

일 경우에는 그 상계 주장에 대한 판단에 기판력이 발생하지 않는다.³¹¹⁰⁾

항소심에서 반대급부 내용이 불리하게 변경된 경우 '불이익변경금지' 원칙에 반한다.³¹¹¹⁾ 반대급부와 동시이행을 명하는 '지급명령'도 허용되고, 그 반대급부에는 민사소송법 제462조의 제한이 적용되지 않는다.³¹¹²⁾

나. 해 제

1) 처분권주의, 소송물, 변론주의

계약의 해제는, 계약에 기한 이행청구에 대해서는 권리소멸의 항변사실로, 계약 해제에 따른 원상회복청구의 경우에는 청구원인사실로 각 기능한다.

계약을 위반한 당사자도 계약이 상대방의 해제로 소멸되었음을 주장할 수 있다.³¹¹³⁾

이자의 지급과 상환으로 채무자에게 부동산에 관한 가등기의 말소등기절차를 이행할 것을 명하고, 채무자는 가등기담보등에관한법률 소정의 청산금 지급과 상환으로 채권자 등에게 가등기에 기한 소유권이전의 본등기절차를 이행할 것과 그 부동산의 인도를 명하고 있는 경우, 그 채소전화해는 가등기말소절차 이행이나 소유권이전의 본등기절차 이행을 대여금 또는 청산금의 지급을 그 조건으로 하고 있는 데 불과하여 그 기판력은 가등기 말소나 소유권이전의 본등기절차 이행을 명한 화해내용이 대여금 또는 청산금 지급의 상환이 조건으로 붙어 있다는 점에 미치는 데 불과하고, 상환이행을 명한 반대채권의 존부나 그 수액에 기판력이 미치는 것이 아니라고 한 예.

○ 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다2074 판결: 甲은 乙로부터 A부동산에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 丙에게 본건 B부동산에 관하여 같은 날 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라는 확정판결에 있어서 乙이 반대입장의 이행을 하지 않더라도 甲은 丙에게 본건 B부동산에 대한 소유권이전등기를 이행할 의무가 있다는 주장은 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 한 예.

3110) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결: 매매계약 해제를 원인으로 한 매도인의 건물·토지 인도 청구의 前訴에서 계약금·중도금 반환과의 동시이행 항변을 하였으나, 계약금은 매매계약이 매수인의 귀책사유로 해제됨으로써 매도인에게 귀속되었고, 중도금은 건물·토지 점유·사용료채권을 자동채권으로 한 상계로 소멸되었다는 재항변이 받아들여져 결국 동시이행항변이 배척되었는데, 그 후 매수인이 後訴로서 중도금 중 일부의 반환을 청구한 사안에서, 원심이 전소에서 중도금반환채권이 상계로 소멸하였다고 판단한 부분에 기판력이 발생하여 후소가 전소의 확정판결의 기판력에 저촉된다고 판단한 데 대하여, 대법원은 원심이 기판력의 객관적 범위에 관한 법리를 오해한 것이라고 판시한 예.

3111) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2022다211928 판결: "항소심은 당사자의 불복신청 범위 내에서 제1심판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로, 설령 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없고, 당사자 일방만이 항소한 경우에 항소심으로서도 제1심보다 항소인에게 불리한 판결을 할 수는 없다. 불이익하게 변경된 것인지 여부는 기판력의 범위를 기준으로 하나, 일방 당사자의 금전채권에 기한 동시이행 주장을 받아들인 판결의 경우 반대 당사자는 그 금전채권에 관한 이행을 제공하지 아니하고는 자신의 채권을 집행할 수 없으므로, 동시이행 주장을 한 당사자만 항소하였음에도 항소심이 제1심판결에서 인정된 금전채권에 기한 동시이행 주장을 공제 또는 상계 주장으로 바꾸어 인정하면서 그 금전채권의 내용을 항소인에게 불리하게 변경하는 것은 특별한 사정이 없는 한 불이익변경금지 원칙에 반한다."

3112) 대법원 2022. 6. 21.자 2021그753 결정: "법원은 금전 등 대체물이나 유가증권의 일정한 수량의 지급을 목적으로 하는 청구에 대하여 채권자의 신청에 따라 지급명령을 할 수 있고(민사소송법 제462조), 반대급부의 이행과 동시에 금전 등 대체물이나 일정한 수량의 유가증권의 지급을 명하는 지급명령도 허용된다. 이때 반대급부는 지급명령신청의 대상이 아니어서 민사소송법 제462조에서 정한 '금전 등 대체물이나 유가증권의 일정한 수량의 지급을 목적으로 하는 청구'라는 제한을 받지 아니하고, 반대급부를 이행하여야 하는 자도 '지급명령의 신청인'에 한정되는 것은 아니다." "채무자는 신청의 ○○로부터 부동산을 인도받음과 동시에 채권자에게 금전을 지급하라.'는 지급명령이 허용된다고 한 예.

3113) 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001다21441 판결: "계약의 해제권은 일종의 형성권으로서 당사자의 일방에 의한

각각의 해제 사유는 별개의 독립한 공격방어방법으로서 변론주의의 적용대상이나,³¹¹⁴⁾ 각각의 해제 사유에 따른 원상회복청구는 동일한 소송물에 해당한다.³¹¹⁵⁾

이행불능에 따른 손해배상청구에 계약해제에 관한 주장이나 계약해제로 인한 원상회복청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다.³¹¹⁶⁾

2) 법정해제의 요건사실

가) 이행지체에 따른 해제

이행지체를 이유로 한 해제의 경우, 해제자는 ① ‘상대방이 주된 채무(계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 채무)’³¹¹⁷⁾의 이행을 지체³¹¹⁸⁾한 사실’(판례는,

계약해제의 의사표시가 있으면 그 효과로서 새로운 법률관계가 발생하고 각 당사자는 그에 구속되는 것이므로, 일방 당사자의 계약위반을 이유로 한 상대방의 계약해제 의사표시에 의하여 계약이 해제되었음에도 상대방이 계약이 존속함을 전제로 계약상 의무의 이행을 구하는 경우 계약을 위반한 당사자도 당해 계약이 상대방의 해제로 소멸되었음을 들어 그 이행을 거절할 수 있는 것이고, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의칙이나 급반언의 원칙에 위배된다고 할 수도 없는 것이다.”

3114) ① 원고의 청구원인은 피고의 귀책사유로 인한 이행불능으로 입주계약을 해제하고 그 원상회복 및 손해배상을 구한다는 것이고, 피고가 약정해지사유에 기한 해지 주장을 했다고 하더라도 기록상 원고가 그러한 피고의 해지주장을 적극적으로 원용하여 자기의 청구를 뒷받침하는 자료로 주장하였다고 볼 수도 없으므로 원고가 주장하지도 아니한 다른 사유를 들어 원고의 청구를 인용하는 것은 변론주의에 위반된 것으로서 허용될 수 없다고 한 예(2001다75295). ② 원고가 피고 의무의 이행불능에 기하여 계약 해제를 주장함에 대하여 원고의 의무 불이행에 기한 피고의 해제를 들어 원고의 청구를 인용하는 것은 변론주의에 위반되는 것으로서 허용될 수 없다고 한 예(2000다1150). ③ 당사자가 계약의 해제를 주장하면서 상당한 기간을 정하여 계약 이행을 최고하였으나 그 기간 내에 채무를 불이행하였다고만 주장하는 경우에 당사자가 주장하지도 아니한 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였다는 사실을 인정하여 계약해제가 적법하다고 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것이나, 당사자의 이러한 주장은 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자의 변론을 전제로 관철하여 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주장이 있는 것으로 보아 적법한 계약해제가 있었다고 판단하여도 무방하다(94다16083). ④ 상법 제68조의 확정기매매에 대한 당사자의 주장이 필요하다고 한 예(2009다15565). ⑤ ‘도급’의 경우에는 채무불이행을 이유로 한 해제 의사표시에 임의해제의 의사가 포함되어 있다고 볼 수 없으나(대법원 2022. 10. 14. 선고 2022다246757 판결), 이와 달리 위임의 경우에는 채무불이행을 이유로 한 해지에 임의해지로서의 효력이 인정된다(2012다71411).

3115) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다244013 판결; “채무불이행을 이유로 한 이 사건 매매계약 해제에 따른 원상회복으로서 이미 지급한 매매대금 반환을 구하는 소송은 … 매매계약이 자동으로 해제 또는 실효되었음을 이유로 이미 지급한 매매대금의 반환을 부당이득반환으로서 구하는 소송과 소송물이 동일하다. 따라서 원고의 예비적 청구를 기각하는 원심판결이 확정될 경우, … 매매계약이 이 사건 합의에 기해 자동으로 해제 또는 실효되었음을 이유로 이미 지급한 매매대금의 반환을 부당이득반환으로서 구하는 것은 위 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.”

3116) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2018다256023 판결 ; 원심이, 소외인들(매도인)의 소유권이전등기무 이행불능에 따른 원고(매수인)의 매매계약 해제로 소외인들은 원고에게 원상회복의무 및 손해배상의무가 있다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 채무불이행 및 불법행위로 인한 각 손해배상청구와 계약해제로 인한 원상회복청구는 소송물을 달리하는 별개의 청구이므로, 원고의 이행불능에 따른 각 손해배상청구 주장에 계약해제에 관한 주장이 포함되어 있거나 원고의 청구에 계약해제로 인한 원상회복청구가 포함되어 있다고 볼 수 없으므로, 원심의 판단에는 원고가 신청하지도 않은 사항에 대하여 판결함으로써 민사소송법 제203조에 정한 처분권주의와 변론주의를 위반한 위법이 있다고 한 예.

3117) 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 주된 채무이어야 하고 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다. 계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게

채권자·해제자가 해제권 발생의 요건사실로서 상대방의 채무 불이행 사실을 주장·증명해야 한다는 ‘채권 사실’을 취하고 있다),³¹¹⁹⁾ ② ‘상당한 기간을 정하여 이행을 최고하였으나(또는 이행 최고 후 상당한 기간의 경과)’³¹²⁰⁾ 그 기간 내 상대방이 이행 또는 이행제공을 하지 아니한 사실’(정기행

객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 한다(대법원 2022. 6. 16. 선고 2022다203804 판결: 휴양 콘도미니엄 분양자의 분양계약상 고압선 지중화 의무를 주된 채무라고 볼 여지가 있어 추가 심리가 필요하다고 본 예).

판례에 나타난 **부수적 채무의 예**로는, ① 대기환경보전법상의 배출시설설치신고에 필요한 사양서 등 서류의 교부의무는 배출시설설치계약에 있어서 그 설치업자의 주된 채무라 볼 수 없으므로, 이 의무의 불이행을 사유로 한 계약해제는 효력이 없다고 한 사례(2005다53705, 53712), ② 전대차계약을 체결한 후 중도금 수수시에 비로소 전차보증금의 반환을 담보하기 위하여 전대인이 그 소유 부동산에 근저당권을 설정하여 주기로 약정한 경우, 전대인의 근저당권설정등기의무는 부수적 채무에 불과하여 전차인은 그 채무불이행을 이유로 전대차계약을 해지할 수 없다고 한 사례(2001다20394, 20400), ③ 겸임계약서상의 매매대금을 실제 대금과는 달리 매매대상 부동산의 과세표준액으로 작성하기로 한 약정은 조세회피 등의 의도에서 매도인의 편의를 보아 준다는 것일 뿐 매매계약의 주된 목적을 달성하는 데 필수불가결한 것은 아니라 할 것이므로 위 매매계약에 부수되는 의무를 규정한 것에 불과한 것이어서 그 불이행에 의하여 매매계약의 목적을 달성할 수 없게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 불이행만을 들어 매도인이 매매계약을 해제할 수는 없다고 한 사례(92다7795) 등이 있다.

주된 채무로 본 예는, ① 매매계약의 체결 및 이행과정, 매매대금과 양도소득세 상당액의 액수 등에 비추어 보면 채무자가 부담하는 양도소득세 상당액 지급의무가 매매계약의 부수적 채무에 불과하다고 보기 어렵다고 한 사례(2011다87235), ② 상가분양계약상의 업종제한약정의 규정 취지 등에 비추어 볼 때, 위 약정에 의한 분양회사의 경영금지 의무는 분양계약의 주된 채무라고 봄이 상당하다고 한 사례(2004다67011), ③ 상가의 일부 층을 먼저 분양하면서 그 수분양자에게 창자 나머지 상가의 분양에 있어 상가 내 기존 업종과 중복되지 않는 업종을 지정하여 기존 수분양자의 영업권을 보호하겠다고 약정한 경우, 그 약정에 기한 영업권 보호 채무를 분양계약의 주된 채무로 본 사례(97가575) 등이 있다.

3118) 계약해제권의 발생사유인 **이행지체**라 함은 채무의 이행이 가능한 데도 채무자가 그 이행기를 도과한 것을 말하는 것이어서 그 **이행기가 도래하기 전에는 이행지체란 있을 수 없다**(대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다290804 판결).

3119) ○ 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다16083 판결: “쌍무계약에서 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 있어서 **계약해제 주장에 필요한 주요사실은 상대방이 이행지체한 사실, 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 사실 및 계약해제의 의사를 표시한 사실이라고 할 것**”

○ 대법원 1977. 3. 8. 선고 76다2461 판결: “계약이 일단 성립한 후 그 **해제원인의 존부에 대한 다름이 있는 경우에는 그 계약상의 채무불이행에 기한 권리를 주장하는 해제권자 ... 가 이를 증명하여야**”

○ 대법원 1969. 9. 23. 선고 69다804, 805 판결: “매도인이 매수인에게 지체책임을 지워 매매계약을 해제하려면 매수인이 **이행기일에 잔대금을 지급하지 아니한 사실만으로는 부족하고 매도인이 등기신청에 필요한 일체의 서류를 수리할 수 있을 정도로 준비하여 제공하고 또 상당한 기간을 정하여 잔대금의 지급을 최고하였음에도 불구하고 매수인이 이에 응하지 아니한 사실이 있어야 할 것**”

3120) ◎ **이행최고**

① **이행지체**를 이유로 계약을 해제함에 있어서 그 전제요건인 이행의 최고는 반드시 미리 일정기간을 명시하여 최고하여야 하는 것은 아니고 **최고한 때로부터 상당한 기간이 경과하면 해제권이 발생한다**(2013다58668). [동일 취지] 채권자가 채무자의 급부불이행 사정을 들어 계약을 해제하겠다는 통지를 한 때에는 **특별히 그 급부의 수량을 거부하는 취지가 포함되어 있지 아니하는 한 그로써 이행의 최고를 하였다고 볼 수 있으며, 그로부터 상당한 기간이 경과하도록 이행되지 아니하였다면 채권자는 계약을 해제할 수 있다**(대법원 2022. 10. 27. 선고 2022다238053 판결: 매매계약서에 서면으로 이행을 최고하도록 정하였고, 제1심 소송 중에 매매계약이 잔금 미지급으로 해제되었다는 취지의 답변서 및 준비서면이 제출된 사안에서, 문자메시지에 의한 해제 통지는 그에 앞서 서면에 의한 이행의 최고가 없어 해제 통지로서의 효력을 인정할 수 없을 뿐만 아니라 서면에 의한 것이 아니므로 **이행의 최고로서의 효력을 인정할 수도 없으나**, 답변서에 의한 해제 통지는 그에 앞서 서면에 의한 이행의 최고가 없어 해제 통지로서의 효력은 없지만, 위 답변서에 특별히 잔금의 수량을 거부하는 취지가 포함되어 있지 않은 이상 서면에 의한 **이행의 최고로서의 효력이 있어, 그 후 준비서면이 송달된 무렵 매매계약이 적법하게 해제되었을 여지가 있다고 한 예**). ② **이행최고**가 본래 이행하여야 할 채무액을 초과하는 경우에도 본래 급부하여야 할 수량과의 차이가 비교적 적거나 채권자가 급부의 수량을 잘못 알고

위나 이행거절, 이행불능 해제의 경우에는 ② 요건이 필요하지 않다), ③ ‘해제의 의사표시를 하고 그 의사표시가 도달한 사실’을 주장·증명할 책임이 있다.

동시이행관계에 있는 채무가 있는 경우에는 ④ ‘해제자가 자기 채무를 이행 또는 이행의 제공을 한 사실’도 주장·증명하여야 한다(동시이행항변권의 존재요인 이행지체 저지효를 제거하여 상대방을 이행지체에 빠뜨리게 하기 위한 것으로서 위 ① 요건에 내포된 것이나, 간과하기 쉬우므로 별도로 분리한 것이다).³¹²¹⁾ ‘이행 제공의 정도’는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의성실의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 하는데, 부동산 매도인은 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 현실적으로 제공할 필요까지는 없으나, 최소한 그 서류 등을 ‘준비’³¹²²⁾하여 두고 매수인에게 그 뜻을 통지하고 수령하여 갈 것을 최고함은 요한다.³¹²³⁾

과다한 최고를 한 것으로서 과다하게 최고한 진의가 본래의 급부를 청구하는 취지라면, 그 최고는 본래 급부하여야 할 수량의 범위 내에서 유효하다고 할 것이나, 그 과다한 정도가 현저하고 채권자가 청구한 금액을 제공하지 않으면 그것을 수령하지 않을 것이라는 의사가 분명한 경우에는 그 최고는 부적법하고 이러한 최고에 터잡은 계약의 해제는 그 효력이 없다(2004다13083). [동일 취지] 94다35930(미지급 중도금이 260만 원임에도 천만 원이라고 최고한 경우 이행의 최고로서 부적법하고 그 최고에 기한 계약해제는 효력이 없다고 한 예). ㉠ 계약해제를 위한 이행최고를 함에 있어서 그 최고되는 채무가 소유권이전등기를 하는 채무와 같이 그 채무의 성질상 채권자에게도 단순한 수령 이상의 행위를 하여야 이행이 완료되는 경우에는 채권자는 이행의 완료를 위하여 필요한 행위를 할 수 있는 일시·장소 등을 채무자에게 알리는 최고를 하여야 할 필요성은 있다 할 것이나, 위와 같은 채무의 이행은 채권자와 채무자의 협력에 의하여 이루어져야 하는 것이므로, 채권자가 위와 같은 내용을 알리는 최고를 하지 아니하고, 단지 언제까지 이행하여야 한다는 최고만 하였다고 하여 곧바로 그 이행최고를 계약해제를 위한 이행최고로서의 효력이 없다고 볼 수는 없는 것이고, 채권자가 위와 같은 최고를 한 경우에는 채무자로서도 채권자에게 문의를 하는 등의 방법으로 확정적인 이행일시 및 장소의 결정에 협력하여야 한다 할 것이며, 채무자가 이와 같이 하지 아니하고 만연히 최고기간을 도과한 때에는, 그에 이르기까지의 채권자와 채무자의 계약 이행을 위한 성의, 채권자가 채무자에게 구두로 연락을 취하여 이행 일시와 장소를 채무자에게 문의한 적이 있는지 등 기타 사정을 고려하여, 위의 최고도 유효하다고 보아야 할 경우가 있을 수 있다(2000다50497).

