

수급인의 보수채권과 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권 간의 상계 후 잔여 보수채무의 이행지체 시기

- 대상판결: 대법원 1989. 12. 12. 선고 88다카18788 판결 -*

김태관(연세대학교 법학전문대학원 교수)

목차

- I. 사건의 개요
 - 1. 기초적인 사실관계
 - 2. 원심의 판단
 - 3. 대법원의 판단(연구대상판결)
 - 4. 비교대상판결
- II. 연구
 - 1. 문제의 소재
 - 2. 쌍무계약과 동시이행의 항변권
 - 3. 상계의 소급효과와 이행지체
 - 4. 연구대상판결에 대한 검토

국문초록

연구대상판결은 크게 두 부분으로 구성되어 있다.

첫째, 민법 제663조 제2항과 제3항에 의해 도급인의 ‘하자보수청구권’과 ‘하자보수에 갈음하는 손해배상채권’은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 도급인에 대한 ‘공사대금채권’과 동시이행의 관계에 있고, 이로 인해 도급인이 하자보수나 이에 갈음하는 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한 도급인의 공사비 지급채무는 이행지체에 빠지지 않는다.

둘째, 수급인의 공사비채권의 변제기는 건물의 준공, 인도일이고, 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 변제기는 도급인이 그 권리를 행사한 때인데, 도급인이 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 자동채권으로 하고, 수급인의 공사비잔대금채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 경우, 상계적 상일 다음날이 아니라 “상계의 의사표시를 한 다음날”부터 이행지체에 빠진다. 연구대상판결은 동시이행의 범위에서 전부거절설에 기초하고 있다. 그러나 전부거절설을 취한 이유에 대해서는 밝히지 않고 있다.

그러나 연구대상판결에서 동시이행의 항변권에 기해 전부거절설을 취한 것은 i) 하자보수에 갈음한 손해배상채권과 보수채권 사이의 동시이행의 항변권은 비쌍무계약상 동시이행의 항변권에 해당하므로, ii) 제667조 제3항에서 제536조를 준용한 취지를 살피 그 동시이행의 항변권에 기한 이행거절의 범위를 결정

할 필요가 있는데, iii) 그 준용의 취지가 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 상계권을 대금감액적으로 행사할 수 있도록 특별히 동시이행관계를 설정한 것이라고 보는 것이 가장 적절한 설명이 될 수 있을 것으로 보인다.

또한 상계적상일 다음날이 아니라 상계의 의사표시 다음날부터 잔여보수채무의 이행지체책임을 지도록 한 것은 i) 하자보수에 갈음한 손해배상청구에서 하자보수비용의 확정¹이 현실적으로 용이하지 않다는 현실적인 문제를 고려하여 그 하자보수비용 확정 전에 보수채무의 변제기가 도래하는 상황에서 도급인이 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 상계권을 대금감액을 위해 행사할 수 있도록 제667조 제3항에서 제536조를 준용하여 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 동시이행의 항변권의 행사로 보수채무 전부를 거절할 수 있다는 현실적 관점과 ii) 상계의 소급효가 전부거절설에 의한 이행지체책임의 면제이익을 뒤집을 수 없다는 이론적 관점에서 정당화될 수 있다고 본다.

[주제어] 도급계약, 하자보수, 동시이행, 이행지체, 상계

I. 사건의 개요

1. 기초적인 사실관계

- 1) 원고 수급인은 1984. 3. 11. 피고 도급인으로부터 그 소유의 충남 아산군 소재 00여관 증축공사를 공사대금 388,500,000원, 공사기간 1984. 3. 13.~ 1984. 12. 10.로 정하여 도급을 받기로 하는 계약을 체결하였는데, 특약으로 원고가 공사 목적물을 인도한 경우 미지급공사대금에 대해 매 1일당 공사대금의 2/1,000의 비율에 의한 약정위약금을 지급하기로 하였다.
- 2) 원고는 위 공사계약에 따라 위 공사 중 일부 경미한 미시공, 하자부분을 제외하고 대부분의 공사를 시공한 후 1985. 4. 26. 건물 전체의 준공검사를 받아 공사목적물인 건물을 피고에게 인도하였다.
- 3) 이에 원고는 그가 시공한 부분에 대한 공사대금 327,850,320원¹⁾ 및 이에 대한 위 목적물의 인도일 다음날부터 완제일까지 매 1일당 2/1000의 비율에 의한 약정위약금의 지급을 구하는 소송을 제기하였다.
- 4) 이에 대해 피고는 ① 이 사건 공사대금의 변제조로 원고 또는 그 대리인에게 합계 금 296,513,000원과 원고로부터 대금수령을 위임받은 소외인에게 금 9,316,500원을 지급하였다고 항변하고, ② 피고가 이 사건 소송의 1986. 10. 2.자 준비서면으로 위 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구하면서, 피고는 1986. 10. 10. 이 사건 제1심 8차 변론기일에 위 손해배상채권 등으로 원고의 잔존공사대금채권과 대등액에서 상계한다는 의사표시를 하였다.²⁾

2. 원심의 판단³⁾

원심은 1) 원고가 위 공사 중 일부 경미한 미시공부분을 제외하고 대부분의 공사를 시공한 후 피고의 시공부분과 합하여 건물전체의 준공검사를 받아 그 건물을 피고에게 인도한 이상 원고는 그가 시공한 부분에 대한 공사대금을 청구할 수 있는 바, 그 공사대금은 금 327,850,320원에서 원고의 미시공부분에 해당 공사대금을 뺀 나머지 금액이고,

피고의 항변 중 2) 변제항변에 대해서는, 피고가 변제한 총금액은 금

* 이 논문은 연세대학교 미래선도연구사업(과제번호: 2020-22-0106)의 지원을 받아 수행되었습니다.

- 1) 특약에 따라 피고가 직접 시공하기로 한 부분과 피고가 직접 구입한 자재대금을 제외하고, 원고가 추가시공한 부분을 합한 금액이다.
- 2) 그 외에도 피고는 이 사건 공사가 그 약정 공사시기일인 1984. 12. 10.을 137일간 경과한 1985. 4. 26.에야 비로소 준공되어 그 공사목적물이 피고에게 인도되었으므로, 원고가 공사기간 내에 공사를 완공하여 그 공사목적물을 인도하지 못할 때에는 지체된 매1일에 대하여 도급금액의 2/1000에 상당하는 위약금을 피고에게 지급하기로 약정하였음을 이유로 한 지체상금채권에 기한 상계도 주장하였으나, 피고의 주장이 받아들여지지 않았다.
- 3) 서울고등법원 1988.5.24. 선고 87나1956 판결.

271,738,000원이므로, 위 공사대금의 잔액에서 이를 공제하면, 금56,112,320원(327,850,320-271,738,000)의 공사대금이 남고, 3) 하자보수에 갈음한 손해배상청구권과의 상계항변에 대해서는, 피고가 이 사건 소송의 1986. 10. 2.자 준비서면으로 위 하자보수에 갈음하는 손해배상을 청구하고 있으므로, 피고가 원고에게 청구할 수 있는 위 손해배상채권액은 적어도 금 38,306,119원⁴⁾원이다.

4) 피고는 1986. 10. 10. 이 사건 제1심 8차 변론기일에 위 손해배상채권 등으로 원고의 잔존공사대금채권과 대등액에서 상계한다는 의사표시를 하였는바, 원고의 공사대금채권은 원고가 준공검사를 마치고, 공사목적물을 인도한 1985. 4. 26. 그 이행기에 이르렀고, 피고의 위 손해배상채권은 피고가 구체적으로 그 액수를 특정하여 청구한 1986. 10. 2.에 이행기에 이르렀다고 할 것인데, “**피고는 동시이행의 항변권에 터잡아 위 공사대금채무에 대하여 위 상계의 의사표시 이전에는 이행지체의 책임을 지지 않는다**”고 할 것이므로, 양 채권은 1986. 10. 2. 상계적상에 이르러 원금채권액이 대등액에서 소멸하고, 금 17,806,301원(56,112,320-38,306,119)의 공사대금채권만 남는다.

5) 따라서 원심은 피고는 원고에게 위 잔존공사대금 17,806,201원 및 이에 대한 위 상계적상 다음날인⁵⁾ 1986. 10. 11.부터 완제일까지 매1일당 2/1000의 비율에 의한 약정지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

3. 대법원의 판단(연구대상판결)⁶⁾

원심의 판단에 대해 원·피고 모두 상고하였으나, 위 상고를 모두 기각하였는데, 연구대상으로 삼은 원고의 상고이유 제4점에 대해 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

“도급계약에 있어서 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 경우에는 도급인은 수급인에게 하자의 보수를 청구할 수 있고 하자보수에 갈음하거나 하자보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있는 것이고 **이들 청구권은 특**

4) 감정당시 제잡비 및 부가가치세를 반영하지 아니하였는데, 이를 감안한 금액이다.

5) 원심판결문에는 “상계적상 다음날”이라고 기재되어 있으나, 원심판결문 앞 부분에서 상계의 의사표시 이전에는 이행지체의 책임을 지지 않는다”라고 한 점을 감안하면, “상계적상 다음날”은 오기로 보이므로, 연구대상판결에서 판시하고 있는 바와 같이 “상계의 의사표시를 한 다음날”이라고 표시하였다.

6) 대법원 1989. 12. 12. 선고 88다카18788 판결. 그 이후에도 대법원 1996.07.12. 선고 96다7250, 7267 판결에서 “도급계약에 있어서 완성된 목적물에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구할 수 있고, 그 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있는바, 이들 청구권은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 공사대금 채권과 동시이행관계에 있는 것이므로, 이와 같이 도급인이 하자보수나 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는 도급인의 공사대금 지급채무는 이행지체에 빠지지 아니하고, 도급인이 하자보수나 손해배상 채권을 자동채권으로 하고 수급인의 공사대금 채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 다음날 비로소 지체에 빠진다고 보아야 한다(대법원 1989. 12. 12. 선고 88다카18788 판결, 1991. 12. 10. 선고 91다33056 판결, 1994. 10. 11. 선고 94다26011 판결 등 참조).”고 동일한 취지로 판시한 바 있다.

별한 사정이 없는 한 수급인의 공사대금채권과 동시이행의 관계에 있는 것이므로(민법 제667조 제2, 3항, 당원 1987.9.22. 선고 85다카2263 판결 참조) 이와 같은 하자가 있어 도급인이 하자보수나 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는 도급인의 공사비지급채무는 이행지체에 빠지지 아니한다고 할 것이다.

다만 이와 같은 경우라도 도급인이 경미한 하자를 이유로 하여 당해 공사 전부의 보수의 지급을 거절하는 것은 신의성실의 원칙에 어긋나거나 권리남용에 해당할 수 있어 허용될 수 없다고 할 것이나 원심이 확정된 사실에 의하면 이 사건 공사에 있어서는 원고가 시공하지 아니한 부분이 금 17,614,320원, 원고가 시공하지 아니하여 피고가 시공한 부분이 금 13,432,850원 상당이고 원고가 시공하였으나 하자가 있는 부분이 금 1,805,424원이라는 것이므로(도합금 32,852,594원) 이와 같은 미시공부분까지를 아울러 고려하여 본다면 피고가 이 사건 공사비의 잔액의 지급을 거절한 것이 신의성실의 원칙에 위배되거나 권리남용에 해당한다고 할 수도 없다고 보여진다.

그리고 원고의 공사비채권의 변제기는 이 사건 건물의 준공, 인도일인 1985.4.26.이라고 할 것이나 피고의 하자보수채권의 변제기는 피고가 그 권리를 행사한 때라고 보아야 할 것이고, 피고가 이 하자보수나 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는 도급인의 공사비지급채무는 이행지체에 빠지지 아니하며, 피고가 이 손해배상채권을 자동채권으로 하고 원고의 공사비잔대금채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 다음 날 비로소 지체에 빠진다고 보아야 할 것이므로 이와 같은 취지의 원심판단도 정당하다.”

