

【2023년 공인노무사 2차 민사소송법 해설】

【문제 1】 甲은 乙을 피고로 매매대금채권 5천만 원의 지급을 구하는 소(이하, 'A소' 라 한다)를 제기하였다. 이 소송에서 乙은 甲에 대하여 갖고 있는 대여금채권 6천만 원(이하, '이 사건 대여금채권' 이라 한다)을 자동채권으로 하는 상계의 항변을 주장하였다. 다음 물음에 답하시오. (다만, 아래의 각 물음은 독립적임) (50점)

물음 1) ① 상계의 항변을 주장한 乙은 A소 계속 중 이 사건 대여금채권을 소구채권으로 하여 甲을 피고로 하는 대여금반환을 구하는 소(이하, 'B소' 라 한다)를 제기하였다. 乙이 제기한 B소는 적법한가?

② 만일 甲이 제기한 A소 계속 전에 乙이 이 사건 대여금채권의 반환을 구하는 소('C소' 라 한다)를 제기하였다면, 乙은 그 후 제기된 甲의 A소에서 이 사건 대여금채권을 자동채권으로 하는 상계의 항변을 주장할 수 있는가? (20점)

I. 【문제 1】

1. 물음 1)의 해결

(1) 문제의 소재

사안은 甲의 乙에 대한 매매대금채권(5천만원)에 대한 乙의 甲에 대한 대여금채권(6천만원)을 반대채권으로 한 상계의 항변과 중복제소금지(민사소송법 제259조)에 관한 문제이다.

(2) 상계의 항변과 중복제소금지의 문제

(가) 문제점

민사소송법 제216조 제2항은 「상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.」고 하여 판결이유 중 판단임에도 불구하고, 예외적으로 판결의 모순·저촉을 방지하기 위하여 기판력을 인정하고 있다.

이에 반하여 민사소송법 제259조는 「법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다.」고 하여 역시 판결의 모순·저촉을 방지하는 규정을 두고 있으나 상계의 항변에는 어떠한지에 관한 규정을 따로이 두고 있지는 않아 ① 소구채권에 관한 소송계속 중 이미 상계의 항변을 하였음에도 다시 반대채권을 구하는 별소를 제기하는 것이 금지되는 중복소송인 것은 아닌지(소위 '선행변형' 사안) 및 ② 반대채권에 관한 소를 먼저 제기하여 계속 중임에도 소구채권에 관한 나중 소에서 다시 그 반대채권을 들어 상계의 항변을 하는 것이 적법한지가(소위 '후항변형' 사안) 문제된다.

(나) 학 설

① 중복소송설

중복제소금지의 취지가 판결의 모순·저촉에 있는 이상 기판력과 마찬가지로 해결하여야 한다는

견해로, ① 선행변형 사안의 경우 중복제소에 해당하며, ② 후항변형 사안의 경우 상계항변은 위법하다고 하여야 한다는 견해이다.

② 중복소송부정설

중복제소를 금지하는 제259조는 제216조와 달리 상계의 항변마저 이를 불허하는 규정을 두고 있지 않으며, 상계의 항변에 기판력이 인정된다 하더라도 이는 어디까지나 공격방어방법에 불과할 뿐, 전소 소송물과 후소의 소송물이 같은지 여부만이 검토대상이 되는 중복제소의 문제와는 달리 취급할 필요가 있다고 보아 ① 선행변형 사안이건 ② 후항변형 사안이건 모두 허용되어야 한다는 견해이다.

③ 반소요구 등 설

원칙적으로는 중복소송부정설을 따르나 반소 유도나 이부·이송 또는 변론병합을 하는 것이 타당하다는 견해이다.

④ 상계항변의 행사방법에 따라 달리 보는 견해

상계의 항변이 예비적이면 후소는 적법한 것이고, 무조건적이라면 중복제소라 보아야 한다는 견해이다.

(㉢) 판례

종래 판례는 후항변형 사건에서 「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 바람직하였다고 할 것이나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다.(대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다4050 판결)」고 판시한 바 있다.

한편, 최근 판례는 선행변형·후항변형 모두 중복제소가 아니라는 판단을 이어갔다.

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 바람직하나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다. 마찬가지로 먼저 제기된 소송에서 상계 항변을 제출한 다음 그 소송계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것도 가능하다.(대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결)」

(㉣) 검토

중복제소금지과 항변의 배척은 당사자의 재판청구권에 대한 제한이므로 가능한 법률상 이를 금지하는 규정을 두어야 함이 타당하고, 판결의 모순·저촉의 문제는 소송절차 내에서 상대방 당사자의 주장이나 석명권 행사 혹은 이부·이송 또는 변론병합 등을 통하여 충분히 해결가능하므로, 이를 금지되는 중복제소라거나 금지되는 항변이라 할 수는 없다. 중복소송 부정설 및 판례의 태도에 찬성한다.

