지급되지 않는 경우는 위 판결처럼 “상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고, 나아가 위 약정이 없었다면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 인정된다면 주계약도 해제할 수도 있”다고 새겨야 할까? 먼저 대법원은 계약금약정의 불이행의 경우 본계약의 해제를 위해서는 계약금 약정 자체를 채무불이행을 이유로 해제해야 한다는 구성을 한다. 그러나 종된 계약이라는 계약금약정의 해제에 기초해서 주된 계약의 해제로 발전한다는 논리는 자연스럽지 못하고,⁵¹⁾ 계약금약정 자체의 해제라는 구성도 이해하기 어렵다. 이는 계약금계약을 요물계약으로 보기 때문에 생긴 것으로 보인다. 이 때문에 다시 계약금계약을 낙성계약인 매매계약과 분리할 수밖에 없다. 그리하여 계약금지급의무 불이행을 이유로 매매계약을 해제하기 위해서는 계약금계약에 기한 해약권이 생기지 않기 때문에 불가피하게 계약금약정불이행을 이유로 한 해제라는 우회로를 선택할 수밖에 없는 것이다. 그러나 계약금지급의무 불이행의 효과를 논함에 있어 계약금약정과 주된 계약을 분리하는 것은 바람직하지 않다. 계약금약정을 매매와 같은 계약의 부수(부대)약정(*pactum adiectum*)으로 보고, 그 불이행의 경우 부수약정의 해제라는 매개 없이 곧바로 매매계약 자체의 목적 달성 가능 여부에 따라 매매계약의 해제권을 인정할 수 있지 않을까 한다. 매매계약금은 일반적으로 매매대금의 일부로 이해된다는 점을 고려하면, 더욱 그러하다.

약정한 계약금이 아직 전부 지급되지 않은 경우, 위 판결의 실시와 달리 수령하기로 한 자만이 교부하기로 한 자의 채무불이행을 이유로 한 계약금계약의 해제를 매개로 매매계약을 해제할 수 있는 것이 아니라, 낙성계약설처럼 수령하기로 한 자뿐만 아니라 교부하기로 한 자도 상대방에게 약정한 계약금까지 제공하면 매매계약을 해제할 수 있다고 보아야 한다. 교부하기로 한 자가 이행지체의 책임을 지는기는 물론 이와는 다른 문제다. 분할지급약정이 있는 경우 매수인의 의도를 고려하여 당사자 쌍방에게 지급된 금액만큼

51) 계약금약정 자체를 가지고 말한다면 그것 때문에 주계약을 체결하는 것이 아니라 주계약 때문에 계약금약정을 체결하는 것은 아닐까?

을 해약의 대가로 이해하는 견해가 있으나, 매도인의 의도는 매수인의 의도와 다를 수 있음을 고려해야 한다.⁵²⁾ 그리고 분할지급약정이 없음에도 일부가 지급되지 않은 경우에는 교부자는 금반언의 원칙상 약정한 계약금까지 지급하여야 해제할 수 있으나, 수령자는 수령한 금액의 배액만을 상환하면 해제할 수 있다고 보는 것⁵³⁾도 마찬가지다. “요물계약성을 남용하는 교부자의 기회주의적 행태를 봉쇄할 필요가 있다”고 하나, 그에게 이행지체에 대한 책임을 지우는 것과 별도로 약정해제권 행사와 관련하여 수령자를 우대함으로써 교부자에게 불이익을 주어야 하는 이유를 알기 어렵다. 또 후지급약정이 있는 경우 약정된 지급기일까지는 양당사자 모두 약정해제권을 행사할 수 없으나, 지급기일 후에도 지급하지 않거나 후지급약정이 없는데도 지급하지 않은 경우, 수령하기로 한 자는 자유롭게 해제할 수 있는 반면, 교부하기로 한 자는 금반언의 원칙상 약정된 계약금 전부를 지급해야 해제할 수 있다는 것⁵⁴⁾도 이해하기 어렵다. 수령하기로 한 자는 상대방의 이행지체를 이유로 최고한 뒤 매매계약을 해제할 수 있기 때문이다.