4. 비교대상판결

1) 비교대상판결1: 대법원 1990.5.22. 선고 90다카230 판결⁷⁾

“완성된 목적물에 하자가 있어 도급인이 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구한 경우에, 도급인은 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상액에 상응하는 보수액에 관하여만 자기의 채무이행을 거

7) 대법원 1994.10.11. 선고 94다26011 판결(완성된 목적물에 하자가 있어 도급인이 수급인에 대하여 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하는 경우 그 손해배상의 액에 상응하는 보수의 액에 관하여는 그 지급을 거절할 수 있고(당원 1991.12.10. 선고 91다 33056 판결 참조), 이 경우 그 손해배상의 액수 즉 하자보수비는 목적물의 완성시가 아니라 손해배상 청구시를 기준으로 산정함이 상당하다 할 것이다(당원 1980.11.11. 선고 80다 923,924 판결 참조). 같은 취지에서 원심이 이 사건 공사대금에서 원심 감정 당시의 하자보수비 상당액을 공제한 나머지 금액에 대해 준공검사 다음날부터의 지연손해금의 지급을 명한 것은 정당하다 할 것이고, 거기에 하자보수비의 산정시점에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 이유가 없다.)

절할 수 있을 뿐이고 그 나머지 보수액은 그 지급을 거절할 수 없다고 할 것이므로, 도급인의 손해배상 채권과 동시이행관계에 있는 수급인의 공사대금 채권은 공사잔대금 채권 중 위 손해배상 채권액과 동액의 채권에 한하고, 그 나머지 공사잔대금 채권은 위 손해배상 채권과 동시이행관계에 있다고 할 수 없다고 할 것이다(당원 1994. 10. 11. 선고 94다2611 판결, 1991. 12. 10. 선고 91다33056 판결, 1990. 5. 22. 선고 90다카230 판결 참조).

원심이 위와 같은 법리에 따라 피고들의 하자보수에 갈음하는 손해의 배상채권 등을 제외한 나머지 잔대금에 대하여 준공검사일 다음날부터 이행지체로 인한 지연손해금의 지급을 명한 것은 정당하고, 거기에 소론과 같이 도급계약에 있어 보수의 지급 시기에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 소론이 들고 있는 대법원 1989. 12. 12. 선고 88다카18788 판결은 이 사건에 원용하기에 적절한 것이라고 할 수 없다.”

2) 비교대상판결2: 대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다9304 판결

“도급계약에 있어서 완성된 목적물 또는 완성 전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 하자의 보수를 청구하거나 그 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있는바, 이들 청구권은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 보수지급청구권과 동시이행의 관계에 있다고 할 것이다(민법 제667조, 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다33056 판결, 1996. 7. 12. 선고 96다7250, 7267 판결, 2001. 6. 15. 선고 2001다21632, 21649 판결 등 참조). (중략) 그러나 기록에 의하면, 피고가 미지급한 기성공사대금은 5,402,595,000원인데 비하여 이 사건 건물의 하자보수비용은 676,401,000원에 불과하고, 피고는 선급금을 지급한 이래 약정에 따른 기성공사대금을 전혀 지급하지 않고 있을 뿐만 아니라 현재 자력이 없고 앞으로 하자보수공사가 완성되어도 공사대금을 지급할지 여부가 불확실한 상태임이 인정되므로, 피고가 하자 보수청구권을 행사하여 동시이행의 항변을 할 수 있는 기성공사대금의 범위는 하자 및 손해에 상응하는 금액으로 한정하는 것이 공평과 신의칙에 부합한다고 볼 것이다.”

II. 연구

1. 문제의 소재

민법 제667조 제3항은 수급인의 보수채권과 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권 사이에 동시이행의 항변권에 관한 제536조를 준용하여 양 채권 사이의 동시이행관계를 인정하고 있는데, 통설⁸⁾과 판례⁹⁾는 두 채권이 동시이행

관계에 있다고 하더라도 서로 현실적으로 이행하여야 할 필요가 없는 경우라면 상계를 인정하더라도 상대방에 대해 항변권 상실에 따른 불이익을 주지 않는 것으로 해석되고, 오히려 상계에 의해 청산적 조정을 도모하는 것이 당사자 쌍방의 편의와 공평에 맞게 법률관계를 간명하게 할 수 있다고 보아 그 상당액에 의한 상계를 인정하고 있다.

연구대상판결은 동시이행관계에 있는 보수채권과 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 금액에 차이가 있는 경우에 상계 후의 잔여보수채무가 이행지체에 빠지는 시기에 대해서 판시한 것인데, 비교대상판결¹에서는 “양 채권의 동시이행의 범위”와 “상계 후 잔여보수채권의 이행지체시기”에 대해 달리 판시하고 있다.

위 판결들은 동시이행관계에 있는 보수채권과 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 금액에 차이가 있는 경우에 상계 후의 잔여보수채무가 이행지체에 빠지는 시기에 대해서 판시한 것인데, 위 판결들은 “양 채권의 동시이행의 범위”와 “상계 후 잔여보수채권의 이행지체시기”에 대해 달리 판시하고 있다.

그런데 이 동시이행관계에 있는 양 채권의 상계 후 잔여채무가 이행지체에 빠지는 시기가 언제인가? 라는 문제는 이론적으로는 다음의 두 가지와 관련이 있다. 즉, ① 보수채권과 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 금액에 차이가 있는 경우, 민법 제667조 제3항에 의해 동시이행관계가 인정되는 것은 각각 그 전액에 대해서인지(전부거절설), 아니면 대등액에 한정되는지(일부거절설), 또한 ② 민법 제493조 제2항에서 규정하는 상계의 소급효와의 관계는 어떻게 되는지와도 연결된다.

그런데, 연구대상판결이나 비교대상판결¹은 동시이행의 범위에 대해 서로 상반된 판시를 하고 있는 것으로 보이지만, 그 판시의 이유를 분명히 밝히고 있지 않기 때문에 이하에서는 연구대상판결의 법리를 이해하기 위해, 먼저 동시이행 동시이행의 항변권에 기한 이행거절의 범위를 어떻게 결정할 것인지를 쌍무계약상 동시이행의 항변권과 비쌍무계약상 동시이행의 항변권의 성립근거를 바탕으로 양자의 차이점을 중심으로 살펴보고(Ⅱ. 2.-3.), 이를 기초로 특히 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 동시이행의 항변권에 의해 보수채무의 지급거절의 범위를 어떻게 정할 것인지를 검토하겠다(Ⅱ. 4.). 그리고 동시이행의 범위와 상계의 소급효와의 관계를 중심으로 살펴본 다음, 연구대상판결에 대한 간략한 검토를 하도록 하겠다.

2. 쌍무계약과 동시이행의 항변권

8) 편집대표 김용덕, (2020.10), **주석 민법[채권총칙(4)](제5판)**, 한국사법행정학회, 503(강경구 집필부분. 이하 “**주석 민법[채권총칙(4)]**”으로만 인용한다).

9) 대법원 2006.7.28. 선고 2004다54633 판결(컴퓨터 매매계약의 해제로 인한 할부대금반환채권과 컴퓨터 사용이익 반환채권 사이에 동시이행관계가 있으므로 상계할 수 있다고 판시); 日最判 1978(昭和53). 9. 21, 裁判集民事 125号, 85.

1) 의의

쌍방의 계약당사자가 각각 채무를 부담하는 경우, 그 두 채무가 서로 대립하며 발생·존속·이행·소멸에 있어서 상호의존적일 때 그러한 계약을 ‘쌍무계약’이라 한다. 쌍무계약이 되기 위해서는 한 개의 계약에 의해 쌍방당사자가 채무를 부담할 뿐 아니라, 서로 상대방이 채무를 부담하기 때문에 나도 채무를 부담한다는 관계가 존재하여야 한다.¹⁰⁾ 계약목적의 상호의존성으로부터 양채무는 각각 독자적으로 다루어 질 것이 아니라 서로 묶여 법률적 운명을 같이 할 것이 요구된다. 이를 가르쳐 ‘견련성’이라 한다.¹¹⁾ ‘쌍무계약’에서 ‘발생’한 ‘당사자 쌍방의 채무들’은 ‘서로 의존관계’에 있으므로, 그 이행에 있어서도 견련성이 있는데, ‘이행상의 견련성’은 쌍무계약의 당사자 일방의 채무이행이 상대방의 채무이행의 대가로, 또 상대방의 채무이행을 조건으로만 행하여진다는 관계를 말한다.¹²⁾ 이와 같은 이행상의 견련성을 실현하는 법적 도구가 제536조에서 규정하고 있는 동시이행의 항변권이다.¹³⁾ 즉, ‘동시이행의 항변권’은 쌍무계약에서 채권자가 자신의 채무는 이행하지 않으면서 채무자의 채무이행만을 청구한 경우 그 이행을 거절할 수 있는 권리이다.¹⁴⁾

2) 근거 및 성격

이러한 동시이행의 항변권을 인정하는 근거에 대해 통설은 ‘공평의 개념과 신의칙’에서 구하고 있다. 서로 견련되는 채무 중 어느 일방의 채무의 이행이 불확실한 상태에서 상대방의 채무만을 먼저 이행하도록 하는 것은 공평하다고 할 수 없고, 신의성실의 원칙에도 어긋나는 것이기 때문이라고 한다(선이행의 위험을 제거하는 장치¹⁵⁾). 그러면서도 쌍무계약상 동시이행의 항변권 제도는 “쌍방의 채무이행을 견련지으려는 당사자의 의사”를 공평의 관념과 신의칙에 따라 합리적으로 해석한 결과 인정되는 것에 불과하다고 본다.¹⁶⁾ 따라서 이에 관한 민법규정은 강행규정이 아니므로,¹⁷⁾ 쌍무계약에서 발생한 서로 대가적 의미가

10) 이은영, (1987), 쌍무계약과 동시이행의 항변권, **고시연구**, 14(7), 국가고시학회, 114.

11) 이은영, 위의 글(주 10), 115.

12) 이 항변권은 상대방의 채무불이행으로 인한 위험을 방지하여 자신의 채권에 대한 이행을 확보할 수 있는 담보적 기능을 하고, 그 외에도 당사자로 하여금 신속한 거래를 촉진하게 하며, 쌍방의 채무에 관하여 상환이행 판결을 함으로써 소송경제에도 이바지하는 기능을 한다. 편집대표 곽윤직, (1992), **민법주해[XIII]채권(6)**, 박영사, 20(류원규 집필부분. 이하 “**민법주해[XIII]**”로 인용함)

13) 당사자들은 이행의 순서에 대하여 자유로이 약정할 수 있으므로, 약정에 의하여 서로의 채무를 동시이행하기로 하는 것이 가능함은 물론이다. 또 동시이행의 약정은 묵시적으로도 이루어질 수 있고 특히 거래관행상으로 동시이행이 보통인 경우에는 이에 대한 묵시적 합의가 있는 것으로 해석될 수 있을 것이다.

14) 오문기, (2001), 동시이행의 항변권의 근거 및 인정 범위, **재판과 판례**, 10, 대구판례연구회, 130.

15) 양창수/김재형, (2015), **계약법(민법 I)**, 박영사, 81.

16) **민법주해[XIII]**, 19(류원규 집필부분); 오문기, 앞의 글(주 14), 132.

17) 대법원 1968.3.21. 선고 67다2444 판결, 이 판결은 동시이행관계를 배제하는 특약의 유효성을 정면으로 선언한 것은 아니나 그 이유 설시 속에 그러한 특약의 유효성을 부인하지 아니하고 있다. 계약자유 원칙상 당연히 허용된다고 할 것이다.

