

제척기간이 경과한 채권에 대한
민법 제495조의 유추적용
- 대판 2019.3.14., 2018다255648 -

배 성 호*

< 목 차 >

[사건의 개요]

1. 사실관계
2. 소송의 경과
3. 대상판결

[연구]

- I. 들어가며
- II. 소멸시효와 제척기간
- III. 제척기간이 경과한 채권에 대한 제495조의 유추적용
- IV. 결론

[사건의 개요]

1. 사실관계

원고는 2012.4.경 피고에게 폐기물파쇄기와 1호 분쇄기를 제작·설치하기로 하고 수개월 내에 그 제작·설치를 마쳤다. 이어 2013.4.경 피고에게 2호 분쇄기를 추가로 공급하기로 하고 그 제작·설치를 완료하였다. 피고가 대금을 지

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

급하지 않자, 원고는 2015.3.23. 피고를 상대로 위 대금의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

이에 피고는 2015.5.11.자 답변서를 통해 1호 분쇄기와 2호 분쇄기에 하자가 있었다는 이유로 도급계약에 따른 하자담보책임을 주장하였다. 그 뒤 2018.1.9.자 준비서면을 통해서도 위 1호 및 2호 분쇄기의 하자로 인하여 발생한 손해배상채권을 원고의 위 미지급 대금채권과 상계한다고 주장하였다.

한편 피고가 원고로부터 위 1호 및 2호 분쇄기를 각각 인도받은 날부터 1년 내에 원고에게 하자 보수나 손해배상을 요구했다고 볼 만한 자료는 없다.

2. 소송의 경과

가. 1심 법원은 민법 제495조를 유추적용하여 상계를 허용하는 것이 공평의 원칙에 부합한다는 이유로 피고의 상계항변을 받아들였다.¹⁾

나. 원심법원도 다음과 같이 판시하여 1심 법원과 같이 제척기간의 경우에도 당사자의 신뢰를 보호하는 것이 공평의 원칙에 부합한다는 이유로 민법 제495조의 유추적용을 긍정하였다.²⁾ 즉 “민법 제495조는 ‘소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다’고 규정하고 있는바, 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 때에는 각 당사자는 그 채권·채무관계가 이미 결제되었다고 생각하는 것이 일반적이고, 이러한 당사자의 신뢰를 보호하기 위하여 민법 제495조를 규정한 이상, 공평의 원칙에 비추어 제척기간의 적용을 받는 채권의 당사자에 대하여도 동일하게 위와 같은 상황에서 형성된 신뢰를 보호함이 상당할 뿐만 아니라 통상의 거래관념에도 부합하는 것이라 할 것이며, 이와 달리 그 채권의 행사기간이 단지 제척기간이라는 사유만으로 당사자 신뢰 보호의 필요성이 없다거나 달리 판단되어야 할 이유는 없다고 할 것이어서(이미 상계적상의 상태에 있었음에도 불구하고 상대방 채권의 제척기간이 경과되었거나 곧 경과될 것을 이용하여 상대방의 신뢰에 반한 채권행사를 한다면 신의칙에 반할 우려도 있다), 제척기간이 경과된 채권의 경우에도 민법 제495조의 유추적용은 허용된다고 할 것인데, 피고의 하자보수

1) 의정부지방법원 고양지판 2016.10.26., 2015가단74629.

2) 의정부지판 2018.7.13., 2016나60489.

에 같은 손해배상채권은 인도받은 날 이미 발생하여 제척기간이 경과하기 전 원고의 대금지급채권과 상계적상에 있었다고 할 것이므로, 피고는 위 손해배상채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있다.”

3. 대상판결

대법원 역시 아래와 같이 민법 제495조를 유추적용하여 제척기간이 경과한 채권을 자동채권으로 한 상계를 허용한 원심 판결을 지지하면서 상고를 기각하였다.

민법 제495조는 “소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.”라고 정하고 있다. 이는 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 경우에 당사자들은 채권·채무관계가 이미 정산되어 소멸하였거나 추후에 정산될 것이라고 생각하는 것이 일반적이라는 점을 고려하여 당사자들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다.

이때 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 매수인이나 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 민법 제495조를 유추적용하여 매수인이나 도급인이 상대방의 채권과 상계할 수 있는지 문제 된다.

매도인의 담보책임을 기초로 한 매수인의 손해배상채권 또는 수급인의 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상채권이 각각 상대방의 채권과 상계적상에 있는 경우에 당사자들은 채권·채무관계가 이미 정산되었거나 정산될 것으로 기대하는 것이 일반적이므로, 그 신뢰를 보호할 필요가 있다. 이러한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 그 기간이 지나기 전에 상대방에 대한 채권·채무관계의 정산 소멸에 대한 신뢰를 보호할 필요성이 있다는 점은 소멸시효가 완성된 채권의 경우와 아무런 차이가 없다.

따라서 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우에는 매수인이나 도급인은 민법 제495조를 유추적용하여 위 손해배상채권을 자동채권으로 해서 상대방의 채권과 상계할 수 있다고 봄이 타당하다.

[연구]

I. 들어가며

상계를 할 수 있기 위해서는 두 당사자의 채권이 상계적상에 있어야 한다. 상계적상은 상계할 당시에 현존하고 있어야 한다. 상계적상에 있었다라도 상계를 하지 않은 동안에 일방의 채권이 변제 등의 사유로 소멸한 때에는 상계할 수 없다. 다만 자동채권이 시효로 소멸한 경우에는 위 원칙에 대해 예외를 인정한다. 양 채권이 상계적상에 있으면 당연히 정산결제되리라는 신뢰는 충분히 보호할 만한 가치가 있기 때문이다. 이러한 상계가능성에 대한 신뢰가 정당하다면, 그러한 신뢰는 소멸시효 기간이 경과한 경우에도 보호되어야 한다.³⁾ 민법⁴⁾ 제495조는 이와 같은 예외를 “소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.”고 정하고 있다. 따라서 자동채권의 소멸시효 완성 후에도 상계를 할 수 있다.

