

8) 조건과 기한

가) 정지조건부(停止條件附) 또는 시기부(始期附) 법률행위

‘조건’은 ‘법률행위 효력의 발생(정지조건) 또는 소멸(해제조건)을 장래의 불확실한 사실의 성립 여부에 의존케 하는 법률행위의 부관’(조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없다)⁵⁰⁹⁾으로서 어느 법률행위에 어떤 ‘조건이 붙어 있었는지 아닌지’는 ‘사실인정’의 문제이고, ‘조건의 존재’(조건의 성립요건으로는 ① ‘조건 의사’, ② 조건의사의 ‘표시’가 필요하다⁵¹⁰⁾)를 주장하

요건에 관하여 의사표시에 의한 추인과 법정추인 양자를 같이 보는 통일적 해석에도 부합한다. 우리 판례도 같은 취지로 보인다.

506) ○ 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다2986 판결: “추인은 취소권을 가지는 자가 취소원인이 종료한 후에 취소할 수 있는 행위임을 알고서 추인의 의사표시를 하거나 법정 추인사유에 해당하는 행위를 행할 때에만 법률행위의 효력을 유효로 확정시키는 효력이 발생하나, ... 달리 원고가 이 사건 교환계약으로 인하여 발생한 위 의무를 이행할 당시 기망으로 인한 착오 상태에서 벗어났다고 인정할 만한 자료가 없으므로 원고가 위 의무이행으로 인하여 하자 있는 이 사건 교환계약을 추인한 것이라고 볼 수 없을 뿐더러, 이는 원심에 이르기까지 제출한 바 없었던 새로운 주장으로서 적법한 상고이유가 될 수 없다.”

○ 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다45025 판결: “원고가 ... 착오상태에서 벗어나 ... 소유권이전등기를 마친 것은 수용협의를 추인한 것으로 간주된다고 하는 피고의 항변에 대하여, 원심은 ... 피고 명의로 소유권이전등기가 경료된 그 무렵 원고가 위 착오상태에서 벗어났다는 점을 인정할 증거가 없다 하여 위 항변을 배척하였는바, 이러한 판단도 정당하고”

507) 대법원 1997. 12. 12. 선고 95다38240 판결: “취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 간주되므로 취소할 수 있는 법률행위가 일단 취소된 이상 그 후에는 취소할 수 있는 법률행위의 추인에 의하여 이미 취소되어 무효인 것으로 간주된 당초의 의사표시를 다시 확정적으로 유효하게 할 수는 없고, 다만 무효인 법률행위의 추인의 요건과 효력으로서 추인할 수는 있으나”

508) 민법 제145조(법정추인) 취소할 수 있는 법률행위에 관하여 전조의 규정에 의하여 추인할 수 있는 후에 다음 각호의 사유가 있으면 추인한 것으로 본다. 그러나 이의를 보류한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 전부나 일부의 이행 ⇔ 이행의 수령을 포함한다.
2. 이행의 청구 ⇔ 취소권자가 이행 청구를 받은 것은 포함되지 않는다.
3. 경계
4. 담보의 제공 ⇔ 물적·인적 담보의 제공, 담보 제공을 받은 경우를 포함한다.
5. 취소할 수 있는 행위로 취득한 권리의 전부나 일부의 양도 ⇔ 취소권자의 양도에 한한다.
6. 강제집행 ⇔ 채무자로서 집행당하고 이익하지 않은 경우를 포함한다.

509) 조건부 법률행위에 있어 조건의 내용 자체가 불법적인 것이어서 무효일 경우 또는 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니하는 법률행위에 조건을 붙인 경우 그 조건만을 분리하여 무효로 할 수는 없고 그 법률행위 전부가 무효로 된다고 보아야 한다(2005마541).

510) ○ 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다202821 판결: “조건은 법률행위 효력의 발생 또는 소멸을 장래 불확실한 사실의 발생 여부에 따라 좌우되게 하는 법률행위의 부관이고, 법률행위에서 효과의사와 일체적인 내용을 이루는 의사표시 그 자체이다. 조건을 붙이고자 하는 의사는 법률행위의 내용으로 외부에 표시되어야 하고, 조건을 붙이고자 하는 의사가 있는지는 의사표시에 관한 법리에 따라 판단하여야 한다. 조건을 붙이고자 하는 의사가 외부에 표시되었다고 인정하려면, 그 법률행위가 이루어진 동기와 경위, 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적,

는 자가 이를 증명하여야 한다.⁵¹¹⁾

원고가 법률행위 효과의 발생을 주장하는 경우, '정지조건의 존재 사실'은 피고의 항변 사실,⁵¹²⁾ '정지조건 성취 사실' 또는 '정지조건 성취 의제⁵¹³⁾ 사실' (= ① (주체) '조건 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자'가 + ② '신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 사실' + ③ 방해행위와 조

거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 그 법률행위 효력의 발생 또는 소멸을 장래의 불확실한 사실의 발생 여부에 따라 좌우되게 하려는 의사가 인정되어야 한다." ㉠ 원고가 빌라 분양을 대행하고 피고로부터 수수료를 받기로 하는 분양전속계약의 특약사항 "분양계약기간 완료 후 미분양 물건은 원고가 모두 인수하는 조건으로 한다."는 분양계약기간 만료 후 미분양 세대를 원고가 인수할 의무를 부담한다는 계약의 내용을 정한 것에 불과하고, 이와 달리 위 계약의 효력발생이 좌우되게 하려는 법률행위의 부관으로서 조건을 정한 것이라고 보기는 어렵다고 한 예. [동일 판시] 의사표시의 일반원칙에 따라 조건을 붙이고자 하는 의사 즉 조건의사와 그 표시가 필요하고, 조건의사가 있더라도 그것이 외부에 표시되지 않으면 법률행위의 동기에 불과할 뿐이며 그것만으로는 법률행위의 부관으로서의 조건이 되는 것은 아니다(2003다10797).

○ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다221368 판결: 피고와 소외회사가 토지매입작업과 관련한 정산합의를 하면서 미매입 일부 토지에 대해서도 특정금액을 정산기준액으로 하여 정산하기로 하였는데, 소외회사로부터 정산금 채권을 양수한 원고가 '매입 여부에 관계없이 정산합의가 유효하므로 미매입 토지도 정산금 산정 대상에 포함되어야 한다.'고 주장하면서 정산금을 청구한 사안에서, 피고와 소외회사는 묵시적 약정으로 위 정산합의가 소외회사가 토지매매계약을 체결할 수 없는 것이 확정되거나 그 계약체결이 사실상 불가능한 것으로 확정되는 것을 해제조건으로 함을 표시하였다고 볼 수 있으므로, 해제조건의 성취 여부를 심리한 다음 정산합의의 무효 여부를 판단하였어야 한다고 한 사례.

511) 대법원 2011. 8. 25. 선고 2008다47367 판결: "조건은 법률행위의 당사자가 그 의사표시에 의하여 그 법률행위와 동시에 그 법률행위의 내용으로서 부가시켜 그 법률행위의 효력을 제한하는 법률행위의 부관이므로, 구체적인 사실관계가 어느 법률행위에 붙은 조건의 성취에 해당하는지 여부는 의사표시의 해석에 속하는 경우도 있다고 할 수 있지만, 어느 법률행위에 어떤 조건이 붙어 있었는지 아닌지는 사실인정의 문제로서 그 조건의 존재를 주장하는 자가 이를 증명하여야 한다." ㉡ 특정 법률행위에 관하여 어떠한 사실이 그 효과의사의 내용을 이루는 조건이 되는지와 해당 조건의 성취 또는 불성취로 말미암아 법률행위의 효력이 발생하거나 소멸하는지는 모두 법률행위 해석의 문제이다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결).

512) 대법원 1993. 9. 28. 선고 93다20832 판결: "어떠한 법률행위가 조건의 성취 시 법률행위의 효력이 발생하는 소위 정지조건부 법률행위에 해당한다는 사실은 그 법률행위로 인한 법률효과의 발생을 저지하는 사유로서 그 법률효과의 발생을 다루는 자에게 주장, 입증책임이 있다고 할 것이므로, ... 명의신탁계약의 해지가 정지조건부 법률행위라면 그 사유에 대한 주장, 입증책임은 그 명의신탁해지의 효과를 다투는 피고에게 있다고 할 것인데 (그 정지조건의 성취에 관한 주장, 입증책임이 원고에게 있음은 별론으로 하고)"

513) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결: "민법 제150조 제1항은 조건의 성취로 인하여 불이익을 받을 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때에는 상대방은 그 조건이 성취한 것으로 주장할 수 있다고 정함으로써, 조건이 성취되었다라면 원래 존재했어야 하는 상태를 일방 당사자의 부당한 개입으로부터 보호하기 위한 규정을 두고 있다. 이 조항은 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 법질서의 기본원리가 발현된 것으로서, 누구도 신의성실에 반하는 행태를 통해 이익을 얻어서는 안 된다는 사상을 포함하고 있다. 당사자들이 조건을 약정할 당시에 미처 예견하지 못했던 우발적인 상황에서 상대방의 이익에 대해 적절히 배려하지 않거나 상대방이 합리적으로 신뢰한 선행 행위와 모순된 태도를 취함으로써 형평에 어긋나거나 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 결과를 초래하는 경우 신의성실에 반한다고 볼 수 있다. 민법 제150조 제1항은 계약 당사자 사이에서 정당하게 기대되는 협력을 신의성실에 반하여 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없게 된 경우에 유추적용될 수 있다. 그러나 민법 제150조 제1항이 방해행위로 조건이 성취되지 않을 것을 요구하는 것과 마찬가지로, 위와 같이 유추적용되는 경우에도 단순한 협력 거부만으로는 부족하고 이 조항에서 정한 방해행위에 준할 정도로 신의성실에 반하여 협력을 거부함으로써 계약에서 정한 사항을 이행할 수 없는 상태가 되어야 한다. 또한 민법 제150조는 사실관계의 진행이 달라졌더라면 발생하리라고 희망했던 결과를 의제하는 것은 아니므로, 이 조항을 유추적용할 때에도 조건 성취 의제와 직접적인 관련이 없는 사실관계를 의제하거나 계약에서 정하지 않은 법률효과를 인정해서는 안 된다."(신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 것으로 보기 어렵고, 매수예정자와 매각금액이 특정되었다고 볼 수 없는 상태에서 조건 성취 의제로 인한 구체적인 법률 효과를 정할 수도 없다는 이유로, 민법 제150조 제1항의 유추적용에 따른 매매계약 체결 의제를 부정한 사례)

건 불성취의 '인과관계' (=조건 성취 가능성의 존재)⁵¹⁴⁾ + ❶ '조건 성취 의제의 일방적 의사표시'⁵¹⁵⁾ 및 그 도달')은 원고의 재항변 사실,⁵¹⁶⁾ '정지조건 불성취 의제 사실' [= ❶ (주체) '조건 성취로 인하여 이익을 받을 당사자'가 + ❷ '신의성실에 반하여 조건을 성취시킨 사실' + ❸ ②행위와 조건 성취의 '인과관계' (=조건 불성취 가능성의 존재) + ❶ '조건 불성취 의제의 일방적 의사표시 및 그 도달']⁵¹⁷⁾은 피고의 재항변 사실이 된다. 원고가 청구원인에서 정지조건부 법률행위임을 진술하여 자인한 경우라면 위 재항변 사실인 '정지조건의 성취 또는 그 의제 사실'까지 청구원인 단계에서 주장·증명하여야 할 것이다.⁵¹⁸⁾

514) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2022다266645 판결: "일방 당사자의 신의성실에 반하는 방해행위 등이 있었다는 사정만으로 곧바로 민법 제150조 제1항에 의해 그 상대방이 발생할 것으로 회망했던 결과까지 의제된다고 볼 수는 없으므로, 여기서 말하는 '조건의 성취를 방해한 때'란 사회통념상 일방 당사자의 방해행위가 없었더라면 조건이 성취되었을 것으로 볼 수 있음에도 방해행위로 인하여 조건이 성취되지 못한 정도에 이르러야 하고, 방해행위가 없었더라도 조건의 성취가능성이 현저히 낮은 경우까지 포함되는 것은 아니다. 만일 위와 같은 경우 까지 조건의 성취를 의제한다면 단지 일방 당사자의 부당한 개입이 있었다는 사정만으로 곧바로 조건 성취로 인한 법적 효과를 인정하는 것이 되고 이는 상대방으로 하여금 고평·타당한 결과를 초과하여 부당한 이익을 얻게 하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 한편 일방 당사자가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해하였는지 여부는 당사자들이 조건부 법률행위 등을 하게 된 경위나 의사, 조건부 법률행위의 목적과 내용, 방해행위의 태양, 해당 조건의 성취가능성 및 방해행위가 조건의 성취에 미친 영향, 조건의 성취에 영향을 미치는 다른 요인의 존재 여부 등 여러 사정을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다." ⇨ 원고가 피고 회사에 투자하면서 '피고 회사는 원고에게 지적재산권을 통한 매출 발생 시마다 수익금 중 10%를 투자금 원금을 포함한 5배 금액이 될 때까지 상환한다.'고 약정한 사안에서, 원고가 피고 회사의 전자제품 개발·판매 사업이 성공할 것으로 신뢰하였거나 이를 기대하여 투자를 하였더라도, 피고 회사가 개발하려는 전자제품 판매로 인한 매출 발생 가능성 자체가 현저히 낮았다면, 피고 회사가 위 사업 진행을 위해 진지한 노력을 기울이지 않았다거나 처음부터 그러한 의사가 없었다는 사정 등만으로 피고 회사가 매출 발생이라는 조건 성취를 방해한 경우라고 평가하기 부족하다고 한 데.

