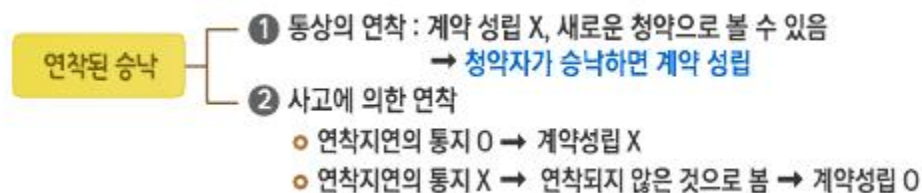


③ 계약의 성립

① 계약의 성립

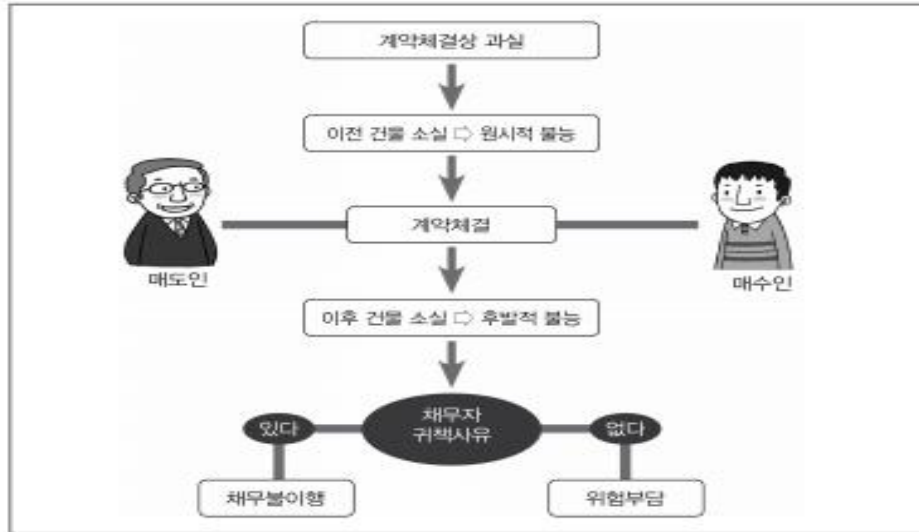
1. 계약의 성립은 청약과 승낙의 합치에 의한 성립과 교차청약, 의사실현에 의한 계약의 성립이 있다. 모두 계약의 성립시기가 언제인가가 중요하다.
2. 청약과 승낙의 합치에 의한 계약의 성립은 청약과 승낙이 객관적(계약내용의 일치) · 주관적(상대방 일치)으로 합치가 되어야 한다.
 - (1) 숨은 불합의는 계약이 성립되지 않았기 때문에 착오를 이유로 취소할 수도 없다.
 - (2) 계약서에 의해 계약이 체결되었으나 계약으로 인한 법률효과를 제대로 알지 못한 경우는 착오의 문제로 일단 계약은 유효하게 성립하고, 중요부분이고 중과실이 없는 경우에 한하여 취소할 수 있다.
3. 청약은 상대방에 대한 **일방적 · 확정적 의사표시**로 법률요건을 구성하는 법률사실에 해당한다.
 - (1) 청약의 상대방은 특정인이 될 수도 있고 불특정 다수가 될 수도 있다. 다만 승낙은 반드시 특정의 청약자에 대해서 하여야 한다(주관적 합치)
 - (2) 승낙자가 청약에 대해서 조건을 붙이거나 변경을 가하여 승낙을 한 경우에는 청약의 거절과 동시에 새로 청약을 한 것으로 본다(객관적 합치가 되지 않은 경우). 따라서 최초 청약은 실효된다.
 - (3) 청약은 확정적 의사표시이므로 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함하여야 한다. 그러나 청약의 유인(☹️ 상가분양광고)는 확정적이지 않기 때문에 계약의 내용이 될 수 없고, 따라서 이행할 의무를 부담하지 않는다. ⇒ **상가분양 과장광고사건**
 - (4) 청약은 상대방 있는 의사표시이므로 도달하면 그 효력이 발생한다. 따라서 도달한 이후에는 청약자는 철회를 할 수 없고, 청약자가 청약 후 사망하거나 행위능력을 상실하더라도 청약은 도달하면 효력이 발생한다.
4. 승낙기간을 정하여 청약을 한 경우 청약은 그 기간 동안 효력이 있고, 승낙기간을 정하지 않은 경우에는 상당한 기간 동안 효력이 있다. 따라서 그 기간 내에 청약자가 승낙의 통지를 받지 못하면 청약은 효력을 상실하게 된다.
 - (1) 연착된 승낙은 일단 효력이 없고 계약은 성립하지 않는다. 다만 통상의 연착의 경우에는 연착된 승낙을 새로운 청약으로 볼 수 있기 때문에 청약자가 다시 승낙을 하면 계약이 성립한다.
 - (2) 사고에 의한 연착(승낙기간 내에 도달할 수 있는 승낙의 경우)은 연착 또는 지연의 통지를 한 경우에는 계약이 성립하지 않지만, 연착 또는 지연의 통지를 하지 않은 경우에는 연착되지 않는 것으로 본다. 따라서 승낙기간 내에 도달한 것이 되어 격지자 사이에는 승낙의 통지를 발송한 때에 계약이 성립한다.