대상판결에서는 수급인의 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 민법 제495조를 유추적용해서 도급인이 상대방의 채권과 상계할 수 있는지 문제되었고, 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 매수인이나 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우에는 민법 제495조를 유추적용함으로써 위 손해배상채권을 자동채권으로 하여 상대방의 채권과 상계할 수 있다고 하였다.

이에 본 연구에서는 제척기간을 도과한 경우에도 제495조의 유추적용을 통해 당해 채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있다고 판시한 대상판결의 타당성을 검토하기 위하여 우선 소멸시효와 제척기간의 제도적 취지와 법적 효과에 관하여 비교·검토한 후, 형성권에 관한 제척기간과 청구권에 관한 제척기간으로 나누어 상세히 살핀다. 그리고 대상판결에서 문제된 수급인의 담보책임을 기초로 한 제667조 소정의 손해배상청구권의 성질에 대하여 자세히 검토하고자 한

3) 박윤직 편, 「민법주해XI 채권(4)」, 박영사, 1995, 404면(윤용섭 집필부분); 김용담 편, 「주석 민법 채권총칙(4)」 제4관, 한국사법행정학회, 2014, 613면(조용구 집필부분); 김준호, 「민법강의」 제28판, 법문사, 2022, 521면; 지원림, 「민법강의」 제19판, 홍문사, 2022, 1041면.

4) 아래에서 특별히 법령의 이름을 지칭하지 않는 경우 ‘민법’을 칭한다.

다. 다음으로 청구권에 관한 제척기간의 경우에 제495조가 유추적용될 가능성이 있는지, 있다면 어느 범위까지 가능한지에 대하여 검토해 보고자 한다.

II. 소멸시효와 제척기간

1. 서

대상판결에서는 수급인의 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 민법 제495조를 유추적용할 수 있는지가 문제되었다.

민법 제495조의 유추적용 가부에 관하여는 이미 임대차 존속 중 차임채권의 소멸시효가 완성된 후 임대인이 소멸시효가 완성된 차임채권을 자동채권으로 삼아 임대차보증금 반환채무와 상계할 수 있는지 여부가 문제된 사안에서 다음과 같이 판시하여 이를 긍정한 바 있다. 즉 민법 제495조는 ‘자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것’을 요건으로 하는데, 임대인의 임대차보증금 반환채무는 임대차계약이 종료된 때에 비로소 이행기에 도달하므로, 임대차 존속 중 차임채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 소멸시효 완성 전에 임대인이 임대차보증금 반환채무에 관한 기한의 이익을 실제로 포기하였다 등의 특별한 사정이 없는 한 양 채권이 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없다. 그러므로 그 이후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 차임채권을 자동채권으로 삼아 임대차보증금 반환채무와 상계하는 것은 민법 제495조에 의하더라도 인정될 수 없다. 그러나 임대차 존속 중 차임이 연체되고 있음에도 임대차보증금에서 연체차임을 충당하지 않고 있었던 임대인의 신뢰와 차임연체 상태에서 임대차관계를 지속해 온 임차인의 묵시적 의사를 감안하면 연체차임은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 공제할 수는 있다고 판시하였다.⁵⁾

그러나 대상판결의 경우에는 소멸시효가 아닌 제척기간의 경우에 민법 제495조의 유추적용이 문제되었다. 이에 제척기간의 경우에도 유추적용이 가능한지 여부를 검토하기 위하여 먼저 소멸시효와 제척기간의 비교 및 제척기간의 양상

5) 대판 2016.11.25., 2016다211309.

등에 관하여 살펴보고, 그 가능여부를 가늠해 보고자 한다.

2. 소멸시효와 제척기간의 제도적 취지와 법적 효과

가. 사법에는 시간의 경과에 의하여 권리가 소멸되는 제도로 소멸시효와 제척기간이 있다. 소멸시효는 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 권리불행사의 상태가 일정한 기간 계속됨으로써 권리가 소멸하는 제도이다.

소멸시효의 취지와 관련하여 전통적 입장은 일정한 사실상태가 오래 계속되면 사회는 이를 진실한 권리관계에 부합하는 것으로 신뢰하고 이러한 사실을 기초로 하여 사회질서가 형성되므로, 법이 일정한 기간 계속된 사실상태를 권리관계로 인정함으로써 사회질서를 안정시키고 제3자의 신뢰를 보호하기 위한 것이라고 한다. 법적 안정성의 확보, 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재 등을 그 존재이유로 든다.⁶⁾ 이에 대해 제척기간은 당사자 간이나 제3자에 대한 관계에서 법률관계의 조속한 확정필요성이 있는 경우, 일정한 권리에 관하여 미리 정하여둔 그 권리의 행사 제한기간을 말한다.

양자는 일정한 기간의 경과로 권리가 소멸한다는 측면에서는 같은 점도 있다. 즉 시간의 경과에 따라 사실적 상태가 진실한 권리관계에 부합할 것이라고 하는 신뢰를 통하여 법적 안정성의 추구라고 하는 측면에서는 같다고 할 것이다. 그러나 제척기간은 법률관계의 조속한 확정필요성이 부각된다는 측면에서 그 취지는 다소 상이하다. 또한 소멸시효에서는 그 기간 내에 권리행사가 있으면 그동안 진행되었던 시효는 중단되고 새로 시효가 진행되지만, 법률관계의 조속한 확정필요성이 부각되는 제척기간은 소멸시효와 달리 그 중단이나 정지가 인정되지 않는다.⁷⁾ 제척기간은 그 기간의 경과 자체만으로 곧바로 권리소멸의 효과가 발생할 뿐이다. 또한 제척기간에 의한 권리의 소멸은 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 당연히 고려해야 하는 직권조사사항이다.⁸⁾ 그러나 소멸시효 완성에 의한 권리의 소멸은 시효원용권자가 시효완성사실을 원용한 경우에 비로소 고려된다.

