

## 2020년 법무사 민소법 기출문제 해설

### 제 1 문 (20점)

#### <기본적 사실관계>

甲이 乙을 피고로 하여 1억 원의 대여금지청구의 소를 제기하여 원고(甲)의 청구를 전부 인용하는 가집행선고부 1심판결이 있었고, 乙은 위 가집행선고부 1심판결에 대하여 항소를 하면서 위 가집행선고부 1심판결에 기한 판결인용금액 1억 원을 피공탁자를 甲으로 하여 변제공탁하였다. 그 후 항소심법원은 乙의 항소가 일부 이유가 있다고 판단하여 위 가집행선고부 1심판결 중 4,000만 원 부분에 대해서는 1심판결을 취소하고 甲의 청구를 기각하는 내용의 판결을 선고하였다.

※ 아래의 각 추가된 사실관계는 상호 무관하고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

#### 1. (추가된 사실관계)

乙은 항소심 계속 중 항소심법원이 甲의 청구를 인용하는 금액을 초과하는 부분을 지급하라는 가지급물반환신청을 하였고, 현재까지 甲은 위 변제공탁금을 수령하지 않은 상태이다. 항소심법원이 甲의 청구를 인용하는 금액을 초과하는 부분(= 甲의 청구를 기각한 부분 = 4,000만 원)에 관한 위 가지급물반환신청이 인용될 수 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (10점)

#### 2. (추가된 사실관계)

乙은 위 항소심판결에 대하여 상고를 제기하였으나 상고심법원은 상고기각판결을 선고하였다. 그 후 乙은 위 항소심판결의 사실인정자료가 된 차용증이 위조되었음을 이유로 상고기각판결을 재심대상판결로 기재하여 대법원에 재심의 소를 제기하였다. 이 경우 재심관할법원이 적법한지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (10점)

**제 2 문**

(50점)

**<기본적 사실관계>**

甲은 乙에 대하여 2020. 1. 1. 변제기가 도래한 2억 원의 대여금 채권(이하 '이 사건 대여금 채권')을 가지고 있다. 채무초과 상태에 있던 乙은 2020. 4. 1. 그 소유의 유일한 재산인 A토지를 丙에게 1억 원에 매도하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약')을 체결하였다. 한편, 丁은 乙에 대하여 2020. 2. 1. 변제기가 도래한 3억 원의 약정금 채권(이하 '이 사건 약정금 채권')을 가지고 있다.

※ 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

1. **(위 기본적 사실관계에 추가하여)** 이 사건 매매계약에 기하여 2020. 5. 1. A토지에 관하여 乙로부터 丙 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 이에 甲은 2020. 8. 1. 이 사건 대여금 채권을 보전하기 위하여 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구 소송(이하 '이 사건 소송')을 제기하였다.

(1) 甲이 乙에 대하여 이 사건 대여금 채권과는 별개의 구상금 채권을 가지고 있다고 주장하면서 해당 구상금 채권을 보전하기 위하여 2020. 9. 1. 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 새로운 사해행위취소 및 원상회복청구 소송을 제기하였다면 이는 중복제소에 해당하는지 밝히고 그 근거를 설명하시오. (15점)

(2) 丁이 2020. 6. 1. 이 사건 약정금 채권을 보전하기 위하여 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구 소송(이하 '이 사건 선행소송')을 제기하여 진행 중인 사실이 이 사건 소송 계속 중 밝혀졌다면 이 사건 소송이 중복제소에 해당하는지 밝히고 그 근거를 설명하시오. (8점) 만약 이 사건 선행소송에서 丁이 승소판결을 받아 확정되고 그에 따라 A토지에 관한 丙 명의의 소유권이전등기가 말소된 후에 甲이 이 사건 소송을 제기한 것이라면 법원은 어떠한 판결(각하, 인용, 기각)을 선고해야 하는지 밝히고 그 근거를 설명하시오. (7점)