515) 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 때 상대방은 그 조건이 성취된 것으로 주장할 형성권을 가질 뿐이므로 (민법 제150조 제1항), 조건 성취의 효과를 발생시키기 위해서는 조건이 성취된 것으로 본다는 일방적 의사표시가 있어야 한다. 조건 불성취 의제의 경우도 마찬가지이다(민법 제150조 제2항).

516) 81다카692: "정지조건부 법률행위에 있어서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에게 그 입증책임이 있다 할 것이므로 ... 정지조건이 성취되었다는 사실은 채권양도의 효력을 주장하는 원고들 측에게 그 입증책임이 있는 사항이라 할 것이다."

517) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다253430 판결: 소외 회사의 대표이사인 원고와 사내이사인 피고들 등이 회사를 공동운영하기로 하는 동업계약을 체결하고, 그중 근속조항에서 '동업자 중 한 명이 근속의무 종료 시점 이전에 자의적으로 회사를 퇴직할 경우, 보유 주식 전부를 대표이사에게 액면가로 양도한다. 자의적인 퇴사가 아닌 퇴사를 하게 될 경우, 보유 주식 중 일정 비율을 대표이사에게 액면가에 매각한다.'라고 정하였는데, 그 후 소외 회사가 주주총회를 개최하여 피고들의 이사직 해임을 결의한 사안에서, ① 근속조항에서 동업자의 퇴사를 '자의적인 퇴사'와 '자의적인 퇴사가 아닌 퇴사'로 구분하고 있고 각 항목은 서로 배타적으로 구성되어 있으며, 동업자의 의무 위반과 권책사유 존재를 동업계약 해지와 권리 포기 의 조건으로 명시하고 있는 다른 규정의 반대해석상 근속조항에서 정한 '자의적인 퇴사가 아닌 퇴사'는 피고들이 권책사유 없이 퇴사, 해임된 경우에도 적용되고, ② 원고와 피고들로부터 양도받게 될 주식을 임의로 처분할 수 없고 의결권 행사에도 제한이 있어 피고들의 책임이라는 조건 성취로 원고가 이익을 얻는다고 단정할 수 없으며, 피고들의 해임은 주주총회에서 이루어졌는데, 이는 기관주자자를 비롯한 주주들이 자신들의 이익을 위해 최선의 선택을 한 결과로 보이고, 원고가 독단적으로 피고들을 해임한 것이라고 할 수 없는 등 원고가 조건 성취를 통해 직접 이익을 받는 당사자로서 신의성실에 반하여 피고들의 해임을 주도하였다고 인정할 수도 없으므로, 피고들은 근속조항에 따라 소외 회사의 보유 주식 일부를 원고에게 액면가로 매각할 의무가 있다고 본 원심이 정당하다고 한 데.

518) 어떠한 법률행위가 가한 도래 시 그 효력이 발생하는 이른바 시기부(始期附 = 停止期限附) 법률행위인 경우 정지조건부 법률행위와 동일한 구조로, 원고가 법률행위 효과의 발생을 주장하는 데 대하여 '시기(始期)의 존재 사실'은 피고의 항변 사실, '시기의 도래 사실'은 원고의 재항변 사실이 되나, 시기부 법률행위임이 명백하여 원고가 청구원인에서 시기부 법률행위임을 자인한 경우라면 위 재항변 사실인 '시기의 도래 사실'까지 청구원인

정지조건과 불확정기한은 부관에 표시된 사실이 발생하지 않은 경우 채무를 이행하지 않아도 되는지 여부에 따라 구분된다.⁵¹⁹⁾

나) 해제조건부(解除條件附) 또는 종기부(終期附) 법률행위

어떠한 법률행위가 조건의 성취 시 그 효력이 소멸하는 이른바 해제조건부 법률행위인 경우 ‘해제조건의 존재 및 성취 사실’ 모두 법률행위 효력의 소멸을 주장하는 자가 항변 사실로 주장·증명할 책임이 있다. 즉, 원고가 법률행위 효과의 발생을 주장하는 경우, ‘해제조건의 존재 및 그 성취 사실 또는 성취 의제 사실(= 원고가 신의성실에 반하여 조건의 성취를 방해한 사실+조건 성취 의제의 의사표시 및 그 도달)’은 피고의 항변 사실, ‘해제조건 불성취 의제 사실(= 피고가 신의성실에 반하여 조건을 성취시킨 사실+조건 불성취 의제의 의사표시 및 그 도달)’은 원고의 재항변 사실이 된다.⁵²⁰⁾

단계에서 주장·증명하여야 한다.

519) ○ 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결: “부관이 붙은 법률행위의 경우에, 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 타당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 타당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다. … 이미 부담하고 있는 채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그것은 변제기를 유예한 것으로서 그 사실이 발생한 때 또는 발생하지 아니하는 것으로 확정된 때에 기한이 도래한다.” ⇨ ‘월급을 350만 원으로 하되 당분간은 월 100만 원만 지급하고 추후 보조금을 다시 지급받으면 그때 밀린 급여 또는 나머지 월 250만 원을 지급하겠다.’는 것은 ‘보조금 수령’이라는 사유가 발생하는 때는 물론이고 상당한 기간 내에 그 사유가 발생하지 않은 때에도 약정 임금을 지급해야 한다는 불확정기한으로 봄이 타당하다고 한 사례.

○ 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결: 원고는 피고를 상대로 배관자재 대금의 지급을 구하는 이 사건 소를, 피고는 원고를 상대로 채무부존재확인과 손해배상을 구하는 소를 각 제기하여 진행하던 중, 원고가 피고의 채무자(거래업체)인 A, B회사로부터 원고 청구 금액을 지급받으면, 원고는 피고에게 일부 금액을 지급하고, 피고에 대한 나머지 청구를 포기하며, 각자 소를 취하하고 어떠한 이의도 제기하지 않고, 소송비용도 각자 부담하기로 하면서 ‘위 모든 합의사항의 이행은 원고가 A, B회사로부터 돈을 모두 지급받은 후 그 효력이 발생한다.’고 합의한 사안에서, 원심이, 위 조항은 원고에게 부과된 이행의무의 기한을 정한 것으로 보는 것이 타당하다는 등의 이유로 이 사건 청구는 위 합의의 효력에 반하여 허용될 수 없다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 합의 내용상 ‘원고가 A, B회사로부터 돈을 모두 지급받는다’는 사실이 발생해야 나머지 이행의무가 성립한다고 볼 수 있는데, 원고가 위 돈을 지급받다는 부관은 장래 발생 여부가 불확실한 사실로서 조건으로 볼 여지가 있고, 원고가 피고 등으로부터 미지급 물품대금 액수에 해당하는 금액을 변제받을 것이 확실시되었다는 등의 특별한 사정이 없는 상태에서 피고에 대한 물품대금 채권을 포기할 아무런 이유가 없다는 점에서도 정지조건부 합의로 볼 여지가 크며, 위 합의가 화해계약의 성격을 가진다고 하여 달리 볼 이유가 없다고 판단한 예, [동일 취지] 아파트 신축·분양 사업의 분양수입금 인출해분에 관하여 공사도급변경약정에서 시행사의 선투입비 및 일반관리비 채권을 2순위로 지급하기로 하면서, 위 선투입비는 아파트 분양 실계약률에 따라 계약률 50% 시 45억 원, 최초 계약일로부터 6개월 이내에 계약률 75% 시 35억 원, 12개월 이내에 계약률 95% 시 10억 원을 각각 지급하기로 한 사안에서, 선투입비는 위 사업이 실패하게 되면 시행사가 위험을 부담하여야 하는 것이었던 점 등에 비추어 위 시행사의 선투입비 채권은 일정 기간 내에 일정 분량이 충족되는 것을 정지조건으로 최대 90억 원까지 2순위로 지급하기로 약정된 것으로 보아야 한다고 한 사례(2010다89036).

520) 어떠한 법률행위가 기한의 도래 시 그 효력이 소멸하는 이른바 종기부 법률행위인 경우 해제조건부 법률행위와 동일한 구조로, 원고가 법률행위 효과의 발생을 주장하는 데 대하여 ‘종기의 존재 및 그 도래 사실’이 피고의 항변 사실이다.

다) 법정조건(관할관청의 인가·허가 등)

법정조건(法定條件: 관할관청의 인·허가(認·許可) 등과 같이 법률행위의 효력 발생을 위하여 법률이 특별히 요구하고 있는 조건)의 주장·증명책임은 일률적으로 말할 수 없고 당해 법조항에 따라 개별적으로 정해질 수밖에 없다.

‘토지거래허가’⁵²¹⁾의 경우, 당해 토지가 토지거래허가지역으로 지정 고시된 곳이고, 그 거래가 토지거래허가의 대상이라는 점이 기록상 나타난다면 모르되, 그러한 점이 전혀 기록상 나타나지 않는다면, 예컨대, 원고는 소장에서 간략히 매매를 원인으로 이전등기청구를 구하고 피고는 자백간주되었다면 이러한 경우 법원으로는 무변론 승소판결함이 맞고(그 판결에 따른 등기 실행의 가부는 별문제이다)⁵²²⁾ 실무의 처리 예에 부합한다. ‘토지거래허가’의 존부는 직권조사사항에 해당한다고 판례의 취지를 이해함이 타당하고,⁵²³⁾ 그 증명책임은 토지거래계약의 유효를 주장하는 측에게 있다고 보아야 한다(‘토지거래허가’를 토지거래계약의 적극적 유효요건으로 이해하면, 토지거래계약의 유효를 주장하는 측이 청구원인 사실 중 하나의 요건 사실로서 주장·증명책임을 진다고 볼 수도 있다).

사전에 토지거래허가를 받지 않은 토지 매매계약의 효력은 ① 처음부터 그 허가를 배제하거나 잠탈하려 하였던 경우와 ② 허가받을 것을 전제로 한 경우 사이에 커다란 차이가 있고,⁵²⁴⁾ 따라서 당사자가 자신이 체결한 계약이 어느 경우에 해당하는지에 대한 주장사실

521) 토지거래허가구역 내 토지의 거래허가에 관하여, 종래에는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제118조에서 규정하였다가, 현재는 부동산 거래신고 등에 관한 법률(2016. 1. 19. 제정, 2017. 1. 20. 시행) 제11조에서 규정하고 있다.

522) 현행 부동산등기 특별조치법 제5조(허가 등에 대한 특례) ① 등기원인에 대하여 행정관청의 허가, 동의 또는 승낙을 받을 것이 요구되는 때에는 소유권이전등기를 신청할 때에 그 허가, 동의 또는 승낙을 증명하는 서류를 제출하여야 한다. <개정 2011. 4. 12>

523) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다22140 판결은, “원심의 인정과 같이 고성읍 임대가 토지거래허가지역으로 지정 고시된 곳이고, 이 사건 부동산의 거래가 토지거래허가의 대상이라면(이는 기록상 사실로 확인된다) 토지거래허가를 받지 못한 단계에서는 유동적 무효상태의 계약에 불과하여 계약내용에 따른 이행의무가 발생할 수 없는 것이고, 계약이 토지거래허가의 대상으로서 토지거래허가를 받지 아니한 것임이 판명된 이상 법원으로서서는 당사자가 토지거래허가를 받지 아니한 계약의 효력을 다투는지의 여부에 불구하고, 계약의 이행을 명할 수 없다.”라고 판시한 바 있다. 당해 토지가 토지거래허가지역으로 지정 고시된 곳이고, 그 거래가 토지거래허가의 대상인지를 법원이 항상 직권으로 탐지해야 하는 것은 아니라고 볼이 옳다. 직권탐지주의를 채택한 행정소송에서도 “일진 기록에 나타난 사실에 관하여서만 직권으로 조사를 하고 그를 기초로 하여 판단할 수 있다”는 것인데(대법원 1987. 2. 10. 선고 85누42 판결, 대법원 1999. 5. 25. 선고 99두1052 판결), 변론주의가 원칙인 민사소송에서 항상 직권탐지사항에 해당한다고 보기는 어렵다. 위 97다22140 판결의 “기록상 사실로 확인된다”는 설시 부분은 이러한 점을 염두에 둔 판시로 보인다.

