

4. 채권각칙

가. 동시이행항변

1) 요건사실

동시이행 항변의 요건사실은 ① ‘(동시이행관계 있는) 반대채권의 발생 사실’, ② ‘항변권의 행사 사실’이다.

위 ① 요건은 원고의 청구원인 사실에서 이미 드러나 있는 경우가 많을 것이다. 동시이행관계는 ㉠ 쌍무계약, ㉡ 법률의 규정, ㉢ 당사자 간의 약정, ㉣ 공평의 관념과 신의칙에 의해서 인정될 수 있다.³⁰²³⁾

위 ② 요건은, 동시이행의 항변권은 당사자가 이를 원용하여야 그 인정 여부에 대하여 심리할 수 있는³⁰²⁴⁾ 이른바 ‘권리항변’이기 때문에 필요하다.

소지인이 약의 또는 중대한 과실로 인하여 동인이 이를 취득한 사실을 주장 입증하지 않는 한 발행인으로서의 어음채무를 부담하는 것”이라고 판시한 바 있고(74다902), ‘중대한 과실의 존재’를 요증사항으로 하여 판시하고 있다(2005다27287(수표), 99다58471(주권), 99다71573(양도성예금증서), 85다카1189(약속어음) 등).

3023) ◎ 동시이행관계 일반론

동시이행의 항변권은 공평의 관념과 신의칙에 입각하여 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 제도로서, 쌍무계약에서 서로 대가관계에 있는 당사자 쌍방의 의무는 원칙적으로 동시이행의 관계에 있고, 위와 같은 제도의 취지에서 볼 때 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에 있어 고유의 대가관계에 있는 채무가 아니라고 하더라도, 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정 내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권을 인정할 수 있다(2004다24557). 이러한 법리는 민법 제536조 제1항뿐만 아니라 같은 조 제2항에서 정한 이른바 ‘불안의 항변권’의 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다215791 판결).

원래 쌍무계약에서 인정되는 동시이행의 항변권을 비쌍무계약에 확장함에 있어서는 양 채무가 동일한 법률요건으로부터 생겨서 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우라야 한다(2000다36118).

하나의 계약 혹은 그 계약에 추가된 약정으로 둘 이상의 민법상의 전형계약 내지 민법상의 채권적 권리의무관계가 포괄되어 있고, 이에 따른 당사자 사이의 여러 권리의무가 동일한 경제적 목적을 위하여 서로 밀접하게 연관되어 있는 경우에는, 이를 민법상의 전형계약 등에 상응하는 부분으로 서로 분리하여 그 각각의 전형계약 등의 범위 안에서 대가관계에 있는 의무만을 동시이행관계에 있다고 볼 것이 아니고, 당사자 일방의 여러 의무가 포괄하여 상대방의 여러 의무와 사이에 대가관계에 있다고 인정되는 한, 이러한 당사자 일방의 여러 의무와 상대방의 여러 의무는 동시이행의 관계에 있다고 볼 수 있다(① 공사도급계약의 도급인이 자신 소유의 토지에 근저당권을 설정하여 수급인으로 하여금 공사에 필요한 자금을 대출받도록 한 사안에서, 수급인의 근저당권 말소 의무는 도급인의 공사대금채무에 대하여 공사도급계약상 고유한 대가관계가 있는 의무는 아니지만, 담보 제공의 경위와 목적, 대출금의 사용용도 및 그에 따른 공사대금의 실질적 선급과 같은 자금지원 효과와 이로 인하여 도급인이 처하게 될 이종지급의 위험 등 구체적인 계약관계에 비추어 볼 때, 이행상의 견련관계가 인정되므로 양자는 서로 동시이행의 관계에 있고, 나아가 수급인이 근저당권 말소 의무를 이행하지 아니한 결과 도급인이 위 대출금 및 연체이자를 대위변제함으로써 수급인이 지게 된 구상금채무도 근저당권 말소 의무의 변형물로서 그 대등액의 범위 내에서 도급인의 공사대금채무와 동시이행의 관계에 있다고 한 사례(2007다35152), ② 甲의 대지 위에 甲 명의로 건축허가를 받아 乙이 3층 건물을 신축한 뒤 일부 층은 甲, 나머지 층은 乙의 소유로 하고 그 비율에 따른 대지지분을 乙에게 이전하기로 한 경우, 그로 인한 甲과 乙 사이의 여러 권리의무가 전체로서 동시이행관계에 있다고 인정한 사례(95다1521)).

당사자 쌍방이 각각 별개의 약정으로 채무를 부담하게 된 경우에는 당사자 간의 특약으로 그 채무이행과 상대방의 어떤 채무이행과를 견련시켜 동시이행을 하기로 특약한 사실이 없는 한 상대방이 자기에게 이행할 채무가 있다 하더라도 동시이행의 항변권이 생긴다고 할 수는 없다(89다카23794).

위 ①, ② 요건에 더하여 ③ ‘반대채권의 이행기 도래 사실’이 동시이행 항변의 요건사실인지에 대해서는 전해가 엇갈린다.

2) 동시이행관계

가) 매매계약

부동산의 매매계약이 체결된 경우에는 매도인의 소유권이전등기의무, 인도의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이고, 이 경우 매도인은 특별한 사정이 없는 한 ‘제한이나 부담이 없는’ 완전한 소유권이전등기의무를 지는 것이므로, 매매목적 부동산에 지상권설정등기나 가압류등기,³⁰²⁵⁾ 처분금지가처분등기나 소유권말소예고등기,³⁰²⁶⁾ 매수인의 부동산처분금지가처분등기 후 경료된 가처분 위반의 처분등기,³⁰²⁷⁾ 근저당권설정등기³⁰²⁸⁾ 등이 되어 있는 경우에는, 비록 매매가액에 비하여 소액인 금원의 변제로써 언제든지 말소할 수 있는 것이거나 나아가 아무런 변제도 없이 말소할 수 있는 것이라 할지라도,³⁰²⁹⁾ 매도인은 위와 같은 등기를 모두 말소하여 완전한 소유권이전등기를 해 주어야 하고,³⁰³⁰⁾ 따라서 가압류등기 등이 있는 부동산의 매매계약

3024) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다53187 판결.

3025) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다6368 판결.

3026) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754, 13761 판결.

3027) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다12349 판결: “부동산처분금지가처분등기가 유효하게 기입된 이후에도 가처분 채권자의 지위만으로는 가처분 이후에 경료된 처분등기의 말소청구권은 없으며, 나중에 가처분채권자가 본안 승소판결에 의한 등기의 기재를 청구할 수 있게 되면서 가처분등기 후에 경료된 가처분 내용에 위반된 위 등기의 말소를 청구할 수 있는 것이고, 또 등기공무원도 가처분 이후에 이루어진 가처분 위반등기를 직권으로 말소할 수도 없으므로 가처분 위반의 등기가 소유권이전등기 시에 말소되지 아니한 채 남아 있다면 이는 말소하여야 할 등기상의 부담이라고 보아야 할 것이다. 처분금지가처분등기 때문에 근저당권에 의한 금원을 차용하지 못하였고 피고의 요구가 있으면 언제든지 근저당권을 말소할 수 있는 상태라고 하여도 마찬가지이다.”

3028) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91다23103 판결: “근저당권설정등기가 되어 있는 부동산을 매매하는 경우 매수인이 근저당권의 피담보채무를 인수하여 그 채무금 상당을 매매잔대금에서 공제하기로 하는 특약을 하는 등 특별한 사정이 없는 한 매도인의 근저당권말소 및 소유권이전등기의무와 매수인의 잔대금지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것”

3029) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다6368 판결. 이 판결은, 채무담보를 위하여 근저당권설정등기와 함께 지상권설정등기가 마쳐졌다가 채무의 변제로 근저당권설정등기는 말소되고 지상권설정등기만 남아 있는 경우, 지상권설정등기나 가압류등기가 6백만 원을 변제하면 언제라도 말소될 수 있는 것이고 6백만 원은 매매가인 2억 원에 비하면 적은 금액인 경우에 관한 것이다. 이러한 해석은, 근저당권설정등기 있는 부동산의 매매계약을 해제함에 있어서, 근저당권설정등기의 말소의무에 관한 이행제공은 그 근저당채무가 변제되었다는 것만으로는 부족하고, 근저당권설정등기의 말소에 필요한 서류까지도 준비함이 필요하며, 그 근저당채무가 이미 변제되어 근저당채무자의 신청만 있으면 근저당권자가 그 말소등기절차를 이행하여 주도록 되어 있는 사실만 가지고는 근저당권설정등기 말소의무에 관한 이행의 제공이 있었다고 할 수 없다는 판례(79다1562 판결, 65다1367 판결)와 그 궤를 같이 하는 것이다.

3030) ○ 소유권이전등기청구권이 가압류되어 있어 가압류를 해제하여야만 소유권이전등기를 경료받을 수 있는 자가 그 목적물을 매도한 경우, 매수인은 위 가압류가 해제되어 완전한 소유권이전등기를 경료받을 때까지 동시이행의 항변권을 행사하여 매매잔대금의 지급을 거절할 수 있다(2001다27784, 27791).

○ 토지거래 ‘신고’구역 내 토지에 대한 토지거래 신고필증 제공의무와 매매대금지급의무도 서로 동시이행의 관계에 있다(91다12349).

에 있어서는 매도인의 소유권이전등기 의무와 아울러 가압류등기 등의 말소의무도, 특별한 사정(가압류의 피보전 채무, 저당권의 피담보채무 등에 대한 매수인의 이행인수 계약 등)이 없는 한, 매수인의 잔대금지급의무와 동시이행 관계에 있다.³⁰³¹⁾

매수인이 선이행의무 있는 중도금을 지급하지 않았다 하더라도 계약이 해제되지 않은 상태에서 잔대금 지급일이 도래하여 그 때까지 중도금과 잔대금이 지급되지 아니하고 잔대금과 동시이행관계에 있는 매도인의 소유권이전등기 소요 서류가 제공된 바 없이

3031) 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다8533 판결.

○ 이는 제한물권이나 가압류등기 등의 말소의무를 포함하는 '제한이나 부담이 없는' 완전한 소유권이전등기의 무에 대응하여 매수인의 잔대금지급의무가 동시이행의 관계에 있다는 것이지, 제한물권이나 가압류등기 등의 각 말소의무가 소유권이전등기의무와는 별도로 각각 매수인의 잔대금지급의무에 대응하여 동시이행의 관계에 있다는 의미는 아니라 보아야 한다.

○ 따라서 매수인의 잔대금지급의무 전체와 동시이행관계에 있는 소유권이전등기의무가 이행되지 않은 경우라면, 매도인의 대금청구에 대하여 매수인은 소유권이전등기의무에 터 잡은 동시이행항변권에 따라 잔대금 전부의 지급을 거절할 수 있고 잔대금 전부에 대한 지체책임을 지지 않는다 할 것이며, 제한물권이나 가압류등기 등의 각 말소의무별로 잔대금지급의무와 동시이행관계 있는 범위를 따로 확정, 고려할 필요는 없다. 가령 매도인이 원고가 되어 매수인을 상대로 매매잔대금 10,000,000원의 지급을 구하는 경우, 목적부동산에 채무액 3,000,000원의 저당권설정등기 또는 가압류기입등기가 말소되지 않고 있다면, 주문은 "피고는 원고로부터 ... 부동산에 관하여 ... 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 원고에게 금 10,000,000원을 지급하되 그 중 금 3,000,000원은 위 부동산에 관한 ...저당권설정등기(또는 가압류기입등기)를 말소 받음과 동시에 지급하라"(사법연수원, 민사실무 II(2006), 117면)라고 할 것이 아니라, "피고는 원고로부터 ... 부동산에 관하여 ... 저당권설정등기(또는 가압류기입등기)를 말소받고 ... 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 원고에게 금 10,000,000원을 지급하라"라고 하면 족할 것이다.

