

Chapter 14 Extinctive Prescription

(제6장 권리의 소멸시효)

제1관 서설

I. 소멸시효제도

1. 개념

1) 시효란 권리의 행사 또는 불행사 등 일정한 사실상태가 오래된 경우에 진정한 권리관계와 일치하지 않더라도 그 사실상태를 존중하여 권리를 발생하게 하든가 소멸시키는 제도이다.

2) 시효에는 취득시효와 소멸시효가 있다. 취득시효란 일정기간 타인의 물건을 점유한 자에게 그 권리를 주는 제도를 말한다. 소멸시효란 일정기간 권리를 행사하지 않는 자에게 그 권리를 소멸시켜주는 제도를 말한다.

2. 법적 성질

가) 시효는 일정기간의 계속을 요소로 하여 일정한 법률효과를 발생시키는 법률요건이다. 즉 시효가 완성하면 법률상 당연히 권리를 취득하거나 소멸한다.

나) 시효는 재산권에 관한 것이고 가족관계에 대해서는 적용되지 않는다.

다) 시효에 관한 규정은 모두 강행규정이다.

3. 시효제도의 구성

1) 민법전은 소멸시효를 총칙편에 규정하고 취득시효를 물권편에 규정하여 양자를 분리하는 형태를 취하고 있다. 이러한 입법례로는 독일 민법과 스위스 민법이 있다. 그러나 프랑스 민법과 일본민법은 양자를 통일적으로 규정하고 있다. 로마법상 소멸시효는 訴權, 役權의 시효로서 취득시효와는 별개의 제도로 발전했는데 이것이 나중에 권리의 취득시효와 권리의 소멸시효라는 개념으로 구별되게 되었다.

2) 소멸시효와 취득시효는 이론상 그 요건과 효과면에서 차이점이 많아 별개의 제도이므로 시효취득의 주장 속에는 상대방의 청구권이 시효소멸하였다는 주장이 포함된 것으로 볼 수 없다(대판 1982.2.29. 81다534).

II. 시효제도의 존재 이유

1. 학설

통설은 대체로 3가지를 시효제도의 존재이유로 든다. 즉 사회질서의 안정 및 유지, 과거 사실로부터의 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재 등이다.

2. 판례

가) 시효제도의 존재이유는 전통적으로 영속적 사실상태를 존중하며 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는데 있으며(대판(전) 1992.3.31. 91다32053), 소멸시효에 있어서는 특히 후자의 의미가 강하다고 한다.

나) 시효제도는 법적안정성을 위하여 불가피한 제도로 법질서 자체의 목적은 아니다. 따

라서 시효제도는 원권리자를 위하여 너그럽게 해석하는(대판 2006.6.16. 2005다25632) 등 제한적으로 운용해야 한다는 것이 최근의 판례의 태도이다.

III. 제척기간

1. 의의

제척기간(예정기간)이란 법률관계를 속히 확정시키기 위하여 법률이 예정하는 권리의 존속기간(통설) 또는 권리를 행사할 수 있는 기간을 말한다. 제척기간이 만료되면 그 권리는 당연히 소멸한다.

2. 법적 성질

제척기간이 정하여져 있는 권리는 그 기간내에 어떠한 행위를 하여야 보전이 되는지에 대하여 통설인 출소기간설은 제척기간은 그 기간내에 권리가 재판상 행사되어야 하는 제소기간으로 본다. 판례는 점유침탈자 또는 방해자에 대한 청구권의 제척기간을 출소기간으로 보면서도(대판 2002.4.26. 2001다8097·8103), 한편으로 권리행사기간 내에 권리를 행사하면 되고 반드시 재판상청구를 하여야만 청구권이 보전되는 것은 아니라고 한다(대판 1985.11.12. 84다카2344). 즉 재판외에서 의사표시를 하는 방법으로도 권리를 행사할 수 있다(대판 1993.7.27. 92다52795)는 태도이다.

3. 소멸시효와의 차이

가. 원용의 유무

절대적 소멸설은 차이가 없지만 원용권이 발생한다는 상대적 소멸설을 취하면, 제척기간은 원용이 필요없이 당연히 소멸된다는 점에서 차이가 있다.

나. 시효이익의 포기여부

제척기간의 만료로써 해당권리는 당연히 소멸하기 때문에 시효이익의 포기(제184조)는 인정될 수 없다.

다. 소급효의 유무

소멸시효가 완성되면 그 기산일에 소급하여 권리소멸의 효과가 생기지만 제척기간은 기간이 경과한 때부터 장래에 향하여 권리가 소멸하여 권리관계가 확정된다.

라. 중단 여부

제척기간은 권리관계를 조속히 확정시키려는 것이므로 소멸시효에서와 같은 중단(제168조)은 인정되지 않는다.

마. 시효정지 유무

시효정지에 관한 규정이 제척기간에 대하여 준용이 되는지에 대하여 다수설은 명문규정이 없는 민법으로서는 제182조의 준용이 부당하다고 한다.

바. 소송상 주장여부

제척기간에 의한 권리소멸은 법원의 직권조사사항이나 소멸시효는 시효원용권자가 시효완성사실을 원용한 경우에 비로소 고려된다.

사. 소멸시효기간은 법률행위에 의하여 이를 단축 또는 경감할 수 있지만, 제척기간은 자유로이 단축할 수 없다.

