

## 해제요건에 관한 비교법적 고찰\*

- 독일 민법(BGB)을 중심으로 -

### Comparative Study on the Requirement of the Termination of the Contract

- Regarding about the German Civil Law(BGB) -

김 대 경\*\*  
Kim, Dae-Kyung

#### 목 차

- I. 들어가며
- II. 귀책사유의 필요성 여부
- III. 사정변경에 의한 계약해제
- IV. 민법개정안의 검토
- V. 나오며

#### 국문초록

독일 민법은 채권법의 개정을 통해 모든 유형의 급부장애를 의무위반으로 파악하고 이에 대한 채권자의 권리구제수단으로 채무자의 귀책사유 유무에 따라 손해배상청구권 및 계약해제권을 부여하도록 하였다. 즉 의무위반에 따른 책임 귀속규범으로서 손해배상을 청구함에는 채무자의 귀책사유가 요구되지만, 쌍무 계약의 등가성에 기초한 계약해소규범인 계약해제는 채무자의 귀책사유와는 무관한 것으로 규정하였다. 또한 독일 민법은 종래 판례 및 학설에 의해 발전되

논문접수일 : 2019. 10. 01.

심사완료일 : 2019. 10. 24.

게재확정일 : 2019. 11. 04.

\* 이 논문은 2019학년도 제주대학교 교육·연구 및 학생지도비 지원에 의해서 연구되었음.

\*\* 제주대학교 법학전문대학원 조교수

어은 행위기초의 장애 법리를 민법전으로 수용하여 법적명확성을 제고함은 물론 변경된 사정에 따른 계약당사자 상호간의 위험분배 및 기대가능성을 고려한 계약관계의 변응을 인정하였는데, 특히 불이익 당사자로 하여금 계약수정청구권을 제도적으로 보장함으로써 변경된 사정 하에서도 계약관계의 즉시 종료가 아닌 계약내용의 수정을 통한 보다 충실한 이행 여건을 확보하였다는 점에서 긍정적으로 평가된다.

우리 민법 또한 2004년 민법개정안을 통해 종래부터 논의되어진 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유가 필요한 것인지 여부 및 사정변경에 의한 계약해제를 긍정할 것인지의 여부에 관하여 입법적 해결을 시도하였다. 무엇보다 동 개정안은 현행 채무불이행의 개별 유형에 따른 계약해제의 요건을 규정하는 방식에서 벗어나 모든 유형의 채무불이행의 경우 일반적 효과로서 계약해제를 인정하는 규정방식을 취함으로써 계약해제의 요건에 관한 포괄성 및 명료성을 제고함과 동시에 채무불이행과 손해배상을 규정한 민법 제390조와 체계조화적으로 규율되었다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 또한 종래 통설적 견해에 의해 지지되어진 사정변경의 원칙을 입법화함으로써 법적명확성을 제고함과 동시에 계약준수의 원칙과 신의칙 내지 공평의 원칙을 적절히 조율하였다는 점에서 긍정적으로 평가된다고 하겠다. 그러나 동 개정안 제544조의2 제1항 단서에서 규정된 바와 같이 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유를 요하도록 한 것은 계약해제 제도의 본질 및 기능을 도외시한 불필요한 요건으로 보이며, 이는 국제적 통일계약규범의 입법방향과도 배치 내지 역행하는 것으로 삭제바람직하다고 생각한다.

**주제어** : 계약해제, 귀책사유, 신의성실의 원칙, 사정변경의 원칙, 계약준수의 원칙

## 1. 들어가며

계약해제는 유효하게 성립하고 있는 계약의 효력을 당사자 일방의 의사표시에 의하여 그 계약의 효력을 처음부터 존재하지 아니한 것과 같은 상태로 회복시키는

것을 말한다.<sup>1)</sup> 이는 로마법 이래 “계약은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)”라는 계약준수의 원칙에 대한 중대한 예외를 이루는 것이지만, 계약의 목적달성이 불가능하거나 당사자 상호간의 신뢰관계가 심각하게 훼손된 경우 등에서 일방 당사자로 하여금 기존의 좌초(?)된 계약관계의 구속력에서 벗어나 새로운 계약 체결로 나아가기 위한 기회보장이라는 측면에서 그 의의를 갖는다고 하겠다.

우리 민법은 ‘채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한’ 것을 채무불이행이라는 개념으로 포섭하여 이에 대한 일반 내지 포괄조항으로 민법 제390조를 규정하여 채권자에 대한 권리구제수단으로 손해배상청구권 및 계약해제권을 규정하고 있다. 계약해제에 관한 우리 민법의 제 규정을 살펴보면, 민법 제565조에서 계약금계약에 의한 약정해제권을 유보한 경우<sup>2)</sup>를 제외하고는 대부분 채무불이행의 유형에 따른 법정해제권으로 규정하고 있는데, 보통의 계약에서 이행지체로 인한 계약해제(제544조), 정기행위 있어서 이행지체에 의한 계약해제(제545조) 및 이행불능에 의한 계약해제(제546조) 등이 그것이다. 한편 우리 민법에는 사정변경을 이유로 계약을 해제할 수 있다는 일반규정은 두고 있지 않지만, 통설적 견해에 따르면 계약의 등가관계가 심하게 파괴된 경우에는 일정한 요건에 따라 계약해제를 긍정하고 있다. 다만 판례는 사정변경에 의한 계약의 해제를 매우 엄격하게 해석하여 ‘계약 성립 당시 계약의 기초가 되었던 객관적 사정이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임없는 사유로 현저히 변경되어 계약 내용대로의 구속력을 인정하는 것이 신의칙에 현저히 반하는 경우’에 한하여 이를 긍정하고 있다.<sup>3)</sup>

한편 독일 민법은 2002년부터 시행된 채권법현대화법률<sup>4)</sup>을 통해 채권법의

- 1) 김용덕(편집대표 곽운직), 「민법주해(XIII)」, 박영사, 2009, 222면 이하; 이효종(편집대표 박준서), 「주석민법(채권각칙2)」, 한국사법행정학회, 1999, 54면 이하 각 참조.
- 2) 민법 제565조는 당사자가 임의로 약정해제권을 행사한 대가로 계약금 상당액을 상대방에게 주는 것이므로, 이것이 당사자의 채무불이행을 원인으로 하는 법정해제권의 경우에 통용되는 것은 아니다. 그러기 위해서는 계약금을 손해배상액으로 하기로 하는 위약금의 약정이 있어야 한다. 대법원 1992.11.27. 선고 92다23209 판결; 대법원 1995.2.10. 선고 94다51109 판결; 대법원 1996.6.14. 선고 95다54693 판결 등 참조.
- 3) 대법원(전합) 2013.9.26. 선고 2012다13637 판결. 사정변경에 의한 계약해제를 엄격한 요건 하에서 제한적으로 인정하고자 하는 판례의 태도는 계약준수의 원칙 나아가 계약 체결 후 사정의 변화는 계약의 속성에 속하는 것으로 이는 당사자가 감수하여야 할 몫이라는 점 등에서 타당한 것으로 평가된다.

일대개혁을 도모하였는데, 동 법률은 무엇보다 모든 종류의 급부장애를 포함하는 의무위반을 정점으로 해서 이에 위반하는 각종의 장애행위 내지 상태에 대하여 채권자에게 이에 상응하는 권리구제방식을 규정하는 체계를 취하고 있다. 즉 독일 민법 제280조 제1항은 ‘채무자가 채권관계상 의무를 위반하는 경우’를 의무위반으로 규정하고, 이러한 의무위반에 채무자에게 귀책사유가 있을 때에는 손해배상청구권(독일 민법 제280조 이하)을, 채무의 이행이 불가능 내지 기대할 수 없거나 필요 없는 것으로 된 경우에는 채무자의 귀책사유와는 절연된 계약 해제권(독일 민법 제313조)을 채권자에게 부여하고 있다. 한편 독일 민법은 그동안 학설 및 판례가 발전·정착시켜온 행위기초의 장애를 제313조에 명문으로 규정하였는데, 즉, 계약체결 후 그 기초가 되었던 사정이 중대하게 변경되어 당사자가 이러한 사정의 변경을 예견하였더라면 계약을 체결하지 않았거나 달리 체결하였을 때에는 개별사안의 모든 사정의 고려 하에 계약의 준수를 기대할 수 없을 경우에 계약수정청구권(독일 민법 제313조 제1항) 및 계약수정이 불가능하거나 기대불가능한 경우에는 계약해제권(독일 민법 제313조 제3항)을 부여한 것이 그것이다.<sup>5)</sup>

우리 민법 상 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유를 필요로 할 것인지 및 사정변경에 의한 계약해제를 인정할 것인지의 여부에 관한 논의는 종래 통설적 견해를 수용하여 입법화 하였던 2004년 민법개정시안 제544조의2<sup>6)</sup>가 제

4) 개정 독일 민법의 제정과정 및 내용에 관한 상세는 *Bundesministerium der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, Köln, 1981; Arnold, Arnd, Das neue Recht der Rücktrittsfolgen, Jura 2002, 154 f.; Bundesministerium der Justiz, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesanzeiger, Köln, 1991; Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Begründung zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*(<http://www.bmj.bund.de>), 또한 이를 소개한 국내 문헌으로 김형배외 5인(공저), 「독일채권법의 현대화」, 법문사, 2003; 안병영, 「독일매매계약법」, 고려대학교 출판부, 2003. 각 참조.

5) 이에 관하여 상세한 논문으로는 이로문, “독일에서의 재교섭의무론에 관한 고찰”, 「한양법학」 제22집, 한양대학교 법학연구소, 2009.2; 同, “사정변경의 원칙에서의 재교섭의무에 대한 기초 이론”, 「법학연구」 제28집, 한국법학회, 2007; 同, “계약수정에 관한 고찰”, 「법학논총」 제25권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2008; 박영복, “재교섭을 통한 계약내용의 수정”, 「민사법학」 제50호, 한국민사법학회, 2010.9; 박진근, “계약수정으로서의 재교섭의무에 대한 연구”, 「법학연구」 제16집 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2008; 권영준, “위험분배의 관점에서 본 사정변경의 원칙”, 「민사법학」 제51권, 한국민사법학회, 2010 등 참조.

