

제3회 변호사시험

제1문의 1

I. 문제 1.(10)

1. 결 론

甲의 丙에 대한 청구는 인용될 수 있다.

2. 큰 거

가. 甲과 乙의 X토지 소유 관계

2인 이상이 내부적으로는 각 하나의 부동산을 위치, 면적 등을 특정하여 구분하여 소유하기로 약정하면서 그 부동산에 관한 등기는 그들의 공유로 마친 경우를 이른바 ‘구분소유적 공유’라고 한다.¹⁾ 사안에서 甲은 乙에게서 X토지 중 일부를 위치와 면적을 특정하여 매수했으나 분할등기를 하지 않은 채 X토지 전체 면적에 대한 甲의 매수 부분의 면적 비율에 상응하는 지분소유권이전등기를 경료하였으므로, 토지의 위치와 면적을 특정하여 구분소유한다는 기본적 사실관계에 관한 합치가 있는 것으로 볼 수 있으므로 甲과 乙은 X토지에 대해 구분소유적 공유 관계에 있다.

나. 구분소유적 공유의 법률관계

구분소유적 공유 관계에 있는 당사자들은 서로 자신이 위치, 면적 등을 특정하여 소유하고 있는 부동산 중 상대방의 공유지분에 관하여 상대방에게 명의신탁을 하고 있는 것으로 보아야 한다. 당사자들의 이러한 관계를 ‘상호명의신탁’이라고 하는데(대판 2008.2.14. 2007다63690 참조),²⁾ ① 대내적으로는 특정 부분을 각자가 단독으로 소유하나, ② 대외적으로는 1필지 전체에 관하여 공유관계가 성립되고 공유자로서의 권리만을 주장할 수 있다(대판 1994.2.8. 93다42986).

다. 지상물에 대한 철거청구 없이 토지에 대한 인도청구가 가능한지 여부

사안에서 甲은 지상물인 천막 및 컨테이너의 철거청구 없이 토지에 대한 인도청구를 하고 있는 바, 지상물에 대한 철거의 집행권원을 얻기 전에는 토지의 인도집행은 불가능하다. 그러나 집행의

1) [관련판례] “i) 구분소유적 공유관계는 어떤 토지에 관하여 그 위치와 면적을 특정하여 여러 사람이 구분소유하기로 하는 약정이 있어야만 적법하게 성립할 수 있고, 공유자들 사이에 그 공유물을 분할하기로 약정하고 그 때부터 각자의 소유로 분할된 부분을 특정하여 각자 점유·사용하여 온 경우에도 구분소유적 공유관계가 성립할 수 있지만, 공유자들 사이에서 특정부분을 각각의 공유자들에게 배타적으로 귀속시키려는 의사의 합치가 이루어지지 아니한 경우에는 이러한 관계가 성립할 여지가 없다. [判例]는 분할 전 입자가 3필지로 분할되어 그 중 1필지의 입자에 대하여만 분할 전 공유자들 중 한 사람의 채권자에 대한 채권을 담보하기 위하여 지상권설정등기가 경료되고, 위 지상권설정등기를 보완하기 위하여 공유지분 확인서가 작성된 경우, 공유자들 사이에서 구분소유적 공유관계를 설정하기로 하는 의사의 합치가 있었다고 볼 수 없다고 하였다(대판 2005.4.29. 2004다71409) ii) 구분소유적 공유관계의 성립에 있어 1필지의 토지의 일부에 관한 특정 매매와 그에 대한 등기로서 공유지분이전등기를 마친 사실이 있으면 통상 각 구분소유 부분에 대한 상호명의신탁의 합치가 존재하는 것으로 볼 수 있을 것이지만, 그 경우에도 그 토지의 위치와 면적을 특정하여 매수함으로써 이를 구분소유한다고 하는 기본적 사실관계에 관해서는 서로 의사의 합치가 있어야만 한다”(1필지의 입자 대부분을 매도하면서 분할매매의 형식으로 매매계약을 체결하였으나 매수인의 대금 지급의무 불이행으로 그 중 일부분에 대한 계약이 해제된 사안에서, 그 계약 체결 당시 매도인과 매수인 사이에 구분소유적 공유관계의 설정에 관한 확정적인 의사의 합치와 설정행위가 있었다고 볼 수 없다고 한 사례)(대판 2009.3.26. 2008다44313)

2) 이는 부동산신탁법 제2조 제1호 단서 나목에 해당하여 동법이 적용되지 않으므로, 동법의 시행과 상관없이 유효하다.

2 변호사시험 사례형 기출해설

단계가 아닌 소송의 단계에서 지상물에 대한 철거청구 없이 토지에 대한 인도청구가 불가능한 것은 아니다.³⁾

라. 구분소유적 공유자 중 1인이 단독으로 토지 전체의 인도를 구할 수 있는지 여부

공유물에 대한 보존행위는 공유자 각자가 할 수 있다(민법 제265조 단서). 구분소유적 공유의 경우 대외적으로는 공유관계가 성립되므로 “제3자의 방해행위가 있는 경우에는 자기의 구분소유 부분뿐 아니라 전체토지에 대하여 공유물의 보존행위로서 그 배제를 구할 수 있다”(대판 1994.2.8. 93다42986).

따라서 사안에서 甲은 자기의 구분소유 부분뿐 아니라 X토지 전체에 대하여 丙에게 소유물반환 청구로써 인도청구를 할 수 있다(민법 제213조). 이에 대해 丙은 제213조 단서의 ‘점유할 권리’가 없으므로 甲의 丙에 대한 청구는 인용될 수 있다.

