부동산학연구 제15집 제2호, 2009. 8, pp. 59～80

Journal of the Korea Real Estate Analysts Association
Vol.15, No.2, 2009. 8, pp. 59～80

# 매매계약과 계약금 약정의 법률관계 검토
## - 대법원 2008.3.13선고 2007다73611 사건 중심으로 -

## Review of Legal Relationship between Purchase & Sale Agreement and Contract Deposit Clause in the Agreement
### - The Focus Supreme Court Decision 2007Da73611 Decided March 13. 2008 -

손 재 종 (Son, Jai-Jong)*

< Abstract >

This paper analyzes Korean Supreme Court's decision cases to find out the legal implications of contract deposit clauses of real estate purchase & sale agreement and legal relationship between sale & purchase agreement and contract deposit clauses in the agreement.

The purpose of this study is to interpret the legal principles of contract deposit clauses of purchase & sale agreement. and to understand role of contract deposit clauses and legal principle of compensation for damage in case default arises as purchase & sale agreement is not fulfilled, to prevent legal disputes in advance.

This paper adopted analytical jurisprudence for methodology, and researched based on current theories and judicial precedents and various Korean literatures

Under the adopted judicial precedent case in this paper, Purchaser and Seller executed purchase & sale agreement with the contract deposit clause but without actual payment of contract deposit. At that stage before payment of contract deposit, seller unilaterally announced refusal to fulfill agreement and cancellation of agreement. As contract deposit clauses in an agreement needs substantial contract of deposit money, the clause can not be legally established without actual payment of contract deposit money. In this case, contract deposit money can not be deemed as amount with cancellation of contract or pecuniary.

Sellers unilateral refusal to fulfil agreement causes default for seller. In case of seller's default, purchaser can request for compensation for damages. Whether there was damage for purchaser and the amount, if any, of damages is purchaser's burden of proof.

* 강남대학교 대학원 부동산학과 박사과정, jjson520@kornet.net

In the judicial precedent case, the Court regarded contract deposit as compensation for breach of contract even though the contract deposit clause of the contract was not legally established, and Court ordered seller to compensate damage to purchaser. This resulted in a situation where creditor was compensated for damage without burden of proof. Legal principle was applied wrongly in this case.

주 제 어 : 계약금, 해약금, 위약금, 요물계약, 이행거절
Keywords : contract deposit clauses in the agreement, cancellation of contract, pecuniary. substantial contract, refusal to fulfill agreement

# I. 서론

## 1. 연구배경 및 목적 (문제의제기)

일반적으로 부동산 매매를 하는 경우 부동산 중개업소를 방문하여 중개업소에 비치된 부동문자로 인쇄된 부동산매매계약서를 작성한다. 이 매매계약서에서는 법리적으로 보아 2개의 계약이 혼재되어 존재하는 것이 일반적이다. 하나는 매매계약이고 또 다른 하나는 계약금계약으로 볼 수 있다. 계약이란 사법상의 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 계약당사자들의 합의를 뜻하는 것으로, 매매계약은 매매계약 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 다른 상대방이 금전을 지급할 것을 약정하는 것을 말한다. 부동산매매계약서에서 매매계약은 주된 계약이고, 이에 반해 또 다른 계약인 계약금계약은 매매계약의 종된 계약으로서 계약금을 지급하기로 하는 약정을 의미한다.

계약을 체결할 때 통상 매매대금의 10%를 계약금으로 매수자가 매도자에게 교부하는 것이 거래의 관행이다. 그러나 계약 당사자는 계약금을 단순히 매매대금의 일부를 미리 지급하는 선급금의 의미로, 계약체결의 증거금으로 또는 해제권 유보에 대한 대가, 계약위반에 대한 대가 등 여러 가지 목적으로 교부하는데, 이 중 어느 것에 속하는 가는 계약 당사자의 의사해석 문제이다.

문제는 계약금을 교부한 후 계약 당사자 일방이 이행착수 이전에 매매계약을 해제하거나, 계약금계약을 체결한 후 계약금을 교부하기 이전에 매매계약을 해제하는 경우 매매계약의 효력에 어떠한 효력이 발생하는지 또 계약금 교부 후 계약이 해제되었을 경우 그에 따른 해제의 법적 효과가 문제가 될 것이다. 계약금계약과 매매계약간의 법리관계를 분석하여 올바른 부동산매매계약을 체결하는데 그 목적을 가지며, 이에 "대판 2008.03.13, 07다73611" 사건을 중심으로 그 법리를 살펴보고자 한다.

동 사건의 개요[1]는 다음과 같다.

[사건개요]

A는 2005년 6월8일 저녁 무렵 부동산 중개업소에서 OO동에 소재하고 자신이 거주하며, 소유주는 해외에 체류하는 자신의 사위 C의 아파트를 5억원으로 B에게 매도하기로 하고 매매계약을 체결

1) 수원지법 2006.10.12, 05가단44172 사건내용 요약

하였다.

매매계약서에는 인쇄된 부동문자로 “계약금은 계약과 동시에 매도인에게 지불하고, 매도인은 매수인으로부터 중도금을 받기 전까지(중도금이 없을 때에는 잔금을 받기 전까지)는 위약금조로 계약금액의 배액을 배상하고 계약을 해제할 수 있으며 또한 매수인도 계약금을 포기하고 본 계약을 해제할 수 있다”라고 기재되어 있었다.

그러나 B가 계약금 6천만 원이 준비되지 아니한 상태이어서 매매계약서 비고란에 “계약금 6천만 원은 계약체결 다음날인 6월 9일 C의 예금계좌로 송금하기로 한다.”라고 기재하였다. 그러나 6월 9일 아침 9시 경에 A는 B에게 전화로 매매계약을 해제하니 계약금을 입금하지 말라고 통보하였으나, B는 같은 날 오전 11시 경에 C의 예금계좌로 계약금 6천만 원을 송금하였다. 이에 A는 같은 날 오후에 C의 예금계좌에서 6천만 원을 수표로 찾아 B에게 교부하려 하였으나, B가 수령을 거부하자 6월 13일에 이를 공탁하였고, 그 이후 B는 공탁금을 수령하고 A에게 계약 불이행에 의한 손해배상을 청구하였다.

## 2. 연구범위 및 방법

본 연구는 앞에서 언급한 판례 사건에 적용될 여러 가지 법리적 문제점 중 계약금계약, 채무불이행, 이행거절, 손해배상을 중심으로 하여 법해석학적 방법론의 접근과 함께 기존 관련 학설, 판례 및 각종 국내문헌을 중심으로 연구하고자 한다.

# II. 판례 내용

## 1. 1심 판결

1심[2] 법원은 기초사실로 『가. 원고[3]는 … 매매대금 500,000,000원으로 정하여 매매계약을 체결하고, 그 다음날 계약금 60,000,000원을 피고 백00[4] 명의의 계좌로 송금하였다. 나. 위 계약에서 매도인은 매수인으로부터 중도금을 받기 전까지 위약금조로, 계약금의 배액을 배상하고 계약을 해제할 수 있다고 약정하였다. 다. 그런데 피고 백00는 피고 신00[5]에게 매매계약에 관한 대리권을 수여한 바 없다면서 2005. 6. 13. 이미 지급받은 계약금 60,000,000원을 공탁한 후 그 취지를 원고에게 통지하였고, 원고는 위 계약금을 수령하였다.』를 인정한 후 원고의 예비적 청구에 대한 판단을 『… 위 매매계약상의 위약금약정도 무권대리인이 배상할 손해액을 산정함에 있어 그대로 적용될 수 있다고 본다. 한편 위 약정에 의한 위약금은 60,000,000원이 되나, 계약 체결 후 하루 만에 피고 백00가 계약 해제 내지 무효의 의사를 부동산중개업자인 피고 김00를 통하여 표시한 바 있고, 곧바로 자신이 지급받은 계약금을 원고에게 돌려 준 점에서 원고에게 특별히 큰 손해가 발생하였다고 보기 어렵고, 나아가 이 사건 계약의 목적·내용, 예상손해의 액수, 예정액의 비율, 거래관행 등 제반 사정을 고려하면 위 매매계약상의 위약금, 즉 손해배상 예정액은 지나치게 과다하므로 이를 20,000,000원으로 감액하

2) 수원지법 2006.10.12, 05가단44172
3) 매수인 “B”를 의미
4) APT 소유주 “C”를 의미
5) 매도인 “A”를 의미

기로 한다.』고 하여 A가 B에게 손해 배상하도록 판시하였다.

