

목 차

소멸시효의 원용과 시효이익의 포기

-대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다32458 판결-

- I. 들어가며
 - 1. 문제의 제기
 - 2. 검토 순서
- II. 사안의 개요, 소송 경과 및 대상판결 요지
 - 1. 사안의 개요
 - 2. 소송 경과
 - 3. 대상판결 요지
- III. 소멸시효의 완성과 시효원용
 - 1. 절대적 소멸설과 상대적 소멸설의 대립
 - 2. 학설의 내용
 - 3. 대법원 판례의 태도
 - 4. 검토
- IV. 시효원용권과 시효원용권자
 - 1. 시효원용권에 대한 일반론
 - 2. 일본에서의 논의
 - 3. 우리나라에서의 논의
 - 4. 대상판결에 대한 검토
- V. 소멸시효이익의 포기
 - 1. 시효이익의 포기에 대한 일반론
 - 2. 시효이익 포기 여부에 대한 구체적 사례
 - 3. 대상판결에 대한 검토
- VI. 마치며

부산지방법원 서부지원 판사 최희영

I. 들어가며

1. 문제의 제기

소멸시효는 이제 우리 사회에서 법률 전문가들뿐만 아니라, 일반 시민들에게도 일종의 법률상식이 된 듯하다. 민사 소멸시효는 기본적으로 10년이고, 상사 소멸시효는 5년인데, 단기 소멸시효로는 3년, 1년짜리도 있다는 정도의 시효기간에 대한 지식은 별로 새삼스럽지 않게 되었다. 그래서 해묵은 대여금채권을 원인으로 하여 제기된 소송에서 피고가 내세우는 주위적 항변으로도 으레 소멸시효 완성 주장이 빠지지 않고, 한편으로, 채권자도 판결문을 받은 지 10년이 다 되어 올 무렵이면 시효연장을 위한 재소(再訴)를 늦지 않게 잘들 제기하고 있는 것 같다.

그러나 이처럼 소멸시효가 **행위규범**으로서 사회일반에 통용되는 준칙으로 자리매김하여 가고 있는 듯한 와중에도¹⁾, 이를 **재판규범**으로 적용하여 개별 소송사건을 해결하여야 할 입장에 있는 법원에게 소멸시효 제도는 여전히 다른 어떤 법률요건보다 어렵고, 복잡하고, 부담스러운 분야가 아닐 수 없다.

시효기간의 기산점을 언제로 잡을 것인가로부터 시작해서, 시효의 중단 사유와 중단의 효력이 미치는 범위, 시효의 원용, 시효이익의 포기와 포기의 효력이 미치는 범위, 신의칙에 의한 시효항변의 제한 등에 이르기까지 각각의 단계에서 크고 작은 쟁점들이 산적해 있고, 이를 다루고 있는 대법원 판례와 학설 또한 축적되어 있어서 심리와 판단에 적잖이 어려움이 따른다.

위와 같은 쟁점들은 단지 채권자와 채무자 2면관계만 문제되는 법률분쟁에서도 간단치 않은데, 여기에다가 채권자나 채무자가 다수이거나, 이해관계 있는 제3자 또는 담보물까지 추가되고(본격적으로 분쟁이 빚어지는 사건들에서는 오히려 이처럼 당사자가 3인 이상이고 담보물까지 얹여 있는 경우가 대부분이다), 더 나아가 강제집행이나 도산 등 법적 영역을 다소 달리하는 법리까지 연계되면 사건은 더욱 더 복

잡한 양상으로 전개되기 마련이다.

좀 더 근본적이고 결정적으로는, 소멸시효라는 것이 그 완성효가 인정되면 권리가 소멸하고, 부정되면 권리가 존속하는, 0(NULL) 아니면 1(ALL)이라는 양극단의 결과로 판결의 주문(主文)에 영향을 미치게 되므로 어느 한쪽의 주장을 취사선택해야만 하는 법원으로서의 더욱 부담이 될 수밖에 없다.

본고에서 다루고자 하는 대상판결은, 필자가 위에서 언급한, 소멸시효 제도가 재판규범으로서 가지는 난점(難點)들을 실감하게끔 하는 요소들을 두루 갖춘 너무 복잡하지는 않으면서도 흥미로운 판결이다. 드러난 판시사항은, 시효원용권 및 시효이익의 포기 여부에 관하여 기존의 대법원 판례군에서 확립된 판단기준을 재확인하고 그에 따라 구체적 결론을 내린 것이지만, 그 근거에 깔린 시효완성의 효과를 둘러싼 거센 학설 대립과 그 외에도 시효 중단 사유로서의 채무승인과 시효이익 포기의 구별, 채무자회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)이 정한 개인회생절차에서 채권자목록을 회생법원에 제출하는 행위에 대한 법적 평가, 시효이익의 포기가 채무자의 다른 채권자들에게는 사해행위가 될 수 있는지²⁾ 등의 주요한 쟁점도 내포하고 있어서, 소멸시효 법리의 핵심 쟁점들을 재점검하는 측면에서 그 연구가치가 높다고 생각된다.

2. 검토 순서

먼저, 연구 대상판결에서 문제된 사안의 개요, 소송 경과, 대상판결의 요지를 차례로 정리한다.

다음으로, 소멸시효 완성의 효과를 둘러싼 학설의 대립과 판례의 태도를 이러한 논쟁의 발단이 된 민법전 편찬상의 불비와 연관 지어 살펴본다.

나아가, 학설과 판례에서 공통적으로 받아들여지고 있는 시효원용권의 개념과 원용권자의 제한에 대한 기준 등을 구체적인 판례 사안 등을 분석하면서 고찰한다.

그리고 대상판결의 핵심적인 쟁점이 된 시효이익의 포기 문제와 관련하여, 우선 그 일반론 및 판례에 의하여 인정된 것과 부정된 것의 구체적 사례를 유형별로 알아 본 다음, 대상판결의 당부를 채무자회생법의 체계적 해석과 관련 법리에 대한

1) 시효기간을 위주로 한, 큰 틀에서의 규범력으로 그렇다는 것이지, 사실 일반 시민들은 시효기간의 기산점이라든지 시효중단 사유의 존부 등 시효완성을 위해서 필요한 기본적 법리조차 제대로 이해하지 못하고 있는 경우가 많다. 그래서 실제 재판에서는 피고가 대여금채권의 소멸시효 완성을 주장하면서 동시에 일부변제에 대한 증거까지 함께 제출하여 채무승인을 자백해 버리는 셈이 되고 마는 해프닝이 빚어지기도 한다.

2) 대법원 2013. 5. 31.자 2012마712 결정 등에서 사해행위가 될 수 있다고 인정되었으나, 본고에서는 검토를 생략한다.

검토를 통하여 생각해 보고자 한다.

끝으로 글을 맺으면서, 소멸시효 제도를 둘러싼 입법의 미비와 판례의 동향에 대한 필자의 생각을 간략하게 피력하고자 한다.

II. 사안의 개요, 소송 경과 및 대상판결 요지

1. 사안의 개요

가. 소외 김■■■(이하 ‘소외인’이라 한다)은 친구인 피고로부터 함께 50,000,000원을 이자 없이 차용하고(이하 ‘이 사건 차용금’이라 한다) 그 담보로 1998. 6. 20. 소외인 소유인 아파트 1채(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)에 피고 앞으로 채권최고액 50,000,000원의 근저당권설정등기(이하 ‘이 사건 근저당권’이라 한다)를 마쳐 주었다.

나. 소외인은 그 무렵 ○○신용협동조합 등 5곳의 제2금융권 기관으로부터도 원리금 합계 1억 원 상당을 대출받았다.

다. 원고는 부실금융기관이 보유한 부실자산을 매입·정리하여 공적 자금을 회수하기 위한 목적으로 설립된 회사인데, 2003.경부터 2009.경까지 사이에, ○○신용협동조합 등 5곳의 기관들이 소외인에 대하여 가지는 위 채권들을 양수하여 집행권원(이행권고결정 또는 확정판결)을 확보하였다.

라. 위와 같은 집행권원에 기한 원고의 신청으로 2011. 9. 1. 이 사건 부동산에 관하여 강제경매 개시결정이 내려져 경매절차(이하 ‘이 사건 강제경매’라 한다)가 시작되었다.

마. 이 사건 강제경매가 진행되는 것과 별개로, 소외인은 2012. 1. 20. 개인회생절차개시의 신청을 하였는데(이하 ‘이 사건 개인회생절차개시신청’이라 한다), 그 신청서류로 제출한 채권자목록에 피고의 채권액 50,000,000원을 기재하고, 그 부속서류인 ‘별제권부 채권 및 이에 준하는 채권 내역’에도 이 사건 근저당권의 피담보채권액을 50,000,000원으로, 이 사건 부동산의 환가예상액을 110,000,000원으로, 별제권 행사로도 변제받을 수 없는 피고의 채권액을 0원으로 기재하였다.

바. 회생법원은 2012. 12. 4. 소외인의 이 사건 개인회생절차개시신청을 기각하였다.

사. 이 사건 강제경매 절차에서 위 부동산이 매각되자, 집행법원은 2013. 6. 5. 배당기일을 열어 1순위 근저당권자인 피고에게 채권최고액인 50,000,000원을, 채

권자 및 배당요구권자인 원고에게 각 2,093,056원(원금 25,616,540원)과 12,862,875원(원금 157,426,449원)을 배당하였다.

아. 원고는 위 배당기일에 출석하여 피고의 배당액에 대하여 이의하였으나 소외인은 이의하지 아니하였다. 그 후 원고가 제기한 「배당이의의 소」에 따라 이 사건 제1심 재판이 시작되었다.

2. 소송 경과

가. 제1심³⁾의 경과 및 판단

1) 원고의 청구취지는, 이 사건 강제경매에서 집행법원이 2013. 6. 5. 작성한 배당표 중 피고에 대한 배당액 50,000,000원을 0원으로 감액하고, (감액된 위 50,000,000원을 원고에 대한 2건의 배당액으로 안분 충당하여) 원고에 대한 배당액 2,093,056원을 9,090,467원으로, 12,862,875원을 55,865,464원으로 각 증액하여 결정해 달라는 것이었다.

2) 원고가 위와 같은 청구취지를 뒷받침하는 청구원인으로 내세운 주장은, 이 사건 근저당권의 피담보채권은 적어도 위 근저당권 설정등기일인 1998. 6. 20.부터 10년 이 경과하여 시효로 소멸하였으므로(원고는, 소외인에 대한 채권보전을 위하여 소외인을 대위하여 소멸시효 완성을 주장하였다), 이 사건 근저당권의 피담보채권이 존재함을 전제로 한 배당표는 위법하여 청구취지와 같이 배당표가 경정되어야 한다는 데에 있었다.⁴⁾

3) 이에 대하여 제1심 법원은, 이 사건 근저당권의 설정일인 1998. 6. 20.부터 10년(2008. 6. 20.)이 훨씬 경과하였음이 역수상 분명하므로 일응 그 피담보채권이 시효로 소멸한 것으로 보인다고 하면서도, ① 이 사건 강제경매가 개시되기 전인 2008. 6. 20. 이미 소멸시효 기간이 만료되었는데도, 소외인이 그 후 이 사건 개인회생절차개시신청을 하면서 채권자목록에 자신의 피고에 대한 채무를 인정하는 취지로 피고의 근저당권부 채권을 기재함으로써 피고에 대한 채무를 승인하였고(채무자회생법 제32조 제3호 참조), ② 이 사건 강제경매 절차에서 피고에게 이 사건 근저당권에 따른 채권최고액 50,000,000원이 배당되는 것으로 배당표가 작성되었음에도 소외

3) 대전자방법원 2013가단23591 배당이의 사건

4) 원고는 이러한 소멸시효 주장에 앞서, 이 사건 근저당권은 피고가 소외인에 대한 채권이 없음에도 소외인과 통정하여 마친 무효의 등기라고 주장하였으나 제1심 법원이 이를 인정하지 아니하였는데, 위 주장의 당부는 본고의 연구주제와 직결되지 아니하므로 따로 검토하지 아니한다.

인이 이익을 하지 않았다는 점을 들어, 소외인은 피고의 채권이 시효로 소멸되었음을 알고도 시효이익을 포기하였다고 봄이 상당하다고 판시함으로써 피고의 항변을 받아들였다.

4) 이에 대하여 다시 원고가, 채무자가 소멸시효 완성 후에 시효이익을 포기하는 행위는 채권자취소권의 대상이 되는 사해행위가 될 수 있으므로, 설령 소외인이 시효이익을 포기했다고 하더라도 이는 사해행위로서 취소되어야 마땅하고 따라서 청구취지와 같이 배당표가 경정되어야 한다고 주장하였으나, 제1심 법원은 “사해행위의 취소는 법원에 소를 제기하는 방법으로 청구할 수 있을 뿐, 소송상의 공격방어 방법으로 주장할 수는 없으므로, 원고가 사해행위의 취소를 구하는 소송을 제기하지 아니한 이상 이 부분 원고 주장은 이유 없다”라고 배척하였다.⁵⁾

5) 결국, 제1심 법원은 이 사건 근저당권이 유효하다는 전제에서 원고의 청구를 기각하였다. 이에 대하여 원고가 항소하여 원심이 시작되었다.

나. 원심⁶⁾의 경과 및 판단

1) 원심 법원 역시 위 가.3)항과 같은 제1심 법원의 판단 이유를 인용하면서 제1심 법원의 결론을 수긍하여 원고의 항소를 기각하였다.

2) 아울러, 원고는 소외인이 신청한 이 사건 개인회생절차개시신청이 개시결정 없이 기각되었으므로 시효이익 포기의 효력도 무효가 되었다고 주장하였으나, 원심 법원은 “채무자회생법에는 개인회생절차개시신청이 개시결정 없이 기각되는 경우 시효중단의 효력이 없다는 규정이 없고, 달리 이를 무효로 해야 할 사유도 없으며, 민법 제170조 제1항(재판상 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없다)을 이에 유추적용할 것도 아니다.”라고 실시하여 원고의 위 주장을 받아들이지 않았다.

3) 이와 같은 항소기각 판결에 대하여 원고가 다시 상고하였다.

5) 이러한 제1심 판결에 영향을 받아, 원고는 원심(제2심)에서 소외인이 배당기일에 피고의 배당에 대하여 이익을 하지 아니한 행위 자체를 사해행위에 해당하는 의사표시로 보아서 이를 취소하고, 그에 따른 원상회복으로서 제1심에서와 같은 취지의 배당표 경정을 구하는 내용으로 「예비적 청구」를 추가하였다. 결과적으로 원심은, 소외인이 시효이익을 포기한 이상 배당표에 대하여 이익을 하지 아니한 것이 별도의 사해행위가 될 수 없다는 취지로 위와 같은 「예비적 청구」도 배척하였는데, 그 판단의 당부 역시 본고의 연구주제와 직결되지 아니하므로 따로 언급하지 않기로 한다.

6) 대전지방법원 2013나19395 배당이의 사건

3. 대상판결⁷⁾ 요지

가. 시효이익을 받은 채무자는 소멸시효가 완성된 후 시효이익을 포기할 수 있고, 이것은 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다고 하는 효과의사를 필요로 하는 의사표시이다. 그리고 그와 같은 시효이익 포기의 의사표시가 존재하는지의 판단은 표시된 행위 내지 의사표시의 내용과 동기 및 경위, 당사자가 의사표시 등에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식에 따라 객관적이고 합리적으로 이루어져야 한다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결 등 참조).

나. 다음과 같은 점에서 원심의 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 채무자회생법 제32조 제3호에서는 개인회생 채권자목록을 제출한 경우 시효중단의 효력이 있다고 규정하고 있다. 한편, 소멸시효 중단사유로서의 채무승인은 시효이익을 받는 당사자인 채무자가 소멸시효의 완성으로 채권을 상실하게 될 자에 대하여 상대방의 권리 또는 자신의 채무가 있음을 알고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 이른바 관념의 통지로 여기에 어떠한 효과의사가 필요하지 않다. 이에 반하여 시효완성 후 시효이익의 포기가 인정되려면 시효이익을 받는 채무자가 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다고 하는 효과의사가 필요하기 때문에 시효완성 후 소멸시효 중단사유에 해당하는 채무승인이 있었다 하더라도 그것만으로는 곧바로 소멸시효 이익의 포기라는 의사표시가 있었다고 단정할 수 없다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결 등 참조).

이 사건에서는 소외인이 개인회생채권자목록을 제출할 당시에 피고의 채권에 대하여 소멸시효기간이 완성되었으므로, 소멸시효기간이 완성되기 전의 법적 효과인 채무자회생법에 따른 시효중단의 효력 발생의 문제가 아니라 소멸시효기간 완성 후 시효이익을 포기하였다고 볼 수 있는지 여부가 쟁점이 된다. 그런데 통상 채무자는 강제집행을 중지시키거나 일정 기간 담보권 실행을 못하게 하는 한편 변제계획에 따른 변제를 완료하여 궁극적으로 채무에 대한 면책을 받으려는 목적으로 개인회생절차를 밟게 되는 점 등에 비추어 볼 때, 소외인이 개인회생신청을 하면서 채권자

7) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2014다32458 판결

목록에 소멸시효기간이 완성된 피고의 근저당권부 채권을 기재하였다고 하여 그 시효이익을 포기하려는 효과의사까지 있었다고 보기는 어렵다. 즉, 소외인에게 피고에 대하여 피고의 채권의 시효완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다는 의사표시가 있었다고 단정할 수 없다.

2) 채무자가 소멸시효 완성 후 채무를 일부 변제한 때에는 그 액수에 관하여 다름이 없는 한 그 채무 전체를 묵시적으로 승인한 것으로 보아야 하고, 이 경우 시효 완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것으로 추정되므로, 소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권이 실행되어 채무자 소유의 부동산이 경락되고 그 대금이 배당되어 채무의 일부 변제에 충당될 때까지 채무자가 아무런 이의를 제기하지 아니하였다면, 경매절차의 진행을 채무자가 알지 못하였다는 등 다른 특별한 사정이 없는 한, 채무자는 시효완성의 사실을 알고 그 채무를 묵시적으로 승인하여 시효의 이익을 포기한 것으로 볼 수 있기는 하다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001다3580 판결 등 참조).

그러나 소멸시효가 완성된 경우 채무자에 대한 일반채권자는 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수는 없지만 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있으므로(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다109500 판결 등 참조), 채무자가 배당절차에서 이의를 제기하지 아니하였다고 하더라도 채무자의 다른 채권자가 이의를 제기하고 채무자를 대위하여 소멸시효 완성의 주장을 원용하였다면, 시효의 이익을 묵시적으로 포기한 것으로 볼 수 없다. 이 사건 근저당권의 피담보채권은 2008. 6. 20.경 그 소멸시효기간이 완성되었는데, 이 사건 배당기일에서 소외인이 피고의 배당액에 대하여 이의를 제기하지 않았으나, 소외인의 채권자인 원고가 소외인을 대위하여 피고의 배당액에 대하여 이 사건 배당이익을 제기하였고, 이로 인하여 이 사건 부동산의 매각대금이 피고의 채무 변제에 충당되지 않았음을 알 수 있다. 따라서 소외인이 배당절차에서 시효완성의 사실을 알고 피고의 채무를 묵시적으로 승인하여 시효의 이익을 포기한 것으로 볼 수도 없다.

다. 그런데도 원심은 이와 달리 소외인이 이 사건 근저당권의 피담보채권을 개인 회생채권자목록에 기재하여 제출한 사정이나, 소외인이 직접 피고의 배당액에 대하

여 배당이익을 하지 않았다는 사정만을 중시하여 소외인이 소멸시효 완성 후 각 시효이익을 포기하였다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 소멸시효이익의 포기에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

따라서 원심판결을 파기하고, 사건을 해당 지방법원 합의부에 환송한다.

III. 소멸시효의 완성과 시효원용

1. 절대적 소멸설과 상대적 소멸설의 대립

가. 논쟁의 발단

법률에서 정한 당해 소멸시효 기간이 시효중단 또는 정지 등 장애사유가 없이 경과하였을 경우, 즉 소멸시효가 완성되었을 경우 「시효완성의 효과」가 어떻게 되는지를 둘러싸고, 우리 민법 학계에서는 종래 절대적 소멸설과 상대적 소멸설로 나뉘어 크게 대립하여 왔다.⁸⁾

절대적 소멸설은 소멸시효의 완성만으로 다른 별도의 조치 없이 권리가 당연히 소멸한다는 입장인데 비해, 상대적 소멸설은 소멸시효의 완성에 더하여 시효의 이익을 받을 자가 시효원용권을 행사하여야만 비로소 권리소멸의 효과가 생긴다는 입장이다.⁹⁾ 종전에는 절대적 소멸설이 우리 학설상 다수라고 소개되어 왔으나, 근래의 학설을 분류해 보면 쉽사리 우열을 가릴 수 없다고 평가하는 것이 적어도 옳고, 오히려 상대적 소멸설이 그 지지세를 확장해 가는 듯한 느낌이다.¹⁰⁾

8) 물론, 소멸시효 완성으로 인해서 권리가 소멸하는 것이 아니라, 소송상의 이행청구가 불가능하나 자연채무로는 존재한다는 견해(자연채무설), 실제법적 권리의 소멸이 아니라 권리자의 이행요구에 대하여 이행을 거절할 수 있을 뿐이라는 견해(항변권설) 등이 다양하게 제시되고 있으나, 이하 본고에서는 학설의 일반적인 견해에 따라 권리가 소멸한다는 견해에서 논의를 전개한다.