4. 대물변제

1) 학설 대립

민법 제466조는 “채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래의 채무이행에 갈음하여 다른 급여를 한 때에는 변제와 같은 효력이 있다”고 규정한다. 이 규정의 해석을 둘러싸고 대물변제의 성질에 관해서 다툼이 있다. 학설은 크게 둘로 나뉜다. 다수설(과거의 통설)⁵⁵⁾은 대물변제를 요물계약으로 새기는 반면,

52) 지원림, 전계 논문, 106면. ‘분할지급 약속이 위반되어 일부만이 지급된 경우 일부수령자는 계약금 계약을 해제함으로써 상대방의 변심의 기회를 박탈할 수 있다고 하나, 약속을 위반하여 일부 또는 전부를 지급하지 못한 자는 약정한 계약금까지 상대방에게 제공하여도 해제할 수 없는 것인 지의 문이다.

53) 지원림, 전계 논문, 107면.

54) 지원림, 전계 논문, 108면.

55) 곽윤직, 『대물변제의 요물계약성』, 『민사판례연구』 제2권(1992), 10면 이하; 김증한·김학동, 『채권각론』(2006), 373면; 송덕수, 『신민법강의』(2015), 1205-1206면. 대물변제의 성질을 계약으로 보는 견해는 변제의 성질을 준법률행위라고 한다.

소수설은 대물변제의 본질은 변제이지 계약이 아니라고 본다.⁵⁶⁾ 아래서는 전자를 요물계약설, 후자를 변제설로 부르고자 한다.

요물계약설은 대물변제를 위해서는 채무자(변제자)와 채권자의 합의, 특히 채권자의 승낙이 필요하므로 대물변제는 계약이고, 채권자와 채무자간의 합의 이외에 원래의 급부와 다른 급부를 현실적으로 하여야 하므로 요물계약이라는 것이다. 제466조의 채권자의 승낙을 채무자의 청약에 대응한 대물변제의 효과의사로 보는 것이다. 그리하여 다수설과 판례에 따르면 대물변제는 계약이라는 점에서 준법률행위에 불과한 변제와는 다르다. 즉 양자는 채권을 소멸시키는 효과면에서는 동일하나, 법률개념 구성에는 법률행위와 준법률행위로 구별된다. 요물계약설은 당사자의 합의 이외에 대물급부가 이루어졌을 때 대물변제계약이라는 하나의 법률요건이 성립하고, 성립과 동시에 본래의 채무의 소멸이라는 효력을 발생하는 것으로 새긴다. 따라서 대물변제계약으로부터 대물급부청구권은 발생하지 않는다. 채무자가 합의대로 대물급부를 이행하면 이 합의에 따라 본래의 채권은 소멸하나, 만약 채무자가 대물급부를 거부하는 경우 채권자는 본래의 이행을 청구할 수 있을 뿐이라고 해석한다. 그리고 대물급부청구권은 대물변제의 예약이라는 구성을 통해 해결한다. 즉 대물변제의 예약을 함으로써 예약상의 권리자는 상대방에 대하여 본 계약인 대물변제계약의 체결을 강제할 수 있게 된다는 것이다. 대물변제계약의 체결은 대물변제의 성립을 위한 합의와 이에 따른 대물급부를 뜻하므로, 결국 대물변제예약을 통해 대물급부의 청구가 가능하게 된다는 것이다.

변제설은 요물계약설이 근거로 드는 ‘채권자의 승낙’(제466조)은 기껏해야 원래의 급부의 이행에 같음하여 다른 급부를 하는 것에 대한 채권자의 ‘양해 내지 ‘동의’에 불과하다고 한다. 대물변제로 인해 채권이 소멸하는 이유는 채권의 만족으로 보아야 하는데, 대물변제를 수령할 의무가 없는 채권자가 이를 수령하는 것은 채권이 만족되기 때문이라고 이해하는 것으로 보인다. 이

56) 김형배, 『채권각론』(2001), 718면, 김형배·김규완·김명숙, 『민법학강의』 11판(2012), 1150면 이하; 김상용, 『채권각론』(2011), 467면; 지원립, 『민법강의』(2014), 987-989면. 대물변제는 채무의 이행행위로서 변제에 준하는 효력을 가진다는 점에서 변칙적 변제방법이라는 이은영, 『채권각론』(2007), 723면도 크게 다르지 않다고 생각된다.

