

確定期限이 있는 채권의 소멸시효 起算日에 관한 短見

한승수

To cite this article : 한승수 (2019) 確定期限이 있는 채권의 소멸시효 起算日에 관한 短見, 아주법학, 13:3, 193-217

① earticle에서 제공하는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 학술교육원은 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다.

② earticle에서 제공하는 콘텐츠를 무단 복제, 전송, 배포, 기타 저작권법에 위반되는 방법으로 이용할 경우, 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

www.earticle.net

確定期限이 있는 채권의 소멸시효 起算日에 관한 短見

한승수

중앙대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사(대한민국, 미국 뉴욕주)

【국문초록】

始期附 權利 중 확정기한부의 경우에는 일반적으로 기한이 도래한 때로부터 시효가 진행된다고 보는데, 구체적으로 변제기 당일에도 시효가 진행되는지가 문제된다. 이와 같은 점이 실제 사안에서 문제될 가능성은 낮으나, 초일불산입의 원칙이나 소멸시효 제도의 이해에 도움이 될 것으로 본다.

이에 관하여는 우리 민법 규정의 해석상 두 가지 접근이 가능한데, 기존에는 그 변제기 당일은 불산입하여 그 익일부터 소멸시효가 진행된다고 보는 견해가 다수였던 것으로 보인다. 그러나 두 견해 모두 우리 민법 체계 내에서 합리성을 가지고 있다고 보지만, 변제기를 산입하는 입장이 보다 합리적이지 않은가 생각한다. 그 이유로는 대략 다음의 세 가지를 들 수 있다. 먼저, 기간에 관한 민법 제157조의 합리적 해석상 온전한 하루를 불산입할 이유가 없다. 이는 초일불산입 원칙의 적용대상이 아니다. 둘째, 당사자의 의사해석을 하더라도 당사자들이 스스로 권리행사의 범위를 제한하는 쪽으로 의욕하고 있다고 보기 어렵다. 마지막으로 소멸시효의 진행과 관련하여 변제기일 당일에도 법률상 장애가 존재하지 아니하여 권리행사가 가능하다는 점을 들 수 있다.

이러한 해석은 소멸시효 제도의 취지, 현행 민법의 기본태도에도 부합하는 것으로 이해된다.

주제어 : 소멸시효, 기산일, 초일불산입, 확정기한부 채권, 변제기

【목차】

- I. 논의의 대상
- II. 우리 실무 및 학설의 태도
- III. 일본에서의 논의
- IV. 검토
- V. 결어

I. 논의의 대상

(1) 고대 로마법 중 로마시민들에게만 적용되던 시민법은 상당히 엄격해서 시간의 경과와 같은 자연현상에 의하여 법률적 문제가 좌우된다고 보지 않았다고 한다. 그러나 법정관법에 의하여 개별 상황의 특수성이 고려되면서 소권의 행사가 시간적으로 제한될 수 있다는 생각이 확대되어 차츰 소멸시효나 그 중단, 정지 등의 제도가 구체화되었다.¹⁾ 이후 소멸시효는 각국의 법전에 입법화되었고²⁾³⁾ 독일에서는 절대설과 상대설의 논의를 거쳐 1900년 상대설의 입장으로 입법화되었는데,⁴⁾ 2002년 주관적 기산점 체계를 바탕으로 30년의 장기 시효를 폐지하고 3년으로 단축함으로써 복잡한 기존의 소멸시효 제도를 전면개정하였다.⁵⁾ 프랑스는 2008년 법적 불안정을 해소하기 위하여 시효기간을 규범적인 인식시점으로부터 5년으로 단축하면서, 권리발생시부터 20년을 객관적 한계로 정하였다.⁶⁾ 일본의 경우에도 기존에 제170조 내지 174조에 있던 단기소멸시효에 관한 규정을 삭제하고 주관적 요소를 바탕으로 인식시점으로부터 5년의 시효기간을 적용하면서, 객관적으로 10년을 시효기간으로 정하여 이를 보

- 1) 김영희, “소멸시효에 관한 역사적 고찰- Savigny의 견해를 중심으로”, 『법사학연구』 제31호, 2005. 4. 362-364면. 이 문언에서는 ‘법무관’으로 되어 있으나 최근의 연구동향을 고려하여 ‘법정관’으로 표기했다.
- 2) 대륙에서의 양상과 관련해서는 김영희, 상계논문, 372-378면.
- 3) 영미의 보통법에서는 소멸시효에 그대로 대응하는 제도는 없고 statute of limitations라고 하여 형평법상 제소기간의 문제로 접근하는데 이는 우리와 달리 절차법적인 제한으로 이해된다. 다만, 국제사법상 이는 독일이나 일본 등에서 일반적으로 실체법적으로 성질결정된다고 본다. 장준희, “법률행위의 방식과 절차 문제의 구별”, 『국제사법연구』, 2006, 271면.
- 4) 김영희, 앞의 글, 375-379면.
- 5) 독일 민법의 관련 규정은 양창수 역, 『2015년판 독일민법전 총칙·채권·물권』, 박영사, 2015, 83면이하. 독일의 개정 이유와 경위에 관련하여서는 이상영, “독일 개정민법상 소멸시효제도”, 『비교사법』 제9권 2호, 2002, 3-5면.
- 6) 프랑스의 신시효법의 개정과정과 주요 내용에 관하여는 김상찬, “프랑스 신시효법에 관한 연구”, 『법학연구(한국법학회)』 제38집, 2010. 5. 참조.

완하고 있다.⁷⁾⁸⁾ 이들의 공통적인 특징은 장기간의 시효기간을 단축하고 주관적 요소를 중심으로 기산의 기초를 변경했다는 것에 있다.⁹⁾¹⁰⁾

(2) 이와 같은 입법적인 관심은¹¹⁾ 실무적으로 소멸시효의 역할이 그만큼 중요하기 때문에 나타난다고 본다. 최근 논란이 되는 여러 사건의 처리에 있어서 소멸시효가 자주 문제된다. 사회적으로 주목을 끌었던 소위 고엽제 사건¹²⁾이나 강제징용 사건¹³⁾에서도 소멸시효가 문제되었다. 당사자가 가진 실체적 권리의 존부가 사실의 문제인 시간의 흐름에 따라 결정되고 그 기간은 법률에 의하여 정하여져 있다는 점에서 그 완성 여부에 관하여 미묘한 긴장관계가 형성될 수밖에 없다.¹⁴⁾ 최근 개정된 독일, 프랑스, 일본 등과 같이 주관주의를 기초로 하더라도 그 소멸시효 완성 여부와 관련하여서 그 구체적 기산점을 언제로 할 것인가가 가장 중요한 쟁점 중 하나이다. 우리의 경우 이는 민법 제166조 제1항(이하 민법의 경우 조문 번호만으로 표기한다)에 따라

-
- 7) 일본 개정 민법의 소멸시효에 관한 소개로는 김성수, “개정 일본민법(2017년)의 ‘소멸시효’- 주요개정내용의 소개를 중심으로-”, 『아주법학』 제12권 제1호, 2018, 37-92면.
- 8) 「유럽계약법원칙」의 내용도 참고할만한 중요한 자료이다. 「유럽계약법원칙」에서는 채권자의 인식가능성을 전제로 3년의 기간을 일반소멸시효기간으로 하고 있다(제14:301조, 제14:301조). 그 내용에 대한 설명으로 양창수, “「유럽계약법원칙」의 소멸시효규정- 우리 민법에의 示唆을 덧붙여-”, 서울대학교 법학 제44권 제4호, 2003. 12., 118-131면.
- 9) 이와 같은 최근의 소멸시효법 개정 작업과 관련하여, 기산점에 있어서 일정한 특징을 지적하는 견해가 있다(서중희, “소멸시효의 기산점에 관한 고찰- 2013년 민법개정안을 반영하여”, 『일갑법학』 제37호(건국대학교 법학연구소), 2017, 132, 133면). 그 특징으로 첫째, 비교적 단기간 일반적 소멸시효 기간은 주관주의에 의하여 결정되고, 둘째, 주관주의에 의하여 시효기간이 무기한 연장되는 문제점을 인식하여 객관적 기준과 결부된 최장기간으로 시효가 완성될 수 있다는 점을 꼽는다.
- 10) 최근 개정된 입법례를 포함한 각종 입법례의 일반적 소개는, 편집대표 김용덕, 『주석 민법 제5판 [총칙3]』, 한국사법행정학회, 2019, 762-774면 [이연갑 집필부분](이하 ‘주석 민법 제5판’으로 인용한다). 소멸시효와 관련하여 광범위한 입법례 소개로는 김성수, “소멸시효 완성의 효력”, 2009년도 법무부 연구용역 과제보고서 참조.
- 11) 우리도 2013년 민법 개정안에서 주관주의를 기초로 하되, 객관주의를 보충하는 방식으로 구성하였다(“제162조(채권의 소멸시효 기간) ① 채권은 채권자가 권리를 행사할 수 있다는 사실과 채무자를 안 때로부터 5년동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다 ② 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 채권자가 위반행위와 채무자를 안 때로부터 진행된다. ③ 권리를 행사할 수 있는 때 또는 위반행위를 한 때부터 10년이 지나면 제1항·제2항에도 불구하고 소멸시효가 완성된다.”). 이와 같은 입법안의 배경에 관하여는 법무부 민법개정자료발간집 편, 『2013년 법무부 민법개정시안- 총칙편』, 법무부, 2013, 400-402면. 이 자료에는 독일, 프랑스, 일본, 유럽계약법원칙의 규정도 요약되어 있다.
- 12) 기산점과 관련된 대표적 판례 중 하나로 소위 고엽제 사건(대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결)이 있다. 이 사건에는 국제사법적 쟁점도 많고 소멸시효와 관련하여서도 여러 쟁점이 있다. 기산점에 관하여는 “민법 제766조 제2항에 의하면, 불법행위를 한 날부터 10년을 경과한 때에도 손해배상청구권이 시효로 소멸한다고 규정되어 있는데, 가해행위와 이로 인한 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위에 기한 손해배상청구권의 경우, 위와 같은 장기소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’은 객관적·구체적으로 손해가 발생한 때, 즉 손해의 발생이 현실적인 것으로 되었다고 할 수 있을 때를 의미하고, 그 발생 시기에 대한 증명책임은 소멸시효의 이익을 주장하는 자에게 있다.”라고 판시하고 있다.
- 13) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결.
- 14) 소멸시효가 완성되었다고 하더라도, 신의칙에 따라 그 행사가 제한될 수도 있다. 대표적인 사례로 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결 등.

