

상계권 행사의 가부(可否)에 관한 법형성*

Judicial Law-making about Whether It Is Possible to Exercise the Right of Set-off or Not

김 서 기**
Kim, Seo-Gi

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 법해석 및 법형성 방법
- III. 상계권 행사의 가부가 문제되는 사안
- IV. 정리하는 말

국문초록

채권의 본래적 소멸원인은 변제이다. 그런데 채무자 입장에서는 상계가 가능하다면 변제보다 상계를 선호할 수 있다. 민법 제492조 및 제493조에 따르면 상계는 채무자가 채권자에 대해 서로 동종의 채권·채무를 부담하고 있는 경우에 일방적 의사표시로써 쌍방의 채권·채무를 대등액에서 소멸시키는 제도로서 현실적인 급부행위가 불필요하기 때문이다.

하지만 상계권 행사의 경우 현실적인 급부행위 없이 채무자의 일방적 의사표시에 의하여 채권이 소멸함에도 상계권의 존재를 공시하는 수단이 전혀 없다는 점에서 제3자는 불측의 피해를 볼 수 있다. 사정이 이러함에도 상계권 행사가

논문접수일 : 2019.10.31.

심사완료일 : 2019.11.20.

게재확정일 : 2019.11.20.

* 본 연구는 2019학년도 상명대학교 교내연구비를 지원받아 수행하였음.

** 법학박사·상명대학교 지적재산권학과 부교수

가능한지 여부가 문제되는 사안들이 다양하게 존재한다. 그리고 이러한 다양한 사안들에 대해 각각의 견해는 구체적인 분석없이 단순한 논리로 그 근거를 제시하고 있는데 그치고 있는 것처럼 보인다.

이에 본고에서는 상계권 행사의 가부에 관해 주요한 학자들 사이에 견해대립이 있는 제3자가 채권자에 대해 가지는 채권을 자동채권으로 하여 상계하는 경우, 채권자와 연대보증인 사이의 보증채권 및 채권이 상계적상에 있었으나 나중에 주채무자에 대한 채권이 시효로 소멸한 경우, 자동채권과 수동채권이 동일한 발생원인에 의하여 발생한 고의의 불법행위채권인 경우의 세 가지 사안들을 세밀하게 분석하고자 한다. 그리고 그 분석도구로서 문리해석, 체계적 해석, 목적론적 해석 등의 전통적인 법해석 방법에 그치지 않고 광의의 법해석에 포함되는 유추, 목적론적 축소, 목적론적 확장 등의 법형성(judicial law-making)을 중점적으로 활용할 것이다.

법해석은 넓은 의미로 법적용의 전과정을 의미하기도 하지만, 엄밀히 말하면 법해석이란 법적용과정 중에서 문언의 가능한 의미내에서 추상적 범규범의 의미를 명백하게 밝히는 작업만을 의미한다. 따라서 법해석은 법적용의 일부분에 불과하다.

그렇다면 법형성은 문언의 가능한 의미를 벗어나서 범규범을 새로이 만들어 내는 것과 같은 법적 추론이므로 더 이상 법해석은 아닌 것이다. 이러한 법형성의 방법으로는 유추, 목적론적 축소, 목적론적 확장 등이 있다.

주제어 : 상계, 법형성, 법해석, 유추, 목적론적 축소

1. 들어가는 말

우리 민법은 제3편 채권 편 의 제1장 총칙에서 채권에 고유한 일반적 소멸원인으로서 변제, 대물변제, 공탁, 상계, 경개, 면제, 혼동을 규정하고 있다. 물론 이들 일반적 소멸원인들 중에서 본래적 소멸원인은 변제이다. 채권은 채권법상의 청구권이므로, 채권자는 채무자에 대하여 일정한 행위를 요구할 수 있는 권

리이다. 따라서 채무자가 일정한 행위, 즉 급부를 이행하게 되면 채권은 소멸하게 되는데, 변제는 채무자 등의 급부행위에 의하여 채권이 만족을 얻는 것을 의미하기 때문이다.¹⁾

그런데 채무자 입장에서는 상계가 가능하다면 변제보다 상계를 선호할 수 있다. 민법 제492조 및 제493조에 따르면 상계는 채무자가 채권자에 대해 서로 동종의 채권·채무를 부담하고 있는 경우에 일방적 의사표시로써 쌍방의 채권·채무를 대등액에서 소멸시키는 제도로서 현실적인 급부행위가 불필요하기 때문이다.

하지만 상계권 행사의 경우 현실적인 급부행위 없이 채무자의 일방적 의사표시에 의하여 채권이 소멸함에도 상계권의 존재를 공시하는 수단이 전혀 없다는 점에서 제3자는 불측의 피해를 볼 수 있다.²⁾

특히나 상계권 행사가 가능한지 조차 불분명한 경우들이 다양하게 존재하여 해석상 학설 대립이 빈발하고 있는 실정에 주목할 필요가 있다. 그리고 종종 이러한 해석상 다양한 견해들은 구체적 타당성에 경도된 나머지 일관된 논리가 결여되어 있는 것처럼 보인다. 법해석의 일차적 목표는 어디까지나 법적 안정성에 있는 것이므로, 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성이 모색되어야 하는 것이다.³⁾

따라서 이처럼 현실적인 급부행위 없이 채무자 자신의 일방적 의사표시로써 채권을 소멸시킴으로써 채무자 입장에서 변제보다 오히려 더 선호될 수 있는 상계권 행사의 법적 안정성을 제고할 수 있는 해석론이 구체적으로 모색될 필요가 있다. 이에 본고에서는 상계권 행사가 가능한 지 여부가 문제되는 사안들을 구체적으로 분석하고자 한다. 그리고 그 분석도구로서 문리해석, 체계적 해석, 목적론적 해석 등의 전통적인 법해석 방법에 그치지 않고 광의의 법해석에 포함되는 유추, 목적론적 축소, 목적론적 확장 등의 법형성(judicial law-making)도 활용할 것이다.

이하에서는 먼저 분석도구로서 전통적 법해석 방법 및 법형성 방법의 의의, 종류, 상호관계 등을 상계제도와 관련지어서 개괄적으로 살펴보고, 다음으로 이

1) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 20, 639, 644면.

2) 윤용섭, 「민법주해[XI]」(곽윤직 편), 박영사, 2011, 349면.

3) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결.

러한 분석도구들을 활용하여 주요한 학자들 사이에 견해대립이 있는 제3자가 채권자에 대해 가지는 채권을 자동채권으로 하여 상계하는 경우, 채권자와 연대보증인 사이의 보증채권 및 채권이 상계적상에 있었으나 나중에 주채무자에 대한 채권이 시효로 소멸한 경우, 자동채권과 수동채권이 동일한 발생원인에 의하여 발생한 고의의 불법행위채권인 경우의 세 가지 사안들을 세밀하게 분석하고자 한다. 상계권 행사가 가능한지 여부가 문제되는 사안들은 다양하게 존재하지만 본고에서는 지면의 제약 등의 이유로 위 세 가지 경우만을 다루고 향후 연구의 출발로 삼고자 한다.

II. 법해석 및 법형성 방법

1. 의의 및 종류

(1) 법해석 방법

독일의 법학자 사비니(Friedrich Carl von Savigny)는 일찍이 법해석 방법을 문리해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석으로 구분하였는데, 오늘날 역시 이러한 해석방법이 일반적으로 사용된다.⁴⁾

문리해석은 사전적 의미나 일상언어적 의미에 따라서 해당 법규정의 의미를 파악하는 해석방법이다. 체계적 해석은 해당 법규정이 놓여있는 법체계상의 위치와 맥락에 비추어서 해석하는 방법으로서 다른 법규정 내지 전체 법질서와의 체계적 연관하에서 해당 법규정의 의미를 확정하는 해석방법이다. 역사적 해석은 복합적인 의미를 가지고 있지만, 그 핵심 내용은 해당 법규정에 관하여 입법자가 제정하였을 당시에 가지고 있었던 실제 의사에 맞게 그 의미를 파악하는 해석방법이다. 마지막으로 목적론적 해석은 해당 법규정의 객관적으로 인정되는 목적에 따라서 그 의미를 파악하는 해석방법이다.⁵⁾ 이 객관적으로 인정되

4) 박상기 외 공저, 「법학개론」, 박영사, 2014, 40-42면; 김문현 외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011, 47-50면.

