

제62회 변리사 2차 민사소송법 시험 기출문제 분석

생명의 서

유치환

나의 지식(知識)이 독한 삶의 회의(懷疑)를 구하지 못하고
내 또한 삶의 애증(愛憎)을 다 짐지지 못하여
병든 나무처럼 생명이 부대길 때
저 떠나면 아라비아의 사막으로 나는 가자.

거기는 한 번 뜬 백일(白日)이 불사신 같이 작열(芍熱)하고
일체가 모래 속에 사멸한 영겁의 허적(虛寂)에
오직 알라의 신(神)만이
밤마다 고민하고 방황하는 열사(熱沙)의 끝

그 열렬한 고독(孤獨) 가운데
옷자락을 나부끼고 호올로 서면
운명처럼 반드시 '나'와 대면(對面)케 될지니
하여 '나'란 나의 생명이란
그 원시의 본연한 자태를 다시 배우지 못하거든
차라리 나는 어느 사구(沙丘)에 회환 없는 백골로 쫓이리라.

-제62회 변리사 민사소송법 기출문제 분석과 총평-

최영덕

수험생 여러분 시험보시느라 수고 많았습니다.

늦은 인사는 우리 변리사스쿨의 일정상 8월 2일 강평과 설명회를 한다는 알림이 있어 그에 맞추느라 그렇게 되었습니다.

간단히 지난 1년간 여러분과 민사소송법 2차 시험을 함께 준비한 강사로서 제62회 민사소송법 사례문제에 대한 평가(?) 혹은 소회를 말씀드립니다.

시험이 끝나고 몇몇 수험생으로부터 시험에 대한 난이도가 중상은 된다는 언급 내지 주장이 있었는데 사실 그러한 가는 생각이 많이 달랐지만, 시험을 바로 마친 수험생들에게 ‘우리가 다 풀었던 문제인데 왜 어려웠나? 쉽던데’라는 핀잔을 주기에는 제가 그렇게 독한 사람이 아닌 듯 합니다.

강사의 입장에서 문제의 난이도는 중하(中)에 해당한다고 보지만, 수험생 여러분의 체감은 이보다는 어렸을 것으로 봅니다. 예를 [문제-3]의 지문이 길어서 난해하다고 느낄 수는 있겠다고 생각합니다. 그러나 그것도 제 사례집이나 GS문제를 풀어보신 수험생이라면 익숙하여야 한다는 제의 고언(?)을 생각해 주시기 바라며, 사실 [문제-3] 사실 난이도는 어렵지 않았다고 봅니다. 나머지 문제 역시 이미 익숙한 문제이며 최신판례도 출제되었는데 이미 문제화된 판례라서 별도의 언급은 하지 않겠습니다.

이번 기출문제의 가장 특징은 지난 몇 개월간 수차례 수험생 여러분에 말씀드린 바와 같이 이미 주지하고 예상가능한 부분인 당사자 관련 문제가 보복적으로 많이 출제되었다는 점입니다. 여러분에 절대적으로(ㅎㅎ) 도움이 되었을 것을 자랑하고 싶습니다, 다만 증거법의 문제는 반대로 전혀 출제되지 아니한 것은 역시 기출문제의 분석이 필요하다는 반증이라고 봅니다

답안의 구성은 우선 요지와 유사문제만 기재하여 아래에 드리도록 하고 구체적이고 세부적인 해설과 평가는 8월 2일에 하도록 하겠습니다.

결론적으로 지난 6개월간 함께 하였던 동일한 문제는 4문제가, 유사한 문제는 5문제가 출제되었다는 것을 말씀드리며 앞으로의 공부방법에 대하여는 8월 2일에 얼굴을 보고 진지하면서도 웃으면서 말씀드리도록 하겠습니다.

더운 여름 열사의 사막에서도

무엇보다 건강챙기세요.

【 문제-1 】 (30점)

甲은 A로부터 X 토지(이하 ‘이 사건 대지’라 한다)에 대한 소유권을 취득하였는데, 그 이전부터 乙이 위 지상에 Y 건물을 소유하고 있었다. 그 후 甲과 乙 사이에는 위 건물의 소유를 목적으로 이 사건 대지에 대하여 임대차계약을 체결하였다. (다음 각 물음은 독립적이다.)

- (1) 이 사건 대지의 임대차 기간이 종료하여 乙이 계약의 갱신을 청구하였으나, 甲은 계약의 갱신을 원하지 않는다. 甲이 임대차 기간 종료를 원인으로 위 건물의 철거 및 이 사건 대지의 인도를 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 乙이 이 사건 변론에서 甲에게 상당한 가액으로 위 건물을 매수할 것을 청구하였다. 법원은 甲과 乙 사이에는 위 건물에 대하여 시가 상당액을 대금으로 하는 매매가 이루어졌다고 판단하였다. 이 경우에 법원은 甲의 청구에 대하여 어떠한 판결을 하여야 하는지를 검토하시오. (10점)
- (2) 甲은 乙을 상대로 Y 건물의 철거청구 소송을 진행하던 중 乙로부터 이 건물의 소유권을 이전받은 丙을 인수승계 신청하면서 丙에 대하여는 소유권이전 등기를 말소하라는 소를 제기하였다. 이 경우에 법원은 甲의 인수승계 신청에 대하여 어떠한 결정을 하여야 하는지를 검토하시오. (10점)
- (3) 甲이 乙을 상대로 이 사건 대지의 인도를 구하는 소(이하 ‘전소’라 한다)를 제기하여 승소판결을 받아 위 판결이 확정되었다. 그 후 甲이 乙을 상대로 Y 건물에 관한 철거청구의 소(이하 ‘후소’라 한다)를 제기하였는데, 후소에서 乙이 전소의 변론종결일 전부터 존재하던 건물소유 목적의 이 사건 대지 임차권에 기하여 건물매수청구권을 행사하였다. 이에 대하여 甲은 전소의 기판력에 저촉된다고 주장하였다. 이 경우에 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지를 검토하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여--기초gs 3회 동일 문제-

【 문제-2 】 (20점)

甲은 그 소유의 X 토지를 乙에게 임대하였고 乙은 X 토지상에 건물을 지어 음식점 영업을 하면서 X 토지를 점유·사용하여 왔다. 그 후 임대기간이 만료되자 甲은 乙의 임대차계약의 갱신요청을 거절하고 乙을 상대로 건물철거 및 토지인도를 구하는 소를 제기하였다. 乙은 변호사 丁을 상소의 특별수권을 주고 소송대리인으로 선임하여 소송을 대응하게 하였다. (아래 각 설문은 독립적임)

- (1) 소송과정에서 乙은 건물매수청구권을 행사하였다. 법원은 건물매수청구가 이유 있다고 인정하여 乙은 甲에게 매매대금을 지급받음과 동시에 甲에게 건물소유권이전등기절차를 이행하고 토지를 인도하라는 상환이행판결을 하였다. 판결의 적법 여부를 논하시오. (10점)

1. 쟁점의 정리

건물철거 및 토지인도청구에 그 건물의 매수대금지급과 상환으로 건물명도청구가 포함되어 있다고 보아 일부인용, 즉 상환이행판결(질적 일부인용)이 가능한지가 처분권주의 위반여부와 관련해서 문제된다.

2. 상환이행판결의 가부

(1) 처분권주의에서 심판범위

처분권주의란 절차의 개시, 심판의 대상, 절차의 종결에 대해 당사자에게 주도권을 주어 그의 처분에 맡기는 입장을 말한다(제203조). 그러므로 심판의 대상은 원고의 의사에 의하여 특정되고 한정되기 때문에 법원으로서 당사자가 신청한 사항에 대하여, 신청의 범위 내에서만 판단하여야 한다.

