

단기소멸시효와 진행개시장애사유*

- Boissonade 민법초안 및 일본舊민법으로부터의 시사 -

Short-Term Extinctive Prescription and Commencement of Extinctive Prescription:

With Reference to Draft Civil Code of Boissonade, etc

서 중 희**

Seo, Jong-Hee

목 차

- | | |
|--|------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 우리민법상 단기소멸시효의 기산점 |
| II. Boissonade 초안(일본舊민법) 및 메이지
민법상 단기소멸시효의 취급 | 판단법리
IV. 맺음말 |

우리민법은 일반소멸시효기간이 적용되는 권리(제162조)와 단기소멸시효기간에 걸리는 권리(제163조 이하)를 구분하지 않고, 양자 모두 시효의 기산점을 민법 제166조 제1항의 ‘권리를 행사할 수 있을 때’라는 일원적 기준만을 가지고 판단하도록 한다. 한편 판례와 통설은 권리를 행사할 수 있는지 여부를 법률상 장애여부로 판단한다(소위 ‘법률상 장애설’). 그러나 단기소멸시효에 대해서도 엄격하게 법률상 장애여부만으로 판단하게 되면, 객관적으로 그러한 권리행사의 발생사실을 인지할 수 없었던 경우에도 시효가 완성되는데, 이러한 결과는 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효 제도의 존재이유에도 부합하지 않을 수 있다. 이러한 이유에서 우리 판례는 단기소멸시효에 걸리는 보험금청구권 및 하수급인의 수급인에 대한 저당권설정청구권에 대해서

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2020.46.177>

투고일: 2020. 5. 24. / 심사회의일: 2020. 5. 28. / 게재확정일: 2020. 6. 12.

* 본 논문은 2019년도 KU 교내연구비(2019-A019-0611)지원에 의해 연구되었음. 본 논문의 내용과 형식에 있어 귀중한 의견을 주신 익명의 심사자분들께 깊은 감사를 드린다.

** 건국대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

Associate Professor, School of Law, Konkuk University

‘현실적인 권리행사의 기대가능성’을 고려하여 완화된 기준으로 기산점을 판단하고 있다. 요컨대 공익을 위해 존재하는 소멸시효제도라 할지라도, 「호소할 수 없는 자에 대해 시효는 진행되지 않는다, *Contra non valentem agere non currit praescriptio*」 법언을 고려한다면, 단기소멸시효의 기산점을 판단함에 있어서는 일반소멸시효의 기산점판단 법리와 같이 경직된 법률상 장애설을 고집할 필요는 없다.

[주제어] 단기소멸시효, 소멸시효의 기산점, 시효의 정지, Boissonade 민법초안, 권리행사 가능성

I. 들어가는 말

우리민법¹⁾은 제162조에서 일반(보통)소멸시효기간을 정하고 있으며, 제163조 이하에서 단기소멸시효를 규정하고 있다. 그런데 보통소멸시효기간이 적용되는 권리와 단기소멸시효가 적용되는 권리에 대한 기산점판단기준(제166조) 및 시효의 중단사유(제168조 이하)와 정지사유(제179조 이하)는 공통된다. 즉, 단기소멸시효가 적용되는 채권 또한 제166조 제1항에 의해 ‘권리를 행사할 수 있을 때’부터 시효가 진행된다는 점에서 일반소멸시효와 마찬가지로 ‘권리를 행사할 수 있을 때’부터 소멸시효가 진행되며, 양자의 중단사유 및 정지사유 또한 차이가 없다. 물론 해석을 통해 그 기준 등을 다르게 접근할 수도 있으나, 그것은 명문으로 그 기산점 등을 다르게 한 것과는 다른 차원의 문제이다. 한편 소멸시효법의 국제적 전개를 주목해보면 두 가지 특징적 경향을 발견할 수 있는데,²⁾ 하나는 ‘비교적 단기인 소멸시효기간의 기산점은 변제기, 청구권의 발생, 인도, 수령 등과 같은 객관적 기초와 결부되어서는 안 되며, 오히려 채권자가 자신의 청구권을 발생시키는 사실 및 채무자를 알고 있는지에 의해 결정한다’는 것이고, 나머지 하나는 기산점이 주관화됨으로 인하여 소멸시효의 완성이 무한히 연장되어서는 안 된다는 사고에서, ‘객관적 기준과 결부된 최장기간(「long stop」)에 의해 권리의 행사기간이 제한된다(이중시효기간)’는 것이다.³⁾ 반면에 우리민법은 보통소멸시효기간이 적용되는 권리와 단기소멸시효기간에 걸리는 권리를 구분하지 않고 있어, 모두 ‘권리를 행사할 수 있을

1) 이하 조문만을 명시하는 경우에는 우리 민법을 의미한다.

2) R. Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, pp. 85 ff.

3) 일반적으로 long stop에 대해서는 10년과 30년 사이의 기간으로 정해진다. Zimmermann, op. cit., p. 85.

때'라는 일원적 기준만을 가지고 기산점을 판단해야 한다. 한편 우리 판례⁴⁾는 ““권리를 행사할 수 있다”라고 함은 그 권리의 행사가 법률상의 장애, 예를 들면 기한의 미도래나 조건불성취 등이 없는 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 아니한다.”고 본다(밑줄은 필자가 첨가). 요컨대 판례는 권리행사상의 장애를 법률상 장애와 사실상 장애로 나누고 법률상 장애를 전제로 소멸시효의 기산점을 판단하고 있다(이하 ‘법률상 장애설’).⁵⁾ 이러한 판례의 기산점 판단법리는 단기소멸시효에 걸리는 채권에도 그대로 적용된다.⁶⁾ 그러나 단기소멸시효를 위와 같이 법률상 장애설로 판단하게 되면, 보통소멸시효에 비하여 「호소할 수 없는 자에 대해 시효는 진행되지 않는다(Contra non valentem agere non currit praescriptio)」는 법언(이하 ‘Contra non valentem 법언’으로 칭하기로 함)과 더 멀어지는 결과를 가져올 수 있다. 왜냐하면 보통소멸시효는 그 기간을 장기로 하여 권리자가 권리를 행사할 수 없을 가능성 즉, 사실상 장애를 배려했다고 볼 여지가 있기 때문이다.⁷⁾ 반면에 단기소멸시효는 그러한 사실상 장애를 고려하지 않고 기간을 단기로 하였다는 점에서 특별한 사정이 없는 한, 보통소멸시효의 기산점 판단보다는 더 완화된 기준을 적용할 여지가 크다. 실제로 우리 판례는 일부 단기소멸시효가 문제되는 특별한 사안(특히 보험금청구권)에서 법률상 장애설을 적용하지 않고 권리자의 권리행사 가능성을 고려하여 기산점을 판단하기도 한다.⁸⁾ 이는 단기소멸시효에 관한 법원의 배려라고 할 수 있다. 본고는 이러한 사고를 가지고 우리민법에 많은 영향을 미친 개정 전 일본민법(이하 ‘메이지민법’으로 칭함)⁹⁾, Boissonade 민법초안(이하 ‘Boissonade 초안’으로 칭함) 및 일본舊민법에서

4) 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 전원합의체 판결 및 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003두10763 판결 등 참조.

5) 통설 또한 이러한 입장이다. 대표적으로 박윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2012, 412쪽. 한편 사실상 장애는 권리자의 인식을 기초로 하는 주관적 사정을 전제로 하는 주관적 사실상 장애와 법률상 장애에는 해당하지 않으나, 권리자의 인식여부와 무관한 객관적 사정에 기하여 권리행사를 할 수 없었던 객관적 사실상 장애로 구분된다. 서종희, “신의칙에 기한 소멸시효항변의 제한 및 그 한계”, 법학논총 제25집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2018, 9쪽 이하.

6) 대법원 1997. 11. 11. 선고 97다36521 판결 등.

7) 최근에 보통소멸시효가 사실상 장애를 배려했던 것으로 볼 수 있는지에 대한 재평가와 함께 현재 우리 통설과 판례의 ‘법률상 장애설’의 문제점을 지적하고 있는 견해로는 서종희, “소멸시효기산점(민법 제166조 제1항) 판단기준에 대한 고찰 - 종래 통설 및 판례에 대한 비판적 입장에서”, 재산법연구 제37권 제1호, 한국재산법학회, 2020, 69쪽 이하 참조.

8) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다19624 판결.

9) 개정된 일본민법은 2020년 4월 1일부터 시행중이다.

의 ‘단기소멸시효’의 규정방식을 확인하고(II), 이를 기초로 단기소멸시효의 기산점을 일반소멸시효와 차별화시킬 수 있는 해석의 단초를 찾은 후(III), 글을 마치고자 한다(IV).

II. Boissonade 초안(일본舊민법) 및 메이지민법상 단기소멸시효의 취급

명문의 규정상 메이지민법은 단기소멸시효도 제166조 제1항의 ‘권리를 행사할 수 있을 때’라는 기산점의 제약을 받도록 규정하였으며, 또한 보통소멸시효와 동일한 규정에 의해 시효정지를 인정하고 있다. 그런데 보통소멸시효에 비하여 단기소멸시효는 *Contra non valentem* 법언을 적용함에 있어 그 외연을 넓힐 수 있는 여지가 있다. 왜냐하면 보통소멸시효는 이미 10년이라는 장기의 시효기간을 보장하여 사실상의 장애를 배려한 것이라 할 수 있는 반면에 단기소멸시효는 그러한 전제가 없기 때문이다. 일본의 판례가 10년의 시효에 걸리는 채권에 비하여 단기소멸시효에 걸리는 채권에 대해서 ‘권리행사가능성’을 더 고려한다면, 이는 단기소멸시효라는 점을 감안한 것으로 이해할 여지도 있다. 물론 시효의 기간의 장기여부가 시효의 기산점 및 시효의 정지규정을 적용하는 것의 차별화를 가능하게 하는 정당화 사유가 된다고 할 수 있을지는 의문이다. 그러나 만약 우리민법의 제정에 지대한 영향을 미친 메이지민법의 입법과정에서 그러한 여지를 찾아낼 수 있다면, 양자를 다르게 접근하려는 시도가 무리한 해석이라는 비난으로부터 조금은 자유로울 수 있을 것이다. 이에 이하에서는 같은 조문의 적용을 받는 보통소멸시효와 단기소멸시효를 다르게 해석할 수 있는 [역사적 해석의 차원에서의] 가능성을 위해 Boissonade 초안·일본舊민법의 제정과정에서 단기소멸시효를 바라보는 좀 더 특별한 시각을 찾아내고자 한다.

