



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

이행기 전 이행거절에 관한 연구

2017년 2월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

류진아

이행기 전 이행거절에 관한 연구

지도교수 이 계 정

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2016년 11월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

류진아

류진아의 석사 학위논문을 인준함

2016년 12월

위원장 _____ (인)

부위원 _____ (인)

위원 _____ (인)

국문초록

일방 당사자가 이행기가 도래하기 전에 미리 이행하지 않겠다는 통지를 한 경우, 신의칙에 따라 이를 계약위반(채무불이행)으로 보아 즉시의 손해배상청구권과 계약해제권을 상대방 당사자에게 부여함으로써 손해를 감경시키고자 하는 데 이행거절제도의 필요성이 있다. 이에 관한 명문의 규정이 없는 우리민법 하에서도 학설·판례는 이행기 전 이행거절이 채무불이행책임의 성립요건으로서 충분하다는 데 의견이 일치하고 있다. 따라서 이행기 전 이행거절은 전통적인 채무불이행의 폐쇄적 3유형에 포섭되지 않는 독자적인 의의를 가지고 있으므로 새로운 채무불이행 유형으로 구성할 실익이 있다.

독립한 채무불이행 유형으로서 이행거절에 관한 판례 법리를 최초로 정립한 대법원 2005년 판결은 신의칙을 근거로 이행기 전 이행거절 사안에서 채무자에게 즉시의 계약해제권과 손해배상청구권을 인정하였다. 이후 2007년 대법원 판결은 이를 재확인하면서, 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서의 손해액 산정은 이행거절 당시의 급부목적물의 시가를 표준으로 해야 한다고 판결하였다. 필자는 이행거절을 이행기 전과 후로 나누어 이행기 전 이행거절의 경우 독립한 채무불이행 유형으로 인정할 실익이 있다고 생각하나, 이행기 후의 이행거절은 이행지체와 유사하므로 그에 관한 규정을 준용하여 적절하게 처리할 수 있다고 생각한다.

이행기 전 이행거절로 인해 채무불이행책임이 성립하기 위해서는, 먼저 채무의 이행이 가능한데도 진지하고 종국적인 이행거절의사를 표명함으로써, 객관적으로 보아 채권자로 하여금 채무자의 임의의 이행을 기대할 수 없을 것이 요구된다. 판례는 이행거절의사의 명백성을 판단하는 데 이행거절의 앞뒤 정황 및 채무자의 주장이 전혀 근거가 없는 것인지 여부 등을 고려하여, 채무자의 주장이 상당한 근거가 있는 때에는 명백성을 인정하지 않았다. 이행거절의사의 표명시점에 관하여 판례는 이행기 전과 후를 가리지 않고 이행거절을 독자적인 불이행유형으로 인정하여 이행거절의 법리로 처리하였다.

이행기 전 이행거절의 법률효과는 채권자가 채무불이행으로 확정하는 경우와 계약 유지를 선택하는 경우로 나누어 설명할 수 있다. 채권자가 채무불이행으로 확정하는 경우에는 이행기의 도래를 기다릴 필요 없이 또한 최고 없이, 계약해제권과 전보배상청구권이 발생한다. 그러나 계약의 유지를 선택하는 경우에는, 이행기의 도래를 기다려 본래의 이행청구를 할 수 있다. 이와 같이 구제수단의 선택권이 주어진다라는 점이 이행기 전 이행거절의 특징적인 모습이다.

2009년 2월 출범한 법무부 민법개정위원회에서는 위와 같은 흐름을 반영하여 재산편에 관한 개정안을 완성하였으며, 여기에는 이행거절과 관련된 개정안도 포함되어 있다. 먼저, 계약의 해제에 관한 개정안에서는 이행기 전에 해제할 수 있는 사유를 이행거절에 한정하지 않고 이행기 전의 불이행으로 포괄적으로 규정하였다. 손해배상과 관련한 개정안에서는 이행기 전 이행거절을 채무불이행의 한 유형으로 인정하고 있는 학설과 판례를 수용하여, 이행기 전에도 전보배상을 청구할 수 있도록 하였다. 그러나 그 요건에 관하여 ‘이행기에 이행하지 못할 것이 명백한 경우’는 제외함으로써 계약 해지에 관한 개정안 및 유럽계약법원칙 등과 합치되지 않는 점은 아쉬움으로 남는다.

주요어 : 이행기 전 이행거절, 채무불이행, 독자성, 이행거절의사의 명백성, 계약 해제권, 손해배상청구권

학 번 : 2012-23432

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 문제의 제기	1
제 2 절 연구의 범위와 순서	2
제 2 장 이행기 전 이행거절에 관한 비교법적 검토	4
제 1 절 영미법	4
I. 판례	4
1. 영국의 판례	4
2. 미국의 판례	8
II. 통일상법전(UCC)	11
III. 제2차 계약 리스테인먼트	18
IV. 소결	21
제 2 절 대륙법	21
I. 독일	21
1. 독일 일반상법전	22
2. 독일민법	22
II. 일본	25
제 3 절 국제 협약과 계약법원칙 등	27
I. 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)	27
1. 일반론	27
2. 구체적인 내용	28
3. 시사점	30
II. 국제상사계약원칙(PICC) · 유럽계약법원칙(PECL) · 공통참조기준초안(DCFR)	31
1. 국제상사계약원칙	31
2. 유럽계약법원칙	32
3. 공통참조기준초안	34

제 4 절 시사점	35
제 3 장 이행기 전 이행거절의 의의와 요건	38
제 1 절 의의	38
제 2 절 채무불이행 유형으로서의 독자성	39
I. 학설	39
II. 판례	41
III. 소결	46
제 3 절 실정법적 근거	49
I. 민법 제544조 단서 적용설	49
II. 민법 제390조 적용설	51
III. 소결	52
제 4 절 성립요건	53
I. 이행거절 의사의 명백성: 진지하고 중국적인 이행거절	53
1. 일반론	53
2. 구체적 판단기준(재판례)	54
3. 소결	69
II. 위법성	72
III. 최고 요부	73
IV. 소결	74
제 4 장 이행기 전 이행거절의 효과	75
제 1 절 선택권	75
제 2 절 계약해제권과 손해배상청구권의 발생	75
I. 계약해제권	75
1. 이행 최고 불요	76
2. 쌍무계약에서 이행 제공 불요	77
II. 전보배상청구권	77

1. 법적 근거	78
2. 손해배상의 산정 시점	78
3. 지연손해의 산정 시점	79
제 3 절 채권자의 계약이행 선택	80
I. 일반론	80
II. 선택이론의 전개	80
1. 초기의 선택이론	80
2. 선택이론의 변화	81
3. 선택이론의 의의	82
III. 선택이론과 손해경감의무	82
1. 판례의 전개	83
2. 소결	87
제 4 절 급부청구권 이행거절시 소멸시효 기산점	89
I. 서울고등법원 2016. 10. 12. 선고 2016나2038328 판결	89
1. 사실관계	89
2. 판시사항	90
3. 검토	90
제 5 절 입법례	92
I. 계약해제와 손해배상	92
II. 반대급부 의무의 소멸	93
III. 대체거래 가능성	93
IV. 철회가능성	94
V. 담보제공청구권 등	95
VI. 소결	97
제 5 장 이행거절에 관한 민법 개정안	99
제 1 절 계약해제에 관한 개정안	99
제 2 절 손해배상에 관한 개정안	102

제 6 장 결 론.....104

제 1 장 서 론

제 1 절 문제의 제기

채무자가 채무의 이행이 가능함에도 이행할 의사가 없음을 채권자에게 진지하고 종국적으로 표시하여 객관적으로 보아 채권자로 하여금 채무자의 임의의 이행을 더 이상 기대할 수 없게 하는 행태를 이행거절이라고 한다.¹⁾ 이러한 이행거절은 거절 의사의 표명시점에 따라 이행기 전의 이행거절과 이행기 후의 이행거절로 나뉜다. 이 경우 계약당사자는 어떤 법적 조치를 취할 수 있을 것인가가 문제된다.

이행기가 도래하기 전 위와 같은 고지를 받은 경우, 채무자의 채무불이행이 존재하는지 자체가 문제된다. 왜냐하면 원칙적으로 이행기가 도래하기 전에는 채권자는 채무의 이행을 청구할 수 없으며, 채무자는 이행기가 도래하여야 이행의무가 발생하기 때문이다. 따라서 이행기가 도래하기 전, 채무자가 채권자에게 미리 이행거절의 의사를 표명하는 경우에도 채권자는 이행기의 도래를 기다렸다가 채무자에게 채무불이행 책임을 물어야 하는지, 이를 위해 자신이 이행제공을 하여야 하는지 여부, 이 경우 상대방에게 이행제공을 하는 것이 과연 의미가 있는 것인지 등에 관하여 논의할 필요가 있다.

이행기 도래 후의 이행거절에 대하여는 상당기간을 정한 최고를 요하지 않고 계약 해제와 전보배상청구가 가능하다는 점에서(민법 제544조 단서, 제395조) 일반적인 이행지체와 차이가 있으나, 이행기의 도과라는 관점에서 이행지체와 실질적인 차이가 없다.

이러한 의미에서 이행거절을 이행기 도래 전과 후로 나누어 볼 때, 이행기 전 이행거절은 채무불이행의 독자적인 유형으로서 인정할 필요가 있으나, 이행기 후의 이행거절에 대하여는 독립된 채무불이행 유형에 포함시키는 것이 큰 실익이 없다.

1) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”, 민법연구 제4권, 박영사, 1997, 121면; 김용담(편집대표), 주석민법[채권총칙(1)], 서울 한국사법행정학회, 2013, 712면; 양창수·김재형 공저, 민법 I 계약법, 제2판, 박영사, 2015, 403면; 김형배·김규완·김명숙 공저, 민법학강의, 제15판, 신조사, 2016, 908면; 김상용, “이행거절의 법적처리에 관한 비교고찰”, 법학연구 제20권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2010, 2면; 김준호, 채권법(이론·사례·판례), 제7판, 법문사, 2016, 91~92면.

(이 점에 대해서는 제3장 제2절 III. 소결 부분에서 다룰 예정이다.) 따라서, 본 논문에서는 이행기 전 이행거절에 한정하여 그것이 과연 독자적인 채무불이행 유형으로 인정할 의미가 있는 것인가에 대하여 살펴보고자 한다.

이행거절법리에 관한 비교법적 고찰을 하여보면, 영미법과 독일법, 국제물품매매 계약에 관한 UN협약(CISG) 등 각종 국제협약에서는 이행기 전 이행거절을 분명히 규정하고 있다. 이를 통해 임의의 계약이행이 더 이상 이루어지지 않는다는 것이 명백한 이상, 계약해제권과 손해배상청구권을 인정하여 계약관계를 조기에 종료시킴으로써 이행거절의 상대방으로 하여금 계약에서 벗어날 수 있도록 고려하고 있음을 알 수 있다.

우리 학설과 판례에서는 1990년대 중반 이후에 이행거절제도에 관한 논의가 본격화된 이래 2005년 대법원 판례가 처음으로 채무불이행 유형으로서의 독자적인 의미를 인정하였고, 이후 활발한 논의가 전개되어 왔다.

본 논문에서는 이행거절제도에 관한 법리가 국내외에서 어떻게 전개되고 있는가를 살펴보고, 이행기 전 이행거절제도의 독자적인 채무불이행 유형으로서의 인정실익, 성립 요건, 법률효과 및 이에 관한 민법개정안의 내용에 대하여 살펴보고자 한다.

제 2 절 연구의 범위와 순서

위에서 보았듯이, 본 논문은 이행기 전 이행거절에 한정하여 그것이 과연 독자적인 채무불이행 유형으로 인정할 의미가 있는 것인가에 대하여 살펴보고자 한다.

이행기 전 이행거절은 이행기가 도래하지 않았다는 점에서 이행기가 도래하였지만 채무자가 아직 채무를 이행하지 않은 이행지체와 구별되고, 채무이행이 가능하다는 점에서 강제이행청구가 인정되지 않는 이행불능과 구별되며, 급부의 이행 자체가 없다는 점에서 불완전이행과 구별된다.²⁾ 이렇듯 이행기 전 이행거절은 전통적인 채무불이행의 세 가지 유형에 포섭되지 않는 특징을 가지고 있으므로 그에 따른 법제도의 구성이 그동안 꾸준히 요청되어 왔다.

2) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 144~145면; 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”, 법조 제53권 제4호(통권 제571호), 2004. 4., 174면.

본 논문은 먼저 영미법에서 이행거절법리의 발전과정을 알아보는 것에서부터 시작하고자 한다. 이행거절법리는 영국에서 처음으로 탄생하였지만, 미국의 판례에 수용되었고 그 후 계약법 리스테인먼트, 통일상법전 등에 도입되면서 많은 영향을 미쳤다. 이어 독일, 일본 등 대륙법 국가, 국제협약 및 계약법 원칙에도 이행거절법리가 어떠한 영향을 미쳤는지 알아보고 우리법에의 시사점을 살펴보고자 한다.

다음으로 이행거절제도의 의의에 대한 논의를 통해 이행거절법리의 필요성을 알아보고, 실정법적 근거를 살펴봄으로써 이행거절제도의 성립 과정과 다른 채무불이행 유형과의 차이점을 고찰해 보고자 한다.

이러한 논의를 통해 과연 이행기 전 이행거절제도를 독립한 채무불이행 유형으로 인정할 필요가 있는 것인지에 대하여 생각해보고자 한다. 위에서 보았듯이 이행기 전 이행거절은 전통적인 채무불이행의 세 가지 유형에 포섭되지 않는 특징을 가지고 있으므로 이에 관한 이론구성이 문제되었다. 학설에서는 이행거절제도의 독자적 의미를 인정하자는 것이 다수의 견해였고, 판례는 이행거절제도를 독자적인 채무불이행 유형으로 인정하고 있다.

성립요건 면에서는 판례에서 이행거절의사가 명시적 또는 묵시적으로 표현된 경우로 나누어, 그것이 이행기 전 또는 후에 표명되었는지, 어떠한 경우에 이행거절의사가 인정되었는지를 분석해 봄으로써, 이행거절의사를 판단하는 판례의 기준을 알아보고자 한다. 법률효과 면에서도 다른 채무불이행 유형과는 달리 어떠한 구제수단이 가능한지를 국내법뿐만 아니라 외국 입법례의 경우에도 살펴보도록 하겠다.

다음으로 이행기 전 이행거절이 문제된 급부청구권의 소멸시효 기산점 사례와 이행기 전 이행거절제도를 도입한 법무부 민법개정안의 내용을 알아보고, 마지막 결론 부분에서는 이행기 전 이행거절법리에 관한 그동안의 논의를 종합하며 본 논문을 마무리하고자 한다.

제 2 장 이행기 전 이행거절에 관한 비교법적 검토

이 장에서는 이행기 전 이행거절이 처음 확립되었던 영미법의 판례부터 대륙법과 국제협약 등의 변화과정을 살펴봄으로써, 이 이론이 어떻게 성립, 발전되어 왔는가를 알아보고 우리법에의 시사점을 살펴보고자 한다.

제 1 절 영미법

I. 판례

1. 영국의 판례

(1) *Hochster v. De la Tour* 판결

1853년에 영국법원은 *Hochster v. De la Tour* 판결³⁾에서 처음으로 이행기 도래 전의 이행거절을 계약위반으로 인정하고, 그에 따라 채권자에게 계약해제권과 손해배상청구권을 인정하였다.

1852년 4월 12일 원고(Albert Hochster)는 피고(Edgar De la Tour)와 동년 6월 1일 출발하는 유럽여행에 매월 10파운드를 받기로 하고, 여행가이드(Courier)로서 3개월간 피고와 동행하기로 합의하였다. 그러나 피고는 5월 12일 서신을 통해 원고

3) *Hochster v. De la Tour* (1853), 2 E. & B. 678, 118 Eng. Rep. 922. 이 판결에 대하여는 국내 문헌에도 이미 많이 소개되어 있다. 예컨대, 곽윤직(편집대표)/양창수 집필, 민법주해(IX), 박영사, 1995, 312면; 김상용, “이행거절의 법적처리에 관한 비교고찰”(주 1), 5면; 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2005. 2, 5면 이하; 배성호, “이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감 의무”, 한국부패학회보 제17권 제1호, 2012. 3, 154면; 성승현, “한국민법에서의 이행거절제도와 그 비교법적 고찰”, 민사법연구 제15권 제1호, 2007. 6, 43면 이하; 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 132면 이하 등.

의 급부수령을 거절하고, 원고에게 어떠한 보상도 하지 않겠다는 의사를 표시하였다. 이에 원고는 5월 22일 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.⁴⁾

이 사건의 주된 쟁점은 ‘이행기가 도래하기 전에 당사자 중 일방이 약정된 채무 이행을 거절하였다면 상대방은 계약위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 있는가’ 하는 문제였다. 당시 재판관이었던 캠벨 경(CJ Lord Campbell)은 다음과 같이 판결하였다.

‘본 사안에서처럼 당사자 중 일방이 그 계약을 부인하거나 그 이행을 거절하였다면, 그것은 묵시적인 계약내용에 대한 위반(breach of an implied contract)이다. … 신중하게 맺은 계약관계를 부적법하게 부인하는 자는 그로부터 손해를 입은 자가 손해배상청구의 소를 제기한 경우에 정당하게 이의를 제기할 수 없다. 그 경우에 피해자에게 즉시 소송을 제기할 것인지, 아니면 계약관계가 여전히 장래 구속력을 가진다는 판단 하에 채무의 이행을 기다릴 것인지를 선택할 수 있는 권리를 허용하는 것이 합리적일 것이다.’⁵⁾

법원은 이행기 도래 전의 이행거절도 계약위반이 인정된다고 보았으며, 따라서 원고의 청구를 인용하였다.⁶⁾ 이 판결에 의하여 이행기 전의 계약위반 법리가 확립되었다고 볼 수 있는데, 이행기 전의 계약위반이란 계약의 일방 당사자가 의사표현 또는 행위를 통하여 이행기 이전에 자신의 의무를 이행하지 않거나 또는 의무를 이행할 의사가 없음을 표시하는 것이다. 한편, 그러한 계약위반은 명백하고 절대적인 것이어야 한다.⁷⁾

4) 그 후 원고는 소송제기의 시점과 이행기일인 동년 6. 1. 사이에 De la Tour와 체결한 계약조건과 동일하지만 그 이행은 1852. 7. 4. 이전에는 개시하지 않기로 하고, Lord Ashburton과 또 다른 계약을 체결하였다.

5) Hochster v. De la Tour (1853), 2 E. & B. 678, 118 Eng. Rep. 922.

“...In this very case, of traveller and courier, from the day of the hiring till the day when the employment was to begin, they were engaged to each other; and it seems to be a breach of an implied contract if either of them renounces the engagement. ... The man who wrongfully renounces a contract into which he has deliberately entered cannot justly complain if he is immediately sued for a compensation in damages by the man whom he has injured: and it seems reasonable to allow an option to the injured party, either to sue immediately, or to wait till the time when the act was to be done, still holding it as prospectively binding for the exercise of this option, which may be advantageous to the innocent party, and cannot be prejudicial to the wrongdoer.”

6) Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases, and Materials, 4th ed., Oxford University Press, 2010, p. 806; 박윤직(편집대표)/양창수 집필, 민법주해(IX)(주 3), 312면.

7) 위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”, 한양법학 제24권 제1집, 2013, 403

(2) *Frost v. Knight* 판결

1872년의 *Frost v. Knight* 판결⁸⁾에서도 이행기 전 이행거절이 문제되었다. 이 사건에서 원고 Frost(여성)는 피고 Knight(남성)의 부친의 집에서 일하였고, 피고는 부친이 사망한 후에 원고와 혼인할 것을 약속하였으나, 피고가 부친이 사망하기 전에 원고와 혼인하지 않겠다고 통지하였고, 이에 원고는 피고의 부친이 생존하는 동안에 피고를 상대로 혼인합의 위반을 이유로 손해배상청구의 소를 제기하였다.

향소 법원(Exchequer Chamber)의 재판관 Byles J는 원심판결 중 “계약위반이 없다”는 사항에 대하여 그러한 혼인합의는 실제로 양당사자에게 “어떤 다른 사람과 혼인하여서는 안된다”와 같은 의무를 가진 약혼관계(status of betrothment)를 창설하고, 이 사건에도 혼인합의라는 새로운 관계로부터 당사자에게 요구되는 의무의 위반이 인정되기 때문에 사실상의 계약위반(actual breach of contract)이 있다고 판단하였다.

재판관 Cockburn CJ는 이 사건을 Hochster 사건과 비교할 때 단지 이행기가 확정되지 않았다는 점을 제외하고는 전혀 차이가 없으므로, Hochster의 법리는 이 사건에 여전히 적용될 수 있다고 판단하였다. 결국 원심판결은 파기되고, 피고의 이행거절로 인한 손해배상청구가 인정되었다.

(3) *Danube & B. S. Railway & K. Harbour Co. v. Xenos* 판결⁹⁾

원고들(Danube)은 피고 회사(Xenos)와 특정 철도 차량, 시설 및 원자재를 1860년 8월 1일에 런던에서 적재한 후 터키의 Kustendjie까지 피고의 배(Mavrocordatos)로

면.

8) *Frost v. Knight* (1872), L.R. 7 Ex. 111 (Exchequer Chamber). 이 사건에 대한 국내문헌으로 예컨대, 곽윤직(편집대표)/양창수 집필, 민법주해(IX)(주 3), 312면; 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 7면 이하; 배성호, “이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무”(주 3), 155면; 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 135면 이하 등.

9) *Danube & Black Sea Railway & Kustendjie Harbour Company (Limited) v. Xenos* (1863) 13 CB(NS) 825, 143 Eng. Rep. 325 (Exchequer Chamber).

운반하기로 하는 계약을 체결하였다. 그런데 동년 7월 20~21일에 피고는 원고에게 계약의 존재를 부인하고, 계약을 이행할 의사가 없음을 알렸다. 7월 23일, 원고는 피고에게 계약을 구속력 있는 것으로 여기고 자신의 부분을 이행할 준비가 되었으며, 만약 피고가 이행하지 못한다면 그로 인한 손해에 대해 책임지라고 회신하였다. 피고는 또다시 계약의 존재를 부인하면서 (원고에게 전보다 불리한 조건으로) 새로운 계약을 제안하였으나, 원고는 받아들이지 않았다. 피고에게 두 번 거절당한 원고는 8월 1일 전, 상품을 적재 후 Kustendjie까지 수송할 다른 계약을 체결하였다. 8월 1일, 피고가 원고에게 상품 수령 및 수송할 준비가 되었음을 고지하자 원고는 피고에게 이미 다른 계약을 체결하였으며, 대체거래를 함으로써 “초래될 손실을” 피고로부터 상환받을 방법을 생각중임을 고지하였으며, 이후 피고에게 손해배상청구의 소를 제기하였다.

민사소송법원은 두 가지 이유에서 원고에게 승소판결을 내렸다.

첫째, 피고는 계약을 이행거절함으로써, 원고가 이행거절을 현존한 계약위반으로 취급하고 소를 제기할 권리를 부여하였다.

둘째, 피고가 8월 1일 원고의 상품을 받아 수송할 준비가 되었음을 고지함으로써 이행거절을 철회하였다 하더라도, 원고가 피고의 이행거절에 근거하여 다른 계약을 체결하였기 때문에 그러한 철회는 실패하였다.

항소 법원(Exchequer Chamber) 역시 민사소송법원의 판결을 재판관 전원일치로 확인하였다.¹⁰⁾

(4) 소결

당사자 일방이 이행기가 확정된 계약이행을 이행기 도래 전에 거절하는 경우에, 상대방은 이행기 도래를 기다리지 않고 계약을 해제하고 즉시 손해배상청구의 소를 제기하거나, 이행기 도래 후 손해배상청구를 할 것인지를 선택할 수 있다는 이행거절법리는 *Hochster v. De la Tour* 판결에서 정립되었고, *Frost v. Knight* 판결에 의해 이행기가 확정되지 않은 계약에 확대 적용되었다. *Frost* 판결 후에 그 당시의 법학자들, 특히 Benjamin은 “이행거절법리는 *Frost* 판결에 의해 이행기 전 이행거

10) Keith A. Rowley, "A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law", *University of Cincinnati Law Review*, Winter, 2001, pp. 584~586.

절의 문제 전반에 구속력(authority)을 가진다.”고 인정함으로써 이 법리는 오늘날 영국의 계약법, 특히 채무불이행법의 지도원리가 되었다고 평가할 수 있다.¹¹⁾

2. 미국의 판례

영국에서 정립된 이행거절법리는 미국에서도 수용되었다. 여기에서는 이행기 전 이행거절 법리가 수용되는데 중요한 역할을 한 미국 연방대법원의 두 가지 판결을 소개하고자 한다.

(1) *Dingley v. Oler* 판결

먼저 *Dingley v. Oler* 판결¹²⁾을 살펴보고자 한다. 원고들과 피고들은 얼음판매업자였는데, 원고들은 팔지 못하고 남은 많은 얼음 때문에 큰 손실을 입을 것을 염려하여 1879년 9월 6일 피고들에게 남은 얼음의 매수를 제안하였다. 피고들은 원고들의 제안에 답변하기를, 원고들의 얼음을 매수하되, 다음 해에 같은 양의 얼음을 원고들에게 반환하겠다고 하였다. 피고들이 원고들로부터 얼음을 수령할 당시 얼음의 가격은 톤당 50센트였다. 그러나 피고들은 1880년 7월 7일 원고들에게, 얼음의 톤당 유효가격이 인상되어 5달러인 점에 비추어, 그 시점에 얼음의 선적을 거절하며, 원고들이 제3자들에게 제시하였던 가격(애초의 가격 50센트)에 따른 현금으로 지불하거나, 또는 그 정도의 가격이 될 때에 얼음을 인도하겠다고 하였다.

원고들이 재차 피고들에게 얼음의 반환을 요구하자, 피고들은 1880년 7월 15일 원고들의 요구에 응할 수 없음을 통지하였다. 이에 원고들은 피고를 상대로 1880년

11) 성승현, “한국민법에서의 이행거절제도와 그 비교법적 고찰”(주 3), 44면. 예를 들면, “The leading British commentator of his time, writing shortly after the Exchequer Chamber’s decision, declared that Frost had “conclusively settled” the “whole law” on the subject of whether an aggrieved promisee may bring suit prior to the date fixed for performance against a promisor who had “distinctly and unequivocally” refused to perform.” (Keith A. Rowley, “A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law”(주 10), Foot note. 125.)

12) *Dingley v. Oler* (1886) 117 U.S. 490.

7월 21일 소를 제기하였다.¹³⁾

원심 법원(Circuit Court)은 1880년 7월 7일과 1880년 7월 15일자 피고들의 통지에 의하여 피고들이 원고들에게 시즌동안 얼음의 인도를 명백하게 거절한 것으로 보고, 시즌 종료 전에 원고들은 피고들을 상대로 소송을 제기할 수 있다고 인정하였다. 또한, 1880년 7월부터 그 해의 시즌 종료까지의 기간 동안 가장 싼 가격(톤당 2달러)을 토대로 한 손해배상을 인정하였다.¹⁴⁾

피고들은 자신들이 원고들에게 한 통지들이 얼음의 반환을 명백하게 거절한 것을 의미하는 것이 아니기 때문에, 원고들은 소를 제기할 수 없는 것이라고 하면서 상고하였다.

연방대법원은 이러한 피고들의 상고를 받아들여, 1880년 7월 7일과 15일의 통지는 명백한 이행거절이 아니라고 하여 원심 판결을 파기하였다. 연방대법원은 1880년 7월 7일과 7월 15일자 피고들의 통지가 어떠한 경우에도 계약을 이행하지 않겠다는 최종적이며 명백한 선언이 아니고, 다만 원고들의 즉각적인 교부요구에 대한 거절의 응답일 뿐이라고 보았다. 따라서 피고들의 표현이 엄격한 의미를 넘어 확대 해석 되어서는 안 된다고 하였다.¹⁵⁾

13) Keith A. Rowley, "A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law"(주 10), pp. 593~594; 위계찬, "채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절"(주 7), 404~405면.

14) Dingley v. Oler (1886) 117 U.S. pp. 492~493.

15) Dingley v. Oler (1886) 117 U.S. pp. 501~504.

"We differ, however, from the opinion of the circuit court that the defendants are to be considered, from the language of their letters above set out, as having renounced the contract by a refusal to perform within the meaning of the rule which, it is assumed, in such a case confers upon the plaintiffs a right of action before the expiration of the contract period for performance. ... Although in this extract they decline to ship the ice that season, it is accompanied with the expression of alternative intention, ... It was not intended, we think, as a final and absolute declaration that the contract must be regarded as altogether off so far as their performance was concerned, ... Accordingly, on July 15 the defendants replied to the demand for an immediate delivery to meet the exigency of the plaintiffs' sale of the same ice to others, and the letter is evidently and expressly confined to an answer to the particular demand for a delivery at that time. ... This, we think, is very far from being a positive, unconditional, and unequivocal declaration of fixed purpose not to perform the contract in any event or at any time. In view of the consequences sought to be deduced and claimed as a matter of law to follow, the defendants have a right to claim that their expressions, sought to be converted into a renunciation of the contract, shall not be enlarged by construction beyond their strict meaning."

(2) *Roehm v. Horst* 판결

이어서 1900년 *Roehm v. Horst* 판결¹⁶⁾을 통하여 미국에서 이행기 전 이행거절 법리가 수용되게 되었다.

Horst 형제들은 Horst Brothers 농장에서 수확한 Hop를 Roehm에게 5년간 공급하기로 하는 일련(4개)의 계약을 체결하였다. 첫번째 계약기간(term of contract)이 진행되는 동안 Horst Brothers 농장은 해체되었고, Horst 형제들은 그 사실을 Roehm에게 통지하였다. Roehm은 농장의 해체사실을 계약이 종료한 것으로 간주하여, Horst 형제들이 제공한 급부를 거절함과 동시에 장래 이행될 급부의 수령과 자신의 반대급부 이행을 거절하는 의사를 표명하였다. 이에 Horst 형제들은 4개의 계약 전부에 대하여 계약위반을 주장하고, Roehm을 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였다.

Roehm의 첫번째 계약의 이행거절은 이미 이행기가 도래한 후에 행해졌으므로 계약위반으로 인정되었다. 그러나 Roehm이 동일한 사유로 이행기가 도래하지 않은 나머지(3개의) 계약의 이행을 거절한 것이 합당한 것인지, 아니면 잔존한 나머지 계약도 위반하였으므로 Horst 형제의 손해배상청구의 소를 인정할 것인지가 문제되었다.

연방대법원의 Fuller 대법관은 다음과 같이 판단하였다.

“계약이행에 대한 명시적인 거절을 통해 계약의 장래 이행이 위반될 수 있다는 법리는 영국에서 고용(*Hochster v. De la Tour*), 혼인(*Frost v. Knight*), 제조 또는 판매(*Danube & B. S. Railway & K. Harbour Co. v. Xenos*)에 관한 계약에 적용됨으로써 확고한 법리가 되었다. ... 그 법리는 우리나라에서도 대부분의 법원들에 의해 널리 인정되었다. ... Cockburn 재판관이 *Frost v. Knight* 사건에서 당사자는 합의를 통해 이행기 도래 전에도 그 계약이 존속하도록 유지할 권리를 가진다는 사실

16) *Roehm v. Horst* (1900) 178 U.S. 1. 이 판결에 대한 국내 문헌으로는, 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 8면 이하; 김상용, “이행거절의 법적처리에 관한 비교고찰”(주 1), 5면; 배성호, “이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무”(주 3), 155~156면; 성승현, “한국민법에서의 이행거절제도와 그 비교법적 고찰”(주 3), 45면 이하; 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 139면 이하 등.