는 목적이란 ‘제1조 [목적]’ 등의 형식으로 입법당시부터 법에 명정한 목적일 수도 있고, 사후적으로 법률이 그것을 추구하는 것이 적절하다고 밝혀진 목적도 포함한다.⁶⁾ 이러한 객관적으로 인정되는 목적은 대체로 추상적인 형태를 띠므로 목적론적 해석은 해석자 자신의 가치판단을 개입시켜 자의적인 결정이 될 위험이 항존한다. 실제 우리 법원은 사법적극주의, 판결의 정책성을 추구하면서 해석방법으로서 동원하는 것이 목적론적 해석이다.⁷⁾

한편 입법자의 실제 의사라는 것은 누구를 입법자로 보느냐에 따라 법안을 제안한 제안자의 의사인지, 법안을 검토한 각 상임위원회나 법제사법위원회 위원들의 의사인지, 아니면 법안을 의결한 국회의원들의 의사인지 그 내용이 극히 다양해지는 문제 등으로 말미암아 우리 법원은 역사적 해석을 충실히 따르지 않는다고 한다.⁸⁾

상계제도는 본디 두 가지 기능을 가지고 있다. 하나는 간이결제기능이고, 다른 하나는 공평유지기능이다. 우선 간이결제기능에 관해서 살펴보면, 상계를 통해 채권자와 채무자가 동종의 채권·채무를 서로 현실적으로 청구 또는 집행하고 이행하는 절차를 생략할 수 있게 된다는 것으로서 그만큼 비용이 절감된다.⁹⁾ 따라서 경제적 효율성의 제고에 상계제도의 목적이 있다고 할 수 있다. 다음으로 공평유지기능에 관해서 살펴보면, 상호 동종의 채권을 가지는 당사자 간에는 쌍방의 채권이 대등액에서 이미 채무관계를 정리해서 결제된 것으로 서로 믿고 있는 것이므로, 일방이 파산하는 등 일방의 자력이 악화된 경우에 타방은 자신의 채무는 전액을 변제하면서 자신의 채권의 실현은 곤란하게 된다면

5) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 239-242면; 오세혁, “한국에서의 법령해석-우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석-”, 「한국 법질서와 법해석론」, 세창출판사, 2013, 12-20면.

6) 김문현 외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011, 50면.

7) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 241-242면; 오세혁, “한국에서의 법령해석-우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석-”, 「한국 법질서와 법해석론」, 세창출판사, 2013, 18-20면.

8) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 240-241면; 오세혁, “한국에서의 법령해석-우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석-”, 「한국 법질서와 법해석론」, 세창출판사, 2013, 17-18면.

9) 윤용섭, 「민법주해 [XI]」(곽윤직 편), 박영사, 2011, 347면; 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2013, 284면.

이는 공평에 반하므로 상계를 통해 이러한 불공평을 제거하고 공평을 유지할 수 있게 된다는 것이다.¹⁰⁾ 따라서 정의의 실현에 상계제도의 목적이 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 정의란 각자에게 각자의 몫을 주는 것이라고 이야기 할 수 있기 때문이다.¹¹⁾ 판례 역시 이러한 상계제도의 취지가 상호 대립하는 양 당사자 사이의 채권·채무를 간이한 방법으로 원활하고 공평하게 처리하려는 데 있다는 점을 분명히 하고 있다.¹²⁾ 덧붙여, 이러한 간이결제기능 및 공평유지기능의 결과로서 상계제도는 부수적으로 담보적 기능도 수행한다.¹³⁾ 그렇다면 상계제도는 그 본래적 기능인 경제적 효율성 제고와 정의의 실현이라는 두 가지 객관적 목적에 부합되게 해석되어야 할 것이다.

(2) 법형성 방법

법원은 법적용과정에서 해당 사안에 적용할 법규범이 없는 경우, 법규범을 그대로 적용하면 현저하게 부당한 결과를 낳을 경우 등에 직면하기도 하는데, 이러한 경우들에 있어서 법원은 해당 사안에 적용할 법규범을 새로이 만들어 내는 것과 같은 법적 추론을 하기도 한다. 바로 이와 같은 법적 추론활동을 법형성(judicial law-making)이라 한다.¹⁴⁾ 법형성은 법원이 법규범을 새로이 만들어 내는 것과 같은 추론이므로 당연히 법해석시 고려되는 측면보다 더 많은 측면에서 행해져서는 안 될 것이다. 따라서 최대치로 체계적, 역사적, 목적론적 측면에서만 고려되어 져야 할 것이다.

법의 적용이란 추상적 법규범(대전제)으로 부터 구체적 생활관계(소전제)에 대한 개별적 법적 판단(결론)을 도출하는 작업이다. 법해석은 넓은 의미로 이러한 법적용의 전과정을 의미하기도 하지만, 엄밀히 말하면 법해석이란 이러한 법

10) 윤용섭, 「민법주해[XI]」(곽윤직 편), 박영사, 2011, 348면; 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2013, 284면.

11) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 336-337면; 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2007, 89면.

12) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결.

13) 윤용섭, 「민법주해[XI]」(곽윤직 편), 박영사, 2011, 348면; 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2013, 284면.

14) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 245면.

적용과정 중에서 문언의 가능한 의미내에서 추상적 법규범의 의미를 명백하게 밝히는 작업만을 의미한다. 따라서 법해석은 법적용의 일부분이자 하나의 방식에 불과하다.¹⁵⁾

그렇다면 법형성은 문언의 가능한 의미를 벗어나서 법규범을 새로이 만들어 내는 것과 같은 법적 추론이므로 더 이상 법해석은 아닌 것이다. 이러한 법형성의 방법으로는 유추, 목적론적 축소, 목적론적 확장 등이 있다.¹⁶⁾

유추는 해당 구체적 사안을 규정하는 법률규정이 없는 경우에, 그 사안과 가장 유사한 사안에 대한 법률규정을 적용하는 법형성 방법이다. 이때 유사성이 있는지 여부에 대한 판단은 유추적용 하고자 하는 법률규정이 놓여있는 법체계상의 위치와 맥락, 유추적용 하고자 하는 법률규정을 제정하였을 당시에 입법자가 가지고 있었던 실제의사, 유추적용 하고자 하는 법률규정의 객관적 목적 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 할 것이다. 이러한 사항들을 종합적으로 고려하여 유사 부분이 비유사 부분보다 더 많은 경우에 유사성이 있다고 판단될 것이다.¹⁷⁾

다음으로 목적론적 축소와 목적론적 확장에 대해 살펴보자. 문언은 가장 좁게 쓰이는 경우부터 가장 넓게 쓰이는 경우까지 의미의 폭을 가지고 있는데 법해석은 이 양 극단을 한계로 한다. 법형성 방법으로서 목적론적 축소와 목적론적 확장은 각각 전자는 해당 법률규정의 객관적 목적을 고려하여 가장 좁은 의미의 한계를 넘어서 어의를 축소하는 것이며, 후자는 해당 법률규정의 객관적 목적을 고려하여 가장 넓은 의미의 한계를 넘어서 어의를 확장하는 것이다. 목적론적 확장은 유추와 흡사하기 하지만, 유추의 경우 해당 법률규정이 규율하고 있는 사안과 규율하지 않고 있는 사안 사이에 유사성이 있는 반면에, 목적론적 확장은 두 사안 간에 유사성이 없다는 점에서 차이가 있다. 물론 목적론적 확장의 경우 전체적으로는 두 사안 간에 유사성이 없지만 해당 법률규정의 객관적

15) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 229-233면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2017, 24-26면; 송덕수, 「민법총칙」, 박영사, 2013, 71-77면.

16) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 244-251면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2017, 24-26면; 김문현 외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011, 48, 52-55면.

17) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2017, 24-26면; 김문현 외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011, 48, 50-55면.

목적측면에서는 유사성이 있어야 할 것이다.¹⁸⁾ 그러한 차원에서 보면 목적론적 확장은 목적론적 유추라고도 할 수 있을 것이다. 물론 목적론적 축소는 목적론적 유추가 될 수 없다. 목적론적 축소와의 대비성을 드러내 준다는 측면에서 보면 목적론적 확장이라는 표현이 목적론적 유추보다는 타당하다고 생각된다.

2. 상호관계

(1) 법해석 및 법형성 사이의 관계

법해석 방법들 간의 상호관계에 대해 먼저 살펴보자. 일차적인 해석방법은 문리해석이다. 문리해석의 결과 특별히 다른 해석가능성이 없는 경우에는 더 이상 다른 해석방법은 동원할 필요가 없고 해당 법규범의 사전적 의미나 일상언어적 의미에 따라서 해석하면 된다. 그러나 문리해석을 통해 여러 해석가능성들이 존재하는 경우에는 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석의 방법 순서로 적용서열관계가 정해진다. 요컨대 법해석은 법률에 따라 이루어져야 한다는 ‘법률기속의 원칙’에 근거하여 문리해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 순서로 해석가능성의 범위를 좁혀 나간다는 것이다. 이것이 전통적으로 법해석 방법론을 연구해 온 학자들과 법률가들의 견해이다.¹⁹⁾ 한편 판례 역시 “법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.”²⁰⁾라고 판시하여 마찬가지로 태도인 것처럼 보인다.

18) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 249-250면; 김문현 외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011, 47-48, 54-55면.

19) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 242-243면.

20) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결.