4. 양자의 구별기준

가. 소멸시효와의 구별기준

소멸시효와 제척기간의 구별기준에 관하여 통설은 일반적으로 법조항에 ‘시효로 인하여’라는 표현이 있으면 소멸시효로 보고, 그렇지 않으면 제척기간으로 본다.

나. 구체적인 의미

1) 상속재산의 승인·포기의 취소권(제1024조 제2항) 및 유증의 승인·포기의 취소에 대한 제1024조 제2항의 준용(제1075조항)에 관하여 통설은 제척기간으로 보고 있다.

2) 불법행위에 의한 손해배상청구권의 소멸시효(제766조 제2항)에 관하여 학설은 제척기간으로 보나 판례는 소멸시효로 이해한다(대판(전) 1996.12.19. 94다22927).

3) 유류분반환청구권의 소멸시효(제1117조 후단)에 관하여 학설은 제척기간으로 이해하나 판례는 소멸시효로 본다(대판 1993.4.13. 92다3595).

4) 선박우선특권의 소멸시효(상법 제870조)에 관하여 학설은 제척기간으로 이해하나 판례는 소멸시효로 본다(대판 1981.2.24. 80다2029).

제2관 소멸시효의 요건

I. 의의

소멸시효는 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 권리불행사의 상태가 일정기간 계속됨으로써 권리가 소멸하는 제도이다. 따라서 시효로 권리가 소멸하려면 권리가 소멸시효의 목적이 될 수 있는 것이어야 하고, 권리자가 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 행사하지 않았어야 하며, 그 권리불행사의 상태가 일정기간(소멸시효기간) 계속될 것 등의 요건이 구비되어야 한다.

II. 대상적격

1. 의의

어떤 권리가 소멸시효의 목적이 되는가에 대하여는 입법례에 따라 다르다. 민법은 채권뿐만 아니라 채권 및 소유권이외의 재산에 대해서도 소멸시효를 인정하고 있으므로(제162조) 소멸시효의 대상이 되는 권리는 재산권에 한하고, 신분권·인격권과 같은 비재산권은 소멸시효의 대상이 되지 않는다.

2. 소멸시효에 걸리는 권리

가. 일반채권

원칙적 10년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성한다. 3년과 1년의 단기소멸시효가 적용되는 채권도 존재한다.

나. 채권적 청구권

1) 채권이 소멸시효에 걸리므로 채권적 청구권도 소멸시효에 걸리게 된다.

2) 등기청구권은 채권적청구권이지만 부동산을 매수한 자가 그 목적물을 인도받은 경우에는 매수인의 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다(대판(전) 1976.11.6. 76다148).

다. 용익물권

1) 지역권은 소멸시효에 걸린다(제296조).

2) 지상권은 그 존속기간이 약정되어 있지 않아도 제28조에 규정되어 있는 최단존속기간으로 정하여져 있으며(제281조), 전세권의 존속기간도 10년을 넘지 못한다(제312조)고 규정되어 있기 때문에 소멸시효에 걸리지 않는다. 다만 지상권이 존속기간보다 긴 경우에는 소멸시효에 걸린다고 해야 할 것이다.

라. 상사채권

상법의 적용을 받는 상사채권의 경우 5년의 소멸시효에 걸린다(상법 제64조).

마. 공법상의 권리

국세의 부과권이나 징수권 등 공법상의 권리도 소멸시효의 대상이 된다(대판 1984.12.26. 84다572).

3. 소멸시효에 걸리지 않는 권리

가. 소유권

소유권은 아무리 오랫동안 행사하지 않아도 소멸시효에 걸리지 않는다. 통설은 소유권이 절대성과 항구성에 나오는 효과 때문이라고 한다.

나. 점유권과 유치권

점유권과 유치권은 점유라는 사실상 지배가 있으면 인정되는 권리이고, 점유를 상실하면 소멸하므로 소멸시효에 걸리지 않는다(통설).

다. 질권과 저당권

질권과 저당권은 피담보채권이 존속하는 한 존속하며, 담보물권만이 소멸시효에 걸리지 않는다.

라. 물권적 청구권

소유권에 기한 물권적 청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다. 한편 소유권 이외의 권리에 기한 물권적 청구권에 대하여 다수설은 물권이 있는 한 그로부터 유출·파생하는 것이기 때문에 성질상 소멸시효에 걸리지 않는다는 입장이다.

마. 법률관계에 수반하는 권리

상관관계(제215조 이하), 공유물분할청구권(제268조) 등 일정한 법률관계에 수반하는 권리는 그 기초가 되는 권리관계가 존속하는 동안은 독립하여 소멸시효에 걸리지 않는다.

바. 형성권

1) 형성권은 행사하면 곧바로 법률효과가 발생하고 권리불행사라는 소멸시효의 요건이 성립할 여지가 없으므로, 존속기간이 정하여져 있는 경우에는 제척기간으로 본다(제146).

2) 존속기간이 정해져 있지 않은 경우(해제, 해지권, 매매예약완결권, 환매권)에 통설은

10년의 제척기간에 걸린다고 본다. 판례도 같은 태도이다(대판 1990.1.12. 88다카25342).