524) ○ 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017다228618 판결: “토지거래계약 허가구역 내 토지에 관하여 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용으로 매매계약이 체결된 경우에는, 강행법규인 구 국토계획법 제118조 제6항에 따라 그 계약은 체결된 때부터 확정적으로 무효이다. 계약체결 후 허가구역 지정이 해제되거나 허가구역 지정기간 만료 이후 재지정을 하지 아니한 경우라 하더라도 이미 확정적으로 무효로 된 계약이 유효로 되는 것이 아니다.”
○ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다41465 판결: “토지거래허가구역 지정기간 중에 허가구역 안의 토지에 대하여 토지거래허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결한 후 허가구역 지정이 해제되거나 허가구역 지정기간이 만료되었음에도 재지정을 하지 아니한 때에는 그 토지거래계약이 허가구역 지정이 해제되기 전에 확정적으로 무효로 된 경우를 제외하고는, 더 이상 관할 행정청으로부터 토지거래허가를 받을 필요가 없이 확정적으로

은 법률상의 요건사실인 주요사실에 해당한다고 할 것이므로, 법원은 이에 대한 당사자의 주장사실에 구속되어 그와 다른 사실을 인정하거나 이를 기초로 판단할 수는 없다.⁵²⁵⁾

‘외국인의 토지 취득 허가’의 경우, 판례는,⁵²⁶⁾ ‘외국인 토지 취득 허가’의 존부 역시 ‘토지거래허가’와 동일하게 직권조사사항에 해당한다고 보고 있다고 이해함이 타당하다(‘외국인 토지 취득 허가’ 역시 외국인의 토지취득계약의 적극적 유효요건으로 이해하면, 그 계약의 유효를 주장하는 측이 청구원인 사실 중 하나의 요건 사실로서 주장·증명책임을 진다고 볼 수도 있다).

‘재단법인 기본재산의 처분·편입에 대한 주무부장관의 허가’의 경우, 재단법인에 대하여 그 기본재산 처분행위의 법률효과를 주장하려면 요건사실로서 처분행위 이외에 효력 요건인 주무관청의 허가까지를 주장·증명해야 한다.⁵²⁷⁾ 사찰재산의 처분⁵²⁸⁾이나, 학교법

유효로 되어 거래 당사자는 그 계약에 기하여 바로 토지의 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 이행청구를 할 수 있고, 상대방도 반대급부의 청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이지, 여전히 그 계약이 유효적 무효상태에 있다고 볼 것은 아니다.”

525) 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다68812 판결.

526) 대법원 1981. 2. 10. 선고 80다2189 판결은, “원래 법원은 법규의 적용을 직책으로 하는 것인 만큼 법규의 존재 여부에 관하여는 당사자의 입증을 기다릴 것이 아니라 직권으로 이를 탐지하여야 할 것이다(당원 1956. 1. 31. 선고 1955행상110 판결은 외국인의 토지소유에 관한 법령의 적용 여부는 직권조사 사항이라고 판시하고 있다). 다만 외국 법규나 관습법 등은 그 법원이 분명하지 못하여 법원이 간파하는 수가 있을 것을 염려하여 당사자가 스스로 입증하여 그런 위험이나 불이익을 배제할 수는 있다.”고 전제한 다음, “그런데 원고가 본건 토지를 매수하여 취득한 당시에 시행되던 외국인 토지법(1961. 9. 18. 공포 법률 제718호) 제5조는 … 국방부장관의 허가를 받아야 한다고 명시하고 있는바, 외국인이 여기에 규정된 국방부 장관의 허가를 얻지 아니하고 토지매매계약을 하였다면 그것으로써 소유권 변동의 효과는 발생하지 아니한다고 할 것이다. 기록에 의하면, 원고는 1925년경 자진하여 미합중국의 국적을 취득하여 대한민국의 국적을 상실한 외국인임을 자인하고 있는 한편, 본건 토지는 당시의 외국인토지법 및 동시행령에 규정된 지정지구 내의 토지이며, 그 소유권 취득에 관하여 국방부장관의 허가를 받지 아니한 점도 변론의 취지에 분명하므로, 원고는 적법하게 본건 토지의 소유권을 취득할 수 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이 견해를 달리하여 외국인토지법령상 권리취득이 제한된 점에 대한 아무런 입증이 없다 하여 피고의 위 항변을 배척하였음은 입증책임에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니하여 법령을 적용하지 아니한 위법을 범하였다 할 것이니 본건 토지에 관한 한 소론의 논지 이유 있어 원심판결은 유지될 수 없다.”고 판시하였다.

527) ○ 대법원 1982. 9. 28. 선고 82다카499 판결: “재단법인의 기본재산에 관한 사항은 정관의 기재사항으로서 기본재산의 변경은 정관의 변경을 초래하기 때문에 주무부장관의 허가를 받아야 하고 따라서 이미 기본재산으로 되어 있는 재산을 처분하는 행위는 물론 새로이 기본재산으로 편입하는 행위도 주무부장관의 허가가 있어야만 유효하다고 할 것이므로 어떤 재산이 재단법인의 기본재산에 편입되었다고 인정하기 위하여서는 그 편입에 관한 주무부장관의 허가가 있었음이 먼저 입증되어야 한다.”

○ 대법원 2018. 7. 20.자 2017마1565 결정: “주무관청의 허가를 얻은 정관에 기재된 기본재산의 처분행위 … 주무관청의 허가를 얻어야 한다. 이는 재단법인의 기본재산에 대하여 강제집행을 실시하는 경우에도 동일하나, 주무관청의 허가는 반드시 사전에 얻어야 하는 것은 아니므로, 재단법인의 정관변경에 대한 주무관청의 허가는, 경매개시요건은 아니고, 경락인의 소유권취득에 관한 요건이다. 그러므로 집행법원으로서 그 허가를 얻어 제출할 것을 특별매각조건으로 경매절차를 진행하고, 매각허가결정 시까지 이를 제출하지 못하면 매각불허가결정을 하면 된다. 한편 민법상 재단법인의 기본재산에 관한 저당권 설정행위는 특별한 사정이 없는 한 정관의 기재사항을 변경하여야 하는 경우에 해당하지 않으므로, 그에 관하여는 주무관청의 허가를 얻을 필요가 없다.”

※ 절관 규정에 따라 주무관청의 허가·승인을 받아 민법상 재단법인의 기본재산에 관하여 근저당권을 설정한 경우, 그와 같이 설정된 근저당권을 실행하여 기본재산을 매각할 때에는 주무관청의 허가를 다시 받을 필요는 없다(대법원 2019. 2. 28.자 2018마800 결정). 같은 취지로, 비영리법인이 임대차보증금반환채권 담보 목적의 전세권을 기본재산으로 하는 정관 변경에 대해 주무관청의 허가를 받은 이상 전세권 소멸통고에 대해 또다시 별도로 주무관청의 허가를 받을 필요는 없다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다289828 판결).

528) 대법원 1976. 4. 27. 선고 75다2019, 2020 판결: “원심판결은 본건 토지매매사실과 그 매매에는 사찰재산에

인의 기본재산 처분⁵²⁹⁾의 경우에도 마찬가지인 것으로 보인다.

하지만, 구 농지개혁법 소정의 '농지소재지증명' 등에 관한 사항은 법원의 직권조사사항이 아니라 당사자의 공격방어자료에 불과한 것으로 그 증명이 없었다는 사실은 이를 다투는 상대방에게 그 증명책임이 있다⁵³⁰⁾고 한 바 있다. 현재, 농지법 제8조 제1항 소정의 '농지취득자격증명'은 농지취득의 원인이 되는 법률행위(매매 등)의 효력을 발생시키는 요건이 아니므로, 그 흠결 주장은 소유권이전등기청구 사건의 경우 유효한 공격방어방법이 될 수 없지만,⁵³¹⁾ 농지를 취득하려는 자가 농지에 대하여 소유권이전등기를 마쳤다고 하더라도 농지취득자격증명을 발급받지 못한 이상 그 소유권을 취득하지는 못하므로,⁵³²⁾

대한 처분허가청인 문교당국의 처분허가를 얻은 사실에 대하여 원고에게 입증책임을 지워 판시하고 있음은 원심 판결문 자체에 의하여 명백하므로 원심판결에는 입증책임의 분담에 관하여 이를 전도한 위법이 있다는 상고논지는 받아들일 수 없다.”

529) 사립학교법 제28조(재산의 관리 및 보호) ① 학교법인이 그 기본재산을 매도·증여·교환 또는 용도변경하거나 담보에 제공하고자 할 때 또는 의무의 부담이나 권리의 포기를 하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항은 이를 관할청에 신고하여야 한다. ② 학교교육에 직접 사용되는 학교법인의 재산 중 대통령령이 정하는 것은 이를 매도하거나 담보에 제공할 수 없다. ③ 「초·중등교육법」 제10조 및 「고등교육법」 제11조의 규정에 의한 수업료 기타 납부금(입학금 또는 학교운영지원비를 말한다. 이하 같다)을 받을 권리와 이 법 제29조제2항의 규정에 의하여 별도 계좌로 관리되는 수입에 대한 예금채권은 이를 압류하지 못한다. ④ 학교법인이 해산명령을 받아 해산되고 학교폐쇄 처분을 받아 사실상 학교법인으로서 실체를 상실하고 기능을 수행할 수 없게 된 경우에도 제28조 제1항이 여전히 적용되어 그 기본재산을 처분하고자 할 때에는 관할청의 허가를 받아야 한다(2009다93329). 학교법인의 금전채권자가 학교법인을 대위하여 관할청에 기본재산의 처분허가신청을 할 수는 없다(2011두14357). ‘공용수용’으로 인한 소유권 변동은 금지하는 처분행위에 포함되지 않는다(2010두21464). 학교법인이 의무를 부담하는 내용의 모든 법률행위가 일괄적으로 관할청의 허가 대상인 학교법인의 의무 부담에 해당한다고 단정할 수는 없고, 학교법인이 학교신축 이전공사과정에서 보증보험회사와 체결한 산지전용에 따른 원상복구비용 예치금의 지급보증보험 계약은 관할청의 허가 대상인 의무부담행위에 해당하지 않는다(대법원 2020. 2. 27. 선고 2017다270114 판결). 관할청의 허가 없이 한 행위는 효력이 없고, 학교법인이 그 후에 추인하더라도 효력이 생기지 않는다(2000다2344). 반드시 계약 전에 관할청의 허가를 받아야만 하는 것은 아니고 계약 후라도 관할청의 허가를 받으면 유효하게 될 수 있으며, 관할청의 불허가 처분이 있는 경우뿐만 아니라 당사자가 허가신청을 하지 않을 의사를 명백히 표시하거나 계약을 이행할 의사를 철회한 경우 또는 그 밖에 관할청의 허가를 받는 것이 사실상 불가능하게 된 경우 무효로 확정된다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2019다289815 판결). 매매당사자들이 유치원부지에 대하여 유치원을 다른 곳으로 이전하거나 폐원함으로써 매매목적 토지상에 유치원이 존재하지 아니할 것을 조건으로 매매계약을 체결한 경우 그 유치원의 이전이나 폐원이 불가능하지 않다면 그 매매계약은 유효하고, 이는 담보제공약정의 경우에 있어서도 마찬가지이다(2005다50690). 매수인은 장래 이행의 소로 감독청의 허가를 조건으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다(96다27988). 제28조 제2항은 제51조에 의하여 사립학교경영자에게 준용된다(2010다5892).

대법원 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결: “소비대차계약의 기초가 된 제1, 2 도급계약은 학교법인의 재산의 취득·처분과 관리에 관한 사항 및 의무부담행위에 해당한다고 할 것인데, 피고 학원은 제1, 2 도급계약 체결 당시 관할청의 허가를 받지 않았음을 자인하고 있고, 기록상 이사회 결의를 거쳤음을 인정할 자료도 찾아볼 수 없으므로 결국 제1, 2 도급계약은 무효이고, 그와 동일성이 인정되는 제1, 2 소비대차계약 역시 무효라고 볼 수밖에 없다.”

530) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다8343 판결 등.

531) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2003다14133, 14140 판결, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다49251 판결.

532) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다68060 판결: “농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것으로, 농지를 취득하려는 자는 농지 소재지를 관할하는 시장, 구청장, 읍장 또는 면장에게서 농지취득자격증명을 발급받아야 하고, 농지취득자격증명을 발급받아 농지를 취득하는 자가 그 소유권에 관한 등기를 신청할 때에는 농지취득자격증명을 첨부하여야 한다(농지법 제8조 제1항, 제4항). 따라서 농지

소유권이전등기 말소등기청구의 경우 농지취득자격증명의 흠결은 등기의 무효사유로서 청구원인사실이 될 수 있고 그 추후의 보완은 유효한 항변이 된다.

