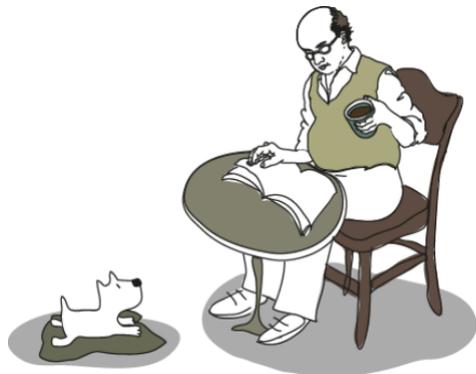




박호근 법무사의  
2018년 법무사시험(2차)  
기출문제 해설자료

- ☞ 2018년 법무사시험 2차 민법 기출문제 해설자료
- ☞ 2018년 법무사시험 2차 민사소송법 기출문제 해설자료



**Case** 친권남용의 법리와 표현대리의 적용 또는 유추 적용 여부<sup>1)</sup>

〈기본적 사실관계〉

A남과 B녀는 혼인하여 그 사이에 자녀로 C를 두었다가 이혼하였고, C의 친권자 및 양육자로는 A남이 지정되었다. B녀는 2018. 3. 5. 사망하였는데, 사망 당시 이 사건 토지를 소유하고 있었다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성 없음)

1. (위 기본사실에 추가하여) A남은 자신의 친구인 X로부터 이 사건 토지를 팔라는 부탁을 받아, 2000. 5. 6.생인 C의 대리인 자격으로 2018. 5. 1. X에게 이 사건 토지를 3,000만 원에 매도하는 계약을 체결하고(이하 ‘이 사건 매매계약’이라고 한다) 같은 날 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 그런데 사실 이 사건 토지의 시가는 1억 5,000만 원 정도이고, A남은 C에게 이 사건 토지를 매도한다는 것을 알리지도 않았으며, X로부터 “이렇게 싸게 팔아도 돼? C는 뭐라고 안 해?”라는 질문을 받아 “개는 바쁜데 이런 건 몰라도 돼.”라고 대답했다. 이 사건 매매계약의 효력 및 그 이유에 대하여 설명하시오. (25점)
  
2. (위 기본사실에 추가하여) A남은 1999. 3. 2.생인 C에게 이 사건 토지의 매각을 권유하였으나 C가 이에 응하지 않자, 2018. 5. 1. 공인중개사로부터 소개받은 Y에게 C의 신분증에 자신의 사진을 붙인 신분증을 제시하고, 자신이 마치 C인 것처럼 행세하며 C의 이름으로 Y에게 이 사건 토지를 1억 5,000만 원에 매매하는 계약을 체결하였다(이하 ‘이 사건 매매계약’이라고 한다). 이 사건 매매계약의 효력 및 그 이유에 대하여 설명하시오. (25점)

1) 2018년 법무사시험 기출(50점).

## I. 설문 1.에 대하여

### 1. 이 사건 매매계약의 효력

이 사건 매매계약은 무효이다.

### 2. 이유

(1) A의 법적 지위 : 이 사건 매매계약이 A에게 대리권이 없어 무효인지 여부

- ① 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다(민법 제1005조, 이하 범명 생략). 한편, 피상속인의 직계비속과 배우자는 제1순위 공동상속인이 되나(제1000조 제1항 제1호, 제1003조 제1항), 인척관계는 이혼으로 인하여 종료하므로(제775조), 피상속인의 사망 전에 이혼한 배우자는 상속인이 될 수 없다.
- ② 사람은 19세로 성년에 이르게 되고(제4조), 친권을 행사하는 부 또는 모는 미성년자인 자(子)의 법정대리인이 된다(제911조). 그리고 법정대리인인 친권자는 자(子)의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자(子)를 대리한다(제920조).
- ③ 사안의 경우, 2018. 3. 5. B의 사망으로 이 사건 토지는 그 직계비속인 자녀 C가 단독으로 상속하여 그 소유권을 취득하였고, 이 사건 매매계약 체결일인 2018. 5. 1. 당시 2000. 5. 6.생인 C는 19세에 이르지 못했으므로 미성년자에 해당한다. 그리고 A는 미성년자인 자녀 C의 단독권자로서 C의 재산에 관한 매매계약을 체결할 법정대리권이 있으므로, C의 대리인 자격으로 이 사건 매매계약을 체결한 것은 일응 유효하다.

(2) 이 사건 매매계약이 민법 제187조 단서에 의해 무효인지 여부

- ① 상속 등에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다(제187조).
- ② 이와 관련하여 判例는, “민법 제187조 단서가 등기 없이 취득한 부동산물권은 등기를 하지 않으면 이를 처분하지 못한다고 규정하고 있는 취지는, 같은 조 본문에 의하여 부동산물권을 등기 없이 취득하였더라도 그 권리자가 이를 법률행위에 의하여 처분하려면 미리 물권의 취득을 등기하고 그 후에 그 법률행위를 원인으로 하는 등기를 경료하여야 한다는 당연한 원칙을 선언한 것에 불과하고, 따라서 부동산물권을 등기 없이 취득한 자가 자기 명의의 등기 없이 이를 처분한 경우 그 처분의 상대방은 부동산물권을 취득하지 못한다는 것일 뿐, 그 처분행위의 ‘채권적 효력’까지 부인할 수는 없다.”고 한다.<sup>1)</sup>
- ③ 사안의 경우, 사실관계가 분명하지는 않지만, 설사 A가 이 사건 토지에 대하여 먼저 C 앞으로 상속등기를 하지 않은 채 X와 매매계약을 체결하고 바로 X 앞으로 소유권이전등기를

1) 대판 1994. 10. 21. 93다12176.

마쳐 주었다 하더라도 이로써 이 사건 매매계약의 효력까지 부인되는 것은 아니다.

(3) 이 사건 매매계약이 민법 제921조의 이해상반행위에 해당하여 무효인지 여부

- ① 법정대리인인 친권자와 그 자(子) 사이에 이해상반되는 행위를 함에는 친권자는 법원에 그 자(子)의 특별대리인의 선임을 청구하여야 한다(제921조 제1항). 특별대리인에 의하지 아니한 이해상반행위의 효력에 관해, 判例는 무권대리행위에 대하여 본인인 자녀가 사후에 추인하지 않는 한 무효라고 한다.<sup>1)</sup>
- ② 민법 제921조의 ‘이해상반행위’란 행위의 객관적 성질상 친권자와 그 자(子) 사이 또는 친권에 복종하는 수인의 자(子) 사이에 이해의 대립이 생길 우려가 있는 행위를 가리키는 것으로서, 친권자의 의도나 그 행위의 결과 실제로 이해의 대립이 생겼는지의 여부는 묻지 않는다.<sup>2)</sup>
- ③ 한편, 친권자가 미성년자인 자녀를 대리하여 제3자와 계약하고 그 자녀에게 채무를 부담시키거나 자녀의 재산을 처분하는 행위는 그 자체로 이해상반행위는 아니다. 다만, 이 법률행위가 친권자의 이익과 직접 연관되면 이해상반행위가 될 수 있다.
- ④ 사안의 경우, 친권자 A가 자신의 친구인 X로부터 이 사건 토지를 팔라는 부탁을 받자 C의 대리인 자격으로 X에게 이 사건 토지를 매도하는 계약을 체결한 것은 그 행위의 객관적 성질상 이해상반행위에 해당한다고 볼 수 없고, 또 친권자 A의 이익과 직접 연관되어 있다는 사정도 보이지 않는다. 따라서 이 사건 매매계약이 제921조의 이행상반행위에 해당하여 무효라고 볼 수는 없다.

