

민사소송법 사례형 시험대비

**최강사례**  
**-초·중급-**  
**민사소송법**

변리사준비를 하시는 수험생 여러분에게 도움이 되길 바랍니다.

최영덕

# 사례문제 답안서술방법

## 1. 들어가며

사례형 시험의 의미는 간단히 두 가지로 말할 수 있다. 하나는 해당 분야에서 필요한 지식을 습득이 되었는가와 수요와 공급 간의 불균형으로 인한 최적의 값을 찾기 위한 경쟁력을 갖추었나를 측정하는 과정이라고 할 수 있을 것이다. 간단히 말해 전문지식을 가진 필요한 인원을 선발하기 위하여 현재의 가장 공평한 제도로 시험이 존재하고 있다는 점에 대하여 현재 이를 부인하지는 못할 것이다.

고도의 전문적인 지식을 요하는 직업군일수록 시험의 유형으로서 1차에는 객관식 선택형과 2차의 서술형의 주관식 시험이 존재하는 것은 공통적인 현상인데, 이에 대한 기준의 당·부당에 대한 논의는 차치하기로 하고 서술형 주관식의 시험에 대한 대비와 필요성 및 구체적인 방법은 인문·사회과학의 연구방법과 연관되어 일정한 정도는 형식과 주의사항이 필요하다는 점을 알아둘 필요가 있다. 이하에서는 답안의 전개방식과 유형에 따른 구체적인 서술유형, 그리고 채점에 대비한 공부방법을 위하여 교수들의 일반적인 채점기준을 살펴본다.

## 2. 답안전개의 형식과 유형

### (1) 논리적 전개와 필요성

#### 1) 추론과 논증

법학은 엄밀히 사회과학의 한분야로 분류된다. 넓은 의미에서는 논리학의 일부라고 평가하는 것이 일반적이다. 그렇다고 논리학에 대한 오류론이나 논증학까지 공부할 필요는 없으며 서술적인 부분에서 논리가 필요하다고 보면 된다. 전형적인 삼단논법으로 말해지는 예를 들어, 인간은 죽는다.→소크라테스는 인간이다.→그러므로 소크라테스는 죽는다. ⇒대전제→소전제→결론. 방식이다.

한마디로 주어진 사안에서 대전제인 법률규정에 대한 지식을 적용하여 결론을 도출하는 방식이라고 보면 된다. 그래서 기본은 대전제에 대한 사례적용이 이러한 결과가 나올 것이라고 제시하므로 근거를 들어 설명하는 것이 가장 일반적인 서술방법이라고 보면 된다. 이 설명에 자신의 비판과 주장을 덧붙이면 논증이 되는 것이다. 다만 그 논증의 근거는 거의 100% 판례가 된다는 것이 중요하다는 것을 다시 한번 강조한다.

#### 2) 서술방법과 최소한의 형식

논증형 혹은 설명형 서술방식은 그 문제의 분야와 별개로 우선 설명할 대상 내지 논증할 주제를 제시하는 것은 가장 기초적인 서술방법의 필수적 과정이다. 인문학은 예술이고 인간의 상상력을 자극하여야 하지만, **법학은 엄밀히 사회과학이고 민법은 그 사회과학 중에 가장 의미있는 역사성을 가지면서 판례를 통하여 설명되는 추론과 논증이므로 사례문제는** 설명의 대상이나 논증의 주제를 제시하고, 근거를 들거나, 만들어 결론을 도출하는 일련의 과정이 전형적인 서술방법이라고 할 것이다. 따라서 여기서는 서론과 본론과 결론이라는 최소한의 형식적 틀이 필요하며, 결론 도출을 위한 과정이 서술방법의 요체라고 할 수 있다.

#### 3) 전개방식의 다양성

논증의 전개는 당연히 논리적인 흐름을 따라야 한다. 이른바 제시된 쟁점과 쟁점의 구성

이 역행하지 않도록 하고, 연관성을 가지고 다음 쟁점으로 넘어가는 이유를 제시하면서 논의하는 것이다. 앞서의 소크라테스가 사람이라서 죽는다는 결론의 도출처럼. 그러나 반드시 결론이 뒤에 나와야 한다는 원칙은 존재하지 않는다. 결론을 도출하고 그 논거나 근거를 설명하는 방식도 가능하다. 그러한 예가 이른바 판결서 형식이라고 생각하면 된다. 이에 대한 이해를 돕기 위하여 전개방식의 대표적인 유형들을 살펴보고 구체적인 전개방식에 대하여 고민하도록 한다.

## (2) 유형

### 1) 쟁점서술형 답안(추론형)-변호사형(당사자형) 답안

민사법의 출제는 교과서의 단편적인 문제에서 민사분쟁의 실제사건을 해결하고 사법행위에서 발생하는 실질적인 사건해결에 따른 실체법상의 문제를 해결하는 능력을 평가하는 특성이 있다. 따라서 사건 중심에서 민사법 전반에서 야기되는 문제를 연결하여 해결할 수 있는 능력을 배양하는 학습방법의 전환이 필요한 부분이다.

쟁점서술형은 사안에서 의도한 쟁점을 찾아내어 제시하고 추출된 쟁점을 법조문의 해석과 이에 대한 학설과 판례를 자료로 제시하여 설명하거나 주장하는 형태라고 보면 된다. 물론 판례의 태도나 입장을 강하게 서술하여야 한다.

1. 쟁점의 정리(문제의 소재, 논점의 정리, 문제제기 등)
- ↓
2. 쟁점1에 대한 서술 내지는 근거 법률 해석론
3. 쟁점2에 대한 서술 내지는 다툼에 대한 해결의 논거제시
- ↓
4. 결론(사안의 해결)

당사자(변호사)형 답안의 전형적 형태이다.

쟁점해결을 위해 실체법상 전반에 걸쳐 나타나는 모든 논점을 추출해 내는 것이 득점상 절대적으로 필요하다. 물론 논점추출형의 문제에서 논점의 일탈이나 논리의 비약에 주의를 기울여야 하고, 특히 논점의 누락이 있어서는 해당 배점을 못 받는다는 데에 신경을 써야 한다는 것이다.

### 2) 이유제시(논증)형 답안-판사형(직권형) 답안)

대개 결론과 근거를 제시하라 등의 문제이다.

근거제시형 문제에서는 항상 조문으로든 학리해석이나 판례로 그 근거를 제시해야 한다. 남보다 더 치밀하고 상세한 근거를 제시한다면 그만큼 더 좋은 점수를 받을 것이라는 점은 자명한 사실이다. 그러나 일괄적 서술방식은 반드시 지양하여야 한다.

1. 결론(주문)

- 1) 결론과 근거를 제시하라는 문제가 아니면 가급적 당사자형 답안으로 서술하는 것이 무난하다고 생각한다.

↓

2. 근거(이유)

- (1) 쟁점에 정립(생략가능)
- (2) 쟁점 1에 대한 논지와 전개
- (3) 쟁점 2에 대한 논지와 전개

혹은

1. 결론

↓

- 2. 근거 1에 대한 논지와 전개
- 3. 근거 2에 대한 논지와 전

이러한 형태가 전형적인 판사형 답안이다. 그러나 주의할 것은 근거를 쟁점별 서술하여야 하지 판결서의 이유식으로 서술하는 것은 채점에 매우 부적절하고 기대 이하의 점수가 나온다는 점이다. 필자가 그동안 보아온 가장 큰 시행착오의 사례가 바로 그것이다.

쟁점에 대해서는 설문의 해결에 관련된 것만을 서술하여야 한다. 사안의 해결에 불필요한 쟁점에 대해서는 시간도 에너지도 낭비해서는 안 된다. 그러기 위해서는 처음부터 선입견 없이 설문(출제의도)을 제대로 파악하여야 한다. 물론 사안해결에 필요한 쟁점을 도출하는 것 자체가 어려운 일이다.

### (3) 사례형 답안의 구성과 서술

주관식 답안은 법리의 이해 정도와 판례의 숙지 정도, 그리고 이러한 판례법리(내지 자기견해)를 실제 사안에서 적용할 수 있는지의 능력, 즉 사안의 해결능력을 평가하게 된다. 따라서 자신의 이해 정도를 정확하게 표현하여야 한다. 잘못된 용어를 사용하거나 설문에 적용될 법리 이외의 쟁점을 다룸으로써 논점일탈 내지 논리비약이 있어서는 안 된다. 그 실수만으로 이미 법리를 이해하지 못하고 있다는 점을 증명하는 것이나 다름없다. 또한 사안 해결능력을 보여주기 위해서는 반드시 법리의 사안포섭 과정을 보여주어야 한다는 점을 잊지 말아야 한다.

## 4. 서술상의 주의사항

### (1) 초안 및 목차작성의 중요성

초안과 목차의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 목차 작성은 실수를 줄이고 쟁점의 누락을 줄이는 데에 가장 효율적인 방법이다. 초안을 작성하면 시간을 낭비하는 것 같지만, 목차나 초안 작성을 안 하고 답안을 쓰다가 실수한 부분을 발견하여 지우고 다시 쓰게 된다면, 시험장에서 당황하게 되고 오히려 그것이 더욱 시간을 낭비한다는 것을 생각해 본다면 초안과 목차 작성의 중요성과 필요성을 인식할 수 있을 것이다.

① 목차작성을 위해 사실관계를 반드시 읽고 숙지하여 파악해야 한다.

② 사실관계를 파악하는 데에는 상상력은 금물이다. 여기서 중요한 부분은 사안을 수험생이

파악할 수 있도록 즉, 본인만 이해할 수 있도록 최대한 단순화하는 작업이 필요하다.

③사안의 단순화를 통한 쟁점도출작업은 고득점의 최첩경이다.

④도출된 쟁점을 논증순서에 맞게 재구성한다. 그리고 쟁점별로 조문과 견해대립의 학설과 판례를 서술할 정도로 목차를 작성한다.

⑤자신의 표현으로 시간을 최대한 줄이도록 한다.

⑥로마숫자나 아라비아 숫자로 목차를 구성한다.

## (2) 사안 파악의 중요성

### 1) 시간분배와 문제풀이

시험의 당락과 관련하여 주의할 것은 시간안배에 실패하는 경우가 있으며, 선입견을 갖고 문제를 임의로 해석하는 경우가 있다. 문제를 임의로 해석한다는 것은 사안을 명확히 이해하고 있지 못하다는 반증이다. 특히 민사사례는 사안의 중요성이 매우 중요하며 마치 수학문제에서 문제에 답이 주어지는 것과 매우 동일하다.

답안은 철저히 표시주의가 적용된다. 답안에 없다면 주장이 없어서 채점의 기초로 삼을 수 없다. 변론주의를 생각해 보지. 또한 많이 아는데 답안에 실수가 있다는 이유로 동정 점수를 받는 일은 없다. 본인은 실수한 것이라지만 채점자는 철저히 모르는 것으로 평가하게 된다. 특히 그것이 사안을 잘못 알고 논증하는 것은 합격과 멀어지는 지름길이다. 사안에 대하여 치밀하고 정교하게 움직이는 기계와 같이 파악하고 이해하며 답안을 구성하여야 한다.

시간 분배와 동일한 문제이기는 하나 통상 7문제 전후가 출제된다고 할 때 문제당 최소 10점의 배점 20점이 배정된다. 한 문제를 잘 푼다고 하고 누락된 문제가 있다면 고득점을 예상할 수 없다. 일단 쉬운 문제라고 생각되는 문제부터 사안을 파악하고 목차를 잡아놓고 차츰 난이도가 높은 문제를 접근하여 모든 문제를 서술한다는 자세를 가져야 한다.

## (3) 판례 중심의 서술

### 1) 학설 기재의 최소화

법조문이 모든 사항과 경우의 수를 포섭하지 못하고 개별적 사안에서 법조문의 적용의 경우에도 구체적 사안에서 원칙과 예외가 있을 수 있으므로 해석의 차이는 존재할 수밖에 없다. 따라서 학자들의 견해인 학설의 대립은 자연스러운 현상이다.

### 2) 판례의 입장과 태도의 기술법

대부분 사례는 기존의 판례 사안을 중심으로 의도적인 편집을 하여 출제한다. 결과적으로 쟁점이 다양하고 많은 판례를 중심으로 정리를 할 필요가 있다. 이에 대한 논의는 수업 중에 한다. 특히 최신 판례를 중심으로 역순으로 중요 판례를 정리할 필요가 있으며 표현이나 핵심어 중심의 암기와 기술이 필요하다. 물론 이해를 전제로 한다.

답안에 판례를 서술할 경우, 판례의 결론만 제시해서는 안 된다는 점을 알아두어야 한다. 견해의 대립에서 통상의 논거를 설명하며 판례의 태도라고 부연하는 경우는 상관없다. 그러나 판례만을 독자적으로 서술하는 경우는 최소한의 이유나 논거를 서술할 필요는 있다. 따라서 예컨대, 판례는 '부정설이다'가 아니라, 판례는 '~쟁점에 관해서, ~라는 이유로 부정적으로 판단한다.'라고 쓰는 것이 통상의 서술방법이다. 근거는 얼마나 상세하게 써야

하는가는 채점기준과 평가교수의 성향에 따라 달라지므로 여기서는 언급할 수 없다. 최소한의 형식을 말한다.

중요한 것은 제시된 사안 즉 쟁점에 대한 핵심어(Key-word), 판결요지의 문구가 현출이 된다면 좋은 답안으로 인상을 줄 것이다. 평가자는 판례의 법리를 어느 정도 이해하고 있는지 보려고 할 것이다. 가끔 통으로 암기하라는 공부방법이 있는지 이는 추천할 만한 방법은 아니라고 생각한다. 필자가 현장에서 평가자의 위치에서 보면 오히려 판례문장을 통 암기하는 경우 공부의 정성보다는 법리를 이해하고 있는지 의심을 품는 경우가 많고, 이와 같은 생각을 가진 교수가 의외로 상당하다는 점도 알아두시기 바란다.

#### (4) 기호 등의 기재 주의

일반적 법조문을 제외하고 법조문이 목차에 나와서는 좋지 않다. 목차는 전체의 내용을 요지로 잡아줘야 하기 때문이다. 또한 법조문에 대한 법의 표현은 처음 법조문을 기재할 경우, 예컨대 「민법 00조」라는 식으로 기재하거나 혹은 대표법조문을 기재한 후 ‘이하 법이라고 한다.’ 서술하는 것이 원칙이다. 그러나 이는 부수적인 문제이며 실제시험에서 법조문을 나열할 정도의 문제가 출제되는 것은 아니다. 따라서 이런 원칙에는 많은 주의를 기울인 필요는 없다고 생각된다. 아울러 마침표, 쉼표 외에 특수기호, 불필요한 기호 등 사용하지 않도록 한다. 또한 마침표나 쉼표는 적절하게 사용할 수 있도록 하여야 한다. 물음표는 쓰지 않는다. 글씨는 알아볼 정도로 써야하고 서술 지나치게 독창적이거나 판례를 모방해서는 안 된다.

### 5. 맺음말

#### (1) 결론을 대신하여

여러분의 건투와 건승을 기원하여 맺음말은 채점기준과 사례형 답안의 중요성을 강조하면서 마무리한다. 사례형 답안은 서술로 법리의 이해 정도와 판례의 숙지 정도, 그리고 이러한 판례법리(내지 자기견해)를 실제 사안에서 적용할 수 있는지의 능력, 즉 사안의 해결 능력을 평가하게 된다. 따라서 자신의 이해 정도를 정확하게 표현하여야 한다. 잘못된 용어를 사용하거나 설문에 적용될 법리 이외의 쟁점을 다룸으로써 논점일탈 내지 논리비약이 있어서는 안 된다. 그 실수만으로 이미 법리를 이해하지 못하고 있다는 점을 증명하는 것이나 다름이 없으므로 주의할 필요가 있다.

#### (2) 일반적인 답안채점과 첨삭기준

채점 교수의 채점 기준은 간단히 말하면 모범답안을 구성하여 수험자의 답안과 비교하는 형식이 일반적이다. 이러한 경우 ①출제자 의도인 논점(쟁점) 검토와 결론 도출 여부, ②목차구성 및 내용기재의 논리적 전개 여부, ③답안표현의 명확성과 핵심어 기술 여부, ④논점별 분량과 강약조절 여부 등 중요한 표준이 된다. 결국 답안의 채점은 주어진 문제의 쟁점을 찾아 출제자의 의도에 맞게 서술하고 채점 교수의 눈에 들어야 좋은 점수를 받을 수 있다는 간단한 필요조건이 성립할 뿐이다. 쉽지만 또 쉽지 않은 길이다.

# 제1편 총론

## 제1장 민사소송과 다른 소송과의 관계

### 1. 민사소송과 가사소송의 관계

ㅁ은 망부로부터 증여받은 토지를 배우자 乙와 공동명의로 등기하였다. 한편 乙은 자식 A가 있으며, ㅁ을 피고로 하여 대전가정법원에 이혼청구 및 재산분할청구, 양육비청구소송을 하고자 한다.(다음 별개의 사안에 답하시오.)

1. 대전가정법원이 위 청구 모두에 대하여 재판관할권을 가지는지 설명하시오.

가사소송법
제14조(관련 사건의 병합) ① 여러 개의 가사소송사건 또는 가사소송사건과 가사비송사건의 청구의 원인이 동일한 사실관계에 기초하거나 1개의 청구의 당부(當否)가 다른 청구의 당부의 전제가 되는 경우에는 이를 1개의 소로 제기할 수 있다.
② 제1항의 사건의 관할법원이 다를 때에는 가사소송사건 중 1개의 청구에 대한 관할권이 있는 가정법원에 소를 제기할 수 있다.
③ 가류 또는 나류 가사소송사건의 소의 제기가 있고, 그 사건과 제1항의 관계에 있는 다류 가사소송사건 또는 가사비송사건이 각각 다른 가정법원에 계속(係屬)된 경우에는 가류 또는 나류 가사소송사건의 수소법원(受訴法院)은 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 결정으로 다류 가사소송사건 또는 가사비송사건을 병합할 수 있다.
④ 제1항이나 제3항에 따라 병합된 여러 개의 청구에 관하여는 1개의 판결로 재판한다.

2. 이혼소송 전에 증여받은 토지에 대하여 乙은 ㅁ과 토지에 대한 분할청구소송을 제기하고 있었다. 그러다가 이혼소송 및 재산분할소송이 제기되었는데, 이 소송계속 중에 乙은 청구의 취지 및 원인변경신청서를 제출하여 공유토지분할청구를 병합하고자 하였다. 가정법원은 乙의 소변경에 대하여 어떠한 조치를 취할 것인지 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

- 1) 가사소송사건과 가사비송사건을 병합할 수 있는지 묻고 있다.
- 2) 민사소송법 제253조의 병합요건과 관련하여 '같은 소송절차'가 아닌 소송과 비송을 병합시킬 수 있는 특별규정이 가사소송법에 규정되어 있는지 검토한다.

#### 2. 청구병합의 가능여부

##### (1) 객관적 병합요건

청구병합은 같은 소송절차에서 처리할 수 있는 청구에 대해서만 가능하다(제253조). 같은 소송절차에 의하지 아니한 경우에는 소송자료의 수집 등 심리방법이 달라 같은 결과에 이르지 못한 경우가 있기 때문이다. 또한 공통의 관할이<sup>2)</sup> 요구되나 사안에서는 문제되지 아니한다.

##### (2) 소송사건과 비송사건의 병합

행정사건과 민사사건, 형사사건과 민사사건은 당연히 병합할 수 없음이 원칙이며 같은 민사절차라 하더라도 민사소송사건과 비송사건은 절차를 달리하므로 병합할 수 없다.

2) 관할과 재판관할권은 구분하여 이해하여야 한다. 재판관할권은 재판절차에 대한 일종의 재판권으로 이해하여야 한다.

### (3) 사안의 경우

이혼청구는 가사소송사건이며, 재산분할청구는 가사비송사건이다. 따라서 가사소송사건의 법원은 가사비송사건을 병합하여 심리할 수 없는 것이 원칙이다. 다만, 사안의 경우 가사소송법에 특별규정이 있는지 검토한다.

## 3. 특별법에 따른(가사소송법 제14조) 병합

### (1) 가사소송법과 민사소송법의 관계

민사소송은 재산관계와 신분관계의 일부에 대한 절차를 규율한다. 가정 내지 신분에 관한 것은 자체적으로 특별한 규율이 필요하며 동일한 실체법으로서 민법의 범위에 친족상속법이 존재하더라도 취급과 해석이 다르며 이에 대한 절차적 규율형태도 달라 특별소송절차로 가사소송법이 있다.

### (2) 가사소송법상 특별구제절차

가사소송법 제14조는 관련청구를 병합할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 따라 여러 개의 가사소송사건 사이에 또는 가사소송사건과 가사비송사건 사이에 병합이 가능하다.

### (3) 가사소송절차에 따른 분류

이혼청구는 나류 가사소송사건이며, 재산분할청구는 마류 가사비송사건이다. 이에 따라 이혼청구와 재산분할청구의 병합이 가능하며, 대전자정법원은 이 사건에 대해 관할권을 가진다.

## 4. 결론

가사소송사건에서 예외적으로 청구병합을 할 수 있으며, 대전자정법원은 두 청구 모두에 대하여 재판관할권을 가진다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

청구변경이 가능한지 문제된 사안에서 우선 추가적 병합의 요건을 살펴볼 필요가 있으며, 나아가 가사소송절차에 민사소송절차를 병합할 수 있는지 검토한다. 이에 대하여 문제의 취지상 청구변경의 요건도 검토한다.

### 2. 청구의 변경 허부

#### (1) 문제점

청구의 변경은 객관적 병합뿐만 아니라 청구변경의 요건도 구비하여야 한다. 우선 청구변경의 요건에 해당하는지 검토할 필요가 있다.<sup>3)</sup>

#### (2) 추가적 변경에서 청구기초의 동일성

청구의 변경은 이른바 소의 후발적 변경에 해당한다. 따라서 여러 개의 청구는 같은 종류의 소송절차에 따르는 경우에만 하나의 소로 제기할 수 있다는 객관적 병합의 요건뿐만 아니라, 제262조의 청구변경의 요건도 구비하여야 한다. 소의 변경은 교환적 변경이든 추가적 변경이든 심급의 이익이 침해되지 않아야 하므로 동일한 당사자의 청구기초의 동일성이

3) 객관적 병합요건의 동일절차 여부가 문제된 사안이지만, 이러한 논의순서도 가능하다.



존재하여야 한다.

**(3) 공유물분할청구소송과 이혼소송**

동일한 당사자의 이혼소송과 재산분할소송이 연계된 공유물분할소송은 청구기초의 동일성이 존재한다고 할 것이다. 따라서 소송지연의 의도가 보이지 않으므로 소의 변경의 일단의 요건에는 부합한다고 할 것이다.

**3. 가사소송사건과 통상의 민사사건의 병합 가부**

**(1) 동일절차에서 병합 가부**

민사소송법 제253조에 따르면 청구는 같은 소송절차에 따라 심리될 수 있을 경우에 병합하여 청구할 수 있다. 공유물분할청구소와 공유물에 대한 재산분할청구는 통상의 민사사건이다.

**(2) 다른 절차에서 병합불가**

가사소송사건과 통상의 민사사건의 병합은 허용되지 아니한다. 가사소송사건은 주로 직권조사(직권심리)가 적용되는 반면 통상의 민사소송 사건은 변론주의가 적용된다. 하나의 소송에서 당사자주의와 직권주의가 충돌하는 경우 병합이 허용되어서는 안 될 것이다.

**(3) 소변경 가부**

민사절차인 공유물분할사건을 가사소송사건에 병합시킬 수 없다. 결국 가정법원은 乙의 소변경을 불허하는 재판을 한다.

**4. 결론**

민사절차와 가사절차는 병합할 수 없으므로 법원은 乙의 소변경 신청에 대하여 절차의 충돌을 이유로 불허하는 결정을 한다.

## 2. 소송절차와 비송절차의 비교

甲과 乙은 부부이다. 자식으로 A가 있는데, 이혼 후 배우자인 乙이 전적으로 양육하였다. 이에 乙은 甲을 상대로 이혼 후 본 청구시까지의 양육비에 대한 가사소송사건으로 제기하였다. 즉 乙은 과거의 양육비와 그 이후의 장래의 양육비를 청구하면서 비송사건으로 제기하였다. 이에 대해 (민사소송으로 제기한 것과 비교하여) 법원은 이를 모두 판단할 수 있는가?

### 1. 문제의 소재

장래의 양육비청구는 가사소송법 제2조 제1항 나목 마류 제3호에 의하여 비송사건으로 처리하도록 규정되어 있어 甲의 청구에 문제가 없다, 그러나 과거의 양육비청구는 권리의 존부에 관한 다툼으로서 쟁송적 성격이 있어 소송으로 처리하여야 하는지, 양육비가 자의 복리와 관계있어 직권으로 판단하여야 하는지 문제된다.

### 2. 소송과 비송의 관계

#### (1) 소송과 비송의 차이

소송은 당사자가 권리의 존부의 주장과 그 사실을 증명하여야 하는 처분권주의와 변론주의가 적용된다. 그러나 비송사건은 직권주의로 판단하는 면에서 가장 큰 차이가, 증명과 소송법적 효과에 큰 차이가 있다.

#### (2) 판결에 대한 구제

비송사건은 경우 원칙적으로 항고나 재항고로서 법률심에 관한 논의가 필요하다. 그러나 소송사건인 경우 당사자는 항소나 상고로서 구체받을 수 있는 등 그 차이가 크다. 과거의 양육비가 이에 대하여 쟁송적 성격의 의미를 무엇으로 파악하는지 논의가 필요한 이유이다.

#### (3) 가사소송에서 비송사건과 소송사건

가사비송사건 중 마류 사건은 쟁송성이 강하고 소송 사건적 성격을 갖고 있기 때문에 비송사건이라기 보다는 진정쟁송사건이라고 할 것이다. 그 때문에 대립당사자구조, 조정전치주의, 필요적 심문절차가 적용되기도 한다.

### 3. 과거양육비에 대한 법적 성질과 비송관계

#### (1) 문제점

양육비에 대한 부분은 자의 복리에 관한 문제이므로 직권주의가 적용되는지 당사자주의가 적용되는 문제될 수 있는데 이는 비송사건으로 처리하여야 하는지 결정되어야 하는 쟁점이 있다.

#### (1) 견해의 대립

##### 1) 학설의 견해

① 부양의무에 관한 가장 적합한 판단기관인 가정법원에서 통일적으로 사건처리를 해야 한다는 이유에서 장래의 양육비청구와 같이 비송으로 처리하자는 견해와, ② 가사비송사건 중 마류사건은 함부로 확대해석할 것은 아니라는 이유로 가사소송사건으로 처리하자는 견해, ③ 과거의 양육비를 청구할 권리가 있는지는 소송으로 처리하고, 그 금액은 비송으로

결정하자는 견해의 대립이 있다.

## 2) 판례의 입장

판례는<sup>4)</sup> 이혼한 부부 각자가 분담하여야 할 과거의 양육비의 비율이나 금액을 장래에 대한 것과 함께 정하는 것도 민법 제837조 제2항에서 규정된 자의 양육에 관한 처분으로 보아 가정법원이 자의 연령 및 부모의 재산상황 등 기타 사정을 참작하여 심판으로 정하여야 할 것이지 지방법원이 민사소송절차에 따라 판정할 것은 아니라고 해석함이 상당하다고 판시하여 과거의 양육비청구를 비송사건으로 처리한다.

### (3) 비송사건과 통상의 민사소송사건을 혼동한 경우의 처리

민사소송절차에 의할 것을 비송사건절차법에 의하여 제기한 경우 ① 이송으로 처리하자는 것이 학설의 입장이나 ② 판례는 민사소송절차에 의할 것을 비송사건으로 제기한 경우 각하하여야 한다는 입장이다.

## 4. 결론

과거의 양육비사건은 비송사건으로 판단하는 것이 판례이므로 모두 판단할 수 있다. 민사소송으로 제기할 경우 판례는 각하, 학설은 이송으로 처리하고자 한다.

---

4) 대판 1994.5.13. 92스21

### 3. 행정소송과 민사소송의 관계(난이도 큰 문제이므로 나중에 풀어보세요.)

대전의 신탄진에 살고 있는 甲은 땅부로부터 증여받은 시가 8억원의 토지를 자기명의로登記하였다. 이 토지에 대하여 북대전세무서장은 2억 원의 증여세를 부과하였다. 甲은 우선 과세에 부가세가 붙을 것을 염려하여 전액을 자진납부한 뒤에 甲은 자신이 산정한 세액은 3천만 원이 타당하다는 주장을 하며 대전지방법원에 증여세부과처분취소소송을 제기하였다.(다음 사안은 각각 별개임)

#### 참조조문

행정소송법 제10조 취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고 외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.

행정소송법 제11조 처분 등의 효력 유무 또는 존재 여부가 민사소송의 선결문제라 되어 당해 민사소송의 수소법원이 이를 심리·판단하는 경우에는 제17조, 제25조, 제26조 및 제33조의 규정을 준용한다.

1. 과세처분취소소송 중에 甲은 과세한 2억원 중 3천만을 제외한 부당한 1억 7천만 원에 대하여 부당이득반환청구의 소를 대전지방법원에 제기하였다. 이러한 경우 甲이 먼저 제기한 증여세부과처분취소소송과 부당이득반환청구소송을 병합하여 어느 법원에서 심판받을 수 있는지 설명하시오.

2. 甲이 제기한 취소소송에서 승소하여 판결이 확정되었다. 승소확정판결이 있고 나서 甲은 1억 7천만 원에 대하여 부당이득반환청구소송을 제기하였다. 취소소송의 승소확정판결이 부당이득반환청구소송에 어떠한 영향을 미치는지 여부를 증여세부과처분취소소송을 제기하지 않은 경우와 비교하여 설명하시오.

## I. 설문 1.

### 1. 문제의 소재

행정법원이 설치되지 아니한 지역의 경우 행정사건에 대한 재판관할권을 가진 법원에 여부에 따라 행정소송에 민사사건을 관련청구소송으로 병합할 수 있는지 묻고 있다. 민사재판부가 자신의 사건을 당사자의 신청 또는 직권으로 행정소송법원에 이송할 수 있는지 검토한다.

### 2. 증여세부과사건의 관할법원

#### (1) 부당이득반환청구 사건의 관할

민사사건은 통상법원에서 관장하며, 이행청구소송은 행정소송법상의 소송유형이 아니므로 민사소송으로 제기하여야 한다. 이 경우 민사소송의 당사자능력자는 처분행정청이 아닌 대한민국이다.<sup>5)</sup> 부당이득청구소송은 이행청구소송이며 민사소송이다.

#### (2) 행정사건의 관할

증여세부과처분취소는 행정소송일 수밖에 없다. 행정사건은 행정법원에서 처리하며, 행정법원이 설치되어 있지 아니한 지역의 경우 지방법원 본원 또는 춘천지방법원 강릉지원이 담당한다.

5) 대판 1990.2.27. 89누3557: 납세자가 과세관청을 상대로 이 사건 양도소득세 등 과세처분의 취소소송에 병합하여 그가 자진납부한 세액에서 그 주장의 정당한 세액을 공제한 금액의 부당이득반환청구의 소를 제기한 경우, 이는 행정소송법 제10조 제2항에 의거 양도소득세부과처분 취소소송에 병합하여 관련청구소송을 제기한 것으로 볼 수 있으나 이 사건 부과처분을 한 처분청에 대하여 위와 같은 부당이득금반환의 이행판결을 구하는 소를 제기할 수는 없는 것이다.

### (3) 사안의 경우

甲은 취소소송은 대전지방법원 행정부에, 부당이득반환청구의 소는 대전지방법원 민사부에 제기하여야 한다. 원칙적으로 행정소송과 민사소송은 별개의 소송이며, 처분청과 국가를 당사자동일 등 병합할 수 없음이 원칙이다.

## 3. 관련청구소송의 병합 거부

### (1) 문제점

관할을 달리하는 법원은 전문법원 관할과 관련하여 원칙적으로 병합할 수 없다. 그러나 사안의 경우처럼 행정소송법상 행정소송인 증여세부과처분취소와 부당이득반환청구소송은 밀접한 관련이 있으므로 사실상 하나의 원인관계에서 발생하므로 병합가능한 지 문제이다.

### (2) 병합을 위한 이송

#### 1) 관련청구의 병합

행정사건과 민사사건은 준별되지만, 행정소송법 제10조는 예외적으로 양쪽 청구가 밀접하게 관련되어 있는 경우에는 행정소송법원에서 병합하여 심리할 수 있도록 하고 있다.

#### 2) 행정소송으로 이송

먼저, 행정소송이 제기되어 있는 경우 행정소송과 관련된 민사사건의 청구를 병합하여 제기할 수 있으며, 민사재판부에서 이미 관련청구를 심리하고 있는 경우에는 당사자의 신청 또는 법원의 직권으로 행정소송법 제10조 제2항에 따라 사건을 전문법원인 동일한 법원 행정부에 이송할 수 있다.<sup>6)</sup>

#### 3) 민사법원으로 이송

행정부로 이송은 문제없으나 민사법원으로 이송이 가능한지 논의될 필요가 있다. 그러나 행정소송은 전문사건으로 민사소송의 대상이 될 수 없으며, 행정소송이 선결관계에 해당하므로 이것을 결정하여야 하는 행정부만이 이송법원이 되고 민사법원은 병합심리 법원이 될 수 없다.

### (3) 소결

甲은 먼저 취소소송을 제기한 후 그 변론종결시까지 부당이득반환청구소송을 병합하여 제기할 수 있으며, 민사부에 이미 민사소송이 제기되어 있는 경우에는 행정소송법 제10조 제2항에 따라 행정부에 소송이송을 청구하거나 직권으로 이송할 수 있다. 그러나 민사소송으로 병합심리할 수는 없다.

## 4. 결론

행정소송인 취소소송을 담당하는 재판부는 전문법원으로서 지방법원 행정부이며, 민사사건인 부당이득반환청구소송의 경우에는 대전지방법원 민사부이다. 당사자는 취소소송 계속

---

6) 대판 2018.7.26. 2015다221569 판결: 정비기반시설의 소유권 귀속에 관한 소송은 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 행정소송법 제3조 제2호에서 규정하는 당사자소송에 해당한다. 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, 수소법원에서는 만약 그 행정소송에 대한 관할을 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 당해 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차와 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 관할법원에 이송하여야 한다.

중에 부당이득반환청구를 관련청구소송으로 병합하여 제기할 수 있으며, 민사소송이 계속 중인 때에는 법원의 직권 또는 당사자의 신청으로 행정부에 이송하여 병합심리하게 할 수 있다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

행정법원과 민사법원 사이에 기판력 발생을 인정할 것인지 문제이고 이는 판례의 증명효이론에 대하여 검토가 필요하다. 결과적으로 과세처분인 행정행위의 공정력과 관계되어 민사법원이 청구인용할 것인지 쟁점이다.

### 2. 행정행위의 적법성과 민사소송(취소소송이 없는 경우)

#### (1) 민사소송의 선결성

통상의 민사법원은 소송물의 선결문제가 되는 행정처분의 위법 여부에 대해서는 심판할 수 없다. 행정행위는 공정력을 지니므로 행정처분이 취소되지 않은 이상 행정처분의 유효성을 전제로 하여 심판하여야 한다. 행정행위의 공정력은 적법성에 관한 문제와 관련하여 민사법원을 구속한다. 따라서 민사법원은 행정처분의 적법 여부에 대하여 심판하지 못한다.

#### (2) 행정행위의 무효나 부존재의 구속성

##### 1) 행정처분의 효력 여부에 대한 심판권

위법한 행정행위 자체에 대하여는 민사법원이 위법성 여부를 판단할 수 있는지에 대하여 단지 취소사유에 불과한 경우 그 처분이 취소되기전에는 민사법원은 그 처분의 효력을 부정할 수 없다.<sup>7)</sup>

##### 2) 공정력과 무효나 부존재의 차이

통상의 민사법원은 소송물의 선결문제가 되는 행정처분의 당연무효나 부존재에 대하여 심판할 수 있다. 행정행위의 공정력은 적법성에 관한 문제와 관련하여서만 민사법원을 구속할 뿐, 당해 행정처분이 당연무효라든가 부존재한다는 점에 대해서는 미치지 아니한다.

#### (3) 소결

증여세과세처분의 취소가 없는 경우 민사재판부는 과세에 대하여 부당이득의 법률상 원인 없음에 대한 적법 여부에 대하여 심판할 수 없다. 그러나 민사재판부는 증여세과세처분이 당연무효나 또는 부존재하는 경우 그 결과를 판단하여 선결적 법률관계로 하여 본안판결을 할 수 있는지 별도로 검토가 필요하다.

### 3. 행정소송의 판결 효력의 확장 여부(취소소송이 인용된 경우)

#### (1) 문제점

행정처분의 유·무효는 민사사건의 판단의 선결적 법률문제이다. 이 경우 선결관계라고 하더라도 기판력이 발생하지 아니한다. 다만, 판례의 증명효이론이 적용되어 민사소송에서

7) 대판 1991.10.22. 91다26690; 대판 1990.2.27. 89누3357: 납세자가 과세관청을 상대로 이 사건 양도소득세 등 과세처분의 취소소송에 병합하여 그가 자진납부한 세액에서 그 주장의 정당한 세액을 공제한 금액의 부당이득반환청구의 소를 제기한 경우, 이는 행정소송법 제10조 제2항에 의거 양도소득세 부과처분 취소소송에 병합하여 관련청구소송을 제기한 것으로 볼 수 있으나 이 사건 부과처분을 한 처분청에 대하여 위와 같은 부당이득금반환의 이행판결을 구하는 소를 제기할 수는 없는 것이다.

이를 판단의 근거로 할 수 있는지 문제이다.

## (2) 판례의<sup>8)</sup> 증명효 이론

### 1) 행정사건에서 증명효 이론의 적용 여부

판례의 증명효 이론은 다른 민사사건 상호간 또는 형사판결과의 관계에서 인정될 뿐, 행정소송판결과의 관계에서는 적용되지 아니한다. 행정처분이 취소되는 경우 공정력을 잃게 되는 경우 민사절차에서 더 이상 선결관계로 작용할 수 없으며, 행정사건의 경우 행정처분의 유·무효 여부를 민사법원에서도 판단할 수 있다는 것이 판례이다.<sup>9)</sup>

### 2) 민사법원의 판단

행정처분이 취소되면 공정력을 잃게 되어 민사법원은 행정처분이 부존재한 상태에서 심리할 것이고, 취소청구가 기각되면 공정력을 전제로 판결하게 되어 사실상 행정법원의 판결의 효력을 받게 된다.

## (3) 소결

과세처분이 취소된 경우 민사법원은 별도로 과세가 없음을 전제로 부당이득여부를 판단한다. 따라서 甲의 취소소송이 인용되어 과세처분이 공정력을 잃은 경우 민사법원은 원고의 청구를 인용하는 판결을 할 것이다

## 4. 결론

민사법원은 원칙적으로 행정처분의 적법 여부에 대하여 심판하지 못한다. 민사재판부는 증여세과세처분의 적법 여부에 대하여 심판할 수 없다. 그러나 민사법원은 과세처분이 취소되어 행정행위의 공정력을 잃게 되는 경우 이를 이에 대한 판단을 하여 원고의 청구를 인용할 수 있다.

---

8) 대판 1983.9.13. 81누324: 원래 민사나 행정소송에서는 형사재판에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라 할지라도, 관련된 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 민사나 행정소송에서 유력한 증거자료가 되는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 관련된 민사나 행정사건에서 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다고 보는 것이 상당하다.

기판력과 증명효의 관계 권리구제경로가 다른 법원 사이에서 나온 판결은 상호 기판력이 미치지 못한다. 각 판결은 사실관계 수집 등 서로 다른 심리원칙에 따라 나온 결과이기 때문이다. 판례는 관련된 형사사건 또는 민사사건의 판결에서 인정된 사실은 민사나 행정소송에서 유력한 증거자료가 되는 것이어서 특별한 사정이 없는 한 관련된 민사나 행정사건에서 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다는 증명효를 인정한다.

9) 대판 1966.11.29. 66다1619: 무효한 행정처분은 형식상 행정처분으로서는 존재하나 그 처분내용에 적용한 법률상 결과는 전혀 발생할 수 없는 것이므로 권한 있는 기관으로부터의 취소선언이 없다 하여도 누구나 언제든지 그 무효를 주장할 수 있고 법원은 그 행정처분을 민사사건의 선결문제로서 심리하여 그 무효를 인정할 수 있는 것이다.

## 제2장 신의성실의 원칙/소송요건의 지위

甲은 A회사에서 15년을 근무하던 중 IMF 금융위기에 따른 신분불안에 휩싸였다. 회사는 甲을 해고하고 甲에게 퇴직금과 위로금을 지급하였다. 甲은 퇴직금 등을 수령하면서 어떠한 이의를 유보하거나 조건을 설정하지도 않았다. 그 후 5년이 지나 회사가 활력을 되찾자, 甲은 해고무효확인의 소 및 임금청구의 소를 제기하였다. 이에 대하여 A는 해고가 경영상 필요에 의한 정리해고이며 甲이 회사 사정을 감안하여 자발적으로 해고를 받아들였다고 주장하며 甲의 청구는 부당하다고 주장하고 있다. 제1심법원은 본안심리를 거의 마쳐 사건이 판결하기에 성숙되었다. 제1심법원은 피고가 명확히 주장한 바가 없음에도 권리보호이익 없다는 이유로 부적법 소각하판결을 하였다.(다음 각각의 물음에 답하시오.)

1. 제1심판결이 타당한지 설명하시오.

2. 제1심판결의 소각하판결에 대하여 甲이 항소하자 항소심은 권리보호이익이 존재하지만, 결국 원고의 청구가 이유 없다고 판단하고 있다. 이러한 경우 항소법원이 청구가 이유 없음을 들어 청구기각판결을 할 수 있는지 논하시오.

3. 제2심법원이 1심의 소각하 판결을 취소하고 청구를 기각하는 판결을 하였다. 항소심의 청구기각판결에 甲이 상고하였으나 상고심은 원심의 판단에 문제가 없다고 보고 있다. 그런데 甲은 상고법원으로부터 소송기록 접수통지를 받은 날로부터 20일이 지난 다음에도 상고이유서를 제출하지 아니하던 중 상고심에 이르러 A회사가 민법상 조합으로 그 조직이 판단되었다. 이 경우 상고심의 가능한 판결내용에 대하여 논하시오.

### I. 설문 1.

#### 1. 문제의 소재

당사자가 명백히 주장하지도 아니한 신의성실의 원칙이 위반에 법원이 직권으로 권리보호이익 소송요건의 부재를 이유로 부적법 각하판결할 수 있는지 문제된다.

#### 2. 신의칙의 발현과 적용 형태

##### (1) 문제점

신의칙이 일반조항이므로 실제법에서처럼 본안판단에 해당하는 정도로 적용되는지, 보충적, 선택적으로 적용되는지 문제된다.

##### (2) 신의칙의 소송요건 여부

###### 1) 학설의 대립

소송법상 신의칙에 우선하여 소송의 절차와 내용을 다룰 수 있는 제도 등이 있으므로(예컨대 제423조, 제451조, 제173조), 신의칙은 예외적으로만 적용된다는 견해인 보충적 적용설과 소송경제 및 당사자의 절차에 대한 이해보장 측면에서 다른 제재수단과 선택적으로 적용할 수 있다는 견해인 선택적 적용설이 대립한다. 기본적으로 소송요건으로서 인정한다.

###### 2) 판례의<sup>10)</sup> 태도

10) 대판 1996.3.8. 95다46319: 종전 소송에서의 청구가 일부청구라 하여도 이 사건 소송이 위 종전소송의 사실심에 계속 중에 제기되었음이 기록상 명백한 이상, 원고는 위 종전소송에서 청구취지의 확장으로 용이하게 이 사건 소송의 청구를 할 수 있었는데도 별도로 잔부청구인 이 사건 청구를 하는 것은 소권남용에 해당되어 부적법한 것으로 각하를 면하지 못할 것이다.



명시적 일부청구 소송계속 중에 잔부를 청구하는 별소와 관련하여, 청구확장의 구제수단이 있음에도 불구하고 별소를 제기하는 것은 신의칙 위반의 제소라 하여 부적법하다고 하였으며, 부제소특약 또는 소취하계약 및 관할합의에 위반하여 제소한 사안에서 권리보호이익이나 계약의 해석에 따라 처리함으로써 보충적 적용설의 입장을 취하며 소송요건으로 인정한다.

### 3) 소송요건 선순위성

본안요건에 대한 청구기각과 소각하판결이 대립하는 경우 법원은 우선 소송요건선순위성에 의하여 소송요건의 흠결을 검토하여야 한다.

#### (3) 소권실효의 여부

판례는 해고사건에 대하여 금반언의 원칙과 실효의 원칙을 사안마다 구체적 타당성에 따라 적용한다. 실효의 원칙의 경우 소권실효가 인정되는지 견해가 나뉘나, 원칙적으로 소권은 실효되지 않아 적용형태는 문제되지 아니하고 신의칙이 적용되는 것은 문제가 없으며 실제 법적 적용이 아니라 소송법적 보충적인 요건으로서 적용된다.

## 3. 직권조사여부

### (1) 신의칙과 권리보호이익의 관계

상대방에 일정한 기대가 존재하며 일정한 신뢰를 부여한 경우 이를 위반하여 소제기를 한 경우 판례는<sup>11)</sup> 신의칙에 반하는 경우 적극적 소송요건으로서 권리보호이익의 존재의 소송요건으로 판단하게 된다. 이 경우 본안에 관한 변론주의가 적용되는지 직권탐지주의와 관련한 직권조사사항에 해당하는지 검토하여야 한다.

### (2) 직권조사사항 여부

#### 1) 권리보호이익의 직권조사여부

신의칙에 위반된 소는 권리보호이익이 없는 소이다. 권리보호이익은 소송요건으로서 직권탐지주의가 적용된다. 그러나 판례는 직접적인 직권탐지는 인정하지 않고 직권조사사항으로서 당사자 사실의 주장과 증명책임을 인정하는 상태에서 직권조사를 인정한다.

#### 2) 사실의 주장과 증명책임

직권조사사항에서 당사자의 주장과 증명은 증거자료와 소송자료를 통하여 확인할 수 있으므로 사실의 주장과 증명은 인정된다. 그러나 권리보호이익의 부존재 여부는 여전히 직권 적용하여 판단하여야 한다.

### (3) 소결

당사자는 자발적 해고를 받아들였다고 주장하면서 부당하자고 주장하고 있고, 이는 신의칙 위반은 권리보호이익의 부재를 가져온다. 이는 소송요건 없는 부적법한 소이므로 직권조사하여 판단하는 것은 타당하다.

---

11) 대판 2014.09.04, 2014다210074: 사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이익의 유보나 조건을 제기하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 해고의 효력을 인정하였다고 할 것이고, 따라서 그로부터 오랜 기간이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다. 그렇지만 근로자가 해고의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있다거나 그 외에 상당한 이유가 있는 상황 아래에서 퇴직금을 수령하는 등 반대의 사정이 있음이 엿보이는 때에는, 명시적인 이익을 유보함이 없이 퇴직금을 수령한 경우라고 하여도 일률적으로 해고의 효력을 인정하였다고 보아서는 안 된다.

#### 4. 사례의 해결

부당해고 여부는 변론주의에 해당하여 당사자의 주장을 기다려야 하나, 신의칙 적용과 권리보호이익의 흠결에 대한 판단에 해당하므로 직권판단한다. 따라서 소송자료를 통한 제1심법원의 소각하판결은 일응 타당하다.

## II. 설문 2.

### 1. 문제의 소재

제1심 법원의 소송판결에 대하여 항소를 인용하는 경우 항소법원이 항소기각의 판결을 하여야 하는지, 아니면 청구기각의 판결도 할 수 있는지 묻고 있다. 불이익변경금지의 원칙을 관철할 것인지, 소송경제를 도모할 것인지 문제이다.

### 2. 항소의 효력

#### (1) 이심범위와 심판범위

상소불가분의 원칙상 항소하는 경우 원칙적으로 제1심판결은 확정차단되며 원칙적으로 전부이심된다. 그러나 심판범위는 당사자의 의사를 존중하여 불복한 부분에 한하여 심판한다. 이른바 불이익변경금지 원칙이 적용된다.

#### (2) 소송판결에 대한 이심의 효력

##### 1) 심급의 이익과 이심범위

항소는 본안판결만이 아니라 소송판결도 대상이 된다. 소송판결을 항소하는 경우 직권조사 사항에 대하여는<sup>12)</sup> 전부이심되지만, 본안판결을 한 바가 없으므로 심급의 이익의 박탈이 문제될 수 있다. 이에 의하여 민사소송법 제418조에 의하여 처리한다.

##### 2) 소각하판결에 항소인용

소각하판결에 대한 항소에 대하여 항소인용을 하는 경우 본안판결의 심급의 이익과 관련하여 원칙적으로 제1심의 소각하판결에 대한 항소가 이유 있는 경우 항소심은 사건을 1심법원에 환송하여야 한다(제418조 본문). 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우와 당사자의 동의가 있는 경우에는 항소심이 재판할 수 있다(제418조 단서 전단).

#### (3) 소결

항소심이 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 진행되었다. 이에 따라 항소심이 1심에 환송하지 아니하고 스스로 판결할 수 있다.

### 3. 불이익변경금지의 원칙과 항소심의 청구기각 거부

#### (1) 문제점

항소심은 처분권주의에 따라(415조 본문). 한쪽 당사자만이 불복한 판결을 항소인에게 불이

12) 대판 1995.07.25, 95다14817: 원고의 수 개의 청구 중 하나의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각한 제1심판결에 대하여 원고만이 항소를 제기하고 피고가 부대항소를 하지 아니하였다고 하더라도 원고 승소 부분은 원고의 항소로 인하여 항소심에 이심되는 것이고, 제1심판결의 변경은 불복신청의 한도에서 할 수 있다는 제415조의 규정은 법원이 당사자의 신청과는 관계없이 직권으로 조사하여야 할 사항에는 그 적용이 없는 것이므로, 원심이 원고들이 불복하지 않은 청구에 대하여도 확인의 이익의 유무를 조사하여 원고들의 청구를 각하한 조치는 정당하다.

익하게 변경할 수 없다. 사례의 경우 항소심은 청구에 이유가 없다고 판단하고 있어 청구를 기각하는 판결을 할 경우 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않는지 문제이다.

## (2) 견해의 대립

### 1) 학설의 대립

항소심이 제1심의 소각하 판결을 취소하고 재판할 수 있는 경우, 소각하의 원판결을 유지하여야 하는지, 아니면 청구기각판결도 가능한지 선택할 수 있다. 청구기각설은 항소인용하여 청구기각을 불이익변경으로 볼 수 없다고 보고 어차피 청구이유가 없는 이상 청구를 기각하는 것이 소송경제상 타당하다는 견해가 있으나, 불이익변경금지원칙을 적용하여 항소기각하자는 견해가 있다.

### 2) 판례의 태도

소각하판결을 유지하자는 항소기각설로 판례는<sup>13)</sup> 불이익변경금지의 원칙상 항소심은 항소기각의 판결을 하여야 한다는 입장이다.

## (3) 검토 및 사안의 경우

청구기각은 소각하판결보다 불이익하며, 소송요건 선순위성 원칙에 비추어 판례의 태도가 옳다. 사례의 경우 항소법원은 甲의 항소를 기각하여 소를 각하한 원판결을 유지하여야 한다.

## 5. 결론

소송판결에 대한 항소한 경우 전부이심되며, 항소법원이 판단에 대하여 판례를 따르게 되면 항소기각설에 따라 불이익변경금지원칙이 적용하면 항소기각판결을 하여야 한다.

## III. 설문 3.

### 1. 쟁점의 정리

상고이유서 부제출을 이유로 상고기각할 것인지, 소송요건의 흠을 이유로 소각하할 것인지 묻고 있다. 상고심에서 피고의 당사자능력이 소멸되었다는 사실을 상고법원이 고려하여 소를 부적법 각하할 것인지 쟁점이다.

### 2. 상고이유서부제출의 상고기각 여부

#### (1) 상고심의 심판대상

항소심의 유효한 종국판결이 상소의 대상이다. 다만 상고는 법령을 위반을 이유로 한 경우만 가능하며 상고이유가 필요하다. 당사자의 신속한 권리구제와 대법원의 법률심으로서 기능을 유지하기 위함이다.

#### (2) 상고이유서 부제출의 효과

##### 1) 상고이유서의 제출

13) 대판 2002.12.10, 2000다24894: 국가배상법이 2000. 12. 29. 개정되면서 임의적 전치주의로 바뀌었고, 이 개정규정은 같은 법 부칙 제2항에 의하여 개정법의 시행 당시 법원에 계속 중인 손해배상의 소송사건에 대하여도 적용되므로, 배상심의회의 배상결정 등을 거치지 아니하였다고 하여 청구를 각하한 원심판결이 위법하게 되었으나, 원고만이 상고하였고 청구가 본안에서 기각될 것이 분명하기 때문에 불이익변경금지의 원칙에 따라 원심판결을 파기하는 대신 상고를 기각하여야 한다.

상고는 상고기간내에 상고장을 원심법원에 제출하여야 하며, 상고장에 상고이유를 기재하지 않은 경우 상고장 제출후 20일 이내에 상고이유서를 제출하여야 한다(427조). 제출기간은 불변기간을 아니여서 추후보안의 문제도 발생하지 않는다. 상고이유서에서는 구체적인 법령위반사유를 명시하여야 한다.

## 2) 상고이유서부제출에 대한 상고기간판결

상고이유서제출강제주의를 취하는 현행법상 상고이유서를 제출하지 아니할 경우 상고법원은 변론 없이 상고를 기각하는 판결을 한다(제429조). 다만 직권조사사항에 대해서는 상고이유서부제출을 이유로 하는 상고기각의 판결을 할 수 없다(제429조 단서).

## (3) 사안의 경우

甲은 법정의 기간 내에 상고이유서를 제출하지 않았다. 따라서 상고법원은 원고의 상고를 기각하는 판결이 가능하다.

## 3. 상고심에서의 소송요건 흠결의 효과

### (1) 당사자능력의 결여 효과

#### 1) 조합의 당사자능력

법인과 달리 조합은 당사자능력을 인정하자는 견해가 없지 않으나, 민법상 동업계약으로 당사자능력이 없다. 당사자능력여부는 소송요건으로서 법원은 당사자능력의 흠결시 소송의 적법여부를 결정하여 소를 각하하는 판결을 한다.

#### 2) 소송요건의 판단시기

소송요건에 대하여 법원은 당사자가 주장하지 않더라도 직권으로 조사하여 판단하여야 한다. 소송요건의 존부를 판단하는 기준시점은 판례는<sup>14)</sup> 사실심변론종결시로 본다. 당사자능력에 관한 사항은 소송요건에 관한 것으로서 법원은 이를 직권으로 조사하여 판단한다.

### (2) 상고심에서 소송요건의 고려여부

#### 1) 문제점

사실심변론종결시에는 소송요건이 존재하였지만, 상고심절차에서 그 흠이 발생한 경우 이를 상고심이 고려하여 소를 부적법 각하할 수 있는지 문제이다. 상고이유서부제출로 상고기각을 할 것인지, 소송요건흠결로 소각하할지 문제된다.

#### 2) 판례의 입장

판례는<sup>15)</sup> 사실심변론종결 당시 주장하지 못한 소송요건에 관한 사항을 상고심에서도 주장

14) 대법원 2013.1.10. 선고 2011다64607 판결: 자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 종중이라도 그와 같은 비법인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정된다 할 것이고, 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 판단하여야 한다.

15) 대법원 2008.9.25. 선고 2007다60417 판결: 당사자적격에 관한 사항은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 비록 당사자가 사실심 변론종결시까지 이에 관하여 주장하지 아니하였다 하더라도 상고심에서 새로이 이를 주장, 입증할 수 있다고 할 것이다.

대법원 2009.4.23. 선고 2009다3234 판결: 2010.11.25. 2010다64877: 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하나, 채무자의 이행소송 계속 중에 추심채권자가 압류 및 추심명령 신청의 취하 등에 따라 추심권능을 상실하게 되면 채무자는 당사자적격을 회복한다. 이러한 사정은 직권조사사항으로서 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 사실심 변론종결 이후에 당사자적격 등 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 한다.

할 수 있으며, 이는 사실심변론종결 당시의 소송요건이 상고심에 이르러 흠이 발생할 경우 이를 고려하여 소송요건의 선순위성에 따라 상고심이 부적법 각하할 수 있다고 해석할 수 있다.

### 3) 검토

#### (3) 소결

상고기각이 가능한 경우라도 이와 경합하는 형태로 항소심변론종결 당시 당사자능력이 있었으나, 그 후 상고심절차에서 소송요건의 흠결이 있으므로 상고법원은 당사자능력의 흠을 이유로 소각하의 판결이 가능하다고 할 것이다.

### 4. 결론

상고심에서 반드시 상고이유서를 제출하여야 하며, 이를 이행하지 않는 경우 상고기각을 판결하여야 한다. 다만 소송요건은 사실심 변론종결시를 기준으로 판단하지만, 상고심에서도 이를 판단할 수 있고 소송요건의 흠결로 인한 소각하판결이 가능하다면 우선하여 상고심은 소를 각하하는 판결을 할 수 있다고 본다.

대판 1992.01.21. 91다30118

사용자와 근로자 사이의 고용관계(근로자의 지위)의 존부를 둘러싼 노동분쟁은, 그 당시의 경제적 정세에 대처하여 최선의 설비와 조직으로 기업활동을 전개하여야 하는 사용자의 입장에서는 물론, 근로자로서의 임금수입에 의하여 자신과 가족의 생계를 유지하고 있는 근로자의 입장에서도 신속히 해결되는 것이 바람직한 것이므로, 위와 같은 실효의 원칙이 다른 법률관계에 있어서보다 더욱 적극적으로 적용되어야 할 필요가 있다고 볼 수 있다.

대판 1995.07.25. 95다14817

(상소심에서 신의칙) 원고의 수 개의 청구 중 하나의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각한 제1심판결에 대하여 원고만이 항소를 제기하고 피고가 부대항소를 하지 아니하였다고 하더라도 원고 승소 부분은 원고의 항소로 인하여 항소심에 이심되는 것이고, 제1심판결의 변경은 불복신청의 한도에서 할 수 있다는 제415조의 규정은 법원이 당사자의 신청과는 관계없이 직권으로 조사하여야 할 사항에는 그 적용이 없는 것이므로, 원심이 원고들이 불복하지 않은 청구에 대하여도 확인의 이익의 유무를 조사하여 원고들의 청구를 각하한 조치는 정당하다.

대판 2002.12.10. 2000다24894

국가배상법이 2000. 12. 29. 개정되면서 임의적 전치주의로 바뀌었고, 이 개정규정은 같은 법 부칙 제2항에 의하여 개정법의 시행 당시 법원에 계속 중인 손해배상의 소송사건에 대하여도 적용되므로, 배상심의회의 배상결정 등을 거치지 아니하였다고 하여 청구를 각하한 원심판결이 위법하게 되었으나, 원고만이 상고하였고 청구가 본안에서 기각될 것이 분명하기 때문에 불이익변경금지의 원칙에 따라 원심판결을 파기하는 대신 상고를 기각하여야 한다.

대판 2014.09.04. 2014다210074

(개별적 노동관계) 사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이익의 유보나 조건을 제기하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 해고의 효력을 인정하였다고 할 것이고, 따라서 그로부터 오랜 기간이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다. 그렇지만 근로자가 해고의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있다거나 그 외에 상당한 이유가 있는 상황 아래에서 퇴직금을 수령하는 등 반대의 사정이 있음이 엿보이는 때에는, 명시적인 이익의 유보함이 없이 퇴직금을 수령한 경우라고 하여도 일률적으로 해고의 효력을 인정하였다고 보아서는 안 된다.

대(전)판 2014.12.18. 2012다89399

(집단적 노사관계) 신의성실의 원칙은, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의

를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다. 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음이 원칙이다. 그러나 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 그 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니다. 위에서 본 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춘은 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다. 임금협상 과정을 거쳐 이루어진 노사합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우, 근로자 측이 앞서 본 임금협상의 방법과 경위, 실질적인 목표와 결과 등은 도외시한 채 임금협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다면, 이는 종국적으로 근로자 측에까지 그 피해가 미치게 되어 노사 어느 쪽에도 도움이 되지 않는 결과를 가져오므로 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없음이 분명하다. 그러므로 이와 같은 경우 근로자 측의 추가 법정수당 청구는 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다.

서울중앙지판 2017.08.31. 2011가합105381

피고가 앞서 본 바와 같은 부담이나 악화를 겪는다 하더라도, 그러한 부담이나 악화의 정도가 피고가 감당할 수 없을 만큼의 기업의 '중대한 경영상 어려움'을 초래하거나 '기업의 존립을 위태'롭게 할 것이라 단정하기 어렵고, 위와 같은 부담이나 악화만으로 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있다고 보기 부족하다.

## **제2편 소송의 주체와 객체**

### **제1장 법원**

### **제2장 당사자**

### **제3장 소송물과 권리보호이익**



## 제1장 법원

### 제1절 재판권

#### 1. 재판권의 인적범위

甲은 乙에게 9,000만 원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하여 전부승소 확정판결을 받았다. 乙이 확정된 채무를 이행하지 않자 현재 乙이 서울 용산구 한강로 소재 丙(주한미군사령부)에서 고압전기기사로 근무하여 임금채권이 있음을 알고 이를 목적으로 서울동부지방법원에 청구채권을 확정판결에 따른 원금 9000만원, 채무자를 乙로, 제3채무자를 丙으로 하여, 乙이 丙으로부터 지급받게 될 퇴직금과 매월 지급받는 급여 중 세계공과금을 공제한 잔액의 1/2씩 위 청구금액에 달할 때까지의 금원에 대하여 채권압류 및 추심명령을 신청하였고 이를 인정받았다. 서울동부지방법원에서 채권압류 및 추심명령을 받아 이를 근거로 서울중지방법원에 丙(미합중국)을 상대로 乙에 대한 퇴직금과 임금 등에 대하여 추심의 소를 제기하였다. 서울중앙지방법원이 판단할 소의 적법여부에 대해 근거를 밝혀 설명하시오.

#### [한미행정협정]

##### 제23조 청구권(Claims)

5. 공무집행중의 합중국 군대의 구성원이나 고용원(대한민국 국민이거나 대한민국에 통상적으로 거주하는 고용원을 포함한 다.)의 작위 또는 부작위, 또는 합중국 군대가 법률상 책임을 지는 기타의 작위, 부작위 또는 사고로서, 대한민국 안에서 대한민국 정부 이외의 제3자에 손해를 가한 것으로부터 발생하는 청구권(계약에 의한 청구권 및 본 조 제6항이나 제7항의 적용을 받는 청구권은 제외된다.)은, 대한민국이 다음의 규정에 따라 이를 처리한다.

(a) 청구는 대한민국의 군대의 행동으로부터 발생하는 청구권에 관한 대한민국의 법령에 따라 제기하고 심사하여 해결하거나 또는 재판한다(하략).

6. 대한민국 안에서 불법한 작위 또는 부작위로서 공무집행중에 행하여진 것이 아닌 것으로부터 발생한 합중국 군대의 구성원 또는 고용원( 대한민국의 국민인 고용원 또는 대한민국에 통상적으로 거주하는 고용원을 제외한다. )에 대한 청구권은, 다음의 방법으로 이를 처리한다.

#### 1. 문제의 소재

추심금청구의 소가 적법하기위한 조건으로 채권압류 및 추심명령이 적법하여야 하는데 이는 재판권의 인적 범위에 관한 문제인지 우선 확정되어야 하고 그러할 경우 외국의 사법적 행위에 대하여 해당 국가를 피고로 하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있는지 여부 가 문제되는데, 이것이 추심금소송에 대한 재판권 역

#### 2. 재판권에 관한 인적 범위의 여부

##### (1) 제3채무자에 대한 압류와 추심명령의 효력

채권압류 및 추심명령은 집행법원이 일방적으로 제3채무자에게 채무자에 대한 채무의 지급 금지를 명령하고 피압류채권의 추심권능을 집행채권자에게 부여하는 것으로서 이에 따라 제3채무자는 집행채무자에게 채무를 지급하더라도 집행채권자에게 대항할 수 없어 여전히 추심명령을 받은 집행채권자에게 채무를 지급하여야 할 의무를 부담하게 된다. 채권압류 및 추심명령은 제3채무자 소유의 재산에 대한 집행이 아니고, 제3채무자는 집행당사자가 아님에도 채권압류 및 추심명령이 있으면 지급금지명령, 추심명령 등 집행권원의 강제력 행사의 직접적인 상대방이 되어 이에 복종하여야 한다.

##### (2) 제3채무자가 외국인 경우 압류와 추심명령의 효력

제3채무자를 외국으로 하는 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권 행사는 외국을 피고로 하는 판결절차의 재판권 행사보다 더욱 신중히 행사될 것이 요구된다. 더구나 채권압류 및 추심명령이 제3채무자에 대한 집행권원이 아니라 집행채권자의 채무자에 대한 집행권원만으로 일방적으로 발령되는 것인 점을 고려하면 더욱 그러하다.

### (3) 외국의 사법적 행위로 재판권 대상여부<sup>16)</sup>

추심명령의 확장으로서 추심청구소송은 소파협정의 대상이 되는 제3자를 상대로 한 법원의 명령에 해당하는 것으로 이른바 재판권의 인적 면제의 대상이 검토되어야 하는 대상이며, 추심금청구소송이 이를 전제하고 있다.

## 3. 외국을 제3채무자로 한 사법적 행위에 대한 재판권

### (1) 외국의 사법적 행위에 대한 재판권

#### 1) 문제점

섭외적 사건의 외국국가에 대한 민사재판권은 당사자에 관한 인적 범위, 그리고 소송물로 인정되는지 국제재판관할권에 관한 물적 범위가 있다. 사안의 경우 제3채무자의 임금채권이 국제재판관할이 인정되는 것은 문제보다 외국을 상대로 집행이 가능여부 등에 당사자로 면제되는 것은 아닌지 문제된다.

#### 2) 민사재판권의 인적 범위

민사재판권은 법원이 가지는 사법권의 하나로서 소송판결만이 아니라 집행판결의 경우 민사재판권의 하나로서 동일하게 적용된다. 섭외적 사건에서 국내법원이 외국인을 당사자로서 인정하여야 하는지 여부는 국제법에 의한 제약이 해결기준이 되는데, 사안에서 미합중국과 행정협정 등의 관한 세부적인 사항을 살펴볼 필요도 있다.

#### 3) 제한적 면제주의

통설과 판례는<sup>17)</sup> 이른바 제한 면제주의의 입장이다. 즉 국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적(私法的) 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다.

### (3) 외국을 제3채무자로 한 압류 및 추심명령에 대한 재판권<sup>18)</sup>

피압류채권의 당사자가 아닌 집행채권자가 해당 국가를 제3채무자로 한 압류 및 추심명령을 신청하는 경우, 우리나라 법원은 해당 국가가 국제협약, 중재합의, 서면계약, 법정에서

16) 대판 2011.12.13. 2009다16766: 피압류채권이 외국의 사법적 행위를 원인으로 하여 발생한 것이고 그 사법적 행위에 대하여 해당 국가를 피고로 하여 국내 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 하더라도, 피압류채권의 당사자가 아닌 집행채권자가 해당 국가를 제3채무자로 한 압류 및 추심명령을 신청하는 경우 법원이 외국을 제3채무자로 하는 추심명령에 대하여 재판권을 행사할 수 있는 경우에는 그 추심명령에 기하여 외국을 피고로 하는 추심금소송에 대하여도 역시 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이고, 반면 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금청구의 소에 대한 재판권 역시 인정되지 않는다고 보아야 한다.

17) 대판(전) 1998.12.17. 97다39216

18) 대판 2011.12.13. 2009다16766

진술 등의 방법으로 사법적 행위로 부담하는 국가의 채무에 대하여 압류 기타 우리나라 법원에 의하여 명하여지는 강제집행의 대상이 될 수 있다는 점에 대하여 명시적으로 동의하였거나, 우리나라 내에 그 채무의 지급을 위한 재산을 따로 할당해 두는 등 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 재판권 면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우 등에 한하여 해당 국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가진다고 볼 것이다.

#### 4. 결론

법원이 외국을 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 발령하는 것은 재판권의 인적범위의 대상이며 판례에 따르면 면제대상이 되지 아니한 것으로 판단하여 재판권 역시 인정되지 않는다고 볼 것이므로 무효의 집행명령에 대한 추심급청구소송이므로 재판권이 없어 역시 부적법각하다.

대판 2011.12.13. 2009다16766

[1] 우리나라 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 해당 국가를 피고로 하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다.

[2] 채권압류 및 추심명령은 집행법원이 일방적으로 제3채무자에게 채무자에 대한 채무의 지급금지를 명령하고 피압류채권의 추심권능을 집행채권자에게 부여하는 것으로서 이에 따라 제3채무자는 집행채무자에게 채무를 지급하더라도 집행채권자에게 대항할 수 없어 여전히 추심명령을 받은 집행채권자에게 채무를 지급하여야 할 의무를 부담하게 된다. 이와 같이 채권압류 및 추심명령은 제3채무자 소유의 재산에 대한 집행이 아니고, 제3채무자는 집행당사자가 아님에도 채권압류 및 추심명령이 있으면 지급금지명령, 추심명령 등 집행법원 강제력 행사의 직접적인 상대방이 되어 이에 복종하게 된다. 이와 같은 점을 고려하면 제3채무자를 외국으로 하는 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권 행사는 외국을 피고로 하는 판결절차의 재판권 행사보다 더욱 신중히 행사될 것이 요구된다. 더구나 채권압류 및 추심명령이 제3채무자에 대한 집행권원이 아니라 집행채권자의 채무자에 대한 집행권원만으로 일방적으로 발령되는 것인 점을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 피압류채권이 외국의 사법적 행위를 원인으로 하여 발생한 것이고 그 사법적 행위에 대하여 해당 국가를 피고로 하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 하더라도, 피압류채권의 당사자가 아닌 집행채권자가 해당 국가를 제3채무자로 한 압류 및 추심명령을 신청하는 경우, 우리나라 법원은, 해당 국가가 국제협약, 중재합의, 서면계약, 법정에서 진술 등의 방법으로 사법적 행위로 부담하는 국가의 채무에 대하여 압류 기타 우리나라 법원에 의하여 명하여지는 강제집행의 대상이 될 수 있다는 점에 대하여 명시적으로 동의하였거나, 우리나라 내에 그 채무의 지급을 위한 재산을 따로 할당해 두는 등 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 재판권 면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우 등에 한하여 해당 국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가진다고 볼 것이다. 그리고 이와 같이 우리나라 법원이 외국을 제3채무자로 하는 추심명령에 대하여 재판권을 행사할 수 있는 경우에는 그 추심명령에 기하여 외국을 피고로 하는 추심금 소송에 대하여도 역시 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이고, 반면 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금 소송에 대한 재판권 역시 인정되지 않는다고 보아야 한다.

[3] 대한민국에 거주하면서 주한미군사령부에서 근무하는 갑의 채권자 을이 우리나라 법원에서 제3채무자를 미합중국으로 하여 갑이 미합중국에 대하여 가지는 퇴직금과 임금 등에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 후 추심금의 지급을 구한 사안에서, 을과 미합중국 사이에는 아무런 사법적 계약관계가 없어 을이 미합중국을 상대로 제기한 추심금 소송에 대하여 우리나라 법원이 당연히 재판권을 행사할 수 있는 것은 아니고, 을이 갑에게 가지는 채권은 '대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정(이하 '한미행정협정'이라 한다)' 제23조 제5항 및 제6항에서 규정하는 고용인의 불법한 작위 또는 부작위로 인하여 발생한 청구권이 아닐 뿐만 아니라 갑은 한미행정협정 제23조 제6항에서 적용 배제사유로 규정하고 있는 대한민국에 거주하는 자이어서 을이 갑에게 가지는 채권은 한미행정협정 제23조 제5항 또는 제6항에서 규정하는 청구권에 해당하지 않으므로, 한미행정협정 제23조 제5항 또는 제

6항에 따른 청구권의 실행 절차에 관한 규정인 ‘협정 제23조 비형사재판절차에 관한 합동 위원회 합의사항 제1호’는 을이 갑에게 가지는 채권의 만족을 위한 강제집행에는 적용되지 않으며, 미합중국이 고용원인 갑에게 부담하는 임금 등 채무에 대하여 압류 기타 우리나라 법원에 의하여 명하여지는 강제집행의 대상이 될 수 있다는 점에 대하여 명시적으로 동의 하였다거나, 우리나라 내에 그 채무의 지급을 위하여 재산을 따로 할당해 두는 등 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 재판권 면제 주장을 포기하였다고 볼 아무런 자료가 없으므로 결국 우리나라 법원은 미합중국을 제3채무자로 한 채권압류 및 추심명령을 발령 할 재판권을 가지지 못하고, 따라서 위 채권압류 및 추심명령은 재판권이 없는 법원이 발령한 것으로 무효이고, 우리나라 법원은 추심금 소송에 대하여도 재판권이 인정되지 않는다고 한 사례.

## 2. 국제재판관할권

원고 甲 등은 대한민국 국민인 소외 A의 부모(LA거주)들로서 위 A가 방콕에서 피고 태국항공사 乙과 사이에 항공운송 계약을 체결하고 乙 소유의 항공기에 탑승하여 태국의 방콕에서 네팔국으로 향하던 중 네팔국 내에서 위 항공기가 추락하여 A가 사망함으로써 입은 A 및 원고들의 손해를 항공운송계약책임 또는 불법행위책임에 기하여 피고가 부담한다고 주장하여 피고 乙의 영업소가 있는 지역을 관할하는 서울중앙지방법원에 그 손해배상을 구하는 이 사건 소를 제기하였는데, 피고 乙은 『자신은 태국법에 의하여 설립된 태국법인으로서 그 주된 사무소를 태국 내에 두고 있고, 위 A가 위 항공기에 대한 탑승권을 구입하여 피고와 항공운송계약을 체결한 장소는 태국이며, 위 항공기 추락사고가 발생한 장소는 네팔국이므로 이 사건 소에 대한 재판권을 가지는 나라는 태국 또는 네팔국일 뿐 대한민국은 이 사건 소에 대한 재판권을 가지지 아니한다』고 항변한다. 항변의 타당성을 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

외국법인인 피고 乙을 상대로 제기한 손해배상청구의 소에 대하여 국내법원에 재판권, 즉 국제재판관할권이 있는지 여부가 문제된다. 국제사법 제2조에서 국제관할권의 결정기준에 관한 규정을 두어 입법적으로 해결했다. 따라서 국제관할권 결정기준에 관한 종래의 논의를 살펴보고, 국제사법에 따라 대한민국에 재판권이 있는지를 검토하여 乙항변의 타당 여부를 살펴보기로 한다.

### 2. 국제재판관할권의 결정기준

#### (1) 국제사법의 결정기준

국제사법 제2조 제1항은 ‘법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다’라고 규정하고 있으며, 제2항에서 ‘법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다’라고 규정한다.

#### (2) 학설 및 판례의 태도<sup>19)</sup>

① 역추지설, ② 관할배분설, ③ 수정역추지설의 대립이 있었다. 판례의 주류는 수정역추지설과 같은 태도로 평가되고 있다. 결국 국제사법은 판례와 학설의 절충적 입장으로서 수정역추지설의 입장에 있다.

#### (3) 소결

수정역추지설을 입법한 것은 해석라는 일반적인 견해와 이를 입법화한 국제사법의 규정에 따라 실질적 관련성을 중심으로 국제재판관할의 유무를 판단한다.

### 3. 국제사법에 따른 국제재판관할권 인정여부

#### (1) 국내법의 토지관할에 관한 규정 참작

##### 1) 국내에 토지관할이 있는지 여부

국제사법의 취지에 따라 국제재판관할권의 인정여부는 우선 제2조 제2항에 따라 우선 국내법의 관할규정을 참작하여 민사소송법상 토지관할에 관한 규정에 의해서 우리나라에 토지관할이 있으면 원칙적으로 국제관할이 있는 것으로 판단할 수 있다.

19) 국제사법개정 이전의 문제

## 2) 재판적

손해배상에 대한 의무이행지인 미국(제8조)과 불법행위지인 네팔(제18조)에 있다. 그리고 피고회사의 영업소가 국내에 있으므로 그 영업소의 업무와 관련이 있는 소에 관해서는 제12조에 의해 국내에 토지관할이 있으나, 본 사안의 경우는 방콕에서 항공운송계약을 체결 하였으므로 업무와 관련된 영업소 소재지인 방콕에 토지관할이 있고, 피고회사의 국내에 있는 영업소의 업무에 관한 소가 아니므로 제12조를 적용할 수는 없다. 따라서 국내에 토지관할이 없으므로, 이때 제5조 제2항을 유추하여 국내에 국제재판관할권을 인정할 수 있는지 검토한다.

### (2) 토지관할의 국제재판관할권 인부

판례는<sup>20)</sup> 민사소송법 제5조 제2항에 의해 토지관할을 역추지하여 국내에 국제재판관할권을 인정하고 있다.

### (3) 국제재판관할의 특수성 고려

국내법원에 국제재판관할이 있다고 하여도 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여 국내에서 재판을 받는 것이 조리에 반하는 부당한 특단의 사정이 있는 경우에는 재판권이 배제될 수 있다.<sup>21)</sup> 그러나 이 사안에서 이를 인정하기 어렵다.

## 4. 사안의 해결<sup>22)</sup>

국제사법 제2조 제1항과 제2항의 해석상 역추지설의 입장과 실질적 관련성의 이론에 따라 국제재판관할권이 있고, 우리나라가 재판권을 행사하는 것이 조리에 반한다는 특단의 사정도 없으므로 본 사안에서 원고의 손해배상청구에 관하여 서울중앙지방법원은 재판권이 있다. 따라서 피고 乙의 본안전 항변은 이유 없다.

20) 서울지방법원 1996.1.12. 94가합66533; 대판 2000.6.9. 98다35037. 리 민사소송법 제5조에 의하면 외국법인 등이 대한민국 내에 사무소, 영업소 또는 업무담당자의 주소를 가지고 있는 경우에는 그 사무소 등에 보통재판적이 인정된다고 할 것이므로, 증거수집의 용이성이나 소송수행의 부담 정도 등 구체적인 제반 사정을 고려하여 그 응소를 강제하는 것이 민사소송의 이념에 비추어 보아 심히 부당한 결과에 이르게 되는 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 그 분쟁이 외국법인의 대한민국 지점의 영업에 관한 것이 아니라 하더라도 우리 법원의 관할권을 인정하는 것이 조리에 맞는다. 다만 위 판례에 대해 대한민국에 영업소를 둔 외국법인에 대해서는 그 영업소와 관련되지 않은 사건도 모두 재판권을 행사할 수 있게 되어 재판권확대가 된다는 이유로 판례를 비판하는 견해가 있다.

21) 대한민국의 재판권을 부정할 특단의 사정이 있는지와 관련하여 이 사건 항공기 추락사고의 발생지점이 네팔이고 위 A가 피고와 항공운송계약을 체결한 장소가 태국 내이어서 사고경위 및 원인에 관한 증거수집이나 준거법 내용의 지득에 다소의 난점이 예상되기는 하나, ① 피고 乙은 대한민국 내에도 영업소를 두고 있어 이 사건 소에 응소함에 별다른 어려움이 없을 것으로 보이는 데 대하여 ② 원고들은 개인이어서 태국이나 네팔국 등 외국에서 소송을 수행하기가 사실상 어려운 입장에 있는 점 및 ③ 원고들의 배상권 범위를 정함에 있어서 필요할 위 A의 수입 정도, 가동연한, 가족관계 등의 소송 자료는 대한민국 내에서 수집함이 편리한 점 등을 고려하면, 위와 같은 다소의 난점이 예상된다는 사정만으로 이 사건에 대한민국이 재판권을 행사하는 것이 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속이라는 민사소송의 일반이념에 반하는 특별한 사정이 있다고 보기는 어렵다.

22) 국제사법개정 이전의 문제풀이

### 3. 국제소송에서 중복제소

甲은 미국에 뉴욕에 주소, 사무소 또는 영업소를 두고 있는 乙과 서울에서 의료기계리스계약을 체결하였다. 乙이 계약을 이행하지 않자, 甲은 乙을 상대로 2018.6.1 채무불이행을 원인으로 하는 손해배상청구의 소를 서울중앙지방법원에 제기하였다. 서울중앙지방법원에 제기된 소의 소장은 乙에게 같은 달 21일에 도달하였다. 그러나 이 소송을 제기하기 전에 甲은 2018.6.5.일에 이미 乙의 주소지 관할법원인 미국 뉴욕주법원에 乙을 상대로 동일한 손해배상청구소송을 제기하였고, 소장이 같은 달 20일에 송달되었다. 소의 적법여부에 대한 서울중앙지방법원의 예상되는 판단을 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

섭외적 사건에서 외국에 소송계속되어 있는 경우 중복제소를 인정할 것인지 우선 문제된다. 이것이 인정된다면 각각의 소에 대한 중복된 소제기 여부가 문제되는데, 전소와 후소의 청구를 규정하여 후소를 부적법각하 시킬 수 있는지 검토하여야 한다.

### 3. 국제소송에서 중복소송의 여부<sup>23)</sup>

#### (1) 문제점

중복소송이 되기 위해서는 ①당사자 동일 ②소송물 동일 ③전소 법원에 소송 계속 중 후소가 제기될 것의 요건이 구비되어야 하는데, 제259조의 법원에는 국내법원만 의미하는지 아니면 뉴욕주 법원과 같은 외국법원에 소송 계속되어 있는 경우도 포함여부가 문제된다.

#### (2) 전소법원에 계속중 후소 제기 여부

##### 1) 학설의 대립

제259조의 법원에 외국법원은 포함되지 아니하므로, 외국법원에의 소제기에도 불구하고 국내법원에의 소제기가 무방하다는 규제소극설, 사안별로 외국과 한국 가운데 적절한 법정지 인가를 비교형량하여 결정할 것이라는 비교형량설, 그 외국법원의 판결이 장차 제217조에 의하여 승인을 받을 가능성이 예측되는 때에는 소송 계속으로 볼 것이라는 승인예측설, 외국법원의 판결이 국내에서 승인이 예측되더라도 국내에서 소를 제기할 필요성이 인정되면 중복소제기가 아니라는 권리보호이익설이 대립한다.

##### 2) 판례의 태도

외국법원에 소제기가 되어 있는 경우 그 외국법원의 판결이 장차 제217조에 의하여 승인 받을 가능성이 예측되는 때에는 제259조의 소송 계속이 있는 것으로 보아야 할 것이므로, 이와 동일한 사건에 대하여 국내 법원에 제소한다면 중복소제기에 해당되어 부적법하다고 하여 승인예측설의 입장이다.<sup>24)</sup>

#### (3) 검토 및 사안의 경우

판결의 모순·저촉을 방지하고, 법원의 이중심리와 피고의 이중의 응소부담에서 벗어나게 하기 위해서 원칙적으로 외국법원의 소송 계속을 인정하되, 제217조의 승인가능성이 있어야 한다고 본다.

23) 기본판이는 국제사법 개정 이전의 풀이이며 2022년 7월 5일부터 개정되는 법에 의하여 풀이하여야 한다.

24) 서울중앙지법 2002.12.13, 2000가합90940 판결



### 3. 전소와 후소의 선후관계

#### (1) 문제점

소송계속은 특정한 청구가 법원의 판단에 현실적으로 존재하는 경우를 말한다. 이에 대하여 명문의 규정이 없으므로 논란의 소지가 있다. 서울중앙지방법원이 전소인 경우 후소에 대한 뉴욕주법원의 재판권이 없으므로 이에 대한 논의가 필요하다.

#### (2) 소송계속의 기준시점

통설과 판례는 소장의 송달시를 기준으로 소송계속시로 본다.

#### (3) 사안의 경우

소장송달시로 보게 되는 경우 서울중앙지방법원이 후소가 된다. 따라서 논리적으로 후소인 서울중앙지방법원에서 부적법을 다룰 수 있을 것이다. 그러나 전소의 계속중에 관한 제217조 승인예측을 전제로 한다면 이 경우 송장의 송달에 관한 의미는 없을 것으로 볼 수도 있다.

### 4. 국제재판관할의 인부

#### (1) 문제점

승인예측설에 의하는 경우 미국법원에 소송 계속이 인정되기 위해서는 미국법원의 판결이 제217조 각호의 요건을 구비하여야 하는데, 다른 요건은 문제없어 보이거나 제1호 요건을 구비하는지 문제된다.

#### (2) 재판관할의 인정여부

##### 1) 제217조 1호 요건의 구비여부

제1호에 의하여 뉴욕주법원에 국제재판관할권이 있어야 하는데, 이에 대한 학설과 판례는 별론으로 하고 국제사법의 규정에 따라 관할여부를 판단할 것이다.

##### 2) 토지관할의 인정여부

국제사법 제2조 제1항에 의하면 실질적 관련이 있어야 하고 제2항에 의하여 역추지설의 입장에 따라 민사소송법의 토지관할에 관한 규정을 참작하고, 국제관할의 특수성을 고려하여 판단하여야 한다. 뉴욕주법원은 보통재판적으로서 피고(乙)의 주소지법원으로서 토지관할이 있으므로 국제재판관할권이 있다.

#### (3) 사안의 경우

국제재판관할의 특수성을 고려할 때 미국에서 재판을 받는 것이 부당하다는 특단의 사정이 보이지 아니하므로 미국법원에 국제재판관할권이 있다.

### 5. 결론

승인예측설과 후소에 해당한다는 부분을 들어 서울중앙지방법원의 중복소제기에 해당한다고 할 것이다. 그러나 우선 외국의 처리상황을 주시하면서 기일의 추후지정으로 변론을 중지하고, 다만 외국법원에 계속 중인 사건이 지나치게 지연될 때에는 외국법원의 소송 계속을 참작하여 판단하여야 할 것이다.

#### 4. 국제소송에서 소송비용담보제도

甲과 乙은 의료기기의 매매계약을 체결한 후에 매매대금 2억원으로 하고 계약금 2000만원 중도금 8000만원 잔금 1억원의 계약을 체결하였다. 甲은 계약금과 중도금을 지급하고 계약의 이행을 청구하였으나 乙이 이행을 차일피일 미루고 있다. 미국에 뉴욕에 주소, 사무소 또는 영업소를 두고 있는 乙이 미국에서 수입하여 의료장비를 甲에게 제공하였으나, 甲은 제품의 하자를 주장하면서 대금을 지급하지 않고 있다. 이에 乙이 甲을 상대로 서울중앙지방법원에 리스대금청구의 소를 제기하였다. 이에 피고인 甲은 乙의 소송에 응하면서 소송비용담보제공 신청을 하고, 변론기일에 본안사건에서 변론한 후 2회 기일에 더하여 변론에 임하였다. 이후에 법원은 甲의 소송비용담보제공신청을 받아들여 乙이 담보를 현금으로 지급하도록 명하면서 피고의 소송비용담보제공 신청이 부적법하다고 할 수 없다는 인용하는 결정을 하였다. 이에 아직 담보제공을 하지 않아 소가 각하될 것을 우려하여 제1심법원의 현금지급을 명하는 결정과 甲의 담보제공신청절차가 부당하다는 이유로 항고하였다. 이 경우 항고심 법원의 판단을 예상하시오.(국제재판관할은 논하지 마시오.)

##### 1. 문제의 소재

소송비용의 담보를 제공하지 아니할 경우 소를 각하 당할 수 있으므로, 법원이 지급보증위탁계약이와 현금으로 소송비용의 담보제공에 대한 선택권이 있는지에 따라 항고이유가 인정되거나, 아니면 원고의 주장처럼 피고의 신청권이 상실되는 것이 타당한 지 문제된다.

##### 2. 소송비용의 담보제도

###### (1) 소송비용담보 불이행의 효과

###### 1) 섭외사건에 대한 소송비용담보제도

민사소송법 제117조 제1항은 원고가 대한민국에 주소, 사무소와 영업소를 두지 아니한 때에는 법원은 피고의 신청에 의하여 소송비용의 담보를 제공할 것을 원고에게 명하여야 한다고 규정한다. 원고가 담보를 제공할 기간내에 제공하지 아니한 때에는 법원은 변론없이 판결로 소를 각하할 수 있다.(민사소송법 제124조).

###### 2) 담보의 불이행

원고에게 소송비용의 담보를 제공하도록 한 취지는 소송의 결과 원고가 패소하여 소송비용을 부담하게 되어도 원고가 대한민국에 주소, 사무소와 영업소를 두지 아니할 때는 피고가 소송비용의 상환청구권에 기한 변제를 받을 수 없는 우려가 있어 담보제공으로 그 우려를 방지함으로써 피고를 보호하려는 것이다.<sup>25)</sup>

###### (2) 법원의 담보제공방법의 재량권

민사소송법 제122조는 담보의 제공은 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하거나, 대법원규칙이 정하는 바에 따라 지급을 보증하겠다는 위탁계약을 맺은 문서를 제출하는 방법으로 한다. 다만 당사자들 사이에 특별한 약정이 있으면 그에 따른다고 규정하고 있다. 따라서 당사자들 사이에 특별한 약정이 없는 한 담보제공을 명하는 법원은 담보제공의 방법을 위 규정의 범위 내에서 재량에 따라 선택할 수 있다.

###### (3) 사안의 경우

피고의 소송비용의 담보를 위하여 인정하는 소송비용담보제도에 대하여 판례의<sup>26)</sup> 견해에

25) 대법원 1999. 5. 4. 자 99마633 결정: 피고가 내국인 여부나 주소, 사무소, 영업소를 대한민국에 두고 있는지의 여부는 피고의 담보제공신청권에 영향을 주지 않는다고 할 것이다.

26) 대법원 2018. 6. 1. 자 2018마5162 결정: [1] 민사소송법 제118조는 “담보를 제공할 사유가 있다는

비추어보면 선택권이 인정되므로, 사안에서 지급보증위탁계약을 체결한 문서가 아닌 현금으로 담보를 제공할 것을 명한 것은 문제가 없다.

### 3. 피고의 소송비용 담보신청권의 상실여부

#### (1) 문제점

적법한 담보제공신청 없이 피고가 본안에 관하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 경우, 담보제공신청권을 상실하는지 여 및 피고가 적법한 담보제공신청을 한 후 응소를 거부하지 않고 본안에 관하여 변론 등을 한 경우, 이미 이루어진 담보제공신청의 효력이 상실되거나 그 신청이 부적법하게 되는지 여부가 문제된다.