(2) 일부인용판결의 허부

법원은 일부판결은 청구취지의 변경이 없어도 일부판결이 가능하다고 보는 것이 판례의 입장이다. 양적일부이든 질적일부이든 과소판결은 가능하고 초과판결은 할 수 없음이 원칙이다. 상환이행판결은 피고의 항변이 존재하고 원고인 당사자의 의사가 명백히 이를 거절하지 않은 이상 가능하다고 할 것이다.

(3) 소결

법원은 신청한 소송물의 범위 내에서 소송물의 일부가 인용될 수 있을 경우에는 청구취지의 변경이 없이도 일부인용의 판결을 해야 한다. 그것이 원고의 통상의 의사에 부합하므로 상환이행판결은 소송물이 동일한 이상 가능하다.

3. 지상물철거청구에 상환이행청구가 포함 여부

(1) 문제점

일부인용판결에 소송물 다른 경우 즉 건물청거청구가 건물인도청구로 가능한지 문제된다.

(2) 견해의 대립

1) 학설

① 소송경제와 분쟁의 일회적 해결 및 임대인으로서 전부폐소하는 것보다 상환이행판결이라도 받겠다는 의사라고 봄이 상당하고 임차인으로서도 건물매수청구권을 행사함에는 상환이행판결을 해달라는 의사이므로, 법원이 상환이행판결을 하는 것은 당사자의 의사에 부합하다고 보아 긍정하는 견해, ② 철거청구와 명도청구는 청구취지가 상이하고 그 청구권원에 있어서도 상이하다고 보아 상환이행판결을 할 수 없다는 견해가 대립한다.

2) 판례의 태도¹⁾

판례는 건물철거 및 토지인도청구 속에 건물의 매수대금지급과 상환으로 건물의 인도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없으므로, 원고의 건물매수대금지급과 상환으로 피고에게 건물인도를 명하는 판결은 허용될 수 없다는 입장이다. 이로 인한 소송경제의 저해는 석명권으로 해결하면 될 것이라 본다.

(3) 사안의 경우

1) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94다34265 전원합의체판결

양자는 청구취지와 청구원인의 차이가 있고, 나아가 강제집행의 방법상으로도 차이가 있으므로 건물철거의 단순이행청구 속에 매매대금지급과 상환으로 건물명도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 보아서 상환이행판결을 할 수는 없다고 보는 견해가 타당하다. 이로 인한 소송경제의 저해는 석명권으로 해결하면 될 것이라 본다.

4. 결론

법원은 상환이행판결을 할 수 없고, 원칙적으로 원고 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하여야 한다. 따라서 법원이 원고가 신청한 소송물과 다른 상환이행판결을 한다면 이는 처분권주의를 위반한 위법한 판결이라 할 것이다.

II. 설문 (2)에 대하여-실전gs B형 3회, 공동소송 매점152)

【 문제-1 】 (20점)

甲・乙・丙은 건물임대사업을 하기로 약정한 뒤, 토지를 매입하고 그 토지 위에 건물 1동을 건축하여 공유등기를 마쳤다. 하지만 그 후 甲과 乙, 丙 사이에 임대사업의 운영과 관련하여 서로의 의견 다툼이 있었고, 이에 甲은 공유물분할청구의 소를 제기하기에 이르렀다. (다음 각 사안은 각각 별개임)

(3) 제1심 변론종결전에 乙이 자신의 공유지분을 丁에게 매도하고 그 명의로 지분에 관한 소유권이전등기까지 이전해주었다. 丁도 당사자로 변경되어야 하는지, 그렇다면 소송상 방법과 근거를 설명하시오. (10점)

15. 공유물분할에 관한 소송계속 중 변론종결일 전에 공유자 중 1인인 갑의 공유지분의 일부가 을 및 병 주식회사 등에게 이전된 경우 인수승계가 가능한가?³⁾

1. 문제의 소재

승계참가의 요건으로 승계인의 범위가 쟁점이다. 구체적으로 추가적 인수승계를 인정할 것인가 논의가 필요하다.

2. 인수승계의 요건

(1) 타인간의 소송계속 중일 것과 소송의 목적인 권리・의무의 승계가 있을 것

인수승계가 인정되려면 소송의 목적인 권리・의무의 승계, 즉 소송물의 양도가 있을 것을 요한다(제82조). 소송물인 권리관계 자체가 제3자에게 특정승계된 경우뿐만 아니라, 소송물인 권리관계의 목적물건 즉 계쟁물의 양도도 포함된다.

(2) 승계인의 범위

소송물의 양도(특정승계)라 함은 소송 계속 중에 소송물인 권리관계가 특정적으로 제3자에게 이전되고 그에 따라 당사자적격이 승계되고 소송을 인계받게 되는 경우를 말한다. 이에는 소송물인 권리관계 자체가 제3자에게 특정적으로 승계된 경우뿐 아니라, 소송물인 권리관계의 목적물건, 즉 계쟁물이 양도된 경우도 포함되며, 변론종결후의 승계임과 같은 개념으로 분쟁주체의 지위를 인정받아야 한다.

3. 추가적 인수의 가부⁴⁾

(1) 문제점

소송의 목적인 채무 자체를 승계한 것이 아니라 소송의 목적이 된 채무를 전제로 새로운 채무가 생김으로써 제3자가 새로 피고적격을 취득한 경우와 같은 추가적 인수의 경우에 인수승계를 인정할 수 있는지 문제된다.

(2) 학설의 대립

2) 추가적 인수가 인정되는 유일한 사례이므로 이와 반대의 논리를 구성

3) 2013다78556: 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이다. 공유물분할에 관한 소송계속 중 변론종결일 전에 공유자 중 1인인 갑의 공유지분의 일부가 을 및 병 주식회사 등에게 이전된 사안에서, 변론종결 시까지 민사소송법 제81조에서 정한 승계참가나 민사소송법 제82조에서 정한 소송인수 등의 방식으로 일부 지분권을 이전받은 자가 소송의 당사자가 되었어야 함에도 그렇지 못하였으므로 위 소송 전부가 부적법하게 되었다고 한 사례

4) 탁마민사소송법 인용

(i) 추가적 인수를 허용하자는 견해는 소송목적인 권리 또는 의무를 승계한 때라고 규정한 제82조의 법문에 반하고, 인수제도의 취지가 소송 계속 중 그 소송의 목적된 채무를 승계한 자에 대하여 소송목적인 채무 그 자체의 이행을 담보하도록 하는 데에 그치므로 확대해석해서는 안 될 것이라는 견해와 (ii) 추가적 인수의 경우에 이는 당사자적격의 이전이라기보다는 분쟁주체인 지위의 이전이라고 보아 인수승계신청을 허용하자는 견해의 대립이 있다.

(3) 판례의 태도

판례는⁵⁾ 예외를 인정하면서도 부정적인 입장이다. 소송당사자가 제3자로 하여금 그 소송을 인수하게 하기 위하여서는 그 제3자에 대하여 인수한 소송의 목적된 채무이행을 구하는 경우만 허용되고 그 소송의 목적된 채무와는 전혀 별개의 채무의 이행을 구하기 위한 경우는 허용될 수 없다는 입장으로 추가적 인수를 부정하고 있다.

예를 들어 원고토지인도와 피고건물철거소송 중 계쟁물인 건물의 일부를 임차한 자나⁶⁾ 원인무효 이전등기말소청구소송 중 피고로부터 다시 이전등기를 받은 자의 경우⁷⁾ 부정한다. 다만, 예외적으로 공유물분할소송중 변론종결전 공유자 중 1인의 지분권의 일부 양수의 자⁸⁾ 허용되는 경우가 있다. 이를 절충설적 입장으로 해석하는 견해도 있다.

