



# 2021 법무사 민사소송법 해설

by 김춘환

## 강사 소개

부산대학교 법과대학 사법학과 졸업

부산대학교 일반대학원 법학과(민사소송법 전공) 수료

중앙대학교 일반대학원 법학과 박사과정(지식재산법 전공) 재학 중

前 月刊 考試界 기획위원

前 평생교육진흥원 학점은행 교강사(민법, 민사소송법)

現 한국법제연구원 법령번역센터 2019 전문가과정 특강 강사(민법, 민소법)

現 차세대콘텐츠재산학회 이사(회장 이규호 중앙대학교 법학전문대학원 교수)

現 중앙법학회 이사

現 월비스 나무경영아카데미 민법 전임교수

現 월비스 한림법학원 공인노무사, 감정평가사 민법, 민사소송법 전임교수

現 공단기-법검단기, 변호사단기, 경찰간부단기 민사법 대표교수



## 【문 1】

<기본적 사실관계>

甲이 乙을 피고로 하여 1억 원의 대여금지급청구의 소를 제기하여 원고(甲)의 청구를 전부인용하는 가집행선고부 1심판결이 있었고, 乙은 위 가집행선고부 1심판결에 대하여 항소를하면서 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)

## I. 결론

인용될 수 없다.

## II. 이유

## 1. 가지급물반환신청의 의의 및 성질

피고가 원상회복 및 손해배상을 구하려면 두 가지 방법이 있는데, 먼저 가집행선고의 실효로 인한 지급물건 반환신청을 상소심에서 본안판결의 변경을 구하면서 이에 부수하여 하는 것들 수 있다(제215조 2항). 이를 실무상 가지급물 반환신청이라 하는데, 일종의 소송중의 소이고, 제1심판결의 변경을 조건으로 하므로 예비적 반소의 성질을 가진다. 따라서 소송에 준하여 변론을 요하지만, 이 때의 반환신청은 상소심에서 하는 것이라도 원고의 동의를 요하지 아니하는 특수한 반소이다(제412조 1항 참고). 그리고 나머지는 위와 같은 청구를 별도로 구하는 것이다(대판 1976.3.23. 75다2209).

## 2. 乙의 甲에 대한 가지급물반환신청의 인용 여부

(1) 判例

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 지급물은 가집행의 결과 피고가 원고에게 이행한 물건 또는 그와 동일시할 수 있는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 그런데 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 변제공탁 하였다 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 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 그에 해당하는 공탁금을 회수할 수 있다. 그리고 이러한 법리는 판결금채권에 대하여 채권가압류가 있어 제3채무자인 피고가 민사집행법 제291조에 의해 준용되는 같은 법 제248조 제1항에 근거하여 가압류를 원인으로 한 공탁을 한 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2011.9.29. 2011다17847). - 2021 FORTUNE 민사소송법, 509면, 각주 82-

## (2) 사안의 경우

甲은 변제공탁금을 수령하지 않고 있으므로, 공탁된 돈 1억원 자체를 가집행선고로 인한 지급물이라고 할 수 없다. 따라서 피고 乙이 가집행선고부 제1심판결에 기한 판결인용금액 1억원을 변제공탁한 후 항소심에서 제1심판결의 채무액 중 4천만원이 일부 취소되었다고 하더라도, 그 차액인 4천만원 부분은 가집행선고의 실효에 따른 반환대상이 되는 가지급물이라고 할 수 없다. 다만 그 차액인 4천만원에 대해서는 공탁원인이 소멸된 것이므로 공탁자인 피고 乙로서는 공탁원인의 소멸을 이유로 그에 해당하는 공탁금을 회수할 수 있다.

### (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. 결론

부적법하다.

## II. 이유

### 1. 재심의 의의 및 소송물

재심이란 확정된 종국판결에 재심사유에 해당하는 중대한 하자가 있는 경우에 그 판결의 취소와 이미 종결되었던 사건의 심판을 구하는 비상외의 불복신청방법을 이른다(제451조). 재심의 소송물에 대해서는 ① 재심의 소는 원판결의 취소·변경을 구하는 상소와 유사한 면이 있다는 것을 근거로 재심의 소의 소송물은 구소송의 소송물 하나로 구성된다는 일원설(본안소송설)이 있으나 ② 재심의 소의 소송물은 확정판결의 취소와 구소송의 소송물 두 가지로 구성된다고 보는 이원설이 통설·판례이며, 재심의 소는 확정판결을 취소하는 형성소송의 성질이 있으므로 이원설이 타당하다고 본다.