권리를 행사할 수 있는 시기의 판단 문제인데, 始期附 權利의 기산일 산정에 있어 일반적으로 확정기한부의 경우에는 기한이 도래한 때로부터, 불확정기한부의 경우에는 기한이 객관적으로 도래한 때로부터 시효가 진행되고, 기한을 정하지 않은 때에는 채권이 발생한 때를 기산일로 본다.¹⁵⁾

이와 같이 일반적인 법리를 제시하는 것을 넘어서 구체적인 날짜를 숫자로 정확히 특정하는 것은 아주 단순하지는 않다. 확정기한부 채권에 있어서 어느 날 중의 확정한 시각을 변제기로 정한 경우나, 어떤 시각에 권리발생의 원인이 되는 사실이 일어난 경우에는 그 시각이 속하는 날은 통상 시효기간에 산입되지 않는다고 본다.¹⁶⁾ 그렇다면 당사자가 일정한 날(某年某월某日)을 채무변제기 또는 권리의 시기라고 정한 경우에는 그 날(변제기 당일)부터 기산하는가, 그 다음날(변제기의 익일)부터 기산하는가의 문제는 어떻게 볼 것인가? 이는 소멸시효의 기산점과 제157조(기간의 기산점)의 적용의 관점에서 논의할 필요가 있다. 단순히 하루 차이의 문제라서 소설이나 영화 속의 설정이 아니라면 그 하루가 문제가 되는 경우는 실무적으로 쉽게 발생하기는 어려울 것으로 생각된다.¹⁷⁾ 그러나 그 고민을 해보는 과정에서 초일불산입 제도의 활용이나 소멸시효의 요건인 권리행사가능성의 의미에 관하여 생각해볼 수 있을 것으로 본다. 이하에서는 그 하루에 집중하여 우리 실무 및 학설의 태도로부터 시작하여(II), 우리와 거의 같은 기간 관련 법규정을 가지고 있는 일본의 논의를 살펴보고(III), 다른 제도와 의 관련성 하에서 검토하고자 한다(IV).

II. 우리 실무 및 학설의 태도

1. 우리 판례의 태도

(1) 소멸시효의 기산일과 변론주의

소멸시효의 기산일은 소멸시효 기간이 얼마인지와 달리,¹⁸⁾ 변론주의의 원칙상 주요

15) 박윤직, 『민법총칙(신정 수정판)』, 박영사, 2000, 458면(본고에서 검토하는 확정기한부 채권에 있어서 변제기의 소멸시효 적용의 문제에 관하여 최신 판본에서는 관련 논의가 없어서 본고에서는 신정 수정판을 바탕으로 인용한다.); 편집대표 박윤직, 『민법주해[III]』, 박영사, 2002, 465면[윤진수 집필부분] (이 문헌은 이하 ‘민법주해’로 인용).

16) 이는 뒤에서 보듯, 제157조 본문이 적용되는 것이다. 박윤직, 앞의 책, 458면.

17) 일본에서는 그 하루가 다투어진 사안이 있는 것으로 보인다. 大審院 大正6年11月8日 大(才)704号에서는 소송으로 손해배상청구를 한 시점이 문제되어 초일불산입 여부가 다투어진다.

18) 이는 법률문제로 법원이 당사자의 주장과 관계없이 직권으로 정한다. 예컨대, 대법원 1977. 9. 13. 선고 77다832 판결(“10년의 소멸시효를 주장하고 있다 하더라도 지방자치단체에 대한 금전의 지급을 목적으로 하는 채권의 소멸시효기간은 5년이므로 이에 따른 소멸시효완성 여부를 심리하여야 한다.”)

사실로서 당사자가 주장하는 내용에 따라 소멸시효를 계산하여야 한다고 보는 것이 판례의 태도이다. 따라서 “본래의 소멸시효기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야” 하고,¹⁹⁾ 이는 “당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고, 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도” 적용된다고 본다.²⁰⁾ 이는 채권자의 청구가 있는 경우 채무의 소멸을 주장하는 상대방이 항변으로 소멸시효를 주장하게 되고, 기산점 산정의 오류로 소멸시효가 완성되지 않았다는 것은 채권자 측의 부인으로 이루어지는 구조이므로, 채권자의 반응(공격방어방법)을 고려하는 것으로 이해된다.²¹⁾

다만 이에 관하여는 기산점은 법률문제이기 때문에 당사자의 주장이 있어야 하는 것은 아니며, 당사자가 법률지식 부족 등으로 잘못 주장한 경우에는 법원이 본래의 기산일을 바탕으로 기간을 계산하여야 한다고 보는 견해가 있다.²²⁾

(2) 판례에서 나타나는 기산일

1) 일반적인 기준

변제기가 시효기간에 포함되는지 여부가 문제되려면 그 하루가 소멸시효 완성 여부에 영향을 미쳐야 하는데, 실제로 그러한 사건이 발생하는 것은 드물 것으로 생각한다. 또한 기산일 산정이 변론주의에 따라 정하여지므로 변제기가 시효기간에 포함되는지 여부가 다루어지기도 어렵다. 현재까지 우리 판례상 해당 쟁점이 본격적으로 다루어진 경우는 없는 것으로 보인다. 다만 다른 쟁점을 실시하는 과정에서 소멸시효의 기산일을 다른 경우는 찾을 수 있다.

먼저, 대법원 2004. 4. 27 선고 2003다69119 판결을 꼽을 수 있다. 이 사건에서는 소멸시효의 기간 산정을 위하여 해당 채무의 성격이 문제되었다. 당사자 사이에 “계속

19) 대법원 1983. 7. 12 선고 83다카437 판결(다만 이 판결에서는 당사자의 착오로 인한 경우에는 석명권을 행사하여야 한다고 본다), 대법원 1995. 8. 25 선고 94다35886 판결 등.

20) 대법원 1995. 8. 25 선고 94다35886 판결. 그 근거로, 해당 판결은 “본래의 기산일이 당사자가 주장하는 기산일보다 뒤의 날짜라 하여 법원이 본래의 기산일에 따라 소멸시효기간을 인정하게 되면 그 기간 가운데에는 당사자가 주장한 기간 속에 들어 있지 아니한 부분이 있어 위 양자 사이에 전체가 부분을 포함하는 관계가 있다고는 할 수 없으므로 법원의 인정사실은 당사자의 주장사실과 전혀 별개의 것으로서 양자 사이에는 동일성이 없다 할 것이고, 나아가 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 심리 판단하여야만 상대방으로서도 법원이 임의의 날을 기산일로 인정하는 것에 의하여 예측하지 못한 불이익을 받음이 없이 이에 맞추어 권리를 행사할 수 있는 때에 해당하는지의 여부 및 소멸시효의 중단사유가 있었는지의 여부 등에 관한 공격방어방법을 집중시킬 수 있을 것이기 때문이다.”라고 설명하고 있다.

21) 이는 우리 판례상 취득시효에서의 기산일이 간접사실로 인정되는 것과 차이가 있다. 대법원 1987. 2. 24 선고 86다카1625 판결 등. 여기서 자세히 논하지는 않지만, 이는 취득시효의 경우 그 완성 후에 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우와 그 완성 전에 이전된 경우의 법적 효과가 다르다는 판례이론과 관련된 것으로 생각한다.

22) 민법주해, 475, 476면[윤진수 집필부분].

적 거래관계를 종료하면서 기존의 물품대금 채무를 정산하여 원고가 피고들에 대하여 그 채무액을 감액하여 주고 3회에 분할하여 변제할 수 있도록 그 변제방법 및 변제기일을 새로이 약정”을 하였는데 해당 약정을 경계계약으로 보고 새로이 소멸시효가 진행된다고 볼 것인지, 아니면 기존의 물품대금채권으로서의 성격이 유지된다고 볼 것인지의 문제이다. 원심에서 이를 경계로 보고 5년의 상사소멸시효를 적용하여 소멸시효 완성 여부를 판단한 것과는 달리,²³⁾ 대법원에서는 “기존의 물품대금 채권은 위 정산 약정에도 불구하고 단지 금액이 감액되고 변제기만 연장된 채 그 동일성을 여전히 유지하고 있는 것이지 위 정산 약정으로 인하여 물품대금 채권이 별개의 어떤 다른 채권으로 새롭게 전환되는 것은 아니라 할 것”으로 보아 3년의 단기소멸시효를 적용하였다.²⁴⁾ 나아가 대법원은 “이 사건 정산 약정에 의하여 소멸시효의 기산일은 연장된 변제기의 익일부터라 할 것인데, 새롭게 조정된 변제기 중 1998. 5. 30.에 지급하기로 된 10,000,000원 부분에 대하여는 피고들이 주장하는 3년의 단기소멸시효기간이 도과되기 전에 해소되었음이 역수상 명백하여 피고들의 항변을 배척한 원심의 결론은 정당”(밑줄은 필자, 이하 같음)하다고 하여 일부에 관하여는 원심의 결론을 지지하였는데, 여기에서 소멸시효의 기산일이 “변제기의 익일”부터라고 명시하였다. 일반적으로 변제기가 연장되면 소멸시효도 진행하지 않고, 연장된 변제기로부터 진행하게 되는데, 이 때 변제기 당일이 아니라 “변제기의 익일”이 그 기산일이라고 본 것이다. 이는 민법 제157조 본문의 원칙을 적용하여 변제기 당일인 초일을 불산입한 결과로 이해된다.