을 인정한 것처럼, 당사자에게 그 계약이 유지된다는 것은 당사자의 본질적인 이익에 속하고, 당사자는 그 계약으로부터 자신의 이익과 편의를 도모하기 위해 다양한 시도를 할 권리가 이미 발생하였다고 볼 수 있을 것이다. ... 손해배상의 (산정) 문제와 관련해서 원고가 상대방의 계속되는 계약위반으로 인해 이행기가 완성될 때까지 입게 될 손해에서 그가 제반여건에 비추어 합리적으로 줄일 수 있었던 부분을 공제한 차액이 손해액이 될 것이다. ... 원심 판결을 확인한다.”¹⁷⁾

결국, 법원은 이행기 전 이행거절을 계약위반으로 보고, Horst 형제들의 손해배상 청구를 인용하였다. 이 판결을 계기로 하여, 그동안 이를 반대하였던 주들을 포함한 많은 주 법원들이 영국에서 확립된 이행거절법리를 수용하게 되었다.¹⁸⁾

II. 통일상법전(UCC)

1. 이행거절의 요건

미국법률협회(American Law Institute)와 미국통일주법제정위원회(National

17) *Roehm v. Horst* (1900) 178 U.S. 1.

Mr. Chief Justice Fuller delivered the opinion of the court:

“The doctrine that there may be an anticipatory breach of an executory contract by an absolute refusal to perform it has become the settled law of England as applied to contracts for services, for marriage, and for the manufacture or sale of goods. ...The doctrine which thus obtains in England has been almost universally accepted by the courts of this country, although the precise point has not been ruled by this court. ...As Lord Chief Justice Cockburn observed in *Frost v. Knight*, the promisee has the right to insist on the contract as subsisting and effective before the arrival of the time for its performance, and its unimpaired and unimpeached efficacy may be essential to his interests, dealing as he may with rights acquired under it in various ways for his benefit and advantage. ...As to the question of damages, if the action is not premature, the rule is applicable that plaintiff is entitled to compensation based, as far as possible, on the ascertainment of what he would have suffered by the continued breach of the other party down to the time of complete performance, less any abatement by reason of circumstances of which he ought reasonably to have availed himself. ...Judgment affirmed.”

18) 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 140면.

Conference of Commissioners on Uniform State Laws)가 1977년 상거래에 관한 모델법안으로 통일상법전을 제정하였는데, 제2장 매매(Sales) 부분에 이행기 전 이행거절 이론이 받아들여지면서 미국 내의 동산매매에 관하여는 규범력을 가진 법규가 되었다.

1977년 UCC 제2-610조¹⁹⁾는 일방 당사자의 이행거절이 있는 경우, 그것이 계약상의 가치를 본질적으로 손상시키면, 피해 당사자는, a) 상업적으로 합리적인 기간 동안 거절 당사자의 이행을 기다릴 수 있으며, b) 피해 당사자가 거절 당사자에게 그의 이행을 기다리며 거절의사의 철회촉구를 통지한 경우에도, 피해 당사자는 거절 당사자에게 손해배상의 청구, 대체거래의 실행 및 계약을 해제할 수 있고, c) 자신의 의무의 이행을 정지할 수 있다고 규정하였다.

2003년 UCC 제2편 매매부분이 개정되었고, 당시에 추가된 제2-610조 제2항²⁰⁾은 이행거절을 정의하였는데, 일방의 당사자가 ‘이행할 의사가 없거나 이행할 수 없다는 표시를 한 경우’ 내지 ‘장래의 이행이 불가능하다는 것을 나타내는 자발적이고 확고한 행위를 한 경우’를 이행거절로 규정하고 있다.

UCC 제2-609조²¹⁾는 상대방의 채무이행에 대하여 불안감을 느낄 합리적인 근거

19) UCC 제2-610조 (Anticipatory Repudiation)

(1) If either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may:

(a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or
(b) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even if the aggrieved party has notified the repudiating party that it would await the latter's performance and has urged retraction; and

(c) in either case suspend performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704).

(2) Repudiation includes language that a reasonable person would interpret to mean that the other party will not or cannot make a performance still due under the contract or voluntary, affirmative conduct that would appear to a reasonable person to make a future performance by the other party impossible.

20) UCC 제2-610조 (Anticipatory Repudiation)(주 19) 참조.

21) UCC 제2-609조 (Right to Adequate Assurance of Performance)

(1) A contract for sale imposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. If reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party, the other may demand in a record adequate assurance of due performance and until the party receives the assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which it has not

가 있는 경우, 당사자는 서면으로 적절한 이행의 보장을 요구하고, 그가 그러한 이행의 보장을 받을 때까지는 상업적으로 합리적인 기간 동안 그의 채무의 이행을 중지할 수 있으며, 그러한 이행의 보장청구를 받은 후 30일 이내의 합리적인 시간 내에 적절한 이행보장을 해주지 못할 경우 이행거절이 된다고 규정하고 있다.²²⁾

2. 이행거절의 효과

제2-610조²³⁾에 의하면, 채권자는 채무자의 이행거절에 대하여 이행거절 즉시 계약위반을 이유로 계약의 해제와 손해배상을 청구하거나, 또는 이행기까지 이행을 기다렸다가 구제조치를 취하는 방법 등 두 가지 가능성 중 하나를 선택할 수 있다.

(1) 채무자의 선택안

채권자가 계약을 해제하거나, 그의 지위를 중대하게 변경하거나, 또는 이행거절자에게 이행거절을 최종적인 것으로 간주함을 통지하지 않는 한, 채무자는 그것을 철회하고 계약을 복구할 수 있음을 제2-611조²⁴⁾가 규정하고 있다. 채무자는 이행할

already received the agreed return.

(2) Between merchants, the reasonableness of grounds for insecurity and the adequacy of any assurance offered shall be determined according to commercial standards.

(3) Acceptance of any improper delivery or payment does not prejudice the aggrieved party's right to demand adequate assurance of future performance.

(4) After receipt of a justified demand, failure to provide within a reasonable time not exceeding 30 days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract.

22) 위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 408~410면.

23) UCC 제2-610조 (Anticipatory Repudiation)(주 19) 참조.

24) UCC 제2-611조 (Retraction of Anticipatory Repudiation)

(1) Until the repudiating party's next performance is due, that party may retract the repudiation unless the aggrieved party has since the repudiation cancelled or materially changed position or otherwise indicated that the repudiation is final.

(2) Retraction may be by any method that clearly indicates to the aggrieved party that the repudiating party intends to perform, but must include any assurance justifiably demanded under Section 2-609.

(3) Retraction reinstates the repudiating party's rights under the contract with due

의사가 있다는 뜻을 채권자에게 어떠한 방법으로도 알릴 수 있으나, 제2-609조²⁵⁾에 의해 정당한 이행보장의 요구가 있었던 경우에는, 이행보장을 함께 제공해야 철회가 가능하다.

(2) 채권자의 계약의무로부터의 해방

채무자의 이행거절이 있을 후, 채권자는 계약을 해제(cancel)하여 자신의 채무로부터 해방될 수 있다.

(3) 손해배상

UCC는 계약가격과 시장가격의 차액을 손해배상으로 산정한다. 또한, 대체(substitute) 거래의 개념을 도입하였다. 즉, 매도인이 계약위반을 한 경우, 매수인은 대체물을 구입(cover)하여 계약가격과 대체물 구입가격의 차액을 손해액으로 인정받을 수 있고(UCC 제2-712조²⁶⁾), 매수인이 계약위반을 하면, 매도인은 물건을 다른 곳에 재판매(resale)하여 계약가격과 재판매가격과의 차액을 손해액으로 인정받을 수 있다(UCC 제2-706조²⁷⁾).

excuse and allowance to the aggrieved party for any delay occasioned by the repudiation.

25) UCC 제2-609조 (Right to Adequate Assurance of Performance)(주 21) 참조.

26) UCC 제2-712조 ("Cover"; Buyer's Procurement of Substitute Goods)

(1) If the seller wrongfully fails to deliver or repudiates or the buyer rightfully rejects or justifiably revokes acceptance, the buyer may "cover" by making in good faith and without unreasonable delay any reasonable purchase of or contract to purchase goods in substitution for those due from the seller.

(2) A buyer may recover from the seller as damages the difference between the cost of cover and the contract price together with any incidental or consequential damages under Section 2-715, but less expenses saved in consequence of the seller's breach.

(3) Failure of the buyer to effect cover within this section does not bar the buyer from any other remedy.

27) UCC 제2-706조 (Seller's Resale Including Contract for Resale)

(1) Under the conditions stated in Section 2-703 on seller's remedies, the seller may resell the goods concerned or the undelivered balance thereof. Where the resale is made in good faith and in a commercially reasonable manner the seller may recover the difference between the resale price and the contract price together with any incidental

이러한 대체거래가 인정됨으로 인해 계약위반을 당한 당사자로서는 시장가격을 입증해야 하는 부담을 덜게 되었으나, 한편으로 상대방의 계약위반을 알게 되면 대체거래를 통하여 더 이상의 손해를 막을 수 있기 때문에, 그 이후에 확대된 손해는 배상받지 못하게 된다(UCC 제2-715조 제2항 (a)²⁸⁾, 제2-710조 제2항²⁹⁾).

(4) 손해배상 관련 판례

개정전 UCC는 손해배상 산정의 기준시점을 ‘계약위반을 안 때’³⁰⁾로 규정하고 있

damages allowed under the provisions of this Article (Section 2 - 710), but less expenses saved in consequence of the buyer’s breach. (후략)

28) UCC 제2-715조 (Buyer’s Incidental and Consequential Damages)

(1) Incidental damages resulting from the seller’s breach include expenses reasonably incurred in inspection, receipt, transportation and care and custody of goods rightfully rejected, any commercially reasonable charges, expenses or commissions in connection with effecting cover and any other reasonable expense incident to the delay or other breach.

(2) Consequential damages resulting from the seller’s breach include

(a) any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise; and

(b) injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty.

29) UCC 제2-710조 (Seller’s Incidental and Consequential Damages)

(1) Incidental damages to an aggrieved seller include any commercially reasonable charges, expenses or commissions incurred in stopping delivery, in the transportation, care, and custody of goods after the buyer’s breach, in connection with return or resale of the goods or otherwise resulting from the breach.

(2) Consequential damages resulting from the buyer’s breach include any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the buyer at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by resale or otherwise.

(3) In a consumer contract, a seller may not recover consequential damages from a consumer.

30) UCC 제2-713조 (Buyer’s Damages for Nondelivery or Repudiation): 2003년 개정전

(1) Subject to the provisions of this Article with respect to proof of market price (Section 2-723), the measure of damages for non-delivery or repudiation by the seller is the difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price together with any incidental and consequential damages provided in this Article (Section 2-715), but less expenses saved in consequence of the seller’s breach.

(2) Market price is to be determined as of the place for tender or, in cases of

는데, 이것의 의미가 이행거절시인지 아니면 이행기인지에 관하여 *Trinidad Bean and Elevator Co. v. Frosh*³¹⁾ 사건에서 문제가 되었다.

1988년 4월 Trinidad Bean and Elevator Company(이하 'Trinidad 社'라고만 한다)는 Elmo Frosh라는 농부로부터 흰 강낭콩을 100 파운드당 16달러에 1988년 수확기 말에 구입하기로 계약하였다. 동년 5월, 흰 강낭콩의 가격이 계약가격과 같아지자, Frosh는 계약을 이행거절하였다.

가뭄 때문에 강낭콩의 가격이 100 파운드당 16달러(1988년 5월)에서 37달러(동년 10월 중순 수확기)까지 올랐고, Trinidad 社는 결국 36달러(동년 9월 하순)일 때 다른 공급자로부터 강낭콩을 구입하였다. 제1심 법원은 Frosh에게 승소 판결을 내렸는데, 그 이유는 이행거절 당시 계약가격이 100 파운드당 16달러로 시장가격과 같기 때문이었다. Trinidad 社는 손해 산정의 기준시점이 10월 중순의 예정된 인도일이라는 전제하에 항소하였다.

항소심은 UCC 제2-713조의 “계약위반을 안 때”의 의미가 이행거절시인지 또는 이행기인지에 관해 언급하면서, 다음과 같은 이유로 ‘이행거절시’로 보는 것이 합리적이라고 결론지었다.

첫째, UCC 제2-610조³²⁾에 의하면 일방의 이행거절이 있는 경우, 피해자는 ‘상업적으로 합리적인 기간’ 동안 거절 당사자의 이행을 기다릴 수 있다고 규정하고 있는데, 이 경우 이행기는 피해 당사자에게 손해배상의 산정에 있어 아무런 의미가 없다.

둘째, UCC 이전의 법이 피해 당사자로 하여금 이행거절자가 의무를 이행할 때까지 기다릴 수 있게 한 것은 부적절하다.

셋째, 이행기의 손해액 산정은 피해 당사자의 손해 배상을 저해하는데, 그 이유는 매수인(Trinidad 社)에게 과잉보상하고, 매도인(Frosh)에게는 불리하기 때문이다.

넷째, 대체물 구입(cover) 규정이 매수인으로 하여금 비합리적인 지연 없이 구입(cover)하도록 되어 있다(UCC 제2-712조 제1항³³⁾).

법원은 손해배상액에 대하여, “매수인이 이행거절일에 대체물을 구입(cover)하는 것이 상업적으로 합리적인 한, 계약가격과 이행거절일의 상품가격의 차이가 된다”

rejection after arrival or revocation of acceptance, as of the place of arrival.

31) 494 N.W.2d 347 (Neb. Ct. App. 1992).

32) UCC 제2-610조 (Anticipatory Repudiation)(주 19) 참조.

33) UCC 제2-712조 (“Cover”; Buyer’s Procurement of Substitute Goods)(주 26) 참조.

고 판결함으로써 대체물 구입의 중요성을 인정하였다. 그러나, 매수인(Trinidad 社) 입장에서는 이행거절시의 구입이 비합리적임을 입증해야 하는 부담을 가지게 된다.³⁴⁾

위 첫째에서 실시한 문제와 관련하여, 개정전 UCC 제2-723조³⁵⁾에 의하면 이행거절시의 손해배상은 ‘피해 당사자가 이행거절을 안 때’를 기준으로 산정하므로, 결국 피해 당사자는 상업적으로 합리적인 기간 동안 기다릴 수 있는 권리를 박탈당하게 된다. 이러한 문제점이 UCC 2003년 개정에 반영되어, 제2-713조³⁶⁾의 손해배상 산정의 기준시는 ‘피해 매수인이 이행거절을 알고 상업적으로 합리적인 기간이 경과한 후’로 개정되었다.³⁷⁾

34) Dena DeNooyer, Remedying Anticipatory Repudiation--Past, Present, and Future?, SMU Law Review, Fall 1999. p. 1813.

35) UCC 제2-723조 (Proof of Market Price: Time and Place): 2003년 개정전

(1) If an action based on anticipatory repudiation comes to trial before the time for performance with respect to some or all of the goods, any damages based on market price (Section 2-708 or Section 2-713) shall be determined according to the price of such goods prevailing at the time when the aggrieved party learned of the repudiation.

(2) If evidence of a price prevailing at the times or places described in this Article is not readily available the price prevailing within any reasonable time before or after the time described or at any other place which in commercial judgment or under usage of trade would serve as a reasonable substitute for the one described may be used, making any proper allowance for the cost of transporting the goods to or from such other place.

(3) Evidence of a relevant price prevailing at a time or place other than the one described in this Article offered by one party is not admissible unless and until he has given the other party such notice as the court finds sufficient to prevent unfair surprise.

36) UCC 제2-713조 (Buyer's Damages for Nondelivery or Repudiation): 2003년 개정후

(1) Subject to Section 2-723, if the seller wrongfully fails to deliver or repudiates or the buyer rightfully rejects or justifiably revokes acceptance:

(a) the measure of damages in the case of wrongful failure to deliver by the seller or rightful rejection or justifiable revocation of acceptance by the buyer is the difference between the market price at the time for tender under the contract and the contract price together with any incidental or consequential damages under Section 2-715, but less expenses saved in consequence of the seller's breach; and

(b) the measure of damages for repudiation by the seller is the difference between the market price at the expiration of a commercially reasonable time after the buyer learned of the repudiation, but no later than the time stated in paragraph (a), and the contract price together with any incidental or consequential damages provided in this Article (Section 2-715), less expenses saved in consequence of the seller's breach.

(2) Market price is to be determined as of the place for tender or, in cases of rejection after arrival or revocation of acceptance, as of the place of arrival.

37) 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3),

3. 통일상법전의 의의

미국 통일상법전은 이행기 전 이행거절 이론의 처리를 통해 보통 계약법하에서 이행거절시 발생하는 문제점을 해결하는데 다음과 같이 크게 기여하고 있다.

첫째, 제2-609조³⁸⁾와 그에 의한 ‘적절한 이행 보장’ 원칙은 이행거절의 명확함과 완전성을 결정할 때 발생하는 문제점들을 완화하는데 도움을 준다. 제2-609조를 통해 이행거절을 결정하는데 상당히 명확한 수단이 제공되었다.

둘째, UCC 제2편의 중요한 기여는 향후 이행을 요구하는 모든 계약에 내재하는 기대 이익(expectation-interest)을 보호한다는 점이다. 이는 이행거절 상대방(non-repudiating party)에 의해 온전히 이행되어 왔던 계약의 이행기 전 이행거절을 위한 구제책을 제공한다. 왜냐하면 제2-609조와 ‘적절한 이행 보장’에 관한 조항들은 부분적으로 이행된 것과 완전히 이행되지 않은 계약 모두에 적용되기 때문이다.

셋째, 계약서에 명시된 이행기 전에 소송이 제기된 사건에서, 손해 산정 방법을 명확화, 단순화했다는 점이다. 시장가격과 계약가격의 차이에 기초한 보상시, 적용가능한 시장 가격은 소송이 회부되는 시점에 따라 결정된다. 만약 소송이 이행기보다 앞설 경우에는, 적용가능한 시장 가격은 ‘이행거절 당시’의 가격이다. 통일상법전은 피해 매수인이 계약가격과 구입(cover) 가격의 차이를 만회할 수 있도록 하고, 피해 매도인은 계약가격과 재판매 가격의 차이를 만회할 수 있도록 함으로써, 시장가격을 증명하는데 발생하는 문제점을 해결하고자 하였다.³⁹⁾

Ⅲ. 제2차 계약 리스테이트먼트(Restatement (Second) of Contracts)

미국법률협회(American Law Institute)는 1932년 제1차 계약 리스테이트먼트를 발표한 이후 1981년에 제2차 계약 리스테이트먼트를 발표하였다. 제2차 계약 리스테이트먼트는 제1차 계약 리스테이트먼트와 실시한 미국 통일상법전(UCC: Uniform

101면.

38) UCC 제2-609조 (Right to Adequate Assurance of Performance)(주 21) 참조.

39) E Hunter Taylor Jr., The Impact of Article 2 of the U.C.C. on the Doctrine of Anticipatory Repudiation, 9 Boston College Law Review 917, 1968, p. 940.

Commercial Code)의 규정 및 당시까지 축적된 다양한 판례들을 토대로 작성되었다.

1. 이행거절의 요건

제2차 계약 리스테이트먼트 제250조⁴⁰⁾는, (a) 채무자가 채권자에게 계약위반을 하겠다는 뜻을 표현한 경우와, (b) 채무자가 자발적으로 자신의 의무이행이 불가능해지도록 하는 행위를 한 경우가 이행거절에 해당한다고 규정하고 있다.

2. 이행거절의 효과

제2차 계약 리스테이트먼트 역시 제1차 계약 리스테이트먼트와 마찬가지로 채무자의 이행거절이 있는 경우, 채권자가 이를 계약위반으로 보아 즉시 소송을 제기하거나 또는 계약을 정상적으로 취급하여 이행거절했던 채무자가 정상적으로 이행하기를 기다릴 수 있다는 채권자의 선택권에 대하여 명문으로 규정하지는 않았지만, 제1차 계약 리스테이트먼트 제320조 및 UCC 제2-610조 제1항 (b)에 해당하는 규정인 제257조⁴¹⁾로 보아 당연한 것으로 여겨진다.

한편, 채권자가 이행보장을 요구할 수 있다는 UCC의 신설규정인 제2-609조를 제2차 계약 리스테이트먼트 역시 수용하여 제251조⁴²⁾에서 규정하고 있다. 즉, 채권자

40) Restatement (Second) of Contracts (1981) 제250조 (When a Statement or an Act Is a Repudiation)

A repudiation is

(a) a statement by the obligor to the obligee indicating that the obligor will commit a breach that would of itself give the obligee a claim for damages for total breach under §243, or

(b) a voluntary affirmative act which renders the obligor unable or apparently unable to perform without such a breach.

41) Restatement (Second) of Contracts (1981) 제257조 (Effect of Urging Performance in Spite of Repudiation)

The injured party does not change the effect of a repudiation by urging the repudiator to perform in spite of his repudiation or to retract his repudiation.

42) Restatement (Second) of Contracts (1981) 제251조 (When a Failure to Give Assurance May Be Treated as a Repudiation)

에게, 그 자체로 계약 전체의 손해배상을 청구할 수 있을 만한 계약위반을 (채무자가) 할 것이라고 생각할 합리적인 근거가 있는 경우에는, 채권자가 채무자에게 적절한 이행의 보장을 요구할 수 있으며, 합리적인 기간 안에 그러한 이행보장이 없을 경우에는 이를 이행거절로 취급할 수 있다.⁴³⁾

위 규정은 앞서 살펴본 UCC 제2-609조⁴⁴⁾와 비교하여 다음과 같은 두 가지의 차이점이 있다.

첫째, 형식적인 측면에서 UCC에서는 채권자가 적절한 이행보장을 ‘서면으로’ 요청해야 하고, 이행보장의 요구를 받은 채무자는 ‘30일 이내’의 합리적인 기간 내에 적절한 이행보장을 해주어야 한다. 그러나, 제2차 계약 리스테이트먼트 제251조는 서면의 형식을 필요로 하지 않아, 구두로 이행보장을 요청하는 것도 가능하며, 합리적인 기간 내일 것을 요구할 뿐, 30일 이내의 제한규정도 두지 않고 있다. 이행보장을 요청할 때 서면으로 형식을 제한할 필요성이 크지 않고, 30일이라는 일률적 기간 제한보다는 합리적인 기간이라는 유연성 있는 기준으로 대응하게 한 취지로 해석된다.

둘째, UCC에서는 적절한 이행보장을 주지 못한 경우에는 이를 이행거절로 간주하는데 반하여, 제2차 계약 리스테이트먼트는 채무자가 적절한 이행보장을 주지 못한 경우에도 채권자는 이를 항상 이행거절로 볼 필요가 없고, 이를 이행거절로 볼지 여부에 대하여 선택권을 가지고 있다. 이는 제2차 계약 리스테이트먼트가 기존 UCC 규정을 개선하려고 한 노력의 일환임과 동시에 되도록이면 계약을 유지하려는 전제하에 채무불이행 여부를 신중하게 판단하려는 의도라고 해석된다.⁴⁵⁾

(1) Where reasonable grounds arise to believe that the obligor will commit a breach by non-performance that would of itself give the obligee a claim for damages for total breach under §243, the obligee may demand adequate assurance of due performance and may, if reasonable, suspend any performance for which he has not already received the agreed exchange until he receives such assurance.

(2) The obligee may treat as a repudiation the obligor's failure to provide within a reasonable time such assurance of due performance as is adequate in the circumstances of the particular case.

43) 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 24~25면.

44) UCC 제2-609조 (Right to Adequate Assurance of Performance)(주 21) 참조.

45) 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 25~26면.

IV. 소결

영미법에서 이행거절법리의 형성은 “이행기 전의 계약위반은 성립하지 않는다”는 common law의 전통적인 법리에 중대한 변화를 가져왔고, 이행거절은 다음과 같은 점에서 의미를 찾을 수 있다.

첫째, 계약당사자 일방의 이행기 전 이행거절은 상대방에게 이행기 전 소구 가능한 손해배상청구소권의 발생사유이므로, 계약위반이라는 일반구성요건과는 다른 독자적인 계약책임 발생요건을 의미한다고 볼 수 있다.

둘째로, 계약위반시에 통상 손해배상청구의 소라는 유일한 법적 구제책이 인정되는 것과 달리, 이행거절 상대방에게 이행기 전이라도 계약을 해제함과 동시에 즉시 손해배상청구의 소를 제기하거나, 아니면 이행기 도래 후에 손해배상청구의 소를 제기할 수 있도록 그 법률효과 면에서 선택권을 인정하고 있다.

나아가, 이행거절법리의 형성은 계약상의 의무는 당사자의 명시적인 합의사항(express promises)으로부터 도출된다는 계약법의 전통적인 관념에도 변화를 가져왔다. 즉, 당사자가 명시적으로 이행기 전에 이행을 거절하지 않기로 합의하지 않았더라도, 당사자 일방이 그 이행을 거절하는 것은, 계약관계를 유지할 것을 묵시적으로 합의한 계약상 의무를 위반(breach of an implied contract)한 것이다. 또한, 그러한 의무위반은 신뢰를 위반한 것이고, 그 침해된 신뢰는 신의성실의 원칙에 근거하고 있다.⁴⁶⁾

제 2 절 대륙법

I. 독일

46) Henry Winthrop Ballantine, Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties, 22 Michigan Law Review 329, 1923~1924, pp. 333, 352; Calamari/Perillo, The Law of Contracts(4th ed.), West Group, 1998, pp. 477~480.

1. 독일 일반상법전

독일 민법전 시행 이전의 독일 일반상법전(Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch: ADHGB)은 이행거절에 관하여 명문의 규정을 두지 않았다. 1872년 10월 26일의 제국상사최고법원(Reichsoberhandelsgericht, ROHG) 판결은 ADHGB 제354조 이하의 이행지체에 관한 규정을 이행거절의 경우에 적용하였는데, 피고의 이행거절을 이유로 원고가 계약을 해제하고 손해배상을 청구한 사건에서, 원고가 최고 없이 계약을 해제하고 손해배상을 청구하는 것은 ADHGB 제356조에 위반되어 인정될 수 없다는 피고의 항변을 받아들인 원심판결을 파기하였다. 제국상사최고법원의 이와 같은 견해는 독일 제국법원에서도 계속 유지되었다.⁴⁷⁾

2. 독일민법

(1) 2002년 개정 전

상사문제에 국한하여 적용되었던 ADHGB의 이행지체에 관한 규정과 법리는 독일민법 시행 후에 제326조⁴⁸⁾에 의해 일반화되었고, 그 적용범위도 민사문제로 확대

47) 성승현, “한국민법에서의 이행거절제도와 그 비교법적 고찰”(주 3), 51~53면; 위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 415~416면.

48) §326 BGB a. F.(Verzug: Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung)

(1) Ist bei einem gegenseitigen Verträge der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Verträge zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

(2) Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Absatz 1 bezeichneten Rechte zu, ohne dass es der Bestimmung einer Frist bedarf.

되었다. 독일민법전이 시행된 후, 이행기 전 이행거절의 경우에 이행지체의 규정(구 독일민법 제326조)이 적용될 수 있는가 여부와, 이 경우 추후 이행을 위해 상당한 기간을 정한 이행의 최고를 요구할 것인가 여부가 실무에서 문제되었다.

제국법원은 1902년 7월 11의 판결⁴⁹⁾에서 독일민법 시행 후, 처음으로 이행기 전 이행거절의 문제를 다루었다. 이 판결에서 이행기 전 이행거절은 거절의 의사표시가 이행기 전에 행해졌다는 사실 이외에는 이행기 후 이행거절과 다른 점이 인정되지 않기 때문에, 거절의 상대방은 (구 독일민법) 제326조에 따라 기간을 정한 이행의 최고 없이 즉시 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있다고 판결하였다.

그 후, 제국법원 판결들은 이행기 전 이행거절의 의사표시는 계약을 통한 목적달성을 매우 위태롭게 하고, 채권자가 계약관계에 계속적으로 구속될 것을 기대하는 것은 신의성실의 원칙에 반하므로, 채권자는 즉시 계약을 해제할 수 있다는 법리를 발전시켰다.⁵⁰⁾ 그러나, 이러한 법리가 채권자가 이행기의 도래를 기다려 지체손해의 배상과 함께 이행을 청구하는 것 자체를 배제하는 것은 아니다.⁵¹⁾

(2) 2002년 개정 후

2002년 이전의 독일민법전은 급부불능과 이행지체만이 법정의 불이행유형으로 인정되었고, 그 외에 판례와 학설에 의하여 인정된 불이행유형은 단지 ‘적극적 채권(계약) 침해’에 한정되어서, 지체와 불능 이외의 불이행은 모두 적극적 채권침해의 범주로서 처리할 필요가 있었다. 따라서 이행거절도 불완전급부(Schlechterfüllung)나 종된 급부의무(Nebenleistungspflichten)의 위반 등과 함께 적극적 채권침해의 한 유형으로 다루어져왔다.⁵²⁾

그런데, 독일민법이 2002년에 크게 개정되면서 채무불이행에 대한 입법태도를 근본적으로 전환하였다. 종래의 이행지체, 이행불능과 적극적 채권침해의 3분 체계에서 우리 민법과 같은 일반조항주의 내지 포괄규정주의로 전환한 것이다.⁵³⁾

49) RGZ 52, 151.

50) 이러한 제국법원의 판결에 대해 학계에서 다양한 비판을 하였음에도 불구하고, 그 법리는 지배적인 견해로 발전하였고, 2002년 개정 민법에 반영되었다(성승현, “한국민법에서의 이행거절제도와 그 비교법적 고찰”(주 3), 53~56면).

51) 위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 416면.

52) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 125면.

53) 채무불이행에 관한 우리 법의 기본규정인 민법 제390조는 객관적 요건으로 “채무자가

개정 후 독일의 채무불이행법은 제280조⁵⁴⁾를 우리 민법 제390조와 같은 근본규정으로 내세우고, 이행거절의 법리를 다음과 같이 부분적으로 독일 민법에 규율하였다.

첫째, 제281조는 “채무자가 이행기가 도래한 급부를 실행하지 아니하거나 채무에 좇아(wie geschuldet) 실행하지 아니한 경우”에 대하여, 채권자가 채무자에게 “급부 또는 추완을 위하여 상당한 기간”을 주었음에도 채무자가 이에 좇지 아니한 때에는 전보배상을 청구할 수 있다고 정하는데(제1항 제1문), 그러한 기간설정이 필요 없는 경우로 “채무자가 급부를 진지하게 종국적으로 거절한 때(wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert)”를 명문으로 정하고 있다(제2항).

둘째, 제286조는 채무자가 지연손해를 배상하여야 하는 ‘추가적 요건’에 대하여 정하고 있는데, 그것은 “이행기 도래 후 최고를 하였음”에도 이행을 하지 아니하였을 때이다(제1항 제1문). 그런데, “채무자가 급부를 진지하게 종국적으로 거절한 때”에는 최고가 요구되지 아니한다(제2항 제3호).

셋째, 쌍무계약의 불이행을 이유로 하는 해제권의 발생요건에 관하여, 제323조는 원칙적으로 “급부 또는 추완을 위하여 상당한 기간”을 주는 것을 요구하는데(제1항), “채무자가 급부를 진지하게 종국적으로 거절한 때”에는 기간설정이 요구되지 아니한다(제2항 제1호).