2. **(위 기본적 사실관계에 추가하여)** 이 사건 매매계약 체결 이후 乙이 丙에게 A토지의 소유권을 이전하지 않자 丙은 乙을 상대로 이 사건 매매계약에 기하여 A토지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 이에 甲이 丙을 상대로 하여 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소를 구하는 취지의 독립당사자참가신청을 하였다면 이는 적법한지 밝히고 그 근거를 설명하시오. (20점)

## 제 1 문

### <기본적 사실관계>

甲이 乙을 피고로 하여 1억 원의 대여금지급청구의 소를 제기하여 원고(甲)의 청구를 전부 인용하는 가집행선고부 1심판결이 있었고, 乙은 위 가집행선고부 1심판결에 대하여 항소를 하면서 위 가집행선고부 1심판결에 기한 판결인용금액 1억 원을 피공탁자를 甲으로 하여 변제공탁하였다. 그 후 항소심법원은 乙의 항소가 일부 이유가 있다고 판단하여 위 가집행선고부 1심판결 중 4,000만 원 부분에 대해서는 1심판결을 취소하고 甲의 청구를 기각하는 내용의 판결을 선고하였다.

※ 아래의 각 추가된 사실관계는 상호 무관하고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

#### 1. (추가된 사실관계)

乙은 항소심 계속 중 항소심법원이 甲의 청구를 인용하는 금액을 초과하는 부분을 지급하라는 가지급물반환신청을 하였고, 현재까지 甲은 위 변제공탁금을 수령하지 않은 상태이다. 항소심법원이 甲의 청구를 인용하는 금액을 초과하는 부분(= 甲의 청구를 기각한 부분 = 4,000만 원)에 관한 위 가지급물반환신청이 인용될 수 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (10점)

#### 2. (추가된 사실관계)

乙은 위 항소심판결에 대하여 상고를 제기하였으나 상고심법원은 상고기각판결을 선고하였다. 그 후 乙은 위 항소심판결의 사실인정자료가 된 차용증이 위조되었음을 이유로 상고기각판결을 재심대상판결로 기재하여 대법원에 재심의 소를 제기하였다. 이 경우 재심관할법원이 적법한지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (10점)

## I. 설문 (1)에 관하여

### <Advice>

※ 해설은 충분한 이해를 위해 상세히 제시하였으나(이하 모든 설문의 경우에 동일함), 실제 시험장에서 기술될 핵심적 내용은 다음과 같다.

- ① 설문의 경우 일단 조문, 즉 제213조와 제215조 제1항 및 제2항부터 기술하여야 한다. 조문의 기재는 법학 답안의 일반적 방법이기도 하겠지만, 특별히 불의타 문제가 출제되었다면 그에 대한 최대한의 방어방법임을 잊지 말아야 한다.
- ② 판례에 따르면, 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 금원 자체를 가집행선고로 인한 지급물이라고 할 수 없으므로, 이 경우 가지급물반환신청은 인용될 수 없다는 점을 기술하고 사안을 포섭하면 되었다.

## 1. 결 론

乙의 가지급물반환신청은 인용될 수 없다(기각).

## 2. 이 유

### (1) 가집행선고의 의의·효과 및 실효

- ① 가집행선고라 함은 확정되지 않은 중국판결에 대하여 미리 집행력을 주는 형성적 재판으로서, 승소자의 신속한 권리실현을 도모하고 강제집행의 지연을 목적으로 한 상소를 억제하는 역할을 한다(제213조).<sup>1)</sup>
- ② 가집행선고가 있는 판결은 선고에 의하여 즉시 집행력이 발생한다. 따라서 가집행선고가 붙은 이행판결은 바로 집행권원이 된다.
- ③ 가집행선고는 상소심에서 그 가집행선고 또는 본안판결을 취소·변경하는 판결이 선고되면 그 취소·변경되는 한도 내에서 효력을 잃는다(제215조 제1항). 즉 가집행선고에 의한 가집행은 보전처분이 아닌 중국적 집행이다. 다만 확정적 집행이 아니므로 가집행선고 있는 본안 판결이 상급심에서 취소·변경되는 것을 해제조건으로 할 뿐이다.<sup>2)</sup>

