

소멸시효의 기산점에 관한 고찰
-2013년 민법개정안을 반영하여-
**Consideration on the Starting-Point of
Extinctive Prescription**
-The 2013 Revision Draft of Civil Code-

서 종 희*
Seo, Jong-Hee

목 차

- | | |
|--|---|
| I. 들어가는 말 | III. 시효의 기산점과 관련된 국제적 입법동향
- 일본, 독일, 프랑스 - |
| II. 민법 제166조 제1항에 관한 해석에 있어
판례와 통설의 문제점 | IV. 2013년 민법 개정안 평가 - 맺음말에 갈
음하여 - |

법적안정성을 실현한다고 할 수 있는 시효제도가 실제적 정의를 침해하는 것을 막기 위해 우리 판례는 소멸시효의 기산점을 늦추거나 채무자의 소멸시효완성의 항변을 권리남용으로 제한한다. 소멸시효 제도 안에서의 이익관계의 균형추 역할을 담당하는 시효의 기산점을 권리자를 보호한다는 미명하에 완화하여 주관화 하는 것은 시효의 기간을 무기한 연장하여 시효제도 자체를 붕괴할 수 있다는 점에서 신중할 필요가 있다. 따라서 우리 판례가 시효의 기산점을 법률상 장애인지 사실상 장애인지를 구분하여, 전자의 경우에 한하여 시효의 진행을 인정하지 않은 것은 나름의 이유가 있다고 할 수 있다. 다만, 법률상 장애와 사실상 장애의 이분론 또한 명문의 규정이 아닌 해석에 불과하다는 점에서 실제적 정의실현을 위해 예외를 인정할 수 있으며, “호소할 수 없는 자에 대해 시효는 진행되지 않는다(Contra non valentem agere non currit praescriptio)”는 법원의 충실한 적용을 위해서는 사실상 장애 또한 경우에 따라서는 법률상 장애에

투고일 : 2017. 4. 30. / 심사외퇴일 : 2017. 5. 23. / 게재확정일 : 2017. 6. 1.

* 건국대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

Assistant Professor, School of Law, Konkuk University

준하여 시효의 진행을 방해한다고 보아야 할 것이다. 궁극적으로 이 문제는 해석에 맡기기 보다는 개정을 통해 해결해야 할 문제라고 할 수 있다. 최근 시효법의 국제적 동향 및 일본개정안을 고려하면, 우리 또한 주관적 기산점을 전제로 하여 시효의 기간을 단기소멸시효로 통일하고, 최장기간의 제한을 통해 시효의 무기한 연장을 막는 구조를 취하는 것이 타당할 것이다. 향후 2013년 민법 개정안을 참고하여 신속한 개정이 이루어지기를 기대해 본다.

[주제어] 소멸시효, 기산점, 신의칙, 법률상 장애, 사실상 장애

I. 들어가는 말

소멸시효 제도는 법적 안정성의 달성, 증명곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 그 이념으로 하고 있다. 다만 민법전에는 시효제도로 인하여 발생할 수 있는 실제적 정의의 현저한 훼손을 방지하기 위하여 균형추(*conterbalance*)역할을 담당하는 조항들이 있는데, 그 중 대표적인 것이 시효의 기산점 조항이라고 할 수 있다.¹⁾ 민법 제166조 제1항에 의하면, “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다”고 규정되어 있다. 즉 소멸시효의 기산점은 ‘권리를 행사할 수 있는 때’인데, 그 의미를 어떻게 이해하는지에 따라 권리자와 채무자의 이해관계가 크게 달라진다. 이러한 이유에서 소멸시효의 기산점을 어떻게 입법화 할 것인지는 매우 중요한 문제라고 할 수 있다. 최근 독일 및 프랑스 등에서 소멸시효기산점과 관련된 개정이 있었으며, 일본 및 우리 또한 소멸시효의 기산점에 대한 개정작업이 이루어 졌다. 이에 본고에서는 현행민법 제166조 제1항의 연혁적 의의 및 판례와 통설의 해석상 문제점 등을 분석한 후(II), 독일, 프랑스, 일본의 개정방향을 비교법적으로 검토한 후(III), 2013년 개정안을 평가하면서 글을 마무리 하고자 한다(IV).

1) 그 이외에도 시효의 중단, 시효의 정지 규정 등이 있다. 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 12쪽 이하에서는 기산점과 기간의 설정, 소멸시효의 중단 및 정지, 시효이익의 포기 등을 소멸시효 제도 안의 ‘이익균형장치’로 이해한다.

II. 민법 제166조 제1항에 관한 해석에 있어 판례와 통설의 문제점

우리 통설²⁾과 판례³⁾는 민법 제166조 제1항⁴⁾의 권리의 불행사를 ‘법률상의 장애’가 없음에도 불구하고 권리를 행사하지 않는 것으로 본다. 특히 판례는 ‘권리를 행사할 수 있다’라고 함은 그 권리의 행사가 법률상의 장애, 예를 들면 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 권리의 존재나 권리의 행사가 가능함을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다는 것과 같이 그 행사에 사실상의 장애가 있음에 불과한 경우에는 이에 해당하지 아니한다고 본다.⁵⁾ 판례가 어떠한 이유에서 제166조 제1항의 의미를 법률상 장애로 국한시키는 지에 대해서는 아무런 설시가 없다는 점에서 제166조 제1항의 입법이유 등을 살펴볼 필요가 있다. 그러나 우리 입법이유서 등에는 소멸시효 기산점과 관련하여 민법 제166조 제1항이 의용민법 제166조 제1항⁶⁾을 그대로 차용하였다는 것 이외에 별다른 설시가 없다.⁷⁾ 이에 의용민법 제166조 제1항의 의미가 무엇인지를 확인하여 민법 제166조 제1항의 의미를 추단해 볼 수밖에 없다.

1. 제166조 제1항의 연혁

1.1 부아소나드(Boissonade) 민법 초안

의용민법 제166조 제1항은 Boissonade 민법 초안 제1461조·구 민법 증거편 제125조를 기초로 하여 마련된 규정이다. 특기할 만한 부분은 Boissonade 민법 초안·구 민법 증거편의 ‘시효의 정지’에는 (i)시효의 진행을 개시하지 않는 것과 (ii)일단 개시된 시효의 진행을 휴지하는 것이 포함되어 있었으며, 그 중 전자가 시효의 기산점과 관련되며, Boissonade 민법 초안 제1461조 및 구 민법 증거편 제125조가 이를 규율하였다는

-
- 2) 곽윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2012, 412쪽; 남효순, “일제징용시 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효남용에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 403쪽 등.
 - 3) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2009다33754 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다7001 판결 등.
 - 4) 아래에서 범명의 지시 없이 인용되는 조문은 ‘우리민법’이 조문이다.
 - 5) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다44327 판결; 대법원 1984. 12. 26. 선고 84누572 전원합의체 판결, 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 전원합의체 판결, 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003두10763 판결 등.
 - 6) 우리 민법 제166조 제1항과 동일하다.
 - 7) 명순구, 실록 대한민국 민법, 법문사, 2008, 435쪽 이하.

