

# 2024년 법무사 민소법 기출문제 해설

## 제 1 문

(20점)

[기본적 사실관계]

甲은 乙을 피고로 하여 1억 원의 대여금반환청구의 소(이하 '이 사건 소'라고 한다)를 제기하였다. 한편, 乙도 甲에게 1억 원의 물품대금채권을 가지고 있다.

(아래의 각 추가된 사실관계는 상호 무관하고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따른 것)

### 1. (추가된 사실관계)

이 사건 소에서 乙은 소구채권의 부존재 항변 및 상계항변을 하였는데, 제1심법원은 甲의 소구채권이 존재한다고 판단한 후 위 물품대금채권을 자동채권으로 한 乙의 상계항변이 이유 있다고 인정하여 甲의 청구를 기각하였다. 이 경우 乙에게 항소의 이익이 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하십시오. (10점)

### 2. (추가된 사실관계)

乙은 이 사건 소에서 자신의 물품대금채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있다는 것을 잘 알고 있었으나 상계항변을 하지 않아, 이 사건 소에서 甲의 청구를 모두 인용하는 판결이 선고되었고 위 판결은 그대로 확정되었다. 그 후 甲은 위 판결을 집행권원으로 하여 乙 소유의 부동산에 대하여 강제경매개시신청을 하여 강제경매개시결정이 발령되었다. 이에, 乙은 상계권을 행사하여 집행을 배제시키기 위하여 甲을 피고로 하여 청구이의의 소(민사집행법 제44조)를 제기하였다. 이러한 乙의 주장이 청구이의사유로 받아들여질 수 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하십시오. (10점)

## 제 2 문

(50점)

[기본적 사실관계]

2019. 1. 1. 甲은 甲 소유의 X 토지를 乙에게 2억 원에 매도하기로 하는 계약을 乙과 체결하였고, 丙은 같은 날 乙의 부탁으로 乙에게 위 토지의 매매대금으로 사용할 2억 원을 이자율 연 12%, 변제기는 2019. 12. 31.로 하여 대여하였다.

(아래 각 사안은 서로 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원 전원합의체 판례의 다수의견에 따름)

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

乙이 위 토지의 매매대금을 지급하였음에도 甲이 등기를 이전하여 주지 않자 2019. 4. 1. 乙은 甲을 상대로 2019. 1. 1.자 매매계약을 원인으로 하는 X 토지에 대한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 그런데 소송 진행 중 丙이 2019. 1. 1.자 매매계약의 실제 당사자는 丙 자신이고 매매대금 역시 丙 자신이 지급한 것이며 乙은 丙의 대리인이었을 뿐인데 乙이 소유권이전등기청구를 한 것이라며 甲에 대하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 독립당사자참가신청을 하였다. 丙의 독립당사자참가가 적법한지 여부에 대한 결론과 그 이유를 기재하시오(소의 병합요건과 소송요건은 갖춘 것을 전제로 한다). (15점)

2. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

乙이 위 토지의 매매대금을 지급하였음에도 甲이 등기를 이전하여 주지 않자 2019. 4. 1. 乙은 甲을 상대로 2019. 1. 1.자 매매계약을 원인으로 하는 X 토지에 대한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 그런데 소송 진행 중 丙이 다른 원인으로 자신에게도 소유권이전등기청구권이 있다며 甲에 대하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 취지의 독립당사자참가신청을 하였으나, 제1심법원은 참가인 丙의 신청은 부적법하다고 하여 이를 각하하고, 원고 乙의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 이에 대해 참가인 丙이 항소하였는데, 항소심 법원은 丙의 항소를 기각하면서 제1심판결 중 피고 甲이 항소하지 않은 본소 부분을 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 기각하는 판결을 하였다. 항소심의 판결이 적법한지 여부에 대한 결론과 그 이유를 기재하시오. (10점)

3. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

乙은 2019. 3. 4. X 토지에 관하여 자신의 명의로 위 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳤는데, 2019. 4. 1. 甲은 2019. 1. 1.자 乙과의 매매계약은 사회질서에 위반된 법률행위(민법 제 103조)에 해당하므로 乙의 소유권이전등기는 원인무효라고 주장하며 乙을 피고로 하여 소유권이전등기의 말소를 구하는 소(이하 '전소'라 한다)를 제기하였다. 전소 법원은 甲의 주장에 대한 증거가 부족하다는 이유로 2019. 7. 1. 변론을 종결하고 2019. 8. 1. 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 이 판결은 2019. 8. 30. 확정되었다. 그런데 2020. 4. 1. 甲은 다시 乙을 상대로 X 토지에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소(이하 '후소'라 한다)를 제기하였다. 후소 법원의 심리 결과 위 매매계약이 사회질서에 위반된 법률행위라는 甲의 주장이 증명되었다면 후소 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는지 여부에 대한 결론(소각하 / 청구기각 / 청구인용 등)과 이유를 기재하시오. (10점)

4. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

2020. 4. 1. 丙은 乙을 상대로 위 대여금 2억 원을 지급하라는 대여금반환청구의 소(이하 '전소'라 한다)를 제기하였다. 그런데 법원은 대여사실에 대한 증거가 부족하다는 이유로 2020. 7. 1. 변론을 종결하고 2020. 7. 31. 丙의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 이 판결은 2020. 9. 1. 확정되었다. 그런데 2021. 4. 1. 丙은 乙을 상대로 대여금 2억 원에 대한 2020. 1. 1. 부터 2020. 12. 31.까지의 연 12%의 비율에 의한 금원을 지급하라는 청구의 소(이하 '후소'라 한다)를 제기하였다. 후소 법원의 심리 결과 위 대여사실에 대한 증거가 되었다면 후소 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는지 여부에 대한 결론(소각하 / 청구기각 / 청구인용 등)과 그 이유를 기재하시오. (15점)

## 제 1 문

[기본적 사실관계]

甲은 乙을 피고로 하여 1억 원의 대여금반환청구의 소(이하 '이 사건 소'라고 한다)를 제기하였다. 한편, 乙도 甲에게 1억 원의 물품대금채권을 가지고 있다.

(아래의 각 추가된 사실관계는 상호 무관하고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따를 것)

### 1. (추가된 사실관계)

이 사건 소에서 乙은 소구채권의 부존재 항변 및 상계항변을 하였는데, 제1심법원은 甲의 소구채권이 존재한다고 판단한 후 위 물품대금채권을 자동채권으로 한 乙의 상계항변이 이유 있다고 인정하여 甲의 청구를 기각하였다. 이 경우 乙에게 항소의 이익이 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하십시오. (10점)

### 2. (추가된 사실관계)

乙은 이 사건 소에서 자신의 물품대금채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있다는 것을 잘 알고 있었으나 상계항변을 하지 않아, 이 사건 소에서 甲의 청구를 모두 인용하는 판결이 선고되었고 위 판결은 그대로 확정되었다. 그 후 甲은 위 판결을 집행권원으로 하여 乙 소유의 부동산에 대하여 강제경매개시신청을 하여 강제경매개시결정이 발령되었다. 이에, 乙은 상계권을 행사하여 집행을 배제시키기 위하여 甲을 피고로 하여 청구이의의 소(민사집행법 제44조)를 제기하였다. 이러한 乙의 주장이 청구이의사유로 받아들여질 수 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하십시오. (10점)

## I. 설문 1.에 관하여

### 1. 결 론

乙에게 항소의 이익이 있다.

### 2. 이 유

#### (1) 전부승소한 자의 항소이익 유무

##### 1) 원칙적 불허

판례는 전부승소한 당사자는 원칙적으로 상소의 이익은 없으며, 판결이유 중의 판단에 불만이 있더라도 승소하였다면 그에 대하여는 상소의 이익은 없다고 하였다.<sup>1)</sup> 판결이유 중의 판단에 대하여는 기판력이 생기지 않기 때문이다.

##### 2) 예외적 허용

① 상계의 항변의 경우에는 법원의 판단이 내려지면 자동채권의 존부에 대하여도 기판력이 생기므로(제216조 제2항), 예외적으로 항소의 이익을 인정할 수 있다.<sup>2)</sup>

1) 대판 1992.3.27, 91다40696

② 판례도 “상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서, 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.”고 하였다.<sup>3)</sup>

## (2) 사안의 경우

사안의 경우 乙의 상계항변을 인용한 제1심 판결에 대하여 乙만이 항소하고 원고 甲은 부대항소를 제기하지 아니한 경우, 전부승소한 피고 乙이라도 소구채권의 부존재를 판단받기 위한 항소의 이익은 인정된다.