9) ‘절대적 소멸설’과 ‘상대적 소멸설’이라는 용어는 김중환 교수님의 1967년 “소멸시효론”이라는 박사학위논문에서 유래하였다는 견해가 있는데[김병선, “시효원용권자의 범위”, 민사법학 제38호(2007. 9.), 한국민사법학회, 259면], 김중환 교수님은 양 학설의 근본입장을 이와 같이 정리하였다. 이에 대하여는 민법학에서 사용되는 ‘상대적’이라는 용어는 주로 법률효과가 대내외적으로 나뉘는 경우에 사용되는데, 여기서는 소멸시효 완성의 효과가 대내외적으로 나뉜다는 의미의 학설 대립은 아니므로 이를 ‘시효원용 불요설’, ‘시효원용 필요설’이라고 부르는 것이 더 적확하다는 견해가 제시되고 있다[태기정, “소멸시효 이익의 포기”, 전북판례연구 Vol 1.(2017), 전북판례연구회, 417면].

10) 이 지면을 통해서 양 학설을 취하는 분들의 명단을 일일이 열거하기는 어려우나, 필자의 이러한 진단에 부동의 할 견해는 많지 않을 것으로 본다.

이러한 학설 대립의 근원은, 1960. 1. 1.자로 시행된 우리 민법이 그때까지의 의용민법(일본민법)과 결별하면서 종래 의용민법 제145조가 「時効の援用(시효의 원용)」이라는 제목 하에 "時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない(시효는 당사자가 원용하지 않으면, 법원이 그에 의하여 재판을 할 수 없다)."라고 규정하던 것을 없애 버렸기 때문이라고 알려져 있고, 그러한 입법적 결단이 절대적 소멸설의 가장 중요한 논거가 되고 있다.¹¹⁾ 그러나 다른 한편으로, 의용민법이 제167조 제1항에서 "債権は、十年間行使しないときは、消滅する(채권은 10년간 행사하지 않을 때는 소멸한다)."라고 표현하고, 이러한 표현을 이하 제174조까지의 각종 소멸시효 완성 조항들에서도 일관하면서 시효완성의 효과를 직접적으로 규정하고 있음에 비해, 우리 민법은 제7장(소멸시효)의 제일 첫머리에 "채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(제162조 제1항).", "채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(제162조 제2항)."라고 표현하고, 연이어 3년과 1년의 각 단기소멸시효를 규정한 제163, 164조에서도 동일하게 표현하고 있음을 감안할 때, 우리 민법이 앞서 본 바와 같은 의용민법 제145조를 삭제하였다는 사실만으로 절대적 소멸설의 입장에 서게 된 것이라고 단정할 수 있을까 하는 의문도 든다(이에 대해서는 뒤에서 좀 더 자세히 살펴본다).

그런데 제145조에서 원용에 관한 규정을 두고 있는 일본에서조차 의용민법 시대부터 이미 시효완성의 효과를 놓고(앞서 본 바와 같이, 의용민법은 제167조부터 제174조까지 "~소멸한다"라고 표현하고 있어서 그와 조화로운 해석이 어려운 위 제145조와의 충돌이 불가피하였다), 종래 확정효과설(우리의 절대적 소멸설에 가깝다), 불확정효과설(우리의 상대적 효과설에 가까운데, 다시 해제조건설과 정지조건설로 나뉜다)¹²⁾이 대립하여 온 사실을 감안하면, 학설의 대립은 시효이익의 포기를 인정하고 있는 규정(우리 민법 제184조, 의용민법 제146조)과도 함께 맞물려, 위와 같은 제 규정들을 정합적으로 해석해 내고자하는 학문적 열정과 만나는 순간부터 이미 예정되어 있던 논란이 아닐까 싶다.

2. 학설의 내용

11)곽윤직, 민법총칙(신정판), 박영사, 1991, 582면.

12) 이 학설들에 대한 좀 더 상세한 소개는 뒤의 항을 참조.

절대적 소멸설과 상대적 소멸설은 아래 표와 같이, ① 시효원용의 요부(要否), ② 소멸시효가 완성된 채무를 변제한 경우의 처리, ③ 시효이익의 포기라는 3가지 측면에서 논리의 구성에 차이가 있고, 반대편으로부터는 해당란의 기재와 같은 비판이 제기되어 왔다.¹³⁾

	절대적 소멸설
①	원칙적으로, 소멸시효 완성으로 권리는 당연히 소멸하고 시효원용은 필요 없다. 누구나 필요하면 그 소멸을 주장할 수 있음 다만, 민사소송법상의 변론주의 원칙에 따라 시효이익을 받을 자가 소멸시효의 완성으로 권리가 소멸하였음을 주장하지 아니하면 법원이 직권으로 이를 고려할 수 없음
②	시효완성 사실을 안 경우 : 채무 없음을 알고 한 변제(민법 제742조)이므로 반환 불가 시효완성 사실을 모른 경우 : 도의관념에 적합한 변제(민법 제744조)이므로 반환 불가
③	소멸시효 이익을 받지 않겠다는 의사표시. 이에 따라 시효완성의 이익이 생기지 않았던 것으로 됨
비판	- 절대적 소멸설에 의하면 소멸시효 완성으로 권리가 곧바로 소멸하므로, 그 논리를 일관하자면 제척기간과 마찬가지로 시효이익을 받을 자의 원용 또는 항변이 없더라도 법원이 직권으로 이를 고려하여야 한다는 입장이 되어야 할 것임에도, 민사소송법상의 변론주의를 이유로 사실상 시효원용이 필요하다는 입장을 취하는 것은 의용민법 제145조의 삭제를 근거로 전개한 이론이 같은 조항의 존재가치와 필요성을 다시 인정하는 셈이 되어서 자기모순임 - 소멸시효 이익을 포기하는 경우, 소멸시효 완성에 의해서 일단 소멸하였던 권리가 소급적으로 되살아나는 근거를 제대로 설명하기 어려움 - 당초 권리자의 정당한 재산권을 박탈하는 결과가 되는 소멸시효 제도를 운용함에 있어서는 가급적 이를 제한적으로 해석, 운용할 필요가 있으므로 최종적으로는 의무자의 의사결정에 따르는 상대적인 것으로 구성함이 바람직함

	상대적 소멸설
①	소멸시효 완성으로 권리의 소멸을 주장할 수 있는 시효원용권이 시효의 이익을 받을 자에게 생김. 시효원용권은 실체법상의 형성권이므로 소송 외에서도 가능
②	애당초 문제가 될 수 없음

13) 노재호, “소멸시효의 원용 - 원용권자의 범위와 원용권자 상호간의 관계를 중심으로”, 사법논집 제51집 (2011), 법원도서관, 247면 이하를 참조하여 필자가 정리하였다.

③	시효원용권이 포기. 이 포기에 따라 권리는 시효로 소멸되지 않은 것으로 확정됨
비판	- 현행 민법은 그 제정과정에서 의도적으로 시효의 원용에 관한 의용민법 제145조를 삭제하였다는 점을 간과하였음 - 민법 제369조, 제766조 제1항, 부칙 제8조 제1항에서는 소멸시효 완성으로 인해 권리가 곧바로 "소멸한다"고 명시하고 있음 - 상대적 소멸설에 따르면 시효원용권자의 범위를 정해야 하는데 이는 매우 어려운 문제이고, 한편 시효원용권을 가지고 이를 행사한 사람과, 시효원용권을 가지고 있음에도 이를 행사하지 아니한 사람 내지 시효원용권 자체가 없는 사람 사이에서 권리소멸 여부가 일률적으로 처리되지 않는 결과가 생길 수 있음

3. 대법원 판례의 태도¹⁴⁾

우리 대법원 판례가 위 학설 중 어느 견해를 취하고 있는지는 불분명하다. 종래의 통설에 따르면 대법원도 절대적 소멸설을 따르고 있다고 소개되어 왔으나,¹⁵⁾ 실제로 관련 판례를 분석해 보면 다음과 같이, ① 과거에 「절대적 소멸설에 따른 법리를 선언한 판례」가 있기는 하나 오히려 극소수인 반면, ② "현행 민법 아래에서는 당사자의 원용이 없어도 소멸시효기간이 완성하면 채무는 당연히 소멸된다."고 하여 절대적 소멸설의 법리를 선언하면서도, 「변론주의의 원칙상 당사자가 시효이익을 받겠다는 뜻으로 이를 항변 또는 원용하지 않는 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없다」는 입장을 밝힘으로써 상대적 소멸설의 핵심인 원용의 개념을 불식하지 못한 듯한 판례가 다수이고¹⁶⁾, ③ 더 나아가서는, 시효이익을 받는 자만이 소멸시효의 항변을 할 수 있다고 하여 시효원용권자의 범위를 제한하고, 이를 소송절차상의 단순한 공격방어방법이 아닌 실체법상의 항변권으로 파악하여 「상대적 소멸설이 아니고서는 도저히 설명하기 어려운 설시를 내놓은 판례」까지 발견된다.

가. 절대적 소멸설의 법리를 선언한 판례(위 ①유형)¹⁷⁾

14) 김태봉, "시효원용권자의 범위와 시효이익 포기의 효력", 법학논총 제37권 제1호(2017), 전남대학교 법학연구소, 102면 이하.

15) 박윤직 편(윤진수), 민법주해Ⅲ-총칙(3)(1992), 박영사, 477면.

16) 물론 이에 대하여 절대적 소멸론자들은, 여기서 말하는 원용이 상대적 소멸론자들이 주장하는 실체법적인 항변권과는 전혀 다른 것이라는 취지로 설명하나 그다지 명쾌하지는 아니한 것으로 보인다.

17) 여기에 대법원 1978. 10. 10. 선고 78다910 판결을 포함시키는 견해도 있으나, 위 판결의 판시는 '현행 민법 아래에서는 당사자의 원용이 없어도 소멸시효기간이 완성하면 채무는 당연히 소멸된다 하겠으나 변론주의의 원칙상 당사자가 시효이익을 받겠다는 뜻으로 이를 원용하지 않는 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없다'라고 전제하고 있어서, 오히려 아래 나.항의 카테고리에 속한다고 할 것이다.

1) 甲이 채무의 소멸시효가 완성된 상태임에도 이를 피보전채무로 하여 乙 소유의 황소에 대하여 가압류를 신청·집행하였다가, 이후 본안에서 피보전채무가 소멸하였다는 이유로 패소 판결이 선고·확정되자, 乙이 甲을 상대로 황소의 사용제한에 따른 손해배상을 청구한 사안에서, 피고로 된 甲이 '채무의 소멸시효가 완성되었다고 하더라도 장차 채무자가 소송절차에서 시효이익을 원용할 것인지 모르는 상태였으므로 (채무는 여전히 존재하여) 이를 피보전채무로 하여 실시한 가압류는 적법하다'라는 취지로 주장함에 대하여, 대법원은 "본건 채무는 신 민법 시행 후에 소멸시효가 완성한 것임이 명백한 바, 신 민법 아래서는 당사자의 원용이 없어도 시효완성의 사실로서 채무는 당연히 소멸하는 것이며, 본건에 있어서는 가압류의 신청 또는 그 결정 및 집행이 있기 전에 이미 소멸시효가 완성되어 있었으므로 피고에게 과실이 없었다고는 할 수 없다"는 취지로 설시함으로써 시효 원용이 필요 없다는 절대적 소멸설의 논리를 그대로 채용하였다(대법원 1966. 1. 31. 선고 65다2445 판결).

2) 7필지의 토지 매매거래를 둘러싸고, 원고(매수인측)는 피고들(매도인측)을 상대로 소유권이전등기절차의 이행을 구하고, 피고들은 원고를 상대로 매매대금 잔금을 청구한 사안에서, 원심이 매매대금이 전부 지급되었다고 인정하면서 가사 미지급한 매수잔금이 있다고 하더라도 이는 위 토지들의 매수잔금 지급기일인 1964.12.3.부터 10년이 지난 1974.12.3.에 시효로 소멸하였다고 판단하였음에 대하여, 대법원은 매매대금이 전부 지급되었다는 사실인정은 잘못되었으나, 매수잔금이 소멸시효 완성이므로 소멸되었다는 가정적 판단은 정당하다고 수긍함으로써 소멸시효가 완성되면 시효 원용을 기다리지 아니하고 채권은 곧바로 소멸한다는 것을 전제로 한 듯한 취지의 판시를 하였다(대법원 1991. 3. 22. 선고 90다9797 판결).

나. 변론주의 원칙상 시효 항변 또는 원용을 요구한 판례(위 ②유형)

1) 새 민법이 시효이익 사전 포기 금지에 관한 규정은 그대로 두고 시효원용에 관한 규정을 삭제하였다거나 법률행위에 의한 소멸시효의 배제 연장 가중을 금지하는 규정의 신설이 있다 하여 시효 완성 후에 그 이익을 포기할 수 있음과 마찬가지로 시효완성 후 소송에서 시효완성으로 채권이 소멸되었음을 항변으로 주장하지 아니함에도 불구하고 구태여 시효완성의 사실을 직권으로 인정하여 그 이익을 부여하여

야 한다는 것으로 해석되지 아니하며, 시효의 원용 또는 시효완성의 항변이 반드시 명시적이 아니라 하여도 시효완성 항변 취의로 해석되면 족할 것이다(대법원 1962. 10. 11. 선고 62다466 판결).

2) 신 민법상은 당사자의 원용이 없어도 시효완성의 사실로서 채무는 당연히 소멸되는 것이고, 다만 변론주의의 원칙상 소멸시효의 이익을 받을 자가 그것을 포기하지 않고 실제 소송에 있어서 권리를 주장하는 자에 대하여 시효소멸의 이익을 받았다는 뜻을 항변을 하지 않는 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없을 뿐이다(대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2157 판결).

3) 소멸시효기간 만료에 인한 권리소멸에 관한 것은 소멸시효의 이익을 받는 자가 소멸시효 완성의 항변을 하지 않으면 그 의사에 반하여 재판할 수 없는 것이다(대법원 1980. 1. 29. 선고 79다1863 판결).

4) 소멸시효기간의 만료로 인한 권리소멸의 효과는 그 시효의 이익을 받는 자가 시효완성의 항변을 하지 않는 한 그 의사에 반하여 이를 인정할 수가 없는 것인바, 피고는 원고가 이 사건 조건부 징계해임처분에 승복하여 그 효력을 다투지 아니한 채 약 10년이 경과하여 피고는 원고가 더 이상 위 징계처분의 효력을 다투지 아니할 것으로 신뢰하고 새로운 인사질서를 구축하였는데 이제와서 원고가 새삼스럽게 이 사건 소를 제기하여 위 징계처분의 효력을 다투는 것은 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 주장하였을 뿐, 피고가 소멸시효완성의 항변을 한 흔적은 찾아볼 수 없으며, 피고의 위 주장을 소멸시효의 주장도 포함한 것으로 볼 수도 없다(대법원 1990. 8. 28. 선고 90다카9619 판결).

다. 상대적 소멸설에 근접한 판례(위 ③유형)

‘시효원용권’은 상대적 소멸설의 근간을 이루는 핵심적인 개념이다. 이에 반해서, 소멸시효의 완성으로 권리가 대세적(對世的)·절대적(絶對的)으로 당연히 소멸한다는 논리에 기반을 둔 절대적 소멸설의 경우 권리가 소멸하였다는 사실은 누가 언제

라도 주장할 수 있는 것이어서 애당초 '시효원용권'이라는 개념이 불필요하고, 더 나아가 일부의 이해관계자들에만 한정하여 '시효원용권자'로서의 지위를 인정하는 방식은 용납될 수 없을 것이다.

따라서 앞서 본 나.항의 판례들이 "변론주의의 원칙상 실제 소송에서 시효소멸의 이익을 받았다는 뜻을 항변해야 한다"라는 취지로 실시한 것과 관련하여, 절대적 소멸설이 우리 대법원은 기본적으로는 절대적 소멸설을 취하면서도, 소송상의 공격방어방법으로서 소멸시효 완성에 관한 주장 정도는 제출되어야만 소송에서 이를 고려하여 재판할 수 있음을 표현한 것에 불과하다는 취지로 해명하는 것은 일단은 논리적으로 수긍이 된다고 할 것이지만, 판례가 아래와 같이 본격적으로 '소멸시효의 이익을 받을 자'의 범위를 언급하고 이를 구체적으로 한정하려는 입장을 보인다면, 절대적 소멸설의 입장과는 어긋난다고 볼 수밖에 없지 않을까 생각된다.

1) 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2157 판결은, "신 민법상은 당사자의 원용이 없어도 시효완성의 사실로서 채무는 당연히 소멸되는 것이고, 다만 변론주의의 원칙상 소멸시효의 이익을 받을 자가 그것을 포기하지 않고 실제 소송에 있어서 권리를 주장하는 자에 대하여 시효소멸의 이익을 받았다는 뜻을 항변을 하지 않는 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없는데, 본건에서 피고는 소멸시효완성으로 직접 의무를 면하게 되는 당사자로서 그 소멸시효의 이익을 받았다는 뜻을 항변할 수 있는 자라 할 것이다."라고 판시하여, 앞서 본 판례들에서 더 나아가 항변제출자의 범위를 제한하고 소멸시효 이익을 받았다는 적극적인 주장을 추가적으로 요구함으로써 절대적 소멸설의 입장과는 괴리를 보인다.¹⁸⁾

2) 나아가, 채권자대위 소송에서 채권자의 채무자에 대한 피보전권리가 시효완성된 경우 피고인 제3채무자가 그러한 소멸시효 완성을 주장할 수 있는지가 문제된 사안에서, 대법원 1991. 7. 26. 선고 91다5631 판결은 "甲이 그 소유 임야를 乙에게 매도하고 乙은 丙에게, 丙은 원고에게 각 증여하였는데, 위 임야의 지적공부가 멸실되자 丁이 근거 없이 그 명의의 소유권보존등기의 회복등기를 경료한 후 사망하여 피고 앞으로 상속을 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 원고가 丙, 乙, 甲을 순

18) 김문희, "소멸시효 완성의 효과를 원용할 수 있는 자의 범위", 판례연구 제20집(2009. 2.), 부산판례연구회, 692면.

차 대위하여 피고에게 원인무효인 위 소유권보존등기와 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송에서, 피고는 乙의 甲에 대한, 또 丙의 乙에 대한 각 소유권이전등기청구권이 시효소멸하였다는 항변을 할 수 없다."라고 판단하였고, 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다35899 판결은 "채권자대위권에 기한 청구에서 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없을뿐더러 채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 시효이익을 직접 받는 자만이고 제3채무자는 이를 행사할 수 없다."라고 판단하였는데, 이는 이미 소멸한 채무에 대하여 제3채무자의 소송상 항변을 금지한다는 것이어서 절대적 소멸설과 조화하기 어렵다고 평가된다.¹⁹⁾

3) 대법원 판례들 중에는, 채무자의 제3자에 대한 어떤 채무가 시효로 소멸하였음을 채권자가 그 채무자를 대위하여 원용(주장)할 수 있다고 판시한 경우가 있다. 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다22676 판결은, 채무자인 甲 소유의 부동산에 대한 경매절차에서 가등기담보권자인 피고들에게 부당하게 많은 금액을 배당한 반면 후순위 채권자인 원고들에게 부당하게 적은 금액을 배당하는 것으로 배당표가 잘못 작성되었음을 이유로 원고들이 피고들을 상대로 제기한 배당이의 소송에서, 원고들이 피고들의 甲에 대한 채권은 시효로 인하여 소멸하였다고 주장함에 대하여, "소멸시효가 완성된 경우 이를 주장할 수 있는 사람은 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람에 한정되므로, **채무자에 대한 일반 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있다**(그러나 채권자의 지위에서 **독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다**)."²⁰⁾고 판시하였다. 위 사안에서, 절대적 소멸설에 의할 경우 채권자인 피고들의 채권이 당연히 소멸하였으므로 후순위 채권자인 원고들도 이러한 사실을 제한 없이 주장할 수 있어야 할 터인데도, 위 판결은 '소멸시효 완성을 주장할 수 있는 자'를 '채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람'으로 한정하고, 그마저도 독자적으로 소멸시효 주장을 할 수 있는 것이 아니라, 채무자를 **대위하여서만** 주장할 수 있다고 명시적으로 밝힘으로써, 상대적 소멸설에 근접한 논리를 전개하였다.

4. 검토

19) 김문희, 앞의 논문, 694면.

시효완성의 효과에 대하여는, 의용민법 제145조에서 원용 필요성에 대하여 규정하는 동시에 그 제167조부터 제174조까지 "소멸한다"라고 표현하여 서로 상충되고, 여기에 제146조에서 시효이익의 포기까지 인정하는 것과도 복합적으로 맞물려, 일본에서는 이미 의용민법 시대부터 가장 학설의 대립이 심하였다.²⁰⁾

그러던 중²¹⁾ 광복을 맞은 대한민국은, 새 나라에 걸맞은 법전을 편찬해야 한다는 국민적 여망을 바탕으로, 정부 수립 이전인 1947. 6. 30. 공포된 남조선과도정부 행정명령 제3호에 의하여 「조선법제편찬위원회(또는 '법전기초위원회'라고도 한다)」를 구성하고 민사법, 형사법 등 기초법전의 초안 작성에 들어갔고, 그 성과는 정부 수립 직후인 1948. 9. 15. 공포된 대통령령 제4호에 따라 구성된 「법전편찬위원회」에 계승되어 "민법전편찬요강"으로 정리되었다. 그런데 본고와 관련하여 주목되는 점은 향후 제정할 민법전의 기본 방향을 제시한 위 요강 중 13항에서 **"소멸시효 완성의 효과는 권리를 소멸시킬 수 있는 일종의 항변권을 발생하도록 할 것"**이라고 규정하였다는 사실이다. 비록 위 「법전편찬위원회」의 활동성과로 최종적으로 작성된 민법초안은 상대적 소멸설을 표명한 위 요강안이 반영되지 아니하고, 되레 상대적 소멸설을 지지하는 근거조항이던 의용민법 제145조가 삭제된 채로 채택되어 법제화 절차를 밟게 되었지만, 오늘날까지 이어지고 있는 학설 논쟁에 던져주는 시사점이 충분하다고 생각된다.

