

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2021다275741 손해배상(기)
원고, 피상고인 원고
소송대리인 법무법인 성연 담당변호사 김은지 외 2인
피고, 상고인 피고
소송대리인 법무법인(유한) 정인 담당변호사 백진규 외 1인
원 심 판 결 부산지방법원 2021. 8. 27. 선고 2020나62921 판결
판 결 선 고 2022. 2. 17.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 중복제소에 해당하거나 재소금지 원칙에 반하는지 여부(상고이유 제2점)

가. 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도

로 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(대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다4050 판결 등 참조). 마찬가지로 먼저 제기된 소송에서 상계 항변을 제출한 다음 그 소송계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것도 가능하다.

한편 민사소송법 제267조 제2항은 "본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다."라고 정하고 있다. 이는 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용해지고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결 등 참조). 그런데 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술 또는 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가지는 소의 취하와 달리 소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 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 없다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 등 참조). 따라서 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계 항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계 항변을 철회하였더라도 이는 소송상 방어방법의 철회에 불과하여 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 원칙이 적용되지 않으므로, 그 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기할 수 있다.

나. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

피고는 원고를 상대로 이 사건 공사계약에 따른 공사대금 청구소송(이하 '선행소송'이라 한다)을 제기하였다. 원고는 선행소송의 제1심(부산지방법원 2017가소505896)에서 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 자동채권으로 하는 상계 항변을 하였으나, 선행소송의 제1심은 2017. 9. 5. 하자의 존재 여부 등에 관한 증거가 부족하다는 이유로 원고의 상계 항변을 배척하고 피고 전부승소 판결을 선고하였다. 원고는 2018. 4. 5. 피고를 상대로 이 사건 공사의 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하는 이 사건 소를 별도로 제기한 후 선행소송 항소심(부산지방법원 2017나56896) 제2차 변론기일에서 위 상계 항변을 철회하였다.

다. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이미 선행소송에서 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 자동채권으로 하는 상계 항변을 하였더라도 원고가 선행소송 계속 중 위 자동채권과 같은 채권에 기하여 이 사건 소를 별도로 제기하는 것 역시 허용된다. 또한 원고가 선행소송의 제1심에서 상계 항변에 관한 본안판단을 받은 다음 그 항소심에서 상계 항변을 철회하였더라도 이로 인하여 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 소구할 수 없게 되는 것도 아니다.

따라서 이 사건 소의 제기는 민사소송법 제259조가 금지하는 중복제소에 해당하거나 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 규정에 반하므로 이 사건 소를 각하하였어야 함에도 원심은 본안판단을 함으로써 직권조사사항인 소송요건의 흠결을 간과하고 심리를 계속하여 판결을 선고한 잘못이 있다는 취지의 이 부분 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

2. 손해배상액 산정에 관한 채증법칙 위반 여부(상고이유 제1점)

원심은 그 판시 증거들을 종합하여 이 사건 건물에 하자가 존재하고 그 하자보수에
합계 83,154,169원(하자보수를 위한 가설공사비용 포함)이 소요된다고 인정한 다음, 변
론에 나타난 제반 사정을 감안하여 공평의 원칙 또는 신의성실의 원칙에 따라 하자보
수에 갈음한 손해배상액을 위 하자보수비용의 80%인 66,523,335원으로 제한하였다.

관련 법리에 따라 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이
논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 확정판결의 증명력
에 관한 법리오해, 이유불비 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 상계 항변에 관한 기판력에 반하는지 여부(상고이유 제3점)

가. 민사소송법 제216조 제1항은 "확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력
을 가진다."라고 규정함으로써 판결이유 중의 판단에는 원칙적으로 기판력이 미치지
않는다고 하는 한편, 그 예외로서 제2항에서 "상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌
지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다."라고 규정하고 있다.
위와 같이 판결이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판
력을 인정할 취지는, 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 이중으로 행사
하는 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 위함이다(대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판
결, 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유와 기록에 따르면, 원고는 선행소송의 제1심에서 이 사건 공사에

관한 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상청구권에 기한 동시이행의 항변과 위 손해배상채권을 자동채권으로 하는 상계 항변을 하였다가 그 항소심에서 위 상계 항변을 철회한 사실, 선행소송의 항소심은 피고의 공사대금 청구를 일부 인용하는 판결을 선고하였는데, 그 판결이유에서 원고의 위 동시이행의 항변을 배척하였을 뿐 철회된 상계 항변에 관해서는 판단하지 않은 사실, 선행소송의 항소심판결은 그대로 확정된 사실을 알 수 있다.

다. 사정이 이러하다면 선행소송의 항소심판결은 원고의 상계 항변에 관하여 기판력을 가지지 않으므로, 원고의 하자보수에 갈음한 손해배상청구를 일부 인용한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 상계의 기판력 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박정화

 대법관 김선수

주 심 대법관 노태약

대법관 오경미