

〈특집: 민법개정안의 몇 가지 쟁점에 관한 고찰〉

계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안*

金 載 亨**

요 약

민법 채권편에서 규정하고 있는 계약의 해제와 해지는 계약이 종료되는 대표적인 사유이다. 위험부담도 쌍무계약에 따른 채무의 소멸에 관한 것으로 계약의 종료와 밀접한 관련이 있다. 또한 학설과 판례에서는 사정변경을 이유로 한 계약의 해제 또는 해지를 인정하고 있다. 이러한 계약의 종료 또는 해소에 관한 규정이나 법리는 민법전 제3편 채권편의 계약총칙에서 핵심적인 부분을 차지하고 있다.

2009년 2월 출범한 법무부 민법개정위원회는 민법 중 재산편에 관한 개정안을 마련하였는데, 2014년 2월 17일 민법개정위원회 전체회의를 끝으로 5년 동안의 민법 개정작업을 마무리하였다. 여기에 민법전의 중요한 부분을 차지하고 있는 계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 개정안이 포함되어 있음은 물론이다. 이 글에서는 2012년과 2013년 민법개정위원회 전체회의에서 확정된 「계약의 해제와 해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안」(이하 ‘개정안’이라 약칭한다)을 소개하고 그 의미를 살펴보고자 한다. 특히 필자가 민법개정위원으로서 개정안의 초안을 작성하고 토론을 한 경험을 토대로 개정안을 작성하는 과정에서 무슨 생각을 하였는지를 돌이켜보고 개정안이 확정되기까지 여러 단계를 거쳐 수정된 내용을 조감해보고자 하였다.

개정안에서는 계약 해제의 요건에 관하여 일반조항을 도입하였고, 그 요건에서 귀책사유를 배제하였으며, 이행기 전의 해제 또는 해지에 관한 명문의 규정을 도입하였다. 계속적 계약의 해지에 관한 규정을 마련하였다. 또한 사정변경의 원칙을 명문화하였다. 이는 우리 민법에서 중요한 변화라고 할 수 있다.

한편 당사자의 책임 없는 사유로 계약을 이행할 수 없는 경우에 당사자가 계약의 해제와 위험부담 중에서 하나를 선택할 수 있도록 하였다. 일정한 상황에서 계약의 해제와 위험부담이 병존하거나 중첩적으로 적용될 수 있다. 사정변경의 경우에도 그 효과로서 계약의 수정과 해제·해지를 병존시키고 있다. 계약의 해제·해지, 위험

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

부담, 사정변경에 관한 개정안에 한정해서 말한다면, 요건에 관해서는 찬성할 수 있지만, 그 효과나 다른 구제수단과의 관계에 대해서는 여전히 논란의 소지가 있다.

주제어: 계약, 해제, 해지, 위험부담, 사정변경, 계약의 수정, 민법개정안

I. 서 론

민법 제3편 채권편에서 규정하고 있는 계약의 해제와 해지는 계약이 종료되는 대표적인 사유이다. 위험부담도 쌍무계약에 따른 채무의 소멸에 관한 것으로 계약의 종료와 밀접한 관련이 있다. 또한 학설과 판례에서는 사정변경을 이유로 한 계약의 해제 또는 해지를 인정하고 있다. 이러한 계약의 종료 또는 해소에 관한 규정이나 법리는 민법전 채권편의 계약총칙에서 핵심적인 부분을 차지하고 있다.

2009년 2월 출범한 법무부 민법개정위원회는 재산편에 관한 개정안을 마련하였는데, 2014년 2월 17일 민법개정위원회 전체회의를 끝으로 5년 동안의 민법개정작업을 마무리하였다. 여기에 민법전의 중요한 부분을 차지하고 있는 계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 개정안이 포함되어 있음은 물론이다. 개정안에서 이러한 제도들은 크게 변화하였다. 먼저 해제의 요건에 관하여 일반조항을 도입하고 그 요건에서 귀책사유를 배제하였다. 그리고 계속적 계약의 해지와 사정변경의 원칙을 명문화하였다. 이러한 개정안은 우리 민법에서 중요한 변화라고 할 수 있다.

계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 개정안은 채무불이행법을 다루는 분과에서 담당하였다.¹⁾ 필자는 제1기와 제2기 민법개정위원회에서는 담보제도

1) 법무부 민법개정위원회(위원장 서민 교수)는 제1기(2009년)에는 민법총칙과 담보제도를 다루었고, 채권법에 관한 개정은 다루지 않았다. 채무불이행법에 관해서는 제2기(2010년) 민법개정위원회 제2분과위원회에서 개정안을 작성하기 시작하여 제3기(2011년) 민법개정위원회 제4분과위원회, 제4기(2012년) 민법개정위원회 제3분과위원회에서 계속 개정안을 작성하였다. 2013년에는 분과위원회에서 이미 작성한 개정안을 확정하기 위하여 제4기의 후속분과로서 운영되고 있다. 채무불이행법을 맡은 분과위원회의 위원들은 분과위원장을 포함하여 매년 6명 또는 7명 정도로 구성되었다. 분과위원장 송덕수 교수, 위원 김동훈 교수, 김재형 교수, 오종근 교수, 정진명 교수, 박동진 교수(이상 학계), 강승준 부장관사, 문용호 변호사, 안태용 변호사, 전원열 변호사(이상 실무계)가 참여하였는데, 위원들의 변동이 있었다. 분과위원회에서 작성한 개정안은 실무위원회(위원장 윤진수 교수), 분과위원장단 회의(위원장 서민 교수)를 거쳐 민법개정위원회 전체회의에 회부되어 확정되었다. 그 경과에 관하여 상세한 것은 송덕수,

분과위원회에 있다가 2011년 제3기 민법개정위원회부터 채무불이행법을 다루는 분과에 합류하여 개정안을 작성하는 과정에 참여하였다. 그 중요한 이유 중의 하나는 필자가 초안을 작성했던 채권자취소권에 관한 개정안을 위 분과위원회에서 다루기로 하였기 때문이다. 그런데 위 분과위원회에서 채무불이행법에 관한 여러 개정시안이 한창 논의 중이었기 때문에, 위 분과위원회에서 채권자취소권에 관한 개정시안을 보고할 기회는 뒤로 미뤄졌고²⁾ 필자는 채무불이행법에 관한 분과위원회안을 작성하거나 이미 작성되어 있었던 – 그중 일부는 확정되어 있었다 – 개정시안을 수정하는 일을 하게 되었다. 특히 논란이 많았던 계약의 해제, 위험부담, 사정변경에 관해서는 필자가 분과위원회에서 개정시안을 제안하였고 그중 상당부분이 분과위원회안으로 채택되었다.

이 글에서는 2012년과 2013년 민법개정위원회 전체회의에서 확정된 『계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안』(이하 ‘민법개정안’ 또는 ‘개정안’이라 약칭한다)을 소개하고 그 의미를 살펴보고자 한다. 다른 분과위원들이 위 개정안 중 일부에 관하여 논문을 발표하기도 하였다.³⁾ 위 개정안은 계약총론에서 가장 중요한 부분을 차지하고 있으며, 개정안을 작성하는 과정에서 서로 영향을 주고받았다. 즉, 계약의 해제와 해지는 밀접한 관계에 있고 해지 요건에 관한 개정안에서 해제 요건을 준용하였다. 계약의 해제와 위험부담은 서로 중첩되는 부분이 있어 위험부담을 해제로 통일할 것인지 여부가 주요 쟁점으로 되었다. 사정변경의 경우에는 그 효과로서 계약의 수정 또는 해제·해지가 인정되어 계약의 해제·해지와 밀접한 관계가 있다. 따라서 위 개정안들을 그 관련성에 주목하여 함께 살펴보는 것은 의미 있는 일이다. 특히 이 글에서는 개정안의 작성과정에 초점을 맞추

“채무불이행에 관한 민법개정시안”, **민사법학**, 제60호(2012. 9), 151-155면; 송덕수, “채무불이행의 요건”, **민사법학**, 제65호(2013. 12), 207-209면; 김재형, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안”, **민사법학**, 제65호(2013. 12), 584면 참조. 이하 분과위원회는 2010년부터 채무불이행법을 담당했던 위 분과위원회를 가리킨다.

2) 위 분과위원회에서 2011년에 채권자취소권에 관한 개정안을 다룰 기회가 없었고, 2012년 민법개정위원회 제3기 제3분과(채권 1분과)위원회에서 비로소 위 개정안을 다루게 되었다. 이에 관해서는 김재형, “채권자취소권에 관한 민법개정안 – 개정안에 관한 기분구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로 –”, **민사법학**, 제68호(2014. 9), 48면.

3) 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 민법규정의 개정론”, **민사법학**, 제55호(2011. 9), 235면 이하; 김동훈, “채무불이행의 효과 – 계약의 해제”, **민사법학**, 제65호(2013. 12), 385면 이하; 정진명, “계약해제·해지 및 그 효과”, **민사법학**, 제55호(2011. 9), 259면 이하.

어 개정안을 맨 처음 준비했던 분과위원회에서 개정안을 작성하는 과정에서 무슨 생각을 하였는지를 돌아켜보고, 민법개정위원회 전체회의에서 개정안이 확정되기 까지 여러 단계를 거쳐 수정된 내용을 조감해보고자 한다.

민법개정위원회의 임무는 이론적인 탐구를 하는 것이 아니라 민법개정안을 작성하는 것이었다. 이 글에서 다루는 내용은 이론적으로나 실무적으로 관심이 많은 부분으로, 개정안을 작성하는 과정에서도 논란이 많았다. 따라서 계약의 해제와 해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안이 어떻게 만들어졌는지 그 작성과정을 따라가면서 돌아켜 보는 것은 중요한 의미가 있다. 개정안을 작성하는 단계에서 우리나라의 학설과 판례는 물론이고 다른 나라의 입법례나 국제기구 등의 여러 규정이나 비교법적 연구를 참고하였다. 특히 독일민법, 프랑스민법, 일본민법과 일본채권법개정시안, 중국 합동법, 국제물품매매계약에 관한 국제연합 협약,⁴⁾ UNIDROIT 국제상사계약원칙,⁵⁾ 유럽계약법원칙,⁶⁾ 유럽공동참조기준초안⁷⁾ 등의 조문은 대부분의 개정안을 작성하거나 논의를 할 때마다 소개되었다. 우리나라의 학설과 판례를 토대로 개정안을 작성하는 경우에도 조문 형태로 되어 있는 외국의 입법례는 개정안을 작성할 때 매우 편리하게 이용할 수 있기 때문이다. 민법개정안을 소개하면서 이러한 부분도 다루어야겠지만, 이러한 내용은 담당 분과위원이 발표한 논문이나 법무부에서 발간하였거나 발간할 예정인 자료집⁸⁾ 등에 미루고 여기에서는 2004년 민법개정안⁹⁾ 또는 민법개정위원회 분과위원회의 논의부터 시작해서 전체회의에서 개정안을 확정하기까지의 과정을 중심으로 다루고자 한다.¹⁰⁾

4) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, ‘CISG’라는 약칭을 사용하는데, 이하에서 ‘유엔통일매매법’이라고 한다.

5) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ‘PICC’라는 약칭을 사용한다.

6) Principles of European Contract Law, ‘PECL’이라는 약칭을 사용한다.

7) Draft Common Frame of Reference, ‘DCFR’이라는 약칭을 사용한다.

8) 가령 법무부 민법개정자료발간팀 편, 2013년 **법무부 민법개정시안 채권편(上), (下)**, 2013.

9) 법무부는 1999년 2월 민법개정특별분과위원회를 구성하여 2004년 6월 민법 재산편 개정 법률안을 마련하였고 이를 정부안으로 10월 21일 국회에 제출하였다. 그러나 이 법안은 국회에서 심의를 하지 못한 채 국회의원의 임기만료로 폐기되었다.

10) 민법개정위원회에서 위원들이 작성한 각종 회의자료를 토대로 회의를 하였고, 회의가 끝나면 법무부 법무심의관실에서 회의일지와 속기록을 작성하고 있다. 그러나 회의자료, 회의일지, 회의록은 현재 일부만이 공간되어 있는데, 이 글에서는 공간되지 않은 자료도 참고하였다.

II. 계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안 개관

1. 현행 민법의 규정

위험부담과 계약의 해제·해지에 관해서는 현행 민법 제3편 채권 제2장 계약에서 정하고 있다. 그중 위험부담은 제2관 계약의 효력 부분에서 2개의 조문(제537조와 제538조)¹¹⁾을 두고 있고, 계약의 해제·해지는 제3관 계약의 해제, 해제 부분에서 11개 조문(제543조에서 제553조까지)을 두고 있다. 위 조문 중에서 개정대상이 된 조문은 다음과 같다.

제537조는 ‘채무자위험부담주의’라는 표제로 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다고 정하고 있다. 제544조에서 제546조까지는 해제의 요건에 관하여 이행지체, 정기행위, 이행불능으로 나누어 규정하고 있다.¹²⁾ 제546조에서는 채무자의 책임 있는 사유로 이행불능인 경우 해제를 인정하고 있는 반면에, 제544조와 제545조에서는 채무자의 귀책사유(유책사유)를 요건으로 정하고 있지 않다. 그러나 제544조의 경우에도 채무자의 귀책사유를 요건으로 하는 것이 다수설이다. 제548조에서는 해제의 효과를 정하고 있고, 제553조에서는 해제권자의 고의나 과실로 계약의 목적물이 훼손된 경우 등 일정한 사유가 발생한 경우에 해제권이 소멸한다고 정하고 있다.

한편 계속적 계약에서 언제 어떠한 요건에서 해지가 인정되는지에 관하여 일반 규정이 없고, 개별 규정에서 해지권에 관하여 정하고 있을 뿐이다. 그러나 위와 같은 명시적인 규정이 없는 경우에도 계속적 계약의 해지가 인정될 수 있다.

2. 민법개정위원회의 개정안

민법개정위원회 분과위원회에서는 위험부담과 계약의 해제·해지에 관한 조문들을 검토하여 개정안을 마련하였는데, 전체회의에서 위에서 본 조문들을 개정하

11) 이하 민법의 조문은 법률의 명칭을 기재하지 않고 조문만을 인용한다.

12) 매도인의 담보책임에 관해서는 제3편 채권 제2장 계약 제3절 매매 부분에서 규정하고 있는데, 그 구체 수단으로 계약의 해제와 손해배상 등이 인정되고 있다. 분과위원회에서 오종근, **민법상 담보책임법 개정안 연구**, 2010년 법무부 연구용역보고서를 토대로 채무불이행책임과 매도인의 담보책임을 가급적 통일적으로 규정하려고 하였으나, 분과위원장단 회의와 전체회의에서 개정하지 않기로 하여 이 부분에 관한 민법개정위원회의 개정안은 마련되지 않았다.

고 사정변경, 계속적 계약에 관한 조문을 신설하기로 하였다. 개정 또는 신설 조항은 다음과 같다.

(1) 제537조의 표제를 ‘채무자의 위험부담’으로 수정하고 계약의 해제와의 관계, 대상청구권과의 관계를 정한 조항을 신설한다. 먼저 이 규정에 따라 채무자의 위험부담으로 채무가 소멸되더라도 상대방의 계약 해제에 영향을 미치지 않는다는 명시적인 조항을 두고(제2항), 대상청구권(개정안 제399조의2 제1항)에 따라 이익의 상환을 청구하는 경우에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있도록 하며 이 경우에 상환할 이익의 가치가 본래의 채무보다 작으면 상대방의 채무는 그에 비례하여 감소한다는 조항을 둔다(제3항).

(2) 제538조의2(사정변경)를 신설하여 사정변경을 이유로 하는 계약의 수정, 해제 또는 해지를 인정한다.

(3) 계약의 해제 요건을 정하고 있는 제544조, 제545조, 제546조를 통합하여 제544조(채무불이행과 해제)에서 채무불이행으로 인한 해제 요건을 통일적으로 규정한다. 해제의 요건에서 채무자의 귀책사유를 삭제하고 “채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우”에는 계약을 해제할 수 없도록 하고(제1항), 최고 불요사유를 4가지로 나누어 규정하였다(제2항). 또한 이행거절을 포함하여 이행기 전의 불이행을 해제사유로 명시하고(제3항), 채권자에게 주로 책임이 있는 경우 등에는 계약을 해제할 수 없다고 정하였다(제4항).

(4) 제544조의2(계속적 계약의 해지)를 신설하여 계속적 계약의 해지 근거와 사유를 명시하였다.

(5) 제548조(해제의 효과, 원상회복의무)를 개정하여 목적물을 반환하는 경우에 수취한 과실도 반환하도록 하였으며(제2항), 목적물이나 과실을 반환할 수 없거나 목적물로부터 수취한 이익이 있는 때에는 그 가액을 반환하도록 하되, 상대방에게 책임 있는 사유로 반환할 수 없는 경우에는 반환대상에서 제외하였다(제3항).

(6) 제553조(훼손 등으로 인한 해제권의 소멸)를 삭제하였다.

2004년 민법개정안에서는 제544조, 제545조, 제546조를 삭제하고 제544조의2(채무불이행과 해제), 제544조의3(채무불이행과 해지), 제544조의4(사정변경과 해제·해지)를 신설하기로 하였다.¹³⁾ 이것은 2012년과 2013년에 확정된 민법개정안에서

13) 용어의 변경에 관한 것으로 제543조 등에서 ‘해지, 해제’로 되어 있는 것을 순서를 바

위 (2), (3), (4)에 관한 부분에 반영되어 있으나, 그 내용이나 표현이 크게 달라졌다. 위 (1), (5), (6), 즉 위험부담과 해제의 효과에 관한 부분은 2004년 민법개정안에는 없었으나, 2012년과 2013년에 확정된 민법개정안에 포함된 것이다.

현행법	2004년 민법개정안	2012/2013년 민법개정안
제537조(채무자위험부담주의)	제537조 개정안 없음	제537조(채무자의 위험부담) 제538조의2(사정변경)
제544조(이행지체와 해제)	[제544조, 제545조, 제546조 삭제]	[제544조, 제545조, 제546조 삭제]
제545조(정기행위와 해제)	제544조의2(채무불이행과 해제)	제544조(채무불이행과 해제)
제546조(이행불능과 해제)	제544조의3(채무불이행과 해지)	제544조의2(계속적 계약의 해지)
	제544조의4(사정변경과 해제·해지)	
제548조(해제의 효과, 원상회복의무)	제548조 개정안 없음	제548조(해제의 효과, 원상회복의무)
제553조(훼손 등으로 인한 해제권의 소멸)	제553조 개정안 없음	[제553조 삭제]

특히 개정안을 작성하는 과정에서 해제의 요건에 관해서는 총 11개나 되는 안을 작성하여 논의하였는데, 이는 민법개정위원회에서 가장 많은 안을 작성한 조문이라고 할 수 있다. 해제의 요건에 관한 개정안에 따를 경우 위험부담과의 관계를 재정립할 필요가 있는데, 이와 관련하여 위험부담에 관한 규정을 아예 삭제할 것인지 여부에 관해서도 구체적인 안을 작성하여 논의하기도 하였다. 사정변경에 관해서도 많은 논란 끝에 개정안이 확정되었다.