II. 문제 2의 1.(10)

1. 결 론

戊의 甲, 乙에 대한 소의 주관적 병합의 형태는 통상공동소송이다.

2. 근 거

가. 통상의 공동소송과 필수적 공동소송의 구별

소의 주관적 병합이란 당사자가 복수인 다수당사자소송을 말하는바,⁴⁾ 사안에서는 戊가 처음부터 甲, 乙을 공동피고로 제소하였으므로 원시적 공동소송만이 문제된다. 이러한 원시적 공동소송 중 소송목적이 공동소송인 모두에게 합일확정의 필요가 있는 소송이 필수적 공동소송인바, 필수적 공동소송에 해당되지 않으면 통상공동소송이다.⁵⁾

나. 공유관계소송에서 공동소송의 종류

공유자는 자유롭게 그 지분을 처분할 수 있고(민법 제263조), 보존행위는 각자가 할 수 있다(민법 제265조 단서). 判例는 이러한 규정을 근거로 공유관계소송은 대부분 통상공동소송으로 본다.⁶⁾

-
- 3) [관련판례] 직접적인 判例는 아니나, 예를 들어 判例는 순차로 경료된 소유권이전등기 중 후순위 등기에 대한 말소청구가 패소 확정되어 그 전순위 등기의 말소등기 실행이 불가능해진 경우에도, 그 전순위 등기의 말소를 구할 소의 이익이 있다고 보았다(대판 2008.6.12. 2007다36445). 즉, 승소판결 자체가 집행이 곤란한 사정이 있다고 하더라도 승소판결에 장애가 된다고 볼 수 없다.
- 4) 주관적 병합은 원시적 공동소송과 후발적 공동소송으로 나뉜다. ① 원시적 공동소송은 다시 통상공동소송과 필수적 공동소송으로, ② 후발적 공동소송은 보조참가, 공동소송참가, 공동소송적 보조참가, 독립당사자참가로 나뉜다.
- 5) ① 합일확정의 필요성뿐만 아니라 소송공동이 법률상 강제되는 경우를 ‘고유필수적 공동소송’(민소법 제67조)이라 한다. 이는 ‘실체법상 관리처분권’이 여러 사람에게 공동 귀속되는 경우에 행하여지므로 실체법상 이유에 의한 필수적 공동소송이라고 한다. ② 합일확정의 필요성은 있으나, 소송공동이 법률상 강제되지 않는 경우를 ‘유사필수적 공동소송’이라 한다. 이는 소송법상 판결의 효력이 제3자에게 미치는 경우, 공동소송인간의 판결의 모순·저축을 피하기 위하여 생긴 소송이므로 소송법상 이유에 의한 필수적 공동소송이라고 한다.
- 6) [관련판례] 判例는 ‘공유는 소유권이 지분의 형식으로 공존할 뿐 관리처분권이 공동귀속하는 것이 아님’을 내세우거나 또는 ‘보존행위를 근거로 삼아 공유관계소송에 대해 고유필수적 공동소송으로 보는 범위를 좁히고 있다. 즉, 공유물 전체에 대한 소유권확인청구(대판 1994.11.11. 94다35008), 공유물분할청구(대판 2003.12.12. 2003다44615), 공유토지 경계확정의 소(대판 2001.6.26. 2000다24207) 등을 제외하고는 원칙적으로 통상의 공동소송으로 본다.

다. 공유자에 대한 철거소송 및 공동점유자에 대한 인도청구의 경우 주관적 병합의 형태

1) 甲과 乙을 상대로 한 각 건물 철거소송의 형태(민법 제214조)

甲과 乙은 각자의 비용으로 건물을 신축하였으므로 보존등기 없이도 각기 그 건물을 원시취득한다(민법 제187조). 그렇다면 甲과 乙은 각기 그 건물철거의 단독피고가 될 수 있는바, 이 경우 실체법적으로 관리처분권이 공동으로 귀속되는 관계(고유필수적 공동소송)가 아니며, 또 판결의 효력이 확장되는 관계에 있는 것(유사필수적 공동소송)도 아니다. 그러므로 사안의 경우는 甲에 대해서는 甲소유의 건물철거를, 乙에 대해서는 乙소유의 건물철거를 단순병합하는 형태이므로 통상공동소송의 형태에 해당한다.

2) 甲과 乙을 상대로 한 X토지 전체 인도청구소송의 형태(민법 제213조)

① 통상공동소송으로 볼 경우 상반된 판결로 인해 집행불능이 될 수 있다는 점을 근거로 필수적 공동소송으로 보는 견해도 있으나, ② 통설·判例와 같이 “공동점유는 수인이 하나의 물건을 공동으로 사실상 지배하는 관계이므로, 공동점유자 각자는 그 점유물의 일부분씩만을 반환할 수는 없고, 그 점유물 전부에 대하여 반환하여야 함은 물론이나 그 점유물의 인도를 청구하는 경우에 그 공동점유자 각자에게 대하여 그 점유물의 인도를 청구하면 족하고, 반드시 그 공동점유자 전원을 상대로 하여야만 인도를 청구할 수 있다는 것이 법률상 요건은 아니”고, “공동점유물의 인도를 청구하는 경우 상반된 판결이 나는 때에는 사실상 인도청구의 목적을 달성할 수 없을 때가 있을 수 있으나 그와 같은 사실상 필요가 있다는 것만으로 그것을 필요적 공동소송이라고는 할 수 없는 것”(대판 1966.3.15. 65다2455)이라 보아 통상공동소송으로 보는 것이 타당하다.

사안에서 戊가 대외적으로 공유자인 甲과 乙에 대하여 각 건물 철거 및 X토지 인도를 청구하는 것은 통상공동소송으로 봄이 타당하다.