점이다. 특히 Boissonade는 모든 ‘시효의 정지’의 근거를 “호소할 수 없는 자에 대해 시효는 진행되지 않는다(Contra non valentem agere non currit praescriptio)”는 법언에서 도출하였으며,⁸⁾ 이에 Boissonade는 시효의 기산점 또한 권리행사에 대한 장애가 있는 경우에는 시효가 진행되지 않는다는 입장이다. 다만 Boissonade는 사실상의 장애에 불과한 경우에 시효의 진행을 인정하지 않는다면, 시효제도를 형해화 시킬 수 있다는 우려에서 사실상의 장애 중 ‘교통의 단절 또는 재판사무의 정지’, ‘육해군의 병역’만이 시효의 진행을 막는다고 제한하였다(Boissonade 민법 초안 제1472조).⁹⁾

1.2 일본민법 기초자의 견해

일본 현행 민법전의 기초자인 우메 겐지로(梅謙次郎)는 Boissonade 민법 초안 및 구 민법 증거편에 규정된 ‘시효의 정지’ 중 (i)에 해당하는 규정이 ‘시효의 기산점’에 해당한다고 판단하여, Boissonade 민법 초안 제1461조·구 민법 증거편 제125조를 ‘시효의 기산점’에 관한 일본 민법 제166조 제1항으로 그대로 이동시켰다.¹⁰⁾ 즉 우메(梅) 또한 시효의 기산점·정지의 근거를 ‘호소할 수 없는 자에 대해 시효는 진행되지 않는다’는 법언에서 찾았다고 볼 수 있다.

2. 판례와 통설의 문제점

2.1 기산점 완화의 필요성

우리 통설과 판례가 사실적 장애를 기산점 산정시 고려하지 않은 이유는 객관적 기산점에 의한 이중의 구속 없이 일반 소멸시효의 기산점(제166조 제1항)을 주관적 기산점으로 인정하면 시효제도가 붕괴될 것이라는 우려 때문일 것이다.¹¹⁾ 즉, 객관적 기산점에

8) Gustave BOISSONADE, *Projet de code civil pour l'empire du japon accompagné d'un commentaire*, t.4., nouv éd., 1891, p. 938, n° 313.

9) BOISSONADE, *op. cit.*, pp. 956 et s., n° 334 et s.

10) 우메(梅) 스스로도 이러한 변화는 형식적인 것이며, 실질적으로는 어떠한 변화도 없다고 설명한다. *法務大臣官房司法法制調査部監修, 日本近代立法資料叢書1:法典調査会 民法議事速記録一, 商事法務研究会, 1983, 531頁.*

11) 이주현, “채권자의 권리행사가 객관적으로 불가능한 사실상의 장애사유가 있음에 불과한 경우 채무자의 소멸시효항변이 신의칙에 반한다는 이유로 허용하지 않을 수 있는지 여부”, *대법원판례해설 제42호*, 2003, 557쪽.

의한 이중의 구속이 없는 이상, 무기한 시효기간의 연장을 막기 위하여 제166조 제1항을 객관적 기산점으로 관철시킬 수밖에 없다고 보았을 것이다.¹²⁾ 다만 최근 우리 판례는 제166조 제1항의 기산점을 ‘법률상 장애’를 기준으로 엄격하게 적용함으로써 인하여 발생하는 불합리한 결과를 해결하기 위해서 일정한 사실상 장애를 법률상 장애에 준하는 것으로 보아 시효의 진행을 인정하지 않아 채권자 등을 보호하고 있다.¹³⁾ 예컨대 판례는 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다19624 판결에서 “보험금청구권은 보험사고가 발생하기 전에는 추상적인 권리에 지나지 않고 보험사고의 발생으로 인하여 구체적인 권리로 확정되어 그때부터 권리를 행사할 수 있게 되는 것이므로, 보험금청구권의 소멸시효는 특별한 다른 사정이 없는 한 보험사고가 발생한 때부터 진행되는 것이 원칙이지만, 보험사고가 발생하였는지 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행된다고 해석하는 것은 보험금청구권자에게 가혹한 결과를 초래하게 되어 정의와 형평의 이념에 반하고 소멸시효제도의 존재이유에도 부합하지 않는다. 따라서 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다(밑줄은 필자가 첨가).”고 보아 법률상 장애가 아닌 사실상 장애에 불과한 경우에도 객관적으로도 그 권리를 행사할 것을 기대할 수 없는 경우에는 법률상 장애에 준하여 평가하였다.¹⁴⁾ 일부 학설 또한 민법 제166조의 ‘법률상장애’의 범위를

- 12) 어떻게 보면 판례는 이중기간의 제한이 존재하지 않는다는 점을 고려하여 제166조 제1항의 기산점을 객관적 기산점으로 국한시키고 있다고 볼 수 있다. 민법주해 III 총칙(3)윤진수, 462쪽에서도 이러한 사고를 추단해 볼 수 있다. 주석 민법(총칙 3)이연갑, 제4판, 2010, 572쪽 이하.
- 13) 이러한 판례의 변화에 긍정적인 견해는 김학동, “소멸시효의 기산점에 관한 판례분석”, 민법의 과제와 현대법의 조명(경암 홍천룡 박사 화갑기념), 1997, 98쪽; 김제완, “국가권력에 의한 특수유형 불법행위에 있어서 손해배상청구권의 소멸시효”, 인권과 정의 제368호, 대한변호사협회, 2007, 61쪽 이하; 권영준, 앞의 논문, 17쪽 이하; 조용환, “역사의 희생자들과 법: 중대한 인권침해에 대한 소멸시효의 적용문제”, 법학평론 제1호, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2010, 20쪽 이하 참조.
- 14) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다64957, 64964 판결에서도 “소멸시효의 진행은 당해 청구권이 성립한 때로부터 발생하고 원칙적으로 권리의 존재나 발생을 알지 못하였다고 하더라도 소멸시효의 진행에 장애가 되지 않는다고 할 것이지만, 법인의 이사회결의가 부존재함에 따라 발생하는 제3자의 부당이득반환청구권처럼 법인이거나 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 진행된다고 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(밑줄은 필자가 첨가)”고 보고 있다. 동지(同志): 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다39822 판결(가명 보험금청구권의 소멸시효에 관하여 원칙적으로

확장하는 것에 대해 긍정적인 입장을 보인다.¹⁵⁾

2.2 기산점완화와 신의칙에 기한 소멸시효제한

피해자가 손해 및 가해자를 알 것을 시효 기산의 요건으로 삼으면(주관적 기산점), 피해자가 손해 및 가해자를 알지 못하면 시효의 완성이 무기한으로 연장되어 원칙적 시효보다 조기에 시효의 완성을 고려한 것과 달리 객관적 기산점으로부터 10년을 경과하여도 시효가 완성되지 않는 사례가 발생하게 된다. 그렇다면 판례처럼 법률상 장애와 사실상 장애 이분론을 완화하려는 태도는 타당한가? 이 경우에는 객관적 기산점의 엄격화로 인하여 인식조차 하지 못한 상태 또는 권리행사 가능성이 없는 상태에서도 시효가 완성되는 문제가 발생하기도 한다. 그러나 판례의 문제점을 해결하기 위해 기산점을 완화하기 위하여 법률상 장애 이외의 사실상 장애에도 예외적으로 시효의 진행을 인정하면 제166조 제1항의 예외로서 제766조 제1항을 인정할 것과 어울리지 않으며, 시효기간의 기산점이 불명확하게 되어 법적안정성에 문제가 발생할 수도 있다.¹⁶⁾ 즉 사실상 장애가 있음에도 불구하고 시효진행을 인정하지 않으면 당사자가 알지 못하는 한 영원히 시효에 의하여 소멸하지 아니하게 되어 부당하다는 비판을 받을 수 있다.¹⁷⁾ 그런데 우리 판례가 대법원 2012. 4. 13. 선고 2009다33754 판결 등에서 “제766조 제1항의 소멸시효의 기산점은 일반규정인 민법 제166조 제1항이 적용된다”고 보고 있다는 점에서 제766조 제1항은 제166조 제1항의 특칙일 수는 있으나 예외라고 보기 어려우며,¹⁸⁾ 또한 종래 판례와 학설이 객관적 기산점을 유지하기 위해 주장한 법률상 장애와 사실적 장애의

보험사고가 발생한 때로부터 진행하지만, 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금액청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 보험금액청구권의 소멸시효가 진행한다고 한다).