넷째, 제323조 제4항은 “해제의 요건이 충족됨이 명백한(offensichtlich) 경우에는 채권자는 급부의 이행기가 도래하기 전이라도 계약을 해제할 수 있다”고 정한다. 여기서 다수의 학자들은 이행기 전에 채무불이행이 확실하게 예견되는 사정에 이행

채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때”라고 정하고 있다. 이는 채무불이행이 되는 경우를 포괄적·일반적으로 규정한 것으로서, 프랑스 민법이나 스위스 민법 또는 영미법등과 같은 태도이다(양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -”, 법조 제64권 제1호(통권 제700호), 2015. 1., 7면). 이에 관해서는 미하엘 퀴스터(김재형 역), “독일의 채권법 개정”, 서울대학교 법학 제42권 제1호, 2001. 5., 294~295면도 참조.

54) 제280조 (의무 위반으로 인한 손해배상)

- ① 채무자가 채권관계상의 의무를 위반하는 경우에는 채권자는 그로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 채무자가 그 의무위반에 대하여 책임이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 채권자는 제286조에서 정하는 추가적 요건을 충족하는 경우에만 급부의 지연으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.
- ③ 채권자는 제281조, 제282조 또는 제283조에서 정하는 추가적 요건을 충족하는 경우에만 급부에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다. (양창수 역, 독일민법전: 총칙·채권·물권, 박영사, 2015, 127면).

기 전의 이행거절이 포함된다고 보고 있다.⁵⁵⁾ 이 규정은 이행기 전에 본질적 계약 위반이 있는 경우 계약의 해제를 인정한 CISG 제72조를 모범으로 삼은 것이다.⁵⁶⁾

상기한 개정 독일민법의 내용 중 첫째부터 셋째까지는 모두 이행기 도래 후의 채무불이행에 대한 것으로서, 전보배상청구권이 이행기 전 이행거절에 대하여 적용될 수 있는지에 대해 의문이 들게 된다. 그러나, 개정 전에도 그러한 법률효과는 인정되어 왔고, 개정과정에서 그것이 부인된 흔적은 찾을 수 없는 점을 감안할 때, 개정 후의 해석으로도 이행기 전 이행거절로 인해 전보배상청구권이 발생한다고 해석되고 있다.⁵⁷⁾

II. 일본

일본에서 이행거절법리의 형성과 발전에 관한 논의를 살펴보면, 그 논의의 출발점은 채무불이행의 구성요건에 관한 기존의 삼분체계가 확립되는 과정에서 이행거절에 대한 논의가 점차 줄어들었고, 나중에는 그 유형이 채무불이행에 관한 논의에서 후퇴하였다는 사실이다. 일본의 삼분체계는 채무불이행의 유형을 이행불능, 이행지체, 불완전이행 혹은 적극적 채권침해로 구분하고 있고, 그 체계는 일본 민법이 시행된 후 독일의 적극적 채권침해이론이 일본의 민법해석론에 도입된 데 연유한다.⁵⁸⁾

그러나 최근에 채무불이행에 대한 책임을 규정하는 제415조⁵⁹⁾의 규정을 재고하게 되면서 제415조의 해석이 더 이상 삼분체계에 구속될 필요가 없고, 제415조가 그 밖의 채무불이행의 유형을 포섭할 수 있다는 인식에 이르게 되었으며 그 과정에서

55) 양창수, "독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -"(주 53), 33~34면.

56) 위계찬, "채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절"(주 7), 418면.

57) 양창수, "독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -"(주 53), 34면.

58) 山下末人, 新版注釋民法(10) 債權(1), 有斐閣, 2011, 59면 이하; 中田裕康, 債權總論 第3版, 岩波書店, 2013, 115면 이하.

59) 第415條 (債務不履行による損害賠償)

債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは, 債權者は, これによって生じた損害の賠償を請求することができる. 債務者の責めに歸すべき事由によって履行をすることができなくなったときも, 同様とする.

이행거절의 법리는 1980년대 이후부터 다시 등장하고 있다.⁶⁰⁾

그 중 北川善太郎은 이행기 전 이행거절을 독자적인 채무불이행의 한 유형으로 인정하여야 하고, 그 경우에 채무불이행 책임에 관한 일반조항인 제415조가 적용될 수 있는가를 문제 삼았다. 우선 그 적용을 위해 이행기 전 이행거절로 인한 채권위태상태로부터 채무불이행으로 전환하는 것이 필요하고, 그 전환을 위해 거절의 상대방은 반드시 거절의사를 확인하는 최고를 해야 한다고 한다. 그러한 최고를 통해 이행거절은 채무불이행이 됨으로써 제415가 적용될 수 있다고 한다. 또한, 北川교수의 주장에 의하면 일본의 판례는 이행기 전 이행거절을 명확하게 독자적인 유형으로 구분하여 다루지 않았을 뿐, 이미 제2차 세계대전 전부터 오늘날과 동일하게 계약해제권과 손해배상청구권을 인정하고 있었고, 그 경우에 판례는 최고를 요구하였다.⁶¹⁾

현재 일본의 실무와 학계는 이행기 도래 후의 이행거절에 대해서는 동시이행항변권이 소멸하고 구두제공도 요구함이 없이 이행지체에 이른다고 하는 것이 판례와 학설에서 인정되고 있으나, ‘이행기 전의 이행거절’에 대해서는 학설상 채무불이행 성립요건으로서 독자적인 의의를 가지고 있는가에 대해 다툼이 있으며, 독자성을 부정하는 것이 통설의 입장이다.⁶²⁾ 또한 독자성을 인정하는 입장에서도 이행거절의 의사가 명백하지 않은 경우에는 계약해제를 하기 위해서 상당한 기간을 정한 최고가 필요하다고 해석한다.⁶³⁾

60) 平井宣雄(債權總論, 弘文堂, 1985, 39~43면, 52면)은 독일이론을 통해 정립된 삼분체계는 무의미하고, 독자적인 유형으로 이행불능과 이행지체를 인정하고, 그 밖의 채무불이행의 유형을 주관적 요건(책임 있는 귀책사유)을 통해 포섭하려고 하며, 이행거절도 그 경우에 해당한다고 한다. 반면, 內田貴(債權總論·擔保物權, 東京大學出版會, 2004)는 이행지체는 이행기가 도래함으로써 성립하는 반면, 이행기 전 이행거절은 이행기 도래 이전의 문제이므로 이행지체와는 구분되어야 하고, 이행기 전 이행거절로 인한 계약해제도 해석상 가능하다고 함으로써 그 독자성을 인정한다. 그러나 이행기 전 이행거절을 이행지체의 한 유형으로 파악하는 견해(前田達明, 口述債權總論, 成文堂, 1993, 119면)와 이행거절을 구체적으로 언급하지 않고, 기존의 삼분체계를 고수하는 견해(奧田昌道, 債權總論, 悠悠社, 1992, 138면)도 있다.

61) 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 166~168면; 北川善太郎, 債權總論(民法講要 III), 有斐閣, 1996, 533면 이하.

62) 吉川吉樹, “履行期前の履行拒絶に關する一考察(一)”, 法學協會雜誌, 124卷10號, 2007, 2면.

63) 潮見佳男, 債權總論 I [第2版], 信山社, 2003, 153면 이하. 최근에는 계약책임의 구조분석에 초점이 맞추어지면서 ‘이행기 전 이행거절’에 대한 재조명이 이루어지고 있고, 그 가운데 ‘이행기 전 이행거절’이 채무불이행책임의 성립요건으로서 충분하다는 것이 논의되고 있다(신국미, “이행기전의 이행거절과 채무자의 책임”, 한국경영법률학회, 경영법률 24권2호,

제 3 절 국제 협약과 계약법원칙 등

I. 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)

1. 일반론

1980년에 대륙법계와 영미법계의 타협의 산물로서⁶⁴⁾ 국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG)⁶⁵⁾이 채택되었다. 동 협약은 이행기 전의 계약위반의 개념을 받아들였는데,⁶⁶⁾ 제71조⁶⁷⁾와 제72조⁶⁸⁾가 규정하고 있다. 이 규정들에 따르면, 계약 당사자

2014, 690면).

64) 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”, 법학논총 제23집 제2호(특별호), 한양대학교 법학연구소, 2006, 1면 이하; 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 35면.

65) 1966년 UN 총회에서 국제연합 국제거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Laws: UNCITRAL)가 창설되었으며, 동 위원회는 국제거래법의 조화와 통일을 촉진할 목적으로 1980년 비엔나 외교회의에서 62개국과 8개의 국제기구가 참석하여 만장일치로 이 협약을 채택하였으며, 11개 국가가 비준하여 1988년 1월 1일부터 효력을 발생하였다. 이 협약은 2005년 3월 1일부터 국내에서 발효되었다(위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 410면).

66) 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”(주 64), 23면 이하; 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 28면 이하; 김진우, “CISG 제72조에 따른 이행기 전의 계약 위반”, 법학논고 제32집, 경북대학교 법학연구원, 2010. 2, 269면.

67) CISG 제71조.

(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

- (a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or
- (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue

일방이 이행기 전에 본질적 계약위반⁶⁹⁾을 한 경우 상대방 당사자는 계약의 이행을 정지, 또는 계약을 해제할 수 있다.

2. 구체적인 내용

먼저, 상대방이 (a) 이행능력 또는 신용도의 중대한 결함이나, (b) 이행 준비 또는 이행에 관한 행위의 결과로, 채무의 실질적 부분(substantial part)을 이행하지 아니할 것이 분명해진 경우에는, 자신의 의무 이행을 정지할 수 있다(제71조 제1항). 실제로 의무위반이 존재할 필요는 없고, 단지 의무위반의 가능성만으로 족하다. 그러나 이러한 이행정지는 즉시 상대방에게 통지하여야 하며(제71조 제3항 제1문), 장애 사유가 사라지거나, 상대방이 실질적 부분을 이행하거나 또는 이행에 관하여 적절한 보장을 하는 경우에는 이행정지권이 소멸하므로 다시 이행하여야 한다(제71조 제3항 제2문).

특히, 매도인과 매수인간의 물품에 관한 권리에 대하여는, 제1항의 사유가 명백하게 되기 전에 매도인이 물품을 발송한 경우, 매수인이 물품을 취득할 수 있는 증권을 소지하고 있더라도 매도인은 물품이 매수인에게 교부되는 것을 저지할 수 있다(제71조 제2항). 이것을 보통 운송정지권(right of stoppage in transit)이라고 한다. 만약 매수인이 매도인의 운송정지권 행사에도 불구하고 물품을 수령한다면, 이는 운송정지권을 침해하는 것이 되어 계약위반이 된다. 그러나, 매수인으로부터 제3자

with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

68) CISG 제72조.

(1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.

(2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.

(3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.

69) 본질적 계약위반이란, '상대방이 계약에서 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 주는 일방의 계약위반'을 말한다. 다만, 위반 당사자가 그러한 결과를 예견하지 못하였고, 동일한 부류의 합리적인 사람도 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 그러하지 아니하다(동 협약 제25조, 법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설, 2005, 64면).

에게 이미 물품의 소유권이 이전되거나 물품 처분 서류(증권)가 넘겨졌다면 매도인은 이 권리를 행사할 수 없다.

다음으로, 계약의 이행기일 전에 당사자 일방이 본질적 계약위반을 할 것이 명백한 경우에는, 상대방은 계약을 해제할 수 있다(제72조 제1항). 본질적 계약위반은 제25조⁷⁰⁾가 언급하고 있다. 예컨대, 매도인이 그의 공급자로부터 판매권한을 박탈당하였다면, 본질적 계약위반이 명백하다고 볼 수 있다. 또한, 매수인이 이전의 계약대금을 지체하고 있는 상태에서 새로운 계약대금에 대한 담보제공에 응하지 않는다면, 새로운 계약에 대한 매수인의 본질적 계약위반이 역시 명백하다고 볼 수 있다.

‘명백해야 한다’는 의미에 관해서는, 규정의 효과가 제71조와 달리 계약해제이기 때문에, 제71조와 비교하여 보다 엄격하게 해석해야 한다. 그러나 실제로, 이 규정이 계약위반을 명백히 하는 일정한 사유를 제시하지 않고 있고, 제71조에 제시된 사유도 상당히 광범위하기 때문에, 양자 간에 실질적인 차이는 없을 것이다.

또한, 시간이 허용하는 경우에는, 계약을 해제하려고 하는 당사자는 상대방이 이행에 관하여 적절한 보장을 제공할 수 있도록 상대방에게 합리적인 통지⁷¹⁾를 하여야 한다(제72조 제2항). 그 목적은 채무자가 이행에 대해 적절한 보장⁷²⁾을 제공할 수 있는 기회를 주기 위해서이다. 그러나, 제2항의 요건은 상대방이 그 의무를 이행하지 아니하겠다고 선언한 경우에는 적용하지 아니한다(제72조 제3항). 그런데, 채권자가 이러한 통지를 하지 않았다고 하더라도 해제권을 잃거나 해제의 표시가 무효가 되는 것은 아니다. 다만, 통지하지 않음으로써 입은 채무자의 손해를 배상해 주어야 한다.⁷³⁾

이러한 동 협약의 규정은 기본적으로 영미법상 이행기 전 계약위반의 법리를 따

70) CISG 제25조.

A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

71) 그러나, 채권자가 통지할 시간적 여유가 없거나, 통지해도 채무자가 이에 대처할 가능성이 없는 경우, 통지할 필요가 없다고 한다(법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, (주 69), 169면).

72) 계약의 이행에 관한 적절한 보장이라 함은, 예컨대, 대금지급에 대하여 은행이 보증을 서는 경우나, 현재의 상황이 장래의 계약위반을 초래할 정도로 나쁘지 않음을 증명하는 것도 포함된다(법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설(주 69), 169면).

73) 법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설(주 69), 167~169면.

른 것인데, 다만 선진국이 이 규정을 남용하여 개발도상국에 피해를 주는 것을 막기 위하여 이행거절의 요건을 한층 엄격하게 규율하였고, 규율 대상이 국제적인 거래로서 운송비용이 많이 소요될 수 있다는 점 등을 고려하여, 이행거절이 있는 경우에도 가능하면 계약을 유지하려는 취지를 반영하였다.⁷⁴⁾

3. 시사점

이행기 전 이행거절에 관한 CISG의 접근방법은 미국 통일상법전(UCC), 제2차 계약 리스테인먼트 및 미국 보통법과 다음에서 차이를 보인다고 할 수 있다.

첫째, UCC, 제2차 계약 리스테인먼트 및 미국 보통법(메사추세츠 Massachusetts 주 제외)은 채무자로부터 이행거절당한 채권자에게 즉시 손해배상청구권을 행사할 수 있는 반면(UCC 제2-610조 제1항 (b)⁷⁵⁾, 제2차 계약 리스테인먼트 제253조 제1항⁷⁶⁾, *Roehm v. Horst* (1900) 판결 등), CISG는 채권자에게 단지 이행정지권(제71조 제1항), 운송정지권(제71조 제2항) 또는 보다 엄격한 요건하에서 계약 “해제”권(제72조 제1항)을 부여하고 있다.

둘째, CISG는 상대방이 (a) 이행능력 또는 신용도의 중대한 결함이나, (b) 이행준비 또는 이행에 관한 행위의 결과로, 채무의 실질적 부분(substantial part)을 이행하지 아니할 것이 분명해진 경우에만 이행정지권을 부여함으로써(제71조 제1항), 채권자의 불안감의 원천을 제한하고 있다. 반면, UCC의 경우 “불안감을 느낄 합리적인 근거”가 있는 경우 이행정지권을 부여받으며(제2-609조 제1항⁷⁷⁾), 제2차 계약

74) 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 35면.

75) UCC 제2-610조 (Anticipatory Repudiation)(주 19) 참조.

76) Restatement (Second) of Contracts (1981) 제253조 (Effect of a Repudiation as a Breach and on Other Party’s Duties)

(1) Where an obligor repudiates a duty before he has committed a breach by non-performance and before he has received all of the agreed exchange for it, his repudiation alone gives rise to a claim for damages for total breach.

(2) Where performances are to be exchanged under an exchange of promises, one party’s repudiation of a duty to render performance discharges the other party’s remaining duties to render performance.

77) UCC 제2-609조 (Right to Adequate Assurance of Performance)(주 21) 참조.

리스테이트먼트는 “채무자가 불이행으로 계약위반을 할 것이라고 생각할 합리적인 근거가 있는 경우”에 이행정지권을 부여한다(제251조 (1)78). 여기서 UCC와 제2차 리스테이트먼트의 핵심은 채무자가 이행하지 않을 것이라는 개연성이지만, 채무자의 무능력이 아니다.

셋째, CISG는 제71조에 의해 이행을 정지한 채권자는 즉시 채무자에게 그 정지를 통지하여야 한다(제71조 제3항). 유사하게, 제72조하에서 계약을 해제하려는 채권자는, 시간이 허용하는 경우, 채무자가 미리 의무를 이행하지 않겠다고 선언하지 않는 한, 채무자에게 합리적인 통지를 하여야 한다(제72조 제2, 3항). 그러나, UCC, 제2차 리스테이트먼트, 미국 보통법은 채권자에게 이행정지나 이행거절에 대한 소 제기시 통지의무를 부여하지 않는다.

넷째, 통지를 받은 채무자가 채권자에게 이행할 것이라는 적절한 보장을 제공한 경우에는, 채권자는 이행을 계속하여야 한다(그래서 채무자에게 이행을 제공할 기회를 주어야 한다)(제71조 제3항). 그러나, UCC(제2-609조), 제2차 리스테이트먼트(제251조), 미국 보통법은 채권자에게 요청하지 않은 이행의 보장을 수령할 것을 요구하지 않는다. 오히려, 채무자의 이행 보장은 채권자가 그러한 보장을 요청할 경우에만 그에게 계속 이행할 의무를 부여한다.

다섯째, UCC(제2-609조 제4항), 제2차 리스테이트먼트(제251조 (2))는 채무자가 적시에 적절한 보장을 제공하지 못할 경우, 이행거절로 간주하여 채권자가 즉시 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다. 반면에, CISG에서는 채무자가 적절한 보장의 제공을 거절할 경우 채권자의 선택권에 대해 설명하지 않고 있다.⁷⁹⁾

II. 국제상사계약원칙(PICC)·유럽계약법원칙(PECL)·공동참조기준초안(DCFR)

1. 국제상사계약원칙

1994년 5월 발표된 사법통일국제기구(International Institute for the Unification

78) Restatement (Second) of Contracts (1981) 제251조(주 42) 참조.

79) Keith A. Rowley, “A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law”(주 10), pp. 635~638.

of Private Law)⁸⁰⁾의 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts: PICC)⁸¹⁾ 제7.3.3조⁸²⁾는 일방 당사자가 부담하는 채무의 이행기 도래 전에 그 당사자에 의한 본질적인 불이행(fundamental non-performance)이 명백한 경우, 상대방 당사자는 그 계약을 해제할 수 있도록 규정하고 있다. 동 원칙 제7.3.4조⁸³⁾는 “채무의 본질적인 불이행이 발생할 것이라고 합리적으로 믿는 당사자는, 적정한 이행의 상당한 보장을 요구할 수 있고, 그 동안 자신의 이행을 정지할 수 있다. 이러한 보장이 합리적인 기간 내에 제공되지 아니할 경우에는, 이를 요구한 당사자는 계약을 해제할 수 있다.”고 규정하고 있다.

2. 유럽계약법원칙

유럽계약법원칙(The Principles of European Contract Law: PECL)은 제8장에서 불이행과 구제수단 일반(Non-Performance and Remedies in General)에 관하여, 제9장에서 불이행에 대한 개별적인 구제수단(Particular Remedies for Non-Performance)에 관하여 규정하고 있다.⁸⁴⁾

80) 사법통일국제기구(League of Nations)의 부속기구로 설립된 이후, 1940년에 다자간협약에 의거하여 재설립된 독립적인 정부간 국제기구로서, 사법, 특히 상사법의 현대화, 조화와 통합을 위한 필요성과 방법의 연구 및 통일법 문서, 원칙 및 규칙의 제정을 목적으로 하고 있다(위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 412면).

81) 국제상사계약원칙(PICC)은 국제상사계약에서의 일반원칙을 제공하고 국제통일법을 보충 내지 국내 입법자의 입법모델로 활용하기위하여 1994년에 UNIDROIT에서 120개의 조문으로 공표되었다. 이후 2004년에 새로이 5개의 장이 추가되고, 제1장과 제5장에서 조문이 추가됨으로써, 185개의 조문으로 발표되었고, 2010년에 5개의 조문이 수정되고, 26개의 새로운 조문이 추가되어, 총 211개의 조문으로 발표되었다(위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 412면).

82) UNIDROIT PICC 제7.3.3조

Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract.

83) UNIDROIT PICC 제7.3.4조

A party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and may meanwhile withhold its own performance. Where this assurance is not provided within a reasonable time the party demanding it may terminate the contract.

제8:105조 제1항⁸⁵⁾은 “당사자가 상대방에 의한 본질적 불이행이 발생할 것이라고 합리적으로 믿은 경우에, 당사자는 적절한 이행에 대한 적절한 담보를 요구할 수 있고, 그 사이에 그러한 합리적인 믿음이 계속되는 한 자신의 의무의 이행을 유보할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 동조 제2항은 “이 담보가 합리적인 기간 내에 제공되지 않는 경우에, 이를 요구한 당사자가 상대방의 본질적 불이행이 있을 것으로 여전히 합리적으로 믿고, 지체 없이 해제의 통지를 하는 때에는 그는 계약을 해제할 수 있다.”라고 규정하고 있다.⁸⁶⁾

한편, 제9:304조⁸⁷⁾는 이행기 전의 불이행에 관하여 규정하고 있다. 동조는 “당사자의 이행기 전에 그에 의한 본질적 불이행이 있을 것이 명백한 경우에, 상대방은 계약을 해제할 수 있다.”라고 규정하고 있다.⁸⁸⁾ 따라서, 이행기 전에 채무자에게 이행할 의사가 없거나(unwillingness) 또는 이행할 능력이 없음(inability)이 분명하고,⁸⁹⁾ 그러한 장래의 불이행이 본질적 불이행일 경우 채권자는 계약을 해제할 수

84) 양창수, “『유럽계약법원칙』에서의 채무불이행법리”, 저스티스 제34권 제2호, 2001. 4., 24면 이하; 올 란도·휴 빌 편(김재형 역), 유럽계약법원칙(제1·2부), 박영사, 2013, 545면 이하 참조.

85) PECL 제8:105조 (Assurance of Performance)

(1) A party which reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and meanwhile may withhold performance of its own obligations so long as such reasonable belief continues.

(2) Where this assurance is not provided within a reasonable time, the party demanding it may terminate the contract if it still reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party and gives notice of termination without delay.

86) 올 란도·휴 빌 편(김재형 역), 유럽계약법원칙(제1·2부)(주 84), 562면.

87) PECL 제9:304조 (Anticipatory Non-Performance)

Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it, the other party may terminate the contract.

88) PECL 제9:304조는 UNIDROIT의 PICC 제7.3.3조와 거의 유사하게 규정하고 있다. PICC와 PECL은 그 내용면에서 매우 유사한데, 이는 ‘PICC와 PECL의 작성을 주도한 사람들이 공통된다는 점 이외에, 계약법상 문제에 대한 해결책이 대체로 일치’하기 때문이라고 한다(구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 38면).

89) 채무자의 채무이행에 대한 의사나 능력에 대한 의심을 야기할 만한 정도라면 PECL 제9:304조에 의한 채권자의 계약해제권은 인정되지 않고, PECL 제8:105조에 따라 채권자는 적절한 이행의 상당한 보장을 요구할 수 있을 뿐이다(올 란도·휴 빌 편(김재형 역), 유럽계약법원칙(제1·2부)(주 84), 631~632면; 양창수, “『유럽계약법원칙』에서의 채무불이행법리”(주 84), 30면).

있다.

3. 공통참조기준초안

공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference: DCFR)⁹⁰도 채무불이행으로서 이행거절을 규정하고 있다. 먼저, 쌍무계약 당사자는 동시이행의 항변권을 가지며(DCFR Book III 제3:401조⁹¹ 제1항), 쌍무계약에서 선이행의무를 부담하는 일방 당사자(채권자)가 타방 당사자(채무자)의 채무 이행기에 채무자의 불이행이 있을 것이라고 합리적으로 믿는 경우, 채권자는 그러한 합리적인 의심이 계속되는 한 자신의 채무 이행을 보류할 수 있다. 다만, 채무자가 적정한 이행의 상당한 보장을 제공한 경우에는 채권자는 이행을 보류할 권리를 갖지 못한다(동조 제2항). 채권자가 제2항에 따라서 이행을 보류할 경우, 그 사실을 채무자에게 즉시 통지하여야 하는데, 그러한 통지를 게을리 함으로써 채무자가 입은 손해에 대하여 채권자는 책임을 진다(동조 제3항). 그런데 신의칙상, 일방 당사자가 보류할 수 있는 이행은 사정에 따라 합리적이라고 할 수 있는 부분 또는 전부로 제한된다(동조 제4항).

90) DCFR은 현존EC사법유럽연구단(European Research Group on Existing EC Private Law)과 유럽민법전연구단(Study Group on a European Civil Code)의 공동작업에 의하여 작성된 유럽사법의 학문적 초안으로서, 유럽계약법원칙을 기초로 하였다(위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 414면).

91) DCFR Book III 제3:401조 (Right to withhold performance of reciprocal obligation)

(1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed.

(2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance.

(3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty.

(4) The performance which may be withheld under this Article is the whole or part of the performance as may be reasonable in the circumstances.

한편, 채무자에 의한 본질적 불이행이 있을 것이라고 합리적으로 믿는 채권자가 채무자에게 적정한 이행의 상당한 보장을 요구하였는데, 채무자가 합리적인 기간 내에 그러한 보장을 제공하지 않은 경우, 채권자는 계약을 해제할 수 있다(DCFR Book III 제3:505조⁹²⁾).

또한, DCFR Book III 제3:504조⁹³⁾조에 따르면, 계약상 채무의 이행기 전에 채무자가 채무를 이행하지 않을 것이라고 선언하였거나, 그와 같은 불이행이 있을 것임이 분명한 경우에 그러한 불이행이 본질적인 것이라면, 채권자는 이행기 전에 계약을 해제할 수 있다. 따라서, 채권자가 이행기 전에 계약을 해제하기 위해서는 채무자가 이행을 하지 않겠다는 의사나 이행할 능력이 없음이 분명하고, 또한 그 불이행이 본질적이어야 한다. 만약, 그러한 불이행이 본질적인 것이 아니라면, 이행기 전의 계약해제는 인정되지 않는다.⁹⁴⁾

제 4 절 시사점

비교법적 검토를 통하여 주목할 만한 점은 다음과 같다.

첫째, 이행기 전 계약위반 내지 의무위반을 분명히 규정하고 있다는 점이다. 영미법, 독일법, 국제협약 및 계약법원칙은 이행거절 의사를 명백하게 표시하거나 그에 상응하는 행위를 하는 경우에 이행기 전 계약위반이나 이행거절이 있다고 하면서, 그에 따른 계약해제권과 손해배상청구권 등의 법적 효과를 부여하고 있다. 우리 학설과 판례 역시 채무자의 이행거절에 대하여 이행기 전이라도 채권자에게 최고 없이 계약해제권과 손해배상청구권을 인정함으로써 독자적인 채무불이행 유형으로 인

92) DCFR Book III 제3:505조 (Termination for inadequate assurance performance)

A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time.

93) DCFR Book III 제3:504조 (Termination for anticipated non-performance)

A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental.

94) 위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 412~415면.

정하고 있다.

둘째, 영미법의 주요 입법례 및 국제적 협약이나 원칙 등에서는 이행기 전 계약 위반을 이유로 계약을 해제할 때, 그것이 ‘본질적’임을 요구하고 있다는 점이다. ‘본질적 계약위반’이란, 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)에서는 ‘상대방이 계약에서 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 주는 일방의 계약위반’이라고 정의하고 있다. 다만, 위반 당사자가 그러한 결과를 예견하지 못하였고, 동일한 부류의 합리적인 사람도 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 그러하지 아니하다.⁹⁵⁾ 또한, 유럽계약법원칙(PECL) 제8:103조⁹⁶⁾에서는 본질적 불이행에 대하여 ‘(a) 의무의 엄격한 준수가 계약의 핵심에 해당하는 경우, 또는 (b) 불이행이 불이행의 상대방으로부터 계약상 기대할 수 있는 것을 중대하게 박탈하는 경우. 다만, 불이행자가 그 결과를 예견하지 못하였고, 합리적으로 예견할 수 없었던 때에는 그러하지 아니하다. 또는 (c) 불이행이 고의적이고, 이로 인하여 불이행의 상대방이 불이행자의 장래 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 이유를 제공하는 경우’ 라고 정의하고 있다.⁹⁷⁾

위 개념이 명확한 것은 아니기 때문에 이에 대한 구체화가 필요할 것이다. 참고로, 우리 민법은 학설·판례상 원칙적으로 주된 채무의 불이행의 경우에만 계약 해제를 인정하고, 부수적 채무의 불이행의 경우에는 그로 인해 채권자가 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우 또는 특별한 약정이 있는 경우에만 해제할 수 있도록 하고 있다.⁹⁸⁾ 이러한 맥락에서, 후술할 민법개정안이 “일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우”에는 계약 해제권을 배제함으로써, ‘본질적 불이행’의 개념을 도입한 것은 계약법의 국제적인 흐름을 고려하여 계약해제의 요건을 강화하였다는 점에서 바람직하다고 볼 수 있다.

95) CISG 제25조(주 70) 참조.

96) PECL 제8:103조 (Fundamental Non-Performance)

A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:

- (a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or
- (b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or
- (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance.

97) 올 란도·휴 빌 편(김재형 역), 유럽계약법원칙(제1·2부)(주 84), 552~553면.

98) 대법원 1997. 4. 7. 선고 97마575 결정; 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705,53712 판결; 2012. 3. 29. 선고 2011다102301 판결 등.

셋째, 제2차 계약리스트에이트먼트, 통일상법전(UCC), 국제물품매매계약에 관한 UN 협약(CISG) 등은 일방 당사자의 의무가 이행되지 못할 것이라는 합리적인 의심이 이행기 전에 있는 경우, 상대방 당사자는 일방 당사자에게 일정한 담보 내지 계약 이행을 위한 상당한 보장을 요구할 권리가 인정된다. 채권자에게 채무자로 하여금 이행기에 채무이행을 담보하게 하기 위한 담보제공청구권을 인정하는 입법례도 있고(UCC 제2-609조 제1항, 제2차 계약리스트에이트먼트 제251조 제1항), 선이행 의무를 부담하는 채권자에게 동시이행항변권, 즉, 불안의 항변권을 인정하는 입법례(독일민법 제320조, 제321조)도 있다. 우리 민법에서도 이와 유사하게 쌍무계약에서 동시이행의 항변권, 불안의 항변권(제536조)을 인정하고 있으며, 도급계약에 있어서는 수급인이 보수에 관한 채권을 담보하기 위해 부동산에 관한 저당권설정청구권(제666조)을 규정하고 있다.