### 2. 적법요건

재심의 소의 적법요건으로는 재심의 당사자일 것, 재심의 대상적격, 재심기간을 준수할 것, 재심관할법원 일 것 등이 있는데, 사안에서는 재심관할법원인지가 문제가 된다.



### 3. 재심관할법원

재심은 재심을 제기할 판결을 한 법원의 전속관할로 한다(제453조 1항). 判例는 “위조나 변조된 문서 기타 물건이 항소심판결의 사실인정에 자료가 되고 상고심이 항소심의 증거취사선택에 위법이 없다는 이유로 상고를 기각한 경우에 그 문서 기타 물건의 위조나 변조에 대하여 유죄의 판결이나 과태료의 재판이 확정되었거나 또는 증거흠결 이외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료의 재판을 받을 수 없다는 것을 이유로 하는 재심은 본안판결을 한 항소심의 전속관할에 속한다(대판 1984. 4. 16. 84사4).”고 한다. 즉 비록 상고심법원이 채증법칙위반이 없다고 하여 상고를 기각하였더라도 사실심인 항소심법원의 판결에 대하여 재심의 소를 제기하여야 한다(대판 1967.11.21. 67사45 등). 왜냐하면 상고심법원은 직접 사실인정을 한 것이 아니기 때문이다(2021 FORTUNE 민사소송법, 664면).

### 4. 사안의 경우

乙은 차용증이 위조되었음을 이유로 재심의 소를 제기하고 있는 경우이므로(제451조 1항 6호), 항소심판결이 아닌 대법원의 상고기각판결에 대해서 재심의 소를 제기한 것은 부적법하다. 그리고 전속관할 위반에 해당하므로, 대법원은 재심관할 법원인 항소심법원으로 소송을 이송함이 타당하다(제34조 1항). 判例도 “원고가 항소심판결에서 증거로 원용된 소유권증명이 위조된 것이라고 주장하면서 상고기각판결을 재심대상판결로 기재하여 재심의 소를 제기한 경우에는 그 재심사유가 항소심판결에 관한 것임이 그 주장자체나 소송자료에 의하여 분명하니 재심원고의 의사는 항소심판결을 대상으로 한 것으로서 다만 재심소장에 재심을 할 판결의 표시를 잘못 기재하여 제출하였다 할 것이므로 재심관할 법원인 항소심법원에 이송함이 상당하다(대판 1984. 4. 16. 84사4).”고 하였다.



**【문 2】**

<기본적 사실관계>

甲은 乙에 대하여 2020. 1. 1. 변제기가 도래한 2억 원의 대여금 채권(이하 ‘이 사건 대여금채권’)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 대여금채권을 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)

**I. 결론**

중복소송에 해당한다.

**II. 근거**

**1. 중복소제기의 금지의 의의 및 취지, 요건**

**(1) 의의 및 취지**

법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다는 것을 이른바 (제259조). 보전처분에도 준용이 된다(대결 2018.10.4. 자 2017마6308)<sup>1)</sup>. 이는 기판력 있는 판결의 모순, 저촉을 방지함으로써 소송경제를 실현하는데 있다(제451조 1항 10호).

**(2) 요건**

① 당사자 동일 ② 사건(소송물)의 동일 ③ 전소계속 중의 후소 제기가 그 요건인데, 사안에서는 ① 동일한 갑이 병에게, ③ 2020. 8. 1. 이 사건 대여금채권을 보전하기 위하여 丙을 상대로 이 사건 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구 소송을 제기하였다가, 2020. 9. 1. 대여금 채권과는 별개의 구상금 채권을 가지고 있다고 주장하면서 해당 구상금 채권을 보전하기 위하여 丙을 상대로 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 새로운 사해행위취소 및 원상회복청구 소송을 제기하였으므로, ①, ③ 요건은 충족한다. 따라서 사건 즉 소송물이 동일한지가 문제된다.