(4) 이 사건 매매계약이 친권남용에 해당하여 무효인지 여부

- ① 진의 아님 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 대리인의 행위에 대하여 본인은 아무런 책임을 지지 않는다고 보아야 하고, 상대방이 대리인의 표시의사가 진의 아님을 알았거나 알 수 있었는지는 표의자인 대리인과 상대방 사이에 있었던 의사표시 형성 과정과 내용 및 그로 인하여 나타나는 효과 등을 객관적인 사정에 따라 합리적으로 판단하여야 한다. 그리고 미성년자의 법정대리인인 친권자의 법률행위에서도 마찬가지라 할 것이므로, 법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고 그 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추 적용하여 행위의 효과가 자(子)에게는 미치지 않는다고 해석함이 타당하다.<sup>3)</sup>
- ② 사안의 경우, 이 사건 매매계약은 행위의 외형상 이해상반행위에 해당하지 않아 일응 유효하다. 그러나 친권자 A는 시가 1억 5,000만 원 상당의 이 사건 토지를 친구 X에게 3,000만

1) 대판 2001. 6. 29, 2001다28299.  
 2) 대판 1996. 11. 22, 96다10270.  
 3) 대판 2011. 12. 22, 2011다64669.

원에 매도하는 계약을 체결하였다는 점에서, A의 대리행위는 미성년자인 C에게는 경제적인 손실만을 초래하고, 제3자인 X에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위로서 친권남용에 해당한다. 또한, X는 이 사건 매매계약을 체결하는 과정에서 A에게 “이렇게 싸게 팔아도 돼? C는 뭐라고 안 해?”라는 질문을 하자, A로부터 “개는 바쁜데 이런 건 몰라도 돼.”라는 답변까지 들었다는 점에서 A의 친권남용 의사를 알았거나 알 수 있었다고 할 것이다. 따라서 이 사건 매매계약은 민법 제107조 제1항 단서의 규정의 유추 적용에 의하여 C에게 효력이 미치지 않으므로 무효이다.

## II. 설문 (2)에 대하여

### 1. 이 사건 매매계약의 효력

이 사건 매매계약은 무효이다.

### 2. 이유

#### (1) 이 사건 매매계약의 매수인 확정

① 계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정해야 하고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약 당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다. 따라서 일방 당사자가 대리인을 통하여 계약을 체결하는 경우에 있어서 계약의 상대방이 대리인을 통하여 본인과 사이에 계약을 체결하려는 데 의사가 일치하였다면 대리인의 대리권 존부 문제와는 무관하게 상대방과 본인이 그 계약의 당사자이다.<sup>1)</sup>

② 사안의 경우, A는 자신이 마치 C인 것처럼 행세하며 C의 이름으로 Y에게 이 사건 토지를 매매하는 계약을 체결하였다는 점에서 A와 C의 의사가 일치하는지 여부는 명확하지 않지만, 적어도 상대방인 Y입장에서 볼 때 명의인인 C에게 이 사건 매매계약의 효력을 귀속시키려는 의사가 있었다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 매매계약의 매수인은 C로 확정된다.

#### (2) 민법 제129조의 표현대리 성립 여부<sup>2)</sup>

1) 대판 2009. 12. 10, 2009다27513.

2) 「무권리자의 처분행위」란, 타인의 권리를 처분할 권리가 없는 자가 타인의 권리를 자신의 이름으로 처분하는 것을 말한다. 따라서 권한이 없는 자가 대리행위로서 또는 본인 명의로 법률행위를 하는 경우에는 무권대리의 문제로 사안을 포섭하는 것이 바람직하다.

- ① 사안의 경우, 2018. 5. 1. 이 사건 매매계약 체결 당시 1999. 3. 2.생인 C는 이미 19세에 이르러 성년이 되었으므로 A의 법정대리인은 소멸하였고, A가 C에게 이 사건 토지의 매각을 권유하였으나 C가 이에 응하지 않았다는 점에서 A에게 별도의 임의대리권이 수여된 것도 아니다. 따라서 이 사건 매매계약을 체결할 당시 A에게는 대리권이 없었다. 다만 A는 C가 성년에 이르기 전까지 친권자로서 법정대리권이 있었다는 점에서 민법 제129조의 대리권소멸 후의 표현대리의 성립 여부가 문제된다.
- ② 判例는, 미성년자의 친권자가 미성년자 소유의 재산을 처리하여 오면서 미성년자가 성년이 된 후에도 미성년자 소유의 부동산을 처분한 사안에서, “대리권소멸 후의 표현대리에 관한 민법 제129조는 법정대리인의 대리권소멸에 관하여도 적용이 있다.”고 하여, 본조의 적용을 긍정하였다.<sup>1)</sup> 그러나 제129조의 표현대리는 대리권이 소멸하여 대리권이 없게 된 자가 대리행위를 한 경우에 적용된다. 따라서 대리행위로 인정될 만한 것이 없다면, 비록 상대방의 신뢰가 있더라도 표현대리 법리는 적용될 여지가 없다. 같은 맥락에서, 判例도 제126조의 표현대리 성립 여부가 문제된 사안에서, “사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 표현대리는 성립될 수 없다.”고 하였다.<sup>2)</sup>
- ③ 사안의 경우, A는 C의 신분증에 자신의 사진을 붙여 자신이 마치 C인 것처럼 행세하며 C의 이름으로 이 사건 매매계약을 체결하였다는 점에서 대리행위로 인정될 만한 것이 없으므로 제129조의 표현대리는 성립할 수 없다.

(3) 표현대리 법리의 유추 적용이 가능한지 여부

- ① 다만 判例는, “본인 자신으로 가장하여 본인 명의로 법률행위를 한 경우에도 선의의 제3자를 보호하기 위하여 대리권한이 없는 행위에 대하여 일정한 한도에서 본인에게 책임을 인정한 표현대리제도의 취지에 비추어 이를 유추 적용할 수는 있다.”고 한다.<sup>3)</sup> 그러나 이 경우에도 상대방으로서는 모용자가 본인 자신으로서 본인의 권한을 행사하는 것으로 믿은 데에 과실이 없을 것이 요구된다.
- ② 사안의 경우, A는 성년이 된 지 얼마 되지 않은 자녀인 C의 신분증에 자신의 사진을 붙인 신분증을 제시하고, 자신이 막 성년이 된 C인 것처럼 행세하며 이 사건 매매계약을 체결하였다는 점에서, 상대방인 Y가 A가 C 자신으로서 매매계약을 체결하는 것으로 믿었다 하더라도 사회통념상 Y가 그렇게 믿은 데에는 과실이 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 매매계약에는 표현대리법리의 적용 또는 유추 적용도 부정되므로, 결국 이 사건 매매계약은 무권대리행위에 해당하여 무효이다.

