

소송상 상계의 항변과 그 철회의 법적 효과

-대상판결: 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결-*

The Legal Effect of Plea of Set-off and Its Withdrawal

- Korea Supreme Court Decision 2021Da275741 Decided

February 17, 2022 -

김 연 희**

Kim, Yeon-hee

윤 진 호***

Yoon, Jin-ho

목 차

I. 대상판결

II. 평석

III. 결론

대상판결은 피고(건설회사)가 원고(건물주)를 상대로 제기한 공사대금 청구소송(선행소송)의 제1심에서 원고는 공사 하자에 관한 손해배상채권을 자동채권으로 하여 소송상 상계의 예비적 항변을 하였다가 배척된 뒤, 선행소송 항소심 계속 중 위 상계항변의 자동채권과 동일한 채권에 기하여 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하는 별도의 소를 제기한 다음 선행소송 항소심에서 위 상계항변을 철회한 사안에서 그 별도로 제기한 후행의 소가 중복제소금지, 재소금지 등에 해당하는지 여부가 다뤄진 판결이다. 소송상 상계의 예비적 항변은 원고의 소구채권을 다투면서 만약 그것이 인정될 것을 대비해서 하는 방어방법의 일환으로 이용되는

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2024..58.105>

투고일: 2024. 7. 14. / 심사완료일: 2024. 8. 5. / 게재확정일: 2024. 8. 9.

* 이 연구는 고려대학교 법학전문대학원 김제완 교수의 제안과 지도로 수행되었음.

** 주저자: 인광그룹 비서실 부장

Lead Author: Head of department, Inkwang Group Secretary's office

*** 교신저자: 법률사무소 서울중앙 변호사

Co-Author: Attorney-at-law, Law office Seoul Central

것이다. 소송상 상계의 예비적 항변은 ① 기본적으로 항변으로서의 성질, 즉 소송상 방어방법으로서의 성질, ② 상계항변으로서의 성질, 즉 판결이유 중의 판단임에도 예외적으로 기판력이 인정되어 이로써 판결의 모순, 저촉의 문제가 발생할 수 있는 성질, 그리고 ③ 예비적 항변으로서의 성질, 즉 소구채권의 존재가 인정될 것을 정지조건으로 하여 상계권을 행사하고 이에 대한 판단을 구하는 항변으로서 그 조건의 성취 여부가 불명확하고 그 뒤 상급심에서 확정될 때까지 유동적이라는 성질 등이 혼재되어 있으므로, 이와 같은 성질들을 아울러 조화롭게 운용하는 것이 필요하다고 할 것이다. 이와 같이 여러 특수성을 가진 소송상 상계의 예비적 항변에 대해서는 그동안 학설과 판례들이 축적되어 있기는 하지만, 대상판결은 소송상 상계의 예비적 항변이 제1심에서 배척된 뒤 항소심에서 철회된 경우 이 철회가 그 상계항변의 자동채권을 소구채권으로 하는 후행소송에 미치는 영향에 관한 새로운 영역의 법리를 처음으로 실시한 데에 매우 큰 의미가 있다고 할 것이다. 특히 대상판결은 선행소송에서 소송상 상계의 예비적 항변이 항소심에서 철회된 경우 후행소송의 중복제소 해당 여부, 재소금지 해당 여부, 기판력 등에 관하여 일반론적인 법리를 정리하였다는 점에서는 매우 고무적이라고 할 것이다. 이번 대상판결이 앞으로 소송상 상계항변에 관한 좀 더 많은 논의가 활성화될 수 있는 계기가 되기를 바란다

[주제어] 소송상 상계, 상계항변, 예비적 항변, 상계항변 철회, 중복제소금지, 재소금지, 기판력, 소송상 상계 재항변

I. 대상판결

1. 사안의 개요와 쟁점

1.1 사안의 개요

원고(건물주)는 2014. 11. 25. 인테리어업체를 운영하는 피고(건설회사)와 양산시(주소 생략)에 있는 모텔(이하 ‘이 사건 건물’이라 한다)에 관하여 공사기간 2014. 11. 26.부터 2015. 3. 14.까지 공사대금 4억9,940만원으로 정하여 리모델링 및 인테리어 공사(이하 ‘이 사건 공사’라 한다) 계약을 체결하였다. 피고는 2015. 3. 20.경 이 사건 공사를 완성하였고 원고는 이 사건 건물을 인도받아 2015. 4.경부터 영업을 개시하였다. 원고는 이 사건 건물에 하자가 발견되어 2015. 4. 15.경부터 2015. 10. 22.경까지 여러 차례에 걸쳐 피고에게 지속적으로 하자보수를 요청하였고 2016. 3. 29. 피고에게 하자보수를 요청하는 내용증명을 보내기도 하였다.

피고는 원고를 상대로 공사계약에 따른 공사대금 청구소송(이하 ‘선행소송’이라 한다)을 제기하였다. 원고는 선행소송 제1심에서 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 자동채권으로 하는 상계항변을 주장하였다. 그러나 선행소송 제1심은 2017. 9. 5. 하자의 존재 여부 등에 관한 증명 부족의 이유로 원고의 상계항변을 배척하고, 피고 전부승소 판결을 선고하였다.¹⁾ 이에 대해 원고가 항소하였다.

한편, 원고는 위 선행소송의 항소심 진행 도중 이와 별도로, 2018. 4. 5. 피고를 상대로 이 사건 공사의 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하는 이 사건 소를 제기하였다. 그리고 이 사건 소송과 동시에 진행 중이던 위 선행소송 항소심 제2차 변론기일에서는 위 상계항변을 철회하였다. 위 상계항변을 철회 후 선행소송은 피고 승소판결이 선고되었고 이는 불복 없이 확정되었다.²⁾

피고는 선행소송 항소심에서 원고가 상계항변을 철회한 후 피고 승소로 확정된 상황에서 그 상계항변에서 주장된 내용과 사실상 동일한 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하는 원고의 이 사건 소가 적법한 것인지에 관하여 다투었다. 즉, 피고측은, 이 사건 소가 중복제소에 해당하거나 재소금지 원칙에 반한다는 이유 및 상계항변이 기판력을 가지므로 원고의 하자보수에 갈음한 손해배상청구는 기판력에 반한다는 이유 등으로 원고의 이 사건 소에 대해 다투었다.

1.2 쟁점

대상판결 사안의 주요 쟁점은 다음과 같다. 우선 전제되는 사실관계로, 앞서 정리한 바와 같이 ① 피고(건설회사)가 원고(건물주)를 상대로 제기한 공사대금 청구소송(선행소송)의 제1심에서 원고는 공사 하자에 관한 손해배상채권을 자동채권으로 하여 상계항변을 하였다가 배척된 뒤, ② 선행소송 항소심 계속 중 위 상계항변의 자동채권과 동일한 채권에 기하여 공사의 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하는 별도의 소를 제기한 다음 ③ 선행소송 항소심에서 위 상계항변을 철회하였고, ④ 선행소송은 피고 승소로 확정되었다. 이와 같은 상황에서, 피고측에서 주장하는 이 사건 소의 적법성과 기판력 등이 문제되는 것이다. 이 쟁점을 피고측의 항변을 중심으로 분석하

1) 부산지방법원 2017. 9. 5. 선고 2017가소505896 판결. 공사대금 잔액과 지연이자 합계 금 10,759,068원 및 이 중 공사대금 잔액 9,400,000원에 대한 완제일까지 지연손해금 인용.

2) 부산지방법원 2019. 1. 30. 선고 2017나56896 판결. 지연손해금의 기산일만 약간 원고에게 유리하게 변경되었을 뿐 제1심판결 주문과 사실상 동일하다.

면 다음과 같다.

첫째, 이 사건 소가 선행소송에서의 상계의 항변과 실질적으로 동일한 것인데, 항변으로 제기한 부분에 관하여 이 사건과 같이 별도로 소를 제기하는 경우, 중복제소에 해당하는지 여부이다.

둘째, 선행소송에서 상계의 항변이 제1심 종국판결 이후에 철회된 것인데, 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 상대방의 동의 없이 철회할 수 있는지가 문제된다. 달리 말하자면, 이 사건 소가 선행소송에서의 상계의 항변과 실질적으로 동일하다는 점을 고려한다면, 위 상계항변의 철회는 마치 소의 취하와 유사하지 않은가 하는 점이 문제된다. 만일 그렇다면 상대방의 동의가 있어야 철회할 수 있고 종국판결 후 상계의 항변이 철회된 뒤에 제기된 소는 종국판결 후에 취하된 소에 대해 다시 소를 제기한 것과 같아, 재소금지의 원칙에 반하는 부적법한 것인지가 문제된다.

셋째, 기관력도 문제된다. 즉, 선행소송에서 법원은 원고의 주장을 배척하였으므로, 그 기관력에 따라 원고는 더 이상 피고에게 이 사건 손해배상을 구할 수 없고, 따라서 원고의 청구는 기관력에 의해 선행소송과 같은 결론으로 기각되어야 하는지가 문제된다.

2. 판시사항

2.1 1심판결

제1심에서는 원고 주장의 하자공사비용 중 일부를 인정한 다음, 이에 대한 피고의 항변을 모두 배척하였다.³⁾ 피고의 항변 중 기존 선행소송 판결의 상계의 기관력 주장을 보면, 피고가 원고를 상대로 제기한 종전 공사대금 사건에서 원고가 하자로 인한 손해배상채권을 자동채권으로 하여 피고의 공사대금채권과 상계항변을 하였으나 기각판결을 선고받았으므로 그 판결의 기관력에 따라 원고의 주장은 이유없다고 주장하였다.

이에 대해서 제1심은 먼저 상계의 항변의 철회에 관하여 실시하였다. 즉, 소송상

3) 부산지방법원 2020. 10. 15. 선고 2018가단309282 판결. 제1심은 원고 주장에 대한 판단으로, 원고가 주장하는 하자에 대한 공사비용 83,154,000원 중 1,992,931원 부분만 인정하고, 나머지 부분은 배척하였다.

방어방법으로서의 상계항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고, 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다는 것이다.⁴⁾ 따라서 원고가 기존 소송절차에서 상계항변을 주장하였다가 2018. 12. 18.자 준비서면에서 상계항변을 철회하였고, 위 준비서면을 항소심 2차 변론기일에서 진술하였으며, 이에 항소심은 상계항변 부분에 대해서는 판단하지 않았고 이 판결이 확정되었으므로, 피고의 위 주장은 이유 없다고 판시한 것이다.⁵⁾ 제1심판결에 대해 원고가 항소하고 피고는 부대항소를 하였다.

2.2 원심판결

항소심인 원심판결은 기본적으로 원고측의 주장을 받아들이면서 피고측의 항변을 배척하였다.⁶⁾ 즉, 원심판결에서는 제1심과는 달리 원고 주장의 하자공사비용 전부를 인정한 다음, ① 건설산업기본법 및 민법상 수급인의 하자담보책임의 제척기간 도과 여부와 ② 상계의 기관력에 저촉되는지 여부에 대해서 모두 제1심과 동일한 이유로 피고의 주장을 배척하였고, 다만 피고가 원고에게 배상해야 할 손해배상액수를 공평의 원칙 또는 신의성실의 원칙에 따라서 일부 제한하였다. 원심판결에 대해 피고측에서 상고하였다.

2.3 대상판결

상고심은 피고측의 상고를 모두 기각하였다.⁷⁾ 피고측은 상계항변의 기관력에 반한다는 주장 외에 중복제소에 해당하거나 재소금지 원칙에 반한다는 주장을 상고이유로 내세웠으나, 대상판결에서도 항소심과 같은 결론을 유지하였다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

4) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 인용.

5) 그 밖에 제1심은 ① 건설산업기본법 및 민법상 수급인의 하자담보책임의 제척기간 도과 주장 및 ② 일부 하자에 대한 피고의 무과실 주장 등 피고의 주장을 모두 배척하였다.

6) 부산지방법원 2021. 8. 27. 선고 2020나62921 판결.

7) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결. 그 밖에 손해배상액 산정에 관한 채증법칙 위반이 있다는 피고의 주장에 대해서도 이를 배척하였으나, 이 부분은 본고에서 다루고자 하는 영역이 아니어서 생략하도록 한다.

첫째, 중복제소에 해당하거나 재소금지 원칙에 반하는지 여부에 관하여, 이에 해당하지 않는다고 판단하였다. 대상판결에서는 우선, 상계의 항변과 동일한 내용의 소가 계속중인 경우 법원의 처리방법에 관하여 실시하였다. 즉, 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, 사실심의 담당재판부로서는 전소와 후소를 같은 기회에 심리·판단하기 위하여 이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 기판력의 저촉·모순을 방지함과 아울러 소송경제를 도모함이 바람직하다는 것이다. 다음으로, 만일 그와 같은 조치가 취해지지 않은 경우의 법리에 관하여 실시하였다. 즉, 특별한 사정이 없는 한 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없으며,⁸⁾ 마찬가지로 먼저 제기된 소송에서 상계항변을 제출한 다음 그 소송 계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것도 가능하다는 것이다.

다음으로, 대상판결에서는 상계의 항변의 철회에 관하여 실시하였는데, 먼저 전제되는 법리로서 재소금지 제도의 취지에 관하여 실시하였다. 즉, 민사소송법 제267조 제2항에서 재소금지를 규정한 것은, 본안에 대한 종국판결 후의 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용해지고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이라는 것이다.⁹⁾ 다음으로, 소취하와 소송상 상계항변의 철회를 상대방의 동의 측면에서 비교하여 실시하였다. 즉, 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술 또는 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가지는 소의 취하와 달리, 소송상 상계항변은 소송상 방어방법으로서 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고, 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다는 법리를 실시하였다.¹⁰⁾ 그에 따라 재소금지 여부에 대하여 판시하였는데, 따라서 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계항변을 철회하였더라도, 이는 소송상 방어방법의 철회에 불과하여 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 원칙이 적용되지 않으므로, 그 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기할 수 있다고 실시한 것이다.