1) 보전처분 신청에 관하여도 중복된 소제기에 관한 민사소송법 제259조의 규정이 준용되어 중복신청이 금지된다. 이 경우 보전처분 신청이 중복신청에 해당하는지 여부는 후행 보전처분 신청의 심리종결 시를 기준으로 판단하여야 하고, 보전명령에 대한 이의신청이 제기된 경우에는 이의소송의 심리종결 시가 기준이 된다.



## 2. 채권자취소소송의 소송물

判例는 “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 이종으로 제기하는 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하다고 보아야 하고, 이는 전소나 후소 중 어느 하나가 승계참가신청에 의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다(대판 2012.7.5. 2010다80503).”고 한다. - 2021 FORTUNE 민사소송법, 211면, 219면 -

## 3. 사안의 경우

따라서 채권자취소소송의 소송물은 사해행위취소권과 원상회복청구권이므로, 피보전채권을 대여금채권에서 그와는 별개의 구상금채권으로 변경한 것은 공격방법에 관한 주장을 변경한 것일 뿐이다. 따라서 2020. 8. 1. 甲이 丙에게 제기한 채권자취소소송과 2020. 9. 1. 甲이 丙에게 제기한 채권자취소소송은 동일한 사해행위에 대한 취소와 원상회복을 구하고 있는 것이므로, 소송물이 동일하다. 따라서 甲의 丙에 대한 새로운 사해행위취소 및 원상회복청구 소송은 중복소송에 해당한다.

(2) 丁이 2020. 6. 1. 이 사건 약정금 채권을 보전하기 위하여 丙을 상대로 이 사건 때 매매약이 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)

### I. 결론

중복소송에 해당하지 아니한다.

### II. 근거

#### 1. 채권자취소소송과 중복소송

判例는 “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(대판 2003.7.11. 2003다19558).”고 한다. - 2021 FORTUNE 민사소송법, 219면 -

#### 2. 사안의 경우

전소는 2020.6.1. 丁의 丙에 대한 채권자취소소송이고, 후소는 2020.8.1. 甲의 丙에 대한 채권자취소소송이므로, 이는 丁과 甲의 고유한 권리이다. 따라서 당사자가 동일하지 아니하므로, 甲의 丙에 대한 채권자취소소송은 중복소송이 아니다.



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)

I. 결론

소 각하

II. 근거

1. 判例

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 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다 (대판 2003.7.11. 2003다19558). - 2021 FORTUNE 민사소송법, 219면 -

2. 사안의 경우

丁이 승소판결을 받아 확정되고 그에 따라 A토지에 관한 丙 명의의 소유권이전등기가 말소된 후에 甲이 이 사건 소송을 제기한 것은 권리보호이익이 없게 된다. 따라서 甲의 丙에 대한 후소는 권리보호이익 즉 소의 이익이 없으므로, 소를 각하하여야 한다.

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)

I. 결론

부적법하다.

II. 근거

1. 독립당사자참가의 의의, 취지

타인간의 소송계속 중에 원, 피고의 한쪽 또는 양쪽을 상대방으로 하여 원.피고간의 청구와 관련된 자기청구에 대하여 함께 심판을 구하기 위하여 그 소송절차에 참가함을 말한다(제79조). 이는 소송대상의 전부나 일부가 자기의 권리임을 주장하거나, 소송의 결과에 의하여 권



리침해를 받을 것을 주장하는 제3자가 당사자로서 소송에 참가하여 세 당사자 사이에 서로 대립하는 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로써 서로 모순 없이 일시에 해결하려는 것이다 (대판 2014. 6. 12. 2012다47548,47555).

## 2. 참가요건

### (1) 다른 사람 사이의 소송이 계속 중일 것

소송이 계속 중이면 여하에 관계없이 참가할 수 있으며, 항소심에서도 할 수 있다(대판 1966.3.29, 65다2407,2408). 다만 상고심에서도 독립당사자참가가 가능한지가 문제된다. 判例와 유력설은 독립당사자참가는 그 실질에 있어서 신소제기의 실질을 가지므로 법률심인 상고심에서는 참가할 수 없는 것으로 본다(대판 1977.7.12, 76다2251·77다218 등, 호문혁). 다만 사안의 경우는 제1심에서 참가를 한 것이므로 문제가 없다.