넷째, 영미법 등 주요 입법례들은 일방 당사자에 의한 이행거절, 특히 이행기 전 이행거절이 있는 경우, 상대방 당사자가 계약을 유지할 것인지, 아니면 계약을 해제하고 전보배상을 청구할 것인지를 선택할 수 있는가에 관하여, 영국은 당사자의 의사를 존중하여 선택권을 인정하는 반면, 미국은 손해경감의무를 우선하여 선택권을 인정하지 않고 있다. 우리 민법의 경우에는 선택권이 주어지기 때문에 채권자는 채무자의 이행거절을 무시하고 이행기까지 채무의 이행을 기다릴 수 있으며, 계약을 해제하고 손해를 경감하기 위한 조치를 취할 의무는 지지 않는 것이 원칙이다. 그런데, 이 선택권의 문제는 계약유지시 발생하는 이행청구권 또는 계약해제시 발생하는 손해배상청구권의 소멸시효 문제와 관련하여 중요한 의미를 가지고 있다. 이는 제4장 제4절의 소멸시효 관련 판례 분석에서 다루도록 하겠다.

다섯째, 이행거절이 독자적인 채무불이행의 유형으로 인정되고 있음을 볼 수 있다. 단지 학설이나 판례에 의하여 이행지체의 특수한 유형이나 이행불능의 하나로 규정하고 있지 않다. 여기서 중요한 것은 이행거절이 독자적인 채무불이행 유형으로서 확인된 것에 의의가 있는 것이 아니라, 이것이 다른 채무불이행 유형 및 효과들과 함께 얼마나 체계적으로 규정되어 있는가를 알아보고 우리 법에 참고하는 것이다.

제 3 장 이행기 전 이행거절의 의의와 요건

제 1 절 의 의

채무불이행으로서의 이행거절이란, 채무자가 채무의 이행이 가능함에도 이행할 의사가 없음을 채권자에게 진지하고 중국적으로 표시하여 객관적으로 보아 채권자로 하여금 채무자의 임의의 이행을 더 이상 기대할 수 없게 하는 행태를 말한다.⁹⁹⁾

이러한 이행거절은 거절의사의 표명시점에 따라 이행기 후의 이행거절과 이행기 전의 이행거절로 분류된다. 일반적으로 이행거절이라고 할 때는 이행기 전 이행거절을 의미한다. 이행기 후 이행거절에 대해서는 전보배상과 계약해제의 요건으로서 상당 기간을 정한 최고를 요하지 않는다는 점에서(민법 제544조 단서, 제395조) 일반적인 이행지체와 차이가 있으나, 이행기의 도과라는 관점에서 이행지체와 실질적인 차이가 없다.

그러나, 이행기 전 이행거절의 경우에는 일단 이행기가 도래하지 않았기 때문에 채무자의 채무불이행이 존재하는지가 문제된다. 원칙적으로 이행기가 도래하기 전 채권자는 채무 이행을 청구할 수 없으며, 채무자는 이행기가 도래하여야 이행의무가 발생하기 때문이다. 그러나, 채무자가 이행기 전 채무를 이행하지 않을 의사를 진지하고 중국적으로 표시하였음에도 채권자가 이행기의 도래를 기다려 채무의 이행이 없음을 확인하고 채무불이행 책임을 물어야 한다는 것은 신의칙에 반한다. 특히, 채권자가 여전히 계약 이행을 준비하여야 하며 제3자와 대체거래도 할 수 없다고 한다면 경제적 손실이 증가하게 되므로 그만큼 채무자의 손해배상액도 늘어나게 될 것이다.

이 경우 신의칙에 따라 이를 계약위반(채무불이행)으로 보아¹⁰⁰⁾ 그에 대한 즉각

99) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 121면; 김용담(편집대표), 주석민법[채권총칙(1)](주 1), 712면; 양창수·김재형 공저, 민법 I 계약법(주 1), 403면; 김형배·김규완·김명숙 공저, 민법학강의(주 1), 908면; 김상용, “이행거절의 법적처리에 관한 비교고찰”(주 1), 2면; 김준호, 채권법(이론·사례·판례)(주 1), 91~92면.

100) 우리 판례는 신의칙에 의해 이행거절범리가 승인되고 있음을 밝히고 있으며(대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결; 대법원 1993. 6. 25. 선고 93다11821 판결; 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다30257 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결 등), 연원은 보통법에 있다(*Hochster v. De la Tour* (1853), 2 E. & B. 678, 118 Eng. Rep. 922). 스코틀랜드

적인 구제수단을 부여함으로써 손해를 감경시키고자 하는데 이행거절제도의 필요성이 있다.

제 2 절 채무불이행 유형으로서의 독자성

우리민법상 이행거절에 관한 문제는 1990년대 중반이후에 주로 채무불이행의 독자적인 유형으로서 이행거절을 인정할 것인가 하는 문제를 중심으로 전개되어 왔다.¹⁰¹⁾ 즉, 이행불능, 이행지체, 불완전이행이라는 채무불이행의 폐쇄적 3유형 외에 이행거절을 채무불이행의 독자적 유형으로서 받아들일 것인가, 이를 인정한다면 그 실정법적 근거는 무엇인가, 또한 법률효과를 어떻게 구성할 것인가, 이행지체 규정의 확대적용에 의할 것인가 또는 이행불능에 준할 것인가¹⁰²⁾ 하는 문제에 집중되어 왔다.

I. 학설

학설은 채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절을 인정하는 견해와 독자성을 부인하여 이행지체의 특수한 형태로 보는 견해로 나누어져 있으며, 전자의 견해가 다수설이다.

법과도 일치하며, Unidroit PICC 제7.3.3조, CISG 제72조 제1항, ULIS(Uniform Law on the International Sale of Goods) 제76조도 이행기 전의 불이행의 개념을 채택하고 있다. 핀란드와 스웨덴 물품매매법 제61조와 제62조는 CISG 규정을 채택하고 있다(올 란도·휴 빌 편(김재형 역), 유럽계약법원칙(제1·2부)(주 84), 632면).

101) 이에 대한 본격적인 논의를 시작한 것은 양창수 교수님의 글(“독자적인 채무불이행 유형으로서의 이행거절”(주 1), 121면 이하)에서이다. 이후에 김동훈, “이행거절과 계약해제-대상판결: 대법원 2003. 2. 26. 선고, 2000다40995판결-”, 고시연구 제30권 제9호, 2003, 108면 이하; 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 127면 이하; 성승현, “한국민법에서의 이행거절제도와 그 비교법적 고찰”(주 3), 39면 이하; 이주원, “이행기 전의 이행거절과 채무불이행(2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결: 공2005하, 1498)”, 대법원판례해설 57호(2005하반기)(2006. 7.), 318면 이하; 위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 399면 이하 등이 있다.

102) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 166면.

1. 긍정설¹⁰³⁾

이행거절을 독립한 채무불이행유형으로 인정하여야 한다는 견해는 채무불이행에 관해 일반적·포괄적 규정주의(민법 제390조)를 취하고 있는 우리민법 하에서는 이행지체, 이행불능, 불완전이행이라는 채무불이행의 폐쇄적 삼분론에 얼마일 필요가 없다고 한다.¹⁰⁴⁾ 더욱이 이행기 전 이행거절은 첫째, 이행기가 도래하지 않았다는 점에서 이행기가 도래하였지만 채무자가 아직 채무를 이행하지 않은 이행지체와 구별되고, 둘째, 채무이행이 가능하다(강제이행청구 인정)는 점에서 강제이행청구가 인정되지 않는 이행불능과 구별되고, 셋째, 급부의 이행 자체가 없다는 점에서 불완전이행과 구별되며,¹⁰⁵⁾ 넷째, 동시이행항변권의 적용여지가 없다는 점을 들어,¹⁰⁶⁾ 독자적인 채무불이행유형으로 인정할 근거가 충분하다고 한다.

2. 부정설¹⁰⁷⁾

이행거절의 독자성을 부인하는 견해는 이행거절을 이행지체의 특수한 형태로 이해한다. 이에 따르면 이행거절은 실현가능한 이행을 채무자가 고의로 거부함으로써 발생하는 특별한 현상이며, 이행지체의 특수한 현상형태로서 채무불이행으로서의

103) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 143면 이하; 김동훈, “이행거절과 계약해제-대상판결: 대법원 2003.2.26. 선고, 2000다40995판결-”(주 101), 111면 이하; 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 173~175면; 위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 399면 이하.

104) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 122면.

105) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 144~145면; 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 174면. 개정전 독일민법에서는 이행기 전의 이행거절에 관하여 명시적으로 규율하지 않았기 때문에, 이를 불완전이행 내지 적극적 채권 침해의 일유형으로 파악하였다. 그러나, 개정된 독일민법은 제323조 제2항에서 “채무자가 급부를 진지하게 중국적으로 거절한 때에는 기간설정이 필요하지 않고(제2항 제1호), 채권자는 급부의 이행기가 도래하기 전이라도 계약을 해제할 수 있다(제4항)”고 함으로써, 이행기 전 이행거절을 명시적으로 규정하고 있는데, 이는 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG) 제72조를 모델로 한 것이다(위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 417~418면).

106) 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 174면.

107) 김형배·김규완·김명숙 공저, 민법학강의(주 1), 908~909면; 지원림, 민법강의(제14판), 홍문사, 2016, 996~997면; 송덕수, 채권법총론(제2판), 박영사, 2015, 109~112면.

독자적인 의미를 가지지는 않는다고 한다.¹⁰⁸⁾ 또한 이행이 가능함에도 불구하고 채무자가 이행하려 하지 않는 경우에 채권자는 장차 이행기가 도래하면 급부의 실현을 강제할 수 있다(민법 제389조)는 점을 들어 이행거절과 이행지체 사이에 본질적인 차이가 없으며, 이행거절을 이행지체의 하부유형, 이른바 ‘선취된 이행지체’로 파악할 수 있다고 한다.¹⁰⁹⁾ 이 견해는 우리민법상 이행거절이 이행이 가능한 경우를 전제로 한다는 점에 중점을 두어 설명하고 있으며, 이 경우 신의칙상 이행지체에서 이행기의 도래에 준해 또는 민법 제544조 단서를 유추적용하여 채권자의 최고 없이도 계약을 해제할 수 있다고 한다.¹¹⁰⁾

II. 판례

1. 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결

(1) 사실관계

원고는 자기 소유 토지에 관하여 피고(내연관계) 앞으로 통정허위표시에 의하여 근저당권설정등기를 경료해 주었으나, 피고의 귀책사유로 임의경매개시결정이 내려져 원고가 소유권을 상실하였다. 원고가 피고에게 책임을 추궁하자, 피고는 ‘2006년까지 위 토지를 매입하여 원고에게 소유권이전등기를 해준다.’는 내용의 각서를 작성해 주었다. 그 후 피고는 원고가 자신을 협박하여 강요하는 바람에 각서를 작성하게 되었으므로 무효라고 주장하였고, 2004년 평택 부동산(유일 재산)을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

(2) 판시사항

108) 김형배·김규완·김명숙 공저, 민법학강의(주 1), 909면.

109) 지원림, 민법강의(제14판)(주 107), 996~997면.

110) 김형배·김규완·김명숙 공저, 민법학강의(주 1), 909면; 지원림, 민법강의(제14판)(주 107), 997면.

대법원은 “계약상 채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에, 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있고, 채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였는지 여부는 계약 이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적인 사정 등을 종합적으로 살펴서 판단하여야 한다.”¹¹¹⁾고 실시한 다음, “피고는 각서상의 채무를 이행할 의사가 없음을 명백하고도 중국적으로 밝혔다고 봄이 상당하므로, 원고는 이행기 전이라도 피고를 상대로 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구를 할 수 있다.”고 판결하였다.

(3) 검토

본 판결은 독립한 채무불이행 유형으로서 이행거절에 관한 판례 법리를 최초로 정립한 판결이다. 이 사건에서 문제된 각서상의 채무는 ‘2006년까지’ 토지 소유권이전등기를 원고에게 경료하여 준다는 것이므로, 대법원판결 당시에도 이행기가 도래하지 않았던 것임을 알 수 있다. 그러나, 채무자가 이행기 전이라도 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에는 채무자의 ‘이행거절’을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다고 함으로써, ‘이행거절’에 해당함을 명확히 지적하고 이를 이유로 계약 해제와 손해배상을 청구할 수 있음을 판결하였다. 이는 이행거절을 명시적으로 인정한 최초의 판례이며, 손해배상청구를 부인한 원심판결을 파기환송함으로써 판례상으로 이행거절의 법리를 최초로 확립하였다고 볼 수 있다.¹¹²⁾

2. 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결

(1) 사실관계

111) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결; 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결; 대법원 1993. 6. 25. 선고 93다11821 판결; 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다30257 판결 등.

112) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -”(주 53), 18~19면.

피고 백화점 지점장이 임의로 피고 발행의 상품권을 반출하여 직접 내지 유통업체를 통해 원고들을 비롯한 상품권 도소매업자들에게 정상적인 할인가보다 약 10% 저렴하게 판매하였는데, 원고들로부터 상품권을 매수한 소비자들이 피고에게 그 상품권을 제시하면서 상품권에 따른 제품의 제공을 요구하였으나 피고가 해당 상품권이 도난품이라는 이유로 제품의 제공을 확정적으로 거절하였다.

(2) 판시사항

원심은 피고 회사의 이행지체 등을 따로 인정하지 아니하고 곧바로 이행거절에 기하여 상품권의 액면 상당액, 즉 전보배상을 명하였으며, 대법원은 “상품권의 발행인이 상품권을 구입한 실수요자들로부터 상품권을 제시받고도 그 의무이행을 거절한 경우에는, 상품권의 최종 소지인은 발행인에 대하여 제품제공의무에 대한 이행의 최고 없이 곧바로 그 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.”고 하여 피고 회사의 상고를 기각하였다.

또한, 손해액 산정 시점과 관련하여, “이행지체에 의한 전보배상에 있어서의 손해액 산정은 본래의 의무이행을 최고하였던 상당한 기간이 경과한 당시의 시가를 표준으로 하고, 이행불능으로 인한 전보배상액은 이행불능 당시의 시가 상당액을 표준으로 해야 할 것인바, 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서의 손해액 산정은, 채무자가 이행거절의 의사를 명백히 표시하여 최고 없이 계약의 해제나 손해배상을 청구할 수 있는 경우에는, 이행거절 당시의 급부목적물의 시가를 표준으로 해야 하며, 통상의 경우 상품권의 액면금 상당”¹¹³⁾이라고 함으로써, 이행기가 아니라 ‘이행거절시’를 기준으로 해야 함을 명확히 하고 있다.

(3) 검토

위 판결에서 이행거절은 채무불이행 유형으로서 독자적인 의미를 당연한 전제로 하여, 이행지체나 이행불능 등의 유형과 동등한 지위에서 그로 인한 ‘손해액의 산

113) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결.

정’을 논하고 있으며,¹¹⁴⁾ 기존의 판례가 전개하고 있는 이행거절과 계약해제의 법리 가운데, 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서 손해액 산정의 기준시점을 최초로 제시하였다는 점에 의의가 있다.

3. 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다29635 판결

(1) 사실관계

피고(매도인)는 원고(매수인)가 매매계약에 따라 잔금 지급을 제공하였음에도 자신의 의무에 관하여 스스로 이행지체에 빠진 후에, 매매계약이 오히려 원고의 귀책사유로 해제되었다고 주장하면서 자신이 수령하였던 계약금 상당액을 공탁하였다.

(2) 판시사항

판례는, ‘이행지체 등과 대등하게 채무불이행의 한 유형으로서 민법 제390조에 기하여 손해배상청구권 등을 발생시키는 요건으로서의 이행거절과 이미 이행지체에 빠진 채무자에 대하여 이행의 최고 없이 계약 해제권이 발생하기 위한 요건으로서의 “미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우”를 반드시 동일하게 볼 이유는 없는 것이다.’ 라고 설시하면서, 피고(매도인)는 원고(매수인)가 이행을 최고하더라도 자신의 의무를 이행하지 아니할 의사를 미리 표시하였으므로, 원고는 민법 제544조 단서에 의하여 이행의 최고 없이도 매매계약을 해제할 수 있다고 판결하였다.

(3) 검토

본 판례는 “이행지체 등과 대등하게 채무불이행의 한 유형으로서 민법 제390조에 기하여 손해배상청구권 등을 발생시키는 요건으로서의 이행거절”이라고 판시하여

114) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -”(주 53), 21면.

채무불이행의 독자적 의미로서 이행거절을 다시 한 번 확인하였다. 또한, 채무불이행 유형으로서의 이행거절과 민법 제544조 단서에 따라 이미 이행지체에 빠진 채무자에 대하여 이행의 최고 없이 계약해제권을 발생시키기 위한 요건으로서의 “미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우”는 다르다는 점을 실시하고 있다. 이는 판례가 이행거절이라는 채무불이행을 구성하는 요건으로서의 ‘이행거절’과 이미 채무불이행을 구성한 뒤 계약해제라는 법적 효과를 발생시키는데 필요한 절차적 요건으로서의 ‘미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우’가 논의의 차원을 달리하는 것으로서 명확히 구분하고 있음을 알 수 있다.

4. 시사점

이행거절에 관한 판례의 입장을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 신의칙에 의해 이행거절법리를 수용하고 있으며 독자적인 채무불이행의 한 유형으로 인정하고 있다.¹¹⁵⁾

둘째, 이행거절의 의사표시 여부의 판단은 채무이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적인 사정 등을 종합적으로 살펴서 판단하여야 한다.

셋째, 이행거절의사의 표명시점에 관하여는 이행기 전과 후를 가리지 아니하고 이행거절을 독자적인 불이행유형으로 인정하여 이행거절의 법리로 처리하고 있다.¹¹⁶⁾ 판례가 처음으로 이행거절을 독자적인 채무불이행 유형으로 인정한 2005년 대법원 판례는 이행기 전 이행거절 사례였다. 이후 2007년 상품권 제시에 관한 이행거절 판례¹¹⁷⁾에서 원심은 피고 회사의 이행지체 등을 따로 인정하지 아니하고 곧바로 이행거절에 기하여 상품권의 액면 상당액, 즉 전보배상을 명하였으며, 대법원은 피고 회사의 상고를 기각하였다. 또한, 2009년 매매계약 해제로 인한 계약금 반환청구 판례¹¹⁸⁾에서, ‘이행지체 등과 대등하게 채무불이행의 한 유형으로서 민법 제

115) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결; 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결 등.

116) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -”(주 53), 16~24면.

117) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결.

118) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다29635 판결.

390조에 기하여 손해배상청구권 등을 발생시키는 요건으로서의 이행거절과 이미 이행지체 등에 빠진 채무자에 대하여 이행의 최고 없이 계약 해제권이 발생하기 위한 요건으로서의 “미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우”를 반드시 동일하게 볼 이유는 없는 것이다.’라고 판결하였다.

넷째, 이행불능과 마찬가지로 최고 없이 계약해제권과 손해배상청구권을 인정한다.¹¹⁹⁾

다섯째, 특히 쌍무계약에 있어서 계약해제권은 자기 채무의 이행 제공이 없이도 가능하다. 이행거절의 문제는 쌍무계약에서 채무불이행을 이유로 하는 계약해제 문제와 관련하여 중요한 판례 법리를 형성하고 있다.우리 민법상 쌍무계약인 부동산 매매계약에서 채권자는 자신의 반대채무에 관하여 이행하거나, 적어도 이행제공을 하여 채무자가 가지는 동시이행의 항변권을 소멸시켜야만 채무자의 이행지체를 이유로 계약해제를 주장할 수 있다. 그러나, 판례에 따르면, “계약당사자의 일방은 상대방이 채무를 이행하지 아니할 의사를 미리 표시한 경우에는 최고 없이 그 계약을 해제할 수 있고, 이런 경우 그 계약이 쌍무계약이라 하더라도 위 당사자 일방은 자기 채무의 이행 제공 없이 적법하게 그 계약을 해제할 수 있다.”¹²⁰⁾ 즉, 채권자가 하여야 할 반대채무의 이행제공은, 채무자가 그의 채무를 이행하지 아니할 의사를 명확하게 밝히는 경우에는 요구되지 않는다고 하는 것이다. 이는 쌍무계약에 있어 채권자의 계약해제권 행사요건이 완화된다는 의미를 가진다.¹²¹⁾

결국, 판례는 채무자의 이행거절에 관하여 이행기 전이라도 채권자에게 최고 없이 계약해제권과 손해배상청구권이 발생함을 인정하고 있다.

Ⅲ. 소결

우리 민법상 이행거절의 경우, 계약해제권과 손해배상청구권의 발생요건으로서

119) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다30257 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결 등.

120) 대법원 1980. 3. 25. 선고 80다66 판결; 대법원 1990. 3. 9. 선고 89다카29 판결; 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다8374 판결 등.

121) 이행거절과 계약해제에 관한 판례의 법리에 관한 자세한 내용은 김동훈, “이행거절과 계약해제-대상판결: 대법원 2003. 2. 26. 선고, 2000다40995판결-”(주 101), 116면; 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 139~140면.

최고를 요하지 않는다는 점은 이행불능과 동일하다. 한편, 이행이 가능하기 때문에 이행청구권이 인정된다는 점은 이행지체와 유사하다. 그러나 이행거절은 확고한 불이행의 의사표명에 의하여 임의이행의 불실현을 초래한다는 점에서 법리상 이행불능에 더 가깝다고 할 수 있다. 이행장애의 요인이 이행불능은 채무자의 능력에, 이행거절은 채무자의 의사에 있다는 점 외에는 둘은 크게 다른 점이 없다. 영미법상 이행기 전 계약위반(Anticipatory Breach of Contract)에 이행기 전 이행거절과 이행불능이 있는 것도 같은 맥락이다.¹²²⁾ 이행장애가 채무자의 능력에 의하든, 채무자의 의사에 의하든 임의이행의 불실현이라는 중국적인 결과를 초래한다는 점에서는 동일하다. 이러한 관점에서 이행거절의 독자성을 인정하는 견해는 이행불능이 그 자체로 하나의 불이행유형이라고 한다면, 이행거절도 그 자체로 하나의 불이행유형이라고 보아야 한다는 것이다.¹²³⁾

이행거절의 독자성을 부정하는 견해(이행지체설)는 이행이 가능함에도 불구하고 채무자가 이행하려 하지 않는다는 점과 그럼에도 불구하고 장차 이행기가 도래하면 채권자는 급부의 실현을 강제할 수 있다는 점에 비추어, 이행거절과 이행지체 사이에 본질적인 차이가 없다고 한다.¹²⁴⁾ 이행거절은 원칙적으로 이행지체의 법리에 따라 해결될 수 있으므로, 이행기 전이라도 제395조 소정의 최고 또는 이익 없음의 증명을 요하지 않고 전보배상을 청구할 수 있으며, 제544조 단서의 확대해석을 통해 이행기 전이라도 해제권 행사가 가능하다고 한다.

다른 한편, 이행거절을 이행기 도래 전과 후로 나누어 이행기 전 이행거절은 채무불이행의 독자적인 유형으로서 인정할 필요가 있으나, 이행기 후의 이행거절에 대하여는 독립된 채무불이행 유형에 포함시키는 것은 큰 실익이 없다는 견해가 있을 수 있다. 이행기 전 이행거절의 경우에는 채권자의 계약해제권이나 손해배상을 인정할 필요가 있으므로 이행불능, 이행지체 또는 불완전이행 등 종래 인정되었던 채무불이행 유형과는 구별할 필요가 있으나, 이행기 후의 이행거절은 이행지체의 하부유형으로 보아 이행지체의 법리에 따라 해결될 수 있으므로, 독자성을 인정할 필요성이 적다고 볼 수 있는 것이다.

122) 영미법상 이행기 전 계약위반(Anticipatory Breach of Contract)이란, 이행기 전에 당사자중 일방이 계약을 포기(renunciation)하거나 또는 그 자신이 계약을 이행하는 것이 불가능(disablement)한 경우에 발생한다고 한다(Treitel, The Law of Contract, 13th ed., 2010, pp. 840~841).

123) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 143~144면.

124) 김형배·김규완·김명숙 공저, 민법학강의(주 1), 908~909면.

이행거절의 독자성을 부정하는 견해는, 특히 이행기 전 이행거절에 있어 채무이행을 진지하고 종국적으로 거절한 채무자의 의사를 제대로 평가하지 못하고 있다. 이행지체는 채무의 이행기가 도래하였음에도 불구하고 이행하지 않는 것으로서 이행가능성이 없는 것이 아니나, 이행거절은 채무자가 그 의사표시를 철회하지 않는 한 이행의 가능성 자체가 없는 것이다. 이행거절은 일반적인 이행지체와는 달리 채무자가 이행거절의사를 진지하고 종국적으로 표시하였다는 점에 특수성이 있으며, 특히 이행기 전 이행거절은 이행지체와 달리 이행기 전이라도 채무자에 의한 임의이행이 불가능하다는 것이 명확하므로 오히려 이행불능에 더 가깝다고 할 수 있다. 이렇듯 두 가지는 명확히 다른 개념이기 때문에, 이행기 전 이행거절까지 이행지체의 특수한 형태로 파악하는 부정설은 타당하지 않다.

이행거절의 독자성을 부정하는 견해의 근거(根底)에는 채무불이행의 유형을 ‘채권자의 의사’를 중심으로 유형화하려는 견해가 자리잡고 있다. 그러나 이행거절 사례가 문제되는 경우는 대부분 부동산 매매계약 등 쌍무계약이기 때문에 양 당사자 모두 채권자인 동시에 채무자의 자격을 가지게 되며, 상호 이행 의무가 있다. 따라서, 유기적인 관점에서 채권자의 의사 뿐만 아니라 채무자의 의사도 함께 고려하여 채무불이행의 유형을 분류하는 것이 바람직하다고 생각한다.

이러한 맥락에서, 이행거절을 이행기 전과 후로 나누어 이행기 전 이행거절의 경우 채무불이행의 독자성을 인정하는 견해가 보다 설득력이 있다. 이행거절이 고유한 의미를 가지는 것은 주로 이행기 전의 경우로서, 채무자의 이행거절의사가 확고한 경우 이를 독립한 채무불이행 유형으로 보아 즉시의 계약해제권과 손해배상청구권을 인정함으로써 채권자를 계약에서 벗어날 수 있도록 하는 것은 의미가 있다. 그러나, 이행기 후 이행거절의 경우에는 이행기 도과 후에도 채무를 이행하지 않는다는 측면에서 이행지체와 큰 차이가 없으므로, 그에 관한 규정을 준용하여 적절하게 처리할 수 있다고 생각한다. 뒤이어 살펴볼 법무부 민법개정안도 이러한 입장을 반영하여 이행기 전 이행거절의 경우, 계약해제권과 전보배상청구권을 인정하고 있다.

그런데 판례는 이행기 전과 후를 가리지 아니하고 이행거절을 독자적인 불이행유형으로 인정하여 이행거절의 법리로 다루는 것으로 보인다.¹²⁵⁾ 사실 앞에서 실시한

125) 양창수, "독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -"(주 53), 16~24면.

2007년 상품권 제시에 관한 이행거절 판례¹²⁶⁾는 이행지체의 관점에서 보는 것이 더 합리적이다. 왜냐하면, 무기명 채권인 상품권의 경우 그 기한이 도래한 후에 소지인이 증서를 제시하여 이행을 청구한 때로부터 채무자는 지체책임이 있으므로(민법 제524조, 제517조), 원고들로부터 상품권을 매수한 소비자들이 피고회사에 그 상품권을 제시하면서 피고회사의 제품을 제공할 것을 요구한 때 이행지체가 성립하기 때문이다. 따라서, 이와 같은 이행기 후 이행거절 사례에서는 채무불이행의 독자적인 유형으로서 이행거절을 인정하기보다는, 이행지체로 파악하여 그에 관한 규정을 준용하여 처리하는 것이 바람직하다고 생각된다.

따라서, 이하에서는 필자의 견해에 따라 채무불이행의 독자성 인정 실익이 있는 이행기 전 이행거절을 중심으로 법적 근거, 성립요건과 법률효과 등을 차례로 검토해 보고자 한다.

제 3 절 실정법적 근거

이행거절을 채무불이행의 독자적 유형으로 인정하는 견해는 다시 이행거절의 실정법적 근거가 무엇인가를 두고 제544조 단서를 들고 있는 견해¹²⁷⁾와 제544조 단서는 이행지체의 예외를 규정한 것으로서 이행거절의 직접적인 근거는 제390조에서 찾는 것이 타당하다고 하는 견해¹²⁸⁾로 양분된다. 양 견해 모두 제544조 단서가 이행기 후의 이행거절을 규정한 것으로서 이행지체의 예외 규정이라고 한다.

I. 민법 제544조 단서 적용설

126) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결.

127) 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 171~172면.

128) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -”(주 53), 19면; 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 122면; 김동훈, “이행거절과 계약해제-대상판결: 대법원 2003. 2. 26. 선고, 2000다40995판결-”(주 101), 110~111면.

위 견해는 민법의 제정과정에서 입법자가 비교입법례로서 프랑스와 독일 민법, 일본 민법과 판례, 일본이 만주국을 상대로 제정하였던 만주국 민법을 비롯하여 스위스 민법·채무법과 중국 민법 등을 참고하였음은 주지의 사실이나, 현행 민법 제544조 단서 규정에 관한 지금까지 논의에서 민법의 입법자가 어떠한 입법례를 참고하였는가에 대해서는 고려되지 않고 있음을 지적하고 있다. 구체적으로 민법 제544조는 민법초안 제533조에 해당함을 설명하면서, 특히 그 제544조 단서조항의 신설에 관한 민법안심의록의 내용에 주목하고 있다:

“第533條(履行遲滯와 解除)…”

2. 現行法 및 判例, 學說 「現行法(일본민법) 第541條와 同一趣旨이나 草案但書는 新設이다.」

3. 外國立法例 ① 獨民 第326條 ② 瑞債107條第2項 ③ 瑞債108條(第1號)… ⑤ 滿民法(만주국민법) 「但書만 없고 前段은 草案과 同一하다」…

6. 審議經過 本條但書의 境遇 卽 債務者가 미리 履行하지 아니할 意思를 表示한 境遇라도 明文이 없는 現行法下에서는 催告를 要하는 것으로 解釋하는 것이 判例通說이다. (口頭催告로 足하다는 學說도 있다) 本條但書는 瑞債108條第1號의 立法例에 따른 것이다.

7. 結論 … 原案에 合意”¹²⁹⁾

이 견해는 민법의 입법자가 이행거절제도는 일본 민법과 만주민법전에 규정되지 않은 제도라고 밝힌 후, 이행거절을 민법 제544조의 단서에 의해 규정할 것을 결정하였다는 사실에 주목한다. 이러한 사실은 민법 제544조의 단서조항이 민법의 입법자가 내린 독창적이고 자율적인 결단임을 분명하게 한다는 것이다.

일본의 실무와 학계는 제2차 세계대전 전부터 지금까지 이행거절의 경우에 계약 해제권을 인정하고 있지만, 그 경우 상당 기간을 정한 이행 최고를 요건으로 하고 있다. 그러나 우리 민법의 입법자는 일본에서처럼 과연 이행거절로 인해 계약을 해제하고자 하는 경우에 최고를 요하는 것이 적절한 것인가를 검토하였고, 그러한 최고를 요구하는 것은 부적절한 것이라고 여겼다. 그리하여 최고 없는 계약해제권을

129) 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 171면; 민의원 법제사법위원회·민법안 심의소위원회, 민법안심의록 상권(총칙편, 물권편, 채권편), 1957, 316~317면.

인정하는 것이 바람직하다는 판단에서 민법 제544조의 단서를 신설하기로 결정하였다.

입법자는 이행거절을 민법 제544조의 단서조항으로 수용하는 과정에서 스위스 채무법을 고려하였다고 밝히고 있으나, 이와는 달리 선행연구들은 민법 제544조의 단서규정에 관한 비교법 연구의 대상으로 독일법과 프랑스법에 집중하였을 뿐, 입법자의 입법의사를 고려하지 않고 있다고 한다.