II. 문제 2의 2.(20)

1. 결 론

戊의 甲, 乙에 대한 각 건물의 철거 청구와 X토지 전체의 인도 청구는 인용될 수 없다.

2. 근 거

가. 戊의 청구원인과 甲, 乙의 항변사유

戊는 i) X토지 전체의 소유자이고(민법 제187조),⁷⁾ ii) 甲과 乙이 각 건물의 소유자로서 X토지를 점유하고 있으므로, 원칙적으로 戊는 甲과 乙에 대해 X토지의 반환(민법 제213조)과, 각 건물의 철거(민법 제214조)를 청구할 수 있다. 그러나 甲과 乙이 X토지를 ‘점유할 권리’가 있는 때에는

7) [관련판례] 구분소유적 공유관계에 있어서, 각 구분소유적 공유자가 자신의 권리를 타인에게 처분하는 경우 중에는 ① 구분소유의 목적인 특정 부분을 처분하면서 등기부상의 공유지분을 그 특정 부분에 대한 표상으로서 이전하는 경우와 ② 등기부의 기재대로 1필지 전체에 대한 진정한 공유지분으로서 처분하는 경우가 있을 수 있고, 이 중 전자의 경우에는 그 제3자에 대하여 구분소유적 공유관계가 승계되나, 후자의 경우에는 제3자가 그 부동산 전체에 대한 공유지분을 취득하고 구분소유적 공유관계는 소멸한다(대판 2008.2.15. 2006다68810, 68827). 사안은 후자에 속하는바, 甲과 乙의 X토지 전체에 대한 저장권 설정은 특정부분에 대한 처분이 아니라 공유지분 전체에 대한 처분으로, 甲과 乙은 X토지에 대해 상호명의신탁이 아닌 일반공유자로 저장권을 설정한 것이고, 戊는 저장권에 기한 경매를 통해 구분소유적 공유관계를 승계취득한 것이 아니라 X토지 전체에 대한 소유권을 취득한 것이다(민법 제187조).

4 변호사시험 사례형 기출해설

반환을 거부할 수 있는바(민법 제213조 단서), 사안에서는 민법 제366조의 법정지상권이 성립되는지 문제된다.

나. 甲, 乙의 법정지상권 취득 여부

1) 민법 제366조 법정지상권의 성립요건

법정지상권이 성립하기 위해서는 i) 저당권설정 당시부터 건물이 존재할 것, ii) (저당권이 설정될 당시) 토지와 건물의 소유자가 동일할 것, iii) 토지나 건물 중 적어도 어느 하나에 저당권이 설정될 것, iv) 경매로 인해 건물과 토지에 대한 소유자가 분리될 것을 요한다(민법 제366조). 사안에서는 iii) X토지에 저당권이 설정되었고, iv) 저당권 실행 경매로 인해 X토지의 소유권이 戊에게 이전되어 건물과 토지에 대한 소유자가 분리된 바, 이하에서는 i), ii) 요건을 충족했는지 검토한다.

2) 저당권 설정 당시부터 건물이 존재했는지 여부

“민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물이 경매로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 건물의 소유자를 위하여 발생하는 것으로서, 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물을 건축중이었던 경우 그것이 사회관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물의 규모·종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있었고, 그 후 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추면 법정지상권이 성립하며, 그 건물이 미등기라 하더라도 법정지상권의 성립에는 아무런 지장이 없는 것이다”(대판 2004.6.11. 2004다13533).

사안에서 저당권 설정 당시 이미 각 건물의 1층 바닥의 기초공사를 마치고 건물의 벽과 지붕을 건축하던 중이었으므로 건물의 규모·종류가 외형상 예상할 수 있는 정도였고, 그 후 저당권 실행 경매 전에 건물이 완공되었으므로 위 判例의 요건을 충족한 것으로 판단된다.

3) X토지와 각 건물의 소유자가 동일했는지 여부

“공유로 등기된 토지의 소유관계가 구분소유적 공유관계에 있는 경우에는 공유자 중 1인이 소유하고 있는 건물과 그 대지는 다른 공유자와의 내부관계에 있어서는 그 공유자의 단독소유로 되었다 할 것이므로, 건물을 소유하고 있는 공유자가 그 건물 또는 토지지분에 대하여 저당권을 설정하였다가 그 후 저당권의 실행으로 소유자가 달라지게 되면 건물 소유자는 그 건물의 소유를 위한 법정지상권을 취득하게 되며, 이는 구분소유적 공유관계에 있는 토지의 공유자들이 그 토지 위에 각자 독자적으로 별개의 건물을 소유하면서 그 토지 전체에 대하여 저당권을 설정하였다가 그 저당권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우에도 마찬가지라 할 것이다”(대판 2004.6.11. 2004다13533).

이상에서 살펴보았듯 甲과 乙은 모든 요건을 충족하여 각각 건물을 위한 민법 제366조의 법정지상권을 취득한다. 따라서 甲과 乙은 각 건물을 소유하기 위해 X토지를 점유할 권리가 인정되는 것이므로 戊의 청구는 모두 인용될 수 없다(민법 제213조 단서).

2013년도 10월 제3차 법전협 변호사시험 모의시험

제1문

I. 제1문의 1.(10)

1. 결 론

乙이 자백 철회의 요건을 입증하여 갑제1호증의 진정성립에 관한 자백이 적법하게 철회된다면, 갑제1호증의 제출자인 甲 등이 그 진정성립을 증명할 책임을 지게 될 것이나, 乙이 자백 철회의 요건을 입증하지 못할 경우 법원으로서 갑제1호증의 형식적 진정성립을 인정하게 되고 따라서 실질적 증거력을 살필 수 있게 되어 법원은 이를 증거로 삼을 수 있게 된다.