### (2) 가집행선고의 실효에 기한 원상회복 및 그 방법

- ① 가집행선고부 본안판결이 상소심에서 취소·변경된 경우 원고는 가집행에 따라 피고가 지급한 물건을 반환하여야 하고 가집행에 의하여 피고에게 발생한 손해를 배상하여야 한다(제215조 제2항).
- ② 원상회복의무는 성질상 부당이득반환의무이다. 이러한 원상회복의 방법에는 2가지가 있다. i) 첫째는 피고가 원고를 상대로 별소를 제기하는 것이고,<sup>3)</sup> ii) 둘째는 문제된 소송의 상소심 절차에서 피고가 본안판결의 변경을 구하면서 원상회복을 함께 구하는 것이다(제215조 제2항). 후자를 실무상 가지급물반환신청이라 하고, 가지급물반환신청은 일종의 소송 중의 소로서 그 성질은 본안판결의 취소·변경을 조건으로 하는 예비적 반소이다.<sup>4)</sup>

### (3) 乙의 가지급물반환신청의 인용 여부

- ① 피고(乙)가 가집행선고부 판결에 따라 판결인용금액을 변제공탁하였으나 원고(甲)가 이를 수령하지 않고, 이후 항소심에서 가집행선고부 판결이 일부 취소·청구가 기각된 경우, 법원은 그 차액이 가집행선고의 실효에 따른 반환대상으로서 가지급물반환신청을 인용하여야 하는지 여부가 문제된다.
- ② 판례는 “민사소송법 제215조 제2항은 가집행선고 있는 본안판결을 변경하는 경우에는 법원은 피고의 신청에 의하여 그 판결에서 가집행선고로 인한 지급물의 반환을 원고에게 명하도록 규정하고 있는데, 여기에서 반환의 대상이 되는 가집행선고로 인한 지급물이라 함은 가집행의 결과 원고가 피고에게 이행한 물건 또는 그와 동일시 할 수 있는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 그런데 가집행선고부 판결에 기한 공탁은 채무를 확정적으로 소멸

1) 가집행선고는 재산권의 청구에 관한 판결로서 원칙적으로 협의의 집행력을 낳는 이행판결에 한하여 이를 붙인다. 따라서 등기절차의 이행을 명하는 판결과 같이 의사의 진술을 명하는 판결에는 가집행선고를 붙이지 못한다.

2) 대판 2011.8.25. 2011다25145 참조

3) 대판 1976.3.23. 75다2209

4) 대판 1996.5.10. 96다5001 등

시키는 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 금원 자체를 가집행선고로 인한 지급물이라고 할 수 없다. 따라서 피고가 가집행선고부 제1심 판결에 기한 판결인용금액을 변제공탁한 후 항소심에서 제1심판결의 채무액이 일부 취소되었다 하더라도 그 차액이 가집행선고의 실효에 따른 반환대상이 되는 가지급물이라고 할 수 없다. 다만 그 차액에 대해서는 공탁원인이 소멸된 것이므로 공탁자인 피고로서는 공탁원인의 소멸을 이유로 그 차액에 해당하는 공탁금을 회수할 수 있다.”고 하였다.5)

#### (4) 사안의 경우

사안의 경우 乙이 가집행선고부 판결에 따라 변제공탁한 금원을 甲이 수령하지 않았으므로, 항소심에서 제1심판결의 채무액 중 4,000만 원이 일부 취소되었다고 하더라도, 그 차액인 4,000만 원 부분은 가집행선고의 실효에 따른 반환대상이 되는 가지급물이라고 할 수 없다. 따라서 乙의 가지급물반환신청은 인용될 수 없다.