대법원 2007. 11. 15 선고 2007다40352 판결에서도 같은 취지가 드러난다. 이 판결에서는 어음의 변제기가 문제되었는데, “일람출급어음의 지급제시는 발행일로부터 1년 내에 하여야 하는 것인데(어음법 제34조 제1항), 그 기간 내에 적법한 지급제시가 없다면 그 기간의 말일에 만기가 도래한 것으로 보고, 그 때부터 어음채무의 소멸시효가 진행한다고 보아야 할 것이고, 그 어음채무에 대한 어음보증인의 채무도 같은 때부터 소멸시효가 진행한다고 보아야 할 것이다. 따라서 만기가 일람출급으로 정해진 이 사건 어음에 있어서 어음상 주채무자인 피고 2의 어음금 채무 및 원고의 어음보증채무의 만기는 이 사건 약속어음의 발행일로부터 1년이 지난 2003. 7. 19.에 도래하여 그 다음날부터 각 소멸시효가 진행하며”라고 실시하고 있다. 일반론으로는 ‘만기’부터 어음채무의 소멸시효가 진행한다고 하면서도, 실제 계산은 그 ‘다음날’부터 하고 있는 것을 확인할 수 있다. 대법원 2008. 3. 27 선고 2007다77989 판결에서도 “그 소멸시효도 위 각 변제기 다음날부터 3년이 경과함으로써 순차 완성된다고 할 것”이라고 표현하고 있다.²⁵⁾

23) 서울고법 2003. 12. 2. 선고 2002나30055 판결

24) 우리 대법원은 경계 계약을 쉽게 인정하지 않는다. 예컨대, 대법원 1996. 7. 9 선고 96다16612 판결.

이러한 태도는 하급심에서도 확인할 수 있는데, 예컨대, 부산고등법원 2008. 5. 23 선고 2007나16182, 2007나16199(반소) 판결,²⁶⁾ 광주고등법원 2007. 10. 17 선고 2006나5313 판결²⁷⁾이 그러하다.

2) 명확하지 않은 경우

판례의 태도가 실제 구체적인 사안에서 명확히 드러나지 않는 경우가 상당하다. 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014다22574, 22581 판결에서의 계산을 보자.

해당 판결에서는, “2010. 8. 12. 변제기가 도래하였으므로 그때부터 3년이 경과한 2013. 8. 12. 소멸시효가 완성되었다고 판단”하고 있다. 따라서 8. 13. 이후에 제기한 소송에는 소멸시효의 항변을 할 수 있을 것이다. 그런데 변제기 당일을 산입하지 않으면 8. 12. 24시일 것인데, 소멸시효의 완성 시점이 구체적으로 8. 12. 0시인지, 아니면 8. 12. 24시인지는 명확하지 않다. 실제 그 하루가 문제되지 않는 이상 그 점을 엄밀하게 명시할 필요도 없었을 것이다.

서울중앙지방법원 2016. 1. 20. 선고 2015나22426 판결에서는 “..... 이 사건 각 대출에 관한 주채무의 소멸시효 기산일은 2007. 8. 13. 또는 2007. 9. 1.로 봄이 상당하다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 주채무자인 소외 1의 이 사건 각 대출채무는 그 변제기인 2007. 8. 13. 또는 2007. 9. 1.로부터 상사소멸시효기간인 5년이 경과함으로써 이 사건 지급명령 신청 전에 시효로 소멸하였다.”라고 판시하고 있다. 이 표현으로부터도 변제기를 산입했는지는 명확하지 않다. 앞에서 살펴본 대법원 판례에서 본 바와 같이 ‘변제기로부터’라고 설명하고 있지만, 실제 그 익일부터 시작하는 것으로 계산하는 것도 가능하다. 따라서 이와 같이 날짜가 제시되어 있거나 익일이라는 점이 명확히 기재되어 있지 않더라도 위에서 제시된 법원의 태도와 다른 기준을 전제로 한 것으로 단언하기 어렵다.

결국 현재까지 살펴본 바로는 일반적으로 우리 판례는 변제기 익일부터 소멸시효가

25) 민법주해, 380면[민형기 집필부분]에서는 각주 1)로 “大判 71. 5. 31, 71다87(集. 19-2, 84)”을 인용하면서 농지개혁사업정리에 관한 특별조치법상의 청구권의 소멸시효의 계산과 관련하여 초일을 불산입하고 익일부터 계산하였다는 판시가 있다고 해당 판결에는 관련 내용이 나타나지 않았다. 그런데 편집대표 박준서, 『주석 민법』 제3판, 한국사법행정학회, 2001, 516면[정지형 집필부분](이하에서는 ‘주석 민법 제3판’으로 인용한다)에서 大判 71. 5. 31, 71다787(集. 19-2, 84)으로 기재되어 있는바, 민법주해의 표시는 단순오기로 보인다. 해당 판결은 ‘관보로서’ 공포되어 해당일 0시부터 시작되지 않은 것이 자명하여 공포시행일을 산입하지 않아 초일불산입을 인정한 것이다. 따라서 우리가 검토하고 있는 변제기를 미리 정해둔 사안에는 들어맞지 않는다.

26) “위 피고들의 위 각 해당 대출원금채무의 소멸시효 기산일은 위 각 해당 변제기 다음날로 보아야 한다.”라는 판시가 나온다. 해당 사건에 관하여는 대법원 판결이 있으나 그곳에는 기산일에 관한 언급은 없다.

27) “이 사건 채권에 대한 소멸시효는 회의조건에 따른 이 사건 채권의 최종 변제기 다음날인 2000. 7. 1.부터 다시 진행된다고 할 것”이라는 판시가 나온다. 해당 사건에 관하여는 대법원 판결은 본문에 인용된 대법원 2008. 3. 27 선고 2007다77989 판결이다.

진행된다는 보고 있는 것으로 이해된다.

2. 우리 학설의 태도

변제기일 하루의 문제에 지면을 할애한 문헌은 그다지 많지 않아 보이는데, 우리 학설 중 다수는 판례와 비슷한 취지로 이해된다. 초일을 불산입하는 원칙에 따르는 것으로 보이나 다만 그러한 결론에 이르는 구체적인 근거에 대하여는 다소간의 차이를 보인다. 한편 다수와 다른 입장에 서있는 것과 같은 태도를 보이는 견해도 있다.

(1) 변제기일 불산입설 (당사자의 의사해석 기준설)

이 문제와 관련하여 비교적 자세히 다루고 있는 견해는 이를 당사자 의사해석의 문제로 본다. 즉, “당사자가 단순히 某月某日을 채무변제기 또는 권리의 시기라고 정한 경우” 그 기산일은 “당사자의 의사해석에 관한 문제이며, 당해일의 오전 零時를 의미하느냐 아니냐에 따라, 그 날의 산입 여부를 결정”하면 되는 것으로 본다.²⁸⁾ 당사자들이 이 날짜보다 더 구체적으로 시간을 정하는 경우는 많지 않은데, 이 견해에서는 일반적으로 당사자들의 의사를 어떻게 불지에 관한 논의는 없는 것 같다. 이에 따르면 단순히 모월모일로 변제기를 정한 경우 그 변제기를 포함할지 여부에 관하여는 당사자의 의사해석을 어떻게 하느냐를 다시 따져봐야 하는 문제가 남게 된다. 아래에서 보는 바와 같이 다양한 접근이 있지만 이를 편의상 당사자의 의사해석 기준설이라 부르기로 한다.²⁹⁾

당사자 의사해석 기준설과 같은 맥락으로 이해되지만 다소 중립적인 위 견해와 달리 일용 초일을 불산입하는 것으로 보이는 견해들도 있는데, 당사자의 의사에 따르지만 “오전 영시를 의미하지 않는 한 불산입”한다거나,³⁰⁾ “당해 일의 오전 영시부터 개시되는 경우가 아니면 당해 일은 소멸시효 기간에 산입되지 않”는다거나,³¹⁾ “기간의 계산에 관한 민법 제157조의 취지에 따라 당사자의 의사표시 기타 사정에 의해 변제기를 오전 0시로 볼만한 특별한 사정이 없다면 변제기일 다음날부터 소멸시효가 진행”³²⁾³³⁾한다고 보는 것이다. 이렇게 보면 앞에서 본 중립적인 견해와는 다소 뉘앙스의

28) 곽윤직, 앞의 책, 458면, 2016

29) 마찬가지로 당사자의 의사해석을 기준으로 보는 견해로, 민법주해, 2002, 475(윤진수 집필부분).

30) 김형배, 『민법학강의』 제4판, 2005, 297면.

31) 김상용, 『민법총칙』 전정판 증보, 법문사, 2003, 735면; 김상용/전경은, 『민법총칙』, 2018, 화산미디어, 746면.

32) 주석 민법 제5판, 873면[이연갑 집필부분]. 김주수/김상용, 『민법총칙』 제7판, 삼영사, 2015, 533면 각주 17)에서도 비슷한 표현이 쓰이고 있고(“특약 기타의 사정이 없는 한”), 주석 민법 제3판, 516면[최성준 집필부분], 584면[정지형 집필부분]의 문언도 거의 같다. 제5판의 “특별한 사정” 대신 “사유”라고

차이가 있다. 예외적으로 오전 영시를 기준으로 삼겠다는 당사자의 의사가 드러나지 않는 이상 변제기일은 불산입되는 것으로 해석되므로 통상의 경우 변제기일 다음날로부터 소멸시효가 기산된다는 것이다. 즉, 소멸시효의 기산일과 관련하여 변제기일은 산입하지 않는 쪽으로 기울게 된다.

(2) 변제기일 산입설 (권리행사 가능성설)

우리 학설상 명확히 변제기일은 산입되지 않는다고 주장하고 있는 예는 찾기가 어렵다. 다만, 그러한 주장이 포함되어 있다고 이해될 수 있는 내용은 발견할 수 있다.

대표적으로 “이행지체는 익일부터 생기는 것이지만 변제기일부터 권리를 행사할 수 있는 이상 시효는 변제기일부터 진행되는 것으로 보아야” 한다는 견해(이하 편의상 이 견해를 ‘권리행사 가능성설’이라 부른다)을 소개하는 예가 있다.³⁴⁾ 한편, “예금기간이 정해져 있는 예금채권은 그 만료한 날로부터 소멸시효가 진행”하므로 정기예금 채권은 그 기간이 만료한 때부터 소멸시효가 진행하고, 확정기한부 채권의 이행지체는 다음날부터 진행하므로 판례는 소멸시효 기산점과 이행지체를 다르게 보고 있다고 설명하는 견해도 있는데, 판례가 변제기일을 소멸시효의 기산일로 산입하는 것으로 이해하는 전제에 선 것으로 보인다.³⁵⁾

“어느 날 중의 확정된 시각을 기한으로 정한 때에는 그 시각이 속하는 날은 시효기간에 산입하지 않으므로 그 다음날부터 기산”한다고 하면서 날짜를 기준으로 한 경우에 관한 설명은 덧붙여지지 않은 경우도 있다.³⁶⁾

한편, 일부 문헌 중에 사례를 검토하면서 변제기를 포함시킨 것으로 보이는 경우도 찾을 수 있는데, 변제기를 의도적으로 포함시킨 것인지, 혹은 이러한 계산이 구체적으로 어떠한 근거를 바탕으로 한 것이지는 불명확하다.³⁷⁾

되어 있는 차이가 있다. 제5판으로 가면서 보다 초일불산입의 원칙이 적용된다는 취지가 보다 강해진 것 같다.