(4) 사안의 경우

=====판례에 따르는 경우 사안은 인정될 없는 경우에 해당한다,-----

4. 결론⁹⁾

참가인의 승계의 적법요건으로서 계쟁물이 양도된 경우도 포함되며, 변론종결후의 승계임과 같은 개념으로 분쟁주체의 지위를 인정받아야 한다. 교환적 인수는 원칙적으로 인정되지만 예외적인 경우가 아니면 추가적 인수는 불허하는 것이 판례의 입장이며 사안의 경우 부정되는 것으로 보아야 한다.

III. 설문 (3)에 대하여-해답지 필요 없을 것으로 봄.. 실권효에 관한 시적 범위 문제는 짜침

- 5) 대법원 1971. 7. 6. 선고 71다726 판결: 소송당사자가 민사소송법 제75조의 규정에 의하여 제3자로 하여금 그 소송을 인수하게 하기 위하여서는 그 제3자가 소송계속중 그 소송의 목적된 채무를 승계하였음을 전제로 하여 그 제3자에 대하여 인수한 소송의 목적된 채무이행을 구하는 경우에 허용되고 그 소송의 목적된 채무와는 전혀 별개의 채무의 이행을 구하기 위한 경우에는 허용될 수 없다 할 것이므로 기록에 의하면 재항고인은 본건 신청의 이유로서 상대방 등에 대하여 상대방 등이 본건 소송의 목적된 채무인 본건 건물철거 채무의 승계를 전제로 한 그 건물의 철거채무와는 전혀 별개의 채무인 본건 건물에 관한 재항고인 주장의 상대방 등 명의로 경료된 각 등기의 말소채무의 이행을 구하기 위하여 본건 신청에 이르렀음이 뚜렷한 바이므로 본건 신청은 위 법리에 따라 부적법하다 할 것인즉 이와 같은 취지아래 본건신청을 각하한 원결정은 정당하고 재항고인의 소론 논지는 독자적인 견해에 불과하여 채용할 수 없다.
대법원 1983. 3. 22. 선고 80마283 판결: 부동산소유권이전등기청구 소송계속 중 그 소송목적인 된 부동산에 대한 이전등기이행채무 자체를 승계함이 없이 단순히 같은 부동산에 대한 소유권이전등기(또는 근저당설정등기)가 제3자 앞으로 경료되었다 하여도 이는 민사소송법 제75조 제1항 소정의 “그 소송의 목적이 된 채무를 승계한 때”에 해당한다고 할 수 없으므로 위 제3자에 대하여 등기말소를 구하기 위한 소송의 인수는 허용되지 않는다.
- 6) 대법원 1971. 7. 6.자 71다726 결정: 상대방 등에 대하여 상대방 등이 본건 소송의 목적된 채무인 본건 건물철거 채무의 승계를 전제로 한 그 건물의 철거채무와는 전혀 별개의 채무인 본건 건물에 관한 재항고인 주장의 상대방등 명의로 경료된 각 등기의 말소채무의 이행을 구하기 위하여 본건 신청에 이르렀음이 뚜렷한 바이므로 본건 신청은 위 법리에 따라 부적법하다.
- 7) 대법원 1983. 3. 22.자 80마283 결정: 동산소유권이전등기 청구소송계속중 그 소송목적인 된 부동산에 대한 이전등기이행채무 자체를 승계함이 없이 단순히 같은 부동산에 대한 소유권이전등기(또는 근저당설정등기)가 제3자 앞으로 경료되었다 하여도 이는 민사소송법 제75조 제1항 소정의 “그 소송의 목적이 된 채무를 승계한 때”에 해당한다고 할 수 없으므로 위 제3자에 대하여 등기말소를 구하기 위한 소송의 인수는 허용되지 않는다.
- 8) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다78556 판결: 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이다. 공유물분할에 관한 소송계속 중 변론종결일 전에 공유자 중 1인인 갑의 공유지분의 일부가 을 및 병 주식회사 등에게 이전된 사안에서, 변론종결 시까지 민사소송법 제81조에서 정한 승계참가나 민사소송법 제82조에서 정한 소송인수 등의 방식으로 일부 지분권을 이전받은 자가 소송의 당사자가 되었어야 함에도 그렇지 못하였으므로 위 소송 전부가 부적법하게 되었다고 한 사례
- 9) 대법원 1983. 3. 22.자 80마283 결정: 동산소유권이전등기 청구소송계속중 그 소송목적인 된 부동산에 대한 이전등기이행채무 자체를 승계함이 없이 단순히 같은 부동산에 대한 소유권이전등기(또는 근저당설정등기)가 제3자 앞으로 경료되었다 하여도 이는 민사소송법 제75조 제1항 소정의 “그 소송의 목적이 된 채무를 승계한 때”에 해당한다고 할 수 없으므로 위 제3자에 대하여 등기말소를 구하기 위한 소송의 인수는 허용되지 않는다.

【 문제-2 】 (20점)

甲과 A는 X 부동산(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)의 공유자로서 공동으로 乙을 상대로 이 사건 부동산의 인도를 구하는 소를 제기하여 제1심에서 승소판결을 받았다. 乙의 항소로 이 사건이 항소심에 계속중인 2023. 10. 23. A가 사망하였다. A의 상속인으로는 甲과 丙, 丁이 있다. (다음 각 물음은 독립적이다.)

- (1) A에게는 소송대리인은 없으며, 2024. 1. 30. 甲만 수계신청하여 본안에 관한 심리가 진행된 끝에 항소심법원은 甲만을 A의 소송수계인으로 하여 판결을 선고하였다. 甲의 이 사건 수계신청이 적법한지와 丙과 丁에 대한 관계에서 그 소송은 어떻게 되는지를 검토하시오. (10점)
- (2) 甲과 丙, 丁이 그 소송을 수계하였는데, 甲은 2024. 3. 30. 자기 소유인 이 사건 부동산의 1/2공유지분을 丁에게 양도하고 같은 해 5. 12. 丁 명의로 지분소유권이전등기를 마친 다음 2025. 1. 25. 소를 취하하였다. 丁은 이 사건 2025. 4. 20.자 소변경 신청서를 통하여 甲으로부터 양도받은 1/2공유지분에 기한 이 사건 부동산의 인도청구를 추가하고 청구취지를 변경하기에 이르렀다. 항소심법원은 공유지분의 양도인 甲이 소를 취하하였으므로 재소금지의 효과가 공유지분 양수인 丁에게도 미친다고 판단하였다. 이와 같은 법원의 판단에 잘못이 없는지를 검토하시오. (10점)

I. 설문 (1)대하여-기초GS 3회, 변론절차 매점 26 등-소송절차 중단 대리인이 없는 경우-통공

1. 문제의 소재

2. 대리인없는 소정절차의 중단

- (1) 소송중 사망과 당연승계
- (2) 대리인없는 경우 소송관계

3. 항소법원 판단의 효력

- (1) 甲의 수계신청의 적부
- (2) 丙과 丁에 대한 관계

4. 결론

통공-甲의 소송수계 적법, 나머지 중단상태

(2) 특별수권을 가진 丁이 제1심 소송을 수행하던 중에 乙이 상속인으로 A, B, C를 남겨두고 사망하였다. 제1심법원은 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 그 판결정본이 丁에게 송달되었다. 丁은 A만을 항소장에 항소인으로 표시하여 항소하였다. 그런데 항소심에서 B가 상속인임을 이유로 소송수계하였다. A, B, C의 소송절차의 중단여부를 설명하시오. (10점)

26. 제1심 계속중 사망한 원고의 공동상속인 중에 A만이 수계절차를 밟았을 뿐이어서 A만을 망인의 소송수계인으로 표시하여 한 원고 패소판결에 대하여 망인의 소송대리인이 항소인을 A만을 기재하여 항소제기한 경우 이를 안 다른 상속인들이 항소심에 수계신청할 수 있는가?10)