(이하 부분의 서술은 필자의 주관적이고 직관적인 추론이 가미되어 있어서 학술적이거나 실무적인 가치는 크지 않다고 하겠지만, 우리 법제에 대하여 서로의 아이디어를 나누는 것도 무익하지는 않을 것이라는 판단에서 간단히 적어 본다.)

먼저, 위 요강 13항이 시효완성의 효과와 관련하여 상대적 소멸설을 지향하였다는 사실에 대해서는 큰 의문이 없고, 우리 민법이 의용민법(일본민법) 제167조 내지 174조와 달리 "소멸한다"라고 표현하지 않고 "소멸시효가 완성한다"라고 바꾸어 표현하고 있음은 다를 수 없는 사실이다.²²⁾ 이 두 가지 사실에다가, 위 요강을 만든

20) 곽윤직, 앞의 책, 580면 참조.

21) 이하는, 양창수, "민법안의 성립과정에 관한 소고", 민법연구 제1권(1998년), 박영사, 64면 이하를 참조.

22) 이처럼 "소멸시효가 완성한다."라고 하여, 의용민법과 달리 표현하게 된 이유나 경위로 차후 규명되어야 할 과제라고 생각된다.

위원들이 그 당시 일본 민법 학계에서 벌어지고 있던 소멸시효완성의 효과를 둘러싼 논쟁을 익히 잘 알고 있었을 학식과 경력 있는 학자나 실무가들이었을 것이라는 점을 보태어 보면, 이들은 새로운 조국의 새 민법에서는 입법적으로 이를 해결하고자 의욕하지 않았을까 하는 추론을 떨칠 수 없다. 즉, 위 요강이 당초 의도한 방향으로, 새 민법 제162 내지 164조에서는 의용민법과 달리 "소멸시효가 완성한다"라고 그 표현이 수정되어 있는데, 여기에서 만약에 의용민법 제145조가 그대로 존속하였더라면, 의용민법(일본민법) 제145조와 제167조 내지 174조가 충돌하는 상황을 해소할 수 있게 되어, 상대적 소멸설에 따라 시효소멸 제도의 해석에 조화(調和)와 평화(平和)가 찾아오게 되는 것이다. 과거 식민지였던 국가의 민법이 지배자였던 국가의 민법 수준을 뛰어 넘는 역사적 입법례로 기록될 수도 있었을 듯싶다.

그런데 결과는 의외로 흘러, 오히려 의용민법 제145조가 삭제됨으로써 입법자가 절대적 소멸설을 채용한 것이라는 논리에 힘을 실어 주게 되었고, 이마저도 행여나 새 민법 제162 내지 164조가 종전 의용민법대로 "~소멸한다"라고 그대로 유지되어 있었다라면 절대적 소멸설로의 통일적 해석론도 가능하였겠으나(다만, 시효이익의 포기를 규정한 제184조가 존재하므로 앞서 상대적 소멸설로 통일되었을 경우와 같은 정도의 완전한 조화와 평화까지는 기대하기 어려웠을 듯하다) 정작 위 조항들은 "소멸시효가 완성한다"라고 개정되다 보니, 일본에서 전개되어 온 의용민법(일본민법)을 둘러싼 확정효과설(제167조 내지 제174의 "~소멸한다"가 근거) 대 불확정효과설(제145조의 시효원용이 근거)의 대립이 우리나라에서는 근거조항만 서로 맞바꾼 채 절대적 소멸설(제145조의 시효원용 삭제가 근거) 대 상대적 소멸설(제162조 내지 164조의 "소멸시효가 완성한다"가 근거)의 대립으로 재접화되는 당혹스러운 상황으로 변진 것이 아닌가 싶다.

그러면 왜 민법 초안에서는 위 요강의 내용에도 불구하고 제145조를 삭제하게 되었는지가 의문이 아닐 수 없다. 이에 대한 당시의 이유서(理由書)가 알려져 있지 아니하여 초안 작성자의 의도를 정확하게 파악하기는 어려우나, 원래 있던 조문을 애써 삭제한 만큼 단순한 실수라고 보기는 어렵겠고 어떠한 의도를 가지고 그렇게 한 것이 분명할 것인데, 필자의 막연한 짐작으로는, 예컨대 새 민법이 새로이 채택한

법률행위에 의한 부동산물권변동의 성립요건주의, 이와 연결된 원인행위와 물권변동 사이의 유·무인성 논쟁, 또 당시 민법전편찬위원회가 고심하였던 것으로 알려진 부동산등기부예의 공신향 부여 문제 등의 다른 논의들과 관련해서, 제145조를 존치시키는 것이 위와 같은 논의에 혼선 내지 충돌을 일으킬 수 있다는 우려가 원인이 되었을 수도 있지 않을까하고 추측될 뿐이다. 향후 이 부분에 대한 좀 더 깊이 있고도 실증적인 연구가 필요하다고 생각된다.

이상 살펴본 바와 같이, 시효완성의 효과를 둘러싼 학설의 대립과 대법원 판례 태도의 불분명함은 우리 민법상 입법의 불비에서 비롯된 것으로, 입법을 통한 근본적인 해결이 있기 이전에는 명쾌하게 정리될 수 있는 문제가 아니라고 생각된다. 학설과 판례가 그 이론 구성의 차이에도 불문하고, ① 시효완성의 효과를 누리기 위해서는 어떤 형태로는 시효완성 사실이 주장(원용)되어야 하고, ② 소멸시효가 완성된 채무를 변제한 경우라도 그 반환을 청구할 수 없으며, ③ 시효이익도 포기할 수 있다는 결론에는 차이를 보이지 아니한다. 특히, 위 ①과 관련해서는 우리 대법원이 민법 시행 직후부터 변론주의에 입각하여 시효 항변 내지 원용이 없이는 시효완성의 사실을 직권으로 인정하여 판결하지 아니한다는 원칙을 선언한 이래(대법원 1962. 10. 11. 선고 62다466 판결 등 참조) 재판 현장에서는 시효완성 사실을 일종의 항변권으로 취급하는 실무례가 정착되어서²³⁾ 우리 민법에서 사라진 지 오래인 의용민법 제145조["時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない(시효는 당사자가 원용하지 않으면, 법원이 그에 의하여 재판을 할 수 없다)."]가 여전히 존재하는 듯한, 우리 민법의 입법의도와 법현실의 괴리현상이 지속되고 있는 것이다. 입법적 해결이 조속히 요망되는 현실적인 이유이기도 하다.

아무튼 '시효원용권'에 대해서는, 학설과 판례가 그 법적 성질에 대해서는 저마다 인식에 큰 차이를 보이고 있음에도 불구하고, 시효완성이라는 요건사실로부터 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키게 하는 일종의 매개행위로서의 필요성을 부정하고 있지 아니하다. 그리고 단순히 채권자와 채무자만의 2면관계를 넘어서 제3자

23) 따라서 공시송달로 진행되어 사실상 피고(채무자)의 출석이나 답변이 없이 일방적으로 이루어지는 재판에서, 원고(채권자)의 금전청구권이 그 주장 자체로 일용 소멸시효 기간 10년을 훨씬 넘긴 것이 분명한 사건에서도 법원은 원고 승소판결을 선고하고 있다. 피고(채무자)가 공시가 아닌 방법으로 송달을 받고서도 아무런 답변을 하지 아니하는 사건에서도 동일하다.

들의 이해관계까지 복잡하게 얽혀서 전개되는 대부분의 분쟁 사례에서 그 해결을 위한 도구로서 학설과 판례가 공통적으로 거론하는 개념이기도 한 바, 대상판결에서도 예외가 아니었다.

이하에서는 시효원용권에 관하여 시효원용권자의 범위를 중심으로 좀 더 상세히 검토한 후 이를 대상판결에 적용하여 살펴보고자 한다.

IV. 시효원용권과 시효원용권자

1. 시효원용권에 대한 일반론

시효원용권에 대한 논의는 당초 일본 민법학계에서 시작된 것으로 보인다. 일본민법(의용민법) 제145조는 '시효의 원용'이라는 제목 하에 그에 대해서 규정하고, 제146조는 시효이익의 포기에 대해서 규정하고 있어서, 제167조 내지 174조(다만, "~소멸한다"라고 표현함으로써 논리적으로 거슬리는 면을 내포하고 있음은 앞서 살펴본 바와 같다)에 따라 소멸시효 기간이 경과한 공간(空間)에서, 채무자는 시효를 원용하든지, 시효이익을 포기하든지 둘 중의 하나를 자유롭게 선택할 수 있는 권리를 가지게 될 것이다.

그런데 단순히 채권자와 채무자만 존재하는 2면관계에서는 채무자의 단일한 선택에 따라 "시효원용 = 시효이익의 불포기", "시효불원용 = 시효이익의 포기"라는 통일된 법률효과를 누릴 수 있어서 시효제도가 본래 의도하는 법적 안정성이 쉽게 확보될 수 있을 것이다. 그러나 실제 거래계의 법적 분쟁에서는 채권자, 채무자만 존재하는 경우란 오히려 드물고, 채권자 혹은 채무자와 이해관계를 맺고 있는 제3자가 존재하여 법률관계가 복잡하게 뒤얽히는 경우가 대부분인데, 정작 채무자는 시효완성을 주장하지 않거나 시효이익을 포기하였는데도, 제3자는 시효완성을 주장하는 양상이 벌어지기도 한다. 여기서, 설령 채무자는 시효완성을 주장하지 않거나 시효이익을 포기하더라도 시효이익의 포기에는 상대적 효력(포기한 당사자와 채권자 사이에만 효력이 있음)밖에 없다는 법리에는 현재 큰 다름이 없기 때문에, 이러한 법리로 일관할 때에는 제3자와 채권자 사이에서는 제3자가 의도한 대로 시효완성으로 권리가 소멸하였다는 법률효과를 줄 수밖에 없다는 결론을 피하기 어렵게 될 것이다.

그렇지만 이처럼 제3자의 시효원용을 무제한 허용한다면, 채권자의 진정한 권리를 희생하는 비윤리적이라는 비난을 감수하면서까지 채무자를 보호하고자 하는 제도가 오히려 제3자에게만 생각지도 않던 이득을 주게 되고, 고착화된 법적 상태에 통일성과 안정성을 부여하기는커녕 오히려 법률관계의 불일치와 불안정을 부추김으로써 소멸시효 제도의 존재이유를 해친다는 지적이 제기될 수밖에 없다.

따라서 구체적인 소송에서, 자신의 채무가 아님에도 그 채무의 시효소멸을 주장할 수 있는 자(시효원용권자)의 범위를 어디까지 인정할 것인지를 둘러싸고 종래 일본과 우리나라의 학설 및 판례를 통하여 논의가 진행되어 왔는데, 이에 대하여 검토하기로 한다.

2. 일본에서의 논의²⁴⁾

가. 학설

시효원용권자의 범위에 대한 견해는 '시효원용'을 어떻게 이해할 것인지에 대한 견해에 따라 나뉘어 왔다.

시효기간의 경과에 의하여 확정적으로 권리의 득상이 생기고 원용은 소송에서의 공격방어방법에 불과하다고 보는 확정적효과설(=공격방어방법설)에서는 시효원용권자의 범위를 되도록 넓게 파악하여, 기본적으로 주장할 이익 내지 필요성이 있는 자는 모두 원용할 수 있다는 입장을 취한다.

확정효과설에 반대하는 불확정효과설은 시효 원용을 실체법상의 형성권을 행사하는 의사표시라고 파악하는데, 이는 다시 1) 시효기간의 경과에 의해서 일용 권리의 득상이 생기고 실체법상의 시효이익향수의 의사표시를 하였을 때 비로소 시효의 효과가 확정되지만 원용하지 않는 것 또는 시효이익의 포기에 의해 일용 발생한 효과가 소급적으로 소멸한다고 보는 해제조건설, 2) 시효기간의 경과에 의해서 권리의 득상이 생기지 않으나 시효이익향수의 의사표시인 원용을 함으로써 시효의 효과가 생기고 시효이익의 포기에 의해 시효의 효과가 불발생으로 확정된다고 하는 정지조건설(일본의 다수 학설로 평가된다)로 나뉜다. 양 학설 중에서도 원용권자의 범위를 좁게 해석하는 견해는 시효로 인하여 **직접 법률효과를 받는자**로 한정하는 반면, 이를 넓게 해석하는 견해는 시효에 의해 직접 권리를 취득하거나 면하는 자 이외에도 그 **권리**

²⁴⁾ 이 항목은 김문희, 앞의 논문, 698면 이하 참조.

또는 의무에 터잡아 권리를 취득하거나 의무를 면하는 자도 포함된다고 본다.

나. 판례

일본의 판례는 기본적으로 공격방어방법설의 입장을 견지하면서도 시효원용권자의 범위를 좁게 해석하여 '시효에 의하여 **직접 이익을 받는 자**'라는 일반적인 기준을 제시하였다. 그러나 누가 그런 기준에 해당하는 지에 대해서는 구체적인 사건마다 그 판단을 달리하여 왔는데, 2차 세계대전 종전 전에 존재하였던 최고법원인 대심원(大審院)에서는 이를 상대적으로 좁게 해석하였으나, 종전 후에 출범한 최고재판소에서는 대심원에서 원용권을 부정하였던 사례들에 대해서도 원용권을 인정하는 등 그 범위를 점차 넓혀가는 추세라고 소개되고 있다.²⁵⁾

그리하여 대심원은 보증인(大審院 大正4年 7. 13. 判決), 연대보증인(大審院 昭和7年 6. 21. 判決)에게는 주채무의 소멸시효 원용권을 인정하였으나, 담보부동산의 제3취득자(大審院 明治43年 1. 25. 判決), 사해행위취소소송에서 수익자(大審院 昭和3年 11. 8. 判決), 담보목적 아닌 매매계약의 가등기가 경료된 부동산의 제3취득자(大審院 昭和9年 5. 2. 判決), 배당이의의 소를 제기한 채무자의 일반채권자(大審院 昭和11年 2. 14. 判決)에게는 해당 채무의 소멸시효 원용권을 부정하였다.

그후 최고재판소는 약한 의미의 양도담보의 물상보증인(最裁 昭和42年 10. 27. 判決), 저당권의 물상보증인(最裁 昭和43年 9. 26. 判決)의 시효원용권을 인정한 이래로, 앞서 대심원의 판례를 변경하여 그때까지 시효원용권이 부정되어 왔던, 담보부동산의 제3취득자(最裁 昭和48年 12. 14. 判決), 담보목적 아닌 매매계약의 가등기가 경료된 부동산의 제3취득자(最裁 平成2年 6. 5. 判決), 사해행위취소소송에서 수익자(最裁 平成10年 6. 22. 判決)에 대하여도 시효원용권을 인정하는 한편, 대물변제 계약가등기가 경료된 부동산의 제3취득자(最裁 昭和60年 11. 26. 判決), 양도담보권자로부터 피담보채권의 변제기 후에 목적물을 양수한 제3자가 양도담보권설정자의 청산금지청구권의 소멸시효 완성을 주장하는 사안(最裁 平成11年 2. 26. 判決)에 대하여도 시효원용권을 확대하였다.

반면 최고재판소는 1순위 저당권의 피담보채권의 소멸시효에 대하여 후순위 저당

25) 이처럼 일본의 최고법원이 '**직접성**'이라는 기준은 그대로 유지하면서도 물상보증인 또는 담보부동산의 제3취득자와 같은 사안에 대하여 과거에는 '간접적' 이익을 받는 자라고 판시하였던 당사자를 이제는 '직접적' 이익을 받는 자라고 판시하는 것은 부당하다는 지적이 있다. 四宮和夫(能見善久, 民法總則(2005년), 弘文堂, 376면. 김병선, 앞의 논문, 264면에서 재인용.

권자에게 시효원용권을 인정하지 않고 있고(最裁 平成11年 10. 21. 判決), 과거 대심원에 의해서 부정되었던 배당이의의 소를 제기한 채무자의 일반채권자(위에서 본 大審院 昭和11年 2. 14. 判決)에 대해서도 판례를 변경하지 않고 있다. 다만, 일반채권자는 채권자대위권에 기하여 채무자의 다른 채권자에 대한 채무가 소멸하였음을 원용하는 것은 인정하고 있다(最裁 平成43年 9. 2. 判決).²⁶⁾

3. 우리나라에서의 논의

가. 학설

우리 민법이 의용민법 제145조를 삭제함으로써 '원용'이라는 용어가 민법전에는 존재하지 않음에도, 시효원용을 논리의 근간으로 삼는 상대적 소멸설은 물론이고, 절대적 소멸설 및 이론적으로 절대적 소멸설에 근접한 것으로 보이는 판례에서도 시효원용이라는 용어를 사용하고 있다. 물론 위와 같은 상대적 소멸설과 절대적 소멸설 및 판례가 사용하는 '원용'의 의미가 서로 동일하지 아니함은 앞서 일본에서의 학설을 소개하면서 살펴 본 바와 같은데, 대체로 상대적 소멸설은 일본의 불확정효과설에, 절대적 소멸설 및 판례는 일본의 확정효과설에 맞닿아 있어서 그와 궤를 같이 한다고 보아도 큰 무리가 없을 듯하다.

먼저, 상대적 소멸설에서는 시효원용권자의 범위에 대하여 시효완성으로 직접 의무를 면하거나 권리의 확장을 받는 자이지만, 그에 한하지 않고 그 권리나 의무에 기하여 의무를 면하거나 권리의 확장을 받는 자도 포함된다고 한다. 그리하여 보증인, 연대보증인, 연대채무자, 물상보증인, 담보부동산의 제3취득자, 표현상속인으로부터 상속재산을 양수한 자, 사해행위의 수익자 등에게 원용권이 인정되어야 한다고 한다.²⁷⁾

다음으로, 절대적 소멸설에 있어서는 별도로 시효원용권자의 범위를 논의하지 않는 것이 적어도 논리의 일관성 측면에서는 당연하다고 생각되고, 실제로도 이에 대하여 논의하고 있는 학설을 찾기 어렵다고 소개되고 있다.²⁸⁾ 절대적 소멸설을 취하

26) 단, 이런 경우에 채권자는 채무자가 무자력이라는 사실을 추가로 입증하여야 할 것이고, 무엇보다도 채무자가 이미 시효이익을 포기한 경우에는 대위할 권리(시효원용권)가 더 이상 존재하지 아니하여 시효원용권을 행사할 수 없다는 결과가 된다. 이 점에서 독자적인 시효원용권자로 인정받는 것과 큰 차이가 있다.

27) 김용환, 민법총칙론(1997), 박영사, 490면; 김중환, 민법총칙(1983), 박영사, 355면; 김중환·김학동, 민법총칙(2001), 박영사, 544면; 김현대, 민법총칙(1978), 교문사, 479면. 이상 김병선, "시효원용권자의 범위", 민사법학 제38호(2007), 한국민사법학회, 258면에서 재인용.

28) 김병선, 앞의 논문, 258면.

는 학자가, “상대적 소멸설에 따를 경우 시효원용권자의 범위를 정하여야 한다는 복잡하고 어려운 문제가 야기되는 반면, 절대적 소멸설에 의할 경우에는 소멸시효 완성으로 권리는 원용을 기다리지 않고 당연히 소멸하므로 누구나 필요하면 그 소멸을 주장할 수 있고 누가 시효원용권자에 해당하는지를 별도로 판단할 필요가 없이 간명하게 설명할 수 있다”라고 주장하는 것은²⁹⁾이런 의미에서 수긍된다.

그럼에도 불구하고, 절대적 소멸설에 직접적인 영향을 준 것으로 보이는 일본의 확정효과설에서조차 시효원용권자와 유사한 개념을 인정하면서 '시효원용을 할 수 있는 자는 시효에 의하여 권리 득상의 사실을 주장할 정당한 이익을 가지는 자'라고 주장하는 것은³⁰⁾논리적 일관성의 결여에 더하여 위 이론의 현실 적용성에 어느 정도 한계가 있음을 인정하는 결과가 아닐까 생각된다.

(확정효과설에 의할 때, 시효완성으로 인해 권리는 일용 소멸되고 '시효를 원용한다'는 것은 시효완성 사실을 소송절차에 공격방어방법으로 현출한다는 것에 다름 아니라고 할 것인데, 그렇다면, 소송법상으로 정당한 원·피고의 지위를 인정받은 당사자인 이상 시효완성 사실을 얼마든지 변론에 상정할 수 있어야 하는 것이지 여기에다가 추가로 '권리 득상의 사실을 주장할 정당한 이익'이라는 불확정 개념을 동원한 자격요건이 왜 더 필요한지가 쉽게 이해되지 않는다.)

나. 판례

우리 판례가 민법 시행 초기부터, 소멸시효의 이익을 받을 자가 소송에서 소멸시효의 이익을 받지 않겠다는 항변 또는 원용을 하지 아니하는 이상 변론주의 원칙상 그 의사에 반하여 재판할 수 없다고 천명하였고, 그 후 **'시효이익을 직접 받는 자'**를 언급하면서 시효원용권자의 범위를 상당히 제한적으로 해석·적용하여 왔음은 앞서 살펴본 바와 같다. 그런 가운데서도 '시효이익을 직접 받는 자'의 범주에 관하여, 한때는 **"소멸시효의 대상이 되는 권리의 직접적인 의무자"**³¹⁾라고 적시한 판례가 있었으나 그 후로는 **"시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람"**³²⁾이라고 설시하여, 비록 제3자라고 하더라도 권리의 소멸로 인하여 직

29) 양창수, “소멸시효완성의 효과”, 고시계(1994. 9.), 149면.