### (2) 참가이유 - 권리주장참가, 사해방지참가

권리주장참가는 참가인의 청구와 기존 당사자의 청구가 논리상 양립할 수 없는 경우를 이른다. 다만 사안에서는 丙의 乙에 대한 소유권이전등기청구권과 甲이 丙에게 주장하는 채권자 취소권은 양립이 가능하고, 특히 丙과 乙의 매매계약이 사해행위라고 주장하는 것은 사해방지참가를 청구하는 것으로 보이므로, 사해방지참가로서 적법한 것인지를 살펴보기로 한다.

## 3. 사해방지참가

### (1) 의의

사해방지참가란 제3자가 ‘소송의 결과에 따라 권리를 침해받을 것을 주장’하는 독립당사자 참가의 참가이유 중의 하나이다.

### (2) 권리주장참가와 비교

判例는 이를 권리주장참가와 구별하여 이는 소송물이 달라 권리주장참가에 패소해도 사해방지참가를 할 수 있으며(즉 기판력이 미치지 않음, 대판 1992.5.26. 91다4669·4679), 청구가 본소청구와 양립이 가능해도 된다(대판 2001.9.28. 99다35331·35348)고 한다.

### (3) 권리침해<sup>2)</sup>의 의미

判例는 “민사소송법 제79조 제1항 후단의 사해방지참가의 경우는 원고와 피고가 당해소송을 통하여 제3자를 해할 의사, 즉 사해의사를 갖고 있다고 객관적으로 인정되고, 그 소송의 결과 제3자의 권리 또는 법률상의 지위가 침해될 염려가 있다고 인정되는 경우라야만 할 것이다(대판 1991.12.27. 91다4409 등).”고 하여 사해의사설의 입장이다.

### (4) 사해행위취소소송과의 관계

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 효력

2) [학 설] ① 판결효력은 기판력과 반사효를 포함하여 넓은 의미의 판결의 효력에 의하여 제3자의 권리가 침해될 경우에 한한다고 본다. ② 이해관계설은 제3자의 권리 또는 법률상의 지위가 본소의 소송물인 권리관계의 존부를 논리적 전제로 하고 있어서, 본소송의 판결에 의하여 사실상 권리침해를 받는 경우에도 참가를 인정하는 견해이다. ③ 사해의사설은 본조의 연혁인 프랑스의 사해재심제도의 연혁에 충실하게 본소의 당사자가 그 소송을 통하여 참가인을 해할 의사를 가지고 있다고 객관적으로 인정되는 경우가 이에 해당한다고 풀이하는 견해이다.



이 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<sup>3)</sup>(대판 2014.6.12. 2012다47548). - 2021 FORTUNE 민사소송법, 586면 ~ 587면 -

#### 4. 사안의 경우

채권자 甲이 수익자 丙에게 채권자취소소송을 제기하여 승소한다고 하더라도, 취소의 효과는 甲과 丙 사이에만 미칠 뿐, 채권자 甲과 채무자 乙 사이에서 취소로 인한 법률관계가 형성되거나 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 복구되는 것은 아니다. 따라서 丙의 乙에 대한 소유권이전등기청구소송에 그 원인행위인 매매가 사해행위라는 이유로 甲이 원고 丙에 대하여 사해행위취소를 청구하면서 독립당사자신청을 하는 경우, 甲의 청구가 그대로 받아들여진다고 하더라도 丙과 乙 사이의 법률관계에는 아무런 영향이 없다. 따라서 甲의 참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로, 부적법하다.

3) 사해행위 취소의 판결의 효과는 채권자와 수익자 / 전득자 사이에만 미칠 뿐, 채권자와 채무자 사이에서 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 복구하는 것이 아니라고 보기 때문이다(상대적 효력). 이 관례 때문에 이 제도의 사해방지기능은 더 떨어지게 되었다. 독립당사자참가에서 사해행위취소판결이 나면 참가인(채권자), 원고(수익자), 피고(채무자) 사이에 합일확정의 효력 때문에 참가인과 피고 사이에 판결의 효력이 미치지 않는다고 할 수 있을까 의문이 있다(이시윤).