성균관대학교 법학연구원 『성균관법학』 10.17008/skklr.2021.33.2.016
제33권 제2호 (2021. 6.)
Sungkyunkwan Law Review Vol.33. No.2 (June 2021) pp.513 - 552

계약금의 해약금 추정규정에 관한 민법상 의미 재검토

-연혁과 입법례로부터의 이해-*

정 상 현(鄭相鉉)**
박 석 일(朴碩一)***

【목 차】

Ⅰ. 들어가며-계약금 교부에 관한 우리민법의 현황
1. 계약금 교부와 민법 제565조의 취지
2. 해약금 추정규정에 대한 평가
3. 계약금 교부에 관한 다수설과 판례의 해석
Ⅱ. 계약금 교부의 역사적 의미
1. 그리스-로마법
2. 게르만법
3. 보통법학
Ⅲ. 계약금에 관한 외국 입법례
1. 독일민법과 스위스채무법
2. 프랑스민법
3. 일본민법
4. 중국민법
Ⅳ. 결론-정리와 우리민법의 시사

【국 문 요 약】

민법 제565조 제1항은 계약금에 관하여 해제권이 유보되는 해약금으로서의 법적 효과를 부여한다. 민법학계의 다수견해와 대법원은 계약금의 교부를 주된 계약과 별도의 '독립적'이고 '종된' '계약금계약'의 체결로 의제하고, 이를 '요물계약'으로 파악한다. 이에 따르면 계약금이 전혀 지급되지 않거나 일부 지급된 경우, 계약금계약은 성립하지 못하므로 해약금 해제는 불가능하다. 그런데 이 경우 대법원은 2008년과 2015년 추가적 조건이나 가정적 조건을 제시하면서 계약의 해제 가능성을 나타냈다. 이것은 낙성계약설에 유사한 결론으로 계약금 계약을 요물계약으로 본 일반적 태도와 달라 학설 다툼을 증폭시켰다.

---

* 이 논문은 2018년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2018S1A5A2A01028442)
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수・법학박사・교신저자
*** 한국외국어대학교 법학연구소 책임연구원・법학박사・주저자

계약금 교부에 관한 서구의 민법 역사나 입법례에서 이를 주된 계약과 독립된 계약금계약으로 의제하거나 요물계약으로 파악하는 예는 발견할 수 없다. 주로 보증금이나 증약금으로 기능하였고, 당사자의 특약을 전제로 해약금이 될 뿐이었다. 그런데 일본민법이 전례 없이 특약을 전제로 하지 않은 해약금으로 일반화하여 규정하였고, 우리민법이 이를 수용하였다. 이에 대하여 일본학계와 판례는 이것이 계약준수원칙에 반하고 낙성계약의 구속력을 약화시킨다는 약점을 발견하고, 계약금을 선급금으로 파악하기 시작하였다. 그러나 계약금을 대금의 일부로 보면, 그 교부가 이행의 착수가 되어 해약금 추정규정의 적용 여지가 없어진다는 비판이 있었다. 그에 따라 계약금을 대금의 일부가 아닌 독립적인 '계약금계약'으로 의제하여 이를 '요물계약'으로 파악하게 된 것이다.

생각건대 계약금이 해약금으로 추정되는 법적 효력은 민법 제565조 제1항의 적용에 따른 것인데, 이 규정이 적용되기 위해서는 계약금의 교부가 전제되어야 하므로, 해제권의 행사를 배제하는 이행의 착수는 계약금 교부 후에 이루어지는 것만을 포함한다고 해석해야 논리적이다. 실제로 당사자가 계약금을 수수하면서 주된 계약과 별도로 '계약금계약'을 체결한다고 생각하지는 않는다. 매매대금을 계약금, 중도금, 잔금으로 분할하여 지급한다는 정도의 의사를 가질 것이다. 다만 계약금이 대금 중에서 가장 먼저 지급되므로, 해약금 외에 증약금 또는 별도의 약정에 의한 위약금의 기능도 할 수 있다. 민법 제565조 제1항에 따르더라도 해약금 추정의 효력은 '계약금'이 '교부'되면 족하고, '계약금계약'을 별도로 체결해야 한다는 근거는 없다. 나아가 계약금은 '전부' 교부되는 것이 전제되므로 일부 교부에는 이 규정이 적용되지 않을 것이다. 따라서 위 2008년과 2015년 대법원 판결은 논리적이지도 않고 민법 규정에도 부합하지 않는다. 더욱이 계약금이 교부된 경우 매매계약의 전부 이행으로 목적이 달성되면 계약금계약의 효력 상실로 이미 받은 계약금을 반환했다가 다시 대금으로 지급하는 절차를 거치며, 이를 생략하여 계약금을 매매대금에 충당한다는 다수설의 해석 역시 비현실적이다. 계약금을 대금의 일부 지급으로 해석하면 요물계약설이나 낙성계약설의 논쟁은 더 이상 불필요하다. 그것이 현실 거래나 당사자의 의사에 부합하며, 제565조의 해약금 추정규정과도 양립할 수 있다.

I. 들어가며－계약금 교부에 관한 우리민법의 현황

1. 계약금 교부와 민법 제565조의 취지

(1) 계약금은 종래 내금 또는 선금이나 보증금, 예약금, 착수금, 약정금 등의 명칭으로 사용되었다.[1] 우리민법은 제565조 제1항에서 계약금을 해약금으로 추정한다.[2] 이는 관습과는 다르고,[3] 일제 강점기에 일본의 관행이 우리 법제도에 편입된 것이라고 한다.[4] 민법제정 당시 법전편찬위원회의 초안 제554조는 '해약금'이라는 제목을 붙이긴 했으나 내용은 계약금을 위약금으로 간주하였다.[5] 이것은 계약금을 해약금으로 추정하는 일본민법 제557조와 명백히 구별되는 획기적 내용이었다. 이에 관한 이유서(Motive)나 심의록(Protokolle)이 없어 입법취지를 명확히 알 수

---

1) 중국에서는 정금(定金)이라 하고(중국민법 제586조 제1항에서 "当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保."라고 규정하여, '계약금'을 '定金'으로 쓴다), 일본에서는 '수부'(手付 또는 手附 혼용)라고 한다(遠藤浩, "手付契約の解釈", 民事研修 第545号, 2002.9; 末川博, "手附契約の解釈", 民商法雜誌 第26卷 第4号, 有斐閣, 1951.7; 遠田新一, "手附の性質", 民商法雜誌 第30卷 第6号, 有斐閣, 1955.4; 来栖三郎, "日本の手附法", 法学協会雜誌 第80卷 第6号, 1964.6 등). 우리민법 제정 전에는 '수부금'이라고 하였다(제주지방법원 1988. 9. 9. 선고 88나100 판결에서 "수부금이란 용어는 구민법시대에 계약금을 뜻하는 것으로서 오늘날까지 같은 의미로 거래상 쓰이고 있고 계약금은 계약체결시 교부되는 것이 원칙이나 계약체결 후 변제기 전에 교부되더라도 당사자가 계약금임을 명백히 한 때에는 계약체결시 교부되는 금액과 합하여 계약금으로 보아야 할 것이고 위 계약금은 당사자 사이에 달리 특약이 없는 한 해약금의 성격을 잃지 않는다."고 하였다. 그 외 판결로 대법원 1953. 1. 1. 선고 52다18 판결; 대법원 1955. 3. 10. 선고 4287민상383・384 판결; 대법원 1955. 5. 31. 선고 4288행상22 판결; 대법원 1966. 6. 21. 선고 66다699・700 판결 참조).

2) 민법 제565조 제1항은 "매매의 당사자 일방이 계약 당시에 금전 기타 물건을 계약금, 보증금 등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다."고 규정하고, 이를 다른 유상계약에 준용한다(제567조).

3) 조선시대에 부동산 매수인은 계약을 파기하지 않겠다는 증거로 대금의 일부를 선급하였고, 계약금의 교부를 해약금으로 추정하는 관습은 없었다(심재돈, 민법주해(편집대표 곽윤직), 제XIV권, 채권(7), 박영사, 1997, 143면; 이용운, 주석민법(편집대표 박준서), 채권각칙(2), 한국사법행정학회, 1999, 418면). 오히려 해약하는 경우 매도인은 수령한 계약금을 반환하도록 하고 매도인이 해약하지 않으면 이를 대금의 일부로 취급하여 충당하였다(朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913.3, 220-221頁).

4) 심재돈, 앞의 책, 143면.

5) 초안 제554조 ① 매매의 당사자 일방이 계약 당시에 금전 기타 물건을 상대방에게 교부한 때에는 이를 계약금 또는 보증금으로 추정한다. ② 계약금 또는 보증금은 위약금의 약정으로 본다.

는 없으나, 서구 입법례에 비추어 당시 일본민법은 유례를 찾을 수 없을 뿐만 아니라 그에 대한 비판적 견해가 유력하였고, 만주민법이 계약금에 관한 규정을 두지 않았다는 사실이 초안의 등장 배경임을 뒷받침한다.[6)]

(2) 그런데 초안 제554조는 국회 법제사법위원회의 심의과정에서 소개된 외국의 입법례[7)]와 무관하게 수정되어,[8)] 일본민법과 같이 해약금으로 추정하는 내용으로 변경되었다.[9)] 이에 심의위원이 '수정안에 합의'하였고,[10)] 국회 본회의 심의과정과 의결을 거쳐 민법전이 확정되었다.[11)] 초안 제554조는 자구수정 없이 현행민법 제565조로 완성되었고,[12)] 그 이후 2004년과 2013년의 민법개정 시도에서도 계약금에 관한 이 규정의 변화는 언급되지 않았다.[13)]

2. 해약금 추정규정에 대한 평가

(1) 우리민법 제565조의 제정과정에서 대부분의 학자들은 일본민법 제557조와 비교하여 해약금 추정의 타당성에 관한 긍정적 견해를 나타내

---

6) 한웅길, "계약금에 관한 소고", 동아법학 제40호, 동아대학교법학연구소, 2007.8, 134면.

7) 심의과정에서 외국 입법례로 일본민법 제557조와 스위스채무법 제158조, 프랑스민법 제1590조가 참조되었고, 초안에 관하여 일본민법 제557조에 대응하는 조문이나 그 취지가 다르다고 명시하였다(민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록, 상권, 1957, 329면).

8) 심의위원들은 "본 조는 현행법과 달리하여 계약 당시 수수한 금전 기타 물건을 해약계약금으로 하지 않고 위약금으로 하였다. 그러나 매매거래의 실제가 이미 계약금, 보증금 등의 명목으로 매매 당시 수수한 경우에는 이를 포기 또는 배액 상환함으로써 계약을 해제할 수 있는 약정해제권 보류를 의미하는 것으로 관습에 익어졌기 때문에 현행법과 같은 취지로 본 조를 수정함이 가하다."는 의견을 나타냈다(앞의 민법안심의록, 329면; 국회사무처, 제26회 국회정기회의속기록 제48호, 12-13면).

9) 변경된 초안 제554조 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 제540조의 규정은 전항의 경우에 이를 적용하지 아니한다.

10) 앞의 민법안심의록, 330면.

11) 1957. 11. 5. 본회의에서 장경근의원의 법사위 심의결과보고와 법무부차관 배영호의 제안설명, 다음날 민법안 제1독회에서 김병로위원장의 입법취지 설명에서도 초안 제554조에 관해서는 언급이 없었다(국회사무처, 제26회 국회정기회의속기록 제29호, 5면 이하, 14면 이하; 제30호, 4면 이하).

12) 민법안은 1958. 2. 7. 정부에 이송되어 같은 달 22. 법률 제471호로서 공포되었다.

13) 법무부, 2004년 법무부 민법개정안, 채권편・부록, 2012; 법무부, 2013년 법무부 민법개정시안, 채권편(하), 2013 참조.

었다.[14] 현재에는 견해가 나뉘고, 이와 관계없이 계약금을 위약금으로 인정하거나[15] 증약금으로 추정하자는 개정론도 주장된다.[16]

(2) 긍정론은 국민들의 법의식에 계약금을 해약금으로 추정하는 관습이 이미 형성된 것으로 보아야 하고,[17] 소비자계약 등에서 당사자가 대가를 지급하고라도 변심의 기회를 가질 수 있는 제도는 의미가 있다고 한다.[18] 계약 해제로 당사자가 얻게 되는 이익이 포기하는 계약금보다 적을 때에는 계약 파기를 억제할 수 있으며,[19] 계약금 교부에 대한 해약금 추정의 효과 발생을 회피하려면 이를 배제하는 특약을 하면 된다는 견해 역시 긍정적인 태도로 평가될 수 있다.[20]

(2) 부정론은 다른 해제사유도 없이 계약금 교부만으로 주된 계약의 해제를 인정하는 것은 계약의 구속력을 약화시키는 원인이 되고,[21] 계약금의 교부를 통하여 그 구속력을 강화하고자 하는 당사자의 의사에도 반한다고 한다.[22] 그러면서 민법 제565조 제1항의 적용에 신중한 태도가

---

14) 당시 관련 학회의 의견서에서 "현행민법(일본민법-필자) 제557조에서는 계약금은 매수인이 매도인에게 교부하는 경우만을 규정하고 있다. 물론 그것이 통상의 경우이지만, 거꾸로 매도인이 매수인에게 교부하는 경우도 있으니, 초안이 '매매의 당사자의 일방이... 상대방에게 교부한 때에는'으로 규정한 것은 타당하다. 또 본 조가 '계약금' 또는 '보증금'이라는 용어를 사용한 것은 우리 사회의 관용을 활용한 것이므로 찬성한다."는 견해를 피력하였다(민사법연구회, 민법안의견서, 일조각, 1957, 169-170면).

15) 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988, 127면.

16) 최창렬, "계약금계약에 관한 연구", 재산법연구 제20권 제1호, 한국재산법학회, 2003.8, 65-66면.

17) 정길용, "계약금이 수수되어 해제권이 유보된 계약과 채무자의 기한의 이익 포기", 법학연구 제20집 제3호, 연세대학교법학연구원, 2010.9, 24면; 오종근, "계약금의 법적 성질-해약금을 중심으로-", 법학논집 제15권 제3호, 이화여자대학교법학연구소, 2011.3, 174면; 이용운, 앞의 책, 422면.

18) 남효순, "계약금약정에 관한 몇가지 쟁점", 법학 제39권 제2호, 서울대학교법학연구소, 1999.8, 281-282면; 지원림, "계약금 분할지급 약정의 효력", 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015.9, 100면; 이준현, "주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 당사자가 계약금의 전부 또는 잔금을 지급하지 않은 경우의 법률관계", 법조 제663호, 법조협회, 2011.12, 293면.

19) 최창렬, "계약준수의 확보방안에 관한 연구", 재산법연구 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011.2, 172면; 오종근, 앞의 논문, 175면; 정길용, 앞의 논문, 24면.

20) 송호영, "해약계약금의 약정에서 계약금의 일부만 지급된 경우의 법률관계", 민사판례연구 제38권, 민사판례연구회, 2016.2, 477면.

21) 황적인, 채권법각론, 한국방송통신대학교출판부, 1999, 161면; 김형배, 채권각론, 박영사, 2001, 306면; 양창수・김재형, 민법I 계약법, 박영사, 2010, 55면; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2021, 1170면; 김준호, 민법강의, 법문사, 2021, 947면; 김동훈, "민법의 해약금 규정의 운용방향", 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회, 2015.8, 1114면.

22) 김병재, "계약금몰수・배액상환약정의 해석", 민법판례연구 제11권 민사판례연구회, 박영사, 1989, 206면; 김형배, 앞의 책, 306면; 심재돈, 앞의 책, 147면.