6) 지원림, 앞의 책, 384-385면.

7) 대판 1980.4.22., 79다2141; 대판 1992.7.28., 91다44766; 대판 2000.8.18., 99므1855; 대판 2003.1.10., 2000다26425; 대판 2004.7.22., 2004두2509.

8) 대판 2000.10.13., 99다18725.

나. 이와 같이 소멸시효와 제척기간은 그 차이점이 존재한다. 따라서 민법 제 495조가 제척기간에 직접적으로 적용될 수는 없다. 다만 제495조가 제척기간에 유추적용될 여지는 존재한다.

소멸시효가 완성되거나 제척기간이 경과하면 그 권리는 소멸한다. 즉 소멸시효 완성과 제척기간 경과의 법적 효과는 동일하므로, 서로 대립하는 채권 간에 상계적상이 존재할 때 양 채권이 결제되리라는 신뢰는 그 채권에 소멸시효가 적용되는 경우나 제척기간이 적용되는 경우를 구별할 필요는 크지 않다.⁹⁾ 그런데 제척기간은 소멸시효와는 달리 그 양상을 일률적으로 말할 수 없다. 왜냐하면 제척기간은 각각의 규정에서 정하는 권리의 내용과 그 취지가 다른 만큼 제척기간이라는 이름만으로 통일적으로 규율될 수 없기 때문이다.¹⁰⁾ 따라서 제척기간이 부가되는 구체적 사안 유형을 분석하여 제495조의 유추적용을 논하여야 한다. 따라서 아래에서는 형성권에 관한 제척기간과 청구권에 관한 제척기간으로 나누어 살펴본다.

3. 제척기간의 양상

가. 형성권에 관한 제척기간과 청구권에 관한 제척기간

형성권은 제척기간의 대상이다. 형성권은 당사자 일방의 의사표시만으로 법률관계가 형성되므로 일정기간 내에 형성권을 행사하여 조속히 법률관계가 확정되도록 하고,¹¹⁾ 형성권자의 상대방을 법적 불확실성으로부터 신속히 해방시킨다.¹²⁾ 법률관계의 조속한 확정이라고 하는 측면에서는 형성권에 관한 제척기간이 아래에서 보는 청구권에 관한 제척기간보다 강하다고 할 것이다.¹³⁾ 형성

9) 권영준, “제척기간과 민법 제495조의 유추 적용(대법원 2019.3.14. 선고 2018다255648 판결)”, 『민사판례연구Ⅱ』, 박영사, 2021, 49면.

10) 김준호, “하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권—제척기간과 소멸시효의 양립—”, 『연세법학』 제20권, 연세법학회, 2012, 111-112면; 김준호, “제척기간과 소멸시효의 경합—대법원 2011.10.13. 선고 2011다10266 판결, 대법원 2012.11.15. 선고 2011다56491 판결—”, 『저스티스』 통권 제141호, 한국법학원, 2014, 269면; 이창현, “제척기간과 사적 자치”, 『법학논총』 제35집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2018, 135면 이하.

11) 김준호, 앞의 “하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권—제척기간과 소멸시효의 양립—”, 112면.

12) 김진우, “소멸시효와 제척기간”, 『재산법연구』 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009, 174면.

13) 권영준, 앞의 논문, 50면.

권에 관한 제척기간은 소멸시효와 본질적 차이가 있다. 다만 형성권을 제척기간에만 걸리게 하는 것은 아니다. 일본 민법 제126조는 취소권은 추인할 수 있는 때로부터 5년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다. 행위시부터 20년을 경과한 때에도 같다고 정하고 있는 것이 그러하다.¹⁴⁾

한편 제척기간은 청구권에도 법률관계를 조속히 확정하여야 할 필요가 있는 때에는 제척기간이 정하여지기도 한다.¹⁵⁾ 청구권에 제척기간을 둔 것으로는 점유보호청구권(제204조 제3항, 제205조 제2항), 경계선부근 건축에 대한 변경·철거청구권(제242조 제2항), 도품·유실물의 반환청구권(제250조 본문), 담보책임에 기한 매수인 또는 도급인의 손해배상청구권(제573조, 제575조, 제582조, 제670조, 제671조), 사용대차나 임대차에서 손해배상청구권과 비용상환청구권(제617조, 제654조), 재산분할청구권(제839조의2, 제843조) 등을 들 수 있다.¹⁶⁾ 이와 같은 청구권에 관한 제척기간은 소멸시효와 마찬가지로 의무자를 보호한다.¹⁷⁾ 그리고 시간의 경과에 따라 입증이 곤란해진 청구권의 행사를 억제한다.¹⁸⁾ 이와 같은 점에서 청구권에 관한 제척기간은 소멸시효와 비슷한 기능과 성격을 갖는다고 할 것이다.

나. 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상청구권의 성질

대상판결에서는 담보책임을 기초로 한 제667조 소정의 하자보수에 갈음하는 손해배상청구권이 문제되었다.

(1) 여기에서 문제된 담보책임을 존속기간은 원칙적으로 1년이다(제670조 제1항). 이처럼 단기로 제한한 이유는 하자의 존재 여부에 대한 판정의 어려움을 덜고, 하자로 인한 법률문제를 신속히 해결하여 법적 안정성을 도모할 필요가 있기 때문이다.¹⁹⁾ 담보책임을 존속기간으로 보는 것이 통설과 판

14) 김준호, 앞의 “제척기간과 소멸시효의 경합”, 270면.

