

〈특 집〉

履行拒絶權能의 法律關係*

— 履行拒絶權能이 인정되는 法律關係의 比較 및
履行遲滯責任 不成立의 法理를 中心으로 —

南 孝 淳**

I. 序論

일반적으로 履行拒絶權能이란 의무자가 일정한 사유에 의하여 자신의 의무의 이행을 거절할 수 있는 권능이라고 이해되고 있다. 履行拒絶權能이 인정되는 법률관계는 매우 다양하다. 우선 同時履行關係에 있는 雙務契約의 債務者의 履行拒絶權能(제536조 제1항), 異時履行關係에 있는 雙務契約의 先履行義務者의 履行拒絶權能(제536조 제2항) 그리고 買受人의 履行拒絶權能(제588조)을 들 수 있다. 民法은 위의 각 경우 「債務履行을 거절할 수 있다」 또는 「지급을 거절할 수 있다」고 규정함으로써 債務者에게 명시적으로 履行拒絶權能을 부여하고 있다. 그러나 履行拒絶權能이 인정되는 법률관계는 여기에 한하지 않는다. 우선 留置權者(제320조)와 催告·檢索權을 갖는 保證人(제437조)에게도 履行拒絶權能이 있음이 인정되고 있다. 즉, 留置權者는 인도하여야 할 물건 또는 유가증권을 留置함으로써 그 인도를 거절할 수 있고, 保證人도 主債務者에게 債務履行을 청구할 것과 그 재산에 대하여 집행할 것을 債權者에게 항변함으로써 자신의 債務履行을 거절할 수 있다.¹⁾ 그밖에 判例도 原因債務의 담보를 위하여 어음·手票가 교부된 경우와 債務者가 영수증의 교부를 요구하는 경우에도 債務者에게 履行拒絶權能을 부여하고 있다. 이상의 경우 債務者는 자신의 債務의 이행을 거절할 수 있는 지위에 있으므로 이를 일응 履行拒絶權能의

* 본고는 2001년 8월 Microsoft 사의 지원으로 서울대학교 법과대학에서 주최한 학술대회인 “韓國에서의 法の支配(Rule of Law in Korea)”의 일환으로 작성되었음.

** 서울大學校 法科大學 副教授

1) 郭潤直, 債權總論[民法講義 III](博英社, 1999), 259.

法律關係라고 부를 수 있을 것이다. 그러나 위의 각 경우는 債務者에게 履行拒絶權能¹⁾이 있다는 점에서는 공통점이 있고 따라서 그러한 의미에서 履行拒絶權能의 法律關係라는 명칭으로 포섭이 될 수 있지만, 그 구체적인 법적 의미는 동일하지 아니다. 이러한 차이는 궁극적으로 각 法律關係가 추구하는 목적과 債務者에게 그러한 권능이 부여되는 입법의 취지가 다른 데에서 오는 것이라고 할 것이다.

종래 履行拒絶權能의 문제는 주로 雙務契約에서 同時履行의 抗辯權을 중심으로 논의되었다. 즉, 同時履行抗辯權의 법적 효과와 관련하여 履行拒絶權能²⁾이 遲滯阻止效를 갖는 법적 메카니즘이 어떠한 것인지에 대하여 주로 논의가 이루어졌다. 그리고 雙務契約에서의 同時履行抗辯權과 비교하여 原因債務의 담보를 위하여 어음·手票가 교부된 경우의 履行拒絶權能³⁾이 부수적으로 논의되었다. 그러나 이 논문에서는 履行拒絶權能⁴⁾이 인정되는 법률관계를 전반적으로 검토하려고 한다. 이는 한편으로 履行拒絶權能의 법률관계 전반에 대한 검토를 하기 위한 것이고, 다른 한편으로 雙務契約에서의 同時履行의 법률관계를 보다 명확히 규명하기 위한 것이다. 이하에서는 同時履行關係에 있는 雙務契約의 債務者의 履行拒絶權能(제536조 제1항), 異時履行關係에 있는 雙務契約의 先履行義務者의 履行拒絶權能(제536조 제2항), 어음·手票 교부자의 履行拒絶權能⁵⁾, 追奪危險이 있는 買受人의 履行拒絶權能(제588조), 留置權者의 履行拒絶權能(제320조)을 중심으로 履行拒絶權能의 법률관계를 살펴보기로 한다.⁶⁾

II. 同時履行關係에 있는 雙務契約의 債務者의 履行拒絶權能

民法 제536조 제1항에 의하면 雙務契約의 일방 당사자인 債務者는 「상대방이 그 債務履行을 제공할 때까지 자기의 債務履行을 거절할 수 있다」. 즉, 債務者는 자신의 債務의 이행기가 도래하더라도 원래는 債務履行의 이행을 강제당하여야 할 지위에 있음에도 불구하고, 상대방 債務者의 履行提供이 있을 때까지는 자신의 債務履行을 거절할 수가 있다. 이러한 법률관계를 同時履行의

2) 영수증의 교부를 요구하는 債務者의 履行拒絶權能은 原因債務의 담보를 위하여 어음·手票를 교부한 債務者의 履行拒絶權能과 동일한 법적 의미를 갖는다.

3) 保證人의 催告·檢索權의 경우도 遲滯責任의 성립을 위하여 抗辯權의 행사를 필요로 하는지에 대하여 논의가 있기는 하나 특별히 문제를 야기하지는 않으므로 논의를 생략한다. 民法注解(X), 債權(3)(博英社, 1995), 293-4(朴炳大 執筆部分) 참조.

抗辯權이라고 부른다. 債務者의 履行拒絶權能은 규정 자체가 명시적으로 보여주고 있는 바와 같이 상대방 債務者의 履行提供이 있으면 소멸하게 된다.

1. 同時履行抗辯權(履行拒絶權能)의 개념

일반적으로 抗辯權이란 請求權의 행사에 관하여 그 작용을 막아서 그치게 할 수 있는 권리라고 말한다.⁴⁾ 즉, 抗辯權이란 請求權의 작용을 저지하는 권능이다. 이러한 抗辯權의 개념정의는 抗辯權이 請求權의 반대개념이라는 말하여 주는 것에 다름이 아니고, 抗辯權의 개념을 어떻게 구성할 것인지는 결국 請求權의 개념구성과 밀접한 관련이 있다는 것을 드러내는 것이다.

일반적으로 債權 내지는 請求權을 일방이 타방에 대하여 일정한 행위를 청구할 수 있는 권리라고 정의한다. 그러나 이것이 債權 내지는 請求權이 그 실현을 위하여 債權者의 현실적인 작위적 청구행위가 반드시 요구된다는 것을 말하는 것은 아니다. 債務의 이행기의 종류에 따라 債權이 구체적으로 실현되는 모습을 살펴보면 다음과 같다. (i) 기한의 정함이 없는 債務의 경우에는 債權의 실현을 위하여서는 債權者의 적극적인 이행청구가 필요하다(제387조 제2항). 즉, 債務者는 債權者의 이행청구를 받은 날을 경과함으로써 그 때부터 遲滯責任을 지게 된다. (ii) 확정기한부 債務의 경우에는 債權의 실현을 위하여서는 債權者의 적극적인 이행청구가 필요하지 않다. 債權者측으로부터 아무런 작위적 청구가 없더라도 이행기가 도래하는 것만으로 債務者는 지체책임을 진다(제387조 제1항). 따라서 債務者가 지체책임을 지지 않기 위해서는 스스로 履行提供 또는 이행을 하여야 한다. (iii) 불확정기한부 債務의 경우에도 債權의 실현을 위하여 債權者가 적극적으로 이행청구를 할 필요는 없다. 債務者는 이행기가 도래함을 안 날을 경과함으로써 遲滯責任을 지게 된다(제387조 제2항). 이상의 점에 비추어 볼 때, 債權을 “일방이 타방에 대하여 일정한 행위를 청구할 수 있는 권리”라고 정의하는 경우에도 債權 내지 請求權이 실현되고 또 債務者에게 遲滯責任이 발생함에 있어서 반드시 債權者로부터 이행청구라고 하는 적극적 작위가 필요한 권리로 이해할 필요는 없다고 할 것이고 따라서 債權은 “일방이 타방으로부터 일정한 행위를 실현받을 수 있는 권리”로 이해할 수 있을 것이다.⁵⁾

4) 郭潤直, 民法總則[民法講義 I](博英社, 2001), 85.

이상의 점에 비추어 볼 때 請求權의 반대개념으로서의 抗辯權도 반드시 債務者측의 현실적인 거절을 전제로 하는 적극적 작위개념으로 이해하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다. 즉, 抗辯權은 履行拒絶權能으로서 債務履行을 하지 않아도 되는 지위로 이해할 수도 있을 것이다. 그러나 기한의 정함이 없는 債務의 경우와 같이 債權의 실현을 위하여 債權者의 적극적인 이행청구가 필요한 경우에는 抗辯權을 債務者측의 현실적인 거절 즉, 그 행사를 필요로 하는 법적 지위로 이론구성하여야 하는 것은 아닌가? 이 문제에 대한 대답은 결국 抗辯權을 갖는 債務者의 지위를 어떻게 규율할 것인지의 문제라고 할 것이다. 債務者를 보호하고 그리고 抗辯權에 대한 통일적인 개념을 정립한다는 측면에서 본다면 抗辯權을 債務者측의 현실적인 거절을 전제로 하는 적극적 작위개념으로 이해할 필요는 없을 것이다. 그리고 후술하는 바와 같이 同時履行關係를 쌍방의 債務가 서로 연계되어 있는 상태로 이해한다면 굳이 抗辯權을 債務者측의 현실적인 행사를 요하는 개념으로 이해할 필요는 더욱 없다고 할 것이다. 判例가 同時履行關係에 있어서 債務者가 적극적으로 이행거절의 의사표시를 하지 않은 경우에도 遲滯責任을 지지 않는다고 판시한 것은 이러한 점에서 수긍이 간다고 할 것이다.⁶⁾

同時履行抗辯權의 발생시기와 관련하여 同時履行抗辯權은 상대방의 單純請求時에 비로소 발생한다고 보는 견해가 있다(單純請求時說).⁷⁾ 單純請求時說이

5) 물론 債務者가 債務履行을 하지 않을 경우에는 債權者는 자신의 債權을 실현하기 위하여 적극적인 작위를 하는 것이 예상된다. 債權者는 債務者에 대하여 처음으로 또는 재차 이행청구를 하거나 소송을 제기하는 작위가 이루어진다. 그런데 債權者가 이행청구를 하거나 소송을 제기하는 작위는 請求權이나 債權의 실현이 방해되고 있기 때문에 그 방해를 제거하기 위한 행위이거나 권리를 행사하는 행위일 뿐이지, 請求權 또는 債權이 그 실현을 위하여 성질상 그러한 행위가 전제되거나 필요하기 때문인 것은 아니라고 할 것이다.

한편 雙務契約이 同時履行의 관계에 있는 경우에도 債權者는 債務者에게 이행청구라고 하는 적극적 작위를 할 수 있고, 그러한 작위가 금지되어 있지 않다. 이 경우 債權者의 적극적 작위에 대하여 債務者도 자신을 방어할 수 있고 이를 위하여 債務者도 적극적 작위로 나올 수 있다. 이 반격은 債務者가 履行拒絶權能을 갖는 결과 당연히 인정되는 것이고 債務者의 힘이라고 할 것이다.