1. Boissonade 초안·일본舊민법상 단기소멸시효

일본舊민법에서는 재산권, 재산취득권, 증거권에서 단기소멸시효를 규정한다.¹⁰⁾ 즉 일본舊민법상 단기소멸시효는 (1) 재산권에 있어서의 소제(銷除)소권(우리의 취소권에

10) 본고에서는 G. BOISSONARDE, *Projet de code civil pour l'empire du japon accompagné d'un commentaire* (1卷 내지 5卷), 1890~1891를 기초로, Boissonade의 견해를 검토한다(이하 인용은 권수만으로 인용하기로 한다).

해당하는 권리)과 폐파(廢罷)소권(우리의 채권자 취소권에 해당)의 소멸시효, (2) 재산취득편에 있어서의 매매, 청부(도급)에 관한 소멸시효, (3) 증거편에 있어서의 소멸시효로 나눌 수 있다.

1.1 일본舊민법 재산편에 있어서의 단기소멸시효

행위무능력·사기·강박 등에 의한 소제소권은 5년으로 시효가 완성된다(Boissonade 초안 제566조, 일본舊민법 재산편 제544조). 먼저 Boissonade는 권리를 쉽게 상실케 하게 되므로, 시효기간을 단축해서는 안 된다는 기본입장을 취하고 있다. 다만 Boissonade는 계약의 내용을 이행시키는 것이 문제가 되는 경우에 그 시효기간은 길어도 무방하나, 계약의 취소나 해제에 대해서는 시효기간을 단기로 설정해야 한다고 논한다.¹¹⁾ 이러한 이유에서 취소권을 규정하고 있는 Boissonade 초안 제566조는 프랑스舊민법과 비교하여 단기의 소멸시효기간을 인정하고 있다.

먼저 강박의 경우에는 그것이 제거된 때, 착오의 경우에 착오를 인식한 때, 사기의 경우에 사기당한 사실을 깨달은 때, 무능력의 경우에 무능력사유가 제거된 때까지 시효의 진행이 정지된다(Boissonade 초안 제567조 제1항, 일본舊민법 재산편 제545조). Boissonade는 사실상의 장애에 의거한 정지를 인정하기 위해서는 법률의 규정에 의해야 한다는 일반원칙을 주장하며, 행위무능력이나 강박 등의 사실상의 장애가 제거되는 시점까지 시효의 정지를 규정한 명문을 두었다.¹²⁾

다음으로 Boissonade 초안 및 일본舊민법은 폐파소권의 소멸시효기간을 채권자가 채무자의 사기를 깨달은 때로부터 2년, 사기행위시로부터 30년으로 규정하였다(Boissonade 초안 제364조 제1항, 일본舊민법 재산편 제344조 제1항). 참고로 Boissonade는 사기발견 시로부터 5년 또는 1년이라는 단일의 기간을 설정하는 입법도 가능하다고 논하면서도, 여러 권리를 현저히 오랜 기간 불확실한 상태에 두는 것은 불합리하다는 이유에서 본조에서는 최장기간을 규정하였다(이중시효기간)고 논한다.¹³⁾

생각건대 Boissonade는 시효의 기산점으로 볼 수 있는 사유를 시효의 정지사유로 규정

11) BOISSONARDE, 위의 책, 3卷, pp.280-281., n° 222. 특히 Boissonade는 “프랑스법은 해제 등에 대한 권리에 대해서도 현저히 긴 소멸시효기간을 설정하는 것이 있는데, 이는 권리관계를 장기간동안 불확실 상태에 이르게 한다”고 비판한다.

12) BOISSONARDE, 앞의 책, 2卷, pp.819-820., n° 654.

13) BOISSONARDE, 위의 책, 2卷, p.201., n° 167.

하였다는 점에서 Boissonade에 있어서 단기소멸시효의 정지는 예외적인 경우를 제외하면 단기소멸시효의 기산점으로 바뀌어도 무방하다고 판단된다.

1.2 일본舊민법 재산취득편에 있어서의 단기소멸시효

1.2.1 매매계약상 담보책임과 관련된 권리

Boissonade 초안은 매매계약상 담보책임규정과 관련하여 매매목적물의 (가) 일부멸실, (나) 수량부족 또는 초과, (다) 숨겨진 하자로 인하여 인정되는 각 소권에 대해 단기소멸시효와 특별한 정지사유를 인정한다.

1.2.1.1 일부멸실에 의한 해제소권 · 대금감액소권

Boissonade 초안 및 일본舊민법에 의하면, 매매목적물이 전부멸실한 경우 그 계약은 무효가 되나(Boissonade 초안 제680조 제1항, 일본舊민법 재산취득편 제43조 제1항), 일부가 멸실한 경우에는 매수인에게는 해제소권과 대금감액소권이 인정된다(Boissonade 초안 제680조 제2항, 일본舊민법 재산취득편 제43조 제2항). Boissonade는 각 소권의 시효기간을 30년의 보통시효기간으로 삼는 것은 지나치게 길다고 판단하여, 해제소권은 매수인이 일부 멸실을 안 때로부터 6개월, 대금감액소권은 매수인이 매매계약상의 매수인이 일부 멸실을 안 때로부터 2년이 도과하면 시효가 완성한다고 규정하였다(Boissonade 초안 제680조 제3항, 일본舊민법 재산취득편 제43조 제3항).¹⁴⁾

1.2.1.2 수량부족 또는 초과에 의한 대금개정소권 · 손해배상소권 · 해제소권

Boissonade는 수량부족 또는 초과에 의해 인정되는 대금개정소권은 대금이라는 계약 내용을 변경하므로, 짧은 시효기간이 적합하다고 논한다. 그 때문에 매매목적물의 수량부족 또는 초과에 의한 대금개정소권, 손해배상소권, 해제소권은 매매의 목적물이 부동산의 경우 1년, 동산의 경우 1개월의 도과로 시효가 완성한다(Boissonade 초안 제691조 제1항, 일본舊민법 재산취득편 제54조 제1항). 매수인의 권리는 계약시부터, 매도인의 권리는 인도시에 또는 인도전에 대금의 전액이 변제된 경우에는 그때로부터 시효가 진행된다(Boissonade 초안 제691조 제2항, 일본舊민법 재산취득편 제54조 제2항). 시효의 진행개시시기가 매수인과 매도인 간에 각각 상이한 것에 대해서 Boissonade는 통상적으

14) 해제소권의 시효기간을 대금감액소권의 4분의 1의 기간으로 설정한 것은 해제소권이 제3자의 권리를 상실시키기 때문이다. BOISSONARDE, 앞의 책, 3卷, p.250., n° 198.

로 인도시 또는 대금지급시까지 매수인이 목적물을 검사할 수 없다는 것을 고려한 결과라고 한다.¹⁵⁾

1.2.1.3 숨겨진 하자에 의한 해제소권 · 대금감액소권 · 손해배상소권

하자담보책임에 의해 발생하는 소권, 즉 매매계약해제소권과 대금감액소권과 손해배상소권은 부동산은 6개월, 동물 이외의 동산은 3개월, 동물은 1개월이 도과되면 시효가 완성한다(Boissonade 초안 제746조 제1항, 일본舊민법 재산취득편 제99조 제1항).¹⁶⁾ 이 경우에 하자는 물건을 점유하여야만 비로소 매수인이 매매목적물의 하자를 인식할 수 있다는 점에서 하자담보책임에 관한 소권의 소멸시효는 매매계약시가 아닌 인도시로부터 진행된다(Boissonade 초안 제746조 제2항, 일본舊민법 재산취득편 제99조 제2항).¹⁷⁾ 또한 매수인이 홍수 등의 불가항력으로 인해 숨겨진 하자를 시효기간 중에 발견할 수 없었던 경우, 시효의 진행은 정지한다(Boissonade 초안 제746조 제4항, 일본舊민법 재산취득편 제99조 제4항). Boissonade는 시효의 정지는 일반법에 대한 예외이며, 그 예외의 정당화 사유는 입법자가 정책적으로 짧은 시효기간을 배려한 것에 불과하므로 명문으로 정지사유로 열거된 이외의 사유를 이유로 한 시효의 정지를 인정하는 것에 대해 소극적이다.¹⁸⁾ 예컨대 개인적인 사정으로 매수인이 권리를 행사할 수 없는 경우에는 매수인이 대리인을 준비하여 그 대리인에 의해 권리를 행사할 수 있다는 점에서 시효의 정지를 인정하지 않는다.

1.2.2 청부(도급)에 관한 단기소멸시효

Boissonade 초안 · 일본舊민법 재산취득편의 도급계약은 주된 재료를 도급인이 제공하는 「노무임대차계약(contrat du louage d'ouvrage ou l'industrie)」과, 주된 재료를 수급인이 조달하는 「조건부 매매계약」으로 구분된다(Boissonade 초안 제981조, 일본舊민법 재산취득편 제275조). Boissonade 초안 · 일본舊민법에 의하면, 노무임대차계약에 있어서 공작물에 숨겨진 하자가 있는 경우에 도급인이 가지는 대금감액소권 · 대금반환소권은 3개월의 소멸시효에 걸린다(Boissonade 초안 제984조 제2항, 일본舊민법 재산취득편 제278조 제2항).¹⁹⁾ 조건부 매매계약에 있어서 목적물에 숨겨진 하자가 있는 경우에는,

15) BOISSONARDE, 앞의 책, 3卷, pp.280-281., n° 222.

16) BOISSONARDE, 위의 책, 3卷, pp.439-440., n° 343.

17) 매수인이 악의인 경우에는 시효기간이 절반이 된다(BOISSONARDE, 위의 책 3卷, pp.439-440., n° 343).

18) BOISSONARDE, 위의 책 3卷, pp.440-441., n° 344.

