



박효근의  
최강 법무사 민사소송법  
(2025년 시험 대비)

2024년 법무사시험  
민사소송법 기출문제 해설자료

**Case 상계항변으로 승소한 피고의 항소의 이익, 표준시 이후의 상계권 행사 가부<sup>1)</sup>****[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 기재하시오. (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 기재하시오. (10점)

1) 2024년 법무사시험 기출(20점).

## I. 설문 1.에 대하여

### 1. 결론

乙에게 항소의 이익이 있다.

### 2. 이유

(1) ‘소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결’의 경우 피고에게 상소의 이익이 있는지 여부<sup>1)</sup>

① 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서, 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다. 따라서 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 판결과 ‘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.

② 생각건대, 예비적 상계항변이 이유 있다 하여 승소한 피고의 소송법상 지위는 소구채권의 부존재 항변이 인정되어 승소한 것보다 결과적으로 불이익이 되기 때문이다.

(2) 사안의 해결

① 사안의 경우, 이 사건 소에서 乙은 소구채권의 부존재 항변 및 상계항변을 하였는데, 제1심법원은 甲의 소구채권이 존재한다고 판단한 후 乙의 상계항변이 이유 있다고 인정하여 甲의 청구를 기각하였으므로, 결과적으로 乙은 판결이유에서는 패소자라고 볼 수 있다.

② 따라서 이 경우 피고 乙에게 항소의 이익이 있다.

## II. 설문 2.에 대하여

### 1. 결론

乙의 상계 주장은 적법한 청구이의사유로 받아들여질 수 있다.

1) 대판 2018. 8. 30, 2016다46338.

## 2. 이유

(1) 채무자가 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었으나 상계의 의사표시는 그 변론종결 후에 한 경우, 적법한 청구이의사유가 되는지 여부<sup>1)</sup>

① 당사자 쌍방의 채무가 서로 상계적상에 있다 하더라도 그 자체만으로 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것은 아니고, 상계의 의사표시를 기다려 비로소 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것이므로, 채무자가 채무명의(집행권원)인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 채무명의(집행권원)인 확정판결의 변론종결 후에 이르러 비로소 상계의 의사표시를 한 때에는 구 민사소송법 제505조 제2항(현행 민사집행법 제44조 제2항)이 규정하는 ‘이의원인이 변론종결 후에 생긴 때에 해당하는 것으로서, 당사자가 채무명의(집행권원)인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계 없이 적법한 청구이의사유로 된다.

② 생각건대, 변론종결 뒤에 상계의 의사표시를 하는 것은 수동채권의 존재와 모순·저촉되는 법률효과를 발생시키는 것이 아니므로 표준시 전에 상계적상에 있었다라도 기판력에 의한 실권효를 문제 삼을 여지는 없다고 할 것이고, 또한 상계항변은 출혈적 방어방법이라는 점에서, 변론종결 전에 상계적상을 알았든 몰랐든 관계없이 표준시 뒤에 상계권을 행사하는 것은 적법하다고 보아야 할 것이다.

(2) 사안의 해결

① 사안의 경우, 비록 乙이 이 사건 소에서 상계할 수 있다는 것을 잘 알고 있었으나 상계항변을 하지 않아 甲의 청구를 모두 인용하는 판결이 확정되었더라도, 그 후 乙이 甲을 피고로 하여 청구이의의 소를 제기하면서 상계권을 행사하였다면 이는 청구이의의 원인이 이의대상판결의 사실 심 변론종결 후에 생긴 것에 해당한다고 할 것이다.

② 따라서 乙의 상계 주장은 적법한 청구이의사유로 받아들여질 수 있다.

1) 대판 1998. 11. 24, 98다25344; 대판 2005. 11. 10, 2005다41443.

**Case** 독립당사자참가의 요건, 독립당사자참가소송에서 원고승소 판결에 대하여 참가인만이 상소를 한 경우 불이익변경금지의 원칙 적용 여부, 소유권이전등기말소청구소송과 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송의 소송물 동일 여부, 지연손해금 청구와 기판력의 범위<sup>1)</sup>

### [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 하

1) 2024년 법무사시험 기출(50점).

여 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 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)

## I. 설문 1.에 대하여

### 1. 결론

丙의 독립당사자참가는 적법하다.