8) 대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다4050 판결 인용.

9) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결 인용.

10) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 인용.

결론적으로, ① 이미 선행소송에서 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 자동채권으로 하는 상계항변을 하였더라도 원고가 선행소송 계속 중 위 자동채권과 같은 채권에 기하여 이 사건 소를 별도로 제기하는 것 역시 허용되며, ② 또한 원고가 선행소송의 제1심에서 상계항변에 관한 본안 판단을 받은 다음 그 항소심에서 상계항변을 철회하였더라도 이로 인하여 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 소구할 수 없게 되는 것도 아니라는 것이다. 따라서 이 사건 소의 제기는 중복제소에 해당하거나 재소금지 규정에 반하는 것이 아니라고 판시한 것이다.

다음으로, 상계항변에 관한 기판력에 반하는지 여부에 관하여, 기판력의 효력을 받지 않는다고 판단하였다. 대상판결에서는 우선, 상계의 항변과 기판력에 관한 기본 법리를 설시하였다. 즉, 민사소송법 제216조 제1항은 “확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다.”라고 규정함으로써 판결이유 중의 판단에는 원칙적으로 기판력이 미치지 않는다고 하는 한편, 그 예외로서 제2항에서 “상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하고자 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.”라고 규정하고 있는데, 이와 같이 판결이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정할 취지는, ① 만일 이에 대하여 기판력을 인정하지 않는다면 원고의 청구권의 존부에 대한 분쟁이 나중에 다른 소송으로 제기되는 자동채권의 존부에 대한 분쟁으로 변형됨으로써 상계 주장의 상대방은 상계를 주장한 자가 그 자동채권을 이증으로 행사하는 것에 의하여 불이익을 입을 수 있게 될 뿐만 아니라, ② 상계주장에 대한 판단을 전제로 이루어진 원고의 청구권의 존부에 대한 전소의 판결이 결과적으로 무의미하게 될 우려가 있게 되므로, 이를 막기 위함이라는 것이다.¹¹⁾ 다만, 대상판결 사안에서는 선행소송 항소심에서 상계항변이 철회되어 이에 대한 판단 없이 판결이 선고되어 확정되었으므로, 따라서 선행소송 항소심판결은 원고의 상계항변에 관하여 기판력을 가지지 않는다고 판시한 것이다.

11) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결, 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결 등 인용.

II. 평석

1. 문제의 제기

대상판결에 관하여 필자가 평석하고자 하는 요지는 다음과 같다.

첫째, 상계권의 소송상 행사에 관하여 지금까지 실무와 학설상 많은 검토가 있었다. 대상판결은 그 중에서 소송상 상계의 항변이 항소심에서 철회된 경우라는 특수한 유형에 대하여, 그 철회가 별소로 제기된 자동채권의 청구에 미치는 소송법상 효력에 관하여 대법원에서 처음으로 실시한 것인데, 이 글에서는 그 의미에 대하여 평가해 보고자 한다.

둘째, 좀 더 구체적으로, 선행사건 항소심에서 소송상 상계의 항변이 철회된 상황에서, 그 상계항변의 자동채권인 손해배상채권을 별소로 제기한 이 사건 손해배상청구의 소에 관하여, 이를 중복제소금지, 재소금지에 위반하는 것이 아니며 선행판결의 기판력의 효력을 받는 것도 아니라는 것이 대상판결의 결론인데, 이와 같은 결론 부분에 관하여 필자는 동의한다. 이와 같은 입장에 서서 대상판결의 논지를 소송상 상계의 항변에 관한 기존의 학설 및 판례의 동향과 함께 정리해 보고자 한다.

셋째, 제1심판결로부터 대상판결에 이르기까지 위와 같은 피고측의 주장을 배척한 구체적인 이유에 관하여는 선뜻 공감하기 어려운 점이 있다. 대상판결 사안의 경우, 원고가 선행소송에서 제기하였던 소송상 상계의 항변에 대한 제1심법원의 배척판단이 있는 후에 그 상계항변의 자동채권과 동일한 채권에 기해 별소를 제기한 다음 선행소송 항소심에서 상계항변을 철회한 사안이다. 대상판결은 소송상 상계항변은 소송상 방어방법으로서 이에 대해 제1심 판단이 있을 후 항소심에서도 상대방의 동의 없이 철회할 수 있고 철회한 이후에는 그 자동채권과 동일한 채권에 기해서 얼마든지 별소 제기가 가능하다는 것이다. 그러나 상계항변에 대한 판단은 비록 판결이유 중의 판단이기는 하지만 그것이 확정되면 예외적으로 기판력이 생기므로 상계항변은 소 제기와 유사한 면이 있다고 할 수 있고, 소취하의 경우에는 상대방이 본안에 응소한 이후에는 상대방의 동의가 있어야 가능하고 제1심 본안판결이 있을 후 소취하 시에는 재소금지의 적용이 있는바, 그렇다면 상계항변의 철회 또한 소취하와 마찬가지로 상대방의 동의를 요하고 그 철회 후에는 재소금지가 적용되어야 하는 것은 아닌지, 이에 대해 필자는 다소간의 의문을 가진다. 이 문제를 이 평석을 통하여 좀 더 상세히

살펴보고자 한다.

넷째, 관련하여 상계의 항변과 동일한 내용의 소가 계속중인 경우 법원의 처리 방법에 관하여 실시한 부분도 실무상 참조할 수 있는 것으로서 적절한 내용이라고 생각되어 기본적으로 공감한다. 다만, 이 부분에 관하여는 별도로 제기하는 방식과 상계의 항변으로 제기하는 방식 간에는 상계의 소급효와 소멸시효 문제 등 미세할지 모르지만 실체법상 약간의 차이가 있다는 점을 지적하고자 한다. 아울러 항변을 제기하는 방식과 별소를 제기하는 방식 이외에도 반소를 제기하는 방식도 있을 수 있다는 점을 추가하고자 하며, 그 경우의 요건과 효과상의 이동(異同)에 관하여도 정리해 보고자 한다.

마지막으로, 상계의 항변과 관련하여 최근 문제 제기된 중요한 판례법리로서 상계의 재항변을 인정할 것인가의 문제도 있는데, 대상판결의 사안과 직접적으로 관련되는 것은 아니지만, 상계권의 소송상 행사라는 점에서 같은 맥락의 문제를 가지고 있는 쟁점이므로, 이 문제에 관하여도 살펴보고자 한다.

2. 소송상 상계의 항변

2.1 의의

소송상 상계의 항변이란, 피고가 소송에서 비로소 상계권을 행사함과 함께 이를 항변으로 제출하는 것을 말한다. 상계항변에는 소송외 상계의 항변과 소송상 상계의 항변이 있으나,¹²⁾ 보통 소송법상 상계항변이라 함은 후자를 가리키고 이를 소송상 상계 또는 협의의 상계항변이라 부르기도 한다.

그리고 상계항변은 그 주장 형태에 따라 상계의 단순 항변¹³⁾과 상계의 예비적 항변으로 나뉘볼 수 있다. 상계의 단순 항변은 항변의 본래 모습인 제한부 자백 형태

12) 상계항변의 개념과 관련하여, ‘소송상’, ‘소송외’, ‘소송전’, ‘소송중’이라는 표현이 사용되고 있는데, ‘소송전’은 결국 ‘소송외’에 포함될 수 있는 것이고, 이와 같은 ‘소송외’에 대비되는 것으로 ‘소송상’의 개념을 인정하면 족하다고 보이므로, 본고에서는 ‘소송상’과 ‘소송외’의 표현만을 사용하도록 하겠다. 이 외에 시간을 기준으로 한 ‘소송중’이라는 표현을 사용하여 ‘소송중 소송상 상계항변’과 ‘소송중 소송외 상계항변’을 이론상 구별할 수도 있겠으나, 여기서 ‘소송상’은 ‘소송중’을 전제로 하기 때문에 중복된 표현이고, ‘소송외 상계’는 그것이 ‘소송중’인지 아닌지에 따라 효력을 달리 볼 이유는 없으므로, ‘소송중’이라는 기준에 따라 구별할 실익은 크지 않다고 본다.

13) 이를 “무조건부 상계항변”이라고 칭하기도 하나, 본고에서는 “상계의 단순 항변”이라고 칭한다.

로서 원고의 청구원인사실 주장에 대해서 재판상 자백과 함께 이와 양립할 수 있는 새로운 주장을 하는 것이고, 상계의 예비적 항변은 가정항변¹⁴⁾의 형태로서 원고의 청구원인사실 주장을 부인하면서 예비적으로 원고의 소구채권의 존재가 인정될 것을 조건으로 하여 상계권 행사의 항변을 하는 것이다.¹⁵⁾ 실무상으로 소송상 상계의 항변은 거의 대부분이 예비적 항변이지만, 상계항변의 기본적인 모습은 항변의 본래 개념상 단순 항변의 형태이고 이 또한 실제로 얼마든지 있을 수 있으므로,¹⁶⁾ 소송상 상계항변은 소송상 상계의 단순 항변과 소송상 상계의 예비적 항변으로 나뉘어서 살펴볼 필요가 있다고 할 것이다. 다만 소송외 상계의 항변의 경우 소송 외에서의 실체법상 상계의 의사표시에는 조건이나 기한을 붙일 수 없기 때문에(민법 제493조 제1항 후문), 단순 항변의 형태만 인정하면 족할 것이다. 이하에서는 소송상 상계의 항변을 중심으로 살펴보기로 한다.

2.2 법적 성질

소송외 상계의 항변의 경우, 즉 소송계속 전에 이미 상계권을 행사한 뒤에 그 실체법상의 효과를 소송상 방어방법으로 주장하는 경우에는 이미 소송과는 관계없이 당해 상계권 행사의 실체법상의 효과가 발생하였으므로 소송법적으로 특별한 문제가 될 여지는 없다.¹⁷⁾ 이 경우에는 실체법적 요건 및 효과 발생사실과 이것을 재판자료로 제출하는 변론행위는 외형상 별개로 취급되므로 전자는 실체법의 관점에서 후자는 소송법적 관점에서 각각 별도로 고찰하면 된다.

문제는 소송상 상계의 항변의 경우, 즉 소송에 이르러 비로소 상계권을 행사하고 이를 항변으로 제출하는 경우 이때 소송상 상계권 행사를 소송법상 행위로 보아야 할지 아니면 실체법상 행위로 보아야 할지 문제가 되고, 만약 실체법적 행위로서 상계권 행사와 소송행위로서 방어방법 제출이 동시에 일어난 것이 된다면 이를 규율

14) 항변은 그 주장의 형태에 따라 제한부자백과 가정항변으로 나눌 수 있다. 이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023, 392쪽.

15) 이 외에 피고의 주위적 항변이 받아들여지지 않을 경우를 대비한 항변도 가정항변에 속한다. 예컨대, 원고의 대여금청구에 대해서 피고가 주위적으로 변제항변, 예비적으로 시효소멸 항변을 할 때, 시효소멸 항변이 이에 속한다(전원열, 민사소송법강의 제3판, 박영사, 2023, 326쪽). 다만 본고에서는 이 부분은 제외하도록 한다.

16) 편집대표 곽윤직, 민법주해 제11권 채권(4), 박영사, 2002, 388쪽.

17) 정영환, 신민사소송법 개정신판, 법문사, 2019, 590쪽; 전원열, 앞의 책, 323-324쪽.

할 법 규정의 적용에 문제가 발생한다.

이와 관련해서 소송상 상계항변의 법적 성질이 종래 소송상 형성권 행사의 법적 성질의 문제로 논의되어 왔다. 이에 대해서는 사법행위설(병존설), 소송행위설, 양성설, 신사법행위설(신병존설) 등이 주장되어 왔으나,¹⁸⁾ 통설은 신사법행위설(신병존설)의 입장이다. 즉, 소송상 형성권 행사의 항변은 기본적으로 항변으로서 소송행위이나 이때 형성권 행사는 실체법상의 것으로서 사법행위의 성질도 함께 병존한다는 것이고, 그러므로 사법행위는 실체법에, 소송행위는 소송법에 의해서 각각 요건과 효과가 규율되는 것이라고 본다. 따라서 이와 같이 각각 별개로 규율되기 때문에 소송행위인 항변이 그 뒤 소의 취하, 각하, 항변의 실기각하로 인하여 그 효력이 소멸한다고 하더라도 기왕에 발생한 형성권 행사의 사법상 효과에는 영향이 없다는 것이다. 그러나 다만 형성권 중 상계권은 그 예외를 인정한다. 즉, 상계항변의 출혈적 특수성으로 인하여 소의 취하, 각하, 항변의 실기각하의 경우 기왕에 발생한 상계권 행사의 사법상 효과도 소멸되는 것으로 본다.¹⁹⁾

판례는 소송상 해제권 행사의 항변 후 소취하한 때에도 그 해제권 행사의 효력에는 영향이 없다고 판시한 바 있으나,²⁰⁾ 소송상 상계의 예비적 항변 사안에서는 수동채권의 존재에 대한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 이상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다고 판시한 바 있다.²¹⁾ 이와 같은 판례의 입장에 대해서 학설은 판례가 신사법행위설(신병존설)을 취하고 있다고 설명하고 있다.²²⁾

18) 이들 각 학설의 자세한 내용에 대해서는, 이시윤, 앞의 책, 393쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제9판, 법문사, 2022, 507-509쪽; 정영환, 앞의 책, 591-593쪽; 권혁재, “訴訟上 相計抗辯의 법적 성질”, 법조 통권 제688호, 법조협회, 2014, 12-32쪽; 조무제, “소송상 상계의 항변” 사법논집 제12집, 법원행정처, 1981, 99-105쪽 등 참조.