사. 비재산권

가족권이나 인격권 같은 비재산권은 성질상 소멸시효에 걸리지 않는다. 다만, 친족법상의 권리는 제척기간의 적용을 받는 경우가 있다.

아. 물권에 준하는 재산권

소유권과 같은 성질을 가지는 광업권·어업권·특허권도 소멸시효에 걸리지 않는다. 보통 이들은 특별법에 그 권리의 존속기간이 정하여져 있다. 특허권 20년(특허법 제88조), 상표권 10년(상표법 제42조), 디자인권 15년(디자인보호법 제40조) 등이다.

자. 항변권

보증인의 최고·검색의 항변권은 보증채무가 존재하는 한 소멸하지 않는다. 동시이행의 항변권도 쌍무계약에 수반되는 권리이므로 항변권만 독립하여 소멸시효에 걸리지 않는다.

III. 소멸시효의 기산점

1. 서언

가. 의의

소멸시효가 완성되려면 권리의 불행사라는 사실상태가 계속되어야 한다(제162조 제1항, 제2항). ‘권리의 불행사’란 권리를 행사하는데 법률상 장애가 없음에도 불구하고 이를 행사하지 않는 것을 말하므로, 권리의 불행사가 어느 시점부터인지가 중요하다. 즉 소멸시효가 언제부터 진행하는가 하는 소멸시효의 기산점이 문제가 된다.

나. 실체법적 의미

1) 법률상 장애

소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다(제166조 제1항). 통설은 권리를 행사할 수 있는 때란 권리를 행사함에 있어서 법률상의 장애사유(이행기의 미도래, 정지조건의 미성취 등)가 없는 것을 가리킨다(대판(전) 1992.3.31. 91다32053)고 한다. 따라서 법률상의 장애사유가 있으면 소멸시효는 진행하지 않는다.

2) 사실상의 장애사유

채권자의 질병이나 부재, 법률적 지식의 부족, 권리의 존재(대판 1981.6.9. 80다316), 제한능력자인 사정 등은 사실상의 장애 사유로서 권리행사의 장애로 볼 수 없으므로 소멸시효의 진행을 방해하지 않는다.

다. 절차법적 의미

소멸시효의 기산점은 변론주의의 적용대상이다. 본래의 소멸시효의 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 한다(대판 1971.4.30. 71다409). 시효의 기산점에 관한 증명책임은 시효이익을 주장하는 자가 진다(대판 1995.6.30. 94다13435).

2. 소멸시효의 구체적인 기산점

가. 시기부 권리

시기부 권리는 기한이 도래한 때가 기산점이 된다.

- 1) 확정기한부 권리는 변제기한이 도래한 때부터 소멸시효가 진행된다.
- 2) 불확정기한부 권리는 기한이 객관적으로 도래한 때가 기산점이 된다. 채권자가 기한의 도래를 알지 못하여도 시효는 진행된다.

나. 기한을 정하고 있지 않은 권리

통설은 채권자가 언제든지 권리를 행사할 수 있으므로 소멸시효의 기산점은 채권이 발생한 때라고 한다.

다. 정지조건부 권리

조건의 성취 또는 기한도래시로부터 그 소멸시효가 진행된다.

라. 선택채권

선택채권의 소멸시효는 채권자가 선택권을 행사할 수 있는 때부터 진행된다.

마. 청구 또는 해지통고를 요하는 권리

이러한 권리는 전제가 되는 청구나 해지통고를 할 수 있는 때로부터 소정의 유예기간의 만료시에 시효가 진행된다(통설).

바. 기한이익상실 특약 채권

1) 계속적인 거래로부터 발생하는 채권에 대하여 판례는 각 채권이 발생한 때로부터 개별적으로 진행된다고 한다(대판 1992.1.21. 91다10512).

2) 할부급채권은 1회라도 변제하지 않으면 채권자의 청구에 따라 잔액 전부를 일시에 변제할 특약이 경우가 보통이므로 1회의 변제불이행으로 인한 잔액 전부에 관한 시효는 당연히 그 때부터 진행된다(97다12990).

사. 채무불이행에 의한 손해배상청구권

손해배상청구권은 본래의 채권의 변형물이므로 본래의 채권을 행사할 수 있는 때부터 시효가 진행된다는 견해가 있으나, 판례는 손해배상청구권은 채무불이행이 있어야 비로소 성립하므로 채무불이행시부터 소멸시효가 진행된다고 한다(2002.12.27. 2000다47361).

아. 불법행위로 인한 손해배상청구권

불법행위로 인한 손해배상청구권은 제766조가 규정하고 있다. 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 불법행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다.

자. 부작위채권

이는 위반행위를 한 때가 기산점이 된다(제166조 제2항). 부작위채무가 성립하여 이행기 도래시부터 기산한다면 부당한 결과가 되는 것을 피하기 위해서이다.

차. 부당이득반환청구권

이는 그 성립과 동시에 행사할 수 있으므로 그 때부터 소멸시효가 진행된다.

카. 구상권

보증인의 사후 및 사전의 구상권은 각각 그 권리가 발생되어 이를 행사할 수 있는 때로부터 각각 진행된다(대판 1981.10.6 80다2699).