## 2. 2심 판결

B의 항소에 대하여 2심[6]인 서울고등법원은 『계약금은 연혁적으로 계약 체결의 증거로서의 성질을 가질 뿐만 아니라 계약에 구속력을 부여하는 수단으로서 기능하여 온 점, 민법 제565조도 계약 당시에 계약금이 교부된 경우에 원칙적으로 계약해제권 유보를 위한 해약금의 성질을 가지는 것으로 규정하고 있는 점 등을 감안할 때, 당사자 사이에 매매계약을 체결함에 있어서 매수인이 매도인에게 계약금을 지급하기로 약정하였음에도 미처 이를 교부하거나 실제로 그와 동일한 이익을 받은 단계에 나아가지 못한 상태라면, 계약금계약은 요물계약이기 때문에 아직 성립하였다고 볼 수 없음은 물론, 약정에 따른 계약금이 지급되기 전까지는 계약 당사자의 어느 일방이든 그 계약에 구속되지 않고 자유로이 이를 파기할 수 있도록 계약해제권이 유보되어 있다고 봄이 상당하고, 이 때 그 해제를 위하여 매수인이 미처 지급하지 못한 계약금을 매도인에게 지급할 의무를 여전히 부담한다거나 그 해제에 대한 책임으로 매도인이 매수인에게 약정한 계약금의 배액을 지급할 의무가 생긴다고 볼 수는 없을 것이고, 이러한 법리는 계약금에 관하여 위약금 약정이 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다 …

… 이 사건 매매계약이 이미 적법하게 해제된 후이므로 계약금 지급의 효력이 발생할 수 없다고 할 것이다. …

… 무권대리인[7]에 의하여 체결된 당해 계약이 무권대리 이외의 사유로 그 효력을 상실한 경우에는 그 상실사유에 따른 법적효과를 묻는 것은 별론으로 하되 더 이상 무권대리인에게 계약상의 책임을 물을 수 없다.』하여 1심 법원이 A가 B에게 20,000,000원을 손해 배상하여야 한다는 판결을 번복하고, A는 B에게 손해배상을 할 필요가 없다고 판시하였다.

## 3. 대법원 판결

이에 B가 다시 대법원에 상고함에 따라 대법원[8]은 『… 원심은, 계약금계약은 요물계약이기 때문에 약정에 따른 계약금이 지급되기 전까지는 계약당사자 어느 일방도 그 계약에 구속되지 않고 자유로이 이를 파기할 수 있도록 계약해제권이 유보되어 있다는 것을 전제로, 피고 신00[9]이 매수인인 원고에게 이 사건 매매계약을 해제한다는 취지의 의사표시를 통지할 때까지 아직 계약금이 지급되지 아니한 이상, 무권대리인인 피고 신00에 대한 관계에서도 계약금 지급의 효력이 발생할 수 없고, … 이 사건 매매계약이 계약금이 지급되기 전에 매도인측에 의하여 적법하게 해제된 이상 매수인인 원고는 무권대리인인 신00에 대하여 원고가 구하는 손해배상책임을 물을 수 없다고 하여 원고이 피고 신00에 대한 청구를

6) 서울고법 2007.09.20, 06나107557
7) 매도인 “A”를 의미
8) 대판 2008.03.13, 07다73611
9) 매도인 “A”를 의미

기각하였다. 그러나 원심의 이러한 판단은 수긍할 수 없다. 계약이 일단 성립한 후에는 당사자의 일방이 이를 마음대로 해제할 수 없는 것이 원칙이고, 다만 주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 경우에는 민법 제565조 제1항의 규정에 따라 임의 해제를 할 수 있기는 하나, … 단지 계약금을 지급하기로 약정만 한 단계에서는 아직 계약금으로서의 효력, 즉 위 민법 규정에 의해 계약해제를 할 수 있는 권리는 발생하지 않는다고 할 것이다. 따라서 당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우 교부자가 계약금의 잔금이나 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고, 나아가 위 약정이 없었더라면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 인정된다면 주계약도 해제할 수 있을 것이나, 교부자가 계약금의 잔금 또는 전부를 지급하지 아니하는 한 계약금계약은 성립하지 않으므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다 할 것이다. … 이 사건 매매계약이 계약금이 지급되기 전에 매도인측에 의하여 적법하게 해제되었음을 전제로 매수인인 원고로서는 무권대리인인 피고 신00에 대하여 원고가 구하는 손해배상책임을 물을 수 없다고 하여 원고의 피고 신00에 대한 청구를 기각하고 말았으니, 이러한 원심 판단에는 계약금계약의 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. …』고 하면 원심의 판결을 파기 환송하였다.

### 4. 파기 환송심 결정

파기 환송심[10]은 A가 B에게 2천만 원을 손해배상하기로 하는 조정을 유도하고 성립시켜 사건은 종결되었다.

## III. 계약금계약

### 1. 계약금계약의 의의 및 성질

1) 의의

계약금이란 계약을 체결할 때 또는 계약 성립 후 당사자 일방이 상대방에게 지급하는 금전, 기타의 유가물을 계약금이라 한다. 통상 부동산매매계약에서는 매매 대금의 1할 정도를 매수인이 매도인에게 교부하는 것이 거래의 관행이다.

그러나 계약금의 교부시기에 대해서는 특별한 제한이 없다. 계약을 체결할 때 또는 계약이 성립한 이후에 교부하기로 약정하여도 문제가 되지 않으며, 또한 매매계약 시 반드시 계약금을 지불하는 약정을 해야 하는 것도 아니다. 즉 계약금 지급약정 없이 부동산매매계약을 체결하여도 그 매매계약의 성립에는 아무런 문제가 되지 않는다. 이는 계약이 당사자의 의사 합치로 이루어지는 낙성계약이므로 계약금의 지급이 계약의 성립요건이 아니기 때문이다.

계약금을 지급하기로 하는 약정을 계약금계약이라 한다. 1건의 부동산매매계약서를 작성하면서 계약금 지급약정과 매매계약의 내용을 동시에 1건의 계약서로 표기하였다면 그 계약서는 계약

10) 서울고법 2008.10.01, 08나37072

금계약과 부동산매매계약이 동시에 표시되어 있다고 볼 수 있다.

계약금계약은 매매계약에 부수하여 행하여지는 종된 계약이다. 따라서 주된 계약이 무효가 되거나 취소된 때 또는 계약금으로 유보된 해제권의 행사 이외의 사유로 매매계약이 해제되는 경우에는 계약금계약도 당연히 효력을 상실하게 된다. 그러나 계약금계약을 체결하였으나 계약금계약의 약정대로 어느 일방이 계약금 지급을 이행하지 않는다고 하여 주계약인 매매계약이 무효·취소되는 것은 아니고 단지 계약금계약만이 성립하지 않을 뿐이다.

2) 계약금의 성질

계약에서 당사자가 계약금을 교부하는 목적은 여러 가지가 있을 수 있다. 일반적으로 그 작용 성질에 따라 세 가지로 나누어진다.

첫째, 증약금의 성질이다. 이는 계약금의 교부가 계약체결이 이루어 졌다는 증거로서의 의미를 가지는 것이다. 계약을 체결하면서 당사자 사이에 어떠한 합의가 있었는지가 불분명한 경우 계약금이 교부되었다면 그것은 적어도 어떤 합의가 있었다는 증거가 되므로, 계약금은 언제나 증약금으로서의 작용을 한다고 할 수 있다. 당사자가 위약금 또는 해약금으로서 계약금을 교부한 때에도 유효하게 계약이 성립하였다는 증약금으로서의 성질을 인정할 수 있으므로 계약금은 항상 증약금의 성질을 가진다고 할 수 있다.

둘째, 해약금의 성격이다. 해약금이란 계약의 해제권을 유보하는 작용을 갖는 것을 말한다. 해약금을 교부한 이후 당사자의 일방이 이행에 착수하기 전까지, 교부자는 이를 포기(해약금의 반환청구를 포기한다는 의미)하고, 수령자는 그 배액을 상환하여 임의로 계약을 해제하여 계약의 구속에서 벗어날 수 있다. 그러나 당사자의 일방이 계약에서 약정한 이행의 시기에 이행에 착수하였다면, 해약금에 의한 해제권의 유보 성질은 효력을 상실하게 되어 해약금의 포기 및 배액상환에 의한 임의적 계약해제는 할 수 없다. 우리 민법은 다른 약정이 없는 한 계약금은 원칙적으로 이 해약금의 성질을 갖는 것으로 정하고 있다.[11] 따라서 계약금이 교부된 경우 계약 당사자는 계약금을 포기 또는 배액상환으로 임의적으로 계약을 해제할 수 있다.

셋째, 위약금의 성질이다. 위약금이란 계약의 당사자가 채무를 불이행한 경우에 "위약벌" 또는 "손해배상의 예정"으로서의 성격을 가지는 것을 말한다.

위약벌은 위약계약금을 교부한 자가 계약상의 채무를 이행하지 않는 때에, 그것을 수령한 자가 교부된 위약계약금을 몰수하는 동시에 채무불이행에 의하여 발생한 손해는 위약계약금과는 관계없이 위약계약금을 교부한 자에게 별도로 청구할 수 있는 것으로 채무불이행에 대한 징벌적 성격을 가지고 있다.

손해배상의 예정으로서의 성질을 갖는 위약계약금은 채무불이행의 경우 계약금을 교부한 자는 그것을 몰수당하고, 계약금을 교부받은 자는 그 배액을 상환할 것을 약정하는 경우이다. 이러한 의미의 계약금이 교부된 때에는 손해배상액의 예정으로 추정되는 위약금[12]과 같은 계약금으로 해석하여야 한다. 그러나 계약금이 위약계약금으

11) 민법 제565조 제1항

12) 민법 제398조

로서 효력을 발생하려면 당사자 사이에서 그러한 특약이 있어야 한다.