II. 설문 (2)에 대하여-재소금지 6회 출제

甲은 강원도 춘천시에 X 토지를 소유하고 있는데 乙이 이를 점유하고 있다. 이에 甲은 乙을 상대로 乙이 X 토지를 불법으로 점유하고 있으므로 토지소유권에 기하여 X 토지의 인도를 구하는 소(전소)를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 위 소송에서 甲은 승소판결을 받았다. 乙이 항소심에서 X 토지를 매수하겠다고 약속하자 甲은 이를 믿고 위 소를 취하하였다. 그 뒤 乙이 X 토지를 매수하는 것에 소극적인 태도를 보이자 甲은 X 토지를 위 소에 관해 알지 못하는 丙에게 매도하였다. 소유권이전 등기를 경료받은 丙은 바로 乙을 상대로 X 토지의 인도를 구하는 소(후소)를 제기하였다. 변론에서 乙은 丙의 소는 재소금지의 원칙에 반하여 부적법하다고 주장하고 있으며, 법원은 乙의 점유가 권원없이 이루어진 것으로 판단하고 있다. 법원은 어떠한 재판을 하여야 하는가? (10점)

1. 문제의 소재

10) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결: [1] 특정유증을 한 유증자가 사망한 경우 그의 소송상 지위의 당연승계인(=상속인) 및 특정유증을 받은 자가 이를 당연승계할 수 있는지 여부(소극) [2] 당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 않는 경우, 망인의 공동상속인 중 소송수계절차를 밟은 일부만을 당사자로 표시한 판결의 효력이 나머지 공동상속인에게도 미치는지 여부(적극) [3] 사망한 당사자의 소송대리인에게 상소제기에 관한 특별수권이 부여되어 있는 경우 상소제기 없이 상소기간이 지나가면 그 판결이 확정되는지 여부(적극) 및 당사자 표시가 잘못되었음에도 망인의 소송상 지위를 당연승계한 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 판결에 대하여 그 잘못된 당사자 표시를 신뢰한 망인의 소송대리인이나 상대방 당사자가 그 잘못 기재된 당사자 모두를 상속인 또는 피상소인으로 표시하여 상소를 제기한 경우, 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 위 판결 전부에 대하여 상소가 제기된 것으로 보아야 하는지 여부(원칙적 적극) [4] 제1심 소송 계속 중 사망한 당사자의 소송대리인이 제기한 항소가 소송수계인으로 표시되지 아니한 망인의 공동상속인들 모두에게 효력이 미치는 제1심판결 전부에 대하여 제기된 것으로 보아야 하므로 위 항소로 인하여 제1심판결 전부에 대하여 확정이 차단되었음에도 불구하고, 제1심에서 수계신청을 하지 아니한 공동상속인들에 대한 제1심판결이 이미 확정된 것으로 오인하여 위 공동상속인들이 항소심에서 제출한 소송수계신청을 기각한 원심판결을 파기한 사례

소취하, 재소금지의 요건

2. 재소금지의 의의

- 소취하는 소송계속을 소급적으로 소멸시키며 다시 같은 소를 제기할 수 있다.
- 다만 법원의 노력이 무용화되고 종국판결이 당사자에 의하여 농락될 염려를 방지하기 위한 제재적 조치¹¹⁾로서, 민사소송법 제267조 제2항은 본안에 관하여 종국판결이 있는 뒤에는 이미 취하한 소와 같은 소를 제기할 수 없도록 하고 있다. 이를 재소의 금지라 한다.

3. 재소금지의 요건

(1) 당사자 동일

- 원고의 포괄승계인은 물론 특정승계인도 원고와 동일하게 보는 것이 판례의 태도¹²⁾이지만, 재소금지가 소권남용에 대한 제재라는 점에서 전소의 취하를 알면서 승계하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 특정승계인에게는 미치지 않는다는 견해(이시윤), 재소금지는 종국판결농락에 대한 제재이므로 본인이 아닌 일반승계인, 특정승계인에게는 미치지 않는다는 견해 등이 대립하고 있다.

(2) 소송물 동일

- 같은 소송물을 주장하는 소는 재소금지에 걸린다. 소송물이 같은지 여부는 소송물이론에 따라 달라진다. 전소의 소송물을 선결문제로 하는 권리를 소송물로 하는 재소도 소송물은 다르지만 같은 소로 보는 것이 판례(대법원 1989. 10. 10. 선고 88다카18023 판결)이다.

(3) 권리보호이익의 동일

전소와 권리보호의 이익을 달리하는 재소의 경우에는 재소금지규정에 저촉되지 않는다. 예를 들어 피고가 소유권침해를 중지하여 소를 취하하였는데 다시 침해하는 경우(대법원 1981. 7. 14. 선고 81다64,65 판결), 피고가 소취하의 전제조건인 약정사항을 지키지 아니하여 약정이 해제·실효되는 사정변경이 발생한 경우(대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다46399 판결) 등은 새로운 권리보호의 이익이 생긴 경우로서 재소금지의 적용을 받지 않는다.

(4) 본안에 대한 종국판결

본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 경우에만 재소금지의 효과가 발생한다.

4. 사안에의 적용

- 재소금지는 국가적 재재로서 원고의 소권을 박탈하려는 것이므로 재소금지에 해당하는지 여부는 법원의 직권조사 사항이다. 재소금지에 해당하면 재소를 부적법각하하여야 한다.
- 당사자동일, 소송물 동일, 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤의 취하요건을 충족되지만, 위 전소의 취하 후에 토지를 양수한 원고는 그 소유권을 침해하고 있는 피고에 대하여 그 배제를 구할 새로운 권리보호의 이익이 있다고 할 것이므로 전소와 후소는 동일한 소라고 할 수 없어 재소금지규정이 적용될 수 없다(대법원 1981. 7. 14. 선고 81다64,65 판결).
- 법원은 乙의 점유가 권원 없이 이루어진 것으로 판단하고 있으므로 원고청구인용판결을 할 것이다.

11) 판례의 입장이다: 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22037 판결: 민사소송법 제267조 제2항은 “본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다”라고 규정하고 있는데, 이는 소취하로 인하여 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 종국판결이 당사자에 의하여 농락당하는 것을 방지하기 위한 제재적 취지의 규정이므로, 본안에 대한 종국판결이 있는 후 소를 취하한 자라 할지라도 이러한 규정의 취지에 반하지 아니하고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다.

12) 대법원 1981. 7. 14. 선고 81다64, 65 판결: 민사소송법 제240조 제2항 소정의 “소를 취하한 자”에는 변론종결 후의 특정승계인을 포함하나 “동일한 소”라 함은 권리보호의 이익도 같아야 하므로 이 건 토지의 전소유자가 피고를 상대로 한 전소와 본건 소는 소송물인 권리관계는 동일하다 할지라도 위 전소의 취하 후에 이 건 토지를 양수한 원고는 그 소유권을 침해하고 있는 피고에 대하여 그 배제를 구할 새로운 권리보호의 이익이 있다고 할 것이니 위 전소와 본건 소는 동일한 소라고 할 수 없다.

【 문제-3 】 (30점)

甲이 乙을 상대로 구상금 청구의 소를 제기하여 승소판결을 받아 2011. 11. 11. 동판결이 확정되었다. 그 이후 乙이 丙으로부터 돈을 차용하면서 이를 담보하기 위해 2012. 4. 18. 丙과 대물반환예약(이하, '제1 대물반환예약'이라 한다)을 체결하고 乙 소유의 부동산 공유지분에 관하여 2012. 4. 20. 지분권이전담보가등기(이하, '제1 담보가등기'라 한다)를 설정하였다. 乙이 2012. 9. 16. 위 부동산에 관한 공유물분할이 있는 후 2013. 4. 1. 다시 동일한 내용의 대물반환예약(이하, '제2 대물반환예약'이라 한다)을 체결한 뒤, 2013. 4. 3. 제1 담보가등기는 해제를 원인으로 하여 말소하였다. 乙은 같은 날 乙의 단독소유로 분할된 부동산에 제2 대물반환예약을 원인으로 하여 새로운 담보가등기(이하, '제2 담보가등기'라 한다)를 설정하고 그 부동산 및 다른 공유자의 소유로 분할된 부동산에 전사된 담보가등기를 모두 말소하였다. (다음 각 물음은 독립적이다.)