요약하면, 서구의 법이 이행거절법리를 인정하고 있는 것과 마찬가지로, 입법자는 이행거절법리를 민법에 수용하는 것이 신의칙에 합당한 것으로 판단하였고, 이에 따른 민법 제544조 단서규정이 입법적 결단이라는 점을 간과해서는 안되며, 이 사실은 채무불이행 책임에 대한 해석을 전개할 때에도 고려하여야 한다는 것이 주된 논지이다.¹³⁰⁾

II. 민법 제390조 적용설

이 견해는, 제544조 단서는 그 형식구조상 이행지체의 예외를 규정하는 것으로 되었기 때문에 이행거절의 직접적인 근거가 제544조 단서라고 보기에는 무리이며, 이는 단지 이행거절의 법리가 전개되어 나갈 수 있는 하나의 단서라고 본다. 이행거절은 민법 제390조의 채무불이행에 관한 포괄적인 규정으로 인해 그 유형의 전개에 대하여 열린 태도(일반조항주의)를 취하고 있는데서 근거를 찾고 있다.¹³¹⁾

그러나, 민법 제390조가 이행기를 전제로 채무불이행을 규정하고 있기 때문에 이행기 전 이행거절을 포섭할 수 있는가에 대해 의문을 가지는 견해가 있다. 독일에 서도 이행기 전 이행거절의 경우에 채무자의 의무침해가 존재하는지 자체에 관해 의문을 가지며, 이행기 전의 불급부는 의무침해라고 할 수 없기 때문에 이행거절 그 자체는 급부와 관련된 부수적 의무의 침해로 이해해야 한다는 견해가 있다. 또

130) 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 171~172면; 민사법 연구회편, 민법안 의견서, 일조각, 1957, 166면.

131) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 122면; 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 관례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -”(주 53), 7~8, 19면; 김동훈, “이행거절과 계약해제-대상판결: 대법원 2003.2.26. 선고, 2000다40995판결-”(주 101), 111면.

한 일본의 北川善太郎 교수도 제390조(일본민법 제415조)가 적용되기 위해서는 이행기 전 이행거절로 인한 채권위태상태로부터 채무불이행으로 전환할 것이 필요하고, 그 전환을 위해 채권자는 반드시 거절의사를 확인하는 최고를 해야 하며, 최고를 통해 제390조의 채무불이행이 됨으로써 동 조항이 적용될 수 있다고 한다.¹³²⁾

그러나, 이 견해는 우리 민법상 채무불이행책임의 성립요건으로서 이행기 전 이행거절의 독자성을 인정한다면, 제390조가 채무불이행에 관한 포괄규정주의를 취하고 있기 때문에, 이를 실정법적 근거로 삼는 것이 가장 적절함을 실시하고 있다. 제390조는 이행기를 전제로 하여 채무불이행을 규정하고 있기 때문에 이를 직접 적용하는 것은 무리가 있다고 하나, 채무불이행의 유형 중 이행불능은 이행기의 전후를 묻지 않고 제390조에 따라 손해배상책임을 부담한다는 점에서, 굳이 이행거절의 경우에 이행기를 기준으로 채무불이행을 인정할 필요는 없다고 한다. 이행거절은 확고한 불이행의 의사표명에 의하여 임의이행의 불실현을 초래하는 반면, 이행불능은 객관적·물리적 상태에 의해 이행의 불실현이 초래된다는 점에서 채권의 불실현이라는 동일한 결과를 발생시키므로, 이행기 전 이행거절의 실정법적 근거로서 제390조를 적용하는 것이 현행 민법체계상 가장 적절하다는 것이다.¹³³⁾

Ⅲ. 소결

민법 제544조 단서 적용설은 이행거절을 명시적으로 규정함으로써 이행거절 유형을 인정할 수 있는 직접적인 계기가 될 수 있으나, 이행기 후의 이행거절을 규율한 것이므로 이행기 전 이행거절에까지 적용할 수 있는가에 대하여는 의문이다. 민법 제544조 단서는 어디까지나 이행지체의 하부유형으로서 이행기 후의 이행거절을 규율한 것으로서, 이행지체에 포섭될 수 없는 이행기 전 이행거절의 근거규정으로 보기에는 무리가 있다.

따라서, 이행기 전 이행거절의 채무불이행 유형으로서 독자성을 인정한다면, 그 근거규정으로는 채무불이행에 관한 포괄규정주의를 취하고 있는 민법 제390조를 드는 것이 적절할 것이다. 앞서 실시한 바와 같이, 민법 제390조는 이행기 전후에 관

132) 北川善太郎, 債權總論(民法講要 Ⅲ)(주 61), 533면 이하.

133) 신국미, “이행기 전의 이행거절과 채무자의 책임”(주 63), 696면.

계없이 이행불능의 근거규정이 되므로, 이행기 전 이행거절의 경우 이행기가 도래하지 않았다고 하더라도 채무불이행 책임을 물을 수 있는 근거규정이 될 수 있다.

제 4 절 성립요건

I. 이행거절 의사의 명백성: 진지하고 종국적인 이행거절

1. 일반론

‘명백한’ 또는 ‘진지하고 종국적인’ 이행거절이라는 것은 채무자가 채무의 이행이 가능함에도 이행할 의사가 없음을 채권자에게 진지하고 종국적으로 표시하여 객관적으로 보아 채권자로 하여금 채무자의 임의의 이행을 더 이상 기대할 수 없게 하는 행태(行態)를 말하는 것이다.¹³⁴⁾ 여기서 ‘종국적’이라고 함은 채무이행으로 나아갈 가능성이 객관적으로 인정되지 않는다는 의미이다.¹³⁵⁾

영미법에 따르면, 이러한 이행거절의 의사표시는 반드시 명시적일 필요는 없으며, 단지 이행할 수 있음에도 하지 않을 것임을 나타내는 행동 양태이어도 되고, 묵시적인 의사표시로도 가능하다. 예를 들면, 이전에 관련 계약을 이행거절하였다면 과연 본건 계약을 이행할 것인가에 의문을 갖게 된다. 이 경우, 이러한 추론을 불식시킬만한 이행행위에 나아가지 않는 한, 침묵 내지 부작위는 본건 계약에 대한 이행거절이 될 수 있다. 또한, 이행거절의 의사표시는 반드시 계약 상대방에 대하여 행해져야 하고, 제3자에 대하여 한 의사표시만으로는 이행거절이 되지 않는다.¹³⁶⁾

UCC 제2-610조 제2항¹³⁷⁾에 의하면, 이행거절이란 ‘합리적인 사람으로 하여금 상

134) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 121면; 김용담(편집대표), 주석민법[채권총칙(1)](주 1), 712면; 양창수·김재형 공저, 민법 I 계약법(주 1), 403면; 김형배·김규완·김명숙 공저, 민법학강의(주 1), 908면; 김상용, “이행거절의 법적처리에 관한 비교고찰”(주 1), 2면; 김준호, 채권법(이론·사례·판례)(주 1), 91~92면.

135) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 147면.

136) Treitel, The Law of Contract(주 122), pp. 840~841.

137) UCC 제2-610조 (Anticipatory Repudiation)(주 19) 참조.

대방이 계약을 이행하지 않거나 이행할 수 없다고 해석되는 진술 또는 장래 이행을 불가능하게 하는 자발적이고 확정적인 행동'을 포함한다.

독일민법 제323조 제2항 제1호, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG) 제72조 제3항¹³⁸⁾ 등에 따르면 이행기 전의 계약위반이 성립하기 위해서는 진지하고 종국적인 이행거절(ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung)이 있을 것을 요구하고 있다.

위의 내용을 종합해 볼 때, '명백한' 또는 '진지하고 종국적인 이행거절'이라는 것은 채무자의 이행거절 의사가 확고하여, 장래에 계약위반이 발생할 것이라는 고도의 개연성을 가져야 하는 것으로 사료된다. 또한 이에 대하여 채권자의 합리적인 의심이 존재하지 않아야 하므로, 이행거절 의사는 객관적인 시각에서 분명한 것이어야 한다.

2. 구체적 판단기준 (재판례)

우리 판례는 '명백한' 이행거절의사를 요구하고, 거절의사가 명백한지 여부는 계약이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적인 사정 등을 종합적으로 고려하여 판단하고 있다.¹³⁹⁾ 이하에서는 이행거절의사가 명시적으로 표시된 경우와 묵시적으로 표시된 경우를 나누어, 그것이 이행기 전 또는 후에 표명되었는지, 또한 그 경우 판례가 이행거절의사를 인정했는지 여부를 살펴보도록 하겠다.

(1) 명시적 의사표시

(i) 계약의 불성립이나 무효를 주장

- 대법원 1979. 11. 9. 선고 76다2218 판결

138) CISG 제72조(주 68) 참조.

139) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다8374 판결; 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다30257 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결; 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결 등.

① 사실관계

우단 매매계약에서 물품을 제조하여 매수인(원고)에게 매도하기로 약정한 매도인(피고)이 매매계약 4, 5일 후에 계약의 무효를 주장하면서 물품인도 채무를 이행하지 않겠다는 뜻을 통고하는 등 매수인의 선이행채무(내국신용장 개설 및 교부 의무)에 대한 수령을 거절한 이래 물품인도 채무도 이행하지 아니하였다.

② 판시사항

“민법 제460조 단서는 변제를 수령하지 않을 의사가 명백하여 전의 수령거절의사를 변의할 가능성이 보이지 않는 경우에까지 구두의 변제제공을 하여야 한다는 취지는 아니라 할 것이므로, 이러한 경우 채무자는 민법 제460조 단서소정의 소위 언어상의 변제제공을 하지 아니하더라도 채권자에게 채무불이행의 책임이 없다.”고 하여, 매도인(피고)의 이행거절을 인정하였다.

③ 검토

원심판결은 매수인(원고)의 청구를 기각하였는데, 그 이유는 그가 선이행하여야 할 신용장 교부의무에 대하여 민법 제460조 단서에서 정하는 구두제공조차 하지 아니하였으므로, 매도인(피고)은 자신의 물품인도채무에 대하여 이행지체에 빠지지 않는다는 것이었다. 그러나, 대법원은 매도인(피고)이 물품인도채무를 종국적으로 거절한 것으로 보아 위약금 약정 요건을 충족시킨다고 판결하였다. 여기서 대법원은 위 판결의 중요한 기준이 이행기의 도과나 이행거절 의도가 표시된 시점이 아니라 종국적 이행거절이라는 점을 분명하게 보여주고 있다. 따라서, 이 판결은 이행기 전 이행거절을 채무불이행의 한 유형으로 인정하기 시작하였다는 의미를 가진다.¹⁴⁰⁾

(ii) 계약위반을 근거없이 주장하거나 이를 이유로 한 계약해제

140) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 134~135면.

- 대법원 1990. 3. 9. 선고 89다카29 판결

① 사실관계

부동산 매매계약에서 매도인(피고)이 중도금지급기일에 그 수령을 회피한 다음 매수인(원고)에게 부동산 가격이 올랐다는 이유로 매매계약 해제를 요구하였고, 매수인(원고)이 이를 거절하자 오히려 중도금 지급이 없었다는 이유로 계약해제 통지를 함으로써 매매계약을 이행하지 아니할 뜻을 분명히 하였다.

② 판시사항

대법원은 “비록 중도금지급이 선이행관계에 있다 하더라도 매수인(원고)은 다시 중도금 이행이나 제공은 물론 매도인(피고)에 대한 이행 최고 없이도 매매계약을 해제할 수 있다.”고 하여 매도인의 이행거절과 이에 따른 매수인의 계약해제를 인정하였다.

③ 검토

우리 민법상 쌍무계약인 부동산 매매계약에서 채권자는 자신의 반대채무에 관하여 이행하거나, 적어도 이행제공을 하여 채무자가 가지는 동시이행의 항변권을 소멸시켜야만 채무자의 이행지체를 이유로 계약해제를 주장할 수 있다. 그러나 본 사안에서 판례는 계약해제 요건과 관련하여 중요한 법리를 승인하고 있다. 즉, 채권자가 하여야 할 반대채무의 이행제공은, 채무자가 그의 채무를 이행하지 아니할 의사를 명확하게 밝히는 경우에는 요구되지 않는다고 하는 것이다. 이는 쌍무계약에 있어 채권자의 계약해제권 행사요건이 완화된다는 의미를 가진다.¹⁴¹⁾

(iii) 부당한 요구 또는 주장

141) 김동훈, “이행거절과 계약해제-대상판결: 대법원 2003. 2. 26. 선고, 2000다40995판결-” (주 101), 116면; 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 139~140면.

(가) 대법원 1993. 12. 7. 선고 93다32361 판결

① 사실관계

부동산 매수인(원고)이 매매대금 중 계약금과 중도금 일부만 지급하였을 뿐인데도 매매대금 전부를 다 지급하였다고 하면서 매도인(피고)에게 부동산에 관한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다.

② 판시사항

법원은 “그것만으로 곧바로 잔대금지급의무를 이행하지 아니할 의사를 표시한 것이라고 할 수는 없으나, 계약이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적인 사정에 따라서는 그 계약상의 의무를 이행하지 아니할 의사를 표시한 것이라고 인정할 수 있다.”고 판결하였다.

(나) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다6368 판결

① 사실관계

부동산 매수인(원고)이 매도인(피고)을 상대로 소유권이전등기청구소송을 제기하면서 부동산에 의해 담보되고 있는 채무(금 6백만원)를 실제보다 훨씬 높여서(금 1억3천만원) 주장하였다.

② 판시사항

법원은 “위 사실만 가지고 정당한 잔대금을 지급하고 계약을 이행하지 않을 의사

를 미리 표시한 것이라 할 수 없다.”고 판결하였다.

③ 종합검토

위 두 사례는 모두 부동산 매매계약의 매수인이 매도인에게 소유권이전등기청구 소송을 제기한 사례이다. 그런데 한 건은 매수인의 이행거절의사가 인정되었고, 다른 한 건은 부정되었다. 그 이유를 분석해 보면 다음과 같다.

먼저, 부동산 매매계약에서 매도인의 소유권이전등기·인도의무와 매수인의 잔대금 지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이다.

첫 번째 사안에서, 부동산 매도인이 나머지 중도금과 잔대금을 약정기일까지 지급하지 아니하면 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였음에도 불구하고, 그 후 6개월 가까이 지나도록 매수인이 나머지 잔대금을 지급할 의사가 있음을 밝히거나 그러한 의사가 있음을 알 수 있는 아무런 조치도 취하지 아니하였기 때문에, 대법원은 매도인이 매매에 따른 채무이행을 제공하지 않고서 한 해제의 의사표시에 의해 매매계약이 적법히 해제되었다고 본 원심의 판단을 유지하였다.

반면 두 번째 사안에서는, 부동산 매도인은 특별한 사정이 없는 한 제한이나 부담이 없는 소유권이전등기의무를 지는 것이므로, 매매목적 부동산에 지상권 설정 또는 가압류등기가 되어 있는 경우 이를 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해주어야 한다. 이는 지상권설정등기 또는 가압류등기의 피담보채무가 금 6백만원에 불과하여, 매매가인 금 2억원에 비하면 적은 금액이라고 하여도 마찬가지이다. 따라서 원고(매수인)가 피담보채무를 금 1억3천만원이라고 주장하고 소송을 제기하였다고 하여도(금액의 많고 적음에 관계없이 피고가 피담보채무를 변제하여 지상권설정등기 또는 가압류등기를 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해주어야 하는 것은 마찬가지이므로) 이를 근거로 정당한 잔대금을 지급하고 계약을 이행하지 않을 의사를 미리 표시한 것이라고 할 수 없고, 이는 원고가 잔대금 1억7천만원과 상환으로 소유권이전등기를 구하는 청구취지를 보아도 알 수 있다.

(iv) 급부목적물을 제3자에게 처분

- 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결

① 사실관계

원고가 자기 소유 토지에 관하여 피고(내연관계) 앞으로 통정허위표시에 의하여 근저당권설정등기를 경료해 주었으나, 피고의 귀책사유로 임의경매개시결정이 내려져 원고가 소유권을 상실하였다. 원고가 피고에게 책임을 추궁하자, 피고는 '2006년까지 위 토지를 매입하여 원고에게 소유권이전등기를 해준다.'는 내용의 각서를 작성해 주었다. 그 후 피고는 원고가 자신을 협박하여 강요하는 바람에 각서를 작성하게 되었으므로 무효라고 주장하였고, 2004년 평택 부동산(유일 재산)을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

② 판시사항

대법원은 “계약상 채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에, 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있고, 채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였는지 여부는 계약 이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적인 사정 등을 종합적으로 살펴서 판단하여야 한다.”고 설시한 다음, “피고는 각서상의 채무를 이행할 의사가 없음을 명백하고도 종국적으로 밝혔다고 봄이 상당하므로, 원고는 이행기 전이라도 피고를 상대로 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구를 할 수 있다.”고 판결하였다.

③ 검토

이 사건 사실관계에서 문제된 각서상의 채무는 '2006년까지' 토지 소유권이전등기를 원고에게 경료하여 준다는 것이므로, 대법원판결 당시에도 이행기가 도래하지 않았던 것임을 알 수 있다. 그러나, 채무자가 이행기 전이라도 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에는 채무자의 '이행거절'을 이유로 손해배상을 청

구할 수 있다고 판결함으로써, ‘이행거절’에 해당함을 명확히 지적하고 이를 이유로 계약 해제와 손해배상을 청구할 수 있음을 판시하였다. 이는 이행거절을 명시적으로 인정한 최초의 판례이며, 손해배상청구를 부인한 원심판결을 파기환송함으로써 판례상으로 이행거절의 범리를 확립하였다고 볼 수 있는 판례이다.¹⁴²⁾

(2) 묵시적 의사표시

가) 이행거절이 인정된 경우

(i) 수령거절

(가) 대법원 1993. 6. 25. 선고 93다11821 판결

① 사실관계

토지매매계약에 따라 매수인(원고)이 매도인(피고)에게 중도금을 지급하려 하였으나, 매도인이 중도금 수령을 거절하고(예를 들면, 토지거래허가는 잔금 지급기일까지 절차를 밟을 터이니 매수인의 집으로 가서 우선 중도금을 받으라고 요구하자, 매도인이 ‘계를 하러 가니 바쁘다’고 하면서 가버리는 등) 연락도 닿지 아니하므로, 내용증명을 보내 ‘매도인의 중도금 수령거절을 이유로 매매계약을 해제하니 계약금 반환과 계약금 상당의 위약금을 지급하라’고 통고하였다.

② 판시사항

법원은 “어차피 매도인이 소유권이전등기의무의 이행을 제공하지 아니할 것이 분

142) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -”(주 53), 18~19면.

명한 이상, 매수인은 신의성실의 원칙상 소유권이전등기의무의 이행기일까지 기다릴 필요 없이 매매계약을 해제할 수 있다.”고 판결하였다.

(나) 대법원 1984. 7. 24. 선고 82다340,82다카796 판결

① 사실관계

토지매매계약의 매수인(원고)이 약정기일까지 잔대금 지급채무를 이행하지 않자, 매도인(피고)이 누차에 걸쳐 매수인에게 잔대금을 지급하고 등기를 넘겨갈 것을 요청하였으나 응하지 아니하여, 매매계약을 해제한다는 통고서를 발송하였다.

② 판시사항

법원은 “매도인이 매매계약 해제의 의사표시를 할 당시 소유권이전등기에 필요한 서류를 준비하지 아니하였음을 자인하고 있는 경우라면, 누차에 걸친 잔대금 지급요청에 매수인이 이에 응하지 않았다는 사정만으로 매도인이 이행제공을 하였어도 매수인이 그 채무를 이행하지 않을 의사를 명백히 한 경우라고 볼 수는 없다.”고 판결하였다.

③ 종합검토

위 두 판결은 토지매매계약의 당사자가 각각 중도금의 수령을 거절하거나 상대방의 최고(잔대금 지급 요청)에 불응한 경우이다. 그런데 첫번째 사안은 이행거절이 인정되었고, 두번째 사안은 부정되었다. 차이점은 다음과 같다.

이행거절이 인정된 첫 번째 경우는 이행을 제공한 자(매수인)가 자신의 이행제공의무를 다한 반면, 이행거절이 부정된 두 번째 사례는 최고한 자(매도인)도 이행을 제공할 준비를 하지 않았다는 점이다. 판례는 토지매매계약에서, 자신이 이행제공의무를 다하였음에도 불구하고 상대방이 수령을 거절하는 등 반대의무를 이행하지 않

거나 이행하지 않을 의사가 명백한 경우에는 이행거절을 인정하였지만, 자신이 이행제공의무를 다하지 않은 상태에서 상대방이 이행최고에 불응한 경우에는 이것만으로는 이행거절을 인정하지 않았다.

(ii) 계약의 존속기간 도과 후 장기간 경과

(가) 대법원 1966. 1. 18. 선고 65다45 판결

① 사실관계

입목매매계약(벌채기간 3년)을 체결한 후 피고(매도인)가 계약해제의 의사표시를 한 때까지 18년이 경과하도록 원고(매수인)가 벌채도 않고 다른 계약조항도 이행하지 않았다.

② 판시사항

법원은, “원고에게 책임을 물을 수 없는 특별한 사정이 존재하지 않는 한, 원고에게 계약상 채무이행의 의사가 없는 것이라고 일응 보아야 할 것이고, 이러한 경우에 상대방은 이행의 최고를 함이 없이 곧 계약을 해제할 수 있다.”고 하여, 묵시적 의사표시(이행거절)에 대한 상대방의 계약해제권을 인정하였다.

③ 검토

원심은 설사 원고에게 계약불이행이 있다고 하여도 해제에 앞서 이행최고를 한 바 없으므로 해제는 적법하지 않다고 판단하였는데, 대법원이 이를 뒤집어 파기환송한 사건이다. 이는 쌍무계약에 있어 자신의 반대채무에 관하여 이행제공을 하여 상대방의 동시이행의 항변권을 소멸시켜야만 상대방의 이행지체를 이유로 하여 계

약을 해제할 수 있다는 기존의 엄격한 태도에서 변화하여, 입목매매계약 매수인(원고)의 채무이행의사가 없는 경우, 매도인(피고)는 이행최고 없이 계약을 해제할 수 있다고 하여 이행거절을 비교적 용이하게 인정하고 있다.

(iii) 주소 기타 연락처를 알려주지 않은 경우

(가) 대법원 1982. 4. 27. 선고 81다968,81다카476 판결

① 사실관계

부동산 매매계약에서 매수인(원고)이 실지주소와 관계없는 다른 주소를 기재하여 계약상의 의무를 일부 이행한 다음, 새로운 약정을 한 후 매도인(피고)에게 최고를 하기까지 나머지 채무도 이행하지 아니하고 이행기를 도과한 근 1년 이상 소재를 밝히지 아니한 채 있었다.

② 판시사항

대법원은 “특별한 사정이 없는 한 매수인에게는 이행의 의사가 없다고 봄이 마땅하므로, 동시이행의 경우라 하더라도 매도인은 이행의 최고 없이 계약을 해제할 수 있다.”고 판결하였다.

(나) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91다23103 판결

① 사실관계

토지매매계약의 매수인(원고)이 매매계약서상 매수인란에 주소와 주민등록번호

등을 기재하지 아니하여 매도인(피고)이 매수인에게 연락하기 어려운 상태에 있었고, 잔금지급기일로부터 1년 7개월 가량이나 대금지급에 대해 아무런 언급없이 지나갔다.

② 판시사항

원심은 매수인이 잔대금지급채무를 이행하지 아니할 의사를 표시한 것이라고 판단하였으나, 대법원은 “매매계약서상의 매수인란에 주소와 주민등록번호 등이 기재되어 있지 않았다는 사유만으로 매수인에게 채무를 이행할 의사가 없는 것으로 단정할 수는 없다.”고 판결하였다.

③ 종합검토

위 두 사안은 공통적으로 부동산 매매계약의 매수인이 자신의 주소 등 연락처를 알려주지 않아 매도인이 매수인의 소재를 알지 못한 채 이행기가 도과한 사안이다. 그러나 첫번째 판결은 이행거절이 인정된 반면 두번째 판결은 부정되었는데, 차이점은 다음과 같다.

첫번째 사안의 경우, 법원은 “매수인이 매도인의 계약해제권의 행사를 회피할 목적으로 자신의 주소를 계약서에 허위로 기재하거나 실지 주소를 매도인에게 알리지 아니하고 소재를 밝히지 아니하여, 매도인은 과실없이 매수인의 소재를 알지 못함으로써 자기의 채무의 이행을 제공하여 상대방의 이행을 최고할 수 없게 된 채 이행기가 도과한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 매수인에게 이행의 의사가 없다.”고 판단하였다.

반면, 두번째 사안에서는 “매수인(원고)을 대리하여 매매계약을 체결한 대리인의 주소와 주민등록번호가 매매계약서에 명확히 기재돼 있고, 대리인은 매수인과 자주 만나는 사이여서 매도인(피고)으로서 대리인을 통하여 매수인과 쉽게 연락이 가능하였기 때문에, 매수인에게 단순히 채무를 이행할 의사가 없었다거나 이를 미리 표시하였다고 보기는 어렵다.”고 판결하였다.

위 두 사안을 통해, 판례는 매매계약에서 일방당사자가 채무를 이행할 의사가 없

었는지, 그 의사를 미리 표시하였는지 여부를 계약 당시나 계약 후의 여러가지 사정을 종합하여 판단하되, 매수인에게 채무이행의 의사가 없었던 것으로 보려면 매도인의 계약해제권의 행사를 회피할 목적으로 자신의 주소를 기재하지 않고 소재를 밝히지 아니하거나, 매도인이 과실없이 매수인의 소재를 알지 못함으로써 자신의 채무 이행을 제공하여 상대방의 이행을 최고할 수 없게 되는 등의 사정이 있어야 함을 알 수 있다.

나) 이행거절이 부정된 경우

(i) 사실의 착오

(가) 대법원 1996. 7. 30. 선고 96다17738 판결

① 사실관계

쌍무계약의 일방 당사자가 상당한 근거를 가지고 이행기 미도래를 이유로 채무이행을 거절하였으나 후에 법원에 의해 이행기가 도래한 것으로 판명되었다.

② 판시사항

법원은, “채무자가 채무의 이행기가 도래되지 아니하였다고 믿을 만한 상당한 근거가 있어 이를 이유로 그 이행을 거절하였다면, 후에 법원의 판결에 의하여 채무의 이행기가 도래한 것으로 최종 판명되었다고 하더라도, 그것만으로는 채무자가 자기 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 해당한다고 할 수 없다.”고 판결하였다.

(나) 대법원 1993. 8. 24. 선고 92다9159 판결

① 사실관계

부동산 매매계약에서 원고(매수인)가 계산상의 착오로 인하여 매매대금의 일부가 남아 있음에도 불구하고, 대금이 완제되었음을 전제로 피고(매도인)에게 내용증명으로 매매목적부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 요구하고 소를 제기하였다.

② 판시사항

법원은 “피고(매도인)에게 내용증명을 보내거나 소유권이전등기절차의 이행을 소구하였다 하여 피고가 자기채무의 이행을 제공하여도 원고가 그 채무이행을 할 의사가 없음을 명백히 한 것이라고 할 수는 없다.”고 판결하였다.

③ 종합검토

위 두 사례는 의사표시를 하게 된 배경 사실에 착오가 있는 경우로서, 각각 채무의 이행기 도래 여부와 매매대금의 완제 여부에 관하여 착오한 사례이다. 판례는 당사자가 착오한 것에 대하여 나름대로의 근거가 있다고 보이고, 의사표시 전까지 자기채무의 이행을 성실히 하였으며, 만약 위와 같은 착오가 없었더라면 자기채무의 이행을 거절하거나 또는 상대방의 이행을 소구하지 않았을 것으로 보이므로, 이행거절의사를 명백히 표시한 경우에 해당하지 않는다고 판단하였다.

이행거절에서 중요한 점 중의 하나는 이행거절의 명백한 의사 유무에 있으므로, 이행거절 의사표시의 배경사실에 착오가 있는 경우, 이행거절의사를 인정하지 않은 법원의 판단은 타당하다고 생각한다.

(ii) 최고에 불응

(가) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다43107 판결

① 사실관계

부동산 매매계약에서 원고(매수인)가 중도금지급기일을 무려 5개월이나 넘기도록 피고(매도인)의 수차례에 걸친 지급최고에도 불구하고 중도금과 잔금을 지급하지 않자, 피고가 원고에게 매매계약 해제를 통지하였다.

② 판시사항

법원은, “위와 같은 사유만으로는 원고(매수인)가 자신의 채무를 이행하지 아니할 뜻을 미리 표시하였다고 볼 수 없다.”고 판단하였다.

또한, 피고(매도인)는 매매잔대금의 지급을 최고하거나 매매계약 해제의 통지를 하면서도 매매잔대금의 수령과 상환으로 원고에게 이행하여야 할 소유권이전등기 소요서류 등을 준비하여 원고에게 수령을 촉구한 사실은 전혀 없었던 점에 비추어, 피고가 자기의 채무이행을 제공하고 원고의 채무이행을 최고하지 아니하고서도 매매계약을 해제할 수 있는 것이라는 피고의 주장을 배척하였다.

(나) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다8343 판결

① 사실관계

농장매매계약 당사자 사이의 소유권이전등기소송 계속 중에 매수인(원고)이 매도인(피고)의 수차에 걸친 잔대금지급 최고에도 불구하고 아무런 회답을 하지 아니하자, 매도인이 매매계약 해제를 주장하였다.

② 판시사항

법원은, “위와 같은 사실만으로는 매수인이 자신의 채무를 이행하지 아니할 의사를 표시하였다고 볼 수 없다.”고 판결하였다. 나아가, “매도인이 부동산 전부에 대하여 소유권이전등기소요서류를 구비하여 이행의 제공을 하였다는 주장입증이 없는 이상, 매매계약 해제주장은 매도인이 자기채무의 이행제공 없이 한 것으로 그 효력이 없다.”고 판결하였다.

③ 종합검토

부동산 매매계약에서 매도인의 소유권이전등기·인도의무와 매수인의 잔대금 지급의무는 동시이행의 관계에 있으므로, 매도인이 소유권이전등기서류 등의 이행제공의무를 다하지 않은 상태에서 매수인이 중도금 및 잔금 지급최고에 불응한 경우, 법원은 이것만으로는 이행거절을 인정하지 않고 있으며, 쌍무계약의 이행상의 견련성에 비추어 볼 때 타당한 판결이라고 생각한다.

(iii) 협조 요청 거절

(가) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다15744판결

① 사실관계

부동산매매계약에서 원고(매수인)가 소유권이전등기에 필요한 검인계약서 작성에 협조하지 아니하자 피고(매도인)가 매매계약을 해제하였다.

② 판시사항

“검인계약서는 구 부동산등기법 제40조 제2항에 의한 것으로서 반드시 매수인의 잔금 지급 또는 매도인의 소유권이전등기 소요서류 교부 이전에 작성되어야 하는 것은 아니므로, 매수인이 검인계약서 작성에 협조하지 아니하였다 하여 매매계약 이행거절의 의사표시가 명백하게 되었다거나, 매도인이 그 협조를 구한 때로부터 상당한 기간이 경과한 이후에는 인감증명 등 소유권이전등기 소요서류의 이행제공 없이도 계약을 해제할 수 있다고 할 수 없다.”고 판결하였다.

또한, “원고의 잔대금지급채무와 피고의 소유권이전등기절차 이행채무는 동시이행관계에 있으므로, 피고가 계약해제의 의사표시를 할 당시 소유권이전등기에 필요한 인감증명서를 원고에게 이행제공하지 아니한 사실을 자인하고 있는 이상, 피고의 계약해제항변은 이유 없다.”고 판단하였다.