2. 논 거

가. 답변서 제출의 효과

우선 乙은 청구기각을 구하는 답변서를 제출하였으므로 법원은 무변론 판결선고를 할 수 없고(민사소송법 제257조 1항 본문; 이하 민소법이라 한다), 최단 기간 안에 제1회 변론기일을 정하여야 한다.

나. 변론준비기일의 불출석의 효과

1) 진술간주

한쪽 당사자가 변론기일에 불출석한 경우 그가 제출한 답변서에 기재한 사항을 진술한 것으로 간주하고 출석한 상대방에 대하여 변론을 명할 수 있다(민소법 제148조 1항).

2) 재판상 자백의 성립여부

이에 따라 갑제1호증의 진정성립을 인정하는 진술이 포함된 乙의 답변서가 진술간주됨으로써 갑제1호증의 진정성립에 대한 자백이 이루어진 것으로 볼 수 있는지 문제된다(민소법 제286조, 제148조 1항). 재판상 자백은 주요사실에 대하여 인정되는 것이 원칙이고, 간접사실이나 보조사실에 대하여는 적용되지 않기 때문이다. 다만, 判例는 서증의 진정성립 여부는 보조사실이지만, 상대방이 이를 인정할 경우 예외적으로 재판상 자백이 성립된 것과 마찬가지로 자백의 구속력을 인정하고 있다(대판 1988.12.20. 88다카3083). 따라서 判例의 태도와 같이 乙의 성립의 진정 부분은 진술간주에 의하여 재판상 자백이 된다고 보아야 한다.

다. 제1회 변론기일에서의 자백철회(재판상 자백의 철회 제한과 예외)

자백과 같은 여효적 소송행위는 법원의 행위가 개입되지 않고 직접 소송상 효력이 발생하므로, 절차의 안정과 상대방의 신뢰보호를 위해 원칙적으로 철회할 수 없다. 다만, 예외적으로 i) 민소법 제451조 1항 5호의 재심사유가 있거나, ii) 자백을 취소하고 이에 대해 상대방이 이의를 제기함이 없이 동의하거나, iii) 자백이 진실에 반하고 착오로 인한 것일 때(민소법 제288조 단서)에는 철회할 수 있다. iv) 소송대리인의 자백을 당사자가 경정하는 것도 가능하다(민소법 제94조).

II. 제1문의 2.(20)

1. 결 론

가. 설문 가.

법원은 丙의 보조참가신청에 대하여 각하하고, 丁의 보조참가신청은 소송절차를 현저히 지연시키는 것으로 판단되지 않는 한 허가하여야 할 것이다.

나. 설문 나.

丁의 참가승계신청에 대해서는 요건이 흠결되었으므로 법원은 판결로서 각하하여야 한다.

2. 丙과 丁이 보조참가신청을 한 경우

가. 보조참가의 요건

보조참가의 요건으로는 i) 타인간의 '소송이 계속 중' 일 것, ii) 참가이유로 '소송결과에 이해관계'가 있을 것, iii) '소송절차를 현저히 지연' 시키지 않을 것, iv) 소송행위의 유효요건을 갖추 것이 필요하다(민소법 제71조).

나. 소송결과에 이해관계가 있을 것

1) 판 례

判例는 기본적으로 판결주문에서 판단되는 소송물인 권리관계의 존부에 의하여 참가인의 법적 지위가 직접적으로 영향을 받는 경우에 한하여 참가이유를 인정하는 입장이다(대판 2007.4.26. 2005다 19256).

2) 사안의 경우

① 丙은 乙에 대한 채권(소유권이전등기청구권)을 가진 자에 불과한 甲 등에 우선하여 지당권설정등기를 취득한 자로서 특별한 사정이 없는 한 甲 등-乙간 소송결과 여하에 따라 어떠한 법적 불이익을 받을 지위에 있지 아니하므로, 소송결과에 법률상 이해관계를 가진 자로 볼 수 없다.

② 甲 등과 乙간의 소송에서 甲이 승소하여 소유권이전등기를 마칠 경우 乙의 丁에 대한 소유권이전등기 의무는 이행불능 상태에 이르게 되는데, 丁이 제기하는 소유권 이전등기청구소송에서 乙이 위와 같은 이행불능의 항변을 한다면 丁은 청구기각판결을 받게 될 지위에 있으므로, 丁은 甲등과 乙간 소송결과에 법률상 이해관계가 있는 것으로 볼 수 있다.

3. 丁이 참가승계신청을 한 경우

가. 참가승계의 요건

참가승계란 소송계속 중 소송의 목적인 권리·의무의 전부나 일부의 승계인이 독립당사자참가신청의 방식으로 스스로 참가하여 새로운 당사자가 되는 것을 의미한다(민사소송법 제81조).¹⁾

1) 참가승계는 보통 권리를 승계한 3자가 하지만, 채무를 승계한 자라도 자기가 승소할 수 있다고 생각되면 자발적인 참가를 바랄 것이므로, 1990년 개정 법률에서 채무승계인까지도 참가신청을 할 수 있도록 하였다.

1) 타인간의 소송이 계속 중일 것

참가승계는 사실심 변론종결 전에 한하여 할 수 있고 상고심에서는 할 수 없다.