처럼 “변제와 같은 효력이 있”는 대물변제의 효과는 당사자의 의사보다는 대물급부가 “채권자의 승낙을 얻”음으로써 채권의 목적이 달성되었다는 점, 즉 “대물에 의한, 채권자의 양해를 수반한 현실적인 급부결과의 실현”에 착안하면, 대물변제는 그 성질이 변제와 다르지 않고, 그 본질은 변제이지 계약이 아니라는 것이다. 변제설에서는 대물변제는 계약이 아니지만, 대물의 처분이 다르므로 행위능력이 요구된다고 한다. 변제설 가운데는 민법상 계약은 원칙적으로 채권계약을 의미하므로 요물계약이라고 볼 수 없다는 견해가 있다.⁵⁷⁾ 대물변제처럼 채권을 발생시키는 것이 아니라 채권을 소멸시키는 합의를 계약이라고 할 수 없다는 것이다. 계약에 대한 관념의 차이를 볼 수 있다. 변제설은 대물변제는 “변제의 보조수단”이고, 제466조의 승낙은 대물변제에 대한 채권자의 양해를 뜻하므로 대물변제에도 당연히 변제에 관한 규정(제460조 이하)이 적용된다고 한다. 대물의 이전에 인도나 등기가 필요한 경우 대물변제의 효과가 발생하기 위해서 인도나 등기가 필요함은 당연하다고 한다. 대물변제를 요물계약으로 보지 않으면, 대물변제의 예약이라는 개념을 쓸 필요가 없다. 이 경우 대물변제의 예약에 상응하는 것을 대물변제 계약 또는 약정이라고 하게 되는데, 그 의미에 대해서는 채무변경계약의 일종이라고 보는 견해가 유력하다.⁵⁸⁾

요물계약설과 변제설의 대립은 대물변제가 유상계약인가에 대한 논의로 이어진다. 이 논의는 급부된 대물에 대한 하자담보책임과 관련하여 주로 문제된다. 매매에 관한 규정, 특히 하자담보책임에 관한 규정이 유상계약에도 준용되므로, 대물변제를 유상계약이라고 보면 제567조가 준용되고, 유상계약이 아니라고 하면 제567조가 적용되지 않고 또 독일민법 제365조와 같은 규정이 없으므로 담보책임을 지지 않는가 하는 의문이 생긴다. 요물계약설은 대체로 다른 급부에 의하여 원래의 채무를 소멸시킨다는 점에서 유상계약이라고 보고 대물급부에 매도인의 담보책임을 준용하는 반면,⁵⁹⁾ 변제설은 당

57) 지원림, 전거서, 988면.

58) 양창수, 「타인의 물건에 관한 대물변제계약으로 인한 책임」, 『민법연구』 2(1998), 268면; 지원림, 「대물변제약정의 효력」, 『민사판례연구』 XXI(1999), 186면 이하 및 『민법강의』(2014), 995면 이하.

59) 곽윤직, 『채권총론』(2002), 368면 등.

연히 대물변제를 유상계약이라고 보지 않고, 대물은 본래의 채무의 연장선상에서 파악하여야 하므로,⁶⁰⁾ 본래의 채무가 유상이나 무상이나에 따라 그에 상응하는 담보책임도 정해져야 한다고 본다.⁶¹⁾ 요물계약설을 따르면서도 변제설과 같이 새기는 견해도 있다.⁶²⁾