앞서 서술한 매매에 관한 규정이 준용된다(Boissonade 초안 제984조 제3항, 일본舊민법 재산취득편 제278조 제3항). 위 단기소멸시효는 원칙적으로 「수취(réception)」시로부터 시효가 진행된다.²⁰⁾

한편 도급계약에서 건물 기타 토지의 공작물의 수급인의 담보책임은 토지 그 외에 나무, 돌, 기와를 활용하여 만든 공작물에 대해서는 2년, 목조건물에 대해서는 5년, 석조 등의 견고한 건물에 대해서는 10년의 소멸시효가 적용된다(이하 ‘담보책임기간’, Boissonade 초안 제985조, 일본舊민법 재산취득편 제279조).²¹⁾ 위 담보책임기간 중에 발생한 수급인에 대한 손해배상소권은 전부멸실의 경우는 1년, 일부멸실 또는 중대한 훼손의 경우에는 6개월의 소멸시효가 적용된다(Boissonade 초안 제986조, 일본舊민법 재산취득편 제280조). 전부멸실의 경우에는 손해가 명확하며 그 모든 범위를 청구할 수 있으므로, 목적물의 전부멸실시로부터 소멸시효가 진행된다고 보아도 무방하다. 그러나 일부멸실 및 훼손의 경우에는 발생한 손해가 최종적인 것이 아니며 계속적 손해를 산출하는 것이 곤란하다는 이유에서, Boissonade는 일부멸실 또는 훼손으로 인정되는 담보책임상의 권리는 위 담보책임기간 만료시로부터 소멸시효가 진행되도록 하였다.²²⁾

1.3 일본舊민법 증거편에 있어서의 단기소멸시효와 진행개시장애

증거편에 규정된 단기소멸시효는 특별한 진행개시 정지사유가 인정되는지 여부에 따라 구분된다.

1.3.1 시효의 기산점(진행개시정지)에 관한 특별한 규정이 없는 단기소멸시효

특별한 정지가 규정되지 않은 단기소멸시효에는 (a) 정기금채권에 관한 것과 (b) 그

19) Boissonade는 이러한 소권의 시효기간은 매우 짧은 기간이어야 하며, 매매계약에 있어서의 하자담보책임과 동일한 기간을 규정하는 것이 자연스럽다고 한다. 또한 사기에 의한 계약의 경우에는 Boissonade 초안 제566조 및 일본舊민법 재산편 제554조에 의해 5년의 시효에 걸린다. BOISSONARDE 3卷, pp.1072-1073., n° 841.

20) 참고로 프랑스민법에서도 도급목적물의 숨겨진 하자에 관한 담보소권의 소멸시효는 그 수취시로부터 진행을 개시한다. Gabriel BAUDRY-LACANTINIERE, Précis de droit civil, t.3., 3^eéd., 1889, p. 443 et s., n° 703 et s.; Marcel PLANIOL et Georges RIPER, Traité pratique de droit civil français., t.11., 2^eéd., 1954, pp. 169 et s., n° 931., et p. 203., n° 958. 더 나아가 Boissonade는 인수를 지체에 빠뜨림으로써 수급인이 시효의 진행을 개시시킬 수 있다고 한다. BOISSONARDE 3卷, pp. 1025-1026., n° 843; BOISSONARDE 3卷, p. 1076., n° 843.

21) Boissonade는 프랑스와 달리, 일본에서는 건축물이 통상의 형상을 유지해야 하는 기간에 맞추어 시효기간을 나누어야 한다고 논한다(BOISSONARDE 3卷, p.1076., n° 843.).

22) BOISSONARDE 3卷, pp. 1078-1079., n° 845.

외의 채권에 관한 것이 있다.

1.3.1.1 정기금채권에 관한 단기소멸시효

이자, 종신정기금의 지분금, 부양정기금의 지분금, 임료 및 정기소작료, 과실 및 일용품의 정기적 급부, 교사·사용인의 급료 기타 1년 단위로 규정되는 채무로 1년보다 짧은 기간에 정기적으로 변제해야 하는 채권은 5년간 행사하지 아니하면 시효가 완성한다(Boissonade 초안 제1493조, 일본舊민법 증거편 제156조). 5년 이상의 정기채무가 집적하도록 하여 채권자가 집적한 채권을 청구할 수 있도록 하면 채무자가 파산할 수 있다는 우려에서 시효를 5년으로 한 것이다.²³⁾

1.3.1.2 정기금채권 이외의 단기소멸시효

일용품 등의 공급에 관한 채권은 시효기간이 1년이다(Boissonade 초안 제1496조, 일본舊민법 증거편 제159조). 여관이나 요리점의 숙박료나 음식료에 관한 채권의 시효기간은 6개월이다(Boissonade 초안 제1497조, 일본舊민법 증거편 제160조). Boissonade는 이러한 채권이 가지는 성질이나 발생원인, 당사자 간의 상태 등에 비추어 보면 그들 간에는 장기의 신용이 필요하지 않으므로 시효기간을 단기로 규정하였다고 한다.²⁴⁾

의사나 기사(ingénieur)의 채권, 교사·사용인 등의 급료로 그 급료가 1개월 이상 1년 미만의 기간별로 규정되는 채권의 시효기간은 3년이다(Boissonade 초안 제1494조, 일본舊민법 증거편 제157조). Boissonade는 의사의 채권 등에 대한 권리행사기간을 3년보다 짧게 규정하면, 채권자에게 신속한 권리행사의 의무를 부담시키는 것이지만 결과적으로는 채무자에게도 바람직하지 않다고 본다.²⁵⁾ 한편 Boissonade는 교사·사용인 등의 급료로 그 급료가 1개월 이상 1년 미만의 기간별로 규정되는 채권의 경우에 그 채권은 5년의 시효에 걸리는 정기금채권(Boissonade 초안 제1497조, 일본舊민법 증거편 제160조)으로서의 실질을 가지나, 발생하는 채무가 소액이라는 점에서 5년이 아닌 3년의 시효에 걸리는 채권으로 보아야 한다고 논한다.²⁶⁾

참고로 Boissonade 초안 제1498조는 위의 채권 중 3년의 단기소멸시효만이 채무자의 자백 또는 재판상의 심문에 의해 추정이 복멸된다고 하였으나²⁷⁾, 일본舊민법 증거편

23) BOISSONARDE, 앞의 책, 4卷, p. 1006., n° 379.

24) BOISSONARDE, 위의 책, 4卷, p. 1007., n° 383.

25) BOISSONARDE, 위의 책, 4卷, p. 1006., n° 380.

26) BOISSONARDE, 위의 책, 4卷, p. 1006., n° 380.

27) Boissonade는 정기금채권의 시효기간 단축의 취지에 비추어, 정기금채권에 대해 Boissonade 초안 제1498조를

제161조는 3년, 5년의 단기소멸시효에 걸리는 권리 모두 채무자의 자백에 의해 추정이 복멸된다고 하였다.²⁸⁾

1.3.2 시효의 기산점(진행개시정지)에 관한 특별한 규정이 있는 단기소멸시효

1.3.2.1 공증인, 변호사, 집행사 등의 직무에 관한 소권

공증인·변호사 등의 그 직무에 관한 보수채권이나 체당지급금지급채권은 ‘증서의 작성 또는 재판’이 종결한 때로부터 2년의 소멸시효가 적용된다(Boissonade 초안 제1495조 제1항 및 제2항, 일본舊민법 증거편 제158조 제1항 및 제2항). Boissonade는 ‘증서의 작성 또는 재판’이 종결한 때까지 시효의 진행을 정지한 이유에 대해 일절 언급하지 않는다. 생각건대 수임인의 위임인에 대한 보수채권에 대해서는 수임인이 수임한 사무를 완전히 이행하여야 비로소 위임자가 보수지급의무를 진다고 여겨지므로(Boissonade 초안 제943조 제1항, 일본舊민법 재산취득편 제247조 제1항), ‘증서 작성 또는 소송’ 계속을 법률상의 장애로 볼 수도 있다. 그러나 체당지급금지급채권에 대해서는 그와 같은 규정이 없으므로, ‘증서 작성 또는 소송’ 계속은 객관적 사실상의 장애에 해당한다고 이해할 수밖에 없다. 따라서 Boissonade 초안 및 일본舊민법상 단기소멸시효 중 일부는 법률상 장애가 아닌 객관적 사실상 장애에 불과한 사유에 대해서도 시효의 진행개시 장애사유로 인정한 것으로 볼 수 있다.

Boissonade 초안 및 일본舊민법은 이중시효기간을 두어서 ‘증서 작성이나 재판’의 종결에 이르지 않더라도 권리 발생으로부터 5년이 경과하면 시효가 완성한다고 규정한다(Boissonade 초안 제1495조 제3항 및 제4항, 일본舊민법 증거편 제158조 제3항 및 제4항).

1.3.2.2 재판소, 변호사, 재판소 서기, 공증인 등에 대한 서류의 반환소권

재판소, 변호사, 재판소 서기, 공증인, 집행사가 원고 또는 의뢰자로부터 직무상 맡은 서류에 관한 반환소권은, 재판관·재판소 서기·변호사에 대해서는 판결시로부터 3년,

적용할 수 없다고 보았다. 한편 Boissonade는 자백과 더불어 재판상의 심문(interrogation en justice)에 의해 재판소는 채무자에게 「양심에 따라(de bonne foi), 채무가 존재하지 않는다」는 선언을 요구할 수 있으며, 이를 선언하지 않는 자는 그 시효를 원용할 수 없다고 하였다. BOISSONARDE, 위의 책, 4卷, p. 1006., n° 379.

28) 참고로 법률취조위원회는 Boissonade 초안 제1498조에서 「재판상의 심문」 부분을 삭제하였다. 法務大臣官房 司法法制調査部, 法律取調委員會・民法証拠編再調査案議事筆記 11卷(日本近代立法資料叢書<11>), 商事法務, 1988, 156頁.

공증인에 대해서는 증서의 작성으로부터 2년, 집행사에 대해서는 직무 집행시로부터 1년이 경과하면 시효가 완성된다(Boissonade 초안 제1499조, 일본舊민법 증거편 제162조). Boissonade는 지나치게 긴 기간 동안, 수취한 서류의 반환의무를 재판소나 변호사 등에게 부담케 하는 것이 불합리하다고 보아 위 반환소권의 시효기간을 단기로 설정하였다.²⁹⁾ 다만 Boissonade는 그 시효의 기산점을 판결, 증서 작성 또는 송달시로 한 것에 대해서는 아무런 이유를 적시하지 않고 있다.

Boissonade 초안 및 일본舊민법은 기탁자(寄託者)가 반환을 청구한 때에 수기자(受寄者)가 기탁물의 반환의무를 진다고 규정한다(Boissonade 초안 제901조, 일본舊민법 재산취득편 제206조 제1항). 또한 묵시적으로 기간이 규정되었다고 해석한다고 하더라도, 기탁자로부터의 청구가 있었다면 수기자는 기탁물을 반환해야 한다.³⁰⁾ 따라서 기탁자의 기탁물반환소권의 행사에 대해 법률상의 장애가 없다는 점에서 시효의 기산점을 늦출 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 본조는 증서 작성 또는 소송 계속이라는 객관적 사실상의 장애가 소멸된 시점을 시효의 기산점으로 규정하여 객관적 사실상의 장애를 시효의 진행의 장애사유로서 인정한다.