있는 채무라도 당사자는 동시이행하지 아니할 것을 특약할 수 있다.

또한 동시이행의 항변권은 상대방의 청구권의 작용을 저지할 수 있는 실체법상의 항변권으로서, 일시적으로 그 작용을 저지하는 데에 불과한 연기적 항변권이라는 것이 통설이다.¹⁸⁾

3) 동시이행의 항변권의 성립요건

동시이행의 항변권이 성립하기 위해서는 ① 대가적 의미가 있는 채무의 존재, ② 상대방의 채무가 변제기에 있을 것, ③ 상대방이 자기 채무의 이행 또는 그 제공을 하지 않고서 이행을 청구하였을 것(이하 “단순청구”라고 한다)을 요한다.¹⁹⁾ 위 요건 중 연구대상판결과 관련된 ①의 요건을 중심으로 살펴본다.

학설은 일반적으로 동시이행의 항변권을 ①의 요건과 관련하여, “쌍무계약상 동시이행의 항변권”과 “비쌍무계약상 동시이행의 항변권”으로 나누어 설명한다. 후자는 제536조가 준용되거나 해석에 의해 유추적용되는 것으로 “광의의 동시이행의 항변권”이라고 한다.²⁰⁾ 이는 독일과 달리 채권적 유치권의 규정이 없는 우리 민법에 있어서는 쌍무계약 이외의 대가적인 채권관계에서는 상환이행거절권 또는 변제거절권이라는 것을 인정하여 동시이행의 항변권과 다른 이원적 구성을 시도할 것인지²¹⁾ 아니면 동시이행의 항변권의 적용범위를 확장하여 해결할 것인지에 대해 통설과 판례²²⁾는 후자의 입장에 선 것이다.²³⁾ 통설에 의한 동시이행의 항변권에 대한 설명은 아래와 같다.

(1) 쌍무계약상 동시이행의 항변권

쌍무계약상의 동시이행의 항변권이 인정되기 위해서는 i) 동일한 쌍무계약에 의하여 ii) 당사자 쌍방이 서로 대가적인 의미가 있는 채무를 부담하고 있어야 한다. 그러면, 쌍무계약에서 부담하는 채무가 어떤 경우에 서로 대가적인 의미를 갖는가? 통설은 쌍무계약에서 발생한 ‘주채무’ 상호 간에는 통상 대가적 의미를 갖지만,²⁴⁾ 부수적 채무와 주채무 사이에서는 당사자가 그 부수적 채무의 이행을 주채무 이행의 조건으로 삼은 경우 그 채무 상호 간에 대가적 의미를

18) 김득환, (2004), 매수인의 대금지급거절에 관한 법률관계, **사법연수원논문집**, 2, 사법연수원, 69.

19) **민법주해**[XIII], 20(류원규 집필부분) 이하; 김득환, 위의 글(주 18), 69-70. 한편, 김계순, (2006), **동시이행의 항변권에 관한 연구**, 이화여자대학교 박사학위논문, 177-178.에서 독일의 통설에 따른 불문의 요건으로 채무자의 계약준수를 들고 있다. 즉, 채무자가 계약을 준수하지 않을 경우(채무불이행이나 반대급부의 수령거절 등) 동시이행의 항변권에 의한 보호는 거절될 수 있다고 한다.

20) **민법주해**[XIII], 24(류원규 집필부분).

21) 임채홍, (1970), 동시이행의 항변권은 도급입대차계약에 적용될 수 있는가, **사법행정**, 11(3), 한국사법행정학회, 87.

22) 대법원 1992.8.18. 선고 91다30927 판결; 대법원 1993.2.12. 선고 92다23193 판결; 대법원 1995.6.30. 선고 94다 55118 판결; 대법원 1999.4.23. 선고 98다53899 판결; 대법원 2001.3.27. 선고 2000다43819 판결; 대법원 2006.2.24. 선고 2005다58656, 58663 판결 등.

23) 최공웅, (1972), 비쌍무계약에서 인정되는 동시이행항변권, **사법행정**, 13(3), 한국사법행정학회, 38.

24) **민법주해**[XIII], 21(류원규 집필부분).

갖게 된다고 설명한다.²⁵⁾ 동일한 쌍무계약에서 발생한 채무지만, 서로 대가적인 의미가 없는 경우도 공평의 관념과 신의칙에 비추어 동시이행의 관계를 인정하여야 할 경우가 있는데, 비쌍무계약²⁶⁾상 동시이행의 항변권에서 보는 바와 같이 제536조가 준용되거나 해석에 의해 유추적용되는 경우이다. 그 예로 도급계약에서 완성된 일의 인도 의무와 보수 지급 의무를 들 수 있다.

(2) 비쌍무계약상 동시이행의 항변권

통설은 동일한 쌍무계약에서 발생한 고유의 대가관계가 있는 채무가 아니더라도 “구체적인 계약관계”에서 “각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정내용”에 따라 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에 공평의 관념과 신의칙에 비추어 동시이행의 항변권을 인정한다.²⁷⁾ 대체로 “준용규정이 있는 경우”와 “해석에 의하여 동시이행의 항변권을 확장하는 경우”로 나누어 설명한다.²⁸⁾ 연구대상판결에서 문제가 되고 있는 수급인의 하자보수에 갈음하는 손해 배상채무와 도급인의 보수지급 의무(제667조 제3항)가 전자의 대표적인 예이다.

4) 동시이행의 항변권에 기한 이행거절의 범위

(1) 동시이행의 항변권의 효력

동시이행의 항변권의 요건이 모두 갖추어지면 상대방의 반대급부가 있을 때까지 당사자의 일방은 자신 채무의 이행을 거절할 수 있는 이행거절권능이 생긴다. 이는 동시이행의 항변권의 본질적인 효력이다. 그러나 원용설은 항변권을 원용하여야만 이행거절의 효력이 발생한다고 하고,²⁹⁾ 불원용설은 당사자의 원용이 없어도 이행거절의 효력이 생긴다고 한다.³⁰⁾ 항변권의 개념을 고려할 때 당사자가 원용하여야 이행거절권능의 효력이 발생한다고 보는 것이 옳다. 또한 당사자가 항변권을 원용하지 않아도 동시이행의 항변권이 존재하는 사실만으로 효력이 생기는 것이 있다. 이를 실체법상의 효력이라 하는데, 이행지체 저지효와 상계금지효가 여기에 속한다.

(2) 이행거절권능 및 이행지체저지효의 범위

쌍무계약 일반에서, 상대방이 자신의 채무를 일부이행 또는 불완전이행을 할 경우, 당사자 일방이 상대방으로부터 청구받은 채무의 전부에 관하여 동시이행의 항변권을 행사하여 이행을 거절할 수 있는가?

25) **민법주해**[XIII], 21-22(류원규 집필부분).

26) 편무계약이나 불완전쌍무계약을 말한다. 최공웅, 앞의 글(주 23), 38.

27) 오문기, 앞의 글(주 14), 140 이하; 최공웅, 앞의 글(주 23), 37 이하.

28) **민법주해**[XIII], 24-29(류원규 집필부분).

29) 곽윤직, (2002), **채권각론(신정수정판)**, 박영사, 65.

30) 이은영, (2007), **채권각론**, 박영사, 148.

통설은 공평의 원리 및 신의성실의 원칙에 따라서 해결하여야 한다고 하면서, 청구된 채무가 가분채무인 경우에는 미이행 부분 및 불완전한 부분에 상당하는 채무의 이행만을 거절할 수 있는 것으로 보고, 채무가 불가분인 경우에는 일부 이행의 거절이 있을 수 없으므로 급부 전부의 이행을 거절할 수 있는 것으로 보고 있다.³¹⁾ 그러나 채무가 불가분인 경우 불이행, 불완전한 부분의 중요도에 의하여 해결하여야 한다는 견해도 있다.³²⁾ 통설은 청구된 채무가 가분채무인 예로 도급인이 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 동시이행관계에 있는 수급인의 공사잔대금채권에 관한 사안에서 도급인이 손해배상채권액과 동액의 금원에 한에 이행거절을 할 수 있다는 판결³³⁾과 청구된 채무가 불가분채무인 예로 분배농지의 일부상환을 완료한 사람이 분배농지 전체에 대해 소유권이 전등기를 청구한 사안에서 국가가 동시이행의 항변권을 행사한 판결³⁴⁾을 들어 판례도 통설과 마찬가지로 한다.³⁵⁾

(3) 하자보수청구권 또는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권과 동시이행관계에 있는 보수지급채무의 이행거절의 범위

① 하자보수청구권에 기한 보수채무의 이행거절의 범위

도급계약에 따른 하자담보책임으로서 하자보수청구권과 관련하여, 도급인이 동시이행의 항변권에 기하여 보수지급채무를 어느 범위까지 이행거절할 수 있는가?

학설상으로는 i) 공평의 원칙을 내세워 원칙적으로 하자에 상응하는 부분만의 보수의 지급을 거절할 수 있다는 견해(일부거절설)³⁶⁾와 ii) 그와 같이 제한적으로 보고 있지 않거나 전액의 지급을 거절할 수 있다고 보는 견해(전부거절설)³⁷⁾로 나뉘어 있는 것으로 보인다. 한편 이에 대한 판결로는 비교대상판결2가 있는데, 비교대상판결2의 입장에 대해서는 i) 일부거절설인지 전부거절설인지 분명하지 않지만, 도급인의 동시이행의 범위를 ‘하자 및 손해와 공평을 고려한 적정한 금액’으로 한정하여야 한다는 견해³⁸⁾와 ii) ‘도급인이 하자보수청구권에 의하여 수급인의 보수 전부에 대한 거절이 가능함을 원칙으로 한다.’는 점을 분명히 하였다고 보는 견해(전부거절설)³⁹⁾로 나뉜다.

31) **민법주해**[XIII], 32(류원규 집필부분).

32) **곽윤직**, 앞의 책(주 29), 77.

33) 대법원 1990.5.22. 선고 90다카230 판결.

34) 대법원 1973.12.11. 선고 73다1000 판결.

35) **민법주해**[XIII], 32(류원규 집필부분).

36) 김형배, (2001), **채권각론 《계약법》 (신정판)**, 박영사, 626; 이은영, 위의 책(주 30), 523.

37) **곽윤직**, 앞의 책(주 29), 313; **민법주해**[XV], 457(김용담 집필부분); 윤근수, (2003), 도급인이 하자보수를 청구하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있는 범위, **판례연구**, 14, 부산판례연구회, 382-384.

38) 홍기태, (2001), 공사도급인이 하자보수청구권을 행사하여 동시이행의 항변을 할 수 있는 기성공사대금의 범위, **대법원판례해설**, 38, 법원도서관, 204-205.

39) 윤근수, 앞의 글(주32), 382-384.

② 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권에 기한 보수채무의 이행거절의 범위
도급계약에 따른 하자담보책임으로서 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 관
련하여, 도급인이 동시이행의 항변권에 기하여 보수지급채무를 어느 범위까지
이행거절할 수 있는가?