## II. 설문 2.에 관하여

<Advice>

- ① 설문의 경우도 일단 조문, 즉 제451조 제1항 제6호 및 제3항과 제453조 제1항을 적재적소에서 기술하여야 했다.
- ② 설문해결을 위한 판례로 상고심은 법률심으로서 사실심인 항소심과는 다르다는 점, 따라서 항소심에서 사실인정자료에 대한 제451조 제1항 제6호 사유를 재심사유로 삼은 경우는 상고심판결에 대한 재심사유는 될 수 없고 항소심판결에 대한 재심사유로서 그러한 판결을 한 항소심법원만이 재심의 전속관할이 된다는 점을 밝히고 사안을 포섭하면 되었다.

### 1. 결 론

乙의 재심의 소는 부적법하다.

### 2. 이 유

#### (1) 재심의 의의 및 적법요건

- ① 재심이라 함은 확정된 중급판결에 재심사유가 있는 경우 그 판결의 취소와 이미 종결된 사건의 재심판결을 구하는 비상의 불복신청방법이다(제451조).
- ② 재심의 소가 적법하기 위하여는 i) 재심당사자적격, ii) 재심대상적격, iii) 재심기간준수, iv) 재심이익, v) 재심사유, vi) 재심관할법원의 요건을 갖추어야 한다. 설문은 재심관할법원과 관련하여 묻고 있는바, 이에 대해서 살펴보기로 한다.

#### (2) 재심관할법원

##### 1) 일반론

5) 대판 2011.9.29. 2011다17847. 차액은 공탁원인의 소멸을 이유로 한 공탁물 회수의 대상일 뿐 가지급물 반환의 대상이 아니므로, 가지급물반환신청을 기각한 원심판단을 정당하다고 한 사례이다.

- ① 재심의 소는 소송목적의 값이나 심급에 관계없이 취소대상인 판결을 한 법원의 전속관할에 속한다(제453조 제1항).
- ② 항소심에서 사건에 대하여 본안판결을 하였을 때에는 제1심 판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못하고, 항소심판결만이 그 대상이 된다(제451조 제3항). 따라서 이 경우에는 항소심 법원만이 관할권을 갖게 된다.

## 2) 항소심의 사실인정자료에 대한 판단을 재심사유로 한 경우 재심관할법원

- ① 취소대상의 판결이 상고심판결이면 상고심법원이 관할이 되지만, 서증의 위조·변조 등 사실인정에 관한 것을 재심사유로 하는 경우에는 비록 상고법원이 채증법칙 위배가 없다고 하여 상고를 기각하였더라도 상고심법원의 판결이 아니라, 사실심인 항소심법원의 판결에 대하여 재심의 소를 제기하여야 한다.<sup>6)</sup>
- ② 판례도 “상고심의 판결에 대하여 재심의 소를 제기하려면, 상고심의 소송절차 또는 판결에 민사소송법 제451조 소정의 사유가 있는 경우에 한하는 것인바, 상고심에는 직권조사 사항이 아닌 이상 사실인정의 직책은 없고, 다만 사실심인 제2심 법원이 한 증거의 판단과 사실인정의 적법 여부를 판단할 뿐이고, 사실심에서 적법하게 확정된 사실은 상고심을 기속하는 바이므로, 재심사유 가운데 사실인정 자체에 관한 것, 예컨대 민사소송법 제451조 제1항 제6호의 서증의 위조·변조에 관한 것이나 제7호의 허위진술에 관한 것 등에 대하여는 사실심의 판결에 대한 재심사유는 될지언정 상고심 판결에 대하여서는 재심사유로 삼을 수 없다.”<sup>7)</sup> 따라서 이에 따르면 항소심법원이 전속관할법원이 된다.