1) 대판 1975. 1. 28, 74다1199.

2) 대판 2002. 6. 28, 2001다49814.

3) 대판 1978. 3. 28, 77다1669.

**Case 채권자대위권 종합사례1)**

**<기본적 사실관계>**

乙은 2015. 7. 1. A법무사 사무실에서 丙으로부터 그 소유 X토지를 10억 원에 매수하는 매매계약을 체결한 후 계약금은 그 자리에서, 중도금은 한달 후에 지급하였고, 잔금 5억 원은 2016. 1. 1. 丙으로부터 X토지의 소유권이전등기에 필요한 서류 일체(이하 ‘등기서류’라 함)를 받으면서 지급하기로 하였다. 丙은 2016. 1. 1. X토지의 등기서류를 乙에게 제공하였으나, 乙은 잔금 5억 원을 지급하지 못하여 결국 乙명의로의 소유권이전 등기는 이루어지지 않았다.

이후 乙은 2016. 7. 1. 甲에게 X토지를 15억 원에 매도하는 매매계약을 체결하여 甲으로부터 매매대금 전액을 지급받았으나, 아직 甲에게 X토지에 관한 소유권이전등기를 경료해주지 못하고 있다.

이에 甲은 2018. 4. 1. X토지에 관하여 乙을 대위하여 丙을 상대로 2015. 7. 1.자 매매를 원인으로 하여 乙에게 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소(이하 ‘이 사건 소’라 함)를 제기하였고, 2018. 4. 15. 乙에게 이 사실을 통지하였다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 설문은 상호관련성 없음)

1. **(위 기본사실에 추가하여)** 위 소송 진행 중 乙이 이 사건 소가 제기되기 이전인 2017. 7. 1. 이미 丙을 상대로 X토지에 관하여 2015. 7. 1.자 매매를 원인으로 한 소유권이전 등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다가 2017. 12. 1. 패소판결을 선고받아 그 판결이 확정된 사실이 밝혀졌다.
  - ① 채권자대위권의 요건에 대해 약술하고(25줄 이내) **(10점)**, ② 이 경우 법원은 어떠한 판단을 내려야 하는지 결론과 이유를 간략히 설명하시오. **(5점)**
2. **(위 기본사실에 추가하여)** 丙은 이 사건 소에서 자신이 乙로부터 위 매매대금 잔금 5억 원을 지급받지 못하였다고 주장하면서 甲의 청구에 응할 수 없다고 항변하고 있다. 丙의 항변이 타당한지 결론과 이유를 간략히 설명하시오. **(5점)**
3. **(위 기본사실에 추가하여)** ① 丙이 2018. 5. 1. 乙에게 위 매매대금 잔금 5억 원의 지급을 구하자, 乙은 X토지의 등기서류를 받기 전까지는 이에 응할 수 없다고 항변하고 있다. 乙의 항변은 타당한지 결론과 이유를 간략히 설명하시오(판례에 의함). **(5점)**

1) 2018년 법무사시험 기출(50점).

② 그러자 丙은 2018. 6. 1. 乙에게 “X토지에 관하여 매매계약을 체결하였던 A법무사 사무실에 X토지의 등기서류를 보관해 놓을테니, 2018. 6. 15.까지 매매 잔대금 5억 원을 지급하고 위 서류를 수령할 것”을 최고하였고, 그 기간 동안 A법무사 사무실에 위 서류를 준비하여 두었다. 乙은 2018. 6. 15.까지 A법무사 사무실에 나타나지 않았고, 잔금 5억 원을 지급하지 않았다. 이에 丙은 2018. 7. 1. 乙에게 위 2015. 7. 1.자 매매계약을 해제한다고 통보하고, 같은 날 丙의 해제 의사표시는 乙에게 도달하였다. 丙의 해제는 적법한지 결론과 이유를 간략히 설명하시오(판례에 의함). (10점)

4. 위 3항에서 丙의 해제가 적법하다면, 丙은 이 사건 소에서 자신과 乙 사이의 위 매매계약이 해제되었음을 이유로 항변할 수 있는지 결론과 이유를 간략히 설명하시오. (15점)

## I. 설문 1.에 대하여

### 1. 설문 1—① : 채권자대위권의 요건

#### (1) 소송요건

##### (가) 피보전채권의 존재

- ① 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항으로서,<sup>1)</sup> 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 (제3자 법정소송담당으로서) 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다.<sup>2)</sup>
- ② 채권자가 채무자를 상대로 하여 그 보전되는 청구권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결이 확정되고 채권자가 그 확정판결에 기한 청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채권자대위소송을 제기한 경우, 제3채무자는 채권자와 채무자 사이에 확정된 그 청구권의 존재를 다툴 수 없는 것이 원칙이다.<sup>3)</sup>

##### (나) 피보전채권의 변제기 도래

피보전채권은 원칙적으로 이행기가 도래하여야 한다. 그러나, ㉠ 법원의 허가를 얻거나(재판상 대위), ㉡ 보존행위를 하는 경우에는, 이행기 전에도 채권자대위권을 행사할 수 있는 예외가 인정된다(제404조 2항).

##### (다) 채권보전의 필요성

- ① 채권자는 채무자에 대한 채권을 보전하기 위하여 채무자를 대위해서 채무자의 권리를 행사할 수 있는데, 채권자가 보전하려는 권리와 대위하여 행사하려는 채무자의 권리가 밀접하게 관련되어 있고 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있어 채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기 채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 경우에는 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권자는 채무자의 권리를 대위하여 행사할 수 있어야 한다.<sup>4)</sup>
- ② 피보전채권이 금전채권인 경우, 즉 채권자의 금전채권을 보전하기 위한 경우에는 그 채권의 만족이 채무자의 자력 유무에 좌우되므로 원칙적으로 채무자의 무자력을 요건으로 한다. 다만, 채권이 금전채권인 경우에도 그것이 채무자의 제3채무자에 대한 채권과 밀접한 관련이 있고,

1) 대판 2009. 4. 23, 2009다3234.

2) 대판 2005. 9. 29, 2005다27188.

3) 대판 2010. 11. 11, 2010다43597.

4) 대판 2013. 5. 23, 2010다50014; 대판 2014. 12. 11, 2013다71784.

채무자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 자기채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하기 위하여 필요한 때에는 채무자의 무자력은 요구되지 않는다.