- (1) 甲이 2014. 10. 9. 乙에 대한 구상금채권을 피보전채권으로 하여 丙을 상대로 제2 대물반환예약이 사해행위에 해당한다며 사해행위취소의 소를 제기하였으나 甲의 패소 판결이 선고되었다. 그 이후 甲은 항소하였으며, 항소심은 제2 대물반환예약은 제1 대물반환예약에 기한 이 사건 분할 전 토지 지분에 관한 제1 담보가등기를 공유물분할에 따라 이 사건 토지에 관한 제2 담보가등기로 이전하기 위한 계약에 불과하므로, 제2 대물반환예약의 체결은 사해행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 甲은 이에 대하여 상고하였고, 상고심은 제2 대물반환예약의 사해행위 요건 구비 여부는 최초의 제1 대물반환예약 당시를 기준으로 판단하여야 하며 사해행위취소 및 원상회복을 구하는 甲으로서는 제2 대물반환예약의 취소를 구할 수 있다고 판단하여 환송 전 원심판결을 파기하여 환송하였다. 그리고 甲은 2016. 11. 5. 환송 후 원심에서 제1 대물반환예약의 취소를 구하는 예비적 청구를 추가하였다. 그러나 환송 후 원심은 환송판결의 판단의 기초가 된 사실관계를 그대로 인정하면서도 환송 후 심리과정에서 새로운 사실과 증거를 채택하지 아니한 채 환송 전 원심판결과 동일하게 제2 대물반환예약 자체로 인하여 소외인 乙의 공동담보가 더욱 부족하게 되었다고 볼 수 없다고 판단하여, 제2 대물반환예약이 일반채권자를 해하는 사해행위임을 전제로 한 甲의 주위적 청구를 배척하고, 甲이 환송 후 원심에서 추가한 제1 대물반환예약의 취소를 구하는 예비적 청구는 제척기간 도과를 이유로 각하하였다. 이와 같은 환송 후 원심법원의 판단에 잘못이 없는지 검토하시오. (10점)

- (2) 甲이 2014. 10. 9. 乙에 대한 구상금채권을 피보전채권으로 하여 丙을 상대로 사해행위취소의 소(이하 ‘제1 사해행위취소소송’이라 한다)를 제기하여 그 소장 부분이 2014. 10. 20. 丙에게 송달되었다. 그리고 甲은 2014. 11. 10. 다시 乙에 대한 대여금채권을 피보전채권으로 하여 丙을 상대로 사해행위취소의 소(이하 ‘제2 사해행위취소소송’이라 한다)를 제기하였다. 그 이후 丙은 2015. 1. 20. 제1 사해행위취소소송 및 제2 사해행위취소소송에 대하여 각 준비서면을 각 제출하였다. 그리고 甲은 2015. 2. 15. 제2 사해행위취소소송에 대해서만 소취하서를 제출하였다. 甲이 제출한 소취하서의 법적 효과를 검토하시오. (10점)
- (3) 甲은 소송대리인 A를 선임하여 乙에 대한 구상금채권을 피보전채권으로 하여 丙을 상대로 사해행위취소의 소를 제기하였으나 2015. 10. 9. 패소하였고, 甲은 이 판결에 대하여 2015. 10. 23. 항소장을 제출하였다. 원심재판장은 2015. 10. 30. ‘이 명령을 송달받은 날로부터 7일 안에 인지대 및 송달료를 납부하라’는 내용의 보정명령을 발령하면서 이를 甲의 원심 소송대리인 A에게 송달하였을 뿐 甲에게는 송달하지 아니하였다. 법원은 甲이 원심에 제출한 소송대리인 위임장을 통해 원심 소송대리인 A에게 상소제기에 관한 특별한 권한이 부여된 사실을 확인할 수 있었다. 그 이후 원심재판장은 2015. 12. 10. 甲이 위 기간 내에 인지를 보정하지 않았다는 이유로 항소장각하 명령을 하였다. 이와 같은 원심 재판장의 판단에 잘못이 없는지 검토하시오. (10점)

[문제-3]은 쟁점보다 장문에 익숙하지 아니한 수험생의 경우 파악이 난해했을 것으로 봄

I. 설문 (1)에 대하여=기초GS 6회 등 파기환송의 기속력은 3번, 제척기간과 채권자취소소송 혹은 사해행위 취소소송을 3번 풀어봄—날짜, 기간 나오면 뭐라고 했지?

1. 쟁점의 정리

주위적 청구에 대한 파기환송의 기속력과 그 범위, 예비적 청구의 제소기간 도과의 적부가 문제된 사안

2. 주위적 청구에 대한 판단의 적부

- (1) 파기환송의 기속력의 범위
- (2) 객관적 범위에 해당 여부
- (3) 사안의 경우

상고법원이 제1 대물반환예약을 기준으로 제2 대물반환예약의 사해행위 요건 구비 여부는 하여야 하고 제2 대물반환예약의 취소를 구할 수 있다고 판단는 법리는 하급심인 항소심을 기속하므로 이에 어긋나는 항소심의 판단은 상고이유가 된다.

3. 예비적 청구에 대한 판단

- (1) 파기환송심 항소심에서 소의 추가 적부

파기환송심인 항소심은 소송계속중에 해당, 사실심변론종결시까지 소는 소의 추가는 적법함

- (2) 제소기간 도과 여부

제척기간의 소송법적 의미-적법요건

형성권인 채권취소권의 제소기간 도과 여부

- (3) 사안의 경우

제척기간과 도과, 부적법 각하는 타당

4. 결론

주위적 청구 위법, 예비적 청구 타당

【 문제-2 】 (20점)

乙은 甲에게 자동차를 증여하기로 하였다. 증여계약에 따라 甲이 인도청구하였으나 乙이 거절하자 甲은 증여계약을 이유로 자동차인도 청구소송을 제기하였다. 제1심소송에서 乙은 甲과의 증여계약을 해제하였다고 주장하면서 응소하였고, 甲은 乙과 서면에 의한 증여로서 乙의 해제는 효력이 없다고 주장하였다. 그러나 제1심법원은 乙의 주장을 받아들이지 않고 원고승소판결하였다. (다음 사안은 각각 별개임)

- (1) 乙은 항소하였으나 항소심까지 계속 패소하여 상고하였다. 상고심에서는 증여계약은 서면에 의한 증여라는 증거가 없으므로 乙의 해제가 유효하다고 인정되어 항소심판결을 파기환송하였다. 환송된 항소심에서 다시 乙의 해제가 신의칙 위반이라고 하여 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하여 이에 甲이 재상고하자 대법원 소부로 배당되었으나 소부는 상고를 기각하였다. 甲이 재상고판결을 다룰 수 있는지 설명하시오. (10점)

- (1) 수소법원인 수원지방법원 성남지원은 2019. 6. 28. 원고의 청구는 공장이주대책 대상자 선정결정 취소처분의 효력을 다투는 취지의 행정소송에 속한다는 이유로 수원지방법원 본원 행정부로 이송하였다. 수이송법원인 수원지방법원 행정부에 2019. 7. 9. 접수되었고, 원고는 2019. 7. 18. 계약해제(선정취소) 처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 변경하였다. 수원지방법원 제1심 행정법원은 피고가 2020. 1. 16. 원고에 대하여 한 공장이주대책 대상자 선정결정 취소처분을 취소한다는 판결을 하자 피고 乙이 항소하

였다. 그러나 항소심법원은 민사소송을 행정소송으로 이송하는 것은 부적법한 이송이며 또한 행소송으로 이송된 2019. 7.18. 이미 제소기간이 도과되었다는 이유로 제1심판결을 취소하고 소각하판결을 하였다. 항소심판결이 타당한지 설명하시오. (10점)

참조조문-행정소송법

제8조(법적용예)

② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.