그렇다면 법형성은 언제 행해지는 것일까? 먼저 유추에 대해 알아보자. 목적론적 확장, 체계적 확장, 역사적 확장은 각 측면에서 유추라 할 수 있으므로 이하의 설명은 마찬가지로 적용된다. 앞서 살펴본 것처럼, 구체적 사안에 해당 법률규정을 적용하기 위해서는 법률규정은 일반적으로 추상적으로 규정되어 있다는 점에서 그 의미를 확정하는 작업, 즉 법해석이 필요하다. 그리고 그 법해석의 방법은 일차적으로 문리해석이 행해지게 된다. 그런데 이러한 문리해석의 결과 특별히 다른 해석가능성 없이 해당 구체적 사안은 해당 추상적 법률규정 문언의 가능한 의미를 벗어난 경우에는 더 이상 법해석은 행해질 수 없고, 바로 이때 행해질 수 있는 것이 법형성 방법으로서 유추이다.²¹⁾

목적론적 축소, 체계적 축소, 역사적 축소에 대해 알아보자. 해당 구체적 사안이 해당 추상적 법률규정 문언의 가능한 의미에 포섭되긴 하지만 목적, 체계, 역사적 측면에 비추어 그 적용범위를 제한하는 것이다. 그대로 적용하는 것이 목적, 체계, 역사적 측면에 비추어 부당하다고 판단될 때 문언의 가장 좁은 의미의 한계를 넘어 의미를 축소하는 것이다.²²⁾

물론 법형성은 제한적으로만 허용되어야 한다. 법원의 법형성이 입법과 같은 기능을 해서는 안 되기 때문이다. 우리 헌법은 명시적으로 제40조, 제66조 제4항, 제101조 제1항에서 각각 입법권은 국회에, 행정권은 대통령을 수반으로 한 정부에, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 있음을 밝힘으로써 권력분립의 원칙을 천명하고 있기 때문이다.²³⁾ 법형성의 방법으로서 유추는 유추적용 하고자 하는 법률규정이 놓여있는 법체계상의 위치와 맥락, 유추적용 하고자 하는 법률규정을 제정하였을 당시에 입법자가 가지고 있었던 실제의사, 유추적용 하고자 하는 법률규정의 객관적 목적 등을 종합적으로 고려하여 유사성이 있다고 인정되는 경우에 이러한 유사성의 존재를 필요조건으로 해서 허용되어야 할 것이다. 그리고 법형성 방법으로서 목적론적 확장은 관련 법률규정의 객관적 목적에 해당 구체적 사안이 포섭될 수 있는가 즉 객관적 목적 측면에서 유사성이 인정되

21) 김문현 외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011, 48, 52-55면.

22) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 249면.

23) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 250-251면; 정재황, 「신헌법입문」, 박영사, 2016, 584면.

는 경우에 이러한 유사성의 존재를 필요조건으로 해서 허용될 것이다. 물론 체계적 확장도 비록 전체적으로는 유사성이 인정되지 않지만 체계적 측면에서 유사성이 있는 경우에 이를 필요조건으로 해서 인정될 수 있을 것이다. 예를 들면 준용규정이 불비한 경우를 들 수 있을 것이다. 체계적 측면을 살필 때는 당연히 최상위 법인 헌법에 부합되도록 해야 할 것인데 우리 헌법 제11조는 평등의 원칙을 천명하고 있다. 그리고 비록 전체적으로는 유사성이 없지만 입법자의 실제 입법 의사 측면에서 유사성이 있는 경우에는 이러한 유사성을 필요조건으로 해서 역사적 확장과 역사적 축소도 가능할 것이다. 입법자의 실제 의사에는 포함되어 있었지만 입법과정에서 완벽을 기하지 못하고 단순히 오류를 범한 경우도 있을 수 있기 때문이다.²⁴⁾

법형성 방법으로서 축소는 가장 좁은 의미의 한계를 넘어서 어의를 축소하는 것이므로 가장 좁은 의미의 한계는 ‘개념의 핵’이 될 것이다.²⁵⁾ 따라서 민법 제 764조에서 명예훼손을 당한 사람에게 인정되는 손해배상과 명예회복에 적당한 처분에서 ‘남성’ 또는 ‘여성’을 제외한다면 이는 법형성으로서 축소에 해당될 것이다. 물론 이는 극단적인 예(例)로서 이런 식의 법형성은 인정되어서는 안 될 것이다.

목적론적 축소의 전형적인 예(例)로 독일에서 거론되는 것이 독일 민법 제 181조 자기대리금지 규정이다. 동조는 “대리인은 달리 허용되지 아니한 한 본인을 대리하여 자신과 법률행위를 하거나 제3자의 대리인으로서 법률행위를 하지 못한다. 그러나 법률행위가 단지 채무의 이행일 뿐인 경우에는 그러하지 아니하다.”²⁶⁾고 규정하고 있다. 따라서 동조에 따르면 대리인은 스스로 거래 상대방이 되어 본인과 거래를 하지 못하는데, 이 규정의 입법목적은 대리인이 본인에게 불리한 효과를 지니는 법률행위를 하는 것으로부터 본인을 보호하고자 함에 있다고 한다. 따라서 만약 본인에게 이익만을 가져다주는 자기대리인 경우에는 동조를 목적론적으로 축소하여 동조의 적용을 배제하는 것이다.²⁷⁾

24) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 246-247면; 김문현 외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011, 52-53면.

25) 김문현 외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011, 47-48면.

26) 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2005, 75면.

독일연방법원 역시 마찬가지로 행위무능력자의 대리인이 그 행위무능력자에게 증여하고 이를 그가 대리인으로서 본인인 행위무능력자를 위해 승인하는 경우에 이는 본인에게 이익만을 가져다주는 자기대리에 해당한다는 이유로 제181조를 목적론적으로 축소하여 동조의 적용을 배제하였다.²⁸⁾ 우리 법원 역시 “법정대리인인 친권자가 부동산을 매수하여 이를 그 자에게 증여하는 행위는 미성년자인 자에게 이익만을 주는 행위이므로 친권자와 자 사이의 이해상반행위에 속하지 아니하고, 또 자기계약이지만 유효하다.”²⁹⁾고 판시하여 마찬가지로 입장이다. 물론 우리 법원이 법형성 방법으로서 목적론적 축소를 행하고 있음을 의식하고 있었는지는 판결문 상으로는 알 수 없다.

법형성은 법해석이 아니므로 앞서 언급한 ‘법률기속의 원칙’에 지배되지 않고 각 측면(체계적, 역사적, 목적론적)에서의 유사성 간에 우선순위는 존재하지 않는다. 물론 각 측면에서의 유사성만 존재하는 경우에 인정되는 체계적, 역사적, 목적론적 측면에서의 확장은 유추에 비해 보다 제한적으로 인정되어야 할 것이다.

그리고 법해석의 일차적 목표가 법적 안정성에 있다면 법형성은 더더욱 최소한 법적 안정성에 의한 통제는 받아야 하기 때문에 유추든 축소든 간에 법형성의 일차적 목표도 법적 안정성에 두어야 할 것이다.

따라서 질서규정은 법적 안정성이 특히 강조된다는 점에서 원칙적으로 질서규정에는 유추나 목적론적 축소 등이 허용되어서는 안 될 것이다. 물론 독일 민법 제181조, 우리 민법 제124조는 본인의 이익을 보호하기 위해 대리인이 본인의 이익을 해할 염려가 있는 이해충돌행위를 하는 것을 원천적으로 막기 위해 자기대리를 금지하는 금지규정으로서 질서규정이긴 하지만 위 판례 사안의 경우는 본인에게 이익만을 가져오므로 예외적으로 법형성이 허용될 수 있을 것이다.³⁰⁾

27) 김영환, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 『한국 법질서와 법해석론』, 세창출판사, 2013, 362-363면.

28) BGHZ 59, 239(김영환, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 『한국 법질서와 법해석론』, 세창출판사, 2013, 363면에서 재인용).

29) 대법원 1981. 10. 13. 선고 81다649 판결.

30) 김영환, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 『한국 법질서와 법해석론』, 세창출판사, 2013, 365, 369면; 김상용, 『민법총칙』, 화산미디어, 2014, 566-567면.

(2) 상계제도의 목적들 사이의 관계

상계제도의 본래적 목적은 두 가지이다. 하나는 ‘간이결제’이고, 다른 하나는 ‘공평유지’이다. 우선 ‘간이결제’에 관해서 살펴보면, 상계를 통해 채권자와 채무자가 동종의 채권·채무를 서로 현실적으로 청구 또는 집행하고 이행하는 절차를 생략할 수 있게 된다는 것으로서 그만큼 비용이 절감된다.³¹⁾

경제적 효율성(economic efficiency)이란 일반적으로 파레토 효율성(pareto efficiency)을 의미하며, 파레토 효율성이란 제한된 자원이나 재화를 배분함에 있어 “적어도 어떤 한 사람을 불행하게 하지 않고는 다른 사람을 더 이상 행복하게 할 수 없는 상태”에 도달함을 의미한다. 그리고 “어떤 한 사람을 불행하게 하지 않으면서도 다른 사람을 좀더 행복하게 만들 수 있는 자원배분의 경우”를 소위 파레토 개선(pareto improvement)이라고 한다. 인류가 가지고 있는 총체적 자원은 제한되어 있다. 따라서 거래비용, 즉 “생산과 거래를 조직화 하는데 드는 자원”을 줄인다면 보다 많은 자원을 직접생산과정에 투하할 수 있게 되고 그에 따라 재화의 생산량은 증대되고 경제적 효율성 즉 파레토 효율성은 제고된다.³²⁾ 상계제도는 바로 이러한 거래비용을 줄여서 경제적 효율성의 제고에 이바지 하는데 그 목적을 가지고 있다고 할 수 있다.

