

제26회 법무사 2차 민사소송법 해설

- 차 상 명 -

【문 1】 의 1

I. 결론

가집행선고부 판결에 따라 공탁을 하였더라도 원고가 공탁금을 수령하지 않았다면 가지급된 것이라고 볼 수 없어서 가지급물반환신청은 인용될 수 없다

II. 이유

1. 문제점

가집행선고부 판결에 따라 공탁을 하였으나 원고가 수령하지 않았고, 이후 항소심에서 가집행선고부 1심 판결이 취소되고 원고 청구가 기각된 경우, 법원이 가지급물반환신청을 인용하여야 하는지 여부가 문제된다.

2. 가집행선고

(1) 의의

가집행선고는 미확정의 중공판결에 미리 집행력을 주는 형성적 재판으로 선고에 의해 즉시 집행력이 발생한다(제213조). 일반적으로 판결은 확정되어야만 집행력이 발생하는 것이지만 판결확정 전이라도 승소자의 신속한 권리실현을 위하여 마련된 가집행선고는 확정 전 판결에 집행력을 부여하는 제도이므로 상소심에서 얼마든지 취소·변경이 될 수 있다.

(2) 실효

가집행선고는 잠정적으로 집행력을 부여하기 위한 것으로 확정력은 없다. 따라서 상소심에서 가집행선고만이 바뀌거나 가집행선고 있는 본안판결이 바뀌었을 때에는 그 한도에서 효력을 잃게 된다(제215조 1항). 이처럼 가집행선고가 효력을 상실하면 이미 집행이 이루어진 부분에 대하여 원상회복이 이루어져야 할 것인데 상소심 절차에서 본안판결의 변경을 구하면서 함께 병합하여 원상회복의 청구를 하는 것을 가지급물 반환신청(제215조 2항)이라 한다.

3. 가집행선고부 판결에 따라 공탁한 경우 원고의 공탁금을 불수령시 가지급물반환신청 인용여부

판례는 “가집행선고부 판결에 기한 공탁은 채무를 확정적으로 소멸시키는 원래의 변제공탁이 아니고 상소심에서 가집행선고 또는 본안판결이 취소되는 것을 해제조건으로 하는 것이므로 가집행선고부 판결이 선고된 후 피고가 판결인용금액을 변제공탁하였다 하더라도 원고가 이를 수령하지 아니한 이상, 그와 같이 공탁된 돈 자체를 가집행선고로 인한 지급물이라고 할 수 없다.

따라서 피고가 가집행선고부 제1심판결에 기한 판결인용금액을 변제공탁한 후 항소심에서 제

1심판결의 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 그에 해당하는 공탁금을 회수할 수 있다(대판 2011.9.29. 2011다17847).”고 했다.

【문 1】 의 2

I. 결론

乙의 재심청구는 차용증이 위조되었음을 이유로 패소한 항소심판결을 대상으로 하는 것으로서 항소심법원이 전속관할 법원이고 따라서 대법원에는 관할권이 인정되지 않아 재심의 소제기는 부적법하다.

II. 이유

1. 문제점

직권조사사항이 아닌 사실인정 자체에 관한 재심사유를 상고심 판결에 대한 재심사유로 삼을 수 있는지가 문제된다.

2. 재심 관할법원

(1) 원칙

재심의 소는 소가나 심급에 관계없이 취소대상판결을 한 법원의 전속관할에 속한다. 예를 들어 제1심에서 선고된 판결이 확정되어 재심의 소를 제기하는 경우 관할법원은 제1심 법원이 된다. 이는 재심의 소가 일단 종결된 종전 소송절차의 속행이라는 실질을 가지고 있기 때문이다.

(2) 다만 판례는 설문과 유사한 사안에서 아래와 같이 판시하였다.

“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 제2심법원이 한 증거의 판단과 사실인정의 적법 여부를 판단할 뿐이고, 사실심에서 적법하게 확정한 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 재심사유로는 삼을 수 없다(대판 2000.4.11. 99재다746).”고 했다.

(3) 설문의 경우

재심사건은 재심을 제기할 판결을 한 법원의 전속관할로 하는바, 사안에서 乙의 재심청구는 차용증이 위조되었음을 이유로 패소한 항소심판결을 대상으로 하는 것으로서 항소심법원이 전속관할 법원이다.