- 15) 김미리, “납북된 피랍자의 납북 피해에 대한 국가배상청구권의 소멸시효 기산점”, 특별법연구 10권 전수안대 법관 퇴임기념, 사법발전재단, 2012, 580-581쪽; 권영준, 앞의 논문, 15쪽 이하; 김학동, 앞의 논문, 98쪽; 남효순, 앞의 논문, 407-408쪽; 김태봉, “국가기관의 인권침해행위에 기한 손해배상청구사례와 소멸시효항변의 제한 법리”, 법학논총 제35권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2015, 226쪽; 특히 김제원, 앞의 논문, 61쪽 이하에서는 판례의 법률상 장애를 판단하는 기준은 “기간의 미도래나 조건불성취”인데, 이는 법률행위로 인한 채권의 시효의 기산점에 국한되므로 불법행위 손해배상채권의 경우에는 법률상 장애의 의미를 다르게 이해할 수 있음을 강조한다.
- 16) 민법주해 III 총칙(3)윤진수, 462쪽.
- 17) 이주현, 앞의 논문, 557쪽.
- 18) 특칙이라고 본다면, 일반규정과 충돌되지 않는 경우에는 일반규정의 적용을 받게 된다.

이분론은 해석에 불과하고 법률의 규정이 아니라는 점에서 법적안정성을 주장하는 것 또한 근거로서 약하다고 할 수 있다.¹⁹⁾ 오히려 기산점을 엄격하게 적용하는 견해가 실제적 정의를 훼손하고 불합리한 결과를 도출해낸다면, 법적안정성의 관점에서 사실상장애와 법률상장애의 엄격한 이분법적 접근방법에 예외를 인정할 여지도 있을 것이다.²⁰⁾ 즉 사안의 구체적 타당성을 실현하기 위해서 사실상의 장애 또한 권리행사의 장애로 보아 소멸시효의 진행을 막을 수 있을 것이다. 다만 사실상장애로 시효의 진행을 막는 것이 결과적으로 제166조 제1항의 기산점이 완전하게 주관화되는 경우라면, 기산점을 완화하는 방법보다는 신의칙에 의해 소멸시효완성의 원용을 제한하는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 제166조 제1항의 기산점을 주관화하면 소멸시효의 진행이 무한정 지연되게 되어 구조적으로 이중기간제한을 할 수 없는 우리 민법상 이러한 해석은 소멸시효제도를 형해화 할 수 있기 때문이다. 판례 또한 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다218713, 218720 판결 등에서 “채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나(제①요건), 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나(제②요건), 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나(제③요건), 채권자보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등(제④요건)의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다(밑줄과 번호는 필자가 첨가한 것임).”고 보고 있다.²¹⁾ 더 나아가 우리 판례는 신의칙에 의하여

19) 김미리, 앞의 논문, 584쪽.

20) 김미리, 앞의 논문, 584쪽. 예컨대 법인 내부의 이사회결의가 부존재함에 따라 발생하는 제3자의 부당이득반환 청구권이나 숨은 하자로 인한 손해배상청구권, 보험사고가 발생하였는지 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 권리자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우의 보험금청구권 등은 법률상 장애와 사실상 장애의 엄격한 이분론에 의해 부인되어서는 안될 것이다.

21) 즉 판례는 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다218713, 218720 판결 등에서 엄격한 요건 하에 예외적으로 신의칙에 기하여 채무자의 소멸시효 원용을 제한하고 있는데, 그 요건 중 기산점 완화와 관계되는 요건은 제②요건이라고 할 수 있다. 우리 판례는 신의칙의 경우에도 ‘객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었는지 여부’를 판단하는데, 이에 기산점과 신의칙의 관계정립이 필요하다고 할 수 있다. 아직까지 판례는 그 기준을 제시한 적이 없으며, 확실 또한 양자의 구별기준이 필요하다는 주장이 강하다(김미리, 앞의 논문, 588쪽). 생각건대 최소한 판례의 입장은 사실상 장애사유가 법률상 장애로 준할 수 있을 정도에 해당 경우에는

소멸시효완성의 원용을 제한하는 경우에도 권리자에게 일정기간 안에 권리를 행사하도록 하여 채무자의 기대가능성을 보호하고 있다는 점에서 법적안정성 측면에서는 기산점을 완화하는 방법보다는 신의칙에 의한 제한방법이 더 적합할 수 있다.²²⁾

III. 시효의 기산점과 관련된 국제적 입법동향 - 일본, 독일, 프랑스 -

소멸시효법의 기산점과 관련하여 최근의 국제적 전개를 주목해보면 다음과 같은 특징을 발견할 수 있다.²³⁾ 첫째, 비교적 단기인 일반적 소멸시효기간²⁴⁾의 기산점은 변제기, 청구권의 발생, 인도, 수령, (건축의)완성 등과 같은 객관적 기초와 결부되어서는 안 되며, 이는 오히려 채권자가 자신의 청구권을 발생시키는 사실 및 채무자를 알고 있는지

제166조 제1항의 기산점 문제로 해결하는 반면에 그에 미치지 못하는 사실상 장애의 경우에는 신의칙에 의해 채권자를 보호하고 있다고 판단된다. 즉 기타 사정을 참작하여 그 장애사유를 이유로 해당 권리의 시효진행이 개시되는 것 자체를 일반적으로 봉쇄하여 그 사유가 해소된 때로부터 시효가 진행된다고 보는 것이 타당한지 아니면 단지 문제되는 특수한 사안에 있어 그 장애사유가 소멸한 때로부터 상당한 기간 이내에 권리를 행사할 수 있도록 해주기만 하면 되는지에 따라 양자의 선택이 나뉘게 될 것이다. 기산점을 엄격하게 인정하면, 권리남용소송은 증가하는 반면에, 반대로 기산점을 권리행사가가능시점으로 늦추면 권리남용소송은 감소하게 될 것이다.

- 22) 이에 대한 구체적인 검토는 권영준, 앞의 논문, 33쪽 이하, 김미리, 앞의 논문, 592쪽 이하 참조 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결 등에서 판례는 “채무자가 소멸시효의 이익을 원용하지 않을 것 같은 신뢰를 부여한 경우에도 채권자는 그러한 사정이 있을 때로부터 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야만 채무자의 소멸시효의 항변을 저지할 수 있다 할 것인데, 여기에서 ‘상당한 기간’ 내에 권리행사가 있었는지 여부는 채권자와 채무자 사이의 관계, 신뢰를 부여하게 된 채무자의 행위 등의 내용과 동기 및 경위, 채무자가 그 행위 등에 의하여 달성하려고 한 목적과 진정한 의도, 채권자의 권리행사가 지연될 수밖에 없었던 특별한 사정이 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다. 다만 위와 같이 신의성실의 원칙을 들어 시효 완성의 효력을 부정하는 것은 법적 안정성의 달성, 증명(입증)곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 그 이념으로 삼고 있는 소멸시효 제도에 대한 대단히 예외적인 제한에 그쳐야 할 것이므로, 위 권리행사의 ‘상당한 기간’은 특별한 사정이 없는 한 민법상 시효정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 한다. 그러므로 개별 사건에서 매우 특수한 사정이 있어 그 기간을 연장하여 인정하는 것이 부득이한 경우에도 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우 그 기간은 아무리 길어도 민법 제766조 제1항이 규정한 단기소멸시효 기간인 3년을 넘을 수는 없다고 보아야 한다(밑줄은 필자가 첨가).”고 하여, 채권자의 행사기간을 제한하고 있다. 요컨대 판례는 구체적 사안에 따라 3년 범위 안에서 권리자의 행사기간을 제한하고 있다.
- 23) Reinhard Zimmermann, “Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription”, *Cambridge University Press*, 2002, p. 85 f.
- 24) 단기소멸시효는 채권자의 권리행사에 대한 인센티브(incentive)를 제공한다는 점에서 punitive default rule로 설명하기도 한다. Benjamin West Janke & François-Xavier Licari, “The French Revision of Prescription: A Model for Louisiana?”, *Tulane Law Review Vol.85 No.1*, Washington & Lee Law School, 2010, 8 f.