33) 주석 민법 제3판, 584면[정지형 집필부분]에서는 뒤이어 대법원 1980. 7. 8. 선고 79누160 판결을 인용하고 있는데, 이 사건은 공고일 다음 날 소멸시효가 기산한다는 취지로서 하루 중 일정한 시기에 공고가 이루어진 이상 변제기 당일을 소멸시효 기간에 산입하느냐의 문제와는 다른 것으로 보인다.

34) 주석 민법 제3판, 584면[정지형 집필부분] 다만 구체적으로 누구의 견해인지가 적시되어 있지 않아서 아쉬움이 있다.

35) 강태성, 『민법총칙』 제8판, 대명출판사, 2018, 1021면. 다만 필자 본인의 견해가 명확히 드러나지는 않는다.

36) 이영준, 『민법총칙』 개정증보판, 박영사, 2007, 806면. 날짜로 정한 경우는 반대로 이해하여야 할 것이라고 해석할 수도 있으나 명확하지 않다.

37) 예컨대, 양형우, 『민사법특강』, 피앤씨미디어, 2016, 329-331면에서, 변호사시험 5회 해설과 관련하여 변제기 2010. 10. 31.의 경우 소멸시효는 2015. 10. 30. 완성되었다고 보고 있는데, 변제기 익일부터 계산하는 경우 2015. 10. 31. 24:00에 소멸시효가 완성되므로, 위 계산은 변제기 당일을 산입한 것을 생각된다. 327면의 2007. 3. 5.까지 대금을 지급하기로 한 사안에서는, 2010. 3. 5. 소멸시효가 완성되었다고 보고 있다. 한편, 정연석, 『8년간 기출 압축』, 북앤코, 2019, 119면에서, 2016년 법학전문대학원 협의회

Ⅲ. 일본에서의 논의

1. 일본 민법의 규정

일본은 기간의 계산과 관련하여 우리와 거의 같은 내용의 조문을 가지고 있다. 일본 민법 제139조, 제140조는 우리 민법 제156조, 제157조에 대응한다. 구체적으로는 아래와 같다.

일본 민법 제139조 시간에 따라 기간을 정한 때에는 그 시간은 그 때로부터 기산한다.

일본 민법 제140조 일, 주, 월 또는 연에 의해 기간을 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다. 그러나 그 시간이 오전영시로부터 시작되는 때에는 그러하지 아니하다.

2. 일본의 판례

(1) 일본 대심원의 판결

일본의 경우 1931년 일찍이 이에 관하여 명시한 판결이 있었다. 大審院 昭和 6年 (1931年) 6月9日 昭5(オ)3000号 (新聞 3292.14.)이 그것인데, 당해 판결에서 일본 대심원³⁸⁾은 명확히 변제기일 불산입설을 취하였다. 그 근거로, 대심원은 “시효 기간의 계산도 민법 제140조에 의하여야 할 것이어서 동조에 의하면 기간의 초일은 그것을 산입하지 않고 오직 예외로서 기간이 오전영시로부터 시작되는 경우에 있어서만 초일을 산입해야 하는 것인데, 채권의 소멸시효의 기간을 계산함에 있어서는 그 초일인 변제기일은 이를 산입하지 않고 그의 익일로부터 그 계산을 해야 하는 것은, 생각건대 채권자는 그 변제기일에 변제를 구할 수 있는 것이지만 채권자가 그 권리를 행사할 수 있는 것도 변제기일에 있어서의 거래시간의 첫 시각 이후가 되는데다가, 그 소멸시효는 민법 제166조에 의한 그 날의 거래시간의 첫 시각으로부터 진행되는 것이어서 오전영시부터 진행해야 하는 것은 아니기” 때문이라고 보고 있다.

즉, 일본 대심원은 현실적인 거래 시간 개시시점에 비로소 권리를 행사할 수 있다고 보고, 그에 따라 변제기일이 아니라 그 다음날로부터 소멸시효가 기간되어야 한다고 보고 있는 것이다. 우리의 통상적인 기준으로 따지면 일반적인 업무개시 시간인 평일 오전 9시를 기준으로 보게 되어, 변제기를 특정일로 정하였더라도 당사자가 사실상

제3차(10월) 모의고사에 대한 설명을 하면서, 변제기 2011년 3월 10일의 경우 2014. 3. 9. 24:00에 소멸시효 완성하였다고 보고 있다. 또한 변호사 시험 5회에 관한 설명에 있어서 10.30. 24시 완성이 보고 있는데(29면), 양형우 교수님과 같은 결론으로 이해된다.

38) 일본 대심원(大審院)은 현재의 일본 최고재판소(最高裁判所)의 전신으로 1947년까지 일본의 최고 사법기관으로서 기능하였다.

변제기일의 ‘아침 9시부터’라고 구체적인 시각을 정한 것과 다를 바 없이 보는 것이다. 만약 ‘아침 9시부터’라고 볼 수 있다면 초일불산입의 원칙이 적용되는 것이 자연스러운 연결이라 하겠다.

그 외에 당좌수표와 관련하여서 마찬가지로 취지로 권리행사가 가능한 시간이 의의가 있다고 보아 초일을 불산입하여 그 소멸시효 기산일이 만기일의 익일이라 본 판결도 존재한다.³⁹⁾

한편, 일본 최고재판소는 불법행위와 관련하여서는 손해와 가해자를 알게 된 것이 오전 0시가 아닌 한 초일 불산입한다는 취지로 설명하고 있다.⁴⁰⁾ 그런데 위 대심원 판결의 내용대로라면 오전 0시에 불법행위의 손해 및 가해자를 알게 되더라도 초일을 불산입하여야 한다. 거래시간이 되어야 비로소 청구할 수 있기 때문이다.⁴¹⁾

(2) 일본 하급심 판결

일본에서는 위 대심원 판결 이전에 다른 취지의 하급심 판결도 존재하였다고 한다.⁴²⁾ 해당 하급심 판결에서는 변제기 당일에도 시효가 진행되었다고 인정한 것으로 보인다.

3. 일본의 학설

(1) 변제기일 불산입설 (당사자의 의사해석 기준설)

일본의 학설은 대체로 대심원 판결과 같이 일본 민법 제140조의 취지에 따라 거래 시간을 고려하여야 하므로 특별히 오전 영시로부터 시작한다는 당사자의 의사표시나 그 밖의 사정이 없는 한 그 다음날부터 기산한다고 보는 견해가 다수인 것 같다.⁴³⁾

불산입설과 산입설 두 견해의 차이를 거래시간의 시작으로부터 권리를 행사할 수 있는 경우에 제140조에 따라 해석할 것인지, 아니면 실질적으로 0시부터 가능한 것으

39) 大審院 大正 15. 9. 9(民集五卷一〇号六八四頁)

40) 最判 昭和 57. 10. 19. (昭56(才)767号). 大審院 大正 6. 11. 8. 大6(才)704号에서도 손해배상과 관련하여 해당 사건 발생 익일부터 진행한다고 본다.

41) 이와 같이 확정기한부 채권과 불법행위에 기한 손해배상채권에 있어 일본 재판소의 접근방식에 차이가 있다는 점은 四宮和夫/能見善久, 民法總則 [第9版], 弘文堂, 2018, 426頁에서 지적되고 있다.

42) 川島武宜 編, 註釋民法(5), 有斐閣, 1967, 282 頁[森島昭夫/平井宜雄 執筆部分] 및 川島武宜, 民法總則, 有斐閣, 2006, 511頁에서는 大坂 控判 明治 42. 4. 23. 新聞 570.12.을 소개하고 있어 직접 검색하여 확인하고자 하였으나 찾지 못하였다.

43) 예컨대, 中倉寛樹, 民法總則 [第2版], 日本評論社, 2018, 423頁; 内田貴著, 民法 I [第2版] (總則・物權總論), 東京大學出版會, 1999. 292頁. 四宮和夫/能見善久, 前掲書, 425-426頁에서도 같은 취지로 적고 있는데, 단순히 판례의 소개인지 본인의 의견인지는 불확실하다. 다만 아래에서 나타나는 바와 같이 기간에 관한 설명에서는 그와 다르다. 1983년 1월 15일자 리걸타임즈(判例タイムズ481号 60頁 最高裁 昭和57年 10月19日昭56(才)767号)에도 판례의 취지를 옹호하는 평석이 있다.

로 변경하여 생각하여야 한다고 보는 것인지의 문제로 접근하여 후자를 무리로 보아 변제기일 불산입설을 취하는 견해도 있다.⁴⁴⁾

(2) 변제기일 산입설 (권리행사 가능성설)

일본 하급심 판례의 취지와 마찬가지로, 확정기한부 채권에 있어서 이행지체는 변제기일의 익일로부터 시작하지만 변제기일로부터 권리행사가 가능한 이상 변제기일 당일로부터 시효가 기산된다고 보는 견해가 존재한다.⁴⁵⁾ 기본적으로 법률상 장애가 있으면 시효가 진행하지 않는다는 다수의 견해를 취하면서 변제기 당일을 산입하므로,⁴⁶⁾ 변제기일 당일에 특별한 권리행사의 제한이 없다고 보는 입장으로 보인다.

일반론으로 특정일을 시작점으로 정한 경우 해당 일은 산입되는 것으로 설명하는 견해도 있다.⁴⁷⁾

IV. 檢 討

1. 기간산정에 관한 민법 제157조 및 당사자의 의사

(1) 민법 제157조의 취지

우리 민법은 기간을 시, 분, 초로 정한 때에는 즉시로부터 기산한다고 하면서(제156조), “기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다. 그러나 그 기간이 오전영시로부터 시작하는 때에는 그러하지 아니하다.”라고 정하고 있다(제157조). 이는 당사자의 법률행위와 법률의 규정에 의하여 달리 정할 수 있다(제155조).⁴⁸⁾

이는 소위 ‘초일불산입’의 원칙으로 불리는데, 초일의 단수를 끊어버려 실질적으로 기간을 연장한다는 점에서 ‘연장적 계산법’으로도 표현한다.⁴⁹⁾ 이는 단수를 하루로 올

44) 註釋民法(5), 282頁.