15) 김준호, 앞의 “하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권—제척기간과 소멸시효의 양립—”, 114면.

16) 김준호, 앞의 책, 363면; 김준호, 앞의 “제척기간과 소멸시효의 경합”, 272-277면 참조.

17) 김진우, 앞의 논문, 173면.

18) 권영준, 앞의 논문, 50면; 김진우, 앞의 논문, 174면.

19) 김용담 편, 앞의 책, 362면(이준형 집필부분); 김준호, 앞의 책, 1061면; 김준호, 앞의 “제척기간과 소멸시효의 경합”, 275면.

례²⁰⁾이다.

또한 매매에서는 매수인이 하자의 사실을 안 날 또는 계약한 날을 기산점으로 하지만, 도급에서는 원칙적으로 인도시를 기산점으로 한다. 목적물의 인도를 요하는 경우에는 인도를 받은 날이다(제670조 제1항, 제671조 제1항). 목적물이 인도할 필요가 없는 경우에는 그 일이 종료된 날이다(제670조 제2항).

(2) 그렇다면 대상판결에서 문제된 제670조의 제척기간은 청구권에 관한 제척기간인지 형성권에 제척기간인지가 문제된다.

이는 우선 제667조에 규정된 도급인의 권리가 형성권이 아닌 청구권이라는 점에 주목하면 그 실마리를 찾을 수 있다. 즉 대상판결에서 문제된 제670조에는 청구권에 대한 제척기간이 적용된다고 하겠다. 따라서 대상판결에서는 제척기간으로서의 성격보다는 소멸시효에 가까운 성격을 갖는 제척기간으로 이해할 수 있을 것이다.²¹⁾

(3) 한편 이러한 도급인의 권리를 제척기간의 대상으로 할지, 소멸시효의 대상으로 할지는 권리의 본질에서 도출되는 것이 아니라 입법정책의 문제이다.²²⁾ 독일 민법 제634조의a, 스위스 채무법 제371조, 제210조는 수급인의 담보책임을 기초로 한 손해배상청구권을 제척기간이 아닌 소멸시효의 대상으로 삼고 있다.²³⁾ 그러나 오스트리아 민법 제933조에서는 이를 제척기간으로 규정하다가 법개정을 통해 소멸시효로 변경하여 규정하고 있다.²⁴⁾ 반면 프랑스 민법에서는 제척기간으로 이해되고 있다.²⁵⁾

또한 일본 민법 제637조 제1항은 목적물 인도시부터 1년의 제척기간을 규정하고 있다가, 2020년 4월 1일부터 시행된 개정 민법 제637조 제1항에서는 이를

20) 대판 2009.5.28., 2008다86232; 대판 2010.1.14., 2008다88368; 대판 2012.4.13., 2011다46036 등.

21) 권영준, 앞의 논문, 50면.

22) 광윤직 편, 「민법주해Ⅲ 총칙(3)」, 박영사, 1992, 427면(윤진수 집필부분)에 의하면 어떤 권리를 소멸시효에 걸리게 할 것인가 아니면 제척기간에 걸리게 할 것인가는 입법자의 선택에 달린 입법정책의 문제라고 한다.

23) 김화, “민법상의 수급인의 담보책임의 제척기간규정에 대한 비판적 고찰”, 「법학연구」 제25권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2015, 112-117면 참조.

24) 김화, 앞의 논문, 119면.

25) 이동진, “하자담보책임의 제척기간이 도과한 뒤 한 상계의 효력”, 「법조」 제68권 제4호(통권 제736호), 법조협회, 2019, 278면, 주) 51 참조.

“도급인이 그 부적합을 안 때로부터 1년 이내에 수급인에게 그 취지를 통지하지 않은 때에는 도급인은 그 부적합을 이유로 하여 이행추완청구, 보수감액청구, 손해배상청구 및 계약해제를 할 수 없다.”라고 하여 주관적 기산점을 채택함으로써 도급인의 권리를 대폭 강화한 점에 주목을 요한다.²⁶⁾

이와 같이 일련의 입법례를 살펴보면 도급인의 담보책임에 의한 권리가 권리의 본질로부터 도출되는 것이 아니라 입법정책에 따라 얼마든지 제척기간이나 소멸시효로 재규정될 수 있음을 알 수 있다. 이와 관련하여 보면 그만큼 제495조의 유추적용 가능성도 높아진다 하겠다.²⁷⁾

Ⅲ. 제척기간이 경과한 채권에 대한 제495조의 유추적용

1. 서

제척기간이 경과한 채권에 대한 제495조의 유추적용이 직접적으로 문제된 사안은 대상판결이 최초의 판결례이다. 하급심 판결에서는 제척기간에 제495조의 유추적용이 문제되었고, 이를 인정한 경우가 있었다.²⁸⁾

2. 제495조의 유추적용의 허용여부

제495조의 유추적용의 허용여부와 관련하여서는 긍정설과 부정설이 있다.

가. 우선 제척기간이 경과한 경우에도 상계에 대한 신뢰보호를 위하여 공평의 원칙에 따라 제495조가 유추적용되어야 한다는 긍정설이 통설적 지위에 있다.²⁹⁾ 제척기간 경과로 인하여 채권이 곧바로 소멸한다고 하더라도 공평의 원

26) 권영준, 앞의 논문, 50면, 주) 31 참조.

27) 권영준, 앞의 논문, 51면; 이창현, “제척기간이 경과한 채권을 자동채권으로 한 상계”, 『법조』 제68권 제6호(통권 제738호), 법조협회, 2019, 397면, 주) 66 참조.