### 2. 이유

#### (1) 독립당사자참가의 요건

- 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.<sup>1)</sup>
- 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.<sup>2)</sup>

#### (2) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 乙이 甲을 상대로 제기한 2019. 1. 1.자 매매계약을 원인으로 하는 X 토지에 대한 소유권이전등기청구의 소와 丙이 2019. 1. 1.자 매매계약의 실제 당사자는 丙 자신이라며 甲에 대하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 독립당사자참가신청은 어느 한 쪽의 청구권이 인정되면 다른 한 쪽의 청구권은 인정될 수 없는 것으로서 각 청구가 서로 양립할 수 없는 관계에 있고, 이는 하나의 판결로써 모순 없이 일시에 해결할 수 있는 경우에 해당한다.
- ② 따라서 丙의 독립당사자참가는 적법하다.

## II. 설문 2.에 대하여

1) 대판 2014. 6. 12, 2012다47548.

2) 대판 1995. 6. 16, 95다5905.

## 1. 결 론

항소심의 판결은 부적법하다.

## 2. 이 유

(1) 독립당사자참가소송에서 원고승소 판결에 대하여 참가인만이 상소를 했음에도 원고의 피고에 대한 청구인용 부분을 원고에게 불리하게 변경할 수 있는 경우<sup>1)</sup>)

- ① 민사소송법 제79조 제1항에 따라 원·피고, 독립당사자참가인 간의 소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 위 3당사자를 판결의 명의인으로 하는 하나의 중국판결만을 내려야 하는 것이지 위 당사자의 일부에 관해서만 판결을 하는 것은 허용되지 않고, 같은 조 제2항에 의하여 제67조가 준용되는 결과 독립당사자참가소송에서 원고승소의 판결이 내려지자 이에 대하여 참가인만이 상소를 한 경우에도 판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생기는 것이지만, 원고승소의 판결에 대하여 참가인만이 상소를 했음에도 상소심에서 원고의 피고에 대한 청구인용 부분을 원고에게 불리하게 변경할 수 있는 것은 참가인의 참가신청이 적법하고 나아가 합일확정의 요청상 필요한 경우에 한한다.
- ② 독립당사자참가소송에서 원고의 피고에 대한 청구를 인용하고 참가인의 참가신청을 각하한 제1심판결에 대하여 참가인만이 항소하였는데, 참가인의 항소를 기각하면서 제1심판결 중 피고가 항소하지 않은 본소 부분을 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 기각한 것은 부적법하다.
- ③ 생각건대, 독립당사자참가의 경우 불이익변경금지의 원칙이 배제되는 것은 참가인의 참가신청이 적법하고 합일확정의 요청상 필요한 경우에 한하기 때문이다.

(2) 사안의 해결

사안의 경우, 乙의 甲에 대한 청구를 인용하고 丙의 독립당사자 참가신청을 부적법 각하한 제1심판결에 대하여 참가인 丙만이 항소하였는데, 丙의 참가신청이 부적법하다는 이유로 丙의 항소를 기각하면서도 제1심 판결 중 甲이 항소하지 않은 본소 부분을 취소하고 乙의 甲에 대한 청구를 기각한 항소심의 판결은 부적법하다.

## Ⅲ. 설문 3.에 대하여

### 1. 결 론

청구기각

### 2. 이 유

1) 대판 2007. 12. 14, 2007다37776, 37783.

(1) 전소인 소유권이전등기말소청구소송의 확정판결의 기판력이 후소인 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에 미치는지 여부

- ① 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 같음하여 허용되는 것인데, 말소등기에 같음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 '목적'이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 '법적 근거'와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 '소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기 말소청구소송에서 패소확정 판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다.<sup>1)</sup>
- ② 확정판결이 원고 승소판결인 경우 신소는 이미 권리보호를 받았음에도 불구하고 다시 청구하는 것이므로 권리보호의 이익이 없어 각하하여야 하고, 확정판결이 원고 패소판결인 경우에는 그 확정판결과 모순되는 판단을 해서는 안 되는 구속력 때문에 신소에 대하여 청구기간의 판결을 하여야 할 것이지 소의 이익이 없다는 이유로 소를 각하할 수는 없다.<sup>2)</sup>