45) 川島武宜, 前掲書, 有斐閣, 2006, 511頁.

46) 川島武宜, 上掲書, 510頁.

47) 四宮和夫/能見善久, 前掲書, 411頁에서는 기산점에 관한 설명에서, 다음달 M일부터 N일동안이라는 방식으로 정한 경우에 초일을 산입하여 M일로부터 기산된다고 설명한다.

48) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2006다62942 판결(“민법 제157조는 “기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간의 초일은 산입하지 아니한다”고 규정하여 초일 불산입을 원칙으로 정하고 있으나, 민법 제155조에 의하면 법령이나 법률행위 등에 의하여 위 원칙과 달리 정하는 것도 가능하다.”)

49) 민법주해, 380면, 주석 민법 제3판, 515, 517면[최성준 집필부분]. 이는 독일민법, 스위스 채무법의 예에 따른 것으로 일본에서도 마찬가지로 접근하고 있다(我妻榮, 民法總則 [新訂], 岩波書店, 1965, 427, 428頁; 四宮和夫/能見善久, 前掲書, 411頁).

려 하루로 계산하는 단축적 계산법에 대비된다. 여기서의 초일 불산입은 어떤 사태가 발생한 날, 그 날을 제외하겠다는 의미로 해석된다. 예컨대, “3월 14일에 돈을 빌리면서 10일 후에 갚기로 하는 경우”⁵⁰⁾ 그 날 남은 시간을 버려서 익일인 3월 15일이 기산점이 된다. 불완전한 초일은 하루로 계산하지 않는 것이다.⁵¹⁾ 반대로 만약 “초일에 단수가 없는 경우에는 이를 하루로 계산하는 것이 당연”하다고 본다.⁵²⁾ 이러한 취지에서 우리 민법의 규정을 詳說하면 독일 민법 제187조의 규정 내용과 다를 바 없다고 생각된다. 즉, “① 기간이 어떠한 사건의 발생으로 또는 하루의 어느 시점에 개시하는 것으로 정하여진 경우에는, 기간의 계산에서 그 사건 또는 그 시점의 당일은 산입하지 아니한다”라고 보아 사건이 발생하거나 하루의 어느 시점이 포함된 그 날은 버리고, “② 어느 날의 처음부터 기간이 개시되는 경우에는 기간의 계산에서 그 날은 산입된다.”라고 보아 그 날을 온전히 포함되는 것이다.⁵³⁾ 이렇게 보면, 초일 불산입의 원칙이란 ‘온전하지 않은 초일’의 경우에는 이를 불산입한다는 것을 의미한다고 할 수 있다.

불법행위의 경우에는 일반적으로 하루 중 어느 시점에 발생하는 것이므로 그로 인한 손해배상채권의 소멸시효에 있어서, 불법행위가 발생한 날이나 그 사실을 안 날의 ‘다음 날’부터 계산하는 것은 위 취지에 부합한다.⁵⁴⁾

그런데 일정한 변제기를 정한 경우, 그를 두고 전술한 바와 같이 특정시간을 이끌어 낼 수가 있는가? 모든 하루는 0시부터 시작된다. 그 날 중에 ‘어떠한 사건이 발생하거나’ 아니면 ‘어느 시점에 개시하는 것’으로 정하여지는 경우와 달리 일정한 날을 정한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 처음부터 개시되는 것이다. 변제기도 마찬가지이다. 변제기 그 날도 0시부터 시작된다. 달리 그 날 중에 어떠한 사건이 발생하거나 그 날 중 어느 시점에 변제기가 개시되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 변제기일을 산입하는 것이 위 제157조의 취지에 부합하는 해석으로 생각된다.

(2) 원칙과 예외의 해석

제157조의 구성이 본문과 단서의 형태로 되어 있으므로, 그 해석에 있어서도 그와

50) 이 예는 주석 민법 제5판, 726면[남성민 집필부분]의 것과 같다. 그 논의를 따르기 위해 의도적으로 같은 예를 적었다.

51) 我妻榮, 前掲書, 428頁(전년도에 ‘내년 1월 1일부터 2주간’이라고 하면 1월 1일은 산입한다고 한다); 四宮和夫/能見善久, 前掲書, 411頁.

52) 민법주해, 381면.

53) 독일 민법 규정의 번역은 양창수 역, 전계서, 79면을 따랐다.

54) 예컨대, 대법원 2012. 4. 13. 선고 2009다33754 판결(을의 처이자 자녀 정 등의 법정대리인이었던 병이 불법행위가 발생한 날의 다음날인 1977. 10. 13.에는 손해 및 가해자를 알았다고 보아 그 다음날부터 3년이 경과한 1980. 10. 14.에 병, 정 등 가족들 고유의 국가배상청구권에 관한 소멸시효가 완성되었다고 본 원심판단에는 단기소멸시효에 관한 법리오해의 위법이 없다고 한 사례). 일본의 경우 最判 昭和 57(1982). 10. 19. (判時 1059, 64)도 같은 취지이다.

같은 형식을 고려하여야 하는 것은 아닌가 하는 의문이 생길 수 있다. 본문의 규정 내용은 일반적으로 일정한 원칙에 해당하고, 단서의 규정 내용은 그 예외에 해당할 것인데, 우리 법률해석의 원칙상 예외는 엄격하게 해석하여야 하므로,⁵⁵⁾ 제157조 단서는 가능한 한 엄격하게 보고, 되도록 제157조 본문의 규정에 따라 초일불산입의 원칙을 관철시킬 수 있도록 해석해야 하는 것은 아닌가 하는 것이다. 이는 우리 민법의 규정 형식이 두 가지가 병렬적으로 규정된 독일 민법과 차이가 있기 때문에 발생할 수 있는 의문이다.

이러한 법률해석의 원칙은 어느 정도 관철될 수 있어 보인다. 다만 그 전제로 제157조의 본문과 단서가 서로 다른 경우를 상정하고 있다는 점을 인식하여야 한다. 전술한 바와 같이 본문은 특정일 중 어느 시점에 기간이 개시되는 경우를, 단서는 그 특정일의 시작점에 기간이 개시되는 경우를 상정하여, 그에 따라 서로 다른 접근을 하고 있는 것이다. 따라서 일차적으로는 위 두 가지 경우 중에 어디에 해당하느냐를 살펴보아야 하고, 그러한 판단이 불가능한 특별한 사정이 있는 경우에 비로소 위 해석 원칙의 사용을 통하여 적용법조를 확정하게 될 수 있다고 본다. 위 두 가지 중에 한 가지로 충분히 해석될 수 있는 경우에는 굳이 이와 같은 해석원칙을 통하여 접근할 이유가 없다. 즉, 무조건 일단 초일불산입의 원칙이 적용되는 것이 아니라 두 가지 경우 중 어느 쪽에 속하는지의 판단이 먼저라는 것이다. 이는 변제기 당일은 산입하느냐의 문제 이외의 경우에도 마찬가지라고 생각된다.

장래의 일정한 날이 변제기로 정해졌다면 전술한 바와 같이 그를 하루 중 어느 시점에 개시되는 것으로 볼 이유가 없어 보이므로 소멸시효의 기산에 있어서 제157조의 단서에 따라 해결하면 충분하고 달리 추가적인 검토가 요구되지 않는 것으로 생각된다.

입법론으로는 두 가지 경우의 수를 원칙과 예외로 규정하는 것은 오해의 여지가 있다고 본다. 독일과 같이 열거하는 것이 그 해석에서 오해를 줄이는 길이 될 수 있을 것으로 생각된다.

(3) 당사자의 의사해석

전술한 바와 같이 변제기 당일을 소멸시효의 기간에 산입시킬 것인가의 문제를 당사자 의사해석의 문제로 보는 견해가 있다. 그리고 그 의사가 명확하지 않을 경우 어떻게 볼지에 관하여는 스펙트럼이 있는 것으로 보이는데, 그 중에는 특별한 사정이 없는 한 변제기 당일은 산입하지 않는다는 견해가 여럿이다.⁵⁶⁾

55) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결 등.

56) 그런데 제157조는 임의규정이므로 당사자의 특별한 의사가 있다면 당연히 그에 따른다. 즉 이와 같은

그런데 오히려 당사자가 어떠한 권리, 의무와 관련하여 어떤 날을 변제기로 정한 경우 그 시작시점을 해당일의 0시가 아니라 일정한 다른 시간으로 정하였다고 해석할 사정이 있는지 의문이다. 예컨대, 일정한 날을 변제기로 정한 경우 채무자가 0시부터 그 변제를 할 수 있는 것으로 새벽 1시, 2시에 일어난 변제도 특별한 사정이 없는 한 변제기 전의 변제로 볼 이유가 없다. 고용 계약에 따라 일정한 날로부터 근로 계약이 개시된다고 한다면, 그 날 오전에 출근하여 업무를 개시하든, 저녁 시간에 출근을 할 예정이든 그 날 0시부터 근로자의 지위가 발생한다고 보는 것이 통상적으로 생각된다.⁵⁷⁾ 당사자가 오늘, ‘내일부터 계산해서 1주일’이라고 하면 익일 0시부터 계산하여 7일을 산정하는 것이 일반적 의사라고 볼 것이다.⁵⁸⁾

채권자의 입장에서 보아도 변제기 당일에 일정한 시간에 이르러서야 권리를 행사할 수 있다고 생각한다면 그렇게 되는 것을 의욕하지는 않을 것으로 보인다. 특별한 사정이 없는 한, 변제기라고 하여 권리행사가 제한되는 상황을 의욕할 이유가 없다. 비록 소멸시효가 그날부터 진행되고 채권자가 그 점을 알게 된다 하여도 달라지지 않을 것으로 추측된다.

따라서 당사자의 의사해석을 기준으로 접근하였을 때에도 일정한 날을 기준일로 삼는 경우, 특별한 사정이 없는 한 曆法에 따라 그 하루가 시작되는 0시를 상정한 것으로 해석하여야 한다고 본다.