시되면서 본격화 되었다고 할 수 있다. 이러한 해제요건에 관한 논의는 과연 책임귀속규범이 아닌 계약해소규범인 해제권의 본질에 주목할 때 굳이 채무자의 귀책사유를 요하는 것으로 볼 것인가, 현행 민법 제546조와는 달리 제544조에서는 귀책사유를 언급하고 있지 않다는 점에서 계약해제의 일반적 요건으로 채무자의 귀책사유가 예정되어 있다고 볼 수 있는 것인가, 나아가 통설적 견해에 의해 인정되어진 사정변경에 의한 계약해제를 명문화함으로써 법적명확성을 제고함은 물론 채권법의 국제적 同化에 부응토록 우리 민법 상 계약해제의 요건을 체계적으로 정비할 필요가 있는 것은 아닌지의 여부<sup>7)</sup> 등이 고려된 것으로 생각된다.

이에 본고에서는 상기의 논의를 바탕으로 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유가 요구되는지 또한 사정변경에 의한 계약의 해제가 인정되는 것인지 여부에 관하여 독일 민법의 태도를 통해 비교법적으로 고찰하고자 한다. 독일 민법을 주된 검토의 대상으로 삼은 이유는 개정 독일 민법이 급부장애법의 통일성 내지 명료화를 목표<sup>8)</sup>로 기존 급부장애법상의 체계변화는 물론 유럽연합의 각종 지침의 국내법화<sup>9)</sup> 및 국제물품매매계약(CISG) 등 사법의 국제적 동화의 측면에서 이를 적극 수용한 결과물이라는 점, 무엇보다 과거 독일 민법이 지니고 있었던 취약점을 우리 민법 이 공유하고 있는 한 이를 시정·보완해야 할 필

6) 민법개정안 제544조의2(채무불이행과 해제) ‘① 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 그 이행이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다. ② 채권자는 다음 각 호의 경우에는 제1항의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다. 1. 채무의 이행이 불가능하게 된 때, 2. 채무가 이행되지 아니할 것이 명백하게 예견되는 때, 3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 채무자가 그 시기에 이행하지 아니한 때’.

7) 독일 민법 제313조(행위기초의 장애), 통일매매법 제25조(본질적 계약 위반) 및 제49조(계약 해제), UNIDROIT 국제상사계약원칙 제7.3.1조(본질적 채무불이행과 계약해제), 유럽계약법원칙 제6:111조(사정변경) 및 제9:301조(계약해제권) 각 참조.

8) BT-Drucks., 14/6040, S. 1; Abschlussbericht, S. 15; *Dauner-Lieb*, JZ 2001, 8, 9 f.

9) 소비재매매지침(소비재의 판매 및 그에 부수하는 보증 등에 관한 유럽회의 및 각료이사회지침; Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG) 및 이행지체지침(상거래에서의 이행지체에 관한 유럽회의 및 각료이사회지침; Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG, 상기 각 지침들은 2002.1.1. 내지 2000.8.7.까지 독일 국내법으로 전환해야 할 의무가 부여되었고, 이에 상기내용을 포함한 큰 틀에서의 해결방법(große Lösung)으로 민법전 전반의 개정으로 귀결되게 되었다.

요가 있다고 할 것인데, 이러한 측면에서 상기 계약해제의 요건에 관한 독일 민법의 태도를 검토하는 것은 우리 민법에 시사하는 바가 크다고 판단되었기 때문이다.

## II. 귀책사유의 필요성 여부

### 1. 개정경과 및 주요내용

독일에서 계약해제의 요건 및 그 효과에 관해서는 이미 독일 민법의 제정단계에서부터 그 체계정합성 내지 타당성 여부에 대하여 심각한 논의가 있었다. 이는 독일채권법현대화법률의 제정과정 중 채권법개정위원회의 검토의견에 따르면 ‘구법하의 해제권규정은 전체 독일 민법의 규정가운데 가장 취약한 부분이며 또한 구법상 해제권에 관한 규정은 입법기술적으로 완벽을 기하지 못했을 뿐만 아니라, 특히 해제권행사의 장애, 원상회복의무에 따른 급부목적물의 멸실 또는 훼손에 따른 위험부담, 해제권과 손해배상청구권의 선택적 행사 등 본질적 쟁점사항 등에서 동 규정을 해석 및 적용함에 있어 수많은 이론적 및 실무적 문제점들이 내포되어 있는 것’으로 보았다.<sup>10)</sup> 이러한 구법 하에 존재하는 복잡하고 불명확한 요소들을 제거하고 해제권의 요건 및 효과를 명시적 통일적으로 규율하고자 한 것이 독일채권법현대화법률의 제정과정에서 개정입법자들이 추구한 목표였다.<sup>11)</sup>

이러한 목표 하에서 독일 민법 상 계약해제에 관한 규정은 유럽연합공동체지침(EG-Richtlinien)에 따른 직접적인 개정 요구사항이 아니었음에도 불구하고 국제적 통일계약규범, 예컨대 UN통일매매법(CISG), 국제상사계약원칙(UNIDROT) 및 유럽계약법원칙(PECL) 등에 부합하도록 급부장애법 전반에 관한 체계변화를 시도하였다.<sup>12)</sup> 개정된 채권법은 기존의 이원적 체계의 채무불이행법을 의무

10) v. Caemmerer, in: FS Larenz, S. 621, 625.

11) BT-Drucks., 14/6040, S. 1; Dauner-Lieb, a.a.O., 8, 9 f.

12) UN통일매매법 제49조 제1항 매수인은 다음의 경우에 계약을 해제할 수 있다. (a) 계약 또는

위반을 중심으로 일원적 체계로 정비하였는데, 이때 의무위반이라 함은 독일 민법 제280조 제1항 이하에서 규정하는 바와 같이 ‘채무자가 채권관계로부터 발생하는 일련의 의무를 위반하는 것’으로 기존의 급부불능, 이행지체, 담보책임, 적극적 채권침해 및 불안전이행 등을 포괄하는 개념이며, 채무자의 귀책사유와는 절연된 개념으로 파악한다. 이러한 ‘의무위반’의 경우 채권자에게 다양한 권리구제수단이 주어지는데, 손해배상청구권(독일 민법 제280조-제283조) 및 계약해제권(독일 민법 제323조-제326조)이 그것이다. 다만, 손해배상청구권은 채무자의 귀책사유에 기한 의무위반을 전제로 하는 개념인 반면, 계약해제권은 급부의 이행불능, 이행지체 내지 불안전이행시 의무위반의 중대성 및 계약유지에 대한 채권자의 기대가능성 여부에 따르며, 채무자의 귀책사유 유무와는 무관한 것으로 규정하였다.<sup>13)</sup>

## 2. 구법상 해제관련 규정의 문제점

채권법개정위원회에서 언급된 구법상 해제관련 규정의 문제점은 다음과 같다. 먼저 급부장애가 발생한 경우 채권자에게 계약해제 또는 손해배상청구를 선택적으로만 허용하고 있다는 점을 지적하였다. 즉 채권자가 구법 제325조 내지 326조에 따라 계약해제권을 행사하게 되면 더 이상 손해배상을 청구하지 못하

이 협약에 기한 매도인의 의무불이행이 본질적 계약위반으로 되는 경우, (b) 인도가 불이행된 경우에는 제47조 제1항의 규정에 따라 매수인이 정한 유예기간 내에 매도인이 목적물을 인도하지 않은 경우 또는 그 정한 기간 내에 매도인이 그 의무를 이행하지 아니함을 명확히 한 경우; UNIDROIT 국제상사계약원칙 제7.3.1조 제1항 일방 당사자의 채무불이행이 본질적인 채무불이행인 경우에는 타당 당사자는 계약을 해제할 수 있다.; 유럽계약법원칙(PECL) 제8:103조(본질적 불이행) 및 제9:301조(계약해제권) 제1항 상대방의 불이행이 본질적인 경우에는 당사자는 계약을 해제할 수 있다.

13) BT-Drucks., 14/6040, S. 92 ff.; 사동천, “유엔국제물품매매법(CISG)상 구제수단간의 우열 -PICC, PECL, 기타 몇몇 국내법과의 비교를 곁하여-”, 「국제거래법연구」 제13권, 국제거래법학회, 2005, 43면 이하; 김형배 외 4인(공저), 전거서, 28면. 채권법 개정이유서에서는 이행청구권우선의 원칙을 급부장애법의 구조적 특징으로 언급하고 있는데, 즉 급부장애가 발생한 경우에도 급부이행 내지 추완이 가능한 경우에는 다른 구제방법은 후차적으로 검토되어야 한다. 따라서 계약해제권은 최후적 권리수단으로 적용될 수 있도록 하고 있는데, 이는 애당초 계약체결로 나아가고자 한 당사자의 의사, 계약준수의 원칙 및 계약해제의 효과 등을 종합적으로 검토할 때, 타당한 입법론이라 생각된다.