## II. 설문 2.에 관하여

### 1. 결론

乙의 상계 주장은 청구이의의 사유로 받아들여질 수 있다.

### 2. 이유

#### (1) 기판력의 작용 여부

##### 1) 기판력의 주관적·객관적 범위와 작용국면

- ① 사안의 경우 전소와 후소의 당사자는 甲과 乙로서 동일하므로 전소판결의 기판력이 미친다 (제218조 제1항).
- ② 사안의 경우에는 주문에 포함된 소송물인 甲의 乙에 대한 대여금채권의 존재 판단에 기판력이 발생하고(제216조 제1항), 乙의 후소는 전소 소송물과 모순관계로서 작용한다.

##### 2) 시적 범위

- ① 사실심의 변론종결 전에 당사자가 제출할 수 있었던 공격방어방법은 기판력의 실권효에 의해서 차단되어 후소에서 이를 주장할 수 없다. 이는 당사자가 표준시 이전에 존재하였던 사실을 제출하지 못한 데 대하여 知·不知, 고의·과실을 묻지 않고 일률적으로 후소에서 제출이 차단된다고 본다.
- ② 사안의 경우와 같은 형성권으로서의 상계권도 전소의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 상계권이라면 실권효의 제재를 받아 청구이의의 소를 제기할 수 없는 것은 아닌지 문제된다.

#### (2) 변론종결 후 상계권 행사와 실권효

판례는 ① 취소권, 해제권 등의 다른 형성권에 대하여는 실권효를 긍정하지만,<sup>4)</sup> ② 상계권(지상물매수청구권 포함)은 그 예외로서 변론종결 전에 상계권이 있다 하여도 변론종결 후에 행사하였다면 상계권의 존부를 알았든 몰랐든 변론종결 후의 사유로 보아 실권하지 않는다는 입장이다. 즉, 채무자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 채무명의인 확정판결의 변론종결 후에 이르러 비로소 상

2) 대판 1993.12.28, 93다47189

3) 대판 2018.8.30. 2016다46338

4) 대판 1979.8.14, 79다1105

계의 의사표시를 한 때에는 민사집행법 제44조 제2항이 규정하는 '이의원인이 변론종결 후에 생긴 때'에 해당하는 것으로서, 당사자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계없이 적법한 청구이의 사유로 된다고 하였다.<sup>5)</sup>

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 상계 주장은 전소에서 상계적상에 있음을 잘 알고 있었다 하더라도 실권(차단)되지 않으므로, 乙은 상계를 주장함으로써 청구이의의 소를 제기할 수 있다.

---

5) 대판 1998.11.24, 98다25344; 대판 1966.6.28, 66다780

## 제 2 문

### [기본적 사실관계]

2019. 1. 1. 甲은 甲 소유의 X 토지를 乙에게 2억 원에 매도하기로 하는 계약을 乙과 체결하였고, 丙은 같은 날 乙의 부탁으로 乙에게 위 토지의 매매대금으로 사용할 2억 원을 이자율 연 12%, 변제기는 2019. 12. 31. 로 하여 대여하였다.

(아래 각 사안은 서로 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원 전원합의체 판례의 다수의견에 따름)

#### 1. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

乙이 위 토지의 매매대금을 지급하였음에도 甲이 등기를 이전하여 주지 않자 2019. 4. 1. 乙은 甲을 상대로 2019. 1. 1.자 매매계약을 원인으로 하는 X 토지에 대한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 그런데 소송 진행 중 丙이 2019. 1. 1.자 매매계약의 실제 당사자는 丙 자신이고 매매대금 역시 丙 자신이 지급한 것이며 乙은 丙의 대리인이었을 뿐인데 乙이 소유권이전등기청구를 한 것이라며 甲에 대하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 독립당사자참가신청을 하였다. 丙의 독립당사자참가가 적법한지 여부에 대한 결론과 그 이유를 기재하시오(소의 병합요건과 소송요건은 갖춘 것을 전제로 한다). (15점)