IV. 소멸시효의 기간

1. 의의

소멸시효가 완성하기 위한 요건으로서 권리의 불행사는 ‘일정기간’ 계속되어야 하는데 이러한 기간을 소멸시효기간이라고 한다. 일반적으로 채권의 단기소멸시효 기간을 두는 것은 채권이 빈번하게 발생하고 금액도 소액이며 권리증서나 변제증거를 보관하기도 어려우며 또한 이러한 채권은 단기간 결제하는 것이 거래관행이고, 법률관계를 조속히 확정시킴으로서 분쟁을 해결하기 위한 제도라고 한다. 그러나 단기소멸시효의 대상이 되는 채권의 채권자들은 현실적으로 경제상 열위에 있는 형편임을 감안할 때에 그 해석을 신중히 할 필요가 있다.

2. 채권 이외의 재산권의 소멸시효기간

채권과 소유권을 제외한 재산권의 소멸시효기간은 20년이다(제162조 제2항).

3. 채권의 소멸시효기간

민법은 채권을 일반채권과 단기소멸시효에 걸리는 채권으로 나누어 규정하고 있다. 즉 일정한 채권에 대하여는 3년과 1년의 단기소멸시효제도를 두고 있다.

가. 일반채권

보통의 채권은 10년이다(제162조 제1항). 다만, 상행위로 생긴 채권은 5년이다(상법 제64조).

나. 3년의 시효에 걸리는 채권(제163조)

1) 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 1년 이내 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권

2) 의사, 조산사, 간호사, 약사의 치료·근로 및 조제에 관한 채권(단순한 매약 판매는 제외, 의료관계 종료시부터)

3) 도급받은 자, 기사, 기타 설계·감독에 종사하는 자의 공사에 관한 채권(공사 완료시부터)

4) 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권

5) 생산자, 상인이 판매한 생산물 및 상품의 대가

6) 수공업자 및 제조자의 업무에 관한 채권(재봉사, 이발사, 세탁업자, 표구사, 구두 제작자, 가구 제작자 등)

다. 1년의 시효에 걸리는 채권(제164조)

- 1) 여관, 음식점, 대석, 오락장의 숙박료, 음식료, 대석료, 입장료, 소비물의 대가 및 체당금의 채권
- 2) 의복, 침구, 장구 기타 동산의 사용료의 채권
- 3) 노역인(목수, 미장이, 정원사 등), 연예인의 대금 및 그에 공급한 물건의 대금채권
- 4) 학생 및 수업자의 교육, 의식 및 유숙에 관한 교주·숙주·교사의 채권

라. 판결 등으로 확정된 채권

1) 판결에 의하여 확정된 채권은 10년으로 시효소멸한다(제165조제1항). 즉 단기소멸시효에 걸리는 채권이라도 확정판결을 받은 경우에는 10년으로 시효소멸한다. 시효가 완성하기 전에 소를 제기하면 소멸시효는 중단되나 확정판결이 있으면 그 때부터 소멸시효는 다시 진행한다. 확정판결을 받은 채권은 그 판결시로부터 다시 10년의 소멸시효에 걸리며, 파산절차에 의하여 확정된 채권 및 재판상의 화해, 조정 기타 판결과 동일한 효력이 있는 것(인낙조서, 확정된 지급명령)에 의하여 확정된 채권도 이와 같다(제165조제2항).

2) 다만, 판결 당시에 변제기가 도래하지 않은 채권(기한부채권에서 기한이 도래하기 전에 확정판결을 받은 경우)에는 예외이다(제165조제3항).

3) 확정판결이 있다고 하여 20년의 시효에 걸리는 권리의 시효기간이 10년으로 단축된다거나 시효에 걸리지 않는 권리가 10년의 시효에 걸린다는 것은 아니다(대판 1981.3.24. 80다1888·1889).

제3관 소멸시효의 중단

I. 서설

1. 의의

소멸시효의 중단이란 소멸시효의 요건인 권리불행사라는 사실상태와 부딪치는 새로운 사실이 생긴 경우에 일단 경과한 시효기간의 효력을 상실시키는 제도를 말한다(대판 1979.7.10. 79다569). 소멸시효가 중단되면 그 때까지 경과한 시효기간은 법적의미를 상실하고 중단사유가 종료된 때부터 새로이 소멸시효가 진행한다(제178조 제1항).

2. 근거

시효중단은 진실한 권리자가 권리를 주장하는 경우(청구, 압류·가압류·가처분)와 의무자 또는 권리자가 아닌 자가 상대방의 권리를 인정하는 경우(승인)로 나누어 볼 수 있다. 양자는 요건상에 차이가 있다. 전자는 권리자의 권리행사가 중단사유로 되기 위하여는 원칙적으로 법원이 관여하는 정식절차가 취해지며 후자는 어떠한 방식도 필요하지 않다.

3. 취득시효에의 준용

시효중단에 관한 제168조 이하의 규정은 취득시효에도 준용된다(제247조 제2항).

4. 증명책임

시효의 완성을 다투는 자 즉 시효의 중단으로 이익을 받는 자가 중단사유의 존재에 대한

주장·입증책임을 진다(대판 1978.4.11. 76다2476).

II. 시효중단의 사유

민법은 시효중단사유로 청구, 압류·가압류·가처분, 승인의 3가지를 규정하고 있다(제168조).