도록 하고 있는데, 이는 무엇보다 계약상 급부장애가 발생한 상황에서 각 당사자의 이해관계를 적절히 반영하고 있지 못할 뿐만 아니라 실제적 분쟁해결수단으로서도 기능하지 못한다는 비판이 그것이다.<sup>14)</sup> 다음으로 구법 제325조, 제326조 및 제285조에 따르면 채무자에 의한 귀책사유에 기한 급부장애의 발생시에만 채권자는 계약을 해제할 수 있다는 점을 지적하였다. 그러나 이는 채권자가 채무자를 상대로 손해배상청구권을 행사하는 경우에는 유의미 하겠지만, 이에 반해 계약해제권은 오히려 계약의 목적달성가능 여부, 의무위반의 중대성 및 계약구속에 대한 기대가능성 등이 고려될 뿐 채무자의 귀책사유와는 무관하다는 것이다. 따라서 상기 요건이 충족되는 경우에는 급부장애에 대한 채무자의 귀책사유와는 무관하게 채권자는 계약을 해제할 수 있어야 한다는 것이다.<sup>15)</sup> 이러한 채무자의 귀책사유와 무관한 계약해제가 구 독일 민법 상 전혀 생소한 것은 아닌데, 즉 정기행위(Fixgeschäft; 독일 민법 제361조), 매매목적물의 하자에 따른 담보책임법상 해제(Wandelung; 구 독일 민법 제462조) 및 도급계약상 수급인의 이행지체에 따른 계약해제(구 독일 민법 제636조) 등이 그것이다. 마지막으로 급부장애에 따른 계약해제의 효과는 실무적으로 훨씬 더 많은 문제점들을 내포하고 있음을 지적하였는데, 즉 계약해제권자가 본인의 귀책사유로 수령 목적물을 멸실, 훼손, 가공, 개조, 양도 및 담보설정 등을 함으로써 원상회복 불능을 초래한 경우에는 구 독일 민법 제351조 이하에 따라 계약해제권은 배제되었고, 그러한 목적물의 멸실 및 훼손에 채권자의 귀책사유가 인정되는 경우에는 점유회복관계에 기해 엄격한 손해배상 의무를 부담하도록 하였다. 반면, 수령한 목적물이 해제권자의 의사표시 이전에 우연한 사정으로 멸실된 경우에도 해제권자는 해제권의 행사를 통해 반환청산관계에 따른 자신의 의무를 면함과 동시에 상대방에 대해서는 자신이 급부한 목적물 및 그 과실의 반환을 청구할 수 있도록 하였다. 이러한 이원적 책임구조는 구 독일 민법 제347조 및 제351조에서 언급되는 과실의 개념 및 구 독일 민법 제350조에 따른 위험분배의 문제와

14) Abschlussbericht, S. 15. 구법 제325조 제1항 '쌍무계약으로부터 발생하는 어느 일방의 의무가 그의 책임있는 사유로 인해 불가능하게 되면, 계약상대방은 불이행에 같은 손해배상을 청구하거나 또는 계약을 해제할 수 있다.'

15) Abschlussbericht, S. 19.



관련하여 학계·실무계뿐만 아니라 입법정책적 관점에서 상당한 비판의 대상이 되었다.<sup>16)</sup>

### 3. 개정 채권법상 해제요건의 검토

먼저 개정 채권법상 해제관련 주요내용을 간략하게 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 약정 및 법정해제권을 동등하게 취급하였다. 이는 독일 민법 제346조 제1항에서 규정한 바와 같이 계약해제가 당사자의 약정 내지 법률에 기한 것인지 여부에 대한 구분이 항상 명확한 것은 아니라는 점을 고려한 것으로 보인다. 둘째, 계약해제의 배제규정을 삭제하였는데, 이는 종래부터 비판의 대상이 되었던 구 독일 민법 제351조와는 달리 급부목적물이 해제권자의 과실에 기해 반환될 수 없는 경우에도 계약해제권은 더 이상 배제되지 않는다는 점이다. 이는 실제로 계약해제의 당사자들을 동등하게 취급하겠다는 것으로 계약해제에 따른 반환청산관계에 의한 목적물의 멸실 및 훼손이 해제의 의사표시 전·후인지 여부, 일부 및 전부반환불능의 구별, 고의 또는 과실에 따른 귀책사유의 정도에 대한 구분도 계약해제권의 행사에는 어떠한 영향도 미치지 않게 되었다.<sup>17)</sup> 셋째, 상기에서 언급한 바와 같이 개정 독일 민법은 구법과는 달리 의무 위반 시 채권자가 계약을 해제함에 있어 더 이상 채무자의 귀책사유를 요하지 않게 되었다. 이를 통해 기존 귀책사유와 무관하게 행사할 수 있었던 담보책임법상 해제(Wandelung)를 삭제하고 일반 급부장애법상 해제와 통합을 이루게 되었다. 이러한 해제권 행사의 요건으로 채무자의 귀책사유와의 절연은 무엇보다 스스로 계약상 급부를 이행할 수 없게 되거나 이행할 준비가 되어 있지 않은

16) *Johannes Hager*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(Hersg.), *Das neue Schuldrecht*, C.F.Müller, 2002, S. 174. ff.; *Kaiser, Dagmar*, in: Westermann, Harm Peter(Hersg.), *Das Schuldrecht 2002 -Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform*, Stuttgart, 2002, S. 190 f.; *Gaier, Reinhard*, *Das Rücktrittsfolgenrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, WM 2002, 1, 3. 구 독일 민법 제350조(우연한 사정에 의한 멸실) '계약해제권자가 수령한 목적물이 우연한 사정에 의해 멸실되더라도 해제권은 배제되지 아니한다.'

17) *Abschlussbericht*, S. 31; BT-Drucks., 14/6040, S. 195; *Johannes Hager*, a.a.O., S. 178-178. 다만, 채권자에게 해제권을 발생시켰을 사유에 대하여 그만이 또는 주로 그가 유책한 경우 또는 그 사유가 채권자가 수령지체에 빠져 있는 동안 채무자에게 책임 없이 발생한 경우에는 해제는 배제된다(독일 민법 제323조 제6항).

자는 계약관계의 해소로 인한 위험을 부담해야 하고, 타방 당사자에게 그에 따른 부담 내지 기대 불가능한 계약에 계속적으로 구속되도록 하는 것은 허용될 수 없다는 일종의 계약정의 및 계약구속의 요청에 근거한 것이라고 할 수 있다.<sup>18)</sup> 넷째, 계약해제권의 행사시 ‘가액에 따른 통일적 반환청산관계 모델’을 입법함으로써 해제에 따른 원물반환 불가시 일반적 가액반환규정을 신설하였다.<sup>19)</sup>

독일 민법 상 계약해제의 요건을 구체적으로 살펴보면, 먼저 채권자는 채무자가 이행기가 도래한 급부를 실행하지 아니하거나 계약에 좇은 이행을 하지 아니한 경우에 채권자에 의한 급부 또는 추완을 위한 상당한 기간의 부여에도 불구하고 그 기간의 도과로 계약을 해제할 수 있다(독일 민법 제323조 제1항). 이는 개정 독일 민법 이 계약해제에 앞서 이행청구권 우선 원칙을 명확히 한 것으로 이해되며, 한편 상당한 기간은 기간설정의 장단에도 불구하고 적정한 기간의 경과로 일응 그 효력을 갖는 것으로 하고 있다.<sup>20)</sup> 다만, 채무자가 진지하고 종국적으로 급부이행을 거절할 때, 급부가 정기행위 내지 당사자의 의사표시에 의해 적시에 행하여지는 것에 당사자의 이익이 결부되어진 경우, 나아가 쌍방의 이해관계를 고려할 때 즉시 해제를 정당화하는 특별한 사유가 존재하는 경우에는 기간설정이 요구되지 아니한다(독일 민법 제323조 제2항). 또한 계약 위반의 성질에 비추어 기간설정이 상정될 수 없는 경우에는 기간설정 대신 경고(Abmahnung)로 족하도록 규정하였으며(독일 민법 제323조 제3항), 나아가 해제의 요건이 갖추어질 것이 명백한 경우에는 급부의 이행기 전에도 해제가 가능하며(독일 민법 제323조 제4항), 일부급부의 경우 그것이 채권자에게 이익이 되지 않는 경우에는 그것이 경미한 것이 아닌 한 채권자는 계약을 해제할 수 있다(독일 민법 제323조 제5항). 한편 채무자가 채권관계에 따른 부수적 의무(상대방의 권리, 법익 및 이익에 대한 배려의무)를 위반한 경우에도 채권자에게 계약에의 구속을 더 이상 기대할 수 없는 때에는 계약을 해제할 수 있도록 하였다(독일 민법 제241조 제2항 및 제324조).

18) *Claus-Wilhelm Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, München, 2002, Einl., XVII.

19) BT-Drucks., 14/6040, S. 93, Abschlussbericht, S. 174 ff.; *Claus-Wilhelm Canaris*, a.a.O., XXXVI.

20) *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410, 1418; 안법영, 전게서, 74면.

#### 4. 검토 및 사건

전술한 바와 같이 독일 민법 상 계약해제는 구법(구 독일 민법 제350조 및 제351조) 내지 손해배상청구권(독일 민법 제280조 이하)과는 달리 채무자의 귀책사유를 더 이상 요구하지 않는다. 즉 독일 민법 상 계약해제는 계약상 급부 의무의 위반에도 불구하고 채권자로 하여금 좌초된 내지 기대불가능한 계약관계에 지속적으로 구속되도록 하는 것이 과연 타당한 것인가에 대한 해법으로 제시된 것으로 생각된다. 이러한 사고에 기초할 때, 계약상 의무위반에 따른 책임귀속규범으로서 손해배상을 청구함에는 채무자의 고의·과실 등 귀책사유를 요한다고 할 것이나, 계약해소규범인 해제는 이러한 채무자의 귀책사유와는 절연된, 다만 계약준수의 원칙에 기초하여 계약의 목적달성 가능여부, 의무위반의 고의성·중대성 내지 제거 가능성, 나아가 이러한 사정에도 불구하고 채권자로 하여금 지속적으로 기존 계약관계에 구속되도록 하는 것에 대한 당사자들의 이해관계 및 기대가능성 등을 고려하는 것이 보다 합리적이라는 점에서 긍정적으로 평가된다. 또한 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유를 요하지 아니하는 독일 민법의 태도는 담보책임법상 계약해제와 이에 결부된 하자손해 및 하자확대손해 등 종래 학설과 판례의 논란 상황에 대한 통일성 내지 명확성을 제고하였다는 점, 나아가 계약해제에 채무자의 귀책사유를 요하지 아니하는 UN통일매매법(CISG), 국제상사계약원칙(UNIDROT) 및 유럽계약법원칙(PECL) 등 국제적 통일계약규범에 부합하도록 하여 사법의 국제적 동화를 모색하였다는 점에서도 긍정적으로 평가된다.