- ③ 채권자는 자기의 채무자에 대한 부동산의 소유권이전등기청구권 등 특정채권을 보전하기 위하여 채무자가 방치하고 있는 그 부동산에 관한 특정권리(소유권이전등기청구권·환매권 등)를 대위하여 행사할 수 있고, 그 경우에는 채무자의 무자력을 요건으로 하지 아니한다.<sup>1)</sup>

(라) 채무자의 권리 불행사

채무자가 권리를 행사하는 이상 그 방법이나 결과를 묻지 않고 채권자대위는 허용되지 않는다. 채무자 스스로 권리를 행사하고 있음에도 불구하고 채권자대위를 허용한다면 채무자에 대한 부당한 간섭이 되기 때문이다.<sup>2)</sup>

(2) 대위할 채권(피대위권리)의 존재

- ① 채권자는 채무자가 가지는 권리가 채무자의 재산상태에 영향을 미칠 수 있는 것인 한, 청구권, 형성권, 채권자대위권, 채권자취소권 등을 불문하고 널리 대위 행사할 수 있다.
- ② 채무자에 의해서만 행사될 수 있는 권리, 즉 ‘(행사상의) 일신전속권’은 대위권의 객체가 되지 못한다(제404조 1항 단서).

2. 설문 1—②

(1) 결 론

이 사건 소에 대하여 법원은 각하 판결을 하여야 한다.

(2) 이 유

- ① 채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이므로, 채권자가 대위권을 행사할 당시 이미 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 재판상 행사하였을 때에는 실사 패소확정판결을 받았더라도 채권자는 채무자를 대위하여 권리를 행사할 당사자적격이 없다.<sup>3)</sup>
- ② 사안의 경우, 甲이 乙을 대위하여 이 사건 소를 제기하기 전에 이미 채무자인 乙이 제3채무자인 丙을 상대로 이 사건 소와 동일한 내용의 소를 제기하였다가 패소판결을 받아 확정되었으므로, ‘대위할 채권에 대한 채무자 스스로의 권리불행사’라는 요건이 결여되어 甲은 乙을 대위하여 권리를 행사할 당사자적격이 없게 된다. 따라서 甲이 제기한 이 사건 소에 대하여 법원은

1) 대판 1992. 10. 27, 91다483.

2) 대판 1979. 3. 27, 78다2342.

3) 대판 1992. 11. 10, 92다30016. 생각건대, 물론 이 경우 채권자의 대위권 행사가 전소 확정판결의 기관력에 저촉되는 것으로 보아 채권자의 청구를 기각하여야 한다는 견해도 있으나, 채권자대위소송에서 ‘채무자의 권리불행사’도 소송요건에 해당하므로 채무자가 권리를 행사한 경우에는 실사 채무자가 패소의 확정판결을 받았더라도 당사자적격의 흠으로 소를 각하하는 것이 타당하다고 본다.

당사자적격의 흠으로 부적법 각하하는 판결을 하여야 한다.

## II. 설문 2.에 대하여

### 1. 결 론

丙의 항변은 타당하다.

### 2. 이 유

- ① 「동시이행의 항변권」이란, 쌍무계약의 당사자 일방이 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 권리로서(제536조 1항), 부동산의 매매계약이 체결된 경우에는 매도인의 소유권이전등기의무와 매수인의 잔대금 지급의무는 동시이행의 관계에 있는 것이 원칙이다.<sup>1)</sup>
- ② 한편, 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이고, 제3채무자로서는 채무자 자신이 권리를 행사하는 경우보다 불리한 지위에 놓일 이유가 없으므로 채무자에 대하여 가지는 모든 항변사유로 대위채권자에게 대항할 수 있다.<sup>2)</sup>
- ③ 사안의 경우, 乙과 丙 사이에는 동시이행약정이 존재하므로 제3채무자 丙은 채무자 乙에 대하여 가지는 동시이행의 항변으로 채권자 甲에게 대항할 수 있다.따라서 丙의 동시이행의 항변은 타당하다.

## III. 설문 3.에 대하여

### 1. 설문 3—①

#### (1) 결 론

乙의 항변은 타당하다.

#### (2) 이 유

- ① 채권자가 채권자대위권을 행사한 사실을 채무자에게 통지한 경우 위 통지를 받은 채무자는 그 후에는 피대위채권을 처분하여도 이로써 채권자에게 대항할 수 없지만, 처분행위가 아닌 단순한 관리·보존행위는 금지되지 아니한다.

1) 대판 1991. 9. 10, 91다6368.

2) 대판 2009. 5. 28, 2009다4787.

- ② 한편, 변제의 수령은 처분행위라 할 수 없고,<sup>1)</sup> 대위권의 행사는 압류와는 달리 제3채무자의 변제를 금지하는 효력이 있는 것도 아니므로, 채권자대위권 행사의 통지가 있더라도 제3채무자는 유효하게 그 채무를 변제할 수 있고 채무자도 이를 수령할 수 있으므로, 제3채무자는 이러한 채무의 변제로 인한 채무의 소멸을 항변사유로 하여 채권자에게 대항할 수 있다.
- ③ 사안의 경우, 비록 甲의 대위소송이 제기된 사실이 채무자 乙에게 통지되었더라도 乙은 2015. 7. 1.자 매매계약에 따른 의무이행으로 丙으로부터 유효하게 소유권이전등기를 받을 수 있으므로 이에 터잡아 동시이행의 항변을 하는 것도 가능하다. 이는 처분행위가 아니라 오히려 피대위권리의 보존행위에 해당하기 때문이다. 따라서 乙의 동시이행의 항변은 타당하다.

## 2. 설문 3—②

### (1) 결 론

丙의 해제는 적법하다.

### (2) 이 유

- ① 당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다(제544조). 그리고 해제권의 행사는 상대방에 대한 의사표시로서 하여야 하므로(제543조 제1항), 해제의 의사표시가 상대방에게 도달한 때로부터 그 효력이 생긴다(제111조 제1항). 즉, 부동산 매매계약에서 매수인의 잔금 지급지체를 이유로 매매계약을 해제하기 위해서는, ㉠ 매도인의 자기 채무의 이행제공 및 매수인의 잔금채무의 이행지체, ㉡ 상당한 기간을 정한 이행의 최고, ㉢ 최고 기간 내에도 매수인이 잔금을 지급하지 않을 것(해제권의 발생), ㉣ 그리고 매도인이 매수인에게 해제의 의사표시를 하여야 하고, 그 의사표시가 매수인에게 도달하여야 한다(해제권의 행사에 의한 해제의 효과 발생).
- ② 부동산 매도인이 매수인에게 지체책임을 지워 매매계약을 해제하려면, 매수인이 이행기일에 잔대금을 지급하지 아니한 사실만으로는 부족하고, 매도인이 소유권이전등기신청에 필요한 일체의 서류를 준비하여 그 뜻을 상대방에게 통지하여 수령을 최고함으로써 이를 제공하여야 한다(반드시 현실로 제공하여야 하는 것은 아니다).<sup>2)</sup>
- ③ 한편, 쌍무계약에서 그 해제를 위하여 일방 당사자의 자기채무에 관한 이행의 제공을 엄격히 요구하면 오히려 불성실한 당사자에게 구실을 주는 것이 될 수도 있으므로, 그 채무 이행의 제공을 계속할 필요는 없다 하더라도 상대방이 최고기간 내에 이행 또는 이행제공을 하면 계약해지권은 소멸하는 것이므로 신의성실의 원칙상 상대방의 이행을 수령하고 자신의 채무를 이행할 수 있는 정도의 준비는 되어 있어야 한다.<sup>3)</sup>

1) 대판 1991. 4. 12, 90다9407.