#### (2) 소송비용담보신청과 피고의 대응

민사소송법 제118조는 담보를 제공할 사유가 있다는 것을 알고도 피고가 본안에 관하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 경우에는 담보제공을 신청하지 못한다고 규정하고 있다. 같은 법 제119조는 담보제공을 신청한 피고는 원고가 담보를 제공할 때까지 소송에 응하지 아니할 수 있다고 규정하고 있다. 그러므로 적법한 담보제공신청없이 피고가 본안에 관하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 경우 담보제공신청권을 상실한다. 반면 피고가 적법한 담보제공신청을 한 경우에는 그 후 응소를 거부하지 않고 본안에 관하여 변론 등을 하였더라도 이미 이루어진 담보제공신청의 효력이 상실되거나 그 신청이 부적법하게 되는 것은 아니다.

#### (3) 사안의 경우

2017. 7. 14. 소송비용 담보제공을 신청하고 그 후인 2017. 8. 16.에서야 본안에 관하여 변론하였으므로 그 신청이 부적법하다고 할 수 없다.

### 4. 사례의 해결

법원은 담보제공의 방법을 선택하여 명할 수 있으며 한편 피고가 적법한 담보제공신청을 한 후 응소를 거부하지 않고 본안에 관하여 변론 등을 한 경우, 이미 이루어진 담보제공신청의 효력이 상실되거나 그 신청이 부적법하게 되는 것은 아니다.

---

것을 알고도 피고가 본안에 관하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 경우에는 담보제공을 신청하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 같은 법 제119조는 “담보제공을 신청한 피고는 원고가 담보를 제공할 때까지 소송에 응하지 아니할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 그러므로 적법한 담보제공신청 없이 피고가 본안에 관하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 경우 담보제공신청권을 상실한다. 반면 피고가 적법한 담보제공신청을 한 경우에는 그 후 응소를 거부하지 않고 본안에 관하여 변론 등을 하였더라도 이미 이루어진 담보제공신청의 효력이 상실되거나 그 신청이 부적법하게 되는 것은 아니다. [2] 민사소송법 제122조는 “담보의 제공은 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하거나, 대법원규칙이 정하는 바에 따라 지급을 보증하겠다는 위탁계약을 맺은 문서를 제출하는 방법으로 한다. 다만 당사자들 사이에 특별한 약정이 있으면 그에 따른다.”라고 규정하고 있다. 따라서 당사자들 사이에 특별한 약정이 없는 한 담보제공을 명하는 법원은 담보제공의 방법을 위 규정의 범위 내에서 재량에 따라 선택할 수 있다.

대판 2014.4.10. 2012다7571

국제재판관할에 있어서 변론관할 인정 여부(적극)-일본국에 주소를 둔 재외동포 사이에 차용금에 관한 분쟁의 합의관할로 원고의 일본국 내 주소지를 관할하는 법원을 정하였는데, 이후 국내 거소지가 서울인 원고가 대한민국 법원에 대여금반환청구의 소를 제기한 사안에서, 국제재판관할권이 인정되지 않는다고 본 원심에 대하여 대상판결은 변론관할(민사소송법 제30조)을 인정하였다. 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 법정지인 대한민국과 어떠한 실질적 관련이 있다고 볼 만한 근거를 찾기가 어렵더라도, 국제재판관할에서 변론관할을 인정하더라도 당사자 사이의 공평을 해칠 우려가 없는 점, 오히려 같은 당사자 사이의 (실질적 관련이 있어 국제재판관할이 인정된 다른 대여금) 분쟁을 일거에 해결할 수 있고 효과적인 절차의 진행 및 소송경제에도 적합한 점 등을 근거로 국제재판관할권이 생겼다고 봄이 상당하다고 보았다. 한편 원심에서 국제재판관할위반의 항변을 상소심에서도 할 수 있는지 여부가 문제되었는데, 민사소송법 411조(임의관할위반의 주장 금지)가 적용되지 않기 때문에 긍정하였다.

대판 2011.12.13, 2009다16766

- [1] 외국의 사법적 행위에 대하여 해당 국가를 피고로 하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있는지 여부(원칙적 적극)
- [2] 우리나라 법원이 외국을 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가지는지 여부(한정 적극) 및 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금 소송에 대한 재판권 역시 인정되지 않는지 여부(적극)
- [3] 대한민국에 거주하면서 주한미군사령부에서 근무하는 甲의 채권자 乙이 우리나라 법원에서 제3채무자를 미합중국으로 하여 甲이 미합중국에 대하여 가지는 퇴직금과 임금 등에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 후 추심금의 지급을 구한 사안에서, 위 채권압류 및 추심명령은 재판권이 없는 법원이 발령한 것으로 무효이고, 우리나라 법원은 추심금 소송에 대하여도 재판권이 인정되지 않는다고 한 사례

대판 2010.8.26, 2010다28185

- [1] 대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할의 합의가 유효하기 위해서는, 당해 사건이 대한민국 법원의 전속관할에 속하지 아니하고 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해 사건에 대하여 관할권을 가져야 하는 외에, 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구되고, 그와 같은 전속적인 관할 합의가 현저하게 불합리하고 불공정하여 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하지 않는 한 그 관할 합의는 유효하다. 전속적 국제관할합의의 경우 그 유효요건에 대해서 종래 ‘합리적 관련성’이라는 요건은 다루지 않았다. 이러한 점에서 판례는 특히 ‘합리적 관련성’을 요건으로 추가하여 전속적 국제관할합의의 유효요건을 인정하고 있다는 점에 그 의의가 있다. 다만 동 요건의 필요여부에 대해서는 현재 견해가 대립하고 있다.

- [2] 국제사법 제27조에서 소비자 보호를 위하여 준거법 지정과 관련하여 소비자계약에 관한 강행규정을 별도로 마련해 두고 있는 점이나 약관의 규제에 관한 법률의 입법 목적을 고려하면, 외국법을 준거법으로 하여 체결된 모든 계약에 관하여 당연히 약관의 규제에 관

한 법률을 적용할 수 있는 것은 아니다.

대판 2019.6.13. 2016다33752

1. 국제사법 제2조 제1항은 “법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.”라고 정하고 있다. 여기에서 ‘실질적 관련’은 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 정도로 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 관련성이 있는 것을 뜻한다. 이를 판단할 때에는 당사자의 공평, 재판의 적정, 신속과 경제 등 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다. 구체적으로는 당사자의 공평, 편의, 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라, 재판의 적정, 신속, 효율, 판결의 실효성과 같은 법원이나 국가의 이익도 함께 고려하여야 한다. 이처럼 다양한 국제재판관할의 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지는 개별 사건에서 실질적 관련성 유무를 합리적으로 판단하여 결정하여야 한다(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결, 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908, 71915 판결 등 참조). 국제사법 제2조 제2항은 “법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.”라고 정하여 제1항에서 정한 실질적 관련성을 판단하는 구체적 기준 또는 방법으로 국내법의 관할 규정을 제시한다. 따라서 민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단기준으로 작용한다. 다만 이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할권을 판단할 때에는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있다.

2. 민사소송법 제3조 본문은 “사람의 보통재판적은 그의 주소에 따라 정한다.”라고 정한다. 따라서 당사자의 생활 근거가 되는 곳, 즉 생활관계의 중심적 장소가 토지관할권의 가장 일반적·보편적 발생근거라고 할 수 있다. 민사소송법 제2조는 “소는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다.”라고 정하고 있는데, 원고에게 피고의 주소지 법원에 소를 제기하도록 하는 것이 관할 배분에서 당사자의 공평에 부합하기 때문이다. 국제재판관할에서도 피고의 주소지는 생활관계의 중심적 장소로서 중요한 고려요소이다. 국제재판관할에서 특별관할을 고려하는 것은 분쟁이 된 사안과 실질적 관련이 있는 국가의 관할권을 인정하기 위한 것이다. 민사소송법 제11조는 “대한민국에 주소가 없는 사람 또는 주소를 알 수 없는 사람에 대하여 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 청구의 목적 또는 담보의 목적이나 압류할 수 있는 피고의 재산이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다.”라고 정한다. 원고가 소를 제기할 당시 피고의 재산이 대한민국에 있는 경우 대한민국 법원에 피고를 상대로 소를 제기하여 승소판결을 얻으면 바로 집행하여 재판의 실효를 거둘 수 있다. 이와 같이 피고의 재산이 대한민국에 있다면 당사자의 권리구제나 판결의 실효성 측면에서 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정할 수 있다. 그러나 그 재산이 우연히 대한민국에 있는 경우까지 무조건 국제재판관할권을 인정하는 것은 피고에게 현저한 불이익이 발생할 수 있다. 따라서 원고의 청구가 피고의 재산과 직접적인 관련이 없는 경우에는 그 재산이 대한민국에 있게 된 경우, 재산의 가액, 원고의 권리구제 필요성과 판결의 실효성 등을 고려하여 국제재판관할권을 판단해야 한다. 나아가 예측가능성은 피고와 법정지 사이에 상당한 관련이 있어서 법정지 법원에 소가 제기되는 것에 대하여 합리적으로 예견할 수 있었는지를 기

준으로 판단해야 한다. 피고가 대한민국에서 생활 기반을 가지고 있거나 재산을 취득하여 경제활동을 할 때에는 대한민국 법원에 피고를 상대로 재산에 관한 소가 제기되리라는 점을 쉽게 예측할 수 있다.

3. 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수도 있다. 지리, 언어, 통신의 편의 측면에서 다른 나라 법원이 대한민국 법원보다 더 편리하다는 것만으로 대한민국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정할 수는 없다.

## 제2절 관할

### 1. 사물관할과 변론관할

乙은 의료기 대리점을 개업하기로 하고 공급업자인 甲으로부터 의료제품을 외상으로 구입하는 계약을 체결하면서, 대금 4억 9,000만 원을 지급하기로 하고 이를 위반할 경우 월 1%의 지연배상금을 지급하기로 약정하였다. 甲은 乙을 상대로 매매대금 4억 9,000만 원 및 이에 대한 계약체결일부터 갚는 날까지 월 1%의 비율에 의한 지연배상금의 지급을 구하는 소를 토지관할권이 있는 甲의 주소지인 대전지방법원에 제기하였다. 대전지방법원은 A 판사(단독판사)에게 배당되었다. 甲과 乙이 출석한 변론준비기일에서 甲은 매매대금 5억 1,000만 원 및 이에 대한 지연배상금의 지급을 구하는 것으로 청구를 확장하면서 “실제 매매대금은 5억 1,000만 원이다”라고 진술하였으며, 이에 乙은 “甲과 乙 사이에 매매계약이 체결된 적이 없다”라고 진술하였다. 그 후 A 판사는 관할위반을 이유로 이 소송을 대전지방법원의 합의부로 이송하였다. 이러한 이송은 적법한가?

<민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙>

제2조(지방법원 및 그 지원 합의부의 심판범위) 지방법원 및 지방법원지원의 합의부는 소송목적의 값이 5억 원을 초과하는 민사사건 및 「민사소송 등 인지법」 제2조제4항의 규정에 해당하는 민사사건을 제1심으로 심판한다. (이하 생략)

### 1. 문제의 소재

단독사건 계속 중에 합의부 관할로 청구가 확장된 경우에 사물관할에 변동이 생기는지 묻고 있다. 청구병합의 경우의 소가 산정에서 부대청구 불산입되는지 여부, 그에 대한 관할항정의 원칙의 예외를 인정하는지, 변론관할이 인정되는 문제된다.

### 2. 청구병합의 경우의 소가 결정

#### (1) 소가 합산의 원칙과 예외

하나의 소로 여러 개의 청구를 하는 경우에는 그 여러 청구의 값을 모두 합하여 소송목적의 값을 정한다(제27조 제1항). 합산의 원칙 예외로서 손해배상의 청구가 소송의 부대목적 이 되는 경우에는 그 값은 소송목적의 값에 넣지 아니한다(제27조 제2항). 소송의 목적의 가액에 산입하지 아니하는 ‘소송의 부대목적 이 되는 손해배상’이라 함은 주된 청구의 이행을 지연하였기 때문에 생기는 지연배상을 의미한다.<sup>27)</sup> 따라서 소제기 당시 A 판사에게 사물관할권이 있다.

#### (2) 관할결정의 표준시기

관할항정의 원칙 법원의 관할은 소를 제기한 때를 표준으로 정한다(제33조). 단독사건 계속 중 합의부 관할로 청구가 확장된 경우, 위 원칙의 예외로서 법원은 소송을 합의부로 이송하여야 한다(제34조 제1항).

#### (3) 사안의 경우

지연배상금 청구는 매매대금 청구의 부대목적 이므로 소송물 가액은 4억 9,000만원으로<sup>28)</sup> 단독판사 관할 사건이다. 그런데 이 소송계속 중에 청구가 5억 1,000만원으로 확장되어 사

27) 대결 1992.01.07. 91마692

28) 개정 사물관할규칙

물관할에 변동이 생겼으므로 합의부 관할 사건으로 된다.

### 3. 변론관할의 성립여부

#### (1) 관할과 변론관할

관할은 소송요건으로서 원칙적으로 법원의 직권조사사항이다. 그러나 임의관할인 경우 법원은 당사자의 주장을 관할항변을 기다려 관할위반을 판단한다. 이때 피고가 제1심 법원에서 관할위반이라고 항변하지 아니하고 본안에 대하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술하면 그 법원은 관할권을 가진다(제30조).

#### (2) 변론관할의 요건

①제1심에서의 임의관할 위반으로서 원고가 관할권 없는 법원에 소제기한 경우뿐만 아니라 단독사건 계속 중 합의부 관할로 청구가 확장된 경우에도 단독판사에게 변론관할이 생길 수 있다. 사물관할은 임의관할이다. ②피고의 이의 없는 본안 변론 ③피고의 관할위반의 무항변 등이다.

#### (3) 이송의 구속력

피고가 관할위반의 항변을 하지 않았을 뿐 아니라 이의 없이 본안에 변론하였으며, 제1심의 임의관할 위반에 해당하므로, 단독판사사건의 변론관할이 발생한다. 하지만, A판사는 상당한 이유가 있다고 판단하는 경우 직권 또는 당사자의 신청으로 같은 지방법원인 대전 지방법원 합의부에 이송하는 결정을 할 수 있다(제34조 제2항). 수이송 법원인 대전지방법원의 합의부는 이송결정의 기속력으로 인하여 자신의 재판관할권을 부정할 수 없다(제38조 제1항).

### 4. 결론

임의관할인 사물관할에 관하여 변론관할이 발생할 수 있으므로 법원의 관할권 없음을 이유로 한 법원의 원칙적으로 위법하지만, 이송받은 법원은 구속력이 있다.



## 2. 사물관할과 병합청구

甲은 대전이 주소지인 매수인 乙을 상대로 매매대금 2억 원의 지급을 청구하는 소를 2020년 1월 1일에<sup>29)</sup> 제기하였다. 대전지방법원은 이 사건을 3단독 재판부에 배정하였다. 매매대금청구소송 중에 乙은 위 매매대금의 지연손해금으로 300만원의 지급을 구하는 청구를 추가하였다. 이에 당해 법원은 두 청구를 합하여 일부기각의 판결을 하였다. 그러하자 甲이 불복하여 단독사건이 될 수 없다면서 주장하면서 2021년 6월에 항소하면서 항소심에서 청구취지를 매매대금 2억5천으로 적법하게 확장하였다. 甲의 항소를 고등법원이 담당해야 하는지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

乙에게 토지관할이 인정되는 경우 사물관할이 문제된다. 기초청구액에 지연손해금을 합산한 경우 우선 부대청구의 경우 합산의 원칙이, 청구취지의 확장으로 합의부 사건으로서 항소심은 고등법원으로 되는지 묻고 있다.

### 2. 지연손해금 합산에 따른 관할변동 여부

#### (1) 사물관할과 소가합산의 원칙

소송물가액이 2억 원까지는 단독판사 관할사건이다(민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙 제2조). 하나의 소로써 여러 개의 청구를 한 때에는 소가합산의 원칙이 적용된다(제27조 제1항).

#### (2) 부대청구불산입의 원칙

##### 1) 문제점

합산의 원칙에 따라 소가가 2억 원을 초과하였으므로 합의사건으로 되는지 문제이다

##### 2) 소가합산의 원칙의 예외

청구병합 소송가액 합산의 원칙에 대해서는 흡수와 불산입의 예외가 있다. 1개의 소로써 주장하는 여러 개의 청구의 경제적 이익이 동일하거나 중복되는 때(민사소송 등 인지규칙 제20조)와 다른 청구의 수단에 불과한 때(위 규칙 제21)에는 중복되는 범위 내에서 흡수되고, 그 중 액수가 많은 청구의 가액을 소송목적의 값을 정한다(흡수의 원칙). 또한 과실, 손해배상금, 위약금 또는 비용의 청구가 소송의 부대목적인 때에는 소가에 산입하지 아니한다(불산입의 원칙: 제27조 제2항).

#### (3) 사안의 경우

지연손해금 청구는 기초청구와 별도의 소송물을 구성하지만, 소가 산정시에는 부대청구로서 소가에 산입하지 아니한다. 따라서 사물관할에 변동이 없다. 단독사건의 판단은 문제되지 아니한다.

### 3. 고등법원 사건인지 여부

#### (1) 문제점

청구취지의 확장으로 단독사건에 대한 관할 이동이 변경되었는지, 그러한 경우 고등법원이 항소를 담당하여야 하는지 문제된다.

#### (2) 청구취지의 확장에 관할의 변동

29) 사물관할 개정 전의 문제

#### 1) 청구취지의 확장과 소가

청구확장은 청구의 변경이며, 청구변경은 후발적 청구병합의 의미를 가지기 때문에 관할항정이 아니라 소가합산의 원칙이 적용된다.

#### 2) 합의사건의 항소심관할

현재의<sup>30)</sup> 사물관할규칙에 따라 법원조직법 제28조 제1호에 따라 단독사건의 항소심은 합의부로, 합의사건의 항소심은 고등법원이 원칙이다. 그러나 소송중 관할변동에 의한 항소심법원이 변동되는지 검토가 필요하다.

#### (3) 항소심에서 사물관할 변경 여부

제33조의 관할항정의 원칙의 원칙은 항소심에서 청구가 변경되어 사물관할이 달라졌다 하더라도 항소법원에 영향을 미치지 아니한다. 따라서 단독사건인 경우 이에 대한 항소심의 합의부로 이송할 뿐 고등법원으로 이송하지 않는다.

#### 4. 결론

300만원의 이자는 별개의 소송물이지만, 흡수의 원칙이 적용되어 단독판사 사건이고, 항소심에서는 관할항정의 원칙에 따라 항소법원은 대전지방법원 합의부이다.

---

30) 개정전 사물관할규칙

### 3. 토지관할과 변론관할

乙과 丙이 공동으로 甲으로부터 A 토지를 매수하는 매매계약을 체결한 후 이를 원인으로 하여 A 토지 중 각 1/2 지분에 관한 소유권이전등기를 마쳤다. 甲의 주소와 직장은 인천지방법원 관할 내에 있고, 乙의 주소는 대전지방법원 관할 내에, 직장은 인천지방법원 관할 내에 있으며, 丙의 주소는 부산지방법원 관할 내에, 직장은 울산지방법원 관할 내에 있고, A 토지는 대전지방법원 관할 내에 있다. 甲이 乙, 丙을 공동피고로 A 토지에 관한 소유권(지분)이전등기말소청구소송을 인천지방법원에 제기하였다. 丙은 청구기각의 답변서만을 제출한 상태에서 청구원인에 대한 준비서면을 준비하는 동안 乙에 대한 소가 부적법각하되었다. 이에 丙은 甲의 자신에 대한 소송이 관할이 위반되었다고 항변하였다. 법원이 丙의 관할위반 항변에 어떠한 판단을 할지 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

丙의 주장에 대하여 토지관할의 인정여부와 관련하여, 우선 변론관할이 성립하는지 검토가 필요하며, 변론관할이 성립하지 않는 경우 乙과 공동소송으로 인한 관련재판적이 인정되는지 문제된다.

#### 2. 변론관할 인정 여부

##### (1) 관할의 직권조사 가부

적법한 관할권 있는 법원에 소를 제기하는 것은 소송요건에 해당하므로 법원은 이를 직권으로 조사하여, 위반이 있을 경우 적법한 관할법원에 이송하여야 한다. 관할의 조사에 전속관할과 임의관할 모두를 포함하고 있으나 임의관할 위반의 경우에는 변론관할이 창설될 여지가 있으므로 법원은 피고의 관할위반 항변이 있기를 기다려야 한다.

##### (2) 변론관할의 성부

###### 1) 문제점

청구원인에 대한 답변서를 제출하지 않은 상태인 경우에도 변론관할이 성립하는지 문제될 수 있다.

###### 2) 본안에 관한 진술인지 여부

변론관할은(제30조) 피고가 본안에 관하여 관할항변을 하지 않고 원고의 청구에 대하여 답변한 경우 임의관할의 위반이 있는 경우에도 변론관할이 성립한다. 통설은 청구기각의 답변만으로 변론관할이 성립한다는 입장이지만, 판례는 이를 부정하는 입장이다.

###### (3) 사안의 경우

丙의 청구기각을 구하는 답변서에 청구원인에 대한 통설과 달리 판례에 따른 경우에도 사안의 경우 변론에 해당하지 아니하므로 변론관할이 성립하지 아니한다.

#### 3. 丙에 대한 관련재판적과 인정여부

##### (1) 문제점

乙의 관할이 인정되는 경우 丙에게 보통재판적이나 특별재판적이 성립하지 않는 경우 관련재판적 성립하는지 문제되고, 乙의 소가 각하된 경우에도 여전히 병에 대한 관련재판적이 인정되는지 문제된다.

##### (2) 丙의 토지관할

1) 보통재판적과 특별재판적

丙에 대하여 부산, 울산, 대전지방법원 등은 각각 보통재판적 내지 특별재판적이 성립한다. 그러나 인천지방법원은 여기 해당하지 아니한다. 따라서 이에 대한 관련재판적이 성립하지 아니한 경우 관할위반의 소송이 된다.

2) 乙의 토지관할에 관한 丙의 관련재판적

乙과 丙의 관계가 공동소송관계이므로 설사 丙의 토지관할이 인정되지 않은 경우도 관련재판적이 인정된다. 乙에 대한 소는 乙의 직장 소재지 관할법원인 인천지방법원에 토지관할권이 인정된다(제7조). 丙에 대한 소는 乙에 대한 청구와 동일한 원인으로 발생한 권리관계를 소송물로 하는 것으로 볼 수 있다.(제65조 전문) 乙에 대한 소와 병합할 경우 관련재판적이 인정되고(제25조), 따라서 인천지방법원에 토지관할권이 인정된다.

(3) 소결

丙에 대한 보통재판적이거나 특별재판적이 성립하지 아니하므로, 乙의 재판적이 성립하는 곳의 법원에 제65조 전단인 제25조의 제2항의 공동소송의 관련재판적이 성립한다.

4. 관련재판적의 항정

(1) 문제점

乙의 소가 부적법 각하되었으므로 丙의 관할위반의 항변에 관련재판적이 존재하지 아니한다는 의미로 해석되어 창설된 관련재판적이 소멸되는 것은 아닌지 문제된다.

(2) 관련재판적의 효과

1) 관할의 창설

병합된 청구 중 원래 관할권이 없는 청구에 관하여도 수소법원에 관할권이 창설된다. 따라서 피고는 관할위반의 항변을 할 수 없다 제25조는 관련재판적의 대상을 제2조 내지 제24조의 규정에 따라 발생하는 관할법원으로 열거하고 있으나 이는 예시규정이다.

2) 관할의 항정

일단 관련재판적이 인정된 이상 원래 관할권 있는 청구가 취하되거나 각하되더라도 이미 다른 청구에 관하여 인정된 관련 재판적에는 아무런 영향이 없다고 할 것이다.

(3) 소결

관련재판적에 대하여 관할항변을 할 수 없으며 일단 성립한 관련재판적인 경우에도 관할항정의 원칙상 관할의 변동은 인정되지 아니한다.

5. 결론

변론관할의 성부를 기다려 법원은 관할항변의 여부와 관련없이 관할의 직권조사가 인정되어야 한다. 丙에 대하여 변론관할은 성립하지 않으나, 다만 관련재판적이 인정되고, 乙이 소송에서 제외되는 경우에도 관할항정의 원칙상 관할이 인정되어 丙의 주장을 배척한다.

#### 4. 합의관할

甲과 乙은 매매계약을 체결하면서 토지(제주시 소재) 매매계약으로부터 발생하는 일체의 분쟁에 대해서는 제주지방법원에서 처리한다는 약정을 하였다. 그 후 乙은 甲에 대한 매매대금채권 2억 원을 서울 강남구에 살고 있는 丙에게 양도하였다. 그런데 丙은 이외에도 甲에게 1억 원의 대여금청구권을 가지고 있었다. 丙은 甲을 제주지방법원에 2억 원의 양수금지급 청구의 소를 제기하고, 이 소송절차 진행 중에 추가로 위 1억 원의 대여금의 반환을 청구하였다. 제주지방법원은 丙이 제기한 두 개의 소송에 대해 관할권을 가지는지 설명하시오.

##### 1. 문제의 소재

丙이 관할합의 효력을 받는지 여부와 합의관할을 관련재판적의 발생근거로 삼을 수 있는지 묻고 있다. 甲과 乙 사이의 관할합의가 丙에게 미치는지 여부와 제25조에서 말하는 제2조 내지 제24조'를 예시적 규정으로 볼 것인지에 따라 제29조가 적용될 수 있는지 문제이다.

##### 2. 양수금지급청구의 소의 관할

###### (1) 토지관할의 발생

제주지방법원에 법정 재판관할권이 존재하지 아니한다. 보통재판적은 대전지방법원이며, 유일한 특별재판적인 이행지재판적은 서울중앙지방법원이기 때문이다.

###### (2) 합의관할의 인부

###### 1) 甲과 乙의 관할합의

甲과 乙이 약정한 관할합의는 인정되면 관할이 발생한다. 이때 채권의 양수인 丙이 관할합의에 구속된다면 양수금채권과 관련하여서는 제주지방법원에 관할권이 발생할 것이다.

###### 2) 관할합의의 주관적 효력 범위

관할합의의 효력은 당사자 및 포괄승계인에게 미치는데, 특정승계인에게도 미치는지 문제이다. 통설·판례는<sup>31)</sup> 특정승계인의 경우, 관할합의는 물권을 승계한 자에게는 미치지 않지만, 채권을 승계한 자에게는 미친다.

###### 3) 검토

甲과 乙의 관할합의의 효력은 채권을 승계한 丙에게 미치므로 제주지방법원은 전속관할법원이 된다.

###### (3) 소결

제주지방법원은 토지관할은 없으나 甲과 乙의 관할합의의 효력에 의하여 채권을 특정승계한 丙에게 인정되므로 관할이 발생한다.

##### 3. 대여금청구소송 관할의 인부

###### (1) 문제점

31) 대법원 2006.03.02 선고 2005마902 결정: 관할의 합의는 소송법상의 행위로서 합의 당사자 및 그 일반승계인을 제외한 제3자에게 그 효력이 미치지 않는 것이 원칙이지만, 관할에 관한 당사자의 합의로 관할이 변경된다는 것을 실체법적으로 보면, 권리행사의 조건으로서 그 권리관계에 불가분적으로 부착된 실체적 이해의 변경이라 할 수 있으므로, 지명채권과 같이 그 권리관계의 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 경우에는, 당해 권리관계의 특정승계인은 그와 같이 변경된 권리관계를 승계한 것이라고 할 것이어서, 관할합의의 효력은 특정승계인에게도 미친다.

하나의 소로 여러 개의 청구를 하는 때 그중 하나의 청구에 대한 관할권이 있는 법원에 소를 제기할 수 있다(제25조). 합의관할을 관련재판적을 발생시키는 근거로 삼을 수 있는지 문제이다.

## (2) 견해의 대립

제25조 제1항에 제2조 내지 제24조의 규정에 따라 하나의 청구에 대한 관할권이 있는 법원에 소를 제기할 수 있다는 규정에 충실하여 합의관할에 관한 제29조를 포함되어 있지 않기 때문에 제29조는 합의관할은 대상이 아니라는 견해가 있으나, 다수설과 판례는 제25조에서의 규정은 예시적 나열에 해당한 것으로 그 법문에 불구하고 제29조의 합의관할에 대해서도 적용된다는 입장이다.

## (3) 사안의 경우

대여금채권과 관련하여서도 관련재판적이 발생하므로, 제주지방법원은 매매대금청구소송은 물론 대여금청구소송에 대해서도 재판관할권이 있다

## 4. 결론

제주지방법원은 관할합의에 대한 주관적 효력으로서 승계인에 대하여 양수금청구소송은 관할이 인정되며 한편, 대여금청구소송은 관련재판적으로서 합의관할도 포함된다고 해석되므로 丙이 제기한 두 개의 소송에 대한 관할권이 있다.

## 5. 토지관할의 경합

甲과 乙이 토지 매매계약을 체결한 당시 甲의 주소지는 대전시 유성구이며, 乙은 한국토지공사로 본점은 진주시에 소재하고 있다. 乙은 서울, 부산, 대구, 대전, 광주에 지점을 두고 있는데, 이 계약은 한국토지공사 서울지부(소재지: 강남구)가 체결하였다. 다음 각각의 경우 관할법원에 대하여 답하시오.

1. 甲이 乙을 피고로 하여 토지소유권이전등기를 청구하는 소를 제기할 수 있는 지방법원(지원)을 설명하시오.
2. 乙이 甲을 상대로 매매잔대금지급청구의 소를 제기할 수 있는 지방법원을 설명하고, 여기에 乙이 제주지방법원에 소를 제기할 수 있는지 검토하시오.

### I. 설문1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

- 1) 乙의 보통재판적과 특별재판적을 검토한다.
- 2) 영업소소재지 및 부동산소재지 특별재판적의 적용 범위가 관할의 경합과 문제된다.

#### 2. 乙의 재판적

##### (1) 보통재판적

###### 1) 소송사건의 보통재판적

법인의 보통재판적 소재지는 그 법인의 주된 사무소 또는 영업소이다(제5조 제1항). 여기서 주된 사무소 또는 영업소란 본점을 말한다. 소송사건은 당해 사무소 또는 영업소의 업무와 관련된 것이라야 한다.

###### 2) 乙에 대한 토지관할

피고 乙의 영업소는 진주시에 소재하고 있다. 따라서 甲은 창원지방법원 진주지원에 소를 제기할 수 있다.

##### (2) 乙에 대한 특별재판적

###### 1) 법인 영업소에 특별재판적

법인을 상대로 제기하는 소의 경우 그 영업소 소재지 재판적에 제기할 수 있다(제12조). 여기의 영업소란 지점 또는 지사를 말한다.

###### 2) 부동산 소재에 대한 특별재판적

부동산 소재지를 관할하는 법원에 특별재판적이 발생한다. 이 경우 그 부동산 자체에 관한 소여야 한다.

##### (3) 사안의 경우

甲은 乙의 영업소가 소재하는 서울, 부산, 대구, 대전 및 광주 지방법원 중에서 위 사건 매매계약을 체결한 서울지부 영업소를 관할하는 서울중앙지방법원에 소를 제기할 수 있으며, 매매부동산이 소재하고 있는 제주시 애월읍을 관할하는 제주지방법원에 소를 제기할 수도 있다.

#### 3. 재판적의 경합에 대한 법원의 조치

##### (1) 관할의 경합<sup>32)</sup>

원고가 소를 제기하는 경우 소장을 제출할 수 있는 법원은 여러 곳이 존재할 수 있다. 이를 관할의 경합이라 하는데, 원칙적으로 관할재판적이 경합하는 경우 원고의 선택에 따라 관할법원을 정할 수 있다.

### (2) 관할위반여부와 법원의 조치

당사자가 관할경합이 없는 법원에 소장을 제출한 경우에도 그것이 전속관할의 위반이 아니라면 법원은 응소관할이 성립할 수 있으므로 당사자의 거동을 보고 관할위반과 이송을 결정할 수 있다.

### (3) 사안의 경우

甲은 창원지방법원 진주지원, 제주지방법원, 서울중앙지방법원 중 한 곳을 정하여 토지 소유권이전등기청구의 소를 제기할 수 있다.<sup>33)</sup> 그러나 위 법원을 제외한 곳이라고 원고가 소장을 제출한 경우 변론관할의 성부를 기다려 법원의 이송이 생길 수 있다.

## 4. 결론

- 1) 甲은 창원지방법원 진주지원, 대전지방법원, 서울중앙지방법원 및 제주지방법원에 소유권이전등기청구의 소를 제기할 수 있다.
- 2) 甲은 위 지방법원과 지원 중 어느 하나를 선택할 수 있으며, 변론관할을 기대할 수 있다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소개

- 1) 원고 乙이 피고 甲의 보통재판적인 대전지방법원을 넘어 자신의 자신의 지역을 관할하는 재판적이 발생하는지 묻고 있다.
- 2) 제8조 후단의 이행재판적이 발생하는지 여부와 법인인 원고가 부동산소재지재판적과 영업소소재지재판적을 이용할 수 있는지 검토한다.

### 2. 乙의 토지관할

#### (1) 피고주소지 관할법원

피고의 보통재판적이 있는 곳에서는 피고에 한 일체의 소를 제기할 수 있다. 사람의 경우

---

32) 서울고결 1971.08.20. 71라50: 상대방의 본건 이송 신청이유는 본건 소는 (1)피고의 주소지가 부산시로서 보통 재판적이 부산지방법원 관할이며 (2)본건 소의 전제가 되는 원인인 선박의 침몰이라는 불법행위를 원인으로 하는 바 그 불법행위지의 관할이 부산지방법원이며 (3)본건 침몰된 선박의 도착항이 부산항으로 민사소송법 18조 2항에 의하여 도착항인 부산지방법원에 관할권이 있어 부산지방법원으로 이송하여 달라는데 있고 원심은 위 이송신청을 이유있다고 하여 본건 소를 부산지방법원으로 이송한다는 이송결정을 하였고, 항고인은 주장하기를 본건 소는 원고가 운송업자인 피고에게 밀감 1,314상자의 탁송을 의뢰하였고 위 밀감의 인도장소는 서울 종로 5가 65번지로서 의무이행지가 서울이며 원고는 위 의무이행불능에 대신하여 본건 청구를 하고 있는 것이므로 본건은 민사소송법 6조에 의하여 의무이행지 관할인 서울민사지방법원에 관할권이 있으므로 상대방의 이송신청은 이유없다고 주장하므로 살피건대, 기록에 편철된 화물수취표에 의하면 본건 밀감의 인도사무지는 서울 종로 5가 65번지로 되어 있는 사실을 인정할 수 있으므로 본건 소는 서울민사지방법원에 관할권이 있다고 할 것이고 본건 소는 의무이행지인 서울민사지방법원에서 재판함이 상당하다.

33) 대결 1980.6.12. 80마158: 제12조 소정의 특별재판적에 관한 규정은 위 중앙회의 영업소업무에 관하여 위 중앙회를 상대로 소를 제기하는 때에 한하여 그 영업소 소재지의 법원에 관할이 있다는 의미이므로 위 중앙회가 스스로 원고가 되어 소를 제기하는 경우에는 적용되지 아니한다.



보통재판적은 주소를 기준으로 정한다.

(2) 특별재판적

乙은 甲에 대한 이행지는<sup>34)</sup> 특별재판적인 창원지방법원 진주지원에 소를 제기할 수 있다. 특별한 사정(채무의 성질이나 당사자의 의사)이 없는 이상 지참채무의 원칙이 적용되기 때문이다.

(3) 사안의 경우

乙은 甲의 보통재판적인 대전지방법원에 소를 제기할 수 있다. 특별재판적은 원칙적으로 지참채무 원칙으로 창원지방법원 진주지원이 인정된다.

3. 영업소와 부동산소재지의 특별재판적

(1) 문제점

원고가 소재기에 의한 영업소소재지가 인정되는지, 부동산소재지 특별재판적이 인정되는지 문제된다.

(2) 특별재판적의 인정여부

1) 영업소소재지 재판적

乙이 원고로서 제기하는 능동소송에서는 영업소소재지재판적을 이용할 수 없다.

2) 부동산소재지 재판적

부동산소재지재판적은 부동산 자체에 관한 소의 경우에만 적용될 뿐(부동산의 이전등기청구, 부동산에 대한 방해배제청구 등), 매매대금청구나 공사대금 또는 차임 등 청구소송 등에는 적용되지 아니한다.

(3) 소결

부동산에 관한 매매대금청구소송이므로 제주지방법원에 재판관할권이 발생하지 아니한다.

4. 결론

1) 乙은 대전지방법원과 창원지방법원 진주지원에 소를 제기할 수 있다.

2) 원고 乙이 자신의 주된 영업소에서 제소할 수 있는 특별재판적은 이행지재판적일 뿐, 영업소소재지나 부동산소재지의 특별재판적은 활용하지 못한다.

---

34) 대결1969.8.2. 69마469: 소송물의 종류, 성질 및 범위는 원고의 주장에 의하여 결정되므로 관할이 소송물의 종류, 및 성질에 의하여 결정되는 때에는 원고가 청구하는 바에 의하여 관할을 결정할 것인 바, 원심이 이 사건은 원고가 피고들에게 대하여 금전반환을 구하는 소송이므로 특별한 사정의 주장 소명이 없는 한 채권자의 주소지가 채무 이행지라 할 것이므로 채권자의 주소지의법원인 부산지방법도 관할권이 있다.

## 6. 관련재판적과 이송

甲은 2017. 8.경 건물 시공업자인 乙과 식당의 내부공사에 관하여 공사대금 5,000만 원으로 하는 도급계약을 체결하였다. 乙은 내부공사를 완료하고, 甲에게 식당을 인도하였다. 도급계약에 丙도 甲과 공동 도급인으로서 수급인 乙에게 공사대금으로 각 5,000만 원씩을 지급하기로 약정하였다. 또 이와는 별개로 乙은 甲에게 1억 원을, 또 다른 丁에게 2억 원을 각각 대여한 일이 있었다. 대금지급이 늦어지자 乙은 부산지방법원에 甲, 丙, 丁을 공동피고로 하여 소를 제기하였다. 즉 甲을 상대로는 공사대금 5,000만 원의 지급과 위 대여금 1억 원의 반환을 구하고, 丙을 상대로는 공사대금 5,000만 원의 지급을 구하고, 丁을 상대로는 위 대여금 2억 원의 반환을 구하는 소를 병합하여 제기한 것이다. 甲, 丙, 丁의 보통재판적은 모두 서울중앙지방법원의 관할구역 내에만 있고, 甲을 상대로 한 대여금반환청구에 대한 특별재판적은 부산지방법원의 관할구역 내에, 甲을 상대로 한 공사대금지급청구 및 丙과 丁을 상대로 한 각 청구에 대한 특별재판적은 대구지방법원의 관할구역 내에만 있다. 甲은 자신을 상대로 한 공사대금청구에 대하여, 丙과 丁은 각 자신을 상대로 한 청구에 대하여 관할위반을 이유로 대구지방법원으로 이송해 달라는 신청을 하였다. 이송신청을 받은 부산지방법원은 어떠한 조치하여야 하는지 그 효력은 무엇인지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

乙이 甲을 상대로 한 병합소송에 甲이 이송신청은 객관적 관련재판적을 인정할 수 있는지, 丙과 丁의 주관적 병합에 대한 이송신청권을 인정할 수 있는지 그에 대한 부산지방법원의 조치가 문제된다. 이 경우 이송신청에 대한 심리와 그 구속력도 검토하여야 한다.

### 2. 甲의 공사대금청구에 대한 이송여부

#### (1) 문제점

乙의 甲을 상대로 한 매매대금지급청구와 丙, 丁을 상대로 한 각 청구에 대한 보통재판적과 특별재판적이 부산지방법원의 관할구역 내에 있지 않으므로, 부산지방법원이 위 청구들에 대한 토지관할권을 갖기 위해서는 관련재판적이 인정되어야 한다. 따라서 청구의 객관적 병합과 주관적 병합에서의 관련재판적을 검토할 필요가 있다.

#### (2) 객관적 병합과 관련재판적

##### 1) 객관적 병합에 관할발생(민사소송법 제25조 제1항)

당사자는 어느 하나의 청구에 발생한 토지관할에 대하여 경합된 관할법원을 선택할 수 있으며 민사소송법 제25조 제1항에 의하여 병합된 청구에 관할이 없더라도 관할이 창설된다.

##### 2) 乙의 甲의 청구에 대한 관련재판적

甲에 대한 대여금반환청구와 공사대금지급청구가 객관적으로 병합되었으므로 민사소송법 제25조 제1항에 따라 관련재판적이 적용된다. 대여금반환청구에 대하여 특별재판적에 의한 토지관할권이 있는 부산지방법원은 공사대금지급청구에 대하여도 관련재판적에 의한 토지관할권을 갖는다.

##### 3) 제35조 이송신청권에 대한 심리

관련재판적이 발생한 경우 관할권이 있으므로 이에 대하여 법원은 판단할 수 있으며 제35조의 손해나 지연 여부에 대하여 판단하고 이송여부를 결정한다. 이에 대하여 즉시항고할 수 있으나 실무상 의미가 없는 것이 일반적이다.

#### (3) 사안의 경우

乙의 甲에 대한 공사대금과 대여금청구는 청구가 병합된 경우로 어느 하나의 법원의 관할

이 전체의 관할로 인정된다. 이송신청에 대하여 결정하여야 하나 특별한 사유가 있지 아니한 경우 이송을 불허한다.

### 3. 주관적 병합에서의 관련재판적(丙과 丁의 관련재판적)

#### (1) 주관적 병합과 관련재판적(민사소송법 제25조 제2항)

공동소송에서 관련재판적은 민사소송법 제65조 전문의 유형인 소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 생긴 경우에만 적용되고, 제65조 후문의 유형인 소송목적이 되는 권리나 의무가 같은 종류의 것이고 사실상 또는 법률상 같은 종류의 원인으로 말미암은 것인 경우에는 적용이 없다.

#### (2) 관련재판적의 인정여부

##### 1) 甲과 丙의 관련재판적

丙과 甲의 공사대금지급채무는 사실상 또는 법률상 같은 원인(동일한 도급계약)으로 말미암아 생긴 것이므로 관련재판적이 적용된다. 따라서 부산지방법원은 丙을 상대로 한 청구에 대하여 토지관할권을 갖는다.

##### 2) 甲과 丁의 관련재판적

丁을 상대로 한 청구와 甲을 상대로 한 대여금반환청구는 소송목적이 되는 권리나 의무가 같은 종류의 것이고 사실상 또는 법률상 같은 종류의 원인으로 말미암은 것인 경우에 해당할 뿐이므로 관련재판적이 적용될 수 없다. 따라서 부산지방법원은 丁을 상대로 한 청구에 대하여 토지관할권이 없다.

#### (3) 사안의 정리

甲과 丙의 경우 부산지방법원은 관할권이 있으나, 丁에 대하여 제25조에 의한 제65조 전단에 해당하지 아니하여 관련재판적이 없다. 부산지방법원에 관할이 없으므로 신청의 이송여부가 문제된다.

### 4. 이송신청권과 직권이송의 효력

#### (1) 문제점

이송은 관할의 유무와 별개로 이송할 수 있음이 원칙이다. 특히 관할이 없는 법원에서 관할있는 법원으로 이송에 대하여 당사자의 신청권이 있는지, 법원은 이에 구속되는지 여부, 수이송법원이 이에 구속되는지 문제된다.

#### (2) 이송신청에 대한 재판여부

판례는<sup>35)</sup> 소송당사자에게는 관할위반을 이유로 한 이송신청권이 인정되지 않으므로 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없다고 판단한다. 따라서 법원은 이 이송신청에 대하여는 재판을 할 필요가 없이 이송한다.

#### (3) 이송결정과 기속력<sup>36)</sup>

당사자의 이송신청권이 인정되지 않는다고 하더라도 법원이 소송의 전부 또는 일부에 대하

35) 대법원 1993. 12. 6.자 93마524 전원합의체 결정

36) 대법원 2018. 1. 19. 자 2017마1332 결정: 소송당사자에게 관할위반을 이유로 하는 이송신청권을 인정하지 아니하고, 항고심에서 당초의 이송결정이 취소된 경우, 이에 대한 신청인의 재항고가 허용되지 아니한다.

여 관할권이 없다고 인정하는 경우에는 직권으로 이를 관할법원에 이송하는 결정을 하여야 한다(제34조 제1항). 수이송법원은 상급법원이 아닌 한 이를 받아들여야 하는 구속력이 생긴다.

#### (4) 사안의 경우

제34조 제1항의 이송은 관할권없는 법원에서 관할있는 법원으로 이송이며, 당사자의 신청과 무관하게 법원은 이송하여야 한다. 이 경우 수이송법원에 구속력이 있다.

### 5. 결론

부산지방법원은 관련재판적인 인정되어 甲을 상대로 한 공사대금청구와 丙을 상대로 한 청구에 대하여는 그대로 소송절차를 진행하며, 丁을 상대로 한 청구 부분에 대하여는 관련재판적이 인정되지 않아 당사자신청과 관련없이 직권으로 수이송 관할법원으로 구속력있는 이송하는 결정을 하여야 한다.

대결 2002.5.10., 2002마1156: 사해행위취소의 소에 있어서의 의무이행지(소유권이전등기 말소등기의무의 이행지)

[1] 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이의 관계에서만 생기는 것이므로, 수익자 또는 전득자가 사해행위의 취소로 인한 원상회복 또는 이에 갈음하는 가액배상을 하여야 할 의무를 부담한다고 하더라도 이는 채권자에 대한 관계에서 생기는 법률효과에 불과하고 채무자와 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아닐 뿐만 아니라, 이 경우 채권자의 주된 목적은 사해행위의 취소 그 자체보다는 일탈한 책임재산의 회복에 있는 것이므로, 사해행위취소의 소에 있어서의 의무이행지는 '취소의 대상인 법률행위의 의무이행지'가 아니라 '취소로 인하여 형성되는 법률관계에 있어서의 의무이행지'라고 보아야 한다.

[2] 부동산등기의 신청에 협조할 의무의 이행지는 성질상 등기지의 특별재판적에 관한 민사소송법 제19조(현행 제21조)에 규정된 '등기할 공무소 소재지'라고 할 것이므로, 원고가 사해행위취소의 소의 채권자라고 하더라도 사해행위취소에 따른 원상회복으로서의 소유권이전등기 말소등기의무의 이행지는 그 등기관서 소재지라고 볼 것이지, 원고의 주소지를 그 의무이행지로 볼 수는 없다.

[사실관계] 포항시에 주소를 둔 甲이 원주시에 주소를 둔 乙에 대하여 금전채권을 갖고 있었는데, 乙이 강원 고성군 소재 X 부동산을 인천시에 주소를 둔 丙에게 매도하고 그에 따른 등기를 마치자, 甲이 丙을 상대로 사해행위취소 및 X 부동산에 관한 소유권이전등기 말소의 소를 자신의 주소지 법원인 대구지방법원 포항지원에 제기한 사안으로, 대법원은 「취소로 인하여 형성되는 X 부동산에 관한 소유권이전등기말소의무의 이행지, 즉 X 부동산 소재지인 춘천지방법원 속초지원에 관할이 있다」고 판단한다.

## 제3절 공정한 재판을 위한 제도/제척과 기피

甲과 乙은 1억원의 대여금을 지급하고 일정한 이자를 받기로 소비대차계약을 체결하였다. 변제기에 이르러 이자와 원금을 지급하지 않자 甲은 乙을 상대로 대여금청구소송을 제기하였다. 지방법원은 단독사건으로 담당을 A판사로 배당하였다.(설문 1과 설문 2는 서로 독립적이다. 다음 물음에 답하시오).

1. A 판사는 변론절차를 거쳐 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 이 판결은 그대로 확정되었다. 그 후 甲은 위 확정판결에 대하여 재심의 소를 제기하였다. A 판사는 재심소송에서 최종변론 전의 변론과 증거조사에 관여하였다. 이러한 재심소송에서의 A 판사의 관여는 적법한가?

2. 甲과 친구관계라는 사실을 안 乙은 A에 대하여 기피신청을 하였다. 그럼에도 불구하고 담당판사는 재판을 정지하지 아니하고 변론을 진행하여 대여금 지급사실과 변제기 도래사실을 확정하였다. 기피재판에 대하여는 친구라는 사실이 없을 뿐만 아니라 학창시절에 오히려 사이가 안 좋은 사이였음이 밝혀져 기피신청이 기각되었다. 이러한 경우 변론에서 위 확정된 요건사실의 유효여부를 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

A는 전심관여로 인하여 법률상 당연히 재심의 소의 직무에서 배제되는지 묻고 있다. 재심대상 재판이 법관의 제척원인이 되는 이전심급 재판에 해당하는지 검토한다.

#### 2. 제척원인의 이전심급 재판의 관여

##### (1) 공정한 재판을 위한 제척제도

민사소송의 하나의 이상으로서 재판은 공정하고 적정하여야 한다. 법원이 이에 굴복하여야 하며 법률규정이 없더라도 당사자는 불공정한 재판에 대하여 다룰 수 있어야 한다. 민사소송법은 이에 대하여 명문으로 제척사유를 두고 있으며 당연히 재판에서 제척되어야 하고 열거된 사유에 해당되는 경우 그의 행위는 무효이어야 한다.

##### (2) 제척사유와 요건

구체적 사유 중에 법관이 불복사건의 이전심급의 재판에 관여한 경우, 직무집행에서 제외된다(제41조 제5호). 특히 전심관여라 함은 최종변론과 판결의 합의에 관여하거나 종국판결과 더불어 상급심의 판단을 받는 중간적인 재판에 관여함을 말하는 것이다.<sup>37)</sup> 그리고 제척 이유가 있는 법관은 제척재판 유무와 관계없이 법률상 당연히 그 일체의 소송행위에 관여할 수 없다.

##### (3) 구체적 행위

A 판사는 원재판의 전과정에 관여하였으므로, 만일 이 재판이 재심의 전심에 해당한다면 재심소송에서의 관여는 위법하다. 따라서 이에 대한 검토가 필요하다.

#### 3. 제척사유 여부

##### (1) 재심대상 재판이 전심재판인지 여부

37) 96다56115

판례에<sup>38)</sup> 의하면 재심사건에 있어서 그 재심의 대상으로 삼고 있는 원재판은 민사소송법 제41조 제5호의 '전심재판'에 해당한다고 할 수 없고, 따라서 재심대상 재판에 관여한 법관이 당해 재심사건의 재판에 관여하였다 하더라도 이는 민사소송법 제451조 제1항 제2호 소정의 "법률상 그 재판에 관여하지 못할 법관이 관여한 때"에 해당한다고 할 수 없다. 전심관여는 판결의 합의나 판결작성에 관여한 경우를 의미한다. 또한 단지 변론에 관여하여 소송지휘의 재판·증거조사나 증거결정을 한데 그치거나, 판결의 선고에만 관여한 것은 전심관여에 포함되지 않는다.

## (2) 제척재판의 절차

제척이유는 직권조사사항이다. 제척이유가 명백하면 법관이 직무집행에서 배제되어야 하며, 한편 의문이 있는 경우 확인적인 의미에서 제척의 재판을 한다(제42조.)

## (3) 사안의 경우

제척사유로서 전심관여에 해당하는지 여부는 명백하지 아니하고 볼 것이다. 다만 제척의 재판의 진행될 경우 판례에 의할 경우 재심의 대상으로 삼은 확정된 재판에 관여한 A는 재심의 소에서 소송수행을 하더라도 제척이유에 해당하지 않는다.

## 4. 결론

전심관여라고 볼 수 없으므로 제척사유에 해당하지 않으므로 적법하다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소개

공정한 재판의 하나의 제도로서 기피신청을 하면 이에 대한 결정을 하고 절차를 진행하는 것이 제도의 취지라고 할 것이다. 만약 절차는 정지가 재판을 정지하여야 함에도 계속된 소송행위에 대한 하자의 치유가 쟁점이다.

### 2. 기피신청에 대한 재판

#### (1) 기피신청과 소송절차의 정지

제48조에 따라 기피신청이 있으면 그 재판이 확정일 때까지 소송절차를 정지하여야 한다.

#### (2) 절차정지의 예외

##### 1) 예외사유

원칙적으로 절차는 정지되어야 함에도 긴급을 요하거나, 종국판결, 각하사유가 있는 경우에는 예외적으로 허용된다. 긴급을 요하는 행위의 경우 기피신청이 이유있는 경우라도 그 행위는 유효하다.

##### 2) 기피신청의 각하사유

기피신청을 남용한 소송지연의 목적이 있는 경우에는 법관은 신청을 간이각하하고 절차를

38) 대판 2000.8.18. 2000재다87: 다른 법원으로부터 촉탁을 받아 전심에 관여하는 것도 제척사유(민사소송법 제41조)가 아니다. 또한 환송이나 이송되기 전의 원심판결, 청구이익의 소에 있어서 재심의 대상이 된 확정판결, 본안소송에 대한 관계에서 가압류·가처분에 관한 재판, 집행문부여이익의 소나 집행정지 신청사건에 대하여 채무명의를 성립시킨 본안판결...등은 전심재판 해당되지 않는다. 이는 심급관계를 문란하게 할 염려가 없기 때문이다.

진행할 수 있다.

**(3) 소결**

기피신청을 받은 경우 예외적 사유나 각하사유에 이르지 아니하고 그에 대한 결정이 없으므로 기피신청된 재판에 대하여 법원은 이를 정지하여야 한다.

**3. 재판진행의 하자치유 인정여부**

**(1) 문제점**

공정을 기대하기 어려운 경우 제척사유에 대한 재판의 결과가 나오기까지 재판진행은 정지되어야 한다. 그러나 제척사유에 해당하지 않아 결과적으로 재판진행이 타당하므로 하자치유가 되는지 문제될 수 있다.

**(2) 견해의 대립**

**1) 학설의 견해**

절차권 보장을 위한 강행규정에 해당하므로 정지되어야 할 재판에서 진행한 소송행위는 무효이어야 하므로 하자치유를 인정할 수 없다는 견해가 소극설이다. 그러나 이에 대하여 소송의 신속한 종결에 반하므로 인정하자는 견해가 적극설이며, 절차의 보장이 인정되는 경우 한에서 하자치유를 인정하자는 견해가 절충설이다.

**2) 판례의 태도**

판례의 경우 절충적 입장과 같다고 보는 견해가 없지 않으나, 기존의 적극설의 입장을 변경하여 기피신청에 대하여 소극설의 입장에 있는 것으로 판단된다.

**(3) 소결**

기피신청에 대한 판례의 태도나 제척사유가 강행규정임을 들어 재판은 당연 정지되어야 하고 여기서 진행된 소송행위는 무효이다.

**4. 결론**

기피신청에 대하여 예외사유가 없는 경우 정지없이 재판진행을 한 경우 이는 당연무효이고 하자는 치유될 수 없어 무효라고 할 것이다.



## 판례연구

대판 1978.10.31. 78다1242

기피신청을 당한 법관이 그 기피신청에 대한 재판이 확정되기 전에 한 판결의 효력은 그 후 그 기피신청이 이유 없는 것으로서 배척되고 그 결정이 확정되는 때에는 유효한 것으로 된다. 본 판례는 기피신청에 대한 재판이 확정되기 전에 한 판결의 효력은 설령 제44조 단서에 따른 종국판결의 선고로서 허용되는 경우가 아니라고 하더라도, 이 후 기피신청기각결정이 확정된 경우라면 그 위법이 치유된다고 하는 적극설의 입장으로 평가된다. 이에 반해 기피신청인용결정이 확정된 경우라면 불공정한 재판의 우려가 있는 경우이므로, 절차정지 중에 내려진 판결이 위법하다고 함에는 아무런 다툼이 없다(상고이유 및 재심사유가 된다. 제424조 1항 2호, 제451조 1항 2호).

비교판례: 대판 2010.2.11. 2009다78467,78474: 기피신청에 대한 각하결정 전에 이루어진 변론기일의 진행 및 위 각하결정이 당사자에게 고지되기 전에 이루어진 변론기일의 진행은 모두 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를 발생시킨 절차상 흠결이 있고, 특별한 사정이 없는 이상, 그 후 위 기피신청을 각하하는 결정이 확정되었다는 사정만으로 민사소송법 제48조의 규정을 위반하여 쌍방불출석의 효과를 발생시킨 절차 위반의 흠결이 치유된다고 할 수 없다.

## 제2장 당사자(원고와 피고)

### 제1절 당사자확정

#### 1. 당사자확정과 표시정정

甲으로부터 乙 앞으로 X토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐져 있다. 이에 甲은 乙을 상대로 乙이 등기관 관련 서류를 위조하여 위 등기를 이전하였다고 주장하면서 소유권이전등기 말소등기청구의 소를 제기하였다. 甲이 乙을 상대로 제소하기 전에 乙은 그 상속인으로 丙을 남기고 사망하였고 甲은 소송계속 중 이러한 사실을 알게 되었다. (아래 각 설문은 독립적임)

1. 甲이 취할 수 있는 조치에 대하여 설명하시오.
2. 甲이 아무런 조치를 취하지 않는 등으로 법원이 乙의 사망사실을 간과한 채 乙을 피고로 하여 판결을 선고한 경우, 간과판결의 효력 및 이에 대한 구제방안에 대하여 설명하시오.

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 소재

제소전 사망자를 상대로 제기한 소에 있어서 당사자가 누구인지를 확정하여야 하고, 甲이 취할 수 있는 조치로서 피고경정에 의할 것인지 아니면 당사자표시정정에 의할 것인지 여부 문제가 된다.

##### 2. 당사자 확정

###### (1) 문제점

사안에서 이미 사망한 乙이 피고인지 아니면 乙의 상속인인 丙이 피고인지가 문제 → 이 경우 당사자를 어떤 기준에 의해서 확정할 것인가에 대해 견해가 대립

###### (2) 피고의 확정기준

###### 1) 학설의 대립

당사자확정에 관하여, ① 원고나 법원이 당사자로 삼으려는 자가 당사자가 된다는 의사설, ② 소송상 당사자로 행동하는 자가 당사자라고 하는 행동설(행위설), ③ 소장에 나타난 당사자의 표시를 비롯하여 청구원인 그 밖의 일체의 기재사항 등 소장의 전체를 기준으로 합리적으로 해석하여 당사자를 결정할 것이라는 실질적 표시설

###### 2) 판례의 태도

판례는 ① 당사자확정에 관하여 원칙적으로 실질적 표시설을 취하면서도, 예외적으로 “이미 사망한 자를 사망한 것을 모르고 피고로 하여 제소하였을 경우 사실상의 피고는 사망자의 상속인이고 다만 그 표시를 그릇한 것에 불과하다고 해석함이 타당하다”고 판시하였다. 또한 ② 최근 판례는 채무자 甲의 乙 은행에 대한 채무를 대위변제한 보증인 丙이 채무자 甲의 사망사실을 알면서도 그를 피고로 기재하여 소를 제기한 사안에서, 채무자 甲의 상속인이 실질적인 피고이고 다만 소장의 표시에 잘못이 있었던 것에 불과하므로, 보증인 丙은 채무자 甲의 상속인으로 피고의

표시를 정정할 수 있다고 하여, 이러한 입장을 확대하였다.

### (3) 검토 및 사안의 경우

당사자 확정 기준의 객관적·확실적 기준이 명백한 표시설이 타당 → 사안에서 소장의 표시뿐만 아니라 소장의 전취지를 고려해도 이미 사망한 乙이 피고로 확정. 다만 판례의 입장에 의하면 상속인인 丙이 피고로 확정된다.

## 3. 甲의 조치로서 당사자표시정정의 가부

### (1) 문제점

당사자표시정정에 의할 것인지 피고경정에 의할 것인지의 문제

### (2) 학설의 대립

#### 1) 당사자표시정정설

당사자로 확정되는 자는 상속인이므로 원고의 의사와 실질적 표시를 해석하여 피고의 표시를 사망자로부터 그 상속인으로 표시정정의 방법으로 가능하다는 입장이다.

#### 2) 피고경정설

표시설에 의하면 당사자로 확정된 사망자와 상속인은 동일성이 없으므로 제260조에 기한 피고경정의 방법에 의하여 한다는 견해 취하게 된다.

### (3) 판례의 태도

판례는 채무자의 사망사실을 알면서도 그를 피고로 기재하여 소를 제기한 사안에서, 이는 소장의 표시에 잘못이 있었던 것에 불과하므로, 원고는 채무자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다고 판시하여 당사자표시정정을 허용하고 있다.

### (4) 검토 및 사안의 경우

당사자확정에 관하여 표시설을 취하면 피상속인이 당사자로 확정되고, 상속인은 피상속인과 동일성이 인정되지 않으므로 표시정정으로 당사자를 바꿀 수는 없으며 피고경정의 방법으로 바뀌어야 한다.

## 4. 사례의 해결

당사자확정에 확정에 따른 판례의 태도는 실질적 표시설 내지 의사설에 따라 상속인으로 인정할 수 있는 여지가 있다. 즉 판례에 따르면 당사자표시정정신청을 통해 이루어 질 수 있다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

법원이 제소 전 사망자를 상대로 제기된 소임에도 이를 간과하고 판결한 경우 소송상 취급에 관해서는 ① 판결의 효력을 미치는 자, ② 당해 판결의 효력, ③ 불복방법이 문제된다.

### 2. 제소전 사망자임을 간과한 판결의 효력

#### (1) 사자에 대한 효력

통설은 그 판결의 효력은 사자에게 미치지만 그 판결이 확정되어도 그 판결은 이당사자대립구조의 흠결을 간과한 판결로서 당연무효라고 한다. 판례도 당사자가 소제기 이전에 이

미 사망한 사실을 간과한 채 본안판단에 나아간 원심판결은 당연무효라 하였다.

## (2) 상속인에 대한 효력

### 1) 학설

표시설에 따르면 사망한 자가 당사자이므로 상속인에게 판결의 효력이 미치지 않는다고 보게 된다. 그러나 이 입장에서도 상속인이 현실적으로 소송수행을 한 경우라면 그 소송수행의 결과나 판결의 효력을 상속인에게 미친다고 보자는 견해가 있다. 다만 그 논거에 대해서는 ① 신의칙을 논거로 하는 견해와 ② 이 경우 상속인이 적절히 소송을 수행하였다면 소송계속 후의 사망과 실질적으로 동일한 것으로 보아 당연승계규정의 유추적용·묵시의 수계를 논거로 하는 견해가 있다.<sup>39)</sup>

### 2) 판례

판례는 이미 사망한 자를 피고로 하여 제기된 소는 부적법하여 이를 간과한 채 본안 판단에 나아간 판결은 당연무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않는다고 하였다.

## 3. 간과판결에 대한 구제방법

### (1) 확정전 상소의 거부

① 통설은 당연무효인 판결에 의한 외관을 제거하기 위하여 확정 전 상소가 가능하다고 한다. 반면, ② 판례는 사망한 자를 상대로 한 상소도 부적법하고, 사망자 명의의 항소나 그 상속인들의 소송수계신청도 허용될 수 없다고 한다.

### (2) 확정후 재심의 거부

형식적으로 확정된 경우라도 당연무효의 판결이므로 기판력이 발생할 여지가 없고 따라서 재심적격이 없어 재심으로 다룰 수 있는 여지도 없다.

### (3) 사안의 경우

## 4. 결론

사망자를 간과한 판결은 무효이나 학설에 따르면 외관을 제거하기 위하여 상소할 수 있다. 다만 판례는 이를 인정하지 않는다.

---

39) 반면, 의사설·행동설에 따라 이를 엄격하게 적용하면 상속인에게 판결의 효력 미친다고 보게 된다.

## 2. 사망자를 상대로 한 소송과 시효중단

甲과 乙은 매매계약을 체결하면서 乙의 X토지 매매계약을 2억 원에 체결하였다. 乙은 소유권을 선이행하고 甲에게 매매대금의 변제기를 2007. 12. 31.로 약정하였다. 그런데 甲은 이를 변제하지 못한 채 심장마비로 2017. 9. 1. 사망하고 말았다. 甲이 사망하자 제1순위 상속인 丙은 상속포기를 하였는데 乙은 2017. 10. 1. 위 상속포기 사실을 알지 못하고 丙을 상대로 2억원의 매매대금반환청구 소를 제기하였다. 제1심 계속 중 위 상속포기 사실을 알게 된 乙은 2018. 4. 1. 피고를 제2순위 상속인인 丁으로 바꾸어 달라는 피고경정신청서를 법원에 제출하였다. 그 후 丁은 '乙의 채권이 10년의 소멸시효가 완성되어 소멸하였다.'라고 주장하였다. 이와 같은 丁의 주장의 타당성을 논하시오.

### 1. 문제의 소재

丁의 주장에 대한 타당성은 피고표시정정의 허용 여부에 대한 당사자확정과 관련하여 문제되고, 제2상속인의 당사자표시정정이 있는 경우 그 효력과 시효중단의 시기 등 문제와 연결된다.

### 2. 당사자확정기준

#### (1) 문제점

당사자가 확정되어야 확정된 당사자를 기준으로 소송관계를 정리할 수 있다. 당사자를 누구로 확정할지 문제된다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설의 견해

원고와 피고의 의사를 기준으로 하여야 한다는 설(의사설), 소장에 나타난 당사자의 표시를 그 기준으로 확정하여야 한다는 견해(표시설), 소송절차에서 당사자로 취급되거나 당사자로 행동하는 사람이 누구인가를 기준으로 하여야 한다는 견해(행동설) 등이 있으나,

##### 2) 판례의 태도

판례는 원칙적으로 표시설의 입장에 있으나, 당사자 사망의 경우에는 해석을 달리하고 있다. 즉 원고가 피고의 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에, 원고의 의사를 고려해 피고는 처음부터 사망자의 상속자라고 판단한다.<sup>40)</sup> 이를 실질적 표시설로 보는 견해가 있다.

#### (3) 소결

실질적 표시설이나 의사에 따를 때 당사자는 청구취지와 청구원인을 고려하여 소장에 표시된 자가 아닌 상속인으로 볼 수 있다.

### 3. 피고표시정정 여부

#### (1) 당사자변경의 허부

당사자의 변경의 소의 변경으로 동일성이 인정되더라도 법문상 허용되는 규정은 없다. 다만 판례에 의할 경우 동일성이 인정되는 경우 표시변경이 허용하지만 이 경우 당사자 확정을 전제로 허용되므로 피상속인이 아니라 상속인의 당사자이므로 표시변경이 문제된다.

#### (2) 후순의 상속자에 대한 표시정정

40) 대법원 2006. 7. 4. 선고 2005마425 결정

### 1) 표시정정여부

표시정정은 명문의 규정이 없으므로 인정할 할 수 없다는 견해도 있으나 판례는 명문의 규정이 없어도 인정하는 입장이다.

### 2) 피고경정과 표시정정

단순한 오표시로 파악하면 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다. 상속의 포기인 경우 상속포기 사실을 알지 못하고 1순위 상속인을 상대로 소를 제기한 경우에도 원고의 의사를 고려해 심지어 후순위 상속인이 당사자가 된다고 보는 것이 판례의 입장이다.<sup>41)</sup> 또한 피고경정의 경우도 표시정정으로 이해하고 있다.

### (3) 사례의 경우

甲이 의도한 소송의 실질적인 피고는 상속채무자인 2순위 상속인인 丁이다. 이는 동일성이 인정되는 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 아니하여 표시정정의 대상이 되지만 피고경정도 동일한 효력을 갖는다.

## 4. 시효중단 인정여부

### (1) 소제기 효과

소장을 제출한 경우 권리행사설에 따라 소멸시효의 진행은 중단된다. 다만 피고가 표시정정되거나 변경된 경우에도 처음 소장이 제출된 경우와 동일한 법률적 효과가 발생하는지는 별도로 따져볼 일이다.

### (2) 피고경정의 경우 소제기 효과

#### 1) 피고경정의 효과

피고의 경정은 종전 소송의 승계 없는 신소의 제기이므로 그 경정신청서 제출시에 시효중단, 기간준수의 효과가 생긴다(민사소송법 제265조). 즉 당사자가 동일하지 않으면 권리를 행사한 경우로 볼 수 없다.

#### 2) 동일성 인정여부와 피고경정의 효과

당사자변경이라도 변경 전후 당사자의 동일성이 인정됨을 전제로 진정한 당사자를 확정하는 표시정정의 대상으로서의 성질을 지니고 있으므로 피고표시정정으로서의 법적 성질 및 효과는 잃지 않는다. 표시정정은 종전 소송상태의 승계를 전제로 하기 때문에 당초의 소제기의 효과가 유지된다.

### (3) 사례의 경우

피고경정신청서를 법원에 제출한 것은 2018. 4. 1.이지만, 이는 피고표시정정의 성질을 가진 것이므로 甲이 소를 제기한 2017. 10. 1.에 시효중단의 효과가 유지된다.

## 2. 결론

진정한 당사자로 확정되는 丁이 상속한 이 사건 대여금채무는 그 소멸시효기간이 지나기 전의 소의 제기로서 시효의 진행이 중단된 것으로 보아야 한다. 丁의 주장은 당사자표시정

41) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결: 원고가 피고의 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에, 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적 내지는 사망 사실을 안 이후 원고의 피고표시정정신청 등 여러 사정을 종합하여 볼 때에, 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자가 아니라 처음부터 사망자의 상속자이고 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다고 인정되면 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다

정에 관한 법리를 오해한 것으로 타당하지 않다.

### 3. 성명모용소송

甲은 건물 시공업자인 乙과 식당의 내부공사에 관하여 공사대금 5,000만 원으로 하는 도급계약을 체결하였다. 乙은 내부공사를 완료하고, 甲에게 식당을 인도하였다. 乙이 甲을 상대로 대금을 지급하고 도급대금지급청구소송을 제기하였다. 법원이 甲의 주소지로 소장부분을 송달하였는데, 丙이 마치 자기가 甲인 것처럼 수령하였고, 甲의 명의로 丁을 선임하여 丁이 甲의 소송대리인으로서 소송을 수행하였다. 법원이 이러한 사실을 모르고 청구를 인용하는 판결을 한 경우 판결의 효력을 다투기 위한 甲이 취할 수 있는 소송상의 구제수단은 무엇인지 논하시오.

#### 1. 쟁점의 정리

모용자의 소송대리권수여행위의 효과를 피모용자에게 귀속시켜 대리권수여행위를 유효하다고 보아 볼 것인지, 무권대리로 밝혀진 경우 판결의 효력이 문제되며 구제책도 문제된다.

#### 2. 당사자확정과 그 기준

##### (1) 문제점

당사자확정이란 소송계속 되어있는 현실의 소송관계에서 누가 원고이며, 누가 피고인가를 확정하는 것을 말한다. 따라서 당사자 확정이 되어야만 소송의 수행과 판결의 효과가 부여된다.

##### (2) 학설과 판례

원고와 피고의 의사를 기준으로 하여야 한다는 설(의사설), 소장에 나타난 당사자의 표시를 그 기준으로 확정하여야 한다는 견해(표시설), 소송절차에서 당사자로 취급되거나 당사자로 행동하는 사람이 누구인가를 기준으로 하여야 한다는 견해(행동설) 등이 있으나, 통설·판례는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실 등 소장 전체의 취지를 합리적으로 해석하여 당사자를 확정하여야 한다는 입장이다(수정표시설).

##### (3) 사안에의 적용

표시설에 따라 소장상 피고는 甲이다. 甲 대신 다른 사람을 당사자로 확정시킬 합리적인 이유를 찾을 수 없다. 乙은 甲이 의무자라고 주장하여 甲을 상대로 소를 제기하였기 때문이다.

#### 3. 모용자의 대리행위의 유효 여부

##### (1) 소송행위 당사자와 대리권 수여행위

소송의 당사자는 피모용자인 甲이므로 모용자인 丙의 소송대리권수여행위의 효과를 피모용자에게 귀속시켜 대리권수여행위를 유효하다고 보아 볼 것인지, 아니면 무권대리행위로 볼 것인지 정리하여야 한다.

##### (2) 대리권수여행위에 대한 법원의 조치

丙이 자신이 마치 甲인 양 소장부분을 송달받은 사실은 법원은 모용사실이 밝혀지면 모용인의 소송관여를 배척하고 피모용인을 소환하는 조치를 취하여야 한다. 청구원인과 관련이 없으며, 더욱이 송달에 의해 당사자가 확정되는 것도 아니기 때문이다. 모용사실이 밝혀진 이상, 법원은 모용인의 소송행위를 배척하는 조치를 취하여야 한다. 丙이 수여한 丁의 대리권의 존재를 소멸시켜야 한다.



### (3) 모용인에 대한 효력

모용자의 소송행위는 모두 피모용자에게 귀속된다는 이유로 丙의 대리인 선임행위를 유효하다고 볼 것은 아니다. 또한 소송중의 대리행위도 무효이다. 대리권의 존재는 법원의 직권조사사항으로 모용인에 의한 대리권수여로 인하여 丁에게 대리권 없음이 밝혀졌기 때문이다.

## 4. 무권대리인을 간과한 판결의 구제책

### (1) 성명모용소송판결의 효력

#### 1) 문제점

성명모용소송을 간과하고 내릴 판결에 대하여 판결의 효력이 문제될 수 있다.

#### 2) 학설과 판례

위법하여 당연무효설과 위법하지만 유효하고 상소로 다룰수 있다는 견해가 있다. 피고모용 사실을 간과한 채 변론이 진행되어 판결까지 선고되었지만, 판례는 피모용자에 의해 당연 무효라 보지 않는다.

### (2) 간과한 판결의 구제책

#### 1) 구제의 필요성

강행규정에 위반된 위법한 행위는 무효이지만 이를 간과하고 판결한 경우 법적 안정성을 이유로 무효라고 볼 것은 아니다. 피모용인은 소송에서 적법하게 대리되지 않은 자에 의하여 소송절차가 진행됨으로써 결국 소송에 관여할 수 있는 기회를 얻지 못하였다는 점에서 위법의 판결을 받은 것으로 보아야 하므로 이에 대한 구제책을 마련하여야 할 것이다.

#### 2) 상소 및 재심여부

대리권 흠결은 본인이나 그 대리인이 실질적인 소송행위를 할 수 없었던 경우를 포함하는 개념이다. 당사자 아닌 사람이 당사자를 참칭하여 소송행위를 하였다면 소송대리권이 없는 자가 본인을 위해 소송행위를 한 경우와 법적 평가를 달리할 이유가 없다. 따라서 대리권 흠을 상소이유 내지는 재심사유로 인정하여야 할 것이다.

### (3) 소결

판례는 성명모용소송을 간과한 판결에 대해 대리권의 흠을 이유로 상소 내지 재심에 의하여 구제받을 수 있다는 입장이다.

## 5. 사안의 해결

표시설의 입장에서 피모용자 甲에 대한 판결은 모용자와 무권대리인의 소송행위 흠에 준하는 위법의 판결이다. 甲은 위 판결의 확정 전에는 상소에 의하여, 확정된 이후에는 재심에 의하여 구제받을 수 있다.

#### 4. 법인격 부인론

건설회사인 乙회사에게 甲은 그 운전자금으로 5억 원을 대여해 주었는데, 변제기가 지나도록 차일피일 미루며 이행을 하지 않자, 甲은 乙회사를 상대로 대여금지급을 구하는 소를 제기하였고, 이에 乙회사는 패소판결을 선고받을 경우에 대비하여 강제집행을 면탈할 목적으로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 丙회사를 설립하여 乙회사의 재산을 도피시켰다.(아래 각 설문은 독립적임)

1. 甲의 乙회사에 대한 소에 대한 적법여부와 丙에 책임 추궁이 가능하다면 근거를 설명하시오.
2. 만일 甲이 乙회사를 상대로 대여금지급을 구하는 소를 제기하여 승소판결을 받고 이 판결이 확정되었는데, 乙회사가 강제집행을 면탈할 목적으로 기업의 형태·내용이 실질적으로 동일한 丙회사를 설립하여 乙회사의 재산을 도피시킨 경우, 甲과 乙회사 간의 판결의 효력이 丙회사에게 작용하는지 여부와 구제가능한 방법을 설명하시오.

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 소재

피고인 乙회사가 채무를 면탈하기 위하여 실질적으로 동일한 丙회사를 설립한 경우 乙회사의 법인격이 부인되는지 문제되며 그에 따라 법인격 부인의 근거가 무엇인지 살펴볼 필요가 있다.

##### 2. 법인격 부인 여부

###### (1) 문제점

당사자 확정이 문제되며 그에 따라 당사자의 자격을 판단이 필요하다

###### (2) 당사자 확정의 기준

의사설 표시설이 등이 있으나<sup>42)</sup> 판례는 실질적 표시설의 입장에 있다. 법인격 부인이 필요한 법인에 대한 이행청구를 필요로 하는 경우 여전히 乙이 당사자이다.

###### (3) 당사자의 자격과 법인격

당사자확정의 기준에 관한 통설·판례인 실질적 표시설에 의하면 피고로 표시된 법인이 당사자로 확정되고, 그 배후자가 피고로 되는 것은 아니다. 이행의 소에서 실체법상의 의무자로 주장받는 자는 피고적격이 인정되고, 법인격 부인론이 당사자 적격을 상실시키는 것은 아니라고 할 것이다. 乙회사는 당사자능력과 당사자적격이 인정되므로 乙회사에 대한 소는 적법하며 丙에 대하여 별도의 책임을 물어야 한다.

##### 3. 丙에 대한 책임 추궁의 근거

###### (1) 문제점

丙에게 직접 소송을 제기려면 乙과 丙이 동일한 당사자이거나 을의 법인격이 부인되어야 하는데 丙회사에게 책임을 추궁할 수 있는 근거가 필요하다.

###### (2) 학설과 판례

乙과 丙이 동일한 당사자이므로 책임 추궁이 가능하다는 동일성설도 있으나 판례는 배후

42) 실제 시험에서는 논의가 필요하다.

자에게 소가 제기되는 경우 배후자의 법인격의 별개를 주장하는 것은 신의칙에 위반된다는 신의칙설의 입장에 있다.

### (3) 검토

법인격은 존중되어야 하므로 신의칙을 이유로 책임추궁을 인정하는 것이 법률 체계상 타당 하지도 생각된다.

## 4. 결론

乙에 대한 소는 적법하며 丙에 대하여 책임을 추궁할 수 있는 근거는 당사자가 동일해서가 아니라 신의칙에 반하기 때문이다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

법인격이 부인되는 법인에 대한 이행판결의 효력이 그 배후자에게도 미치는지 여부가 문제 된다. 병에게 별소를 제기하여 별도의 집행가능성 있는지 검토도 필요하다.

### 2. 판결효력의 확장여부

#### (1) 문제점

만일 판결의 효력이 확장된다고 보게 되면 법인에 대한 판결에 기초하여 그 배후자에게 승계집행문을 받아 강제집행 할 수 있기 때문에 이에 대한 검토가 필요하다.

#### (2) 학설의 대립

법인격 부인론은 실제적 법률관계뿐만 아니라 절차적 법률관계에도 미친다고 하여 긍정하 는 견해<sup>43)</sup>, 절차의 명확성과 안정성의 요청상 법인격 부인론은 소송절차 및 강제집행절차 에는 미치지 않는다고 부정하는 견해, 법인과 배후자가 동일하다고 평가되는지 여부에 따 라 판결효력의 확장을 달리 보아야 한다는 견해

#### (3) 판례의 태도

판례는 별개의 법인격을 가지는 회사라는 주장을 하는 것이 신의성실의 원칙에 반하거나 법인격을 남용하는 것으로 인정되는 경우에도, 권리관계의 공권적인 확정 및 그 신속·확실 한 실현을 도모하기 위하여 절차의 명확·안정을 중시하는 소송절차 및 강제집행절차에 있 어서는 그 절차의 성격상 판결의 기판력 및 집행력의 범위를 확장하는 것은 허용되지 아니 한다고 하여 부정설을 취하고 있다.

#### (4) 검토와 사례에의 적용

판결의 효력인 기판력·집행력 등을 제3자에게 확장하는 것은 명문의 특별한 규정이 있어 야 된다는 점, 또한 소송절차의 안정과 명확성이라는 점에서 판결효력의 확장을 부정함이 타당하고 밝히면 된다.

### 3. 별소제기를 통한 집행가능성

#### (1) 기판력의 발생

43) 신회사는 구회사의 민사소송법 제218조 제1항 소정의 '청구의 목적물의 소지인'에 해당하거나 이에 준하다고 보아 신회사에도 구회사에 대한 판결의 효력이 미친다고 본다.

乙에 대한 대여금청구소송에 승소확정판결에 대하여 판결의 효력을 실질적 효력은 동일한 후소에 대하여 기판력이 발생하고 판결정본에 의하여 을에게 집행력이 발생하지만 병에게 직접 발생하는가는 검토가 필요하다.

(2) 丙에 대한 후소제기 가능성

기판력이 작용하지만 병은 별개의 인격체로 판단하는 판례에 의하더라도 로 별소를 제기하는 경우 배후자나 법인격을 남용한 법인은 신의칙에 의하여 별도의 법인격을 주장할 수 없다고 한다. 따라서 병에 대한 별소제기를 통해 판결정본을 확보하고 집행가능할 수 있다.

4. 결론

乙에 대한 판결로는 丙에게 집행할 수 없으며 丙에 대하여 별도의 소를 제기하여 판결정본을 받아야 한다.

## 제2절 당사자능력

### 1. 법인격없는 단체와 조합/소송담당

甲, 乙, 丙, 丁은 甲을 대표자로 정하여 건설공사의 청부를 목적으로 하는 Y사업체를 결성하였다. Y사업체는 甲을 대표자로 선출한 후 단체규약에 대표자 甲에게 대내적으로 관리권, 업무집행권과 대외적으로 대표권을 수여하는 규정을 두었다. 그 후 Y사업체는 A회사의 공사를 수주하고, 이 공사의 재료를 B회사로부터 납품 받았다. Y와 A회사 간에는 공사의 진행에 따라 A회사가 건축대금을 지불하기로 약정하였다. 그러나 A회사는 약정에 위반하여 공사대금을 지불하지 않았다. 그리하여 Y도 B회사에게 재료비를 지불하지 못하였다. 이에 Y사업체는 A회사를 상대로 2억 원의 공사대금지급청구의 소를 제기하였다. (각 설문은 독립적임을 전제로 한다)

1. 소가 적법한지 여부에 대하여 설명하시오.

2. 위 사안에서 다른 구성원들은 대표자인 甲에게 자신들의 소송수행권을 신탁하여, 甲이 원고가 되어 A회사를 상대로 소를 제기하였다. 이 소의 적법 여부에 대하여 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제점

Y 사업체의 당사자능력의 유무가 문제로서 Y 사업체의 법적 성격, 나아가 조합일 경우 당사자능력의 인정 여부가 제52조의 해석과 더불어 문제된다.

#### 2. Y 사업체의 법적 성격

##### (1) 문제점

법인이나 비법인 사단인 경우 당사자능력이 인정되나 조합의 경우 당사자능력을 인정하는 명문의 규정이 없음으로 단체의 성격을 파악하여야 한다. 단순한 명칭이 아니라 실질적 요소로 판단하여야 한다.

##### (2) 민법상 조합인지 여부

판례는 민법상 조합과 비법인사단은 명칭을 기준으로 구별하는 것이 아니라 단체성의 강약을 기준으로 판단하여야 한다고 하면서, ① 조직을 갖추고 있고, ② 다수결의 원칙에 의하여 행해지며, ③ 단체의 존속성이 보장되는 경우에는 비법인사단에 해당한다고 본다.

##### (3) 사안의 경우

Y사업체는 정관 또는 규약을 제정하거나 사단의 실체를 갖추기 위한 조직행위가 없었고, 사단의 실체를 인정할 만한 조직, 총회 운영, 단체로서의 활동이 없으므로, 비법인사단으로 볼 수 없으며, 조합으로서의 성질을 갖는다.

#### 3. 조합의 당사자능력 인정여부

##### (1) 문제점

제52조에 조합이 포함되는지 여부가 문제된다.

##### (2) 학설

### 1) 긍정설

① 조합도 약하기는 하지만 단체로서의 사회적 기능을 담당하고 있으며, ② 당사자능력을 부정하면 구성원 전원을 피고로 하여야 하는 불편이 따르고, ③ 조합과 사단의 구별이 용이하지 않다는 점을 근거로 든다.

### 2) 부정설

① 조합은 단체라고 인정할 수 있는 실질이 없고, ② 민법은 비법인사단에 대하여 그 소유관계를 총유로 규정하고 조합의 소유관계를 합유로 정하여 양자가 별개임을 전제로 하고 있다는 점이 그 근거이다.

### (3) 판례

판례는 유사한 원호대상자 광주목공조합 사례에서 민법상의 조합의 실체를 가지고 있으므로 당사자능력이 없다고 하여 부정설의 입장이다.나. 판례의 태도

### (4) 검토

비법인사단과 조합 양자를 구별함이 민법의 법체계이므로, 조합에 당사자능력을 인정함은 제52조의 해석상 무리. 따라서 부정설이 타당하다.

## 4. 사례의 해결

Y사업체의 제소는 당사자능력이 없는 자에 의한 것으로 소송요건을 결하였으므로 부적법하다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제점

업무집행조합원 甲은 자신의 권리관계에 대해서는 당사자적격을 인정할 수 있지만, 다른 조합원의 권리관계에 대해서 당사자적격을 갖춘 것으로 볼 수 없어 소송수행권이 없다. 따라서 제3자 소송담당에 해당해야 당사자적격을 갖는다고 할 것인데 법정소송담당자는 아니므로 임의적 소송담당자로 활용할 수 있는지 문제된다.

### 2. 임의적 소송담당 인부

#### (1) 임의적 소송담당의 개념

임의적 소송담당이란 권리관계의 주체인 당사자의 의사에 의해 제3자에게 자기의 권리관계에 대한 소송수행권을 수여하는 것을 말한다.

#### (2) 선정당사자제도의 활용

##### 1) 요건

선정당사자란 공동의 이해관계가 있는 다수자 중에서 모두를 위해 소송을 수행할 자로 선정된 자를 말한다(제53조). 선정당사자의 선정은 ① 공동소송을 할 다수자가 있고, ② 공동소송인 사이에 공동의 이해관계가 있어야 하며, ③ 공동의 이해관계가 있는 자 중에 선정할 것을 그 요건으로 한다.

##### 2) 조합에서 선정당사자

조합은 ① 공동소송을 할 다수자가 있고, ② 조합원들의 공동소송은 합유자들의 공동소송으로 제65조 전문의 『소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되는 경우』에 해

당하므로 조합원 사이에 공동의 이해관계가 있으며, ③ 공동의 이해관계가 있는 자 중에서, 즉 업무집행조합원을 선정하는 경우이므로 제53조의 요건에 해당하여 조합원 전원이 업무집행조합원을 선정당사자로 선정하여 소송을 수행케 할 수 있을 것이다.

### (3) 소결

i) 선정자인 조합원이 다수결로 선정할 수는 없고, 전원의 개별적인 선정행위로 선정하여야 하며, ii) 조합원이 피고가 되는 경우에는 원고가 피고 측의 선정당사자를 선정해 오지 않을 것이고 선정을 강제할 수 없다는 점에서 문제된다. 그러므로 법률이 명문으로 인정하고 있지는 않지만 조합의 업무집행조합원의 임의적 소송담당을 인정하여 해결하는 방법을 모색해 보아야 한다.

## 3. 명문규정이 없는 경우의 임의적 소송담당의 활용

### (1) 허용 여부

소송신탁의 금지(신탁법 제6조), 변호사대리의 원칙(제87조)을 잠탈할 염려가 있어 원칙적으로 임의적 소송담당은 허용되지 않는다. 그러나 ① 위와 같은 원칙을 잠탈할 염려가 없고, ② 합리적인 이유가 있으면 허용된다는 것이 다수설과 판례의 입장이다. 이때 합리적인 이유는 i) 권리주체인자의 소송수행권을 포함한 포괄적 관리처분권의 수여가 있을 것, ii) 소송담당자도 소송을 수행할 고유의 이익이 있는 경우에 인정된다고 본다.

### (2) 업무집행조합원의 임의적 소송담당 인정여부

#### 1) 확설

부정하는 견해도 있으나, 조합의 업무집행조합원의 경우 조합원들로부터 포괄적 수권을 받았을 뿐만 아니라 그에게도 소송을 수행할 고유의 이익이 있으므로 소송담당을 허용하자는 긍정설이 다수의 견해이다.

#### 2) 판례

판례는<sup>44)</sup> 변호사대리의 원칙이나 소송신탁금지의 원칙에 위배되지 아니한 범위 안에서 합리적 이유가 있는 경우에 한하여 임의적 소송신탁을 허용한다<sup>45)</sup>. 즉 조합규약이나 조합결의에 의하여 자기의 이름으로 조합재산을 관리하고 대외적 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무집행조합원은 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기의 이름으로 소송을 수행하는 것은 허용된다고 본다.

### (3) 사안의 경우

Y조합은 그 조합규약에서 업무집행조합원 甲에게 대내적으로 관리권, 업무집행권과 대외적

44) 대판 2012.05.10. 2010다87474: 재산권상의 청구에 관하여는 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 관리처분권을 갖는 권리주체에게 당사자적격이 있음이 원칙이다. 다만 제3자라고 하더라도 법률이 정하는 바에 따라 일정한 권리나 법률관계에 관하여 당사자적격이 부여되거나 본래의 권리주체로부터 그의 의사에 따라 소송수행권을 수여받음으로써 당사자적격이 인정되는 경우가 있으나, 이러한 임의적 소송신탁은 민사소송법 제87조가 정한 변호사대리의 원칙이나 신탁법 제7조가 정한 소송신탁의 금지를 잠탈하는 등의 탈법적 방법에 의하지 않은 것으로서 이를 인정할 합리적 필요가 있다고 인정되는 경우에 한하여 제한적으로만 허용된다.

45) 대판 1984.2.14. 83다카1815: 임의적 소송신탁은 탈법적인 방법에 의한 것이 아닌 한 극히 제한적인 경우에 합리적인 필요가 있다고 인정될 수 있는 것인 바, 민법상의 조합에 있어서 조합규약이나 조합결의에 의하여 자기 이름으로 조합재산을 관리하고 대외적 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무집행 조합원은 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행하는 것이 허용된다고 할 것이다.

으로 대표권을 수여하는 취지의 규정을 두어 업무집행조합원인 A에게 포괄적인 관리처분 권을 수여하고 있고, ② 甲자신도 조합원이므로 소송을 수행할 고유의 이익이 있다고 보이므로, 甲을 임의적 소송담당으로 인정할 합리적인 이유가 있으며, 변호사대리의 원칙과 소송신탁을 금지한 신탁법을 잠탈할 염려가 없다고 본다. 따라서 업무집행조합원인 甲은 명문의 규정은 없지만 임의적 소송담당자가 될 수 있다.