이와 관련하여 법원은 "매매계약에 있어서 당사자 사이에 교부되는 계약금은 민법 제565조 제1항의 규정에 의하여 해약금으로서의 성질을 가지는 것이나 같은 법 제398조 소정의 손해배상액의 예정으로서의 성질은 당연히 가질 수 없고 다만 당사자의 일방이 위약할 경우 그 계약금을 위약금으로 하기로 하는 특약이 있는 경우에 한하여 같은 법 제398조 제4항의 규정에 의하여 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진 것으로 볼 수 있을 뿐이고 그와 같은 특약이 없는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로 볼 수 없다 할 것"[13]이라고 판시한다. 따라서 매매계약 체결시 계약금을 교부하면서 해약금의 성격으로 교부하였다면 그 계약금에는 위약금의 성질이 없는 것으로 해석한다.

이상의 3가지 이외에 계약금과 비슷하면서 구별되어지는 선급금이 있다. 선급금은 "매매나 도급 등의 쌍무계약을 체결할 때에 대금 또는 보수의 일부분을 지급기한이 도래하기 전에 미리 지급하는 것으로, 본질적으로는 대금 등의 일부변제에 지나지 않는다. 선급금을 지급하는 이유는 채무자의 신용상태가 의심스럽다든가, 분할급이 지급상 편리하다든가 등의 여러 가지 의미가 있다."[14] 그런대 계약체결시에 선급금을 지급하였다면 이는 계약이 성립하였다는 증거가 된다. 이 점에서는 선급금이 증약금과 같은 작용을 한다고 할 수 있다. 그러나 선급금은 해약금과 같은 해제권을 발생시키지 않는다는 점에서 다르다.

## 2. 계약금약정 및 위약금약정

### 1) 계약금 약정 사례

계약금이 위에서 언급한 증약계약금의 성질만을 가지는지, 아니면 해약계약금 또는 위약벌 또는 손해배상 예정의 성질을 가지는지는 사적자치의 원칙에 의하여, 당사자가 어떠한 의사 내지 목적에 따라 계약금을 교부하였느냐에 따라 달라질 것이다. 즉 계약금을 교부하면서 계약 이행착수 전까지 해제권을 유보할 목적으로 교부하였다면 그 계약금은 해약금으로서의 성질을 가질 것이고, 당사자 일방의 채무불이행에 대한 대가로 계약금을 몰취 또는 배액배상을 하기 위하여 계약금을 교부하였다면 그 계약금은 위약금의 성질을 가진다. 당사자의 의사가 분명하지 않은 경우에는 해약금으로 추정하는 것이 통설 판례의 입장이다.

시중에서 유통되고 있는 부동문자로 인쇄된 부동산매매계약서 양식 조문내용에 의하여 계약금의 성격을 살펴보기 위해서는 실제 계약서 조문 내용을 살펴보아야 할 것이다.

아래의 조문 내용[15]에서 제5조는 분명하게 계약금이 해제권을 유보한 성질을 가지는 해약금 볼 수 있고, 제6조의 말미에 "손해배상에 대하여 별도의 약정이 없는 한 계약금을 손해배상의 기준으로 한다."는 문구는 이견이 있을 수 있으나, 계약금을 위약금으로서 손해배상액의 예정으로 한다는 것을 알 수 있다.

13) 대판 1981.07.28, 80다2499

14) 곽윤직(1988). 채권각론. 박영사. p.201

15) 한국공인중개사협회 홈페이지 "매매계약서" 양식에서 해당 조문 발췌

**제 5 조** (계약의 해제) 매수인이 매도인에게 중도금(중도금이 없을 때에는 잔금)을 지불하기 전까지 매도인은 계약금의 배액을 상환하고, 매수인은 계약금액을 포기하고 본 계약을 해제할 수 있다.

**제 6 조** (채무불이행과 손해배상) 매도자 또는 매수자가 본 계약상의 내용에 대하여 불이행이 있을 경우 그 상대방은 불이행한 자에 대하여 서면으로 최고하고 계약을 해제할 수 있다. 그리고 계약 당사자는 계약해제에 따른 손해보상을 각각 상대방에게 청구할 수 있으며, 손해배상에 대하여 별도의 약정이 없는 한 계약금을 손해배상의 기준으로 한다.

물론 위 사례에서 "제6조"가 없다면 계약금은 해약금으로서의 역할만 하고 위약금에 대한 역할을 하지 못한다고 보아야 할 것이며, "제6조"만 있고 "제5조"가 없다면 어떻게 해석하여야 할 것인가? 이는 다음에서 설명하는 것과 동일하게 해석되어야 할 것으로 판단된다.

2) 위약금약정에 해약금 인정여부

계약 당사자는 유보된 해제권을 행사하는 시기와 기간을 약정할 수 있다. 이 시기나 기간 안에서는 교부된 계약금을 포기 또는 배액상환 함으로써 계약을 해제할 수 있다.

그러한 시기나 기간이 경과한 때에는 계약은 확정된다. 계약이 확정되면 더 이상 유보된 해제권을 행사할 수 없게 되고, 계약 당사자 일방이 계약을 위반하면 채무불이행이 된다. 부동산매매계약에서는 통상 중도금 지급기일 이전까지는 해제권을 행사할 수 있으나 그 이후부터는 해제권을 행사할 수 없는 것으로 본다.[16]

위약금이란 당사자 일방이 계약을 위반할 경우에 그 손해배상액을 미리 예정해두거나(손해배상액의 예정), 실 손해배상과 별도로 지급하기로 약속한 금전(위약벌)을 포함한 개념이다. 이와 같은 위약금 약정은 계약금과 상관없이 채무불이행시 미리 특정한 금액을 지급하기로 약정하는 경우도 있지만, 당사자 사이에 교부된 계약금을 위약금으로 하는 경우도 있는데 이를 위약계약금약정이라고 한다. 부동산매매계약서에는 이러한 위약계약금약정이 부동문자로 인쇄된 계약서 양식도 있다.

예를 들면 "계약을 매도인이 위약하였을 때에는 계약금의 배액을 매수인에게 배상하고 매수인이 위약을 하였을 때에는 계약금은 무효가 되고 반환청구를 할 수 없다"는 약정 또는 "계약을 매도인이 위약하였을 때에는 계약금의 배액을 매수인에게 배상하고 매수인이 위약을 하였을 때에는 계약금은 포기하도록 하고 계약은 통지나 최고없이 당연히 해제된 것으로 한다"는 약정이 있다.

전자의 약정은 순전히 위약계약금 약정에 해당하지만 후자의 약정은 위약자가 당연해제 내지는 당연실효를 주장할 수 있는 실효약관이 포함되어 있다는 점에서 특징이 있다.

당사자가 계약금을 교부하면서 계약서에 해제권을 유보하는 내용은 기재하지 않고 상기 예와 같이 위약계약금 약정만을 약정하였을 경우에도, 해약계약금을 추정하는 민법 제565조를 적용할 수 있는지가 문제된다. 여기에 대해서는 학설이 대립하고 있다.

긍정설[17]에 의하면 상기 위약금계약 약정은

16) 대판 1997.06.27, 97다9369

17) 김동훈(2001) "계약금의 수수에 따른 몇 가지 법률문제". 신세기의 민사법과제, 법원사. p.394

민법 제398조 제4항에 의해 손해배상액의 예정으로 추정함과 아울러 민법 제565조의 해약계약금의 성질도 같이 가진다고 해석하는 견해이다. 이 견해에 의하면 계약금의 기본적 효력은 해약계약금의 성질이므로 위와 같은 위약계약금 약정이 있는 것으로는 민법 제565조의 적용을 배제하는 것이라고 볼 수 없고, 해약계약금으로서의 성질을 배제하기 위해서는 특별한 의사표시가 있어야 한다는 입장을 취하고 있다.

부정설[18]은 위약계약금은 당사자가 계약의 구속력을 강화하기 위한 것이 보통이므로 일반적으로 위약계약금 약정은 민법 제565조의 해약금에 관한 규정의 적용을 배제하려는 묵시적 합의를 수반한 것으로 보아야 하므로 위와 같은 약정에서는 계약금이 해약금으로서의 성질을 가지지 않는다고 한다.

이에 반해 판례는 위약계약금에 대하여 원칙적으로 해약계약금의 성질을 인정하고 있다.[19] 판례는 "위약의 경우에 계약금을 몰수 또는 배액상환한다고 하는 약정은 민법 제565조의 규정에 의한 해제권의 유보에 조금도 방해하지 아니한다. 해제권의 유보와 함께 위약시의 손해배상액을 예정해서 그 액을 계약금의 액에 의하도록 정하는 것은 얼마든지 가능한 것이다. 따라서 위와 같은 계약조항이 있다는 것만으로는 민법의 규정에 대한 반대의 의사표시로는 되지 아니한다."고 판시하고 있다. 다만 판례는 상기와 같은 위약계약금 약정이 있더라도 당사자 일방이 어느 누구의 위약이 있기 전에 해약권을 행사한 경우에만 해약계약금약정의 효력을 인정하는 태도를 취하고 있다.

