

바. 변 제

변제는 채무 내용에 좇은 현실제공으로 하여야 하고, 변제제공 한 때로부터 채무 불이행의 책임을 면한다.²⁷⁸¹⁾ 변제장소와 관련해서는 ‘지참채무’가 원칙적이고,²⁷⁸²⁾ 의무

2781) 민법 제460조(변제제공의 방법) 변제는 채무내용에 좇은 현실제공으로 이를 하여야 한다. 그러나 채권자가 미리 변제받기를 거절하거나 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 변제준비의 완료로 통지하고 그 수령을 최고하면 된다. ● 제461조(변제제공의 효과) 변제의 제공은 그때로부터 채무불이행의 책임을 면하게 한다.

제462조(특정물의 현상인도) 특정물의 인도가 채권의 목적인 때에는 채무자는 이행기의 현상대로 그 물건을 인도하여야 한다.

제468조(변제기전의 변제) 당사자의 특별한 의사표시가 없으면 변제기전이라도 채무자는 변제할 수 있다. 그러나 상대방의 손해는 배상하여야 한다. ● 채권자와 채무자 모두가 기한의 이익을 갖는 이자부 금전소비대차 계약 등에 있어서, 채무자가 변제기로 인한 기한의 이익을 포기하고 변제기 전에 변제하는 경우 변제기까지의 약정이자 등 채권자의 손해를 배상하여야 하고, 이러한 약정이자 등 손해액을 함께 제공하지 않으면 채무의 내용에 따른 변제제공이라고 볼 수 없으므로, 채권자는 수령을 거절할 수 있다. 다. 그러나 기한의 이익과 그 포기에 관한 민법 제153조 제2항, 변제기 전의 변제에 관한 민법 제468조의 규정들은 인의규정으로서 당사자가 그와 다른 약정을 할 수 있고, 은행여신거래에 있어서 당사자는 계약 내용에 편입된 약관에서 정한 바에 따라 위 민법 규정들과 다른 약정을 할 수도 있다(대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다305338 판결). 제473조(변제비용의 부담) 변제비용은 다른 의사표시가 없으면 채무자의 부담으로 한다. 그러나 채권자의 주소이전 기타의 행위로 인하여 변제비용이 증가된 때에는 그 증가액은 채권자의 부담으로 한다.

2782) 민법 제467조(변제의 장소) ① 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때에는 특정물의 인도는 채권성립당시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 한다. ② 전항의 경우에 특정물인도 이외의 채무 변제는 채권자의 현주소에서 하여야 한다. 그러나 영업에 관한 채무의 변제는 채권자의 현영업소에서 하여야 한다. 상법 제56조(지점거래의 채무이행장소) 채권자의 지점에서의 거래로 인한 채무이행의 장소가 그 행위의

이행지에 특별재판적이 인정된다.²⁷⁸³⁾ 소송대리인은 위임을 받은 사건에 대하여 변제의 영수를 할 수 있다.²⁷⁸⁴⁾

1) 주장책임

변제에 관한 주장책임에 대해서 그 주장책임을 완화하여 본 판례²⁷⁸⁵⁾가 있는가 하면, 그 주장책임을 강조한 판례²⁷⁸⁶⁾도 있다.

2) 요건사실

가) 변제사실

변제사실은 변제자인 채무자에게 그 증명책임이 있다.²⁷⁸⁷⁾

채권자가 채무자에게 '채권증서'²⁷⁸⁸⁾를 반환하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 채권은

성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 특정되지 아니한 경우 특정물 인도 외의 채무이행은 그 지점을 이행장소로 본다.

대법원 2022. 5. 3.자 2021마6868 결정: "민법 제467조 제2항의 '영업에 관한 채무'는 영업과 관련성이 인정되는 채무를 의미하고, '현영업소'는 변제 당시를 기준으로 그 채무와 관련된 채권자의 영업소로서 주된 영업소(본점)에 한정되는 것이 아니라 그 채권의 추심 관련 업무를 실제로 담당하는 영업소까지 포함된다. 따라서 영업에 관한 채무의 이행을 구하는 소는 제소 당시 채권 추심 관련 업무를 실제로 담당하는 채권자의 영업소 소재지 법원에 제기할 수 있다."

2783) 민사소송법 제8조(거소지 또는 의무이행지의 특별재판적) 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 거소지 또는 의무이행지의 법원에 제기할 수 있다.

2784) 민사소송법 제90조 제1항.

2785) '피고가 유효증으로 공탁서를 제출하였을 뿐 그에 기재된 금액 상단에 대한 변제 주장을 명시적으로 하지 않았다고 하더라도, 피고가 유효증으로 공탁서를 제출한 것은 그 금액에 해당하는 만큼 변제되었음을 주장하는 취지임이 명백하므로, 법원으로서도 그와 같은 주장이 있는 것으로 보고 그 당부를 판단하거나 아니면 그렇게 주장하는 취지인지 석명을 구하여 피고의 진의를 밝히고 그에 대한 판단을 하여야 하고, 이에 이르지 아니한 경우에는 판단유탈 또는 석명권 불행사로 인한 심리미진의 위법이 있게 된다.'고 한 예(2001다42080). [동일 취지] 대법원 2021. 1. 28. 선고 2019다207141 판결.

2786) 부동산실명법 시행 후의 이른바 선의의 계약명의신탁의 사안에서, '명의신탁자의 수탁자에 대한 채수자금 상당의 부당이득반환채권이 변제 등으로 인하여 소멸되었음이 주장·입증되지 아니하는 한 최소한 원심의 변론종결 시까지는 적법하게 존속하는 것으로 보아야 함에도, 원심이 단지 아파트가 제3자에게 처분되었다는 사실만으로 신탁자가 그 처분권을 행사함으로써 채수금액 상당의 중대한 손해가 발생한 것으로 볼 수 없다는 이유를 내세워 위 부당이득반환채권 자체가 성립되지 아니하였다고 판단한 것에는 부당이득반환채권의 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 만약 원심이 위 부당이득반환채권이 성립하기는 하였으나 위와 같은 처분권의 행사로써 소멸된 것으로 보았다면, 원심판결에는 법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단한 것으로서 변론주의에 위배하였을 뿐만 아니라 실제로 신탁자가 아파트의 처분권을 행사하여 그 매매대금까지 수령하였는지에 관하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.'고 한 예(2007다17284).

2787) ㉠ 채무자가 채무 변제를 위하여 은행 발행의 자기앞수표를 채권자에게 교부하였는데 그 수표의 금액, 발행은행, 발행일자과 교부일자와 관련하여 다툼이 있는 경우 채무자가 채권자에게 채무 변제를 위하여 교부한 수표가 특정된 수표 3매 중의 1매라는 사실은 변제사실에 속하는 것이므로 이는 변제자인 채무자에게 그 증명책임이 있다고 한 예(83다가2014). ㉡甲이 동업관계에서 탈퇴하는 乙에게 청산 금원을 지급하면서 乙로부터 乙 자신이 제3자로부터 금원을 차용하여 동업자금으로 투자한 후 그 제3자에게 설정해 준 바 있는 근저당권설정계약을 해제하기 위한 금액이라는 취지가 명시된 영수증을 교부받은 경우, 그 근저당권의 피담보채무가 동업관계의 탈퇴로 인한 합의금 채무 속에 포함된 것이라는 점에 관한 주장·증명책임은 피담보채무의 변제로 인하여 합의금 채무도 아울러 그 범위 내에서 이행되었다고 주장하는 甲에게 있다고 한 예(97다11072).

2788) 민법 제475조(채권증서반환청구권) 채권증서가 있는 경우에 변제자가 채무전부를 변제한 때에는 채권증서의

변제 등의 사유로 소멸하였다고 (사실상) 추정할 수 있다.²⁷⁸⁹⁾ 채무자가 채권자에게 기존 채무의 이행에 관하여 어음이나 수표를 교부하는 경우 '지급을 위하여' 또는 '지급 확보를 위하여' 교부하는 것으로 추정되고, 채권자가 기존 채무의 이행에 관하여 채무자로부터 어음·수표를 교부받은 후 이를 다시 채무자에게 반환하였다면 채무자로부터 기존의 원인채권을 변제받은 사실을 추정할 수 있다.²⁷⁹⁰⁾ 어음할인이 대출에 해당하는 경우,²⁷⁹¹⁾

반환을 청구할 수 있다. 채권이 변제 이외의 사유로 전부 소멸한 때에도 같다. ㉠ 채권증서는 채권의 존재를 증명하기 위하여 채권자에게 제공된 문서로서 특정한 이름이나 형식을 따라야 하는 것은 아니지만, 장차 변제 등으로 채권이 소멸하는 경우에는 민법 제475조에 따라 채무자가 채권자에게 그 반환을 청구할 수 있는 것이어야 한다. 이에 비추어 임대차계약서와 같이 계약 당사자 쌍방의 권리의무관계의 내용을 정한 서면은 그 계약에 의한 권리의 존속을 표상하기 위한 것이라고 할 수는 없으므로 위 채권증서에 해당하지 않는다(2013다32574). ㉡ 채권증서 반환청구권은 채권 전부를 변제한 경우에 인정되는 것이고, 영수증 교부의무와는 달리 변제와 동시이행관계에 있지 않다(2003다22042).

2789) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011다74550 판결: "지불각서와 같은 채권증서는 채무자가 작성하여 채권자에게 교부하는 것이고, 채무자가 채무 전부를 변제하거나 그 밖의 사유로 채권이 소멸한 때에는 채권자에게 채권증서의 반환을 청구할 수 있고(민법 제475조), 이러한 채권증서 반환청구권은 채무 전부를 변제하는 등 채권이 소멸한 경우에 인정되므로, 채권자가 채무자로부터 채권증서를 교부받은 후 이를 다시 채무자에게 반환하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 채권은 변제 등의 사유로 소멸하였다고 추정할 수 있다." ㉠ 원고가 피고에게 금전을 대여하고 피고로부터 교부받은 지불각서가 다시 피고에게 반환된 후 그 사본에 의하여 대여금 청구를 한 사안에서, 위 지불각서 반환으로 원고의 대여금 채권이 소멸하였다고 추정하고, 피고가 위 지불각서를 탈취 해간 것이라는 원고의 주장을 인정할 증거가 없어 위 추정이 번복되지 않는다는 취지에서 원고의 청구를 기각한 원심을 정당한 것으로 수긍한 예. [동일 취지] ㉡ 금전을 대여한 채권자가 그 채권증서로서 그 채권에 관하여 기한이익의 상실사유 및 지연손해금 등을 정하고 강제집행을 승낙한다는 내용이 기재되어 채권자에게 유리한 공정증서를 작성받아 소지하고 있다가 공정증서에 표시된 채권금 중 일부를 지급받고 자의로 당해 공정증서 원본을 채무자에게 반환하였다면, 진정한 채권액이 처음부터 위 지급금액에 한정되거나 채권자가 나머지 채권의 일부를 포기하는 등 그 법적 원인이 어떠한 것이든 간에 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 채권관계는 소멸되었다고 보는 것이 경험칙에 부합한다(2011다23170). ㉢ 금원을 차용한 채무자가 채권자에게 차용금을 변제하면서 영수증을 교부받지 아니하거나 그 차용금에 관하여 채권자에게 교부한 차용증 또는 어음 등 채권증서를 회수 또는 폐기하지도 않은 채 채권자의 수중에 남겨 둔다는 것은 극히 이례에 속하는 일이므로, 영수증을 받거나 채권증서를 회수 또는 폐기하지 못한 채 변제를 할 수 밖에 없었음을 수긍할 만한 특별한 사정이 인정되지 않는 한 그 변제사실을 인정하는 것은 경험칙에 반하는 판단이라고 하지 않을 수 없다(88다카11916). ㉣ '경험칙'에 따른 추정이므로 '사실상 추정'에 해당한다.

2790) 대법원 1996. 12. 20. 선고 96다41588 판결: "채무자가 채권자에게 기존 채무의 이행에 관하여 어음이나 수표를 교부하는 경우 당사자 사이에 특약이 없는 한 '지급을 위하여' 또는 '지급 확보를 위하여' 교부하는 것으로 추정할 것이고, 따라서 특별한 사정이 없는 한 기존의 원인채무는 소멸하지 아니하고 어음, 수표상의 채무와 병존한다고 보아야 하는바, 기존의 원인채권과 어음, 수표 채권이 병존하는 경우에 채권자가 기존의 원인채권을 행사함에 있어서는 어음이나 수표를 채무자에게 반환하여야 하는 것이므로, 채권자가 기존 채무의 이행에 관하여 채무자로부터 어음을 교부받은 후 이를 다시 채무자에게 반환하였다면 특단의 사정이 없는 한 채무자로부터 기존의 원인채권을 변제받은 사실을 추정할 수 있다 할 것이다." ㉠ 채권자가 기존 채무의 이행에 관하여 교부받은 어음을 그 지급기일이 장가라는 이유로 채무자에게 반환한 경우, 이는 기존의 원인채무의 변제와 상환으로 이루어진 것이 아니라, 오히려 그 어음을 기존의 원인채무의 '지급을 위하여' 또는 '지급 확보를 위하여' 교부받기를 거부하는 채권자의 의사에 기하여 이루어진 것이므로, 채권자가 어음을 교부받으면서 채무자에게 작성하여 준 어음 액면 함계액의 임금표를 회수하지 아니하였다거나 채무자가 채권자에게 그 어음 대신 같은 액면의 다른 어음을 교부하였다는 증거가 없다는 점을 들어 채무자가 원인채무를 변제한 사실을 곧바로 추정할 수는 없고, 그 기존 원인채무의 변제 사실은 여전히 이를 주장하는 채무자가 증명하여야 한다고 한 예.

2791) 통상 어음할인이라 함은, 아직 만기가 도래하지 아니한 어음의 소지인이 상대방에게 어음을 양도하고 상대방이 어음의 액면금액에서 만기까지의 이자 기타 비용을 공제한 금액을 할인의뢰자에게 교부하는 거래를 말하는 것인데, 수표의 경우에는 만기가 없으므로 어음할인과 같은 엄격한 의미에서의 수표할인은 존재할 수 없으나 특정기일 전까지 지급제시를 하지 않기로 하고 수표금액에서 그 기간까지의 이자를 공제하는 방법에 의한

채권자가 그 어음을 다른 사람에게 매도하거나 배서양도하여 그 대가를 얻었다고 하더라도, 채권자가 그 어음의 재할인이나 배서양도와 관련한 책임을 면하지 못하는 한, 대출금 채권이 당연히 소멸되는 것이라고는 할 수 없다.²⁷⁹²⁾

채무자가 채권자에게 채무변제와 관련하여 다른 채권을 양도한 경우 특별한 사정이 없는 한 채권양도만으로 바로 원래의 채권이 소멸한다고 볼 수는 없고, 채권자가 양도받은 채권을 변제받음으로써 그 범위 내에서 채무자가 면책되는 것이므로, '양도 채권의 변제'에 관하여 기존채무의 채무자에게 주장·증명책임이 있다.²⁷⁹³⁾ 반면에, 채무변제에 '갈음하여' 다른 채권을 양도하기로 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 채권양도의 요건을 갖추어 대체급부가 이루어짐으로써 원래의 채무는 소멸하고, 그 양수한 채권의 변제까지 이루어져야만 원래의 채무가 소멸하는 것은 아니다.²⁷⁹⁴⁾

'배당표에 대한 이의가 있는 채권'에 관하여 배당이의의 소가 제기되어 배당액이 공탁되었다가 배당표가 확정됨에 따라 공탁된 배당금이 지급된 경우, 변제의 효력이 발생하는 시점은 원칙적으로 '배당표의 확정 시'이고(배당표 확정 전에 채권자가 공탁된 배당금을 수령하고 그 후 같은 내용으로 배당표가 확정된 경우에는, '공탁금 수령 시'이다),²⁷⁹⁵⁾ 그 배당금은 '배당표의 확정 시'(또는 '공탁금 수령 시')까지 발생한 이자나 지연손해금 채권에 먼저 충당된 다음

수표할인은 가능한바, 그와 같은 형태의 어음 또는 수표의 할인이 금융기관이 아닌 사인 간에 이루어진 경우 그 성질이 소비대차에 해당하는 것인지 아니면 어음의 매매에 해당하는 것인지의 여부는 그 거래의 실태와 당사자의 의사에 의하여 결정되어야 할 것이다(2001다55598).

2792) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2005다10814 판결.

2793) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다16660 판결 등(채무자가 채권자에게 채무변제와 관련하여 다른 채권을 양도하는 것은 특단의 사정이 없는 한 채무변제를 위한 담보 또는 변제의 방법으로 양도되는 것으로 추정할 것이지 채무변제에 갈음한 것으로 볼 것은 아니기 때문이다).

2794) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다40998 판결(이 경우 대체급부로서 채권을 양도한 양도인은 양도 당시 양도대상인 채권의 존재에 대해서는 담보책임을 지지만 당사자 사이에 별도의 약정이 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 그 채무자의 변제자력까지 담보하는 것은 아니다).

2795) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다70822 판결: "배당표가 확정되어야 비로소 채권자가 공탁된 배당금의 지급을 신청할 수 있으므로, 배당표 확정 이전에 채권자가 배당금을 수령하지 않았는데도 채권에 대해 변제의 효력이 발생한다고 볼 수는 없다. 한편 배당표가 일단 확정되면 채권자는 공탁금을 즉시 지급받아 수령할 수 있는 지위에 있는데, 배당표 확정 이후의 어느 시점(가령 배당액 지급증 교부 시 또는 공탁금 출금 시)을 기준으로 변제의 효력이 발생한다고 보게 되면, 채권자의 의사에 따라 채무의 소멸 시점이 늦추어질 수 있고, 그때까지 채무자는 지연손해금을 추가로 부담하게 되어 불합리하다. 따라서 채무자가 공탁금 출금을 곤란하게 하는 장애요인을 스스로 형성·유지하는 등의 특별한 사정이 없는 한 배당액에 대한 이의가 있었던 채권은 공탁된 배당액으로 충당되는 범위에서 배당표의 확정 시에 소멸한다고 보아야 한다. 다만 위와 같은 배당표의 확정 전에 어떤 경우든 채권자가 공탁된 배당금을 지급받아 수령하고 그 후 같은 내용으로 배당표가 확정된 경우에는, 채권자가 현실적으로 채권의 만족을 얻은 시점인 공탁금 수령 시에 변제의 효력이 발생한다고 봄이 타당하다. 이러한 법리는 근저당권자의 피담보채권에 대하여 다른 채권자가 이의함으로써 해당 배당액이 공탁되었다가 배당이의소송을 거쳐 배당표가 확정됨에 따라 공탁된 배당금이 지급되는 경우에도 마찬가지로 적용된다." ■ 배당이의의 소 수소법원이 피고에 대한 배당액을 삭제하면서 채권자인 원고가 배당받을 금액을 정하지 않고 배당표를 다시 만들고 다른 배당절차를 밟도록 명한 경우에는(민사집행법 제157조 후문), 그 판결에 따라 배당법원이 실시한 재배당절차에서 재조정한 배당표가 확정되어야 원고의 채권이 소멸한다(대법원 2022. 11. 30. 선고 2021다287171 판결).

원금에 충당된다(이자나 지연손해금의 종기가 '배당액을 정'하는 단계에서는 '배당기일'까지, 확정된 배당액의 '변제충당' 단계에서는 변제충당의 기준시점으로서 변제효력발생시점인 '배당표 확정 시'까지로 서로 다르다).²⁷⁹⁶⁾ 가압류채권자의 채권에 대하여 배당액이 공탁된 후 그 채권에 관하여 채권자 승소의 본안판결이 확정된 경우, 가압류채권자의 채권은 공탁 배당액으로 충당되는 범위에서 '본안판결의 확정 시'에 소멸한다.²⁷⁹⁷⁾

채무의 변제로 ① 타인의 물건을 인도하거나, ② 양도할 능력 없는 소유자가 물건을 인도한 경우, 채권자가 변제로 받은 물건을 선의로 소비하거나 타인에게 양도한 때에는 그 변제는 효력이 있다.²⁷⁹⁸⁾

나) 급부와 채무 사이의 견련관계

변제에 있어서 급부와 당해 채무 사이의 견련관계에 대한 증명책임이 누구에게 있는지에 관하여는, 급부가 당해 채무의 변제를 위한 것임을 변제의 효과를 주장하는

2796) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다70822 판결: "근저당권자가 배당요구의 종기 전에 피담보채권액에 관한 채권계산서를 제출하거나 그 후 배당표가 작성될 때까지 이를 보정함으로써 그에 따라 배당표가 확정되었다면, 채권최고액 범위 내에서 제출되거나 보정된 채권계산서에 기재된 이자 또는 지연손해금으로서 배당기일까지 발생한 것은 배당에 포함될 수 있지만 배당기일 이후에 발생한 이자나 지연손해금은 배당에 포함될 여지가 없다. 이러한 법리는 채권계산서를 제출한 근저당권자의 피담보채권에 대하여 다른 채권자가 이익함으로써 해당 배당액이 공탁되었다가 배당이의소송을 거쳐 배당표가 확정됨에 따라 공탁된 배당금이 지급되는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 위와 같은 경우에 배당기일 이후 배당금이 공탁되어 있는 동안 실제법상 이자나 지연손해금이 발생하더라도, 해당 근저당권자가 수령할 배당액을 정하는 단계에서는 채권최고액 범위 내에서 배당기일까지의 이자나 지연손해금만이 배당액에 포함될 수 있다. 그러나 위와 같이 확정된 배당액을 변제의 효력 발생 시점까지 발생한 채권의 변제에 충당하는 단계에서도 당연히 같은 법리가 적용된다고 볼 수 없다. 채권계산서를 제출한 근저당권자의 피담보채권에 대하여 다른 채권자가 이익함으로써 해당 배당액이 공탁되었다가 배당이의소송을 거쳐 배당표가 확정됨에 따라 공탁된 배당금이 지급되는 경우에, 그 배당금은 특별한 사정이 없는 한 민법 제479조 제1항에 따라 배당표의 확정 시까지(배당표 확정 시보다 앞서는 공탁금 수령 시에 변제의 효력이 발생한다고 볼 수 있는 경우에는 공탁금 수령 시까지를 의미한다) 발생한 이자나 지연손해금 채권에 먼저 충당된 다음 원금에 충당된다고 보아야 한다."

2797) 대법원 2018. 7. 24. 선고 2016다227014 판결: "부동산에 대한 경매절차에서 배당법원은 배당을 실시할 때에 가압류채권자의 채권에 대하여는 그에 대한 배당액을 공탁하여야 하고, 그 후 그 채권에 관하여 채권자 승소의 본안판결이 확정됨에 따라 공탁의 사유가 소멸한 때에는 가압류채권자에게 그 공탁금을 지급하여야 한다(민사집행법 제160조 제1항 제2호, 제161조 제1항). 따라서 특별한 사정이 없는 한 본안의 확정판결에서 지급을 명한 가압류채권자의 채권은 위와 같이 공탁된 배당액으로 충당되는 범위에서 본안판결의 확정 시에 소멸한다. 이러한 법리는 위와 같은 본안판결 확정 이후에 채무자에 대하여 파산이 선고되었다 하더라도 마찬가지로 적용되므로, 본안판결 확정 시에 이미 발생한 채권 소멸의 효력은 채무자회생법 제348조 제1항에도 불구하고 그대로 유지된다고 보아야 한다. 이러한 경우에 가압류채권자가 공탁된 배당금을 채무자의 파산선고 후에 수령하더라도 이는 본안판결 확정 시에 이미 가압류채권의 소멸에 충당된 공탁금에 관하여 단지 그 수령만이 본안판결 확정 이후의 별도의 시점에 이루어지는 것에 지나지 않는다. 따라서 가압류채권자가 위와 같이 수령한 공탁금은 파산관재인과의 관계에서 민법상의 부당이득에 해당하지 않는다고 보아야 한다."

2798) 민법 제463조(변제로서의 타인의 물건의 인도) 채무의 변제로 타인의 물건을 인도한 채무자는 다시 유효한 변제를 하지 아니하면 그 물건의 반환을 청구하지 못한다. 제464조(양도능력없는 소유자의 물건인도) 양도할 능력없는 소유자가 채무의 변제로 물건을 인도한 경우에는 그 변제가 취소된 때에도 다시 유효한 변제를 하지 아니하면 그 물건의 반환을 청구하지 못한다. 제465조(채권자의 선의소비, 양도와 구상권) ① 전2조의 경우에 채권자가 변제로 받은 물건을 선의로 소비하거나 타인에게 양도한 때에는 그 변제는 효력이 있다. ② 전항의 경우에 채권자가 계산자로부터 배상의 청구를 받은 때에는 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

채무자 측에게 있다는 채무자설과,²⁷⁹⁹⁾ 급부가 당해 채무의 변제와 관련이 없음을 변제의 효과를 다투는 채권자 측에게 있다는 채권자설로 나뉘는데, 통설은 채권자설에 기초하여 아래 각주와 같이 본다.^{2800) 2801)}

판례도, 통설과 같은 입장을 취한 것으로 이해할 수 있다. 즉, 채무자가 특정한 채무의 변제조로 금원 등을 지급한 사실을 주장함에 대하여, 채권자가 이를 수령한 사실을 인정하고서 다만 타 채무의 변제에 충당하였다고 주장하는 경우에는, 채권자는 타 채권이 존재하는 사실과 타 채권에 대한 변제충당의 합의가 있었다거나 타 채권이 법정충당의 우선순위에 있다는 사실을 주장·증명하여야 하고,²⁸⁰²⁾ 그러한 사실의 증명을 다하지 못했다 하더라도, 법정변제충당의 규정은 임의규정이므로 당연히 각 채무액의 안분비례에 의하여 법정충당이 행해진다고 한다.²⁸⁰³⁾ 또한, 채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류를 목적으로 한 수개의 채무를 부담한 경우에 변제의 제공에 있어서 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 민법 제477조의 규정에 따라 법정변제충당되는 것이고, 특히 민법 제477조 제4호에 의하면 법정변제충당의 순위가 동일한 경우에는

2799) 민법주해 채권(4), 1995, 28-30면(김대휘 집필).

2800) 박영하, "변제충당주장판단의 실시방식에 관한 소고", 사법연수원논문집 제1집, 8면 이하; 민법주해 채권(4), 1995, 175면(이인재 집필); 곡현수, "변제에 관한 입증책임", 재판자료 제26집 민사증거법(하), 법원행정처(1985), 212-214면; 한종열, "변제충당의 주장책임과 입증책임", 경북대법논총 11집, 경북대학교법학연구소(1973), 61-64면.

2801) ◎ 변제에 있어서 급부와 당해 채무 사이의 견련관계에 관한 채권자설의 입장

원고의 청구채권을 변제하였다는 피고의 항변에 대하여, 원고가 별개 채권의 성립을 주장·증명한다면, 각 당사자의 변제충당에 관한 주장·증명이 없더라도, 임의규정인 민법 제477조에 의하여 지동적으로 법정충당이 행해지고, 최종적으로 각 채권에 관한 안분충당을 규정한 같은 조 제4호가 적용되어, 원고는 적어도 급부금 중 별개 채권에 대한 안분충당액의 한도에서 이익을 받게 된다. 원고가 별개 채권의 성립을 주장하는 것은 급부금 중 별개 채권에 대한 안분충당액의 범위에서 재항변인 것이다. 원고가 나아가 별개 채권이 법정충당 우선순위에 있거나 이에 대한 충당합의 내지 지정을 이유로 급부금 전액(별개 채권금액을 한도로 한다)이 별개 채권에 충당되어야 한다고 하여 안분충당보다 원고에게 더욱 유리한 충당을 주장한다면 이는 급부금 전액에 대한 재항변이 된다. 원고는 이 경우에 민법 제477조 제4호의 예외인 같은 조 제1, 2, 3호의 전제사실이나 별개 채권에 대한 충당합의 내지 지정 사실을 증명하여야 한다. 원고가 하는 위 두 가지 사실 주장은 모두 재항변으로서 효력범위를 달리할 뿐 같은 순위의 항변이다. 이에 대하여 피고가 급부금 전액이 청구채권에 충당되어야 한다고 주장하는 경우에는 원고의 별개 채권 성립의 재항변에 대한 재재항변이 되고 피고는 안분충당보다 자기에게 더욱 유리한 청구채권에 급부금 전액 충당에 대한 증명책임을 지게 된다.

즉, ① 원고의 급인 청구 → 피고의 변제 항변 → 원고의 별개 채권 성립 재항변(= 별개 채권에 대한 법정안분충당액 재항변) → 청구 채권에 대한 충당 합의, 충당 지정, 법정충당 우선 순위 사실의 피고 재재항변(= 청구 채권에 대한 법정안분충당액 이상 충당의 재재항변), ② 원고의 급인 청구 → 피고의 변제 항변 → 원고의 별개 채권 성립+별개 채권에 대한 충당 합의, 충당 지정, 법정충당 우선 순위 사실 재항변(= 별개 채권에 대한 법정안분충당액 이상 충당의 재항변)의 구조로 이어진다. ①에서 원고의 별개 채권 성립 재항변의 주장 자체로 보아 법정충당 순서에서 별개 채권이 청구 채권보다 열위인 경우에는 피고의 재재항변으로 주장될 사실을 원고가 먼저 자인한 셈이 된다. ①에서의 피고 재재항변이 ②에서는 원고의 재항변에 대한 피고의 부인이 된다.

2802) 대법원 1999. 12. 10. 선고 99다14433 판결, 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다49338 판결, 대법원 1957. 7. 27. 선고 4290민상117 판결.

2803) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다49338 판결.

각 채무액에 안분비례하여 각 채무의 변제에 충당되는 것이므로, 위 안분비례에 의한 법정변제충당과는 달리, 그 법정변제충당에 의하여 부여되는 법률효과 이상으로 자신에게 유리한 변제충당의 지정, 당사자 사이의 변제충당의 합의가 있다거나 또는 당해 채무가 법정변제충당에 있어 우선순위에 있어서 당해 채무에 전액 변제충당되었다고 주장하는 자는 그 사실을 주장·증명할 책임을 부담하고, 이 경우 위 사실을 주장하는 자가 변제충당의 지정 또는 변제충당의 합의가 있었다거나 당해 채무가 법정변제충당에 있어 우선순위에 있어서 당해 채무에 전액 변제되었다는 점에 관하여 증명을 다하지 못하였다면 당연히 각 채무액에 안분비례하여 법정충당이 행하여진다고 한다.²⁸⁰⁴⁾

3) 변제충당

가) 변제충당 순서

변제충당에 관한 민법 제476조 내지 제479조의 규정은 임의규정이므로 변제자와 변제수령자 사이에 위 규정과 다른 약정이 있다면 그 약정에 따라 변제충당의 효력이 발생하고,²⁸⁰⁵⁾ 위 규정과 다른 약정이 없는 경우에 변제의 제공이 채무 전부를 소멸하게 하지 못하는 때에는 민법 제476조의 지정변제충당에 의하여 변제충당의 효력이 발생

2804) ① 대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다77712 판결; 피고가 변제를 위해 교부하였다는 41,000,000원 전액이 별개 채권의 변제에 충당되었다고 주장하는 원고로서는 그와 같은 변제충당의 지정이나 합의가 있었다는 점 또는 별개 채권이 법정변제충당에 있어 우선순위에 있다는 점을 입증할 책임이 있다 할 것이나, 원고가 그 입증에 성공하지 못한다 하더라도 그 별개 채권이 존재하는 이상 당연히 양 채권에 법정변제충당이 행하여지고, 상호 간의 우선순위를 가릴 수 없다면 최종적으로는 각 채무액에 안분비례하여 변제에 충당하게 될 것인데도, 원심이 별개 채권의 존재는 인정하면서도 위 사항에 관한 원고의 입증이 없다는 이유만으로 바로 위 41,000,000원이 이 사건 대여금에 전액 충당되었다고 판단한 것은 잘못이라고 판단한 예. ② 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021다247937, 247951, 247968 판결; 원심이, 피고들이 원고가 제시한 계산 방식에 대하여 별다른 의견을 제시하지 않고 있다는 이유를 들어 원고가 계산한 방식에 따라 피고들의 미지급 차입 및 연체료를 계산한 데 대하여, 대법원은, 위와 같은 사정만으로는 위 방식으로 변제충당의 지정이나 합의가 있었다거나 우선적 법정변제충당사유 등이 있었다고 보기 부족하고, 변제충당의 지정이나 합의가 있는지 추가로 심리하여 그러한 사정이 존재하지 않는다면 법정변제충당에 의하여 피고들의 미지급 차입 및 연체료를 계산하였어야 한다고 한 예.