제20조(제소기간)

① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

이것 외에 파기환송과 제소기간 문제 있었던 거 알쥬?

II. 설문 (2)에 대하여-채권자취소소송의 소송물 문제, 중복제소금지, 소취하 가부 각각

1. 문제의 소재

중복제소의 금지와 관련하여 채권자취소권의 소송물이 동일한 지 여부 및 부적법한 소에서 소취하 가부와 직권조사 사항에서 피고의 동의 여부가 문제된다.

2. 중복제소 해당여부

(1) 중복제소금지의 요건

(2) 채권자취소권의 소송물의 동일 여부

당근 동일

(3) 사안의 경우

중복제소에 해당하여 후소는 부적법

3. 소취하 인부

(1) 부적법한 소의 취하 가부

소송계속이 있는 한 소의 적부와 관계없이 소취하는 원고의 권능이므로 가능. 직권주의와 처분권주의 모두 적용

(2) 피고의 동의 여부

피고의 동의는 피고의 이익과 관련한 것으로 피고의 본안판결을 받을 이익을 의미한다. 중복제소는 직권조사사항이며 본안판단을 받을 필요가 없는 소에 해당한다. 따라서 피고의 동의 불요

(3) 사안의 경우

피고의 동의가 없어도 소는 취하됨

4. 결론

중복제소에 해당, 부적법한 소도 소취하 가능, 직권조사사항으로 본안판단의 이익이 없으므로 피고의 동의 불요

【 문제-1 】 (30점)

채무자 乙의 채권자인 丁이 丙(수익자)을 상대로 채무자 乙이 담보물인 X 부동산을 丙에게 매도한 것은 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구소송을 제기하였다. 법원이 丙에게 사해행위취소로써 회복되어야 할 부동산의 공동담보가액이 9,500만 원을 산정한 다음 채권액보다 적은 9,500만 원 범위 내에서 매매계약을 취소하고, 丁에게 가액배상으로 9,500만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 내용의 판결(이하 '선행판결')을 선고하였고, 위 판결은 확정되었다. 이에 丙은 선행판결에 대한 6,000만 원을 지급하였다. 선행판결을 안 乙에 대한 다른 대여금 채권자 甲도 역시 丙을 상대로 사해행위취소 및 원상회복을 구하는 소를 제기하였다. (다음 사안은 각각 별개임)

- (1) 알고 보니 甲은 乙에게 가진 대여금 채권은 ‘甲과 乙의 대여금 채권에 대하여 어떠한 소송도 제기하지 않는다’는 내용의 합의가 된 대여금 채권이었음에도 甲이 丙을 상대로 채권자취소소송 및 원상회복청구소송을 제기한 것이었다. 丙이 이를 주장한 경우 甲의 채권자취소소송이 적법한지 설명하시오. (10점)
- (2) 甲이 丙에게 제기한 소송에서는 X 부동산의 공동담보가액을 5,500만 원으로 산정하고, 채권액보다 적은 5,500만 원 범위 내에서 매매계약을 취소하며, 가액배상으로 5,500만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 내용의 판결(이하 ‘이 사건 판결’)을 선고하였고 그대로 판결은 확정되었다. 甲이 이 사건 판결에 기하여 3,500만 원에 대하여 강제집행을 청구하자 丙이 집행배제청구소송을 제기하였다. 제1심법원은 이미 丁에게 지급한 6,000만 원이 이 사건 판결에 기한 가액배상금 5,500만 원을 초과함은 명백하므로, 결국 ‘이 사건 판결에 기한 가액배상금 채권은 변제로 모두 소멸하였으므로 판결의 집행력은 배제되어야 한다.’고 판결하였다. 판결이 타당한지 설명하시오. (10점)

- (2) 甲은 乙을 상대로 한 공사대금지급청구소송(선행소송)에서 피고 乙은 제1심소송 중에 원고 甲에게 가지고 있던 4억 원의 자동채권으로 상계항변을 제출하여 청구기각판결을 받았다. 甲이 항소를 제기하자 항소심 계속중 乙은 상계항변으로 제출한 자동채권을 별소를 제기하였다. 그 후 곧바로 선행소송 항소심에서 상계항변을 철회하였음에도 선행소송 항소심법원은 항소기각판결하였다. 이 상황에서 乙이 제기한 별소에서 甲은 선행소송에서 피고가 항변을 철회한 것이라도 자신은 동의한 적이 없으므로 별소는 중복제소 내지 채소금지 해당하는 부적법한 소라고 주장한다. 별소의 법원이 소를 부적법 각하할 것인지 설명하시오. (10점)

- (2) 한편, 甲은 배우자 A를 상대로 이혼소송과 재산에 대한 분할청구소송(이하 ‘이 사건 소’)을 제기하였다. 부부인 원고(甲)와 피고(A)는 2008. 6. 10. 혼인신고를 마쳤고, 슬하에 자식을 두었다. 원고는 2019. 12. 5. 피고를 상대로 이혼, 위자료 지급, 재산분할, 친권자 및 양육자 지정, 양육비 지급 등을 구하는 이 사건 소를 제기한 것이다. 원고는 2022. 5. 3. 이 사건 소를 전부 취하한다는 내용의 소취하서를 제출하였는데, 이에 대해 피고는 소취하부동의서를 제출하였다. 이에 제1심법원은 소취하를 인정하지 않고 2022. 7. 5. ① 원고의 이혼청구를 받아들이고, ② 원고의 위자료 청구를 기각하며, ③ 사건본인들의 양육에 관한 사항을 결정하고, ④ 이혼에 따른 재산분할을 명하는 등 내용의 판결을 선고하였다. 원고는 2022. 7. 15. 제1심판결 중 원고 패소 부분을 다투는 취지의 항소장을 제출하였다. 원고는 2022. 11. 2. 항소심 제1회 변론기일에 출석하여 항소장을 진술하고 항소취지를 정정하였다. 정정된 항소취지 중 재산분할 청구 부분은 제1심판결의 재산분할액을 다투는 청구의 취지로 변경해 달라는 내용이었다. 항소심법원은 2023. 4. 19. 제1심판결 중 재산분할 부분을 취소하고 이 사건 소 중 재산분할 청구 부분은 원고의 2022. 5. 3. 소취하로 종료되었음을 선언하며, 원고의 나머지 항소를 기각한다는 등 내용의 판결을 선고하였다. 재산분할청구 부분에 대한 항소심 판결을 검토하여 상고이유 여부를 설명하시오. (적법한 병합을 전제함) (15점)

III. 설문 (3)에 대하여-최신판례--동일문제

【 문제-1 】 (30점)

- (3) 丙은 제1심소송 변론종결전에 사망하였고 상속인으로 A, B, C를 남겨두고 사망하였다. 丙의 소송은 상소의 특별수권을 가진 변호사 戊가 소송을 수행하고 있었으나 낮은 수입료로 적극적 소송행위를 하지도 않았으며 상소도 하지 아니하였다. 상소기간 도과 전에 A만이 상소장을 제출하였으나 소송지식이 없어 항소장의 기재가 적식에 맞지 않자, 항소법원이 소송대리인 戊에게 항소장의 보정명령을 하였다. 하지만 변호사 戊는 이를 무시하고 보정명령기간 14일을 도과하여 법원은 항소장각하명령을 하였다. A, B, C의 소송계속 여부를 설명하시오. (10점)

1. 문제의 소재¹³⁾

- 13) 대법원 2024. 1. 11.자 2023마7122 결정: 소송대리권의 범위는 원칙적으로 당해 심급에 한정되지만, 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 특별한 사정이 없는 한 상소장을 제출할 권한과 의무가 있으므로, 상소장에 인지를 붙이지 아니한 흠이 있다면 소송대리인은 이를 보정할 수 있고 원심재판장도 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있다. 그러나 소송대리인이 상소 제기에 관하여 특별한 권한을 따로 받았다고 하더라도, 실제로 소송대리인이 아닌 당사자 본인이 상고장을 작성하여 제출한 경우에는 소송대리인에게 상소장과 관련한 보정명령을 수령할 권능이 없으므로, 원심재판장이 소송대리인에게 보정명령을 송달한 것은 부적법한 송달이어서 그 송달의 효력이 발생하지 아니한다.