30) 平野裕之, 民法總則(2003년), 日本評論社, 473면. 김병선, 앞의 논문, 259면에서 재인용.

31) “소멸시효에 있어서 그 시효기간이 만료되면 권리는 당연히 소멸하지만 그 시효의 이익을 받는 자가 소송에서 소멸시효의 주장을 하지 아니하면 그 의사에 반하여 재판할 수 없고 그 시효이익을 받는 자는 시효기간 만료로 인하여 소멸하는 권리의 의무자를 말한다.(대법원 1991. 7. 26. 선고 91다5631 판결).

32) 아래의 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다22676 판결 등 참조.

접 이익을 받을 관계에 있는 사람도 포함된다는 태도를 견지하면서 시효원용권자의 범위를 점차 확대하여 가고 있다는 것이 대체적인 평가이다.³³⁾ 이하에서는 그러한 흐름에 따른 구체적인 판결례에 대하여 살펴본다.

1) 시효원용권자를 좁게 본 사안

가) 농지개혁 후 원고가 농지분배자인 甲으로부터 토지를 매수하였는데, 농지개혁 전 본래 소유자였던 乙이 위 토지에 대한 소유권보존등기를 경료한 후 이를 피고에게 매도한 다음 소유권이전등기까지 마쳐준 사안에서, 甲에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 한 원고가 甲을 대위하여 피고를 상대로 말소등기에 갈음한 '진정한 등기명의의 회복'을 원인으로 한 소유권이전등기의 이행을 구하자, 피고가 甲의 乙에 소유권이전등기청구권이 시효로 소멸하였음을 항변한 사건이다. 이에 대하여 대법원은, "원고가 가진 소유권이전등기청구권에 대한 소멸시효의 완성으로 인하여 직접 이익을 받는 자는 채무자인 乙일 뿐, 원인무효의 등기명의자로부터 등기를 경료받은 무권리자인 피고는 그 직접 수익자라고 할 수 없으므로, 피고는 소멸시효의 완성을 원용할 지위에 있다고 할 수 없다."라고 판시하였다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다5749 판결). 이후로도 동일한 취지로 "채권자가 채권자대위권을 행사하여 제3자에 대하여 하는 청구에 있어서 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로는 대항할 수 없으므로, 채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자도 원칙적으로는 시효이익을 직접 받는 자뿐이고 채권자대위소송의 제3채무자가 이를 행사할 수는 없다"는 판시가 거듭되어 왔다.³⁴⁾

나) 후순위 채권자인 원고가 채무자 소유의 부동산에 대한 경매절차에서 선순위가등기담보권자인 피고에게 부당하게 많은 금액을 배당한 반면 후순위 채권자인 원고에게는 부당하게 적은 금액을 배당하는 것으로 배당표가 잘못 작성되었음을 이유로 원고가 피고를 상대로 제기한 배당이의 사건에서, 대법원은 "소멸시효가 완성된 경우 이를 주장할 수 있는 사람은 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람에 한정되므로, **채무자에 대한 일반 채권자는** 자기의 채권을 보

33) 김문희, 앞의 논문, 707면; 김정만, “소멸시효 원용권자의 범위”, 사법연수원논문집(2008), 사법연수원, 65면, 김태봉, 앞의 논문, 108면.

34) 대법원 1998. 12. 8. 선고 97다31472 판결; 2004. 2. 12. 선고 2001다10151 판결; 2010. 4. 29. 선고 2009다104113 판결 등을 통해서도 일관되게 반복되고 있다.

전하기 위하여 필요한 한도 내에서 **채무자를 대위하여** 소멸시효 주장을 할 수 있을 뿐 채권자의 지위에서 **독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다.**"라고 판시함으로써 채무자의 일반채권자에게는 독자적인 시효원용권이 없다고 판단하였다(대법원 1997. 12. 26. 선고 97다22676 판결)³⁵⁾

2) 시효원용권자를 넓게 본 사안

가) 매매예약을 원인으로 한 가등기 목적물의 제3취득자

① 가등기에 기한 소유권이전등기청구권이 시효의 완성으로 소멸되었다면 그 가등기 이후에 그 부동산을 취득한 제3자는 그 소유권에 기한 방해배제청구로서 그 가등기권자에 대하여 본등기청구권의 소멸시효를 주장하여 그 등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 1991. 3. 12. 선고 90다카27570 판결). 시효원용권자의 범위를 시효로 소멸하는 권리의 의무자인 원소유자를 넘어서 의무자를 넘어서 가등기부동산의 제3취득자에게까지 확대하였다는 데에 큰 의미가 있는 판결이다.

② 소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 사람에 한정되는바, 채권담보의 목적으로 매매예약의 형식을 빌어 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기가 경료된 부동산을 양수하여 소유권이전등기를 마친 제3자는 당해 가등기담보권의 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자이므로, 그 가등기담보권에 의하여 담보된 채권의 채무자가 아니더라도 그 피담보채권에 관한 소멸시효를 원용할 수 있고, 이와 같은 직접수익자의 소멸시효 원용권은 채무자의 소멸시효 원용권에 기초한 것이 아닌 독자적인 것으로서 채무자를 대위하여서만 시효이익을 원용할 수 있는 것은 아니며, 가사 채무자가 이미 그 가등기에 기한 본등기를 경료하여 시효이익을 포기한 것으로 볼 수 있다고 하더라도 그 시효이익의 포기는 상대적 효과가 있음에 지나지 아니하므로 채무자 이외의 이해관계자에 해당하는 담보 부동산의 양수인으로서도 여전히 독자적으로 소멸시효를 원용할 수 있다(대법원 1995. 7. 11. 선고 95다12446 판결). 위 판례와 유사한 사안이지만, 판례가 상대적 소멸설의 개념도구인 '소멸시효 원용권'이라는 용어를 직접 사용하였다는 점에서 상당한 주목을 끌었고, 시효원용권을 독자적으로 행사하는 것과 대위하여 행사하는 것의 차이점을 부각하여 실시하였으며, 시효이익 포기의 상대효를 명시적으

로 적시하였다는 점에서도 큰 의미가 있는 판결이다.

나) 연대보증인

① 주채무가 시효로 소멸한 때에는 보증인도 그 시효소멸을 원용할 수 있으며 주채무자가 시효의 이익을 포기하더라도 보증인에게는 그 효력이 없다 할 것이므로 주채무자인 甲이 원고에게 부담하고 있던 물품대금채무의 소멸시효가 완성한 때에는 주채무자 甲이 시효완성 후에 그 시효의 이익을 포기하였다 하더라도 연대보증인인 乙, 丙은 위 주채무의 시효소멸을 원용할 수 있다(대법원 1991. 1. 29. 선고 89다카1114 판결).

② 연대보증인이 소멸시효 항변을 하는 경우 그 항변에는 연대보증채무 이외에 주채무도 소멸시효가 완성하였다는 취지가 포함되어 있으므로, 보증채무에 대한 소멸시효가 중단되었다고 하더라도 이로써 주채무에 대한 소멸시효가 중단되는 것은 아니고, 주채무가 소멸시효 완성으로 소멸된 경우에는 보증채무도 그 채무 자체의 시효중단에 불구하고 부종성에 따라 당연히 소멸된다(대법원 2002. 5. 14. 선고 2000다62476 판결).

다) 물상보증인

타인의 채무를 담보하기 위하여 자기의 물건에 담보권을 설정한 물상보증인은 채권자에 대하여 물적 유한책임을 지고 있어 그 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 관계에 있으므로 소멸시효의 완성을 주장할 수 있다(대법원 2004. 1. 16. 선고 2003다30890 판결).

라) 유치권의 목적물인 부동산의 제3취득자

유치권이 성립된 부동산의 매수인은 피담보채권의 소멸시효가 완성되면 시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 자에 해당하므로 소멸시효의 완성을 원용할 수 있는 지위에 있다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39530 판결).

마) 사해행위취소소송의 수익자

소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에

35) 앞서 살펴본 바와 같이 일본 최고재판소의 입장도 동일하다. 이는 대상판결과 전제적으로 유사한 사안인데 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다109500 판결 등에서도 반복되고 있다.

한정되는바, 사해행위취소소송의 상대방이 된 사해행위의 수익자는, 사해행위가 취소되면 사해행위에 의하여 얻은 이익을 상실하고 사해행위취소권을 행사하는 채권자의 채권이 소멸하면 그와 같은 이익의 상실을 면하는 지위에 있으므로, 그 채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 해당하는 것으로 보아야 한다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다54849 판결).

3) 시효원용권자를 다시 축소한 사안

소멸시효 이익의 포기는 상대적 효과가 있을 뿐이어서 다른 사람에게서는 영향을 미치지 아니함이 원칙이나, 소멸시효 이익의 포기 당시에는 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받을 수 있는 이해관계를 맺은 적이 없다가 나중에 시효이익을 이미 포기한 자와의 법률관계를 통하여 비로소 시효이익을 원용할 이해관계를 형성한 자는 이미 이루어진 시효이익 포기의 효력을 부정할 수 없다. 왜냐하면, 시효이익의 포기에 대하여 상대적인 효과만을 부여하는 이유는 포기 당시에 시효이익을 원용할 다수의 이해관계인이 존재하는 경우 그들의 의사와는 무관하게 채무자 등 어느 일방의 포기 의사만으로 시효이익을 원용할 권리를 박탈당하게 되는 부당한 결과의 발생을 막으려는 데 있는 것이지, 시효이익을 이미 포기한 자와의 법률관계를 통하여 비로소 시효이익을 원용할 이해관계를 형성한 자에게 이미 이루어진 시효이익 포기의 효력을 부정할 수 있게 하여 시효완성을 둘러싼 법률관계를 사후에 불안정하게 만들자는 데 있는 것은 아니기 때문이다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다200227 판결).

위 판결은 제3취득자의 시효원용권을 부정한 사안이다. 위 판결은 앞서 본 대법원 1995. 7. 11. 선고 95다12446 판결 등으로 대표되는, 담보부동산의 제3취득자에 대한 시효원용권에 대한 종래 대법원의 원칙, 즉 담보부동산의 제3취득자가 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 포함되고, 원소유자인 채무자의 시효이익 포기에도 불구하고 제3취득자는 여전히 독자적인 시효원용권을 가진다는 입장과 배치되고, 담보부동산의 제3취득자를 중전 소유자가 시효이익을 포기하기 전에 취득한 자와 포기한 이후에 취득한 자로 새롭게 구분하면서 후자의 경우에는 '시효이익을 이미 포기한 자와의 법률관계를 통하여 비로소 시효이익을 원용할 이해관계를 형성한 자'라고 하여 시효원용권을 부정하는 판단을 하였다. 이에 대하여는 종래의 판례에 의해 형성된 법적 안정성을 해친다는 등의 비판이 제기되고 있어서³⁶⁾ 향후

대법원의 입장 정리가 어떠한 것인지 주목된다.

4. 대상판결에 대한 검토

대상사건에서, 이 사건 근저당권의 피담보채무(차용금채무)는 2008. 6. 20.경 소멸시효기간이 일용 경과되었음에도, 채무자 겸 담보물의 소유자인 소외인은 2011. 9. 1. 담보물인 이 사건 부동산에 대한 강제경매개시결정이 내려진 이래로 2013. 6. 5. 열린 배당기일에 이르기까지도 시효이익을 향유하기 위하여 아무런 언동도 하지 않았다[단, 소외인이 개인회생절차개시신청을 하고 피고에 대한 이 사건 피담보채무(차용금채무)를 인정하는 취지로 기재한 채권자목록을 제출한 것은 잠시 논외로 하고, 이에 대해서는 항을 바꾸어 상세히 검토한다].

이런 상태대로라면, 시효완성만으로 권리가 당연히 소멸된다고 보는 절대적 소멸설의 입장에서도 피담보채무(차용금채무)가 소멸하였다고 볼 수는 없을 것이다.

그런데 대상판결에서는 압류채권자인 원고가 배당기일에 이의를 함으로써 시효원용권을 행사한 것으로 평가하고 있다. 대법원은, 일반채권자인 원고가 채무자 소유의 부동산에 대한 경매절차에서 선순위 가등기담보권자인 피고에게 부당하게 많은 금액을 배당한 반면 후순위 채권자인 원고에게는 부당하게 적은 금액을 배당하는 것으로 배당표가 잘못 작성되었음을 이유로 원고가 피고를 상대로 제기한 배당이의 사건에서, **일반채권자는 "시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람이라고는 할 수 없어서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다"**라고 보면서도, 채무자에 대한 일반채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 **채무자를 대위하여서는 소멸시효 주장을 할 수 있다**고 일관되게 판시하여 오고 있는데(대법원 1997. 12. 26. 선고 97다22676 판결; 2012. 5. 10. 선고 2011다109500 판결 등), 대상판결도 그와 동일한 선상에서의 판단으로 보인다.

그런데 여기서, 원고와 같은 압류채권자도 "시효로 인하여 채무가 소멸되는 결과 직접적인 이익을 받는 사람이라고는 할 수 없어서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없다"라고 평가하는 것이 타당한지에 대한 의문이 있을 수 있다. 왜냐하면 대상판결의 판시대로라면 원고는 당초 배당표에 의해서 피고에게 배당되었던

36) 양창수, "채무자의 시효이익 포기는 그 후의 저당부동산 제3취득자에 대하여도 효력이 미치는가?", 법률신문 (2015. 7. 27.자), 11면; 김태봉, 앞의 논문, 112면.

50,000,000원을 모두 되찾아 오는 결과가 될 것이어서 직접적인 이익을 받을 사람이라고 하는 것이 옳지 않느냐는 의문이 들기 때문이다.

그러나 결론적으로 위와 같은 판례의 설시는 타당한 것으로 생각된다. 우선, 압류채권자라고 하여도 그 배당의 순위에 있어서는 일반채권자와 다르지 않는데, 원고의 배당이의, 즉 시효원용권의 행사를 통해서, 채무자인 소외인의 피고에 대한 근저당권의 피담보채무(차용금채무)가 소멸된다고 한들, 그로 인해서 원고에게 직접적으로 권리가 발생하거나 확장되는 것이 아니고, 단지 모든 채권자들에게 배당될 채무자의 책임재산이 증가하는 데에 불과하여 장차 원고로서도 배당이 증가할 것이라는 기대를 가질 수 있는 데에 그치기 때문이다. 이 사건에서 원고는 우연찮게도 피고 이외에 다른 채권자들이 없어서 피고로부터 재배당받을 50,000,000원을 모두 되찾아올 수 있는 결과가 예상된다고 하더라도 달리 볼 수는 없다고 하겠다.

(다만, 위와 같은 "직접적인 이익을 받을 사람"이라는 기준은 상당히 불확정적인 개념이므로, 향후 일반채권자에 대한 평가도 달라질 수 있는 여운을 남긴다고 할 것이다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이, 일본의 최고법원이 위와 같은 기준을 표면적으로는 고수하면서도 실제로는 시대의 변천에 따라 그 판단을 달리 하여 온 사정을 통해서도 엿볼 수 있다.)

그리하여, 압류채권자인 원고도 채무자를 대위하여서나마 소멸시효 주장을 할 수 있는 지위에 있다는 결론을 수궁하게 되면, 그 선결과제로서 채무자인 소외인이 자신의 시효이익을 포기하지는 않았는지를 검토할 필요가 있게 된다. 왜냐하면, 앞에서 살펴본 바와 같이 시효원용권의 대위행사는 피대위자의 시효원용권이 존재함을 전제로 거기에 빌붙어서만 가능한 것이므로, 만약 채무자인 소외인이 이미 시효이익을 포기하였다고 판단된다면 원고의 시효원용 행위는 더 이상 빌붙을 대상이 없어 버리기 때문이다. 특히, 대상판결의 사실관계에 따르면 소외인이 ① 자신이 신청한 개인회생절차에서 피고에 대한 피담보채무(차용금채무)를 인정하는 취지로 기재된 채권자목록을 제출하였고, ② 이 사건 부동산에 대한 강제경매절차에서 배당기일까지 아무런 이의를 하지 아니하였는바, 이러한 사실들이 명시적(위 ①에 대해서) 또는 묵시적(위 ②에 대해서)으로 시효이익의 포기가 되지는 않을지 문제된다.

이에 대해서는 항의 바꾸어 시효이익의 포기를 논점으로 하여 상술하기로 한다.

V. 소멸시효이익의 포기

1. 시효이익의 포기에 대한 일반론

가. 시효이익 포기의 의의

민법 제184조 제1항은 "소멸시효의 이익은 미리 포기하지 못한다."라고 규정하여 '시효이익의 포기'라는 개념을 인정하면서 시효완성 전에는 이를 포기하지 못하도록 하고 있다.³⁷⁾ 그 반대해석상 시효완성 후에는 시효이익을 포기할 수 있다는 데에 이견이 없다. 시효제도는 사회적인 제도임과 동시에 당사자의 의사를 존중하는 제도라는 점과 시효완성 후에는 포기를 허용하여도 완성 전의 포기과 같은 폐해를 초래하지 않기 때문이다.³⁸⁾

시효이익의 포기를 설명하는 논리는 앞서 본 바와 같이 시효완성의 효과를 놓고 대립하는 학설에 따라 차이가 있다. 상대적 소멸설에서는 시효완성으로 생긴 시효원용권의 포기라고 하고, 절대적 소멸설에서는 시효완성의 이익을 받지 않겠다는 의사표시로서 이 의사표시에 의해서 시효의 이익이 생기지 않은 것으로 된다고 한다.³⁹⁾ 다만, 절대적 소멸설에 대하여는, 절대적 소멸설의 원리에 충실하다면 시효기간의 만료로 권리는 당연히 소멸하고 민법 제167조에 따라 그러한 권리 소멸의 효과는 기산일에 소급하게 되는데, 그리하여 이미 사라져버린 권리가 시효이익의 포기라는 의사표시에 의하여 어떻게 다시 부활한다고 설명할 수 있는가라는 비판이 제기되어 왔고, 이에 대하여 명쾌한 대답을 내놓지 못하고 있다는 지적이 많다.⁴⁰⁾

과연, 시효이익의 포기는 절대적 소멸설의 입장에서 적어도 논리상으로는 애물단지와 같은 존재로서, 의용민법 제145조의 삭제에도 불구하고 동 학설을 좀 더 자신감 있게 제창할 수 없게 만드는 결정적 요인임이 분명해 보인다.

37) 이처럼 시효이익을 시효완성 전에 포기하지 못하도록 한 이유는, 이를 허용한다면 연속된 사실상태를 존중하려는 시효제도의 근간이 개개인의 의사에 따라 무너질 수 있다는 데에 있다고 설명되고 있다. 채권자가 채무자의 곤궁한 상황을 악용하여 시효이익의 포기를 미리 강제할 우려가 있다는 것이다.

38) 김세진, "시효이익의 포기에 관한 판례분석과 그 이론구성에 관한 시론", 재판과 판례 제5집(1996), 24면.

39) 송덕수, 민법총칙(2015), 박영사, 550면.

40) 윤진수, "김중환 교수의 소멸시효론", 민사법학 제69호(2014), 114면 등.

그러나 양 학설의 대립에도 불구하고, 시효이익의 포기가 상대방에 대한 일방적 의사표시(단독행위)로서⁴¹⁾, 일종의 처분행위이기 때문에 포기하는 자에게 처분능력과 처분권한이 있어야 한다는 데에 다수의 견해가 일치하고 있다. 대법원 역시 "시효이익을 받을 채무자는 소멸시효가 완성된 후 시효이익을 포기할 수 있고, 이것은 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다고 하는 의사표시이다. 그리고 그러한 시효이익 포기의 의사표시가 존재하는지의 판단은 표시된 행위 내지 의사표시의 내용과 동기 및 경위, 당사자가 의사표시 등에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식에 따라 객관적이고 합리적으로 이루어져야 한다."라고 판시한 이래로(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결) 대상판결에 이르기까지, 시효이익의 포기를 '의사표시'로 보고, 구체적인 사안에서 시효이익의 포기 있었는지 여부를 판단하기 위해서는 의사표시 해석의 일반적 기준에 따라야 함을 일관되게 반복하고 있다(구체적인 사안에서 시효이익의 포기라고 본 사례와 그렇게 보지 않은 사례에 대해서는 항을 바꾸어 좀 더 상세히 살펴보기로 한다).

부연하자면, 시효이익의 포기는 채무자측의 사유에 따른 시효 완성효의 불발이라는 점에서 시효완성 전 시효중단 사유로서의 채무승인(제168조 제3호)과 유사한 느낌이 들지만, 채무승인은 채권자의 권리를 인정한다고 표시하는 관념의 통지로 족하기 때문에, 민법 제177조도 채무승인에는 상대방의 권리(즉, 채무자 자신의 의무)에 관한 처분능력이나 권한을 요하지 않는다고 규정하고 있음에 비하여, 대법원 판례 및 다수설과 같이 시효이익의 포기를 의사표시이자 처분행위로 볼 때, 시효이익의 포기에는 처분능력과 처분권한이 있어야 한다는 점에서 큰 차이가 있다.