19) 정영환, 앞의 책, 593쪽은 소의 취하, 각하의 경우에는 법정에서의 사법상의 형성권 행사는 유효한 것으로서 그 뒤의 소송에서 종전에 이미 행사된 형성권 행사의 효과로서 상계항변을 주장하면 되므로 문제가 되지 않고, 항변의 실기각하의 경우에만 위 논의의 실익이 있다고 한다. 한편, 이시윤, 앞의 책, 393쪽은 신사법행위설이 필요한 이유 영역으로 항변의 실기각하의 경우만을 설명하고 있고, 그 밖에 소의 취하, 각하의 경우에 대한 설명은 없다. 그러나 대체적으로 학설은 실기각하뿐만 아니라 소의 취하, 각하의 경우에도 소송상 상계권 행사의 사법상 효과의 논의 대상 영역으로 삼고 있는 것으로 보인다(정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 510쪽; 전원열, 앞의 책, 324쪽 등).

20) 대법원 1982. 5. 11. 선고 80다916 판결.

21) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결.

22) 이시윤, 앞의 책, 393쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 510쪽; 정영환, 앞의 책, 593쪽 등.

2.3 상계의 사법상 의사표시의 효력발생시기

소송상 상계항변이 소송행위로서의 항변과 동시에 사법행위로서의 상계권 행사의 성질을 가지고 있다면 상계의 사법상 의사표시의 효력은 언제 발생하는 것인가? 소송상 상계권행사의 사법상 효과의 발생시기와 관련하여 일본에서도 논의가 있다. 일본의 학설은 신사법행위설 내지 병존설에 따라서 소송상 상계권 행사의 의사표시는 상계항변에 대한 법원의 심리가 이루어질 것을 ‘조건’으로 사법상 효과가 발생한다고 보고 있다.²³⁾ 다만 그 이유 구성과 관련하여 위의 조건을 해제조건으로 볼 것인지 아니면 정지조건으로 볼 것인지에 대해서 논의가 발전해 왔고, 여기에는 ① 정지조건으로 보아야 한다는 견해, ② 해제조건으로 보아야 한다는 견해, ③ 수동채권(소구채권)의 존재는 정지조건이나, 항변이 실기한 방어방법으로 각하되거나 소의 취하, 각하 등 소송법상 사유로 판단되지 않는 것은 ‘상계의 효력 해소’ 문제로 다루어야 한다는 견해, ④ 정지조건설과 해제조건설의 실체법적 논의는 별다른 의미를 가지지 못한다는 견해 등이 있다.²⁴⁾

국내에서의 논의를 살펴보면, ① 상계항변에 포함된 상계의 의사표시는 그 항변이 공격방어방법으로서 각하되지 않고 유효할 때에만 그 사법상 효과를 발생한다는 조건부의사표시, 즉 소송행위의 유효조건부 사법행위라고 하는 견해,²⁵⁾ ② 상계항변이 공격방어방법으로 각하되지 아니하고 유효한 때에 사법상의 형성권의 행사의 효과가 발생한다는 조건부의사표시라고 하는 견해,²⁶⁾ ③ 소송상 형성권행사는 소송행위로서의 효력을 상실한 경우에도 그 사법상 효과는 존속하는 것이 원칙이지만, 상계권 행사의 경우만은 그것이 공격방어방법으로서 법원의 판단을 받는 것을 정지조건으로

23) 日本最高裁判所 平成10年(1998) 4月 30日 民集 52卷 3号 930頁.

24) 이 논의는 일본 최고재판소 1998. 4. 30. 판결[日本 最高裁判所 平成10年(1998) 4月 30日 民集 52卷 3号 930頁] 전에는 별다른 논의가 없다가 위 판결 후 평석 과정에서 발전되었다고 한다. 일본 학설의 자세한 소개로는, 송영복, “소송상 상계 재항변 불허 판결로 살펴본 상계충당, 소송외 상계의 해석론”, 사법 제1권 제36호, 사법발전재단, 2016, 292쪽.

25) 이시윤, 앞의 책, 393쪽. 따라서 상계권에 기한 항변이 예비적 항변임에 비추어 실기한 방어방법 등으로 부적법해져 각하될 경우에는 아무것도 없었던 것으로 사법상의 효과도 발생하지 않는다고 한다.

26) 정영환, 앞의 책, 593쪽. 이 견해는 소의 취하, 각하의 경우에는 법정에서의 사법상의 형성권 행사는 유효한 것으로서 다음 소송에서 이미 행사된 형성권 행사의 효과로서 상계항변을 주장하면 되므로 문제될 것이 없다고 주장한다. 이와 같은 설명에 비추어 보면 이는 단순상계항변을 전제로 한 설명으로 생각된다.

하여 사법상의 효과도 발생한다고 하는 견해,²⁷⁾ ④ 상계한다는 의사표시의 경우에는 비록 사법상 형성적 의사표시라고 하더라도 소의 취하 등 소송종료로 말미암아 상계로 인한 채무소멸의 실제법상 효과가 발생하지 않는다고 보아야 한다고 하는 견해,²⁸⁾ ⑤ 소송상 형성권이 행사되고 나면 소가 각하·취하되더라도 사법상의 효과가 유효하게 남지만, 다만 ‘상계권 행사’는 그 소가 각하·취하되거나 그 항변이 실기한 공격 방어방법으로 각하되거나 혹은 그 소송이 화해·조정으로 종결되어 상계항변에 대한 아무런 판단을 받지 못한 경우에는 사법상의 효과를 발생하지 않는다는 결론(신병존설)이 타당하다고 하는 견해²⁹⁾ 등을 볼 수 있다.³⁰⁾

생각건대, 소송상 상계의 단순 항변의 경우에는 소구채권의 존재에 대한 자백과 함께 상계권 행사의 의사표시를 하는 것이고 이 의사표시는 상대방에게 도달하는 때에 곧바로 효력이 발생하게 되며 이때 상계요건이 충족된다면 그 즉시 상계의 사법상 효과까지 발생하게 된다. 그러나 그 뒤 소의 취하, 각하, 항변의 실기각하로 인해서 소송행위로서의 상계항변의 효력이 소멸하는 때에는 위와 같이 발생한 상계의 사법상 효과는 소급해서 소멸한다고 할 것이다. 그렇다면 이는 해제조건설에 부합한다고 할 수 있다. 즉, 소송상 상계의 단순 항변의 경우 상계권 행사는 상계의 의사표시가 도달함에 의해서 사법상 효력이 발생하지만 만약 소송행위인 상계항변의 효력이 무효로 될 때에는 그것 또한 소급적으로 효력이 소멸하는, 즉 그와 같은 소송절차 내적인 사유를 해제조건³¹⁾으로 하는 법률행위라고 볼 수 있을 것이다.³²⁾

이에 반해 소송상 상계의 예비적 항변은 원고의 소구채권을 부인하면서 혹시라도 소구채권의 존재가 법원의 심리 결과 인정될 때를 대비하여 이를 조건으로 상계권을 행사하겠다는 항변이다. 즉, 소송행위로서의 항변은 이와 같은 내용의 항변으로서 그 자체로 유효한 것이지만 사법행위로서의 상계권 행사는 소구채권의 존재를 조건

27) 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 510쪽. 이 견해는 이와 같은 설명에 이어서 예비적 상계항변 사안에 관한 대법원판결(대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결; 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결)을 인용하면서 대법원이 신병존설의 입장을 나타내고 있다고 설명한다.

28) 강현중, 민사소송법 제8판, 박영사, 2023, 634쪽, 이 견해는 신병존설을 지지한다고 하면서 이와 함께 예비적 상계항변 사안인 대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결을 인용하고 있다.

29) 전원열, 앞의 책, 324쪽.

30) 그 밖에, 해제조건설에 찬성하는 견해로는, 박동규, “소송상 상계의 재항변 가부 및 공동주택 하자관계책임들 상호간의 관계” 민사판례연구 제38권, 2016, 841쪽; 송영복, 앞의 논문, 295쪽.

31) 신병존설을 취하는 통설은 비록 실제법상으로 상계권의 행사에 조건을 부가할 수 없으나(민법 제493조 제1항), 이와 같은 소송 내적인 조건을 부가하는 것은 허용될 수 있다고 본다.

32) 권혁재, 앞의 논문, 24쪽.

으로 하는 것이다. 따라서 이와 같은 소송상 상계의 예비적 항변의 경우 법원의 심리에서 소구채권의 존재가 인정된다면 이때 상계의 사법상 의사표시의 효력이 발생하고 여기에 상계요건까지 충족한다면 곧바로 상계의 사법상 효과가 발생한다고 할 것이다. 여기서 상계의 사법상 의사표시의 효력발생시점은 기판력의 기준시점인 사실심 변론종결시로 보아야 할 것이다.³³⁾ 다만 상계의 사법상 효과는 상계적상일로 소급하므로 상계의 사법상 의사표시의 효력발생시점은 실제 소송에서 큰 기능을 하지 못할 것이다. 한편, 소송상 상계의 예비적 항변에 있어서 원고의 소구채권이 인정되어 상계의 사법상 의사표시의 효력이 발생하기 전에 소취하, 각하, 항변의 실기 각하의 사유가 있는 경우에는 상계권 행사의 사법상 효력은 애당초 발생하지 않은 상황이기 때문에 이는 상계권 행사의 사법상 효력과는 무관한 것이 되는데, 이는 정지조건설의 설명에 부합한다고 할 수 있다.³⁴⁾

다만, 소송상 상계의 예비적 항변이라고 하더라도 일단 원고의 소구채권의 존재가 인정되어 상계의 사법상 의사표시의 효력과 함께 상계의 사법상 효과가 발생한 이후, 예컨대 항소심에서 소취하, 각하의 사유가 있을 경우에는 이로써 소송행위인 상계항변의 효력이 소멸함과 함께 사법행위로서의 상계권 행사의 효과 또한 소급적으로 소멸한다고 할 것이다. 그러므로 소송상 상계의 예비적 항변에 있어서도 이 경우에는 해제조건설의 설명이 여전히 의미가 있다고 할 것이다.³⁵⁾

이와 같이 본다면, 소송상 상계항변에 있어서 사법행위로서의 상계의 사법상 의사

33) 송영복, 앞의 논문, 290쪽 각주47)은, 상계의 대상이 되는 수동채권(소구채권)의 존재가 인정되고 상계항변에 관하여 심리가 이루어지는 시점은 사실심변론종결시 이전이 될 수도 있기 때문에 “법원의 실질적 판단이 이루어지는 때”를 사실심변론종결시로 보는 데에 의문이 있을 수 있지만, 실제 실무에서 수동채권(소구채권)의 존재, 상계항변 심리 시점은 대체로 사실심변론종결시이고 또한 이를 사실심변론종결시로 보지 않으면 “법원의 실질적인 판단이 이루어지는 때”를 객관적으로 정하기 어렵다는 점에서, 이러한 해석은 부득이한 측면이 있다고 한다.

34) 송영복, 위의 논문, 294-295쪽은, 예비적상계의 항변에 있어서 그 상계자의 의사를 ‘시기’에 관한 것이 아니라 ‘순서’에 관한 것으로 보면 해제조건설도 상계자의 의사에 부합할 수 있다고 하면서 해제조건설을 취함이 타당하다고 설명한다. 그러나 이에 의할 경우에는 소구채권 존재의 인정 여부가 불명확한 상황임에도 상계권의 사법상 효과를 인정하는 것이 되고, 만약 그 뒤에 소구채권의 존재가 인정되지 않아 상계의 사법상 효과가 소급해서 소멸한다면 그 소멸 전의 법률상태, 즉 수동채권이 존재하지 않음에도 상계권 행사의 사법상 효과의 발생 상태를 설명하기 어렵다는 점에서 타당치 않다고 생각된다.

35) 이와 같이 볼 경우, 앞서 본 일본에서의 학설 중 “수동채권(소구채권)의 존재는 정지조건이나, 항변이 실기한 방어방법으로 각하되거나 소의 취하, 각하 등 소송법상 사유로 판단되지 않는 것은 ‘상계의 효력 해소’ 문제로 다루어야 한다는 견해”와 뜻을 같이한다고 할 수 있을 것이다.

표시는 단순 항변의 경우이든 예비적 항변의 경우이든 모두 해제조건설의 설명이 적용될 수 있을 것이되, 예비적 항변에 있어서는 정지조건설의 설명도 적용될 수 있다고 할 것이다. 위와 같이 소송상 상계항변은 단순 항변과 예비적 항변에 있어 그 각 상계의 사법상 의사표시의 효력발생시기가 다르므로, 각 사안에서 이를 구별하여 살펴보는 것이 필요하다.

3. 상계항변에 대한 제1심판결 후 항소심에서 철회된 경우의 법리

3.1 상계의 항변과 중복제소

중복제소금지³⁶⁾는 법원에 계속 중인 사건과 동일한 사건을 중복해서 소를 제기할 수 없다는 원칙으로(민사소송법 제259조), 소송상 방어방법으로 제출된 항변에 대해서는 원칙상 소송계속의 효과가 발생하지 않는다.³⁷⁾ 그런데 상계항변의 경우에는 그 주장된 상계액에 관하여 기판력이 인정되어 문제가 된다(민사소송법 제216조 제2항). 상계항변의 중복제소 여부와 관련해서는, ① 전소의 상계항변 자동채권을 후소에서 소구채권으로 청구하는 경우와 ② 전소의 소구채권을 후소의 상계항변 자동채권으로 주장하는 경우를 들 수 있다.