소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받은 경우, 원심재판장이 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 소송대리인이 상소 제기에 관하여 특별한 권한을 따로 받았으나 실제로 소송대리인이 아닌 당사자 본인이 상고장을 작성하여 제출한 경우에도 원심재판장이 소송대리인에게 보정명령을 송달하면 송달의 효력이 발생하는지 여부(소극)

2. 소송절차 중단 여부

(1) 상속인의 당연승계 여부

소송대리인이 있는 경우에는 당사자가 사망하더라도 소송절차가 중단되지 않고 소송대리인의 소송대리권도 소멸하지 아니한다.

(2) 소송대리인에 소송에서 중단 여부

1) 소송대리인이 있는 경우

망인의 소송대리인은 당사자 지위의 당연승계로 인하여 상속인으로부터 새로이 수권을 받을 필요 없이 법률상 당연히 상속인의 소송대리인으로 취급되어 상속인들 모두를 위하여 소송을 수행하게 되는 것이며 특별수권이 있는 경우 상소할 때까지 소송절차는 중단되지 아니한다.

2) 특별수권 소송대리인이 있는 경우

소송대리권의 범위는 원칙적으로 당해 심급에 한정되지만, 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 특별한 사정이 없는 한 상소장을 제출할 권한과 의무가 있다.

(3) 소결

특별수권이 있는 경우 소송대리인이 소송을 소송을 수행하는 경우 상소장을 제출할 권한이 있으며 상소장을 제출하지 아니하는 경우 상소기간도과로 제1심판결이 확정된다.

3. 일부 상속인의 상소 효력

(1) 문제점

소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 특별한 사정이 없는 한 상소장을 제출할 권한과 의무가 있으나 소송대리인이 상소하지 않고 상속인이 일부 상소한 경우 상소하지 아니 자의 상소기간이 도과되어 판결이 확정되는지 문제된다.

(2) 판례의 태도-일부상속인만이 상소할 경우 중단 여부¹⁴⁾

당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 아니한 경우 원칙적으로 소송수계라는 문제가 발생하지 아니하고 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되는 것이며 그 사건의 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다 할 것이고, 이때 상속인이 밝혀진 경우에는 상속인을 소송승계인으로 하여 신당사자로 표시할 것이지만 상속인이 누구인지 모를 때에는 망인을 그대로 당사자로 표시하여도 무방하며, 가령 신당사자를 잘못표시하였다 하더라도 그 표시가 망인의 상속인, 상속승계인, 소송수계인 등 망인의 상속인임을 나타내는 문구로 되어 있으면 잘못표시된 당사자에 대하여는 판결의 효력이 미치지 아니하고 여전히 정당한 상속인에 대하여 판결의 효력이 미친다.

(3) B와 C의 이심 여부

특별수권 소송대리인이 상소를 하지 않고 일부상속인이 상소한 경우 상소하지 아니한 상속인의 상소기간의 도과로 공동소송 독립의 원칙상 분리확정된다.

4. 소송대리인에 대한 항소장 보정명령의 효력

(1) 보정명령의 대상

소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받은 경우, 원심재판장이 소송대리인에게 인지의 보정을 명하는 것이 원칙이지만 사안의 경우처럼 소송대리인이 상소하지 아니한 경우에도 마찬가지로 소송대리인을 상대로 보정명령을 하여야 하는지 논의가 필요하다.

(2) 판례의 태도-당사자가 상고제출한 경우 소송대리인에 대한 보정명령 거부

소송대리권의 범위는 원칙적으로 당해 심급에 한정되지만, 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 특별한 사정이 없는 한 상소장을 제출할 권한과 의무가 있으므로, 상소장에 인지를 붙이지 아니한 흠이 있다면 소송대리인은 이를 보정할 수 있고 원심재판장도 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있다. 그러나 소송대리인이 상소 제기에 관하여 특별한 권한을 따로 받았다고 하더라도, 실제로 소송대리인이 아닌 당사자 본인이 상고장을 작성하여 제출한 경우에는 소송대리인에게 상소장과 관련한 보정명령을 수령할 권능이 없으므로, 원심재판장이 소송대리인에게 보정명령을 송달한 것은 부적법한 송달이어서 그 송달의 효력이 발생하지 아니한다.

(3) 소결

원칙적 수권을 가진 소송대리인을 상대로 보정명령을 하여야 하나, 당사자가 상고장을 제출한 경우 소송대리인은 보정명령을 수령할 권능이 없으므로 보정명령은 적법하지 아니하여 효력이 없다.

5. 결론

14) 확정설과 확장설에 대한 판례는 (1) 당사자의 1심 계속 중 사망, (2) 상소제기의 특별수권이 있는 소송대리인의 존재, (3) 일부 상속인들만의 수계신청 및 일부 상속인들만을 표시한 판결의 선고, (4) 항소심 계속 중 나머지 상속인들의 수계신청이 있었다는 점에는 동일하나, 확정설은 91마342결정은 당사자들이 항소를 제기하였고, 2007다22859판결은 소송대리인이 항소를 제기하였다는 점에서 구별

- 1) 소송대리인이 항소지 아니한 경우 항소한 상속인만이 상소심으로 이심되어 분리확정된다. 상소하지 아니한 B와 C는 소송절차가 중단되는 것이 아닌 분리확정된다.
- 2) A는(판례): 재항고인의 원심 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다고 하더라도 실제로 원심 소송대리인이 아닌 재항고인 본인이 상고장을 작성하여 제출하였으므로, 재항고인의 원심 소송대리인은 상고장과 관련한 보정명령을 수령할 권능이 없다. 따라서 원심이 재항고인의 원심 소송대리인에게 보정명령을 송달한 것은 부적법한 송달이어서 그 송달의 효력이 발생하지 아니하였고, 결국 이 사건 보정명령에서 정한 보정기간이 진행하지 않게 된다.

【 문제-4 】 (20점)

甲은 2024. 2. 5. 乙을 상대로 투자금반환의 소를 제기한 후, 소송계속 중 2024. 5. 4. A에게 이 사건 투자금반환채권을 양도하였다. 그리고 A는 소송계속 중 甲의 승재인이라고 주장하며 위 소송에 참가 신청하였다. (다음 각 물음은 독립적이다.)