2805) ○ 대법원 2004. 3. 25. 선고 2001다53349 판결; “변제충당에 관한 민법 제476조 내지 제479조의 규정은 임의규정이므로 변제자(채무자)와 변제수령자(채권자)는 약정에 의하여 위 각 규정을 배제하고 제공된 급부를 어느 채무에 어떤 방법으로 충당할 것인가를 결정할 수 있고, 이와 같이 채권자와 채무자 사이에 미리 변제충당에 관한 약정이 있으며, 그 약정 내용이, 변제가 채권자에 대한 모든 채무를 소멸시키기에 부족한 경우 채권자가 적당하다고 인정하는 순서와 방법에 의하여 충당하기로 한 것이라면, 채권자가 위 약정에 터잡아 스스로 적당하다고 인정하는 순서와 방법에 좇아 변제충당을 한 이상 채무자에 대한 의사표시와 관계없이 그 충당의 효력이 있고, 위와 같이 미리 변제충당에 관한 별도의 약정이 있는 경우에는 채무자가 변제를 하면서 위 약정과 달리 특정 채무의 변제에 우선적으로 충당한다고 지정하더라도 그에 대하여 채권자가 명시적 또는 묵시적으로 동의하지 않는 한 그 지정은 효력이 없어 채무자가 지정한 채무가 변제되어 소멸하는 것은 아니다.” ■ 이러한 법리는 민법 제499조에 의하여 변제충당에 관한 규정이 준용되는 삼계의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2012다10386 판결).

○ 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012다118044, 118051 판결; “변제자(채무자)와 변제수령자(채권자)는 변제로 소멸한 채무에 관한 보증인 등 이해관계 있는 제3자의 이익을 해하지 않는 이상 이미 급부를 마친 뒤에도 기존의 충당방법을 배제하고 제공된 급부를 어느 채무에 어떤 방법으로 다시 충당할 것인가를 약정할 수 있다.”

하며,²⁸⁰⁶⁾ 보충적으로 민법 제477조²⁸⁰⁷⁾의 법정변제충당의 순서에 따라 변제충당의 효력이 발생한다.²⁸⁰⁸⁾ 변제자가 지정충당권을 행사하였다는 주장·증명이 없다면 변제수령자가 어느 채무를 지정하여 변제에 충당할 수 있다.²⁸⁰⁹⁾ 즉, ① 합의변제충당 → ② 채무자 지정변제충당 → ③ 채권자 지정변제충당 → ④ 법정변제충당의 순으로 변제충당이 이루어진다.

편면적 강행규정에 반하는, 임차인에 불리한 임대인의 지정변제충당은 무효이고, 임차인의 지정변제충당이나 법정변제충당이 적용된다.²⁸¹⁰⁾

채무자가 수 개의 채무 중 특정채무를 지정하여 변제하였는데 변제액수가 지정한 특정채무의 액수를 초과한 경우, 특별한 사정이 없는 한 초과액수가 다른 채권의 변제에 당연히 충당된다거나 공제의 대상이 된다고 볼 수는 없다.²⁸¹¹⁾

2806) **민법 제476조(지정변제충당)** ① 채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류를 목적으로 한 수개의 채무를 부담한 경우에 변제의 제공이 그 채무 전부를 소멸하게 하지 못하는 때에는 변제자는 그 당시 어느 채무를 지정하여 그 변제에 충당할 수 있다. ② 변제자가 전항의 지정을 하지 아니할 때에는 변제받는 자는 그 당시 어느 채무를 지정하여 변제에 충당할 수 있다. 그러나 변제자가 그 충당에 대하여 즉시 이의를 한 때에는 그러하지 아니하다. ③ 전 2항의 변제충당은 상대방에 대한 의사표시로써 한다.

2807) **민법 제477조(법정변제충당)** 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 다음 각 호의 규정에 의한다.

1. 채무 중에 이행기가 도래한 것과 도래하지 아니한 것이 있으면 이행기가 도래한 채무의 변제에 충당한다.
2. 채무 전부의 이행기가 도래하였거나 도래하지 아니한 때에는 채무자에게 변제이익이 많은 채무의 변제에 충당한다.
3. 채무자에게 변제이익이 같으면 이행기가 먼저 도래한 채무나 먼저 도래할 채무의 변제에 충당한다.
4. 전 2호의 사항이 같은 때에는 그 채무액에 비례하여 각 채무의 변제에 충당한다.

2808) 대법원 2010. 3. 10.자 2009마1942 결정.

2809) 대법원 1984. 1. 31. 선고 83다카1560 판결.

2810) 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다309337 판결: “변제충당에 관한 민법 제476조 내지 제479조는 임의규정이지만, 상가임대차법의 규정에 위반된 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 효력이 없으므로(상가임대차법 제15조), 임대인과 임차인이 연체 차임과 관련하여 민법상 변제충당과 다른 약정을 체결하였더라도 그것이 임차인에게 불리한 경우에는 효력을 인정할 수 없고, 이 경우에는 상가임대차법 제10조의9의 규정에 반하지 않는 범위 내에서만 민법상 변제충당 규정이 적용된다. 따라서 임차인의 변제제공이 연체 차임액 전부에 미치지 못할 경우에는 임차인이 지정변제충당(민법 제476조 제1항)을 할 수 있으나, 임대인의 지정변제충당(민법 제476조 제2항)이 상가임대차법 제10조의9에 반하는 경우에는 이를 적용할 수 없고, 임차인의 변제제공 당시를 기준으로 민법 제477조의 법정변제충당의 순서에 따라 변제충당의 효력이 발생할 뿐이다. … 임차인의 변제제공이 특례기간을 포함하여 그 전후의 연체 차임액 전부에 미치지 못하는 경우에는, 합의충당이나 임차인의 지정변제충당(민법 제476조 제1항) 등의 특별한 사정이 없는 이상 변제기가 도래하지 않은 차임에 먼저 충당된다고 볼 수 없으므로, 민법 제477조의 법정변제충당이 적용된다. 따라서 변제제공 시점에 이미 이행기가 도래한 연체 차임의 변제에 먼저 충당되고(민법 제477조 제1호), 그중 상가임대차법 제10조의9에 따른 ‘특례기간의 연체 차임’은 임대인의 계약갱신 거절권·계약 해지권 등의 권리 행사가 제한되어 상대적으로 변제이익이 적은 경우에 해당되므로, 이행기가 도래한 다른 연체 차임보다 후순위로 충당된다(민법 제477조 제2호).” ● ‘코로나 19’ 대책으로, 2020. 9. 29. 개정 상가건물 임대차보호법 제10조의9는 그 날부터 6개월 동안(특례기간)의 연체 차임액을 ‘계약갱신의 거절사유(제10조 제1항 제1호)’, ‘권리금 회수기회의 제외사유(제10조의4 제1항 단서)’ 및 ‘계약 해지사유(제10조의8)’에서 정한 연체 차임액에서 제외하도록 규정하였다.

2811) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다261776 판결: “동일 당사자 사이에 수 개의 채권관계가 성립되어 있는 경우 채무자가 특정채무를 지정하여 변제를 한 때에는 그 특정채무에 대한 변제의 효과가 인정된다. 이때 그 변제액수가 지정한 특정채무의 액수를 초과하더라도, 초과액수 상당의 채권이 부당이득관계에 따라 다른 채권에 대한 상계의 자동채권이 될 수 있음은 별론으로 하고, 당사자 사이에 다른 채권의 변제에 충당하거나 공제의

전부명령에 의해 변제로 소멸하는 집행채권은, 법정변제충당의 법리가 적용되기에 앞서, 압류명령신청서에 기재한 집행채권의 확정에 의하여 결정된다.²⁸¹²⁾

나) 법정변제충당

민법 제477조 및 제479조의 규정에 의한 법정변제충당은 이자 혹은 지연손해금과 원본 간에는 이자 혹은 지연손해금과 원본의 순으로 이루어지고, 원본 상호 간에는 채무자의 '변제제공 당시'를 기준으로²⁸¹³⁾ 그 이행기의 도래 여부와 도래 시기,²⁸¹⁴⁾ 그리고 이율의 고저와 같은 변제이익의 다과²⁸¹⁵⁾에 따라 순차적으로 이루어지나, 다만 그 이행기

대상으로 삼기로 하는 합의가 있는 등 특별한 사정이 없는 한 초과액수가 다른 채권의 변제에 당면 충당된다거나 공제의 대상이 된다고 볼 수는 없다.”

2812) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다250087 판결; “전부명령이 확정된 경우에는 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때에 채무자가 채무를 변제한 것으로 보고, 다만 이전된 채권이 존재하지 아니한 때에는 그러하지 아니하며(제231조), 위와 같은 전부명령에 의한 채무소멸의 효과는 채권자가 압류명령신청 시에 명시한 집행채권의 변제를 위하여서만 생긴다. 따라서 압류명령신청에 기재된 집행채권이 수 개인 경우에 전부명령에 의한 채무변제의 효과가 어느 채무에 대하여 생기는지는 법정변제충당의 법리가 적용되기에 앞서 집행채권의 확정에 의하여 결정되고, 구체적으로는 집행권원과 청구금원 등 채권자가 압류명령신청서에 기재한 내용에 의하여 정하여진다. 이는 채권자의 의사에 기하여 전부명령에 의해 소멸할 집행채권의 종류와 범위를 확정하는 문제이지 민법 제476조에서 정한 지정변제충당의 문제가 아니다.” ■ 95다55047; 원고가 소외 1을 상대로 대여금 청구소송을 제기하여 2214만 원 및 그 이자, 지연손해금을 지급하라는 판결을 선고받은 다음, 그 판결에 기하여 소외 1 공탁의 부동산가압류 해방공탁금 2212만 원에 대하여 채권 압류 및 전부 명령을 받았다고 하더라도, 압류 및 전부 명령의 청구금액액에 ‘금 22,120,000원 대여금 중 일부금’이라고 기재되어 있음이 분명하므로, 원고는 위 집행권원에 기한 대여금채권의 원금 중 일부를 집행채권으로 하여 압류 및 전부 명령을 신청한 것으로 보아야 하고 이자, 지연손해금 등의 부대청구를 원금에 부기하여 청구한 것으로 볼 수는 없을 것이니, 전부금은 원고가 압류 및 전부 명령 신청 시에 집행채권으로 명시한 위 집행권원상 원금 일부의 변제에 충당되었다고 보아야 하고, 피전부채권의 수익이 집행채권의 전부를 소멸시키기에 부족한 경우에는 법정변제충당의 규정에 의하여 어느 채권이 소멸하는가를 결정하여야 할 것이나, 위 집행권원상의 대여금채권만이 집행채권으로 되었을 뿐 위 대여금을 다 갚을 때까지의 이자나 지연손해금은 집행채권으로 되었다고 할 수 없으므로 집행채권 중 원금과 이자 사이의 변제충당에 관한 문제는 발생할 여지가 없음에도 불구하고 원심이 전부금은 법정충당의 순서에 따라 위 대여금에 대한 이자에 먼저 충당되고 나머지만이 원금에 충당되었다고 판단한 것은 법리를 오해한 위법이 있다고 한 예.

2813) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014다71712 판결. 즉, 변제충당의 기준시점은 변제(채무소멸)의 효력이 발생하는 시점과 같다(대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다70822 판결).

2814) 법정변제충당의 순위를 정함에 있어서 변제의 유예가 있는 채무에 대하여는 유예기까지 변제기가 도래하지 않은 것과 같게 보아야 한다(99다22281, 22298).

2815) ◎ 변제이익

① 이자와 변제기의 정함이 없는 차용금채무보다는 발생 시부터 법정이자자가 가산되는 구상금채무의 변제이익이 더 많다(2003다29968). ② 특별한 사정이 없는 한, 변제자가 타인의 채무에 대한 보증인으로서 부담하는 보증채무(연대보증채무도 포함)는 변제자 자신의 채무에 비하여, 연대채무는 단순채무에 비하여, 각각 변제자에게 그 변제의 이익이 적다(98다55543). ③ 변제자가 주채무자인 경우, 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없으므로, 보증기간 중의 채무와 보증기간 종료 후의 채무 사이에서는 변제이익의 점에서 차이가 없고, 따라서 주채무자가 변제한 금원은 이행기가 먼저 도래한 채무부터 법정변제충당하여야 한다(대법원 2021. 1. 28. 선고 2019다207141 판결). ④ 마찬가지로, 변제자가 채무자인 경우, 물상보증인이 제공한 물적 담보가 있는 채무와 그러한 담보가 없는 채무 사이에도 변제이익의 점에서 차이가 없다(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다8250 판결). ⑤ 주채무자 이외의 자가 변제자인 경우에는, 변제자가 발행 또는 배서한 어음에 의하여 담보되는 채무가 다른 채무보다 변제이익이 많다고 보아야 하고, 주채무자가 변제자인 경우에는, 담보로 제3자가 발행 또는 배서한 약속어음이 교부된 채무와 다른 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 하나, 담보로 주채무자 자신이 발행 또는 배서한 어음이 교부된 채무는 다른

나 변제이익의 다과에 있어 아무런 차등이 없을 경우에는 각 원본 채무액에 비례하여 안분하게 된다.²⁸¹⁶⁾ 2817)

법정변제충당의 순서를 정하는 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항 등은 자백의 대상이나, 법정변제충당의 순서 자체는 그렇지 않다.²⁸¹⁸⁾

다) 비용·이자·원본의 충당 순서

비용,²⁸¹⁹⁾ 이자(지연손해금 포함²⁸²⁰⁾), 원본에 대한 변제충당에 있어서는 민법 제479조에 그 충당 순서가 법정되어 있고 지정 변제충당에 관한 같은 법 제476조는 준용되지 않으므로²⁸²¹⁾ 원칙적으로 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 하고, 채무자는 물론 채권자라고 할지라도 위 법정 순서와 다르게 일방적으로 충당의 순서를 지정할 수 없지만, 당사자 사이에 특별한 합의가 있는 경우에는 그 법정충당의 순서와는 달리 충당의 순서를 인정할 수 있다.²⁸²²⁾

판례는,²⁸²³⁾ ‘당사자 사이에 특별한 합의가 있는 경우’뿐만 아니라, ‘당사자의 일방적인

채무보다 변제이익이 많은 것으로 보아야 한다(99다22281,22298). ㉠ 법정변제충당을 위한 변제이익은 변제자를 기준으로 판단하여야 한다. 채권자가 공동광업권 근저당권에 기한 경락대금을 그 근저당권이 담보하는 수개의 채무 중 일부변제조로 배당받아 간 경우, 그 배당금은 공동광업권자들이 합유지분 비율에 따라 출제하여 변제한 것으로 보아야 할 것이므로, 위 배당금의 법정변제충당을 위한 변제이익은 위 수개의 채무에 대하여 공동광업권자별로 따로 판단한 후, 정해진 법정변제충당의 순위에 따라 위 배당금 중 공동광업권자 각자의 합유지분 비율에 따른 금원을 각 변제충당하여야 한다(99다22281,22298).

2816) 대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다51339 판결.

2817) 조세채권의 충당에서는 법정변제충당의 범리가 그대로 적용되지 아니 한다(2011두20321).

2818) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다6763 판결: “법정변제충당의 순서를 정함에 있어 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항 등은 구체적 사실로서 자백의 대상이 될 수 있으나, 법정변제충당의 순서 자체는 법률 규정의 적용에 의하여 정하여지는 법률상의 효과여서 그에 관한 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라고 볼 수는 없다.”

2819) ㉠ **채무의 비용**: 여기서의 ‘비용’은 당사자 사이의 약정이나 법률의 규정 등에 의하여 채무자가 당해 채권에 관하여 부담하여야 하는 비용을 의미한다. 따라서 채무자가 부담하여야 하는 ‘변제비용’(민법 제473조 본문)이나, 채권자의 권리실행비용 중에서 ‘소송비용액확정결정이나 집행비용액확정결정에 의하여 채무자가 부담하는 것으로 확정된 소송비용 또는 집행비용’ 등은 위와 같은 비용의 범주에 속한다. 그러나 변제비용이라고 하여도 채권자의 주소이전 기타의 행위로 인하여 증가된 액수는 원칙적으로 채권자가 부담하여야 하므로(민법 제473조 단서), 이를 위 규정에서 말하는 비용에 해당한다고 할 수 없다(2008다61172). ‘집행비용’에 관하여는 ‘배당이익의 소’ 참조.

2820) 민법 제479조에 따라 변제충당을 할 때 지연손해금은 이자와 같이 보아 원본보다 먼저 충당된다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2018다204787 판결).

2821) **민법 제479조(비용, 이자, 원본에 대한 변제충당의 순서)** ① 채무자가 1개 또는 수개의 채무의 비용 및 이자를 지급할 경우에 변제자가 그 전부를 소멸하게 하지 못한 금액을 한 때에는 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 충당하여야 한다. ② 전항의 경우에 제477조의 규정을 준용한다.

2822) 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018다204787 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다12399 판결, 대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다12871, 12888 판결, 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카7262 판결.

2823) 그 구체적인 판시의 변천은 다음과 같다.

① 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다3009 판결(“당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 비용, 이자, 원본의 순서로 충당하여야 할 것이요, … 다만 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보여지는 경우는 별 문제이다” ⇨ ‘특별한 합의’를否定한 예) ⇒ ② 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카7262 판결(“당사자 사이에 그와 다른 특별한 합의가 있었다거나 일방의 지정에 대하여

지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보이는 경우'에도 비용, 이자, 원본의 총당 순서와 달리 총당의 순서를 인정할 수 있다고 함으로써, '당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니한 사실'만으로 묵시적인 합의 총당이 인정되는 듯한 판시를 보이고 있으나, 이는 타당치 않은 것이다.²⁸²⁴⁾

상대방이 지체없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보여지는 경우 등 특단의 사정이 없는 한 위의 법정순서에 의하여 변제총당이 이루어져야 하는 것이며, ..." ⇨ '특별한 합의'를否定한 예) ⇒ ③ 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다60767 판결("당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 총당하여야 할 것이며, ..." ⇨ '특별한 합의'를否定한 예) ⇒ ④ 대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다12871, 12888 판결("당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 비용, 이자, 원본의 순서로 총당하여야 할 것이고, ... 당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보여지는 경우에는 그 법정총당의 순서와는 달리 총당의 순서를 인정할 수 있는 것이다" ⇨ '특별한 합의'를肯定한 예) ⇒ ⑤ 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009다12399 판결("당사자 사이에 특별한 합의가 있는 경우이거나 당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니함으로써 묵시적인 합의가 되었다고 보여지는 경우에는 그 법정총당의 순서와는 달리 총당의 순서를 인정할 수 있는 것이다" ⇨ '특별한 합의'를肯定한 예).

2824) 이는 다른 경우의 묵시적 합의(예컨대, '묵시적 합의해제'에 관한 98다17602 판결, '채권의 포기'에 관한 2008다3671 판결, '묵시적 추인'에 관한 2009다37718 판결 등)보다 너무 완화하여 폭넓게 인정하는 것이어서 다른 묵시적 합의에 대한 증명 정도와의 균형상 타당치 않다. '침묵에 의한 의사표시'는, '당사자의 약정이나 거래관행 또는 신의칙 등에 의하여 적극적으로 표시를 하였어야 하는 경우'에 인정될 수 있고, 침묵을 표시행위로 만드는 특별한 사정이 없는 경우에는 침묵은 결코 표시행위, 의사표시가 아니어서 동의도 거절도 아니며, 침묵이 의사표시로 되는 경우엔 비로소 침묵은 원칙적으로 동의를 의미한다고 할 수 있는 것(민법주해 총칙(2), 1992, 148~149면(송덕수 집필))이라는 점에서도 위와 같은 판시의 해석은 타당치 않은 것이다. 위 판시의 앞에 있는 '특별한 합의' 및 위 판시의 뒷부분인 '묵시적인 합의가 되었다고 보이는 경우'에 각 방점을 두고서, '당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니한 사실'은 '묵시적 합의 총당'을 인정하기 위한 하나의 간접사실에 지나지 않고 추가적인 제반 사정을 더하여 '특별한 합의'에 준할 정도의 '묵시적 합의 총당'을 인정할 수 있는지를 기준으로 삼음이 타당하다고 본다. 묵시적 변제총당 합의의 예로서, 민법주해 채권(4), 1995, 170면(이인재 집필)은, '채무자가 원본에 상당하는 금액을 지급하고 채권자가 이의 없이 이를 수령한 경우', '채무자가 채권자의 총당 의사표시를 반박 없이 받아들이는 경우'를, 주석민법 채권총칙(3), 2000, 262면(강현중 집필)은, '채권자 스스로 법정의 총당방법에 반한 청구를 하고 채무자가 이에 응하여 지급하였을 때', '원본 이외에 이자 및 비용을 지급하여야 할 경우에 채무자가 변제로서 제공한 급부가 원본에 총당하여 채권자가 이의 없이 이를 원본으로 수령한 때'를 각 들고 있으나, 추상적 일반론으로 무조건 받아들여지기보다는 구체적인 케이스별로 제반사정을 참작하여 판단하여야 한다. '묵시적 변제총당 합의'를 금정한 2002다12871, 12888 판결도, '당사자의 일방적인 지정에 대하여 상대방이 지체 없이 이의를 제기하지 아니한 사실'만으로 '묵시적인 합의'를 인정한 것은 아니었다(대법원 2002. 5. 10. 선고 2002다12871, 12888 판결; '원고는 1999. 3. 31. 피고와 이 사건 약정을 하면서 피고에 대한 잔여 외상대금채무를 88,259,505원으로 확정하고 이에 대한 연 13%의 비율에 의한 이자를 아울러 지급하기로 한 바 있었는데, 그 후 원고는 피고에게 외상대금채무 변제 명목으로 1999. 5. 31. 800만 원, 1999. 6. 8. 1,200만 원, 1999. 7. 5. 1,000만 원 등 합계 3,000만 원을 각 변제한 사실을 인정할 수 있고, ... 피고는 원고로부터 위 약정상의 채무원리금 전액을 변제받지 못하자 1999. 8. 17. 이 사건 근저당권에 기하여 부동산 임의경매신청을 하면서, 그 청구금액을 위 약정에서 확정된 88,259,505원에서 위 변제금 3,000만 원을 차감한 '58,259,505원 및 이에 대한 1998. 3. 1.부터 완제일까지 연 25%의 비율에 의한 연체이자'로 특정한 다음 신청원인에서 외상매출금이 58,259,505원이라고 주장한바 있음을 알 수 있는바, 피고가 위 임의경매에서 보인 이러한 태도에 비추어 볼 때 피고는 이미 원고로부터 위 합계 3,000만 원을 변제받을 때 스스로 이를 원고에 총당한 것을 전제로 한 것으로 보이고, 이에 대하여 원·피고 쌍방 모두 특별한 이의가 없었다면 원·피고 사이에 위 합계 3,000만 원을 원금에 총당하기로 한 묵시적 합의가 있었다고 볼 여지가 있으므로, 원심로서는 어떤 연유에서 피고가 위 경매시점에서 청구금액을 그렇게 특정한 것인지, 원·피고 사이에 위 합계 3,000만 원의 원금 총당에 관한 묵시적 합의가 있었는지 여부를 더 나아가 심리하였어야 할 것").

라) 일부청구의 경우

일부청구에 대하여 변제나 상계 항변이 있는 경우에 그 항변을 채권 전체에 대한 소멸원인으로 해석하여 그 변제나 상계는 청구되지 않은 부분부터 충당된다(이른바 외측설의 입장).²⁸²⁵⁾

마) 채무액이 서로 다른 다수당사자채무의 경우

다수당사자채무 관계에서 채무액이 서로 다른 경우, 다액 채무자의 일부 변제는 다액 채무자의 단독 부담 부분에 우선 충당됨이 일반적이다.²⁸²⁶⁾ 따라서 소액 채무자로서는 '다액 채무자가 그의 단독 부담 부분을 초과하는 변제 등을 하였다는 점'을 주장·증명하여야 다액 채무자의 변제 등에 의한 채무 소멸의 항변이 받아들여질 수 있다.

소액채무자의 일부 변제가 자신의 채무 즉, 공동 부담 부분의 채무 변제에 비용·이자·원본의 순으로 충당됨은 당연하고, 그 해당 부분만큼 다액 채무자의 채무도 소멸한다.²⁸²⁷⁾

4) 이해관계 없는 제3자의 변제

이해관계 없는 제3자 변제²⁸²⁸⁾의 경우, '변제 효과를 다투는 상대방'이 '채무자의 의사에 반한 사실'의 증명책임을 진다.²⁸²⁹⁾

2825) 대법원 1984. 3. 27. 선고 83다323, 83다가1037 판결; "원고가 피고에게 위 합계 금 5,151,900원의 금전채권 중 그 일부인 금 3,500,000원을 소송상 청구하고 있는 경우에 이를 피고의 반대채권으로서 상계함에 있어서는 위 금전채권 전액에서 상계를 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 아니할 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고, 그 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 해석을 하여야 할 것이며 이와 같이 풀이하는 것이 일부 청구를 하는 당사자의 통상적인 의사라고 할 것이다. 그렇다면 청구액을 기초로 하여 위와 같이 반대채권으로 상계하고 그 잔액만을 인용한 원심판결은 ... 위법을 저지른 것"

2826) 즉 일부보증의 경우, 주채무자의 일부 변제는 주채무자의 채무 전부를 대상으로 충당되고 보증인은 보증한도 내에서 일부 변제되고 남은 채무를 변제할 의무가 있고(대법원 2016. 8. 25. 선고 2016다2840 판결), 연대채무나 연대보증채무, 부진정연대채무의 경우에도 다액 채무자가 일부 변제한 경우 비용·이자·원본의 각 채무별로, 다액 채무자의 단독 부담 부분의 채무 변제에 우선 충당되고 그 다음 공동 부담 부분의 채무 변제에 충당된다(예컨대, 다액 채무자의 변제금은 '지연손해금 단독 부담 부분 → 지연손해금 공동 부담 부분 → 원금 단독 부담 부분 → 원금 공동 부담 부분' 순으로 충당된다)(대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다85281 판결, 대법원 2018. 3. 22. 선고 2012다74236 전원합의체 판결).

2827) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009다72094 판결.

2828) 민법 제469조(제3자의 변제) ① 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.

○ 대법원 2020. 7. 23. 선고 2016다271455 판결; "채무자 아닌 제3자가 타인의 채무를 변제할 의사로 타인의 채무를 변제하고 채권자도 변제를 수령하면서 그러한 사정을 인식하였다면 민법 제469조에 의하여 제3자 변제의 대상인 타인의 채무는 소멸하고 제3자는 채무자에게 구상할 수 있다." ⇨ 근로자재해보상보험의 보험자가 피해 근로자에게 의무보험인 산업재해보상보험법에 의해 전보되는 부분의 손해까지 보상한 경우 이는 근로복지공단의 산재보험급여 지급의무를 대신 이행한 것으로서, 이번 사정을 보험자와 피해 근로자가 알고 있었다면 근로복지공단의 산재보험급여 지급의무가 소멸하고 보험자는 근로복지공단에 산재보상금 상당을 구상할 수 있다고 한 예.

2829) 채무의 변제는 제3자도 할 수 있음이 원칙이고(민법 제469조 제1항 본문), 그 예외로서 같은 항 단서의 경우와 함께 제2항에서 채무자의 의사에 반한 이해관계 없는 제3자의 변제를 규정하는 구조를 취하고 있기 때문이다

5) 변제받을 권한 없는 자에 대한 변제

채무자의 변제항변이 ‘급부 수령자에게 변제 수령 권한이 있다는 점’에 대한 증명의 실패로 인용되지 않는 경우에도, 다음과 같은 경우에는 변제의 효력이 있어, 변제항변에 대한 예비적 권리소멸 항변으로서 유효하다.

가) 채권의 준점유자에 대한 변제

(1) 요건사실

민법 제470조²⁸³⁰⁾ 소정의 ‘채권의 준점유자에 대한 변제’ 주장은 통상 원고의 이행청구에 대한 권리소멸 항변으로서 기능하고, 그 요건사실은, 변제자가 ① ‘채권의 준점유자’에게²⁸³¹⁾ ② ‘선의이며 과실 없이’²⁸³²⁾ ③ ‘채무를 변제’²⁸³³⁾한 사실이다. ③ 사실

(同旨 오석락, 앞의 책, 339-340면; 민법주해 채권(4), 1995, 114면(김대휘 집필)). 판례는, 제3자가 채무를 변제하는 경우에 ‘제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때가 아니라면’ 그것은 유효한 변제로 인정되어 채권자의 채권은 그 변제로서 적법하게 소멸한다(99다18978)고 하고, 채무자의 반대의사는 제3자가 변제할 당시의 객관적인 제반 사정에 비추어 명확하게 인식될 수 있는 것이어야 하고, 합부로 채무자의 반대의사를 추정함으로써 제3자의 변제 효과를 무효화시키는 일은 피해야 한다(대법원 2020. 7. 23. 선고 2016다271455 판결)고 판시하고 있어, 같은 취지로 볼 수 있다.

2830) 민법 제470조(채권의 준점유자에 대한 변제) 채권의 준점유자에 대한 변제는 변제자가 선의이며 과실 없는 때에 한하여 효력이 있다.

2831) ‘채권의 준점유자’라 함은, ❶ 진정한 채권자 등 변제수령의 권한이 있는 자 이외의 자(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다29034 판결; 따라서 채권의 준점유자에 대한 변제인지를 가리기 위해서는, 먼저 그 변제를 받은 자가 변제를 수령할 권한이 없는 자임이 전제가 되어야 하고, 만약 변제수령의 권한이 인정되면 채권의 준점유자에 대한 변제의 별리를 적용할 필요 없이 그에 대한 변제는 유효하다고 보아야 한다)로서, ❷ 변제자의 입장에서 볼 때 일단의 거래관념상 채권을 행사할 정당한 권한을 가진 것으로 믿을 만한 외관을 가지는 사람을 말한다. 스스로 채권자라고 하여 채권을 행사하는 경우뿐만 아니라 채권자의 대리인이라고 하면서 채권을 행사하는 때에도 채권의 준점유자에 해당하고(2004다5389), 가압류로 인하여 채권의 추심 기탁 처분행위에 제한을 받다가 가압류를 취소하는 가집행선고부 판결을 선고받아 다시 채권을 제한 없이 행사할 수 있을 듯한 외관을 가지게 된 채권자 또한 채권의 준점유자로 볼 수 있다(2003다24598).

2832) 여기서 ‘선의’라 함은 준점유자에게 변제수령의 권한이 없음을 알지 못하는 것뿐만 아니라 적극적으로 진정한 권리자라고 믿었음을 요하는 것으로 해석되고 있고, ‘무과실’이란 그렇게 믿는 데에 과실이 없음을 의미한다(98다61593). 선의·무과실의 증명책임도 채무자인 피고에게 있다(99다38644).

한편, 보험금을 지급한 보험자가, 그 후 다시 제3자로부터 손해배상을 받은 피보험자를 상대로 보험자대위권 침해를 이유로 부당이득반환 또는 손해배상청구를 하기 위하여는, ① 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 사실, ② 피보험자가 보험금을 수령한 후 무권한자임에도 불구하고 제3자로부터 손해배상을 받은 사실(피보험자가 보험자로부터 받은 보험금이 실제 발생된 손해액에 미치지 못한 경우에는 피보험자는 그 차액 부분에 관하여는 여전히 제3자에 대하여 자신의 권리를 가지고 있으므로 피보험자가 이를 초과하여 제3자로부터 손해배상을 받은 사실), ③ 제3자의 피보험자에 대한 손해배상이 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효한 사실을 주장·증명하여야 할 것인데, ④ 제3자가 피보험자가 보험에 가입하여 보험금을 수령한 사실을 전혀 모르고 이 점에 대하여 과실이 없이 피보험자에게 손해배상을 한 경우, 또는 ⑤ 제3자가 피보험자가 보험에 가입하여 이미 보험금을 수령한 사실을 알고 있었던 경우에는 피보험자가 입은 손해액과 피보험자가 보험자로부터 보험금을 수령함으로써 보험자대위권(상해보험의 경우에는 대위 약정에 따라)의 대상이 된 금액을 살펴, 피보험자에게 아직도 자신에 대한 손해배상청구권이 남아 있다고 믿고 손해배상을 한 경우에만 선의, 무과실에 해당된다고 할 수 있을 것이고, 위 요건의 주장·증명책임도 보험자에게 있다(98다61593).