민간임대주택의 임대 의무기간 중 매도인의 임대사업자 지위를 승계하여 임대사업을 하기 위하여 임대주택을 매수한 경우, '임대사업자 등록'은 소유권 취득 요건에 해당한다.⁵³³⁾

라) 이행기한

(1) 이행기의 의의와 공방 단계

민법 제387조⁵³⁴⁾ 소정의 '기한(期限)'은 '채무이행의 기한'으로서 '이행기한', '의무이행의 기한'(민법 제585조), '이행기'(민법 제387조, 477조, 492조), '변제기'(민법 제468조, 536조, 743조 등)라고도 한다(민법 제378조의 '지급할 때'는 변제기와 다른 개념이다⁵³⁵⁾). 이 경우에는 법률행위의 효력 전체가 문제되는 것이 아니라, 이미 존재하고 있는 현재의 구체적인 채무에 관하여 채권자가 언제부터 그 이행을 청구할 수 있는가, 이를 채무자 쪽에서 보면 채무자는 언제부터 그 이행을 하여야 하는가가 문제되는 것이다. 민법 제153조, 388조

를 취득하려는 자가 농지에 대하여 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 농지취득자격증명을 발급받지 못한 이상 그 소유권을 취득하지 못하고, 이는 공매절차에 의한 매각의 경우에도 마찬가지라 할 것이므로, 공매부동산이 농지법이 정한 농지인 경우에는 매각절정과 대금납부가 이루어졌다고 하더라도 농지취득자격증명을 발급받지 못한 이상 소유권을 취득할 수 없고, 실행 매수인 앞으로 소유권이전등기가 경료되었다고 하더라도 달라지지 않으며, 다만 매각절정과 대금납부 후에 농지취득자격증명을 추완할 수 있을 뿐이다." ⁵³³⁾ 농지에 관한 경매절차에서 농지취득자격증명의 발급은 매각허가요건에 해당한다(대법원 2018. 7. 11. 선고 2014두36518 판결).

533) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017다48218 판결: "구 임대주택법이 임대 의무기간 중 임대주택의 매각을 원칙적으로 금지하고 임대사업자 간 매매를 예외적으로 허용하는 취지, 매각 신고 시 관할 행정청으로 하여금 매수인이 등록된 임대사업자인지 확인하도록 하는 점, 구 임대주택법상 임대사업자의 등록 기준을 갖추지 못하면 임대사업자로 등록할 수 없고 등록하지 않은 사람은 임대사업자가 아니며, 임대사업자 등록을 하지 않은 사람이 임대주택을 취득할 수 있다면 임대사업자 간 매매를 예외적으로 허용하는 임대주택법령의 취지에 반하고 임차인의 이익을 해할 우려가 있는 점 등을 종합해 보면, 임대주택의 임대 의무기간 중 매도인의 임대사업자 지위를 승계하여 임대사업을 하기 위하여 임대주택을 매수한 경우 그 매매계약은 강행법규인 구 임대주택법 제16조에 반하지 않아 유효하지만, 매수인이 임대주택의 소유권을 적법하게 취득하기 위해서는 그 임대주택에 관하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마친 '임대사업자'일 것이 요구된다고 보아야 한다. 그 경우 임대주택을 매수한 사람이 소유권이전등기를 마쳤다고 하더라도 그 임대주택에 관하여 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 하지 않았다면 임대주택의 소유권을 취득할 수 없고, 소유권이전등기 후 임대사업자 등록을 마쳤다면 그때 비로소 임대주택의 소유권을 취득한다고 봄이 타당하다. ... 임대 의무기간이 지난 공공건설임대주택의 경우에도 구 임대주택법 제16조 제3항에 따른 임대사업자 간 매매는 허용된다고 보아야 한다. 이 경우에도 앞서 본 것처럼 매수인이 공공건설임대주택의 소유권을 취득하기 위하여는 구 임대주택법 제6조에 따른 임대사업자 등록을 마쳐야 한다." ⁵³⁴⁾ 원고가 이 사건 호실에 관한 소유권이전등기를 마친 소유자로서 피고 명의의 가등기의 말소를 구한 사건에서, 위 호실은 임대 의무기간이 지난 공공건설임대주택으로서 임대사업을 하기 위하여 이를 순차적으로 매수한 소외인과 원고가 체결한 각 매매계약은 유효하지만, 그들이 소유권이전등기를 마쳤더라도 임대사업자 등록을 하지 않았다면 소유권을 취득할 수 없는데, 소외인과 원고가 위 호실에 관한 임대사업자 등록을 하였다는 사실을 인정할 증거가 없으므로, 원고가 위 호실의 소유권을 취득하였다고 볼 수 없다고 한 예.

534) 민법 제387조(이행기와 이행지체) ① 채무이행의 확정된 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래한 때로부터 지체책임이 있다. 채무이행의 불확정된 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래함을 안 때로부터 지체책임이 있다. ② 채무이행의 기한이 없는 경우에는 채무자는 이행청구를 받은 때로부터 지체책임이 있다.

535) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다2147 전원합의체 판결.

소정의 '기한의 이익'에서의 '기한'도 여기에 해당하는 것이다. 하지만, 법률행위의 효력이 발생하는 것(始期의 경우) 또는 소멸하는 것(終期의 경우)을, 장래 발생할 것이 확실한 사실에 걸리게 하는 법률행위의 부관(附款)인 민법 제152조, 154조 소정의 '기한'과는 다른 의미임에 유의해야 한다.⁵³⁶⁾

때때나 교환과 같이 재산권의 이전을 목적으로 하는 '매매형 계약'에 있어서는 계약 성립과 동시에 채권채무가 발생하여 즉시 이행을 청구할 수 있는 것이 원칙이고 채무 이행에 관한 기한의 합의는 계약의 필요불가결한 요소가 아니라 부관에 지나지 않는 반면, 목적물을 일정 기간 차주에게 이용케 하는 것이 본질적인 '대차형 계약'에서는 이행 기한의 합의는 단순한 부관이 아니라 그 계약의 필요불가결한 요소이다.

따라서 원고가 매매계약상 의무 이행을 구하는 경우, '이행 기한의 존재 사실'은 의무자인 피고의 항변 사실,⁵³⁷⁾ '기한의 도래 사실'⁵³⁸⁾ 내지 그에 갈음한 '기한의 이익 상실 사실'(= ① 민법 제388조 소정의 사유⁵³⁹⁾ 발생 사실 또는 ① 기한 이익 상실 특약⁵⁴⁰⁾의 존재와 ② 그 사유의 발생 및 ③ 형성권적 기한이익 상실 특약의 경우 기한의 이익을 상실시키는 채권자의 의사표시⁵⁴¹⁾ 및 그

536) 민법주해 채권(2), 1995, 77면 이하(양창수 집필).

537) 민법주해 채권(2) 1995, 153면(양창수 집필)은, "기한의 약정이 있고 그 약정된 기한이 도래하지 아니하였음"을 항변 사실로 보고 있다.

538) 확정기한의 경우 그 기한의 도과 여부는 '공지의 사실'에 해당하는데, 공지의 사실을 포함한 '현저한 사실'이 주요사실인 경우 그 주장이 필요한지에 관하여는 견해의 대립이 있다. 63다493 판결은 주장 불요설, 64다1761 판결은 주장 필요설의 입장이다.

539) 민법 제388조 (기한의 이익의 상실) 채무자는 다음 각 호의 경우에는 기한의 이익을 주장하지 못한다.

1. 채무자가 담보를 손상, 감소 또는 멸실하게 한 때
2. 채무자가 담보제공의 의무를 이행하지 아니한 때

540) ◎ 형성권적 기한이익 상실의 특약과 정지조건부 기한이익 상실의 특약

○ 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다28340 판결: "기한이익 상실의 특약은 그 내용에 의하여 일정한 사유가 발생하면 채권자의 청구 등을 요함이 없이 당연히 기한의 이익이 상실되어 이행기가 도래하는 것으로 하는 정지조건부 기한이익 상실의 특약과 일정한 사유가 발생한 후 채권자의 통지나 청구 등 채권자의 의사행위를 기다려 비로소 이행기가 도래하는 것으로 하는 형성권적 기한이익 상실의 특약의 두 가지로 대별할 수 있고, 기한이익 상실의 특약이 위의 양자 중 어느 것에 해당하느냐는 당사자의 의사해석의 문제이지만 일반적으로 기한이익 상실의 특약이 채권자를 위하여 둔 것인 점에 비추어 명백히 정지조건부 기한이익 상실의 특약이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 형성권적 기한이익 상실의 특약으로 추정하는 것이 타당하다. ... 원고가 약정한 이행의무를 한번이라도 지체하였을 때 기한의 이익을 잃고 즉시 채무금 전액을 완제하여야 한다고 되어 있으나, ... 정지조건부 기한이익 상실의 특약이라고 볼 수는 없고, 달리 기록상 그와 같이 불만한 뚜렷한 자료도 없는 이상 ... 형성권적 기한이익 상실의 특약이라고 보아야 한다. ... 형성권적 기한이익 상실의 특약이 있는 경우에는 그 특약은 채권자의 이익을 위한 것으로서 기한이익의 상실 사유가 발생하였다고 하더라도 채권자가 나머지 전액을 일시에 청구할 것인가 또는 종래대로 할부변제를 청구할 것인가를 자유로이 선택할 수 있으므로, 이와 같은 기한이익 상실의 특약이 있는 할부채무에 있어서는 1회의 불이행이 있더라도 각 할부금에 대해 그 각 변제기의 도래시마다 그 때부터 순차로 소멸시효가 진행하고 채권자가 특히 잔존 채무 전액의 변제를 구하는 취지의 의사를 표시한 경우에 한하여 전액에 대하여 그 때부터 소멸시효가 진행되는 것"

○ 대법원 1999. 7. 9. 선고 99다15184 판결: "정지조건부 기한이익 상실의 특약을 하였을 경우에는 그 특약에 정한 기한의 이익 상실사유가 발생함과 동시에 기한의 이익을 상실케 하는 채권자의 의사표시가 없더라도 이행기 도래의 효과가 발생하고, 채무자는 특별한 사정이 없는 한 그 때부터 이행지체의 상태에 놓이게 된다."

541) 기한의 이익을 상실시키는 채권자의 의사행위는 그 상대방에게 명시적으로 행해져야만 하는 것은 아니고, 계약해지의 의사표시와 마찬가지로 기한의 이익 상실을 전제로 하는 다음 단계의 행위에 의하여도 표시될 수 있다.

도달 사실'은 권리자인 원고의 재항변 사실, '이행 기한의 연기 사실'⁵⁴²⁾은 피고의 재재항변 사실이지만, 원고가 대차물의 반환을 구하는 경우에는, '이행기 도래 사실' 내지 '기한의 이익 상실 사실'은 청구원인 사실에 포함되고, '이행 기한의 연기 사실'은 피고의 항변 사실이 된다.

실제 사건에서, '확정기한'⁵⁴³⁾인 경우에는 도래 여부가 공지의 사실로서 분명할 것으로 별다른 문제가 없으나, '불확정기한'인 경우에는 그 도래 여부가 문제된다. '불확정기한'의 경우 그 사실이 발생한 때는 물론⁵⁴⁴⁾ 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행 기한은 도래한 것으로 보므로, '불확정한 사실의 발생 사실'에 갈음하여 '불확정한 사실의 발생이 불가능하게 된 사실'(주로 변제자의 성의나 노력에 따라 좌우되고 채권자가 사실의 실현에 영향을 줄 수 없는 경우에는 '합리적인 기간 내에 발생하지 않은 사실'⁵⁴⁵⁾)을 주장·증명함으로써 '기

542) ◎ 기한의 연기·유예: 어음이 '지급을 위하여' 교부된 것으로 추정되는 경우 채권자는 어음채권과 원인채권 중 어음채권을 먼저 행사하여 그로부터 만족을 얻을 것을 당사자가 예정하였다고 할 것이어서 채권자로서는 어음채권을 우선 행사하고 그에 의하여 만족을 얻을 수 없는 때 비로소 채무자에 대하여 기존의 원인채권을 행사할 수 있는 것이므로, 채권자가 기존채무의 변제기보다 후의 일자가 만기로 된 어음을 교부받은 때에는 특별한 사정이 없는 한 기존채무의 지급을 유예하는 의사가 있었다고 보아야 하고(2000다57771), 이 때 기존 채무의 변제기는 어음에 기재된 만기일로 변경되며(2000다16367), 만기를 백지로 하였다면 기존채무의 변제기보다 뒤의 날짜로 보충된 백지어음의 만기로 유예한 것으로 풀이함이 상당하다(89다카32606). 다만, 채무자가 기존 채무의 이행기에 채무를 변제하지 아니하여 채무불이행 상태에 빠진 다음에 기존 채무의 지급을 위하여 어음이 발행 또는 배서된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 기존 채무의 변제기가 어음에 기재된 만기일로 변경된 것으로 볼 수 없다(2000다16367). 어음이 발행인의 지급정지의 사유로 그 지급기일 이전에 지급거절 되었더라도 기존 채무의 이행기가 그 지급거절된 때로 되는 것은 아니다(2000다26333). 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로만 신규 대출을 하여 기존 채무를 변제하는 이른바 '대환'은 특별한 사정이 없는 한 형식적으로는 별도의 대출에 해당하나, 실질적으로는 기존 채무의 변제기 연장에 불과하다(2001다7445). 기한유예의 합의가 원래의 이행기가 도래한 후에 행하여진 경우 기발생의 지연손해금채무를 변제하는 합의를 포함하는 것으로 볼 것인지는 구체적인 당해 계약의 해석 문제이나 일반적으로는 이를 부인함이 옳다.