III. 계약의 해제·해지에 관한 개정안

계약의 해제·해지에 관한 개정안을 조문순서대로 보면, 해제의 요건, 계속적 계약의 해지, 해제의 효과에 관한 것이다. 위 순서대로 항목을 나누어 살펴보고자 한다.

꾸어 ‘해제, 해지’로 수정하기로 하였다. 또한 매도인의 담보책임에 관한 규정 중에서 제575조부터 제582조까지의 개정안이 포함되어 있다. 그러나 이번 민법개정안에서는 이러한 개정을 하지 않기로 하였다.

1. 계약 해제의 요건

가. 쟁점

계약의 해제에 관해서는 종래부터 입법론적으로 논란이 많았다. 민법개정위원회에서 해제의 요건을 대폭 수정하는 것은 예정되어 있었다고 볼 수 있다.

민법개정위원회에서 계약 해제의 요건에 관하여 일반조항주의로 전환하고 귀책사유를 요건으로 하지 않는 것에 관해서는 쉽게 합의가 이루어졌다. 그러나 해제의 요건에서 본질적 불이행 개념을 도입할 것인지에 관해서는 논란이 많았다. 이 개념을 채택하는 방안이 검토되었으나, 해제의 요건에 관한 현행 민법의 태도를 유지하되 경미한 채무불이행을 해제할 수 없는 사유로 정하는 방식으로 규정을 만들었다. 또한 최고와 관련해서는 해제의 실질적 요건과 절차적 요건을 구분해서 정하기로 하였다. 이행거절 또는 이행기 전의 불이행에 관한 규정을 두기로 하였는데, 해제의 경우와 전보배상의 경우에 그 요건이 다소 달라졌다. 이처럼 해제의 요건에 관해서는 입법과정에서 다양한 쟁점이 있었고, 이 쟁점들은 서로 연결되어 있었다.

나. 개정안의 작성과정

(1) 2004년 민법개정안

2004년 민법개정안은 제544조의2(채무불이행과 해제)에서 다음과 같이 정하고 있었다.

- ① 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 그 이행이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 채권자는 다음 각호에 해당하는 때에는 제1항의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.
 1. 채무의 이행이 불능하게 된 때
 2. 채무가 이행되지 아니할 것이 명백하게 예견되는 때
 3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 채무자가 그 시기에 이행하지 아니한 때

위 개정안은 채무불이행으로 인한 해제에 관하여 일반조항을 두었다는 점에서 의미가 있다. 그런데 위 개정안에서는 채무자의 고의나 과실이 없는 경우에는 계약을 해제할 수 없도록 하였는데, 이 점에 관하여 논란이 많았다. 계약 해제의 경우에는 손해배상의 경우와 달리 귀책사유를 요건으로 할 필요가 없다는 비판이 많았다.¹⁴⁾ 필자도 위 개정안에 대해서는 비판적인 의견을 밝힌 적이 있다.¹⁵⁾

(2) 2012년 민법개정안

(가) 민법개정위원회 제2기(2010) 제2분과위원회

민법개정위원회 제2기(2010) 제2분과위원회에서 채무불이행에 관한 개정안을 담당하였다. 위 분과위원회에서 계약 해제의 요건 부분을 담당한 김동훈 교수가 작성한 개정시안을 토대로 논의를 시작하였다.¹⁶⁾

14) 정중휴, “민법개정안 채권편에 대한 소감”, 법무부 편, 민법(재산편)개정 공청회, 2001. 12. 199면; 안법영, “2001년 법무부 민법개정시안에 관한 소고”, **고려법학**, 제38호(2002), 193-197면; 황적인 외 29인, **민법개정안의견서**, 삼지원, 2002, 98-104면, 314면 참조.

15) 김재형, “계약의 해제와 손해배상의 범위”, **민법론** II, 박영사, 2004, 70면(채무불이행을 이유로 계약을 해제하기 위한 요건으로 채무자의 책임 있는 사유를 요구하는 것은 유엔통일매매법, 유럽계약법원칙 등 국제적인 추세에도 반한다. 2002년 1월 1일부터 시행되고 있는 독일 개정 민법도 계약의 해제에는 귀책사유를 요건으로 하고 있지 않다. 세계적인 추세를 항상 따라야 하는 것은 아니지만, 이에 명백하게 반하는 방향으로 개정할 필요는 없다. 현행 민법의 규정을 그대로 두든지, 아니면 계약해제의 요건에서 귀책사유를 배제하는 방향으로 개정안을 수정하여야 할 것이다).

16) 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 개정시안”, 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 회의자료(2010. 10. 21).

제544조(채무불이행과 해제) 당사자의 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 그 불이행이 중대한 경우에 한하여 계약을 해제할 수 있다.

제545조(최고와 해제) ① 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다.

② 당사자 일방이 채무의 내용에 적합하지 않은 이행을 한 경우에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 최고하고 그 기간 내에 이행의 추완이 없을 때에는 계약을 해제할 수 있다. 단 일방의 이행의 부적합이 사소한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 상대방은 다음 각 호의 경우에는 제1항과 제2항의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.

1. 일방이 이행을 명백하고 중곡적으로 거절하는 때

이 개정시안은 계약 해제의 요건을 채무불이행의 유형에 따라 구분하지 않고 해제에 관한 일반규정을 도입한다는 점에서 2004년 민법개정안과 동일하다. 그러나 중대한 채무불이행이 있을 경우에 한하여 해제가 가능하고 귀책사유에 관한 단서를 두지 않아 해제를 채무자의 귀책사유와 단절하고자 하였다는 점(개정시안 제544조)에서 2004년 민법개정안과는 완전히 다르다. 이와 같은 전환에는 CISG를 비롯한 최근의 입법례 등이 결정적인 영향을 미쳤는데, 해제에 대한 기본적 태도가 바뀐 것으로 볼 수 있다. 계약의 해제는 채무자에 대한 제재수단이 아니라 당사자들을 목적달성이 어려워진 계약의 구속력으로부터 벗어날 수 있게 해주는 제도라는 것이다.

그리고 개정시안 제545조에서는 해제를 위하여 최고가 필요한 경우와 그렇지 않은 경우를 정하고 있다. 이행지체의 경우에 최고 요건을 둔 것은 현행 민법의 제544조 본문을 승계한 것이고, 불완전이행의 경우에는 추완을 최고하고 해제할 수 있도록 하였다. 최고를 하지 않고 해제할 수 있는 경우로는 현행민법 제545조를 승계하여 정기행위에 관한 규정을 두고, 제544조 단서에 근거를 두고 있는 이행거절의 경우를 정하고 있다. 또한 ‘이행기 전의 해제’에 관한 개정안을 두고 있다.

위 개정시안 제544조에 대해서는 ‘중대한 불이행’ 요건을 본문으로 할지 단서로 할지 검토할 필요가 있고, 개정시안 제545조에 대해서는 제1항과 제2항을 통합하여 규정하고 부수의무 위반도 포함하여 모든 채무불이행을 포괄할 필요가 있으며, 제3항에서 최고 불요사유로 이행불능을 추가해야 한다는 등의 의견이 있었다.¹⁷⁾ 그 후 위 분과위원회에서 논의를 거쳐 다음과 같이 개정안을 마련하였다.¹⁸⁾

제544조(채무불이행과 해제) ① 당사자 일방이 채무를 이행하지 아니하고 이행기가 도과한 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다.

② 당사자 일방이 채무의 내용에 적합하지 않은 이행을 한 경우에는 상대방은 상

2. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때

④ 상대방은 해제의 요건이 충족될 것이 명백한 경우에는 이행기 전이라도 계약을 해제할 수 있다.

17) 오종근, 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 회의자료(2010. 10. 21).

18) 이 개정안은 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 민법규정의 개정론”(주 3), 235면 이하에 상세하게 소개되어 있다.

당한 기간을 정하여 최고하고 그 기간 내에 이행의 추완이 없을 때에는 계약을 해제할 수 있다. 단 일방의 이행의 부적합이 사소한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 상대방은 다음 각 호의 경우에는 제1항과 제2항의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.

1. 채무의 이행이 불가능하게 된 때
2. 채무가 이행되지 아니할 것이 명백하게 예견되는 때
3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때

분과위원회의 위 개정안에서는 해제의 요건에 관한 조항을 1개의 조문으로 통합하였고, 해제의 요건에 관한 규정의 본문에서 중대한 불이행 개념을 사용하지 않는 대신 사소한 부적합의 경우에 해제할 수 없다는 내용이 추가되었다(제2항 단서). 그리고 최고 불요사유로 이행불능이 추가되었다.

(나) 민법개정위원회 제3기(2011) 제4분과위원회

민법개정위원회 제3기에는 채무불이행에 관한 개정안을 담당하는 분과가 제4분과위원회로 바뀌었다.¹⁹⁾ 김동훈 교수는 위 개정시안을 민사법학회 하계학술대회에서 발표한 후 학술대회에서 나온 의견을 분과위원회에서 소개하였다. 특히 중대한 불이행 개념에 관하여 논란이 있었는데, 그것을 수용하는 것은 곤란하다고 하였다. 또한 채권자의 귀책사유로 인한 해제권의 배제에 관하여 명문의 규정²⁰⁾을 두자고 하였다.²¹⁾ 이를 토대로 개정시안을 수정하여 제안하였다.²²⁾

19) 필자는 제3기부터 채무불이행을 담당하는 분과위원회로 옮겼기 때문에(주 1 참조), 이 때부터 해제의 요건에 관한 개정안을 작성하는 회의에 참여하였다.

20) 제4항을 신설하여 “해제사유의 발생이 채권자의 귀책사유에 기한 경우에는 채권자의 해제권은 배제된다.”라고 정하자는 것이다.

21) 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 민사법학회 발제 개정안에 대한 비판들과 그 수용 여부”, 민법개정위원회 제3기 제4분과위원회 회의자료(2011. 7. 7).

22) 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 개정시안(제4차)”, 민법개정위원회 제3기 제4분과위원회 회의자료(2011. 9. 8)에서는 다음과 같은 개정안을 제안하고 있다.

제544조(채무불이행과 해제) ① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행 또는 추완을 청구하고 그 기간 내에 이행 또는 추완이 이루어지지 아니하는 때에는 계약을 해제할 수 있다. 다만 일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

한편 필자는 다음과 같이 해제의 요건에 관한 개정안을 제안하였다.²³⁾

제544조(채무불이행과 해제) ① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 다만 [채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우] 또는 채무불이행이 상대방의 책임있는 사유로 인한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항에 따라 계약을 해제하기 위해서는 상대방이 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행이 되지 아니하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 채무의 이행이 불가능하게 된 때
2. 당사자 일방이 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우 또는 상대방이 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간내에 이행이 되지 아니할 것이 명백한 경우
3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때

③ 제2항 단서 제2호의 경우에 상대방은 이행기 전에도 계약을 해제할 수 있다.

필자의 제안은 해제의 요건에 관한 그동안의 논의를 반영하되 표현을 간결하게 하고자 한 것이었다. 첫째, 조문의 체계와 관련해서는 제1항에서 채무불이행에 관한 일반조항을 두면서 단서에서 해제권 배제사유를 정하고, 제2항에서 최고가 필요한 경우와 필요하지 않은 경우를 두며, 제3항에서 이행기 전의 해제에 관한 규정을 둘 것을 제안하였다. 이것은 해제의 실질적 요건과 절차적 요건을 제1항과

② 상대방은 다음 각 호의 경우에는 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.

1. 채무의 이행이 불가능하게 된 때
2. 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우 또는 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행이 이루어지지 아니할 것이 명백한 경우
3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때
4. 기타 최고없는 해제를 정당화할 만한 특별한 사정이 있는 경우

③ 제2항 제2호의 경우에 채권자는 이행기 전에도 계약을 해제할 수 있다.

④ 당사자 일방의 채무불이행이 채권자의 책임있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다.

23) 김재형, “해제의 요건에 관한 개정안”, 민법개정위원회 홈페이지 게시(2011. 9. 22).

제2항으로 구분함으로써 요건을 이해하기 쉽게 하고자 한 것이다. 둘째, 해제권 배제사유 중 “채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우”는 중대한 불이행 개념을 도입하는 데 부담이 있기 때문에 이를 변형시켜 해제의 소극적 요건으로 도입한 것이다. 특히 계약의 목적달성이라는 표현을 사용하여 매도인의 담보책임에 기한 해제 요건과 정합성을 갖도록 하였다. 이것은 해제의 소극적 요건이기 때문에, 다른 규정과의 정합성 문제를 피하거나 적어도 완화시킬 수 있다. 셋째, 제1항 단서에서 해제권 배제사유로 “채무불이행이 상대방의 책임있는 사유로 인한 경우”를 정하고 있는데, 이를 본문과 대비하여 읽을 때 계약의 해제 요건에서 채무자의 귀책사유와 절연하였다는 점이 드러날 수 있도록 하였다. 넷째, 이행기 전의 해제 요건에 “당사자 일방이 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우 또는 상대방이 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행이 되지 아니할 것이 명백한 경우”라고 정함으로써 이행기 전에 해제할 수 있는 사유를 이행거절에 한정하지 않고 이행기 전의 불이행으로 포괄적으로 규정하였다. 이것은 전보배상에 관한 개정안 제395조와 통일적으로 규정하려고 한 것이다.

그 후 분과위원회에서 최고절차를 별도의 항으로 할 것인지, 해제권 배제사유를 별도의 항으로 할 것인지, 최고절차와 해제권 배제사유를 하나의 항에서 정할 것인지에 관하여 다시 3개의 개정안을 작성하여 논의하였고,²⁴⁾ 개별 조항의 표현을 다듬어 다음과 같이 분과위원회안을 확정하였다.

제544조(채무불이행과 해제)

- ① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 다만 일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항에 따라 계약을 해제하기 위해서는 상대방은 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행이 되지 아니하여야 한다. 그러나 다음 각 호의 경우에는 최고를 요하지 아니한다.
 - 1. 채무의 이행이 불능하게 된 때
 - 2. 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우 또는 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행이 이루어지지 아니할 것이 명백한 경우

²⁴⁾ 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 개정시안(제5차)”, 민법개정위원회 제3기 제4분과위원회 회의자료(2011. 10. 6).

3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때

- ③ 제2항 제1호와 제2호의 경우에 채권자는 이행기 전에도 계약을 해제할 수 있다.
- ④ 당사자 일방의 채무불이행이 채권자의 책임있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 채무불이행이 발생한 때에도 같다.

위 분과위원회안을 확정하는 단계에서 세부적인 변경사항이 있었으나, 결국 필자의 제안과 유사하게 결론이 내려졌다. 즉, 해제의 실질적 요건과 절차적 요건을 분리하고, 해제권 배제사유로 경미한 불이행 개념을 도입하였으며, 이행기 전의 해제를 포괄적으로 정하였다. 다만 해제권 배제사유 중 하나인 “채권자의 책임있는 사유에 기한 경우”를 제1항 단서가 아니라 제4항으로 옮기고 “수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 채무불이행이 발생한 때”를 추가하였다.

(다) 실무위원회와 분과위원장단 회의

실무위원회에서는 위 분과위원회안 중 일부를 수정할 것을 제안하고 있다.²⁵⁾ 제

25) 제544조(채무불이행과 해제)

- ① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 다만 일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항에 따라 계약을 해제하기 위해서는 상대방은 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행이 되지 아니하여야 한다. 그러나 다음 각 호의 경우에는 최고를 요하지 아니한다.
 - 1. 채무의 이행이 불가능하게 된 때
 - 2. 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우 또는 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 경우
 - 3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때
 - 4. 그 밖에 지체 후 이행 또는 추완이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 경우
- ③ 채무의 이행이 불가능하거나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 채권자는 이행기 전에도 계약을 해제할 수 있다.
- ④ 당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 전적으로 또는 주로 책임있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방에게 책임없는 사유로 채무불이행이 발생한 때에도 같다.

2항 제4호에서 최고 불요사유로 “그 밖에 지체 후 이행 또는 추완이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 경우”를 추가하였다. 제3항에서 이행기 전 해제가 가능한 사유를 “채무의 이행이 불가능하거나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우”로 한정하여 “채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행이 이루어지지 아니할 것이 명백한 경우”에는 이행기 전의 해제를 할 수 없도록 하였다. 또한 제4항에서 “채권자의 책임있는 사유”를 “채권자에게 전적으로 또는 주로 책임있는 사유”로 수정하였다.

분과위원장단 회의에서 제4항의 표현을 “채권자에게 주로 책임 있는 사유”로 수정하는 사소한 자구 수정을 하여 다음과 같은 안을 전체회의에 상정하였다.

제544조(채무불이행과 해제)

- ① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 그러나 일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항에 따라 계약을 해제하기 위해서는 상대방은 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행이 되지 아니하여야 한다. 그러나 다음 각 호의 경우에는 최고를 요하지 아니한다.
 1. 채무의 이행이 불가능하게 된 때
 2. 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 그 밖에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 때
 3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때
 4. 지체 후의 이행 또는 추완이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 때
- ③ 채무의 이행이 불가능하거나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 채권자는 이행기 전에도 계약을 해제할 수 있다.
- ④ 당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 채무불이행이 발생한 때에도 같다.

(라) 민법개정위원회 제4기(2012년) 전체회의

2012. 6. 27. 개최된 『제4기 민법개정위원회』 제2차 전체회의에서 개정안을 논의하였다. 첫째, 제1항의 규정방식과 관련하여 단서에서 경미한 불이행을 해제권 배제사유로 정하지 말고 본문에서 중대한 불이행 또는 계약의 목적달성 불능을 규정하자는 의견이 있었다. 현재의 판례²⁶⁾에 따르면 계약을 해제하기 위한 요건으로 주된 채무를 이행하지 않았다는 점에 관한 증명책임이 채권자에게 있으나, 위 개정안에 따르면 채무자가 단서에 해당하는 사유를 증명해야 하기 때문에 증명책임이 전환된다는 것이다. 해제의 요건에 관한 현행 규정에서 적극적 요건으로 ‘채무를 이행하지 아니하는 때’(제544조) 또는 ‘이행이 불능하게 되는 때’(제546조)라고만 정하고 있다. 따라서 위와 같은 판례를 증명책임에 관한 것으로 보아야 하는지에 관하여 의문이 제기되기도 하였다. 개정안 제544조 제1항 본문의 표현은 현행 법의 표현과 같이 해제의 적극적 요건으로 채무불이행을 정한 것이기 때문에 자연스럽게 받아들여질 수 있고 세세한 조정은 해석론에 맡긴 것으로 볼 수도 있다. 전체회의에서 이 점에 관하여 표결을 하였는데, 12 대 8로 원안을 채택하기로 결정하였다.