(3) 사안의 해결

(가) 물음1) ①의 해결

물음 ①은 상계의 항변을 먼저 주장한 乙이 A소 계속 중 이 사건 대여금채권을 소구채권으로 하여 甲을 피고로 하는 대여금반환을 구하는 B소를 제기한 것이므로, 선행변형 사안인데, 이미 본바와 같이 B소도 중복제소라 볼 수 없으므로 B소는 적법하다.

(나) 물음1) ②의 해결

물음 ②는 甲이 제기한 A소 계속 전에 乙이 이 사건 대여금채권의 반환을 구하는 C소를 제기한 후항변형 사안인데, 乙이 그 후 제기된 甲의 A소에서 이 사건 대여금채권을 자동채권으로 하는 상계의 항변을 주장한다 하여도 이를 위법한 항변이라 할 수 있으므로 결국, 가능하다.

【문제 1】 甲은 乙을 피고로 매매대금채권 5천만 원의 지급을 구하는 소(이하, ‘A소’라 한다)를 제기하였다. 이 소송에서 乙은 甲에 대하여 갖고 있는 대여금채권 6천만 원(이하, ‘이 사건 대여금채권’이라 한다)을 자동채권으로 하는 상계의 항변을 주장하였다. 다음 물음에 답하시오. (다만, 아래의 각 물음은 독립적임) (50점)

물음 2) 甲이 제기한 A소에서 乙이 이 사건 대여금채권을 자동채권으로 하는 상계의 항변을 주장하였고, 법원은 甲의 채권과 乙의 채권이 모두 인정된다고 판단하여 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 이 판결이 확정된 후 乙은 甲을 피고로 상계의 항변으로 주장한 이 사건 대여금채권의 반환을 구하는 소를 제기할 수 있는가? (30점)

2. 물음 2) 의 해결

(1) 문제의 소재

원고 甲의 피고 乙에 대한 채권과 피고 乙의 원고 甲에 대한 반대채권을 모두 인정하여 상계를 받아들여 원고 甲에 대하여 청구기각이 확정된 판결의 기판력과 상계항변에 관한 문제이다.

(2) 확정판결의 기판력

(가) 기판력의 주관적 범위

기판력은 확정판결의 당사자, 변론종결뒤의 승계인, 추정승계인, 목적물 소지인, 소송담당자와 피담당자, 소송탈퇴자에 미친다.(제218조 등).

(나) 기판력의 시적 범위

기판력은 전소 확정판결의 표준시 즉, 변론종결시(무변론판결의 경우 판결선고시)에 한하여 인정되며, 그 이전의 법률관계나 그 이후의 법률관계에는 미치지 않으며, 표준시 이전에 이미 존재하고 있는 사실관계는 더 이상 주장할 수 없게 된다.

(다) 기판력의 객관적 범위

기판력은 주문에 포함된 소송물에 관한 판단에만 미치며(제216조 제1항), 판결 이유 중 판단의 경우는 상계에 관한 판단(제216조 제2항) 이외에는 미치지 않음이 원칙이다. 이는 「민사소송법 제216조 제2항에서 판결 이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정한 취지는, 만일 이에 대하여 기판력을 인정하지 않는다면, 원고의 청구권의 존부에 대

한 분쟁이 나중에 다른 소송으로 제기되는 반대채권의 존부에 대한 분쟁으로 변형됨으로써 상계 주장의 상대방은 상계를 주장한 자가 그 반대채권을 이중으로 행사하는 것에 의하여 불이익을 입을 수 있게 될 뿐만 아니라 상계 주장에 대한 판단을 전제로 이루어진 원고의 청구권의 존부에 대한 전소의 판결이 결과적으로 무의미하게 될 우려가 있게 되므로, 이를 막기 위함이라고 보인다.(대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결)」

(㉮) 사안의 경우

사안의 경우, 전소 원고 甲과 피고 乙이 동일하게 후소 당사자들이므로 주관적 범위에는 문제가 없고, 표준시인 전소 확정판결의 변론종결시 이후의 새로운 사실관계의 변동도 없으므로 문제될 것은 없다. 문제는 기판력의 객관적 범위에서 상계의 경우 민사소송법 제216조 제2항에 의하여 ‘상계하자고 대항한 액수에 한하여’ 기판력은 미치므로, 전소에서 상계하자고 대항한 액수인 5000만원 한도에서 기판력은 발생한다.