필요하다거나 적용범위를 제한해야 하며,[23] 극단적으로 그 폐지를 주장하는 견해도 있다.[24]

3. 계약금 교부에 관한 다수설과 판례의 해석

(1) 계약금은 해약금 외에 증약금이나 위약금의 성질을 갖기도 한다.[25] 위약금으로 기능하기 위해서는 당사자의 별도 약정이 필요하고,[26] 해약금 추정의 효과를 회피하기 위한 약정도 가능하다.[27] 다수견해에 따르면 계약금의 교부는 주된 계약과 별도의 '독립적'이고 '종된 계약'으로서, 이를 '계약금계약'의 체결로 의제하고[28] 그 법적 성질은 '요물계약'으로 본다.[29] 대법원 역시 마찬가지이다.[30]

(2) 계약금의 교부를 매매계약에 종된 계약금계약으로 보면, 계약금은 계약금계약의 목적일 뿐 주된 매매계약의 내용과는 관련이 없다는 의미

---

23) 조일윤, "민법상 계약금규정에 관한 입법론적 고찰", 동아법학 제46호, 동아대학교법학연구소, 2010.2, 195-196면.

24) 김형배, 앞의 책, 306면.

25) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2011, 130-131면; 김증한・김학동, 채권각론, 박영사, 2006, 215-216면; 장재현, 채권법각론, 경북대학교출판부, 2006, 217-219면; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2021, 1446-1447면; 박동진, 계약법강의, 법문사, 2016, 160면; 송덕수, 앞의 책, 1169-1170면.

26) 송덕수, 앞의 책, 1170면; 지원림, 앞의 책, 1446-1447면.

27) 대법원 1965. 3. 23. 선고 65다34 판결.

28) 김증한・안이준, 채권각론, 박영사, 1967, 213면; 이태재, 채권각론, 진명문화사, 1990, 166면; 김현태, 채권법각론, 일조각, 1986, 111면; 김형배・김규완・김명숙, 민법학강의, 신조사, 2010, 1297면; 김상용・박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015, 1550면; 엄동섭, "계약금(해약금)계약의 법적 성질", 저스티스 제152호, 한국법학원, 2016.2, 178면.

29) 김기선, "계약금(보증금)", 고시계 제25권 제10호, 1980.9, 44면; 곽윤직, 앞의 책, 158면; 김증한・김학동, 앞의 책, 215면; 김상용・박수곤, 앞의 책, 1550면; 송덕수, 앞의 책, 1168면; 심재돈, 앞의 책, 143면; 이용운, 앞의 책, 423면; 지원림, 앞의 책, 1446면; 박동진, 앞의 책, 160면; 김동훈, 앞의 논문, 1113면 이하. 이에 반하여 최근에 낙성계약설이 주장되기도 한다(이종구, "계약금의 미지급 단계에서의 계약금계약과 주계약의 효력 등에 관하여", 법학논총 제33권 제1호, 단국대학교법학연구소, 2009.6, 192면; 최창렬, 앞의 "계약금계약에 관한 연구", 62면; 엄동섭, 앞의 논문, 185면; 남효순, 앞의 논문, 267-272면; 오종근, 앞의 논문, 179면; 송호영, 앞의 논문, 470-472면). 한편 계약금이 전부 교부되면 요물계약으로 보고, 계약금이 일부 지급되거나 전혀 지급되지 않으면 법률행위의 해석을 통하여 낙성계약으로 볼 수 있다는 주장도 있다(명순구, "계약금약정의 해석", 법학논집 제35집, 고려대학교 법학연구원, 1999.12, 92-103면; 전창은, "법률행위 해석의 관점에서 바라본 해약금약정의 효력", 민사법학 제76호, 한국민사법학회, 2016.9, 152-155면).

30) 대법원 1975. 12. 23. 선고 74다1761 판결; 대법원 1955. 2. 10. 선고 54다3 판결.

이다. 이때 매매계약이 모두 이행되어 목적이 달성되면 매도인은 받은 계약금을 매수인에게 반환해야 한다.[31] 목적이 달성된 매매계약의 소멸에 따라 그 종된 계약금계약 역시 효력을 잃기 때문이고, 이렇게 되면 반환된 계약금만큼 매매대금이 덜 지급되었으므로 매수인은 계약금에 상당하는 금액을 다시 지급해야 한다. 이러한 절차를 생략하여 실제로는 계약금을 매매대금에 충당한다.[32]

(3) 계약금계약을 요물계약으로 보면, 계약금이 전혀 지급되지 않았거나 일부 지급된 경우 계약금계약 자체가 성립하지 못하므로 해약금 규정을 통한 매매계약의 해제는 불가능하다. 대법원 역시 원칙적으로 이러한 태도를 취한다.[33] 그러나 대법원은 2008년 계약금이 전혀 지급되지 않은 사안에서 추가적인 조건을 제시하고,[34] 2015년에는 계약금이 일부 지급된 사안에서 가정적인 조건을 제시하여 매매계약의 해제 가능성을 피력하였다.[35]

(4) 이와 같은 학계의 일반적인 견해와 대법원의 태도가 계약금에 관한 법리해석이나 거래현실 또는 당사자의 의사에 부합하는 설명인지 의

---

31) 반환청구권을 부당이득에 근거하는 견해(김석우, 채권법각론, 박영사, 1978, 177-178면; 김주수, 채권각론, 박영사, 1997, 194면; 김증한・안이준, 앞의 책, 218-219면; 김증한・김학동, 앞의 책, 219면; 남효순, 앞의 논문, 292면; 오종근, 앞의 논문, 182-183면. 일본에서는 我妻榮, 債權各論, 中卷一, 岩波書店, 1990, 265頁)와 계약금계약에 근거하는 견해(김상용, 채권각론(상), 법문사, 1999, 213면; 곽윤직, 앞의 책, 161면; 황적인, 앞의 책, 163면; 심재돈, 앞의 책, 160면; 이용운, 앞의 책, 431면. 일본에서는 田山輝明, 契約法, 民法講義V, 成文堂, 1989, 115頁)로 나뉜다.

32) 주재황, 채권각론강의, 탐구당, 1957, 126면; 장경학, 민법대의(전), 법문사, 1968, 401면; 양형우, 민법의 세계, 정독, 2021, 1254면; 김기선, 앞의 책, 124면; 곽윤직, 앞의 책, 161면; 김형배, 앞의 책, 308면; 김증한・김학동, 앞의 책, 219면; 김상용, 앞의 책, 213면; 송덕수, 앞의 책, 1173면; 지원림, 앞의 책, 1450면; 이용운, 앞의 책, 431면; 남효순, 앞의 논문, 291면.

33) 대법원 1955. 3. 10. 선고 4287민상388 판결.

34) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결. 대법원은 “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 것”이라고 판시하였다.

35) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결. 대법원은 “계약금 일부만 지급된 경우 수령자가 매매계약을 해제할 수 있다고 하더라도, 그 해약금의 기준이 되는 금원은 ‘실제 교부받은 계약금’이 아니라 ‘약정 계약금’이라고 봄이 타당하다.”고 판시하였다.

문이다. 민법 제565조 제1항에서 매매계약과 독립적인 종된 계약금계약이나 요물계약의 근거를 발견하기는 어렵다. 당사자가 계약금을 수수하면서 "나는 계약금계약을 체결한다."고 여겨지지도 않는다.[36] 결국 계약금의 교부로 야기되는 법률문제의 해결을 위하여 새로운 법리나 해석의 발견이 요청된다. 그 일환으로 이하에서는 계약금의 교부가 갖는 역사적 의미와 민법 제565조 제1항에 관련된 외국법 검토를 통하여 그 단서를 찾아보기로 한다. 역사적으로 로마법이나 게르만법, 중세 보통법을, 그리고 외국법으로 독일민법과 프랑스민법, 일본민법을 중심으로 한다.

II. 계약금 교부의 역사적 의미

1. 그리스-로마법

가. 그리스법

그리스법에서 채무의 발생은 당사자의 합의만으로 충분하지 않고 요식계약이나 요물계약의 형식을 갖출 필요가 있었다. 이때 교부한 계약금(arra, arrha)[37]은 두 가지 기능을 하였다. 계약의 성립요건으로서 계약금을 지급하지 않으면 계약이 체결되지 않았다.[38] 또한 계약금은 보증금으로서 교부자가 자기 인격에 대한 질물처럼 채무이행의 담보로 제공하였다.[39] 이때 계약금은 매매대금의 일부였으며,[40] 불이행시 배상의 대상이 되었다.[41] 또한 당사자의 별도 특약이 있으면 해약금(arra poenitentialis)

---

36) 당사자가 별도 약정을 통해서 계약금의 지급을 해약금이나 위약금 등의 성격으로 정한 경우는 응당 매매계약과 독립된 계약금계약의 체결을 인정할 수 있고, 그에 대한 법률적 해석은 달리 해야 한다. 다만 여기서 논의하는 유형은 명시적인 별도의 계약금계약 체결을 확인할 수 없는 일반적인 경우를 전제로 함을 밝혀둔다.

37) 그리스의 '아라폰'(αρραών)에서 유래하였고, 고대셈족의 'eru-batum'을 이어받았다. 현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996, 814-815면; 原田慶吉, 楔形文字法の研究, 淸水弘文堂書房, 1967, 184頁.

38) 현승종・조규창, 앞의 책, 734, 814면.

39) Paul Collinet, Études historique sur la droit de Justinien, T.1er, Recueil Sirey, 1912, p.85; Georges Cornil, Die Arrha im justinianischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtgeschichte, Romanistische Abteilung 48, 1928, S.51f.; J. A. C. Thomas, Arrha in sale in Justinian's Law, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Vol. 24, Issue 3, Brill, 1956, p.253.

40) 현승종・조규창, 앞의 책, 734면.

41) Max Kaser, Das Römische Privatrecht, I. Aschnitt, C.H.Beck, 1955, §122 II, S.439.

으로서 교부자가 계약금을 포기하거나 수령자가 배액을 상환하여 계약을 해제할 수도 있었다.[42]

나. 고전기 로마법

고전기 로마법에서 계약금은 증약금(arra confirmatioria)으로 기능하였다.[43] 당시에는 자연채무를 제외한 모든 채무가 소구가능성과 집행가능성을 갖고 있었기 때문에, 굳이 당사자의 책임을 굳히기 위해서 계약금을 필요로 하지는 않았다. 법문에서도 이러한 기능을 보여주는 실례가 여럿 발견된다.[44] 다만 계약금의 다른 역할로 예약금의 일면을 나타내기도 하였다. 매매계약의 당사자가 목적물 인도와 대금 지급에 앞서 물건을 사고 팔기로 하는 예약을 하였는데, 이때 계약금은 예약에 그 구속력을 부여하는 것으로 이해되었다. 이는 매도인이 일정기간 동안 예약의 목적물을 별도의 계약으로 다른 사람에게 처분하는 권리를 포기하도록 하는 대가로서 매수인이 매도인에게 지급하는 대금의 일부지급이었다.[45]

다. 유스티니아누스법

(1) 로마 고전 후기에 이르면 그리스 등 동부지역의 계약 관행이 로마법에 영향을 주면서 요물계약 외에 서면계약이 등장하였다.[46] 당사자는 문서에 의한 매매와 문서에 의하지 않은 매매 중 어떤 것이든 선택할 수 있었다. 중요한 계약은 문서에 따랐고 이때 계약금은 계약 체결을 증명

---

42) 吉田豊, 手付の研究, 日本比較法研究所研究叢書(69), 中央大學出版部, 2005, 570-571頁. 이 책은 이전의 논문 “近代民事責任の原理と解約手附制度との矛盾をめぐって”(法学新報 第72卷 第1・2・3合併号, 中央大学法学会, 1965), “手附ノ-ト-沿革小考”(松山商大論集 第20卷 第1・2合併号, 1969), “近代民事責任の原理と解約手附制度との相剋”(民事法學の諸相, 勁草書房, 1970), “手付”(星野英一, 民法講座 5 契約, 有斐閣, 昭和60) 외 3편의 논문을 집대성한 것으로, 이하 이 책을 인용한다.

43) 현승종・조규창, 앞의 책, 164, 815면; Paul Frédéric Girard, Manuel élémentaire droit romain, 8eéd., Librairie Arthur Rousseau, 1929, p.577; Fritz Schulz, Classical Roman Law, Oxford at the Clarendon Press, 1954, §107, p.278; Kaser, a. a. O., S.439.

44) Gaius 3, 139 = 대금이나 계약금을 지불하지 않았어도 당사자가 대금에 관하여 합의한 때 매매계약이 체결되고, 계약금으로 공여된 것은 매매계약의 체결에 관한 증거에 지나지 않는다. D. 18, 1, 35, pr. = 매매에서 자주 행해지는 계약금의 지급은 이것이 없으면 합의가 성립하지 않는 것이 아니라 대가에 관하여 합의된 보다 좋은 증거로 행해진 것이다.

45) 吉田豊, 앞의 책, 574頁.

46) Max Kaser, Das Römische Privatrecht, II. Aschnitt, C.H.Beck, 1959, §242 III 1, S.199f.

하고 이행을 보증하는 역할을 하였다.[47] 반면 중요하지 않은 계약은 문서로 하지 않은 경우가 많았고, 이때 계약금은 동부지역의 영향으로 특약을 전제로 한 해약금의 기능을 하였다.[48]

(2) 동부지역의 해약금 관행으로 매매계약 역시 당사자의 별도 약정에 따라 계약금은 해약금의 역할을 하였다. 매수인이 일정한 기한 내에 대금을 지불하지 않으면 계약금은 매도인에게 귀속하고 매매계약을 해제한다는 별도의 합의는 유효하였다.[49] 이러한 해약금 약정이 있으면 매수인이 대금을 모두 지급할 때까지 매도인은 계약금을 유치할 수 있었고, 매수인이 채무를 모두 이행한 경우 매도인은 이를 반환하거나 매매대금에 충당하였다.[50] 계약금의 이러한 기능은 황제의 칙법에도 나타난다.[51] 로마법에서 계약금은 고전기에 증약금의 역할을 하다가 후기에 그리스 등 동부지방의 영향으로 당사자의 특약을 전제로 해약금의 성격을 갖게 되었음을 알 수 있다.[52]

2. 게르만법

(1) 게르만사회의 거래행위는 일방 당사자의 선급부에 의하여 반대급부를 견인하는 현실행위(Bargeschäft)였다. 이때 반대급부의 이행을 담보하기 위해서는 선급부와 후행급부의 법률적 의무관계를 형성할 필요가 있었고, 이로 인하여 모든 계약은 요물계약으로 나아갈 수밖에 없었다.

---

47) Kaser, a. a. O., II, S.268f.

48) 현승종・조규창, 앞의 책, 164, 734, 814-815면; Alan Watson, 'Arra' in the Law of Justinian, Revue internationale des droits de l'antiquité, Ser. 3, Vol. 6, Georgia Law School, 1959, p. 388 and seq.; Robert Villers, Rome et le droit privé, Éditions Albin Michel, 1977, p.375 et suiv.; Girard, op. cit., p.577 et suiv.

49) D. 18, 3, 6; 18, 3, 8.

50) 현승종・조규창, 앞의 책, 815면.

51) 유스티니아누스 칙법(528년) C. 4, 21, 17, 2. = 매매계약이 체결되고 계약금이 교부된 경우, 그것이 계약서에 기재되었든 되지 않았든, 계약이 완결되지 않은 경우의 계약금 교부에 따른 효과가 명시되지 않아도, 매도인이 매각을 거부하려면 그 계약금의 배액을 상환하지 않으면 안 되고, 매수인이 매매계약을 해제한 경우 그가 지급한 계약금의 반환청구는 허용되지 않는다. Institutiones 3, 23, pr. = 계약금의 교부가 있으면 단지 그 매매가 문서에 의하든 그렇지 않든, 계약의 이행을 거절한 자가 매수인이면 그가 지급한 것을 잃고, 매도인이라면 그 배액을 상환하지 않으면 안 된다.