1. 청구 (제168조 제1호)

가. 의의

청구란 권리자가 시효의 완성으로 이익을 얻게 될 자에 대하여 그 권리의 내용을 주장하는 행위 즉 권리를 행사하는 것을 말한다. 이는 재판상 청구와 재판외의 것을 포함한다. 민법은 청구의 유형으로 재판상 청구(제170조), 파산절차 참가(제171조), 지급명령(제172조), 화해를 위한 소환 내지 임의출석(제173조), 최고(제174조)를 규정하고 있다.

나. 재판상 청구

1) 의의

가) 재판상 청구란 자기의 권리를 주장하기 위하여 소를 제기하는 것을 말한다. 소의 제기에 대하여 통설은 이행의 소나 확인의 소, 형성의 소를 다 포함하며, 본소, 반소이든(대판 1997.4.25. 96다46484) 불문한다고 한다.

나) 시효중단의 근거에 대하여 권리자가 소송의 형식으로 그 권리를 주장하면 되고 반드시 그 권리에 대한 기판력이 발생할 것을 요하지 않는다는 권리행사설과 권리확정설이 있으나 판례는 권리행사설을 따르고 있다(대판 1979.7.10. 79다569).

2) 구체적인 경우

가) 행정소송이나 형사소송 등을 제기한 경우에는 시효중단의 사유가 되지 못한다(대판 1999.3.12. 98다18124). 그러나 행정소송이라 할지라도 조세환급소송은 시효중단의 사유가 된다(대판 1992.3.31. 91다32053).

나) 응소의 경우에는 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우에 인정된다(대판(전) 1993.12.21. 92다47861).

다) 대항요건을 갖추지 못한 채권양수인의 재판상 청구는 소멸시효의 중단사유인 재판상 청구에 해당한다(대판 2005.11.10. 2005다41818).

3) 시효중단의 범위

가) 채권자대위소송에 기하여 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 행사하는 것은 소멸시효를 중단한다.

나) 일부청구의 취지상 채권전부에 대한 판결을 구하는 것으로 해석된다면 그 전부에 대하여 시효중단의 효력이 있다(대판 2001.9.28. 99다72521).

4) 시효중단의 효과

가) 재판상의 청구에 대한 시효중단의 효력은 소를 제기한 때에 발생한다(민사소송법 제265조). 응소한 경우에는 응소한 때에(대판 2005.12.23. 2005다59383·59390) 발생하고, 소송을 이송한 경우에는 이송한 법원에 소가 제기된 때에(대판 2007.11.30. 2007다54610)

발생한다.

나) 재판상의 청구가 있더라도 소의 각하, 기각, 취하가 있으면 시효중단의 효력이 없다(제170조 제항). 그러나 최고로서의 효력은 인정하여, 6월내에 다시 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류, 가압류, 가처분을 하면 최초의 재판상의 청구로 인하여 중단된 것으로 간주된다(제170조 제2항).

다) 판결에 의하여 확정된 채권이 단기의 소멸시효에 해당하는 것이라도 그 소멸시효의 기간은 10년으로 연장된다(제165조 제1항).

나. 파산절차 참가

1) 파산절차의 참가란 채권자가 파산재단의 배당에 참가하기 위하여 자기의 채권을 신고하는 것을 말하며, 이는 시효중단의 효력이 생긴다. 그러나 채권자가 신고를 취소하거나 청구가 각하되면 시효중단의 효력이 없다(제171조).

2) 파산선고의 신청도 배당 참가보다 더 강력하므로 시효중단의 효력을 가진다.

3) 회생절차 참가 또는 개인회생절차의 참가는 시효를 중단하게 한다(채무자회생 및 파산에 관한 법률 제32조 제1호, 제3호, 제147조, 제589조 제2항).

다. 지급명령

1) 지급명령은 채권자의 신청으로 법원이 금전 기타 대체물 또는 유가증권의 일정량의 급부를 명령하는 것을 말한다(민사소송법 제462조 이하). 이는 채권에 대하여 채무자의 심문 없이 간이, 신속하게 해결하는 독촉절차에 의해 지급을 명하는 재판이다. 채무자가 적법한 이의신청을 하면 지급명령을 신청한 때에 소를 제기한 것으로 보므로 시효중단의 효력이 생긴다(제172조 제2항).

2) 채무자는 송달 된 후 2주일이내에 이의신청을 제기할 수 있다.

라. 화해를 위한 소환

1) 제소전 화해(민사소송법 제385조)를 신청하면 시효가 중단된다. 그러나 신청을 받은 법원이 화해를 권고하기 위하여 상대방을 소환하였으나 출석하지 않거나 화해가 성립되지 아니한 경우에, 화해신청인이 1월 내에 소를 제기하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다(제173조).

2) 조정은 재판상 화해와 같은 효력이 있으므로 조정신청도 화해신청과 같이 시효중단의 효력이 생긴다(민사조정법 제35조 제1항).

마. 임의출석

임의출석이란 당사자 쌍방이 임의로 법원에 출석하여 소송에 관하여 구두변론을 함으로써 소를 제기하는 방식을 말한다. 그러나 화해가 성립하지 않을 때에는 중단 효과는 부정되고 1월내에 소를 제기하여야 출석시점에서 시효중단의 효력이 인정된다. 한편 소액사건에 한하여 소액사건심판법에 의하여 임의출석에 의한 소의 제기가 인정된다(동법 제5조).