41) 다만, 이는 채무자의 일방적 의사표시가 최소한의 법률요건이 된다는 것이지, 여기에 상대방의 승인이 결합되어 계약(합의)의 형태로 포기가 이루어지는 것을 막는다는 의미는 아니다. 이러한 사례로 대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다200227 판결의 사안에서는, 채권자와 채무자가 제1 대여금채권에 대한 담보조로 채무자 소유 부동산 위에 제1 근저당권을 설정해 두었는데, 그 후 제1 대여금에 대한 소멸시효가 완성하였음에도 위 제1 대여금에 대하여 발생한 이자를 피담보채권으로 하여 같은 부동산 위에 또다시 제2 근저당권을 설정해 주었다. 이처럼 채권자와 채무자가 제2 근저당권의 설정계약이라는 별도의 합의를 통해서 시효이익을 포기하는 것도 가능하다고 할 것이다.

한편, 시효이익의 포기를 '의사표시'라고 할 때, 그 의미에 대해서 과연 절대적 소멸설과 상대적 소멸설이 공통된 인식을 가지고 있는 것인지는 정확히 알 수 없다. 이와 관련하여서는 이 글의 마무리 부분에서 필자의 의견을 담아서 다시 서술하고자 한다.

시효이익의 포기는 의사표시이므로 명시적뿐만 아니라 묵시적으로도 할 수 있다. 대표적인 사례가 배당이의와 관련되어 등장한다. 즉 대법원 2001. 6. 12. 선고 2001다3580 판결의 사안에서, 소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권이 실행됨으로써 채무자 소유의 부동산이 경락되고 그 대금이 배당되어 채무의 일부변제에 충당될 때까지 채무자가 아무런 이의를 제기하지 아니하였는데, 이에 대하여 대법원은 "경매절차의 진행을 채무자가 알지 못하였다는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한, 채무자는 시효완성 사실을 알고 그 채무를 묵시적으로 승인하여 시효의 이익을 포기한 것으로 보아야 한다."라고 판시하였다. 위 판결은 대상판결의 결론에도 직접적인 영향을 미친 것으로 보인다.

또한, 원칙적으로 상대방 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생기기므로(민법 제111조 제1항) 시효이익의 포기도 의사표시인 이상 그로 인하여 권리에 직접적인 영향을 받는 상대방에게 도달하는 때에 효력이 발생한다. 대법원 1994. 12. 23. 선고 94다40734 판결; 2013. 9. 13. 선고 2013다43666 판결은 비록 취득시효가 문제된 사안이지만 위와 같은 법리를 명시적으로 실시하였는데 이는 소멸시효에서도 동일하게 적용된다고 할 것이다.

나. 시효이익의 포기권자 및 채무자의 시효완성 사실에 대한 인식 추정 여부

1) 시효이익의 포기권자

상대적 소멸설은 시효이익의 포기란 시효원용권의 포기라고 설명하므로, 「시효원용권자=시효포기권자」라는 도식이 자연스럽게 도출된다. 반면 절대적 소멸설에 따르면 어떤 권리의 소멸시효가 완성되면 그 권리는 절대적으로 소멸하므로 누구든지 소멸시효를 주장할 수 있다는 것이 논리 일관됨에도 불구하고, 실제로 이에 대하여 직접 논하는 국내의 학설은 없다. 다만, 이와 궤를 같이하는 것으로 보이는 일본의 확정효과설에서 시효원용권자의 범위에 대하여 기본적으로 주장할 이익 내지 필요성이 있는 자는 모두 원용할 수 있다는 입장을 취함으로써 그 제한 필요성을 인정하고 있다는 점에 대해서는 앞선 항에서 살펴 본 바와 같은데, 이는 시효이익의 포기에서도 마찬가지로 할 것이다.

우리 대법원 역시 "시효완성의 이익 포기의 의사표시를 할 수 있는 자는 시효완성의 이익을 받을 당사자 또는 그 대리인에 한정되고, 그 밖의 제3자가 시효완성의 이익 포기의 의사표시를 하였다 하더라도 이는 시효완성의 이익을 받을 자에 대한 관계에서 아무 효력이 없다."라고 판시하였다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다53366 판결; 2014. 1. 23. 선고 2013다64793 판결 등).

각 학설과 판례에서 말하는 포기권자의 구체적인 범위는 앞서 시효원용권자에 대하여 살펴본 내용과 대체로 같을 것이므로 이곳에서는 중복을 피하여 기술하지 않는다.

2) 채무자의 시효완성 사실에 대한 인식 추정 여부

가) 문제 제기

시효이익의 포기가 유효하려면 우선, 채무자가 채권자에 대하여 부담하는 「채무의 존재에 대한 인식」이 있어야 함이 당연하다. 왜냐하면 시효중단 사유로서의 채무승인은 "채무자가 자신의 「채무의 존재에 대한 인식」을 하고 있다는 관념의 통지"라고 정의되므로, 그러한 관념의 통지의 내용을 이루는 「채무의 존재에 대한 인식」은 채무승인에서 불가결한데, 시효이익의 포기는 여기서 한걸음 더 나아가, "시효완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다"는 효과의사를 표시하는 행위, 즉 의사표시로서 채무승인을 훨씬 초과하므로 채무승인에서 불가결한 「채무의 존재에 대한 인식」은 시효이익의 포기에서도 당연히 전제되어 있어야 하기 때문이다.

그런데 ① 시효이익의 포기에서는 위와 같은 「채무의 존재에 대한 인식」이외에 추가로 채무자가 「시효완성 사실을 알고」 포기행위를 하였을 것이 요구되는지⁴²⁾, ② 채무자가 시효완성 후에 채무의 승인을 한 때에는 일용 「시효완성 사실을 알고」 한 것으로 **추정**할 수 있는지가 문제된다. 이는 재판 실무에서는 원, 피고 사이의 증명책임을 둘러싸고 판결의 결론에 직접 영향을 미칠 수 있는 대단히 중요한 문제이다. 예컨대, 어떤 채무자가 시효완성 후 채무승인에 해당하는 일정한 행위를

42) 판례는 이를 요구하고 있는 것으로 보인다. 예컨대, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011다56187, 56194 판결은 그 이유에서 "소멸시효 이익의 포기는 채무자가 시효완성 사실을 알고 그 이익을 포기한 때에 성립하는 것"이라고 설시하고 있다.

한 후에 '사실은 시효완성 사실을 모르고 실수로 한 것이니, 다시 시효를 원용하겠다'라는 취지의 주장을 한 경우에, 위 ①, ②의 모두를 인정한다면 채무자의 반증이 없는 한 그러한 주장을 받아들일 수 없을 것인데 비해, (일단, 위 ①은 요구된다는 전제 하에) 위 ②를 인정할 수 없다면, 오히려 채권자가 적극적으로 채무자가 시효완성 사실을 알고 그와 같은 행위를 하였다는 사실까지 증명하여야 할 것이다. 채무자나 채권자 누구라도 자신에게 유리한 그러한 사실을 성공적으로 증명해 낸다는 것이 현실적으로 쉽지 않기 때문에, 추정력의 반대편에 서 있는 당사자는 패소의 결과에 더 근접하고 말 것이다.⁴³⁾

나) 일본⁴⁴⁾

일본의 판례는 최초 大審院 大正6年 2. 19. 判決에서 "보통채권이 10년의 시효에 의하여 소멸하는 것은 일반적으로 주지의 사실이므로 시효기간이 경과한 후에 이르러 채무자가 채무를 승인한 경우는 시효완성 사실을 알고 그 승인을 한 것으로 일용 추정할 수 있다."고 판시한 이래 이러한 입장이 最裁 昭和35年(1960年) 6. 23. 判決에 이르기까지 판례의 주류를 형성하였다.⁴⁵⁾ 추정이라 함은 원래는 반증을 통한 복멸이 허용되는 것임에도 일본의 재판실무에서는 사실상 반증을 통한 복멸을 인정 한 사례가 거의 없어서 추정이 의제와 같이 운용되어 왔다.

이에 대하여 학설은 대체로 그 결론에는 반대하지 않으면서도, 일반인이 시효완성 사실을 알면서 그 이익을 포기한다는 것은 통상의 경험칙에 반한다는 이유에서 판례를 태도를 비판하였다. 그 대안으로 신의칙에 의하여 시효의 원용을 허용하지 않는 방식을 제안하는 견해가 주류를 이루었다.⁴⁶⁾

43) 양창수, "시효이익의 포기와 보증관계", 민법연구 제3권(2006년), 박영사, 365면에서는 "실제 재판례를 보면, 시효완성 후 채무자가 채무를 승인한 사안에서 채무자가 반증에 의하여 시효완성 사실을 알지 못하고 채무를 승인한 것이라는 사실을 주장·입증하는 데 성공한 예는 하나도 없다"고 기술하고 있는데, 같은 의미로 생각된다.

44) 김세진, 앞의 논문, 29면 이하.

45) 이는 종래 시효완성의 효과에 대한 일본의 학설대립에서 유래한 것으로, 시효가 완성되면 시효의 원용 없이도 확정적으로 권리 득상의 효과가 생기고 시효의 원용은 재판상의 공격방어방법일 뿐이라고 설명하는 확정효과설의 입장에서는 시효이익의 포기라는 것이 완성된 시효의 효력을 소멸시키는 의사표시라고 이해하고 있어서 그 결과로 그러한 효과의사가 있다고 하기 위해서는 완성된 시효의 존재를 알고 있다고 하는 것이 전제로 된 것이다. 이에 영향을 받은 일본의 판례(大審院 大正3年 4. 25. 判決; 大正4年 3. 11. 判決; 大正4年 12. 23. 判決 등)도 시효이익의 포기에는 완성된 시효의 존재를 알 필요가 있다고 일관되게 판시하였었다(김세진, 앞의 논문, 29면).

46) 박윤직 편, 위 민법주해Ⅲ, 554면.

그러던 중, 일본 최고재판소는 昭和41年(1966년) 4. 22. 大法廷 判決⁴⁷⁾에서 위와 같은 학설의 비판을 수용하여 판례를 변경하였다. 사안은, 시효완성 후 채무자가 채권자에게 채무를 원금액으로 감액하여 주면 그것을 분할하여 지급하겠다는 내용으로 편지를 보내었다가 그 후 태도를 바꾸어 시효를 원용한 것이었다. 이에 대하여 채권자는 (앞선 최고재판소의 시효완성 사실에 대한 인식 추정론을 전제로) 이것이 시효이익의 포기라고 주장하였고, 채무자는 그 당시 **시효완성 사실을 알지 못하였을 뿐만 아니라** 위 편지는 이자면제와 분할지급을 조건으로 하여 지불하겠다는 의향을 제시한 것인데 채권자가 그 조건을 승낙하지 아니하였으므로 채무의 존재를 승인한 것이 되지 않는다고 주장하였다. 이에 대하여 최고재판소는 "채무자가 시효완성 후에 채무의 승인을 하는 경우에는 그 시효완성의 사실을 알고 있는 것은 오히려 이례이고, 알지 못하는 것이 보통이라고 할 수 있기 때문에 채무자가 상인인 경우에도 소멸시효 완성 후에 당해 채무를 승인하였다는 사실로부터 위 승인이 시효가 완성하였다는 것을 알고서 행한 것이라고 추정하는 것은 허용되지 않는다."는 취지로 설시함으로써 종래의 입장이던 위 最裁 昭和35年(1960년) 6. 23. 判決을 폐기하였다. 그럼에도, 위 대법정 판결은 채무자의 시효의 원용을 허용하지 아니하여 결론적으로는 원심의 판단을 유지하였는데(상고기각), 위와 같이 시효완성 사실을 알았다는 추정을 허용하지 않음으로써 시효완성 사실을 알지 못한 것으로 보게 됨에도, 채무자가 일단 시효완성 후 채무의 승인을 한 이상 다시 시효의 원용을 하는 것을 허용하지 않는다는 결론에 이른 이유에 대하여 다음의 두 가지를 들었다. 첫째, 시효가 완성된 후 채무를 승인하면 채권자는 채무자가 더 이상 시효를 원용하지 않는다고 생각할 것이므로 그 후에는 채무자에게 시효의 원용을 인정하지 않는 것이 신의칙에 비추어 상당하고, 둘째, 이렇게 해석하여도 영속한 사회질서의 유지를 목적으로 하는 시효제도의 존재이유에 반하는 것이 아니라는 점이다.

이처럼 시효완성 사실의 인식 여부를 불문하고, 일단 시효이익을 포기한 채무자에게는 신의칙에 의하여 시효의 원용을 허용하지 않는 판시가 그 후로도 계속되고 있다(最裁 昭和51年 1. 12. 判決; 昭和57年 1. 28. 判決; 昭和63年 4. 21. 判決 등).

47) 우리 대법원의 전원합의체 판결에 해당함.

다) 우리나라

먼저, 우리 대법원은 채무자가 시효완성 후에 채무의 승인을 한 때에는 일용 시효완성 사실을 알고 그 이익을 포기한 것이라고 **추정**할 수 있다는 취지의 판시가 주류를 이루고 있다(대법원 1967. 2. 7. 선고 66다2173 판결; 1992. 5. 22. 선고 92다4796 판결; 2001. 6. 12. 선고 2001다3580 판결; 2010. 3. 11. 선고 2009다100098 판결; 2013. 3. 28. 선고 2012다67030 판결 등).

① 일정한 기간이 지나면 채무가 시효로 소멸한다는 것은 일반적으로 널리 알려져 있고, ② 시효가 완성된 후에는 채무자가 더 이상 약자의 지위에 있지 아니하므로 시효이익의 포기를 넓게 인정한다 하더라도 공익에 반하거나 채무자를 해할 우려가 적은 반면, ③ 시효가 완성된 후에는 오히려 선량한 채권자를 보호할 필요성이 크고, ④ 채무의 이행을 성실하게 하지 아니하고 회피하려고 하는 당사자가 적지 아니한 거래현실 등을 감안하여야 한다는 점 등이 그 이유인 것으로 보인다.⁴⁸⁾

반면 학설에서는, 시효완성 후에 이를 알고도 시효이익을 포기한다는 것은 비현실적이고, 통상적으로는 오히려 알고 있었다면 이를 포기하지 않을 것이므로, 위와 같은 추정은 명백하게 경험적인 사실의 개연성에 반한다는 등의 이유로 판례의 태도를 비판하고, 일본의 신의칙 이론에 의한 해결을 찬성하고 있는 견해가 우세하다고 소개되고 있다.⁴⁹⁾

다. 시효이익 포기의 효과

1) 소멸시효의 새로운 진행 여부

시효이익을 포기하면 포기한 자는 더 이상 시효완성을 주장하지 못한다.

그러면 포기의 효력이 영구적이어서 같은 채무에 대해서는 더 이상 소멸시효가 진행하지 않는 것인지, 아니면 포기 후에 새롭게 소멸시효가 진행되는지가 문제된다.

이에 대하여 학설은 포기의 효력이 영구적이라는 견해⁵⁰⁾와 포기한 때로부터 새로

48) 강일원, “근저당권의 실행과 시효이익의 포기”, 대법원 판례해설 36호(2001. 12.) : 재판연구관 세미나 자료(2001다3580).

49) 박윤직 편, 위 민법주해(III), 554면 이하 등.

50) 박윤직 편, 위 민법주해(III), 558면.

게 소멸시효가 진행한다는 견해⁵¹⁾로 나뉜다.

대법원은 시효이익의 포기라고 볼 수 있는 행위가 있을 때부터 그 채무의 소멸시효기간이 다시 진행된다는 취지의 판시를 되풀이하고 있다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다25484 판결; 2009. 7. 9. 선고 2009다14340 판결; 2013. 5. 23. 선고 2013다12464 판결).

2) 포기의 효력이 미치는 인적 범위

앞서 살펴본 바와 같이, 시효포기권자의 범위는 대체로 시효원용권자의 범위와 일치하게 되는데, 여기서 어느 한 시효포기권자(대부분은 채무자일 것이다)가 시효이익을 포기한 경우 다른 시효원용권자(시효포기권자)에게도 영향을 미쳐서 그도 시효원용권을 더 이상 행사할 수 없게 되는지 여부가 문제된다.

여기서 주목할 부분은, 민법 제169조는 "시효의 중단은 당사자 및 그 승계인간에만 효력이 있다"라고 하여 상대효(相對效)를 규정하고 있는데, 이를 시효완성 후 시효이익을 포기하는 경우에도 유추하여 적용할 수 있느냐 하는 점이다. 시효의 중단이나 시효이익의 포기 모두 본래의 채무가 존속하게 된다는 결과에서 별반 차이가 없으므로 유추가 가능하다는 결론, 즉 시효이익이 포기에도 상대효(相對效)가 있다는 결론에 쉽게 이르려고 하는 순간 여기에 뜻하지 않은 복병이 눈에 띈다.

즉, 보증인과 관련하여, ① 민법 제440조는 "주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다"라고 규정하여 상대효를 제한하고 있는 반면, ② 민법 제433조는 제1항에서 "보증인은 주채무자의 항변으로 채권자에게 대항할 수 있다"라고 하고, 제2항에서 "주채무자의 항변포기는 보증인에게 효력이 없다"라고 하여, 이를 시효이익의 포기와 관련지어 생각해 보면 주채무자의 시효이익 포기가 다른 시효원용권자에게는 영향을 미치지 않는다는 상대효를 재확인하는 것에 다름 아니다.⁵²⁾ 이러한 민법 제440조와 제433조 두 조문의 존재는 '시효완성 전 시효중단'과 '시효완성 후 시효이익의 포기'를 선불리 연관 짓는 것을 경계하게 만들어, 민법 제169조가 규정하는 시효완성 전 시효중단의 상대효를 시효완성 후 시효이익의 포기에까지 일반적으로 유추적용 하는 데에 장애물이 된다고 할 것이다.

51) 김용담 편, 주식민법 제4판(2010년)-총칙(3)(김홍엽 집필), 한국사법행정학회, 674면.

52) 물론, 시효이익의 포기를 항변권으로 보지 않는 절대적 소멸설의 입장에서는 달리 해석할 여지도 있다고 생각된다.

이처럼 쉽지 않은 쟁점임에도, 우리 대법원은 오래 전부터 시효이익의 포기에는 상대효가 있음을 원칙적으로 확인하고 있다. 이를 테면, 주채무자의 시효이익의 포기는 보증인에 대하여 영향을 미치지 않고,⁵³⁾ 부진정연대채무자 1인의 시효이익이 포기는 다른 채무자에게 영향을 미치지 아니하며,⁵⁴⁾ 저당권에 관한 피담보채권의 채무자가 시효이익을 포기하더라도 저당부동산의 제3취득자에게는 영향을 미치지 않는다고⁵⁵⁾ 판시하였다. 그리고 시효이익의 포기에 상대효를 인정하는 이유에 대하여 "포기 당시에 시효이익을 원용할 다수의 이해관계인이 존재하는 경우 그들의 의사와는 무관하게 채무자 등 어느 일방의 포기 의사만으로 시효이익을 원용할 권리를 박탈당하게 되는 부당한 결과의 발생을 막으려는 데 있는 것이다."라고 판시하였다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다200227 판결).

그런데 위 대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다200227 판결에서는, 담보부동산의 제3취득자를 종전 소유자가 시효이익을 포기하기 전에 취득한 자와 포기한 이후에 취득한 자로 새롭게 구분하면서 후자의 경우에는 '시효이익을 이미 포기한 자와의 법률관계를 통하여 비로소 시효이익을 원용할 이해관계를 형성한 자'라고 하고, 이들에게 이미 이루어진 시효이익 포기의 효력을 부정할 수 있게 한다면 시효완성을 둘러싼 법률관계를 사후에 불안정하게 만들 우려가 있다는 이유로, 시효이익 포기의 상대효를 제한함으로써 제3취득자의 시효원용권도 제한하는 판단을 하였다. 이에 대하여는 종래 위 대법원 1995. 7. 11. 선고 95다12446 판결, 2010. 3. 11. 선고 2009다100098 판결 등의 판례에 의해 형성된 법적 안정성을 해친다는 등의 비판이 제기되고 있음은 앞서 시효원용권자의 범위에 대한 검토에서 살펴 본 바와 같다.

3) 포기의 효력이 미치는 물적 범위

시효완성 된 수개의 가분채권이 있는 경우, 시효이익의 포기권자가 한 시효이익 포기를 가분채무 전부에 대한 포기로 볼 수 있느냐의 문제가 제기 될 수 있다.

53) 대법원 1991. 1. 29. 선고 89다카1114 판결. 이 판결에서 대법원은 "민법 제433조에 의하면 주채무가 시효로 소멸한 때에는 보증인도 그 시효소멸을 원용할 수 있으며 주채무자가 시효의 이익을 포기하더라도 보증인에게 그 효력이 없다"라고 하여 민법 제433조를 보증인에 대한 상대효를 인정하는 근거로 제시하고 있다.

54) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다91886 판결.

55) 대법원 1995. 7. 11. 선고 95다12446 판결; 2010. 3. 11. 선고 2009다100098 판결; 2014. 6. 12. 선고 2014다14597 판결 등.

이에 대하여 대법원은, 동일 당사자간에 계속적인 거래로 인하여 같은 종류를 목적으로 하는 수개의 채권관계가 성립되어 있는 경우에 채무자가 특정채무를 지정하지 아니하고 그 일부의 변제를 한 때에도 다른 특별한 사정이 없다면 잔존채무에 대하여도 승인을 한 것으로 보아 시효중단이나 포기의 효력을 인정할 수 있을 것이나, 그 채무가 별개로 성립되어 독립성을 갖고 있는 경우에는 일률적으로 그렇게만 해석할 수는 없을 것이라고 판시하였다. 그리하여, 채무자가 가압류 목적물에 대한 가압류를 해제받을 목적으로 피보전채권을 변제하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피보전채권으로 적시되지 아니한 별개의 채무에 대하여서까지 소멸시효의 이익을 포기한 것이라고 볼 수는 없고(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다14936 판결), 채무자가 근저당권을 말소하기 위하여 피담보채무를 변제하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피담보채무가 아닌 별개의 채무에 대하여서까지 채무를 승인하거나 소멸시효의 이익을 포기한 것이라고 볼 수는 없다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다64793 판결)고 판시하였다. 결국, 당해 채무가 **개별성과 독립성**을 가지는지 여부를 판단 기준으로 제시하였다고 볼 수 있다.