○ 반면에, 매수인의 잔대금지급의무 전체와 동시이행관계에 있는 소유권이전등기의무가 이미 이행된 경우라면 제한물권이나 가압류등기 등의 각 말소의무별로 잔대금지급의무와 동시이행관계 있는 범위를 따로 확정, 고려할 필요가 있다. 근저당권등기의 경우에는 채권최고액에 상당하는 매매대금, 가압류등기의 경우에는 청구 금액에 상당하는 매매대금이 그 지급을 거절할 수 있고 지체책임을 면하는 범위이다.

cf. 대법원 2015. 11. 19. 선고 2012다114776 전원합의체 판결: "구 도시 및 주거환경정비법 ... 제47조가 정한 요건에 해당하여 토지·건축물 등(이하 '토지 등'이라고 한다)을 현금으로 청산하여야 하는 경우, 사업시행자인 재건축조합이 부담하는 청산금 지급의무와 토지 등 소유자가 부담하는 권리제한등기 없는 소유권이전의무는 동시이행의 관계에 있다. 다만 토지 등 소유자가 재건축조합에 대하여 토지 등에 관한 소유권이전등기 및 인도를 마쳤으나 근저당권설정등기를 말소하지 아니한 경우, 재건축조합이 구 도시정비법 제47조에 따른 현금청산에서 근저당권설정등기말소와의 동시이행을 주장하여 지급을 거절할 수 있는 청산금의 범위는 동시이행의 항변권이 인정되는 근본 취지에 비추어 공평의 관념과 신의칙에 따라 정하여야 한다. ... 재건축조합은 말소되지 아니한 근저당권의 채권최고액 또는 채권최고액의 범위 내에서 확정된 피담보채무액에 해당하는 청산금에 대하여만 동시이행의 항변권에 기초하여 지급을 거절할 수 있다고 보는 것이 공평의 관념과 신의칙에 부합한다. ... 청산금 전부에 대하여 근저당권설정등기말소와의 동시이행을 주장하여 지급을 거절할 수 있다는 ... 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다."

cf. 대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카1029 판결은 동시이행항변권에 관한 민법 제536조를 참조조문으로 하여 "부동산매매계약에 있어 특별한 약정이 없는 한 매수인은 그 부동산에 설정된 근저당권설정등기가 있어 완전한 소유권이전을 받지 못할 우려가 있으면 그 근저당권의 말소등기가 될 때까지 그 등기상의 담보한도금액에 상당한 대금지급을 거절할 수 있다"고 하였고, 대법원 1996. 5. 10. 선고 96다6554 판결은, 민법 제588조 소정의 대금지급거절권(매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다)에 터 잡아 "지급을 거절할 수 있는 매매대금이 어느 경우이나 근저당권의 채권최고액에 상당하는 금액인 것은 아니고, 매수인이 근저당권의 피담보채무액을 확인하여 이를 알고 있는 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 지급을 거절할 수 있는 매매대금은 확인된 피담보채무액에 한정된다."고 하였다. 위 96다6554 판결은 소유권이전등기가 이미 종료되어 근저당권설정등기의 말소의무만 잔존한 상태에서 매매대금 지급 거절 범위가 문제된 사안이다.

그 기일이 도과하였다면, 특별한 사정(이행기가 지난 후에도 여전히 선이행하기로 하는 약정 등³⁰³²⁾)이 없는 한, 매수인의 중도금 및 잔대금의 지급과 매도인의 소유권이전등기 소요 서류의 제공은 동시이행관계에 있다³⁰³³⁾ 할 것이어서 그 때부터는 매수인은 중도금을 지급하지 아니한 데 대한 이행지체의 책임을 지지 아니하고,³⁰³⁴⁾ “중도금+중도금에 대한 중도금 지급기일 다음날부터 잔대금 지급기일까지³⁰³⁵⁾의 지연손해금³⁰³⁶⁾+잔대금”의 합계액에 대한 매수인의 지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무가 동시이행관계에 있게 된다.

매수인이 매도인을 상대로 매매 목적 부동산 중 ‘일부’에 대해서만 소유권이전등기의무의 이행을 구하고 있는 경우에도 매도인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매잔대금 전부에 대하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다.³⁰³⁷⁾

부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무, 가압류채무, 임대차보증금반환채무 등의 채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 하는 부동산매매계약과 이행인수계약이 함께 이루어진 경우, 특별한 사정이 없는 한 매수인은

3032) 매도인이 매수인으로부터 중도금을 지급받아 원매도인에게 매매잔대금을 지급하지 아니하고서는 토지의 소유권이전등기서류를 갖추어 매수인에게 제공하기 어려운 특별한 사정이 있었고, 매수인도 그러한 사정을 알고 매매계약을 체결하였던 경우, 매도인의 소유권이전등기절차 서류의 제공의무는 매수인의 중도금 지급이 선행되었을 때에 매수인의 잔대금의 지급과 동시에 이를 이행하기로 약정한 것이라고 할 것이므로, 매수인의 중도금 지급의무는 당초 계약상의 잔금지급기일을 도과하였다고 하더라도 매도인의 소유권이전등기서류의 제공과 동시이행의 관계에 있다고 할 수 없다(96다31109).

3033) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017다3222, 3239 판결: “매매계약에서 대가적 의미가 있는 매도인의 소유권이전 의무와 매수인의 대금지급의무는 다른 약정이 없는 한 동시이행의 관계에 있다. 설령 어느 의무가 선이행의무라고 하더라도 이행기가 지난 때에는 이행기가 지난 후에도 여전히 선이행하기로 약정하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 의무를 포함하여 매도인과 매수인 쌍방의 의무는 동시이행관계에 놓이게 된다.”

3034) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결 등.

3035) 잔대금 지급기일 당일의 지연손해금도 포함되는 것은 민법 제536조 단서에 따라 상대방의 의무가 변제기, 즉 이행 기한을 도과해야 동시이행항변권이 발생하기 때문이다.

3036) = 미지급 중도금×약정 지연손해금률 또는 연 5%·6%의 민사·상사 법정이율×기간.

3037) 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다53187 판결.

그러나 ① 매수인인 원고가 여러 필지의 토지를 매수하였다고 주장하고 소유권이전등기를 청구하였으나 사실은 매매대금의 일부만 지급되었고 매도인인 피고가 동시이행의 항변을 하는 경우, 그 토지의 매매계약이나 그 이행이 불가분적인 것이 아니어서 그 일부에 관하여만 매매계약이 유효하거나 일부 토지에 관하여만 소유권이전등기가 가능하여 그 일부 토지에 대하여만 소유권이전등기를 명하는 경우에는, 매수인이 지급한 매매대금의 합계액이 소유권이전등기를 명하는 토지의 매매대금에 미치지 못하는 때에 한하여, 그 범위 안에서만 동시이행의 항변을 받아들여 부족한 매매대금의 수령과 동시이행을 명하는 판결을 할 수 있다고 볼 것이고, 이미 지급한 매매대금액이 이전등기를 명하는 토지가액을 넘는 경우에는 동시이행을 명하여서는 아니 된다. 그렇지 아니하면 원고가 이전등기를 받을 수 없거나 이전등기를 받지 아니하는 토지의 대금까지도 지급을 명하는 결과가 되어 부당하다(92다32807). ② 토지의 일부를 매매한 후 대금 감액의 합의가 되어 매도인이 매수인에게 이미 지급받은 대금의 일부를 반환할 의무를 부담한 상태에서 매수인 명의로 토지 전체에 대한 소유권이전등기를 경료한 경우, 매수인의 매도인에 대한 매매 목적 이외의 토지 부분에 관한 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행의무와 매도인의 매수인에 대한 대금 반환의무는 공평의 견지에서 서로 대가적 의미를 지니고 있어 그 이행에 있어서 견련관계를 인정함이 타당하므로 상호 동시이행의 관계에 있다고 볼 수 있다(98다53899 판결, 97다54604, 54611 판결).

매매대금에서 매매목적물에 관한 채무인수액을 공제한 나머지를 지급함으로써 잔금지급 의무를 다한 것이 되고,³⁰³⁸⁾ 매수인의 인수채무불이행 또는 매도인의 임의변제로 인한 매수인의 손해배상채무 또는 구상채무와 매도인의 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있다.³⁰³⁹⁾

분양권매매계약의 체결 당시 매매계약서상의 명목상 매매대금을 실제 매매대금보다 줄여서 기재하고 그 차액에 해당하는 금원에 관해 따로 현금보관증을 작성하여 둔 경우, 매수인의 위 금원 지급의무와 매도인의 수분양자명의 변경절차이행의무는 동시이행의 관계에 있다.³⁰⁴⁰⁾

3038) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2008다3053, 3060 판결 등.

3039) ○ 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다23193 판결: “부동산매매계약과 함께 이 사건과 같은 이행인수계약이 이루어진 경우, 매수인이 인수한 채무는 매매대금지급채무에 갈음한 것으로서, 피고가 원고의 이 사건 인수채무불이행으로 말미암아 또는 임의로 원고를 대신하여 위 인수채무를 변제하였다면, 그로 인한 손해배상채무 또는 구상채무는 위 인수채무의 변형으로서 매매대금지급채무에 갈음한 것의 변형이므로, 원고의 위 손해배상채무 또는 구상채무와 피고의 이 사건 소유권이전등기의무는 대가적 의미가 있어 이행상 견련관계에 있다고 인정되고, 따라서 양자는 동시이행의 관계에 있다고 해석함이 공평의 관념 및 신의칙에 합당하다고 하겠다.”

○ 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007다3285 판결: 원심이, 약정 잔금지급일 후에 발생한 기존 대출금에 대한 이자 23,401,220원은 매수인인 원고들이 부담하여야 할 것이나, 매매계약의 내용과 목적 및 불이행의 결과 등에 비추어 원고들의 위 이자 납부의무는 매매계약에 있어 매수인의 주된 채무라고 볼 수 없으므로 매도인인 피고의 수분양자명의 변경절차이행의무와 서로 이행상의 견련관계에 있다고 할 수 없다는 이유로, 동시이행항변을 배척한 데 대하여, 대법원은, “피고가 기존 대출금에 대한 위 약정 잔금지급일 후의 이자를 원고를 대신 변제하였다면 그로 인한 원고들의 피고에 대한 그 이자 상당액의 구상채무는 원고들이 인수키로 한 기존 대출금 채무의 내용에 속하는 이자 채무의 변형으로서 결국 매매대금 지급채무에 갈음한 것의 변형에 속하는 것이므로, 이러한 원고들의 위 이자 상당액의 구상채무와 피고의 수분양자명의 변경절차이행의무는 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계에 있다고 보아야 할 것이다.”라고 한 예.

○ 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다13877 판결: “교환계약에서 당사자의 일방이 교환 목적물인 각 재산권의 차액에 해당하는 금원인 보충금의 지급에 갈음하여 상대방으로부터 이전받을 목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하기로 약정한 경우, 특별한 사정이 없는 한 채무를 인수한 일방은 위 보충금을 제외한 나머지 재산권을 상대방에게 이전하여 줌으로써 교환계약상의 의무를 다한 것이 된다 할 것이고, 다만 채무를 인수한 일방이 인수채무인 근저당권의 피담보채무의 변제를 게을리함으로써 교환 목적물에 관하여 설정된 근저당권의 실행으로 임의경매절차가 개시되었거나 개시될 염려가 있어 상대방이 이를 막기 위하여 부득이 피담보채무를 변제한 경우 등 채무를 인수한 일방이 보충금을 지급하지 아니한 것으로 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 상대방은 채무인수인에 대하여 동액 상당의 손해배상채권 또는 구상채권을 갖게 되는 것이며, 한편 이와 같은 특별한 사정이 있다는 사유를 들어 교환계약을 해제할 수도 있는 것이다. … 소외 1의 위 대출이자지급의무는 피고의 위 소유권이전등기의무보다 선이행의무이고, 피고의 위 소유권이전등기의무는 소외 1의 위 대출원금지급의무보다 선이행의무라고 할 것인데, 소외 1과 피고의 위 각 의무는 모두 그 각 이행기에 이행되지 않은 채 이 사건 교환계약이 해제되지 않은 상태에서 각 이행기를 도과하였으므로, 각 이행기 도과 이후 피고가 위 해제통고를 한 1996. 1. 19. 당시에는 쌍무계약인 이 사건 교환계약에 기한 소외 1의 위 대출원리지급의무(또는 피고가 당시까지 위 대출금의 이자채무를 위 은행에 변제한 범위 내에서는 소외 1의 위 대출이자지급의무의 변형인 소외 1의 피고에 대한 구상채무)와 피고의 위 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있었다고 할 것이고, 따라서 피고가 1996. 1. 19. 위 해제통고를 함에 있어서는, 그 최고기간인 1996. 1. 31.까지 자기의 반대채무인 소유권이전등기의무의 이행 또는 그 이행의 제공을 하여야 위 약정해제권을 적법하게 취득하고 최고기간의 만료로 해제의 효력이 발생한다고 할 것이다.”

3040) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007다3285 판결: 원심이, 현금보관증상의 금원은 실질적으로는 매매대금의 일환이라고 할 것이나 원·피고들은 위 금원의 지급에 관하여 매매계약서상의 채무의 이행과는 별도로 그 지급방법과 시기 등을 정한 바 있으므로, 원고들의 피고에 대한 위 금원의 지급의무와 피고의 원고들에 대한 아파트 수분양자명의 변경절차이행의무는 서로 대가적 의미가 있는 견련관계에 있다고 할 수 없다는 이유로, 동시이행항변을 배척한 데 대하여, 대법원은, “위 금원의 지급시기를 이 사건 매매계약서상의 잔금지급일 이전으로

부동산 매매계약에서 매수인이 부가가치세나 양도소득세를 부담하기로 약정³⁰⁴¹⁾한 경우 그 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관한 약정에 따라 동시이행 관계 여부가 정해진다(부가가치세는 특별한 사정이 없는 한 소유권이전등기의무와 동시이행의 관계에 있다).³⁰⁴²⁾

주식 양도·양수계약상으로 발행주식 전부 또는 지배주식의 양도의무 및 경영권 양도의무가 대금지급의무와 동시이행관계에 있다 하더라도 주문에서 동시이행 대상으로 별도로 경영권의 양도를 명할 필요는 없다.³⁰⁴³⁾

정한 점, 위 금원의 지급방법에 관한 약정 위반 시는 이 사건 매매계약 자체를 무효로 하기로 한 점 등에 비추어 보면, 비록 원·피고들이 위 금원을 매매계약서상의 매매대금에 포함시키지 아니하고 따로 이에 관한 현금보관증을 작성하였다 하더라도, 위 금원은 어디까지나 이 사건 매매대금의 일부에 해당하는 것이라고 하지 않을 수 없는 것이므로, 달리 원·피고들이 위 금원의 지급의무를 이 사건 매매계약과는 무관한 별개의 독립된 채무로 하기로 특별히 약정하였다고 볼 만한 사정이 없는 이상, 원고들의 위 금원 지급의무와 피고의 수문양자 명의 변경절차이행의무는 서로 대가관계에 있는 것이어서 당연히 동시이행의 관계에 있다고 보아야 할 것이다.”라고 한 예.