소송상 상계의 예비적 항변의 경우 중복제소 해당 여부에 대해서, 종래 다수설은 위 ①의 경우 후소와 위 ②의 경우 후소에서의 상계항변은 중복제소에 해당하지 않는다고 한다.³⁸⁾ 상계항변 자체가 소송물이 아니고 일종의 방어방법임을 중시하여 허용된다는 견해이다. 최근에는 기본적으로는 종래 다수설과 같이 중복소송에 해당하지 않는다고 보면서도, 이중의 소를 벌이기보다는 가급적 기존 소송절차 내에서의 반소 제기를 유도하고, 만약 별소를 제기하였을 경우라도 가급적 기존 소송절차 내로 몰아서 반소병합을 노력해야 한다는 견해가 지지를 얻고 있다.³⁹⁾ 이에 반해, 상계로 주장

36) 현행 민사소송법 제259조는 제목을 구법상 “중복제소의 금지”에서 “중복된 소제기의 금지”로 풀어서 규정하고 있고 이에 따라 많은 문헌들이 “중복제소 금지” 내지 “중복소제기 금지”라는 용어를 사용해 오고 있지만, 여기서 금지하는 것은 같은 사건을 둘러싼 이중소송의 계속이지 그 소제기 자체는 아니며 같은 절차 안에서 병합처리되는 한 별소제기 자체는 허용된다고 본다면 “중복소제기 금지”보다는 “중복소송 금지” 또는 “이중소송 금지”라는 용어가 더 적절하다고 하는 견해가 유력하게 주장되고 있다고 한다. 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 319쪽.

37) 호문혁, 민사소송법 제14판, 법문사, 2020, 147쪽.

38) 전원열, 앞의 책, 93쪽.

한 채권의 존재 여부의 판단에는 기관력이 미치므로 판결을 모순, 저촉을 방지하기 위해서 중복소송 금지 규정을 유추적용해야 한다는 견해도 있다.⁴⁰⁾

판례는, 전소의 소구채권을 후소의 상계항변의 자동채권으로 제출할 수 있고, 전소의 상계항변의 자동채권을 후소의 소구채권으로 주장할 수 있다고 하였다. 이들 모두 중복제소금지 규정이 적용되지 않는다는 입장이다. 즉, 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, 특별한 사정이 없는 한 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다고 판시한 바 있고,⁴¹⁾ 이번에 대상판결은 먼저 제기된 소송에서 상계항변을 제출한 다음 그 소송 계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것도 마찬가지로 가능하다고 판시하였다.

먼저 소송상 상계의 단순 항변에 있어서는, 위 ①의 경우, 전소에서 원고의 소구채권의 존재에 대해서 재판상 자백을 하고 이 소구채권과 대등액의 범위에서 반대채권을 행사하여 상계하는 것이므로, 원고의 소구채권에 대해서는 쌍방 다툼없는 사실로 법원도 이에 구속되어 당연히 상계항변의 반대채권의 존부에 대해서 판단을 해야 하는 상황이고 이와 같은 판단이 확정될 경우에는 기관력이 발생하게 되는데, 이 반대채권과 동일한 채권에 기한 후소를 허용할 경우에는 중복제소를 금지하는 이유인 소송불경제와 판결의 모순, 저촉의 위험이 발생할 수 있어 이를 허용해서는 안 된다고 할 것이다. 따라서 전소의 상계항변에 제공된 반대채권으로 후소제기시에는 이는 중복제소에 해당한다고 보아야 한다. 위 ②의 경우, 전소에서 자신의 청구채권으로 소송 진행 도중에 상대방이 제기한 후소에서 상대방의 소구채권의 존재에 대해서

39) 이시윤, 앞의 책, 290쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 326쪽; 정영환, 앞의 책, 462쪽.

40) 강현중, 앞의 책, 362쪽. 이 견해는, 대상판결(대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결) 사안에 대해서, 상계항변을 한 선행소송의 제1심판결 선고 후 후행소송을 제기하고 선행소송 항소심에서 상대방의 동의없이 상계의 항변을 철회할 수 있다면 이것은 당사자가 제1심판결의 결과를 보아가면서 이에 대해 상소심 판단을 받든지 아니면 상계항변을 철회하고 별소 제기를 하든지를 결정할 수 있어 결국 법원의 중국판결이 당사자에 의하여 농락당하는 우려가 생길 수 있으므로, 민사소송법 제267조 제2항을 유추적용하는 것이 타당하다고 한다. 이 견해가 그 지지근거로 들고 있는 하급심 판결로는 대구고등법원 1980. 4. 30. 선고 78나925 판결.

41) 대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다4050 판결.; 호문혁, 앞의 책, 162쪽은, 두 사건을 이부, 이송 등으로 병합하여 심리하는 것이 타당하고, 그것이 불가능하면 두 소송을 병행해서 심리하되, 실제 소송지휘를 통하여 독일민사소송법 제148조와 같은 효과를 가져오도록 할 수 있을 것이고, 어느 한 쪽 소송에서 먼저 확정되면 다른 소송에서 이를 기관력 문제로 다루면 될 것이므로, 중복소제기 해당 여부를 서둘러 미리 판단할 일이 아니라고 한다.

재판상 자백을 하고 이 후소의 소구채권과 대등액의 범위에서 자신의 전소 청구채권을 자동채권으로 하여 상계하는 것이므로, 이와 같이 후소에서 상대방의 소구채권과 대등액의 범위에서 상계로 제공된 자신의 자동채권을 전소의 청구채권에서 제외해야 하고, 따라서 만약 그렇지 않을 경우에는 위 ①에서와 같은 이유로 중복제소에 해당한다고 보아야 할 것이다. 다만, 중복제소를 금지한 취지가 소송불경제와 판결의 모순, 저촉 방지에 있는 이상, 이들의 경우에도 후소가 반소나 별소로 제기되더라도 이송, 이부, 변론병합 등을 통해서 기존 절차에서 판단이 이루어질 때에는 이를 중복제소로 볼 필요는 없다.

다음으로, 소송상 상계의 예비적 항변의 경우는 소구채권의 존재 및 이로 인한 상계권 행사의 사법상 효과가 인정될지 여부가 불명확하다. 이 점이 소송상 상계의 단순 항변과 본질적인 차이점이다. 따라서 이러한 경우까지 중복제소금지를 유추 적용하여 상계권자의 구제 수단을 제한할 것은 아니다. 당사자는 다른 소송의 존재를 법원에 알릴 수 있고, 그에 따라 법원은 변론병합, 기일추정 등 여러 조치를 할 수 있다. 따라서 향후 독일민사소송법상 변론의 중지(제148조)와 유보판결(제302조)과 같은 규정의 도입도 신중히 고려하되, 현재로서는 적절한 소송지휘를 통하여 독일법과 같은 효과를 가져오도록 할 수 있고, 어느 한 쪽에서 판결이 먼저 확정되면 다른 소송에서 이를 기판력 문제로 다루면 될 것이므로, 이를 미리 중복제소 금지의 문제로 다룰 것은 아니다.⁴²⁾

민사소송에서 중복제소금지는 소송요건에 관한 것으로서 사실심 변론종결시를 기준으로 판단하여야 하고, 전소가 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되면 후소는 중복제소금지에 위반되지 않게 된다.⁴³⁾ 소송상 상계의 단순 항변이든 예비적 항변이든 전소에서의 상계에 관한 제1심판결 선고 후 항소심에서 상계항변을 철회되었다면 더 이상 두 개의 소송계속이 있는 것과 같은 상황은 존재하지 않으므로, 중복제소는 아예 문제되지 않는다.⁴⁴⁾

대상판결로 돌아와 살펴보자. 대상판결은 반대채권에 기한 상계항변 및 그와 동일한 채권에 의한 별소와의 관계에 대해서 일반론적으로 중복제소 관계가 아니라고 판시하였으나, 대상판결 사안은 전소에서 손해배상채권에 기한 소송상 상계의 예비

42) 정상민, “상계의 항변과 중복된 소제기의 금지”, 법조 제70권 제6호, 법조협회, 2021, 71쪽.

43) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다45532 판결, 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결 등.

44) 김제완, “채권자대위권의 행사로 채권자가 직접 변제의 수령을 한 경우 상계에 관한 고찰 -채권자대위권의 간이채권추심제도로서의 실요성의 측면에서-”, 안암법학 제13호, 안암법학회, 2001, 221-264쪽.

적 항변이 배척된 뒤 동일한 채권으로 후소를 제기한 다음 전소의 항소심에서 상계항변을 철회한 사안이다. 소송상 상계의 예비적 항변의 경우 소구채권의 존재 및 나아가 그 밖의 상계요건에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어질지 여부가 불명확하므로, 선행소송 계속 중 상계항변에 제공된 자동채권과 동일한 채권으로 별소를 제기한다고 하여도 이는 중복제소에 해당하지 않는다고 할 것이다. 다만, 대상판결 사안에서는 선행소송 항소심에서 상계항변이 철회되어 대상판결 사건 제1심 변론종결 당시 이미 중복제소 관계는 해소되었다고 할 것이므로, 그렇다면 대상판결이 본건이 중복제소에 해당하지 않는 이유로 이 점을 들었다면 좀 더 적절했을 것으로 생각된다.

3.2 상계의 항변과 기판력

기판력은 판결에 기재된 법원의 판단 전부가 아니라 “주문에 포함된 것에 한하여” (민사소송법 제216조 제1항) 발생하며, 판결이유 중의 판단에 관해서는 원칙적으로 기판력이 생기지 않는다.⁴⁵⁾ 다만, 상계로 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력이 생긴다(민사소송법 제216조 제2항).⁴⁶⁾ 소송상 상계의 단순 항변이든 예비적 항변이든 법원의 실질적인 판단이 이루어져 판결이 확정되게 되면 이때 자동채권의 존재 또는 부존재에 대해서 기판력이 발생하게 된다.

상계항변이 배척된 판결도 확정되면 기판력이 인정되므로, 만약 상계항변이 철회되었다면 이에 대해서 법원이 심판해서는 아니되고, 이에 위반한 때에는 처분권주의에 위배한 것이 된다.⁴⁷⁾ 그리고 상계의 항변이 인용된 경우에는 수동채권에 대하여 상계로서 대항한 대등액에 관하여 자동채권이 존재하고 상계로서 양 채권이 대등액에서 소멸한 것에 대하여 기판력이 생긴다. 이때 자동채권 중 위 대등액을 초과한 부분에 대하여는 기판력이 발생하지 않는다.⁴⁸⁾

45) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다55472 판결.

46) 마치 자동채권이 상계되는 금액만큼은 ‘명시적 일부청구’로서 소제기한 경우와 마찬가지로 결과가 된다. 즉 소로서 제기한다면 원래 단일 소송물이 될 자동채권이지만, 그 일부금액만 상계항변의 대상이 됨으로써, 그 부분의 기판력과 나머지 부분 부분의 기판력이 분리되어 취급된다. 전원열, 앞의 책, 532쪽.

47) 제1심에서 상계항변이 배척된 뒤 원심에서 상계항변이 철회되었음에도 원심이 제1심판결 인용하여 상계항변을 배척하였다면, 이는 당사자가 주장하지 아니한 사항에 관하여 심판한 것으로서 처분권주의에 위배한 것이라고 본 판결로는, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결.

한편, 기관력에 대한 판례의 입장에 의하면, 상계항변이 인용된 후 확정된 뒤 그 상계항변에서 인용된 자동채권에 기해서 다시 후소를 제기한다면 이때에는 확정된 승소판결의 기관력으로 인해 특별한 사정이 없는 한 후소는 권리보호이익이 없어 부적법하고, 상계항변 배척판결이 확정된 후 그 배척된 자동채권에 기해서 다시 후소를 제기한 경우에는 후소는 전소의 판결 내용과 모순되는 판단을 하여서는 아니므로 전소판결의 판단을 원용하여 청구기각의 판결을 하여야 한다.⁴⁹⁾ 다만, 상계항변에 대한 제1심판결 후에 항소심에서 상계항변이 적법하게 철회되었다면 더 이상 법원은 이에 대해서 심판할 수 없고, 만약 이에 위반하면 처분권주의 위반이 된다.⁵⁰⁾

대상판결로 돌아와 살펴보자. 대상판결 사안에서는 선행소송 항소심에서 상계항변이 철회되어 이에 대한 판단 없이 판결이 선고되어 확정되었다. 따라서 선행소송 항소심 판결은 원고의 상계항변에 관하여 기관력을 가지지 않는다. 이에 관하여 대상판결은 상계항변을 철회한 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다는 법리를 설명하고, 이는 항소심에서 철회한 때에도 동일함을 실시하였는바, 이는 타당하다고 생각된다.

3.3 상계항변의 철회와 재소금지

소송행위는 상대방이 그에 의하여 소송상의 지위를 취득하지 아니한 때에는 사실심 변론종결시까지 자유롭게 철회할 수 있다. 다만 재판상 자백 등 당해 행위를 한 당사자에게 불리하거나 또는 상대방에게 일정한 법률상 지위가 형성된 소송행위, 즉 구속적 소송행위는 자유로이 철회할 수 없다.⁵¹⁾

소송상 상계의 단순 항변은 재판상 자백과 상계주장의 결합인 제한부자백의 형태이고, 재판상 자백은 그 철회요건을 구비하지 않는 한 원칙상 철회할 수 없다. 다만 이때에도 상계주장만의 철회는 상대방의 동의 없이 가능하다고 할 것이고, 이 경우 상계권행사의 사법상 효과는 소급하여 무효로 된다.⁵²⁾ 만약 재판상 자백의 철회요건

48) 편집대표 박윤직, 앞의 책, 392-393쪽

49) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다64215 판결; 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결 등.

50) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 등.

51) 이시윤, 앞의 책, 399쪽.

52) 이와 같은 상황이라면 원고승소판결이나 청구인낙, 또는 이와 같은 취지의 조정으로, 아니면 소송에서의 합의와 이에 따른 소취하 등으로 사건이 종결될 가능성이 높을 것이다.

이 있다면, 즉 재판상 자백이 진실에 반하고 착오에 기해 이루어진 경우(민사소송법 제288조 단서), 상대방의 동의가 있는 경우,⁵³⁾ 형사상 처벌할 수 있는 타인의 행위로 인한 경우⁵⁴⁾ 등은 재판상 자백 및 이를 전제로 한 상계주장까지 모두 자유롭게 철회가 가능하고, 이때에도 상계권행사의 사법상 효과는 소급하여 무효로 된다. 한편, 소송상 상계의 예비적 항변은 원고의 소구채권의 존재가 인정되는 것을 정지조건으로 하는 상계권 행사의 사법행위와 이를 항변으로 제출하는 소송행위라고 할 것이므로, 법원의 심리에서 소구채권의 존재가 인정되기 전까지는 상계권 행사의 사법상 의사표시의 효력이 발생하지 않으므로 상대방의 동의 없이도 얼마든지 철회할 수 있다.⁵⁵⁾

여기서 소송상 상계항변에 대한 제1심판결 후 항소심에서의 철회 및 재소금지 적용 여부가 문제된다. 본안에 대한 중국판결 선고 이후에 소를 취하한 자는 재소가 금지된다(민사소송법 제267조 제2항).⁵⁶⁾ 이는 소극적 소송요건으로 법원의 직권조사 사항이며, 재소금지에 해당하는 경우에는 피고가 다투지 않더라도 소를 각하해야 한다.

소송상 상계항변에 관한 제1심판결 선고 후 항소심에서 상계항변을 철회하는 것이 가능한지, 가능하다면 재소금지의 원칙이 적용되는지에 관하여는 지금까지 학술상 상세히 검토된 바가 없는 것으로 보이는 바, 이에 관하여 살펴보고자 한다. 먼저 소송상 상계의 단순 항변의 경우를 살펴보자. 제1심에서 소구채권이 인정되고 상계항변의 자동채권에 대해 법원의 심리가 진행된 결과 자동채권의 부존재 또는 존재로 판단되어 상계항변을 배척 또는 인용하는 본안판결이 선고되었다고 하자. 이때 그 뒤 항소심에서 상계항변의 철회가 가능하고 재소금지가 적용되는가? 이 경우 앞서 본 바와 같이 재판상 자백의 철회사유, 즉 재판상 자백이 진실에 반하고 착오에 의한 경우,

53) 대법원 1967. 8. 29. 선고 67다1216 판결.

54) 민사소송법 제451조 제1항 제5호 유추적용. 대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다42946, 2000다42939 판결: 소송행위가 사기, 강박 등 형사상 처벌을 받을 타인의 행위로 인하여 이루어졌다고 하여도 그 타인의 행위에 대하여 유죄판결이 확정되고 또 그 소송행위가 그에 부합되는 의사 없이 외형적으로만 존재할 때에 한하여 민사소송법 제422조 제1항 제5호, 제2항의 규정을 유추해석하여 그 효력을 부인할 수 있다고 해석함이 상당하다. 대법원 1984. 5. 29. 선고 82다카963 판결.

55) 전원열, 앞의 책, 534쪽; 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결.

56) 판례는, 소취하로 인해 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지에서 재소금지원칙이 인정된다고 한다. 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결 등.

타인의 형사상 처벌받을 행위에 의한 경우에는 1심판결 이후에라도 재판상 자백과 함께 상계주장을 철회할 수 있다고 할 것이고, 이때에는 상계권 행사의 사법상 효과도 소급해서 소멸한다고 할 것이다. 그리고 이 경우에는 재소금지 원칙이 적용되지 않는다고 보아야 할 것이라고 생각된다. 그 이유는 상계항변 철회가 임의로 이루어진 것이 아니라 재판상 자백의 철회사유라고 하는 부득이한 사유에 의해서 이루어진 이상 이는 법원 판결의 농락과는 거리가 멀다고 할 수 있고 여전히 피고의 권리 구제가 필요한 상황이라는 점을 들고자 한다. 다만 재판상 자백의 철회사유 중 상대방의 동의에 의해서 철회한 경우에는 달리 볼 여지가 있다. 소취하의 경우에도 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술 또는 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의가 있어야 소취하가 가능하고 소취하시에는 재소금지의 적용이 있음을 고려하면, 소송상 상계의 단순 항변의 철회에 있어서는 상대방의 동의가 있는 경우에도 그와 마찬가지로 재소금지가 적용되어야 할 것으로 생각된다.

한편, 재판상 자백에 철회사유가 없어 단지 상계주장만의 철회를 하는 경우에는, 상계주장을 철회하면 소구채권에 대한 재판상 자백을 전제로 한 제1심의 판단이 유지될 것이기 때문에, 철회를 해도 상대방에게 특별한 피해가 없다. 따라서 상대방 동의 없이 철회가 가능하고, 철회시 상계의 사법상 효과는 소급해서 소멸한다고 할 것이다. 다만, 이 경우 제1심에서 상계에 관한 판단을 받고 항소심에서 상계항변을 철회하였음에도 그 뒤 이 철회된 상계항변의 자동채권에 기한 재소를 허용하는 것은 법원이 들인 노력을 무용하게 만든다. 나아가 당사자가 상계항변에 대한 중국판결의 결과를 보아가면서 상소를 하든지 아니면 항변을 철회하고 재소를 하든지 법원의 판결을 취사선택하여 농락할 수도 있다. 따라서 이 경우에도 재소금지의 원칙이 적용되어야 할 것으로 생각된다.

다음으로, 소송상 상계의 예비적 항변의 경우를 살펴보자. 소송상 상계의 예비적 항변에 대해 법원의 실질적인 판단을 거쳐 제1심판결이 선고되었는데, 그 뒤 항소심에서 상계항변을 철회한 경우 다시 그 상계항변의 자동채권에 기한 별소나 동일한 상계항변이 재차 허용될 수 있는가? 일단 제1심에서 상계항변에 대해서 본안판단을 받은 이상 그 판결 결과에 따라서 항소심에서 철회 여부 및 그 뒤 재소 여부를 임의로 선택할 수 있도록 하는 것은 위와 같은 재소금지원칙의 존재이유에 비추어 허용되어서는 안 된다고 생각된다. 나아가 소취하의 경우 제1심에서 청구인용판결이 있었던 청구기각판결이 있었든지 이를 불문하고 재소금지가 적용되는 것임에 비추어 보

면,⁵⁷⁾ 이와 실질적으로 유사한 상계항변의 경우에도 제1심에서 배척되었는지 인용되었는지 법원이 심리에 들인 노력에는 큰 차이가 없다고 보아야 할 것이기 때문에 위 두 경우 모두 재소금지원칙이 적용되어야 할 것으로 생각된다.

대상판결로 돌아와 살펴보자. 대상판결은, 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있다고 하였고, 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다고 하였다. 따라서 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계항변을 철회하였다더라도 이는 소송상 방어방법의 철회에 불과하여 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 원칙이 적용되지 않으므로, 그 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기할 수 있다는 것이다.⁵⁸⁾

그러나 대상판결과 같이 소송상 상계의 예비적 항변에 대한 제1심판결 후 항소심에서 상대방의 동의 없이 항변을 철회할 수 있고 철회시 재소금지의 적용이 없다고 한다면, 이는 재소금지 제도를 무색하게 할 수 있다. 소송상 상계의 예비적 항변이 있을 경우 법원은 먼저 소구채권(수동채권)의 존부와 범위를 심리, 판단해야 하고, 그것이 인정될 때에는 반대채권(자동채권)의 존부와 범위에 대해서까지 심리, 판단해야 한다. 실제법상 상계요건에서는 수동채권과 자동채권 쌍방이 동종채권인 이상 두 채권 사이에 특별한 밀접성을 요하지 않는다. 예컨대, 쌍방이 금전채권인 이상 대여금채권에 대해 이와는 전혀 무관한 공사하자에 갈음한 손해배상채권을 자동채권으로 하는 상계항변도 가능하다.

물론 대상판결 사안은 소구채권이 공사대금채권과 공사하자에 갈음한 손해배상채권 사안이어서 둘 사이에 상당한 밀접성이 있다고 하더라도 공사대금채권의 심리에 있어서는 통상 공사도급계약의 체결사실과 도급공사의 완성 여부 또는 정도가 주로 다루어지는 반면에 공사하자에 갈음한 손해배상채권의 심리는 사안에 따라서 수십에서 수백 가지의 공사하자 여부 및 하자보수비용이 주로 다루어지기 때문에 여기에 들어가는 법원의 수고와 노력은 공사대금채권의 심리에서의 그것들을 넘어서는 것이 일반적이다. 그와 같은 수고와 노력을 들여 제1심에서 상계항변을 배척하거나 인용하는 판결을 했는데 이에 대해서 상계자가 자신의 유불리에 따라서 상대방의

57) 이시윤, 앞의 책, 577쪽.

58) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결.

동의도 요하지 않고 상계항변을 철회할 수 있고 여기에 재소금지도 적용이 없다면 이는 상계자로 하여금 법원의 판결을 임의로 취사선택할 수 있게 하여 재소금지 제도의 취지에 정면으로 반하는 결과가 된다. 여기에 바로 이를 허용해서는 안 되는 이유가 있다.

따라서 소송상 상계의 예비적 항변에 대한 제1심판결 후에는 상대방 동의가 있어야 상계항변을 철회할 수 있고, 철회시에는 재소금지가 적용된다고 보아야 할 것으로 생각된다.⁵⁹⁾ 다만, 대상판결 사안은 상계항변 철회 전에 별소를 제기한 사안이어서 재소금지 적용 사안에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 대상판결이 재소금지가 적용되지 않는 이유로 이 점을 실시하는 것이 바람직하였을 것이라는 점을 지적해 두고자 한다.

여기서 한 가지 더 살펴보고자 하는 문제가 있다. 전소 제1심 본안판결 후 소취하를 먼저 한 것이 아니라 전소 소구채권과 동일한 채권을 가지고 먼저 후소를 제기하고 나서 전소를 취하하였다면 어떠한가? 즉, 이 경우 전소 취하 전에 후소가 먼저 제기되었더라도 그 뒤 전소가 취하되면 곧바로 후소가 소급해서 재소금지에 해당한다고 볼 수 있는가? 아니면 소취하 전에 후소가 먼저 제기된 것이기 때문에 후소는 재소금지에 해당하지 않는 것으로 보아야 하는 것인가? 민사소송법 제267조 제2항의 규정에 의하면 “소를 취하하기 전에 같은 소를 제기한 자”에 대해서도 재소금지가 적용된다고 하기에는 문언상 명확치 않은 면이 있고, 따라서 향후 입법적으로 명확히 보완될 필요가 있겠지만 현재로서는 전소 제1심 본안판결 후 후소를 먼저 제기하고 전소를 취하할 경우 이로 인해 곧바로 후소가 소급해서 재소금지에 해당하게 된다고 보는 것은 무리라고 생각한다. 다만, 이와 같은 후소를 허용하게 된다면 이 또한 재소금지의 취지에 반하는 결과를 초래하게 될 것이므로, 여기서 전소 취하에 앞선 후소의 제기가 결과적으로 재소금지를 회피하기 위한 것이라면 이는 소권남용에 해당하여

59) 재소금지의 취지가 소취하로 인해 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 다시 동일한 분쟁을 문제삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에 있음에 비추어, 상계의 대상 채권이 서로 밀접한 관계에 있는 경우에는 재소금지의 취지에 반하는 정도에 차이를 둘 수도 있을 것이다. 예컨대, 자동채권이 수동채권과 아무런 관계가 없는 채권이라면 제1심법원이 이에 대해 판단하는 과정에서 전적으로 별도의 노력과 비용을 들여야 하고 상계항변을 철회함으로써 법원을 농락하는 것이 될 여지도 커지게 된다고 할 수 있지만, 반면에 자동채권과 수동채권이 상호 밀접한 관계에 있다면 상계항변의 철회로 법원의 판결이 농락당할 여지가 작아진다고 볼 수도 있기 때문이다. 따라서 재소금지를 판단함에 있어서 상계의 자동채권이 수동채권과 밀접한 관계가 있는지 여부가 하나의 기준이 될 수도 있을 것이다.