3121) ○ 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다1283 판결: “쌍무계약에 있어서 법정해제권을 취득하는 즉 계약의 **해제**요건은 계약 약지에 따른 **자신의 채무이행을 제공하였음**에도 불구하고 다른 일방 당사자가 그 채무이행을 제공치 않음으로써 이행지체에 빠진 후 다시 상당한 기간을 정하여 상대방에게 이행을 최고하여도 그 이행 없이 그 기간을 도과하는 것이고, **이행기에 한번 이행의 제공**을 하여 상대방을 **이행지체에 빠지게 하였다면** 쌍무계약에 있어서의 신의성실의 원칙상 최고를 하는 당사자는 그 채무이행의 제공을 **계속할 필요는 없다고** 하더라도 상대방이 최고 기간 내에 이행 또는 이행의 제공을 하면 해제권은 소멸하는 것이므로 **상대방의 이행을 수령하고 자신의 채무를 이행할 수 있는 정도의 준비는 되어 있어야 된다.**” ■ 부동산 매수인이 잔대금 지급기일에 잔대금의 이행제공을 하였음에도 매도인이 인도 의무를 이행하지 못하여 **이행지체에 빠진 경우**, 매수인이 매도인에게 상당한 기간 내에 인도의무의 이행이 없을 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사표시를 함과 동시에 매도인으로서의 이행을 최고함에 있어서 **현실로 이행제공하였던 잔대금으로 양도성예금증서를 구입하여 보관하고 있으면서 자신의 채무를 이행할 수 있는 준비를 하고 있었다면** 이는 **해제권 발생을 위한 적법한 최고**라고 한 사례(96다35590).

○ 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다47438 판결: “쌍무계약에서 쌍방의 채무가 **동시이행관계에 있는 경우** 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이며, 이와 같은 효과는 이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 **동시 이행의 항변권을 행사하여야만 발생**하는 것은 아니다. 따라서 동시이행관계에 있는 쌍무계약상 자기채무의 이행을 제공하는 경우 그 채무를 이행함에 있어 상대방의 행위를 필요로 할 때에는 언제든지 현실로 이행을 할 수 있는 준비를 완료하고 그 뜻을 상대방에게 통지하여 그 수령을 최고하여야만 상대방으로 하여금 이행지체에 빠지게 할 수 있다.”

3122) 매도인이 **소유권이전등기에 필요한 서류 등을 전혀 준비하지 아니하였다면**, 매수인의 주소지가 서술이고, 매도인은 부동산 소재지에 거주하며, 등기소도 매도인의 거주지에 있어 매수인이 요구하기만 하면 언제든지 위

금전채무의 현실제공은 특별한 사정이 없는 한 채권자가 급부를 즉시 수령할 수 있는 상태에 있어야만 인정될 수 있다.³¹²⁴⁾ 일단 채무자의 이행지체로 인하여 채권자에게 계약 해제권이 발생하면, 그 이후로는 채권자는 특별한 사정이 없는 한 자기채무의 이행제공을 하지 않은 상태에서도 그 해제권을 행사할 수 있다.³¹²⁵⁾

이행지체에 따른 법정해제권의 발생요건을 경감하는 특약은 원칙적으로 유효하므로, 위 ②의 최고나 위 ③의 해제 의사표시 없이도 자동적으로 해제된 것으로 간주하는 특약

서류 등을 제공할 수 있는 등의 사정이 있다고 하더라도, 매수인을 이행지체에 빠뜨릴 수 있는 이행의 제공을 적법하게 하였다고 할 수 없고, 따라서 매도인의 해제권도 발생하지 않는다(96다17738).

- 3123) ○ 대법원 2021. 10. 28. 선고 2020다278354, 278361 판결: “쌍무계약에 있어서 당사자의 채무에 관하여 이행의 제공을 엄격하게 요구하면 불성실한 상태 당사자에게 구실을 주게 될 수도 있으므로 당사자가 하여야 할 **제공의 정도**는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의성실의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 하는 것이며, 부동산매매계약에서 매도인의 소유권이전등기절차 이행의무와 매수인의 매매잔대금 지급의무가 동시이행관계에 있는 한 쌍방이 이행을 제공하지 않는 상태에서는 이행지체로 되는 일이 없을 것인바, 매도인이 매수인을 이행지체로 되게 하기 위하여는 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 현실적으로 제공하거나 그렇지 않더라도 그 서류 등을 준비하여 두고 매수인에게 그 뜻을 통지하고 수령하라고 할 것을 최고하면 된다.”[피고(현금청산대상자)가 소유권이전등기절차 이행을 위해 필요한 서류 및 출입문 열쇠 등을 변호사에게 맡긴 후 원고(주택재건축정비사업조합)에게 이를 수령하도록 통지하는 등의 방법으로 자신의 소유권이전등기의무 및 인도의무와 관련하여 합리적인 범위 내에서 신의칙에 따라 요구되는 이행제공을 마쳤다고 볼 여지가 많다고 한 예]. ■ 특별한 사정이 없으면 이행장소로 정한 법무사 사무실에 위 서류 등을 계속 보관하면서 언제든지 잔대금과 상환으로 그 서류들을 수령할 수 있음을 통지하고 신의칙상 요구되는 상당한 시간 간격을 두고 거듭 수령을 최고하면 이행의 제공을 다한 것이 되고 그러한 상태가 계속된 기간 동안은 매수인이 이행지체로 된다(2012다83827).

○ 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다65867 판결: “매수인이 잔대금의 지급준비가 되어 있지 아니하여 소유권이전등기서류를 수령할 준비를 안 한 경우에는 매도인으로서도 그에 상응한 이행의 준비를 하면 족하다.”[매도인 甲과 매수인 乙이 체결한 부동산 매매계약에서 乙이 잔금 지급을 연체하며 잔금지급기일의 연장을 요청하자 甲이 이를 받아들여 ‘연장된 기일까지 잔금과 지연이자를 지급하지 않으면 매매계약이 해제된다’는 취지로 통지한 다음, 乙이 연장된 기일에도 잔금을 지급하지 못하자 그 다음 날 부동산 소유권을 제3자에 이전해 주었는데, 甲은 연장된 기일에 소유권이전등기에 필요한 제반 서류 중 부동산 매도용 인감증명서만을 발급받지 않고 있었던 **사안에서**, 연장된 기일까지도 잔금 지급을 준비하지 못한 乙의 약정의무 불이행 정도에 비추어 甲이 비록 연장된 기일까지 부동산 매도용 인감증명서를 발급받지 않고 있었다고 하더라도 이는 언제라도 발급받아 교부할 수 있는 것이므로 乙에게 소유권이전등기의무에 관한 이행 제공을 마쳤다고 보아야 하고, 따라서 부동산 매매계약은 甲이 통지한 조건부 해제 의사표시에 따라 乙이 연장된 기일까지 잔금지급의무를 이행하지 않았으로써 적법하게 해제되었다고 한 사례]. ■ [동일 취지] 원고들이 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 준비하여 두고 언제든지 나머지 매매대금과 상환으로 그 서류들을 수령할 수 있음을 통지하고 수령을 최고함과 아울러 피고의 이행을 최고하였음에도 여전히 자신의 채무를 불이행하고 있는 피고에게 단기간 내에 다시 이행을 최고함에 있어, 그 이행 최고 시마다 일일이 소유권이전등기에 필요한 서류가 준비되어 있음을 고지하면서 그 수령을 최고하지 않았더라도 원고들이 종전에 갖추어 둔 이행 준비 상태가 변동될 만한 사정이 없는 신의칙상 상당한 기간 이내까지는 종전 이행 제공의 효력이 유지된다(2015다229006).

- 3124) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2022다238053 판결(원고는 최종 잔금 지급기일 다음 날 잔금 상당의 대출을 받기 위하여 부동산담보신탁계약을 체결하는 등 잔금의 지급을 준비하고 있었을 뿐 피고들에게 잔금을 즉시 수령할 수 있는 상태로 현실제공하였다고 볼 수 없는 반면, 피고들은 잔금 지급기일 이전에 부동산의 소유권이전등기에 필요한 서류의 준비를 마치고 담당 공인중개사에게 이를 통지하였고, 부동산을 인도하기 위한 준비를 마치는 등으로 원고에게 이행제공을 하였으므로, 원고는 위 잔금 지급기일 무렵 이행지체 상태에 있었다고 한 예). ■ ① 2004다49525: 중도금 및 잔금 액수를 초과하는 금원이 예치되어 있는 예금통장의 사본을 제시한 것은 중도금 및 잔금의 준비에 불과할 뿐 적법하게 이행제공을 한 것이 아니라고 판단하여 계약해제의 주장을 배척한 예. ② 채무자가 채무내용에 좇은 급부를 제공하면서도 채권자가 그 급부를 즉시 수령하기 어려운 장애요인을 형성·유지한 경우에는 현실제공이 있다고 할 수 없다(2011다17403).

- 3125) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다69479 판결.

도 가능하다. 이 경우 해제자는 그 '실권 특약의 존재'³¹²⁶⁾와 함께, 위 ①, ④³¹²⁷⁾의 사실을 주장·증명하여야 한다. 위 ④ 요건이 없이 자동해제 되는 '특별한 사정'³¹²⁸⁾의 존재'³¹²⁹⁾를 주장·증명하여 위 ④ 요건을 대체할 수도 있다.

소정의 기간 내에 이행이 없으면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 뜻을 포함하고 있는 이행청구는 그 이행청구와 동시에 기간 또는 기일 내에 이행이 없는 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사를 표시하고 있는 것으로 보아야 하므로,³¹³⁰⁾ 위 ②의 최고와 위 ③의 해제 의사표시를 함께 하는 것도 가능하다.

위 ③ 요건의 경우, 당사자의 일방 또는 쌍방이 수인이라면 계약의 해지나 해제는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 하는데(민법 제547조 제1항),³¹³¹⁾ 해제불가분의

3126) '매도인이 위약 시에는 계약금의 배액을 배상하고 매수인이 위약 시에는 지급한 계약금을 매도인이 취득하고 계약은 자동적으로 해제된다'는 조항은 위약 당사자가 상대방에 대하여 계약금을 포기하거나 그 배액을 배상하여 계약을 해제할 수 있다는 해제권 유보조항이라 할 것이고, 최고나 통지 없이 해제할 수 있다는 특약이라고 볼 수 없다(대법원 1982. 4. 27. 선고 80다851 판결 등).

3127) 부동산매매계약에 있어서 매수인이 잔대금 지급기일까지 그 대금을 지급하지 못하면 그 계약이 자동적으로 해제된다는 취지의 약정이 있더라도, 특별한 사정이 없는 한 매수인의 잔대금지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있으므로 매도인이 잔대금지급기일에 소유권이전등기에 필요한 서류를 준비하여 매수인에게 알리는 등 이행의 제공을 하여 매수인으로 하여금 이행지체에 빠지게 하였을 때에 비로소 자동적으로 매매계약이 해제된다고 보아야 하고, 매수인이 그 약정기한을 초과하였더라도 이행지체에 빠진 것이 아니라면 대금 미지급으로 계약이 자동 해제된다고는 볼 수 없다(대법원 1998. 6. 12. 선고 98다505 판결 등). 반면에, 매매계약에 있어 매수인이 중도금을 약정한 일자에 지급하지 아니하면 그 계약을 무효로 한다고 하는 특약이 있는 경우 매수인이 약정한대로 중도금을 지급하지 아니하면 그 불이행 자체로써 계약은 그 일자에 자동적으로 해제된 것이라고 보아야 한다(대법원 1988. 12. 20. 선고 88다카132 판결 등). 매수인의 중도금지급의무는 매도인의 소유권이전지급의무에 대하여 선이행 관계에 있기 때문이다.

3128) ① '매도인이 소유권이전등기에 필요한 서류를 갖추었는지 여부를 묻지 않고 매수인의 지급기일 도과사실 자체만으로 계약을 실효시키기로 특약'을 하였다거나, ② '매수인이 수회에 걸친 채무불이행에 대하여 책임을 느끼고 잔금 지급기일의 연기를 요청하면서 새로운 약정기일까지는 반드시 계약을 이행할 것을 확약하고 불이행 시에는 매매계약이 자동적으로 해제되는 것을 감수하겠다는 내용의 약정'을 하였다고 볼 특별한 사정.

3129) 긍정례: 대법원 2020. 12. 24. 선고 2018다256023 판결 등(2010다1456, 2007도5030, 94다8600, 91다32022) ➡ 부정례: 대법원 2022. 11. 30. 선고 2022다255614 판결 등(98다505)

3130) ① 92다28549; "소정의 기간 내에 이행이 없으면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 뜻을 포함하고 있는 이행청구는 그 이행청구와 동시에 그 기간 내에 이행이 없는 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사를 표시한 것으로 볼 수 있을 것이지만, 그 경우에 있어서도 동시이행관계에 있는 의무자의 일방이 상대방의 이행지체를 이유로 한 해제권을 적법하게 취득하기 위하여는 그 이행청구에 표시된 이행기가 "일정한 기간 내"로 정하여진 경우라면 그 이행의 청구한 자가 원칙으로 그 기간 중 이행제공을 계속하여야 할 것이고, "일정한 일일" 등과 같이 기일로 정하여진 경우에는 그 기일에 이행제공이 있어야 할 것이다." ② 92다49430; "채권자가 채무자의 이행지체를 이유로 계약을 해제함에 있어 그 전제요건으로서 일정한 기간을 명시하여 이행을 최고한 경우 최고기간 내에 채무자의 이행 또는 이행의 제공이 없어 해제권이 발생하였다고 하기 위하여는 채권자로서의 채무자로부터의 이행 일시에 관한 통지 유무에 불구하고 적어도 그 기간의 최종일에는 변제의 장소에서 변제를 수령할 준비를 갖추어야 한다고 보는 것이 상당하고, 이 때 변제의 장소는 당해 계약에서 약정된 장소가 있는 경우 그 약정장소라고 할 것."

3131) ① 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다22812 판결; "매매계약의 일방 당사자가 사망하였고 그에게 여러 명의 상속인이 있는 경우에 그 상속인들이 위 계약을 해제하려면, 상대방과 사이에 다른 내용의 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 상속인들 전원이 해제의 의사표시를 하여야 한다." ② 대법원 2015. 10. 29. 선고 2012다5537 판결; "여러 사람이 공동임대인으로서 임차인과 사이에 하나의 임대차계약을 체결한 경우에는 민법 제547조 제1항의 적용을 배제하는 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 공동임대인 전원의 해지의 의사표시에 의하여 임대차계약 전부를 해지하여야 한다. 이러한 법리는 임대차계약의 체결 당시부터 공동임대

원칙을 배제하는 약정이 가능하므로 해제자는 그 특약에 따른 해제의 의사표시를 주장·증명할 수도 있다.³¹³²⁾

제3자를 위한 계약에서 요약자는 '제3자의 동의 없이' 단독으로 해제권을 행사할 수 있다.³¹³³⁾

조합계약, 경계계약과 같이 계약 그 자체의 성질상 해제가 허용되지 않는 경우,³¹³⁴⁾ 해제 주장은 그 자체로 이유 없다고 보아야 한다.

상인 간 확정기매매의 경우, '이행기의 도과'만으로('이행의 최고'나 '해제의 의사표시' 없이) 바로 해제의 효력이 발생한다.³¹³⁵⁾

인이었던 경우뿐만 아니라 임대차목적물 중 일부가 양도되어 그에 관한 임대인의 지위가 승계됨으로써 공동임대인으로 되는 경우에도 마찬가지로 적용된다." ㉠ 대법원 2022. 7. 14. 선고 2021다294674 판결: "주택공급을 신청할 권리와 분리될 수 없는 청약저축의 가입자가 사망하였고 그에게 여러 명의 상속인이 있는 경우에 그 상속인들이 청약저축 예금계약을 해지하려면, 금융기관과 사이에 다른 내용의 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 상속인들 전원이 해지의 의사표시를 하여야 한다."

3132) 대법원 1994. 11. 18. 선고 93다46209 판결.

3133) 제3자를 위한 유상쌍무계약의 경우 특별한 사정이 없는 한 낙약자의 귀책사유로 인한 이행불능 또는 이행지체가 있을 때 요약자의 해제권이 허용되지 않는 독립된 권리를 제3자에게 부여하는 계약당사자의 의사라 볼 수 없고, 또한 요약자가 낙약자에게 반대급부 의무를 부담하고 있는 경우에 이러한 해제권을 허용치 아니함은 부당한 결과를 가져온다 할 것이므로 위와 같은 이행불능 또는 이행지체가 있을 때에는 요약자는 제3자의 동의 없이 계약당사자로서 계약을 해제할 수 있다고 해석함이 상당하다(69다1410,1411).