긍정설과 판례의 태도가 옳다고 본다. 통상의 부동산매매계약은 계약이 체결되고 당사자의 일방이 계약의 이행에 착수하기 이전까지는 위약의 문제는 발생하지 않고 해약의 문제만 발생할 뿐이며, 계약 이행을 착수한 이후에는 해약의 문제는 발생하지 않고 위약의 문제만 발생한다. 따라서 상기와 같은 위약금계약 약정을 하였을지라도 계약금은 해약금으로 추정한다는 민법 제565조의 배제할 이유가 없으며, 부정설이 주장하는 견해인 "해약금에 관한 규정의 적용을 배제하려는 묵시적 합의"가 과연 당사자가 진실로 의도하였는지를 어떻게 입증 내지 확인할 수 있는지 의문시되기 때문이다.

## 3. 계약금계약의 성립

계약은 당사자의 합의인 청약과 승낙만으로 성립하는 계약인 낙성계약과 합의 이외에 당사자의 일방이 물건의 인도 및 기타급부를 하여야 성립하는 계약인 요물계약으로 나누어진다. 이 양자의 차이는 계약이 성립하는 시기가 다르다.

낙성계약은 당사자가 합의한 시점에 계약이 성립하나, 요물계약은 당사자가 합의하고도 물건

김민중(2005) "계약금몰수 · 배액상환의 약정" 고시계 통권 제576호. 고시계사. p.75

박병칠(1994) "계약금포기 · 배액상환의 약정 및 관련문제". 민사법연구제3집. 대한민사법학회. p.108

18) 김학동(1997), "손해배상의 예정". 인권과 정의 제252호. 대한변호사협회. p.109

남효순(1998), "계약금약정에 관한 몇 가지 쟁점". 서울대학교 법학 제39권제2호. 서울대학교 법학연구소. p.284-285

최창렬(2003), "계약금계약에 관한 연구". 재산법연구 제20권 제1호, 한국재산법학회. p.68

19) 대판 1971.05.24, 71다473, 대판 1992.05.12, 91다2151, 대판 1996.10.25, 95다33726

등의 인도를 하지 않으면 계약은 성립하지 않은 것으로 된다.

계약금약정은 매매계약이라는 주계약에 부수하여 행하여지는 종된 계약이며, 반드시 주계약과 동시에 성립하여야 하는 것은 아니고 주계약이 성립한 이후에 수수되는 계약금도 역시 계약금으로서 효력을 갖는다.[20] 그러나 계약금계약의 성립에 관하여 문제가 있다.

계약금을 교부하기로 약정만하고 실제 계약금을 교부하지 않은 경우 또는 계약금의 일부만을 먼저 교부하고 잔액을 나중에 지급하기로 하는 경우에도 그 약정만으로 계약금계약이 성립하였다고 할 수 있는 것인가? 이 문제는 계약금계약을 낙성계약으로 볼 것인지 요물계약으로 볼 것인지에 따라 달라진다.

1) 요물계약설 및 낙성계약설

계약금계약을 요물계약으로 보는 견해이다. 요물계약이란 낙성계약과 달리 계약의 합의 이외에 실제 금전 및 기타의 유가물 교부가 있어야 계약이 성립하는 계약을 말한다. 이 견해에 의하면 계약금을 지급하기로 하는 약정만 한 단계에서는 계약금계약은 성립하지 않으며, 그에 대한 효력인 해약금 등의 효력은 발생하지 않는다. 즉 계약금의 지급자체가 계약금계약의 성립요건이 되므로 계약금의 지급이 이루어 진 때에 계약금계약이 성립하게 되는 것이다.

그 근거에 대하여는 두 가지 정도가 제시된다. 첫째, 연혁적으로 볼 때 로마시대에 계약금계약은 요물계약으로 취급되었다는 점이다.[21] 로마의 동부지방에 위치하던 희랍인들은 매매는 낙성계약이 아닌 요물계약이라고 보아, 거래시에 채무불이행의 담보로써 보증금제도를 이용하였는데, 그 후 유스티니아누스칙법에서는 로마법상의 매매법과 희랍의 영향을 받은 동부 로마지방의 보증금제도를 절충하여 계약금약정을 인정하게 되었다는 것이다. 둘째, 우리 민법 제585조의 문언에 "매매의 당사자 일방이 '계약 당시에' 금전 기타의 물건을 계약금, 보증금 등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는" 이라고 규정하고 있는 것의 문리해석상 계약금계약이 성립하기 위해서는 계약금이 교부되어야 한다고 보는 점이다.[22] 이 견해는 다수설로 통설이다.[23]

물론 계약금계약을 낙성계약으로 보는 견해 측에서는 이 근거에 대하여 나름대로의 반론을 제기하고 있다. 소수설[24]인 낙성계약설은 민법 제565조가 임의규정이라고 보고 계약금이 반드시 교부되어야만 한다는 것을 규정한 것은 아니

20) 대판 1955.03.10, 4287민상388

21) 현승종 · 조규창(1996), "로마법". 법문사. p.816
최창렬(2003), "계약금계약에 관한 연구". 재산법연구 제20권 제1호, 한국재산법학회. p.55

22) 최창렬(2003), 전게논문 p.59

23) 곽윤직 · 심재돈(1999) 민법주해 제14권. 박영사. p.143
곽윤직(2005), 채권각론. 박영사. p.130
김증한(1988), 채권각론. 박영사. p.519
김형배(2001), 채권각론. 박영사. p.304

24) 남효순(2001). "계약금약정에 관한 몇 가지 쟁점".서울대학법학 제39권제2호. 서울대학교 법학연구소, p.267
최창렬(2003). 전게논문. p.62

라고 보고 종된 계약인 계약금계약도 계약금의 교부와는 상관없이 당사자의 의사합치만으로 성립하는 낙성계약이라는 입장이다. 낙성계약임을 주장하는 입장에서는 계약자유의 원칙에 비추어 계약금약정을 요물계약으로 보는 것에 의문을 표시하면서 통설이 왜 계약금계약을 요물계약으로 보아야 하는지에 대해서 그 논거를 명백히 제시하고 있지 않음을 비판한다.

민법 제565조는 주계약과 계약금계약이 함께 체결되고 그 당시에 계약금이 교부되어 있는 경우를 통상적인 경우로 상정하여 계약금계약을 규율하는 것이므로 계약금이 통상적으로 계약 당시에 교부되는 것을 이유로 계약금 약정을 요물계약이라고 하는 것은 사실과 규범을 혼동한 것이라고 주장한다.[25]

"민법 제565조는 다른 약정이 없는 한 계약금계약을 해약계약금으로 추정하는 것이어서 다른 약정에 의해서 얼마든지 다른 내용으로 규율할 수 있는 것이므로

민법 제565조를 근거로 요물계약이라고 말할 수는 없다. 따라서 계약금약정은 계약금의 교부와는 상관없이 당사자의 약정만으로 성립할 수 있는 낙성계약으로 보는 것이 타당하다고"[26] 주장한다.

판례[27]는 부동산 매매계약을 맺으면서 그 계약에서 매도인이 위약했을 때는 계약금의 배액을 배상하고 매수인이 위약하면 계약금의 반환을 청구할 수 없기로 특약을 하였다. 그러나 계약을 맺을 때 매수인의 사정으로 그 날 계약금을 마련하지 못하여 실제로는 그 다음날 계약금을 지급하기로 하면서도, 형식상으로는 매수인으로부터 계약금을 받은 것으로 하고 매도인이 다시 계약금을 매수인에게 보관시키는 형식으로 매수인이 현금보관증을 발행하여 매도인에게 교부한 사안에서 "계약금은 계약해제권유보를 위한 해약금의 성질을 갖는다 할 것이고 원·피고사이에는 적어도 다음날 10:00까지는 계약금이 현실로 지급된 것과 마찬가지의 구속력을 갖게 된 것이라고 할 것이어서 당사자는 약정된 계약금의 배액상환 또는 포기 등에 의하지 아니하는 한 계약을 해제할 수 없기로 약정한 것으로 보는 것이 상당하다 할 것이다."라고 판시하여 매매계약에 있어 실제로 계약금이 지급되지 아니하였으나 현금보관증을 작성 교부하였다면 계약금이 계약 당시에 지급된 것처럼 보고 있다. 이후 유사한 사안에서도 판례[28]는 동일한 견해를 취하고 있다.

결국 판례는 당사자가 요물계약설에 준하는 조치를 한 경우에는 계약금이 실제로 교부되지 않았다고 하여도 약정된 계약금계약의 실체를 인정하므로 요물계약설의 입장을 취한다고 보아야 할 것이다.