28) 부산고판 1988.12.7., 88나2298; 부산지판 2003.8.20., 2002가합11918.

29) 박윤직, 『채권총론』 제6판, 박영사, 2002, 282면; 박윤직 편, 앞의 책(주 22), 400-401면(윤진수 집필부분); 김상용, 『채권총론 개정판증보』, 법문사, 2000, 523면; 김증한·김학동, 『채권총론』 제6판, 박영사, 2007, 396면; 김용담 편, 『주식민법 총칙(3)』 제4판, 한국사법행정학회, 2010, 508면(이연갑 집필부분); 송덕수, 『채권법총론』 제4판, 박영사, 2018, 496면; 이

칙에 입각하여 예외적으로 제495조를 유추적용하는 것이 가능할 수 있기 때문에 상계의 국면에서 제척기간과 소멸시효의 본질적 차이를 구별할 실익은 크지 않으며, 다만 제척기간이 경과한 채권을 상계의 대상으로 삼는 것은 제척기간의 취지와 충돌할 수 있고, 제495조의 예외조항의 성격에 배치될 수 있기 때문에 공평과 상계제도의 취지에 부합하여야 하고, 제척기간의 취지를 현저히 훼손해서도 안된다고 한다.³⁰⁾

나. 반면 권리의 행사 없이 제척기간이 도과하였다면 제척기간의 취지에 비추어 제495조의 유추적용을 부정하는 견해가 있다.³¹⁾ 이 부정설은 수급인의 하자담보책임의 제척기간의 경우에는 모두 권리의 소멸이 아닌 그 발생과 관계되어, 도급인이 적시에 수급인에게 하자가 있음을 지적하여 법적 불명확성을 해소하여야 그의 담보청구권 등이 보전되는데, 그 기간 내 권리행사가 없다면 당사자의 신뢰도 존재하지 아니하거나 보호가치가 없어 제495조를 유추할 근거가 없다고 한다.³²⁾ 그리고 매도인 및 수급인의 담보책임, 점유보호청구권(제204조, 제205조)과 같은 경우에는 신속한 법률관계의 해결을 위해 단기의 제척기간을 두고 있는데 해당기간 안에 권리행사를 하지 않은 경우에는 이러한 권리를 행사하지 않고 현행의 법률관계를 존중하여 유지하는 취지를 가지고 있고, 제척기간이 적용되는 권리의 경우에는 과연 제척기간 안에 권리행사를 할 것인가 여부가 문제되는 것이고 기간 안에 권리행사가 이루어지지 않았다면 권리행사의 기회가 소멸하고 권리행사가 없는 상태에 대하여 당사자의 신뢰 및 법의 보호가 부여된다고 한다.³³⁾ 또한 제척기간은 단기소멸시효가 그러한 것처럼 그 입법목적 내지 취지가 제각각이고 변제 기타 만족으로 인한 소멸가능성을 고려한 소멸시효와는 전혀 취지가 달라 제495조를 비롯한 소멸시효에 관한 규정을 제척기간 일반에 유추할 수 없는 까닭이 여기에 있다고 한다.³⁴⁾ 그리고 수급인

상태, “수급인의 담보책임론, 한국민법이론의 발전(Ⅱ)—채권편—”, 『이영준 박사 화갑기념 논문집』, 박영사, 1999, 900면; 장재현, “상계에서의 몇 가지 문제”, 『법학논고』 제28집, 경북대학교 법학연구원, 2008, 509면.

30) 이창현, 앞의 “제척기간이 경과한 채권을 자동채권으로 한 상계”, 394면.

31) 김기환, 『상계』, 서울대학교 법학연구소 법학연구총서 74, 경인문화사, 2018, 73면, 주) 160, 74-75면; 이동진, 앞의 논문, 277-278면.

32) 이동진, 앞의 논문, 276-277면.

33) 김기환, 앞의 책, 74면.

34) 이동진, 앞의 논문, 279면.

의 하자담보책임의 제척기간은 하자의 고지 및 주장을 권리발생요건으로 삼은 것으로 변제 기타 만족으로 인한 소멸가능성을 고려한 소멸시효와는 전혀 취지가 다르다고 한다.³⁵⁾

다. 참고로 일본과 독일의 경우를 살펴본다.³⁶⁾

(1) 일본의 경우, 일본 민법 제508조는 상계적상이 생긴 후에 자동채권이 시효소멸한 경우, 상계적상의 현존 원칙에 대한 예외를 인정하여, 시효소멸 전에 상계적상이 존재하는 경우에는 자동채권의 채권자는 상계를 할 수 있도록 규정하고 있다. 동 규정은 대립하는 양채권의 당사자가 상계할 수 있는 상태에 도달한 때, 특별한 의사표시를 하지 않더라도 거의 당연히 청산될 것이라고 생각하기 때문에 이러한 신뢰를 보호하기 위하여 이와 같은 처리를 허용한다는 취지이다.³⁷⁾

판례는 제척기간이 경과한 채권의 경우 상기 제508조를 유추적용할 수 있는지 여부에 대하여 종래에는 이를 부정하였으나,³⁸⁾ 1976년 이를 변경하여 긍정하였다.³⁹⁾ 1976년 최고재판소 사안은 Y가 X에게 인쇄물을 주문하였는데, X가 인도한 인쇄물에는 하자가 있었다(일본 민법 제634조의 하자담보책임에서는 동법 제637조의 제1항에 의하여 인도시부터 1년의 책임기간이 정하여져 있다). X의 Y에 대한 도급대금청구에 대하여 Y가 이 하자담보책임에 기한 손해배상청구권에 의한 상계를 주장하고, X는 하자로 인한 손해배상청구권은 제척기간이 경과한 채권이므로 상계는 무효라고 주장하여 결국 제508조의 적용이 문제가 되었다. 판례는 다음과 같은 이유로 Y의 상계 주장을 인정하였다. “도급의 목적물에 하자가 있는 경우 주문자의 하자수선에 대신하는 손해배상청구권은 실질에 있어서는 경제적으로 도급대금을 감액하고 도급계약의 당사자가 상호 부담하는 의무에 대하여 그 기간에는 대가관계에 있기 때문에 … 제637조 제1항

35) 이동진, 앞의 논문, 279면.