2) 소송목적인 권리 또는 의무의 전부 또는 일부를 승계한 자

여기서 소송목적인 권리의무의 승계라 함은 소송물인 권리관계 자체가 제3자에게 특정적으로 승계된 경우뿐만 아니라 소송물인 권리관계의 목적물건, 즉 계쟁물의 양도를 포함하는데, 민사소송법 제81조의 참가승계인은 제218조의 변론종결 후 승계인에 준하여 취급하여야 하므로 구소송물 이론에 입각한 判例에 의할 때, 채권적 청구권에 기한 소송 중 계쟁물을 취득한 자는 승계인에 포함되지 않는다.

나. 사안의 경우

丁은 甲 등과 乙간의 채권적 청구권에 기한 소송의 계쟁물에 관하여 매매계약을 체결하였을 뿐 X토지를 취득한 상태가 아니므로, 甲 등과 乙간 소송의 소송물(계쟁물)의 승계인으로서 甲 등과 乙간의 소송에 당사자로 참가할 이익(승계인 적격)이 없다. 따라서 승계참가신청은 실질적으로 소의 제기에 해당하므로 법원은 참가요건을 직권으로 심리하여 요건흡결이 있는 것으로 판단되면 판결로써 각하하여야 한다.

Ⅲ. 제1문의 3.(10)

1. 결 론

判例의 태도에 따르면 설문의 경우 전소의 소송물이 채권적 청구권에 불과한 이상 丁에 대하여는 기판력(집행력)이 미치지 않는다고 볼 것이므로, 甲 등은 전소 확정판결을 집행권원으로 하여 丁에 대하여 소유권이전등기를 강제집행할 수 없다.

2. 논 거

가. 기판력의 의의 및 발생여부

기판력이란 확정된 중국판결의 내용이 가지는 후소에 대한 구속력을 말한다. 판결의 기판력이 발생하기 위해서는 중국판결로서 확정되어야 하며, 유효한 판결이어야 한다. 무효인 판결은 판결의 내용적 효력인 기판력이 발생하지 않는다. 설문의 경우, 전소 판결이 항소기간이 경과함으로써 확정되었고(민소법 제498조), 기타 판결이 무효인 사정이 없으므로 기판력이 발생한다.

나. 기판력의 주관적 범위

1) 기판력의 상대성 원칙과 확장

기판력은 당사자에게만 미치고 제3자에게는 미치지 않는 것이 원칙이다(기판력의 상대성의 원칙). 다만 분쟁해결의 실효성을 위해 당사자 외에 제3자에게 기판력이 미치는 경우가 있는데, 이는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한한다.

2) 변론종결 뒤의 승계인

변론종결한 뒤에 소송물인 권리관계에 관한 지위를 당사자로부터 승계한 제3자는 당사자 간에

내린 판결의 기판력을 받는다(민소법 제218조 1항). 그렇지 않으면 기판력 있는 판결을 무력화시키고, 승소당사자의 지위를 붕괴시킬 수 있기 때문이다.

가) 소송물인 권리의무의 승계인

변론이 종결된 뒤의 소송당사자로부터 소송물 자체를 승계한 자가 승계인이라는 데에는 다툼의 여지가 없다. 이때 소송물의 채권·물권 여부를 불문하고 여기의 승계인에 포함된다. 설문의 경우, 丁은 乙로부터 소송물인 소유권이전등기채무 자체를 승계한 것이 아니므로 소송물 자체를 승계한 것은 아니다.

나) 계쟁물의 당사자적격을 이전받은 자

소송물 자체를 승계한 자는 아니나, 계쟁물에 관한 당사자적격을 승계받은 자도 예외적으로 승계인이 된다(적격승계설). 설문의 경우, 丁은 乙로부터 X토지의 소유권을 이전받았으므로 계쟁물을 승계 받은 것이다. 이때 계쟁물을 승계한 丁이 변론종결 뒤의 ‘승계인’에 해당하는지와 관련하여 소송물의 채권적 청구권과 물권적 청구권을 구별할지 여부가 문제된다.

소송물이론에 관한 구실체법설의 입장을 취하는 判例는 소송물인 청구권의 실체법적 성질을 ‘승계인’의 범위에 반영한다. 즉 “전소의 소송물이 채권적 청구권인 소유권이전등기청구권일 때에는 전소의 변론종결 후에 전소의 피고인 채무자로부터 소유권이전등기를 경료받은 자는 전소의 기판력이 미치는 변론종결 후의 제3자에 해당한다고 할 수 없다”(대판 1993.2.12. 92다25151)²⁾라고 하여 전소 소송물이 물권적 청구권인 경우만 ‘승계인’에 포함된다는 입장이다.

2) [학설] 등기에 관하여 성립요건주의를 취하고 있는 현행법상 丁은 소유권을 취득하여 甲에게 대항할 수 있는 고유한 방어방법을 갖추고 있으므로 변론종결 후의 승계인에 해당하는 것으로 볼 수 없다는 견해도 있다.

제1회 진도별 모의고사

제3문

출제 point

설문 1. 법원사무관 승진시험 기출 변형(대판 2003.11.13, 2003다39989 ; 대판 1998.2.13, 97다6711 판례 사안) ; 설문 2. 사법연수원 문제 변형(대판 1996.10.29, 96다23207 등 판례 변형) ; 설문 3. 법무부 주관 2011년도 변호사시험 모의문제 출제변형 <핵심쟁점> 설문 1. 저당권이 설정된 부동산이 사해행위로 양도된 후 저당권이 소멸한 경우, 일부 저당권만이 소멸한 경우 ; 설문 2. 피보전권리의 성립시기, 약의 수익자가 선의의 전득자에게 근저당권을 설정해 준 경우 ; 설문 3. 채권자의 통지 후 채무자의 처분 제한과 제3채무자의 항변권

설문 1.