#### 4. 사례의 해결

임의적 소송담당자로서 소송수행권이 여부에 대하여 甲이 선정당사자로서 또는 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 인정되며 예외적 판례가 인정하는 업무집행조합원 소송수행권을 인정할 수 있다.



## 2. 사망한 자를 상대로 한 소송

甲이 乙에 대하여 2억 원의 대여금채권이 존재한다고 주장하고 있다. 이에 甲이 乙을 상대로 2억원의 대여금청구소송을 제기하였으나, 소장부분 송달전에 乙이 파산선고가 내려져 그 충격으로 사망하였다. 절차의 진행상 송장이 송달이 된 후 파산관재인으로 P가 선임되었는데, 이러한 경우 소가 적법여부 파산관재인이 乙의 소송을 수계할 수 있는지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

소제기후 송달전 사망한 파산한 당사자에 제기한 소가 적법한지 여부와 부적법한 경우라도 파산관재인의 소송수계가 허용되는지 문제된다.

### 2. 제소전 사망자를 상대로한 소의 적법여부

#### (1) 문제점

소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우 이에 처리가 문제된다. 제소전에 이미 사망한 경우 이를 상대로 한 소송은 원칙적으로 무효이다.

#### (2) 학설과 판례

제소전이라 함은 통상 송달전이라고 할 것이나 이에 대하여 소송의 중단으로 보는 견해도 존재한다. 판례는<sup>46)</sup> 이 경우 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법의 기본원칙상 사망한 사람을 피고로 하여 소를 제기하는 것은 실질적 소송관계가 이루어질 수 없어 부적법하다. 판례에 의하면 소제기 당시에는 피고가 생존하였으나 소장 부분이 송달되기 전에 사망한 경우에도 마찬가지이다. 사망한 사람을 원고로 표시하여 소를 제기하는 것 역시 특별한 경우를 제외하고는 적법하지 않다고 본다.

#### (3) 검토 및 사안의 적용

소장과 기타의 사항을 참작하여 표시된 당사자를 인정하여야 하며, 제소전은 송장 송달을 기준으로 파악하는 것이 타당하다. 사안의 경우 소장 송달전에 사망한 경우 이는 제소전의 사망으로 원칙적으로 무효이다. 따라서 사안의 경우도 丙에 대한 소송의 효력이 없다고 할 것이다.

### 3. 소송수계신청의 허용여부

#### (1) 파산관재인의 지위

제3자소송담당의 경우 명문의 규정이 없는 경우 원칙적으로 소송담당을 인정하지 아니한다. 파산관재인은 법이 허용하는 이른바 갈음형의 소송담당자로서 파산관재인은 파산자를 본인으로 하는 당사자적격자이며 본인은 당사자적격을 상실한다. 사안의 경우 사망한 파산자에 대한 파산관재인이 당사자적격자로서 소송수계가 가능할 수 있는지 문제된다.

#### (2) 파산관재인의 소송수계여부

판례는<sup>47)</sup> 파산선고 전에 채권자가 채무자를 상대로 이행청구의 소를 제기하거나 채무자가

46) 대판 2018.6.15. 2017다289828: 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법의 기본원칙상 사망한 사람을 피고로 하여 소를 제기하는 것은 실질적 소송관계가 이루어질 수 없어 부적법하다. 소제기 당시에는 피고가 생존하였으나 소장 부분이 송달되기 전에 사망한 경우에도 마찬가지이다. 사망한 사람을 원고로 표시하여 소를 제기하는 것 역시 특별한 경우를 제외하고는 적법하지 않다.

채권자를 상대로 채무부존재확인 소를 제기하였더라도, 만약 그 소장 부분이 송달되기 전에 채권자나 채무자에 대하여 파산선고가 이루어졌다면 이러한 법리는 마찬가지로 적용된다고 본다. 파산재산에 관한 소송에서 채무자는 당사자적격이 없으므로, 채무자가 원고가 되어 제기한 소는 부적법한 것으로서 각하되어야 하고(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제359조), 이 경우 파산선고 당시 법원에 소송이 계속되어 있음을 전제로 한 파산관재인 소송수계신청 역시 적법하지 않으므로 허용되지 않는다고 본다.

### (3) 사안의 경우

乙에 대한 소송은 소송계속이 없으며 이는 파산관재인이 소송수계 신청하여도 부적법한 소이므로 이를 인정할 수 없다.

## 4. 결론

제소전 사망한 당사자를 상대로 한 소는 소송계속이 없는 부적법한 소이며 이에 대한 소 당사자적격자인 파산관재인이 소송수계를 신청한다고 하더라도 이를 인정할 수 없다고 할 것이다.

---

47) 대판 2018.6.15. 2017다289828: 파산선고 전에 채권자가 채무자를 상대로 이행청구의 소를 제기하거나 채무자가 채권자를 상대로 채무 부존재 확인의 소를 제기하였더라도, 만약 그 소장 부분이 송달되기 전에 채권자나 채무자에 대하여 파산선고가 이루어졌다면 이러한 법리는 마찬가지로 적용된다. 파산재단에 관한 소송에서 채무자는 당사자적격이 없으므로, 채무자가 원고가 되어 제기한 소는 부적법한 것으로서 각하되어야 하고(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제359조), 이 경우 파산선고 당시 법원에 소송이 계속되어 있음을 전제로 한 파산관재인의 소송수계신청 역시 적법하지 않으므로 허용되지 않는다.

## 제3절 당사자적격

### 1. 공유에서 당사자적격

甲은 乙 소유의 토지를 20년 이상 점유하여 사용해 오고 있다. 그런데 乙과 D와 통정하여 허위의 매매계약을 체결하였고, 이에 기하여 D 앞으로 소유권이전등기가 이루어졌다. 甲이 사망하고 그 상속인 A와 B 중 A가 위 대위소송을 제기하면서, 토지 전부에 대한 말소등기를 청구하였다. A의 대위소송은 적법한가? 또 본안에 대한 법원의 판단은?

#### 1. 논점의 정리

A가 토지 전체에 대한 말소등기를 청구할 당사자적격이 있는지 묻고 있다.

보존행위를 이유로 당사자적격을 인정하더라도 지분 초과분에 대해서는 보전이 필요한 피보전채권이 부존재한 것은 아닌지 검토한다.

#### 2. 공유관계에서 당사자적격

##### (1) 초과지분행위에 대한 당사자적격

공유관계에서는 지분권이 존재하므로, 공동상속인은 자신의 지분에 한하여 권리를 행사할 수 있다. 원칙적으로 A는 1/2 지분을 초과하는 말소등기청구 부분에 대해 B를 대위할 권력이 없어 초과 지분에 대해서는 당사자적격이 없다.

##### (2) 보존행위와 당사자적격

공유물에 대하여 보존행위를 인정한다. 보존행위는 공유자로서 당연한 권리로 지분권이 존재하는 경우 인정되며 공유자 각자는 자신의 지분을 넘어 공유물 전체에 대해서 인정되어야 하므로 집행적격으로서 당사자적격이 인정된다.

##### (3) 사안의 경우

말소등기청구소송은 보존행위에 속하므로, 甲이 단독으로 토지 전부에 대하여 말소를 청구할 수 있는 당사자적격이 있다고 볼 것이며 소는 일응 당사자적격이 있다고 볼 것이다.

#### 3. 피보전채권의 존재와 보전의 필요성

##### (1) 피보전채권의 부존재와 소의 적법

보존행위에 기하여 당사자적격이 인정되더라도 보전이 필요한 피보전채권이 부존재하면 대위소송은 부적법해진다

##### (2) 법원의 지적의무

법원이 피보전채권의 주존재를 전제로 대위소송의 부적법을 이를 이유로 소를 부적법 각하하기 위해서는 먼저 원고가 간과한 법률상의 관점을 지적하여(민사소송법 제136조 제4항) 의견진술의 기회를 보장하여야 한다.

##### (3) 사안의 경우

A는 초과지분에 대한 당사자적격은 있지만, 그 보전의 필요성이 인정되는 대상을 가지고 있지 않다. 보전의 필요성이 있는 피보전채권의 존재는 대위소송의 소송요건이다. 따라서 법원은 A 청구의 1/2 범위 안에서는 소를 각하하는 판결을 한다. 다만, 법원이 이를 이유로 소를 부적법 각하하기 위해서는 법적 관점을 지적할 의무를 진다.

#### 4. 결론

법원은 1/2 지분에 대해서만 청구를 인용한다. 나머지 지분에 대해서는 피보전채권의 부존재로 보전의 필요성이 없어 부적법하고 법원은 말소청구 부분의 소는 각하한다.

## 2. 합유와 당사자적격

제주도 애월읍에 소재하는 X토지를 구입한 Y 중증은 중증대표 甲과 최고령생존자 乙 명의로 합유등기를 경료하였다. 그 후 乙이 사망하여 丙과 丁이 乙을 상속하였다. Y는 丙과 丁을 상대로 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행을 청구하는 소를 제기하였다. 이 경우 소의 적법성을 검토하고 흠이 있는 경우 치유방법을 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

합유자 중 1인이 사망한 경우 합유자로서의 사망자의 지위가 상속인에게 승계되는지 아니면, 그 합유지분이 소멸하여 잔존합유자의 합유로 귀속되는지 문제이다. 이와 함께 당사자적격의 흠을 치유하는 방법으로 피고경정 제도와 당사자표시정정 제도를 검토한다.

### 2. 합유자 중 1인의 사망과 합유관계

#### (1) 이행의 소에서 당사자 적격

이행의 소에서 당사자적격은 원고의 주장 자체에 의하여 결정된다. 따라서 원고가 피고라고 지칭한 자가 피고적격을 가진다. 병과 정이 합유자가 아니라면 병과 정을 피고로 하는 원고의 소는 피고 적격이 없다고 보아야 하고, 이 경우 피고적격은 당사자 적격이 아니라 본안적격이라 할 것이다. 따라서 합유자 1인의 사망이 지분권이 상속되는지 문제된다.

#### (2) 합유지분의 승계여부

조합관계에서 합유지분은 분할 가능하지 않다. 판례에<sup>48)</sup> 따르는 경우라도 조합에서 조합원이 탈퇴하거나 사망한 경우 그 지분권은 상속되는 것이 아니라 잔존하는 조합원들에게 귀속된다. 이와 같이 사망한 합유자의 지분은 합유자 사이에 특별한 약정이 없는 한 합유자로서의 지위가 그 상속인에게 승계되지 아니하므로, 해당 부동산은 잔존 합유자가 2인 이상일 경우에는 잔존 합유자의 합유로 귀속되어 조합관계가 유지되며, 잔존 합유자가 1인인 경우에는 잔존 합유자의 단독소유로 귀속된다.

#### (3) 사안의 경우

합유자간에 특별한 약정이 있었는지 문제될 수 있으나, 사안 자체로는 합유자들간의 특약에 관한 내용이 없으므로 합유자의 범위는 甲, 丙, 丁이 아니라, 乙의 합유지분이 잔존합유자인 甲에게 귀속되어 甲의 단독소유로 되었다. 법원은 甲의 소를 당사자적격의 흠이 아니라 적법하므로 본안적격의 흠을 이유로 청구기각의 판결을 하여야 한다.

### 3. 당사자표시정정 또는 당사자변경

#### (1) 본안적격의 흠에 대한 치유방법

Y는 갑만을 상대로 하여 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구를 할 수 있고, 병과 정은 본안적격이 없다. 판례는 일관하여 법률이 허용하는 경우 외에는 어떠한 형태의 당사자변경도 허용하지 아니하므로, 제260조의 피고경정이 가능한지, 나아가 당사자표시정정신청이 가능한지 문제이다.

48) 대법원 1996.12.10. 선고 96다23238 판결: 부동산의 합유자 중 일부가 사망한 경우 합유자 사이에 특별한 약정이 없는 한 사망한 합유자의 상속인은 합유자로서의 지위를 승계하는 것이 아니므로, 해당 부동산은 잔존 합유자가 2인 이상일 경우에는 잔존 합유자의 합유로 귀속되고 잔존 합유자가 1인인 경우에는 잔존 합유자의 단독소유로 귀속된다.

## (2) 구별기준

피고경정과 당사자표시정정의 구별기준은 당사자의 동일성을 유지하는가의 여부이다. 사안의 경우 丙 및 丁과 甲 사이에 당사자동일성을 인정하기 어려우므로, 피고경정만이 문제된다. 제260조에 따르면 원고가 피고를 잘못 지정한 것이 명백한 경우임을 요구한다.

## (3) 사안의 경우

丙과 丁을 피고로 한 경우에는 피고를 잘못 지정한 것으로 인정될 수 있겠지만, 甲은 피고로 하지 않은 채 乙의 상속인들만 피고로 삼은 것은 피고를 잘못 지정한 것이 명백한 경우로 인정하기 어렵다. 따라서 본안적격의 흠은 새로운 소의 제기에 의해서만 해소될 수 있다고 할 것이다.

## 4. 결론

합유자 중 일인이 사망하여 그 사망자의 지분이 잔존합유자에게 귀속되므로, 법원은 피고의 본안적격의 흠을 이유로 甲의 청구를 기각한다.

당사자변경이나 표시정정이 허용되지 않으므로, Y는 소를 취하하고 乙을 상대로 새로운 소를 제기하여야 한다.

### 3. 총유에서 당사자적격

X토지가 Y 종중 명의로 이전등기되었다. 그런데 D가 Y 종중 명의로 위 토지에 관하여 서류를 위조하여 원인 없이 자기 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다. Y 종중의 대표 甲은 D를 상대로 자신의 이름으로 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하였다. 甲은 자신의 이름으로 제기한 이 소송에서 부적법하다고 조언을 들어 원고를 甲에서 적법한 당사자적격자로 바꿀 수 있는 방법이 있는지 검토하고 있다. 부적법성에 대한 가능한 방법이 있는가?

#### 1. 문제의 소재

일부 종중원이 중중결의로 소송수행권을 받은 경우 이들을 선정당사자 내지는 임의적 소송담당으로 볼 수 있는지, 나아가 종중의 일원이 보존행위로서 단독으로 종중재산에 대한 소를 수행할 수 있는지 여부 살펴야 한다. 그렇지 않은 경우 제68조의 필수적 공동소송이 허용되는 경우와 예비적·선택적 공동소송인으로 추가할 수 있는 경우를 검토한다.

#### 2. 법인소송에서 당사자적격

##### (1) 문제점

종중은 제52조의 비법인사단으로서 당사자능력을 가지므로 그 명의로 소송수행하거나 또는 총원의 이름으로 소송을 수행할 수 있는 당사자적격자이다. 사안의 경우 종중대표가 스스로의 이름으로 소를 제기한 경우이므로 여기에 해당하지 않는다. 이 경우 종중원의 일부에게 소송수행권을 준 경우 이를 선정당사자 내지는 임의적 소송신탁으로 볼 수 있는지 문제이다.

##### (2) 선정당사자제도

종중과 같은 비법사단의 경우에는 법으로 인정한 임의적 소송담당인 선정당사자제도가 적용되지 아니한다(제53조 제1항 본문).

##### (3) 임의적 소송신탁

###### 1) 원칙

임의적 소송담당은 권리관계의 주체인 사람이 자신의 의사에 의해 제3자에게 자기의 권리에 대한 소송수행권을 수여한 경우를 말하는데, 변호사대리의 원칙이나 소송신탁의 금지를 탈법할 염려가 있어 허용되지 않는 것이 원칙이다.

###### 2) 예외

법률에서 임의적 소송담당을 허용하는 경우가 있을 뿐 아니라(제53조), 변호사대리의 원칙(87조)과 소송신탁금지(신탁법 제7조)에 위반하지 않고 또 합리적 필요가 있는 때에는 예외적으로 허용된다는 것이 통설·판례이다. 임의적 소송신탁제도는 단체성이 약하여 구성원들의 지분권이 인정되는 공유나 합유의 경우에 적용가능한 제도인 반면에, 단체성이 강하고 구성원 개인들의 지분권이 인정되지 않는 총유재산에 관한 소의 경우에는 적용할 여지가 없다.

##### (4) 사례에의 적용

甲은 종중총회 결의에 의하여 소송수행권한을 신탁받았다고 하더라도, 甲은 선정당사자를 포함한 임의적 소송담당자가 될 수 없어 스스로의 이름으로 소송을 수행하지 못한다. 따라서 甲은 임의적 소송신탁자로서 총유관계소송을 수행할 당사자적격이 없다.

### 3. 총유재산의 보존을 위한 소송수행권 인정 여부

#### (1) 문제점

공유자와 합유자는 공유물과 합유물에 대한 보존행위를 각자가 할 수 있으나(민법 제265조 단서, 제272조 단서), 이와 같은 명문의 규정을 두고 있지 않은 총유물에 관한 보존행위를 인정하여 구성원 각자에게 개별적인 소송수행권이 있다고 할 것인지 문제된다.

#### (2) 총유에서 보존행위

##### 1) 학설

총유물관리(민법 제76조1항)에 관하여 사원총회의 결의를 거친다면 각 사원은 그 명의로 총유물에 관한 보존행위를 할 수 있다는 견해(개별소송긍정설)와 총유재산에 대한 당사자적격은 구성원이 아닌 단체만이 가진다는 이유로 부정하는 견해(개별소송부정설)가 대립한다.

##### 2) 판례<sup>49)</sup>

판례는 한때 보존행위를 긍정하였다가, 현재는 이를 부정한다. 즉 민법이 공유나 합유의 경우와는 달리 총유에 대해서는 보존행위에 관한 규정을 두지 않은 것은 총유재산에 대한 구성원 개인들의 지분권이 인정되지 않는 데에 연유한다는 이유로, 총유재산에 대한 소송은 법인이 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐, 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없으며, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기한 경우에도 마찬가지라고 본다.

#### (3) 검토

甲은 종중의 구성원(대표)에 불과하므로 종중재산을 보존하기 위하여 자신의 명의로 소를 제기할 수 있는 당사자적격자가 아니다. 결국 법원은 甲의 말소등기청구소송을 당사자적격의 흠을 이유로 부적법 각하하여야 한다.

### 4. 당사자 적격없는 법인소송의 치유 방법

#### (1) 제68조에 의한 추가방법

우선 나머지 종중원 모두를 필수적 공동소송인으로 추가할 수 있는지 문제이다. 종중 명의로 당사자를 변경할 수 없다면 종중 구성원 전원을 제68조에 따라 필수적 공동소송인을 추가할 수 있을 경우에는 당사자적격의 흠을 치유할 수 있다. 이에 따라 갑은 나머지 종중원 전원을 필수적 공동소송인으로 추가하면 된다. 원고 추가의 경우이므로 추가될 사람의 동의를 얻어야 한다(제68조 제1항 단서).

---

49) 대법원 2005.09.15. 선고 2004다444671 전원합의체 판결: 민법 제276조 제1항은 "총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다.", 같은 조 제2항은 "각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다."라고 규정하고 있을 뿐 공유나 합유의 경우처럼 보존행위는 그 구성원 각자가 할 수 있다는 민법 제265조 단서 또는 제272조 단서와 같은 규정을 두고 있지 아니한 바, 이는 법인 아닌 사단의 소유형태인 총유가 공유나 합유에 비하여 단체성이 강하고 구성원 개인들의 총유재산에 대한 지분권이 인정되지 아니하는 데에서 나온 당연한 귀결이라고 할 것이므로 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다.



## (2) 당사자변경과 예비적 공동소송의 성부

### 1) 문제점

임의적으로 당사자를 종종 명의로 변경할 수 있는지 문제이다. 비법인사단은 당사자능력자이기 때문에 그 명의로 당사자가 되고, 그 대표자에 의하여 소송이 수행된다. 그런데 사안에서는 당사자적격이 없는 甲의 이름으로 소를 제기하였기 때문에 당사자를 甲으로부터 Y 종종으로 변경하여야 할 것인데, 이를 허용할 수 있는지 문제이다.

### 2) 동일성 인정여부

당사자의 동일성이 유지되지 않으므로 당사자표시정정의 방법에 의할 수는 없으며, 또 법에 규정이 없는 임의적 당사자변경에 판례가 소극적이므로, 종종 명의로의 당사자변경이 어렵다. 예비적·선택적 공동소송인으로 추가할 수 있는지 검토한다.

### 3) 양립불가능성 인정여부

甲의 당사자적격이 부정될 경우에 대비하여 Y 종종을 예비적 또는 선택적 원고로 추가할 수 있는지 문제된다. 예비적 공동소송이 성립되면 제68조가 준용되기 때문에(제70조 제1항) 추가적 당사자변경의 효과를 거둘 수 있을 것이다. 제70조의 예비적 공동소송이 성립하기 위해서는 주관적으로 병합하는 청구가 법률상 불양립관계에 있어야 한다. 판례는 불양립관계를 실체법적 불양립한 관계 뿐 아니라 소송상 불양립관계라도 무방하다고 한다. 동일한 사실관계에 대한 법률적 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수 없는 관계에 있는 경우에 실체법상, 소송법상 불양립관계가 성립한다.

## (3) 사안의 경우

甲은 제70조에 따라 Y 종종을 예비적 또는 주위적 원고로 추가하거나 선택적 원고로 추가하는 방법을 강구할 수 있다. 甲은 Y 종종을 예비적 원고 또는 선택적 원고로 추가하여 당사자적격의 흠을 치유할 수 있다. 甲은 Y 종종을 원고로 추가하면서, 甲을 예비적 원고로 하고 Y 종종을 주위적 원고로 하거나 또는 甲을 주위적 원고로 하고 Y를 예비적 원고로 할 수 있다.

## 5. 결론

종중총회 결의에 의하여 소송수행권한을 신탁받았다고 하더라도 선정당사자를 포함한 임의적 소송담당자가 될 수 없어 스스로의 이름으로 소송을 수행하지 못하며, 종중의 구성원으로서 종중재산을 보존하기 위하여 자신의 명의로 소를 제기할 수도 없어 부적법하다. 甲은 종중원 전원을 제68조에 따라 공동소송인으로 추가할 수 있으며, ii) Y 종종을 주위적 또는 예비적 원고로 추가할 수 있다.

#### 4. 이행의 소의 당사자적격

丙은 甲이 직장생활을 하고 있던 중에 甲에게 5,000만원을 대여해 주었다고 주장하면서, 甲에게 위 대여금을 반환할 것을 독촉하였다. 다음 각각의 소 또는 참가에 대하여 법원의 판단을 검토하시오.

1. 丙은 甲을 피고로 하여 대여금반환청구의 소를 제기하였으나, 甲이 출석한 변론에서 채무자는 甲이 아니라 그 쌍둥이 형 丁임이 밝혀졌다. 법원은 丙의 甲에 대한 청구에 대하여 어떠한 판결을 할 것인가?

2. 戊는 친구 丙이 甲에게 꾸준 5,000만원을 받지 못하자, 丙의 의사에 좇아 자신의 이름으로 甲을 피고로 하여 반환청구의 소를 제기하였다. 戊는 소장에서 친구 丙의 부탁을 받아 丙을 위하여 소를 제기하니 甲은 丙에게 빌린 돈을 갚으라고 주장하였다. 법원의 판결은?

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 소재

당사자적격의 흠을 이유로 부적법 각하할 것인지, 청구를 기각하여야 하는지 묻고 있다. 이것은 이행의 소의 당사자적격에 대한 검토가 필요하다.

##### 2. 이행의 소의 당사자적격

###### (1) 권리보호요건과 당사자적격

형식적 소송요건과 별개로 소송은 권리보호요건이 필요하다. 권리보호요건에는 권리보호자적격과 권리보호이익이 필요한데, 권리보호자적격에는 당사자적격과 청구적격이 필요하다. 당사자적격은 이행의 소에서도 당연히 구비되어야 한다.

###### (2) 이행의 소에서 당사자적격<sup>50)</sup>

이행의 소는 집행을 목적으로 패소판결한 피고에게 집행할 것을 목적으로 한다. 이행의 소는 본안적격과 당사자적격은 구분되거나 이에 대한 논의는 필요하지만, 이행의 소 자체에서 당사자적격은 원고의 주장 자체로 판단된다.<sup>51)</sup> 즉 주장자체로 이유가 있으면 본안적격이 있다.

50) 대판1979.07.25. 79다345: 부동산에 관한 등기는 법률에 다른 규정이 없는 한 등기권리자와 등기의 무자의 신청에 의하는 것인 바(부동산등기법 제27조, 제28조 참조) 여기서 말하는 등기의무자라 함은 등기부상의 형식상 신청하는 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)를 말한다고 할 것임은 동법 제40조 제1항 3호가 등기신청엔 등기의무자의 권리에 관한 등기필증의 제출을 요구하는 한편 동 제55조 제6호에서 신청서에 기재한 등기의무자의 표시가 등기부와 부합하지 아니한 때는 등기신청을 각하하도록 규정하는 점을 미루어 짐작할 수 있다. 그런데 본건에서 피고 광무환, 광영환이 위와 같이 취소된 확정판결의 집행으로 원고들의 소유권이전 등기를 말소하였으니 동 피고들은 동 판결이 취소된 이상 원고들의 위 말소된 소유권이전등기를 복구하여 줄 추상적인 의무가 있다고 할 것이나 그렇다고 위 말소된 등기의 회복등기를 할 의무가 있는가는 등기법의 절차상 등기의무자에 해당하는 여부에 따라서 결정된다고 볼 것이다. 만일에 동 피고들이 등기법상 등기의무자에 해당되지 아니하면 등기신청을 할 수 없기 때문이다. 일건 기록을 살펴봐도 동 피고들이 등기부상 등기명의인이거나 그 포괄승계인이라고 볼 자료가 없으므로 말소등기의 회복등기를 하여 줄 등기의무자라 할 수 없다. 따라서 동 피고들은 본건 회복등기 청구에 있어 피고가 될 적격이 없다할 것이므로 이들에 대한 회복등기 청구의 소는 부적법하다고 아니할 수 없다.

51) 대판 1994.06.14. 94다14797: 급부의 소에 있어서는 원고의 청구 자체로서 당사자적격이 판가름되고 그 판단은 청구의 당부의 판단에 흡수되는 것이니, 자기의 급부청구권을 주장하는 자가 정당한 원고이고, 의무자라고 주장된 자가 정당한 피고이다.

### (3) 사안의 경우

丙이 대여금반환채무자로 甲을 지목하였으므로, 법원은 丙의 주장에 따라 甲을 당사자 적격자로 인정하여야 한다.

## 3. 법원의 판결

### (1) 소송요건과 청구에 대한 판결

소송요건이 분명하다면 소송판결을 하여야 하는데 소각하판결하여야 한다. 그러나 당사자 적격이 본안 사안인 경우 청구기각판결이 필요하다.

### (2) 당사자적격에 대한 법원의 판결

당사자적격은 원칙적으로 소의 이익과 관련되어 있으나, 다만 이행의 소에서는 당사자적격은 원고의 주장에 따라 인정하고, 본안적격이 없을 경우 청구를 기각하는 판결을 한다.

### (3) 사안의 경우

丙에게 본안적격이 없음이 판명되었으므로, 법원은 청구기각의 본안판결 한다.

## 4. 결론

이행의 소에서 당사자적격은 본안적격이며 따라서 이것이 인정되지 아니한 경우 법원은 丙의 청구를 기각하는 판결을 한다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 쟁점의 정리

권리처분권과 소송수행권의 의미와 관련하여 제3자 소송담당이 가능한지 묻고 있다. 또한 임의적 소송담당을 허용하여 소가 적법한지 이해가 필요하며 그러한 경우 적법할 수 있는 요건을 검토한다.

### 2. 제3자의 소송수행권

#### (1) 권리처분권과 소송수행권

##### 1) 이행의 소의 당사자적격

자기가 권리를 주장하여 집행을 목적으로 하는 것이 소송이므로 타인의 이름으로 판결을 받는 것은 집행이 불가능하므로 당사자적격이 없다.

##### 2) 소송수행권

청구원인에서 타인의 권리의무에 대하여 스스로 소송을 수행하고 있음을 밝힌 경우 소는 승소판결을 받아도 의미가 없으므로 소의 이익이 없으나, 만약 그와 같은 소송수행권한이 있다면 소는 적법하고 집행이 가능할 수 있다.

#### (2) 소송담당

권리자 또는 의무자가 아닌 제3자라도 법률에 의하여 소송수행권이 인정되는 경우가 있으며(법정소송담당), 제3자가 권리자 또는 의무자로부터 소송수행권을 수여받아 소송수행하는 경우도 있다(임의적 소송담당).

#### (3) 사안의 경우

戊는 권리자 丙으로부터 소송신탁을 받았기 때문에 임의적 소송담당자에 해당한다.

### 3. 임의적 소송신탁

#### (1) 문제점

자기의 권리가 아닌 소송권한은 없으나, 법률이 규정하거나 예외적으로 당사자적격이 인정되어 임의적으로 소송을 수행할 수 있다. 그러나 예외적으로 인정되고 있으며 요건에 대한 판례를 통하여 구체적인 논의가 필요하다.

#### (2) 판례의 태도

선정당사자와 같은 명문의 규정이 없는 경우에는 원칙적으로 임의적 소송신탁이 허용되지 않는다. 다만, 판례는 변호사대리와 소송신탁금지에 위배되지 않고 소송신탁을 인정할 합리적 필요성이 있는 경우에는 허용한다.

#### (3) 소결

사안에서 우정을 위해 친구의 청구권을 대신 소구하는 것을 허용할 합리적 필요성이 인정되기 어렵다. 따라서 戊가 설사 丙으로부터 임의적 소송신탁을 받았다 하더라도 당사자적격자가 될 수 없다.

### 4. 결론

법원은 당사자적격의 흠을 이유로 무의 소를 각하하는 판결을 한다.

## 5. 채권자대위소송에서 당사자적격

甲은 乙 소유의 토지를 20년 이상 점유하여 사용해 오고 있다. 그런데 乙과 D가 통정하여 허위의 매매계약을 체결하였고, 이에 기하여 D 앞으로 소유권이전등기가 이루어졌다. 甲은 乙에 대한 점유취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 乙을 대위하여 D에 대해 말소등기를 청구하는 소를 제기하였다. 심리결과 甲의 점유가 타주점유로 밝혀진 경우 법원은 甲의 소를 어떻게 처리할 것인가?

### 1. 문제의 소재

甲의 대위소송이 피보전채권이 존재하지 않아 보전의 필요성이 없는 부적법한 소인지 묻고 있다. 甲의 점유가 타주점유로 밝혀져 피보전채권이 소멸하였는지 검토한다

### 2. 채권자대위소송과 소송요건

#### (1) 채권자대위소송의 요건

법정소송담당으로서 채권자대위소송은 i. 피보전채권, ii. 권리의 불행사, iii. 무자력을 요구한다. 여기서는 피보전채권의 존부가 문제된다.

#### (2) 피보전채권의 존부와 소의 적법여부

채권자대위소송에서 피보전채권이 부존재하면 보전의 필요성이 없어 대위소송이 부적법해진다. 따라서 피보전채권의 존재는 채권자대위소송의 소송요건으로 직권조사사항이 된다.<sup>52)</sup>

#### (3) 피보전채권을 본안요건으로 보는 견해

채권자의 고유한 권리로 채권자대위권을 보는 견해에 따르면 피보전채권은 소송물이 된다. 즉 당사자주의가 적용되는 본안요건으로 처분권주의와 변론주의가 적용되어야 한다. 소수설에 해당한다.

### 3. 타주점유와 피보전채권의 존속시기

#### (1) 피보전채권의 소멸<sup>53)</sup>

52) 대판 2008.9.11 2007다60417: 당사자적격에 관한 사항은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 비록 당사자가 사실심 변론종결시까지 이에 관하여 주장하지 아니하였다고 하더라도 상고심에서 새로이 이를 주장, 입증할 수 있다고 할 것이다.

53) 대판 201.10.27. 2013다25217: 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 부존재할 경우 당사자적격을 상실하고, 이와 같은 당사자적격의 존부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이기는 하나, 그 피보전채권에 대한 주장·증명책임이 채권자대위권을 행사하려는 자에게 있으므로, 사실심 법원은 원고가 피보전채권으로 주장하지 아니한 권리에 대하여서까지 피보전채권이 될 수 있는지 여부를 판단할 필요가 없다. 그러나 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 불명료 또는 불완전하거나 모순이 있는 경우, 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견진술의 기회를 부여하여야 하고, 만일 이를 게을리한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 법률적 관점에 기한 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하였다면 석명 또는 지적의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다. 한편 채무자 소유의 부동산을 시효취득한 채권자의 공동상속인이 채무자에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전채권으로 하여 제3채무자를 상대로 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사하는 경우, 그 공동상속인은 자신의 지분 범위 내에서만 채무자의 제3채무자에 대한 소유권이전등기의 말소등기청구권을 대위행사할 수 있고, 그 지분을 초과하는 부분에 관하여는 채무자를 대위할 보전의 필요성이 없다고 할 것이다.

甲의 점유가 타주점유로 밝혀짐에 따라 甲의 소유권이전등기청구권은 소멸하고, 이에 따라 채권자대위소송에서 甲의 피보전채권이 소멸되어 소의 적법여부를 검토하여야 한다.

(2) 피보전채권의 존속시기

피보전채권의 존부는 소송요건이다. 결과적으로 피보전채권의 존재는 채권자대위소송의 성립요건일 뿐 아니라 존속요건이다. 따라서 보전의 필요성은 사실심 변론종결시를 기준으로 판단되므로 그때까지 인정되어야 한다.

(3) 사안의 경우

피보전채권의 존재는 대위소송의 존속요건이기 때문에 법원은 피보전채권의 부존재를 이유로 甲의 소를 부적법 각하하여야 한다.

4. 결론

대위소송에서 피보전채권의 존재가 당사자적격으로 소송요건이다. 따라서 법원은 이를 판단하여 인정되지 않은 경우 부적법 소각하판결을 한다.

## 6. 당사자적격과 소송요건

乙은 丙에게 1억 원을 대여하였는데, 사실 위 1억 원은 乙이 甲으로부터 빌려서 마련한 것이었다. 그런데 丙은 변제기에 이르러 종적을 감춰버렸다. 甲은 乙에게 대여금 1억 원의 반환을 독촉하였으나, 乙은 자신도 丙으로부터 대여금 1억 원을 변제받기 전에는 甲에게 차용금을 변제할 능력이 없는데 丙의 행방을 알 수 없어 甲에 대한 변제가 불가능하다고 말하였다. 그러던 중 甲은 수소문 끝에 丙의 행방을 알아내고서는 丙에게 乙에 대한 채무를 변제하라고 독촉하였으나, 丙이 변제하기를 거부하자, 甲은 乙이 무자력이라고 생각하고 乙을 대위하여 丙을 상대로 乙에 대한 차용금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 소계속 중에 甲은 乙에게 금원을 대여한 사실에 대한 증거를 제출하지 못하고 있었는데, 丙은 甲·乙간의 금원대여사실을 인정하였다. 甲이 제기한 대위소송에 대해 적법여부 및 이에 대한 본안전 항변사항에 대한 법원의 판결을 검토하시오.

### 1. 쟁점의 정리

채권자대위소송에서 피보전채권의 존재가 당사자적격의 요소에 해당하는지가 문제되며, 만일 당사자적격의 요소라면 당사자 사이에 다툼이 없는 경우 재판상 자백이 성립하여 법원을 구속하는지, 피보전채권의 존부에 대해 증명책임을 부담하는 자가 누구인지 문제된다.

### 2. 채권자대위소송의 법적 성질

#### (1) 문제점

채권자대위소송의 법적 성질이 결정되어야 당사자적격과 관련된 법원의 판단이 결정된다. 부적법인지 아니면 본안요건의 흠결 사항인지 이에 대한 검토가 필요하다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설

법정소송담당설은 채권자대위소송은 법률이 채권자가 자기 채권의 보전을 할 수 있도록 그에게 채무자인 다른 사람의 권리에 관하여 소송수행권을 부여한 법정 소송담당으로 ① 피보전채권, ② 보전의 필요성, ③ 채무자의 권리불행사는 당사자적격의 요소로서 흠이 있는 경우 부적법 소각하한다.

이에 반하여 독립한 대위권설채권자대위소송의 채권자는 자신에게 인정된 대위권이라는 실체법상의 권리를 행사한다는 점에서 본안적격의 요소로서 흠이 있는 경우 청구기각한다.

##### 2) 판례의 태도

판례는 채권자대위소송은 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사로 보는 법정소송담당설과 같은 태도이다.

#### (3) 검토와 사안에 적용

채권자대위소송의 법적 성질에 대한 법정소송담당설의 입장에 의하면 피보전채권, 보전의 필요성, 채무자의 권리불행사는 당사자적격의 요소이며 판례도 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리인 피보전채권이 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이라고 판단한다.

### 3. 피보전채권에 대한 재판상 자백의 인부

#### (1) 문제점

피보전채권은 소송요건이고, 이러한 사실에 대해 다툼이 없는 경우에 소송요건의 내용을 이루는 사실에 대한 자백으로서 자백의 구속력이 인정될 것인지 문제된다.<sup>54)</sup> 이는 소송요건에 관한 자료수집방법을 변론주의에 의할 것인가 아니면 직권탐지주의에 의할 것인가의 관련된다.

## (2) 견해의 대립

### 1) 학설

① 소송요건의 공익성의 정도에 따라 변론주의와 직권탐지주의 가운데서 조사방식을 정할 것이라는 견해(한정설), ② 공익성의 정도에 따라 변론주의형·직권탐지형·직권조사형의 방식을 혼용해야 한다는 견해(혼용설)이 있으나, ③ 직권조사사항은 변론주의와 직권탐지주의와는 다른 제3의 독자적인 방법에 의해야 한다는 견해(중간설·직권조사설)의 대립이 있다.

### 2) 판례

판례는 당사자능력 또는 소송능력에 관한 사항은 직권조사사항이고, 이는 소위 직권탐지사항과 달라서 그 요건 유무의 근거가 되는 구체적인 사실에 관하여 사실심의 변론종결 당시까지 당사자의 주장이 없는 한 법원은 이를 고려할 수 없고, 소송당사자의 자백에 구애되지 않는다는 입장이다.

### (3) 소결

소송요건에 대한 자료의 수집에 직권탐지를 적용하면 민사소송의 상당부분이 직권탐지주의로 변질될 위험이 있다. 따라서 획일적인 조사방법의 기준을 적용하는 직권조사설이 타당하다고 본다. 이에 의하면 당사자적격의 기초사실은 재판상 자백이 될 수 없다.

## 4. 직권조사사항에 대한 증명책임과 법원의 조치

### (1) 문제점

丙이 비록 甲의 乙에 대한 금원대여사실을 다투지 않았다고 하더라도 이는 소송요건에 대한 자백이므로 법원은 이에 구속되지 않으므로 증거가 필요하고, 직권조사사항인 소송요건에 대하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 증명책임의 원칙이 적용이 논의되어야 한다.

### (2) 직권조사사항에 대한 증명책임

본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 직권조사사항인 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다. 반면 항변사항은 피고가 증명책임을 진다고 보는 것이 일반적인 견해이다.

### (3) 피보전채권 부존재의 효과

甲은 피보전채권의 존재에 대하여 증명책임을 부담함에도 증거를 제출하지 못하였으므로 법원은 피보전채권이 존재하지 아니한다고 판단하여야 하며, 당사자적격의 흠을 이유로 甲이 제기한 대위소송을 부적법 각하하여야 한다. 甲의 피보전채권은 채권자대위소송에서 당사자적격의 요소이며, 이는 직권조사사항이므로 원고 甲이 증명책임을 부담한다.

## 5. 결론

54) 대위소송의 법적 성질에 관하여 독립한 대위권설을 취하는 경우에는 채권자대위소송에서 소송물은 채권자의 대위권이라는 실체법상 권리이고 채권자의 피보전권리는 채권자대위권의 본안의 요건사실이므로 丙의 진술은 요건사실에 대한 자백으로서 당연히 자백의 구속력이 인정된다.



법정소송담당설에 의할 경우 피보전채권의 존재여부는 이른바 소송요건이며 이는 직권조사 사항으로서 자백이 성립되지 아니한다. 다만 증명책임여부는 원칙에 따라 원고가 증명하여야 하고 증명부재의 경우 부적법 각하한다.

## 7. 압류와 추심소송의 당사자적격

甲은 2015. 6. 3. 乙에게 매매대금 미지급을 이유로 乙을 상대로 1억 원의 매매대금지급청구소송을 제기하였다. 한편 丙은 甲에 대하여 1억원의 대여금 채권을 가진 채권자이다. 丙은 2015. 7. 1. 위 대여금 채권을 피보전채권으로 하여 甲의 乙에 대한 위 매매대금채권에 대한 가압류결정을 받고, 2015. 9. 1. 위 채권가압류를 본압류로 전이하는 채권압류 및 추심명령을 받았으며, 이는 乙에게 송달되어 2015. 9. 15. 확정되었다. 이때 앞서 2015. 6. 3. 제기된 甲과 乙 사이의 소송의 제1심은 2016. 2. 20. 변론종결되었다. 이러한 경우 甲과 乙 사이의 매매계약 체결사실이 인정된다고 가정할 때, 丙이 위 추심명령을 근거로 2015. 12. 1. 乙을 상대로 추심의 소를 제기하였다면, 이 소에 대한 적법여부를 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

甲의 乙에 대한 소의 적법여부에 대하여 압류·추심명령이 있는 경우 피압류채권자의 원고적격 상실 여부와 추심채권자 丙이 제기한 추심의 소가 중복제소에 해당하는지 여부가 문제된다.

### 2. 압류·추심명령이 있는 경우 피압류채권자의 원고적격 상실 여부

#### (1) 이행의 소에서 당사자적격

원칙적으로 이행의 소에 있어서는 자기에게 이행청구권이 있다고 주장하는 사람이 원고적격을 가진다. 이 경우 당사자적격이 없으면 청구를 기각하여야 한다.

#### (2) 피압류채권자의 원고적격 상실 여부

채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 압류채권자가 추심권능을 갖게 되고 피압류채권자인 채무자는 추심권능을 상실하므로, 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다.<sup>55)</sup> 다만 소송담당이 인정되지 아니한 경우 원고적격이 명백한 경우에 해당하여 본안판단이전에 이를 인정하여야 한다.

#### (3) 사안의 경우

丙이 소구채권인 매매대금채권에 대해서 압류·추심명령을 받았으므로 丙이 위 채권에 대한 추심권능을 갖게 된다. 甲은 원고적격을 상실하였으므로, 법원은 원고적격 흠결로 소각하 판결을 내려야 한다.

### 3. 중복제소여부

#### (1) 문제점

중복제소의 금지의 요건은 당사자 동일, 청구의 동일, 전소의 계속 중 후소의 제기인 경우이다.(민사소송법 제259조) 사안의 경우 당사자 동일성 요건과 관련하여 부적법각하된 경우 전소가 소송요건을 구비하지 못한 부적법한 소인 경우에도 전소계속이 인정되는지 여부가 쟁점이다.

#### (2) 중복소송 해당 여부

##### 1) 중복제소를 인정하는 견해<sup>56)</sup>

55) 대판 2000.4.11. 99다23888

56) 대판(전) 2013.12.18. 2013다202120: 전원합의체 판결의 소수의견: 전소가 소송요건을 갖추지 못한 부적법한 소라고 하더라도 취하·각하 등에 의하여 소송 계속이 소멸하지 않는 한 후소는 중복된 소제

압류·추심명령이 있으면 압류채권자만이 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 소를 제기할 수 있고 채무자는 당사자적격을 상실하므로, 채무자가 제기한 이행의 소는 부적법한 소이다. 채무자가 제3채무자를 상대로 먼저 제기한 이행의 소와 압류채권자가 제3채무자를 상대로 나중에 제기한 추심의 소는 비록 당사자는 다를지라도 실질적으로 동일한 사건으로서 후소는 중복된 소에 해당한다고 본다.

## 2) 중복제소를 부정하는 견해<sup>57)</sup>

추심의 소의 본안에 관하여 판단한다고 하여도 제3채무자에게 과도한 응소의 부담을 지우거나 소송경제에 반한다고 볼 수 없고, 오히려 채무자가 제기한 소가 각하되기를 기다려 압류채권자로 하여금 추심의 소를 제기하도록 하는 것이 소송경제에 반하므로 따라서 중복소송에 해당하지 않는다고 보는 입장이다

## (3) 사안의 경우

중복제소에 대하여 전소는 당사자적격이 없어 부적합한 경우라고 보더라도 이는 전소여부를 인정하는 것은 문제가 없으나 압류채권자의 권리를 보호하기 위하여 이를 중복소제기라고 볼 수는 없다.

## 4. 사례의 해결

丙이 압류채권자이므로 甲의 乙에 대한 소는 부적법하여 소를 각하하여야 한다. 그러나 추심명령을 근거로 乙을 상대로 제기한 추심의 소는 중복소송에 해당하지 않으며 적법하여 본안판단을 하여야 한다.

---

기의 금지에 저촉되는 부적법한 소이다. 압류 및 추심명령은 압류채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능만을 부여하는 것일 뿐 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 압류채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니므로, 채무자가 제3채무자를 상대로 먼저 제기한 이행의 소와 압류채권자가 제3채무자를 상대로 나중에 제기한 추심의 소는 비록 당사자는 다를지라도 실질적으로 동일한 사건으로서 후소는 중복된 소에 해당한다.

57) 위 판례의 다수견해

## 8. 채권자대위소송과 필수적 공동소송

甲과 A, B는 공동으로 상인인 乙로부터 X 토지를 매수하기로 하고, 乙과 매매계약을 체결하기 전에 “甲과 A, B는 각자 자금을 출연하여 乙로부터 X 토지를 매수하고 출연자금의 비율에 따라 甲은 1/2, A와 B는 각 1/4 지분으로 소유권이전 등기를 한다. 甲과 A, B는 각 공유지분을 인정하고 그 지분권을 개별적으로 행사할 수 있다.”는 합의를 하였다. 그 후 甲과 A, B는 2010. 3. 1. 공동으로 매수인이 되어 금 5억 원에 매수하기로 하는 계약을 체결하고 중도금까지 총 4억 원을 지급하였는데, 그 후 乙은 丙으로부터 금 2억 원을 차용하면서 X 토지에 관하여 丙에게 저당권설정등기를 마쳐주었다. 甲과 A, B(이하 ‘甲 등’)가 나머지 잔금 지급기일인 2013. 3. 1. 그 이행을 제공하였으나 乙이 소유권이전등기를 회피하고 있다.(다음의 각각의 물음에 답하시오.)

1. 甲이 단독으로 2018. 5. 1. “丙 명의의 위 저당권설정등기의 피담보채무가 채무자의 변제에 의해 모두 소멸하였다”고 주장하면서 乙을 대위하여 丙을 상대로 丙 명의 저당권설정등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다. 이 소에 대하여 丙은 “이 사건 소는 甲 등이 공동으로만 제기할 수 있는데 甲이 단독으로 제기하였으므로 부적법하다. 乙에게 충분한 자력이 있는데도 乙의 권리를 대위행사하는 것은 부적법하다. 甲의 乙에 대한 소유권이전등기청구권은 소멸시효의 완성으로 소멸하였다.”고 주장하였다. 법원은 丙의 주장 등을 어떻게 심리 판단하여야 할 것인지 설명하시오

2. 甲 단독으로 乙과 의논하여, 자신의 乙에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 삼아 乙을 대위하여 丙을 상대로 저당등기말소청구소송을 제기하였다. 甲이 제1심에서 소송을 수행하던 중 사망하였고 甲의 상속인으로는 두 아들 C와 D가 있었다. C, D는 다시 乙과 의논한 다음, 甲의 소송을 수계하여 공동원고로서 소송을 수행하였다. C, D는 제1심에서 원고 패소판결을 받자 C는 항소하였으나 D는 항소하지 않았다. 항소심 법원은 C와 丙 사이에서만 절차를 진행하여 D의 항소를 기각하였다. 항소심 판결은 정당한지 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

채권자대위소송에서 채권자와 제3채무자의 소송에서 당사자적격을 갖는 경우 단으로행사할 수 있는지 문제되며, 丙의 항변에 대한 제3채무자가 채무자의 채권자에 대한 소멸시효항변을 주장할 수 있는지, 특정채권의 보전을 위한 채권자대위권행사에 채무자의 무자력이 필요한지 항변에 대하여 검토한다.

#### 2. 채권자대위소송에서 채권자의 지위

##### (1) 채권자대위소송에서 당사자 자격의 문제

법정소송담당설에 의하는 경우 피보전채권은 당사자적격의 구비요건으로 소송요건에 해당한다. 따라서 丙이 조합에 해당하는 필수적 공동소송이 해당 합유관계이거나, 당사자적격의 행사에 해당하는 지분권의 행사의 경우 인정할 수 없는지 문제제기는 타당하다.

##### (2) 甲과 A와 B의 관계와 당사자의 지위

###### 1) 매수인별 공유지분의 성격

전매차익의 취득만을 목적으로 하여 매수인별로 공유지분을 가지고 각자 자유롭게 지분권을 처분하여 대가를 취득할 수 있게 하였으므로 이들의 관계는 민법상 조합이 아니라 소유권이전등기청구권을 준공유하는 관계이다.<sup>58)</sup>

58) 대판 2012.8.30. 2010다39918: [1] 채권자가 채권자대위권의 법리에 의하여 채무자에 대한 채권을

## 2) 공유지분에 의한 단독의 당사자적격

甲은 乙에 대한 위 매매계약에 기한 1/2 지분의 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 단독으로 乙의 권리를 대위행사할 수 있다. 공유물의 보존행위이므로 과반수 지분권자가 아니더라도 대위행사에 지장이 없다.

### (3) 특정채권에서 무자력 여부

채권자대위권은 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 제도이므로 원칙적으로 채무자가 무자력이어야 한다. 그러나 판례와 통설은 특정채권의 보전을 위하여 채권자대위권이 행사되는 경우에는 채무자의 무자력은 필요하지 않다.

### (4) 소결

채권자대위소송에서 합유관계인 경우 개인의 지분권을 행사할 수 없으므로 공유관계인지 여부를 살펴보고, 채권자의 채무자에 대한 권리를 행사함에 있어 지분권을 행사하는 것은 가능하여 채권자대위소송은 적법하다.

## 3. 丙의 항변에 대한 타당성

### (1) 소멸시효의 주장과 변론주의

민법상 소멸시효여부와 상법상 기간진행에 변론주의가 적용되는지 문제될 수 있다, 변론주의가 적용된다면 법원은 당사자의 주장에 구속되지만, 판례는<sup>59)</sup> 직권으로 판단 가능하므로 당사자의 주장과 관계없이 상법상 소멸시효가 완성되었음을 판단할 수 있다.

### (2) 소멸시효 항변의 타당성

---

보전하기 위하여 채무자의 제3자에 대한 권리를 대위행사하기 위하여는 채무자에 대한 채권을 보전할 필요가 있어야 하고, 그러한 보전의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 소가 부적법하므로 법원으로서는 이를 각하하여야 한다.

- [2] 수인이 부동산을 공동으로 매수한 경우, 매수인들 사이의 법률관계는 공유관계로서 단순한 공동매수인에 불과할 수도 있고, 수인을 조합원으로 하는 동업체에서 매수한 것일 수도 있는데, 부동산의 공동매수인들이 전매차익을 얻으려는 '공동의 목적 달성'을 위하여 상호 협력한 것에 불과하고 이를 넘어 '공동사업을 경영할 목적'이 있었다고 인정되지 않는 경우 이들 사이의 법률관계는 공유관계에 불과할 뿐 민법상 조합관계에 있다고 볼 수 없다. 공동매수의 목적이 전매차익의 획득에 있을 경우 그것이 공동사업을 위하여 동업체에서 매수한 것이 되려면, 적어도 공동매수인들 사이에서 매수한 토지를 공유가 아닌 동업체의 재산으로 귀속시키고 공동매수인 전원의 의사에 기하여 전원의 계산으로 처분한 후 이익을 분배하기로 하는 명시적 또는 묵시적 의사의 합치가 있어야만 하고, 이와 달리 공동매수 후 매수인별로 토지에 관하여 공유에 기한 지분권을 가지고 각자 자유롭게 지분권을 처분하여 대가를 취득할 수 있도록 한 것이라면 이를 동업체에서 매수한 것으로 볼 수는 없다.

- [3] 갑, 을, 병 등이 전매차익을 얻을 목적으로 각자 매수자금을 출연하고 이에 상응하는 지분을 정하여 을 명의로 토지를 매수한 다음 을, 병과 친인척 관계에 있는 정 등에게 명의신탁한 사안에서, 각자의 매수지분에 상응하는 대내적 소유지분의 보유를 서로 인정하고 이에 대하여 개별적인 권리행사를 하여 온 점 등에 비추어 볼 때 갑, 을, 병 등은 을 명의로 토지를 공동매수한 후 처분하여 전매차익을 얻으려는 '공동의 목적 달성'을 위하여 상호 협력한 것일 뿐 이를 넘어 '공동사업을 경영할 목적'이 있었다고 할 수 없는데도, 이들 사이의 법률관계를 민법상 조합이라고 본 원심판결에 부동산 공동매수인 상호 간의 법률관계 등에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

- 59) 대판 2017.3.22. 2016다258124: 민사소송절차에서 변론주의 원칙은 권리의 발생·변경·소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 관한 주장·증명에 적용된다. 따라서 권리를 소멸시키는 소멸시효 항변은 변론주의 원칙에 따라 당사자의 주장이 있어야만 법원의 판단대상이 된다. 그러나 이 경우 어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이다. 이러한 주장에는 변론주의가 적용되지 않으므로 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있다. 당사자가 민법에 따른 소멸시효기간을 주장한 경우에도 법원은 직권으로 상법에 따른 소멸시효기간을 적용할 수 있다.

### 1) 소멸시효기간의 진행여부

상인인 乙의 행위는 상행위로 추정되므로(상법 제47조 제2항) 甲의 乙에 대한 소유권이전 등기청구권의 소멸시효는 5년이다. 따라서 소 제기 당시 이미 이행기로부터 5년이 경과하여 소멸시효가 완성되었다.

### 2) 시효이익의 주장 가능자

시효이익의 주장은 이익을 받을 자가 아니면 주장할 수 없다. 丙은 시효의 이익을 직접 받는 자가 아니므로 소멸시효 완성의 주장을 할 수 없으며, 주장하였더라도 변론주의 원칙상 이를 고려할 의무가 법원에 있지 아니하다.

### (3) 사안의 경우

소멸시효가 상법상 진행되는 부부는 당사자의 주장이 없이 법원이 직권으로 판단하는 데에는 아무런 지장이 없으나, 이러한 주장을 할 수 있는자 이익을 받을 자여야 함으로 제3자인 채무자는 이를 주장할 수 없으며, 법원은 이에 대한 고려가 필요없다.

## 4. 결론

당사자적격에 관한 丙의 방소항변은 모두 이유가 없으며, 소멸시효주장에 대한 이유없다고 판단된다. 따라서 법원은 채권자대위소송의 등기말소청구에 대하여 원고의 청구를 인용하여야 한다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

채권자대위소송 중 대위권자의 사망으로 소송수계가 생긴 경우 상속인들의 채권자대위소송의 유형이 문제된다. 필수적 공동소송인 경우 그 근거가 쟁점이며, 한편 필수적 공동소송의 경우에도 항소하지 않은 자의 항소심에서의 지위가 문제된다.

### 2. 필수적 공동소송의 여부

#### (1) 문제점

##### 1) 공유자의 소송수행권과 공동소송

소송수계의 경우에도 통상의 공동소송에서 독립의 원칙이 인정된다. 소송수행권을 공동상속한 경우라도 이는 통상의 공동소송이며 달리 볼 이유가 없다.

##### 2) 사안의 쟁점

상속인은 공유관계가 성립되는데, 피상속인 채권자대위소송 중 사망한 경우에도 공유관계가 지속되는지, 필수적 공동소송관계가 인정되는 경우라면 그 근거를 명확히 하여야 한다.

#### (2) 필수적 공동소송인지 여부

##### 1) 채권자대위소송의 법적 성질

고유한 대위권설인 경우 채권자의 권리행사는 독립적인 권리이므로 소송물이 별개라서 기판력이 논의될 수 없으나, 법정 소송담당설에 의하는 경우<sup>60)</sup> 기판력이 논의되어야 한다.

##### 2) 채권자대위소송의 기판력 확장

채권자대위소송의 기판력은 채무자가 알았거나 알 수 있었을 경우 채권자의 확정판결의 효

60) 학설을 별도 기재하여 설명하여도 되나 장황하게 설명하지 말 것

력은 채무자에게 미친다. 기판력은 소송법적 효력으로 합일확정이 필요하다. 따라서 이 경우 유사필수적 공동소송이 되어 필수적 공동소송의 제67조가 적용된다.

### (3) 사안의 경우

채무자가 알았다고 볼 사정이 있으므로 기판력이 확장되어 채권자대위소송 중에 상속인의 소송수계한 경우 유사필수적 공동소송이 된다.

## 3. 항소하지 않은 자의 지위

### (1) 문제점

유사필수적 공동소송인 경우에도 고유필수적 공동소송의 합일확정이 인정되므로 이에 대한 항소하지 않은 자의 지위가 무엇인지, 불이익변경금지 원칙이 여전히 적용되는지 문제된다.

### (2) 필수적 공동소송에서 이심과 공동소송인의 지위

#### 1) 필수적 공동소송의 항소와 심판범위<sup>61)</sup>

합필수적 공동소송에서 일부가 항소하더라도 이는 모두에게 유리한 소송행위이므로, 전원이 항소를 제기한 것으로 취급된다(제67조 제1항). 필수적 공동소송인 사이에 판결의 합일확정이 요구되므로 항소심의 심판범위는 공동소송인 전원에 대하여 미친다. 즉 불이익변경금지 원칙이 적용되지 아니한다.

#### 2) 항소심에서의 소송상 지위

필수적 공동소송에서 항소하지 아니한 자의 소송상 지위와 관련하여 상소인이라는 견해와 선정자라는 견해가 있으나, 통설과 판례는 상소심의 당사자라고 보는 입장이다. 항소심당사자는 항소인으로서의 소송행위를 할 수 없고 항소인이 부담하는 비용 등 소송상 부담을 지지 아니한다.

### (3) 사안의 경우

항소하지 않은 자의 경우에 판례에 의하면 항소심당사자이므로 항소심의 심판대상이 된다.

## 4. 결론

채권자대위소송 중 상속인이 소송수행권의 수계는 기판력이 확장된 수계이므로 합일확정이 필요한 유사필수적 공동소송관계에 있다. 합일확정의 원칙상 항소하지 않은 자도 항소한 자와 동일한 지위가 인정된

---

61) 대판 1995.1.12. 94다33002: 원고가 피고 2, 3 및 제1심 공동피고를 상대로 그 합유지분에 관하여 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 구하는 소송은 고유필수적 공동소송에 해당하고, 이 경우 그 공동소송인의 일부인 피고 2, 3의 항소의 효력은 제1심 공동피고에 대하여도 미치므로 [이후 피고 3이 항소를 취하하였으나, 위 항소취하는 피고 2의 항소가 남아 있는 이상 그 효력이 없으므로, 마찬가지로], 원심으로서의 제1심 공동피고에 대하여도 심리·판단하여 하나의 판결을 선고하여야 할 것이다.

## 9. 채권자대위권과 채권자취소소송과 비교

甲은 2015. 5. 1. 乙에게 1억 5,000만 원을 변제기 2016. 4. 30. 대여하였다. 乙은 위 돈으로 서울시 행당동 소재 커피 전문점을 보증금 없이 월차임 2,000,000원(매달 말일 지급), 권리금 1억 원에 인수하여 운영하면서, 위 차용금에 대한 2016. 7. 31. 까지 이자 및 지연손해금을 지급하였다. 乙은 위 커피전문점의 운영이 어려워 권리금조차 받을 수 없게 되자 원고에 대한 차용금채무를 면탈할 의도로 2016. 7. 1. 형인 丙과 통정하여 허위로 자신의 유일한 재산인 X토지 위에 저당권을 설정하는 계약을 체결하고, 같은 날 저당권설정등기를 마쳤다. 이러한 사실을 2016년 8. 12.에 안 甲은 2017. 8. 10. 乙과 丙 사이의 저당권설정행위가 사해행위라고 주장하고 채권자취소소송을 제기하였다.

다음 각각의 물음에 답하시오.

1. 甲이 “乙과 丙이 통모하여 乙의 유일한 책임재산인 X 토지를 허위로 처분한 것으로서 사해행위에 해당한다”고 주장하면서, 乙과 丙을 상대로 乙과 丙 사이의 근저당권설정계약취소를 구한 위의 채권자취소소송에 병합하여 乙과 丙을 상대로 원상회복으로서 저당권설정등기의 말소를 구하였다. 법원의 이 소에 대한 적법여부 및 본안판단에 대하여 설명하시오.

2. 甲은 丙에 대한 소송에서 위 채권자취소소송의 승소판결을 받았으며, 이 판결은 확정되었다. 한편, 乙은 丙에 대한 甲의 사해행위취소소송의 변론종결 전인 2017. 9. 10. 위 X토지를 약의인 丁에게 증여하는 계약을 체결하고 丁 명의로 소유권이전등기를 경료하였다. 이와 관련하여 甲은 2017. 9. 20. 丁이 乙의 아들이며, 乙이 위 토지를 잃을 것에 대비해 증여한 것이라는 사실을 알게 되었다. 丙에 대한 甲의 소송이 확정되고 나서 甲은 2018. 9. 21. 丁을 상대로 원상회복청구소송을 다시 제기하였다. 甲은 乙과 丁은 모두 약의이므로 丁 명의 소유권이전등기의 말소를 청구한다는 취지의 주장을 하였다. 법원이 甲의 소의 적법여부에 대하여 어떠한 판결을 할지 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

채권자취소소송에서 취소와 원물반환을 병합시킬 수 있는지 여부를 살펴보아야 한다. 한편 채권자취소소송의 피고적격과 특정채권의 보전을 위한 채권자취소소송이 가능한지 여부가 주요한 쟁점이다.

#### 2. 근저당권계약취소에서 乙의 피고적격

##### (1) 문제점

근저당권계약취소는 채권자취소소송인데, 형성의 소인 경우 당사자적격이 법정되어야 한다. 근저당권말소계약의 취소의 법적 성질에 대하여 검토할 필요가 있다.

##### (2) 채권자취소소송의 당사자적격

###### 1) 채권자취소소송의 성질

학설의 견해의 대립이 일부 있으나,<sup>62)</sup> 채권자취소소송과 원상회복의 소송은 필연적으로 형성의 소와 이행의 소가 병합된 것으로서 보고 소의 이익을 판단하는 것이 일반적인 견해이다.

###### 2) 형성의 소의 당사자적격

62) 1)형성권설 2)청구권설 3)절충설 4)책임설 5)채권설 등



법정된 형성의 소는 엄격한 당사자적격을 필요로 한다. 채권자취소소송에서는 수익자 또는 전득자만을 피고로 삼을 수 있으며, 채무자는 피고적격이 없다고 보는 것이 판례의<sup>63)</sup> 태도이며 형성의 소 성질에서 당연한 귀결이다.

### (3) 소결

근저당권계약취소소송은 형성의 소로서 채무자는 피고적격이 없다. 따라서 근저당권취소계약은 취소소송의 피고 이외의 자인 수익자 내지 전득자여야 한다. 부적법한 소이다.

## 3. 乙을 상대로 한 근저당권말소등기 청구소송의 적법성

### (1) 이행의 소에서 당사자적격

이행의 소의 청구의 주장은 자체로 정당성을 갖는다. 집행은 목적을 주장한 사안은 자체로 본안적격을 갖기 때문이다. 본안판단 후에 권리가 인정되지 않는다면 청구기각판결을 한다. 그러나 구체적인 경우 청구적격은 집행불능을 대비할 수 있으므로 권리보호자격으로 소의 이익이 누락될 수 있다.

### (2) 등기말소청구소송의 당사자적격

#### 1) 학설

본안적격의 문제에 불과하므로 피고적격 흠결의 문제로 보는 것은 부당하다는 학설의 지적이 있다. 판례의 태도에 따르면 乙을 피고로 하는 근저당권말소등기청구소송은 피고적격이 흠결된 것으로서 각하하여야 할 것이다.

#### 2) 판례

등기의 말소를 구하는 소는 그 등기명의자를 피고로 삼지 않는다면 승소하더라도 이를 집행할 수 없으므로 소의 이익이 있다고 볼 수 없고, 따라서 그 등기명의자만이 피고적격을 가지는 것으로 보는 것이 판례의 태도이다.

### (3) 소결

이행의 소는 집행을 대비한 소송이므로 집행이 불가능하거나 할 수 없는 경우에는 소의 이익이 있다고 할 수 없다. 등기의무자 아닌 자에 대한 집행은 불가능하므로 소의 이익이 없는 부적법이 발생한다.

## 4. 丙을 상대로 한 채권자취소청구의 본안판단

### (1) 채권자취소소송의 본안요건

#### 1) 채권자취소의 소송물

채권자취소소송에서 민법 제405조에 의하여 원고는 본안의 요건으로서 ① 채권자가 채무자에 대하여 채권을 가질 것 즉, 피보전채권의 존재, ② 채무자가 재산권을 목적으로 하는 법률행위를 하였을 것, ③ 그 법률행위가 채권자를 해할 것, ④ 채무자의 악의 등을 주장 증명하여야 한다.

63) 대판 2004.8.30. 2004다21923: [1] 채권자가 채권자취소권을 행사하려면 사해행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자를 상대로 그 법률행위의 취소를 청구하는 소송을 제기하여야 되는 것으로서 채무자를 상대로 그 소송을 제기할 수는 없다. [2] 채권자가 전득자를 상대로 하여 사해행위의 취소와 함께 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우에 그 취소의 효과는 채권자와 전득자 사이의 상대적인 관계에서만 생기는 것이고 채무자 또는 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 미치지 않으므로, 이 경우 취소의 대상이 되는 사해행위는 채무자와 수익자 사이에서 행하여진 법률행위에 국한되고, 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는다.

## 2) 특정물채권에 대한 채권자취소권

판례는 채권자취소권은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 일반재산을 감소시키는 행위를 한 경우에 그 행위를 취소하여 채무자의 재산을 원상회복시킴으로써 채무자의 책임 재산을 보전하는 권리이므로, 특정물채권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않는다.

### (2) 丙에 대한 근저당권말소등기청구의 요건

이행의 소에 해당하는 丙을 상대로 한 근저당권말소등기 청구는 채권자취소청구가 인용되어 그 판결이 확정됨으로써 매매계약이 취소될 것을 본안요건으로 하는 원상회복청구이다.

### (3) 사안의 경우

甲이 내세울 수 있는 피보전채권은 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기청구권으로서 특정물채권에 해당하여, 丙에 대한 채권자취소청구는 본안의 요건을 갖추지 못하였으므로 법원은 청구를 기각하여야 한다. 또한 丙을 상대로 한 채권자취소청구가 기각되는 이상 근저당권말소등기청구도 인용될 수 없으므로, 법원은 청구를 기각하여야 한다.

## 5. 사례의 해결

乙에 대한 채권자취소소송과 근저당말소청구소송을 각하한다.

丙에 대한 채권자취소소송은 특정물채권의 보전을 위한 소송이므로 청구기각의 판결을 한다. 근저당말소등기청구도 인용될 수 없으므로 기각판결을 한다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 제기

전득자에 대한 채권자취소소송을 제기할 경우 원상회복청구와 따로 사해행위취소를 신청하지 아니한 경우 원상회복청구에 사해행위취소의 청구의사가 포함되어 있는 것으로 볼 것인지, 아니면 법원의 법적 관점 지적의무를 인정할 것인지 문제이다. 전득자에 대한 채권자취소소송의 경우에도 제척기간 규정이 적용되는지 여부와 그 기산점을 검토한다.

### 2. 신청취지의 해석과 지적의무

#### (1) 소송물의 불특정과 석명의무

민사소송법 제135조와 제136조는 법원은 소송의 진행하고 불분명한 경우 석명권을 행사하여야 한다는 취지를 명문으로 인정하고 있다. 소극적 석명의 경우는 문제가 없으나 적극적 석명의무를 인정하여야 하는지는 다툼이 있다. 다만 법적 관점은 법원의 지적의무를 두고 있으므로 지적의무의 요건에 부합한다면 이를 주저할 필요가 없다.

#### (2) 채권자취소소송에서 소송물의 불특정

취소는 상대적 효력밖에 없으므로, 원고는 수익자와 전득자 각각에 대해 사해행위의 취소를 청구하여야 한다. 원고는 丁에 대해서는 원상회복을 청구하였으나 청구취지에는 말소를 구한다는 의미가 불명확하므로 보정이 되지 않는다면 소송물 불특정으로 부적법하다. 따라서 불특정에 관한 법원의 보정명령이나 이에 준하는 석명권을 행사하여야 한다.

#### (3) 법원의 지적의무

사안의 경우 원고청구의 취지를 선행하여 원상회복의사에 사해행위취소의 의사가 포함된 것으로 볼 수 있는 여지가 있다. 적어도 주장 자체의 모순을 이유로 법원은 제136조 제4항의 지적의무를 이행하여 치유가 가능하다.

### 3. 제소기간의 기산점 준수여부

#### (1) 채권자취소권의 제척기간

##### 1) 제척기간의 의미

권리에 대하여 법률이 예정하는 존속기간이 이른바 제척기간이다. 법정기간의 경과로써 당연히 권리의 소멸을 가져오는 것이다. 권리의 존속기간인 제척기간이 만료하게 되면 그 권리는 당연히 소멸하는 것이 된다. 제척기간은 당연히 효력을 발생하기 때문에 법원은 이를 기초로 재판하여야 한다.

#### (2) 제척기간과 제소기간

##### 1) 제척기간의 실체법적 의미

채권자취소권의 행사는 소로써 하며, 이 소는 채권자가 취소원인을 안 날부터 1년, 법률행위가 있는 날부터 5년 내에 제기하여야 한다(민법 제406조 2항). 판례에 따르면<sup>64)</sup> 채권자가 단순히 사해행위가 있음을 안 때가 아니라, 나아가 그로 인하여 공동담보 부족을 인식하였을 때가 제척기간의 기산점이 된다. 채무자나 수익자 또는 전득자의 악의까지 알 필요도 없다고 한다.

##### 2) 제척기간의 소송법적 효과

채권자취소권은 상대적 효력을 가지는 실체법상 고유한 권리이며, 수익자에 대한 취소권행사의 효력은 전득자에게 미치지 아니한다. 소송법적인 효력은 제소기간에 해당하는 절대적인 효력이 발생한다. 제척기간의 준수 역시 수익자와 전득자 각자에 대해 독립하여 요구된다.

#### (3) 사례에의 적용

제척기간의 기산점은 乙이 자신의 유일한 재산을 처분한 사실을 원고가 안 날인 2017. 9. 20.이다. 수익자 乙은 물론 전득자 丙에 대한 제척기간은 2018. 9. 20.에 경과한다. 원고는 丁에 대해 제척기간이 경과된 뒤인 2018. 9. 21.에 사해행위취소소송을 제기하였으므로

64) 대판 2018.4.10. 2016다272311: [1] 채권자취소권의 행사에서 그 제척기간의 기산점인 '채권자가 취소원인을 안 날'은 채권자가 채권자취소권의 요건을 안 날, 즉 채무자가 채권자를 해함을 알면서 사해행위를 하였다는 사실을 알게 된 날을 말한다. 이때 채권자가 취소원인을 알았다고 하기 위해서는 단순히 채무자가 재산의 처분행위를 하였다는 사실을 아는 것만으로는 부족하며, 구체적인 사해행위의 존재를 알고 나아가 채무자에게 사해의 의사가 있었다는 사실까지 알 것을 요한다. 사해행위의 객관적 사실을 알았다고 하여 취소원인을 알았다고 추정할 수는 없고, 그 제척기간의 도과에 관한 증명책임은 사해행위취소소송의 상대방에게 있다. 그리고 사해행위가 있는 후 채권자가 취소원인을 알면서 피보전채권을 양도하고 양수인이 그 채권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사하는 경우에는, 채권의 양도인이 취소원인을 안 날을 기준으로 제척기간 도과 여부를 판단하여야 한다.[2] 사해행위취소소송에서 수익자의 악의는 추정되므로 해당 법률행위 당시에 채권자를 해함을 알지 못하였다는 점은 수익자가 증명하여야 한다. 이 경우 수익자가 채권자를 해함을 알았는지 아닌지는 채무자와 수익자의 관계, 채무자와 수익자 사이의 처분행위의 내용과 그에 이르게 된 경위 또는 동기 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 논리와 경험의 법칙에 따라 합리적으로 판단하여야 한다. [3] 근저당권설정계약을 사해행위로 취소하는 경우 경매절차가 진행되어 타인이 소유권을 취득하고 근저당권설정등기가 말소되었다면 원물반환이 불가능하므로 가액배상의 방법으로 원상회복을 명한다. 이때 이미 배당이 종료되어 수익자가 배당금을 수령한 경우에는 수익자로 하여금 배당금을 반환하도록 명하고, 배당표가 확정되었으나 채권자의 배당금지급금지가처분으로 인하여 수익자가 배당금을 현실적으로 지급받지 못한 경우에는 배당금지급채권의 양도와 그 채권양도의 통지를 명한다. 만약 채권자가 배당기일에 출석하여 수익자의 배당 부분에 대하여 이의를 하였다면 그 채권자는 사해행위취소의 소를 제기함과 아울러 원상회복의 방법으로 배당이익의 소를 제기할 수 있다.

제소기간을 준수하지 못하였다.

#### 4. 설문의 해결

원고의 소는 소송물이 명확하지 아니하므로 법원은 소송물의 특정에 대한 지적의무가 있으며 이에 응하지 않는 경우 부적법각하의 대상이다. 한편 원고의 丁에 대한 소는 제척기간의 제한을 받는다. 채권자취소소송에서의 제척기간은 제소기간이므로 법원은 직권조사하여 소각하판결을 하여야 한다.

## 10. 선정당사자의 행위의 효력

甲, 乙, 丙, 丁은 X 소유 명의의 다가구주택 각 호실을 임차하기 위하여 X의 대리인 戊를 통하여 각각 임대차계약을 체결하였다. 그 후 임대기간이 종료된 뒤 甲 등이 X에 대하여 각 임차보증금의 반환을 청구하자, X는 위 주택의 실제 소유자는 자신이 아니고 임차보증금을 모두 수령한 대리인인 戊에게 책임이 있다고 주장하였다. 이에 甲 등은 戊를 상대로 임차보증금의 반환을 청구하는 소를 제기하였다. 이 소송에서 乙, 丙, 丁은 甲을 선정당사자로 선정하여 소송을 수행하고 있었다. 乙, 丙, 丁은 甲의 선정을 부적법한 선정이라고 주장하면서 선정을 취소하였다. 그러나 선정 취소사실이 戊에게 알려지기 전에 甲이 소를 취하하였다. 이 경우 선정당사자의 지위와 소의 취하 여부를 설명하시오.

### 1. 문제의 제기

우선 선정당사자를 공동소송의 주관적 병합요건 중 제3유형(동종사건, 65조 후문)에 포함시킬 수 있는지 검토한다. 선정자는 당사자적격을 유지하여 별개의 소를 제기하더라도 부적법하지 않는다. 선정취소사실을 상대방에게 통지하기 전에 한 선정당사자 소취하는 그 효력을 발생시키

### 2. 선정당사자의 지위

#### (1) 선정의 효력

선정당사자란 공동의 이해관계를 가진 여러 사람이 원고 또는 피고로서 공동소송인이 되어 소송을 수행하여야 할 경우에, 그 가운데서 모두를 위해 소송을 수행할 당사자로 선출된 자를 말한다(53조1항). 선정당사자를 선임하는 경우 선정자들의 지위는 당사자적격을 상실한다. 이에 대하여 당사자적격이 유지된다는 견해도 있으나 다수설과 판례는 당사자의 지위는 선정당사자만을 인정한다. 소송행위는 선정당사자만이 당사자의 지위는 갖는다.

#### (2) 선정당사자의 적법여부

##### 1) 여러 사람 공동의 이해관계

65조 후문에 해당하는 사안의 경우 공동의 이해관계를 인정할 수 있는지 여부가<sup>65)</sup> 문제된다. 이는 제65조 후문과 주요한 공격방어방법이 공통이 될 것을 요건으로 한다.

##### 2) 공동의 이해관계가 있는 자 중에서 선정할 것

공동의 이해관계가 없는 제3자를 선정할 수 있도록 허용하면 변호사대리의 원칙을 잠탈할 위험이 있기 때문이다.

#### (3) 사안에의 적용과 해결

甲, 乙, 丙은 제76조 후문에 해당하는 공동소송인으로서 임차보증금의 반환에 관한 주요한 공격방어방법이 공통되므로 제53조 제1항에서 말하는 공동의 이해관계가 인정된다고 보아 적법한 선정당사자로서 소송행위를 할 수 있다. 선정자의 주장은 타당하지 않다.

### 3. 소취하의 효력

#### (1) 선정당사자 자격의 상실과 당사자변경

선정자는 소송계속 중 어느 때나 선정을 취소할 수 있다. 선정취소에 의해 선정당사자는 당사자로서의 자격을 상실한다. 기존의 선정당사자에 대하여 선정을 취소하고 다른 자를

65) 대판 1997.7.25, 97다362는 원칙적으로 부정, 그러나 사안의 대판 1999.8.24, 99다15474는 허용

선정당사자로 선정하면 선정당사자 변경이 발생한다.

**(2) 법원에 통지된 경우 소취하 거부**

선정당사자를 변경할 때에는 법정대리권 소멸의 경우에서처럼 상대방에게 통지하지 아니하면 상대방에 대하여 종전 선정당사자의 소송수행권 소멸사실을 주장하지 못한다. 다만 법원에 선정당사자 변경 사실이 알려진 뒤에는 종전의 선정당사자는 제56조 제2항의 소송행위를 하지 못한다(63조2항·1항). 따라서 선정당사자를 변경할 경우에는 조속히 상대방에게 소멸사실을 통지하거나 아니면 적어도 법원에 선정당사자변경사실을 알릴 필요가 있다.

**(3) 사안의 경우**

선정자가 선정당사자의 선정을 취소하였으나, 이 사실을 상대방 당사자에게 알리기 전에 甲이 소를 취하하고 말았다. 이에 따라 소취하는 그 효력을 발생한다. 그러나 만약 선정취소사실이 법원에 알려진 뒤에 소를 취하한 경우라면 그 효력이 발생하지 아니한다. 소취하는 제56조 제2항에서 규정하는 소송행위이기 때문이다.

**4. 사안의 해결**

적법하게 선정된 당사자의 경우에도 선정을 취소할 수 있으나, 적법한 선정당사자는 또한 소는 유효하게 취하하여 그 효력을 발생시킨다. 다만, 법원이 선정취소사실을 안 경우라면 소취하는 그 효력이 없다.

대판 2015.1.29. 2014다34041

사망자를 피고로 하는 소제기 상태에서 선고된 제1심판결의 효력(당연무효) 및 이 경우 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청이 적법한지 여부(소극) 및 이러한 법리는 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극) - 사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다. 이러한 법리는 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용된다.<sup>66)</sup>

대판 1988.6.14. 87다카2753

채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다

대판 2014.1.23. 2011다108095

채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우, 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는지 여부(소극) - 민사소송법 제218조 제3항은 '다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다.'고 규정하고 있으므로, 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우 채권자가 채무자에 대하여 민법 제405조 제1항에 의한 보존행위 이외의 권리행사의 통지, 또는 민사소송법 제84조에 의한 소송고지 혹은 비송사건절차법 제49조 제1항에 의한 법원에 의한 재판상 대위의 허가를 고지하는 방법 등 어떠한 사유로 인하였든 적어도 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 때에는 그 판결의 효력이 채무자에게 미친다고 보아야 한다. 이때 채무자에게도 기판력이 미친다는 의미는 채권자대위소송의 소송물인 피대위채권의 존부에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 피보전채권의 존부에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다. 따라서 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 채무자를 대위할 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우 그 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는 것은 아니다.

66) 소송계속의 발생시기에 대해 ① 소장부분송달시절에 따르면 제소 후 소장부분송달 전에 피고가 사망한 경우 비록 소를 제기한 때에는 피고가 생존하였다는 점에서 제소 전에 사망한 경우와 다르지만, 이당사자대립구조는 소송계속시에 필요한 것이므로, 이 경우는 소제기 전에 사망한 경우와 동일하게 취급하면 된다고 본다. 다만 위 기간에 원고가 사망한 경우에는 제233조를 유추하여 상속인이 소송을 수계하여야 한다고 해석한다(정동윤·유병현; 이시윤 등). 이에 반하여 ② 소장제출시절에 의하면 이 경우 소송계속 후 변론종결 전에 사망한 경우와 동일하게 취급된다.

대판 2015.9.10, 2013다55300

채권자대위소송에서 제3채무자가 채권자의 채무자에 대한 권리의 발생원인이 된 법률행위가 무효라거나 변제 등으로 소멸하였다는 등의 사실을 주장하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지를 다룰 수 있는지 여부(적극) 및 이 경우 법원은 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지에 관하여 직권으로 심리·판단하여야 하는지 여부(적극)

채권자가 채권자대위소송을 제기한 경우, 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변권이나 형성권 등과 같이 권리자에 의한 행사를 필요로 하는 사유를 들어 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다룰 수 없지만, 채권자의 채무자에 대한 권리의 발생원인이 된 법률행위가 무효라거나 위 권리가 변제 등으로 소멸하였다는 등의 사실을 주장하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다투는 것은 가능하고, 이 경우 법원은 제3채무자의 주장을 고려하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부에 관하여 직권으로 심리·판단하여야 한다.

대판 2016.4.12, 2015다69372

채권자가 채권자대위소송을 제기하기 하루 전에 채무자가 이미 별개의 소송을 통하여 제3채무자를 상대로 반소를 제기하였으나 이후 위 반소가 적법하게 취하된 경우에, 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 동일한 권리를 행사한 채권자대위소송의 적법 여부  
① 채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이어서, 채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다.

② 채권자대위권의 인정 취지가 채무자가 스스로 권리행사를 하고 있는 경우에만 채무자의 재산관리의 자유를 부당하게 간섭케 하여 채권자에게 그 대위권의 행사를 허용할 수 없으므로 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있다는 점, 채권자가 대위권을 행사할 당시 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 설사 패소확정판결을 받았다고 하더라도 채권자는 채무자를 대위하여 권리를 행사할 당사자적격이 없으므로 채권자가 동일 소송물에 대한 채권자대위소송을 제기하면 그 소송은 각하된다는 점 등을 고려할 때에, 채무자가 반소를 제기한 후 설령 그 반소가 적법하게 취하되었다고 하더라도 반소 후에 제기된 채권자에 의한 채권자대위권의 행사는 부적법하다고 보아야 할 것이다.

③ 원심은, 이 사건 소송이 제기되기 하루 전에 이미 채무자가 제3채무자를 상대로 소송(반소)을 제기한 사실은 인정하면서도, 이후 채무자가 위 반소를 취하하였고 제3채무자인 상대방도 이에 동의하였으며, 그렇다면 반소가 취하되면 처음부터 소송이 계속되지 아니하였던 것과 같은 상태에서 소송이 종료되어 위 반소의 소송계속이 소급적으로 소멸되는바(민사소송법 제270조, 제267조 제1항), (이제는 채무자가 권리를 행사하는 것으로 볼 수 없다고 보아) 채권자의 채권자대위권 행사와 관련하여 채권자에게 당사자적격이 없다고는 볼 수 없다고 판단하였다. 이에 대해 대법원은 위와 같은 이유로 채무자가 이미 반소를 제기한 후에 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 동일한 권리를 행사하며 제기한 이 사건 소는 당사자적격을 흠결하여 부적법 각하하여야 한다고 본 사례이다.

대판 2016.4.29, 2014다210449



[1] 당사자의 소송대리인에 대한 소송위임 후 소 제기 전 사망 시 소의 적법 여부 - 당사자가 사망하더라도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 아니하므로(민사소송법 제95조 제1호), 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전에 사망하였는데 소송대리인이 당사자가 사망한 것을 모르고 그 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기하였다면 이러한 소의 제기는 적법하고, 시효중단 등 소제기의 효력은 상속인들에게 귀속된다. 이 경우 민사소송법 제233조 제1항이 유추적용되어 사망한 사람의 상속인들은 그 소송절차를 수계하여야 한다.

[2] 상속인 등이 취하여야 할 조치 - 한편 당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차가 중단되지 아니하고(민사소송법 제238조, 제233조 제1항), 그 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되며, 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다(대판 1995.9.26. 94다54160 등 참조). 이 경우 심급대리의 원칙상 판결정본이 소송대리인에게 송달되면 소송절차가 중단되므로 항소는 소송수계절차를 밟은 다음에 제기하는 것이 원칙이다. 다만 제1심 소송대리인이 상소제기에 관한 특별수권이 있어 상소를 제기하였다면 그 상소제기 시부터 소송절차가 중단되므로 항소심에서 소송수계절차를 거치면 된다. 그리고 소송절차 중단 중에 제기된 상소는 부적법하지만 상소심법원에 수계신청을 하여 그 하자를 치유시킬 수 있으므로(대판 1980.10.14. 80다623 판결), 상속인들로부터 항소심 소송을 위임받은 소송대리인이 소송수계절차를 취하지 아니한 채 사망한 당사자 명의로 항소장 및 항소이유서를 제출하였더라도, 상속인들이 항소심에서 수계신청을 하고 소송대리인의 소송행위를 적법한 것으로 추인하면 그 하자는 치유된다 할 것이고, 추인은 묵시적으로도 가능하다. 甲이 법무법인 丁(이하 '丁'이라 함)에 소송위임을 한 다음 사망하였고, 丁은 그러한 사실을 모른 상태에서 甲을 원고로 표시하여 이 사건 소를 제기하였다고 볼 여지가 충분히 있고, 그 경우 丁이 甲을 대리하여 소를 제기한 것은 甲의 소송위임에 의한 것으로서 적법하며 제1심 소송절차가 중단되지 아니한 채 甲의 소송대리인 丁이 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하여 선고된 제1심판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다고 할 것이고, 또한 제1심판결 선고 후 甲의 상속인인 乙, 丙이 법무법인 戊(이하 '戊'라 함)를 소송대리인으로 선임하여 戊가 甲 패소 부분에 대하여 甲 명의로 항소를 제기하였더라도 그 후 소송수계신청을 함으로써 乙, 丙이 원고 甲에 대한 소송절차를 적법하게 수계한다 할 것이고, 수계신청 전 戊가 甲 명의로 한 소송행위를 추인함으로써 戊의 종전 소송행위의 하자도 치유된다 할 것이므로, 원심으로서의 소송위임장의 작성일과 작성주체, 소송에 필요한 서류의 발급일과 발급주체, 소송대리인에 대한 수임료 지급관계 등을 조사하여 과연 甲이 사망 전에 丁에게 이 사건 소송을 위임한 사실이 있는지 심리·판단하였어야 하고, 만약 甲이 사망 전에 丁에게 소송위임을 한 것으로 인정된다면, 乙, 丙의 소송수계신청을 받아들여 乙, 丙이 상속한 甲의 위자료 유무에 관하여 본안으로 나아가 판단했어야 마땅함에도 이러한 점을 심리하지 아니한 채 원고 甲의 소가 부적법하다고 각하한 원심판결을 파기한 사례이다.

## 제4절 소송능력과 변론능력

### 1. 미성년자의 소송행위

미성년자 甲(17세 미혼)이 乙에 대하여 대여금청구의 소를 제기하였다.

1. 甲의 소 제기에 대해서 제1심법원은 어떠한 조치를 취하여야 하는가 ?
2. 제1심법원은 甲이 미성년자임을 간과하고 甲패소의 본안판결을 선고하였고 이에 甲이 항소하였다. 이 경우에 항소심 법원은 어떠한 조치를 취할 수 있는가 ?
3. 甲은 제기한 소를 스스로 취하였다. 이 경우 법원의 조치는 ?

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제점

사안에서 미혼의 미성년자 甲이 乙에 대하여 대여금청구의 소를 제기하였는데 이와 같은 소 제기가 적법한지 여부와 법원의 조치가 문제되는데, 미성년자의 소송행위의 효력을 먼저 검토하고 판단하기로 한다.

#### 2. 미성년자의 소송행위의 효력

##### (1) 원칙

민법상 행위무능력자는 소송능력이 없으므로 미성년자 甲은 소송능력이 없다. 그리고 민사 소송절차에서 소송능력은 개개 소송행위의 유효조건이므로 소송무능력자의 소송행위는 무효이다. 이 점에서 일단 유효함을 전제로 취소할 수 있는 행위로 취급하는 민법상 행위무능력자의 법률행위와 구별된다. 소송절차의 안정을 위해서이다.

##### (2) 소송무능력자의 행위가 유효로 되는 경우

소송무능력자의 소송행위는 무효이지만, 확정적 무효는 아니며, 유동적 무효이다. 무능력자의 소송행위라도 본인에게 반드시 불리한 것이라 단정할 수 없고, 소송경제에도 도움이 되기 때문이다. 따라서 법정대리인이 추인하면 그 행위시에 소급하여 유효로 되며(법 제60조), 미성년자가 성년이 된 후에 묵시적으로 추인하였다고 보여지는 경우에도 소송능력의 흠결은 치유된다.

##### (3) 미성년자라도 유효하게 소송행위를 할 수 있는 경우

미성년자라도 예외적으로 ① 혼인을 한 경우, ② 법정대리인의 허락을 얻어 영업에 관한 법률행위를 하는 경우와 같이 독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우, ③ 근로계약의 체결이나 임금의 청구를 하는 경우에는 소송능력이 있으므로 유효하게 소송행위를 할 수 있다. 다만 민법의 원칙과 달리 i) 법정대리인의 동의를 얻어 법률행위를 하거나, ii) 처분을 허락받은 재산으로 한 처분행위는 소송능력이 인정되지 않는다. 이는 소송행위가 연속적이고 또 복잡하여 앞을 내다보기 어렵기 때문이다.

##### (4) 설문의 경우

사안의 경우 미성년자 甲은 소송능력이 없고, 법정대리인의 추인이 있다는 사정도 없으며, 미성년자가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 경우에도 해당되지 않는다. 따라서 미성년자 甲의 소제기는 부적법하다.