2) 판례

일반적으로 판례가 요물계약설을 취하고 있다고 알려져 있다. 판례가 요물계약설의 논리적 귀결인 대물변제의 예약이라는 용어를 그대로 사용하기 때문인 것으로 보인다. 그러나 관련 판결례를 보면 분명하지는 않다. 먼저 구민법시대의 대법원 1955.10.6. 선고 4288민상244 판결은 “채무자가 일정한 기한을 정하여 그 기한까지 채무를 변제하지 못할 때에는 채무변제의 대상으로 소유 부동산을 취득케 한다는 약정을 하였을 경우에는 기한의 경과로 당연히 그 효력이 발생하는 것이 아니고 부동산에 관한 등기 기타 인도행위를 종료하였을 때 비로소 그 효력이 발생한다”고 한다. “효력이 발생한다”고 할 뿐, 등기 기타를 종료하였을 때에 대물변제가 “성립한다”고 하지 않는다는 점에 유의할 필요가 있다.⁶³⁾ 이는 현행민법 발효 후에도 다르지 않다. 일련의 판결들이 대물변제의 성립은 “본래의 급부에 갈음하여 다른 급부를 현실적으로 함을 요하”고, 대물급부가 부동산소유권 이전인 경우 “당사자가 그 의사 표시만 함으로써는 부족하고 등기 기타 인도행위가 완료하여야” 한다고 할 뿐, 대물변제를 요물계약으로 보는지는 분명하지 않다. 따라서 대법원 1972.5.23. 선고 72다414 판결과 대법원 1974.6.25. 선고 73다1819 판결에서 대법원이 과거의 요물계약설을 취하던 입장을 갑자기 바꾸었다고 볼수 있는지⁶⁴⁾ 의문이다. 대법원 1974.6.25. 선고, 73다1819 판결⁶⁵⁾은 “대물변제계

60) 지원림, 전계면.

61) 김형배, 『채권총론』(1998), 732면; 이은영, 『채권총론』(1999), 736면; 지원림, 전계면 등.

62) 송덕수, 전계서, 1206면.

63) 대법원 1957.9.16. 선고 4290민상193 판결, 대법원 1957.10.31. 선고 4290민상569 판결 등, 대법원판결요지집(1978) 423면,도 같다.

64) 곽윤직, 「대물변제의 요물계약성」, 『민사판례연구』 제2권(1993), 21면

65) “대물변제계약이 성립과 동시에 현실급부가 반드시 수반되어야 하는 것도 아니므로 이 사건 토지

약이 성립과 동시에 현실급여가 반드시 수반되어야 하는 것은 아니”라고 함으로써, 바꾸어 말하면 당사자의 합의만으로 성립한다고 함으로써, ‘대물변제계약의 요물계약성을 부인하는 것은 사실이다. 그러나 여기서 ‘대물변제계약은 요물계약설의 ‘대물변제예약과 다르지 않다. 판결의 취지는 당사자의 합의만으로 대물변제계약이 성립하고, 그 채권적 효력으로서 채권자는 소유권이전등기절차이행을 청구할 수 있다는 것이지 대물변제의 합의만으로 변제의 효과가 발생한다는 뜻은 아니기 때문이다. 이 판결에 대해서는 신·구 두 채권의 관계가 불분명하다는 비판이 있으나,⁶⁶⁾ 대물변제약정은 일종의 채무변경계약으로 이해할 수 있으며 당사자의 의사해석에 따라 경계, 대용권 부여, 지급을 위한 채무부담 등이 된다는 반론이 있다.⁶⁷⁾

이처럼 판례는 대물급부청구권을 인정하기 위해 대물변제의 예약 또는 대물변제계약이란 용어를 쓰고 있기 때문에, 판례가 대물변제의 법적 성질에 대해 어떤 입장을 취하고 있는지 확실한 것은 아니다. 구체적 문제해결이라는 판결의 목적에서 보면 대물급부청구권과 변제의 효과와 관련해서는 요물계약설이든 변제설이든 하등 차이가 없다.

3) 요물계약설의 검토

제466조를 요물계약설에 입각하여 해석한 종래의 통설은 일본민법 제482조의 해석에 있어서 대물변제를 요물계약으로 새기는 학설·판례의 영향을 받은 것으로 보인다.⁶⁸⁾ 그러나 현재 일본에서는 대물변제를 요물계약으로

에 관하여 원판사와 같은 대물변제계약이 성립된 이상 아직 이에 수반한 소유권 이전등기가 원고 앞으로 이루어지지 아니하였다 할지라도 원고로서는 대물변제 계약의 채권적 효력으로 피고에게 대하여 대물변제계약을 원인으로 하는 소유권 이전등기 절차이행을 청구할 수 있다 할 것” (대법원 1972.5.23. 선고 72다414 판결 참조).

66) 박윤직, 전제 논문, 24면은 채권자는 신채권만을 행사할 수 있는가? 또는 두 채권 중 어느 것이나 선택적으로 행사할 수 있는가? 채무자는 채권자가 구채권(본래의 채권) 또는 신채권(등기청구권)을 행사하는 경우에, 이를 거절할 수 있는가? 등 문제를 야기한다고 비판한다.