3041) ◎ 부가가치세 상당액 지급 청구권; 사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 부가가치세 상당액을 그 공급을 받는 자로부터 징수하여야 한다는 부가가치세법 규정은 사업자로부터 징수하는 부가가치세 상당액을 공급을 받는 자에게 차례로 전가시킴으로써 궁극적으로 최종소비자에게 이를 부담시키겠다는 취지를 선언한 것에 불과한 것이어서 사업자가 위 규정을 근거로 공급을 받는 자로부터 부가가치세 상당액을 직접 징수할 사업상의 권리는 없는 것이지만, 거래당사자 사이에 부가가치세를 부담하기로 하는 약정이 따로 있는 경우에는 사업자는 그 약정에 기하여 공급을 받는 자에게 부가가치세 상당액의 지급을 직접 청구할 수 있는 것으로, 부가가치세의 부담에 관한 위와 같은 약정은 반드시 재화 또는 용역의 공급 당시에 있어야 하는 것은 아니고 공급 후에 한 경우에도 유효하며, 또한 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니고 묵시적인 형태로 이루어질 수도 있다(99다33984).

3042) ○ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005다58656, 58663 판결: “부동산 매매계약에 있어 매수인이 부가가치세를 부담하기로 약정한 경우 부가가치세를 매매대금과 별도로 지급하기로 했다는 등의 특별한 사정이 없는 한 부가가치세를 포함한 매매대금 전부와 부동산의 소유권이전등기의무가 동시이행의 관계에 있다고 봄이 상당하다.” ⇨ 원심은, 매수인인 원고가 건물의 공급에 따른 부가가치세를 부담하기로 약정한 사실은 인정되나, 이러한 원고의 부가가치세 지급의무는 피고의 세금계산서 교부의무와 동시이행관계에 있을 뿐, 그것이 피고의 이전등기의무와 서로 대가적 의미를 갖는다고 볼 수는 없다는 이유로 동시이행항변을 배척한 데 대하여, 대법원은, “원심으로서 매수인인 원고가 부가가치세를 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관하여 당사자 간에 어떤 약정이 있었는지를 확정한 다음, 만약 매매대금과는 별도의 시기와 방법으로 부가가치세를 지급하기로 한 것이 아니라면, 부가가치세를 포함한 매매대금 전부와 피고의 이전등기의무가 동시이행의 관계에 있다고 보아야 할 것”이라고 한 예.

○ 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다27977 판결: 부동산 매매계약의 이행각서에 “매도인이 세무서에 신고납부하는 양도소득세액 외에 차후 부과되는 제반 세금추징분에 대하여는 매수인 측이 그 전액을 납부하겠다.”는 취지로운 기재되어 있을 뿐이라면, 원심으로서 매수인인 매도인에게 추정된 양도소득세액을 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관하여 당사자 사이에 어떤 약정이 있었는지를 구체적으로 심리·확정하지 않고서는, 매수인의 그러한 약정상의 조세부담의무가 매도인의 소유권이전등기의무와 서로 동시이행 관계에 있다고 곧바로 단정할 수 없다고 한 사례. ⇨ 대법원 1992. 8. 18. 선고 91다30927 판결: 원심으로서 매도인과 피고의 계약에서 우선 원고가 피고의 토지양도에 따른 양도소득세액을 부담하기로 하였는지의 여부를 밝혀서 만약 원고가 이를 부담하기로 한 경우라면 원고가 이를 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관하여 당사자 간에 어떤 약정이 있었는지를 확정한 다음, 그것이 위 토지에 대한 피고의 소유권이전등기의무와 점권관계에 있다고 볼 수 있는지의 여부를 판단하였어야 함에도 불구하고 막연히 가사 원고가 위 양도소득세액을 부담하기로 하였다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그것이 위 소유권이전의무와 동시이행에 관계가 있지 아니하다고 판단한 것은 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 한 예.

3043) 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017다3222, 3239 판결: “발행주식 전부 또는 지배주식의 양도와 함께 경영권이 주식 양도인으로부터 주식 양수인에게 이전하는 경우 경영권의 이전은 발행주식 전부 또는 지배주식의 양도에 따른 부수적인 효과에 지나지 않아 주식 양도의무와 독립적으로 경영권 양도의무를 인정하기 어렵다.” ⇨ 원심이, 판결이유에서 이 사건 주식 양도·양수계약은 피고 등이 소외 회사 발행 주식 전부와 그에 따른 경영권

나) 도급계약

민법 제665조 제1항³⁰⁴⁴⁾에 따라, 도급인의 공사대금지급의무와 수급인의 건물·대지³⁰⁴⁵⁾ 인도 의무는 동시이행관계에 있다. 민법 제667조³⁰⁴⁶⁾ 제3항에 따라, 도급인의 공사대금지급의무와 수급인의 하자보수 및 그에 갈음한 손해배상의무는 동시이행관계에 있다.³⁰⁴⁷⁾ ‘하자확대손해’로 인한 수급인의 손해배상채무나 그 변형물인 구상채무도 마찬가지이다.³⁰⁴⁸⁾ 도급인의 지체상금채권과 수급인의 공사대금채권은 동시이행의 관계에 있

들을 원고에게 양도하고 원고로부터 그에 대한 매대대금을 지급받는 것을 목적으로 체결되었고 그 후 위 계약에 따른 원고의 매대대금 지급의무와 피고의 주식 양도의무, 경영권 양도의무는 모두 이행기가 지남으로써 당초 계약상 쌍방의 의무 중 어느 의무를 선이행하도록 되어 있었는지와 상관없이 모두 동시이행의 관계에 있다고 기재한 반면, 판결이유는 다른 부분과 주문에서는 피고의 경영권 양도의무를 언급하지 않고 오로지 피고 등의 주식 양도의무와 원고의 매대대금 지급의무만 동시이행관계에 있다고 기재한 데 대하여, 대법원은, ‘원래 이 사건 주식 양도·양수계약상으로는 잔금 지급기일에 피고 등의 경영권 양도의무가 잔존 주식 양도의무와 함께 원고의 미지급 중도금·잔금 지급의무와 동시이행관계에 있으나, 잔금 지급기일에 원고가 잔존 주식을 양도받음으로써 이미 양도받은 주식과 합하면 발행 주식 전부를 취득하게 되고 경영권은 그에 부수하여 이전되므로, 동시이행 대상으로 별도로 경영권의 양도를 명할 필요가 없다. 원심은 이와 같이 원고의 미지급 중도금·잔금 지급의무와 동시이행으로 이행되어야 하는 의무에서 피고의 경영권 양도의무를 제외한 것으로 볼 수 있다.’라고 하여, 원심판결에 잘못이 없다고 한 예. [동일 취지] 양도대상 주식 중 일부만이 양도된 상태에서 주식 및 경영권 양도계약이 무효가 된 이상 양도대상 회사의 주주들은 주주총회에서 양수인이 지정한 이사 등을 해임하는 방법으로 경영권을 행사할 수 있으므로 양수인에게 주식 반환의무 외의 독립된 경영권 반환의무를 인정하기 어렵다고 한 예(2013다29424).

- 3044) 민법 제665조(보수의 지급시기) ① 보수는 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급하여야 한다.
- 3045) 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다22114 판결: “수급인이 공사대금을 변제받을 때까지 동시이행의 항변권에 기하여 인도를 거절할 수 있는 목적물은 도급계약의 목적물인 건물에 한하는 것이 원칙이라고 하겠으나, 그 건물점유의 결과 대지의 점유는 필연적으로 수반되기 때문에 그 건물의 유지사용에 필요한 범위 내의 대지부분에 대해서는 동시이행의 항변권에 기하여 인도를 거절할 수 있다고 풀이하여야 할 것이다. 그러나 위와 같은 항변권은 공사대금을 받을 때까지 건물의 인도를 거부할 수 있는 권능이 있다는 것이지(이 사건 건물은 수급인인 피고와 원시취득하였다는 것이므로 건물의 사용, 수익으로 인한 부당이득문제는 발생할 여지가 없다) 동시이행의 항변권에 의하여 이 사건 대지를 무상으로 사용, 수익할 수 있는 권능이 있다고 할 수는 없다. 건물건축공사 도급계약의 성질면에서도 그렇다. 이러한 도급계약은 수급인이 건물을 완공할 것을 약정하고 도급인이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립되는 계약이므로, 그 특성상 건물완공 시까지 수급인이 건축을 위하여 대지를 무상으로 사용할 권능이 있다고 보는 것이 보통의 경우라 할 것이나, 건물완공 후에도 도급인 아닌 제3자와의 관계에서 수급인에게 대지를 무상으로 사용, 수익할 권능이 있다고 보기는 어렵다.”
- 3046) 민법 제667조(수급인의 담보책임) ① 완성된 목적물 또는 완성전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있다. 그러나 하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때에는 그러하지 아니하다. ② 도급인은 하자의 보수에 갈음하여 또는 보수와 함께 손해배상을 청구할 수 있다. <개정 2014.12.30.> ③ 전항의 경우에는 제536조의 규정을 준용한다.
- 3047) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다31914 판결: “수급인의 하수급인에 대한 하도급 공사대금채무를 인수한 도급인은 특별한 사정이 없는 한 수급인이 하수급인과 사이의 하도급계약상 동시이행의 관계에 있는 수급인의 하수급인에 대한 하자보수청구권 내지 하자에 갈음한 손해배상채권 등에 기한 동시이행의 항변으로서 하수급인에게 대항할 수 있다고 할 것”
- 3048) ○ 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결: “수급인이 도급계약에 따른 의무를 제대로 이행하지 못함으로써 말미암아 도급인의 신체 또는 재산에 손해가 발생한 경우 수급인에게 귀책사유가 없었다는 점을 스스로 입증하지 못하는 한 도급인에게 그 손해를 배상할 의무가 있다고 보아야 할 것이고 ... 민법 제667조 제3항에 의하여 민법 제536조가 준용되는 결과 도급인이 수급인에 대하여 하자보수와 함께 청구할 수 있는 손해배상채권과 수급인의 공사대금채권은 서로 동시이행관계에 있는 점 등에 비추어 보면, 하자확대손해로 인한 수급인의 손해배상채무와 도급인의 공사대금채무도 동시이행관계에 있는 것으로 보아야 할 것이다.”(하수급인이 고의 또는 과실로 미끄럼방지 포장공사의 시공을 조잡하게 한 것이 하나의 중요한 원인이 되어 교통사고가 발생하여 도급인이 피해자에게 손해를 배상한 사안) ☞ [동일 판시] 2007다26455, 26462: 원단 가공 도급계약에 의하여

다 할 수 없다.³⁰⁴⁹⁾

도급인이 '하자의 보수에 갈음한 손해배상'을 청구한 경우, 주류적 판례는, 동시이행관계에 있는 수급인의 공사대금 채권의 범위는 같은 금액에 한한다³⁰⁵⁰⁾고 한다(따라서 공사대금에서 하자보수비 상당액을 공제한 나머지 금액에 대해서는 상계적상일³⁰⁵¹⁾ 다음날부터 지연손해금이 부가된다). 도급인이 '하자보수청구권' 자체를 행사하는 경우, 원칙적으로 공사대금 전부의 지급을 거절할 수 있고 예외적으로 공평과 신의칙에 따라 하자 및 손해에 상응하는 금액으로 지급거절 범위가 한정되는 것인지, 애초에 하자보수비에 상응하는 공사대금의 지급만 거절할 수 있는 것인지에 관하여는 판례의 입장이 명확하지 않으나 후자로 보인다.³⁰⁵²⁾ 기성고에 따라 공사대금을 분할하여 지급하기로 약정한 경우라도, 특별한 사

납품된 물건에 하자가 발생함으로 말미암아 도급인이 외국에 수출하여 지급받기로 한 물품대금을 지급받지 못한 데 대한 손해배상 사건.

○ 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결: "부진정 연대채무자 중 1인으로서 피해자에 대한 손해배상의 의무를 실제로 이행한 도급인이 사용자책임을 부담하게 되는 수급인에 대하여 취득하게 되는 구상권은 도급인이 하자보수와 함께 청구할 수 있는 손해배상채권이나 이른바 하자확대손해의 배상채권의 변형물로서 수급인의 공사대금채권과 그 실질에 있어서 대가적인 의미가 있어 공평의 원칙에 비추어 이행상의 견련관계를 인정함이 상당하므로 위 양 채권은 서로 동시이행의 관계에 있다고 보아야 할 것"

3049) 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다81224, 81231 판결.