6) “이와 같이 대가적 채무간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다.”(大判 99. 7. 9, 98다13754, 公 1999, 1579)

7) 郭潤直, 債權各論[民法講義 IV](博英社, 2000)(이하 郭潤直), 76. 그 반대되는 견해로는 金亨培, 債權各論 {契約法}(博英社, 2001)(이하 金亨培), 151 이하; 李銀榮, 債權

同時履行抗辯權의 발생시기를 상대방의 單純請求時로 본 것은 여러 가지 이유가 있겠지만 債權 내지는 請求權의 실현에 債權者의 이행청구라는 적극적 작위가 필요한 것으로 전제하였기 때문이 아닌가 생각한다. 그러나 전술한 바와 같이 債權者의 청구작위가 반드시 債權 내지는 請求權의 실현에 항상 요구되는 것이 아니라는 점에 비추어 본다면, 同時履行抗辯權의 발생시기도 單純請求와 연계시킬 필요는 없다고 할 것이다. 바로 이러한 점에서 單純請求時說은 재검토를 요한다고 하겠다.⁸⁾

2. 遲滯者의 同時履行抗辯權

종래의 통설은 雙務契約의 경우 受領遲滯者와 履行遲滯者에게도 일정한 요건하에 同時履行抗辯權을 인정한다.⁹⁾ 즉, 통설은 債務者 일방이 자신의 債務에 대하여 履行提供을 계속하지 않는 한 상대방 受領遲滯者는 受領遲滯責任으로부터 벗어나고 동시에 자신의 債務의 이행에 대하여서도 履行遲滯責任으로부터 벗어난다고 본다.¹⁰⁾ 이는 遲滯者를 계속 지체에 있게 하기 위해서는 抗辯權을 발생시키지 않도록 하여야 하고, 抗辯權이 발생하지 않기 위해서는 債務者 일방은 履行提供을 계속하여야 한다고 보기 때문이다.¹¹⁾ 判例도 동일한 태도를 취하고 있다. 즉, 判例는 債務者 일방이 履行提供을 계속하지 않았음은 이유로 受領遲滯者인 상대방 債務者에게 同時履行抗辯權을 인정하고,¹²⁾ 그리고 일시적으로 債務者 일방이 履行提供을 하였으나 곧 그 履行提供이 중지되

各論(博英社, 1999)(이하 李銀榮), 147 이하.

8) 筆者도 종래 상대방의 單純請求를 請求權의 행사로 인정하는 한 그 행사를 지지하기 위하여 일방에게 抗辯權의 발생을 인정하여야 하고, 抗辯權은 상대방의 單純請求時에 발생한다고 보았으나(南孝淳, “同時履行關係의 本質 및 內容”, 厚巖郭潤直先生古稀紀念 民法學論叢·第二(博英社, 1995)(이하 南孝淳), 365), 이 글에서 밝힌 바와 같이 추후 재검토를 할 것이다.

9) 상세한 것은, 南孝淳, 345-350 참조.

10) 郭潤直, 108; 金曾漢, 債權各論(博英社, 1988), 62; 金疇洙, 債權各論(三英社, 1986), 91; 金顯泰, 新稿 債權各論(一潮閣, 1969), 43; 李銀榮, 130; 李銀榮, 雙務契約과 同時履行의 抗辯權, 123; 李太載, 債權各論新講(進明文化社, 1985), 83; 崔棣, 新債權法各論(博英社, 1961), 66, 68-9.

11) 李銀榮, 130; 李銀榮, “雙務契約과 同時履行의 抗辯權”, 考試研究 87/7, 124.

12) 大判 66. 9. 20, 66다1174(集 14-3, 52); 大判 72. 3. 28, 72다163(集 20-1, 169); 大判 72. 11. 14, 72다1513·1514(集 20-3, 112); 大判 93. 8. 24, 92다56490(公 954, 2589); 大判 95. 3. 14, 94다26646(公 990, 1602).

어 더 이상 계속되지 아니하는 기간 동안에는 상대방 債務者는 履行遲滯 상태에 빠졌다고 할 수는 없다고 판시하고 있다.¹³⁾

그러나 위에서 살펴본 통설과 判例의 태도는 遲滯의 일반법리에 부합하지 않는다.¹⁴⁾ 遲滯의 일반법리에 의하면 遲滯에 빠진 자는 스스로 遲滯를 벗어나는 행위를 하지 않는 한 遲滯責任을 벗어날 수가 없다. 즉, 受領遲滯에 빠진 자는 수령에 필요한 준비를 하고 수령의 의사표시를 표명하여야 하고,¹⁵⁾ 履行遲滯에 빠진 자는 遲延賠償과 함께 채무의 내용에 좇은 履行提供을 하여야만 遲滯責任을 면할 수 있다.¹⁶⁾ 이 경우 遲滯者의 受領遲滯責任 또는 履行遲滯責任을 존속시키기 위하여 상대방 債務者가 履行提供을 계속하거나(이행기가 동일한 경우), 先履行義務者가 後履行義務者의 債務의 이행기가 도래한 때에 다시 履行提供을 하거나(先履行義務者가 이행제공을 하였으나 상대방이 受領遲滯에 빠진 경우) 또는 後履行義務者가 자신의 債務의 이행기가 도래한 때에 履行提供을 하여야(先履行義務者가 이행제공을 하지 않아 履行遲滯에 빠진 경우) 할 필요는 없다고 할 것이다.¹⁷⁾ 그러면 이것이 곧 遲滯에 빠진 자는 상대방이 履行提供을 하지 않은 채 單純請求를 하여 오는 경우에는 자신의 債務를 이행하여야 한다는 것을 의미하는 것일까? 그렇지는 않다고 할 것이다. 쌍방의 債務가 모두 履行期에 있을 경우에는 어느 債務者가 遲滯에 빠져 있다는 것을 별개로 하더라도 양 債務를 동시에 상환적으로 이행하게 하는 것이 형평에 부합한다고 볼 수 있을 것이다. 즉, 債務者 일방이 일단 履行提供을 하였다 고 하더라도 상대방 債務者에 대하여 이행청구를 할 경우 상대방 債務者는 여전히 同時履行抗辯權을 갖는다고 해석함이 타당할 것이다.¹⁸⁾ 이러한 의미에서는 遲滯者에게도 遲滯責任을 지는 것과는 별도로 同時履行抗辯權(履行拒絶權

13) 大判 80. 4. 22, 80다268(公 1980, 12808); 大判 95. 3. 14, 94다26646(公 990, 1602).

14) 통설과 判例의 문제점에 관하여는 南孝淳, 348-50; 民法注解[IX], 債權(2)(博英社, 1995), 117-9(梁彰洙 執筆部分) 참조.

15) 郭潤直, 債權總論[民法講義 III](博英社, 1999), 126.

16) 위의 책, 103.

17) 예를 들면 片務契約이나 기타의 法定債務의 경우 債務者가 한번 履行提供을 한 이상 履行提供을 계속하지 않았다는 이유로 履行遲滯責任에 빠지게 되는 것은 아니고, 동일한 논리에서 債務者가 履行提供을 계속하지 않았다는 이유로 債權者가 受領遲滯로부터 벗어나는 것은 아니다.

18) 民法注解[IX], 債權(2)(博英社, 1995), 116(梁彰洙 執筆部分).

能)을 인정할 수 있다고 할 것이다. 다만 어떠한 요건하에서 어떠한 의미의 拒絶權能을 遲滯者에게 인정할 것인지에 대하여는 여러 가지 법적 이론구성이 가능하다. 이하에서는 가능한 법적 이론구성을 살펴보고 이를 判例의 태도와 비교하여 보기로 한다.

(1) 受領遲滯에 빠진 後履行義務者の 履行拒絶權能

[사례] 甲의 債務의 이행기는 3월 24일이고 乙의 債務의 이행기는 6월 24일이다. 先履行義務者인 甲은 이행기인 3월 24일 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하였으나 乙이 이를 수령하지 않았다. 그러던 중 6월 24일 乙의 債務도 이행기가 도래하였다.

(가) 法的 理論構成

자신의 債務의 이행기가 도래한 6월 24일 乙은 자신의 債務의 이행과 관하여는 어떠한 법적 상태에 놓이게 되는가? 자신의 債務의 이행기가 도래한 6월 24일 乙은 자신의 債務을 이행하여야 하는가? 그렇지 않다고 할 것이다. 왜냐하면 만일 乙이 자신의 債務을 이행하여야 한다면, 乙은 後履行義務者임에도 불구하고 먼저 이행을 강요당하는 것이 되고, 비록 乙이 受領遲滯者라고 할지라도 그것은 형평에 반한다고 하지 않을 수 없다. 그러면 乙은 자신의 債務에 대하여 履行提供은 하여야 하는가? 아니면 자신의 債務의 이행기가 먼저 도래하였던 甲이 6월 24일 다시 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하여야 하는가? 이것은 결국 先履行義務者인 甲의 債務과 後履行義務者인 乙의 債務의 상호 이행관계를 어떻게 규율할 것인가 하는 문제라고 하겠다.

乙이 이미 受領遲滯에 있다는 사실을 중시한다면 甲의 債務과 乙의 債務을 동시에 이행하게 할 필요가 없다고도 할 수 있다. 그러나 양 債務가 모두 이행기가 도래한 이상은 동시에 이행하게 하는 것이 적절할 것이다. 다만 이 경우 어떻게 同時履行을 달성하게 하는가 하는 것이 문제라고 할 것이다. 세 가지의 법적 이론구성이 가능하다.

(a) 受領遲滯에 있는 乙에게 6월 24일 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하게 한 후, 甲에 대하여 同時相換을 주장할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있다. 乙이 자신의 債務에 대하여 履行提供함과 동시에 甲의 債務에 대한 수령최고를 동반하면 乙은 受領遲滯責任에서도 벗어나게 된다. 그러나 6월 24일

乙이 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하지 않을 경우에는 자신의 債務에 대하여서도 履行遲滯에 빠지게 된다.

(b) 受領遲滯에 있는 乙에게 6월 24일 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하게 하지 않으면서 甲에 대하여 同時相換을 주장할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있다. 즉, 6월 24일 乙이 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하지 않더라도 履行遲滯에 빠지지는 않는다. 그러나 乙은 甲의 履行提供을 수령하지 않았던 것에 대한 受領遲滯責任은 계속하여 지게 된다.

(c) 受領遲滯에 있는 乙에게 6월 24일 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하게 하지 않으면서 6월 24일부터 受領遲滯에서도 벗어나고 동시에 甲에 대하여 同時相換을 주장할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있다. 즉, 6월 24일 乙의 債務의 이행기가 도달하면 乙은 자신의 債務에 대하여 履行提供을 할 필요도 없고 그리고 受領遲滯責任으로부터도 벗어나게 된다.

(나) 判例

判例은 (c)의 입장이라고 볼 수 있다.¹⁹⁾ 判例에 의하면 6월 24일 乙의 債務의 이행기가 도래하면, 受領遲滯에 있는 乙에게 同時履行의 抗辯權이 발생한다. 그 결과 그 때부터 乙은 受領遲滯에서 벗어나게 된다. 따라서 甲이 乙을 계속 受領遲滯에 빠지게 하기 위해서는 6월 24일 다시 자신의 債務에 대하여 履行提供을 한 후 이를 계속하여야 한다. 이 경우 만일 6월 24일 이후 甲이 履行提供을 계속하지 않는 때에는 그 순간부터 乙은 受領遲滯에서 벗어나게 된다.