(2) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 甲은 2019. 1. 1.자 乙과의 매매계약은 사회질서에 위반된 법률행위에 해당하므로 乙의 소유권이전등기는 원인무효라고 주장하며 乙을 피고로 하여 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였으나, 甲의 주장에 대한 증거가 부족하다는 이유로 甲의 청구를 기각하는 판결이 2019. 8. 30. 확정되었으므로, 그 뒤 甲이 다시 乙을 상대로 X 토지에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기한 것은 실질적으로 동일한 소송물에 대한 판단을 다시 구하는 것이므로 전소 확정판결의 기판력에 저촉된다.
- ② 따라서 후소 법원의 심리 결과 비록 위 매매계약이 사회질서에 위반된 법률행위라는 甲의 주장이 증명되었다 하더라도, 후소 법원은 전소 확정판결과 모순되지 않게 甲의 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다.

## IV. 설문 4.에 대하여

### 1. 결론

청구일부 인용(2020. 1. 1.부터 2020. 7. 1.까지의 지연손해금 청구는 인용, 2020. 7. 2.부터

1) 대판(전원합의체) 2001. 9. 20, 99다37894.

2) 대판 1979. 9. 11, 79다1275.

2020. 12. 31.까지의 지연손해금 청구는 기각)

## 2. 이유

### (1) 지연손해금 청구와 기판력의 범위<sup>1)</sup>)

- ① 기판력은 표준시 현재의 권리관계의 존부 판단에만 생기므로, 표준시 이전의 과거의 권리관계는 물론 표준시 이후의 장래의 권리관계를 확정하는 것은 아니다. 한편, 후소가 전소와 소송물이 동일하지 아니하여도 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결관계로 되는 때에는 후소의 선결문제로서 기판력을 받아 후소 법원은 그와 모순되는 판단을 할 수 없다.
- ② 즉, 확정판결의 기판력은 사실심의 최종변론종결 당시의 권리관계를 확정하는 것이므로, 전소에서 대여금 원금의 부존재가 확정된 후에 제기된 후소의 지연손해금 청구 중 전소 확정판결의 변론종결일 다음날부터의 지연손해금 청구 부분은 그 변론종결 당시의 위 대여금 원금에 대한 지급청구권의 존부가 그 선결문제가 되므로 위 확정판결의 기판력에 저촉된다. 그러나 위 대여금 원금에 대한 변론종결 당일까지의 이자 또는 지연손해금 청구 부분은 전소의 소송물이 아니었고, 변론종결 당시의 위 대여금 원금에 대한 지급청구권의 존부가 그 선결문제가 되는 것도 아니므로 전소 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는다.
- ③ 확정판결의 기판력에 저촉되는 부분에 대하여도 확정판결과 모순 없는 판단을 함으로써 동 청구를 기각하는 것은 몰라도 그것이 단지 권리보호의 필요가 없어서 부적법하다고 하여 소를 각하할 것은 아니다.

### (2) 사안의 해결

- ① 사안의 경우, 丙은 乙을 상대로 대여금 2억 원을 지급하라는 대여금반환청구의 소를 제기하여, 2020. 7. 1. 변론을 종결하고 丙의 청구를 기각하는 판결이 2020. 9. 1. 확정되었는데, 그 뒤인 2021. 4. 1. 丙은 다시 乙을 상대로 대여금 2억 원에 대한 2020. 1. 1. 부터 2020. 12. 31.까지의 연 12%의 비율에 의한 금원을 지급하라는 청구의 소를 제기하였다.
- ② 그렇다면, 丙의 후소 중 전소의 변론종결일 다음날인 2020. 7. 2.부터 2020. 12. 31.까지의 지연손해금 청구는 전소의 대여금채권의 부존재 판단이 그 선결문제가 되므로 전소 확정판결의 기판력에 저촉된다. 따라서 후소 법원은 전소 확정판결과 모순되지 않게 청구를 기각하여야 한다.
- ③ 그러나 2020. 1. 1.부터 2020. 7. 1.까지의 지연손해금 청구는 전소의 소송물이 아니었고, 그 선결문제가 되는 것도 아니므로, 전소 확정판결의 기판력에 저촉되지 않는다. 따라서 후소 법원은 새로운 본안 판단을 하여야 하는데, 그 심리 결과 대여사실에 대한 증명이 되었다면, 후소 법원은 이 부분 청구는 인용하는 판결을 하여야 한다.

1) 대판 1976. 12. 14, 76다1488.