### 3. 소송요건에 대한 처리단계

#### (1) 소장의 적식심사단계

제249조 제1항은 소장에는 당사자, 법정대리인, 청구의 취지와 원인을 기재하여야 한다고 규정하고 있고, 필요적 기재사항의 기재여부는 소장심사단계에서 판단하도록 되어 있는데, 이 단계에서 소송무능력자임을 확인하게 된 때에는 법정대리인에 대한 표시가 누락된 것으로 보아 법정대리인을 특정할 것에 대한 보정을 명하여야 하고, 특정되지 아니한 경우 소장각하명령을 하여야 한다.

#### (2) 소제기의 적법심사단계

원칙적으로 법원은 소송요건의 흠이 있는 경우 당해 소를 각하하여야 할 것이나, 흠을 보정할 수 있는 때에는 즉시로 각하하기보다는 보정명령을 발하고, 보정명령을 하였음에도 이에 응하지 않는 경우에 각하를 하는 것이 타당하다(법 제59조).

#### (3) 사안의 경우

소송무능력자가 능력자로 되거나, 법정대리인의 추인에 의하여 보정될 수 있는데, 법원은 즉시로 각하하기 보다는 추인여부에 대한 보정을 명하고 보정여부에 따라 당해 소를 각하하여야 한다

### 4. 법원의 조치

미성년자의 행위는 소송능력이 흠결의 행위로서 부적법한 상태이다. 따라서 법원은 적식에 관한 문제인지 적법에 관한 문제인지 판단하여 소장각하명령이나 소각하판결한다. 다만 특정이 된 경우 소각하판결한다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제점

甲의 항소제기에 의해 항소심법원은 우선 항소의 적법여부를 판단하고, 적법하다면 항소의 유가 있는지 판단하게 된다.

### 2. 항소의 적법 여부

#### (1) 항소의 적법요건

항소가 적법하기 위해서는 ① 항소의 대상적격이 있어야 하고, ② 적식의 항소제기, 즉 항소장을 판결정본의 송달일로부터 2주 내에 원심법원에 제출하여야 하며, ③ 항소의 이익이 있어야 하고, ④ 당사자자격을 구비하여야 한다. 사안에서는 ②의 요건과 甲이 패소하였으므로 ③의 요건은 문제되지 않으나, 특히 ① 甲의 소송무능력을 간과한 본안판결이 항소의 대상적격이 있는지 여부와 ④ 甲은 소송무능력자이므로 당사자자격이 없어 항소각하를 하여야 하는지 문제된다.

#### (2) 항소의 대상적격 여부

항소의 대상적격이 있으려면 선고된 종국판결이 유효한 판결이어야 하는데, 사안과 같이 미성년자 甲이 패소의 본안판결을 받은 경우에는 그 판결의 효력에 관하여 견해가 대립한다.

### 1) 학설의 대립

① 절차보장의 견지에서 甲의 소송무능력을 간과한 甲 패소의 본안판결은 무효라고 보는 무효설, ② 위와 같은 판결이 당연무효라고는 볼 수 없고, 일응 유효한 판결이며 확정 전에는 상소로(법 제424조 제1항 제4호), 확정 후에는 재심으로(법 제451조 제1항 제3호) 구제받을 수 있다는 상소·재심설(통설)의 대립이 있다.

### 2) 검토

무능력을 간과한 판결이라고 하여 당연무효라고 할 만큼 중대한 하자가 있는 것은 아니라는 점, 절차안정·소송경제 등을 고려해야 한다는 점에 비추어, 통설의 입장이 타당하다고 본다. 따라서 사안의 제1심판결은 유효하다고 할 것이며, 항소의 대상적격이 있다.

### (3) 검토

이에 대해서 통설은 미성년자임을 간과하여 행해진 미성년자 패소의 본안판결에 대하여 제1심판결이 소송무능력을 간과한 하자가 있음을 이유로 미성년자가 단독으로 제기한 항소를 적법하다고 인정한다. 그 논거로 이 항소를 활용하여 능력흠결을 간과한 제1심판결을 취소하고 소 각하의 자판을 항소심에서 하도록 함으로써 본안패소의 1심판결로부터 미성년자를 구제하는 것이 소송무능력제도의 취지에 부합하는 해석이라는 점을 든다. 따라서 항소심법원은 항소각하판결을 할 수 없다고 보아야 한다. 따라서 항소는 적법하며, 이때 항소심법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지 검토한다.

## 3. 항소심법원의 조치

### (1) 소송능력의 조사와 보정

소송능력의 유무는 법원이 절차의 어느 단계에서도 조사해야 할 직권조사사항이다. 사안에서 항소심법원이 甲의 소송능력 유무를 조사하여 여전히 소송능력이 없다고 판단한 경우, 위에서 본 바와 같이 항소각하를 할 수는 없고, 우선 보정을 명하여 법정대리인이 법원의 보정명령에 의하여 추인하면 제1심판결의 하자는 치유되고 항소심은 본안판단을 하면 된다. 그러나 甲측에서 법원의 보정명령에 불응하는 경우에 항소심법원의 조치에 대해서는 학설이 대립한다.

### (2) 항소심법원의 조치

① 甲의 심급의 이익을 보장하기 위해서 원심판결을 취소·환송하자는 견해도 있으나, ② 항소심법원은 제1심이 소송무능력을 간과하여 내린 판결이 위법임을 이유로 항소를 인용하여 제1심판결을 취소하고 소 각하판결을 하여야 한다는 견해가 통설의 입장이다. 생각건대 우리 법은 임의적 환송제도를 폐지하였으며, 제418조의 필수적 환송은 소 각하의 제1심판결을 취소하는 경우에만 인정되는 것이라는 점에 비추어, 통설이 타당하다고 본다.<sup>67)</sup>

---

67) 한편 미성년자가 청구인용판결을 선고받은 경우, ① 패소한 상대방은 신의직상 소송능력의 흠결을 주장할 이익이 없고, ② 승소한 미성년자 역시 상소 또는 재심으로 이를 취소할 이익이 없다. 따라서 미성년자가 1심에서 승소판결을 받은 경우에 미성년자나 상대방의 항소에 대하여 항소심은 그 이익이 없음을 이유로 항소각하판결을 하여야 한다.

#### 4. 결론

### III. 설문 3에 대하여

#### 1. 미성년자의 소 제기

미성년자가 단독으로 행한 소송행위는 무효이다. 다만, 절대적 무효가 아니라, 이른바 유동적 무효이므로 법정대리인의 추인이 있으면 유효로 된다. 미성년자가 단독으로 한 소송행위가 소 제기인 경우, 소송능력의 흠으로 소는 부적법하므로 각하되어야 한다.

#### 2. 미성년자의 소취하권의 발생여부

##### (1) 소송 계속의 발생

소의 제기가 소송요건을 흠결하여 부적법한 경우에도 소장부분이 피고에게 송달<sup>68</sup>시 소송 계속은 있다고 보는 것이 통설이다. 미성년자의 상대방은 법원에 대하여 본안 전 항변으로 미성년자가 제기한 소를 판결로써 각하하여 줄 것을 요구할 수 있는데 이는 미성년자가 제기한 소라도 소송 계속이 있기 때문이다.

##### (2) 소취하의 여부

미성년자가 단독으로 제기한 소는 무효이지만, 소송 계속은 있다고 해야 하는데, 그러한 소제기를 미성년자 스스로 취하할 수 있는지 문제된다. 소의 제기 자체가 소송능력이 흠결된 상태에서 이루어졌으므로, 그러한 부적법한 소송 계속을 소멸시키기 위해서는 구태여 소송능력을 갖출 필요가 없다는 점, 이를 허용함이 미성년자 보호라는 원래의 목적에 부합하는 해석이라는 점에 비추어, 미성년자 스스로 소를 취하할 수 있다.

#### 3. 소취하서의 효력

##### (1) 상대방이 본안에 관하여 변론을 하지 않은 경우

상대방이 본안에 관하여 응소를 하지 않은 경우에는 상대방에게 청구기각판결을 받을 이익이 생기지 않았기 때문에 미성년자는 상대방의 동의를 얻지 않아도 소를 취하할 수 있다(법 제266조 제2항). 따라서 미성년자가 소취하서를 제출한 경우에는 제출시에, 구술로 취하한 경우에는 구술시에 소취하의 효력이 발생한다(법 제266조 제3항).

##### (2) 상대방이 본안에 관하여 변론한 경우

상대방이 이미 본안에 관하여 응소를 한 경우에는 피고에게 청구기각판결을 받을 이익이 생겼기 때문에 피고의 동의를 얻어야 미성년자의 소취하는 효력이 있다(법 제266조 제2항). 따라서 미성년자가 서면으로 소취하하는 경우에는 법원은 미성년자가 제출한 소취하서를 상대방에게 송달하여야 한다(법 제266조 제4항). 소취하서면이 상대방에게 송달된 후 2주일이 지나도록 상대방이 이의를 하지 않으면 법원은 상대방이 소취하에 동의한 것으로 취급하여야 한다(법 제266조 제6항).

#### 4. 결론

---

68) 소송제한능력자가 제기한 소는 부적법한 소이지만 제기한 소의 소장부분이 피고에게 송달되면 그 송달은 유효하고 소송 계속은 있게 된다. 그러나 소장부분이 송달되었을 경우에 그 송달은 무효이며, 따라서 법정대리인에게 다시 송달되거나 추인하지 않는 한 소송 계속은 발생하지 않는다.

## 2. 법정대리권의 상실과 효력

甲과 건설사 乙과 X 건물에 대하여 도급계약을 체결하였다. 건물은 완성되어 모든 공사비용 등 3억원이 지출되었고 이에 대하여 건설사는 甲을 상대로 일의 완성 댓가를 받고자 하였다. 甲이 대금지급을 미루자 乙의 대표자 Y는 대금지급 청구소송을 제기하였다. 그러나 乙 회사의 내부사정으로 Y는 자기의 대표권을 상실시키자 보복의 감정으로 대표권이 상실된 것을 소송상대방인 甲에게 통지하지 아니하고 변론기일에 출석하여 이 사건 소를 취하한다고 진술하였고 상대방인 丙 역시 소 취하에 동의하였다. 乙회사의 새로운 대표자 X는 종전 대표자 Y의 소취하가 무효라고 주장하면서 그 효력을 다투고자 한다. 가능한 방법과 이에 대한 법원의 판단을 설명하시오.

### 1. 문제의 제기

법인의 대표자가 대표권이 상실된 후 이를 상대방에게 통지하지 아니하고 소취하를 한 경우 그 소취하의 무효를 다퉴 수 있는지 묻고 있다. 소취하가 무효인 경우 민사소송규칙 제 67조에 따라 기일지정을 신청하는 방법을 검토한다.

### 2. 법인대표권 상실과 소취하의 효력

#### (1) 법정대리권의 존재

대리권의 존재는 소송행위의 유효요건이다. 대리권이 소멸된 뒤에 한 소송행위는 그 효력이 없는 것이 원칙이나, 법은 그 효력발생요건에 대하여 특별규정을 두고 있다. 특히 법정대리권은 소멸되더라도 법적 안정성을 위하여 이 사실이 상대방에게 소멸사실을 통지하지 아니하면 소멸의 효과를 다투지 못한다(제63조 제1항 본문). 한편 법인의 대표권은 법정대리권을 준용하므로 동일한 법률적 효과를 발휘한다.

#### (2) 법인 대표권 상실 후의 소송행위의 효력

법정대리권 소멸사실이 법원에게 알려진 뒤에는 소 또는 항소의 취하 등 소송종료행위나 화해, 청구의 포기·인낙, 소송탈퇴 등 소송물처분행위는 상대방당사자에게 통지하기 전이라도 그 효력이 발생하지 아니한다(제97조, 제63조 제1항 단서). 당사자에게 중대한 효과를 발생시키는 소송행위로부터 본인을 보호하기 위한 취지이다.

#### (3) 사안의 경우

법원에 통지가 되지 아니한 상태이므로 제63조 단서의 반대 해석상 제56조 제2항의 행위는 유효하다고 할 것이므로 소취하는 유효하다.

### 3. 기일지정신청과 법원의 판결

#### (1) 소취하의 효력을 다투는 방법

소취하는 무효를 다투는 방법으로는 무효확인외의 별소를 제기하거나 종전의 소송절차 내에서 기일지정을 신청하는 방법이 있다. 그런데 소취하의 효력을 다투는 방법으로 민사소송규칙 제67조는 기일지정신청 방식에 의하도록 규정하고 있다.

#### (2) 법원의 판단

丁은 소취하 무효확인외의 별소를 제기해서는 아니 되고, 기일지정을 신청하여야 한다. 丁으로부터 기일지정신청이 있는 경우 법원은 변론을 열어 신청이유에 대해 심리하여야 하며

(민규 67조2항), 심리결과 지정신청이 이유없다고 판단할 경우에는 판결로 소송종료선언을 하여야 하며, 이유있다고 인정하면 소송종료 처리 당시의 소송정도에 따라 필요한 절차를 계속 진행하고 중간판결로써 또는 종국판결의 이유에서 그 판단을 표시하여야 한다(민규 67조3항)

### (3) 사안의 경우

소취하는 무효이기 때문에 법원은 기일지정신청을 받아들이고 종전 소송절차를 계속 진행할 것이다.

## 4. 사례의 해결

丁은 법정대리권의 존재를 이유로 한 소취하 무효를 이유로 기일지정신청을 할 수 있으며, 법원은 丁의 소취하 무효의 주장을 받아들여 종전의 소송절차를 계속 진행하여야 한다.

### 3. 법인의 대표권과 무효행위 추인

2014년 조각가인 甲은 친구 丙이 대표이사로 있는 회사인 乙과 도급계약을 체결하였다. 계약서에는 甲은 2015.3.5.까지 乙의 사옥 앞에 조각상 A, B를 제작하여 완성하고, 乙은 2015.4.1.에 조각상에 A에 대한 보수로 6,000만원을, 2015.8.1.에 조각상 B에 대한 보수로 4,000만원을 지급한다고 되어 있다. 甲은 2015.3.5.에 조각상 A와 B를 완성하였지만, 乙은 그 해가 다가도록 대금을 지급하지 않았고 이후에는 선물이 아니었냐는 태도를 보여 다툼이 이어졌다. 甲은 2018.3.12.과 2018.5.21. 두 차례에 걸쳐 내용증명 우편을 보내 대금 지급을 요구하였지만, 乙로부터는 답변이 없었다. 결국 甲은 2018.10.10.에 乙을 피고로, 丙을 그 대표자로 기재하여 대금을 청구하는 소를 제기하였다. 丙은 변호사 戊를 선임하여 소송을 대리하도록 하였고, 첫 변론기일에는 도급계약의 성립 여부가 다투어졌다. 이후 법원은 乙의 적법한 대표이사가 丙이 아니라 丁이라는 것을 밝혀내어 소를 각하하는 판결을 내렸다. 甲은 이에 불복하여 항소하였다. 항소심의 첫 변론기일에 甲은 위의 도급 내용이 나타나 있는 계약서를 찾아내어, 그 간의 내용증명 우편과 함께 제출하였고, 대표자를 丁으로 바꾸겠다고 진술하여 보정하였다. 다음 기일에는 변호가 戊가 대표이사 丁과 함께 출석하여 甲과 乙 사이에 계약이 유효하게 성립하였다고 인정하였지만, 조각상 A와 B의 대금채권에 관하여는 별다른 근거 없이 2018.4.15.자로 3년의 소멸시효(민법 제163조)가 모두 완성되었다고 주장하였다. 이에 대해 甲은 계약서와 내용증명 우편에 따라 어느 것도 소멸시효는 완성되지 않았다고 주장하였다.(우편, 송달을 비롯한 그 밖의 사항은 유효하고 적법하게 이루어진 것으로 함)

(1) 제1심 법원의 판결이 적절한지 논하시오.

(2) 丙이 선임한 戊가 항소심에서도 여전히 소송을 수행하고 있는 것에 대하여 적법한지 검토하고, 피고가 항소심에서 하는 주장에 대해 재판부가 취해야 할 조치가 있는지 설명하시오.

## I. 설문 (1)에 대하여(5점)

### 1 문제의 소재

법인의 대표이사의 소송대리권의 소송법적 의미와 그에 따른 법원이 보정명령 등 일정한 조치를 하지 아인한 부분이 적절한 검토할 필요가 있다.

### 2. 법인의 대표자의 지위

#### (1) 소송법상 법정대리인

민법상 법정대리인의 지위는 소송법상으로 법정대리인이 된다. 한편 법인의 대표자는 민사소송법 제52조의 당사자능력과 관련하여 법정대리와 법정대리인에 관한 규정을 준용하므로(제64조) 법인 등의 대표자는 법정대리인이 된다.

#### (2) 법정대리인으로서 법인의 대표자

법정대리인은 당사자는 아니지만 임의의 소송대리인을 선임할 수 있는 등 당사자에 준하는 지위를 갖고 한편 법정대리권이 없는 경우 이는 단순한 임의대리인의 무권대리문제가 아니라 본인의 사망에 해당하는 의미의 소송요건의 결여가 발생하여 부적법 혹은 소송절차의 중단 등이 문제될 수 있다.

#### (3) 사안의 경우

적법한 대표이사가 아닌 경우 이는 법정대리권이 없는 경우와 동일하므로 소는 원칙적으로 부적법하고 각하판결할 수 있다.



### 3. 소송요건 흠결의 경우 법원의 조치

#### (1) 소송요건의 흠결에 대한 판단

본안요건의 변론주의가 적용되지만 소송요건은 당사자의 주장과 관계없이 소의 적법여부를 판단하므로 원칙적으로 직권조사사항이다.<sup>69)</sup>

#### (2) 법원의 조치

##### 1) 보정명령

소송요건의 흠이 있는 경우라도 보정할 수 있으면 바로 소를 각하하는 것이 아니고 보정을 명하고 이를 기다려야 한다.(제59조) 법조문에 비추어 명하여야 하므로 이는 의무사항으로 해석할 것이다.

##### 2) 소각하판결

보정이 불가능하거나 보정할 수 없는 경우 법원은 소각판결하여야 한다.

#### (3) 사안의 경우

법원이 적법한 대표이사가 아님을 밝혔지만 보정을 명하지 아니하였으므로 소각하판결의 타당성을 별론으로 하고 이 부분은 부당하다고 생각된다.

### 4. 결론

법인의 대표이사는 법정대리인에 준하며 법정대리권은 소송요건에 해당하여 소의 적법이 문제된다. 그러나 보정이 가능하면 바로 소를 각하할 것이 아니라 보정명령을 발하여야 하므로 부적절한 판단이라고 볼 수 있다..

## II. 설문 (2)에 대하여

### 1. 문제의 소재

우선 변호사 무가 소송수행을 하는 경우 무권대리가 치유되어 유권대리로서 인정될 수 있는지 문제되며, 한편 피고가 주장한 소멸시효기산점에 대하여 법원이 이에 구속되어 판단하여야 하는지 아니면 직권으로 판단가능한지 문제된다.

### 2. 무권대리인의 소송행위 추인여부

#### (1) 법인의 소송능력

제64조에서 법인은 대표자를 통하여 법률행위를 하고 대표자는 법정대리인에 준하여 취급하고 있으므로 법인자체는 소송무능력자임을 전제로 한다. 이른바 제한능력자의 소송행위는 원칙적으로 무효이며 예외적으로 유효하다.

#### (2) 소송행위의 추인과 시기

##### 1) 소송행위의 추인

제한능력자의 소송행위는 확정적 무효는 아니며 이른바 유동적 무효로서 법정대리인의 추인이 가능하고 소급하여 유효가 될 수 있다.(제60조) 이 경우 명시적 묵시적 관계없이 가능하다고 볼 것이며, 다만 일부추인은 허용되지 아니한다.

69) 이에 대한 직권조사사항의 의미에 대하여 점수배점 등을 고려해 볼 때 장황하게 서술할 필요가 없다고 본다.

## 2) 소송행위 추인의 시기

추인의 시기는 소급효가 있으므로 절대적이므로 심급대리의 경우도 동일한 소송대리인의 소송행위에 대한 추인이 가능하다고 본다.

### (3) 사안의 경우

변경된 적법한 대표이사 丁과 함께 변론한 무권대리인의 변론행위는 명시적이지 아니하나 묵시적으로 추인되었다고 볼 것이며, 적법한 소송행위가 된다. 또한 시기와 상관없으므로 항소심에서도 추인이 가능하여 적법한 소송행위이다.

## 3. 소멸시효완성 주장에 대한 법원의 조치

### (1) 문제점

조각상 A와 B의 대금채권에 관하여는 별다른 근거 없이 2018.4.15.자로 3년의 소멸시효(민법 제163조)가 모두 완성되었다고 주장한 부분에 대하여 변론주의 원칙상 이에 구속되어 판단하여야 하는지 그러한 경우 부정확한 소멸시효완성주장에 대한 법원의 조치로서 석명 의무가 필요한지 문제된다.

### (2) 소멸시효완성 주장과 변론주의

통설과 판례는 변론주의가 적용되는 주요사실에 해당하는 부분으로 소멸시효의 기산점으로 이해하고 있다. 주장은 명시적이지 아니하고 주장취지상 포함된 경우 주장한 것으로 본다.<sup>70)</sup> 증명책임은 시효이익을 갖는 자가 증명책임이 있다.

### (3) 소결

일괄적 두 채권에 대하여 소멸시효완성을 아무런 근거없이 주장한 것은 소멸시효완성주장에 대한 명백한 주장이 될 수 없다. 그러나 소멸시효이 주장이 있는 한 법원은 소멸시효완성 여부를 판단하여야 하지만 변론주의만으로 사실상, 법률상 쟁점을<sup>71)</sup> 판단할 수 없으므로 이에 대한 법원의 소송지휘권으로 석명권을 검토할 필요가 있다.

## 4. 법원의 석명 의무

### (1) 적극적 석명대상

주장사실이 불명료한 경우 주장과 증거자료의 전후모순 법률상 정리되지 아니한 주장에 대하여 적극적 석명이 가능하다고 할 것이다. 소극적 석명은 원칙적으로 가능하지만 예외적으로 적극적 석명이 인정되고 그러한 경우 제136조 이하에서 지적의무 등이 가능하다.

### (2) 법원의 증명추구

재판장은 소송의 정도에 비추어 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 증명을 촉구할 수 있다(제136조 제1항). 따라서 당사자가 주요사실을 주장 제출하였음에도 그 주장을 증명하거나 불분명한 경우, 필요한 증거신청을 하지 아

70) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2017다865 판결: 주요사실에 대한 주장은 당사자가 이를 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 그 주장을 한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있다고 보아야 한다. 또한 청구원인에 관한 주장이 불분명한 경우에 그 주장이 무엇인지에 관하여 석명을 구하면서 이에 대하여 가정적으로 항변한 경우에도 주요사실에 대한 주장이 있다고 볼 수 있다. 이러한 경우 항변이 있다고 볼 수 있는지는 당사자들이 진술한 내용이나 취지만만 아니라 상대방이 당사자의 진술을 어떻게 이해하였는지도 함께 고려해서 합리적으로 판단하여야 한다.

71) 민사소송규칙 제28조 제2항과 관련하여 포함여부도 논의가능하다.

니한 경우 증명추구를 할 수 있다.

**(3) 시효완성에 대한 지적의무와 요건**

소멸시효완성의 항변은 권리의 존부에 대한 법률상 중요한 사항이다. 이것이 인정된다면 항소의 이유 여부가 인정되므로 석명권 불행사는 항소심 판결에 영향을 미친다고 할 것이어서 법률상 중요한 사항이 된다. 또한 당사자가 간과했음이 분명한 법률상 사항에 해당한다.(제136조 제4항)

**4. 결론**

대표자아닌 丙이 선임한 무권대리인의 소송행위는 법인이 제한능력자의 행위로서 법정대리인이 의한 추인이 가능하다고 볼 것이며 심급과 관계없이 주인이 가능하며, 한편 항소심에서 일괄적으로 주장한 소멸시효의 주장은 법률적 사항으로 당사자가 간과하였음이 명백하여 지적의무 내지 증명추구가 필요한 법원의 석명의무로서 지적의무가 있다고 본다.

#### 4. 변론능력과 소송행위

甲이 乙의 토지에 대한 매매계약을 체결한 후 피성년후견개시의 심판을 받았다.(다음 각 사안에 답하시오.)

1. 甲의 父 A가 후견인으로 선정되었다. A가 甲을 대신하여 소를 제기하였는데 정작 A 역시 노령으로 인하여 정작 변론 준비기일에서 제대로 진술을 하지 못하자, 법원은 진술금지 및 변호사 선임을 명하는 재판을 하였다. 그 후 법원은 변론 속행을 위한 새 기일을 지정하였는데, 여기에 그 A가 다시 출석하였다. 이에 乙은 원고에게 청약의 유인을 하였을 뿐 도급계약을 체결은 甲의 요구에 의하여 계약이 체결되었다고 주장하였다. 이 경우 법원이 원고와 피고의 주장을 받아들일 수 있는지 설명하시오.

2. 甲이 자신의 변론능력을 보충할 수 있는 현행법상 제도에 대하여 설명하시오. 만약 변호사 丁을 선임한 경우라면, 甲이 선임한 경우와 甲의 후견인이 선임한 경우 그 효과는 어떠한지 설명하시오

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 소재

후견인이 행위는 변론능력 없는 자의 행위로서 소제기 행위는 소송행위이며 이 경우 무효로 볼 수 있는지 묻고 있다. 한편 변론능력이 없는 자가 기일에 출석하더라도 기일불출석의 불이익이 발생하는지 검토한다.

##### 2. 변론무능력자의 행위

###### (1) 변론능력의 필요성

변론기일에서 법원에 유효한 진술을 하기위한 필요한 능력이 변론능력이다.(민사소송법 제 144조) 이는 소송행위에서만 필요하고 당사자간의 행위에는 필요하지 않다. 사안에서 변론능력이 없으므로 법원이 진술금지와 발언금지를 명했음에도 한 경우 이의 효력을 인정할 것인지 문제된다.

###### (2) 진술금지재판과 발언금지명령

민사소송법 제144조 제1항에 따라 진술금지재판을 받은 자는 변론능력을 상실한다. 진술금지재판의 효력은 진술금지명령을 한 기일은 물론 그 이후 심급전체의 변론에 미친다. 한편 법원의 변호사선임명령에 따르지 않는 사람에게 대해서는 재판장은 당해 기일에 한하여 발언금지명령을 내릴 수 있는데, 이에 의하여 변론능력을 상실한다.

###### (3) 사안의 경우

법원의 진술금지와 발언금지명령으로 후견인인 A의 진술과 소송행위는 변론능력을 상실한 행위로서 효력이 없다고 할 것이다.

##### 3. 변론능력 흠에 대한 효과

###### (1) 변론능력의 효과

변론능력은 소송행위유효요건이다. 따라서 변론능력이 없는 자가 기일에 출석하더라도 기일불출석의 불이익이 발생한다. 기일불출석의 효과는 그 결과 기일불출석으로 취급되어 진술간주, 취하간주, 자백간주 등의 불이익이 발생한다. 사안의 경우 자백간주의 불이익이 있을 수 있다.

## (2) 자백간주의 효과

공시송달에 의하지 않는 송달에 의한 변론준기일이나 변론기일에서 상대방이 주장한 사실을 명백히 다투지 아니한 경우 자백한 것으로 본다.(제150조) 사안에서 甲의 후견인은 변론능력이 상실되었으므로 기일의 출석하였더라도 이는 출석에 해당하지 아니하여 자백간주의 불이익을 받는다.

## (3) 사안의 경우

사안에서 甲의 후견인이 변론기일에 나타나더라도 변론능력이 없다. 甲은 자백간주의 불이익을 입어 이미 乙이 준비서면으로 예고한 사실에 대해 자백한 것으로 본다.

## 4. 결론

변론기일에 불출석한 것으로 甲과 甲의 후견인 A는 상대방 당사자의 주장을 자백한 것으로 볼 수 있으며, 법원은 乙의 주장대로 갑의 요구에 의하여 매매계약이 성립되었다는 사실을 확정시킬 수 있다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

- 1) 소송무능력자가 진술보조인을 신청하거나 소송대리인을 선임할 수 있는지 묻고 있다.
- 2) 소송무능력자의 대리권수여행위의 효력에 대해 묻고 있다. 대리권의 존재가 소송요건인지 검토한다.

### 2. 진술보조인 신청 거부

#### (1) 변론무능력자의 소송행위

변론능력은 소송행위의 유효요건이다. 변론능력이 없으면 소송행위를 할 수 없다. 또한 변론능력이 없는 사람이 소송에 관여하면 법원은 그를 배제하고 그의 소송행위를 무시할 수 있다.

#### (2) 진술보조인 신청거부

변론능력이 없는 자는 법정대리인을 통하여만 유효한 소송행위를 할 수 있으며, 제143조의 2에 따른 진술보조인 신청도 할 수 없다.

#### (3) 사안의 경우

甲은 법정대리인인 후견인을 통해서만 유효한 소송행위를 할 수 있으며, 진술을 도와줄 진술보조인을 신청할 수도 없다.

### 3. 소송대리인 행위의 효력

#### (1) 소송요건으로서 소송대리권

소송요건이 없는 경우 소는 부적법하다. 대리권은 소송요건이며 대리권의 존재는 법원이 직권으로 조사하여야 하는 소송요건이다.

#### (2) 소송무능력자의 소송대리권수여행위의 효력

소송무능력자의 행위는 무효이다. 소송대리권의 수여도 소송행위의 문제이다. 소송무능력자가 수여한 대리권은 그 효력을 발생할 수 없어 대리권 자체가 존재하지 아니한다.

### (3) 사안의 경우

소송무능력자 甲이 대리권을 수여하는 행위는 그 효력이 없어 그 대리인이 제기한 소는 법원의 직권조사에 의하여 부적법 각하된다. 이에 반하여 갑의 후견인이 소송대리인을 선임하면 그 소송행위는 유효하므로, 정은 적법하게 대리권을 수여받는다. 이에 따라 갑의 후견인에 의해 선임된 정이 제기한 소는 적법하다.

### 4. 결론

- 1) 甲은 후견인을 통하여서만 변론능력을 보충할 수 있다.
- 2) 甲은 스스로 진술보조인을 신청할 수 없으며, 소송대리인을 선임할 수도 없다.
- 3) 甲에 의하여 선임된 丁이 제기한 소는 부적법한 반면에, 후견인에 의해 선임된 丁이 제기한 소는 적법하다.

## 5. 무권대리인의 행위

甲이 乙법인을 상대방으로 하여 소를 제기하면서 법인등기부에 등재된 대표자 A를 현재의 진정한 대표자로 믿고 그를 상대방으로 소송 수행하여 승소확정판결을 받았다. A는 이미 해임되어 대표권이 소멸되었음에도 불구하고 등기부상으로만 대표자로 남아 있는 자로서 진정한 대표자가 아님이 판명되었다. 이에 乙법인은 A의 대표권흡결을 이유로 그 확정판결에 대하여 재심의 소를 제기할 경우 예상되는 재심법원의 판단사항과 그 판결을 설명하시오.

### 1. 문제의 제기

재심사유로서 무권대리와 관련한 甲이 乙의 대표자에게 제기한 소송이 이에 해당하는지 아니면 민사소송법 제63조가 적용되어 유효한 소송행위가 인정되는지 여부가 문제된다. 이에 따라 대표권 흡이 있는 자에 대한 등기부를 신뢰한 甲이 민법상의 표현대리의 법리를 주장하여 대표자 A의 소송행위가 乙법인에 대해서 그 효력이 있음을 주장할 수 있는지 문제된다.

### 2. 재심사유에 해당 여부

#### (1) 재심의 소의 요건

확정 유효한 종국판결에 대한 기판력을 소멸시킬 수 있는 절차법상 수단은 이른바 재심의 소를 제기하여야 한다. 재심의 소는 일단 민사소송법 제451조의 열거된 사유에 해당된 경우에만 인정되므로 이에 대한 검토가 필요하다. 사안의 경우 대표자가 무권대표인 경우 이는 대리권흡결에 의한 재심사유 존부가 일응 문제된다.

#### (2) 민사소송법 제63조 적용여부

민사소송법 제63조에 의하면 소송절차가 진행 중에 법정대리권이 소멸한 경우에는 상대방에게 소멸의 통지를 하지 아니하면 소멸의 효력을 주장하지 못한다. 그리고 제63조 규정은 법인 등 단체의 대표자에게도 준용된다(제64조). 그러나 이미 해임된 대표자는 제63조가 적용될 여지가 없다. 결국 무효인 소송행위가 된다.

#### (3) 사안의 경우

乙법인의 대표자 A는 이미 해임되었으므로 무권대표자이며, 이러한 乙을 상대로 하여 받은 판결은 위법한 판결이므로, 乙법인은 무권대표를 주장하여 확정 전에는 상소(법 제424조 제1항 제4호), 확정 후에는 재심(법 제451조 제1항 제3호)으로 위 판결을 취소할 수 있다.

### 3. 표현대리규정의 유추적용 거부

#### (1) 문제점

무권대표자에게도 민사소송법에서는 표현대리에 관한 규정이 없지만 거래안전을 위해 소송행위에도 민법상의 표현대리를 유추적용할 수 있는지 여부가 문제된다.

#### (2) 학설의 대립

##### 1) 소극설

실체법상의 표현대리의 법리는 거래의 안전을 위한 규정이므로, 절차의 안정을 중요시하는 소송행위에는 적용될 수 없다는 견해다. 표현지배인에 관한 규정인 상법 제14조 제1항 단

서가 소송행위를 제외하고 있는 점을 주요 논거로 든다.

## 2) 적극설

소송이 거래행위와 무관한 것이 아니라는 점, 등기를 신뢰한 상대방을 희생시킴은 공평의 관념에 반한다는 점을 들어 표현대리의 유추적용을 긍정하는 견해이다.

## 3) 절충설

법인의 절차보장을 존중하는 의미에서 소극설이 타당하되, 부실등기의 원인이 법인 자신의 고의적 태만에 기인하는 경우에는 표현대리를 유추적용하여도 좋다는 견해이다.

### (2) 판례의 태도

집행인낙 표시는 공증인에 대한 소송행위로서 이러한 소송행위에는 민법상의 표현대리 규정이 적용 또는 준용될 수 없다<sup>72)</sup>고 한 유사한 사례를 통하여 보면 소극설의 입장에 있는 것으로 판단된다.

### (3) 검토

기본적 수권이 있는 경우에도 표현대리를 인정하는 대신 특별수권을 요구하는 제90조 제2항의 입법취지에 비추어, 표현대리를 인정하는 것은 문제가 있다. 다만 소극설에 의해도 법인의 고의나 태만에 의하여 부실등기가 된 경우라면 적어도 묵시적 추인이 되므로 무권대리의 하자가 치유되었다고 볼 여지가 있다.

## 4. 결론

소극설에 의하는 경우 대표자 A의 소송행위는 무권대표행위이므로 B법인의 재심청구는 인용될 것이다. 다만 대표자 A가 이미 해임되어 대표권이 소멸되었음에도 불구하고 법인이 고의나 태만에 의해 해임등기를 해태한 경우에는 묵시적 추인으로 볼 여지가 있다. 그러한 경우에는 무권대표의 하자가 치유되어 A의 소송행위는 유효하고, 이때는 B법인의 재심청구는 기각될 것이다.

---

72) 대판 1994.2.22, 93다42047



대판 1984.3.13, 82므40

소취하에 대한 소송대리인의 동의는 제90조(소송대리권의 범위) 2항 소정의 특별수권사항이 아닐 뿐 아니라, 소송대리인에 대하여 특별수권사항인 소취하를 할 수 있는 대리권을 부여한 경우에도 상대방의 소취하에 대한 동의권도 포함되어 있다고 봄이 상당하므로, 그 같은 소송대리인이 한 소취하의 동의는 소송대리권의 범위 내의 사항으로서 본인에게 그 효력이 미친다.

상대방의 소취하에 대한 동의가 특별수권사항인지 여부에 대해서는, ① 제90조 2항은 예외적 규정인데, 명문으로 특별수권사항으로 정하고 있지 않으므로 특별수권이 필요 없다는 견해와 ② 대리인이 피고 모르게 소취하에 동의함으로써 소송계속을 소급소멸케 함은 본인에게 부당하다는 이유로 특별수권이 필요하다는 견해의 대립이 있다. 이에 대해 판례는 특별수권사항이 아님을 분명히 밝히고 있다.

대판 1992.3.10., 91다25208

비법인사단과 그 대표자 사이의 이익이 상반되는 사항에 관한 소송행위에 있어서는 위 대표자에게 대표권이 없으므로, 달리 위 대표자를 대신하여 비법인사단을 대표할 자가 없는 한 이해관계인은 민사소송법 제64조, 제60조의 규정에 의하여 특별대리인의 선임을 신청할 수 있고 이에 따라 선임된 특별대리인이 비법인사단을 대표하여 소송을 제기할 수 있다.

대판 2011.1.27., 2008다85758

법인 대표자의 자격이나 대표권에 흠이 있어 그 법인이 또는 그 법인에 대하여 소송행위를 하기 위하여 민사소송법 제64조, 제62조에 따라 수소법원에 의하여 선임되는 특별대리인은 법인의 대표자가 대표권을 행사할 수 없는 흠을 보충하기 위하여 마련된 제도이므로, 이러한 제도의 취지에 비추어 보면 특별대리인이 선임된 후 소송절차가 진행되던 중에 법인의 대표자 자격이나 대표권에 있던 흠이 보완되었다면 특별대리인에 대한 수소법원의 해임결정이 있기 전이라 하더라도 그 대표자는 법인을 위하여 유효하게 소송행위를 할 수 있다.

대결 2000.1.31, 99마6205

소송대리권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 당해 심급에 한정되어, 소송대리인의 소송대리권의 범위는 수임한 소송사무가 종료하는 시기인 당해 심급의 판결을 송달받은 때까지라고 할 것이다.

[1] 본 판결은 통설과 같이 심급대리의 원칙을 명확히 밝히고 있다. 결국 이에 따르면 상소의 제기를 위해서는 새로이 소송위임계약을 체결해야 한다. 즉 상소의 제기에 관하여 특별수권을 받지 아니한 제1심 소송대리인이 제기한 상소는 무권대리인에 의해 제기된 것으로서 위법한 것이 된다. 단 후에 당사자의 적법한 소송대리인이 항소심에서 본안에 대하여 변론하였다면, 이로써 그 항소제기 행위를 추진하였다고 할 것이므로, 그러한 항소는 당사자가 적법하게 제기한 것으로 된다고 할 것이다(대판 1995.7.28, 95다18406; 대판 2007.2.28, 2006다67893 등). 아울러 무권대리인이 행한 소송행위의 주인은 특별한 사정

이 없는 한, 소송행위의 전체를 대상으로 하여야 하는 것이고 그 중 일부의 소송행위만을 추진하는 것은 허용되지 아니하므로, 상고제기행위만의 추진을 한 경우라면 그것을 허용할 만한 특별한 사정이 있다고 보기 어렵고 일부추진에 불과하다고 할 것이다(대판 2008.8.21, 2007다79480).

[2] 한편 상소의 제기가 아닌 상소의 응소에 관해서는 다툼이 있으나, 판례는 당해 심급의 판결을 송달받음으로써 소송대리권이 소멸한다는 해석이므로, 통설과 같이 상소의 응소도 특별수권사항에 포함된다고 해석하는 것으로 이해된다.

대판 2016.7.7, 2014다1447

항소심 사건의 소송대리인인 변호사 등은 항소심판결이 송달되어 위임사무가 종료되어야 보수를 청구할 수 있는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 항소심판결이 상고심에서 파기환송되는 경우, 변호사 등은 환송 후 항소심 사건의 소송사무까지 처리하여야만 위임사무의 종료에 따른 보수를 청구할 수 있는지 여부(원칙적 적극)

수임인은 위임사무를 완료하여야 보수를 청구할 수 있는 것이 원칙이다(민법 제686조 제2항 참조). 항소심 사건의 소송대리인인 변호사 또는 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합(이하 '변호사 등'이라 한다)의 위임사무는 특별한 약정이 없는 한 항소심판결이 송달된 때에 종료되므로, 변호사 등은 항소심판결이 송달되어 위임사무가 종료되면 원칙적으로 그에 따른 보수를 청구할 수 있다. 그러나 항소심판결이 상고심에서 파기되고 사건이 환송되는 경우에는 사건을 환송받은 항소심법원이 환송 전의 절차를 속행하여야 하고 환송 전 항소심에서의 소송대리인인 변호사 등의 소송대리권이 부활하므로, 환송 후 사건을 위임사무의 범위에서 제외하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 변호사 등은 환송 후 항소심 사건의 소송사무까지 처리하여야만 비로소 위임사무의 종료에 따른 보수를 청구할 수 있다.

## 제3장 소송의 객체와 권리보호요건

### 제1절 소송물

#### 1. 소송물과 공격방어방법의 구별

甲은 乙을 乙의 X토지에 대하여 매매계약을 체결하였다. 甲은 소유권이전등기를 받았다. 그 후에 불상의 사유로 X토지가 乙 명의로登記되었음을 발견하고 X토지에 대하여 자신이 진정한 소유자라고 주장하면서, 乙을 상대로 소유권이전등기의 말소등기청구소송을 제기하였다. 변론에서 甲은 乙이 자신의 명의를 도용하여 허위서류에 기하여 이전등기를 해했다고 주장하고 있다. 연이어 다음 변론기일에 甲은 乙이 허위서류에 기하여 이전등기를 한 것이라는 주장에 더하여 乙이 자신을 기망하여 소유권이전등기를 해간 것이라고 말하면서 무효등기의 말소청구를 추가하여 주장하고 있다. 甲의 주장에 대한 법원의 판단이 무엇인지 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

甲의 주장이 공격방어방법의 제출인지, 청구를 변경한 것인지 묻고 있다. 당사자가 공격방어방법을 자유로이 추가하거나 변경할 수 있는지 검토할 필요가 있는데, 말소등기청구소송에서 무효가 되는 등기원인의 사유가 소송물인지 공격방어방법에 해당하는지 여부에 따라 법원의 판단이 달라질 것이다.

#### 2. 소송물과 공격방어방법의 구별

##### (1) 소송물의 소송법적 효과

소송물은 소송상 청구이기 때문에 이를 제출하는데 소송요건이 필요하며, 청구변경을 위한 법정요건을 갖추어야 한다. 일단 청구를 포기하거나 인낙한 후에는 다시 청구할 수 없다.

##### (2) 공격방어방법의 소송법적 의미

공격방어방법은 소송자료이다. 따라서 공격방어방법은 변론종결시까지 제출가능하며 원칙적으로 임의로 철회할 수 있으며 철회한 공격방어방법을 재차 제출할 수도 있다. 이를 제출하는데 소송요건을 갖추어야 할 필요는 없고, 다만 실기한 공격방어방법으로 각하되거나(제149조) 또는 변론종결 후에 제출하면 기판력에 의해 차단되는 등의 문제가 발생할 수 있을 뿐이다.(민집 제44조 제2항)

##### (3) 구별의 실익

사안의 말소등기의 무효사유가 소송물의 인정여부에 따라 소변경의 의미를 인정하거나 실기한 공격방어방법 등으로 각하할지 여부를 결정할 수 있다.

#### 3. 무효사유가 소송물인지 여부

##### (1) 소송물 이론

학설은 소송물을 사실관계와 연관하여 청구의 특징을 파악하지만 판례는 실제법상의 권리를 각각의 소송물로 파악하므로 소송물의 범위가 확대된다. 다만 이원설의 경우 등기청구에 관하여 각각의 사실에 관하여 하나의 소송물로 본다.

## (2) 말소등기청구소송에서 청구의 특징

판례에 의할 경우 말소등기청구소송의 소송물은 민법 제214조로 1개이며 각각의 사유는 말소청구 그 자체이고 청구발생원인은 당해 등기원인무효이므로 이를 뒷받침하는 개개의 사유는 공격방어방법의 복수에 지나지 않는다.<sup>73)</sup> 다만 물권적 청구권과 채권적 청구권인 경우 각각을 소송물로 본다.

## (3) 사안의 경우

사안에서 허위서류 주장이나 사기 주장이나 모두 단일한 원인무효사유를 떠받치는 공격방법으로 별개의 소송물을 구성하지 아니하고 공격방어방법으로 개별적 소송자료에 해당한다.

## 4. 결론

무효등기의 사유는 말소등기의 하나의 소송물에서 하나의 사유일 뿐이다. 즉 甲의 주장은 새로운 공격방법을 추가 제출한 것이지, 새로운 청구를 추가한 것이 아니다. 따라서 甲이 사기에 의한 원인무효를 주장하는데 청구변경의 요건을 충족시킬 필요가 없고, 변론종결시까지 임의로 새로운 공격방법을 추가하거나 철회할 수 있다고 볼 수 있다.

---

73) 대판 1999.09.17. 97다54024: 말소등기 청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 '등기원인의 무효'라 할 것이며, 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성한다고 볼 수 없다.

대판 2009.01.15. 2007다51703: 진정한 등기명의를 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의를 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 허용되는 것인데, 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정한 명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기의 말소등기청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정한 명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미치는 것이며, 말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 '등기원인의 무효'라고 할 것이며, 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것으로 볼 수 없고, 모두 전소의 변론종결 전에 발생한 사유라면 전소와 후소는 그 소송물이 동일하여 후소에서의 주장사유들은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다.

## 2. 소송물의 특정

甲은 X를 피고로 하여 3,000만 원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 즉, 甲은 일실이익 2,200만 원에 위자료로 800만 원을 청구하고자 한다. 甲이 손해배상금 3,000만 원을 청구함에 있어서 소장의 청구취지에 기재하여야 하는 사항은 무엇인지, 이를 기재하지 않는 경우 생길 수 있는 문제와 법원의 조치를 설명하시오.(판례에 의할 것)

### 1. 문제의 제기

불법행위를 이유로 한 손해배상청구소에서 손해항목마다 별개의 소송물을 이루는지 문제되며, 그것이 불비되었을 경우 법원의 조치로서 보정명령에 대한 법원의 판단을 묻고 있다.

### 2. 생명신체침해로 인한 손해배상청구의 소송물

#### (1) 소송물의 특정과 손해배상청구

판례에 따른 경우 생명침해로 인한 손해배상을 청구할 경우 손해항목마다 그에 상응한 손해액을 기재하여야 하며, 그렇지 아니한 경우 법원은 청구의 특정을 석명하고, 이에 응하지 아니한 때에는 소를 부적법 각하한다.<sup>74)</sup>

#### (2) 교통사고에 있어서 손해의 종류

교통사고로 인한 손해에는 적극적 손해, 소극적 손해 및 정신적 손해가 있으며, 이들 각 손해항목은 별개의 소송물을 이룬다. 따라서 원고는 각 항목에 따른 금액을 특정하여 청구하여야 한다.

#### (3) 사안의 경우

甲은 적극적 손해에 기한 치료비채무는 보험회사가 면책적 채무인수를 하였기 때문에 청구하지 않았지만, 일실손해와 위자료를 구분하여 그 금액을 기재하여야 한다.

### 3. 일부청구와 잔부청구

#### (1) 일부청구와 소송물

일부청구에 대하여 소송물을 어떻게 보는지 견해 대립이 있다. 판례는 일부청구에 대하여 절충설의 입장으로 명시적으로 일부청구한 경우 별개의 소송물로 보고 있다. 즉 일부청구시 소송물은 일부청구임을 명시한 경우에는 명시한 부분만으로 소송물이 되나,<sup>75)</sup> 명시하지 아니한 경우에는 소송물이 청구 전체에 미친다(통설·판례).

#### (2) 묵시적 일부 청구

묵시적 일부청구의 소송물은 청구하지 아니한 손해 전부에 미치게 되므로, 잔부는 동일한 소송물에 포함되어 구성되므로 그 부분을 새로이 다시 청구할 수 없다. 이를 막기 위해서는 명시적으로 일부청구하여 소송물을 명시한 부분만으로 제한하여야 한다.

74) 대판 2014.05.16. 2013다101104: 민사소송에 있어서 청구의 취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고, 이의 특정 여부는 직권조사사항이라고 할 것이므로 청구 취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 피고의 이익 여부에 불구하고 직권으로 그 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다.

75) 불법행위의 피해자가 일부청구임을 명시하여 그 손해의 일부만을 청구한 경우 그 일부청구에 대한 판결의 기판력은 청구의 인용 여부에 관계없이 청구의 범위에 한하여 미치는 것이고, 잔액 부분 청구에는 미치지 아니한다.

### (3) 사안의 경우

甲이 일부청구임을 명시하지 아니하면, 소송계속 중에 잔부를 청구하는 별소는 중복제소에 해당하여 부적법하고, 일부청구에 대한 판결이 확정된 후에 잔부를 청구하는 소는 기판력에 저촉된다. 다만, 일부청구에 대하여 전부승소를 받은 갑에게 판례는 항소의 이익을 인정하므로, 甲은 항소를 제기하여 청구취지를 잔부로 확장함으로써 권리박탈위험을 피할 수 있다

### 4. 결론

甲은 청구금액 3,000만 원을 소극적 손해 2,200만 원, 위자료 800만 원으로 구분하여 기재하여야 한다. 이 경우 甲은 일부청구임을 표시하여야 잔부를 청구하는 소를 제기할 수 있다. “기타 손해는 재진결과에 따라 추후 청구하겠습니다” 라고 표시한다. 법원은 청구의 특성에 대한 보정여부를 명령한 후 진행 여부를 결정한다.

## 제2절 권리보호요건

### 1. 장래이행의 소의 권리보호이익

乙은 2015. 12. 10. 甲으로부터 X건물을 임차보증금 1,500만 원, 월차임 50만 원, 임대차기간 2016. 1. 1.부터 2018. 1. 1.까지로 정해 임차하였다. 그러나 乙은 법원에 甲에게 임대차계약상 의무 위반 등을 주장하면서 임차보증금반환과 손해배상을 구하는 소를 제기하였는데, 2016. 5. 3. 다음과 같은 내용으로 조정이 성립하였다. ① 원고는 피고에게, 피고가 이 사건 건물과 그 대지 중 약 330㎡를 원상회복하여 인도한 날부터 2일 후에 1,350만 원을 지급한다. ② 피고의 원고에 대한 나머지 청구를 포기한다. ③ 소송비용과 조정비용은 각자 부담한다. 乙은 위 조정 성립을 전후하여 이 사건 건물에서 퇴거하면서 원고가 아닌 丙에게 이 사건 건물의 열쇠를 건네주었고, 丙이 사건 건물에 거주하고 있다. 甲이 乙을 상대로 조정 성립 다음 날부터 건물 인도 완료일까지 부당이득 또는 손해배상의 지급을 구하였다. 제1심에서 甲은 乙이 임대차계약의 종료로 자기에게 건물을 인도해야 하는데도, 제3자인 丙에게 건물의 열쇠를 건네주어 점유·사용케 하였고, 이 같은 불법행위로 건물을 사용하지 못하는 손해를 입었으므로, 조정성립 다음 날인 2016. 5. 4.부터 건물인도일까지의 기간에 대하여 차임 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 주장하였다. 甲의 주장을 받아들이면서 제1심법원은 甲이 乙에게 제대로 송달받을 만한 주소를 알려주거나 다른 방법을 통해서 연락할 수 있었는데도 이를 게을리하고 丙를 상대로 아무런 구제수단을 강구하지 않았던 과실이 있다고 보아 乙의 주장이 없음에도 乙의 책임을 30%로 제한하였다. 제1심법원의 원고의 일부승소판결의 타당성을 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

소의 적법여부와 관련하여 장래이행의 소에 대한 판결이 타당한지, 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것이 사실심의 직권조사항인지 여부가 문제된다.

### 2. 장래이행의 소의 적법여부

#### (1) 장래이행의 소의 이익

장래이행의 소는 변론종결시 이행기가 도래하지 않으므로 원칙적으로 소의 이익이 있다고 할 수 없다. 따라서 권리보호요건으로 장래 이행의 소는 소의 이익이 있어야 한다. 민사소송법 제251조에서 예외적으로 장래이행의 소를 인정할 수 있다.

#### (2) 장래이행의 소의 요건

대상적격으로 청구의 기초가 사실상 법률상 변론종결시에 존재하고 변론종결뒤에 확정적으로 예정되어야 한다. 미리 청구할 필요로서 이행의무의 성질, 의무자의 태도를 고려하여 개별적으로 판단한다.

#### (3) 제3자가 점유하고 있는 경우 부당이득이 인정되는지 여부<sup>76)</sup>

피고가 丙에게 건물의 열쇠를 건네주어 점유·사용케 함으로써 건물을 인도받지 못하여 차임에 해당하는 손해를 입고 있다고 볼 수 있다. 丙이 피고의 양해를 얻어 건물을 점유인도를 거부하고 있고 피고가 여전히 원고에게 이 사건 건물에 대한 인도의무를 부담하고 있는 이상, 피고의 불법행위로 인한 원고의 위와 같은 손해는 원고가 이 사건 건물을 인도받을 때까지 계속해서 발생할 것이 확정적으로 예정되어 있다고 볼 여지가 있다.

76) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2018다227551 판결

### 3. 과실상계의 판단의 타당성

#### (1) 불법행위에 있어서의 요건

불법행위에 의하여 손해배상청구를 할 경우 과실은 주요사실에 해당한다. 따라서 과실에 대한 입증책임은 통설과 판례가 취하는 법률요건분류설에 의하여 이를 주장하는 자에게 있다. 그러나 불법행위가 인정되는 가해자와 피해자사이의 과실상계는 직권으로 판단할 후 있는지 문제된다.

#### (2) 과실상계의 직권조사여부

과실상계에 대하여는 손해배상의 책임을 다투는 배상의무자가 배상권리자의 과실에 따른 상계항변을 하지 않을 경우 직권으로 판단하여야 하는지 견해의 대립이 있다. 그러나 판례는<sup>77)</sup> 소송에 나타난 자료에 의하여 그 과실이 인정되면 법원은 직권으로 이를 심리·판단하여야 한다는 입장이다. 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다<sup>78)</sup>

#### (3) 사안의 경우

피고에게 제대로 송달받을 만한 주소를 알려주거나 다른 방법을 통해서 연락할 수 있었는데도 이를 게을리하고 丙을 상대로 아무런 구제수단을 강구하지 않았던 과실이 있으며 이를 참작한 원심법원의 태도는 타당하다.

### 4. 결론

피고의 불법행위로 인한 원고의 손해가 건물 인도 시까지 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있다면, 그 배상책임을 다투고 있어 원고로서는 이를 미리 청구할 필요도 있다. 장래의 이행을 명하는 판결을 선고할 수 있고 이 경우 과실상계는 직권을 판단할 수 있다.

77) 대판 2015.4.23. 2013다92873

78) 대판 2000.6.9. 98다54397: 즉 불법행위에서 과실상계는 공평이나 신의칙의 견지에서 피해자의 과실을 고려하여 손해배상액을 정하는 것으로, 이때 고려할 사항에는 가해자와 피해자의 고의·과실의 정도, 위법행위의 발생과 손해의 확대에 관하여 어느 정도의 원인이 되어 있는지 등을 포함한다.



## 2. 확인의 소의 권리보호이익

실직 후 길거리를 배회하던 甲은 X가 운전하던 차에 치였다. 甲은 두 달 동안 병원에 입원하여 치료를 받은 후 1개월 후 재진이 필요하다는 진단을 받고 귀가하였다. 그동안 병원 치료비 1,000만 원은 X의 보험회사의 지급보증으로 전보가 되었기 때문에, 甲은 일실이익 2,200만 원에 위자료로 800만원의 현실적인 손해가 발생하였다. 甲은 자신의 치료비의 집행을 위하여 우선 X에 대하여 3,000만 원의 치료비가 있다는 취지의 확인을 구하는 소를 제기하였다. 이 소에 대한 법원의 판단을 설명하시오.

### 1. 문제의 소개

이행의 소를 제기할 수 있음에도 불구하고 굳이 확인의 소를 제기하는 경우 확인의 이익을 인정할 수 있는지 문제이다. 확인의 소의 보충성에 대하여 검토한다.

### 2. 확인의 이익

#### (1) 소의 이익과 확인의 이익

소의 이익이란 소송의 목적을 말한다. 소의 이익에는 청구의 내용이 본안판결을 받기에 적합한 일반적인 자격인 권리보호의 자격(청구적격)과 원고가 청구에 대하여 판결을 구할 만한 법적인 이익 내지 필요한 권리보호의 이익 또는 필요가 있다. 소의 종류에 따라 그 이익을 달리한다.

#### (2) 확인의 이익의 요건<sup>79)</sup>

확인소 이익은 확인의 이익이란 당사자의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안, 위험이 있고 이를 제거함에는 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정된다. 즉 권리보호이익으로 즉시확정의 이익이 있어야 한다.

#### (3) 사안의 경우

사안에 법률관계가 확인판결에 의하여 즉시 확정되어야 할 필요가 있는지, 또 그것이 가장 유효·적절한 수단인지 의문이다.

### 3. 확인의 소와 이행의 소의 관계

#### (1) 확인의 소와 이행의 소

소극적 확인의 소를 제기하는 경우에는 상대방이 적극적으로 채권을 주장하면서도 이행의 소를 제기하지 아니하는 경우에 그 권리관계를 즉시확정시킬 필요가 있는 반면에, 적극적 확인청구는 이행의 소에 의하여 그 권리관계를 전제로 이행을 명하는 판결을 구하면 될 것이고 또 이행청구가 가능하기 때문에 확인의 이익을 인정하기 어렵다. 구체적으로 확인의 권리보호 이익으로서 보충성이 문제된다.

79) 2005다41153: 확인의 소는 원고의 법적 지위가 불안·위험할 때에 그 불안·위험을 제거함에는 확인판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단인 경우에 인정되고, 이행을 청구하는 소를 제기할 수 있는데도 불구하고 확인의 소를 제기하는 것은 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니어서 확인의 이익이 없다. 위 법리에 비추어 보면, 원고가 미등기인 이 사건 각 건물을 피고 등으로부터 매수하는 계약을 체결하였을 뿐 아직 피고 등으로부터 그 소유권이전사무의 이행을 받지 아니한 상태에서 그 이행을 소구하지 아니한 채 이 사건 각 건물 부분에 대한 사용·수익·처분권이 자기에게 있음의 확인을 구하는 것은 현행법상 허용될 수 없는 권리의 확인을 구하는 것이거나, 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효·적절한 수단이 될 수 없는 것이다

## (2) 확인이 소의 보충성

집행력까지 얻을 수 있는 이행소송이 권리구제에 근원적인 수단이 될 것이므로, 집행력을 배제한 채 법률관계에 관한 기판력을 얻기 위한 소송형태인 확인소송은 확인판결을 받는 것이 당사자의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데에 가장 유효·적절한 수단일 경우에 한하여 예외적으로 소의 이익이 인정된다. 이러한 이유로 이행의 소를 제기할 수 있음에도 불구하고 적극적 확인을 구하는 소는 이행의 소의 보충성을 이유로 확인의 이익이 없다고 말한다.

## (3) 사안의 경우

금전채권에 대한 집행권원을 얻기 위해서는 어차피 이행의 소를 제기하여야 할 것이다. 채권은 채무자로부터 급부를 받는 권능이기 때문에 소송상으로도 채권자는 통상 채무자에 대하여 채권의 존재를 주장하고 그 급부를 구하면 된다. 따라서 사안의 적극적 확인의 확인의 이익을 결한 부적법한 소이다.

## 4. 결론

확인 소에 대한 대상적격을 인정하더라도 법원은 보충성에 대한 확인의 이익의 흠결을 이유로 甲의 소를 부적법 각하한다.

### 3. 증서진부확인의 소의 이익

적법하게 판결에 기하여 X 토지에 관하여 甲명의로 소유권등기가 경료된 다음에 다시 丁명의로 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기가 경료되었다. 甲은 丁과의 매매에 관한 매매계약서와 영수증이 위조된 것이라고 주장하면서 각 서면이 진정하지 아니하다는 확인의 소를 제기하였다. 이 소의 사실심 심리 중 甲은 丁이 임의로 소유권이전등기를 경료하였다고 주장하면서 丁을 상대로 소유권이전등기말소등기청구의 소를 별도로 제기하였다. 甲이 제기한 위 확인의 소는 적법한지 여부에 대하여 설명하시오.(10점)

#### 1. 문제의 소재

증서진부확인의 소가 대상적격성과 확인의 이익을 갖춘 적법한 소인가를 묻고 있다. 매매계약서와 영수증이 확인의 소의 대상적격인지 나누어 살핀다. 한편 매매계약서의 대상적격을 인정하더라도 매매계약서의 진부 여부를 판단할 수 있는 별소가 제기되면 확인의 이익이 소멸되어 부적법한지 검토한다.

#### 2. 확인의 소의 대상적격 인부

##### (1) 확인의 소의 대상

확인 소의 자기의 현재의 법률관계를 말한다. 증서진부의 경우 대상이 되는 서면은 직접 법률관계를 증명하는 서면에 한하고, '법률관계를 증명하는 서면'이란 그 기재 내용으로부터 직접 일정한 현재의 법률관계의 존부가 증명될 수 있는 서면을 말한다.

##### (2) 증서진부확인의 소의 청구적격

###### 1) 영수증의 경우

영수증은 그 기재대로 임대차계약금으로 일정한 금액을 받았음을 증명하기 위하여 작성된 서면에 지나지 않고, 그로부터 원고와 피고 사이의 매매 등 법률관계의 성립 내지 존부가 직접 증명되는 것이 아니다. 따라서 위 영수증은 증서의 진정 여부를 확인하는 소의 대상이 될 수 없다.

###### 2) 매매계약서의 경우

매매계약서는 매매계약관계의 존재를 직접 증명하는 서면이므로 청구대상적격을 가진다.

##### (3) 소결

영수증의 경우 대상적격이 상실되며, 법률관계를 증명하는 것으로 매매계약서는 대상적격이 인정된다.

#### 3. 확인의 이익

##### (1) 문제점

증서와 관련된 법률관계에 관한 소인 소유권이전등기 말소등기의 소가 후에 별도로 제기된 경우 증서의 진정여부확인 이익이 소멸하는지 문제된다.

##### (2) 확인의 이익

###### 1) 통상의 경우

확인 소가 적법한 이상, 후에 이행의 소가 제기되더라도 확인의 이익이 당연히 소멸하는 것은 아니다.<sup>80)</sup>

## 2) 증서진부확인의 소의 경우

증서진부확인의 소의 경우에는 증서를 전제로 한 이행의 소가 제기되면 전소인 확인의 소의 확인의 이익이 소멸된다고 보아야 한다. 후소 심리 중에 증서와 관련된 법률관계가 판단되기 때문에 전소의 확인의 이익은 소멸하기 때문이다. 이 점에서 통상의 확인의 소의 경우와 다르다.

### (3) 사안에의 적용

증서진부확인의 이익이 소멸되어 확인의 이익이 없는 부적법한 소로 되었다.

## 4. 사안의 해결

법원은 甲이 제기한 확인의 소와 관련하여 영수증에 대해서는 청구적격의 흠을 이유로, 매매계약서에 대해서는 확인의 이익의 흠을 이유로 모두 부적법 각하하여야 한다.<sup>81)</sup>

---

80) 대판 1999.06.08, 99다17401: 소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고에 대하여 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다.

81) 대판 2007.6.14, 2005다29290, 29306 참조

#### 4. 확인의 소의 이익

甲과 乙은 손해배상액을 2000만원으로 하면서 합의하면서 채무의 이행을 확보하기 위하여 甲과 乙이 함께 보증보험회사(丙)와 보증보험계약을 체결하였다. 그 후에 乙이 채무를 이행하지 않자 甲은 보험금 지급을 청구하였다. 이에 丙은 甲에게 보증보험금을 지급할 것을 의결하는 한편 乙의 재산에 대하여 가압류신청하여 가압류결정을 받아 집행할 예정이다. 이에 乙이 위 가압류집행이 무효라고 주장하면서 甲과 丙사이의 보험금채권존부의 확인을 구하는 소를 제기하였다. 이 경우 소의 적법여부를 설명하시오.

##### 1. 문제의 소개

피고 일방이나 제3자 간의 사안의 경우 乙과 丙사이의 보증보험계약에 대한 사실관계 여부에 대한 확인의 소의 대상적경을 인정할 수 있는지, 인정하는 경우 확인의 이익이 있는지 문제된다.

##### 2. 확인의 소와 적법요건

###### (1) 확인의 소의 필요성

확인소송은 당사자가 주장한 권리관계의 확인을 구하고 이로 인하여 그러한 권리관계의 기판력이 발생할뿐 집행력이나 형성력이 존재하는 것은 아니다. 따라서 이행의 소나 형성의 소를 제기할 수 없는 경우에 이를 인정할 실익이 있을 것이다. 제3간의 계약관계의 존재는 이행의 소나 형성의 소로 구할 수 있는 방법은 없다고 판단된다.

###### (2) 확인의 소의 요건

확인소송의 이익은 일반적인 확인대상으로서 권리보호자격과 권리보호이익이 있어야 한다. 권리보호자격으로 구체적으로 자기의 현재의 법률관계이어야 하며 권리보호이익으로서 즉시 확정 법률상 이익이 존재하여야 한다.

###### (3) 사안의 경우

甲이 乙과 丙과의 보증보험계약존부에 대한 확인소는 이행의 소나 형성의 소를 제기하기에 부적절한 부분이 존재하므로 확인소 제기할 수 있을 것이다. 그러나 제기한 경우 권리보호자격과 협의의 소의 이익으로 권리보호이익에 해당하는 즉시 확정 법률상 이익을 보충성의 요건을 충족하는 지 검토가 필요하다.

##### 3. 확인의 소의 요건 성부

###### (1) 확인의 대상으로 권리관계

확인소 대상이 되는 권리관계는 사실관계가 아닌 권리관계를 대상으로 한다. 이 권리관계에 원고와 피고 사이가 아닌 제3자 사이 사안의 경우는 乙과 丙사이의 권리가 관계가 포함되는지에 대하여 학설과 별론으로 판례는<sup>82)</sup> 이를 인정하는 입장에 있다. 즉 반드시 원·피고 간의 법률관계에 한하지 아니하고 원·피고의 일방과 제3자 또는 제3자 상호간의 법률

82) 대법원 1994. 11. 8. 선고 94다23388 판결: 확인소는 반드시 원·피고 간의 법률관계에 한하지 아니하고 원·피고의 일방과 제3자 또는 제3자 상호간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있는 것이나, 그러한 법률관계의 확인은 그 법률관계에 따라 원고의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험, 불안이 야기되어 이를 제거하기 위하여 그 법률관계를 확인의 대상으로 삼아 원·피고 간의 확인판결에 의하여 즉시로 확정할 필요가 있고, 또한 그것이 가장 유효 적절한 수단이 되어야 확인의 이익이 있다.

관계도 그 대상이 될 수 있다고 판단한다.

**(2) 가압류의 효력과 법률상 이익**

당사자간에 구체적인 사정에 입각하여 학인판결이 필요하고 적절한 확인이 소이여 한다. 요건적으로 보면 법률상 이익으로서 현존하는 불안의 위험이 있어야 한다. 가압류당한 甲의 입장에서 보증보험의 부존재여부는 일응 법률상 이익이 존재한다고 한 것이다. 그러나 보충성의 원칙이 인정되는지는 별도로 검토한다.

**(3) 보충성의 충족여부**

불안제거에 가장 유효적절한 수단으로 확인의 소는 보충성이 존재하여야 한다. 그러나 사안의 경우 甲이 乙에게 직접적으로 리스계약이 존재하지 않는다는 확인의 소를 제기하는 것이 발본색원적인 해결책이라고 할 것이다.

**4. 결론**

확인소 대상적격과 법률상 이익은 인정되지만 유효적절한 수단인지는 검토가 필요하며 가사 가압류집행이 있다하더라도 소의 이익을 인정하기는 어려워 부적법한 소로서 각하하여야 한다.

## 5. 채권자취소소송의 권리보호이익

甲과 乙은 乙의 X토지에 대하여 1억원의 매매대금으로 甲이 매수하였다. 계약금과 잔대금을 모두 지급하고 甲은 乙에게 소유권이전등기를 요구하고 있다. 피고로 하여 乙 소유의 토지와 관련하여 그 소유권의 이전등기를 청구하는 소를 제기하였다. 甲과 乙 간의 매매계약은 乙의 토지가 乙의 채권자에게 넘어갈 것을 대비한 것이다. 乙에게는 채권자가 丙과 丁이 존재하고 있었다. 甲과 乙 간의 매매계약을 체결을 한 것을 안 丙과 丁을 각각 甲을 상대로 각각 사해행위취소 및 원상회복청구소송을 제기하였다. 먼저 丙 甲을 상대로 하여 甲-乙간 위 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구소송을 제기하여 청구인용 판결이 확정되었다. 丁과의 소송에서 甲은 변론기일에 “丁의 소는 기판력에 저촉되고, 권리보호의 이익이 없다.”고 주장하였다. 법원은 甲의 주장에 관하여 어떻게 판단하여야 하는지 설명하시오

### 1. 문제의 소재

전소인 丙의 사해행위취소소송의 확정력이 丁의 후소의 미치는지 우선 문제된다. 기판력이 작용하지 않는다 하더라도 권리보호이익이 있는지 여부가 원상회복이 있는지에 따라 다르게 인정되는 것은 아닌지 문제된다.

### 2. 채권취소소송에서 기판력의 작용<sup>83)</sup>

#### (1) 기판력의 발생과 작용

전소 확정판결에 기판력이 발생하며, 당사자 동일 소송물이 동일한 범위에서 변론종결시의 공격방어방법이 차단된다. 이러한 요건은 모두 요구되는데, 특히 채권자취소소송에서 사해행위취소권이 동일한 소송물인지 문제될 수 있다.

#### (2) 사해행위취소소송의 소송물

채권자가 사해당사자인 수익자나 전득자를 상대로 사해행위취소소송의 소송물은 채권자가 수익자(또는 전득자)에 대하여 가지는 채권자취소권이다. 이는 채권자가 가지는 자기의 고유한 권리로서 각 채권자의 취소권은 별개의 소송물을 구성한다.

#### (3) 기판력 저촉 여부

丙이 제기한 사해행위취소소송의 소송물은 丙이 甲에 대하여 가지는 채권자취소권이고, 丁이 제기한 소송의 소송물은 丁이 甲에 대하여 가지는 채권자취소권으로서 소송물이 상이하므로, 당사자도 상이하므로 丙에게는 전소 판결의 기판력이 미친다고 볼 근거가 없다

### 3. 권리보호의 이익 흠결 여부<sup>84)</sup>

83) 중복제소금지도 살펴볼수 있다. 그러나 사안에서 판결이 확정되었으므로 간과해도 된다.

84) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다28114 판결: 채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 여러 명의 채권자가 동시에 또는 시기를 달리하여 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기한 경우 이들 소가 중복제소에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다. 그러나 확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19558 판결, 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결 등 참조). 그리고 수익자가 확정된 판결에 기하여 해당 채권자에게 재산이나 가액을 반환함으로써 그 채권자가 다른 채권자보다 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과가 초래된

### (1) 문제점

채권자취소소송및원상회복청구는 형성의 소와 이행의 소의 결합으로 본다. 병합소송으로 보는 원상회복이 필요성에 따라 소의 이익이 달라지는 것은 아닌지 문제된다.

### (2) 권리보호이익 흠결

#### 1) 전소판결 확정 후 원상회복이 이루어지지 않은 경우

판례는 어느 채권자가 동일한 처분행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 다른 채권자가 동일한 처분행위에 대하여 제기한 사해행위취소청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다.

#### 2) 전소판결 확정에 기하여 원상회복을 마친 경우

확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.

### (3) 사안의 경우

중복제소나 기판력이 미치는지 소가 아니다. 전소의 승소 확정판결에 기하여 원상회복이 마쳐진 경우가 아니라면 이 사건 청구에 권리보호의 이익이 없는 것으로 볼 수도 없으며 같은 사유들은 모두 소송요건에 관한 것이므로 법원이 직권으로 조사하여 종국판결의 이유에서 또는 중간판결로 판단하면 된다.

## 4. 결론

변론종결 당시를 기준으로 丁이 전소에서의 승소 확정판결에 기하여 이미 원상회복을 마쳤다는 점이 증명된다면 법원은 권리보호의 이익이 없음을 이유로 이 사건 소에 대하여 각하 판결을 하여야 할 것이다.

---

다고 하더라도, 그 재산이나 가액의 반환이 다른 채권자를 해할 목적으로 수익자와 해당 채권자가 통모한 행위라는 등의 특별한 사정이 없는 한 확정된 판결에 따른 반환의무를 이행하는 것이 다른 채권자의 신의에 반하는 행위라고 할 수는 없으므로, 확정된 판결에 따라 재산이나 가액의 반환을 마친 수익자가 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구에 대하여 권리보호의 이익이 없다고 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.



대판 1993.3.9. 92다56575

[1] 국토이용관리법상의 토지거래규제구역 내의 토지에 관하여 관할관청의 허가 없이 체결된 매매계약이라 하더라도 거래 당사자 사이에는 계약이 효력 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있어 매매계약의 쌍방 당사자는 공동으로 관할관청의 허가를 신청할 의무가 있고, 이러한 의무에 위배하여 허가신청절차에 협력하지 않는 당사자에 대하여 상대방은 협력의무의 이행을 청구할 수 있다.

[2] 망인으로부터 토지거래규제지역 내에 있는 토지로서 등기부 등 관계공부가 멸실되어 토지대장상 소유자미복구로 되어 있는 토지를 매수한 자는 망인의 상속인들에 대한 토지거래허가신청절차의 협력의무의 이행청구권을 보전하기 위하여 상속인들을 대위하여 위 토지가 상속인들 소유임의 확인을 구할 수 있다.

대판 2004.3.25. 2002다20742

근저당권자가 근저당권의 피담보채무의 확정을 위하여 스스로 물상보증인을 상대로 확인의 소를 제기하는 것이 부적법하다고 볼 것은 아니며, 물상보증인이 근저당권자의 채권에 대하여 다투고 있을 경우 그 분쟁을 종국적으로 종식시키는 유일한 방법은 근저당권의 피담보채권의 존부에 관한 확인의 소라고 할 것이므로, 근저당권자가 물상보증인을 상대로 제기한 확인의 소는 확인의 이익이 있어 적법하다.

대판 2009.1.15. 2008다74130

확인소 제기 전·후에 권리관계를 다투던 피고가 항소심에서 그 권리관계를 다투지 않는 경우, 확인의 이익이 있는지 여부(적극) - 권리관계에 대하여 당사자 사이에 아무런 다툼이 없어 법적 불안이 없으면 원칙적으로 확인의 이익이 없다고 할 것이나, 피고가 권리관계를 다투어 원고가 확인의 소를 제기하였고 당해 소송에서 피고가 권리관계를 다투는 바 있다면 특별한 사정이 없는 한 항소심에 이르러 피고가 권리관계를 다투지 않는다는 사유만으로 확인의 이익이 없다고 할 수 없다.

대판 1979.4.10. 78다2399

멸실임야대장 복구시 소유자란이 공백이 되어 토지 소유자임을 임야대장으로 증명할 수 없는 경우에는, 부동산등기법 제130조에 의하면 판결에 의하여 소유자임을 증명하고 보존등기를 할 수 밖에 없으니 보존등기를 위한 소유권 증명 때문에 토지 소유자가 국가를 상대로 제기한 소유권 확인의 소는, 가사 관계당사자 간에 다툼이 없다 할지라도, 확인의 이익이 있다. 본 판례사안에서는 특히, ① 불안제거를 위하여 확인판결을 받는 것이 필요하고도 적절한가의 문제와 ② 굳이 다투지도 않는 국가를 상대로 확인판결을 받아야만 하는가의 문제가 있으나, 전소유자가 없거나 그 소재생사를 알 수 없는 경우도 있어 전소유자를 상대로 소유권이전등기절차 이행청구의 소가 항상 가능하다고 볼 수는 없으므로 확인판결이 필요한 경우로 볼 수 있다. 또한 국가가 관련법령을 내세워 소유권자로 등재할 수 없다고 하는 경우에는 원고의 소유권을 다투는 것이라고 볼 수 있고, 국가가 원고의 토지를 수

용하는 문제 등이 생길 때 소유권에 대한 증명수단을 갖고 있지 않아 국유지로 편성될 가능성 등이 있어 국가를 피고로 하여 확인의 소를 제기하는 것은 적절하다고 볼 수 있겠다.

대판 1999.5.28. 99다2188

[1] 확인의 소는 분쟁 당사자 사이에 현재의 권리 또는 법률관계에 관하여 즉시 확정할 이익이 있는 경우에 허용되는 것이므로, 소유권을 다투고 있지 않은 국가를 상대로 소유권확인을 구하기 위하여는 그 판결을 받음으로써 원고의 법률상 지위의 불안을 제거함에 실효성이 있다고 할 수 있는 특별한 사정이 있어야 할 것인바, 건물의 경우 가옥대장이나 건축물관리대장의 비치·관리업무는 당해 지방자치단체의 고유사무로서 국가사무라고 할 수도 없는 데다가 당해 건물의 소유권에 관하여 국가가 이를 특별히 다투고 있지도 아니하다면 국가는 그 소유권 귀속에 관한 직접 분쟁의 당사자가 아니어서 이를 확인해 주어야 할 지위에 있지 않으므로, 국가를 상대로 미등기 건물의 소유권 확인을 구하는 것은 그 확인의 이익이 없어 부적법하다.

[2] 미등기 건물에 관하여 국가를 상대로 한 소유권확인판결을 받는다고 하더라도 그 판결은 부동산등기법 제131조 제2호에 해당하는 판결이라고 볼 수 없어 이를 근거로 소유권 보존등기를 신청할 수 없다.

대판 1995.9.15. 94다27649

[1] 국가를 상대로 한 토지소유권 확인청구는 어느 토지가 미등기이고, 토지대장이나 임야대장상에 등록명의자가 없거나 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때와 그 밖에 국가가 등록명의자인 제3자의 소유를 부인하면서 계속 국가 소유를 주장하는 등 특별한 사정이 있는 경우에 확인의 이익이 있다.

[2] 토지수용의 효과를 다투면서 토지 소유권을 주장하는 자는 그 기업자에 대한 승소판결만으로도 토지에 관한 기업자의 소유권보존등기를 말소하고 그 소유권보존등기를 신청할 수 있으므로, 이와 병합하여 국가를 상대로 한 소유권확인청구는 그 토지의 소유권을 둘러싼 법적 불안정을 해소하는 데 필요하고도 적절한 수단이 될 수 없어 그 확인의 이익이 없다고 한 사례.

대판 2010.7.8. 2010다21757

어느 토지에 관하여 등기부나 토지대장 또는 임야대장상 소유자로 등기 또는 등록되어 있는 자가 있는 경우에는 그 명의자를 상대로 한 소송에서 당해 부동산이 보존등기신청인의 소유임을 확인하는 내용의 확정판결을 받으면 소유권보존등기를 신청할 수 있는 것이므로, 그 명의자를 상대로 한 소유권확인청구에 확인의 이익이 있는 것이 원칙이지만, 토지대장 또는 임야대장의 소유자에 관한 기재의 권리추정력이 인정되지 아니하는 경우에는 국가를 상대로 소유권확인청구를 할 수밖에 없다.

대판 2011.11.10. 2009다93428

구 부동산등기법(2011.4.12. 법률 제10580호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구법'이라 한다) 제131조 제2호에서 판결 또는 그 밖의 시·구·읍·면의 장의 서면에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자가 소유권보존등기를 신청할 수 있다고 규정한 것은 건축물대장이 생성되어 있으나 다른 사람이 소유자로 등록되어 있는 경우 또는 건축물대장의 소유자 표

시란이 공란으로 되어 있거나 소유자 표시에 일부 누락이 있어 소유자를 확정할 수 없는 등의 경우에 건물 소유자임을 주장하는 자가 판결이나 위 서면에 의하여 소유권을 증명하여 소유권보존등기를 신청할 수 있다는 취지이지, 아예 건축물대장이 생성되어 있지 않은 건물에 대하여 처음부터 판결 내지 위 서면에 의하여 소유권을 증명하여 소유권보존등기를 신청할 수 있다는 의미는 아니라고 해석하는 것이 타당하다. 위와 같이 제한적으로 해석하지 않는다면, 사용승인을 받지 못한 건물에 대하여 구법 제134조에서 정한 처분제한의 등기를 하는 경우에는 사용승인을 받지 않은 사실이 등기부에 기재되어 공시되는 반면, 구법 제131조에 의한 소유권보존등기를 하는 경우에는 사용승인을 받지 않은 사실을 등기부에 적을 수 없어 등기부상으로는 적법한 건물과 동일한 외관을 가지게 되어 건축법상 규제에 대한 탈법행위를 방조하는 결과가 된다. 결국 건축물대장이 생성되지 않은 건물에 대해서는 소유권확인판결을 받는다고 하더라도 그 판결은 구법 제131조 제2호에 해당하는 판결이라고 볼 수 없어 이를 근거로 건물의 소유권보존등기를 신청할 수 없다. 따라서 건축물대장이 생성되지 않은 건물에 대하여 구법 제131조 제2호에 따라 소유권보존등기를 마칠 목적으로 제기한 소유권확인청구의 소는 당사자의 법률상 지위의 불안 제거에 별다른 실효성이 없는 것으로서 확인의 이익이 없어 부적법하다.

## **제3편 제1심 소송절차**

### **제1장 소제기와 효과**

### **제2장 변론과 심리**

### **제3장 증거법**

## 제1장 소송의 개시

### 제1절 소송의 개시

#### 1. 소장의 심사과 보정명령

고등학교 친구 5명이 함께 택지를 매입하여 빌라를 분양하는 사업을 할 목적으로 통린 부동산개발회사(소재지: 서울시 종로구)를 설립하였다. 통린(이하 '乙'이라 한다)의 빌라분양사업과 관련하여, 丙은 乙로부터 전기배선공사를 수주받아 정릉공사장, 송도공사장, 위례공사장 등에서 공사를 마무리하였으며, 이로 인한 공사채권 9억 원(정릉공사장 관련 대금 4억 원, 송도공사장 관련 대금 3억 원, 위례공사장 관련 대금 2억 원)을 가지고 있다. 乙이 공사대금을 지급하지 않자, 丙은 자신이 직접 추심하는 것보다 乙이 사업자금을 융통받고 있는 甲 투자신탁회사로 하여금 추심하도록 하는 것이 효과적이라고 생각하여 우선 공사대금채권 1억 원을 甲에게 양도하고 이를 乙에게 통지하였다. 위 공사대금을 양수한 甲은 乙(대표자 Y)을 피고로 하여 1억 원의 양수금지청구의 소를 제기하였다. 甲은 소장에서 단순히 丙으로부터 1억 원의 공사대금을 양수받았다고 주장하여 1억 원의 양수금의 지급을 청구한다는 취지임을 밝혔고, 송달되어 피고가 답변서를 준비하고 있다. 甲의 소의 적법 여부와 관련하여 법원이 취할 수 있는 조치에 대하여 논하시오.

#### 1. 쟁점의 정리

소의 적법 여부와 관련하여 소송물 불특정이 소송요건인지 그에 대한 조치와 채권양도가 소송신탁에 해당하여 임의적 소송담당을 인정하여 甲의 당사자적격을 인정하거나 아니면 부인할 수 있는지 그에 대한 법원의 조치가 문제 된다

#### 2. 소송물 불특정과 법원의 조치

##### (1) 소송물의 특정

청구의 취지와 원인은 소장의 필수적 기재사항이며, 이는 재판장의 소장심사권의 주요 대상이다. 따라서 청구의 취지와 원인으로부터 소송물을 특정할 수 있도록 기재하여야 한다. 특히 이행의 소는 급부를 그 목적으로 하므로, 급부를 집행함에 의문이 없을 정도로 청구를 특정하여 신청하여야 한다.

##### (2) 채권양도에 있어서 소송물의 특정

채권양도의 경우 사회통념상 양도채권을 다른 채권과 구별하여 그 동일성을 인식할 수 있을 정도로 특정되어야 한다. 사안의 경우 원고의 청구는 여러 개의 공사채권 중 어느 채권을 그 대상으로 하는지 특정되어 있지 않아 소송물 불특정이 발생하였다. 청구취지는 특정은 1억 원으로 되었다고 볼 수 있으나, 청구원인에서는 양수채권이 어느 공사대금에 해당 하는지를 밝혔어야 할 것이다.

##### (3) 적식심사와 적법심사

###### 1) 적식심사

재판장은 소장의 적식 여부를 심사하는데, 그 대상은 소장의 필수적 기재사항 및 인지의 첩부이다. 심사결과 부적식 소장에 대해서는 상당한 기간을 정하여 보정을 명한다(제254조 제1항). 보정기간 내에 보정을 하지 아니할 경우 재판장은 소장을 각하하는 명령을 한다

(제254조 제2항).

## 2) 적법요건으로서 소송물의 특정<sup>85)</sup>

소송물이 특정되었는지의 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다. 소송물 불특정에 의하여 소장각하명령을 할 수 있는 시기는 송달시절과 판례의 변론개시절에 따라 변론개시 이후에는 소송물 특정은 소송요건이 된다.<sup>86)</sup> 따라서 소송물불특정이 있는 경우 법원은 소를 부적법 각하한다.

## 3) 법원의 석명권의 행사

소송물이 특정되지 아니한 경우 법원은, 소장 적식성 검토 단계에서 보정명령을 내리는 것과 마찬가지로 소송물을 특정하도록 석명권을 행사하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 경우 소송요건의 불비에 해당하여 부적법의 문제를 야기한다.

## 3. 임의적 소송담당 성립 여부

### (1) 문제점

당사자 적격은 소송법 고유의 당사자 개념으로 실체법상 관리처분권의 변형된 소송수행권이 없는 당사자는 소송요건이 된다. 따라서 투자신탁회사가 당사자 적격을 가지는 여부는 적법요건으로 검토하여야 할 사안이다.

### (2) 이행의 소에서의 당사자 적격

이행의 소의 제기 적격자는 원칙적으로 본안판단을 전제로 판단하며, 따라서 당사자의 주장자체로 인정되는 것이 일반적인 견해이다. 그러나 당사자 적격이 사안 자체로 인정될 수 없다면 이는 소송요건으로 사실심변론종결시 이전에 직권으로 조사하여 부적법각하할 수 있다고 할 것이다.

### (3) 임의적 소송담당의 인부

임의적 소송담당은 당사자의 합의로 소송수행권을 수여하는 것으로, 권리자로부터 소송수행권을 수여받은 자는 제3자 소송담당이 되어 자신의 이름으로 타인의 권리와 관련한 소송을 수행할 수 있는 당사자적격을 갖게 된다. 원칙적으로 허용되지 아니하며 판례는 제3자 소송담당에 의해 변호사대리의 원칙과 소송신탁금지의 원칙이 잠탈될 수 있다는 이유로 매우 제한적으로 인정하며, 또 민중소송을 방지하기 위하여 제3자에게 소송수행권을 수여할 합리적 필요가 인정되어야 허용할 수 있다는 입장이다.

### (4) 사안의 경우

소송수행권을 수여받는 甲이 투신사라는 점에 비추어 변호사대리의 원칙과 소송신탁금지의 원칙이 잠탈할 위험을 인정하기 어렵다. 따라서 丙이 甲에게 채권추심을 위한 소송수행권

85) 소송물불특정은 소장 적식의 문제인데 반하여, 소송물 불명확은 특정을 전제로 한 해석의 문제이기 때문에, 전자의 경우에는 재판장의 보정명령이, 후자의 경우에는 법원의 석명권 행사의 조치가 필요하다. 그러나 실무에서는 이러한 구별을 하지 않는 것이 보통이다. 그 결과 소장명령각하 가능시기 이후에는 소송물불특정이 소송요건으로 취급되는 것이다.

86) 대판 2017.11.23. 2017다251694: 채권자가 동일한 채무자에 대하여 발생시기와 발생원인 등을 달리 하는 수 개의 손해배상채권을 소송으로 청구하는 경우, 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하여야 한다. 또한 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 하고, 이러한 법리는 채권자가 수 개의 손해배상채권들 중 일부만을 청구하고 있는 경우에도 마찬가지이다. 청구취지가 특정되지 않은 경우, 법원이 취하여야 할 조치는 민사소송에서 청구취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고, 이의 특정 여부는 직권조사사항이므로 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 피고의 이의 여부와 관계없이 직권으로 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다.

을 수여한 것은 문제가 없으며, 이에 따라 甲은 적법한 당사자적격자이다.

#### 4. 사례의 해결

소의 적법성 검토 단계에서는 법원이 소송물을 특정하도록 석명권을 행사하여야 하고, 응하지 아니할 경우에는 소를 부적법 각하하는 판결을 한다.

원고의 채권양도는 변호사대리의 원칙이나 소송신탁을 잠탈한 위험을 인정하기 어려우며, 丙이 甲에게 채권을 양도할 합리적 필요성이 인정되므로, 원고는 당사자적격자이므로 적법하다.

## 2. 주소보정과 소장각하명령

甲은 乙회사를 상대로 해고무효 확인 및 임금지급을 청구하는 소를 제기하였다. 甲이 제기한 소의 소장부분은 소장에 적힌 乙회사의 본점 소재지(서울시 중구 남대문로 1번지)로 송달되어 2017. 4. 30. 乙의 대표이사 丙(서울시 강남구 테헤란로 2번지)이 수령하였다. 그 후 乙은 2017. 11. 20. 그 법인등기부에 본점소재지를 '서울시 중구 남대문로 111번지'로, 대표이사를 '丙'에서 '丁'으로 변경등재하였는데, 법원에 위 변경된 본점소재지 또는 丁의 주소지에 대한 송달받을 장소가 바뀌었다는 사실을 신고하지 않았다. 乙의 송달장소 변경이 없는 상태에서 법원은 피고에 대한 제1차 및 제2차 변론기일통지서를 위 변경 전의 본점소재지로 송달하였으나 모두 폐문부재를 이유로 송달불능되었다는 송달보고서가 법원에 도달하자, 법원은 주소보정을 명하였다. 보정기간 내에 보정이 없자, 재판장은 소장각하명령을 발하였다. 재판장의 소장각하명령이 당부를 설명하시오.

### 1. 문제의 소개

재판장이 소장각하명령을 할 수 있는 시기가 적절한지, 또한 이 경우 법원이 송달절차를 적절하게 따랐는지 여부 및 그 절차의 적성을 묻고 있다. 이는 결과적으로 법인에 대한 송달시 수송달자의 순위를 검토를 요한다.