2. 시효이익의 포기 여부에 대한 구체적 사례

가. 시효이익의 포기로 인정된 사안

1) 시효완성 후 채무승인

수표법상 소구권이 시효에 의하여 소멸된 후에 수표상 채무를 승인했다면 소멸시효의 이익을 포기한 것이고(대법원 1965. 11. 30. 선고 65다1996 판결), 소멸시효의 완성 후 차용금의 반환을 요구하는 데에 대하여 곧 갚겠다고 말한 것은 시효이익을 포기한 것이다(대법원 1967. 2. 7. 선고 66다2173 판결).

2) 시효완성 후 변제기한의 유예 요청

채권의 소멸시효가 완성된 후에 채무자가 그 기한의 유예를 요청하였다면 그때에 시효이익을 포기한 것이고(대법원 1965. 12. 28. 선고 65다2133 판결), 채권자가 채무자에게 소멸시효 기간이 만료된 물품대금의 지급을 독촉하자 채무자가 그 지급기한을 연기하여 달라고 요청하였다면 시효이익을 포기한 것이다(대법원 1991. 1. 29. 선고 89다카1114 판결).

3) 시효완성 후 일부 변제

동일 당사자 간에 계속적인 거래로 인하여 같은 종류를 목적으로 하는 수개의 채권관계가 성립되어 있는 경우에 채무자가 특정채무를 지정하지 아니하고 그 일부의 변제를 한 때에도 다른 특별한 사정이 없다면 잔존채무에 대하여도 승인을 한 것으로 보아 시효이익 포기의 효력을 인정할 수 있다(대법원 1980. 5. 13. 선고 78다1790 판결).

보험자가 보험금청구권의 소멸시효 기간인 2년이 지난 후 피보험자에게 보험금 중 치료비 일부를 지급한 것은 보험금 지급채무를 승인함으로써 소멸시효의 이익을 포기한 것이다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다14340 판결).

4) 시효완성 후 채무자가 채권양도에 동의

A의 B에 대한 대여금채무가 소멸시효 기간이 만료되었음에도 A가 B를 비롯한 채권자들의 눈을 피해 도망 다니다가 발각되었는데, B가 C 등의 다른 채권자들과 함께 집으로 찾아와 '당초 A에게 대여하였던 돈은 원래 C로부터 빌렸던 것이므로 A가 C에게 직접 갚아라'는 취지에서 B가 A에 대한 채권을 C에게 양도한다는 내용으로 작성한 채권양도서에 A가 입회인으로 서명날인 하였다면, A는 시효완성 후 B에 대한 채무를 승인함으로써 소멸시효의 이익을 포기한 것이다(대법원 1992. 5. 22. 선고 92다4796 판결).

5) 시효완성 후 소유권이전등기 약속

소유권이전등기 청구권의 소멸시효기간이 지난 후에 등기의무자가 소유권이전등기를 해 주기로 약정(합의)한 바 있다면, 다른 특단의 사정이 없는 한 이는 시효이익을 포기한 것으로 보아야 한다(대법원 1993. 5. 11. 선고 93다12824 판결).

6) 시효완성 후 배당절차에서 채무 일부 변제 충당 시까지 이의 부제기⁵⁶⁾

소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권이 실행되어 채무자 소유의 부동산이 경락되고 그 대금이 배당되어 채무의 일부 변제에 충당될 때까지 채무자

⁵⁶⁾ 이 항목의 대법원 판례 2건은 대상판결에도 직접 영향을 미친 선행판결로 보인다.

가 아무런 이익을 제기하지 아니하였다면, 경매절차의 진행을 채무자가 알지 못하였다는 등 다른 특별한 사정이 없는 한, 채무자는 시효완성의 사실을 알고 그 채무를 묵시적으로 승인하여 시효의 이익을 포기한 것으로 보아야 한다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001다3580 판결).

소멸시효 이익의 포기는 가분채무 일부에 대하여도 가능하다. 경매절차에서 채무자인 甲이 소멸시효가 완성된 근저당권부 채권을 가진 乙이 배당받는 데 대하여 이익을 제기하지 않은 사안에서, 甲의 다른 채권자인 丙이 甲을 대위하여 이익을 제기한 부분을 제외한 나머지 채권에 대하여는 甲이 시효이익을 포기한 것으로 보아야 하므로, 그 부분 배당액과 관련하여 乙이 부당이득을 취득한 것이 아니다. 소멸시효가 완성된 경우 채무자에 대한 일반 채권자는 채권자의 지위에서 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수는 없지만 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다109500 판결).

7) 이자채무에 관한 시효완성 후 채무액 중 일부 변제

원금채무에 관하여는 소멸시효가 완성되지 아니하였으나 이자채무에 관하여는 소멸시효가 완성된 상태에서 채무자가 채무를 일부 변제한 때에는, 액수에 관하여 다툼이 없는 한 원금채무에 관하여 묵시적으로 승인하는 한편, 이자채무에 관하여 시효완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것으로 추정되며, 채무자의 변제가 채무전체를 소멸시키지 못하고 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 민법 제479조, 제477조에 따른 법정변제충당의 순서에 따라 충당되어야 한다(대법원 2013. 5. 23. 선고 2013다12464 판결).

8) 매매예약완결권의 시효완성 후 가등기에 기한 본등기 경료 : 시효이익의 포기입

과 동시에 채권자취소권의 대상인 사해행위에 해당함

타인의 금융기관에 대한 대출금채무를 연대보증한 A가, 한편으로 자신 소유인 토지에 관하여 B 앞으로 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기를 마쳐 주었는데, B가 매매예약완결권을 10년간 행사하지 아니함으로써 소멸시효가 완성되었음에도 그 후 B 앞으로가등기에 기한 본등기를 마쳐 주었다.

이는 A가 자신의 시효이익을 포기한 행위라고 할 수 있고, 이러한 A의 시효이익 포기행위는 A와 B 사이의 매매예약과는 별개로 위 금융기관의 채권을 양수한 C와 같은 일반채권자들을 해하여 채권자취소권의 대상인 사해행위에 해당한다고 볼 수 있다(대법원 2013. 5. 31.자 2012마712 결정).

9) 파산관재인이 시효완성 된 후순위파산채권에 대하여 채권신고 안내

파산관재인이 파산선고일 이후의 이자채권에 대하여 소멸시효 완성 여부에 상관없이 후순위파산채권으로 신고할 것을 파산채권자들에게 안내하였고, 채권조사를 함에 있어서도 소멸시효 완성 여부에 대하여는 어떠한 이익을 제기하지도 아니하였으므로, 이로써 파산관재인이 일부 후순위파산채권에 대한 시효완성의 사실을 알고 그 시효이익을 포기하였다고 볼 수 있다. 파산관재인이 파산절차에서 일부 후순위파산채권에 대하여 한 소멸시효이익 포기는 구 파산법(2005. 3. 31. 법률 제7428호 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제187조 제12호에 규정된 ‘권리의 포기’에 해당하지 않아 법원의 허가사항이라고 할 수도 없다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2012다109507 판결).

10) 관련소송 조정기일에서의 언동

A가 시행하는 주택건설공사에서 B가 골조공사를 하도급받아 그 중 형틀공사를 C 재하도급 주었는데, 위 주택의 건설 중 A가 부도가 나자 甲이 주택의 소유권을 취득하였다. 한편, 위 주택에 대하여 공사대금을 가지고 있다고 주장하는 B 등의 하도급업체들이 유치권을 행사하여 甲이 B 등을 상대로 채무부존재확인 of 소를 제기하게 되었다(이하 ‘관련소송’이라 한다). 甲이 B에게 지급하여야 할 공사대금을 심리하는 과정에서 B의 C에 대한 형틀공사 재하도급대금이 존재하는지(즉, 甲이 B에게 골조공사대금으로 얼마를 지급하여야 하는지, 이때 B에게 지급할 골조공사대금 속에는 C가 지급받아야 할 형틀공사대금도 포함되는지)가 문제되었다.

그런데 위 관련소송의 항소심 조정기일에 C가 이해관계인으로 참석하였고, 그 자리에서 B는 재판부에 “甲으로부터 형틀공사대금을 포함한 골조공사대금을 지급받으면 C에게 형틀공사대금을 지급해 주겠다.”라는 취지로 진술하였는데, 이러한 진술은 그동안 B가 관련 소송에서 해 온 주장과는 부합하는 것이었다.

이에 대하여 대법원은, B의 위와 같은 진술은 단순히 조정절차에서 분쟁해결 방안을 제시한 것에 불과하여 법률적인 의미를 부여하기 어렵다고 볼 수는 없고, 시효 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다는 효과의사를 표명한 것으로 볼 수 있다고 판시하였다(대법원 2016. 4. 28. 선고 2015다66465 판결).

나. 시효이익의 포기로 인정되지 않은 사안

1) 시효완성 후 채권자측이 제시한 ‘채무승인 및 감면요청서’에 채권액 확인 기재 타인의 금융기관에 대한 대출금채무를 연대보증한 A가, 위 금융기관의 채권을 양수한 B가 A를 상대로 제기한 양수금 청구소송의 항소심에서, B측이 제시한 ‘채무승인 및 감면요청서’에 “본인은 귀사에 대한 채무액이 2억 7,300만 원임을 승인한다.”라는 취지의 문구를 기재하였다.

그러나 A는 항소심에서 출근 재판부에 B가 주장하는 채무 2억 7,300만 원 중에서 A 소유의 재산으로 변제 가능한 정도인 6,500만 원으로 조정해 달라고 요청해 왔었고, 그러한 조정 시도 과정에서 B측의 담당자가 A에게 조정을 위해서는 내부결정이 있어야 하는데 그러한 품의를 위해서 위 ‘채무승인 및 감면요청서’가 필요하다고 말하여 그 말을 믿고 위와 같은 문구를 기재하여 주었음이 밝혀졌으며, 결과적으로 채무감면도 이루어지지 않았다. 이러한 사정을 종합하면, A가 5년의 상사소멸시효 완성 후에 채무를 승인함으로써 시효이익을 포기하였다고 인정하기 어렵다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다59953 판결).

2) 채무자측이 채권자에게 합의안을 제안하였다가 거절당한 경우

채무자측이 채권자로부터 소멸시효가 완성된 연대보증채무의 이행청구를 받고, 그 채무액의 일부를 지급하고 사건을 종결하자는 내용의 합의안을 제의하였으나 채권자로부터 거절당한 사례이다.

좀 더 들어가 살펴보면, 금융기관인 A는 주채무자와 어음거래약정을 체결하였고, 이에 B 주식회사(대표이사 甲의 동생인 乙이 운영에 관여하였다)가 연대보증을 하였는데, 거래된 어음이 지급거절 되자 A가 B를 상대로 연대보증에 따른 이행을 청구하였다. 그런데 이 사건 제1심 소송 종료 전후로 乙이 이 사건 연대보증채무의 처리에 관하여 A와 협의할 포괄적 대리권을 수여받은 상태에서 수차례 A 직원들과

만나거나 전화를 통하여 합의안을 의논하던 중, A에게 이 사건 연대보증채무 482,560,439원 중 2억 원을 지급하고 사건을 종결하는 내용의 합의안을 제시하면서 자신이 B의 실질적 대표이고 법인인감도 소지하고 있어서 언제든지 항소를 취할 수 있다고 말하였다가 거절당하였다.

이런 사정을 종합하여 이 사건 원심(제2심)은, B는 소멸시효가 완성된 이 사건 연대보증채무 중 2억 원의 범위 내에서는 채무를 승인하여 이미 완성된 소멸시효의 이익을 포기한 것으로 보아야 하므로, 이 사건 연대보증채무 중 2억 원 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

그러나 대법원은, ① A가 이 사건 어음할인대출금 채무에 대하여 5년의 상사시효기간이 지난 시점에 연대보증인인 B 소유의 차량들에 대하여 가압류집행을 한 데 이어 연대보증채무의 이행을 구하는 지급명령을 신청한 사실, ② B는 위 지급명령에 기한 이행권고결정에 대해 위 연대보증인란 기재는 주채무자를 달리하여 이루어진 것으로서 피고의 의사에 반하여 무효이거나 착오 또는 사기를 이유로 취소되었고, 그렇지 않다 해도 통정허위표시 내지 반사회적 법률행위로서 무효라는 취지로 처음부터 일관되게 주장하고, ③ 나아가 B는 제1심 진행 중 제출한 준비서면에서, A가 어음대출 이후 7년간 아무런 조치를 취하지 않았음을 지적한 다음 제1심 변론종결 이후 제출한 준비서면에서는 소멸시효의 항변까지 정식으로 제기하는가 하면, ④ B가 제1심의 A 승소판결에 대하여 제기한 항소심에서도 제1심에서와 같은 취지로 위 연대보증채무의 존재를 계속 부인하는 외에 제1심에서 판단하지 아니한 소멸시효의 점에 대해서도 적극적으로 주장하였고, ⑤ 제1심 판결 선고 직전에는 A 대표이사 등을 위 연대보증인란 위·변조 등의 혐의로 수사기관에 고소하고, 이에 대하여 불기소처분이 내려지자 항고까지 제기하는 등 이 사건 소송 내내 위 연대보증채무 성립의 원인관계 및 존속 여부를 극력 다투어 온 사실을 적시하면서, 여기에 더하여, B가 원심에서 위 합의안을 제시한 배경에 관하여 “乙이 A에게 합의안을 제의한 것은, B로서는 위와 같이 이 사건 연대보증채무의 존재를 다투는 일방, 다른 한편으로 B 소유 차량들에 대한 A의 가압류집행 등으로 말미암아 B의 차량대여 영업에 큰 지장이 초래되고 있는 현실을 감안하여 미봉책으로나마 B측의 일정액 지급과 항소 및 형사고소 취하 등의 조치와 A측의 이 사건 소 취하 및 권리보전조치 해제 등의 조치를 상호 교환조건으로 내세워 A측의 협상의사를 확인해 본 것에 불과하

다”라고 해명하고 있어서 충분히 수궁할 만한 여지가 있을 뿐만 아니라, A가 B의 위 제의를 일언지하에 거절하고 이 사건 연대보증채무 전액의 지급을 요구함으로써 절충안 도출을 위한 구체적 논의에조차 이르지 못하게 된 사정까지 고려하면, 위와 같은 협상 과정의 한 단면만을 들어 B가 A에게 이 사건 연대보증채무를 부담하고 있다는 채무승인의 뜻을 확정적으로 표시한 것이라고 해석하기 어려워 시효이익의 포기로 볼 수 없다고 판시하였다(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다25299 판결).

3) 시효완성 후 채무자가 채권자의 제소기간 연장 요청에 동의

해상운송인인 A가 운송계약불이행으로 인한 손해배상채권의 소멸시효 완성 후에 여러 차례에 걸쳐 송하인인 B의 제소기간 연장요청에 동의한 바 있다 하더라도, 그 동의는 그 연장된 기간까지는 언제든지 B가 제소하더라도 이의가 없다는 취지에 불과한 것이지, 완성한 소멸시효이익을 포기하는 의사표시까지 함축하고 있는 것이라고 볼 수는 없다. 한편, A가 소멸시효가 완성된 이후에 두 차례에 걸쳐 B에 대하여 이 사건 손해배상채무를 B가 주장하는 손해금액의 20퍼센트 범위 안에서는 이를 인정하고 그 배상을 제의하였다면 A는 그 범위 안에서는 그 채무를 승인하여 완성한 소멸시효이익을 포기한 것이라 할 것이고 이러한 시효이익의 포기는 가분채무의 일부에 국한된 의사표시로 보여진다(즉, 나머지 80퍼센트에 대해서는 소멸시효이익을 포기하였다고 볼 수 없다-필자 주, 대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카2107 판결).

4) “지금 형편이 어려워니 다음에 보자.”

화물운송업을 하는 채권자는 농산물판매업자인 채무자와 사이에 화물운송계약을 체결하고 그로 인한 화물운송료가 30,620,000원에 달하였다. 그런데 운송료채권은 운송인에 대한 채권으로서 그 소멸시효는 상법 제147조, 제122조에 따라 1년이라고 할 것인바, 관련 증언에 의하면 위 소멸시효 완성 후 채권자가 채무자에게 운송료 지급을 요구하였고, 이에 채무자가 채권자에게 “지금 형편이 어려워니 다음에 보자.”라고 말한 사실은 인정할 수 있으나, 이러한 사정만으로는 채무자가 소멸시효 완성 사실을 알고 그 이익을 포기하는 효과의사를 표시하였다고 볼 수 없다. 이러한 원심(제2심) 판단을 대법원도 수긍하였다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2014다206990 판결).

5) 시효완성 후 과세처분에 따라 세금 납부

원고는 그의 남편이 사망하자 피고(대한민국) 산하의 관할 세무서장이 부과한 상속세 및 방위세 합계 3,400만 원 상당을 납부하였는데, 관할 세무서장이 합계 1,400만 원 상당을 추가 납부하도록 하는 과세처분을 하면서, 만약 이를 납부하지 아니하면 재산을 압류하고 증가산금을 징수할 뜻을 기재한 독촉장을 발부하였다.

원고는 위 과세처분이 상속개시 당시 시행되던 국세기본법 및 상속세법의 관계규정에 의하여 소멸시효가 완성된 후에 이루어진 부과처분이라는 하지만 그 집행력(실효성) 등을 감안하여 위 세액을 일단 납부한 뒤 관할 세무서장이 한 위 과세처분은 조세채권의 소멸시효가 완성된 후의 것으로서 무효이고 따라서 원고가 위 처분에 따라 납부한 위 금액은 피고가 부당이득한 것이므로 그 반환을 구한다고 주장하면서 당해 소송을 제기하였다.

원심은 “조세의 부과처분의 이행을 거부하는 경우에는 국세징수법 소정의 체납처분 절차에 따라 재산 등이 공매되어 회복할 수 없는 손해를 입게 되는 경우가 많으므로 가사 원고가 이 사건 상속세 등의 부과처분이 소멸시효가 완성된 후에 부과된 당연 무효의 처분임을 알고 이를 납부하였다 하더라도 이를 들어 바로 시효이익을 포기하였다고 할 수는 없다”라고 판단하였고, 대법원은 원심의 이러한 판단을 수긍하였다(대법원 1988. 1. 19. 선고 87다카70 판결).

6) 별개로 성립되어 독립성을 갖는 채무들 중 특정채무의 일부 변제

동일 당사자 간에 계속적인 거래로 인하여 같은 종류를 목적으로 하는 수개의 채권관계가 성립되어 있는 경우에 채무자가 특정채무를 지정하지 아니하고 그 일부의 변제를 한 때에도 다른 특별한 사정이 없다면 잔존 채무에 대하여도 승인을 한 것으로 보아 시효중단이나 포기의 효력을 인정할 수 있을 것이나, 그 채무가 별개로 성립되어 독립성을 갖고 있는 경우에는 일률적으로 그렇게만 해석할 수는 없을 것이므로, 채무자가 가압류 목적물에 대한 가압류를 해제 받을 목적으로 피보전채권을 변제하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피보전채권으로 적시되지 아니한 별개의 채무에 대하여서까지 소멸시효의 이익을 포기한 것이라고 볼 수는 없고(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다14936 판결), 채무자가 근저당권을 말소하기 위하여 피담보채무를 변제하는 경우

에는 특별한 사정이 없는 한 피담보채무가 아닌 별개의 채무에 대하여서까지 채무를 승인하거나 소멸시효의 이익을 포기한 것이라고 볼 수 없다(대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다64793 판결).

7) 제3채무자가 '전부된 채권 부분'에 대한 시효이익을 포기한 경우 나머지 '전부되지 않은 채권 부분'

실제 사안은 파산과 소송참가 등이 복잡하게 얽혀 있으므로 사실관계의 핵심만 간략하게 추출하여 정리하였다.

금융기관인 A가 부동산개발업체인 B에게 자금을 대출하여, B가 학교법인인 C로부터 학교부지를 매수하기로 하여 매매대금을 일부 지급하였는데, B가 매매대금의 일부로 지급한 약속어음이 부도나는 등으로 인해 위 매매계약이 해제되었다. 이에 A는 B에 대한 대출금채권에 대한 확정판결을 받아(원리금 2,215억 원) B가 C에 대하여 가지는 계약해제에 따른 매매대금반환채권(원리금 1,804억 원) 중 압류·가압류가 경합되어 있는 부분(원리금 219억 원)을 제외한 1,585억 원에 대하여 전부명령을 받았다.

A가 C를 상대로 제기한 전부금 소송의 제1심에서 C는 피전부채권인 매매대금반환채권이 시효완성으로 소멸되었다고 주장하였으나 배척되었고, 항소심에 이르러 "C가 A에게 1,585원의 전부금 청구금액 중 1,280억 원을 지급한다."라는 취지로 조정이 성립되어 그에 따라 C가 A에게 위 1,280억 원을 지급하였다.

그 후 A가 다시 C를 상대로, 위와 같이 압류·가압류가 경합되어 전부명령에서 제외된 219억 원에 대한 추심금 소송을 제기하여 계속된 이 사건에서, A는 앞서 C가 위 조정에 따라 1,280억 원을 순순히 지급한 것은 시효이익을 포기(앞선 전부금 소송과 달리 이 사건에서는 피전부채권인 매매대금반환채권이 시효완성으로 소멸된 것으로 판단되었기 때문이다)한 것이라고 주장하였고, 이에 원심(제2심)은 A의 주장을 받아들여 C에게 219억 원도 지급하라고 판결하였으나, 대법원은 다음과 같은 이유로 원심 판결을 파기하였다.