52) 현승종・조규창, 앞의 책, 164, 735면.

반대급부의 이행을 위하여 별도의 신약(Treugelübde)[53]이나 일정한 요식행위(지팡이양도, Wadiatio)[54]가 필요하였다. 그 후 신약이나 지팡이양도가 후에 증서(Urkunde)로 대치되어 요식계약으로 바뀌었고, 이때 계약금은 매도인의 목적물인도 채무와 책임을 발생시키는 근거가 되어, 매도인의 채무불이행이 있을 때 보증금(Haftgeld)으로서 계약의 효력을 강화하는 기능을 하였다.[55] 다만 계약금의 수령자뿐 아니라 교부자도 목적물의 인도나 대금의 지불 전에는 계약을 후회하고 이를 반환받을 수 있었다.[56] 이때 계약금은 해약금(Reugeld, arra poenitentialis)의 역할을 한 것이다.[57] 이러한 효력은 계약금의 포기 또는 배액상환으로 가능하지만 반드시 당사자의 별도 특약을 전제로 하였다.[58]

(2) 게르만법에서 계약금은 대금의 일부로서 '선급금'(Anzahlung)이었다.[59] 특히 매매계약에서 매수인은 매매대금 전액을 지불할 필요 없이 계약금을 대금의 일부로 지급하면서 현실매매의 이행을 담보하였다.[60] 매수인은 매매대금의 일부로 계약금을 지불하고 매도인은 증서의 교부로 이행을 보증하였기 때문에, 매매계약은 요물계약과 요식계약의 성격을 모두 가졌다.[61] 즉 요물계약에서 유래하여 매매계약의 체결에 증서를 사

---

53) 요식계약으로 당사자가 특정 문언을 말하면서 오른손이나 양손을 들어 손바닥을 맞추든지 아니면 오른손을 들어 같은 몸짓을 하는 등의 방법으로 행해진다.

54) 보증인은 채무의 이행에 노력하고 채무를 이행하지 못한 경우에는 자신이 채무자를 채권자에게 인도하는 차출보증(Gestellungsbürgschaft) 또는 채무자가 채권자에게 인격이나 권력의 표상인 지팡이(wadia)를 건네주면 채권자는 이를 보증인에게 건네줌으로써 신뢰를 기대하고 채무자를 보증인에게 맡기는 인질보증이 이에 해당한다. 이후 집행보증에서 지불보증으로 발전하여 보증인이 전 재산으로 또는 특정 재산으로 책임을 지는 인적 책임이 완성되고, 따라서 Wadiatio(지팡이양도) 역시 소멸되었다. Heinrich Mitteis, Deutsches Privatrecht, Neu bearbeitet von Heinz Lieberich, 3.Aufl., C.H.Beck, 1959, S.111f.

55) Rudolf von Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4.Aufl., A. Deichertsche Verlags- buchhandlung, 1922, S.445f.; Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.III, Schuldrecht, 2.Aufl., Dunker & Humblot, 1917, S.365f.

56) Gierke, a. a. O., S.338 und Anm. 50, 51.

57) Eugen von Jagemann, Die Daraufgabe(arrha), Vergleichende Rechtsstudie, Verlag von J. Gut tentag, 1873, S.137f.

58) Heinrich Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, Verlag von F ranz Vahlen, 1873, S.33-35.

59) Andreas Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Zweiter Band, Duncker & Humblot, 1 886, S.225f.; Hübner, a. a. O., S.442; 来栖三郎, 앞의 논문, 52-53頁.

60) 吉田豊, 앞의 책, 574頁.

61) Gierke, a. a. O., S.336f.

용한 요식계약을 승계한 것이다.[62] 나아가 계약금은 성약금이 되기도 하였다.[63] 또한 당사자의 별도 합의에 따라 계약금은 매매 목적물에 대한 수령자의 처분권 포기와 교부자의 계약 체결 후회에 따른 반환권을 배제하는 보상금(Lohngeld)이나 포기금(Verzichtpfenig)의 기능도 가질 수 있었다.[64]

3. 보통법학

(1) 13・14세기 경 후기주석학파의 실용화된 로마법이 게르만사회에 도입되면서, 1495년 황실법원령(Reichskammergerichtsordnung)에 따라 관습법이 존재하지 않는 한 로마법이 보통법(Gemeines Recht)으로 적용되었다.[65] 로마법의 계수와 거래의 현저한 발전은 자연법이나 교회법의 영향으로 낙성계약이 인정되었고, 이로 인하여 요식행위는 자취를 감추기 시작하였다. 이때 로마법의 계약금에 관한 인식 역시 보통법에 영향을 미쳤다.[66] 보통법에서 계약금에 관한 인식은 크게 두 가지 유형으로 나눌 수 있다.

(2) 첫째, 게르만고법에서 성약금의 역할을 한 계약금(Handgeld)은 보통법에서 매매계약의 성립을 증명하는 증약금(arra confirmatria)으로 변하였다. 이는 계약자유의 원칙과 낙성계약이 발전하면서 계약금이 의사의 합치로 완성된 계약의 강화에 기여한 결과였다.[67] 즉 '계약체결의 표지'(Zeichen des Abschlusses des Vertrags)로서 증약금의 지위가 명

---

62) Gierke, a. a. O., S.338f. 당사자가 증인과 함께 술을 마시며 소비하는 酒手金(Weinkauf, Leitkauf)이나 계약금을 교회나 빈자에게 제공하는 喜捨料(Gottes oder Heiliggeist Pfennig) 등은 중세에 널리 행해진 관습에 따라 촉진된 것이다. 계약금으로서 arra의 변형으로는 그 외에 가옥 매매에서 매수인이 매도인의 처 혹은 딸에게 지불한 증표금(Schlüsselgeld oder Herdgeld) 및 가축매매에서 매도인의 노비 또는 심부름꾼에게 지불한 수수료(Zaumgeld oder Haftergeld) 등이 있었다.

63) 吉田豊, 앞의 책, 576頁.

64) Gierke, a. a. O., S.338.

65) Max Kaser, Römisches Privatrecht, 6.Aufl., C.H.Beck, 1968, S.1; Heinrich Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung I, Römische Rechtsgeschichte, Verlag Hermann Sack, 1925, S.76 f.; Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd.I, Älteres gemeines Recht(1500 bis 1800), C.H.Beck, 1985, S.45f.; Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl., Venden, 1967, S.97 f.; Paul Koschaker, Europa und das Römische Recht, 4.Aufl., C.H.Beck, 1966, S.126f.

66) Siegel, a. a. O., S.36f.

67) Hübner, a. a. O., S.450f.

확하였다. Gierke도 “보통법에서 계약금의 취급은 증약금으로서 계약 방식자유의 원칙을 관철하였다.”고 하였다.[68]

(3) 둘째, 유상의 해제권으로서 해약금은 로마법 계수 후 성립한 지방의 특별법에 의하여 적용이 배제되었다.[69] 다만 당사자가 특약을 한 경우에는 계약금이 해약금의 역할을 할 수 있었다.[70] 당사자의 특약을 전제로 한 것은 해약금이 낙성계약의 구속력을 약화시켰기 때문이었다.[71] 이러한 의미에서 Siegel은 “매수인이든 매도인이든 별도의 약정이 없다면 상대방의 동의 없이 어느 당사자라도 매매계약을 해제할 수 없다.”고 하였다.[72] 이것은 게르만고법의 형식주의가 스스로 파괴되면서 여기에 로마법이 영향을 미쳤기 때문이라고 한다.[73]

III. 계약금에 관한 외국 입법례

1. 독일민법과 스위스채무법

가. 독일민법 제336조의 제정 및 개정

(1) 일반적으로 근대민법은 낙성계약의 발전으로 계약금의 수수에 대하여 특별한 의미를 부여하지 않았다. 독일민법은 계약금(Draufgabe)에 계약의 증거로서 증약금(Haftgeld)의 의미를 부여하였을 뿐이다. 그리하여 독일민법 제336조는 ‘계약금의 해석’이라는 제목으로 제1항에서 “계약체결에 계약금으로 교부된 것은 계약체결의 표지로 인정된다.”, 제2항에서 “계약금은 의심스러운 경우 해약금으로 인정되지 않는다.”라고 규정하였다.[74] 해약금(Reugeld)에 관해서는 계약해제(Rücktritt)와 관련하

68) Gierke, a. a. O., S.365 Anm. 36.

69) 지방 특별법은 보통법의 보조적 효력을 가졌고 해석상 해약금으로서 역할을 부정하거나 법률 자체가 해약금을 배제하는 규정을 두었다(Jagemann, a. a. O., S.141).

70) Siegel, a. a. O., S.36-39.

71) 来栖三郎, 앞의 논문, 36頁.

72) Siegel, a. a. O., S.36-39.

73) 三ケ月章, “契約法に於ける形式主義とその崩壞の史的研究–(四·完)”, 法學協會雜志 第64卷 第11・12号, 1946.11, 62頁 이하; Gierke, a. a. O., S.342f.

74) BGB §336(Auslegung der Draufgabe) (1) Wird bei der Eingehung eines Vertrags etwas als Draufgabe gegeben, so gilt dies als Zeichen des Abschlusses des Vertrags. (2) Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld.

여 제535조에 별도 규정이 있다.[75]

(2) 독일민법 제정과정에서 제1초안 제417조는 계약금에 관하여 현재와 동일한 내용으로 규정되었다. 이유서는 당사자의 합의가 있는 경우와 다양한 상황에 적용할 법규범을 만들어야 하므로 계약금에 관해서는 관행을 선택하지 않았다고 한다.[76] 제1초안은 변경 없이 제2초안[77] 제288조가 되고,[78] 현행민법 제336조로 완성되었다.[79] 결국 독일민법의 계약금은 '계약체결의 확인'(Bestärkung des Vertragsschlusses) 수단으로 머물렀다.[80] 그 후 2002년 채무법 현대화를 위한 대폭적인 개정에서도 계약금에 관한 규정은 아무런 변경이 없었다.

나. 독일민법에서 계약금 교부의 효과

독일민법에서 계약금은 증약금일 뿐 해약금으로서의 효력은 없다. 다만 당사자 사이의 별도 약정으로 해약금의 기능을 할 수는 있다(제535

---

75) 독일민법 제353조(해약금에 의한 해제) 해약금을 지급하면 해제할 수 있다고 약정된 경우 해제의 의사표시 전이나 그 표시 당시에 해약금이 지급되지 아니하고 상대방이 이를 이유로 해제에 대하여 지체 없이 이의를 제기한 때에는 해제는 효력이 없다. 그러나 이의 제기 후 지체 없이 해약금이 지급된 경우에는 그 의사표시는 유효하다. BGB §353(Rücktritt gegen Reugeld) Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugelds vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Teil aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist. Die Erklärung ist jedoch wir ksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird.

76) Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd.II, 1888, §417, S.273f. Benno Mugdan, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für d as Deutsche Reich Bd.2. Scintia Verlag, 1979(Neudruck 1899), S.151f.

77) 제1초안은 사회주의체계로부터 근대법의 여러 원칙(개인소유의 원칙-Prinzip des Privateigentums, 계약자유의 원칙-Vertragsfreiheit, 상속권의 원칙-Prinzip des Erbrechts)에 대한 수정을 요구받았고(Anton Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweites und Drittes Tausend, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlungen, 1890, S.3f.), 제2위원회는 제2초안(II. Entwurf)을 완성하고 1898년 심의록(Protokolle)과 함께 공표하였다.

78) 제2위원회는 독일 고법에서 계약금이 계약체결의 증거로서 교부되었지만, 계약자유원칙이 인정되는 한 계약완성의 수단으로 이를 이용할 필요는 없다고 하면서, 성약금이나 해약금으로서의 향수를 부정하였다(Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B ürgerlichen Gesetzbuchs, 1898, S.1542f.; Mugdan, a. a. O., S.714f.).

79) 제2초안 제288조는 연방참의원을 거쳐 제331조로, 이는 제330조로서 법무부의 각서(Denkschrift)와 함께 독일 제국의회(Reichstagsvorlage)에 제출되어, 1896년 8월 24일 제336조로 완성되었다.

80) Hübner, a. a. O., S.451.

조). 해약금으로 해제하는 경우 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 않으면 해제의 의사표시는 유효하다. 계약이 해제되면 청산관계로 발생하는 법정채권 이외에 해약금의 지급을 청구할 수 있다.[81] 당사자의 별도 특약이 없는 경우에 계약체결 당시 교부된 금전에 관하여 독일 판례는 선급금으로 보는 경향이 강하다.[82] 교부된 금전을 매수인의 대금에 충당하는 제337조 제1항이나 매수인의 귀책사유로 인한 이행불능 또는 계약의 실효에서 계약금을 수령자가 보유하면서 손해배상을 청구할 때 이를 손해배상에 충당하는 제338조에 비추어도 알 수 있다.[83] 그러나 계약금의 교부를 계약금계약이라든가 요물계약으로 의제하는 견해는 보이지 않는다.

다. 스위스채무법 제158조

스위스채무법 역시 독일민법과 유사한 규정을 두고 있다. 제158조는 '증약금과 해약금'이라는 제목으로 제1항에서 "계약금으로 교부된 것은 증약금이고 해약금이 아니다.", 제3항에서 "해약금이 약정된 경우 교부한 자는 이를 포기하고 수령자는 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있다."고 규정한다.[84] 제1항에서 계약금은 증약금으로 추정되지만 이러한 효력은 좁게 해석한다.[85] 제3항에서도 계약금을 특별히 해약금으로 약정을 한 경우에 적용되고 일반적으로 해약금을 의제하는 것은 아니다.[86]

---

81) Reinhard Gaier, Münchener Kommentar zum BGB, Bd.2, 6.Aufl., C.H.Beck, 2012, 4 zu §353; Dagmar Kaiser, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 12.Aufl., Sellier de Gruyter, 2012, 16 zu §353. 해약금청구를 부정하는 견해로 Ludwig Enneccerus / Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., J. C. B. Mohr, 1958, §40 Fn.2; OLG NJW München 1969, 1630.

82) Axel Beater, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.II, Schuldrecht, 4.Aufl., Jurios GmbH, 2008, §336 Rn.10; Gerhard Schaub, Walter Ermann Handkommentar zum BGB, 12.Aufl., 1.Band, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 2008, §336 Rn.4.

83) 오종근, 앞의 논문, 172면.

84) OR Art. 158. (1) Celui qui donne des arrhes est réputé les donner en signe de la conclusion du contrat, et non à titre de dédit. (2) Sauf usage local ou convention contraire, celui qui a reçu les arrhes les garde sans avoir à les imputer sur sa créance. (3) Lorsqu'n dédit a été stipulé, chacun des contractants est censé pouvoir se départir du contrat, celui qui a versé la somme en l'bandonnant, celui qui l' reçue en la restituant au double. 제2항은 "계약이나 지역의 관행으로 별도의 정함이 없으면 계약금을 수령한 자는 채권에 충당함이 없이 보유한다."는 내용이다.

85) Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5.Aufl., Helbing & Lichtenhahn, 2011, 8 zu Art.158.

86) 해제권자는 해약금지급의무의 부담을 통해 해제권을 취득하고 해제권 행사에 의해 직접해제의 효과가 발생한다(Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Stämpfli Verlag, 2009, §80, Rn.11).