#### 2. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

乙이 위 토지의 매매대금을 지급하였음에도 甲이 등기를 이전하여 주지 않자 2019. 4. 1. 乙은 甲을 상대로 2019. 1. 1.자 매매계약을 원인으로 하는 X 토지에 대한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 그런데 소송 진행 중 丙이 다른 원인으로 자신에게도 소유권이전등기청구권이 있다며 甲에 대하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 취지의 독립당사자참가신청을 하였으나, 제1심법원은 참가인 丙의 신청은 부적법하다고 하여 이를 각하하고, 원고 乙의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 이에 대해 참가인 丙이 항소하였는데, 항소심 법원은 丙의 항소를 기각하면서 제1심판결 중 피고 甲이 항소하지 않은 본소 부분을 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 기각하는 판결을 하였다. 항소심의 판결이 적법한지 여부에 대한 결론과 그 이유를 기재하시오. (10점)

#### 3. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

乙은 2019. 3. 4. X 토지에 관하여 자신의 명의로 위 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳤는데, 2019. 4. 1. 甲은 2019. 1. 1.자 乙과의 매매계약은 사회질서에 위반된 법률행위(민법 제103조)에 해당하므로 乙의 소유권이전등기는 원인무효라고 주장하며 乙을 피고로 하여 소유권이전등기의 말소를 구하는 소(이하 '전소'라 한다)를 제기하였다. 전소 법원은 甲의 주장에 대한 증거가 부족하다는 이유로 2019. 7. 1. 변론을 종결하고 2019. 8. 1. 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 이 판결은 2019. 8. 30. 확정되었다. 그런데 2020. 4. 1. 甲은 다시 乙을 상대로 X 토지에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소(이하 '후소'라 한다)를 제기하였다. 후소 법원의 심리 결과 위 매매계약이 사회질서에 위반된 법률행위라는 甲의 주장이 증명되었다면 후소 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는지 여부에 대한 결론(소각하 / 청구기각 / 청구인용 등)과 이

유를 기재하시오. (10점)

4. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

2020. 4. 1. 丙은 乙을 상대로 위 대여금 2억 원을 지급하라는 대여금반환청구의 소(이하 '전소'라 한다)를 제기하였다. 그런데 법원은 대여사실에 대한 증거가 부족하다는 이유로 2020. 7. 1. 변론을 종결하고 2020. 7. 31. 丙의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 이 판결은 2020. 9. 1. 확정되었다. 그런데 2021. 4. 1. 丙은 乙을 상대로 대여금 2억 원에 대한 2020. 1. 1. 부터 2020. 12. 31.까지의 연 12%의 비율에 의한 금원을 지급하라는 청구의 소(이하 '후소'라 한다)를 제기하였다. 후소 법원의 심리 결과 위 대여사실에 대한 증거가 되었다면 후소 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는지 여부에 대한 결론(소각하 / 청구기각 / 청구인용 등)과 그 이유를 기재하시오. (15점)

## I. 설문 1.에 관하여

### 1. 결론

丙의 독립당사자참가신청은 적법하다.

### 2. 이유

#### (1) 독립당사자참가의 의의 및 요건

- ① 독립당사자참가 중 권리주장참가는 타인 간의 소송계속 중에 소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하는 제3자가 당사자의 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 당사자로서 소송에 참가하는 것이다(제79조).
- ② 적법한 독립당사자참가가 되기 위해서는 **참가요건과 일반적 소송요건**을 구비하여야 하는데, 참가요건으로는 i) **타인 간의 소송이 계속 중일 것**, ii) **참가취지 즉 참가인이 원·피고 일방 또는 쌍방에 대하여 자기 자기의 청구를 할 것**, iii) **참가이유가 있을 것**, iv) **소의 병합요건**을 갖출 것이 요구된다.
- ③ 사안에서는 甲과 乙의 소송계속 중이며 소의 병합요건과 일반적 소송요건은 문제가 없으므로 ii)와 iii)의 요건에 대하여 살펴본다.