## (3) 사안의 경우

사안의 경우 乙은 항소심판결의 사실인정자료가 된 차용증이 위조되었음을 재심사유(제451조 제1항 제6호)로 주장하고 있는바, 이는 항소심판결을 취소의 대상으로 삼은 것으로서 그 판결을 한 항소심법원의 전속관할에 속한다. 따라서 상고심인 대법원은 관할권이 인정되지 않으므로 乙의 재심의 소는 부적법하다.<sup>8)</sup>

6) 대판 1983.4.26. 83사2 참조

7) 대판 2000.4.11. 99재다746

8) 재심사유가 항소심판결에 관한 것인데, 상고심판결을 대상으로 기재하여 재심의 소를 제기한 경우 항소심 법원으로 이송하여야 한다(대판 1984.4.16. 84사4, 대판 2004.6.7. 2004재다85).

## 제 2 문

### <기본적 사실관계>

甲은 乙에 대하여 2020. 1. 1. 변제기가 도래한 2억 원의 대여금 채권(이하 '이 사건 대여금 채권')을 가지고 있다. 채무초과 상태에 있던 乙은 2020. 4. 1. 그 소유의 유일한 재산인 A토지를 丙에게 1억 원에 매도하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약')을 체결하였다. 한편, 丁은 乙에 대하여 2020. 2. 1. 변제기가 도래한 3억 원의 약정금 채권(이하 '이 사건 약정금 채권')을 가지고 있다.

※ 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 매매계약에 기하여 2020. 5. 1. A토지에 관하여 乙로부터 丙 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 이에 甲은 2020. 8. 1. 이 사건 대여금 채권을 보전하기 위하여 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구 소송(이하 '이 사건 소송')을 제기하였다.

(1) 甲이 乙에 대하여 이 사건 대여금 채권과는 별개의 구상금 채권을 가지고 있다고 주장하면서 해당 구상금 채권을 보전하기 위하여 2020. 9. 1. 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 새로운 사해행위취소 및 원상회복청구 소송을 제기하였다면 이는 중복제소에 해당하는지 밝히고 그 근거를 설명하십시오. (15점)

(2) 丁이 2020. 6. 1. 이 사건 약정금 채권을 보전하기 위하여 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구 소송(이하 '이 사건 선행소송')을 제기하여 진행 중인 사실이 이 사건 소송 계속 중 밝혀졌다면 이 사건 소송이 중복제소에 해당하는지 밝히고 그 근거를 설명하십시오. (8점) 만약 이 사건 선행소송에서 丁이 승소판결을 받아 확정되고 그에 따라 A토지에 관한 丙 명의의 소유권이전등기가 말소된 후에 甲이 이 사건 소송을 제기한 것이라면 법원은 어떠한 판결(각하, 인용, 기각)을 선고해야 하는지 밝히고 그 근거를 설명하십시오. (7점)

2. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 매매계약 체결 이후 乙이 丙에게 A토지의 소유권을 이전하지 않자 丙은 乙을 상대로 이 사건 매매계약에 기하여 A토지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 이에 甲이 丙을 상대로 하여 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소를 구하는 취지의 독립당사자참가신청을 하였다면 이는 적법한지 밝히고 그 근거를 설명하십시오. (20점)

### I. 설문 1.의 (1)에 관하여

#### <Advice>

- ① 설문 1.의 (1)과 (2)의 해결을 위해 공통적으로 채권자취소소송의 법적 성질을 누락하면 좋은 점수를 얻을 수 없을 것이다.
- ② 1인의 채권자취소소송과 중복제소가 문제되는데, 이와 관련하여 제259조를 누락 없이 반

드시 적시하면서 중복제소금지의 의의 및 취지와 요건을 일반론으로 밝히고, 피보전채권을 변경하는 것은 단순히 공격방법의 변경에 불과할 뿐 소송물이 동일하므로 후소는 중복소송에 해당한다고 보는 판례를 구체적으로 실시한 후 사안을 포섭하면 된다.

## 1. 결 론

중복제소에 해당한다.