부적법한 것으로 취급해야 할 것으로 생각된다. 마찬가지로, 전소 상계항변에 대한 제1심판결 후 상계항변 철회 전에 후소를 먼저 제기한 경우에도 이것이 결과적으로 재소금지의 취지를 회피하기 위한 것에 불과하다면 후소는 소권남용으로 부적법한 것으로 처리되어야 할 것이다.⁶⁰⁾

4. 상계의 항변과 동일한 내용의 소의 실무상 처리

4.1 문제의 제기

후소의 상계항변과 동일한 내용의 전소가 이미 계속 중인 경우 사실심 담당재판부로서는 전소와 후소를 같은 기회에 심리·판단하기 위하여 이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 기판력의 저촉·모순을 방지함과 아울러 소송경제를 도모함이 바람직하다고 하겠으나, 만일 그와 같은 조치가 취해지지 않은 경우 특별한 사정이 없는 한 전소의 소구채권을 자동채권으로 하는 후소의 상계 주장도 허용되며,⁶¹⁾ 마찬가지로 전소 상계항변의 자동채권을 소구채권으로 하여 뒤에 별소나 반소의 제기도 가능하다는 것이 대법원의 견해이다.⁶²⁾ 이와 같이 상계의 항변과 동일한 내용의 별소나 반소가 가능한바, 실무상으로 상계의 항변을 제출하는 경우와 별소를 제기하는 경우 사이의 상계의 소급효와 소멸시효 문제 등 실체법상의 차이와 그리고 항변 제출과 별소 제기 이외에 반소를 제기하는 경우와는 어떠한 요건과 효과상의 이동(異同)이 있는지 살펴보기로 한다.

4.2 상계의 소급효와의 관계

우리 민법 제493조 제2항은 상계의 효과로 상계의 소급효를 규정하고 있다. 상계의 의사표시에 소급효를 인정하는 이유는 보통 양 채권이 상계적상에 있을 때에 당사자는 이미 결제된 것으로 생각하는 것이 통상이므로 상계적상 시까지 소급효를 인정하

60) 아울러, 전소에서 상계항변과 함께 별도로 후소를 같이 진행하고 있다가 후소에서 제1심판결 후 소취하를 한 경우 기존 상계항변(또는 새로운 상계항변의 제기)의 재소금지 적용 여부에 대해서도 물론 좀 더 검토가 필요하겠지만 일응 이에 준해서 처리할 수 있을 것으로 생각된다.

61) 대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다4050 판결.

62) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결.

는 것이 당사자의 의사나 거래의 실정에 부합하고 또 공평하기 때문이라고 설명되어진다.⁶³⁾ 판례도 “상계의 효과는 대립하는 채권이 상계할 수 있는 때에 소급하여 대등액에 관하여 소멸한 것으로 보아야 한다”라고 하여 민법 제493조 제2항의 규정에 충실히 따르고 있다. 다만, 이러한 상계의 소급효는 양 채권을 정산하는 기준이 되는 시기를 소급하는 것뿐이고, 상계의 의사표시 전에 이미 발생한 사실을 복멸시키는 것은 아니다. 따라서 수동채권이 상계 전에 어떤 원인으로 이미 소멸한 후에는 소급효를 내세워 새삼스럽게 상계를 할 수 없는 것이 원칙이다.⁶⁴⁾

이에 관하여, 지연손해금 산정의 기준시점이 문제된다. 지연손해금 산정은 상계항변으로 제기하는 방식과 별도로 제기하는 방식에 따라 그 산정에 차이가 있다. 상계항변의 자동채권에 대해서 별도로 제기하는 경우, 자동채권의 지연손해금은 당연히 그 자동채권의 변제기 이후의 지연손해금을 산정하게 된다. 이에 반해 상계항변 제기 시에는 그와 같은 상계의 의사표시가 있는 경우에 채무는 상계적상시에 소급하여 대등액에서 소멸한 것으로 보게 되므로, 상계에 의한 양채권의 차액계산 또는 상계충당은 상계적상의 시점을 기준으로 한다. 그러므로 상계적상시 이후의 채무는 이행지체에 있더라도, 일단 상계를 하면 그 효과가 소급하므로 상계적상시부터는 이행지체에 있지 않는 것으로 본다. 따라서 상계적상시와 상계의 의사표시 사이에 발생한 위약금 약정상의 지연손해금도 지급할 필요가 없다.

수동채권의 변제기가 이미 도래하여 지체가 발생한 후에 자동채권의 변제기가 도래하고 그다음에 상계의 의사표시가 이루어진 때에는, 상계적상이 생긴 자동채권의 변제기까지의 수동채권의 약정이자 및 지연손해금을 계산하고 자동채권에 관하여는 그때까지의 약정이자를 계산한 다음, 후자로서 전자의 약정이자 및 지연손해금을 소각하고 잔액을 가지고 원본을 소각한다. 그리고 그 잔액에 관하여 그때부터 지연손해금이 생긴다.⁶⁵⁾ 한편, 자동채권의 변제기가 도래한 후에 수동채권에 관하여 기한의 이익을 포기하고 상계한 경우에는 다른 의사표시가 없는 한 자동채권의 변제기를 기준으로 계산하여야 할 것이므로, 따라서 자동채권에 관하여는 지연손해금이 붙지 않는 것으로 계산한다.⁶⁶⁾

63) 편집대표 곽윤직, 앞의 책, 396쪽.

64) 김지희, “소송상 상계에 대한 상계의 재항변의 가부 - 원고의 소송상 상계의 재항변을 예외적으로 허용할 수 있는 경우와 관련하여 - 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결” 법조 제734호, 법조협회, 2019, 484쪽.

65) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005다8125 판결.

4.3 소멸시효와의 관계

시효완성 채권을 가지고 소를 제기할 경우 상대방이 시효완성의 항변을 하게 되면 법원은 청구기각판결을 하게 된다. 이와 관련하여 소멸시효기간이 완성된 채권은 채권자의 명시적·묵시적 원용이 없다 하더라도 이미 시효로 소멸한 것이므로, 특단의 사정이 없는 한 변제의 충당에 있어서도 그 대상에서 제외되는 것이 원칙이라고 생각한다. 이와 같이 해석하는 것이 현행 법제와도 부합하며, 현대사회와 같이 다수 채권이 동시에 존재하다가 그 중 일부에 대해서만 시효가 완성되는 현상이 빈번히 발생할 수 있는 거래 현실에도 적합하기 때문이다.⁶⁷⁾

이에 관하여, 시효완성 채권을 자동채권으로 한 상계가 문제된다. 민법 제495조는 소멸시효가 완성된 자동채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 상계가 가능함을 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 이를 인정하는 이유는 대립하는 양채권의 당사자는 양채권이 상계적상에 달하였을 때 특별한 의사표시가 없더라도 당연히 정산결제되는 것으로 생각하는 것이 보통이므로 이러한 당사자간의 신뢰를 보호할 필요가 있고, 또한 양채권이 상계적상에 있을 때에는 이행청구 등으로 시효를 중단시키지 않을 경우가 많으므로 이 때 상대방채권의 시효완성을 기다렸다가 자기의 채권만을 청구하는 것은 불공평하기 때문이다.⁶⁹⁾ 다만, 시효완성된 채권은 그것이 시효완성 전에 상계적상에 있었음을 요건으로 하여 수동채권의 범위 내에서 상계에 제공할 수 있음에 한하고, 만약에 상계로 소멸된 대등액 이외에 자동채권의 잔액이 있다 하여도 그 부분까지 부활하는 것은 아니다.⁷⁰⁾ 한편, 시효가 완성된 채권을 자동채권 아닌 수동채권으로 하여 상계하는 경우는 시효이익의 포기로서 가능하고, 이때 만약 시효완성 사실을 모르고 상계한 경우라고 하더라도 시효완성의 효력에 관한 견해와는 상관없이 상계

66) 편집대표 곽윤직, 앞의 책, 397쪽.

67) 김제완, “채무 중 일부에 대한 임의변제에 따른 변제의 충당에 있어서 소멸시효기간이 완성된 채권의 법적 지위 -대법원 2013. 5. 23. 선고, 2013다12464 판결-”, 법조 통권 제697호, 법조협회, 2014, 222쪽.

68) 시효소멸에 대한 절대적 효력설에 의하면 시효완성시 이미 채권이 소멸하여 상계의 의사표시를 하는 현재 시점에 채권이 존재하지 않는 것이 되고, 상대적 효력에 의하면 채무자가 시효소멸을 원용하면 채권은 소멸하여 존재하지 않은 것으로 되지만, 이와 같은 경우에도 그것이 시효완성 전에 상계적상에 있었던 경우에는 채권의 존재를 의제하여 상계를 인정하는 것이다.

69) 편집대표 곽윤직, 앞의 책, 404쪽.

70) 편집대표 곽윤직, 위의 책, 407쪽.

의 효력을 부정할 수는 없다.

4.4 반소로 제기하는 경우와의 이동(異同)

상계의 항변과 반소는 모두 피고가 제기하는 것이며 반대채권에 대한 심판과 결과에 대하여 기판력이 발생한다는 점이 동일하다. 그러나 상계의 항변은 방어방법인 항변의 성질을 가지고 있어서, 독자적인 소인 반소와 본질적으로 차이가 있다. 먼저, 상계의 항변은 방어방법으로서 상계로 주장된 반대채권은 소송물이 되지 않아 소송계속도 되지 아니한다. 반면에 반소는 방어방법 이상의 내용이 포함되는 독자적인 소송이므로 이로써 주장한 반대채권은 소송물이 되고 소송계속이 된다. 다음으로 소송에서 상계항변의 반대채권의 금액이 소구채권의 금액보다 큰 경우에, 기판력의 범위는 소구채권의 범위에 한정되지만, 심판의 대상은 반소로 주장한 반대채권 전체이다. 또한, 소송상 상계는 소송자체가 취하되거나 각하되는 경우에는 이 상계항변에 대한 판단이 필요치 않게 되지만, 반소로 주장된 반대채권은 본소가 취하나 각하되더라도 이에 관계없이 심리된다.⁷¹⁾ 마지막으로, 상계항변은 소송상 방어방법의 일종으로서 그 주장과 철회에 상대방의 동의가 필요하지 않지만, 반소는 항소심에서 제기는 상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 있는 경우에는 상대방의 동의가 필요하고(민사소송법 제412조 제1항), 그 취하에 있어서도 상대방이 본안에 관한 응소한 때에는 상대방의 동의가 필요하나(민사소송법 제270조, 제266조 제2항), 본소 취하 후 반소를 취하함에 있어서는 상대방의 동의가 필요없다(민사소송법 제271조).

5. 상계의 재항변의 법적 쟁점

5.1 문제의 소재

원칙상 원고의 상계의 재항변은 가능하다. 예컨대, 피고가 동시이행항변에 행사한 채권에 대해서 원고는 자신의 별개의 채권을 자동채권으로 하여 상계의 재항변을 할 수 있다.⁷²⁾ 그런데 피고의 소송상 상계의 항변에 대해서 다시 원고가 소송상 상계

71) 김상훈, “중복 소송상상계와 그 소송상 취급”, 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회, 2015, 1271-1274쪽.

72) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결.

의 재항변을 할 수 있는지가 문제된다.

소송상 상계의 단순 항변의 경우 상계의 의사표시가 상대방에게 도달하는 즉시 상계의 사법상 효과가 바로 발생하여 양 채권이 대등액에서 소멸하게 되므로, 이에 대해서 원고가 피고의 상계항변 자동채권을 수동채권으로 하여 상계의 재항변이 불가능함에는 별다른 문제가 없다. 그런데 소송상 상계의 예비적 항변의 경우 상계의 사법상 의사표시를 앞서 살핀 바와 같이 정지조건부로 보는 이상 상계의 의사표시가 상대방에게 도달한다고 해서 곧바로 상계의 사법상 효과가 발생하지는 않고 그 뒤 법원의 심리에서 수동채권의 존재가 인정될 때에서야 비로소 상계의 사법상 의사표시의 효력 및 이에 기한 사법상 효과가 발생하게 된다. 그렇다면 피고의 상계의 의사표시를 받은 원고로서는 그 뒤 법원의 상계판단이 이루어지기 전까지 피고의 상계항변 자동채권을 수동채권으로 하여 상계의 재항변을 할 수 있는지가 문제되는 것이다.

5.2 견해의 대립

일본 최고재판소에서는 원고의 소송상 상계의 재항변이 허용되지 않는다고 판시한 바 있다.⁷³⁾ 위 판결은, “소송 외에서 상계의 의사표시를 한 경우에는 상계의 요건을 충족하는 한 이로써 확정적으로 상계의 효력이 발생하므로 이를 재항변으로 주장하는 것을 막지 못하나, 소송상 상계의 의사표시는 상계의 의사표시를 함으로서 확정적으로 그 효력이 발생하는 것이 아니고 당해 소송에서 법원에 의해 상계의 판단이 내려지는 것을 조건으로 실제법상 상계의 효력이 발생하는 것이기 때문에, 상계의 항변에 대해 다시 상계의 재항변을 주장하는 것을 허용한다면 가정 위에 가정이 쌓여 당사자 사이의 법률관계를 불안정하게 하고 심리의 복잡을 초래할 것이므로 타당하지 않다”고 하였다.⁷⁴⁾ 그러면서 “원고가 피고에 대하여 소송물인 채권 이외의 채권을 가지고 있는 경우, 소의 추가적 변경을 통해 해당 소송에서 그 채권을 청구하든가 또는 별도의 소를 제기하여 권리행사를 할 수 있고, 설령 위 채권에 관해 소멸시효가 완성된 경우라 할지라도 소송 외에서 위 채권을 자동채권으로 상계의 의사표시를 한 후 이를 소송에서 주장할 수 있기 때문에, 위 채권에 의한 소송상 상계의 재항변을

73) 日本最高裁判所 平成10年(1998) 4月 30日 民集 52卷 3号 930頁.

74) 이와 같이 “상계의 항변에 대해 다시 상계의 재항변을 주장하는 것을 허용한다면 가정 위에 가정이 쌓여 당사자 사이의 법률관계를 불안정하게 하고 심리의 복잡을 초래할 것”이라는 내용을 근거로, 일본 최고재판소가 정지조건설의 입장에 있다고 설명하는 견해로는, 송영복, 앞의 논문, 291쪽.