해제로서 포기하거나 상환하는 해약금은 해제로 인하여 상대방이 입는 불이익의 보상이라고 한다.[87]

2. 프랑스민법

가. 프랑스 고법과 민법 제1590조

(1) 프랑스 고법에서도 계약금의 교부 관행이 있었는데 그 역할은 시대에 따라 약간의 차이가 있었다.[88] 동부 바이에른의 바바롸법(la loi de Bavarois)에서는 이를 해약금으로 보았고, 남부 갈리아의 위지고뜨법(la loi des Wisigoths)에서는 대금의 일부로 보았다. 이후 계약금액이 적어지면서 선급금(le versement à titre d'acomte)의 성격은 상징적 의미로 남고 증약금(le versement à titre de preuve)의 기능이 강화되었다.[89]

(2) 근세 프랑스에서는 전래의 법적 소재를 계몽주의 입장에서 체계화하고,[90] 혁명을 통한 구체제의 붕괴로 통일 민법전(Code civil)이 편찬되었다.[91] 프랑스민법은 제1590조에서 매매계약의 예약을 위한 예약금(les arrhes)의 수수와 관련하여 이를 해약금으로 규정하였다.[92] 이러한 해약금 규정은 로마의 유스티니아누스법에서 유래하였다고 한다.[93] 프랑스민법은 우리민법과 유사하게 계약금을 해약금으로 보지만, 계약이 아닌 예약(la promesse de vente)에 관한 규정으로 그 차이는 명확하다.[94]

---

87) Basler Kommentar, a. a. O., 11 zu Art.158.

88) A. E. Giffard et Robert Villers, Droit romain et ancien droit français, Les obligations, 4^{e}éd., Dalloz, 1976, n°228, p.152 et suiv.

89) 남효순, 앞의 논문, 277-278면.

90) Konrad Zweigert / Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd.I : Grundlagen, 2.Aufl., J. C. B. Mohr, 1984, S.160.

91) Henri, Léon, Jean Mazeaud et François Chabas, Leçon de droit civil, t.1., 1^{er}vol., Introduction à l'étude du droit, 8^{e}éd., Éditions Montchrestien, 1986, n°35, p.64 et suiv.

92) 당사자 사이에 예약금의 지급과 함께 매매예약이 약정된 경우 교부자는 예약금을 포기하고 수령자는 그 배액을 상환함으로써 매매예약을 해제할 수 있다. C. c. Art. 1590. Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double.

93) Jamel Djoudi, Arrhes, Répertoire de droit civil, Encyclopédie juridique Dalloz, t.1, 33^{e}année, Publication Trimestriell, 2003, n°2, p.1; Girard, op. cit., p.577.

94) 명순구, 앞의 논문, 90면.

나. 계약금 교부의 효과

(1) 프랑스민법 제1590조는 매매의 예약에 관하여 규정하지만, 해석상 이를 예약에 한정하여 적용하는 견해도 있고,[95] 매매계약에도 확장하여 적용하는 견해도 있다.[96] 이때 매매예약의 해약금으로서 예약금의 교부는 예약의 법률관계 해소를 위한 효력발생요건(condition d'efficacité du dédit)으로 이해한다.[97] 매매의 예약금을 교부하지 않는 한 해제의 효력을 상대방에게 주장할 수 없고,[98] 수령자가 해제하는 경우 그 배액을 상환해야 한다.[99] 나아가 물권변동의 의사주의를 취하는 프랑스민법은 부동산 물권변동을 목적으로 하는 계약에서 계약금의 교부를 해약금으로 보는 해약권의 유보를 등기하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다.[100]

(2) 프랑스민법에서 당사자의 별도 약정이 없는 한 계약금을 해약금으로 추정하는 효력은 없으며, 당사자가 해약금이라는 용어를 사용하더라도 반드시 해약권을 유보한 것으로 볼 필요는 없다고 한다.[101] 해약금으로 보려면 당사자의 특약이 있어야 하고 그러한 사실이 증명되어야 한다.[102] 그 결과 해약금에 관한 특약이 없는 한 계약금은 선급금으로 추정된다.[103] 이에 관한 해석은 판례에서도 동일하게 나타난다.[104] 교부된

---

95) Charles Aubry et Charles Frédéric Rau, Droit civil français, 6eéd., par Esmein, t.5, Vente : Louage, Librairies techniques, 1952, §349 note 36.

96) Joanna Schmidt, Juris-Classeur Civil, Vente, Fasc. I-1, Nature et forme, Promesse de vente avec arrhes, Art.1397 à 1601-4, Art.1590, Éditions du Juris-Classeur, 1996, n°12, p.5; Jean Calais-Auloy, Droit de la consommation, Dalloz, 1980, p.302.

97) Schmidt, Juris-Classeur Civil, n°69, p.11.

98) 남효순, 앞의 논문, 270면.

99) Cass. civ. 3e, 16 déc. 1970, Bull. civ. III, n°716.

100) Henri, Léon, Mazeaud, Leçon de droit civil, t.3, vol.2, 5eéd. par Michel de Juglart, 1980, Editions Montchrestien, n°805, p.81.

101) Cass. civ. 3e, 12 déc. 1968, Bull. civ. III, n°547.

102) Cass. civ. 3e, 4 déc. 1968, Bull. civ. III, n°525.

103) Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligation, 4eéd., Defrénois, 2009, n°1082, p.597; Schmidt, Juris-Classeur, n°45, p.8; Djoudi, Répertoire de droit civil, n°3, p.2; 남효순, 앞의 논문, 278면; 최창렬, 앞의 "계약금계약에 관한 연구", 57면.

104) Req., 26 déc. 1927, D. P. 1928. 1. 166; Paris 5e, 17 fév. 1981, Juris-Data. n°022592; Toulouse, 21 fév. 1984, RTD civ. 1984, 706. 상거래에서 계약금을 선급금으로 보았고, 당사자는 제1590조에 따른 해제를 할 수 없다고 한다(Murad Ferid / Hans Jürgen Sonnenberg, Das Französische Zivilrecht, Bd.II, Verlag Revht und Wirtschaft GmbH, 2.Aufl., 1986, 2 G 363).

계약금이 클수록 선급금 추정의 효력은 더 커지고,[105] 선급금으로 교부된 계약금은 매대대금에 충당된다.[106] 계약금을 대금의 일부로 파악한다. 한편 해제권의 행사시기에 대한 규정은 없지만, 매매계약이 모두 이행된 경우에는 해약금으로서의 기능을 할 수 없는 것으로 해석한다.[107] 계약금의 교부를 요물계약으로 해석하는 견해는 찾아 볼 수 없다.[108]

3. 일본민법

가. 일본민법 제557조의 형성

(1) 일본민법 제정과정에서 계약금에 영향을 준 것은 프랑스민법이다. 즉 명치정부가 초기에 편찬한 초안들이 모두 실패하고,[109] 1886년 사법성 법률고문 봐소나드(Boissonade)에 의하여 일본 민법전초안이 완성되었다.[110] 이 초안 제667조에서 계약금은 세 가지 예외적인 경우에 해약금으로 작용하며, 계약의 일부 또는 전부 이행이 있으면 해제는 불가하였다.[111] 이 규정에 대한 해석으로 Boissonade는 매수인이 매매계약 당

---

105) Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, op. cit., n°1082, p.597.

106) CA Colmar, 2 juill. 1971, D. 1973, IR 206.

107) 남효순, 앞의 논문, 279면.

108) 남효순, 앞의 논문, 270면; 엄동섭, 앞의 논문, 189면.

109) 仁井田益太郎, 舊民法(法學叢書6), 日本評論社, 1943, 4頁; 川島武宜・利谷信義, “民法(上) 法體制準備期”, 講座日本近代法發達史5, 勁草書房, 1958, 5-24頁. 당시의 초안으로 ‘司法省明法寮の民法草案’(1872), ‘司法省の民法假法則’(1872), ‘左院の民法草案’(1873), ‘民法草案’(1878)이 있다.

110) 이 초안의 편별방식이나 내용은 프랑스민법전과 그 학설 및 판례의 영향을 받았다(廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年I・全般的考察, 有斐閣, 1998, 9頁; 岸上晴志, “ボアソナード時代”, 日本民法學史・通史, 信山社, 1997, 51頁 이하).

111) 봐소나드초안 제667조 (1) 현재 및 즉시 매매에서 계약금은 다음과 같은 구별로서만 해약하는 방법으로 한다. 1. 계약금이 어떠한 본성에서 성립하는지 묻지 않고 매도인이 이를 교부한 때에는 매도인의 이익을 위한 것으로 본다. 2. 만일 계약금이 금전이 아닌 물건으로 이루어진 때에는 매수인의 이익을 위한 것으로 본다. 3. 당사자 쌍방이 상호 금전 또는 기타 물건으로 계약금을 교부하고 이에 해약방법의 성질을 명확히 부여한 때에는 쌍방의 이익을 위한 것으로 본다. (2) 계약의 전부 또는 일부에 대하여 이행된 때에는 어떠한 경우에도 또 어떠한 방법으로도 해약을 할 수 없다. Boissonade Projet Art. 667 (1) Dans les ventes actuelles et immédiates, les arrhes ne sont un moyen de se départir du contrat que sous les distinctions suivantes : 1° Au profit du vendeur, si c'est lui qui les a données, en quelque nature qu'elles consistent ; 2° Au profit de l'acheteur, si elles consistent en autre chose qu'en argent ; 3° Au profit des deux parties, lorsqu'elles se sont mutuellement donné des arrhes, en argent ou autrement, et leur ont formellement attribué le caractère d'un moyen de dédit. (2) Dans aucun cas, ni d'aucun côté, le dédit n'est possible, lorsque le contrat a été exécuté, un tout ou en partie.

시 교부한 금전은 계약의 해제를 위한 수단이 아니라 '매매대금을 위하여 제공된'(fournie à valoir sur le prix) 것으로 보아야 하고,[112] 해제권 유보의 효력은 당사자의 명시적인 합의가 있어야 한다고 설명하였다.[113] 이 규정의 심의과정에서 일본 구상법(舊商法) 초안 제346조[114]가 참조되었다.[115] 그 후 민법전 편찬을 위하여 법률취조위원회(法律取調委員會)가 조직되었고, Boissonade가 제시한 일본민법전 초안을 원안으로 삼아 여기에 일본 고래의 관습을 추가하여 1889년 '구민법'(舊民法)이 완성되었다.[116] 그리하여 일본 구민법 재산취득편(財産取得編)의 제30조[117]에서 매수인에 의하여 계약금이 교부되는 전형적인 유형에 비추어, 현행민법 제557조와는 반대로 해제권의 발생이 예외적으로 규정되었다.[118]

---

112) Gustave-Emil Boissonade, Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, t.III, Tokyo, 1888, n°159, p.202. 이에 대한 현재 평가는 Boissonade가 매매계약의 성립과 해제권 유보의 긴장관계를 의식하여 계약금을 해약금으로 보지 않았다고 한다(横山美夏(廣中俊雄・星野英一編著), 民法典の百年Ⅲ・個別的觀察(2) 債權編, 有斐閣, 1998, 310-311頁).

113) ボアソナード(森順正編譯), 民法弁疑, 1892, 248頁.

114) 舊商法 초안 제346조 계약금은 계약 또는 기타 관례가 있는 경우에 한하여 해약금으로 간주한다. 그 외의 경우에 계약금의 교부는 계약체결을 확정하는 것으로 하고, 그 금액은 계약을 이행할 때 공제하거나 계약을 해제할 때 이를 교부자에게 반환할 수 있다.

115) 民法草案財産取得編議事筆記 第50回, 1888年 4月 24日, 商事法務版, 第9卷, 48頁; 横山美夏, 앞의 책, 311頁. 이 규정 역시 계약금이 교부된 경우 명시적인 합의나 관습이 있으면 해제가 가능하지만, 그 외의 경우에는 대금의 선급으로 보는 취지의 규정이었다. 심의과정에서 구상법 초안 제346조가 최종적으로 삭제되었는데, 계약금에 관하여 이 규정에 예외적으로 해약금으로 보는 관습이 삽입된 경위나 이 규정이 삭제된 이유가 분명하지 않다. 다만 당시 속기록에 의하면 이 규정이 삭제 된 것은 계약금에 관한 구상법 규정을 민법에 넘겨주는 것이 좋겠다는 취지에 따른 것이며, 민법초안의 규정 형식이 수정되어야 할 필요는 구상법 초안에 비하여 복잡하기 때문이라고 한다(横山美夏, 앞의 책, 311-313頁).

116) 仁井田益太郎, 앞의 책, 5-8頁.

117) 즉시의 매매에서 계약금은 이를 교부한 자의 이익을 위해서만 해약의 방법으로 할 수 있다. 다만 매수인이 교부한 계약금이 금전인 때에는 기타 관습으로 이에 해약의 성질을 부여하는 경우 외에 합의로 그 성질을 명시하여야 한다. 卽時ノ賣買ニ於テハ手附ハ之ヲ與ヘタル者ノ利益ノ爲メニノミ解約ノ方法ト爲ル但買主ノ與ヘタル手附ガ金錢ナルトキハ其他ノ慣習ニテ之ニ解約ノ性質ヲ付スル場合ノ外合意ニテ此性質ヲ明示スルコトヲ要ス. 제2항은 "계약의 전부 또는 일부의 이행이 있는 때에는 어떤 경우에도 해약을 할 수 없다."(契約ノ全部又ハ一分ノ履行アリタルトキハ如何ナル場合ニ於デモ解約ヲ爲スコトヲ得ス)고 규정되었다.

118) 横山美夏, 앞의 책, 310頁.

(2) 구민법의 연기[119]에 따라 1893년 명치정부는 '법전조사회'를 구성하고 구민법의 전면적인 수정작업에 착수하였다.[120] 당시 일본은 서유럽 국가와 마찬가지로 요물계약으로 보았던 매매계약이 낙성계약으로 변하여 단순한 합의 그 자체에 구속력을 인정하였고 의사의 구속력을 존중하였다.[121] 그럼에도 계약금의 교부를 해약금으로 보게 되면 낙성계약과 계약준수원칙에 반하는 결과를 초래한다는 사실을 알았다. 이러한 모순을 피하기 위하여 기초자인 우메겐지로(梅謙次郎)는 계약금의 교부를 해약금으로 구성하되, 매매계약의 이행이 착수된 후에는 해제를 하지 못하도록 제한을 가하여 낙성계약의 준수원칙에 대한 정합성을 시도하였다.[122] 이와 함께 기초자는 일본의 관습 역시 이러한 태도임을 강조하면서,[123] '예로부터 일반적으로 행해진 관습'[124]을 근거로 제시하였다.[125] 다만 관습이 얼마나 영향을 미쳤는지는 명확하지 않다.[126]

---

119) 구민법은 1893년 시행을 목적으로 하였으나 완성 직후 연기 논쟁이 시작되어 1892년 의회에서 시행을 연기하는 법률이 공포되었다(仁井田益太郎・穗積重遠・平野義太郎, "仁井田博士に民法典編纂事情を聽く座談會", 法律時報 第10卷 第7号, 1938.7, 14頁 이하; 長尾龍一, "穗積八束", 潮見俊隆・利谷信義編, 日本の法學者, 1974, 105頁; 中村吉三郎, "明治法制史最終講義－主として法典爭議について－", 早稻田法學 第59卷 第1・2・3号, 1984.6, 1頁 이하; 仁井田益太郎, 앞의 책, 19-25頁).

120) 기초위원들은 구민법과 독일민법 제1초안 및 여러 나라 입법례를 참조하고 관습의 많은 부분 채택하여 '민법 중 수정안'을 작성하였는데, 순서나 체제는 독일법의 판덱텐식 편별에 따랐다고 한다(岡孝, "法典論爭から明治民法成立・注釋時代", 日本民法學史・通史, 信山社, 1997, 86頁; 岡孝, "民法起草とドイツ民法第二草案の影響", 民法100年と梅謙次郎, 法律時報 第70卷 第7号, 1998.7, 53頁).

121) 来栖三郎, 앞의 논문, 51頁.

122) 石岐泰雄, "契約にをける「手附」の現代的構成論", 早稻田法學會誌 第40卷, 1990.3, 5頁.