다음으로 ‘공평유지’에 관해서 살펴보면, 상호 동종의 채권을 가지는 당사자 간에는 쌍방의 채권이 대등액에서 이미 채무관계를 정리해서 결재된 것으로 서로 믿고 있는 것이므로, 일방이 파산하는 등 일방의 자력이 악화된 경우에 타방은 자신의 채무는 전액을 변제하면서 자신의 채권의 실현은 곤란하게 된다면 이는 공평에 반하므로 상계를 통해 이러한 불공평을 제거하고 공평을 유지할 수 있게 된다는 것이다.³³⁾

정의란 각자에게 각자의 몫을 주는 것이라고 이야기 할 수 있는데, 이 때 각자의 몫을 정확하게 각자에게 줄 때 교환적 정의가 달성되었다고 하며, 또한

31) 윤용섭, 「민법주해[XI]」(곽윤직 편), 박영사, 2011, 347면; 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2013, 284면.

32) 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2007, 92, 96-97면.

33) 윤용섭, 「민법주해[XI]」(곽윤직 편), 박영사, 2011, 348면; 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2013, 284면.

이 때 각자의 몫을 어떠한 원칙과 기준에 의해 정할 것인지는 배분적 정의의 문제로서 그 기준이 해당 사회의 지배적 가치관 등에 부합할 때 배분적 정의가 실현되었다고 이야기 할 수 있을 것이다.³⁴⁾

그렇다면 상계제도의 또 다른 목적은 교환적 정의를 실현하기 위함에 있다고 할 수 있다. 상호 동종의 채권을 가지는 당사자간에는 쌍방의 채권이 대등액에서 이미 채무관계를 정리해서 결재된 것으로 서로 믿고 있다는 것이 현재 우리 거래계의 지배적 가치관이라고 한다면 이렇게 정해진 각자의 몫을 엄정하게 실현시켜 주기 위해서는 일방이 파산하는 등 일방의 자력이 악화된 경우에 타방은 자신의 채무는 전액을 변제하면서 자신의 채권의 실현은 곤란하게 해서 안 될 것이다. 따라서 상계제도는 교환적 정의를 실현하는데 또한 그 목적이 있다고 할 것이다.

그렇다면 상계제도의 두 가지 목적 ‘간이결제’와 ‘공평유지’, 즉 경제적 효율성 제고와 교환적 정의 실현 양자 사이의 상호관계는 어떻게 될까? 교환적 정의는 이미 정해진 각자의 몫을 각자에게 절차적으로 엄정하게 실현시켜 주는 절차적 정의이다. 따라서 만약 이러한 교환적 정의가 실현되지 않는다면 시장질서는 형성되지 못할 것이다. 요컨대 시장가격기구가 작동되지 못한다는 것이다. 시장가격기구가 작동될 때 경제적 효율성을 달성할 수 있다. 그렇다면 교환적 정의는 경제적 효율성 달성을 위한 필요조건이다.³⁵⁾ 결국 ‘공평유지’기능이 우선인 것이고 이 기능의 결과 ‘간이결제’기능도 가능하다는 것이다.

III. 상계권 행사의 가부가 문제되는 사안

1. 제3자가 채권자에 대해 가지는 채권을 자동채권으로 상계하는 경우

민법 제469조에 따르면 채무의 변제는 채무자 아닌 제3자도 원칙적으로 할

34) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 336-337면; 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2007, 89-91면.

35) 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2007, 94-98면.

수 있다. 그런데 제3자가 자신이 채권자에 대해 가지는 채권을 자동채권으로 하여 상계를 하는 것이 원칙적으로 허용되는 지 여부에 대해서는 견해가 대립한다. 제3자가 행하는 상계는 실질적인 관점에서 볼 때 제3자가 자신의 채권을 가지고 행하는 대물변제로 볼 수 있으므로 원칙적으로 허용된다는 견해³⁶⁾와 채권은 특정인(채권자)이 다른 특정인(채무자)에 대하여 일정한 행위 즉 급부를 확보하는 것을 내용으로 하는 권리인데, 만약 제3자의 상계를 허용한다면 채권자로 하여금 특정인의 행위 즉 채무자의 급부행위를 확보할 기회를 박탈하게 되므로 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 견해³⁷⁾가 대립한다. 한편 판례 역시 채권자가 채무자에게서 채무의 본지에 따른 현실급부를 받을 이익을 침해하게 된다는 점, 상계의 담보적 기능과 관련하여 법적으로 보호받을 수 있는 합리적 기대가 제3자에게 인정될 수 없음에도 불구하고 채권자의 채권자들 사이에서 제3자만 독점적인 만족을 얻게 되는 불합리한 결과를 초래하게 되는 점 등을 들어 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 입장이다.³⁸⁾

법해석의 일차적인 방법인 문리해석에 따라 검토해 보자. 민법 제469조는 ‘변제’만을 규정하고 있다. ‘변제’의 사전적 의미나 일상언어적 의미에 상계가 포함되지 않음은 물론이다. 따라서 제3자의 상계는 원칙적으로 허용되지 않는다고 볼 수 있다. 그리고 사회통념상 ‘상계’는 ‘변제’라는 문구의 가능한 의미를 벗어난 것이다. 이처럼 문리해석의 결과 특별히 다른 해석가능성 없이 해당 구체적 사안은 해당 추상적 법률규정 문언의 가능한 의미를 벗어난 경우에는 더 이상 법해석은 행해질 수 없고, 바로 이때 행해질 수 있는 것이 법형성이다. 법형성 방법으로서 유추가 가능한지 살펴보자. 유추가 가능하기 위해서는 체계적 측면, 역사적 측면, 목적론적 측면에서 유사성을 가져야 한다.

우선 체계적 측면에서 살펴보자. 민법 제466조에 따르면 대물변제가 성립해서 그 효력을 발생하기 위해서는 채무자의 본래의 급부에 갈음한 다른 내용의 급부 제공에 대해 채권자의 승낙이 필요하다. 즉 대물변제는 그 법적성질이 요물계약에 해당된다. 따라서 제3자의 대물변제는 채권자의 승낙이 전제되어 있

36) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 20, 665면.

37) 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2016, 495면.

38) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결.

는 것이므로 비록 제469조가 ‘변제’만을 언급하고 있지만 ‘대물변제’의 경우에도 유추가 가능하다고 할 것이다. 그렇다면 제3자가 자신의 채권을 자동채권으로 하여 상계하는 것을 대물변제로 볼 수 있다면 제3자의 상계 역시 원칙적으로 허용된다고 할 수 있을 것이다. 하지만, 대물변제는 계약으로서 채무자가 본래의 급부에 갈음하여 다른 내용의 급부를 제공한 경우에 채권자의 승낙이 있어야만 그 효력이 발생하여 채권이 소멸될 수 있는 반면 상계는 단독행위로서 채무자의 일방적 의사표시에 의하여 그 효력이 발생하여 채권이 소멸될 수 있다. 즉 양자는 그 법적성질이 본질적으로 다르다는 것이다. 따라서 제3자가 행하는 상계가 실질적인 관점에서 볼 때 제3자가 자신의 채권을 가지고 행하는 대물변제로 볼 수 있다는 견해에는 찬성하기 어렵다. 그리고 무엇보다 민법 제492조에 따르면 상계권이 인정되기 위해서는 상계의 의사표시 당시에 상계적상이 현존해야 하는데 상계적상이 성립하기 위해서는 양 채권이 대립하고 있어야 한다. 즉 채권자가 채무자에 대해서 채권을 가지고 있고, 또 그 채무자가 그 채권자에 대해서 채권을 가지고 있어야 한다는 것이다. 따라서 민법 제469조 제3자의 ‘변제’를 ‘상계’의 경우에도 유추적용 할 수는 없다. 제3자의 상계는 제3자가 자신이 채권자에 대해 가지는 채권을 자동채권으로 채권자가 채무자에 대해 가지는 채권을 수동채권으로 하는 경우로서 양 채권이 대립하고 있을 것이라는 상계적상이 성립하기 위한 요건을 갖추지 못하고 있기 때문이다. 그렇다면 체계적 측면에서 살펴보았을 때 제469조는 상계의 경우에는 유추가 허용되지 않는다고 볼 수 있다.³⁹⁾

다음으로 역사적 측면에서 살펴보자. 역사적 측면에서의 고찰은 그 핵심이 입법자의 입법 당시의 실제의사를 파악하는 것이다. 현행 민법 제469조는 의용 민법 제474조를 그대로 이어받은 것으로서 민법안심의록 등의 입법 당시의 자료에는 별다른 논의 내용이 나와 있지 않다.⁴⁰⁾

마지막으로 목적론적 측면에서 살펴보자. 제3자가 상계하는 경우에도 제469조를 유추적용하는 것은 간이결제 기능 즉 경제적 효율성에는 부합한다. 상계를

39) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 665면.

40) 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 「민법안심의록 상권」, 1957, 275-276면; 명순구, 「실록 대한민국 민법 3」, 법문사, 2010, 201-203면.