허용하지 않더라도 별다른 불이익이 없다”고 보았고, “또한, 민소법 제114조 제2항⁷⁵⁾의 규정은 판결이유 중 판단에 기관력을 발생시키는 유일한 예외를 규정한 것임에 비추어 보면, 동 조항의 적용 범위를 무제한으로 확대하는 것은 타당하지 않다”고 보았다.

이에 대해서 일본의 학설은, 원고의 소송상 상계의 재항변을 불허하는 위 판결의 결론에는 찬성하면서, 그 이유 구성에 관하여 예비적 상계항변의 실체법상의 효력발생시기와 관련하여, “정지조건설”, “해제조건설”, “정지조건 및 해제조건설” 등의 대립이 있음을 앞서 살펴본 바 있다.

한편, 독일에서도 피고의 소송상 상계항변 후 이에 대한 원고의 상계의 재항변에 대하여서는 다양한 견해가 주장되고 있지만, 통설적인 견해는 원고의 상계의 재항변은 기본적으로 소송상 허용되지 않는 것으로 보고 있다.⁷⁶⁾ 그 근거로는 피고의 상계의 항변이 유효하기 때문에 이미 원고의 소구채권은 소멸한 것으로 보아야 하고, 따라서 이를 위한 원고의 상계의 재항변은 의미가 없으며, 또한 상계의 실체법적인 효과에 관한 규정인 독일민법 제389조에 따라서 소급효가 인정되기 때문에 피고의 상계항변의 주장이 우선적으로 판단되어야 한다고 보는 것이다. 반면, 원고의 상계의 재항변도 가능하다는 반대 견해도 있는데, 예비적항변으로서의 상계의 경우에는 그 실체법상 효과로서의 소급효가 발생하지 않았거나 또는 소송상 고려되어서는 안 된다는 점을 그 근거로 들고 있다.⁷⁷⁾ 그러나 이에 대해서 통설은 만약 원고의 상계의 재항변을 인정한다면 이는 이른바 정지조건부 상계항변이라고 보아야 할 것이고, 이는 상계항변을 통하여 유동적인 상태를 만들어 내게 되는 것으로서 피고에게 예측하지 못한 불이익을 야기할 수 있다는 점을 근거로 비판하고 있다.⁷⁸⁾

우리 대법원은 위 일본최고재판소 판결과 유사한 취지로 원고의 소송상 상계의 재항변에 대해서 이를 허용치 않는다고 판시한 바 있고,⁷⁹⁾ 학설도 대체로 이와 같은 대법원판결을 소개하면서 그 결론에는 찬성하며 피고의 상계항변에 대한 원고의 소

75) 우리 민사소송법 제216조 제2항에 해당하는 것이다.

76) Friedrich Stein/Martin Jonas/Dieter Leipold, *Stein/Jonas Kommentar Zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., 2005, §154 ZPO, Rn. 29; Zöller/Greger, *Zöller Zivilprozessordnung*, 29. Aufl., 2012, §154 ZPO, Rn. 12.

77) Johann Braun, “Die Aufrechnung des Klägers im Prozeß”, *ZZP* 89(1976), 97 ff.

78) 독일에서의 논의에 대한 자세한 내용은, 김화, “자율과 정의의 민법학”, 양창수 교수 고회 기념 논문집, 박영사, 2021, 386-387쪽.

79) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결; 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결.

송상 상계의 재항변은 허용되지 않는다고 보고 있다.⁸⁰⁾ 즉 대법원은, 법원이 원고의 소송상 상계의 재항변과 무관한 사유로 피고의 소송상 상계항변을 배척하는 경우에는 소송상 상계의 재항변을 판단할 필요가 없고, 피고의 소송상 상계항변이 이유 있다고 판단하는 경우에는 원고의 청구채권인 수동채권과 피고의 자동채권이 상계적 상 당시에 대등액에서 소멸한 것으로 보게 될 것이므로 원고가 소송상 상계의 재항변으로써 상계할 대상인 피고의 자동채권이 그 범위에서 존재하지 아니하는 것이 되어 이때에도 역시 원고의 소송상 상계의 재항변에 관하여 판단할 필요가 없게 되어, 결국 피고의 상계항변에 대한 원고의 상계 재항변은 주장 자체로 이유없다고 보았다. 만약 원고가 소송물인 청구채권 외에 피고에 대하여 다른 채권을 가지고 있다면 소의 추가적 변경에 의하여 그 채권을 당해 소송에서 청구하거나 별소를 제기할 수 있으므로, 결국 원고의 상계 재항변은 일반적으로 이를 허용할 이유가 없다는 것이다.⁸¹⁾ 이러한 법리는 원고가 2개의 채권을 청구하고, 피고가 그 중 1개의 채권을 수동채권으로 삼아 소송상 상계항변을 하자, 원고가 다시 위 청구채권 중 다른 1개의 채권을 자동채권으로 소송상 상계의 재항변을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.⁸²⁾

살피건대, 해제조건설에 의할 경우에는 피고의 소송상 상계권 행사의 사법상 효과가 즉시 발생하여 양 채권이 대등액에서 소멸하게 되므로 이에 대해 원고가 상계의 재항변을 하는 것은 논리적으로 어렵기 때문에 원고의 상계의 재항변을 불허하는 근거를 간명하게 제시할 수 있는 이점이 있다. 그러나 해제조건설은 앞서 본 바와 같이 소송상 상계의 예비적 항변을 하는 피고의 의사를 도외시한 것이 되어 타당치 않은 측면이 있다. 반면 정지조건설에 의하면, 소송상 상계의 예비적 항변의 경우 수동채권의 존재가 인정될 때에 비로소 상계의 사법상 의사표시 및 이에 기한 상계의 사법상 효과가 발생하게 된다. 따라서 이 경우 그와 같은 상계의 사법상 효과가 발생하기 전까지는 원고가 그에 대해 소송상 상계의 예비적 재항변을 할 수 있다고 볼 여지가 생긴다. 하지만, 일단 피고의 상계항변에 대한 판단에 이르러 상계가 받아들여

80) 이시윤, 앞의 책, 658쪽; 전원열, 앞의 책, 533쪽; 정동윤/유병현/김경옥, 앞의 책, 836쪽; 정영환, 앞의 책, 1182쪽; 편집대표 김용덕, 주석민법 [채권총칙 4], 한국사법행정학회, 2020, 520쪽.

81) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결. 이에 대해서, 김화, 앞의 논문, 377쪽은, 우리 대법원은 원고의 소송상 상계의 재항변을 인정하지 않는 데에 있어 두 가지 관점, 즉 원칙적으로는 소송상 상계항변이 가지고 있는 채권의 소멸이라는 실체법적인 관점과 부가적으로 원고의 소송상 상계의 재항변을 위한 자동채권은 이를 일반적으로 당해 소송이나 별소에서 구할 수 있으므로 소송상 인정할 이익이 없다는 소송법적인 관점을 이유로 들고 있다고 설명한다.

82) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결.

질 경우에는 그 즉시 양채권이 대등액에서 소멸하게 되므로, 이 경우에도 실제법상으로 보면 원고의 소송상 상계의 예비적 재항변은 허용될 수 없다고 봄이 타당하다. 따라서 대법원의 판시 내용은 실제법상 타당하며 설득력이 있다고 생각된다.

한편, 원고는 피고의 소송상 상계의 예비적 항변에 대해서 위와 같은 이유로 소송상 상계의 예비적 재항변으로는 대응할 수 없지만, 소송상 상계의 단순 재항변 또는 소송외 상계의 재항변을 통한 상계권 행사로 대응할 수 있다고 본다. 이에 대해서는 아래에서 사례를 통하여 살펴보기로 하자.

5.3 사례를 통한 구체적 검토

원고가 피고를 상대로 채권A, 채권B를 가지고 있는데 채권A는 소멸시효가 완성된 상태이고, 피고는 원고에 대해서 채권C를 가지고 있다고 하자.

① 먼저, 원고는 소송 외에서 채권A를 자동채권으로 하여 피고의 채권C에 대해서 상계(민법 제495조)를 하고 이를 소송외 상계항변으로 주장할 수 있고, 그런 다음 피고를 상대로 채권B를 소구할 수 있다. 이때 피고가 원고의 채권B에 대하여 자신의 채권C에 기한 상계항변을 한다면 원고는 채권A에 기한 소송외 상계의 재항변으로서 채권C의 소멸을 주장할 수 있다. 이로써 원고는 채권A, B 모두를 실현할 수 있게 된다.

② 만약 원고가 곧 채권A의 소멸시효가 완성될 것이라는 사실을 알지 못하고 피고를 상대로 채권A, 채권B를 청구하는 소를 제기하였는데 소송 진행 도중 채권A의 소멸시효가 완성되었고, 이에 대해서 피고는 채권A에 대해 소멸시효 완성의 항변을 하고 이와 함께 채권B에 대해서는 이것이 인정될 경우를 대비하여 예비적으로 자신의 채권C를 자동채권으로 하여 상계한다고 항변하였다면, 이에 대해서 원고는 시효 완성된 채권A를 자동채권으로 하여 피고의 채권C에 대해서 상계의 재항변을 할 수 있는가? 이는 소송상 상계의 예비적 항변에서 상계의 실제법적 효과가 언제 발생하는지에 따라서 설명이 달라질 수 있다. 소송상 상계의 예비적 항변에서 상계의 사법상 의사표시의 효력에 대한 정지조건설의 입장과 같이 소구채권의 존재가 인정될 것을 조건으로 하여 상계의 사법상 의사표시 및 이에 기한 상계의 사법상 효과가 발생한다면, 이때 원고는 채권A의 소멸시효가 완성되었다 하더라도 자신의 채권A에 기해 소송상 상계의 단순 재항변 또는 소송외 상계의 재항변을 통해서 피고의 소송상 상계

의 예비적 항변에 대한 법원의 판단 전에 피고의 채권C를 소멸시킬 수 있다고 할 것이다. 그러나 원고가 소송상 상계의 예비적 재항변을 하는 경우에는 피고의 소송상 상계의 예비적 항변에 대항할 수 없다. 왜냐하면 피고의 상계항변이 이유있다면 피고의 자동채권이 원고의 소구채권과 함께 상계적상시로 소급하여 대등액에서 소멸할 것이어서 이제는 원고가 상계의 재항변으로서 소멸시키고자 하는 대상인 피고의 채권이 더 이상 존재하지 아니하게 되고, 피고의 상계항변이 이유없다면 원고의 상계의 재항변은 판단할 필요가 없게 되기 때문이다.⁸³⁾

③ 한편, 만약 원고의 채권A가 시효소멸하지 않아 채권A, B 둘 다 존재하는 경우라면, 원고의 소송상 상계의 예비적 재항변이 받아들여지지 않는다고 하더라도 원고는 피고의 소송상 상계의 예비적 항변에 대해서 상계충당에 관한 주장을 할 수 있다. 피고가 원고의 채권A와 채권B 중 채권B를 수동채권으로 지정하여 상계를 하였다면 어떻게 충당이 되는가? 상계충당에도 변제충당 규정(민법 제476조 내지 제479조)이 준용되므로(민법 제499조), 상계충당에 있어서도 합의충당, 상계자 지정충당, 피상계자 지정충당(상계자 이의시 법정충당), 법정충당의 순으로 충당되고, 지정은 원본에 대해서는 가능하지만, 합의가 없는 한 비용, 이자, 원본의 순서는 지정할 수 없고 이와 같은 순서에 의해 충당되며,⁸⁴⁾ 이는 채무가 수 개인 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.⁸⁵⁾ 따라서 만약 상계적상일에 채권A와 채권B에 각각 원본만 있다면 채권C는 전액 피고가 지정한 대로 채권B의 원본에 충당된다. 그러나 채권A와 채권B 모두 각각 비용, 이자, 원본이 있다면, 상계충당에 있어서의 지정도 원본에 한해서만 가능하고, 비용과 이자에 대해서는 각각 법정충당 방식에 의하므로,⁸⁶⁾ 채권A와 채권B

83) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결; 대법원 2015. 3. 30. 선고 2012다107662 판결.

84) 변제충당에 관해서는 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다60767 판결, 상계충당에 관해서는 대법원 1992. 5. 12. 선고 90다8855 판결 등.

85) 수 개의 채무에 각각 비용, 이자, 원본이 존재하는 경우, 학설은 변제충당에 관하여 대체로 그 수 개의 채무 모두의 비용 전체에 먼저 충당한 다음 그 이자 전체에 충당하고, 그런 다음 비로소 원본에 충당한다고 한다. 편집대표 김용덕, 주석민법 [채권충척 4], 한국사법행정학회, 2020, 256쪽. 민법 제479조 제1항 문언 자체에 “수 개의 채무의 비용 및 이자를 지급할 경우”가 포함되어 있기 때문이다. 다만, 이에 대해서는 지정 또는 법정의 원본의 순서대로 해서 하나의 채무에 대해 비용, 이자, 원본 순으로 충당하고, 그런 다음 다른 채무에 대해 비용, 이자, 원본의 순으로 충당해야 한다고 해석하는 견해도 있다(제철웅, “변제충당 규정의 해석론적 및 입법론적 문제점과 개정제안-민법 제478조, 제479조를 중심으로”, 법조 통권 제659호, 법조협회, 2011, 40-43쪽).