둘째, 분과위원장단안 제3항에 대해서는 분과위원회안과 달리 “이행기에 이행되지 아니할 것이 명백한 때”에 이행기 전 해제를 할 수 없게 될 뿐만 아니라 문언상으로는 경미한 불이행을 해제사유에서 배제한 제1항이 적용되지 않는다는 문제점이 지적되었다. 분과위원회안은 이행불능, 이행거절, 그리고 ‘최고해도 이행하지 않을 것이 명백할 경우’라는 3가지 경우 중 세 번째 경우를 해제사유로 추가하는 것이었는데, 이를 수정안으로 제안하였다. 이에 관해서는 8 대 12로 수정안이 채택되었다.

셋째, 제2항 제2호와 관련하여 분과위원회안에서는 두 사유를 ‘경우 또는’이라 하여 병렬적으로 표현하였으나 분과위원장단안에서 ‘그 밖에’라는 표현으로 바꾼 것에 대해서도 논의하였는데, 분과위원회안을 채택하기로 하였다.

결국 전체회의에서는 제2항과 제3항을 수정하여 민법개정위원회의 개정안을 다

26) 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다. 대판 2001. 11. 13, 2001다20394, 20400(공 2002, 37); 대판 1968. 11. 5, 68다1808(집 16-3, 민 160); 대결 1997. 4. 7, 97마575(집 45-2, 민 67).

음과 같이 확정하였다.

현 행	개 정 안
<p>제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.</p> <p>제545조(정기행위와 해제) 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.</p> <p>제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.</p>	<p>제544조(채무불이행과 해제)</p> <p>① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 그러나 일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 제1항에 따라 계약을 해제하기 위해서는 상대방은 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행이 되지 아니하여야 한다. 그러나 다음 각 호의 경우에는 최고를 요하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 채무의 이행이 불능하게 된 때 2. 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 때 3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때 4. 지체 후의 이행 또는 추완이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 때 <p>③ 채무의 이행이 불능한 경우 또는 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 이행기가 도래하더라도 채무가 이행되지 아니할 것이 명백한 경우에는 채권자는 이행기 전에도 계약을 해제할 수 있다.</p> <p>④ 당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 채무불이행이 발생한 때에도 같다.</p>

(마) 소결

2010년 분과위원회에서 해제의 요건에 관한 개정시안을 작성하기 시작한 때부터 2012년 전체회의에서 개정안을 확정하기까지 약 11개의 안이 작성되었다. 이번

개정위원회에서 가장 많은 개정안이 작성된 부분으로 보인다. 전체회의에서 최종적으로 확정된 개정안도 커다란 의심 없이 받아들여진 것이 아니라 상당한 논란 끝에 통과된 것이다. 여러 안들을 종합해볼 때 중대한 불이행 개념을 채택할 것인지, 아니면 변형된 형태로 반영할 것인지가 핵심적인 문제였다고 볼 수 있다. 분과 위원회에서 초기에 논의할 때 중대한 불이행 개념을 채택하자는 의견이 있었으나, 이를 받아들일 수 없다는 것이 대체적인 의견이었다. 이것이 분과위원장단 회의까지 그대로 유지되었다. 그러나 전체회의에서 목적달성 불능 개념을 해제의 요건을 정하는 조항의 본문에 정하자는 안이 수정안으로 제안되었다. 원안이 12 대 8로 통과되었으니, 목적달성 불능을 해제의 요건으로 전면내 내세우자는 의견이 매우 많았다고 볼 수 있다. 해제의 요건에 관해서는 중대한 불이행 개념을 둘러싸고 새로운 논의가 전개될 가능성도 적지 않다고 볼 수 있다.

다. 개정안의 의미와 주요 내용

개정안에서 해제의 요건이 크게 바뀌었음을 알 수 있다. 이 점은 현행 민법과 비교해 보아도 그러하고 2004년 민법개정안과 비교해 보아도 그러하다.

(1) 해제의 실질적 요건(제1항)

(가) 일반조항주의의 채택

현행법에서는 해제의 요건을 제544조, 제545조, 제546조에서 정하고 있으나, 개정안에서는 위 규정을 모두 삭제하고 제544조에서 채무불이행에 관한 일반조항을 규정하기로 하였다. 개정안 제544조는 채무불이행으로 인한 손해배상책임에 관한 제390조에 대응하는 규정으로, 해제의 요건을 손해배상책임의 요건과 동일하게 ‘채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때’로 정하고 있다. 이 점은 2004년의 개정안과 마찬가지로이다. 현행 민법에서 정하고 있는 이행지체와 이행불능뿐만 아니라 불완전이행이나 이행거절 등 새로운 유형의 채무불이행도 위 개정안에서 정한 채무불이행에 포함된다.

(나) 귀책사유와 절연

현행법에서는 계약해제의 요건에서 귀책사유를 정하고 있는 규정(제546조)이 있으나, 개정안에서 계약해제의 요건에서 귀책사유를 배제하였다. 2004년도의 개정

안에서는 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 마찬가지로 채무자의 귀책사유를 해제의 요건에 포함시켰다. 그러나 이번 개정안에서는 해제의 요건에서 귀책사유를 포함시키지 않았다. 이 점에서 2004년 개정안과 크게 달라졌다.

다만 제4항에서 채권자에게 주로 책임 있는 사유로 채무불이행이 발생한 경우 등에는 해제할 수 없도록 하는 규정을 신설하였다. 이와 같은 취지의 입법례로는 독일민법 제323조 제6항이 있다. 해제사유에 대하여 채권자가 전적으로 또는 압도적으로 책임이 있는 경우 등에는 해제가 배제된다는 것이다.²⁷⁾ 채권자에게 책임 있는 사유로 채무를 이행할 수 없는 경우에는 제538조²⁸⁾에 따라 채무자가 상대방의 이행을 청구할 수 있는데, 이러한 경우에 채권자가 계약을 해제할 수 없도록 한 것이다.

(다) 경미한 불이행의 배제

해제의 요건으로 중대한 불이행 개념을 채택할 것인지 논의하였으나, 개정안에서 이를 채택하지 않고 그 대신 “일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우”에는 해제를 할 수 없도록 하였다. 개정안 제544조 제1항 단서에서 “일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우”에 해제권을 배제한 것은 중대한 불이행 요건을 소극적으로나마 해제의 요건으로 도입한 것이라고 볼 수 있다.²⁹⁾

유엔통일매매법, 국제상사계약원칙, 유럽계약법원칙, 유럽 공통참조기준에서 ‘본질적(fundamental) 불이행’ 또는 ‘중대한(material) 불이행’을 해제 요건으로 정하고 있다. 분과위원회에서 개정안을 작성하는 단계에서 중대한 불이행 개념을 채택할 것인지 논의하였다. 그런데 이 개념이 명확한 것은 아니다. 유럽계약법원칙에서 정

27) 그 의미에 관해서는 김동훈, “채무불이행의 효과 - 계약의 해제”(주 3), 389-402면. 이 논문은 해제의 요건을 비교법적으로 크게 국제적 입법형(CISG, PICC, PECL)과 독일형으로 대별할 수 있다고 하고, 해제의 요건에 관한 개정시안은 적절한 절충형을 취하고 있다고 한다. 즉 “국제적 입법형의 ‘본질적 불이행’이라는 개념을 제1항의 단서에서 소극적으로 수용하고 있으며 제2항에서는 최고제도를 중심으로 하여 원칙과 예외를 정서한 것은 독일법의 모범에 가깝다고 볼 수 있다. 그리고 중래 판례상 확립되어온 ‘이행기 전의 해제’의 법리를 구체화하여 규정한 것은 진일보한 것이라고 평가될 수 있다.”라고 한다.

28) 제538조에서는 “채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때”라고 정하고 있으나, 위 개정안에서는 “당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우”라고 정하고 있다.

29) 김동훈, “채무불이행의 효과 - 계약의 해제”(주 3), 403면.

하는 본질적 불이행에 관해서 살펴보자. 유럽계약법원칙 제8:103조는 본질적 불이행을 다음과 같이 정하고 있다.

“다음의 경우에는 의무의 불이행이 계약에 대하여 본질적이다.

(a) 의무의 엄격한 준수가 계약의 핵심에 해당하는 경우, 또는

(b) 불이행이 불이행의 상대방으로부터 계약상 기대할 수 있는 것을 중대하게 박탈하는 경우. 다만 불이행자가 그 결과를 예견하지 못하였고, 합리적으로 예견할 수 없었던 때에는 그러하지 아니하다. 또는

(c) 불이행이 고의적이고, 이로 인하여 불이행의 상대방이 불이행자의 장래 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 이유를 제공하는 경우.”

유럽계약법원칙에서 본질적 불이행은 세 가지 내용을 포함하고 있다. 계약상 의무의 엄격한 준수가 계약의 핵심에 해당하는 경우, 불이행으로 인한 결과가 중대한 경우, 고의적인 불이행의 경우이다.³⁰⁾ 그러나 CISG에는 제8:101조 제3항에서와 같은 고의적인 불이행에 대한 규정이 없다. 따라서 중대한 불이행 개념을 채택한 경우에 그 의미를 명확하게 할 필요가 있다.

또한 계약의 해제에서 중대한 불이행 개념을 채택할 경우 해제 이외의 다른 규정에서도 중대한 불이행 개념을 채택할 것인지 문제된다.³¹⁾ CISG나 유럽계약법원칙에서 본질적 불이행 개념을 계약의 해제에서만뿐만 아니라 다른 규정에서도 채택하고 있기 때문이다.

개정안 제1항 단서에서 ‘계약의 목적달성’이라는 표현은 정기행위에 관한 해제를 정한 현행 민법 제545조와 매도인의 담보책임에 기한 해제에 관한 요건에서 따온 것이다. 여기에 채무불이행이 경미할 것을 추가하였다. 이 개정안에 따르면 채무불이행이 경미하고 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 해제할 수 없다. 본문에서 규정할 것인지 논의했던 ‘중대한 불이행’ 개념을 뒤집어서 ‘경미한 채무불이행’ 개념을 사용하고 여기에 매도인의 담보책임에서 해제권의 인정 여부를 판단하는 기준이 되는 ‘계약의 목적달성’ 요건을 합친 것이다. 이 요건을 해석하는데 유럽계약법원칙 등에서 정하고 있는 중대한 불이행 또는 본질적 불이행 개념이나

30) 이에 관해서는 Lando/Beale 편, 김재형 역, **유럽계약법원칙 제1·2부**, 박영사, 2013, 552면 이하.

31) 또한 이재목, “법정해제의 귀책사유에 관한 국제적 동향과 우리 민법에서의 논의”, **인권과 정의**, 제356호(2006. 4), 160면도 참조.

매도인의 담보책임에서 정하고 있는 계약의 목적달성 기준이 참고가 될 수 있다.

가령 채무불이행이 경미한 것인지 여부에 관하여 그 의미를 객관적으로 파악할 것인지, 아니면 주관적으로 파악할 것인지 문제된다. 유럽계약법원칙 등에서 중대한 불이행 또는 본질적 불이행 개념은 두 가지를 포괄하고 있다. 따라서 객관적으로 보아 채무불이행의 내용이나 정도가 경미한 경우에 개정안에서 말하는 경미한 불이행 개념에 포섭될 것이다. 그러나 객관적으로 볼 때 경미한 불이행 사유라고 하더라도 계약의 당사자들이 그것을 반드시 이행하고 그 불이행시에 계약을 해제하기로 한 내용이라면 경미한 불이행이 아니라 중대한 불이행이라고 볼 수도 있다.

그런데 전체회의에서 단서의 규정을 본문으로 옮기자는 수정안도 상당한 지지를 받았다. 수정안이 채택되지는 않았지만, 해제의 요건을 강화하자는 주장이 상당한 설득력을 가진 것으로 볼 수 있다.

(2) 해제의 절차적 요건: 최고절차와 그 예외

개정안 제2항은 계약의 해제를 위하여 최고가 필요하다는 점을 원칙으로 하되 단서에서 최고가 필요하지 않은 경우를 상세하게 정하였다. 제1항에서는 최고에 관한 실체적 요건을 정하였다면 제2항에서는 절차적 요건을 정한 것이라고 볼 수 있다. 계약 해제의 요건으로 최고절차를 둔 것은 현행 민법 제544조, 2004년 개정안과 마찬가지로이다. 비교법적으로 볼 때에는 기본적으로 독일민법의 태도와 유사하다.

규정의 형식에서 특징적인 점은 해제의 실질적 요건과 절차적 요건을 제1항과 제2항으로 분리한 것이다. 해제의 요건을 한 조문에서 정할 경우에 문장이 길어지고 그 내용을 파악하기 어렵다. 그리하여 해제의 요건을 일목요연하게 알 수 있도록 하기 위하여 그 요건을 두 조항으로 분리하여 정한 것이다. 법률요건을 정할 때 한 조항에서 정하는 것이 바람직할 수 있으나, 요건이 복잡한 경우에는 굳이 한 조항에서 모든 요건을 정할 필요는 없고 적절하게 요건을 분리하여 정하는 것이 나올 수 있다.

계약의 해제에서 최고 불요사유는 전보배상에 관한 개정안 제395조와 유사하다. 그런데 이행불능의 경우에는 채권자는 채무자에게 이행을 최고할 필요 없이 계약을 해제할 수 있다. 원시적 불능의 경우에도 계약이 무효로 되지 않기 때문에, 원시적 불능이든 후발적 불능이든 계약을 해제할 수 있다.³²⁾ 한편 제537조에 따르면

³²⁾ 다만 “채무의 이행이 불능하게 된 때”(제2조 제1호)라는 표현을 사용하고 있는데, 이

쌍방의 귀책사유 없이 이행불능인 경우에 위험부담의 문제가 발생한다. 그리하여 위험부담에 관한 규정을 삭제할 것인지 논란이 많았다. 이에 관해서는 아래 IV에서 다루고자 한다.

(3) 이행기 전의 불이행

제3항에서 ‘이행기 전의 해제’에 관하여 규정을 신설하였다. 그 요건을 이행불능과 이행거절로 한정할 것인지 논란이 있었다. 판례는 “계약상 채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다”고 한다.³³⁾ 그러나 이행기 전의 불이행은 이행불능과 이행거절만 포함되는 것이 아니고 불이행이 명백하게 예견된 경우를 포괄하는 개념이다.³⁴⁾ 즉, 채무자가 이행거절의 의사를 표시한 경우뿐만 아니라 최고를 하더라도 이행되지 않을 것이 명백한 경우는 이행기 전의 불이행으로 취급하여야 한다. 이행기가 되더라도 이행할 수 없으리라는 것이 명백하게 예견되는 경우에는 이행기 도래 전이라도 계약을 해제할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(4) 소결

위에서 본 바와 같이 채무불이행의 유형에 따라 해제 요건을 정하는 대신 해제의 요건에 관한 일반조항을 두는 것에 관해서는 별다른 이견이 없었다. 귀책사유를 해제 요건에서 배제하기로 한 것에 관해서도 쉽게 합의가 이루어졌다. 그러나 중대한 불이행 개념 등에 관해서는 논란이 있었다. 아직 이에 관한 논의는 거의 없으나, 입법절차가 본격화되면서 이에 관한 논의가 계속될 수도 있을 것이다.

2. 계속적 계약의 해지

가. 쟁점

것은 후발적 불능을 가리키는 것처럼 보이기 때문에 적절한 표현이 아니라고 생각할 수 있다. “채무를 이행할 수 없는 경우”라는 표현으로 수정하는 것이 좋을 것이라고 생각한다.

³³⁾ 대판 2005. 8. 19, 2004다53173(공 2005, 1498).

³⁴⁾ 독일민법 제323조 제4항, 유럽계약법원칙 제9:304조 등. 이에 관해서는 김재형 역(주 30), 630면 이하 참조.

계약의 해지는 계약의 효력을 장래에 향하여 소멸시키는 행위로서, 소급효가 있는 해제와 구별된다. 민법에는 해지의 요건에 관한 일반규정이 없고 개별적인 계약에서 해지권을 정하는 규정들이 산재해 있다.³⁵⁾

해지권은 계속적 계약의 중요한 특성이다. 계속적 계약에서는 일시적 계약에 비하여 고도의 신뢰에 기초한 협력이 요구된다. 이를 기대할 수 없는 객관적 사유 또는 당사자 일방의 배신적 행태가 있는 경우에 쌍방 또는 상대방은 계약을 해지하여 계약관계를 일방적으로 장래를 향하여 소멸시킬 수 있는 권한을 가진다고 할 수 있다.³⁶⁾ 해지권을 인정하는 명시적인 규정이 없는 경우에도 계약의 해지가 인정될 수 있다. 대법원은 일찍부터 계속적 보증계약에서 보증인이 그 보증을 해지할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 원칙적으로 해지권을 인정하였다.³⁷⁾ 그 후 계속적 계약의 해지를 인정하는 판결들이 상당수 나왔다. 판례는 “계속적 계약은 당사자 상호간의 신뢰관계를 그 기초로 하는 것이므로, 당해 계약의 존속 중에 당사자의 일방이 그 계약상의 의무를 위반함으로써 그로 인하여 계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 계약관계를 그대로 유지하기 어려운 정도에 이르게 된 경우에는 상대방은 그 계약관계를 막바로 해지함으로써 그 효력을 장래에 향하여 소멸시킬 수 있다”고 한다.³⁸⁾ 계속적 계약에서 당사자 사이의 신뢰관계가 파괴되어 계약의 존속을 더 이상 기대할 수 없는 경우에는 해지권이 발생한다고 보아야 한다. 이러한 경우에 해지를 하는 데 최고를 할 필요는 없다.

민법에서 계약의 해제의 경우와 마찬가지로 해지의 요건에 관하여 일반규정을

35) 일반적으로 해지권은 통상해지권과 비상해지권으로 구분하고 있다. 계속적 계약은 존속기간의 만료로 종료되지만, 존속기간의 정함이 없는 경우에는 당사자가 통상 계약을 언제라도 해지할 수 있다. 소비대차(제603조 제2항), 임대차(제635조 제1항), 고용(제660조 제1항), 임차(제699조), 사용대차(제613조 제2항 단서)에서 이와 같은 해지권을 규정하고 있다. 이를 통상해지권 또는 임의해지권이라고 한다. 한편 계속적 계약에서 존속기간이 정해져 있어도 중요한 이유가 있으면 해지할 수 있다. 이를 비상해지권 또는 특별해지권이라고 한다. 먼저 민법에서 “부득이한 사유”가 있는 경우에 해지권을 인정하고 있는데, 고용에 관한 제661조, 임치에 관한 제698조, 위임에 관한 제689조 제1항을 들 수 있다. 그리고 당사자의 사망이나 파산 등 일정한 사유가 발생한 경우에 해지를 인정하는 규정들이 있다(제614조, 제627조, 제617조, 제690조). 또한 민법은 일정한 형태의 채무불이행을 이유로 계속적 계약의 해지를 인정하는 경우도 있다(제610조 제3항, 제654조, 제625조, 제640조, 제657조 제3항, 제658조 제2항).