123) 梅謙次郎, 民法要義 卷之三 債權編, 有斐閣書房, 1909, 481頁.

124) 未定稿本/民法修正案理由書, 479頁; 廣中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 1987, 539頁.

125) 商事法務研究会, 法典調査会 民法議事速記録4, 1984, 884頁 이하.

126) 대부분은 관습의 영향을 긍정한다(柚木馨・高木多喜男, 新版 注釋民法(14) 債權(5), 有斐閣, 1993, 170-171頁; 我妻榮・有泉亨・淸水誠, コンメンタール契約法(民法V), 日本評論社, 1998, 158-159頁; 末川博, 債權法, 法律學全書16, 評論社, 1955, 122頁; 廣中俊雄, "解約手附であると同時に違約手附でもあるということは可能か", 契約法の理論と解釋(廣中俊雄著作集2), 創文社, 1992, 134頁; 加賀山茂, "手付の法的性質", 豫約法の總合的硏究, 日本評論社, 2004, 276-277頁). 일본에서 헤이안(平安) 시대(794-1185) 초기에 활용되었던 '아키사스'(阿支佐須・アキサス)로부터 해약금이 유래한 것으로 본다(吉田豊, 앞의 책, 584頁 이하). 당시 중국에서 계약금의 의미를 가진 '贉'을 훈독한 이 제도는 대금의 선 지급, 즉 '내금'으로 이해되었고, 매수인이 대금의 일부분을 미리 지불하고 물건을 인도받은 후 다시 반환받았다(吉田豊, 앞의 책, 584-585頁). 다만 일본의 관습을 배려한 결과가 아니라는 견해도 있고(横山美夏, 앞의 책, 311頁), 관습을 존중하였지만 일본사회의 발전과 더불어 점점 소멸될 것으로 예견하는 견해도 있다(吉田豊, 앞의 책, 636-637頁).

(3) 법전조사회는 계약금을 해약금으로 보는 원안 제557조를 제안하였다.[127] 제1항은 "매수인이 매도인에게 계약금을 교부한 때에는 당사자의 일방이 계약의 이행에 착수하기까지는 매수인은 그 계약금을 포기하고 매도인은 그 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있다.", 제2항은 "제543조 제3항의 규정은 전항의 경우에 이를 적용하지 않는다."라고 규정되었다. 법전조사회의 심의과정에서 계약금에 관한 원안이 일본의 관습인지 명확히 할 필요가 있다거나 제2항이 필요한지 의문이라는 견해 등이 있었다.[128] 이러한 원안은 같은 내용으로 1896년 민법전 수정안 제556조로 최종 확정되었고, 정부제출의 '민법중수정안'으로서 제9회 제국의회에 제출되었다.[129] 수정안 제556조는 중의원의 심의를 거쳐,[130] 내용변경 없이 제557조[131]로 귀족원에 송부되었다.[132] 귀족원을 1896년 3월 21일 통과, 같은 해 4월 27일 공포되어 현행 일본민법전이 탄생하였다.[133] 계약금에 관해서는 원안의 변경 없이 현행 일본민법 제577조로 확정되어 오늘에 이르고 있다.[134]

---

127) 法務大臣官房司法法制調査部監修, 法典調査會民法議事速記錄 三, 第82回 法典調査會議會速記錄, 1895.4.30, 商事法務硏究會, 日本近代立法資料叢書3, 1984, 883-891頁.

128) 星野通, 明治民法編纂史硏究, ダイヤモント社, 1943, 276頁. 수정이유로, "본조는 이를 고쳐 해제권을 매매계약의 경우에 한정하고 예약에 미치지 않게 하며, 이로써 매매계약의 경우에 당사자 쌍방이 모두 해제권을 가지는 것은 구민법과 같지 않다. 예로부터 일반적으로 행해진 관습에 근거하고, 계약의 전부 또는 일부의 이행이 있는 때에는 해약을 할 수 없게 하여 계약의 이행에 착수할 때까지만 계약을 해제할 수 있도록 하였다."고 제안하였다(廣中俊雄, 앞의 理由書, 539頁). 이러한 이유서가 중의원에 제출된 것은 아니며 단지 관계자에게만 배포되었을 뿐이다(廣中俊雄, "民法修正案(第三編)に關するおぼえがき", 法學 第50卷, 東北大學校, 1987.5, 766頁).

129) 법전조사회의 의사속기록에 의하면 의장 미쯔쿠리 린쇼(箕作麟祥)는 1895년 12월 30일 민법전의 기초작업을 모두 마무리한 것으로 선언하였다(앞의 法典調査會民法議事速記錄 五, 92-124丁).

130) 廣中俊雄, 第九回帝國會議の民法審議, 有斐閣, 1986, 47-74頁; 廣中俊雄・星野英一, 앞의 책, 31頁 이하 참조. 심의과정에서 "매도인은 어떤 경우에도 계약금의 배액을 상환하면 계약을 해제할 수 있다고 하는데 어떠한 경우에도..."라는 의문이 있었고, 이에 대하여 梅謙次郎은 "특약이나 반대의 관습이 있는 경우에는 그렇지 않다."고 답하였다. 그 외 "쌀을 1,000엔으로 하여 1개월 후에 양도하기로 하는 계약이 체결되고 100엔이 계약금으로 지불된 경우, 100엔을 붙여 반환하면 계약을 해제할 수 있다고 하는 것인가?"라는 질문에 역시 "반대의 계약이나 관습이 없으면 됩니다."라고 답하였을 뿐이다(第9回 帝國議會 衆議院民法中修正案委員會速記錄 第10號, 1896.3.12, 136頁; 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 228頁).

131) 중의원의 심의과정에서 제349조 '유질계약의 금지'에 관한 규정이 삽입되면서 조문수가 늘어났다. 제2항도 제544조가 제545조로 변경되었다(廣中俊雄, 앞의 民法審議, 317頁, 353頁).

132) 민법전 제3편 제2장 계약에 관하여 위원장 호시 토오루(星亨)는 제3편 채권, 제2장 계약 중 매매계약에 관한 "제3절은 수정 가결하는 외에는 원안대로 통과하기에 이르렀습니다."라고 하였다(앞의 帝國議會速記錄 第11號, 1896.3.13, 138頁; 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 230頁).

133) 자세한 것은 仁井田益太郎, 앞의 책, 26-30頁; 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 74-86頁.

134) 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 353頁.

나. 현행 일본민법 제557조와 개정

(1) 일본민법은 제정 후 60여 차례의 개정이 있었으나 계약금에 관한 제557조와 관련하여 중요한 변화는 발견할 수 없다. 제557조는 2020년 개정에서 문장형식과 자구가 수정된 것 외에 현재까지 그대로 유지되고 있다.[135] 그 내용을 보면 우리민법 제565조와 거의 동일하게 계약금을 해약금으로 규정하지만, 형식상 계약금을 '매수인이 매도인에게 교부하는 경우'를 전제로 하고, '계약 당시에', '당사자간의 다른 약정이 없는 한'과 같은 내용을 포함하지 않는 점이 우리와 다르다. 이 규정에 대해서는 계약준수의 원칙에 반하는 것으로 그 적용범위를 제한하거나 입법론으로서의 개정을 주장하는 견해가 많다.[136]

(2) 일본 법무성이 2009년 민법의 본격적인 개정작업[137]에 착수하면서 '법제심의회 부회'(法制審議會 部會, 이하 '부회'라 함)를 설치하였다. 부회에서 계약금에 관하여 당시 일본민법 제557조의 개정을 논의하였

---

135) 日本民法 第557条 (1) 買主が売主に手付を交付したときは、当事者の一方が契約の履行に着手するまでは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を償還して、契約の解除をすることができる。(2) 第五百四十五条第三項の規定は、前項の場合には、適用しない。일본민법 제557조 제1항. 매수인이 매도인에게 계약금을 교부한 때에는 당사자의 일방이 계약의 이행에 착수하기까지는 매수인은 그 계약금을 포기하고 매도인은 그 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있다. 제2항. 제544조 제3항의 규정은 전항의 경우에 이를 적용하지 않는다.

136) 廣中俊雄, "解約手附であると同時に違約手附であるということは可能か", 民法の基礎知識(1), 有斐閣, 1964, 142頁; 吉田豊, 앞의 책, 555-556頁.

137) 이는 2006년 10월 7일 우치다다카시(内田貴)의 '민법(채권법)개정검토위원회'(이하 검토위원회)가 '민법(채권법)개정위원회'(이하 개정위원회)의 역할을 하면서 시작되었다. 개정위원회가 2009년 10월 법무대신의 자문기구인 '법제심의회'에 민법개정을 위한 연구결과를 제공한 것이 계기가 되어, 2009년 11월 24일 법무성은 '민법(채권관계)부회'(이하 부회라 함)를 설치하고 개정작업을 시작하였다. 위 검토위원회는 2008년 7월 21일 제6회 전체회의에서 계약금에 관한 규정은 현행규정과 동일하게 매매의 총칙 중에 두기로 하였다(民法(債權法)改正檢討委員會, 第7回 全體會議 第5準備委報告資料 第5-②, 2008.9.23, 15-19頁; 同, 第11回 全體會議 參考資料, 2008.12.23, 9-10頁). 2009년 1월 31일 개정위원회가 제안한 계약금에 관한 개정내용은 민법 제557조 제2항은 그대로 두고, 제1항을 "매수인이 매도인에게 계약금을 교부한 때에는 계약의 상대방이 계약의 이행에 착수하기까지 매수인은 그 계약금을 포기하고 매도인은 그 배액을 제공하는 것으로 계약을 해제할 수 있다."로 수정하는 것이었다. 구체적으로 '당사자의 일방'이라는 문언을 '계약의 상대방'으로 수정하였는데, 이것은 해제권을 행사하려는 자가 스스로 이행에 착수하여도 그 상대방이 이행에 착수하지 않으면 해제권 행사가 가능하다는 판례이론을 채용한 것이었다. 그리고 '상환'이라는 문언을 '제공'으로 수정하였는데, 이 역시 상환이 실제로 금전을 지불하는 것을 의미하는 것이어서 해제권 행사의 상대방이 그 가부를 다투면서 계약금 배액의 수령을 거절하려는 경우에도 해제권을 행사할 수 있다는 판례의 태도를 수용한 것이라고 한다(民法(債権法)改正委員会 全体会議, 第3編 債権 第2部 各種の契約 第1章 売買/第2章 交換 参考資料, 2009.1.31, 22-23頁; 提案, 9-10頁).

다.[138] 그 결과 2013년 2월 26일 제71회 부회에서 '중간시안'이 제시되었다.[139] 이 중간시안의 내용이 이후 '요강가안'으로 확정되어,[140] 법무성의 '민법일부를 개정하는 법률안'[141]으로 의회를 통과하였고,[142] 2020년 4월 1일 시행되었다. 개정된 현행 일본민법 제557조는 '계약금'(手付)[143]이라는 제목으로 제1항 "매수인이 매도인에게 계약금을 교부한 때에는 매수인은 그 계약금을 포기하고 매도인은 그 배액을 현실적으로 제공하여 계약을 해제할 수 있다. 다만 그 상대방이 계약의 이행에 착수한 후에는 그러하지 않는다.", 제2항에서는 "제545조 제4항의 규정은 전항의 경우에 적용하지 않는다."라고 규정한다.[144]

---

138) 개정위원회가 제시한 수정에 관하여, 시오미요시오(潮見佳男), 오카다히로미(岡田ヒロミ), 나카다히로야스(中田裕康) 위원 모두 현재 민법 제557조 규정으로도 큰 논란은 없고 판례의 취지가 항상 옳은 것은 아니므로 굳이 수정할 이유가 있는지 의문이라는 의견을 나타내었다(法制審議会 民法(債権関係)部会 第14回 会議 議事録, 2010.9.7, 4-5頁). 2011년 4월 12일 제26회 부회의 '중간적인 논점정리'에서도 앞서 논의된 문언의 변경과 판례법리에 관한 설명이 있었다(法制審議會, 民法(債權關係)の改正に関する論点整理, 2011.4.12, 118頁).

139) 현행 일본민법 제557조 제1항을 "매수인이 매도인에게 계약금을 교부한 때에는 매수인은 그 계약금을 포기하고 매도인은 그 배액을 현실적으로 제공하여 계약을 해제할 수 있다. 다만 그 상대방이 계약의 이행에 착수한 후에는 그러하지 아니하다."라는 수정안이었다(法制審議會, 民法(債権関係)の改正に関する中間試案, 2013.2.26, 43-44頁; 法制審議會, 民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き), 2013.2.26, 137-138頁; 法制審議會, 民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明, 2013.2.26, 396-397頁).

140) 2014년 7월 8일 제93회 부회의 '요강가안'(法制審議會, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その3), 民法(債権関係)部会資料 81-1, 2014.7.8, 5頁; 法制審議會, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その3) 参考資料, 民法(債権関係)部会資料 81-1, 2014.7.8, 7頁)과 2014년 8월 5일 제95회 부회의 '제2차 요강가안'(法制審議會, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の第二次案, 民法(債権関係)部会資料 82-1, 2014.8.5, 45頁), 2014년 8월 26일 제96회 부회의 '확정 요강가안'(法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案, 2014.8.26, 46-47頁), 2015년 2월 10일 제99회 부회의 '요강안'(法制審議会, 民法(債権関係)の改正に関する要綱案, 2015.2.10, 49頁)에서도 동일하게 유지되었다.

141) 法務省, 民法の一部を改正する法律, 2015.3.31, 96頁.

142) 2015년 3월 31일 의회에 제출되어 2017년 4월 14일 중의원 본회의 통과, 2017년 5월 26일 참의원 본회의 통과, 2017년 6월 2일 법률로서 공포되었다.

143) 일본에서 '계약금'이라는 용어는 동일한 발음 'てつけ'인 '手付'를 쓰기도 하고 '手附'를 쓰기도 한다. 吉田豊, 遠藤浩 등은 手付를 쓰고, 来栖三郎, 末川博, 遠田新一 등은 手附를 쓴다. 일본민법 제557조 제1항에서는 '手付'를 쓰고 있다. 다른 법률에도 이 용어가 등장하는데, 대표적으로 주택건축업법에 해당하는 '宅建業法'에서는 혼재되어 '手付'가 74회, '手附'가 계약금액의 제한에 관한 제39조에서 5회 사용되고, 2017년 위 법 개정 전 토지건물거래업자의 금지사항에 관한 제47조 제3호에서 다른 표기법으로 발음은 'てつけ'로 동일하지만 '手付け'를 사용한 경우도 있었다.

144) 日本民法 第557條 (1) 買主が売主に手付を交付したときは、買主はその手付を放棄し、売主はその倍額を現実に提供して、契約の解除をすることができる。ただし、その相手方が契約の履行に着手した後は、この限りでない。(2) 第五百四十五条第四項の規定は、前項の場合には、適用しない。

다. 계약금에 관한 일본의 학설과 판결의 태도

(1) 일본에서 계약금과 관련된 논의가 등장한 이유는 다른 외국의 제도와 달리 민법 제557조에서 계약금을 해약금의 성격으로 추정하기 때문이다. 물론 우리민법은 이를 바탕으로 하였음이 분명하다. 이 규정이 일본 고래의 관습에 기초하고 오늘날의 거래현실 내지 배후에 존재하는 규범의식을 고려하더라도,[145] 이러한 태도가 근대계약법의 일반원리에 비추어 이질적이며 낙성계약의 구속력을 약화시키는 원인으로 작용하였다.[146] 그럼에도 초기 학설은 해약금 추정규정을 긍정적으로 평가하였다.[147] 판결 역시 당사자의 특별한 의사표시가 없는 한 해약금으로 추정하고,[148] 해약금 이외의 다른 성격을 주장하는 경우 그 특별한 의사표시를 증명하도록 하였다.[149]

(2) 그러나 현재 일본 민법학계는 이를 부정적으로 평가하는 견해가

---

145) 来栖三郎・太田知行, 手附, 總合判例研究叢書 民法(27), 有斐閣, 1965, 118頁 이하, 167頁 이하.