36) 민법 제495조 제정시 참고가 된 입법례들 중 일부이다. 민의원 법제사법위원회 민법안심 의소위원회, 「민법안심의록(상권)」, 1957, 291면 참조.

37) 廣中俊雄 編, 民法修正案(前三編)の理由書, 1987, 483-484면; 潮見佳男, 債權總論Ⅱ 제3판, 2005, 361면.

38) 日大判 1928.12.12. 民集 7卷 12号, 1071면.

39) 日最判 1976.3.4. 民集 30卷 2号, 48면.

소정의 기간경과 전에 상계적상에 있는 경우에는 손해배상채권을 행사하지 않고 위 기간이 경과하였다 할지라도 이로 인하여 도급인에게 불이익을 주는 것은 가혹하고, 공평의 견지에서 이러한 도급인의 신뢰는 보호되어야 하며, 이와 같은 기간이 시효기간인가 제척기간인가에 따라 결과가 달라질 합리적 이유는 없다.”

이에 대하여 일본의 다수설 역시 상계적상에 있는 채권에 대한 신뢰관계를 위하여 공평의 원칙에 따라 제508조는 제척기간이 경과한 경우에도 유추적용된다고 하면서,⁴⁰⁾ 시효완성된 채권의 상계를 허용하는 규정을 제척기간에 유추적용하는 경우 발생하는 불합리를 최소화하기 위하여 견련관계 있는 채권 상호간으로 한정한다고 한다.⁴¹⁾

(2) 한편 독일의 경우, 독일 민법 제215조는 형평과 합목적성에 입각하여 시효완성된 채권의 상계를 허용한다. 제척기간이 경과한 채권의 상계라는 문제에 대하여 판례⁴²⁾는 근로자의 사용자에 대한 권리의 제척기간이 경과한 경우 그 경과 전에 상계적상이 존재하였다는 이유로 뒤늦게 상계할 수는 없다고 하여, 이를 부정한다. 이에 대하여 학설 역시 법률관계의 조속한 확정의 정도가 제척기간의 경우에는 소멸시효제도와 본질적 차이가 있기 때문에 상당한 시일이 지난 후에 상계를 허용한다는 제215조의 예외적 성격에 비추어 유추적용되지 않는다고 한다.⁴³⁾

라. 제척기간이 도과하였다면 제척기간의 취지에 비추어 제495조의 유추적용을 부정하는 견해는 제495조의 유추적용을 부정하는 논거로 소멸시효와 제척기간의 제도적 취지를 논하고 있는데, 이는 앞서 살펴본 바와 같이 일률적으로 이를 논하기는 힘들다. 즉 형성권에 대한 제척기간의 경우에는 이러한 논리가

40) 潮見佳男, 앞의 책, 361면; 山本 豊 編, 新注釋民法(14), 2018, 221면(笠井 修 집필부분).

41) 平野裕之, 債權總論 第2版補正版, 1996, 120면.

42) BGH DB 1974, S. 586.

43) 판례와 학설에 대한 자세한 내용은 권영준, 앞의 논문, 47-48면; 김기환, 앞의 책, 71면; 이창현, 앞의 “제척기간이 경과한 채권을 자동채권으로 한 상계”, 384-387면, 391면 참조. 특히 권영준, 앞의 논문, 48면에 의하면 대상판결 사안에서 문제된 도급인의 손해배상청구권은 독일 민법상 제척기간이 아닌 소멸시효의 적용 대상이기 때문에 독일 민법에서도 대상판결과 같은 사안은 제215조의 직접 적용 대상이므로 위 조항의 유추 적용이 문제될 여지가 없어 독일 판례를 참고할 때에는 이 점도 고려해야 한다고 한다.

통할 수 있지만, 청구권에 대한 제척기간의 경우에는 소멸시효와 유사한 면이 많기 때문에 이에 맞지 않다. 따라서 제척기간의 경과로 인하여 채권이 소멸된 경우에도 일정한 경우에는 권리관계의 조속한 확정의 요청과 도급인의 상계에 대한 신뢰보호를 적절하게 조절하기 위하여 예외적으로 제495조를 유추적용 하는 것이 가능하다고 보는 것이 타당하다.

결국 제척기간이 경과한 채권에 대한 제495조의 유추적용의 경우에는 당해 제척기간의 취지를 어떻게 파악하느냐와 관련되며, 제495조는 공평과 신뢰보호라는 취지에 근거하여 마련된 예외조항이라는 점을 고려할 때 유추적용의 여부 및 유추적용의 범위는 제한적으로 인정할 수밖에 없다.

3. 제495조의 유추적용의 허용범위

제495조의 유추적용을 인정하더라도 어느 범위까지 인정할 것인지는 다시금 검토를 요한다. 즉 견련관계에 있는 채권 상호간에만 이를 허용할 것인지 아니면 이를 넘어서서 제한없이 상계를 허용할 것인지 여부가 문제된다.