67) 양창수, 전제서 268면 이하; 지원림, 전제서 996면.

68) 박윤직, 전제 논문 17면 이하. 독일의 통설도 요물계약설을 취한다고 하나, 대물변제의 합의를 대물급부에 변제의 효과를 준다는 합의라는 의미에서 변제계약(Erfüllungsvertrag)이라고 하는 견해는 있으나, 우리처럼 요물계약이라고 하지는 않는다. Larenz, *Schuldrecht* I, 14. Aufl. 1987, § 18 IV, S. 248f.

보는 견해에 대한 비판⁶⁹⁾이 있다. 우리민법과 일본민법의 모법규정이라 할 수 있는 독일민법 제364조 제1항의 해석과 관련해서는 대물변제의 합의가 본래의 채무의 변제에 관한 합의⁷⁰⁾인지 아니면 채무변경계약⁷¹⁾인지, 또 대물의 하자에 대한 담보책임을 규율하는 제365조의 적용과 관련하여 유상계약(Austauschvertrag)인지 본래의 채무의 이행에 관한 합의로서 순전한 보조적 행위에 불과한지 등에 대해 견해가 대립되고 있을 뿐⁷²⁾, 우리의 다수설처럼 요물계약이라고 보는 견해는 찾기 힘들다.

대물변제의 성질로서 우리의 다수설이 말하는 요물계약은 대물의 급부청구권을 발생시키는 채권계약이 아니고, 채권의 소멸을 목적으로 하는 계약에 불과함을 유념하여야 한다.⁷³⁾ 대물변제를 요물계약으로 보게 된 이유는 계약을 채권을 발생시키는 합의에 한정하지 않고, 법률효과를 발생시키는 모든 합의를 지칭하는 의미로도 사용한 데 있다. 그러나 대물변제를 계약으로 구성하지 않아도 그와 관련한 법률문제를 설명할 수 있다면, 굳이 채권발생의 한 원인이라는 전통적인 계약 개념을 벗어나 채무변제라는 법률효과에 대한 합의까지 계약의 개념에 포함시켜야 하는지 의문이다. 대물변제약정의 성질은 결국 의사해석의 문제라 할 수 있으나, 계약의 현대적 경향에 반하여 요물계약의 예약이라는 복잡한 구성을 하여야만 하는지 의문이다.

69) 鈴木祿弥, 『債權法講義』(1995), 374면, 潮見住男, 『債權總論』 2, 2001, 182면: 대물변제가 요물계약이라고 하는 것은 본래의 급부를 목적으로 하는 채무의 소멸이라는 효과가 대물의 인도로써 생긴다는 당연한 이치를 말하는 데 지나지 않으며, 이것을 넘어 요물계약설이 목적물의 인도가 없는 한 대물변제계약이 어떤 효력도 없다는 것을 의미한다면 그것은 어떤 합리성도 없는 도그마일뿐이고, 합의가 성립하는 이상 당사자는 이것에 구속된다고 봐야 한다고 한다.

70) Bamberger/Roth/Dennhardt, Kommentar zum BGB § 364 Rn.5.

71) Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 1994, § 10 III.

72) Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2000, § 364, Rn. 7ff.

73) 동지 양창수, 전게서, 271면 이하; 지원림, 전게서, 987면.

IV. 맺음말

우리 민법은 전형계약 가운데 -계약인지 논란이 되는 현상광고를 제외하면- 과거 구민법 아래서 로마법의 전통에 따라 요물계약이던 것을 모두 낙성계약으로 전환시켰다. 최근 외국의 입법동향도 마찬가지이다. 그럼에도 대물변제와 계약금계약을 요물계약으로 보는 것은 이러한 낙성계약의 경향에 반한다고 하겠다. 이 요물계약설은 계약을 채권관계를 발생시키는 합의에 한정하지 않고, 널리 법률관계의 발생, 변경, 소멸이라는 효과를 가져 오는 당사자의 합의로 이해한다. 여기에는 채권계약 이외에도 물권계약, 준물권계약, 해제권유보약정 등이 포함된다. 그러나 요물계약 개념의 시초인 로마 고전법에 따르면 계약은 채권관계를 발생시키는 합의에 한정되었다.