### Ⅲ. 사정변경에 의한 계약해제

#### 1. 개관

오늘날 사정변경의 원칙은 그 입법여부 등 그 승인의 형식은 달리 한다고 하더라도 계약준수의 원칙에 대한 예외로서 공평과 타당의 측면에서 널리 세계

각국에서 승인되어 있다고 말할 수 있다.<sup>21)</sup> 독일 민법 또한 종래 학설 및 판례에 의해 승인되어진 행위기초의 장애를 민법전에 명문화 하였는데 이를 간략히 개관해 보고자 한다.

계약관계는 그 기초가 된 제반여건이 사후적인 현저한 사정의 변경으로 심각하게 침해될 수 있으며, 모든 개별적 사정 특히 계약관계에 따른 위험부담을 고려하더라도 애당초 계약관계에 따른 급부이행을 구하는 것이 기대 불가능한 것으로 될 수 있다. 이러한 사정이란 전쟁 및 이와 유사한 관계, 심각한 화폐가치의 폭락, 자연 내지 환경재앙 등 중대한 사정과 단지 제한된 효과를 갖는 통상에서의 사소한 사정 등이 고려될 수 있을 것이다. 종래 독일 민법에서는 이러한 사정변경에 따른 계약관계의 파기에 대한 요건 및 법적효과를 규정하는 일반조항을 두고 있지 않았다. 그래서 행위기초의 결여 내지 상실의 하나의 법리로 정착하게 되었는데, 이에 따르면 중대한 사정의 변경만이 계약관계의 변응<sup>22)</sup>을 초래할 수 있다고 한다. 즉 당해 계약당사자가 계약관계로부터 발생하는 일반적으로 위험부담의 원칙을 초과할 정도의 사정변경이어야 하며, 변경 전 종래 계약관계에의 구속이 계약당사자 상대방에게 기대될 수 없는 경우이어야 한다.<sup>23)</sup> 특히 독일의 학설 및 판례는 행위기초의 장애를 객관적 및 주관적인 것으로 구분하고 있으며 나아가 중대한 사정과 그렇지 사정으로 구분하고 있다. 여기서 주관적 행위기초의 장애는 당사자 쌍방의 공통된 동기의 착오로 다루면서 착오취소로 인한 상대방에 대한 신뢰이익의 배상책임을 규정하고 있으며(독일 민법 제122조), 객관적 행위기초의 장애는 계약당사자의 등가관계의 파괴,

21) 프랑스 민법 제1134조 제1항(불예견이론); UN통일매매법 제25조(본질적 계약위반) 및 제49조(계약해제); UNIDROIT 국제상사계약원칙 제7.3.1조(본질적 채무불이행); 유럽계약법원칙 제6:111조(사정변경).

22) 독일 민법 제313조에서는 사정변경에 의한 계약관계의 변응으로 재교섭의무 및 계약해제를 명정하고 있는데, 이에 관하여 소개한 국내문헌으로는 박영복, “재교섭을 통한 계약내용의 수정”, 「민사법학」 제50호, 한국민사법학회, 2010.; 박진근, “계약수정으로서의 재교섭의무에 대한 연구”, 「법학연구」 제16집 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2008.; 이로운, “독일에서의 재교섭의무론에 관한 고찰”, 「한양법학」 제22집, 한양대학교 법학연구소, 2008.; 同, “사정변경의 원칙에서의 재교섭의무에 대한 기초이론”, 「법학연구」 제28집, 한국법학회, 2007.; 同, “계약수정에 관한 고찰”, 「법학논총」 제25권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2008. 등 참조.

23) Abschlussbericht, S. 146-148; RGZ 103, 328, 332; BGHZ 25, 390, 392; BGHZ 89, 226, 231.

급부이행의 어려움 및 목적달성의 여부 등을 그 판단요소로 삼고 있다.<sup>24)</sup> 이렇듯 종래 학설 및 판례에 의해 발전되어온 행위기초의 장애가 하나의 법리로 발전되었고 또한 그 적용범위가 거의 모든 범영역에서 일응 상통하여 구체적 타당성을 담보할 수 있음에도 불구하고 이에 관한 명문규정의 부재를 입법상 결함으로 보았다. 따라서 상기 상황에 대한 고려 하에서 독일 민법의 개정 입법자들은 기존의 법적태도의 변경이나 적용범위 등에 대한 별도의 구체화 작업을 가미하지 않고 종래 법리를 민법전 제313조(행위기초의 장애)에 반영하는 것으로 하였다.<sup>25)</sup>

## 2. 행위기초법리의 적용요건

개정 독일 민법 제313조에 따른 행위기초의 장애 법리가 적용되기 위해서는 행위기초의 개념을 어떻게 파악할 것인지의 여부에 따라 다양한 견해가 주장되고 있는데,<sup>26)</sup> 여기에서는 독일 민법 제313조의 조문 및 이에 대한 개정의견을 중심으로 검토하고자 한다.

먼저 독일 민법 제313조 제1항에 따르면 계약의 기초가 된 사정이 계약체결 후에 현저히 변경되고, 그 변경이 만일 당사자들이 이를 예견할 수 있었다면 계약을 체결하지 아니하였거나 다른 내용으로 계약을 체결하였을 것인 경우에, 개별적인 경우의 모든 사정, 특히 계약상 또는 법률상의 위험분배를 고려하면 당사자 일방에게 원래의 계약에 구속되는 것을 기대할 수 없는 때에는 계약의 변형(Anpassung des Vertrags)을 청구할 수 있도록 하고 있다. 즉 동법 제1항

24) Abschlussbericht, S. 147-148; MünchKomm/Wolfgang Krüger, § 242, Rn. 9 ff..

25) Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 30. Aufl., C.H.Beck München, 2004, § 313 Rn. 2; BT-Drucks., 14/6040, S. 175; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, C.H.Beck München, 2002, S. 119 ff.; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht, C.F.Müller, 2002, S. 145ff. 다만 행위기초의 장애를 규정함에 있어 조문의 위치가 문제되었는데, 애당초 채권법개정위원회는 동 법리가 독일 민법 제242조(신의성실의 원칙)의 특별한 적용례로 파악될 수 있다는 점 및 이는 비단 계약관계에서만 의미를 갖는 것은 아니라는 점에서 이에 연하여 규정할 것을 제안하였다. 그러나 최종 법률의 축조과정에서 동 법리는 주로 계약관계에서 파생되는 것이라는 이유로 개정안 제306조를 거쳐 현행 제313조에 위치하게 되었다.

26) 이에 관한 상세는 김용덕(편집대표 곽윤직), 전게서, 247-249면 참조.

에서는 행위기초의 장애가 적용되기 위한 요건으로 ① 계약의 기초가 된 사정이 계약성립 후 현저히 변경되었을 것, ② 이러한 사정은 당사자에 의해 계약 내용으로 포함되어 있지 아니할 것, ③ 만약 계약당사자들이 그러한 사정변경을 예견할 수 있었더라면 계약을 체결하지 않았거나 다른 내용으로 계약을 체결하였을 것, ④ 애당초 계약내용대로의 구속이 모든 개별적 상황, 특히 약정 또는 법정의 위험분배의 관점에서 어느 일방 당사자에게 기대 불가능한 경우일 것 등을 제시하면서 이는 중첩적으로 요구됨을 분명히 하였다.<sup>27)</sup> 또한 동 조항에서는 사정변경의 경우에도 변화된 사정에 따른 계약관계의 변응에 우선적 효력을 부여하고 있는데, 이는 개정 독일 급부장애법상 이행청구우선의 원칙이 통일적으로 관철된 결과물로 생각된다. 따라서 행위기초의 장애사유가 발생하였다고 하더라도 계약관계의 변응, 즉 구체적으로 재교섭 내지 계약수정이 불가능한 경우에 한하여 계약관계의 해소가 고려될 수 있도록 하였다. 한편 동법 제2항에서는 계약의 기초가 된 본질적인 관념이 잘못된 것으로 밝혀진 경우에도 사정변경과 동일하게 적용되도록 하였다. 이는 행위기초의 원시적 결여로 주로 쌍방에 공통된 동기의 착오에 관한 문제로 파악되는데, 이처럼 독일 민법 제313조는 객관적 행위기초를 기본으로 하면서 주관적 행위기초의 장애를 인정하고 있다. 나아가 이러한 태도는 독일 민법은 개정 전과 마찬가지로 행위기초의 상실과 결여를 동일하게 취급하고 있는 것으로 보여 진다.<sup>28)</sup>

### 3. 행위기초법리의 효과

독일 민법 제313조에 따른 법률효과는 계약수정청구권과 계약의 해제·해지권이다. 먼저 행위기초의 장애사유가 발생하게 되면 불이익한 당사자에 의해 계약 내용의 수정을 위한 협의를 진행하게 되고,<sup>29)</sup> 당사자사이에 협의가 불성립하게

27) 다만 종래 독일의 판례에 따른 계약의 기초가 된 사정에 관해서는 계약체결 당시의 당사자의 거래의사를 기초해야 한다는 견해는 동법에 계수되지 않았다. 김형배외 5인(공저), 전게서, 14면.

28) BT-Drucks., 14/6040, S. 176; 김형배외 5인(공저), 전게서, 14면; 박규용, “행위기초론에 관한 소고”, 「법학연구」 제36집, 한국법학회, 2009, 106면.