(주관주의)에 의해 결정된다.²⁵⁾ 둘째, 주관주의에 의하여 시효기간이 무기한 연장되는 문제점을 해결하기 위해 객관적 기준과 결부된 최장기간(long stop)이 만료되면 채권자의 인식과 상관없이 시효는 완성된다.²⁶⁾

1. 일본민법 개정

일본 또한 소멸시효 기산점에 관한 일본민법 제166조 제1항에 대한 통설과 판례의 해석상의 문제점을 지적하면서 해석으로 이를 극복하려는 움직임이 강하게 제기되었으며, 최종적으로 민법 개정을 통해 이 문제를 해결하였다.

1.1 일본의 통설 및 판례

일본의 통설²⁷⁾ 및 판례²⁸⁾ 또한 소멸시효의 기산점의 주관화를 지양하기 위해 법률상 장애와 사실상 장애의 이분론을 엄격하게 유지하고 있다. 그 이유는 객관적 기산점을 관철시킨 大判 昭和12(1937)年 9月 17日²⁹⁾에서 확인할 수 있다.³⁰⁾

25) 주관주의는 “호소할 수 없는 자에 대해 시효는 진행되지 않는다(Contra non valentem agere non currit praescriptio)”는 법언을 근거로 한다. Zimmermann, op. cit., pp.106-107.

26) 이 long stop의 판단은 정책적인 측면이라고 할 수 있으나, 비교법적으로 10년과 30년 사이의 기간이 선택되고 있다고 한다. Zimmermann, op. cit., p.85.

27) 사실상 장애는 시효의 진행을 방해할 수 없다는 견해가 일본의 통설이다. 我妻米, 新訂民法總則 [民法講義 I], 岩波書店, 1965, 288頁; 幾代通, 民法總則 [第2版], 青林書院, 1984, 503頁; 四宮和夫/能美善久, 民法總則 [第6版], 弘文堂, 2002, 392頁 등.

28) 大判 大正4(1915)年 3月 2日, 民錄 21輯 439面 등 다수.

29) 民集 16卷 1435面.

30) 일본의 판례는 계약상의 채권에 대해서도 마찬가지로 입장을 취한다. 예컨대 大判 大正4(1915)年 3月 2日, 民錄 21輯 439面에서 “출세 후에 갚겠다는 등의 약속에 의한 채무의 반환청구에 대해 불확정기한으로 여겨지는 출세시점으로부터 시효를 기산하고”, “채권의 소멸시효는 채권자가 권리를 행사할 수 있는 때로부터 그 진행을 개시하며, 불확정기한의 채무라고 할지라도 그 도래시점으로부터 채권자는 변제를 청구할 수 있으며, 그와 동시에 소멸시효는 당연히 진행되어야 하며, 채권자가 기한의 도래를 알았는지의 여부, 또 그 과실의 유무를 불문한다. 생각건대 채권이 시효에 의해 소멸하는 것은 채권자가 권리를 행사하여야 하나 이를 행사할 수 없음으로 인해 채권자의 권리행사에 과실이 있다는 사실을 요하지 않으며, 채권자의 과실 없이 기한의 도래를 알지 못하는 것 또한 시효의 진행을 방해하지 않는다”고 판시하였다(밑줄은 필자가 첨부). 더 나아가 일본의 판례는 ‘금지산자가 소를 제기함에 있어서 대리인의 동의를 얻지 않았다는 사실은 권리행사에 대한 단순한 사실상의 장애일 뿐’ 시효의 진행을 방해하지 않는다고 보고(最判 昭和49(1974)年 12月 20日, 民集 28卷 10号 2072面), 시효의 기산점 판단시 사실상의 장애를 고려하지 않는다.

“부당이득반환청구권은 권리의 발생과 동시에 소멸시효가 진행된다는 점이 일본민법 제166조 규정에 비추어 자명하다.’ 그런데 ‘반환청구권의 발생시점에 채권자는 그 권리의 발생을 알 수 없어 이를 행사할 수 없었더라도 그것은 사실상의 권리를 행사할 수 없음(사실상 장애)에 그쳐 법률상 장애로 행사가 불가능하였다고 볼 수 없다.’ 한편 일본민법 제166조의 ‘권리를 행사할 수 있는 때’란 법률상 장애가 없어 이를 행사할 수 있는 때를 의미하므로 사실상 장애로 이를 행사할 수 없는 경우에는 시효가 진행된다고 할 수 있다. 물론 이로 인하여 권리자에게 가혹한 결과를 가져온다 할지라도 권리자는 권리발생 후 10년 안에 시효를 중단해야 한다. 그러한 장기간 동안에 권리발생의 사실을 인지하지 못한 것은 채권자가 ‘권리 위에 잠잔 것’이라고 보아야 하므로, 법률의 규정에 별도로 주관적 기산점에 의한 시효의 진행은 인정하지 않는 한(일본민법 제426조, 제724조, 제966조 등), 부당이득반환채권은 채권자의 인지여부와 관계없이 권리발생시부터 시효가 진행된다(밑줄은 필자가 첨부).”³¹⁾

다만 공탁물의 반환청구권의 소멸시효 기산점에 관한 일본최고재판소 1970년 판결³²⁾은 “변제공탁에 있어서의 공탁물의 출급청구, 즉 공탁물회복의 청구에 대해 ‘권리를 행사할 수 있는 때’란, 단순히 권리의 행사에 대해 법률상의 장애가 없을 뿐만 아니라 권리의 성질상 그 권리의 행사를 현실적으로 기대할 수 있어야 한다고 해석하는 것이 상당하다”고 판단하였다.³³⁾ 이 판결은 그 후의 판결에 지대한 영향을 주었으며, 일본최고재판소 1996년 판결³⁴⁾ 등에서 “민법 제166조의 ‘권리를 행사할 수 있는 때’란, 단순히

31) 이러한 문제점을 고려하여 谷口知平, 不当利得の研究, 有斐閣, 1949, 591頁 이하에서는 이득자가 부당이득반환청구권의 존재를 알았거나 알 수 있었던 시점부터 시효가 진행된다는 해석론을 제안하고 있으며, 더 나아가 “안 때로부터 5년, 권리발생시점으로부터 20년의 제척기간에 걸린다는 입법론을 제시한다. 四宮和夫, 事務管理·不当利得·不法行為(上), 青林書院新社, 1981, 97頁 이하에서도 판례에 따른 불합리한 결과를 해결하기 위해 부당이득규정에 불법행위손해배상청구권의 시효규정인 일본민법 제724조(우리민법 제766조에 해당)와 유사한 규정을 마련할 필요가 있다는 점을 강조한다. 특히 星野英一, “時効に関する覚書—その存在理由を中心として—”, 民法論集 第4卷, 有斐閣, 1978, 310頁에서 호시노(星野)는 “법률적으로 권리의 발생 여부가 법원에 의해 처음으로 명확해지는 경우도 적지 않다는 점에서 그러한 판단의 위험을 채권자가 전적으로 부담하는 것은 타당하지 않다”고 보았다.

32) 最判 昭和45(1970)年 7月 15日, 民集 24卷 7号 771面.

33) 예컨대 위 판결에서 일본 최고재판소는 임차인이 공탁금을 찾아오면 ‘상대방의 주장을 인정하여 자신의 주장을 철회한 것으로 해석될 우려가 있으므로, 다툼이 해결될 때까지 임차인에게 공탁금지급청구권의 행사를 당사자에게 기대하는 것은 사실상 불가능에 가깝다’고 할 수 있으므로, ‘공탁의 기초가 된 채무에 대한 분쟁이 해결된 때’를 기산점으로 삼는다.