## 2. 근 거

### (1) 채권자취소소송의 법적 성질

판례는 사해행위를 취소하고, 사해행위의 결과 채무자로부터 일탈한 재산의 원상회복을 청구하는 권리의 결합형태(= 형성소송 및 이행소송의 병합)라고 보면서, 채권자취소권은 **자신의 실제법상 고유한 권리를 행사하는 경우에 해당함**을 전제로 하고, 소송물은 민법 제406조에 기한 **자신의 고유한 실제법상 권리(채권자취소권)**이고, **피보전채권과 사해행위는 단순한 공격방법에 불과하다**는 입장이다.

### (2) 중복제소 해당 여부

#### 1) 중복제소금지의 의의 및 취지

이미 법원에 소송계속 중인 사건과 동일한 사건에 관하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다(제259조). 이를 중복된 소제기의 금지라고 한다. 그 취지는 동일한 사건이 다시 이중으로 제기된 경우에 각 **판결의 모순·저촉의 방지를 위한 것**이다.

#### 2) 요 건

- ① 중복소제기의 요건으로는 i) **전·후 양소의 당사자가 동일할 것**, ii) **전·후 양소의 소송물이 동일할 것**, iii) **전소가 소송계속 중일 것**을 요구한다.
- ② 사안의 경우 i), iii)의 요건은 문제될 것이 없다. 다만 甲이 전소 피보전채권인 대여금 채권과는 별개로 구상금 채권을 피보전채권으로 주장하면서 후소를 제기하였는바, 이 경우에도 소송물이 동일하다고 보아 중복제소에 해당한다고 할 것인지가 문제이다.

### (3) 채권자취소소송의 피보전채권의 변경과 중복제소 해당 여부

판례는 “채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하면서 **보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은** 사해행위취소권과 원상회복청구권을 이유 있게 하는 **공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로**, 채권자가 보전하고자 하는 채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우 **전소와 후소는 소송물이 동일하다고 보아야 한다.**”고 하였다.<sup>9)</sup>

### (4) 사안의 경우

사안의 경우 甲이 후소로 제기한 채권자취소소송은 전소 피보전채권인 대여금 채권과는 별개로 구상금 채권을 피보전채권으로 주장하였더라도 이는 공격방법의 변경에 불과하고 소송물은 동일한 경우이므로 중복제소에 해당한다.

9) 대판 2012.7.5, 2010다80503

## II. 설문 1.의 (2)에 관하여

<Advice>

- ① 설문 중 중복제소 해당 여부의 문제는 위 설문 1.의 (1)과 같은 논증으로 전개하되(압축 기술), 수인의 채권자취소소송이 경합된 경우 중복제소에 해당하는지 여부에 대한 판례의 구체적 입장을 설시하여야 한다. 이 경우 판례의 핵심적 근거가 되는 '각 채권자는 고유한 권리'를 행사하게 된다는 점을 절대적으로 누락하지 않았어야 한다.
- ② 후소의 적법 여부의 문제는 회복시설의 입장에 있는 판례의 요지를 거의 그대로 설시하여야 득점상 유리할 것이다. 나아가 기판력의 저촉 여부와 관련하여 주관적·객관적 범위에서 작용되지 않으므로 후소는 전소 기판력에는 저촉되지 않는다는 점을 압축기술하였다면 주어진 7점 모두를 얻을 수 있을 것이다.

### 1. 결 론

- ① 甲이 제기한 후소는 중복제소에 해당하지 않는다.
- ② 법원은 소각하 판결을 선고하여야 한다.

### 2. 근 거

#### (1) 채권자취소소송의 법적 성질

판례는 채권자취소권은 제3자 소송당당에 해당하지 않으며, 자신의 실체법상 고유한 권리를 행사하는 경우에 해당한다고 본다.

#### (2) 중복제소 해당 여부

##### 1) 중복제소금지의 의의·취지 및 요건

이미 법원에 소송계속 중인 경우 전·후 양소의 당사자와 소송물이 동일한 후소는 금지된다(제259조). 이는 동일한 사건이 다시 이중으로 제기된 경우에 각 판결의 모순·저촉의 방지를 위한 것이다.