29) 한편 이러한 계약수정청구권에 앞서 행위기초상실의 일반적 효과로 계약당사자에게 재교섭의

되면 적절한 내용으로의 수정을 위해 법원에 계약수정을 청구할 수 있다. 즉 행위기초의 장애에 따른 계약수정청구권은 법원의 직권 고려사항은 아니며, 당사자의 항변권으로 원용할 때 의미를 가지게 된다. 다만, 수정청구권의 구체적 내용에 대해서는 상세 규정을 두고 있지는 않는데, 여기에서는 무엇보다 구체적·개별적 사안을 기초로 기대가능성, 신의칙에 기초한 공평과 타당, 위험부담에 관한 일반원칙 등이 고려되어야 할 것이다. 이에 따른 계약수정청구권의 구체적 내용은 급부 의무의 검감 내지 면제, 변제기한의 연기, 보상 또는 대상청구권의 인정, 급부내용의 수정 등이 해당할 것이다.<sup>30)</sup>

반면, 계약의 수정이 불가능하거나 일방에게 기대할 수 없는 경우에는 제313조 제3항에 따라 불이익 당사자는 계약을 해제할 수 있다. 다만 이러한 계약해제는 형성권으로 불이익 당사자에 의한 해제의사표시를 요하며, 이행청구권 우선의 원칙에 따라 부차적으로 고려된다. 또한 동법에 따른 청산은 부당이득의 반환법리(독일 민법 제812조 이하)가 아닌 해제효과를 규정한 독일 민법 제346조 이하에 따라야 하는데, 왜냐하면 독일 민법 제346조 제1항에 따르면 계약해제의 효과는 약정 및 법정해제권에 동일하게 적용되는데, 제313조 제3항에 따른 계약해제는 법정해제권으로 간주되기 때문이다. 한편 계속적 채권관계인 경우에는 소급효가 없는 해지의 법리가 적용된다.<sup>31)</sup>

무를 인정할 것인지의 여부가 문제된다. 이는 무엇보다 행위기초상실의 경우라도 당사자간의 재교섭을 통해 종래의 계약관계에 새로운 효과를 부여할 수 있다는 점에서 긍정적으로 평가되기 때문이다. 이를 긍정하는 견해에 따르면 ① 불리한 당사자가 계약수정에 관해 권한을 가질 것, ② 계약수정의 대상이 당사자에 의한 합의의 범주에 속할 것, ③ 재교섭의 필요성 및 상대방이 이에 응할 기대가능성 등을 그 요건으로 제시하고 있다. 이에 관한 상세는 *Horn, Nibert*, *Neuverhandlungspflicht*, AcP 181, 1981, S. 256; *Ders.*, *Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr, Vertragsklauseln und Schiedspraxis* in: *Horn/Fontaine/Maskow/Schmitthoff*(Hersg.), 1984; *Nelle, Andreas*, *Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Anpassung und Vertragergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, München, 1993.

30) *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*(Hersg.), a.a.O., § 3 Rn. 58.

31) *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*(Hersg.), a.a.O., § 3 Rn. 59. 한편 행위기초의 장애에 따른 효과인 계약수정 및 계약해소의 관계에 대해서는 단계이론(Stufentheorie)과 자동수정이론(ipso jure Anpassung)이 있는데, 이에 대한 상세는 *Staudinger/Jürgen Schmidt*, § 242, Rn. 813. ff. 참조.

#### 4. 검토 및 사건

독일 민법은 채권법의 개정을 통해 종래 판례 및 학설에 의해 일반적으로 인정되어진 행위기초의 장애 법리를 민법전으로 수용하였다. 이는 계약준수의 원칙에 대한 중대한 예외를 이루는 것으로 그러한 사정의 존부 및 그 법적효과는 엄격하고 제한적으로 적용되어야 할 것이다. 이러한 측면에서 행위기초의 장애를 민법전에 편입시킴으로써 법적명확성을 제고하였다는 점, 나아가 계약준수의 원칙을 고수하면서도 변경된 사정에 따른 위험분배 및 당사자의 기대가능성을 고려하여 계약관계의 변용으로 계약수정청구권 및 계약해제권을 인정하는 입법은 긍정적으로 평가된다고 할 것이다. 특히 행위기초의 장애사유가 인정된다고 하더라도 이행청구 우선의 원칙을 관철한 것은 계약준수의 원칙 및 사례 깊이 못한 계약당사자로 하여금 동법의 적용에 따른 부작용을 최소화할 수 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 그럼에도 불구하고 동법은 여전히 일정한 한계를 내포하고 있다고 보여 지는데, 먼저 비록 종래 학설 및 판례에 의해 발전된 행위기초의 장애 법리를 일반규정으로 편입하였지만, 동 규정의 추상성으로 말미암아 - 이는 동 규정 자체가 갖는 내재적 한계일 수도 있겠지만 - 이에 따른 실제적 적용은 여전히 판례의 몫으로 남을 수밖에 없게 되었다는 점이다. 다음으로 상기 요건에 따른 행위기초의 장애사유가 인정되는 경우라면, 이는 위험분배 및 기대가능성에 근거한 것으로 계약내용의 기초를 이루는 중대한 사정의 변경을 의미하는 것일 것인데, 만약 그러하지 않은 사정이라면 이는 사적자치에 기초한 자기책임의 영역으로 취급해야 할 것이지 계약관계의 변용을 요구하는 방향으로 해결되어서는 안 될 것이다. 또한 이에 해당할 정도의 중대한 사정변경의 경우라고 하더라도 불이익 당사자의 계약수정청구권에 타방 당사자가 응해야 하는 의무의 법적성격은 무엇인지 또한 사정변경으로 인한 반사이익을 누리고 있는 타방 당사자가 선뜻 이러한 청구에 응할 가능성은 크지 않다는 점에서 계약수정청구권의 인정실익은 크게 반감될 수밖에 없을 것이기 때문이다.



## IV. 민법개정안의 검토

전술한 바와 같이 독일 민법은 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유를 요하는지 여부 및 종래 판례 및 학설에 의해 발전되어온 행위기초의 장애에 관한 문제를 입법적으로 해결하였음을 살펴보았다. 이는 20세기의 시작과 더불어 시행된 독일 민법에 대한 내적 성찰과 사법, 특히 계약법의 국제적 동화라는 일종의 패러다임의 전환에 따른 결과물로서 그러한 개정작업은 이미 1970년대부터 계획·준비되었기에 가능한 것이었다. 우리 민법 또한 민법전의 포괄성 및 통일성 확보를 통해 현실적합성을 제고하기 위하여 1999년 법무부의 민법개정 특별분과위원회를 구성·운영하면서 약 5년 4개월 동안 재산법 전 분야에 대한 개정작업을 진행하였는데,<sup>32)</sup> 여기서는 2004년 법무부가 마련한 민법개정안 중 본고의 논의대상인 계약해제와 관련된 주요내용을 살펴보고 바람직한 입법방향을 모색해 보고자 한다.

### 1. 기존의 논의상황

#### 가. 계약해제의 요건으로 귀책사유의 요부

우리 민법은 ‘채무자가 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않는 것’을 채무불이행으로 파악하여 주로 이행지체를 중심으로 이행불능, 불완전이행 및 이행거절 등에 관하여 그 요건을 파악하면서 이에 따른 채권자의 권리구제수단으로 이행강제, 손해배상 및 계약해제를 규정하고 있다. 특히 법정해제권의 발생요건과 관련하여 이행불능에 기한 계약해제(제546조)에는 채무자의 귀책사유를 명문으로 규정하면서도, 이행지체에 따른 계약해제(제544조, 제545조)에서는 채무자의 귀책사유를 명정하지 않고 있어 채무불이행에 기한 손해배상책임과 관련하여 채무자의 귀책사유가 필요한 것인지에 대해 논란이 되고 있다.

32) 양창수, “민법개정작업의 경과와 채권편의 개정검토 사항 I(채권총칙)”, 『민사법학』 제19호, 한국민사법학회, 2001, 16면; 법무부, 「2004년 법무부 민법 개정안(채권편)」, 2012.

먼저 학설의 태도 중 귀책사유 필요설에 따르면, 우리 민법 제390조는 채무 불이행에 대한 일반조항으로 ‘채무내용에 좇은 이행이 없을 것’이라는 객관적 요건과 채무자의 귀책사유라는 주관적 요건이 포함된 개념으로 이해한다. 따라서 첫째, 민법 제544조에 따른 이행지체의 경우에도 비록 채무자의 귀책사유를 명정하고 있지는 않지만, 이행지체를 채무불이행의 하부유형으로 파악하는 한 이행지체에 따른 계약해제에도 귀책사유가 전제된 개념으로 볼 수 있다는 것이다.<sup>33)</sup> 둘째, 계약해제는 채무내용에 좇은 이행을 하지 않은 자에 대한 일종의 제재라고 볼 수 있는데, 귀책사유가 없는 채무자를 상대로 계약해제가 가능하도록 하는 것은 채무자에 대한 결과책임을 묻는 것이 되어 채무자 보호에 미흡하다. 셋째, 해제 요건으로 귀책사유를 배제하게 되면 형성적 성격을 갖는 해제권의 자의적 행사를 통해 법적 안정성을 저해함은 물론 계약법상 기본원칙인 계약준수의 법리가 저해될 수 있다고 한다.<sup>34)</sup>

반면 귀책사유 불요설은 우리 민법상 해제제도에 관한 문제의 본질을 손해배상과 마찬가지로 채무자의 귀책사유를 채무불이행으로부터 도출하려는데 있다고 보면서 다음의 논거를 제시하고 있다. 첫째, 민법 제546조의 이행불능에 따른 계약해제의 요건으로 제시된 ‘책임 있는 사유’는 채무자 내지 쌍방당사자의 책임없는 사유로 급부불능이 된 경우에서 위험부담과 구별하기 위한 표시일 뿐, 이를 근거로 해제권의 발생요건으로 채무자의 귀책사유를 필요로 하는 것으로 추단해서는 안 된다고 한다. 왜냐하면, 급부불능이 발생하면 채권자는 원칙적으로 계약관계에서 벗어날 수 있기 때문이다. 둘째, 민법 제390조에 기한 손해배상청구권과 관련하여 이는 손해배상청구권의 발생요건으로 채무자의 귀책사유를 규정한 것이지, 해제권이 행사요건으로 일반화될 수는 없다고 한다. 왜냐하면 양자는 모두 계약위반으로부터 발생된 것이지만 채무자의 귀책사유를 요건으로 하는 책임귀속규범인 손해배상과는 달리 계약해제는 이와 절연된 다만 의무위반의 중대성 내지 계약구속에 대한 기대가능성 등 계약해소규범으로 그 기

33) 김용덕(편집대표 곽윤직), 전거서, 299면; 정종휴, “계약책임의 재구성-독일 채권법 현대화를 중심으로”, 「비교사법」 제9권 제3호, 2002, 191면; 이진기, “채무불이행의 일원적 규율을 위한 논의”, 「2003년도 한독법률학회 춘계학술대회 자료집」, 한독법률학회, 2003, 85면.