요물계약으로 구성해야 할 법정책적인 필요가 있는가 생각해 볼 필요가 있다. 무이자 소비대차 등 로마법 이래 근래까지 요물계약으로 구성되어 온 연유에 대한 법제사적 성찰이 도움을 줄 수 있다고 생각된다. 로마법에서 무이자소비대차, 사용대차, 무상임치는 대체로 가까운 사이에서 성립한다. 이런 관계에서는 情誼에 의해 쉽게 금전이나 물건을 빌려주거나 맡아주기로 약속할 수 있는데, 이런 약속에 기초하여 약속의 이행을 청구하는 것은 바람직하지 않다고 생각한 것으로 추측된다. 계약관념의 확장에 따라 요물계약의 개념도 확장된 것으로 보인다.

대물변제와 계약금계약(또는 약정)의 경우에 요물계약이라는 구성이 불가피한지도 의문이다. 대물변제를 요물계약으로 이해하면 대물금부청구권을 인정하기 위해서는 대물변제예약이라는 복잡한 구성을 취하게 된다. 그러나 대물변제를 계약으로 구성하지 않아도 그와 관련한 법률문제를 설명할 수 있다면, 굳이 채권발생의 한 원인이라는 전통적인 계약 개념을 벗어나 채무변제는 법률효과에 대한 합의까지 계약의 개념에 포함시키고, 계약의 현대적 경향에 반하여 요물계약 및 그 예약이라는 복잡한 구성을 하여야 하는지 의문이다. 그리고 계약금계약(또는 약정)을 요물계약으로 구성하면 해약 가능여부가 계약금을 지급하기로 한 자의 자의에 의존하게 되는 불합리한 결과가

초래된다.

요컨대 낙성계약이 원칙이 된 현행법에서 요물계약이란 개념을 전통적인 맥락과 거리가 있는 사안에 적용하는 것은 그다지 바람직하지 않다고 본다. 계약의 본질이 합의인 이상 전통적인 채권계약의 의미 이외에 물권계약, 해제권유보약정, 채무변경계약 등 당사자의 합의에 의해 법률관계가 형성되는 경우에 계약이란 용어를 넓게 사용하는 것은 가능하다고 본다. 그러나 이처럼 채권계약 이외의 계약에 대해서까지 전통적으로 채권계약의 한 유형이었던 요물계약과 결합시키는 것은 바람직하지 않다.

■ 참고문헌

- 곽윤직, 『대물변제의 요물계약성』, 『민사판례연구』 제2권, 1992.
 _____, 『물권법』, 2012.
 _____, 『채권각론』, 2000.
 _____, 『채권총론』, 2002.
 김상용, 『채권각론』, 2011.
 김증한·김학동, 『채권각론』, 2006.
 김형배, 『채권각론』, 2001.
 김형배·김규완·김명숙, 『민법학강의』, 2012.
 남효순, 『계약금약정에 관한 몇 가지 쟁점』, 『법학(서울대)』 제39권 2호, 1998.
 민법주해 XIV, 『채권』 (7), 1999.
 서희석, 『일본 “민법(채권관계)개정요강안”의 검토』, 법무부, 2014.
 송덕수, 『신민법강의』, 2015.
 송호영, 『해약계약금의 약정에서 계약금의 일부만 지급된 경우의 법률관계』, 『민사판례연구』 제38권, 2006.
 양창수, 『동산질권에 관한 약간의 문제: 민법학방법에 관한 의문제기를 겸하여』, 『민사법학』 제7권, 1988.
 _____, 『타인의 물건에 관한 대물변제계약으로 인한 책임』, 『민법연구』 2, 1998.
 오종근, 『계약금의 법적 성질』, 『법학논집(이화여대)』 제15권 3호, 2011.
 이영준, 『물권법』, 1999.
 이은영, 『채권각론』, 2007.
 _____, 『채권총론』, 1999.