(다) 小結

이상의 모든 경우 비록 그 구체적인 요건은 다르지만 양 債務 사이에 어떠한 의미에서든 同時相換의 관계를 인정하고 있다고 볼 수 있다. (a)의 경우 受領遲滯에 있는 乙은 履行提供을 한 후 同時相換을 주장할 수 있고, (b)의 경우 受領遲滯에 있는 乙은 履行提供을 하지 않고도 同時相換을 주장할 수 있고, (c)의 경우는 受領遲滯에 있는 乙은 履行提供을 하지도 않은 상태에서 受領遲滯에서 벗어나고 동시에 同時相換을 주장할 수 있다. 그런데 (a)의 방법은 양

19) 이와 같은 사례에 대한 직접적인 判例은 없으나 遲滯者에게도 同時履行抗辯權을 인정하는 判例의 태도를 따르면 이러한 취지의 判例이 가능할 것이다.

債務의 履行期가 다르다는 것을 전제로 양 債務의 이행을 각각 별도로 규율하는 방법이어서 현재 양 債務의 이행기가 모두 도래하였다는 사정을 전혀 고려하지 않는 것이다. 또 (c)의 방법은 6월 24일부터는 처음부터 양 債務의 履行期가 같은 경우와 동일하게 다루는 방법이어서 受領遲滯에 있는 乙을 지나치게 보호하는 것이 된다. 이러한 점에서 본다면 (b)의 방법은 중간적 입장의 방법으로서 가장 적절하다고 할 수 있다. 즉, (b)의 방법은 한편으로 受領遲滯의 일반법리를 유지하고,²⁰⁾ 다른 한편으로 雙務契約의 대가관계에 있는 債務의 이행기가 모두 도래하였다는 특성을 고려하여 후술하는 바와 같이 쌍방의 債務가 처음부터 이행기가 동일하였던 경우와 동일하게 취급하여 제한적으로 同時相換을 인정하는 것이어서 적절하다고 볼 수 있다.

(b)의 경우 受領遲滯에 있는 乙이 6월 24일 이후 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하면 그 때부터 受領遲滯에서 빠져 나올 수 있음과 동시에,²¹⁾ 자신의 債務 이행에 대하여 甲을 受領遲滯에 빠지게 할 수 있다. 다만 이 경우 乙은 履行提供을 하는 것으로 족하고 이행할 필요는 없다. 즉, 乙은 甲에 대하여 동시이행(이행상환)을 요구할 수 있다. 그렇지 않으면 乙은 後履行義務者임에도 불구하고 먼저 이행하여야 하는 모순이 발생하게 된다. 이 경우 甲의 債務는 이미 3월 24일 이행기가 도래하였으므로 乙로부터 履行提供을 받은 경우 다시 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하지 않으면 履行遲滯에 빠지게 된다.

(2) 履行遲滯에 빠진 先履行義務者의 履行拒絶權能

[사례] 甲의 債務의 이행기는 3월 24일이고 乙의 債務의 이행기는 6월 24일이다. 先履行義務者인 甲은 이행기인 3월 24일 자신의 채무를 이행하지 않았다. 그러던 중 6월 24일 乙의 債務의 이행기가 도래하였다.

20) 受領遲滯의 一般法理에 따르면 受領遲滯에 있는 乙은 甲에게 수령준비를 하고 수령의 의사를 표시하지 않는 한 6월 24일 이후에도 계속 受領遲滯에 있게 된다. 즉, 甲은 乙을 계속 受領遲滯에 있게 하기 위하여 6월 24일 다시 履行提供을 할 필요는 없다고 할 것이다. 한편 甲은 이미 履行提供을 하였으므로 6월 24일 이후 乙의 履行提供 없는 단순청구에 대하여 同時相換을 주장할 수 있다.

21) 乙이 履行提供을 하는 경우에는 통상적으로 수령의사도 있는 것이므로 履行提供은 동시에 변제수령의사의 통지도 수반한다고 할 것이고 따라서 乙이 履行提供을 하는 순간 受領遲滯에서도 벗어나게 된다. 그러나 만일 乙이 履行提供을 하면서도 수령을 거절한다면 여전히 受領遲滯는 계속된다고 할 것이다.

(가) 法的 理論構成

이 경우에도 (1)에서와 동일한 문제가 발생한다. 자신의 債務의 이행기가 도래한 6월 24일 乙이 자신의 債務에 대하여 어떠한 법적 상태에 놓이는지가 문제되는 것이다. 만일 6월 24일 乙의 債務의 이행기가 도래하였음을 이유로 그에게 자신의 債務을 이행하도록 한다면, 그것은 先履行義務者인 甲의 債務은 아직 이행되지 않았음에도 불구하고 그리고 乙에게는 아무런 잘못이 없음에도 불구하고 後履行義務者인 乙에게 먼저 이행하도록 하는 것이 되어 형평에 반한다고 하지 않을 수 없다. 그러면 乙은 6월 24일 적어도 자신의 債務에 대하여 履行提供은 하여야 하는가? 아니면 자신의 債務의 이행기가 먼저 도래하였던 甲이 6월 24일 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하여야 하는가?

甲과 乙 사이에 先履行關係를 계속 유지한다면 履行遲滯에 있는 甲에게 자신의 債務에 대하여 먼저 이행하게 하는 수도 있다. 그러나 甲의 債務과 乙의 債務가 모두 이행기가 도래한 이상은 양 債務가 동시에 이행되도록 하는 것이 보다 적절할 것이다. 이 경우에도 同時履行을 달성하게 하는 방법으로는 세 가지가 있을 수 있다.

(a) 履行遲滯에 있는 甲에게 6월 24일 자신의 債務에 대하여 먼저 履行提供을 하게 한 후 乙에 대하여 同時相換을 주장할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있다. 즉, 甲은 履行提供을 하면 지체에서 벗어남과 동시에, 乙에게 同時相換을 주장할 수 있게 된다. 그러나 이 경우에도 履行遲滯에 있는 甲에게 이행을 완결하게 할 필요는 없다. 履行提供이 있기 전까지의 遲滯責任을 甲에게 지게 하는 것으로 족하기 때문이다. 만일 6월 24일 甲이 履行提供을 하지 않을 경우에는 甲의 履行遲滯의 상태는 계속된다. 한편 乙은 6월 24일 자신의 債務이 이행기가 도달한 이상 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하여야 한다. 乙은 履行提供을 한 후, 甲에게 同時相換을 주장할 수 있게 된다. 乙이 履行提供을 하게 되면 甲은 그 때부터 受領遲滯에도 빠지게 된다. 반대로 만일 6월 24일 乙이 履行提供을 하지 않는 경우에는 乙도 자신의 債務에 대하여서 履行遲滯에 빠지게 된다.

(b) 履行遲滯에 있는 甲에게 6월 24일 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하게 하지 않으면서도 乙에 대하여 同時相換을 주장할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있다. 6월 24일 甲이 履行提供을 하지 않은 이상 履行遲滯의 상태는 계속된다. 한편 乙도 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하지 않아도 된다. 先

履行義務者인 甲이 아직 履行提供을 하지 않고 있는 이상 後履行義務者인 乙에게 履行提供을 강요하는 것은 형평에 부합하지 않는다. 따라서 乙은 履行提供이 없더라도 遲滯責任을 지지 않고, 同時相換을 주장할 수 있다.

(c) 履行遲滯에 있는 甲에게 6월 24일 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하게 하지 않으면서도 6월 24일부터 遲滯責任으로부터 벗어나게 됨과 동시에 甲에 대하여 同時相換을 주장할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있다. 乙의 법적 지위는 (b)의 경우와 동일하다. 이것이 후술하는 判例의 입장이다.

(나) 判例

判例에 의하면 乙의 債務의 이행기가 도래하는 6월 24일 甲과 乙의 債務는 同時履行의 관계에 놓이게 된다. 그 결과 甲은 乙에 대하여서 同時履行의 抗辯權을 가지고 따라서 6월 24일 甲은 履行遲滯責任을 면하게 된다. 즉, 6월 24일 乙이 자신의 債務의 이행제공을 하지 않는 한 甲은 履行遲滯責任을 면하게 된다. 그 결과 乙이 甲을 계속 지체에 빠지게 하기 위해서는 6월 24일 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하여야 한다. 그리고 그 후 乙이 履行提供을 계속하지 않게 되면 甲은 遲滯(履行遲滯·受領遲滯)에서 벗어나게 된다.²²⁾

(다) 私見

이상의 모든 경우에도 (1)에서와 마찬가지로 그 구체적인 요건은 다르지만 양 債務에 대하여 同時相換의 관계를 인정하고 있다. (a)의 경우 甲과 乙은 각각 자신의 債務에 대하여 履行提供을 한 후에만 同時相換을 주장할 수 있고, (b)의 경우는 履行遲滯에 있는 甲과 자신의 債務가 이행기에 도달한 乙은 각각

22) “買受人이 선이행의무 있는 중도금을 이행하지 않았다 하더라도 契約이 해제되지 않은 상태에서 잔대금지급기일이 도래하여 그 때까지 중도금과 잔대금이 지급되지 아니하고 잔대금과 동시이행관계에 있는 賣渡人의 소유권이전등기소요서류가 제공된 바 없이 그 기일이 도과하였다면 매수인의 위 중도금 및 잔대금의 지급과 賣渡人의 소유권이전등기소요서류의 제공은 동시이행관계에 있다 할 것이어서 그때부터는 買受人은 위 중도금을 지급하지 아니한 데에 대한 履行遲滯의 責任을 지지 않는다.”(大判 1966. 9. 20, 66다1174, 集 14-3, 52). 그 이후 동일한 취지의 판결이 계속되고 있다. 大判 88. 9. 27, 87다카1029(公 1988, 1328). 同旨의 判決, 大判 1998. 3. 13, 97다54604(公 1998, 1042).

判例가 同時履行抗辯權을 이유로 遲滯責任까지 면하게 하는 것은 同時履行抗辯權을 지체저지효를 갖는 抗辯權으로만 일의적으로 이해하고 있기 때문이다.

자신의 債務에 대하여 履行提供을 하지 않아도 상대방에 대하여 同時相換을 주장할 수 있고, (c)의 경우는 履行遲滯에 있는 甲은 履行提供을 하지 않고서도 遲滯責任에서 벗어남과 동시에 同時相換을 주장할 수 있다. (1)의 경우에서와 마찬가지로 履行遲滯의 일반법리를 유지하고,²³⁾ 다른 한편으로 이미 이행기가 모두 도래한 양 債務의 同時相換을 인정하는 (b)의 방법이 적절하다고 할 수 있다.

履行遲滯에 있는 甲은 6월 24일 이후 자신의 債務에 대하여 乙에게 履行提供을 하면 그 때부터 履行遲滯責任으로부터 벗어나게 됨과 동시에, 乙을 受領遲滯에 빠지게 할 수 있다. 다만 이 경우 甲은 履行提供을 하는 것으로 족하고 이행할 필요는 없다. 왜냐하면 乙의 債務도 이미 6월 24일 이행기에 도달한 이상은 甲은 乙에 대하여 동시상환을 주장할 수 있다고 하여야 할 것이기 때문이다.

(3) 履行遲滯·受領遲滯에 빠진 同時履行義務者의 履行拒絶權能

[사례] 甲과 乙의 債務는 모두 이행기가 3월 24일이다. 甲은 3월 24일 자신의 채무를 이행제공하였으나 乙이 이를 수령하지 않았다.

(가) 法的 理論構成

甲의 債務와 乙의 債務의 상호 이행관계를 규율하는 방법으로 세 가지 방법이 있을 수 있다.

(a) 履行遲滯·受領遲滯에 있는 乙에게 受領催告와 동시에 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하게 한 후 甲에 대하여 同時相換을 주장할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있다. 만일 乙이 履行提供을 하지 않을 경우에는 甲의 履行提供 없는 청구에 대하여서도 同時相換을 주장할 수 없게 된다. 그러나 乙은 履行提供을 하는 것으로 족하고 이행을 완결할 필요는 없다. 그렇지 않으면 乙이 먼저 이행당하는 부당한 결과가 발생하게 되고 말기 때문이다.