#### (2) 丙의 참가취지 구비 여부 - 편면참가의 허용 여부

① 종래 판례는 3자간의 완벽한 대립·견제의 관계가 성립되는 경우에만 독립당사자참가를 허용하고 있었다. ② 그러나 **개정 민사소송법 제79조 제1항**은 독립당사자참가제도의 탄력적 운용을 위하여 “소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나, 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 제3자는 당사자의 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 당사자로서 소송에 참가할 수 있다”라고 규정하여, **편면참가를 명문으로 허용**하였다.

#### (3) 丙의 참가이유 구비 여부

##### 1) 권리주장참가의 의의

제3자가 “소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장”하면서 당사자로 소송에 참가하여 세 당사자 사이에 서로 대립하는 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로 서로 모순 없이 일시에

해결하려는 것이다.

## 2) 참가이유 구비 여부의 판단기준

- ① 판례는 권리주장참가의 참가이유를 판단할 때 본소청구와 참가인의 청구가 주장 자체에서 양립하지 않는 관계에 있으면 족하며, 본안심리 결과 양 청구가 실제로 양립되면 참가인의 청구를 기각하면 된다고 한다.<sup>6)</sup>
- ② 나아가 판례는 매매의 사실이 한 개일 때(단일매매), 채권적 권리라도 서로 권리의 주체라고 주장하는 경우 어느 한쪽의 권리가 인정되면 다른 쪽은 권리가 인정될 수 없어 양립할 수 없는 관계가 되므로, 이러한 경우에는 독립당사자참가가 적법하다고 하였다.<sup>7)</sup>

## 3) 사안의 경우

사안의 경우 甲의 乙에 대한 소유권이전등기청구권과 丙의 乙에 대한 소유권이전등기청구권은, 이중매매와는 달리 하나의 계약에 기초한 것(단일매매의 경우)으로서 어느 한쪽의 이전등기청구권이 인정되면 다른 한쪽의 이전등기청구권은 인정될 수 없는 것이므로 그 각 청구가 서로 양립할 수 없는 관계에 있음은 물론이고, 이는 하나의 판결로써 **모순 없이 일시에 해결할 수 있는** 경우에 해당하므로, 丙의 독립당사자참가는 적법하다.

## (4) 사안의 경우

사안의 경우 丙은 소유권이전등기청구권이라는 채권적 청구권에 기초하여 참가신청을 하였지만, 참가인의 주장 자체로도 丙이 매수인으로 인정되면 乙의 매수인 자격은 부정되는 양립불가능한 관계에 있어 **참가이유를 구비**하였고, **편면참가도 허용하는바 참가취지도 적법**하다. 따라서 丙의 독립당사자참가신청은 적법하다.

## II. 설문 2.에 관하여

### 1. 결론

항소심 판결은 부적법하다.

### 2. 이유

#### (1) 참가인만의 항소와 확정차단 및 이심의 범위

- ① 판례는 “민사소송법 제79조 제2항에 의하여 제67조가 준용되는 결과 독립당사자참가소송에서 원고승소의 판결이 내려지자 이에 대하여 참가인만이 항소를 한 경우에도 판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다.”고 하였다.<sup>8)</sup>
- ② 또한 항소하지 않은 자의 지위에 대하여 판례는 “1인의 항소로 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생기는 것이므로 항소하지 않은 자도 항소심에서의 당사자라고 할 것이다.”라고 판시하여 단순한 상소심 당사자라고 본다.<sup>9)</sup>

#### (2) 항소심의 심판대상·범위와 불이익변경금지원칙의 적용 여부

- ① 상소심에서의 불이익변경금지의 원칙(제415조)을 독립당사자참가소송에서의 합일확정의 요

6) 대판 1992.12.8, 92다26772

7) 대판 1988.3.8, 86다148~150·86다카762~764

8) 대판 2007.12.14, 2007다37776·37783

9) 대판 1981.12.8, 80다577 참고

청과 어떻게 조화시킬 것인지가 문제되는데, 판례는 “항소심의 심판대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소 취지에 나타난 불복범위에 한정하되 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 하고, 이에 따라 항소심에서 심리·판단을 거쳐 결론을 내림에 있어 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 경우에는 그 한도 내에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결이 변경되는 것도 배제할 수는 없다.”고 하였다.<sup>10)</sup> 즉 판례는 독립당사자참가의 상소에는 합일확정을 위하여 필요한 한도에서는 불이익변경금지 원칙의 적용이 배제된다는 입장이다.