36) 양창수·김재형, **계약법**, 박영사, 2010, 537-538면.

37) 대판 1978. 3. 28, 77다2298(집 26-1, 민 237).

38) 대판 1995. 3. 24, 94다17826(공 1995, 1715); 대판 2002. 11. 26, 2002두5948(공 2003, 242); 대판 2010. 10. 14, 2010다48165.

둘 것인지, 아니면 현행대로 해지의 요건은 개별규정에 맡길 것인지 문제된다. 해지의 요건에 관한 일반규정을 둔다면, 그 요건을 어떻게 정할 것인지, 특히 해지의 유형을 어떠한 방식으로 규정할 것인지 문제된다.

나. 개정안의 작성과정

(1) 2004년 민법개정안

2004년 민법개정안은 제544조의3(채무불이행과 해지)에서 다음과 같이 정하고 있었다.

- ① 계속적 계약관계에서 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하여 장래의 계약이행이 의심스러운 경우에는 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행이 이루어지지 아니한 때에는 약정된 계약기간에 불구하고 계약을 해지할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 그 이행이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항의 경우에 채무자의 중대한 채무불이행으로 인하여 계약을 유지할 수 없는 부득이한 사유가 있는 때에는 채권자는 최고를 하지 아니하고 계약을 해지할 수 있다.

위 개정안은 채무불이행으로 인한 해지 요건에 관한 일반규정을 두면서 그 유형을 2가지로 구분하여 정하고 있다. 먼저 “계속적 계약관계에서 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하여 장래의 계약이행이 의심스러운 경우”에는 최고 절차를 요건으로 정하고 있다. 또한 채무자의 고의나 과실을 요건으로 하고 있다. 다음으로 “채무자의 중대한 채무불이행으로 인하여 계약을 유지할 수 없는 부득이한 사유가 있는 때”에는 최고를 하지 않고 계약을 해지할 수 있도록 하였다.

위 개정안을 작성할 당시 계속적 계약의 해지에서 채무자의 귀책사유를 소극적 요건을 규정한 것에 대하여 비판하는 견해가 있었다.³⁹⁾ 특히 2002년 독일의 채권법 개정 당시 신설된 독일민법 제314조를 참고하여 개정안을 마련하여야 한다고 하였다.⁴⁰⁾

³⁹⁾ 안법영(주 14), 197면.

⁴⁰⁾ 안법영(주 14), 199-200면. 또한 안법영, “개정 독일민법의 해제·해지법의 일별 - 우리 민법전의 개정시안에 관한 논의에 부쳐서 -”, **비교사법**, 제9권 3호(2002. 10),

(2) 2012년 민법개정안

(가) 민법개정위원회 제2기(2010) 제2분과위원회

계약의 해지에 관한 개정시안은 민법개정위원회 제2기(2010) 제2분과위원회에서 담당하였다. 위 분과위원회는 정진명 교수가 작성한 개정시안을 토대로 논의를 하였다.⁴¹⁾ 해지에 관한 일반규정을 두고 그 요건에서 고의 또는 과실을 삭제하지는 의견이 많았다. 그러나 해지에 관한 일반규정을 두는 것이 문제를 해결하는 데 도움이 되지 않는다는 이유로 규정의 신설에 반대하는 의견도 있었다. 그러나 위 분과위원회에서 결론을 내지는 못하여 다시 개정시안을 작성하여 논의하기로 하였다.⁴²⁾

(나) 민법개정위원회 제3기(2011) 제4분과위원회

민법개정위원회 제3기(2011) 제4분과위원회에서는 논의결과 다음과 같은 개정시안을 마련하였다.⁴³⁾

제544조의3(계속적 계약관계와 해지) ① [제1안] 계속적 계약관계에서 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하여 장래의 계약이행이 의심스러운 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고, 그 기간 내에 이행이 이루어지지 아니한 때에는 계약을 해지할 수 있다. [제2안] 계속적 계약관계에서 당사자 일방의 채무불이행으로 인하여 ...[이하 동일]

② 계속적 계약관계에서 계약의 존속을 기대할 수 없을 정도로 중대한 사유가 있는 때에는 당사자 일방은 최고를 하지 아니하고 계약을 해지할 수 있다.

36-38면.

41) 정진명, “민법개정위원회 제2분과 개정시안 - 제544조의3(채무불이행과 해지)”, 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 회의자료(2010. 12. 2. 제19차 회의일지 첨부).

제544조의3(채무불이행과 해지) ① 계속적 계약관계에서 신뢰관계가 파괴되는 등 계약의 존속을 기대할 수 없을 정도로 중대한 사유가 있는 때에는 당사자 일방은 계약을 해지할 수 있다.

② 계속적 계약관계에서 당사자 일방의 채무불이행으로 인하여 장래의 계약이행이 의심스러운 때에는 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고, 그 기간 내에 이행이 이루어지지 아니한 때에는 계약을 해지할 수 있다.

42) 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제19차 회의일지(2010. 12. 2); 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제20차 회의일지(2010. 12. 16).

43) 민법개정위원회 제3기 제4분과위원회 제13차 회의일지(2011. 9. 22).

이 개정시안은 제1항에 관하여 2개의 시안을 제시하고 있다. 제1안은 2004년 민법개정안과 동일한 표현을 사용하고 있지만, 단서를 삭제하여 해지의 요건에서 고의 또는 과실을 문제삼고 있지 않다. 제2안은 최고 없이 계약을 해지할 수 있는 사유를 ‘계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유’라고 정하고 있다. 해지의 요건에서 ‘신뢰관계의 파괴’를 명시할 것인지 논란이 있었는데, 분과위원회에서 이를 삭제하기로 하였다.

2004년 민법개정안과 달라진 사항은 다음과 같다. 첫째, 표제에서 ‘계속적 계약관계’라는 표현을 사용하였다. 둘째, ‘중대한 불이행’이 있어야만 계약을 해지할 수 있는 것은 아니고 ‘계약의 존속을 기대할 수 없을 정도로 중대한 사유’가 이 조항에 따른 해지의 요건이다. 셋째, 고의 또는 과실은 해지의 요건이 아니다. 넷째, 계약에 관한 조항이기 때문에 ‘채권자’와 ‘채무자’라는 용어 대신 ‘당사자 일방’과 ‘상대방’이라는 용어를 사용하고 있다.

이 개정시안에 대해서는 독일민법 제314조⁴⁴⁾와 비교하면서 개정시안의 내용을 비판하는 견해가 있었다.⁴⁵⁾ 해지의 요건은 “계약의 존속을 기대할 수 없을 정도로 중대한 사유가 있는 때”이어야 하는데, 제1항에서 해지의 요건으로 “장래의 계약이행이 의심스러운 때”라는 불명확한 표현을 사용하였고, 각 조항의 적용범위에 문제가 있다는 것이다. 이 견해는 다음과 같은 수정 제안을 하였다.⁴⁶⁾ 첫째, 해지의 요건을 채무불이행의 경우(제1항)와 그 밖의 경우(제2항)로 나누어 규정한다. 채무불이행의 경우에는 다시 최고가 필요한 경우와 최고가 필요하지 않는 경우를 명시한다. 제2항의 경우에는 최고가 필요하지 않다고 명시한다. 둘째, 제1항과 제2

44) 독일민법 제314조(중대한 사유로 인한 계속적 채권관계의 해지)

(1) 각 계약당사자는 중대한 사유를 이유로 해지기간을 두지 않고 계속적 채권관계를 해지할 수 있다. 개별적인 사건의 모든 사정을 고려하고 양당사자의 이익을 형량하여 해지하는 당사자에게 약정된 종료시기 또는 해지기간의 경과까지 계약관계의 존속을 기대할 수 없는 경우에는 중대한 사유가 있다.

(2) 중대한 사유가 계약상 의무의 위반에 있는 경우에는, 그 시정을 위하여 정해진 기간이 지나거나 최고가 효과가 없었던 때에 비로소 해지가 허용된다. 제323조 제2항 제1호와 제2호가 준용된다. 양당사자의 이익을 형량하여 즉시 해지를 정당화하는 특별한 사정이 있는 경우에도 그 시정을 위한 기간의 지정과 최고를 할 필요가 없다.

(3) 해지권자는 해지사유를 안 후 적당한 기간 내에만 해지할 수 있다.

(4) 손해배상을 청구할 권리는 해지에 의해 배제되지 않는다.

45) 최흥섭, “계약의 해제 및 해지에 관한 민법개정시안(2011년 6월)에 대한 검토와 제안”, **비교사법**, 제18권 4호(2011), 1058면.

46) 최흥섭(주 45), 1059면.

항에서 모두 해지의 요건으로 “채무불이행으로 인해 계약의 계속을 기대할 수 없을 것”을 명시한다. 셋째, 독일민법 제314조 제3항처럼 해지권의 행사기간을 규정한다. 이 제안은 2004년 민법개정안에 대한 비판⁴⁷⁾과 유사하기는 하지만, 분과위원회에서 이를 충분히 검토하여 반영할 기회가 없었다.

(다) 실무위원회

실무위원회에서는 분과위원회와 마찬가지로 계약의 해지에 관한 일반규정을 두는 것에 찬성하였다. 그리고 채무불이행뿐만 아니라 당사자 사이에 계약의 존속을 기대할 수 없을 정도로 중대한 사유가 있는 때에도 해지를 인정하는 것에도 찬성하였다. 다만 조항의 표현을 다음과 같이 수정할 것을 제안하였다.

- 제544조의2(계속적 계약관계와 해지) ① 계속적 계약관계에서 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해지할 수 있다. 이 경우에는 제544조 제1항 단서 및 제2항 내지 제4항을 준용한다.
 ② 제1항 이외의 사유로 계약관계의 존속을 기대할 수 없는 때에는 당사자 일방은 계약을 해지할 수 있다.

위 제1항은 채무불이행을 이유로 하는 해지의 경우에도 최고를 요하는 경우와 그렇지 않은 경우를 나누어 규정하여 해제에 관한 제544조 제2항을 준용하도록 하였다. 또한 채무불이행의 정도에 관하여 분과위원회안은 “장래의 계약이행이 의심스러운 때”를 요구하고 있으나, 실무위원회안에서는 이를 삭제하고 해제의 요건에 관한 제544조 제1항 단서⁴⁸⁾와 제2 내지 4항을 준용하고 있다. 따라서 채무불이행으로 인한 해지의 요건은 채무불이행으로 인한 해제의 요건과 유사하게 되었다. 또한 제2항은 채무불이행 이외의 사유를 원인으로 하는 때에만 적용되는 것으로 규정하고 있다.

(라) 분과위원장단 회의

분과위원장단 회의는 표현을 다시 다음과 같이 수정하였다.

47) 이에 관해서는 위 주 40 참조.

48) “그러나 일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.”

제544조의2(계속적 계약의 해지) ① 계속적 계약의 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해지할 수 있다. 이 경우에는 제544조 제1항 단서 및 제2항 내지 제4항을 준용한다.

② 제1항 이외의 중대한 사유로 계약의 존속을 기대할 수 없는 때에는 당사자 일방은 계약을 해지할 수 있다.

분과위원장단 회의에서는 민법에 ‘계속적 계약관계’라는 표현을 사용하고 있지 않아 ‘계속적 계약’으로 수정하였다. 그리고 제2항의 해지사유에서 ‘중대한 사유’라는 표현을 사용하였는데, 이는 분과위원회안에서와 마찬가지로 채무불이행이 없는 경우 계약을 해지하려면 계약의 존속을 기대할 수 없어야 할 뿐만 아니라 ‘중대한 사유’가 있어야 한다는 점을 명시하기로 한 것이다. 논의과정에서 채무불이행 외에 중대한 사유가 있는 경우에 해지를 인정하는 것(제2항)에 대하여 반대하는 견해도 있었으나, 신뢰관계의 파괴와 같은 경우에는 채무불이행이 아니더라도 해지를 인정할 수 있는 규정이 필요하다고 하였다. 또한 제2항에서 채무불이행 이외의 경우로 한정하는 것에 반대하는 견해도 있었다. 채무불이행의 경우에도 제2항을 적용할 필요가 있다는 것이다. 그러나 그러한 경우를 생각하기 어렵다는 이유로 제2항은 채무불이행 이외의 경우로 한정하였다.

(마) 민법개정위원회 제4기(2012년) 전체회의

민법개정위원회 전체회의에서는 계속적 계약의 해지에 관한 규정을 신설하는 것에는 쉽게 합의가 이루어졌다. 그러나 제2항을 어떻게 규정할 것인지에 관해서는 논란이 있었다. 필자는 제2항에서 ‘제1항 이외의 중대한 사유’는 채무불이행 이외의 중대한 사유로 해석될 수 있으므로, ‘제1항 이외의’라는 표현을 삭제하는 것이 나을 것이라고 주장하였으나, 채무불이행의 경우에 제1항으로 해결되지 않는 경우가 없을 것이라고 하여 받아들여지지 않았다. 결국 전체회의에서는 분과위원장단 회의에서 제안된 대로 다음과 같이 계속적 계약의 해지에 관한 규정을 두기로 하였다.⁴⁹⁾

49) 민법개정위원회 제4기 제2차 전체회의일지(2012. 6. 27).

현 행	개 정 안
<p><신설></p>	<p>제544조의2(계속적 계약의 해지) ① 계속적 계약의 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해지할 수 있다. 이 경우에는 제544조 제1항 단서 및 제2항 내지 제4항을 준용한다. ② 제1항 이외의 중대한 사유로 계약의 존속을 기대할 수 없는 때에는 당사자 일방은 계약을 해지할 수 있다.</p>

다. 개정안의 의미와 주요 내용

(1) 의의

개정안은 계약의 해제에 관한 제544조에 이어 제544조의2를 신설하여 계속적 계약의 해지 요건에 관한 일반조항을 두었다. 제1항에서는 계속적 계약의 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에 상대방이 계약을 해지할 수 있다고 정하면서 계약의 해제에 관한 요건을 준용하도록 하였다. 이를 채무불이행으로 인한 해지라고 할 수 있다. 제2항에서는 제1항 이외의 중대한 사유로 계약의 존속을 기대할 수 없는 때에도 당사자 일방은 계약을 해지할 수 있도록 하였다.⁵⁰⁾ 이를 ‘중대한 사유로 인한 해지’라고 할 수 있다.

(2) 채무불이행으로 인한 해지

(가) 개정안 제544조의2 제1항은 채무불이행으로 인한 해지 요건을 정하면서 해제의 요건에 관한 제544조를 준용하고 있다. 채무불이행으로 인한 해지 요건을 해제의 요건과 동일하게 규정한 것이다.

개정안 제544조의2 제1항에서 제544조의 여러 조항을 준용하는 것은 다음과 같은 의미가 있다. 먼저 개정안 제544조는 일시적 계약이든 계속적 계약이든 구분하지 않고 적용된다. 따라서 계속적 계약의 경우 채무불이행이 있으면 제544조에 따라 계약을 해제할 수도 있고 계속적 계약에 관한 제544조의2 제1항에 따라 계약을 해지할 수도 있다. 이 경우 계약적 계약에서 계약을 해지하기 위한 요건은 해제 요건과 동일하다. 따라서 계속적 계약의 해지에서도 최고가 필요한 경우와 필요하

50) 그 의미에 관해서는 김동훈, “채무불이행의 효과 - 계약의 해제”(주 3), 409-413면.

지 않는 경우로 구분되고(개정안 제544조 제2항 준용), “일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우”에는 해지가 허용되지 않는다(개정안 제544조 제1항 단서 준용). 이행기 전에도 이행거절 등 채무불이행을 이유로 해지할 수 있다는 점도 해제의 경우와 마찬가지로이다(개정안 제544조 제3항 준용). 당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해지할 수 없다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 채무불이행이 발생한 때에도 같다(개정안 제544조 제4항 준용).

(나) 계속적 계약에서 해지에 관한 개별 규정이 없는 경우에 해제의 일반조항인 제544조 내지 제546조를 적용하여 해지할 수 있는지 문제되고 있다. 종래의 학설은 해제권의 일반조항인 제544조 내지 제546조의 규정이 계속적 계약에 적용되지 않는다고 한다.⁵¹⁾ 또한 계속적 계약의 특징이 당사자의 신뢰관계를 기초로 하는 것이므로, 그 관계가 함부로 종료되어서는 안 되기 때문에 당해 계약의 목적달성 여부, 당사자 사이의 신뢰관계의 파괴 여부가 해지권의 발생여부를 판단하는 기준이 될 것이라는 견해가 있었다. 이 견해는 계속적 계약은 장기간의 존속기간에 걸친 당사자간의 신뢰관계가 그 기초로 되므로, 비록 채무불이행의 경우에도 당사자간의 신뢰관계가 더 이상 유지되기 어려운 경우에 해지권을 행사할 수 있다고 한다.⁵²⁾

그러나 개정안은 채무불이행의 경우에 계약을 해지할 수 있다고 정하고 그 요건을 해제의 경우와 동일하게 정함으로써, 위와 같은 학설과는 정반대의 태도를 취한 것이다. 그리하여 개정안에서 해제와 해지를 동일한 방식으로 규정한 것에 대해서는 검토의 여지가 있다는 견해가 있다.⁵³⁾ 이 견해는 해제와 해지의 차이점을 강조한다.⁵⁴⁾ 먼저 해지는 해제와 달리 계속적 채권관계의 당사자에게 인정되는 일종의 ‘자유 또는 권한’이라고 한다.⁵⁵⁾ 계속적 채권관계에서는 기간의 정함이 있는 경우에도 ‘부득이한 사유’가 있으면 계약을 해지할 수 있다. 또한 해지의 경우에는 최고가 아니라 해지통고의 법리가 적용되는데, 이것은 해지의 통고가 있는 뒤부터

51) 박윤직 편, **민법주해**[VIII], 1997, 265면(김용덕 집필부분).

52) 조일윤, “민법개정안 제544조의3(채무불이행과 해지)의 재검토”, **민사법이론과 실무**, 제8권 제1호(2004. 6), 81-82면.

53) 김동훈 “채무불이행의 효과 - 계약의 해제”(주 3), 410면.

54) 김동훈, “민법개정시안(2004년)의 계약해제·해지규정에 대한 검토”, **민법개정안의견서**(주 14), 191면.