바. 최고

1) 최고란 채무자에 대하여 이행을 청구(촉구)하는 채권자의 '의사의 통지'를 말하며 특별한 방식을 요하지 않는 재판 외의 행위이다.

2) 최고에 의한 경우는 최고 후 6월내에 재판상 청구, 파산절차 참가, 화해를 위한 소환, 임의출석 중의 어느 것이나 또는 압류 또는 가압류, 가처분과 같은 보다 강력한 방법을 취하지 않으면 시효중단의 효력은 없다(제174조). 통설은 최고를 하고 6개월 내에 다시 최고를 계속하여도 최고할 때마다 시효중단의 효력이 생기는 것은 아니라고 한다(대판 1983.7.12. 83다카437). 6월의 기산점은 최고가 상대방에 도달한 때부터이다(대판 1983.7.12. 83다카437).

3) 재산관계명시신청과 소송고지도 시효중단의 효력이 있다(대판 2001.5.29. 2000다32161).

4) 최고는 시효기간의 만료시 다른 강력한 중단방법을 취하려고 할 때의 예비행동으로서의 실익이 있다.

2. 압류·가압류·가처분

가. 의의

압류·가압류·가처분은 시효중단의 사유가 된다(제168조 제2호). 즉 압류·가압류·가처분은 반드시 재판상 청구를 전제로 하는 것이 아니고, 확정판결이 있어도 다시 시효가 진행되므로 이들을 따로 시효중단사유로 하고 있다. 압류는 확정판결 기타의 집행권원에 의거하여 행하는 강제집행이며, 가압류와 가처분은 집행을 보전하기 위해 취해지는 수단이다.

나. 시효중단의 요건

- 1) 사망 등 당연무효의 압류 등에는 시효중단의 효력이 인정되지 않는다.
- 2) 배당요구는 압류에 준한다(대판 2002.2.26. 2000다25484).

다. 시효중단의 효력

1) 압류 등으로 시효중단이 발생하는 시기에 대하여 집행행위시라는 견해도 있지만 다수설은 소 제기에 준하여 집행행위가 있으면 신청시에 소급하여 중단의 효력이 생긴다고 한다.

2) 제175조에 의하면 압류·가압류·가처분이 권리자의 청구에 의하여 또는 법률의 규정에 따르지 않음으로 인하여 취소된 경우에는 시효중단의 효력이 없다(대판 2010.10.14. 2010다53273).

3) 압류·가압류·가처분의 집행행위가 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 않은 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효중단의 효력이 없다(제176). 이 경우 통지가 채무자에게 도달한 때에 시효중단의 효력이 생긴다.

3. 승인

가. 의의

승인이란 시효의 이익을 받는 자가 시효로 말미암아 권리를 상실할 자에 대하여 그 권리

가 존재하고 있음을 알고 있다는 표시이다. 상대방의 권리를 인정하는 승인의 법적 성질에 대하여 통설은 관념의 통지라고 한다.

나. 승인의 요건 및 방식

1) 승인의 방식에는 특별한 형식이 없고, 묵시적인 승인(대판 1998.11.13. 98다38611)도 시효중단의 효력이 있다.

2) 승인은 승인하는 자가 상대방인 채권자에게 하여야 한다.

3) 시효중단의 효력 있는 승인에 상대방의 권리에 관한 처분의 능력이나 권한이 있음을 요하지 않는다(제177조).

4) 승인은 시효완성 전에만 가능하고, 시효완성 후에는 시효이익의 포기의 문제가 될 수 있다.

다. 효력발생의 시기

승인은 준법률행위이지만 상대방에게 도달한 때에 시효중단의 효력이 생긴다.

라. 증명책임

시효중단을 주장하는 자가 주장·입증의 책임을 진다.

III. 시효중단의 효력

1. 의의

가) 시효가 중단되면 이미 경과한 시효기간은 효력을 잃는다(제178조 제1항).

나) 시효가 중단된 후에는 중단사유가 종료된 때부터 다시 시효가 진행된다(제178조 제1항 후단). 재판상 청구로 인하여 중단한 시효는 재판이 확정된 때부터 새로이 진행한다(제178조 제2항).

2. 시효중단의 인적범위

가. 원칙

1) 시효중단은 원칙적으로 당사자 및 그 승계인 사이에서만 효력이 있다(제169조).

2) 당사자란 시효중단행위를 한 자와 그 상대방을 말하며, 승계인이란 당사자로부터 중단의 효력이 생긴 권리 또는 의무를 승계한 포괄승계인 및 특정승계인을 말한다.

3) 승계는 중단사유가 발생한 후에 이루어져야 하고(대판 1998.6.12. 96다26961), 중단사유 발생 전의 승계인은 포함되지 않는다.

나. 예외적으로 인적범위가 확장된다.

1) 주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에게도 미친다(제440조).

2) 연대채무자에 대한 이행청구는 다른 연대채무자에게도 효력이 있다(제416조, 제421조).

3) 요역지가 수인의 공유인 경우에 어느 1인에 의한 지역권에 대한 소멸시효의 중단 또는 정지는 다른 공유자에게도 효력이 있다(제296조).