##### 2) 수인의 채권자취소소송의 경합과 중복제소 해당 여부

- ① 판례는 채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유한 권리로 채무자의 재산처분행위를 취소·원상회복을 구할 수 있으므로, 여러 명의 채권자가 동시에 또는 시기를 달리하여 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기한 경우 이들 소가 중복제소에 해당하지 않는다고 하였다<sup>10)</sup>.
- ② 채권자취소권은 법정소송당당이 아니라 자신의 고유한 권리를 행사하는 것으로서 기판력이 확장되는 관계에 있지 않은바 당사자가 동일하지 않고, 나아가 소송물도 다르다고 봄이 타당하다. 따라서 중복소송에 해당하지 않는다고 본 판례의 태도는 타당하다.

##### 3) 사안의 경우

사안의 경우, 甲이 제기한 이 사건 소송은 전소 丁의 선행소송과 당사자 및 소송물이 동일하지 않으므로 중복제소에 해당하지 않는다.

10) 대판 2005.11.25, 2005다51457

### (3) 甲의 후소인 채권자취소소송의 적법 여부

#### 1) 기판력 저촉 여부

- ① 기판력이란 확정된 중국판결의 내용이 가지는 후소에 대한 구속력을 말한다. 기판력은 당사자에게만 미치고 **법률에 다른 정함이 없는 한 제3자에게는 미치지 않는 것이 원칙**이다 (기판력의 상대성 원칙). 또한 전소 기판력은 전소와 후소의 소송물이 **동일**, 모순 또는 선결관계에 있는 경우에 **작용**한다.
- ② 사안의 경우 채권자취소권은 각 채권자의 **고유한 권리를 행사하는 경우로서 제3자의 소송담당의 형태도 아니므로, 제218조 제3항에 의해 기판력이 확장되지 않고**, 나아가 丁과 甲이 제기한 **소송물도 다르므로** 기판력의 작용국면에 있지 않다. 결국 甲이 제기한 후소는 전소 **기판력에 저촉되지 않는다**.

#### 2) 소의 이익 인정 여부

- ① 전소가 제기되어 이미 승소판결을 받은 경우 후소의 이익이 없게 되지만, 그 시점에 대하여는 i) 전소의 **판결확정시점**(확정시점)과 ii) 확정된 취소판결에 따라 재산이나 가액의 **회복을 마친 시점**이라는 **설**(회복시점)이 대립한다.
- ② 판례는 “**어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니고, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소** 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 **중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.**”라고 하였다.<sup>11)</sup>

#### 3) 사안의 경우

사안에서는 丁의 승소판결이 확정되고 A토지에 대한 丙 명의의 소유권이전등기가 말소되어 원상회복을 마친 상태에서, 乙의 다른 채권자 甲이 사해행위 취소의 소를 제기하였는바, 어느 입장에서든 권리보호의 이익은 없게 된다. 따라서 법원은 甲이 제기한 후소에 대해 부적법 소각하 판결을 하여야 한다.

## III. 설문 2.에 관하여

<Advice>

- ① 제79조를 적시하면서 독립당사자참가의 의의 및 요건(계/참/병/소)을 실시한 다음, 사안의 경우에는 참가취지와 참가이유가 문제됨을 제시한 후 순차로 검토하면 된다.
- ② 이 경우 편면참가도 허용한다는 점을 누락하지 않는 선에서 간략히 판단하고, 특히 참가이유에 중점을 두고 답안을 작성하여야 하는데, 이와 관련하여 사해방지참가의 경우 권리침해 인정 여부에 대한 판례입장을 명확하고 선명하게 실시함이 득점에 유리하다.
- ③ 이에 대한 판례를 실시함에는 ‘사해행위취소의 상대적 효력’과 이에 따라 ‘본소청구에 영향을 미치지 못하므로 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없다’는 점이 반드시 답안에 현출되었어야 원하는 득점을 이룰 수 있을 것이다.