1.4 시효기간의 단기화와 contra non valentem 법언과의 관계

1.4.1 보통소멸시효와 사실상 장애

시효의 존재이유를 거래관계의 안정으로 보는 견해(이하 ‘공익설(법적 안정성설)’은 ① 권리관계의 조기의 확정과, ② 시효완성시기의 명확화와 예측 가능성의 확보를 요구한다.³¹⁾ 이 관점에서 보면, 권리 행사에 관한 사실상의 장애에 대해서는 고려할 필요가 없다. 즉 공익설의 입장에서 보면 ① 시효기간을 단기로 설정하고, ② 진행개시장애·정지를 최대한 제한하는 것이 요구된다. 그럼에도 불구하고 Boissonade 초안 및 일본舊민법은 보통소멸시효기간을 30년이라는 장기로 설정하였다. 이러한 이유에서 Boissonade 초안 및 일본舊민법은 보통소멸시효의 경우에 사실상의 장애를 고려하지 않는 방법으로 contra non valentem 법언의 적용을 좁은 범위로 제한하였다고 볼 수 있다. 즉 Boissonade 초안 및 일본舊민법은 사실상의 장애의 발생 가능성을 사전에 상정하여 시효기간을

29) BOISSONARDE, 앞의 책, 4卷, pp. 1010-1011., n° 387.

30) BOISSONARDE, 앞의 책, 3卷, pp. 902-903., n° 712.

31) 김진우, “소멸시효와 제척기간”, 재산법연구 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009, 173쪽 이하; Zimmermann, op. cit., p. 63 ff.

30년이라는 장기간으로 규정한 이상, 실제로 발생한 사실상의 장애를 더욱 고려하는 것은 사실상의 장애의 존부에 대해 이중의 평가(배려)를 한 것으로 볼 수 있기 때문에 사실상 장애를 기산점 판단에 있어 고려하지 않았다. 한편 공익설의 입장에서 보면, 보통시효기간인 30년이라는 기간은 ① 권리관계의 조기 확정이라는 요청을 후퇴시킨다. 즉 사실상의 장애는 그 종류가 무한하므로, 사실상의 장애에 의한 시효의 정지를 쉽게 인정하면 시효완성시기가 현저히 늦어져 ①의 요청은 더욱 후퇴하게 된다. 또한 사실상의 장애는 그 발생에서 소멸까지의 기간이 다양하므로, 사실상의 장애에 의한 정지를 포괄적으로 인정하는 것은, 공익설의 ② 시효완성시기의 명확화의 요청에도 반한다. 요컨대 Boissonade 초안 및 일본舊민법은 이러한 공익설의 요청을 수용하고자 사실상의 장애에 대한 *contra non valentem* 법언의 적용을 제한한 것으로 이해할 수 있다.

1.4.2 단기소멸시효와 소멸시효의 기산점

일본舊민법 단기소멸시효에는 특별한 시효의 기산점 규정이 있는 것과 규정이 없는 것으로 구분된다. 전자에는 재산권의 소제소권, 폐파소권, 재산취득권의 매매나 도급의 담보책임, 증거권의 재판소 등에 대한 서류의 반환소권에 관한 소멸시효가 이에 해당하며(이하 ‘제1유형’), 후자에는 정기금채권 등의 소멸시효가 이에 해당한다(이하 ‘제2유형’).

1.4.2.1 제1유형과 *contra non valentem* 법언

단기소멸시효는 공익설의 권리관계의 조기 확정이라는 요청에 적합하다. 그러나 단기 의 시간에는 사실상의 장애의 발생 가능성이 충분히 고려되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 단기소멸시효의 경우에는 사실상 장애가 제거될 때까지 시효가 진행되지 않는다고 하더라도, 최소한 ‘사실상의 장애의 이중 고려(배려)’라는 비판을 면할 수 있다. 이러한 이유 때문에 일본舊민법은 제1유형에서 사실상의 장애를 고려한 개별적인 기산점 규정을 두고 있다. 반면에 사실상 장애의 이러한 배려는 공익설이 주장하는 시효완성시기의 명확화라는 요청과는 긴장관계에 놓인다. 이에 폐파소권에서는 30년이라는 이중의 시효 기간규정을 둠으로써 이 문제를 해결하나, 그 이외의 권리에는 명문규정을 두지 않아 해석으로 30년의 보통소멸시효가 단기소멸시효에도 적용되는지가 문제될 뿐이다.

먼저 제1유형에 있어서는, *contra non valentem* 법언이 권리발생시의 주관적 사실상의 장애에 대해서도 적용되는 것이 인정된다. 다만 그 시효의 진행정지의 효과가 언제까지 존속하는지에 대해서, 일본舊민법은 (가) 권리자가 권리 발생을 인식한 시점(소제소권,

폐파소권, 매매목적물의 일부멸실에 의해 인정되는 소권), (나) 권리자가 권리 발생을 인식할 수 있게 된 시점(매매목적물의 수량부족에 의해 인정되는 소권은 인도시, 도급 목적물의 전부멸실에 의거한 손해배상소권손해는 멸실시), (다) 수취시(도급의 담보책임 상 인정되는 소권) 등 다양하게 규정한다. 그런데 매매계약에 관한 담보책임에 의거한 소권 중, 매매목적물의 일부멸실에 의해 인정되는 소권과 매매목적물의 수량부족에 의해 인정되는 소권의 기산점은 다르다. 즉 전자는 인식시점이, 후자는 인식가능시점이 시효의 기산점이 된다. Boissonade는 이러한 구별의 이유에 대해서 아무런 언급을 하고 있지 않다. 생각건대 매매목적물이 전부멸실의 경우에는 원시적불능계약으로서 매매계약이 무효가 되는 점을 감안하여 Boissonade가 매매목적물의 일부멸실을 일부무효와 동일하다고 판단하여, 소재소권이나 폐파소권과 같이 인식시점을 시효의 기산점으로 규정한 것으로 판단된다. 한편 도급계약에 관한 담보책임에 대해서는 수취시를 시효의 기산점으로 하고 있는데, 이는 도급의 하자담보책임에서는 매매계약의 그것과 비교하여 조기의 시효 완성에 의한 담보책임으로부터의 해방을 의도한 결과라고 볼 수 있다. 즉, 시간의 경과에 따라 목적물의 하자가 수급인의 과실에 의거한 것인지를 판단하기 어려워지는 도급계약의 특수성을 고려한 것이다.

다음으로 제1유형은 *contra non valentem* 법언을 고려하여 객관적 사실상의 장애사유에 대해서도 시효의 진행을 방해하는 것으로 인정한다. 예컨대 공증인·변호사 등의 그 직무에 관한 보수채권은 ‘증서 작성 또는 재판’ 종결시로부터 시효가 진행되는데, ‘증서 작성이나 재판’의 종결시점은 법률상 장애 및 주관적 사실상 장애가 아닌 객관적 사실상 장애사유가 해소된 시점으로 볼 수 있다.

요컨대 Boissonade 초안 및 일본舊민법은 제1유형에 있어, 보통시효기간에 비해 시효기간이 단축되었다는 점을 감안하여 *contra non valentem* 법언에 의거하여 사실상 장애를 시효의 진행장애사유로 인정한다. 다만 그 진행이 정지하는 기간에 대해서는 권리의 발생 원인인 계약의 특징 등을 감안하여 다양한 모습으로 규율하고 있다.

1.4.2.2 제2유형과 *contra non valentem* 법언

제2유형은 정기금채권에 관한 5년의 단기소멸시효와 그밖에 3년 이하의 단기소멸시효로 나눌 수 있는데, 양자 모두 *contra non valentem* 법언을 고려하지 않은 채 특별한 진행개시 정지사유를 인정하고 있지 않다. 그런데 Boissonade 초안 및 일본舊민법이 제1유형과 달리 제2유형에 있어서 사실상의 장애를 진행개시 정지사유로 인정하지 않은 이유는 시효기간 단축의 취지에서 찾을 수 있다. 먼저 전자(정기금채권)에 있어서의

시효기간 단축의 취지는 채무자를 파산으로부터 보호하고자 함에 있다. 이 취지에 비추어 보면, 조기에 시효를 완성시켜 채무자를 파산의 위험으로부터 해방시키는 것이 바람직하므로 Boissonade 초안 및 일본舊민법은 조기의 시효 완성을 방해하는 특별한 진행개시 정지사유를 인정하지 않았다. 반면에 후자는 채권자와 채무자사이에 장기에 걸쳐 쌓은 신용관계가 없으며 채권액이 소액이라는 점에서, 장기간의 법적 보호를 부여할 필요가 없어 시효기간이 3년 이하로 단축되었다고 할 수 있다.³²⁾ 즉 이러한 채권에 장기간의 법적 보호를 부여해서는 안 된다는 취지에서, Boissonade 초안 및 일본舊민법은 후자의 경우에도 특별한 진행개시 정지사유를 인정하지 않았다.

2. 메이지민법상 단기소멸시효와 진행개시장애사유

메이지민법 기초담당자는 권리행사의 기간 제한에 대해, ‘시효에 의해 소멸한다’고 기재된 경우는 소멸시효로, 기재되지 않은 경우는 「불변기간」(이른바 제척기간)이라고 하였다.³³⁾ 이 기준에 따르면, 메이지민법상 총칙 이외에서 규정된 20년 미만의 기간 제한 중, 취소권, 사해행위취소권, 불법행위에 의거한 손해배상채권, 상속회복청구권, 유류분감쇄청구권에 관한 기간 제한은 소멸시효에 해당하며, 매매계약의 담보책임에 의거한 각종 권리(메이지민법 제564조 이하), 도급계약의 담보책임에 관한 각종 권리(메이지 민법 제637조 이하) 등에 관한 기간 제한은 제척기간에 해당한다. 이에 본고에서는 이 기준에 의해 소멸시효로 분류되는 것에 대해 특별히 살펴보고자 한다. 다만 법전조사회에 있어서, 기초담당자가 도급계약의 담보책임에 관한 권리행사기간을 소멸시효로 설명하는 부분도 있으므로³⁴⁾, 이에 대해서도 함께 검토해 보고자 한다.