【문 2】 의 1-(1)

I. 결론

이는 피보전채권만 달리할 뿐 전·후의 채권자취소소송은 소송물이 동일하여 중복제소에 해당한다.

II. 이유

1. 채권자취소소송

(1) 의의

채권자취소권이란 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자신의 일반재산을 감소시키는 법률행위(사해행위)를 한 경우에, 채권자가 그 법률행위를 취소하고 재산을 원상회복 하는 것을 내용으로 하는 실체법상 권리를 말한다(민법 제406조 제1항). 다만 제3자에게 미치는 영향이 크고 거래안전을 해칠 우려가 있어 반드시 재판상 소로써만 행사하도록 규정되어 있다.

(2) 법적성질과 요건

① 판례는 “채권자취소권은 채무자의 사해행위를 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에서 상대적으로 취소하고 채무자의 책임재산에서 일탈한 재산을 회복하여 채권자의 강제집행이 가능하도록 하는 것을 본질로 하는 권리이다(2007다84352).”고 하여 형성의 소와 이행의 소의 결합(병합설)으로 본다.

② 소송요건은 ㉠ 제척기간으로 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년내에 행사해야 하는데 이는 출소기간이다. ㉡ 피고적격에 대해 판례는 “사해행위취소의 소에 있어서는 수익자 또는 전득자에게만 피고적격이 있고 채무자는 피고적격이 없다(2008다72394).”고 한다.

③ 본안의 요건사실은 ㉢ 피보전채권의 존재, ㉣ 채무자의 사해행위, ㉤ 채무자의 사해의사 이다.

2. 중복된 소제기 금지

(1) 의의

법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기 못하는데(제259조), 이는 판결의 모순·저촉 방지와 소송경제를 위함이다. 그 요건은 전·후소 당사자 동일, 소송물 동일, 전소 계속 중 후소 제기이다.

(2) 채권자취소소송 중 다른 채권자취소소송의 중복제소 여부

① 설문의 경우 채권자 甲은 대여금 채권을 피보전채권으로 하여 취소소송을 하는 중에 별개의 구상금 채권을 보전하기 위해 재차 동일한 사해행위에 대한 취소소송을 제기했는데 이 경우 소송물이 동일하여 중복소송에 해당하는지가 문제된다. 이에 대해 판례는

② “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 동일하다(대판 2012.7.5. 2010다80503).”고 하여 중복된 소제기에 해당한다고 했다.

【문 2】 의 1-(2) (8점)

I. 결론

전·후 양소의 소송물이 동일하지 않아 중복된 소제기에 해당하지 않는다.

II. 이유

1. 채권자취소소송 중 다른 채권자가 동일한 사해행위에 대해 취소소송을 제기한 경우

① 채권자대위소송 중 다른 채권자가 별도로 대위소송을 제기시 중복소송인지에 대하여 판례는

“채권자 대위소송이 계속 중인데 다른 채권자가 채무자를 대위하여 청구취지 및 청구원인을 같이 하는 내용의 소송을 제기하였다면 위 두 소송은 비록 당사자는 다를지라도 실질상으로는 동일소송이라 할 것이므로 후소는 민사소송법 제259조의 중복제소금지규정에 저촉된다(87다카1618).”고 했다.

② 그러나 채권자취소소송 중 다른 채권자가 동일한 사해행위에 대해 취소소송을 제기한 경우에

판례는 “채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 각 채권자가 동시 또는 이시에 채권자취소 및 원상회복소송을 제기한 경우 이들 소송이 중복제소에 해당하는 것이 아니다(2003다19558).”고 하여 채권자대위소송과는 달리 판단하였다. 이는 채권자대위소송에서의 소송물은 피대위권리(소송담당설)이고, 채권자취소소송에서는 채권자 자신의 취소권이 소송물이기 때문이다.

2. 설문의 경우

채권자 丁이 자신의 약정금채권의 보전을 위해 채권자취소소송을 하던 중에 또 다른 채권자 甲이 동일한 사해행위에 대해 자신의 대여금채권을 보전하기 위해 채권자취소소송을 제기하였는데, 이는 각 채권자 자신의 고유한 채권자취소권(소송물)을 행사한 것으로 전·후 양소의 소송물이 동일하지 않아 중복된 소제기에 해당하지 않는다.