5. 교차청약은 주관적 · 객관적으로 합치가 되었지만 청약만이 상호 교차된 경우로 양 청약이 모두 도달한 때에 계약이 성립한다. 양 청약이 동시에 도달하지 않은 경우에는 나중 청약이 도달했을 때에 계약이 성립한다.

6. 의사실현에 의한 계약의 성립(청약자의 의사표시나 관습에 의해서 승낙의 통지가 필요하지 않는 경우)은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 청약자가 알든 모르든 계약이 성립한다.

② 계약체결상의 과실책임



1. 계약의 목적이 원시적 전부 불능인 경우 계약은 무효가 된다. 이 경우 악의 또는 과실이 있는 채무자에게 상대방이 선의·무과실의 경우에 신뢰이익의 배상을 청구할 수 있으나, 이행이익을 넘을 수는 없다(제535조).
 - (1) 현행 민법과 판례는 원시적 불능에 한해서 계약체결상의 과실책임을 인정한다.
 - (2) 따라서 계약교섭과정에서 일방이 부당하게 중도파기한 경우는 계약체결상의 과실책임을 아니라 불법행위가 성립한다. 다만 손해배상은 이행이익이 아니라 신뢰이익의 배상을 청구할 수 있다.
 - (3) 경쟁 입찰에 참가하기 위해 지출한 제안서, 견적서 작성비용은 신뢰이익에 포함되지 않으므로 배상 청구할 수 없다.
 - (4) 계약교섭과정에서 부당한 중도파기로 인해 인격적 법익이 침해된 경우, 그 정신적 고통에 대해서 별도로 손해배상(위자료청구)을 청구할 수 있다.

④ 쌍무계약의 효력

① 동시이행의 항변권

1. 쌍무계약의 당사자 일방은 변제기가 도래한 경우 상대방이 채무이행을 제공할 때까지 자기채무의 이행을 거절할 수 있다(동시이행의 항변권)
 - (1) 동일한 쌍무계약에 의해서 서로 대가적 의미를 갖는 채무를 부담하여야 한다. 따라서 쌍방의 채무가 별개의 계약으로부터 발생한 경우에는 특약이 없는 한 원칙적 동시이행의 항변권은 인정되지 않는다.
 - (2) 채권양도, 채무인수, 상속 등으로 당사자가 변경된 경우, 원래 채무가 이행불능이 되어 손해배상채무로 내용이 변경된 경우에도 동일성을 유지하므로 동시이행의 항변권은 여전히 인정된다. 다만 경계로 인해 동일성은 상실하는 경우에는 동시이행의 항변권도 소멸한다.
 - (3) 대가관계가 인정되지 않는 부수적 채무에는 동시이행의 항변권이 인정되지 않는다.