계약자유의 원칙에 의하여 매매계약이 성립하기는 하나, 성립한 계약을 당사자가 서로 성실하게 이행하기 위하여 종된 계약인 계약금계약을 체결하며, 이를 증명하고 상대방에게 계약이행의 압력수단의 한 방편으로 계약금을 교부하는 것이다. 이러한 계약금계약을 당사자의 의사합치만으로 성립하는 낙성계약으로 규정한다면, 낙성계약

25) 남효순(2001). 전게논문. p.268
26) 남효순(2001). 전게논문. p.267
27) 대판 1991.05.28, 91다9251
28) 대판 1999.10.26, 99다48160

인 매매계약을 또 다른 낙성계약인 계약금계약으로 증약하는 것은 매매계약의 이행 의지를 약화시킬 수 있다고 생각한다. 따라서 계약금은 현실적으로 교부하여 계약 당사자를 구속하고 이행시키고자하는 측면에서라도 계약금계약은 당사자의 의사의 합치뿐만 아니라 현실적으로 금전 및 유가물 등의 교부로 성립하는 요물계약으로 보아야 타당할 것으로 생각한다.

2) 계약금의 분할지급 및 후지급약정

앞에서 거론한 계약금계약의 성립과 관련하여 발생하는 문제점으로서 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액을 후일 지급하기로 하거나, 분할지급 약정을 들 수 있다. 계약 당사자가 이와 같은 약정을 하는 것은 계약자유의 원칙상 얼마든지 가능하다. 다만 계약금계약의 성립을 낙성계약으로 본다면 별 문제가 없으나, 다수설인 통설과 판례의 태도인 요물계약설에 의하면 이견이 있다. 일본에서는 다음과 같이 3가지로 설명하고 있다.[29)]

제1설은 계약금이 얼마라고 약정을 하였을지라도 계약금이 교부된 범위 내에서만 계약금계약이 성립하고 그 효력이 발생한다는 견해로 이에 의하면 계약금 분할 지급의 경우, 계약 당사자는 실제 교부된 금액만을 포기하거나 그 배액을 상환하여 계약 해제권을 행사할 수 있고, 후지급 약정의 경우에는 현실로 교부된 계약금이 없으므로 계약금계약이 성립하지 않아 당사자는 민법 제565조에 의한 계약해제권이 인정되지 않게 된다. 그러나 이 견해는 교부된 계약금의 범위에서만 계약금계약이 성립한다고 말하는 것은, 약정된 계약금액을 기준으로 계약금계약을 체결하겠다고 하는 당사자의 의사에 반할 뿐만 아니라 계약의 효력을 약화시키는 결과가 된다고 비판한다.[30)]

제2설은 교부자가 계약금의 잔금이나 전부를 교부하는 때에 비로소 계약금계약이 성립하고 그 효력이 발생한다고 본다. 따라서 계약금 분할지급 또는 후지급의 약정은 요물계약의 예약이 될 뿐이라고 한다. 그런데 예약도 계약상 하나의 약정으로서 효력이 인정되므로 수령자는 교부자에게 계약금의 잔금 또는 전부의 지급을 청구할 수 있다고 한다. 만일 약속한 자가 이를 이행하지 않으면 상대방은 예약 자체를 해제할 수 있으며, 나아가 수령자는 계약금 미지급을 이유로 주계약인 매매계약도 해제할 수 있다고 본다. 이 견해에 의하면 계약금 잔액이 지급되지 않은 상태에서는 교부자에게도 수령자에게도 계약해제권은 발생하지 않고 계약금 잔액이 모두 교부되어야 비로소 계약해제권을 행사할 수 있다고 한다.

제3설은 교부자는 계약금의 잔액을 지급하여야 계약을 해제할 수 있지만 수령자는 잔액이 교부되기 전에도 약정된 계약금의 배액을 상환하여 계약해제권을 행사한다고 본다. 이 견해는 요물계약설을 완화하여 분할지급 또는 후지급 약정의 경우에도 수령자를 위해서는 계약금계약이 성립하고 효력이 발생하나, 교부자에게는 잔액을 모두 지급한 후에야 계약해제권이 발생하는 것으로 보고 있다.

계약금의 분할지급 약정을 계약금계약의 예약이라고 보는 제2설의 견해는 당사자의 의사에 반하며, 계약금 미지급을 이유로 주계약인 매매계

29) 남효순(2001). 전게논문. p.271
30) 남효순(2001). 전게논문. p.272

약도 해제할 수 있다는 의견에는 동감하기 힘들다. 이를 수용한다면 종된계약 예약의 성립 여부에 따라 주계약 자체를 해제할 수 있다는 논리가 성립되기 때문에 부당하다고 생각한다. 제3설은 교부자는 계약금의 잔액을 지급하여야 계약을 해제할 수 있고, 수령자는 잔액이 교부되기 전에도 약정된 계약금의 배액을 상환하여 계약해제권을 행사한다고 하는데 이는 어느 일방에 유리한 해석이 되어 지므로 옳지 않다. 제1설이 타당하다고 생각한다. 서론에서 언급한 문제 사례와 같이 계약금이 교부되기 전에도 당사자 일방에 의하여 계약이 해제될 수도 있으므로 계약금계약은 계약금 지급약정을 분할지급 또는 후지불하기로 약정을 하더라도 실제로 교부된 계약금 범위 내에서만 계약금계약이 성립한다고 보아야 할 것이다.

설사 계약금의 분할지급 약정에 따라 분할 지급되는 과정에서 매매계약의 이행시기가 도래하거나, 그 이전에 계약해제권이 행사되는 경우에는 그러한 시점까지 실제 교부된 계약금액에 한하여 계약금계약이 성립한 것으로 보아야 할 것이다.

# IV. 채무불이행과 이행거절

## 1. 채무불이행

### 1) 채무불이행 의의 및 입법태도

채무자는 채무의 내용에 좇아 이를 변제·이행하여야 하며[31], 그러한 이행이 없는 경우를 통틀어서 채무불이행이라 한다. 즉 채무자가 정당한 이유 없이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않는 것을 말한다. 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않는다는 것은, 법률의 규정·계약의 취지·거래의 관행·신의성실의 원칙 등에 비추어 적당하다고 생각되는 이행을 하지 않는 것이다. 채권이 정상적으로 실현될 때, 즉 채무내용에 좇은 이행이 있는 때에는 채권은 만족을 얻는 것이 되어 소멸한다. 따라서 채권이 정상적으로 실현되는 경우에는, 채권은 청구력과 급부보유력을 가지는 것으로 되는 것이다.

그러나 채권이 정상적으로 실현되지 않는 경우, 즉 채무불이행이 있는 경우에는, 채권의 실현을 보장하는 법률적 효력 내지 법률적 수단이 필요하게 된다. 그러한 채무불이행에 대한 법률적 구제수단으로서 법률은 강제이행과 손해배상을 인정하고 있다. 이 두 가지 채권의 효력은 채무불이행을 원인으로 하여 발생한다. 따라서 채권의 중요한 두 효력이 발생하기 위한 전제 요건인, 채무불이행의 여러 모습과 그 요건을 밝히는 것이 중요하다.

민법은 채무불이행 책임의 발생을 하나의 포괄규정으로 규율한다. 독일민법과 같이 개개의 구성요건을 유형별로 열거하는 입법태도를 취하지 않고, 하나의 일반적 요건을 제시함으로써 추상적으로 규율하는 입법주의를 취한다.[32] 민법 제390조에서는 「채무의 내용에 좇은 이행이 없는 때」라는 추상적인 표현을 사용함으로써 모든 채무불이행의 유형을 포괄하는 일반조항으로서 존재의미를 가지는 것이고, 이를 토대로 민법은 특히 이행지체와 이행불능에 관해 따로 개별규정을 둔 것으로 이해하여야 할 것이다.

31) 민법 제460조 참조

32) 박종두(2005), "채권법총론". 삼영사. p.66

2) 채무불이행의 태양

민법은 채무불이행의 형태로 이행지체와 이행불능을 규정한다. 따라서 이행지체와 이행불능은 전형적인 채무불이행의 형태이다. 다만, 불완전이행과 채권자지체도 채무불이행으로 다룰 것인가? 이는 채권관계의 법률적 성질에 따라 결정된다. 채권관계를 유기적 관계로 이해하면 채무불이행을 주된 급부의무의 불이행과 부수적 의무위반 또는 불이행으로 파악하고, 불완전이행과 채권자지체는 주로 부수적 의무위반 또는 불이행을 중심으로 채무불이행의 태양에 포함시키고 있다.

따라서 우리 민법상 채무불이행의 태양은 주된 급부의무를 중심으로 이행지체·이행불능을, 부수적 의무를 중심으로 불완전이행·채권자지체로 집약된다. 그런데 상기 4가지 이외로 이행거절이 있을 수 있다.

이행거절은 채무자가 이행기 전에 이행하지 않을 의사를 표시하는 것이다. 이것은 이행기 전에 채무자가 그 이행을 종국적으로 거절하는 것을 문제 삼는 것이므로, 이행기를 기준으로 하는 이행지체와 똑같다고 할 수 없고, 이행이 불가능한 것은 아니므로 이행불능에 속한다고 할 수도 없으며, 또 아무런 이행도 없어 불완전이행이 되지도 않는 점에서, 이행거절을 채무불이행의 독립된 유형으로 인정할 것인지, 이행지체의 한 유형으로 볼 것인지에 대해서는 이견이 있다.