### 2. 소장각하명령 행사가능 시기

#### (1) 소장각하명령의 문제점

소장에는 준비서면에 관한 규정이 준용되므로(제249조 제2항), 당사자의 주소는 소장기재 사항이며(제274조 제1항 제1호), 주소가 기재되지 아니한 경우에는 재판장이 직접 또는 법원사무관에게 지시하여 보정을 명한다(제254조 제1항). 보정기간 내에 주소를 보정하지 아니하면 재판장이 소장각하명령을 한다(제254조 제1항, 제2항). 이때 소장각하명령의 행사시기가 명확하지 이 부분에 대한 검토가 필요하며 법문이 명확하지 않아 견해의 대립이 있다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설

소장각하명령 행사가능시기와 관련하여 소장부분송달시까지 가능하다는 견해로서 소송계속 시설와 변론개시시까지 행사할 수 있다는 견해로서 변론개시시설이 대립한다.

##### 2) 판례의 태도

판례의 입장은 기본적으로 변론이 개시될 때까지 소장각하명령을 할 수 있다는 입장이다.

#### (3) 검토와 사안에의 적용

소장부분이 송달되고 난 후 아직 변론이 개시되지 않았기 때문에 재판장은 소장각하명령을 할 수 있다. 일응 시기적인 소장각하명령의 부적법은 발견할 수 없다.

### 3. 주소보정명령의 적법성과 수송달자의 순위

#### (1) 문제점

재판장이 소장각하명령의 적법은 주소보정명령의 적법을 전제로 한다. 이는 법인의 수송달자와 그 순위가 명확히 인정되어야 한다.

#### (2) 법인에 송달과 순위



법인에 대한 송달은 법인의 대표자의 주소지에서 하여야 한다(제183조, 제64조). 다만, 법인의 주소지에서도 송달할 수 있다는 것이 판례이다.<sup>87)</sup> 법인에 대한 송달은 원칙적으로 법인인 소송당사자에게 효과가 발생할 소송행위는 그 법인을 대표하는 자연인의 행위거나 그 자연인에 대한 행위라야 할 것이므로 그 대표자의 주소지에 송달하여야 한다. 다만, 이 과정을 거치지 않고 바로 법인의 주소지에서 송달하여도 무방하다고 볼 것이라도, 법인의 주소지에서 송달할 수 없을 경우에는 그 대표자의 주소지에 송달해 보지 않고 바로 주소보정을 명할 수는 없다고 보는 것이 법문의 규정이다.

### (3) 사안의 경우

법원은 乙법인의 주소지에서 송달할 수 없게 되었으므로, 乙회사의 대표자인 丙이든 주소지가 알려진 경우 丁의 주소지에서 송달하여야 하는데, 이 절차를 생략하고 바로 주소보정을 명하였다. 따라서 재판장의 소장각하명령은 부적법하다

## 4. 결론

재판장의 소장각하명령은 시기적으로 문제가 없으나, 법인의 주소지 외에 법인의 대표자에게도 송달할 절차를 이행하지 않았으므로 이에 대한 송달과정의 없이 주소보정 후 소장각하명령은 위법하다고 할 것이다.

---

87) 대법원 1997. 5. 19. 자 97마600 결정: 법인인 소송당사자에게 효과가 발생할 소송행위는 그 법인을 대표하는 자연인의 행위거나 그 자연인에 대한 행위라야 할 것이므로 소송당사자인 법인에의 소장, 기일소환장 및 판결 등 서류는 그 대표자에게 송달하여야 하는 것이니 그 대표자의 주소, 거소에 하는 것이 원칙이고, 법인의 영업소나 사무소에도 할 수 있으나, 법인의 대표자의 주소지가 아닌 소장에 기재된 법인의 주소지로 발송하였으나 이사불명으로 송달불능된 경우에는, 원칙으로 되돌아가 원고가 소를 제기하면서 제출한 법인등기부등본 등에 나타나 있는 법인의 대표자의 주소지로 소장 부분 등을 송달하여 보고 그 곳으로도 송달되지 않을 때에 주소 보정을 명하여야 하므로, 법인의 주소지로 소장 부분을 송달하였으나 송달불능되었다는 이유만으로 그 주소 보정을 명한 것은 잘못이므로 그 주소 보정을 하지 아니하였다는 이유로 한 소장각하명령은 위법하다.

## 제2절 소개시의 효과

### 1. 소송물과 소제기의 효과

甲이 이행기가 2007. 11. 2.로 乙의 남편 丁에게 금 25,000,000원을 대여하였고, 丁은 2010. 11. 경 대여금채권을 원인으로 丁에게 약속어음을 발행하였다. 그러나 丁이 2012. 9. 18. 사망하여 그 처인 乙이 丁의 채무를 상속하였다. 甲은 丁의 채무가 이행되지 않자 약속어음을 근거로 이를 이유로 상속재산에 관하여 2013. 1. 4.에 피고의 재산을 가압류하였다. 가압류이후에도 대여금을 이행하지 않자 2017.11.3.에 甲은 乙을 상대로 약속어음청구의 소를 제기하고 소장이 송달된 이후에 곧 이어 대여금반환청구의 소를 제기하였다. 대여금청구의 소송에 대하여 乙은 소가 부적법하거나 권리가 소멸되었다고 다투고 있다. 乙의 주장에 대하여 예상되는 법원의 판단을 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

소제기의 효력으로서 소멸시효의 중단과 중복제소에 해당되는지 문제된다. 사안의 경우 동일한 청구인지 여부에 따라 각각의 절차법적 효과가 논할 수 있을 것으로 본다. 또한 당사자가 소멸시효의 항변을 하였는지 문제될 수 있으나 주장이 있는 경우 법원의 청구인용의 타당성을 검토할 필요가 있다.

#### 2. 중복제소금지에 해당여부

##### (1) 중복제소금지의 요건

전소계속중 당사자가 동일하고 소송물이 동일한 후소를 제기한 경우 판결의 모순저촉의 우려로 중복된 소제기를 금지한다. 사안의 경우 원인채권과 어음채권이 동일하다면 제소금지에 어긋날 수 있다.

##### (2) 소송물의 동일성 여부

소송물은 청구가 특정된 것을 의미하는 데 통상 학설은 대체적으로 신소송물이론에 의하면 일지설과 이지설이 있다. 판례는 구실체법설에 따라 청구취지와 청구원인을 고려하여 실제 법상 청구권을 근거로 소송물을 인정한다. 사안의 경우 학설에 따르면 소송물이 동일할 수 있으나, 판례에 의할 경우 소송물이 다르다고 할 것이다.

##### (3) 사안의 경우

어음채권과 원인채권인 대여금채권은 동일한 소송물이 아니므로 중복된 소제기에 해당하지 않는다.

#### 3. 시효중단 여부

##### (1) 문제점

소장을 제출함으로써 당사자의 권리를 행사한 것이므로 권리행사설에 의하여 실제법상 시효가 중단된다.(민법 제168조 민사소송법 제265조) 시효가 중단하는 것은 재판상 청구만이 아니라 가압류의 경우에도 인정되므로 어음채권의 시효는 일응 중단된 것으로 볼 수 있으나, 이것이 원본채권에도 인정되는 지 문제된다.

##### (2) 어음채권과 원인채권의 시효중단효

###### 1) 별개의 소송물에 대한 시효중단

소송물이 다른 경우 각각의 권리행사가 다른 소송물에 시효를 중단시키는 원칙적으로 인정된다고 할 수 없다.

## 2) 원인채권과 어음채권과의 관계

어음채권은 원칙적으로 원인채권을 위하여 존재하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이와 반대로 원인채권의 존재는 어음채권과는 별개로 이를 행사한다고 하여 어음채권에 대한 권리를 행사한다고 볼 일은 아니다.<sup>88)</sup> 그러나 어음채권은 행사는 원인채권의 실현을 위한 것이므로 이는 원인채권을 행사한 것으로 볼 수 있을 것이다. 이에 대하여 학설은 별개로 인정하지는 않으나 판례는<sup>89)</sup> 원인채권의 시효중단을 인정하는 입장이다.

## (3) 사안에의 적용

소송물이 다른 경우 원칙적으로 시효중단의 효력이 미칠 수 없으나 어음금채권의 행사는 원인채권의 행사로서 이는 원인채권의 시효를 중단시킨다고 할 것이다.

## 4. 결론

원인관계채권과 어음채권은 별개의 소송물로 인정되어야 하므로 각각의 소송은 중복제소가 될 수는 없다. 다만 어음채권에 의한 시효의 중단은 원인관계채권의 중단의 효력을 가져온다고 볼 수 있으므로 이에 대한 본안판단을 하여야 하고 특별한 사유가 없는 한 청구인용 판결이 가능하다.

---

88) 93다59922 판결

89) 대판 1999.6.11. 99다16378: [1] 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우에 원인채권과 어음채권은 별개로서 채권자는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있고, 원인채권에 기하여 청구를 한 것만으로는 어음채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수 없어 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못한다. [2] 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우, 이러한 어음은 경제적으로 동일한 급부를 위하여 원인채권의 지급수단으로 수수된 것으로서 그 어음채권의 행사는 원인채권을 실현하기 위한 것일 뿐만 아니라, 원인채권의 소멸시효는 어음금 청구소송에 있어서 채무자의 인적항변 사유에 해당하는 관계로 채권자가 어음채권의 소멸시효를 중단하여 두어도 채무자의 인적항변에 따라 그 권리를 실현할 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생하게 되므로, 채권자가 원인채권에 기하여 청구를 한 것이 아니라 어음채권에 기하여 청구를 하는 반대의 경우에는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다고 봄이 상당하고, 이러한 법리는 채권자가 어음채권을 피보전권리로 하여 채무자의 재산을 가압류함으로써 그 권리를 행사한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

## 2. 응소와 시효중단 및 일부청구

甲은 X의 불법행위로 인하여 8,000만 원의 손해를 입었다.

1. X가 甲에 대하여 소극적 확인의 소를 제기하자 甲은 답변서에서 현재 치료비와 위자료 등 8,000만 원이 존재한다고 주장한 경우에 甲의 채권은 시효중단 여부를 설명하시오.

2. 손해배상청구에 대하여 甲은 3,000만 원만을 청구하는 소를 제기하였고 피고는 청구기각의 답변서를 제출하였다. 이 소송계속 중에 법원의 신청감정결과가 유리하게 전개되자, 갑은 또 다시 5,000만 원을 청구하는 별소를 제기하였다. 법원은 甲이 5,000만 원 청구의 소를 제기할 당시 3,000만 원의 청구소송에 대하여 소송물 불특정에 대한 보정을 요구하고 있다. 甲이 이에 대해 응하지 않고 있는 경우 5,000만 원 청구의 소에 대한 법원의 조치는 무엇인지 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 제기

소극적 확인의 소에서 답변서로 주장하여 대응한 적극적인 응소가 시효중단사유로서 해당되는지 문제된다.

#### 2. 소제기의 실체법상 효과

##### (1) 시효중단의 근거

민법상 시효제도는 권리를 창설하거나 소멸시키는 작용을 한다. 시효제도는 권리를 행사하지 아니한 경우 일정한 사실관계를 법적 안정성의 구현으로서 법률관계화하는 현상이다. 이것은 민사소송법에서 소제기되어야 한다.

##### (2) 소멸시효의 중단근거의 성질

실체법상 학설의 대립이 있으나 시효중단에 대하여 권리확정설에 있던 판례는 시효중단의 의미를 충분히 반영하여 현재 권리행사설의 입장을 고수하고 있다.

##### (3) 시효중단의 대상

시효가 진행되는 채권에 대하여 이행의 소, 확인의 소, 형성의 소, 재심의 소가 제기된 경우 지급명령의 경우에도 중단의 효력이 있다. 그러나 소제기가 아닌 응소만을 시효가 중단되는지는 논의가 필요하다.

#### 3. 응소와 시효중단

##### (1) 응소가 시효중단에 해당되는지 여부

통설과 판례는 피고가 적극적으로 권리를 주장하고 이것이 받아들여진 경우도 민법 제 168조 제1호의 중단사유에 해당하는 것으로 보고 있다. 권리행사설에 따른 당연한 결과이다.

##### (2) 시효중단의 요건

채무자가 제기한 소에서 채권자가 응소하고, 응소하여 시효중단과 자신의 권리를 주장하여야 한다. 또한 주장한 권리가 법원에 의하여 받아들여지면 응소한 때로 시효가 중단되며 사안의 경우 답변서를 제출할 때이다.

##### (3) 사안의 경우

#### 4. 결론

답변서가 제출될 때를 기준으로 시효진행의 중단을 긍정한다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 제기

목시적 일부청구 소송계속 중에 잔부를 청구하는 별소를 제기하면 중복제소에 해당하는지 묻고 있다.

### 2. 중복제소 여부

#### (1) 중복제소

전소계속 중 동일한 당사자가 동일한 소송물을 가지고 후소를 제기한 경우 판결의 모순저촉을 우려하여 중복된 소제기는 금지된다.(민사소송법 제259조)

#### (2) 일부청구와 소송물

일부청구에 대하여소송물을 별개로 인정할 것인가에 대하여 일부청구 긍정설과 부정설, 절충설인 명시설 등이 대립하고 있으나 판례는 명시설의 입장에 있다.

#### (3) 목시적 일부청구와 중복제소

판례에 따라 목시적 일부청구의 경우 이를 당해 사건의 청구원인에 기한 전체의 청구권이라고 보아 소송물이 동일하다고 본다. 따라서 같은 목시적 일부청구는 일부청구 소송계속 중에 잔부를 청구하였으므로 중복제소에 해당한다.

### 3. 부적법한 전소의 소계속 인정여부

#### (1) 문제점<sup>90)</sup>

중복제소는 전소의 소송계속이 발생하는 동안에 당연히 인정되는 소극적 소송요건이다. 이 경우 전소가 부적법한 소인 경우 소의 계속을 인정할 것인가 문제된다.

#### (2) 소송물의 불특정의 효과

소송물특정은 소송요건으로 볼 것이므로 법원은 소송물불특정시 소를 각하하여야 하지만, 바로 소를 각하하는 것이 아니라, 제59조와 제254조 제2항을 준용하여 보정명령을 하여야 한다.<sup>91)</sup>

#### (3) 부적법한 전소의 소송계속여부

전소가 취하 또는 부적법 각하되지 아니한 이상, 전소의 소송계속은 그전까지는 지속되므로, 그 동안에 전소가 부적법할지라도 중복제소 규정을 적용하는데 방해가 되지 아니한다. 따라서 사안의 경우 같이 전소를 취하지도 않았고 법원이 소를 각하되지도 않았으

90) 참고판례 95다46319: 종전 소송에서의 청구가 일부청구라 하여도 이 사건 소송이 위 종전 소송의 사실심에 계속 중에 제기되었음이 명백한 이상, 원고는 위 종전소송에서 청구취지의 확장으로 용이하게 이 사건 소송의 청구를 할 수 있었는데도 별소로 잔부청구인 이 사건 청구를 하는 것은 소권남용에 해당하여 부적법한 것으로 각하를 면치 못할 것이다.

91) 2013다101104: 민사소송에 있어서 청구의 취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고, 이의 특정 여부는 직권조사사항이라고 할 것이므로 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 피고의 이의 여부에 불구하고 직권으로 그 보정을 명하고, 이에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다.

므로, 후소는 중복제소에 해당한다.

#### 4. 결론

甲이 제기한 잔부청구의 소는 중복제소에 해당하여 각하한다.

### 3. 일부청구와 시효중단

2007.7.7. 공군전투기의 추락으로 甲 공장의 전기공급 및 저수탱크시설이 손괴된 사건이 발생하였다. 甲은 2008.8.8. 국가 乙을 상대로 금 2,500만 원의 손해배상청구소송을 제기하였다. 甲은 청구원인에서 전기시설을 복구하는데 금 2,000만 원이 소요되었으며, 저수탱크시설을 복구하는 데는 적어도 금 3,500만 원의 비용지출이 예상된다고 주장하였다. 이 청구에 대해 乙은 원고의 청구를 다투고, 나아가 2009.2.2. 금 2,500만 원을 넘는 손해에 대해서는 배상책임이 없다는 취지의 확인을 구하는 반소를 제기하였고 이에 甲은 적극적으로 응소하였다. 법원은 乙의 반소를 기각하고, 원고의 청구를 인용하였다.

1. 확정판결에 기하여 금 2,500만 원의 손해를 배상받은 甲은 2011. 6.6일 배상받지 못한 3000만원을 배상받고자 후소를 제기한다면 이 소가 적법한지 설명하시오.

2. 2011.7.7. 저수탱크복구비로 금 5,000만 원이 지출되었다는 주장과 함께 이 금액을 지급하라는 새로운 소를 제기하였다. 법원은 일응 적법한 소라고 판단하고 있고 乙은 변론의 취지상 甲의 권리의 소멸을 주장하고 있다. 甲이 준비서면 등에 의하여 더 이상 주장하지 않은 경우에도 법원이 청구인용판결이 가능한지 설명하시오.

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 제기

후소의 적법성과 관련하여서는, 甲의 乙에 대한 본소청구와 乙의 반소청구에 대해서 본소에 대해서는 甲 청구인용, 반소에 대해서는 乙청구기각판결이 선고되어 확정되었으므로 후소 제기가 기판력에 저촉되는지 문제된다.

##### 2. 일부청구와 잔부청구의 기판력

###### (1) 문제점

소가 적법한지 여부를 판단하기 위해서는 일부청구에 관한 전소의 기판력이 잔부청구인 후소에 미치는지 여부가 문제된다.

###### (2) 학설과 판례

일부청구긍정설과 이를 부정하는 견해가 있다. 통설과 판례의 입장으로서 절충설은 명시설은 전소에서 원고가 당해청구가 일부임을 명시한 때에는 그 소송물은 청구된 일부에 한정되고 따라서 확정된 판결의 기판력도 그 일부에만 미치나, 묵시적인 경우에는 전부청구로 보아 기판력에 의해 차단된다. 특히 판례는 일부청구에서 중복제소 및 기판력과 관계에서는 일관하여 명시설을 취하고 있다. 그리고 반드시 전체 액수를 특정하여 그 중 일부만을 청구하고 나머지에 대한 청구를 유보하는 취지임을 밝혀야할 필요는 없고, 우선하는 것만으로 충분하다고 판시하고 있다.

###### (3) 사안에의 적용

우선 청구하고 있는 것이라고 할 것이므로 일부청구임을 명시한 경우로 볼 수 있다. 결국 명시설에 따르면 소송물은 금 2,500만원이며, 甲이 나머지 금 3,000만 원을 청구하더라도 기판력에 저촉되지 않는다.

##### 3. 반소의 기판력이 후소에 미치는지 여부

(1) **乙의 채무부존재확인인 소의 기판력 발생여부**

전소로서 반소는 채무부존재확인인 소계속중에 일부 채무부존재확인 여부에 대하여 전부기각판결하였으므로 이에 대한 기판력이 발생한다. 이때의 청구기각의 판단은 청구권의 존재만을 확정시키고 액수는 확정력이 발생하지 않는다.

(2) **기판력이 작용하는지 여부**

乙의 채무가 존재한다는 것에 기판력이 발생하였고, 이는 甲이 제기한 후소의 선결관계로 작용한다. 따라서 후소 법원은 전소의 확정판결에 구속되어 본안판단을 하여야 하며, 후소를 부적법 각하할 수는 없다.

(3) **사안이 경우**

乙은 甲의 후소에서 채무의 존재를 다툴 수는 없고 액수만을 다툴 수 있다.

**4. 결론**

乙의 채무는 존재하며 후소는 적법하여 이를 전제로 본안판단한다.

**II. 설문 2에 대하여**

**1. 문제의 소재**

甲은 시효완성기간 전인 2009.2.2. 乙이 제기한 소극적 확인의 반소에 적극적으로 응함으로서 시효가 중단될 수 있는지, 그러한 경우 중단요건에 부합하여 법원이 소멸시효의 중단을 인정할 수 있는지 문제된다.

**2. 소멸시효중단**

(1) **소제기와 시효중단**

소제기의 효력은 민사소송법 제265조에 의하여 이행의 소, 확인의소의 경우에도 인정된다.

(2) **시효중단의 근거**

권리확정결과 권리행사설이 종래부터 대립되어 왔으나 판례는 일관하여 권리행사설의 입장에 있다. 심지어 기판력이 미치는 경우라고 시효중단을 위한 동일한 소의 경우도 기판력이 미치지 않는 적법한 소라는 입장이다. 따라서 소멸시효의 중단여부는 권리행사여부에 달려 있다.

(3) **사안의 경우**

甲이 이행의 소 등으로 적극적 권리를 행사한 적이 없으므로 권리확정설로서는 시효중단을 인정할 수 없으나 권리행사설에 의한 경우 이를 시효중단의 사유로 볼 수 있는지, 구체적 요건 등을 검토할 필요가 있다.

**3. 응소행위와 시효중단 여부**

(1) **문제점**

일부중단설의 입장에서는 잔부채권 금 5,000만 원은 소멸시효가 중단되지 않으므로, 2000.7.7. 소멸시효가 완성된다. 따라서 확인의 소에 대한 적극적 대응이 이른바 권리행사에 해당하여 시효진행이 중단되는지 문제다.

(2) **학설과 판례**



시효중단공정설 응소행위로서 권리자가 그 반대의 사실을 다투는 방어방법을 제출하는 것권리행사에 해당한다는 통설적인 입장이다. 관례의 입장도 피고가 되어 응소행위로서 한 권리의 주장은 소멸시효 중단사유인 재판상 청구에 포함되는 것으로 해석한다.

**(3) 응소로 시효중단되기 위한 요건**

판례에<sup>92)</sup> 의하면 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 경우에 있어서, 피고의 행위가 시효중단사유가 되기 위해서는 ① 채무자가 제기한 소에서 채권자가 응소행위를 하였을 것, ② 당해소송에서 권리를 주장할 것, ③이것이 받아들여질 것 등이다.

**(4) 소멸시효 주장과 변론주의**

乙의 소극적 확인의 반소에 대해 甲은 응소하고 이것이 받아들여졌으므로 甲이 제기한 후소에서 시효가 중단되었다고 주장하였다면 이로 인하여 시효진행이 중단되었다고 볼 것이다. 이 경우 법원은 乙의 소멸시효 변론주의 원칙상 주장여부를 파악하고 시효중단요건을 검토하여야 한다.

**4. 결론**

乙은 권리의 소멸을 주장하고 있으며 이에 甲이 乙의 소극적 확인의 소에 대한 응소행위가 있었다는 사정만으로 당연히 시효중단의 효력이 발생한다고 할 수는 없으므로 甲이 시효중단의 주장 또는 이러한 취지가 포함되었는지 분명하지 않다고 판단하면 후소 법원은 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하여야 한다.

---

92) 대판 1995.2.28. 94다18577

#### 4. 채권양도와 시효중단

乙은 2001. 2. 3. 丙에게 1억 원을 대여하였는데, 사실 위 1억 원은 乙이 甲으로부터 빌려서 마련한 것이었다. 그런데 丙은 2001. 9. 3. 변제기에 이르러 종적을 감춰버렸다. 그러던 중 甲은 수소문 끝에 丙의 행방을 알아내고서는 丙에게 乙에 대한 채무를 변제하라고 독촉하였으나, 丙이 변제하기를 거부하자, 甲은 2011. 7. 5. 乙이 무자력이라고 생각하고 乙을 대위하여 丙을 상대로 乙에 대한 차용금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 대위소송의 변론과정에서 乙의 은닉된 재산이 발견되는 등으로 乙의 무자력을 입증하기 어려워지게 되자, 甲은 乙으로부터 그의 丙에 대한 채권을 양수하여 직접 청구하는 것이 더 낫겠다고 생각하고서, 2011. 10. 6. 乙로부터 그의 丙에 대한 위 대여금 등 채권을 양수한 다음, 적법하게 채권양도사실을 통지하였고, 그 무렵 丙에게 그 채권양도통지가 도달하였다. 甲은 2011. 10. 11. 제1심 법원에 乙을 대위하여 대여금의 지급을 구하던 기존의 청구를 위 채권양도에 기하여 양수금의 지급을 구하는 것으로 청구를 교환적으로 변경하는 내용의 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 제출하였다. 그러자 丙은 '乙로부터 1억 원을 빌린 사실은 인정하지만 그 차용금채무는 이미 10년의 소멸시효가 완성되었다고 항변하였다.'고 가정한다면, 丙의 소멸시효 항변의 인용이 가능한지 설명하시오.

##### 1. 문제의 소재

채권자대위소송으로 시효중단의 효력이 생기는지, 이를 인정하더라도 원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 교환적으로 변경한 경우, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하는지 여부가 문제이다.

##### 2. 소제기와 시효중단

###### (1) 시효중단의 사유

소제기에 따른 실체법상의 효과로 시효중단의 효과가 발생하는데, 그 근거에 대해 통설·판례는 권리자가 권리 위에 잠자지 않고 단호하게 권리를 행사하는 점에서 근거를 구하는 권리행사설의 입장이다. 시효중단사유로서의 재판상 청구에는 이행의 소, 확인의 소이든 소송계속 중에 청구의 변경 또는 확장의 소이든 모두 시효중단의 효력이 있다.

###### (2) 시효중단의 효과

###### 1) 인적 범위

시효중단의 효력은 당사자 및 그 승계인 사이에서만 발생한다(민법 제169조). 여기서 승계인에는 포괄승계인과 특정승계인이 포함된다. 채권자대위권 행사의 효과는 채무자에게 귀속되는 것이므로 채권자대위소송 제기로 인한 소멸시효 중단의 효과는 채무자에게 생긴다.

###### 2) 물적 범위

소송물인 권리관계에 중단의 효력이 미침이 원칙이다. 구소송물이론의 입장인 판례는 소송물인 원고 주장의 실체법상의 권리를 시효중단의 대상으로 본다. 따라서 채권자대위의 소가 제기된 경우 소송물인 피대위권리의 소멸시효가 중단된다.

###### (3) 효력발생의 시기

소제기에 따른 시효중단의 효력발생시기는 소송계속과 달리 소를 제기한 때, 즉 통상은 소장을 법원에 제출한 때이다. 피고에게 소장부분이 송달되었는지는 무관하다. 소송 중의 소일 경우에는 소장에 해당하는 서면을 법원에 제출한 때 그 효력이 발생한다(제265조).

###### (4) 사안의 경우

甲의 2011. 7. 5. 채권자대위소송으로 대위소송의 소송물인 乙의 丙에 대한 대여금채권에 시효중단의 효력이 발생한다.

### 3. 교환적 변경에 의한 효력변경

#### (1) 문제점

교환적 변경의 법적 성질에 따라 구소의 소제기효과와 소멸시효 중단여부가 문제된다.

#### (2) 교환적 변경의 성질

청구의 후발적 변경으로서 소의 교환적 변경은 청구의 기초가 동일한 이상 이를 인정한다.(제262조) 소의 교환적 변경의 성질에 대해 통설·판례는 결합설로서 구소취하와 신소제기의 성질을 갖는다고 본다.

#### (3) 소취하에 의한 시효중단 효력의 소멸

교환적 변경에 의하면 구소취하에 따라 시효중단의 효력이 소멸하고 변경신청서를 제출한 때에 새로운 청구에 대한 시효중단의 효력이 발생한다고 보게 된다.

### 4. 채권자대위소송에서 시효중단

#### (1) 문제점

채권자가 피보전채권을 위하여 채무자의 권리행사하다가 자신의 권리로서 채권자대위소송에서 양수금지청구로의 교환적 변경인 경우에도 시효중단의 효력이 소멸된다고 볼 것이지가 문제이다.

#### (2) 판례의 태도<sup>93)</sup>

판례는 채권자대위소송의 소송물은 채무자의 제3채무자에 대한 계약금반환청구권인데 위 양수금지청구는 원고가 위 계약금반환청구권 자체를 양수하였다는 것이어서, 양 청구는 동일한 소송물에 관한 권리의무의 특정승계가 있을 뿐 그 소송물은 동일한 점, 시효중단의 효력은 특정승계인에게도 미치는 점(민법 제169조), 계속 중인 소송에 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 특정승계인이 소송참가하거나 소송인수한 경우에는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효중단의 효력이 생기는 점(민사소송법 제80조, 제82조 3항), 원고는 위 계약금반환채권을 채권자대위권에 기해 행사하다 다시 이를 양수받아 직접 행사한 것이어서 위 계약금반환채권과 관련하여 원고를 '권리 위에 잠자는 자'로 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다고 판단한다.

#### (3) 사안의 경우

교환적 변경의 경우라도 양 청구는 동일한 소송물에 관한 권리의무의 특정승계가 있을 뿐 그 소송물은 동일한 점, 시효중단의 효력은 특정승계인에게도 미치는 점에서 시효중단의 효력을 향유할 수 있다.

### 4. 사례의 해결

93) 여기서는 판례의 원문에 해당하는 부분을 모두 기재하였으나 시험에서는 핵심적인 부분만 기재하는 것이 효율적이다. 그러나 원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금지청구로 소를 변경한 경우, 이는 청구원인의 교환적 변경으로서 채권자대위권에 기한 구청구는 취하된 것으로 본다.

소멸시효 중단의 권리행사설에 따르면 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 교환적으로 변경한 경우라도 기존의 청구변경의 이전의 경우에 원칙적으로 권리를 행사한 것이므로 판례에 의하면 중단의 효력을 받는다.

## 5. 채권자대위소송의 중복제소

甲이 아직 乙회사를 다니고 있을 때 甲에게 5,000만원을 꾸어준 丙은 甲이 퇴사하자 공황에 빠졌다. 丙은 甲이 무일푼이었으나 아직 乙(회사)로부터 퇴직금을 수령하지 아니한 사실을 알게 되었다. 丙은 乙을 상대로 하여 자신에게 퇴직금 5,000만원의 지급을 청구하는 소를 제기하였다.

1. 丙의 채권자대위소송 중에 甲의 또 다른 채권자 戊는 乙을 상대로 채권자대위소송을 제기하였다. 丙은 甲에게 대위소송사실을 알려주지 않았고, 甲은 다른 방법으로도 丙의 대위소송 제기사실을 알지 못하였다. 이 경우 戊의 소송에 대한 법원의 조치는?
2. 丙의 채권자대위소송 중에 甲이 채권자의 간섭이 없이 적극적으로 자신의 권리를 행사하기 위하여 소송참가 하고자 한다. 적법한가?
3. 丙이 대위소송을 제기하기 전에 이미 甲이 乙을 상대로 퇴직금의 지급을 청구하는 소를 제기하고 있었다. 丙의 소송의 운명은?

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

戊의 소가 중복제소에 해당하는지 묻고 있다. 甲의 채권자인 병과 무를 동일한 당사자로 볼 수 있는지 여부 등 동일한 채무자에 대한 수인의 채권 사이의 소송관계를 검토한다.

#### 2. 동일한 채무자에 대한 채권자 사이의 소송관계

##### (1) 중복제소 여부

중복제소는 소송계속 중의 소송과 관련하여 당사자 및 소송물이 동일한 또 다른 소를 제기할 때 적용되는 소극적 소송요건이다(제259조). 즉 당사자의 동일성이 문제된다.

##### (2) 채권자대위소송과 중복제소

채권자의 제3채무자에 대한 소송중에 또 다른 채권자의 채권자대위소송이 동일한 당사자인 가에 대하여 학설의 대립이 있으나 판례에 따르면 대위소송을 하는 채권자와 대위권이 있는 또 다른 채권자는 대위소송과 관련하여 동일한 당사자이며, 이들이 공동소송을 제기한 경우에는 유사 필수적 공동소송관계라고 한다.

##### (3) 구체적 적용

丙이 이미 채권자대위소송을 제기하여 소송계속 중에 있는데, 동일한 당사자가 동일한 소송물(피대위권리)을 제기하였으므로 戊의 대위소송은 중복제소에 해당하여 부적법하다.<sup>94)</sup>

#### 3. 채무자의 부지와 중복제소 해당 여부

94) 97다45532: 중복제소금지는 소송계속으로 인하여 당연히 발생하는 소송요건의 하나로서, 이미 동일한 사건에 관하여 전소가 제기되었다면 설령 그 전소가 소송요건을 흠결하여 부적법하다고 할지라도 후소의 변론종결시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 아니하는 한 후소는 중복제소금지에 위배하여 각하를 면치 못하게 되는 바, 이와 같은 법리는 어느 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 제기한 채권자대위소송이 법원에 계속중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 제3채무자를 피고로 하여 동일한 소송물에 관하여 소송을 제기한 경우에도 적용된다.

### (1) 문제점

소송법적 합일확정의 원칙은 채무자가 알았을 경우 적격승계를 인정하는 의미에서 채무자에게 기판력이 인정되는 것을 의미한다. 따라서 채무자의 부지와 연결되어 중복제소가 문제가 문제된다.

### (2) 중복제소여부

#### 1) 채무자의 인지

채권자대위소송은 채무자의 제3채무자에 대한 채권이 본안요건이므로 채권자의 소송을 채무자가 인지할 것을 전제로 판결의 모순저축방지를 목적으로 동일한 소제기를 금지시키고 있다. 이 부분에 있어서 채무자가 알지 못하는 경우 중복제소가 되지 않는다는 학설도 존재한다.

#### 2) 판례의 태도

판례는 다른 채권자에 의한 대위소송제기는 채무자가 대위소송제기 사실을 알고 있는지 여부를 불문하고 중복제소에 해당한다고 하였다.

### (3) 검토 및 사안의 적용

甲은 이미 대위소송이 제기된 사실을 알고 있지 않았지만, 戊의 소는 중복제소에 해당한다.

## 4. 결론

채권자대위소송에서 戊의 소는 중복제소로서 부적법 각하한다.

## II. 실문 2에 대하여

### 1. 문제의 제기

채권자대위소송이 제기된 경우 채무자가 소송참가할 경우 당사자적격이 유지되는지, 소송참가의 경우 같은 절차 내에서 심리되므로 신소제기의 실질을 가진다는 이유로 중복제소에 해당하는지 문제된다.

### 2. 채권자대위소송에서의 법정소송담당

#### (1) 채권자대위소송의 성격

채권자대위소송에서 채권자는 법정소송담당으로(제218조 제3항) 보는 것이 통설과 판례이다. 채권자대위소송의 경우 채권자는 병행형(함께형) 법정소송담당이므로, 따라서 채무자는 당사자적격을 잃지 아니한다.

#### (2) 채무자에 판결의 효력

제3자 소송담당자가 소송수행한 판결의 효력은 권리귀속주체에게 미친다(민사소송법 제218조 제3항). 이 경우의 판결은 기판력을 포함한다.

#### (3) 소송참가형태

甲은 당사자적격이 있고 丙의 乙의 판결의 기판력을 받으므로 대위소송에 공동소송참가를 할 수 있다. 그러나 법정소소담이라고 하여보 공동소송적 보조참가로 보는 견해가 다수설인데 이러한 경우 중복제소의 문제는 생기지 아니한다. 다음은 공동소송참가로 보는 경우의 논의가 가능하다.

### 3. 중복제소 범위 적용 여부

#### (1) 중복제소(민사소송법 제259조) 여부

채무자는 당사자적격이 있어 공동소송참가를 할 수는 있으나 소송참가가 중복제소에 해당하여 공동소송참가신청이 부적법하여 공동소송적 보조참가인으로서의 지위를 인정할 것인지 문제이다.

#### (2) 견해에 대한 판례의 태도

학설은 채권자대위소송의 법적 성질에 따라 견해를 달리하나, 판례는 대위소송의 기판력이 채무자 내지 제3채권자에게 미치며, 별소가 아닌 소송참가의 경우에는 판결의 모순저촉의 가능성이 없기 때문에 중복제소도 아니라고 하여 공동소송참가가 가능하다는 입장이다.<sup>95)</sup>

#### (3) 사안의 경우

채무자 甲은 공동소송참가를 할 수 있다. B의 공동소송참가신청은 중복제소에 해당하지 않는다. 소송참가를 한 경우에는 별소를 제기하는 경우와 달리 판결의 합일확정에 문제가 없으므로 중복제소금지의 규정도 적용받지 않기 때문이다.

### 4. 사례의 해결

채무자는 대위소송판결의 기판력을 받을 뿐 아니라 당사자적격을 잃지 않고 중복제소금지 규정의 적용을 받지도 않으므로 공동소송참가할 경우 적법하여 법원은 본안판단을 한다.

## III. 설문 3에 대하여

### 1. 문제의 소재

채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행청구소송 중에 채권자가 대위소송을 제기할 경우 중복제소금지의 규정을 적용하여야 하는지 묻고 있다.

### 2. 채권자대위소송의 적법 여부

#### (1) 채권자대위소송의 요건

채권자대위소송은 채무자가 자기의 권리를 행사하지 않을 것을 요건으로 한다. 따라서 채무자가 이미 이행청구소송을 하고 있는 중에 채권자가 채권자대위소송을 제기하면 부적법하다는 점에서는 이론이 없으나, 부적법사유가 무엇인지에 대해서는 논란이 있다.

#### (2) 당사자적격이 없는 채권자대위소송

원칙적으로 채무자가 전소를 제기한 이상 채권자대위소송을 제기한 채권자는 당사자적격이 없다. 사안의 경우 보전의 필요성이 없는 것도 부적법 사유로 볼 수 있다.

### 3. 당사자적격이 없는 중복제소

#### (1) 채권자대위소송의 중복제소

채무자의 전소 제기중에 후소는 동일한 당사자의 소이므로 중복제소에 해당하여 부적법한 것에 이론이 없으나 근거에 대하여 논란이 있다.

95) 대판 2015.7.23. 2013다30301·30325: 채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 참가신청은 적법하다.

(2) **학설과 판례**

채권자는 원고적격을 상실하기 때문에 당사자적격에 흠이 발생하여 부적법하다는 견해가 있다. 다수설과 판례는 채무자가 제3채무자를 상대로 이행청구의 소를 제기하고 있는 중에 채권자가 대위소송을 제기하면 중복제소가 된다고 판단한다.

(3) **구체적 적용**

소극적 소송요건 중 중복제소금지원칙을 우선하여 적용하는 판례에 따라 丙의 대위소송은 중복제소에 해당하여 부적법하다.

**4. 결론**

당사자적격과 중복제소의 권리호보이익의 흠결의 부적법이 발생한다. 후소는 부적법하여 각하하여야 한다.



대판(전) 2013.12.18. 2013다202120 [다수의견]

[1] 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 이미 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소의 본안에 관하여 심리·판단한다고 하여, 제3채무자에게 불합리하게 과도한 이중 응소의 부담을 지우고 본안 심리가 중복되어 당사자와 법원의 소송경제에 반한다거나 판결의 모순·저촉의 위험이 크다고 볼 수 없다.

[2] 압류채권자는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소에 민사소송법 제81조(참가승계), 제79조(독립당사자참가)에 따라 참가할 수도 있으나, 채무자의 이행의 소가 상고심에 계속 중인 경우에는 승계인의 소송참가가 허용되지 아니하므로 압류채권자의 소송참가가 언제나 가능하지는 않으며, 압류채권자가 채무자가 제기한 이행의 소에 참가할 의무가 있는 것도 아니다.

[3] 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 경우에도 압류채권자는 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 추심의 소를 제기할 수 있고, 제3채무자를 상대로 압류채권자가 제기한 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 민사소송법 제259조가 금지하는 중복된 소제기에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.

이러한 다수의견에 대해 다음과 같은 반대의견이 있었다. 즉, 「① 민사소송법 제259조가 규정하는 중복된 소제기의 금지는 소송의 계속으로 인하여 당연히 발생하는 소제기의 효과이다. 그러므로 설령 이미 법원에 계속되어 있는 소(전소)가 소송요건을 갖추지 못한 부적법한 소라고 하더라도 취하·각하 등에 의하여 소송 계속이 소멸하지 않는 한 그 소송 계속 중에 다시 제기된 소(후소)는 중복된 소제기의 금지에 저촉되는 부적법한 소로서 각하를 면할 수 없다. ② 채무자가 제3채무자를 상대로 먼저 제기한 이행의 소와 압류채권자가 제3채무자를 상대로 나중에 제기한 추심의 소는 비록 당사자는 다를지라도 실질적으로 동일한 사건으로서 후소는 중복된 소에 해당한다. ③ 압류채권자에게는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소에 민사소송법 제81조, 제79조에 따라 참가할 수 있는 길이 열려 있으므로, 굳이 민사소송법이 명문으로 규정하고 있는 기본 법리인 중복된 소제기의 금지 원칙을 깨뜨리면서까지 압류채권자에게 채무자가 제기한 이행의 소와 별도로 추심의 소를 제기하는 것을 허용할 것은 아니다. 다만 다수의견이 지적하듯이 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 상고심에 계속 중 채권에 대한 압류 및 추심명령을 받은 경우에는 압류채권자가 상고심에서 승계인으로서 소송참가를 하는 것이 불가능하나, 이때에도 상고심은 압류 및 추심명령으로 인하여 채무자가 당사자적격을 상실한 사정을 직권으로 조사하여 압류 및 추심명령이 내려진 부분의 소를 파기하여야 하므로, 압류채권자는 파기환송심에서 승계인으로서 소송참가를 하면 된다」는 것이다.

## 제2장 변론과 심리

### 제1절 변론절차

#### 1. 무변론청구기각판결의 가부와 항소이익

甲이 乙의 언니인 丙에게 돈을 대여하면서 그 중 일부를 乙 명의의 계좌로 송금하였다는 등의 이유로 乙은 丙과 연대하여 위 대여금 일부를 지급할 의무가 있다고 주장하는 소를 제기하였는데, 제1심법원은 乙이 소장 부분을 송달받고도 답변서를 제출하지 아니하자, 변론 없이 甲의 주장은 그 자체로 이유 없다고 보아 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 甲이 불복하여 항소하면서 乙에 대한 청구원인 사실을 불법행위로 인한 손해배상청구로 변경하자, 항소심은 발송송달의 방법으로 변론기일통지서를 송달한 후 乙이 불출석한 상태에서 변론기일을 진행하여 그 기일에 변론을 종결한 다음, 乙이 청구원인 사실을 자백한 것으로 보아 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정하였다. 이러한 항소심 판결에 패소한 乙이 상고가능여부를 설명하시오.

#### 1. 쟁점의 정리

제1심법원의 판단한 무변론청구기각이 타당한지 여부가 문제되며, 이에 대한 항소심에서 석명권을 행사하지 않은 것이 위법한 것은 아닌지 이를 이유로 상고할 수 있는지 문제된다.

#### 2. 무변론청구기각판결의 가능성

##### (1) 답변서부제출의 효과

소장을 송달받고도 답변서를 제출하지 아니한 경우 법원은 원고승소의 무변론판결을 할 수 있다(제257조). 다만 승소판결의 요건을 갖추어야 하는데, 적식의 소가 적법하게 제기되어 주장자체로 이유가 있을 것을 요한다.

##### (2) 청구기각판결 가부

###### 1) 문제점

피고가 답변서를 제출하지 않은 경우 무변론판결하여야 한다. 그러나 주장자체로 이유여부를 떠나 무변론판결에서 청구기각 가능한지 문제된다.

###### 2) 견해의 대립

무변론판결 제도는 청구인용할 경우에만 적용되며 청구기각할 수 없다는 견해가 있다. 그러나 다수설과 판례는 답변서제출기간을 경과하였는데, 청구가 이유 없음이 명백한 경우에는 무변론 청구기각의 판결을 할 수 없고, 변론기일을 지정하여 여기서 기각판결을 하여야 한다는 입장이다.

###### 3) 소결

무변론판결은 원고청구를 인용하는 경우에만 가능하고 원고의 청구가 이유가 없는 경우 그것이 명백하더라도 변론없이 하는 청구기각은 인정될 수 없다. 이 경우 법원은 변론기일을 지정하여 원고의 진술을 명하고 사실확정하여 판단하여야 한다.

##### (3) 제1심판결의 타당성

제1심법원은 원고청구의 기각판결을 할 경우 변론기일을 열고 청구기각판결하여야 하므로

이에 이르지 못하여 부적법한 판결로서 항소심 법원은 이를 고려하여야 한다.

### 3. 항소심판단의 적법성

#### (1) 문제점

제1심법원이 무변론으로 원고청구기각판결 심리하지 않은 부분에 대하여 乙이 항변할 수 있는지, 교환적 변경으로 불법행위에 대하여 乙의 항변없이 판단하는 것이 적법한지 문제된다.

#### (2) 무변론 원고청구기각판결에 대한 피고의 심급의 이익

##### 1) 청구의 변경

청구의 기초에 변경이 없으면 변론종결시까지 원고는 청구를 변경할 수 있다.(제262) 무변론판결인 경우 판결선고시까지 가능하다. 사안의 경우 소송을 현저히 지연시키는 사정은 보이지 않으며 무변론판결이므로 가능하다.

##### 2) 교환적 변경과 심급의 이익

원고청구기각판결의 대상이 된 구청구인 채무불이행책임과 신청구에 대하여 청구의 기초가 동일하여 결합설에 따른 교환적 변경이 있는 경우 제1심의 판단이 있는 경우 심급의 이익의 박탈이 생기지 아니한다. 그러나 무변론원고청구기각판결이라고 심급의 이익의 박탈이 있다.

#### (3) 심급이익의 박탈과 상고이유

신청구에 대한 법원의 판단은 필요하고 심급의 이익이 된다. 乙이 변론에 참여하여 의견을 제시할 기회가 차단되어 사실상 심급이익이 박탈된 사정은 항소이유가 될 것인데 이 부분에 대하여 항소심에서 심리하지 않았으므로 위법한 사유가 되어 상고이유가 될 수 있다.

### 4. 소송진행과 법원의 석명위반

#### (1) 법원의 석명의 필요성

변론기일통지서가 발송송달의 방법으로 송달되어 변론기일에 참석하지 아니한 부분의 절차상 흠과 乙이 주장이 무엇인지에 대한 법원의 석명권 행사가 상고이유가 되는지 문제된다.

#### (2) 법원의 석명의무

법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 하는데(1조 1항), 이를 위하여 법원이 가지는 소송의 주재권능인 소송지휘권(제135조, 제136조)은 법원의 권한이자 책무·의무이기도 하다. 필요하다면 乙의 입장을 밝힐 것을 촉구하는 등 석명권을 적절히 행사함으로써 진실을 밝혀 구체적 정의를 실현하려는 노력을 게을리하지 말아야 한다.

#### (3) 석명의무의 불이행과 상고이유

법원의 석명의무의 대상임에도 석명권을 행사하지 않은 것은 이론이 있으나 판례는 당연히 상고이유로 본다.

### 5 결론-판례원문

심리를 세밀히 하거나 적절한 소송지휘권을 행사하는 등의 방법으로 甲의 주장사실에 대한

乙의 입장을 밝혀 보지도 아니한 채 乙이 변론기일에 출석하지 아니하자 곧바로 변론을 종결하고 제1심판결과 전혀 다른 결론의 판결을 선고한 원심은 석명권을 적정하게 행사하지 아니하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 자백간주의 법리를 오해한 잘못이 있으므로<sup>96)</sup> 상고가 가능하다고 할 것이다.

---

96) 대판 2017.4.26. 2017다201033: 갑이 을의 언니인 병에게 돈을 대여하면서 그중 일부를 을 명의의 계좌로 송금하였다는 등의 이유로 을은 병과 연대하여 위 대여금 일부를 지급할 의무가 있다고 주장하는 소를 제기하였는데, 제1심은 을이 소장 부분을 송달받고도 답변서를 제출하지 아니하자, 변론 없이 갑의 주장은 그 자체로 이유 없다고 보아 갑의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 갑이 이에 불복하여 항소하면서 을에 대한 청구원인 사실을 불법행위로 인한 손해배상청구로 변경하자, 원심은 발송송달의 방법으로 변론기일통지서를 송달한 후 을이 불출석한 상태에서 변론기일을 진행하여 그 기일에 변론을 종결한 다음, 민사소송법 제150조 제3항, 제1항에 따라 을이 청구원인 사실을 자백한 것으로 보아 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정한 사안에서, 제1심이 무변론으로 갑의 청구를 기각함으로써 을이 변론에 참여하여 의견을 제시할 기회가 차단되어 사실상 심급의 이익을 박탈당하는 결과가 된 사정예다가 원심에서 변론기일통지서가 발송송달의 방법으로 송달되어 을이 원심 변론기일에 참여할 기회를 제대로 갖지 못한 사정까지 감안하면, 원심으로서는 바로 을의 자백간주 판결을 할 것이 아니라 이에 앞서 제1심이 무변론판결을 선고하면서 갑의 청구를 기각한 연유는 무엇인지, 거기에 절차상 흠은 없는지, 소송 경과를 전체적으로 보아 을이 갑의 주장사실에 대하여 다툰 것으로 인정할 여지는 없는지 등을 심리하여 보고, 필요하다면 서면 등을 통하여 갑의 주장에 대한 을의 입장을 밝힐 것을 촉구하는 등 석명권을 적절히 행사함으로써 진실을 밝혀 구체적 정의를 실현하려는 노력을 게을리하지 말았어야 하는데도, 심리를 세밀히 하거나 적절한 소송지휘권을 행사하는 등의 방법으로 갑의 주장사실에 대한 을의 입장을 밝혀 보지도 아니한 채 을이 변론기일에 출석하지 아니하자 곧바로 변론을 종결하고 제1심판결과 전혀 다른 결론의 판결을 선고한 원심의 조치에는 석명권을 적정하게 행사하지 아니하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 자백간주의 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례

## 2. 진술간주와 재판상 자백

丙은 甲에게 꾸어준 5,000만 원을 받기 위하여 대여금청구의 소를 제기하였다. 丙은 청구원인에서, 甲에게 위 돈을 변제 기일을 계약이후 6개월 뒤, 이자를 연10%로 하는 조건으로 빌려주어 이를 소로 청구하는 것이라고 밝혔다. 甲이 준비서면을 제출하고 제2차 변론기일에 결석하여 출석한 丙만이 변론을 하였다. 그런데 甲이 제출한 준비서면에는 자신이 위 돈을 丙으로부터 받은 것은 사실이지만, 반환할 필요가 없는 거래 내용이라고 주장하면서 상세한 내용을 다음 기일에 진술하겠다고 법원에 요청하여 법원은 甲과 丙에게 다음 기일을 고지하였다. 그 후 지정된 변론기일에서 甲은 丙으로부터 위 돈을 받은 사실이 없다고 주장하였다. 가능한가?

### 1. 문제의 소개

우선 진술간주에 의한 재판상 자백이 성립하는지 문제된다. 나아가 재판상 자백에 대한 취소의 효력이 발생하는지 묻고 있다. 자백취지의 준비서면이 진술간주되었는지 여부와 그 취소 요건을 검토한다.

### 2. 진술간주에 의한 재판상 자백의 성립 여부

#### (1) 진술간주

기일불출석의 불이익으로 준비서면을 제출한 당사자가 결석한 때에는 예고한 사실을 진술한 것으로 간주된다(제148조 제1항).

#### (2) 재판상 자백에서 진술

진술간주되는 내용은 소송상 실제 변론 과정에서 진술한 것과 동일한 효과가 주어지므로, 그 내용이 상대방의 주장내용을 인정한 내용인 때에는 재판상 자백이 성립한다(통설·판례).

#### (3) 사안의 경우

甲은 변론기일에 출석하지 아니하였지만, 법원이 출석한 丙에게 변론을 명하였으므로 甲이 준비서면에 기재한 내용은 진술한 것으로 간주된다. 甲의 진술간주 내용은 丙의 주장 내용과 일치하므로 재판상 자백이 성립한다.

### 3. 재판상 자백의 취소요건

#### (1) 자백의 구속력

소송행위는 원칙적으로 취소할 수 없다. 자백간주의 경우 당사자를 구속하지 아니하므로 철회가 가능하다. 그러나 재판상 자백은 당사자와 법원을 구속하므로 철회나 취소는 인정되지 아니한다.

#### (2) 재판상 자백의 취소

재판상 자백은 상대방 丙의 동의가 있는 경우, 甲의 소송대리인이 甲과 함께 변론에 출석하여 진술간주된 내용을 경정한 때, 甲이 제3자의 형사상 처벌받을 행위에 의하여 이루어진 때, 그리고 제288조 단서의 요건을 충족한 경우에 취소할 수 있다.

#### (3) 사안의 경우

제288조 단서의 요건을 충족하였는지 문제되는데, 자백내용이 진실에 반한다는 사정이 없으므로 이 요건을 충족하지 못하였다. 따라서 갑은 다음 변론기일에서 병으로부터 돈을 수수하였다는 사실을 다룰 수 없다

#### 4. 결론

甲의 준비서면이 진술간주되어 재판상 자백이 성립한다. 자백취소 요건이 갖추어지지 않았으므로 병은 자백한 사실, 즉 '갑에게 돈을 빌려주지 않았다'(Y에게 돈을 빌려주었다)는 사실을 부인할 수 없다.

### 3. 소취하간주

丙은 Y를 상대로 하여 대여금반환청구의 소를 제기하면서, Y의 약정서를 증거로 첨부하였다. Y에게 유치송달의 방법으로 송달되었다. 법원은 丙-Y 사건에 대해서는 이를 변론준비절차에 부치고 변론준비기일을 지정하였다. Y가 변론준비기일에 출석하지 않자, 법원은 바로 변론준비절차를 마치고 변론기일을 지정하였다. 그러나 이 첫 변론기일에도 Y는 출석하지 않은 채 그 후 한 달이 다 지나도록 아무런 조치를 취하지 않고 있다. 이 경우 법원은 소송절차를 어떻게 처리할 것인가?

#### 1. 문제의 소재

쌍불취하에 필요한 기일불출석에 변론준비기일이 포함되는지 묻고 있다. 당사자 한쪽이 결석한 경우 법원이 변론을 명하지 않아 쌍방불출석으로 유도되는지 검토한다.

#### 2. 변론기일불출석의 효과

##### (1) 변론에서 기일의 의미

변론기일에 결석하더라도 법원은 대석판결주의에 따라 출석한 당사자에 대해 변론을 명할 수 있다. 여기의 결석에는 기일에 불출석한 경우는 물론, 출석하였지만 변론하지 아니한 경우를 포함한다.

##### (2) 소취하간주의 성부

소취하는 처분권주의의 발현이나 소취하간주는 이를 제한하는 의미를 갖는다. 엄격하게 법률에 의하여 인정된다. 예외적으로 양쪽 당사자가 변론기일에 두 번 결석하고 그 후 1월 이내에 기일지정신청을 하지 아니한 경우 법원은 소가 취하된 것으로 간주한다(제268조 제2항)

##### (3) 소취하간주에서 변론기일

변론기일에 당사자는 주장과 증명을 한다. 특히 원고가 변론불출석하는 것은 소송할 의사가 없다고 볼 것이다. 그러나 절차적인 측면에서 간주를 함부로 인정할 수는 없는 것이므로 별도의 요건을 검토한다.

#### 3. 변론기일과 변론준비기일

##### (1) 문제점

피고의 결석과 원고의 무변론이 결합하여 양쪽 당사자가 불출석하였으며, 그 후 1개월 이내에 기일지정도 신청하지 않았으므로 여기에서 변론기일이 변론준비기일로 인정되는지 문제된다.

##### (2) 견해의 대립

제268조의 변론기일에 변론준비기일이 포함되는가? 판례는<sup>97)</sup> 이를 부정한다. 변론준비기

97) 대판 2006.10.27. 2004다69581: 변론준비절차는 원칙적으로 변론기일에 앞서 주장과 증거를 정리하기 위하여 진행되는 변론 전 절차에 불과할 뿐이어서 변론준비기일을 변론기일의 일부라고 볼 수 없고 변론준비기일과 그 이후에 진행되는 변론기일이 일체성을 갖는다고 볼 수도 없는 점, 변론준비기일이 수소법원 아닌 재판장 등에 의하여 진행되며 변론기일과 달리 비공개로 진행될 수 있어서 직접주의와 공개주의가 후퇴하는 점, 변론준비기일에 있어서 양쪽 당사자의 불출석이 밝혀진 경우 재판장 등은 양쪽의 불출석으로 처리하여 새로운 변론준비기일을 지정하는 외에도 당사자 불출석을 이유로 변론준비절차를 종결할 수 있는 점, 나아가 양쪽 당사자 불출석으로 인한 취하간주제도는 적극적 당

일의 불출석을 변론기일에서의 불출석과 동등하게 취급하여 변론기일에 2회 불출석한 것과 같은 법적 불이익을 주는 것은 불출석한 당사자에게 가혹하므로 판례의 태도가 옳다. 당사자쌍방 불출석시 실무는 양쪽 당사자가 결석한 경우는 드물고, 피고만이 불출석한 경우가 많다. 이 경우 법원은 통상 출석한 원고에게 변론을 명하지 아니하여 양쪽 당사자의 불출석을 유도한다.

### (3) 소결

법원은 Y가 변론준비기일에 불출석하여 변론준비절차를 종료하고 변론기일을 지정하였다. 이 변론기일에서도 Y가 불출석하였으므로 법원은 丙에게 변론을 명하지 않아 불변론에 의한 쌍방불출석으로 처리하게 될 것이다.

## 4. 결론

변론준비기일은 변론기일과 같으나 소취하간주에서는 이를 달리 본다. 변론준비기일에서의 불출석은 쌍불취하의 불출석에 포함되지 아니하므로, 법원은 소가 취하된 것으로 간주해서 안 되고, 새로운 기일을 지정하여야 한다.

---

사자에게 불리한 제도로써 적극적 당사자의 소송유지의사 유무와 관계없이 일률적으로 법률적 효과가 발생한다는 점까지 고려할 때 변론준비기일에서 양쪽 당사자 불출석의 효과는 변론기일에 승계되지 않는다. 민사집행법 제158조의 문언이 '첫 변론기일'이라고 명시하고 있을 뿐만 아니라, 변론준비절차는 변론이 효율적이고 집중적으로 실시될 수 있도록 당사자의 주장과 증거를 정리하여 소송관계를 뚜렷이 하기 위하여(민사소송법 제279조 제1항) 마련된 제도로써 당사자는 변론준비기일을 마친 뒤의 변론기일에서 변론준비기일의 결과를 진술하여야 하는 등(제287조 제2항) 변론준비기일의 제도적 취지, 그 진행방법과 효과, 규정의 형식 등에 비추어 볼 때, 민사집행법 제158조에서 말하는 '첫 변론기일'에 '첫 변론준비기일'은 포함되지 않는다. 따라서 배당이의의 소송에서 첫 변론준비기일에 출석한 원고라고 하더라도 첫 변론기일에 불출석하면 민사집행법 제158조에 따라서 소를 취하한 것으로 볼 수밖에 없다.



#### 4. 자백간주

甲은 乙을 상대로 손해배상청구소송의 소송을 제기할 때 乙이 잠적하였고 병원에 더 이상 근무하지도 않는 등 송달할 방법이 없어 공시송달의 방법으로 소를 제기하였다. 제1심 변론기일에서 乙이 불출석하였음에도 甲이 주장한 준비서면의 진술과 증거들에 확신을 갖지 못한 법원은 원고의 청구를 기각하였다. 이에 원고가 항소하였는데, 甲은 잠적하였던 乙이 나타나 교부송달의 방법으로 항소를 하였다. 항소장부분과 변론기일통지서를 송달받은 乙은 항소심에서도 변론기일에 출석하지 않았다. 항소심은 어떠한 판결을 해야 할지 설명하시오.

##### 1. 쟁점의 정리

항소심에서 공시송달이 아닌 방법으로 송달받고도 다투지 아니한 경우에는 민사소송법 제150조의 자백간주가 성립되는 것은 아닌지, 자백간주의 법리에 따른 사실관계의 인정에 대한 항소법원의 판단이 문제된다.

##### 2. 자백간주의 부적용에 대한 제1심법원 타당성

###### (1) 자백간주의 효력

변론주의를 취하는 민사소송에서는 당사자간에 다툼이 있는 사실만을 증거에 의하여 인정하도록 하고, 다툼이 없는 경우는 적극적으로 자백한 경우와 같이 증거조사를 생략하도록 하여 법원을 구속한다. 특히 자백간주는 당사자는 구속하지 않지만 법원의 사실관계인정에 대한 판단권을 구속한다.

###### (2) 공시송달과 자백간주

변론기일에 출석하지 않은 당사자도 원칙으로 출석한 상대방이 변론으로 주장한 사실을 자백한 것으로 보게 된다. 변론기일에 결석한 당사자가 공시송달에 의한 소환을 받았을 때에는 자백간주가 되지 않는다(제150조 제3항).

###### (3) 사안의 경우

제1심법원의 청구기각은 공시송달이므로 원칙적으로 자백간주가 성립되지 아니하여 자백간주의 법리를 적용할 수 없고 자유심증에 따라 사실관계를 확정하여야 한다. 이 부분에 대한 제1심 판결은 타당하며, 항소심에서 자백간주가 별도로 성립되는지 검토가 필요하다.

##### 3. 항소심에서의 자백간주의 성부

###### (1) 변론의 일체성

변론이 수회에 걸쳐 행해졌다 하더라도 이들이 일체를 이루어 변론을 속행하면 되고, 또 어느 기일에 변론이 행해지더라도 동일한 효과를 가진다고 하는 것을 말한다. 이에 따라 각 기일에 있어서 종전의 변론을 경신하거나, 그 결과를 진술할 필요가 없게 되며, 변론에 제출된 소송자료는 어느 기일에 제출되었더라도 변론종결시에 동시에 제출된 것으로 간주된다. 변론의 일체성은 항소심까지 포함한다.

###### (2) 항소심에서의 자백간주

공시송달의 효력에 대하여 항소심에서 유지하여야 한다는 견해가 없지 않으나, 판례는<sup>98)</sup>

98) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2015다36167 판결: 제1심에서 피고에 대하여 공시송달로 재판이 진행되어 피고에 대한 청구가 기각되었는데, 원고가 항소한 항소심에서 피고가 공시송달이 아닌 방법으로

공시송달이 아닌 방법으로 송달받고도 다투지 아니한 경우 자백간주의 효력을 인정한다. 이는 자백간주가 된 사실에 대하여 당사자가 그 뒤의 변론기일 또는 상급심에서 적극적으로 다투어서 자백간주의 효과를 배제할 수 있는 것과 비교하여 형평상 자백간주를 인정하는 것이 타당하다는 입장이다.

### (3) 사안의 경우

변론의 일체성과 자백간주의 효력을 다투는 것이 상급심에서 인정되는 것과 마찬가지로 자백간주의 효력은 인정하여야 한다. 따라서 항소심은 특별한 사정이 없는 한 다투어지지 않은 사실로 인정되어야 한다.

## 4. 결론

제1심에서 자백간주 부적용에 대한 제1심판결은 타당하며 다만 항소심에서 자백간주를 통한 원고의 항소를 받아들여 항소심은 제1심을 취소하고 청구인용판결할 수 있다.

---

송달받고도 다투지 아니한 경우, 민사소송법 제150조의 자백간주가 성립한다.

## 5. 예고없는 사실의 주장금지

甲은 乙을 피고로 하여 乙 소유의 A토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다. 乙은 甲의 소장부분을 송달받은 지 1달이 지난 후에, “잔대금은 물론 중도금도 받은 적이 없다.”는 취지의 답변서를 제출하였다. 법원이 변론기일을 지정하여 기일통지서를 보냈지만, 乙은 변론기일에 출석하지 아니하였다. 甲만이 출석하자 재판장은 甲에게 변론을 명하였다. 변론에서 甲은 “계약금은 직접 乙에게 지급하였지만, 중도금과 일부 잔금은 乙로부터 수령권한을 받은 丙에게 지급하였기 때문에 남은 잔금 1,500만원과 상환하여 소유권이전등기를 해주어야 한다.”고 진술하였다. 이와 같은 甲의 주장사실에 하여 법원이 이를 소송자료로 삼을 수 있는지 설명하시오.(10점)

### 1. 문제의 소재

甲의 진술이 중도금과 잔금일부에 대한 지급의 경위에 해당하여 간접사실로 볼 것인지 문제이다. 기일의 해태에 따른 불이익으로서 자백간주와 예고없는 사실에 대해서는 상대방이 불출석한 변론에서 주장할 수 없는데, 여기에 간접사실도 포함되는지 문제되며, 이를 소송자료로 할 수 있는지 검토한다.

### 2. 변론주의와 간접사실

#### (1) 변론주의의 주장책임의 문제

사실의 주장책임으로 변론주의는 직접적인 주요사실을 전제로 한다. 따라서 간접사실라면 법원을 구속할 수 없으므로 사안에서 중도금과 잔금일부의 지급사실이 직접사실인지 간접사실이 문제된다.

#### (2) 주요사실과 간접사실의 구분

주요사실을 구분하는 데에 있어 법규기준설이 통설이며 판례이다. 나아가 간접사실은 주요사실의 추인에 도움이 되는 사실로서, 기본사실의 경위·내력 등에 관한 사실 또는 당사자의 주장사실과 연결성이 있고 또 동일 범위 안에 속하는 사항을 말한다. 간접사실인 경우 당사자주의에서 벗어나 직권주의가 강화된다.

#### (3) 사안의 경우

중도금과 잔금일부를 피고에게 직접 지급하였느냐 또는 그 수령권한 수임자로 인정되는 丙을 통하여 지급하였느냐는 결국 중도금과 잔금일부를 지급하였다는 점에 관한 간접사실에 지나지 않는다. 따라서 원칙적으로 법원은 직권으로 간접사실의 심증을 형성할 수 있다는 결론이다.

### 3. 기일의 해태의 불이익 예고없는 사실 주장 금지

#### (1) 문제점

준비서면을 제출하고 변론기일에 불출석한 경우 기왕에 제출한 서면에 의한 진술과 자백의 불이익과 예고없는 주장사실의 금지가 논의된다. 이는 변론주의와 관련된 사실관계의 주장과 증명책임의 문제가 된다. 따라서 사실의 범위 즉 주요사실과 간접사실과 연관된다.

#### (2) 기일불출석의 불이익과 이익

##### 1) 기일이 해태와 자백간주의 성립

기일의 불출석으로서 진술간주와 자백간주의 불이익이 있다. 한쪽 당사자의 기일의 불출석

으로 인한 자백간주가 성립하는 경우, 출석한 당사자는 불출석한 자에게 예고하지 아니한 사실에 대해서는 주장하지 못한다. 여기의 주장불가 사실에 주요사실 외에 간접사실도 포함되는지 문제이다.

## 2) 예고없는 사실의 주장금지 인정여부

준비서면에 적지 아니하여 상대방이 출석하지 아니한 변론기일에서 주장하지 못하는 사실은 주요사실 뿐 아니라 간접사실에도 미친다. 법관은 간접사실로부터 주요사실을 추단할 수 있으므로, 간접사실을 포함시키는 것은 상대방으로부터 반론의 기회를 빼앗아 그 절차보장을 침해하는 결과로 되기 때문이다. 따라서 예고하지 아니한 사실이 주요사실인 경우는 물론 간접사실인 경우에도 주장할 수 없다.<sup>99)</sup>

## (3) 사안의 경우

甲은 예고한 사실 부분은 주장 가능하지만, 예고하지 아니한 사실은 변론주의가 주장설사 간접사실이라 하더라도 주장할 수 없다.

## 4. 사례의 해결

변론에서의 甲의 진술은 간접사실이지만, 예고하지 아니한 사항이기 때문에 주장할 수 없다. 따라서 법원은 甲의 진술을 소송자료로 삼을 수 없다.

---

99) 다만, 법률상의 진술이나 상대방의 주장에 대한 부인·부지의 진술은 절차보장 위해요소가 아니므로, 이들에 대한 주장은 가능하다.

## 6. 실기한 공격방어 방법과 상계

대륙은행으로부터 본사신축 공사를 수급받은 甲은 乙에게 조경식재 공사를 하도급하였다. 乙은 조경공사를 마무리하고 이를 인도하였다. 그러나 대륙은행은 조경공사의 하자를 주장하면서, 甲에게 20억 원의 손해의 배상을 요구하였다. 甲은 대륙은행에 위 손해의 배상을 하고 난 후, 乙을 피고로 하여 10억 원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 甲은 청구원인에서 乙과 사이에 조경식재 공사와 관련하여 甲이 손해를 입으면 乙이 그 중 1/2을 부담한다는 손해부담부약정을 하였다고 주장하였다. 甲은 소장에 증거방법으로 손해부담부약서를 첨부하여 제출하였다. 甲이 제출한 손해부담부약서에 乙이 “원고와 피고는 손해부담부약정서를 작성한 것은 사실이지만 같은 금액의 반대채권으로 상계를 하였기 때문에 甲의 청구는 기각되어야 한다.”는 내용이 기재된 답변서를 제출하였다. 법원은 사건을 변론준비절차에 부치고 변론준비기일을 지정하였으나, 乙은 출석하지 않았다. 이에 법원은 변론준비절차를 종결하고 제1회 변론기일을 지정하였다. 乙은 변론기일에 출석하여 甲이 주장하는 손해부담부약정 및 손해의 범위를 다투는 한편, 예비적으로 甲에 대한 공사대금 미지급채권 3억 원으로 甲의 손해배상청구권과 대등액에서 상계한다는 항변을 제출하였다. 제1심법원은 피고의 주위적 주장을 배척하는 한편, 소구채권과 반대채권의 존재를 모두 인정하여 甲의 청구 중 7억 원의 지급을 명하는 판결을 하였다. 이 판결에 대하여 乙은 항소를 제기하고, 계속하여 10억 원의 손해배상금을 인정한 것이 부당하다고 다투었다. 손해의 범위에 관한 증거조사가 자신에게 불리하게 진행되자, 乙은 변론종결이 가까운 시점에서 甲의 손해배상청구권이 시효로 소멸하였다는 항변을 제출하였다. 항소법원은 乙 주장과 같이 甲이 청구한 손해배상채권의 소멸시효기간이 완성되었다고 판단하고 있다. 이 경우 항소법원의 판결에 대해서 논하시오.

### 1. 문제의 소재

소멸시효항변의 효과가 문제된다. 소송법상 실기한 방어방법에 해당되는가의 여부를 실제 법적으로 시효이익이 포기된 것으로 볼 수 있는지 검토한다. 제1심이 상계항변을 받아들여 원고청구를 일부기각한 경우 항소법원이 소멸시효를 이유로 원고청구를 기각하는 판결을 할 수 있는지 문제이다.

### 2. 소멸시효 항변의 실기한 방어방법 여부

#### (1) 실기한 공격방어방법 각하

당사자가 고의 또는 중과실로 공격방어방법을 시기에 늦게 제출할 때 법원은 이를 심리하지 않고 각하할 수 있다(제149조 제1항). 즉 (i) 공격방어방법을 뒤늦게 제출한 경우이어야 하며, (ii) 당사자에게 고의 중과실이 있어야 하며, (iii) 늦게 제출한 공격방어방법을 심리하면 각하할 경우보다 소송완결이 지연되는 경우라야 한다. 소송완결의 지연 여부에 대한 판단은 지연 개념을 어떻게 구성할 것인가에 따라 달라진다.

#### (2) 소송완결의 지연여부

##### 1) 학설

절대적 지연개념은 공격방어방법을 제출한 시점을 기준으로 제출한 것을 심리함으로써 걸리는 시간과 심리하지 아니한 경우의 소송기간을 절대적으로 비교하여 판단한다. 이에 반하여 상대적 지연개념은 적시에 공격방어방법이 제출되었을 경우를 가정하여 적시에 제출되었다면 소요되었을 기간과 제출허용으로 인하여 지속될 기간을 상대적으로 비교하여 판단한다.

##### 2) 판례

통상 판례를 비롯한 실무는 절대적 지연개념에 따라 소송완결의 지연 여부를 판단한다. 다

만, 실기한 공격방어방법이라도 따로 심리하거나 증거조사를 하여야 할 사항이 남아 있어 어차피 기일의 속행을 필요로 하고, 그 속행기일의 범위 내에서 공격방어방법의 심리도 마칠 수 있거나 공격방어방법의 내용이 이미 심리를 마친 소송자료의 범위 안에 포함되어 있는 때에는 소송완결을 지연시키는 것으로 볼 수 없다고 한다.

### (3) 사안에 적용

변론의 일체성에 따라 법원은 소멸시효항변에 대해서도 어차피 심리하여야 하므로, 소멸시효항변을 심리한다고 하여 소송완결을 지연시키는 것으로 보기 어렵다. 뿐만 아니라 을은 계속하여 항소심절차에서도 손해의 범위를 다투는데 진력하였기 때문에 소멸시효항변을 제때에 제출하지 못한 것을 을의 과실로 돌리기도 어렵다.

## 3. 소멸시효와 상계항변의 심판

### (1) 상계항변의 변론의 일체성과 후순위성(구속성)

상계항변의 법적 성격은 피고의 금전지급의무가 인정되는 경우에 자동채권으로 상계한다는 의미에서 예비적 항변이다. 변론이 여러 번에 걸쳐 열렸다 하더라도 변론의 일체성에 따라 같은 기일에 동시에 연 것과 같이 취급된다. 따라서 법원은 각각의 공격방어방법이 앞 기일에 제출되었는가 아니면 그 뒤의 기일에 제출되었는가에 상관없이 임의로 선택하여 판단할 수 있다.

### (2) 소멸시효이익의 포기 여부

상계항변이 먼저 이루어지고 그 후 소멸시효항변이 있는 경우, 상계항변 당시 피고에게 자동채권의 시효이익을 포기하려는 의사가 있었다고 볼 수 있는지 문제이다. 판례는 관념의 통지인 채무승인의 경우와는 달리 시효이익의 포기는 효과의사가 필요하다는 이유로 소멸시효이익의 포기라는 효과의사를 인정할 수 없다고 한다.

### (3) 소멸시효 항변과 상계항변의 관계

제1심에서 상계항변이 이루어지고 제2심에서 소멸시효항변이 제출되었다 하더라도 변론의 일체성 및 상계항변 판단의 후순위성에 따라 먼저 소멸시효항변에 대하여 판단하여야 한다. 즉 상계항변은 예비적 항변으로서의 성격을 가지기 때문에 다른 방어방법에 대한 판단을 먼저하고, 그럼에도 불구하고 청구가 이유있을 때 마지막으로 판단하여야 한다.

### (4) 항소법원의 심판방법

소멸시효항변이 이유가 있는 경우 항소법원은 제1심 판결을 취소하고 별도의 주문을 내야 한다. 이 경우 불이익변경금지원칙을 적용하지 아니한다. 법원은 상계항변을 이유로 청구를 기각한 제1심 판결을 취소하고 단순히 청구를 기각하는 판결하여야 한다.

## 4. 결론

법원은 乙의 소멸시효항변을 실기한 방어방법을 이유로 각하해서는 아니 된다.

법원은 제1심판결을 취소하고 원고 청구 전부를 기각하면서 판결이유에서 상계항변에 관한 사항을 판단하지 아니하며 이는 불이익변경금지에 해당하지 않는다.

## 제2절 처분권주의

### 1. 일부청구와 처분권주의 위반

乙은 친지로부터 사채업자 A를 소개받아 대출 여부를 문의하였다. A가 乙로부터 받은 정보를 이용하여 甲은행으로부터 공인인증서를 재발급받고 인터넷 뱅킹을 통하여 乙의 계좌를 담보로 하여 5천만 원을 대출받은 후 잠적하였고, 이러한 사실을 알게 된 甲은행이 乙을 상대로 위 대출금 상당의 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. 그러나 원고 甲은행은 소송담당 직원의 실수로 청구취지 금액이 3천만 원으로 기재하였으나 청구원인에는 원고 甲은행이 피고 乙에 대해 가지는 채권 상당의 손해로 5천만 원임이 표시되어 있었다. 심리과정에서 원고 甲은행은 금융감독원 지침을 어기고 사채업자 A가 공인인증서의 재발급신청서에 기재한 대포폰에 문자메시지를 보내어 본인확인을 한 과실이 있음이 밝혀졌다. 원고 甲은행의 과실을 80%로 인정하는 경우 인용될 금액에 대하여 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

일부청구에 대한 판단과 잔부청구에 대한 판단에 대하여 동일한 판단으로서 판결의 효력의 인정되는지 여부, 일부청구의 경우 과실상계의 방법이 문제된다.

#### 2. 일부청구 해당여부

##### (1) 문제점

표시된 청구원인과 청구취지가 상이한 경우 일부청구에 해당하여 과실상계의 비율을 달리 하여야 하는지 문제된다. 즉 일부청구시 과실상계를 하는 경우 청구한 일부를 기준으로 할 것인지 아니면 전액을 기준으로 할 것인지가 문제이다.

##### (2) 소송물에 있어서 일부청구

청구취지와 청구원인을 합일적으로 고려하는 소송물이론에 따르는 경우라도 일부청구한 경우 잔부청구와의 별개의 소송물을 인정할 것인가 문제된다. 일부청구에 대한 상계의 의사 표시를 한 경우 잔부청구에 대하여 효력이 미치는 가는 일부청구를 인정하는지 여부에 따라 달라진다. 이에는 일부청구긍정설과 이를 인정하지 아니하는 부정설로 나뉘나 판례는 명시설의 입장에 있다.

##### (3) 사안의 경우

가분적인 금전채권에 대해 청구원인에는 채권 상당의 손해로 5천만 원이라고 표시되어 있으나, 청구취지에는 3천만 원이라고 기재되어 있으므로 일부청구에 해당한다. 이러한 경우 명시되었다고 볼 것이며 판례에 의하는 경우에도 이를 인정할 수 있다.

#### 3. 일부청구와 과실상계

##### (1) 처분권주의

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 법원으로서의 당사자가 신청한 사항에 대하여, 신청의 범위 내에서만 판단하여야 한다.

##### (2) 과실상계의 기준방법

### 1) 학설의 대립

- ① 손해전액을 산정하여 과실상계한 뒤에 남은 잔액이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고, 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용할 것이라고 하는 외측설, ② 손해전액이 아니라 일부청구액에서 과실상계를 하여야 한다는 안분설, ③ 일응 외측설이 타당하나 명시적 일부청구로서 잔부를 유보하여 둔다는 표시를 한 경우에는 안분설에 따르는 것이 당사자의 의사에 합당하다고 보는 절충설(명시설)이 대립하고 있다.

### 2) 판례의 태도

판례는 한 개의 손해배상청구권 중 일부가 소송상 청구되어 있는 경우에 과실상계를 함에 있어서는 손해의 전액에서 과실비율에 의한 감액을 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 풀이하는 것이 일부청구를 하는 당사자의 통상적 의사라고 한다.

### 3) 검토

통상 원고는 채권 전부를 기준으로 자신의 과실을 고려하여 일부청구를 한다는 점을 고려한다면, 법원으로서도 채권 전부를 기준으로 과실상계를 함이 원고의 통상의사에 부합하여 처분권주의에 합당하다고 본다. 따라서 외측설이 타당하다.

## 4. 결론

외측설에 따르면 5천만 원에서 80%를 상계한 1천만 원이 잔액으로서 인용금액인데, 甲이 이를 초과한 3천만을 구하고 있으므로 법원은 1천만 원을 지급하라고 판결하여야 한다. 다만 안분설에 따르면 3천만 원의 80%를 상계하고 남은 600만 원에 대한 인용판결을 하게 될 것이다.



## 2. 일부청구와 상계

甲은 乙에 대하여 5,000만원의 매매대금채권이 있다고 주장하고, 우선 2,000만 원의 지급을 구하는 취지의 소를 제기하였다. 甲의 소에 대하여 乙은 위 소송절차에서 甲의 매매대금채권을 다투는 한편, 자신의 주장이 받아들여지지 않을 경우에 대비하여 甲에 대한 대여금채권 1,000만 원으로 상계한다는 항변을 제출하였다. 법원의 심리결과 甲의 매매대금채권과 乙의 대여금채권 모두가 존재함이 밝혀졌다면, 법원에 의하여 인용될 수 있는 甲의 청구 인용범위를 구체적으로 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

처분권주의와 관련하여 일부청구에 대한 상계시 청구인용의 범위를 묻고 있다.

먼저 일부청구의 허용 여부를 검토한 뒤, 상계에 의해 소멸가능한 청구액의 범위를 확정하는 외측설을 명시적 일부청구인 경우에 적용할 수 있는지 검토한다.

### 2. 일부청구의 소송물

#### (1) 일부청구의 허용성

가분채권의 일부만을 소송물로 하여 청구하는 경우를 일부청구라 한다. 당사자자처분권주의(203조)와 상대방의 방어와 법원의 심리에 크게 문제되지 않으므로, 일부청구를 허용하는 것이 일반적인 견해이다.

#### (2) 일부청구한 경우의 소송물

일부를 명시적으로 청구하는 경우와 묵시적으로 청구하는 경우를 나누어 정하는 것이 통설·판례이다. 이에 따르면 명시적 일부청구의 경우에는 명시한 부분만이 소송물이 되는 반면에, 묵시적으로 일부 청구한 경우에는 소송물은 청구하지 아니한 부분까지 포함된다.

#### (3) 사안의 경우

‘우선’이라는 용어에 비추어 명시적으로 일부청구한 경우에 해당한다. 따라서 소송물은 2,000만원 매매대금청구권이다.

### 3. 일부청구에 대한 상계항변제출시 상계액 산정방법

#### (1) 처분권주의와 일부청구의 관계

일부청구에 대해 상계항변을 제출한 경우 청구를 인용할 수 있는 범위에 대해서는 다툼이 있다. 일부청구한 자의 의사가 소구채권전부를 가지고 상계에 대항하고자 하는 것인지, 아니면 일부청구한 부분만으로 상계하고자 한 것인지, 또는 안분하고자 하는 것인지의 여하에 따라 청구인용의 범위가 처분권주의에 의해 제한되기 때문이다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설

내측설은 원고의 청구액을 기초로 하여 피고의 반대채권으로 상계한 나머지를 인용하는 판결을 하여야 한다는 견해이다. 내측설에 의하면 1,000만 원을 인용할 수 있는데(2,000만원-1,000만 원), 청구액이 2,000만 원이므로 처분권주의에 따라 1,000만 원만 인용할 수 있다.

외측설은 금전채권 전액에서 상계를 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 아니할 경우에는

그 잔액을 인용할 것이고 그 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 해석하여야 한다는 견해이다. 원고가 2,000만원 만을 청구하였으므로 원고 청구 전부를 인용하는 판결을 한다.

안분설은 상계금액을 미청구금액과 청구금액에 안분하여 청구인용범위를 정하여야 한다는 견해이다. 안분설에 따르면 1,600만원을 인용할 수 있으므로 $[2,000-(2/5 \times 1,000)]$ , 법원은 이 금액을 넘는 신청금액 2,000만 원을 전부 인용할 수 없고 1,600만 원만 인용하여야 한다.

## 2) 판례

법원은 외측설에 따른 처분권주의를 적용하여 4,000만 원까지 인용할 수 있다고 볼 것인데, 일부청구가 명시적이든 묵시적이든 묻지 않고 외측설에 따라 심판범위를 정하고 있다.<sup>100)</sup>

## 4. 결론

일부청구를 하는 당사자의 통상적인 의사는 제소시 상계를 고려하였을 것이므로 판례의 외측설이 타당하다고 볼 때 법원은 원고가 청구한 2,000만 원 전액을 인용하는 판결을 한다.

---

100) 대판 1984.3.27. 83다323·83다카1037

### 3. 부진정 연대책무에서 심판범위

甲은 위조서류에 의하여 이진등기되었다고 주장하면서 乙을 피고로 불법행위를 이유로 1억 2,000만 원의 손해배상청구 소송을 제기하였다. 한편 乙의 투자상담사 역할을 한 丙은 乙의 불법행위를 위한 위조문서의 중요한 조력자 역할을 하였다. 사건이 형사문제로 비화하자, 책임면피를 위하여 丙은 우선 甲에게 8,000만 원을 변제하였다. 한편 법원은 乙의 사용자책임에 기하여 甲에 대한 손해배상책임을 인정하면서, 甲의 과실을 40%로 보았다. 이러한 경우 법원이 甲의 청구금에서 인용할 수 있는 범위를 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

丙은 1억 2,000만 원 전액을 배상할 책임이 있는 반면, 乙의 손해배상액은 과실상계한 결과 7,200만 원으로 되므로 일부변제로 인한 손해배상액 결정의 순서가 문제된다. 이는 부진정연대책무의 소송형태와 관련한 처분권주의 위반의 개별책임을 범위를 검토하여야 한다.

#### 2. 부진정연대책무자에 대한 소송의 심판범위

##### (1) 부진정연대책무의 소송형태

부진정연대책무는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무이지만 동일한 경제적 목적을 가진 채무로 여러 명의 채무자가 동일한 내용의 채무를 지고 있고 각자 채무의 전부를 변제할 책임이 있으므로 원칙적으로 통상의 공동소송의 심판으로 하여야 한다. 따라서 원고는 각각의 상대방에 대하여 개별적 책임을 물을 수 있고 이는 처분권주의의 지배를 받는다.

##### (2) 통상의 공동소송에서 심판방법

통상공동소송은 독립적 소송진행과 판결이 적용된다. 공동소송인 중 어느 공동소송인에 대하여 개별책임을 묻는 청구를 하였는데, 다른 공동소송인과의 연대책임을 인정하는 판결을 하는 경우, 독립의 원칙에 반하는 처분권주의 및 변론주의 위반이라는 것이 판례이다.<sup>101)</sup>

##### (3) 부진정연대책무의 개별책임

통상공동소송인들에 대한 소를 제기하면서 연대책임을 청구하였는데도 개별책임을 인정하는 판결을 한 경우 원고의 청구의 범위를 넘어서는 과다의 판결에 해당하므로 처분권주의를 위반하게 된다. 따라서 책임의 감액에 대하여 법원의 판단권이 제한된다. 다만 이에 대한 과실비율에 따른 면책의 범위의 별도로 계산되어야 한다.

### 3. 부진정연대책무의 일부변제의 개별책임

101) 대판 2013.5.9. 2011다61646: [1] 민사소송절차에서 법원의 심판 대상 및 당사자가 변론에서 주장하지 않은 주요사실(요건사실)을 판결의 기초로 삼을 수 있는지 여부(소극) [2] 갑이 을 주식회사의 보험모집인인 병의 권유에 따라 다른 회사와 체결한 보험계약을 해지하고 을 회사와 새로운 보험계약을 체결하였는데, 이는 병의 잘못된 설명에 기한 것이라는 이유로 손해배상으로 을 회사에 대하여는 납부한 보험료 상당액, 병에 대하여는 종전 보험계약의 해지로 인한 손실금 상당액 등의 각 지급을 구한 사안에서, 갑이 구하지 않았음에도 병이 지급할 손해배상금으로서 종전 보험계약의 해지로 인한 손실금을 넘는 금액을 인정하거나, 부진정연대책무관계에 관한 아무런 주장이 없었음에도 을 회사와 병에게 연대하여 손해배상금을 지급하라고 한 원심판결은 처분권주의, 변론주의에 관한 판례 위반의 위법이 있다고 한 사례

### (1) 문제점

통상의 공동소송에서 금액이 다른 채무가 부진정연대의 관계에 있는 경우 다액의 채무부담자가 자기 채무의 일부를 변제하였다면, 다른 부진정연대채무자의 채무는 얼마로 감축되는지 문제된다.

### (2) 견해의 대립

#### 1) 확설의 견해

다른 채무자의 채무와 중첩되지 아니하는 변제자의 채무가 먼저 변제된다는 견해(외측설), 중첩되는 부분의 채무가 먼저 변제된다는 견해(내측설), 책임비율에 따라 안분된다는 견해(안분설)가 있다. 안분설<sup>102)</sup> 기초하여 피용자 본인이 손해액의 일부를 변제한 경우에는 그 변제금중 사용자의 과실비율에 상응하는 액만큼 사용자가 배상하여야 할 손해액의 일부로 변제된 것으로 보아, 사용자의 손해배상책임이 그 범위 내에서는 소멸된다고 한다.

#### 2) 판례의 태도

판례의<sup>103)</sup> 외측설에 따르는 경우 다액기준설에 따라 판단한다.

### (3) 소결

안분설에 따르는 경우 乙은 1억 2,000만원 중 60%인 7,200만 원만을 변제하면 되는데, 丙이 변제한 8,000만원의 60%인 4,800만 원을 변제한 것으로 인정받는다. 외측설은 다액기준에 따라 변제된 것으로 본다.

102) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012다26947 판결; 대판 2004.3.26. 2003다34045: 피용자 본인이 불법행위의 성립 이후에 피해자에게 손해액의 일부를 변제하였다면, 피용자 본인의 피해자에 대한 변제금 중 사용자의 과실비율에 상응하는 부분만큼은 손해액의 일부로 변제된 것으로 보아 사용자의 손해배상책임이 그 범위 내에서는 소멸하게 되고, 따라서 사용자가 배상할 손해배상의 범위를 산정함에 있어 피해자의 과실을 참작하여 산정된 손해액에서 과실상계를 한 다음 피용자 본인의 변제금 중 사용자의 과실비율에 상응하는 부분을 공제하여야 하며, 이러한 법리는 피용자 본인이 불법행위의 성립 이후에 피해자에 대하여 일부 금원을 지급함에 있어서 명시적으로 손해배상의 일부 변제로 지급한 것은 아니지만 불법행위를 은폐하거나 기망의 수단으로 지급한 경우(불법 차용행위를 은폐하기 위하여 피해자에게 차용금에 대한 이자 명목의 금원을 지급한 경우 등)에도 마찬가지로 적용되어야 하고, 또 이는 법인의 대표자에 의한 불법행위로 법인의 불법행위책임이 성립하는 경우에도 다를 바가 없다.

103) 대법원 2018. 3. 22. 선고 2012다74236 전원합의체 판결: 금액이 다른 채무가 서로 부진정연대 관계에 있을 때 다액채무자가 일부 변제를 하는 경우 그 변제로 인하여 먼저 소멸하는 부분은 당사자의 의사와 채무 전액의 지급을 확실히 확보하려는 부진정연대채무 제도의 취지에 비추어 볼 때 다액채무자가 단독으로 채무를 부담하는 부분으로 보아야 한다. 이러한 법리는 사용자의 손해배상액이 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 한 결과 타인에게 직접 손해를 가한 피용자 자신의 손해배상액과 달라졌는데 다액채무자인 피용자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에 적용되고, 공동불법행위자들의 피해자에 대한 과실비율이 달라 손해배상액이 달라졌는데 다액채무자인 공동불법행위자가 손해배상액의 일부를 변제한 경우에도 적용된다. 또한 중개보조원을 고용한 개업공인중개사의 공인중개사법 제 30조 제1항에 따른 손해배상액이 과실상계를 한 결과 거래당사자에게 직접 손해를 가한 중개보조원 자신의 손해배상액과 달라졌는데 다액채무자인 중개보조원이 손해배상액의 일부를 변제한 경우에도 마찬가지이다. 이와 달리 사용자책임 또는 공동불법행위책임이 문제 되는 사안에서 다액채무자가 손해배상액의 일부를 변제하는 경우 소액채무자의 과실비율에 상응하는 만큼 소액채무자와 공동으로 채무를 부담하는 부분에서도 변제된 것으로 보아야 한다고 판시한 대법원 1994. 2. 22. 선고 93다 53696 판결, 대법원 1994. 8. 9. 선고 94다10931 판결, 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다5731 판결, 대법원 1995. 5. 12. 선고 94다6246 판결, 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다19600 판결, 대법원 1998. 7. 24. 선고 97다55706 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다55154 판결, 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다12362 판결, 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다34045 판결, 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다11893 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다73765 판결, 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012다26947 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

#### 4. 결론

부진정연대책임의 개별책임은 통상의 공동소송으로서 독립의 원칙이 적용된다. 안분설에 따라서 책임의 범위가 인정되어야 하며 채무자 1인의 변제는 인정되어 결국 법원은 변제한 부분을 제외한 안분하여 2,400만 원의 지급을 명하는 판결을 하게 된다. 외측설인 경우 다액기준설에 따라 변제한 것으로 보고 그 차액에 대하여 인용판결한다.