2. 상대방의 채무가 변제기에 있어야 항변권을 행사할 수 있다. 따라서 선이행의무(㉠ 중도금지급 채무)를 부담하는 경우에는 원칙적으로 동시이행의 항변권은 인정되지 않는다.
 - (1) 선이행의무의 불이행 중 상대방 채무의 이행기가 도래한 경우(㉠ 중도금 지급을 지체하던 중 잔금지급일이 도래)에는 다시 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다.
 - (2) 선이행의무를 지는 경우에도 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 경우(㉠ 매도인의 부동산이 가압류된 경우)에는 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다.
3. 상대방이 자기 채무의 이행 또는 이행제공 없이 이행을 청구한 경우에 항변권을 행사할 수 있다.
 - (1) 일부이행을 한 경우에는 이행한 부분만큼 항변권은 소멸하고 잔존한 부분에 대해서만 항변할 수 있다.
 - (2) 일부만 이행청구를 한 경우엔 이행을 한 부분이 전혀 없으므로 상대방은 채무 전부에 대해서 항변할 수 있다(100평 매매계약을 한 경우 매수인이 먼저 10평만 이행을 청구한 경우, 매도인은 매매대금 전부에 대해서 항변권을 행사할 수 있다)
 - (3) 당사자 일방이 먼저 한번 현실의 제공을 해서 상대방을 수령지체에 빠지게 하였더라도 이행의 제공이 계속되지 않은 경우에는 동시이행의 항변권은 소멸하지 않는다. 따라서 이행의 제공은 꼭 계속되어야 한다.
4. 동시이행의 항변권이 인정되면 당연히 지체책임을 지지 않는다. 따라서 동시이행의 항변권을 행사하여야 지체책임을 면하는 것은 아니다.
5. 동시이행의 항변권은 원고가 소를 제기한 경우에는 피고는 동시이행의 항변권을 원용하여야 한다. 따라서 법관이 동시이행의 항변권의 존재를 직권으로 고려하지는 않는다.
 - 동시이행의 항변권이 인용되면 법관은 상환금부판결(원고일부승소판결)을 하여야 한다.
6. 채권의 소멸시효는 동시이행의 항변권과는 관계없이 이행기 도래시부터 계속 진행된다.

② 위험부담

1. 쌍무계약에 의한 일방의 채무가 채무자 귀책사유 없이(㉠ 천재지변, 토지가 수용이 된 경우, 제3자의 귀책사유에 의한 경우) 후발적 불능이 된 경우에는 위험부담의 문제가 된다.
 - 위험부담은 원칙적으로 채무자가 부담한다(채무자는 상대방에게 이행을 청구하지 못한다). 이미 이행된 급부는 부당이득이므로 매도인은 매수인에게 이미 지급받은 계약금은 매수인에게 반환하여야 한다.
2. 당사자 일방의 채무가 채권자의 귀책사유로 이행할 수 없게 된 경우, 수령지체 중 당사자 귀책사유 없이 이행을 할 수 없게 된 경우에는 채권자가 위험을 부담한다. 따라서 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다.

③ 제3자를 위한 계약



1. 계약에 의해서 당사자 일방이 제3자에게 이행을 할 것을 약정한 경우(대매계약+제3자 약관)에는 제3자는 채무자(낙약자)에게 직접 이행을 청구할 수 있다.
 - (1) 당사자 간에 유효한 계약이 먼저 성립하고 제3자에게 권리를 취득시키는 약관이 있어야 제3자를 위한 계약이 성립된다. 따라서 계약이 무효인 경우에는 채무불이행을 이유로 한 손해배상을 청구할 수도 없다.
 - (2) 제3자는 계약의 당사자가 아니기 때문에 계약성립시에는 현존할 필요가 없고(태아) 수익의 의사표시 할 때만 현존하면 된다.
 - (3) 보상관계(기본계약)의 흠결이나 하자는 계약의 효력에 영향을 미친다. 따라서 낙약자는 보상관계에 기한 항변으로 수익자에게 대항할 수 있다.
 - (4) 대가관계는 요약자와 제3자 사이의 내부관계에 지나지 않으므로 흠결이나 하자는 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다. 따라서 낙약자는 대가관계에 기한 항변으로 수익자에게 대항할 수 없다.
2. 제3자가 수익의 의사표시를 하면 제3자에게 권리가 발생한다. 따라서 수익의 의사표시는 계약의 성립요건이나 효력발생요건이 아니고 제3자에게 권리 발생하는 요건에 지나지 않는다.
 - (1) 낙약자는 수익자에게 상당한 기간을 정하여 이익의 향수 여부의 확답을 최고할 수 있다. 낙약자가 확답을 받지 못한 경우에는 제3자가 수익을 거절한 것으로 본다.
 - (2) 수익의 의사표시에 의해 제3자에게 권리가 발생한 이후에는 제3자의 권리를 당사자는 변경 또는 소멸시키지 못한다.
 - (3) 제3자는 당사자가 아니기 때문에 해제권이나 원상회복청구권이 없고, 원상회복청구의 상대방이 될 수도 없다.