3050) 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007다69186 판결: "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 거절할 수 있을 뿐이고 그 나머지 보수액은 지급을 거절할 수 없다고 할 것이므로, 도급인의 손해배상채권과 동시이행관계에 있는 수급인의 공사대금채권은 공사잔대금채권 중 위 손해배상채권액과 동액의 채권에 한하고, 그 나머지 공사잔대금채권은 위 손해배상채권과 동시이행관계에 있다고 할 수 없다." [동일 판시] 2007다26455, 26462 판결, 95다12798 판결, 94다26011 판결, 91다33056 판결, 90다카230 판결 및 2007다26455, 26462 판결('하자확대손해' 사건).

⇨ 이에 반하여, 88다카18788 판결, 96다7250, 7267 판결은, "도급인이 하자보수나 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는 도급인의 공사대금 지급채무는 이행지체에 빠지지 아니하고, 도급인이 하자보수나 손해배상 채권을 자동채권으로 하고 수급인의 공사잔대금 채권을 수동채권으로 하여 상계의 의사표시를 한 다음날 비로소 지체에 빠진다."고 하였으나, 위 96다7250, 7267 판결은 원고의 공사잔대금채권이 피고의 손해배상 채권에 미달하는 사안이었어서 공사대금 지급의 이행지체가 문제되지 않는 사안이었고, 위 88다카18788 판결은 위 95다12798 판결에서 "원용하기에 적절한 것이라고 할 수 없다"고 명시적으로 배척된 바 있으며, 최근의 위 2007다69186 판결은 95다12798 판결을 참조판례로 들고 있어, 후자의 위 판례들은 사실상 변경된 것으로 보아야 한다. 일본 판례의 입장은 후자의 위 판례들과 같다(最高裁判所 平成 9. 2. 14. 判決, 平成 9. 7. 15. 判決).

3051) 민법 제667조 제2항의 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 하자보수청구권과 병존하여 처음부터 도급인에게 존재하는 권리이고, 일반적으로 손해배상청구권은 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이므로, 하자보수에 갈음한 손해배상청구권은 하자가 발생하여 보수가 필요하게 된 시점에서 성립되고(99다55632), 그 때가 상계적상시점을 정하는 이행기이다. 준공검사일 등의 대금지급기일에 이미 하자는 발생되어 있다 할 것이므로 양 채권의 상계적상일은 통상 준공검사일 등의 대금지급기일일 것이다.

3052) ○ 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다54276 판결: "수급인이 완성한 건축물에 미시공으로 인한 하자가 있어 준공검사를 받지 못하고 있는 경우, 도급인은 민법 제667조 등에 의하여 미시공 부분을 시공하는 데 드는 비용 상당액에 대한 보수의 지급을 거절할 수 있다"고 하면서 "도급인이 준공검사 완료와 동시에 수급인에게 공사잔대금을 지급하기로 특약하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 도급인으로서 위 특약에 기하여 준공검사가 완료될 때까지 공사잔대금 전체의 지급을 거절할 수 있다"라고 판시.

○ 대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다9304 판결: "사건 건물은 슬라브, 보, 기둥 부분에 광범위하게 하자가 발생하였고 이를 보수하지 않으면 건물을 사용할 수 없으며, 그 보수를 위하여 약 676,401,000원의 비용이

정이 없는 한 하자보수의무와 동시이행관계에 있는 공사대금지급채무는 당해 하자가 발생한 부분의 기성공사대금에 한정되는 것이 아니다.³⁰⁵⁴⁾

다) 전세계약

① 전세권이 소멸한 때 전세권설정자의 전세금반환의무와 전세권자의 목적물 인도 및 전세권설정등기의 말소등기 의무,^{3055) 3056)} ② 임대차보증금을 전세금으로 한 전세

소요되는바, 사정이 이러하다면 하자의 정도가 중하며 반드시 하자보수가 필요하고 그 보수를 위하여 과다한 비용이 소요되는 정도라고 보이지 않으므로, 피고의 하자보수청구권의 행사 자체를 권리남용이라고 할 수는 없다.”라고 하면서, “피고가 미지급한 기성공사대금은 5,402,595,000원인데 비하여 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 상태이며 인정되므로, 피고가 하자보수청구권을 행사하여 동시이행의 항변을 할 수 있는 기성공사대금의 범위는 하자 및 손해에 상응하는 금액으로 한정하는 것이 공평과 신의칙에 부합한다. … 그럼에도 불구하고, 피고에게 기성공사대금 전부를 원고의 하자보수 완료와 상환으로 지급할 것을 명한 원심에는 수급인의 하자보수의무와 도급인의 대금지급채무의 동시이행관계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다”라고 한 예. ○ 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다33056 판결: “도급인이 인도받은 목적물에 하자가 있는 것만을 이유로, 하자의 보수나 하자의 보수에 갈음하는 손해배상을 청구하지 아니하고 막 바로 보수의 지급을 거절할 수는 없는 것인바, 도급인이 하자의 보수를 청구하려면 그 하자가 중요한 경우이거나, 중요하지 아니한 것이라고 하더라도 그 보수에 과다한 비용을 요하지 아니할 경우이어야 하고, 도급인이 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구하는 경우에는, 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그 손해배상의 액에 상응하는 보수의 액에 관하여만 자기의 채무이행을 거절할 수 있을 뿐, 그 나머지 액의 보수에 관하여는 지급을 거절할 수 없는 것이므로, 도급인이 완성된 목적물에 하자가 있는 것을 이유로 삼아 보수의 지급을 거절하기 위하여서는 먼저, 그 하자의 보수를 청구하는 것인지, 아니면 하자의 보수에 갈음하여 손해배상을 청구하는 것인지, 또는 하자의 보수와 함께 손해배상을 아울러 청구하는 것인지를 명료하게 하지 않으면 안된다고 보아야 할 것이다. … 원심으로서는 먼저 피고에게 이 점을 설명하도록 한 다음, 만일 피고가 여전히 하자의 보수를 청구하고 있는 것이라면, 보수하여야 할 하자의 종류와 정도를 특정함과 아울러 그 하자를 보수하는 상당한 방법과 그 보수에 요할 비용 등에 관하여 심리하여 봄으로써(원고의 주장이 어떤 것인지에 따라서 이 사건 건물에 있는 하자가 중요한 것인지, 또는 그 하자가 중요한 것은 아니더라도 그 보수에 과다한 비용을 요하지 않는 것인지의 여부도 가려보아야 할 것이다), 과연 이 사건 건물에 있는 하자가 그 보수에 요할 비용 등에 비추어 신의칙상 보수지급청구를 전부 거절할 만한 정도의 것인지의 여부에 관하여 판단하였어야 할 것이고, 만일 피고가 하자의 보수를 청구하는 것이 아니라 하자에 갈음하는 손해배상을 청구하고 있는 것이라면, 원고 가 배상하여야 할 손해의 액을 확정함으로써 원고의 보수지급청구권의 액과 비교하여 동시이행의 항변권이 인정되는 범위를 밝혀 보았어야 할 것이다.”

3053) 同旨 홍기태, “공사 도급인이 하자보수청구권을 행사하여 동시이행의 항변을 할 수 있는 기성공사대금의 범위”, 대법원판례해설 제38호, 법원도서관, 203면. 반대견해로는, 윤근수, “도급인이 하자보수를 청구하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있는 범위”, 판례연구 14집, 부산판례연구회(2001), 383면이 있다. 원칙과 예외를 어느 쪽으로 하는가에 따라 주장, 증명책임의 측면에서는 차이가 있을 수 있으나, 결론적으로는 지급거절 범위가 공평과 신의칙에 따라 일부 금액으로 한정되므로 지연손해금 범위의 측면에서는 차이가 없다.

3054) 왜냐하면, 이와 달리 본다면 도급인이 하자발생사실을 모른 채 하자가 발생한 부분에 해당하는 기성공사의 대금을 지급하고 난 후 뒤늦게 하자를 발견한 경우에는 동시이행의 항변권을 행사하지 못하게 되어 공평에 반하기 때문이다(2001다9304).

3055) 민법 제317조(전세권의 소멸과 동시이행) 전세권이 소멸한 때에는 전세권설정자는 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환하여야 한다.

3056) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다62091 판결: “전세권설정자는 전세권이 소멸한 경우 전세권자로부터 그 목적물의 인도 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부를 받는 동시에 전세금을 반환할 의무가 있을 뿐이므로, 전세권자가 그 목적물을 인도하였다고 하더라도 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류를 교부하지 않거나 이행의 제공을 하지 아니하는 이상, 전세권설정자는 전세금의 반환을 거부할 수 있고, 이 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 이자 전세금에 대한 이자 상당액의 이득을 법률상 원인 없이 얻는다고 볼 수 없다.”

권설정등기의 말소의무와 임대차보증금 반환의무³⁰⁵⁷⁾는 서로 동시이행의 관계에 있다.

라) 계약의 무효, 취소, 해제의 경우

① 쌍무계약의 무효로 인한 각 당사자의 반환의무,³⁰⁵⁸⁾ ② 경매절차 무효로 인한 경락인의 소유권이전등기 말소의무와 소유자의 배당금 반환의무,³⁰⁵⁹⁾ ③ 의사무능력자가 자신이 소유하는 부동산에 근저당권을 설정해 주고 금융기관으로부터 금원을 대출받아 이를 제3자에게 대여한 경우, 의사무능력자가 제3자에 대한 대여금채권 또는 부당이득 반환채권을 금융기관에 양도할 의무와 금융기관의 근저당권설정등기말소의무,³⁰⁶⁰⁾ ④ 매매계약이 취소된 경우에 당사자 쌍방의 원상회복의무,³⁰⁶¹⁾ ⑤ 계약해제로 인하여 발생하는 원상회복의무와 손해배상의무,³⁰⁶²⁾ ⑥ 매도인이 타인 소유의 부동산에 관하여 매매계약을 체결하고 이를 인도한 후 민법 제571조에 따라 매매계약을 해제한 경우 매수인의 목적물인도의무와 매도인의 손해배상의무³⁰⁶³⁾는 서로 동시이행의 관계에 있다.

3057) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다95062 판결.

3058) ○ 대법원 2007. 12. 28. 선고 2005다38843 판결: “쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우, 어느 일방의 당사자에게만 먼저 그 반환의무의 이행이 강제된다면 공평과 신의칙에 위배되는 결과가 되므로 각 당사자의 반환의무는 동시이행관계에 있다고 봄이 상당하다.”

○ 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다45025 판결: “동시이행의 항변권을 규정한 민법 제536조의 취지는 공평의 관념과 신의칙에 합당하기 때문이며 동조가 민법 제549조에 의하여 계약해제의 경우 각 당사자의 원상회복의무에 준용되고 있는 점을 생각할 때, 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 하는 경우에도 동시이행관계가 있다고 보아 민법 제536조를 준용함이 옳다고 해석된다. 공평의 관념상 계약이 무효인 때의 원상회복의무이행과 계약해제 때의 그것이 다를 바 없어 이를 구별하여야 할 이유가 없으며, 계약무효의 경우라 하여 어느 일방의 당사자에게만 먼저 그 반환의무이행이 강제된다면 공평과 신의칙에 위배되기 때문이다.”

3059) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다55071 판결.

3060) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다58367 판결, 대법원 1994. 9. 9. 선고 93다31191 판결.

3061) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다47438 판결, 대법원 2001. 7. 10. 선고 2001다3764 판결 등.

3062) 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다25138, 25145 판결: “계약이 해제되면 계약당사자는 상대방에 대하여 원상회복의무와 손해배상의무를 부담하는바, 이 때 계약당사자가 부담하는 원상회복의무뿐만 아니라 손해배상의무도 함께 동시이행의 관계에 있다고 봄이 상당하다.”

3063) 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다25946 판결: “민법 제583조는 ‘제536조의 규정은 제572조 내지 제575조, 제580조 및 제581조의 경우에 준용한다.’고 규정하고 있을 뿐, ‘매매의 목적인 권리가 전부 타인에게 속하여 매도인이 매매계약을 해제한 경우(민법 제571조)’에는 ‘동시이행의 항변권’을 규정한 민법 제536조를 준용한다는 명문을 두지 아니하고 있다. 따라서 매도인이 타인 소유의 부동산에 관하여 매매계약을 체결하고 이를 인도한 후 민법 제571조에 따라 매매계약을 해제한 경우에는 매수인의 목적물인도의무와 매도인의 손해배상의무 사이에 동시이행관계가 없다고 해석할 여지가 생길 수 있고, 원심은 위에서 본 이유를 들어 그 동시이행관계를 부정하였으므로, 그 당부를 살피기로 한다. 민법 제571조의 취지는, 선의의 매도인에게 무과실의 손해배상책임을 부담하도록 하면서, 그의 보호를 위하여 특별히 해제권을 부여한다는 것인바, 그 해제의 효과에 대하여 특별한 규정은 없지만 일반적인 해제와 달리 해석할 이유가 전혀 없다. … 민법 제583조의 취지는, 매도인은 민법 제583조에서 명시한 규정들에 터잡아 이미 지급받은 대금의 전부나 일부의 반환의무, 손해배상의무, 하자 없는 물건의 지급의무가 있는 반면, 매수인은 매도인에게서 수령한 목적물이 있다면 원상회복의무로서 이를 반환할 의무가 있는데, 이러한 쌍방 당사자의 의무는 하나의 쌍무계약에서 발생한 것은 아닐지라도, 동일한 생활관계에서 발생한 것으로 서로 밀접한 관계에 있어 그 이행에 건련관계를 인정함이 공평의 원칙에 부합하기 때문에, 일반 해제의 경우와 마찬가지로(민법 제549조 참조) 이들 경우에도 민법 제536조를 준용한다는 것이다. 그런데, 비록 피고의 이 사건 손해배상의무와 원고의 이 사건 대지인도의무는 그 발생원인이 다르다

마) 지입계약

지입계약의 종료에 따른 지입회사의 지입차량에 대한 소유권이전등록절차 이행의무와 ① 지입차주의 연체된 관리비 등의 지급의무, ② '사실심 변론종결 시'까지의 지입료 상당 부당이익 반환의무,³⁰⁶⁴⁾ ③ 지입차량 운행과 관련하여 지입회사에 부과된 세금, 과태료 등에 대한 지입차주의 정산의무³⁰⁶⁵⁾는 서로 동시이행의 관계에 있다.