종래 학설상 이에 대한 깊은 논의를 하고 있는 입장을 찾기는 힘들다. 다만, 비
교대상판결1과 같이 판례는 대체로 일부거절설을 취하고 있는 것으로 보인
다.⁴⁰⁾ 그러나 판례가 그와 같이 해석하는 이유를 판시하지 아니하여 그 이유를
알기는 어렵다. 다만, 통설은 비교대상판결1의 태도를 토대로 통설은 쌍무계약
일반에서 일방의 채무에 관하여 일부의 불이행 또는 불완전이행이 있는 경우
타방이 채무 전부에 관하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있는지에 관한 판
례의 입장을 가분채무인 경우 불완전한 이행에 상응하는 부분에 관하여만 동시
이행의 항변권을 행사할 수 있다는 것으로 파악하고 있다.⁴¹⁾

5) 동시이행의 항변권의 인정범위에 관한 학설과 판례에 대한 검토

(1) 통설에 대한 비판적 이해: 동시이행의 항변권의 근거에 대한 이원적 이해
위에서 살펴 본 상대방의 일부이행 또는 불완전이행에서 상대방으로부터 청구
받은 채무의 가분성 여부를 기준으로 한 이행거절의 범위를 도식적으로 결정하
는 통설과 전부거절설의 입장을 취한 연구대상판결과 일부거절설의 입장을 취
하고 있는 비교대상판결1의 입장 중 어느 쪽이 타당한가?

이를 판단하기 위해서는 동시이행의 항변권에 기한 이행거절이나 이행지체저지
효의 범위를 결정하는 기준은 무엇인지에 대한 답이 필요하다.

① 쌍무계약상 동시이행의 항변권의 근거: 당사자의 의사와 공평의 원칙

통설은 동시이행의 항변권의 효력을 쌍무계약상의 동시이행의 항변권과 비쌍무
계약상의 동시이행의 항변권으로 구분하지 않고, “공평의 관념과 신의칙”이라
는 공통된 근거에 기해 그 효력을 일원적으로 설명한다.⁴²⁾ 그러면서도 통설은
쌍무계약상의 동시이행의 항변권에 기한 언급임을 의식하지 않은 채 동시이행
의 항변권에 관한 규정이 강행규정이 아님을 설명하면서 동시이행의 항변권은
“쌍방의 채무이행을 건넌지으려는 당사자의 의사를 공평의 관념과 신의칙에 따

40) 대법원 1990.5.22. 선고 90다카230 판결(원심인 서울고등법원 1989.1.21. 선고 89나13648 판결은 전부거절설을 취하였던 것을 위 판결로 과기); 대법원 1994.10.11. 선고 94다2611 판결; 대법원 1996.6.11. 선고 95다12798 판결 등.

41) 민법주해[XIII], 32(류원규 집필부분).

42) 민법주해[XIII], 20-29(류원규 집필부분); 편집대표 김용담, (2016.06), **주석민법[채권각칙(1)](제4판)**, 한국사법행정학회, 352-365(한동수 집필부분)에서 동시이행의 항변권의 성립요건으로 “대가적 의미가 있는 채무의 대립”이라는 요건 하에 쌍무계약상의 동시이행의 항변권과 비쌍무계약상의 동시이행의 항변권을 함께 설명하고 있다.

라 합리적으로 추측한 귀결⁴³⁾로서 인정되는 것이라고 설명하고, 채무의 대가 관계에 관한 설명에서는 쌍무계약에서 “대가적 의미”는 “보통 주채무 상호간”에 인정되는 것으로 “해석”된다든가⁴⁴⁾ “부수적인 채무라도 당사자가 특히 주채무이행의 조건으로 삼은 경우”에는 동시이행의 항변권이 인정된다고 설명한다.⁴⁵⁾

이러한 통설의 설명은 쌍무계약상 동시이행의 항변권을 발생시키는 근거는 급부와 반대급부 사이에 쌍무적 견련관계를 설정하고자 하는 쌍무계약을 체결한 당사자의 의사에 기인하는 것임을 전제하고 있는 것으로 보인다. 일부 견해는 이러한 점을 좀 더 분명하게 인식하여 “동시이행의 항변권은 급부와 반대급부의 쌍무적 견련성과 쌍무계약을 체결한 당사자의 제한적 구속의사⁴⁶⁾에 근거한다고 설명하기도 한다.

생각건대, 쌍무계약상의 동시이행의 항변권은 쌍무계약 특유의 효력으로서 인정되는 점, 쌍무계약의 인정을 위해 쌍방의 채무가 서로 대가적 의미가 있는지 여부(채무들 간의 상호의존성 또는 상환성)는 당사자의 주관을 표준으로 해서 결정되는 것⁴⁷⁾에 대해 이론이 없는 점 등에 비추어 쌍무계약상의 동시이행의 항변권의 인정 여부나 그 범위는 당사자의 의사를 기준으로 판정하는 것이 타당하다.

따라서 쌍무계약상의 채무들 간에 대가적 관계가 인정되어 동시이행의 항변권을 인정할 것인지, 동시이행의 항변권에 기한 이행거절의 범위는 어디까지 인정할 것인지 등은 계약당사자의 의사(그 계약의 취지)에 대한 해석을 통해 우선적으로 결정되어야 하고,⁴⁸⁾ 그 해석과정에서는 공평의 관념과 신의칙이 보충적으로 고려되어야 하는 것은 아닐까 생각한다. 통설이 설명하는 “쌍방의 채무이행을 견련지으려는 당사자의 의사를 공평의 관념과 신의칙에 따라 합리적으로 추측한 귀결”이라는 의미도 결국은 “쌍무계약상의 동시이행의 항변권”의 근거를 설명하는 것으로 보아야 한다.⁴⁹⁾

따라서 쌍무계약에서 상대방이 자기의 채무 일부를 이행하거나 불완전한 이행 또는 그 제공을 한 경우에는 이와 동시이행의 관계에 있는 채무의 내용인 급부가 가분적인 것이라 하더라도 각 급부간의 대응관계가 명확한 예외적인 경우를 제외하고,⁵⁰⁾ 그 급부의 가액 또는 가치에 비하여 상대방이 하여야 하는 급부의 가액 또는 가치가 현저히 적은 등 상대방이 채무의 이행을 제공할 때까지 자기

43) 민법주해[XIII], 19(류원규 집필부분); 주석민법[채권각칙(1)], 349(한동수 집필부분).

44) 민법주해[XIII], 21(류원규 집필부분); 주석민법[채권각칙(1)], 365(한동수 집필부분).

45) 민법주해[XIII], 21-22(류원규 집필부분); 주석민법[채권각칙(1)], 365(한동수 집필부분).

46) 이동진, (2015), 채권양도, 부당이득, 동시이행, 비교사법, 22(1), 306-307.

47) 민법주해[XIII], 15(류원규 집필부분).

48) 平井宣雄, (2008), 債權各論 I 上 契約總論, 弘文堂, 190.

49) 廣中俊雄編, (1987), 民法修正案(前三編)の理由書, 有斐閣, 512에서는 동시이행의 항변권의 근거는 동시이행으로 하는 것이 당사자의 의사에 적합하고, 공평한 결과를 생기게 하는 점에 있다고 한다.

50) 복수의 부동산매매가 각 부동산별로 각각 대금액을 정하여 행해진 경우 등이 이에 해당할 것이다.

채무의 전부의 이행을 거부하는 것이 신의성실의 원칙에 반한다고 할 수 있는 특단의 사정이 인정되지 않는 한, 동시이행의 항변으로써 이행을 거절할 수 있는 채무의 범위는 일부에 한정되지 않는다고 하는 것이 당사자의 의사라고 보아야 할 것이다(원칙적 전부거절설).⁵¹⁾

② 비쌍무계약상의 동시이행의 항변권의 근거: 동시이행의 목적과 공평의 원칙 한편, 비쌍무계약상의 동시이행의 항변권에서 이행거절의 범위 등도 쌍무계약상의 동시이행의 항변권에서와 동일한 기준에 의하여 결정할 것인가?

통설이 동시이행의 항변권의 근거로 삼고 있는 것이 공평의 관념과 신의칙이라는 추상적 또는 일반적 개념이고, 상대방의 채무이행을 확보하고, 쌍방의 채무이행을 촉진하는 담보적 기능⁵²⁾을 통해 그 공평을 실현하는 동시이행관계 또는 그 항변권은 비쌍무계약에서도 보다 널리 인정될 소지가 있다. 즉, 제536조는 쌍무계약상의 채무의 건련성과 결과의 공평성의 관점에서 동시이행이 당사자의 의사에 적합하다고 정형적으로 인정되는 경우에 적용되는 것이지만, 다른 한편으로는 그러한 동시이행의 관계를 인정하는 것이 공평에 적합한 경우에는 동시이행의 항변권을 널리 인정하여야 할 경우도 있는 것이다. 이에 통설과 판례는 쌍무계약상의 동시이행의 항변권 외에도 비쌍무계약의 채권관계에서도 널리 동시이행의 항변권을 인정하고 있다. 그렇다고 하더라도 경우에 따라서는 쌍무계약상의 동시이행의 항변권과 달리 비쌍무계약의 채권관계에서 동시이행을 인정하는 근거에 차이가 있을 수 있기 때문에 양자 사이에는 다소간의 차이가 있을 수 밖에 없다. 따라서 비쌍무계약상의 동시이행의 항변권을 인정하는 근거는 당사자의 의사에 적합하다는 이유는 후퇴하고, 비쌍무계약의 채권관계가 처한 각각의 상황에서의 공평의 관념과 신의칙이 우선적으로 고려되어야 할 것이다.⁵³⁾

따라서 비쌍무계약의 동시이행의 항변권에서는 동시이행관계의 인정과 그 범위를 구체적인 동시이행을 필요로 하는 상황과 그 목적을 중심으로 공평의 관념에 비추어 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

(2) 판례의 입장에 대한 이해

그러면, 판례도 통설과 동일한 입장으로 볼 수 있는가?

판례도 기본적으로 “원래 동시이행의 항변권은 공평의 관념과 신의칙에 입각하

51) 日最判 1985(昭和63). 12. 22.(金融法務事情 1217号, 34)은 “쌍무계약 당사자의 일방이 계약의 해지에 수반해 부담하는 해당 채무의 내용인 급부가 가분인 경우, 그 급부의 가액 또는 가치에 비해 상대방이 해야 할 급부의 가액 또는 가치가 현저하게 적은 등 상대방이 채무의 이행을 제공할 때까지 자기 채무의 전부의 이행을 거부하는 것이 신의성실의 원칙에 반한다고 할 수 있는 특별한 사정이 인정되지 않는 한, 동시이행의 항변으로써 이행을 거절할 수 있는 채무의 범위가 일부로 한정되는 것은 아니다.”는 취지의 판시를 하고 있다.

52) 민법주해[XIII], 20(류원규 집필부분); 주석민법[채권각칙(1)], 350(한동수 집필부분).

53) 中田裕康, (2020), 契約法, 有斐閣, 154.