⑤ 계약의 해제 · 해지

① 의의

1. 해제권은 단독행위이므로 법률의 규정(법정해제)과 계약(약정해제)에 의해서만 발생 한다.
 - (1) 법정해제는 채무불이행의 경우로 원상회복의무와 손해배상의무가 발생한다.
 - (2) 약정해제는 약정한 사유가 발생한 경우로 원상회복의무는 있지만, 손해배상의무는 발생하지 않는다.
 - 약정해제는 법정해제와는 별개로 약정해제를 정한 경우에도 법정해제를 할 수 있다.
 - (3) 합의해제(해제계약)는 단독행위인 해제에 관한 규정은 준용되지 않는다. 따라서 원상회복의무나 손해배상의무는 발생하지 않는다.
 - (4) 실권약관(자동해제약정)은 알정한 사유가 발생하면 해제의사표시 필요 없이 당연히 계약이 해제된다고 약정을 한 경우로, 중도금 미지급의 경우 계약은 자동적으로 해제되지만, 잔금미지급의 경우에는 그 사실만으로 자동 해제되는 것은 아니고 먼저 이행제공을 해서 이행지체에 빠지게 했을 때 자동적으로 해제된다.
 - (5) 취소는 부당이득반환으로 선의·악의에 따라 반환범위가 달라지지만, 해제는 원상회복의무로 선의·악의 관계없이 원물상환을 하여야 하고 받은 원물이 금전인 경우에는 받은 날로부터 이자를 가산하여야 한다. 따라서 원상회복의무는 부당이득반환의 특칙이 되고 따라서 이자는 부당이득이지 손해배상이 아니다.

취소	해제
<ul style="list-style-type: none"> ○ 계약, 단독행위, 합동행위 ○ 소급무효 : 부당이득 반환 <ul style="list-style-type: none"> ▪ 선의 : 원존이익 ▪ 악의 : 이익+이자+손해배상 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 계약 ○ 소급무효 : 원상회복(부당이득반환 특칙) ○ 선의, 악의 모두 원물상환 <ul style="list-style-type: none"> 금전 : 이자 목적물 : 과실

② 해제권의 발생 · 행사

1. 법정해제권은 채무불이행(이행지체, 이행불능, 불완전이행, 수령지체)시 발생한다.

- (1) 채무자 귀책사유로 이행이 가능함에도 이행하지 않은 이행지체의 경우, 먼저 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행을 하지 않은 경우에 계약을 해제할 수 있다.
- (2) 계약의 성질 또는 당사자 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 기간 내에 이행하지 않으면 계약의 목적을 달성할 수 없는 정기행위의 경우, 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 않으면 최고를 하지 않고 계약을 해제할 수 있다.
- (3) 채무자의 귀책사유로 이행이 불가능한 이행불능과 채무자가 미리 이행하지 않을 의사를 표시한 경우에는 최고나 이행제공을 하지 않고 바로 계약을 해제할 수 있다.
 - 매도인이 이행하기 전에 부동산이 가압류된 경우, 매도인의 채무가 이행불능이 된 것은 아니므로 매수인은 계약을 해제할 수는 없고, 중도금지급을 약정한 경우에는 중도금 지급을 거절할 수 있을 뿐이다(불안의 항변권)
- (4) 부수적 의무위반(허가절차협력의무 위반)은 채무불이행이 아니므로 이를 이유로 계약을 해제할 수는 없다.