- ② 나아가 판례는 “독립당사자참가소송에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결을 변경할 수 있는 것은 참가인의 참가신청이 적법하고 나아가 합일확정의 요청상 필요한 경우에 한한다.”고 하였다.<sup>11)</sup>

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 제1심 법원은 丙의 독립당사자참가신청에 대해 부적법함을 이유로 각하한 경우로서, 참가인 丙만 항소한 경우 항소심 법원은 참가인의 항소를 기각하면서 제1심 판결 중 피고 甲이 항소하지도 않은 본소 부분을 취소하고 원고(乙)의 피고(甲)에 대한 청구를 기각한 것은 항소심의 심판대상에 관한 법리를 위반한 위법이 있다.

## III. 설문 3.에 관하여

### 1. 결 론

청구기각판결을 하여야 한다.

### 2. 이 유

#### (1) 기판력의 작용

##### 1) 기판력의 주관적 범위

사안의 경우 전소와 후소의 당사자는 甲과 乙로서 동일하므로 전소판결의 기판력이 미친다(제218조 제1항).

##### 2) 기판력의 객관적 범위와 작용

###### 가) 전소 기판력의 발생범위

사안의 경우에는 주문에 포함된 소송물인 甲의 乙에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권의 판단에 기판력이 발생한다(제216조 제1항).

###### 나) 기판력의 작용국면

- ① 기판력은 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하거나, 전소의 소송물을 선결문제로 하거나, 전소의 소송물과 모순관계에 있는 경우에 작용한다.
- ② 사안의 경우 전·후소의 소송물이 동일한지가 문제인데, 이와 관련하여 판례는 “말소등기청구와 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 어느 것이나 진정한 소유자의 등

10) 대판 2007.10.26, 2006다86573-86580

11) 대판 2007.12.14, 2007다37776-37783

기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 한다.”고 하면서 “소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다”고 하였다.<sup>12)</sup> 따라서 사안의 경우 전소 기판력은 후소에 동일관계로서 작용한다.

### 3) 시적 범위

- ① 기판력의 작용국면에 있음을 전제로, 사실심의 변론종결 전에 당사자가 제출할 수 있었던 공격방어방법은 기판력의 실효효에 의해서 차단되어 후소에서 이를 주장할 수 없다.
- ② 또한 비록 판결이 확정된 뒤에 새로운 증거자료를 발견했다 하더라도 이는 변론종결 후에 발생한 새로운 사유에 해당하지 않는다.

### (2) 후소 법원의 조치

판례는 ① 전소에서 승소판결을 받은 경우에 원고가 같은 신소를 제기하는 것은 이미 권리보호를 받았음에도 불구하고 이를 다시 구하는 것으로 권리보호이익에 흠이 있는 것이며 이 때문에 소각하판결을 하여야 하나, ② 패소판결을 받은 때에 원고가 신소를 제기하면 전의 판결 내용과 모순되는 판단을 하여서는 아니 되는 구속력 때문에 청구기각판결을 하여야 한다는 입장이다.<sup>13)</sup>

### (3) 사안의 경우

사안의 경우 전소에서 패소한 甲이 다시 동일한 소를 제기하는 경우이므로, 후소 법원은 乙 명의 소유권이전등기의 원인행위인 매매계약이 사회질서에 위반된 법률행위라는 심증이 형성되었더라도, 오로지 기판력 법리에 따라 청구기각판결을 하여야 한다.

## IV. 설문 4.에 관하여

### 1. 결 론

- ① 2020. 1. 1.부터 2020. 6. 30.까지의 지연손해금의 청구에 대해 후소 법원은 청구인용판결을 하여야 한다.
- ② 2020. 7. 1.부터 2020. 12. 31.까지의 지연손해금의 청구에 대해 후소 법원은 청구기각판결을 하여야 한다.

### 2. 이 유

#### (1) 기판력의 주관적 범위·객관적 범위와 작용국면

- ① 사안의 경우 전소와 후소 모두 丙과 乙로서 동일하므로 기판력이 미친다(제218조 제1항).
- ② 기판력은 판결주문에 발생하므로(제216조 제1항), 사안의 경우 원본채권이 부존재한다는 점에 기판력이 발생하고, 전소의 대여원금채권은 후소의 지연손해금청구의 선결관계로 작용한다.