논의의 편의를 위해 이하에서는 (1) 일본舊민법 재산편에 규정되었던 단기소멸시효, (2) 일본舊민법 재산취득편에 규정되었던 단기소멸시효, (3) 일본舊민법 증거편에 규정되었던 단기소멸시효, (4) 메이지 민법에 있어서 상속법에 가해진 단기소멸시효의 순으로 검토한다.

32) 이러한 분석은 金山直樹, 「真實の推定と既判力」, 『時効における理論と解釈』, 有斐閣, 2009, 56頁.

33) 金山直樹, 上掲論文, 210頁.

34) 金山直樹, 上掲論文, 50頁.

2.1 일본舊민법 재산편에 규정되었던 단기소멸시효

일본舊민법은 취소권, 사해행위취소권, 불법행위에 의거한 손해배상청구권에 관한 단기소멸시효에는 특별한 진행개시장애를 규정하였다.

취소권의 소멸시효의 기초담당자인 우메 겐지로(梅謙次郎)는 시효의 진행개시장애와 시효기간에 대해, 일본舊민법의 규정에서 특별한 변경을 가하지 않았다고 한다.³⁵⁾ 다만 취소권이 5년의 특별한 단기소멸시효뿐만 아니라, 보통소멸시효가 적용된다는 점을 명확히 하기 위해, 「취소할 수 있어야 하는 행위를 행한 날로부터 보통의 소멸시효완성에 필요한 기간이 경과」함으로써 취소권이 소멸함을 명문으로 규정하였다고 논한다.³⁶⁾ 그 후 정리회에서 보통소멸시효기간이 30년에서 20년이 된 영향을 받아, 취소권 또한 「보통의 소멸시효에 필요한 기간」이라는 문구에서 「20년」으로 수정되었다(메이지민법 초안 제127조, 메이지민법 제126조).³⁷⁾

사해행위취소권의 소멸시효에 관한 기초담당자인 우메(梅)는 메이지민법 제426조가 일본舊민법 재산편 제344조와 실질에 있어 차이가 없으며, 보통시효기간이 20년이 되었으므로 「30년」을 「20년」으로 변경하였다고 한다(메이지민법 초안 제422조).

Boissonade 초안·일본舊민법에 의해 30년의 보통소멸시효에 걸리는 불법행위에 의거한 손해배상채권³⁸⁾에 대해서, 메이지민법 기초자는 원칙상 위 채권은 손해 및 가해자를 안 때로부터 3년의 소멸시효에 걸린다고 하면서도, 「알지 못하면 100년 후에도 200년 후에도 권리를 행사할 수 있게 된다」는 점을 고려하여, 위 채권에도 20년의 보통소멸시효기간이 적용됨을 규정하였다(메이지민법 초안 제732조, 메이지민법 제724조).³⁹⁾

35) 法務大臣官房司法法制調査部, 『法典調査会民法議事速記録 <1>(日本近代立法資料叢書 <1>』, 商事法務, 商事法務研究会, 1983(이하 ‘議事録 1’로 인용함), 231頁, 238頁.

36) 議事録 1, 239頁.

37) 金山直樹, 前掲論文, 52頁.

38) Boissonade 초안·일본舊민법은 불법행위에 의거한 채권은 30년의 보통시효기간이 적용되나, 범죄행위와 관련하는 것은 형사소송법상의 시효기간이 적용된다고 보았다. Boissonade 초안·일본舊민법에 있어서의 불법행위책임의 시효기간에 대해서는 内池慶四郎, 「不法行為による損害賠償請求權の時効起算点」, 『不法行為責任の消滅時効』, 成文堂, 1993, 3頁 이하.

39) 内池慶四郎, 上掲論文, 4頁 이하.

2.2 일본舊민법 재산취득편에 규정되었던 단기소멸시효

메이지민법에서는 도급계약에서 도급인은 수급인에 대한 하자수보청구권과 손해배상청구권과 해제권이 인정된다. 이 권리는 단기소멸시효에 걸리며, 인도시로부터 시효의 진행이 개시한다(메이지민법 초안 제644조, 메이지민법 제637조). 메이지민법 제637조의 기초담당자인 호즈미 노부시게(穂積陳重)는 (a) 매매에 관한 제565조를 본뜬 점⁴⁰⁾, (b) 일반적으로 ‘인도’라고 하는 것이 확실하다는 점⁴¹⁾에서 그와 같이 규정하였다고 한다. 한편 Boissonade 초안·일본舊민법이 장벽 등과 건물·창고를 구별한 데 반해, 메이지 민법은 이 구별을 폐지하고, 석조·연와조·토조의 공작물에 관한 시효기간을 10년으로 일원화 하였다(메이지민법 초안 제645조 제1항, 메이지민법 제638조 제1항).⁴²⁾ 그런데 공작물이 전항의 하자로 인하여 멸실 또는 훼손된 경우, 도급인이 가지는 담보책임에 기한 손해배상채권 등은 멸실 또는 훼손시로부터 1년 내에 행사되어야 한다(메이지민법 제638조 제2항). 즉 Boissonade 초안·일본舊민법은 ‘전부멸실’과 ‘일부멸실 및 훼손’을 구분하여 각각의 시효기간 및 기산점을 다르게 규정하였지만, 메이지민법은 양자를 구분하지 않고 동일하게 ‘멸실 또는 훼손된 때’로부터 시효가 진행된다고 규정하였다. 이는 메이지민법이 Boissonade 초안 및 일본舊민법과 달리, 담보책임의 효과로서 도급인의 하자보수청구권을 인정한 결과라고 할 수 있다. 공작물에 훼손이 나타나면 도급인이 하자보수청구권을 빨리 행사함으로써 여타 부분이 훼손될 우려가 감소하였기 때문에, Boissonade 초안 및 일본舊민법과 같이 ‘담보책임기간 만료시’까지 시효가 진행되지 않는다고 인정할 필요가 없었다.⁴³⁾

40) 메이지민법 제564조의 기초담당자인 우메(梅)는, 이 변경에 대해 “① 일본舊민법 재산취득편 제54조 제2항의 기산점으로는 시효기간이 너무 짧다(法務大臣官房司法法制調査部, 『法典調査会民法議事速記録 <4>(日本近代立法資料叢書 <4>), 商事法務, 商事法務研究会, 1984(이하 ‘議事録 4’로 인용함), 15頁), ② 인도로 보는 편이 초기의 처리가 가능하여 편리하나, 일부멸실의 경우와 비교하여 기산점에 차이를 둘 정도의 이유를 발견할 수 없다”고 설명한다. 議事録 4, 上掲書, 25頁.

41) 議事録 4, 上掲書, 562頁.

42) 장벽이라 하더라도 큰 제방 등은 연와조의 건물보다 하자에 의한 영향이 커지는 경우도 있기 때문이다. 議事録 4, 上掲書, 566頁.

43) 議事録 4, 上掲書, 567頁.

2.3 일본舊민법 증거편에 규정되었던 단기소멸시효

2.3.1 특별한 진행개시장애가 규정되어 있는 것

메이지민법 제170조(메이지민법 초안 제171조)⁴⁴⁾는 Boissonade초안·일본舊민법 증거편 제157조를 수정한 것이나, 본조에서는 Boissonade초안·舊민법에 없었던 특별한 진행개시장애가 규정되었다.⁴⁵⁾ 즉 메이지민법 제170조 제2호에 의해 공사의 설계, 시공 또는 감리를 업으로 하는 자의 공사에 관한 채권은 ‘공사가 종료한 때’로부터 시효가 진행된다. 동조의 기초담당자인 우메(梅)는 공사에 관한 채권은 공사가 완료된 후부터 계산하여 청구하는 것이 「매우 많을 것」이라는 점, 공사에는 수년이 걸리는 것이 있으므로 공사가 완료되기 전에 청구해야 한다면 매우 불편하다는 점에서, 이탈리아민법을 참고하여 「공사의 종료시」까지 시효가 진행하지 않는다고 하였다.⁴⁶⁾ 후자의 관점에서 보면 질병 또한 완치까지 수년이 걸리는 것이 있으므로 의사의 환자에 대한 채권에 대해서도 질병의 계속을 진행개시장애사유로 볼 수 있을 것이나, 이에 대해 우메(梅)는 “의사는 「이기적(합리적)」이므로, 어느 때이든지 간에 진료비의 지급을 환자에게 구할 것”이라고 보아, 질병의 계속을 진행개시장애사유로 삼지 않았다.⁴⁷⁾ 요컨대 공사의 계속도 질병의 계속도 객관적 사실상의 장애이나 이것이 진행장애사유가 되기 위해서는 장애의 계속성뿐만 아니라, 채권자가 속한 인적 집단의 평균인의 관점에서 종료되기 전까지 권리행사를 기대할 수 없어야 한다. 변호사·공증인에 대한 서류반환채권의 소멸시효(메이지민법 초안 제172조, 메이지민법 제171조)와 변호사·공증인의 직무에 관한 채권의 소멸시효(메이지민법 초안 제173조, 메이지민법 제172조)에는 Boissonade초안·일본舊민법과 마찬가지로, 특별한 진행개시장애가 규정되었다. 메이지민법 제171조 및 제172조의 기초담당자인 우메(梅)는 “양조문은 일본舊민법 증거편 제158조 및

44) 메이지민법 제170조(3년의 단기소멸시효): 다음에 적은 채권은 3년간 행사하지 아니한 때에는 소멸한다. 다만, 제2호에 적은 채권의 시효는 같은 호의 공사가 종료한 때부터 기산한다.

1. 의사, 조산사 또는 약사의 진료, 조산 또는 조제에 관한 채권
2. 공사의 설계, 시공 또는 감리를 업으로 하는 자의 공사에 관한 채권

45) 참고로 Boissonade 초안 제1494조, 일본舊민법 증거편 제157조에 규정되어 있던 「교사·사용인 등의 급료로 그 급료가 1개월 이상 1년 미만의 기간별로 규정되는 것」은 삭제되었다. 기초담당자들은 “이를 세부적으로 구별하는 것이 매우 번거로우며, 일본에서는 연별로 규정하는 경우가 많고 월별은 적기 때문에 이를 구별할 실익이 별로 없다”고 보았다. 議事録 1, 前掲書, 550頁.

46) 議事録 1, 上掲書, 551頁.

47) 議事録 1, 上掲書, 551頁.