55) 김형배, **채권각론[계약법]**, 신정판, 박영사, 2001, 265면.

해지의 효력이 발생하기까지는 일정한 기간이 지나야 하는 것을 원칙으로 한다. 이는 상대방에게 계약관계의 소멸에 대비할 수 있도록 하기 위한 것이다. 다만 예외적으로 긴급한 경우에는 바로 채권관계를 소멸시키는 즉시해지가 인정될 수 있다.⁵⁶⁾ 따라서 해지의 경우에 해제를 위한 최고 법리를 동일하게 적용하는 것이 혼란을 초래할 수 있다고 한다.

개정안은 계속적 계약에서 채무불이행이 발생하면 계약의 해지를 인정하고 계속적 계약의 특수성은 제2항에서 정하는 중대한 사유로 인한 해지에 반영하는 것으로 충분하다고 본 것이다.

(3) 중대한 사유로 인한 해지

(가) 제2항에서 중대한 사유로 인한 해지 사유를 정하고 있다. 2004년 민법개정안에서는 채무불이행이 있는 경우에 한하여 계약의 해지를 인정하였는데, 이 개정안에서는 채무불이행이 없는 경우에도 중대한 사유가 있으면 계약을 해지할 수 있도록 하였다.

위 개정안의 표현은 특히 ‘중요한 이유에 의한 계속적 채권관계의 해지’에 관하여 정하고 있는 독일민법 제314조의 영향을 받았다고 볼 수 있다. 독일민법의 위 규정은 계속적 계약관계의 당사자는 중대한 사유가 있는 경우에는 계약관계를 해지할 수 있다고 정하고 있다. 또한 개별적인 경우의 모든 사정을 고려하고 양당사자의 이익을 형량하여 계약관계의 존속을 기대할 수 없는 때에 중대한 사유가 있다고 정하고 있다. 이를 변형하여 개정안 제2항이 성안되었다고 보아도 좋을 것이다.

(나) 제2항에 따른 해지의 경우에는 제1항과는 달리 해제에 관한 규정을 준용하지 않았다.⁵⁷⁾ ‘중대한 사유로 계약의 존속을 기대할 수 없는 때’에 해당하면 최고를 할 필요 없이 해지를 할 수 있도록 한 것이다. 최고는 계약의 유지나 존속을 위한 것인데, 계약의 존속을 기대할 수 없는 상태에서는 최고를 하는 것이 의미가 없기 때문이다.

(다) 민법은 고용과 임치에 관한 개별 규정에서 ‘부득이한 사유’가 있는 경우에 해지권을 인정하고 있다(제661조, 제698조). 조합의 경우에는 부득이한 사유로 인

⁵⁶⁾ 김형배(주 55), 264면.

⁵⁷⁾ 김동훈 “채무불이행의 효과 - 계약의 해제”(주 3), 413면.

한 해산청구를 인정하고 있다(제720조).⁵⁸⁾ 판례는 제661조의 ‘부득이한 사유’는 고용계약을 계속하여 존속시켜 그 이행을 강제하는 것이 사회통념상 불가능한 경우를 말하고, 고용은 계속적 계약으로 당사자 사이의 특별한 신뢰관계를 전제로 하므로 고용관계를 계속하여 유지하는 데 필요한 신뢰관계를 파괴하거나 해치는 사실도 부득이한 사유에 포함되며, 따라서 고용계약상 의무의 중대한 위반이 있는 경우에도 부득이한 사유에 포함된다고 한다.⁵⁹⁾ 또한 민법 제720조의 ‘부득이한 사유’라 함은 경제계의 사정변경에 따른 조합 재산상태의 악화나 영업부진 등으로 조합의 목적달성이 매우 곤란하다고 인정되는 객관적인 사정이 있거나 조합 당사자 간의 불화·대립으로 인하여 신뢰관계가 파괴됨으로써 조합업무의 원활한 운영을 기대할 수 없는 경우를 말한다고 한다.⁶⁰⁾ 위와 같이 공동사업의 계속이 현저히 곤란하게 된 이상 신뢰관계의 파괴에 책임이 있는 당사자, 즉 유책당사자도 조합의 해산청구권이 있다.⁶¹⁾

따라서 부득이한 사유에는 계약의 존속이 불가능한 경우뿐만 아니라 신뢰관계의 파괴나 중대한 의무 위반 등이 포함된다. 특히 조합계약에 관한 판례에서 신뢰관계가 파괴되어 조합업무의 원활한 운영을 기대할 수 없는 경우를 포함하고 있다. 이는 개정안 제2항에 나오는 ‘계약의 존속을 기대할 수 없는 때’라는 표현과 유사하다. 부득이한 사유에 관한 판례 법리는 중대한 사유를 판단하는 데도 영향을 미칠 것이다. 다만 부득이한 사유와 중대한 사유는 용어가 다르기 때문에 그 의미에 어떠한 차이가 있는지를 탐구할 필요가 있음은 물론이다.

(라) 개정안에서는 제2항이 채무불이행의 경우에는 적용되지 않는다는 점을 명시하고 있다. 제2항은 독일민법 제343조 제1항이 중대한 사유를 이유로 계속적 채

58) 조합의 해산청구는 조합이 소멸하기 위하여 그의 목적인 사업을 수행하기 위한 적극적인 활동을 중지하고 조합재산을 정리하는 단계에 들어가는 것이다. 이에 관해서는 조합의 해산에 관한 규정이 적용되고, 계약의 해제나 해지에 관한 규정이 적용되지 않는다. 대판 1994. 5. 13, 94다5157(공 1686) 등 다수의 판결이 있다. 박윤직 편, **민법주해**[XVI], 1997, 38면(김재형 집필부분). 그러나 계약의 해지와 조합의 해산은 법률관계를 종료시키는 것이라는 점에서 유사한 측면이 있다.

59) 대판 2004. 2. 27, 2003다51675(공 2004, 548).

60) 대판 1991. 2. 22, 90다카26300(집 39-1, 민 195); 대판 1993. 2. 9, 92다21098(공 1993, 935); 대판 1997. 5. 30, 95다4957(집 45-2, 민 204); 대판 2007. 11. 15, 2007다48370.

61) 대판 1991. 2. 22, 90다카26300(집 39-1, 민 195); 대판 1993. 2. 9, 92다21098(공 1993, 935); 박윤직 편, **민법주해**[XVI], 1997, 167면(김재형 집필부분).

권관계의 해지를 인정한 것과 유사하지만, 독일민법의 위 규정은 채무불이행에 속하는지 여부와 무관하게 적용되는 데 반하여 위 개정안은 채무불이행 이외의 경우에만 적용된다는 점에서 차이가 있다. 즉, 채무불이행의 경우에는 제1항을 적용하는 것으로 충분하고 제1항과 제2항을 명확하게 구분한 것이다. 그러나 이와 같이 채무불이행의 경우를 배제할 필요는 없지 않은가 생각한다. 즉, 중대한 사유로 계약의 존속을 기대할 수 없으면 다른 사유를 불문하고 최고 없이 해지할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이처럼 규정하더라도 별다른 문제는 없을 것이다. 또한 채무불이행의 경우에 최고 없이 해지할 수 있는 사유(제1항)에 해당하는지 모호하지만, 계약의 존속을 기대할 수 없다고 보아 최고 없이 해지를 인정하는 것이 바람직한 경우도 있을 것이다.

(4) 해지 요건에서 귀책사유 배제

2004년 민법개정안은 채무불이행으로 인한 해지 요건으로 채무자의 고의나 과실을 요구하였다. 그러나 이번 개정안에서는 2004년 민법개정안과 달리 계약의 해지에 채무자의 고의 또는 과실을 요건으로 하지 않았다(제1항). 이는 계약의 해제에서 귀책사유를 요건으로 하지 않은 것과 같은 취지이다. 다만 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해지할 수 없다(제544조 제4항 준용). 한편 제2항에서는 채무불이행 이외의 중대한 사유로 계약의 존속을 기대할 수 없는 경우에는 제2항에 따라 유책당사자도 계약을 해지할 수 있다고 보아야 한다. 이 경우에는 제544조 제4항도 준용되지 않는다.

3. 계약 해제의 효과

가. 쟁점

해제의 효과에 관해서는 이론적으로 중요한 논쟁이 있다.⁶²⁾ 다수설⁶³⁾과 판례⁶⁴⁾는 직접효과설을 따르고 있다. 즉, 해제에 의하여 계약상의 채권채무가 소급적으로 소멸한다고 한다. 이에 대하여 계약의 해제는 장래에 대해서만 효력이 발생한다는

62) 이에 관해서는 우선 양창수, “해제의 효과에 관한 학설들에 대한 소감”, **민법연구**, 제3권, 박영사, 1995, 278면; 김재형(주 15), 71면.

63) 광윤직, **채권각론**, 제6판, 박영사, 2003, 119면 등 다수.

64) 대판 1977. 5. 24, 75다1394(집 25-2, 민 44).

청산관계설이 유력하게 주장되고 있다.⁶⁵⁾ 서구의 여러 입법례나 국제적 모델법은 해제의 효과로서 장래효만을 인정하고 있다.⁶⁶⁾ 이 문제에 관하여 입법적인 해결책을 제시할 것인지를 검토할 필요가 있다. 즉, 계약해제의 효과에 관하여 청산관계설을 도입할 것인지, 해방효에 관한 규정을 둘 것인지 여부가 문제된다.

한편, 현행민법은 계약 해제의 효과로서 원상회복의무만을 규정하고 있을 뿐이고 그 반환범위에 관하여 구체적으로 정하고 있지 않다. 따라서 원상회복이 무엇을 의미하는지에 따라 그 반환범위가 결정될 것이다. 계약 해제의 효과로서 원상회복은 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 만드는 것이라고 할 수 있지만, 그 의미가 명확한 것은 아니다. 또한 현행민법은 해제의 효과로서 금전을 반환할 경우에는 받은 때부터 그 이자를 붙여 반환하여야 한다고 정하고 있다(제548조 제2항). 그러나 금전이 아닌 물건을 반환할 때에는 그 과실이나 이익도 반환되는지 여부에 관해서는 아무런 규정이 없다. 판례는 원물반환 이외에 가액배상을 인정하고 있는데, 이에 관한 근거규정을 마련할 것인지 문제된다.

해제의 효과에 관한 개정안을 작성하는 과정에서 근본적인 변화를 피하지는 않았다. 해방효에 관한 규정이나 청산관계설에 따른 규정은 도입하지 않기로 일찌감치 결론을 내렸다. 개정안에서 해제로 인한 반환범위 등에 관하여 간략하게 수정하는 등 비교적 미세한 변화가 있을 뿐이다.

나. 개정안의 작성과정

(1) 2004년 민법개정안

당시 개정위원회에서 해제의 효과에 관한 규정을 개정할 필요가 있다는 의견이 있었다. 원상회복의 구체적인 내용을 규정하여야 한다는 의견도 있었고, 제3자의 범위를 선의인 경우로 한정하여야 한다는 의견도 있었다. 그러나 청산관계설의 도입은 시기상조이고 현 상태를 유지하는 것이 필요하다고 하여 해제의 효과에 관한

65) 대표적으로는 김형배(주 55), 235-239면.

66) 영국이나 미국 등 보통법 국가에서는 해제의 소급효를 부정하고 있고, 프랑스법에서는 해제의 소급효를 인정하고 있다. 김재형 역(주 30), 645면. 독일에서는 학설과 판례가 해제의 효과에 관하여 장래효를 인정하였는데, 2002년 개정 독일민법 제346조는 이를 명시하였다. 유엔통일매매법 제81조 제1항, UNIDROIT 국제상사계약원칙 제7.3.6.조 제2항; 유럽계약법원칙 제9:305조 제1항; 유럽 공통참조기준 III-제3:509조 제4항도 해제의 장래효를 명시하고 있다.

규정은 개정에서 제외되었다.⁶⁷⁾

(2) 2012년 민법개정안

(가) 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회

2004년 민법개정위원회에는 해제의 효과에 관한 개정안이 없었다. 제2기 민법개정위원회(2010) 제2분과위원회에서 계약해제의 효과를 담당할 정진명 교수가 작성한 개정시안⁶⁸⁾을 토대로 개정안에 관한 논의를 시작하였다. 위 분과위원회의 다수 의견은 다음과 같다.

첫째, 제548조 제1항을 “계약이 해제된 경우 각 당사자는 자신의 채무를 면한다.”라고 개정하여 해방효에 관한 규정을 둘 것인지 논의하였으나, 현행대로 유지하기로 한다.⁶⁹⁾ 제548조 제1항 단서의 의미에 관하여 논란이 있지만, 이에 관한 판례가 문제가 있는 것이 아닌 상태에서 근본적인 변화를 가져오는 개정을 하지 않기로 한 것이다. 둘째, 원상회복의 범위를 명확하게 하기 위하여 제2항을 “제1항의 원상회복의무는 수취한 이익 및 그 과실에 대하여도 미친다.”라고 개정한다. 셋째, 가액상환에 관하여 명시적인 규정을 둔다. 그 방안으로는 개정시안 제548조의2(해제의 효과, 가액상환)를 신설하여 “원상회복의 경우에 각 당사자는 상대방으로부터 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 상환하여야 한다. 다만, 가액상환의무의 상대방에게 책임있는 사유로 목적물이 멸실 또는 훼손된 경우에는 그

67) 법무부, **민법(재산편) 개정자료집**, 법무자료 제260집, 2004, 845-6면.

68) 개정시안 제548조(해제의 효과)

- ① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.
 - ② 채무자는 다음 각호의 경우에는 원상회복에 갈음하여 그 가액을 상환하여야 한다.
 1. 취득한 급부의 성질상 그 반환이나 인도를 할 수 없게 된 때
 2. 수령한 목적물이 소비, 양도되거나 또는 가공, 개조된 때
 3. 수령한 목적물이 멸실 또는 현저히 훼손된 때, 단 목적물의 용도에 좇은 사용에 의하여 훼손된 경우에는 그러하지 아니하다.
 - ③ 가액상환의무는 다음 각호의 경우에는 소멸한다.
 1. 목적물의 멸실, 훼손이 채권자의 책임있는 사유에 의한 때
 2. 목적물의 가공, 개조시에 해제의 원인이 된 하자를 알게 된 때
 3. 법정해제권의 경우 채권자는 그 목적물에 대하여 자기재산과 동일한 주의를 하였음에도 멸실, 훼손된 때
- 제553조 삭제

69) 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제19차 회의일지(2010. 12. 2).

러하지 아니하다.”로 한다. 넷째, 가액상환의무가 소멸하는 경우에 관한 명시적인 규정을 둔다. 그러나 개정시안의 표현에 대해서는 결론을 내지 못하였다.⁷⁰⁾ 다섯째, 현행 민법 제553조(훼손 등으로 인한 해제권의 소멸)를 삭제할 것인지에 관하여 의견이 대립하였다. 이 규정은 독일민법 개정전의 제350조, 제351조의 영향을 받은 것인데, 2002년 채권법 개정당시 위 규정들이 삭제되었다. 이에 따라 우리 민법 제553조를 삭제하여 목적물의 멸실 등의 경우에 가액상환으로 해결하여야 한다는 제안이 있었다. 그러나 제553조의 존치여부는 정책적인 문제이고, 일본 민법개정안【3.1.1.83.】 제2항, 유엔통일매매법 제82조 제1항도 민법 제553조와 같은 취지라는 견해가 다수의견이었다. 그리하여 분과위원회는 이 규정을 존치하는 안을 1안으로 하고, 삭제하자는 의견이 있음을 부기하기로 하였다.⁷¹⁾

해제의 효과에 관한 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회의 개정안은 세부적으로 결정하지 않은 사항을 일부 남겨놓기는 했지만 중요한 내용은 정해졌다고 볼 수 있다.

(나) 제3기 민법개정위원회(2011) 제2분과위원회⁷²⁾

민법개정위원회 제3기 제2분과위원회에서는 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회에서 위 (가)와 같이 결정된 사항을 토대로 개정시안을 확정하였다. 먼저 이익과 과실의 반환에 관하여 수취한 이익과 과실의 반환만을 인정할 것인지, 아니면 과실로 인하여 수취하지 못한 이익과 과실의 반환도 인정할 것인지 논란이 있었다. 계약이 해제되면 계약이 체결되지 않았던 상태로 회복되어야 하는데, 과실로 수취하지 못한 이익과 과실도 반환해야 한다는 의견도 강하게 제기되었다. 그러나 다수의견은 수취한 이익과 과실의 반환만을 인정하기로 명시하였다. 분과위원회안은 다음과 같다.

70) 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제22차 회의일지(2011. 1. 20)에서 논의했던 시안은 다음과 같다.

- ③ 가액상환 의무는 다음 각호의 경우에는 소멸한다.
 1. 목적물의 멸실, 훼손이 채권자의 책임있는 사유에 의한 때
 2. 목적물의 가공, 개조시에 해제의 원인이 된 하자를 알게 된 때
 3. 법정해제권의 경우 채권자는 그 목적물에 대하여 자기재산과 동일한 주의 하였음에도 멸실, 훼손된 때(삭제 고려)

71) 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제18차 회의일지(2010. 11. 4); 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제19차 회의일지(2010. 12. 2); 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제20차 회의일지(2010. 12. 16); 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제21차 회의일지(2011. 1. 6); 민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제22차 회의일지(2011. 1. 20).

72) 민법개정위원회 제3기 제4분과위원회 제13차 회의일지(2011. 9. 22).

제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 현행규정과 동일

② 제1항에 따라 금전을 반환하여야 할 경우에는 그 받은 날부터 이자를 붙여 반환하여야 하고, 목적물을 반환하여야 할 경우에는 그로부터 수취한 이익 및 과실도 반환하여야 한다.

제548조의2(가액반환) 원상회복의 경우에 각 당사자는 상대방으로부터 받은 목적물을 반환할 수 없는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다. 다만, 상대방의 책임 있는 사유로 목적물을 반환할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

(다) 실무위원회

실무위원회에서는 목적물로부터 수취한 이익 및 과실에 대한 반환의무를 규정하고 있는 것에는 찬성한다. 그러나 제2항에서는 과실의 반환에 관해서만 규정하고 이익에 관해서는 가액반환에 관한 제3항에서 규정하고 있다. 수취한 이익은 원물 반환의 문제가 아니라 가액반환의 문제라는 것이다. 그리고 제4항에서 통상 수취할 수 있었던 이익 및 과실에 관하여 제3항 본문을 준용하되, 채무불이행으로 인한 해제권자는 해제 사유가 있음을 알았을 때부터 반환의무가 있다고 규정하였다. 그 규정 방안은 다음과 같다.