2833) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2016다259851 판결: ‘일정기간 차주에게 신용을 공여하는 대출한도 거래약정이 있고 하더라도 당사자 사이에 차주의 사망으로 인해 계약이 당연히 종료된다고 정하는 등 특별한 사정이 없는 한 차주의 사망으로 인하여 당연히 대출계약이 종료되는 것은 아니고, 그 상속인이 차주의 지위를 승계한다. 또한 이 사건 여신거래와 같은 대출한도거래에서 대출계약 이후 예금 잔액을 초과하여 돈을 인출하는 행위를

은 변제항변 단계에서 이미 인정되는 경우가 많을 것이므로, 통상은 ①, ② 사실을 주장·증명하면 된다. 판례는 채권의 준점유자에 대한 변제에 관하여도 주장책임을 완화하고 있다.²⁸³⁴⁾

(2) 금융기관이 수령권한 없는 자에게 예금을 지급한 경우

금융기관이 예금 수령의 권한이 없는 자에게 예금을 지급한 경우 채권의 준점유자에 대한 변제로서 면책되는지 여부에 관한 판례²⁸³⁵⁾에서, 금융기관의 과실이 부정되어 변제의 효력이 인정된 구체적 사례²⁸³⁶⁾와 금융기관의 과실이 인정되어 변제의 효력이

개별 대출의 실행으로 볼 수 있다고 하더라도 대출계약에서 이미 대출한도, 기간 등 변제에 관한 구체적 내용이 체결되어 있고, 대주인 금융기관이 대출계약의 이행으로 차주에게 그 대출금을 지급할 의무가 있게 되는 이상, 대출금 신청에 대하여 금융기관이 대출금을 지급하는 것은 대출계약에 따른 금융기관의 채무를 이행하는 것이므로 대출금을 지급하는 행위에도 민법 제470조의 채권의 준점유자에 대한 변제 규정이 적용될 수 있다.”
 ㉠ 마이너스통장 계좌 명의인의 사망 후 피고 2(망인 동생)가 망인의 휴대폰, 비밀번호 등을 이용하여 대출한 금액을 원고(망인의 신용보증약정 기관)가 은행에 대위변제하고 피고 1(망인의 상속인)에게 구상금을 청구한 사건에서, 원심이, 마이너스통장 여신거래가 망인의 사망으로 종료되었고 피고 2가 돈을 인출한 것은 은행이 채권의 준점유자인 피고 2에게 채무를 변제한 것이 아니라 대출을 실행한 것이라고 본 데 대하여, 대법원은, 위 여신거래가 망인의 사망으로 당연히 종료된다고 볼 수 없고, 피고 2가 대출금을 인출한 것도 은행이 위 여신거래 약정에 따라 채무를 이행한 것으로 볼 수 있고, 민법 제470조가 적용된다고 한 예.

2834) 가해자가 교통사고로 사망한 피해자의 호적부상 상속인에게 사고로 인한 손해배상금으로 금원을 지급하고 그와 그 나머지 손해배상채권을 포기하고 민·형사상 합의를 하여, 손해배상을 이종으로 지급할 수 없으니, 친생자관계 부존재확인 소에 의하여 새로 피해자의 상속인으로 확정된 자들의 청구는 이유 없다는 가해자의 주장 속에는, 호적부상 상속인에 대한 가해자의 변제 및 손해배상채권 포기의 합의는 표현상속인과의 합의로서 채권의 준점유자에 대한 변제의 법리에 따라 유효하여 가해자는 위 사고로 인한 손해배상책임에서 면책되어야 한다는 주장이 포함된 것으로 보아야 한다고 한 예(93다32996).

2835) 은행이 예금청구자에게 예금 수령의 권한이 있는지 없는지를 판별하는 방법의 하나로 예금청구서에 압날한 인영과 은행에 신고하여 예금통장에 찍힌 인감을 대조 확인할 때에는 인감 대조에 숙련된 은행원으로 하여금 그 직무수행상 필요로 하는 충분한 주의를 다하여 인감을 대조하도록 하여야 하고, 그러한 주의의무를 다하지 못하여 예금 수령의 권한이 없는 자에게 예금을 지급하였다면 은행으로서 그 예금 지급으로서 채권의 준점유자에 대한 변제로서의 면책을 주장할 수 없지만(91다9244), 은행 직원이 인감 대조 및 비밀번호 확인 등의 통상적인 조사 외에, 당해 청구자의 신원을 확인하거나 전산 입력된 예금주의 연락처에 연결하여 예금주 본인의 의사를 확인하는 등의 방법으로 그 청구자가 정당한 예금인출권한을 가지는지 여부를 조사하여야 할 업무상 주의의무를 부담하는 것으로 보기 위해서는, 그 예금의 지급을 구하는 청구자에게 ‘정당한 변제수령권한이 없을 수 있다는 의심을 가질 만한 특별한 사정’이 인정되어야 하고, 그러한 특별한 사정이 있다고 볼 것인지 여부는, ① 인감 대조와 비밀번호의 확인 등 통상적인 조사만으로 예금을 지급하는 금융거래의 관행이 금융기관이 대량의 사무를 원활하게 처리하기 위한 필요에서 만들어진 것이기도 하지만, 다른 한편으로는 예금인출의 편리성이라는 예금자의 이익도 고려된 것인 점, ② 비밀번호가 가지는 성질에 비추어 비밀번호까지 일치하는 경우에는 금융기관이 그 예금인출권한에 대하여 의심을 가지기는 어려운 것으로 보이는 점, ③ 금융기관에게 추가적인 확인의무를 부과하는 것보다는 예금자에게 비밀번호 등의 관리를 철저히 하도록 요구하는 것이 사회경제적인 거래비용을 줄일 수 있는 것으로 보이는 점 등을 참작하여 신중하게 판단하여야 한다(2006다44791).

2836) ㉠ 금융기관의 과실이 부정되어 변제의 효력이 인정된 사례

① 예금주의 대리인이라고 주장하는 자가 예금주의 통장과 인감을 소지하고 예금환청구를 한 경우, 은행이 예금청구서에 나타난 인영과 비밀번호를 신고된 것과 대조 확인하는 외에 주민등록증을 통하여 예금주와 청구인의 호주가 동일인이라는 점까지 확인하여 예금을 지급하였다면 이는 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하다고 한 사례(2004다5389). ㉡ 걸취한 예금통장에서 제1 예금인출이 행해진 후 1시간 반 내에 거래지점을 바뀌면서 행해진 제2 예금인출과 제3 예금인출에서도 제1 예금인출과 같이 통장과 예금지급청구서에 아무런 하자가 없었고, 이미 신고된 진정한 인감이 사용되었으며, 철저한 보안이 요구되는 비밀번호까지 일치한 경우, 예금거래 기본약관의 내용과 그에 따른 금융거래의 관행에 비추어 제1 예금인출에 따른 예금의 지급뿐만

부인된 구체적 사례²⁸³⁷⁾는 아래와 같다.

(3) 금융기관의 변제 이외의 사례

그 외 판례에서, 채무자의 과실이 부정되어 변제의 효력이 인정된 구체적 사례²⁸³⁸⁾와 채무자의 과실이 인정되어 변제의 효력이 부인된 구체적 사례²⁸³⁹⁾는 아래와 같다.

아니라 제2, 제3의 예금인출에 따른 예금의 지급도 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하다고 한 사례(2006다44791). ㉓ 甲이 사실혼관계에 있던 乙의 동의 없이 丙 은행에서 예금청구서에 위조한 乙 명의의 도장을 날인하여 乙 명의의 예금통장과 함께 제출하고, 비밀번호 입력기에 비밀번호를 입력하여 예금을 인출한 사안에서, 인감 대조에 숙련된 금융기관 직원이 충분히 주의를 다하여도 육안에 의한 통상의 대조 방법으로는 예금거래신청서와 예금청구서상의 각 인영이 다른 인감에 의하여 날인되었다는 것을 확인할 수 없고, 나아가 甲에게 정당한 변제수령권한이 없을 수 있다는 의심을 가질 만한 특별한 사정이 있어 예금주 乙의 의사를 확인하는 등의 방법으로 정당한 예금인출권한 여부를 조사하여야 할 업무상 주의의무가 있었던 것으로 보기 어려우므로, 육안에 의한 통상의 인감 대조만으로 甲에게 예금을 인출하여 준 丙 은행의 출금 담당 직원들에게 어떠한 과실이 있었다고 할 수 없다는 이유로, 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하다고 한 사례(2012다91224).

2837) ㉔ 금융기관의 과실이 인정되어 변제의 효력이 부인된 사례

㉔ 통장에 날인된 신고인감 인영과 예금청구서상 인영에 여러 가지 상위가 있음을 알 수 있고, 이는 인영대조 사무에 숙달된 담당행원이 사회통념상 일반적으로 기대되는 업무상의 상당한 주의를 기울여 세심하게 살펴본 았더라면 어렵지 않게 육안으로 발견할 수 있는 것이라 하여, 예금의 정당한 수령권자인지 여부를 확인함에 있어 과실이 있다고 한 예(91다9244). ㉕ 금융실명거래... 긴급재정경제명령 제3조 제1항은 "금융기관은 거래자의 실지명의에 의한 금융거래를 하여야 한다."고 규정하고 있으므로, 금융기관에 예금을 하고자 하는 자는 원칙적으로 직접 주민등록증과 인감을 지참하고 금융기관에 나가 자기 이름으로 예금을 하여야 하나, 대리인이 본인의 주민등록증과 인감을 가지고 가서 본인의 이름으로 예금하는 것이 허용된다고 하더라도, 이 경우 금융기관으로서의 자기가 주민등록증을 통하여 실명확인을 한 예금명의자를 위 명령 제3조에서 규정한 거래자로 보아 그와 예금계약을 체결할 의도를 가지고 있었다고 보아야 하므로, 예금명의자가 아니고 예금통장도 소지하지 않은 예금행위자에 불과한 자는 금융실명제가 시행된 후에는 극히 예외적인 특별한 사정이 인정되지 않는 한 예금채권을 준점유하는 자에 해당될 수가 없다는 이유로, 예금행위자에게 예금을 지급한 은행의 과실을 부인한 원심을 파기한 예(95다55986). ㉖ 폰뱅킹에 의한 자금이체신청의 경우는 은행 창구직원이 직접 손으로 처리하는 경우와 달리 자금이체가 기계에 의하여 순간적으로 이루어지지만, 그것이 채권의 준점유자에 대한 변제로서 은행에 대하여 요구되는 주의의무를 다하였는지 여부를 판단함에 있어서는, 자금이체 시의 사정만을 고려할 것이 아니라, 그 이전에 행하여진 폰뱅킹 등록을 비롯한 제반 사정을 총체적으로 고려하여야 하며, 한편 은행이 거래상대방의 본인 여부를 확인할 필요가 있는 경우에 담당직원으로서 하여금 그 상대방이 거래명의인의 주민등록증을 소지하고 있는지 여부를 확인하는 것만으로는 부족하고 그 직무수행상 필요로 하는 충분한 주의를 다하여 주민등록증의 진정 여부 등을 확인함과 아울러 그에 부착된 사진과 실물을 대조하여야 할 것인바, 만일 실제로 거래행위를 한 상대방이 주민등록상의 본인과 다른 사람이었음이 사후에 밝혀졌다고 한다면, 특별한 사정이 없는 한, 은행으로서의 위와 같은 본인 확인의무를 다하지 못한 과실이 있는 것으로 사실상 추정된다고 한 예(98다20059). ㉗ 제권판결 받은 자에게 지급은행이 사고신고담보금을 지급한 후 그 제권판결이 취소되어 소급하여 효력을 상실하더라도 지급은행이 지급을 할 당시에는 제권판결 받은 자가 채권의 준점유자에 해당한다고 할 것이므로 지급 당시에 지급은행에게 악의 또는 과실이 없으면 지급은행이 변책된다고 할 것이나, 여기서 과실이 없다고 하려면 제권판결 받은 자가 실질적으로 무권리자라는 점을 과실 없이 알지 못하였음은 물론, 사고신고담보금의 지급시기와 지급절차에 관한 약정의 위반도 없어야 할 것인데, "제권판결을 받아 법원 판결문을 제출하고 1개월이 경과한 경우"에 사고신고담보금을 지급하는 어음교환소규약은, 제권판결에 대한 불복의 소의 제기기간을 원고가 제권판결 있음을 안 날로부터 1개월로 규정하고 있는 것을 감안할 때 제권판결 제출 시로부터 1개월 내의 시점에 있어서는 제권판결에 대한 불복의 소가 제기될지 여부를 거의 알 수 없고 따라서 누가 정당한 권리자인지를 종국적으로 확정하는 것이 거의 불가능하므로, 적어도 제권판결 제출 시로부터 1개월 내에는 사고신고담보금을 지급할 수 없게 한 취지로 해석되며, 위 규약의 적용을 받는 지급은행이 위 규약 규정을 위반한 경우에는 특단의 사정이 없는 한 과실이 있다고 한 예(97다44966).

2838) ㉘ 채무자의 과실이 부정되어 변제의 효력이 인정된 사례

㉘ 혼인의 자의 생부가 사망한 경우, 혼인의 출생자는 그가 인지청구의 소를 제기하였다고 하더라도 그 인지판결이 확정되기 전에는 상속인으로서의 권리를 행사할 수 없고, 그 인지판결이 확정되기 전의 정당한 상속인

나) 영수증 소지자에 대한 변제

영수증소지자에 대한 변제²⁸⁴⁰⁾의 경우, 본문의 ‘영수증’에 관한 사실(수령권한 있는 자 또는 영수증 작성권한이 있는 자가 작성한 변제 수령을 증명하는 서면이라는 점)은 변제의 효력을 주장하는 변제자가 항변사실로서 주장·증명하여야 하고, 단서의 ‘변제자의 악의나 과실’의 점에 대해서는 변제의 효력을 부인하는 채권자가 재항변사실로서 주장·증명하여야 한다. 영수증의 진정성이 증명되지 못하거나 오히려 위조된 것이 판명되면, 변제자로서는 민법 제470조 소정의 ‘채권의 준점유자에 대한 변제’ 규정에 의하여 보호받기 위하여

채무자에 대하여 소를 제기하고, 나아가 승소판결까지 받았다면, 채무자로서는 그 상속인이 장래 혼인의 자에 대한 인지판결이 확정됨으로 인하여 소급하여 상속인으로서의 지위를 상실하게 될 수 있음을 들어 그 권리행사를 거부할 수는 없다고 할 것이므로(만약 혼인의 자의 인지청구의 소가 확정될 때까지 채무자가 판결에 따른 이행을 하지 아니하고 상소하지 않으면 안 된다고 한다면, 이는 결국 부당한 항쟁을 조장하는 결과가 된다고 하지 않을 수 없다) 그러한 표현상속인에 대한 채무자의 변제는, 채무자가 표현상속인이 정당한 권리자라고 믿은 데에 과실이 있다 할 수 없어, 채권의 준점유자에 대한 변제로서 적법한 것이라고 한 예(93다32200). ㉒ 가해자가 교통사고로 사망한 피해자의 호적부상 표현상속인과 손해배상채권 포기의 합의를 하고 합의금을 지급한 후 친생자관계부존재확인판결에 기하여 진정한 상속인이 등재된 경우, 호적부상 표현상속인과 합의를 하고 합의금을 지급할 당시에는 가해자로서는 망인의 진정한 상속인을 알지 못하여 호적부상 표현상속인을 진정한 상속인인 것으로 오인하였고 이와 같은 오인에는 정당한 사유가 있었다고 할 것이므로 가해자는 변제에 관한 한 선의이며 무과실이라 할 것이고, 따라서 가해자의 변제는 준점유자에 대한 변제로서 유효하다고 한 예(93다32996). ㉓ 채무자 乙이 제3채무자 丙에 대하여 가지고 있던 채권에 관하여 제3자 丁 앞으로 대항력 있는 채권양도가 이루어진 후 乙이 丁의 승낙 없이 임의로 丙에게 채권양도철회의 통지를 한 상태에서 乙에 대한 채권자 甲이 위 채권에 대하여 채권압류·전부명령을 받고 이어 甲이 제기한 전부금소송에서 丙이 패소판결을 받고 甲에게 그 금원을 지급한 경우, 법률전문가가 아닌 丙으로서의 乙의 채권양도철회통지로 인하여 채권양도가 없었던 것과 같이 되었다고 믿을 수밖에 없었고, 더욱이 甲이 제기한 전부금청구의 소에서 전부명령의 효력을 적극 다투었다가 패소판결을 선고받았다면, 甲이 유효하게 임대보증금환원채권을 전부받은 채권자인 것으로 丙이 오인한 데 대하여 과실이 있다고 볼 수 없고, 따라서 丙의 甲에 대한 변제는 유효하다고 본 사례(96다44747).

2839) ㉔ 채무자의 과실이 인정되어 변제의 효력이 부인된 사례

㉑ 甲의 전부명령을 송달받기 이전에 이미 乙의 가압류결정을 송달받았을 뿐만 아니라, 乙이 제기한 전부금 청구소송에서 乙의 전부명령을 압류 또는 가압류가 경합된 상태에서 발하여진 것으로서 무효라는 주장을 스스로 제기한 바 있음에도, 그 후 甲이 제기한 전부금 소송절차에서 乙의 압류가 경합되어 있다는 주장을 내세우지도 아니함으로써 패소판결을 받고 바로 그 전부금을 변제하여 버렸다면, 제3채무자로서는 乙의 전부명령은 물론 甲의 전부명령 또한 乙의 가압류와 경합된 상태에서 발하여진 것으로서 무효라는 것을 알았거나 알 수 있었다는 이유로 위 제3채무자가 한 변제의 효력을 부인한 사례(94다59868). ㉒ 선박충돌 사고와 관련하여 공제사업자가 피해선박 소유자인 피공제자에게 공제금을 지급함으로써 가해선박 소유자에 대한 구상채권을 보험자대위로 이전받은 상태임에도 가해선박 소유자가 피공제자에게 합의금을 지급한 사안에서 가해선박 소유자의 위 변제행위에 악의 내지 과실이 있다고 보아, 이를 유효로 인정한 원심판결을 파기한 사례(93다56664). ㉓ 채권(가)압류가 경합되어 전부명령이 무효인데 제3채무자가 고문변호사에게 전화로 법률관계를 문의하면서 압류 경합상태 등에 관하여 제대로 설명하지 못한 채 제3채권자들의 압류금액 등을 제외하고도 지급할 채권액이 있다는 취지로 절의를 하고 이를 기초로 한 변호사의 답변을 들은 후 전부채권자에게 전부금을 변제한 경우, 그 법률관계 문의과정에서 사실관계에 대한 설명과 자료의 제공을 제대로 하지 못한 제3채무자 때문에 변호사도 충분한 자료검토와 신중한 판단을 하지 못하게 되어 잘못된 답변을 함으로써 이를 참고로 제3채무자가 전부금을 지급하기로 결정한 것이어서 제3채무자에게 과실이 있다는 이유로 그 변제의 효력을 부인한 사례(2000다23006).

2840) 민법 제471조(영수증소지자에 대한 변제) 영수증을 소지한 자에 대한 변제는 그 소지자가 변제를 받을 권한이 없는 경우에도 효력이 있다. 그러나 변제자가 그 권한 없음을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하다.

자신의 '선의·무과실'을 주장·증명하여야 한다.²⁸⁴¹⁾

다) 채권자가 이익을 받은 경우

변제받을 권한 없는 자에 대한 변제라도 채권자가 이익을 받은 한도에서 효력이 있으므로(민법 제472조), 채무자는 '채권자가 이익을 받은 사실'을 주장·증명함으로써, 채무 소멸을 항변할 수 있다.

'채권자가 이익을 받은' 경우란, ① 변제수령자가 채권자에게 변제로 받은 급부를 전달한 경우는 물론이고, ② 변제수령자가 변제로 받은 급부를 가지고 채권자의 자산에 대한 채무의 변제에 충당하거나 채권자의 제3자에 대한 채무를 대신 변제함으로써 채권자의 기존 채무를 소멸시키는 등 채권자에게 실질적인 이익이 생긴 경우나, ③ 무권한자의 변제수령을 채권자가 사후에 추인한 때(이 경우에 채권자는 무권한자에게 부당이득으로서 그 변제 받은 것의 반환을 청구할 수 있다²⁸⁴²⁾)와 같이 무권한자의 변제수령을 채권자의 이익으로 돌릴 만한 실질적 관련성이 인정되는 경우²⁸⁴³⁾를 포함한다.²⁸⁴⁴⁾

2841) 同旨 민법주해 채권(4), 1995, 148-149면(김대휘 집필). 같은 책 149면에서 "영수증의 진정성이 입증된 경우에는 변제자의 선의·무과실은 사실상 추정되는 것이고, 따라서 채권자가 변제자의 악의·과실을 주장·입증하여야 본조의 적용을 배제할 수 있는 것으로 이해된다."고 한 부분은 '사실상 추정'이 입증책임의 전환이나 분배와는 무관한 개념이라는 점에서 적절치 않은 기술이다.

2842) ① 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015다71856, 71863 판결; '동산·채권 등의 담보에 관한 법률'상 채권담보권자가 채권양수인보다 우선하고 담보권설정 통지가 제3채무자에게 도달하였음에도, 그 통지보다 채권양도 통지가 먼저 도달하였다는 등의 이유로 제3채무자가 채권양수인에게 채무를 변제한 경우에 담보권자가 무권한자인 양수인의 변제수령을 추인하였다면, 그 추인에 의해 제3채무자의 양수인에 대한 변제는 유효하게 되고 담보권자는 양수인에게 부당이득으로 그 변제받은 것의 반환을 청구할 수 있다고 한 예. ② 대법원 2023. 12. 14. 선고 2023다272234 판결; 공동상속인 중 1인인 피고가 채무자로부터 상속재산인 투자수익금채권 4억 원을 단독으로 수령하였다가 주장하며 보관금 또는 부당이득을 원인으로 원고의 상속분 8,000만 원(= 4억 원 × 1/5)의 반환을 구한 사건에서, 원심은, 피고의 상속분(1/5)을 초과하는 부분에 관하여는 피고의 변제수령행위가 무효라고 보아 원고의 채무자에 대한 8,000만 원의 채권이 소멸되었다고 보기 어렵다고 판단하였으나, 대법원은, 이 사건 소 제기는 무권한자인 피고의 변제수령행위를 목시적으로 추인한 것이므로, 피고에 대한 변제는 원고에 대하여도 유효하게 되었다고 볼 여지가 있다고 본 예(추인은 목시적인 방법으로도 가능하고 그 의사표시는 무권대리인이나 그 상대방 어느 쪽에 하여도 무방하다).

2843) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다32214 판결; 甲이 乙 병원을 운영하던 중 채권자 丙이 '甲이 국민건강보험 공단에 대하여 가지는 보험급여 청구채권'에 관하여 채권양류 및 전부명령을 받았는데, 이후 甲이 파산선고 및 면책결정을 받고 새로이 丁 병원을 개설하여 진료행위를 함으로써 공단에 대한 보험급여 청구채권이 발생하자 공단이 위 채권양류 및 전부명령의 효력이 丁 병원에서의 진료행위로 인한 보험급여 청구채권에도 미치는 것을 전제로 丙에게 요양급여비 일부를 지급하였고, 이에 甲이 丙에 대하여 공단으로부터 지급받은 돈을 부당이득으로서 반환할 것을 구하는 소를 제기하였다가 결국 부당이득반환청구권을 포기하는 내용으로 조정이 성립한 사건에서, 위와 같이 甲이 丙에 대하여 그가 공단으로부터 변제받은 돈의 진정한 채권자가 자신이라고 주장하며 이를 부당이득으로서 반환할 것을 소로써 구하다가 반환청구권을 포기하는 내용의 조정에 응하였다면 이러한 포기의 의사표시에는 丙에 의한 변제수령의 효과를 추인하는 취지가 포함되어 있다고 보아야 하므로 공단(피고)의 변제행위는 甲(원고)에 대하여도 유효하게 되어 甲의 보험급여 청구채권은 변제로 소멸하였음에도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

2844) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2017다278729 판결(그러나 변제수령자가 변제로 받은 급부를 가지고 자신이나 제3자의 채권자에 대한 채무를 변제함으로써 채권자의 기존 채권을 소멸시킨 경우에는 채권자에게 실질적인 이익이 생겼다고 할 수 없으므로, 변제의 효력을 인정할 수 없다). [동일 판시] 소외인들이 공모하여 권한 없이 원고 명의의 피고 은행 계좌(구 계좌)에서 예금을 인출하여 원고 명의의 피고 은행 다른 계좌(신 계좌)로 이체한

6) 전부명령과 추심명령에 의한 집행채권의 변제

전부금 청구의 청구원인 요건사실인, “① 피전부채권의 발생+② 전부명령의 발령+③ 제3채무자에 대한 송달+④ 전부명령의 확정(=채무자에 대한 송달)” 사실은 전부채권자의 ‘압류명령신청 시에 명시한 집행채권’에 대한 ‘변제효’의 요건사실로서 집행채권 지급 청구에 대한 항변의 역할을 한다.²⁸⁴⁵⁾

전부금 청구의 항변 사실은 집행채권 지급 청구의 변제 항변에 대한 재항변 사실이 된다. 예컨대, 집행채권자는 “① 집행채무자가 제3자에게 피전부채권을 양도한 사실+② 집행채무자가 제3채무자에게 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지를 한 사실 +③ 그 양도통지가 압류명령의 송달 전에 제3채무자에게 도달한 사실”을 주장·증명함으로써,²⁸⁴⁶⁾ 채무자의 변제 항변에 대한 재항변을 할 수 있다. 이에 대하여, 피전부채권 양도계약에 대한 해제나 사해행위취소판결로 전부명령이 소급하여 유효하게 되었다는 주장은 유효한 재재항변이 될 수 없다.²⁸⁴⁷⁾

다음, 다시 인출하여 임의로 사용한 사안에서, 원고는 소외인들의 구 계좌 예금인출이 무효임을 이유로 피고 은행을 상대로 구 계좌 예금반환을 청구하였고, 이에 피고 은행은 소외인들의 행위로 원고가 구 계좌 인출액만큼 신 계좌에서 이익을 받았다는 이유로 유효한 변제라고 항변하였는데, 위 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각한 원심을 파기한 예(2013다17117).

- 2845) 민사집행법 제231조 본문(“전부명령이 확정된 경우에는 전부명령이 제3채무자에게 송달된 때에 채무자가 채무를 변제한 것으로 본다.”)은, 집행채권자가 전부명령에 의하여 피전부채권에 대하여 독점적인 권리를 취득하는 것에 상응하여 전부명령으로 집행채권이 변제되는 것과 동일한 효과가 발생한다는 취지를 정한 것이다(2006다88234). 전부명령이 확정되면 피압류채권은 제3채무자에게 송달된 때에 소급하여 집행채권의 범위 안에서 당연히 전부채권자에게 이전하고(이전효: 移轉效), 그와 동시에 집행채무자가 채무의 이행에 갈음하여 현실적인 출연을 한 것과 법률상 동일하게 취급되어 집행채권은 변제된 것으로 보아(간주) 소멸된다(변제효: 辨濟效). 따라서 원금과 이에 대한 변제일까지의 부대채권을 집행채권으로 하여 전부명령을 받은 경우에는 집행채권의 원금의 변제일은 전부명령이 제3채무자에게 송달된 때가 되어 결국 집행채권액은 원금과 제3채무자에 대한 전부명령 송달시까지의 부대채권액을 합한 금액이 되므로 피압류채권은 그 금액 범위 안에서 전부채권자에게 이전한다(99다36860).

전부명령에 의한 채무소멸의 효과는 채권자가 압류명령신청 시에 명시한 집행채권의 변제를 위하여서만 생긴다. 따라서 압류명령신청에 기재된 집행채권이 수 개인 경우에 전부명령에 의한 채무변제의 효과가 어느 채무에 대하여 생기는지는 법정변제충당의 법리가 적용되기에 앞서 집행채권의 확정에 의하여 결정되고, 구체적으로는 집행권원과 청구금원 등 채권자가 압류명령신청서에 기재한 내용에 의하여 정하여진다. 이는 채권자의 의사에 기하여 전부명령에 의해 소멸할 집행채권의 종류와 범위를 확정하는 문제이지 민법 제476조에서 정한 지정변제충당의 문제가 아니다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다250087 판결). 채권자가 대여금 청구 소송을 제기하여 원금 및 이자 등의 지급을 명하는 승소 판결을 받은 다음 그 판결에 기하여 청구금액을 대여금 중 일부금으로 표시한 채권 압류 및 전부 명령을 신청한 경우, 집행권원상의 대여금채권만이 집행채권으로 되었을 뿐 그 이자나 지연손해금은 집행채권으로 되었다고 할 수 없으므로, 전부금은 압류 및 전부 명령 신청 시에 집행채권으로 명시한 집행권원상 원금의 일부의 변제에 충당되었다고 보아야 하고, 원금과 이자 사이의 변제충당에 관한 문제가 발생할 여지가 없다(95다55047).

- 2846) 압류된 금전채권에 대한 전부명령이 절차상 적법하게 발부되어 확정되었다고 하더라도, 전부명령이 제3채무자에게 송달될 때에 피압류채권이 이미 제3자에게 대항요건을 갖춘 채 양도되어 집행채무자에게 존재하지 않으면 전부명령은 무효여서, 피압류채권이 전부채권자에게 이전되거나 집행채권이 변제되어 소멸하는 효과는 발생할 수 없고, 그 후에 채권양도계약이 해제되어 집행채무자의 채권이 되었다 하더라도 전부명령의 효력이 유효하게 되는 것은 아니다(80누484).

- 2847) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다1407 판결(그 이유는, 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는

추심채권자의 집행채권은 배당절차에서 실제로 배당받은 금액의 범위 내에서 소멸한다.²⁸⁴⁸⁾

7) 가집행선고 붙는 판결에 기한 변제

가) 변제효 유무

가집행이 붙은 제1, 2심판결 선고 이후 채무자가 강제집행을 피하기 위해²⁸⁴⁹⁾ 돈을 지급한 경우 변제의 효과가 지급 시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 가집행 붙은 판결이 상소심에서 취소 또는 변경되지 아니하고 확정된 때에 비로소 발생한다.²⁸⁵⁰⁾ 따라서 채무자가 항소심에서 위와 같이 돈을 지급한 사실을 주장하더라도 항소심법원은 그러한 사유를 참작하지 않고 청구의 당부를 판단해야 하므로,²⁸⁵¹⁾ 위와 같은 피고의 변제

전독자 사이에만 미치므로, 수익자 또는 전독자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채무자와 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것은 아니기 때문이다). ㉠ 원심이, 제3채무자에 대한 송달일 당시 피전부채권인 전세금반환채권이 이미 타에 양도되어 존재하지 아니하므로 전부명령이 무효인 상태로 있다가, 그 후 전세권양도계약에 대한 사해행위취소판결이 확정되어 전세금반환채권이 그 양수인으로부터 양도인인 피고 회사에 원상회복됨에 따라 위 송달일로 소급하여 유효하게 되었다고 보고, 원고의 피고들에 대한 대여금채권은 전부명령의 효력에 의하여 전액 변제되었다는 피고들의 항변을 받아들여 원고의 대여금청구를 기각한 데 대하여, 대법원은, 위 전부명령 당시 피전부채권이 이미 채무자인 피고 회사로부터 제3자에게 양도되어 대항요건까지 갖추었다면, 원고의 전부명령은 무효라 하겠고, 그 후의 사해행위취소소송에서 피전부채권에 대한 채권양도계약이 취소되고 그 채권의 복귀를 명하는 판결이 확정되었다고 하더라도, 위 채권이 소급하여 피고 회사에 복귀하거나 이미 무효로 된 전부명령이 다시 유효하게 되는 것은 아니라고 한 예.

2848) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2017다278729 판결; “추심채권자는 집행법원의 수권에 따라 일종의 추심기관으로서 알리나 배당에 참가한 모든 채권자를 위하여 제3채무자로부터 피압류채권을 추심하는 것일 뿐 자신의 집행채권을 변제받는 것이 아니다. 제3채무자가 추심채권자에게 변제한 경우 추심채권자는 집행법원에 공탁과 사유신고를 해야 하고, 추심채권자가 그 배당절차에서 실제로 배당받은 금액의 범위 내에서만 집행채권이 소멸하게 된다.”