(3) 상계항변이 인정된 경우 기판력의 범위

(가) 문제점

전소 확정판결에서 상계항변이 인정된 경우, 기판력이 인정되는 범위에 대하여는 학설이 대립한다.

(나) 학 설

① 제1설

이 견해는 과거 수동채권과 자동채권이 모두 존재했다가 상계로 소멸되었다는 점에 대하여 기판력이 발생한다는 견해이다.

② 제2설

제2설은 상계에 대하여도 현재 자동채권이 소멸상태라는 부분에만 기판력이 인정된다는 견해이다.

(다) 검 토

물론, 기판력이 표준시를 기준으로 법률관계가 존재하는지 어떤지에 한하여 미침이 원칙이겠으나, 상계의 경우 소구채권과 반대채권에 관하여 향후 모순된 판단이 존재해서는 안될 것이므로 제1설에 찬성한다.

(㉮) 사안의 경우

사안의 경우, 전소확정판결이 A소의 기판력은 원고 甲의 피고 乙에 대한 5,000만원의 매매대금채권 및 피고 乙의 원고 甲에 대한 대여금채권이 5,000만원 한도에서 존재하였다가 상계로 소멸한 점에 기판력이 발생한다.

(4) 기판력의 본질

기판력의 본질에 관하여는 모순금지설과 반복금지설의 대립이 있다.

(가) 학 설

① 반복금지설

이 학설은 분쟁의 1회적 해결이 기판력의 본질이라는 것이므로 기판력은 그 자체 소극적 소송요건이라는 견해이다.

② 모순금지설

기판력의 본질은 판결의 모순·저촉 방지에 있다고 보아 승소자의 제소는 소의 이익이 없음을

이유로 각하하고, 패소자의 제소는 기판력에 반하는 청구이므로 각하하여야 한다는 견해이다.

(4) 판례

판례는 기본적으로 모순금지설의 입장이지만, 특히, 동일관계 사안에서 승소자의 제소는 소의 이익이 없어 각하하여야 하되, 패소자의 제소는 모순판단을 하지 않아야 한다는 구속력 정도로 보아 다시 기각하여야 한다는 입장이다.

(5) 상계하자고 대항한 액수를 초과한 부분에 대한 전소확정판결의 이유 중 판단에 구속력을 인정할 것인지

(가) 학설

판결 이유 중의 판단에 원칙적으로 기판력이 인정되지는 않는다 하더라도 일정한 구속력을 인정하자는 논의가 있으며, 이에 대하여는 ① 구속력을 인정하는 견해, ② 이른바 쟁점효설, ③ 의미관련론, ④ 경제적 가치동일성설 및 ⑤ 신의칙설 등의 견해가 대립한다.

(나) 판례

판례는 구속력을 부정하여 「민사재판에 있어서 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속을 받는 것은 아니다」고 한다. 다만, 「이미 확정된 관련 민사사건에서 인정한 사실은 유력한 증거가 되는 것이어서 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없으며, 특히 두 개의 민사소송이 당사자가 동일하고 분쟁의 기초사실도 같은 경우라면 전소의 판단이 후소에 유력한 증거자료로서의 효력 즉, 증명력이 발생한다(대법원 2003.8.19. 선고 2001다47467 판결 등)」는 입장이다.

(6) 사안의 해결

(가) 후소 대여금청구소송 중 5000만원 부분

위의 법리에 비추어 볼 때, 전소 확정판결의 피고 乙의 원고 甲에 대한 반대채권은 5,000만 원 한도내에서 상계로 소멸하였음에 대한 기판력은 발생하였고, 이에 대한 후소는 동일관계에 관한 승소자의 소이므로 결국, 이 부분 소는 기판력에 반한 것으로 판례에 의할 때 본안데 들어갈 것 없이 소의 이익이 없어 각하되어야 한다.

(나) 후소 대여금청구소송 중 1000만원 부분

이 부분은 전소확정판결에서 대항한 액수의 범위 이외 부분이므로 이에 대하여 후소 법원은 본안에 나아가 판단하여야 하나, 전소확정판결에서 이미 그 부분에 관한 존재가 유력한 증거자료에 의하여 뒷받침되었으므로 특별한 사정이 이를 인정하여야 한다.

【문제 2】 장래의 이행을 청구하는 소에 관하여 설명하시오. (25점)

【문제 3】 부대항소에 관하여 설명하시오. (25점)