- 이종구, 「계약금의 미지급단계에서의 계약금계약과 주계약의 효력 등에 대하여」, 『법학논총(단국대)』 제33권 1호, 2009.
- 지원림, 「계약금분할지급약정의 효력」, 『민사법학』 72호, 2015.
- _____, 『민법강의』, 2014.
- 최병조, 「민법 제605조(준소비대차)의 규정적합성에 관한 管見 - 역사의 관성과 체계적합성 사이에서 -」, 『법학(서울대) 法學』 제35권 1호, 1994.
- Bamberger/Roth/Dennhardt, *Kommentar zum BGB*, 2003.
- Behrends, *Institut und Prinzip*, Bd. I. 2004
- Byoung-Ho Jung, *Darlehensvaluierung im römischen Recht*, Wallstein Verlag, 2002.
- Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, *Handbuch des Schuldrechts*, Bd. 3, 2. Aufl. 1994
- Jauernig, *BGB Kommentar*, 13. Aufl. 2009.
- Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 1971.
- Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl. 2003.
- Staudinger, *Kommentar zum BGB*, §§ 362-396, Neubearbeitung 2000.
- 民法債權法改正檢討委員會 編, 『註解 債權法改正の基本方針』 IV 各種の契約 (1), 2009; V 各種の契約 (2), 2009; 民法(債權關係)の改正に関する中間試案(概要付き) (<http://www.moj.go.jp/content/000109163.pdf>).
- 일본법무성, 『民法(債權關係)の改正に関する要綱案』(<http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>), 2015.
- 田井義信 등, 『新物權・擔保物權法』, 2005.
- 鈴木禄弥, 『債權法講義』, 1995.
- 潮見住男, 『債權總論 2』, 2001.

<Zusammenfassung>

Herkunft des Realvertrages und Kritik an die Realvertragstheorie

Jung, Byoung Ho*

Das koreansiche BGB faßt alle Realverträge nach römischer Tradition als Kosensualverträge auf. Das entspricht der Tendenz der modernen Kodifikationen. Trotzdem ist Meinung vorwiegend, daß die Zahlung an Erfüllung statt und der Rücktrittsvorbehalt gegen Reugeld Realvertrag seien. Der Realvertragstheorie ist nicht beizupflichten. Sie versteht unter dem Vertrag nicht nur den traditionellen Schuldvertrag, sondern alle Vereinbarungen, die ein Rechtsverhältnis entstehen lässt, verändert und erlischt, z.B. sachenrechtlicher Vertrag, Forderungsabtretung, familienrechtliche r Vertrag, Rücktrittsvorbehalt, Zahlung an Erfüllung statt. Aber das klassische römische Recht hat den Begriff *contractus*, d.h. Vertrag auf die Schuldverhältnis erzeugende Vereinbarung beschränkt.

Zu überprüfen ist auch die rechtspolitische Nötigkeit der Annahme des Realvertrags. Hilfreich ist die Erwägung des Grundes dafür, warum die Römer für das Zustandekommen eines Realvertrages die Sachhingabe erforderte. Unverzinsliches Darlehen, Leihe und unentgeltliche Verwahrung kommen nach wie vor zwischen Nahestehenden wie Verwandten oder Freunden zustande. In solchen Verhältnissen versprach man sich gewöhnlich leicht darzuleihen, zu

* Univ. of Seoul, School of Law

verleihen und zu verwahren. Man dachte es nicht als angemessen, die versprochene Sachhingabe einzuklagen.

Es ist fraglich, die Zahlung an Erfüllungs statt und den Rücktrittsvorbehalt gegen Reugeld im koreansichen Zivilrecht als Realvertrag aufzufassen. Denn ohne komplizierte Konstruktion des Real- und Vorvertrages sind die Rechtsfragen bezüglich der Zahlung Erfüllungs statt nicht schwer zu lösen. Die Realvertragstheorie für den Rücktrittsvorbehalt gegen Reugeld macht das Rücktrittsrecht von der Willkür des Reugeldgebers abhängig, was ungerecht ist.

Es ist nicht angebracht, den traditionell als Schuldvertrag aufgefaßten Realvertrag mit außerschuldvertraglichen Verhältnissen wie der Zahlung an Erfüllungs statt und dem Rücktrittsvorbehalt gegen Reugeld zu verbinden.

[Stichwörter] Realvertrag, Angeld, Draufgeld, Reugeld, Leistung an Erfüllungs statt, Vorvertrag, Rücktrittsrecht