여 각 당사자가 부담하는 채무가 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있을 때 그 이행에 있어서 견련관계를 인정하여 당사자 일방은 상대방이 채무를 이행하거나 이행의 제공을 하지 아니한 채 당사자 일방의 채무의 이행을 청구할 때에는 자기의 채무이행을 거절할 수 있도록 하는 제도”로 파악하면서 매매계약에서 매수인이 양도소득세를 부담하기로 특약한 경우 매수인의 위 특약에 기한 양도소득세액 상당액의 지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무 사이의 동시 이행관계 여부를 판단함에 있어서 “각 채무가 쌍무계약에 있어 고유의 대가관계가 있는 채무가 아니라고 하더라도 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권을 인정할 수 있을 것이다”⁵⁴⁾고 판시하여 결국은 위와 같은 약정이 있는 경우 매도인의 그러한 약정상의 의무가 매도인의 소유권이전등기의무와 견련관계에 있는지 여부는 양도소득세액을 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관한 “구체적인 약정내용에 따라 결정”되어야 한다는 취지로 판시하여 쌍무계약에서 고유의 대가관계가 인정되지 않는 채무 사이에도 당사자 특약과 그 특약의 취지에 따라 동시이행의 항변권을 인정하고 있다.⁵⁵⁾

또한 통설과 판례⁵⁶⁾는 비쌍무계약상 동시이행의 항변권이 “해석”을 통해 인정되는 대표적 예로서 어음·수표와 같이 권리가 화체된 증권이 갖는 상환증권으로서의 성질상 그 반환은 원인채무의 변제와 동시이행의 관계에 있음을 들고 있다.⁵⁷⁾ 그러나 판례는 “기존의 원인채권에 터잡은 이행청구권과 상대방의 어음 반환청구권이 민법 제536조에 정하는 쌍무계약상의 채권채무관계나 그와 유사한 대가관계가 있어서 그러는 것은 아”님에도 이와 같이 채무자가 어음의 반환이 없음을 이유로 원인채무의 변제를 거절할 수 있도록 동시이행관계를 인정할 목적은 “채무자로 하여금 무조건적인 원인채무의 이행으로 인한 이중지급의 위험을 면하게 하려는 데에 그 목적이 있는 것”⁵⁸⁾이므로, 채무자는 원인채무의 이행기를 도과하면 원칙적으로 이행지체의 책임을 진다고 판시하여 채무자의 동시이행의 항변권은 쌍무계약상의 동시이행의 항변권과는 그 목적을 달리함을 분명히 하였을 뿐만 아니라 해석상 동시이행관계를 인정할 이유가 쌍무계약상의 동시이행의 항변권과 다를 것을 전제로 이행지체저지효의 판단에서 쌍무계약상의 동시이행의 항변권에 기한 이행지체저지효와 달리 판단하고 있음을 볼 수 있다.

따라서 판례도 통설의 주장과 달리 쌍무계약상 동시이행의 항변권과 비쌍무계약상 동시이행의 항변권에 대해 동시이행관계를 인정하는 목적에 차이가 있을

54) 대법원 1992.8.18. 선고 91다30927 판결.

55) 박해성, (1994), 매수인의 양도소득세 부담약정과 동시이행, 법조 43(8), 법조협회, 131.

56) 대법원 1970.10.23. 선고 70다2042 판결 등.

57) 민법주해[XIII], 26(류원규 집필부분); 주석민법[채권각칙(1)], 360-361(한동수 집필부분).

58) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다47542, 47559 판결.

수 있음을 인정하고, 동시이행의 항변권의 효과에서도 동시이행의 서로 다른 목적의 차이를 반영하고 있다고 본다.

6) 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 도급인의 공사대금채무의 이행거절의 범위

이하에서는 앞서 본 동시이행의 항변권의 성립근거에 기초한 이행거절의 범위 결정에 관한 설명을 기초로 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 도급인의 공사대금채무의 이행거절의 범위에 관한 입장을 살펴본다.

(1) 일부거절설의 기초가 되는 논의

도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 동시이행관계에 있는 보수채무의 이행거절의 범위에 관하여 비교대상판결1과 같이 판례는 일부거절설을 취하고 있다.⁵⁹⁾ 그런데 판례가 그와 같이 판단하고 있는 이유를 밝히지 아니하여 그 이유를 알기는 어렵다. 다만, 통설은 위와 같은 비교대상판결1의 입장을 토대로 판례가 쌍무계약 일반에서 일방의 채무에 관하여 일부의 불이행 또는 불완전이행이 있는 경우 타방이 채무 전부에 관하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있는지에 관한 일반론에 비추어 공사대금채무가 가분채무인 경우이므로, 불완전한 이행에 상응하는 부분에 관하여만 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다고 언급하고 있을 뿐이다(일부거절설).⁶⁰⁾⁶¹⁾

생각건대, 통설이 비교대상판결1의 근거로 설명하는 쌍무계약 일반에 적용되는 상대방의 일부이행 또는 불완전이행시 이행거절의 범위에 관한 일반론은 하자보수채권 또는 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 공사대금채권 사이에 그대로 적용되기 어렵다고 생각한다. 왜냐하면, 위와 같은 일반론은 쌍무계약에서 발생한 서로 대응하는 채무가 그 중 한 쪽의 채무가 불완전하게 이행된 경우에 기 발생한 양쪽 채무의 이행거절에 관한 것이나, 하자보수채권이나 이에 갈음하는 손해배상채권과 보수채권은 도급계약에 의해 발생한 당초 채무인 보수채무와 수급인에 의해 완성된 목적물에 하자가 있음으로 인하여 비로소 발생한 하자보수에 갈음하는 손해배상채무 사이의 동시이행의 관계에 관한 것으로, 양 채무 중 일방의 채무가 일부 이행되거나 불완전이행된 것(예: 하자보수의무의 불완전이행)을 전제로 하고 있지 않으므로 위 일반론의 논의대상과는 전혀 다

59) 대법원 1990.5.22. 선고 90다카230 판결; 대법원 1994.10.11. 선고 94다2611 판결; 대법원 1996.6.11. 선고 95다 12798 판결 등.

60) 민법주해[XIII], 32(류원규 집필부분).

61) 日最判(昭和53). 9. 21, 裁判集民事 125号, 85.에 관한 평석인 内山尚三, (1979. 4.), 相互に債權額の異なる請負人の報酬債權と注文者の目的物の瑕疵に代える損害賠償債權とを相殺することの可否, 判例タイムズ, 378, 49에서는 수급인의 보수채권과 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 모두 동일한 계약에서 생긴 동시이행관계에 있는 금전채권이라는 점에서 그 대응액에서만 동시이행관계를 인정하는 것이 타당하다는 결론을 내리고 있다.

르기 때문이다. 따라서 연구대상판결에서 일부거절이나 전부거절과 같이 동시 이행의 범위를 정함에 있어 위의 일반론을 그대로 적용하여 결론을 내리는 것은 논리적으로는 맞지 않다.⁶²⁾

따라서 연구대상판결에서 문제되는 동시이행의 항변권은 쌍무계약상의 동시 이행의 항변권으로서 “준용규정이 있는 경우”에 해당하는 대표적인 예이므로, 법률이 도급인과 수급인 사이에서 공평의 원칙을 구체적으로 실현하기 위해 준용규정을 통해 양 채권 사이에 동시이행관계를 인정할 목적과 근거를 탐색하는 것으로부터 이행거절의 범위 결정에 관한 실마리를 찾을 필요가 있다.

(2) 전부거절설의 기초가 되는 논의

민법 제667조 제3항에서 제536조를 준용하도록 한 이유는 무엇인가? 여기에는 두 가지 입장에서 논의가 전개되고 있는 것으로 보인다.

① 입법기초자의 의사에 기초한 논의

입법자료에 의하면, 우리 민법 제667조는 의용민법 제634조(우리 민법 제667조에 해당함)와 ‘동일한 취지’라고만 하고 있는데,⁶³⁾ 의용민법 제634조 제2항(우리 민법 제667조 제3항에 해당함)의 원안(제641조)을 둘러싸고 법전조사회에서는 i) 동시이행의 항변권을 규정한 원안 제531조(일본민법 제533조, 우리민법 제536조에 해당함)의 규정을 준용한 것은 왜 제2항의 손해배상의 경우에만 한정되고, 제1항의 하자보수청구에 적용되지 않는지, ii) 제2항에서 원안 제531조(일본민법 제533조, 우리민법 제536조에 해당함)의 준용규정의 필요성, 즉, 원안 제531조의 직접적용으로는 왜 족하지 않는지가 논의되었다.

i)에 대해 하자보수는 목적물이 인도되어도 하자가 있어 불완전한 이행이기 때문에, 도급인은 수급인이 하자를 보수하지 않으면 보수를 지급하지 않는다고 하는 쌍무계약상의 동시이행의 항변권을 직접 적용할 수 있으므로, 원안 제531조의 준용규정은 원래 불필요하다고 하고.⁶⁴⁾ ii)에 대해 손해배상은 쌍무계약에서 생긴 채무가 아니므로⁶⁵⁾ 원안 제531조의 동시이행관계에 있는 쌍무계약상의 채무에 직접 해당되지 않는 점, 또 손해배상액은 법원에서 최종적으로 금액이 결정되지만 그 전(손해배상액이 결정되기 전)에 보수의 지급시기가 도래했을 때 원안 제531조의 준용규정이 없으면 도급인은 먼저 보수를 지급하고 나중

62) 쌍무계약 일반에 관한 일반론은 그 타당성 여부를 가림에 있어서 하나의 고려요소가 될 뿐이다.

63) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회편, (1957), **민법안심의록(상권)**, 민의원법제 사법위원회 민법안심의소위원회, 389.

64) 法務大臣官房司法法制調査部監修, (1984), **法典調査會民法議事速記録 <4>** (日本近代立法資料叢書4), 商事法務研究會, 547 이하(梅謙次郎 발언부분. 이하 “法典調査會民法議事速記録 <4>”로 인용한다).

65) 我妻榮, (1962), **債權各論中卷二(民法講義V 2)**, 岩波書店, 638.에서는 “수급인의 담보책임으로서의 손해배상 채무는 수급인의 채무불이행이 없는 경우에도 발생하는 것이기 때문에, 특히 규정을 마련하여 제533조를 준용했다”고 한다.

에 손해배상을 청구하게 되는데, 그렇게 되면 수급인이 보수를 사용해 버려서 무자력이 될 위험성도 있어 도급인에게 지나치게 가혹한 점⁶⁶⁾을 고려하여 원안 제531조를 준용하여 그 경우에는 손해배상을 지급할 때까지 도급인도 보수의 지급을 거절하고, 상계를 통해 대금을 감액할 수 있도록 한 것이라고 한다. 즉, 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 확정하여 상계가 될 때까지 동시이행의 항변권에 관한 규정을 준용하여 도급인이 보수채무 전부에 대해 지체책임을 지지 않도록 하기 위한 것이어서 제536조의 준용은 상계에 의한 대금감액처리를 유도하기 위한 것이었다고 한다(도급인의 상계권 확보).⁶⁷⁾

이러한 입법이유에 의하면, 도급인이 하자보수채권에 기하여 그 보수지급을 거절할 수 있는 것은 쌍무계약상의 동시이행의 항변권에 기한 것이나,⁶⁸⁾ 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 보수지급거절권은 비쌍무계약상 동시이행의 항변권에 기한 것이라고 할 수 있다.⁶⁹⁾⁷⁰⁾ 즉, 제667조 제3항의 동시이행관계는 상계권의 행사에 의해 소멸될 것을 예정한 특수한 성격의 것이라고 한다.⁷¹⁾

그 후의 일본의 학설과 판례도 일본 민법 제634조 제2항에서 제533조를 “준용”한 취지에 대한 입법기초자의 견해대로 i) 하자담보책임에 기한 손해배상채무는 보수채무와 동시이행의 관계에 있는 하자보수의무와 달리, 제533조가 직접

66) 法典調査會民法議事速記録〈4〉, 544(梅謙次郎 발언부분).

67) 森田修, (2009), 瑕疵修補に代わる損害賠償請求權と報酬請求權との同時履行, 別冊ジュリスト, 196, 民法判例百選Ⅱ債權 [第6版], 135.