#### 4. 소극적 확인의 소의 심판범위

원고 甲은 피고 乙로부터 2006. 5. 1. 금 1,000만 원을 차용하고, 그 담보를 위해 甲 소유 부동산에 관해 乙 명의의 저당권설정등기를 해 주었다. 그 후 甲은 乙에게 자신의 채무는 일부 변제되었으므로, '원고의 피고에 대한 부동산에 의하여 담보되는 차용금채무는 금 400만 원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다'라는 취지의 소를 제기하였다.

1. 甲이 제기한 채무부존재확인 소가 적법한지 여부에 대해 설명하시오.
2. 만약 위 소가 적법하다고 할 때, 법원이 잔존채무가 600만 원이라는 심증을 얻었다면, 이 경우 법원은 어떠한 판단을 할 것인지를 설명하시오.

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 소재

상한을 명시하지 않은 채무부존재확인 소가 허용되는지 여부, 확인의 이익이 있는지 여부가 문제된다.

##### 2. 소송물(청구)의 특정여부

###### (1) 문제점

소극적 확인의 소에서는 구체적으로 특정한 법률관계를 기재하지 않더라도 소송물은 특정되나, 채무부존재확인소송에서는 당해 금전채무의 발생사유가 명확하지 않으면 법률관계가 특정되지 않으므로 구체적 발생사유와 금액을 청구취지에 반드시 명시해야 하는 것이 문제가 된다.<sup>104)</sup>

###### (2) 학설의 대립

청구취지가 불명확한 것이므로 부적법 각하해야 한다는 견해와 청구취지 및 청구원인 기타 변론 전체의 취지를 참작하여 상한이 표시된 소로 볼 수 있다면 청구의 특정을 인정할 수 있다는 견해의 대립이 있다.

###### (3) 판례의 태도

판례는 원고가 상한을 명시하지는 않았지만 본 사안과 같이 “부동산에 의하여 담보되는 차용금채무에 대하여 원고가 자인하는 금액을 초과한 나머지 채무의 부존재확인을 구한 것”은 상한을 표시한 것으로 해석할 수 있다는 전제에서, 그 채무의 수액을 심리 확정된 다음 채무가 존재하는 부분이 원고가 자인한 부분을 넘어서 존재하는 경우라면 일부패소판결을 해야 한다고 하여 본안판단을 한바 있다.

###### (4) 검토

청구취지에 금액의 명시를 요구하는 것은 피고인 채무자에게 방어의 범위를 정해주기 위한 것이고, 소극적 확인소송에서는 상한을 명시하지 않더라도 보통 피고는 본래의 채권액의 범위를 알든지, 또는 쉽게 알 수 있는 입장에 있으므로 피고의 방어방법에 불이익이 없다. 따라서 긍정함이 타당하다고 본다.

104) 예컨대, 피고는 2013. 1. 15일자 원고와의 소비대차계약에 기한 금 1,000만 원의 채무가 원고에게 부존재함을 확인한다.

### 3. 확인의 이익

#### (1) 확인의 이익의 의미

확인 이익은 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 위험이 있고, 그 위험을 제거함에는 확인 판결을 받는 것이 가장 유효·적절한 수단일 때에 인정된다.

#### (2) 확인의 이익 유무

판례는 채무자가 인정하는 채무부분에 대하여는 그 존재에 대하여 다툼이 없으므로 확인의 이익이 없고, 이를 초과하는 부분에 대해서만 채무자로서 채무부존재확인 이익이 있다고 하였다. 즉 채무자가 인정하는 채무부분을 초과하는 부분에 대해 피고가 채권의 존재를 주장하는 것만으로도 원고에게 법률상 지위에 불안·위험이 있다고 할 것이므로 확인의 이익을 인정할 수 있다.

#### (3) 사안의 경우

다툼이 있는 금 400만 원을 초과하는 부분에 대해서만 확인의 이익이 있다.

### 4. 사례의 해결

甲의 청구는 “부동산에 의하여 담보되는 차용금채무에 관하여”라고 표시하고 있는 점에 비추어 상한을 표시하고 특정한 것으로 볼 수 있다. 또한 사안의 경우 금 400만 원을 초과하는 부분에 대해서는 채무부존재확인 이익이 있다. 따라서 甲의 소의 제기는 적법하다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

특히 원고주장의 채무액보다 실제 채무액이 많다고 판단되는 경우, 일부인용판결이 가능한지 여부가 처분권주의와 관련하여 문제된다.

### 2. 처분권주의 위반여부

#### (1) 처분권주의 내용

심판의 대상은 원고의 의사에 의하여 특정되고 한정되기 때문에 법원으로서 당사자가 신청한 사항에 대하여, 신청의 범위 내에서만 판단하여야 한다. 따라서 법원은 신청한 소송물의 범위 내에서 소송물의 일부가 인용될 수 있을 경우에는 청구취지의 변경이 없이도 일부인용의 판결을 할 수 있다. 그것이 원고의 통상의 의사에 부합하기 때문이다. .

#### (2) 소송물에 따른 처분권주의

통상의 확인소송에는 일부인용판결의 여지가 없고, 원고 주장대로의 구체적 내용이 인정되지 않으면 청구기각판결을 하여야 한다는 취급이 확인소송의 특질로 지적되고 있는데, 반면 소극적 확인소송인 금전채무의 부존재확인소송의 경우에는 청구기각판결을 하더라도 당사자 사이에 분쟁의 근본적 해결을 가져올 수 없을 뿐만 아니라 오히려 액수를 둘러싼 분쟁을 유발하는 것이 될 수밖에 없다.

#### (3) 소결

잔존채무의 금액을 확정하는 것이 오히려 원고의 의사에 합치하는 것이라고 할 수 있다. 다만 채무부존재확인 소의 경우에도 일부인용판결이 가능한지 여부가 문제이다

### 3. 확인의 소에서 일부인용판결의 가부

#### (1) 문제점

원고가 채무의 존부 및 채무액을 문제 삼으면서도 청구취지에 채무금액을 명시하지 않은 경우에도, 채무 일부만이 부존재한다는 이유로 일부인용판결이 가능한지 여부가 문제된다.

#### (2) 학설의 대립

① 상한을 표시하지 않은 경우 초과하는 채무가 부존재한다는 점이 전면적으로 인용되지 않는 한 청구기각을 바란다고 봄이 원고의 통사의사에 부합하므로 일부패소할 수 없고 청구기각판결을 해야 한다는 견해와 ② 상한을 표시하지 않은 경우 기각판결을 하면 오히려 수액을 둘러싼 분쟁을 유발하는 것이 되므로 일부인용판결을 받아서라도 분쟁을 근본적으로 해결하려는 것이 원고의 의사에 부합하다고 보는 견해의 대립이 있다.

#### (3) 판례의 태도

판례는 원고가 상한을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재확인을 구한 사안에서, 일정액을 초과하는 채무의 존재가 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 법원은 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라 존재하는 채무부분에 대하여 일부패소판결을 하여야 한다고 함으로써 일부인용판결을 긍정하는 입장이다.

#### (4) 검토

소송경제와 액수를 둘러싼 당사자 간의 분쟁을 근본적으로 해결하기 위해 일부인용판결을 긍정함이 타당하다. 이렇게 봄이 원고 통상의 의사에 부합한다.

### 4. 결론

원고는 특정할 수 있는 채무의 일부부존재확인을 구한 것으로 보인다. 따라서 법원이 심리 결과 채무가 600만 원이라는 심증이 형성되었다면 “1. 원고의 피고에 대한 채무는 금 600만 원을 초과하여서는 존재하지 않음을 확인한다. 2. 원고의 나머지 청구는 기각한다”는 일부인용판결을 하여야 하며, 이러한 판결은 원고 신청의 양적 범위에 포함되므로 처분권주의에 반하는 문제는 없다.



## 5. 상환이행판결

甲은 乙소유의 대지를 대금 1억 원에 매수하는 매매계약을 체결하였다. 甲은 계약금 및 중도금 4천만 원을 지급하고 나머지 잔금은 2017. 6. 11. 지급하기로 약정하였다. 甲은 乙을 소유권이전등기청구소송을 제기하였다. 변론에서 乙이 A대지를 매도하여 계약금과 중도금, 그리고 잔금 6,000만원 중 일부인 4,000만원은 지급받았지만 나머지 잔대금 2,000만원은 지급받지 못하였다고 주장하였다. 이에 대하여 Y는 “절대 그럴 리 없다”고 주장하며 이를 받아들일 수 없다고 의사를 분명하고 있다. 법원의 심리결과 乙의 주장이 인정하고 있는 경우 乙과 Y의 주장의 의미를 검토하여 법원이 상환이행판결 여부를 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

단순이행청구에 대하여 상환이행판결을 할 수 있는지 묻고 있다. 변론주의와 처분권주의를 검토한다. 乙의 동시이행항변의 제출이 있는 때에, 무조건적 단순이행청구에 대하여 잔대금의 지급을 조건으로 하는 상환이행판결을 하면 처분권주의 위반인지 검토한다.

### 2. 동시이행항변권과 변론주의

#### (1) 변론주의와 항변

당사자가 주장한 청구권에 대하여 요건사실을 주장하고 증명하여야 한다. 자백과 새로운 사실을 포함한 항변사항은 변론주의가 적용되는 영역이다. 따라서 법원은 당사자가 입증한 항변사항을 받아들이고 이를 기초로 판단하여야 한다.

#### (2) 상환이행판결에서 항변사항

상환이행판결을 할 있는 경우로 동시이행항변권과 유치권항변이 있다. 이들은 항변사항이므로 변론주의의 적용대상이다. 따라서 항변권자가 항변을 제출하여야 비로소 고려되고, 제출하지 아니한 경우에는 판결의 기초로 삼을 수 없다. 동시이행항변권은 법원이 직권으로 고려할 필요는 없고, 변론이 열린 후 피고로부터의 주장이 있게 되면 동시이행판결이 가능하다.

#### (3) 변론주의의 한계

사실의 주장과 증명은 당사자가 주장한 심판범위내에서 인정된다. 단순이행판결이 주장된 범주에서 상환이행판결이 가능한지는 피고의 의사해석의 문제이다. 일단 피고 乙의 잔금지급 요구는 동시이행항변을 제출한 것이므로 변론주의에 따라 법원은 이를 판결의 기초로 삼아야 한다.

### 3. 상환이행판결 거부

#### (1) 문제점

당사자가 단순이행청구한 경우 당사자의 의사에 반하여 상환이행판결할 수 있는지 문제된다. 피고가 동시이행항변권을 행사한 경우, 원고의 단순이행청구에 대하여 상환이행판결을 할 수 있는지 문제이다.

#### (2) 동일한 소송물에서 상환이행판결 거부

##### 1) 처분권주의와 소송물

원고가 단순이행청구임을 명백한 경우에는 당사자의 의사가 분명하므로 처분권주의 위반하

여 위법하다. 그러나 상환이행판결을 예비적 청구 의사를 인정할 여지가 있다면 이를 인정할 수 있다는 것이 대체적인 견해이다.

## 2) 판례의 태도

판례도<sup>105)</sup> 동시이행항변과 유치권항변이 제출되는 경우 단순이행청구에 대하여 상환이행판결을 하더라도 처분권주의에 위배되지 않는다는 입장이다. 단순이행청구에는 예비적 주장이 포함되어 있다고 볼 수 있다는 입장으로 결론이 도출된다.

## (3) 사안의 경우

원고가 상환이행판결을 명시적으로 반대하지 않는 한 단순이행청구에 상환이행청구라는 예비적 주장을 한 것으로 볼 수 있지만, 사안의 경우에는 '절대 그럴 리 없다'고 주장하므로 상환이행판결이 불가하다

## 4. 결론

변론주의 원칙상 항변 사항에 대하여 법원은 판단의 기초로 삼아야한다. 그러나 단순이행판결을 구하는 취지가 분명하다면 처분권주의가 우선하여 그 속에 상환이행판결의 의사가 포함되어 있지 않다고 판단하여 법원은 상환이행판결을 할 수 없다.

---

105) 대판 1993.5.25. 93다1114: 부동산매매계약에 있어 잔대금지급의무와 소유권이전등기의무는 특별한 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있음은 소론과 같으나, 법원은 당사자의 동시이행에 관한 항변이 없는 이상 이에 관한 판단을 할 수 없고 또한 상환이행을 명하는 판결을 할 수 없는 것이므로, 피고가 잔대금의 지급과 상환으로 이행하겠다는 취지의 항변을 제출한 바 없는 이 사건에서 피고에게 소유권이전등기의무의 전부이행을 명한 원심의 조처는 옳다.

## 6. 건물철거청구에서 형성권의 행사

甲은 그 소유의 X 토지를 乙에게 임대하였고 乙은 위 토지상에 건물을 지어 음식점 영업을 하면서 X 토지를 점유·사용하여 왔다. 그 후 임대차기간이 만료되자 甲은 乙의 임대차계약의 갱신요청을 거절하고 乙을 상대로 건물철거 및 토지인도를 구하는 소를 제기하였다. (아래 각 설문은 독립적임)

1. 소송과정에서 乙은 건물매수청구권을 행사하였다. 이에 법원은 건물매수청구가 이유 있다고만 인정하여 乙은 甲에게 매매대금을 지급받음과 동시에 甲에게 건물소유권이전등기절차를 이행하고 토지를 인도하라는 판결을 하였다. 이러한 판결이 적법한가?

2. 만일 상환이행판결할 수 없다면 법원은 어떠한 조치를 취함으로써 가능할 수 있는가?

### I. 설문 1에 대하여

#### 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. 단순이행청구에 대한 상환이행판결의 가부

##### (1) 처분권주의의 내용

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 법원으로서서는 당사자가 신청한 사항에 대하여, 신청의 범위 내에서만 판단하여야 한다.

##### (2) 일부인용판결의 허용 여부

법원은 신청한 소송물의 범위 내에서 소송물의 일부가 인용될 수 있을 경우에는 청구취지의 변경이 없이도 일부인용의 판결을 해야 한다. 그것이 원고의 통상의 의사에 부합한다.

##### (3) 사안의 경우

#### 3. 지상물철거청구에 상환이행청구가 포함되는지 여부

##### (1) 문제점

일부인용판결에 소송물 다른 경우 즉 건물철거청구가 건물인도청구로 가능한지 문제된다.

##### (2) 학설의 대립

① 소송경제와 분쟁의 일회적 해결 및 임대인으로서의 전부패소하는 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 청구권 원에 있어서도 상이하다고 보아 상환이행판결을 할 수 없다는 견해가 대립한다.

##### (3) 판례의 태도

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.

#### (4) 검토

앞자는 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. 사례의 해결

법원은 상환이행판결을 할 수 없고, 원칙적으로 원고 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하여야 한다. 따라서 법원이 원고 甲이 신청하지도 않은 상환이행판결을 한다면 이는 위법한 판결이라 할 것이다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

상환이행판결을 할 수 없고 청구기각판결을 할 수밖에 없는데 법원은 청구기각판결 선고 전에 원고의 건물철거청구를 매매대금지급과 상환으로 건물을 인도하라는 상환이행청구로 예비적이라도 소변경할 것을 시사하는 석명을 하여야 할 것인지 여부가 문제된다. 이에 따라 원고가 소변경을 한다면 법원은 상환이행판결이 가능하기 때문이다.

### 2. 건물철거청구에서 상환이행청구로의 소변경이 허용되는지 여부

#### (1) 문제점

소변경에 있어서 적극적 석명이 허용되는가를 논하기 위해서는 소변경의 요건이 일단 충족될 것이 필요하다. 소변경의 요건이 충족되지 못했는데, 그에 대한 석명 의무의 여부를 논할 수는 없기 때문이다.

#### (2) 소 변경의 요건

소의 변경이 적법하기 위해서는 ① 신·구청구가 동종의 소송절차에 의하여 심리될 수 있어야 하고, ② 모든 청구에 대하여 당해 법원에 관할권이 있을 것이 요구되고, ③ 사실심에 계속되고 변론종결 전일 것, ④ 청구기초의 동일성이 있을 것, ⑤ 신청구의 심리를 위해 소송절차를 현저히 지연시키지 않을 것을 그 요건으로 한다.

#### (3) 사안의 경우

사안의 경우 건물철거 및 토지인도청구와 그 건물의 매수대금지급과 상환으로 건물을 명도하라는 상환이행청구 사이에는 임대차기간 만료라는 사실자료를 공통으로 하고 있으므로 청구기초의 동일성이 인정되며, 다른 요건들도 별 문제없이 충족되는 것으로 보이므로, 소변경의 적법요건은 구비되었다고 할 것이다.

### 3. 상환이행청구로의 소변경에 대한 석명 의무 인정 여부

#### (1) 석명권의 의의 및 범위

1) 석명권이라 함은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 질문하고 증명추구를 할 뿐만 아니라, 당사자가 간과한 법률상 사항을 지적하여 의견진술의 기회를 주는 법원의 권능을 말한다(법 제136조). 이는 처분권주의와 변론주의의 결합을 시정하는 데에 그 취지가 있다.

2) 석명권은 ① 당사자의 신청이나 주장이 불명료, 불완전, 모순이 있을 경우 소송관계를 명료하게 하기 위하여 행사하는 소극적 석명과 ② 새로운 신청, 주장 등의 제출을 권유하는 적극적 석명이 있는데, 소극적 석명권은 제한 없이 행사할 수 있지만 적극적 석명을 인정할 것인가에 대해서는 다툼이 있다.

## (2) 적극적 석명권의 인정여부

### 1) 학설의 대립

① 적극적 석명권을 인정하는 것은 석명권의 범위를 불분명하게 하고, 처분권주의와 변론주의를 침해한다는 이유로 이를 부정하는 견해와 ② 적극적 석명은 원칙적으로 인정할 수 없으나, 종전의 소송자료와 합리적 관련성이 있고, 상대방의 방어권을 침해하지 않는다면 가능하다는 견해의 대립이 있다.

### 2) 판례의 태도

판례는 당사자가 주장하지도 않은 법률효과에 관한 요건사실이나 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유하는 행위는 변론주의의 원칙에 위배되고 석명권 행사의 한계를 일탈한 것이 된다고 하여 부정적이나, 같은 사안에서 법원으로서 임대인이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지, 아니면 대금지급과 상환으로 지상물의 인도를 청구할 의사가 있는 것인지를 석명하고 임대인이 그 석명에 응하여 소를 변경한 때에는 지상물 인도의 판결을 함으로써 분쟁의 1회적 해결을 꾀하여야 한다고 판시하여 적극적 석명권을 제한적으로 인정하였다.

## (3) 적극적 석명의 인정요건

적극적 석명은 처분권주의·변론주의와 충돌되므로 이를 제한 없이 인정할 수는 없고, 엄격한 기준 하에서만 인정되어야 할 것이다. 그 인정요건으로는 통상 ① 종전의 소송자료에 비추어 법률상 또는 논리상 예기되는 것일 것, ② 상대방 당사자의 방어권 행사에 불이익이 없을 것을 들고 있다.

## (4) 사안의 경우

사안의 경우 법원의 적극적 석명이 필요한 경우라고 하겠으며, 또한 법원은 원고인 甲에 대하여 예비적으로라도 상환이행을 청구할 의사가 있는지 알아보아야 할 의무가 있다고 할 것이다.

## 4. 결론

법원은 甲에 대하여 예비적으로라도 상환이행을 청구할 의사가 있는지 석명하여 甲이 이에 응하여 소를 변경하도록 하여 할 것이다.

## 제3절 변론주의

### 1. 유권대리와 당사자주의

乙은 친지로부터 사채업자 A를 소개받아 대출 여부를 문의하였다. 乙은 사채업자 A의 요청에 의해 동인에게 자신의 甲은행 계좌와 비밀번호 등을 알려주었다. 그런데 A는 乙의 위임장을 위조하고 乙의 정보를 이용하여 甲은행으로부터 乙의 계좌를 담보로 5천만 원을 대출받은 후 잠적하였다. 그 후 이러한 사실을 알게 된 甲은행은 乙을 상대로 위 대출금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 甲은 위 대출계약에 기한 채무이행을 구하는 소에서 A가 乙의 대리인이라고 주장하였다. 이에 乙은 자신이 A에게 대출계약에 대한 대리권을 수여한 적이 없다고 주장하면서 다투었다. 심리 결과 A의 대리권은 인정되지 아니하나, A의 표현대리를 인정할 증거들이 있었다. 법원은 甲의 유권대리의 주장에 표현대리의 주장이 포함되어 있는 것으로 인정하여 甲의 청구를 인용하는 판결을 할 수 있는지 여부를 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

유권대리 주장과 표현대리 주장이 소송물을 달리하여 甲이 신청하지 않은 표현대리를 인정한다면 처분권주의의 위반인지 여부, 소송물이 동일한 경우라면 법원이 甲의 주장이 없음에도 표현대리를 인정하는 것이 변론주의를 위반하는 것인지 여부가 문제이다.

#### 2. 처분권주의의 위반 여부

##### (1) 문제점

유권대리 주장과 표현대리의 주장이 소송물을 달리하는 것인지, 아니면 소송물이 동일한 것인지 여부가 문제된다.

##### (2) 학설의 대립

① 신소송물이론에 의하면 대리권의 수여, 표현대리 등은 본인에게 효과를 귀속시키는 복수의 공격방법에 불과하다고 본다. 한편 ② 구소송물이론에 의하면 i) 유권대리에 기한 계약상 청구와 표현대리책임은 법규를 달리하는 별개의 소송물이라고 보는 견해와 ii) 소송물은 계약상 청구권으로서 동일하고, 유권대리나 표현대리는 위 청구규범을 이유 있게 하는 공격방법의 복수에 불과하다는 견해가 대립하고 있다.

##### (3) 판례의 태도

판례는 “주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건해당사실을 말하는 것인바, 대리권에 기한 대리의 경우나 표현대리의 경우나 모두 제3자가 행한 대리행위의 효과가 본인에게 귀속된다는 점에서는 차이가 없다”라고 판시하여, 유권대리나 표현대리는 소송물을 같이하는 것으로 본다.

##### (4) 검토 및 사안의 경우

구소송물의 입장에서도 유권대리의 청구규범은 민법 제114조가 아니라 계약규범인 제598조이며, 표현대리의 경우에도 청구규범은 제598조라고 할 것이므로 유권대리주장과 표현대리의 주장은 소송물을 같이 한다고 봄이 타당하다. 따라서 사안의 경우에 법원이 표현대리 성립을 인정하더라도 처분권주의의 위배는 없다. 다만 법원이 원고 甲이 표현대리를 주장하지 않았음에도 표현대리를 인정한 것은 변론주의의 주장책임에 반하는 것인지가 문제이다.

### 3. 변론주의의 위반 여부

#### (1) 변론주의의 내용

변론주의란 소송자료, 즉 사실과 증거의 수집·제출의 책임을 당사자에게 맡기고 법원은 당사자가 수집·제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 원칙을 말한다. 이러한 변론주의는 ① 주장책임, ② 자백의 구속력, ③ 당사자의 증거제출책임을 그 내용으로 한다.

#### (2) 사실의 주장책임

##### 1) 주요사실과 간접사실의 구별

법규기준설에 의하면 표현대리의 경우 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서, 표현대리에 관한 사실은 본인에게 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실로 주요사실에 해당한다.

##### 2) 사실자료와 증거자료의 구별 및 완화

변론주의에 의할 때 주장책임이 인정되는 결과 소송자료와 증거자료는 구별된다. 따라서 증인의 증언 그 밖의 증거에 의하여 법원이 주요사실을 알았다 하더라도 당사자가 변론에서 그 사실을 주장한 바 없으면 그것을 기초로 재판을 할 수 없으며 또 당사자가 주장한 바와 달리 재판할 수 없다.

#### (3) 판례의 태도

판례는 구체적으로 타당한 해결을 피하기 위하여 소송자료와 증거자료의 구별을 완화하고 당사자의 명시적 주장은 없었지만, ① 일정한 증거신청행위 등에 의하여 주요사실을 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있으며(주장의제), ② 당사자의 주장 취지에 비추어 그러한 주장이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다면, 묵시적 주장(주장포함)을 인정하고 있다.

### 4. 유권대리의 주장 속 표현대리 주장 포함여부

#### (1) 문제점

甲의 유권대리 주장 속에 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 보아 표현대리의 주장이 있음을 인정할 수 있는지 여부가 문제되는데 즉 소송자료로서 인정될 수 있는지 쟁점이다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설의 대립

① 표현대리는 유권대리와 같은 효과를 발생시킨다는 점을 강조하여 유권대리의 주장은 그 안에 표현대리의 주장을 포함한다는 포함설과 ② 표현대리는 본질상 무권대리의 일종이므로 유권대리의 주장 속에 표현대리의 주장이 당연히 포함되어 있는 것은 아니라는 비포함설이 대립한다.

##### 2) 판례의 태도

판례는 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 다르다고 볼 수밖에 없으니 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다고 하였다.

#### (3) 검토

유권대리와 무권대리의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 서로 다르다고 보아야 하므로, 유권대리의 주장 속에 표현대리의 주장이 당연히 포함되어 있는 것은 아니라는 견해가 타

당하다.

#### 5. 사례의 해결

변론주의에서 소송자료가 인정되어야 법원은 구속된다. 만약 법원이 유권대리의 주장에 표현대리의 주장이 포함되어 있는 것으로 인정하여 甲의 청구를 인용한다면 변론주의의 위반된다. 즉 법원은 甲의 청구를 인용할 수는 없다.



## 2. 변론주의에서 주요사실

甲은 乙이 운전하던 A회사의 택시를 타고 가던 중, 乙이 丙이 운전하던 자동차와 추돌하는 바람에 중상을 입고 병원에 입원하여 치료를 받고 있다. 이 사고에 대한 乙의 과실은 40%, 丙의 과실은 60%로 확정되었다. 甲은 乙을 상대로 불법행위를 이유로 치료비 1,500만 원, 일실수익 3,000만 원, 위자료 1,500만 원 합계 6,000만 원의 손해배상청구소송을 제기하였다. 甲은 소송에서 乙이 앞차를 보고 제동을 하였으나 과속으로 달린 탓으로 택시가 정차하지 않고 밀리면서 앞차를 들이받았다고 주장하였고, 乙은 과속한 사실이 없다고 주장하였다. 법원은 甲과 乙 사이에 쟁점이 된 과속 여부에 대하여는 판단하지 않은 채, 乙이 전방주시의무를 태만히 하다가 뒤늦게 제동하는 바람에 사고가 발생한 것이므로 乙에게 손해배상책임이 있다고 판단하였다. 법원의 위 판단은 적법한지 설명하시오.(자동차손해배상보장법은 고려하지 말 것)

### 1. 문제의 소재

과속한 사실, 전방주시의무를 태만히 한 사실이 주요사실인지 간접사실인지 변론주의와 관련하여 법원이 전방주시의무 태만을 당사자의 주장 없이 고려할 수 있는지 여부가 문제된다.

### 2. 변론주의의 적용

#### (1) 변론주의와 직권주의

사실의 주장책임, 자백의 구속력, 증명책임 등이 변론주의 주요내용이다. 사실관계 인정단계에서 당사자주의에 입각하여 법원을 구속하게 된다. 따라서 변론주의는 직권주의의 다른 영역을 지배한다.

#### (2) 사실의 주장책임

사실의 주장책임으로서 변론주의가 인정된다. 여기서 사실은 요건사실에 해당하는 주요사실을 말하고, 요건사실에 해당하는 주요사실은 법규기준설에 따른다는 것이 통설과 판례이다. 당사자가 주장한 주요사실에 대하여 법원을 다른 판단을 할 수 없고 위법한 판단으로 취급되는 문제가 발생될 수 있다.

#### (3) 사안에서 주요사실

불법행위를 기준으로 한 손해배상청구소송에서 주요사실은 원칙적으로 고의과실의 위법행위로 손해와 인과관계가 있어야 하며 원고는 이에 대한 주장책임과 피고의 대응에 대하여 자백의 구속력 생기지 아니하는 한 증명책임을 진다.

### 3. 과실의 주요사실 여부

#### (1) 문제점

과실이 주요사실에 해당하는지 여부에 따라 법원의 판단범위가 달라질 수 있으며 이 부분에 대한 논의가 계속되어져 왔다.

#### (2) 학설의 대립

제1설은 주요사실은 권리의 발생, 변경, 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 법규요건사실을 말함. 과실, 정당한 사유, 선량한 풍속위반, 인과관계 등 일반조항 내지 불특정조항도 주요사실이라는 견해(법규기준설). 제2설은 변론주의의 근거를 사적자치에서 구하는 입장에서, 고도의 공익적 판단을 근거로 하는 선량한 풍속 그 밖의 사회질서 위반은 주요사실의

주장이 없는 경우에도 법률효과의 발생을 부정할 수 있고, 자백의 효력도 배제할 수 있으며, 필요한 경우에는 직권증거조사도 할 수 있지만, 과실 등 그 외의 일반조항은 관념적 존재인 법적평거나 권리로서 직접 이를 인식할 수 없어 증거가 불가능하므로 이를 요건사실로 보고 그와 같은 평가에 이르게 된 구체적 사실을 주요사실로 보아야 한다는 견해. 제3설은 일반조항은 법적 평가가 필요한 요건사실일 뿐 주요사실이 아니고, 요건사실을 구성하는 개개의 구체적 사실을 주요사실에 준하는 준주요사실로 보아 변론주의를 적용하여야 한다는 견해(준주요사실설, 다수설). 제4설: 변론주의는 사실에만 관계된 것이고, 법적 평가와는 관계가 없으므로 과실이 요건사실이라고 하더라도 법적 평가이기 때문에 과실에 해당하는 구체적인 사실, 예컨대 음주운전·과속운전 등이 주요사실이라는 견해이다.

### (3) 판례의 태도

판례의 입장은 법규기준설에 따라 판단한다. 이같이 과실, 정당한 사유, 선량한 풍속위반, 인과관계 등 일반조항 내지 불특정조항도 주요사실이라는 견해인 법규기준설과 같다.<sup>106)</sup>

## 4. 결론<sup>107)</sup>

판례의 입장인 제1설의 법규기준설에 의하면 적법하다. 제2, 3, 4설에 따르면 부적법하다.

---

106) 대판(전) 1983.12.13. 83다카1489

107) 각 학설의 견해와 논리적으로 일관되면 배점 가능

### 3. 주장책임과 주요사실

甲은 동네에서 교통사고를 당하였다. 차량 운행자는 이웃집 乙인데 그가 운전하는 자동차에 치인 것이다. 甲은 乙의 불법행위를 이유로 손해가 발생하였다고 하면서 적극적, 소극적 손해와 위자료로 명목으로 함께 5,000만 원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 甲은 乙이 전방주시의무를 태만히 하여 사고가 발생한 하였다고 주장하고 있는데 반하여, 乙은 甲이 갑자기 튀어나와 제동이 불가능한 상태에서 사고가 발생한 것이라고 다투었다. 그런데 소송절차의 증거조사 과정에서 乙의 음주운전 사실이 밝혀졌다. 법원은 甲과 乙사이에 쟁점이 된 전방주시 여부에 대해서는 판단하지 아니한 채, 사고의 손해발생이 음주운전 때문이라고 보아 乙에게 손해배상책임이 있다고 판단하고 있다. 당사자의 주장과 상관 없이 법원이 이러한 판단이 가능한지 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

일반조항의 경우 변론주의가 적용되는 주요사실이 무엇인지 묻고 있다.<sup>108)</sup> 요건사실로부터 주요사실을 구분할 것인지, 아니면 준주요사실을 인정할 것인지 문제이다. 법원의 법적 관점 지적의무가 발생하는 지 검토한다.

#### 2. 변론주의에서 주장책임

##### (1) 변론주의와 주요사실

변론주의는 주요사실에 한하여 적용되고, 간접사실이나 보조사실은 변론주의의 적용대상이 아니다. 주요사실 이외의 사실에 변론주의를 적용하면 법관의 자유심증을 막는 결과로 되기 때문이다. 일반조항을 주요사실로 본다면, 증거조사결과 나타나는 구체적 사실들이 당사자의 구체적 주장과 일치하지 아니한 경우 고려할 수 없는 결과로 되어 실제진실발견이 지장을 주어 부당한 결과도 예상할 수 있다.

##### (2) 주요사실의 간접적 주장론

구체적으로 주장하지 아니한 부분을 변론주의에 따라 이를 부정할 것인지의 문제를 해결하기 위해 증거조사결과 나타난 사실을 간접적으로 주장한 것으로 보거나 또는 평가요인사실을 주요사실로 보는 견해가 주장되고 있다. 판례는 제출한 서증에서 입증취지를 진술한 경우와 변론을 전체적으로 관찰하여 간접적 주장을 인정하는 경우로 제한하여 인정하고 있다.

##### (3) 사안의 경우

변론을 전체적으로 관찰하여도 사안에서는 당사자가 주장하지 아니한 증거조사 나타난 음주운전사실을 간접적으로 주장한 것으로 보는 것은 변론주의에 반하여 부당하다

108) 일반조항(신의성실의 원칙, 권리남용, 정당한 사유, 과실, 인과관계 등과 같이 법률상의 요건이 부확정 개념에 의하여 일반적 추상적으로 정해 놓은 것)과 같은 추상적 개념 그 자체를 주요사실로 볼 것인지, 아니면 추상적 개념의 판단의 기초가 되는 구체적 사실을 주요사실로 볼 것인지 여부는 변론주의 및 자백의 적용 대상이 달라지는 결과를 가져온다. 먼저, 추상적 개념은 법적 평가이므로 이를 변론주의의 적용을 받는 주요사실로 인정하기는 어렵다. 다음으로, 당사자가 추상적 개념을 인정할 수 있는 특정의 구체적 사실을 주장하였으나 증거조사 결과 그 추상적 개념을 인정하기에 족한 다른 구체적 사실이 인정될 경우, 다른 구체적 사실을 주요사실로 보면, 이를 판결로 기초로 삼을 수 없게 된다. 이러한 결과를 피하기 위해 증거조사 결과 인정되는 평가요인사실을 간접적으로 주장한 것으로 볼 것인가, 아니면 석명 및 지적(특히 규칙 제28조 제2항: 다툼의 전제와 다른 사실상 법률상 쟁점사항)에 의하여 처리할 것인가 문제된다.

### 3. 인과관계의 주요사실 여부

#### (1) 문제점

요건사실이 곧 주요사실인지 문제가 될 수 있다. 판례에 따르면 주요사실이란 구성요건적 해당사실이므로, 요건사실과 주요사실은 동일하다. 일반조항인 경우, 그 자체는 법적 평가이므로 그 평가에 해당하는 구체적 사실(평가근거사실)을 주요사실로 보아야 한다는 논의가 있다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설

평가근거사실을 주요사실로 보아야 한다는 견해가 널리 주장되고 있다. 요건사실과 주요사실을 구분하여 일반조항은 요건사실이고 그 평가요인사실이 주요사실이라는 견해와 일반조항인 경우에는 평가요인사실을 주요사실에 준하여 취급할 수 있다는 견해가 있다.

##### 2) 판례의 입장

판례는 법률효과는 부여하는 그 자체의 요건을 주요사실로 본다. 예컨대, 과실이나 인과관계는 그 자체로 주요사실이 될 것이라고 보며 근거사실은 주요사실이 아니라고 한다.

##### 3) 검토

민법 제750조의 인과관계가 곧 주요사실이라는 판례의 태도에는 찬성하기 어렵다. 인과관계 자체는 법적 평가이므로 변론주의가 적용되는 주요사실로 볼 수 없고, 그 법적 평가의 원인을 제공하는 개개의 사실을 주요사실로 보아야 한다. 그러나 판례에 의하면 음주사실 자체의 인정여부는 주요사실이 간접사실이 된다. 그러나 이것이 곧 인과관계의 주요사실을 인정할 수 있는지 의문이다.

#### (3) 사안에 적용

음주운전 사실은 변론주의의 적용을 받는 주요사실이 아니므로 그 자체의 사실인정여부는 문제되지 아니하나, 이와 손해와 인과관계는 별개의 요건사실로 취급되어 법원은 이를 인과관계의 소송자료로 삼을 수 없다고 볼 것이다.

### 4. 법원의 석명 내지는 지적 의무

#### (1) 법원의 석명대상 여부

당사자가 간과한 인과관계의 입증에 대하여 법원의 석명대상이 되는지 문제될 수 있다. 통상 석명 또는 지적의 대상은 신청, 주장, 입증, 법률적 관점 등이다. 사안의 경우에는 법률적 관점이 문제된다.

#### (2) 법원의 지적의무 인부

법적 관점 지적의무는 법률적 사항을 그 대상으로 하는데, 민사소송규칙은 당사자에게 중요한 법률상, 사실상 쟁점을 지적의무의 대상으로 하고 있다. 이와 관련하여 지적의무의 대상이 법률상 사항에서 사실상 사항으로까지 확대되었다는 견해가 있으나, 민사소송규칙상의 지적의무는 당사자간에 쟁점이 되고 있는 것과 다른 법률적 사항과 관련한 법률적 및 사실상 쟁점사항을 지적하여야 하는 의미를 규정한 것으로 보아야 한다.

#### (3) 사안의 경우

법적 관점이 다른 음주운전 여부는, 민사소송규칙 제28조 제2항에 따른 법률적 쟁점인 인과관계를 지적하여 이를 석명하여야 할 것이다. 甲이 무지, 부주의나 오해 등으로 인하여

음주운전을 주장하지 못한 것이므로 법원은 이를 지적하여 이에 대한 의견진술의 기회를 주어야 한다. 만약, 간접적 주장이론에 따르는 경우 법적 관점 지적의무가 발생하는 때에는 그 적용을 부정하여야 할 것이다.

## 5. 결론

법원은 음주운전을 이유로 乙에게 손해배상책임을 물을 수 없다. 법원이 음주운전을 이유로 인과관계를 인정하는 판결을 하면 변론주의 위반이다. 그러나 법원은 지적의무에(민사소송규칙 제28조 제2항) 따른다면 음주운전에 관한 사실상, 법률상 쟁점을 지적하여야 할 것이다.

#### 4. 석명권과 석명의무 및 지적의무

甲은 乙과 일반전화가입계약을 체결하고 전화사용요금 지급을 위해 주거래은행에 자동이체신청을 하였다. 乙는 甲의 자동이체계좌의 잔고가 요금액에 미달한다는 이유로, 甲이 사용 중인 전화를 직권으로 해지하고, 이로 인하여 甲에게 반환하여야 하는 설비비 25만 원을 미납사용료와 대등액에서 상계처리하였다. 甲은 전화요금을 연체한 사실이 없는데도 乙이 아무런 독촉이나 통보절차를 거치지 않고 전화를 직권해지하여 50만 원의 손해가 발생하였다는 이유로 이 손해를 배상하라는 취지의 소를 제기하면서도, 乙에게 계약책임을 묻는 것인지, 불법행위책임을 묻는 것인지 명시하지는 않았다. 사건의 쟁점은 원고가 전화요금을 연체하였는지 여부와 피고가 해지에 앞서 이행최고절차를 거쳤는지 여부에 있었다. 제1심은 원고의 신청을 '불법행위에 기한 손해배상청구'로 보고, 불법행위를 저질렀다는 점에 대한 원고의 입증부족하다는 이유로 청구기각의 판결을 선고하였다. 원고가 전화요금을 연체하였는지 여부와 피고가 해지에 앞서 이행최고절차를 거쳤는지 여부를 비롯한 원고의 신청에 대한 제1심법원의 판단의 타당성을 설명하시오.

##### 1. 문제의 소재

원고가 전화요금을 연체하였는지 여부와 피고가 해지에 앞서 이행최고절차를 거쳤는지 여부 즉, 甲의 전화요금 연체 여부 및 乙의 이행최고 여부에 대한 입증책임을 묻고 있다. 민법 제750조와 민법 제390조에 기한 손해배상청구소송에서의 입증책임 분배를 법률요건분류설에 따라 검토한다. 법원이 불명료한 甲의 주장을 석명 내지는 지적하지 아니한 위법이 있는지 검토한다.

##### 2. 청구의 특성과 처분권주의 위반 여부

###### (1) 청구의 특정

소송물은 청구의 특정을 말하며 청구의 취지와 청구원인을 통틀어 소송물을 일컫는다. 따라서 청구의 취지에 손해배상청구를 하면서 청구원인에 사실관계를 기술한 경우 일단 청구는 특정되었다고 볼 것이며 이 부분에 부적법한 것은 없다.

###### (2) 처분권주의 위반

당사자가 신청한 부분에 한하여 법원은 심판할 수 있다.(제203조) 신청범위는 판례는 구실체법설에 따라 판단하는데 구실체법설에 의하는 경우에도 소송물은 청구의 특정을 전제하므로 동일한 사실관계에 대하여 동일한 청구를 한 경우에 법조문을 명시하지 아니하는 경우에도 소송물은 특정되므로 법원은 청구취지와 청구원인을 통한 소송물에 대하여 심판할 수 있다.

###### (3) 사안의 경우

계약책임을 묻는 것인지, 불법행위책임을 묻는 것인지 명시하지는 않았다 하더라도 청구취지와 청구원인을 통하여 법원은 소송물을 특정할 수 있으며 이에 대한 판단을 하더라도 신청범위를 넘어서는 처분권주의 위반이 있다고 볼 수 없다.

##### 3. 증명책임의 분배

###### (1) 증명책임분배의 원칙

입증책임은 법문의 구조에 따라 분배된다는 것이 통설·판례이다(법률요건분류설).

###### (2) 법률요건분류설에 따른 입증책임

### 1) 불법행위책임

민법 제750조는 손해배상청구권이라는 법률효과의 발생을 위해서는 위법한 행위, 고의 또는 과실, 손해의 발생, 행위와 결과 사이의 인과관계라는 4개의 구성요건적 사실에 대한 주장 및 증명책임을 규정하고 있다.

### 2) 채무불이행책임

민법 제390조는 손해배상청구권 발생에 필요한 요건으로 채무자의 채무내용에 좇은 이행을 하지 아니한 사실만을 요구하고, 채무자의 고의나 과실은 단서로 규정하고 있으므로 채권자는 채무불이행사실만을 주장 및 증명하면 청구권을 행사할 수 있고, 이에 대하여 채무자는 채무불이행에 대해 자신에게 과실이 없음을 증명하여야 면책된다.

### (3) 소결

甲이 乙의 불법행위책임을 주장하는 경우에는 乙의 고의·과실을 포함한 4개의 요건사실을 입증하여야 하는데 반하여, 계약책임을 물을 경우에는 채무불이행사실에 대해서만 입증책임이 있고, 고의·과실에 대해서는 입증책임이 없다.

## 3. 법원의 석명권 행사(109)

### (1) 문제점

채무불이행의 계약책임과 불법행위책임은 법률요건분류설에 따라 각각 증명 대상이 다르다. 사안의 경우 법원이 적극적 석명의 대상이 되는지 그 범위와 관련하여 문제된다.

### (2) 법원의 적극적 석명대상 여부

#### 1) 적극적 석명과 석명의무

법원의 석명권 행사의 대상은 신청, 주장, 입증, 법률적 관점이다. 석명의무는 당사자가 무지, 부주의나 오해로 자신의 신청이나 주장을 분명하게 하지 못하거나 입증하지 못한 경우 또는 법률관 관점을 간과한 경우에 발생한다. 석명의무는 변론주의 범위 안에서 소송관계를 분명하게 하기 위한 제도이므로, 소극적 석명의 원칙이 지배한다. 적극적 석명은 당사자공평대우의 원칙에 반하여 허용되지 아니한다.

#### 2) 지적의무의 인정

적극적 석명의 한 형태로서 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견진술할 기회를 주어야 한다(제136조 제4항). 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점이 있는 경우 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 의견진술의 기회를 보장하여야 한다.

---

109) 대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다42765 판결: [1] 민사소송법 제136조 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다”고 규정하고 있으므로, 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점이 있는 경우 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 주어야 하고, 만일 이를 게을리한 경우에는 석명 또는 지적의무를 다하지 아니한 것으로서 위법하다. [2] 손해배상청구의 법률적 근거는 이를 계약책임으로 구성하느냐 불법행위책임으로 구성하느냐에 따라 요건사실에 대한 증명책임이 달라지는 중대한 법률적 사항에 해당하므로, 당사자가 이를 명시하지 않은 경우 석명권을 행사하여 당사자에게 의견진술의 기회를 부여함으로써 당사자로 하여금 그 주장을 법률적으로 명쾌하게 정리할 기회를 주어야 함에도, 이러한 조치를 취하지 않은 채 손해배상청구의 법률적 근거를 불법행위책임을 묻는 것으로 단정한 뒤 증명이 부족하다는 이유로 청구를 받아들이지 않은 원심판결을 파기한 사례.

- (3) 민사소송규칙 제28조 제2항의 지적 의무-110)

규칙에 의한 지적의무가 가능한지 문제될 수 있다. 제136조 제4항 민사소송법상의 지적 의무는 법률상 사항임에 반하여, 민사소송규칙상의 지적 의무는 법률상 쟁점은 물론 사실상 쟁점을 그 대상으로 한다. 양자의 적용범위와 관련하여 지적 의무의 대상이 법률상 사항에서 사실상 사항으로까지 확대되었다는 견해(확대설)와 그 적용대상이 다르다는 견해(구분설)로 나뉜다. 구분설은 민사소송법상의 지적 의무는 법률상 사항을 간과한 경우에 적용되고, 민사소송규칙상의 지적 의무는 당사자간에 쟁점이 되고 있는 것과 다른 법률적 사항과 관련한 법률적 및 사실상 쟁점을 함께 지적하도록 하는 규정이라고 한다. 제136조 제4항은 법률상 사항이라고 규정하는데 반하여, 규칙 제28조 제2항은 중요한 법률상 또는 사실상 쟁점이라고 규정하고 있는 점에 비추어, 전자는 간과한 경우를, 후자는 당사자간 다툼을 전제로 한다고 해석하여야 한다. 따라서 구분설이 타당하다

(3) 소결

계약책임과 불법행위책임은 요건사실에 대한 증명책임이 달라지므로, 중대한 법률적 사항에 해당한다. 甲은 이러한 사정을 부주의 또는 무지로 인하여 알지 못하였으므로 법원의 지적의무가 발생한다. 중요 쟁점에 관하여 당사자간에 다투어진 사실이 없으므로, 제136조 제4항의 지적권이 적용된다 할 것이다.

4. 결론

甲이 자신이 전화요금을 연체하지 않았다는 사실과 乙이 이행최고를 하지 않았다는 사실을 주장하고 증명하여야 한다. 제1심법원은 원고의 주장이 법률상 관점에서 보아 불명료 한대도 지적 의무를 소홀히 하고 불법행위책임 주장으로 단정한 위법한 판결을 선고하여 부당한 판결이다.

---

110) 여기까지 설명한 경우 가점



## 제4절 소송행위

### 1. 부인과 항변

甲은 乙과 소비대차 계약을 체결하고 乙명의의 통장으로 받은 돈 5,000만 원에 대하여 乙은 통장내역에 대하여 사실을 인정하면서도 통장에 입금한 것은 甲을 포함한 계원들이 계주인 자기의 통장에 갯돈을 입금한 것이라고 주장하였다. 그러나 현재 사실관계에 대하여 甲과 乙이 더 이상의 증거를 제출하지 못하여 법원이 심증형성을 하지 못하고 있다. 이러한 경우 법원의 사실인정과 예상판결에 대하여 검토하시오.

#### 1. 문제의 소재

증명책임은 당사자 누구에게 부담시킬 것인지 묻고 있다. 乙이 갯돈을 받았다는 주장이 항변인지 부인에 해당하는 즉 이유부 부인인지 쟁점이다. 이에 따라 객관적 증명책임이 달라져 심증형성에 영향이 있다.

#### 2. 이유부 부인과 항변의 구별

##### (1) 부인과 항변의 구별

부인은 상대방의 주장에 대하여 그 사실을 인정하지 아니하고 항변은 상대방의 주장사실을 자백하며 새로운 사실을 주장하는 것이다. 따라서 항변에 대하여 상대방이 부인하는 경우 입증책임이 전환된다.

##### (2) 이유부 부인과 항변의 비교

이유부 부인(간접부인)은 권리발생근거 사실을 주장하는 자의 주장사실과 양립되지 아니한 별개의 사실을 진술하는 것임에 반하여, 항변은 위 주장자의 주장사실이 진실임을 전제로 이와 논리적으로 양립가능한 별개의 사실을 진술하는 경우이다. 이유부 부인은 부인이므로 상대방이 증명책임을 지는 반면에, 항변은 항변제출자에게 증명책임이 있다.

##### (3) 사안의 경우

피고 乙이 갯돈이라는 주장은 결국 돈을 빌린 사실이 없다는 것을 전제로 그 이유를 들어 주장한 적극적 부인에 해당한다. 적극적 부인은 당연 부인이므로 대여금청구권을 주장하는 甲이 그 청구원인인 대여(소비임치) 사실을 주장하여야 한다.

#### 3. 소비대차에서 입증책임의 효과

##### (1) 자유심증주의와 입증책임

증명책임은 증명불능의 위험을 증명책임자에게 귀속시킨다. 그리고 그 책임은 증명책임자가 주장하는 사실과 반대의 사실을 법원이 확정한다는 것을 의미한다. 즉 소극적 확정의 원칙이 적용된다.

##### (2) 소비대차에서 입증책임분배

법률요건분류설에 따라 소비대차는 대차계약과 대여사실과 이행기 도래가 요건사실이며 증명하여 심증을 형성시킬 주요한 사실이다. 丙이 대여금채권임을 증명하지 못하여 법원의 심증형성에 실패하였으므로, 丙 주장과 반대되는 사실, 즉 甲에게 돈을 빌려주지 않았다는 사실을 확정시켜야 한다.

### (3) 소결

법원은 진위불능의 증명책임을 원고 丙에게 부담시켜 丙이 주장하는 소비대차관계가 성립하지 않았다는 사실을 판결의 기초로 삼아야 한다. 丙과 甲 사이에는 대차관계가 없으므로, 법원은 원고의 청구를 기각한다.

### 4. 결론

甲이 이유부 부인을 하였으므로, 증명책임을 부담한 丙이 甲에게 돈을 빌려준 사실을 증명하여야 한다. 그런데 丙이 법원의 심증형성에 실패하였으므로, 법원은 丙의 주장과 반대되는 사실을 확정한다. 법원은 丙의 청구를 기각하는 판결을 한다.

## 2. 조건부 항변

甲은 乙로부터 乙의 X토지를 사기로 약정하고 계약금과 중도금을 지급하였지만, 乙이 위 토지의 가격이 급등하자 이전 등기를 해주지 않고 있다고 주장하면서, 乙을 상대로 하여 위 토지에 관한 소유권이전등기를 청구하는 소를 제기하였다. 乙은 甲과 매매계약을 체결한 사실이 없다는 주장과 함께 원고 청구의 기각을 신청하였다. 그러면서 乙은 만약 甲이 잔대금을 지급하면 이전등기를 해주겠다고 주장하고, 그러나 甲은 이미 잔대금도 지급하였다고 다투고 있다. 증명책임에 대하여 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

잔대금의 존재 여부에 대하여 누가 증명책임을 지는지 묻고 있다. 동시이행항변과 같이 조건부 항변인 경우 통상의 항변의 경우와 달리 항변자의 상대방에게 증명책임이 있는지 쟁점이다.

### 2. 변론에서 증명책임

#### (1) 변론주의 원칙상 매수인 증명책임

쌍무계약인 매매계약에서 계약사실은 매도인과 매수인이 상대방에 대한 권리의 요건인 사실에 대하여는 공통된다. 그러나 매도인은 소유권이전 의무와 대금지청구권, 매수인은 그 반대로 매수인 경우 대금지급사실의 주장책임이 있고 상대방의 대응에 따라 증명책임이 있다.

#### (2) 상대방의 부인과 항변

청구권자가 요건사실을 주장한 경우 상대방은 부인 내지 항변으로 대응할 수 있다. 여기에서 부인과 항변의 구별실익이 있는데, 부인은 경우 사실의 주장책임에 따라 증명책임을 지는 반면에 항변인 경우 상대방의 주장사실에 대하여 자백하고 권리를 소멸시키거나 저지할 수 있는 새로운 사실을 주장하므로 다시 상대방의 대응에 따라 증명책임 생기게 된다.

#### (3) 사안의 경우

상대방의 주장과 양립하지 아니한 새로운 사실은 보통 상대방의 청구를 소멸시키는 권리배제적 기능을 한다. 청구기각판결을 구하면서 조건부로 항변을 한 사안에서 매매계약과 중도금지급사실에 대하여는 항변으로서 의미를 갖게 된다. 조건부 항변의 잔금지급여부에 대하여 별도의 증명책임을 검토할 필요가 있다.

### 3. 조건부 항변에서의 증명책임

#### (1) 문제점

매수인 乙이 제출한 동시이행항변은 甲의 소유권이전등기청구권의 존재를 인정하고(일부자백) 잔대금 미지급사실을 주장하였기 때문에, 乙이 甲이 잔대금을 지급하지 않았다는 사실을 증명하여야 하는지 문제이다.

#### (2) 조건부 항변과 부인

조건부 항변의 경우 그 조건의 성취에 관한 증명책임은 항변제출자가 아니라 그 상대방에게 환원된다. 조건부 항변제출자는 조건의 성취를 전제로 하고 있고 조건전의 부인이 존재하기 때문에, 상대방이 부인에 대한 증명책임과 이 항변을 배제하기 위해서는 조건의 성취

를 증명하여야 하기 때문이다. 판례도 매수인의 소유권이전등기청구에 대하여 매도인이 잔대금 지급의 동시이행항변을 한 경우, 매수인이 그 항변을 배척하려면 잔대금을 지급하였거나 이행을 제공을 하였음을 입증하여야 한다는 입장이다.

### (3) 사안의 경우

甲은 다시 乙의 항변을 다투기 위해 잔대금 지급 사실을 주장하여 동시이행항변권이 발생하지 않는다고 다투었다. 그런데 乙이 잔대금 미지급을 전제로 동시이행항변권을 제출하였으므로 甲이 잔대금 지급사실을 조건성취로 증명하여야 한다.

## 4. 결론

법원은 甲이 잔대금을 지급하지 않았다는 사실을 확정한다. 동시이행항변은 조건부 항변이므로 조건의 성취 이전에는 부인에 해당하는 사실은 원고가 증명책임이 있으나, 조건성취의 증명을 통하여 동시이행항변만이 대상이 된다.

### 3. 소송상 합의

乙은 甲로부터 10억 원을 차용하면서 위 금액에 관하여 기한을 1년으로 정하는 내용의 약정을 하였다. 대여금반환의 약정기한이 경과되었지만, 乙이 그 지급을 지체하고 있다. 甲은 차용금반환을 위하여 乙 상대로 소를 제기하였다. 변론절차 진행 중 乙이 1억 원에 지연배상금을 곧바로 줄 것을 약속하여 乙과의 소취하계약을 하였다. 乙은 약속에 따라 1억 원과 지연배상금을 지급하였으나 甲은 소를 취하지 않고 있다. 이에 乙은 법원에 甲의 소가 소취하계약에 의하여 취하되었다는 주장을 제출하였다. 이 경우 甲의 소에 대하여 가능한 판결을 모두 설명하시오.

#### 1. 문제의 소개

소취하합의에 위반한 소에 대한 처리 방법을 묻고 있다. 소송계약의 허용여부와 소취하 합의의 법적 성질을 검토하여 법원이 소송종료선언을 할 것인지, 아니면 소를 부적법 각하할 것인지 판단한다.

#### 2. 소송상 계약의 허부

##### (1) 명문규정이 있는 경우

명문의 규정이 있는 경우 소송계약은 소송행위이고 판례는 불항소합의는 직권조사항으로 보고 있으나 나머지 합의 대하여는 직권조사사항인지 항변사항인지 불분명하다.

##### (2) 명문규정이 없는 경우

판례는 강행규정에 위반에 해당하는 합의는 무효이지만 당사자의 의사결정의 자유가 인정되는 경우 허용하자는 제한적 허용설의 입장이다. 소취하계약 경우 허용된다고 본다.

##### (3) 사안의 경우

소취하합의는 명문의 규정이 없는 경우에도 가능하다. 사안의 경우 소취하계약은 당사자가 가능하고 허용되는 계약이라고 할 것이다.

#### 3. 소취하합의의 법적 성질

##### (1) 문제점

소취하합의란 소송외에서 원고가 피고에 대하여 소를 취하기로 하는 약정(소취하계약)을 말한다. 따라서 그 법적 성질에 따라 소송법적 효력이 다르게 이해된다.

##### (2) 학설

소취하 합의의 법적 성질에 대해서는 사법상 계약으로서 사법상 의무만을 발생시킨다는 견해(사법계약설)와 직접 소취하라는 소송법상 효과를 발생시킨다는 견해(소송계약설)이 대립한다. 사법계약설은 소취하 의무를 위반하여 소를 유지시키면 신의칙위반이고 권리보호이익을 잃는다고 주장하는 항변권설의 입장으로 흐르는 반면, 소송계약설은 소취하합의사실이 소송상 주장되면 직접 소송계속소멸의 효과가 발생하고, 법원은 이를 확인하는 내용의 소송종료선언을 하여야 한다고 한다.

##### (3) 판례

판례는 소취하 합의에 의하여 소는 권리보호이익을 잃는다고 하여 항변권설의 입장에서 부적법 각하한다.

#### 4. 결론

소송계약설은 따라서 乙이 소취하합의 사실을 주장하고 증명한 경우 법원은 소송종료를 선언하는 판결을 하여야 한다. 사법계약설은 신의칙위반으로서 권리보호이익의 흠을 이유로 소를 각하하게 될 것이다.

#### 4. 부제소합의의 효력

乙의 차량과 충돌한 甲은 현장에서 손해배상으로 1000만 원을 받고 이 사고와 관련하여 민·형사상 어떠한 책임도 묻지 않고 이와 관련한 일체의 소를 제기하지 않는다는 내용의 합의를 하였다. 그러나 몇 달 후 甲은 입원하여 치료비만 2,000만원이 발생하였다. 甲은 乙을 상대로 손해배상금으로 2,000만 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 법원은 당사자가 제출한 소송자료에 비추어 甲과 乙가 부제소합의를 한 것이 아닌가 생각하게 되었다. 법원이 X로부터 위 부제소합의의 주장이 없더라도 직권으로 부제소합의를 조사할 수 있는가? 법원은 甲이 제기한 2,000만 원의 지급을 구하는 청구를 받아들일 수 있는가?

##### 1. 문제의 소재

소극적 소송요건인 부제소합의는 당사자의 주장이 있을 때 비로소 고려되는 방소항변인지 묻고 있다. 부제소합의에 관한 당사자의 주장이 없는 경우 법원이 법률적 관점에 대한 지적을 하여야 하는지 검토한다.

##### 2. 부제소 합의의 성부

###### (1) 부제소 합의의 인부

소송상 합의란 소송 외에서 원고가 피고에 대하여 소송법적 법률효과를 인정하는 약정으로서 소송상 계약을 말한다. 이에 대하여 명문의 규정이 없어 견해가 대립하는 데 이에 대하여 판례는 제한적 허용설의 입장에 있다.

###### (2) 부제소 합의의 요건

판례는 당사자가 처분할 수 있고 특정 관계에 대하여 한정된 합의하여야 하며 그 합의시 예상할 수 있는 사항이고, 불공정하지 않을 것을 요건으로 한다. 판례에 따를 때 일단 허용되는 소송상 합의로 볼 것이며 법적 성질에 따라 소송법적 효과가 달라진다.

###### (3) 부제소 합의의 효력과 범위

부제소합의는 유효요건을 갖추어 그 효력이 있다. 이 경우 부제소합의는 합의시에 예상할 수 있는 사항에 한하여 그 효력이 미친다. 판례도 부제소합의는 예상가능한 범위에 미치고 이 부분 권리를 실제법상 포기한 것으로 볼 수 없다고 하였다. 따라서 1000만 원에 대한 부분은 부제소합의의 효력이 미친다고 할 것이다.

##### 3. 부제소합의에 대한 지적의무

###### (1) 부제소합의에 대한 직권조사여부

###### 1) 신의칙 위반과 권리보호이익

당사자가 부제소합의하고 소를 제기하는 것은 모순된 행위로서 신의칙이 위반된다. 신의칙의 위반한 소송은 권리보호이익이 없는 소이며 이는 소송요건의 흠결이 있는 부적법한 소송이 된다.

###### 2) 직권조사여부

피고가 부제소합의를 주장하고 이를 증명하면 법원은 권리보호이익의 흠을 이유로 소를 부적법 각하한다. 피고가 부제소합의를 주장하지 아니한 경우라도 법원은 그 존부를 직권으로 조사하여 소를 부적법 각하할 수 있는지 법원의 석명대상이 되는지 문제된다.

## (2) 석명권의 대상여부

민사소송법 제135조는 소송진행에 대한 법원의 책임과 제136조가 석명권을 인정한다. 법원의 소송진행을 위한 하나의 권능으로서 법원의 권한인 동시에 의무가 된다. 원칙적으로 소극적 석명은 인정되나 적극적 석명은 예외적으로 인정한다. 소송관계가 분명하지 않은 경우 석명권은 적극적으로 행사할 필요가 있다. 사안과 같은 경우 부제소합의 유무에 따라 소극적 소송요건의 부재를 인정할 수 있으므로 법원의 지적의무를 인정하여야 할 것이다. 판례도<sup>111)</sup> 석명권행사를 전제로 부제소합의를 긍정한다.

## (3) 부제소합의의 효력 범위

부제소합의를 입증하면 법원은 권리보호이익의 흠을 이유로 甲의 소를 부적법 각하한다. 나아가 X가 부제소합의를 주장제출하지 않더라도 법원이 부제소 합의를 직권조사하여 소를 각하할 수도 있다. 다만, 이 경우에 법원이 부제소합의에 의해 소를 각하하기 위해서는 먼저 甲에게 부제소합의에 의한 판결이 불이익의 타격이 되지 않도록 진술기회를 보장하고, 이를 위한 법률적 관점을 지적하여야 한다.

## 4. 결론

甲은 합의 효력이 발생한 경우 후유증과 같이 합의시에 예상하지 못한 2천만을 청구할 수 있다. 법원은 부제소합의에 대한 석명권을 행사한 후 甲에게 의견진술의 기회를 보장하고 법률적 관점을 지적한 다음에 甲의 소의 합의의 효력이 미치는 부분에 대하여 부적법 각하한다. 당사자의 부제소의 방소항변이 없는 경우에는 법원이 본안판단에 들어갈 수 있다.

---

111) 대판 2013.11.28, 선고 2011다80449: 특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의(이하 '부제소 합의'라고 한다)한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로, 소가 부제소 합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다. 부제소 합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것으로서 그 합의 시에 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하고, 그 효력의 유무나 범위를 둘러싸고 이견이 있을 수 있는 경우에는 당사자의 의사를 합리적으로 해석한 후 이를 판단하여야 한다. 따라서 당사자들이 부제소 합의의 효력이거나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 그와 같은 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 부제소 합의를 하게 된 동기 및 경위, 그 합의에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등에 관하여도 충분히 심리할 필요가 있다. 법원이 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소 합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불이익의 타격을 가하는 것으로서 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다.



## 5. 소송상 형성권의 행사

甲은 乙을 상대로 10억 원의 대여금의 반환을 청구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 乙이 3억 원의 손해배상채권으로 상계항변을 제출하였고, 이 사건은 수소법원 조정절차에서 마무리되었다. 조정조서에는 乙이 甲에게 5억 원을 지급하고, 甲은 나머지 청구를 포기한다는 조항이 들어 있다. 이러한 내용의 조서가 작성된 후 乙은 甲을 피고로 하여 손해배상채권 3억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하였다. 그러나 甲은 乙이 위 대여금청구소송에서 위 손해배상채권으로 상계하였고, 조정절차에서 피고 甲의 대여금채권액이 8억 원으로 산정되어 손해배상채권을 공제한 나머지 5억 원을 지급하기로 한다는 내용의 조정이 성립되었다고 주장하여, 이 사건 손해배상채권은 위 상계로 이미 소멸하였다고 다투었다. 이에 반하여 원고 乙은 8억 원으로 산정된 대여금에 대해 5억 원으로 조정이 이루어진 것일 뿐, 손해배상채권을 공제한 것은 아니라고 주장하고 있다. 甲과 乙의 주장을 검토한 후 법원이 원고 乙의 청구에 대한 예상되는 판결을 설명하시오.

### 1. 문제의 소개

조정조서의 효력이 상계항변에 관한 사항에 미치는가를 묻고 있다. 조정조서의 효력이 소송물을 넘어 항변사유에도 미치는지 여부를 검토한다. 상계항변이 제출되었으나 그 후 조정이 성립되어 수동채권에 대한 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 경우 소송상 상계의 사법상의 효과가 발생하는지 여부를 검토한다.

### 2. 조정조서의 효력이 미치는 범위

#### (1) 조정조서의 효력

조정조서는 재판상의 화해와 동일한 효력이 있으므로, 조정조서는 확정판결과 동일한 효력을 가진다(민사소송법 제220조). 당사자 사이에 조정이 성립하면, 조정의 창설적 효력에 의하여 종전의 다툼 있는 법률관계를 바탕으로 한 권리의무 관계는 소멸하고 조정의 내용에 따른 새로운 권리의무 관계가 성립한다.

#### (2) 조정의 효력의 범위

조정조서의 효력이 미치는 범위는 소송물인 권리관계의 존부에 관한 판단에 한한다.<sup>112)</sup> 물론 소송물 이외의 권리관계에 관한 내용을 조정조서에 기재할 경우에는 조정의 대상으로 되어 조정의 효력이 미친다. 이를 위해서는 통상적으로 그 권리관계를 조정조항에 특정하거나 또는 조정조서 중 청구의 표시 다음에 부가적으로 기재하여야 한다. 그 외는 효력이 미치지 아니한다.

#### (3) 사안에서의 적용

112) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결: 조정조서의 기판력은 소송물이었던 이전등기청구권의 존부에만 미치고 부동산의 소유권 자체에까지 미치지 않는다. 조정조서는 재판상의 화해조서와 같이 확정판결과 동일한 효력이 있고, 조정의 내용에 따라 권리의 취득과 소멸이라는 창설적 효력이 인정된다(민사조정법 제29조, 민사소송법 제220조, 민법 제732조). 당사자 사이에 조정이 성립하면 종전의 다툼 있는 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸하고 조정의 내용에 따른 새로운 권리의무관계가 성립한다. 그러나 조정조서에 인정되는 확정판결과 동일한 효력은 소송물인 법률관계에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계에까지 미치지 않는다. 부동산 소유권이전등기에 관한 조정조서의 기판력은 소송물이었던 이전등기청구권의 존부에만 미치고 부동산의 소유권 자체에까지 미치지 않는다. 따라서 부동산 소유자가 부동산 소유권이전등기에 관한 조정의 당사자로서 조정조서의 기판력으로 말미암아 부동산등기부에 소유명의를 회복할 방법이 없어졌다고 하더라도 소유권이 그에게 없음이 확정된 것은 아니고, 부동산등기부에 소유자로 등기되어 있지 않다고 하여 소유권을 행사하는 것이 전혀 불가능한 것도 아니다. 그러한 소유자는 소유권을 부인하는 조정의 상대방을 비롯하여 제3자에 대하여 다툼의 대상이 된 부동산이 자기의 소유라는 확인을 구할 법률상 이익이 있다.

조정조서의 내용에 상계에 관한 부분이 명확하게 기재되지 아니하였다. 따라서 조정조서의 효력이 상계항변으로 제출된 손해배상채권이 소멸되었는지 불분명하므로 기판력이 발생하지 않는다.

### 3. 상계의 실제법상 효력발생 여부

#### (1) 상계의 효력 발생 여부

원고의 피고에 대한 손해배상채권은 조정조항의 효력이 미치지 아니하여 소멸되지 않았다. 그러나 만약 실제법상 상계의 효력이 발생하였다면, 손해배상채권은 소멸되었기 때문에 원고의 청구는 이유 없게 될 것이다. 따라서 소법상의 효력의 소멸에 대한 형성권의 실제법상 효력이 문제된다.

#### (2) 소송상 형성권행사의 법적 성질

실제법상 효력에 대하여 해제권이나 취소권 등 일반적인 형성권의 경우 그 법적 성질에 대해 병존설에 따라 평가하면 반면, 상계의 경우 이른바 신병존설을 취하는 통설·판례이다. 이 경우 상계항변의 소송법상 효과가 발생하지 아니할 경우에는 실제법상 상계의 의사표시도 하지 아니한 것으로 본다.

#### (3) 사안의 경우

손해배상채권의 상계소멸 주장은 조정으로 인하여 수동채권에 대한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 않았다는 이유로 소송법상 효과가 발생되지 않으며, 결과적으로 신병존설에 따르면 상계의 실제법상 효과도 발생하지 않는다고 판단하게 된다.

### 4. 사례의 해결

수동채권의 존부에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 않아 상계항변의 사법상 효과도 발생되지 않았다. 따라서 법원은 원고 乙의 손해배상 청구를 인용하는 판결을 하여야 한다.

## 6. 소송행위의 철회와 취소

甲이 乙을 상대로 X토지에 관한 소유권이전등기청구의 소를 제기하면서, 乙의 주소란에 자기(甲)의 친구 戊의 주소를 기재하였다. 소장, 그 밖의 준비서면은 그 허위주소로 송달되었고, 그로 인하여 이미 甲과 내통한 戊가 그 서류를 받아 변론에 나오지 않았다. 법원은 자백간주의 법리를 적용하여 甲 승소의 판결을 선고하였고, 이 판결의 정본은 2014. 5. 20. 위 戊의 주소로 보내져 戊가 이를 수령하였다. 판결 후, 판결의 선고사실을 알게 된 乙중증은 대표자 A에 의하여 2014. 6. 10. 위 판결에 대하여 항소를 제기하였다. 그런데 상소심절차에서 乙의 대표자 A는 甲과 통모하여 甲으로부터 3억 원을 받기로 하고 피고의 항소를 취하하고 말했다. 乙의 항소취하로 제1심판결이 확정되었다. 이와 관련하여 A는 업무상 배임죄로 소추되어 2014. 6. 17. 유죄의 확정판결을 받았다. 이와 관련하여 A의 항소취하의 효력은?

### -비교문제- 변리사기출

甲 회사는 乙 회사를 상대로 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제5조에 기하여 2010. 1. 1.부터 2013. 6. 30.까지의 부정경쟁행위로 인한 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 제1심 법원은 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 항소한 이후에 甲 회사의 대표자 丙이 乙 회사와 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하하였다. 丙은 항소를 취하한 행위에 대하여 업무상배임죄로 유죄판결을 선고받았고, 그 판결은 확정되었다. 이 경우 丙이 한 항소취하의 효력에 대하여 설명하시오.

## I. 재심설에 따르는 경우

### 1. 문제의 소재

상대방과 공모한 甲회사의 대표자 丙이 제1심 판결에 대한 甲의 항소를 취하함으로써 업무상배임죄로 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 경우 그 항소취하의 효력이 쟁점이다. 항소취하됨으로서 제1심판결이 확정됨으로 재심으로 취소될 수 있는지, 항소취하를 소송행위로 취소할 수 있는지 문제된다.

### 2. 재심청구에 의한 확정판결의 취소

#### (1) 항소취하의 효력과 재심의 인정여부

항소심 계속중 적법한 항소취하는 원심을 확정시킨다. 기판력이 있는 판결은 재심으로만 취소할 수 있다. 전소 확정된 유효한 판결에 대하여 재심사유가 인정 여부를 검토한다.

#### (2) 유죄확정판결된 대표권 남용의 경우 재심사유

##### 1) 대리권흡결

상대방과 공모한 대표권의 경우 대리권의 흡결인 무권대리라고 볼 수 없다. 따라서 무권대리로 재심을 청구하는 것은 재심사유로 인정되지 아니한다고 볼 것이다.

##### 2) 형사처벌 받을 자의 행위에 의한 재심사유(제451조 제1항 제5호)

형사처벌할 자의 행위에 의하여 판결이 확정된 경우 유죄확정판결된 경우 재심사유가 인정된다. 재심사유로서 인정된다.

#### (3) 소결

항소취하로 확정된 판결은 처벌받을 자에 의하여 판결이 확정되었으므로 유죄확정판결의 경우 확정된 재판이 취소될 수 있다.

### 3. 항소취하의 효력

### (1) 문제점

종국판결에 대한 확정되지 아니하고 현재 항소심에 소송계속된 것이 재심재판의 본안심판에 해당하므로 항소취하의 효력을 다룰 수 있는지 문제된다.

### (2) 소송행위의 철회

#### 1) 항소취하의 법적 성질과 취소

항소취하는 소송행위이다. 따라서 소송행위의 철회나 취소가 인정되는지, 이 경우 재심사유추가 되는지 견해의 대립이 있다.

#### 2) 소송행위의 취소

소송행위는 실제법상 하자를 이유로 철회할 수 없다는 것이 판례와 통설이다. 그러나 재심사유는 유추적용할 수 있다는 것이 판례이다. 즉 소송행위에 기초한 확정판결의 효력을 배제하기 위한 재심제도 취지상 재심절차에서 해당 소송행위 효력은 당연히 부정될 수밖에 없고, 그에 따라 법원으로서 위 소송행위가 존재하지 않은 것과 같은 상태를 전제로 재심대상사건의 본안에 나아가 심리·판단하여야 하며 달리 소송행위의 효력을 인정할 여지가 없다.

### (3) 사안의 경우

판례는<sup>113)</sup> 유죄확정판결을 필요설의 입장에서 배임행위의 대표자의 항소취하에 대하여 취소된 것으로 본다.

## 4. 결론

대표자의 배임행위가 유죄확정 판결을 받은 경우 제451조 제1항 제5호의 형사처벌행위자에 준하는 재심사유가 존재한다고 볼 것이며, 이 경우 항소취하는 당연히 취소되어 효력이 없고 본안판단에 나가야 한다.

## II, 항소설에 따른 경우<sup>114)</sup>

### 1. 문제의 소재

1) 자백간주에 의하여 편취한 판결의 정본 송달을 무효로 볼 것인지 여부 및 구제방법으로 항소를 제기하는 방법을 검토한다.

2) 대표자의 배임행위에 대해 제451조 제1항 제5호의 재심사유를 인정하기 위한 요건과 항소취하가 재심사유에 해당하는 위법행위에 기인할 것일 때 항소취하의 효력을 부인할 수 있는지 여부가 쟁점이다.

### 2. 재심의 소의 적법 여부

---

113) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다86112 판결: [1] 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 상소 취하를 한 경우, 민사소송법 제451조 제1항 제5호에 준하는 재심사유로 인정할 수 있는지 여부(적극) 및 '형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위'에 당사자의 대리인이 범한 배임죄가 포함되는지 여부(한정 적극) [2] 어떠한 소송행위에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있는 경우, 재심절차에서 해당 소송행위의 효력이 당연히 부정되는지 여부(적극) [3] 재심대상판결 당시 피고 주식회사의 실질적 대표자이던 갑이 소송상대방과 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하한 사안에서, 갑의 항소 취하에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 판단하면서도 그 효력을 인정하여 피고 회사의 재심청구를 기각한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

114) 출제교수 답안

(1) 자백간주의 편취한 판결의 송달 효력

- 1) 통설은 정본송달의 유효를 전제로 제451조 제1항 제11호의 재심사유로 보는 반면에, 판례는 송달무효를 전제로 판결이 아직 확정되지 않은 상태에 있다고 본다.
- 2) 판례의 항소설을 따를 경우 甲-乙 사이의 1심판결은 판결정본이 송달되지 않아 언제든지 항소제기가 가능하다.

(2) 재심대상적격의 흠

- 1) 재심의 소는 확정된 종국판결에 대하여 하여야 하는데(451조 1항), 판결이 확정되지 않았으므로 재심의 대상적격이 없어 재심의 소는 부적법하다.
- 2) 이에 반하여 재심설에 따를 경우에는 재심의 대상적격이 있으며, 이 경우 재심사유는 제451조 제1항 제11호이다.

3. A의 항소취하의 효력

(1) 여효적 소송행위(구속적 소송행위)

법원의 일정한 개입 내지 부수적 행위가 있는 경우 소송법적 효력이 발생한다.

(2) 대표자의 배임행위

- 1) 대표자의 배임행위가 실질적인 대리권의 흠이 있는 것으로 평가될 때는 그 배임적 소송행위를 무효가 될 수 있다.
- 2) 판례는 유죄의 확정판결을 받은 자가 상대방과 통모하여 제451조 제1항 제5호에 해당하는 소송행위를 할 경우 그 행위를 무효로 본다.
- 3) A의 항소취하는 제451조 제1항 제5호의 '자백'에 준하여 취급되고, 그 결과 실질적인 대리권의 흠을 가진 소송행위로서 당연무효라 할 것 이다.

4. 설문의 해결

- 1) 항소설에 따를 때 항소는 적법하나, 재심의 소는 대상적격의 흠으로 부적법하다.
- 2) A의 항소취하행위는 무효이다. 따라서 乙은 기일지정신청에 의하여 항소심절차를 계속할 수 있다.

대판 2013.3.28. 2011다3329

소송상 방어방법으로서 상계항변이 있었으나 소송절차 진행 중 조정이 성립됨으로써 수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 않은 경우, 상계항변의 사법상 효과가 발생하는지 여부(소극) - 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 당사자가 소송상 상계항변으로 달성하려는 목적, 상호양해에 의한 자주적 분쟁해결수단인 조정의 성격 등에 비추어 볼 때, 당해 소송절차 진행 중 당사자 사이에 조정이 성립됨으로써 수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 경우에는 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다고 봄이 타당하다. ☞상계항변이 예비적 항변임에 비추어 조정성립으로 사건이 끝난 경우에 조정조서에 상계내용이 없으면 상계의 사법상 효과인 채권의 소멸은 되지 않는다고 하여 신병존설과 같은 입장으로 평가된다.

대판 2014.6.12. 2013다95964

소송상 상계의 항변에 대하여 소송상 상계의 재항변을 할 수 있는지(소극) - 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 그 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 실제법상 상계의 효과가 발생한다(대판 2013.3.28. 2011다3329 참조). 이러한 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계의 재항변을 하는 경우, 법원이 원고의 소송상 상계의 재항변과 무관한 사유로 피고의 소송상 상계항변을 배척하는 경우에는 소송상 상계의 재항변을 판단할 필요가 없고, 피고의 소송상 상계항변이 이유 있다고 판단하는 경우에는 원고의 청구채권인 수동채권과 피고의 자동채권이 상계적상 당시에 대등액에서 소멸한 것으로 보게 될 것이므로 원고가 소송상 상계의 재항변으로써 상계할 대상인 피고의 자동채권이 그 범위에서 존재하지 아니하는 것이 되어 이때에도 역시 원고의 소송상 상계의 재항변에 관하여 판단할 필요가 없게 된다. 또한 원고가 소송물인 청구채권 외에 피고에 대하여 다른 채권을 가지고 있다면 소의 추가적 변경에 의하여 그 채권을 당해 소송에서 청구하거나 별소를 제기할 수 있는 것이다. 그렇다면 원고의 소송상 상계의 재항변은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없다고 할 것이다. 따라서 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 소송상 상계의 재항변을 하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.<sup>115)</sup>

115) 이와 같은 판례의 태도에 대해서는, ① 상계의 간이절제화 기능에 따른 분쟁의 1회적해결과 이중분쟁의 방지의 면에서 상계의 재항변을 당연 불허함은 타당치 않다는 입장이 있을 수 있다. ② 반면 반대상계의 항변을 인정하는 것은 소송정책적으로 적절하지 않다고 하여 판례의 입장에 찬성하는 입장이 있을 수 있다. 즉 반대상계의 재항변이 제출되면 법원은 전부 3개의 채권을 심리하는 것이 되는데, 이 3개의 채권은 별개의 발생원인에 기한 것으로 별개의 심리판단이 필요하고, 1개의 소송물에 관한 심리가 모두 상계의 항변과 반대상계의 재항변의 조건에 해당하여 다중구조를 띠게 된다는 점을 감안하여, 신속한 민사소송의 심리절차를 지향하는 관점에서 이를 특별히 인정하지 않으면 권리자에게 실질적인 불편이 있다고 할 수 없는 경우에 심리의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다는 것이다.

대판 2015.3.20. 2012다107662

소송상 상계항변에 대하여 상대방이 소송상 상계의 재항변을 하는 것이 허용되는지 여부(원칙적 소극) 및 이러한 법리는 2개의 청구채권 중 1개의 채권을 수동채권으로 삼아 소송상 상계항변을 하자, 상대방이 다시 청구채권 중 다른 1개의 채권을 자동채권으로 소송상 상계의 재항변을 하는 경우에도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

원고의 소송상 상계의 재항변은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없다. 따라서 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 소송상 상계의 재항변을 하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다. 그리고 이러한 법리는 원고가 2개의 채권을 청구하고, 피고가 그중 1개의 채권을 수동채권으로 삼아 소송상 상계항변을 하자, 원고가 다시 청구채권 중 다른 1개의 채권을 자동채권으로 소송상 상계의 재항변을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.

## 제5절 송달과 절차의 중단 등

### 1. 보충송달

A는 매매대금지급청구소송의 승소후 판결이 확정된 이후 B를 상대로 위 매매계약에 따라 기지급한 중도금의 지급을 구하는 내용의 지급명령신청을 하면서 그 신청서에 B의 주소를 기재한 후 송달장소를 B가 운영하는 편의점의 주소인 '서울 서초구 서초동 100 그린빌딩 1층 101호'로 기재하였고, 법원이 지급명령 정본을 위 그린빌딩 1층 101호로 발송하여 편의점 직원인 C가 2013. 3. 4. 이를 수령하였다. 그런데 C는 위 지급명령 정본을 곧바로 B에게 전달하지 못한 채 출장을 가게 되었고 출장에서 돌아온 이후인 2013. 3. 15. B에게 위 지급명령 정본을 전달하였으며, B는 2013. 3. 21. 법원에 지급명령에 대한 이의신청을 제기하였다. 법원은 위 이의신청에 대하여 어떻게 처리해야 하는지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

지급명령의 송달이 적법한지 여부에 따라 채무자의 이의신청이 적법여부가 결정되고 그에 따라 이의신청이 기간 내에 이루어졌는지 문제된다.

### 2. 채무자의 이의신청의 적부

#### (1) 지급명령신청의 이의

지급명령은 통상소송에 적용되는 절차보장을 위한 심리원칙에 의하지 않고 발하여진 것으로, 채무자에게 이의신청권을 인정하고 있다. 채무자가 지급명령에 대하여 적법한 이의신청을 한 경우에는 지급명령은 그 범위 안에서 효력을 잃으며(제470조), 지급명령을 신청한 때에 소가 제기된 것으로 본다(제472조 제2항). 그러나 이의신청이 부적법하다고 인정할 때에는 법원은 결정으로 이를 각하하여야 하고(제471조), 지급명령에 대하여 이의신청이 없거나 각하결정이 확정된 때에는 지급명령은 확정판결과 같은 효력이 있다(제474조).<sup>116)</sup>

#### (2) 이의 신청의 적법요건

채무자의 이의신청이 적법하기 위해서는 채무자가 지급명령을 송달받은 날부터 2주 이내에 이의신청을 하여야 하는데, 이 기간은 불변기간이다(제470조). 따라서 이의권의 포기·상실의 대상이 되지 않으므로, 송달에 흠이 있는 경우 하자는 치유되지 않는다. 사안의 경우에는 어느 때에 유효한 송달이 이루어졌는지가 문제이다. 이와 관련하여 송달방식에 흠이 있는지를 살펴보아야 한다.

#### (3) 사안의 경우

B의 이의신청이 적법한지 여부를 살펴보아야 하는데, 이는 결국 지급명령 정본의 송달이 유효한지 여부의 문제이다. 왜냐하면 사안의 경우 B가 직원 C로부터 지급명령 정본을 전달받은 때인 2013. 3. 15.을 기준으로 본다면 이의신청은 2주가 도과되지 않은 경우로서 적법하고, 직원인 C가 수령한 2013. 3. 4.을 기준으로 본다면 이의신청은 기간을 도과한 경우로서 부적법하기 때문이다.

116) 확정된 지급명령은 집행력이 발생하며 집행권원이 된다. 이 경우 확정판결과 같은 효력에 기판력이 포함되는지 여부가 문제인데, 이에 대해 판례는 확정된 지급명령에 기판력은 포함되지 않는다는 입장이다.



### 3. 송달 방식의 흠과 도달여부

#### (1) 송달방식으로서 보충송달

송달은 원칙적으로 송달받을 사람에게 직접 서류의 등본·부분을 교부하는 방법으로 한다(제178조 제1항). 송달받을 사람의 주소, 거소, 영업소 또는 사무소가 송달장소이다(제183조 제1항). 다만 근무장소 외의 주소 등의 송달할 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사무원, 피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 서류를 교부할 수 있다(제186조 제1항).

#### (2) 사리분별능력과 현실적 교부요부

① 사리를 분별할 능력이 있는 사람이라 함은 송달의 의의를 이해하고 송달을 받을 사람에게 교부를 기대할 수 있을 정도의 능력을 갖춘 사람을 말한다. ② 사무원, 피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 서류를 교부한 때에 송달의 효력이 생기고, 송달받을 사람에게 서류가 전달되었는지 여부는 송달의 효력에 관계없다.

#### (3) 사안의 경우

법원이 지급명령신청서에 기재된 송달장소로서 B의 영업소인 그린빌딩 1층 101호로 지급명령 정보를 발송하여 영업소 직원인 C가 2013. 3. 4. 이를 수령하였고, C는 사리를 분별할 능력이 있는 사람으로서 C에게 서류를 교부한 때에 송달의 효력이 생기고, 송달받을 사람에게 서류가 전달되었는지 여부는 송달의 효력에 관계가 없으므로, 사안의 송달은 보충송달로서 적법하다.

### 4. 결론

송달은 보충송달로서 적법하므로, B가 제기한 이의신청은 기간을 도과한 경우로서 부적법하다. 따라서 법원은 이의신청을 결정으로 각하하여야 한다.

## 2. 우편송달

甲은 乙회사를 상대로 해고무효 확인 및 임금지급을 청구하는 소를 제기하였다. 甲이 제기한 소의 소장부분은 소장에 적힌 乙회사의 본점 소재지(서울시 중구 남대문로 1번지)로 송달되어 2017. 4. 30. 乙의 대표이사 丙(서울시 강남구 테헤란로 2번지)이 수령하였다. 그 후 乙은 2017. 11. 20. 그 법인등기부에 본점소재지를 ‘서울시 중구 남대문로 111번지’로, 대표이사를 ‘丙’에서 ‘丁’으로 변경등재하였는데, 법원에 위 변경된 본점소재지 또는 丁의 주소지에 대한 송달받을 장소가 바뀌었다는 사실을 신고하지 않았다. 법원은 변론기일통지서를 변경전 대표이사인 丙의 주소지 소재지로 발송하였다. 이후 제1심법원은 판결정본을 송달하면서 발송송달 요건 충족 여부를 조사하지 않은 채 2018. 5. 30. 또 다시 乙에게 판결정본을 위 변경전 대표자의 주소지(테헤란로 2번지)에 발송송달하였다. 2018. 6. 9. 丙으로부터 위 판결정본을 수령한 丁은 2018. 6. 17. 항소를 제기하였다. 항소의 적법 여부를 검토하시오.

### 1. 문제의 소재

민사소송법 제185조 제2항의 발송송달의 적용범위는 당해 서류는 물론 이후의 서류에까지 미치는지 묻고 있다. 제187조의 경우와 비교하여 검토하고 우편송달이 추후보완사유가 되는지 여부에 대한 항소의 적법여부를 검토한다.

### 2. 우편송달의 효력발생

#### (1) 우편송달의 의미

우편송달이란 본인에게 교부송달·보충송달 또는 유치송달이 불가능할 경우(제187조)와 당사자 등이 송달장소의 변경신고의무를 이행하지 않고 기록에 현출된 자료만으로 ‘달리 송달장소를 알 수 없는 경우’(제185조 제2항) 중 어느 하나에 해당할 때 송달장소 또는 종전에 송달받던 장소에 등기우편의 방식으로(규칙 제51조) 발송하는 송달을 말한다.

#### (2) 우편송달의 요건과 효력

제187조 사유에 의한 우편송달은 당해 소송서류의 송달에 한하나, 제185조 제2항 사유에 의한 송달은 이후의 모든 송달을 발송송달로 할 수 있다. 우편송달은 발송과 동시에 송달의 효과가 발생한다(제189조).

#### (3) 송달장소변경의 불이익

당초 소장부분이 송달되었던 丙의 주소지가 소송 중에 변경되었음에도 불구하고 송달장소 변경 신고를 하지 않았다. 따라서 제185조 제2항의 경우에는 송달장소변경신고가 없는 한 계속하여 우편송달을 할 수 있으므로 법원은 소장부분 이후의 소송서류를 종전에 송달받던 장소에 등기우편으로 발송할 수 있다. 법원이 송달장소변경 여부를 따지지 않고 한 판결정본의 발송송달은 결과적으로 적법하다.

### 3. 추후보완항소의 여부

#### (1) 문제점

판결정본의 송달이 적법하므로 일응 항소기간의 도과는 인정된다. 따라서 乙회사의 항소가 적법하기 위하여 이른바 추완항소가 인정되는지 문제된다. 이에 대하여 민사소송법 제173조의 요건을 우편송달의 경우에 그대로 인정할 것인 그에 대한 해석론을 파악하여야 한다.