제162조와 동일한 의미를 가지며, 문언에 약간의 변경을 가하였을 뿐”이라고 한다.⁴⁸⁾

2.3.2 특별한 진행개시장애가 규정되어 있지 않은 것

정기금채권의 단기소멸시효(메이지민법 초안 제170조, 메이지민법 제169조), 일본舊민법 증거편 제159조에 상당하는 2년의 소멸시효(메이지민법 초안 제174조, 메이지민법 제173조), 일본舊민법 증거편 제160조에 상당하는 1년의 소멸시효(메이지민법 초안 제175조, 메이지민법 제174조)에는 특별한 진행개시장애가 규정되어 있지 않다. 위 조문들의 기초당당자인 우메(梅)는 “정기금채권의 단기소멸시효에 관한 초안 제170조는, 일본舊민법 증거편 제156조와 대략 동일하며 일본舊민법과 같이 정기금채권을 열거하지 않고 원칙을 규정하였다”고 한다.⁴⁹⁾ 한편 메이지민법 초안 제174조는 일본舊민법 증거편 제159조의 1년의 시효기간을 2년으로 연장하였다. 이에 대해 우메(梅)는 “법률관계를 이룬 시점에 확정할 필요는 있으나, 시효기간을 1년으로 하면 신용이 있는 자에 대해서도 소를 제기해야 하는 바람직하지 않은 사태가 발생하며, 이는 오히려 채권자와 채무자 사이의 신뢰 및 신용형성을 저해하므로 2년이 적당하다”고 한다.⁵⁰⁾ 메이지민법 초안 제175조도 초안 제174조와 동일한 이유에 의거하여 일본舊민법 증거편 제160조의 6개월의 시효기간을 1년으로 연장하였다.⁵¹⁾ 더 나아가 일본舊민법 증거편에 없었던 「운송료에 관한 채권」과 「동산의 손료(損料)에 관한 채권」도 동조의 적용대상이 되었다. 특히 우메(梅)는 「동산의 손료」가 장기간 빌려주는 성질의 것이 아니며, 신용이 없는 자에게 빌려준 경우에는 채권자가 곧바로 돌려받으려 할 것이므로, 「동산의 손료에 관한 채권」을 단기소멸시효의 대상으로 포함시키지 않은 것은 일본舊민법의 결점이라고 평가한다.⁵²⁾

메이지민법 초안 제170조, 제174조, 제175조에 있어서의 시효기간 이외의 변경사항은, 채무자가 변제하지 않았음을 자백한 경우에 관한 일본舊민법 증거편 제161조를 삭제한 점이다. 우메(梅)는 일본舊민법 증거편 제161조가 시효를 법률상의 추정으로 보는 관점에서 규정된 것으로 보아, 시효를 법률상 추정으로 보지 않는 메이지민법에서는 동조를 채용하지 않았다고 한다.⁵³⁾

48) 議事録 1, 上掲書, 554頁, 559頁.

49) 議事録 1, 上掲書, 548頁.

50) 議事録 1, 上掲書, 561頁.

51) 議事録 1, 上掲書, 565頁.

52) 議事録 1, 上掲書, 566頁.

2.4 상속법상 단기소멸시효

상속회복청구권의 소멸시효에 대해 규정한 메이지민법 초안 제974조(메이지민법 제884조)에 관하여, 동조의 기초담당자인 호즈미(穂積)는 “상속회복청구권은 상속권의 다양한 권리의무를 포함하므로 그 시효기간은 통상의 시효기간의 최장이어야 한다”고 논하며, 시효기간을 20년으로 정한다. 다만 호즈미(穂積)는 가독상속 등은 조기에 확정해야 한다고 논하면서, 「상속권 침해의 사실은 안 때」로부터 5년의 단기소멸시효가 적용된다고 규정을 두었다.⁵⁴⁾

한편 유류분감쇄청구권의 소멸시효에 대해 규정한 메이지민법 초안 제1055조(메이지민법 제1042조)에 관하여, 동조의 기초담당자인 도미이 마사아키(富井政章)는 “프랑스와 같이 위 채권의 시효기간을 30년으로 설정하면 지나치게 길기 때문에 최장기간을 10년으로 하고, 유류분권리자가 그 권리를 안 때로부터 1년의 시효에 걸리는 것으로 정하였다”고 한다.⁵⁵⁾

2.5 메이지민법상 단기소멸시효와 contra non valentem 법언의 관계

메이지민법상 단기소멸시효는 (a) 객관적 사실상의 장애에 관한 특별한 진행개시장애를 규정한 것(공사에 관한 채권 등), (b) 주관적 사실상의 장애에 관한 특별한 진행개시장애를 규정한 것(취소권 등), (c) 특별한 진행개시장애의 규정이 없는 것으로 나눌 수 있다.

먼저, 사실상의 장애에 대한 특별한 진행개시장애사유가 인정된 (a) (b)에 대해 살펴본다. 이는 시효기간 단축에 수반하여 사실상의 장애를 진행개시장애사유로 인정한 것이다.⁵⁶⁾ 다만 특별한 진행개시장애사유의 승인은 시효완성시기의 명확화라는 시효제도의 존재이유와 긴장관계에 놓인다. 또한 주관적 사실상 장애를 고려하게 되면 단기소멸시효가 보통시효기간 이상으로 연장할 가능성이 있어 권리관계의 조기 확정이라는 단기소

53) 議事録 1, 上掲書, 411頁.

54) 法務大臣官房司法法制調査部, 『法典調査会民法議事速記録 <7>(日本近代立法資料叢書 <7>), 商事法務, 商事法務研究会, 1984(이하 ‘議事録 7’로 인용함), 250頁.

55) 議事録 7, 上掲書, 883頁.

56) 위에서 확인한 것처럼 시효기간 단축과 진행개시장애사유의 확대라는 관계성은 Boissonade초안·일본舊民법에서도 찾아볼 수 있다.

멸시효제도의 존재이유를 후퇴시키는 결과를 가져올 수 있다. 이러한 이유 때문에 단기 소멸시효에 있어서의 특별한 진행개시장애사유를 인정하더라도, 시효제도의 존재이유를 어떻게 고려할 것인가가 문제된다.

먼저 객관적 사실상의 장애에 대해 특별한 진행개시장애를 규정하는 (a) 중, 공사에 관한 채권은 공사의 미완료를 진행개시장애사유로 인정하고 있다. 공사에 관한 채권에 대해서만 ‘공사의 계속’이라는 객관적 사실상의 장애가 진행개시장애사유로 인정된 이유는 공사에 관한 채권을 가지는 권리가 속하는 인적 집단의 평균인에게 공사의 계속 중에는 권리행사를 기대할 수 없기 때문이다. 변호사 등에 관한 시효에 있어서, 소송 계속이나 직무 집행이 진행개시장애사유가 되는 것 또한 위와 동일한 이유일 것이다. 요컨대 권리자 개인을 기준으로 하면, 무엇이 객관적 사실상의 장애에 해당하는지를 판단하기가 곤란해져 시효완성시기가 불명확해진다. 반면에 권리가 속하는 인적 집단의 평균인을 기준으로 권리행사가능성을 고려하면 개개의 권리를 기준으로 하는 것보다 시효완성시기가 더 명확해질 것이다. 생각컨대 ‘권리가 속하는 인적 집단의 평균인’을 기준으로 권리행사의 가능성을 판단한 것은 시효제도의 존재이유와 *contra non valentem* 법언을 적절하게 중용한 결과라 할 수 있다.

한편 (b)의 주관적 사실상의 장애에 있어서, 법전조사의 기초담당자는 취소권에 단기소멸시효뿐만 아니라 보통시효도 적용된다고 명언한다. 이러한 방법은 사해행위취소권이나 불법행위에 의거한 손해배상채권에서도 확인된다는 점에서, 기초담당자는 단기소멸시효가 규정되어 있는 권리는 일반적으로 보통시효도 적용된다고 판단하였다고 볼 수 있다. 그 결과 특별한 진행개시장애사유로 인하여 단기소멸시효기간은 보통시효기간 이상으로 연장되지 않는다. 이는 명문으로 이중시효기간을 두어 시효제도의 목적을 달성하는 방법이라는 점에서 해석으로 확장할 수 있을 것인가가 문제되나 입법자가 개별규정에만 이중시효기간을 둔 이상, 유추 등을 통해 특별한 진행개시장애사유를 확장해서는 안 될 것이다.⁵⁷⁾

반면에 (c)에는 특별한 진행개시장애가 규정되어 있지 않다. 정기금채권에 관한 메이

57) 참고로 6개월의 단기의 제척기간에 걸리는 담보책임상의 권리가 ‘하자를 안 날’을 기산점으로 하는 결과(제 582조) 매매이후에 10년이 넘는 후에도 담보책임의 문제가 발생하자, 우리 판례는 소멸시효와의 경합을 인정하여 법률관계의 신속한 확정을 도모하였다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다10266 판결). 이에 대한 상세한 설명은 서종희, “하자담보책임상의 매수인의 손해배상청구권과 소멸시효와의 관계”, 동아법학 제72호, 동아대학교 법학연구소, 2016, 78쪽 이하 참조. 그런데 본고에서는 객관적 기산점에 의한 단기소멸시효로 인하여 권리자의 진정한 보호에 미흡하게 되는 것에 대한 문제를 해결하고자 하는 것이라는 점에서 정반대되는 결과에 대한 해결책 모색이라는 점에서 특징이 있다.

지민법 초안 제170조는 *Boissonade* 초안·일본舊민법과 동일한 취지로 입법된 것으로 판단된다. 즉 동조에서 특별한 진행개시장애가 규정되지 않은 이유는, *Boissonade* 초안·일본舊민법과 마찬가지로, 단기소멸시효로 인정한 취지에서 찾을 수 있다. 메이지민법 초안 제175조에 「운송료에 관한 채권」과 「동산의 손료에 관한 채권」이 추가된 이유에 비추어볼 때, 메이지민법 초안 제175조는 채무자에게 신용이 없는 채권에 관한 시효를 규정한 것이라 할 수 있다. ‘최단기의 시효기간은 오히려 채권자와 채무자의 신뢰 및 신용형성을 저해한다’는 메이지민법 초안 제174조에 관한 기초담당자의 발언을 고려해 보면, 채권자와 채무자의 신뢰 및 신용형성을 저해하지 않는 채권에 대해서는 극히 짧은 소멸시효기간을 두는 것도 무방하며, 그 경우에는 특별한 진행개시장애를 규정하지 않는다 하더라도 *contra non valentem* 법언을 고려하지 않았다는 비판에서 자유로울 수 있을 것이다.