146) 川村泰啓, 債權各論講義案, 1954, 35頁; 加藤一郎, 民法教室(債權編), 自治日報社, 1958, 20頁; 相原東孝, "手付と內金", 契約法大系 第2(贈与・売買), 有斐閣, 1962, 63頁; 吉田豊, 앞의 책, 617頁 이하; 廣中俊雄, 앞의 논문(民法の基礎知識), 145頁.

147) 鳩山秀夫, 日本債權法各論(上), 岩波書店, 1931, 299頁; 末川博, "手附", 所有權・契約その他の研究, 岩波書店, 1939, 161頁; 我妻榮, 判例民事法, 1921年 102事件, 302頁 이하. 이 규정을 기초한 梅謙次郎은 근대계약법 원리에 반하는 사실을 인정하면서 고래의 관습을 존중하여 해약금을 민법전에 도입하였고(梅謙次郎, 앞의 책, 481頁), 스에히로 겐타로(末弘嚴太郎)는 계약금을 해약금으로 추정하더라도 매매계약을 해제하기 위해서는 계약금의 포기 또는 배액 상환의 제한이 있으므로 계약 구속력을 확보하는 효과가 있다고 해석하기도 한다(末弘嚴太郎, 債權各論, 有斐閣, 1918, 441頁). 최근에 하마가미 노리오(浜上則雄)는 '계약형성권수수계약'이라는 계약유형론을 제창하면서 계약을 소멸시킬 수 있는 소극적 형성권으로서 해제권, 즉 계약금을 교부하면 그 포기 또는 배액상환을 전제로 당사자가 계약을 해제할 수 있는 계약 해제권의 수수를 위한 계약의 체결도 가능하고, 계약금의 포기 또는 배액상환 역시 계약해제권의 사실적 제한으로서 해약금은 '법적으로는 계약의 효력을 약화시키지만 사실적으로는 강화'하는 것이라고 주장한다(浜上則雄, "「契約形成權手授契約」について", ジュリスト 第389号, 1968.1, 81頁 이하, 86頁).

148) 大審院判決 1932. 7. 19, 民事判例集 11卷 1552頁. 大審院判決 1921. 6. 21, 民事判決錄 27輯 1173頁 = 매매대금 900엔으로 매매계약이 체결되고 매수인은 6엔을 계약금으로 지급하였다. 원심법원은 해약금의 실질은 손해배상액의 예정이며 계약금은 배상예정액으로 걸맞아야 하는데, 계약금으로서 교부된 금액이 너무 적다면 해제권 행사가 용이하여 교부된 6엔은 계약금의 성질을 갖지 않는다고 하였다(長崎控訴院判決 1920. 10. 28, 民事判決錄 27輯 1176頁). 대심원은 계약 금액에 관한 법률상 제한이 없고 극히 소액이어서 해약금으로 보면 계약의 해제를 용이하게 하여 계약의 효력을 박약하게 만드는 결과를 초래하더라도, 계약금은 '해제권 유보의 대가로 교부된 것'이어서 계약금의 성질에 반하는 것은 아니라고 판시하였다. 大審院判決 1921. 11. 3, 民事判決錄 27輯 1888頁 = 매매대금 2,600엔에 대하여 '금 100엔 約定金으로 代金 內 受取'로 계약서에 기재한 경우에도 100엔이 해약금으로 추정되었다. 이 판결에서 대심원은 계약서 중에 '代金 內'라고 하는 문언이 있는 반면 '約定金'이라고 하는 문자가 있는 것을 이유로 100엔을 계약금으로 인정하였다. 다만 위약금으로 추정한 판결도 있었다(大審院判決 1940. 7. 23, 新聞 第613号, 9頁).

149) 最高裁判所判決 1954. 1. 21, 民事判例集 8卷 64頁.

주류를 이룬다.[150] 일본민법 제557조를 해약금의 추정규정으로 보면 계약금의 교부에 의하여 계약의 구속력을 확보하려는 제도의 이상과 맞지 않고 언제라도 계약을 해제할 수 있어 타당성을 잃기 때문이라고 한다.[151] 그러므로 당사자의 별도 의사가 없는 경우 이를 해약금으로 보아서는 안 되고 오히려 선급금이나 위약금으로 보아야 한다는 것이다.[152] 위약금과 해약금의 병존을 인정한 일본 최고재판소 판결의 영향도 계약금을 선급금이나 위약금으로서 파악해야 한다는 견해 형성에 도움을 주었다.[153] 그 구체적인 근거는 일본 사회의 관습이 변하였다는 것[154]과 낙성계약인 매매계약이 계약금의 교부로 요물계약처럼 취급되어서는 안 된다는 시각[155] 때문이다.[156] 그리하여 판결도 당사자의 별도 약정이 없는 한 계약금은 위약금과 해약금의 성격으로 병존할 수 있다는 논리에 따르거나,[157] 이행착수 개념을 확장하여 해약금에 의한 해제를 제한하는

---

150) 戒能通孝, 債權各論, 巖松堂書店, 1946, 129頁; 来栖三郎・太田知行, 앞의 책, 118頁 이하; 167頁 이하; 加藤一郎, 앞의 책, 19頁 이하; 吉田豊, 앞의 책, 630-631頁; 廣中俊雄, 앞의 논문(民法の基礎知識), 146頁; 來栖三郎, 13頁; 相原東孝, 앞의 논문, 63頁.

151) 山中康雄, 契約總論, 弘文堂, 1949, 166頁.

152) 石田喜久夫, "手附の性質", 判例演習 債權法2, 有斐閣, 1973, 14頁 이하.

153) 吉田豊, 앞의 책, 631頁.

154) 민법 제정 당시 계약의식은 단순한 합의로 구속력이 발생하지 않으며 계약금이 수수되어야 비로소 이행책임이 인정된다고 생각하였고(川島武宜, 所有權法の理論, 岩波書店, 1949, 73頁; 川島武宜, 近代社會と法, 岩波書店, 1959, 97頁), 그로 인하여 해약금 추정 논리에 따라 계약금만큼의 손실을 전제로 계약 구속력이 유지될 수 있었으나(星野英一, "現代における契約", 現代法(8), 岩波書店, 1966, 254頁 이하), 오늘날 일본사회는 보편적인 계약준수의 규범의식이 골고루 퍼져 종래의 관습과 같이 계약금을 해약금으로 추정하는 법의식은 더 이상 유지될 이유가 없다고 한다(我妻榮 外, "不動産セミナー第三回", ジュリスト 第45号, 1953, 30頁 이하; 吉田豊, 앞의 책, 632頁).

155) 계약금은 당사자의 계약 철회를 배제하기 위하여 교부되고 그 배액상환으로 다시 계약 철회를 가능하도록 하는 것인데(来栖三郎・太田知行, 앞의 책, 102頁; 吉田豊, 앞의 책, 631頁), 계약 구속력을 인정하기 위하여 계약금이 반드시 교부되어야 하는 것으로 보고 이를 해약금으로 추정한다면, 마치 매매계약이 요물계약처럼 취급되는 결과를 야기하므로 곤란하다는 것이다(來栖三郎, 앞의 "日本の契約金", 36頁; 吉田豊, 앞의 책, 631頁).

156) 그 외 계약금에 관한 특약의 존재를 인정하여 당사자의 묵시적 의사를 추정하는 견해로서(加藤一郎, 앞의 책, 21頁 이하; 廣中俊雄, 앞의 논문(民法の基礎知識), 139頁 이하), 매매대금에 비하여 계약금이 소액인 경우에는 증약금으로 추정하고, 다액인 경우에는 선급금 또는 위약금으로 추정하는 입장이 있다(吉田豊, 앞의 책, 633頁; 相原東孝, 앞의 논문, 69頁). 위약금으로 추정하는 경우에도 이행착수 전에는 해약금으로 보고 이행착수 후에는 손해배상액의 예정으로 보는 견해도 여기에 포함된다(来栖三郎・太田知行, 앞의 책, 25頁; 来栖三郎, 앞의 논문, 36頁).

157) 最高裁判所判決 1949. 10. 4, 1948年(オ)第119号. TKC Law Library / LEX DB インターネットに서 검색; 最高裁判所判決 1979. 9. 6, 判例時報 第944号, 49頁.

방법으로 해약금 추정 규정의 적용을 부정하려고 시도한다.[158] 다만 판결의 집적이 부족하지만,[159] '이행착수' 개념의 확장을 통하여 이행을 원하는 상대방을 보호하기 위한 적극적 기능으로 전환하고, 계약준수에 따라 거래의 안정을 확보해야 한다는 평가도 있다.[160]

(3) 그 외 해약금 추정이 아니라 매매대금의 선급금, 즉 內金으로 파악하는 사례가 많다고도 한다.[161] 과거에 이러한 판결이 많았고,[162] 특히 일본 대심원 판결 중에 결과적으로는 계약금을 해약금으로 추정하였지만, "당사자가 매매계약의 이행에 착수하기까지 해제하지 않고 계약을 이행할 때에는 일반적으로 대금의 내입금으로 한다."고 판시한 바 있다.[163] 이러한 태도는 내금은 대금의 일부 선 지급이며 계약금도 '대금

158) 이행착수는 '객관적으로 외부에서 인식할 수 있는 형식'으로 '이행행위의 일부 내지 이행의 제공에 불가결한 전제행위가 이루어진 경우'를 의미하는 것으로 해석하고(横浜地方裁判所判決 1917. 6. 14, 新聞 第28卷 第2号, 23頁; 東京高等裁判所判決 1924. 5. 15, 評論 第13卷 民法, 712頁; 最高裁判所判決 1965. 11. 24, 民事判例集 19卷 8号, 2019頁), 종래 판결은 단순한 이행 최고는 물론 추상적으로 지불대금을 준비하고 있는 것만으로는 부족하고, 적어도 은행에 당좌예금의 형태로 예탁하는 등 구체적인 형태로 지불준비가 되어야 한다거나(横浜地方裁判所判決 1917. 6. 14, 新聞 第28卷 第2号, 23頁) 현실의 제공 내지 그에 준하는 행위가 있어야 이행에 착수한 것으로 인정하였지만(東京高等裁判所判決 1924. 5. 15, 評論 第13卷 民法, 712頁; 朝鮮高等裁判所判決 1929. 10. 4, 評論 第19卷 民法, 66頁), 그 후 적어도 계약의 이행이라는 적극적인 의사표명으로 볼 수 있는 행위가 있으면 이행착수에 해당하여 해약금에 의한 해제권 행사가 배제된다고 판시하였다(最高裁判所判決 1950. 11. 15, 民事判例集 5卷 12号, 735頁; 最高裁判所判決 1955. 12. 26, 民事判例集 9卷 14号, 2140頁; 最高裁判所判決 1958. 6. 5, 民事判例集 12卷 9号, 1359頁; 東京地方裁判所判決 1961. 9. 1, 判例タイムズ 第122号, 86頁; 最高裁判所判決 1966. 1. 21, 判例時報 第440号, 31頁; 最高裁判所判決 1968. 6. 21, 民事判例集 22卷 6号, 1311頁; 最高裁判所判決 1982. 6. 17, 判例タイムズ 第481号, 63頁). 특히 위 1955. 12. 26. 최고재판소판결은 채무불이행을 한 당사자에 대해서도 '이행의 착수' 개념을 확장하여 계약이행의 실마리로 볼 수 있는 행위가 있으면 그 자체가 매매계약을 해제하지 않는다는 의사의 표명으로 볼 수 있다고 하여 해약금에 따른 해제를 부정하였다. 나아가 1961. 9. 1. 동경지방재판소판결은 이행의 착수시기를 이행기 전으로 보내 시간적으로 '이행의 착수' 개념을 확장시켰고, 이 판결의 상고심 역시 같은 취지를 보였다(最高裁判所판결 1966. 1. 21, 判例時報 第440号, 31頁).

159) 甲斐道太郎, "民事判例研究", 法律時報 第38卷 第5号, 1966.4, 83頁.

160) 吉田豊, 앞의 책, 627-628頁. 이에 반하여 이행에 착수한 당사자도 상대방에게 불측의 손해를 주지 않는 경우 해제할 수 있도록 한 판결이 있어서(最高裁判所判決 1965. 11. 24, 民事判例集 19卷 8号, 2019頁), 향후 판결의 동향이 주목된다.

161) 吉田豊, 앞의 책, 619頁 이하.

162) 東京控訴院判決 1913. 9. 26, 評論 第2卷 民法, 909頁; 横浜地方裁判所判決 1917. 6. 14, 新聞 第1282号, 23頁.

163) 大審院判決 1932. 7. 19, 民事判例集 11卷 1552頁.

의 선 지급'이라고 하는 것이 통상적임을 보여주었다. 다만 선급금과 해약금이 반드시 모순되는 것은 아니며 계약 성립의 증거로서 증약금이나 위약금과도 공존할 수 있다고 한다.[164] 해약금은 선급금에 해제권 유보의 기능을 추가한 것이라고 할 수 있다고 한다.[165] 그러나 이러한 판결에 대하여 민법 제557조의 이행착수를 들어 반대하는 견해도 있다. 즉 위 판결과 같이 계약금을 대금의 일부로서 선급금이라고 하면, 계약금의 교부는 매매계약에 대한 이행행위의 일부를 실현하는, 즉 이행의 착수로 볼 수 있다고 한다.[166] 이러한 해석을 이해하기는 어렵지만, 계약금의 교부로 이미 계약의 이행에 착수한 결과가 되어 계약금을 해약금으로 추정하는 제557조의 적용 여지는 없어진다고 비판한다.[167]

4. 중국민법

(1) 중화인민공화국은 현재의 통일된 민법전이 제정되기 전에도 계약금의 규율에 관한 명문규정을 두고 있었다. 합동법, 즉 계약법 제114조에서 위약금 규정[168]과 제115조에서 계약금에 관한 규정을 두고,[169] 제116조는 계약금과 위약금을 동시에 약정한 경우의 선택에 관하여 규

164) 吉田豊, 앞의 책, 620-621頁.

165) 中川淳, "手付內金關係", 不動産取引判例百選, 1977, 31頁.

166) 末川博, 앞의 "手附", 169頁.

167) 吉田豊, 앞의 책, 554頁, 621頁.

168) 中華人民共和國 合同法 제114조(위약금) ①당사자는 일방이 계약을 이행하지 아니할 경우에 계약위반의 정도에 따라 배상하여야 할 위약금을 예정하거나 계약위반으로 인하여 발생한 손해배상액의 산정방법을 약정할 수 있다. ②약정된 위약금이 채무불이행으로 인한 실제 손해보다 과소한 경우에는 당사자는 인민법원이나 중재기관에 증액을 청구할 수 있다. 약정된 위약금이 실제 손해보다 과다한 경우에는 당사자는 인민법원이나 중재기관에 적정한 금액으로 감액할 것을 청구할 수 있다. ③당사자가 이행지체에 대한 위약금을 약정한 경우에 계약을 위반한 당사자는 위약금을 지불한 후에도 그 채무를 이행하여야 한다.

169) 中華人民共和國 合同法 제115조(계약금) ①당사자는 '중화인민공화국 담보법'에 따라 채무이행을 위한 채권자의 권리를 담보하기 위하여 계약금(定金)을 지불할 것을 약정할 수 있다. ②채무자가 채무를 이행한 경우에 계약금은 그 대금으로 충당되거나 계약금을 지불한 당사자에게 반환하여야 한다. ③계약금을 지불한 당사자가 채무를 이행하지 아니한 경우에는 계약금의 반환을 청구하지 못한다. 계약금을 수령한 당사자가 계약 내용에 따른 채무이행을 하지 아니한 때에는 상대방으로부터 수령한 계약금의 배액을 반환하여야 한다.