바) 기타 동시이행 관계 긍정례

① 위탁자 또는 수익자가 부담하는 신탁비용 및 신탁보수 지급의무와 신탁종료 시에 수탁자가 신탁재산의 귀속권리자인 수익자나 위탁자 등에 대하여 부담하는 신탁재산을 이전할 의무,³⁰⁶⁶⁾ ② 구 도시 및 주거환경정비법 제47조에 따른 사업시행자의 청산금 지급의무와 토지 등 소유자의 권리제한등기 없는 소유권이전지의무,³⁰⁶⁷⁾ ③ 명의수탁 재산이 상속재산에 포함됨으로써 명의수탁자의 상속인이 추가로 부담한 상속세 상당액에 대하여 명의신탁자가 상환의무를 부담하는 경우, 명의신탁자가 상속인에 대하여 부담하는 위 상환의무와 상속인이 명의신탁자에 대하여 부담하는 소유권이전등기의무,³⁰⁶⁸⁾

하더라도, 위에서 본 이행의 견련관계는 위 양 의무에도 그대로 존재하므로, 원고와 피고의 의무 사이에는 동시이행관계가 있다고 인정함이 공평의 원칙에 합치한다고 할 것이다.”

3064) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다70357 판결; “지입차주가 지입회사를 상대로 지입계약 종료 등을 원인으로 지입차량에 대한 소유권이전등록절차의 이행을 구하는 소송에 있어서는 사실심 변론종결 시까지 지입차주가 지입차량을 계속 운행하며 화물자동차운송사업을 영위하였음이 인정되는 기간에 대한 지입료 상당 부당이익 반환의무에 대하여만 소유권이전등록절차 이행의무와 동시이행관계에 있다고 보아야 한다. 이는 사실심 변론종결일 이후 소유권이전등록일까지의 기간에도 지입차주가 지입회사의 화물자동차운송사업 등록명의를 이용하여 화물자동차운송사업을 영위함으로써 지입료 상당 부당이익을 얻게 되리라는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 없기 때문이며, 만약 변론종결일 이후 소유권이전등록일까지의 지입료 상당 부당이익 반환의무에 대하여도 소유권이전등록절차 이행의무와 동시이행관계에 있다고 하면, 지입료 상당 부당이익 반환의무의 발생을 스스로 저지할 방법이 없는 지입차주로서는 언제나 선이행을 할 수밖에 없고, 지입회사로서는 소유권이전등록절차의 이행을 미룸으로써 지입계약이 종료된 후에도 계속하여 지입료 상당 이익을 얻을 수 있게 되어 매우 부당하기 때문이다. 따라서 사실심 변론종결일 이후 소유권이전등록일까지의 기간에도 지입차주가 지입회사의 화물자동차운송사업 등록명의를 이용하여 화물자동차운송사업을 영위하였다면 그 기간의 지입료 상당 부당이익금에 대하여는 지입회사가 별도로 그 반환을 구하여야 한다.”

3065) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다22989 판결.

3066) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다7532, 7549 판결. 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결.

3067) 대법원 2015. 11. 19. 선고 2012다114776 전원합의체 판결; “구 도시 및 주거환경정비법 … 제47조가 정한 요건에 해당하여 토지·건축물 등(이하 ‘토지 등’이라고 한다)을 현금으로 청산하여야 하는 경우, 사업시행자인 재건축조합이 부담하는 청산금 지급의무와 토지 등 소유자가 부담하는 권리제한등기 없는 소유권이전지의무는 동시이행의 관계에 있다. 다만 토지 등 소유자가 재건축조합에 대하여 토지 등에 관한 소유권이전등기 및 인도를 마쳤으나 근저당권설정등기를 말소하지 아니한 경우, 재건축조합이 구 도시정비법 제47조에 따른 현금청산에서 근저당권설정등기말소와의 동시이행을 주장하여 지급을 거절할 수 있는 청산금의 범위는 동시이행의 항변권이 인정되는 근본 취지에 비추어 공평의 관념과 신의칙에 따라 정하여야 한다. … 재건축조합은 말소되지 아니한 근저당권의 채권최고액 또는 채권최고액의 범위 내에서 확정된 피담보채무액에 해당하는 청산금에 대하여만 동시이행의 항변권에 기초하여 지급을 거절할 수 있다고 보는 것이 공평의 관념과 신의칙에 부합한다. … 청산금 전부에 대하여 근저당권설정등기말소와의 동시이행을 주장하여 지급을 거절할 수 있다는 … 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다.”

3068) 대법원 1999. 10. 12. 선고 98다6176 판결.

④ 리스계약에 있어서 대여 시설 이용자의 리스회사에 대한 물품수령증 발급의무와 리스 회사의 대여 시설 공급자에 대한 물품대금 지급의무,³⁰⁶⁹⁾ ⑤ 가등기담보등에 관한 법률상 청산금의 지급채무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도채무,³⁰⁷⁰⁾ ⑥ 동시이행의 관계에 있는 쌍방의 채무 중 어느 일방의 채무가 이행불능이 됨으로 인하여 발생한 손해배상채무와 다른 일방의 채무,³⁰⁷¹⁾ ⑦ 채무의 이행확보를 위하여 어음을 발행한 경우 그 채무의 이행의무와 어음의 반환의무³⁰⁷²⁾는 서로 동시이행의 관계에 있다.

사) 동시이행 관계가 부정된 예

‘매매계약’과 관련된 경우로서, ① 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마치기 전에 매수인으로부터 그 부동산을 다시 매수한 제3자의 처분금지가처분신청으로 매매목적부동산에 관하여 가처분등기가 이루어진 상태에서 매도인과 매수인 사이의 매매계약이 해제된 경우, 가처분등기의 말소와 매도인의 대금반환의무,³⁰⁷³⁾ ② 토지소유자가 건축업자에게 토지를 매도하고 건축업자는 그 대금의 지급을 담보하기 위하여 토지소유자 명의로 건축허가를 받아 건축업자의 비용으로 건물을 신축한 경우, 토지소유자의 건축업자에 대한 토지 및 건물에 관한 소유권이전등기의무와 건축업자의 토지소유자에 대한 토지잔대금지급의무,³⁰⁷⁴⁾ ③ 매도인의 토지거래허가 신청

3069) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다6193 판결.

3070) 가등기담보등에 관한 법률 제4조 ③ 청산금의 지급채무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도채무의 이행에 관하여는 동시이행의 항변권에 관한 「민법」 제536조를 준용한다. ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 어긋나는 특약으로서 채무자 등에게 불리한 것은 그 효력이 없다. 다만, 청산기간이 지난 후에 행하여진 특약으로서 제3자의 권리를 침해하지 아니하는 것은 그러하지 아니하다. 가등기담보권의 사적 실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보 목적물의 인도를 받을 수 있거나 청산기간이나 동시이행관계를 인정하지 아니하는 ‘처분정산형’의 담보권설행은 가등기담보법상 허용되지 아니하므로(대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결), 채권자의 위와 같은 특약의 주장은 그 자체로 이유 없는 것으로 보아야 한다.

3071) 대법원 2000. 2. 25. 선고 97다30066 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다40677, 40684 판결.

3072) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다8712 판결 등.

3073) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다18526 판결; “부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마치기 전에 매수인으로부터 그 부동산을 다시 매수한 제3자의 처분금지가처분신청으로 매매목적부동산에 관하여 가처분등기가 이루어진 상태에서 매도인과 매수인 사이의 매매계약이 해제된 경우, 매도인만이 가처분이의 등을 신청할 수 있을 뿐 매수인은 가처분의 당사자가 아니어서 가처분이의 등에 의하여 가처분등기를 말소할 수 있는 법률상의 지위에 있지 않고, 제3자가 한 가처분을 매도인의 매수인에 대한 소유권이전등기의무의 일부이행으로 평가할 수 없어 그 가처분등기를 말소하는 것이 매매계약 해제에 따른 매수인의 원상회복의무에 포함된다고 보기도 어려우므로, 위와 같은 가처분등기의 말소와 매도인의 대금반환의무는 동시이행의 관계에 있다고 할 수 없다.”

3074) 대법원 2001. 6. 26. 선고 99다47501 판결; “원고들과 피고 조OO 사이의 이 사건 토지 및 신축건물에 관한 위 약정내용은 토지의 매매계약과 아울러 그 토지대금의 지급을 담보하기 위하여 토지 위에 위 피고의 비용으로 건축하여 완공될 건물을 담보로 제공하기로 하는 담보권설정계약이 상호 불가분적으로 결합되어 있는 것이라고 할 것이고, 그 결과 피고가 신축한 다세대주택과 그 대지의 분양대금에서 먼저 위 토지의 잔대금을 원고들에게 지급하면 원고 등이 다세대주택과 그 대지의 소유권이전등기에 필요한 서류를 수반양자들에게 직접 교부하기로 약정한 것은, 원고 등이 위 피고로부터 담보권설정계약의 피담보채권인 토지의 잔대금을 그 분양대금에서 먼저 변제받는 경우에는 담보로 제공받은 다세대주택에 대한 담보목적은 달성하기 때문에 원고 등이

절차 협력의무와 매수인의 매매대금 또는 약정에 따른 양도소득세 상당의 금원 지급의무,³⁰⁷⁵⁾ ④ 환지에정지를 구분특정 하여 매수하면서 종전토지에 관하여 공유등기를 함으로써 상호명의신탁관계에 있는 자들 사이의 명의신탁해지로 인한 소유권이전등기청구권과 환지처분 결과 면적의 증감에 따라 발생한 청산금의 정산을 요구할 권리,³⁰⁷⁶⁾ ⑤ 갑, 을 대지상에 위치한 상가점포의 분양에 있어 비율을 초과하여 지분 소유권이전등기가 경료된 갑 대지의 초과지분에 대한 수분양자의 말소등기절차이행의무와 분양자의 을 대지에 대한 지분소유권이전등기절차이행의무³⁰⁷⁷⁾는 서로 동시이행의 관계에 있지 아니하다. ⑥ 매매대금을 전액 수납한 경우 토지의 소유권을 이전하기로 한 매매계약상의 약정 내용 및 매도인인 한국토지공사의 용지규정(“공급용지의 소유권이전 및 사용승낙은 매매대금을 전액 수납한 후에 행함을 원칙으로 한다.”) 등에 비추어, 매수인의 매매대금지급의무가 매도인의 소유권이전등기의무와 동시이행의 관계에 있는 것이 아니라 선이행의 관계에 있다고 한 사례도³⁰⁷⁸⁾ 있다.

‘임대차계약’과 관련된 경우로서, ① 임대인의 임대차보증금 반환의무와 임차인의 주택임대차보호법 제3조의3에 의한 임차권등기 말소의무,³⁰⁷⁹⁾ ② 임대차계약 종료에 따른 임차인의 임차목적물 반환의무와 임대인의 권리금 회수 방해로 인한 손해배상의무,³⁰⁸⁰⁾

토지와 그 주택에 관하여 위 피고 또는 그가 지정하는 분양자들에게 소유권이전등기를 하여 주기로 약정한 것이라 할 것이고, 이러한 경우에 위 피고의 원고 등 매도인에 대한 토지의 매매잔대금지급은 다세대주택에 의해 담보된 피담보채권의 변제로서의 성격을 아울러 가지게 되므로, 위 피고의 매매잔대금지급의무는 원고 등의 토지소유권이전등기의무와 동시이행의 관계에 있는 것이 아니라 그 소유권이전등기의무보다 선이행하기로 약정한 것이라고 보는 것이 담보권의 성질 및 당사자의 합리적 의사에 부합한다고 할 것이다.”

3075) 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다23825 판결; “국토이용관리법상의 토지거래규제구역 내의 토지에 관하여 관할 관청의 토지거래허가 없이 매매계약이 체결됨에 따라, 그 매수인이 위 계약을 효력이 있는 것으로 완성시키기 위하여 매도인에 대하여 위 매매계약에 관한 토지거래허가 신청절차에 협력할 의무의 이행을 청구하는 경우, 매도인의 토지거래계약허가 신청절차에 협력할 의무와 토지거래허가를 받으면 매매계약 내용에 따라 매수인이 이행하여야 할 매매대금 지급의무나 이에 부수하여 매수인이 부담하기로 특약한 양도소득세 상당 금원의 지급의무 사이에는 상호 이행상의 견련성이 있다고 할 수 없으므로, 매도인으로서의 그러한 의무이행의 제공이 있을 때까지 위 협력의무의 이행을 거절할 수 없다.”