3134) ㉠ 동업계약과 같은 조합계약에 있어서는 조합의 해산청구를 하거나 조합으로부터 탈퇴를 하거나 또는 다른 조합원을 제명할 수 있을 뿐이지 일반계약에 있어서처럼 조합계약을 해제 또는 해지하고 상대방에게 그로 인한 원상회복의 의무를 부담지을 수는 없다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다29714 판결). ㉡ 경계계약은 신채권을 성립시키고 구채권을 소멸시키는 처분행위로서 신채권이 성립되면 그 효과는 완결되고 경계계약 자체의 이행의 문제는 발생할 여지가 없으므로 경계에 의하여 성립된 신채무의 불이행을 이유로 경계계약을 해제할 수는 없다 할 것이나, 계약자유의 원칙상 경계계약의 성립 후에 그 계약을 합의해제하여 구채권을 부활시키는 것은 적어도 당사자 사이에서는 가능하다(2002다62333). ㉢ 주택법상 지역주택조합 사업은 통상 지역주택조합 설립 전에 미리 조합원을 모집하면서 그 분담금 등으로 사업부지를 매수하거나 사용승낙을 얻고, 그 이후 조합설립인가를 받아 추가적으로 소유권을 확보하고 사업승인을 얻어 아파트 등 주택을 건축하는 방식으로 진행되므로, 그 진행과정에서 조합원의 모집, 재정 확보, 토지매입 작업 등 사업의 성패를 좌우하는 여러 변수들에 따라 최초 사업계획이 변경되는 등의 사정이 발생할 수 있다. 따라서 지역주택조합의 조합원이 된 사람이, 사업 추진 과정에서 조합규약이나 사업계획 등에 따라 당초 체결한 조합가입계약의 내용과 다르게 조합원으로서의 권리·의무가 변경될 수 있음을 전제로 조합가입계약을 체결한 경우에는 그러한 권리·의무의 변경이 당사자가 예측가능한 범위를 초과하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 조합가입계약의 불이행으로 보아 조합가입계약을 해제할 수는 없다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다286116 판결). 해제의 요건으로 '특별한 사정'을 추가적으로 주장·증명하여야 한다.

3135) 상법 제68조(확정기매매의 해제) 상인간의 매매에 있어서 매매의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 일시 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 당사자의 일방이 이행시기를 경과한 때에는 상대방은 즉시 그 이행을 청구하지 아니하면 계약을 해제한 것으로 본다. ㉠ 상인간의 확정기매매의 경우 당사자의 일방이 이행시기를 경과하면 상대방은 이행의 최고나 해제의 의사표시 없이 바로 해제의 효력을 주장할 수 있는데, 상인간의 확정기매매인지 여부는 매매목적물의 가격 변동성, 매매계약을 체결한 목적 및 그러한 사정을 상대방이 알고 있었는지 여부, 매매대금의 결제 방법 등과 더불어 이른바 시.아.아.에프(C. I. F.) 약관과 같이 선적기간의 표기가 불가결하고 중요한 약관이 있는지 여부, 계약 당사자 사이에 종전에 계약이 체결되어 이행된 방식, 당해 매매계약에서의 구체적인 이행 상황 등을 종합하여 판단한다(2009다15565: 가격변동이 심한 원자재를 계약 목적물로 한 국제 중개무역이라는 사유만으로는 확정기매매에 해당한다고 볼 수 없고, 상법 제68조의 확정기매매에 대한 당사자의 주장이 필요하다고 한 예). ㉡ 상인 사이에 이루어진 선물환계약은 그 약정 결제일에 즈음하여 생길 수 있는 환율변동의 위험(환리스크)을 회피하

나) 이행거절에 따른 해제

‘이행거절’로 인한 계약해제의 경우에는, ‘이행기 전’이라도 최고나 자기 채무의 이행제공 없이 계약을 해제할 수 있어,³¹³⁶⁾ ‘상대방이 미리 주된 채무를 이행하지 아니할 의사를 표시한 사실’로써 앞서 본 ①, ②, ④의 요건사실이 대체될 수 있는데, 이행거절의사가 위법한 것으로 평가되어야 하고,³¹³⁷⁾ 묵시적 이행거절의사를 인정하기 위해서는 그 거절의사가 명백하고 종국적으로 표시되어야 한다.³¹³⁸⁾ 이행거절의 의사표시가 적법하게 철회된 경우에는 원칙으로 되돌아간다.³¹³⁹⁾

다) 이행불능에 따른 해제

이행불능을 이유로 한 해제의 경우, 해제자는 위 ①에 같은한 ‘상대방의 의무이행이 불가능한 사실’³¹⁴⁰⁾과 위 ③의 사실 두 가지를 주장·증명하면 된다.³¹⁴¹⁾

라) 채권자지체와 해제

채권자지체의 효과로서 원칙적으로 손해배상이나 계약 해제를 주장할 수는 없으나, 예외적으로 계약상 또는 신의칙상 인정되는 채권자의 수령의무나 협력의무 위반을

기 위하여 체결되는 것으로서 확정기때문에 해당하고, 그 계약 불이행으로 인한 손해배상액의 산정에 관한 미화 1\$당 원화의 환율은, 원래 약정되었던 결제일 당일을 기준으로 하여야 한다(2001다38593).

3136) 쌍무계약에서 상대방이 자신의 채무를 이행할 의사가 없음을 명백히 표시한 경우에는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 자신의 채무의 이행제공이나 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다(2007다54979). 쌍무계약인 부동산 매매계약에서 매수인이 이행기일을 도과한 후에 매도인에 대해 계약상 의무 없는 과도한 채무의 이행을 요구하고 있는 경우에는 매도인으로서 매수인이 이미 자신의 채무를 이행할 의사가 없음을 표시한 것으로 보고 자기 채무의 이행제공이나 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다(92다9463).

3137) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다227225 판결.

3138) 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에 인정되는 계약 해제는 상대방의 최고 및 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행제공을 요하지 아니하여 이행지체 시의 계약해제와 비교할 때 계약해제의 요건이 완화되어 있으므로 명시적으로 이행거절의사를 표명하는 경우 외에 계약 당시나 계약 후의 여러 사정을 종합하여 묵시적 이행거절의사를 인정하기 위하여는 분명한 거절의 의사가 명백하고 종국적으로 표시되어야 하고(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다214210 판결; 오피스텔 임대차계약에서 임대인의 명백한 이행거절의사 존재를 부정한 예), 매수인이 매도인과 사이의 매매계약에 의한 잔대금지급기일에 잔대금을 지급하지 못하여 그 지급의 연기를 수차 요청하였다는 것만으로는 그 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 한 것으로는 볼 수 없다(2019다277911). ex. 甲이 乙로부터 토지와 건물의 소유권을 이전받는 대가로 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무 등을 인수하기로 약정을 하였으나, 乙이 토지에 관하여 丙 명의로 소유권이전등기청구권 가등기를 경료한 채 위 약정에 따른 소유권이전등기를 지체하자 甲이 토지에 관한 가압류를 신청한 사안에서, 가압류신청 전후의 여러 사정을 감안하면 가압류신청서를 제출한 사실만으로 甲의 이행거절의사가 명백하고 종국적으로 표시되었다고 단정하기도 어려우므로, 위 약정이 합의해제되거나 甲의 이행거절로 해제되었다고 볼 수 없다고 한 사례(2010다77385).

3139) 이행거절의 의사표시가 적법하게 철회된 경우 상대방으로서는 자기 채무의 이행을 제공하고 상당한 기간을 정하여 이행을 최고한 후가 아니면 채무불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없다(2000다40995).

3140) 계약의 일부의 이행이 불능인 경우에는 이행이 가능한 나머지 부분만의 이행으로 계약의 목적을 달할 수 없을 경우에만 계약 전부의 해제가 가능하다(94다57817).

3141) 매도인의 매매계약상의 의무가 이행불능이 되어 이를 이유로 매매계약을 해제함에 있어서는 상대방인 매수인의 잔대금지급의무가 매도인의 위 의무와 동시이행관계에 있다고 하더라도 그 이행의 제공을 필요로 하지 않는다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결).

이유로 채무자가 계약을 해제할 수 있는 경우가 있다.³¹⁴²⁾

3) 해제권 발생에 대한 장애·소멸의 주장

해제권 발생에 대한 장애·소멸 사실의 주장은, 계약에 기한 이행청구의 경우에는 해제 항변에 대한 재항변으로, 계약 해제에 따른 원상회복청구의 경우에는 항변으로 각각 기능한다.

해제 원인의 존부에 대한 다툼이 있는 경우 그 해제권을 주장하는 자가 이를 증명하여야 하나, 이미 발생한 해제권이 다른 사유로 소멸되었거나³¹⁴³⁾ 그 행사가 저지되는지 여부에 대해 다툼이 있는 경우에는 이를 주장하는 상대방이 이를 증명하여야 한다.³¹⁴⁴⁾ 법정해

3142) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2019다293036 판결: “채권자지체가 성립하는 경우 그 효과로서 원칙적으로 채권자에게 민법 규정에 따른 일정한 책임이 인정되는 것 외에, 채무자가 채권자에 대하여 일반적인 채무불이행책임과 마찬가지로 손해배상이나 계약 해제를 주장할 수는 없다. 그러나 계약 당사자가 명시적·묵시적으로 채권자에게 급부를 수령할 의무 또는 채무자의 급부 이행에 협력할 의무가 있다고 약정한 경우, 또는 구체적 사안에서 신의칙상 채권자에게 위와 같은 수령의무나 협력의무가 있다고 볼 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우에는 그러한 의무 위반에 대한 책임이 발생할 수 있다. … 채권자에게 계약상 의무로서 수령의무나 협력의무가 인정되는 경우, 그 수령의무나 협력의무가 이행되지 않으면 계약 목적을 달성할 수 없거나 채무자에게 계약의 유지를 더 이상 기대할 수 없다고 볼 수 있는 때에는 채무자는 수령의무나 협력의무 위반을 이유로 계약을 해제할 수 있다. … 원고가 피고의 정당한 이행제공을 수령거절하여 채권자지체에 빠졌다고 하더라도, … 그것만으로도 이 사건 매매계약을 해제할 수 없다. 피고의 해제 주장이 타당한지를 판단하려면 먼저 이 사건 매매계약의 해석상 원고의 수령의무나 협력의무에 관한 명시적·묵시적 약정이 있었는지, 또는 신의칙상 원고에게 계약상 의무로서 수령의무나 협력의무가 인정되는지를 심리해야 하고, 만일 원고에게 위와 같은 수령의무나 협력의무가 인정될 경우 그 의무가 이 사건 매매계약의 본질적 내용과 목적에 해당하는지 여부 등을 가려야 한다.”

3143) 일단 발생한 해제권의 소멸 사유로는, ① 이행지체로 인한 해제권이 발생한 후 채권자가 해제권을 행사하기 전에 채무자가 채무 내용에 좇은 이행을 하거나, ② 채권자가 해제권을 포기한 경우, ③ 상당한 기간을 정하여 해제권 행사 여부의 확답을 해제권자에게 최고하였으나 그 기간 내에 해제의 통지를 받지 못한 경우(민법 제 552조, 그 후 새로운 사유에 의하여 발생한 해제권 행사는 가능하다(2003다41463)) 등을 들 수 있다.

3144) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2006다67602, 67619 판결: 원고가 2002. 11. 22. 피고와 인쇄회로기판가공기계를 공급받기로 하는 계약을 체결한 후, 원고와 피고는 2003. 3. 11. 위 기계의 하자 보수를 2003. 3. 15.까지 마치고, 원고의 제품생산에 문제가 없도록 설비를 완벽하게 보완하되, 2003. 3. 15. 이후에도 피고의 귀책사유로 문제가 발생하여 제품생산이 지연될 시에는 원고가 계약을 파기하여도 피고는 민·형사상 책임을 묻지 않기로 약정하였으나, 2003. 3. 18. 시운전 시 가공형상 불량률의 하자가 발생하였고, 이에 피고는 2003. 3. 21. 원고와 사이에, 하자 중 일부에 대해서는 2003. 3. 26.까지 반드시 보완조치를 완료하되, 피고가 이를 이행하지 못하여 원고의 생산활동이 정상화되지 못할 때에는 원고가 피고의 귀책사유를 원인으로 계약을 파기할 수 있고, 위 보완조치를 완료한 이후라도 추가로 중대결함이 발생하여 원고의 정상적인 설비가동 및 생산활동이 불가능할 때에는 원고가 피고의 귀책사유를 원인으로 계약을 파기하여도 피고는 민·형사상 책임을 묻지 않기로 약정하였는데, 원고는 2003. 4. 2. 피고에게 기계의 인도가 지연되고, 하자들이 제대로 보완되지 못하였을 뿐 아니라, 추가로 하자가 발견되는 등 하자가 지속적으로 발생하여 정상적인 설비가동 및 생산 활동이 불가능하다는 이유로 계약을 해제한다고 통지한 사안에서, ‘원·피고 사이의 2003. 3. 21.자 약정은 그 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기과 경위, 그 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 볼 때, 기계가 정상적으로 가동되지 아니한 상태에서 피고가 원고의 계약의 해제권을 인정하는 전제 아래 최종적으로 2003. 3. 26.까지 정상적인 생산활동이 가능하도록 조치한다면 원고가 계약해제권을 행사하지 않기로 약정한 것이라고 볼 것이고, … 피고가 기계의 납품시기를 상당히 넘긴 2003. 3. 21.까지도 원고의 정상적인 생산활동이 불가능하다고 인정하고 위와 같이 원고의 해제권을 확인한 이상, 원고의 해제권 행사를 저지할 사유가 발생하였다는 점은 피고가 이를 입증하여야 할 것인데, 위 약정 내용에 비추어 볼 때, 피고가 원고의 해제권 행사를 저지하기 위해서는 기계에 본질적인 결함이 있어 상당한 기간 수리를 하여도 계약목적 달성이 불가능한 경우에 해당하지 않는다는 것뿐만 아니라 최종적으로 2003. 3. 26.까지 별다른 하자 없이 원고의 정상적인 생산활동이 가능하도록 조치하였다는 것도 증명하여야 한다’라고 판시.

채권을 배제하는 약정은 엄격하게 제한 해석하여야 한다.³¹⁴⁵⁾

해제의 상대방은, '해제의 의사표시 당시'에 이미 채무불이행의 대상인 자신의 채무가 이미 '시효소멸' 하여 해제권을 행사할 수 없음을 주장할 수 있다.³¹⁴⁶⁾

이행지체를 이유로 한 해제에 관한 민법 제544조와 달리,³¹⁴⁷⁾ 이행불능을 이유로 한 해제의 경우 민법 제546조는 법문상 '채무자의 책임 있는 사유'를 해제의 적극적 요건으로 정하고 있으나,³¹⁴⁸⁾ 이행지체를 이유로 한 해제든, 이행불능을 이유로 한 해제든 간에 해제자가 '상대방인 채무자의 귀책사유(고의·과실)'를 주장·증명할 것이 아니고, 해제 주장에 대하여 상대방인 채무자가 귀책사유(고의·과실)의 부존재에 대한 주장·증명책임을 진다고 보아야 한다.³¹⁴⁹⁾

신의칙 내지 실효의 원칙에 따라 해제권 행사가 허용되지 않을 수도 있다.³¹⁵⁰⁾

3145) ① 계약당사자 사이의 채무불이행에 따른 법정해제권을 배제하는 약정은 비록 손해배상의 청구가 보장된다고 하더라도 그 자체로서 채무불이행을 용인하는 결과가 되므로 계약당사자의 합의에 따라 명시적으로 법정해제권을 배제하기로 약정하였다고 볼 수 있는 경우가 아닌 이상 엄격하게 제한 해석하여야 한다(2004다22971). ② 계약서에 명문으로 위약 시의 법정해제권의 포기 또는 배제를 규정하지 않은 이상, 계약당사자 중 어느 일방에 대한 약정해제권의 유보 또는 위약벌에 관한 특약의 유무 등은 채무불이행으로 인한 법정해제권의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다(89다카14110).

3146) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2019다204593 판결: "본래 채권이 시효로 인하여 소멸하였다면 그 채권은 그 기산일에 소급하여 더는 존재하지 않는 것이 되어 채권자는 그 권리의 이행을 구할 수 없는 것이고, 이와 같이 본래 채권이 유효하게 존속하지 않는 이상 본래 채무의 불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없다고 보아야 한다. 결국 채무불이행에 따른 해제의 의사표시 당시에 이미 채무불이행의 대상이 되는 본래 채권이 시효가 완성되어 소멸하였다면, 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권자는 채무불이행 시점이 본래 채권의 시효 완성 전인지 후인지를 불문하고 그 채무불이행을 이유로 한 해제권 및 이에 기한 원상회복청구권을 행사할 수 없다."

3147) 민법 제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.

3148) 민법 제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임 있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.

3149) 민법 제390조 단서 및 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체 판결, 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015다249383 판결 등 참조. "매도인의 매매목적물에 관한 소유권이전의무가 이행불능이 되었다고 할지라도, 그 이행불능이 매수인의 귀책사유에 의한 경우에는 매수인은 그 이행불능을 이유로 계약을 해제할 수 없다"는 판례(2008다88207, 2000다50497)도 매수인의 해제 주장에 대하여 매도인의 귀책사유 부존재의 항변이 성공한 경우로 이해함이 옳다.