68) 민법주해[XV], 449면(김용담 집필부분); 편집대표 김용담, (2016.06), 주석민법[채권각칙(4)](제4판), 한국사법행정학회, 309(이준형 집필부분. 이하 “주석민법[채권각칙(4)]”이라고만 한다) (“수급인의 하자보수의무는 도급인의 보수지급의무와 선이행관계에 있게 된다. 여기서 더 나아가 일이 비록 하자는 있지만, 예정된 최종 공정까지 마쳐서 일용 완성에 이르면 보수지급의무도 변제기에 달한다고 이해하면 하자보수의무와 보수지급의무 사이에 동시이행관계를 인정할 수 있고...”); 我妻榮, 앞의 책(주 65), 636(“도급인은 인도를 받을 때에 하자의 보수를 청구하고, 보수가 될 때까지 보수(도급대금)의 지급을 거부할 수 있다. 생각건대, 수급인의 채무는 아직 완전히 이행되고 있지 않은 것이므로, 도급인은 쌍무계약의 통칙에 따라 동시이행의 항변권을 가지기 때문이다.”). 한편, 廣中俊雄, (1994), 債權各論講義(第6版), 有斐閣, 270에서는 “도급인이 하자보수를 청구하는 경우에 하자보수가 완료될 때까지 보수의 전부 또는 일부의 지급을 거절할 수 있는 경우도 인정되어야 한다(반대로 보수지급이 없음을 이유로 하자보수를 거절할 권리를 수급인에게 인정할 수 없기 때문에 533조의 관계와는 다르다).”고 하면서도 하자보수와 보수지급의 동시이행의 관계에 기한 533조 규정의 적용에 의해서가 아니라, 수급인의 일의 완성의무가 도급인의 보수지급의무에 대한 선이행의무인 점에서, 도급인의 보수지급거절권의 근거를 구하고 있다.

69) 幾代通/廣中俊雄編, (1989), 新版 注釋民法(16) 債權(7), 有斐閣, 150(內山尚三 집필부분)에서는 “하자보수에 갈음하거나 하자보수와 함께 하는 손해배상청구권은 목적물의 하자에 기한 경제적 가치의 감소에 대한 손해배상청구이며, 채무불이행에 기한 손해배상청구와 같이 본래의 채무와 동일성을 갖는 것은 아니다. 따라서 이론적으로는 다른 것이지만, 공평의 원칙에서 533조를 적용하도록, 본조 2항 후단에서 특히 준용하는 취지를 규정한 것이다.”라고 하여, 하자담보책임에 기한 손해배상채무가 본래의 채무(일의 완성의무)와 다른 성질을 가지는 점에서 근거를 구하고 있다.

70) 주석민법[채권각칙(4)], 309(이준형 집필부분). 谷口知平/五十嵐清編, (2010), 新版 注釋民法(13) 債權(4)(補訂版), 有斐閣, 451(尺井裕·清水元 집필부분)은 하자보수청구권 내지 그에 갈음하는 손해배상청구권 행사와 관련한 동시이행의 항변권은 엄격한 대가적 균형에 기한 동시이행의 항변권은 아니지만 계약불이행의 항변권의 한 적용으로 준용된다고 하는바, 결국 이 경우의 동시이행의 항변권은 일반적인 쌍무계약에 있어서의 동시이행의 항변권과는 그 성격이 다르다는 점을 보여주는 것이라 생각된다.

71) 八木一洋, (2000), 請負契約の注文者が瑕疵の修補に代わる損害賠償債權をもって報酬全額の支拂との同時履行を主張することの可否, 最高裁判所判例解説 民事篇 平成9年度(上), 186 이하.

적용되는 쌍무계약상의 채무가 아닌 점, ii) 일본 민법 제634조 제2항에서 제533조를 “준용”하는 실질적 의의는 이러한 동시이행의 항변권을 인정함으로써 목적물에 하자가 있을 경우 보수채무의 감액을 실현하는 것에 있음을 전제로 하여 전개되어 왔다.⁷²⁾ 또한 최근 이러한 논의를 기초로 하면서 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 자동채권으로 하고, 수급인의 보수청구권을 수동채권으로 하는 상계의 원용은 인정되어도, 반대로 수급인의 보수채권을 자동채권으로 하고, 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 수동채권으로 하는 상계를 부정하는 견해가 유력하게 주장되고 있다.⁷³⁾

생각건대, 제667조 제3항에서 제536조를 준용하도록 한 입법자의 의사에 비추어 보면, 하자보수채권에 기한 동시이행의 항변권은 그 쌍무계약에 기한 대가적 의미를 갖는 채무 사이의 동시이행관계에 해당하므로 도급인은 비교대상판례2와 달리 도급계약의 목적물에 하자가 있는 경우에, 수급인에게 하자보수청구권을 가지고, 수급인이 하자보수를 하지 않는 한 도급인은 보수 전부의 지급을 거절할 수 있다고 보아야 하고,⁷⁴⁾ 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 동시이행의 항변권은 비쌍무계약의 채권관계에 기한 것이지만, 그 준용의 목적에 비추어 비교대상판례1과 달리 하자보수에 갈음하는 손해배상을 받을 때까지 보수 전부의 지급을 거절할 수 있다고 봄이 타당하다.

② 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 하자보수채권의 법적 성질에 기초한 논의

통설은 하자보수청구권을 행사하는 경우에도 위 민법 제536조가 준용되어 동시이행의 항변권이 인정된다고 하는데, 그 근거에 대하여는 대체로 보수는 완성물의 인도와 동시에 지급하도록 되어 있어서,⁷⁵⁾ 양자는 동시이행의 관계에 있는 것이고, 하자보수가 완료되기까지는 수급인의 채무는 완전히 이행되지 아니하였으므로 보수에 의하여 수급인의 채무가 완전히 이행될 때까지 도급인이 보수지급을 거절할 수 있다거나⁷⁶⁾ 하자보수청구권을 도급계약에 기한 일의 완성을 청구할 수 있는 본래의 이행청구권의 연장으로 이해하면서, 수급인의 하

72) 松本克美, (2011.6), 建築請負目的物の瑕疵と同時履行の抗弁權, **立命館法學**, 335, 292.

73) 松本克美, (2008), 請負人の瑕疵担保責任に基づく注文者の損害賠償請求權と相殺—請負人からの相殺否定説をめぐって, 門谷峻·松尾弘編, **損害賠償法の軌跡と展望山田卓生先生古稀記念論文集**, 日本評論社, 489 이하; 平野裕之, (2007), **民法總論 5·契約法(第3版)**, 信山社, 588; 潮見佳男, (2017), **債權總論 II(第2版)**, 信山社, 285(“하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 도급인의 동시이행의 항변권은 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 도급보수채권의 차액상당분에 대해 도급인이 이행지체에 빠지는 것을 저지하고, 하자보수에 갈음하는 가치를 도급인이 받을 수 있도록 하는 기능을 가지고 있는 것”이므로, “도급대금청구권을 자동채권으로 하고, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 수동채권으로 하는 수급인의 상계는 동시이행의 항변권 행사의 기회를 도급인으로부터 빼앗는 것이 되므로 허용되지 않는다”) 등.

74) 日大判 1912(大正元).12.20, 民錄 18輯, 1066.

75) 민법 제665조 제1항.

76) **민법주해[XV]**, 457(김용담 집필부분); **新版 註釋民法(16)**, 145(內山尙三 집필부분); 대법원 1965.11.16. 선고 65다1711 판결.

자보수의무는 보수지급의무보다 선이행의무이지만, 일에 하자가 있지만, 예정된 최후 공정까지 마쳐서 일용 일의 완성에 이르면 보수지급의무는 변제기에 달한다고 보는 판례의 입장에서는 하자보수의무와 보수지급의무는 동시이행관계로 볼 수 있다고 한다.⁷⁷⁾ 즉, 하자보수채권과 보수채권은 동시이행관계에 있고, 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 하자보수채권과 동일성을 갖고, 이에 갈음하는 것이므로, 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 보수채권도 마찬가지로 동시이행관계가 있다는 것이다.⁷⁸⁾

다만, 통설은 이와 같은 이유로 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 보수채권 사이의 동시이행관계를 인정하지만, 이행거절의 범위에 대해서는 별개로 논의를 전개한다.⁷⁹⁾

그러나 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 법적 성질이 하자보수채권과 동일하다는 전제하에 그 논리를 전개하면, 이 입장에서 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 “계약내용의 금전에 의한 실현”이라는 특정한 목적 또는 용도를 갖는 특수한 성질의 금전채권이 되고,⁸⁰⁾ 손해배상채권 자체는 가분적 금전채권이어도 그 내용은 “하자보수”를 통한 일의 완성이라는 점에서 본래의 이행청구권과의 연장선상에서 대가적 의미를 갖는 보수채권 전체와 동시이행관계에 서게 된다. 결국 이 입장에서 제533조 준용의 취지는 수급인의 보수채권에 대해 도급인의 완전이행청구권을 보호하기 위함에 있다고 본다(도급인의 완전이행청구권 확보). 특히 이 입장에서는 보수채권 전부와 동시이행관계를 인정하는 하자보수채권과 하자보수에 갈음하는 손해배상채권 사이의 균형을 잡을 필요가 있다는 점을 이유로 든다.⁸¹⁾

(3) 소결

생각건대, 앞서 본 일부거절설의 기초가 되는 논의는 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 보수채권의 가분적 금전채권의 성질과 공평의 원칙에 내세우지 않는 이상 정당화하기는 어려워 보인다. 그러나 청구받은 급부의 가분성이 항상 쌍무계약상의 동시이행의 항변권에서는 일부거절에 대한 당사자의 의사를 추정하는 근거가 되는 것인지, 비쌍무계약상의 동시이행의 항변권에서 일부거절의 근거가 될 수 있을지 의문이다.

77) 민법주해[XV], 449(김용담 집필부분). 한편, 주석민법[채권각칙(4)], 267(이준형 집필부분) 주59)에서는 동시이행의 관계에 있지만, 도급인은 하자의 보수가 완료될 때까지 보수의 지급을 거절할 수 있지만, 수급인은 보수의 지급이 없다는 이유로 보수를 거절할 수 없다는 점에서 통상의 동시이행관계라고 볼 수 없다고 한다.

78) 森田宏樹, (1998.6), 請負の瑕疵修補に代わる損害賠償債權と報酬全額の支拂との同時履行關係, **ジュリスト臨時増刊**, 1135, 79; 沖野眞己, (1997.9), 請負契約において目的物に環流あるときの瑕疵修補に代わる損害賠償債權と報酬債權の問の同時履行關係の成否と範圍, **法學教室**, 204, 132.

79) 주석민법[채권각칙(4)], 269-270(이준형 집필부분).

80) 森田宏樹, 앞의 글(주 73), 80.

81) 沖野眞己, 앞의 글(주 73), 133; 潮見佳男, (1998), 相殺の意思表示のない場合における民法634條2項の損害賠償債權と請負代金債權の關係, **私法判例リマックス (法律時報別冊)**, 16, 54. 日最判 1997(平成9).2.14, 最高裁判所民事判例集 51卷 2号, 337.의 근거이기도 하다.

또한, 전부거절설의 기초가 되는 두 논의는 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 보수채권은 상계에 의해 손해배상채권이 소멸되어 동시이행관계가 소멸할 때까지 양 채권 전부가 이행지체에 빠지지 않는다는 점에서는 동일한데, 전자의 경우는 (비쌍무계약상) 동시이행의 항변권이 도급인의 상계권의 확보를 위해 부여된 목적에 비추어 전부거절을 정당화하고, 후자의 경우는 쌍무계약상 동시이행의 항변권으로 도급인의 완전이행청구권을 확보하기 위해 부여된 것이므로 볼 수 있다는 점에서 전부거절을 정당화 할 수 있을 것이다.

따라서 전부거절설의 기초가 되는 논의 중 전자의 논의가 제667조 제3항이 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 대해서만 제536조를 준용하도록 규정한 이유를 분명히 하고 있다는 점에서 타당하다고 본다.