### 1. 결론

11) 대판 2005.11.25, 2005다51457

甲의 독립당사자참가신청은 부적법하다.

## 2. 근거

### (1) 독립당사자참가의 의의 및 적법요건

#### 1) 의의

독립당사자참가란 타인 간 소송의 계속 중 제3자가 원·피고 양쪽(쌍면참가) 또는 한쪽(편면참가)을 상대방으로 하여 소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나(권리주장참가), 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하면서(사해방지참가) 당사자로서 그 소송절차에 참가하는 것을 말한다(제79조).

#### 2) 요건

- ① 적법한 독립당사자참가가 되기 위해서는 참가요건과 일반적 소송요건을 구비하여야 하는데, 참가요건으로는 i) 타인 간의 소송이 계속 중일 것, ii) 참가이유가 있을 것, iii) 참가취지 즉 참가인이 원·피고 일방 또는 쌍방에 대하여 자기 자신의 청구를 할 것, iv) 소의 병합요건과 일반적 소송요건을 갖출 것이 요구된다.
- ② 사안의 경우에는 특히 i) 참가취지로서 편면참가가 적법한지 여부와 ii) 참가이유로서 사해방지참가가 인정되는지 여부가 문제이다.<sup>12)</sup>

### (2) 참가취지의 적법 여부

쌍면참가가 허용되는 문제가 없으며, 편면참가와 관련해서도 제79조 제1항에서 명문으로 이를 허용하고 있다. 나아가 편면참가는 권리주장참가이거나 사해방지참가이거나 허용된다. 따라서 甲은 丙 한쪽만을 상대로 참가할 수도 있다.

### (3) 참가이유 구비 여부

#### 1) 권리주장참가

- ① 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. 참가인의 청구와 원고의 청구가 주장 자체로 양립할 수 없는 관계에 있어야 한다.
- ② 사안의 경우 甲은 소송목적의 전부 또는 일부가 자기의 권리라고 주장하는 것이 아니므로 사해방지참가의 요건이 문제이다.

#### 2) 사해방지참가

##### 가) 의의

- ① 제3자가 “소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장”하는 경우의 참가이다. 권리주장참가와 달리, 참가인의 청구와 원고의 청구가 논리상 양립할 수 있는 관계에 있다고 할지라도 무방하다.
- ② 권리침해의 의미에 대해서 판례는 “민사소송법 제79조 제1항 후단의 사해방지참가는 본소의 원고와 피고가 당해 소송을 통하여 참가인을 해할 의사를 갖고 있다고 객관적으로 인정되고 그 소송의 결과 참가인의 권리 또는 법률상 지위가 침해될 우려가 있다고 인정되는

12) 일반적 소송요건으로서 ① 피고적격(수익자인 丁), ② 청구적격(丙과 丁 사이의 증여계약)의 문제는 없다는 점도 고려해 보아야 한다.

경우에 허용될 수 있다.”는 입장이다.<sup>13)</sup>

### 3) 채권자취소소송과 사해방지참가의 적법 여부<sup>14)</sup>

#### 가) 사해행위취소의 상대적 효력

판례는 “채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에만 미치므로, 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채권자와 채무자 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 복구되는 것은 아니다.”라고 하였다.

#### 나) 권리침해의 인정 여부

판례는 “이러한 사해행위취소의 상대적 효력에 의하면, 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 독립당사자참가신청을 하는 경우, 독립당사자참가인의 청구가 그대로 받아들여진다고 하더라도 원고와 피고 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없고, 따라서 그러한 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다.”고 하였다.

### (4) 사안의 경우

사안의 경우 사해행위취소의 상대적 효력상 甲의 독립당사자참가신청이 인정되다 하더라도 丙과 乙 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없으므로, 甲의 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다.

13) 대판 1990.4.27, 88다카25274-25281

14) 대판 2014.6.12. 2012다47548-47555