3076) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다21005, 21012(한소) 판결.

3077) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다2984 판결(상가점포를 분양받은 수분양자가 점포를 분양받을 때 건물에 위치한 갑, 을 두 필지의 대지 중 그 점포가 건물의 전체면적에서 차지하는 비율에 따라 각 대지에 대한 지분소유권이전등기를 받기로 약정한 이상 그 중 갑 대지에 대하여 위 비율보다 초과하여 지분소유권이전등기가 경료되어 있다면 이는 원인무효의 등기이므로 분양자로서는 언제든지 수분양자에게 위 초과지분소유권의 말소를 구할 수 있다 할 것이고 수분양자의 위 지분 소유권말소등기절차이행의무는 분양자의 수분양자에 대한 을 대지 중 위 각 점포면적 비율에 의한 지분소유권이전등기절차이행의무와 동시이행관계에 있는 것은 아니하다고 한 예).

3078) 대법원 2005. 12. 8. 선고 2003다41463 판결.

3079) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다4529 판결; “위 규정에 의한 임차권등기는 이미 임대차계약이 종료하였음에도 임대인이 그 보증금을 반환하지 않는 상태에서 경료되게 되므로, 이미 사실상 이행지체에 빠진 임대인의 임대차보증금의 반환의무와 그에 대응하는 임차인의 권리를 보전하기 위하여 새로이 경료하는 임차권등기에 대한 임차인의 말소의무를 동시이행관계에 있는 것으로 해석할 것은 아니고, 특히 위 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능만을 주목적으로 하는 점 등에 비추어 볼 때, 임대인의 임대차보증금의 반환의무가 임차인의 임차권등기 말소의무보다 먼저 이행되어야 할 의무라고 할 것이다.”

③ 건물매수인이 소유권을 취득하지 아니한 채 매도인의 동의를 얻어 제3자에게 임대하였으나 매수인(임대인)의 채무불이행으로 매매계약이 해제된 경우 임차인의 매도인에 대한 건물인도의무와 매수인(임대인)의 임차인에 대한 보증금반환의무³⁰⁸¹⁾는 서로 동시이행의 관계에 있지 아니 하다.

‘환매’와 관련된 경우로서, ① ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 제91조 소정의 환매권 행사로 인한 사업시행자의 환매권자에 대한 소유권이전등기의무와 사업시행자의 환매대금 증액청구권에 따른 환매권자의 증액 환매대금 지급의무,³⁰⁸²⁾ ② 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 소정의 환매권 행사에 있어 환매대금 지급의무와 환매로 인한 소유권이전등기의무³⁰⁸³⁾는 서로 동시이행의 관계에 있지 아니 하다.

‘담보계약’과 관련된 경우로서, ① 제소전화해조항에 채무원금의 변제와 담보가등기말소를 동시이행으로 규정한 경우 변제기 이후의 원리금 채무와 담보권말소의무,³⁰⁸⁴⁾ ② 채권담보로 경료된 가등기의 말소와 피담보채무의 변제,³⁰⁸⁵⁾ ③ 저당권설정등기 말소등기의무와 피담보채무이행의무,³⁰⁸⁶⁾ ④ 근저당권 실행을 위한 경매가 무효가 된 경우, 낙찰자의 채무자에 대한 소유권이전등기 말소의무와 근저당권자의 낙찰자에 대한 배당금 반환의무³⁰⁸⁷⁾는 서로 동시이행의 관계에 있지 아니 하다.

3080) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2018다242727 판결: “임차인의 임차목적물 반환의무는 임대차계약의 종료에 의하여 발생하나, 임대인의 권리금 회수 방해로 인한 손해배상의무는 상가건물 임대차보호법에서 정한 권리금 회수 기회 보호의무 위반을 원인으로 하고 있으므로 양 채무는 동일한 법률요건이 아닌 별개의 원인에 기하여 발생한 것일 뿐 아니라 공평의 관점에서 보더라도 그 사이에 이행상 견련관계를 인정하기 어렵다.”

3081) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카24939 판결: “건물매수인이 아직 건물의 소유권을 취득하지 못한 채 매도인의 동의를 얻어 제3자에게 임대하였으나 매수인(임대인)의 채무불이행으로 매도인이 매매계약을 해제하고 임차인에게 건물의 인도를 구하는 경우 임차인은 매도인에 대한 관계에서 건물의 전차인의 지위와 흡사하다 할 것인바, 임대인의 동의 있는 전차인도 임차인의 채무불이행으로 임대차계약이 해제되면 특단의 사정이 없는 한 임대인에 대해서 전차인의 전대인에 대한 권리를 주장할 수가 없고, 또 임차인이 매매계약목적물에 대하여 직접 임차권을 취득했다고 보더라도, 대항력을 갖추지 아니한 상태에서는 그 매매계약이 해제되어 소급적으로 실효되면 그 권리를 보호받을 수가 없다는 점에 비추어 볼 때, 임차인의 매도인에 대한 건물인도의무와 매수인(임대인)의 임차인에 대한 보증금반환의무를 동시이행관계에 두는 것은 오히려 공평의 원칙에 반한다.”고 한 예.

3082) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다49277 판결.

3083) 대법원 1992. 6. 26. 선고 92다12452 판결.

같은 법 제9조(환매권) ① … 토지 등에 대하여 지급한 보상금의 상당금액을 사업시행자에게 ‘지급하고 그 토지 등을 매수할 수 있다.

3084) 대법원 1990. 6. 8. 선고 89다카20481 판결: “제소전화해조항에 채무의 변제기와 채무원금만 정하고 변제기 이후의 지연손해금에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니한 경우에는 원칙으로 돌아가 변제기 이후에는 민법 소정의 연 5분의 비율에 의한 지연손해금을 지급하여야 하며, 또한 위 화해조항에 채무원금의 지급과 담보가등기말소를 동시이행 하도록 규정하고 있는 경우에는 그 변제기까지 원금을 지급하는 경우에만 위의 동시이행조항이 적용되고, 변제기 이후에는 채무의 변제와 담보권말소의 일반원칙으로 돌아가 채무의 이행이 선이행관계에 있다고 보아야 한다”고 한 예.

3085) 대법원 1984. 9. 11. 선고 84다카781 판결.

3086) 대법원 1969. 9. 30. 선고 69다1173 판결.

3087) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006다24049 판결: “근저당권 실행을 위한 경매가 무효로 되어 채권자(=근저당권자)가 채무자를 대위하여 낙찰자에 대한 소유권이전등기 말소청구권을 행사하는 경우, 낙찰자가 부담하는 소유

3) 권리항변

가) 원 칙

동시이행의 항변권은 상대방 청구권의 작용을 일시적으로 저지할 수 있는 실제 법상 독립된 연거진 항변권으로서, 소송에서는 권리 주체 당사자의 원용, 주장이 필요한 권리항변에 해당하고 단순한 공격방어방법에 그치는 것이 아니므로, 소송에서 당사자가 이를 원용, 주장하여야 법원은 상환이행을 명할 수 있는 것이지, 상대방의 청구원인 주장으로 동시이행 항변권의 존재가 드러나 있다 하더라도 당사자가 이를 원용, 주장한 바가 없다면 동시이행 항변권의 존재를 고려함이 없이 상대방의 청구를 단순 인용하여야 한다.³⁰⁸⁸⁾ 즉, 동시이행 항변의 요건사실로서 ‘동시이행의 항변권 행사의 의사표시’가 별도로 필요하고, 여기에는 원·피고 간 주장공통의 원칙이 적용될 여지가 없다. 원고가 단순 이행청구를 감축하여 상환이행을 청구한 경우 그에 따라 판결하는 것은 ‘처분권주의’에 따른 것으로 당연하다.

나) 주장책임의 완화

판례는 동시이행의 항변에 관하여도 간접적인 주장을 폭넓게 인정하고 있고 동시이행의 항변으로 볼 수 있는 주장이 있는 경우 석명권 행사를 강조하고 있다.³⁰⁸⁹⁾

권이전등기 말소의무는 채무자에 대한 것인 반면, 낙찰자의 배당금 반환청구권은 실제 배당금을 수령한 채권자(=근저당권자)에 대한 채권인바, 채권자(=근저당권자)가 낙찰자에 대하여 부담하는 배당금 반환채무와 낙찰자가 채무자에 대하여 부담하는 소유권이전등기 말소의무는 서로 이행의 상대방을 달리하는 것으로서, 채권자(=근저당권자)의 배당금 반환채무가 동시이행의 항변권이 부착된 채 채무자로부터 승계된 채무도 아니므로, 위 두 채무는 동시에 이행되어야 할 관계에 있지 아니하다.’

3088) ○ 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016다242273 판결: “동시이행의 항변권은 당사자가 이를 원용하여야 그 인정 여부에 대하여 심리할 수 있다.” ⇨ 피고는 동시이행의 항변권을 행사한 사실이 없으므로, ‘동시이행 항변권의 효과에 관한 법리오해, 판단누락’의 피고 상고이유 주장은 이유 없다고 한 예.

○ 대법원 1993. 5. 25. 선고 93다1114 판결: “부동산매매계약에 있어 잔대금지급의무와 소유권이전등기의무는 특별한 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있음은 소론과 같으나, 법원은 당사자의 동시이행에 관한 항변이 없는 이상 이에 관한 판단을 할 수 없고 또한 상환이행을 명하는 판결을 할 수 없는 것이므로, 피고가 잔대금의 지급과 상환으로 이행하겠다는 취지의 항변을 제출한 바 없는 이 사건에서 피고에게 소유권이전등기의무의 전부이행을 명한 원심의 조치는 옳고”

○ 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다777 판결: “매매계약이 해제 또는 무효로 되었다는 피고의 항변에 피고의 소유권이전등기의무와 원고의 잔대금지급의무가 동시이행관계에 있다는 항변이 포함되어 있다고 볼 수 없으므로 ... 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 있어서 매수인이 매매계약 사실을 주장, 입증하면, 특단의 사정이 없는 한, 매도인은 소유권이전등기의무가 있게 되는 것이며, 매도인이 매매잔대금을 수령한 바 없다면 동시이행의 항변을 제기하여야 하는 것이고 법원은 매도인의 이와 같은 항변이 있을 때에 비로소 매수인의 매매잔대금지급 사실의 유무를 심리하여 매수인이 매매잔대금을 지급하지 않았다면 매도인에 대하여 매수인으로부터 매매잔대금을 지급받음과 동시에 소유권이전등기절차를 이행하라는 판결을 할 수 있는 것” ⇨ 따라서 피고가 동시이행의 항변을 하지 않은 이상 법원이 피고에게 이를 촉구할 의무까지 있다고 하기는 어려우므로, 피고의 동시이행항변 여부를 석명하지 않은 법원의 조치에 어떤 위법이 있다고 할 수도 없다(2004다13687).

3089) ○ 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다31914 판결: 피고(수급인의 하수급인에 대한 공사대금채무를 인수한 도급인)는 원고들(하수급인)이 미시공부분이 있거나 부실공사를 하였음에도 그들의 ‘의무이행은 다하지 않은 채 공사비를 모두 지급받는 것은 부당’하므로 원고들로부터 미시공부분의 시공 및 부실공사로 인한 하자보수 등으로 인하여 발생한 금액을 ‘변상받아야’ 한다고 주장하고 있으므로, 피고의 이러한 주장 속에는 원고들이

선이행의무라고 다투는 주장 속에는 동시이행의 항변이 당연히 포함되므로, 선이행의 무로는 인정되지 않지만 동시이행 관계가 인정되는 경우 상환이행을 인정하여야 한다.³⁰⁹⁰⁾

4) 재항변 사유

가) 반대채권의 이행기 도래 여부

‘반대채권의 이행기’ 요건과 관련해서는, 일반적으로 ‘기한 내지 이행기의 도래 사실’을 요증대상으로 보는 것과의 균형상 ‘이행기 도래 사실’을 동시이행 항변의 요건사실로 봄이 타당하다는 견해가 있고 판례 중 같은 취지로 해석될 여지가 있는 판사가 있으나,³⁰⁹¹⁾ 민법 제536조 제1항 ‘단서’에 “그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니

구하는 공사대금에서 하자보수비용 등을 ‘공제 내지 상계’하여야 한다는 취지의 주장뿐만 아니라, ‘원고들이 미시공부분의 시공 및 부실공사에 대한 하자보수에 같은 손해배상채무를 이행할 때까지 원고들의 청구에 응할 수 없다’는 취지의 주장도 포함되어 있는 것으로 보이므로, 법원으로서의 하도급계약상 동시이행의 관계에 있는 하자보수청구권 내지 손해배상채권에 기한 피고의 동시이행의 항변에 대하여 판단하였어야 한다고 한 예.