## 2. 이행거절

1) 이행거절 의의

채무불이행의 한 유형으로서 이행거절이란 채무자가 자신의 채무를 이행할 뜻이 없음을 종국적으로 밝히는 것이다. 이는 민법 제390조의 채무불이행이 되어 채무자는 채무불이행책임을 지게 된다. 계약해제와 관련하여서는 민법 제544조 단서에서 「그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.」고 규정하여, 이행거절이 있는 경우 이행지체와는 달리 채권자는 상대방에게 최고를 할 필요 없이 계약을 해제할 수 있다.

채무불이행의 한 유형으로서의 이행거절은 쌍무계약의 동시이행관계에서 일방이 갖는 이행거절권의 행사와는 구별된다.

이행거절권은 민법 제536조 제1항에 근거를 둔 것으로 동시이행관계에서 일방이 자기채무의 이행의 제공 없이 상대방에게 일방적인 이행을 청구할 때 상대방에게 자동적으로 발생하는 정당한 권리를 말한다.

따라서 실거래에서 일방이 이행거절의 의사를 표시한 경우, 상대방의 이행의 제공을 조건으로 하는 정당한 이행거절권인지, 아니면 이행의 제공과 관계없이 자신의 이행을 거절한다는 채무불이행으로서의 이행거절인지를 따져보아야 할 경우도 있다.

2) 이행거절 관련규정 및 판례

우리 민법은 이행거절과 관련하여 직접적인 규정을 두고 있지는 않다. 다만 이행지체를 이유로 한 해제의 요건과 관련하여, 앞에서 언급한 민법 제544조의 단서 규정을 이행거절과 관련한 규정이라 할 수 있다.

이 단서 규정과 관련하여 부동산 매도인(피고)이 중도금의 수령을 거절하고 계약을 이행하지 아니할 것을 명백히 표시하자 매수인(원고)은 이를 이유로 잔금지급일 이전에 계약을 해제하였는데, 여기서 해제가 유효한 것인지가 문제된 사안

에서, 판례[33]는 「원고로서는 중도금을 공탁한 후 잔대금 지급기일까지 기다렸다가 잔대금의 이행제공을 하고 피고들이 자기들의 의무인 소유권이전등기의무의 이행제공을 하지 아니한 때에야 비로소 위 계약을 해제할 수 있다는 결론에 이르게 되는 바, 어차피 피고들이 위 소유권 이전등기의무의 이행을 제공하지 아니할 것이 분명한 이 사안에서 원고에게 이와 같은 방법을 취하라고 요구하는 것은 불필요한 절차를 밟고 또 다른 손해를 입도록 강요하는 게 되어 오히려 신의성실에 어긋나는 결과를 초래할 뿐」이라고 하였다.

또 「부동산 매도인이 중도금의 수령을 거절하였을 뿐만 아니라 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우 매수인은 신의성실의 원칙상 소유권이전등기의무 이행 기일까지 기다릴 필요 없이 이를 이유로 매매계약을 해제할 수 있다」고 판시하여 해제가 적법한 것으로 판단하였다.

3) 이행거절의 독자성 논의

이행거절을 종래의 이행불능과 이행지체라는 전통적인 채무불이행의 유형 외에 새로운 제3의 불이행유형으로서 독자적인 의의를 인정할 필요가 있는가에 대하여 견해의 대립이 있다.

이행거절의 고유성을 부정하는 견해는 이행거절은 이행이 가능함에도 채무자가 이행을 하지 않는다는 점에서 이행지체와 본질적으로 차이가 없거나 혹은 이행지체를 전제로 하여 발생된 현상에 지나지 않는다는 점에서, 이행지체의 '하부유형' 또는 '특수한 형태'로 파악하면 충분하고 독립된 유형으로 설정할 필요가 없다고 한다.[34] 또 이행이 가능함에도 불구하고 채무자가 이행하려 하지 않는 경우에 채권자는 장차 이행기가 도래하면 급부의 실현을 강제할 수 있다는 점을 들어 이행거절과 이행지체 사이에는 본질적 차이가 없으며 이행거절을 이행지체의 하부유형, 이른바 '선취된 이행지체로 파악할 수 있다고 한다.[35]

반면에 이행거절을 독립된 채무불이행 유형으로 인정하여야 한다는 견해는, 채무불이행에 대한 포괄규정주의를 취하고 일반조항으로서 민법 제390조를 가지고 있으므로 채무불이행의 유형을 이행지체·이행불능·불완전이행의 3가지에 한정할 필요는 없다고 한다. 이행거절은 채무의 이행이 불능이 아니어서, 강제이행 청구가 가능하다는 점에서 이행불능과 구별되고, 이행기가 도래하기 전에는 이행지체를 인정할 수 없는 점에서, 이행기 전의 이행거절을 포함하는 이행거절은 독자적 유형으로 인정될 충분한 근거가 있다고 주장한다.[36]. 그리고 부정설에 대하여 다음과 같이 비판한다.[37] 첫째, 이행거절에 대한 논의가 발달한 영미법에서는 이른바 '선취된 계약위반'이라고 하여 이행기전의 이행거절을 주로 문제 삼고 있다. 이에 반해 독자성을 부정하는 견해는 이행거절은 채무자가 이행기를 도과한 경

33) 대판 1993.06.25, 93다11821

34) 김형배(2001). "채권각론". 박영사. p.263
지원림(1997). "채무불이행의 유형에 관한 연구". 민사법연구 제15호 p.399

35) 지원림(2007). "민법강의 제5판". 홍문사. p.876

36) 양창수. "독자적인 채무불이행 유형으로서 이행거절". 민법연구 제4권. p.144~145
김동훈(2003). "이행거절과 계약해제". 고시연구사. 고시연구 통권 제354호. p.112

37) 김동훈(2003). 전게논문. p.112

우에 이행을 거절하는 것이 일반적 모습이지만, 이행기 전에 하는 것도 가능하다고 하고, 따라서 이행기 이전의 이행거절에 대하여는 이행기 이후의 이행거절에 관한 법리를 확대 내지 유추적용하는 것으로 충분하다고 한다. 판례[38]에서는 이행거절과 관련하여 주로 이행기 전의 이행거절이 문제가 되고 있으며, 둘째, 이행거절을 이행지체의 하부유형 내지 특수유형으로 보는 것도 수긍하기 힘들다. 이행거절과 이행지체는 이행의 청구 및 강제이행이 가능하다는 점에서 공통점이 있다. 그러나 이행거절은 확고한 불이행 의사표명에 의하여 임의이행의 불실현을 초래한다는 점에서는 법리상 이행불능과 더 가까운 것으로, 이행불능은 이행장애의 요인이 채무자의 능력에, 이행거절은 채무자의 의사에 있다는 점에서 다를 뿐이다, 특히 해제와 관련하여 최고나 이행의 제공을 요하지 않는다는 점에서 이행거절과 이행불능은 공통점이 있으며, 이행지체와 구별되는 실익이 있다고 주장한다. 이행거절을 독립된 채무불이행 유형으로 인정하는 것이 타당한 것으로 생각된다.

이행불능·이행지체·이행거절의 세 유형으로 구분하는 가장 큰 실효성은 해제의 행사요건 차이로 볼 수 있다. 채무자가 채무를 이행하지 아니할 의사가 명백히 표시되고 종국적인 경우에는 상대방은 계약을 해제할 수 있는데 이행거절로 인한 해제권의 행사는 이행지체 경우에 비해 매우 간편하다. 첫째로 민법 제544조의 법문이 명시하는 바와 같이 최고를 요하지 않는다. 둘째로 상대방은 이행기 전에 이루어지는 이행거절에 대하여 이행기까지 기다리지 않고 즉시 계약을 해제할 수 있다. 셋째로 동시이행관계에서 자기 채무 이행의 제공을 요하지 않는다.

38) 대판 1976.11.09, 76다2218
대판 1980.05.13, 80다130
대판 1993.06.25, 93다11821

## V. 채무불이행과 손해배상

### 1. 손해배상의 의의

채무자의 채무불이행으로 인하여 채권자에게 손해가 발생한 때에는 채권자는 그 손해의 배상을 청구할 수 있다.[39] 즉 이행지체(이하 이행거절을 포함한 의미로 사용)에서는 본래의 급부의무에 대해 강제이행을 청구하더라도 지연에 따른 손해는 그대로 남게 되는 것이며, 이행불능의 경우에는 강제이행을 청구할 수 없고 전적으로 이행에 갈음하는 손해배상을 통해 구제된다. 한편 채권이 계약에 의해 생긴 것인 때에는 채권자는 채무불이행을 이유로 계약을 해제할 수 있으나[40], 해제를 하더라도 손해가 있으면 그 배상을 청구할 수 있다.[41] 요컨대 채무자가 그의 귀책사유로 채무를 이행하지 않게 되면 민법에서 정한 여러 불이익, 즉 '책임'을 지게 되는데, 그 중의 하나가 채권자가 그로 인해 입은 손해를 채무자가 배상하는 것이 손해배상이다.