543) ◎ 확정기한의 구체적 예: ① 매수인이 매도인으로부터 물품을 공급받은 다음 그들 사이의 물품대금 지급방법에 관한 약정에 따라 그 대금의 지급을 위하여 물품 매도인에게 지급기일이 물품공급일자 이후로 된 약속어음을 발행·교부한 경우, 물품대금 지급채무의 이행기는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 약속어음의 지급기일이고, 위 약속어음이 발행인에게 발생한 지급정지사유로 그 지급기일이 도래하기 전에 지급거절되었더라도 그 지급거절된 때에 물품대금 지급채무의 이행기가 도래하는 것은 아니다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2011다101599 판결). ② 영업양도 반대주주의 주식매수청구권 행사에 따른 회사의 주식매매대금 지급의무의 이행기는 상법 제374조의2 제2항 소정의 '회사가 주식매수청구권을 받은 날로부터 2월'이고, 이는 위 2월 이내에 주식의 매수가 액이 확정되지 아니하였다고 하더라도 다르지 않다(2010다94953). ③ 임대차 등 계속적 계약관계에서 약정된 존속기간의 종기는 목적물이나 보증금 등 반환의무 이행의 확정기한으로서의 의미를 갖는다. 존속기간이 종료되면 반환의무가 발생하고 동시에 이행기가 도래하여, 동시이행항변권의 존재 등과 같은 사정이 없는 한 이행지체에 빠지게 된다.

544) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다201702 판결: "장래의 사실이라라도 그것이 장래 반드시 실현되는 사실이면 실현되는 시기가 비록 확정되지 않더라도 이는 기한으로 보아야 한다."

545) ○ 대법원 2018. 4. 24. 선고 2017다205127 판결: "채무의 변제에 관하여 일정한 사실이 부관으로 붙여진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 사실이 발생한 때뿐만 아니라 그 사실의 발생이 불가능하게 된 때에도 이행 기한은 도래한 것으로 보아야 한다. 나아가 부관으로 정한 사실의 실현이 주로 채무를 변제하는 사람의 성의나 노력에 따라 좌우되고, 채권자가 그 사실의 실현에 영향을 줄 수 없는 경우에는 사실이 발생하는 때는 물론이고 그 사실의 발생이 불가능한 것으로 확정되지는 않았더라도 합리적인 기간 내에 그 사실이 발생하지 않은 때에도 채무의 이행기한은 도래한다고 보아야 한다." ㉠ 피고의 '사업 재기 시'에 지급하기로 한 것은 피고가 사업을 재기하지 않는 경우에는 언제까지나 돈을 변제하지 않아도 된다는 것을 뜻하는 것이 아니라, 사업 재기가 확정적

한의 도래 사실'을 주장·증명할 수 있다.⁵⁴⁶⁾

으로 불가능하게 되었다거나 합리적으로 예상되는 기간이 지났는데도 피고의 사업 재기가 없었다면 그때 변제기가 도래한다는 뜻이라고 보아야 한다고 한 예. [동일 취지] 재건축사업을 추진하던 자들과 사업 진행에 필요한 운전자금을 출자하고 사업상의 이익에 참여하기로 하는 등의 공동사업계약을 체결하고 그들에게 운전자금을 지급한 자가, 그 후 사업진행이 순조롭지 않자 공동사업관계에서 탈퇴하면서 '스폰서가 영입되거나 사업권을 넘길 경우나 사업을 진행할 때'에는 위 출자금을 반환하기로 하는 청산약정을 체결한 사안에서, 위 부관의 법적 성질을 거기서 정해진 사유가 발생하지 않는 한 언제까지라도 위 투자금을 반환할 의무가 성립하지 않는 정지조건이라기보다는 불확정기한으로 보아, 출자금반환의무는 위 약정사유가 발생하는 때는 물론이고 상당한 기간 내에 위 약정사유가 발생하지 않는 때에도 성립한다고 해석하는 것이 타당하다고 한 사례(2009다16643).

○ 대법원 2021. 5. 27. 선고 2017다230963 판결: "분양계약 제8조 제3항(수분양자는 공급대금과 그 밖의 납부액을 완납하고 피고들의 소유권보존등기가 완료되는 날부터 60일 이내에 수분양자의 비용으로 소유권이전등기를 해야 한다)의 문언만 보면 소유권이전등기에 관한 의무를 수분양자에게만 부담시키는 것으로 보이나, 이는 분양자인 피고들이 먼저 수분양자가 소유권이전등기를 할 수 있도록 만반의 준비를 갖추고 있다는 것을 당연한 전제로 한다. 따라서 위 조항은 수분양자뿐만 아니라 분양자인 피고들에 대해서도 해당 아파트에 관한 대지권을 확보하는 등 수분양자가 해당 아파트 건물 전체에 관하여 완전한 소유권이전등기를 이전받을 수 있도록 준비를 마칠 의무를 지우면서 이행기의 기준을 정하되, 다만 이행기는 확정기한이 아니라 불확정기한으로 하는 합의가 담긴 조항으로 보아야 한다. 그리고 이행기는 건설공사의 진척상황과 사회경제적 상황에 비추어 분양대금을 다 내고 분양자가 건물을 준공한 날부터 수분양자가 완전한 소유권이전등기를 이전받는 데 들 것으로 예상할 수 있는 합리적인 기간이 지난 때 도래한다." ㉞ 원심이, 대지권이전등기의무는 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하고, 원고들(수분양자)이 이행지체를 이유로 손해배상을 청구한 다음날 이행지체에 빠진다고 한 데 대하여, 대법원은, 피고들(분양자)이 원고들에게 대지권등기를 포함하여 완전한 소유권이전등기를 이전하거나 또는 그 이전 준비를 마칠 의무는 늦어도 택지개발사업자가 일부 피고들에게 아파트 대지에 관한 소유권이전등기를 한 무렵에는 이행기가 되었다고 한 예.

546) ㉞ 판례에 나타난 불확정 기한의 구체적 예

① 도급계약에서 '최종 검수 완료·승인 후' 잔금을 지급하기로 정한 것은 잔금 지급의 조건이 아니라 불확정기한이고, 원고가 도급계약에서 예정한 최종 공정을 마쳤는데도 피고가 최종 검수를 거부하고 도급계약의 해제를 통보함으로써 '최종 검수 완료·승인'이 불가능한 것으로 확정되었으므로 잔금청구권의 이행기가 도래하였다고 한 예(대법원 2019. 9. 10. 선고 2017다272486, 272493 판결).

② 분양수입금 중에서 대여금과 이자를 최우선하여 변제한다는 취지는 대여금 반환의 이행기에 관하여 분양수입금의 취득이라는 불확정의 기한을 둔 것으로 보아야 하고, 공사도급계약이 피고의 귀책사유로 해제되었다면 피고는 분양수입금으로써 대여금을 상환하는 것이 불가능하게 되어 대여금의 이행기가 도래하였다고 본 사례(2003다2383).

③ 채무의 이행기를 도급인이 수급인에게 도급 준 주상복합건물이 그 도급계약대로 시공, 분양되어 도급인 몫의 분양수입금이 발생한 때로 정한 불확정기한부 채무라 보고, 그 채무는 도급인이 위 분양수입금에 대한 권리를 상실한 때 그 이행기한이 도래한 것으로 보아야 한다고 한 사례(2000다67297).

④ 외자공급자본 계약보증금납부무의 이행기한은 신용장 개설일로부터 10일 이내라고 하는 불확정사실이 발생한 때까지로 유예된 것이라 보고, 피고가 보조참가인에게 계약이행이 불가능하다는 통보를 하여 계약이행의 의사가 없음을 알린 이상, 신용장 개설이라는 불확정사실의 발생이 불가능하게 된 때에 해당하여 계약이행보증금 납부기한은 그 때 도래하였다고 보아야 한다고 한 사례(99다45901).

⑤ 동업 탈퇴 당시 동업에 투입한 경비를 혹자 시 우선 변제하되 그 변제 조건과 경비 산출 방법은 상호 협의하여 결정하기로 약정한 경우 혹자 발생이라는 불확실한 사실이 발생할 때를 이행기한으로 정한 불확정기한부 채무라 보고, 그 후 부도가 나 사업을 폐지함으로써 사업의 경영을 통하여 혹자를 내는 것이 불가능하게 됨에 따라 이행기가 도래하였다고 본 사례(97다33980).

⑥ 임대차계약은 합의해제하고 계약금 및 중도금을 점포가 타에 분양 또는 임대되는 때 반환하기로 약정한 경우, 점포를 분양 또는 임대하지 아니하고 소외인에게 이를 사용하도록 하여 위 약정 시부터 1년 5개월이 지난 원심변론종결당시까지도 소외인이 점포를 점유사용하고 있는 것이라면 특별한 사정이 없는 한 점포가 다른 사람에게 분양 또는 임대된다는 사실의 발생은 불가능하게 된 것이라 할 것이고 위 채무의 이행기한은 도래한 것으로 보아야 한다고 한 사례(88다카10579).

⑦ 지방자치단체와 분쟁이 있던 은행이 분쟁해결을 위하여 지방자치단체가 청구권을 행사하지 않는 대신 지방자치단체의 문화시설 건립비용을 부담하기로 하되 그 비용의 지급방법은 상호 협의에 의하여 정하되 한 경우, 은행은 그 비용을 지방자치단체에 지급하고 그 이행시기를 지방자치단체와 협의가 성립한 때로 정한다는 의미로서 그 약정은 불확정기한부 화해계약이라고 하고, 은행이 재정상태 악화로 업무정지처분을 받은 뒤 파산선고에까지 이른 경위에 비추어 양 당사자 간의 협의를 통하여 의무를 이행하기를 기대하기는 어렵게 된 사정이 엿보이므로, 늦어도 파산이 선고되기 전까지는 이미 협의의 성립이 불가능한 것으로 확정되었다고 보아야 한다고 한 사례

(2) 지체책임(지연손해금)의 기산일

확정기한 채무의 경우 그 기한이 도래한 ‘다음날’부터, 기한의 정함이 없는 채무⁵⁴⁷⁾의 경우에는 그 ‘이행의 청구를 받은 다음날’부터 이행지체의 책임을 진다.⁵⁴⁸⁾ 기한

(2001다41766). ⑧ 회망퇴직신청을 하는 경우에는 회사정리계획 인가결정일로부터 1개월 이내에 평균임금 3개월분의 퇴직위로금을 지급하겠다는 의사표시는 불확정한 사실의 도래를 변제기로 정한 것이고, 회사정리절차가 폐지되 정리계획인가를 받을 수 없는 것으로 확정되었으므로 그 때에 기한이 도래하였다고 판단한 사례(2003다24215). ⑨ 지역주택조합 가입계약 중 조합원 지위를 상실한 자에 대한 분담금 환불 시기인 ‘대체 계약자 대금이 입금 완료되었을 때’는 불확정기한으로서 대체 계약자의 대금 입금이 불가능한 경우에도 기한 도래를 이유로 분담금을 반환받을 수 있다고 한 예(대법원 2022. 5. 13. 선고 2020다217380 판결).