I. 2003. 3.자 매매계약이 甲과 乙에 대한 관계에서 사해행위에 해당하는지 여부⁽¹⁵⁾ - 설문 (1)

1. 대물변제의 사해행위성

“채무초과의 상태에 있는 채무자가 적극재산을 채권자 중 일부에게 대물변제조로 양도하는 행위는 채무자가 특정 채권자에게 채무 본지에 따른 변제를 하는 경우와는 달리 원칙적으로 다른 채권자들에 대한 관계에서 사해행위가 될 수 있다”(대판 2010.9.30. 2007다2718).¹⁾

2. 채무자가 양도한 부동산에 이미 담보물권이 설정되어 있는 경우

判例에 따르면 “채무자가 양도한 목적물에 담보권이 설정되어 있는 경우라면 그 목적물 중에서 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산은 피담보채권액을 공제한 나머지 부분만이라 할 것이고, 그 피담보채권이 목적물의 가격을 초과하고 있는 때에는 당해 목적물의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없는바, 여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우에 채권최고액이 아니라 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액이다”(대판 2003.11.13, 2003다39989 등)라고 한다.

3. 사안의 경우

甲의 2003. 1.자 채권은 저당권이 설정되어 있고 저당권의 목적물인 X부동산의 가액(1억 원)이 피담보채권액(4,000만 원)을 초과하므로 이 범위 내에서는 2003. 3.자 매매계약이 사해행위에 해당하지 않는다. 반면, 甲의 2003. 2.자 채권 역시 저당권이 설정되어 있으나, 저당권의 목적물인 Y부동

1) 변제는 사실행위이지만, 대물변제는 계약인 점에서 변제와 같이 판단할 수는 없다. 즉, 判例에 따르면 변제는 원칙적으로 사해행위가 부정되며, 예외적으로 특정채권자와 통모하여 변제한 경우 사해행위성을 인정하고 있는바, 대물변제는 채무자와 특정채권자와의 계약이므로 통모하여 변제한 것과 마찬가지로 볼 수 있기 때문이다. 그러나 우선변제권 있는 채권자에 대한 대물변제의 제공행위는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권자들의 이익을 해한다고 볼 수 없어 사해행위가 되지 않는다(대판 2008.2.14. 2006다33357).

10 민사법 진도별 모의시험

산의 가액(5,000만 원)이 피담보채권액(1억 2,000만 원)에 미치지 못하므로 甲의 2003. 2.자 채권 중 Y부동산의 가액을 초과하는 부분(7,000만원=(피담보채권액 1억 2,000만원-Y부동산의 시가 5,000만원))에 관해서는 甲은 일반채권자이다. 乙 또한 2012. 12. A에게 4,500만원을 대여한 일반채권자이다.

그리고 채권자를 해한다 함은 채무자의 재산행위로 그의 일반재산이 감소하여 '채권의 공동담보에 부족'이 생기게 되는 것, 즉 채무초과상태에 이르거나 이미 이른 채무초과상태가 심화되어야 한다(즉, 채무자의 무자력). 이는 사실심변론종결시까지 유지되어야 한다(대판 2007.11.29, 2007다54849 참고). 이들 일반채권자의 관계에서 보면 2003. 3.자 매매계약 당시 적극재산(공동담보)의 가액은 6,000만원(X부동산 시가 1억-피담보채권액 4,000만원)이고 소극재산의 가액은 1억 1,500만원(7,000만원+4,500만원)이므로 소극재산이 적극재산을 초과한 상태이었다.²⁾

결국, 2003. 3.자 매매계약은 이미 채무초과상태에 있는 A가 자신의 유일한 재산인 X부동산을 대물변제한 행위로서 甲과 乙과의 관계에서 사해행위에 해당한다.

II. 원상회복의 방법과 범위⁽¹⁵⁾ - 설문(2)

1. 원상회복의 방법

가. 원 칙

원상회복은 원칙적으로 그 목적물의 반환을 청구하여야 한다.

나. 예 외

i) 원물반환이 불가능하거나, ii) 현저히 곤란한 경우에는 예외적으로 원물반환에 갈음하여 가액반환이 허용된다.

저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 사해행위가 이루어진 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서만 성립한다고 보아야 하므로, 사해행위 후 변제 등에 의하여 저당권설정등기가 말소된 경우, 사해행위를 취소하여 그 부동산의 자체의 회복을 명하는 것은 당초 일반채권자들의 공동담보로 되어 있지 아니하던 부분까지 회복을 명하는 것이 되어 공평에 반하는 결과가 되므로, 그 부동산의 가액에서 저당권의 피담보채무액을 공제한 잔액의 한도에서 사해행위를 취소하고 그 가액의 배상을 구할 수 있을 뿐이고, 그와 같은 가액산정은 사실심 변론종결시를 기준으로 하여야 한다(대판 1999.9.7, 98다41490). 따라서, 사안의 경우 역시 가액의 배상을 구하여야 한다.