(b) 履行遲滯·受領遲滯에 있는 乙에게 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하게 하지 않더라도 甲에 대하여 同時相換을 주장할 수 있도록 하는 방법이 있

23) 履行遲滯의 一般法理에 따르면 先履行義務者로서 履行遲滯에 있는 甲은 자신의 債務에 대하여 乙에게 履行提供을 하지 않는 한 6월 24일 이후에도 계속하여 履行遲滯에 빠지게 된다.

을 수 있다. 즉, 遲滯에 빠진 乙도 遲滯責任을 지는 것과는 별도로 甲에 대하여 同時相換을 주장할 수 있다.

(c) 履行遲滯·受領遲滯에 있는 乙에게 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하게 하지 않더라도 受領遲滯責任과 履行遲滯責任을 벗어남과 동시에 同時相換을 주장할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있다. 이것이 바로 후술하는 判例의 입장이다.

(나) 判例

判例에 의하면 甲이 자신의 債務에 대하여 「계속하여 履行提供을 하지 않는 한」 乙은 受領遲滯가 계속되지 않는다. 즉, 判例는 “상대방을 受領遲滯에 빠지게 하였더라도 그 이행이 계속되지 않는 경우는 과거에 이행의 제공이 있었다는 사실만으로는 상대방이 가지는 同時履行의 抗辯權이 소멸하는 것이 아니다”라고 판시하고 있다.²⁴⁾ 따라서 甲이 자신의 債務에 대하여 계속 履行提供을 하지 않는 한 乙은 자신의 債務에 대하여서도 履行遲滯가 계속되지 않는다. 결국 判例의 입장은 遲滯沮止效를 언제나 抗辯權(履行拒絕權能)과 연계시키는 입장이라고 할 것이다.

(다) 私見

(1)과 (2)의 경우에서와 마찬가지로 (b)의 입장이 가장 적절하다고 볼 수 있다. 雙務契約상의 債務는 처음부터 반대급부와 상환하여 이행할 것이었으므로 아직 상대방의 채무가 이행되지 않은 이상에는 상대방의 단순청구를 인용하지 않고 相換判決을 하게 하는 것이 타당하다고 할 것이다.²⁵⁾ 그렇지 않으면 그것은 債務者 일방에게 본래의 채무 이상을 부담지우는 것이어서 부당하다고 볼 수 있다.²⁶⁾ 受領遲滯에 있는 債務者 乙은 甲에게 수령의사를 최고하지 않

24) 大判 95. 3. 14, 94다26646(公 1995, 1602). 同旨의 判決, “買受人이 선이행의무 있는 중도금을 이행하지 않았다 하더라도 契約이 해제되지 않은 상태에서 잔대금지급 기일이 도래하여 그 때까지 중도금과 잔대금이 지급되지 아니하고 잔대금과 동시이행 관계에 있는 賣渡人의 소유권이전등기소요서류가 제공된 바 없이 그 기일이 도과하였다면 매수인의 위 중도금 및 잔대금의 지급과 賣渡人의 소유권이전등기소요서류의 제공은 동시이행관계에 있다 할 것이어서 그때부터는 買受人은 위 중도금을 지급하지 아니한 데에 대한 履行遲滯의 責任을 지지 않는다”(大判 1999. 7. 9, 98다13754, 公 1999, 1579).

25) 同旨, 民法注解[IX], 債權(2)(博英社, 1995), 116(梁彰洙 執筆部分).

는 한 계속 受領遲滯에 있게 된다. 그리고 乙은 자신의 채무에 대하여도 履行遲滯에도 빠지게 된다. 왜냐하면 제536조 제1항에 의하여 甲이 자신의 債務에 대하여 履行提供을 한 이상 乙에게는 이행을 거절할 권능이 없기 때문이다. 乙은 6월 24일 이후 履行提供을 하면서 受領催告를 하여야 비로소 受領遲滯·履行遲滯로부터 벗어나게 된다. 한편 甲은 이미 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하였으므로 乙의 履行提供 없는 단순청구에 대하여 同時相換을 주장할 수 있음은 당연하다(제536조 제1항).

(4) 結語 : 遲滯者의 同時履行抗辯權

同時履行關係에 있어서 遲滯에 빠진 자의 지위를 종합적으로 고찰하여 보면, 遲滯者도 상대방의 履行提供이 없는 한 자신의 債務의 이행을 강제당하지 않는다. 그러나 遲滯者는 상대방의 債務에 대하여 수령통지를 하거나 또는 자신의 債務에 대하여 이행제공을 하지 않는 한 遲滯責任을 벗어날 수 없다고 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때 遲滯者에게도 일종의 抗辯權 내지는 履行拒絶權能이 인정된다고 할 것이다. 그러나 그것은 履行提供의 拒絶權能이 아니라 일종의 履行完結拒絶權能이라고 보아야 할 것이다. 예를 들면, 債務者가 자신의 債務의 履行提供을 하지 않을 경우에도 遲滯責任을 지는 것은 별도로 상대방이 자신의 債務에 대한 履行提供을 하지 않는 한 履行完結義務는 없다고 할 것이다. 즉, 履行遲滯者는 遲滯責任을 진다는 것을 제외하고는 자신의 債務에 관하여 이미 履行提供을 한 자와 마찬가지로 자신의 債務의 이행을 완결할 필요가 없다는 점에서는 동일하다고 할 것이다.

3. 同時履行의 抗辯權과 遲滯責任의 免責

同時履行의 관계에 놓인 債務者에게는 이행기에 무조건적으로 이행할 의무는 없다. 이것이 債務者 일방만이 債務를 부담하고 있는 법률관계와 다른 점이다. 이러한 점에서 본다면 債務者에게는 「이행기에 이행할 의무」는 없다고 할 수 있다. 그러나 엄밀히 말하면 同時履行關係에 있는 債務者들은 義務가 없는 것이 아니라 동시에 이행할 법적 상태에 있다. 즉, 債務者들은 「이행기에

26) 同旨, 諸哲雄, “민법 제536조의 동시이행의 항변권에 관한 몇 가지 문제”, **人權과 正義**(大韓辯護士協會, 1996/9)(이하 諸哲雄), 104.

상대방과 동시에 이행할 의무」가 있는 것이다. 이러한 상태에서는 債務者 일방의 債務는 상대방의 債務와 연계되어 이를테면 일정한 조건하에 놓여 있다고 보아야 할 것이다. 이러한 법적 상태를 후술하는 바와 같이 통상적으로 履行拒絶權能으로 이해하고 있다.²⁷⁾ 따라서 債權者는 자신의 債務에 관하여 履行提供을 하면서 상대방의 이행을 청구할 수 있을 뿐이다.²⁸⁾ 만일 債權者가 자신의 債務의 履行提供과 동시에 이행청구를 할 경우에는 債務者는 履行遲滯責任에 빠지게 된다. 그러나 반대로 債權者가 자신의 債務의 履行提供이 없는 이행청구를 할 경우에는 債務者는 履行遲滯責任을 지지 않는다. 이 경우 즉, 상대방 債務者의 履行提供이 없을 경우 債務者 일방이 履行遲滯에 빠지지 않는 것을 법적으로 어떻게 이론구성할 것인지에 대하여 학설이 대립하고 있다.

(1) 履行遲滯不成立說

이 견해는 債務者에게는 義務違反 즉, 履行遲滯 자체가 성립하지 않는다고 본다. 債權者가 同時履行의 抗辯權을 가지는 경우에는 기한이 도래하더라도 바로 급부를 하여야 할 義務는 아직 없고 그리고 債務者가 同時履行의 抗辯權을 가지는 경우를 歸責事由의 문제로 다루는 것은 적절하지 아니하며 객관적 債務不履行의 成否라는 관점에서 접근하는 것이 타당하다고 한다.²⁹⁾ 혹은 債務者가 債務履行期를 초과하더라도 履行遲滯가 되지 않는 것은 違法性阻却事由가 있어서가 아니라 債務不履行의 객관적 요건이 충족되지 않기 때문이라고 한다.³⁰⁾

(2) 違法性阻却說

이 견해는 債務者는 이행기에 이행할 의무가 있어 履行期에 이행하지 않으면 履行遲滯가 성립하지만 違法性이 조각된다고 본다.³¹⁾ 즉, 債務者에게는 상

27) 이러한 법상태를 굳이 履行拒絶權能으로 이해할 필요가 있는지 나아가서 이를 抗辯權으로 이론구성할 필요가 있는지에 대하여서도 의문이 제기될 수 있다. 그러나 이에 대한 검토도 추후로 미루기로 하고, 이 글에서는 종래의 설명에 따라 이를 履行拒絶權能으로 이해하여 논의를 전개하기로 한다. 履行拒絶權能에 대하여는 VII. 履行拒絶權能의 意味와 效果를 참조.

28) 金亨培, 148.

29) 民法注解〔IX〕, 債權(2)(博英社, 1995), 115(梁彰洙 執筆部分).

30) 諸哲雄, 101.

대방의 이행제공이 없음을 이유로 자신의 債務의 履行提供을 거절할 수 있는 履行拒絶權能이 있어서 債務不履行의 違法性이 阻却된다고 한다.

(3) 歸責事由不存在說

이 견해는 債務者에게 同時履行抗辯權이나 留置權을 행사하는 경우에는 債務者에게 歸責事由가 없는 것이라고 한다.³²⁾ 이 견해도 債務不履行에 있어서 違法性을 별개의 요건으로 보지 않는다.

(4) 結語

생각건대 이 문제는 궁극적으로 무엇을 기준으로 그리고 어떠한 법상태를 義務가 존재하는 것으로 볼 것인가 하는 문제로 귀결된다. 그리고 이 문제는 違法性을 債務不履行의 성립요건으로 볼 것인가 하는 債務不履行法의 문제와도 연계되어 있다. 위에서 살펴본 학설의 대립은 이들 문제와 관련하여 履行遲滯를 규정하고 있는 민법 제387조와 同時履行關係를 규율하고 있는 민법 제536조에 대한 해석론의 차이에서 귀결된다고 할 것이다. 民法 제387조는 이행기가 도래하거나(확정기한부 債務), 이행기의 도래를 알고 있거나(불확정기한부 債務) 債權者의 이행청구가 있을 때(기한의 정함이 없는 債務)에는 債務者는 遲滯責任을 지는 것으로 규정하고 있다. 그리고 민법 제536조는 雙務契約의 債務者 일방은 상대방 債務者가 履行提供을 하지 않는 한 債務履行을 거절할 수 있음을 규정하고 있다. 違法性阻却說은 민법 제387조는 履行期를 기준으로 그리고 다른 법상태를 고려하지 않고 履行義務가 존재하는 것으로 따라서 履行期를 도과한 후에는 원칙적으로 義務違反이 되어 遲滯責任이 발생하는 것으로 규정하고 있다고 본다. 그리고 민법 제536조는 위 규정에 대한 예외로서 상대방 債務者가 履行提供을 하지 않는 한 債務者 일방으로 하여금 債務履行을 거절할 수 있도록 하여 違法性을 阻却시키고 있는 것으로 본다. 이러한 違法性阻却說은 다음과 같은 면에서도 이해가 될 수가 있다. 債務者는 이행기가 도래하기 전에는 이행을 위한 준비를 하여야 하고(履行準備義務), 이행기가 도래하면 이행을 위한 履行提供을 하여야 하고(履行提供義務), 마지막으로 상대방의 수령 내지는 협력을 얻어 이행을 완결하여야 한다(履行完結義務). 同時

31) 郭潤直, 債權總論[民法講義 III](博英社, 1999), 90.