② 제1항에 따라 금전을 반환하여야 할 경우에는 그 받은 날부터 이자를 붙여 반환하여야 하고, 목적물을 반환하여야 할 경우에는 그로부터 수취한 과실도 반환하여야 한다.

③ 각 당사자가 상대방으로부터 받은 목적물 및 그로부터 수취한 과실을 반환할 수 없거나 목적물로부터 수취한 이익이 있는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다. 그러나 상대방에게 책임 있는 사유로 반환할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 제3항 본문은 통상 수취할 수 있었던 이익 및 과실에 관하여 준용한다. 그러나 채무불이행으로 인한 해제권자는 해제 사유가 있음을 알았을 때부터 반환의무가 있다.

그리고 제553조를 삭제하기로 하였다. 목적물의 반환불능이 해제권자의 귀책사유로 인한 경우에도 해제권이 소멸된다고 하는 것은 문제가 있다고 한다. 이러한 경우 반환할 수 없게 된 목적물의 가치와 상대방으로부터 반환받아야 할 반대급부의 가액이 반드시 대등하다고 볼 수는 없는데, 해제권자에게 귀책사유가 있다는 이유만으로 자신의 반환청구권을 행사할 수 없게 된다는 것은 문제가 있고, 또한 고의 또는 과실이 있는 경우인지 여부에 대한 판단이 쉽지 않다고 한다. 따라서

새로운 독일민법과 같이 해제권 배제 사유에 대한 규정을 없애고, 해제권자가 목적물을 반환할 수 없게 된 경우에는 귀책사유 유무를 불문하고 항상 가액반환을 하는 것을 조건으로 하여 해제권을 인정하는 것이 합리적이라고 한다.

(라) 분과위원장단 회의

분과위원장단 회의에서는 개정안 제548조 제4항을 “제3항 본문은 통상 수취할 수 있었던 이익 및 과실에 관하여 준용한다.”라고만 규정하고 단서는 삭제하기로 하였다. 또한 제553조를 삭제하기로 하였다.⁷³⁾

(마) 민법개정위원회 전체회의

민법개정위원회 전체회의에서는 분과위원장단 회의에서 회부한 개정시안에 관하여 논란이 있었다. 주요한 내용은 다음과 같다. 첫째, 수취한 과실의 반환에 관해서는 제2항에서, 수취한 이익에 관해서는 제3항에서 규정할 필요가 있는지 여부이다. 수취한 이익도 과실과 같이 반환하여야 한다고 정하면 된다는 의견과 이익은 원물반환이 아닌 가액반환의 대상이기 때문에 따로 규정해야 한다는 의견이 있었다. 둘째, 제4항에서 제3항 본문만을 준용하고 단서를 준용하지 않는 것에 관해서는 수취할 수 있었던 이익과 과실의 경우에는 제3항 단서가 문제되는 경우가 없다는 의견이 있었다. 제4항의 신설여부에 관하여 표결을 하였는데, 9 대 8로 부결되었다.⁷⁴⁾

현 행	개 정 안
<p>제548조(해제의 효과, 원상회복의무)</p> <p>① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.</p> <p>② 전항의 경우에 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 한다.</p>	<p>제548조(해제의 효과, 원상회복의무)</p> <p>① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 제3자의 권리를 해치지 못한다.</p> <p>② 제1항에 따라 금전을 반환하여야 할 경우에는 그 받은 날로부터 이자를 붙여 반환하여야 하고, 목적물을 반환하여야 할 경우에는 그로부터 수취한 과실도 반환하여야 한다</p>

73) 민법개정위원회 제4기 제5차 분과위원장단 회의일지(2012. 6. 4).

74) 민법개정위원회 제4기 제2차 전체회의일지(2012. 6. 27).

현 행	개 정 안
<p>제553조(훼손등으로 인한 해제권의 소멸) 해제권자의 고의나 과실로 인하여 계약의 목적물이 현저히 훼손되거나 이를 반환할 수 없게 된 때 또는 가공이나 개조로 인하여 다른 종류의 물건으로 변경된 때에는 해제권은 소멸한다.</p>	<p>③ 각 당사자가 상대방으로부터 받은 목적물 또는 그로부터 수취한 과실을 반환할 수 없거나 목적물로부터 수취한 이익이 있는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다. 그러나 상대방에게 책임 있는 사유로 반환할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p><삭제></p>

다. 개정안의 의미와 주요 내용

(1) 해제의 효과에 관하여 직접효과설에 따라 해제의 소급효를 인정할 것인지, 청산관계설에 따라 해제의 소급효를 부정할 것인지 논란이 있다. 이에 관해서는 명시적인 규정을 두지 않았다. 따라서 해제의 효과에 관한 개정안은 현행의 법상황에 근본적인 변화를 초래하지는 않고 미세한 변화가 있을 뿐이다. 즉, 해제의 효과에 관하여 기존의 규정을 유지하면서 해석이나 판례에 의하여 해결하고 있는 문제를 명문화하고, 논란이 있었던 해제권 소멸에 관한 제553조를 삭제한 것이다.

(2) 계약을 해제하면 당사자들은 아직 이행하지 않은 계약상의 의무로부터 해방된다. 이를 해방효과라고 한다. 이에 관한 명문의 규정을 둘 것인지 검토하였으나, 이에 관한 규정을 두지 않기로 하였다. 이에 관한 규정을 두는 것이 실질적으로 큰 의미가 없고, 해제의 효과에 관한 이론적인 문제, 직접효과설과 청산관계설 중 어느 한쪽을 선택해야 하는 문제를 피하고자 했기 때문이다.

(3) 원상회복에 관하여 현행 규정은 이자의 반환에 관해서만 규정하고 있을 뿐이고, 과실이나 이익의 반환 문제나 가액반환 문제를 정하고 있지 않다. 그러나 개정안은 원물반환과 가액반환을 구분하고 과실과 이익의 반환에 관한 명시적인 규정을 두었다. 즉 개정안 제548조 제2항은 목적물을 반환하여야 할 경우에 그로부

터 수취한 과실도 반환하도록 하였다. 또한 제3항에서 목적물 또는 과실을 반환할 수 없거나 목적물로부터 수취한 이익이 있는 때에는 원칙적으로 가액을 반환하도록 하였다.⁷⁵⁾ 그러나 수취하지 못한 이익이나 과실에 관해서는 명시적인 규정을 두지 않았다.

(4) 목적물 훼손 등의 경우에 해제권이 소멸된다는 제553조의 규정을 삭제하였다.⁷⁶⁾ 비교법적으로 보면, 이와 같은 규정을 두고 있는 경우도 있고 그렇지 않은 경우도 있다.⁷⁷⁾ UNIDROIT 국제상사계약원칙, 유럽계약법원칙, 유럽 공통참조기준 등에서는 위와 같은 규정을 두고 있지 않다. 이와 같이 하는 것이 해제권의 발생에 관한 규정이 명확해지는 장점이 있고, 목적물 훼손 등의 경우에 해제를 인정하면서 가액반환으로 해결하는 것으로 충분할 것이다.

IV. 위험부담에 관한 개정안

1. 쟁점

해제의 요건에 관한 개정안 제544조에 따르면, 채무자의 귀책사유는 계약해제의 요건이 아니다. 그런데 채무자에게 귀책사유가 없는 경우에 위험부담에 관한 민법 제537조, 제538조가 적용된다. 따라서 해제의 요건과 위험부담의 관계를 어떻게 해결할 것인지 문제된다.

2. 개정안의 작성과정

(1) 2012년 분과위원회에서는 이 문제를 해소하기 위하여 위험부담에 관한 규정과 해제 규정을 일원화하기로 하였다. 그리하여 제537조와 제538조를 삭제하고 제543조 제2항으로 자동해제 조항을 신설하며, 제544조 제5항에 제538조 제2항에 해

75) 수취한 과실은 제2항에서 규정하고 수취한 이익은 제3항에서 규정하고 있는데, 한 조문에서 규정하는 것이 간편할 것으로 생각된다.

76) 그 의미에 관해서는 김동훈, “채무불이행의 효과 - 계약의 해제”(주 3), 404-408면.

77) 이러한 규정을 두고 있는 경우로는 덴마크, 핀란드, 스웨덴, 그리스, 유엔통일매매법이 있고, 오스트리아, 프랑스, 네덜란드, 2002년 개정 이후의 독일민법은 이와 같은 규정을 두고 있지 않다. 김재형 역(주 30), 647면 참조.

당하는 조항을 신설하기로 하였다. 그 과정에서 논의되었던 주요 내용은 다음과 같다.

위험부담제도의 개정방향에 관해서는 여러 방안을 검토하였다. 이를 정리하면 크게 다음 두 방식이다. 하나는 위험부담제도를 폐지하고 해제제도로 일원화하는 방안(해제 일원설)이고, 다른 하나는 위험부담제도와 해제제도를 병존시키고 채권자에게 선택권을 인정하는 방안(해제 위험부담 병존설)이다. 이 문제에 관하여 민법개정위원회 제4기 제3분과위원회 제8차 회의(2012. 6. 21)에서 심층적으로 논의하여 결정하였다.

먼저 위험부담 규정을 단순히 삭제하자는 견해는 해제제도가 귀책사유와 절연되는 길을 택함으로써 위험부담의 법리는 해제제도 안에 포섭된다고 한다. 위험부담에 관한 규정과 계약해제에 관한 규정이 중첩되는 부분이 많기 때문에, 어느 한쪽으로 일원화하는 것이 바람직하다. 그러나 위험부담에 관한 규정을 단순히 삭제하는 방안 따르면 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 채무를 이행할 수 없는 경우에 계약이 존속하게 되고, 이 경우에 당사자들이 개정안 제544조에 따라 계약을 해제할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 따라서 이 방안 따르면 법률관계가 불명확하게 된다는 단점이 있다.

필자는 해제 일원설이 타당하다고 보아 위험부담에 관한 규정을 삭제하되, 자동 해제조항을 도입하는 방안을 제안하였다. 채무자에게 귀책사유가 없는 사유로 채무를 이행할 수 없는 경우 해제권을 행사하지 않으면 계약이 계속 존속하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이러한 경우 법률관계가 유동적인 상태에 있기 때문에, 그 점을 명확하게 해결할 필요가 있다. 이행불능의 경우에 해제의 의사표시를 하지 않고 자동해제를 인정한다면 위험부담과 해제의 관계를 명확하게 정돈할 수 있다.⁷⁸⁾

계약의 자동해제 조항은 유럽계약법원칙 제9:303조 제4항을 보고 착상하게 되었다. 유럽계약법원칙 제9:303조 제4항은 “당사자가 전체적이고 영구적인 장애사유로 인하여 제8:108조에 따라 면책되는 경우에는, 계약은 그 장애사유가 발생한 때

78) 필자가 제안한 구체적인 개정안은 다음과 같다.

제543조(해제·해지권) ① 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해제 또는 해지의 권리가 있는 때에는 그 해제 또는 해지는 상대방에 대한 의사표시로 한다. [제1안] 그러나 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없는 경우에는 계약이 해제 또는 해지된다. [제2안] 그러나 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 채무를 이행할 수 없는 경우에는 계약이 해제 또는 해지된다.

에 자동적으로 그리고 통지 없이 해제된다.”라고 정하고 있다. 제9:304조는 해제의 통지에 관한 규정인데, 제4항에서 그 예외로서 당사자의 불이행이 전체적이고 영구적인 장애사유로 인하여 면책되는 경우 계약은 자동적으로 해제된다고 정하고 있다. 이에 관하여 다음의 사례를 들어 설명한다. 유명한 테너가수가 월드컵 개막식에서 노래를 하기로 한다. 그 테너가수가 심각하게 아파서 개막식 당일까지 회복하지 못한 경우 해제의 통지는 불필요하다는 것이다.⁷⁹⁾

최근의 일본 민법개정안에서도 해제로 일원화할 것을 제안하고 있다. 즉, 우찌다 안⁸⁰⁾ [3.1.1.85]에서는 위험부담제도에 관한 현행 일본민법 제534조, 제535조, 제536조 제1항을 폐지할 것을 제안하고 있다. 일본 법무성에 설치된 「법제심의회 민법(채권관계) 부회」에서 2013년 3월 발표한 「민법(채권관계)의 개정에 관한 중간시안」⁸¹⁾에서도 해제일원화설을 따라 위험부담에 관한 규정을 삭제하고 있다.⁸²⁾ 병존설에 대해서는 다음과 같은 문제점을 지적하고 있다. 첫째, 한쪽의 요건이 다른 쪽의 요건에 포섭되는 두 개의 제도를 두는 것은 부적당하다. 채무자에게 귀책사유가 없는 이행불능의 경우, 위험부담에 의해서는 채권채무가 소멸하지만, 채권자의 의사표시가 있으면 해제된다고 하는 것은 바람직하지 않고 혼란을 발생시킬 수 있다는 것이다. 둘째, 목적물의 일부가 손상된 경우에 어느 제도에 의하는지에 따라 결론이 달라져서 불안정한 법률상태가 된다. 위험부담에 의할 때에는 반대채권은 손상된 일부에 대해서 당연히 소멸하게 된다. 그러나 해제제도에서는 채권자는 계약을 존속시키면서 보수청구나 대금감액을 하는 방법과 계약을 해제하여 채권채무 전체를 소멸시키는 방법 중에서 선택이 가능하게 된다.⁸³⁾

분과위원회에서 논의한 결과를 토대로 유럽계약법원칙의 위 제9:303조 제4항을 변형하여 개정시안을 만들었다. 이 개정시안에 따르면 위 요건을 충족하는 이행불능의 경우에 해제의 의사표시를 하기 전에 자동적으로 계약이 해제되므로, 해제의 효과에 관한 규정에 따라 원상회복 또는 가액상환의무가 발생할 것이다.

한편 분과위원회에서 현행 민법과 마찬가지로 위험부담과 해제를 병존하자는 안

79) 김재형 역(주 30), 626-628면.

80) 일본 민법(채권편)개정검토위원회 편, 법무부 역, 일본 채권법개정의 기본방침, 2009.

81) <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900184.html> 검색.

82) 中田裕康, “日本における債務不履行による解除”, 민사법학, 제65호(2013. 12), 357면, 379면(번역문).

83) 中田裕康, 위 주 77에 관한 지정토론에 대한 답변, 민사법학, 제65호(2013. 12), 433면, 438면(번역문).

도 검토하였다. 이 안은 당사자 쌍방의 책임 없는 사유에 의한 불능의 경우에 계약을 자동으로 소멸시키는 효력을 가지는 위험부담 법리와 함께 채권자가 자신의 급부의무에서 해방될 수 있는 해제권도 인정하자는 것이다.⁸⁴⁾ 이것은 독일민법 제326조가 제1항에서 급부의무가 없는 경우 반대급부청구권이 소멸된다고 정하면서 제5항에서 해제권을 인정하는 방식⁸⁵⁾을 기초로 한 것이다.

분과위원회는 결론적으로 다수의견에 따라 분과위원회안을 해제 일원화방안으로 결정하기로 하되, 병존안에 찬성하는 의견이 있었음을 부기하기로 하였다. 그리하여 분과위원회안으로 위험부담에 관한 제537조와 제538조를 삭제하고 자동해제 규정을 두는 것으로 결정하였다. 분과위원회는 “쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없는 경우에는 해제의 의사표시가 있는 것으로 본다.”라고 정하기로 결정하였다가, 제543조 제2항 첫 부분의 “쌍무계약의”를 삭제하여 편무계약에도 적용될 수 있도록 하였다.⁸⁶⁾ 이것은 필자가 제안한안을 토대로 자구 등을 수정한 것이다. 자동해제 규정의 위치는 제543조 제2항에 두기로 하였다. 또한 제538조 제1항에 해당하는 조문을 제544조 제4항으로 옮겼기 때문에, 제538조 제2항에 해당하는 조문을 제544조 제5항으로 옮겨 “제4항의 경우에 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다.”라는 조항을 두기로 하였다.

(2) 실무위원회에서는 분과위원회안에 찬성하면서 다만 제543조 제2항을 제544조 제3항으로 옮길 것을 제안하였다.⁸⁷⁾ 그러나 분과위원장단 회의에서 위험부담에

84) 이 견해는 정진명 교수의 안으로, 위험부담에 관한 규정에서 해제에는 영향을 미치지 않는다는 규정을 신설할 것을 제안하였다. 정진명, **위험부담에 관한 연구**, 2011년 법무부 연구용역보고서; 정진명, “위험부담에 대한 입법론적 고찰”, **재산법연구**, 제28권 제4호(2012. 2), 99면 이하.

85) 제326조(급부의무가 배제되는 경우 반대급부로부터 해방 및 해제)
 ① 채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 급부를 할 필요가 없는 경우에는 반대급부청구권은 소멸한다. 일부급부의 경우에 대하여는 제441조 제3항이 준용된다. 제1문은 계약에 따르지 않는 급부의 경우에 채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 따라 추완이행을 할 필요가 없는 경우에는 적용하지 아니한다.

②~④ 생략

⑤ 채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 급부를 할 필요가 없는 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다. 그 해제에 대하여는 제323조가 준용되는데, 다만 기간설정이 요구되지 않는다.

86) 민법개정위원회 제4기 제3분과위원회 제10차 회의일지(2012. 7. 19).

87) 제543조는 해제권이 있음을 전제로 해제의 방법에 관한 규정일 뿐이고, 당사자 쌍방

관한 규정을 존치하기로 하고 제537조의 경우에도 해제가 가능하다는 조항을 신설하기로 하였다(제2항). 위험부담 규정을 없애는 것이 주저된다고 하여 독일민법과 같이 현행 위험부담 규정을 유지하되, 필요한 부분에 한하여 수정한 것이다.

(3) 분과위원장단 회의에서 정한 내용은 2013. 7. 8. 민법개정위원회 전체회의에서 받아들여졌다. 표결 결과는 16 대 6이었다.

현행	개정안
<p>제537조(채무자위험부담주의) 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.</p> <p>(신설)</p> <p>(신설)</p>	<p>제537조(채무자의 위험부담) ① 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.</p> <p>② 제1항은 상대방의 계약 해제에 영향을 미치지 아니한다.</p> <p>③ 상대방이 제399조의²⁸⁸⁾ 제1항에 따라 이익의 상환을 청구하는 경우에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 이 경우에 상환할 이익의 가치가 본래의 채무보다 작으면 상대방의 채무는 그에 비례하여 감소한다.</p>

3. 개정안의 내용과 문제점

전체회의에서 확정된 안에서는 위험부담 규정을 존속시키고 있다. 이 개정안에 따르면 제537조의 경우에 해제의 요건도 갖추게 된다. 그리고 이행불능의 경우 당사자들이 해제권을 행사하여 법률관계를 조기에 확정하기를 원할 수 있다. 개정안은 제537조가 적용되는 경우에도 계약을 해제할 수 있다고 명시하였다(개정안 제537조 제2항).⁸⁹⁾ 이것은 원래 분과위원회에서 소수의견이었는데, 분과위원장단 회

에게 책임 없는 사유로 인하여 당사자 일방의 채무가 이행불능이 되었을 때 해제권이 발생한다는 점은 해제권의 발생 사유인 제544조의 제1, 2항에 의하여 인정되는 것이므로, 그 해제의 방법에 관하여는 제544조 제3항으로 규정하는 것이 적절하다는 것이다.