3150) ◎ 신의칙에 따른 해제권 제한

① 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013다14880, 14897 판결: "채권자가 채무자에게 지급하여야 할 채무의 이행을 최고한 것을 부적절한 이행의 최고라고 할 수는 없다고 할지라도 그 이행을 지체하게 된 전후 사정, 그 이행에 관한 당사자의 태도, 소송의 경과 등 제반 사정에 비추어 보아 채무자가 최고기간 또는 상당한 기간 내에 이행하지 아니한 데에 정당한 사유가 있다고 여겨질 경우에는 신의칙상 그 최고기간 또는 상당한 기간 내에 이행 또는 이행의 제공이 없다는 이유로 해제권을 행사하는 것이 제한될 수 있다." ② 94다12234: "해제권을 갖는 자가 상당한 기간이 경과하도록 이를 행사하지 아니하여 상대방으로서도 이제 그 권리가 행사되지 아니할 것이라고 신뢰할 만한 정당한 사유를 갖기에 이르러 그 후 새삼스럽게 이를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 원칙에 따라 그 해제권의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것" ⇨ 해제의 의사표시가 있는 무렵을 기준으로 볼 때 무려 1년 4개월 가량 전에 발생한 해제권을 장기간 행사하지 아니하고 오히려 매매계약이 여전히 유효함을 전제로 잔존채무의 이행을 최고함에 따라 상대방으로서는 그 해제권이 더이상 행사되지 아니할 것으로 신뢰하

기관력은 후소와 동일한 내용의 전소의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미치므로(이는 직권조사사항에 해당한다), 해제 사유가 전소의 변론종결 전에 존재하였다면 그 후에 해제의 의사표시를 하였다고 하여도 후소에서의 해제 주장은 전소의 기관력에 저촉되는 것이어서 허용되지 아니하나,³¹⁵¹⁾ 전소의 변론종결 후에 새로 발생한 사실을 주장하여 해제하는 것은 기관력에 저촉되지 아니한다.³¹⁵²⁾

4) 계약 해제에 따른 원상회복청구와 손해배상청구

가) 원상회복청구

계약이 적법하게 해제되면 그 효력이 소급적으로 소멸하므로 그 계약상 의무에 기하여 실행된 급부는 원상회복³¹⁵³⁾을 위하여 부당이득으로 반환되어야 하고, 그 계약의 이행으로 변동이 되었던 물건은 당연히 그 계약이 없었던 상태로 복귀한다.³¹⁵⁴⁾ 따라서 예컨대, 부동산 매매계약이 해제된 경우, 매도인은 매수인에게 소유권이전등기 말소등기 절차의 이행청구와 부동산 인도청구, 사용이익의 반환청구를, 매수인은 매도인에게 매매대금의 반환청구와 법정이자³¹⁵⁵⁾의 지급청구를 할 수 있다.

였고 또 매매계약상의 매매대금 자체는 거의 전부가 지급된 점 등에 비추어 보면 그와 같이 신뢰한 데에는 정당한 사유도 있었다고 봄이 상당하다면, 그 후 새삼스럽게 그 해제권을 행사한다는 것은 신의성실의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다 할 것이므로, 이제 와서 매매계약을 해제하기 위하여는 다시 이행제공을 하면서 최고를 할 필요가 있다고 한 사례. ㉠ 93다50130: 토지 매수인이 매도인을 상대로 소유권이전등기소송을 제기하자 매도인이 계약체결 후 3년 가까이 매수인의 중도금 및 잔금 지급의무의 지체를 문제삼지 않은 채 사업계획허가서의 제출을 요구하면서 오로지 매매계약상 “허위진술, 부실한 증빙서류의 제시, 답합 기타 부정한 방법에 의하여 토지를 매수하였을 때”의 해제사유만을 문제삼고 있다가 항소심의 제5차 변론기일에 이르러 갑자기 계약상의 “중도금이나 잔금의 납부를 30일 이상 지연하였을 때” 사전통고 없이 계약을 해제할 수 있도록 한 규정을 들어 중도금 및 잔금 지급의 지체를 이유로 해제의 의사표시를 하였다면, 매수인으로서의 대금을 지급하더라도 매도인이 대금을 수령하지 않으리라는 정당한 신뢰를 가지게 된 것으로 봄이 상당하므로, 매도인이 매수인의 그러한 신뢰를 저버리고, 예고 한 번도 하지 아니한 채, 대금 중도금 및 잔금 지급의무의 지체를 들어 해제권을 행사한다는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 한 사례.

3151) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2751 판결.

3152) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다17680 판결: 甲(매수인)과 乙(전득 매수인) 사이에 甲이 丙(매도인)으로부터 부동산을 매수하였으나 소유권이전등기를 마치지 않는 상태에서 부동산을 乙에게 매도하기로 하되 등기명의를 丙에서 직접 乙 앞으로 제소전화해절차를 통하여 소유권이전등기를 마치고 동시에 乙이 甲에게 잔대금을 지급하기로 약정하였는데, 乙이 당초의 약정과 달리 잔대금을 지급하지 아니한 상태에서 丙을 상대로 제소전화해신청을 하여 그 화해조서에 기하여 소유권이전등기를 마친 경우, 乙 명의의 소유권이전등기가 丙과 乙 사이에 제소전화해에 의하여 이루어진 것이라 할지라도 이는 甲과 乙 사이에 체결된 매매계약과 당사자들 사이에 이루어진 중간등기생략에 관한 합의에 의한 것이라면 그 매매계약상의 甲의 채무는 乙이 그 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마친으로써 전부 이행되었다고 할 것이니 乙이 당초의 약정과 달리 소유권이전등기를 마친 후에도 甲에게 잔대금을 지급하지 아니한 경우에는 甲은 적법한 최고절차를 거쳐 매매계약을 해제하고 계약 당사자로서 乙에게 직접 매매계약 해제를 원인으로 한 원상회복으로서 소유권이전등기 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다고 한 예.

3153) 민법 제548조(해제의 효과, 원상회복의무) ① 당사자 일방이 계약을 해제할 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.

3154) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다244976 판결.

3155) 한편, 아파트 분양과 관련된 허위·과장광고로 인한 손해배상청구에서 손해는 수분양권의 실제 가격과 허위·과

원상회복의무자는 '계약의 당사자'로서 대리행위의 경우 본인,³¹⁵⁶⁾ 제3자를 위한 계약의 경우 낙약자와 요약자이다.³¹⁵⁷⁾ 채권양도의 경우 원상회복의무자가 양도인인지 양수인인지에 관하여는 다툼이 있다.³¹⁵⁸⁾

민법 제548조는 부당이득에 관한 특별 규정의 성격을 가진 것이므로, 그 '이익 반환의 범위'는 이익의 현존 여부나 선의·악의에 불문하고 특별한 사유가 없는 한 받은 이익의

장광도가 없었을 경우 수분양권의 적정한 가격 사이의 차액인데, 수분양자가 허위·과장광고로 인한 손해배상 청구권을 보유하고 있던 중 분양계약이 해제로 소급하여 소멸하게 되면 해제의 효과로서 당시까지 납입하였던 분양대금에 대하여는 반환청구권을 가지게 되고 향후의 분양대금 지급채무는 소멸하게 되므로, 분양계약이 유효하게 존재함을 전제로 하는 위와 같은 차액 상당의 손해도 없어지게 된다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2012다15336 판결).

3156) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30871 판결: "계약이 적법한 대리인에 의하여 체결된 경우에 대리인은 다른 특별한 사정이 없는 한 본인을 위하여 그 계약상 급부를 변제로서 수령할 권한도 가진다고 할 것이다. 그리고 대리인이 그 권한에 기하여 계약상 급부를 수령한 경우에, 그 법률효과는 계약 자체에서와 마찬가지로 직접 본인에게 귀속되고 대리인에게 돌아가지 아니한다. 따라서 계약상 채무의 불이행을 이유로 계약이 상대방 당사자에 의하여 유효하게 해제되었다면, 그 해제로 인한 원상회복의무는 대리인이 아니라 계약의 당사자인 본인이 부담한다. 이는 본인이 대리인으로부터 그 수령한 급부를 현실적으로 인도받지 못하였거나 해제의 원인이 된 계약상 채무의 불이행에 관하여 대리인에게 책임 있는 사유가 있다고 하여도 다른 특별한 사정이 없는 한 마찬가지라고 할 것이다."

3157) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010다31860 판결: "제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(이른바 기본관계)를 이루는 계약이 무효이거나 해제된 경우 그 계약관계의 청산은 계약의 당사자인 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 낙약자가 이미 제3자에게 급부한 것이 있더라도 낙약자는 계약해제 등에 기한 원상회복 또는 부당이득을 원인으로 제3자를 상대로 그 반환을 구할 수 없다."("매도인 甲과 매수인 乙이 토지거래허가구역 내 토지의 지분에 관한 매매계약을 체결하면서 매매대금을 丙에게 지급하기로 하는 제3자를 위한 계약을 체결하고 그 후 매수인 乙이 그 매매대금을 丙에게 지급하였는데, 토지거래허가를 받지 않아 유효적 효력이 없었던 위 매매계약이 확정적으로 무효가 된 사안에서, 그 계약관계의 청산은 요약자인 甲과 낙약자인 乙 사이에 이루어져야 하므로 특별한 사정이 없는 한 乙은 丙에게 매매대금 상당액의 부당이득반환을 구할 수 없다고 한 사례) ● 낙약자는 미지급급부에 대해서는 민법 제542조에 따라 계약해제에 따른 항변으로 제3자에게 그 지급을 거절할 수 있는데, 이는 이미 지급한 급부에 대해 계약해제에 따른 원상회복을 구하는 것과는 다른 경우로서 동일한 법리가 적용될 수는 없다(2005다7566, 7573). 수익의 의사표시를 한 수익자는 낙약자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 요약자가 계약을 해제한 경우에는 낙약자에게 자기가 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다(92다41559).

➡ 대법원 2018. 9. 13. 선고 2016다255125 판결: "타인을 보험수익자로 하는 생명보험이나 상해보험 계약을 체결하여 보험수익자로 보험금 청구권을 취득한 경우, 보험자의 보험수익자에 대한 급부는 보험수익자에 대한 보험자 자신의 고유한 채무를 이행한 것이다. 따라서 보험자는 보험계약이 무효이거나 해제되었다는 것을 이유로 보험수익자를 상대로 하여 그가 이미 보험수익자에게 급부한 것의 반환을 구할 수 있고, 이는 타인을 위한 생명보험이나 상해보험이 제3자를 위한 계약의 성질을 가지고 있다고 하더라도 달리 볼 수 없다."

3158) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은, "계약이 해제된 경우 계약해제 이전에 해제로 인하여 소멸되는 채권을 양수한 자는 계약해제의 효과에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없음은 물론이고, 나아가 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 이행받은 급부를 원상회복하여야 할 의무가 있다."라고 하였으며, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결은, 피고 분양회사가 원고들과 상가 분양계약을 체결할 당시 피고 신탁회사와의 분양관리신탁계약 등에 따라 분양대금채권을 피고 신탁회사에 양도하였고, 원고들이 이를 승낙하여 분양대금을 전부 피고 신탁회사의 계좌로 납입하였는데, 그 후 원고들이 피고 회사들을 상대로 분양계약 해제·취소로 인한 원상회복·부당이득반환으로 원고들이 납부한 분양대금 등의 지급을 구한 사안에서, 원고들이 분양계약에 따라 피고 신탁회사 명의의 계좌에 분양대금을 입금한 것은 이른바 '단축급부'에 해당하고, 이러한 경우 피고 신탁회사는 피고 분양회사와의 계약에 따른 변제로서 정당하게 분양대금을 수령한 것이므로, 원고들이 피고 신탁회사를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 원상회복·부당이득반환청구를 할 수 없다고 하면서 "원심이 인용한 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다22850 판결은 이 사건과 사안을 달리하므로 이 사건에 원용할 수 있는 것이 아니다."라고 하였는데, 2000다22850의 일반론을 사실상 변경한 것이라기보다는 '사안을 달리'한다는 판시에 비추어 '특단의 사정'에 해당한다는 의미로 보인다.

전부이다.³¹⁵⁹⁾

원상회복은 ‘원물반환’이 원칙이나, 원물반환이 불가능하게 된 경우에는 ‘가액을 반환’하여야 한다. 예컨대, 매도인으로부터 매매 목적물의 소유권을 이전받은 매수인이 매도인의 계약해제 이전에 제3자에게 목적물을 처분하여 계약해제에 따른 원물반환이 불가능하게 된 경우에 매수인은 원상회복의무로서 가액을 반환하여야 하고, 이때에 반환할 금액은 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시의 목적물의 대가 또는 그 시가 상당액과 처분으로 얻은 이익에 대하여 그 이득일부터의 법정이자를 가산한 금액이다.^{3160) 3161)}

원상회복으로 반환할 금전에는 그 ‘받은 날부터’ ‘이자’를 가산하여 지급하여야 한다(민법 제548조 제2항). 이 법정이자청구권³¹⁶²⁾은 매매대금반환의무의 이행지체로 인한 지연

3159) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다34143 판결. 원고가 설계비 등을 지출함으로써 그 지출액 상당의 손해를 입게 되었다고 하더라도 이로 인하여 피고가 아무런 이득을 한 바 없다면 원고의 반환 주장은 배척된다(98다43175 판결).

3160) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다14675 판결: 원심이, 원상회복의무로서 매수인 피고의 처분일에 근접한 시점의 토지 시가 및 매매계약 해제 다음날부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 피고가 토지를 대금 6,600만 원에 소외인에게 처분한 자료들이 나타나 있음을 알 수 있고, 그 대금이 시가를 벗어나 정하였다는 등의 특별한 사정이 없다면, 피고가 원상회복의무로서 반환할 가액은 위 처분대금 및 이에 대하여 그 지급일부터의 법정이자를 가산한 금액이라고 한 예.

3161) 법원에서는 원물반환 불능 당시의 가액에 관한 원고의 주장·증명이 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 주장을 정리함과 함께 입증을 촉구하여야 하고, 경우에 따라서는 직권으로라도 그 가액을 심리·판단하여야 한다(96다47913).

3162) ◎ 해제 시 반환 금전에 대한 법정이자

○ 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다50509 판결: “당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의무가 있고, 이 경우 반환할 금전에는 그 받은 날로부터 이자를 가산하여 지급하여야 한다. 여기서 가산되는 이자는 원상회복의 범위에 속하는 것으로서 일종의 부당이득반환의 성질을 가지는 것이고 반환의무의 이행지체로 인한 지연손해금이 아니다. 따라서 당사자 사이에 그 이자에 관하여 특별한 약정이 있으면 그 약정이율이 우선 적용되고 약정이율이 없으면 민사 또는 상사 법정이율이 적용된다. 반면 원상회복의무가 이행지체로 빠진 이후의 기간에 대해서는 부당이득반환의무로서의 이자가 아니라 반환채무에 대한 지연손해금이 발생하게 되므로 거기에는 지연손해금률이 적용되어야 한다. 그 지연손해금률에 관하여도 당사자 사이에 별도의 약정이 있으면 그에 따라야 할 것이고, 실사 그것이 법정이율보다 낮다 하더라도 마찬가지이다. 한편 계약해제 시 반환할 금전에 가산할 이자에 관하여 당사자 사이에 약정이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이행지체로 인한 지연손해금도 그 약정이율에 의하기로 하였다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 다만 그 약정이율이 법정이율보다 낮은 경우에는 약정이율에 의하지 아니하고 법정이율에 의한 지연손해금을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다.”

○ 부동산 매매계약이 해제된 경우 매도인의 매매대금 반환의무와 매수인의 소유권이전등기말소등기 절차이행의무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계없이 매도인이 반환하여야 할 매매대금에 대하여는 그 받은 날로부터 민법 소정의 법정이율인 연 5분의 비율에 의한 법정이자를 부가하여 지급하여야 하는 것이고, 이와 같은 법리는 약정된 해제권을 행사하는 경우라 하여 달라지는 것은 아니다(2000다9123).

○ 소송촉진등에 관한 특별법 제3조 제1항은 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결을 선고할 경우에 있어서 금전채무불이행으로 인한 손해배상액 산정의 기준이 되는 법정이율에 관한 특별규정이므로, 위 이자에는 위 제3조 제1항에서 정한 이율을 적용할 수 없다(대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결). 원상회복의무의 이행으로 금전의 반환을 구하는 소가 제기되어 채무자가 그 소장을 송달받은 다음날부터 반환의무의 이행지체로 인한 지체책임을 지는 경우 그 지연손해금에 대해서는 위 특별법 제3조 제1항에 의한 이율이 적용된다(2001다76298). 민법 제548조 제2항 소정의 법정이자청구권과 이행지체로 인한 지연손해금청구권은 별개의 청구권으로서 청구권결합의 관계에 있고, 동일한 급부를 목적으로 하는 것이므로 두 청구가 중첩적으로 인정되는 것이 아니라 하나의 청구가 만족되면 다른 청구도 그 범위 내에서 소멸된다(납세자가 조세환급금에 대하여 이행청구를 한 이후에는 법정이자의 성질을 가지는 환급가산금청구권 및 이행지체로 인한 지연손

손해금청구권(반대채무인 자신의 원상회복의무에 관한 이행·이행제공 사실을 주장·증명하여야 지체책임은 물을 수 있다)³¹⁶³⁾과는 별개의 청구권으로서 양자는 청구권경합의 관계에 있다.

매매계약이 해제된 경우에 매수인이 그 목적물을 인도받아 사용하였다면³¹⁶⁴⁾ 원상회복으로서 그 '사용이익'(그 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익, 즉 임료 상당액 등)을 반환하여야 한다.³¹⁶⁵⁾ 선의 점유자의 과실수취권에 관한 민법 제201조의 적용은 배제된다. '타인의 권리'에 대한 매도인이 매수인으로부터 반환받은 사용이익을 궁극적으로 정당한 권리자에게 반환하여야 할 입장이라 하더라도 마찬가지이다(다만, 매수인이 진정한 권리자에게 직접 목적물·사용이익을 반환하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 매수인은 적어도 그 반환 등의 한도에서는 매도인에게 목적물·사용이익을 반환할 의무를 부담하지 않는다).³¹⁶⁶⁾

해금청구권이 경합적으로 발생하고, 납세자는 자신의 선택에 좇아 그 중 하나의 청구권을 행사할 수 있다고 한 2009다11808 판결 참조).

○ 계약해제로 인하여 사업자가 이미 받은 금전을 반환함에 있어 이자의 반환의무를 배제하는 약관조항은 고객에게 부당하게 불리하여 공정을 잃은 것으로 추정되어 이를 정당화할 합리적인 사유가 없는 한 무효라고 보아야 한다(2010다21849). 합의해지의 효력은 그 합의의 내용에 의하여 결정되고 여기에는 해제, 해지에 관한 민법 제548조 제2항의 규정은 적용되지 아니하므로, 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해지로 인하여 반환할 급전에 그 받은 날로부터의 이자를 가하여야 할 의무가 있는 것은 아니다(2000다5336, 5343).