34) 最判 平成8(1996)年 3月 5日, 民集 50卷 3号 383面. 이 판결은 피해자가 가해자로 판단되는 자에게 자동차손해배상보상법 제3조에 의거하여 손해배상을 청구하였으나, 피해자의 패소판결이 확정되어 피해자가 국가에 대해 자동차손해배상보상법 제72조 제1항 전단에 의거한 손해전보를 청구한 사안이다.

그 권리의 행사에 대해 법률상의 장애가 없을 뿐만 아니라, 나아가 권리의 성질상 그 권리의 행사를 현실적으로 기대할 수 있어야 한다고 해석하는 것이 상당하다”고 하였다.³⁵⁾ 더 나아가 피보험자가 행방불명된 후 약 3년 반 후에 피보험자의 시체가 발견되어 행방불명되었던 시기에 사망하였음이 판명된 사안에서, 最判 平成15(2003)年 12月 11日 (民集 57卷 11号 2196面)은 “당시의 객관적 상황 등에 비추어 피보험자의 사망시점으로부터의 보험금청구권의 행사를 현실적으로 기대할 수 없는 특단의 사정이 존재하는 경우에는, 그 권리행사를 현실적으로 기대할 수 있게 된 시점 이후에 소멸시효가 진행된다고 하였으며, 피보험자의 사망이 확인된 시점으로부터 보험금채권의 소멸시효가 진행된다고 하여 소멸시효의 기산점에 관한 법리가 현실적 기대가능성에 초점을 맞추는 듯한 인상을 주고 있다.³⁶⁾ 즉 일본 판례는 오래전부터 일반 소멸시효의 기산점과 관련하여 ‘권리를 행사할 수 있는 때’를 법률상 장애뿐만 아니라 사실상 장애가 있는 경우에도 법률상 장애로 보아 시효의 진행을 인정하지 않고 있다.³⁷⁾

1.2 기산점 완화와 이중기간제한의 필요성

일본의 학설 중 일부는 제166조 제1항의 기산점 판단의 완화로 인하여 발생하는 문제점(기간 지연으로 인하여 시효가 무기한으로 연장될 수 있다는 우려)을 잠식시키기 위해 해석으로 이중시효기간론을 제기하고 있다. 즉, 이 견해는 제166조 제1항의 기산점은 객관적 기산점을 의미하는데 만약 사실상 장애를 법률상 장애에 준하여 인정하게 되면 실질적으로 제166조 제1항의 기산점이 주관적 기산점으로 바뀌는 것을 대비해야 한다는 것이다.³⁸⁾

35) 이 판결은 소멸시효의 기산점에 있어 최초로 현실적 기대가능성을 고려한 판결로 평가받기도 한다. 松久三四彦, “判批”, 宮原守男他編『交通事故判例百選 [第4版](別冊ジュリ152号)』, 有斐閣, 1999, 181頁.

36) 이러한 일본의 판례에 대해서 일본 학설은 대체적으로 찬성한다. 松久三四彦, 時効制度の構造と解釈, 有斐閣, 2011, 397頁. 더 나아가 일부 학설은 이 판결을 기초로 소멸시효 기산점에 관한 최근 판례법리는 현실적 기대가능성설이라고 보는 것이 적절하다고 평가하기도 한다. 潮見佳男, 民法総則講義, 有斐閣, 2005, 304頁; 香川崇, “わが国における消滅時効の起算点・停止(3・完)”, 富山經濟論集 57卷 2号, 2011, 59頁 이하; 平野裕之, “消滅時効の起算点の緩和と二重の時効期間の可能性”, 慶應法学 第28号, 2014, 304頁 이하 참조.

37) 이에 대해 松本克美, 時効と正義, 日本評論社, 2002, 206頁에서는 일본민법 제166조 제1항의 권리행사 가능성에 ①기산점의 의미에서의 권리행사 가능성(법률상의 장애가 없을 것)과 ②시효 진행의 차원에서의 권리행사 가능성(사실상의 장애가 없을 것)을 모두 포함하는 것으로 이해하고(후자는 그 존재를 객관적으로 판단되어야 할 기산점의 문제가 아닌 진행정지사유라 한다), 채권자의 개별적인 주관적 인식의 문제는 소멸시효완성의 원용의 신의칙위반이나 권리남용에 의해 대처되어야 할 문제라고 본다.

1.2.1 제1설

가가와 다카시(香川崇)는 일본민법 제166조 제1항의 기산점을 사실상의 권리행사 기대 가능성으로 보고,³⁹⁾ 이로 인하여 발생할 수 있는 시효의 무기한 연장을 해석으로 제한할 필요성이 있음을 강조한다.⁴⁰⁾ 먼저 가가와(香川)는 일본민법 기초자들이 시효기간의 원칙규정을 일본민법 제167조 제1항이 아닌 제167조 제2항으로 보았다는 점을 강조하면서, 제167조 제2항의 20년 장기소멸시효의 기산점은 법률상 장애가 없으면 진행되는 객관적 기산점으로 이해한다. 반면에 가가와(香川)는 제167조 제1항의 10년의 소멸시효는 권리행사 기대가능성을 기준으로 시효의 진행여부를 판단해야 한다고 본다.

“메이지 민법전의 입법 담당자는 보통소멸시효의 시효기간이 20년이라고 하며, 채권에도 보통소멸시효가 적용된다고 하였다. 그러나 채권의 소멸시효의 시효기간은 제국의 회에 있어서 10년으로 수정되었다. 이로 인해 일본민법 제167조 제2항이 보통소멸시효를, 동조 제1항이 그 특칙인 단기소멸시효를 규정하게 되었다. 채권은 일본민법 제167조 제1항이 규정하는 소멸시효뿐만 아니라 일본민법 제167조 제2항의 유추적용에 의해 20년의 시효에도 걸리게 된다. 일본민법 제166조 제1항이 채권의 소멸시효에 적용되는 경우의 기산점 확정법리는 현실적 기대가능성설이라고 할 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 현실적 기대가능성설은 사실상의 장애도 시효의 진행개시장애사유로 보므로, 시효 완성시기가 명확하지 않다. 따라서 보통소멸시효(일본민법 제167조 제2항의 20년의 시효기간)의 기산점은 10년의 시효와 달리 법률상 장애여부를 기준으로 판단해야 한다.”

요컨대 가가와(香川)는 채권은 10년의 단기사효와 20년의 장기사효에 모두 걸리게 된다고 보며, 후자는 법률상 장애여부를 기준으로 시효의 기산점을 판단하여 전자의 객관적 기대가능성에 의해 시효의 기산점을 판단하여 발생하는 시효의 무기한 연장을 방지할 수 있다고 본다.

38) 조문 상 이중시효기간을 두고 있지 않는 일본 현행민법의 체계 구조상 이러한 해석이 ‘해석의 한계’를 넘을 수 있다는 비판을 받는 것은 당연하다고 할 수 있다.

39) 그는 “일본민법 제166조 제1항이 소멸시효법의 통칙이며, 단기소멸시효에도 적용된다는 점을 간과해서는 안 된다.”는 점을 강조한다. 예컨대 그는 단기소멸시효의 경우(참고로 가가와(香川)는 20년을 장기로 10년 이하를 단기로 본다)의 기산점을 채권자의 현실적인 권리행사의 기회가 확보된 시점으로 본다.

40) 香川崇, 前掲論文, 59-60頁.