2. 취소(원상회복)의 범위

사해행위 취소의 범위는 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백하거나 목적물이 불가분인 경우와

2) “사해행위취소의 요건으로서의 무자력이란 채무자의 변제자력이 없음을 뜻하는 것이고 특히 임의 변제를 기대할 수 없는 경우에는 강제집행을 통한 변제가 고려되어야 하므로, 소극재산이든 적극재산이든 위와 같은 목적에 부합할 수 있는 재산인지 여부가 변제자력 유무 판단의 중요한 고려요소가 되어야 하는데, 채무자의 소극재산은 실질적으로 변제의무를 지는 채무를 기준으로 하여야 할 것이므로 처분행위 당시에 가집행되고 있는 판결상의 채무가 존재하고 있었다고 하더라도 그것이 나중에 상급심의 판결에 의하여 감액된 경우에는 그 감액된 판결상의 채무만이 소극재산이라 할 것이고, 한편 채무자의 적극재산을 산정함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 재산적 가치가 없어 채권의 공동담보로서의 역할을 할 수 없는 재산은 제외하여야 할 것이고, 특히 그 재산이 채권인 경우에는 그것이 용이하게 변제를 받을 수 있는 것인지 여부를 합리적으로 판정하여 그것이 공정되는 경우에 한하여 적극재산에 포함시켜야 한다”(대판 2006.2.10, 2004다2564).

같이 특별한 사정이 없는 한 취소채권자의 채권액을 한도로 한다(대판1997.9.9, 97다10864). 다만 사해 행위 이후 사실심 변론종결시까지 발생한 이자나 지연손해금이 포함된다(대판 2003.7.11, 2003다19572).

그렇다면, 사해행위 취소 범위는 사해행위가 성립한 범위(부동산의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위)내에서 다시 각 취소채권자의 채권액을 한도로 하여 취소할 수 있다.

이 사안의 경우에 보면, 사해행위가 성립한 범위인 6,000만원(=X부동산의 시가 1억 원-피담보채권 4,000만원) 내에서 다시 i) 甲은 일반채권액 7,000만원(=피담보채권액 1억 2,000만원-X부동산 시가 5,000만원)을 한도로 ii) 乙은 일반채권액 4,500만원을 한도로 취소할 수 있는바, 결국 甲은 6,000만원 까지, 乙은 4,500만원까지 가액반환을 구할 수 있다.

이 때 법원은 수익자가 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다(대판 2008.4.24. 2007다84352).³⁾

Ⅲ. 2003. 3.자 매매계약이 있기 전에 X부동산에 관하여 C명의의 피담보채권 3,000만원의 선순위 근저당권이 설정되어 있었던 경우 丙이 반환하여야 하는 가액배상액⁽¹⁰⁾ - 설문 (3)

1. 사해행위의 목적인 부동산에 수개의 저당권이 설정되어 있다가 사해행위 후 그 중 일부 저당권만이 말소된 경우

사해행위의 목적인 부동산에 수개의 저당권이 설정되어 있다가 사해행위 후 그 중 일부 저당권만이 말소된 경우에도 사해행위의 취소에 따른 원상회복은 가액배상의 방법에 의할 수밖에 없을 것이고, 그 경우 배상하여야 할 가액은 사해행위 취소시인 사실심 변론종결시를 기준으로 하여 그 부동산의 가액에서 말소된 저당권의 피담보채권액과 말소되지 아니한 저당권의 피담보채권액을 모두 공제하여 산정하여야 한다(대판 1998.2.13, 97다6711). 이는 담보목적물의 가액에서 말소된 저당권의 피담보채권액 외에도 말소되지 아니한 저당권의 피담보채권액까지 제하고 남은 부분이 공동담보로 제공된 것이고, 공동담보의 범위 내에서만 사해행위가 성립하기 때문이다.

2. 사안의 경우

따라서, 甲은 사해행위가 성립한 범위인 3,000만원(X부동산의 시가 1억 원-제1저당권 피담보채권 4,000만원-제2저당권 피담보채권 3,000만원) 내에서 그 일반채권인 7,000만원을 한도로 반환청구를 할 수 있는 바, 결국 丙은 甲에게 3,000만원을 가액배상하여야 한다.

3) “여러 명의 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기하여 여러 개의 소송이 계속중인 경우에는 각 소송에서 채권자의 청구에 따라 사해행위의 취소 및 원상회복을 명하는 판결을 선고하여야 하고, 수익자(전득자를 포함한다)가 가액배상을 하여야 할 경우에도 수익자가 반환하여야 할 가액을 채권자의 채권액에 비례하여 채권자별로 안분한 범위 내에서 반환을 명할 것이 아니라, 수익자가 반환하여야 할 가액 범위 내에서 각 채권자의 피보전채권액 전액의 반환을 명하여야 한다”

| 쟁점구조 |

■ 채권자취소의 소를 제기한 경우 전형적 목차구조

I. 적법요건 충족 여부...소각하

1. 피고적격

‘상대적 무효설’에 따르면 악의인 수익자 혹은 전득자만이 피고가 되며, 채무자는 피고적격이 없다.

2. 제소기간

채권자취소의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다(제406조 2항).

II. 본안요건(채권자취소권 발생여부 ; 보, 사, 사)…청구기각

채권자취소권의 요건으로서 ① 객관적 요건으로는 i) (금전)채권이 사해행위 이전에 발생하여야 하고(피보전채권), ii) 채권자를 해하는 재산권을 목적으로 하는 법률행위가 있어야 하며(사해행위), ② 주관적 요건으로는 채무자 및 수익자(또는 전득자)의 사해의사가 있어야 한다(제406조).

III. 취소권행사의 효과

1. 원상회복의 방법

원칙적으로 원물반환, 예외적 가액반환(① 원물반환이 불가능하거나, ② 현저히 곤란한 경우)

(1) **저당권부 부동산이 사해행위로 양도된 후 수익자(양수인)의 변제에 의하여 저당권이 소멸한 경우**(가액반환)

(2) **선의의 전득자가 저당권을 취득한 경우**(원물반환과 가액반환 선택적 행사가능)

(3) **이혼에 의한 재산분할의 경우**(원물반환과 가액반환 선택적 행사가능)

2. 취소의 범위

원칙적으로 사해행위당시 채권자의 채권액, 예외적 전부취소가능(① 다른 채권자가 배당요구를 할 것이 명백한 사정이 있는 경우, ② 목적물이 불가분인 경우)

※ 설문 1.