제4관 소멸시효의 정지

I. 의의

1) 소멸시효의 정지란 시효기간이 거의 완성할 즈음에 이르러 권리자가 시효중단행위를 하는 것이 불가능하거나 또는 대단히 곤란한 사정이 있는 경우에 일단 그 시효의 진행을 멈추게 하였다가 그러한 사유가 소멸하였을 때에 다시 나머지 기간을 진행시키는 제도를 말한다.

2) 소멸시효의 정지에 관한 규정을 취득시효에 준용하는 규정은 없다. 통설은 소멸시효의 정지에 관한 규정은 당연히 취득시효의 경우에 준용된다고 한다.

II. 소멸시효의 정지사유

1. 제한능력자를 위한 정지

가) 소멸시효의 기간 만료 전 6개월내에 제한능력자의 법정대리인이 없는 때에는 그가 능력자로 되거나 또는 법정대리인이 취임한 때로부터 6개월 내에는 시효가 완성되지 않는다(제179조).

나) 재산을 관리하는 부모 또는 후견인에 대한 제한능력자의 권리는 그가 능력자로 되거나 또는 후임의 법정대리인이 취임한 때로부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성되지 않는다(제180조 제1항).

2. 혼인관계의 종료에 의한 정지

부부간에 중단절차를 밟는 것은 곤란하므로 부부 일방의 타방에 대한 권리는 혼인관계가 종료한 때로부터 6개월 내에는 소멸시효가 완성되지 않는다(제180조 제2항).

3. 재산상속에 관한 정지

상속재산에 속하는 권리나 상속재산에 대한 권리는 상속인의 확정, 관리인의 선임 또는 파산선고가 있는 때로부터 6개월 내에는 시효가 완성되지 않는다(제181조).

4. 천재지변에 의한 정지

천재 기타 사변으로 말미암아 소멸시효를 중단할 수 없을 때에는 그 사유가 종료한 때로부터 1개월 내에는 시효가 완성되지 않는다(제182조).

제5관 소멸시효의 효력

I. 소멸시효 완성의 효과

1. 서설

가. 민법의 규정

민법은 소멸시효에 대해서 ‘소멸시효가 완성한다’고만 정하고(제162조 내지 제164조) 있다. 따라서 ‘완성한다’고 하는 것이 어떠한 효과를 나타내는지는 명문으로 규정하고 있지 않다. 한편 제369조·제766조 제1항·제1024조 제2항 및 부칙에는 민법이 ‘소멸한다’는 표현을 쓰고 있어 일관성이 결여됨으로써 ‘완성한다’는 의미에 관한 해석이 나누어지고 있다.

나. 연혁적으로 1910년에 작성된 ‘관습조사보고서’에 의하면 취득시효 또는 소멸시효를

인정하는 관습이 없었다고 한다. 이에 대하여 독일민법이나 프랑스민법 등 로마법 이래 오랜 연혁을 지니고 있으면서도 시효를 인정하는데 엄격하게 제한하고 있다.

2. 학설

가. 절대적 소멸설

다수설인 절대적 소멸설은 소멸시효의 완성으로 당연히 권리가 소멸한다고 보는 견해이다. 이 설의 논거는 현행 민법이 시효원용에 관한 의용민법 제145조를 삭제한 점, 제369조·제766조 제1항·제1024조 제2항 및 부칙이 '소멸한다' 또는 '소멸한 것으로 본다'로 규정된 점, 취득시효와의 균형 등을 이유로 한다.

나. 상대적 소멸설

상대적 소멸설은 소멸시효가 완성되어도 권리가 당연히 소멸하는 것이 아니라 시효의 이익을 받을 자에게 권리의 소멸을 주장할 수 있는 원용권이 생길뿐이라고 한다. 즉 시효의 완성으로 권리는 소멸하지 않고 원용권의 행사에 의하여 비로소 권리가 소멸한다고 한다. 이 견해는 소멸시효 완성 후에 채무자가 시효완성의 사실을 모르고 변제한 경우에 절대적 소멸설에 의하면 비채변제(제766조)로서 그 반환을 청구할 수 있게 되어 사회관념에 반하며, 시효이익 포기의 법적 성질을 설명할 수 없다는 점 등을 들고 있다.

3. 판례

가. 원칙

판례는 절대적 소멸설을 취하고 있다(대판 1966.1.31. 65다2445). 즉 변론주의 원칙상 소멸시효의 이익을 받을 자가 그것을 포기하지 않고 실제 소송에서 권리를 주장하는 자에 대하여 시효소멸의 이익을 받겠다는 뜻을 항변하지 않은 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없다고 한다(대판 1979.2.13. 78다2157).

나. 시효원용권자

판례는 시효원용권자에 대하여 채무자를 포함하는 직접수익자로(대판 1995.7.11. 95다12446) 한정한다. 즉 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자를 말하며, 채무자 외에 가등기담보가 설정된 부동산의 제3취득자, 매매예약에 의한 가등기가 경료된 부동산의 제3취득자, 유치권이 성립된 부동산의 매수인, 물상보증인 등이 이에 속한다.

다. 시효의 남용

채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는다(대판 2002.10.25. 2002다32332). 즉 소멸시효의 주장에 대하여 신의성실의 원칙에 따른 권리남용의 법리를 적용하였다.