손해는 법적으로 보호할 가치가 있는 이익(법

39) 민법 제390조)
40) 민법 제544조~제546조
41) 민법 제551조

익)에 대한 침해로 인하여 발생한 불이익을 말한다. 채무불이행에서의 손해는 채무를 이행하지 않은 데서 오는 불이익을 말한다. 채무가 이행되었더라면 채권자가 얻었을 이익을 지향하는 것이다. "통설과 판례는 손해의 개념에 대해서 위법행위가 없었다면 존재하였을 이익과 위법행위가 있은 후의 현재의 이익과 차이라는 차액설의 입장을 유지하고 있다. 유의할 것은 차액설은 손해의 범주를 정하는 추상적인 기준에 지나지 않고, 구체적인 손해액은 차액설을 토대로 하여 구체적인 사안별로, 개별적으로 정하여야 한다는 점이다. 특히 채권자가 손해배상을 받기 위해서는 개별적인 손해항목 등을 입증할 필요가 있다.[42]

배상이란 채무불이행으로 인해 발생한 손해를 피해자(채권자)이외의 자가 전보하는 것을 말한다.

## 2. 손해의 분류 및 배상의 범위

### 1) 손해의 분류

손해를 가져오는 법익에는 재산상 이익과 정신상 이익 두 가지가 있다. 전자에 대해 발생한 손해가 「재산적 손해」이고, 후자에 대해 발생한 손해가 「비재산적 손해」이다. 민법은 후자를 특히 "재산 이외의 손해"라고 표현하는데[43], 보통 '정신적 손해'라고 부르며, 이에 대한 금전배상을 위자료라고 한다.[44] 손해의 산정방법에서 양자는 차이가 있다. 재산적 손해의 산정은 구체적인 증거에 기초해야 하고, 가해자(채무자)와 피해자(채권자)의 재산상태·가해자의 고의나 과실 등은 손해배상의 범위에 영향을 주지 않는다. 그러나 비재산적 손해에서는 그 침해된 법익이, 손해를 구체적 증거에 의해 정확히 산정할 수 없는 정신상 이익이라는 점에서 달리 취급된다. 즉 이것은 증거에 의하여 입증할 수 있는 성질의 것이 아니며, 피해자(채권자)의 청구범위 내에서 사실심 법원이 제반 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량으로 정하게 된다.[45]

전술한 '재산적 손해'는 다시 「적극적 손해」와 「소극적 손해」로 나눈다."[46] 전자는 물건의 멸실이나 훼손 또는 치료비의 지출과 같이 기존의 이익이 멸실 또는 감소됨에 따른 손해이고, 후자는 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못함으로써 입은 손해 즉 일실이익을 말한다. 후자는 다음의 점에서 전자에 비해 특색을 가진다. 첫째, 장래의 이익획득의 가능성에 기한 것이기 때문에, 그 증명방법이 과거사실에 대한 입증증명 방법보다 경감된다. 채권자가 현실적으로 얻을 수 있을 구체적이고 확실한 이익의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서의 상당한 개연성이 있는 이익의 증명으로 족하다고 한다.[47] 둘째, 소극적 손해에 대해 일시에 그 배상을 청구하는 때에는 중간이자를 공제한다. 후자는 전자에 비해 '특별손해'로 취급되는 경우가 많아 채무자의 예견가능성을 요건으로 하여 그 배상이 인정된다

42) 김준호(2005). "민법강의 신정4판" p.927
43) 민법 제751조
44) 민법 제752조
45) 대판 1998.4.23, 98다41377
46) 대판 1998.7.10, 96다38971
47) 대판 1992.4.28, 91다29972

는 점이다.[48]

다른 분류의 방법으로 이행이익의 손해와 신뢰이익의 손해가 있다. 이행이익과 신뢰이익의 개념은 민법 제535조에 그 법적근거를 둔다. 계약이 원시적 불능인 경우에는 무효라는 전제하에, 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 이를 알지 못한 상대방에 대해 그가 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상하되, 그 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못하는 것으로 규정하고 있다. 여기서 후자가 이행이익이고, 전자가 신뢰이익인대, 신뢰이익은 이행이익을 초과하지 못하는 것으로 하고 있다.

2) 손해배상의 범위

채무불이행으로 인해 손해가 발생한 경우에 그 발생된 손해가 항상 전부가 배상되는 것은 아니다. 왜냐하면 채무불이행을 원인으로 하여 손해는 무한히 확대될 수 있는데, 이러한 손해 전부를 채무자가 배상해야 한다는 것은 채무자에게 과중한 부담을 지우는 것으로, 손해의 공평한 부담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 취지에 맞지 않기 때문이다. 이러한 측면에서 손해 중에 그 배상의 범위를 결정하는 기준이 요구된다. 이에 우리 민법은 제393조에서 그 기준을 정하고 있다.

제393조는 손해배상 범위의 기준을 통상손해와 특별손해로 구분하고, 채무불이행으로 인해 일반적으로 발생하는 통상손해는 그 전부에 대해 채무자에게 배상책임을 인정한다. 그러나 일반적으로 발생하지 않는 손해, 즉 특별한 사정에 기한 손해의 경우에는 원칙적으로 배상책임을 부정하고, 다만 채무자가 그러한 손해가 발생할 사정을 알았거나, 알 수 있었을 때에 한하여 배상책임을 인정하고 있다.

어떤 사안의 원인에 의하여 발생하는 결과가 객관적으로 보아 그 원인으로부터 보통 일반적으로 당연히 초래되는 결과가 될 때에는 양자는 '상당인과관계(설)'에 있는 것이 되며, 이때에 우연한 사정 내지 특수한 사정으로 인한 결과는 '상당인과관계'에서 제외된다. 채무불이행은 일정한 사정을 전제로 성립하는 것이므로, 어느 범위까지의 사정을 그 전제로 삼을 것인지에 따라 우연한 사정 내지 특수한 사정의 범위가 다르게 된다.

채무불이행 당시에 일반인이 알 수 있었던 사정(객관적 상당인과관계)과 채무자가 특히 알고 있었던 사정(주관적 상당인과관계)을 함께 고찰의 대상으로 하여야 한다는 견해가 절충설이다. 통설적 견해는 제393조 1항을 상당인과관계의 원칙을 정한 것으로, 제2항을 절충설의 입장에서 고찰의 대상으로 삼는 사정의 범위를 규정한 것으로 해석한다.[49]

통상손해란 채무불이행이 있으면 일반적으로 발생하는 손해를 말한다. 하지만 이를 일률적으로 말할 수는 없고 구체적인 사안별로 달라질 수 있어서 판례를 통하여 형성되어지고 있다. 이러한 통상손해에 관해서는 채무자의 예견가능성 유무를 묻지 않고 그 전부에 대해 배상을 청구할 수 있으며, 채무자는 배상하여야 한다.

특별손해란 채무불이행으로 인해 일반적으로 발생하는 손해가 아닌 것, 즉 채권자에게만 존재

48) 민법 제393조 제2항

49) 김준호(2005). "민법강의 신정4판" p.938

하는 특별한 사정에 기초하여 발생하는 손해를 말한다. 특별손해에 대해서는 채무자는 원칙적으로 배상책임을 부담하지 않는다. 다만 채권자에게 존재하는 특별한 사정의 존재에 관해 채무자가 '알았거나 알 수 있었을 때'(예견가능성)에는 예외적으로 배상책임을 진다.

### 3. 손해배상 청구 및 배상의 방법

채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있기 위해서는 채무불이행으로 인한 손해가 현실적으로 발생하고 있어야 하고, 그 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다.

이와 관련하여 판례는 채무불이행으로 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한하므로 채무불이행으로 인하여 채권자가 제3자에 대하여 채무를 부담하게 된 경우, 채권자가 채무자에게 제3자에 대한 채무액과 동일한 금액을 손해배상금으로 청구하기 위해서는 채무부담이 현실적·확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것이어야 한다고 한다. 그 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단한다.[50]

즉 채권자는 손해가 발생하였다는 사실과 그 손해액이 어느 정도라는 금액을 채무자에게 구체적으로 입증할 책임 부담하는 것이다. 만약 채권자가 이를 입증하지 못한다면 채권자는 채무자에게 손해배상을 받을 수 없게 된다. 물론 채무자가 채권자의 이러한 입증에 관계없이 배상을 한다면 문제가 되지 않지만 현실적으로 채무불이행이 있는 경우 채무자는 소를 통하여 손해배상을 받는 경우가 대다수이므로 소송과정에서 채권자가 이를 입증하지 못한다면 채무자로부터 손해배상을 받기 어렵다.

우리 민법은 손해배상의 방법으로 금전배상주의를 취하고 있다.[51] 다만, 예외적으로 당사자의 다른 의사표시가 있거나 또는 이와 다른 법률규정[52]이 있는 경우에는 이에 의한다.