547) ㉠ 기한의 정함이 없는 채무

① 상법 제399조 제1항에 따른 이사의 회사에 대한 손해배상책임(위임관계로 인한 채무불이행책임) 등 채무불이행으로 인한 손해배상채무는 이행 기한의 정함이 없는 채무이므로 채무자는 채권자로부터 이행청구를 받은 다음날부터 지체책임을 진다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다275888 판결). “채무불이행으로 인한 손해배상책임은 그 손해의 발생과 동시에 이행기에 있게 된다.”는 판시(2003다44387, 44394)는 “손해의 발생과 동시에 이행을 청구할 수 있다.”는 의미이다. 금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 다음날로부터 지체책임을 부담한다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다268760 판결). 이행판결이 확정된 지연손해금의 경우에도 채권자의 이행청구에 의해 지체책임이 생긴다(대법원 2022. 3. 11. 선고 2021다232331 판결). 이 지연손해배상이 복리의 성질을 갖는 것은 아니다. ② 부당이득반환채무(2007다8914), 형사보상금지급청구권(2015다223411), 신원보증인 채무(2009다59671), 수급인의 하자보수에 갈음하는 손해배상채무(2007다83908), 매도인의 담보책임에 기한 손해배상채무(2013다92873), 유류분반환청구권 행사에 따른 원물반환의무·가액반환의무(2010다42624, 42631)도 이행의 기한이 없는 채무이다. ③ 연대채무의 경우 어느 연대채무자에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있으므로(민법 제416조), 기한의 정함이 없는 연대채무의 경우 1인의 연대채무자가 이행청구를 받으면 다른 연대채무자도 지체에 빠지게 된다. ④ 지명채권이 양도된 경우 채무자에 대한 대항요건이 갖추어질 때까지 채권양수인은 채무자에게 대항할 수 없으므로, 이행기의 정함이 없는 채권을 양수한 채권양수인이 채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소를 제기하고 그 소송 계속 중 채무자에 대한 채권양도통지가 이루어진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 채무자는 그 채권양도통지가 도달된 다음 날부터 이행지체의 책임을 진다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다29557 판결). ⑤ 기한을 정하지 않은 채무에 정지조건이 있는 경우, 정지조건이 객관적으로 성취되고 그 후에 채권자가 이행을 청구하면 바로 지체책임이 발생한다. 조건과 기한은 하나의 법률행위에 독립적으로 작용하는 부관이므로, ‘조건의 성취’는 ‘기한이 없는 채무에서 이행기의 도래’와는 별개의 문제이기 때문이다. 청구금액이 확정되지 아니하였다는 이유만으로 채무자가 지체책임을 면할 수는 없다. 청구권은 이미 발생하였고 가액이 아직 확정되지 아니한 것일 뿐이므로, 지연손해금 발생의 전제가 되는 원본 채권이 부존재한다고 말할 수는 없기 때문이다. 불법행위로 인한 손해배상채무의 경우 불법행위가 발생한 시점에는 손해배상액을 확정할 수 없는 경우가 대부분이지만, 그 발생시점부터 지체책임이 성립하는 점에 비추어도 그러하다(대법원 2018. 7. 20. 선고 2015다207044 판결). ⑥ 반환시기의 약정이 없는 소비대차의 차용물 반환시기에 관한 민법 제603조 제2항의 의미에 대해서는 견해의 대립이 있다(‘채권각칙·소비대차’ 부분 참조). 대주가 상당한 기간을 정하여 반환을 최고한 경우 상당한 기간이 경과한 날의 다음날이 지연손해금의 기산점이 된다. ⑦ 이혼으로 인한 재산분할로서 금전의 지급을 명하거나(2012므1656), 사해행위의 취소와 동시에 가액배상금의 지급을 명하는 판결을 하는 경우(2007다61618) 그 금전지급채무에 관하여는 그 판결이 확정된 다음날부터 민법 소정의 연 5%의 이행지체책임을 지게 되고, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 이율이 적용되지 않는다. 금전의 지급(증여)을 사해행위로 취소하고 원상회복으로 금전의 지급을 구하는 경우, 지연손해의 기산점은 상대방이 금전을 지급받은 때(증여일)이다(2005다76753).

548) 대법원 1988. 11. 8. 선고 88다3253 판결. 민법 제387조 제2항의 법문은 청구를 받은 날 안에 이행하면 된다는 뜻으로 풀이해야 하므로, 그 다음 날부터 지체책임이 생긴다(대법원 2022. 3. 11. 선고 2021다232331 판결). 만일 이행청구를 받은 때에 곧 이행지체의 책임을 지게 된다면 채무자는 청구도 없는데 언제든지 이행의 준비를 갖추고 있을 것을 요구하는 것이 되어서 채무자에게 가혹할 뿐더러 오히려 이행을 청구하는 요건을 무의미하게 만든다(72다1066). 2018다275888 판결과 2018다259213 판결 등에서의 ‘이행청구를 받은 때부터’는 법문의 ‘이행청구를 받은 때로부터’를 옮겨 놓은 것이고, 이는 ‘이행청구를 받은 다음날부터’를 의미하는 것으로 볼 것이다.

의 정함이 없는 금전채무의 이행을 소로써 구한 경우에는 소장 부분 송달 다음날부터 지연손해금이 부가된다.⁵⁴⁹⁾

불확정기한의 경우 채권자가 본채무의 이행을 구하는 소에서는 ‘채무자가 기한의 도래를 안 사실’이 요건사실이 아니나, 이행지체를 이유로 한 지연손해금 청구, 손해배상청구, 해제와 같이 채무자의 지체책임이 문제되는 경우에는 위 사실까지 요건사실로서 주장·증명⁵⁵⁰⁾하여야 한다.⁵⁵¹⁾

불법행위로 인한 손해배상채권⁵⁵²⁾은 불법행위 성립 ‘당일’부터 지체책임이 발생한다.⁵⁵³⁾ 불법행위 시점과 손해발생 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에는 손해발생

채권의 가압류는 제3채무자에 대하여 채무자에게 지급하는 것을 금지하는 데 그칠 뿐이므로, 가압류가 있더라도 그 채권의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자는 그 지체책임을 면할 수 없고, 이러한 경우 제3채무자로서는 민사집행법 제291조, 제248조 제1항에 의한 공탁을 함으로써 이중변제의 위험에서 벗어날 수 있으며, 이로써 이행지체의 책임도 면하게 된다(대법원 2020. 6. 25. 선고 2016두55896 판결).

549) ◎ **소송서류 송달에 의한 이행청구**

○ 소장이 공시송달된 경우에는, 첫 공시송달로서 법원계시판에 게시하는 등 그 실시한 날부터 2주가 지나야 효력이 생긴다. 따라서 송달일은 ‘게시일+15일’, 지체일은 ‘게시일+16일’이다. 다만, 같은 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달(예컨대 청구취지변경신청서 등)은 실시한 다음날부터 효력이 생긴다(민사소송법 제196조 제1항). 그리고 공시송달 효력발생요건인 ‘2주’의 ‘기간’ 말일이 공휴일에 해당할 때에는 민사소송법 제170조, 민법 제161조에 따라 그 익일로 만료한다.

○ ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 소정의 전자적 송달의 경우 송달받을 자가 등재된 전자문서를 확인한 때에 송달된 것으로 보되, 다만 그 등재사실을 통지한 날부터 1주 이내에 확인하지 아니하는 때에는 등재사실을 통지한 날부터 1주가 지난 날에 송달된 것으로 보는데(동법 제11조 제4항), 그 송달 간주 시기가 2013. 7. 1.부터는 전자우편과 문자메시지 중 어느 하나라도 먼저 전송되어 통지된 날부터 1주가 지난 날이다(2013. 6. 27. 개정 ‘민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙’ 제26조 제1,2항, 2013. 6. 30. 이전의 경우는 2013마4003 참조).

○ 전자문서로 전산정보처리시스템에 등재하고 그 사실을 전자적으로 통지하였지만 등록사용자가 1주 이내에 확인하지 아니한 경우 송달의 효력이 발생하는 시기는 등재사실을 등록사용자에게 통지한 날의 다음 날부터 계산하여 7일이 지난 날의 오전 0시가 되고, 상소기간은 민법 제157조 단서에 따라 송달의 효력이 발생한 당일 부터 초일을 산입해 계산하여 2주가 되는 날에 만료한다(2014다229016).

- 550) ① ‘매매대금 지급기일을 ‘소유권이전등기를 필한 후’로 정한 것은 매매대금 지급의무의 이행을 장래 도래할 시기가 확정되지 아니한 때, 즉 불확정기한으로 정한 경우라고 할 것이므로, 매매대금 지급의무의 이행을 지체하였다고 하기 위해서는 소유권이전등기가 경료된 것만으로는 부족하고 채무자인 피고가 그 사실을 알아야 하고(민법 제387조 제1항), 이 때 그 사실을 알게 된 때가 언제인지는 이를 주장하는 원고에게 증명책임이 있다.’(2010다83755) ② ‘중도금 지급기일을 ‘1층 골조공사 완료시’로 정한 것은 중도금 지급의무의 이행을 장래 도래할 시기가 확정되지 아니한 때, 즉 불확정기한으로 이행을 정한 경우에 해당한다고 할 것이므로, 중도금 지급의무의 이행지체의 책임을 지우기 위해서는 1층 골조공사가 완료된 것만으로는 부족하고 채무자인 원고가 그 완료 사실을 알아야 한다.’(2005다38546) ③ ‘소송비용액확정결정에 따른 소송비용액상환의무는 소송비용액확정결정이 확정됨으로써 비로소 이행기가 도래하고, 채무자가 그 이행기가 도래하였음을 안 때로부터 지체책임을 진다.’(2008다10051)

- 551) 민법 제387조 제1항 후문은 ‘채무이행의 불확정한 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래함을 안 때로부터 지체책임이 있다.’라고 규정하고 있는데, 법문상 ‘기한의 도래를 안 때’의 의미는 ‘기한의 정함이 없는 채무’에 관한 72다1066의 판시와 같은 이유로 채무자가 기한의 도래를 알았거나 이행청구를 받은 ‘다음 날’로 봄이 타당하다.

- 552) 법정책임이지만 그 실질은 민법의 불법행위책임과 다르지 않은, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제125조 제1항(거짓의 기재 등으로 인한 배상책임), 제170조(회계감사인 손해배상책임), 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제2항(감사인의 손해배상책임)의 경우에도 지연손해금 발생 시기가 민법상 불법행위책임과 마찬가지로 이다(2014다221517).

시점부터 발생한다.⁵⁵⁴⁾ 장래의 불특정한 시점에 손해가 구체적으로 발현되지만 불법행위 당시부터 이미 예정된 소극적·적극적 손해의 경우, 불법행위 시점이 현가 산정⁵⁵⁵⁾의 기준 시기가 되고, 이때부터 장래의 손해발현 시점까지 중간이자를 공제⁵⁵⁶⁾한 금액⁵⁵⁷⁾에 대해 불법행위 시부터 지연손해금을 부가한다(불법행위 시 이후로서 사실심 변론종결일 이전의 어느 시점을 기준으로 그 이후 발생한 손해의 현가를 산정하되 지연손해금을 그 기준시점 이후부터 구하는 것도 허용된다). 불법행위로 상해를 입었지만 후유증 등으로 인하여 불법행위 당시에는 전혀 예상할 수 없었던 후발손해가 새로이 발생한 경우와 같이, 사회통념상 후발손해가 판명된 때에 현실적으로 손해가 발생한 것으로 볼 수 있는 경우에는 후발손해 판명 시점에 불법행위로 인한 손해배상채권이 성립하고, 지연손해금 역시 그때부터 발생하며, 현가산

553) 따라서 자동차손해배상보장법 제3조에 의한 자동차 운전자 손해배상채무의 지연손해금 기산일은 사고 당일이고, 그 채무를 병존적으로 인수한 보험회사의 보험금지급채무에 관하여도 사고발생 사실을 언제 알았는지에 관계없이 사고 당일로부터의 지연손해금을 지급할 의무가 있게 된다(2004다445, 452).

타인의 불법행위로 인하여 상해를 입고 그 때문에 사망한 자는 그 상해를 입음과 동시에 가해자에 대하여 장래 생존하여 얻을 이익의 상실에 따른 손해배상청구권을 취득하는 것이고 그 손해는 위 사망 이전에 발생하는 것이지 사망을 원인으로 하여 발생하는 것이 아닌 것이므로 사고일부터 재산상 손해와 위자료를 합산한 금액 전부에 대하여 지연손해금의 지급을 명하여야 한다(92다48413).

554) 대법원 2018. 9. 28. 선고 2015다69853 판결: “금융투자업자가 설명의무 등을 위반함에 따른 일반투자자의 손해는 미회수금액의 발생이 확정된 시점에 현실적으로 발생하고, 그 시점이 투자자가 금융투자업자에게 갖는 손해배상청구권의 지연손해금 기산일이 된다. 따라서 금융투자상품을 취득하기 위하여 금전을 지급할 당시에 미회수금액의 발생이 이미 객관적으로 확정되어 있었다면, 금융투자상품을 취득하기 위하여 금전을 지급한 시점이 금융투자업자에 대한 손해배상청구권의 지연손해금 기산일이 된다.” [동일 취지] ① 장외파생상품에 투자하는 펀드의 수익증권을 발행한 투자운용회사와 이를 판매한 판매회사가 투자자들에게 위험성을 제대로 설명하지 않는 등 투자자보호의무를 위반함으로써 펀드에 가입한 투자자들이 손해를 입은 사안에서, 투자자들의 손해는 수익증권을 환매하여 환매대금을 수령한 시점에 현실적·확정적으로 발생하는 것이므로, 펀드가 가입 시점이 아니라 환매대금 수령 시점이 불법행위로 인한 손해배상청구권의 지연손해금 기산일이 된다고 한 예(2010다76368). ② 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행함으로써 허가여업권자가 손해를 입은 경우, 개발사업의 시행으로 인하여 여장을 상실하게 된 방조제 물막이 공사 완성일이 지연손해금의 기산일이다(2002다73821).