가분적인 금전채권의 일부에 대한 전부명령이 확정되면 특별한 사정이 없는 한 전부명령이 제3채무자에 송달된 때에 소급하여 전부된 채권 부분과 전부되지 않은 채권 부분에 대하여 각기 독립한 분할채권이 성립하게 된다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007다35152 판결 등 참조). 따라서 앞선 전부명령에 의하여 전부되지 않은 B의 C

에 대한 나머지 219억 원이 매매대금반환채권은 전부금 소송의 소송물이 아니었으며, C는 1,280억 원만을 인용하는 내용의 조정을 갈음하는 결정을 받아들인 것이다. 그리고 C가 앞서 전부금 소송에서 만약 219억 원 부분이 시효로 소멸하지 아니하고 유효하게 존재하고 있다면 이를 따로 추심금 소송에서 변제하겠다는 취지로 주장한 것일 뿐이므로 채무자인 C가 시효완성의 사실을 알고 그 이익을 포기하는 의사를 표시하였다고 단정할 수는 없다(대법원 2013. 7. 25. 선고 2011다56187, 56194 판결).

8) 임의경매개시결정에 대하여는 이의하지 않았으나, 배당에 이의
피고가 이 사건 임의경매절차가 진행 중임을 알고 있었음에도 임의경매개시결정에 대해 별다른 이의를 하지 않았으나, 배당기일에 원고에 대하여 배당이의의 진술을 하고, 배당이의의 소를 제기하여 원고가 배당받은 금액에 관하여 다투고 있었던 경우 시효이익을 포기했다고 볼 수 없다(대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다7625 판결).

9) 채무자가 경매의 진행사실을 몰랐거나, 경매절차 외에서 채권의 존재를 다툼
다른 채권자가 신청한 경매절차에서 이미 소멸시효가 완성된 어음채권을 원인으로 하여 집행력 있는 집행권원을 가진 채권자가 배당요구를 신청하고, 그 경매절차에서 매각대금이 배당요구채권자에게 배당되어 그 채무의 일부변제에 충당될 때까지 채무자가 아무런 이의를 진술하지 아니하였다면 이는 그 채무를 묵시적으로 승인하여 소멸시효 이익을 포기한 것으로 추정될 수 있지만, 채무자가 경매절차의 진행을 알지 못하였다거나 경매절차 외에서 명시적으로 어음채권의 존재를 다투고 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그 채무를 묵시적으로 승인하여 시효이익을 포기한 것으로 볼 수 없다. 채무자가 채무자 소유의 자동차에 대한 경매절차가 진행 중일 때 그 경매절차에서 이 사건 약속어음 공정증서를 집행권원으로 한 채권자의 배당에 대하여 이의를 진술하지는 않았지만, 이 사건 약속어음금 채무의 존부에 관하여 적극적으로 다투고 있었음이 분명하므로 원고가 소멸시효 이익을 포기하였다고 볼 수는 없다(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다67030 판결).

10) 유치권에 기한 경매절차에서 피담보채권인 공사대금 채무자가 이의 부제기

소멸시효가 완성된 공사대금을 가진 채권자가, 공사 목적물인 건물에 관하여 유치권에 기한 경매를 신청하였는데, 피담보채권인 공사대금의 채무자(건물의 소유자가 아님)가 위 경매절차가 종결되어 매각될 때까지 어떠한 이의도 제기하지 않은 경우, 위 건물의 소유자가 아닌 채무자가 위 경매절차에서 이의를 제기하지 않았다는 사실만으로는 채무자가 소멸시효 완성 후 시효이익을 포기하였다고 보기 어렵다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다75042 판결).

11) 제1심에서 상계항변 후 항소심에서 소멸시효 항변

원고가 피고에게 총 3억 원을 대여하였다가 위 대여일로부터 상사소멸시효 기간인 5년이 경과한 후 피고를 상대로 지급명령을 신청하였는데, 피고가 지급명령에 대하여 이의함으로써 계속된 제1심에서, 피고가 주택재개발사업의 업무추진과 관련하여 피고의 원고에 대한 반대채권이 존재한다고 하면서 상계항변을 하였는데, 상계항변이 배척되고 원고 승소 판결이 선고되었다(피고는 제1심에서 소멸시효 완성 주장을 하지 않았다가 항소 후에야 비로소 소멸시효 완성 주장을 추가하였다).

원심(제2심)은 피고가 소멸시효 완성 후 상계항변으로 채무를 승인하여 시효이익을 포기하였다고 판단하였으나, 대법원은 다음과 같은 이유로 파기하였다.

소송에서의 상계항변은 일반적으로 소송상의 공격방어방법으로 피고의 금전지급의 무가 인정되는 경우 자동채권으로 상계를 한다는 예비적 항변의 성격을 갖는다. 따라서 상계항변이 먼저 이루어지고 그 후 대여금채권의 소멸을 주장하는 소멸시효항변이 있었던 경우에, 상계항변 당시 채무자인 피고에게 수동채권인 대여금채권의 시효이익을 포기하려는 효과의사가 있었다고 단정할 수 없다. 그리고 항소심 재판이 속심적 구조인 점을 고려하면 제1심에서 공격방어방법으로 상계항변이 먼저 이루어지고 그 후 항소심에서 소멸시효항변이 이루어진 경우를 달리 볼 것은 아니다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결).

12) 종전 소송에서 보인 채무자의 긍정적 언동

원고들은 앞서, 피고가 적법한 보상절차 없이 이 사건 공단조성사업을 진행하여 당시 유효한 어업면허를 보유하고 있던 원고들의 양식어업에 피해를 입었다고 주장하면서 어업권의 침해에 따른 손실보상금 상당의 손해배상의 청구를 구하는 소를

제기하였으나, 원고들의 어업면허는 위 공단조성사업 이전에 이미 소멸하여 보상의 대상이 되지 않는다는 이유로 패소판결이 확정되었는데(이하 ‘종전소송’이라 한다. 다만, 종전소송에서는 원고들에게 ‘무면허어업권’에 대한 보상액 상당의 손해배상청구권은 있는 것으로 판단하였다), 이에 따라 원고들이 피고를 상대로 ‘무면허어업권’에 대한 보상액 상당의 손해배상을 구하여 이 사건 후소를 제기하였다.

그러나 ‘무면허어업권’에 대한 보상액 상당의 손해배상청구권은 이미 소멸시효가 완성된 것으로 판단되자, 원고들은 피고가 종전소송의 항소심 변론기일에서 ‘무면허어업권’에 대한 손해배상의무는 있다는 취지로 한 진술과 종전소송 항소심의 화해권고결정에 대하여 피고는 이의하지 아니하였던 정황을 들어 피고가 시효이익을 포기한 것이라고 주장하였다.

이에 대하여 원심(제2심)은, 피고가 종전소송의 항소심에서 한 위 진술과 화해권고결정에 대하여 이의하지 아니하였던 정황은 사건의 원만한 해결을 위해 화해절차에서 피고가 양보할 수 있는 한도를 제시한 것에 불과하다고 보일 뿐, 재판상 화해가 성립되지 않아 판결절차로 나아가는 경우에도 보상금을 지급하겠다는 의사를 표시한 것은 아니므로 이를 시효이익의 포기로 볼 수 없다고 판단하였고, 대법원도 원심의 이러한 판단을 수긍하였다(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012다115694 판결).

13) 삼청교육대 피해자에 대한 대통령의 담화

삼청교육대 피해자가 국가를 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서, 대통령이 1988. 11. 26. 삼청교육과 관련한 사상자에 대한 신고를 받아 피해보상을 할 것임을 밝히는 내용의 특별담화를 발표하였고, 이어서 국방부장관이 같은 해 12. 3. 대통령의 그와 같은 시정방침을 알리는 한편 그에 따른 보상대책을 수립하기 위한 기초자료를 수집할 목적으로 그 피해자 및 유족들에게 일정한 기간 내에 신고할 것을 공고한 사실이 소멸시효의 중단 또는 시효이익의 포기의 관점에서 문제되었는데, 이에 대한 대법원 전원합의체의 판단은 다음과 같다⁵⁷⁾.

57) 이에 대하여는, 「이 판례에 의하면 채무의 존재를 전제로 이를 정지적으로 타결하기 위하여 한 담화, 선언, 공고 등의 경우에는 승인으로 볼 수 없게 되는 결과가 되는 바, 이러한 성질의 것이 반드시 정치적 의미로만 볼 수 없는 면도 없지 아니하며, 법치국가에서 일정한 법률적 조치를 포함하는 담화 등의 경우에 있어서는 그 조치가 확정적 의사를 내포하는 것이 아니라고 하더라도 그것이 단순히 조치의 가능성을 시사하는 데 불과한 것이 아닌 한 국가의 채무를 인정하는 방향으로 해석할 소지는 여전히 있으며, 결국 정치적 사건의 법적 처리에 있어서 시대적 상황에 따라 그 해석에 있어서 변용의 가능성이 있다고 보여진다.」라는 평석이 있다. 김용담 편, 위 민법주석-총칙(3), 673면.

[다수의견]

헌법상 국가원수이자 행정부의 수반인 대통령이 국가의 불법적인 공권력 행사로 인하여 피해를 입은 사람들에게 피해보상을 하겠다는 취지를 밝혔다고 하더라도, 그것이 그 피해자들에 대한 사법상의 법률효과를 염두에 두고 한 것이 아니라 단순히 정치적으로 대통령으로서의 시정방침을 밝히면서 일반 국민들의 이해와 협조를 구한 것에 불과하다면, 그와 같은 행위로써 사법상으로 그 피해자들에 대한 국가배상채무를 승인하거나 소멸시효이익을 포기한 것으로 볼 수는 없다. 대통령에 이어 국방부장관도 대통령의 그와 같은 시정방침을 알리는 한편, 그에 따른 보상대책을 수립하기 위한 기초자료를 수집할 목적으로 피해자 및 유족들에게 일정 기간 내에 신고할 것을 공고하는 담화를 발표하고 실제 신고를 받기까지 하였다고 해서 그 결론이 달라지는 것은 아니다.

[보충의견]

국가의 채무에 대한 소멸시효가 완성된 후에 그 시효이익을 포기하는 행위는 이미 소멸한 채무를 소급적으로 유효한 것으로 하는 행위로서 실질적으로 새로운 채무를 부담하는 것과 같은 효과가 발생하므로 국가의 채무부담행위를 할 권한이 있는 자가 채무부담의 적법한 절차에 의하여 하여야 할 것인바, 관계 법령에 비추어 보면 대통령이나 국방부장관은 소멸시효가 완성된 국가의 삼청교육 관련 피해자들에 대한 손해배상채무의 시효이익을 포기할 권한은 있다 할 것이나, 그와 같이 소멸시효의 이익을 포기하여 국가의 채무부담행위를 하려면 국무회의의 심의를 거쳐 국가에 산에 편성한 후 국가가 이를 심의·확정하거나 예산 외에 국가의 부담이 될 계약에 준하여 국무회의의 심의를 거쳐 국회의 의결을 얻어야 하고, 특히, 대통령이 이를 행하려면 헌법 제82조에 의하여 국무총리와 관계 국무위원이 부서(副署)를 하여야 하므로, 그와 같이 법이 정한 국가 채무부담의 절차를 거치지 않은 대통령과 국방부장관의 단순한 담화 발표는 국가의 손해배상채무에 대한 소멸시효이익을 포기하고 그 손해배상채무를 부담하려는 의사표시로는 볼 수 없고, 삼청교육과 관련한 피해에 대하여 손해배상책임의 시효소멸 여부가 문제되는 배상이 아닌 보상차원에서 새로운 입법조치 추진의사를 밝힌 정치적 시정방침으로 보는 것이 마땅하다.

[반대의견]

채무자의 소멸시효항변권의 행사는 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리

남용금지의 원칙에 따라야 할 것으로 소멸시효가 완성된 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 이를 신뢰하게 한 경우에는 채무자의 소멸시효의 항변은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다고 할 것인바, 삼청교육과 관련한 대통령 및 국방부장관의 담화에 따라 피해신고를 한 삼청교육 관련 피해자로서는 대통령과 국방부장관의 담화와 그에 따른 신고의 접수로써 국가가 시효이익을 주장하지 않고 손해배상을 할 것으로 신뢰를 갖게 되었다고 할 것이므로, 설사 대통령의 담화와 그에 따른 일련의 행위가 다수의견이 보는 바와 같이 단순히 정치적으로 대통령으로서의 시정방침을 밝히면서 일반 국민들의 이해와 협조를 구한 것으로 해석한다고 하더라도, 채무자인 국가의 소멸시효항변은 신의성실의 원칙에 어긋난 권리남용에 해당하는 것이다. 또한 삼청교육 관련 피해는 국가 소속의 공무원이 통상적인 공무수행을 하는 과정에서 개별적으로 저지르게 된 일반적인 불법행위가 아니고, 그 당시의 비상한 시기에 국가에 의하여 대규모로 그리고 조직적으로 실시된 삼청교육 과정에서 국가 소속 공무원들이 대량으로 저지르게 된 특수한 불법행위의 경우이므로, 국민의 기본적 인권을 보호하여 국민 개개인의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하며 국민으로 하여금 행복을 추구할 권리를 향유하도록 하여야 할 임무가 있는 국가로서는, 삼청교육 과정에서 피해를 입었다고 주장하는 국민들에 대하여 정정당당하게 그러한 불법행위 자체가 있었는지의 여부를 다투는 것은 몰라도, 구차하게 소멸시효가 완성되었다는 주장을 내세워 그 책임을 면하려고 하는 것은 결코 용납할 수 없는 방어방식이라는 점에서도 국가의 소멸시효항변은 허용될 수 없다.

(대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결).

3. 대상판결에 대한 검토

가. 개관

대상사건은 이미 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다22676 판결; 2012. 5. 10. 선고 2011다109500 판결 등의 사안, 즉 후순위 채권자인 원고가 채무자 소유의 부동산에 대한 경매절차에서 선순위 담보권자인 피고에게 부당하게 많은 금액을 배당한 반면 후순위 채권자인 자신에게는 부당하게 적은 금액을 배당하는 것으로 배당표가 잘못 작성되었음을 이유로 원고가 피고를 상대로 제기한 배당이의 사건에서, 대법원이 "

채무자에 대한 일반 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 필요한 한도 내에서 채무자를 대위하여 소멸시효 주장을 할 수 있다."라고 판시한 사안과 전체적인 윤곽이 동일하기 때문에 이런 점에서는 별달리 새로운 것이라고 볼 수 없다. 다만, 위 사건에서도 재확인하였듯이 채무자에 대한 일반 채권자는 독자적으로 소멸시효의 주장을 할 수 없기 때문에 **채무자의 시효원용권이 존속하여야 만(=채무자가 시효이익을 포기하지 않았다고 할 경우에만)** 채무자의 시효원용권을 대위하여 주장할 여지가 남을 뿐이므로, 그 논리적 전제로서 우선 채무자인 소외인의 시효이익 포기여부가 판단되어야 한다.

그런데 대상사건에서 소외인은, ① 자신이 신청한 개인회생절차에서 피고에 대한 피담보채무(차용금채무)를 인정하는 취지로 기재한 채권자목록을 제출하였고, ② 이 사건 부동산에 대한 강제경매절차에서 배당기일까지 아무런 이의를 하지 아니하였는데, 이것이 명시적(위 ①에 대해서) 또는 묵시적(위 ②에 대해서)으로 시효이익의 포기가 되는지 여부를 차례로 검토하여야 한다. 이와 관련하여 대법원은, 대법판결에서 우선 **의사표시에 대한 해석기준**을 적용할 것을 그 지침으로 제시한 다음(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결 등 다수의 판례에서 제시하였던 해석기준과 동일하다), 위 ①, ②가 시효이익을 포기하는 의사표시로 해석될 수 있는지를 따졌다.

나. 개인회생절차개시신청에서의 채권자목록 제출의 의미

1) 개인회생절차의 개요⁵⁸⁾

개인회생이란, 파산의 원인인 사실이 있거나 그러한 사실이 생길 염려가 있는 자로서 총 채무액이 무담보채무의 경우에는 5억 원, 담보부채무의 경우에는 10억 원 이하인 급여소득자 또는 영업소득자가, 법이 정한 기간 동안 자신의 가용소득 등으로 청산가치 이상의 일정한 금액을 변제하면 채무 잔액을 면책받을 수 있는 절차를 말한다.⁵⁹⁾

개인회생절차의 흐름을 대략적으로 정리하면, ① 개인회생절차개시의 신청 → ② 개인회생절차개시의 결정 → ③ 개인회생채권 확정절차 → ④ 변제계획인가 결정

58) 채무자회생법 체계를 중심으로 본 사안의 검토에 관련되는 내용에 한하여 간략하게만 기술한다.

59) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 개인파산회생실무(제4판)(2014), 박영사, 341면

→ ⑤ 변제계획의 수행 → ⑥ 면책 절차로 대별된다.

우선 ① 개인회생절차개시의 신청과 관련하여, 개인회생절차개시를 신청하려면 신청서와 개인회생채권자목록 등을 제출하여야 하는데(채무자회생법 제589조 제1,2항, 이하 법률명은 생략한다), 채권자목록 등을 제출하지 않는 경우 신청 자체가 기각될 수 있다(제595조 제2호). 면책결정 당시까지 채무자에 의하여 악의로 채권자목록에 기재되지 아니한 개인회생채권이 있는 경우에는 법원은 면책불허가결정을 할 수 있고(제624조 제3항 제1호), 면책결정이 확정되는 경우에도 채권자목록에 기재되지 아니한 개인회생채권에 대하여는 면책의 효력이 인정되지 아니한다(제625조).

한편, **채권자목록을 제출한 경우에는 시효중단의 효력이 있다(제32조 제3호).**

법원은 개인회생절차개시의 신청이 있는 경우 필요하다고 인정하는 때에는 이해관계인의 신청에 의하거나 직권으로 개인회생절차개시의 결정시까지 채무자의 재산에 대하여 한 강제집행 절차 등의 중지 또는 금지를 명할 수 있다(제593조 제1항).

② 개인회생절차개시의 결정과 관련하여서는, 개인회생절차개시의 결정이 있는 때에는 채권자목록에 기재된 개인회생채권을 변제받거나 변제를 요구하는 일체의 행위를 하지 못하고(제600조 제1항), 강제집행도 중지 또는 금지되며, 변제계획의 인가결정일 또는 개인회생절차 폐지결정의 확정일 중 먼저 도래하는 날까지 개인회생채단에 속하는 재산에 대한 담보권 실행을 위한 경매도 중지 또는 금지된다(제600조 제2항). 위와 같이 처분을 할 수 없거나 중지된 기간 중에 시효는 진행하지 아니한다(제600조 제4항).

③ 개인회생채권 확정절차와 관련하여서는, 개인회생채권의 확정 = 채권자목록의 내용에 관한 이의와 개인회생채권조사확정재판 등에 의해야 하는데, 확정된 개인회생채권을 개인회생채권자표에 기재한 경우 그 기재는 확정판결과 동일한 효력이 있고, 개인회생절차폐지결정이 확정된 때에도 개인회생채권자는 채무자에 대하여 개인회생채권자표에 기하여 강제집행을 할 수 있다.

끝으로 ④, ⑤, ⑥의 각 절차와 관련하여, 변제계획인가가 결정된 후 변제계획에 따

른 변제가 완료되면 법원은 채무자의 신청 또는 직권으로 면책의 결정을 하게 된다.

한편, 개인회생채권과는 별도로, 개인회생재단에 속하는 재산상에 존재하는 저당권 등을 가진 자는 그 목적인 재산에 관하여 별제권을 가지는데(제586조, 제411조), 별제권자는 개인회생절차의 변제계획에 의하지 아니하고 그 권리를 행사하여 자신의 채권을 만족시킬 수 있고, 별제권 행사로 변제를 받을 수 없는 채권액에 관해서만 개인회생채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다(제412, 제413조).

다만, 별제권자의 담보권 실행 등은 앞서 본 바와 같이 개인회생절차개시의 결정일부터 변제계획의 인가결정일 또는 개인회생절차 폐지결정의 확정일 중 먼저 도래한 날까지 중지 또는 금지될 뿐이다(제600조 제2항).

즉, 담보권자는 별제권자로서, 별제권자 자신 또는 제3자가 신청한 경매절차에서 우선변제를 받을 수 있는 것이다.

2) 대상사건의 경우

소외인은 이 사건 피담보채권(차용금채권)의 시효가 완성된 후, 개인회생절차개시의 신청을 하였는데, 함께 제출한 채권자목록에 피고의 채권 50,000,000원을 기재하는 동시에 위 채권자목록의 부속서류인 '별제권부 채권 및 이에 준하는 채권의 내역'으로도 피고의 채권을 기재하였는바, 소외인으로서 위 피담보채무(차용금채무)가 장차 개인회생채무와 별제권부 채무 2중으로 취급받을 수 있기를 희망하였던 것으로 보인다.

여기서 **채무자회생법 제32조 제3호에 따라 시효중단의 효력**⁶⁰⁾이 있는 채권자목록의 제출이 시효완성 후에는 채무자의 시효이익의 포기로까지 볼 수 있는지가 문제된다.