통해 동종의 채권·채무를 서로 현실적으로 청구 또는 집행하고 이행하는 절차를 생략할 수 있게 되므로 그만큼 거래비용을 절감할 수 있기 때문이다. 하지만 공평유지기능 즉 교환적 정의에는 부합하지 않는다. 제469조 제2항을 해석의 기술인 반대해석을 해보면 이해관계 없는 제3자라도 채무자의 의사에 반하지 않는다면 변제할 수 있게 되는데, 이를 상계의 경우에도 유추적용 한다면 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하지 않는다면 상계할 수 있게 되는 것이고 따라서 자신이 가지고 있는 자동채권에 대해 다른 채권자들보다 사실상 우선변제를 받게 된다. 그런데 이처럼 우선변제를 인정하는 것은 우연한 기회에 이해관계 없는 제3자에게는 이득을 가져다주고, 다른 채권자들에게는 불측의 손실을 입히므로 각자의 몫을 각자에게 정확하게 주는 것이 아니다. 그리고 앞서 살펴본 바와 같이 교환적 정의와 경제적 효율성 간의 상호관계는 교환적 정의가 우선한다고 볼 수 있다. 그렇다면 목적론적 측면에서 보았을 때 제469조는 상계의 경우에는 유추가 허용되지 않는다고 볼 수 있다.

결론적으로 비록 역사적 측면의 경우는 확인할 수 없지만, 체계적 측면과 목적론적 측면에서 유사성이 인정되지 않으므로 종합적으로 유사성이 없다고 할 수 있고 따라서 법형성 방법으로서 유추는 허용되지 않는다. 체계적 측면과 목적론적 측면에서 유사성이 인정되지 않으므로 체계적 확장과 목적론적 확장도 허용되지 않음은 물론이다.

2. 채권자와 연대보증인 사이의 보증채권 및 채권이 상계적상에 있었으나, 나중에 주채무자에 대한 채권이 시효로 소멸한 경우

민법 제495조에 따르면 소멸시효 완성으로 소멸한 경우에도 소멸시효가 완성되기 전에 상계할 수 있었던 채권은 그 채권을 자동채권으로 하는 상계가 허용된다는 것이다. 민법 제492조에 따르면 상계권이 인정되기 위해서는 상계의 의사표시 당시에 상계적상이 현존해야 하는데 상계적상이 성립하기 위해서는 양채권이 대립하고 있어야 한다.

형성권은 권리자의 일방적 의사표시에 의하여 법률효과를 발생시키는 권리이다.⁴¹⁾ 따라서 형성권은 보유만 해서는 법률효과가 발생하지 않고 실제로 행사

해야 그 법률효과가 발생한다. 상계권의 경우 현실적인 급부행위 없이 채무자의 일방적 의사표시에 의하여 채권이 소멸함으로써 상계권은 형성권이다. 따라서 상계적상에 놓여 있다고 해서 바로 채권의 소멸이라는 상계의 효과가 발생하는 것이 아니라 상계권을 실제로 행사해야지 만이 채권의 소멸이라는 상계의 효과가 발생한다. 그렇다면 상계적상에 놓여 있었다라도 아직 상계권을 실제로 행사하지 않고 있는 동안에 자동채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 ‘양 채권이 대립하고 있을 것’이란 요건을 갖추지 못해서 나중에 상계의 의사표시 당시에는 상계적상이 현존하지 않게 되므로 상계권은 인정될 수 없다. 하지만 민법은 제 495조에서 상계의 의사표시 당시에 자동채권이 소멸시효 완성이 소멸한 경우라도 소멸시효 완성 전에 상계적상에 놓여있었다면 상계권을 인정해 주고 있는데, 이러한 규정을 둔 입법취지는 쌍방의 채권이 상계적상에 있는 경우에는 양 당사자는 별도의 의사표시가 없더라도 채권·채무관계가 정산결제 되었다고 신뢰하는 것이 일반적이므로 이러한 신뢰를 보호해 주기 위해서라고 한다.⁴²⁾

그런데 채권자의 연대보증인에 대한 보증채권과 연대보증인의 채권자에 대한 채권이 상계적상에 있다가 나중에 채권자의 주채무자에 대한 채권이 소멸시효가 완성되어 소멸한 경우 부종성상 채권자의 연대보증인에 대한 보증채권도 소멸된다고 할 것인데 이러한 경우에도 제495조를 적용해서 채권자는 자신이 연대보증인에 대해서 가지고 있는 보증채권을 자동채권으로 연대보증인이 자신에 대해서 가지고 있는 채권을 수동채권으로 하여 상계권을 행사할 수 있을 것인가에 관하여 견해가 대립한다. 연대보증의 경우에는 보증인은 주채무자와 연대하여 채무를 부담하므로 보증성은 없고 채권자는 주채무자이든 연대보증인이든 누구에게나 채권전액의 변제를 청구할 수 있기 때문에, 비록 주채무자에 대한 채권이 시효로 소멸하고 보증채권은 부종성에 의하여 소멸했을지라도 이러한 경우에도 제495조를 적용 할 수 있다는 견해⁴³⁾와 연대보증인에 대한 보증채권은 주채무자에 대한 채권이 시효로 소멸됨으로써 부종성에 의해 소멸된 것이지

41) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017, 36면.

42) 윤용섭, 「민법주해[XI]」(곽윤직 편), 박영사, 2011, 404면; 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2013, 287면.

43) 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2016, 497면.

보증채권 자체는 시효로 소멸된 것이 아니라는 점 등을 들어 제495조를 적용할 수 없다는 견해⁴⁴⁾가 대립하고 있다.

법해석의 일차적인 방법인 문리해석에 따라 검토해 보자. 민법 제495조는 채권 소멸의 사유로 ‘소멸시효 완성’만을 규정하고 있다. ‘소멸시효 완성’의 사전적 의미나 일상언어적 의미에 부종성이 포함되지 않음은 물론이다. 그리고 사회통념상 ‘부종성’은 ‘소멸시효 완성’이라는 문구의 가능한 의미를 벗어난 것이다. 이처럼 문리해석의 결과 특별히 다른 해석가능성 없이 해당 구체적 사안은 해당 추상적 법률규정 문언의 가능한 의미를 벗어난 경우에는 더 이상 법해석은 행해질 수 없고, 바로 이때 행해질 수 있는 것이 법형성이다. 법형성 방법으로서 유추가 가능한지 살펴보자. 유추가 가능하기 위해서는 체계적 측면, 역사적 측면, 목적론적 측면에서 유사성을 가져야 한다.

먼저 체계적 측면에서 살펴보자. 우리 민법은 연대보증에 관하여 제437조 단서에서 연대보증인에게는 최고·검색의 항변권이 인정되지 않는다는 점을, 제448조 제2항에서 수인의 연대보증인이 있는 경우에 각자는 분별의 이익을 갖지 못하고 주채무 전액을 지급하여야 한다는 점을 규정하고 있다. 바로 이 두 가지 경우 이외에는 보통의 보증과 연대보증은 다를 것이 없다.⁴⁵⁾ 그렇다면 제440조 주채무자에 대한 시효중단은 보증인에 대해서도 그 효력이 미친다는 규정은 연대보증인에 대해서도 적용된다고 할 것이다. 즉 주채무가 제168조 소멸시효 중단사유가 존재하여 소멸시효가 중단되면 연대보증채무의 소멸시효도 중단된다는 것이다. 제495조는 주채무가 소멸시효가 완성되었을 지라도 완성되기 전에 상계적상에 놓여 있었던 경우에는 채권자는 상계할 수 있도록 해주고 있으므로, 주채무가 소멸되지 않고 존속하는 것으로 의제해 주고 있다는 것이다. 그렇다면 제440조를 유추적용하여 연대보증채무 역시 소멸되지 않고 존속하는 것으로 의제해 줄 수는 없는 것일까? 한편 판례는 제440조를 보증채무의 부종성에 입각한 조항이 아니라 채권자보호 내지 채권담보의 확보를 위해 특별히 둔 민법 제169조에 대한 예외조항으로 파악하며,⁴⁶⁾ 학설 역시 이설(異說)없이

44) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 765면.

45) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2017, 1311-1312면.

46) 대법원 1986. 11. 25. 선고 86다카1569 판결; 대법원 2005. 10. 27. 선고 2005다35554, 35561

마찬가지 입장이다.⁴⁷⁾ 제169조에 따라 원칙적으로 시효중단의 효력은 당사자 및 그 승계인간에만 미친다. 이러한 예외규정은 엄격하게 해석해야 한다. 예외 규정을 확대해석하게 되면 원칙규정을 무의미하게 만들어 버리기 때문이다.⁴⁸⁾ 한편 판례는 “민법 제165조가 판결에 의하여 확정된 채권, 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다고 규정하는 것은 당해 판결 등의 당사자 사이에 한하여 발생하는 효력에 관한 것이고, 채권자와 주채무자 사이의 판결 등에 의해 채권이 확정되어 그 소멸시효가 10년으로 되었다 할지라도 위 당사자 이외의 채권자와 연대보증인 사이에 있어서는 위 확정판결 등은 그 시효기간에 대하여는 아무런 영향이 없고, 채권자의 연대보증인의 연대보증채권의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다고 보아야 한다. 보증채무가 주채무에 부종한다 할지라도 보증채무는 주채무와는 별개의 독립된 채무의 성질이 있고, 민법 제440조가 주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다 라고 규정하고 있으나 이는 보증채무의 부종성에 기한 것이라기 보다는 채권자 보호 내지 채권담보의 확보를 위한 특별규정으로서 이 규정은 주채무자에 대한 시효중단의 사유가 발생하였을 때는 그 보증인에 대한 별도의 중단조치가 이루어지지 아니하여도 동시에 시효중단의 효력이 생기도록 한 것에 불과하고 중단된 이후의 시효기간까지가 당연히 보증인에게도 그 효력을 미친다고 하는 취지라고는 풀이되지 아니한다.”⁴⁹⁾고 판시하여 연대보증인이 소송 등의 당사자가 아닌 경우에 이러한 연대보증인에 대해서도 제440조에 의하여 시효중단의 효력이 미치긴 하지만 이러한 연대보증인에 대한 연대보증채권은 종전의 소멸시효기간에 따르는 것이지 주채무자에 대한 채권이 판결 등에 의하여 확정된 채권이 되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 하여 이러한 연대보증채권 역시 시효기간이 연장되는 것은 아니라는 것이다. 이러한 판례의 태도 역시 채권

판결.

47) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017, 1122면; 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2017, 1304, 1310면; 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2016, 334면; 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 493면.

48) 정재길 외 공저, 「법과 생활」, 도서출판 오래, 2010, 24면.

49) 대법원 1986. 11. 25. 선고 86다카1569 판결.

자보호를 위해 169조에 대한 예외로서 특별히 인정된 조문이라는 점에서 제 440조를 엄격해석 하고 있는 것으로 생각된다. 따라서 체계적 측면에서 보았을 때 채권자와 연대보증인 사이의 보증채권 및 채권이 상계적상에 있었으나, 나중에 주채무자에 대한 채권이 시효로 소멸한 경우에도 제495조를 유추적용하는 것은 허용되어서는 안될 것이다.

다음으로 역사적 측면에서 살펴보자. 현행 민법 제495조는 의용민법 제508조를 그대로 이어받은 것으로서 민법안심의를 등의 입법 당시의 자료에는 별다른 논의 내용이 나와 있지 않다.⁵⁰⁾

마지막으로 목적론적 측면에서 살펴보자. 채권자와 연대보증인 사이의 보증채권 및 채권이 상계적상에 있었으나, 나중에 주채무자에 대한 채권이 시효로 소멸한 경우에도 제495조를 유추적용하는 것은 간이결제 기능 즉 경제적 효율성에는 부합한다. 그만큼 거래비용을 절감할 수 있기 때문이다. 하지만 공평유지 기능 즉 교환적 정의에는 부합하지 않는다. 상호 동종의 채권을 가지는 당사자 간에는 쌍방의 채권이 대등액에서 이미 채무관계를 정리해서 결제된 것으로 서로 믿고 있다는 것이 현재 우리 거래계의 지배적 가치관이라고 한다면 이렇게 정해진 각자의 몫을 엄정하게 실현시켜 주기 위해서 상계제도가 존재한다는 것이다. 그런데 연대보증인의 경우 보충성 없이 주채무자와 연대하여 채무를 부담하기 때문에 채권자는 주채무자에 대해서 뿐만 아니라 연대보증인에 대해서도 연대보증인이 자신에 대해 채권을 가지고 있다면 자신의 연대보증채권과 대등액에서 이미 결제된 것으로 믿게 되므로 이렇게 정해진 각자의 몫도 정확하게 실현시켜 주어야 한다. 따라서 이렇게 신뢰하고 있는 상태에서 주채무자에 대한 채권은 소멸시효가 완성되어 소멸하였지만 연대보증채권은 부종성에 의하여 소멸하였다는 이유로 상계권을 인정하지 않는 것은 교환적 정의에 반한다. 그렇다면 채권자와 연대보증인 사이의 보증채권 및 채권이 상계적상에 있었으나, 나중에 주채무자에 대한 채권이 시효로 소멸한 경우에도 제495조를 유추적용하는 것은 교환적 정의에는 부합한다. 결론적으로 경제적 효율성과 교환적 정의에 모두 부합하므로 목적론적 측면에서 보았을 때는 유추가 허용된다고 볼 수 있다.

50) 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 「민법안심의록 상권」, 1957, 291-292면; 명순구, 「실록 대한민국 민법 3」, 법문사, 2010, 252-253면.

요컨대 역사적 측면의 경우는 확인할 수 없고, 체계적 측면의 경우에는 유사성이 인정되지 않지 않지만, 목적론적 측면에서는 유사성이 인정되므로 종합적으로 유사부분이 비유사부분보다 많다고 할 수 없어 유사성이 있다고 할 수 없고 따라서 법형성 방법으로서 유추는 허용되지 않는다. 법형성은 법해석이 아니므로 앞서 살펴본 ‘법률기속의 원칙’에 지배되지 않고 각 측면(체계적, 역사적, 목적론적)에서의 유사성 간에 우선순위는 존재하지 않는다. 목적론적 측면에서 유사성이 인정되므로 목적론적 확장이 허용될 뿐이다. 물론 이러한 목적론적 확장이 유추에 비해 구체적 사안에 접했을 때 제반 사정들을 참작하여 보다 제한적으로 인정되어야 함은 당연하다고 할 것이다.

3. 양채권이 모두 고의의 불법행위로 인한 손해배상청구권인 경우

민법 제496조에 따르면 고의의 불법행위로 인한 손해배상청구권을 수동채권으로 하는 상계는 금지되어 있다. 그런데 일부견해는 별다른 논거를 제시하지 않은 채 수동채권이 자동채권과 동일한 원인에 의하여 발생한 고의의 불법행위로 인한 손해배상청구권일 경우에는 상계가 허용된다고 주장한다.⁵¹⁾ 반면 제496조는 채권자의 채무자에 대한 보복적 불법행위를 막고 피해자인 채무자로 하여금 현실의 변제를 받게 하려는데 그 취지가 있다고 하면서,⁵²⁾ 제496조의 문언과 이러한 취지에 비추어 볼 때 수동채권이 고의의 불법행위로 인한 손해배상청구권일 경우에는 예외없이 상계는 허용되어서는 안된다는 견해도 있다.⁵³⁾ 판례는 서로 싸워서 상해를 입힌 경우 등과 같이 수동채권이 자동채권과 동일한 발생원인에 의해 발생한 고의의 불법행위로 인한 손해배상청구권일 경우에도 상계는 허용되어서는 안된다고 보면서 예외를 인정하지 않는 입장이다.⁵⁴⁾

법해석의 일차적인 방법인 문리해석에 따라 검토해 보자. 사전적 의미나 일상언어적 의미에 따라 해석해 보면 민법 제496조는 수동채권이 고의의 불법행

51) 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2016, 499면; 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 767면.

52) 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결.

53) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017, 1231면.

54) 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다38444 판결.

위로 인한 청구권인 경우에 상계를 금지하면서 별도의 예외를 인정하지 않고 있다. 따라서 수동채권이 고의의 불법행위로 인한 손해배상청구권인 경우에는 자동채권인 고의의 불법행위 손해배상청구권이 동일한 발생원인에 의해 발생하였는지 여부와 상관없이 원칙적으로 상계는 허용되지 않는다고 볼 수 있다. 그리고 수동채권과 자동채권이 모두 동일한 발생원인에 의해 발생한 고의의 불법행위로 인한 손해배상청구권인 경우에는 상계가 가능하다고 해석하는 것은 사회통념상 제496조 문구의 가능한 의미를 벗어난 것이다. 이처럼 문리해석의 결과 특별히 다른 해석가능성 없이 해당 구체적 사안은 해당 추상적 법률규정 문언의 가능한 의미를 벗어난 경우에는 더 이상 법해석은 행해될 수 없고, 바로 이때 행해될 수 있는 것이 법형성이다. 법형성 방법에 대해서 살펴보자.

체계적 측면에서 살펴보자. 채권의 본래적 소멸원인은 변제이다. 그런데 간이 결제 및 공평유지 목적에서 상계가 예외적으로 인정되는 것이다. 따라서 현실적인 급부행위가 필요한 경우에는 상계는 허용되어서는 안 될 것이다. 그러한 이유로 우리 민법은 제496조, 제497조, 제498조에서 법률로 상계를 명시적으로 금지하고 있다. 그렇다면 자동채권이 수동채권과 동일한 발생원인에 의해 발생한 고의의 불법행위에 기한 손해배상청구권인 경우는 과연 어떠한가? 이 경우에 채무자는 피해자로서 불법행위에 기한 손해배상채권을 가지긴 하지만 동시에 가해자로서 불법행위에 기한 손해배상채무를 부담하므로 치료비를 현실적으로 지급받았다 할지라도 자신 역시 마찬가지로 현실적으로 지급해야 하므로 현실적인 급부행위가 있다해도 그 실익은 없다. 자동채권과 수동채권이 모두 격투등과 같은 동일한 원인에 의해 발생한 고의의 불법행위에 기한 손해배상청구권일 경우 손쉽게 상계를 허용한다면 사회적으로 폭력행사 등 불법행위를 조장할 우려가 있다. 우리 민법은 제103조에서 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.”고 규정하고 있다. 그렇다면 법률행위로서 단독행위에 해당하는 상계권 행사는 이러한 경우에 무효로 처리하여 그 행사를 허용해서는 안 될 것이다.