555) '현가'는 구체적 사실에 대한 '법률적 평가'이므로, 현가 산정방식(호프만식, 라이프니츠식)에 관한 주장은 당사자의 평가가 지나지 않은 것이어서 그에 관한 당사자의 주장에 구속되지 않고 법원은 자유로이 채용할 수 있다(83다191).

556) 왜냐하면, 그 비용이 계속적이고 정기적으로 발생한 것이고 또한 사고일로부터 상당히 후에 발생한 것임에도 중간이자를 공제함이 없이 사고일로부터 지연손해금의 배상을 명한다면, 중간이자에 해당하는 부분은 실질적으로 과잉배상에 해당하여 부당하기 때문이다(94다7300).

557) 대법원 2022. 6. 16. 선고 2022다211393 판결: “호프만식 계산법에 의하여 중간이자를 공제하는 경우에 중간이자 공제기간이 414개월을 초과하여 월단위 수치표상의 단리연금현가율이 240을 넘게 되는 경우 이를 그대로 적용하여 현가를 산정하게 되면 현가로 받게 되는 금액의 이자가 매월 일게 되는 손해액보다 많게 되어 피해자가 과잉배상을 받게 되는 결과가 되므로, 이를 막기 위하여는 그 수치표상의 단리연금현가율이 얼마인지를 불문하고 모두 240을 적용하여야 한다. ... 가동할 수 있는 총기간 자체가 414개월을 초과하여 그 현가율의 수치가 240을 넘더라도 그 중간에 피해자가 순이익을 얻을 수 없는 기간이 포함되었다면 그 현가를 산정함에 있어서 가동할 수 있는 총기간의 단리연금현가율에서 순이익을 얻을 수 없는 기간에 해당하는 단리연금현가율을 공제할 수치를 적용하게 된다. 그 경우에는 그 공제한 결과의 수치가 240을 넘지 않는다면 가동할 수 있는 총기간에 해당하는 단리연금현가율의 수치 그대로를 적용하는 방식으로, 240을 넘는다면 가동할 수 있는 총기간에 해당하는 단리연금현가율에서 그 240의 초과분을 차감한 수치를 적용하는 방식으로 현가를 산정하여야 과잉배상의 문제가 발생하지 아니한다.”

정의 원칙적인 기준 시기가 된다.⁵⁵⁸⁾ 예외적으로, 위자료배상채무의 경우 위자료 산정의 기준 시인 사실심 변론종결 당일부터 지연손해금이 발생한다고 보아야 하는 경우가 있다.⁵⁵⁹⁾

마) 장래이행의 소

장래이행의 소⁵⁶⁰⁾의 적법 여부는 엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 한다.⁵⁶¹⁾

558) 대법원 2022. 6. 16. 선고 2017다289538 판결; “1. 불법행위로 인한 손해배상채무는 손해발생과 동시에 이행기에 있는 것으로, 공평의 관념상 별도의 이행최고가 없더라도 불법행위 당시부터 지연손해금이 발생하는 것이 원칙이고, 불법행위 시점과 손해발생 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에는 불법행위로 인한 손해배상채권의 지연손해금은 손해발생 시점을 기산일로 하여 발생한다. 이때 현실적으로 손해가 발생하여 불법행위로 인한 손해배상채권이 성립하게 되는 시점은 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 한다. 2. 한편, 피해자가 불법행위로 상해를 입고 장래의 불특정한 시점에 그로 인한 손해가 구체적으로 발현되었지만 불법행위 당시부터 이미 예정된 소극적·적극적 손해의 경우, 불법행위로 상해를 입었을 때 불법행위가 완성되어 손해배상채권이 성립하고 이행기까지 도래하는 것으로 볼 수 있으므로, 장래 구체적으로 발현되는 소극적·적극적 손해에 대하여는 불법행위시기가 현가산정의 기준 시기가 되고, 이때부터 장래의 손해발현 시점까지 중간이자를 공제한 금액에 대해 다시 불법행위시부터 지연손해금을 부가하여 산정하는 것이 원칙으로, 이는 불법행위로 인한 장래의 손해의 현가액 등 산정은 과잉배상이나 과소배상을 방지하고 정당한 배상액을 정하기 위한 손해액의 조정이 필요하기 때문이다. 같은 이유로, 불법행위시 이후로서 사실심 변론종결일 이전의 어느 시점을 기준으로 그 이후 발생한 손해를 그 시점으로부터 장래 각 손해발생 시점까지 중간이자를 공제하는 방법으로 현가를 산정하되 그에 맞추어 지연손해금도 그 기준시점 이후부터 구하는 것은 그것이 위와 같은 본래의 방법을 벗어나거나 이에 모순·저촉되는 것이 아닌 한 허용되고, 반면 불법행위시 이후로서 사실심 변론종결일 이전의 어느 시점을 기준으로 하여 현가를 산정하면서도 지연손해금은 그 기준시점 이전부터 명하는 것은 중간이자를 덜 공제하거나 지연손해금을 더 많이 인용하는 과잉배상이 되어 허용되지 않는다. 호프만식 계산법에 따라 중간이자 공제기간이 414개월을 초과하여 월 단위 수치표상 단리연금현가율이 240을 넘는 경우, ... 과잉배상을 ... 막기 위하여 그 수치표상 단리연금현가율이 얼마인지를 불문하고 모두 240을 적용하는 것도 같은 취지이다. 3. 이러한 법리에 비추어 볼 때, 불법행위로 상해를 입었지만 후유증 등으로 인하여 불법행위 당시에는 전혀 예상할 수 없었던 후발손해가 새로이 발생한 경우와 같이, 사회통념상 후발손해가 판명된 때에 현실적으로 손해가 발생한 것으로 볼 수 있는 경우에는 후발손해 판명 시점에 불법행위로 인한 손해배상채권이 성립하고, 지연손해금 역시 그때부터 발생한다고 봄이 상당하다. 이 경우 후발손해가 판명된 때가 불법행위 시이자 그로부터 장래의 구체적인 소극적·적극적 손해에 대한 중간이자를 공제하는 현가산정의 원칙적인 기준 시기가 된다고 보아야 하고, 그보다 앞선 시점이 현가산정의 기준 시기나 지연손해금의 기산일이 될 수는 없다.”

559) 불법행위 시와 변론종결 시 사이에 장기간의 세월이 지나 위자료를 산정할 때 반드시 참작해야 할 변론종결 시의 통파까지 등에 불법행위 시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에는 예외적으로 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금은 그 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결일로부터 발생하고, 항소심이 항소심 변론종결일을 기준으로 새로이 위자료를 산정하지 않고 제1심판결의 위자료 액수를 그대로 유지한 경우 위자료 배상채무의 지연손해금은 위자료 산정의 기준일인 제1심 변론종결일로부터 발생한다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다276307 판결).

560) 민사소송법 제251조(장래의 이행을 청구하는 소) 장래에 이행할 것을 청구하는 소는 미리 청구할 필요가 있어야 제기할 수 있다.

561) 대법원 2023. 3. 13. 선고 2022다286786 판결; “장래이행의 소는 통상적인 이행의 소의 예외에 해당하는 것일 뿐 채무자의 무자력에 따른 강제집행의 곤란에 대비하기 위해 마련된 것이 아니다. 더구나, 쌍무계약관계의 이행에 도래하지 않은 상대방에 대해 당사자 일방에 대하여 선제적으로 집행권원을 확보할 수 있게 하는 것은 자칫 계약관계의 균형이 상실되어 상대방 당사자의 계약상 권리가 침해될 수 있을 뿐만 아니라 장래의 이행기에 이르기까지 발생할 수 있는 계약상 다양한 변화를 반영하지 못함으로써 이행기 당시 쌍방 당사자의 권리의무관계와 집행권원이 모순·충돌되는 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 따라서 장래이행의 소의 적법 여부는 엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 한다. (상가건물 임대인인 원고가 임차인 피고에게 임대차기간 만료를 이유로 건물 인도를 청구하였으나, 제1심에서 피고의 계약갱신요구권 행사로 각각되자, 항소심에서 계약갱신요구권 행사에 따른 10년의 임대차기간이 만료하면 건물을 인도할 것을 구하는 예비적 청구를 추가한 사안에서, ‘미리 청구할 필요’가 있다고 볼 수 없다 하여 원심을 파기하고 소 각하한 예) ● 쌍무계약관계 여부, 주된 청구인지

장래이행의 소의 대상이 되는 청구권은, (1) 사실심 변론종결 당시 이미 권리는 발생하였으나 이행기가 장래에 도래하는 경우(이행기한부 채권), (2) 사실심 변론종결 당시 아직 권리가 발생하지 아니하고 장래에 권리가 발생하는 경우(정지조건부 채권, 시기(始期)부(정지기한부) 채권 등)로 대별할 수 있다.

(1)의 '이행기한부 채권'은 그 자체로 장래이행의 소의 대상이 되는 청구권에 해당하므로, 장래이행의 소의 소송요건으로서 '미리 그 청구를 할 필요'⁵⁶²⁾가 있으면, 장래이행의 소가 허용된다.

(2)의 '장래 발생할 채권'에 대한 장래이행의 소는 ① 대상이 되는 '청구권'의 요건으로서 ㉠ '청구권 발생의 기초가 되는 법률상·사실상 관계'가 사실심 변론종결 당시 존재하여야 하고, ㉡ 장차 그 청구권이 발생할 '개연성이 충분'하여야 하며,⁵⁶³⁾ ② '미리 그 청구를 할 필요'가 있어야 허용된다. 판례는, 학교법인 기본재산의 매도에 관한 감독청의 허가를 조건으로 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 있으나,⁵⁶⁴⁾ 토지거래허가구역 내 토지의 거래허가를 조건으로 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 없다⁵⁶⁵⁾고

- 부대청구인지 여부, 이행기한부 채권인지 장래 발생 채권인지 여부 등에 따라 장래이행의 소의 적법 여부를 '엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 할지, 아니면 조금 완화해 판단할지' 여부가 달라질 수 있다고 본다.
- 562) '미리 청구할 필요'가 있는 경우'라 함은 이행기가 도래하지 않았거나 조건 미성취의 청구권에 있어서는 채무자가 미리부터 채무의 존재를 다투기 때문에 이행기가 도래되거나 조건이 성취되었을 때에 임의의 이행을 기대할 수 없는 경우를 말하고, 이행기에 이르거나 조건이 성취될 때에 채무자의 무자력으로 말미암아 집행이 곤란해진 다던가 또는 이행불능에 빠질 사정이 있다는 것만으로는 미리 청구할 필요가 있다고 할 수 없다(2000다25576).
- 563) 대법원 2023. 3. 13. 선고 2022다286786 판결은 '그 상태가 계속될 것이 확실히 예상되어야 하며'라고, 대법원 2018. 7. 26. 선고 2018다227551 판결 등은 '확정적으로 예정할 수 있는 것이어야'라고, 95누4902,4919는 "그러한 상태가 계속될 것이 예상되어야 하며"라고, 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다27988 판결은 '청구권이 발생할 개연성 또한 충분하다'라고 각각 판시하여, 약간의 차이가 있다.
- 564) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다27988 판결: "구 사립학교법 제28조 제1항은 학교법인이 그 기본재산의 매도·증여·임대·교환·담보제공 등을 하고자 할 때에는 감독청의 허가를 받아야 한다고 규정 ... 기본재산의 매매 등 계약 성립 전에 감독청의 허가를 받아야만 하는 것은 아니고, 매매 등 계약 성립 후에라도 감독청의 허가를 받으면 그 매매 등 계약이 유효하게 된다 ... 매매계약이 감독청의 허가 없이 체결되어 아직은 그 효력이 없다고 하더라도 이 사건 매매계약에 관한 소유권이전등기절차이행청구권의 기초가 되는 법률관계는 이미 존재한다고 볼 수 있고 장차 감독청의 허가에 따라 그 청구권이 발생할 개연성 또한 충분하다고 할 것이다. ... 미리 그 청구를 할 필요가 있는 한, 감독청의 허가를 조건으로 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다고 봄이 상당하다."
- [동일 취지] 대법원 2012. 8. 30. 선고 2010다52072 판결: "명의신탁자가 명의신탁을 해지한 경우에 명의수탁자인 재단법인으로서는 명의신탁 부동산의 반환에 관하여 주무관청의 허가를 신청할 의무를 부담하고, 명의수탁자가 이러한 의무를 이행하지 않는 경우에는 명의신탁자로서는 명의수탁자를 상대로 민법 제389조 제2항에 의하여 허가신청의 의사표시에 갈음하는 재판을 청구하고, 이와 병합하여 주무관청의 처분허가를 조건으로 하는 소유권이전등기절차 이행청구소송을 제기할 수 있다. ... 허가신청의 의사표시에 갈음하는 재판에 관한 확정판결을 받아 판결정본이나 등본을 주무관청에 제출한 경우에는 민사집행법 제263조에 따라 그 재단법인이 직접 처분허가신청을 한 것으로 의제되므로, 주무관청으로서는 재단법인 내부의 적법한 의사형성 여부를 심사하기 위한 자료인 이사회회의록 사본 등이 제출되지 아니하더라도 그 허가를 거부할 수 없다."
- 565) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체 판결: "허가가 있을 것을 조건으로 하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 부분에 관하여 보건대, ... 이 사건 토지의 매매계약이 허가받을 것을 전제로 한 계약이라고 할지라도 허가받기 전의 상태에서는 아무런 효력이 없어 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 이행청구도 할 수 없다고 보아야" ─ 유동적 무효의 경우 매매계약은 법률상 미완성의 법률행위로서 적어도 소유권이전등기청