2. 해제권의 행사는 상대방에 대한 의사표시로 한다. 따라서 도달하면 효력이 발생하므로 도달한 이후에는 철회하지 못하며, 단독행위이기 때문에 원칙적으로 조건을 붙이지 못한다. 다만 상대방이 동의하거나 불리하지 않은 경우에는 조건을 붙일 수 있다.

- (1) 계약의 해지나 해제의 의사표시는 그 전원으로부터 또는 전원에 대하여 하여야 한다(행사의 불가분성)
- (2) 해제나 해지의 권리가 당사자 1인에 대하여 소멸한 때에는 다른 당사자에 대해서도 소멸한다(소멸의 불가분성)

③ 해제의 효과

1. 계약을 해제하면 소급해서 무효가 된다. 채권행위가 실효되면 물권행위도 당연히 효력을 상실하므로 소유권은 자동적으로 매도인에게 복귀한다(유인성).

2. 계약의 해제는 제3자의 권리를 해하지 못한다(제548조 제1항 단서)

- (1) 법정 · 약정해제는 물론이고 합의해제도 소급해서 무효가 되므로 제3자의 권리를 해하지 못한다.
- (2) 제3자는 해제이전에 해제된 법률관계를 기초로 새로운 법률관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기, 인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 말한다. 따라서 대항요건을 갖춘 임차인이나 계약의 목적물을 압류한 가압류채권자는 제3자에 해당하지만, 채권을 양수 또는 압류하거나, 계약 이전부터 이해관계가 있는 제3자를 위한 계약에서 수익자는 제3자에 해당하지 않는다.
- (3) 판례는 해제 후 말소등기 전에 모르고 이해관계를 맺은 선의의 제3자도 제3자의 범위에 포함된다.

3. 계약이 해제되면 양 당사자는 서로 원상회복할 의무를 부담한다. 원상회복의무는 부당이득반환의 특칙으로 선의·악의, 이익의 현존여부 관계없이 받은 이익 전부를 반환하여야 한다. 받은 것이 금전인 경우에는 받은 날로부터 이자를 가산하여야 한다(따라서 이자는 부당이득이지 손해배상이 아니다)
4. 계약의 해지 또는 해제는 손해배상청구에 영향을 미치지 않으므로, 계약해제로 인한 원상회복과 손해배상청구는 중첩적으로 할 수 있다.
 - (1) 손해배상은 이행이익의 배상이 원칙이나, 신뢰이익의 배상을 구할 수도 있다.
 - (2) 계약해제로 인한 원상회복의무와 손해배상의무는 동시이행의 관계이다.



④ 해제권의 소멸

1. 해제권의 행사기간을 약정한 경우에는 그 기간의 경과로 해제권은 소멸하고, 약정하지 않은 경우에는 제척기간이 10년이므로 10년 이내에 행사하지 않으면 소멸한다.
 - 해제권 행사기간을 정하지 않은 경우 상대방은 상당한 기간을 정하여 해제권 행사여부를 해제권자에게 최고할 수 있고 그 기간 내에 해제의 통지를 받지 못하면 해제권은 소멸한다(제552조).
2. 해제권자의 고의나 과실로 목적물이 훼손되거나 반환할 수 없게 된 때 또는 가공이나 개조로 인해 다른 종류의 물건으로 변경된 때에는 원상회복을 할 수 없으므로 해제권은 소멸한다(제553조).

제2장 계약법 각론

① 매매

① 매매계약의 성립

1. 매매계약은 주된 내용인 재산권이전과 대금지급에 관한 합의만 있으면 성립한다. 따라서 계약비용, 이행기, 변제 장소 등의 부수적 사항에 관한 합의가 없더라도 매매계약은 성립한다.
2. 매매계약에 있어 매매목적물과 대금은 반드시 그 계약체결 당시에 구체적으로 특정(확정)되어 있을 필요는 없고 이를 사후(이행기)라도 구체적으로 특정할 수 있는 방법과 기준이 정하여져 있으면 족하다(판례).