3163) 대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결: 원고(매수인)의 매매계약 해제로 인한 원고 자신의 원상회복 의무(임야 점유 부분 및 그 점유·사용이익의 각 반환의무)에 관한 이행제공이 있었음에 관한 주장·증명이 없는 이상, 피고들(매도인)은 계약금반환의무와 위약금지급의무에 관한 지체책임은 지지 않으므로, 지연손해금의 지급을 명할 수 없다고 한 예. ● 매도인이 부동산 매매계약 해제로 인한 매매대금 반환 및 소유권이전등기절차 인수 거절의사를 명백히 하고 있는 상황에서, 매수인이 소유권이전등기에 필요한 제반 서류를 준비하여 두고 매도인에게 그 수령을 최고함으로써 자신의 채무이행의 제공을 마치고 그러한 상태를 계속 유지하고 있는 경우, 매도인은 최고일 이후로는 매매대금 반환을 지체함으로써 인한 책임을 면할 수 없다(2005다8637).

3164) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다30724 판결: "매수인의 사용이익 반환의무는 매매계약의 해제로 따른 원상회복 의무의 일환으로서 인정되는 것이므로 매도인이 매매계약의 이행으로서 목적물을 매수인에게 인도하여 매수인이 그 목적물을 사용한 경우에 비로소 인정될 수 있다." ○ 임대인 甲이 임차인 乙에게 임대차 부분을 매도하기로 하였는데, 乙이 중도금 지급을 하지 않아 매매계약이 해제된 사안에서, 乙이 위 부분을 점용한 것은 위 매매계약에 앞서 체결된 임대차계약에 기한 것일 뿐 매매계약의 이행으로서 인도받았다고는 볼 수 없으므로, 乙이 임대차계약에 기하여 인도 및 임료 상당의 부당이득반환의무를 지는 것은 별론으로 하고 매매계약의 해제로 따른 원상회복으로서 인도 및 임료 상당의 사용이익을 반환할 의무를 진다고는 볼 수 없다고 한 사례.

3165) ① 사용이익의 반환의무는 부당이득반환의무에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 매수인이 점유·사용한 기간 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익, 즉 임료 상당액을 매수인이 반환하여야 할 사용이익으로 보아야 한다(대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결). ② 대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다290804 판결: 원심이, 피고들이 이 사건 건물 등에서 한 웨딩홀 영업으로 인해 얻은 영업이익도 반환하여야 할 사용이익에 해당한다고 보고, 원고들이 2013년경 웨딩홀 영업을 할 당시 얻었던 영업이익에 해당하는 부분이 사회통념상 피고들의 행위가 개입되지 않았더라도 2014년 이후에도 원고들이 당연히 취득하였으리라 고 생각되는 범위 내에 있다고 보아 이를 반환할 의무가 있다고 한 데 대하여, 대법원은, 피고들이 웨딩홀 시설이 갖추어진 건물 등을 인도받아 그곳에서 웨딩홀 영업을 하여 왔으므로 다른 특별한 사정이 없는 한 피고들이 반환하여야 할 건물 등의 사용이익은 점유·사용한 기간 당해 재산으로부터 통상 수익할 수 있을 것으로 예상되는 이익, 즉 웨딩홀시설이 갖추어진 건물 등을 임차하는 경우의 임료 상당액으로 봄이 상당하고, 이를 넘어서 피고들이 웨딩홀 영업으로 인해 얻은 영업이익이 바로 건물 등의 사용이익에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단한 예. ③ 매수인이 반환하여야 할 목적물의 사용이익을 산정함에 있어서 매수인이 투입한 현금 자본(수리비 등)의 기여분 및 매수인의 영업수익 등 노력으로 인한 이른바 운용이익을 공제하여야 한다(2006다26328). ④ 사용으로 인한 감가·상당은 원상회복으로 반환할 것이 아니다(91다13267).

3166) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016다240 판결: "타인의 권리의 매매의 경우에 매도인이 그 권리를 취득하여

매매계약이 해제된 경우에 그 대금과 상계로 소멸된 채권은 다시 부활한다.³¹⁶⁷⁾

나) 손해배상청구

계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다(민법 제551조). 그 손해배상책임 역시 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 다를 것이 없으므로, 상대방에게 고의·과실이 없을 때에는 배상책임을 지지 아니한다(이는 채무불이행 여부와 상관없이 일정한 사유가 발생하면 계약을 해지·해제할 수 있도록 하는 약정 해지·해제권을 유보한 경우에도 마찬가지이고, 상대방의 귀책사유와 상관없이 손해배상책임을 지기로 한 것이 계약내용이라고 해석하려면, 그렇게 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다).³¹⁶⁸⁾

채무불이행을 이유로 계약해제와 아울러 손해배상을 청구하는 경우에 이행이익(= 계약이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익)의 배상을 구하는 것이 원칙이지만,³¹⁶⁹⁾ 그에 갈음하여 신뢰이익(= 계약이 이행되리라고 믿고 채권자가 지출한 비용)의 배상을 이행이익의 범위 안에서 구할 수도 있다.³¹⁷⁰⁾ 채권자가 계약의 이행으로 얻을 수 있는 이익이 인정되지 않는 경우

대수인에게 이전할 수 없는 때에는 대수인은 계약을 해제할 수 있다(민법 제570조). 이러한 해제의 효과에 관하여 특별한 규정은 없지만 일반적인 해제와 달리 해석할 이유가 없다. 따라서 위 규정에 따라 매매계약이 해제되는 경우에, 매도인은 대수인에게 매매대금과 그 받은 날부터의 이자를 반환할 의무를 부담하고 대수인 역시 특별한 사정이 없는 한 매도인에게 목적물을 반환할 의무는 물론이고 목적물을 사용하였으면 그 사용이익을 반환할 의무도 부담한다. 그리고 이러한 결론은 매도인이 목적물의 사용권한을 취득하지 못하여 대수인으로 부터 반환받은 사용이익을 궁극적으로 정당한 권리자에게 반환하여야 할 입장이라 하더라도 마찬가지이다. 다만, 대수인이 진정한 권리자인 타인에게 직접 목적물 또는 사용이익을 반환하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 대수인은 적어도 그 반환 등의 한도에서는 매도인에게 목적물 및 사용이익을 반환할 의무를 부담하지 않는다고 할 것이다.”

3167) 대법원 1980. 8. 26. 선고 79다1257 판결.

3168) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다59115 판결; “계약 상대방의 채무불이행을 이유로 한 계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니하지만(민법 제551조), 다른 특별한 사정이 없는 한 그 손해배상 책임 역시 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 다를 것이 없으므로, 상대방에게 고의 또는 과실이 없을 때에는 배상책임을 지지 아니한다고 보아야 한다(민법 제390조). 이는 상대방의 채무불이행 여부와 상관없이 일정한 사유가 발생하면 계약을 해지 또는 해제할 수 있도록 하는 약정해지·해제권을 유보한 경우에도 마찬가지이고 그것이 자기책임의 원칙에 부합한다. 또한 계약의 내용이 통상의 경우와 달리 어느 일방에게 무거운 책임을 부과하게 하는 경우에는 그 계약 문언은 엄격하게 해석하여야 하므로, 당사자의 고의 또는 과실과 무관한 사유를 약정해지 또는 해제사유로 정한 경우에 그 사유로 계약을 해지 또는 해제하면서 귀책사유와 상관없이 손해배상책임을 지기로 한 것이 계약내용이라고 해석하려면, 계약의 내용과 경위, 거래관행 등에 비추어 그렇게 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다.”

3169) 토지의 매매계약이 대수인 측의 귀책사유로 해제되는 경우에 매도인 측이 입는 통상의 손해액은, 그 계약이 해제되지 아니하고 이행된 경우에 매도인이 얻게 되는 경제적 이익과 계약이 해제된 경우에 매도인에게 남아 있는 경제적 이익의 차액이라고 할 것이고, 매매계약이 해제된 후에 매도인이 제3자에게 그 매매목적물을 다시 매도한 경우라면, 제3자에의 매도가격이 시가에 비추어 현저히 저렴하게 책정된 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 매도인이 당초의 매매계약에 의하여 취득할 것으로 예상되었던 매매대금과 제3자와 사이의 매매계약에 의하여 취득하게 되는 매매대금과의 차액에 당초의 매매대금의 취득예정시기로부터 후의 매매대금의 취득 시기까지의 기간 동안 당초의 매매대금에 대한 법정이율에 의한 이자 상당액을 합한 금액이다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다3543 판결).

3170) 신뢰이익 중 계약의 체결과 이행을 위하여 통상적으로 지출되는 비용은 통상의 손해로서 상대방이 알았거나 알 수 있었는지의 여부와는 관계없이 그 배상을 구할 수 있지만, 이를 초과하여 지출되는 비용은 특별한 사정으로 인한 손해로서 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 그 배상을 구할 수 있으며, 신뢰이익은

라면, 지출비용의 배상을 청구할 수 없다.³¹⁷¹⁾

합의 해제·해지의 경우에는 특별한 사정(= 손해배상의 특약이나 손해배상 청구 유보의 의사표시 등)이 없는 한 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없고, 위와 같은 특별한 사정은 이를 주장하는 당사자가 증명할 책임이 있다.³¹⁷²⁾

채권자가 채무불이행을 이유로 계약을 해제·해지한 경우, 특별한 사정(손해배상액의 예정이 계약의 유지를 전제로 한 경우 등)이 없는 한, 채무불이행으로 인한 전보배상에 관한 '손해배상액의 예정'이 실효되지는 않는다.³¹⁷³⁾ 일방 당사자의 귀책사유로 계약이 해제된 경우에 관해서만 위약금약정을 둔 경우, 상대방의 귀책사유로 계약이 해제되는 경우에도 같

과잉배상금지의 원칙에 비추어 이행이익의 범위를 초과할 수는 없다(대법원 2002. 6. 11. 선고 2002다2539 판결).

cf. 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다223171, 223188 판결; “계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용도 그러한 지출사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서는 배상을 청구할 수 있으며 다만 이러한 비용 상당의 손해를 일실회의 상당의 손해와 같이 청구하는 경우에는 중복배상을 방지하기 위하여 일실회의는 제반 비용을 공제한 순이익에 한정된다고 보아야 한다. … 신뢰이익 상당의 손해배상청구는 그 성질상 목적이 불능한 계약을 체결한 경우이거나(민법 제535조 제1항 본문) 유효하게 성립한 계약이 해지 또는 해제되는 경우(2015다59115)에 인정되는 것이어서, 계약이 유효함으로 인하여 생기는 이익(민법 제535조 제1항 단서)인 이행이익 상당의 손해배상청구와는 성립 요건이나 산정방법을 달리한다. … 중복배상은 허용되지 않으나, 신뢰이익의 배상과 별도로 제반 비용을 공제한 순이익에 한하여 일실회의, 즉 이행이익의 배상이 허용될 수 있다.”

3171) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다235766 판결; “채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하고 손해배상을 청구하는 경우에, 채권자는 채무가 이행되었더라면 얻었을 이익을 얻지 못하는 손해를 입은 것이므로 계약의 이행으로 얻은 이익, 즉 이행이익의 배상을 구하는 것이 원칙이다. 그러나 채권자는 그 대신에 계약이 이행되리라고 믿고 지출한 비용의 배상을 채무불이행으로 인한 손해라고 볼 수 있는 한도에서 청구할 수도 있다. 이러한 지출비용의 배상은 이행이익의 증명에 곤란한 경우에 그 증명을 용이하게 하기 위하여 인정되는데, 이 경우에도 채권자가 입은 손해, 즉 이행이익의 범위를 초과할 수는 없다고 보아야 한다. 한편 채권자가 계약의 이행으로 얻을 수 있는 이익이 인정되지 않는 경우라면, 채권자에게 배상해야 할 손해가 발생하였다고 볼 수 없으므로, 당연히 지출비용의 배상을 청구할 수 없다.” ⇨ 주택조합원 모집 업무를 위임받은 소외 회사가 조합원을 정상적으로 모집하였더라도, 계약상 수수료를 청구할 수 있는 기준인 170세대를 모집할 수 없었다면, 소외 회사로서는 피고 회사에 수수료를 청구할 수 없으므로, 피고의 채무불이행으로 인하여 소외 회사가 손해배상으로 청구할 수 있는 이행이익의 손해는 없고, 계약이 유효하게 존속하였다면 얻을 수 있었던 수수료 상당의 이행이익이 인정되지 않는다면 조합원 모집업무를 수행하기 위하여 지출한 전단광고비 등 지출비용의 배상을 청구할 수 없다고 한 예.

3172) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다285048 판결, 대법원 2021. 5. 7. 선고 2017다220416 판결.

3173) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2019다292736, 292743 판결; “민법 제398조 … 제3항은 ‘손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 아니한다.’라고 정한다. 제551조는 ‘계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.’라고 정한다. 이러한 규정의 문언·내용과 계약당사자의 일반적인 의사 등을 고려하면, 계약당사자가 채무불이행으로 인한 전보배상에 관하여 손해배상액을 예정한 경우에 채권자가 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하더라도 원칙적으로 손해배상액의 예정은 실효되지 않고, 전보배상에 관하여 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정에 따라 그 배상액을 정해야 한다. 다만 위와 같은 손해배상액의 예정이 계약의 유지를 전제로 정해진 약정이라는 등의 사정이 있는 경우에 채무불이행을 이유로 계약을 해제하거나 해지하면 손해배상액의 예정도 실효될 수 있다.’(甲 회사가 乙 회사에 자신이 주최하는 공연의 티켓을 판매하고 乙 회사가 소비자에게 위 티켓을 다시 판매하는 계약 중 ‘공연이 취소된 경우, 甲 회사는 乙 회사에 판매대금 전액을 지급해야 하며, 乙 회사의 귀책으로 계약이 이행되지 않을 경우 구매대금은 반환하지 않는다.’는 조항이 계약의 유지를 전제로 한 것이라고 단정할 수 없는데도, 계약이 해제된 이상 그 소급효로 위 조항도 함께 실효된다고 본 원심을 파기한 예) ⇨ 위 ‘특별한 사정’은 손해배상액 예정 약정의 실효를 주장하는 측이 부담한다.

은 내용의 위약금약정이 인정된다고 해석할 수는 없다.³¹⁷⁴⁾

‘계약 해제·해지의 효력정지 가처분’에서 계약 해제 등의 효력이 없음이 본안 판결에 의하여 확정된다고 하더라도 채권자는 손해배상의 방법으로 구제받을 수 있기 때문에 그 효력정지 가처분에 대한 보전의 필요성 판단에 신중을 기해야 한다.³¹⁷⁵⁾

다) 항 변

① (동시이행항변) 계약 해제에 따른 쌍방의 원상회복의무는 서로 동시이행관계에 있고(민법 제549조),³¹⁷⁶⁾ 손해배상의무도 함께 동시이행의 관계에 있다.³¹⁷⁷⁾ ② (소멸시효 항변) 계약의 해제로 인한 원상회복청구권의 소멸시효는 ‘해제권 발생 시’가 아니라 ‘해제 시’, 즉 원상회복청구권이 발생한 때부터 진행하고,³¹⁷⁸⁾ 상행위인 계약의 해제로 인한 원상회복청구권은 상사시효의 대상이 된다.³¹⁷⁹⁾ ③ (과실상계에 준한 원상회복 제한 주장의 불허) 해제 원인인 채무불이행에 관하여 해제자가 원인의 일부를 제공하였다는 등의 사유로 과실상계에 준해 원상회복 범위를 제한할 수는 없다.³¹⁸⁰⁾ ④ (취소 항변) 매도인이 매수인의 중대금 지급채무불이행을 이유로 매매계약을 적법하게 해제한 후라도 매수인으로서의 상대

3174) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다37892 판결: “계약의 일방 당사자인 피고의 귀책사유로 인하여 계약이 해제되는 경우에는 위약금 약정을 두지 않고 그 상대방인 원고의 귀책사유로 인하여 계약이 해제된 경우에 대해서만 위약금 약정을 두었다 하더라도, 그 위약금 약정이 무효로 되는지 여부는 별론으로 하고 원고에 대한 위약금 규정이 있다고 하여 공평의 원칙상 그 상대방인 피고의 귀책사유로 계약이 해제되는 경우에도 원고의 귀책사유로 인한 해제의 경우와 마찬가지로 피고에게 위약금 지급의무가 인정되는 것은 아니므로, ... 원고의 채무불이행으로 인한 위약금에 관한 규정을 두었다 하여 당연히 이를 피고의 채무불이행으로 인한 경우에도 같은 내용의 위약금 약정이 인정되어야 한다고 해석할 수는 없다.”

3175) 특히 계약위반으로 인하여 채권자가 입은 손해가 금전에 의한 손해배상으로 전보될 수 있고, 달리 금전적 손해배상의 방법으로는 그 손해를 회복하기 어려운 특별한 사정이 없는 반면, 상대방의 협력 없이 그 계약의 이행 자체를 강제적으로 관철하기 어려운 성질의 계약인 경우에는 그 계약위반 및 이로 인한 손해를 주장·입증하여 손해배상의 권리구제를 받는 것은 별론으로 하고, 계약의 이행을 전제로 하는 가처분에 대한 보전의 필요성을 인정함에는 한층 신중을 기할 필요가 있다(대법원 2022. 2. 8.자 2021마6668 결정; 공동주택신축사업의 시행사인 채무자와 시공자인 채권자 사이에 공사도급계약 체결에 관한 개괄적인 내용과 기준을 규정한 약정에 대하여 채무자가 한 해지통보의 효력정지를 채권자가 구한 가처분 사건에서, 위 약정에 따라 구체적인 공사도급계약이 체결되고 그에 기하여 시공자로서의 공사대금 상당 수익금 및 기준 분양가를 초과하는 분양수입금 중 40% 상당의 수익금에 대한 채권자의 기대와 신뢰는 위 약정에 근거하여 보호받을 수 있는 법적 이익에 해당하므로, 해지통보의 효력정지를 구한 피보전권리는 존재하나, 보전의 필요성은 인정되지 않는다고 한 예).