③ 검토

판례는 원칙적으로 부수적 의무의 불이행을 이유로 한 채무불이행 항변을 인정하지 않으므로, 검인계약서 작성과 같은 부수적 의무에 협조하지 아니하였다고 하여 계약을 해제할 수는 없다고 판단한 것으로 보인다. 또한 잔대금지급과 동시에 소유권이전등기서류를 교부해야 하는 매도인(피고)이 그 이행제공을 하지 아니한 이상, 그의 계약해제 항변을 배척한 법원의 태도는 타당하다고 생각한다.

3. 소결

이행거절 의사의 표명은 그 법적 성질로 말하자면 준법률행위(準法律行爲)로서 ‘의사의 통지’에 해당하는 것이나, 그 인정에 대하여는 일반적으로 법률행위의 해석에 관한 기준을 적용하여도 좋을 것이다. 그리하여 판례는 “채무자가 계약을 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시하였는지 여부는, 계약 이행에 관한 당사자의 행동과 계약 전후의 구체적인 사정 등을 종합적으로 살펴서 판단하여야 한다.”¹⁴³⁾고 하였다.

143) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결 등.

주의할 것은, 그 채무가 쌍무계약으로부터 발생한 것인 경우에는, 자신의 반대채권이나 채권자의 반대채무에 관한 주장이나 요구 등을 포함하여 그 계약의 전과정을 총체적·종합적으로 고려하여야 하고, 단지 채무자의 채무에 관한 사정에 구애되어서는 안 된다는 점이다.¹⁴⁴⁾ 위의 사례들은 대부분 쌍무계약인 물품 또는 부동산 매매계약 등에서 이행거절이 문제된 것으로서, 이와 같은 법리가 반영되었다.

이행거절의 의사표시 유무를 판단하기 위해 판례는 채무자의 주장이 전혀 근거가 없는 것인지 여부와 채무자의 태도 등을 고려하였다. 주로 문제가 되는 것은 이행거절의사가 묵시적으로 표시된 경우이다. 이 경우 판례는 채무자의 태도로 보아 이행거절 의사가 명백한 것으로 볼 수 있는 경우에는 이행거절을 인정하였고, 앞뒤 상황과 채권자와의 관계 등을 고려하여 채무자의 주장이 상당한 근거가 있는 것일 때에는 인정하지 아니하였다.

한편, 채무자의 이행거절의사 표명시점은 이행기 전, 후의 경우가 모두 존재하였다. 판례가 처음으로 이행거절을 독자적인 채무불이행 유형으로 인정한 2005년 대법원 판례는 이행기 전 이행거절 사례였다. 이후 2007년 상품권 제시에 관한 이행거절 판례¹⁴⁵⁾에서 원심은 피고 회사의 이행지체 등을 따로 인정하지 아니하고 곧바로 이행거절에 기하여 상품권의 액면 상당액, 즉 전보배상을 명하였으며, 대법원은 피고 회사의 상고를 기각하였다. 또한, 2009년 매매계약 해제로 인한 계약금 반환청구 판례¹⁴⁶⁾에서, ‘이행지체 등과 대등하게 채무불이행의 한 유형으로서 민법 제390조에 기하여 손해배상청구권 등을 발생시키는 요건으로서의 이행거절과 이미 이행지체 등에 빠진 채무자에 대하여 이행의 최고 없이 계약 해제권이 발생하기 위한 요건으로서의 “미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우”를 반드시 동일하게 볼 이유는 없는 것이다.’라고 판시하였다. 이를 통해 볼 때, 판례는 이행기 전과 후를 가리지 아니하고 이행거절을 독자적인 불이행유형으로 인정하여 이행거절의 법리로 처리하는 것으로 보인다.¹⁴⁷⁾

그러나 앞서 주장한 바와 같이, 이행거절이 고유한 의미를 가지는 것은 주로 이행기 전의 경우로서, 이행거절을 이행기 전과 후로 나누어 이행기 전 이행거절의

144) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 148면.

145) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결.

146) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다29635 판결.

147) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -”(주 53), 5면 이하.

경우에만 채무불이행의 독자성을 인정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 이행기 후 이행거절의 경우에는 이행기 도과 후에도 채무를 이행하지 않는다는 측면에서 이행지체와 큰 차이가 없으므로, 그에 관한 규정을 준용하여 적절하게 처리할 수 있다고 본다.

한편, 채무자가 이행하지 아니하겠다고 밝힌 의무는, 이행거절이 계약해제의 요건으로서 문제되는 한, 원칙적으로 부수적 의무에 해당하는 것이어서는 안 될 것이다. 위 사례에서 이행거절의 대상이 된 의무는, 매매대금 지급의무, 물품인도채무, 소유권이전등기의무 등 계약상 주된 의무에 해당하는 내용들이었다. 주된 급부의무가 아닌 부수적 급부의무의 위반을 이유로 하여서는 계약해제가 인정되지 않으며,¹⁴⁸⁾ 이는 이행거절에 있어서도 마찬가지일 것이다.¹⁴⁹⁾ 그러나, 부수적 급부의무라고 하더라도 그 불이행으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.¹⁵⁰⁾

민법 개정안 제544조 제1항 단서에서는 위와 같은 취지를 반영하여, ‘일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우’에는 해제를 할 수 없도록 규정하여 계약해제의 요건을 강화하였다. 계약해제는 법률관계를 종국적으로 종료시키는 중대한 법률 효과를 초래하므로, 계약 자체를 해소하는 채권자를 정당화할 것인가에 대한 판단은 어디까지나 신중하게 행해져야 한다는 점에서 바람직한 입법태도라고 생각한다.

148) 대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1808 판결: “부수적 채무의 불이행인 경우에는 그 불이행으로 인하여 채권자가 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우 또는 특별한 약정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 계약 전체의 해제를 허용할 수 없다.”; 대법원 1992. 6. 23. 선고 92다7795 판결; 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705,53712 판결 등.

149) 대법원 1987. 5. 26. 선고 85다카914,85다카915 판결: “그 불이행의사를 표시한 내용 자체가 계약목적 달성에 필요불가결한 것이어야 하고 부수적 채무인 경우는 포함되지 아니한다 할 것이다.”; 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다2766 판결; 대법원 1997. 4. 7. 선고 97마575 결정 등.

150) 이와 관련하여서는 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다6583 판결을 살펴볼 필요가 있다. 원고는 그 위에 건물을 축조할 목적으로 피고로부터 위요지를 매수하였는데, 피고는 공로(公路)로의 통행을 위하여 그 소유의 토지에 진입로를 개설하여 주기로 특약하였다. 그런데 피고가 그 특약의 이행을 거절하므로 원고가 매매계약을 해제하였고, 대법원은 계약해제를 적법하다고 판결하였다(양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 148면).

II. 위법성

최근 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다227225 판결에서는 위와 같은 명백성 요건에서 더 나아가, 이행거절이 채무불이행으로 인정되기 위해서는 채무를 이행하지 아니할 채무자의 명백한 의사표시가 위법한 것으로 평가되어야 한다고 실시하였다.

원고(매수인)는 피고(매도인)로부터 교회건물 부지를 공급받고 매매계약을 체결하였다. 그런데, 종교시설 설치에 대한 인근 주민들과 학부모들의 반대 민원이 제기되자, 원고는 매매목적물 변경과 용도변경이 가능한지 여부를 타진하였고, 그 과정에서 피고는 잔금지급 독촉과 계약해제 예고를 통지하였다. 이러한 과정이 지체되는 중에 매매계약에 따른 최고기간이 경과하자, 피고는 원고의 잔금 미지급을 이유로 매매계약을 해제하였다. 그러자 원고는 피고의 이행거절을 이유로 계약 해제와 이에 따른 손해배상 청구의 소를 제기하였다.

판례는 “채무자가 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우에 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있지만, 이러한 이행거절이라는 채무불이행이 인정되기 위해서는 채무를 이행하지 아니할 채무자의 명백한 의사표시가 위법한 것으로 평가되어야 한다.”고 실시하면서, 매매계약의 이행 과정에서 피고가 매매목적물의 용도변경 여부가 확정되는 시점까지 원고의 잔금지급을 유예하기로 하는 묵시적 합의를 인정하기는 어렵다고 보았다. 따라서, “원고에 대하여 매매계약에 따른 잔금지급의무의 지체를 이유로 한 피고의 계약 해제는 적법하고, 이를 두고 채무불이행인 이행거절이라고 볼 수는 없다.”고 판결하였다.

위 판례는, 이행지체와 이행불능의 성립요건으로서 위법성을 요구하는 것과 마찬가지로, 이행거절에서도 동일한 요건을 요구한 것으로 평가된다. 이는 이행거절을 독립한 채무불이행의 한 유형으로 인정하였다는 것¹⁵¹⁾에서 진일보하여, 이행지체와 이행불능에서 요구되는 위법성 요건을 동일하게 요구함으로써, 그 의의와 독자성뿐만 아니라 성립요건 면에서도 다른 채무불이행 유형과 동일하게 취급하겠다는 뜻을 나타낸 것이라고 생각한다.

151) 대법원 2005. 8. 19. 2004다53173 판결; 대법원 2007. 9. 20. 2005다63337 판결.

Ⅲ. 최고 요부

우리나라의 학설과 판례는 채무자의 이행기 전 이행거절에 대하여 이행기의 도래 전이라도, 채권자에게 최고 없이 손해배상청구권과 계약해제권이 발생한다고 보고 있다.¹⁵²⁾ 또한, 민법 개정안 제544조 제2항에서는 해제에서 최고를 요하지 아니하는 사유로 ‘채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 때’를 규정하고 있다.

영미법에서도 우리의 학설·판례와 같이 상당 기간을 정한 최고를 요구하지 않고 있는데, 이를 ‘수용(acceptance)’이라는 의미로 설명하고 있다.

영미법에서 이행기 전의 이행거절이 채무불이행(계약위반)이 되기 위해서는 채권자의 수용이 필요하다. 수용(acceptance)은 채권자가 손해배상에 대한 소송을 제기하거나, 경우에 따라서는 채권자에 의해 제공되는 통지가 없을지라도 성립된다. 이 경우, 채권자가 스스로 계약을 종료하는 것으로 취급하는 것으로 충분하며, 더 이상의 어떤 행위가 필요한 것은 아니다. 이로 인해 종종 채권자의 단순한 묵인(mere acquiescence) 또는 부작위(inactivity)가 애매한 것이 되어 계약위반의 수용으로 취급받지 못하는 경우가 있다. 따라서 채무불이행(계약위반)의 수용은 완전하고(complete), 명백하여야(unequivocal) 한다.¹⁵³⁾

독일 개정 민법의 경우에는 최고를 요구하지 않고 있다. 개정된 독일민법 제323조에서 ‘채무자가 급부를 진지하게 중독적으로 거절한 때에는 기간설정이 필요하지 않고(제2항 제1호), 채권자는 급부의 이행기가 도래하기 전이라도 계약을 해제할 수 있다(제4항).’라고 함으로써 이를 명시적으로 규정하고 있다. 뿐만 아니라, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG) 제72조 제3항¹⁵⁴⁾, 국제상사계약원칙(PICC) 제7.3.3조¹⁵⁵⁾, 유럽계약법원칙(PECL) 제9:304조¹⁵⁶⁾에서도 최고를 요구하지 않고 있다. 그러나 일본의 통설은 이행기 전 이행거절이 채무불이행으로 되기 위해서는 반드시 거

152) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 167면; 위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”(주 7), 425~426면; 김형배·김규완·김명숙 공저, 민법학강의(주 1), 909면; 김준호, 채권법(이론·사례·판례)(주 1), 92~93면.

153) Treitel, The Law of Contract(주 122), p. 842.

154) CISG 제72조(주 68) 참조.

155) UNIDROIT PICC 제7.3.3조(주 82) 참조.

156) PECL 제9:304조 (Anticipatory Non-Performance)(주 87) 참조.

절의사를 확인하는 최고가 필요하다고 한다.¹⁵⁷⁾

한편, 채무자의 이행거절에 대해 채권자가 채무불이행(계약위반)을 수용하지 않는다면 계약은 구속력을 가지므로, 채무자는 계약내용대로 이행할 의무가 있고, 계약 상대방의 주된 채무를 청구할 권리를 가진다.

IV. 소결

앞서 실시한 이행기 전 이행거절에 관한 성립요건을 비교법적으로 검토하면 다음과 같다.

먼저 채무의 이행이 가능함에도 진지하고 중독적인 이행거절의사를 표명함으로써, 객관적으로 보아 채권자로 하여금 채무자의 임의의 이행을 기대할 수 없을 것 등은 분명하고도 공통적으로 요구되는 조건이다. 구체적으로는 이행거절의 의사를 명백하게 표시하거나 그에 상응하는 행위를 하는 경우에 이행기 전 계약위반이나 이행거절이 있다고 하면서, 그에 따른 손해배상청구권과 계약해제권 등의 법적 효과를 부여하고 있다.

이행거절의사의 표명시점에 관하여 우리 판례는 이행기 전과 후를 가리지 아니하고 이행거절을 독자적인 채무불이행유형으로 인정하고 있다. 뿐만 아니라 이행지체와 이행불능에서 요구되는 위법성 요건을 동일하게 요구함으로써, 성립요건 면에서도 다른 채무불이행 유형과 동등하게 취급하겠다는 뜻을 표명하였다.

이행거절의 성립요건으로서 최고가 필요한지 여부와 관련하여서는, 실시한 바와 같이, 우리 민법(개정안 포함), 영미법, 독일 개정민법은 상당한 기간을 정한 최고를 요구하지 않고 있다. 그러나, 일본의 통설은 이행기 전 이행거절이 채무불이행으로 되기 위해서는 반드시 거절의사를 확인하는 최고가 필요하다고 한다. 생각건대, 이미 이행거절의사가 명백하게 표시된 이상 이행거절 당사자에게 다시 최고하는 것은 불필요한 절차를 반복하는 것이므로, 최고 없이 계약해제권과 손해배상청구권이 발생하는 것으로 보는 우리 통설·판례의 태도가 타당하다고 생각한다.

157) 北川善太郎, 債權總論(民法講要 III)(주 61), 533면 이하.

제 4 장 이행기 전 이행거절의 효과

제 1 절 선택권

이행기 전 이행거절의 의사표시를 수령한 상대방은 선택권을 행사할 수 있다. 즉, 계약을 유효한 것으로 선택하여 이행기의 도래를 기다렸다가 이행청구권을 행사할 수도 있고, 계약위반을 확정하여 이행기의 도래를 기다리지 않고 즉시 계약의 해제와 손해배상을 청구할 수도 있다.¹⁵⁸⁾ 계약위반을 확정된 경우 이행거절로 인한 책임의 내용은 대체로 이행불능에 준하여 생각될 수 있다. 이와 같은 구제수단의 선택권이 주어진다든 점이 이행기 전 이행거절 법리의 특징이라고 할 수 있다.

선택의 가능성을 부여한 이유는, 이행거절의 상대방에게 이행기의 도래를 기다려 이행을 청구할 수 있도록 하는 기회를 보장할 필요가 있기 때문이다. 선택의 기회를 보장하는 취지는 이행거절 당사자의 신의에 반하는 용태로 인하여 피해를 입을 상대방에게 계약관계를 재고할 수 있는 기회를 보장하기 위함이지, 이행거절이라는 사실 그 자체로부터 이행청구권을 배제하려고 하는 것이 아니다.

따라서, 이행거절의 상대방이 약정한 채무 내용에 고유한 이익을 가지고 있어, 이행기 도래를 기다려 이행을 청구하는 경우에는 그러한 선택을 존중하여 그에 따른 법리를 구성할 필요가 있는 것이다.¹⁵⁹⁾

제 2 절 계약해제권과 손해배상청구권의 발생

I. 계약해제권

158) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 166~167면; 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 175~177면; Treitel, *The Law of Contract* (주 122), pp. 842~849.

159) 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 176~178면.

1. 이행 최고 불요

원칙적으로 채무불이행의 경우에 채무자에게 채무를 이행하도록 청구하기 위해서는 최후의 기회가 채무자에게 기간을 설정하여 제공되어야 한다. 기간설정은 채무이행과 관련하여 채무자에게 주어지는 최종의 기회이다.¹⁶⁰⁾ 그러나 이행기 전 이행거절의 경우에, 이행지체와 마찬가지로 계약해제요건으로서 상당한 기간을 정한 최고가 필요한가에 대해, 의용민법에서는 학설·판례상 논란이 있었으나, 현행 민법 제정시에 제544조 단서를 신설함으로써 이러한 논란은 정리되었다. 다만, 민법 제544조 단서가 이행기 후의 이행거절을 규율하고 있다는 점에서 이행기 전의 이행거절의 경우에도 이를 적용할 것인가에 관해, 유추적용함으로써 최고를 요하지 않는다고 해석한다.¹⁶¹⁾

우리 학설과 판례는 이행기 전 이행거절을 채무불이행으로 받아들여, 채권자에게 이행기의 도래를 기다릴 필요 없이, 그리고 최고 없이 계약해제권의 발생을 인정하고 있다. 판례는 “쌍방의 채무가 동시이행 관계에 있는 쌍무계약에서 당사자의 일방이 미리 그 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 때에는, 상대방은 이행에 대한 최고를 하지 아니하고 바로 그 계약을 해제할 수 있다.”¹⁶²⁾고 판시한 바 있다.

민법 개정안(제544조 제2항)에서도 해제에서 최고를 요하지 아니하는 사유로, ‘채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간내에 이행되지 아니할 것이 명백한 때(제2호)’를 규정하고 있다.

외국의 입법례도 이행거절의 경우에 계약을 해제하기 위해 상당한 기간을 정한 최고를 요구하지 않는다. 개정된 독일민법 제323조에서 채무자가 급부를 진지하게 종국적으로 거절한 때에는 기간설정이 필요하지 않고(제2항 제1호), 채권자는 급부의 이행기가 도래하기 전이라도 계약을 해제할 수 있다(제4항)라고 함으로써 이를 명시적으로 규정하고 있으며 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG) 제72조 제3항¹⁶³⁾, 국제상사계약원칙(PICC)제7.3.3조¹⁶⁴⁾, 유럽계약법원칙(PECL) 제9:304조¹⁶⁵⁾에

160) 신국미, “이행기전의 이행거절과 채무자의 책임”(주 63), 701면.

161) 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 175면.

162) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카11 판결.

163) CISG 제72조(주 68) 참조.

서도 이를 명문화하고 있다.

2. 쌍무계약에서 이행 제공 불요

우리 민법상, 쌍무계약인 부동산 매매계약에서 매도인은 자신의 반대채무(소유권 이전채무)에 관하여 이행하거나, 적어도 이행제공을 하여 매수인이 가지는 동시이행의 항변권을 소멸시켜야만, 매수인의 이행지체를 이유로 해제를 주장할 수 있다.

여기서 우리판례는 계약해제 요건과 관련하여 중요한 법리를 승인하고 있다. 즉, 채권자가 하여야 할 반대채무의 이행제공은 채무자가 그의 채무를 이행하지 아니할 의사를 명확하게 밝히는 경우에는 요구되지 않는다고 하는 것이다. 이는 매도인의 계약해제권 행사요건이 완화된다는 의미를 가진다.¹⁶⁶⁾

실례로, 입목매매계약이 체결되고 그 대금 1천 만원 중 9백 만원이 지급되었으나, 그 후 매도인(피고)이 계약사실을 부인하고 임야 일부에 대하여 제3자 앞으로 지상권설정등기를 하는 등의 행위를 한 경우에, 매수인(원고)이 계약을 해제하고 대금 반환을 청구한 사안에서 “계약당사자의 일방은 상대방이 채무를 이행하지 아니할 의사를 미리 표시한 경우에는, 최고 없이 그 계약을 해제할 수 있는 것이고, 그 계약이 쌍무계약이라 하여도 위 당사자의 일방은 자기 채무의 이행의 제공 없이 적법하게 그 계약을 해제할 수 있다.”고 판결하였다.¹⁶⁷⁾

II. 전보배상청구권

채무자의 이행거절이 있으면 채권자는 이행최고 없이, 나아가 쌍무계약에서라면 자신의 반대급부에 대한 이행제공을 할 필요 없이 계약을 해제할 수 있다. 학설과 판례 모두 이 경우에 채권자에게 이행기의 도래를 기다릴 필요 없이 손해배상청구

164) UNIDROIT PICC 제7.3.3조(주 82) 참조.

165) PECL 제9:304조 (Anticipatory Non-Performance)(주 87) 참조.

166) 김동훈, “이행거절과 계약해제-대상판결: 대법원 2003. 2. 26. 선고, 2000다40995판결-” (주 101), 116면; 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 139~140면.

167) 대법원 1980. 3. 25. 선고 80다66 판결.

권을 인정하고 있다. 이와 관련하여, 다음의 점들에 대해 생각해 보고자 한다.

1. 법적 근거

명문 규정이 없는 우리 민법 하에서 이행거절에 의해 전보배상청구권이 인정되는 법리적 근거에 관하여, 제544조 단서를 유추적용하여 제395조가 적용된다고 하는 견해¹⁶⁸⁾와 제395조는 이행지체를 규율대상으로 하고 있기 때문에 제390조가 적용된다고 하는 견해¹⁶⁹⁾가 있다. 앞서 이행기 전 이행거절의 실정법적 근거에 관한 논의에서, 민법 제544조 단서 적용설은 제395조를 근거규정으로, 민법 제390조 적용설은 동 규정을 근거규정으로 보는 것이 논리적이다. 그러나 제390조 적용설이 이행거절로 인한 책임의 내용은 이행불능에 준하여 생각하면서, 그로 인한 전보배상청구권의 근거규정은 제544조 단서를 유추적용하여 이행지체에 관한 제395조를 근거로 삼는 것은 논리적으로 모순이라고 생각된다.

2. 손해배상의 산정 시점

두 번째는, 손해액 산정과 관련하여 ‘이행에 갈음하는 손해배상’을 산정하는 계약 위반시점은 언제인가(이행기 또는 이행거절시)에 관한 것이다.

대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결은 “이행지체에 의한 전보배상에 있어서의 손해액 산정은 본래의 의무이행을 최고하였던 상당한 기간이 경과한 당시의 시가를 표준으로 하고, 이행불능으로 인한 전보배상액은 이행불능 당시의 시가 상당액을 표준으로 해야 할 것인바, 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서의 손해액 산정은, 채무자가 이행거절의 의사를 명백히 표시하여 최고 없이 계약의 해제나 손해배상을 청구할 수 있는 경우에는, 이행거절 당시의 급부목적물의 시가를 표준으로 해야 하며, 통상의 경우 상품권의 액면금 상당”¹⁷⁰⁾이라고 함으로써, 이행기

168) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 167면.

169) 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”(주 2), 175~176면.

170) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결.

가 아니라 ‘이행거절시’를 기준으로 해야 함을 명확히 하고 있다.

위 판결은 기존의 판례가 전개하고 있는 이행거절과 계약해제의 법리 가운데, 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서 손해액 산정의 기준시점을 최초로 제시하였다는 점에 의의가 있다.

3. 지연손해의 산정 시점

세 번째는, 채권자가 가지는 전보배상청구권에 대하여 지연손해를 청구할 수 있다면, 그것은 언제부터인가 하는 점이다. 판례는 이행불능으로 인한 전보배상청구권에 대하여, 그 배상액은 이행불능 당시의 목적물의 가격을 기준으로 정하여지고 그 배상액의 지급을 지연한 경우에는 이행불능 당시부터 배상을 받을 때까지의 법정이자를 청구할 수 있다고 판결하였다.¹⁷¹⁾

최근에 나온 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다14675 판결에서는 전보배상에 관하여 다음과 같이 판단하였다.

“계약해제의 효과로서 원상회복의무를 규정한 민법 제548조는 부당이득에 관한 특별 규정의 성격을 가진 것이므로, 그 이익 반환의 범위는 이익의 현존 여부나 선의, 악의에 불문하고 특단의 사유가 없는 한 받은 이익의 전부이다. 따라서 매도인으로부터 매매 목적물의 소유권을 이전받은 매수인이 매도인의 계약해제 이전에 제3자에게 목적물을 처분하여 계약해제에 따른 원물반환이 불가능하게 된 경우에 매수인은 원상회복의무로서 가액을 반환하여야 하며, 이때에 반환할 금액은 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시의 목적물의 대가 또는 그 시가 상당액과 처분으로 얻은 이익에 대하여 그 이득일부터의 법정이자를 가산한 금액이다.”

이를 통해 채무불이행법에서 이행불능으로 인한 전보배상을 “이행불능 당시의 급부목적물의 시가 + 이행불능시부터 법정이율에 의한 지연손해금”으로 산정하는 방식은 계약해제로 인한 원상회복의무의 실현불능으로 인한 가액반환에도 확장되었다고 볼 수 있다.

따라서, 이행거절의 법률효과를 대체로 이행불능에 준하여 생각할 수 있고, 이행거절로 인한 전보배상액의 산정시점을 이행거절시로 본다면, 그에 대한 지연손해금

171) 대법원 1967. 11. 28. 선고 67다2178 판결; 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1872 판결 등.

도 이행거절시부터의 법정이율 상당액으로 산정될 수 있다는 견해가 가능하다. 판례의 표현을 빌린다면 “그 이행거절이 있는 당시로부터 배상을 받을 때까지의 법정 이자를 청구할 수 있는 것”이다.¹⁷²⁾

제 3 절 채권자의 계약이행 선택

I. 일반론

이행거절의 경우에 채권자는 채무자의 이행거절의사에도 불구하고 이행기의 도래를 기다려 이행청구를 할 수 있다. 상기한 바와 같이, 이행거절 제도는 이행거절이라는 사실 그 자체만으로 상대방의 이행청구권을 배제하려고 하는 것이 아니기 때문에, 상대방이 약정된 채무 내용에 고유한 이익을 가지고 있다면 이행기의 도래를 기다려 이행청구를 할 수 있다.

다만, 이 경우에 상대방 채권자가 지연배상을 청구하려면, 단지 이행거절이 있었다는 사실만으로는 부족하며, 이행기의 도래를 기다려 이행지체의 요건을 별도로 갖추어야 할 것이다.¹⁷³⁾

그러면 이행기 전 이행거절 범리가 가장 먼저 확립된 영미법에서는 채권자의 계약이행 선택과 손해의 경감(이행기 전 이행거절제도의 의의)이 어떠한 방식으로 전개되어 나아갔는지에 대하여 알아보고, 우리법에 주는 시사점에 대해 알아보도록 하겠다.

II. 선택이론의 전개

1. 초기의 선택이론

172) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 판례의 형성 및 법률효과를 중심으로 -”(주 53), 39~47면.

173) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 167면.

영미법에서 이행거절 법리가 형성되던 초기의 판례들은 채권자가 채무자의 이행거절에 대해 즉시 계약위반에 따른 구제수단을 행사하지 않으면, 채권자는 계약을 정상적으로 유지하기로 ‘선택(election)’한 것이기 때문에, 후에 이행거절을 이유로 계약위반을 주장할 수 없다고 하였다.

1891년의 *Bernstein v. Meech* 판결¹⁷⁴⁾은, 원고가 12월에 피고의 극장에서 공연을 하기로 계약한 후, 8월에 보수를 늘려주지 않으면 공연하지 않겠다는 편지를 피고에게 보낸 사안이었다. 피고는 원고에게 계약에 응할 것을 주장하였으나, 원고의 답이 없자 다른 공연자를 고용하였다. 그런데, 12월이 되어 원고는 계약을 이행하기 위해 공연장에 갔으나 피고는 원고의 공연을 거절하였다.

법원은, ‘선택이론(election theory)’을 적용하여, 피고가 원고의 이행을 주장하였기 때문에 원고와의 계약을 유지하기로 선택한 것이고, 따라서 원고의 이행제공을 거절한 피고에게 계약위반의 책임이 있다고 판결하였다.¹⁷⁵⁾

2. 선택이론의 변화

위와 같은 법원의 선택이론은 많은 비판을 받게 되었고, 이후 다수의 판결들에서는 변화하게 되었다.¹⁷⁶⁾ 제1차 계약 리스테인먼트 제320조도 “채권자가 이행거절에 대하여 본래의 이행을 청구하였다고 하여, 이행거절의 계약위반으로서의 효과가 사라지는 것은 아니다”라고 규정하였고, 통일상법전(UCC) 제2-610조 제1항 (b)¹⁷⁷⁾도 “채권자가 이행거절을 한 채무자에 대하여 이행을 기다리고 촉구하겠다고 통지한 경우에도, 계약위반에 따른 구제수단을 행사할 수 있다”고 규정하였다.

결과적으로, 초기의 선택이론은 변경되어, 채권자가 채무자의 이행거절에 대하여 계약 이행을 기다리거나 촉구하는 것은 선택의 문제라고 할 수 없고, 채권자가 계

174) 130 N.Y. 354, 29 N.E. 255 (1891).

175) 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 91면.

176) *Renner Co. v. McNeff Bros.*, 102 F.2d 664 (1939); *Tri-Bullion Smelting & Dev. Co. v. Jacobsen*, 233 Fed. 646 (1916) 등.

177) UCC 제2-610조 (Anticipatory Repudiation)(주 19) 참조.

약 이행을 요청했다는 이유로 그가 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 수 있는 권리를 상실하는 것은 아니며, 언제든지 계약 위반에 따른 구제수단을 행사할 수 있게 되었다.¹⁷⁸⁾

3. 선택이론의 의의

선택이론의 의의는 다음의 두 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 이행기 전 이행거절이 계약위반이 되는 근거와 관련하여, “이행기 전의 이행거절은 그것을 당한 당사자에 의한 승낙에 의해 비로소 계약위반이 된다”(선택이론의 제1의의)는 점이다. 실제 미국에서는 이러한 선택이론의 제1의의와 함께 이행기 전 이행거절법리를 둘러싼 논의가 활발하게 되었다.

둘째, 이행기 전 이행거절과 손해경감의무의 관계와 관련하여, “이행거절 상대방으로부터 이행거절을 계약위반으로 간주하지 않는다는 선택이 이루어진 경우에는, 계약의 구속력은 여전히 유지된다”(선택이론의 제2의의)는 점이다. 이는 손해경감의무의 개입을 배제하고, 대가청구의 인정으로 귀결되어진다. 그리하여 미국에서는 손해경감의 관점에서 선택이론이 부정되기에 이른다. 반면, 영국에서는 선택이론이 어떻게 하여 손해경감의 관점에서 의미를 가지게 되는가가 문제되며, 이를 아래에서 살펴보도록 하겠다.¹⁷⁹⁾

Ⅲ. 선택이론과 손해경감의무

선택이론에 따르면, 채권자가 채무자의 이행거절에도 불구하고 계약의 유지를 선택하여 자신의 채무이행을 계속하는 경우, 그만큼 채무자의 손해배상액이 확대되는 결과를 낳게 된다.

예를 들어, 다리를 완공하면 공사대금을 지불하기로 한 도급인이 공사착수 전에

178) 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 91~92면.

179) 배성호, “이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무”(주 3), 161면.

이행거절을 한 경우에, 수급인이 계약의 이행을 선택하여 공사에 착수하였다면, 이로써 도급인의 손해배상액이 증가하는 결과가 초래된다.