32) 金亨培, 債權總論(博英社, 1992), 190; 李銀榮, 146.

履行關係에 있는 債務者에게는 履行期 이전에도 이미 履行準備義務가 존재하고 있다. 그렇지 않으면 履行期를 정한다고 하는 것은 법적으로 무의미한 것이 되어버리고 말 것이다. 따라서 同時履行關係에 있는 債務者가 履行準備를 하지 않았다면 그것은 違法한 것이고, 違法한 것인 이상 원칙적으로 이에 대하여 責任을 저야 한다. 그런데 同時履行關係에 서는 債務者에게는 履行期에 일정한 조건하에 履行拒絶權能이 존재하므로, 履行準備義務의 불이행에 대한 책임도 물을 수 없게 되는 것이다. 즉, 違法性이 조각되는 것이다. 이에 반하여 履行遲滯不成立說은 상대방 債務者로부터 履行提供이 없다고 한다면, 債務者의 일방의 義務 즉, 「이행기에 상대방과 동시에 이행할 의무」의 요건 자체가 충족되어 있지 않으므로 義務違反은 없다고 보는 것이다. 이 견해는 민법 제536조는 同時履行關係에 있는 債務者의 의무의 구체적인 내용을 민법 제387조와는 달리 규정하고 있는 것으로 보는 것이다.

4. 同時履行의 抗辯權과 消滅時效의 進行

消滅時效는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다(民法 제166조 제1항). 권리를 행사할 수 있는 때라함은 권리를 행사함에 있어서 법률상의 장애가 없는 것을 말한다. 정지조건과 시기가 전형적인 법률상의 장애에 해당한다. 그러나 법률상의 장애라고 하더라도 권리자의 의사에 의하여 제거할 수 있는 것은 消滅時效의 진행에 장애가 되지 않으나, 同時履行의 抗辯權이 여기에 해당한다.³³⁾ 따라서 同時履行의 抗辯權이 있는 債權은 履行期부터 消滅時效가 진행된다. 예를 들면, 선이행의무가 이행되지 않고 있던 중 2년후 후이행의무의 이행기가 도래한 경우 양자는 同時履行關係에 들어서게 된다. 이 경우에도 선이행의무는 8년의 기간의 경과에 의하여 消滅時效가 완성되고, 후이행의무는 2년 후에 다시 消滅時效가 완성된다. 그리고 양 債務의 履行期가 동일한 경우에도 어느 일방이 자신의 의무의 履行提供을 하여 履行請求를 한 경우에는 그때부터 상대방의 債務는 더 이상 消滅時效가 진행되지 않지만, 자신의 債務의 消滅時效는 계속 진행된다.

33) 民法注解[Ⅲ], 總則(3)(博英社, 1992), 463(尹眞秀 執筆部分).

Ⅲ. 異時履行關係에 있는 雙務契約의 先履行義務者의 履行拒絶權能 : 先履行義務者의 不安의 抗辯權

民法 제536조 제2항에 의하면 “당사자 일방이 상대방에게 먼저 履行하여야 할 경우에 상대방의 履行이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 本文과 같다”고 규정하고 있다. 즉, 雙務契約의 당사자 일방의 債務의 이행기가 타방 債務者의 債務의 이행기보다 앞서는 先履行義務者인 경우, 비록 자신의 債務의 이행기가 도래하였을지라도 상대방의 債務가 장차 이행기에 이행이 되기에 곤란한 현저한 사유가 있는 때에는 자신의 債務의 이행을 거절할 수 있다. 이를 일반적으로 先履行義務者의 「不安의 抗辯權」이라고 부른다. 당사자 일방의 債務의 이행기가 먼저인 雙務契約의 법률관계와 쌍방의 債務의 이행기가 동일한 雙務契約의 법률관계는 결코 완전히 동일시할 수는 없는 것이다. 따라서 民法 제536조 제2항이 「전항 본문과 같다」고 규정하고 있는 것은, 일정한 요건하에서 그리고 일정한 점에서는 양자가 동일한 측면을 갖는다는 것을 말하는 것일 뿐이라고 할 것이다. 따라서 제536조 제2항과 관련하여서는 우선 과연 어떠한 점에서 전항과 동일한 것인지를 밝혀야 할 것이다. 그리고 異時履行關係에 있는 雙務契約의 나머지 법적 효과는 어떠한 것인지를 밝혀야 한다. 후자의 문제는 일반적으로 말하는 先履行義務者의 「不安의 抗辯權」 이상의 법적 문제이다.

1. 先履行義務 있는 雙務契約의 法律關係 : 先履行義務者의 不安의 抗辯權

民法 제536조 제2항이 「전항 본문과 같다」고 규정하고 있는데, 제1항과 제2항을 순전히 형식적으로만 재구성한다면 두 가지의 구성이 가능할 것이다. (i) 첫째, 「전항 본문과 같다」는 의미를 「상대방이 그 債務履行을 제공할 때까지 자기의 債務履行을 거절할 수 있다」는 의미로 이해하는 것이다. 그렇게 되면 제536조 제2항의 내용은 先履行義務者는 「상대방의 履行이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 상대방이 그 債務履行을 제공할 때까지 자기의 債務履行을 거절할 수 있다」는 것이 된다. 그것은 일방의 債務가 선이행되어야 하는 雙務契約의 법률관계와 쌍방의 債務가 동시이행되어야 하는 雙務契約의 법률관계를 완전히 동일하게 규율하는 것이 된다. 즉, 그것은 先履行義務의 履行期를 後履行義務의 履行期와 같아지게 하여 債務의 내용을 변경시키는 것이 되고

만다. 따라서 이러한 경우 만일 先履行義務者가 履行拒絶權能을 행사하지 않고 이행을 한다면, 그것은 이행기전의 변제에 해당하게 된다. (ii) 둘째, 「전항 본문과 같다」는 의미를 「자기의 債務履行을 거절할 수 있다」는 의미로 새기는 것이다. 따라서 제536조 제2항의 내용은 先履行義務者는 「상대방의 履行이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 자기의 債務履行을 거절할 수 있다」는 것이 된다. 先履行義務者는 자신의 債務의 이행기는 종전과 동일한 상태에서 履行拒絶權能을 가질 뿐이다.³⁴⁾ 따라서 先履行義務者가 履行拒絶權能을 행사하지 않고 이행을 하더라도 그것은 이행기전의 변제가 되지 않는다.

첫째의 입장은 先履行義務者를 지나치게 유리하게 보호하고 역으로 後履行義務者의 지위를 부당하게 약화시키는 것으로서 타당하지 않다.³⁵⁾ 이것은 원래 서로 달랐던 法律關係를 단순화하여 동일하게 취급하는 것으로서 사물의 성질에 반하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 先履行義務가 있는 雙務契約의 법률관계를 원래대로 유지한 채, 先履行義務者에게 履行拒絶權能만을 인정하는 후자의 입장이 타당하다고 할 것이다. 判例도 “履行拒絶의 권능은 어디까지나 債務의 이행을 거절할 권능에 지나지 아니할 뿐 당초에 약정된 변제기를 변경시키거나 변제기의 정함이 없는 債務로 그 성질을 변경시키는 효력을 가지는 것이 아니므로 설사 이행거절권능을 가지는 買受人이 이를 행사하지 않고 대금채무를 이행하였다고 할지라도 급부기한 전에 선납한 것에 해당한다고 볼 수 없다”고 판시하여 후자의 입장을 취하고 있다.³⁶⁾ 즉, 先履行義務者는 後履行義務가 그 이행기에 이행할 것이 확실하지 않는 한, 자신의 債務의 이행을 거절할 수 있다. 한편 先履行義務者에게 履行拒絶權能이 있는 이상, 그는 자신의 債務에 대하여 履行提供조차 할 필요가 없다. 그리고 履行提供조차 할 필요가 없기 때문에 이행거절 의사를 밝힐 필요도 없다고 할 것이다. 이 점에서 判例가 “이와 같이 대가적 채무간에 이행거

34) 나중에 後履行義務의 이행기가 도래하는 때에는 債務의 이행은 어떠한 법률관계에 놓이게 되는가? 判例는 先履行義務와 後履行義務는 同時履行關係에 들어가고 처음부터 履行期가 동일한 경우와 완전히 동일한 법률관계가 성립한다고 본다.

35) 이러한 비판은 나중에 後履行義務의 이행기가 도래하게 되는 경우에도 동일하게 적용될 수 있다. 전술한 바와 같이 判例는 後履行義務의 이행기가 도래하는 경우에는 先履行義務와 後履行義務는 同時履行關係에 들어가고 그것은 처음부터 양 債務의 履行期가 동일한 경우와 완전히 동일하게 취급한다. 이는 先履行義務者를 지나치게 보호하는 것이 되고, 그것은 사물의 성질에도 반하는 것이라고 하겠다.

36) 大判 97. 7. 25, 97다5541(公 1997. 116).

절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다”고 한 것은 타당하다고 할 것이다.³⁷⁾

2. 先履行義務 있는 雙務契約의 法律關係와 同時履行關係에 있는 雙務契約의 차이

先履行義務 있는 雙務契約과 同時履行의 관계에 있는 雙務契約의 법률관계는 어떻게 다른가? 첫째, 先履行義務 있는 雙務契約의 경우는 履行拒絶權能은 先履行義務者 일방에게만 인정된다. 이에 반하여 同時履行의 관계에 있는 雙務契約에서는 履行拒絶權能은 쌍방에게 인정된다. 後履行義務者는 자신의 債務의 이행기가 아직 도래하지 않았으므로 이행할 의무가 없고, 따라서 履行拒絶權能조차도 발생할 필요가 없는 것이다. 둘째, 先履行義務者의 履行拒絶權能과 同時履行關係에 있는 債務者의 履行拒絶權能은 성립요건이 다르다. 先履行義務者의 履行拒絶權能은 後履行義務의 이행이 현저하게 곤란한 사유가 있는 한에서만 인정되므로, 後履行義務의 이행이 확실하게 된 때에는 先履行義務者는 더 이상 履行拒絶權能을 갖지 못한다. 따라서 後履行義務者는 先履行義務의 이행을 받기 위하여 반드시 자신의 債務履行을 제공할 필요까지는 없다.³⁸⁾

IV. 어음·手票 交付者의 履行拒絶權能

어음·手票가 「지급을 위하여」 교부된 것이냐 아니면 「지급의 담보(확보)를 위하여」 교부된 것이냐에 따라 債務者에게 履行拒絶權能이 발생하는 요건이 다르다.

1. 어음·手票가 支給을 담보하기 위하여 교부된 경우

통설과 관례에 의하면 어음·手票가 기존채무의 「담보를 위하여」 교부된 경

37) 大判 99. 7. 9, 98다13754(公 1999, 1579). 同旨의 判決, 大判 97. 7. 25, 97다5541(公 1997, 116).

38) 물론 後履行義務者가 기한의 이익을 포기하고 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하면 先履行義務者는 더 이상 履行拒絶權能을 가질 수 없게 됨은 당연하다.

우, 債權者는 원인채권과 어음·手票債權 중 어느 債權을 먼저 행사할 것인지는 그의 자유에 속한다.³⁹⁾ 債務者는 언제나 債權者의 원인채권의 행사를 받을 수 있는 상태에 처해 있으므로, 원인채무의 이행기가 도래하면 지체에 빠지게 된다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 즉, 債務者는 이행기가 되었음에도 履行提供을 하지 않으면 원인채무에 대한 履行遲滯에 빠지게 된다.⁴²⁾⁴³⁾ 다만 債務者는 이중변제의 위험으로부터 벗어나기 위하여 履行提供과 동시에 債權者에게 어음·手票의 반환을 요구할 수 있다. 즉, 債務者는 債權者에게 어음·手票의 교부와 상환으로 자신의 債務를 이행하겠다고 주장할 수 있다. 따라서 債務者가 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하였으나, 債權者가 어음·수표를 제공하지 않으면 자신의 債務의 이행을 완료하지 않아도 되고 이에 대하여는 遲滯責任을 지지 않는다.