#### (2) 추완항소의 적법요건

불변기간을 지키지 못한 경우 그 기간 내에 할 수 있는 소송행위를 할 수 없는 불이익이 발생하는데, 그 기간도과가 '당사자에게 책임을 지울 수 없는 사유'에 기인한 때에는 그 소송행위를 추후보완할 수 있다(제173조). 소송행위의 추후보완하기 위해서는, 책임질 수 없는 사유로 불변기간을 지키지 못한 경우라야 한다. 추후보완은 추후보완기간 내에 미처 하지 못한 소송행위를 본래의 방식대로 하면 되며, 따로 추후보완신청을 내지 않아도 무방하다.

### (3) 우편송달의 경우 추완항소<sup>117)</sup>

법원이 발송송달임을 밝히지 않고 판결정본을 송달한 경우에는 소송행위의 추후보완사유다. 우편송달의 경우 일반인에게 송달효력 발생시점에 관한 특별규정이 있다는 것을 알 것을 요구하는 것은 무리라는 이유이다. 발송송달할 경우 발송송달임을 명백히 밝힐 필요가 있다는 주장이 있으나, 실무에서는 통상적으로 발송송달임을 밝히지 않고 송달하는 것이 보통이다. 이와 같이 법원이 발송송달에서 특별히 발송송달임을 밝힌 경우가 아닌 이상, 판결정본을 우편송달로 송달할 경우에는 상소의 추후보완사유를 인정하여야 할 것이다.

### (4) 사안의 경우

사안에서 판결정본이 발송된 2011. 5. 30. 우편송달은 바로 그 효력이 발생한다. 따라서 6. 17.의 항소제기는 항소기간이 경과된다. 그러나 사안에서 법원이 우편송달임을 밝혀 송달한 특별한 사정이 없는 한, 우편송달은 항소의 추후보완사유에 해당한다.

## 4. 결론

乙은 항소의 제기는 항소의 추후보완을 신청하는 취지로 보아야 한다. 이 경우 법원의 송달은 인정되며, 乙이 2주의 항소기간인 불변기간을 지킬 수 없었던 사유를 안 날은 판결정본을 수령한 6. 9.이므로, 우편송달은 추후보완사유에 해당하고 그로부터 2주 이내인 6. 17.에 제기한 추완항소는 적법하다.

---

117) 대판 2007.10.26. 2007다37219: 송달받을 자의 송달장소가 폐문되어 송달을 받을 수 있는 사람(교부송달이나 보충송달을 받을 사람)이 모두 부재중인 때에는 교부송달은 물론이고 보충송달이나 유치송달도 할 수 없는 것이어서 이러한 경우에는 민사소송법 제187조의 우편송달을 할 수 있다(대법원 1990. 11. 28.자 90마914 결정, 대법원 2002. 5. 17. 선고 2001다34133 판결 등 참조). 민사소송법 제173조 제1항이 규정하는 소송행위의 추후보완은 당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에 비로소 가능한 것이고, 여기서 '당사자가 책임질 수 없는 사유'라 함은 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 경우를 가리키는 것이다(대판 2005.9.15. 2005다14465 등 참조). 원심판결 이유와 기록에 의하면, 우편집배원에 의하여 실시된 원고에 대한 제1심 판결정본의 송달이 2005. 10. 14., 같은 달 17일, 같은 달 18일 3회에 걸쳐 모두 '폐문부재'로 불능이 되자, 제1심법원은 2005. 10. 21. 원고에게 위 판결정본을 등기우편에 의하여 발송송달한 사실, 원고는 2005. 10. 24. 처 한상미를 통하여 위 판결정본이 첨부된 등기우편물을 수령한 사실, 원고에게 송달된 제1심 판결정본 말미에는 "이 판결(결정)에 대하여 불복할 경우 이 정본을 송달받은 날부터 2주 이내에 항소장을 원심법원에 제출할 수 있습니다"라고 기재되어 있었는데, 원고는 위 문구에 따라 판결정본을 실제로 수령한 날로부터 14일째인 2005. 11. 7. 제1심법원에 항소장을 제출한 사실을 알 수 있다. 민사소송법 제189조에는 등기우편에 의한 발송송달의 경우 발송한 때 송달된 것으로 본다(규정되어 있기는 하나, 발송송달의 송달효력 발생시점에 관한 위와 같은 특칙규정의 존재가 일반인들에게 통상적으로 알려져 있지는 아니한 점 및 법원에서 발송송달을 하면서 그 송달이 발송송달이라는 것을 특별히 명시하지 않고 있는 점 등을 고려하여 보면, 이 사건과 같은 경우 원고는 '책임질 수 없는 사유로 말미암아 항소기간을 지킬 수 없었던 경우'에 해당하여 추완에 의한 항소가 가능하다고 해야 할 것이다(대판 2001.3.23. 99두9766 참조).

### 3. 공시송달의 효력 등

甲은 乙 주식회사를 상대로 해고무효 확인 및 임금지급을 청구하는 소를 제기하였다. 甲이 제기한 소의 소장부분은 소장에 적힌 乙 회사의 본점 소재지(서울시 중구 남대문로 1번지)로 송달되어 2015. 4. 30. 乙의 대표이사 丙(서울시 강남구 테헤란로 2번지)이 수령하였다. 그 후 乙은 2015. 11. 20. 그 법인등기부에 본점소재지를 '서울시 중구 남대문로 111번지'로, 대표이사를 '丙'에서 '丁'으로 변경등재하였는데, 법원에 위 변경된 본점소재지 또는 丁의 주소지로 송달받을 장소가 바뀌었다는 사실을 신고하지 않았다.(다음 각 사안은 별개임)

1. 피고에게 송달이 불가능하게 되자 법원은 더 이상의 조치를 취하지 않고 바로 직권으로 공시송달을 명하였다. 이 명령이 있는 날부터 2주가 지난 뒤에 열린 변론기일에 甲은 출석하였으나 피고 측은 결석하였다. 법원은 민사소송법 제268조 제1항에 따라 다음 변론기일을 정하여 양쪽 당사자에게 통지하였다. 새로운 변론기일을 지정한 법원의 조치가 적법한지 검토하시오.

2. 乙은 제1심 법원의 변론이 종결되기 전인 2017. 4. 4.에 본점소재지를 '서울시 중구 남대문로 111번지'로, 대표이사를 '丙'에서 '丁'으로 변경등재한 사실을 법원에 신고하면서 송달장소 및 대표자를 변경하였다. 그러나 甲에게는 대표자 변경사실이 통지하지 아니하였다. 그 후 법원은 청구인용관결을 선고하였는데, 그 판결정본을 乙에게 송달하면서 변경 전 본점소재지에서 구(舊)대표자 丙에게 우편송달하였다. 판결정본을 송달받은 丙은 甲과 판결정본의 송달에 하자가 있더라도 이를 다투지 않기로 합의하였다. 사정을 알지 못하는 선고 후 곧바로 丁이 제1심판결에 항소를 제기하였다. 정의 항소의 적법여부를 설명하시오.

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 소재

위법한 공시송달로 열린 변론기일에 양쪽 당사자가 불출석한 경우 쌍불의 효과를 인정할 수 있는지 묻고 있다. 부적법한 공시송달도 송달로서의 효력이 발생하는지, 나아가 쌍불의 효과를 인정할 수 있는지 문제이다. 공시송달의 경우 자백간주 규정의 적용을 배제한 취지에 대하여 검토한다.

##### 2. 위법한 공시송달의 그 효력

###### (1) 공시송달의 요건

공시송달이란 당사자 주소등 행방을 알기 어려워 송달장소의 불명으로 통사오이 송달방법에 의해서는 송달을 실시할 수 없게 되었을 때 하는 송달을 말한다(제194조). 당사자의 주소, 거소 기타 송달할 장소를 알 수 있는 때에는 교부송달, 보충송달, 유치송달 등 통상의 송달방식으로, 주소등 자체를 알 수 없는 경우에 비로소 공시송달을 할 수 있다.

###### (2) 하자있는 공시송달의 효과

단순히 폐문부재를 이유로 송달불능된 경우, 수송달자의 주소 자체가 불명인 것이 아니므로 우편송달이 가능하므로, 바로 공시송달을 명하는 것은 부적법하다. 그런데 판사의 공시송달 명령에 의하여 공시송달을 한 이상 공시송달의 요건을 구비하지 아니한 하자있는 공시송달의 송달의 효력에는 영향이 없다는 것이 판례의 입장이다.

###### (3) 사안의 경우

폐문부재일 경우 우편송달이 가능함에도 재판장이 당사자에 대한 변론기일통지서를 바로

공시송달을 하였으므로 공시송달의 요건이 충족되지 않았다. 그러나 법원에 의하여 공시송달이 이루어진 이상 그 하자에도 불구하고 송달로서의 효력은 발생한다.

### 3. 공시송달에 따른 기일불출석의 효과

#### (1) 문제점

부적법한 공시송달에 의하여 열린 변론기일에 양쪽 당사자가 불출석한 경우 쌍불취하의 요건이 되는 쌍방불출석의 효과를 인정할 것인지 문제이다.

#### (2) 견해의 대립

공시송달의 효력이 인정되는 한 쌍방불출석의 효과도 인정된다는 견해가 있으나, 판례는<sup>118)</sup> 부적법한 공시송달은 송달로서의 효력을 인정받지만, 기일불출석에 따른 쌍불취하의 효과까지는 인정할 수 없다고 입장이다. 공시송달의 경우에 자백간주 규정을 배제하는 법문의 취지에 비추어, 공시송달의 효력과 양쪽 당사자가 불출석한 경우의 효과의 인정 여부는 별개라고 보아야 할 것이므로 판례의 태도가 타당하다.

#### (3) 검토 및 사안에의 적용

사안의 공시송달이 부적법하더라도 송달로서의 효력은 발생하지만, 더 나아가 기일불출석에 따른 쌍불취하의 효과까지 인정되지는 않는다. 따라서 법원이 다음 기일을 정하여 당사자 양쪽에 변론기일을 통지한 것은 부적법한 조치다.

### 4. 결론

위법한 공시송달이라도 송달의 효력은 인정된다고 할 것이다. 그러나 그에 의한 기일불출석의 효과는 인정될 수 없다는 것이 판례의 입장이며, 따라서 법원의 쌍불취하로의 절차진행은 부적법하다고 할 것이다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

판결정본 송달의 하자가 치유가능한지 묻는 문제로서 전(前)대표자의 소송행위 효력에 따른 절차이익의 포기 인정되는지, 이에 따른 판결정본 송달 전 乙의 항소제기 가부를 검토한다.

### 2. 우편송달의 하자 여부

#### (1) 우편송달의 효력

---

118) 대법원 1997. 7. 11. 선고 96므1380 판결: [1] 민사소송법 제241조 제2항 및 제4항에 의하여 소 또는 상소의 취하가 있는 것으로 보는 경우 같은 조 제2항 소정의 1월의 기일지정신청기간은 불변기간이 아니어서 그 추완이 허용되지 않는 점을 고려한다면, 같은 조 제1, 2항에서 '변론의 기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니한 때'란 당사자 쌍방이 적법한 절차에 의한 송달을 받고도 변론기일에 출석하지 않는 것을 가리키는 것이고, 변론기일의 송달절차가 적법하지 아니한 이상 비록 그 송달이 유효하고 그 변론기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니하였다고 하더라도 쌍방 불출석의 효과는 발생하지 않는다. [2] 당사자의 주소, 거소 기타 송달할 장소를 알 수 없는 경우가 아님이 명백함에도 재판장이 당사자에 대한 변론기일 소환장을 공시송달에 의할 것으로 명함으로써 당사자에 대한 변론기일 소환장이 공시송달된 경우, 그 당사자는 각 변론기일에 적법한 절차에 의한 송달을 받았다고 볼 수 없으므로, 위 공시송달의 효력이 있다 하더라도 각 변론기일에 그 당사자가 출석하지 아니하였다고 하여 쌍방 불출석의 효과가 발생한다고 볼 수 없다.

### 1) 송달장소변경의 경우 우편송달

우편송달은 소송서류별로 개별적으로 송달요건 구비 여부를 조사하여야 한다. 그러나 이는 제187조 사유에 의한 우편송달의 경우에 해당하고, 송달장소변경신고의무 위반에 따른 우편송달(제185조 제2항)의 경우에는 적용되지 아니한다.

### 2) 우편송달의 적법여부

사안의 경우 다시 송달장소를 바꾸었으므로 적법한 송달장소는 변경 후 乙의 본점소재지이다. 따라서 구(舊) 송달장소에 구(舊)대표자에게 한 송달은 부적법하다.

### (2) 전(前)대표자에 의한 합의 효력

#### 1) 문제점

丙은 송달하자를 다투지 않기로 하는 합의를 하였는바, 먼저, 丙의 합의가 유효한지 검토하고, 이어서 합의가 유효하다면 이로써 송달하자에 대한 절차이익권을 포기한 것으로 볼 수 있는지 문제된다.

#### 2) 대표권소멸 후 전(前)대표자가 한 합의의 효력

대표권소멸사실을 상대방에게 통지하지 아니하면 구 대표자가 한 소송행위는 유효하다(제63조 제1항 본문, 제64조). 사안에서 甲에게 대표권변경사실이 통지되지 않았으므로, 설사 甲이 변경사실을 알고 있었다 하더라도 그 효력이 발생한다. 따라서 송달하자에 대해 다투지 않기로 하는 丙의 소송상 합의는 유효하다.

### (3) 송달에 대한 합의의 유효성과 하자

위법한 우편송달은 원칙적으로 부적법하다. 그러나 효력이 없는 우편송달의 경우라도 전 대표자에 의하여 이루어진 소송행위도 유효하므로 따라서 송달에 따른 합의가 인정된다. 따라서 부적법한 우편송달의 경우 합의의 효력으로서 하자가 치유가능성이 있다.

## 3. 송달하자의 치유와 항소제기 거부

### (1) 판결정본의 송달하자에 대한 치유여부

소송서류의 송달상의 하자는 판결선고시까지는 절차이익권의 포기상실에 의하여 치유될 수 있다. 그러나 판결정본의 송달에 하자가 있는 경우에는 절차이익권의 포기상실의 대상이 되지 아니한다. 판결정본의 송달은 불변기간의 기산점에 관한 사항으로서 강행규정에 해당하여 당사자의 처분권이 제한되기 때문이다(제151조 단서).

### (2) 합의의 효력과 하자치유 여부

판결정본의 송달에 하자가 발생하였고, 그 하자를 다투지 않기로 하는 丙과 甲 사이의 합의는 그 효력이 없으므로 하자는 치유되지 않는다. 丁의 항소는 판결정본이 송달되지 않은 상태에서 제기되었지만, 항소의 효력에 문제가 없다. 항소는 판결서가 송달된 날로부터 2주 이내에 하여야 하는데, 판결정본의 송달 전에도 가능하기 때문이다(제396조 본문 및 단서).

### (3) 항소의 효력

丁의 항소는 판결정본이 송달되지 않은 상태에서 제기되었지만, 항소의 효력에 문제가 없다. 항소는 판결서가 송달된 날로부터 2주 이내에 하여야 하는데, 판결정본의 송달 전에도 가능하기 때문이다(제396조 본문 및 단서).

## 4. 결론

송달하자에 대해 다투지 않기로 하는 丙의 소송상 합의는 유효하다. 그러나 하자는 치유되지 않으므로 판결정본은 아직 송달되지 않았다. 丁은 판결정본의 송달 전에도 항소를 제기할 수 있으며 丁의 항소하는 경우 적법하다.

## 판례연구

대판 2014.10.30, 2014다43076

민사소송법 제183조 제1항은 “송달은 받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소(이하 ‘주소 등’이라 한다)에서 한다.”고 규정하고 있는바, 여기서 영업소 또는 사무소는 송달받을 사람의 영업 또는 사무가 일정 기간 지속하여 행하여지는 중심적 장소로서, 한시적 기간에만 설치되거나 운영되는 곳이라고 하더라도 그곳에서 이루어지는 영업이나 사무의 내용, 기간 등에 비추어 볼 때 어느 정도 반복해서 송달이 이루어질 것이라고 객관적으로 기대할 수 있는 곳이라면 위 조항에서 규정한 영업소 또는 사무소에 해당한다.

대판 2015.12.10, 2012다16063

민사소송법 제183조 제2항에서 정한 ‘근무장소’의 의미

송달받을 사람의 주소나 영업소 등을 알지 못하거나 그 장소에서 송달할 수 없는 때에는 송달받을 사람이 고용·위임 그 밖에 법률상 행위로 취업하고 있는 다른 사람의 주소 등, 즉 ‘근무장소’에서 송달할 수 있다(민사소송법 제183조 제2항). 이때의 ‘근무장소’는 현실의 근무장소로서 고용계약 등 법률상 행위로 취업하고 있는 지속적인 근무장소이다.

① 피고 2, 피고 3, 피고 5, 피고 6, 피고 7, 피고 8(이하 ‘피고 2 등’이라 한다)은 모두 주식회사 하이스마텍(이하 ‘하이스마텍’이라 한다)의 비상근이사, 사외이사 또는 비상근감사인데 다른 주된 직업에 종사하고 있는 사실, ② 하이스마텍의 법인등기사항증명서에는 피고 2 등의 주소가 등재되어 있지 아니한 사실, ③ 이에 원고는 소장에 피고 2 등의 주소를 하이스마텍의 본점 소재지인 ‘서울 강남구 (주소 생략)00000중앙회빌딩’으로 기재한 사실, ④ 제1심은 피고 2 등에 대하여 소장부분을 위 장소로 송달하여 2010. 3. 11. 하이스마텍의 직원 소외 1이 이를 수령한 사실

하이스마텍은, 다른 주된 직업을 가지고 있으면서 하이스마텍의 비상근이사, 사외이사 또는 비상근감사의 직에 있는 피고 2 등에게 지속적인 근무장소라고 할 수 없으므로 민사소송법 제183조 제2항에 정한 ‘근무장소’에 해당한다고 볼 수 없고, 위 소외 1이 피고 2 등에 대한 소장부분을 하이스마텍의 본점 소재지에서 수령한 것을 민사소송법 제186조 제2항의 보충송달로서 효력이 있다고 볼 수도 없다고 본 사안이다.

대판 2013.4.25. 2012다98423

민사소송법 제186조 제1항에 의하면 근무장소 외의 송달할 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 동거인 등으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 서류를 교부하는 방법으로 송달할 수 있고, 여기에서 말하는 동거인이란 송달을 받을 사람과 동일한 세대에 속하여 생활을 같이하는 사람이지만 하면 되고 반드시 법률상 친족관계에 있어야 하는 것은 아니므로, 이혼한 배우자라도 사정에 의하여 사실상 동일 세대에 소속되어 생활을

같이하고 있다면 여기에서 말하는 수령대행인으로서의 동거인이 될 수 있다.

대결 2009.10.29, 2009마1029

민사소송법 제187조에 따른 등기우편에 의한 발송송달은 송달받을 자의 주소 등 송달하여야 할 장소는 밝혀져 있으나 송달받을 자는 물론이고 그 사무원, 고용인, 동거인 등 보충송달을 받을 사람도 없거나 부재하여서 원칙적 송달방법인 교부송달은 물론이고 민사소송법 제186조에 의한 보충송달과 유치송달도 할 수 없는 경우에 할 수 있고, 여기에서 송달하여야 할 장소란 실제 송달받을 자의 생활근거지가 되는 주소·거소·영업소 또는 사무소 등 송달받을 자가 소송서류를 받아 볼 가능성이 있는 적법한 송달장소를 말한다. 항고장 기재 송달장소로 송달한 결정 정보가 송달불능된 후 항고인이 다시 종전과 같은 송달장소 및 송달영수인 신고를 한 사안에서, 항고인이 신고한 송달장소 또는 주소지로 다시 결정 정보를 송달해 보지 아니한 채 곧바로 등기우편에 의한 발송송달을 한 법원의 조치는 위법하다.

대판 1994.11.11, 94다36278

등기우편에 의한 발송송달은 당해 서류에 관하여 교부송달, 또는 보충·유치송달 등이 불가능한 것임을 그 요건으로 하는 것이므로 당해 서류의 송달에 한하여 할 수 있는 것이지 그에 이은 별개의 서류의 송달은 이 요건이 따로 구비되지 않는 한 당연히 이 방법에 의한 우편송달을 할 수 있는 것이 아니다.



#### 4. 실종선고의 효력과 소송행위 추완

甲은 乙은 X토지에 대하여 매매계약을 체결하였다. 매매계약이 2010. 4. 9에 체결되었는데, 甲은 2010. 4. 10. 이래 그 생사를 알 수 없게 되었다. 법원은 2018. 12. 10. 甲에 대한 실종선고를 하였고, 이는 2018. 12. 29. 확정되었다. 한편, 이러한 사실을 모르는 乙은 2018. 1. 22. 甲을 상대로 매매대금청구의 소를 제기하고 甲에 대한 소장 등의 소송서류를 공시송달되게 하여 2018. 11. 15. 제1심에서 청구인용 판결을 선고받았는데, 그 판결정본은 2018. 11. 16. 甲에게 공시 송달되었다(이상의 공시송달은 모두 유효하다). 甲의 유일한 상속인인 丁은 2019. 1. 17. 위 소제기 및 판결선고 사실을 알게 되었다. 2019. 1. 17. 현재 丁은 추후보완 항소를 할 수 있는지 설명하시오

##### 1. 쟁점<sup>119)</sup>

실종선고의 소급효와 관련하여 제1심 판결이 사망자에 대한 것으로서 무효인지 여부가 문제되고, 공시송달과 관련하여 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 항소기간을 지킬 수 없었는지 여부가 문제된다.

##### 2. 제1심 판결의 효력

- 실종선고가 확정되면, 실종기간의 만료시에 실종자가 사망한 것으로 간주되고(민법 제28조), 사망간주되면 당사자능력을 상실한다.
- 대판 1992.7.14. 92다2455 : 실종선고의 효력이 발생하기 전에는 실종기간이 만료된 실종자라 하여도 소송상 당사자능력을 상실하는 것은 아니므로 실종선고 확정 전에는 실종기간이 만료된 실종자를 상대로 하여 제기된 소도 적법하고 실종자를 당사자로 하여 선고된 판결도 유효하며 그 판결이 확정되면 기판력도 발생한다고 할 것이고, 이처럼 판결이 유효하게 확정되어 기판력이 발생한 경우에는 그 판결이 해제조건부로 선고되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 효력이 유지되어 당사자로서는 그 판결이 재심이나 추완항소 등에 의하여 취소되지 않는 한 그 기판력에 반하는 주장을 할 수 없는 것이 원칙이라 할 것이며, 비록 실종자를 당사자로 한 판결이 확정된 후에 실종선고가 확정되어 그 사망간주의 시점이 소 제기 전으로 소급하는 경우에도 위 판결 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 사람을 상대로 한 판결로서 무효가 된다고는 볼 수 없다.

따라서 사안의 제1심 판결은 유효하다.

##### 3. 추후보완항소

대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결 : 사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할 지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다(이에 반하여 외관제거를 위한 상소를 허용해야 한다는 학설도 있다).

사안의 제1심 판결은 유효하므로 항소기간 내라면 이에 대한 항소는 허용된다. 그런데

119) 2019년 6월 변호사 시험 모의고사의 출제위원의 채점기준표

2019. 1. 17. 현재, 판결서가 공시송달된 다음 날부터(민사소송법 제196조 단서) 2주의 항소기간(불변기간임)이 이미 경과하였다.

민사소송법 제173조(소송행위의 추후보완) ① 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다.

대법원 1987.03.10. 선고 86다카2224 판결 : 추완항소의 당부는 항소기간을 지키지 못한 것이 항소인의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 인한 것인가를 따져 판단할 것인바, 소장부분 기타의 서류가 공시송달의 방법에 의하여 피고에게 송달되고 그 판결 역시 공시송달의 방법으로 피고에게 송달된 경우에 피고가 이러한 사실을 그 후에야 알게 되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고가 상소제기의 불변기간을 준수치 못한 것이 피고에게 책임을 돌릴 수 없는 사유에 인한 것이라고 할 것이다.

대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2455 판결 : 당원은 이전에 부재자의 재산관리인이 부재자의 대리인으로서 소를 제기하여 그 소송계속 중에 부재자에 대한 실종선고가 확정되어 그 소 제기 이전에 부재자가 사망한 것으로 간주되는 경우에도 위 소제기 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 자가 제기한 것으로 되는 것은 아니고 이때에는 소송계속 중에 당사자가 사망한 경우와 마찬가지로 소송이 중단되며 부재자의 상속인 등이 이를 수계할 수 있다고 판시하였는바(당원 1977.3.22. 선고 77다81,82 판결; 1982.9.14. 선고 82다144 판결; 1987.3.24. 선고 85다카1151 판결 등 참조) 이처럼 실종선고의 소급효가 제한되는 것은 이 사건에서처럼 실종자를 피고로 하는 판결이 확정된 후에 실종선고가 확정된 경우에도 마찬가지라고 보아야 할 것이다.

다만 이 사건에 있어서처럼 실종자에 대하여 공시송달의 방법으로 소송서류가 송달된 끝에 실종자를 피고로 하는 판결이 확정된 경우에는 실종자의 상속인으로서 실종선고 확정 후에 실종자의 소송수계인으로서 위 확정판결에 대하여 소송행위의 추완에 의한 상소를 하는 것이 가능할 것이다.

#### 4. 결론

ㄷ은 소송수계 신청을 하고 소송수계인으로서 추완항소를 할 수 있다.

## 5. 소송절차의 중단

丁이 甲의 소송대리인으로서 제1심 소송을 수행하던 중에 甲이 상속인으로 A,B,C를 남겨두고 사망하였다. 제1심에서 A는 소송수계를 신청하였으나, 다른 상속인 B와 C는 수계신청을 하지 않았다. 제1심은 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 그 판결정본이 丁에게 송달되었다. 상소제기의 특별수권을 가지고 있던 丁이 A와 B만을 항소인으로 표시하여 항소하였고 항소심에서도 A는 수계를 신청하였다. 이러한 경우 A, B, C 각각의 소송절차의 중단여부를 검토하시오.

### 1. 문제의 소개

대리인이 있는 경우 소송절차는 중단되지 아니한다. 특히 상소제기의 특별수권에 따른 상소제기와 동시에 상소심절차가 중단되는지 A와 B가 문제된다. 또한 丁이 항소인으로 표시하지 아니한 C를 항소인에 포함된 것으로 볼 것인지 쟁점이다.

### 2. 소송절차중단과 A와 B의 소송상 지위

#### (1) 소송대리권의 소멸과 절차의 중단

심급대리의 원칙상 소송대리권은 그 심급에 있어서 소송대리인이 판결정본을 송달받은 때에 소멸한다. 다만 상소의 특별수권이 있는 경우 상소제기에 의하여 상소심에서 절차가 중단된다.

#### (2) 절차중단과 수계신청

##### 1) 수계한 A의 소송상 지위

상소제기의 특별수권을 가졌더라도 수권의 범위는 항소제기에 그친다. 항소가 제기된 경우 항소심에서 절차가 중단되고 상속인은 수계신청 하여야 한다. 수계신청은 소송계속 법원에 하여야 한다. A는 수계되었으므로 항소심에서 계속중에 있다.

##### 2) B의 중단여부

丁의 특별수권의 범위는 항소제기에 그치므로 항소를 제기한 소송절차는 수계신청까지 항소심의 소송계속과 동시에 중단된다. B항소장에 기재된 상속인이므로 특별한 사유가 없는 한 항소인이며 수계가 없으므로 항소심에서 중단된다.

#### (3) 소결

A는 수계하였으므로 항소심에서 계속중에 있다. 그러나 B는 항소한 상속인이므로 특별한 사유가 없는 한 항소인이며 수계가 없으므로 항소인으로 항소심에서 중단된다.

### 3. C의 항소인지위 인정 여부<sup>120)</sup>

120) 대법원 2010. 12. 23. 선고2007다22859 판결: 망인의 소송대리인에게 상소제기에 관한 특별수권이 부여되어 있는 경우에는, 그에게 판결이 송달되더라도 소송절차가 중단되지 아니하고 상소기간은 진행되는 것이므로 상소제기 없이 상소기간이 지나가면 그 판결은 확정되는 것이지만, 한편 망인의 소송대리인이나 상속인 또는 상대방 당사자에 의하여 적법하게 상소가 제기되면 그 판결이 확정되지 않는 것 또한 당연하다. 그런데 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 상소인 또는 피상소인으로 표시하여 상소를 제기한 경우에는, 상소를 제기한 자의 합리적 의사에 비추어 특별한 사정이 없는 한 정당한 상속인들 모두에게 효력이 미치는 위 판결 전부에 대하여 상소가 제기된 것으로 보는 것이 타당하다.

(1) 문제점

丁이 C를 항소인에서 누락시켰는바, C에 대한 1심판결에 항소가 제기되어 소송이 항소심으로 이심되는지 문제이다

(2) 견해의 대립

1) 학설

당사자가 사망한 뒤 제1심의 판결정보를 송달받은 소송대리인이 상소특별수권을 가지고 있는데, 상속인들 중 일부만을 항소인으로 표시한 경우 표시하지 아니한 상속인의 소송절차가 항소심으로 이심되는지에 대해서는 다툼이 있다. 표시하지 아니한 자도 항소인이라는 견해와 항소인이 아니므로 1심판결이 확정될 수 있다는 견해가 있다.

2) 판례

판례는 항소인으로 표시하지 아니한 자도 항소인으로 볼 수 있다는 입장이다. 이에 대하여 상소제기의 효력확장설과 중단설로서 논의하는 경우도 있다.

3) 검토

C에 대해서도 항소제기의 효과를 인정하면 이심의 효과가 발생하여 1심판결에 대한 확정차단의 효과가 발생할 것이지만, 항소를 제기하지 아니한 것으로 볼 경우에는 C에 대해서는 항소기간이 진행되어 1심판결이 확정될 것이다. 정이 항소인으로 A, B만을 표시하였다 하더라도 C에 대해서도 여전히 소송대리인이기 때문에 C도 항소한 것으로 보아야 한다.

(4) 사안에의 적용

특별수권을 가진 丁이 C에 대해서는 항소하지 않았으므로 이 부분 판결은 항소기간 도과로 확정되는 것이 아니라, C에 대한 부분도 항소가 제기된 것으로 보아 A와 함께 모두 이심되어 항소심절차에 올라가고, 이와 동시에 모든 소송절차가 중단된다.

4. 결론

특별수권을 가진 정이 항소한 부분(A, B)은 항소심의 소송계속 상태에 진입함과 동시에 소송절차가 중단되지만, A는 수계상태이므로 항소심 계속중이다. 항소인으로 표시하지 아니한 C도 항소한 것으로 보아 C에 대한 1심판결도 확정이 차단되고 항소심절차에서 B와 함께 중단된다.

## 제3장 증거법

### 제1절 증거조사와 방법

#### 1. 유일한 증거와 증인신문

甲은 乙 회사로부터 乙 소유의 X토지에 관하여 체결한 매매계약에 기하여 소유권이전등기를 경료받았다. 그 후 乙은 甲을 상대로 하여 위 소유권이전등기의 말소를 청구하는 소를 제기하였다. 乙은 위 매매계약을 체결한 사실이 없고, 설사 매매계약이 체결되었다 하더라도 대리권 없는 자에 의하여 체결되었으므로 매매계약은 무효이며, 이에 기하여 경료된 이전등기는 원인무효라고 주장하였다. 법원이 이 사건을 변론준비절차에 부치자, 乙은 매매계약을 체결한 사실이 없음을 증명하기 위하여 증인 A를 신청하는 동시에 대리권 없는 자에 의하여 체결되었다는 사실을 증명하기 위하여 甲이 乙의 대리인으로 지목한 B를 증인으로 신청하였다.

1. 甲과 乙에게 위 증인 A, B, C 이외에는 다른 증거가 없을 경우, 甲과 乙이 증인으로 신청한 A, B, C에 대한 법원의 증거조사의 조치를 설명하시오.

2. 甲 또한 B의 대리권을 증명하기 위하여 C에 대하여 증인신청하였다. 법원으로부터 출석요구서를 받은 B가 출석하지 아니한 경우 제재 가부와 만약 B가 행방을 감추어 출석 자체가 불가능한 경우 법원의 증거조사에 대한 조치를 설명하시오.

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 소재

변론준비절차에서 증인신청이 가능한지, 유일한 증거의 판단 기준과 그 적용 범위가 쟁점이다. 이 경우 증거신청을 기일 전에도 할 수 있는지와 반증에 유일한 증거 법리를 적용할 수 있는지 검토가 필요하다.

##### 2. 변론준비절차에서의 증인신청의 가부(A, B에 대한 증인신문여부)

###### (1) 기일전의 증거신청

직접심리주의의 원칙상 증거조사는 기일에서 법원 안에서 행하는 것이 원칙이다.(제297조) 그러나 모든 증거방법에 대한 증거신청은 기일 전에도 할 수 있다. 또한 문서제출명령·문서송부촉탁·서증조사는 기일 전에도 할 수 있지만, 증인과 당사자 신문은 기일에서 하여야 한다(제281조 제3항 단서). 증인이 유일한 증거라도 동일하다.

###### (2) 유일한 증거의 필요적 증거조사

###### 1) 유일한 증거의 재량결정 가부

유일한 증거란 당사자가 주요사실을 증명하기 위하여 신청한 단 하나뿐인 증거방법으로서, 이를 조사하지 아니하면 무증명의 상태가 되는 경우의 증거를 말한다. 법원은 당사자의 증거신청을 재량에 의해 결정하는 것이 원칙이나, 유일한 증거에 대하여는 반드시 증거조사를 하여야 한다(제263조).

## 2) 유일한 증거의 여부

유일한 증거인지 여부는 사건 전체의 차원이 아니라, 쟁점단위별로 판단한다. 乙이 제출한 증거에는 A와 B가 있는데, A는 계약체결 여부에 대한 증거이며, 증인 B는 적법한 대리권에 기한 계약체결 여부이기 때문에, A와 B는 모두 유일한 증거에 해당한다.

### (3) 사안의 경우(소결)

甲이 신청한 증인은 모두 변론준비절차에서 한 증인신청이라도 적법하며 유일한 증거로서 증인신문을 실시하여야 한다. 다만, 법원은 이들에 대한 증인신문은 변론기일에서 집중적으로 하여야 한다.

## 3. 유일한 증거에 대한 증거조사(C에 대한 증인신문여부)

### (1) 유일한 증거의 증명도

유일한 증거는 주요사실에 대한 것이므로, 원칙적으로 본증에 대해서만 적용된다. 본증이란 증명책임을 지는 당사자가 주요사실에 대하여 법관의 심증을 형성시키는 증명활동을 말한다. 이에 대하여 반증이란 증명책임을 지는 자의 증명(본증)에 의해 법관이 심증을 형성하는 것을 내버려두지 않기 위해 또는 이미 형성된 심증을 뒤흔들어 놓기 위해 증명책임을 지지 아니한 자가 벌이는 증명활동이다

### (2) 반증에 대한 유일한 증거의 적용여부

유일한 증거에 관한 규정을 반증에 대해서도 적용할 것인가에 대하여는 다툼이 있다. 본증과 반증을 구별하여 그 취급을 달리하는 것은 쌍방심문주의에 어긋나고 당사자의 증거 제출권에 부합하지 않는다는 이유로 반증에도 적용할 수 있다는 견해가 있으나, 유일한 증거를 반증에 적용하면 자유심증주의를 침해할 수 있어 부당하다. 유일한 증거는 입증책임을 지는 자를 위한 제도라는 취지에 맞게 본증에 한하여 적용될 뿐, 반증에는 적용되지 않는다 할 것이다(통설·판례<sup>121</sup>).

### (3) 사안의 경우(소결)

증인 C는 甲이 신청한 단 하나뿐인 증거이나, 이는 乙이 입증책임을 지는 대리권존재 사실을 부정하기 위하여 제출한 반증이므로 유일한 증거에 해당하지 아니한다.

## 4. 결론(사예의 해결)

법원은 증인 A와 B에 대해서는 증인으로 채택을 하여 반드시 증거조사로서 증인신문을 하여야 한다. 다만 증인 C에 대한 증거는 반증이므로 이에 대해서는 증거조사를 하지 않아도 무방하다.

## II. 설문 2에 대하여

---

121) 75다1703: 유일한 증거라 함은 당사자의 입증책임이 있는 사항에 관한 유일한 증거를 말하고 상대방의 주장을 부인한 당사자의 신청증거는 반증에 불과하여 유일한 증거에 해당되지 아니한다. 92다24899: 증인 김정석 및 황영일에 관하여 원심이 증거조사를 하지 아니한 것은 증인 황영일에 관하여는 2차에 걸쳐 구 주소를 보정하였으나 결국 소환장이 송달이 아니 되고 증인 김정석에 관하여는 소환장을 받았음에도 불구하고 원심에 출두치 아니할 뿐 만 아니라 김정석에 대한 구인장도 집행불능이 되었음이 본건 기록상 명백하며 이와 같은 사유는 부정기간의 장애가 있는 경우에 해당하므로 원심이 위의 각 증인에 대하여 증거조사를 하지 아니한 것은 위법이 아니다.

## 1. 문제의 소재

증인이 불출석한 경우에 대한 제재 유형과 부정기간의 장애가 있는 경우 증거조사를 거부할 수 있는지 검토가 필요하다. 소송비용부담과 과태료처분을 하였음에도 불출석한 경우 감치결정 또는 구인명령의 가부와 유일한 증거에 대해 부정기간의 장애가 있는 경우에도 증거조사를 하지 않을 수 있는지 문제이다.

## 2. 증인의 불출석에 대한 제재

### (1) 증인의 출석의무

증거조사방법으로서 증인신문은 중요한 제도이다. 따라서 증인신문에 대한 법원의 결정이 내려지면 재판권에 복종하는 의미로서 누구든지 증인신문에 응하여야 하며(제303조 이하), 증인출석 요구를 받은 증인은 지정된 일시·장소에 출석할 의무가 있다.

### (2) 불출석에 대한 제재

증인이 적법한 출석요구를 받고도 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 증인에게 이로 말미암은 소송비용을 부담하도록 명하고 500만원 이하의 과태료에 처할 수 있다(제311조 제1항). 증인이 과태료 재판을 받고도 정당한 사유 없이 다시 출석하지 아니하면 법원은 결정으로 7일 이내의 감치에 처할 수 있으며(제311조 제2항), 형사소송법에 따라 구인을 명한다(제312조 제2항).

### (3) 사안의 경우

법원은 B에 대해 소송비용결정과 과태료처분을 할 수 있으며, 그럼에도 정당한 사유 없이 출석하지 않으면 감치결정을 하거나 구인명령을 발할 수 있다.

## 3. 증거조사의 장애와 증거조사

### (1) 유일한 증거의 필요적 증거조사

유일한 증거란 당사자가 주요사실을 증명하기 위하여 신청한 단 하나뿐인 증거방법으로서, 이를 조사하지 아니하면 무증명의 상태가 되는 경우의 증거를 말한다. 법원은 당사자의 증거신청을 재량에 의해 결정하는 것이 원칙이나, 유일한 증거에 대하여는 반드시 증거조사를 하여야 한다(제263조).

### (2) 필요적 증거조사의 불가능에 대한 조치

법원은 증거조사를 할 수 있을지, 언제 할 수 있을지 알 수 없는 경우에는 그 증거를 조사하지 아니할 수 있다(제291조). 증인이 행방불명되거나 구인장이 집행불능으로 된 경우 또는 목적물이 분실된 경우 등이 이에 해당한다. 증거조사 장애가 발생한 때에는 유일한 증거라 하더라도 증거조사를 하지 않아도 무방하다.

### (3) 소결

사안에서 B의 행방불명으로 과연 증거조사가 가능할지 여부를 알 수 없으며, 설사 가능하더라도 부정기간의 장애가 있으므로 증거조사를 하지 않아도 무방하다. 이는 B가 유일한 증거라도 적용된다.

## 4. 결론

법원은 B가 정당한 사유 없이 불출석한 경우 불출석으로 말미암은 소송비용을 부담시키고 500만원 이하의 과태료에 처한다. 증인 B와 관련하여 증거조사의 장애가 발생하였으므로,

유일한 증거라 하더라도 증인 B에 대하여 증거조사를 하지 않아도 된다.



## 2. 서면증언제도

乙이 리스계약에 따라 의료장비를 甲에게 제공하였으나, 甲은 제품의 하자를 주장하면서 대금을 지급하지 않고 있다. 이에 乙이 甲을 상대로 리스대금청구의 소를 제기하였다. 甲에 대한 소장은 공시송달의 방법에 의하여 송달되었다. 甲은 답변서도 제출하지 않고 변론기일에 출석하지 않았다. 한편, 계약체결 당시 A병원 의사 丙이 의료장비 검수를 위하여 참관하고 있었다. 甲의 불출석이 예상되는 경우 법원이 첫 변론기일에서 乙주장의 대금청구채권 존부를 판단하기 위해 업무로 바쁜 증인 丙에 대한 필요한 조치는 무엇인지 소송법적 수단을 설명하시오.

### 1. 문제의 소개

법원이 변론기일을 지정하고, 이를 위하여 석명준비명령과 서면증언을 할 것인지 문제이다. 공시송달의 경우 변론준비절차에 들어가는가, 아니면 변론기일을 정하여야 하는지 문제이다.

### 2. 무변론판결 및 자백간주 법리적용 여부

#### (1) 자백간주에 의한 무변론청구인용판결

답변서도 제출하지 않고 변론기일에 출석하지 않은 경우 답변서제출의무의 불이행에 대한 제재로서 무변론판결하여야 하며 자백간주의 법리가 주장되므로 청구인용판결의 가능성이 있다. 그러나 특별한 사정 즉 공시송달의 경우 등에는 예외적 불허가 된다.

#### (2) 공시송달의 경우

공시송달로 인하여 당사자 일방이 출석하지 아니한 경우에도 대석판결주의에 따라 법원은 출석한 당사자에게 변론을 명하여야 한다. 다만, 공시송달의 경우에는 무변론판결은 물론 자백간주의 법리가 적용되지 않는다.

#### (3) 청구인용판결의 여부

법원은 甲이 답변서 제출도 없이 불출석하더라도 무변론 청구인용의 판결을 할 수도 없고, 丙의 주장을 자백한 것으로 보아 청구를 인용할 수도 없다.

### 3. 변론진행과 서면증언제도

#### (1) 변론기일지정과 석명

##### 1) 변론기일지정

공시송달 사건에 대해서는 변론준비절차를 거치지 않고 바로 기일을 지정한다. 법원은 제1회 변론기일에서 청구의 당부를 판단하기 위한 사전조치로 기일전 석명준비명령을 한다. 재판장은 필요한 경우 미리 당사자에게 석명할 사항(설명할 사항, 증명할 사항, 의견진술할 사항)을 지적하고 변론기일 이전에 이를 준비할 것을 명할 수 있다(제137조).

##### 2) 석명대상

공시송달의 경우 새로운 사실주장 금지의 원칙에 따라 설명할 사항이나 의견진술할 사항은 거의 없을 것이므로, 증명할 사항이 석명준비사항의 대상이 될 것이다. 즉 공증진술서, 증인신청서, 서증 등의 준비가 가능하다.

#### (2) 서면증언제도

##### 1) 서면제출명령

법원은 증인과 증명사항의 내용을 고려하여 상당하다고 인정한 때에는 출석과 증언에 갈음하여 증언사항을 적은 서면을 제출하게 할 수 있다(제310조 제1항). 이 제도는 객관적이고 간단한 내용의 증언이 요구되는 사건으로서 반대신문의 보장의 필요성이 크지 아니한 경우에 허용된다.

## 2) 공시송달의 경우 서면증언

공시송달인 경우 피고의 출석이 예상되지 않아 반대신문 보장의 의미가 크지 아니하므로, 서면증언의 적용대상이라 할 수 있다.

## (3) 소결

법원은 원고 청구의 당부를 판단하기 위한 기초자료로 서면증언을 활용할 수 있으며, 서면증언은 증인이 출석하지 않고서도 서면에 의해 진술하는 것으로 보는 제도이므로, 이와 관련하여 원고는 법원에 증인 및 서면증언을 신청하여 서면증언을 확보할 수 있도록 노력하여야 한다.

## 4. 결론

공시송달은 답변서제출의무가 없으므로 변론진행에 나아가게 된다. 법원은 석명준비명령을 내리고, 서면증언 제도를 활용하여 사실관계를 확정한다.

### 3. 증인불출석에 대한 제재

乙은 甲을 상대로 하여 위 소유권이전등기의 말소를 청구하는 소를 제기하였다. 법원이 이 사건을 변론준비절차에 부처자, 乙은 매매계약을 체결한 사실이 없음을 증명하기 위하여 증인 A를 신청하는 동시에 대리권 없는 자에 의하여 체결되었다는 사실을 증명하기 위하여 甲이 乙의 대리인으로 지목한 B를 증인으로 신청하였다. 법원으로부터 출석요구서를 받은 B가 출석하지 아니한 경우 제재 여부와 만약 B가 행방을 감추어 출석 자체가 불가능한 경우 법원의 증거조사에 대한 조치를 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

증인이 불출석한 경우에 대한 제재 유형과 부정기간의 장해가 있는 경우 증거조사를 거부할 수 있는지 검토가 필요하다. 소송비용부담과 과태료처분을 하였음에도 불출석한 경우 감치결정 또는 구인명령의 가부와 유일한 증거에 대해 부정기간의 장해가 있는 경우에도 증거조사를 하지 않을 수 있는지 문제이다.

#### 2. 증인의 불출석에 대한 제재

##### (1) 증인의 출석의무

증거조사방법으로서 증인신문은 중요한 제도이다. 따라서 증인신문에 대한 법원의 결정이 내려지면 재판권에 복종하는 의미로서 누구든지 증인신문에 응하여야 하며(제303조 이하), 증인출석 요구를 받은 증인은 지정된 일시·장소에 출석할 의무가 있다.

##### (2) 불출석에 대한 제재

증인이 적법한 출석요구를 받고도 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 증인에게 이로 말미암은 소송비용을 부담하도록 명하고 500만원 이하의 과태료에 처할 수 있다(제311조 제1항). 증인이 과태료 재판을 받고도 정당한 사유 없이 다시 출석하지 아니하면 법원은 결정으로 7일 이내의 감치에 처할 수 있으며(제311조 제2항), 형사소송법에 따라 구인을 명한다(제312조 제2항).

##### (3) 사안의 경우

법원은 B에 대해 소송비용결정과 과태료처분을 할 수 있으며, 그럼에도 정당한 사유 없이 출석하지 않으면 감치결정을 하거나 구인명령을 발할 수 있다.

#### 3. 증거조사의 장애와 증거조사

##### (1) 유일한 증거의 필요적 증거조사

유일한 증거란 당사자가 주요사실을 증명하기 위하여 신청한 단 하나뿐인 증거방법으로서, 이를 조사하지 아니하면 무증명의 상태가 되는 경우의 증거를 말한다. 법원은 당사자의 증거신청을 재량에 의해 결정하는 것이 원칙이나, 유일한 증거에 대하여는 반드시 증거조사를 하여야 한다(제263조).

##### (2) 필요적 증거조사의 불가능에 대한 조치

법원은 증거조사를 할 수 있을지, 언제 할 수 있을지 알 수 없는 경우에는 그 증거를 조사하지 아니할 수 있다(제291조). 증인이 행방불명되거나 구인장이 집행불능으로 된 경우 또는 목적물이 분실된 경우 등이 이에 해당한다. 증거조사 장애가 발생한 때에는 유일한 증거라 하더라도 증거조사를 하지 않아도 무방하다.

**(3) 소결**

B의 행방불명으로 과연 증거조사가 가능할지 여부를 알 수 없으며, 설사 가능하더라도 부정기간의 장애가 있으므로 증거조사를 하지 않아도 무방하다. 이는 B가 유일한 증거라도 적용된다.

**4. 결론**

법원은 B가 정당한 사유 없이 불출석한 경우 불출석으로 말미암은 소송비용을 부담시키고 500만원 이하의 과태료에 처한다. 증인 B와 관련하여 증거조사의 장애가 발생하였으므로, 유일한 증거라 하더라도 증인 B에 대하여 증거조사를 하지 않아도 된다.

#### 4. 당사자신문

乙은 위 매매계약을 체결한 사실이 없고, 丙도 대리권 없는 자이므로 매매계약은 무효이며, 경료된 이전등기는 원인무효라고 주장하면서 乙은 丁을 상대로 하여 이전된 소유권이전등기의 말소를 청구하는 소를 제기하였다. 丁이 乙의 대리인으로 지목한 丙 증인의 증거조사에도 불구하고 심증형성을 할 수 없자, 직권으로 乙에 대한 당사자신문을 결정하고 그 대표자 P에게 출석요구서를 송달하였다. 그런데 법원은 P에 대해 당사자본인신문의 방식에 의하지 않고 증인신문방식에 의하여 증거조사를 하였다. 이 신문절차에서 P는 丙에게 대리권을 수여한 사실이 없다고 진술하였으며, 증거조사가 끝난 후에도 丙에게 대리권을 수여한 사실이 없다고 주장하였으며, 丁은 계속하여 丙이 적법한 대리인이라고 주장하였다. 법원은 자유심증으로 P의 진술을 대리권부존재의 사실인정 증거로 삼을 수 있는지 설명하시오.

##### 1. 문제의 소재

증거조사방식의 하자가 치유되어 당사자 본인신문으로도 심증형성을 할 수 있는지 묻고 있다. 법인에 대한 당사자신문 대상과 신문방식의 하자가 절차이익의 포기상실의 대상이 되는지 및 당사자본인신문이 독립적 증거원인인지 검토한다.

##### 2. 당사자신문의 하자과 그 치유

###### (1) 법인에 대한 신문

###### 1) 법인의 행위

법인은 행위능력이 부재하므로 법인에 대한 신문은 결국 자연인인 대표자에 대하여 할 수밖에 없다. 그러나 법인에 대한 당사자본인 신문에 해당한다(제372조, 제64조).

###### 2) 당사자신문의 증인신문

당사자본인으로 신문해야 함에도 증인으로 신문하였다 하더라도 상대방이 바로 이의하지 아니하면 이익권이 포기·상실되어 그 하자가 치유된다(제151조).

###### (2) 심증의 원인

하자없는 증거조사의 결과와 변론의 취지로 법관은 심증을 형성한다. 증거조사의 결과에 당사자신문의 준용되므로 신문의 결과와 변론의 취지로 법관은 심증을 형성할 수 있다.

###### (3) 소결

甲은 증거조사절차가 끝난 다음 기일에서 丙의 대리권만을 주장할 뿐 증거조사 방식 위배에 대하여 이의하지 않았으므로, 증거조사 방식의 하자는 치유되었다. 따라서 P에 대한 증거조사는 당사자본인에 대한 증거조사로 취급된다.

##### 3. 당사자신문과 독립한 증거방법

###### (1) 당사자신문의 독립적 증거

당사자신문결과가 독립적 증거원인이라면 법원은 당사자신문 결과인 P의 진술을 가지고 사실인정이 가능하게 될 것이다.

###### (2) 보충성의 폐지

당사자본인신문은 다른 증거방법에 의하여 법원이 심증을 얻지 못하는 경우에 한하여 허용하였으며(보충성원칙), 판례는 증거방법으로서의 보충성과 함께 증거력의 보충성까지 확대하여 적용하였으나 현행법에서 당사자본인신문은 독립한 증거방법으로서 독립한 증거력이

인정된다.

**(3) 사안의 경우**

종전에는 P에 대한 당사자본인신문 결과만 가지고서는 독립적인 사실인정의 자료로 삼을 수 없었지만, 현재는 당사자본인신문이 독립적인 증거방법으로 인정되어 독립적 사실인정의 근거로 삼을 수 있게 되었다. 결국 법원은 P의 진술을 가지고 B의 대리권 유무에 대해 심증을 형성할 수 있다.

**4. 결론**

당사자본인신문의 보충성 원칙이 폐지로 법원은 P의 진술을 가지고 대리권 유무에 관한 사실에 대하여 심증을 형성할 수 있다. 甲은 당사자본인신문을 위반한 증인신문에 대해 바로 이의하지 아니하여 절차이익권을 상실하였고, 당사자본인신문의 위법이 치유되어 증거 자료가 된다.

## 5. 녹취와 검증

甲과 乙은 금전대여와 관련하여 분쟁이 발생하였다. 제1심 소송이 진행되던 중, 乙은 법정 밖에서 甲을 만나 대화를 나누면서 “내가 너한테서 1억 원을 차용한 것은 인정한다. 내가 요즘 경제사정이 너무 어려워서 어쩔 수 없이 법정에서 거짓말을 했다. 미안하다.”는 말을 하였는데, 甲은 乙이 알지 못 하는 사이에 이러한 乙의 말을 테이프에 녹음하여, 위 녹음 테이프를 증거로 제출하였다. 제1심 법원이 위 녹음테이프를 甲의 대여사실을 인정하기 위한 증거로 채택할 수 있는지 여부와 만일 증거로 채택할 수 있다면 어떠한 방법으로 증거조사를 하여야 하는 지를 논하시오.

### 1. 쟁점<sup>122)</sup>

비밀리에 녹음한 테이프의 증거능력, 녹음테이프의 증거조사 방법

### 2. 증거능력

대법원 1999. 5. 25. 선고 99다1789 판결 : 자유심증주의를 채택하고 있는 우리 민사소송 법하에서 상대방 부지 중 비밀리에 상대방과의 대화를 녹음하였다는 이유만으로 그 녹음테이프가 증거능력이 없다고 단정할 수 없고, 그 채증 여부는 사실심 법원의 재량에 속하는 것이며, 녹음테이프에 대한 증거조사는 검증의 방법에 의하여야 한다.

이에 반하여, 통신비밀보호법 제3조, 제4조를 유추적용하여 위와 같은 녹음테이프의 증거능력을 부정해야 한다는 견해도 있다.

판례에 의하면 사안의 녹음테이프는 증거능력이 있다.

### 3. 증거조사방법

녹음테이프에 대한 증거조사는 검증의 방법에 의한다(민소법 제374조(그 밖의 증거), 민소규 제121조 제2항, 위 99다1789 판결).

검증이란 법관이 오관의 작용에 의하여 직접적으로 사물의 성질이나 상태를 검사하여 그 결과를 증거자료로 하는 증거조사를 말한다. 법원은 위 녹음테이프 등의 녹취서나 그 내용을 설명하는 서면을 제출하도록 할 수 있다(민소규 121조 3항).

참고) 민사소송규칙 제121조(음성·영상자료 등에 대한 증거조사) ① 녹음·녹화테이프, 컴퓨터용 자기디스크·광디스크, 그 밖에 이와 비슷한 방법으로 음성이나 영상을 녹음 또는 녹화(다음부터 이 조문 안에서 “녹음등”이라 한다)하여 재생할 수 있는 매체(다음부터 이 조문 안에서 “녹음테이프등”이라 한다)에 대한 증거조사를 신청하는 때에는 음성이나 영상이 녹음등이 된 사람, 녹음등을 한 사람 및 녹음등을 한 일시·장소를 밝혀야 한다.  
② 녹음테이프등에 대한 증거조사는 녹음테이프등을 재생하여 검증하는 방법으로 한다.  
③ 녹음테이프등에 대한 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 녹음테이프등의 녹취서, 그 밖에 그 내용을 설명하는 서면을 제출하여야 한다.

### 4. 결론

제1심 법원은 위 녹음테이프를 증거로 채택할 수 있고, 증거조사방법은 검증이다.

122) 변호사모의고사 채점기준표

## 6. 서증의 진정성립

甲에게 5,000만원을 빌려준 丙은 甲이 직장을 잃자, 甲을 상대로 위 대여금의 반환을 청구하는 소를 제기하였다. 丙이 소장예 갑제1호증으로 첨부한 차용약정서에는, 「甲은 丙으로부터 5,000만원을 차용한다.」는 내용과 문서 하단에 날짜와 甲의 이름이 기재되어 있었으며, 이러한 내용은 프린터에 의해 인쇄되어 있었고, 甲의 이름 밑에 甲 명의로 된 도장이 찍혀 있었다. (다음의 진행과정에 따른 답안을 작성하시오.)

1. 위 갑제1호증에 대한 서증인증절차에서 甲은 “위 차용약정서에 찍혀 있는 인영은 내 도장에 의한 것이 아니다.”라고 주장하였다. 이에 대해 丙은, “甲이 위와 같은 현금보관증을 인쇄하여 소지하고 丙에게 찾아와 丙이 보는 앞에서 차용약정서의 甲 이름 옆에 甲이 도장을 찍었다.”고 주장하고 있다. 丙과 甲이 더 이상의 증거를 제출하지 못하자, 법원은 증거조사절차에서 문제의 인영을 대조한 결과 甲의 인장임을 밝혀냈다. 법원은 위 갑제1호증을 甲-丙 사이의 차용계약 성립의 증거로 사용할 수 있는지 설명하시오.

2. 위 갑제1호증에 대한 서증인증절차에서 甲은 “위 차용약정서에 찍힌 인영은 나의 도장에 의한 것이지만, 그 날인은 도용 또는 위조된 것이다.”고 주장하였다. 이에 대하여 丙은 甲의 도용 또는 위조 사실을 다투고 있다. 甲과 丙 중 누가 어떻게 증명책임을 지게 되는지 설명하시오.

3. 갑제1호증에 대한 서증인증절차에서 甲은 “위 차용약정서에 찍힌 인영은 나의 도장에 의한 것이지만, 그 날인은 도용 또는 위조된 것이다.”고 주장하였다. 이에 대하여 丙은 甲의 도용 또는 위조 사실을 다투고 있다. 甲의 반증제출로 말미암아 위 서증의 진정성립이 깨어질 것을 우려한 丙은 변론기일에, “甲이 자신의 대리인 D를 보내니 甲의 도장을 가지고 와서 도장을 찍었다.”고 주장하였다. 이에 대하여 甲은 다시 또 “대리인 D를 보낸 적이 없다”고 주장하였다. 법원이 가입 계약서를 증거로 사용 여부를 근거를 들어 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

문서의 형식적 증거력을 인정할 수 있는지 묻고 있다.<sup>123)</sup>

사문서의 진정성립에 관한 증명책임과 2단의 추정을 검토한다.

#### 2. 문서의 형식적 증거력과 사문서의 증명책임

##### (1) 문서의 형식적 증거력

문서가 문서제출자가 주장하는 특정인의 의사에 기하여 작성된 문서를 진정문서라 하고, 이러한 문서는 명의인의 진정한 의사에 의하여 작성되었다는 의미에서 형식적 증거력이 있다고 말한다.<sup>124)</sup>

123) 96재다462: 사문서에 날인된 작성 명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임이 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제329조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 추정은 그 날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀지거나 작성 명의인의 의사에 반하여 혹은 작성 명의인의 의사에 기하지 않고 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어진다. 그런데 위와 같은 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것이라는 추정은 사실상의 추정이므로, 인영의 진정성립을 다투는 자가 반증을 들어 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성 명의인의 의사에 기한 것임에 관하여 법원으로 하여금 의심을 품게할 수 있는 사정을 입증하면 그 진정성립의 추정은 깨어진다.



## (2) 문서의 증명책임

사문서의 진정성립에 대한 증명책임은 문서제출자에게 있다(제357조). 자기에게 유리한 증거를 제출한 당사자에게 그 진정성립을 증명하게 하기 위한 취지이다. 문서의 진정성립을 인정하는 방법에는 증언, 필적 또는 인영의 대조 등 그 증거방법에 제한이 없으며, 변론전체의 취지만으로도 인정할 수도 있다.

## (3) 사안의 경우

인영대조에 의하여 갑의 인영임이 밝혀졌으나, 진정성립에 대한 증명책임을 지는 병으로서는 위 인영이 갑의 의사에 기하여 날인된 사실까지 증명하여야 한다. 그런데 병은 더 이상 증명을 못하고 있다.

## 3. 문서의 진정성립의 추정

### (1) 문제점

법원은 문서제출자 병이 진정문서임의 증거를 더 이상 제출하지 못하더라도 차용약정서에 찍힌 인영이 작성명의인 갑의 인영이라는 사실에 기초하여 문서전체의 진정성립을 추정할 수 있는지 문제이다.

### (2) 2단의 추정이론<sup>124)</sup>

제358조는 2단의 추정을 규정하는데, 이는 일응의 추정에 해당한다(통설·판례). 따라서 문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 사실(전제사실)이 인정되면, 특별한 사정이 없는 한 법원은 경험칙에 따라 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임을 추정하고, 다시 이로부터 그 문서 전체의 진정성립(추정사실)을 추정하여야 한다.

### (3) 사안의 경우

차용약정서에 날인되어 있는 인영이 갑의 인장에 의한 것임이 밝혀졌으므로 위 문서는 甲의 의사에 기하여 작성된 것으로 사실상 추정되는 동시에 그 문서 전체의 진정성립, 즉 위 차용약정서가 甲의 의사에 의하여 작성된 것으로 추정된다. 결국 법원은 甲의 인영이라는 사실에 기하여 그 인영을 甲이 날인한 것으로 추정하여 차용약정서의 진정성립을 추정한다. 이로써 차용약정서는 형식적 증거력을 인정받으므로 법원이 이를 증거로 사용할 수 있

124) 76다1394: 을 제7호증의 1, 2에 대한 인부로서 원고는 부지라 하고, 원고의 인장이 도용, 위조된 것이라고 항변하고 있다. 이러한 취지는 풀이하여 보건대 위 서증에 찍힌 원고의 인영이 원고의 인장의 인영인 점을 시인하고, 다만 그 날인행위만을 부인하는 것이라고 말할 수 있다. 그렇다면 다른 특별한 사정이 없는 한 그 날인행위도 원고가 한 것으로 추정되는 것이라 할 것이므로 원고 측에서 그것이 도용된 것이라는 점에 관하여 입증하여야 될 것이요, 원고측으로부터 이러한 입증이 없을 때에는 위 서증의 진정한 성립이 추정된다 할 것이다.

125) 2011두21218: 사문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인이 있는 때에는 진정한 것으로 추정되므로, 사문서의 작성명의인이 스스로 당해 사문서에 서명·날인·무인하였음을 인정하는 경우, 즉 인영 부분 등의 성립을 인정하는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 문서 전체에 관한 진정성립이 추정되고, 인영 부분 등의 진정성립이 인정된다면 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 문서는 그 전체가 완성되어 있는 상태에서 작성명의인이 그러한 서명·날인·무인을 하였다고 추정되며 그 문서의 전부 또는 일부가 미완성된 상태에서 서명·날인만 먼저 하였다는 등의 사정은 이례에 속하므로 완성문서로서의 진정성립의 추정력을 뒤집으려면 그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 간접반증 등의 증거가 필요하다. 만일 그러한 완성문서로서의 진정성립의 추정이 반복되어 백지문서 또는 미완성 부분을 작성명의자 아닌 자가 보충하였다는 등의 사정이 밝혀진 경우라면, 그 백지문서 또는 미완성 부분이 정당한 권한에 기하여 보충되었다는 점에 관하여는 그 문서의 진정성립을 주장하는 자 또는 문서제출자에게 그 입증책임이 있다.

다.

#### 4. 결론

법원은 차용약정서의 진정성립을 인정하여 차용계약 성립의 증거로 사용할 수 있다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

차용약정서에 날인된 인장이 갑의 도장이라는 점에 대하여 재판상 자백이 성립하는지 검토하여, 2단의 추정에 의해 진정성립이 추정되는지 검토한다. 2단의 추정의 복명을 위하여 甲이 증명할 사실과 반증에 대해 검토한다.

### 2. 일응의 추정<sup>126)</sup>

#### (1) 사실상 추정

전제사실로부터 다른 사실을 추정하는 것을 말한다. 사실상 추정된 사실은 증명을 요하지 않는다. 그러나 사실상 추정된 사실에 대하여도 반증이 허용되며, 반증에 의하여 의심이 생긴 때에는 증명을 필요로 한다. 사실상 추정은 증명책임을 지는 자가 간접사실을 제출하면 법원이 경험칙에 의하여 요증사실인 추정사실을 추인하는 것이다.

#### (2) 문서의 사실상 추정과 증명책임

인영이 명의자의 인장에 의하여 현출된 것임이 인정되면 문서 전체의 진정성립이 추정되는 데, 이는 사실상 추정이다(통설·판례). 문서의 형식적 증거력은 사실상의 추정으로 인정될 수 있다.

#### (3) 사안의 경우

丙이 차용약정서의 인영이 甲의 인장에 의하여 날인된 사실을 증명하면, 법원은 이에 기하여 甲의 날인의사 및 문서 전체의 진정성립을 추정한다.

### 3. 재판상 자백의 성부와 사실상 추정의 반복

#### (1) 재판상 자백의 성립

재판상 자백은 주요사실에 대해서만 성립하는 것이 원칙이나, 판례는 문서의 진정성립에 관한 보조사실의 경우에도 재판상 자백의 법리를 적용하여 판단한다.

#### (2) 간접반증이론

사실상 추정으로 불이익을 받을 자는 전제사실과 양립가능한 별개의 간접사실을 제출하는 반증으로 추정심증을 방해할 수 있다. 별개의 간접사실은 본증으로 증명하여야 하지

126) 2011다62977: 사문서는 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인이 있는 때에는 진정한 것으로 추정되므로(제358조), 사문서 작성명의인이 스스로 당해 사문서에 서명·날인·무인하였음을 인정하는 경우, 즉 인영 부분 등의 성립을 인정하는 경우에는 반증으로 그러한 추정이 반복되는 등 다른 특별한 사정이 없는 한 문서 전체에 관한 진정성립이 추정되고, 인영 부분 등의 진정성립이 인정된다면 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 문서는 전체가 완성되어 있는 상태에서 작성명의인이 그러한 서명·날인·무인을 하였다고 추정할 수 있으며, 그 당시 문서의 전부 또는 일부가 미완성된 상태에서 서명·날인만을 먼저 하였다는 등의 사정은 이례에 속한다고 할 것이므로 완성문서로서 진정성립의 추정력을 뒤집으려면 그럴만한 합리적인 이유와 이를 뒷받침할 간접반증 등의 증거가 필요하다.

만, 본증으로 증명된 사실은 추정사실에 대한 심증 형성을 방해하는 반증으로 작용하게 된다. 날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 문서의 진정성립에 관한 2단의 추정이 깨어진다. 인영이 을의 인장에 의하여 현출된 점에 대하여 당사자간에 재판상 자백이 성립하였으므로, 법원은 차용약정서의 진정성립을 추정하게 된다. 甲이 법원의 추정심증을 막기 위해서는 새로운 간접사실을 본증으로 제출하는 방식으로 증명하여야 한다.

### (3) 사안의 경우

甲은 자신의 인장이라는 사실과 양립할 수 있는 위조 또는 도용이라는 간접사실을 본증으로 증명하여 법원이 약정서가 진정성립되었다는 요증사실에 대하여 심증을 형성하는 것을 방지하여야 한다. 이에 따라 甲은 도용에 관한 간접사실에 대하여 증명할 책임을 진다. 결국 甲은 인영일치사실과 양립하는 별개의 사실을 주장하고 이를 본증으로 증명함으로써 법원으로 하여금 그 날인사실의 진정성에 관하여 의심을 품게 하여 반증에 성공할 수 있다.<sup>127)</sup>

## 4. 결론

甲이 간접반증을 하여 사실상 추정을 깨뜨려야 한다. 즉 甲이 도용사실을 본증으로 증명하면, 법원은 이를 진정성립의 추정을 깨뜨리는 반증으로 활용한다.

## III. 설문 3에 대하여

### 1. 문제의 소재

일응으로 추정된 작성사실이 제3자의 D에 의한 날인으로 재판상 자백이 인정되어 2단의 추정이 깨어진 것인지 묻고 있다. 추정이 깨지는 경우 甲 명의를 날인한 D에게 날인권한 이 있는가에 대하여 입증책임 여부를 검토하여 증거로 사용할 수 있는지 검토할 수 있다.

### 2. 재판상 자백과 추정의 복멸

#### (1) 일응의 추정이론

인영의 진위여부에 대하여 당사자가 동일성을 인정하면 일응 추정되고, 2단의 추정으로 형식적 진정성립이 인정되고 간접반증으로 복멸하지 않는 한 원칙적으로 복멸되지 아니한다. 날인의 진정성이 인정되더라도 날인 당시 작성명의인이 아닌 제3자가 날인한 도용사실이 밝혀지면 2단의 추정은 성립하지 아니한다.

#### (2) 서증에서 재판상 자백의 성립

##### 1) 보조사실에서 재판상 자백

서증의 진정성립여부는 보조사실이지만 판례는 이를 주요사실과 동일하게 취급한다. 통설과 판례는 문서의 진정성립에 관한 보조사실에 대해서도 재판상 자백 법리를 적용할 수 있다고 보는 입장이다. 따라서 상대방이 주장한 주요사실이나, 서증의 보조사실은 재판상 자백이 성립하므로 일응의 추정이 인정된다하더라도 그 추정은 복멸된다.

127) 甲은 예컨대 자신의 동생이나 친구 또는 직장동료가 자신 몰래 인장을 들고나가 사용하여 위조되었다는 간접사실을 본증으로 증명하면, 법원은 甲의 의사에 기한 날인 사실 및 차용약정서의 진정성립을 추인하는 것을 주저하게 될 것이다.

## 2) 도용여부에 대한 재판상 자백

甲이 인영의 동일성 인정으로 인한 형식적 진정성립에 대한 사실에 대하여 丙이 D가 날인 하였다고 인정하고 甲도 제3자의 행위를 주장하므로 재판상 자백이 성립하여 법원은 이를 판결의 기초로 삼아야 한다. 도용사실은 재판상 자백이 성립하여 이단의 추정은 복멸되었다.

### (3) 사안의 경우

甲과 丙이 작성명의인 甲이 아니라 제3자 D가 작성하였다는 점을 인정하여 재판상 자백이 성립되었으므로, 추정의 전제사실이 성립되지 않아 진정성립이 추정되지 않는다.

## 3. 대리권존부에 대한 입증책임

### (1) 일응의 추정의 복멸

甲의 대리인 D의 날인 사실을 인정하고 있으므로, 결과적으로 날인이 제3자인 대리인D에 의하여 이루어졌다는 사실에 대하여 정당한 대리권이 존재하는 지에 대한 입증책임이 문제된다.

### (2) 대리인으로 지목된 자의 대리권 존부 여부에 대한 증명책임

제3자에 의한 날인 사실이 밝혀져 문서의 진정성립에 관한 추정이 깨어지면, 증명책임은 원칙으로 되돌아와 문서제출자가 부담한다. 그 결과 문서제출자는 문서를 작성한 자가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 기하여 작성명의인의 인장을 날인하였다는 사실을 증명하여야 한다.

### (3) 사안의 경우

차용약정서는 D가 甲의 인장을 사용하여 작성한 사실이 재판상자백에 의하여 밝혀졌으므로 문서의 진정성립은 추정되지 않고, D에게 작성권한이 있다는 사실을 문서제출자인 丙이 증명하여야 한다.

## 4. 결론

법원으로서 甲이 D의 대리권 존재를 증명하여 D의 대리권 존재에 대해 심증을 형성하면 차용약정서를 증거로 사용할 수 있을 것이고, 甲이 D의 대리권 존재를 증명하지 못하면 법원은 위 차용약정서를 증거로 사용할 수 없을 것이다.

## 7. 서증의 종류와 증명

A상점 앞에 광고용으로 세워놓은 입간판이 부실한 설치로 말미암아 갑자기 쓰러지는 사고가 발생하였다. 마침 출근하던 구청 직원 甲은 쓰러지는 입간판에 부딪혀 손가락이 부러지는 상해와 함께 팔과 몸에 타박상을 입었다. A상점의 주인인 乙은 과실을 인정하고 손해를 배상하겠다고 했으나 금액이 합의되지 않아, 甲이 2,000만원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하기에 이르렀다. 甲은 동네 개인병원의 병원장 丙의 명의로 된 진단서를 증거로 제출하였다. 진단서에는 1주일간의 입원을 요하며 후유장애 발생 가능성이 70% 정도 된다고 적혀 있었고, 甲은 이를 근거로 치료비 1,500만원을 청구하였다. 그리고 구청 인사과에서 발급한 1주일간의 병가 확인서도 제출하였다. 그러면서 1주일간의 병가에 따른 휴가 및 급여의 손실이 500만원이라 주장하였다. 이에 乙은 진단서에 대해 丙이 작성한 것이라 볼 수 없으며 병가 확인서도 구청 인사과에서 발급한 것 같지 않다고 맞섰다.

(1) 문서에 대하여 乙이 하는 주장의 성격을 설명하고, 그에 따른 증명의 문제를 설명하시오.

(2) 진단서를 丙이 작성하였다는 것과 확인서를 구청 인사과에서 발급하였다는 것이 사실로 확인되었다면 법원은 손해배상액을 2,000만 원으로 인정해야 하는 것인지 논하시오.

## I. 설문 (1)에 대하여

### 1 문제의 소재

사문서인 진단서와 공문서인 확인서인 대한 문서의 형식적 진정성립에 관한 乙의 주장이 부인인지 항변인지에 대한 성격이 문제되는데, 한편 그에 따른 증명책임 범위가 문제된다.

### 2. 문서에 대한 작성여부에 주장의 성격

#### (1) 문서의 종류

문서는 사문서와 공문서 처분문서와 보고문서로 나뉜다. 통상의 서증절절차에서 증거능력과 증거력은 처분문서인 사문서에서 형식적 증거력과 실질적 증거력이 문제되며 사문서의 경우 형식적 증거력이 인정되는 경우 실질적 증거력은 당연 추정되며, 한편 공문서인 경우 전면추정력을 갖는다.(제356조 제1항)

#### (2) 乙의 주장의 성격

##### 1) 성립의 인부

서증이 제출된 경우 그 형식적 증거력의 조사를 위하여 상대방에 인정여부를 물어보고 답변하게 하는 서증절차를 성립의 인부라 한다. 원고가 제출한 것은 피고가 인정하는지 답변을 구한다.

##### 2) 주장의 성격

문서의 진정성립에 대한 상대방은 침묵, 부인, 부지 등이 있으며, 사문서의 경우 상대방이 작성사실이 아닌 인영이나 서명의 경우 이를 인정하는 위조나 도용의 항변이 있을 수 있다. 다만 신민사소송규칙 제116조는<sup>128)</sup> 단순부인은 허용되지 아니하고 이유부 부인만 허용되는 되도록 하고 있다.

128) 여기서 이것까지 서술을 바라고 출제할 것이라고 생각하기 쉽지않고, 서술하지 아니하더라도 감점되지 아니할 것으로 생각한다.

### (3) 사안의 경우

乙의 주장은 원고 甲이 제출한 사문서에 형식적 진정성립을 부인하고, 공문서에 대하여 부인 내지 부지에 해당한다고 볼 것이다. 사안의 경우 사문서인 진단서에 대하여는 제3자 丙이 작성한 것이라고 볼 수 없다는 것은 부인에 해당하고, 확인서 발급에 의심을 갖는 것은 주장한 것은 최소한 부지에 해당하고 부인으로 보더라도 구체적 이유를 밝힌 것으로 보아야 한다.

## 3. 부인과 부지의 경우 증명책임

### (1) 주장과 증명책임

진위불명에 대한 일종의 결과책임으로 법률효과에 대한 실체법적인 불이익을 증명책임이라고 말한다. 이에 결과책임으로 자유심증주의와 관계에서는 객관적 증명책임이 의미가 있다. 그러나 변론주의가 인정되는 범위에서 주요사실의 주장이 있어야 증명책임의 문제도 생기므로 주장책임은 논리적 시간적으로 증명책임에 선행하는 관계와 분배책임에서도 일치하고 있다.

### (2) 문서제출자의 증명책임

문서제출자는 자신의 주장을 증명하기 위하여 서증을 제출한 것이므로 상대방이 부지와 부인으로 답변한 경우 문서제출자에게 증명책임이 돌아간다. 다만 판례는 변론의 전체의 취지만으로도 진정성립을 인정하고 있으므로 특별한 사유가 없는 한 증명책임이 완하되거나 혹은 법정증거법칙의 일종으로서 추정규정을 두어 진정성립을 증명할 수 있다.

### (3) 사안의 경우

甲이 제출한 진단서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 하고(제357조), 공문서의 경우 문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것임(제356조)을 증명하여야 한다.

## 4. 결론

乙의 주장의 성격은 진단서에 대하여 부인에 해당하고 공문서인 확인서에 대하여는 부지 혹은 부인에 해당하고, 따라서 문서제출자 갑은 문서의 형식적 진정성립에 대하여 증명하여야 한다

## II. 설문 (2)에 대하여

### 1 문제의 소재

보고문서의 형식적 증거력이 인정되는 경우 진단서와 확인서라는 각각의 사문서와 공문서의 실질적 증거력의 인정범위가 문제된다. 특히 법관의 자유심증주의의 영역에서 구체적인 범위가 검토될 필요가 있다.

### 2. 문서의 실질적 증거력

#### (1) 문서의 증거가치

문서가 요증사실을 증명하기에 유용한가에 대한 증거가치를 문서의 실질적 증거력이라고 하며 형식적 증거력을 전제로 한다. 이러한 실질적 증거력은 원칙적으로 법관의 자유심증

의 영역에 일임되어 있으며 별도의 증거법칙은 없으나 처분문서와 보고문서의 경우 각각의 심증영역이 달라질 수 있으므로 이를 구분하여 검토하여야 한다.

## (2) 보고문서의 경우 실질적 증거능력

### 1) 진단서

처분문서인 사문서인 경우 이른바 사실상의 추정력을 가지나 보고문서인 경우 자유심증의 영역에서 법관의 심증형성에 따라야 한다.

### 2) 확인서

공문서의 경우에도 사문서의 보고문서와 같이 자유심증의 영역에 있다. 그러나 공문서의 보고문서인 경우 진정성립이 인정되는 공문서인 경우 보고문서라도 특단의 사정이 없는 한 그 증명력을 아무런 이유없이 배척하는 것은 상고이유가 될 수 있다.<sup>129)</sup>

## (3) 소결

사문서의 경우 형식적 증거력이 인정되는 경우라도 보고문서인 경우 자유심증주의에 따라 증거평가와 가치가 달라지며, 보고문서인 경우 공문서인 경우 여전히 자유심증의 영역에 있으나 증거가치의 평가는 재판된 범위에서 판단가능하다.

## 3. 자유심증주의에 따른 증거평가<sup>130)</sup>

### (1) 자유심증주의의 개념과 평가요소

사실의 진부판단에 있어서 법관이 증거법칙의 제약없이 자유로운 심증으로 행할 수 있는 원칙을 자유심증주의라고 하는데, 증거조사의 결과와 변론전체의 취지에 따라 증거력을 자유롭게 평가한다. 자유심증의 증정도는 고도의 개연성을 전제로 사실을 인정하여야 한다.

### (2) 보고문서의 자유심증에 따른 증거평가

#### 1) 진단서의 감정결과에 따른 사실관계 확정

변론주의 원칙에 따라 증명과 심증이 형성될 수 있으나, 문서의 진정성립과 별개로 전문가의 감정이 기입된 보고문서의 감정은 전문가의 의견으로서 중요한 증거조사결과이지만, 그러나 여전히 자유심증의 원칙에 따라 다른 사실을 인정하더라도 문제되지 아니한다. 따라서 의사의 견해에 따르지 아니하여도 된다. 다만 사안에서 70%를 인정 부분은 100%미만을 인정 한 것의 일부청구에 해당하므로 증거평가가 가능하다.

#### 2) 확인서의 사실관계 확정

공문서의 경우 사문서보다 강력한 추정력이 미치며, 보고문서의 경우라 하더라도 자유심증의 영역에서 벗어나지 아니하지만 법원은 증명력을 배척하는 경우 배척할 수 없으며, 심지어 유력한 증거로서 의미를 갖게 되어 합리적 이유설시 없이 배척할 수 없다.

### (3) 소결

진단서는 전문가의 감정결과에 따른 보고문서로 법원은 이에 대한 자유심증의 증거평가를 할 수 있다. 한편 70%의 진단결과는 100% 이하이므로 이에 대한 사실자료를 인정함에 문

129) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두3658,3665 판결: 진정성립이 추정되는 공문서는 진실에 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 증명력을 쉽게 배척할 수 없으므로, 공문서의 기재 중에 의문점이 있는 부분이 일부 있더라도 기재 내용과 배치되는 사실이나 문서가 작성된 근거와 경위에 비추어 기재가 비정상적으로 이루어졌거나 내용의 신빙성을 의심할 만한 특별한 사정을 증명할 만한 다른 증거자료가 없는 상황이라면 기재 내용대로 증명력을 가진다

130) 사례가 인정여부에 대하여 논하라고 하였으므로 이 부분은 논리성을 위하여도 반드시 서술되어야 할 것으로 본다.

제는 없다고 생각된다. 확인서의 경우 보고문서이지만 공문서이므로 이에 대한 평가는 인정할 수 있다는 판례에 따라 역시 인정될 수 있다.

#### 4. 결론

법관은 자유심증의 영역서 보고문서인 진단서에 따른 증거평가를 할 수 있으나 특별한 사정이 없는 한 甲이 주장한 손해사실의 1500만 원을 인정할 수 있으며, 한편 500만 원에 해당하는 휴가 및 급여손실에 대하여도 인정하는 것이 자유심증주의에 따른 증거평가로서 타당하다.



## 8. 문서제출명령제도

甲과 乙은 X토지에 대하여 매매계약을 체결하였다. 그러나 甲의 청구와 상관없이 乙은 자신의 책임을 면하고자 甲의 국토부에 알아바 본 바로는 조만간에 토지거래허가구역에 해당된다는 정보를 인용하여 매매계약의 이행의 연기를 주장하였다. 그러자 甲이 그러한 기록이 있음을 확인하기 위하여 국토부에 기록제출을 신청하였다. 법원이 기록제출을 명하자 국토부는 공공기관의 정보공개가 허용되지 않아서 제출할 수 없다고 거부하고 있다. 이러한 거부의 타당성을 비롯한 법원의 판단은 어떻게 될 것인지 설명하시오.

### 1. 쟁점의 정리

인용문서에 공문서가 포함되는지 여부와 문서제출명령에 불응할 경우 제재방법을 묻고 있다. 제출의무가 있음에도 불구하고 제출을 거부할 경우 제재 방법과 관련하여 요증사실이 바로 증명되었다고 볼 것인지, 아니면 자유심증의 하나의 요소로 다룰 것인지 검토한다.

### 2. 인용문서의 제출의무와 거부사유

#### (1) 인용문서에 포함여부

인용문서란 당사자가 소송에서 자기를 위한 증거로 사용하기 위하여 또는 주장을 명백히 하기 위하여 끌어 쓴 문서이다(제344조 제1항 제1호). 반드시 변론이나 준비절차에서 인용한 것에 한하지 아니하므로 준비서면 중에 인용되어 있으면 아직 변론에서 진술하지 않더라도 이에 인용문서에 해당하며, 공문서도 제344조 제1항 제1호 소정의 '인용문서'의 개념에 포함된다.

#### (2) 제출거부사유에 해당하는지 여부

인용문서의 경우에는 제334조 제1항 제3호 및 같은 조 제2항과 같은 제출거부사유가 인정되지 아니하며, 공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서라도 문서제출의무를 면할 수 없다. '공공기관의 정보공개에 관한 법률'상 비공개대상정보라는 이유만으로 거부할 수 없다. 판례 또한 공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에 정하고 있는 비공개대상정보에 해당한다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 문서제출의무를 면할 수 없다고 봄이 상당하다.

#### (3) 사안의 경우

乙은 공문서를 인용하였다. 공문서는 인용문서에 포함되며, 인용문서에 대해서는 거부사유가 인정되지 아니한다. 따라서 공문서에 적힌 정보가 설사 '공공기관의 정보공개에 관한 법률'상 비공개대상정보에 해당하는 경우라도 제출을 거부할 수 없다.

### 3. 문서제출의무자의 부제출 효과

#### (1) 부제출의 효과

문서소지인인 제3자가 정당한 사유 없이 문서제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 결정으로 과태료의 제재를 받는다(제351조). 당사자가 문서제출명령·일부제출명령·문서제시명령을 받고도 이에 따르지 아니한 때, 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무 있는 문서를 훔치거나 사용할 수 없게 한 때에는, 법원은 그 문서의 기재에 대한 상대방의 주

장을 진실한 것으로 인정할 수 있다(349조·350조). 진실한 것으로 인정받는 상대방의 주장이 무엇인가 해석의 여지가 있다.

## (2) 견해의 대립

### 1) 학설

법정증거설은 그 문서에 의하여 증명하고자 하는 사실로 보아 요증사실 자체가 직접적으로 증명된다고 보는 반면에, 자유심증설은 문서의 성립과 내용이라고 보고 요증사실의 인정 여부는 법관의 자유심증사항이라고 본다. 한편 절충설은 법적 안정을 위해 자유심증설에 의하되, 대상문서가 상대방의 지배영역 하에 있어서 증거제출자의 접근이 어려운 행정소송, 공해소송, 국가 또는 대기업 상대의 손해배상청구소송 등 특수한 소송의 경우에는 제한적으로 요증사실이 직접 증명된 것으로 보아 구체적 타당성을 도모하여야 할 것이라고 주장한다.

### 2) 판례

판례는 진실한 것으로 인정될 수 있는 상대방의 주장은 그 문서에 관한 주장 즉 문서의 성질·내용, 성립의 진정 등에 관한 주장이지, 그 문서로 증명하려고 하는 상대방의 주장사실이 아니라고 하여 자유심증설을 취한다.

## (3) 검토 및 사안의 적용

원고는 인용문서의 제출을 거부하고 있다. 이에 대해 법원은 인용문서가 존재한다는 사실을 기초로 하여 자유심증에 의하여 인정할 수 있을 뿐이다.

## 4. 결론

법원은 丙에게 연체사실 등의 기록에 관한 공문서의 제출을 명한다. 丙의 부제출에 대하여 법원은 피고들이 주장하는 형식과 내용의 문서가 존재한다는 사실을 인정하지만 주요사실에 대하여는 자유심증에 의하여 판단한다.

## 8. 비밀심리제도

甲은 乙이 제공한 의료기기가 구성성분이 문제있음을 알고서도 리스하여 신체의 상해를 입었다고 주장하며 손해배상 청구소송을 제기하였다. 乙은 의료기기에 해를 입힐 만한 원인물질이 들어있지 않다고 주장하고 나섰다. 甲은 인터넷을 통하여 乙이 2017년에 「화학물질의 상호반응에 따라 변성되는 의료기기의 성분분석」이라는 제하의 외부용역보고서를 발간한 사실을 알게 되었다. 甲은 유해원인물질이 함유되어 있음을 증명하기 위하여 문서제출신청을 하였고 법원은 乙에게 위 보고서의 제출을 명하였다. 乙은 문서제출신청이 부적법하며, 그 내용 중에 회사의 영업비밀이 다수 포함되어 있다고 주장하면서 제출을 거부하고 있다. 이 경우 법원이 乙의 주장에 어떠한 판단을 하고 증거조사 할 것인지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

문서제출명령 신청 방식과 관련하여 특정성 요건과 입증취지 요건이 인정되는지 인정되는 경우 乙의 문서제출거부의 주장에 대하여 비밀심리절차로 할것인지, 그 방법은 무엇인지 등이 쟁점이다.

### 2. 문서신청과 요증사실과의 관계

#### (1) 모색적 증명의 문제점

서증신청은 문서를 특정하여 신청하고, 개괄적이거나 추상적으로 신청하여서는 아니 된다. 불특정문서를 개괄적으로 신청하는 것을 허용하면 증거신청을 모색적(탐색적)증명으로 악용할 수 있어 부적법하므로 그 범위와 한계설정이 필요하다.

#### (2) 문서제출신청의 특정요건

##### 1) 입증취지

제345조는 문서제출신청시 문서의 표시와 증명할 사실을 적게 하고, 민사소송규칙은 신청하는 증거와 증명할 사실의 구체적인 관계를 요구함으로써(규칙 제754조), 입증취지가 분명하지 아니한 서증신청을 부적법한 것으로 취급한다.

##### 2) 문서제출명령의 대상

문서제출신청이 적법한 경우 법원은 문서제출신청에 정당한 이유가 있다고 인정하면 결정으로 문서를 가진 사람에게 그 제출을 명할 수 있다(제347조 제1항). 甲은 2014년 발간의 위 보고서를 표시하고, 이에 의하여 폐수에 유해원인물질이 함유되어 있다는 사실을 증명하려는 점, 대상의 특정 등이 명시적이므로 적법하다

#### (3) 문서제출의 거부사유

제344조는 제1항에서 적극적으로 제출의무 있는 문서를 열거하였지만, 제2항에서는 소극적으로 특별한 사유에 해당하지 않는 한 모든 문서소지자에게 문서제출의무를 부과한다. 이로써 문서소지자는 원칙적으로 소지하는 일체의 문서에 대한 제출의무를 진다. 제출의무 있는 문서에 영업비밀이나 증거거부권을 행사할 수 있는 사항이나 프라이버시에 관한 사항이 포함되어 있음을 이유로 문서제출을 거부할 수 있다(제344조 제2항 제1호 및 제2호).

## 3. 비밀심리제도

### (1) 문제점

乙은 甲이 제출명령을 신청한 보고서에 회사의 영업비밀에 속하는 사항이 포함되어 있다는 이유로 보고서 제출을 거부하고 있다. 영업비밀을 이유로 거부할 수 있지만, 제출의무 있는 문서에 실제로 영업비밀사항이 있는지 문제이다.

## (2) 비밀심리절차의 운영

### 1) 비밀심리절차의 취지

비밀심리제도는 심리가 공개됨으로써 누설될 수 있는 법률적으로 보호되는 정보를 보호하기 위한 조치로 일반공개와 당사자공개를 제한하여 행하는 심리절차를 말한다.

### 2) 법원의 심리

제347조 제4항은 상대방이 소지하고 있는 문서에 형사소추나 치욕, 프라이버시 또는 직무상 및 직업상 비밀사항이 포함되어 있다고 주장하여 제출을 거부하는 경우, 문서를 제출하게 하는 것이 아니라 제시하게 하여, 이를 다른 사람이 보지 못하도록 한 채 제출의무 여부 및 거부사유의 당부를 심리한다.

### (3) 사례에 적용

甲은 乙이 제출명령을 신청한 보고서에 제344조 제2항 제1호 후단에 따라 정당한 거부사유에 해당하는 회사의 영업비밀이 들어 있다고 주장한다. 법원은 甲의 주장의 당부를 심리하기 위해 별도의 비밀심리절차를 진행한다. 법원의 비밀심리 결과 거부사유가 없다고 인정하는 때에는 문서제출을 명하고, 거부사유가 있다고 판단한 때에는 문서제출의무를 면제하는 결정을 한다.