다음으로 역사적 측면에서 살펴보자. 의용민법에는 단순히 ‘불법행위’라고만 규정되어 있었으나 현행민법은 ‘고의의 불법행위’라고 하여 그 범위를 제한하였다. 사실 채무자인 피해자로 하여금 현실적 변제를 받게 한다는 차원이면 고의

로 한정해서는 안 될 것이지만 현행 민법은 그보다는 채권자인 가해자의 보복적 불법행위를 방지하고자 하는 취지에 중점을 두고 그 범위를 제한한 것이다. 또한 채무불이행과 비교하여 불법행위의 위법성이 더 크다고 할 수 없음에도 의용민법은 불법행위만을 규정하여 형평에 반한다는 비판이 있었는데 현행 민법은 이러한 비판을 일정 정도 수용하여 고의의 불법행위로 그 범위를 국한시켰다.⁵⁵⁾ 그렇다면 이처럼 불법행위를 방지하고 채무불이행과의 형평을 위해 고의의 불법행위로 그 범위를 축소시킨 입법자의 실제의사에 비추어 볼 때 다시 제496조에 예외를 인정하여 수동채권이 고의의 불법행위로 인한 채권이지만 자동채권이 동일한 발생원인에 의해 발생한 고의의 불법행위 채권인 경우에 상계를 허용하는 것은 불법행위 방지 효과 및 채무불이행과의 형평을 위해 그 범위를 축소시킨 의미를 반감시킬 것이다.

마지막으로 목적론적 측면에서 살펴보자. 수동채권이 고의의 불법행위채권인 경우 전부에 대해서 상계를 금지하는 것이 아니라 자동채권이 동일한 원인에 의해 발생한 고의의 불법행위채권인 경우를 제외하는 것은 그 만큼 상계가 허용되는 범위를 넓히는 것이고 따라서 경제적 효율성에는 부합한다. 그리고 만약 수동채권이 고의의 불법행위채권인 경우 상계를 허용한다면 채무자인 피해자는 당장 치료를 위해 또 다른 채무를 부담하게 되고 나아가서 그에 따른 이자까지 부담하게 되는데 이처럼 이자까지 부담하게 하는 것은 현실적인 급부행위가 있었다면 부담하지 않아도 될 것을 우연히 양 채권이 대립하고 있는 사정으로 말마암아 부담하게 되는 것이다. 따라서 이 경우 상계를 허용하는 것은 공평유지 기능 즉 교환적 정의에 부합하지 않는다. 하지만 서로 싸워서 양자가 모두 고의의 불법행위채권을 가진 경우에는 현실적으로 치료비를 채무자인 피해자가 받았다 할지라도 가해자로서 마찬가지로 지급하여야 하므로 상계를 허용하든 상계를 허용하지 않든 교환적 정의 차원에서는 차이가 없다.

정리하면 제496조를 ‘수동채권이 고의의 불법행위채권인 경우 상계금지’에서 ‘수동채권이 고의의 불법행위채권인 경우 상계금지. 단, 자동채권이 동일한 원인에 의한 고의의 불법행위채권인 경우 제외’로 축소한 것은 체계적 측면, 역사

55) 민의원 법제사법위원회 민법안심의회, 「민법안심의록 상권」, 1957, 292면; 명순구, 「실록 대한민국 민법 3」, 법문사, 2010, 253-255면.

적 측면에서는 모두 가능하지 않고 목적론적 측면에서 그것도 이차적인 목적이라고 할 수 있는 간이결제기능 즉 경제적 효율성 차원에서만 가능하다. 하지만 법형성은 법형성을 해야 할 충분히 강력한 근거들이 존재하는 경우이어야만 행해질 수 있는 것이다.⁵⁶⁾ 따라서 일차적인 목적도 아니고 이차적인 목적에 불과한 간이결제기능 즉 경제적 효율성을 위한 목적론적 축소는 허용되어서는 안 될 것이다.

그리고 앞서 살펴본 것처럼, 원칙적으로 질서규정에는 유추나 목적론적 축소 등 법형성이 허용되어서는 안 된다. 제496조는 불법행위의 방지 등을 위해 수동채권이 고의의 불법행위채권인 경우 상계를 금지하는 금지규정으로 질서규정이다. 따라서 마찬가지로 질서규정에 해당하는 제124조 ‘자기대리금지 규정’의 경우 다른 데 아무런 영향을 미치지 않고 본인에게 이익만을 가져다주는 경우에는 예외적으로 법형성으로서 목적론적 축소가 허용되는 것과는 달리, 제496조 ‘수동채권이 고의의 불법행위채권인 경우 상계금지 규정’은 질서규정으로서 수동채권과 자동채권이 동일한 원인에 의해 발생한 고의의 불법행위채권인 경우 원칙대로 법형성으로서 목적론적 축소 허용되어서는 안 될 것이다. 불법행위를 방지하기 보다는 오히려 사회적으로 폭력행사 등 불법행위를 조장할 우려가 있기 때문이다.

IV. 정리하는 말

독일의 법학자 사비니(Friedrich Carl von Savigny)는 일찍이 법해석 방법을 문리해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석으로 구분하였는데, 오늘날 역시 이러한 해석방법이 일반적으로 사용된다. 문리해석은 사전적 의미나 일상언어적 의미에 따라서 해당 법규정의 의미를 파악하는 해석방법이다.

법해석 방법들 간의 상호관계에 대해 먼저 살펴보자. 일차적인 해석방법은 문리해석이다. 문리해석의 결과 특별히 다른 해석가능성이 없는 경우에는 더 이상 다른 해석방법은 동원할 필요가 없고 해당 법규범의 사전적 의미나 일상언어적 의미에 따라서 해석하면 된다. 그러나 문리해석을 통해 여러 해석가능성들

56) 이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012, 251면.

이 존재하는 경우에는 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석의 방법 순서로 적용서열관계가 정해진다. 요컨대 법해석은 법률에 따라 이루어져야 한다는 ‘법률기속의 원칙’에 근거하여 문리해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 순서로 해석가능성의 범위를 좁혀 나간다는 것이다. 이것이 전통적으로 법해석 방법론을 연구해 온 학자들과 법률가들의 견해이다. 한편 판례 역시 마찬가지로 태도인 것처럼 보인다.

한편 법원은 법적용과정에서 해당 사안에 적용할 법규범이 없는 경우, 법규범을 그대로 적용하면 현저하게 부당한 결과를 낳을 경우 등에 직면하기도 하는데, 이러한 경우들에 있어서 법원은 해당 사안에 적용할 법규범을 새로이 만들어 내는 것과 같은 법적 추론을 하기도 한다. 바로 이와 같은 법적 추론활동을 법형성(judicial law-making)이라 한다. 법형성은 법원이 법규범을 새로이 만들어 내는 것과 같은 추론이므로 당연히 법해석시 고려되는 측면보다 더 많은 측면에서 행해져서는 안 될 것이다. 따라서 최대치로 체계적, 역사적, 목적론적 측면에서만 고려되어 져야 할 것이다.

그렇다면 법형성은 언제 행해지는 것일까? 구체적 사안에 해당 법률규정을 적용하기 위해서는 법률규정은 일반적으로 추상적으로 규정되어 있다는 점에서 그 의미를 확정하는 작업, 즉 법해석이 필요하다. 그리고 그 법해석의 방법은 일차적으로 문리해석이 행해지게 된다. 그런데 이러한 문리해석의 결과 사회통념상 특별히 다른 해석가능성 없이 해당 구체적 사안은 해당 추상적 법률규정 문언의 가능한 의미를 벗어난 경우에는 더 이상 법해석은 행해질 수 없고, 바로 이때 행해질 수 있는 것이 법형성이다.

이러한 법형성의 방법으로는 유추, 목적론적 축소, 목적론적 확장 등이 있다.

유추는 해당 구체적 사안을 규정하는 법률규정이 없는 경우에, 그 사안과 가장 유사한 사안에 대한 법률규정을 적용하는 법형성 방법이다. 이때 유사성이 있는지 여부에 대한 판단은 체계적, 역사적, 목적론적 측면을 종합적으로 고려하여 결정해야 할 것이다.

다음으로 목적론적 축소와 목적론적 확장에 대해 살펴보자. 문언은 가장 좁게 쓰이는 경우부터 가장 넓게 쓰이는 경우까지 의미의 폭을 가지고 있는데 법해석은 이 양 극단을 한계로 한다. 법형성 방법으로서 목적론적 축소와 목적론

적 확장은 각각 전자는 해당 법률규정의 객관적 목적을 고려하여 가장 좁은 의미의 한계를 넘어서 어의를 축소하는 것이며, 후자는 해당 법률규정의 객관적 목적을 고려하여 가장 넓은 의미의 한계를 넘어서 어의를 확장하는 것이다. 목적론적 확장은 유추와 흡사하기 하지만, 유추의 경우 해당 법률규정이 규율하고 있는 사안과 규율하지 않고 있는 사안 사이에 유사성이 있는 반면에, 목적론적 확장은 두 사안 간에 유사성이 없다는 점에서 차이가 있다. 물론 목적론적 확장의 경우 전체적으로는 두 사안 간에 유사성이 없지만 해당 법률규정의 객관적 목적측면에서는 유사성이 있어야 할 것이다. 그러한 차원에서 보면 목적론적 확장은 목적론적 유추라고도 할 수 있을 것이다. 물론 목적론적 축소는 목적론적 유추가 될 수 없다. 목적론적 축소와의 대비성을 드러내 준다는 측면에서 보면 목적론적 확장이라는 표현이 목적론적 유추보다는 타당하다고 생각된다.