예상 가능한 **긍정론**으로는, ㉠ 소외인이 한 개인회생절차개시의 신청이 결과적으로 기각되기는 하였지만, 소외인으로서의 애당초 개인회생절차개시의 결정이 내려

져서 정상적으로 진행될 것을 염두에 두고, 원래 채권액 중 일부나마 변제한다는 의사를 가지고 채권자목록에 기재하였을 것인 점, ㉡ 소외인이 피고의 채권액(50,000,000원)에 대하여 다투지 않은 점, ㉢ 피고는 담보권자로서 소외인이 신청한 개인회생절차와 무관하게 언제든지 별제권을 행사할 수 있음에도, 소외인은 굳이 피고의 채권을 채권자목록에 기재하였고 나아가 채권자목록의 부속서류인 '별제권부 채권 및 이에 준하는 채권의 내역'에도 기재하였던 점, ㉣ 소외인과 피고가 친구 사이이고 근저당권까지 설정해 주었던 사실을 감안하면 소외인이 피고에 대한 시효이익을 포기하는 의사표시를 묵시적으로나마 하였다고 보는 것이 소외인의 의사에 부합하는 해석이 된다는 점 등이 거론될 수 있겠다.

이에 대한 **부정론**은, ㉠ 소외인의 최종적인 의도는 변제가 아니라 면책에 있었는데, 채권자목록을 성실하게 제출하지 아니할 경우 개인회생절차개시신청 자체가 기각되고, 또한 누락된 채권은 나중에 면책을 받을 수도 없으므로, 궁극적으로는 피고의 변제 요구를 막으려는 의사가 주된 것이라고 봄이 타당한 점, ㉡ 소외인이 이 사건 차용금채무가 시효로 소멸되었다는 사실을 알았다라면 굳이 채권자목록에 기재할 이유가 없었을 것으로 보이는 점, ㉢ 소외인은 시효완성 사실을 모른 채 급하게 이 사건 부동산에 대한 원고의 강제집행절차를 중지하고자 하는 생각을 하였던 것으로 보이는 점(실제로 소외인은 개인회생절차개시신청 직후 채무자회생법 제593조 제1항에 따라 회생법원으로부터 이 사건 강제집행절차에 대한 중지명령을 받았다), ㉣ 시효이익의 포기와 같은 상대방 있는 단독행위는 그 의사표시로 인하여 권리에 직접적인 영향을 받는 상대방에게 도달하여야 효력이 발생하는데(대법원 1994. 12. 23. 선고 94다40734 판결 등 참조), 이 사건에서 개인회생절차개시신청이 기각되어 채권자목록이 피고에게 도달되지도 않은 점, ㉤ 소외인이 피고에게 소멸시효 항변을 하지 않을 것이라는 합리적인 기대 내지 신뢰를 가지게 한 사실이 없는 이상, 시효이익의 포기를 인정하지 않는 것이 당사자의 의사나 시효제도의 취지, 신의칙 등에 반한다고 보기 어려운 점 등을 들 수 있을 것이다.

대법원은, 소외인이 개인회생절차개시신청 시에 제출한 채권자목록이 과연 시효이익 포기의 의사표시로 볼 수 있는지를 따져본 끝에, 위에서 본 양 견해 중 **부정**

60) 이 규정과 관련하여 채권자목록 제출의 법적 성격이 무엇인지에 대하여는 본격적인 논의가 이루어지지 않고 있으나, 이를 일종의 채무승인으로 보는 견해가 있다. 전원열, “회생절차상 회생채권자목록과 조사확정재판”, 민사판례연구 제28권(2006. 2.), 987면.

론의 입장을 채택하여, 소외인이 채권자목록을 제출함으로써 달성하려고 했던 목적과 진정한 의도가 '채무의 변제'보다는 '채무의 면책'에 있었던 것으로 파악하고, 여기에다가 위 채권자목록이 일반적인 의사표시의 효력발생 요건으로서 필요한 상대방에의 도달조차 이루어지지 않은 점까지 보태어, 시효이익 포기의 효과의사가 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다. 적어도 합리적인 의사해석이라는 관점에서 볼 때, 대법원의 위와 같은 결론은 수긍할 수 있는 것으로

로 생각된다.

다. 채무자의 배당기일에서의 이의 부제기

앞서 소외인이 개인회생절차개시신청 시에 채권자목록을 제출한 행위를 시효이익의 포기로 볼 수 있었다면 이 단계의 검토로까지 나아갈 필요는 없었을 것이나, 위 행위를 시효이익의 포기로 볼 수 없는 이상, 그러면 채무자인 소외인이 이 사건 강제경매절차의 배당기일에서 이의하지 아니한 행위를 시효이익의 포기라고 볼 수 있는지가 검토되어야 한다.

대법원 2001. 6. 12. 선고 2001다3580 판결은 "소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권이 실행되어 채무자 소유의 부동산이 경락되고 **그 대금이 배당되어 채무의 일부 변제에 충당될 때까지** 채무자가 아무런 이의를 제기하지 아니하였다면, 경매절차의 진행을 채무자가 알지 못하였다는 등 다른 특별한 사정이 없는 한, 채무자는 시효완성의 사실을 알고 그 채무를 묵시적으로 승인하여 **시효의 이익을 포기**한 것으로 보아야 한다."라고 판시한 이래, 이러한 입장을 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다25484 판결; 2010. 5. 13. 선고 2010다6345 판결 등에 이르기까지 반복하여 확인하고 있다.

위와 같은 판례들에서, 채무자의 부작위(不作爲) 내지 무위(無爲)를 묵시적으로나마 시효이익의 포기로 포섭하기 위한 요건으로서 그 대금이 배당되어 채무의 일부 **변제에 충당**되는 것까지를 추가적으로 요구하는 것은 지극히 정당하다고 생각된다. 왜냐하면 시효이익의 포기가 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다고 하는 적극적인 의사표시라는 것이 판례의 일관된 입장인데, 채무자가 시효의 원용

이든 시효이익의 포기이든 어느 한 방향으로 해석될 수 있는 이렇다 할 명시적인 행위를 하지 않고 있는 상황에서, 이러한 상황만으로 곧바로 포기의 의사표시를 의제한다는 것은 지나친 비약일 뿐만 아니라 당사자의 윤리적 회복 의사를 존중하려는 시효이익 포기의 취지에도 반하기 때문이다.

이에 대하여 배당절차에 따른 채무의 변제가 소유자의 의사에 기한 변제와 동일시 할 수 없다는 비판도 있을 수 있겠으나, ① 원래 변제의 법적 성질은 사실행위이므로 변제의사는 필요로 하지 않는 점, ② 배당에 의한 일부 변제 충당이 있으면 채권자는 채무자가 더 이상 시효를 원용하지 아니하리라고 신뢰할 것인 점, ③ 이러한 변제 충당과 시효 원용 주장은 양립할 수 없는 점, ④ 집행법원의 경매절차 완결에 대한 일반의 신뢰를 확보할 필요가 있는 점 등을 종합하면, 배당절차에 따른 변제 충당으로써 채무자가 시효이익을 포기했다고 보는 것에 무리가 없다고 생각된다.

결국, 소외인은 원고가 신청한 이 사건 부동산에 대한 경매절차가 진행 중임을 알았음이 사실관계상 명백함에도 피고의 배당액에 대하여 배당이의를 하지 않았으나, 아직 그 시점까지는 소외인이 시효이익을 포기하였다고 보기는 어려운 상태였는데, 그때 원고가 배당기일에 출석하여 자기의 채권을 보전하기 위해 필요한 한도 내에서 소외인을 대위하여 소외인의 시효원용권을 행사하는 의미의 배당이의를 한 것이므로, 소외인의 피고에 대한 차용금채무(피담보채무)는 시효가 완성되어 소멸된 셈이 되고, 원래의 배당표 중 피고에 대한 부분은 위법하게 된다.

다만, 대상판결에서는 "원고(채무자의 다른 채권자)가 소외인(채무자)을 대위하여 소멸시효 완성의 주장을 원용하였으므로 소외인(채무자)이 시효이익을 묵시적으로 포기한 것으로 볼 수 없다"라는 취지로 결론을 실시하였으나, 위에서 언급한 바와 같이, 엄밀히 따지면 "소외인(채무자)이 시효이익을 묵시적으로나마 포기한 상태로 볼 수 없음 → 피대위채권(시효원용권)이 아직 존속하여 원고(채무자의 다른 채권자)가 시효원용권을 대위행사할 수 있음 → 시효원용권 대위행사를 통한 피담보채무(차용금채무)의 소멸로 배당이의 청구인용"이라는 전개가 더 정확하다고 할 것이다. 시효원용권을 대위행사하였기 때문에 시효이익의 포기로 볼 수 없는 것이 아니

라, 시효이익의 포기라 볼 수 없었기 때문에 시효원용권을 대위행사할 수 있었고 그에 따라 원고가 구하는 배당이의의 소가 인용될 수 있다고 하는 것이 논리적·시간적으로 자연스러운 설명이기 때문이다.

참고로, 대상판결을 환송받은 환송 후 항소심 법원은, 대상판결의 파기 취지에 따라, 원고가 소외인의 이 사건 피담보채무(차용금채무)에 대한 소멸시효 원용권을 대위행사함으로써 이 사건 피담보채무(차용금채무)는 시효완성으로 소멸되었고, 피담보채무의 소멸로 이 사건 근저당권은 소멸되었으므로, 이 사건 배당표 중 이 사건 근저당권이 존속함을 전제로 한 피고에 대한 배당 부분은 위법하다고 판단하여, 원고의 청구대로 위 배당표 중 피고에 대한 배당액 50,000,000원을 0원으로 경정하고, 위 50,000,000원을 안분하여 원고에 대한 배당액 2,093,056원을 9,909,467원으로, 12,862,875원을 55,865,464원으로 각 경정하는 내용의 원고 전부 승소판결을 선고하였는데, 위 판결은 그 무렵 그대로 확정되었다(대전지방법원 2017나4926 배당이의 판결).

Ⅵ. 마치며

대상판결에 대한 구체적인 검토와 그에 따른 필자의 의견은 위 본론의 각 해당 항목에서 이미 상술한 바 있으므로 여기에서 다시 재론하지는 않는다.

소멸시효가 이론상으로나 실무적으로 난해한 것은, 사회질서의 안정, 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재 등에서 존재이유를 찾고 있는 이 제도가 진정한 권리자의 희생이라는 적잖이 비윤리적인 토대 위에 자리 잡고 있기 때문이라고 생각된다. 그래서 일응은 시효가 완성된 권리에 대해서도 한 번 더 채무자의 윤리적 회복 의사를 존중한다는 이유로 시효이익의 포기를 인정하는가 하면, 그 포기의 효력 범위에서 원칙적으로 상대효만 인정하고, 시효이익의 포기권과 포리관계에 있는 시효원용권에 있어서도 원용권자의 범위를 제한하고 있다. 그리하여 시효완성으로 인한 법률관계의 불안정을 피할 수 없게 되었다.

여기에 더하여, 우리나라는 광복 전 의용민법(일본민법) 시대부터 의용민법 조문들

사이의 체계 부조화(不調和) 문제로 인해 그 해석을 둘러싸고 일본 학계에서 벌어진 확정효과설과 불확정효과설간 대립의 영향을 받지 않을 수 없었는데, 광복과 더불어 곧바로 편찬 작업에 들어갔음에도 우여곡절 끝에 15년이나 지난 1960. 1. 1.에서야 제정·시행된 우리 민법이, 이러한 일본 학계의 학설 대립을 입법적으로 해소할 기회를 어떤 이유 때문인지 몰라도 상실하게 된 결과로, 절대적 소멸설과 상대적 소멸설의 대립이라는 또 다른 양상으로의 논쟁이 불가피하게 되었다. 이러한 가운데, 판례는 판례 나름대로 시효원용권과 시효이익의 포기라는 포리관계에 있는 법률요건에 대하여 독자적인 법리 체계를 구축하면서 채권자와 채무자 이외에 제3의 이해관계자까지 얹힌 복잡한 시효완성 사건들을 해결하기 위해 분주해 왔으나, 학계로부터 작게는 용어의 선택에서부터 크게는 이론구성, 심지어는 개별적 사안에 대한 결론에 이르기까지 원칙과 일관성이 결여되어 있다는 비판을 받아 왔다.

본 판례연구의 대상판결은 별달리 복잡한 사실관계를 깔고 있지 않고, 대법원이 특별히 새로운 법리를 내놓지도 않았다. ① 채무자에 대한 일반 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 배당기일에 채무자를 대위하여 배당이의를 함으로써 소멸시효 주장을 할 수 있다고 판시해 온 대법원 97다22676; 2011다109500 판결 등의 판례군을 큰 틀로 삼아, 여기에다가 ② 채무자회생법의 조문이 개인회생절차개시신청상 필요한 채권자목록의 제출에 소멸시효 중단의 효력을 부여한 의미에 대한 분석과 ③ 소멸시효가 완성된 채무를 피담보채무로 하는 근저당권이 실행되어 채무자 소유의 부동산이 경락되고 그 대금이 배당되어 채무의 일부 변제에 충당될 때까지 채무자가 아무런 이의를 제기하지 아니하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 채무자는 시효이익을 포기한 것으로 보아야 한다고 판시해 온 대법원 2001다3580; 2010다6345 판결 등의 타당성 제검토 등이 세부적인 논점으로 부가되어 있을 뿐이다. 그리고 종래 확립되어 온 판례 법리에 비추어 볼 때 대상판결에 나타난 대법원의 판단에 크게 이의하거나 지적할 부분이 엿보이지도 아니한다.

그럼에도 금번 대상판결을 통해서도 다시 확인할 수 있는 판례의 태도는 여러 모로 아쉬움을 남긴다. 판례는 의용민법 시대부터 전개되어 온 일본 학계의 확정효과설 대 불확정효과설 대립의 산물로부터 나온 논거들을 떨쳐버리지 못한 토대 위에,

우리 학계에서 또다시 자리 잡게 된 절대적 소멸설 대 상대적 소멸설의 대립적인 이론까지 모두 포용하려다 보니, 법적 안정성을 존재가치로 내거는 소멸시효 제도가 앞서 본 바와 같은 제도 자체의 불안정적인 요소에 더하여 불안정성을 더욱 조장하는 상황이 되어 버린 듯한 느낌이다.

의용민법 제145조는 이미 사라져버린 지 오래임에도 불구하고 채무자의 재판상 항변 내지 원용이 없으면 시효완성을 인정해 주지 말라는 방침을 내린 셈인 대법원 62다466 판결이 그러하거나, 대상판결의 핵심쟁점이 된 시효이익의 포기도 그 대표적인 사례라고 할 것이다.

시효이익의 포기를 '의사표시'라고 이해하는 데에는 현재 학설과 판례에서 이견이 없는 것으로 설명되고 있다. 그러나 위 '의사표시'라는 것이 실상은 그 원류를 거슬러 올라가 보면 일본의 확정효과설(우리의 절대적 효과설과 그 궤를 같이한다)이 시효기간의 만료로 일응 소멸해 버린다고 이론을 구성한 권리가 시효이익의 포기로서 다시 부활할 수 있다는 논리를 세우고자 궁리한 끝에 만들어 낸 표책이라는 점을 감안하면, 과연 상대적 소멸설이 시효이익의 포기의 법적 성질에 대한 절대적 소멸설의 위와 같은 입장과 교감을 이루었다고 볼 수 있을지 의문이다.

다시 말하자면, 필자가 오해를 하고 있는 것이 아닌 이상, 상대적 소멸설에 따를 때, 시효기간이 만료되어도 권리가 소멸하기 위해서는 그 다음 단계로 시효원용권을 행사하여야 하고, 이때 시효원용권 행사를 **단순히** 포기하는 것이 시효이익의 포기이므로, 그 효과의사를 탐구하는 등의 복잡하고 어려운 과정은 불필요한 것이 아닐까 생각되는데. 그러한 상대적 소멸설의 입장이, **단순한** 포기행위 여부에 대한 판단을 놓고, 부작위(不作爲) 내지 무위(無爲)마저도 의사해석을 통하여 작위(作爲)와 등가치하다는 평가를 내릴 수 있다는 절대적 소멸설의 입장에 찬동하고 있는지는 여전히 미지수이다.

아무튼 대상판결은, 소외인이 개인회생절차개시신청 시에 채권자목록을 제출한 행위와 배당기일까지 아무런 이의를 하지 아니한 행위가 과연 시효이익을 포기하는 '의사표시'로 해석될 수 있는지를 놓고 고심에 고심을 거듭한 끝에 '아니다'라는 결론에 이르렀다. 그러나 시효이익의 포기를 상대적 소멸설이 말하는 시효원용권의

포기라는 관점에서 놓고 보면, 소외인은 시효원용권을 행사하지 않았다고 말하거나 행동한 적이 당연히 없을 뿐만 아니라, 소외인이 채권자목록을 제출하였다거나 배당기일까지 부작위(不作爲) 내지 무위(無爲)로 일관하였다고 하더라도, 이를 두고 시효원용권을 포기하였다고 평가할 만한 근거는 딱히 없어 보인다. 그래서 소외인이 시효원용권을 포기한 사실이 있느냐는 지극히 간단한 질문에는 지극히 명쾌하게 '아니다'라고 답할 수 있을 것이다. 적어도 대상사건에서는, 결국은 '시효이익의 포기가 아니다'라는 같은 대답을 판례나 절대적 소멸설처럼 두르고 둘러서 찾아 가야 하는지 아니면 상대적 소멸설처럼 곧바로 찾아 갈 수도 있는지의 차이일 뿐이라고 생각된다.

시효이익의 포기를 '의사표시' 해석의 문제로 바라보는 시각의 문제점은 시효완성 후 일부 변제한 사안에서도 그대로 드러난다. 앞서 살펴본 바와 같이, 판례는 채무자가 시효완성 후 채무액의 일부를 변제한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 잔존채무 전부에 대하여도 시효이익을 포기한 것으로 보고 있다(대법원 78다1790 판결; 2009다14340 판결 등). 그 결과로 실제 재판에서 시효완성을 주장하면서 동시에 시효완성 후 일부 변제 자료를 당당하게 증거로 제출하는 채무자에게는 특별한 사정이 없는 한 잔존 채무액에 대한 지급을 명하는 패소판결이 내려지게 마련이다. 그러나 가령 100만 원의 시효완성 된 채무를 부담하던 채무자가 채권자에게 그 중 30만 원을 자발적으로 갚았다고 하면, 오히려 특별한 사정이 없는 한 30만 원 부분에 대한 시효원용권만 포기(=시효이익만 포기)하였다고 보는 것이 지극히 간명하면서도 일반인의 상식에도 맞지 않을까. 여기에 달리 무슨 의사표시의 해석 과정이 더 필요할 것인가.

(시효이익의 포기를 의사표시로 보는 한, 소송실무상으로는 대상판결 뿐만 아니라 앞서 분석한 여러 판결례에서 보았듯이 각 심급의 판단이 제각각으로 달라질 수 있고, 의사표시의 해석은 사실문제가 아니라 법률문제로서 상고심의 판단대상이 된다고 할 것이므로, 대법원의 최종 판단시까지 법률관계는 확정될 수 없다.)

이러한 실무상의 불확정성과 불명확성은 의용민법(일본민법)과 우리 민법이 공통적으로 안고 있는 체계 부조화(不調和)에서 기인하는 것임이 주지의 사실이다. 이를

근본적으로 바로잡는 방법은 결국 상대적 소멸설에 따른 입법적 해결뿐이라는 견해에 필자도 동의할 수밖에 없을 것 같다.

참고문헌

[단행본]

곽윤직, 민법총칙(신정판), 박영사
곽윤직 편(윤진수), 민법주해III-총칙(3)(1992), 박영사
김용담 편, 주석민법 제4판-총칙(3)(2010년), 한국사법행정학회
김용한, 민법총칙론(1997), 박영사
김증한, 민법총칙(1983), 박영사
김증한·김학동, 민법총칙(2001), 박영사
김현대, 민법총칙(1978), 교문사
송덕수, 민법총칙(2015), 박영사
서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 개인파산·회생실무(제4판)(2014), 박영사
四宮和夫/能見善久, 民法總則(2005년), 弘文堂
平野裕之, 民法總則(2003년), 日本評論社

[논문]

강일원, “근저당권의 실행과 시효이익의 포기”, 대법원 판례해설 36호(2001. 12.) : 재판연구관 세미나 자료(2001다3580).
김문희, "소멸시효 완성의 효과를 원용할 수 있는 자의 범위", 판례연구 제20집(2009. 2.), 부산판례연구회
김병선, "시효원용권자의 범위", 민사법학 제38호(2007. 9.), 한국민사법학회
김정만, "소멸시효 원용권자의 범위", 사법연수원논문집(2008), 사법연수원
김태봉, "시효원용권자의 범위와 시효이익 포기의 효력", 법학논총 제37권 제1호(2017), 전남대학교 법학연구소

노재호, "소멸시효의 원용 - 원용권자의 범위와 원용권자 상호간의 관계를 중심으로", 사법논집 제51집(2011), 법원도서관

양창수, "민법안의 성립과정에 관한 소고", 민법연구 제1권(1998년), 박영사

양창수, "소멸시효완성의 효과", 고시계(1994. 9.)

양창수, "채무자의 시효이익 포기는 그 후의 저당부동산 제3취득자에 대하여도 효력이 미치는가?", 법률신문(2015. 7. 27.자)

양창수, "시효이익의 포기와 보증관계", 민법연구 제3권(2006년), 박영사

윤진수, "김증한 교수의 소멸시효론", 민사법학 제69호(2014)

전원열, "회생절차상 회생채권자목록과 조사확정재판", 민사판례연구 제28권(2006. 2.)

태기정, "소멸시효 이익의 포기", 전북판례연구 Vol 1.(2017), 전북판례연구회

[인터넷 사이트]

日本最高裁判所 http://www.courts.go.jp/about/kaikaku_sihou_21/index.html

e-Gov法令検索 http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0100/