○ 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다53187 판결; “피고는 매매계약에 따라 소유권이전등기의무의 이행을 구하는 원고의 본소에 대하여, 제1심에서 소유권이전등기의무의 이행과 동시에 매매잔대금의 지급을 구하는 반소를 제기하였다가 원심에서 이를 취하하였으나, 위 반소는 본소와 병합되어 그에 대한 변론이 공동으로 진행되었고, 그 취하 전에 제출하여 진술된 항소이유서에서 본, 반소에 걸쳐 원고에 대하여 매매잔대금의 지급을 구하는 취지로 주장하여 동시이행의 항변을 하였다고 못 볼 바 아니므로, 원심이 피고의 동시이행의 항변에 대하여 판단한 것에 변론주의와 당사자처분권주의에 위반한 위법이 없다.”

○ 대법원 2000. 2. 25. 선고 97다30066 판결; “이 사건 양도계약이 해제되는 경우에는 원고도 계약 해제에 따른 원상회복으로서 벽돌기계 등을 가져갈 때의 현상 그대로 반환해주거나 변상해 주어야 한다는 주장을 한 사실을 알 수 있다. 피고의 위와 같은 주장은 위 벽돌기계의 인도이행이 이행불능될 때에는 그 이행불능으로 인한 손해배상을 구하는 취지까지 포함된 것으로 볼 여지가 있고, 한편 동시이행의 관계에 있는 쌍방의 채무 중 어느 한 채무가 이행불능이 됨으로 인하여 발생한 손해배상채무도 여전히 다른 채무와 동시이행의 관계에 있다 할 것이므로, 원심으로서의 피고의 위와 같은 동시이행의 항변 속에 위 벽돌기계의 인도이행이 이행불능된 경우 그로 인한 손해배상을 구하는 취지까지 포함된 것인지를 석명권을 행사하는 등으로 명확히 한 다음 이를 심리·판단하여야 할 것”

○ 대법원 1995. 2. 28. 선고 93다53887 판결; “동시이행의 항변권 또는 ‘불안의 항변권’을 행사하였다고 명확히 주장하지는 아니하였지만, 피고가 종전의 임가공비 지급을 지체하였기 때문에 가공원단을 납품하지 아니한 것이어서 자기의 납품거부행위가 채무불이행이 되지 아니하기 때문에 손해배상책임이 없다는 취지로 주장하였는바 … 위 주장에는 자신의 납품거부행위가 동시이행의 항변권 또는 불안의 항변권의 행사로서 위법하지 아니하다는 주장을 포함하는 것으로 해석할 수 있다.”

○ 대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카19412 판결; “피고 소송대리인은 피고가 원고에게 지급한 위 계약금을 반환받기 전에는 원고의 건물명도청구에 응할 수 없다고 동시이행의 항변을 하였음이 인정되고 여기에서 건물명도청구라 함은 가등기말소청구의 착오임이 명백하므로 이 동시이행의 항변에 따라 위 계약금의 지급과 상환으로 위 가등기의 말소를 명한 원심판단은 정당하다.”

3090) 대법원 1963. 3. 21. 선고 63다43 판결.

3091) 예컨대, 2001다27784, 27791 판결 (“쌍무계약인 매매계약에서 매수인이 선이행의무인 분양잔대금 지급의무를 이행하지 않고 있는 사이에 매도인의 소유권이전등기의무의 ‘이행기가 도래’하여 도과한 경우, 분양잔대금 지급채무를 여전히 선이행하기로 약정하는 등 특별한 사정이 없는 한 매도인과 매수인 쌍방의 의무는 ‘동시이행 관계’에 놓이게 된다. … 건물의 완공 이전에 이미 이 사건 토지에 대하여 지적정리 또는 공부정리가 완료됨으로써 분양계약에 따라 토지에 관한 소유권이전등기의무의 ‘이행기도 도래’하였다면 피고의 분양잔대금 지급 의무와 이 사건 토지에 대한 조합의 소유권이전등기의무는 동시이행관계에 놓이게 되는 것이고, 피고는 조합에 대한 그와 같은 항변사유로써 분양잔대금 채권의 양수인인 원고에게 대항할 수 있는 것이다.”), 90다18173

하는 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정되어 있고, 민법 제585조에 ‘동일기한의 추정’ 규정이 있으므로,³⁰⁹²⁾ ‘이행기 미도래 사실’을 동시이행 항변의 상대방(원고)이 재항변으로 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳다.

나) 동시이행항변권 소멸의 재항변

동시이행의 항변권을 소멸시키는, ‘이행’ 또는 ‘이행 제공’(‘이행 제공’의 재항변이 유효하기 위해서는 ‘이행의 제공이 계속되고 있음’을 주장·증명하여야 한다³⁰⁹³⁾, ‘항변권 포기’,³⁰⁹⁴⁾ ‘권리남용’³⁰⁹⁵⁾ 등의 주장은 재항변 사유에 해당한다.

5) 불안의 항변권

민법 제536조 제2항³⁰⁹⁶⁾은 선이행의무자의 예외적 동시이행 항변권³⁰⁹⁷⁾으로서 ‘불안의 항변권’이라고 한다. 불안의 항변권 행사는 원고의 쌍무계약상 이행청구에서 피고의 동시이행 항변, 원고의 ‘이행기 미도래’ 재항변에 이어지는 피고의 ‘재재항변’에 해당한다(실부상 흔히 보이듯이, 원고가 쌍무계약상 이행청구의 청구원인에서 재항변 사유인 ‘채무의 이행기 미도래’를 미리 주장하고 있다면, 피고의 동시이행 항변은 그 주장 자체에서 이유 없는 것이어서 피고로서는 항변 단계에서 바로 재재항변 사유인 ‘불안의 항변’을 주장하여야 한다).³⁰⁹⁸⁾

불안의 항변권에 기초한 항변의 요건사실은, ① ‘상대방의 이행이 곤란할 현저한 사

판결(“원고의 위 하자보증금 등 예치 의무와 소외 조합의 공사잔대금 채무는 모두 그 이행기를 경과한 것으로서 동시이행관계에 있다.”) 등.

3092) 민법 제585조(동일기한의 추정) 매매의 당사자 일방에 대한 의무이행의 기한이 있는 때에는 상대방의 의무이행에 대하여도 동일한 기한이 있는 것으로 추정한다.

3093) 쌍무계약의 당사자 일방이 먼저 한번 현실의 제공을 하고, 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다 하더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않는 경우는 과거에 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가지는 동시이행의 항변권이 소멸하는 것은 아니기 때문이다(98다13754,13761).

3094) 아파트 공급계약서상 분양자의 지체상금 지급의무와 수분양자의 중도금 및 잔금지급 지연에 따른 연체료 지급의무를 별도로 약정하고, 각 이행기를 초과하면 곧바로 지체책임이 발생하며, 중도금도 건축공정에 상응하여 분납하도록 한 경우, 그 지체상금 및 연체료의 약정은 동시이행에 관한 권리를 쌍방이 포기하기로 하는 특약으로 해석된다고 한 예(97다37852,37869).

3095) 91다29972: “일반적으로는 동시이행의 관계가 인정되는 경우에는 그러한 항변권을 행사하는 자의 상대방이 그 동시이행의 의무를 이행하기 위하여 과다한 비용이 소요되거나 또는 그 의무의 이행이 실제로 어려운 반면 그 의무의 이행으로 인하여 항변권자가 얻는 이득은 별달리 크지 아니하여 동시이행의 항변권의 행사가 주로 자기 채무의 이행만을 회피하기 위한 수단이라고 보여지는 경우에는 그 항변권의 행사는 권리남용으로 배척되어야 할 것이나, … 원고가 위와 같은 특별한 사정의 존재를 입증한 바 없으므로”

3096) 민법 제536조(동시이행의 항변권) ② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.

3097) 선이행의무자가 이행하지 않고 있는 사이에 상대방 채무가 변제기에 이른 경우에도, 선이행의무자는 상대방의 청구에 대하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다(98다13754, 13761 등).

3098) 민법 제536조의 표제가 ‘동시이행의 항변권’인 점에서 보듯이 제2항의 ‘불안의 항변권’이 제1항의 동시이행 항변권과 별개의 권리라기보다는 동시이행 항변권의 일종으로 내포된 것이라 할 것이므로, ‘불안의 항변’을 동시이행 항변에 대한 ‘예비적 항변’으로 볼 것은 아니고 동시이행 항변에서 이어진 ‘재재항변’의 위치에 두는 것이 옳다.

유³⁰⁹⁹⁾에 대한 근거사실, ② 항변권 행사의 주장 사실이다.

불안의 항변권이라는 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는 다.³¹⁰⁰⁾

3099) ① 대법원 2023. 12. 7. 선고 2023다269139 판결: “민법 제536조 제2항에서 정한 ‘선이행의무를 지고 있는 당사자가 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 경우’란 선이행 채무를 지고 있는 당사자가 계약 성립 후 상대방의 신용불안이나 재산상태 악화 등과 같은 사정으로 상대방의 이행을 받을 수 없는 사정변경이 생기고 이로 말미암아 당초의 계약 내용에 따른 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되는 경우를 가리킨다. 상대방의 채무가 아직 이행기에 이르지 않았지만 이행기에 이행될 것인지 여부가 현저히 불확실하게 된 경우에는 선이행채무를 지고 있는 당사자라도 상대방의 이행이 확실하게 될 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있다.”(아파트 매매계약 당시 거주 임차인이 임대차기간 만료 후 갹신요구권을 행사하지 않았다고 하였다가, 잔금 지급일 직전 갹신요구권을 행사해 아파트에 2년 더 거주하겠다고 하자, 실거주 목적의 매수인인 원고가 피고에게 잔금 지급을 하지 않았고, 피고가 이를 이유로 계약 해제를 주장한 사안에서, ① ‘매도인은 매매대금의 잔금 수령과 동시에 매수인에게 소유권이전등기에 필요한 모든 서류를 교부하고 등기절차에 협력하며, 위 부동산의 인도일은 2021. 4. 22.로 한다.’는 조항 및 ‘실제명도는 2021. 12. 6.로 한다.’는 특약사항의 문언 해석상 쌍방이 피고의 현실인도의무 이행일은 2021. 12. 6.로 하되 임차인에 대한 아파트 반환청구권의 양도에 의한 간접점유 이전의무는 그보다 앞서 2021. 4. 22. 잔금 지급, 소유권이전등기의무의 이행과 함께 이행하기로 합의한 것으로 볼 수 있고, ② 원고는 피고의 아파트 현실인도의무보다 먼저 이행할 잔금 지급의무를 부담하지만, 임차인이 잔금 지급일 직전 갹신요구권을 행사함에 따라 피고의 현실인도의무 이행이 곤란할 현저한 사정변경이 생겼다고 볼 수 있고, 이로 말미암아 당초의 계약 내용에 따른 원고의 선이행의무를 이행하게 하는 것이 공평과 신의칙에 반하게 되었다고 볼 여지가 있다고 한 예) ② 2011다93025: “불안의 항변권을 발생시키는 사유에 관하여 신용불안이나 재산상태 악화와 같이 채권자 측에 발생한 객관적·일반적 사정만이 이에 해당한다고 제한적으로 해석할 이유는 없다. 특히 상당한 기간에 걸쳐 공사를 수행하는 도급계약에서 일정 기간마다 이미 행하여진 공사부분에 대하여 기성공사금 등의 이름으로 그 대가를 지급하기로 약정되어 있는 경우에는, 수급인의 일회적인 급부가 통상 선이행되어야 하는 일반적인 도급계약에서와는 달리 위와 같은 공사대금의 축적적인 지급이 수급인의 장래의 원만한 이행을 보장하는 것으로 전제된 측면도 있다고 할 것이어서, 도급인이 계약 체결 후에 위와 같은 약정을 위반하여 정당한 이유 없이 기성공사금을 지급하지 아니하고 이로 인하여 수급인이 공사를 계속해서 진행하더라도 그 공사내용에 따르는 공사금의 상당 부분을 약정대로 지급받을 것을 합리적으로 기대할 수 없게 되어서 수급인으로 하여금 당초의 계약내용에 따른 선이행의무의 이행을 요구하는 것이 공평에 반하게 되었다면, 비록 도급인에게 신용불안 등과 같은 사정이 없다고 하여도 수급인은 민법 제536조 제2항에 의하여 계속공사금의무의 이행을 거절할 수 있다.” ③ 93다53887: “계속적 거래관계에 있어서 재하나 용역을 먼저 공급한 후 일정기간마다 거래대금을 청산하여 일정기일 후에 지급받기로 약정한 경우에 공급자가 선이행의 자기 채무를 이행하고, 이미 청산이 완료되어 이행기가 지난 전기의 대금을 지급받지 못하였거나 청산은 완료되었으나 후이행의 상대방의 채무는 아직 이행기가 되지 아니하였지만 이행기의 이행이 현저히 불안한 사유가 있는 경우에는 민법 제536조 제2항 및 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 공급자는 이미 이행기가 지난 전기의 대금을 지급받을 때 또는 전기에 대한 상대방의 이행기 미도래채무의 이행불안 사유가 해소될 때까지 선이행의무가 있는 다음 기간의 자기채무의 이행을 거절할 수 있다고 해석할 것이다” ④ 계속적 임가공거래 사례. ⑤ 2001다833: “구상권자가 구상금채무의 보증인으로부터 사전구상권을 받은 경우 채권자에게 이를 지급하여 주채무자를 면책시킬 의무는 실질적으로 구상금채무 보증인의 보증채무금 지급과 견련관계에 있다 할 것인데, ... 구상권자에 대하여 파산이 선고된 후에 사전구상권을 행사하는 경우에는, 구상금채무의 보증인이 사전구상에 응하더라도 특별한 사정이 없는 한 구상권자가 이를 전부 주채무자의 면책을 위하여 사용하는 것은 파산절차의 제약상 기대하기 어려우므로, 파산절차에도 불구하고 구상금이 전액 주채무자의 면책을 위하여 사용될 것이라는 점이 확인되기 전에는 구상금채무의 보증인은 신의칙과 공평의 원칙에 터잡아 민법 제536조 제2항을 유추적용하여 사전구상에 대한 보증채무의 이행을 거절할 수 있다.”