2. 권리행사의 가능성에 관한 문제

(1) 법률상의 장애 v. 사실상의 장애

혹시 변제기 당일에 일정한 권리행사의 장애가 있다고 보아, 제157조 본문을 적용할 가능성은 없는가를 검토할 필요가 있다.

우리 민법은 “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다”(제166조 제1항)라고 언명하고 있으므로, 객관적으로 ‘권리를 행사할 수 있는 때’, 즉 권리행사가능성이 인정되는 시점이 일반적으로 소멸시효 진행의 기산점이 된다.⁵⁹⁾ 이는 거꾸로 권리행사에 장애가 없는 시점으로 정하여지는데, 일반적으로 권리행사의 장애는 ‘법률상의 장애’와 ‘사실상의 장애’로 구별하여 사실상의 장애는 소멸시효의 진행에 영향을

견해에 의하면 제157조 단서는 존재의의도 크지 않다.

57) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band I* (C.H. Beck; München), 2012, S. 2004 [Grothe].

58) 이는 ‘오늘부터 1주일’이라는 말과 결과적으로 같이 될 것인데, 이와 같은 말을 發話한 시점이 오늘 0시가 아니라면 ‘온전하지 않은’ 오늘은 불산입하기 때문이다.

59) 권리자의 주관적 용태를 기준으로 삼는 예외적인 규정이 있으나(예컨대 민법 제766조) 일반적으로는 객관적 상태가 기준이 된다.

주지 않는다고 본다.⁶⁰⁾ 판례도 같은 입장을 취하여 오고 있어서 “소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안은 진행하지 않지만 여기서 ‘권리를 행사할 수 없는’ 경우라 함은 그 권리 행사에 법률상의 장애사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건 불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 권리의 존재나 권리행사 가능성을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애사유에 해당하지 않는다”라고 본다.⁶¹⁾ 변제기의 미도래가 대표적인 법률상의 장애사유라는 것은 주목할 만하다. 반대로 변제기의 도래로서 그 장애사유는 소멸한다.

이와 같은 학설과 판례의 태도가 적절한 것인가는 별론으로 하고,⁶²⁾ 이에 따르면 법률상의 장애 없이 권리자가 권리를 행사할 수 있었던 때로부터 소멸시효는 기산한다. 당사자가 실제로 그 권리를 행사할 수 있었느냐라는 현실적 가능성은 그야말로 사실상의 장애에 해당할 뿐이다. 사실상의 문제는 원칙적으로 소멸시효 진행과 관련하여 논의될 수는 없으나, 소멸시효 항변의 신의칙 위반과 관련하여서 논의될 수 있다.⁶³⁾

그렇다면 이러한 기준으로 살펴볼 때 변제기 당일의 경우 일정 시간 동안 채권자에게 권리행사에 일정한 법률상의 장애가 있다고 볼 수 있는가가 문제된다.

사건으로는 법률상의 장애를 인정할 특별한 근거는 없는 것으로 생각된다. 변제기의 도래로 법률상의 장애사유는 소멸한다. 그 전날까지는 소멸시효가 진행하지 않았다

60) 통설적인 입장으로 보인다. 대표적으로곽윤직, 앞의 책, 457면; 김대정, 『민법총칙』, 도서출판 피테스, 2012, 1222면; 김주수, 『민법개론』 제10판, 2008, 237면; 백태승, 『민법총칙』 제7판, 집현재, 2016, 547면; 주석 민법, 864면[이연갑 집필부분]. 일본의 경우에도 통설 및 판례의 태도라고 한다(서종희, 앞의 글, 133-134면). 예컨대, 我妻榮, 前掲書 484頁 등.

61) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다1381 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결 등.

62) 서종희, 앞의 글, 127-130면에서는 일본민법 기초자의 견해 등 연혁적인 고찰을 바탕으로 법률상 장애의 범위를 완화하여야 한다는 일본의 학설과 일정한 사실상 장애를 법률상 장애에 준하는 것으로 인정한 판례(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다19624 판결)를 소개하고 있다. 다만, 해당 논문에서는 일정한 사실상의 장애를 소멸시효가 진행하지 않는 예외로 인정하기보다는 (일부 판례와 마찬가지로) 신의칙을 적용하는 방식으로 해결하는 쪽이 더 적합할 수 있다고 보고 있다(같은 글, 130-132면). 한편, 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 제26권 제1호, 2009, 17면에서는 이와 같은 판례의 태도를 “객관적 기대가능성”에 기초한 것으로 보고 긍정적으로 바라보는 것 같다. 일본에서도 현실적인 가능성을 고려하거나 권리행사 가능성의 예외를 고려하는 견해가 늘어나고 있다고 한다(平野裕之, 民法總則, 日本評論社, 2017, 432-434頁; 中畝寬樹, 前掲書, 422頁 등).

63) 예컨대 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결 등에서 우리 대법원은 “채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다”(밑줄은 필자)라고 판시하여 소멸시효가 완성되었다고 그 주장할 수 없는 사정을 열거하는데, 그 사유로서 사실상의 장애가 고려되는 것으로 보인다.

면, 그 날부터는 더 이상 장애사유가 존재하지 않게 되는 것이다.⁶⁴⁾ 만약 변제기 당일의 통상적인 업무시간이 문제되는 것이라면 그것은 그야말로 사실상의 문제라고 본다. 현실적인 상황은 매우 다양하다. 해외에 있을 수도 있고, 야간에 근무하는 사람일 수도 있다. 따라서 채권자는 채무자의 이행을 구하여 권리를 행사할 수도 있고, 그로 인하여 시간의 제한 없이 변제를 받아 만족을 얻을 수도 있다. 권리행사가능성이라는 요건과 관련해서 볼 경우 변제기 당일에는 어떠한 법률적인 제한도 없는 것이다. 물론 변제기 당일에 있어서 채권자는 특별한 청구를 하지 않고 채무자의 청구를 기다릴 가능성이 크다. 그렇다고 하여 어떠한 법률상의 장애가 존재하는 것이라 하기는 어렵다.

한편 권리행사가 가능하다는 이유로 변제기 당일을 소멸시효에 포함시키는 계산이, 판례가 예외의 기초로 제시하는 바와 같이⁶⁵⁾ “정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유”에 반하는 것으로 볼 사정이 있다고 보기도 어렵다.⁶⁶⁾ 또한 신의칙이 문제될만한 사정이 존재하는 예외적인 사항도 아니라고 생각된다.⁶⁷⁾ 그 날이 말일에 해당하는 것이라면 하루를 연장할 현실적인 이유가 고려될 여지도 있다고 본다(예컨대 제161조의 취지 참조). 그러나 논의의 대상인 변제기는 소멸시효의 진행의 첫날이다.

64) 이러한 취지의 설명은 여러 곳에서 보인다. 예컨대, 주석 민법 제5판, 872면[이연갑 집필부분], 주석 민법 제3판, 584면[정지형 집필부분]. 그러나 두 곳 모두에서 변제기 당일은 특별한 사정이 없는 한 소멸시효 기간에 산입하지 않는다. 그에 따르면 결국 변제기 당일은 소멸시효가 진행되지 않은 쪽, 혹은 진행되는 쪽 어느 쪽에도 속하지 않게 된다.

65) 대법원 2003. 2. 11 선고 99다66427 판결(“소멸시효의 진행은 당해 청구권이 성립한 때로부터 발생하고 원칙적으로 권리의 존재나 발생을 알지 못하였다고 하더라도 소멸시효의 진행에 장애가 되지 않는다고 할 것이나, 법인의 이사회결의가 부존재함에 따라 발생하는 제3자의 부당이득반환청구권처럼 법인이나 회사의 내부적인 법률관계가 개입되어 있어 청구권자가 권리의 발생 여부를 객관적으로 알기 어려운 상황에 있고 청구권자가 과실 없이 이를 알지 못한 경우에도 청구권이 성립한 때부터 바로 소멸시효가 진행한다고 보는 것은 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없으므로, 이러한 경우에는 이사회결의부존재확인판결의 확정과 같이 객관적으로 청구권의 발생을 알 수 있게 된 때로부터 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다.”) 등에서 예외적으로 사실상의 장애가 고려된다. 이러한 예외적 판례들을 정리한 곳으로, 주석 민법, 870, 871면[이연갑 집필부분].

66) 그에 관하여는 후술한다.

67) 우리 대법원은 대법원 2016. 9. 30 선고 2016다218713, 218720 판결, 대법원 2016. 10. 27 선고 2016다224183, 224190 판결 등에서 일정한 사정이 있는 경우(“채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자가 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자 보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수명하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우”) 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판시한 바 있다. 다만, 법적 안정성의 요구에 따라 신의칙을 들어 소멸시효의 적용을 배제하거나 제한하는 데에는 신중할 필요가 있다고 본다(대법원 2010. 9. 9 선고 2008다15865 판결, 대법원 2016. 10. 27 선고 2016다224183, 224190 판결).

이러한 사정을 바탕으로 보면 일본 대심원 판례와 같은 접근은 적절하지 아니하다. 거래의 시작시간을 기준으로 변제기일의 산입 여부를 검토하는 것은 소멸시효의 진행과 관련하여 특히 권리행사가가능성에 있어서 법률상의 장애 및 사실상의 장애를 구별하는 취지에 반하는 것이다. 또한 변제기일 산입설과 불산입설이라는 견해의 차이를 거래시간의 시작으로부터 권리를 행사할 경우에 제140조에 따라 해석할 것인지, 아니면 실질적으로 0시부터 가능한 것으로 변경하여 생각하여야 한다고 보는 것인지의 문제로 접근하는 일본의 학설도 부적절하다. 거래시간의 시작점은 이 문제에 있어서 특별한 판단 기준으로 기능할 수 없기 때문이다. 이는 문자 그대로 권리행사가 가능한 시점이 언제인지, 혹은 당사자의 의사해석을 어떻게 할지의 문제라고 보아야 한다. 일본 대심원 판례처럼 보면, 권리행사에 관한 모든 초일은 업무개시 시점으로 인하여 불산입되는데, 이는 제157조의 존재가치를 희석시킨다.