2) 대판 1992. 7. 14, 92다5713.

- ④ 사안의 경우, 丙은 2018. 6. 1. X토지의 등기서류를 준비하여 수령을 최고함으로써 적법한 이행제공을 하면서 동시에 2018. 6. 15.까지 상당한 기간을 정하여 최고하였고, 그 기간 동안 A법무사 사무실에 위 서류를 보관시켜 두었으므로 이행의 제공 또는 준비를 하고 있었다고 볼 수 있다. 그런데 乙은 위 최고 기간까지 잔금을 지급하지 않았으므로, 이로써 丙에게 제544조에 따른 해제권이 발생하였다. 그리고 丙은 2018. 7. 1. 乙에게 위 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하였고, 이는 같은 날 乙에게 도달하였으므로, 丙은 해제권 행사의 요건도 모두 충족하였다. 따라서 丙의 해제는 적법하다.

#### IV. 설문 4.에 대하여

##### 1. 결론

丙은 이 사건 소에서 자신과 乙 사이의 위 매매계약이 해제되었음을 이유로 대위채권자 甲에게 항변할 수 있다.

##### 2. 이유

- ① 채권자가 채권자대위소송을 제기한 때에는 채무자에게 통지하여야 하고, 위 통지를 받은 채무자는 그 후에 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다(제405조).
- ② ‘민법 제405조의 취지’는 채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 채권자의 대위권 행사사실을 안 후에 채무자에게 대위의 목적인 권리의 양도나 포기 등 처분행위를 허용할 경우 채권자에 의한 대위권 행사를 방해하는 것이 되므로 이를 금지하는 데에 있다. 그런데 채무자의 채무불이행 사실 자체만으로는 권리변동의 효력이 발생하지 않아 이를 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권을 소멸시키는 적극적인 행위로 파악할 수 없는 점, 더구나 법정해제는 채무자의 객관적 채무불이행에 대한 제3채무자의 정당한 법적 대응인 점, 채권이 압류·가압류된 경우에도 압류 또는 가압류된 채권의 발생원인이 된 기본계약의 해제가 인정되는 것과 균형을 이를 필요가 있는 점 등을 고려할 때 채무자가 자신의 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 것을 두고 민법 제405조 제2항에서 말하는 ‘처분’에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 채무자가 채권자대위권 행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권 행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 그 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다.<sup>1)</sup>

3) 대판 1995. 3. 14, 94다26646.

1) 대판(전원합의제) 2012. 5. 17, 2011다87235. 생각건대, 채무자의 채무불이행은 채무자가 적극적인 행위를 하는 것도 아니기 때문에 처분 개념에 포섭되지 않는다고 보아야 한다. 또한 기존의 판례는 압류 또는 가압류의 경우에 기본계약의 해제를 허용하는 것과 균형이 맞지 않고, 제3채무자의 해제권 행사를 부당하게 제한하는 결과를 초래한다. 따라서 변경된 판례의 태도는 타당하다고 본다.

- ③ 사안의 경우, 비록 채무자인 乙은 2018. 4. 15. 채권자대위소송인 이 사건 소가 제기된 사실을 통지받았더라도, 그 후 2018. 7. 1. 乙의 이행지체로 인하여 丙이 적법하게 해제권을 행사하였으므로, 이는 제405조에서 금지되는 처분행위에 해당하지 않는다. 따라서 丙은 이 사건 소에서 자신과 乙 사이의 위 매매계약이 해제되었음을 이유로 대위채권자 甲에게 항변할 수 있다.

**Case 독립당사자참가 종합사례1)**

**〈기본적 사실관계〉**

甲은 乙소유 X토지에 관하여 乙과 2016. 5. 1. 매매계약(이하 ‘이 사건 매매계약’이라고 한다)을 체결하고 매매대금을 모두 지급하였다고 주장하면서, 乙을 상대로 X토지에 관하여 이 사건 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하십시오.

(각 설문은 상호관련성이 없으며, 다툼이 있으면 판례에 의함)

1. (위 기본사실에 추가하여) 위 소송 계속 중 丙은 甲을 상대로 이 사건 매매계약은 통정허위표시에 의한 가장매매로 무효라고 주장하면서 이 사건 매매계약의 무효확인 청구를 하고, 乙을 상대로 丙과 乙 사이의 2016. 3. 15.자 대물변제계약에 따라 乙로부터 X토지의 소유권을 이전받기로 약정하였다고 주장하면서 소유권이전등기절차의 이행청구를 하는 독립당사자 참가신청을 하였다.

위 丙의 참가신청이 ‘권리주장참가’로서 적법한지 여부에 관하여 약술하십시오. (8점)

2. (위 기본사실에 추가하여) 위 소송의 제1심 계속 중 丙은 이 사건 매매계약을 체결함에 있어 사정상 계약서에 甲의 이름을 기재하였지만 실제 매수인은 자신이고 매매대금 역시 모두 자신이 지급하였다고 주장하면서, 甲을 상대로 ① 이 사건 매매계약상의 매수인 지위가 丙에게 있다는 확인청구(이하 ‘①청구’라고 한다)를 하고, 乙을 상대로 ② 이 사건 매매계약상의 매수인 지위가 丙에게 있다는 확인청구(이하 ‘②청구’라고 한다)를 하면서 ③ 2016. 5. 1.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행청구(이하 ‘③청구’라고 한다)를 하는 독립당사자 참가신청을 하였다.

가. 위 丙의 참가신청이 적법한지 여부에 관하여 약술하십시오. (6점)

나. 乙은 변론기일에서 이 사건 매매계약에 있어 甲이 매수인이라는 점에 대하여는 다툼이 없다고 진술하였다. 위 진술의 효력에 관하여 약술하십시오. (6점)

다. 심리결과 제1심판원은 丙을 이 사건 매매계약의 매수인으로 인정하여 甲의 청구를 기각하고 丙의 ③청구를 인용하는 등의 판결(이하 ‘제1심판결’이라고 한다)을 선고하였다. 제1심판결 중 丙의 甲에 대한 ①청구에 대한 판결 결론(각하, 청구기

1) 2018년 법무사시험 기출(50점).