III. 우리민법상 단기소멸시효의 기산점 판단법리

우리민법은 단기소멸시효에만 적용되는 기산점 규정 및 특별한 시효정지규정 등을 두고 있지 않다. 이에 단기소멸시효에 걸리는 권리 또한 원칙상 법률상 장애여부에 따라 시효의 진행여부를 판단해야 한다. 즉 민법상 단기소멸시효가 적용되는 경우뿐만 아니라 상법 등에 의해 단기소멸시효가 적용되는 권리 또한 민법 제166조 제1항에 의해 기산점을 판단하게 되는 경우에는 ‘법률상 장애설’에 입각하여 시효의 완성여부를 판단한다.⁵⁸⁾ 예컨대 보험계약상 보험금청구권의 소멸시효기간은 3년인데(2014. 3. 11. 법률 제12397호로 상법이 개정되기 전까지 2년), 판례는 “보험약관에 보험금청구권의 행사요건에 관한 별다른 요건을 두지 않은 경우에 민법 제166조 제1항의 기산점 판단법리에 따라 보험사고가 발생하면 그 즉시 법률상 보험금청구권이 성립하므로 원칙적으로 그 소멸시효 역시 그때로부터 기산하여야 한다”고 본다.⁵⁹⁾ 다만 예외적으로 판례는 피보험자의 실질적인 권리행사가능성을 고려하여, 법률상 장애가 아닌 객관적 사실상 장애사

58) 학설대립에 대해서는 한기정, 보험법, 박영사, 2017, 314쪽 이하 참조.

59) 대법원 1997. 11. 11. 선고 97다36521 판결 등 참조. 다만 보험금청구권의 행사에 대하여 약관상 특별한 요건 내지 절차가 부가되어 있다면 이를 마친 때 소멸시효가 진행한다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다27978 판결).

유가 보험청구권자 측에 존재하는 경우에도 시효가 진행되지 않는다고 보기도 한다.⁶⁰⁾ 더 나아가 우리 판례는 3년의 소멸시효기간을 둔 하수급인의 수급인에 대한 저당권설정 청구권(민법 제666조)에 대해서도 객관적 사실상의 장애를 고려하여 시효의 진행여부를 판단하기도 한다. 이에 이하에서는 어떠한 이유에서 위와 같은 단기소멸시효에 걸리는 권리에 대해서 법률상 장애 이외의 사유를 전제로 기산점을 판단하는지에 대해 검토해 보고자 한다.

1. 보험금청구권과 소멸시효의 기산점

자동차운행 중 사고와 관련하여 피보험자가 아닌 제3자를 운전자로 보고 공소가 제기되었다가 제1심법원에서 그에 대한 무죄판결이 선고되면서 그 운전자가 피보험자이던 망인임이 드러난 사안에서, 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다39822 판결은 “보험사고가 발생한 것인지의 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금액청구권자가 과실없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때로부터 보험금액청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것은, 보험금액청구권자에게 너무 가혹하여 사회정의와 형평의 이념에 반할 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에 부합된다고 볼 수도 없으므로, 이와 같이 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는, 보험금액청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 보험금액청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것이 타당하다(밑줄은 필자가 첨가).”고 본다. 즉 대법원은 위 사안에서 제3자가 제1심 무죄판결이 선고되었을 때 비로소 피보험자인 망인이 자동차를 운전하다가 교통사고를 일으켜 사망하여 보험사고가 발생하였던 사실이 객관적으로 확인될 수 있게 되었으므로 그전까지는 소멸시효가 기산하지 않는다고 본 것이다. 이는 채권자가 보험금청구권을 현실적으로 행사할 수 있는지에 대한 기대가능성을 고려하였다는 점에서 ‘객관적 사실상 장애’가 있는 경우에는 시효가 진행되지 않는다고 본 판결로 볼 수 있다. 한편 판례는 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다25432 판결에서 보험금청구권과 그 실질이 유사하다고 볼 수 있는 하자보수보증금청구권에서도 객관적 사실상 장애가 존재하는 경우에도 현실적으로 권리를 행사할

60) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다39822 판결 및 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다30206 판결 등 다수. 판례들에 대한 상세한 소개는 홍성균, “소멸시효 기산점에 관한 객관적 체계의 완화”, 비교사법 제25권 4호, 한국비교사법학회, 2018, 1383쪽 이하 참조.

수 있는지에 대한 기대가능성을 고려하여 기산점을 판단하였다.⁶¹⁾

2. 하수급인의 수급인에 대한 저당권설정청구권과 소멸시효기산점

민법 제666조에 의하면, 부동산공사의 수급인은 공사대금채권 등을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 더 나아가 수급인으로부터 건물신축공사 중 일부를 도급받은 하수급인 또한 수급인에 대하여 민법 제666조에 따른 저당권설정청구권을 행사할 수 있다.⁶²⁾ 그런데 명문에는 수급인의 도급인에 대한 저당권설정청구권의 시효기간 및 시효의 기산점에 대해서 규정하고 있지 않고 있다.

먼저 그 행사기간에 대해서 대법원 2009. 11. 12. 선고 2008다41451 판결은 “도급받은 공사의 공사대금채권은 민법 제163조 제3호에 따라 3년의 단기소멸시효가 적용되고, 공사에 부수되는 채권도 마찬가지로, 민법 제666조에 따른 저당권설정청구권은 공사대금채권을 담보하기 위하여 저당권설정등기절차의 이행을 구하는 채권적 청구권으로서 공사에 부수되는 채권에 해당하므로 소멸시효기간 역시 3년이다.”고 본다.⁶³⁾

다음으로 소멸시효의 기산점은 개별규정이 없으므로 일반규정인 민법 제166조 제1항에 의해 ‘권리를 행사할 수 있을 때’에 진행된다고 할 수 있다. 판례의 기본적인 입장인 법률상 장애설에 의하면, 객관적 사실상 장애는 시효의 진행을 막지 못한다. 그런데 우리 판례는 하수급인의 수급인에 대한 저당권설정청구권의 경우는 ‘권리의 행사가능성’에 관한 인식가능성을 전제로 하여 시효의 진행여부를 판단한다. 예컨대 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다211978 판결은 “건물신축공사에서 하수급인의 수급인에 대한 민법 제666조에 따른 저당권설정청구권(이하 ‘저당권설정청구권’이라 한다)은 수급인이 건물의 소유권을 취득하면 성립하고 특별한 사정이 없는 한 그때부터 권리를 행사할 수 있지만, 건물 소유권의 귀속주체는 하수급인의 관여 없이 도급인과 수급인 사이에 체결된 도급계약의 내용에 따라 결정되고, 더구나 건물이 완성된 이후 소유권 귀속에 관한 법적 분쟁이 계속되는 등으로 하수급인이 수급인을 상대로 저당권설정청구권을 행사할 수 있는지를 객관적으로 알기 어려운 상황에 있어 과실 없이 이를 알지 못한 경우에도

61) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다25432 판결. 즉, 동 판결은 한국공인중개사협회와 중개업자 사이의 공제계약에 기한 공제금청구권의 소멸시효는 건물주로부터 인도청구를 받는 등 공제사고 발생을 알 수 있었던 때로부터 진행된다고 보아 현실적 권리행사의 기대가능성을 고려하였다.

62) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다211978 판결.

63) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다211978 판결.

청구권이 성립한 때부터 소멸시효가 진행한다고 보는 것은 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효 제도의 존재이유에도 부합한다고 볼 수 없다. 그러므로 이러한 경우에는 객관적으로 하수급인이 저당권설정청구권을 행사할 수 있음을 알 수 있게 된 때부터 소멸시효가 진행한다(밑줄은 필자가 첨가).”고 보아, 법률상 장애가 아닌 객관적 사실상 장애가 있는 경우임에도 불구하고 시효의 진행을 인정하지 않아 ‘법률상 장애설’의 취하는 종래 판례의 입장과는 다른 결론을 도출하였다. 이는 하수급인의 수급인에 대한 저당권설정청구는 신축건물의 소유권이 원시적으로 도급인이 아닌 수급인에게 귀속되는 것을 전제로 하기 때문에 하수급인은 자신이 저당권설정청구권을 가지는지 여부 자체를 알기 어렵다는 점을 고려한 결과라고 볼 수 있다. 부동산에 관한 공사도급의 경우에 수급인의 노력과 출자로 완성된 목적물의 소유권은 원칙적으로 수급인에게 귀속되지만 도급인과 수급인 사이의 특약에 의하여 달리 정하거나 기타 특별한 사정이 있으면 도급인이 원시취득하게 되므로⁶⁴⁾, 하수급인 입장에서는 도급인과 수급인 사이의 소유권 귀속에 관한 합의 등에 대해서 알기 어렵다. 즉 신축건물 소유권의 귀속은 하수급인의 판단영역을 벗어나 도급인과 수급인 사이의 도급계약에 따라 결정되기 때문에 이를 알기 어려우며, 도급인과 수급인 사이에서도 신축건물의 소유권 귀속에 관한 분쟁을 하는 경우가 많다는 점에서 제3자인 하수급인 입장에서는 자신이 저당권설정청구권을 행사할 수 있는지가 애매한 경우가 많다. 판례는 이런 현실적인 행사의 기대가능성을 고려하여 “건물이 완성된 이후에도 소유권 귀속에 관한 법적 분쟁이 계속되는 등으로 하수급인이 수급인을 상대로 그 권리를 행사할 수 있는지를 객관적으로 알기 어려운 상황’에 있었다면 그 저당권설정청구권은 하수급인이 이를 행사할 수 있음을 알 수 있게 된 때로부터 3년의 소멸시효가 진행한다.”고 보았다고 평가할 수 있다.

3. 검토

권리의 행사기간을 단기로 하였으면서도 법률상 장애설을 전제로 하는 경직된 해석으로 그 권리의 소멸시효의 기산점을 지나치게 객관화시키는 것은, 경우에 따라서는 채권자에게 지나치게 불리한 결과를 가져온다. 이러한 이유 때문에 Boissonade 초안이나 일본舊민법은 보통소멸시효기간보다 단기로 정한 일부 권리에 대해서는 ‘contra non valentem 법언’을 고려하여 그 시효의 기산점에 관한 개별규정을 두었다. 그런데 메이지민법 제정

64) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다66990 판결 등.