이상에서 살펴본 바와 같이 原因債務의 債務者는 債權者로부터 어음·수표의 교부가 없는 한 자신의 債務의 이행을 거절할 수 있는 履行拒絶權能을 갖는다. 이러한 이유에서 어음·手票의 교부와 原因債務가 同時履行의 관계에 있다고 하기도 한다. 그러나 엄밀히 말하면 어음·手票 교부자의 履行拒絶權能은 통상의 雙務契約에서의 同時履行關係에서의 履行拒絶權能과 동일시될 수 없다. 즉, 어음·수표 교부자의 履行拒絶權能은 대가의무의 대립을 전제로 이행의 상환성을 보장하는 목적을 갖는 雙務契約에서의 履行拒絶權能과는 다음의 점에서 차이가 있다. 첫째, 雙務契約의 경우는 債務者는 이행기가 도래하는 것만으로는 지체에 빠지지 않지만, 어음, 수표를 교부한 債務者는 原因債務의 이행을 경과하는 것만으로 지체에 빠진다.⁴⁴⁾ 둘째, 雙務契約의 경우는 履行期가 도래하는 것만으로도 債務者에게 履行拒絶權能이 발생하고 遲滯責任을

39) 註釋 어음·手票法(1)(韓國司法行政學會, 1993), 232.

40) 大判 99. 7. 9, 98다29575(公 1999, 1585).

41) 다만 이 경우에도 債權者에게 반대채무가 있는 경우에는 債務者는 雙務契約상의 同時履行의 抗辯權을 가짐은 물론이다.

42) 註釋 어음·手票法(1), 232.

43) 이 점에서 증권화된 채권과 면책채권의 경우 債權者는 증권을 제시하여야만 상대방을 履行遲滯에 빠뜨릴 수 있는 것(民法 제517조, 제526조)과 차이가 있다.

44) 물론 原因債務가 불확정기한부채무인 경우에는 債務者가 이행기가 도래함을 안 때로부터 그리고 原因債務가 기한의 정함이 없는 債務인 경우에는 債權者의 이행청구가 있어야 原因債務의 債務者는 지체에 빠지게 된다. 이 경우에도 債權者는 어음·수표를 교부하여야만 이행청구를 할 수 있는 것은 아니다. 다만 債務者는 이중변제의 위험으로부터 벗어나기 위하여 자신의 채무의 이행제공시에 債權者에게 어음, 수표의 제공을 요구할 수 있고 債權者가 이를 거부하면 債務者는 이행을 거절할 수 있을 뿐이다.

면하지만, 어음·手票의 경우는 債務者의 자신의 債務에 대한 이행제공이 있어야 履行拒絶權能이 발생하고 履行遲滯를 면하게 된다. 이처럼 양자는 履行拒絶權能이 성립하는 요건 또는 그것이 행사되는 태양이 다르고, 그러한 점에서 양자의 法律關係의 구체적인 내용에 차이가 있는 것이다. 즉, 雙務契約의 경우는 상대방의 債務의 履行提供이 없는 것을 전제로 한 履行提供拒絶의 抗辯權이 문제되고 어음·手票의 경우에는 債務者가 자신의 債務의 이행기가 도래한 때 자신의 債務에 대하여 履行提供을 할 것을 전제로 한 履行完結拒絶의 抗辯權이 문제되는 것이다.

그러면 이행기에 原因債務의 履行提供을 하지 않아 遲滯에 빠진 債務者도 債權者가 어음·手票를 제시하지 않고 이행을 청구하는 경우 즉, 單純請求를 하는 경우에는 어음·手票의 교부와 상환으로 자신의 債務를 이행하겠다고 주장할 수 있는가? 즉, 履行遲滯에 빠진 債務者에게도 상환금부의 履行拒絶權能을 부여할 수 있는가? 두 가지의 입장이 가능하다. 우선 하나는 履行提供을 하지 않는 한 同時相換을 주장할 수 없고 따라서 遲滯에 계속 빠지게 되고 강제이행을 당하여야 한다는 입장이 있을 수 있다. 그리고 다른 하나는 遲滯에 빠진 債務者도 遲滯인 채로 상환금부의 履行拒絶權能을 갖는다는 입장이 있을 수 있다. 물론 후자의 경우 債務者가 履行拒絶權能을 갖는다고 해서 遲滯責任이 면제되는 것은 아니다. 債務者는 履行提供이 없는 상태에서 履行遲滯責任을 부담한 채로 이행완결을 거절할 수 있는 履行拒絶權能이 발생하게 된다. 후자는 雙務契約에서 遲滯에 빠진 債務者에게 상환금부의 履行拒絶權能을 인정하는 것과 동일하다.

2. 어음·手票가 支給을 위하여 교부된 경우

어음·手票가 기존채무의 「지급을 위하여」 교부된 경우 債權者는 原因債權과 어음·手票債權 중에서 후자를 먼저 행사하여야 한다.⁴⁵⁾ 債權者는 어음·手票債權을 먼저 행사하여야 하므로, 債務者는 原因債務의 이행기가 도래하는

45) “어음채권과 원인채권 중 어음채권을 먼저 행사하여 만족을 얻을 것을 당사자가 예정하였다고 할 것이므로, 채권자로서는 어음 채권을 우선 행사하고 그에 의하여서는 만족을 얻을 수 없을 때 비로소 채무자에 대하여 기존의 원인채권을 행사할 수 있다”(大判 95. 10. 13, 93다12213(公 1005, 24).

중전의 判例(大判 93. 11. 9, 93다11203(公 959, 65)는 어음·手票가 지급을 위하여 교부된 경우에도 債權者는 어느 것을 임의로 선택하여 행사할 수 있다고 보았다.

것만으로는 履行遲滯에 빠지지 않는다. 그러나 債權者가 어음·手票債權을 먼저 행사하였으나 인수나 지급이 거절되는 경우에는 債務者에 대하여 原因債權을 행사할 수 있다. 이 경우 債務者는 債權者의 이행청구를 받았음에도 불구하고 履行提供을 하지 않은 때로부터 遲滯責任을 지게 된다. 그리고 이 경우에도 전술한 바와 같이 債務者는 이중변제의 위험이 있으므로 債務者는 어음·手票의 교부와 상환으로 債務를 이행하겠다는 주장을 할 수 있다.

3. 債權者가 어음·手票를 타인에게 배서양도한 경우

어음·手票가 기존채무의 담보를 위하여 발행된 경우에도 債權者가 어음·手票를 유상 또는 무상으로 타인에게 배서양도한 때에는 債務者는 기존채무의 이행기가 도래하는 것만으로는 지체에 빠지지 않는다.⁴⁶⁾ 이 경우에는 어음·手票가 기존채무의 지급을 위하여 교부된 경우와 동일한 적용을 받게 된다.⁴⁷⁾

V. 追奪危險이 있는 買受人의 履行拒絶權能

買受人은 賣買의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있고, 賣渡人이 상당한 擔保를 제공한 때에는 그러하지 아니하다(제588조).⁴⁸⁾ 買受人이 구체적으로 어떠한 요건 하에서 履行拒絶權能을 갖는지에 대하여는 본조가 명확하게 이를 규정하고 있지 않다.

46) 大判 92. 12. 22, 92다8712(公 1993, 555).

47) 한편 債權者는 債務者의 반대채무의 이행청구에 대하여 기존채무를 이행제공할 것을 주장할 수 있음은 물론이다.

“약속어음이 기존채무의 지급확보를 위하여 또는 그 담보를 위하여 발행 또는 교부된 경우에 어음금의 지급이 없더라도 채권자가 그 어음을 유상 또는 무상으로 타인에게 배서양도한 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 기존채권의 채권자는 채무자에 대하여 기존채권의 지급을 청구할 수 없으나, 이는 단지 채무자에게 이중지급의 위험이 있어 채무자가 기존채무의 이행을 거절할 수 있다는 취지에 불과할 뿐 기존채무가 소멸하였다는 취지는 아니므로, 기존채권의 채권자는 채무자에 대하여 기존채권의 지급을 청구할 수 없으나 채무자의 반대채무의 이행청구에 대하여 기존채무를 이행(履行提供 - 필자 주)할 것을 동시이행의 항변으로 주장할 수는 있다.”(大判 96. 9. 24, 96다23030, 公 1996, 3183).

48) 民法 제588조의 의의에 대하여는 民法注解[XIV], 債權(博英社, 1997), 604(南孝淳 執筆部分) 이하 참조.

이에 대하여는 두 가지의 해석론이 가능하다. 첫째, 買受人은 追奪危險의 존재를 입증하는 한 履行期에 대금지급채무의 履行提供을 하지 않더라도 遲滯責任을 지지 않는 것이다. 둘째, 買受人은 追奪危險의 존재를 입증하더라도 이행기에 履行提供을 하지 않으면 遲滯責任을 진다. 이 경우 買受人은 履行期가 도래한 이상 자신의 債務의 이행제공을 하여야 하고, 다만 賣渡人에 대하여 賣渡人이 담보제공을 하지 않으면 이행을 완결하지 않겠다고 주장할 수 있을 뿐이다. 追奪危險이 있는 한 買受人을 보호하는 전자의 해석론이 타당하다고 할 것이다. 判例도 이러한 취지로 해석될 수 있다.⁴⁹⁾

한편 추탈위험에 의한 履行拒絶權能은 同時履行關係에 있는 雙務契約의 경우에도 성립할 수 있다. 즉, 양 債務가 履行期에 있는 경우 賣渡人이 자신의 채무에 대하여 履行提供을 한 경우 買受人은 더 이상 同時履行에 의한 履行拒絶權能을 갖지 못한다. 그러나 이 경우에도 매수한 권리의 전부나 일부에 대하여 추탈위험이 있는 경우에는 買受人에게는 그 위험의 한도에서 履行拒絶權能이 인정된다고 할 것이다.

VI. 留置權者의 履行拒絶權能

타인의 物件 또는 有價證券을 점유한 자가 그 物件이나 有價證券에 관하여 생긴 債權이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 物件 또는 有價證券을 유치할 권리가 있다(民法 제320조). 留置權의 성립은 留置權者는 물건 또는 有價證券의 반환의무를 부담하고 있고, 상대방은 그 物件 또는 有價證券에 관하여 생긴 債務를 변제할 의무가 있음을 전제로 한다. 그리고 留置權者는 자신의 債務인 반환의무를 거절하는 履行拒絶權能을 갖는다. 여기서 留置權은 履行拒絶權能을 요소로 하는 同時履行抗辯權(제536조)과 어떠한 차이가 있는지가 문제된다. 첫째, 留置權의 경우는 대가적 관계에 있는 양 債務의 連連성을 기초로 하여 성립하는 본래의 의미의 同時履行關係의 문제는 아니다. 왜냐하면 留置權者의 반환의무가 상대방의 債務와 대가적인 관계에 있는 것은 아니기 때문이다.⁵⁰⁾ 둘째, 留置權은 단순한 履行拒絶權能 이상의 권리이다. 즉,

49) 大判 67. 7. 11, 67다813(集 15-2, 160)

50) 留置權者가 시계수리상이라고 가정해 보자. 이 경우 시계수리상과 고객 사이에는 都給契約이 체결된 것으로 볼 수 있다. 시계수리상의 수리의무와 고객의 보수지급의

그것은 物權이다.