3100) ① 97다5541: “민법 제536조 제2항 및 신의칙에 의하여 그 당사자에게 반대급부의 이행이 확실하여 질 때까지 선이행의무의 이행을 거절할 수 있다고 보아야 하고, 이와 같이 대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절 권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않지만, 이러한 이행거절의 권능은 어디까지나 자기 채무의 이행을 거절할 권능에 지나지 아니할 뿐 당초에 약정된 변제기를 변경시키거나 변제기의 정함이 없는 채무로 그 성질을 변경시키는 효력을 가지는 것이 아니므로 설사 이행거절 권능을 가지는 매수인이 이를 행사하지 않고 대금채무를 이행하였다고

6) 이행지체 저지효

판례는, 동시이행의 항변권을 행사하지 않더라도 그 존재 자체만으로 채권자의 반대채무의 이행 또는 이행제공이 없는 한 이행기를 도과하더라도 채무자는 이행지체에 빠지지 않는다고 한다. 이른바 ‘이행지체 저지효’(履行遲滯 阻止效)를 ‘당연효’(當然效)로 인정한다.

즉, 쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우³¹⁰¹⁾ 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않고(이행제공이 있다가 계속되지 않고 중지되면 그 이후부터는 다시 동시이행의 항변권에 의해 이행지체가 저지된다³¹⁰²⁾), 이러한 효과는 이행지체 책임이 없다고 주장하는 자

할지라도 남부기한 전에 선납한 것에 해당한다고 볼 수 없다.” ② 2004다24106, 24113; 아파트 수분양자의 중도금 지급의무는 아파트를 분양한 건설회사가 수분양자를 아파트에 입주시켜 주어야 할 의무보다 선이행하여야 하는 의무이나, 건설회사의 신용불안이나 재산상태의 악화 등은 민법 제536조 제2항의 건설회사의 의무이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때 또는 민법 제588조의 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에 해당하여, 아파트 수분양자는 건설회사가 그 의무이행을 제공하거나 매수한 권리를 잃을 염려가 없어질 때까지 자기의 의무이행을 거절할 수 있고, 수분양자에게는 이러한 거절권능의 존재 자체로 인하여 이행지체 책임이 발생하지 않으므로, 수분양자가 건설회사에 중도금을 지급하지 아니하였다고 하더라도 그 지체책임을 지지 않는다고 한 예. cf 민법 제588조(권리주장자가 있는 경우와 대금지급거절권) 매매의 목적물에 대하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에 매수인이 매수한 권리의 전부나 일부를 잃을 염려가 있는 때에는 매수인은 그 위험의 한도에서 대금의 전부나 일부의 지급을 거절할 수 있다. 그러나 매도인이 상당한 담보를 제공한 때에는 그러하지 아니하다.

3101) 금전채권의 채무자가 채권자에게 담보를 제공한 경우, 채권자는 채무를 모두 변제받은 다음 담보를 반환하면 될 뿐 채무자의 변제의무와 채권자의 담보 반환의무가 동시이행관계에 있다고 볼 수 없으므로, 채권자가 채무자로부터 제공받은 담보를 반환하기 전에도 특별한 사정이 없는 한 채무자는 이행지체 책임을 진다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2019다247651 판결).

3102) 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다302497, 302503 판결; “동시이행관계에 있는 쌍무계약상 자기채무의 이행을 제공하는 경우 그 채무를 이행함에 있어 상대방이 미리 변제받기를 거절하거나 상대방의 행위를 필요로 할 때에는 언제든지 현실로 이행을 할 수 있는 준비를 완료하고 그 뜻을 상대방에게 통지하여 그 수령을 최고하여야만 상대방으로 하여금 이행지체에 빠지게 할 수 있는 것이다. … 쌍무계약의 당사자 일방이 먼저 한번 현실의 제공을 하고 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다 하더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않는 경우는 과거에 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가지는 동시이행의 항변권이 소멸하는 것은 아니므로, 일시적으로 당사자 일방의 의무의 이행제공이 있었으나 곧 그 이행의 제공이 중지되어 더 이상 그 제공이 계속되지 아니하는 기간 동안에는 상대방의 의무가 이행지체 상태에 빠졌다고 할 수는 없다.” ㉠ 피고(임차인)가 임대차기간 만료 후 원고(임대인)를 상대로 임대차보증금 반환을 구하는 소를 제기하여 무변론으로 임대차보증금 및 그 지연손해금 지급을 명하는 확정판결을 받았는데, 이후에도 피고가 계속 거주하자, 원고는 피고를 상대로 원고의 임대차보증금 반환의무와 피고의 부동산 인도무가 동시이행관계에 있다는 이유로 종전판결 중 지연손해금 부분의 집행력 배제를 구하는 청구이의의 소를 제기한 사안에서, 원심이, 종전소송에서 그 판결이 선고되기 전에 이미 위 각 의무는 동시이행관계에 있었으므로 그 후 원고가 동시이행항변을 한다고 하더라도 이를 종전판결 선고 뒤에 생긴 사유라고 할 수 없다는 이유로 청구이의의 사유에 해당하지 않는다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 피고는 종전판결 선고 전까지는 원고가 새로운 임차인을 구하는 데 협조하였고 종전판결은 이를 피고의 이행제공으로 보아 원고의 임대차보증금반환채무의 이행지체에 따른 지연손해금을 인정하는 것으로 보이는데, 피고가 종전판결 선고 이후에는 원고 측의 협조요청을 거절한 사실이 인정되고 이는 종전판결 선고 이후 새로 발생한 사유로서 이행제공의 중지라고 평가될 수 있으므로, 원고의 동시이행항변권이 소멸되지 않았다고 볼 여지가 있고, 이는 종전판결의 기판력에 저촉되지 아니하여 청구이의의 사유가 될 수 있다고 한 다음, 원심은 피고의 이행제공이 어느 시점에서 중지되었는지에 관하여 심리하여 그 시점까지의 지연손해금만을 인정한 후, 그 이후에 발생한 지연손해금에 관여는 종전판결의 집행력을 배제하였어야 한다고 한 예.

가 상대방의 이행청구에 대하여 반드시 동시이행의 항변권을 재판상 또는 재판 외에서 행사하여야만 발생하는 것은 아니다.^{3103) 3104)}

서로 대가관계에 있어서가 아니라, 어음이나 상품권의 이중지급 위험을 방지하기 위해 인정되는 동시이행 관계에서는, 이행지체를 저지하는 효력이 없고 이행기 도과로 이행지체의 책임을 진다.³¹⁰⁵⁾

3103) 대법원 2024. 2. 29. 선고 2023다289720 판결.

3104) © 동시이행 항변권 존재에 따른 '이행지체 저지효'의 구체적 사례; ❶ 98다505: “부동산 매매계약에 있어서 매수인이 잔대금 지급기일까지 그 대금을 지급하지 못하면 그 계약이 자동적으로 해제된다는 취지의 약정이 있더라도 특별한 사정이 없는 한 매수인의 잔대금 지급의무와 매도인의 소유권이전등기의무는 동시이행의 관계에 있으므로 매도인이 잔대금 지급기일에 소유권이전등기에 필요한 서류를 준비하여 매수인에게 알리는 등 이행의 제공을 하여 매수인으로 하여금 이행지체에 빠지게 하였을 때에 비로소 자동적으로 매매계약이 해제된다고 보아야 하고 매수인이 그 약정 기한을 도과하였더라도 이행지체에 빠진 것이 아니라면 대금 미지급으로 계약이 자동해제된 것으로 볼 수 없다.” ❷ 2001다68839: “임차인의 임차보증금반환청구채권이 전부된 경우에도 채권의 동일성은 그대로 유지되는 것이어서 동시이행관계도 당연히 그대로 존속한다고 해석할 것이므로 임대차계약이 해지된 후에 임대인이 잔존임차보증금반환청구채권을 전부받은 자에게 그 채무를 현실적으로 이행하였거나 그 채무이행을 제공하였음에도 불구하고, 임차인이 목적물을 명도하지 않음으로써 임차목적물반환채무가 이행지체에 빠지는 등의 사유로 동시이행의 항변권을 상실하게 되었다는 점에 관하여 임대인이 주장·입증을 하지 않은 이상 임차인의 목적물에 대한 점유는 동시이행의 항변권에 기한 것이어서 불법점유라고 볼 수 없다.” ❸ 97다53588: “쌍무계약인 이 사건 분양계약에 있어서, 수분양자가 먼저 이행하여야 할 중도금 지급의무를 이행하지 않은 상태에서 입주예정일이 도래하였다면, 특별한 사정이 없는 한 수분양자의 남은 중도금 전부의 지급의무와 분양자의 입주를 가능하게 할 의무는 동시이행관계에 있게 되어 수분양자가 중도금을 전부 지급할 때까지는 분양자가 지체책임을 지지 아니하지만 수분양자가 남은 중도금을 전부 지급하면 분양자는 ‘기납부한 중도금’을 입주예정일 이전에 납부한 중도금으로 한정할 특별한 사정도 없으므로, 정리회사는 입주예정일이 지나 중도금을 전부 지급한 원고들에게는 그 지급받은 때부터 그에 대한 지체상금을 지급하여야 한다.” ❹ 2007다26455, 26462: “도급인이 하자로 인한 손해배상청구권을 보유하고 이를 행사하는 한에 있어서는, 그와 동시이행관계에 있는 보수지급채무에 대한 이행거절의사를 밝히지 않더라도 수급인이 그 손해배상청구에 관하여 채무이행을 제공할 때까지 그러한 이행거절권능의 존재 자체로 도급인의 이행지체책임은 발생하지 아니하고, 이와 같은 관계는 동일한 도급계약에서 보수채권을 보유하고 행사하는 수급인이 도급인에게 부담하는 손해배상채무에 대한 이행지체책임을 발생 여부에 관하여도 마찬가지로 적용된다. 다만 그 같이 도급계약에 기하여 동시이행관계에 있는 반대채권의 존재로 인하여 상대방에 대한 채무의 이행을 거절할 권능을 가지고 이행지체책임을 지지 않는 것은 서로 자신과 상대방의 채무액 중 대등액의 범위에 한하여 인정될 뿐이므로, 당사자 쌍방의 채무액을 비교하여 일방의 채무액이 상대방의 채무액을 초과하는 부분이 있다면 그 일방의 나머지 채무액에 대하여는 동시이행관계 및 이로 인한 이행거절권능이 허용되지 아니한다.” ❺ 2002다43370: “사실심 변론종결일까지 원고가 피고에게 이 사건 건물의 인도를 위한 이행제공 또는 이행을 하였다고 볼 수 없어 이 사건 건물의 인도의무와 동시이행 관계에 있는 공사대금 지급의무에 관하여 피고에게 이행지체의 책임이 있다고 할 수 없으므로”

3105) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다47542, 47559 판결: “채무자가 어음의 반환이 없음을 이유로 원인채무의 변제를 거절할 수 있는 것은 … 무조건적인 원인채무의 이행으로 인한 이중지급의 위험을 면하게 하려는 데에 그 목적이 있는 것이지, 기존의 원인채권에 터잡은 이행청구권과 상대방의 어음 반환청구권이 민법 제536조에 정하는 쌍무계약상의 채권채무관계나 그와 유사한 대가관계가 있어서 그러는 것은 아니므로 … 피고의 원인채무 이행의무와 원고의 어음 반환의무가 동시이행의 관계에 있다 하더라도 이는 어음의 반환과 상환으로 하지 아니하면 지급을 할 필요가 없으므로 이를 거절할 수 있다는 것을 의미하는 것에 지나지 아니하는 것이며, 따라서 채무자가 어음의 반환이 없음을 이유로 원인채무의 변제를 거절할 수 있는 권능을 가진다고 하여 채권자가 어음의 반환을 제공하지 아니하면 채무자에게 적법한 이행의 최고를 할 수 없다고 할 수는 없고, 채무자는 원인채무의 이행을 도과하면 원칙적으로 이행지체의 책임을 지는 것이다.” ■ 이는 상품권 발행의 법률관계에서도 마찬가지이다. 상품권 발행인의 상품권 내용에 따른 제품제공의무 이행에 같은 손해배상 의무와 소지인의 상품권 반환의무는 동시이행관계에 있으나, 이는 이중지급의 위험을 방지하기 위한 것이지 쌍무계약상의 채권채무관계나 그와 유사한 대가관계가 있어서 그러는 것이 아니므로, 발행인의 손해배상 의무에 관하여 그

‘법정이자’의 지급은 이행지체로 인한 손해배상(지연손해금)이 아니므로, 쌍방의 채무가 동시이행의 관계에 있는지 여부와는 관계가 없이 인정된다.