3176) 민법 제549조(원상회복의무와 동시이행) 제536조의 규정은 전조의 경우에 준용한다.
동시이행관계가 부정된 사례로는 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다53866 판결(매도인의 매매대금반환의무는 매매계약 해제로 인한 원상회복의무인 반면 상대방의 소유권이전등기 말소사무는 매매계약 해제로 인하여 발생한 것이 아니라 매매계약이 이미 해제되었음에도 상대방이 원인 없이 소유권이전등기를 함으로써 발생한 것인 경우, 양 의무는 별개의 발생원인에 기한 것이어서 이행상의 견련관계가 없다고 한 예) 참조.

3177) 대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결: 매매계약 해제로 인한 매수인의 원상회복의무(임야 점유 부분 및 그 점유·사용이익의 각 반환의무)와 매도인의 계약금반환의무, 위약금지급의무가 동시이행관계에 있다고 한 예.

3178) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다63267 판결.

3179) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다21569 판결.

3180) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다34143 판결.

방이 한 계약해제의 효과로서 발생하는 손해배상책임을 지거나 매매계약에 따른 계약금의 반환을 받을 수 없는 불이익을 면하기 위하여 착오를 이유로 한 취소권을 행사하여 위 매매계약 전체를 무효로 돌리게 할 수 있다.³¹⁸¹⁾

5) 제3자 보호 규정

계약해제의 소급효는 제3자의 권리를 해할 수 없다(민법 제548조 제1항 단서).³¹⁸²⁾
³¹⁸³⁾ 이때 계약해제의 소급효가 제한되는 ‘제3자’는 일반적으로 그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기, 인도 등으로 권리를 취득한 사람을 말한다.³¹⁸⁴⁾ 계약이 해제될 가능성이 있다는 것을 알았거나 알 수 있었는지 여부는 제3자 보호 여부와 관계없다.³¹⁸⁵⁾

‘제3자’에 해당하는 예로는, ① 양수인으로부터 전득하면서 양도인으로부터 바로 소유권이전등기를 마친 사람,³¹⁸⁶⁾ ② 양수인으로부터 임차하여 대항요건을 갖춘 주택임차인,³¹⁸⁷⁾ ③ 양수인의 책임재산이 된 계약 목적물에 대한 가압류권자나³¹⁸⁸⁾ 체납처분의 일

3181) 대법원 1996. 12. 6. 선고 95다24982 판결.

3182) 즉, 계약해제 이전에 계약으로 인하여 생긴 법률효과를 기초로 하여 새로운 권리를 취득한 제3자가 있을 때에는 그 계약해제의 소급효는 제한을 받아 그 제3자의 권리를 해하지 아니하는 한도에서만 생긴다.

3183) 이는 상속재산 분할협의 등 계약이 ‘합의해제’된 경우(대법원 2004. 7. 8. 선고 2002다73203 판결), 실권특약부 계약이 그 특약에 의하여 소급적으로 실효되는 경우(2000다584)에도 적용된다.

3184) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다244976 판결.

3185) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결(주식회사 A가 2003. 10. 29. 건물 및 대지 등의 매수인인 주식회사 B에게 매매계약의 해제를 통보하기 전에 원고가 2003. 10. 22.자로 건물 및 대지 등에 관하여 가등기를 마친 사안에서, 원고는 위 매매계약의 해제 사실을 알았는지 여부와 관계없이 민법 제548조 제1항 단서 소정의 제3자에 해당하므로, A는 원고에게 위 해제의 효과를 주장할 수 없다고 판단한 예).

3186) 제1심 공동피고가 원고와의 교환계약에 의하여 취득한 토지를 피고가 소외인을 거쳐 전득하고 자신의 앞으로 바로 소유권이전등기를 마쳤다면 피고는 원고가 해제되었다고 주장하는 위 교환계약으로부터 생긴 법률적 효과를 기초로 하여 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기를 마침으로써 완전한 권리를 취득한 자로서 민법 제548조 제1항 단서 소정의 제3자에 해당한다(96다44860).

3187) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다38908, 38915 판결; “매매계약의 이행으로 매매목적물을 인도받은 매수인은 그 물건을 사용·수익할 수 있는 지위에서 그 물건을 타인에게 적법하게 임대할 수 있으며, 이러한 지위에 있는 매수인으로부터 매매계약이 해제되기 전에 매매목적물인 주택을 임차받아 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 제3조 제1항에 의한 대항요건을 갖춘 임차인은 민법 제548조 제1항 단서의 규정에 따라 계약해제로 인하여 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당하므로 임대인의 임대권원의 바탕이 되는 계약의 해제에도 불구하고 자신의 임차권을 새로운 소유자에게 대항할 수 있다.” ◀ 이는 임대인의 소유권 취득을 요건으로 하지 않았고 따름판례인 2008다65617도 동일한데, 이로써 임대인의 소유권 취득을 요건으로 했던 95다32037, 96다17653는 사실상 판례변경된 것으로 볼 수 있다. ▶ 매도인이 매매대금을 모두 지급받기 전에 매수인에게 소유권이전등기를 경료하면서 매매계약이 해제될 경우 매수인이 매도인에게 소유권이전등기를 하여 주기로 하는 별도의 약정을 하고 위 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가등기를 마친 경우, 위 가등기 후에 상가건물 임대차보호법상 대항력을 취득한 임차인은 그 후 가등기에 기하여 본등기를 마친 매도인에 대하여 임대차의 효력으로써 대항할 수 없다(2007다25599).

3188) 해제된 계약에 의하여 채무자의 책임재산이 된 계약의 목적물을 가압류한 가압류채권자는 그 가압류에 의하여 당해 목적물에 대하여 잠정적으로 그 권리행사만을 제한하는 것이나 종국적으로는 이를 환가하여 그 대금으로 피보전채권의 만족을 얻을 수 있는 권리를 취득하는 것이므로 그 권리를 보전하기 위하여서는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에는 위 가압류채권자도 포함된다고 보아야 한다(99다40937). ⇔ 다만, 양수인 소유 명의의 부동산에 대한 가압류 집행에 앞서, 양도인이 양수인 명의 소유권이전등기의 말소등기청구권을 보전하기

환으로 압류등기한 자,³¹⁸⁹⁾ ④ 매수인과 매매예약을 체결한 후 그에 기한 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기를 마친 사람,³¹⁹⁰⁾ ⑤ 제3자를 위한 계약에서 요약자로부터 동산을 인도받은 수익자³¹⁹¹⁾ 등이 있다.

‘제3자’에 해당하지 않는 예로는, ① 계약상 채권의 양수인,³¹⁹²⁾ ② 계약상 채권 자체를 압류 또는 전부한 채권자,³¹⁹³⁾ ③ 계약상 채권(소유권이전등기청구권)을 양수하여 이를 피보전권리로 처분금지가처분결정을 받은 사람,³¹⁹⁴⁾ ④ 건축주 허가 명의만을 양수한 자,³¹⁹⁵⁾ ⑤ 미등기 무허가건물을 매수하여 무허가건물관리대장에 소유자로 등재한 자,³¹⁹⁶⁾ ⑥ 매매 토지 위에 신축된 건물의 매수인³¹⁹⁷⁾ 등이 있다.

계약 해제로 인한 원상회복등기 등이 이루어지기 이전에 해약당사자와 양립되지 아니하는 법률관계를 가지게 되었고 계약 해제 사실을 몰랐던 제3자에 대하여는 계약 해제를 주장할 수 없는데(결국, 보호되는 제3자의 범위는 ① 해제 이전의 권리취득자, ② 해제 후 원상회복등기 전 ‘선’의 권리취득자가 된다), 이 경우 제3자가 악의라는 사실의 주장·증명책임은 계약 해제를 주장하는 자에게 있다.³¹⁹⁸⁾

위한 처분금지가처분등기를 마친 다음, 양수인을 상대로 계약 해제를 원인으로 소유권이전등기 말소등기의 승소확정판결을 받은 경우, 위 가압류는 결국 말소될 수밖에 없으므로, 위 가압류채권자는 민법 제548조 제1항 단서에서 말하는 제3자로 볼 수 없고, 위 승소확정판결이 전부 승소판결이 아닌 매매대금 반환과의 동시이행판결인 경우도 마찬가지이다(2003다33004).

3189) 실권특약부 매매계약에 기하여 매수인 앞으로 소유권이전등기가 종료되어 매수인의 책임재산이 된 토지를 채납 처분의 일환으로 압류하고 그 등기까지 마친 자는 위 토지를 환가하여 그 대금으로 채권의 만족을 얻을 수 있는 별개의 새로운 권리를 취득하였으므로 민법 제548조 제1항 단서 소정의 제3자에 포함되고, 따라서 매도인은 실권특약에 의한 계약의 실효나 계약해제의 효과 등으로써 위 압류채권자에게 대항할 수 없다(2000다584).

3190) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다14569 판결.

3191) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다244976 판결: “제3자를 위한 계약에서도 낙약자와 요약자 사이의 법률관계(기본관계)에 기초하여 수익자가 요약자와 원인관계(대가관계)를 맺음으로써 해제 전에 새로운 이해관계를 갖고 그에 따라 물기, 인도 등을 마쳐 권리를 취득하였다면, 수익자는 민법 제548조 제1항 단서에서 말하는 계약해제의 소급효가 제한되는 제3자에 해당한다고 봄이 타당하다.”[원고(요약자, 함포제작회사)가 피고(낙약자, 군함건조회사)와의 함포납품계약(제3자를 위한 계약)에 따라 군함장착용 함포를 제작하여 피고의 조선소에 납품함으로써 수익자인 피고 승계인수인(방위사업청)이 피고와의 점유매개관계를 통하여 원고로부터 함포를 인도받아 그 소유권을 취득하였으므로, 피고 승계인수인은 계약해제의 소급효가 제한되는 제3자에 해당하고, 원고가 그 후 대금 지급 지체를 이유로 함포납품계약을 해제하였다고 하더라도 원고는 피고 승계인수인에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하여 함포의 반환을 구할 수 없다고 한 예] ● 2005다7566,7573은 “제3자를 위한 계약에서의 제3자가 계약해제 시 보호되는 민법 제548조 제1항 단서의 제3자에 해당하지 않음은 물론”이라는 상치되는 판시를 한 적이 있다.

3192) 아파트 분양신청권 전전매수자(95다49882). 분양대금채권을 양도받은 사람(2000다22850).

3193) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다51685 판결(매수인의 소유권이전등기청구권을 가압류·압류한 사람).

3194) 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다23433 판결.

3195) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다19156 판결.

3196) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다64782 판결.

3197) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다카16761 판결.

3198) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결: 매도인 원고의 원상회복청구에 대하여, 전득자 피고가 매매계약이 해제된 것을 모르고 양도받아 소유권이전등기를 마쳤으므로 계약 해제의 소급효가 미치지 않는다고 주장한

‘제3자’에 해당하는지는 다른 청구원인 사실 자체에서 드러나는 경우가 많아 통상의 경우 주장·증명책임이 문제되지 아니한다.³¹⁹⁹⁾

계약 해제 시 원상회복 방법으로 매도인에게 소유권이전등기를 하기로 하는 ‘약정’에 따른 청구권을 보전하기 위한 ‘가등기’가 된 경우, 그 가등기 후 본등기 전에 된 제3자 명의의 소유권이전등기는 후일 가등기에 기한 본등기가 마쳐지면 말소를 면할 수 없다.³²⁰⁰⁾

사안에서, 원심이, 계약 해제가 있을 후 그 해제에 의하여 말소등기 등이 있기 전에 새로운 이해관계를 갖게 된 자가 계약 해제의 효과를 주장하는 계약당사자에게 대항하기 위해서는 이해관계를 가질 당시 계약 해제 사실을 몰랐던 점을 입증할 책임이 있다고 전제한 후, 피고가 계약 해제 사실을 몰랐던 선의의 제3자라고 추인 하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 원심판결에는 입증책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 예.

3199) ○ 예컨대, 매도인 원고가 매매계약 해제를 원인으로 매수인과 전득자를 상대로 그 각 명의의 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 경우, 전득자가 ‘제3자’에 해당함은 청구원인 사실 자체에서 이미 가려져, 전득자가 해제 전 이전등기자라면 민법 제548조 제1항 단서의 적용으로 전득자에 대한 말소등기청구는 주장 자체로 이유 없는 것이 되고, 전득자가 해제 후 이전등기자라면 판례의 해석론에 따라 전득자의 악의 사실까지 청구원인 사실로 주장·증명되어야 인용될 수 있다.

○ 90다카16761은, 원고의 피고에 대한 건물철거 등 청구 사건에서, “원고는 소외 회사에게 이 사건 토지를 매도하였다가 대금지급을 받지 못하여 그 매매계약을 해제하였고, 피고는 소외 회사로부터 이 사건 토지 위에 신축된 건물을 매수하였다는 것이므로 피고는 위 계약해제로 권리를 침해당하지 않을 제3자에 해당할 수 없는 것이고, 뿐만 아니라 이 점에 관한 소론 주장은 원심에 이르기까지 주장한 바도 없는 새로운 주장이어서 적절한 상고이유가 될 수도 없는 것이다.”라고 하여, 원고의 토지 소유권에 기초한 지상건물 철거청구에 대하여 피고가 토지 매매계약 해제에 대해 보호되는 ‘제3자’에 해당함을 주장하여야 함을 보여주고 있다.

○ 99다40937은, 원고가 매매계약을 적법하게 해제함으로써 그 계약에 의하여 소외인 앞으로 소유권이전등기 되었던 부동산의 소유권이 소급하여 원고에게 복귀되었으니, 소외인에 대한 금전채권을 보전하기 위하여 위 부동산에 대하여 한 피고의 가압류집행은 소외인 아닌 원고 소유의 부동산에 대하여 한 셈이 되어 결과적으로 부당하므로 불허되어야 한다는 원고의 제3자이의의 소에 대하여, “계약해제에 의하여 그 권리를 해할 수 없는 제3자에는 그 계약에 기한 급부의 목적인 부동산을 가압류한 가압류채권자도 포함되므로 원고는 피고에 대하여 계약해제의 소급효를 주장할 수 없고, 따라서 원고의 위 주장은 그 주장 자체로 이유 없다”고 판단한 원심의 판단을 수긍하면서, “계약해제의 효과를 가지고 가압류채권자에게 대항할 수 있는지의 여부에 관한 원고의 주장은 사실상의 주장이 아니라 법률상의 주장이므로 그에 관하여는 의제자백이 성립할 여지가 없다. 따라서 원심이 계약해제에 의하여 그 권리를 해할 수 없는 제3자에는 가압류채권자도 포함된다고 판단하여 그에 관한 원고의 주장을 배척한 조치는 피고가 원고의 사실상의 주장을 명백히 다투었는지의 여부와 관계없이 정당하고, 거기에 의제자백에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.”고 하여, 위 90다카16761 판결과 배치되는 듯한 판시를 하고 있으나, 위 99다40937 판결 사안의 경우는 위 90다카16761의 사안과 달리 원고의 청구원인 주장사실 속에 ‘피고가 해제로 권리를 침해당하지 않을 제3자에 해당하는 가압류권자’라는 점이 이미 드러나 있어 결국 원고의 주장이 그 자체로 이유 없게 되는 결과에 이른다고 이해함이 타당하다. 다만, 위 99다40937의 판시와 같이 ‘계약해제의 효과를 가지고 가압류채권자에게 대항할 수 있는지의 여부에 관한 원고의 주장’이 사실상의 주장을 포함하지 않고 전적으로 ‘법률상의 주장’이라고만 봄은 의문이다.

3200) 제3자에게 소유권이전등기가 경료된 뒤에 계약이 해제된 경우에는 계약해제의 효과로서 당연히 그 소유권이 매도인에게 복귀하지 아니하므로 매도인은 소유권에 기하여 매수인 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없지만, 그 매매계약 당시 계약당사자 사이에 ‘계약이 해제되면 매수인은 매도인에게 소유권이전등기를 하여 주기로 하는 약정’이 있었다면, 매도인은 그 약정에 기하여 매수인에게 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있고, 매도인의 위와 같은 소유권이전등기청구권은 물건변동을 목적으로 하는 청구권으로서 가등기에 의하여 보전될 수 있으며, 가등기는 본등기의 순위를 보전하는 효력이 있어, 후일 가등기에 기한 본등기가 마쳐진 때에는 본등기의 순위가 가등기할 때로 소급함으로써 가등기 후 본등기 전에 이루어진 중간처분은 실효 되기 때문이다. 위와 같은 가등기가 된 뒤에 계약당사자가 아닌 제3자가 취득한 권리는 이미 이루어진 가등기에 의하여 보전된 청구권에 기한 본등기가 마쳐지면 실효될 가능성을 띤 상태에서 취득한 권리고, 그 제3자의 지위는 가등기에 의하여 순위가 보전된 매도인의 권리보다 앞설 수는 없으며, 위와 같이 매매계약 당사자 사이

판례 중에는, ‘해제조건부’ 증여로 인한 소유권이전등기를 마친 경우, 그 조건이 등기되어 있지 않는 한, 조건성취 전 수증자의 처분행위로 인하여 권리를 취득한 제3자에게는 위 처분행위의 무효를 대항할 수 없다고 한 것이 있다.³²⁰¹⁾

6) 약정해제와 해약금 해제

약정해제에 의한 해제의 요건사실은, ① ‘해제권 유보의 약정 사실’, ② ‘약정상 해제권 발생 요건사실의 발생 사실’, ③ ‘해제의 의사표시 및 그 도달 사실’이다.

민법 제565조³²⁰²⁾의 해약금 해제는 약정해제의 일종이다.

해약금 해제를 항변하는 피고로서는 그 요건사실인 ① ‘매매계약 체결 시 계약금이 교부된 사실’,³²⁰³⁾ ② ‘매도인이 계약금 배액을 상환하거나 그 이행제공한 사실’,³²⁰⁴⁾ 또는

의 약정에 의하여 생긴 매도인의 소유권이전등기청구권은 계약해제의 소급효 그 자체에 의하여 생긴 것이 아니므로 그 등기청구권의 실현과 계약해제의 소급효 제한에 관한 민법 제548조 제1항 단서의 규정은 직접적으로 관련이 없다(81다카1110).