3. 상계의 소급효과 이행지체

1) 상계의 허용 여부

연구대상판결을 비롯하여 통설과 판례는 수급인에 의한 상계는 물론 도급인에 의한 상계도 반드시 현실이행 하여야 할 이익이 있는 것이 아니므로 상대방의 항변권을 부당하게 소멸시킨다고 보기 어렵고, 오히려 당사자 사이의 법률관계를 간명하게 하고, 소송경제에도 부합한다는 점에서⁸²⁾ 동시이행관계에 있는 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 보수채권 사이의 상계를 양 채권의 대등액에서 허용하고 있다.⁸³⁾ 앞서 본 일부거절설의 기초가 된 입장에서도 그 금전채권의 가분성을 기초로 상계를 금지할 이유는 없다고 본다. 다만, 전부거절설의 기초가 되는 논의 중 입법자의 의사를 기초로 한 입장에서는 상계권의 확보를 위해 동시이행관계를 인정된 것으로 보기 때문에 상계를 허용하는 것에 문제가 되지 않을 것이다. 그러나 전부거절설 중 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 하자보수청구권의 법적 성질의 동일성을 강조하는 입장에서는 하자보수에 갈음하는 손해배상채권이 통상의 금전채권과는 다른 성격의 것으로, 보수채권의 지급과 별개로 현실적으로 이행될 필요성이 있다는 점에서 양 채권의 상계는 부정될 가능성이 큰데, 이는 상계를 허용하고 있는 통설과 판례의 입장과 일치하지 않는 문제가 있다.

2) 상계의 소급효과의 관계

(1) 학설과 판결의 입장

연구대상판결에서는 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 수급인의 보수채권이 전부 동시이행관계에 있다는 전제 하에 상계의 의사표시를 한 날

82) 주석민법[채권각칙(4)], 267면(이준형 집필부분), 270.

83) 대법원 1989.12.12. 선고 88다카18788 판결; 대법원 1996.7.12. 선고 96다7250, 7267 판결 등.

다음날부터 상계 후의 잔여보수채권에 대한 이행지체가 발생한다고 판시하였다. 그러나 비교대상판결¹에서는 “도급인의 손해배상 채권과 동시이행관계에 있는 수급인의 공사대금채권은 공사잔대금채권 중 위 손해배상채권액과 동액의 채권에 한하고, 그 나머지 공사잔대금 채권은 위 손해배상 채권과 동시이행관계에 있다고 할 수 없다”는 판시 하에 “원심이 위와 같은 법리에 따라 피고들의 하자보수에 갈음하는 손해의 배상채권 등을 제외한 나머지 잔대금에 대하여 준공검사일 다음날부터 이행지체로 인한 지연손해금의 지급을 명한 것은 정당”하다고 판시하였다.

연구대상판결은 전부거절설을 전제한 상계시설이라고 할 수 있다.⁸⁴⁾ 비교대상판결¹의 경우 “준공검사일”을 어떻게 볼 것인지에 따라 견해가 나눌 수 있지만, 상계적상시설⁸⁵⁾로 이해하는 견해만 보인다. 이에 따르면 “민법 제667조 제2항의 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 하자보수청구권과 병존하여 처음부터 도급인에게 존재하는 권리이고, 일반적으로 손해배상청구권은 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여 **현실적으로 손해가 발생한 때**에 성립하는 것이므로, 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 **하자가 발생하여 보수가 필요하게 된 시점**에서 성립되고(대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55632 판결), 이 때가 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 상계적상시점을 정하는 **이행기**이다. **준공검사일 등의 대금지급기일에 이미 하자는 발생되어 있다** 할 것이므로 양 채권의 상계적상일은 **통상 준공검사일 등의 대금지급기일**일 것이다.”라고 하여 준공검사일은 보수채권의 대금지급기일임과 동시에 하자발생일로서 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 이행기(기한의 정함이 없는 채무는 성립시가 이행기임)라고 보아 위 준공일을 상계적상일로 본다.

(2) 검토

생각건대, 상계적상시설은 아래에서 보는 바와 같은 몇 가지 점에서 문제가 있다.

첫째, 상계의 소급효 문제는 이론의 관점에서는 상계적상시설이 타당하지만, 이론적 관점에 더해 고려해야 할 점은 하자보수비용의 확정과 정리가 곤란하다는 현실적인 문제이다. 즉, 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 액수는 당사자에게 있어서 그 인식이 통상 곤란한 경우가 많고, 하자의 유무 및 보수금액을 둘러싸고 분쟁이 생겼을 경우, 소송절차에 의한 그 확정작업에 상당한 시일을 필요로 하는 경우도 적지 않으며, 그러한 경우에 상계 후의 잔여보수채권에 대한 지연손해금을 상계 이전으로 소급하여 인정하는 것이 도급인에게 가혹한 결과가 되는 경우도 적지 않다는 실정도 고려할 필요가 있다는 것이다. 이는 앞서

84) 주석민법[채권각칙(4)], 267(이준형 집필부분), 271; 주석 민법[채권총칙(4)], 531-532(강경구 집필부분); 윤재윤, (2018), **건설분쟁관계법(제7판)**, 박영사, 321.

85) 최진수, (2007), **지연손해금청구, 사법연수원 논문집**, 4, 사법연수원, 34.

전부거절설의 기초가 된 논의 중 입법자의사에 기초한 전부거절설의 주요논거이다.

둘째, 이론적 관점에서도 상계의 소급효는 제한적이라는 점이다. 즉, 민법 제 493조 제2항에 말하는 상계의 소급효는 어디까지나 상계의 대상이 된 두 채권이 결제되었다고 하는 기대를 보호하는 데 필요한 범위 내에 한정되는 것에 그치고,⁸⁶⁾ 상계의 의사표시 전에 생긴 법률관계를 뒤집을 수 없다고 하는 것이 통설,⁸⁷⁾ 판례⁸⁸⁾이다. 따라서 만일 상계의 의사표시 이전에 상계에 의해 소멸하는 손해배상채권을 초과하는 보수채권에 대해 도급인이 동시이행의 항변권에 기해 이미 이행지체책임을 면하는 이익을 받은 경우 그 이익을 상계의 소급효에 의해 뒤집을 수는 없게 된다. 즉, 연구대상판결과 같이 동시이행의 항변권에 기한 전부거절설에서는 도급인은 상계적상시 이후 상계시까지도 보수채무 전부에 대해 이행지체책임을 면하게 되므로, 상계의 소급효를 이 경우 제한하더라도 이론적 관점에서 문제가 되지 않는다.

셋째, 상계적상시설은 그 자체의 이론적 모순이 있다. 일본의 상계적상시설은 전부거절설을 전제로 대체로 보수채권의 변제기보다 손해배상채권의 변제기가 늦은 경우에 손해배상채권의 변제기를 상계적상일로 본다. 즉, 보수채권과 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과는 그 전액이 동시이행의 관계에 있을 때 도급인 및 수급인의 어느 한쪽으로부터 상계의 의사표시가 이루어진 경우, 양 채권은 상계적상시로 소급하여 그 대등액에서 소멸하고, 그 결과 잔여보수채권은 상계적상시로 소급하여 동시이행의 항변권이 부착되지 아니한 채권이 되고, 상계적상시 된 날의 다음 날부터 지체에 빠진다고 해석하는 것이다.⁸⁹⁾ 그런데, 우리나라의 상계적상시설은 비교대상판결1과 같이 일부거절설을 전제로 한다. 그렇다면, 상계의 의사표시를 하기 전까지는 하자보수에 갈음하는 손해배상채권과 동액 범위 내의 보수채권만이 동시이행관계에 있고, 도급인은 그 범위 내에서만 이행지체책임을 지지 않게 된다. 따라서 손해배상채권을 초과하는 잔여보수채권에 대해서는 도급인은 “잔여보수채권의 변제기 다음날”부터 지체책임을 지는 것이지, 상계적상시 다음날부터 지체책임을 진다고 보는 것은 이론적 모순이다. 결국 상계적상시설이 타당한 경우란 보수채권의 변제기와 손해배상채권의 변제기가 동일해서 비교대상판결1의 준공일이 상계적상일이 되는 경우뿐이다.

넷째, 상계적상시설이 전제한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 변제기에 대한 판단이 잘못되었다. 즉, 상계적상시설이 지적하는 바와 같이 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 하자발생시 성립하는 것이지만(대법원 2000. 3. 10.

86) 주석 민법[채권총칙4], 531(강경구 집필부분).

87) 주석 민법[채권총칙4], 532-533(강경구 집필부분).

88) 대법원 2015.10.29. 선고 2015다32585 판결.

89) 西川知一郎, (2000), 請負人の報酬債権と注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償債権との相殺がされた後の報酬残債務について注文者が履行遅滞による責任を負う時期, 最高裁判所判例解説 民事篇 平成9年度, 889.

선고 99다55632 판결), 연구대상판결에서는 도급인의 “하자보수채권(하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 의미한다)의 변제기는 피고(도급인)가 그 권리를 행사한 때”라고 판시하고 있는데, 이 판시는 타당하고 본다. 왜냐하면, 도급계약의 체결, 일의 완성, 목적물의 하자라는 요건을 갖추면, 하자담보책임의 내용으로서 하자보수채권과 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 선택적 관계에 있기 때문에 하자의 발생 외에 적어도 도급인이 어느 한쪽의 권리를 선택하여 행사할 필요가 있기 때문이다.⁹⁰⁾ 즉, 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권은 그 법적 성질이 형성권⁹¹⁾으로 파악하든 청구권으로 파악하든 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 행사하여 그 의사표시가 수급인에게 도달하여야 수급인은 도달일 다음날부터 하자보수에 갈음하는 손해배상의무를 부담하게 되기 때문이다. 판례가 하자보수에 갈음하는 손해배상액의 산정시기를 그 채권행사로 보는 것이나⁹²⁾ 도급인이 인도받은 목적물에 하자가 있는 것만을 이유로, 하자의 보수나 하자의 보수에 갈음하는 손해배상을 청구하지 아니하고 막바로 보수의 지급을 거절할 수는 없는 것이라고 하고 있는 것⁹³⁾도 위의 관점에서 보면 당연하다고 할 수 있다. 결국 연구대상판결에서 하자보수에 갈음하는 손해배상채권의 변제기를 채권의 행사시로 본 것은 타당하고,⁹⁴⁾ 이 경우 상계적상일은 공사대금채무의 변제기인 준공검사일보다 늦은 “하자보수에 갈음하는 손해배상채무의 변제기”가 될 것이다.

4. 연구대상판결에 대한 검토

1) 연구대상판결의 구성

연구대상판결의 판시는 크게 두 부분으로 구성되어 있다.

첫째, 민법 제663조 제2항과 제3항에 의해 도급인의 ‘하자보수청구권’과 ‘하자보수에 갈음하는 손해배상채권’은 특별한 사정이 없는 한 수급인의 도급인에 대한 ‘공사대금채권’과 동시이행의 관계에 있고, 이로 인해 도급인이 하자보수나 이에 갈음하는 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한 도급인의 공사비 지급채무는 이행지체에 빠지지 않는다(다만, 신의칙이나 권리남용에 해당할 수 있음)고 판시한 부분(이하 “판시 ①부분”이라고 한다)이다.

둘째, 수급인의 공사비채권(56,112,320원)의 변제기는 이 사건 건물의 준공, 인

90) **주석민법[채권각칙(4)]**, 267, 324(이준형 집필부분).

91) **주석민법[채권각칙(4)]**, 267, 324(이준형 집필부분)에서는 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권을 형성권으로 본다.

92) 대법원 1994.10.11. 선고 94다26011 판결.

93) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다33056 판결.

94) 나아가 설사 하자가 현실적으로 발생한 것으로 볼 수 있는 시점에 하자보수에 갈음하는 손해배상채권이 성립한다고 하더라도 “준공검사일”에 하자가 구체적으로 발생한 것인지는 의문이다. 따라서 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 하자가 발생하고, 그 하자를 구체적으로 특정하여 그 권리를 행사한 때에 성립되는 것으로 봄이 타당하다.