1.2.2 제2설

히라노 히로유키(平野裕之)는 일본민법 제166조 제1항의 시효의 기산점에 주관적 기산점까지 포함시키는 것을 인정한다.⁴¹⁾ 먼저 히라노(平野)는 제167조 제2항의 20년의 시효기간의 기산점은 객관적 기산점으로 국한되지만 제167조 제1항의 10년의 시효기간은 주관적 기산점을 전제로 한다고 본다. 한편 히라노(平野)는 주관적 기산점이 채권자의 인식까지는 필요하지 않고 인식가능성으로도 충분하다고 보고 있어,⁴²⁾ 결론적으로 권리행사 가능성설과 유사하다고 할 수 있으나 히라노(平野)는 본인의 입장은 권리행사 가능성설과는 다르다는 점을 강조한다. 왜냐하면 그는 권리를 인식하였음에도 그 행사를 기대할 수 없는 사안의 경우, 권리가능성설은 이 또한 시효의 기산점문제로 해결하지만, 본인의 입장은 이는 시효의 기산점이 아니라, 시효의 정지 등을 통해서 권리자를 보호할 수밖에 없다고 본다.⁴³⁾ 10년의 시효기간의 기산점을 주관적 기산점으로 보게 되어 발생하는 문제(기간지연)에 대해 히라노(平野)는 해석으로 제한할 수 있다고 본다. 즉 히라노(平野)는 “일본민법 제167조 제2항을 10년의 주관적 시효기간을 제한하는 역할을 담당하는 것으로 전용(轉用)할 수 있을 것이다”라고 하여⁴⁴⁾ 일본민법 제167조 제2항으로 10년의 시효기간의 기간연장을 제한한다.⁴⁵⁾

1.2.3 소결

일본민법 제166조 제1항의 기산점 완화는 채권자의 실질적인 권리보호를 위한 해석상 조치라고 할 수 있다. 그런데 이로 인하여 객관적 기산점을 전제로 한 제166조 제1항이 주관화 될 수 있다는 우려에서 일본의 학설은 일본민법 제167조 제2항을 통한 이중기간 제한을 시도하고 있다. 반면에 국내에서는 아직까지 해석으로 이중기간제한을 시도하고 있지 않다. 오히려 국내학설은 판례와 마찬가지로 극히 좁은 범위에서 사실상의 장애를 법률상 장애로 준하여 기산점을 판단하고,⁴⁶⁾ 그 이외의 사유로 인하여 채권자에게 발생

41) 平野裕之, “消滅時効の起算点の緩和と二重の時効期間の可能性”, 315頁 이하.

42) 平野裕之, “消滅時効の起算点の緩和と二重の時効期間の可能性”, 320頁.

43) 平野裕之, “消滅時効の起算点の緩和と二重の時効期間の可能性”, 320-321頁; 平野裕之, “不法行為債権の消滅時効をめぐる立法論的考察(1)”, 慶應法学 12号, 2009, 182頁.

44) 平野裕之, “消滅時効の起算点の緩和と二重の時効期間の可能性”, 318-319頁.

45) 참고로 内池는 일본 민법 제167조 1항은 계약채권만을 의미하고 법정채권은 일본민법 제724조 후단 및 일본민법 제167조 제2항을 고려하여 20년의 시효가 적용된다고 보기도 한다. 内池慶四郎, 不法行為責任の消滅時効, 成文堂, 1993, 141頁, 172頁 이하; 柳沢秀吉, “売買代金の消滅時効”, 名城法学 35卷 3号, 1985, 53頁(平野裕之, “消滅時効の起算点の緩和と二重の時効期間の可能性”, 317頁에서 재인용).

하는 불합리한 결과는 신의칙에 의해 소멸시효의 완성의 항변을 제한하는 방법을 고수하고 있다고 할 수 있다.

1.3 2017년 일본의 민법개정

일본 또한 국제적인 시효법의 동향을 인식하고, 이를 기초로 시효법 개정작업을 진행하였다. 일본민법 개정의 중간시안은 원칙적인 시효기간과 기산점에 대해, 【甲안】은 현행법의 민법 제176조 제1항의 10년을 5년으로 단축시킬 뿐이나, 【乙안】은 ① ‘권리를 행사할 수 있는 때’로부터 10년, ② ‘채권자가 채권 발생의 원인 및 채무자를 안 때(채권자가 권리를 행사할 수 있는 때보다 이전에 채권 발생의 원인 및 채무자를 안 때는 권리를 행사할 수 있는 때’로부터 [3년/4년/5년]이라는 시효기간을 새로이 마련하고, 어느 한쪽의 시효기간이 만료된 때에 소멸시효가 완성된다고 하였다.⁴⁷⁾ 최종적으로 2014년 일본 법무성은 일본민법 제170조-제174조에 규정되어 있는 단기소멸시효에 관한 규정을 삭제하고, 소멸시효의 단기소멸시효기간에 대하여 5년으로 통일하도록 개정하였고 10년의 이종기간을 통해 시효의 무기한 연장을 막았다.⁴⁸⁾ 이 개정안은 2017년 5월 26일 일본 참의원을 통과하여 개정이 확정되었다. 즉 개정된 일본민법에 의하면, 채권의 시효는 인식(채권자가 권리를 행사할 수 있는 것을 알았을 때부터)시점으로부터 5년의 시효기간이 적용되나, 인식여부와 관계없이 객관적 기산점으로 10년에 경과하면 시효로 소멸한다.

2. 2002년 독일의 민법개정

독일은 2002년 민법을 개정하면서 장기(30년)의 시효기간을 단기(3년)시효기간으로 단축하였다(독일민법 제195조). 한편 그 기산점은 채권자가 청구권을 발생시키는 사정 및 채무자의 신원을 알았거나 중대한 과실 없이 알았어야 하였던 연도가 끝나는 시점으

46) 기산점 또한 단순히 알거나, 알지 못하였다고 판단하지 않고 장애사유의 해소사실을 알았거나 알 수 있었을 때로 판단하여 기산점의 주관화를 지양하고 있다. 김미리, 앞의 논문, 585쪽.

47) 平野裕之, “消滅時効の起算点の緩和と二重の時効期間の可能性”, 315頁. 입법배경 및 전개과정 등에 대해서는 平野裕之, “時効期間一起算点との関係も考慮して”, 金山直樹編 消滅時効法の現状と改正提言(別冊NBL 122号), 商事法務, 2008, 23頁 이하 참조.

48) 法務省, 「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案」(平成26(2014)年 8月 26日 決定), <<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900227.html>>.

로 하여(독일민법 제199조 제1항), 종래의 객관적 기산점 체계⁴⁹⁾를 포기하고 주관적 기산점 체계로 전환하였다.⁵⁰⁾ 다만 주관적 기산점에 의해 무기한으로 시효기간이 연장될 수 있다는 점을 고려하여, 독일민법은 객관적 체계에 따르는 규정을 두어(독일민법 제199조 제2항 내지 제4항),⁵¹⁾ 이 문제를 해결하였다.⁵²⁾

3. 2008년 프랑스의 민법개정

최근 개정된 2008년 프랑스 민법은 소멸시효가 법적안정(sécurité juridique)을 위해 절대적으로 필요하다는 전제 하에 장기의 시효기간이 초래하는 법적불안정 상태를 해소하기 위해 시효기간을 5년으로 단축하였다(프랑스 민법전 제2224조).⁵³⁾ 반면에 일반

49) 개정전 독일민법 제198조는 소멸시효의 기산점을 “청구권의 발생시”로 규정하였다.