3201) 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다5584 판결: “해제조건부증여로 인한 부동산소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 그 해제조건이 성취되면 그 소유권은 증여자에게 복귀한다고 할 것이고, 이 경우 당사자간에 별단의 의사표시가 없는 한 그 조건성취의 효과는 소급하지 아니하나, 조건성취 전에 수증자가 한 처분행위는 조건성취의 효과를 제한하는 한도 내에서는 무효라고 할 것이고, 다만 그 조건이 등기되어 있지 않는 한 그 처분행위로 인하여 권리를 취득한 제3자에게 위 무효를 대항할 수 없다.” cf. 민법 제147조(조건성취의 효과) ② 해제조건있는 법률행위는 조건이 성취한 때로부터 그 효력을 잃는다. 제148조(조건부권리의 침해금지) 조건있는 법률행위의 당사자는 조건의 성부가 미정한 동안에 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 이익을 해하지 못한다. ■ 실권특약부 계약이 그 특약에 의하여 소급적으로 실효된 경우, 민법 제548조 제1항 단서가 적용된다는 판례(2000다584)와는 정합적이지 않다. ◆ 한편, 농지 미분배를 ‘해제조건’(법정조건)으로 한 구 농지개혁법에 의한 국가의 미자경 농지 취득 후에 농지 미분배가 확정되어 원소유자에게 소유권이 환원되는 경우에는, 원인무효인 국가명의로의 소유권이전등기에 근거하여 제3자가 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 민법 제548조 제1항 단서가 적용 또는 유추적용되지 않는다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다294186 판결).

3202) 민법 제565조(해약금) ① 매매의 당사자 일방이 계약 당시에 금전 기타 물건을 계약금, 보증금 등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자 간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다. ② 제551조의 규정은 전항의 경우에 이를 적용하지 아니한다.

3203) ◎ 계약금계약

○ 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결: “주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 경우에는 민법 제565조 제1항의 규정에 따라 임의 해제를 할 수 있기는 하나, 계약금계약은 금전 기타 유가물의 교부를 요건으로 함으로 단지 계약금을 지급하기로 약정한 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 계약금약정을 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 해제할 수는 없다 할 것이다.” ⇨ 원심이, 계약금 계약은 요물계약이기 때문에 약정에 따른 계약금이 지급되기 전까지는 계약당사자 어느 일방도 그 계약에 구속되지 않고 자유로이 이를 파기할 수 있도록 계약해제권이 유보되어 있다는 것을 전제로 판단한 데 대하여, 대법원은, “계약금이 교부되지 아니한 이상 아직 계약금계약은 성립되지 아니하였다고 할 것이니, 매도인 측은 매수인인 원고의 채무불이행이 없는 한 이 사건 매매계약을 임의로 해제할 수 없다고 할 것이므로, 이 사건 계약금을 수령하기 전에 피고 측이 일방적으로 한 이 사건 매매계약 해제의 의사표시는 부적법하여 효력이 없다”라고 한 예.

○ 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결: “계약금 일부만 지급된 경우 수령자가 매매계약을 해제할

‘매수인이 계약금 반환청구권 포기의 의사표시를 한 사실’, ③ ‘매매계약 해제 의사표시 및 그 도달 사실’³²⁰⁵⁾을 주장·증명하여야 한다.³²⁰⁶⁾

이에 대하여 해제의 효력을 다투는 원고로서는 ‘재항변’ 사유로서 ‘계약금을 해약금으로 하지 않기로 약정한 사실(민법 제565조 제1항 소정의 ‘다른 약정’에 해당하는 ‘해약금 해제 배제 약정’),³²⁰⁷⁾ 또는 ‘당사자 일방이 해제의 의사표시가 있기 전에 이행에 착수한 사실’ 등을 주장할 수 있고, 피고로서는 ‘재재항변’ 사유로서 ‘해약금 해제 배제 약정의 실효’,³²⁰⁸⁾

수 있다고 하더라도, 그 해약금의 기준이 되는 금액은 ‘실제 교부받은 계약금’이 아니라 ‘약정 계약금’이라고 봄이 타당하다. ‘실제 교부받은 계약금’의 배액만을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다면 이는 당사자가 일정한 금액을 계약금으로 정한 의사에 반하게 될 뿐 아니라, 교부받은 금액이 소액일 경우에는 사실상 계약을 자유로이 해제할 수 있어 계약의 구속력이 약화되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.”

○ 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다9251 판결: “원고의 사정으로 그 날 계약금을 마련하지 못하여 피고에게 실제로는 그 다음날 10:00경 계약금을 지급하기로 하면서도 형식상 원고로부터 계약금을 받은 것으로 하고 피고가 다시 이를 원고에게 보관한 것으로 하여 원고가 피고에게 현금보관증을 작성교부하였다면 위 계약금은 계약해제권유보를 위한 해약금의 성질을 갖는다 할 것이고 원·피고사이에는 적어도 다음날 10:00까지는 계약금이 현실로 지급된 것과 마찬가지로의 구속력을 갖게 된 것이라고 할 것이어서 당사자는 약정된 계약금의 배액 상환 또는 포기 등에 의하지 아니하는 한 계약을 해제할 수 없기로 약정한 것으로 보는 것이 상당하다.”

○ 대법원 1994. 11. 11. 선고 94다17659 판결: “매매계약 당사자의 일방 또는 쌍방이 이행에 착수한 후에 당초 매매계약의 내용을 그대로 유지하면서 다만 이미 수수된 계약금과 중도금의 합계 금액을 새로이 계약금으로, 나머지 미지급 금액을 잔금으로 하고 그 잔금지급일자를 새로이 정하는 내용의 재계약을 체결하였다 하더라도, 당사자 간에 다른 약정이 없는 한 당사자 일방이나 상대방이 새로이 결정된 위 계약금의 배액상환 또는 포기로써 해제권을 행사할 수는 없다.”

3204) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2020다213364 판결: “매도인이 받은 계약금의 배액을 매수인에게 상환하거나 적어도 그 이행제공을 하지 않으면 이 조항에 따라 해제할 수 없다. 원심은, 매도인인 피고가 매수인인 원고에게 계약금의 배액을 상환하고 이 사건 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였거나 계약금의 배액에 관한 이행제공을 하였다고 인정할 증거가 없으므로, 피고가 민법 제565조 제1항에 따라 이 사건 매매계약을 해제한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 원심판결은 위에서 본 법리에 따른 것으로 정당하고” ■ 계약금 배액의 이행의 제공이 있으면 촉하고 상대방이 이를 수령하지 아니한다 하여 이를 공탁하여야 유효한 것은 아니다(91다2151).

3205) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결: “매도인이 민법 제565조에 의하여 계약을 해제하고자 하는 경우에는 계약금의 배액을 제공하고 하여야 할 것이나, 이 해약금의 제공이 적법하지 못하다면 해제권을 보유하고 있는 기간 안에 적법한 제공을 한 때에 계약이 해제된다고 볼 것이고, 또 매도인이 계약을 해제하기 위하여 계약금의 배액을 공탁하는 경우에는 그 공탁원인사실에 계약해제의 의사가 포함되어 있다고 할 것이므로, 상대방에게 그 공탁통지가 도달한 때에는 계약해제 의사표시가 있었다고 보는 것이 옳을 것이다.”

3206) 주장책임: 매수인이 매도인에게 ‘아파트 신축사업 불가능으로 인한 해제 특약’을 내세워 해제통지를 하였을 뿐만 아니라 당시 명시적으로 계약금의 반환을 요구하였고, 후에 매도인을 상대로 계약 취소를 원인으로 한 계약금 반환 청구 소송까지 제기한 경우, 해제 통지에 계약금을 포기하고서라도 계약을 해제하겠다는 뜻이 포함되어 있다고 보기 어려우므로, 매수인의 해제통지는 매매계약의 특약에 따른 약정해제권을 행사하는 취지이지, 해약금약정에 기한 해제권 행사로 볼 수는 없다(2007다24930).

3207) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008다50615 판결: “민법 제565조의 해약권은 당사자 간에 다른 약정이 없는 경우에 한하여 인정되는 것이고, 만일 당사자가 위 조항의 해약권을 배제하기로 하는 약정을 하였다면 더 이상 그 해제권을 행사할 수 없는 것이다. … 위 해제권을 배제하는 취지로 볼 수 있는 조항이 있고, 원고들은 … 민법 제565조의 해제권을 배제하는 약정을 하였으므로 피고로서는 계약금의 배액을 반환하는 방법으로 이를 해제할 수 없다고 주장한 바 있음이 명백하다. … 원고들 주장과 같은 해제권 배제약정이 있는지 여부에 관하여 심리·판단하여야”

3208) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다41153 판결: “일반적으로 대규모 아파트건설사업을 진행하는 사업자로서는 그 사업부지 내의 다수의 토지를 취득하여 확보하고 있어야 하는데 만약 그 사업추진 도중에 부지의 매도인들이 단지 계약금의 배액상환이라는 방법으로 의하여 매매계약을 해제할 수 있다면 아파트건설사업 전체의 수행이 어렵게 되는 심각한 결과를 초래하게 될 것인 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 매매계약에는 해약금(계약금의

‘이행기 전에는 이행에 착수하지 않기로 하는 특약’이나 ‘이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정’의 존재를 주장할 수 있다.

‘해약금 해제 전 이행 착수’³²⁰⁹⁾의 재항변에서, ‘이행의 착수’는 객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 정도로 채무 이행행위의 일부를 하거나 또는 이행을 하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우를 말하는 것으로서, 단순히 이행의 준비를 하는 것으로는 부족하지만, 반드시 계약 내용에 들어맞는 이행의 제공에까지 이르러야 하는 것은 아니고,³²¹⁰⁾

배액상환)에 의한 계약 해제를 배제하는 당사자 사이의 약정이 있다고 봄이 상당하다. 그리고 위 특약에 의한 해제의 제한은 아파트건설사업의 원활한 수행을 위한 것인 만큼, 원고의 아파트건설사업의 추진이 합리적 이유도 없이 상당기간 이상 지체되거나 사업추진 자체가 객관적으로 불가능한 것으로 보이는 사정이 발생한 경우에는 위 해약 금지의 특약도 실효된다고 볼 소지가 없는 것은 아니지만, 위에서 본 바와 같이 원고의 아파트건설사업의 규모 등에 비추어 그 사업계획승인을 얻기 위하여는 상당한 기간이 소요될 것으로 예상되고, 피고 등이 이 사건 매매계약이 그러한 사업의 추진을 위한 것임을 충분히 알고 그에 협조하기로 하여 계약을 체결하였던 점에다가, 기록상 나타나는 원고의 사업추진노력 및 관련 분쟁의 경과 등을 모두 종합하여 보면, 이 사건 계약 해제 당시는 매매계약 체결 후 불과 1년 2, 3개월이 경과한 시점으로서 그 사이 원고가 사업부지 내 일부 매도인 등과 분쟁이 발생하였거나 위 사업계획의 승인을 받지 못하고 있었다는 사정들만으로는, 당시 원고의 사업추진이 합리적 이유 없이 상당기간 이상 지체되었다거나 객관적으로 불가능하게 되었다고 보기에 부족하다. 결국, 피고 등의 이 사건 계약 해제는 위 해약 제한의 특약에 반하여 행하여진 것으로서 그 효력이 없다고 할 것이다. ... 원심은, 이 사건 매매계약에는 해약금에 의한 계약 해제를 배제하는 당사자 간의 약정이 있다고 인정하고서도, 그 판시와 같은 사정만을 들어 위 특약의 효력이 실효되었다고 보고, 피고 등의 이 사건 계약 해제가 적법하다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 ... 위법이 있다.”

3209) 민법 제565조가 해제권 행사의 시기를 당사자 일방이 이행에 착수할 때까지로 제한한 것은 당사자 일방이 이미 이행에 착수한 경우 필요한 비용을 지출하였을 것임은 물론 계약이 이행될 것으로 기대하고 있다고 볼 수 있으므로, 이 단계에서 상대방이 계약을 해제함에 따라 입게 될 불측의 손해를 방지하기 위함이다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다256624 판결).

3210) ○ ‘이행의 착수’를 긍정한 예: ① 주권발행 전 주식의 매매에 있어서 매도인이 회사에 대하여 주식의 양도사실을 통지하거나 통지하기 위하여 필요한 전제행위를 하는 경우(2007다72274, 72281), ② 이행기 전의 중도금 제공(2004다11599), ③ 매매계약 당시 매수인이 중도금 일부의 지급에 갈음하여 매도인에게 제3자에 대한 대역금채권을 양도하기로 약정하고, 그 자리에 제3자도 참석한 경우(2005다39594), ④ 공장설립부지로 사용하기 위하여 토지를 매수한 매수인에게 매도인이 자신 명의로 받아 두었던 공장설립허가 명의변경에 필요한 토지사용승낙서와 인감증명서를 제공한 경우(2004다52392), ⑤ 매수인이 매도인의 동의하에 매매계약 당시 계약금 및 중도금 지급을 위하여 은행도어음을 교부한 경우(2002다46492), ⑥ 매수인이 중도금 및 잔금 중 일부를 적법하게 변제공탁한 경우(91다25369), ⑦ 매도인이 매매계약 체결 시 중도금 지급기일에 그 소유의 다른 부동산에 대하여 매수인 앞으로 근저당권을 설정하여 주고 중도금을 지급하기로 약정하였고, 매수인의 대리인이 약정된 중도금 지급기일에 그 지급을 위하여 중도금을 마련하여 가지고 매도인의 처를 만나 중도금 지급에 앞서 위 약정과 같이 근저당권을 설정하여 줄 것을 요구하였으나 매도인의 처가 우여곡절 끝에 결국 이에 응하지 아니할 뜻을 밝히면서 중도금 지급만을 요구하자 중도금을 지급하지 아니한 채 돌아온 경우(93다56954), ⑧ 토지의 매수인이 매매계약상의 잔금지급기일에 잔금 2,700,000원을 지참하고 매도인을 찾아가 이를 매도인에게 지급하려고 하였으나 매도인이 그때까지 위 토지에 관하여 경료되어 있는 근저당권설정등기의 말소 및 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 준비하지 아니한 것을 알고 매도인에게 잔금 2,700,000원 중 우선 중도금조로 1,000,000원만을 지급하고 나머지 1,700,000원은 위 근저당권설정등기의 말소 및 소유권이전등기에 필요한 서류가 모두 준비되면 위 각 서류를 교부받음과 동시에 지급하겠다고 제의하였으나 매수인이 이를 거절하자 위 잔금을 지급하지 아니한 채 그대로 돌아간 경우(93다11968).

○ ‘이행의 착수’를 부정한 예: ① 토지거래허가신청을 하고 그에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받은 것(2008다62427: “여기서의 ‘이행’의 개념을 이행지체와 해제에 관한 민법 제544조 소정의 ‘이행’의 개념과 달리 볼 아무런 근거가 없고, 한편 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 소정의 토지거래계약에 관한 허가구역으로 지정된 구역 안에 위치한 토지에 관하여 매매계약이 체결된 경우 당사자 사이에는 그 매매계약이 효력이 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있는 것이지만, 이러한 의무는 그 매매계약의 효력으로서 발생하는 매도인의 재산권이전 의무나 매수인의 대금지급 의무와는 달리 신의칙상의 의무에 해당하는 것이어서 당사자

이행기의 약정이 있더라도 당사자가 채무의 '이행기 전에 착수하지 아니하기로 하는 특약'³²¹¹⁾을 하는 등의 '특별한 사정'³²¹²⁾(재재항변 사유)이 없는 이상, 이행기 전에 이행에 착수할 수 있으며,³²¹³⁾ 이행에 착수한 '당사자의 일방'은 당사자 쌍방 중 어느 일방을 지칭하는 것이고 상대방에 국한하여 해석할 것은 아니므로 해제권의 행사를 주장하는 당사자가 이행에 착수한 경우에도 역시 해제권을 행사할 수 없다.³²¹⁴⁾

7) 사정변경에 의한 해제

사정변경을 이유로 한 해제·해지의 요건사실은, ① '계약 성립의 기초가 된 사정의 현저한 변경', ② '당사자가 계약의 성립 당시 ①사실을 예견할 수 없었을 것',³²¹⁵⁾ ③ '계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약을 체결

쌍방이 위 협력의무에 기초해 토지거래허가신청을 하고 이에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받았다 하더라도, 아직 그 단계에서는 당사자 쌍방 모두 매매계약의 효력으로서 발생하는 의무를 이행하였거나 이행에 착수하였다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 단계에서 매매계약에 대한 이행의 착수가 있다고 보아 민법 제565조의 규정에 의한 해제권 행사를 부정하게 되면 당사자 쌍방 모두에게 해제권의 행사 기한을 부당하게 단축시키는 결과를 가져올 수도 있으므로, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 소정의 토지거래계약에 관한 허가구역으로 지정된 구역 안의 토지에 관하여 매매계약이 체결된 후 계약금만 수수된 상태에서 당사자가 토지거래허가신청을 하고 이에 따라 관할관청으로부터 그 허가를 받았다 하더라도 그러한 사정만으로는 아직 이행의 착수가 있다고 볼 수 없어 매도인으로서 민법 제565조에 의하여 계약금의 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다고 할 것이다.”), ② 매도인이 매수인에게 매매계약의 이행을 최고하고 매매잔대금의 지급을 구하는 소송을 제기한 것(2007다72274, 72281), ③ 유동적 무효 상태인 매매계약에 있어서 매수인이 토지거래허가 협력의무 이행의 소를 제기한 것(97다9369), ④ 이행기가 되기 전에 잔대금 수령을 최고한 행위(79다1663).