초기 미국의 다수 판례는 이러한 선택이론에 따라 수급인은 이 경우에 이행청구를 선택할 수 있다고 하였으나, 이후 현재까지의 판례들은 이행의 결과가 손해액을 증가시키는 것이라면, '손해경감의무'가 우선한다고 보아 수급인(채권자)은 이행을 청구할 수 없다고 하였다.¹⁸⁰⁾

이처럼 미국법에서는 채권자에게 손해경감의무를 한도로 하여 계약 이행을 선택할 수 있도록 한다. 즉, 채권자에게는 손해경감을 목적으로 하는 합리적 행동이 요청되고, 그 후의 손해의 확대에 대해서는 손해배상이 부정된다. 그러므로 채권자는 계약을 유지시키는 것보다 계약위반에 따른 구제수단을 행사하는 것이 손해의 증가를 막을 수 있다면, 후자를 선택하여야 하는 것이다.

이에 반해, 영국법에서는 이행기 전의 이행거절에도 불구하고 이행기 도래까지 기다려 본래의 계약대로 이행청구를 하는 것이 원칙적으로 가능하다고 한다.¹⁸¹⁾ 아래에서는 영국법과 미국법에서 이행거절 법리에 관한 선택이론과 손해경감의무의 전개양상을 검토하고자 한다.

1. 판례의 전개

(1) *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* 판결¹⁸²⁾ (영국)

원고는 지방관청에 쓰레기통을 납품하는 업자이고, 그 쓰레기통에 광고판을 부착하여 광고료 수입을 얻을 수 있도록 되어 있었다. 주차장을 경영하는 피고는 자신의 사업에 관한 광고계약을 원고와 체결하였지만, 그 후 바로 그 계약을 취소한다고 통고하였다. 원고는 통지를 받은 당시, 아직 계약의 실행을 위한 어떠한 행동도 취하고 있지 않았음에도 불구하고, 계약의 취소를 거절하고 스스로 이행을 완료한

180) Calamari/Perillo, *The Law of Contracts*(4th ed.)(주 46), pp. 486~487.

181) 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”(주 3), 92~93면; 신국미, “이행기전의 이행거절과 채무자의 책임”(주 63), 704면.

182) [1962] A.C. 413.

후, 계약가액의 지불을 구하는 소를 제기하였다.

본 판결의 주안점은, 이행기 전 이행거절에도 불구하고 계약의 이행을 완료하고 계약대가의 지불을 구할 수 있는가, 아니면 이행의 정지가 요청되고 구제방법은 계약위반에 대한 손해배상에 한정되는가라는 점이었다.

귀족원은 결론적으로 대가청구를 인정하였다. 근거는 이행거절을 당한 상대방이 선택권(option)을 가진다는 관점, 즉 선택이론의 관점이었다. 이행거절을 승낙하고 계약위반으로 볼 것인가 여부는 그것을 당한 당사자에게 맡겨져 있고, 이행거절이 승낙되지 않은 이상 계약의 구속력은 여전히 유지되기 때문에, 이행을 완료하여 반대급부의 이행을 청구하는 것은 당사자의 계약상 권리인 것이다. 본건에서 문제가 된 것은 계약당사자에 의한 이행청구이고, 손해배상이 문제된 것은 아니었다. 따라서, 손해배상의 법리인 손해경감의무의 법리는 적용의 여지가 없다고 볼 수 있다.

동 판결에 대해서는 영국에서도 미국의 상황을 염두에 두고 손해경감의 관점에서 엄격히 비판하는 견해도 있었지만, 결정적인 영향은 주지 못하였다. 그러던 중 ‘정당한 이익(legitimate interest)’의 유무라는 기준을 활용한 판결들이 아래와 같이 나타나게 되었다.¹⁸³⁾

(2) *Attica Sea Carriers Corp v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei GmbH* 판결¹⁸⁴⁾ (The "Puerto Buitrago", 영국)

나용선(裸傭船) 계약에서 용선자인 피고는, 선박을 반환할 때까지 일정한 수리를 하고 계약가액을 지불하기로 하는 채무를 부담하였음에도 불구하고, 선박의 수리비용이 선박의 가치보다 고액이었기 때문에, 선박을 수리하지 않고 반환하였다. 선박 소유자인 원고는 반환수령을 거절하고, ‘당해 용선계약에서 용선자는 비용여하에도 불구하고 선박을 수리하고, 선박 수리가 이루어질 때까지 용선료를 지불할 의무가 있다.’고 주장하며 제소하였다.

원심은, 용선자인 피고는 반환하기 전에 선박을 수리할 의무를 부담하고, 선박 소

183) 배성호, “이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무”(주 3), 159~160면.

184) [1976] 1 Lloyd's Rep 250 (C.A.)

유자인 원고는 피고가 선박을 수리할 때까지 용선료 수취에 대한 권한을 가진다고 판결하였다. 그러자 피고가 항소하였다.

항소법원은 당해 위반에 대하여 손해배상이 충분한 구제방법이기 때문에, 선박 소유자인 원고는 용선료의 지불약속과 수리약속에 대하여 특정이행을 구할 수 없다고 판결하였다(항소 인용).

동 판결에서는 손해배상으로 충분한 구제가 되는 경우에는, 결국 이행의 속행을 주장하는 것은 정당한 이익(*legitimate interest*)이 아니라고 하여,¹⁸⁵⁾ 위의 *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* 판결과 구별되었다. 여기에서 정당한 이익의 유무라고 하는 기준은 실질적인 의미를 가지게 되었다.¹⁸⁶⁾

(3) *Clea Shipping Corp. v. Bulk Oil International Ltd.* 판결¹⁸⁷⁾ (The "Alaskan Trader", 영국)

정기용선계약에서 선박의 중대한 엔진고장으로 인해 용선자(원고)는 더 이상 선박을 이용할 수 없다는 뜻을 통지하였다. 선박 소유자(피고)는 비용을 들여 수리를 하고, 원고에게 이용가능하게 되었다고 통지하였지만, 원고는 선박에 대해 어떠한 지시를 내리는 것도 거부하였다. 그러자 피고는 원고의 이러한 이행거절을 승낙하지 않고, 항해준비를 하고 승조원을 상주시키며 계약기간이 만료될 때까지 정박시켜 두었다. 이에 원고는 계약기간의 종료까지 권리를 보유한 채 용선료를 계속 지불하였고, 중재절차에서 기지급한 용선료의 반환을 청구하였다.

중재인은, 원고(용선자)가 피고(선박 소유자)에게 손해배상청구를 하지 않고 계약을 존속시킨 것과 용선료의 반환을 청구한 것은 어떠한 정당한 이익(*legitimate interest*)을 가진 것이 아니라고 판단하였다. 원고는 지불한 용선료를 반환받을 권리를 가지지만, 피고에 대해 손해배상책임을 부담한다고 판결하였다. 이에 원고가 항소하였다.

185) [1976] 1 Lloyd's Rep 250 (C.A.)

"Justice Orr said that the case of White could be avoided, where co-operation was necessary, or where there was no legitimate interest in the conduct being pursued."

186) 배성호, "이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무"(주 3), 166면.

187) [1983] 2 Lloyd's Rep. 645 (Q.B.).

고등법원 상사법정은, 피고에게 손해배상청구를 하지 않고 계약을 이행한 것과 용선료의 반환을 청구한 것이 법적·경제적 이익 그 이상을 가진 것이 아니라고 판결하였다(항소 기각, 중재판단 유지).¹⁸⁸⁾ 동 판결에서는 결국 이행의 속행에 대한 정당한 이익(legitimate interest)의 존재를 부정한 중재인의 판단이 지지되고 있다.¹⁸⁹⁾

(4) *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 판결¹⁹⁰⁾ (미국)

지방공공단체인 피고는 다리토목건설회사인 원고에 대하여 다리의 건설계약을 발주하였다가, 이를 번복하고 원고에 대하여 건설 중지를 통지하였다. 통지가 이루어진 시점에는 아직 다리 건설을 위한 작업은 조금밖에 이루어지지 않았지만, 원고는 건설을 계속하고 계약에서 정한 대가를 구하는 소를 제기하였다.

원심은 원고 청구를 전부 인정하는 판결을 내렸고, 이에 피고가 항소하였다. 제4 순회구 연방항소법원은, 원고가 통지를 수취한 이후에도 계속된 공사에 대하여 계약 가액의 회복이 가능할 것인가, 아니면 통지시까지 발생한 계약위반에 의한 손해의 회복에 한정할 것인가를 판단하였다.

그 결과 계약이 아직 미이행일 때 일방당사자가 상대방에게 이행의 중지를 구하고 스스로 이행거절의 통지를 행한 경우, 그것은 계약위반에 해당하는 것이고, 통지를 받은 상대방은 계약을 지속시켜 손해를 확대할 권리를 가지는 것이 아니라, 계약위반에 의해 발생한 손해를 확대시키는 행동을 취하지 않을 의무를 부담한다고 판결하였다.¹⁹¹⁾

또한, 다리 건설이 바람직하지 않다는 뜻의 통지가 적절히 이루어졌다는 관점에서 본다면, 원고에게 손해배상액의 기준은 이행거절까지 들인 노동 및 재료와 계약

188) [1983] 2 Lloyd's Rep. 645 (Q.B.)

"At arbitration, it was said that there was no legitimate interest in keeping the ship on hand. The shipowner should have claimed damages for breach rather than the hiring charge. The Queen's Bench Division(Commercial Court) on appeal agreed with this."

189) 배성호, "이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무"(주 3), 166~167면.

190) 35 F.2d 301 (4th Cir. 1929).

191) 35 F.2d 301 (4th Cir. 1929)

"When the county gave notice to the plaintiff that it would not proceed with the project, plaintiff should have desisted from further work. It had no right to pile up damages by proceeding with the erection of a useless bridge."

의 일부이행으로 인해 부담한 비용 등을 인정함으로써 충분하므로, 계약 가액 전부를 인정한 원심의 판단은 잘못되었다고 판결하였다(원판결 파기).¹⁹²⁾

위와 같이, 미국에서는 이행기 전 이행거절이 상대방에 의한 응답을 필요로 하지 않고, 그 자체로서 계약위반으로 관념된다(선택이론의 제1의의 부정). 즉, 이행기 전 이행거절 자체가 계약위반이 된다. 따라서, 선택이론은 이미 고려할 여지가 없게 되고, 이행거절 상대방이 이행거절을 승낙하지 않는 경우에도 손해경감의 관점에서 계약의 구속력이 부정되게 된다(선택이론의 제2의의 부정).¹⁹³⁾

2. 소결

위에서 살펴본 바에 따르면, 이행거절 법리와 손해경감의무 법리의 관계에 관한 영국법과 미국법의 차이는 바로 계약의 구속력에 관한 이탈 유형의 차이에서 발생함을 알 수 있다.

영국법에서는 이행기 전 이행거절에 기한 계약의 구속력에서의 이탈이 역사적 기초를 배경으로 이행거절 상대방의 의사에 맡겨져 있음에 반하여(의사구성), 미국법에서는 역사적 기초와는 독립한 초기의 논쟁을 통해, 이행기 전 이행거절 자체에 기한 계약의 구속력에서의 이탈이 계약위반으로 처리된다(계약위반구성).

또한 영국법에서는 손해경감의무에 의하여 계약상의 권리인 대가청구가 배제되는 것은 아니다. 계약의 구속력에서의 이탈에 관한 의사구성을 기초로, 이행거절 상대방은 원칙적으로 계약구속력의 유지를 선택하고, 스스로 이행을 완료한 후 대가를 청구할 수 있다. 다만, 예외적으로 경우에 따라서 양 당사자의 이익형량을 고려한

192) 35 F.2d 301 (4th Cir. 1929)

“It follows that there was error in directing a verdict for plaintiff for the full amount of its claim. The measure of plaintiff’s damage, upon its appearing that notice was duly given not to build the bridge, is an amount sufficient to compensate plaintiff for labor and materials expended and expense incurred in the part performance of the contract, prior to its repudiation, plus the profit which would have been realized if it had been carried out in accordance with its terms.

Our conclusion, on the whole case, is that there was error ... in directing a verdict for plaintiff. The judgment below will accordingly be reversed, and the case remanded for a new trial.”

193) 배성호, “이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무”(주 3), 162면.

‘정당한 이익(legitimate interest)의 유무’라고 하는 기준에 의하여 이행거절당한 상대방의 선택권에 제약이 가하여질 수 있다.

반면, 미국법에서는 손해경감의무에 의해 대가청구가 배제되어지는 형태로 나타난다. 즉, 이행거절의 존재 자체에 의하여 계약위반에 의한 계약구속력에서의 이탈이 발생하고, 그것으로부터 피해당사자는 이행을 정지하는 등 손해경감을 위한 합리적인 조치를 취할 것이 곧바로 요청되기 때문에, 헛되이 이행을 완료하고 대가청구를 하는 것은 허용되지 않는다.

이와 달리, 우리법에서는 이행거절당한 채권자의 의사에 따라 계약의 효과를 계속하여 유지할 것인지, 아니면 이행거절을 받아들여 손해배상청구를 할 것인지 선택권이 주어진다. 채권자는 채무자가 이행기 전 이행거절을 표시한 경우에, 이를 무시하고 이행기까지 채무의 이행을 기다릴 수 있으며, 채무자의 이행거절에 대하여 채권자가 계약을 해제하고 손해를 경감하기 위한 조치를 취할 의무는 지지 않는 것이 원칙이다.

다만, 영국의 판례(*Attica Sea Carriers Corp. v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G.m.b.H.*)¹⁹⁴⁾에서 손해배상으로 충분한 구제가 되는 경우 이행의 속행을 주장하는 것은 정당한 이익(legitimate interest)이 아니라고 판결한 것과 같이, 예외적으로 양 당사자의 이익형량을 고려한 정당한 이익(legitimate interest)의 유무라고 하는 기준에 의하여 이행거절당한 상대방의 선택권에 제약을 가하는 것을 생각해 볼 수 있다. 예를 들면, 상대방의 협력 없이 이행이 가능하기 때문에 이행거절 상대방이 이행을 완료한 경우, 계약에서 정해진 대가의 지불로 이행거절자가 받을 불이익을 고려할 필요가 있다. 한편, 이행거절자에게 불용하게 된 계약상 권리 내지 이익을 상실한 이행거절 상대방의 불이익도 생각할 필요가 있다. 양자의 형량은 쉽지 않지만, 손해배상청구가 아닌 대가청구를 하는 것이 이행거절 상대방 스스로에게 이익이 되지 않음에도 불구하고, 이행거절자에게 부담을 과하는 것은 허용되지 않을 것이다.¹⁹⁵⁾

판례는 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에 관한 손해배상액 산정 사건¹⁹⁶⁾에서, “채무자가 채권자에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 지는 경우에 있어서 채권자에게 과실이 있거나 손해부담의 공평을 기하기 위한 필요가 있는 때

194) [1976] 1 Lloyd's Rep 250 (C.A.)

195) 배성호, “이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무”(주 3), 176~179면.

196) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다37721 판결.

에는 채무자의 책임을 제한할 수 있고, 다만 고의로 채무불이행을 야기한 채무자가 채권자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없으나, 이는 채무자로 하여금 채무불이행으로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하는 것이 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 초래하기 때문이므로, 위와 같은 결과가 초래되지 않는 경우에는 과실상계나 공평의 원칙에 기한 책임의 제한은 얼마든지 가능하다.”고 판결하여,¹⁹⁷⁾ 이행거절 상대방(채권자)에게 과실이 있거나 손해부담의 공평을 기할 필요가 있을 경우 이행거절자(채무자)의 책임을 제한할 수 있음을 설시한 바 있다.

이를 통해 볼 때, 이행거절자의 이행거절의사가 명백하고 종국적인 상황에서, 이행거절 상대방의 이행청구가 양 당사자 모두에게 정당한 이익을 결여한 권리행사가 될 경우 이를 허용하지 않는 것이 가능하다고 생각한다.

제 4 절 급부청구권 이행거절시 소멸시효 기산점

이 절에서는 급부청구권에 대한 채무자의 이행기 전 이행거절시 소멸시효 기산점은 언제부터 시작하는가에 관해 실제 판례를 통해 살펴보고자 한다.

I. 서울고등법원 2016. 10. 12. 선고 2016나2038328 판결

1. 사실관계

피고 회사는 2006년 장기성과급 제도를 도입하면서 장기 성과 목표에 대한 피고 이사회의 승인을 득하였고, 같은 해 피고 회사의 전무 또는 상무로 근무하던 원고들과 장기성과급 약정을 체결하였다. 그런데, 2009년 피고 회사는 장기 성과 목표뿐만 아니라 그 달성률도 피고 이사회의 승인사항이라고 주장하면서 목표 달성률이 70%를 하회하는 것으로 승인받았으므로, 원고들에게 장기성과급 지급 의무가 없다

197) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758,16765 판결.

며 이행을 거절하였다(2009. 2. 19.). 이에 원고들은 목표 달성률이 이사회 승인사항이 아니라 공시된 자료에 의해 산정되는 것이므로, 그것이 70%를 상회하여 성과급을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

원심법원¹⁹⁸⁾은 피고 이사회가 승인하기로 한 사항은 장기성과 목표뿐이고 달성률은 이사회 승인사항이 아니라고 하면서, 이 사건 성과급 채권은 평가기간이 종료된 2008. 12. 31.로부터 3년이 경과한 다음 날인 2012. 1. 1. 기한이 도래한 확정기한부 채권으로서 그로부터 5년의 소멸시효(일반 상사채권 소멸시효)가 적용되므로, 피고 회사는 원고들에게 장기성과급을 지급할 의무가 있다고 판단하였다. 이에 피고 회사가 항소하였다.

2. 판시사항

고등법원은 원심 판결과 마찬가지로 본건 성과급 채권이 불확정기한부 채권이라고 보기 어렵다고 판단하였다. 또한 확정기한부 채권으로 보더라도, 피고 회사가 제출한 증거만으로는 2009. 2. 19. 이사회 결의 내용을 원고들에게 통보하였다고 보기 어려워 이행거절의 의사표시를 인정하기에 부족하고, 피고 회사가 이행기 도래 전에 채무의 이행을 거절한 경우 해당 채권의 이행기가 도래하거나 변경된다고 볼 수는 없다고 하여 항소를 기각하였다. 현재 사건은 대법원에 계류중이다.

3. 검토

소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하므로, 변제기의 확정기한이 있는 경우에는 변제기 다음날부터 소멸시효가 진행된다. 피고 회사의 인사관리규정은 성과급의 지급시기를 ‘평가기간 종료 후 3년 내에 대표이사가 적당하다고 판단하는 시점에 일괄 또는 분할하여 지급할 수 있다’고 규정하고 있어, 성과급 채권은 평가기간이 종료된 2008. 12. 31.로부터 3년이 경과한

198) 서울중앙지방법원 2016. 5. 27. 선고 2015가합563152 판결(장기성과급 청구의 소).

다음날인 2012. 1. 1. 기한이 도래하였고, 이로부터 5년의 소멸시효(일반 상사채권)가 적용된다.

그러므로 피고 회사가 2009. 2. 19. 장기성과급을 지급하지 않기로 결정하고 원고들에게 이를 고지함으로써 이행기 전 이행을 거절한 이상, 원고들은 즉시 성과급 약정을 해제하고 그에 따른 손해배상을 청구하거나(소멸시효 10년, 민법 제162조 제1항) 또는 2012. 1. 1.로부터 5년 내에 성과급 채권을 이행청구할 수 있는 선택권을 가진다.

따라서, 피고 회사가 성과급 채권을 ‘대표이사가 적당하다고 판단하는 시점’이라는 불확정기한이 부가된 채권이라고 보고, 2009. 2. 19. 성과급 채권의 조건이 성취되지 않은 것으로 보아 지급하지 않기로 결정함으로써 불확정적인 사실의 발생이 불가능하게 되어 성과급 채권의 이행기한이 도래한 것으로 주장한 것은 재고의 여지가 있다. ‘대표이사가 적당하다고 판단하는 시점’이라는 문구는 ‘평가기간 종료 후 3년 내’라고 하는 확정기한이 도래하기 전까지 채무자인 피고가 기한의 이익을 포기하고 변제할 수 있음을 확인하는 규정에 불과하다고 볼 수 있다.

결과적으로 피고 회사의 주장은 성과급채권의 이행기한을 앞당겨 소멸시효 완성을 조기에 확정함으로써, 이행거절 상대방인 원고들이 이행청구를 선택할 수 있는 권리를 부당하게 박탈하는 결과를 가져온다. 이는 이행거절 상대방인 채권자에게 선택권을 부여하여 계약이행을 청구할 권리를 보장하고 있는 우리 민법의 취지에도 어긋난다고 볼 수 있다.

또한, 피고 회사의 주장은 앞서 이행거절로 인한 손해배상청구권의 산정시점을 ‘이행거절시’로 판시한 대법원의 태도와도 상충된다. 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337(상품권 지급 거절 사건) 판결은 “발행인이 상품권을 구입한 실수요자들로부터 상품권을 제시받고도 그 의무이행을 거절한 경우에는 상품권의 최종 소지인은 발행인에 대하여 제품제공의무에 대한 이행의 최고 없이 곧바로 그 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있고, … 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서의 손해액 산정은 이행거절 당시의 급부목적물의 시가를 표준으로 해야 하며, …”라고 판결하였다. 이를 본건 사례에 대입해 보면, 피고 회사는 2009. 2. 19. 장기성과급을 지급하지 않기로 고지함으로써 채무이행을 거절하였으므로, 원고들은 이행의 최고 없이 곧바로 계약해제와 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있고, 손해액 산정은 이행거절 당시인 2009. 2. 19. 을 기준으로 해야 한다. 그런데 이러한 손해배상청구

권의 산정시점을 불확정기한부 채권의 이행기한으로 본 피고 회사의 주장은 위 대법원의 태도와 맞지 않는다고 볼 수 있다.

제 5 절 입법례

이행기 전 이행거절의 효과에 관한 각국의 입법례를 비교하면 다음과 같다.

I. 계약해제와 손해배상

이행기 전 이행거절을 규정하고 있는 입법례는 모두 이행거절 상대방에게 계약해제권과 손해배상청구권을 인정하고 있다. 우리 민법의 경우, 통설·판례에 의하여 인정되고 있고, 민법개정안 제544조 제3항(채무불이행과 해제), 제395조(전보배상)에 의해 계약해제권과 손해배상청구권이 인정되고 있다.

영미법에서는 판례법, UCC 제2-610조 제1항 (b)¹⁹⁹에서 계약해제권과 손해배상청구권을 인정하고 있으며, 제2차 계약리스테이트먼트 제250조 (a)²⁰⁰에서는, 채무자의 이행거절의 경우에 그 상대방인 채권자에게 손해배상청구권을 인정하는 규정을 두고 있다.

독일 개정 민법에서도 제323조 제4항에서 “해제의 요건이 충족됨이 명백한 경우에는 채권자는 급부의 이행기가 도래하기 전이라도 계약을 해제할 수 있다”고 규정하고 있으며, 제281조 제1항과 제2항을 규정을 유추적용하여 전보배상청구권이 발생한다고 해석되고 있다.

일본의 경우, 판례가 이행기 전 이행거절을 명확하게 독자적인 유형으로 구분하여 다루지 않았을 뿐, 이미 2차 세계대전 전부터 오늘날과 동일하게 계약해제권과 손해배상청구권을 인정하고 있고, 그 경우에 판례가 최고를 요구한다는 입장은 현재 일본 실무에서 지속되고 있다.

199) UCC 제2-610조 (Anticipatory Repudiation)(주 19) 참조.

200) Restatement (Second) of Contracts (1981) 제250조 (When a Statement or an Act Is a Repudiation)(주 40) 참조.

II. 반대급부 의무의 소멸

채무자의 이행기 전 이행거절을 채권자가 받아들여 계약해제와 손해배상청구권이 발생한 경우에, 채권자의 반대급부 의무도 소멸하게 된다. 비록 채권자가 선이행의무를 지고 있더라도, 이행거절이 확정된 경우에는 그 선이행의무도 소멸하게 된다. 그러나, 채권자가 채무자의 이행거절 의사에도 불구하고 계약이행을 선택한 경우에는 자신의 의무를 이행하여야 한다.

III. 대체거래 가능성

계약당사자의 일방이 이행기 도래 전에 이행거절을 하면, 타방당사자는 이행거절을 한 당사자와 체결한 계약과 동일한 목적의 계약을 제3자와 체결할 수 있다.

UCC(미국 통일상법전)는 이와 같은 대체(Substitute) 거래의 개념을 도입하였다. 즉, 매수인은 매도인이 계약위반을 한 경우, 대체물을 구입(cover)하여 계약가격과 대체물 구입가격의 차액을 손해액으로 인정받을 수 있고(UCC 제2-712조²⁰¹), 매도인은 매수인이 계약위반을 하면, 물건을 다른 곳에 재판매(resale)하여 계약가격과 재판매가격과의 차액을 손해액으로 인정받을 수 있다(UCC 제2-706조²⁰²).

이러한 대체거래가 인정됨으로 인해 계약위반을 당한 상대방으로서는 시장가격을 입증해야 하는 부담을 덜게 되었으나, 한편으로 상대방의 계약위반을 알게 되면 대체거래를 통하여 더 이상의 손해를 막을 수 있기 때문에 그 이후에 확대된 손해는 배상받지 못하게 된다(UCC 제2-715조 제2항 (a)²⁰³, 제2-710조 제2항²⁰⁴).

이와 같은 대체거래행위는, 미국법에서는 채권자의 손해경감의무의 내용으로 인정되어 시장상황에 따라서는 채권자의 책무(責務)로서 이행하여야 한다. 그러나 이와 달리 독일법에서는 대체거래행위가 채권자의 책무로 인정되지는 아니한다.

이행거절 상대방이 이러한 대체거래를 하였을 때에는 이행거절 당사자에 대하여

201) UCC 제2-712조 ("Cover"; Buyer's Procurement of Substitute Goods)(주 26) 참조.

202) UCC 제2-706조 (Seller's Resale Including Contract for Resale)(주 27) 참조.

203) UCC 제2-715조 (Buyer's Incidental and Consequential Damages)(주 28) 참조.

204) UCC 제2-710조 (Seller's Incidental and Consequential Damages)(주 29) 참조.

대체거래를 하였음을 통지하여야 한다고 해석함이 타당하다. 이러한 통지는 이행거절 당사자가 이행거절을 철회하여 본래의 계약을 이행할 경우, 상대방이 이종의 부담을 지지 않도록 하기 위해서이다.²⁰⁵⁾

IV. 철회가능성

이행거절에 대하여는 그 특유의 종료 사유로 이행거절의사의 번복(철회)을 들 수 있다. 이행거절 의사는 채무불이행으로 확정되기 전까지는 철회할 수 있다고 보며, UCC 제2-611조 제1항²⁰⁶⁾에서도 이와 같이 규율하고 있다. 즉, 채권자가 이행거절에 대한 소를 제기하거나, 계약상 반대급부의 이행으로부터 해방되어 다른 구제책을 선택하기 전까지는 철회할 수 있다.

우리 판례도, “이행거절의 의사표시가 적법하게 철회된 경우에는, 상대방으로서는 자기 채무의 이행을 제공하고 상당한 기간을 정하여 이행을 최고한 후가 아니면 채무불이행을 이유로 계약을 해제할 수 없다.”²⁰⁷⁾고 함으로써, 채무자가 일단 이행거절의 의사를 표명하였더라도, 상대방이 이행거절을 이유로 계약을 해제하기 이전에는 이를 철회할 수 있음을 밝히고 있다.

이행거절이 앞서 본대로 ‘채무자의 의사에 의한’ 이행장애라고 한다면, 그 의사의 번복에 의하여 그 이행장애가 제거된 경우에는, 이에 따른 법률관계의 재조정이 인정되어도 무방할 것으로 사료된다. 이것이 영구적 이행장애로서의 이행불능과 다른 이행거절의 특성이라고도 할 수 있다.

다만, 이를 인정하면 채권자측에서는 채무자의 의사에 의하여 그 법적 지위가 변동(浮動)하게 되는 결과가 되나, 채권자가 아직 실제로 계약해제의 의사표시를 하지 아니한 때에는 채무자가 하는 이행 또는 이행제공은 원래의 채권관계의 내용을 실현하는 것으로서, 채권자에게 별다른 불이익은 없는 것으로 사료된다.

채권자가 계약해제권을 행사하기 전에 채무자가 그 이행거절 의사를 철회한 경우에, 이행거절 상태는 종료된다. 철회의 의사표시는 명시적 또는 추단적(推斷的) 행

205) 김상용, “이행거절의 법적처리에 관한 비교고찰”(주 1), 18~19면.

206) UCC 제2-611조 (Retraction of Anticipatory Repudiation)(주 24) 참조.

207) 대법원 2003. 2. 26. 선고 2000다40995 판결.

태에 의하여 묵시적으로도 행하여질 수 있다. 이러한 철회가 있으면, 채권자는 위의 판례에서와 같이 자기 채무의 이행제공과 이행최고가 없으면 그 계약을 해제하지 못한다.²⁰⁸⁾

V. 담보제공청구권 등

채무자가 이행기에 채무를 이행하지 아니할 염려가 있는 경우에 채권자를 보호할 수 있는 방법으로는, 채권자에게 채무자로 하여금 이행기에 채무이행을 담보하게 하기 위한 담보제공청구권을 인정하는 입법례도 있고(UCC 제2-609조 제1항²⁰⁹⁾, 제2차 계약리스테이트먼트 제251조 제1항²¹⁰⁾), 선이행의무를 부담하는 채권자에게 동시이행항변권, 즉, 불안의 항변권을 인정하는 입법례(한국민법 제536조 제2항)도 있다.

채권자에게 담보제공청구권을 인정하는 경우에, 이행기 도래 전 채권자의 담보제공청구에 대하여 채무자가 합리적인 기간 내에 담보를 제공하지 아니하는 경우에는, 이를 이행기 도래 전의 이행거절로 보아, 채권자에게 이행거절로 인한 법적 효과를 인정한다(UCC 제2-609조 제4항²¹¹⁾, 제2차 계약리스테이트먼트 제251조 제2항²¹²⁾).²¹³⁾

대륙법계 국가에서는 동시이행채무에 해당하거나 상대방이 선이행의무를 부담하는 경우, 상대방이 이행을 할 때까지 일방 당사자는 자신의 이행을 유보할 수 있다고 규정하고 있다. 독일 민법 제320조²¹⁴⁾에 따르면, 선이행의무를 부담하지 않는 쌍

208) 양창수, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절”(주 1), 164면.

209) UCC 제2-609조 (Right to Adequate Assurance of Performance)(주 21) 참조.

210) Restatement (Second) of Contracts (1981), 제251조(주 42) 참조.

211) UCC 제2-609조 (Right to Adequate Assurance of Performance)(주 21) 참조.

212) Restatement (Second) of Contracts (1981), 제251조(주 42) 참조.

213) 김상용, “이행거절의 법적처리에 관한 비교고찰”(주 1), 22~23면.

214) 제320조 (동시이행의 항변권)

① 쌍무계약에 기하여 의무를 지는 사람은 반대급부가 실행되기까지 그에 의무 있는 급부를 거절할 수 있다. 그러나 그가 선이행할 의무를 지는 때에는 그러하지 아니하다. 급부가 다수의 사람에게 행하여져야 하는 때에는, 반대급부 전부가 실행되기까지 각자에 대하여 그가 청구할 수 있는 부분을 거절할 수 있다. 제273조 제3항은 이에 적용되지 아니한다.

② 일방이 부분적으로 급부를 한 경우에, 반대급부를 거절하는 것이 제반 사정, 특히 이행되지 아니한 부분의 경미함에 비추어 신의성실에 반하는 때에는, 반대급부를 거절할 수 없다.

무계약의 채무자는 반대급부가 실행되기까지 그에 의무 있는 급부를 거절할 수 있다..