50) 유럽계약법원칙(PECL) 또한 일반소멸시효기간을 3년으로 하였으며(PECL 14:201), 채무자의 신원 및 권리를 발생시키는 사실에 대한 인식을 결여한 경우에는 시효를 정지시키고 있어(PECL 14:301), 독일법과 매우 유사하다. 이는 Reinhard Zimmermann 교수의 노력의 부산물이라는 평가가 일반적이다. Mansel, “Die Neuregelung des Verjährungsrecht”, *NJW* 2002, 89 ff; Mansel, “Die Reform des Verjährungsrecht”, in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen 2001, S. 333 ff. 유럽사법을 위한 공통참조기준초안(DCFR)안에서는 3년을 시효기간으로 하고(DCFR III. - 7:201), 최대 10년을 초과할 수 없다고 하여(DCFR III. - 7:307), 이중기간제한을 하고 있다. von Bar, Christian and Clive, Eric(eds.), *Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, Vol. 2, Oxford University Press, 2010, p.1139ff.

51) 예컨대 생명, 신체, 건강 또는 자유의 침해를 이유로 한 손해배상청구권은 인식 또는 중대한 과실로 인한 불인식에 관계없이 사건의 발생시부터 30년의 소멸시효에 걸리게 되며(독일민법 제199조 제2항), 기타의 손해배상청구권은 인식 또는 중대한 과실로 인한 불인식에 관계없이 그 성립시로부터 10년 또는 사건발생시로부터 30년의 시효에 걸리게 된다(독일민법 제199조 제3항).

52) 이러한 개정방향은 Zimmermann 등이 1981년 경 제출한 소멸시효법에 관한 기본의향서(Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 이하 ‘시효초안’으로 인용하기로 함)과 궤를 같이 한다. 즉 Zimmermann의 시효초안에 의하면 2년의 원칙적 시효(시효초안 제195조)는 청구권 성립시를 기산으로 하여 진행된다(시효초안 제196조). 권리자(채권자 등)가 중과실 없이 의무자, 권리내용, 권리의 원인을 몰랐던 기간에는 시효의 진행은 정지되고(시효초안 제199조), 정지에 의한 기간연장은 최대한 10년으로 한다(시효초안 제208조). Frank Peters/Reinhard Zimmermann, “verjährungsfristen, Der Einfluß von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts”, in: Bundesminister der Justiz(Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. I, Köln, 1981, S. 315 ff. 참고로 유럽계약법원칙은 권리발생일로부터 10년이 경과하면 시효가 소멸한다고 규정하고 있다(PECL 14:307).

53) Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Jacques HYEST portant réforme de la prescription en matière civile, Par M. Laurent BÉTEILLE, Sénateur, N° 83, Sénat, Session extraordinaire de 2007-2008, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 novembre 2007, <<http://www.senat.fr/rap/107-083/107-083mono.html#fn1>>.

채권의 소멸시효 기산점은 ‘권리의 행사를 가능케 하는 사실을 알거나 알았어야 하는 때’로 보아(프랑스 민법전 제2224조),⁵⁴⁾ 사실상의 권리행사 가능성을 시효의 기산점으로 삼았다고 할 수 있다. 이는 법적안정성을 실현하기 위해서 시효기간을 단기간으로 하면 서도 그로 인하여 발생할 수 있는 불합리한 점을 감안하여 형평의 법리에 의해 시효의 기산점을 ‘권리의 행사를 가능케 하는 사실을 알거나 알았어야 하는 때’로 본 것이라 할 수 있다.⁵⁵⁾ 그러나 채권자가 권리의 행사가능성을 인식하지 못함으로 인하여 기산점이 무기한 연장되는 문제점을 감안하여, 프랑스 민법전 제2232조 제1항은 “시효의 기산점의 연기, 정지, 중단은 그 효과로서 권리의 발생시점부터 20년을 뛰어넘어 소멸시효기간을 연장할 수 없다”고 규정하고 있다.⁵⁶⁾

IV. 2013년 민법 개정안 평가 - 맺음말에 갈음하여 -

1. 2013년 민법 개정안

2013년 민법 개정안은 현행민법 제166조의 소멸시효의 기산점으로 인하여 발생하는 불합리한 점을 인정하여 주관적 기산점을 전제로 하여 소멸시효의 진행을 인정하였고, 이로 인하여 발생할 수 있는 시효의 무기한 연장의 우려는 10년이라는 2중 기간제한을

(이하에서는 “Projet”로 인용하기로 함), pp.34-35.

54) 즉 프랑스개정민법은 ‘알았어야 할 때’라는 규범적인 인식시점을 시효의 기산점으로 삼아, 단순히 부지한 것만으로 시효의 진행을 막을 수 없도록 하였다. Proiet, op. cit., p. 34; Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation et de l’admission général de la république sur la proposition de loi(N° 433), adoptée par le Sénat portant réforme de la prescription en matière civil, par M. Émile BLESSIG, p. 36. 이는 주관적 기산점에 의해 발생할 수 있는 불합리한 결과(무기한 연장 등)를 회피할 수 있는 하나의 입법기술이라 할 수 있다. Reinhard Zimmermann, “Die Verjährung”, *JuS* 1984, 409 ff., 415.

55) Proiet, op. cit., p. 43 f. 이는 “호소할 수 없는 자에 대해 시효는 진행되지 않는다(Contra non valentem agere non currit praescriptio)”는 법언의 적용을 긍정한 지배적인 학설의 태도를 일부 수용한 것으로 평가된다. Jean CARBONNIER, La règle contra non valentem agere non currit praescriptio, *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1937, p.155; Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, *Les Obligations t.*, 2, Le régime, 2° éd., 1989, p.301, n° 338.

56) Proiet, op. cit., p. 41 f. 한편 인신손해로부터 발생한 손해의 배상에 관한 민사책임소권의 ‘발생시점’이 손해발생 시점이라는 점을 명확히 하기 위해, 프랑스 민법전 제2226조 제1항은 이 소권의 소멸시효 기산점을 ‘손해가 확정된 때’로 규정하였다. 즉 손해가 확정되기 전에 20년이 도과하였다 하더라도 시효는 완성되지 않는다(프랑스 민법전 제2232조 제2항). Proiet, op. cit., p. 64 f.

통해 극복하고 있다(이하 <표 1> 참조). 즉 개정안은 민법 제166조의 소멸시효의 기산점 규정을 삭제하였고, 개정안 제162조 제1항은 ‘채권자가 권리를 행사할 수 있다는 사실과 채무자를 안 때’라는 주관적 기산점을 기준으로 5년의 시효가 적용되고, 개정안 제162조 제3항에서 ‘권리를 행사할 수 있는 때’로부터 10년의 소멸시효에 걸린다고 하여 이중기간제한을 규정하고 있다. 물론 결과적으로 10년의 시효에 걸리는 채권은 개정안 제162조 제3항에 의해 종래와 같은 문제점이 발생할 수 있으나, 종래 1년 및 3년의 단기소멸시효에 걸리는 채권을 가진 권리자는 주관적 기산점을 기초로 한 개정안에 의해 보호받게 된다.⁵⁷⁾

<표 IV-1> 현행민법 및 2013년 민법 개정안 조문 비교

현행	개정안
제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ①채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. ②채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.	제162조(채권의 소멸시효 기간) ① 채권은 채권자가 권리를 행사할 수 있다는 사실과 채무자를 안 때로부터 5년 동안 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.
제166조(소멸시효의 기산점) ① 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행된다. ② 부작위를 목적으로 하는 채권의 소멸시효는 위반행위를 한 때로부터 진행된다.	제162조의2(그 밖의 재산권의 소멸시효기간)

2. 검토

소멸시효 제도는 법률관계의 주장에 일정한 시간적 한계를 설정함으로써 그에 관한 당사자 사이의 다툼을 종식시켜 법적안정성을 실현한다고 할 수 있다. 그러나 시효의 완성을 통해 발생할 수 있는 지극히 불합리한 결과를 최소화하기 위해 우리 판례는 소멸시효의 기산점을 늦추거나 채무자의 소멸시효완성의 항변을 권리남용으로 보아 이러한 불합리한 결과를 피하고 있다고 할 수 있다. 그러나 권리자 보호를 위한다는 미명하에 시효기간의 기산점을 주관화 하는 경우에는 무기한 시효기간이 연장될 수

57) 개정안 제162조 제3항의 “권리를 행사할 수 있는 때”의 의미에 대해서는 논쟁이 지속될 것으로 판단된다. 다만 동 규정이 이중기간으로서의 역할을 해야 한다는 측면을 고려하면 해석으로 이를 완화하기에는 어려움을 있을 것으로 판단된다. 종래 판례에서 시효의 기산점을 완화한 사안이 대부분 단기 소멸시효가 적용된 사안이었던 점을 고려하면 충분히 예상할 수 있을 것이다.