각, 청구인용)과 그 이유(12점), 丙의 乙에 대한 ②청구에 대한 판결 결론(각하, 청구기각, 청구인용)과 그 이유(4점)를 약술하시오.

라. (위 다.의 사실관계에 추가하여) 위 제1심판결에 대하여, 乙만이 丙의 ③청구를 인용한 판결 부분이 부당하다며 항소하였다. 항소심 심리결과 제1심과 달리 甲이 이 사건 매매계약의 매수인으로 판명되었다. 항소심은 어떠한 판결을 해야 하는지 결론 및 그 이유를 설명하시오. (14점)

## I. 설문 1.

### 1. 결론

丙의 참가신청은 ‘권리주장참가’로서 부적법하다.

### 2. 이유

- ① ‘독립당사자참가’란, 다른 사람 사이의 소송계속 중에 원·피고 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 원·피고간의 청구와 관련된 자기의 청구에 대하여 함께 심판을 구하기 위해 그 소송절차에 참가하는 것을 말한다(제79조). 원고·피고·참가인 3자간의 분쟁을 일거에 모순 없이 해결함으로써, 소송경제를 도모하고 판결의 모순·저촉을 방지하는 데 그 취지가 있다.
- ② 독립당사자참가 중 권리주장참가는 원고의 본소청구와 참가인의 청구가 주장 자체에서 양립할 수 없는 관계라고 볼 수 있는 경우에 허용될 수 있다.<sup>1)</sup> 즉, 원고가 본소에서 주장하는 권리와 참가인이 주장하는 권리가 주장 자체로 양립할 수 없는 관계에 있어야 한다. 배타성과 대세적 효력이 있는 물권뿐만 아니라 채권의 경우에도 주장 자체로 양립할 수 없는 경우에는 독립당사자참가가 가능하다.
- ③ 그러나 判例는, 부동산 이중매매 유형의 경우에는 제1매수인(참가인)의 청구와 원고의 본소청구는 증거조사하지 않고 주장 자체만 보더라도 양립할 수 없는 경우에 해당하지 않으므로 권리주장참가를 허용하지 않는다.
- ④ 사안의 경우, 甲의 乙에 대한 청구는 2016. 5. 1. 甲과 乙 사이의 매매를 원인으로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것이고, 참가신청인 丙의 乙에 대한 청구는 乙과 丙 사이의 2016. 3. 15.자 대물변제계약을 원인으로 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것이므로, 甲의 권리와 丙의 권리는 주장 자체로 서로 양립할 수 있는 관계에 있다. 따라서 丙의 독립당사자 참가신청은 권리주장참가로서 부적법하다(다만 이 경우 사해방지참가로서는 적법할 수는 있다).

## II. 설문 2—가.

### 1. 결론

丙의 독립당사자 참가신청은 적법하다.

### 2. 이유

---

1) 대판 2007. 8. 23, 2005다43081.

- ① 민사소송법 제79조 제1항에 규정된 독립당사자참가는 다른 사람 사이에 소송이 계속 중일 때 소송대상의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나, 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 제3자가 당사자로서 소송에 참가하여 세 당사자 사이에 서로 대립하는 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로써 서로 모순 없이 일시에 해결하려는 것이다. 그러므로 독립당사자참가 중 권리주장참가는 원고의 본소청구와 참가인의 청구가 주장 자체에서 양립할 수 없는 관계라고 볼 수 있는 경우에 허용될 수 있고, 사해방지참가는 본소의 원고와 피고가 소송을 통하여 참가인의 권리를 침해할 의사가 있다고 객관적으로 인정되고 그 소송의 결과 참가인의 권리 또는 법률상 지위가 침해될 우려가 있다고 인정되는 경우에 허용될 수 있다.
- ② 判例는, 부동산 이중매매의 유형과는 달리, 원고가 매매에 기한 이전등기를 청구하자 참가인이 원고 명의로 부동산을 매수하였다고 주장하면서 피고에게 매매에 기한 이전등기를 청구하여, 명의상 매수인과 사실상 매수인 사이에 매수인의 지위가 논리적으로 양립할 수 없는 경우, 즉 채권적 청구권이라도 그 귀속주체를 다투는 것이어서 양립할 수 없으면 권리주장참가가 가능하다고 한다.
- ③ 사안의 경우, 丙은 甲이 제기한 소송의 제1심 계속 중 이 사건 매매계약의 실제 매수인은 자신이라고 주장하면서 독립당사자 참가신청을 하였다는 점에서, 주장 자체로 甲과 丙 사이에 매수인의 지위가 양립할 수 없는 관계임이 인정된다. 따라서 丙의 참가신청은 적법하다(물론 丙의 참가신청은 사해방지참가로서도 적법하다고 볼 수 있다).

### Ⅲ. 설문 2—나.

#### 1. 결 론(乙의 진술의 효력)

乙의 진술은 재판상 자백의 효력이 없다.

#### 2. 이 유

- ① 「재판상 자백」이란, 변론 또는 변론준비기일에서 자기에게 불리한 상대방의 주장사실(주요사실)을 진실한 것으로 인정하는 진술을 말한다(제288조).
- ② 그런데 독립당사자참가가 적법한 경우 본안심판에 관하여는 제67조의 필수적 공동소송의 심판 방법이 준용된다. 따라서 원·피고·참가인 3자 중 어느 한 사람의 유리한 소송행위는 나머지 1인에 대해서도 그 효력이 생긴다. 반면, 두 당사자 사이의 소송행위는 나머지 1인에게 불이익이 되는 한 두 당사자 간에도 효력이 발생하지 않는다. 따라서 자백, 청구의 포기·인낙 또는 재판상 화해는 불리한 소송행위이기 때문에 전원이 함께 하지 않으면 그 효력이 생기지 않는다.
- ③ 사안의 경우, 乙이 변론기일에서 이 사건 매매계약에 있어 甲이 매수인이라는 점에 대하여는

다툼이 없다고 진술하여 일응 재판상 자백이 성립하였다 하더라도, 이는 불리한 소송행위이므로 전원이 함께 하지 않으면 甲과 乙 사이에도 재판상 자백으로서의 효력이 발생하지 않는다.