留置權이 성립하고 있는 경우 양 債務의 이행은 어떠한 관계에 있게 되는가? 두 가지 해석론이 가능하다. 첫째, 留置權者는 자신의 債權의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 권리가 있다는 해석론이 가능하다.⁵¹⁾ 이러한 해석론은 留置權은 단순한 抗辯權이 아니라 物權이라는 점에서 그 근거를 찾을 수 있을 것이다. 이 경우 債務者가 소송을 제기한 경우 법원은 請求棄却의 판결(원고패소의 판결)을 하게 된다. 둘째, 양 債務는 동시이행관계에 있다는 해석론이 가능하다.⁵²⁾ 이 경우에는 법원은 원고일부승소의 判決(相換給付의 판결)을 하게 된다. 이 점에서는 債務의 이행에 있어서 留置權은 同時履行의 抗辯權과 하등 다를 바가 없다. 判例는 두 번째의 해석론을 따르고 있다.⁵³⁾

賃借人이 賃借物에 대하여 필요비를 지출하였다고 가정해 보자. 이 경우 賃貸人의 보증금반환의무와 賃借人의 임차물반환의무는 同時履行의 관계에 놓인다. 그러나 賃借人은 필요비의 지급을 받기 위하여 목적물에 대한 留置權도 갖는다. 즉, 賃貸人은 同時履行의 抗辯權만을 갖고, 賃借人은 同時履行의 抗辯權과 留置權을 동시에 갖는다. 제1해석론을 따르면, 賃貸人은 자신의 보증금반환의무에 대하여는 賃借人의 임차물반환의무와 동시이행의 관계를 주장할 수 있지만, 자신의 필요비지급의무에 관하여서는 동시이행을 주장할 수가 없다. 이에 반하여 제2해석론을 따르면 賃貸人은 자신의 보증금반환의무뿐만 아니라 필요비지급의무에 대하여서도 賃借人의 임차물반환의무와 동시이행을 주장할 수 있다.

VII. 履行拒絶權能의 法的 意味와 效果

債務者에게 履行拒絶權能이 인정되는 이상의 제반 법률관계에서 履行拒絶權能이 발생하는 요건은 각각 다르고 그리고 그 요건이 다르므로써 履行拒絶權

무는 서로 대가적 채무이지만 그 성질상 동시이행의 관계에 있을 수 없다(民法 제665조). 시계수리의무와 수리비지급의무는 결코 동시에 이행될 성질의 것이 아니기 때문이다. 시계수리도급의 경우 시계수리상의 시계반환의무와 고객의 수리비지급의무가 동시이행관계에 있게 된다.

51) 張庚學, 物權法[法文社, 1987], 679.

52) 郭潤直, 物權法[民法講義 II](博英社, 1999), 391.

53) 大判 69. 11. 25, 69다1592; 大判 74. 6. 25, 73다1642.

能에 갖는 구체적인 법적 의미도 다르다.

1. 履行拒絶權能의 法的 意味

債務者의 債務의 이행은 일련의 과정을 거쳐 완성되는 것이 일반적이다. 債務者에게는 사전에 이행준비를 하여(履行準備義務), 이행기가 도래하면 履行提供을 하고(履行提供義務) 상대방의 수령과 더불어 이행을 완결하게 된다(履行完結義務). 그러나 일정한 경우 債務者는 이행기가 도래한 경우에도 일정한 요건하에 이행을 거절할 수 있다. 履行拒絶權能도 다시 법률관계에 따라 때로는 履行提供拒絶權能을 때로는 履行完結拒絶權能을 의미한다. 그리고 履行拒絶權能에 있는 債務者가 履行遲滯責任을 지지 않게 되는 법적 메카니즘이 어떠한 것인지에 대하여 학설이 대립하고 있음에 대하여는 이미 전술하였다.⁵⁴⁾

(1) 履行提供拒絶權能으로서의 履行拒絶權能

履行提供拒絶權能도 절대적인 것은 아니지만 그것이 인정되는 미세한 여건의 차이를 고려한다면 일응 다시 두 가지의 경우로 나누어 볼 수 있다.

(가) 債務者는 이행기가 도래하여도 자신의 債務에 대하여 履行提供을 할 필요가 없고, 상대방으로부터 債務의 이행을 받은 후에 비로소 履行提供을 하고 이행을 완결할 의무를 질 수가 있다. 즉, 債務者는 상대방이 이행을 하지 않는 한 자신의 債務에 대하여 履行提供도 하지 않아도 된다. 만일 留置權을 留置權者가 자신의 채권에 대하여 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있는 권리로 법적 구성을 할 수 있다면, 이러한 경우에 해당할 것이다. 이 경우 履行拒絶權能이란 履行提供의 拒絶權能을 의미한다. 債務者는 履行提供을 거절할 수 있으므로 履行完結을 거절할 수 있음은 당연하다고 할 것이다.

(나) 債務者는 이행기가 도래하여도 자신의 債務에 대하여 履行提供을 할 필요가 없고, 상대방으로부터 상대방의 債務에 관하여 履行提供을 받는 경우에 비로소 履行提供을 할 의무를 지는 경우가 있다. 즉, 債務者는 상대방으로부터 의무의 履行提供이 있지 않는 한 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하지

54) 이에 대하여는 II. 3. 同時履行의 抗辯權과 遲滯責任의 免責 참조.

않아도 된다. 同時履行關係에 있는 雙務契約의 債務者는 상대방의 債務의 履行提供이 있지 않는 한, 異時履行關係에 있는 雙務契約의 先履行義務者는 상대방의 담보의 이행제공이 있지 않는 한 그리고 추탈위험이 있는 買受人은 추탈위험이 있는 한 자신의 債務의 履行提供을 하지 않아도 된다.⁵⁵⁾ 이 경우 債務者는 비록 자신의 債務의 이행기가 도래하더라도 履行提供을 하지 않아도 되므로, 그러한 의미에서는 履行提供義務가 없다고도 볼 수 있다. 그러나 다른 관점에서 본다면 債務者의 履行提供義務는 상대방의 履行提供義務와 상관관계에 있는 것이라고 볼 수도 있다. 이러한 의미에서는 債務者에게는 履行提供義務가 없다고 할 수는 없는 것이다.

(2) 履行完結拒絕權能으로서의 履行拒絕權能

債務者는 이행기가 도래하면 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하여야 하지만 이행을 완결하지 않아도 되는 경우가 있다. 즉, 자신의 債務에 관하여 履行提供을 한 債務者는 상대방이 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하지 않는 한 이행을 완결을 하지 않아도 되는 경우가 있다. 이른바 지금의 확보를 위하여 어음·手票를 교부한 債務者는 상대방으로부터 어음·手票의 履行提供이 없는 한, 同時履行關係에 있는 雙務契約에 있어서 이미 遲滯에 빠진 債務者는 상대방의 債務의 履行提供이 없는 한 이행을 완결하지 않아도 된다.

(3) 結語

이상에서 본 바와 같이 債務者의 履行拒絕權能은 그것이 인정되는 법적 취지가 다름에 따라서 그 발생요건이 다르고, 그 요건이 다름에 따라서 그 법적 의미도 다르다. 그러나 몇 가지 점에서는 공통점을 찾을 수가 있다. 우선 債務者는 어느 경우나 최소한 債務의 이행기에 이행이 완결되는 것을 거절할 수 있는 권능이 있다. 이를 履行拒絕權能이라고 부른다면, 이러한 점에서 어느 경우나 債務者에게 履行拒絕權能이라고 볼 수 있다.

또 일정한 기준 또는 관점에서 본다면 서로 동일한 측면이 있다. 우선 (1)(가)와 (1)(나)의 경우 履行期가 도래하는 것만으로는 債務者가 履行提供을 할 필요

55) 비록 반대되는 債務의 대립관계는 아니지만, 지시채권·무기명채권의 債務者도 상대방의 증서의 履行提供이 있지 않는 한 자신의 債務의 履行提供義務를 부담하지 않는다.

가 없다는 점에서는 동일하다. 다만 이행강제를 당하는 요건이 각각 다르다. (1)개의 경우는 상대방의 이행이 있어야 하나, (1)나)의 경우는 상대방의 債務의 履行提供이 있어야 한다. 다만 후자의 경우 이행강제는 同時相換의 형태를 띠게 된다. 그리고 (1)나)와 (2)의 경우 쌍방의 債務는 同時相換의 관계에 있게 된다. 다만 (1)나)의 경우는 누구도 履行提供을 하지 않더라도 처음부터 양 債務는 同時相換의 관계에 있고, (2)의 경우는 債務者가 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하면 양 債務가 同時相換의 관계에 있게 된다. 따라서 同時相換의 주장이 갖는 의미도 달라진다.

우리의 통설과 判例는 雙務契約의 同時履行關係에 서 있는 債務者의 履行拒絶權能(제536조 제1항, 제2항)을 (1)나)의 履行提供拒絶權能으로 이해하고 있다. 그러나 이를 履行完結拒絶權能으로 이룬 구성하는 것도 얼마든지 가능하다고 할 것이다. 즉, 債務者는 이행기가 도래하면 履行提供을 하여야 하지만 상대방의 履行提供이 없는 한 이행완결을 거절할 수 있는 것으로 법리구성을 할 수 있는 것이다. 그것으로 同時履行關係는 충분히 규율될 수 있다고 할 것이다. 오히려 이것이 현재의 통설과 判例의 해석론보다 더 실제적이라고 할 수 있다. 현재의 해석론에 의하면 同時履行關係에 들어가는 순간부터 어느 누구도 履行提供을 할 동기를 갖지 못하게 되고, 그 결과 雙務契約의 이행은 무정부 상태에 들어가게 되고 만다. 이를 합리적으로 규율하기 위해서는 각 債務者는 이행기가 도래하면 履行提供을 하여야 하지만 이행을 완결하지 않은 상태에서 상대방에 대하여 同時相換을 주장할 수 있고, 그 순간부터 자신의 債務에 대하여 履行提供을 하지 않는 상대방은 履行遲滯와 동시에 受領遲滯에 빠지게 되는 것이다. 그리고 民法 제536조 제1항의 문언은 이러한 해석론에 전혀 장애가 되지 않는다.

2. 履行拒絶權能의 法的 效果

履行拒絶權能은 그것이 발생하는 각 경우 그 법적 의미가 다름에 따라 그 법적 효과도 다르다. 履行拒絶權能의 법적 효과를 債權者의 請求權의 측면에서 債務者의 遲滯責任의 측면에서 각각 살펴보면 다음과 같다.

(1) 請求作用沮止效로서의 履行拒絶權能

債務者의 履行拒絶權能은 상대방의 債權에 대하여는 請求作用을 저지하는

의미를 갖는다. 여기서 청구작용을 저지한다는 것은 반드시 상대방의 현실적인 이행청구가 있어야 한다는 것을 전제로 하지 않는다는 것은 이미 전술하였다. 債務者의 履行拒絶權能은 자신이 債務의 이행을 거절할 수 있는 지위를 말하기 때문에 상대방의 현실적인 이행청구가 있어야 발생하는 것은 아니다.