2849) 가집행이 붙은 제1심 판결을 선고받은 채무자가 선고일 약 1달 후에 그 판결에 의한 그때까지의 원리금을 채권자에게 스스로 지급하기는 하였으나 그 제1심 판결에 대하여 항소를 제기하여 제1심에서 인용된 금액에 대하여 다투었다면, 그 채무자는 제1심 판결이 인용한 금액에 상당하는 채무가 있음을 스스로 인정하고 이에 대한 확정적 변제행위로 추심 채권자에게 그 금원을 지급한 것이 아니라, 제1심 판결이 인용한 지연손해금의 확대를 방지하고 그 판결에 붙은 가집행 선고에 기한 강제집행을 면하기 위하여 그 금원을 지급한 것으로 봄이 상당하다(95다15827).

2850) 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다56259 판결(원고가 망인의 유족들에게 가집행선고와 붙은 제1심 및 제2심 판결에 기하여 그 소송 도중 불법행위로 인한 손해배상금을 각 지급하는 한편, 원고 및 피고들의 손해배상채무를 인정한 가집행선고부 항소심판결에 대하여 원·피고들이 상고하였으나 1995. 11. 7. 상고가 기각되어 확정 되었으므로, 원고의 금원 지급으로 인한 면책의 효과는 위 상고기각 판결 선고 시에 확정적으로 발생한다고 판단하여, 원고의 피고들에 대한 구상금 채권이 위 항소심판결에 따라 망인의 유족들에게 최종적으로 손해배상금을 지급한 1994. 7. 22.부터 5년이 경과함에 따라 시효완성으로 소멸하였다는 피고들의 항변을 배척한 원심의 판단이 정당하다고 한 예). ㉠ 따라서 위 구상금채권의 발생 시점 및 그 소멸시효 기산점은 ‘위 상고기각 판결 선고 시’이다.

2851) 대법원 2020. 1. 30. 선고 2018다204787 판결. 이는 당해 소송절차에서 취소·변경대상이 되는 본안판결이 존재하는 경우에 만약 가집행에 기한 이행 상태를 판결자료로 채용한다면 가집행선고에 기한 집행 때문에 그 본안청구에 관하여 승소의 종국판결을 얻을 길이 막히게 되는 이상한 결과가 되어 실제상 불합리하기 때문이다(94다58490, 58506). ㉡ 가집행선고 있는 제1심판결에 기하여 인도 집행을 마친 경우에도, 항소심으로서 위 법리에 따라 인도 집행을 결과를 고려하지 아니하고 청구의 당부에 관하여 판단하여야 한다(2011다35722).

항변은 유효하지 않다.²⁸⁵²⁾

가집급금이 채무액에 미치지 못하는 경우, 변제충당 법리에 따른다.²⁸⁵³⁾

가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 공탁한 담보의 우선변제적 효력²⁸⁵⁴⁾은 강제집행정지로 인한 손해배상청구권에만 미치고, 정지의 대상인 기본채권에까지 미치는 것은 아니다(토지 인도 시까지의 차입 상당 손해배상청구권은 기본채권 자체라 할 것은 아니어서 인도집행정지를 위한 공탁금의 피담보채무가 된다).²⁸⁵⁵⁾

2852) 채무자가 그와 같이 금원을 지급하였다는 사유는 확정판결의 집행력을 배제하는 적법한 청구이의사유가 된다(95다15827).

2853) 대법원 1995. 12. 12. 선고 95다38127 판결: “가집행선고로 인하여 강제집행을 면하기 위하여 피고가 원고에게 금원을 지급하였으나 그 가집급금의 액수가 피고가 원고에게 지급하여야 할 정당한 금원인 원본 및 지연손해금 합계액에 미치지 못하였다면, 그 가집급금으로는 특별한 사정이 없는 한, 민법 소정의 변제충당의 법리에 따라 피고가 원고에게 지급하여야 할 금원에 관하여 지연손해금, 원본의 순서로 변제에 충당되고, 지연손해금에 충당되고 남은 때에는 원본 중에서도 변제이익이 많은 부분에 우선 충당된다고 할 것이다. 따라서 피고가 가집행선고에 기하여 원고에게 수차례 금원을 지급한 경우에 있어서 피고로부터 가집급물반환 신청을 받아 그 담부를 가리는 법원으로서는, 피고가 각 금원을 지급한 때마다 민법이 정한 변제충당의 순서에 따라 충당하여 원본 및 지연손해금 채무가 전부 소멸하였는지 여부를 살펴보아야 할 것이다.”

2854) 가집행의 선고가 붙은 판결에 대하여 상소를 한 경우 법원은 당사자의 신청에 따라 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하지 아니하게 하고 강제집행을 일시정지하도록 명할 수 있고(민소법 제501조, 제500조), 상대방은 담보물에 대하여 질권자와 동일한 권리를 가진다(민소법 제502조 제3항, 제123조). 질권자는 질권의 목적이 된 채권의 직접 청구 외에 민사집행법에 정한 집행방법(민사집행법 제223조 이하; 금전채권에 대한 압류 및 추심·전부명령 등)에 의하여 질권을 실행할 수 있다(민법 제353조, 제354조).

2855) ◎ 가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 공탁한 담보의 담보적 효력이 미치는 범위
대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다250087 판결: “(1) 재판상 담보공탁의 담보권리자가 공탁금회수청구권을 압류하고 추심명령이나 확정된 전부명령을 받은 후 담보취소결정을 받아 공탁금회수청구를 하는 경우, 그 담보공탁금의 피담보채권을 집행채권으로 하는 것인 이상, 담보권리자의 위와 같은 담보취소신청은 어디까지나 담보권을 포기하고 일반 채권자로서 강제집행을 하는 것이 아니라 오히려 적극적인 담보권실행에 의하여 그 공탁금회수청구권을 행사하기 위한 방법으로 보는 것이 타당하다. 따라서 이는 담보권의 실행방법으로 인정되고, 이 경우 그에 선행하는 일반 채권자의 압류 및 추심명령이나 전부명령으로 이에 대항할 수 없다. 한편 가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 공탁한 담보는 강제집행정지로 인하여 채권자에게 생길 손해를 담보하기 위한 것이고 정지의 대상인 기본채권 자체를 담보하는 것은 아니므로, 채권자는 그 손해배상청구권에 한하여서만 담보권을 가질 뿐 기본채권에까지 담보적 효력이 미치는 것은 아니다. (2) 가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 공탁한 담보금액과 피공탁자인 담보권자가 그 공탁금회수청구권에 대하여 압류·전부명령을 신청하면서 신청서에 적은 청구금액이 모두 피담보채권인 손해배상채권액을 초과하고 압류·전부명령신청서에 적은 집행채권이 그 손해배상채권을 포함하여 이를 초과하는 금액의 지급을 명하는 것일 경우에, 담보권자인 채권자의 의사는 그 신청서에 다른 의사를 표시하는 등의 특별한 사정이 없는 한 담보되는 손해배상채권부터 우선적으로 집행채권에 포함시키려 하는 데에 있다고 봄이 합리적이다. 따라서 이때에는 담보되는 손해배상채권부터 우선적으로 집행채권에 포함되고, 담보되지 않는 기본채권은 압류명령신청서에 적은 청구금액에서 손해배상채권을 뺀 잔액의 범위에서 집행채권에 포함된다고 보아야 한다. (3) 또한 이와 같은 경우에 담보공탁을 한 채무자가 수인이고 그 채무가 서로 부진정연대채무관계이며 채권자가 수인의 채무자들이 갖는 공탁금회수청구권 전체에 대해 동시에 압류·전부명령을 신청하면서 그 신청서에 그중 어느 채무자로부터 담보적 효력이 미치는 손해배상채권의 만족을 구한다는 취지를 특정하여 기재하지 않았다면, 채권자는 어느 채무자가 제공한 담보에서 그 피담보채권의 만족을 구할 것인지에 관한 실행선택권을 포기한 것으로 보아야 한다. 이 경우 오로지 각 공탁 채무자와 그에 대한 채권자 사이에서 이해관계의 공평한 조정이 문제될 뿐이므로, 특별한 사정이 없는 한 각 채무자가 공탁한 담보에 비례하여 각 공탁 채무자에 대한 집행채권에 손해배상채권을 배분하여야 한다.” ■ 토지 인도 및 그 인도 시까지의 차입 상당액의 지급을 명한 가집행선고부 판결에 대한 강제집행정지를 위하여 담보공탁을 한 경우, 그 토지의 인도집행이 지연됨으로 인한 손해에는 반대되는 사정이 없는 한 집행의 정지가 효력을 갖는 기간 내에 발생된 차입 상당의 손해가 포함되고, 그 경우 차입 상당의 그 손해배상청구권은 기본채권 자체라 할 것은 아니어서 인도집행정지를 위한 공탁금의 피담보

나) 가집행 원상회복의 예비적 반소

민사소송법 제215조²⁸⁵⁶⁾ 제2항에 따라, 법원은 본안판결을 바꾸는 경우²⁸⁵⁷⁾에 피고의 신청(피고가 가집행선고부 제1심판결에 대하여 항소를 제기하면서 그 항소심 법원에 제1심판결의 가집행선고에 기한 가지급물의 반환 신청을 하는 것이 보통이고, 사실관계에 다툼이 없어 사실심리를 요하지 않는 경우를 제외하고는 상고심에서는 원칙적으로 신청이 허용되지 않는다²⁸⁵⁸⁾)에 따라 그 판결에서 가집행의 선고에 따라 지급한 물건²⁸⁵⁹⁾을 돌려 줄 것²⁸⁶⁰⁾과, 가집행으로 말미암은

무가 된다(대법원 2024. 1. 5.자 2023마7070 결정).

- 2856) 민사소송법 제215조(가집행선고의 실효, 가집행의 원상회복과 손해배상) ① 가집행의 선고는 그 선고 또는 본안판결을 바꾸는 판결의 선고로 바뀌는 한도에서 그 효력을 잃는다. ② 본안판결을 바꾸는 경우에는 법원은 피고의 신청에 따라 그 판결에서 가집행의 선고에 따라 지급한 물건을 돌려 줄 것과, 가집행으로 말미암은 손해 또는 그 면제를 받기 위하여 입은 손해를 배상할 것을 원고에게 명하여야 한다. ③ 가집행의 선고를 바꾼 뒤 본안판결을 바꾸는 경우에는 제2항의 규정을 준용한다.
- 2857) 제1심에서 가집행선고부 승소판결을 받아 그 판결에 기해 강제집행을 신청한 다음 항소심에서 조정(조정에 갈음하는 결정 포함) 내지 화해가 성립한 경우, 제1심판결 및 그 가집행선고의 효력은 조정 내지 화해에서 제1심판결보다 인용 범위가 줄어든 부분에 한하여 실효되고 그 나머지 부분에 대하여는 여전히 효력이 미친다(2011마1482).
- 2858) ① 가집행선고로 인한 지급물의 반환신청은 가집행에 의하여 집행을 당한 채무자로 하여금 본안 심리절차를 이용하여 그 신청의 심리를 받을 수 있게 함으로써 반소나 별소를 제기하는 비용과 시간 등을 절약할 수 있게 하려는 제도로서, 그 신청은 집행을 당한 채무자가 본안에 대하여 불복을 제기함과 아울러 본안을 심리하고 있는 상소심에서 그 변론종결 전에 합의 원칙이고, 그 신청의 이유인 사실의 진술 및 그 당부의 판단을 위하여서는 소송에 준하여 변론이 필요한 것인데, 상고심은 법률심이어서 과연 집행에 의하여 어떠한 지급이 이행되었으며 어느 범위의 손해가 있었는가 등의 사실관계를 심리 확정할 수 없기 때문에 신청의 이유로서 주장하는 사실관계에 대하여 당사자 사이에 다툼이 없어 사실심리를 요하지 아니하는 경우를 제외하고는 가집행선고로 인한 지급물의 반환신청은 상고심에서는 원칙적으로 허용되지 아니한다(2005다57691) ② 피고가 가집행선고부 제1심판결에 대하여 항소를 제기하면서 그 항소심 법원에 위 제1심판결의 가집행선고에 기한 가지급물의 반환 신청을 하는 것이 보통이지만, 가집행선고부 항소심 판결이 대법원에서 파기환송된 경우에는 환송 후 항소심 법원에 대하여도 환송 전 항소심 판결에 기한 가지급물의 반환 신청을 할 수 있다(95다38127). ③ 제1심에서 가집행선고부 승소판결을 받고 그에 기하여 판결원리금을 지급받았다가 항소심에 이르러 당초의 소가 교환적으로 변경되어 취하된 것으로 되는 경우에는 항소심 절차에서 곧바로 가지급물의 반환 등을 구할 수 있다고 보아야 하고, 그것을 별소의 형식으로 청구하여야만 된다고 볼 것은 아니다(대법원 2023. 4. 13. 선고 2022다293272 판결). ④ 제1심에서 가집행선고가 불은 패소의 이행판결을 선고받고 항소한 당사자는 항소심에서 민사소송법 제215조 제2항의 재판을 구하는 신청을 하지 아니하고 제1심의 본안판결을 바꾸는 판결을 선고받아 상대방이 상고한 경우에는 상고심에서 위와 같은 신청을 하지 못한다(2003다14010, 14027).
- 2859) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011다17847 판결; “반환의 대상이 되는 가집행선고로 인한 지급물이라 함은 가집행의 결과 피고가 원고에게 이행한 물건 또는 그와 동일시 할 수 있는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다. … 가집행선고부 판결에 기한 공탁은 채무를 확정적으로 소멸시키는 원래의 변제공탁이 아니고 상소심에서 그 가집행의 선고 또는 본안판결이 취소되는 것을 해제조건으로 하는 것이므로 가집행선고부 판결이 선고된 후 피고가 판결인용금액을 변제공탁하였다 하더라도 원고가 이를 수령하지 아니한 이상, 그와 같이 공탁된 금액 자체를 가집행선고로 인한 지급물이라고 할 수 없다.” ● 원고가 가집행선고부 판결을 집행권원으로 하여 피고의 제3채무자에 대한 채권에 대하여 전부명령을 얻어 전부금을 수령한 후 본안판결의 변경으로 가집행선고가 실효된 경우, 위 전부금은 가집행선고로 인한 지급물에 해당한다(92다38812)
- 2860) ① 가집행선고 있는 본안판결이 변경되어 그 가집행선고가 실효된 경우에는 가집행으로 인하여 지급받은 원고(가집행채권자)는 그 지급물을 반환할 의무가 있으나, 가집행에 기하여 제3자가 취득한 권리에는 하등의 영향을 미치지 아니하고, 그로 인하여 피고(채무자)가 입은 손해는 가집행채권자에게 배상을 청구할 수 밖에 없다(80다2591; 소외 회사가 원고를 상대로 한 점포명도사건의 가집행선고부 승소판결에 기하여 점포 명도 집행을 하여 이를 피고들에게 임대한 후에 상소심에서 위 가집행선고가 실효되었다고 하여도 위 가집행에 기하여 피고들이 취득한 임차권에는 아무런 영향을 미치지 아니하고, 원고가 소외 회사를 상대로 위 가집행실효에 의한 원상회복 청구소송을 제기하여 가집행선고부 승소판결을 얻었다고 하여도 피고들은 위 원상회복판결의

손해²⁸⁶¹⁾ 또는 그 면제를 받기 위하여 입은 손해²⁸⁶²⁾를 배상(‘무과실책임’이고, 가집행과 ‘상당인 과관계’에 있는 모든 손해가 포함되며,²⁸⁶³⁾ ‘과실상계’가 적용된다)할 것을 원고에게 명하여야 한다.

효력이 미치는 승계인이 아니라고 한 예). ② 원고가 가집행선고부 판결에 기하여 피고로부터 인도받은 유체동산에 대하여 경매절차가 진행되어 제3자가 이를 경락받아 점유함으로써 원고가 그 점유를 상실한 경우, 피고는 원고에 대하여 그 유체동산 자체를 가지급물의 반환으로 구할 수 없다(99다68768).

2861) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다23357 판결: “항소심이 무조건 이행을 명한 가집행선고부 제1심판결을 변경하여 상환이행을 명하면서 다시 가집행선고를 붙인 경우, 제1심판결에서 인정된 소송의 목적인 권리가 항소심에서도 여전히 인정되는 점에서는 아무런 변경이 없고, 다만 가집행채권자는 항소심판결에 따라 상환조건을 성취하여야만 강제집행을 할 수 있게 되었을 뿐이므로, 무조건 이행을 명한 제1심판결의 가집행선고는 그 차이가 나는 한도 내에서만 실효되었다고 봄이 상당하고, 따라서 이 경우에 가집행 채무자로서는 … 제1심판결의 가집행선고로 인한 지급물의 반환을 구할 수 없음은 물론, 소송의 목적인 권리가 인정되지 아니함을 전제로 하는 손해도 특별한 사정이 없는 한 위 제1심판결의 가집행과 상당인과관계에 있는 손해라고 할 수 없으므로 이에 대하여 위 같은 조항에 의한 배상을 구할 수는 없다고 할 것이다.”(● 원고(임차인) 주장 손해 중 건물 명도 집행 시 물건의 파손·부패로 입은 손해나 명도 집행일부터 임차보증금의 공탁일까지 건물에서 영업하지 못함으로 인한 손해 및 명도 집행으로 입은 정신적 손해는 피고(임대인)의 건물명도청구권이 인정되지 않음을 전제로 하는 것인데, 피고에게 건물 명도를 구할 권리가 있다는 점은 무조건 이행의 제1심판결과 보증금 상환이행의 제2심판결을 통하여 변경이 없으므로, 위 각 손해는 제1심판결의 가집행과 상당인과관계가 있는 손해라고 할 수 없으나, ● 원고는 제2심판결에 의해 피고로부터 임차보증금을 수령함과 상환으로 건물을 명도할 의무가 있음에 그치게 되었는데도 제1심판결에 붙여진 가집행선고에 기하여 임차보증금을 수령함이 없이 건물 명도 집행을 당하였으므로, 원고는 건물 명도와 상환으로 수령하였어야 할 임차보증금 5천만 원을 위 가집행 당시 지급받지 못한 손해, 즉 임차보증금을 늦게 지급받게 된 손해를 입게 되었음은 분명하고, 그 손해액은 위 가집행 명도일로부터 임차보증금을 반환받은 날까지 민법 소정의 연 5푼의 비율에 의한 이자상당액으로서, 이는 제1심판결의 가집행과 상당인과관계에 있는 손해라고 봄이 상당하므로, 피고는 원고에게 이를 배상할 의무가 있다고 한 다음, 원고가 제1심에서 임차보증금에 대한 동시이행항변을 하지 아니하여 전부 패소하였다가 항소심에 이르러서야 비로소 그 항변을 함으로써 제1심판결이 변경된 과정에서 원고에게 과실이 있는지 여부를 살펴보면 그 과실이 인정된다면 피고가 배상할 손해액을 산정함에 있어서 이를 참작하여야 한다고 한 예)

2862) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009다18557 판결: “가집행의 면제를 받기 위하여 입은 가집행채무자의 손해에 대한 가집행채권자의 배상책임은 가집행채권자의 고의 또는 과실 유무를 묻지 아니하고 인정되고, 그 손해배상의 범위에는 가집행과 상당인과관계에 있는 모든 손해가 포함된다. … 가집행의 면제를 받기 위하여 입은 손해’에 대한 가집행채권자의 배상책임이 발생하는 데에는 개별적인 사안에서 가집행채무자가 가집행채권자의 집행을 예기하여 그 집행을 면하기 위한 조치에 나아가는 것이 사회관념상 불합리하지 아니한 것으로 평가될 수 있어야 한다. … 가집행채무자가 가집행선고부 판결에 대하여 상소하면서 그 강제집행의 정지를 구하는 과정에서 그 담보로 일정한 금전을 공탁한 경우에 있어서도, 가집행선고부 승소판결이 있었으나 그 후 가집행선고가 실효되었다는 것만으로 그 공탁으로 인한 가집행채무자의 손해에 대한 가집행채권자의 손해배상책임이 바로 긍정된다고는 할 수 없고, 가집행채권자가 집행문을 부여받거나 미리 가압류 등의 보전처분을 하여 두는 등으로 집행절차에 착수하거나 준비한 경우 또는 그 전이라도 가집행채권자가 가집행채무자에 대하여 임의의 이행이 없으면 강제집행에 들어가겠다는 태도를 보인 경우이거나 적어도 가집행채무자가 가집행채권자의 집행을 예기하여 위와 같은 공탁으로써 강제집행의 정지를 구하는 것이 구체적인 분쟁의 경위나 성질, 당사자들의 관계, 경제적 지위 또는 재산상황, 가집행선고부 판결 및 그 상소심 판결의 내용이나 이유 또는 당해 소송에서 현출된 소송자료의 내용 등 제반 사정에 비추어 사회관념상 수긍할 만한 것으로 평가되는 경우에 해당하여야 할 것이다.” ㉠ 원심이, 가집행선고부 이행판결이 있은 후 그 가집행선고가 실효되었다는 것만으로 원고가 가집행선고부 일부 패소판결에 관하여 상소를 이유로 강제집행정지신청을 하면서 공탁한 금전에 대하여 그 회수 전일까지의 민법 소정의 연 5%의 이자와 그 공탁금에 딸린 이자의 차이에 상당하는 금액을 원고가 가집행의 면제를 받기 위하여 입은 손해로 보고 그 손해에 대한 피고의 배상책임을 긍정하는 한편, 가집행에 착수하였거나 가집행이 임박하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상 위와 같은 책임을 부담할 수 없다는 피고의 주장을 배척한 데에는 별리요해나 심리미진의 위법이 있다고 한 예.

2863) ① 강제집행비용은 가집행선고로 인한 지급물 자체라고는 할 수 없으나 원고의 집행에 의하여 피고가 부담하게 된 손해에 해당하나(79다1476), ② 부동산처분금지가처분채무자가 가집행선고부 가처분취소판결에 기하여 가처분등기를 말소한 후에 그 판결을 취소, 변경하는 판결이 선고되기 전에 그 부동산을 타에 처분함으로써 가처분채권자(가집행채무자)가 그 부동산을 취득할 수 없게 된 경우에 있어서 비록 가처분채권자가 그로 인하여 손해를 입었다 하더라도 그 손해는 가처분채무자(가집행채권자)의 별도의 처분행위에 의한 것일 뿐 가집행

가집행의 원상회복신청은 소송 중의 소의 일종으로서 본안판결이 변경되지 아니할 것을 해제조건으로 하는 ‘예비적 반소’의 성질을 갖는다.²⁸⁶⁴⁾

원상회복의무는 성질상 ‘부당이득반환채무’이고 공평의 관념에서 민사소송법이 인정한 ‘법정채무’로서 지급 금원에 대해서는 ‘지급된 날 이후부터 법정이율에 의한 지연손해금’이 인정된다.²⁸⁶⁵⁾

사. 대물변제

채권자의 본래 채무 이행 청구에 대한 채무자의 대물변제 항변의 요건사실은 ① “대물변제 합의의 존재 사실”, ② “본래의 채무 이행에 ‘같음’하여 ‘다른 급부를 이행’한 사실”이다.²⁸⁶⁶⁾ 대물변제 계약을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행 청구의 청구원인 사실은 위 ① 요건만으로 족하다.²⁸⁶⁷⁾

위 ① 요건과 관련하여 보면, 기존채무와 관련하여 채무자 소유 부동산에 관하여 채권자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 경우, 이는 대물변제 조로 이전된 것으로 추정되고, 채권자 측이 채무담보 목적임을 재항변으로 주장·증명할 책임이 있다.^{2868) 2869)} 즉, 부동산

선고부판결의 가집행으로 인한 것이라고는 볼 수 없으므로 그 취소변경된 판결의 가집행과 가처분채권자의 손해와의 사이에는 상당인과관계가 없다(87다카3101).

2864) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2017다235791 판결. 가지급물반환 신청은 소송 중의 소의 일종으로서 그 성질은 예비적 반소라 할 것이므로, 본안에 관하여 원심판결을 파기하는 이상 원심의 가지급물반환명령 부분도 그 당부를 판단할 필요도 없이 당연히 파기를 면할 수 없다(2019다215593).

2865) ① 가집행선고부 제1심판결에 기하여 금원을 지급하였다가 다시 상소심판결의 선고에 의해 그 가집행선고가 실효됨에 따라 금원의 수령자가 부담하게 되는 원상회복의무는 성질상 부당이득의 반환채무이지만, 이러한 원상회복의무는 가집행선고의 실효가 기왕에 소급하는 것이 아니기 때문에 본래부터 가집행이 없었던 것과 같은 원상으로 회복시키려는 공평의 관념에서 민사소송법이 인정한 법정채무이다(2012다79866). ② 가집행으로 인하여 지급된 것이 금전이라면 특단의 사정이 없는 한 가집행채권자는 그 지급된 금원과 그 지급된 금원에 대하여 지급된 날 이후부터 법정이율에 의한 지연손해금을 지급하여야 하고(2013다52073, 52080; 가지급일부터 원심판결 선고일까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진등에관한특별법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 금원의 지급을 인정한 예), ③ 소송촉진등에관한특별법의 법정이율이 적용될 수 있다(2001다81320).

2866) 요물계약(계약이 유효하게 성립하기 위하여 당사자 간 의사 합의 이외에 물건의 인도나 어떠한 급부의 실현이 있어야 하는 계약)으로, 민법상 전형계약으로는 ‘현상광고’(제675조), 민법 규정상으로는 ‘질권설정계약’(제330조), ‘대물변제계약’(제466조), 판례·학설상으로는 ‘계약금계약’이 있다.

2867) 대법원 1972. 5. 23. 선고 72다414 판결.

2868) 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다19880 판결; “채무와 관련하여 채무자 소유의 부동산이 채권자 앞으로 소유권이전등기가 경료된 경우, 그것이 종전채무의 변제에 같음하여(즉 대물변제조로) 이전된 것인가, 아니면 종전채무의 담보를 위하여(즉 추후 청산절차를 유보하고) 이전된 것인가의 문제는 그 소유권이전 당시의 당사자 의사해석에 관한 문제인 것이고, 이 점에 관하여 명확한 증거가 없는 경우에는(물론 담보목적임을 주장하는 측에 그 입증책임이 있는 것이다) 소유권이전 당시의 채무액(당해 부동산이 부담하는 제3자에 대한 채무를 포함하여)과 그 당시의 부동산의 가액, 당해 채무를 지게 된 경위와 그 후의 과정(가등기의 경료관계), 소유권이전 당시의 상황, 그 이후에 있어서의 당해 부동산의 지배 및 처분관계 등 제반사정을 종합하여 그것이 담보목적인지 여부를 가려야 할 것.”

2869) 이에 대하여 ‘채무담보 조로 양도한 것으로 추정된다고 봄이 상당하다’는 견해(민법주해 채권(4), 1995, 77면(김대휘 집필))이 있으나, 기존채무와 관련하여 어음·수표를 교부하거나 다른 채권을 양도하는 경우와 달리,

의 경우 위 ①, ② 요건은 ‘기존채무와 관련하여 채무자 소유 부동산에 관하여 채권자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐진 사실’로 대체될 수 있다.²⁸⁷⁰⁾ 일정 기간 내에 채무 원리금을 변제할 때에는 재산을 반환받기로 하는 약정이 이루어졌다면, 특별한 사정이 없는 한 담보약정이 이루어진 것으로 해석하여야 한다.²⁸⁷¹⁾ 기존채무와 관련하여 어음·수표를 교부하거나 다른 채권을 양도한 경우에는 채무자 측이 대물변제 목적임을 적극적으로 주장·증명하여야 한다.²⁸⁷²⁾

위 ② 요건과 관련하여, 대물변제가 효력을 발생하려면 채무자가 본래의 이행에 갈음하여 행하는 다른 급여가 ‘현실적’이어야 하고, 등기나 등록이 필요한 경우 그 ‘등기나 등록’까지 마쳐주어야 하며,²⁸⁷³⁾ 채무변제에 갈음하여 다른 채권을 양도하기로 한 경우에

소유권이전등기를 마쳐준 경우는 등기의 법률상 권리추진력에 의하여 소유권이 등기명의자인 채권자에게 이전, 귀속되어 있는 것으로 추정되므로, 담보 목적의 등기임을 주장하는 측에 그 증명책임이 있다고 봄이 옳다. ■ 부동산등기 특별조치법 제6조(등기원인 허위기재등의 금지) 제2조의 규정에 의하여 소유권이전등기를 신청하여야 할 자는 그 등기를 신청함에 있어서 등기신청서에 등기원인을 허위로 기재하여 신청하거나 소유권이전 등기의의 등기를 신청하여서는 아니된다.

2870) 소유권이전등기가 대물변제 조인자 채무담보 조인자에 관한 구체적 판단 사례로는, 2012다11648 판결, 2010다94410, 94427 판결, 92다19880 판결 등 참조.

2871) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다64505 판결: “기존의 채무를 정리하는 방법으로 다른 재산권을 이전하기로 하면서 일정 기간 내에 채무 원리금을 변제할 때에는 그 재산을 반환받기로 하는 약정이 이루어졌다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에는 그 재산을 담보의 목적으로 이전하고 변제기 내에 변제가 이루어지지 않으면 담보권 행사에 의한 정산절차를 거쳐 원리금을 변제받기로 하는 양도담보약정이 이루어진 것으로 해석하여야 한다.” ⇒ 아파트 신축공사 수급인인 피고가 하수급인인 원고 1에게 공사대금의 지급을 위하여 약속어음을 발행·교부하며, 원고 1의 대표이사인 원고 2와 사이에 피고가 원고 2에게 위 어음금의 담보로 아파트 분양계약서를 작성·교부하되, 만약 피고가 지급기일에 위 어음금을 정상적으로 결제할 경우 분양계약서는 효력이 없다는 약정을 체결한 사안에서, 원고 2와 피고 사이에는 아파트를 피고의 원고 1에 대한 채무의 담보 목적으로 이전하고 변제기 내에 변제가 이루어지지 않으면 담보권 행사에 의한 정산절차를 거쳐 원리금을 변제받기로 하는 양도담보약정이 이루어진 것으로 봄이 상당하므로, 원고 2는 피고에 대하여 위 양도담보약정에 따른 소유권이전등기청구권을 행사할 수 있음은 물론, 매매를 원인으로 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 없다고 한 사례.

2872) 86다카2055 판결은, “원고와 피고 사이에 채권담보의 목적이 된 아파트임주권에 대하여 대물변제의 예약을 하고 그 예약완결권을 원고에게 유보한 경우에 원고가 그 예약완결권을 행사하여 그 임주권을 처분하였다면 특별한 사정이 없는 한 위 채권은 대물변제로 인하여 소멸하였다 할 것이고 위 담보목적물을 채권의 일부에 대한 대물변제로 하여 그 나머지 채권을 남겨두기로 하였다면 이를 주장하고 입증할 책임은 원고에게 있다 할 것이다.”라고 하였는데, 이는 피고가 원고로부터 차용한 21,000,000원의 원리금의 담보로 아파트임주권을 원고에게 교부하면서 만일 피고가 변제기까지 갚지 않을 때에는 그 임주권을 원고가 마음대로 처분하여도 이의가 없기로 약정한 사실 관계하에서, 피고는 차용금채무 전부가 대물변제로 소멸하였다고 주장하고, 원고는 17,000,000원에 대하여서만 대물변제한 것으로 하고 나머지 4,000,000원은 피고가 변제하기로 약정하였다고 주장한 사안이므로, ‘대물변제로 인하여 소멸하였다 할 것’이라는 위 판시의 앞부분은 일반적으로서 의미가 있는 것은 아니다.