시, Boissonade 초안이나 일본 舊민법에서 개별규정을 두었던 권리 중 일부만이 유지되었을 뿐, 일부는 제척기간에 걸리는 권리로 변경되었으며 일부는 개별규정 자체를 두지 않았다. 그런데 우리민법은 메이지민법보다도 더 단순하게 단기소멸시효의 기산점을 대부분 민법 제166조 제1항의 적용을 받도록 규정하였다. 더욱이 상법 등에 의해 단기소멸시효가 적용되는 경우에도 특별한 약정이나 규정이 없는 한, 제166조 제1항에 의해 ‘권리를 행사할 수 있을 때’를 기준으로 하여 시효의 기산점을 판단한다.⁶⁵⁾ 그러나 계수사적으로 보더라도 단기소멸시효에 대해서는 시효의 기산점을 보통소멸시효와는 다르게 규정한 경우가 있었다는 점을 감안하면, 단기소멸시효의 경우에는 보통소멸시효에 비하여 더 완화된 기준으로 시효의 기산점을 판단할 여지는 있다. 이런 이유에서 우리 판례가 단기소멸시효에 걸리는 보험금청구권 및 하수급인의 수급인에 대한 저당권설정청구권에 대해서 ‘현실적인 권리행사의 기대가능성’을 고려하여 시효의 기산점을 판단한 것은 타당하다.⁶⁶⁾

IV. 맺음말

본고는 단기소멸시효의 경우에는 보통소멸시효와 다른 관점에서 기산점을 판단할 수 있을 것인지, 있다면 그 근거를 어디에서 찾을 수 있을 것인지를 검토하고자 하였다. 특히 본고는 Boissonade 초안·일본舊민법 및 메이지민법의 제정과정에서의 논의를 통해 단기소멸시효의 취급을 보통소멸시효와 다르게 할 수 있는 논거를 찾고자 하였다.

먼저 Boissonade 초안 및 일본舊민법은, 사실상의 장애의 발생 가능성을 사전에 상정하여 시효기간을 30년이라는 장기간으로 규정한 이상, 실제로 발생한 사실상의 장애를 더욱 고려하는 것은 사실상의 장애의 존부에 대해 이중의 평가(배려)를 한 것으로 보았다. 이런 이유에서 Boissonade 초안 및 일본舊민법은 사실상 장애에 대해서는 *contra non*

65) 책임보험의 경우 상법 제723조 제3항에 비추어, 보험사고 발생 시점이 아니라 법원의 판결 등에 의해 피보험자에게 변상책임이 있음이 확정된 때에 소멸시효가 진행된다. 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다30206 판결.

66) 판례에 대한 긍정적인 평가로는 김미리, “납북된 피랍자의 납북 피해에 대한 국가배상청구권의 소멸시효 기산점”, 특별법연구 10권: 전수안대법관 퇴임기념, 특별소송실무연구회, 2012, 580-581쪽; 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 15쪽 이하; 서중희, “소멸시효의 기산점에 관한 고찰 -2013년 민법개정안을 반영하여”, 일감법학 제37호, 건국대학교 법학연구소, 2017, 128쪽 이하; 홍성균, 앞의 논문, 1382쪽 이하, 1409쪽 이하.

valentem 법언의 적용을 좁은 범위로 제한하였다고 볼 수 있다. 반면에 단기소멸시효는 장기간의 권리행사기간을 통해 사실상 장애를 배려하지 못하였다는 점을 감안하여 단기소멸시효에 걸리는 일부 권리에 대해서는 소멸시효의 기산점에 관한 개별규정을 두었다. 그러나 Boissonade 초안 및 일본舊민법을 기초로 제정된 메이지민법은 Boissonade 초안 및 일본舊민법보다도 단기소멸시효와 관련된 개별규정을 두는 것에 대해 소극적이었으며, 이에 일본 최고재판소는 contra non valentem 법언을 고려하여, 일부 단기소멸시효에 걸리는 권리에 대해서는 보통소멸시효의 기산점에 대한 해석의 기준보다도 더 완화된 기준으로 판단한다.⁶⁷⁾

요컨대 Boissonade 초안·일본舊민법 및 메이지민법은 보통소멸시효가 장기의 시효기간(30년 내지 10년)을 인정하여 사실상의 장애를 고려한 반면에 단기소멸시효의 경우에는 사실상의 장애를 별도로 배려하지 못하였다는 점을 고려하여, 단기소멸시효의 기산점에 관한 특별규정을 둔 것이라 할 수 있다. 그런데 우리민법은, 메이지민법을 계수하면서도 그러한 단기소멸시효의 기산점에 관한 개별규정을 두고 있지 않아, 제166조 제1항에 의거하여 소멸시효의 기산점을 판단할 수밖에 없다. 종래 우리 판례는 단기소멸시효가 가지는 특수성에 대한 진지한 고민 없이 시효에 대한 기산점 판단법리를 시효가 장기인지 단기인지를 구분하지 않고 ‘법률상 장애설’로 판단하였다. 그러나 단기소멸시효에 대해서도 엄격하게 법률상 장애설을 취하게 되면, 객관적으로 그러한 권리행사의 발생사실을 인지할 수 없었던 경우에도 시효가 완성되어 정의와 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라 소멸시효 제도의 존재이유에도 부합하지 않을 수 있다. 요컨대 공익을 위해 존재하는 시효제도라 할지라도, 「호소할 수 없는 자에 대해 시효는 진행되지 않는다」는 법언을 고려한다면, 단기소멸시효의 기산점을 판단함에 있어 경직된 법률상 장애설을 취할 필요는 없다. 이러한 이유에서 최근 우리 판례가 단기소멸시효에 걸리는 보험금청구권 및 하수급인의 수급인에 대한 저당권설정청구권에 대해서 ‘현실적인 권리행사의 기대가능성’을 고려하여 완화된 기준으로 기산점을 판단하고 있는 것은 타당하다.

67) 最判 平成17(2005)年 11月 21日, 民集 59卷 9号 2558頁; 最判 平成15(2003)年 12月 11日, 民集 57卷 11号 2196頁.

참고문헌

1. 단행본

곽윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2012.

한기정, 보험법, 박영사, 2017.

Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t.3., 3^eéd., 1889.

G. BOISSONARDE, *Projet de code civil pour l'empire du japon accompagné d'un commentaire*(1卷 내지 5卷), 1890~1891.

MIOL earcel PLANt Georges RIPER, *Traité pratique de droit civil français.*, t.11., 2^eéd., 1954.

R. Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, 2002.

内池慶四郎, 「不法行為による損害賠償請求権の時効起算点」, 『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, 『法典調査会民法議事速記録 <1>(日本近代立法資料叢書 <1>』, 商事法務, 商事法務研究会, 1983.

法務大臣官房司法法制調査部, 『法典調査会民法議事速記録 <4>(日本近代立法資料叢書 <4>』, 商事法務, 商事法務研究会, 1984.

法務大臣官房司法法制調査部, 『法典調査会民法議事速記録 <7>(日本近代立法資料叢書 <7>』, 商事法務, 商事法務研究会, 1984.

法務大臣官房司法法制調査部, 『法律取調委員会・民法草案財産取得編議事筆記 9卷(日本近代立法資料叢書 <9>』, 商事法務, 商事法務研究会, 1987.

法務大臣官房司法法制調査部, 『法律取調委員民法証拠編再調査案議事筆記 11卷(日本近代立法資料叢書 <11>』, 商事法務, 商事法務研究会, 1988.

2. 학술지

김미리, “납북된 피랍자의 납북 피해에 대한 국가배상청구권의 소멸시효 기산점”, 특별법연구 10권: 전수안대법관 퇴임기념, 특별소송실무연구회, 2012, 567-636쪽.

김진우, “소멸시효와 제척기간”, 재산법연구 제25권 제3호, 2009, 한국재산법학회, 1-40쪽.

서중희, “소멸시효기산점(민법 제166조 제1항) 판단기준에 대한 고찰 - 종래 통설 및 판례에 대한 비판적 입장에서-”, 재산법연구 제37권 제1호, 한국재산법학회, 2020, 69-97쪽.

_____, “소멸시효의 기산점에 관한 고찰 -2013년 민법개정안을 반영하여”, 일감법학 제37호, 건국대학교 법학연구소, 2017, 125-146쪽.

_____, “신의칙에 기한 소멸시효항변의 제한 및 그 한계”, 법학논총 제25집 제1호, 조선대학교 법학연구소, 2018, 3-43쪽.

_____, “하자담보책임상의 매수인의 손해배상청구권과 소멸시효와의 관계”, 동아법학 제72호, 동아대학교 법학연구소, 2016, 67-95쪽.

홍성균, “소멸시효 기산점에 관한 객관적 체계의 완화”, 비교사법 제25권 4호, 한국비교사법학회, 2018, 1361-1436쪽.

金山直樹, 「真実の推定と既判力」, 『時効における理論と解釈』, 有斐閣, 2009, 235-260頁.

[Abstract]

Short-Term Extinctive Prescription and Commencement of Extinctive Prescription: With Reference to Draft Civil Code of Boissonade, etc

Seo, Jong-Hee*

The Korean Civil Act does not distinguish between the right to be applied for the period of ordinary extinctive prescription and the right to take for the term of extinctive prescription at commencement of extinctive prescription. In this regard, the commencement of both prescriptions should be judged based only on the unified standard of “the time it becomes possible to exercise a certain right” in Article 166, Paragraph 1 of the Civil Code. The Supreme Court case in Korea does not consider the possibility of the creditor’s exercise of rights in determining the starting point of extinctive prescription.

However, if the short-term extinctive prescription is judged by such standards, the precedent is not valid in that the 10-year extinctive prescription period for creditor rights in general is a short-term extinctive prescription period, and that creditors who could not actually exercise their rights should be protected. In short, the term “the time it becomes possible to exercise a certain right” should serve as a general standard that reflects the possibility of exercising his/her rights.

Meanwhile, we should consider: in the Boissonade draft of the Civil Code, the extinctive prescription period of 30 years or the 20-year period of the Meiji Civil Code has been acknowledged to consider the circumstances where a creditor cannot exercise his/her rights. On the other hand, the Korean Civil Law did not take this into account.

To put it in a nutshell, it is reasonable for our case to judge the commencement based on the relaxed criteria in consideration of the ‘expectation of a realistic exercise of rights’ regarding the claims for insurance, etc.

* Associate Professor, School of Law, Konkuk University

[Key Words] Short-Term Extinctive Prescription, Commencement of Extinctive Prescription, Suspension of Extinctive Prescription, Draft Civil Code of Boissonade, the Possibility of Exercising his/her Rights