3211) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다256624 판결: “부동산 매매계약에서 중도금 또는 잔금 지급기일은 일반적으로 계약금에 의한 해제권의 유보기간의 의미를 가진다고 이해되고 있으므로, 계약에서 정한 매매대금의 이행기가 매도인을 위해서도 기한의 이익을 부여하는 것이라고 볼 수 있다면, 채무자가 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 할 수 있다. 이에 해당하지는 지 여부: 채무 내용, 이행기가 정하여진 목적, 이행기까지 기간의 장단 및 그에 관한 부수적인 약정의 존재와 내용, 채무 이행행위를 비롯하여 당사자들이 계약 이행과정에서 보인 행위의 태양, 이행기 전 이행행위가 통상적인 계약의 이행에 해당하기보다 상대방의 해제권의 행사를 부당하게 방해하기 위한 것으로 볼 수 있는지, 채권자가 채무자의 이행의 착수에도 불구하고 계약을 해제하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수 있는지 등 여러 가지 사정을 종합하여 구체적으로 판단해야 한다.” ☞ 아파트분양권 매매계약에서 중도금 지급 약정 없이 잔금 지급기일을 정하면서, 시공사의 일정 및 상호협의 아래 이를 앞당길 수 있도록 한 ‘사전 지급에 관한 특약’까지 명시한 점 등을 종합해 볼 때, 잔금 지급기일과 관련하여 매도인(피고)에게도 기한의 이익이 인정되므로 매수인(원고)이 잔금 지급기일 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 한 다음, 잔금 지급기일이 도래하기 전에 원고가 잔금 중 일부를 일방적으로 지급한 사정만으로 잔금 지급의 이행에 착수하였거나 피고의 계약해제권이 소멸하였다고 볼 수 없으므로, 위 계약은 피고의 계약금 배액의 제공 및 해제 의사표시에 따라 적법하게 해제되었다고 본 예.

3212) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92다31323 판결: 매도인이 민법 제565조에 의하여 계약을 해제한다는 의사표시를 하고 일정한 기한까지 계약금의 수령을 최고하며 기한을 넘기면 공탁하겠다고 통지를 한 사안에서, 매수인이 이행기 전에 이행에 착수할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 판시.

3213) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다256624 판결.

3214) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다62074 판결.

3215) 사정변경에 대한 예견가능성이 있었는지는 추상적·일반적으로 판단할 것이 아니라, 구체적인 사안에서 계약의 유형과 내용, 당사자의 지위, 거래경험과 인식가능성, 사정변경의 위험이 크고 구체적인지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 이때 합리적인 사람의 입장에서 볼 때 당사자들이 사정변경을 예견했다면 계약을 체결하지 않거나 다른 내용으로 체결했을 것이라고 기대되는 경우 특별한 사정이 없는 한 예견가능성이 없다고 볼 수 있다(대법원 2021. 6. 30. 선고 2019다276338 판결).

한 목적을 달성할 수 없는 경우일 것’,³²¹⁶⁾ ④ ‘해제·해지의 의사표시 및 그 도달’이다.
‘계속적 계약’에서 ‘사정변경’³²¹⁷⁾을 이유로 계약의 효력을 소멸시킬 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 ‘해지’만 가능할 뿐 ‘해제’를 할 수는 없다.³²¹⁸⁾

8) 합의해제

계약의 ‘합의해제(해제계약)’는, 해제권의 유무를 불문하고 계약당사자 쌍방이 합의에 의하여 ‘기존의 계약의 효력을 소멸시켜 당초부터 계약이 체결되지 않았던 것과 같은 상태로 복귀’³²¹⁹⁾ 시킬 것을 내용으로 하는 ‘새로운 계약’으로서, 계약이 합의해

3216) 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다249557 판결: “계약 성립의 기초가 된 사실이 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 경우에는 계약준수 원칙의 예외로서 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 있다. 여기에서 말하는 사정이란 당사자들에게 계약 성립의 기초가 된 사정을 가리고, 당사자들이 계약의 기초로 삼지 않은 사정이나 어느 일방당사자가 변경에 따른 불이익이나 위험을 떠안기로 한 사정은 포함되지 않는다. 경제상황 등의 변동으로 당사자에게 손해가 생기더라도 합리적인 사람의 입장에서 사정변경을 예견할 수 있었다면 사정변경을 이유로 계약을 해제할 수 없다. 특히 계속적 계약에서는 계약의 체결 시와 이행 시 사이에 간극이 크기 때문에 당사자들이 예상할 수 없었던 사정변경이 발생할 가능성이 높지만, 이러한 경우에도 위 계약을 해지하려면 경제적 상황의 변화로 당사자에게 불이익이 발생했다는 것만으로는 부족하고 위에서 본 요건을 충족하여야 한다.” ⇨ 종래에는 ‘사정변경에 의한 계약해제’의 요건을 “계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약 내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과와 생기는 경우”로 보았으나(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결 등), 위 2016다249557 판결로 일부 수정되었고(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다12175 판결, 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다254846 판결도 동일 판시이다), 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결도 같은 취지이다.

3217) 계속적 계약은 당사자 상호간의 신뢰관계를 기초로 하는 것으로서, 당해 계약의 존속 중에 당사자 일방의 계약상 의무 위반이나 기타 부당한 행위 등으로 인하여 계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 계약관계를 그대로 유지하기 어려운 정도에 이르렀다면 상대방은 그 계약관계를 해지함으로써 장래에 향하여 그 효력을 소멸시킬 수 있지만, 그와 같이 계약관계를 유지하기 어려운 정도에 이른 사정에 관하여는 계약관계의 소멸을 주장하는 사람이 증명할 책임이 있다(2011다19102,19119).

3218) 대법원 2022. 3. 11. 선고 2020다297430 판결: “임대차계약, 고용계약, 위임계약 등에서와 같이 계약으로부터 생기는 채권·채무의 내용을 이루는 급부가 일정 기간 계속하여 행하여지게 되는 경우 이는 이른바 계속적 계약에 해당한다. 개별 사안에서 계약당사자 사이의 약정이 계속적 계약인지 여부는 계약 체결에 이르게 된 경위와 사정, 당사자의 의사, 계약의 목적과 내용, 급부의 성질, 이행의 형태와 방법 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 판단해야 한다. … 계속적 계약인 이 사건 각 계약에서 정한 피고의 각 업무 중 여러 부분이 이미 이행되고 상당한 기간이 흐른 이 사건과 같은 경우 원고들이 사정변경을 이유로 계약의 효력을 소멸시킬 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 소멸에 따른 효과를 장래에 향하여 발생시키는 민법 제550조의 ‘해지’만 가능할 뿐 민법 제548조에서 정한 ‘해제’를 할 수는 없다고 보아야 한다.”

3219) 합의해지(해지계약)는, 해제권의 유무에 불구하고 계약 당사자 쌍방이 합의에 의하여 계속적 계약의 효력을 해지시점 이후부터 장래를 향하여 소멸하게 하는 것을 내용으로 하는 것이다.

3220) ○ **합의해제의 효력**
◎ 합의해제의 효력은 그 합의의 내용에 의하여 결정되고 여기에는 해제에 관한 민법 제548조 제2항의 규정은 적용되지 아니하므로 당사자 사이에 약정이 없는 이상 합의해제로 인하여 반환할 금전에 그 받은 날로부터의 이자를 가하여야 할 의무가 있는 것은 아니다(95다16011). 계약의 합의해제에 있어서도 민법 제548조의 계약해제의 경우와 같이 이로써 제3자의 권리를 해할 수 없다(2005다6341).
○ 대법원 2021. 5. 7. 선고 2017다220416 판결: “계약이 합의에 따라 해제되거나 해지된 경우에는 상대방에게 손해배상을 하기로 특약하거나 손해배상 청구를 유보하는 의사표시를 하는 등 다른 사정이 없는 한 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다. 그와 같은 손해배상의 특약이 있었다거나 손해배상 청구를 유보하

제되기 위해서는 일반적으로 계약이 성립하는 경우와 마찬가지로 ‘계약의 청약³²²¹⁾과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것(합의)’을 그 요건으로 하고(‘자기채무의 이행 제공’은 요건이 아니다),³²²²⁾ 이러한 합의가 성립하기 위해서는 쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 서로 객관적으로 일치하여야 하며, 계약의 합의해제는 묵시적으로 이루어질 수도 있으나, 계약이 ‘묵시적으로 합의해제’되었다고 하려면 계약의 성립 후에 당사자 쌍방의 계약실현 의사의 결여 또는 포기로 인하여 당사자 쌍방의 계약을 실현하지 아니할 의사가 일치되어야만 한다(예컨대, 일부가 이행된 상태에서 당사자 쌍방이 장기간에 걸쳐 나머지 의무를 이행하지 아니함으로써 이를 방지한 것만으로는 부족하고, 당사자 쌍방에게 계약을 실현할 의사가 없거나 계약을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다).³²²³⁾

계약이 일부 이행된 경우에 그 ‘원상회복’에 관하여도 의사가 일치되어야 한다.³²²⁴⁾ 일

었다는 점은 이를 주장하는 당사자가 증명할 책임이 있다. ... 위와 같은 특약이나 의사표시가 있었는지는 합의 해제·해지 당시를 기준으로 판단하여야 하는데, 원래의 계약에 있는 위약금이나 손해배상에 관한 약정은 그것이 계약 내용이나 당사자의 의사표시 등에 비추어 합의해제·해지의 경우에도 적용된다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 합의해제·해지의 경우에도 적용되지는 않는다.’(사업인수계약 제5조의 ‘잔금 지급 시까지 문제가 발생하여 피해가 발생할 경우 사업인수계약을 해제하고, 원인제공자는 계약상대방에게 이에 상응하는 손해배상금으로 매매대금의 10%의 해약금을 지급하기로 한다.’는 조항은, 합의해제 당시를 기준으로 판단할 때 일반적인 채무불이행 상황에 대한 위약금 약정으로서 합의해제의 경우에 적용되는 손해배상 특약으로 확대해석할 수 없다고 한 예.) ⇨ 위탁운영계약상 ‘피고는 원고가 계약사항을 위반하지 않았으나 계약이 해지될 경우 원고가 센터에 투자한 투자금 및 손해배상금을 변상하여야 한다.’는 조항이 합의해지를 포함하여 원고의 중대한 계약 위반 이외의 사유로 해지되는 경우에 적용되므로, 위 약정금을 지급할 의무가 있다고 한 예(대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다285048 판결).

○ 근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 사용자의 승낙의사가 형성되어 근로자에게 도달하기 이전에는 청약의 의사표시를 철회할 수 있으나, 근로자와 사용자 근로계약관계를 해지시키기 위하여 합의하였다면 그 합의 시에 근로자의 근로계약관계 해지의 청약의 의사표시에 대하여 사용자의 승낙의 의사가 확정적으로 형성, 표시되어 해지의 의사의 합치가 있었다고 할 것이므로 이러한 경우 어느 일방 당사자가 임의로 이를 철회할 수는 없고, 이는 근로자와 사용자가 위 합의 시 특별히 근로계약관계를 일정기간 경과 후 종료기로 약정하였다고 하여도 마찬가지이다(94다14629).

3221) 매매계약 당사자 중 매도인이 매수인에게 매매계약을 합의해제할 것을 청약하였다고 할지라도, 매수인이 그 청약에 대하여 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙한 때에는 민법 제534조의 규정에 비추어 그 청약의 거절과 동시에 새로 청약한 것으로 보게 되고, 그로 인하여 종전의 매도인의 청약은 실효된다(2000다17834).

3222) 계약의 합의해제에 있어서는 쌍방의 자기채무의 이행의 제공이 없이도 합의에 의하여 해제를 할 수 있음은 계약자유의 원칙상 당연하고 묵시적 합의해제의 경우에도 마찬가지라고 할 것인바, 원심이 피고의 묵시적 합의 해제 주장에 대하여 피고가 자기채무를 이행제공 하였는가에 관하여 아무런 주장입증이 없다는 이유로 이를 배척한 것은 묵시적 합의해제에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 예(90다8343).

3223) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다300176 판결, 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다77385 판결.

3224) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다98412 판결.

당사자 사이에 계약을 종료시킬 의사가 일치되었더라도 계약 종료에 따른 법률관계가 당사자들에게 중요한 관심사가 되고 있는 경우 그러한 법률관계에 관하여 아무런 약정 없이 계약을 종료시키는 합의만 하는 것은 경험칙에 비추어 이례적이고, 이 경우 합의해지가 성립하였다고 보기 어렵다(대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다274270, 274287 판결). 계약을 합의해제할 때에 원상회복에 관하여 반드시 약정을 하여야 하는 것은 아니지만, 매매계약을 합의해제하는 경우에 이미 지급된 계약금, 중도금의 반환 및 손해배상금에 관하여는 아무런 약정도 하지 아니한 채 매매계약을 해제하기만 하는 것은 우리의 경험칙에 비추어 이례에 속하는 일이고(2006다2490 판결), 임대차계약을 합의해제하는 경우에 이미 지급된 임차보증금의 반환에 관하여는 아무런 약정도 하지 아니한 채 임대차계약을 해제하기만 하는 것은 우리의 경험칙에 비추어 이례에 속하는 일이다(92다4130).

방이 계약해제에 따른 원상회복 및 손해배상의 범위에 관한 조건을 제시한 경우 그 조건에 관한 합의까지 이루어져야 합의해제가 성립된다.³²²⁵⁾

매수인이 명시적인 이의유보 없이 매도인이 제공하는 계약해제에 따른 정산금을 수령하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 매도인이 주장한 계약해제 사유 및 그 매매대금 정산액을 인정한 것으로 보아야 한다.³²²⁶⁾ 다수 당사자 사이에서 경계계약이 체결된 경우 일부 당사자만이 경계계약을 합의해제하기로 합의하는 것은 경험칙에 비추어 이례에 속한다.³²²⁷⁾

9) 증여계약의 해제

증여계약은, ① 증여의 의사가 서면으로 표시³²²⁸⁾되지 아니한 경우에는 각 당사자

3225) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다274270, 274287 판결.

3226) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다63575 판결: “부동산 매수인이 매도인으로부터 계약해제에 따른 기지급 매매대금의 정산금을 반환받음에 있어서 매도인에 대하여 이의를 유보하는 의사표시는 반드시 명시적으로 하여야 하는 것은 아니고 묵시적으로도 이의를 유보할 수 있음은 상고이유에서 지적하는 바와 같으나, 매수인이 명시적인 이의유보 없이 매도인이 제공하는 계약해제에 따른 정산금을 수령하였다면, 당시 매수인이 계약해제의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있었다거나, 그 외에 상당한 이유가 있는 상황에서 위 정산금을 수령하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이는 매도인이 주장한 계약해제 사유 및 그 매매대금 정산액을 인정한 것으로 보아야 할 것이다.”

3227) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2010다699 판결: “계약자유의 원칙상 경계계약의 성립 후에 그 계약을 명시적이든 묵시적이든 합의해제하여 구채무를 부활시키는 것은 적어도 당사자 사이에서는 가능하다. 또한, 다수 당사자 사이에서 경계계약이 체결된 경우 일부 당사자만이 경계계약을 합의해제하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없고, 다만 그 효과가 경계계약을 해제하기로 합의한 당사자들에게만 미치는 것에 불과하다. 그런데 일부 당사자만이 경계계약을 합의해제하게 되면 그들 사이에서는 구채무가 부활하고 나머지 당사자들 사이에서는 경계계약에 따른 신채무가 여전히 효력을 가지게 됨으로써 당사자들 사이의 법률관계가 간명하게 규율되지 않는 경우가 발생할 수 있고, 경계계약을 합의해제하는 당사자들로서도 이러한 문제를 해결하는 것이 중요한 관심사가 될 터이므로 이에 관한 아무런 약정이나 논의 없이 그들 사이에서만 경계계약을 해제하기로 합의하는 것은 경험칙에 비추어 이례에 속하는 일이다.” ㉠ 채권채무관계에 있는 甲, 乙, 丙 사이에 乙의 甲에 대한 대여금채무는 甲에 대한 채무자가 乙에서 丙으로, 丙의 乙에 대한 대여금채무는 丙에 대한 채권자가 乙에서 甲으로 각 변경되고, 기존의 위 각 채무의 내용도 甲과 丙 사이의 매매계약상 채무 이행으로 바뀌게 되는 정산약정 및 매매계약을 체결한 사안에서, 위 정산약정 및 매매계약은 민법 제500조에서 규정한 경계계약에 해당하는데, 甲과 乙 사이에 위 정산약정을 합의해제하는 것만으로는 그 해제의 효력이 丙에게 미칠 수 없어 丙과 乙 사이의 각 법률관계가 해결되지 않으므로 甲과 乙이 그에 관하여 아무런 약정이나 논의도 없이 정산약정만을 합의해제하였다는 것은 경험칙상 이례적이라는 점을 감안하면, 甲이 지급한 매매대금을 乙로부터 회수하였다는 사정만으로 甲과 乙이 정산약정을 합의해제하였다고 인정할 수 없다고 한 사례.

3228) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결: “민법 제555조에서 서면에 의한 증여에 한하여 증여자의 해제를 제한하고 있는 입법취지는 증여자가 경솔하게 증여하는 것을 방지함과 동시에 증여자의 의사를 명확히 하여 후일에 분쟁이 생기는 것을 피하려는 데 있다 할 것인바, 비록 서면의 문언 자체는 증여계약서로 되어 있지 않더라도 그 서면의 작성에 이르게 된 경위를 아울러 고려할 때 그 서면이 바로 증여의사를 표시한 서면이라고 인정되면 위 서면에 해당하고, 나아가 증여 당시가 아닌 그 이후에 작성된 서면에 대해서도 마찬가지로 볼 수 있다 할 것이나, 이러한 서면에 의한 증여란 증여계약 당사자 사이에 있어서 증여자가 자기의 재산을 상대방에게 준다는 취지의 증여의사가 문서를 통하여 확실할 수 있는 정도로 서면에 나타난 것을 말하는 것으로, 이는 수증자에 대하여 서면으로 표시되어야 한다.” ㉡ ① 민법 제555조 소정의 증여의 의사가 표시된 서면의 작성시기에 대하여는 법률상 아무런 제한이 없으므로 증여계약이 성립한 당시에는 서면이 작성되지 않았다 하더라도 그 후 위 계약이 존속하는 동안 서면을 작성한 때에는 그 때부터는 서면에 의한 증여로서 당사자가 임의로 이를 해제할 수 없게 된다(88다카2271). ② 증여자가 부동산을 증여하고 그 증여 의사를 강제집행의 방법으로 실현하기 위하여 스스로 선임료를 지급하고 소송대리인을 선임하여 그 부동산에 가압류