2873) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다276789 판결: “다른 급여가 부동산의 소유권이전인 경우 등기를 완료하면 대물변제가 성립되어 기존채무가 소멸한다. 한편 대물변제도 유상계약이므로 목적물에 하자가 있을 경우 매도인의 담보책임에 관한 민법 조항이 준용된다. ... 원고가 당초의 약정대로 하도급 공사대금에 대한 대물변제를 원인으로 이 사건 구분건물에 관하여 소유권이전등기를 마친 이상 피고는 본래 채무에 갈음하여 이행하기로 한 다른 급여를 현실적으로 한 것으로 보아야 한다. 이 사건 구분건물이 아직 사용승인을 받지 않았고 대지지분에 제한물권이 설정되어 있기는 하나, 이러한 사정은 대물변제 목적물의 하자로서 담보책임을 물을 수 있는 사유가 될 뿐이다.” ■ 채무자와 채권자(명의신탁자), 명의수탁자 3자간의 대물변제 조의 등기명의신탁의 경우 부동산실법법에 따라 명의신탁약정과 그에 의한 등기는 무효이고, 명의수탁자가 제3자에게 명의수탁 부동산에

는 특별한 사정이 없는 한 '채권양도의 요건'으로서 채권양도의 '대항요건'까지 갖추면 채무소멸의 효력이 생기고,²⁸⁷⁴⁾ 그 양수 채권의 변제까지 이루어져야만 원래의 채무가 소멸하는 것은 아니다.²⁸⁷⁵⁾

신주발행 방식의 출자전환으로 기존채권의 변제에 갈음하기로 한 경우, 특별한 사정이 없는 한, 신주발행의 효력발생일을 기준으로 신주의 가액을 평가하여 그 평가액 상당의 기존채권이 변제된 것으로 보아야 한다.²⁸⁷⁶⁾

아. 변제공탁

변제공탁 주장은 통상 원고의 이행청구에 대하여 권리소멸항변으로 기능한다.

변제공탁 항변의 요건사실은²⁸⁷⁷⁾ ① '공탁원인사실의 존재, 즉 ㉠ 수령거절, 또는 ㉡ 수령불능 또는 ㉢ 채무자의 과실 없는 채권자 불확지²⁸⁷⁸⁾ 사실',²⁸⁷⁹⁾ ② '채무 전부에 대한

대한 처분행위를 한 경우 3자간 등기명의신탁에 의한 소유권이전등기의 무효로써 제3자에게 대항할 수 없다고 하더라도, 대물변제약정에 따른 채무자의 채권자(명의신탁자)에 대한 소유권이전등기의무가 대물변제로 적법하게 이행된 것으로는 볼 수 없다(2001다27470).

2874) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2011다82995 판결; 채권자 甲이 채무자 乙 주식회사의 제3채무자 丙 주식회사에 대한 공사대금채권을 피압류채권으로 하여 채권가압류결정과 채권압류 및 추심명령을 받고 丙 회사를 상대로 추심금을 청구하자, 丙 회사가 채권가압류 전에 피압류채권이 대물변제로 소멸하였다고 주장한 사안에서, 乙 회사와 丙 회사가 채권가압류 전 丙 회사 보유 채권을 乙 회사에 양도함으로써 피압류채권인 공사대금채권이 소멸되는 것으로 합의한 사실 등은 인정되나, 丙 회사가 채권가압류 전에 대항요건까지 갖추어 乙 회사에 채권 양도를 하였다고 볼 증거가 없다는 이유로 위 주장을 배척한 원심판단을 정당하다고 한 사례.

2875) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다40998 판결.

2876) 대법원 2012. 4. 9. 선고 2014다54168 판결; "대출채권의 담보를 위하여 채무자가 채권자에게 자신의 제3자에 대한 다른 채권을 담보 목적으로 양도하였는데 그 양도된 채권이 후일 제3자에 대한 회생절차에서 채권자에 의하여 회생채권으로 신고되어 회생계획에 따라 그 전부 또는 일부가 출자전환됨으로써 그 회생채권의 변제에 갈음하기로 한 경우, 신주발행의 효력발생일 당시를 기준으로 하여 채권자가 인수한 신주의 시가를 평가하여 그 평가액에 상당하는 부분의 대출채권이 변제된 것으로 보아야 한다."

2877) 민법 제487조(변제공탁의 요건, 효과) 채권자가 '변제를 받지 아니하거나' '받을 수 없는 때'에는 변제자는 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁하여 그 채무를 면할 수 있다. 변제자가 '과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우'에도 같다.

2878) ㉠ 상대적 채권자 불확지 공탁의 구체적 예

① 신탁계약의 해지·종료로 수탁자가 위탁자와 약정에 따라 최종 계산을 거쳐 수익자에게 신탁재산을 교부한 후 잔여재산을 위탁자에게 반환하여야 하는데, 정당한 수익자인지 다툼이 있어 수탁자가 누구에게 신탁재산을 지급하여야 하는지 알 수 없는 경우, 채권자 불확지를 원인으로 하여 신탁재산을 변제공탁할 수 있다고 한 사례(2014다207245, 207252). ② 증권계약결재원이 선량한 관리자의 주의를 다하여도 보호예수의무자와 제3자 중 누구에게 보호예수 주권을 반환해야 할 것인지를 알 수 없는 경우 채권자 불확지를 원인으로 하여 주권을 변제공탁할 수 있다고 한 사례(2007다35596). ③ 예금계약의 출연자와 예금명의자가 서로 다르고 양자 모두 예금채권에 관한 권리를 적극 주장하고 있는 경우로서 금융기관이 그 예금의 지급 시는 물론 예금계약 성립 시의 사정까지 모두 고려하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여도 어느 쪽이 진정한 예금주인자에 관하여 사실상 혹은 법률상 의문이 제기될 여지가 충분히 있다고 인정되는 때에는 채무자인 금융기관으로서는 채권자 불확지를 원인으로 하여 변제공탁을 할 수 있다고 한 사례(2004다37737). ④ 확정일자 있는 채권양도 통지와 채권가압류명령이 제3채무자에게 동시에 도달된 경우에 제3채무자는 송달의 순서가 불명한 경우에 준하여 채권자를 알 수 없다는 이유로 변제공탁을 할 수 있다고 한 사례(2003다22561). ⑤ 양도금지의 특약이 붙은 채권이 양도된 경우에 채무자로서는 양수인의 선의 등의 여부를 알 수 없어 과연 채권이 적법하게 양도된 것인지에 관하여 의문이 제기될 여지가 충분히 있으므로 특별한 사정이 없는 한 채권자 불확지를 원인으로

변제공탁 사실'이다.

그 중 흔히 행해지는 수령거절에 의한 변제공탁 항변의 구체적 요건사실은 ① '변제자가 채무 전부에 대한 변제의 제공을 하였으나 채권자²⁸⁸⁰⁾가 이를 수령하지 아니한 사실' 또는 '채권자가 미리 수령거절의 의사표시를 하는 등 변제제공을 하였더라도 그 수령을 거절하였을 것이 명백한 사실',²⁸⁸¹⁾ ② '변제자가 채무 전부²⁸⁶²⁾ 2883)를 변제공탁한 사실'이다.

변제공탁 항변의 요건사실은 ① '변제자가 채무 전액에 대한 변제공탁임을 공탁원인으로 밝히고 공탁한 사실'과 ② (전부 변제 항변) '채권자가 그 공탁원인을 수락하거나 이의 유보 의사표시 없이²⁸⁸⁴⁾ 공탁금을 수령한 사실' 또는 (일부 변제 항변) '채권자가 채권의 일부에 충당한다는 유보의 의사표시를 하고 공탁금을 수령한 사실'로 대체될 수도 있다.²⁸⁸⁵⁾

하여 변제공탁을 할 수 있다고 한 사례(2000다55904). ㉠ 특정 채권에 대하여 채권양도의 통지가 있었으나 그 후 통지가 철회되는 등으로 채권이 적법하게 양도되었는지 여부에 관하여 의문이 있어 채권자 불확직을 원인으로 하여 변제공탁을 할 수 있다고 한 사례(96다2583).

- 2879) 공탁자는 자신의 의사에 좇아 공탁의 종류(변제공탁, 집행공탁, 혼합공탁), 공탁원인사실(수령거절, 수령불능, 채권자 불확직)을 선택하여 할 수 있고, 공탁자가 그 중 어떠한 공탁을 하였는지는 피공탁자의 지정 여부, 공탁의 근거가 되는 법령조항, 공탁원인사실 등을 종합적·합리적으로 고려하여 객관적으로 판단되어야 한다(2011다84076). 공탁서의 정정은 공탁신청이 수리된 후 공탁서의 착오 기재가 발견된 때에 공탁의 동일성을 해하지 않는 범위 내에서만 허용되는 것이므로, '과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우'라고 하여 변제공탁을 하였다가 공탁원인사실에 '채권자의 수령불능'을 추가하는 것은 단순한 착오 기재의 정정에 그치지 않고 공탁의 동일성을 해하는 내용의 정정이므로 허용될 수 없다(2007다35596).
- 2880) 매수인이 매도인을 대리하여 매대대금을 수령할 권한을 가진 자에게 잔대금의 수령을 최고하고 그 자를 공탁물 수령자로 지정하여 한 변제공탁은 매도인에 대한 잔대금 지급의 효력이 있다(2011다77849).
- 2881) 채권자의 태도로 보아 채무자가 설사 채무의 이행제공을 하였더라도 그 수령을 거절하였을 것이 명백한 경우에는 채무자는 이행의 제공을 하지 않고 바로 변제공탁 할 수 있으므로(93다42276), ① 요건은 '채권자가 미리 수령거절의 의사표시를 하는 등 변제제공을 하였더라도 그 수령을 거절하였을 것이 명백한 사실'로 대체될 수 있다. 당사자가 주장하지 아니한 일련의 사실을 인정하고 이로부터 변제를 제공하였더라도 이를 수령하지 아니하였을 것이라고 판단하였다고 하더라도, 이와 같이 수령거절을 추인하게 해주는 일련의 사실은 당사자 주장의 공탁원인에 대한 간접사실에 불과한 것이므로 변론주의의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다(93다42276).
- 2882) 채권자에 대한 변제자의 공탁금액이 채무의 총액에 비하여 아주 근소하게 부족한 경우에는 당해 변제공탁은 신의칙상 유효한 것이라고 보아야 한다. ex ① 원고가 나뭇대로 계산을 하여 채무원리금 전액을 변제공탁한다는 취지로 공탁을 하였는데 집행비용의 차이, 계산상 과오 등으로 인하여 근소한 부족금액이 발생하였고, 그 부족비율이 0.35%(= 248,816/69,384,761)에 지나지 않는 것이라고 한다면, 그 공탁은 그 공탁시점에서 신의칙상 유효한 것으로 볼 수 있다고 한 사례(2002다12871, 12888). ② 부족 금액 63,700원(채무총액 49,050,000원 - 변제공탁금액 48,986,300원)이 채무총액에 비해 0.12%에 해당하는 적은 금액이고 원고의 계산방식의 착오에 의한 것임이 명백한 점, 피고가 원고로부터 투자원금 3,000만 원에 대한 이득금으로 받는 금액이 불과 1년 남짓한 기간 동안에 원금의 2/3 정도에 육박하는 1,900여만 원인데 비하여 위 부족금 63,700원은 하루 남짓한 일수의 이득금에 불과한 점 등을 고려하면 신의칙상 위 공탁은 유효하다고 봄이 상당하다고 한 사례(86다카909).
- 2883) 채권자에게 반대급부 기타 조건의 이행의무가 없음에도 불구하고 채무자가 이를 조건으로 변제공탁(조건부 변제공탁)한 때에는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 무효이다(2001다2846).
- 2884) 일반적으로 이의 유보는 채권자가 공탁금 수령 시에 공탁공무원에 대하여 명시적으로 하는 것이므로, 변제자로서는 '채권자가 공탁금을 수령하면서 공탁공무원에게 이의를 유보하지 않은 사실'을 증명하면 족하다고 볼 것이다. 이의 유보 의사표시의 상대방은 공탁공무원에 국한되지 않고 채무자도 될 수 있으나(대법원 1982. 11. 9. 선고 82누197 전원합의체 판결), '공탁공무원에게 이의를 유보하지 않은 사실'로부터 '채무자에게도 이의를 유보하지 않은 사실'이 추인되고, '채무자에 대한 이의 유보 사실'은 채권자가 증명하여 위 추인을 번복토록 함이 타당하다.

변제공탁이 적법한 경우에는 채권자가 공탁물 출급청구를 하였는지 여부와는 관계없이 ‘공탁을 한 때’에 변제의 효력이 발생하고,²⁸⁸⁶⁾ 공탁물이 회수된 경우에는 공탁하지 아니한 것으로 보아²⁸⁸⁷⁾ 채권소멸의 효력은 소급하여 없어진다.²⁸⁸⁸⁾

공탁 관련 부적법한 소의 예로는, 피공탁자가 아닌 제3자가 피공탁자를 상대로 공탁물 출급청구권의 확인을 구하는 소,²⁸⁸⁹⁾ 직접 민사소송으로써 국가를 상대로 공탁금지급을 구하는 소,²⁸⁹⁰⁾ 약정에 기하여 공탁의 이행을 구하는 소²⁸⁹¹⁾ 등이 있다.

2885) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다93568, 93575 판결: “일부 공탁이 유효하게 될 예외적인 사정이 있다거나, 원고가 일부 공탁을 이의를 유보함이 없이 수락하였음을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 위 변제공탁은 채무소멸의 효력이 없다고 판단하였는바, ... 옳은 것으로 수긍이 가고” ● 변제공탁이 유효하려면 채무 전부에 대한 변제의 제공 및 채무 전액에 대한 공탁이 있어야 하고, 채무 전액이 아닌 일부에 대한 공탁은 일부의 제공이 유효한 제공이라고 볼 수 있거나 변제자의 공탁금액이 채무의 총액에 비하여 아주 근소하게 부족하여 해당 변제공탁을 신의칙상 유효한 것이라고 볼 수 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 공탁 부분에 관하여서도 채무소멸의 효과가 발생하지 않는다(대법원 2022. 11. 30. 선고 2017다232167, 232174 판결). 채무자가 채무액 일부만 변제공탁을 하였으나 그 후 부족분을 추가로 공탁하였다면 그 때부터는 모든 채무액에 대하여 유효한 공탁을 한 것으로 볼 수 있다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020다239366 판결). 채무 액수에 관하여 다툼이 있는 경우에 채무자가 채무 전액의 변제금을 공탁 원인 중에 밝히고 공탁을 하였는데, 채권자가 그 공탁금을 수령하면서 공탁공무원이나 채무자에게 채권의 일부로 수령한다는 등의 유보 의사표시를 한 바 없다면, 채권자는 그 공탁 취지에 따라 채권 전액에 대한 변제공탁의 효력을 인정할 것으로 보아야 한다(97다37784, 83다카88,89). 채권자가 공탁금을 채권의 일부에 출당한다는 유보의 의사표시를 하고 이를 수령한 때에는 그 공탁금은 채권의 일부의 변제에 충당되고, 그 경우 유보의 의사표시는 반드시 명시적으로 하여야 하는 것은 아니다(2008다51359).

2886) 그 후 공탁물 출급청구권에 대하여 가압류 집행이 되더라도 그 변제의 효력에 영향을 미치지 아니 한다(2011다11580).

2887) 민법 제489조(공탁물의 회수) ① 채권자가 공탁을 승인하거나 공탁소에 대하여 공탁물을 받기를 통고하거나 공탁유치의 판결이 확정되기까지는 변제자는 공탁물을 회수할 수 있다. 이 경우에는 공탁하지 아니한 것으로 본다. ② 천항의 규정은 집권 또는 저당권이 공탁으로 인하여 소멸한 때에는 적용하지 아니한다.

2888) 채권소멸의 효력을 소급적으로 소멸시키는 공탁물의 회수에는 공탁자에 의하여 이루어진 경우뿐만 아니라, 피공탁자를 포함한 제3자가 공탁자에 대하여 가지는 별도 채권의 집행권원으로써 공탁자의 공탁물 회수청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 그 집행으로 공탁물을 회수한 경우도 포함되고, 나아가 부적법한 변제공탁으로 변제의 효력이 발생하지 않았다고 하더라도, 피공탁자는 이를 수락하여 공탁물 출급청구를 하는 대신 공탁자에 대한 다른 채권에 기하여 공탁자의 공탁물 회수청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 그 집행으로 공탁물을 회수할 수 있으며, 한편 공탁물 출급청구권과 공탁물 회수청구권은 서로 독립한 별개의 청구권이므로 실형 공탁물 출급청구권에 대한 압류 등이 있었다고 하더라도 이는 공탁물 회수청구권에 대하여 아무런 영향을 미치지 않는다(대법원 2020. 5. 22.자 2018마5697 결정).

2889) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2014다3122, 3139 판결: “변제공탁의 공탁물출급청구권자는 피공탁자 또는 그 승계인이고 피공탁자는 공탁서의 기재에 의하여 형식적으로 기재되므로, 실제법상의 채권자라고 하더라도 피공탁자로 지정되어 있지 않으면 공탁물출급청구권을 행사할 수 없고, 따라서 피공탁자가 아닌 제3자가 피공탁자를 상대로 하여 공탁물출급청구권 확인판결을 받았더라도 그 확인판결을 받은 제3자가 직접 공탁물출급청구를 할 수 없으므로, 피공탁자 중 1인을 채무자로 하여 그의 공탁물출급청구권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 추심채권자라는 등의 특별한 사정이 없는 한 피공탁자가 아닌 제3자는 피공탁자를 상대로 하여 공탁물 출급청구권의 확인을 구할 이익이 없다.”

2890) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012다204815 판결: “공탁관의 처분에 대하여 불복이 있는 때에는 공탁법이 정한 바에 따라 이의신청과 항고를 할 수 있고, 공탁관에 대하여 공탁법이 정한 절차에 의하여 공탁금지급청구를 하지 아니하고 직접 민사소송으로써 국가를 상대로 공탁금지급청구를 할 수는 없다.” ☞ 원심은, 공탁관의 형식적 심사범위를 넘어선다는 이유로 예외적으로 공탁법이 정한 절차를 거치지 아니하더라도 직접 민사소송을 제기할 수 있다고 보아, 공탁금지급청구의 소는 공탁법상 불복절차를 거치지 아니하여 부적법하다는 피고의 본안건 항변을 배척하였으나, 대법원은, 원심을 파기·자판하여 소 각하한 예.

2891) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다52526 판결: “공탁은 반드시 법령에 근거하여야 하고 당사자가 임의로

채권자 '상대적 불확지' 변제공탁으로 피공탁자 중 1인이 다른 피공탁자들을 상대로 '공탁금출급청구권 존재 확인'을 구하는 경우, 원고는 '피공탁자들과 공탁자인 채무자 사이의 법률관계'에서 자신이 본래의 채권을 행사할 수 있는 진정한 채권자임을 주장·증명하여야 한다.²⁸⁹²⁾

자. 상 계

1) 요건사실

상계의 실체법상 요건사실²⁸⁹³⁾은, ① 쌍방이 서로 대립하는 채권을 가질 것, ② 그 채권의 목적이 동종일 것,²⁸⁹⁴⁾ ③ 양 채권이 변제기에 있을 것,²⁸⁹⁵⁾ ④ 상계의 의사표시 및 그 도달 등 4가지이나, 상계 항변의 요건사실은 ① '자동채권의 발생 및 그 변제기 도래', ② '상계의 의사표시 및 그 도달' 사실로 축약된다.

위 ①, ②의 경우, 수동채권의 존재²⁸⁹⁶⁾는 상계항변 이전 단계인 청구원인 단계에서 이미 드러나 있을 것이므로²⁸⁹⁷⁾ 상계 항변자는 사실상 '자동채권의 발생' 사실만을 주장·증명하면 된다.²⁸⁹⁸⁾ 법률의 규정 등 특별한 사정²⁸⁹⁹⁾이 없는 한, 자동채권으로 될 수 있는

할 수 없는 것이므로, 금전채권의 채무자가 공탁의 방법에 의한 채무의 지급을 약속하더라도 채권자가 채무자에게 이러한 약정에 기하여 공탁할 것을 청구하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 이러한 법리는 채무자에게 민사집행법 제248조에서 정한 집행공탁의 요건이 갖추어져 있는 경우라도 다르지 않다."

2892) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다270049 판결; "채무자가 과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우에는 변제의 목적물을 공탁하면 채무를 면하고(민법 제487조 후단), 채권자는 공탁소에 대하여 공탁금출급청구권을 가지게 된다. 이때 피공탁자가 된 채권자가 가지는 공탁금출급청구권은 채무자에 대한 본래의 채권을 갈음하는 권리이므로, 그 귀속 주체와 권리 범위는 본래의 채권이 성립한 법률관계에 따라 정해진다. 따라서 채무자가 누가 진정한 채권자인지를 알 수 없어 상대적 불확지의 변제공탁을 하여 피공탁자 중 1인이 다른 피공탁자들을 상대로 자기에게 공탁금출급청구권이 있다는 확인을 구한 경우에, 피공탁자들 사이에서 누가 진정한 채권자로서 공탁금출급청구권을 가지는지는 피공탁자들과 공탁자인 채무자 사이의 법률관계에서 누가 본래의 채권을 행사할 수 있는 진정한 채권자인지를 기준으로 판단하여야 한다."

2893) 민법 제492조(상계의 요건) ① 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 상계를 허용하지 아니할 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 규정은 당사자가 다른 의사를 표시한 경우에는 적용하지 아니한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

2894) 위임인의 수임인에 대한 별개의 금전채권과 수임인의 위임인에 대한 대변제청구권은 동종의 채권으로 볼 수 없어 상계가 허용되지 않는다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다48808 판결).

2895) 민법 제492조 제1항에서 정한 '채무의 이행기가 도래한 때'는 채권자가 채무자에게 이행의 청구를 할 수 있는 시기가 도래하였음을 의미하고 채무자가 이행지체에 빠지는 시기를 말하는 것이 아니다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다25946 판결).

2896) 쌍방의 채무가 상계할 수 있는 이른바 상계적상에 있었는데, 채무자가 수동채권에 관하여 상계의 의사표시를 하지 않고 그것이 변제, 기타의 사유로 소멸한 경우에는, 다시 이를 수동채권으로 하여 상계할 수 없다(79다1077).

2897) 대법원 1997. 12. 9. 선고 96다47586 판결; "상계의 수동채권은 상계의 의사표시를 하는 자에 의하여 특정된다고 할 것인데, ... 원고들이 원금과 그에 대한 이자채권 일부를 소구하자 소송 중 피고가 자신의 채권으로 그와 상계하겠다는 의사표시를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피고는 소구하는 원금과 이자채권을 수동채권으로 하려는 의사였다고 볼 것이므로, 원금채권이 상계로 소멸되기 이전에 발생한 이자채권 중 소구되지 않은 부분이 있다고 하더라도 그 부분을 상계의 수동채권으로 볼 수는 없다고 할 것"

채권은 상계자가 상대방에 대하여 가지는 채권이어서 하고 제3자가 상대방에 대하여 가지는 채권으로는 상계할 수 없다.²⁹⁰⁰⁾ 조합의 채무자는 그 채무와 조합원에 대한 채권으

2898) ① 대법원 2008. 6. 26. 선고 2006다77197 판결: “정리회사의 관리인의 상계허가신청에 대하여 정리법원의 허가결정이 내려지고 그 결정이 확정되었다 하더라도 정리회사의 상대방에 대한 자동채권의 존부 및 범위와 그에 따른 상계의 효력에 관하여는 별개의 절차에서 여전히 다룰 수 있다고 보아야 할 것이다. 한편, 이 경우 자동채권의 존부 및 범위는 그 권리의 존재를 주장하는 측에서 증명할 책임이 있고, 정리법원의 상계허가결정에 의하여 자동채권의 존부 및 범위가 법률상 추정되어 그에 대한 증명책임이 정리회사의 관리인으로부터 상대방에게 전환되는 것은 아니라고 할 것이다. … 원심이 피고가 제출한 증거만으로는 정리회사 … 가 2000. 3. 2. 상계 당시 원고에 대하여 미수금 채권 … 원 상당을 가지고 있었다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다고 판단한 것은 정당하고, … 자동채권의 존재에 대한 증명책임에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.” ② 63다429: “이식제한령 소정 범위를 초과한 이식은 무효이므로 이를 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하였다 하여도 그 효력을 발생할 수 없는 것이고” ③ 91다28979: “상계의 원인되는 자동채권이 존재하지 않는 것으로 확정되어 상계의 효력이 없다면 수동채권은 여전히 존재하는 것이어서 단순히 그 채무를 이행하지 않고 있다는 점만으로 법률상 원인 없이 이득을 얻었다 할 수 없는 것이고, 가사 수동채권이 시효로 소멸하게 되었다 하더라도 달리 볼 것은 아닌 것” ④ 대법원 2015. 11. 27. 선고 2011다28939 판결: “원심이, 원고 1에 대한 이 사건 시술 당시 피고 병원 의료진이 선험한 관리자의 주의의무를 다하지 못한 탓으로 오히려 원고 1의 신체기능이 회복불가능하게 손상되었고, 또 손상 이후에는 그 후유증세의 치료 또는 더 이상의 악화를 방지하는 정도의 치료만이 계속되어 온 것뿐이어서 피고 병원의 치료행위는 진료채무의 본지에 따른 것이 되지 못하거나 손해전보의 일환으로 행하여진 것에 불과하여, 피고로서는 원고 1에게 그 치료비의 지급을 청구할 수 없다는 이유로, 원고 1에 대한 피고 병원의 치료비 726,532,888원을 자동채권으로 하는 피고의 상계항변을 모두 배척하였다. … 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.” ⑤ 피고의 의료과실에 따른 원고의 손해배상청구에 대하여, 치료비채권을 자동채권으로 한 피고의 상계항변은 그 주장 자체에서 자동채권이 성립되지 아니하여 배척되어야 한다.

2899) 예외적으로, 연대채무자의 다른 연대채무자 채권에 의한 상계(민법 제418조 제2항), 보증인의 주채무자 채권에 의한 상계(민법 제434조), 이행보증보험의 보험자가 보험계약자의 피보험자에 대한 채권으로 상계하는 경우(2000다16251), 보험가입자인 가해자가 보험자의 피해자에 대한 부담이득반환채권으로 상계하는 경우(80다2271) 등과 같이 구상관계의 편의성, 공평의 요청 등의 합리적인 사유가 있는 때에는 예외적으로 제3자의 채권을 자동채권으로 하는 상계가 허용될 수 있다.

2900) ○ 대법원 2022. 12. 16. 선고 2022다218271 판결: 원심이, “추심채권자가 최우선순위 채권자인 경우, 채권자가 추심신고를 하기 전까지 다른 압류, 가압류 또는 배당요구가 없었던 경우 등과 같이 피압류채권에 관한 상계자의 독점적인 만족이 본래 가능한 경우에는 추심채권자의 상계를 굳이 불허할 필요가 없다.”라고 한 다음, “피고(市)가 피압류채권의 환가 절차에서 최우선순위로 배당받을 수 있는 채권자에 해당할 뿐만 아니라, 피고가 추심신고를 하기 전까지 피압류채권에 관하여 다른 압류, 가압류 또는 배당요구도 없었으므로, 피압류채권을 자동채권으로 하는 피고의 상계를 허용하더라도 이로써 다른 채권자의 권리 내지 민사집행법이 규정한 채권자 평등주의를 해하게 될 염려는 없다.”라고 한 데 대하여, 대법원은, “국세징수법에 의한 채권압류의 경우 압류채권자는 체납자에 대신하여 추심권을 취득할 뿐이고, 이로 인하여 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 압류채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니다. 따라서 압류채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류한 경우 그 채권은 압류채권자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 아니므로, 압류채권자는 이를 자동채권으로 하여 제3채무자의 압류채권자에 대한 채권과 상계할 수 없고, 이는 피압류채권에 대하여 이중압류, 배분요구 등이 없다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.”라고 한 다음, “피고가 국세징수법에 기하여 소외1회사의 소외2회사에 대한 채권을 압류하였다고 하더라도, 그 피압류채권은 피고가 소외2회사에 대하여 가지는 채권이 아니므로 피고는 소외2회사에 대하여 피압류채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 없고, 소외2회사의 피고에 대한 채권을 양수한 원고에게 상계의 효력을 주장할 수 없다.”고 한 예. ① 2010다101394: “상계는 당사자 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 서로 같은 종류의 급부를 현실로 이행하는 대신 어느 일방 당사자의 의사표시로 그 대등액에 관하여 채권과 채무를 동시에 소멸시키는 것이고, 이러한 상계제도의 취지는 서로 대립하는 두 당사자 사이의 채권·채무를 간소한 방법으로 원활하고 공평하게 처리하려는 데에 있으므로, … 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권과는 상계할 수 없다고 보아야 한다. … 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있다고 한다면, 이는 상계의 당사자가 아닌 상대방과 제3자 사이의 채권채무관계에서 상대방이 제3자로부터 채무의 본지에 따른 현실급부를 받을 이익을 침해하게 될 뿐 아니라, 그 상대방의 채권자들 사이에서 상계자만 독점적인 만족을 얻게 되는 불합리한 결과를 초래하게 되므로, 상계의 담보적 기능과 관련하여 법적으로 보호받을 수 있는 당사자의 합리적 기대가 이러한

로 상계하지 못한다.²⁹⁰¹⁾ 자동채권 발생의 장애나 소멸 사실은 재항변사유에 해당하나, 소멸시효 완성 전에 상계할 수 있었던 자동채권의 시효소멸 주장은 유효한 재항변사유가 될 수 없다.²⁹⁰²⁾

위 ③의 경우, 양 채권이 모두 그 변제기가 도래한 경우는 물론, 수동채권에 관한 변제기가 도래하지 않았다 하더라도 그 기한의 이익을 포기할 수 있는 경우이면 상계가 가능하다(이 경우 상계의 의사표시에는 자신의 채무에 관한 기한의 이익을 포기하는 의사표시가 포함되어 있다고 볼 수 있다).²⁹⁰³⁾ 그러나 자동채권에 관한 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 상계적 상에 있는 것이라고 할 수 없어 상계를 할 수 없다.²⁹⁰⁴⁾ 따라서 위 ③의 요건은 결국 '자동

경우에까지 미친다고 볼 수는 없다.” ② 94다2886은, “강제집행절차에 의하여 채권압류 및 추심명령을 받은 채권자는 피압류채권에 대하여 2중의 압류가 되어 있거나 배당요구가 있는 경우에는 추심의 방법으로 피압류채권을 자동채권으로 하여 채권자가 제3채무자에 대하여 부담하고 있던 다른 채무를 상계할 수 없다.”라고 판시하여, 위 원심처럼 해석할 여지가 있었다.

○ 채권자대위소송에서는 제3채무자로 하역금 직접 대위채권자에게 금전을 지급하도록 하는 판결이 확정되더라도, 대위채권자가 제3채무자에 대하여 그 판결금 채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 없다(2016다239420).

2901) ◎ 조합의 채권에 대한 채무자의 상계 거부: 조합의 채무자는 '조합원'에 대한 개인적 채권을 자동채권으로 하여 '조합'의 채무자에 대한 채권(수동채권)과 상계하지 못한다(민법 제715조). '조합원의 조합채권에 대한 지분'만큼과도 상계할 수 없다. '조합'에 대한 채권으로 상계할 수 있음은 당연하다. ① 97다6919: "원고가 위 동업체의 조합원 중의 1인인 소외인에 대하여 개인 채권을 가지고 있었다고 하더라도 그 채권과 동업체와의 위 매매계약으로 인한 잔대금채무를 서로 대등액에서 상계할 수는 없는 법리라고 할 것" ② 83다카542: 동업체 탈퇴자가 동업체 사무집행 중 돈을 횡령한 경우, 동업체의 업무집행자는 그 손해배상채권을 자동채권으로 하여 탈퇴자의 출자금반환채권과 상계할 수 있다고 한 예.