정[170]하고 있을 뿐 해약금으로 추정하는 규정은 없었다.[171] 이 규정과 관련하여 계약금의 법적 성질에 대해서는 논란이 있었다.[172] 그 외 중화인민공화국 담보법[173]에서 계약금에 관한 규정을 상세하게 두고 있었다.[174] 이에 관한 최고인민법원의 사법해석에서 위약금은 민사책임이고 계약금은 채권의 담보형식이므로 두 가지를 모두 병용할 수 있다고 하였다.[175]

(2) 현재 중국은 통일된 민법전에서 계약금에 관한 규정을 두고 있다. 종래의 합동법을 포함하여 9개의 개별 법률[176]을 민법전으로 통일하고,

---

170) 中華人民共和國 合同法 제116조(계약금과 위약금) 당사자가 계약금과 위약금에 관한 약정을 동시에 한 경우 당사자 일방이 계약을 위반한 때에는 상대방은 위약금 또는 계약금에 관한 조항을 선택하여 청구할 수 있다.

171) 합동법 제115조가 준용하도록 정한 담보법에 관한 사법해석 제115조 내지 제117조에서 입약계약금, 성약계약금, 해약계약금을 각각 규정하고 있다. 해석상 계약금은 두 가지 작용을 하는데, 첫째 채권채무를 담보하는 작용으로 담보된 주채무가 이행되는 계약금채무는 해소되므로 이를 상계하거나 반환하게 된다. 둘째 위약배상의 효력으로 교부자가 위약한 경우에는 그 반환을 청구할 수 없고 수령한 자가 위약한 경우에는 그 금액의 두 배로 배상해야 한다(이정표, 중국통일계약법, 한울아카데미, 2002, 330-331면).

172) 손해배상액의 예정이라는 견해, 위약금으로 보는 견해, 손해의 일부 또는 전부를 전보하는 기능으로 파악하는 견해, 위약벌이라는 견해 등이 그것이다. 이러한 견해의 대립은 합동법 제정 전에도 있었다. 합동법 제114조에서 위약금을 별도로 약정한 경우를 규정하고, 제115조에 계약금의 지급에 대한 규정, 나아가 제116조가 위약금과 계약금의 병존을 부정하는 태도에 비추어, 계약금은 손해배상액의 예정이나 위약벌로 해석할 수는 없으며, 위약금으로 약정하지 않은 한 손해의 전보기능으로 파악하는 견해가 타당하다. 이 견해에 의하면 계약금이 손해배상액에 미치지 못하면 채권자가 추가로 손해배상을 청구할 수 있고 초과하면 초과부분을 반환해야 한다(채성국, 중국의 계약책임법, 경인문화사, 2008, 226-227면).

173) 중화인민공화국 담보법은 1995년 6월 30일 제정되어 그 해 10월 1일부터 시행되었다. 전문 96개조(제1장 총칙, 제2장 보증, 제3장 저당권, 제3장 질권, 제5장 유치권, 제6장 계약금, 제7장 부칙)로 구성되었다.

174) 제89조는 “채무자가 채무를 이행하면 계약금은 반환하거나 상계하고 계약금을 교부한 일방이 채무를 불이행한 경우 그 반환을 청구할 수 없으며, 이를 수령한 일방이 채무를 불이행한 경우에는 두 배로 배상하여야 한다.”, 제90조는 “계약금에 관해서는 반드시 서면으로 작성되어야 하고 그 계약에서 교부기한을 정해야 한다.”, 제91조는 “계약금의 액수는 당사자가 약정하되 주 계약목적물 가액의 20%를 초과할 수 없다.”고 규정하였다.

175) 최고인민법원, 사법해석 제8조 제4항.

176) 중국민법전 부칙 제1260조에 의하면 민법전 시행일인 2021. 1. 1. 기존의 中华人民共和国婚姻法(혼인법), 中华人民共和国继承法(상속법), 中华人民共和国民法通则(민법통칙), 中华人民共和国收养法(입양법), 中华人民共和国担保法(담보법), 中华人民共和国合同法(계약법), 中华人民共和国物权法(물권법), 中华人民共和国侵权责任法(불법행위책임법), 中华人民共和国民法总则(민법총칙)은 동시에 폐지하는 것으로 규정하였다.

2020. 5. 28. 전국 인민대표대회 제3차 상무위원회에서 최종 심의를 통과하여 2021. 1. 1. 시행되었다. 계약금과 관련하여 중국민법전은 제586조, 제587조, 제588조에서 규정하고 있지만,[177] 계약금을 해약금으로 추정하는 규정은 없다. 다만 이들 규정에서 특이한 것은 당사자의 별도 약정으로 계약금계약을 체결할 수 있고, 채무가 이행된 경우 계약금은 대금에 충당하거나 반환해야 하며, 채무가 불이행된 경우에는 위약금으로 작용한다는 것이다.

V. 결론-정리와 우리민법의 시사

1. 역사적 의미와 입법례의 정리

(1) 앞에서 본 바와 같이 계약금 교부의 역사적 의미는 계약의 이행을 담보하기 위한 보증금(그리스법, 게르만법)이나 계약의 성립을 증명하는 증약금으로 기능하였고(고전 로마법, 보통법), 당사자의 특약을 전제로 해약금이 되었다(그리스법, 유스티니아누스법, 게르만법, 보통법). 이와 함께 공통적으로 대금의 일부인 선급금으로서 계약 불이행시 배상의 대상이 되기도 하였다(그리스법, 로마법, 게르만법). 계약금의 이러한 성격이 근대법에 도입되어 증약금을 원칙으로 하고 별도의 해약금 약정이 가능하였다(독일민법, 스위스채무법). 유럽에서 계약금을 해약금으로 보는 태도는 매우 예외적이어서, 매매의 예약에 관하여 제한적으로 적용한 예는 있으나(프랑스민법), 이를 참조하여 주된 매매계약으로 확장시킨 예외

177) 중국민법전 제586조(계약금담보) (1) 당사자는 일방이 상대방에게 채권담보로 계약금의 지급을 약속할 수 있다. 계약금계약은 실제로 계약금을 지급할 때 성립된다. (2) 계약금의 액수는 당사자가 약정할 수 있다. 그러나 주계약의 목적물 가치의 20퍼센트를 초과할 수 없으며 초과된 부분은 계약금의 효력을 갖지 않는다. 실제 지급되는 계약금액이 약정액보다 많거나 적으면 계약금액에 관한 약정을 변경한 것으로 본다. 제587조(계약금벌칙) 채무자가 채무를 이행하는 경우 계약금은 대금을 상쇄하거나 채무자에게 반환하여야 한다. 계약금을 지불한 일방이 채무불이행을 하거나 채무이행 약속에 부합하지 않아 계약 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약금의 반환을 청구할 수 없다. 계약금을 받은 일방이 채무불이행을 하거나 채무이행 약속에 부합하지 않아 계약 목적을 달성할 수 없게 하는 경우에는 계약금을 2배로 반환하여야 한다. 제588조(위약금과 계약금 경합시의 책임) (1) 당사자가 위약금과 계약금을 모두 약정한 경우 일방이 위약하면 상대방은 위약금 또는 계약금에 관한 조항의 적용을 선택할 수 있다. (2) 계약금은 일방의 위약으로 인하여 생긴 손실을 전보하기에 충분하지 않으면 상대방은 계약금 액수를 초과한 손해배상을 청구할 수 있다.

적인 입법례도 등장하였다(일본민법). 이들 근대민법의 해석론은 증약금 또는 해약금 추정과 함께, 계약금을 매매대금의 일부로서 선급금이라고 하는데 의문이 없다(독일민법, 프랑스민법, 일본민법). 그리스나 로마법 이래 서구의 역사는 계약금을 증약금이나 특약에 따른 해약금의 법적 효과를 부여하였을 뿐 계약금계약이나 요물계약이라는 개념으로 연결시키지는 않았다. 계약금의 교부에 관하여 요물계약으로서의 계약금계약이 성립한다고 주장하는 것은 로마법의 연혁에 비추어 보더라도 타당하지 못하다.[178]

(2) 우리민법과 거의 동일하게 규정된 일본민법 제557조는 계약금에 관한 서구의 역사나 입법례에서 그 유례를 찾을 수 없다. 이에 관하여 처음에는 학설과 판례가 해약금 추정을 긍정적으로 평가하였으나, 해약금 추정규정이 계약준수원칙에 반하고 낙성계약의 구속력을 약화시키는 원인으로 작용하였음을 자각하였다. 계약금의 교부로 주된 계약의 구속력을 확보하려는 이상과 맞지 않고 특별한 해제 사유 없이 계약금만 교부되면 언제라도 주된 계약을 해제할 수 있어 타당성을 잃기 때문이다. 오늘날 일본 학계와 판례는 부정적인 평가로 선회하였고, 해약금을 위약금과 병존할 수 있다는 논리와 이행의 착수 개념을 확장 해석함으로써 제557조의 적용을 제한하고 계약준수원칙을 유지하고자 한다.

(3) 일본 학계와 판례에서는 계약금을 선급금, 즉 內金으로 보는 태도가 비등하였다. 계약금을 선급금으로 보더라도 이것이 계약금의 해약금 추정과 양립할 수 없는 것은 아니며, 증약금이나 별도의 약정에 따른 위약금의 성격도 인정될 수 있다. 그러나 계약금을 대금의 일부지급으로 보면, 계약금의 교부로 이미 이행에 착수한 결과가 되어 민법 제557조의 적용 여지가 없어진다는 비판이 있다. 이러한 비판으로 계약금을 대금의 일부로 볼 수 없다는 전제가 만들어지고, 결국 계약금의 교부를 주된 계약과 '독립된' '종된' '계약금계약'으로 의제하여 이를 '요물계약'으로 파악하게 된 것이다. 그러나 이러한 해석은 민법 제557조의 적용 요건과 효과를 혼란스럽게 한다. 이 규정의 법적 효과로 계약금이 해약금으로 추정되기 위해서는 그 적용요건으로 '계약금의 교부'가 전제되어야 한다.

178) 엄동섭, 앞의 논문, 187면.

해약금 추정의 효과가 발생하기 위한 다른 요건, 즉 '이행에 착수하기 전'에 계약을 해제할 수 있다는 것은 이미 전제된 계약금의 교부 후 이행에 착수하는 다른 상황을 염두에 두어야 한다. 그렇게 해석하는 것이 법률규정의 효과발생을 위한 요건의 논리적 추론 결과이다.

2. 우리민법의 시사

(1) 역사적으로나 다른 나라의 입법례에 비추어 계약금은 성약금이나 증약금, 위약금, 해약금, 선납금 등 다양한 성질을 가진다는 사실을 알 수 있다. 우리민법은 다른 약정이 없는 한 해약금으로서의 성격을 가지는 것으로 규정하였다. 이에 대하여 일반적인 견해와 판례는 계약금의 교부를 주된 계약과 '독립된' '종된' '계약금계약'으로 의제하고 이를 '요물계약'으로 파악한다. 생각건대 계약금의 교부에 대하여 해약금 추정의 효력을 인정하기 위하여 이러한 해석을 하는 것은 이해하기 어렵다. 이미 본 계약금의 서구 역사와 입법례에서 인정하는 바와 같이, 계약금을 선급금[179]으로 해석하면 되고, 이것이 해약금의 추정과 양립할 수 없는 것은 아니다.[180] 현실적으로 매매계약을 체결할 때 매수인이 매도인에게 계약금을 교부하면서, 매매계약과 별도로 '계약금의 지급에 관한 계약'을 체결한다는 의사를 가지는 지도 의문이다. 오히려 매수인은 매매계약의 내용으로 전체 매매대금을 계약금, 중도금, 잔금으로 분할하여 지급하기로 약정하는 정도의 의사를 갖고 있을 것이다.

(2) 우리민법 제565조 제1항을 보더라도 계약금이 교부된 경우 '당사자간에 다른 약정이 없는 한' 매매계약에 대한 약정해제권의 유보로 추정되는 법률적 효과를 부여하고 있다. 그러나 위 규정의 어디에도 '계약금계약'이라는 용어뿐만 아니라 계약금계약의 '성립' 또는 '효력' 등의 개념을 사용한 바가 없다. 법의 해석은 법규 및 그 구성요소인 낱말이나 개념 등의 의미를 명확히 하는 것이다. 법해석의 방법으로는 법규에 사

179) 선급금은 "본질적으로 대금채무 등의 일부변제에 지나지 않으며 그것은 증약금으로서 기능할 수는 있겠으나, 해약금으로 작용하지는 못한다."고 하면서, 이를 계약금과 구별하는 견해가 있다(송덕수, 앞의 책, 1173). 이것은 민법 제565조 제1항에서 규정하는 바와 같이, '당사자간에 다른 약정'으로 선급금임을 명확히 한 경우에 해당될 것이다.

180) 남효순, 앞의 논문, 275-276면; 吉田豊, 앞의 책, 553-554頁. 민법규정으로 해약금 추정 효력이 더해진 것이라고 하는 견해로 末川博, 앞의 "手附契約の解釈", 173頁; 相原東孝, 앞의 논문, 78頁.

용된 단어의 사전적 의미를 명확히 하는 문리해석이 모든 해석의 출발점이고, 이를 토대로 특별한 경우에 목적론적인 해석, 즉 법규의 용어나 문자가 가지는 의미를 확장하거나 축소할 수 있는 것이다. 위 규정의 적용으로 계약금이 해약금으로 추정되기 위해서는 '계약금'이 '교부'되면 족하고, '계약금계약'을 별도로 체결해야 한다는 근거는 어디에도 없다. 더욱이 이를 요물계약이나 낙성계약으로 해석해야 하는 단서 역시 어디에서도 발견하기 어렵다.

(3) 나아가 계약금을 매매계약과 별개로 계약금계약의 내용으로 본다면, 매매계약이 전부 이행된 경우 계약금계약은 목적을 달성하여 소멸하므로, 매도인이 받은 계약금은 다시 반환되어야 한다. 이에 따라 계약금이 반환되면 매수인은 대금을 계약금만큼 덜 지급한 결과가 되므로 다시 매도인에게 그만큼 지급해야 하는데, 이러한 절차가 복잡하므로 계약금을 대금에 충당하는 것으로 의제한다.[181] 그러나 실제 거래에서 당사자가 이미 지급한 계약금을 반환하였다가 부족한 대금을 채우기 위해 계약금에 해당하는 금액을 다시 지급해야 한다고 생각하지는 않을 것이다. 대체로 계약금은 중도금이나 잔금과 유사한 대금의 일부로 이해할 가능성이 크다. 따라서 위와 같은 해석은 거래현실이나 당사자의 의사에 비추어 이해하기 어려울 뿐만 아니라 법률관계를 복잡하게 하고 불필요한 절차를 의제한다.

(4) 우리민법 제565조 제1항의 문리해석으로 '계약금'의 '교부'는 계약금이 '전부' 교부되는 것을 의미한다고 해석함이 일반원칙에 부합하며, 계약금의 '일부'가 교부되는 것을 전제로 하지는 않을 것이다. 그럼에도 2008년 판결은 계약금의 교부를 요물계약으로 전제하면서, 계약금이 전혀 지급되지 않은 경우에도 매도인이 계약금의 지급을 청구할 수 있고 이를 이행하지 않으면 채무불이행을 이유로 계약금계약을 해제할 수 있

181) 甲과 乙이 매매대금을 10억 원으로 하는 매매계약을 체결한 경우, 乙이 甲에게 지급한 계약금 1억 원은 계약금계약의 내용이고, 중도금과 잔금 9억 원만 매매계약의 내용이 된다. 乙이 9억 원을 모두 지급하고 소유권이전등기를 넘겨받아 매매계약이 목적을 달성하면, 종된 계약인 계약금계약 역시 소멸한다. 이때 논리적으로 소멸된 계약금계약에 따라 甲은 수령한 계약금 1억 원을 乙에게 반환해야 한다. 乙이 1억 원을 반환받으면 매매대금 1억 원이 부족하여 甲에게 1억 원을 다시 지급해야 한다. 이 과정이 반복이므로 乙이 지급한 계약금 1억 원을 매매대금 10억 원에 충당한다.