II. 소멸시효의 소급효

1) 소멸시효는 사실상태를 존중하려는 것이므로 시효기간이 개시한 때 즉 기산일에 소급하여 효력이 생긴다(제167조).

2) 따라서 소멸시효로 채무를 면하는 자는 기산일 이후의 이자를 지급할 필요가 없다. 그리고 상계적상에 있는 경우에는 상계를 할 수 있다. 즉 시효로 소멸하는 채권이 시효완성 전

에 상계할 수 있었던 것이면 채권자는 상계할 수 있도록 특칙을 두고 있다(제495조).

Ⅲ. 소멸시효의 이익의 포기

1. 의의

1) 소멸시효의 포기란 시효완성의 이익을 당사자의 의사에 의하여 버리는 것을 말한다. 시효에 의한 권리의 취득이나 상실의 이익을 받는 자가 이익을 받지 않겠다고 하는 것이며 그렇게 함으로써 권리의 취득이나 상실이 확정적으로 발생하지 않게 된다.

2) 소멸시효이익의 포기의 효과는 상대적이므로 포기자 이외의 자에게 영향을 미치지 않는다. 즉 주채무자가 시효이익을 포기하더라도 보증인이나 물상보증인에게 포기의 효과가 미치지 않는다(대판 1991.1.29. 89다카1114).

3) 소멸시효 포기의 효력은 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 생긴다(대판 1994.12.23. 94다40734).

2. 포기의 법적 성질

시효이익의 포기는 시효의 이익을 받지 않겠다는 일방적 의사표시이다(통설). 이러한 의사표시는 명시적이거나 묵시적인 것이든 상관없으며 상대방의 승낙을 요하지 않는 단독행위이다. 시효이익을 포기할 수 있는 자는 시효완성의 이익을 받을 당사자 또는 대리인에 한정된다. 그 밖의 제3자가 시효이익의 포기의 의사표시를 하였더라도 시효완성의 이익을 받을 자에 대한 관계에서 효력이 없다(대판 1998.2.27. 95다39854). 소멸시효이익의 포기는 처분행위이므로 포기자는 처분권한과 처분능력이 있어야 한다.

3. 시효완성 전의 포기

1) 시효제도는 공익적 제도이므로 개인의 의사에 의해 미리 배척하는 것은 부당하다. 이는 채무자의 공박을 이용하여 미리 소멸시효의 이익을 포기하게 할 위험이 있기 때문이다. 따라서 소멸시효가 완성하면 시효이익을 받을 자는 시효기간이 만료하기 전에 미리 그 이익을 포기하는 것은 허용되지 않는다(제184조 제1항). 그러나 시효완성 후에 시효이익을 포기하는 것은 유효하다.

2) 이러한 취지에서 시효완성을 곤란하게 하는 약정도 무효이다(제184조제2항). 그러나 시효기간을 단축·경감하는 특약은 유효하다(동조 제2항). 즉 특정한 채무의 이행을 청구할 수 있는 기간을 제한하고 그 기간을 초과하면 채무가 소멸되도록 하는 약정은 유효하다.

4. 시효완성 후의 포기

시효완성 후에는 시효완성 전과 같은 폐단은 없으므로 제184조 제1항의 반대해석상 당사자의 의사를 존중하여 포기가 인정된다.

1) 포기의 본질

상대적 소멸설에 의하여 소멸시효의 효과를 설명하는 견해에 의하면 시효이익의 포기는 시효완성으로 발생한 원용권을 포기하는 의사표시라고 한다. 따라서 권리는 처음부터 소멸된 것으로 보지 않는다. 그러나 절대적 소멸설에서는 설명이 어렵다. 즉 시효이익의 포기는 시

효의 이익을 받지 않겠다는 일방적 의사표시라고 하는데, 권리가 당연히 소멸하여 이익이 이미 귀속되었는데 어떻게 하여 소급해서 이익이 생기지 않았던 것으로 되는가를 설명하기가 어렵다.

2) 포기의 효과

가) 시효이익을 포기하면 처음부터 시효이익은 생기지 않았던 것으로 된다. 포기의 효과는 상대적이며, 다른 사람에게 영향을 미치지 않는다. 예를 들어 연대채무자의 1인이 시효이익을 포기하여도 다른 연대채무자에게는 영향을 미치지 않는다.

나) 시효완성 후에 시효이익을 포기하는 듯한 행위가 있으면 시효완성 사실에 대한 악의를 추정한다(대판 1995.4.4. 95다3756).

다) 채무자가 소멸시효 완성 후에 채권자에 대하여 채무를 승인함으로써 그 시효이익을 포기한 경우에는 그 때부터 새로이 소멸시효가 진행된다(대판 2009.7.9. 2009다14340).

IV. 종속된 권리에 대한 소멸시효의 효력

1) 주된 권리의 소멸시효가 완성된 경우에는 그 효력이 종속된 권리에 그 효력이 미친다(제183조). 즉 종속된 권리의 소멸시효도 완성한 것으로 간주한다.

2) 저당권에 대해서는 별도의 규정이 있다(제369조).

3) 제183조가 실익을 가지는 경우는 주된 권리의 소멸시효는 완성되었으나 종속된 권리의 소멸시효가 아직 완성되지 않은 때를 말한다.