⁸⁸⁾ 제399조의2[대상청구권(代償請求權)] ① 채무의 이행을 불가능하게 한 사유로 채무자가 채권의 목적인 물건이나 권리를 갈음하는 이익을 얻은 경우에는 채권자는 그 이익의 상환을 청구할 수 있다.

② 채권자가 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하는 경우에, 제1항에 따라 이익의 상환을 받는 때에는 손해배상액은 그 이익의 가액만큼 감액된다.

⁸⁹⁾ 제537조 제2항으로 “제1항은 상대방의 계약 해제에 영향을 미치지 아니한다.”라는 규

의에서 채택된 것이다. 물론 이 규정이 없어도 동일하게 해석할 수 있으므로 이 규정은 주의적 규정이다. 조문의 표제는 ‘채무자 위험부담주의’에서 ‘채무자의 위험부담’으로 변경하였다. 종전의 표제가 너무 무거운 인상을 주기 때문이다. 제3항은 새로 신설한 대상청구권에 관련된 부수적 규정이다.

위험부담에 관한 규정에 따르면 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 채무를 이행할 수 없는 경우에 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다. 만일 상대방이 채무자에게 채무를 이미 이행한 경우에는 위 규정에 따라 상대방의 반대급부의무가 소멸하였기 때문에, 채무자는 상대방에게 부당이득반환의무를 부담한다. 따라서 채무자는 이를 상대방에게 부당이득의 법리에 따라 반환하여야 한다.⁹⁰⁾

그런데 위와 같이 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 채무를 이행할 수 없는 경우에 계약관계도 소멸하는지 문제된다. 대법원은 “쌍무계약에서 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 채무가 이행불능된 경우 채무자는 급부의무를 면함과 더불어 반대급부도 청구하지 못한다고 할 것이므로, 쌍방 급부가 없었던 경우에는 계약관계는 소멸하고 이미 이행한 급부는 법률상 원인 없는 급부가 되어 부당이득의 법리에 따라 반환청구할 수 있다고 할 것이다.”라고 판결하였다.⁹¹⁾ 이 판결은 쌍방 급부가 없었던 경우에는 계약관계가 소멸한다는 것이므로, 이 판결에 따르면이라도 쌍방 급부가 있었다면 계약관계가 소멸하는지는 논란이 있을 수 있다. 또한 제537조 제1항은 “채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다”는 법률효과만을 정하고 있기 때문에, 계약관계의 소멸여부를 정한 것이 아니라고 볼 수 있다.

민법개정안에 따르면 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 채무를 이행할 수 없는 경우에 계약관계의 소멸여부가 더욱 중요한 문제가 될 수 있다. 개정안에서 위와 같은 경우에 계약의 해제를 인정하고 있는데, 이는 계약의 존속을 전제로 한 것으로 볼 수 있다. 따라서 위와 같은 경우에 계약은 존속한다고 볼 수 있고 당사자들은 계약을 해제할 수도 있다. 만일 당사자가 계약을 해제한 경우에는 부당이득이 아니라 해제에 따른 원상회복으로 이미 이행한 급부의 반환문제를 해결하게 된다. 그러나 계약을 해제하지 않은 경우에는 제537조 제1항에 따라 부당이득반환관계가 성립한다. 따라서 당사자들이 계약을 해제하는 의사표시를 하는지 여부에 따라 부당이득으로 해결할 것인지 해제에 관한 규정으로 해결할 것인지 여부가 결정된

정을 신설하자는 것이다.

90) 대판 1975. 8. 28, 75다765(공 1975, 8631).

91) 대판 2009. 5. 28, 2008다98655(공 2009, 1001).

다. 이처럼 법률관계를 복잡하게 만들 필요가 있는지는 의문이다.

V. 사정변경에 관한 개정안

1. 쟁점

계약을 체결한 후에 사정변경을 이유로 계약을 수정하거나 해제 또는 해지할 수 있는지 문제된다. 초기의 판례는 부정적이었다. 대법원은 “매매계약 체결시와 잔대금 지급시 사이에 장구한 시일이 지나서 그 동안 화폐가치의 변동이 극심한 탓으로 매수인이 애초계약시의 금액표시대로 잔대금을 제공하면 양등한 목적물의 가액에 비하여 현저히 균형을 잃은 이행이 되는 경우라도 사정변경의 원칙을 내세워 해제권이 생기지 않는다”고 판결하였다.⁹²⁾ 다만 계속적 보증의 경우에 해지를 인정한 대법원 판결이 있다.⁹³⁾ 그러나 최근 대법원은 사정변경을 이유로 계약을 해제할 수 있다고 정면으로 선언하고 있다. 즉, “이른바 사정변경으로 인한 계약해제는 계약성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니라 할 것이다. 또한, 계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약목적을 달성할 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 계약내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다.”라고 한다.⁹⁴⁾

학설에서도 계약준수의 원칙에 대한 예외로서 사정변경의 원칙을 인정하고 있다. 계약성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정변경이 있는 경우에 계약을 그대로 준수하도록 하는 것은 가혹하다는 생각에서 계약에 따른 구속력을 예

⁹²⁾ 대판 1963. 9. 12, 63다452(집 11-2, 민 131). 또한 1991. 2. 26, 90다19664(공 1991, 1082)도 참조.

⁹³⁾ 대판 1990. 2. 27, 89다카1381(집 38-1, 민 78).

⁹⁴⁾ 대판 2007. 3. 29, 2004다31302(공 2007, 601); 대판(전) 2013. 9. 26, 2012다13637(공 2013, 1916); 대판(전) 2013. 9. 26, 2013다26746(공 2013, 1954); 대판 2014. 6. 12, 2013다75892.

외적으로 부정할 수 있도록 한 것이다. 다만 그 효과에 관해서는 해제 또는 해지를 인정할 것인지, 계약의 수정도 인정할 것인지 논란이 있다. 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니라고 한다.

2. 개정안의 작성과정

(1) 2004년 개정안

2004년 민법개정위원회에는 다음과 같이 사정변경으로 인한 해제, 해지에 관한 개정안을 신설할 것을 제안하였다.

제544조의4(사정변경과 해제, 해지) 당사자가 계약 당시 예견할 수 없었던 현저한 사정변경으로 인하여 계약을 유지하는 것이 명백히 부당한 때에는 그 당사자는 변경된 사정에 따른 계약의 수정을 요구할 수 있고, 상당한 기간내에 계약의 수정에 관한 합의가 이루어지지 아니한 때에는 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.

위 개정안은 사정변경의 원칙을 명문화한 것이다.⁹⁵⁾ 이에 대해서는 비판적인 견해가 있었는데,⁹⁶⁾ 주요한 내용은 다음과 같다. 첫째, 개정안 제544조의4의 위치가 적당하지 않다. 채무불이행으로 인한 계약의 해제·해지에 관한 제544조의2, 제544조의3에 이어서 신설하고 있는데, 사정변경은 채무불이행으로 인한 계약의 해제·해지와는 이론상 아무런 관련이 없고, 또한 계약의 해제·해지만이 아니라 계약의 수정에 관한 내용도 포함되어 있기 때문이다. 둘째, 개정안은 사정변경의 요건을 명확히 할 필요가 있다. 셋째, 개정안은 법원의 개입에 의한 계약내용의 수정을 부인하고 있는데, 당사자가 자율적인 재교섭을 하였지만 합의에 이르지 못한 경우 불이익을 입은 당사자는 계약을 해제·해지할 수밖에 없어 계약준수의 이상에 반하는 결과를 가져온다.

⁹⁵⁾ 법무부, 자료집(주 67), 817면 이하.

⁹⁶⁾ 민법개정안에 대한 검토의견으로는 민법개정안의견서(주 14), 107-110면. 민법개정안에 대하여는 김대경, “사정변경으로 인한 계약의 해제”, **경희법학**, 제46권 제1호(2011. 3), 195면 이하; 김대정, “사정변경의 원칙을 명문화한 민법개정시안 제544조의4에 관한 검토”, **법학연구**(전북대), 제22집(2001), 245면 이하; 정상현, “민법개정안 제544조의4에 대한 비판적 검토”, **성균관법학**, 제20권 제1호(2008. 4), 149면 이하.

(2) 2011년/2012년 민법개정위원회 개정안

(가) 분과위원회

사정변경에 관한 개정안은 민법개정위원회 제3기(2011) 제4분과위원회에서 작성하였다. 사정변경의 원칙을 명문화하는 경우 사정변경의 원칙을 어떠한 요건으로 구성할 것인지, 계약이 변경된 사정에 따라 수정되어야 하는지 아니면 소멸되어야 하는지, 어떤 방식으로 법률효과가 발생하게 하여야 하는지에 관하여 검토하였다. 분과위원회 제3차 회의(2011. 4. 7)에서 개정안에 관한 논의를 시작하였다.⁹⁷⁾ 제4차 회의(2011. 4. 21)에서 필자가 작성한 다음과 같은 개정시안을 토대로 논의하였다.

제○○○조(사정의 변경)

① 계약성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, [그로 인하여] 계약을 유지하는 것이 명백하게 부당한 결과를 생기게 하는 때에는 당사자는 계약의 수정을 위한 교섭을 청구할 수 있다.

② 당사자간에 계약의 수정이 불가능하거나 수정의 합의가 상당한 기간 내에 이루어지지 아니한 때에는 당사자는 법원에 계약의 수정이나 해제 또는 해지를 청구할 수 있다.

③ [제1안] 제2항의 경우에 법원은 계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 다만 계약의 수정이 당사자의 의사, 사정변경의 내용과 정도 및 사정변경에 따른 당사자들의 손익 그 밖의 사정을 고려하여 합리적이라고 판단되는 경우에 법원은 계약의 수정을 명할 수 있다.

[제2안] 계약의 수정이 당사자의 의사, 사정변경의 내용과 정도 및 사정변경에 따른 당사자들의 손익 그 밖의 사정을 고려하여 합리적이라고 판단되는 경우에 법원은 계약의 수정을 명할 수 있다. 그러나 계약의 수정으로 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 법원은 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.

97) 이 부분은 정진명 교수가 담당하여 회의자료를 준비하였는데, 당시 제안했던 안은 다음과 같다.

제544조의4(사정변경과 해제·해지) 당사자가 계약성립 당시 그 기초가 된 사정이 그 후 현저히 변경될 것을 예견할 수 없었고, 그러한 사정변경으로 인하여 계약을 유지하는 것이 신의칙에 반하는 결과를 생기게 하는 때에는 그 당사자는 계약의 수정을 요구할 수 있다. 그러나 계약의 수정이 불가능하거나 수정의 합의가 상당한 기간 내에 이루어지지 아니한 때에는 당사자 일방은 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.

학설과 판례에서 사정변경의 요건으로 사정변경, 예견불가능, 귀책사유 부존재, 현저한 부당성을 들고 있다. 위 개정시안은 사정변경의 요건으로 ‘사정변경, 예견불가능, 부당성’ 세 가지로 구성하였고, 그 순서도 위와 같이 하였다(제1항). 이와 같은 방식으로 요건을 배열하는 것이 논리적이고 이해하기도 쉽다고 생각했다. 귀책사유는 별도로 정하지 않는 한 요구되지 않는다는 것이 분명하다고 보아 포함시키지 않았고, 부당성을 판단하는 기준으로 신의칙이라는 표현을 사용하지 않았다.

사정변경의 효과에 관해서는 논란이 많은데, 당사자들의 교섭의무(제1항)와 계약의 수정, 해제 또는 해지에 관한 당사자의 청구(제2항)를 인정하였다. 계약의 수정, 해제 또는 해지는 법원의 판단에 따르도록 하였는데,⁹⁸⁾ 사정변경으로 인한 계약의 수정, 해제 또는 해지에 관한 권리를 당사자의 권리로 하여 당사자의 의사표시만으로 그 효력이 발생한다고 하면 계약자유의 원칙에 관한 중대한 예외로 작용할 것이므로, 그 충격을 완화하는 완충장치가 될 것으로 생각하였다. 계약의 수정여부를 합리성을 기준으로 판단하는데, 이때 당사자의 의사, 사정변경의 내용과 정도 및 사정변경에 따른 당사자들의 손익 그 밖의 사정을 고려하도록 하였다.⁹⁹⁾ 계약의 수정과 해제 또는 해지의 관계에 관해서는 2개의 안을 작성하여 해제를 우선하는 방안과 수정을 우선하는 방안을 작성하였다(제2항, 제3항).

분과위원회에서는 이 원칙을 신설할 경우 소송의 증가나 실무상 운용의 어려움을 우려하는 이유로 신설을 반대하는 의견이 있었으나, 다수 위원의 의견에 따라 사정변경의 원칙에 관한 규정을 신설하기로 결정하였다. 그 요건의 내용 등에 관해서는 제5차 회의와 제6차 회의에서 확정하였다. 먼저 사정변경의 원칙이 계약준수의 원칙에 대한 예외로 인정된다는 것을 명시하기 위하여 계약준수에 관한 원칙적 규정을 둘 것인지 논의하였으나, 이러한 규정은 두지 않기로 하였다. 요건에 관해서는 “기초가 된 사정”과 “현저한 예견할 수 없는 사정변경”을 요건에 포함시키

98) 사정변경으로 인한 해제에 관한 입법례는 당사자의 의사표시만으로 해제를 인정하는 당사자주도형과 법원이 해제를 명하는 법원주도형으로 구분할 수 있다. 이에 관해서는 정진명, “계약해제·해지 및 그 효과”(주 3), 290면.

99) 계약의 수정여부를 판단할 때 여러 요소를 고려하고 있는 입법례로는 독일민법 제313조를 들 수 있다. 이 규정은 행하기초의 탈락에 관한 규정으로, 제1항에서 “계약의 기초가 된 사정이 계약체결 후에 현저히 변경되고, 만일 양 당사자가 그 변경을 예견할 수 있었다면 계약을 체결하지 않았거나 다른 내용으로 계약을 체결하였을 경우에, 개별적인 경우의 모든 사정, 특히 계약상 또는 법률상의 위험분배를 고려하면 당사자 일방에게 계약을 변경하지 않고 유지하는 것을 기대할 수 없는 때에는, 계약의 수정을 청구할 수 있다.”라고 정하고 있다.

기로 하였고, “계약을 유지하는 것이 명백하게 부당한 결과를 생기게 하는 때” 부분은 등가관계 파괴와 목적달성 불능을 포함하는 것으로 하기로 하였다. 교섭의무에 관한 규정도 두지 않기로 하였다. 계약수정권과 해제·해지권은 법원에 귀속하는 것으로 정리하였고, 계약수정권과 해제·해지권 간의 우선순위를 두지 않기로 하였으며, 계약의 수정뿐만 아니라 해제·해지의 경우에도 고려요소를 나열하기로 하였다. 조문의 위치에 관해서는 ① 계약의 효력 부분에 두는 안, ② 계약의 해제, 해지 뒤에 별도의 관을 두는 안, ③ 제3편 제2장 제1절 제3관의 제목을 수정하여 거기에 두는 안을 두고 논의하였는데, 계약의 효력부분에 제538조의2를 두기로 하였다. 결국 분과위원회는 다음과 같이 개정안을 마련하였다.¹⁰⁰⁾

제538조의2(사정변경)

- ① 계약성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, 그로 인하여 계약을 유지하는 것이 계약당사자의 이해에 현저한 불균형을 초래하거나 또는 계약을 체결한 목적을 달성할 수 없는 때에는 당사자는 법원에 계약의 수정이나 해제 또는 해지를 청구할 수 있다.
- ② 전항의 경우에 법원은 당사자의 의사, 사정변경의 내용과 정도, 사정변경에 따른 당사자들의 손익, 그 밖의 사정을 고려하여야 한다.

(나) 실무위원회

실무위원회에서는 위 조문의 신설에 찬성하면서 개정안을 다음과 같이 수정할 것을 제안하고 있다.

제538조의2(사정변경)

- ① 계약의 당사자는 계약체결 이후에 사정이 변경되었다는 이유만으로 채무의 이행을 거절할 수 없다. 그러나 제2항의 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 계약 당시 예견할 수 없었던 현저한 사정변경이 발생하였고, 당사자의 의사,¹⁰¹⁾ 사정변경의 내용과 정도, 계약상 또는 법률상 당사자의 위험배분, 그 밖의 사정을 고려하면 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 현저한 불균형을 초래하거나 계약을 체결한 목적을 좌절시키는 때에는 당사자는 계약의 수정을 청구할 수 있다.

100) 정진명, “계약해제·해지 및 그 효과”(주 3), 280면 이하에 상세히 소개되어 있다.

101) 또는 “사정변경을 예견하였더라면 당사자가 가졌을 의사.”

- ③ 제2항에 따른 계약의 수정이 불가능하거나 계약의 수정이 당사자에게 불합리한 부담을 주는 때에는 당사자는 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.

실무위원회안의 주요한 내용은 다음과 같다. 첫째, 제1항에서 사정변경이 있다는 이유만으로 채무의 이행을 거절할 수 없다는 일반원칙을 선언하고, 제2항과 제3항에서 사정변경을 이유로 계약의 수정이나 해제 등을 인정할 수 있는 경우에 관하여 규정하기로 하였다. 둘째, 분과위원회안에서는 사정변경의 요건에서 고려하는 요소로 “당사자의 의사, 사정변경의 내용과 정도, 사정변경에 따른 당사자들의 손익, 그 밖의 사정”을 들고 있는데, 실무위원회에서는 “당사자의 의사, 사정변경의 내용과 정도, 계약상 또는 법률상 당사자의 위험배분, 그 밖의 사정”을 들고 있는 등 표현을 수정하였다. 특히 당사자의 위험배분을 중시하고 있다.¹⁰²⁾ 셋째, 계약의 수정권한을 법원에 부여하지 않고 당사자들이 수정할 있도록 하였다. 넷째, 수정과 해제·해지의 관계에 관하여 수정을 우선하도록 하였다.