도일(1985. 4. 26.)이고, 도급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채권⁹⁵⁾(38,306,119원)의 변제기는 도급인이 그 권리를 행사한 때(1986. 10. 2.)인데, 도급인이 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 자동채권으로 하고, 수급인의 공사비잔대금채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 경우(1986. 10. 10.), 상계적상일(1986. 10. 2.) 다음날이 아니라 “상계의 의사표시를 한 다음날”(1986. 10. 11.)부터 이행지체에 빠진다고 판시한 부분(이하 “판시 ②부분”이라고 한다)이다.

2) 연구대상판결의 검토

(1) 이행지체 저지효의 범위

판시 ①부분은 동시이행의 항변권의 효과로서 “이행지체 저지효”와 관련한 부분이다. 그런데 판시 ①부분에서 동시이행의 항변권에 기한 이행지체 저지효의 범위가 어디까지인지가 명확하지 않은데, 이를 위해 원심판결을 보면, 원심판결은 “도급인은 동시이행의 항변권에 터잡아 공사대금채무에 대하여 위 상계의 의사표시 이전에는 이행지체의 책임을 지지 않는다”고 할 것이므로, 양채권은 1986. 10. 2. 상계적상에 이르러 양채권의 원금채권액⁹⁶⁾이 대등액에서 소멸하고, 금 17,806,301(56,112,320-38,306,119)원의 공사대금채권만 남으며, 도급인은 수급인에게 위 잔존공사대금 17,806,201원 및 이에 대한 위 상계의 의사표시 다음날인 1986. 10. 11.부터 완제일까지 약정지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판시하였고, 연구대상판결은 이러한 원심의 판시가 타당하다고 판시한다. 즉, 연구대상판결은 동시이행의 범위에서 전부거절설에 기초하고 있다. 그러나 전부거절설을 취한 이유에 대해서는 밝히지 않고 있다.

그러나 연구대상판결에서 동시이행의 항변권에 기해 전부거절설을 취한 것은 앞서 살펴 본 대로, i) 하자보수에 갈음한 손해배상채권과 보수채권 사이의 동시이행의 항변권은 비쌍무계약상 동시이행의 항변권에 해당하므로, ii) 제667조 제3항에서 제536조를 준용한 취지를 살펴 그 동시이행의 항변권에 기한 이행거절의 범위를 결정할 필요가 있는데, iii) 그 준용의 취지가 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 상계권을 대금감액적으로 행사할 수 있도록 특별히 동시이행관계를 설정한 것이라고 보는 것이 가장 적절한 설명이 될 수 있을 것으로 보인다.

(2) 상계의 소급효 문제

판시 ②부분에서 상계적상일 다음날이 아니라 상계의 의사표시 다음날부터 잔

95) 연구대상판결에서는 “하자보수채권”이라고 판시하고 있으나, 원심판결의 사실관계에 비추어 “하자보수에 갈음하는 손해배상채권”이라고 봄이 타당하다.

96) 상계적상일 이전에 변제기가 도래한 공사대금채무에 대한 지연손해금은 발생하지 않음을 전제로 하고 있다.

여보수채무의 이행지체책임을 지도록 한 것은 i) 하자보수에 갈음한 손해배상 청구에서 하자보수비용의 확정¹이 현실적으로 용이하지 않다는 현실적인 문제를 고려하여 그 하자보수비용 확정 전에 보수채무의 변제기가 도래하는 상황에서 도급인이 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 상계권을 대금감액을 위해 행사할 수 있도록 제667조 제3항에서 제536조를 준용하여 하자보수에 갈음하는 손해배상채권에 기한 동시이행의 항변권의 행사로 보수채무 전부를 거절할 수 있다는 현실적 관점과 ii) 상계의 소급효가 전부거절설에 의한 이행지체책임의 면제이익을 뒤집을 수 없다는 이론적 관점에서 정당화될 수 있다고 본다.

참고문헌

I. 주석서, 단행본

1. 국내문헌

- 편집대표 곽윤직, (1992), **민법주해[XIII]채권(6)**, 박영사.
편집대표 곽윤직, (1992), **민법주해[XV]채권(8)**, 박영사.
편집대표 김용덕, (2020.10), **주석민법[채권총칙(4)](제5판)**, 한국사법행정학회.
편집대표 김용담, (2016.06), **주석민법[채권각칙(1)](제4판)**, 한국사법행정학회.
편집대표 김용담, (2016.06), **주석민법[채권각칙(4)](제4판)**, 한국사법행정학회.
곽윤직, (2002), **채권각론(신정수정판)**, 박영사.
김형배, (2001), **채권각론 《계약법》(신정판)**, 박영사.
양창수/김재형, (2015), **계약법(민법 I)**, 박영사.
윤재윤, (2018), **건설분쟁관계법(제7판)**, 박영사.
이은영, (2007), **채권각론**, 박영사.
민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회편, (1957), **민법안심의록(상권)**, 민의원법제 사법위원회 민법안 심의소위원회.
김계순, (2006), **동시이행의 항변권에 관한 연구**, 이화여자대학교 박사학위논문.

2. 일본문헌

- 幾代通/廣中俊雄編, (1989), **新版 注釋民法(16) 債權(7)**, 有斐閣.
谷口知平/五十嵐清編, (2010), **新版 註釋民法(13) 債權(4)(補訂版)**, 有斐閣.
平井宣雄, (2008), **債權各論 I 上 契約總論**, 弘文堂.
廣中俊雄編, (1987), **民法修正案(前三編)の理由書**, 有斐閣.
中田裕康, (2020), **契約法**, 有斐閣.
廣中俊雄, (1994), **債權各論講義(第6版)**, 有斐閣.
我妻榮, (1962), **債權各論中卷二(民法講義 V 2)**, 岩波書店.
平野裕之, (2007), **民法總合 5 · 契約法(第 3 版)**, 信山社.
潮見佳男, (2017), **債權總論 II(第 2 版)**, 信山社.
法務大臣官房司法法制調査部監修, (1984), **法典調査會民法議事速記録 <4> (日本近代立法資料叢書4)**, 商事法務研究會.

II. 논문

1. 국내문헌

- 김득환, (2004), 매수인의 대금지급거절에 관한 법률관계, **사법연수원논문집**, 2, 사법연수원.
- 박해성, (1994), 매수인의 양도소득세 부담약정과 동시이행, **법조**, 43(8), 법조협회.
- 오문기, (2001), 동시이행의 항변권의 근거 및 인정 범위, **재판과 판례**, 10, 대구판례연구회.
- 윤근수, (2003), 도급인이 하자보수를 청구하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있는 범위, **판례연구**, 14, 부산판례연구회.
- 이동진, (2015), 채권양도, 부당이득, 동시이행, **비교사법**, 22(1), 한국비교사법학회
- 이은영, (1987), 쌍무계약과 동시이행의 항변권, **고시연구**, 14(7), 국가고시학회.
- 임채홍, (1970). 동시이행의 항변권은 도급임대차계약에 적용될 수 있는가”, **사법행정**, 11(3), 한국사법행정학회.
- 최공용, (1972), 비쌍무계약에서 인정되는 동시이행항변권, **사법행정**, 13(3), 한국사법행정학회.
- 최진수, (2007.01), 지연손해금청구, **사법연수원논문집**, 4, 사법연수원.
- 홍기태, (2001), 공사 도급인이 하자보수청구권을 행사하여 동시이행의 항변을 할 수 있는 기성공사대금의 범위, **대법원판례해설**, 38, 법원도서관.

2. 일본문헌

- 内山尚三, (1979.4), 相互に債權額の異なる請負人の報酬債權と注文者の目的物の瑕疵に代える損害賠償債權とを相殺することの可否, **判例タイムズ**, 378.
- 森田修, (2009), 瑕疵修補に代わる損害賠償請求權と報酬請求權との同時履行, **別冊ジュリスト**, 196, 民法判例百選Ⅱ債權 [第6版].
- 八木一洋, (2000), 請負契約の注文者が瑕疵の修補に代わる損害賠償債權をもって報酬全額の支拂との同時履行を主張することの可否, **最高裁判所判例解説 民事篇 平成9年度(上)**.
- 松本克美, (2011.6), 建築請負目的物の瑕疵と同時履行の抗弁權, **立命館法學**, 335.
- 松本克美, (2008), 請負人の瑕疵担保責任に基づく注文者の損害賠償請求權と相殺—請負人からの相殺否定説をめぐって, **円谷峻・松尾弘編, 損害賠償法の軌跡と展望山田卓生先生古稀記念論文集**, 日本評論社.
- 森田宏樹, (1998.6), 請負の瑕疵修補に代わる損害賠償債權と報酬全額の支拂との同時履行關係, **ジュリスト臨時増刊**, 1135.
- 沖野眞己, (1997.9), 請負契約において目的物に環流あるときの瑕疵修補に代わる損害賠償債權と報酬債權の問の同時履行關係の成否と範圍, **法學教室**,

204.

潮見佳男, (1998), 相殺の意思表示のない場合における民法634条2項の損害賠償債権と請負代金債権の関係, **私法判例リマックス (法律時報別冊)**, 16.

西川知一郎, (2000), 請負人の報酬債権と注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償債権との相殺がされた後の報酬残債務について注文者が履行遅滞による責任を負う時期, **最高裁判所判例解説 民事篇 平成9年度**.

<Abstract>

Delay in performance of the remaining construction payment obligation after offsetting the contractor's maintenance claims and the owner's liability for damages in lieu of defect compensation

-research object judgment: Supreme Court 1989. 12. 12. Declaration 88

Daka 18788 Judgment -

Kim Tae-Kwan(Professor, Law School, Yonsei University)

The research object judgment mainly consists of two parts.

First, the contractor's obligation to repair defects and the obligation to pay defect maintenance costs are in a simultaneous performance relationship with the owner's obligation to pay for the construction work. as a result, as long as the contractor holds the right to repair the defect or claim damages and exercises it, the owner's obligation to pay for the construction work will not be delayed.

Second, the deadline for the owner's obligation to pay for the construction work is the completion date of the building, and the deadline of the contractor's obligation to repair defects and the obligation to pay defect maintenance costs is when the contractor exercises its rights. however, if the owner sets off the balance of the project payment receivable, the performance of the contract shall be delayed from the day after the statement of intention to set off.

The research subject judgment is based on the all-rejection theory to the extent of performance refusal based on the simultaneous defense right. however, the reason for adopting the all-rejection theory is not disclosed.

However, it seems that the following matters were taken into consideration when the research object judgment took the all-rejection theory based on the defense right of simultaneous performance.

i) the defense of simultaneous performance between the claim for damages based on defect maintenance and the claim for construction work falls under the defense of simultaneous performance under a non-bilateral contract.

ii) it is necessary to investigate the fact that Articles 667, Paragraph 3 to Article 536 of the Civil Code have been applied mutatis mutandis, and determine the scope of performance refusal based on the defense right of simultaneous performance.

iii) the purpose of the above provisions seems to be to set up a

simultaneous performance relationship so that the redemption right based on the claim for damages can be exercised to reduce the price. In addition, the reason why owner was liable for delay in fulfilling the residual maintenance obligation from the day after the indication of the intention to set off was as follows.

i) this takes into consideration the practical problem that it is not practically easy to determine the defect repair cost in the claim for damages.

ii) the retroactive effect of set-off cannot overturn the exemption from responsibility for delay in performance.

[keyword] construction contract, defect maintenance, simultaneous performance, delay in performance, set-off

필자정보

1. 소속기관: 연세대학교 법학전문대학원
2. 전공: 민법
3. 우편번호 및 주소: 03722 서울시 서대문구 연세로 50, 연세대학교 광복관 405호
4. 전화 및 휴대폰: 02-2123-2998/010-9046-6709
5. 전자우편: tktkim1@yonsei.ac.kr