있어 시효제도를 형해화 할 수 있다는 점에서 기산점을 완화하는 것은 신중할 필요가 있다. 즉 판례의 기본입장과 달리 예외로서 법률상 장애가 아닌 사실상 장애가 있는 경우에도 민법 제166조 제1항의 소멸시효가 진행되지 않는다고 본다면 시효기간은 무기한 연장될 수 있게 되어 문제가 될 수 있다. 결론적으로 이 문제는 해석에 맡기기 보다는 개정을 통해 해결해야 할 문제라고 할 수 있다. 최근 시효법의 국제적 동향 및 일본개정안을 고려하면, 우리 또한 주관적 기산점을 전제로 하여 시효의 기간을 단기소멸시효로 통일하고, 최장기간의 제한을 통해 시효의 무기한 연장을 막는 구조를 취하는 것이 타당할 것이다. 이런 의미에서 2013년 민법 개정안을 참고하여 신속한 개정이 이루어지기를 기대해 본다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2012.
- 곽윤직(편집대표), 민법주해 제3권, 박영사, 2010.
- 김용담(편집대표), 주석민법 제3권, 한국사법행정학회, 2010.
- 명순구, 실록 대한민국 민법, 법문사, 2008.
- 谷口知平, 不当利得の研究, 有斐閣, 1949.
- 幾代通, 民法總則 [第2版], 青林書院, 1984.
- 内池慶四郎, 不法行為責任の消滅時効, 成文堂, 1993.
- 法務大臣官房司法法制調査部監修, 日本近代立法資料叢書1:法典調査會 民法議事速記
録一, 商事法務研究会, 1983.
- 四宮和夫/能美善久, 民法總則 [第6版], 弘文堂, 2002.
- 四宮和夫, 事務管理・不当利得・不法行為(上), 青林書院新社, 1981.
- 松久三四彦, 時効制度の構造と解釈, 有斐閣, 2011.
- 松本克美, 時効と正義, 日本評論社, 2002.
- 我妻栄, 新訂民法總則 [民法講義 I], 岩波書店, 1965.
- 潮見佳男, 民法總則講義, 有斐閣, 2005.
- Frank Peters/Reinhard Zimmermann, *Bundesminister der Justiz(Hrsg.)*, Gutachten und
Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln, 1981.
- Gabriel MARTY, *Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ*, Les Obligations t., 2, Le régime,
2e éd., 1989.
- Gustave BOISSONADE, *Projet de code civil pour l'empire du japon accompagné d'un
commentaire*, t.4., nouv éd., 1891.
- Jean CARBONNIER, *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio*, Rev. crit.
de législation et de jurisprudence, 1937.
- Mansel, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen 2001.
- Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and
Prescription*, Cambridge University Press, 2002.

2. 학술지

- 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 1-43쪽.
- 김미리, “납북된 피랍자의 납북 피해에 대한 국가배상청구권의 소멸시효 기산점”, 특별법연구 10권: 전수안대법관 퇴임기념, 사법발전재단, 2012, 567-636쪽.
- 김제완, “국가권력에 의한 특수유형 불법행위에 있어서 손해배상청구권의 소멸시효”, 인권과 정의 제368호, 대한변호사협회, 2007, 50-88쪽.
- 김태봉, “국가기관의 인권침해행위에 기한 손해배상청구사례와 소멸시효항변의 제한법리”, 법학논총 제35권 제3호, 2015, 189-235쪽.
- 김학동, “소멸시효의 기산점에 관한 판례분석”, 민법의 과제와 현대법의 조명(경남 홍천 룡박사화갑기념), 1997, 80-98쪽.
- 남효순, “일제징용시 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효남용에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2013/9, 393-432쪽.
- 이주현, “채권자의 권리행사가 객관적으로 불가능한 사실상의 장애사유가 있음에 불과한 경우 채무자의 소멸시효항변이 신의칙에 반한다는 이유로 허용하지 않을 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제42호, 2003, 546-583쪽.
- 조용환, “역사의 희생자들과 법: 중대한 인권침해에 대한 소멸시효의 적용문제”, 법학평론 제1호, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2010, 8-109쪽.
- 星野英一, “時効に関する覚書—その存在理由を中心として—”, 民法論集 第4巻, 有斐閣, 1978, 28-74頁.
- 松久三四彦, “判批”, 宮原守男他編『交通事故判例百選 [第4版](別冊ジュリ152号)』, 有斐閣, 1999, 181-183頁.
- 平野裕之, “消滅時効の起算点の緩和と二重の時効期間の可能性”, 慶應法学 第28号, 2014, 301-323頁.
- 平野裕之, “不法行為債権の消滅時効をめぐる立法論的考察(1)”, 慶應法学 12号, 2009, 171-191頁.
- 香川崇, “わが国における消滅時効の起算点・停止(3・完)”, 富山経済論集 57巻 2号, 2011, 141-182頁.
- Benjamin West Janke & François-Xavier Licari, “The French Revision of Prescription: A

Model for Louisiana?”, *Tulane Law Review Vol.85 No.1*, Washington & Lee Law School, 2010, pp. 1-53.

Mansel, “Die Neuregelung des Verjährungsrecht”, *NJW* 2002, S. 89-99.

Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Jacques HYEST portant réforme de la prescription en matière civile, Par M. Laurent BÉTEILLE, Sénateur, No 83, Sénat, Session extraordinaire de 2007-2008, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 novembre 2007,

<<http://www.senat.fr/rap/107-083/107-083mono.html#fn1>>

Reinhard Zimmermann, “Die Verjährung”, *JuS* 1984, S. 409-422.

[Abstract]

Consideration on the Starting-Point of Extinctive Prescription

—The 2013 Revision Draft of Civil Code—

Seo, Jong-Hee*

To prevent the extinctive prescription system, which may be considered to realize legal stability, from infringing substantive justice, Supreme Court slows down the starting point of extinctive prescription. Also Supreme Court regards that Exercising the right of defense upon extinctive prescription of a debtor is governed by the principle of good faith and the principle of prohibition of abuse of rights. Thus, in unique circumstances where the debtor prevents or causes noticeable inconvenience either to the creditor's exercise of rights prior to completion of an extinctive prescription; or acts as though such measures are unnecessary; there were objective obstacles preventing the creditor from exercising his/her rights; the debtor acts as though he/she will not invoke the prescription even after the extinctive prescriptive period is completed, and also misleads the creditor into believing so; there is compelling necessity to protect the creditor, and refusal to fulfill obligation is noticeably unjustified or unfair as another creditor under the same circumstances received payment; the debtor is not allowed to state that the extinctive prescription is completed, as alleged by the grounds for appeal.

However, ultimately, this is a problem that needs to be addressed through revision rather than being left to interpretation. Considering the recent international trends of the statute of law and the Japanese amendment on the starting-point of extinctive prescription, it is also reasonable for us to adopt a structure to unify the period of prescription as the presumption of short-term presupposition and to prevent the extension of the prescription through indefinite term will be.

[Key Words] extinctive prescription, the starting-point of computing extinctive prescription,
principle of good faith

* Assistant Professor, School of Law, Konkuk University