가사 현실적인 권리행사 가능성이라는 점을 고려할 수 있다고 선해하더라도 그러한 사고가 현재에도 그대로 통용될 수 있는지 의문이다. 현재의 법체계상 근무 시간이라는 것도 일정하지 않을뿐더러⁶⁸⁾ 기술 발전에 따라 상대방의 생활에 불편을 끼치지 않는 청구도 가능하다.⁶⁹⁾

(2) 권리행사의 방법-催告 가능성

이 문제는 권리행사의 방법과도 연결되어 있다. 권리행사의 방법에 일정한 제한이 있다면 시간적 제한이 있을 수 있다. 즉, 권리행사 가능성을 소제기 등 공적 절차에 한정 짓는 경우 소제기 가능성 등과 연계해서 살펴봐야 할 것이다.

독일의 경우 2002년 개정 이전에 소멸시효는 “청구권이 성립하는 때로부터” 진행한다고 규정되어 있었고(독일 민법 제198조 제1문)⁷⁰⁾ 일반적으로 청구권을 최초로 주장할 수 있고, 필요하면 소로써 관철할 수 있는 시점에⁷¹⁾ 그와 같이 청구권이 성립하는 때라고 보았다. “소로써” 관철할 수 있다는 점이 하나의 기준으로 소장 접수가 가능한 시간으로부터 권리행사를 할 수 있다고 보아야 하는 것은 아닌가 하는 문제가 생길 수 있다.

68) 예컨대 은행의 업무시간이 제한되어 있거나 통신업무의 시간에 제한이 있다고 보기 어렵다.

69) 물론 야간 채권추심이 일정한 범위에서 제한된다. 다만 그것은 채권추심을 업으로 하는 자(구체적으로는 채권의 공정한 추심에 관한 법률 제2조 제1호에 규정됨)가 반복적으로 야간에 채무자의 사생활의 평온을 깨어 변제를 강요하는 방법을 제한하는 매우 한정된 범위에 적용되어(채권의 공정한 추심에 관한 법률 제9조 제2호, 제3호) 기본적으로 채무자의 생활상의 이익을 보호하는 것과 관련된 것이지 채권자의 권리행사 가능성을 법률적으로 제한하는 것은 아니라고 본다.

70) 양창수 역, 『신판 독일민법전 총칙·채권·물권』, 박영사, 2001, 83면.

71) BGHZ 55, 341; 113, 191. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1*, a.a.O., S. 2086[Grothe]; Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB* (Carl Heymanns Verlag KG; Köln), 1999, S. 293.

그런데 우리 민법상 권리의 행사는 소제기와 같은 공적 절차로만 가능한 것인가? 그렇지 않다고 생각한다.⁷²⁾ 우리 민법상 권리의 행사가 많은 경우 소로써 이루어지지만 그에 한정되지 않기 때문이다.

나아가 이 논의는 시효중단사유로서 최고의 존재와 관련해서 살펴볼 수도 있을 것 같다. 최고란 권리자가 의무자에게 의무의 이행을 청구하는 것을 의미하는데, 그 형식에는 제한이 없다.⁷³⁾ 우리 민법상 재판상 청구에 이르지 않은 최고의 경우에도 시효중단 사유 중 하나로 인정되는데(제169조에서 소멸시효의 중단사유로 청구를 들고 있고, 제171조 내지 제174조에서 그에 관하여 상세하게 규정하고 있다),⁷⁴⁾ 그 효력은 다른 사유에 비하여는 제한적이고 잠정적이어서 6개월 내의 일정한 보완조치가 요구된다(제174조). 다만 형식에 제한이 없는 이상 법적 효력은 최고의 도달 시점으로부터 인정된다. 따라서 최고가 상대방에게 도달되지 않으면 최고의 시효중단 효과도 발생하지 않는다.⁷⁵⁾

독일에서는 최고가 시효중단사유로 되어 있지 않은데, 우리의 경우 일본과 마찬가지로 최고가 시효중단사유 중 하나로 명시되어 있는 이상⁷⁶⁾ 최고는 우리 법이 상정한 권리행사 방법의 하나로 보지 않을 수 없다. 즉, 최고를 할 수 있다면 그것으로 권리행사가능성이 인정되는 것이지, 반드시 소송상 행사에 제한될 이유가 없는 것이다.⁷⁷⁾

72) 예컨대, 민법 제2조 제1항(“권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.”)의 적용례를 생각해보자.

73) 민법주해, 519면[윤진수 집필부분]; 주석 민법 제5판, 965면[전원열 집필부분]. 소멸시효의 중단사유로서의 최고에 관한 판례의 태도를 잘 보여주는 것으로, 대법원 2003. 5. 13 선고 2003다16238 판결(“소멸시효 중단사유인 하나로서 민법 제174조가 규정하고 있는 최고는 채무자에 대하여 채무이행을 구한다는 채권자의 의사통지(준법률행위)로서, 이에는 특별한 형식이 요구되지 아니할 뿐 아니라 행위 당시 당사자가 시효중단의 효과를 발생시킨다는 점을 알거나 의욕하지 않았다 하더라도 이로써 권리 행사의 주장을 하는 취지임이 명백하다면 최고에 해당하는 것으로 보아야 할 것이므로, 채권자가 확정판결에 기한 채권의 실현을 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받아 그 결정이 제3채무자에게 송달이 되었다면 거기에 소멸시효 중단사유인 최고로서의 효력을 인정하여야 한다.”).

74) 민법주해, 487면[윤진수 집필부분].

75) 민법주해, 521-522면[윤진수 집필부분].

76) 최고가 시효중단 사유로 되어 있는 것은 우리와 일본의 소멸시효제도에 있어서의 특징적인 점이다(곽윤직, 앞의 책, 573면; 민법주해, 518-519면[윤진수 집필부분]). 일본 민법은 우리와 비슷한 조항을 가지고 있었다(舊일본 민법 제153조 “최고는 6개월 이내에 재판상의 청구, 지급 독촉의 신청, 화해의 신청, 민사조정법 혹은 가사사건절차법에 의한 조정의 신청, 파산절차 참가, 재생절차 참가, 갱생절차 참가, 압류, 가압류 또는 가처분을 하지 않으면 시효 중단의 효력을 가지지 못한다.”) 최근 개정으로 일본 민법에서는 최고를 재판의 청구로서 완성유예로 규정하였는데(일본 민법 제150조 제1항 최고가 있는 경우. 그 때로부터 6개월을 경과할 때까지의 사이에는 시효는 완성하지 않는다), 그 기간중에 재차 최고를 하더라도 다시 완성유예의 효과는 없다(제150조 제2항).

77) 참고로 우리 민법 2013년 개정안에서는 최고는 재판상청구와 같이 보지 않고(개정안에서는 재판상의 권리행사를 새로운 개념으로서의 ‘정지’ 사유로 보았다), 일종의 소멸시효 완성 유예 사유로 규정하였다(안 제173조). 그에 따르면 “① 소멸시효기간이 만료되기 전 6개월 안에 최고가 있는 경우에는 그 때부터 6개월 안에는 시효가 완성되지 아니한다. ② 제1항의 최고가 여러 차례 있는 경우에는 완성유예의 효력은 최후의 최고에 의하여 생긴다.” 그 논의에 관하여는 법무부 민법개정자료발간팀 편, 앞의 책, 414, 415면.

결국 앞에서 본 바와 같이 변제기일 전체가 권리행사가 가능한 날이라고 보아야 하고, 소장 접수 가능시점과 연계하여 판단할 필요는 없을 것으로 생각된다.

3. 이행지체와의 구별

변제기를 기준으로 기산하는 기간 계산과 관련된 또 하나의 제도가 이행지체이다(제387조 제1항 제1문 채무이행의 확정된 기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래한 때로부터 지체책임이 있다). 소멸시효와 이행지체의 기간 산정은 구별하여야 한다. 소멸시효가 ‘채권자’ 쪽에서 권리행사가가능성을 따지는 시간적 문제라면, 이행지체는 ‘채무자’ 쪽에서 의무이행의 지연을 따지는 시간적 문제이다. 즉 양쪽 다 시간적인 문제로서 그 기산일이 필요하지만 그 기산일을 바라보는 시각은 정반대에 있다고 볼 수 있다.

이행지체는 지연의 문제이므로, 변제기 당일은 지체 책임을 묻지 않는다. 채무자가 변제기 당일 0시부터 24시 사이에 변제를 하는 경우 변제기의 변제로서 지연이자를 붙이지 않는 것이다. 따라서 채무자는 그 익일부터 지체책임을 지게 된다.⁷⁸⁾ 소멸시효에 있어 그 당일부터 권리행사가 가능한 이상 변제기 당일을 포함시킬 수 있는 점과는 사정이 다르다고 보아야 한다.

4. 소멸시효제도의 취지

변제기 0시를 소멸시효의 기산점으로 보면 변제기를 소멸시효에 포함시키게 되어 소멸시효에 있어 하루 차이가 난다. 이러한 결론이 혹시 소멸시효 제도의 취지에 반하는 것은 아닌가 문제될 수 있다.

이와 관련하여서는 소멸시효의 존재 이유로부터 고려되어야 할 것이다. 전통적으로 소멸시효와 관련해서 그 존재 이유로 논의되는 것은 주로 ① 사회질서의 유지, ② 증명곤란의 구제, ③ 권리의 불행사에 대한 제재이다.⁷⁹⁾ 이 중 하나 혹은 두 개의 점을 주장하는 견해 또는 일부를 강조하는 견해들도 존재한다.⁸⁰⁾ 이들은 근거를 달리하지

78) 대법원 1988. 11. 8. 선고 88다3253 판결(“채무이행의 확정기한이 있는 경우에는 그 기한이 도래한 다음날부터 이행지체의 책임을 지고 기한의 정함이 없는 경우에는 그 이행의 청구를 받은 다음날로부터 이행지체의 책임을 진다.”) 등.

79) 이와 관련하여서, 법사학적인 시각에서 (1) 현재의 사실상태가 현재의 법률관계에 대한 증거역할을 한다는 점을 바탕으로 일정한 보안을 통하여 수용되었고, (2) 애초에 권리행사의 태만에 대한 제재는 아니었으나 그 정당화 과정에서 ‘태만에 대한 제재’라는 표현이 생겼으며, (3) 사회적 약자를 위한 보호수단으로서 이용되었다고 설명되기도 한다(김영희, 앞의 글, 358-362면).

80) 비교적 최근 학설의 논의가 정리된 곳으로 주석 민법 제5판, 757-759면[이원갑 집필부분].