2902) 민법 제495조(소멸시효 완성된 채권에 의한 상계) 소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다. — ① 이는 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 경우에 당사자들은 그 채권·채무관계가 이미 정산되어 소멸하였다고 생각하는 것이 일반적이라는 점을 고려하여 당사자들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 다만 이는 '자동채권의 소멸시효 완성 전에 양 채권이 상계적상에 이르렀을 것'을 요건으로 한다. ② 매도인이나 수급인의 담보책임은 기초로 한 매수인이나 도급인의 손해배상채권의 제척기간이 지난 경우에도 유추적용된다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다255648 판결). ③ 임대차 존속 중에 임대인의 차임채권 등 자동채권의 소멸시효가 완성된 경우에는, 임대차계약 종료 시 발생하는 임차인의 임대차보증금 반환채권이나 유익비상환채권과 임대인의 위 채권이 특별한 사정이 없는 한 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없으므로, 임대차계약 종료 후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 채권을 자동채권으로 삼아 임차인의 임대차보증금반환채권이나 유익비상환채권과 상계하는 것은 인정될 수 없지만, 연체차임은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 '공제'할 수는 있다(대법원 2021. 2. 10. 선고 2017다258787 판결, 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016다211309 판결).

cf. 공방구조: '자동채권 소멸시효 완성'이라는 원고 재항변의 요건사실 중 '소멸시효 기간상'은 상계항변에서 이미 드러나 있고 '소멸시효기간'은 직권조사사항이며 '그 경과'는 공지의 사실이므로, 결국 '원고의 소멸시효 원용의 의사표시'만 필요하지만, 민법 제495조 적용 여부에 관한 요건사실이 모두 이미 드러나 있는 상태이므로, 피고가 재항변으로 주장할 필요 없이, '자동채권의 소멸시효 완성 전에 상계적상'에 있었던 경우라면 원고의 재항변은 그 주장 자체로 이유 없어 배척되어야 하고, 피고의 상계항변은 인용된다.

2903) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2015다252501 판결: "특별한 사정이 없는 한, 임대인의 임대차보증금반환채무는 장래에 실현되거나 도래할 것이 확실한 임대차계약의 종료시점에 이행기에 도달한다. 그리고 임대인으로서 임대차보증금 없이도 부동산 임대차계약을 유지할 수 있으므로, 임대차계약이 존속 중이라도 임대차보증금반환채무에 관한 기한의 이익을 포기하고 임차인의 임대차보증금반환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있고, 임대차 존속 중에 그와 같은 상계의 의사표시를 한 경우에는 임대차보증금반환채무에 관한 기한의 이익을 포기한 것으로 볼 수 있다."

2904) 대법원 1980. 9. 9. 선고 80다939 판결.

채권의 변제기 도래'로 대체될 수 있는 것이다.^{2905) 2906)}

위 ④의 경우, 상계는 상계적상에 있는 채권을 가진 채권자가 '별도로 의사표시'를 하여야 한다(민법 제493조 제1항).²⁹⁰⁷⁾ 상계의 의사표시 없이 상계된다는 '약정'이 있으면 상계의 의사표시는 필요치 않다.²⁹⁰⁸⁾

2) 공제, 상계계약과의 구별

상계와 구별되는 개념으로 '공제'가 있다. 공제는, 상계적상 여부를 따지지 않고 별도의 의사표시 없이 당연히 충당, 차감(실체법상 별도의 의사표시 없이 당연히 공제되더라도 소송상 공제 주장은 필요하고, 공제될 채권의 발생을 주장·증명을 하여야 한다²⁹⁰⁹⁾)되는 것이다(판례상 구체적 예로는, ① 임대차보증금반환채권에서 임대차 관련 입자인 채무의 공제, ② 기성공사대금채권에서 공사선급금의 공제, ③ 보험금이나 해약환급금 채권에서 보험약관대출금의 공제,²⁹¹⁰⁾ ④ 건설공동수급체

2905) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다70018 판결; "상계는 쌍방이 서로 상대방에 대하여 같은 종류의 급부를 목적으로 하는 채권을 가지고 자동채권의 변제기가 도래하였을 것을 그 요건으로 하는데, 여기서 같은 종류의 급부를 목적으로 한다고 함은 그 목적이 같은 종류이면 충분하다는 뜻이고, 나아가 채권의 발생원인·액수·이행기·이행지 등이 동일할 필요는 없다."

2906) "자동채권의 발생원인이 대차형 계약인 경우에는 이행기가 계약의 불가결한 요소이어서 '자동채권의 발생 사실'을 주장하는 과정에서 그 이행기가 드러나게 되므로, 상계를 주장하는 피고에게 '자동채권의 이행기가 도래한 사실'에 대한 주장·입증책임이 있으나, 자동채권의 발생원인이 매매형 계약인 경우에는 원칙적으로 계약의 체결과 동시에 이행기가 도래하므로 '자동채권의 발생 사실'을 주장·입증하는 것으로 족하고, 이행기에 관한 약정사실은 상대방이 재항변으로 주장하여야 한다."는 견해(요건사실론, 사법연수원, 2014년, 71면)도 있으나, 민법 제492조에 상계의 요건으로 '쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때'로 규정하고 있고, 이행기가 계약의 불가결한 요소가 아니라 하여 계약의 체결과 동시에 이행기가 도래함이 반드시 원칙이라 할 것은 아니며, 매매형 계약의 경우에도 '자동채권의 발생 사실'을 주장하는 과정에서 그 이행기가 드러남이 통상일 것이고, '이행기 약정'을 원고의 재항변 사유로 하더라도 결국 피고가 '약정 이행기의 도래'를 재재항변으로 주장·증명하게 되는 것이므로, 실제로는 무의미한 재항변·재재항변의 공방단계를 개입시키기보다는 '자동채권의 변제기 도래 사실'을 애초에 피고의 상계항변 요건사실로 위치시킴이 옳다고 본다. 매매형 계약에 있어서 '이행기 도래'의 요건사실을 계약에 기한 이행청구와 상계항변 양자 간에 반드시 동일하게 취급할 것은 아니라고 본다.

2907) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다51359 판결; "그 의사표시 여부는 원칙적으로 채권자의 자유에 맡겨져 있는 것이므로, 비록 상계의 의사표시가 묵시적으로도 가능하다 하더라도, 다른 의사와 구분되는 별도의 상계 의사를 확인하지 않은 채 이를 인정할 수는 없다 할 것이다. ... 원고는 명시적으로 상계 또는 그 전제로서의 부당이득반환채권에 관한 주장을 한 바 없다는 것이고, 원고의 주장은 확정판결에 의한 채무가 변제로 소멸하였다는 취지일 뿐인바, 상계는 확정판결의 변론종결 전에 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었던 경우에도 변론종결 후에 그 의사표시를 하고 이를 청구이의 사유로 삼을 수 있는 것으로서 확정판결에 의한 채무가 변제로 소멸하였다는 주장 속에 당연히 포함되어 있는 내용으로 보기는 어렵다."

2908) 대법원 1974. 2. 12. 선고 73다1052 판결.

2909) 대법원 2021. 5. 27. 선고 2020다263635, 263642 판결; "임대차보증금에서 피담보채무 등을 공제하려면 임대인은 피담보채무인 연체차임, 연체관리비 등을 임대차보증금에서 공제하여야 한다는 주장을 해야 하고, 임대차보증금에서 공제될 차임채권, 관리비채권 등의 발생 원인에 관하여 주장·증명을 해야 한다."

2910) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005다15598 전원합의체 판결의 다수의견; "생명보험계약의 약관에 보험계약자는 보험계약의 해약환급금의 범위 내에서 보험회사가 정한 방법에 따라 대출을 받을 수 있고, 이에 따라 대출이 된 경우에 보험계약자는 그 대출 원리금을 언제든지 상환할 수 있으며, 만약 상환하지 아니한 동안에 보험금이나 해약환급금의 지급사유가 발생한 때에는 위 대출 원리금을 공제하고 나머지 금액만을 지급한다는 취지로 규정되어 있다면, 그와 같은 약관에 따른 대출계약(이하 '보험약관대출계약'이라고 한다)은 약관상의 의무의 이행으로 행하여지는 것으로서 보험계약과 별개의 독립된 계약이 아니라 보험계약과 일체를 이루는 하나의 계약이라고 보아야 하고, 보험약관대출금의 경제적 실질은 보험회사가 차장 지급하여야 할 보험금이나 해약환급금을 미리 지급하는 선급금과 같은 성격이라고 보아야 한다. 따라서 위와 같은 약관에서 비록 '대출'이라는

구성원들 간 '출자의무와 이익분배를 직접 연계시키는 사전 특약'에 따라 이익분배금에서 미지급 출자금을 공제하는 것²⁹¹¹⁾ 등이 있는데, ①의 경우 판례는 ㉠ 채무자가 채권양수인에 대하여 상계·공제로 대항할 수 있는 양도인에 대한 반대채권의 범위,²⁹¹²⁾ ㉡ 제3채무자가 압류 전부·추심권자에 대하여 상계·공제로 대항할 수 있는 압류 채무자에 대한 반대채권의 범위,²⁹¹³⁾ ㉢ 채무자가 채권양도인에 대한 반대채권 존재에 관하여 '의의를 보류하지 아니한 승낙'을 한 경우 채권양수인에 대한 대항 여부²⁹¹⁴⁾에서 상계와 법률상 달리 취급하고 있고,²⁹¹⁵⁾ 이는 ②, ③의 경우에도 동일하게 적용할 수 있을 것으로 보이나, 양 채권의 객관

용어를 사용하고 있더라도 이는 일반적인 대출과는 달리 소비대차로서의 법적 성격을 가지는 것은 아니라고 할 것이며, 보험금이나 해약환급금에서 대출 원리금을 공제하고 지급한다는 것은 보험금이나 해약환급금의 선급금의 성격을 가지는 위 대출 원리금을 제외한 나머지 금액만을 지급한다는 의미이므로 민법상의 상계와는 성격이 다르다고 할 것이다." ⇨ 생명보험계약의 해지 전에 보험회사에 대한 정리절차가 개시되어 정리채권인 고기기간이 만료한 경우 해약환급금과 보험약관대출금 간 공제에 구 회사정리법상 상계제한 규정의 적용을 부정한 예.

2911) 대법원 2018. 1. 24. 선고 2015다69990 판결; "건설공동수급체 구성원은 공동수급체에 출자의무를 지는 반면 공동수급체에 대한 이익분배청구권을 가지는데, 이익분배청구권과 출자의무는 별개의 권리·의무이다. 따라서 공동수급체의 구성원이 출자의무를 이행하지 않더라도, 공동수급체가 출자의무의 불이행을 이유로 이익분배 자체를 거부할 수도 없고, 그 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금이나 그 연체이자를 당연히 공제할 수도 없다. 다만 구성원에 대한 공동수급체의 출자금 채권과 공동수급체에 대한 구성원의 이익분배청구권이 상계적상에 있으면 상계에 관한 민법 규정에 따라 두 채권을 대등액에서 상계할 수 있을 따름이다. 한편 조합계약에도 계약자유의 원칙이 적용되므로, 당사자들은 자유로운 의사에 따라 조합계약의 내용을 정할 수 있다. 당사자들 사이에 내부적인 법률관계를 규율하기 위한 약정이 있으면, 그들 사이의 권리와 의무는 원칙적으로 그 약정에 따라 정해진다. 공동수급체의 구성원들 사이에 '출자의무와 이익분배를 직접 연계시키는 특약'을 하는 것도 계약자유의 원칙상 허용된다. 따라서 구성원들이 출자의무를 먼저 이행한 경우에 한하여 이익분배를 받을 수 있다고 약정하거나 출자의무의 불이행 정도에 따라 이익분배금을 전부 또는 일부 삭감하기로 약정할 수도 있다. 나아가 금전을 출자하기로 한 구성원이 그 출자를 지연하는 경우 그 구성원이 지급받을 이익분배금에서 출자금과 그 연체이자를 '공제'하기로 하는 약정을 할 수도 있다. 이러한 약정이 있으면 공동수급체는 그 특약에 따라 출자의무를 불이행한 구성원에 대한 이익분배를 거부하거나 구성원에게 지급할 이익분배금에서 출자금과 그 연체이자를 공제할 수 있다. 이러한 '공제'는 특별한 약정이 없는 한 당사자 쌍방의 채권이 서로 상계적상에 있는지 여부와 관계없이 가능하고 별도의 의사표시도 필요하지 않다. 이 점에서 상계적상에 있는 채권을 가진 채권자가 별도로 의사표시를 하여야 하는 상계(민법 제493조 제1항)와는 구별된다. 물론 상계의 경우에도 쌍방의 채무가 상계적상에 이르면 별도의 의사표시 없이도 상계된 것으로 한다는 특약을 할 수 있다. 그러나 공제 약정이 있으면 별도의 의사표시 없이도 당연히 공제되는 것이 원칙이다. 공동수급체의 구성원들 사이에 작성된 공동수급협정서 등 처분문서에 상계적상 여부나 상계의 의사표시와 관계없이 당연히 이익분배금에서 미지급 출자금 등을 공제할 수 있도록 기재하고 있고 그 처분문서의 진정성립이 인정된다면, 특별한 사정이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로 공제 약정이 있었던 것으로 보아야 한다. 또한 출자의무를 이행하지 않은 구성원에 대하여 회생절차가 개시되었더라도 그 개시 이전에 이익분배금에서 미지급 출자금을 공제하기로 하는 특약을 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그에 따른 공제의 법적 효과가 발생함에 는 아무런 영향이 없다." ⇨ 원고 회생절차 개시 전의 사전 공제약정에 따라 피고(공동수급체 대표자)는 원고(회생채무자)에게 지급할 이익분배금(기성공사대금)에서 미납 분담금(출자금)을 공제할 수 있다고 한 예.

⇨ 대법원 2017. 11. 9. 선고 2016다223456 판결; 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제422조 제1호('파산채권자가 파산선고 후에 파산재단에 대하여 채무를 부담한 때'를 상계금지사유로 규정)는 파산채권자가 파산선고 후에 부담한 채무에서 파산채권을 공제하는 경우에도 적용되고, 파산채권자와 파산관재인이 그 공제에 관하여 합의하였다 하더라도 마찬가지이며, 임대인 파산 전에 대항력과 우선변제권 요건을 갖춘 주택임차인이 임대차보증금반환채권을 가지고 임대인에 대한 파산선고 후에 파산재단에 부담한 채무에 대하여 상계하거나 그 채무에서 공제하는 것은 허용되지 않고, 그에 관한 합의 역시 효력이 없다고 하면서, 원고들의 피고 파산관재인에 대한 임대차보증금 반환채권(파산채권)을 임대인 파산선고 후에 부담한 임대주택의 분양권환대금채무에서 공제할 수 없고, 그 공제합의도 효력이 없다고 판시.

2912) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012다49490 판결.

2913) 대법원 1987. 6. 9. 선고 87다68 판결.

2914) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다52657 판결.

적 성질상 밀접한 관련관계가 인정되는 ①, ②, ③의 경우와 달리 당사자 간 '사전 특약'에 의한 ④의 경우에도 동일하게 볼 것인지는 의문이 있다²⁹¹⁶⁾. 주장책임의 측면에서 볼 때 '공제' 주장에는 '상계' 주장이 포함되어 있다고 볼 수 있다.²⁹¹⁷⁾

'상계계약'은 당사자 사이에 서로 대립하는 채권이 유효하게 존재하는 것을 전제로 서로 채무를 대등액 또는 대등의 평가액에 관하여 면제시키는 것을 내용으로 하는 쌍무적·유인적(有因的) 상호 면제계약이다.²⁹¹⁸⁾

3) 상계의 금지·불허

가) 항변권 부착 자동채권과의 상계 불허

판례는, 자동채권에 동시이행항변권이 붙어 있는 것으로 볼 수 있는 구체적 사안에서 "항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 타의 채무(수동채권)와의 상계를 허용한다면 상계가 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권행사의 기회를 상실케 하는 결과가 되므로 이와 같은 상계는 그 '성질상' 허용될 수 없다."²⁹¹⁹⁾ "동시이

2915) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제144조 제2항, 제421조은 임대차보증금과 차입채무에 관하여 상계 제한·금지에 대한 예외를 규정하고 있다.

2916) 회생절차개시 당시에 쌍방 미이행이어서 계약의 이행·해제에 관한 관리인의 선택권이 부여되는 '쌍무계약'의 개념에 관하여, 판례가, "쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로서, 본래적으로 쌍방의 채무 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 관련성을 갖고 있어서 서로 담보로서 기능하는 것을 가리키는 것"이라고 하고, "이와 같은 법률적·경제적 관련관계가 없는데도 당사자 사이의 특약으로 쌍방의 채무를 상환 이행하기로 한 경우는 여기서 말하는 쌍무계약이라고 할 수 없다."고 판시한 것(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다35851 판결)처럼, 양 채권의 객관적 성질을 기준으로 삼아 상계와 구별되는 공제에 해당하는지 여부를 정하여야지, 당사자 간의 특약만으로 '공제'로 인정하고 상계와 다른 공제의 효과를 부여할 것은 아니라고 본다.

2917) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다214691 판결; 피고의 미시공 부분 공사대금이 전체 공사대금에서 공제되어야 한다는 원고 주장에 대하여, 미시공 부분을 포함한 전체 공정에 대한 공사대금을 원고가 피고에게 지급할 의무가 있다고 판단한 다음, 원고의 위 공제 주장을 상계 주장으로 보아 원고의 손해배상채권 등이 피고의 공사대금채권 중 대등액의 범위에서 소멸하였다고 판단한 예.

2918) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다225978, 225985 판결; "상계계약은 당사자 사이에 서로 대립하는 채권이 유효하게 존재하는 것을 전제로 서로 채무를 대등액 또는 대등의 평가액에 관하여 면제시키는 것을 내용으로 하는 계약이다. 두 채권의 소멸은 서로 인과관계가 있으므로 한쪽 당사자의 채권이 불성립 또는 무효이어서 그 면제가 무효가 되면 상대방의 채무면제도 당연히 무효가 된다. 이때 상대방의 채권이 유효하게 존재하였던 경우라면, 그 채권은 여전히 존재하는 것이 되므로 채무자는 그 채무를 이행할 의무를 부담한다. 채무자가 이를 이행하지 않았다고 하더라도 그가 법률상 원인 없이 채무를 면하는 이익을 얻었다고 볼 수 없다. 그리고 상대방의 채권도 불성립 또는 무효이어서 존재하지 않았던 경우라면, 그 채무자는 부존재하는 채무에 관하여 무효인 채무면제를 받은 것에 지나지 않으므로 채무를 이행할 의무도 없고 채무를 면하는 이익을 얻은 것도 아니다." ⇨ 이러한 법리는 가사 상대방 채권이 시효로 소멸하게 되었다 하더라도 달리 볼 것은 아니다(2005다3113 판결; 피고의 사용료 채권이 존재하지 아니하여 상계계약이 무효가 되면 원고들의 사용료 상당의 탁송료 채권은 소멸하지 않은 것이 되어 원고들은 사용료에 상당하는 탁송료 채권을 여전히 보유하게 되므로, 결국 원고들의 손해가 없는 셈이어서 피고의 부당이득은 성립할 여지가 없고, 원고들의 탁송료 채권은 상법 제147조, 제122조 소정의 1년의 단기소멸시효가 완성되어 모두 소멸하였다고 판단한 예).

2919) ○ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002다25242 판결; "원고가 소외 회사와의 사이에 소외 회사가 근로자들에 대한 노임지급을 지체한 경우 원고가 소외 회사에 대한 기성공사대금에서 노임 상당액을 공제하여 근로자들에게 직접 지불할 수 있다고 약정하였다면, 소외 회사가 근로자들에게 노임지급을 지체한 상태에서 원고에게 기성공사대금의 지급을 구할 경우 원고로서는 위 약정에 따라 적어도 소외 회사가 근로자들에게 노임을 지급할

행의 항변권의 대항을 받는 채권을 자동채권으로 하여 상대방의 채권과의 상계를 허용하면 상계자 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권 행사의 기회를 상실시키는 결과가 되어서 그러한 상계는 ‘허용될 수 없’는 것이 원칙이다.”라고²⁹²⁰⁾ 판시함으로써, 명확하지는 않으나 판시의 문언상 항변권의 존재 자체로서 그 성질상 상계가 허용되지 아니함을 나타내고 있다.

‘항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 한 상계’는 민법 제492조 제1항 단서의 ‘채무의 성질이 상계를 허용하지 아니할 때’의 한 예에 해당하는데, 이 경우의 주장증명책임의 소재에 관하여 견해의 대립이 있으나, 민법 제492조 제1항의 규정 형식상 ‘본문’에 의한 ‘상계권 발생’에 대하여 ‘단서’는 그 ‘장애사유’로 규정되어 있으므로, 그 요건사실에 대한 주장·증명책임은 상계권의 존재를 다투는 자가 부담한다(피고의 상계항변에 대한 원고의 재항변 사유)고 봄이 옳다.²⁹²¹⁾ 그런데 쌍무계약상 서로 대가관계 있는 쌍방의 의무가 동시이행관계 있는 경우처럼, 피고의 상계항변 요건사실 중 하나인 ‘자동채권의 발생’ 사실 주장 자체에서 위 단서가 적용되는 ‘자동채권에 항변권이 붙어 있다는 점’이 이미 드러나 있는 경우라면,²⁹²²⁾ 동시이행항변권의 경우 그 존재(存在) 자체로부터 당면효(當然效)로서 ‘이행지체를 저지하는 효과’와 함께 ‘상계를 금지하는 효과’가 인정되기 때문에, 피고로서는 자동채권에 붙어 있는 항변권 발생의 장애·소멸 사실까지 함께 주장·증명하지 않으면 상계항변이 그 주장 자체로 이유 없게 되므로, 피고가 동시이행관계에 있는 ‘자신의 반대채무의 이행 또는 이행제공’ 사실까지 주장·증명하여야 유효한 상계항변이

때까지는 기성공사대금 중 소의 회사가 지체한 노임 상당액의 지급을 거절할 수 있다 할 것이므로, 소의 회사의 원고에 대한 위 기성공사대금채권은 원고가 위와 같이 일정한 경우 그 지급을 거절할 수 있는 항변권이 부착되어 있는 채권이라고 할 수 있을 것이고, 따라서 위 채권을 자동채권으로 한 상계는 허용될 수 없다 할 것이다.”
○ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2001다81245 판결: “수탁보증인이 주채무자에 대하여 가지는 민법 제442조의 사전구상권에는 민법 제443조 소정의 담보제공청구권이 항변권으로 부착되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없으며, 다만 민법 제443조는 임의규정으로서 주채무자가 사전에 담보제공청구권의 항변권을 포기한 경우에는 보증인은 사전구상권을 자동채권으로 하여 주채무자에 대한 채무와 상계할 수 있다 할 것이다.”

2920) 대법원 2014. 4. 30. 선고 2010다11323 판결.

2921) 이 점에 관하여는, ① 채무의 성질이 상계를 허용하지 않는 것이 아니라는 점, 즉 허용된다고 하는 점은 상계권의 발생원인사실이고, 따라서 이 요건사실의 주장·증명책임을 상계권자에게 부담시키는 견해와 ② 채무의 성질이 상계를 허용하지 않는다는 점은 상계권 발생의 장애사실이고, 따라서 이 요건사실의 주장·증명책임을 상계권의 존재를 다투는 자에게 부담시키는 견해로 나눌 수 있는데, 민법 제492조 제1항의 규정 형식상 ‘쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다.’는 본문에, “그러나 채무의 성질이 상계를 허용하지 아니할 때에는 그러하지 아니하다.”는 단서로 되어 있으므로, 통설·판례인 법률요건분류설 내지 규범설에 따를 때 단서는 본문의 예외로서 권리주장자의 상대방이 증명하여야 하는 것이기 때문에, 상계의 경우에도 상계주장자는 본문의 요건인 “쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우로서 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 사실”을 주장·증명하여야 하고 그 상대방이 단서의 요건인 “채무의 성질이 상계를 허용하지 아니한다는 점”을 주장·증명하여야 함이 원칙이다.

2922) 예컨대, 부동산 매매계약상 매매대금채권을 자동채권으로 한 상계 항변의 경우, 그 주장 자체에서 자동채권에 소유권이전등기 및 인도 의무와의 동시이행항변권이 붙어 있다는 것이 이미 드러나 있다.

된다. 반면에, 당사자 간 '약정'에 의한 동시이행관계처럼²⁹²³⁾ 위 단서 적용에 추가적인 요건사실의 주장·증명이 필요한 경우라면, 같은 논리가 적용될 수 없고, 원칙으로 돌아가 원고가 재항변으로 상계권 발생에 대한 장애사유로서 '동시이행관계 성립의 약정 사실' 및 '동시이행관계 있는 채권의 발생 사실'을, 이에 대하여 피고가 재재항변으로 '동시이행관계 발생의 장애, 소멸 사실'을 각각 주장·증명하여야 한다.

수동채권에 동시이행항변권이 붙어 있는 경우에는 상계의 의사표시를 하는 자가 자신의 동시이행항변권을 포기하면 되므로 상계가 가능하고, 수동채권과 자동채권이 서로 동시이행항변관계에 있는 경우에도 상계가 가능하다.²⁹²⁴⁾

피고가 '어음채권'을 자동채권으로 하여 상계항변을 하는 경우에는, 어음의 제시증권성·상환증권성(어음법 제38조, 제39조)으로 말미암아 상계의 요건사실로 '어음의 교부' 사실(소송 외 상계 의사표시의 경우에는 '어음의 교부'가 필요하나, 재판상의 상계의 경우에는 어음을 서증으로 법정에 제출하여 상대방에게 제시되게 함으로써 충분하다)까지 주장·증명하여야 한다.²⁹²⁵⁾ 반면에, 피고가 어음채권의 '원인채권'을 자동채권으로 하여 상계항변을 하는 경우에는, 앞서 본 민법 제492조 제1항 단서의 증명책임분배 일반론에 따라, 특별한 사정²⁹²⁶⁾이 없는 한, 원고가 재항변으로 '원인채권에 어음 반환과의 동시이행항변권'²⁹²⁷⁾이 붙어 있다는 점'을,

2923) 예전대 2002다25242 판결의 사안.

2924) 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004다54633 판결; "상계제도는 서로 대립하는 채권·채무를 간이한 방법에 의하여 결제함으로써 양자의 채권·채무관계를 일괄하고 공평하게 처리함을 목적으로 하고 있으므로, 상계의 대상이 될 수 있는 자동채권과 수동채권이 동시이행관계에 있다고 하더라도 서로 현실적으로 이행하여야 할 필요가 없는 경우라면 상계로 인한 불이익이 발생할 우려가 없고 오히려 상계를 허용하는 것이 동시이행관계에 있는 채권·채무관계를 간명하게 해소할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 상계가 허용된다고 할 것이다." ◀ 전부금·추심금 청구 사건에서, 제3채무자의 압류채무자에 대한 자동채권이 수동채권인 피압류채권과 동시이행관계에 있는 경우, 그 자동채권이 압류의 효력이 생긴 후에 발생한 것이더라도 피압류채권과 상계할 수 있다고 판시한 92다55794 판결, 2000다43819 판결, 2004다37676 판결, 2007다35152 판결 등도 자동채권과 수동채권이 서로 동시이행관계인 경우 상계가 가능함을 전제로 한 판례이다.

2925) ○ 대법원 1976. 4. 27. 선고 75다739 판결; "어음법은 어음채무자의 2중지급의 위험을 막으려는 취지에서 어음을 상환증권으로 함으로써 어음채권자의 권리를 규정(어음법 39조, 77조)한 점으로 보아 어음채무자가 어음채권자에 대하여 부담하는 채무와 어음채권자를 상계하려면 위 조문을 준용하여 어음의 교부가 필요불가결하다고 해석하여야 된다고 하겠다. 상계의 경우에 어음채무가 소멸됨이 지급의 경우와 같아 2중지급의 위험이 따름이 동일하기 때문이다. 그렇다면 위 법리로 미루어 어음채무자의 승낙이 없는 이상 어음채권자가 어음채권을 자동채권으로 상계의 의사표시를 함에 어음의 교부가 없으면 상계의 효력이 아니 생긴다고 할 것이다." ○ 대법원 1991. 4. 9. 선고 91다2892 판결; "어음채권을 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하는 경우에는 이를 재판외의 상계와 재판상의 상계로 나누어 전자의 경우에는 어음채무자의 승낙이 없는 이상 어음의 교부가 필요불가결하고 어음의 교부가 없으면 상계의 효력이 생기지 아니 한다 할 것이지만, 후자의 경우에는 어음을 서증으로써 법정에 제출하여 상대방에게 제시되게 함으로써 충분하다는 것이 당원의 판례이다." ○ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다24981 판결; "소송 외에서 어음채권을 자동채권으로 하여 상계의 의사표시를 하는 경우에는 어음채무자의 승낙이 있다는 등의 사정이 없는 이상 어음의 교부가 필요불가결하고 어음의 교부가 없으면 상계의 효력이 생기지 아니하는 것이며, 이때 어음의 교부는 상계의 효력발생요건이라 할 것이므로 상계의 의사표시를 하는 자가 이를 주장·입증하여야 한다."

2926) 피고의 '원인채권의 발생 사실' 주장 자체에서 '원인채권에 어음 반환과의 동시이행항변권이 붙어 있다는 점'이 이미 드러나 있는 경우.

2927) 대법원 1993. 11. 9. 선고 93다11203, 11210 판결; "기존의 원인채권과 어음, 수표채권이 병존하는 경우에

이에 대하여 피고가 재재항변으로 '어음의 교부·반환'을 각각 주장·증명하여야 한다.

채무자에게 이중지급의 위험이 없고, 다른 어음상 채무자에 대하여 권리를 행사할 필요도 없는 경우, 또는 어음의 반환을 고집하는 것이 오히려 이익균형에 반할 경우의 예로서 논의되고 있는,²⁹²⁸⁾ 기한후배서가 이루어진 경우, 어음채권이 시효소멸한 경우,²⁹²⁹⁾ 어음이 상실된 경우, 채무자가 이미 어음금을 지급하는 등으로 어음을 회수하고 있는 경우²⁹³⁰⁾ 등의 경우에는 어음 반환과의 동시이행항변권 행사가 부정될 수 있으므로, 상계의 의사표시를 하는 자가 어음의 교부 사실 대신에 위와 같은 사정을 주장·증명하면 될 것이다.

은행여신거래기본약관 제12조 제1항은, 어음이 따르는 거래에 있어서 은행이 어음채권에 의하지 아니하고 상계할 경우 은행은 그 어음을 동시에 반환하지 아니하여도 되는 것으로 규정하고 있다.

나) 상계금지 특약에 반하는 상계의 금지

당사자가 다른 의사를 표시(상계금지 특약)한 경우²⁹³¹⁾에는 상계할 수 없으나, 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다(민법 제492조 제2항). 이는 상계항변에 대한 재항변 사유로서 원고가 '① 상계금지 특약의 존재 + ② 제3자의 악의' 사실을 주장·증명하여야 한다.²⁹³²⁾ 채무자에 대한 회생절차가 개시된 경우 채무자의 관리인은 상계

채권자가 원인채권을 행사함에 있어서는 어음, 수표의 반환이 필요하고, 이는 채무자의 채무이행과 동시이행의 관계에 있다고 할 것이고, 따라서 채무자는 어음, 수표와 상환으로 지급하겠다고 하는 항변으로 채권자에게 대항할 수 있고, 이와 같은 항변이 있을 때에는 법원은 어음, 수표와 상환으로 지급하라는 취지의 상환이행의 판결을 하여야 할 것이다.”

2928) 이에 대한 상세한 논의는, 권순일, “어음의 상환증권성과 원인채무의 이행지체”, 상사판례연구 제V권, 452면 이하 참조.

2929) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2009다69692 판결: “어음상 권리가 시효완성으로 소멸하여 채무자에게 이중지급의 위험이 없고 채무자가 다른 어음상 채무자에 대하여 권리를 행사할 수도 없는 경우에는 채권자의 원인채권 행사에 대하여 채무자에게 어음상환의 동시이행항변을 인정할 필요가 없으므로 결국 채무자의 동시이행항변권은 부인된다.”

2930) 대법원 2001. 6. 1. 선고 99다60948 판결: “어음은 제시증권, 상환증권이므로(어음법 제38조, 제39조) 어음을 소지하지 않으면 어음상의 권리를 행사할 수 없는 것이 원칙이지만, 이와 같이 어음상의 권리 행사에 어음의 소지가 요구되는 것은 어음채무자에게 채권자를 확인시키고 또 채무자로 하여금 이중지급의 위험을 회피·저지할 수 있게 하는 데 그 취지가 있는 것이므로, 어음이 어떤 이유로 이미 채무자의 점유에 귀속하는 경우에는 위와 같은 점을 고려할 필요가 없어 어음의 소지는 채무자에 대한 권리행사의 요건이 되지 아니하고, 채무자는 상환이행의 항변을 하지 못한다고 할 것이다.”

2931) ① 반드시 현실로 변제되어야 한다는 의미에서 수동채권으로 하는 것을 금지하는 경우, ② 다른 채무를 변제하는 용도로 쓰지 않겠다는 의미에서 자동채권으로 하는 것을 금지하는 경우, ③ 수동채권·자동채권 어느 쪽으로 하는 것이든 둘 다 금지하는 경우가 있을 수 있다.