제495조의 유추적용을 긍정하는 견해 중에는 더욱 세밀하게 자동채권과 수동채권 사이에 견련관계에 있는 경우에 한하여 제한적으로 제495조가 유추적용될 수 있다는 견해⁴⁴⁾가 있다. 이 견해는 도급인의 하자보수청구에 대신하는 손해배상청구권이 실질적·경제적으로는 도급대금을 감액하여 계약당사자 상호간에 부담하는 의무의 증가관계를 유지시키는 기능을 가지는 것을 중요시하여, 도급인의 하자보수에 대신하는 손해배상청구권이나 그와 성질이 유사한 매도인의 담보책임에 기한 손해배상청구권·대금감액청구권 등에만 제한적으로 유추적용해야 한다고 한다.⁴⁵⁾ 또한 동시이행항변권의 당연효에 의하여 상계가능성에 대한 신뢰에 대한 보호가치가 큰 견련관계에 있는 채권 상호간에 제495조를 유추적용한다면 제척기간의 취지에도 부합할 것이고, 대상판결과 같은 담보책임의 사안과 사용대차의 사안(제617조)의 경우는 모두 견련관계 있는 채권 상호간에 상계를 허용하더라도 법률관계의 조속한 확정의 정도를 크게 해하지 않으면서 공평의 원칙에 부합할 수 있다고 한다.⁴⁶⁾

44) 박윤직 편, 앞의 책(주3), 408면(윤용섭 집필부분); 권영준, 앞의 논문, 52면; 이창현, 앞의 “제척기간이 경과한 채권을 자동채권으로 한 상계”, 396면, 401면.

45) 박윤직 편, 앞의 책(주3), 408면(윤용섭 집필부분).

법률관계의 조속한 확정을 도모하는 제척기간의 제도적 취지의 고려와 함께 상계가능성에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 제495조의 입법취지의 적절한 고려가 필요하다는 견지에서 자동채권과 수동채권 사이에 건련관계에 있는 경우에만하여 제한적으로 제495조의 유추적용을 긍정하는 것이 타당하다고 생각한다.

IV. 결론

제495조는 양 채권이 상계적상에 있으면 당연히 정산결제되리라는 신뢰는 충분히 보호할 만한 가치가 있기 때문에 이러한 상계가능성에 대한 신뢰가 정당하다면, 그러한 신뢰는 소멸시효 기간이 경과한 경우에도 보호되어야 한다는 취지이다. 제495조는 “소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.”고 정하여 자동채권의 소멸시효 완성 후에도 상계를 할 수 있다. 한편 시간의 경과에 따라 사실적 상태가 진실한 권리관계에 부합할 것이라고 하는 신뢰를 통하여 법적 안정성의 추구하고 하는 측면에서는 제척기간과 소멸시효의 취지는 같다고 할 것이다. 그러나 제척기간은 법률관계의 조속한 확정필요성이 부각된다는 측면에서 그 취지를 달리한다. 이와 같은 차이점으로 인하여 제495조가 제척기간에 직접적으로 적용될 수는 없다. 다만 제495조가 제척기간에 유추적용될 여지는 존재한다. 소멸시효가 완성되거나 제척기간이 경과하면 그 권리는 소멸한다. 즉 소멸시효 완성과 제척기간 경과의 법적 효과는 동일하므로, 서로 대립하는 채권 간에 상계적상이 존재할 때 양 채권이 결제되리라는 신뢰에 있어서 그 채권에 소멸시효가 적용되는 경우나 제척기간이 적용되는 경우를 구별할 필요가 크지 않다.

제척기간은 청구권에도 법률관계를 조속히 확정하여야 할 필요가 있는 때에는 제척기간이 정하여지기도 한다. 청구권에 관한 제척기간은 소멸시효와 마찬가지로 의무자를 보호하고, 시간의 경과에 따라 입증이 곤란해진 청구권의 행사를 억제한다. 이와 같은 점에서 청구권에 관한 제척기간은 소멸시효와 비슷한 기능과 성격을 갖는다고 할 것이다. 따라서 이와 같은 점을 감안할 때 수급인의 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에

46) 이창현, 앞의 “제척기간이 경과한 채권을 자동채권으로 한 상계”, 395면, 401면.

도 제495조를 유추적용하여 도급인이 상대방의 채권과 상계할 수 있다고 한 대
상판결은 타당하다고 생각한다.

다만 법률관계의 조속한 확정을 도모하는 제척기간의 제도적 취지의 고려와
함께 상계가능성에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 제495조의 입법취지의 적절한
고려가 필요하다는 견지에서 자동채권과 수동채권 사이에 건련관계에 있는 경
우에 한하여 제한적으로 제495조의 유추적용을 긍정하는 것이 타당하다. 이러
한 해석이 당사자의 상계에 대한 신뢰보호라는 제495조의 취지에 부합하고 아
울러 제척기간의 취지에도 부합된다고 생각한다.

투고일 : 2023.4.27. / 심사완료일 : 2023.6.13. / 게재확정일 : 2023.6.15.

[참고문헌]