으며, 계약금계약과 매매계약 사이의 관련성을 고려하여 주된 매매계약 자체도 해제할 수 있다고 판시한다. 마찬가지로 2015년 판결 역시 계약금이 일부만 지급된 경우에 그 지급된 계약금이 아니라 약정한 계약금을 기준으로 매매계약을 해제할 수 있다고 한다. 이러한 태도는 계약금계약을 요물계약으로 파악한 이전의 판결에 비추어 논리적 일관성을 유지하지 못한다.[182]

(논문투고일: 2021.5.31., 심사개시일: 2021.6.8., 게재확정일: 2021.6.23.)

정상현 · 박석일

계약의 구속력, 계약금, 계약금계약, 요물계약, 해약금, 증약금, 위약금, 성약금

182) 2008년 판결과 관련하여 보다 구체적으로 설명하는 견해가 있다(정병호, 앞의 논문, 249-251면). 그는 “판례는 계약금을 지급하기로 한 약정, 즉 ‘계약금약정’과 요물계약인가가 문제되는 ‘계약금계약’을 구분한다는 점이다. 전자는 당사자의 합의만으로도 이행의무를 발생시키고 그 의무불이행시 그 약정의 해제권을 발생시키므로 당연히 낙성계약일 것이다(학설, 판례는 이를 매매 등 주된 계약과 대비하여 종된 계약으로 본다). 그러나 이와 별개로 계약금계약을 상정하고, 약정한 계약금이 지급되어야 비로소 그 계약이 성립하여 주된 계약의 해제권 발생이라는 효과를 갖는다.”라고 하면서, 계약금약정을 대물변제예약으로 보고, “예약인 계약금약정에 의해 본계약인 계약금계약 체결의무가 발생하고 보통 계약금 지급을 약속하는 매수인이 매도인에게 계약금을 지급함으로써 본계약인 계약금계약이 성립한다는 것이다. 대물변제를 요물계약으로 보고, 그 예약을 인정하는 경우, 예약에 의해 대물변제의 성립을 위한 합의와 요물성의 충족을 위한 대물급부를 청구할 수 있다고 보듯이, 계약금계약을 요물계약으로 보는 경우 보통 예약상 권리자인 매도인이 매수인에게 그 예약인 계약금약정에 기초하여 계약금계약의 성립을 위해 계약금지급을 청구할 수 있을 것”이라고 한다. 나아가 “요물계약인 계약금계약과 별도로 계약금약정이 있다는 법리구성을 이해하기 쉽지 않다. 계약금약정은 계약금계약에서의 합의와 다르다고 볼 이유를 찾기 어렵기 때문이다.”라고 하면서, “학설 · 판례상 계약금계약이 요물계약인지 문제되는 것은 계약금이 해약금으로 교부되는 때이다.”, 계약금의 교부를 계약금계약으로 보면서도, “매매계약금은 일반적으로 매매대금의 일부로 이해된다는 점을 고려하면, 더욱 그러하다.”고 하지만, 그 구체적인 의미에 관하여 자세한 설명이 없다. 앞에서 본 바와 같이 실제 거래관계에서 당사자 사이에 계약금의 교부와 관련된 별도의 약정을 하는 경우가 있고, 계약금을 교부함으로써 그 자체가 해약금으로 추정되는 계약금계약이 있을 수 있다. 이 견해가 의미하는 ‘계약금약정’이 별도의 약정으로서 체결된 것이라면 이는 ‘계약금계약’과 구별되어야 하겠지만, 이 판결에서는 그러한 별도의 약정이 나타나지 않는다. 단지 당사자 사이에 매매계약을 체결하면서 계약금으로 6,000만 원을 지급하기로 하였을 뿐이므로 이 견해가 나타내는 ‘계약금약정’을 ‘계약금계약’과 구별할 수 있는지 의문이다.

[참고문헌]

Ⅰ. 국내문헌

김기선, “계약금(보증금)”, 고시계 제25권 제10호, 1980.9

김동훈, “민법의 해약금 규정의 운용방향”, 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회, 2015.8

김병재, “계약금몰수・배액상환약정의 해석”, 민법판례연구 제11권 민사판례연구회, 박영사, 1989

남효순, “계약금약정에 관한 몇가지 쟁점”, 법학 제39권 제2호, 서울대학교법학연구소, 1999.8

명순구, “계약금약정의 해석”, 법학논집 제35집, 고려대학교 법학연구원, 1999.12

송호영, “해약계약금의 약정에서 계약금의 일부만 지급된 경우의 법률관계”, 민사판례연구 제38권, 민사판례연구회, 2016.2

심재돈, 민법주해(편집대표 곽윤직), 제XIV권, 채권(7), 박영사, 1997

엄동섭, “계약금(해약금)계약의 법적 성질”, 저스티스 제152호, 한국법학원, 2016.2

오종근, “계약금의 법적 성질-해약금을 중심으로-”, 법학논집 제15권 제3호, 이화여자대학교법학연구소, 2011.3

이용운, 주석민법(편집대표 박준서), 채권각칙(2), 한국사법행정학회, 1999

이종구, “계약금의 미지급 단계에서의 계약금계약과 주계약의 효력 등에 관하여”, 법학논총 제33권 제1호, 단국대학교법학연구소, 2009.6

이준현, “주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 당사자가 계약금의 전부 또는 잔금을 지급하지 않은 경우의 법률관계”, 법조 제663호, 법조협회, 2011.12

전창은, “법률행위 해석의 관점에서 바라본 해약금약정의 효력”, 민사법학 제76호, 한국민사법학회, 2016.9

정길용, “계약금이 수수되어 해제권이 유보된 계약과 채무자의 기한의 이익 포기”, 법학연구 제20집 제3호, 연세대학교법학연구원, 2010.9

조일윤, “민법상 계약금규정에 관한 입법론적 고찰”, 동아법학 제46호, 동아대학교법학연구소, 2010.2

지원림, “계약금 분할지급 약정의 효력”, 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015.9
최창렬, “계약준수의 확보방안에 관한 연구”, 재산법연구 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011.2
한웅길, “계약금에 관한 소고”, 동아법학 제40호, 동아대학교법학연구소, 2007.8
현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996

Ⅱ. 일본문헌

加賀山茂, “手付の法的性質”, 豫約法の總合的研究, 日本評論社, 2004
廣中俊雄, “民法修正案(第三編)に關するおぼえがき”, 法學 第50卷, 東北大學校, 1987.5
廣中俊雄, “解約手附であると同時に違約手附であるということは可能か”, 民法の基礎知識(1), 有斐閣, 1964
廣中俊雄, “解約手附であると同時に違約手附でもあるということは可能か”, 契約法の理論と解釋(廣中俊雄著作集2), 創文社, 1992
廣中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 1987
吉田豊, 手付の研究, 日本比較法研究所研究叢書(69), 中央大學出版部, 2005
来栖三郎, “日本の手附法”, 法学協会雑誌 第80卷 第6号, 1964.6
来栖三郎・太田知行, 手附, 總合判例研究叢書 民法(27), 有斐閣, 1965
末川博, “手附”, 所有權・契約その他の研究, 岩波書店, 1939
末川博, “手附契約の解釈”, 民商法雑誌 第26卷 第4号, 有斐閣, 1951.7
梅謙次郎, 民法要義 卷之三 債權編, 有斐閣書房, 1909
浜上則雄, “「契約形成權手授契約」について”, ジュリスト 第389号, 1968.1
相原東孝, “手付と內金”, 契約法大系 第2(贈与・売買), 有斐閣, 1962
石岐泰雄, “契約にをける「手附」の現代的構成論”, 早稻田法學會誌 第40卷, 1990.3
石田喜久夫, “手附の性質”, 判例演習 債權法2, 有斐閣, 1973
遠藤浩, “手付契約の解釈”, 民事研修 第545号, 2002.9
遠田新一, “手附の性質”, 民商法雑誌 第30卷 第6号, 有斐閣, 1955.4
横山美夏(廣中俊雄・星野英一編著), 民法典の百年III・個別的觀察(2) 債權編, 有斐閣, 1998

Ⅲ. 서구문헌

A. E. Giffard et Robert Villers, Droit romain et ancien droit français, Les obligations, 4eéd., Dalloz, 1976

Alan Watson, 'Arra' in the Law of Justinian, Revue internationale des droits de l'antiquité, Ser. 3, Vol. 6, Georgia Law School, 1959

Andreas Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Zweiter Band, Duncker & Humblot, 1886

Anton Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweites und Drittes Tausend, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlungen, 1890

Axel Beater, Juris Praxis Kommentar BGB, Bd.II, Schuldrecht, 4.Aufl., Jurios GmbH, 2008

Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5.Aufl., 2011

Charles Aubry et Charles Frédéric Rau, Droit civil français, 6eéd., par Esmein, t.5, Vente : Louage, Librairies techniques, 1952

Dagmar Kaiser, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 12.Aufl., Sellier de Gruyter, 2012

Jean Calais-Auloy, Droit de la consommation, Dalloz, 1980

Eugen von Jagemann, Die Daraufgabe(arrha), Vergleichende Rechtsstudie, Verlag von J. Guttentag, 1873

Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl., Venden, 1967

Fritz Schulz, Classical Roman Law, Oxford at the Clarendon Press, 1954

Georges Cornil, Die Arrha im justinianischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtgeschichte, Romanistische Abteilung 48, 1928

Gerhard Schaub, Walter Ermann Handkommentar zum BGB, 12.Aufl., 1.Band, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 2008

Gustave-Emil Boissonade, Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, t.III, Tokyo, 1888

Heinrich Mitteis, Deutsches Privatrecht, Neu bearbeitet von Heinz Lieberich,

3.Aufl., C.H.Beck, 1959

Heinrich Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung I, Römische Rechtsgeschichte, Verlag Hermann Sack, 1925

Heinrich Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, Verlag von Franz Vahlen, 1873

Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd.I, Älteres gemeines Recht(1500 bis 1800), C.H.Beck, 1985

Henri, Léon et Jean Mazeaud, Leçon de droit civil, t.3, vol.2, 5eéd. par Michel de Juglart, Editions Montchrestien, 1980

J. A. C. Thomas, Arrha in sale in Justinian's Law, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Vol. 24, Issue 3, Brill, 1956

Jamel Djoudi, Arrhes, Répertoire de droit civil, Encyclopédie juridique Dalloz, t.1, 33eannée, Publication Trimestriell, 2003

Joanna Schmidt, Juris-Classeur Civil, Vente, Fasc. I-1, Nature et forme, Promesse de vente avec arrhes, Art.1397 à 1601-4, Art.1590, Éditions du Juris-Classeur, 1996

Max Kaser, Das Römische Privatrecht, I. Aschnitt, C.H.Beck, 1955

Max Kaser, Das Römische Privatrecht, II. Aschnitt, C.H.Beck, 1959

Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.III, Schuldrecht, 2.Aufl., Dunker & Humblot, 1917

Paul Collinet, Études historique sur la droit de Justinien, T.1er, Recueil Sirey, 1912

Paul Frédéric Girard, Manuel élémentaire droit romain, 8eéd., Librairie Arthur Rousseau, 1929

Paul Koschaker, Europa und das Römische Recht, 4.Aufl., C.H.Beck, 1966

Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligation, 4eéd., Defrénois, 2009

Reinhard Gaier, Münchener Kommentar zum BGB, Bd.2, 6.Aufl., C.H.Beck, 2012

Robert Villers, Rome et le droit privé, Éditions Albin Michel, 1977

Rudolf von Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4.Aufl., A. Deichertsche Verlags-buchhandlung, 1922

Abstract

A Review on the Civil Law Meaning regard to the Provision presumed to Cancellation Fee of Down Payment

-Understanding from the Legal History and the Foreign Laws-*

JUNG, Sang-Hyun[**]
PARK, Seok-Il[***]

The Article 565 (1) of the Civil Code of Korea(CCK) stipulates that "If one of the parties to a contract of sale has delivered, at the time of entering into the contract, money or other things under the name of down payment, assurance deposit, etc. to the other party, unless otherwise agreed upon between the parties, the deliverer by giving up such money, and the receiver by repaying double such money, may rescind such contract before one of the parties has initiated performance of the contract". In this regard, for a long time in Korea, the majority opinion of academia and the Supreme Court have concluded that the issuance of down payment is a kind of contract. They have also thought that the issuance of the down payment is a "independent" and "subordinate" "down payment contract", which is separate from the main contract such as sale contract. It is controversial whether something have to be given or taken for the formation of this down payment contract,

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2018S1A5A2A01028442)

** Professor · SungKyunKwan University Law School Faculty · Dr. Jur. · Corresponding author.

*** Senior Researcher · Law Institute in Hankuk University of Foreign Studies · Dr. Jur. · Lead author.

and they think we have to give and receive something for this. According to these thoughts, if the down payment is not paid at all or if a part of the down payment is paid, neither party cannot release the sale contract through giving up or double return of down payment. Because the down payment contract is not formed at those situations and the Article 565 (1) CCK does not apply. Moreover, when the down payment is issued, if the purpose of a subordinate down payment contract is achieved by the full performance of the main sales contract, the effectiveness of the down payment contract should be lost. In such cases, according to the above thoughts, we come to the following strange conclusion. Due to the loss of effectiveness of the down payment contract, the seller who has received the down payment at the time of the sale contract conclusion must be return it to the buyer and the buyer have to re-pay the same amount of down payment to the seller as unpaid price. At this time, they think that the down payment should be covered a part of whole sale price to omit these repetitive processes. However, this interpretation is very unrealistic and impractical.

Therefore I think that the issuance of down payment is not a contract but a part of the whole purchase price. Because the down payment is the first issuance of whole price, I also think that it has the special significance as the evidence of contract formation, the contract releasing fee or penalty and compensation for damages. Furthermore the issuance of the down payment does not need to be regarded as an independent and subordinate down payment contract. In an actual transaction, neither party would consider the issuance of a down payment to be a contract formation. Even in accordance with Article 565 (1) CCK, it is sufficient if the "down payment" is "issued" and there is no basis for a separate "down payment contract". And the premise for this provision to apply is that the down payment must be paid "all". These

interpretation is consistent with the actual transaction, the party's intention and above provision. Therefore, the rulings of the Supreme Court in 2008 and 2015 are neither logical nor in accordance with this provision.

Meanwhile, we cannot find similar examples in foreign civil law history and legal regulations which regard the issuance of down payment as the conclusion of a contract. Especially, in western civil law, the issuance of down payment mainly functioned as a security deposit or a money for evidence of contracts, and it was only a contract releasing fee on the premise of the party's special agreement. However, in the Japanese Civil Code, it has been unprecedentedly legislated as a releasing fee of contract without a special agreement, and the KCC has introduced similar provision. There had been criticism that if the down payment is considered part of the whole sale price, there is no room for the application of the Article 565 (1) CCK which is an estimate provision of the contract releasing fee, because the performance of the contract begins with the issuance of down payment. Therefore the down payment was bound to be on the agenda as a "down payment contract" rather than part of the sale price, and this interpretation has also affected the interpretation of Korean civil law and continues to the present day.

JUNG, Sang-Hyun · PARK, Seok-Il

contract binding, down payment, contracts on the down payment, contracts on the need things, contract releasing fee, money for evidence of contracts, penalties