(다) 분과위원장단 회의와 민법개정위원회 전체회의

분과위원장단 회의에서는 위 개정안의 신설 여부에 관하여 찬반양론이 팽팽히 대립하고 있으므로, 전체회의에서 조문의 신설여부를 결정한 후에 내용에 대한 부분을 다시 검토하기로 하였다. 2012. 4. 23. 민법개정위원회 제4기 제1회 전체회의에서는 사정변경의 원칙에 관한 조문을 신설하기로 결정하였다. 계약준수원칙 조항은 신설하지 않기로 하였고, 사정변경의 효과로서 계약수정권이나 계약해제권 또는 해지권은 법원의 권한이 아니라 당사자의 권리로 규정하기로 하였으며, 계약수정권과 계약해제·해지권은 우열을 두지 않고 병렬적으로 규정하기로 하였다.

그 후 실무위원회에서는 개정안을 수정하였고,¹⁰³⁾ 분과위원장단 회의에서는 분과위원회안과 실무위원회안을 토대로 개정안을 수정하여 확정하였다.¹⁰⁴⁾

2012. 6. 27. 민법개정위원회 제4기 제2차 전체회의에서 위 개정안은 확정되었

102) 이 문제에 관하여 상세한 것은 권영준, “위험배분의 관점에서 본 사정변경의 원칙”, **민사법학**, 제51호(2010. 12), 224면 이하 참조.

103) 계약 당시 예견할 수 없었던 현저한 사정변경이 발생하고, 사정변경을 예견하였더라면 당사자가 가졌을 의사, 사정변경의 내용과 정도, 계약상 또는 법률상 당사자의 위험배분, 그 밖의 사정을 고려하면 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 현저한 불균형을 초래하거나 계약을 체결한 목적을 좌절시키는 때에는 당사자는 계약의 수정을 청구하거나 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.

104) 민법개정위원회 제4기 제5차 분과위원장단 회의일지(2012. 6. 4).

다. 표결결과 16대 3의 압도적인 다수가 찬성하였는데, 필자는 “요건 찬성, 효과 반대”라고 표결하였다.

현 행	개 정 안
<신설>	제538조의2(사정변경) 계약성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, 그로 인하여 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약을 체결한 목적을 달성할 수 없는 때에는 당사자는 계약의 수정을 청구하거나 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.

3. 개정안의 의미와 주요 내용

첫째, 개정안은 사정변경의 요건으로 사정변경, 예견불가능, 중대한 불균형 또는 계약목적의 달성불능을 명시하였다. 이 점에 대해서는 찬성한다. 판례와 학설, 외국의 입법례를 참고한 것으로 비교적 명확한 법률요건을 제시하였다고 볼 수 있다.

둘째, 개정안은 사정변경의 효과로 계약의 수정, 계약의 해제 또는 해지를 병렬적으로 제시하고 있다. 교섭의무에 관한 내용이 빠져있기는 하지만, 위와 같은 효과를 인정한 것은 찬성할 수 있다. 그러나 어떠한 경우에 수정이 인정되고, 어떠한 경우에 해제 또는 해지가 인정되는지 아무런 지침을 제공하지 못하고 있다는 점은 문제이다.

셋째, 위와 같은 계약의 수정, 계약의 해제 또는 해지를 법원의 권한으로 할 것을 제안했었다. 그 주요한 이유 중에 하나는 수정의 내용이 무엇인지 명확하기 않기 때문에,¹⁰⁵⁾ 수정에 관하여 법원이 관여하도록 함으로써 절차적 통제를 할 필요가 있다는 점이다. 독일민법은 사정변경의 요건을 판단하는 단계에서 고려요소를 열거하고 당사자에게 수정청구권을 부여하고 있다. 이에 반하여 네덜란드 민법, 일본 채권법개정안, 유럽계약법원칙, 국제상사계약원칙, 유럽공동참조기준에서는 수

105) 가령 대금을 감액하거나 증액하는 등 대금을 조정하는 것은 계약의 수정에 포함되는데, 이 경우에 감액이나 증액의 기준이나 액수를 정하는 것은 쉽지 않은 일이다. 기간을 조정하거나 분할을 하는 것도 수정에 포함될 수 있을 것이다. 그러나 수정을 통해서 새로운 계약을 체결한 것과 같은 결과가 되어서는 안 된다. 목적물의 일부를 교체하거나 목적물의 수량을 줄이는 것도 수정 내용에 포함될 것인지 문제될 수 있는데, 특정물이라면 이것이 부정되었지만, 종류물이라면 포함될 여지도 있을 것이다.

정권을 법원의 권한으로 규정하고 있다. 계약의 수정 또는 해제·해지를 하는 데 고려요소를 정하지 않고 수정청구권 등을 당사자의 권리로 규정하는 경우에는 계약의 수정의 내용과 범위가 지나치게 넓어질 수 있다. 적어도 ‘수정’은 법원의 권한으로 할 필요가 있고, 그렇지 않고 수정청구권을 당사자의 권리로 하려면 수정의 내용이나 범위를 한정하는 방안이 바람직하다.

VI. 결 론

계약 해제와 해지나 사정변경의 원칙에 관한 개정안에 관해서는 미흡한 점도 있지만 기본적으로 긍정적인 평가를 할 수 있다. 논란이 많은 문제에 관한 논의와 연구가 쌓여 개정안으로 나타났다고 볼 수 있기 때문이다.

계약의 해제에 관한 민법개정안에서 그 요건을 통일적으로 정비하고 귀책사유를 배제한 것은 큰 변화라고 할 수 있다. 불이행이 경미하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우를 해제권 배제사유로 명시한 것도 중요한 변화이다. 이것은 거래의 실제나 법원의 실무를 획기적으로 바꾼다는 측면보다는 민법제정 이후 기본적인 태도를 바꾸었다는 상징적인 의미가 매우 크다. 그리고 사정변경의 원칙을 조문화하고 계약의 수정을 인정한 것은 이론과 실무에 큰 영향을 미칠 수 있는 중대한 변화이다. 이와 같은 내용은 2004년 민법개정안과 전면적으로 또는 부분적으로 달라진 부분들인데, 개정안을 작성하는 과정에서 논란이 생각보다 크지 않았다는 점에서도 변화를 느낄 수 있다.

이러한 변화의 이유는 민법개정의 방향에 관한 지향점이 달랐다는 점에서 찾을 수 있다. 2004년 개정안이 민법의 대폭적인 개정보다는 현행 규정의 보완에 중점을 두었던 반면에, 이번 민법개정작업에서는 민법을 현대화하고 국제적인 동향을 반영한다는 것도 포함되어 있었기 때문이다. 이번 민법개정작업에서는 독일민법이나 일본민법뿐만 아니라 각국의 입법례와 국제기구 등의 관련 규정 등을 대폭 참고하였는데, 특히 독일의 채권법개정, 유럽계약법원칙과 일본 채권법개정안은 우리 민법개정작업에 중요한 영향을 미쳤다. 이와 같은 개정작업의 목표와 방법, 그동안의 비교법적 연구 등이 민법을 조금이나마 현대화하는 데 영향을 미쳤다고 볼 수 있다.

계약의 해제와 사정변경의 원칙에 관한 개정안에서도 채무불이행법 전반에 걸친

‘구제수단의 강화’라는 특징이 나타난다. 채무불이행법 분야의 개정안에서 특징적인 점은 전체적으로 채권자의 지위가 강화되고 구제수단이 다양해졌다는 것이다.¹⁰⁶⁾ 채권총칙편에서 추완청구권에 관한 규정, 지출비용의 배상에 관한 규정, 이행거절에 관한 규정, 대상청구권에 관한 규정을 신설하기로 하였고, 민사소송법에서 손해액을 산정할 수 없는 경우에 법원이 손해액을 직권으로 결정할 수 있는 규정을 신설하기로 하였다. 계약 해제의 요건에서 귀책사유를 배제하는 등 해제가 인정되는 범위를 넓혔고 사정변경에 관한 구제수단을 넓게 인정하였는데, 이는 당사자의 구제수단을 넓게 인정한 것으로 볼 수 있다.

채무불이행법에서 새로운 구제수단이 인정됨에 따라 구제수단 사이의 관계를 정립하는 문제가 중요해졌다. 당사자의 책임 없는 사유로 계약을 이행할 수 없는 경우에 당사자가 계약의 해제와 위험부담 중에서 하나를 선택할 수 있도록 이 둘을 병존시키는 방식이 타당한지는 여전히 의문이다. 사정변경의 경우에도 그 효과로서 계약의 수정과 해제·해지를 병존시키는 방식도 유사한 문제가 있다. 계약의 해제, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안에 한정해서 말한다면, 요건에 관해서는 찬성할 수 있지만, 그 효과나 다른 구제수단과의 관계에 관해서는 쉽게 납득하기 어려운 부분이 있다. 그 이유 중의 하나는 아마도 이 부분에 관한 연구가 충분히 쌓여있지 않았던 점에 있지 않을까 생각한다. 개정안은 그동안 문제되었던 많은 문제를 해결하고 있는 듯하지만, 그것은 또 새로운 문제를 제기하고 있다.

106) 이에 관해서는 우선 김재형, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안”(주 1), 631면 참조.

위험부담, 사정변경과 계약의 해제·해지에 관한 민법개정안

현행	개정안
<p>제537조(채무자위험부담주의) 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.</p> <p><신설></p> <p><신설></p> <p><신설></p> <p>제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.</p> <p>제545조(정기행위와 해제) 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.</p> <p>제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는</p>	<p>제537조(채무자의 위험부담) ① 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.</p> <p>② 제1항은 상대방의 계약 해지에 영향을 미치지 아니한다.</p> <p>③ 상대방이 제399조의2 제1항에 따라 이익의 상환을 청구하는 경우에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 이 경우에 상환할 이익의 가치가 본래의 채무보다 작으면 상대방의 채무는 그에 비례하여 감소한다.</p> <p>제538조의2(사정변경) <u>계약성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, 그로 인하여 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약을 체결한 목적을 달성할 수 없는 때에는 당사자는 계약의 수정을 청구하거나 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.</u></p> <p>제544조(채무불이행과 해제) <u>① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 그러나 일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.</u> <u>② 제1항에 따라 계약을 해제하기 위해서는 상대방은 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행이 되지 아니하여야 한다. 그러나 다음 각 호의 경우에는 최고를 요하지 아니한다.</u> <u>1. 채무의 이행이 불능하게 된 때</u> <u>2. 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 때</u> <u>3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의</u></p>

현 행	개 정 안
<p>계약을 해제할 수 있다.</p> <p><신설></p> <p>제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다. ② 전항의 경우에 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가하여야 한다.</p>	<p>하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때</p> <p>4. 지체 후의 이행 또는 추완이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 때</p> <p>③ 채무의 이행이 불가능한 경우 또는 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 이행기가 도래하더라도 채무가 이행되지 아니할 것이 명백한 경우에는 채권자는 이행기 전에도 계약을 해제할 수 있다.</p> <p>④ 당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 채무불이행이 발생한 때에도 같다.</p> <p>제544조의2(계속적 계약의 해지) ① 계속적 계약의 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해지할 수 있다. 이 경우에는 제544조 제1항 단서 및 제2항 내지 제4항을 준용한다. ② 제1항 이외의 중대한 사유로 계약의 존속을 기대할 수 없는 때에는 당사자 일방은 계약을 해지할 수 있다.</p> <p>제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 제3자의 권리를 해치지 못한다. ② 제1항에 따라 금전을 반환하여야 할 경우에는 그 받은 날부터 이자를 붙여 반환하여야 하고, 목적물을 반환하여야 할 경우에는 그로부터 수취한 과실도 반환하여야 한다 ③ 각 당사자가 상대방으로부터 받은 목적물 또는 그로부터 수취한 과실을 반환할 수 없거나 목적물로부터 수취한 이익이 있는 때에는 그 가액을 반환하여야 한다. 그러나 상대방에게 책임 있는 사유로 반환할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>

현 행	개 정 안
<p>제553조(훼손등으로 인한 해제권의 소멸) 해제권자의 고의나 과실로 인하여 계약의 목적물이 현저히 훼손되거나 이를 반환할 수 없게 된 때 또는 가공이나 개조로 인하여 다른 종류의 물건으로 변경된 때에는 해제권은 소멸한다.</p>	<p><삭제></p>

투고일 2014. 11. 2 심사완료일 2014. 11. 24 게재확정일 2014. 11. 28

참고문헌

- 곽윤직, **채권각론**, 제6판, 박영사, 2002.
- 곽윤직 편, **민법주해**[VIII], 박영사, 1997.
- _____, **민법주해**[XVI], 박영사, 1997.
- 권영준, “위험배분의 관점에서 본 사정변경의 원칙”, **민사법학**, 제51호(2010. 12).
- 김대경, “사정변경으로 인한 계약의 해제”, **경희법학**, 제46권 제1호(2011. 3).
- 김대정, “사정변경의 원칙을 명문화한 민법개정시안 제544조의4에 관한 검토”, **법학연구**(전북대), 제22집(2001).
- 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 민법규정의 개정론”, **민사법학**, 제55호(2011. 9).
- _____, “민법개정시안(2004년)의 계약해제·해지규정에 대한 검토”, 황적인 외 29인, **민법개정안의견서**, 삼지원, 2002.
- _____, “채무불이행의 효과 - 계약의 해제”, **민사법학**, 제65호(2013. 12).
- 김재형, “계약의 해제와 손해배상의 범위”, **민법론 II**, 박영사, 2004.
- _____, “채권자취소권에 관한 민법개정안 - 개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로 -”, **민사법학**, 제68호(2014. 9).
- _____, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안”, **민사법학**, 제65호(2013. 12).
- 김형배, **채권각론[계약법]**, 신정판, 박영사, 2001.
- 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2013년 법무부 민법개정시안 채권편**(上), (下), 2013.
- 법무부, **민법(재산편) 개정자료집**, 법무자료 제260집, 2004.
- 송덕수, “채무불이행에 관한 민법개정시안”, **민사법학**, 제60호(2012. 9).
- _____, “채무불이행의 요건”, **민사법학**, 제65호(2013. 12).
- 안법영, “2001년 법무부 민법개정시안에 관한 소고”, **고려법학**, 제38호(2002).
- _____, “개정 독일민법의 해제·해지법의 일별 - 우리 민법전의 개정시안에 관한 논의에 부쳐서 -”, **비교사법**, 제9권 3호(2002. 10).
- 양창수, “해제의 효과에 관한 학설들에 대한 소감”, **민법연구**, 제3권, 1995.
- 양창수·김재형, **계약법**, 박영사, 2010.
- 오종근, **민법상 담보책임법 개정안 연구**, 2010년 법무부 연구용역보고서.
- 이재목, “법정해제의 귀책사유에 관한 국제적 동향과 우리 민법에서의 논의”, **인권**

과 정의, 제356호(2006. 4).

일본 민법(채권편)개정검토위원회 편, 법무부 역, 일본 채권법개정 기본방침, 2009. 정상현, “민법개정안 제544조의4에 대한 비판적 검토”, **성균관법학**, 제20권 제1호 (2008. 4).

정중휴, “민법개정안 채권편에 대한 소감”, 법무부 편, 민법(채권편)개정 공청회, 2001. 12.

정진명, “계약해제·해지 및 그 효과”, **민사법학**, 제55호(2011. 9).

_____, “위험부담에 대한 입법론적 고찰”, **재산법연구**, 제28권 제4호(2012. 2).

_____, **위험부담에 관한 연구**, 2011년 법무부 연구용역보고서.

조일윤, “민법개정안 제544조의3(채무부이행과 해지)의 재검토”, **민사법이론과 실무**, 제8권 제1호(2004. 6).

최홍섭, “계약의 해제 및 해지에 관한 민법개정시안(2011년 6월)에 대한 검토와 제안”, **비교사법**, 제18권 4호(2011).

황적인 외 29인, **민법개정안의견서**, 삼지원, 2002.

Lando/Beale 편, 김재형 역, **유럽계약법원칙 제1·2부**, 박영사, 2013.

中田裕康, “日本における債務不履行による解除”, **민사법학**, 제65호(2013. 12).

<회의자료와 회의일지>

민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 회의자료(2010. 10. 21).

민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제18차 회의일지(2010. 11. 4).

민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제19차 회의일지(2010. 12. 2).

민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제20차 회의일지(2010. 12. 16).

민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제21차 회의일지(2011. 1. 6).

민법개정위원회 제2기 제2분과위원회 제22차 회의일지(2011. 1. 20).

민법개정위원회 제3기 제4분과위원회 회의자료(2011. 7. 7).

민법개정위원회 제3기 제4분과위원회 회의자료(2011. 9. 8).

민법개정위원회 제3기 제4분과위원회 회의자료(2011. 10. 6).

민법개정위원회 제3기 제4분과위원회 제13차 회의일지(2011. 9. 22).

민법개정위원회 제4기 제2차 전체회의일지(2012. 6. 27).

민법개정위원회 제4기 제3분과위원회 제10차 회의일지(2012. 7. 19).

민법개정위원회 제4기 제5차 분과위원장단 회의일지(2012. 6. 4).

<Abstract>

The Proposed Amendment to the Korean Civil Code on Rescission and Termination of the Contract, Risk of Loss, and Change of Circumstance

Kim, Jae Hyung*

The rescission and termination of contract, which Part III (entitled “Claims”) of the Korean Civil Code (“Civil Code”) prescribes, are the most typical causes that end the contract. Risk of loss too is closely related to the ending of the contract, as it deals with the discharge of obligations arising from the bilateral contract. Furthermore, rescission and termination of contract due to change of circumstance have been recognized by academics and courts. These provisions, which regulate the ending of the contract, have formed the core of Part III of the Civil Code.

The Committee for the Civil Code Amendment under the Ministry of Justice was launched in February 2009. The Committee was responsible for drafting an amendment to the Civil Code, and completed this mission upon the plenary session held on February 17, 2014. The resulting body of amendments includes the amendment on the rescission and termination of the contract, risk of loss, and change of circumstance. This paper will introduce the amendment on the rescission and termination of the contract, risk of loss, and change of circumstance, and discuss the implications of this particular amendment. Moreover, in this paper, I tried to share the thought process I personally went through as I discussed and drafted the amendment as a Committee member, and demonstrate how the Committee developed the amendment with each successive phase of drafting.

The amendment adopts a general provision on requisites for rescission of contract, and excludes the responsibility of the obligor from the requisites. The provision on rescission or termination prior to the time for performance is introduced; and the

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

principle of the change of circumstance is stipulated. This is indeed a significant change for the Korean civil law. The amendment allows the parties to choose either rescission and termination of the contract or risk of loss when one party can not perform due to any cause for which neither of the parties is responsible. The parties can also choose either adaptation or rescission/termination of the contract when change of circumstance occurs. This paper makes an assessment of the amendment on the rescission and termination of contract, risk of loss, and change of circumstance, and concludes that whereas the requisites for the aforementioned provisions stipulated in the amendment make much sense, the effects of these provisions or how these provisions relate to other remedies seem less convincing in their current form.

Keywords: contract, rescission, termination, risk of loss, change of circumstance, adaptation, amendment to the Civil Code