34) 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 연구”, 「법학논총」 제12집, 국민대학교 법학연구소, 2000, 182면.

능을 달리한다는 점이다.<sup>35)</sup> 셋째, 계약해제의 본질 및 기능에 주목하여 의무위반의 중대성, 목적달성 가능여부 및 기존 계약관계에의 구속에 대한 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 계약관계를 해소시킴으로써 오히려 무책임 당사자에게 불합리한 결과를 배제시킴과 동시에 새로운 계약체결의 기회를 보장하는 것이 결과에서 보다 타당할 수 있다고 한다.<sup>36)</sup>

이와 관련하여 우리나라 판례의 태도는 기본적으로 통설적 견해와 같이 채무불이행의 요건에 채무자의 귀책사유가 포함된다는 전제하에서 이에 따른 효과로 계약해제를 긍정하는 것으로 보인다. 다만, ‘이행불능을 이유로 계약을 해제하기 위해서는 그 이행불능이 채무자의 귀책사유에 의한 경우여야만 한다 할 것이므로, 매도인의 매매목적물에 관한 소유권이전의무가 이행불능이 되었다고 할지라도, 그 이행불능이 매수인의 귀책사유에 의한 경우에는 매수인은 그 이행불능을 이유로 계약을 해제할 수 없다.’라고 판시하여,<sup>37)</sup> 채권자의 귀책사유에 기한 이행불능의 경우에는 계약해제를 배제하고 있다. 또한 ‘채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하려면, 당해 채무가 매매계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 매매계약의 목적이 달성되지 아니하여 매도인이 매매계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 매매계약 전부를 해제할 수 없다.’라고 판시하여,<sup>38)</sup> 다른 방법으로 계약의 본래 목적을 달성할 없는 경우에 한하여 최후적 수단으로서 계약해제가 기능할 수 있도록 제한하고 있는 것으로 보인다.

#### 나. 사정변경에 의한 계약해제의 인정 여부

35) 김형배/김규완/김명숙(공저), 「민법학강의(제9판)」, 신조사, 2010, 1252-1253면; 김동훈, 전계서, 181면; 하경효, “채무불이행과 계약해제의 요건-유책성 요건에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 「고려법학」 제40권, 고려대학교 법학연구원, 2003, 75면.

36) 김형배/김규완/김명숙(공저), 전계서, 1253면; 류승훈, “계약해제제도의 의미와 계약해제의 효과에 관한 일고”, 「외법논집」 제11집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2001, 207-208면.

37) 대법원 2002.4.26. 선고 2000다50497 판결.

38) 대법원 1997.4.7. 선고 97마575 결정.

사정변경원칙의 인정여부에 대하여 종래 우리나라의 학설 및 판례의 태도는 상이하며, 이를 채용한다고 하더라도 그 요건 및 효과에 관해서는 다양한 견해가 제시되고 있는 실정이다. 이를 간략하면 다음과 같다. 먼저 우리나라의 다수설은 사정변경원칙을 독일의 행위기초론이나 프랑스의 불예견론(*la théorie de l'imprévision*)과 같이 이해하면서, 신의칙 내지 형평의 원칙에 근거하여 인정하고 있다.<sup>39)</sup> 특히 우리 민법은 신의성실의 원칙을 민법의 대원칙 중 하나로 선언하고 있으며, 사정변경의 원칙은 이러한 신의칙의 분칙으로 그 법적근거를 가진다는 점, 비록 사정변경의 원칙을 직접적으로 정한 일반규정은 없다고 하더라도 민법과 민사특별법에서는 개별적으로 동 원칙의 취지를 긍정하는 다수의 규정이 존재하고 있음을 그 근거로 제시하고 있다.<sup>40)</sup> 반면 소수설은 민법의 일반원칙으로 사정변경의 원칙을 인정할 수 없는 것으로 보고 있는데, 그 주된 논거로 계약구속력의 와해, 계약의 안정성 내지 거래안전의 위협, 나아가 계약상 자기책임의 범리를 초월하여 위험의 부당한 전가라는 점 등을 한 것이라는 점 등을 언급하고 있다.<sup>41)</sup>

한편 판례는 사정변경의 원칙을 ‘채권을 발생시키는 법률행위 성립 후 당시 환경이 된 사정에 당사자 쌍방이 예견 못하고 또 예견할 수 없었던 변경이 발생한 결과 본래의 급부가 신의형평의 원칙상 당사자에게 현저히 부당하게 된 경우, 당사자가 그 급부의 내용을 적당히 변경할 것을 상대방에게 제의할 수 있고, 상대방이 이를 거절하는 때에는 당해 계약을 해제할 수 있는 규범’<sup>42)</sup>으로

39) 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2000, 112면; 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997, 142면; 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001, 75-76면; 김상용, 「채권각론(상)」, 법문사, 1999, 153면; 조성민, “사정변경에 의한 계약의 해제”, 「고시계」 제47권 제11호, 고시계사, 2002, 95면 이하; 이재목, “계약사정의 변경과 계약내용의 조정”, 「비교사법」 제8권 제1호, 한국비교사법학회, 2001, 318-319면.

40) 백태승, “사정변경의 원칙”, 「한국민법이론의 발전(I)」, 박영사, 1999, 41면 이하; 김용덕(편집대표 곽윤직), 전게서, 250-251면; 김준호, 「민법강의(제25판)」, 법문사, 2019, 47-48면. 예컨대 민법 제218조, 제286조, 제557조, 제627조, 제661조, 제689조, 제978조, 주택임대차보호법 제7조, 신원보증법 제4조 및 제5조 등이 이에 해당한다.

41) 김옥곤(김증한 편집대표), 「주식채권각칙(I)」, 한국사법행정학회, 1985, 253-260면; 정상현, “매매목적 토지에 발생한 사정의 변경과 계약의 효력-대상판례 : 대법원 2007.3.29. 선고 2004다31302 판결”, 「저스티스」 제104호, 한국법학원, 2008, 207-216면; 김대정, “사정변경의 원칙을 명문화한 민법개정시안 제544조의4에 관한 검토”, 「법학연구」 제22집, 전북대학교 법학연구소, 2001, 213면.

이해한다. 다만, 판례가 사정변경의 원칙을 상기와 같이 정의 및 구성하였다고 하더라도 다수설의 견해와는 달리 ‘매매계약을 맺은 때와 그 잔대금을 지급할 때와의 사이에 장구한 시일이 지나서 그동안에 화폐가치의 변동이 극심하였던 탓으로, 매수인이 애초에 계약할 당시의 금액표시대로 잔대금을 제공한다면 그 동안에 양등한 매매목적물의 가격에 비하여 그것이 현저하게 균형을 잃은 이행이 되는 경우라 할지라도, 민법상 매도인으로 하여금 사정변경의 원리를 내세워서 그 매매계약을 해제할 수 있는 권리는 생기지 않는다’라고 판시<sup>43)</sup>하여 이를 해석상 수용함에는 매우 소극적인 태도를 견지하고 있는 것으로 보인다. 다만, 비교적 최근의 판례에서는 ‘계약성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다. 또한, 계약의 성립에 기초가 되지 아니한 사정이 그 후 변경되어 일방당사자가 계약 당시 의도한 계약목적 달성을 수 없게 됨으로써 손해를 입게 되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 계약내용의 효력을 그대로 유지하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다’라고 판시<sup>44)</sup>하여 사정변경에 의한 계약해제를 긍정할 수 있는 요건을 제시하였는데, 이는 종래 사정변경에 의한 계약해제를 전면적으로 부정하는 태도와는 달리 이를 인정하는 전제에서 보다 유연하게 그 적용요건을 검토하였다는 점에서 주목된다.<sup>45)</sup>

42) 대법원 1955.4.14. 선고 4286민상231 판결. 동 판례에서 특기할 것은 사정변경의 1차적 효과로 급부내용의 변경을 제외하는 것에 두고 상대방이 이를 거절할 경우, 2차적 효과로 계약 해제권이 발생하는 것으로 이론구성을 하였다는 점이다.

43) 대법원 1963.9.12. 선고 63다452 판결.

44) 대법원 2007.3.29. 선고 2004다31302 판결.

45) 동 판례에 대한 상세는 김재형, 「민법론 IV」, 박영사, 2011, 417면; 윤진수, “2007년도 주요 민법 관련 판례회고”, 「법학」 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 325면; 정상현, 전개논문, 189면 이하 각 참조.

## 2. 채무불이행과 해제(개정안 제544조의2)

민법 개정안 제544조의2(채무불이행과 해제) 제1항에서는 ‘채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 그 이행이 이루어지지 아니한 때에는 그러하지 아니하다’라고 규정하여 종래 통설적 견해와 같이 귀책사유를 채무불이행에 기한 계약해제의 요건으로 명문화 하였다. 이렇듯 현행 제544조부터 제546조까지를 제544조의2로 대체하는 규정형식은 채무불이행과 손해배상에 관한 일반조항주의를 취하는 민법 제390조와 평행되게 일관성을 유지함으로써 입법형식의 포괄성, 통일성 및 체계적 논리성을 정비한 것으로 볼 수 있다.<sup>46)</sup> 다만, 이러한 규정방식과는 별개로 계약해제의 요건으로 채무자의 고의·과실 즉 귀책사유를 전제한 것에 대해서는 다양한 찬반의견이 제시되었는데, 그 주요 논거를 살펴보면 다음과 같다.