【문 2】 의 1-(2) (7점)

I. 결론

소의 이익이 없어 소를 부적법 각하해야 한다.

II. 이유

1. 채권자취소소송 판결 확정 후 다른 채권자가 동일한 사해행위에 대해 취소소송을 제기한 경우

이 경우 소의 이익이 있는지에 대해 판례는 다음과 같이 판시하였다.

“어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 채권자취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없어지게 되는 것은 아니고,

그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소 다른 채권자의 채권자취소 및 원상회복 청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다(2003다19558).”고 했다.

2. 설문의 경우

丁의 선행소송이 승소판결을 받아 확정되고 그에 따라 A토지에 관한 丙 명의의 소유권이전등기가 말소되어 책임재산의 회복을 마친 후에 甲의 동일한 사해행위에 대한 취소소송 제기는 책임재산 보전을 위한 소의 이익이 없어 부적법하다. 따라서 소를 각하해야 한다.

【문 2】 의 2

I. 결 론

甲의 독립당사자참가 신청은 참가이유가 인정되지 않아 부적법하다.

II. 이 유

1. 문제점

甲의 독립당사자참가 신청은 경합권리자가 참가하여 진정한 권리자를 가리키는 권리주장참가가 아니라 소송결과에 따라 자신의 권리가 침해된다고 주장하면서 참가하는 사해방지참가에 해당한다. 참가의 적법성과 관련하여 참가이유가 인정되는지, 참가취지와 관련하여 편면참가가 허용되는지가 문제된다.

2. 독립당사자참가의 의의와 취지

타인간의 소송계속 중 소송목적의 전·일부가 자기의 권리라고 주장하거나, 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 제3자가 당사자의 양쪽 또는 한쪽을 상대방으로 하여 당사자로서 소송에 참가하는 것을 말한다(제79조). 전자를 권리주장참가라 하고 후자를 사해방지참가라 한다. 이는 원고와 피고, 참가인간의 3파 분쟁을 일거에 해결해 소송경제와 재판의 통일을 도모하기 위함이다.

3. 독립당사자참가의 요건

(1) ① 타인 간의 소송계속 중이고, ② 참가이유, ③ 참가취지로 당사자 양 쪽 또는 한 쪽을 상대방으로 청구할 것, ④ 병합요건(제253조)과 일반소송요건을 갖출 것을 요건으로 한다.

(2) 참가이유

“권리주장참가는 원고의 본소청구와 참가인의 청구가 그 주장자체에서 양립할 수 없는 관계인 경우에 허용된다(2005마814).” 즉 권리주장참가는 참가이유로서 양립불가능성을 필요로 한다. 이에 반해

사해방지참가는 타인 간의 사해판결을 막으려는 것으로 원고의 청구와 참가인의 청구가 양립이 가능해도 무방하다. 즉 사해방지참가는 본소청구와 참가인의 청구의 양립불가능이 요건이 아니다.

(3) 참가취지

편면참가 인정여부에 대해 견해대립이 있었고, 과거의 판례는 완벽한 3파분쟁의 형태를 요구하여 이를 부적법한 참가라고 했으나, 법 제79조는 “당사자의 양 쪽 또는 한 쪽을 상대방으로 하여 당사자로서 소송에 참가할 수 있다”고 규정하여 입법으로 해결하였다. 따라서 설문에서 甲이 丙을 상대로 한 독립당사자참가신청은 편면참가지만 적법한 참가로 허용된다.

4. 원고의 피고에 대한 청구의 원인행위가 사해행위라는 이유로 원고에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 독립당사자참가신청을 하는 경우, 위 참가신청이 적법한지 여부

① 판례는 “채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이에만 미치므로, 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채권자와 채무자 사이에서 취소로 인한 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 복구되는 것은 아니다.”

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(대판 2014.6.12. 2012다47548).”고 했다.

② 따라서 설문에서 일반채권자 甲은 丙을 상대로 하여 乙·丙 간의 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소를 구하는 취지의 사해방지참가신청을 할 수 없다.

(※ 결국 참가인으로는 나중에 원고를 상대로 채권자취소소송을 제기하여 ‘원·피고 간의 법률행위의 취소’ 및 ‘원고 명의의 등기말소’를 구해야 할 것이다.)