- (1) 甲의 乙에 대한 위 투자금반환소송은 2024. 12. 20. 변론종결되었으며, 乙은 2025. 1. 15. A에게 이 사건 투자금반환채권의 양도에 대하여 이의를 보류하지 않고 승낙하였다. 위 투자금반환소송은 2025. 2. 20. 甲의 승소판결로 확정되었다. A는 2025. 3. 10. 乙을 상대로 甲으로부터 양도받은 이 사건 투자금반환채권을 행사하여 별소를 제기하였다. 이 경우에 법원이 어떠한 판단을 하여야 하는지 검토하시오. (10점)

- (2) 甲은 주채무자 B에게 투자금반환을 요구하였으나, B가 반환을 거부하자 보증인 丙을 상대로 보증채무이행의 소를 제기하였다. B는 丙을 위하여 위 소송에 참가하였으나 丙의 패소판결이 선고되었다. 이 판결정본은 2025. 5. 27. 丙에게, 2025. 6. 4. B에게 각각 송달되었다. 그리고 丙과 B는 2025. 6. 14. 공동명의로 항소장을 제출하였다. 이 경우에 법원이 어떠한 판단을 하여야 하는지 검토하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여-B형 8회 [문제-2] 유사문제 그 외 채권양도의 승계참가 문제

1. 문제의 소재

채권양도(소송물의 양도)의 참가승계에서 변론종결전 승계인의 범위, 승계인이 인정되는 경우 별소 제기의 가부

2. 승계인이 범위

(1) 참가승계에서 승계인

(2) 승계인의 범위

소송물의 승계인,

변종후 승계인 인정=판례는 변론전 변론후 승계인의 범위를 동일하게 보므로 소송물의 승계인 경우 모두 승계인이며 동일한 당사자적격을 갖게 됨-다만 문제에서 이의를 유보하지 않고 승낙한 시기가 제시되어 있으므로 변론종결 후 승계인으로 보라는 취지이므로 변론종결 후 승계인에 해당하는 것¹⁵⁾

3. 별소제기의 적부=문제에서 어떠한 판단이라는 것은 평가의 문제

(1) 문제점

동일한 당사자의 소이므로 전소 확정판결후 후소의 제기는 모두 기판력 저촉 여부 즉 권리보호이익이 있는지 문제

(2) 권리보호이익 인부-판례의 태도=

권리보호이익 논의-승각패기-학설 판례는 모순금지설. 약간 예바나 감점요소는 아닐 것

1) 이행판결의 소의 이익

이행의 소의 목적은 집행이다. 따라서 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다. 또한 변론종결 후의 승계인으로서 전소 확정판결의 기판력이 미치게 되므로 원고는 특별한 사정이 없는 한 다시 본소를 제기할 이익이 없다.¹⁶⁾

2) 예외적 권리보호이익¹⁷⁾

이미 임차인이 양수인을 상대로 임대차보증금의 반환을 구하는 소를 제기하여 양수인과 사이에 임대인 지위의 승계 여부에 대해 상당한 정도의 공격방어 및 법원의 심리가 진행됨으로써 사실상 승계집행문 부여의 소가 제기되었을 때와 큰 차이가 없다면, 그럼에도 법원이 소의 이익이 없다는 이유로 후소를 각하하고 다시 승계집행문 부여의 소를 제기하도록 하는 것은 당사자들로 하여금 그동안의 노력과 시간을 무위로 돌리고 사실상 동일한 소송행위를 반복하도록 하는 것이어서 당사자들에게 가혹할 뿐만 아니라 신속한 분쟁해결이나 소송경제의 측면에서 타당하다고 보기 어려우므로 이와 같은 경우 소의 이익이 없다고 선불리 단정하여서는 안 된다.¹⁸⁾

4. 결론

채권양도는 소송물의 양도이므로 승계인에 해당. 후소는 권리보호이익이 없어 부적법함

건축조합이 X 아파트 재건축을 乙 건설사에게 맡기면서 사업종료시 공사대금을 대신하여 양도하기로 약정하고, 상호양해 하에 그 소유권이전등기를 재건축조합에서 부탁한 A 앞으로 마쳤다. 그 후 乙은 A 명의의 등기가 계약명의신탁에 기한 것이어서 무효라고 주장하면서 A 및 재건축조합을 상대로 각각 등기말소 및 이전등기를 구하는 소를 제기하여 2015년에 승소·확정되었으며, 2018년

15) 다만 동일한 당사자이므로 채권양도의 시기에 대한 논의 실익은 의미없다고 봄

16) 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다13482 판결

17) 문제의 해답

18) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다210720 판결: 주택임대차보호법 제3조 제4항에 따라 임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것으로 보므로 임대차보증금 반환채무도 부동산의 소유권과 결합하여 일체로서 임대인의 지위를 승계한 양수인에게 이전되고 양도인의 보증금반환채무는 소멸하는 것으로 해석되므로, 변론종결 후 임대부동산을 양수한 자는 민사소송법 제218조 제1항의 변론종결 후의 승계인에 해당한다. 승계집행문은 그 승계가 법원에 명백한 사실이거나 증명서로 승계를 증명할 때에 한하여 내어 줄 수 있고(민사집행법 제31조 제1항), 승계를 증명할 수 없는 때에는 채권자가 승계집행문 부여의 소를 제기할 수 있다(제33조). 따라서 임차인이 임대인을 상대로 보증금반환의 승소확정판결을 받았으나 이후 주택 양수인을 상대로 이를 반환받고자 할 경우 승계가 명확하지 않거나 임대인 지위의 승계를 증명할 수 없는 때에는 임차인이 양수인을 상대로 승계집행문 부여의 소를 제기하여 승계집행문을 부여받음이 원칙이나, 이미 임차인이 양수인을 상대로 임대차보증금의 반환을 구하는 소를 제기하여 양수인과 사이에 임대인 지위의 승계 여부에 대해 상당한 정도의 공격방어 및 법원의 심리가 진행됨으로써 사실상 승계집행문 부여의 소가 제기되었을 때와 큰 차이가 없다면, 그럼에도 법원이 소의 이익이 없다는 이유로 후소를 각하하고 임차인으로 하여금 다시 승계집행문 부여의 소를 제기하도록 하는 것은 당사자들로 하여금 그동안의 노력과 시간을 무위로 돌리고 사실상 동일한 소송행위를 반복하도록 하는 것이어서 당사자들에게 가혹할 뿐만 아니라 신속한 분쟁해결이나 소송경제의 측면에서 타당하다고 보기 어려우므로 이와 같은 경우 소의 이익이 없다고 선불리 단정하여서는 안 된다.

에 이 판결에 따라 자기 앞으로의 이전등기를 마쳤다. 한편, 甲은 2011년에 A로부터 위 아파트를 임차하였다가 2016년에 A에게 임대차계약 해지통고를 한 다음, A를 상대로 임대차보증금반환을 구하는 소를 제기하여 승소·확정되었다. 그 후 이 승소판결에 기하여 甲은 주위적 청구로서 乙이 A로부터 위 아파트의 임대인 지위를 승계하였다고 주장하면서 Y를 상대로 보증금반환청구를, 예비적 청구로 乙이 승계인이 아니더라도 A로부터 보증금을 전달받았으므로 보증금에 해당하는 동액만큼의 부당이득반환청구를 병합하였다. (다음 사안은 각각 별개임)

- (1) 제1심법원은 주위적 청구에 대하여 무효인 명의신탁약정에 기한 소유권이전등기를 말소하여 등기명의를 회복한 것을 두고 임차주택의 ‘양수’라고 볼 수 없으므로 乙이 임대인 지위를 승계하지 않는다고 보아 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하려고 한다. 승계인 여부를 검토하여 청구의 인용 여부를 설명하시오. (10점)
- (2) 제1심과 항소심 법원에 이르기까지 甲의 승계인 주장을 인정하면서도 甲의 A에 대한 전소 확정판결의 기판력은 전소 변론종결일 이후 이 사건 아파트의 소유권을 이전받은 乙에게도 그 효력이 미쳐서 甲의 乙에 대한 청구는 권리보호이익이 없다고 하여 주위적 청구를 기각판결하고, 예비적 청구 역시 부당이득을 인정할 수 없다는 취지로 기각판결하였다. 원고 甲이 계속하여 상고하였을 경우 상고법원의 조치를 설명하시오. (10점)

II. 설문 (2)은 해설 실익이 없음—없어불장사