한다.⁵⁶⁶⁾ 형성판결의 확정을 조건으로 한 장래이행 청구는 허용되지 않음이 원칙이다.⁵⁶⁷⁾

소유자나 임대인이 점유자나 임차인을 상대로 임료 상당의 손해배상 또는 부당이득반환을 청구하는 경우 사실심 변론종결 다음날부터의 부분은, 장래 발생 채권으로서 (1)이 아니라 (2)의 경우에 해당한다.⁵⁶⁸⁾ 그런데 이 경우에 관하여 대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카2151 판결 등의 판례^{569) 570)}는, 일반론으로 “장래의 이행을 명하는 판결을 하기

구권에 한해서는 토지거래계약에 관한 허가 없이는 그 발생의 기초조차 발생하지 않았다고 볼 수 있고, 그와 같은 소유권이전등기청구권은 조건부·부담부 청구권에도 해당하지 않는다고 해석함이 상당하다(대법원 2010. 8. 26.자 2010마818 결정). 토지거래허가구역 내 토지거래계약에 기초하여 토지거래허가 신청절차 협력의무의 이행을 청구할 수는 있다(2005다52047).

566) 그 밖에 판례는, ㉠ 점유를 침탈당한 자가 점유권에 기한 점유회수의 소를 제기하고, 본권자가 그 점유회수의 소가 인용될 것에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 별소를 제기한 경우, 장래이행의 소의 소송요건을 갖추었다고 하나(대법원 2021. 3. 25. 선고 2019다208441 판결), ㉡ ‘채무자에 대하여 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행하라는 청구는 장래이행의 소로서의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다’(대법원 1992. 8. 18. 선고 90다9452, 9469 판결; 그 이유는, ‘채권을 양수하기는 하였으나 아직 양도인에 의한 통지 또는 채무자의 승낙이라는 대항요건을 갖추지 못하였다면 채권양수인은 현재는 채무자와 사이에 아무런 법률관계가 없어 채무자에 대하여 아무런 권리 주장을 할 수 없기 때문’이라고 한다)고 하는데, 이 경우 위 ㉠, ㉡요건이 충족되는 것으로 볼 수도 있어 그 타당성에 의문이 있다.

567) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2012다36661 판결: “채권판결 불복의 소와 같은 형성의 소는 그 판결이 확정됨으로써 비로소 권리변동의 효력이 발생하게 되므로 이에 의하여 형성되는 법률관계를 전제로 하는 이행소송 등을 병합하여 제기할 수 없는 것이 원칙이다. 또한 채권판결에 대한 취소판결의 확정 여부가 불확실한 상황에서 그 확정을 조건으로 한 수표금 청구는 장래이행의 소의 요건을 갖추었다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 채권판결 불복의 소의 결과에 따라서는 수표금 청구소송의 심리가 무위에 그칠 우려가 있고, 채권판결 불복의 소가 인용될 경우를 대비하여 방어하여야 하는 수표금 청구소송의 피고에게도 지나친 부담을 지우게 된다는 점에서 이를 쉽사리 허용할 수 없다.”

568) 변론종결 다음날부터 날마다 손해가 발생하고 별개의 채권이 성립하며 별개로 각 채권의 소멸시효가 진행된다(대법원 1966. 6. 9. 선고 66다615 전원합의체 판결 등).

569) 86다카2151 판결은 위 일반론에 따라, “이행을 명한 1990년까지라는 장래의 기간 한정은 의무불이행의 사유가 그 때까지 계속하여 존속한다는 보장이 성립되지 않는 불확실한 시점임을 부인할 수 없다. 그 시기 이전에 피고가 이 사건 토지를 수용하거나 도로폐쇄조치를 하여 점유사용을 그칠 수도 있고 원고가 위 토지를 계속하여 소유하지 못할 수도 있기 때문이다.”라고 하였고, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다37517 판결은, 위 일반론을 판시한 다음 “피고의 이 사건 1토지 및 이 사건 2토지 중 일부에 대한 각 점유는 동시이행항변권 또는 유치권의 행사에 따른 것이어서 적법한 것이기는 하나 피고가 위 각 토지를 그 본래의 목적에 따라 사용·수익함으로써 실질적인 이득을 얻고 있다는 이유로 임료 상당의 금원의 부당이득을 명하고 있는 이 사건의 경우, 피고가 원고들에게 이 사건 1, 2토지를 인도하지 아니하더라도 원심이 이행을 명한 ‘인도하는 날’ 이전에 이 사건 1, 2토지의 사용·수익을 종료할 수도 있기 때문에 의무불이행사유가 ‘인도하는 날까지’ 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있는 경우에 해당한다고 단정할 수는 없다 할 것이어서 그 때까지 이행할 것을 명하는 판결을 할 수 없다 할 것이다.”라고 판시하였다.

570) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2018다227551 판결은 동일한 취지의 일반론하에, 피고가 원고로부터 건물을 임차하였다가 임대차계약상 의무 위반 등을 주장하면서 임차보증금 반환 등을 구하는 소를 제기하여 조정이 성립하였는데, 피고가 조정 성립을 전후하여 건물에서 퇴거하면서 원고가 아닌 소외인에게 건물의 열쇠를 건네주어 건물을 점유·사용케 하였고, 이에 원고가 피고를 상대로 조정 성립 다음 날부터 건물 인도 완료일까지 부당이득 또는 손해배상의 지급을 구한 사건에서, 원심이, 소외인이 건물을 직접 점유하고 있어 피고의 의사와 관계없이 원고의 손해 발생이 중단될 수도 있으므로 원고의 손해가 계속 발생할 것이 확정적으로 예정되어 있지 않다는 이유로 원심 변론종결 다음 날부터 건물 인도 완료일까지 부당이득 또는 손해배상의 지급을 구하는 부분은 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위한 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하다고 판단한 데 대하여, 대법원은, 피고가 원고 아닌 소외인에게 건물의 열쇠를 건네주어 점유·사용케 함으로써 원고는 건물을 인도받지 못하여 차임에 해당하는 손해를 입고 있는데, 소외인이 피고의 양해를 얻어 건물을 점유한 이래 건물 인도를 거부하고 있고 피고가 여전히 원고에게 건물에 대한 인도의무를 부담하고 있는 이상, 피고의 불법행위로 인한 원고의 손해는

위하여는 채무의 이행기가 장래에 도래하는 것뿐만이 아니라 의무불이행 사유가 그때까지 계속하여 존속한다는 것을 변론종결 당시에 ‘확정적으로 예정’할 수 있는 것이어야 하며 이러한 책임기간이 불확실하여 변론종결 당시에 ‘확정적으로 예정’할 수 없는 경우에는 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없는 것이다.”라고 판시하고 있는데, 그 중 “확정적 예정” 부분은 위 (2)의 ‘장래 발생 채권’에 대한 장래이행의 소의 요건 중 ⑥요건과 같이 “충분한 개연성”으로 대체, 완화하여 통일적으로 해석, 적용함이 타당하다고 생각한다.⁵⁷¹⁾

장래이행의 소의 경우, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 단서에 따라 그 본문의 법정이율은 적용되지 않고,⁵⁷²⁾ 가집행선고도 허용되지 않는다.⁵⁷³⁾

건물을 인도받을 때까지 계속해서 발생할 것이 확정적으로 예정되어 있다고 볼 여지가 있다고 판단하였다.

571) [사건] 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구는 2가지의 경우 즉, (1) 주된 청구인 인도청구와 병합하여 청구한 경우와 (2) 단독으로 청구한 경우로 나뉘 볼 수 있다. 이는 이미 위 86다카2151 판결에서, “가옥명도의 판결을 하면서 그 명도할 때까지 임료상당의 손해배상을 아울러 명하는 경우에 판결의 시점에서 볼 때 명도시기가 불확정하기는 하나 장차 명도라는 사실의 실현을 예정할 수 있어 장래의 이행을 명할 수 있는 것과 그 이치가 다른 것이다.”라고 하여, 양자를 구분한 바 있다.

1) 주된 청구인 인도청구와 병합하여 종된 청구로서 임료 상당의 손해 내지 부당이득에 대한 계속적·반복적 이행청구를 하는 경우에는, 주된 청구인 인도청구가 다투어져 그 이행이 거부되고 있는 이상 종된 청구인 임료 상당의 지급청구에 대해서는 인도 시까지 채무불이행 사유가 계속 존속할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있다고 보아 원칙적으로 장래이행의 소를 허용함이 옳고, 장래의 인도 시점 이전에 임료 상당 지급청구의 요건을 결할, 상정 가능한 특별한 예외적 사정(예컨대, 원고의 소유권 상실, 피고의 점유 상실, 피고의 사용·수익 종료 등)을 모두 고려하여 장래이행의 소를 부정할 것은 아니다. 인도청구와 병합하여 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환을 청구하는 경우, 원고 청구 인용의 승소 판결 확정 후에는 그 즉시 원고 자신의 전적인 의사에 따라 인도청구에 대한 집행권원으로 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구의 종기인 ‘인도’를 실현시킬 수 있어서(이는 원고 청구와 장래 이자·지연손해금 청구 병합의 경우에도 동일하다), 장래 이행 청구 부분인 ‘사실상 변론종결 다음날부터 목적물 인도 시까지’의 손해배상 내지 부당이득반환 채무의 발생 및 그 불이행이 가까운 시일 내에 현실화할 것이 확실하므로, 판례의 판시 중 “채무불이행 사유가 언제까지 존속할 것인지가 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 채무자가 책임을 지는 기간을 예정할 수 없는 경우”가 아니라, “채무의 이행기가 장래에 도래할 예정이고 그때까지 채무불이행 사유가 계속 존속할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있는 경우”에 해당한다고 평가함이 타당하고, 따라서 ‘인도 시’까지의 장래 이행기 도래 부분의 이행을 명하는 판결을 할 수 있다고 볼 것이다.

2) 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구를 인도청구와 병합하여 아니한 경우에는, 구체적 사안에 따라 판단할 것이나 이 경우에도 장래이행의 소의 요건을 완화하여 인정함이 타당할 것으로 본다. 위 2000다37517 판결은 장래이행의 소의 요건을 엄격하게 보았으나, 최근의 위 2018다227551 판결은 직접점유자인 소외인에 대한 인도청구가 병합되지 않은 사안으로서 장래이행의 소의 요건을 완화하여 해석·적용한 데 그 의의가 있다 할 수 있다. 위 2018다227551 판결의 사례에 비추어 보면, 위 2000다37517 판결 사례에서도 역시 피고의 차임 상당의 부당이득이 원고가 사건 토지를 인도받을 때까지 계속해서 발생할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있다고 봄이 상당하고, 장래이행의 소의 요건을 엄격하게 볼 것은 아니라고 생각한다. 위 2000다37517 판결은 예외적 사례로 취급함이 옳고 일반화 할 것은 아니다.

3) 근본적으로 볼 때, 96다27988 판결에서 판시된 바대로, “‘장래 발생할 청구권’에 대한 ‘장래이행의 소’는 ① 대상이 되는 ‘청구권’의 요건으로서 ③ 사실상 변론종결 당시 ‘청구권’의 기초가 되는 법률관계나 사실관계가 이미 존재하고, ⑤ 장차 그 청구권이 발생할 ‘개연성이 충분’하여야 하며, ② ‘미리 그 청구를 할 필요’가 있어야 허용된다.”는 일반론이 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구에도 그대로 적용되어야 하고, 이에 따르면, 임료 상당의 손해배상 내지 부당이득반환 청구에 관한 일반론(“의무불이행 사유가 그때까지 계속하여 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있는 것이어야 하며 이러한 책임기간이 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 없는 경우에는 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없는 것이다.”) 중 “확정적 예정” 부분은 “충분한 개연성”으로 대체, 완화하여 통일적으로 해석, 적용함이 타당하다고 생각한다.