먼저 동 개정안에 대해 비판적 견해의 논거로는 첫째, 계약해제의 본질 및 해제법리에 관한 해석론 및 입법론적 논의의 발전과정에 비추어 해제권의 발생요건으로 귀책사유를 요구하는 것은 비록 채무불이행의 경우 채무자의 귀책사유가 일응 추정된다고 하더라도 해제권을 채무자의 귀책사유에 기한 채무불이행시의 구제수단으로서의 손해배상청구권과 동일한 차원에서 파악되어서는 안 된다고 한다. 즉 제390조의 손해배상은 채무불이행에 대해 귀책사유 있는 채무자에게 배상책임을 귀속시키는 것임에 반하여, 해제는 채무가 계약에서 계획된 대로 이행되지 못하는 사정과 당사자의 계약이익이라는 관점에서 계약구속력으로부터 해방될 수 있는 가능성을 주는 것이기 때문이라고 한다.<sup>47)</sup> 둘째, 개정안 제544조의2는 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유를 요하지 아니하는 세계적 흐름(UN 통일매매법, UNIDROIT 국제상사계약원칙, 유럽계약법원칙, 개정 독일 민법 등)에도 맞지 않는 것으로 이는 오히려 입법적 후퇴라고 한다.<sup>48)</sup>

46) 법무부, 전게서, 248-252면.

47) 법무부, 전게서, 267-270면.

48) 법무부, 전게서, 267면.

반면, 동 개정안에 대해 긍정적인 견해의 논거로는 첫째, 비록 개정안의 태도가 국제적 계약규범의 입법례와 배치됨에도 불구하고 현 상태에 대한 급격한 전환은 바람직하지 않고, 당사자의 귀책사유가 없음에도 불구하고 계약해제를 허용하는 것은 계약구속력의 측면에서 바람직하지 않다고 한다.<sup>49)</sup> 둘째, 계약관계에 따른 양당사자의 이해관계를 고려한다면, 계약해제의 요건으로 귀책사유를 배제하는 것은 채권자의 이익만을 고려하는 것이 되므로 채무자의 귀책사유가 없는 한 계약을 존속시키는 것이 타당하고 보았다. 셋째, 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유를 요구하더라도 채무불이행의 경우 귀책사유의 부존재에 대한 증명책임은 채무자가 부담하기 때문에 채무자가 이를 증명하지 못하는 한 채권자는 계약을 해제할 수 있어 결과적으로 부당하지 않다는 것이다.<sup>50)</sup>

### 3. 사정변경과 해제·해지(개정안 제544조의4)

민법 개정안 제544조의4(사정변경과 해제, 해지)에서는 ‘당사자가 계약 당시에 예견할 수 없었던 현저한 사정변경으로 인하여 계약을 유지하는 것이 명백히 부당한 때에는 그 당사자는 변경된 사정에 따른 계약의 수정을 요구할 수 있고 상당한 기간 내에 계약의 수정에 관한 합의가 이루어지지 아니한 때에는 계약을 해제 또는 해지할 수 있다’라고 하여 종래 통설적 견해를 반영하여 사정변경에 의한 계약수정청구권 및 계약해제권을 명문화하였다. 학계의 주류적 견해는 동 개정안의 입법형식 및 그 내용에 대해서 긍정적인 평가를 내리는 것으로 보이는데, 다만 소수의 견해이긴 하지만 충분히 고려의 여지가 있다고 보여 지는 바, 이에 대해서만 간략히 언급하고자 한다. 첫째, 동 규정의 규정체계와 관련하여 사정변경의 원칙은 신의성실의 원칙에 포함시키는 것이 타당하다는 견해 내지 계약의 효력에 관한 부분에 두자는 견해가 제시되었다. 즉 동 개정안의 규정체계는 사정변경을 채무불이행의 일종으로 파악하고 있는 듯 한데, 사정변경의 원칙을 채무불이행으로 인한 계약의 해제·해지와 동일한 규범체계

49) 양창수, 전제논문, 24면; 법무부, 전제서, 265-267면.

50) 법무부, 전제서, 266면.

에서 다루는 것은 문제가 있어 보이고, 특히 사정변경의 원칙이 적용되는 효과는 계약의 해제·해지뿐만 아니라 계약변경청구권도 포함된다는 점을 지적하고 있다.<sup>51)</sup> 둘째, 동 규정의 적용요건과 관련하여 “현저한”, “명백히 부당한” 등 용어의 추상성으로 말미암아 거래의 안전 내지 법적안정성을 저해할 수 있다는 지적이 있었다.<sup>52)</sup> 그러나 이러한 지적은 일응 타당하다고 하더라도 동 규정 자체가 가지는 내재적 한계 및 제도의 탄력적 운영이라는 측면에서 부득이한 결과물이 아닐까 생각된다. 셋째, 동 규정의 효과와 관련하여 계약수정청구권의 행사시 법원의 개입을 통한 계약수정청구권의 실효성을 담보하도록 해야 한다는 견해가 제시되었다.<sup>53)</sup> 이에 대한 검토의견을 살펴보면, 종래 판례의 태도가 사정변경에 의한 계약해제를 인정하지 않았다 점에서 그 실효성에 의문이 제기된다는 점, 법원에 의한 계약내용의 수정을 허용하는 것은 자칫 법원의 후견적 기능을 넘어 사적자치의 원칙에 반한 수 있다는 점, 나아가 소송증대의 우려 및 현실적 제반여건의 불비 등으로 법원에 의한 계약수정의 여지는 배제되어야 한다는 견해가 주류를 이룬 것으로 보여진다.<sup>54)</sup> 다만, 사건으로는 당사자의 협의를 통한 계약수정을 존중하되, 2차적으로는 법원에 의한 계약수정을 긍정함으로써 사적자치의 원칙과 구체적 타당성을 담보함과 동시에 제도의 실효성을 제고할 수 있는 방안이 아닐까 생각된다.<sup>55)</sup>

#### 4. 검토 및 사건

이상으로 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유가 필요한 것인지 여부 및 사정변경에 의한 계약해제를 긍정할 것인지의 여부에 관하여 2004년 민법개정안을 중심으로 검토해 보았다.

먼저 민법개정안 제544조의2는 현행 채무불이행의 개별 유형에 따른 계약해

51) 김대정, 전제논문, 254면; 법무부, 전게서, 287-288면.

52) 김대정, 전제논문, 255면; 정상현, 전제논문, 218면.

53) 김대정, 전제논문, 255-256면; 법무부, 전게서, 292-295면.

54) 법무부, 전게서, 293-295면.

55) PECL 제6:111조 참조.



제의 요건을 규정하는 방식에서 벗어나 모든 유형의 채무불이행의 경우 일반적 효과로서 계약해제를 인정하는 규정방식을 취하였는데, 이는 채무불이행과 손해 배상을 규정한 민법 제390조와 평행되게 규정하면서 또한 포괄성 내지 명료성을 담보하고 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 또한 동법 제1항에서는 채무 불이행의 경우라도 즉시 해제가 아닌 상당기간을 정한 이행의 최고를 통해 이행청구의 우선 내지 계약해제의 최후수단성을 분명히 하였다는 점에서 그 의의가 있다고 생각되며, 동조 제2항의 경우에도 목적달성의 가능 여부 및 기대가능성을 기준으로 별도의 최고가 불요한 경우를 통일적으로 규율하여 해제요건에 대한 명확성을 제고하였다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 다만, 동조 제1항 단서에서 규정된 바와 같이 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유를 요하도록 한 것은 계약해제 제도의 본질 및 기능을 도외시한 불필요한 요건으로 보이며, 이는 국제적 통일계약규범의 입법방향과도 배치 내지 역행하는 것으로 삭제 바람직하다고 생각한다. 물론 동 단서가 계약준수의 원칙이 약화될 수 있음에 대한 우려의 표현으로 이해하더라도, 전술한 바와 같이 계약해제는 채무자의 채무내용에 좇은 급부를 이행하지 않았다고 하여 즉시 발생하는 것은 아니며, 오히려 계약이행을 위한 최고기간의 부여, 계약의 목적달성 가능여부 및 종래 계약관계에 대한 당사자의 구속에 대한 기대가능성 등을 고려된다는 점에서 이러한 우려는 상당부분 불식될 수 있을 것으로 생각되기 때문이다.

다음으로 민법개정안 제544조의4에서는 종래 통설적 견해에 따라 인정되어온 사정변경의 원칙을 입법화하여 일정한 요건 하에서 그 효과로서 계약수정청구권 및 계약해제권을 규율하였다. 동 규정은 그 동안 계약의 기초가 된 사정의 현저한 변경에도 불구하고 계약충실의 원칙만 고집한 나머지 구체적 타당성을 담보하지 못하였던 종래의 태도와는 달리 계약준수의 원칙과 신의칙에 따른 공평 및 타당의 법리를 적절히 타협한 결과물이라는 측면에서 긍정적으로 평가된다. 다만, 민법 전체의 체계를 고려할 때 조문위치의 적절성에 대해서는 재검토를 요하며, 특히 계약수정청구권의 실효성을 담보하기 위해서라도 당사자의 협의를 존중하되 2차적으로는 법원의 후견적 역할에 따른 조정의 여지를 두는 것이 보다 바람직한 입법방향이 아닐까 생각된다.

## V. 나오며

독일 민법은 채권법의 개정을 통해 모든 유형의 급부장애를 의무위반으로 파악하고 이에 대한 채권자의 권리구제수단으로 채무자의 귀책사유 유무에 따라 손해배상청구권 및 계약해제권을 부여하도록 하였다. 즉 의무위반에 따른 책임 귀속규범으로서 손해배상을 청구함에는 채무자의 귀책사유가 요구되지만, 쌍무 계약의 등가성에 기초한 계약해소규범인 계약해제는 채무자의 귀책사유와는 무관한 것으로 규정하였다. 상당한 기간의 최고를 통한 계약이행우선의 원칙을 관철하면서도 의무위반의 중요성, 목적달성 가능여부 및 기대가능성 등을 고려하여 최후적 수단으로 계약해제를 긍정함으로써 새로운 계약체결로의 기회부여 및 당사자 상호간의 이해관계를 적절히 규율한 것으로 보여진다. 또한 독일 민법은 종래 판례 및 학설에 의해 발전되어온 행위기초의 장애 법리를 민법전으로 수용하여 법적명확성을 제고함은 물론 변경된 사정에 따른 계약당사자 상호간의 위험분배 및 기대가능성을 고려한 계약관계의 변용을 인정하였는데, 특히 불이익 당사자로 하여금 계약수정청구권을 제도적으로 보장함으로써 변경된 사정 하에서도 계약관계의 즉시 종료가 아닌 계약내용의 수정을 통한 보다 충실한 이행 여건을 확보하였다는 점에서 긍정적으로 평가된다.