86) 원본 상호간 지정은 당연히 가능하나, 비용 상호간, 이자 상호간에도 지정충당이 가능한지에 대해서는 의견이 대립한다. 민법 제479조 제2항이 제477조만을 준용하고 있고 제476조는 준용하지 않고 있으므로 비용 상호간이나 이자 상호간에는 지정충당이 적용될 수 없고 법정충당이 적용된다고

사이에서는 우선순위를 이행기 도래와 변제이익 다과 등을 기준으로 하여, 먼저 채권 A와 채권B의 비용에, 그다음 채권A와 채권B의 이자에 충당된 후 채권B의 원본에 충당되어진다. 이와 같은 범위에서 원고의 소송상 상계의 재항변과 상계충당 주장 사이에 차이가 발생한다고 볼 수 있다.

만약 채권A가 시효완성으로 소멸한 경우라면, 이때 피고의 채권C는 당연히 원고의 채권B의 비용, 이자, 원본 순으로 전액 충당되어질 것이다.

5.4 소결

상계의 항변에 대하여 상계의 재항변을 허용하게 되면 가정의 법률관계 위에 또다시 가정을 보태는 것이 되므로 당사자 간의 법률관계를 불안정하게 하고 심리를 복잡하게 할 수 있다.

원고가 소송물인 채권 이외의 채권을 피고에 대하여 가지고 있으면 소의 추가적 변경에 의하여 당해 소송에서 청구할 수 있고, 별소의 제기를 통하여 동 채권의 행사가 가능하며, 설령 동 채권의 소멸시효가 완성된 경우에도 소송 외에서 동 채권을 자동채권으로 하여 상계를 한 후에 이를 소송에서 주장하는 것도 가능하므로 동 채권으로 소송상의 상계의 재항변을 하는 것을 허용하지 않는다고 하여 특별히 부당할 것도 없다. 따라서 원고의 소송상 상계의 재항변은 이를 허용하지 않는 것이 타당하다.⁸⁷⁾

다만, 소송상 상계의 예비적 항변의 경우 수동채권의 존재가 법원 심리에서 인정될 때에 비로소 상계의 사법상 의사표시의 효력 및 상계의 사법상 효과가 발생하게 되므로, 따라서 이와 같은 상계의 사법상 효과가 발생하기 전까지는 원고가 그에 대해 소송상 상계의 단순 재항변이나 소송외 상계의 재항변으로 대항할 수 있다, 하지만 그 전에 피고의 상계항변에 대한 판단에 이르러 상계가 받아들여질 경우에는 그 즉시 양채권이 대등액에서 소멸하게 되므로, 이와 같은 실체법상의 이유에 의해서도 원고의 소송상 상계의 예비적 재항변은 허용될 수 없다고 생각된다.

보는 견해로는, 곽윤직, 채권총론 제6판, 박영사, 2003, 251쪽 참조; 이와 달리, 비용 상호간, 이자 상호간에도 지정충당이 적용될 수 있다는 견해로는, 김홍철, “수 개의 비용 간, 수 개의 이자 간 지정충당의 효력”, 사법연수원 논문집 제1집, 사법연수원, 2004, 59-62쪽 참조.

87) 권혁재, 앞의 책, 54쪽.

III. 결론

소송상 상계의 예비적 항변에 대해서는 그동안 학설과 판례들이 축적되어 있기는 하지만, 대상판결은 소송상 상계의 예비적 항변이 제1심에서 배척된 뒤 항소심에서 철회된 경우 이 철회가 그 상계항변의 자동채권을 소구채권으로하는 후행소송에 미치는 영향에 관한 새로운 영역의 법리를 처음으로 실시한 데에 매우 큰 의미가 있다고 할 것이다. 특히 대상판결은 선행소송에서 소송상 상계의 예비적 항변이 항소심에서 철회된 경우 후행소송의 중복제소 해당 여부, 재소금지 해당 여부, 기판력 등에 관하여 일반론적인 법리를 정리하였다는 점에서는 매우 고무적이라고 할 것이다.

대상판결의 기본적인 결론에는 공감한다. 즉, 대상판결은 기존에 판례가 소송상 상계항변과 관련하여 전소 계속 중 전소의 소구채권을 후소의 상계항변 자동채권으로 주장하는 것이 허용될 수 있음을 판시한 데에서 더 나아가, 전소 계속 중 전소의 상계항변의 자동채권을 후소에서 소구채권으로 청구하는 것 또한 마찬가지로 허용됨을 실시하였다. 물론 이들 소송의 판결의 기판력의 저축, 모순을 방지하고 소송경제를 도모하기 위해서는 이부, 이송 또는 변론병합 등의 시도를 통해서 후소를 전소와 같은 기회에 심리, 판단하는 것이 바람직스러움도 언급하였다.

다음으로, 예비적 상계항변의 소송상 방어방법으로의 성질상 상대방의 동의 없이 철회할 수 있고 이와 같은 법리는 전소에서 상계항변에 대한 본안판결이 선고된 이후에도 마찬가지로, 따라서 전소 상계항변 자동채권으로 후소를 제기하여도 재소금지 원칙이 적용되지 않는다는 것이다.

마지막으로 기판력에 대해서도, 상계항변은 판결이유 중 판단이지만 예외적으로 기판력이 인정되어 자동채권의 성립 또는 불성립에 관한 판단은 후소를 구속한다. 그런데 상계항변을 철회한 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다는 법리를 설명하고, 이는 항소심에서 철회한 때에도 동일함을 실시하였다. 그런데 선행소송 제1심에서 상계항변에 대해 배척 판단 후 선행소송 항소심에서는 상계항변이 철회되어 선행소송 항소심은 이에 대해서 판단하지 않았다. 따라서 상계항변에 대해서는 확정판결이 존재하지 않게 되었으므로, 선행소송 제1심의 상계항변에 대한 판단은 기판력이 없어 그 상계항변의 자동채권을 소구채권으로 하는 후소의 판단을 구속하지 않는다는 것이다.

그러나 위와 같은 대상판결의 이유설시에 관하여 필자로서는 충분하지 않다고 보

여지는 부분이 있다. 먼저 중복제소와 관련해서 보면, 소송상 상계의 예비적 항변의 경우 소구채권의 존재 및 나아가 그 밖의 상계요건에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어질지 여부가 불명확하여 이에 대해 상계권자의 별소제기 등 구제수단을 제한하는 것은 타당치 않다. 그렇다면 선행소송 계속 중 상계항변에 제공된 자동채권과 동일한 채권으로 별소를 제기한다고 하여도 이는 중복제소에 해당하지 않는다. 다만, 대상판결 사안에서는 선행소송 항소심에서 상계항변이 철회되어 대상판결 사건 제1심 변론종결 당시 중복제소의 문제는 발생하지 않았는바, 대상판결이 본건이 중복제소에 해당하지 않는 이유로 이 점을 들었어야 했을 것으로 생각한다.

재소금지와 관련해서는, 일단 제1심에서 소송상 상계의 예비적 항변에 대해 본안판단을 받은 이상 그 판결 결과에 따라 항소심에서 항변 철회 여부 및 그 뒤 별소제기 여부를 임의로 선택할 수 있도록 하는 것은 재소금지의 존재이유에 비추어 허용되어서는 안 된다고 생각한다. 따라서 선행소송 제1심에서 소송상 상계의 예비적 항변을 제출하여 본안판단을 받았다가 항소심에서 상계항변을 철회하려면 상대방의 동의가 있어야 철회할 수 있고, 그 경우 재소금지의 적용이 있다고 보아야 할 것이다. 다만, 대상판결 사안은 상계항변 철회 전에 별소를 제기한 사안이므로 이 경우에는 재소금지에 해당하지 않는다고 할 것인바, 대상판결이 본건이 재소금지에 해당하지 않는 이유로 이 점을 설시했어야 했다고 생각한다.

대상판결이 앞으로 소송상 상계항변에 관한 좀 더 많은 논의가 활성화될 수 있는 계기가 되기를 바란다.

참고문헌

1. 단행본

- 강현중, 민사소송법 제8판, 박영사, 2023.
김상수, 판례실무연구 제8권, 박영사, 2006.
이시윤, 신민사소송법 제16판, 박영사, 2023.
전원열, 민사소송법강의 제3판, 박영사, 2023.
정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법 제9판, 법문사, 2022.
정영환, 신민사소송법 개정신판, 법문사, 2019.
지원림, 민법강의 제17판, 홍문사, 2020.
편집대표 곽윤직, 민법주해 제11권: 채권 4, 박영사, 2002.
편집대표 김용덕, 주석민법: 채권총칙 4, 한국사법행정학회, 2020.
호문혁, 민사소송법 제14판, 법문사, 2020.

2. 학술지

- 강행욱, “상계의 항변에 관한 고찰”, 사법연수생논문집 16기, 사법연수원, 1986, 12-72쪽.
권혁재, “訴訟上 相計抗辯의 법적 성질”, 법조 통권 제688호, 법조협회, 2014, 12-54쪽.
김상수, “상계의 항변과 관련된 문제점”, 고시계 제45권 제10호, 고시계사, 2000, 71-80쪽.
김상일, “피고의 동시이행항변에 대한 원고의 상계재항변의 가부 및 기판력 인정여부 -원고의 재상계에 관한 독일에서의 판례와 학설을 중심으로-”, 법학논집 제10권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2006, 93-124쪽.
김상훈, “중복 소송상상계와 그 소송상 취급”, 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회, 2015, 1,267-1,294쪽.
김세진, “소송상 상계의 항변에 대한 소송상 상계의 재항변의 허부 : 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결”, 법조 통권 제718호, 법조협회, 2016, 306-350쪽.
_____, “상계의 항변과 중복제소의 금지”, 토지법학 제32권 제1호, 한국토지법학회, 2016, 385-421쪽.
김제완, “채권자대위권의 행사로 채권자가 직접 변제의 수령을 한 경우 상계에 관한

- 고찰 -채권자대위권의 간이채권추심제도로서의 실요성의 측면에서-”, 안암법학 제13호, 안암법학회, 2001, 198-232쪽.
- _____, “채무 중 일부에 대한 임의변제에 따른 변제의 충당에 있어서 소멸시효기간이 완성된 채권의 법적 지위 -대법원 2013. 5. 23. 선고 2013다12464판결-”, 법조통권 제697호, 법조협회, 2014, 198-232쪽.
- 김지희, “소송상 상계에 대한 상계의 재항변의 가부 - 원고의 소송상 상계의 재항변을 예외적으로 허용할 수 있는 경우와 관련하여 - 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결”, 법조 통권 제734호, 법조협회, 2019, 476-507쪽.
- 노태약, “소송상 상계의 항변과 중복제소: 대상판결: 대법원 2001. 4. 27. 선고, 2000다4050 판결”, Jurist 제385호, 청림인터랙티브, 2002, 44-47쪽.
- 박동규, “소송상 상계의 재항변 가부 및 공동주택 하자관계책임들 상호간의 관계”, 민사판례연구 제38집, 민사판례연구회, 2016, 821-873쪽.
- 송영복, “소송상 상계 재항변 불허 판결로 살펴본 상계충당, 소송외 상계의 해석론”, 사법 제1권 제36호, 사법발전재단, 2016, 263-304쪽.
- 신동기, “상계의 항변과 중복제소의 금지: 대법원 1975. 6. 24. 선고, 75다103판결”, 판례연구 제7집, 부산판례연구회, 1997, 445-471쪽.
- 윤진수, “金融機關의 受信去來와 與信去來(II)”, BFL 제11권, 서울대학교 금융법센터 2005, 57-90쪽.
- 정상민, “상계의 항변과 중복된 소제기의 금지”, 법조 통권 제750호, 법조협회, 2021, 37-77쪽.
- 조무제, “소송상 상계의 항변”, 사법논집 제12집, 법원행정처, 1981, 93-120쪽.
- 피정현/배준호, “상계항변과 기판력”, 원광법학 통권 제39집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2023, 159-181쪽.
- 홍승면, 민사판례해설 제2권(민사소송, 민사집행), 서울고등법원 판례공보스튜디오, 2023, 228-236쪽.
- 홍정훈, “소송상 상계의 재항변의 허용 여부 및 입주자대표회의가 수급인의 도급인에 대한 하자보수를 갈음한 손해배상채무를 대위하여 행사한 경우, 위 수급인의 도급인에 대한 하자보수를 갈음한 손해배상채무와 하자보수보증회사의 입주자대표회의에 대한 하자보수보증금지급채무가 부진정연대채무관계에 있는지 여부 등 : 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결”, 전북판례연구

통권 제1호, 전북판례연구회, 2017, 85-93쪽.

3. 자료집

김 화, “자율과 정의의 민법학”, 양창수 교수 고회 기념 논문집, 박영사, 2021, 337-387쪽.

[Abstract]

The Legal Effect of Plea of Set-off and Its Withdrawal

– Korea Supreme Court Decision 2021Da275741 Decided

February 17, 2022 –

Kim, Yeon-hee*

Yoon, Jin-ho**

The Supreme Court decision is very significant because it was the first to rule a new area of legal doctrine regarding the impact of the withdrawal of set-off plea on the sequent litigation when the set-off plea was withdrawn after being rejected in the final judgment on the merits of the case had been rendered.

Especially, the Supreme Court decision is very encouraging in terms of clarifying the general principle of law concerning whether or not the withdrawal of set-off plea in an appellate court would apply to prohibition of double lawsuits, res judicata, etc. in sequent litigation.

Hopefully, the Supreme Court decision will spur more discussion about various issues on legal plea of set-off in the future.

[Key Words] Defense of set-off, Legal plea of set-off, Withdrawal of set-off plea, Withdrawal of lawsuit, Prohibition of double lawsuits, Res judicata, Legal re-plea of set-off against legal plea of set-off

* Lead Author: Head of department, Inkwang Group Secretary's office

** Co-Author: Attorney-at-law, Law office Seoul Central