여기서, 일부 대륙법계 국가들은 당사자가 제반 사정 아래서 합리적인 바에 따라 채무 이행의 전부 또는 일부를 유보할 수 있다는 취지의 규정들을 두고 있다(비례성(합리성 기준)). 독일 민법 제320조 제2항은 일부 이행만이 있었을 경우, 불이행의 상대방은 채무의 이행을 유보하는 것이 신의칙에 반하는 부분에 대하여는 이를 유보할 수 없다고 규정한다.²¹⁵⁾

또한, 제2차 계약 리스테인먼트에서는 채무자의 도산 또는 파산을 이행기 도래 전 이행거절과 동일한 것으로 다루고 있다(제2차 계약 리스테인먼트 제252조²¹⁶⁾). 영국의 1979년 물품매매법 제39조 제1항 제b호는 매수인이 도산상태가 되었다면 대금을 지급받지 못한 매도인이 물품의 인도를 중단하거나 유보할 권리를 인정하고 있으며, 제41조 제1항은 매도인에게 물품에 대한 우선특권(lien)을 부여한다.

또한 대륙법계 국가인 독일 민법 제321조²¹⁷⁾에 따르면, 일반적으로 상대방의 재정상태가 심각하게 악화될 경우, 당사자는 자신의 이행을 유보할 수 있다. 이행을 유보할 권리는 일반적으로 상대방이 적정한 담보를 제공하거나, 그의 채무를 이행하기 전까지 지속한다. 독일법에서는 담보를 제공하지 않는 것은 “적극적 계약침해”로

(양창수 역, 독일민법전: 총칙·채권·물권(주 54), 189면).

215) 올 란도·휴 빌 편(김재형 역), 유럽계약법원칙(제1·2부)(주 84), 616~617면.

216) Restatement (Second) of Contracts (1981) 제252조(Effect of Insolvency)

(1) Where the obligor's insolvency gives the obligee reasonable grounds to believe that the obligor will commit a breach under the rule stated in § 251, the obligee may suspend any performance for which he has not already received the agreed exchange until he receives assurance in the form of performance itself, an offer of performance, or adequate security.

(2) A person is insolvent who either has ceased to pay his debts in the ordinary course of business or cannot pay his debts as they become due or is insolvent within the meaning of the federal bankruptcy law.

217) 제321조 (불안의 항변권)

① 쌍무계약에 기하여 선이행의무를 부담하는 사람은, 자신의 반대급부 청구권이 상대방의 급부능력 흠결로 인하여 위태로움을 계약체결 후에 알 수 있게 되는 때에는, 그에 의무 있는 급부를 거절할 수 있다. 반대급부가 실현되거나 그를 위한 담보가 제공되면, 급부거절권은 소멸한다.

② 선이행의무자는 상당한 기간을 정하여 그 기간 안에 상대방이 급부와 상환으로 그의 선택에 좇아 반대급부를 실현하거나 담보를 제공하도록 할 수 있다. 그 기간이 도과된 경우에는 선이행의무자는 계약을 해제할 수 있다. 제323조는 이에 준용된다. (양창수 역, 독일민법전: 총칙·채권·물권(주 54), 189~191면).

여기며 채권자에게 계약을 해제할 권리를 부여하기도 한다.²¹⁸⁾

그러나, 한국의 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제425조에서는 채무자가 파산선고를 받으면 파산선고시에 변제기가 도래한 것으로 의제하여, 이행기 도래 전의 채무자의 파산을 이행거절로 다루는 것이 아니라 이행지체로 다루고 있다.²¹⁹⁾

VI. 소결

이행거절의 효과에 관하여, 각국의 입법례는 이행거절의 의사를 명백하게 표시하거나 그에 상응하는 행위를 하는 경우에 이행기 전 계약위반이나 이행거절이 있다고 하면서, 그에 따른 손해배상청구권과 계약해제권 등의 법적 효과를 부여하고 있다.

이때 주목할 만한 사항으로는, 영미법의 주요 입법례 및 국제적 협약이나 원칙 등에서 이행기 전 계약위반을 이유로 계약을 해제할 때, 그 계약위반이 본질적임을 요구하고 있는 것이다.

‘본질적 계약위반’이란, 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)에서는 ‘상대방이 계약에서 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 주는 일방의 계약위반’이라고 정의하고 있다. 또한, 유럽계약법원칙(PECL) 제8:103조²²⁰⁾에서는 본질적 불이행에 대하여 ‘(a) 의무의 엄격한 준수가 계약의 핵심에 해당하는 경우, 또는 (b) 불이행이 불이행의 상대방으로부터 계약상 기대할 수 있는 것을 중대하게 박탈하는 경우. 다만, 불이행자가 그 결과를 예견하지 못하였고, 합리적으로 예견할 수 없었던 때에는 그러하지 아니하다. 또는 (c) 불이행이 고의적이고, 이로 인하여 불이행의 상대방이 불이행자의 장래 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 이유를 제공하는 경우’ 라고 정의하였다.²²¹⁾

위 개념이 명확한 것은 아니기 때문에 이에 대한 구체화가 필요할 것이다. 참고로, 우리 민법은 학설·판례상 원칙적으로 주된 채무의 불이행의 경우에만 계약 해제를 인정하고, 부수적 채무의 불이행의 경우에는 그로 인해 채권자가 계약의 목적

218) 올 란도·휴 빌 편(김재형 역), 유럽계약법원칙(제1·2부)(주 84), 565~566면.

219) 김상용, “이행거절의 법적처리에 관한 비교고찰”(주 1), 23면.

220) PECL 제8:103조 (Fundamental Non-Performance)(주 96) 참조.

221) 올 란도·휴 빌 편(김재형 역), 유럽계약법원칙(제1·2부)(주 84), 552~553면.

을 달성할 수 없는 경우 또는 특별한 약정이 있는 경우에만 해제할 수 있도록 하였다.²²²⁾

이러한 맥락에서, 후술할 민법개정안이 “일방의 채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우”에는 계약 해제권을 배제함으로써, ‘본질적 불이행’의 개념을 도입한 것은 계약법의 국제적인 흐름을 고려하여 계약해제의 요건을 강화하였다는 점에서 바람직하다고 볼 수 있다.

이행기 전 이행거절시 대체거래가 가능한가에 대하여는 각국의 입법례가 인정하고 있으며, 특히 미국의 경우 손해경감의무가 우선한다고 보아 대체거래로 인해 손해배상액이 줄어들 경우, 경우에 따라서 이를 책무로 규정하고 있는 점이 특이하다.

또한, 이행거절이 앞서 본대로 ‘채무자의 의사에 의한’ 이행장애라고 한다면, 그 의사의 번복(철회)에 의하여 그 이행장애가 제거된 경우에는 이에 따른 법률관계의 재조정을 인정하고 있으며, 이는 원래의 계약목적의 달성이라는 관점에서 무방하다고 생각된다.

마지막으로, 각국의 입법례와 제2차 계약 리스테인먼트, 통일상법전(UCC), 국제물품매매계약에 관한 UN 협약(CISG) 등은 일방 당사자의 의무가 이행되지 못할 것이라는 합리적인 의심이 이행기 전에 있는 경우, 상대방 당사자가 일방 당사자에게 일정한 담보 내지 계약 이행을 위한 상당한 보장을 요구할 권리를 규정하고 있음을 알 수 있다. 이와 관련하여 우리 민법도 쌍무계약에서 선이행의무자에게 불안의 항변권으로서 이행거절권능만을 규정하고 있는 제536조를 새롭게 검토하는 것이 바람직하다고 생각한다.

222) 대법원 1997. 4. 7. 선고 97마575 결정; 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705,53712 판결; 2012. 3. 29. 선고 2011다102301 판결 등.

제 5 장 이행거절에 관한 민법개정안

2009년 2월 출범한 법무부 민법개정위원회는 재산편에 관한 개정안을 마련하였는데, 2014년 2월 17일 민법개정위원회 전체회의를 끝으로 5년 동안의 민법개정작업을 마무리하였다. 여기에는 이행거절에 관한 개정안이 포함되어 있다.

제 1 절 계약해제에 관한 개정안

2004년 민법개정안²²³⁾을 기초로 2010년 『제2기 민법개정위원회』, 2011년 『제3기 민법개정위원회』를 통한 개정안을 거쳐 2012년 6월 27일 개최된 『제4기 민법개정위원회』 제2차 전체회의에서 확정된 계약의 해제에 관한 개정안은 다음과 같다.

[표 1] 계약의 해제에 관한 민법개정안

현 행	개 정 안
<p>제544조(이행지체와 해제) 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내</p>	<p>제544조(채무불이행과 해제) ① 당사자 일방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다. 그러나 일방의</p>

223) 2004년 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 각호에 해당하는 때에는 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

<p>에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.</p> <p>제545조(정기행위와 해제) 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 상대방은 전조의 최고를 하지 아니하고 계약을 해제할 수 있다.</p> <p>제546조(이행불능과 해제) 채무자의 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.</p>	<p>채무불이행이 경미하여 계약의 목적달성에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 제1항에 따라 계약을 해제하기 위해서는 상대방은 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행이 되지 아니하여야 한다. 그러나 <u>다음 각 호의 경우에는 최고를 요하지 아니한다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 채무의 이행이 불능하게 된 때 2. <u>채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간내에 이행되지 아니할 것이 명백한 때</u> 3. 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 당사자의 일방이 그 시기에 이행하지 아니한 때 4. 지체 후의 이행 또는 추완이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 때 <p>③ 채무의 이행이 불능한 경우 또는 <u>채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 이행기가 도래하더라도 채무가 이행되지 아니할 것이 명백한 경우에는 채권자는 이행기 전에도 계약을</u></p>
---	---

	<p>해제할 수 있다.</p> <p>④ 당사자 일방의 채무불이행이 채권자에게 주로 책임 있는 사유에 기한 경우에는 채권자는 계약을 해제할 수 없다. 채권자의 수령지체 중에 당사자 쌍방에게 책임 없는 사유로 채무불이행이 발생한 때에도 같다.</p>
--	---

현행법에서는 해제의 요건을 제544조, 제545조, 제546조에서 정하고 있으나, 개정안에서는 위 규정을 모두 삭제하고 제544조에서 채무불이행에 관한 일반조항을 규정하기로 하였다. 개정안 제544조는 채무불이행으로 인한 손해배상책임에 관한 제390조에 대응하는 규정으로, 현행 민법에서 정하고 있는 이행지체와 이행불능뿐만 아니라 불완전이행이나 이행거절 등 새로운 유형의 채무불이행도 위 개정안에서 정한 채무불이행에 포함된다.

최고절차의 예외 사유로서 제2항 제2호에서는 “채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 때”라고 정함으로써 이행거절에 한정하지 않고 이행기 전의 불이행으로 포괄적으로 규정하였다.

제3항에서는 ‘이행기 전의 해제’에 관하여 규정을 신설하였다. 이행기 전의 불이행은 이행불능과 이행거절만 포함되는 것이 아니고 불이행이 명백하게 예견된 경우를 포괄하는 개념이다. 즉, 채무자가 이행거절의 의사를 표시한 경우뿐만 아니라 최고를 하더라도 이행되지 않을 것이 명백한 경우는 이행기 전의 불이행으로 취급하여야 하는 것이다. 이에 따라 개정안은, 이행기가 되더라도 이행할 수 없으리라는 것이 명백하게 예견되는 경우에는, 이행기 도래 전이라도 계약을 해제할 수 있다고 규정하였다.²²⁴⁾

224) 김재형, “계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안”, 서울대학교 법학 제55권 제4호, 2014. 12, 18~24면.; 김동훈, “채무불이행의 효과 - 계약의 해제 - 한국민법의 개정시안을 중심으로-”, 민사법학 제65호, 2013. 12., 388~399면.

제 2 절 손해배상에 관한 개정안

2009년 2월 출범한 법무부 민법개정위원회에서 2012년까지 확정되지 않은 개정안은 2013년에 민법개정위원회 전체회의를 개최하여 논의하였는데, 채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 개정안은 전체회의에서 모두 확정된 상태이다. 이중 전보배상에 관한 현행법 제395조는 이행지체의 경우에 한정하고 있으나, 개정안은 이행거절이나 불완전이행의 경우에도 전보배상에 관한 명시적인 규정을 둘 필요가 있다고 보아 다음과 같이 포괄적으로 규정하였다.

[표 2] 전보배상에 관한 민법개정안

현 행	개 정 안
<p>제395조(이행지체와 전보배상) 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간내에 이행하지 아니하거나 지체후의 이행이 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.</p>	<p>제395조 (전보배상) ① 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자는 다음 각 호의 사유가 있는 때에는 수령을 거절하고 이행에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하였으나 채무자가 그 기간내에 이행하지 아니하는 경우 2. 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하더라도 그 기간 내에 이행되지 아니할 것이 명백한 경우 3. 지체 후 이행이 채권자에게 이익이 없거나 불합리한 부담을 주는 경우 <p>② <u>채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 채권자는 이행기 전에도 이행에 갈음하는 손해배상을 청구할 수 있다.</u></p>

	③ 채무자의 불완전이행에 대하여 채권자가 추완을 청구할 수 있는 경우에 제1항을 준용한다.
--	--

개정안은 학설과 판례를 수용하여 이행거절에 관한 명문의 근거 규정을 두고, 그 경우 전보배상을 인정하였다. 개정안에서는 이행거절의 의사표시를 한 경우에 한하여 이행기 전에도 전보배상을 청구할 수 있다는 규정을 두기로 하였다.

다만, 그 요건에 관하여 채무자가 미리 이행하지 않을 의사를 표시한 경우뿐만 아니라, 이행기에 이행하지 못할 것이 명백한 경우에도 이행기 전에 전보배상을 청구할 수 있다고 정할 것인지 논란이 있었다. 가령, 채무자가 파산에 직면하여 이행기에 이행하지 못할 것이 명백한 경우에는 전보배상을 인정해야 한다. 이러한 경우에 채권자가 채무자에게 최고를 한 다음 전보배상을 청구하도록 할 필요가 없다.

계약의 해제에 관한 개정안 제544조 제2항 제2호와 제3항은 채무불이행의 경우 “채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시하거나 이행기가 도래하더라도 채무가 이행되지 아니할 것이 명백한 때”에는 최고 없이 이행기 전에도 해제를 하도록 하였다. 이 조항에 따라 이행기 전 최고 없이 계약을 해제할 수 있는데도, 전보배상을 청구할 수 없다고 하는 것은 부적절한 것으로 보인다.

그러나, 전체회의에서 통과된 개정안에서는 이행거절의 의사표시를 한 경우에 한하여 이행기 전에 전보배상을 청구할 수 있다는 규정을 두기로 하였다. 즉, 그 요건에서 ‘이행기에 이행하지 못할 것이 명백한 경우’는 제외하였다. 이는 계약의 해제에 관한 위 개정안과 합치하지 않으며, 유럽계약법원칙 등에서 이행기 전의 불이행에 대하여 -이행거절의 의사표시를 한 경우에 한정하지 않고- 전보배상을 인정한 것과는 다르다는 점에서 재고(再考)의 여지가 있다.²²⁵⁾

225) 김재형, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안 -2013년 민법개정위원회에서 확정된 개정안을 중심으로-”, 민사법학 제65호, 2013. 12., 583~609면; 이진기, 민법개정안 채무불이행법에 관한 검토, 민사법학 제68호, 2014. 9., 212~213면.

제 6 장 결 론

1. 일방 당사자가 계약이 유효하게 성립한 후 이행이 가능한데도 이행하지 않겠다는 통지를 한 경우, 신의칙에 따라 이를 계약위반(채무불이행)으로 보아 즉시의 계약해제권과 손해배상청구권을 상대방에게 부여함으로써 손해를 감경시키고자 하는데 이행거절제도의 필요성이 있다. 이에 관한 명문의 규정이 없는 우리민법 하에서도 학설·판례는 이행거절이 채무불이행책임의 성립요건으로서 충분하다고 보고 있다.

특히, 이행기 전 이행거절은 이행기가 도래하지 않았다는 점에서 이행기가 도래하였지만 채무자가 아직 채무를 이행하지 않은 이행지체와 구별되고, 채무이행이 가능하다는 점에서 강제이행청구가 인정되지 않는 이행불능과 구별되며, 급부의 이행 자체가 없다는 점에서 불완전이행과 구별된다. 따라서, 이행기 전 이행거절은 전통적인 채무불이행의 폐쇄적 3유형에 포섭되지 않는 독자적인 의의를 가지고 있으므로 새로운 채무불이행유형으로 구성할 실익이 있다.

2. 비교법적 검토를 통하여 주목할 만한 것은, 먼저 많은 국가나 국제협약 등에서 이행기 전의 계약위반 내지 의무위반을 분명히 규정하고 있다는 점이다. 특히 이행기 전 이행거절의 의사를 명백하게 표시하거나 그에 상응하는 행위를 하는 경우에 이행기 전 계약위반이나 이행거절이 있다고 하면서, 그에 따른 계약해제권과 손해배상청구권 등의 법적 효과를 부여하고 있다. 계약법이 세계적으로 통일화되어 가는 현실을 감안하면, 채권법의 핵심을 이루는 채무불이행에 관한 규정을 어떻게 규율할 것인가의 문제에서 계약법의 국제적 흐름을 고려해야 할 필요가 있다고 생각된다.

3. 독립한 채무불이행 유형으로서 이행거절에 관한 판례 법리를 최초로 정립한 대법원 2005년 판결은 신의칙을 근거로 이행기 전 이행거절 사안에서 채무자에게 즉시의 계약해제권과 손해배상청구권을 인정하고 있다. 이후 2007년 대법원 판결은 이를 재확인하면서, 채무자의 이행거절로 인한 채무불이행에서의 손해액 산정에 관

한 기준시점(이행거절 당시의 급부목적물의 시가)을 최초로 제시하였다. 필자는 이행거절을 이행기 전과 후로 나누어 이행기 전 이행거절의 경우 독립한 채무불이행 유형으로 인정할 실익이 있다고 생각하나, 이행기 후의 이행거절은 이행지체와 유사하므로 그에 관한 규정을 준용하여 적절하게 처리할 수 있다고 생각한다.

4. 이행기 전 이행거절로 인해 채무불이행책임이 성립하기 위해서는 먼저 채무의 이행이 가능함에도 불구하고 진지하고 중극적인 이행거절의사를 표명함으로써, 객관적으로 보아 채권자로 하여금 채무자의 임의의 이행을 기대할 수 없을 것이 요구된다. 판례는 이행거절의사의 명백성을 판단함에 있어 이행거절의 앞뒤 정황 및 채무자의 주장이 전혀 근거가 없는 것인지 여부 등을 고려하되, 채무자의 주장이 상당한 근거가 있는 때에는 명백성을 인정하지 않았다. 이행거절의사의 표명시점에 관하여 판례는 이행기 전과 후를 가리지 않고 이행거절을 독자적인 불이행유형으로 인정하고 있다.

5. 이행거절의 법률효과는 채권자가 채무불이행으로 확정하는 경우와 계약 유지를 선택하는 경우로 나누어 설명할 수 있다. 채권자가 채무불이행으로 확정하는 경우에는 이행기의 도래를 기다릴 필요 없이 또한 최고 없이, 계약해제권과 전보배상 청구권이 발생한다. 그러나 계약의 유지를 선택하는 경우에는, 이행기의 도래를 기다려 본래의 이행청구를 할 수 있다. 이와 같이 구제수단의 선택권이 주어진다는 점이 이행거절의 특징적인 모습이라고 할 수 있다.

6. 2009년 2월 출범한 법무부 민법개정위원회에서는 재산편에 관한 개정안을 완성하였으며, 여기에는 이행거절과 관련된 개정안도 포함되어 있는데, 먼저 계약의 해제에 관한 개정안에서는 이행기 전에 해제할 수 있는 사유를 이행거절에 한정하지 않고 이행기 전의 불이행으로 포괄적으로 규정하였다. 또한, 손해배상과 관련하여서는 이행거절을 채무불이행의 한 유형으로 인정하고 있는 학설과 판례를 수용하여 이행기 전에도 전보배상을 청구할 수 있도록 하였다. 그러나, 그 요건에 관하여 '이행기에 이행하지 못할 것이 명백한 경우'는 제외함으로써 계약 해제에 관한 개정안 및 유럽계약법원칙 등과 합치되지 않는 점은 아쉬움으로 남는다고 할 수 있다.

7. 채무불이행에 관한 기본규정인 민법 제390조가 그 요건을 포괄적·일반적으로 규정하였고, 급변하는 사회 속에서 채무불이행의 양태가 날로 다양해지는 현실을 감안할 때, 이행기 전 이행거절의 고유한 의미와 효과를 인정하여 독자적인 채무불이행의 한 유형으로 파악하고, 그와 관련된 계약해제권과 손해배상청구권에 관한 법리들을 발전시켜 가는 학설과 판례의 태도는 법적안정성과 예측가능성의 측면에서 긍정적이고 타당한 것으로 사료된다.

다만, 계약법에 관한 비교법적 검토를 통해 이행거절에 관한 규정의 변화 추이를 면밀히 살펴봄으로써, 계약법의 국제적인 흐름을 고려하여 발전시켜 가는 것이 중요하다고 생각한다. 그러나 이때에도, 외국의 입법례를 참고할 때에는 신중을 기하여야 하며 현행법상 다른 채무불이행 규정과의 차이점 및 전체적인 균형을 함께 고려하여야 한다. 이를 위해서는 먼저 채무불이행에 관한 현행법과 판례의 법리를 정확하게 이해하는 것이 선행되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 곽윤직(편집대표)/양창수 집필, 민법주해(IX), 박영사, 1995.
- 권철 역, 일본민법전, 법무부 민법개정사무국, 2011.
- 김용담(편집대표), 주석민법[채권총칙(1)], 서울 한국사법행정학회, 2013.
- 김재형, 민법론 V, 박영사, 2015.
- 김준호, 채권법(이론·사례·판례), 제7판, 법문사, 2016.
- 김형배·김규완·김명숙 공저, 민법학강의(제15판), 신조사, 2016.
- 민사법 연구회편, 민법안 의견서, 일조각, 1957.
- 민의원 법제사법위원회·민법안 심의소위원회, 민법안심의록 상권(총칙편, 물권편, 채권편), 1957.
- 법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설, 2005.
- 사법통일국제협회편(오원석, 최준선, 허해관 공역), UNIDROIT국제상사계약원칙 2004, 법문사, 2006.
- 송덕수, 민법강의, 제8판, 박영사, 2015.
- _____, 채권법총론(제2판), 박영사, 2015.
- 양창수, 민법입문, 제6판, 박영사, 2015.
- 양창수 역, 독일민법전: 총칙·채권·물권, 박영사, 2015.
- 양창수·김재형, 민법 I 계약법, 제2판, 박영사, 2015.
- 올 란도·휴 빌 편(김재형 역), 유럽계약법원칙(제1·2부), 박영사, 2013.
- 지원립, 민법강의(제14판), 홍문사, 2016.

(2) 논문

- 구승모, “미국통일상법전(Uniform Commercial Code)상의 이행거절에 관한 연구”,

- 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2005. 2.
- 김동훈, “이행거절과 계약해제-대상판결: 대법원 2003. 2. 26. 선고, 2000다40995판결-”,
고시연구 제30권 제9호, 2003.
- _____, “채무불이행의 효과 - 계약의 해제 - 한국민법의 개정시안을 중심으로-”,
민사법학 제65호, 2013. 12.
- 김상용, “이행거절의 법적처리에 관한 비교고찰”, 법학연구 제20권 제1호, 연세대학교
법학연구소, 2010.
- 김재형, “계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안”, 서울대학교
법학 제55권 제4호, 2014. 12.
- _____, “채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 민법개정안 -2013년 민법개정위원회에서
확정된 개정안을 중심으로-”, 민사법학 제65호, 2013. 12.
- 김재희, 정철진, 이행거절과 계약해제-대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다63337 판결-,
CNU law review. 제6호, 2012. 9.
- 김진우, “CISG 제72조에 따른 이행기 전의 계약위반”, 법학논고 제32집, 경북대학교
법학연구원, 2010. 2.
- 김태선, 미국 배액배상제도 및 법정손해배상제도의 도입에 관한 소고, 민사법학(66),
2014. 3.
- 미하엘 쿠퍼스터(김재형 역), “독일의 채권법 개정”, 서울대학교 법학 제42권 제1호,
2001. 5.
- 배성호, “이행기 전의 이행거절과 채권자의 손해경감의무”, 한국부패학회보 제17권
제1호, 2012. 3.
- 석광현, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반”,
「법학논총」 제23집 제2호(특별호), 한양대학교 법학연구소, 2006.
- 성승현, “이행기 전의 이행거절과 민법 제544조 단서”, 법조 제53권 제4호(통권
제571호), 2004. 4.
- _____, “한국민법에서의 이행거절제도와 그 비교법적 고찰”, 민사법연구 제15권
제1호, 대한민사법학회, 2007. 6.
- 신국미, “이행기전의 이행거절과 채무자의 책임”, 한국경영법률학회, 경영법률 24권
2호, 2014.
- 양창수, “「유럽계약법원칙」에서의 채무불이행법리”, 저스티스 제34권 제2호, 2001. 4.

_____, “독자적인 채무불이행유형으로서 이행거절”, 민법연구 제4권, 박영사, 1997.

_____, “독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절 재론- 관례의 형성 및 법률 효과를 중심으로 -”, 법조 제64권 제1호(통권 제700호), 2015. 1.

엄동섭, 한국 민법상 비재산적 손해의 배상과 징벌적 손해배상, 민사법학(71), 2015. 6.

위계찬, “채무불이행의 독자적 유형으로서 이행거절”, 한양법학 제24권 제1집, 2013.

이주원, “이행기 전의 이행거절과 채무불이행(2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결: 공2005하, 1498)”, 대법원판례해설57호(2005하반기), 2006. 7.

이진기, 민법개정안 채무불이행법에 관한 검토, 민사법학 제68호, 2014. 9.

2. 외국문헌

(1) 단행본

内田貴(債權總論・擔保物權, 東京大學出版會, 2004.

北川善太郎, 債權總論(民法講要 III), 有斐閣, 1996.

山下末人, 新版注釋民法(10) 債權(1), 有斐閣, 2011.

奥田昌道, 債權總論, 悠悠社, 1992.

前田達明, 口述債權總論, 成文堂, 1993.

潮見佳男, 債權總論 I [第2版], 信山社, 2003.

中田裕康, 債權總論 第3版, 岩波書店, 2013.

平井宣雄, 債權總論, 弘文堂, 1985.

Calamari/Perillo, The Law of Contracts(4th ed.), West Group, 1998.

Christian von Bar/Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference(DCFR), Volume I, Oxford University Press, 2011.

John E Stannard/David Capper, Termination for Breach of Contract, Oxford University Press, 2014.

J. P. Benjamin, A Treatise on the Law of Sale of Personal Property, 2nd ed., 1873.

Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases, and Materials, 4th ed., Oxford University Press, 2010.

Treitel, *The Law of Contract*, 13th ed., 2010.

(2) 논문

吉川吉樹, “履行期前の履行拒絶に関する一考察(一)”, *法學協會雜誌*, 124卷10號, 2007.

Alphonse M. Squillante, *Anticipatory Repudiation and Retraction*, 7 Val. U. L. Rev. 373, 1973.

Dena DeNooyer, *Remedying Anticipatory Repudiation--Past, Present, and Future?*, *SMU Law Review*, Fall 1999.

E Hunter Taylor Jr, *The Impact of Article 2 of the U.C.C. on the Doctrine of Anticipatory Repudiation*, 9 *Boston College Law Review* 917, 1968.

Henry Winthrop Ballantine, *Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties*, 22 *Michigan Law Review* 329, 1923~1924.

Keith A. Rowley, “A Brief History of anticipatory Repudiation in American Contract Law”, *University of Cincinnati Law Review*, Winter, 2001.

Thomas H. Jackson, “Anticipatory Repudiation” and the Temporal Element of Contract Law: An Economic Inquiry into Contract Damages in Cases of Prospective Nonperformance, 31 *Stanford Law Review*, 1978.

3. 인터넷사이트

<http://www.ali.org> (2017. 1. 7 방문)

<http://glaw.scourt.go.kr> (2017. 1. 7 방문)

<http://www.theconglomerate.org> (2017. 1. 7 방문)

<http://www.unidroit.org> (2017. 1. 7 방문)

<http://next.westlaw.com> (2017. 1. 7 방문)

<http://www.juris.de> (2017. 1. 7 방문)

<http://ipos.lawlibrary.jp> (2017. 1. 7 방문)

<http://www.dalloz.fr> (2017. 1. 7 방문)

Abstract

A Study on Anticipatory Repudiation

Ryu, Jin A

Civil Law Major

The Graduate School of Law

Seoul National University

When a party repudiates a contract before the time for performance arises, in accordance with good faith, the other party has a immediate right to terminate the contract and claim damages to mitigate the damages. This is why a doctrine of anticipatory repudiation is required. Although Korean civil law doesn't have any legal provision on anticipatory repudiation, the academia and the Supreme Court of Korea (hereinafter called "the Court") agree with that the doctrine of anticipatory repudiation is enough to become a new independent type of non-performance of obligation. Anticipatory repudiation has its own meaning, which doesn't belong to the existing three traditional closed types of non-performance of obligation, so it's worth being admitted as a new independent type of non-performance of obligation.

The Court decision in 2005, which established the principle of anticipatory repudiation first, authorized the debtor a immediate right to terminate the contract and claim damages. The Court decision in 2007 reconfirmed the decision and ruled that the measure of damages for anticipatory repudiation is decided according to the market price at the time of repudiation, not the time for performance. I think that the anticipatory repudiation should be approved as a new independent type of non-performance of obligation, but the repudiation after

time for performance is similar to the delay in performance, so the legal provisions of which could be applied to the repudiation after time for performance.

Anticipatory repudiation requires a "clear" and "absolute" refusal to perform the contract before the time for performance. The Court considers the circumstances and grounds of the debtor's argument in admitting the completeness and unequivocalness of the intention to refuse, when the debtor's argument has the adequate reason for non-refusal, then the Court doesn't admit the completeness and unequivocalness. Regarding the time of demonstrating the unwillingness to perform, it seems that the Court doesn't distinguish between 'before' and 'after' the time for performance, and approves them all as a repudiation, an independent type of non-performance of obligation.

Regarding the effect of anticipatory repudiation, when the creditor accepts it as a breach of contract, he has a right to terminate the contract and claim damages, without waiting for time for performance and any notice of enforcing the obligations. However, if he doesn't accept it as a breach, he can wait until the time for performance and retains a right to enforce the debtor's primary obligations. It's a distinguishing characteristic of anticipatory repudiation that the creditor can choose between the two options stated above as a remedy.

The Committee for the Reform of the Civil Code (Hereinafter called "the Committee"), established in February 2009, has completed the Proposed Amendments to the Korean Civil Code on Damages for non-performance of obligation including the principle of anticipatory repudiation. First of all, the Amendments on termination of contract (Article 544) regulate the anticipatory non-performance comprehensively, not setting a limitation to the anticipatory repudiation only as a condition for termination of contract. But, the Amendments on compensatory damages (Article 395) only approve the anticipatory repudiation, excluding 'when it is clear that one party cannot perform at the time for performance' as a condition for claiming compensatory damages. It doesn't accord with the Amendments on termination of contract (Article 544),

the Principles of European Contract Law and the other International Regulations.

key words : anticipatory repudiation, non-performance of obligation, Independent type of non-performance, completeness and unequivocalness of repudiation, right to terminate the contract, right to claim damages.

Student Number : 2012-23432