#### IV. 설문 2—다.

##### 1. 丙의 甲에 대한 ①청구에 대하여

###### (1) 판결 결론

청구인용

###### (2) 이유

- ① 확인의 소는 원고의 법적 지위가 불안·위험할 때에 그 불안·위험을 제거함에 확인판결로 판단하는 것이 가장 유효·적절한 수단인 경우에 인정된다.
- ② 확인의 소는 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 아니하고, 당사자의 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있다. 또한 독립당사자참가인의 권리 또는 법률상의 지위가 원고로부터 부인당하거나 또는 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위협을 받거나 방해 받는 경우에는 독립당사자참가인은 원고를 상대로 '자기의 권리 또는 법률관계의 확인'을 구하여야 할 것이고, 자기의 권리 또는 법률상의 지위를 부인하는 원고가 자기의 주장과는 양립할 수 없는 제3자에 대한 권리 또는 법률관계를 주장한다고 하여 원고 주장의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 것만의 확인을 구하는 것은, 설령 그 확인의 소에서 독립당사자참가인이 승소판결을 받는다고 하더라도 그 판결로 인하여 원고에 대한 관계에서 자기의 권리가 확정되는 것도 아니고 그 판결의 효력이 제3자에게 미치는 것도 아니어서, 그와 같은 부존재확인 소는 자기의 권리 또는 법률적 지위에 현존하는 불안, 위협을 해소시키기 위한 유효적절한 수단이 될 수 없어서 확인의 이익이 없다.<sup>1)</sup>
- ③ 사안의 경우, 丙의 甲을 상대로 한 이 사건 매매계약상의 매수인 지위가 丙에게 있다는 확인청구는 적극적 확인청구일 뿐 아니라, 甲과 乙 사이의 소유권이전등기청구 소송이 선고·확정되고 집행됨으로써 丙의 권리가 침해되는 것을 방지하기 위한 유효적절한 수단으로 볼 수 있으므로 확인의 이익이 인정된다. 따라서 법원은 丙의 甲에 대한 ①청구에 대하여 청구인용 판결을 하여야 한다.

##### 2. 丙의 甲에 대한 ②청구에 대하여

###### (1) 판결 결론

각하

1) 대판 2014. 11. 13, 2009다71312.

(2) 이 유

- ① 이행의 소가 가능한 경우 확인의 소를 제기하는 것은 확인의 소의 보충성에 반하여 허용될 수 없다.
- ② 같은 맥락에서 判例는, 근저당권설정자가 근저당권설정계약에 의한 피담보채무의 부존재확인청구와 함께 그 근저당권설정등기의 말소청구를 한 사안에서, “근저당권설정자로서는 피담보채무가 존재하지 않음을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이므로 별도로 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 할 수 없다.”고 하였다.<sup>1)</sup>
- ③ 사안의 경우, 丙은 乙에 대하여 2016. 5. 1.자 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행청구(①청구)와 함께 이 사건 매매계약상의 매수인 지위가 丙에게 있다는 확인청구(②청구)를 하였는데, 위 ②청구는 ①청구의 청구원인으로 주장하면 충분하다는 점에서 별도로 확인의 소를 제기할 필요성이 없다. 따라서 법원은 丙의 乙에 대한 ②청구에 대하여 확인의 이익이 없다는 이유로 부적법 각하 판결을 하여야 한다.

V. 설문 2—라.

1. 결 론

항소심은, 甲의 청구를 기각하고 丙의 ③청구를 인용한 제1심 판결을 취소하고 丙의 乙에 대한 ③청구를 기각하면서, 비록 甲은 항소를 하지 않았어도 합일확정의 요청상 丙의 甲에 대한 ①청구는 기각으로, 甲의 乙에 대한 청구는 인용으로 바꾸어야 한다.

2. 이 유

- ① 判例는, “원·피고, 독립당사자참가인 간의 소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 위 3당사자를 판결의 명의인으로 하는 하나의 종국판결만을 내려야 하는 것이지 위 당사자의 일부에 관해서만 판결을 하는 것은 허용되지 않고, 독립당사자참가소송에서 원고승소의 판결이 내려지자 이에 대하여 한 당사자만이 상소를 한 경우에도 판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다.”고 한다.<sup>2)</sup>
- ② 한편, 패소하고도 불복상소를 제기하지 않은 당사자의 판결부분이 상소인의 불복범위의 한도 내에서 유리한 내용으로 변경될 수 있는 등 불이익변경금지의 원칙(제415조)이 배제된다. 이는 원고·피고·참가인 3자간의 합일확정의 요청 때문이다. 判例도, “독립당사자참가소송에서 원고승소 판결에 대하여 참가인만이 상소를 했음에도 상소심에서 원고의 피고에 대한 청구

1) 대판 2000. 4. 11, 2000다5640.  
2) 대판 2007. 12. 14, 2007다37776.

인용 부분을 원고에게 불리하게 변경할 수 있는 것은 참가인의 참가신청이 적법하고 나아가 합일확정의 요청상 필요한 경우에 한한다.”고 하였다.<sup>1)</sup>

- ③ 그리고 패소하고도 상소하지 않은 당사자의 패소부분도 이심된다면 그의 상소심에서의 지위는 어떠한지에 관해서는 견해가 대립하나, 상소를 제기하지도 당하지도 않았지만 합일확정의 요청 때문에 불가피하게 상소심에 관여해야만 하는 단순한 상소심당사자로 보는 것이 가장 무난하다고 본다.
- ④ 사안의 경우, 甲의 청구를 기각하고 참가인 丙의 ③청구를 인용한 제1심법원의 판결에 대해 乙만 항소하였어도 그 항소의 효력은 패소한 다른 당사자인 甲에게도 미치므로 甲의 乙에 대한 판결부분도 상소심으로 이심이 된다. 그리고 원고·피고·참가인 3자간의 합일확정의 요청 때문에 불이익변경금지의 원칙이 배제되므로, 항소심법원이 심리한 결과 제1심과 달리 甲이 이 사건 매매계약의 매수인으로 판명되었다면 항소심은 제1심 판결을 취소하고 丙의 乙에 대한 ③청구를 기각하여야 한다. 그리고 비록 甲은 항소를 하지 않았어도 합일확정의 요청상 丙의 甲에 대한 ①청구는 기각으로, 甲의 乙에 대한 청구는 인용으로 바꾸어야 한다.

---

1) 대판 2007. 12. 14, 2007다37776.

**Case** **기판력과 정기금판결변경의 소1)**

**<기본적 사실관계>**

甲은 X토지(임야)를 경매절차를 통해 매수하여 그 대금을 모두 지급하고 소유권을 취득하였다. 甲은 2010. 9. 1. 乙을 상대로 乙이 X토지 위에 Y건물(통신중계소)을 설치 및 이용하면서 X토지를 무단으로 점유·사용하고 있다고 주장하며, X토지의 인도 및 Y건물의 철거, 임료상당 부당이득의 반환을 구하는 소(이하 ‘전소’라고 한다)를 제기하여 ‘甲의 토지인도 및 건물철거 청구는 권리남용에 해당하여 기각하되, 乙은 甲에게 2010. 9. 1.부터 X토지의 인도완료일까지 월 60만 원의 비율에 의한 돈을 지급한다’는 취지의 판결을 선고 받았고, 위 판결은 그대로 확정되었다. 전소 판결이 확정된 후 丙은 甲으로부터 X토지를 매수하여 매매대금을 모두 지급하고 X토지에 관하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

위와 같은 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오.

(각 설문은 상호관련성이 없으며, 다툼이 있으면 판례에 의함).