## VI. 결론

대법원이 원심의 판결을 파기 환송하고 원심으로 하여금 다시 재판하도록 한 것은 타당한 것으로 생각한다. 사례를 통하여 알 수 있는 것은, 계약금계약은 주계약인 매매계약의 종된 계약으로서 종된 계약이 성립하지 않았다고 하여 주계약인 매매계약을 당사자 일방이 일방적으로 해제할 수는 없고, 계약금계약은 요물계약으로서 계약금을 지급하기로 약정만 한 경우에는 계약금계약은 성립하지 않는다. 이에 따라 주계약을 체결하고 실제 계약금을 이후에 교부하였다면 실제 계약금이 교부된 시점부터 계약금계약은 성립하는 것이 되고 그 효력을 발휘하게 된다.

사례와 같이 매매계약이 체결된 후 계약금계약이 성립되는 시기까지의 기간 동안에는 민법 제565조 제1항에 의한 해약금에 의한 계약 해제는 할 수 없다. 또 이 기간 동안에는 어느 일방 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수 없다. 다만 계약 당사자 어느 일방이 채무불이행이 있는 경우에는 적법한 해제절차에 따라 계약을 해제할

50) 대판 1994.12.13, 93다59779

51) 민법 제394조, 제763조

52) 민법 제764조

수 있을 뿐인데도 불구하고 매도인은 일방적으로 계약해제를 선언하였다. 이는 이행거절에 해당하는 채무불이행으로서 그에 따른 손해배상을 하여야 한다.

이러한 논지에서 볼 때 1심의 판결 내용 중 매도인의 손해배상 금액에 대한 부분은 별론으로 하고 A가 B에게 손해배상을 하여야 한다고 인정한 부분은 옳은 판단이다. 그러나 2심은 『… 계약금계약은 요물계약이기 때문에 아직 성립하였다고 볼 수 없음은 물론, 약정에 따른 계약금이 지급되기 전까지는 계약 당사자의 어느 일방이든 그 계약에 구속되지 않고 자유로이 이를 파기할 수 있도록 계약해제권이 유보되어 있다고 봄이 상당하고 … 이 사건 매매계약이 적법하게 해제된 후이므로 계약금 지급의 효력이 발생할 수 없다고 할 것이다.』고 하여 A의 손해배상을 부정하였다. 즉 종된 계약인 계약금계약이 성립되지 않은 상태에서 계약을 해제하는 것은 적법하므로 손해배상을 할 필요가 없다고 보고 있다. 이에 대하여 대법원은 계약이 일단 성립한 후에는 당사자의 일방이 이를 마음대로 해제할 수 없는 것이 원칙이고, 계약금계약을 요물계약임을 인정하면서 계약금계약이 성립하지 않았다고 하여 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수는 없다고 하여 2심의 판결을 파기 환송하였다. 대법원의 판단은 정당하고 옳은 판단이었다.

또 다른 문제점으로 손해배상 금액에 대한 문제이다. 사례에서 A는 계약금계약이 성립하기 이전에 일방적으로 계약을 해제한다는 통보를 한 것은 채무불이행의 한 유형인 이행의 거절에 해당하므로 B에게 손해배상을 할 의무를 부담하게 된다.

채무불이행으로 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 재산적 손해에 한하며, 그 손해배상의 범위는 일반적으로 발생하는 통상손해는 그 전부에 대해 채무자에게 배상책임을 인정한다. 일반적으로 발생하지 않는 손해, 즉 특별한 사정에 기한 손해인 특별손해는 원칙적으로 배상책임을 부정하고 다만 채무자가 그러한 손해가 발생할 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상책임을 인정한다. 그리고 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있기 위해서는 손해가 현실적으로 발생하고 있어야 하고 손해의 발생과 손해액을 채권자가 입증하여야 한다.

사례의 경우 오후에 계약을 체결하고 그 다음날 오전에 계약이 해제됨으로서 채권자에게 현실적인 손해가 발생한 것으로 보기 어려운 것으로 생각된다. 또한 계약금계약이 성립하지 않았기 때문에 민법 제398조 제4항에 의한 손해배상액의 예정은 성립하지 않는 것이다.

그럼에도 불구하고 1심은 계약서에 명시한 "계약금은 계약과 동시에 매도인에게 지불하고, 매도인은 매수인으로부터 중도금을 받기 전까지 (중도금이 없을 때에는 잔금을 받기 전까지)는 위약금조로 계약금액의 배액을 배상하고 계약을 해제할 수 있으며 또한 매수인도 계약금을 포기하고 본 계약을 해제할 수 있다"는 계약조건을 들어 『위 약정에 의한 위약금은 6천만 원이 되나 … 곧바로 자신이 지급받은 계약금을 원고에게 돌려 준 점에서 원고에게 특별히 큰 손해가 발생하였다고 보기 어렵고, 나아가 이 사건 계약의 목적·내용, 예상손해의 액수, 예정액의 비율, 거래관행 등 제반 사정을 고려하면 위 매매계약상의 위약금, 즉 손해배상 예정액은 지나치게 과다하므로 이를 20,000,000원으로 감액하기로 한다.』고 판시하여 계약금계약이 성립하지 않은 계약금

을 위약금으로 간주하였다.

동 사례와 같이 계약금 지급을 약정만하고 지급되지 않은 상태에서 계약이 해제되었을 때에 위약금을 어떻게 처리해야 하는지에 대한 판례는 현재까지 나와 있지 않지만. 1심이 지급하기로 약정만 한 계약금을 위약금으로 간주한 것은 잘못된 판단이다. 그 근거를 다음과 같이 주장한다.

첫째, 계약금이 지급되지 않으면 계약금이 해약금으로서의 역할을 할 수 없다. 계약금계약은 요물계약이므로 계약금이 지급되기 이전에는 계약금의 포기 또는 배액상환으로 계약을 해제할 수 없다. 왜냐면 실제 포기하거나 배액 상환할 금액이 없기 때문이다. 그러하다면 지급되지 않는 계약금은 위약금의 역할도 할 수 없다고 보아야 할 것이다.

둘째, 계약금 지급약정을 하지 않고 계약을 체결하고 이후 중도금 및 잔금을 지불하기로 약정을 하였을 경우 중도금 지급시기 이전에 계약을 해제하였을 경우에는 해제권에 의한 계약해제가 될 수 없을 것이며, 계약금이 없으므로 위약금 또한 있을 수 없다. 이와 같은 경우에는 채권자가 실 손해를 입증하여 손해배상을 받을 수밖에 없을 것이다. 이러 하다면 파기 환송심은 채권자인 B가 그의 실 손해 발생여부와 그 금액을 입증하도록 하고 입증된 금액을 A가 B에게 손해 배상하도록 하였어야 함에도 불구하고 1심 법원이 판단한 부분을 원용하여 B가 A에게 20,000,000원을 손해 배상하도록 조정을 유도하였다.

물론 법적 분쟁을 조기에 종결한다는 차원에서 조정은 바람직하지만 채무불이행에 대한 손해배상의 법리를 무시하고 조정에만 치우치는 것은 잘못된 것이며, A나 B도 좀 더 계약금계약의 법리나 손해배상의 법리를 알았더라면 소는 제기되지 않았을 것이며, 최소한 1심으로 소송이 종결될 수도 있었을 것이다. 동 사례는 2005년 6월 8일 계약이 체결되었고, 최종 조정이 이루어진 것은 2008년 10월 1일로서 무려 3년 4개월 동안 소를 진행함으로써 양 당사자는 상호 시간적, 금전적 손해가 발생하는 결과가 초래되었다.

논문접수일 : 2009년 4월 6일
심사완료일 : 2009년 6월 25일

# 참고문헌


1. 곽윤직・심재돈,「민법주해 제14권」, 박영사, 1999
2. 곽윤직,「채권각론」, 박영사, 1988
3. 곽윤직,「채권각론」, 박영사, 2005
4. 김동훈, “계약금의 수수에 따른 몇 가지 법률문제”,「신세기의 민사법과제」 법원사, 2001, pp.394
5. 김동훈. “이행거절과 계약해제”,「고시연구」 통권 제354호, 고시연구사, 2003, pp.112
6. 김준호.「민법강의 신정 4판」, 법문사, 2005
7. 김증한,「채권각론」, 박영사, 1988
8. 김학동, “손해배상의 예정”,「인권과 정의」 제252호, 대한변호사협회. 1997.8, pp.109
9. 김형배,「채권각론」, 박영사, 2001
10. 남효순, “계약금약정에 관한 몇 가지 쟁점”,「서울대학교 법학」 제39권제2호, 서울대학교 법학연구소, 1998, pp.284-285
11. 박병칠. “계약금포기・배액상환의 약정 및 관련문제”,「민사법연구」 제3집, 대한민사법학회, 1994, pp.108
12. 박종두,「채권법총론」, 삼영사, 2005
13. 양창수. “독자적인 채무불이행 유형으로서 이행거절”.「민법연구」 제4권, pp.144-145
14. 지원림,「민법강의 제5판」, 홍문사, 2007.
15. 지원림, “채무불이행의 유형에 관한 연구”,「민사법연구」 제15호, 한국민사법학회, 1997, pp.399
16. 최창렬, “계약금계약에 관한 연구”,「재산법연구」 제20권 제1호, 한국재산법학회, 2003.8, pp.68
17. 현승종・조규창,「로마법」, 법문사, 1996.
18. 한국공인중개사협회, http://www.kar.or.kr/