우리 민법 또한 2004년 민법개정안을 통해 종래부터 논의되어진 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유가 필요한 것인지 여부 및 사정변경에 의한 계약해제를 긍정할 것인지의 여부에 관하여 입법적 해결을 시도하였다. 무엇보다 동 개정안은 현행 채무불이행의 개별 유형에 따른 계약해제의 요건을 규정하는 방식에서 벗어나 모든 유형의 채무불이행의 경우 일반적 효과로서 계약해제를 인정하는 규정방식을 취함으로써 계약해제의 요건에 관한 포괄성 및 명료성을 제고함과 동시에 채무불이행과 손해배상을 규정한 민법 제390조와 체계조화적으로 규율되었다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 또한 종래 통설적 견해에 의해 지지되어진 사정변경의 원칙을 입법화함으로써 법적명확성을 제고함과 동시에 계약준수의 원칙과 신의칙 내지 공평의 원칙을 적절히 조율하였다는 점에서 긍정적으로 평가된다고 하겠다. 그러나 동 개정안 제544조의2 제1항 단서에서 규

정된 바와 같이 계약해제의 요건으로 채무자의 귀책사유를 요하도록 한 것은 계약해제 제도의 본질 및 기능을 도외시한 불필요한 요건으로 보이며, 이는 국제적 통일계약규범의 입법방향과도 배치 내지 역행하는 것으로 삭제가 바람직하다고 생각한다.

계약해제는 계약충실의 원칙과 계약해소를 통한 새로운 계약체결기회의 보장이라는 사적자치의 상반된 두 원리의 접점에 위치한 제도로 이해된다. 비록 민법개정안이 여전히 담보상태에 있지만, 향후 상기 원리에 입각하여 법적인정성과 구체적 타당성이 담보된 계약해제의 요건이 조속히 성안되기를 촉구하면서 글을 맺고자 한다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

#### 〈단행본〉

- 김용덕(편집대표 곽윤직), 「민법주해(XIII)」, 박영사, 2009.  
 김재형, 「민법론 IV」, 박영사, 2011.  
 김준호, 「민법강의(제25판)」, 법문사, 2019.  
 김형배/김규완/김명숙(공저), 「민법학강의(제9판)」, 신조사, 2010.  
 김형배외 5인(공저), 「독일채권법의 현대화」, 법문사, 2003.  
 백태승, “사정변경의 원칙”, 「한국민법이론의 발전(I)」, 박영사, 1999.  
 법무부, 「2004년 법무부 민법 개정안(채권편)」, 2012.  
 안법영, 「독일매매계약법」, 고려대학교 출판부, 2003.  
 이효종(편집대표 박준서), 「주석민법(채권각칙2)」, 한국사법행정학회, 1999.

#### 〈연구논문〉

- 권영준, “위험분배의 관점에서 본 사정변경의 원칙”, 「민사법학」 제51권, 한국민사법학회, 2010.

- 김대정, “사정변경의 원칙을 명문화한 민법개정시안 제544조의4에 관한 검토”, 「법학연구」 제22집, 전북대학교 법학연구소, 2001.
- 김동훈, “계약해제의 요건에 관한 연구”, 「법학논총」 제12집, 국민대학교 법학연구소, 2000.
- 류승훈, “계약해제제도의 의미와 계약해제의 효과에 관한 일고”, 「외법논집」 제11집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2001.
- 박규용, “행위기초론에 관한 소고”, 「법학연구」 제36집, 한국법학회, 2009.
- 박영복, “재교섭을 통한 계약내용의 수정”, 「민사법학」 제50호, 한국민사법학회, 2010.
- 박진근, “계약수정으로서의 재교섭의무에 대한 연구”, 「법학연구」 제16집 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2008.
- 사동천, “유엔국제물품매매법(CISG)상 구제수단간의 우열 -PICC, PECL, 기타 몇몇 국내법과의 비교를 곁하여-”, 「국제거래법연구」 제13권, 국제거래법학회, 2005.
- 양창수, “민법개정작업의 경과와 채권편의 개정검토 사항 I(채권총칙)”, 「민사법학」 제19호, 한국민사법학회, 2001.
- 윤진수, “2007년도 주요 민법 관련 판례회고”, 「법학」 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008.
- 이로문, “독일에서의 재교섭의무론에 관한 고찰”, 「한양법학」 제22집, 한양대학교 법학연구소, 2009.
- \_\_\_\_\_, “사정변경의 원칙에서의 재교섭의무에 대한 기초이론”, 「법학연구」 제28집, 한국법학회, 2007.
- \_\_\_\_\_, “계약수정에 관한 고찰”, 「법학논총」 제25권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2008.
- 이재목, “계약사정의 변경과 계약내용의 조정”, 「비교사법」 제8권 제1호, 한국비교사법학회, 2001.
- 이진기, “채무불이행의 일원적 규율을 위한 논의”, 「2003년도 한독법률학회 춘계학술대회 자료집」, 한독법률학회, 2003.
- 정상현, “매매목적 토지에 발생한 사정의 변경과 계약의 효력-대상판례 : 대법

- 원 2007.3.29. 선고 2004다31302 판결”, 「저스티스」 제104호, 한국법학원, 2008.
- 정종휴, “계약책임의 재구성-독일 채권법 현대화를 중심으로”, 「비교사법」 제9권 제3호, 2002.
- 조성민, “사정변경에 의한 계약의 해제”, 「고시계」 제47권 제11호, 고시계사, 2002.
- 하경효, “채무불이행과 계약해제의 요건-유책성 요건에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 「고려법학」 제40권, 고려대학교 법학연구원, 2003.

**[해외문헌]**

〈단행본〉

- Arnold, Arnd*, Das neue Recht der Rücktrittsfolgen, Jura 2002.
- Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 30. Aufl., C.H.Beck München, 2004.
- BT-Drucks.*, 14/6040.
- Bundesministerium der Justiz*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, Köln, 1981.
- Bundesministerium der Justiz*, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesanzeiger, Köln, 1991.
- Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Begründung zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes(<http://www.bmj.bund.de>)
- Claus-Wilhelm Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, München, 2002.
- Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Das neue Schuldrecht, C.F.Müller, 2002.
- Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, C.H.Beck München, 2002.
- Johannes Hager*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(Hersg.), Das neue Schuldrecht, C.F.Müller, 2002.
- Jürgen, Schmidt*, in: Staudinger Kommentar zum BGB §§ 241-243, Sellier-de Gruyter, Berlin, 1995.

- Kaiser, Dagmar*, in: Westermann, Harm Peter(Hersg.), Das Schuldrecht 2002  
– Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform, Stuttgart, 2002.  
*Wolfgang, Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB §§ 323–327,  
C.H.Beck, München, 2012.

〈연구논문〉

- Dauner-Lieb*, JZ 2001, 8 f.  
*Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410 f.  
*Caier, Reinhard*, Das Rücktrittsfolgenrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz,  
WM 2002, 1 f.  
*Horn, Nobert*, Neuverhandlungspflicht, AcP 181, 1981, S. 256 f.  
*Nelle, Andreas*, Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Anpassung  
und Vertragergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten,  
München, 1993.  
*Von Caemmerer, Ernst*, “Mortuus redhibetur” Bemerkungen zu den Urteilen  
BGHZ 53, 144 und 57, 137, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70.  
Geburtstag, S. 621 f., München, 1973.

[Abstract]

## Comparative Study on the Requirement of the Termination of the Contract

- Regarding about the German Civil Law(BGB) -\*

Kim, Dae-Kyung

*Assistant Professor, Law School at Jeju National University*

The German Civil Code amended the bond law to provide the right to remedy the rights of creditors in case of default, and to grant the right to claim damages and to cancel the contract according to the reason of the debtor's fault. In other words, the liability for damages requires the debtor's fault, but the termination of the contract is not related to the debtor's fault. In addition, the German Civil Code adopted the principle of change of circumstances, which has been developed by conventional precedents and theories, to ensure legal clarity and concrete validity. In particular, it is affirmed that the disadvantaged party systematically guarantees the right to request contract amendment, so that even under changed circumstances, it has secured more fulfillment conditions by modifying the contents of the contract rather than immediately terminating the contractual relationship.

The Korean Civil Code also attempted a legislative resolution through the 2004 Civil Law Amendment, whether it is necessary for the debtor's fault as a requirement of the cancellation of the contract, and whether to cancel the contract due to the change of circumstances. First of all, the amendment increased the inclusiveness and clarity of the requirements for the termination

---

\* This work was supported by the 2019 education, research and student guidance grant funded by Jeju National University.

of contracts by acknowledging the contract as a general effect for all types of defaults. It is also positive in that it is systematically regulated with Article 390 of the Civil Code. It is also positive that the legislative principle of change of circumstances has been legislated to enhance legal clarity and to properly coordinate the principle of contract compliance and the principle of good faith. However, the requirement for the debtor's fault as a requirement to cancel the contract, as provided for in the provisions of Article 544-2 (1) of the amendment, appears to be an unnecessary requirement that neglects the nature and function of the contract cancellation scheme. Therefore, it is desirable that the proviso of this regulation should be deleted as it goes against the legislative direction of international unification contract norms.

**Key words** : Termination of a Contract, Reasons Attributable, Principle of good Faith, *clausula rebus sic stantibus*, Abide by the Contract