#### (2) 시적 범위

12) 대판(전) 2001.9.20, 99다37894

13) 대판 1979.9.11, 79다1275

## 1) 표준시 및 차단효

- ① 표준시는 사실심의 변론종결시(무변론판결의 경우는 판결선고시)이다. 따라서 변론종결 당시의 권리관계의 존부판단에만 생기므로, 표준시점 이전은 물론 표준시 이후의 권리관계에는 미치지 않는다. 따라서 전소에서 권리관계가 부존재한다는 기판력 있는 판단이 난 경우라도, i) 표준시 전에 그와 같은 권리가 존재하였음을 주장할 수 있으며, 나아가 ii) 표준시 후에 권리가 존재함을 주장할 수도 있다(예컨대, 표준시 후에나 비로소 이행기가 도래한 경우). 다만 iii) 표준시 후의 권리가 표준시의 권리를 전제로 하는 경우에는 기판력이 미친다.
- ② 판례도 확정판결의 기판력은 사실심의 최종변론종결 당시의 권리관계를 확정하는 것이므로, 원고의 청구 중 확정판결의 사실심 변론종결시 후의 이행지연으로 인한 손해배상청구부분은 그 선결문제로서 확정판결에 저촉되는 금원에 대한 피고의 지급의무의 존재를 주장하게 되어 논리상 확정판결의 기판력의 효과를 받게 되는 것이라고 할 것이나, 그 외의 부분(변론종결 당시까지의 분)의 청구는 확정판결의 기판력의 효과를 받지 않는다고 하였다.<sup>14)</sup>

## 2) 사안의 경우

전소의 기판력은 변론종결시인 2020. 7. 1. 당시 甲에게 대여금채권이 존재하지 않는다는 점에 발생하므로, 그 전인 2020. 1. 1.부터 2020. 6. 30.까지의 대여금채권의 존재를 전제로 한 지연손해금 청구에는 기판력이 미치지 않는다. 다만 그 이후인 2020. 7. 1.부터 2020. 12. 31.까지의 대여금채권의 존재를 전제로 한 지연손해금 청구에는 기판력이 미친다.

## (3) 후소 법원의 조치<sup>15)</sup>

### 1) 2020. 1. 1.부터 2020. 6. 30.까지의 지연손해금 청구

- ① 전소와 후소는 선결관계에 있으나, 2020. 1. 1.부터 2020. 6. 30.까지의 대여금채권의 존재를 전제로 한 지연손해금 청구에는 기판력이 미치지 않는바, 후소 법원은 대여금채권의 존부를 심리하여 지연손해금의 청구를 판단하여야 하는데, 사안의 경우 전소 확정판결의 이유에서 대여사실이 인정되지 않는다고 판단하였는바, 후소 법원은 특별한 사정이 없는 한 그 전의 대여금채권이 존재하지 않음을 전제로 지연손해금 청구를 기각하여야 한다. 전소 판결이유 중 판단은 유력한 증거자료로서 합리적 이유 없이 이를 배척할 수 없기 때문이다.
- ② 그러나 합리적 이유가 있다면 이를 배척하고 달리 판단할 수 있다. 사안의 경우 후소 법원의 심리 결과 대여사실에 대한 증거가 되었다고 하였으므로, 후소 법원은 이를 증거자료로 하여 그 전의 대여금채권을 존재로 지연손해금 청구를 인용하여야 한다.

### 2) 2020. 7. 1.부터 2020. 12. 31.까지의 지연손해금 청구

- ① 그러나 대여금채권의 존재를 선결관계로 하는 변론종결시인 2020. 7. 1.부터 2020. 12. 31.까지의 지연손해금 청구에는 기판력이 미친다.
- ② 이 경우 후소 법원은 전소 법원의 판단에 구속되어 판단하여야 하는바, 청구기각판결을 하여야 한다.

14) 대판 1976.12.14, 76다1488

15) ※ [참고] - 판례를 형식적으로 적용한다면, 2020. 1. 1.부터 2020. 7. 1.까지의 지연손해금 청구와 2020. 7. 2.부터 2020. 12. 31.까지의 지연손해금 청구로 구성할 수도 있다.