2932) 민법 제449조(채권의 양도성) 제1항은, “채권은 양도할 수 있다. 그러나 채권의 성질이 양도를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.”, 제2항은, “채권은 당사자가 반대의 의사를 표시한 경우에는 양도하지 못한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제3자에게 대항하지 못한다.”라고 규정하여, 제1항과 제2항, 본문과 단서의 규정 형식이 민법 제492조(상계의 요건)와 동일한데, 판례(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다8310 판결 등)는, 채권양수인인 원고의 양수금청구에 대하여, 채무자인 피고는 항변사실로서 제2항의 본문 및 단서 사실 모두,

금지특약에 대한 선의의 제3자에 해당한다.²⁹³³⁾

다) 불법행위채권을 수동채권으로 한 상계의 금지

채무가 '고의(중과실의 경우는 적용되지 않는다)'의²⁹³⁴⁾ '불법행위로 인한 것'인 때^① 피용자의 고의의 불법행위로 인한 사용자에게 대한 손해배상채권,²⁹³⁵⁾ ② 고의의 불법행위에 기인하는 부당 이득반환채권,²⁹³⁶⁾ ③ 고의의 불법행위에 기인하는 고의의 채무불이행으로 인한 손해배상채권,²⁹³⁷⁾ ④ 자동

즉 "① 채권양도 금지의 특약(= 제2항 본문의 '당사자가 반대의 의사를 표시한 경우')+② 양수인의 악의 또는 중과실(= 제2항 단서의 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다')에 대한 주장·증명책임을 진다고 해석하고 있다. '선의의 제3자에게 대항하지 못한다.'는 규정 형식의 민법 제107조(진의 아닌 의사표시), 민법 제108조(통정한 허위의 의사표시), 상법 제11조 제3항(지배인의 대리권에 대한 제한)의 경우에도 판례(대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53013 판결, 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다 36753 판결)는 무효를 주장하는 자가 '제3자가 악의라는 사실'에 관한 주장·증명책임을 진다고 해석한다.

2933) 대법원 2024. 5. 30. 선고 2019다47387 판결: "회생절차개시결정이 있는 때에는 채무자의 업무수행권과 재산의 관리처분권은 관리인에게 전속한다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제56조 제1항). 관리인은 채무자나 그의 기관 또는 대표자가 아니고 채무자와 그 채권자 등으로 구성되는 이른바 이해관계인 단체의 관리자로서 일종의 공적 수탁자에 해당한다. 이와 같이 관리인은 회생절차개시결정에 따라 채무자와 독립하여 채권자 등 전체의 공동의 이익을 위하여 선량한 관리자의 주의로써 직무를 수행하게 된다. 따라서 채권자와 채무자가 채무자의 상계를 금지하는 특약을 한 후에 채무자에 대한 회생절차가 개시된 경우 채무자의 관리인은 상계금지 특약에 있어 민법 제492조 제2항 단서에 정한 제3자에 해당한다. 이때 상계금지특약 사실에 대한 관리인의 선의·악의는 관리인 개인의 선의·악의를 기준으로 할 수는 없고, 모든 회생채권자 및 회생담보권자를 기준으로 하여 회생채권자 및 회생담보권자 모두가 악의로 되지 않는 한 관리인은 선의의 제3자라고 할 수밖에 없다." ■ 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다96083 판결(통정허위표시, 사기에 의한 의사표시), 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다206563 판결(이사회 결의 없는 거래행위)과 동일한 취지이다.

2934) ○ 불법행위에 있어서 '고의'는 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태로서, 객관적으로 위법이라고 평가되는 일정한 결과의 발생이라는 사실의 인식만 있으면 되고 그 외에 그것이 위법한 것으로 평가된다는 것까지 인식하는 것을 필요로 하는 것은 아니다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결(가해자가 양식장의 차양막을 걷어내면 수조판에 있는 우럭과 광어 치어들이 죽는다는 것을 알고 있었으면서도 '피해자의 채무 불이행 시 양식장 시설과 그 곳의 생물을 모두 철거하여도 일체의 민·형사상 이익을 제기하지 않겠다'는 내용의 각서로 인하여 그 결과에 대하여 책임이 없다고 믿고서 위 치어들을 살리기 위한 아무런 조치도 강구하지 아니한 채 임의로 양식장의 시설을 철거함으로써 위 치어들을 모두 폐사시킨 사안에서, 위 불법행위는 고의에 의한 것이므로, 그 손해배상채무에 대하여 상계로써 대항할 수 없다고 한 사례)). ○ 고의의 불법행위에 인한 손해배상채권에 대한 상계금지가 '중과실'의 불법행위에 인한 손해배상채권까지 유추 또는 확장 적용되지는 않는다(93다52808).

2935) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다63019 판결: "사용자의 손해배상책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이라 할 것이고, ... 사용자책임에서의 사용자의 과실은 직접의 가해행위가 아닌 피용자의 선임·감독에 관련된 것 ... 피용자의 고의의 불법행위로 인하여 사용자책임이 성립하는 경우에도, 불법행위의 피해자에게 현실의 변제에 의하여 손해를 전보게 하려는 취지에서 규정된 민법 제496조의 적용을 배제하여야 할 이유는 없다고 할 것이므로, 사용자책임이 성립하는 경우 사용자는 자신의 고의의 불법행위가 아니라는 이유로 민법 제496조의 적용을 면할 수는 없다고 할 것이다."

2936) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506 판결: "부당이득의 원인이 고의의 불법행위에 기인함으로써 불법행위로 인한 손해배상채권과 부당이득반환채권이 모두 성립하여 양채권이 경합하는 경우 피해자가 부당이득반환채권만을 청구하고 불법행위로 인한 손해배상채권을 청구하지 아니한 때에도, 그 청구의 실질적 이유, 즉 부당이득의 원인이 고의의 불법행위였다는 점은 불법행위로 인한 손해배상채권을 청구하는 경우와 다를 바 없다 할 것이어서, 고의의 불법행위에 의한 손해배상채권은 현실적으로 만족을 받아야 한다는 상계금지의 취지는 이러한 경우에도 타당하므로, 민법 제496조를 유추적용함이 상당하다."

2937) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다19776, 19783 판결: "이 규정은 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 한 상계에 관한 것이고 고의의 채무불이행으로 인한 손해배상채권에는 적용되지 않는다. 다만 고의에 의한 행위가 불법행위를 구성함과 동시에 채무불이행을 구성하여 불법행위로 인한 손해배상채권과 채무불이행으로 인한 손해배상채권이 경합하는 경우에는 이 규정을 유추적용할 필요가 있다. 이러한 경우에 고의

채권이 동일한 사안에서 발생한 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권,²⁹³⁸⁾ ⑤ 고의의 불법행위에 기한 손해배상청구권의 성격을 갖는 ‘특별법’상의 손해배상채권²⁹³⁹⁾의 경우에도 적용된다)에는 그 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다(민법 제496조).

수동채권이²⁹⁴⁰⁾ 고의의 불법행위에 의하여 생긴 손해배상청구권이라는 점은 상계 항변 이전의 수동채권 발생원인 사실의 청구원인 주장 자체에 의하여 명백하게 될 것이므로, 상계 주장은 그 자체로 이유 없어 배척된다고 봄이 타당하다.²⁹⁴¹⁾

판례는 명확하지 않으나 그 판시상 동일한 취지로 볼 수 있다.²⁹⁴²⁾

라) 압류금지채권을 수동채권으로 한 상계의 금지

채무가 압류하지 못할 것(민사집행법 제246조 제1항 등²⁹⁴³⁾)인 때에는 그 채무자는

의 채무불이행으로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 한 상계를 허용하면 이로써 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권까지 소멸하게 되어 고의의 불법행위에 의한 손해배상채권은 현실적으로 만족을 받아야 한다는 이 규정의 입법 취지가 몰각될 우려가 있기 때문이다.”

2938) 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다38444 판결: “자동채권이 동시에 행하여진 싸움에서 서로 상해를 가한 경우와 같이 동일한 사안에서 발생한 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권인 경우에도 마찬가지”

2939) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2012다15336 판결: 분양대금 미납금채권을 자동채권으로 하여 원고들(수분양자)의 피고들(시행사와 시공사)에 대한 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’ 제10조의 손해배상채권과 상계한다는 항변에 대하여, 위 손해배상채권은 고의의 불법행위로 인한 것이므로 상계가 허용될 수 없다고 한 예.

2940) 고의의 불법행위의 피해자가 그 손해배상채권을 자동채권으로 하여 상계하는 것은 가능하다(75다103).

2941) 민법주해 채권(4), 1995. 416면(윤용섭 집필); 주석민법 채권총칙(3), 2000. 485면(조용구 집필)

2942) ○ 대법원 1984. 2. 14. 선고 83다가659 판결: “원심판결의 이 사건 손해배상청구권이 상계에 의하여 소멸하였다는 판단에는 상계에 관한 법리를 오해한 위법이 있고 이는 판결에 영향을 미침이 명백하므로 원심판결은 파기하지 않으면 정의와 형평에 크게 반한다 할 것이다.”

○ 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다52506 판결: “민법 제496조의 취지는, 고의의 불법행위에 의한 손해배상채권에 대하여 상계를 허용한다면 고의로 불법행위를 한 자까지도 상계권 행사로 현실적으로 손해배상을 지급할 필요가 없게 되어 보복적 불법행위를 유발하게 될 우려가 있고, 또 고의의 불법행위로 인한 피해자가 가해자의 상계권 행사로 인하여 현실의 변제를 받을 수 없는 결과가 된다는 사회적 정관념에 맞지 아니하므로 고의에 의한 불법행위의 발생을 방지함과 아울러 고의의 불법행위로 인한 피해자에게 현실의 변제를 받게 하려는 데 있다 할 것인바, 법이 보장하는 상계권은 이처럼 그의 채무가 고의의 불법행위에 기인하는 채무자에게는 적용이 없는 것이고.”

2943) ○ 대법원 2018. 5. 30. 선고 2015다51968 판결: “민사집행법 제246조 제1항은 제4호 본문에서 ‘금료·연금·불금·상여금·퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액’을, 제5호에서 ‘퇴직금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액’을 압류금지채권으로 규정하고 있다. … 주식회사의 이사, 대표이사(이하 ‘이사 등’이라고 한다)의 보수청구권(퇴직금 등의 청구권을 포함한다, 이하 같다)은, 그 보수가 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형을 잃을 정도로 과다하거나, 이를 행사하는 사람이 법적으로는 주식회사 이사 등의 지위에 있으나 이사 등으로서의 실질적인 직무를 수행하지 않는 이른바 명목상 이사 등에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 민사집행법 제246조 제1항 제4호 또는 제5호가 정하는 압류금지채권에 해당한다고 보아야 한다. … 회사가 퇴직하는 근로자나 이사 등 임원에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직연금 제도를 설정하고 은행, 보험회사 등 근로자퇴직급여 보장법 제26조가 정하는 퇴직연금사업자(이하 ‘퇴직연금사업자’라고만 한다)와 퇴직연금의 운용관리 및 자산관리 업무에 관한 계약을 체결하였을 때, 재직 중에 위와 같은 퇴직연금에 가입하였다가 퇴직한 이사 등은 그러한 퇴직연금사업자를 상대로 퇴직연금 채권을 가진다. 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는 이사 등의 퇴직연금 채권에 대해서는 ‘퇴직연금 제도의 급여를 받을 권리’의 양도 금지를 규정한 근로자퇴직급여 보장법 제7조 제1항은 적용되지 않는다. 그러나 위와 같은 퇴직연금이 이사 등의 재직 중의 직무수행에 대한 대가로서 지급되는 급여라고 볼 수 있는 경우에는 그 이사 등의 퇴직연금사업자에 대한 퇴직연금 채권은 민사집행법 제246조 제1항 제4호 본문이 정하는 ‘퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질의 급여채권’으로서 압류금지채권에 해당한다고 보아야 한다. … 회사

상계로 채권자에게²⁹⁴⁴⁾ 대항하지 못한다(민법 제497조).²⁹⁴⁵⁾

이 경우에도 수동채권이 압류금지채권이라는 점은 상계 항변 이전의 수동채권 발생원인 사실의 청구원인 주장 자체에 의하여 명백하게 되는 경우가 많을 것이므로 상계 주장은 그 자체로 이유 없어 배척된다고 봄이 타당하나, 주장 자체에 의하여 명백히 밝혀지지 않은 경우에는 상계의 효력을 다투는 측이 이를 주장·증명하여야 한다.^{2946) 2947)}

채무자의 제3채무자에 대한 금전채권이 법률의 규정에 의하여 양도가 금지된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 압류하더라도 현금화할 수 없으므로 피압류 적격이 없다.²⁹⁴⁸⁾ 압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금된 경우에는 그 예금채권에 대하여 더 이상 압류금지의 효력이 미치지 아니하므로, 그 예금은 압류금지채권에 해당하지 아니한다.²⁹⁴⁹⁾

또는 퇴직연금사업자가 이사 등에 대한 채권자로서의 지위를 겸하는 경우에, 이사 등의 보수청구권과 퇴직연금채권을 민사집행법상의 압류금지채권으로 보더라도, 이사 등의 직무수행에 비하여 합리적이라고 인정되는 범위를 벗어난 부분에 대해서는 이사 등의 보수청구권 행사 자체가 제한됨에 비추어 보면, 민법 제497조에 따라 회사 또는 퇴직연금사업자의 상계가 금지되는 범위 또한 합리적인 범위 내에 있는 이사 등의 보수청구권과 퇴직연금 채권 부분에 한정된다고 보아야 한다."

○ 대법원 2018. 12. 27. 선고 2015다50286 판결: 민사집행법 제246조 제1항 제7호에서 보장성보험의 보험금 채권을 압류금지채권으로 규정하는 입법 취지, '보장성보험'에 해당하는지 판단하는 기준 등.

2944) 양도 또는 대위되는 채권이 원래 압류가 금지되는 것이었던 경우에는, 처음부터 이를 수동채권으로 한 상계로 채권자에게 대항하지 못하던 것이어서 그 채권의 존재가 채무자의 자동채권에 대한 담보로서 기능할 여지가 없고 따라서 그 담보적 기능에 대한 채무자의 합리적 기대가 있다고도 할 수 없으므로, 그 채권이 양도되거나 대위의 요건이 구비된 이후에 있어서도 여전히 이를 수동채권으로 한 상계로써 채권양수인 또는 대위채권자에게 대항할 수 없다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007다30171 판결).

2945) 압류금지채권에 대한 압류전부(추심)명령은 그 효력이 없으나, 제3채무자가 선의이고 과실 없이 그와 같이 무효인 명령을 받은 집행채권자에게 변제하는 것은 채권의 준점유자에 대한 변제로서 효력이 있으므로 그로써 제3채무자는 채무를 면하고 집행채무자는 채권을 잃는 대신 변제를 받은 집행채권자에 대하여 부당이득반환채권을 얻는데, 그 부당이득반환채권은 압류금지채권의 변형으로서 실질적으로 동일한 채권으로 볼 것이므로 민법 제497조를 유추적용하여 이를 수동채권으로 한 상계는 허용되지 아니한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008다77719 판결(유류보조금채권 압류추심명령 사안), 77다309 판결(퇴직금채권 압류전부명령 사안)).

2946) 민법주해 채권(4), 1995, 421면(윤용섭 집필); 주석민법 채권총칙(3), 2000, 491면(조용구 집필).

2947) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 전원합의체 판결의 다수의견은, '사용자가, 강행법규인 근로기준법에 위배되어 무효인 퇴직금분할약정에 따라 퇴직금 명목으로 근로자에게 지급한 금액의 부당이득반환채권을 자동채권으로 하여, 민사집행법 제246조 제1항 제5호 소정의 압류금지채권인 근로자의 퇴직금채권을 상계하는 것은 퇴직금채권의 2분의 1을 초과하는 부분에 해당하는 금액에 관하여만 허용된다'고 한 다음, 원심이 피고의 위 부당이득반환채권으로 원고들의 퇴직금채권과 상계한다는 피고의 상계 항변을 전부 인용한 데 대하여, '피고의 위 상계항변은 근로자인 원고들의 퇴직금채권을 수동채권으로 하는 것이므로, 위 법리에 비추어 보면, 원심으로서는 상계가 제한되는 압류금지채권인 퇴직금채권의 2분의 1에 해당하는 금액을 특정한 후 이를 초과하는 범위 내에서만 상계를 허용하였어야 했다.'라고 판시하였는데, 원심판결에 압류금지채권에 관한 주장이 드러나 있지 않는 것으로 보아, 피고의 상계항변 중 2분의 1 부분은 그 주장 자체로 이유 없다고 보아 배척한 것으로 볼 수 있다.

2948) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다71180 판결. 민사집행법은 제246조 제1항 제4호에서 퇴직연금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권은 그 1/2에 해당하는 금액만 압류하지 못하는 것으로 규정하고 있으나, 이는 '근로자퇴직급여 보장법' 제7조에서 '퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대하여 양도를 금지'한 것과의 사이에서 일반법과 특별법의 관계에 있으므로, 위 보장법 소정의 퇴직연금채권은 1/2만이 아니라 그 전액에 관하여 압류가 금지된다.

2949) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다25552 판결. 그 예금에 대한 압류명령은 민사집행법 제246조 제2항에

압류금지채권을 자동채권으로 한 상계는 가능하다.²⁹⁵⁰⁾

마) 임금채권을 수동채권으로 한 상계의 금지

근로자에 대한 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 함이 원칙이므로, 초과 지급된 임금의 반환채권을 제외하고는, 사용자가 근로자에 대하여 가지는 대출금이나 불법행위를 원인으로 한 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계하지 못한다(다만, 단체협약에 상계 허용 규정이 있거나, 사용자가 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 상계하는 것은 가능하고,²⁹⁵¹⁾ 사용자가 근로자의 자신에 대한 임금채권에 관하여 압류 및 전부명령을 받을 수는 있다²⁹⁵²⁾). 수동채권이 임금채권이라는 점 역시 상계 항변 이전의 수동채권 발생원인 사실의 청구원인 주장 자체에 의하여 명백하게 될 것이므로, 상계가

기한 채무자의 신청에 의하여 취소될 수 있는데, 그에 따라 압류명령은 장애에 대하여만 효력을 상실하고 이미 완결된 집행행위에는 영향이 없으므로, 채권자가 집행행위로 취득한 금전을 채무자에게 부당이득으로 반환할 필요가 없다.

2950) 대법원 2006. 7. 4. 선고 2006므751 판결; “이혼한 부부 사이에서 자에 대한 양육비의 지급을 구할 권리(이하 ‘양육비채권’이라 한다)는 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전에는 ‘상대방에 대하여 양육비의 부담액을 구할 권리를 가진다’라는 추상적인 청구권에 불과하고 당사자의 협의나 가정법원이 당해 양육비의 범위 등을 재량적·형성적으로 정하는 심판에 의하여 비로소 구체적인 액수만큼의 지급청구권이 발생하게 된다고 보아야 하므로, 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정된 후의 양육비채권 중 이미 이행기에 도달한 후의 양육비채권은 완전한 재산권(손해배상청구권)으로서 친족법상의 신분으로부터 독립하여 처분이 가능하고, 권리자의 의사에 따라 포기, 양도 또는 상계의 자동채권으로 하는 것도 가능하다고 할 것이다. … 원심이 이미 이행기에 도달한 과거의 양육비채권의 임의 양도나 처분이 가능하다고 본다면 양육비 지급의무를 부담하는 자가 일부러 양육비를 지급하지 않고 있다가 양육자에 대한 자신의 채권과 과거의 양육비채권을 상계함으로써 자녀들에 대한 양육의 의무를 회피하게 되는 문제가 생긴다는 점을 지적하고 있으나, 이는 양육비채권을 수동채권으로 하는 상계의 경우에 생길 수 있는 문제점이므로, 이 사건의 경우와 같이 양육비채권을 자동채권으로 하는 상계에 대해서는 그 이유의 설시로 적절하지 않다 할 것이다.”

2951) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다219540, 219557 판결; “근로기준법 제43조 제1항에 의하면 임금은 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하므로, 사용자가 임의로 근로자에게 지급하여야 할 임금 중 일부를 공제하지 못하는 것이 원칙이고, 이는 경제적·사회적으로 종속관계에 있는 근로자를 보호하기 위한 것이다. 다만 사용자는 같은 항 단서에 따라 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외적으로 임금의 일부를 공제하여 지급할 수 있지만, 그 예외의 경우를 넓게 인정하게 되면 임금을 생계수단으로 하는 근로자의 생활안정을 저해할 우려가 있으므로 그에 해당하는지 여부는 엄격하게 판단하여야 한다. 위와 같은 근로기준법 제43조의 규정 형식이나 취지, 그 법적 성격 등에 비추어 보면, 취업규칙이나 근로계약에 임금의 일부를 공제할 수 있는 근거를 마련하였다고 하더라도 그 효력이 없다고 보아야 한다.” ㉠ 2003다7623; 단체협약에서 조합원의 임금 중에서 피고(사용자)의 대출원리금 등 채권을 공제할 수 있도록 규정하고 있으므로, 원고의 추심금 청구에 대하여 제3채무자 피고의 채무자 소외인(피용자)에 대한 대출금 등 채권을 자동채권으로 하는 상계가 허용된다고 판단한 예. ㉡ 2001다25184; “사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권을 가지고 일반적으로 근로자의 임금채권을 상계하는 것은 금지된다고 할 것이지만, 사용자가 근로자의 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 상계하는 경우에 그 동의를 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 … 에 위반하지 아니한다고 보아야 할 것이고, 다만 임금 전액 지급의 원칙의 취지에 비추어 볼 때 그 동의를 근로자의 자유로운 의사에 기한 것이라는 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다.”

2952) 대법원 1994. 3. 16.자 93마1822, 1823 결정; “임금의 전액지급의 원칙에 비추어 사용자가 근로자의 급료나 퇴직금 등 임금채권을 수동채권으로 하여 사용자의 근로자에 대한 다른 채권으로 상계할 수 없지만, 그렇다고 하여 사용자가 근로자에 대한 집행권원의 집행을 위하여 근로자의 자신에 대한 임금채권 중 2분의 1 상당액에 관하여 압류 및 전부명령을 받는 것까지 금지하는 취지는 아니다.”라고 판시.

허용되는 예외적 사실(초과 지급된 임금 반환채권과의 상계, 단체협약상 상계 허용 규정의 존재, 근로자의 동의 등)까지 주장·증명하여야 유효한 상계 항변이 되고, 그렇지 않으면 상계 항변은 그 자체로 이유 없어 배척된다고 봄이 옳다.²⁹⁵³⁾

바) 지급금지채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지

지급을 금지하는 명령을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다(민법 제498조).

수동채권이 지급금지 명령을 받은 채권인지의 여부에 관한 주장·증명책임의 소재에 관하여는 상계의 효과를 다투는 쪽에 있다는 견해와 민법 제492조의 요건사실과 함께 상계를 주장하는 측에 있다는 견해로 나뉜다. 후자에 의하면, 피고가 상계의 항변을 하면서 자동채권이 수동채권의 압류 전에 취득된 것임을 주장·증명해야 한다.²⁹⁵⁴⁾

판례는 명확하지는 않으나, “제3채무자가 압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위하여는, 압류의 효력 발생 당시에 대립하는 양 채권이 상계적상에 있거나, 그 당시 반대채권(자동채권)의 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 그것이 피압류채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여야 할 것이다”라고²⁹⁵⁵⁾ 하거나, “수동채권이 가압류될 당시 자동채권과 수동채권이 상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우에는 제3채무자는 자동채권에 의한 상계로 가압류채권자에게 대항할 수 있다”라고²⁹⁵⁶⁾ 하여(합리적 기대 이익설 중 변제기 기준설 채택²⁹⁵⁷⁾), ‘압류 당시 자동채권과 수동채권이

2953) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다88880 판결: 원고의 임금청구에 대하여, “피고가 상계항변의 자동채권으로 주장한 것은 원고의 불법행위를 원인으로 한 손해배상채권임이 기록상 분명하다.”고 하고, “피고의 상계항변은 그 자동채권이 인정되는지 여부와 관계없이 배척되어야 할 것임이 명백하다.”고 판시.

2954) 일본 사법연수소, 民事訴訟における要件事實 제1권, 137면.

2955) 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결의 다수의견(가압류의 효력이 발생할 당시 피압류채권은 이미 변제기가 도래하였으나 반대채권은 변제기가 도래하지 아니하였기 때문에 그 당시 양 채권이 상계적상에 있었다고 할 수 없고, 나아가 반대채권의 변제기가 피압류채권의 변제기보다 나중에 도래하므로, 피고는 반대채권에 의한 상계로써 압류채권자인 원고에게 대항할 수 없다고 보아야 한다고 한 예). 이에 대하여 反對意見은 “지급을 금지하는 명령을 받을 당시에 반대채권과 피압류채권 모두의 이행기가 도래한 때에는 제3채무자가 당연히 반대채권으로써 상계할 수 있고, 반대채권과 피압류채권 모두 또는 그 중 어느 하나의 이행기가 아직 도래하지 아니하여 상계적상에 놓이지 아니하였더라도 그 이후 제3채무자가 피압류채권을 채무자에게 지급하지 아니하고 있는 동안에 반대채권과 피압류채권 모두의 이행기가 도래한 때에도 제3채무자는 반대채권으로써 상계할 수 있고, 이로써 지급을 금지하는 명령을 신청한 채권자에게 대항할 수 있다.”라고 하였다(무제한설).

2956) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다7623 판결 등.

2957) 다만, 이에 대한 예외로서, ① 제3채무자의 반대채권(자동채권)과 피압류채권이 동시이행관계에 있는 경우에는 제3채무자는 사실상 제한 없이 상계권을 행사할 수 있고(대법원 1993. 9. 28. 선고 92다55794 판결 등), ② 은행 등 금융기관(제3채무자)의 반대채권(자동채권)인 대출금 등 채권과 관련하여 채권가압류나 압류 등 채무자의 변제자력에 의심이 가는 상황이 발생한 때에는 기한의 이익을 상실시키면서 피압류채권(수동채권)인 예금 등의 채권과 상계를 할 수 있다는 특약이 있는 경우, 그 특약에 따라 채권(가)압류로 반대채권과 피압류채권이 곧바로 상계적상에 이르기 때문에 제3채무자인 은행 등 금융기관은 사실상 제한 없이 상계권을 행사할

상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우'를 채권(가)압류결정을 받은 제3채무자가 자동채권에 의한 상계로 가압류 채권자에게 대항할 수 있는 적극적 요건으로 판시하고 있어 그 판시 문언상 후자의 견해를 취하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

따라서 피고인 제3채무자로서는 일반적인 상계의 요건사실에 더하여, (가)압류명령 송달 전 자동채권을 취득한 사실 및 (가)압류 당시 자동채권과 수동채권이 상계적상에 있거나 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시 또는 그보다 먼저 도래한 사실을 주장·증명하여야 한다.²⁹⁵⁸⁾

한편, 물상대위권 행사로서 압류한 경우에는, '압류 시'가 아니라 '담보권설정 시'가 상계 허용 여부 판단의 기준시점이 된다.²⁹⁵⁹⁾ 상계가 아닌 '공제'의 경우에는, 제3채무자가 압류명령을 송달받은 후에 취득한 채권에 의한 공제로 압류채권자에게 대항할 수 있다.²⁹⁶⁰⁾

수 있다(대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다7623 판결; 원고(추심채권자)의 신청에 의한 채권가압류결정이 1998. 5. 6. 발령되어 1998. 5. 8. 피고(제3채무자, 농협)에게 송달됨으로써, '예금 기타 피고에 대한 채권이나 채무자가 제공한 담보재산에 대하여 가압류·압류명령 등이 발송된 때에는 채무자는 피고에 대한 기한의 이익을 상실한다.'는 피고의 여신거래기본약관 규정에 의하여 피고의 소외 1(채무자)에 대한 대출금 등 채권(자동채권)은 위 채권가압류결정이 피고에게 송달된 1998. 5. 8. 이전에 이미 이행기가 도래하였고, 채권가압류의 목적물인 소외 1의 피고에 대한 퇴직금 등 채권(수동채권)이 그 이후인 1998. 9. 1. 변제기가 도래한 이상, 제3채무자인 피고는 자동채권인 대출금 등 채권에 의한 상계로 가압류채권자인 원고에게 대항할 수 있다고 한 예).

2958) 이러한 법리는 채권압류명령을 받은 제3채무자이자 보증채무자인 사람이 압류 이후 보증채무를 변제함으로써 담보제공청구의 항변권을 소멸시킨 다음, 압류채무자에 대하여 압류 이전에 취득한 사전구상권으로 피압류채권과 상계하려는 경우에도 적용된다. 제3채무자가 압류채무자에 대한 사전구상권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위해서는, ① 압류의 효력 발생 당시 사전구상권에 부착된 담보제공청구의 항변권이 소멸하여 사전구상권과 피압류채권이 상계적상에 있거나, ② 압류 당시 여전히 사전구상권에 담보제공청구의 항변권이 부착되어 있는 경우에는 제3채무자의 면책행위 등으로 인해 위 항변권을 소멸시켜 사전구상권을 통한 상계가 가능하게 된 때가 피압류채권의 변제기보다 먼저 도래하여야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결; 자동채권인 피고(제3채무자, 물상보증인·연대보증인)의 소외 농협(채무자, 주채무자)에 대한 사전구상권 취득일은 2013. 4. 19., 수동채권인 소외 농협의 피고에 대한 부당이득반환채권의 변제기는 2013. 12. 27., 원고(채권자)에 의한 압류·추심명령의 효력 발생일은 2015. 11. 23., 피고가 1억 1,000만 원을 변제하여 그 범위에서 사전구상권에 부착된 담보제공청구권을 소멸시킨 시점은 2016. 9. 29.인 사안에서, 위 압류·추심명령 이후에 비로소 담보제공청구의 항변권이 일부 소멸한 위 사전구상권으로 그 이전에 이미 변제기가 도래한 위 부당이득반환채권과 상계하는 것은 허용되지 않는다고 판단한 예).

2959) 즉, 전세권저당권자가 전세금반환채권을 압류하거나 배당요구하여 물상대위권을 행사한 후에 전세권설정자가 전세권자에 대한 반대채권을 자동채권으로 하여 전세금반환채권과 상계하는 경우, 전세권저당권 설정 시점을 기준으로, 전세권설정자의 전세권자에 대한 반대채권이 존재하고, 반대채권의 변제기가 장래 발생할 전세금반환채권의 변제기보다 먼저 도래하거나 적어도 동시에 도래하는 경우에는 상계가 허용되고, 그렇지 않은 경우에는 상계가 허용되지 않는다(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다91672 판결). 동산양도담보권자의 화재보험금 청구권·공제금청구권에 대한 물상대위권 행사 사안인 대법원 2014. 9. 25. 선고 2012다58609 판결도 같은 취지이다.

2960) 예컨대, 피전부채권인 임대차보증금반환채권에서 공제되는 미납차임과 손해배상채권 등의 범위에 관한 87다 68 참조.

사) 한정승인에 의한 상계 불허

상속채권자의 피상속인에 대한 채권(자동채권)과 한정승인 상속인에 대한 채무 사이의 상계는 제3자의 상계에 해당하여 허용될 수 없다.²⁹⁶¹⁾ 상속채권자의 상계항변에 대해, 상속인의 한정승인 주장은 재항변에 해당한다.