- 곽윤직, 「채권총론」 제6판, 박영사, 2002.
- 곽윤직 편, 「민법주해Ⅲ 총칙(3)」, 박영사, 1992.
- _____ 편, 「민법주해Ⅺ 채권(4)」, 박영사, 1995.
- 김기환, 「상계」, 서울대학교 법학연구소 법학연구총서 74, 경인문화사, 2018.
- 김상용, 「채권총론 개정판증보」, 법문사, 2000.
- 김용담 편, 「주식민법 채권총칙(4)」 제4판, 한국사법행정학회, 2014.
- _____ 편, 「주식민법 총칙(3)」 제4판, 한국사법행정학회, 2010.
- 김준호, 「민법강의」 제28판, 법문사, 2022.
- 김증한·김학동, 「채권총론」 제6판, 박영사, 2007.
- 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 「민법안심의록(상권)」, 1957.
- 송덕수, 「채권법총론」 제4판, 박영사, 2018.
- 지원림, 「민법강의」 제19판, 홍문사, 2022.
- 권영준, “제척기간과 민법 제495조의 유추 적용(대법원 2019.3.14. 선고 2018다255648 판결)”, 「민사판례연구Ⅱ」, 박영사, 2021.
- 김준호, “하자담보에 기한 매수인의 손해배상청구권—제척기간과 소멸시효의 양립—”, 「연세법학」 제20권, 연세법학회, 2012.
- _____, “제척기간과 소멸시효의 경합—대법원 2011.10.13. 선고 2011다10266 판결, 대법원 2012.11.15. 선고 2011다56491 판결—”, 「저스티스」 통권 제141호, 한국법학원, 2014.
- 김진우, “소멸시효와 제척기간”, 「재산법연구」 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009.
- 김 화, “민법상의 수급인의 담보책임의 제척기간규정에 대한 비판적 고찰”, 「법학연구」 제25권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2015.
- 이동진, “하자담보책임의 제척기간이 도과한 뒤 한 상계의 효력”, 「법조」 제68권 제4호(통권 제736호), 법조협회, 2019.
- 이상태, “수급인의 담보책임론, 한국민법이론의 발전(Ⅱ)—채권편—”, 「이영준 박사 화갑기념논문집」, 박영사, 1999.
- 이창현, “제척기간과 사적 자치”, 「법학논총」 제35집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2018.
- _____, “제척기간이 경과한 채권을 자동채권으로 한 상계”, 「법조」 제68권 제6호(통권 제738호), 법조협회, 2019.

장재현, “상계에서의 몇 가지 문제”, 『법학논고』 제28집, 경북대학교 법학연구원, 2008.

廣中俊雄 編, 民法修正案(前三編)の理由書, 1987.

潮見佳男, 債權總論Ⅱ 제3판, 2005.

平野裕之, 債權總論 第2版補正版, 1996.

山本 豊 編, 新注釋民法(14), 2018.

[국문초록]

제척기간이 경과한 채권에 대한 민법 제495조의 유추적용 - 대판 2019.3.14., 2018다255648 -

배 성 호*

대상판결은 수급인의 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 민법 제495조를 유추적용하여 도급인이 상대방의 채권과 상계할 수 있는지 문제된 사안에서, 매도인이나 수급인의 담보책임을 기초로 한 매수인이나 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 제척기간이 지나기 전 상대방의 채권과 상계할 수 있었던 경우에는 민법 제495조를 유추적용하여 위 손해배상채권을 자동채권으로 하여 상대방의 채권과 상계할 수 있다고 하였다.

제척기간은 청구권에도 법률관계를 조속히 확정하여야 할 필요가 있는 때에는 제척기간이 정하여지기도 한다. 청구권에 관한 제척기간은 소멸시효와 마찬가지로 의무자를 보호하고, 시간의 경과에 따라 입증이 곤란해진 청구권의 행사를 억제한다. 이와 같은 점에서 청구권에 관한 제척기간은 소멸시효와 비슷한 기능과 성격을 갖는다고 할 것이다. 따라서 이와 같은 점을 감안할 때 수급인의 담보책임을 기초로 한 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 제495조를 유추적용하여 도급인이 상대방의 채권과 상계할 수 있다고 한 대상판결은 타당하다고 생각한다.

다만 법률관계의 조속한 확정을 도모하는 제척기간의 제도적 취지의 고려와 함께 상계가능성에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 제495조의 입법취지의 적절한 고려가 필요하다. 견지에서 자동채권과 수동채권 사이에 견련관계에 있는 경우에 한하여 제한적으로 제495조의 유추적용을 긍정하는 것이 타당하다고 생각한다. 이러한 해석이 당사자의 상계에 대한 신뢰보호라는 제495조의 취지와 부합하는 동시에 제척기간의 취지에도 부합된다.

* 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

주제어 : 제척기간, 소멸시효, 상계, 공평, 민법 제495조, 유추적용, 견련관계

[Abstract]

The Application of Inference to Claims Executed
by Exclusion Period under Article 495 of the Civil Act
- The Supreme Court 2019. 3. 14. Sentencing 2018da255648 -

Bae, Sung Ho*

The subject judgment was able to offset the claim of the other party before the expiry of the expulsion period even if the period of expulsion of the claim of the contractor based on the collateral liability of the contractor was over, in the case of whether the contractor could offset the claim of the other party by appropriating Article 495 of the Civil Act, In the case, Article 495 of the Civil Code can be used as an automatic claim to offset the other party's claim.

The exclusion period is also determined when it is necessary to confirm the legal relationship as soon as possible.,The exclusion period for the claim protects the obligor as in the statute of limitations, and suppresses the exercise of the claim that has become difficult to prove over time.,In this regard, the exclusion period for the claim is similar to the statute of limitations.,Therefore, considering this point, even after the period of exclusion of the damages claim of the contractor based on the collateral liability of the contractor, it is reasonable to judge the contractor that the contractor can offset the other party's bonds by using Article 495.

However, it is reasonable to affirm the analogy of Article 495 only if there is a relationship between automatic bonds and manual bonds in the view of proper consideration of the legislative purpose of Article 495 to protect the trust of the possibility of counterattack along with the institutional purpose of the exclusion period to promote the rapid confirmation of legal relations.,This interpretation is consistent with the purpose of Article 495, which is the protection

* Professor, Yeungnam University Law School.

of trust in the counterattack of the parties, and also the purpose of the exclusion period.

Key words : During the exclusion period, Extinction prescription,
counter-countermeasure, Fair, Article 495 of the Civil Code,
For analogy, cohesion relation