만 소멸시효 제도 자체에 대하여 그 필요성 혹은 효용성을 인정하는 것으로 보인다. 반대로, 소멸시효 제도가 채권자에게 가혹하다는 전제에서 그 소멸시효를 제한적으로 인정하여야 한다고 보는 입장도 존재하는 것으로 보인다.⁸¹⁾ 이러한 입장에서 보면 변제기를 포함시켜서 하루를 더 줄이는 쪽으로 해석하는 것은 마뜩치 않은 결론일 수도 있다.

생각건대, 시효의 비윤리성을 주장하는 견해도 경청할만하나, 인간 사회의 유지라는 현실적 필요성과 유효한 권리보장을 위한 절차적 방법의 한계로 인하여 전술한 바와 같이 로마법에서부터 인정되어 세계 각국에서 수용하고 있는 제도를 부정적으로만 볼 것은 아니라고 생각한다.⁸²⁾ 물론 소멸시효 제도를 무조건적으로 넓게 활용할 것은 아니다. 그 취지에 벗어나는 사안에서는 그 한계를 명확히 하여야 할 것인데, 그 한계는 우리 법이 상정한 다른 제도, 예컨대 신의칙 등을 통하여 설정할 수 있는 것이다.⁸³⁾ 그러한 점을 전제로 하면 전술한 법논리에 의하여 변제기 하루를 소멸시효 기간에 산입하여 계산하는 것이 채권자에게 새로이 특별한 불이익을 주는 것은 아니라고 생각한다.

우리 현행법의 입장에서 소멸시효를 바라보는 입장도 같은 취지로 이해할 수 있다. 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없다(제184조 제2항). 거꾸로 당사자 간의 법률행위로 이를 단축하는 것은 가능하다는 것이다. 결국 우리 민법상 규정된 소멸시효 기간은 한계로서 작용하는 것이라고 보아야 한다. 이러한 시각에서 보면, 기존의 판례에서 나타나는 것과 같이 변제기를 소멸시효의 계산에 산입하지 않는 것은 오히려 해석을 통해서 소멸시효를 연장하는 것으로, 우리 민법의 취지에 부합하지 않는 부당한 것으로 이해된다.⁸⁴⁾

결국 변제기를 소멸시효 기간에 포함하여 계산하는 방식이 세계적인 흐름이나 우리 민법 규정의 취지에도 보다 더 어울린다고 할 수 있다.

81) 이러한 입장에 대한 언급으로 권영준, 앞의 글, 2, 3면; 민법주해, 393면[윤진수 집필부분]; 양창수, 앞의 글, 132면 이하.

82) 유럽계약법원칙에서의 접근은 경청할만하다고 본다. 그에 관하여는 양창수, 앞의 글, 118, 119면.

83) 신의칙의 적용 가능성과 관련하여, 권영준, 앞의 글, 24면, 25면에서는 기존의 판례를 바탕으로 두 가지 요건을 도출하고 있다.

84) 다소 관련성이 적기는 하지만, 서두에서 살펴본 외국의 소멸시효법 개정 상황을 고려할 때도 마찬가지로 하겠다. 이들은 소멸시효 기간을 단축하여 오히려 법적 안정성을 높이는 방향으로 개정되었고, 이러한 흐름은 우리의 개정안에도 그대로 반영되었다. 무리한 해석론으로 기간을 늘릴 필요는 없는 것이 아닌가 싶다.

V. 結 語

(1) 이상에서 확정기한부 채권에 있어 그 변제기가 소멸시효의 계산에 포함되는지를 살펴보았다. 우리 민법 규정의 해석상 두 가지 접근이 가능한데, 기존에는 그 변제기 당일은 불산입하여 그 익일부터 소멸시효가 진행된다고 보는 견해가 다수였던 것으로 보인다. 사견으로는 모두 우리 민법 체계 내에서 합리성을 가지고 있다고 보지만, 두 견해 중 변제기를 산입하는 입장이 보다 합리적이지 않은가 생각한다. 그 이유로 먼저 민법 제157조의 합리적 해석상 기계적으로 초일불산입의 원칙을 적용할 것이 아니고 온전한 하루가 있는 이상 그를 불산입할 이유가 없다는 것을 꼽을 수 있다. 제157조에 대한 이러한 해석론은 변제기를 산입하느냐의 문제를 넘어 일반적으로 적용되어야 할 것으로 본다. 다음으로 당사자들이 스스로 권리행사의 범위를 제한하는 쪽으로 의욕하고 있다고 보기 어려우며, 소멸시효의 진행과 관련하여 변제기일 당일에도 권리행사가 가능하다는 점을 들 수 있다. 이러한 해석은 소멸시효 제도의 존재 이유, 현행 민법의 기본태도나 최근 여러 입법례의 개정 내용에도 어긋나지 않는다고 본다. 이 문제는 실제 사안에서 문제될 가능성이 높지 않지만, 우리 민법상 기간의 계산이나 소멸시효 제도의 이해에 의미 있는 역할을 할 수 있을 것으로 본다.

(2) 한 가지 지적할 것은 이는 기산일의 문제일 뿐, 권리의 존재 기간의 문제는 아니라는 것이다. 다음날부터 기산하더라도 그 날 권리가 존재하고 만족할 수 있음을 물론이다. 초일불산입의 원칙이 적용되는 경우(예컨대 불법행위로 인한 손해배상채권의 경우), 불법행위 익일부터 소멸시효가 기산되더라도 불법행위 당일에도 변제가 일어날 수 있다.⁸⁵⁾

85) 이 글은 중앙대학교 법학전문대학원 권면철 군의 질문에 대한 답변으로부터 출발하였다. 권 군의 학운을 빈다.

참고문헌

[국내문헌]

- 강태성, 『민법총칙』 제8판, 대명출판사, 2018
- 편집대표 곽윤직, 『민법주해[III]』, 박영사, 2002
- 곽윤직, 『민법총칙(신정 수정판)』, 박영사, 2000
- 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 『재산법연구』 제26권 제1호, 2009
- 김대정, 『민법총칙』, 도서출판 피데스, 2012
- 김상용, 『민법총칙』 전정판 증보, 법문사, 2003
- 김상용·전경운, 『민법총칙』, 2018, 화산미디어
- 김상찬, “프랑스 신시효법에 관한 연구”, 『법학연구(한국법학회)』 제38집, 2010. 5.
- 김성수, “소멸시효 완성의 효력”, 2009년도 법무부 연구용역 과제보고서
- 김성수, “개정 일본민법(2017년)의 ‘소멸시효’- 주요개정내용의 소개를 중심으로-”, 『아주법학』 제12권 제1호, 2018
- 김영희, “소멸시효에 관한 역사적 고찰- Savigny의 견해를 중심으로”, 『법사학연구』 제31호
- 편집대표 김용덕, 『주석 민법 제5판 [총칙3]』, 한국사법행정학회, 2019
- 김주수, 『민법개론』 제10판, 2008
- 김주수·김상용, 『민법총칙』 제7판, 삼영사, 2015
- 김형배, 『민법학강의』 제4판, 2005
- 편집대표 박준서, 『주석 민법』 제3판, 한국사법행정학회, 2001
- 법무부 민법개정자료발간팀 편, 『2013년 법무부 민법개정시안- 총칙편』, 법무부, 2013
- 백태승, 『민법총칙』 제7판, 집현재, 2016
- 서종희, “소멸시효의 기산점에 관한 고찰- 2013년 민법개정안을 반영하여”, 『일감법학』 제37호(건국대학교 법학연구소), 2017
- 양형우, 『민사법특강』, 피앤씨미디어, 2016
- 양창수 역, 『2015년판 독일민법전 총칙·채권·물권』, 박영사, 2015
- 양창수 역, 『신판 독일민법전 총칙·채권·물권』, 박영사, 2001
- 양창수, “「유럽계약법원칙」의 소멸시효규정- 우리 민법への 示唆를 덧붙여-”, 『서울대학교 법학』 제44권 제4호, 2003. 12.
- 이상영, “독일 개정민법상 소멸시효제도”, 『비교사법』 제9권 2호, 2002
- 이영준, 『민법총칙』 개정증보판, 박영사, 2007
- 장준혁, “법률행위의 방식과 절차 문제의 구별”, 『국제사법연구』, 2006
- 정연석, 『8년간 기출 압축』, 북앤코, 2019

[외국문헌]

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 (C.H. Beck; München),

2012

Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB* (Carl Heymanns Verlag KG; Köln), 1999

我妻榮, 民法總則 [新訂], 岩波書店, 1965

內田貴著, 民法 I [第2版] (總則・物權總論), 東京大學出版會, 1999

川島武宜 編, 註釋民法(5), 有斐閣, 1967

川島武宜, 民法總則, 有斐閣, 2006

四宮和夫・能見善久, 民法總則 [第9版], 弘文堂, 2018

中舍寬樹, 民法總則 [第2版], 日本評論社, 2018

平野裕之, 民法總則, 日本評論社, 2017

Abstract

A Study on the Starting Point of Extinction Prescription as to the Obligatory Right with fixed Term

HAN, Seungsoo*

Regarding the obligatory right to have a starting point(the obligatory right with fixed term), in the calculation of the date, the extinctive prescription is generally considered to be started from the time the due date is reached, still it is questionable whether the day appointed for payment is included in the proceed of the extinctive prescription. While this is unlikely to be a problem in practice, it is likely to be helpful in understanding the principle of exclusion of the date on which the period commences and the our extinction prescription system.

On this issue two approaches are possible in the interpretation of the Korean Civil Code, but the majority of the view was that the extinctive prescription would go into effect from the following day.

I believe that all of the above views have rationality within our civil law system, but I think it is more reasonable to include the date of reimbursement in the calculation of the statute of limitations. There are three reasons for this: First, there is no reason not to include a full day in the reasonable interpretation of Article 157 of the Civil Code on period. This is not subject to the principle of exclusion of the date on which the period commences. Second, interpreting the contents of a statement made by the parties makes it difficult to say that the party with a right is motivated to limit the scope of the exercise of rights on its own on that day. Finally, it could be noted that, on the day of due date, no legal impediment exists and the exercise of rights is possible in relation to the proceed of extinctive prescription.

Key word: extinction prescription, the initial date, the principle of exclusion of the date on which the period commences, the right with fixed term, due date

* Chung-Ang University, Associate Professor, Attorney at law (South Korea, New York)