아) 신의칙에 반하는 상계의 불허

상계 제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을 만한 가치가 없는 상계권 행사는 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다(일반적인 권리 남용의 경우에 요구되는 '주관적 요건'(권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우)은 필요하지 않다).²⁹⁶²⁾ 송금의 회인이 착오송금임을 이유로 수취은행에 송금액의 반환을 요청하고 수취인도 착오송금을 인정하여 수취은행에 반환을 승낙하고 있는 경우, 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인 계좌에 착오송금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는

2961) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2022다254154, 254161 판결; “상속인이 한정승인을 하는 경우에도, 피상속인의 채무와 유증에 대한 책임 범위가 한정될 뿐 상속인은 상속이 개시된 때부터 피상속인의 일신에 전속한 것을 제외한 피상속인의 재산에 관한 포괄적인 권리·의무를 승계하지만(민법 제1005조), 피상속인의 상속재산을 상속인의 고유재산으로부터 분리하여 청산하려는 한정승인 제도의 취지에 따라 상속인의 피상속인에 대한 재산상 권리·의무는 소멸하지 아니한다(민법 제1031조). 그러므로 상속채권자가 피상속인에 대하여는 채권을 보유하고 상속인에 대하여는 채무를 부담하는 경우, 상속이 개시되면 위 채권 및 채무가 모두 상속인에게 귀속되어 상계적상이 생기지만, 상속인이 한정승인을 하면 상속이 개시된 때부터 민법 제1031조에 따라 피상속인의 상속재산과 상속인의 고유재산이 분리되는 결과가 발생하므로, 상속채권자의 피상속인에 대한 채권과 상속인에 대한 채무 사이의 상계는 제3자의 상계에 해당하여 허용될 수 없다. 즉, 상속채권자가 상속이 개시된 후 한정승인 이전에 피상속인에 대한 채권을 자동채권으로 하여 상속인에 대한 채무에 대하여 상계하였더라도, 그 이후 상속인이 한정승인을 하는 경우에는 민법 제1031조의 취지에 따라 상계가 소급하여 효력을 상실하고, 상계의 자동채권인 상속채권자의 피상속인에 대한 채권과 수동채권인 상속인에 대한 채무는 모두 부활한다.”

2962) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다59481 판결; “일반적으로 당사자 사이에 상계적상이 있는 채권이 병존하고 있는 경우에는 이를 상계할 수 있는 것이 원칙이고, 이러한 상계의 대상이 되는 채권은 상대방과 사이에서 직접 발생한 채권에 한하는 것이 아니라, 제3자로부터 양수 등을 원인으로 하여 취득한 채권도 포함한다 할 것인바, 이러한 상계권자의 지위가 법률상 보호를 받는 것은, 원래 상계제도가 서로 대립하는 채권, 채무를 간이한 방법에 의하여 결제함으로써 양자의 채권채무관계를 원활하고 공평하게 처리함을 목적으로 하고 있고, 상계권을 행사하려고 하는 자에 대하여는 수동채권의 존재가 사실상 자동채권에 대한 담보로서의 기능을 하는 것이어서 그 담보적 기능에 대한 당사자의 합리적 기대가 법적으로 보호받을 만한 가치가 있음에 근거하는 것이다. 따라서 당사자가 상계의 대상이 되는 채권이나 채무를 취득하게 된 목적과 경위, 상계권을 행사함에 이른 구체적·개별적 사정에 비추어, 그것이 위와 같은 상계 제도의 목적이나 기능을 일탈하고, 법적으로 보호받을 만한 가치가 없는 경우에는, 그 상계권의 행사는 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다고 할 것이 상당하고, 상계권 행사를 제한하는 위와 같은 근거에 비추어 볼 때 일반적인 권리 남용의 경우에 요구되는 주관적 요건을 필요로 하는 것은 아니라고 할 것이다.” ⇨ 원고가 소외 회사의 부도로 소외 회사 발행 약속어음의 가치가 현저하게 하락된 사정을 잘 알면서 오로지 자신이 소외 회사에 대하여 부담하는 임대차보증금반환채무와 상계할 목적으로 소외 회사 발행 약속어음 20장을 액면가의 40%에도 미치지 못하는 가격으로 할인·취득하고, 그 약속어음채권을 자동채권으로 하여 상계한 것은, 원고가 위 약속어음채권을 취득한 목적과 경위, 그 대가로 지급한 금액, 상계권을 행사하게 된 위와 같은 사정에 비추어, 상계제도의 목적이나 기능을 일탈하는 것이고, 법적으로 보호받을 만한 대립하는 채권, 채무의 담보적 기능에 대한 정당한 기대가 없는 경우에 해당하여 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다고 한 예.

것은, ‘특별한 사정’이 없는 한, 송금의뢰인에 대한 관계에서 신의칙에 반하거나 상계권 남용에 해당한다.²⁹⁶³⁾ 신의칙 위반이나 권리남용은 직권판단사항이므로, 상계항변자인 수취은행은 상계가 허용되는 ‘특별한 사정’²⁹⁶⁴⁾까지 추가적으로 주장·증명해야 유효한 항변이 될 수 있다.

4) 상계의 효과

상계의 의사표시가 있는 경우, 양 채무는 상계적상 시에 소급하여 대등액에서 소멸한 것으로 보게 되므로, 상계에 의한 양 채권의 차액 계산 또는 상계충당은 상계적상 시점을 기준으로 하고, 변제충당의 법리가 준용된다(민법 제499조).²⁹⁶⁵⁾ 양 채권의 변제기 도래 후 채권양도가 있고, 양수채권을 자동채권으로 상계한 경우, 상계적상 시점은 ‘채권 양도의 대항요건 구비 시점’이다.²⁹⁶⁶⁾

2963) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020다212958 판결: “송금의뢰인이 착오송금임을 이유로 거래은행을 통하여 혹은 수취은행에 직접 송금액의 반환을 요청하고, 수취인도 송금의뢰인의 착오송금에 의하여 수취인의 계좌에 금원이 입금된 사실을 인정하여 수취은행에 그 반환을 승낙하고 있는 경우, 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 계좌에 착오로 입금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는 것은 수취은행이 선의인 상태에서 수취인의 예금채권을 담보로 대출을 하여 그 자동채권을 취득한 것이라거나 그 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공공성을 지닌 자금이체시스템의 운영자가 그 이용자인 송금의뢰인의 실수를 기화로 그의 회생에 당초 기대하지 않았던 채권회수의 이익을 취하는 행위로서 상계제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을 만한 가치가 없으므로, 송금의뢰인에 대한 관계에서 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것이다. 수취인의 계좌에 착오로 입금된 금원 상당의 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 특별한 사정이 있어 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 그 예금채권과 상계하는 것이 허용되더라도 이는 피압류채권액의 범위 내에서만 가능하고, 그 범위를 벗어나는 상계는 신의칙에 반하거나 권리를 남용하는 것으로서 허용되지 않는다.”

2964) ① 수취은행이 선의인 상태에서 수취인의 예금채권을 담보로 대출을 하여 그 자동채권을 취득한 것이라거나 ② 그 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 사실 등.

2965) 따라서 ① 상계적상 시점 이전에 수동채권의 변제기가 이미 도래하여 지체가 발생한 경우에는 상계적상 시점까지의 수동채권의 약정이자 및 지연손해금을 계산한 다음 자동채권으로 그 약정이자 및 지연손해금을 먼저 소각하고 잔액을 가지고 원본을 소각하여야 하고(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다25946 판결), ② 여러 개의 자동채권이 있고 수동채권의 원리금이 자동채권의 원리금 합계에 미치지 못하는 경우에는 우선 자동채권의 채권자가 상계의 대상이 되는 자동채권을 지정할 수 있고, 다음으로 자동채권의 채무자가 이를 지정할 수 있으며, 양 당사자가 모두 지정하지 아니한 때에는 법정변제충당의 방법으로 상계충당이 이루어지게 된다(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011다24814 판결).

은행영신거래기본약관에서 은행이 상계를 하는 경우 상계로 인하여 소멸하는 채권·채무액수 계산의 복잡 곤란성을 배제하고자 하는 등의 취지에서 민법 규정에 의한 경우와는 달리 채권·채무의 이자나 지연손해금 등의 계산의 종가를 달리 정하는 규정을 둘 경우에는 적어도 그 계산의 종가가 상계적상 시로부터 과도하게 이탈하지 않도록 필요한 범위 내에서 이탈의 정도를 최소화함과 동시에 고객인 채무자가 어느 시점을 기준으로 이자나 지연손해금 등이 계산될 것인지를 예측할 수 있도록 하는 등 채무자 측의 이익도 배려하여야 할 뿐만 아니라 상당한 이유가 없는 한 채무자가 상계를 하는 경우와 사이에 형평을 유지하여야 한다(2002다64551).

2966) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2022다200089 판결: “민법 제493조 제2항은 ‘상계의 의사표시는 각 채무가 상계할 수 있는 때에 대등액에 관하여 소멸한 것으로 본다.’라고 정하고 있으므로 상계의 효력은 상계적상 시로 소급하여 발생한다. 상계적상은 자동채권과 수동채권이 상호 대립하는 때에 비로소 생긴다. 채권양수인이 양수채권을 자동채권으로 하여 그 채무자가 채권양수인에 대해 가지고 있던 기존 채권과 상계한 경우, 채권양수인은 채권 양도의 대항요건이 갖추어진 때 비로소 자동채권을 행사할 수 있으므로 채권양도 전에 이미 양 채권의 변제기가 도래하였다고 하더라도 상계의 효력은 변제기로 소급하는 것이 아니라 채권양도의 대항요건이 갖추어진 시점으로 소급한다.” ⇨ ‘양수채권의 이행기’로 판단한 원심을 파기한 예.

상계의 소급효는 양 채권 및 이에 관한 이자나 지연손해금 등을 정산하는 기준시기를 소급하는 것일 뿐이고, 특별한 사정이 없는 한 상계의 의사표시 전에 이미 발생한 사실을 복멸시키지는 아니한다.²⁹⁶⁷⁾

5) 상계 항변의 소송상 취급

가) 예비적 항변

소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 통상 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적,²⁹⁶⁸⁾ 가정적²⁹⁶⁹⁾ 항변으로서, 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라, 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실제법상 상계의 효과가 발생한다.²⁹⁷⁰⁾

2967) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결: 원심이, 상계의 소급효에 의하여 동시이행 관계 내지는 점유의 권원이 소급하여 상실된다는 전제에서 임차인의 점포 점유가 불법점유에 해당한다고 판단한 데 대하여, 대법원은, '점포 임차인이 임대차계약 종료 후에 잔존 임대차보증금 반환채권과의 동시이행항변권에 기하여 점포를 점유해 오다가 그 점유를 중단하고 임대인에게 이를 인도한 후, 임대인이 별개의 반대채권으로 잔존 임대차보증금 반환채권과 상계하는 의사표시를 하여 보증금 반환채권이 소멸되었다 하더라도, 그 상계의 의사표시에 의하여 양 채권을 정산하는 기준시기가 상계적상이 있었던 임대차계약 종료 시로 소급하여 그 대등액에 관하여 정산되는 것일 뿐, 그 상계의 의사표시 전까지 있었던 잔존 보증금 반환채권과 임차인의 점포 인도의무 사이의 동시이행관계가 상계적상이 있었던 임대차계약 종료 시로 소급하여 소멸되고 이로 인하여 임차인의 인도의무가 소급하여 이행지체에 빠지며 점포에 대한 임차인의 점유가 임대차계약 종료 시에 소급하여 불법점유로 된다고 할 수는 없다.'고 판단한 예.

2968) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결.

2969) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결: "피고는 상고이유에서, 원고 등이 이OO의 예금통장에서 7,000만 원을 인출하여 갔다는 이유를 들어 위 금원에 대한 상계의 주장을 하였음에도 원심이 이에 대하여 아무런 판단도 하지 않은 잘못이 있다고 주장하고 있는바, 피고 대리인이 2000. 3. 9. 원심 제4차 변론기일에서 위와 같은 취지의 주장이 기재된 준비서면을 제출한 사실은 기록상 명백하나, 이는 원고의 주위적 또는 예비적 청구 중 급전청구가 인용되는 경우 이를 수동채권으로 상계한다는 취지의 가정적 항변을 한 것으로 볼 것이므로, 이 사건에서 원심이 급전청구를 모두 배척하고 소유권이전등기절차이행청구만을 인용한 이상 위 상계의 주장에 관하여 판단하지 않은 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 판단유탈의 위법이 있다고 볼 수 없다."

2970) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결.

소송절차 진행 중 당사자 사이에 조정이 성립됨으로써 수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 경우에는 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다(대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결). 궤 피고가 원고에게 공사 관련 손해배담금 709,050,000원의 지급을 구한 관련 소송에서, 원고는 손해배담약정의 효력 및 손해의 범위를 다투는 한편 예비적으로 152,091,039원의 미지급대금 채권을 자동채권으로 하여 상계한다고 주장하였고, 그 후 '원고가 피고에게 330,000,000원을 지급하되, 피고는 나머지 청구를 포기'하는 내용의 조정이 성립된 다음, 원고가 위 미지급대금 지급의 소를 제기한 사건에서, 원심이, '상계항변 당시 수동채권의 액수가 적어도 미지급대금 채권액보다는 많았고, 상계 의사표시가 있는 경우에는 그 상계적상 시에 소급하여 쌍방의 채권액이 대등액에서 소멸하므로 미지급대금 채권은 위 상계항변으로 인하여 소멸하였고, 원고와 피고가 위 상계항변까지 고려하여 조정조항을 도출하였다'고 판단한 데 대하여, 대법원은, "원고가 관련 소송에서 피고의 원고에 대한 손해배상청구가 인용될 것에 대비하여 이 사건 미지급대금 채권을 자동채권으로 하는 예비적 상계항변을 하였다고는 하나 그 소송절차 진행 중에 원고와 피고 사이에 조정이 성립됨으로써 수동채권인 피고의 청구채권에 대한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 이상 원고의 위 상계항변은 그 사법상 효과도 발생하지 않는다고 보아야 한다. 또한 이 사건 미지급대금 채권은 관련 소송의 소송물이 아니었을 뿐만 아니라 그 조정조항에 특정되거나 청구의

따라서 원고의 소구채권인 수동채권의 존재가 인정되는 경우 나아가 상계 항변에 대해 판단하여야 하고, 그 존재를 가정한 다음 상계 항변을 인용하여 원고 청구를 기각해서는 아니 되고, 동시이행항변을 제외하고는 다른 항변보다 후순위로 판단된다.

소송상 상계항변이 먼저 이루어지고 그 후 금전채권의 소멸을 주장하는 소멸시효항변이 있었던 경우에, 상계항변 당시 채무자인 피고에게 수동채권의 시효이익을 포기하려는 효과의사가 있었다고 단정할 수 없다.²⁹⁷¹⁾

상계 항변은 상대방의 동의 없이 철회할 수 있고, 이 경우 법원은 이에 대해 심판할 수 없다.²⁹⁷²⁾

피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계의 재항변을 하는 것은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없어 소송상 상계의 재항변은 주장 자체로 받아들일 수 없는 것이다.²⁹⁷³⁾ 이러한 법리는, 원고가 2개의 채권을 청구하고, 피고가 그중 1개의 채권을 수동채권으로 삼아 소송상 상계항변을 하자, 원고가 다시 위 청구채권 중 다른 1개의 채권을 자동채권으로 소송상 상계의 재항변을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.²⁹⁷⁴⁾

표시 다음에 부가적으로 기재되지 아니하였으므로 특별한 사정이 없는 한 위 조정조서의 효력이 이 사건 미지급대금 채권에 미친다고 보기 어렵다.”라고 하면서 “그럼에도 원심은 상계의 의사표시가 소송 외에서 이루어진 경우나 소송 중에 이루어진 경우나 구별 없이 쌍방의 채권이 상계적상에 있는 한 그 의사표시가 상대방에게 도달함으로써 바로 효력이 생긴다는 전제 아래 이 사건 미지급대금 채권이 상계로 소멸하였고, 원고와 피고 사이에 상계항변까지 고려한 조정이 이루어졌다고 잘못 판단”하였다고 판시한 예.

2971) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다21556 판결.

2972) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결. 반면에 일반적인 형성권에 관한 법리로는, 이미 행사되어 효력이 발생한 형성권의 철회는 형성권 및 상대방 있는 단독행위의 본질에 반하므로, 형성권을 행사하여 이미 법률효과가 발생한 후에는 그 일방적인 철회가 인정되지 않는다(상세한 내용은 ‘민법-총칙-법률행위-의사표시’의 도달과 효력발생’ 기술 부분 참조).

2973) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결: “피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계의 재항변을 하는 경우, 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 상계적상 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 된다. 또한 원고가 소송물인 청구채권 외에 피고에 대하여 다른 채권을 가지고 있다면 소의 추가적 변경에 의하여 그 채권을 당해 소송에서 청구하거나 별소를 제기할 수 있는 것이다. 그렇다면 원고의 소송상 상계의 재항변은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없다고 할 것이다. 따라서 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 소송상 상계의 재항변을 하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.” ⇨ 원고가 피고의 상계항변에 대하여 원고의 피고에 대한 별개 채권과 피고의 채권을 대등액에서 상계한다고 주장한 데 대하여, 원심은 원고가 주장한 별개 채권을 인정할 수 없다는 이유로 원고의 소송상 상계의 재항변을 배척하였으나, 대법원은, 원고의 소송상 상계의 재항변은 주장 자체로 받아들일 수 없는 것으로, 원심이 원고가 주장한 채권의 존부에 대하여 나아가 판단한 것은 잘못이나 원고의 소송상 상계의 재항변을 배척한 결과에 있어서는 정당하다고 한 예.

2974) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다107662 판결.

나) 기 판 력

상계 주장에 관한 판단에 기판력이 인정되는 경우는,²⁹⁷⁵⁾ 상계 주장²⁹⁷⁶⁾의 대상이 된 수동채권이 소송물로서 심판되는 소구채권이거나, 그와 실질적으로 동일하다고 보이는 경우(가령 원고가 상계를 주장하면서 청구이의의 소송을 제기하는 경우 등)로서 상계를 주장한 반대채권과 그 수동채권을 기판력의 관점에서 동일하게 취급하여야 할 필요성이 인정되는 경우를 말한다.²⁹⁷⁷⁾ 따라서 만일 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변에 행사된 채권일 경우에는 그러한 상계 주장에 대한 판단에는 기판력이 발생하지 않는다.²⁹⁷⁸⁾

상계 항변에 대한 기판력은 자동채권의 존부에 관하여 실질적으로 판단된 경우에 인정되고, 자동채권의 존재는 인정되나 항변권 부작으로 성질상 상계가 허용되지 않는다 하여 상계 항변을 배척하는 등의 경우에는 기판력이 인정되지 않는다.²⁹⁷⁹⁾

여러 개의 자동채권이 있는 경우에 법원으로서 그 중 어느 자동채권에 대하여 어느 범위에서 상계의 기판력이 미치는지 판결이유 자체로 당사자가 분명하게 알 수 있을 정도까지는 밝혀 주어야 한다.²⁹⁸⁰⁾

2975) 민사소송법 제216조(기판력의 객관적 범위) ① 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다. ② 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.

2976) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다54390 판결; “여기서 말하는 상계는 민법 제492조 이하에 규정된 단독행위로서의 상계를 의미하는데, … 위 피고는 상계항변을 한 것이 아니라 위 피고와 소외인과의 사이에 원고의 위 피고에 대한 임대수익금 채권과 위 피고의 ○○농산에 대한 농산물대금 채권을 상계하여 청산하기로 하는 내용의 합의를 하였다는 취지의 항변을 한 것에 지나지 않음을 알 수 있고, … 위 피고의 항변은 본래 의미의 상계를 주장하는 것이 아니므로 원심의 이 부분 판단에 관하여는 기판력이 미치지 않는다.”

2977) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결(판결 이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정한 취지는, “만일 이에 대하여 기판력을 인정하지 않는다면, 원고의 청구권의 존부에 대한 분쟁이 나중에 다른 소송으로 제기되는 반대채권의 존부에 대한 분쟁으로 변형됨으로써 상계 주장의 상대방은 상계를 주장한 자가 그 반대채권을 이증으로 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 위함”이라고 한다).

2978) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2004다17207 판결(“위와 같이 해석하지 않을 경우 동시이행항변이 상대방의 상계의 재항변에 의하여 배척된 경우에 그 동시이행항변에 행사된 채권을 나중에 소송상 행사할 수 없게 되어 민사소송법 제216조가 예정하고 있는 것과 달리 동시이행항변에 행사된 채권의 존부나 범위에 관한 판결 이유 중의 판단에 기판력이 미치는 결과에 이르기 때문이다”); 매매계약 해제를 원인으로 한 매도인의 건물·토지 인도 청구의 前訴에서 계약금·중도금 반환과의 동시이행의 항변을 하였으나, 계약금은 매매계약이 매수인의 귀책사유로 해제됨으로써 매도인에게 귀속되었고, 중도금은 건물·토지 점유·사용료채권을 자동채권으로 한 상계로 소멸되었다는 재항변이 받아들여져 결국 위 동시이행항변이 배척되었는데, 그 후 매수인이 後訴로서 중도금 중 일부의 반환을 청구한 사안에서, 원심이 전소에서 중도금 반환채권이 상계로 소멸하였다고 판단한 부분에 기판력이 발생하여 후소가 전소의 확정판결의 기판력에 저촉된다고 판단한 데 대하여, 대법원은 원심이 기판력의 객관적 범위에 관한 법리를 오해한 것이라고 판시한 예.

2979) 대법원 1975. 10. 21. 선고 75다48 판결. 제1심에서 상계 항변을 하였다가 항소심에서 이를 철회하여 판단하지 않은 경우, 기판력을 갖지 않는다(대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결). 상계 항변이 실기한 공격방어방법으로 각하되거나, 상계적상 요건의 흠결로 배척되는 경우에도 기판력이 인정되지 않는다.

2980) 대법원 2011. 8. 25. 선고 2011다24814 판결. 즉, 상계항변이 이유 있는 경우에는, 상계에 의하여 소멸되는 채권의 금액을 일일이 계산할 것까지는 없다고 하더라도, 최소한 상계충당이 지정충당에 의하게 되는지 법정충

법원이 반대채권의 존재를 인정하지 않고 상계항변을 배척한 경우, '반대채권'이 '부존재'한다는 판결이유 중의 판단의 '기판력'은 '법원이 반대채권의 존재를 인정하였더라면 상계에 관한 실질적 판단으로 나아가 수동채권의 상계적상일까지의 원리금과 대등액에서 소멸하는 것으로 판단할 수 있었던 반대채권의 원리금 액수'의 범위에서 발생한다(이는 피고가 상계항변으로 주장하는 반대채권의 액수가 소송물로서 심판되는 소구채권의 액수보다 더 큰 경우에도 마찬가지이다). 피고가 상계항변으로 '2개 이상의 반대채권'을 '주장'하였는데 법원이 그중 어느 '하나의 반대채권'의 존재를 '인정'하여 수동채권의 일부와 대등액에서 상계하는 판단을 하고, '나머지 반대채권들'은 모두 '부존재'한다고 판단하여 그 부분 상계항변은 배척한 경우에, '반대채권들'이 '부존재'한다는 판단에 대하여 '기판력'이 발생하는 전체 범위는 위와 같이 '상계를 마친 후의 수동채권의 잔액'(수동채권의 '원금'의 잔액만을 의미한다)을 초과할 수 없다(이는 피고가 주장하는 2개 이상의 반대채권의 원리금 액수의 합계가 범원이 인정하는 수동채권의 원리금 액수를 초과하는 경우에도 마찬가지이다).²⁹⁸¹⁾

다른 소송에서 항변으로 주장되어 인용, 확정된 상계 항변의 자동채권의 이행을 구하는 소는 소의 이익이 없어 부적법하나,²⁹⁸²⁾ 별도로 제기된 소송에서 판결에 의하여 확정된 채권을 자동채권으로 하여 상계 항변을 할 수 있음은 당연하다.²⁹⁸³⁾

당에 의하게 되는지 여부를 밝히고, 지정충당이 되는 경우라면 어느 자동채권이 우선 충당되는지를 특정하여야 하며, 자동채권으로 이자나 지연손해금채권이 함께 주장되는 경우에는 그 기산일이나 이율 등도 구체적으로 특정해 주어야 한다.

2981) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결: "확정된 판결의 이유 부분의 논리구조상 법원이 당해 소송의 소송물인 수동채권의 전부 또는 일부의 존재를 인정하는 판단을 한 다음 피고의 상계항변에 대한 판단으로 나아가 피고가 주장한 반대채권의 존재를 인정하지 않고 상계항변을 배척하는 판단을 한 경우에, 그와 같이 반대채권이 부존재한다는 판결이유 중의 판단의 기판력은 특별한 사정이 없는 한 '법원이 반대채권의 존재를 인정하였더라면 상계에 관한 실질적 판단으로 나아가 수동채권의 상계적상일까지의 원리금과 대등액에서 소멸하는 것으로 판단할 수 있었던 반대채권의 원리금 액수'의 범위에서 발생한다고 보아야 한다. 그리고 이러한 법리는 피고가 상계항변으로 주장하는 반대채권의 액수가 소송물로서 심판되는 소구채권의 액수보다 더 큰 경우에도 마찬가지로 적용된다. ... 피고가 상계항변으로 2개 이상의 반대채권을 주장하였는데 법원이 그중 어느 하나의 반대채권의 존재를 인정하여 수동채권의 일부와 대등액에서 상계하는 판단을 하고, 나머지 반대채권들은 모두 부존재한다고 판단하여 그 부분 상계항변은 배척한 경우에, 수동채권 중 위와 같이 상계로 소멸하는 것으로 판단된 부분은 피고가 주장하는 반대채권들 중 그 존재가 인정되지 않은 채권들에 관한 분쟁이나 그에 관한 법원의 판단과는 관련이 없어 기판력의 관점에서 동일하게 취급할 수 없으므로, 그와 같이 반대채권들이 부존재한다는 판단에 대하여 기판력이 발생하는 전체 범위는 위와 같이 상계를 마친 후의 수동채권의 잔액을 초과할 수 없다고 보아야 한다. 그리고 이러한 법리는 피고가 주장하는 2개 이상의 반대채권의 원리금 액수의 합계가 범원이 인정하는 수동채권의 원리금 액수를 초과하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 이때 '부존재한다고 판단된 반대채권'에 관하여 법원이 그 존재를 인정하여 수동채권 중 일부와 상계하는 것으로 판단하였을 경우를 가정하더라도, 그러한 상계에 의한 수동채권과 당해 반대채권의 차액 계산 또는 상계충당은 수동채권과 당해 반대채권의 상계적상의 시점을 기준으로 하였을 것이고, 그 이후에 발생하는 이자, 지연손해금 채권은 어차피 그 상계의 대상이 되지 않았을 것이므로, 위와 같은 가정적인 상계적상 시점이 '실제 법원이 상계항변을 받아들인 반대채권'에 관한 상계적상 시점보다 더 뒤라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 앞에서 본 기판력의 범위의 상한이 되는 '상계를 마친 후의 수동채권의 잔액'은 수동채권의 '원금'의 잔액만을 의미한다고 보아야 한다."

2982) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다30966, 30973 판결: 예비적 반소의 원인채권에 기한 상계항변이 다른 사건에서 인용되어 이미 확정되었으므로 그 예비적 반소는 소의 이익이 없게 되어 부적법하다고 한 사례.

채무자가 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었으나 상계의 의사표시는 그 변론종결 후에 한 경우, 그 전에 자동채권의 존재를 알았는지 몰랐는지에 관계없이 적법한 청구이의 사유가 된다.²⁹⁸⁴⁾

다) 중복소제기 금지, 재소금지 원칙의 적용 여부

별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 상계 항변이나, 역으로, 현재 계속 중인 소송에서 주장한 상계 항변의 자동채권을 별소나 반소로 청구하는 것 모두 허용되고, 중복소제기 저촉의 문제가 생기지 않는다.²⁹⁸⁵⁾

상계 항변의 철회에는 소취하에 따른 재소금지 원칙이 적용되지 않는다.²⁹⁸⁶⁾

라) 상소의 이익

원고가 청구한 채권의 존재를 인정한 후 피고가 한 상계 항변을 받아들여 원고의 청구를 기각한 경우, 판결 주문의 형식상으로는 원고청구기각이어서 형식적으로는 불복할 것이 없어 보이나, 피고로서는 원심판결 이유 중 원고 청구 채권의 존재를 인정하는 전제에서 피고의 상계 항변이 받아들여진 부분에 관하여 불복하여 상소를 제기할 수 있고, 상소심의 심리 결과 원고 청구 채권의 발생이 인정되지 않거나 그 발생은 인정되나 변제 등으로 소멸되어 상계 항변의 당부까지 나아가 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척되어야 한다면, 항소심은 항소기각판결이 아니라 ‘원심판결을 취소하고 원고청구를 기각하는 판결’을 하여야 하고, 상고심은 상고기각판결이 아니라 ‘원심판결을 파기하고

2983) 대법원 2000. 10. 6. 선고 2000다39049 판결.

2984) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41443 판결: “당사자 쌍방의 채무가 서로 상계적상에 있다 하더라도 그 자체만으로 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것은 아니고, 상계의 의사표시를 기다려 비로소 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것이므로, 채무자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 채무명의인 확정판결의 변론종결 후에 이르러 비로소 상계의 의사표시를 한 때에는 ... ‘이의원인이 변론종결 후에 생긴 때’에 해당하는 것으로서, 당사자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계 없이 적법한 청구이의 사유로 된다.”

2985) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결: “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.”

2986) 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다275741 판결: “상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술 또는 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가지는 소의 취하와 달리 소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 그 자동채권의 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. 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.” ◀ 위 판시 중 ‘처분권주의’는 ‘변론주의’로 수정함이 옳다.

환송하는 판결'을 하여야 한다.²⁹⁸⁷⁾

한편, 제1심이 원고의 청구 채권 자체를 인정하지 아니하여 원고의 청구를 기각한 데 대하여 원고가 항소하였는데, 항소심이 원고의 채권 자체는 인정한 후 피고의 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각하는 경우, 제1심판결과 항소심판결은 기판력의 범위를 서로 달리하므로, 그 결론이 같다고 하여 원고의 항소를 기각할 것이 아니라 제1심판결을 취소하고 다시 원고의 청구를 기각하는 판결을 하여야 하고,²⁹⁸⁸⁾ 항소심판결에 대하여 피고는 상소의 이익이 있다.²⁹⁸⁹⁾

2987) ○ 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다34666 판결: “원심은 원고의 청구원인사실을 모두 인정한 다음 피고의 상계항변을 받아들여 상계 후 잔존하는 원고의 나머지 청구부분만을 일부 인용하였는데, 이 경우 피고들로서는 원심판결 이유 중 원고의 소구채권을 인정하는 전제에서 피고의 상계항변이 받아들여진 부분에 관하여도 상고를 제기할 수 있고, 위에서 본 바와 같이 원고의 합의해제사실을 인정하기에 충분한 증거가 없는 이상 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척될 것이므로, 결국 원심판결은 그 전부에 대하여 파기를 면치 못한다고 할 것이다” ⇨ 원고의 청구원인사실이 인정되지 않아 원고청구채권이 발생하지 않은 경우.

○ 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012다91224 판결: “원심은 원고의 청구원인사실을 인정한 다음 피고로부터 이 사건 예금을 인출한 소외 1의 불법행위에 있어 원고가 과실에 의한 방조자로서 공동불법행위책임을 부담함으로써 인한 피고의 상계항변 중 일부를 받아들여 원고의 청구 중 상계 후 잔존하는 부분만을 일부 인용하였는데, 위에서 본 바와 같이 피고의 소외 1에 대한 예금 지급이 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효한 이상 원고의 소구채권인 예금반환채권 자체가 인정되지 아니하여 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척되어야 하므로, 원심판결은 그 전부에 있어서 파기를 면하지 못한다.” ⇨ 원고청구채권의 발생은 인정되나 다른 권리소멸항변(변제, 채권의 준점유자에 대한 변제 등)의 인용으로 소멸한 경우.

2988) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다46023 판결: 제1심은 원고의 구상금채권 자체를 인정하지 아니하여 원고의 청구를 기각하였는데, 원심은 원고의 구상금채권은 인정하면서도 피고의 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 제1심판결이 정당하다고 하여 원고의 항소를 기각한 데 대하여, 대법원은, “소구채권 그 자체를 부정하여 원고의 청구를 기각한 제1심판결과 소구채권은 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 원심판결은 민사소송법 제216조에 따라 기판력의 범위를 서로 달리하므로, 원심으로서서는 그 결론이 같다고 하여 원고의 항소를 기각할 것이 아니라 제1심판결을 취소하고 다시 원고의 청구를 기각하는 판결을 하여야 했다.”라고 한 예.

2989) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결: “소송상 방어방법으로서의 상계항변은 … 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다. 따라서 원고의 소구채권 자체가 인정되지 않는 경우 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척될 것이므로, ‘원고의 소구채권 그 자체를 부정하여 원고의 청구를 기각한 판결’과 ‘소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결’은 민사소송법 제216조에 따라 기판력의 범위를 서로 달리하고, 후자의 판결에 대하여 피고는 상소의 이익이 있다.”