법형성은 법해석이 아니므로 앞서 언급한 ‘법률기속의 원칙’에 지배되지 않고 각 측면(체계적, 역사적, 목적론적)에서의 유사성 간에 우선순위는 존재하지 않는다. 물론 각 측면에서의 유사성만 존재하는 경우에 인정되는 체계적, 역사적, 목적론적 측면에서의 확장은 유추에 비해 보다 제한적으로 인정되어야 할 것이다.

유추는 확장과 같은 의미이다. 축소는 확장이든 체계적, 역사적, 목적론적 측면 각각에서 판단할 수도 있고 전체적으로 판단할 수도 있다. 그리고 법해석으로서의 확장, 축소와 법형성으로서의 확장, 축소는 다르다. 전자는 문구의 가능한 의미 안에서 행해지는 것이고 후자는 문구의 가능한 의미를 벗어난 것이기 때문이다.⁵⁷⁾

제3자가 채권자에 대해 가지는 채권을 자동채권으로 하여 상계하는 경우 법해석의 일차적인 방법인 문리해석에 따라 검토해 보자. 민법 제469조는 ‘변제’만을 규정하고 있다. ‘변제’의 사전적 의미나 일상언어적 의미에 상계가 포함되지 않음은 물론이다. 따라서 제3자의 상계는 원칙적으로 허용되지 않는다고 볼 수 있다. 그리고 사회통념상 ‘상계’는 ‘변제’라는 문구의 가능한 의미를 벗어난 것이다. 이처럼 문리해석의 결과 특별히 다른 해석가능성 없이 해당 구체적 사안은 해당 추상적 법률규정 문언의 가능한 의미를 벗어난 경우에 해당하므로 더 이상 법해석

57) 김영환, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 「한국 법질서와 법해석론」, 세창출판사, 2013, 368면.

은 행해질 수 없고, 바로 이때 행해질 수 있는 것이 법형성이다. 이 사안의 경우 역사적 측면은 확인할 수 없고, 체계적 측면과 목적론적 측면에서는 유사성이 인정되지 않으므로 종합적으로 유사성이 없다고 할 수 있고 따라서 법형성 방법으로서 유추는 허용되지 않는다. 체계적 측면과 목적론적 측면에서 유사성이 인정되지 않으므로 체계적 확장과 목적론적 확장도 허용되지 않음은 물론이다.

채권자와 연대보증인 사이의 보증채권 및 채권이 상계적상에 있었으나 나중에 주채무자에 대한 채권이 시효로 소멸한 경우 법해석의 일차적인 방법인 문리해석에 따라 검토해 보자. 민법 제495조는 채권 소멸의 사유로 ‘소멸시효 완성’만을 규정하고 있다. ‘소멸시효 완성’의 사전적 의미나 일상언어적 의미에 부종성이 포함되지 않음은 물론이다. 그리고 사회통념상 ‘부종성’은 ‘소멸시효 완성’이라는 문구의 가능한 의미를 벗어난 것이다. 이처럼 문리해석의 결과 특별히 다른 해석가능성 없이 해당 구체적 사안은 해당 추상적 법률규정 문언의 가능한 의미를 벗어난 경우에는 더 이상 법해석은 행해질 수 없고, 바로 이때 법형성이 검토될 수 있다. 법형성 방법으로서 유추가 가능한지 살펴보자. 유추가 가능하기 위해서는 체계적 측면, 역사적 측면, 목적론적 측면에서 유사성을 가져야 한다. 역사적 측면의 경우는 확인할 수 없고, 체계적 측면의 경우에는 유사성이 인정되지 않지 않지만, 목적론적 측면에서는 유사성이 인정되므로 종합적으로 유사부분이 비유사부분보다 많다고 할 수 없어 유사성이 있다고 할 수 없고 따라서 법형성 방법으로서 유추는 허용되지 않는다. 법형성은 법해석이 아니므로 앞서 살펴본 ‘법률기속의 원칙’에 지배되지 않고 각 측면(체계적, 역사적, 목적론적)에서의 유사성 간에 우선순위는 존재하지 않는다. 목적론적 측면에서 유사성이 인정되므로 목적론적 확장이 허용될 뿐이다. 물론 이러한 목적론적 확장이 유추에 비해 구체적 사안에 접했을 때 제반 사정들을 참작하여 보다 제한적으로 인정되어야 함은 당연하다고 할 것이다.

수동채권과 자동채권이 동일한 발생원인에 의해 발생한 고의의 불법행위채권인 경우 법해석의 일차적인 방법인 문리해석에 따라 검토해 보자. 사전적 의미나 일상언어적 의미에 따라 해석해 보면 민법 제496조는 수동채권이 고의의 불법행위로 인한 청구권인 경우에 상계를 금지하면서 별도의 예외를 인정하지 않고 있다. 따라서 수동채권이 고의의 불법행위로 인한 손해배상청구권인 경우에

는 자동채권인 고의의 불법행위 손해배상청구권이 동일한 발생원인에 의해 발생하였는지 여부와 상관없이 원칙적으로 상계는 허용되지 않는다고 볼 수 있다. 그리고 수동채권과 자동채권이 모두 동일한 발생원인에 의해 발생한 고의의 불법행위로 인한 손해배상청구권인 경우에는 상계가 가능하다고 해석하는 것은 사회통념상 제496조 문구의 가능한 의미를 벗어난 것이다. 이처럼 문리해석의 결과 특별히 다른 해석가능성 없이 해당 구체적 사안은 해당 추상적 법률규정 문언의 가능한 의미를 벗어난 경우에는 더 이상 법해석은 행해질 수 없고, 바로 이때 행해질 수 있는 것이 법형성이다. 제496조를 ‘수동채권이 고의의 불법행위채권인 경우 상계금지’에서 ‘수동채권이 고의의 불법행위채권인 경우 상계금지. 단, 자동채권이 동일한 원인에 의한 고의의 불법행위채권인 경우 제외’로 축소하는 것은 체계적 측면, 역사적 측면에서는 모두 가능하지 않고 목적론적 측면에서 그것도 이차적인 목적이라고 할 수 있는 간이결제기능 즉 경제적 효율성 차원에서만 가능하다. 하지만 법형성은 법형성을 해야 할 충분히 강력한 근거들이 존재하는 경우이어야만 행해질 수 있는 것이다. 따라서 일차적인 목적도 아니고 이차적인 목적에 불과한 간이결제기능 즉 경제적 효율성을 위한 목적론적 축소는 허용되어서는 안 될 것이다.

참고문헌

〈단행본〉

- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2013.
김문현 외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011.
김상용, 「민법총칙」, 화산미디어, 2014.
김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2016.
김영환, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 「한국 법질서와 법 해석론」, 세창출판사, 2013.
김준호, 「민법강의」, 법문사, 2017.
김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999.

- 명순구, 「실록 대한민국 민법 3」, 법문사, 2010.
민의원법제사법위원회민법안심소위원회, 「민법안심의특상권」, 1957.
박상기 외 공저, 「법학개론」, 박영사, 2014.
박세일, 「법경제학」, 박영사, 2007.
송덕수, 「민법총칙」, 박영사, 2013.
송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017.
양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2005.
오세혁, “한국에서의 법령해석 - 우리나라 법원의 해석방법론에 대한 비판적 분석 -”, 「한국 법질서와 법해석론」, 세창출판사, 2013.
윤용섭, 「민법주해 [XI]」(곽윤직 편), 박영사, 2011.
이상영·김도균, 「법철학」, 한국방송통신대학교출판부, 2012.
정재길 외 공저, 「법과 생활」, 도서출판 오래, 2010.
정재황, 「신헌법입문」, 박영사, 2016.
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2017.

[Abstract]

Judicial Law-making about Whether It Is Possible to Exercise the Right of Set-off or Not

Kim, Seo-Gi

*Sangmyung University, Department of Intellectual Property,
Associate Professor*

Originally, the cause of extinguishment of the obligation is the performance of the obligation. By the way, if it is possible to exercise the right of set-off, the obligor can prefer the set-off to the performance, because the

set-off does not require the real act of presentation from him.

However, we do not have any way of public notice of existence of the right of set-off, in spite of the fact that exercising the right of set-off, the obligor is able to extinguish his or her obligation by his or her unilateral manifestation of intention. As a result, the third person, neither the obligee nor the obligor, can suffer an unpredictable damage.

In addition to this problem, there are the diverse cases in which it is not clear whether or not it's possible to exercise the right of set-off. And it seems that the scholarly diverse views about these cases present only simple grounds to justify the arguments without any concrete analysis.

For this reason, a concrete analysis will be made in this Article. Of course, for lack of space, in this Article, I can not deal with all cases in which it is not clear whether or not it's possible to exercise the right of set-off. I will deal with the three cases of them about which major scholars of the civil law show different opinions. The three cases include the case in which the obligor has the obligation arisen from an intentional unlawful act and the obligee also has the obligation arisen from an intentional unlawful act which results from the same reason as the intentional unlawful act which has caused the obligor's obligation. This case is related to teleological reduction as a kind of judicial law-making.

In this Article, judicial law-making will be mainly used as an analyzing instrument. Judicial law-making is different from the interpretation of law. The interpretation of law is to clarify the meaning of abstract legal provision within the limit of its possible meaning, whereas judicial law-making is legal reasoning without the limit of the possible meaning of the provision concerned like legislating a provision newly.

Key words : Set-off, Judicial law-making, The interpretation of law, Analogy, Teleological reduction