履行拒絶權能이 請求作用을 저지하는 요건과 의미는 각 경우마다 다르다. 첫째, 1.(1)가)의 履行提供拒絶權能의 경우 債務者는 履行提供을 하지 않은 상태에서, 상대방이 이행을 완결하지 않는 한, 상대방의 청구작용을 저지할 수 있다. 즉, 상대방이 자신의 債務에 관하여 履行提供을 하면서 이행청구를 한 경우에도 그것은 법적 효력을 발생할 수 없다. 둘째 1.(1)나)의 履行提供拒絶權能의 경우 債務者는 履行提供을 하지 않은 상태에서, 상대방이 履行提供을 하지 않는 한, 상대방의 청구작용을 저지할 수 있다. 따라서 상대방이 자신의 債務에 관하여 履行提供을 하지 않은 채 이행청구(단순청구)를 하더라도 법적 효력을 발생할 수가 없다. 셋째, 履行完結拒絶權能의 경우 債務者가 자신의 債務에 관하여 履行提供을 한 후에는 상대방이 그 債務의 履行提供을 하지 않는 한 상대방의 청구작용을 저지할 수 있다. 따라서 상대방이 履行提供을 하지 않은 채 履行請求(單純請求)를 하더라도 법적 효력을 발생할 수가 없다.

이상의 어느 경우나 履行拒絶權能은 請求作用阻止效를 갖는다고 볼 수 있다. 전술한 바와 같이 請求權이란 급부를 실현받는 권리라고 할 것인데, 급부의 실현은 債務者로부터의 「履行提供」+「履行完結」을 통하여 비로소 이루어지는 것이므로, 履行提供拒絶權能이든 履行完結拒絶權能이든 어느 것이나 請求作用阻止效를 갖는다고 볼 수 있는 것이다.

(2) 遲滯阻止效로서의 履行拒絶權能

債務者에게 履行拒絶權能이라는 것은 이행기가 도래하여도 履行遲滯의 책임을 지지 않는다는 것 즉, 遲滯阻止效가 있다는 것을 말한다. 그러나 遲滯阻止效가 발생하는 요건과 그 의미는 경우에 따라 각각 다르다고 할 수 있다. 첫째, 1.(1)가)의 履行提供拒絶權能의 경우 債務者는 履行提供을 하지 않더라도 이행기가 도래하더라도 遲滯責任을 지지 않는다. 따라서 債務者는 완전한 의미에서 遲滯責任을 지지 않는다. 둘째, 1.(1)나)의 履行提供拒絶權能의 경우에도 상대방의 履行提供이 없는 한 債務者는 자신의 債務의 이행기가 도래하더라도 遲滯責任이 없다. 그런데 첫째와 둘째의 경우 債務者의 履行提供義務는 상대

방의 履行提供義務 또한 履行完結義務와 상관관계에 있는 것으로 볼 수 있으므로, 遲滯沮止效는 제한적인 것이 될 뿐이다. 셋째, 履行完結拒絶權能의 경우는 債務者는 이행기가 도래하면 履行提供을 하여야 한다. 따라서 債務者는 履行提供이 없으면 이행기가 도래하는 것만으로 履行遲滯에 빠지게 된다. 그러한 의미에서는 遲滯沮止效가 없다. 그러나 債務者는 債務의 履行提供을 한 후에 이행을 완결하지 않아도 되는 履行拒絶權能을 갖는다. 즉, 債務者는 債務의 履行提供을 한 후에는 이행을 완결하지 않은 데에 대한 遲滯責任을 지지 않는다. 履行提供을 한 후에 이행을 완결하지 않아도 되는 遲滯沮止效가 발생하게 된다.

(3) 相計禁止效로서의 履行拒絶權能

履行拒絶權能의 제한을 받는 債權은 이를 自動債權으로 하여 相計하지 못하는가? 이는 債務者가 어떠한 사유에 의하여 자신의 債務에 대하여 이행을 거절할 수 있는 상태에 있는지에 따라 다르다고 할 것이다. 달리 말하면, 履行拒絶權能이 인정되는 법적 취지에 따라 그 대답은 달라진다고 할 것이다. 이러한 점에서 相計禁止效는 반드시 履行拒絶權能의 효력으로서 논할 필요는 없을 것이다.⁵⁶⁾ 우선 同時履行關係에 있는 雙務契約상의 債務의 경우(民法 제536조 제1항) 양 債務는 서로 대가관계에 있는 債務로서 동시에 이행되어야 할 법률관계에 있기 때문에, 이 債權을 同時履行關係로부터 분리하여 自動債權으로 相計하는 것은 금지된다고 할 것이다. 雙務契約에 준하는 법률행위의 無效, 取消, 解除의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 그 이외의 법률관계에 있어서는 履行拒絶權能에 반드시 相計禁止效가 발생하는지는 분명하지 않다. 첫째, 債務者가 영수증의 교부를 요구하는 것을 내용으로 하는 履行完結拒絶權能의 경우는 相計되는 상대방의 채무에도 동일한 문제가 발생하므로 履行完結拒絶權能을 이유로 相計를 금지할 필요는 없다고 할 것이다. 둘째, 상대방이 지급을 확보하기 위하여 교부된 어음·手票의 경우는 이중변제의 위험을 제거하고자 하는 취지상, 어음·手票債權의 경우 債權者는 자신의 債權을 自動債權으로 하여

56) 이러한 의미에서 筆者는 지금까지 履行拒絶權能으로서의 抗辯權은 어디까지나 상대방의 履行請求를 저지하는 것을 내용으로 하는 동적인 상태를 가리킬 뿐이라고 보고 相計禁止效를 履行拒絶權能 자체와는 분리하여 설명하고자 하였다. 상세한 것은 南孝淳, 362-4 참조.

相計할 수 없다고 할 것이다. 셋째, 추탈위험에 직면한 債務者에 대하여는 추탈위험이 존재하는 한 債權者는 자신의 債權을 自動債權으로 하여 相計를 할 수 없다. 그리고 後履行義務者의 債務履行에 관하여 불안을 가지는 先履行義務者도 불안이 존재하는 한 後履行義務者의 相計는 인정되지 않는다고 할 것이다.

<Résumé>

Les différents cas de l'exception d'inexécution

Hyo-Soon, Nam*

I. Introduction

L'exception d'inexécution est le droit de refuser l'exécution de l'obligation. Celui qui a ce droit peut refuser légitimement d'exécuter ce qu'il doit à son créancier. Le Code civil coréen, dans différents cas, reconnaît aux débiteurs le droit de l'exception d'inexécution. Entre autres, on peut d'abord noter l'exception *non adimpleti contractus* en cas de contrat synallagmatique(l'article 536). Nous pouvons également noter le droit de rétention(l'article 320). Encore, le droit de l'inexécution est reconnu pour l'acheteur qui a la juste crainte de perdre son droit ou d'être évincé par un tiers(l'article 588). Il s'agit de l'exception d'inexécution de crainte d'éviction. En outre, il y a d'autres cas dans lesquels la jurisprudence admet le débiteur de refuser d'exécuter la prestation. Il s'agit du cas lorsque le débiteur qui a émis un chèque pour la garantie de son paiement. Selon la jurisprudence, le débiteur peut également refuser de achever son obligation en demandant au créancier la remise d'une quittance signée de celui-ci. En général, on traite tous les cas ci-dessus sous le même titre de droit de l'inexécution sous le prétexte qu'ils produisent les mêmes effets juridiques. Mais, à notre sens, le droit de l'inexécution n'entraîne pas les mêmes résultats suivant les cas.

II. Les différents cas de l'exception de l'inexécution

Il convient de mettre en évidence l'effet juridique exacte de chaque régime

* Professeur en droit civil, Faculté de droit, Université nationale de Seoul

du droit de l'exception d'inexécution.

1. L'exception d'inexécution dans le contrat synallagmatique

L'article 536(alinea 1^{er}) du Code civil stipule que l'une des parties d'un contrat synallagmatique peut refuser d'exécuter son obligation autant que l'autre partie n'offre pas de lui payer sa dette. Les prestations promises par les contractants doivent être ainsi exécutées simultanément; l'acheteur doit payer le prix en même temps qu'il prend la livraison de la chose vendue. En plus, selon la jurisprudence, le débiteur n'a pas à invoquer l'exception d'inexécution, autrement dit, à opposer à son créancier l'exception d'inexécution. En conséquence, le débiteur n'est pas responsable de l'exécution retardée même si le délai de son obligation est échu. Il en suit que le débiteur n'est mis en demeure que lorsqu'il n'offre pas sa prestation due alors que le créancier lui a fait l'offre de sa prestation. En outre, la jurisprudence dégage le débiteur mis en demeure de sa responsabilité de l'exécution retardée dès que le créancier cesse d'offrir sa prestation. I

2. L'exception d'inexécution de crainte d'éviction

Selon l'article 588 du Code civil, l'acheteur peut refuser de payer une partie ou la totalité du prix s'il a juste raison de craindre de perdre son droit ou d'être évincé par un tiers qui prétend d'avoir un droit sur la chose vendue. Pourtant cet article ne précise pas si le débiteur doit faire ou non d'avance l'offre de sa prestation pour ne pas être mis en demeure. A notre sens, l'équité demande qu'il doive le faire.

3. L'exception d'inexécution de l'émetteur d'un chèque de garantie

La jurisprudence reconnaît également le droit d'exception d'inexécution au débiteur qui a émis à son créancier un chèque de garantie autant que le créancier ne remet pas ce chèque. Cependant elle a dit que le débiteur n'en reste pas moins mis en demeure dès que le délai de l'obligation est échu. Il

en résulte que le débiteur doit d'abord faire l'offre de son obligation pour en pas être mis en demeure mais qu'il refuse quand-même d'achever son obligation autant que le créancier ne remet pas à sa disposition le chèque que le débiteur a émis pour la garantie de son paiement. In en va tout différemment lorsque le débiteur a émis un chèque de paiement. Dans ce cas le débiteur n'est pas mis en demeure au moment convenu du paiement. C'est parce que le chèque est émis comme le paiement de paiement.

4. L'exception d'inexécution en cas de droit de rétention

L'article 320 du Code civil dispose que celui qui possède la chose d'autrui peut retenir celle-ci jusqu'à ce que l'obligation concernant cette chose soit exécutée. Il s'agit du droit de rétention. Le droit de rétention se distingue de l'exception d'inexécution en ce qu'il constitue un droit réel. En théorie le droit de rétention est plus que celui de l'exception d'inexécution. Cependant, quant à l'exécution simultanée, la jurisprudence constitue le régime du droit de rétention de même manière que celui du droit de l'exception d'inexécution dans le contrat synallagmatique.

III. Le sens juridique de l'exception d'inexécution

Il résulte de ce qui est dit en haut que l'exception d'inexécution n'a pas de même sens suivant les cas ce qui est contraire à la connaissance générale. En d'autres termes, le droit de refuser d'exécuter l'obligation peut produire l'effet juridique différent suivant les cas. Ainsi peut-on distinguer à juste titre deux sortes de droit de l'exception d'inexécution. D'une part, tantôt le débiteur peut refuser même d'offrir sa prestation. Ce qui est le cas de l'exception d'inexécution dans le contrat synallagmatique et du droit de rétention. Dans ces deux cas le débiteur n'est pas mis en demeure par le seul fait que le délai de son obligation est échu. Il ne l'est que lorsque la contrepartie a offert sa prestation. D'autre part, tantôt le débiteur ayant le droit de l'exception d'inexécution est obligé d'offrir à son créancier sa prestation au moment convenu du

payement. Cependant il peut refuser quand même d'achever la prestation due. Ce sont les cas de l'exception d'inexécution de crainte d'éviction et de l'exception de l'inexécution d'un émetteur de chèque de garantie. Dans ces cas, le débiteur est mis en demeure dès le moment convenu du payment. Cela résulte du fait que le débiteur a l'obligation d'offrir sa prestation à l'époque du payment. En conclusion on est forcé de distinguer deux sortes de droit d'exception d'inexécution; celui de refuser l'offre de la prestation et celui de refuser l'achèvement de la prestation.