1. **(위 기본사실에 추가하여)** 丙은 X토지에 관한 소유권이전등기를 마친 후 乙을 상대로 토지소유권에 기한 방해배제청구의 일환으로 X토지의 인도 및 Y건물의 철거를 구하는 소(이하 ‘A소’라고 한다)를 제기하였다. 심리결과 丙의 청구원인 사실이 모두 인정되고 丙의 청구가 권리남용에 해당하는 것으로 볼 수 없었다.

A소에 대한 판결 결론(소 각하, 청구기각, 청구인용) 및 그 이유를 약술하시오. (8점)

2. **(위 기본사실에 추가하여)** 丙은 X토지에 관한 소유권이전등기를 마친 후 X토지의 지가가 급등하자 ‘X토지에 관한 임료 산정의 기초가 된 사정이 현저히 바뀌어 전소 확정판결에서 정한 임료는 당사자 사이의 형평을 크게 침해하므로, 전소 확정판결의 정기금의 액수는 변경되어야 한다’고 주장하면서, 乙을 상대로 ‘전소 확정판결을 변경하여 전소 확정판결에서 지급을 명한 정기금에 추가하여 이 사건 소제기일부부터 X토지의 인도완료일까지 매월 400만 원의 비율에 의한 돈을 지급하라’는 소(이하 ‘B소’라고 한다)를 제기하였다. 심리결과 임료 산정의 기초가 된 사정이 현저히 변경되었다고 볼 수 없었다.

B소에 대한 판결 결론(소 각하, 청구기각, 청구인용) 및 그 이유를 약술하시오. (12점)

1) 2018년 법무사시험 기출(20점).

## I. 설문 1.에 대하여

### 1. A소에 대한 판결 결론

청구인용

### 2. 이유

- ① 기판력이란 확정된 종국판결의 내용이 가지는 후소에 대한 구속력을 말한다. 기판력은 소송의 당사자에게만 미치고 제3자에게는 미치지 않는 것이 원칙이다(기판력의 상대성 원칙). 그러나 변론종결한 뒤에 소송물인 권리관계에 관한 지위를 당사자로부터 승계한 제3자는 당사자 간에 내린 판결의 기판력을 받는다(제218조 1항).
- ② 한편 判例는, “토지소유권에 기한 물건적 청구권을 원인으로 하는 토지인도소송의 소송물은 토지 소유권이 아니라 그 물건적 청구권인 토지인도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 토지인도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고 소송물이 되지 아니한 토지소유권의 존부에 관하여는 미치지 않는다 할 것이다. 그러므로 그 토지인도소송의 사실심 변론종결 후에 그 패소자인 토지소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 토지소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다 할 것이다. 이 경우 위 제3자가 가지게 되는 물건적 청구권인 토지인도청구권은 적법하게 승계한 토지소유권의 일반적 효력으로서 발생된 것이고, 위 토지인도소송의 소송물인 패소자의 토지인도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로 위 제3자를 위 확정판결의 변론종결 후의 승계인에 해당한다고도 할 수 없다.”고 하였다.<sup>1)</sup>
- ③ 사안의 경우, X토지의 소유자인 甲은 乙을 상대로 乙이 X토지 위에 설치한 Y건물(통신중계소)의 철거 및 토지인도청구 소송을 제기하였다가 권리남용에 해당한다는 이유로 청구기각 판결을 받고 확정되었다. 그런데 그 후 丙은 甲으로부터 X토지를 매수하여 매매대금을 모두 지급하고 X토지에 관하여 소유권이전등기를 마친 후 乙을 상대로 토지소유권에 기한 방해배제청구의 일환으로 X토지의 인도 및 Y건물의 철거를 구하는 소를 제기한 것이므로, 甲의 전소 확정판결의 기판력은 甲이 乙에 대하여 Y토지의 인도청구권이 없다는 데 미칠 뿐이고, 甲으로부터 그 소유권을 양수한 丙의 토지소유권 및 그 소유권에서 발생된 토지인도청구권의 존부에 관하여는 미치지 않는다. 따라서 丙이 제기한 A소는 甲의 전소 확정판결의 기판력에 저촉되지 않으므로 법원은 새로운 본안심리를 하여야 하는데, 심리결과 丙의 청구원인 사실이 모두 인정되고 丙의 청구가 권리남용에 해당하는 것으로 볼 수 없었다면, 법원은 A소에 대하여 청구인용 판결을 하여야 한다.

1) 대판 1984. 9. 25, 84다카148.

## II. 설문 2.에 대하여

### 1. B소에 대한 판결 결론

소 각하

### 2. 이유<sup>1)</sup>

- ① 민사소송법 제252조 제1항은 “정기금의 지급을 명한 판결이 확정된 뒤에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 그 판결의 당사자는 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 정기금판결에 대한 변경의 소는 정기금판결의 확정 뒤에 발생한 현저한 사정변경을 이유로 확정된 정기금판결의 기판력을 예외적으로 배제하는 것을 목적으로 하므로, 확정된 정기금판결의 당사자 또는 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 확정 판결의 기판력이 미치는 제3자만 정기금판결에 대한 변경의 소를 제기할 수 있다.
- ② 한편 토지의 소유자가 소유권에 기하여 토지의 무단 점유자를 상대로 차임 상당의 부당이득반환을 구하는 소송을 제기하여 무단 점유자가 점유 토지의 인도 시까지 매월 일정 금액의 차임 상당 부당이득을 반환하라는 판결이 확정된 경우, 이러한 소송의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환청구권이므로, 소송의 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람은 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 확정판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다고 볼 수 없다.
- ③ 따라서 토지의 전 소유자가 제기한 부당이득반환청구소송의 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람에 대해서는 소송에서 내려진 정기금 지급을 명하는 확정판결의 기판력이 미치지 아니하므로, ‘토지의 새로운 소유자’가 토지의 무단 점유자를 상대로 다시 부당이득반환청구의 소를 제기하지 아니하고, 토지의 전 소유자가 앞서 제기한 부당이득반환청구소송에서 내려진 정기금판결에 대하여 변경의 소를 제기하는 것은 부적법하다.
- ④ 사안의 경우, 甲의 전소 판결이 확정된 이후에 X토지의 소유권을 취득한 丙에게는 전소 확정판결의 기판력이 미치지 않으므로, 丙은 정기금의 지급을 명한 이 사건 전소 확정판결의 변경을 구하는 소를 제기할 원고적격이 없다. 따라서 정기금판결에 대하여 변경을 구하는 丙의 B소는 원고적격이 없는 자에 의하여 제기된 것으로서, 비록 심리결과 임료 산정의 기초가 된 사정이 현저히 변경되었다고 볼 수 없었다 하더라도 그러한 본안에 관하여 나아가 판단할 필요도 없이 부적법하므로, 법원은 B소에 대하여 소 각하 판결을 하여야 한다.

1) 대판 2016. 6. 28. 2014다31721.