*기본적인 설문의 구조는 다음과 같습니다.

사해행위가 되는지는 처분행위 당시를 기준으로 판단⇒소극재산이 적극재산을 초과한 상태에서의 대물 변제는 원칙적으로 사해행위가 됨(판례)⇒그런데 채권자취소권을 행사하는 채권자가 그 채권에 대해 담보권을 갖는지 여부에 따라 사해행위 성립에 차이⇒일반채권자인 乙에 대한 관계 고찰⇒저당권자인 甲에 대한 관계 고찰

*세부적으로는 다음과 같은 판단을 거칩니다.

(1) 담보물의 가치가 채권자의 채권액을 초과하는 경우

담보목적물이나 다른 재산의 처분은 담보채권자에 대한 관계에서는 사해행위가 되지 않으나(이는 우선변제권을 가지기 때문임), 일반채권자에 대한 관계에서는 사해행위가 될 수 있습니다(이는 담보목적물이라도 위 초과하는 부분은 일반채권자들의 공동담보이기 때문)

(2) 담보물의 가치가 채권자의 채권액에 미달한 경우

담보목적물의 처분은 담보채권자에게는 일반채권자에게는 사해행위가 되지 않으나, 담보목적물 이외의 다른 재산의 처분은 담보채권자나 (그 미달하는 부분에 대해서는 일반채권자의 지위에 있으므로) 일반채권자 모두에게 사해행위가 될 수 있습니다.

*따라서 사안에서 甲은 비록 2003.2.자 1억2,000만원 채권에 대해 Y부동산에 관하여 저당권을 가지고 있으나 담보물의 가치가 채권액에 미달하는 경우이므로, 甲은 Y부동산에 대한 처분이 아닌 다른 재산 X부동산의 처분에 대해 일반채권자의 지위로서 접근하게 된다는 점을 놓치면 안됩니다. 다음의 판례도 참고하시기 바랍니다.

“주채무자 또는 제3자 소유의 부동산에 대하여 채권자 앞으로 근저당권이 설정되어 있고, 그 부동산의 가액 및 채권최고액(가액 및 채권최고액 모두를 초과해야 한다)이 당해 채무액을 초과하여 채무 전액에 대하여 채권자에게 우선변제권이 확보되어 있다면, 그 범위 내에서는 채무자의 재산처분행위는 채권자를 해하지 아니하므로 연대보증인이 비록 유일한 재산을 처분하는 법률행위를 하더라도 채권자에 대하여 사해행위가 성립되지 않는다고 보아야 할 것이고, 당해 채무액이 그 부동산의 가액 및 채권최고액을 초과하는 경우에는 그 담보물로부터 우선변제받을 액을 공제한 나머지 채권액에 대하여만 채권자취소권이 인정된다고 할 것이며, 피보전채권의 존재와 그 범위는 채권자취소권 행사의 한 요건에 해당된다고 할 것이므로 이 경우 채권자취소권을 행사하는 채권자로서는 그 담보권의 존재에도 불구하고 자신이 주장하는 피보전채권이 그 우선변제권 범위 밖에 있다는 점을 주장·입증하여야 한다”(대판 2002.11.8. 2002다41589)

※ 사해행위에 해당하는 범위**(1) 채무자의 재산상의 법률행위가 전채로서 사해행위가 되는 경우**

목적물 전체가 채무자의 책임재산인 경우에는 법률행위 전체가 사해행위가 된다. 예를 들어 5,000만원의 채무를 부담하고 있는 채무자가 시가 1억원 상당의 유일한 재산을 증여한 경우, 5,000만원의 범위에서만 사해행위가 성립하는 것이 아니다. 재산 전체가 일반채권자들의 공동담보에 속해 있었기 때문에 증여계약 전체가 사해행위에 해당하고, 다만 취소의 범위가 문제될 뿐이다.

(2) 법률행위 중 일부가 사해행위에 해당하는 경우

즉 목적물 일부가 채무자의 책임재산에 속하지 않는 경우에는 책임재산에 범위에 속하는 부분에 한하여 사해행위로 취소할 수 있다. 예를 들어 i) 이혼에 따른 재산분할약정이 상당성을 초과한 경우에는 재산분할로서 상당한 범위를 넘는 부분에 관하여만 사해행위가 성립하고(대판 2000.9.29 2000다25569), ii) 다른 사람의 저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 양도된 경우 그 저당권에 의하여 우선변제권이 확보된 부분을 제외한 나머지 부분에 관하여만 사해행위가 성립하며(대판 2001.10.9. 2000다42618), iii) 채무자가 사해행위에 의하여 비로소 채무초과상태에 이르게 되었는데 그 사해행위가 가분적인 경우에는 소극재산이 적극재산을 넘게 되는 부분에 한하여 사해행위가 성립(대판 2010.8.19. 2010다36209)하므로 그 범위내에서만 취소할 수 있다. 예를 들어 소극재산 1억 원, 적극재산 2억 원인 채무자 甲이 새롭게 乙의 丙에 대한 2억 원의 채무를 연대보증하여 소극재산 3억 원, 적극재산 2억 원이 된 경우, 甲의 丙에 대한 2억 원의 연대보증 중 소극재산이 적극재산을 넘게 되는 1억원 부분에 한하여 사해행위가 성립하는 것이다. 따라서 채권자는 그 부분만을 자기의 채권액을 한도로 취소할 수 있다.