## 4. 결론

甲이 신청한 문서제출명령은 문서제출의 특정요건을 취득하고 있으므로 타당하고, 한편 법원은 乙이 주장한 영업비밀의 유무에 대하여는 비밀심리절차를 이용하여 보고서에 대한 증거조사를 할 수 있다.

## 판례연구

대판 2013.8.22. 2011다100923

채권자가 채무자의 대리인으로서 채무 금액이나 이율, 변제기 등 일부 백지상태의 위임장을 보충하여 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁한 경우, 위임장의 백지보충된 부분이 정당한 보충권한에 의하여 기재된 것이라는 점을 채권자가 별도로 증명하여야 하는지 여부(적극) - 일반적으로 문서의 일부가 미완성인 상태로 서명날인을 하여 교부한다는 것은 이례에 속하므로 그 문서의 교부 당시 백지상태인 공란 부분이 있었고 그것이 사후에 보충되었다는 점은 작성명의인이 증명하여야 한다. 그러나 일단 문서의 내용 중 일부가 사후 보충되었다는 사실이 증명된 다음에는 그 백지부분이 정당하게 위임받은 권한에 의하여 보충되었다는 사실은 그 백지부분의 기재에 따른 효과를 주장하는 당사자가 이를 증명할 책임이 있다. 이와 관련하여 타인에게 권한을 위임하거나 대리권을 수여하는 내용의 위임장 등이 작성된 경우 그에 의하여 위임한 행위의 내용 및 권한의 범위는 위임장 등 문건의 내용뿐 아니라 그 작성 목적과 작성 경위 등을 두루 살펴, 신중하게 판단하여야 한다. 특히 위임장 등에 기재된 내용 중 일부가 백지인 상태로 교부된 후 수임인이 그 위임사항의 내용을 보충하여 기재한 경우라면 그것이 정당하게 위임받은 권한에 의하여 보충된 것이라는 점 역시 수임인이 증명할 책임이 있다. 따라서 채권자가 본인 겸 채무자의 대리인으로서 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁할 경우 채무자가 그 촉탁에 관하여 대리권을 수여하는 위임장을 교부한 사실이 있다는 것만으로, 그 위임장에 기재된 채무의 금액이나 이율, 변제기 등에 대하여 사전에 그 내용대로 합의한 사실이 있다거나 채권자가 보충할 권한을 위임받았다고 쉽게 인정할 것은 아니고, 특히 백지보충된 부분이 정당한 보충권한에 의하여 기재된 것이라는 점은 채권자가 별도로 증명하여야 한다.

대판 2014.9.26. 2011다100923

작성명의인의 인영에 의하여 처분문서의 진정성립을 추정할 때 요구되는 심리의 정도 - 처분문서는 진정성립이 인정되면 기재 내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 이상 문서의 기재 내용에 따른 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다는 점을 감안하면 작성명의인의 인영에 의하여 처분문서의 진정성립을 추정함에 있어서는 신중하여야 하고, 특히 처분문서의 소지자가 업무 또는 친족관계 등에 의하여 문서명의자의 위임을 받아 그의 인장을 사용하기도 하였던 사실이 밝혀진 경우라면 더욱 그러하다.-변호사 甲이 운영하는 법률사무소에서 사무장으로 근무하다가 해고된 乙이 임금과는 별도로 정산금을 지급하기로 기재되어 있는 근로계약서 '사본'을 서증으로 제출하면서 甲을 상대로 약정금 등의 지급을 구한 사안에서, 乙은 근로계약서 원본을 제출하지 아니하였고 원본 부제출에 대한 정당성이 되는 구체적 사유를 증명하지도 아니하였으므로 근로계약서는 그와 같은 내용의 사본이 존재한다는 것 이외에 甲의 약정사실을 증명하는 증거로서 가치가 없고, 제반 사정에 비추어 근로계약서에 나타난 甲의 인영이 甲의 의사에 따라 날인된 것인지에 관하여 의문의 여지가 있다는 등의 이유로 근로계약서가 원본이라도 진정성립이 추정된다고 단정하기 어렵다고 한 사례.

대결 2015.12.21, 2015마4174

[1] 문서의 제출을 거부할 수 있는 예외사유로서 민사소송법 제344조 제2항 제1호, 제1항

제3호 (다)목, 제315조 제1항 제2호에서 정한 ‘직업의 비밀’의 의미 / 문서 소지자가 문서의 제출을 거부할 수 있으려면 직업의 비밀에 해당하는 정보가 보호가치 있는 비밀이어야 하는지 여부(적극) 및 보호가치 있는 비밀인지 판단하는 방법

민사소송법 제344조 제2항 제1호, 제1항 제3호 (다)목, 제315조 제1항 제2호는 문서를 가지고 있는 사람은 제344조 제1항에 해당하지 아니하는 경우에도 원칙적으로 문서의 제출을 거부하지 못한다고 규정하면서 예외사유로서 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항이 적혀 있고 비밀을 지킬 의무가 면제되지 아니한 문서를 들고 있다. 여기에서 ‘직업의 비밀’은 그 사항이 공개되면 직업에 심각한 영향을 미치고 이후 직업의 수행이 어려운 경우를 가리키는데, 어느 정보가 직업의 비밀에 해당하는 경우에도 문서 소지자는 비밀이 보호가치 있는 비밀일 경우에만 문서의 제출을 거부할 수 있다. 나아가 어느 정보가 보호가치 있는 비밀인지를 판단할 때에는 정보의 내용과 성격, 정보가 공개됨으로써 문서 소지자에게 미치는 불이익의 내용과 정도, 민사사건의 내용과 성격, 민사사건의 증거로 문서를 필요로 하는 정도 또는 대체할 수 있는 증거의 존부 등 제반 사정을 종합하여 비밀의 공개로 발생하는 불이익과 달성되는 실제적 진실 발견 및 재판의 공정을 비교형량하여야 한다.<sup>131)</sup>

[2] 어느 문서가 문서를 가진 사람이 이용할 목적으로 작성되고 외부자에게 개시하는 것이 예정되어 있지 않으며 개시할 경우 문서를 가진 사람에게 간과하기 어려운 불이익이 생길 염려가 있는 경우, 민사소송법 제344조 제2항 제2호의 자기이용문서에 해당하는지 여부(원칙적 적극) 어느 문서가 문서의 작성 목적, 기재 내용, 문서의 소지 경위나 그 밖의 사정 등을 종합적으로 고려할 때 오로지 문서를 가진 사람이 이용할 목적으로 작성되고 외부자에게 개시하는 것이 예정되어 있지 않으며 개시할 경우 문서를 가진 사람에게 간과하기 어려운 불이익이 생길 염려가 있다면, 이러한 문서는 특별한 사정이 없는 한 민사소송법 제344조 제2항 제2호의 자기이용문서에 해당한다.

---

131) 대결 2016.7.1. 2014마2239 동지

## 제2절 불요증사실

### 1. 선행자백

甲은 乙을 피고로 하여 乙 소유의 A토지에 관하여 매매를 원인으로 한 (무조건)의 소유권이전등기청구소송을 제기하였다. 甲은 소장 부분에서 자신의 아버지 망 X가 乙로부터 위 토지를 매입하였으며, 계약금과 중도금은 이미 지급하였고 다만 잔금 중 일부는 지급하고 이제 잔대금 1,500만 원만 남아 있다고 주장하였다. 乙은 소장부분을 송달받고도 1달이 지나도록 답변서를 제출하지 않자, 법원은 변론기일을 지정하였다. 변론기일에 甲은 출석하였으나, 乙은 여전히 답변서도 제출하지 않은 채 출석하지 않았다. 재판장은 甲에게 변론을 명하였고, 甲은 위 준비서면에 쓰여 있는 내용을 그대로 진술하였다. 甲은 ① 변론 없이 청구인용판결을 하여야 하며, 그렇지 아니하더라도 ② 계약금 및 중도금을 지급하였다는 甲의 주장이 자백간주되었으며, 잔금 1,500만 원의 존재에 대해서는 재판상 자백이 성립하였거나 또는 소송자료가 되었다는 이유로 상환이행판결을 하여야 한다고 주장하고 있다. 법원은 잔대금 1,500만 원이 존재한다는 심증을 형성하여, 더 이상 기일을 지정하지 않고 판결을 하고자 한다. 甲의 주장을 검토하여, 법원이 원고의 청구를 인용할 수 있는지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

법원이 변론기일을 지정한 경우에도 무변론청구인용판결을 할 수 있는지 검토한다.

변론주의와 처분권주의와 관련하여 원고가 상환이행판결을 구하는 취지로 청구변경을 하지 않았다 하더라도 단순이행청구에는 잔대금이 있을 경우 이와 상환이행판결을 구하는 취지가 포함되어 있는지 문제이다.

### 2. 무변론청구인용판결 가능 여부

#### (1) 무변론판결제도

무변론판결제도는 피고가 답변서제출기간(소장부분송달일로부터 30일) 내에 답변서를 제출하지 아니한 때 또는 피고가 청구의 원인이 된 사실을 모두 자백하는 취지의 답변서를 제출하고 따로 항변을 하지 아니한 때에 청구의 원인된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결하는 것을 말한다.

#### (2) 변론기일지정 후의 무변론판결가능여부

무변론판결은 변론기일의 지정이 있기 전에 가능한 제도이며, 또 원고청구를 인용할 경우에 한하여 적용되고 청구기각이나 소각하시에는 적용되지 아니한다. 무변론청구인용판결의 요건이 충족되었다 하더라도 무변론 판결을 할 것인가의 여부는 법원의 재량이며, 변론기일을 지정한 것을 범위반이라 할 수도 없다.

#### (3) 사안의 경우

법원은 이미 변론기일을 지정하였을 뿐 아니라 원고의 주장 자체로 이유가 없으므로(단순이행판결을 구하면서도 잔대금 존재사실을 인정), 무변론청구인용판결을 할 수 없다.

### 3. 상환이행판결 거부

#### (1) 계약금과 중도금의 자백간주

乙은 계약금 및 중도금을 지급하였다는 甲의 주장에 대해 서면으로 예고받고도 불출석하였

기 때문에 위 사실을 자백한 것으로 간주된다(제150조 제1항·제3항, 제257조 제1항). 법원은 당사자가 변론에서 다시 자백간주된 사실과 모순되는 사실을 주장하기 전에는 자백간주된 사실을 판결의 기초로 삼아야 한다.

## (2) 재판상 자백의 성립

### 1) 선행자백의 성립여부

1,500만 원 잔대금이 존재한다는 사실에 대해 재판상 자백이 성립되어 법원이 상환이행판결을 하여야 하는지 문제이다. 잔대금이 남아 있다는 사실은 乙에게 증명책임이 있고 甲에게 불리한 사실인데, 甲이 이 사실을 자인진술하여 선행자백의 성립기초가 마련되었다. 그런데 乙이 이를 원용하여야 비로소 선행자백이 성립하는데, 乙은 불출석하여 현실의 원용이 없을 뿐더러 준비서면도 제출하지 않았기 때문에 진술간주의 여지도 없다. 결국 재판상 자백의 일종인 선행자백은 성립하지 않았다.

### 2) 선행자백 불성립과 상환이행판결의 가부

선행자백이 성립되지 않는다 하더라도 무조건적 이행청구에는 잔금이 잔존할 때 상환이행판결을 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있는지 문제이다. 판례는 이를 인정하여 상환이행판결을 하더라도 처분권주의에 반하지 않는다는 입장이다. 그러나 그와 같은 취지는 상대방이 변론주의에 따라 동시이행항변을 제출할 때 적용가능한 법리이다.

### (3) 소송자료인정과 상환이행판결

변론에서의 甲의 진술이 소송자료로 되었는지 문제가 된다. 주장공통의 원칙에 따라 乙이 불출석한 변론에서 소송자료로 될 수 있다. 이를 이유로 상환이행판결을 할 수 있는가의 여부는 법원의 자유심증에 의한다.

## 4. 결론

법원은 변론 없이 청구인용판결을 할 수 없다.

계약금 및 중도금지급 사실에 대해서는 자백간주가 성립하였으므로 법원은 이를 판결의 기초로 삼아야 한다. 잔금 1,500만원 존재 사실에 대해서는 선행자백이 성립하지 않았으나, 주장공통의 원칙에 따라 소송자료가 되었으므로 법원은 상환이행판결을 할 수 있다.



## 2. 간접사실과 자백

甲은 乙을 상대로 하여 1억원의 대여금의 반환을 청구하는 소를 제기하였다. 소송절차에서 甲은 직접 乙로부터 부탁을 받고 乙의 아들 丁의 통장에 위 돈을 입금시켰다고 주장하였으나, 피고 乙은 원고로부터 위 돈을 빌린 사실이 없다고 다투었다. 乙은 甲이 주장하는 대여금채권의 존재를 다투면서, 甲이 위 대여금을 약정한 시점에 자신은 해외여행 중에 있었으며, 甲과 그와 같은 차용금 약정을 한 사실이 없다고 진술하였다. 이에 대해 甲은 '乙이 당시에 외국에 여행 중인 사실은 인정하지만, 乙의 부탁에 따라 위 돈을 乙의 아들 丁의 은행 계좌에 이체시켰다'고 주장하였다. 법원이 해당 은행에 사실조회결과 甲이 위 돈을 丁의 통장에 계좌이체한 사실이 확인되었는데, 이것이 乙에게 빌려준 것인가에 대해서는 당사자 사이에 다투어지고 있다. 증거조사결과 매매계약체결 당시 乙이 외국에 있지 않았고 국내에 있었다는 사실이 밝혀졌다. 법원은 이 사실로부터 甲과 乙사이에 대여금계약이 체결되었다는 사실을 인정하고자 한다. 가능여부를 설명하십시오.

### 1. 문제의 소재

계약체결 당시 乙의 해외체류 사실로부터 대여금차용 사실을 추단할 수 있는지 묻고 있다. 간접사실에 대한 주장과 변론주의의 관계를 검토하여, 당사자 주장과 다른 증거로써 간접사실을 인정할 수 있는지 및 재판상 자백 성립 가능성을 검토한다.

### 2. 간접사실과 자유심증주의

#### (1) 주요사실의 구분

법률요건분류설에 따라 법에서 요건사실로 규정하고 있는 사실이 주요사실이며, 간접사실이란 주요사실을 경험칙에 의해 추인하기 위한 사실로서 주요사실의 경위나 내력 등에 관한 사항을 말한다.

#### (2) 간접사실과 주요사실의 관계

법원은 간접사실로부터 주요사실을 추인할 수 있다. 이는 자유심증주의의 당연한 결과이다. 따라서 간접사실에 대해서는 당사자의 주장이 없더라도 증거로써 이를 인정할 수 있으며, 설사 주장이 있다 하더라도 증거에 의해 그와 다른 사실을 인정할 수도 있다.

#### (3) 사안의 경우

乙이 계약체결 당시 외국에 체류하고 있다는 사실은 간접사실이므로, 법원은 증거조사 결과 乙이 주장한 것과 다른 사실, 즉 당시 외국에 체류하지 않았다는 사실을 인정할 수 있다.

### 3. 간접사실과 재판상 자백

#### (1) 간접사실에 대한 자유심증주의

##### 1) 자유심증주의의 한계

법원은 증거의 증거능력과 증거력에 관하여 법률상 구속이 없이 논리와 경험칙에 따라 자유롭게 판단할 수 있다.(제202조) 불요증사실이 아닌 한 증거조사의 결과에 대한 법원의 심증형성에 관한 원칙이다. 자백은 불요증사실이므로 문제된다.

##### 2) 자백과 자유심증

자백은 법원의 사실판단권을 구속한다. 그 부분에 한하여 자유심증주의의 제한이며 한계가

다. 자백의 구속력은 변론주의 원칙상 당연하지만, 그 대상은 주요사실에 해당하지 간접사실에 대하여 인정되지 아니함이 원칙이다. 간접사실에 대한 인정 여부는 전적으로 법관의 자유심증에 의하므로, 간접사실에 대해서는 재판상 자백이 성립하지 않는다.

**(2) 법원의 심증형성의 자유**

법원은 양쪽 당사자의 일치된 진술에 구속되지 아니하며, 당사자의 주장이 일치하는 간접사실을 주장하더라도 이와 다른 사실을 인정할 수 있다. 재판상 자백이 성립하지 아니하는 간접사실은 이를 인정한 당사자 자신이 번복할 수도 있다. 즉 간접사실에 대해서는 재판상 자백이 성립하지 아니하므로, 법원은 甲과 乙의 일치된 진술을 믿고 이를 기초로 대여금수수 사실을 추인할 것인가는 전적으로 자유심증에 의하여 사실관계를 확정한다.

**(3) 사안의 경우**

주요사실은 대여금의 수수이며, 乙과 甲의 주장은 모두 이 주요사실을 추인시킬 수 있는 간접사실에 해당한다. 따라서 법원은 위 간접사실로부터 甲-乙 사이의 소비대차계약체결 사실을 인정할 수 있다.

**4. 결론**

법원은 증거조사로 얻은 간접사실에 의해 주요사실인 甲-乙 사이의 소비대차계약 체결 사실을 인정할 수 있다.

### 3. 재판상 자백의 취소와 철회

乙과 丙은 두 사람 명의로 공유하고 있는 토지 위에 각기 乙은 X 주택을, 丙은 Y 주택을 건축하기로 하였다. 乙과 丙은 천안시로부터 그들 명의로 건축허가를 받아 신축공사에 들어갔다. 乙과 丙은 건축자금을 확보하기 위하여 B 은행으로부터 각각 1억 원씩을 대출받으면서 위 토지에 관하여 근저당권을 설정하였으며, 甲에게 위 주택들의 건축을 맡겼다. 甲은 乙을 상대로 하여 보수금으로 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하면서, 소장에 증거방법으로 도급계약서를 첨부하여 제출하였다. 소장부분은 乙에게 보충송달의 방식으로 송달되었다. 이에 대해 乙은 “원고와 피고는 도급계약서를 작성한 것은 사실이지만 하자로 인한 손해배상청구권으로 상계를 하였기 때문에 甲의 청구는 기각되어야 한다.”는 내용이 기재된 답변서를 제출하였다. 법원은 사건을 변론준비절차에 부치고 변론준비기일을 지정하였다. 乙은 변론준비기일에 출석하지 않았다. 법원은 변론준비절차를 종결한 뒤 제1회 변론기일을 지정하였다. 변론기일에 출석한 乙은 “甲이 제출한 도급계약서는 위조된 것이다.”라고 진술하였다. 증거조사 결과 甲과 乙 사이에 도급계약이 체결되지 않았음이 밝혀졌다. 이 경우 법원이 위 도급계약서를 甲의 청구를 뒷받침할 증거로 사용할 수 있는지 검토하여, 법원이 원고의 청구에 대하여 어떠한 판결을 할 것인지 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

처분문서인 도급계약서가 진정성립하여 그 실질적 증거력이 인정되는지 묻고 있다. 형식적 증거력과 관련하여 재판상 자백이 성립하였는지, 성립한 경우라도 취소된 것으로 볼 수 있는지 검토한다. 문서의 진정성립 여부라는 보조사실에 대해서 또 변론준비기일에서 진술간주에 의한 재판상 자백이 성립할 수 있는지 문제이다.

#### 2. 도급계약서의 진정 성립 여부

##### (1) 사문서의 진정성립

사문서의 진정성립에 대하여는 문서제출자가 증명하여야 하나, 본인 또는 대리인의 서명이나 날인 또는 무인이 있는 때에는 진정한 것으로 추정가능하다(제357조, 제358조). 그러나 진정성립에 대해 자백이 성립하면 증명을 필요로 하지 않는다.

##### (2) 진정성립에 대한 재판상 자백

재판상 자백은 변론 또는 변론준비기일에서 상대방 주장과 일치하고 자기에게 불리한 주요 사실을 진술하는 것을 말한다. 즉, ①자기에게 불리한 구체적 사실에 대해, ②상대방의 주장과 일치되는 진술을, ③변론 또는 변론준비절차에서 하는 것을 말한다. 사안의 경우 문제되는 합의서의 진정성립이 자백의 대상이 되는지 문제이다.

##### (3) 자백의 대상

자백의 대상은 주요사실에 한한다. 간접사실과 보조사실에 대해서는 자백이 성립할 수 없다. 이를 인정할 경우 다툼 있는 주요사실에 대한 법관의 심증형성을 방해할 수 있기 때문이다. 문서의 진정 성립에 관한 사실은 보조사실이다. 따라서 문서의 진정성립에 관하여 당사자의 주장이 일치한다 하더라도 자백이 성립할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 판례는 보조사실인 문서의 진정성립에 관하여 재판상 자백에 관한 규정을 적용한다.

##### (4) 사안의 경우

변론준비절차에서도 진술간주의 규정이 준용되므로(제286조), 도급계약의 진정성립이 진술간주였다. 진술간주되는 내용이 자백에 해당할 경우 재판상 자백이 되며 또 변론준비절차에서도 진술간주 규정이 준용되므로(제286조) 乙은 甲이 제출한 문서의 진정성립에 대해

재판상 자백이 인정된다.

### 3. 재판상 자백의 취소 여부

#### (1) 문제점

재판상 자백은 법원은 물론 당사자를 구속한다. 그러나 ①상대방이 동의한 경우, ②가별행위로 인하여 자백한 때(451조 1항 5호의 유추적용), ③소송대리인의 자백을 당사자가 경정한 때(91조), ④착오로 진실에 반하는 자백을 한 때(288조 단서)에는 취소가능하다.

乙이 제1회 변론기일에서 도급계약서의 진정성립을 다투으로써 스스로 자백한 사실을 반복하였는데, 이는 결국 자백의 취소에 해당하므로 취소를 허용할 것인지 문제된다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설

취소불가하다고 보는 견해의 경우에는 착오의 요건을 갖추지 못하였으므로 취소불가하다는 이유로, 계약서를 증거로 삼을 수 있다는 결론에 도달할 것이다.

##### 2) 판례

판례는 당사자가 문서의 진정 성립을 인정할 경우에는 주요사실에 대한 자백의 취소와 동일하게 처리하고 있다. 사안의 경우 증거조사 결과 도급계약이 체결되지 않는 사실이 밝혀졌으므로 반진실임이 증명되었다 할 것이다. 자백내용이 반진실로 밝혀졌으므로 착오는 변론전체의 취지로 인정될 것이다. 이에 따라 사안의 재판상 자백은 유효하게 취소되었다. 결국 법원은 계약서를 증거로 삼을 수 없다.

#### (3) 사안에의 적용

재판상자백이 인정되지 않는 경우 법원은 증거를 인정할 수 없어 결과적으로 청구기각판결을 하게 될 것이며 따라서 예비적 항변으로서 상계는 판단할 필요가 없다.

### 4. 결론

도급계약서 진정성립에 관한 재판상 자백이 취소되었기 때문에 배제되었던 법원의 사실인정권이 부활한다. 법원은 도급계약서를 증거로 사용할 수 없으므로 증거조사 결과인 도급계약이 성립되지 않았음을 근거로 원고 청구를 기각하며 이 경우 상계항변은 검토할 필요가 없다.

#### 4. 현저한 사실과 경험칙

20대 후반의 약간의 장애가 있는 甲은 아들 A(사고 당시 약 4세 5개월)와 함께 길을 가다가 운전자의 乙의 사고로 모두 생명이 위독한 상태의 사고를 당하였다. 사건 사고 후 얼마 지나지 않아 당시 甲의 아들 A가 사망하여 부모가 乙을 상대로 A에 대한 손해배상청구소송을 제기하였다. 제1심법원은 사망한 甲의 일실수입을 산정하면서 甲아가 성인이 된 후 21개월의 군 복무를 마친 2031. 12. 7.부터 만 65세가 되는 2077. 3. 6.까지 도시일용노동에 종사할 수 있다고 인정하고 손해를 산정하여 원고의 청구를 인용하였다. 이에 乙이 항소하면서 원고가 구체적으로 주장한 바가 없는 가동연한을 60세로 65세로 법원이 직권으로 인정한 것은 부당하면서 항소하였다. 적절한 항소인지를 설명하시오.

##### 1. 문제의 소개

변론주의 원칙상 손해의 증명과 관련된 가동연한이 당사자의 주장이 필요한지, 현저한 사실인지 아니면 경험칙으로 법원이 직권으로 판단이 가능한지 문제된다.

##### 2. 가동연한에 자유심증 여부

###### (1) 변론주의와 자유심증주의

당사자주의의 중요한 원리로서 변론주의는 법원은 당사자가 주장한 사실과 증명에 구속됨을 뜻한다. 법원이 변론주의 위반하여 청구의 당부를 판단하는 것은 위법한 판결로서 상소의 이유가 될 수 있다. 또한 증명이 없는 한 법원은 판단할 수 없으나 불요증사실이나 경험법칙이 자유심증주의에 위반되지 않을 수 있다.

###### (2) 현저한 사실과 경험법칙의 증명책임

불요증 사실로서 현저한 사실은 경험칙과 마찬가지로 증명책임이 면제되며 법원은 자유심증주의에 위반되지 아니하고 사실관계를 인정할 수 있다. 따라서 65세의 가동연한이 현저한 사실이든 경험법칙이든 법원이 직권으로 이를 판단하는 것은 일응 변론주의에 위반되지 아니한다.

###### (3) 65세의 직권판단의 당부

증거조사와 변론의 취지로 사실관계를 확정하는 대신에 생명침해로 인한 손해배상청구소송에서 법원이 가동연한에 대한 판단은 직권으로 가능하며, 65세로 최근 전원합의체에 의하여 인정된 바 있으므로 이에 대한 판단은 타당하다.

##### 3. 당사자의 주장책임의 인정 여부

###### (1) 문제점

가동연한이 주장책임이 면제되는지 문제된다. 현저한 사실이 이라면 주장책임이 면제되지 아니하므로 위법한 판결이며, 경험칙인 경우 주장이 없으므로 법원은 직권으로 판단이 가능하다.

###### (2) 판례의 태도<sup>132)</sup>

132) 대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결: 대법원은 1989. 12. 26. 선고한 88다카16867 전원합의체 판결(이하 '종전 전원합의체 판결'이라 한다)에서 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람(이하 '육체노동'이라 한다)의 가동연한을 경험칙상 만 55세라고 본 기존 견해를 폐기하였다. 그 후부터 현재에 이르기까지 육체노동의 가동연한을 경험칙상 만 60세로 보아야 한다는 견해를 유지하여 왔다. 그런데 우리나라의 사회적·경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상·발전하고 법제도가 정비·개선됨에 따라 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기

다수의견은 육체노동의 가동연한을 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변하였기 때문에 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하고 판단하여 경험칙으로 인정한다.

### (3) 사안의 경우

판례에 의하는 경우 경험칙에 해당하여 당사자의 주장이 없어도 법원은 이를 직권으로 고려할 수 있다.

## 4. 결론

가동연한은 경험칙으로 당사자의 주장이 없어도 법원이 직권으로 고려할 수 있으므로 65세까지의 일실이익을 자유심증주의에 위반됨이 없이 사실관계를 인정하여 손해산정을 한 것은 적절하고 항소는 기각될 것이다.

---

초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변하였기 때문에 위와 같은 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다. 원심이 피해자의 일실수입 산정의 기초가 되는 가동연한을 인정할 때에, 경험적 사실들을 조사하여 그로부터 경험칙상 추정되는 육체노동의 가동연한을 도출하거나 피해자의 가동연한을 위 경험칙상 가동연한과 달리 인정할 만한 특별한 구체적 사정이 있는지를 심리하여 그 가동연한을 정하여야 함에도, 그에 이르지 아니한 채 막연히 종래 경험칙에 따라 피해자의 가동연한을 만 60세로 인정하였고, 이러한 원심판단에 가동연한에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 이유로, 원심판결 중 일실수입에 관한 일부 원고들의 패소 부분을 파기환송한 사례

## 제3절 자유심증주의와 증명책임

### 1. 자유심증주의의 증명도

甲과 乙은 2018.3.1. 甲 소유의 고려청자 1점을 乙이 보관하기로 하는 계약을 체결하였고, 甲은 乙에게 위 고려청자를 인도하였다. 乙은 2018.5.1. 보관 중이던 고려청자를 관리 소홀로 도난당하였고, 甲은 위 고려청자의 소재를 파악할 수 없게 되자 2019.5.3. 위 고려청자의 시가가 1억 5,000만 원이라고 주장하면서 乙을 상대로 채무불이행을 원인으로 한 시가 상당액의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 甲은 위 고려청자의 시가 감정을 신청하였으나, 감정인은 '위 고려청자와 비슷한 도자기가 존재하지 아니하며 정확한 시가를 산정하기 곤란하다'는 의견을 제시하였다. 甲은 시가를 정확히 산정할 만한 다른 증거를 제출하지 못하였다. 이때 甲의 청구는 인용될 수 있는가?

#### 1. 쟁점의 정리

자유심증의 정도에 대하여 원칙상 고도의 개연성이 없는 경우 이를 사실로 인정할 수 있는지 문제된다. 이러한 경우 증명도를 완화하여 인정할 수 있는지, 민사소송법 제202조의 2에 의하여 법원이 액수를 산정할 수 있는가 쟁점이다

#### 2. 자유심증주의에서 증명도

##### (1) 심증의 증거원인

법제202조는 법원은 변론전체의 취지와 증거조사결과를 참작하여 자유로운 심증에 경험칙에 따라 사실관계를 인정할 수 있다. 여기서 변론전체의 취지와 증거조사결과가 사실자료의 증거원인이 된다.

##### (2) 자유심증의 정도와 증명책임분배의 원칙

법관은 객관적으로 고도의 개연성을 가지고, 주관적으로 법관의 확신이 있어야 하고 통상인의 의심을 품을 수 있는 정도는 진실성에 확신을 줄 수 없다. 확신이 없는 경우 증명책임분배의 원칙에 의하여 재판하여야 한다.

##### (3) 자의금지 원칙

증거조사방법으로서 감정의 결과가 없으므로 심증형성에 확신할 수 있는 원인에 의한 고도의 개연성을 인정할 수 없다. 원칙적으로 자유심증영역에서 해결할 수 없다. 이를 완화할 필요가 있다.

#### 3. 증명도의 완화의 필요성

##### (1) 문제점

모든 민사소송에서 고도의 개연성을 엄격하게 요구한다면 입증이 곤란하거나 현대형 소송의 경우 증명이 불가능한 경우 사실관계에 대한 심증형성을 인정할 수 없으므로 이를 완화할 필요가 있다.

##### (2) 손해배상소송에서 손해배상 액수의 산정

민사소송법 제202조의2에 의하여 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수

로 정할 수 있다.

**(3) 사안의 경우**

자유심증주의에 의한 법관의 심증을 형성하기 위하여 고도의 개연성이 있어야하지만 이를 완화하여 손해배상액수가 증명되지 아니한 경우에도 법원은 자유심증주의 영역에 있다.

**4. 결론**

손해배상액의 액수가 증명되지 않은 경우라도 법원의 변론전체의 취지와 증거조사결과에 의하여 원고의 청구를 인용할 수 있다.



## 2. 제3자의 증명방해

乙(회사 대표자 P)는 아파트를 건립하여 이를 분양하기 시작하였는데, 공인중개사 丙은 적극적으로 아파트에 대한 분양을 성사시키고 분양대금을 乙에게 납부하는 등 분양업무를 돕고 있었다. 乙은 이 아파트 103호를 丙을 통하여 丁에게 매도하고 등기까지 마쳐주었다. 한편 丙은 자기의 이름으로 동일한 103호 아파트를 甲에게 매도하여 분양대금을 사취하였다. 甲은 乙의 대리인인 丙으로부터 위 103호를 매수하였는데, 乙이 丁에게 매도하고 등기가 되었다며, 乙의 甲에 대한 103호에 관한 등기이전의무는 이행불능이 되었다고 주장하면서 乙을 상대로 매매계약을 해제하고 대금의 반환을 구하는 소를 제기하였다. 그러나 乙은 준비서면을 제출하여 “丙이 甲과 분양계약을 체결하고 분양금을 받기 이전에 이미 丙과 乙이 丙에게 그 동안의 수고에 대해 500만 원을 지급하고 丙으로 하여금 아파트분양에서 손을 떼기로 서면으로 약정하였다”고 주장하면서, 丙의 무권대리행위에 대해 책임질 수 없다고 다투고 있다. 丙은 乙과 약정한 서면으로 인하여 자신이 처벌받을 것을 우려한 나머지 乙이 보관 중인 약정서를 절취해 파기하여 버렸다. 법원이 약정서의 존재를 인정하거나 혹은 丙에게 대리권이 있다는 사실을 인정할 수 있는지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

제3자의 증명방해를 이유로 약정서의 존재 여부를 인정할 수 있는지 묻고 있다. 증명방해가 당사자가 아닌 제3자에 의하여 이루어진 경우 증명방해의 제재인 상대방이 주장하는 사실의 진실 인정을 적용할 수 있는지 검토한다.

### 2. 증명방해와 자유심증주의

#### (1) 자유심증주의의 예외로서 증명방해

증명방해란 증거에 대한 조사를 고의로 방해하는 것을 일컫는다. 이에는 법률상 명문의 규정이 있는 경우와 규정이 없는 경우에 증명방해이론으로서 인정되어야 하는지 문제될 수 있으나, 통설과 판례는 인정된다.

#### (2) 문서제출의 증명방해

문서를 제출할 의무가 있는 당사자가 문서제출명령·일부제출명령·문서제시명령을 받고도 이에 따르지 아니한 때, 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무 있는 문서를 훼손하거나 사용할 수 없게 한 때에는, 법원은 그 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다(제349조, 제350조).

#### (3) 당사자의 증명방해의 효과

당사자의 증명방해에 대하여 증명책임전환설, 법정증거설, 절충설, 자유심증설 등이 견해의 대립이 있으나, 판례는<sup>133)</sup> 자유심증설에 의한다.

133) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다25971 판결: [1] 의료행위에 있어서의 잘못을 원인으로 한 불법 행위책임이 성립하기 위해서도 일반 불법행위의 경우와 마찬가지로 의료상의 주의의무 위반과 손해의 발생이 있고 그 사이에 인과관계가 있음이 증명되어야 하므로, 환자가 치료를 받는 과정에서 손해가 발생하였다면, 의료행위의 특수성을 감안하더라도 먼저 환자측에서 일반인의 상식에 바탕을 두고 일련의 의료행위 과정에 의료상의 과실 있는 행위가 있었고 그 행위와 손해의 발생 사이에 다른 원인이 개재되지 않았다는 점을 증명하여야 한다. [2] 당사자 일방이 증명을 방해하는 행위를 하였더라도 법원으로서 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 증명책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명되었다고 보아야 하는 것은 아니다. [3] 쌍태아 중 일측 태아가 사망한 임신 35주 6일째의 산모를 입원시킨 후 다음날 제왕절개술을 실시하였으나 신생아에게 뇌성마비가 발생한 사안에서, 의료진에게 생존 태아의 감시를 소홀히 하거나 제왕절개술을 지연한 과실이 있다고 할 수 없다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례. [4] 의사의

### 3. 제3자의 증명방해

#### (1) 문제점

병은 위 소송의 증거물을 절취하여 폐기함으로써 증명을 방해하였다. 그런데 丙은 소송당사자가 아니므로, 당사자에 의한 증명방해의 경우에 적용하는 제재를 그대로 적용할 것인지 문제이다.

#### (2) 제3자의 증명방해에 대한 제재

##### 1) 문서부제출의 제재

당사자가 아닌 제3자가 문서제출명령을 따르지 아니한 경우 과태료 처분 및 관련 소송비용 부담을 부담시킬 수 있을 뿐이다(제351조, 제318조, 제311조 제1항). 제3자가 증명방해를 한 경우에 대해 민사소송법은 아무런 규정을 두고 있지 않다.

##### 2) 제3자의 방해행위와 증거자료

증거를 파기한 자는 당사자가 아닌 제3자 丙이므로, 이를 이유로 요증사실이 증명되었다고 보거나 또는 乙이 주장하는 약정서의 존재를 인정하거나, 나아가 과태료나 감치결정 등을 할 수 없다.

#### (3) 제3자의 증명방해와 자유심증

증명방해를 한 자는 당사자가 아닌 제3자이므로, 법원은 丙의 입증방해를 이유로, 요증사실이며 주요사실인 丙의 대리권 유무는 물론, 약정서의 존재를 인정할 수도 없다. 제3자의 증명방해에 대하여 결과는 자유심증의 영역에 있다.

### 4. 결론

법원은 丙의 입증방해에 관계없이 乙이 주장하는 내용의 약정서의 존재 여부와 주요사실인 丙에게 대리권이 있는가의 여부를 자유심증에 의하여 판단한다.

---

환자에 대한 설명의무는 수술시에만 한하지 않고 검사·진단·치료 등 진료의 모든 단계에서 발생한다고 하겠으나, 이러한 설명의무 위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었다라면 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도, 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, 이러한 의미에서의 설명의무는 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우를 대상으로 하는 것이다. 따라서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제될 여지는 없다고 봄이 상당하다.

### 3. 의료과오소송에서 증명책임

甲은 다한증으로 A병원에 입원하여 乙의사로부터 수술이 필요하다는 진단아래 교감신경 절제수술을 받았는데 수술 후 의식을 찾지 못하였으며, 하반신마비증상이 발생하여 재수술에도 불구하고 그 증상이 지속되었다. 이에 甲은 乙을 상대로 불법행위에 기한 손해배상청구의 소를 제기하였다. 甲은 의사 乙이 수술에 늦게 참여하여 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 많이 경과되었고, 위 수술 전에 자신은 건강하였음을 주장·증명하였으며, 의사 乙은 의료상 과실이 없다고 주장하였다. 그런데 법원이 의사 乙의 과실 및 인과관계의 유무에 대하여 확신을 가지지 못할 경우의 법원의 예상되는 판단을 설명하시오.

#### 1. 문제의 제기

甲의 청구가 인용되기 위해서는 가해행위, 손해발생, 인과관계, 고의·과실, 위법성이라는 불법행위책임의 성립요건이 구비되어야 한다. 특히 문제되는 것은 진료의무위반으로 인한 손해발생에 대한 과실 및 인과관계인데 이에 대한 증명책임이 문제된다.

#### 2. 증명책임의 분배

##### (1) 문제점

요증사실에 대하여 진위불명인 경우 패소의 불이익이 발생할 수 있다. 따라서 불법행위의 경우에도 민법 제750조의 제요건들의 입증책임 누구에게 있는지 기본적으로 문제된다.

##### (2) 학설과 판례

통설과 판례는 법률요건분류설을 중심으로 민법의 규범에 따라 법률 효과를 주장하는 경우 그 법률요건에 따라 입증 책임을 진다는 견해가 일반적이다. 그러나 소위 현대형 소송에 해당하는데 이와 같은 소송에서 인과관계의 전과정을 피해자인 원고 혼자에게 증명하도록 요구하는 것은 형평의 관념에 반하는 것이므로 甲의 증명책임을 완화할 필요가 있다는 견해가 대두되고 있다.

##### (3) 검토 및 사안의 경우

의사 乙의 과실 및 甲의 하반신마비 사이의 인과관계는 불법행위에 기한 손해배상청구권이라는 권리의 근거규정인 민법 제750의 요건사실이라 할 것이므로 원칙적으로 권리의 존재를 주장하는 원고 甲이 증명해야 한다. 그러나 이러한 견해를 고수할 경우 피해의 구제가 어려워 질 수 있으므로 증명책임 완화 방안을 검토할 필요가 있으며 의료과오소송에서 판례의 특별한 입장을 살펴볼 필요가 있다.

#### 3. 甲의 인과관계에 대한 증명책임

##### (1) 증명책임을 완화 방안

증명책임을 완화 방안으로는 ① 법률상 추정, ② 일응의 추정과 간접반증, ③ 손해배상소송에서의 증명도 경감이론으로 i) 개연성설, ii) 기여도이론(확률적 심증론), iii) 역학적 증명이 논의되고 있다. 그런데 의료소송에 있어서는 고도의 의학적 지식이 요구되고, 가해자의 비협력, 피해자의 빈곤 등 여러 가지 요인으로 인과관계의 증명이 곤란한데, 의료소송에서 증명책임 완화방안으로 일응의 추정과 간접반증이론이 논의되고 있다.

##### (2) 일응의 추정과 간접반증이론

### 1) 일응의 추정

사실상 추정의 정도가 정형적 사상경과나 이른바 표현증명에 해당하는 경우 일응 그러한 사실이 인정되는 것을 뜻한다. 이는 강력한 증명력을 가지며 증명책임의 완화내지 전환에 이르게 된다.

### 2) 간접반증에 의한 복멸

판례<sup>134)</sup>는 인과관계가 강력하게 추정되는 것으로 이를 반복할 만한 간접증거가 인정되지 아니한 이상 복멸시킬 수 없다는 입장이다.<sup>135)</sup> 의료과오소송에서 과실과 인과관계에 관련된 사실 중 쉬운 것 두 가지는 환자측이, 어렵고 전문적인 것 한 가지는 의사측이 증명책임을 지는 식의 분담으로 증명책임을 완화하고 있다.

### 3) 검토와 사안에의 적용

판례에 의하면 甲이 의사 乙이 수술에 늦게 참여하여 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 많이 경과되었고(일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위), 위 수술 전에 자신은 건강하였음(결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점)을 주장·증명하였으므로 특단의 사정이 없는 한 의사 乙의 기술상 과실 및 인과관계의 존재는 일응 추정된다고 할 것이다.

## 4. 결론

의사 乙이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 점, 즉 이와 양립할 수 있는 별개의 간접사실을 증명해야 한다. 법원은 이에 대해서 확신을 가지지 못한 경우 의사 乙의 과실과 인과관계를 인정하여 원고승소판결을 선고하여야 한다.

---

134) 대판 1995.3.10. 94다39567: 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 증명한다는 것은 극히 어려우므로, 이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료도중에 하반신완전마비 등 사지부전마비증상이 발생한 경우에 있어서는 환자 측에서 i) 일응 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 증명하고 ii) 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 증명을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 할 것이다. 대판 1995.2.10. 93다52402 참조

135) 대판 2007.5.31. 2005다5867

#### 4. 청구이의의 소와 증명책임

乙은 X토지를 甲에게 매도하면서, 매매대금은 1억원으로 하였다. 계약금과 중도금 5000만원을 지급한 상태이다. 乙은 甲을 상대로 甲의 주소지를 관할하는 대전지방법원에 5,000만원의 잔금의 지급을 청구하는 지급명령을 신청하자 乙의 주장에 甲은 지급을 인정하면서 아무런 대응을 하지 않았다. 대전지방법원은 甲으로 하여금 乙에게 5,000만원을 지급하라는 지급명령을 발하였고 이는 곧 확정되었다. 그러나 乙이 강제집행에 착수하자, 甲은 乙의 행위가 배임행위이기 때문에 지급명령 발령 전부터 이미 매매계약은 무효라는 이유로 청구이의의 소를 제기하였다. 甲의 무효주장이 인정받기 위한 증명책임 등 구체적인 방법을 설명하시오.

<참조 조문> 민사집행법 제58조

① 확정된 지급명령에 기한 강제집행은 집행문을 부여받을 필요없이 지급명령 정본에 의하여 행한다. 다만, 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 지급명령의 집행에 조건을 붙인 경우
2. 당사자의 승계인을 위하여 강제집행을 하는 경우
3. 당사자의 승계에 대하여 강제집행을 하는 경우

③ 청구에 관한 이의의 주장에 대하여는 제44조제2항의 규정을 적용하지 아니한다.

#### 1. 문제의 소재

지급명령이 확정된 후에도 집행채권의 소멸을 주장할 수 있는지 묻고 있다. 확정된 지급명령에 기판력이 발생하는지 문제이다. 청구이의의 소의 경우 증명책임의 분배 문제를 검토하면서 소극적 확인의 소의 경우에서의 증명책임 분배 유사한 경우에 해당하여 이를 유추 적용할 수 있는지 살펴본다.

#### 2. 지급명령에 대한 청구이의의 소

##### (1) 지급명령의 효력

금전 기타의 대체물 또는 유가증권의 일정 수량의 지급을 목적으로 하는 청구에 관하여 채권자의 일방적 신청이 있으면 채무자를 심문하지 않고 채무자에게 그 지급을 명하는 재판(제462~제474조)으로서 독촉절차라고도 한다. 지급명령은 채무자의 보통재판적 소재지나 근무지 또는 사무소·영업소의 특별재판적 소재지를 관할하는 지방법원에 전속한다(제463조). 채무자는 지급명령이 송달된 날로부터 2주일 내에 이의신청을 할 수 있다(제468조). 지급명령에 대하여 이의신청이 없거나 이의신청을 취하하거나 각하결정이 확정된 때에는 지급명령이 확정된다(제474조)

##### (2) 지급명령에 대한 청구이의의 소의 효력

현행법상 확정된 지급명령에 기판력이 인정되지 아니한다(민사집행법 제58조 제3항, 제44조 제2항).<sup>136)</sup> 따라서 채무자는 지급명령 발령 전후의 채권소멸사유를 주장하여 채무부존

136) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다12852 판결: 확정된 지급명령의 경우 그 지급명령의 청구원인이 된 청구권에 관하여 지급명령 발령 전에 생긴 불성립이나 무효 등의 사유를 그 지급명령에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있고( 민사집행법 제58조 제3항, 제44조 제2항 참조), 이러한 청구이의의 소에서 청구이의 사유에 관한 증명책임도 일반 민사소송에서의 증명책임 분배의 원칙에 따라야 한다. 따라서 확정된 지급명령에 대한 청구이의 소송에서 원고가 피고의 채권이 성립하지 아니하였음을 주장하는 경우에는 피고에게 채권의 발생원인 사실을 증명할 책임이 있고, 원고가 그 채권이 통정허위표시로서 무효라거나 변제에 의하여 소멸되었다는 등 권리 발생의 장애 또는 소멸사유에 해당하는 사실

재확인의 소 또는 청구이의의 소를 제기할 수 있다.

**(3) 사안의 경우**

甲은 원고가 되어 지급명령 발령 전의 무효사유를 이의사유로 하는 청구이의의 소를 제기하여 乙의 강제집행에 대항할 수 있다.

**3. 청구이의의 소에서 증명책임의 분배**

**(1) 청구이의의 소의 종류**

청구이의의 소는 판결정본에 인정되는 사유에 대하여 이를 부정하는 것으로서 일종의 마치 소극적 확인의 소에 해당한다고 할 것이다. 따라서 소극적 확인의 소에서와 마찬가지로 입증책임이 분배된다.

**(2) 소극적 확인이 소의 증명책임**

청구이의 소에 해당하는 소극적 확인의 소에서는 피고는 채권자로서 채권의 발생원인 사실을 증명하여야 하며, 청구이의사유를 주장하는 채무자인 원고로서는 그 채권이 무효 또는 소멸되었다든 등의 항변의 요건사실을 증명할 책임이 있다.

**(3) 사안의 경우**

채권의 발생원인 사실인 채권관계는 채권자인 피고가 증명하여야 하는데, 이에 대해 乙이 자백하였으므로 법원은 매매대금 존재를 판결의 기초로 삼는다. 원고 甲은 채권의 소멸을 위해 매매계약의 무효를 다투는 항변을 제출하였으므로, 이중매매로서 무효임을 입증하여야 한다.

**4. 결론**

지급명령이 확정되더라도 기판력이 없으므로, 甲은 변론종결 전에 존재하였던 매매계약의 무효 사실을 주장할 수 있다. 乙이 채권의 존재에 대해 증명책임을 지며, 그 무효사유에 대해서는 원고 甲이 증명여하에 따라 사실관계를 인정하여 집행을 배제할 수 있다.

---

을 주장하는 경우에는 원고에게 그 사실을 증명할 책임이 있다. 원고의 통장에 입금된 이 사건 돈은 피고의 원고에 대한 대여금이 아니라 무상지원금이므로 이 사건 돈이 대여금임을 전제로 한 이 사건 지급명령에 기한 강제집행은 불허되어야 한다는 원고의 주장에 대하여, 원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 돈이 대여금이라는 취지에 부합하는 증거들을 배척하고 달리 피고의 원고에 대한 대여금채권이 있음을 인정할 증거가 없다는 이유로 이 사건 지급명령에 기한 강제집행을 불허하였다. 대여금채권의 존재에 관한 증명책임이 채권자인 피고에게 있다고 한 원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 청구이의의 소에서 증명책임에 관한 법리오해나 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 심리미진 등의 위법은 없다.

## 5. 법률상 추정과 증명책임

乙은 X토지를 甲에게 매도하면서, 매매대금은 1억 원으로 하였다. 계약금과 중도금 5000만 원을 지급한 상태에서 乙은 자신의 X토지를 다시 丙에게 동일한 내용으로 이중매도하였다. 등기가 丙에게 이전되자, 甲은 乙을 대위하여 丙에게 말소등기청구소송을 제기하였다. 甲은 丙과 乙의 매매계약이 무효임을 주장하였다. 乙이 위 매매계약을 체결한 사실이 없고, 설사 매매계약이 체결되었다 하더라도 대리권 없는자인 乙이 대리인 丁에 의하여 체결되었으므로 매매계약은 무효이며, 이에 기하여 경료된 이전등기는 원인무효라고 주장하고 있다. 모든 증거조사결과와 변론전체의 취지에 비추어도 법원이 丁에게 대리권이 있었는지 여부에 대하여 심증을 형성하지 못하였다. 이 경우, 법원은 어떠한 사실을 확정시켜 판결할 것인지 설명하고, 불리한 사실을 받을 자가 자신에게 유리한 사실로 바꿀 수 있는 방법에 대하여 검토하시오

### 1. 문제의 소재

등기의 추정력을 법률상 추정으로 보는 판례에 따를 때 대리권의 존부에 대해서도 그 추정력이 미치는지 묻고 있다. 법률상 추정인 경우 증명주제의 완화와 그 복명방법에 대하여 검토한다.

### 2. 대리권의 증명책임 분배와 법률상 추정

#### (1) 대리권의 증명책임

대리인에 의한 법률행위의 효과는 본인에게 미치므로, 대리인을 통하여 법률행위를 하였다는 사실에 대해서는 본인귀속효과를 주장하는 자, 즉 대리인을 통하여 법률행위를 하였다고 주장하는 자에게 증명책임이 있다.

#### (2) 등기의 추정력

##### 1) 문제점

등기는 공신력이 인정되지 않는다. 따라서 등기에 기재된 사항, 과정 등이 적법하고 권리가 부여된 것에 증명책임이 여전히 인정되는지 문제된다.

##### 2) 견해의 대립

등기 사항에 법률상 추정력을 부여하는데 인색한 견해가 없지 않으나, 통설과 판례는 법률상 규정이 없음에도 등기의 추정력을 법률상의 권리추정과 같이 취급한다. 여기의 등기의 법률상 추정에는 소유권취득의 적법은 물론 대리인으로부터 취득한 경우 대리권의 존재에 까지 미친다. 즉, 소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 개입된 처분행위에 의하여 이루어진 경우에 적법한 대리권을 가진 자로부터 취득하였음이 추정된다.

#### (3) 소결

등기의 유효여부는 이 그 요건사실인 적법한 대리인과의 계약체결사실을 증명하여야 하는 것이 원칙이나, 등기의 추정력은 丙은 자신이 현재의 등기명의인이라는 사실만을 증명하면, 법원은 이에 기하여 등기의 적법성은 물론, 丁에게 대리권이 있다는 사실까지 추정한다.

### 3. 법률상 추정의 복명

#### (1) 법률상 추정과 증명책임

### 1) 증명책임의 전환

법률상 추정된 사실과 권리는 이를 부정하는 자에게 입증책임이 있다. 이른바 법률요건분류설의 입증책임의 곤란으로 법률상 추정이 인정되고 결과적으로 입증책임의 전환이 일어난다. 이 경우 이를 복멸하고자 하는 자는 반대사실을 본증으로 증명하여야 한다.

### 2) 대리권의 적법 추정

현재의 등기명의인이 이전등기의 원인이 된 법률행위를 한 제3자가 전 등기명의인으로부터 대리권을 수여받고 처분행위를 하였다고 주장하는 경우에는 현 등기명의인의 등기가 적법하게 이루어진 것으로 추정된다.

#### (2) 추정된 대리권의 복멸

법률상 추정을 깨뜨리기 위해서는 위 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 구하는 전 등기명의인이 그 반대사실, 즉 그 제3자에게 전 등기명의인을 대리할 권한이나 실질적인 권리자의 동의가 없어 무효라는 사실에 대하여 증명책임을 진다. 법원은 증명책임을 지는 자의 불이익으로 사실확정을 하여야 하기 때문에, 법원이 어떠한 판결을 할 것인가는 결국 당사자 사이의 쟁점사항인 정의 대리권 존부에 대하여 누가 증명책임을 지는가에 달려 있다

#### (3) 소결

정의 적법한 대리인임을 증명하여야 하는 것이 아니라, 대리권의 존재를 다투는 甲이 丁에게 그러한 대리권을 수여하지 않았다는 사실을 증명하여야 한다. 결국 무권대리를 증명하여야만 자신에게 유리한 사실을 확정시킬 수 있다.

## 4. 결론

대리권 존재는 법률상 추정되므로 이를 뒤집기 위해서는 甲은 乙이 丁에게 대리권을 주지 않았다는 사실을 증명하여야 한다. 입증되지 않는 한 법원은 丁에게 대리권이 있다는 사실을 확정시켜 말소등기청구를 기각하는 판결을 한다.



## 6. 공해소송과 간접반증이론

乙 회사는 비료회사로서 이사로 A, B, C가 실질적인 권한을 가지로 회사를 운영하고 있다. 이사들은 환경오염으로 환경 피해가 있을 것을 알면서 태안 앞바다 인근에 공장을 설립하였다. 결과적으로 특히 김이 주요한 해산물인 인근 농어민에게 피해를 입게 되어 마을 주민들과 분쟁 중에 있다. 주민들은 불법행위에 기한 손해배상청구소송을 제기하였다. 주민들은 공장에서 배출한 침출처리수로 인해 수질오염이 생겨 어획량이 감소하는 등의 피해가 발생하였다는 이유로 乙을 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 구하였다. 乙은 여름에 내린 집중호우와 태풍으로 인한 바닷물의 오염으로 수산물이 폐사한 것이 자신들의 공장 때문에 그러한 것이 아니라고 주장하고, 주민들은 유능한 소송대리인을 선임하였음에도 명백히 공장폐수 때문에 그러한지 증명하지 못하였다. 이러한 경우 증명책임을 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

불법행위에 기한 손해배상청구소송에서 인과관계에 대해 증명책임의 분배에 관한 문제를 살펴보아야 한다. 특히 현대형 소송인 공해소송에서의 증명근란의 구제와 관련된 표현증명과 간접반증이론이 문제나 입법적으로 해결한 환경피해구제법에 의한 입증책임완화 등이 적용될 수 있는지 살펴본다.

### 2. 증명책임의 분배기준

#### (1) 공해소송의 증명책임의 분배기준

##### 1) 증명책임분배

증명책임의 분배에 대해 통설·판례는 법률요건분류설에 따라 각 당사자는 자기에게 유리한 법류의 요건사실의 존부에 대해 증명책임을 지는 것으로 분배시키고 있다. 이에 따르면 구체적으로, ① 권리의 존재를 주장하는 자는 권리근거규정의 요건사실에 대한 주장·증명책임을 지고, ② 그 존재를 다투는 상대방은 반대규정의 요건사실에 대한 증명책임을 지게 되는데, 반대규정으로는 권리장애규정, 권리멸각규정, 권리저지규정이 있다.

##### 2) 불법행위에서 증명책임

불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 권리발생사실은 ① 피해자가 일정한 권리 또는 보호법익을 가지고 있는 사실, ② 피해자의 권리 또는 보호법익에 대한 가해자의 행위, ③ 가해자의 행위에 관하여 가해자에게 고의 또는 과실이 있었던 사실, ④ 피해자에게 손해가 발생한 사실 및 그 금액, ⑤ 가해자의 행위와 피해자의 손해 간에 인과관계가 있는 사실이다.

#### (2) 법률요건분류설에 기한 분배와 문제<sup>137)</sup>

137) 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에 있어서 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 증명책임은 청구자인 피해자가 부담하나, 대기오염이나 수질오염에 의한 공해로 인한 손해배상을 청구하는 소송에 있어서는 기업이 배출한 원인물질이 대기나 물을 매체로 하여 간접적으로 손해를 끼치는 수가 많고 공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로도 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해의 발생 사이의 인과관계를 구성하는 하나하나의 고리를 자연과학적으로 증명한다는 것이 매우 곤란하거나 불가능한 경우가 많으므로, 이러한 공해소송에 있어서 피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 우려가 있는 반면에, 가해기업은 기술적·경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라, 그 원인을 은폐할 염려가 있기 때문에, 가해기업이 어떠한 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회형평의 관념에 적합하다(대판

### 1) 법률요건분류설의 문제

법률요건분류설에 따르면 사안과 같은 불법행위에 기한 손해배상청구의 경우, 과실 및 인과관계는 권리근거규정인 민법 제750조의 요건사실이라 할 것이므로, 원고 A가 증명해야 하는데, 이는 공해소송, 의료소송 등 현대형 소송에서 증거의 구조적 편재로 인해 피해자인 원고가 증명하기에 곤란하므로 패소의 불이익을 당하게 된다는 문제가 있다.

### 2) 견해의 대립과 변천

증명책임의 분배에 있어서 법규의 형식에 중점을 두는 법률요건분류설을 버리고 실질적 근거에 입각하여야 한다는 입장이 나타나고 있다. ① 손해배상사건에 있어서 손해의 원인이 가해자의 위험영역에서 발생한 경우에는 가해자가 증명책임을 져야 한다는 위험영역설, ② 증거와의 거리, 증명의 난이 등을 증명책임의 기준으로 하여 증명책임을 분배하려는 증거거리설 등이 주장되고 있다.

### (3) 소결

위험영역설의 경우 위험영역의 의미 및 그 한계가 모호하고, 증거거리설의 경우 증거와의 거리가 동등한 경우에는 문제의 해결책이 될 수 없다는 문제점이 있다. 따라서 원칙적으로 법률요건분류설을 기준으로 하되, 그 타당성이 현저히 결여되었다고 보일 때, 예컨대 현대형소송의 분야에서는 피해자의 증명곤란을 완화하기 위해 이를 보충·수정하는 원리로서 신설을 받아들이는 것이 타당하다고 생각한다.

이와 같은 당사자의 실질적 불평등을 시정하기 위한 방안으로 일응의 추정 또는 표현증명과 간접반증이론이 거론되고 있다.

## 3. 일응의 추정과 복멸-간접반증이론

### (1) 고도의 경험칙에 의한 사실추정

일응의 추정 또는 표현증명이란 고도의 개연성이 있는 경험칙을 이용하여 간접사실로부터 주요사실을 추정하는 경우를 말하며, 추정된 사실은 거의 증명된 것이나 마찬가지로 보기 때문에 표현증명이라 한다. 간접반증은 일응의 추정 또는 표현증명이 인정되는 경우 상대방이 추정의 전제되는 간접사실과 양립할 수 있는 별개의 간접사실을 증명하여 위 간접사실에 의한 주요사실의 추인을 방해하는 증거 내지는 증명활동을 말한다.

### (2) 간접반증에 의한 증명책임

#### 1) 간접반증의 성질

당해 별개의 간접사실에 대하여는 그 증명책임이 상대방에게 있고, 상대방은 간접사실에 대하여 본증이 요구된다. 다만, 주요사실에 대한 관계에서는 간접반증은 반증이다. 즉 주요사실의 증명책임을 전환시키는 것은 아니다.

#### 2) 공해소송에서의 적용

판례는<sup>138)</sup> ① 오염물질 배출되고, ② 그것이 피해물건에 도달하였으며, ③ 그 후 피해가

2012.1.12. 2009다84608).

138) 공사가 운영하는 수도권매립지로부터 해양생물에 악영향을 미칠 수 있는 유해한 오염물질이 포함된 침출처리수가 배출되었고, 오염물질 중 일정 비율이 갑 등이 조업하는 어장 중 일부 해역에 도달하였으며, 그 후 어장 수질이 악화되고 해양생태계가 파괴되어 어획량이 감소하는 등의 피해가 발생한 사실이 증명되었다고 보이므로, 갑 등이 조업하는 어장에 발생한 피해는 공사가 배출한 침출처리수에 포함된 오염물질이 해양생물에 작용함으로써 발생하였다는 상당한 개연성이 있다고 할 것이어서 공사의 오염물질 배출과 어장에 발생한 해양생태계 악화 및 어획량 감소의 피해 사이에 인과관계가 일응

발생하였다는 사실이 각 모순 없이 증명된 이상 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고가 인과관계를 부정하기 위해서는 i) 반증으로 공사가 배출한 침출처리수에 어장 피해를 발생시킨 원인물질이 들어있지 않거나 원인물질이 들어있더라도 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 증명하거나, ii) 간접반증으로 어장에 발생한 피해는 공사가 배출한 침출처리수가 아닌 다른 원인이 전적으로 작용하여 발생한 것을 증명하여야 할 것이라고 한다.

### 3) 환경피해구제법<sup>139)</sup>

환경피해구제법이 입법되어 판례를 받아들인 것으로 평가할 수 있어 실정법으로 해결가능하다.

#### (3) 소결

판례의 간접반증이론이 환경피해구제법으로 입법된 것으로 평가된다. 따라서 간접사실을 본증으로 손해에 대하여 반증으로 인과관계를 의심하게 하여야 한다.

## 4. 결론

판례의 이른바 간접반증이론이 환경피해구제법에 의하여 최소한 공해소송에서 사실상 간접반증의 증명책임전환에 해당하는 효과가 있다. 손해배상을 면탈하고자 하는 가해자인 채무자가 원인행위와 결과의 인과관계를 인정되 아니한 간접사실을 본증으로 증명하여야 한다.

---

증명되었고, 공사가 인과관계를 부정하기 위해서는 반증으로 공사가 배출한 침출처리수에 어장 피해를 발생시킨 원인물질이 들어있지 않거나 원인물질이 들어있더라도 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 증명하거나 간접반증으로 어장에 발생한 피해는 공사가 배출한 침출처리수가 아닌 다른 원인이 전적으로 작용하여 발생한 것을 증명하여야 할 것이다(대판 2012.1.12. 2009다84608).

- 139) 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률<sup>1)</sup>이 제정되어, 2016년 1월 1일부터 시행되고 있다. 이 법은 “환경오염피해”에 대한 배상책임을 명확히 하고, 피해자의 입증부담을 경감하는 등 실효적인 피해구제 제도를 확립함으로써 “환경오염피해”로부터 신속하고 공정하게 피해자를 구제하는 것을 목적으로 한다. 다만, 이 법의 적용 대상이 되는 “환경오염피해”는 동법 제3조 시설의 설치·운영으로 인하여 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 소음·진동, 그 밖에 대통령령으로 정하는 원인으로 인하여 다른 사람의 생명·신체(정신적 피해를 포함한다) 및 재산에 발생한 피해(동일한 원인에 의한 일련의 피해를 포함한다)를 말한다. 그러나 해당 사업자가 받은 피해와 해당 사업자의 종업원이 업무상 받은 피해는 제외한다. 그리고 이 법은 “환경오염피해”로 인한 책임에 대하여 무과실책임을 인정함(동법 제6조)과 아울러 그 동안 판례로 인정되어 오던 인과관계의 추정 법리를 법률로서 명문화하고 있다(동법 제9조). 또한 동법 제3조의 시설 사업자에게는 법정의 환경기준 준수의무 뿐만 아니라 “환경오염피해” 예방 및 사고발생 시 피해경감조치 등의 의무를 부과하고 있으며, 사고위험도가 높은 배출시설을 설치·운영하는 사업자에게 환경책임보험 가입을 의무화하고 있다(동법 제17조). 나아가 원인가 불명확한 환경피해 등으로 배상 받지 못하는 경우에 국가가 의료비, 요양생활수당, 장의비, 유족보상비 등 구제급여를 지급할 수 있도록 하였다(동법 제23조). 다만, 피해자나 그 유족이 해당 환경오염피해를 원인으로 하여 이 법 또는 그 밖의 법령에 따른 피해배상이나 구제 등을 받을 수 있는 경우에는 구제급여를 지급하지 아니한다(동법 제34조 제1항).

## **제4편 소송의 종료**

### **제1장 당사자의 행위에 의한 종료**

#### **제2장 기판력**

#### **제3장 판결의 편취**

## 제1장 당사자의 행위에 의한 종료

### 제1절 소취하

#### 1. 소취하의 효력

甲은 인테리어 시공업자인 乙과 카페의 인테리어 공사에 관하여 공사대금 5,000만 원으로 하는 도급계약을 체결하였다. 乙은 甲을 상대로 공사대금의 지급을 구하는 소를 제기하여 모두 주장·증명하였다. 甲은 변론종결 전에 乙에게 5,000만 원을 송금하였고, 乙은 위 5,000만 원이 공사대금 채무의 변제에 충당되는 것이라고 생각하여 소취하서를 작성하여 법원에 제출하였으며, 甲은 乙의 소취하에 동의하였다. 그 후 乙은 변제충당의 법리상 위 송금액 5,000만 원이 공사대금 채무와 별개인 甲의 乙에 대한 대여금 채무의 변제에 충당될 수밖에 없음을 알게 되었고, 이에 '착오로 소취하가 이루어진 것이니 소취하는 무효이고, 만일 소취하가 유효하다면 착오를 이유로 소취하를 취소한다.'고 주장하고 있다. 이러한 乙의 주장의 인정 여부 및 방법 이에 대한 법원의 처리에 대하여 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

소송행위인 소취하를 한 경우 착오의 소취하가 유효한지, 그러한 경우 유효한 소취하를 다시 착오를 이유로 취소할 수 있는 지, 그 다투는 방법으로 기일지정신청에 대한 법원의 판단형식이 문제된다.

#### 2. 소취하의 취소 거부

##### (1) 소취하의 효력

소의 취하는 원고가 제기한 소를 철회하여 소송계속을 소멸시키는 원고의 법원에 대한 소송행위이고, 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없으므로 착오에 의한 소취하도 유효하다<sup>140)</sup> 따라서 乙의 소취하가 유효하게 이루어져<sup>141)</sup> 乙과 甲 사이의 소송계속은 일단 소급적으로 소멸하였다(민사소송법 제267조 제1항).

##### (2) 소취하 취소 가능 여부<sup>142)</sup>

###### 1) 취소의 원칙적 불가능

소송행위 중 당해 행위를 한 당사자에게 불리하거나 상대방으로 하여금 일정한 법률상 지위를 형성하게 하는 구속적 소송행위는 특별한 사정(다른 사람의 형사상 처벌할 수 있는 행위로 인하여 소송행위를 한 경우 등)이 없는 한 자유로이 취소할 수 없다.

###### 2) 견해의 대립

판례와 다수설은 의사표시 하자불고려설의 입장에서 착오 등의 의사의 흠이 있음을 이유로

140) 대법원 1997.06.27. 선고 97다6124 판결

141) 甲이 소취하에 동의하였으므로 설령 소취하 전에 甲이 본안에 관하여 응소하였더라도 소취하는 유효하다.

142) 민사소송법의 재심규정을 유추적용할 수 있는지 여부도 중요한 문제이다. 판례는 제451조 제1항 제5호를 유추적용하여 그 소송행위의 효력을 부인할 수 있다고 한다. 이 경우 형사상 처벌을 받을 행위에 유죄판결의 확정 필요하다는 것이 판례이다. 2003다46758

구속적 소송행위를 취소할 수도 없다고 본다. 이에 대하여 각 소송행위를 구체적으로 검토하여 이익을 형량해서 의사의 흠을 다루어야 한다는 견해도 있다. 이 견해는 소의 취하와 같이 소송절차를 종료시키는 행위는 소송절차의 안정과 무관하므로 의사의 흠에 관한 민법상의 규정을 유추적용하여야 한다고 본다.

### (3) 사안에의 적용

소송절차의 명확성과 안정성을 기하기 위하여 소송행위에 대하여는 표시주의(외관주의)를 관철하여야 한다는 점에서 판례와 다수설의 입장이 타당하다. 소취하는 구속적 소송행위에 해당하므로 乙은 착오를 이유로 소취하를 취소할 수 없다

## 3. 소송행위의 효력을 다투는 방법

### (1) 변론기일지정과 별소제기

일반적으로 기일지정은 법원의 소송지휘권에 맡겨진 사항이므로 당사자의 기일지정신청은 직권발동을 촉구하는 의미만을 가진다. 별소제기는 소의 이익이나 중복제소의 위험이 있다. 따라서 소취하의 효력을 다투는 방법은 원칙적으로 기일지정신청 방법으로 하여야 한다.

### (2) 소취하 효력에 대한 법원의 판단

소의 취하가 부존재 또는 무효라는 것을 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있고 이러한 신청이 있는 때에는 법원은 변론을 열어 신청사유에 관하여 심리하여야 하며, 법원이 심리한 결과 신청이 이유 없다고 인정하는 경우에는 종국판결로 소송의 종료를 선언하여야 한다(민사소송규칙 제67조).

### (3) 사안의 경우

소취하의 효력을 다투는 방법은 기일지정신청이며 이에 대하여 법원은 소송계속을 인정하거나 소송종료선언하여야 한다.

## 4. 결론

유효한 소취하에 대하여 착오로 취소할 수 없으므로 소취하의 효력은 확정적이다. 소취하에의 효력을 다투는 방법은 당사자가 기일지정신청하여야 하고, 이에 대하여 법원은 변론기일을 지정하여 심리를 한 후 소송종료선언을 하여야 한다.

## 2. 조건부 소취하계약

乙은 甲이 운전하던 택시를 타고 가던 중 길가의 난간에 충돌하여 중상을 입고 병원에 입원하였다. 병원에 퇴원하고 보니 甲은 총 2억 2천만 원의 손해가 확인되었다. 乙은 甲을 상대로 치료비 1억 원, 일실수익으로 1억 원, 위자료로 2천만 원의 손해배상청구소송을 제기하여 사실관계를 모두 주장·증명하였다. 제1심법원은 치료비와 일실이익을 모두 인정하였지만, 위자료는 1000만 원으로 함께 2억 1천만 원의 원고 일부승소판결하였다. 이에 乙은 항소한 후에 일실이익을 1억 5천만 원으로 청구취지를 확장하였다. 한편 甲과 乙은 기일 외에서 ‘甲은 乙에게 손해배상금의 대물변제로서 시가 2억 1천만 원 상당의 차량을 양도하고 乙은 甲으로부터 위 차량을 양도받음과 동시에 소를 취하한다.’는 내용의 약정을 하였다. 이러한 약정에도 甲은 乙이 소를 취하지 아니하자, 甲은 乙의 청구취지의 확장이 부당하며, 그렇지 않더라도 소취하계약사실을 증명하면서 소는 취하되어야 한다고 주장한다. 이에 乙은 차량이 인도되지 않아서 항소는 유지되어야 한다고 주장하고 있다. 항소심 법원의 예상되는 판결을 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

전부승소한 부분에 대한 청구지의 확장에 대한 항소이익이 존재하는지 여부와 소송상의 합의인 소취하계약에 조건을 붙일 수 있는지 여부, 이것이 인정된다면 그 조건이 성취되지 않은 경우 소의 이익이 인정되는지가 문제된다.

### 2. 일실이익의 청구취지 확장의 적부

#### (1) 손해배상청구에서의 소송물

손해 1개설, 손해 2분설이 존재하나 통설·판례는<sup>143)</sup> 손해 3분설의 입장에서 생명 또는 신체에 대한 불법행위로 인하여 입게 된 적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리하므로 그 손해배상 의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한지의 여부는 각 손해마다 따로 판단한다.

#### (2) 전부승소한 소송물에 항소이익

##### 1) 문제점

일실이익에 대하여 전부승소한 경우 이익의 확장을 위하여 항소심에서 청구취지를 확장한 부분이 타당한지 문제된다.

##### 2) 학설과 판례

학설상 실질적 불복설, 절충설 등이 주장되고 있으나 통설과 판례는<sup>144)</sup> 형식적 불복설의 입장에서 예외적으로 상소이익을 인정하자는 입장이다. 즉 판례는 통설·판례인 형식적 불복설을 기준으로 손해 1개설에 의하면 청구취지를 확장한 부분도 심리하여야 하나, 손해 2분설 및 손해 3분설에서는 원칙적으로 확장된 일실이익 부분은 상소의 이익이 없어 각 하될 것이다. 다만, 판례는<sup>145)</sup> 이를 허용하고 있다.

143) 대판 2002.09.10. 2002다34581

144) 대판 2002.06.14. 99다61378

145) 대판 1994.06.28. 94다3063: 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이므로 전부 승소한 판결에 대하여는 항소가 허용되지 않는 것이 원칙이나, 하나의 소송물에 관하여 형식상 전부 승소한 당사자의 상소이익의 부정은 절대적인 것이라고 할 수도 없는 바, 원고가 재산상 손해(소극적 손해)에 대하여는 형식상 전부 승소하였으나 위자료에 대하여는 일부 패소하였고, 이에 대하여 원고가 원고 패소부분에 불복하는 형식으로 항소를 제기하여 사건 전부가 확정이 차단되고 소송물 전부가 항소심에 계속되게 된 경우에는, 더욱이 불법행위로 인한 손해배상에

### (3) 검토와 사안에의 적용

전부가 확정이 차단되고 소송물 전부가 항소심에 계속되게 된 경우에는, 더욱이 불법행위로 인한 손해배상에 있어 재산상 손해나 위자료는 단일한 원인에 근거한 것인데 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는 것에 지나지 아니한 것이므로 이를 실질적으로 파악하여, 항소심에서 위자료는 물론이고 재산상 손해(소극적 손해)에 관하여도 청구의 확장을 허용하는 것이 상당하다.<sup>146)</sup>

## 3. 소취하 계약의 법적 성질

### (1) 소송상합의 허용여부

판례는 강행규정에 위반에 해당하는 합의는 무효이지만 당사자의 의사결정의 자유가 인정되는 경우 허용하자는 제한적 허용설의 입장이다. 소취하합의 경우 허용된다고 본다.

### (2) 소취하합의 법적 성질

#### 1) 문제점

소취하 합의란 소송외에서 원고가 피고에 대하여 소를 취하하기로 하는 약정(소취하계약)을 말한다. 따라서 그 법적 성질에 따라 소송법적 효력이 다르게 이해된다.

#### 2) 학설과 판례

소취하 합의의 법적 성질에 대해서는 사법상 계약으로서 사법상 의무만을 발생시킨다는 견해(사법계약설)와 직접 소취하라는 소송법상 효과를 발생시킨다는 견해(소송계약설)이 대립한다. 사법계약설은 소취하 의무를 위반하여 소를 유지시키면 신의칙위반이고 권리보호이익을 잃는다고 주장하는 항변권설의 입장으로 흐르는 반면, 소송계약설은 소취하합의사실이 소송상 주장되면 직접 소송계속소멸의 효과가 발생하고, 법원은 이를 확인하는 내용의 소송종료선언을 하여야 한다고 한다. 판례는 소취하 합의에 의하여 소는 권리보호이익을 잃는다고 하여 항변권설의 입장에서 부적법 각하한다.

### (3) 사안의 경우

소취하계약은 허용되고 당사자가 이를 항변으로 주장하고 입증하여야 한다. 사안에서는 법원은 이를 고려하여 판단하여야 한다.

## 4. 조건불성취 소취하계약의 효력

### (1) 조건부 소송행위의 인정여부

소송행위는 원칙적으로 조건과 친하지 아니하다. 그러나 단독적 소송행위에는 소송외적 조건을 붙일 수 없지만, 소취하계약과 같은 쌍무계약의 소송상의 합의에는 소송외적 조건을 붙일 수 있다고 할 것이다.

### (2) 조건불성취된 소취하계약의 효력

당사자 사이에 그 소를 취하하기로 하는 합의가 이루어졌고 그러한 계약에 조건이 성취여부가 문제된 경우 이에 대한 논란이 있을 수 있다. 소취하계약의 존재가 현출된 경우 특별한 사정이 없는 한 소송을 계속 유지할 법률상의 이익이 없어 그 소는 각하되어야 하는 것

---

있어 재산상 손해나 위자료는 단일한 원인에 근거한 것인데 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는 것에 지나지 아니한 것이므로 이를 실질적으로 파악하여, 항소심에서 위자료는 물론이고 재산상 손해(소극적 손해)에 관하여도 청구의 확장을 허용하는 것이 상당하다.

146) 위 판례



이 원칙이다. 그러나 조건불성취된 소취하계약은 부적법하다고 볼 수 없다는 것이 판례의<sup>147)</sup> 견해인데 계약의 원칙상 조건성취가 유효한 계약의 조건이므로 여전히 소는 계속되어 있다고 볼 것이다.

### (3) 사안의 경우

조건부 소취하의 합의를 한 경우에는 조건의 성취사실이 인정되지 않는 한 그 소송을 계속 유지할 법률상의 이익을 부정할 수 없다. 甲의 기계 양도라는 조건이 성취되지 않았으므로 소취하합의에 의해 소가 부적법해지는 것은 아니다.

## 5. 결론

전부승소한 부분에 대한 항소도 이익이 있다고 할 것이고, 한편 소취하계약은 허용되며 당사자가 주장하는 한 법원은 이를 고려하여야 한다. 한편 甲의 차량인도라는 조건을 붙인 소취하계약도 유효하다. 결과적으로 조건불성취의 소취하계약은 적법하고 청구원인사실이 모두 주장·증명되었으므로 법원은 청구인용판결을 하여야 한다.

---

147) 대판 2013.07.12. 2013다19571: 원고와 피고가 소취하합의를 하였으나, 위 합의에서는 피고가 원고에 대하여 300억 원을 현금으로 직접 지급하거나 대물변제하기로 하고, 피고가 그 의무를 이행함과 동시에 원고가 소취하서를 제출하기로 약정한 사실을 인정할 수 있을 뿐이고, 나아가 피고가 그 약정에 따른 의무를 이행하였다는 사실을 인정할 자료가 부족하므로 소취하합의에 따라 소가 부적법하게 되었다고 볼 수 없다고 판시한 판결.

### 3. 소취하계약과 재소금지

甲은 A회사를 상대로 해고무효확인인 소를 제기하여 1심에서 승소판결을 받았고, A는 이에 불복하여 항소하였다. 항소 심절차 중 A는 법원 밖에서 甲을 만나 「A는 甲에게 3,000만 원을 지급하고, 甲은 이를 받는 즉시 소를 취하한다.」는 합의를 하였다.(다음의 각 물음에 답하시오.)

1. A는 소취하 합의에 따라 갑에게 3,000만 원을 지급하였지만, 甲은 이를 수령하지 않고 소를 취하지 않고 있다. A는 법원에 甲의 소가 소취하 합의에 의하여 취하였다는 주장을 제출하였다. 법원은 甲의 소에 대하여 어떠한 조치를 취할 것인가?

2. 甲은 소취하 합의에 따라 즉시 자신의 소를 취하였지만 A로부터 3,000만 원을 지급받지 못하자, 다시 해고무효확인 청구와 함께 해고시부터 복직시까지의 봉급액 5,000만 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 甲의 소는 적법한가? 법원의 판결은?

#### I. 설문 1에 관하여

##### 1. 문제의 소재

소취하 합의에 위반한 소에 대한 처리 방법을 묻고 있다. 소취하 합의를 허용할 것인지 허용된다면 법적 성질을 검토하여 법원이 소송종료선언을 할 것인지, 아니면 소를 부적법 각하할 것인지 문제된다.

##### 2. 소취하 합의의 허용여부

###### (1) 소취하 합의

소취하 합의란 소송외에서 원고가 피고에 대하여 소를 취하기로 하는 약정으로서 소취하계약을 말한다. 이에 대하여 명문의 규정이 없어 견해가 대립하는 데 이에 대하여 판례는 제한적 허용설의 입장에 있다.

###### (2) 허용요건

판례는 당사자가 처분할 수 있고 특정관계에 대하여 한정된 합의이고, 그 합의시 예상할 수 있는 사항이고, 불공정하지 않을 것을 요건으로 한다.

###### (3) 사안의 경우

판례에 따를 때 일단 허용되는 소송상 합의로 볼 것이며 법적 성질에 따라 소송법적 효과가 달라진다.

##### 3. 소취하계약의 효과<sup>148)</sup>

###### (1) 문제점

소취하계약을 소송행위로 볼수 없는 경우 소송법적 효과를 인정할 수 없으므로 이에 대한

148) 92다21760: 특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의한 경우 이에 위반하여 제기한 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다는 신의성실의 원칙은 계약법뿐 아니라 모든 법률관계를 규제, 지배하는 법의 일반원칙으로서 민사소송에서도 당연히 요청되는 것인 바 민사소송법 제1조는 이를 명백히 규정하고 있다.

논의가 필요하다.

## (2) 법적 성질

소취하 합의의 법적 성질에 대해서는 사법상 계약으로서 사법상 의무만을 발생시킨다는 견해(사법계약설)와 직접 소취하라는 소송법상 효과를 발생시킨다는 견해(소송계약설)이 대립한다. 판례는 요건 효과설에 따라 사법계약으로 본다. 결과적으로 소구할 수 있는 것은 아니고 항변권을 발생시키는 것으로 본다, 따라서 당사자의 주장과 증거가 없다면 법원은 이를 고려하지 않는다.

## (2) 소송상합의 위반시 구제방법

사법계약설은 소취하 의무를 위반하여 소를 유지시키면 신의칙위반이고 권리보호이익을 잃는다고 주장하는 반면, 소송계약설은 소취하합의사실이 소송상 주장되면 직접 소송계속소멸의 효과가 발생하고, 법원은 이를 확인하는 내용의 소송종료선언을 하여야 한다고 한다. 판례는 소취하 합의에 의하여 소는 권리보호이익을 잃는다고 하여 부적법 각하한다.<sup>149)</sup>

## 4. 사안의 해결

소취하계약은 항변권으로 주장할 수 있으며, 이에 대하여 법원은 신의칙 위반 내지 권리보호이익의 흠을 이유로 소를 부적법 각하한다.

## II. 설문 2에 관하여

### 1. 쟁점 정리

해고무효확인 청구 및 해고시부터 복직시까지의 봉급액의 지급을 청구하는 소가 재소금지의 원칙에 따라 부적법한지 문제이다. 제1심의 본안판결 후 항소심에서 소를 취하하였으므로 재소금지의 원칙이 적용되는지 검토한다.

### 2. 재소금지 원칙의 적용

#### (1) 재소금지 성질

재소금지의 원칙이란 본안에 관한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 때에는 취하한 소와 동일한 소를 제기할 수 없다는 것을 말한다(제267조 제2항). 종국판결에 들인 법원의 노력을 존중하고 원고의 소취하권의 남용과 판결의 농락방지를 억제하기 위한 것이다.

#### (2) 재소금지의 원칙의 요건

이 원칙이 적용되기 위해서는 (i) 본안에 관한 종국판결이 있는 후에 소를 취하하였고, (ii) 취하 전후의 소송에서 당사자 및 소송물이 동일하며, (iii) 전후의 소 사이에 권리보호이익이 동일한 경우라야 한다.

#### (3) 사안의 경우

甲은 본안에 관한 종국판결이 있는 뒤에 해고무효확인의 소를 취하하였고, 이후 다시 해고무효확인과 5,000만 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 그런데 (i) 5,000만 원 지급청구

149) 2005다14861: 재판상 화해에 있어서 법원에 계속 중인 다른 소송을 취하하기로 하는 내용의 화해 조서가 작성되었다면 당사자 사이에는 법원에 계속 중인 다른 소송을 취하하기로 하는 합의가 이루어졌다 할 것이므로, 다른 소송이 계속 중인 법원에 취하서를 제출하지 않는 이상 그 소송이 취하로 종결되지는 않지만 위 재판상 화해가 재심의 소에 의하여 취소 또는 변경되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 소송의 원고에게는 권리보호의 이익이 없게 되어 그 소는 각하되어야 한다.

를 전소의 소송물과 동일하다고 볼 수 있는지, (ii) 후소의 권리보호이익이<sup>150)</sup> 전소의 경우와 동일한지 문제이다.

### 3. 소송물인 동일한지 여부

#### (1) 확인의 소와 이행의 소의 관계

원칙적으로 확인의 소는 소의 이익을 전제로 한다. 여기서는 이행의 소가 전소라면 확인의 소는 후소로서 확인의 이익이 없다고 할 것이나 사안의 경우 확인이 있고 이에 대한 소의 이익이 소멸하는지 문제이나 여기서는 후소만을 논의하므로 실익이 없다.

#### (2) 선결적 법률관계

전소의 소송물이 후소의 소송물의 선결적 법률문제인 경우에도 소송물이 동일하다고 볼 것인가에 대해서는 적극설과 소극설이 대립한다. 판례는 재소금지의 취지상 적극적으로 해석하여 소송물은 다르지만 동일한 소로 볼 수 있다는 입장이다.

#### (3) 사안의 경우

해고무효확인 청구는 5,000만 원 지급청구의 선결적 법률문제이므로 재소금지의 원칙이 적용될 수 있는 동일한 소송물에 속한다.

### 4. 권리보호이익 동일 여부

#### (1) 문제점

후소가 전소와 당사자 및 소송물이 동일하더라도 권리보호이익이 다르면 재소금지의 원칙의 적용을 받지 아니한다. 재소금지원칙이 부당한 재소남발을 방지하는데 그 취지가 있으므로 권리보호이익이 다른 경우에는 소권을 보장해 주어도 무방하기 때문이다.

#### (2) 권리보호의 동일성 여부

권리보호이익의 동일성 요건은 결국 소권 보장을 필요로 하는 사정변경이 생긴 것을 의미한다. 이에 따라 전소취하의 전제조건이 약정사항불이행으로 약정이 해제·실효되는 사정변경이 발생하면 전소와 다른 권리보호이익을 인정할 수 있다는 것이 판례이다.

#### (3) 사안의 경우

甲이 후소를 제기할 당시에 A가 약정사항을 불이행하여 소취하약정이 실효되는 사정변경이 발생하였고, 후소의 권리보호이익을 발생시킴으로써 권리보호이익이 전소와 다르다.

### 5. 사안의 해결

甲의 해고무효청구 및 임금지급청구는 본안 종국판결이 있는 후에 소취하 뒤에 제기되어 재소금지의 다른 요건은 모두 충족하였으나, 권리보호이익이 달라 재소금지의 원칙이 적용되지 아니하여 적법하다.<sup>151)</sup> 법원은 선결관계에 구속되어 본안판단한다.

150) 97다45341: 제267조 제2항 소정의 재소금지원칙이 적용되기 위하여는 소송물이 동일한 외에 권리보호의 이익도 동일하여야 할 것인바, 매수인이 매도인을 상대로 부동산에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행의 소를 제기하여 승소판결을 받았지만, 항소심에서 매매에 따른 토지거래허가신청절차의 이행을 구하는 소로 변경하여 당초의 소는 종국판결 선고 후 취하된 것으로 되었다 하더라도, 그 후 토지거래허가를 받고 나서 다시 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 것은 취하된 소와 권리보호의 이익이 달라 재소금지원칙이 적용되지 않는다.

151) 93다22074: 제267조 소정의 재소금지원칙이 적용되기 위하여는 소송물이 동일한 외에 권리보호의 이익도 동일하여야 할 것인데, 피고 허연수가 위 전소 취하의 전제조건인 약정사항을 지키지 아니함

---

으로써 위 약정이 해제 또는 실효되는 사정변경이 발생하였다면, 이 사건 지상권이전등기 말소등기청구와 전소가 소송물이 서로 동일하다 하더라도, 소제기를 필요로 하는 사정이 같지 아니하여 권리보호의 이익이 다르다 할 것이므로, 결국 이 사건 청구는 위 재소금지원칙에 위배되지 아니한다.

#### 4, 재소금지와 선결적 법률관계

甲은 乙을 피고로 하여 乙 소유의 토지와 관련하여 그 소유권의 이전등기를 청구하는 소를 제기하였다. 제1심법원은 매매를 원인으로 한 甲의 소유권이전등기청구를 인용하였으나, 乙이 항소하였다. 항소심절차에서 甲은 乙과 타협하여 자신의 소를 취하하였다. 그런데 乙이 소취하합의사항을 이행하지 않아 다시 소유권이전등기를 청구하는 소를 다시 제기하였다. 이 경우 甲이 청구원인으로, ①종전의 매매계약을 그 원인으로 한 경우, ②취득시효완성을 원인으로 한 각각의 경우 소의 적법 여부를 검토하되, 별개로 아울러 乙이 甲을 상대로 말소등기청구소송을 제기한 경우를 가정한 것과 비교하여 검토하시오.

##### 1. 문제의 소재

재소금지의 적용요건인 동일한 소송물과 관련하여, 이전등기청구원인이 다른 경우 소송물이 다른지 검토한다. 재소금지원칙에서 후소 소송물이 전소의 선결적 법률문제일 때에도 동일한 소송물로 볼 것인지 문제이다.

##### 2. 소유권이전등기청구소의 소송물

###### (1) 청구원인과 소유권이전등기청구소의 소송물

소유권이전등기청구권의 소송물은 등기원인마다 별개의 소송물을 구성한다. 따라서 매매계약과 취득시효는 별개의 소유권이전등기청구원인이므로 소송물이 그 판단기준인 중복제소, 청구병합, 기판력 등에 적용된다.<sup>152)</sup> 다른 한편, 매매나 취득시효는 예컨대 소유권확인을 청구하는 소의 경우에는 독립한 공격방법으로서 소송물이 아닌 소송자료에 그친다.

###### (2) 말소등기청구의 소와 이전등기청구의 소

말소등기청구의 소는 말소대상인 특정한 (이전)등기 자체에 대한 것이므로 소송물이 다르더라도 기판력이 미친다(모순되는 반대관계). 모순되는 반대관계의 경우 동일한 소송물과 같이 취급하여 부적법 각하하여야 한다는 견해가 있으나, 판례는 청구를 기각한다.

###### (3) 소결-양자의 비교

매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송은 취하된 전소의 소송물과 동일하며, 취득시효 완성을 원인으로 소유권이전등기를 청구하면 소송물이 다르다. 말소를 청구하는 것은 확정판결의 효력을 부인하는 결과가 되어 허용되지 아니한다. 법원은 을의 말소등기청구를 기각하는 판결을 한다.

##### 3. 재소금지원칙의 적용 거부

###### (1) 재소금지 적용여부와 문제점

본안에 관한 종국판결 이후에 소를 제기한 자는 동일한 소를 제기할 수 없다(제267조 제2항). 재소금지의 적용요건은 당사자, 소송물 및 권리보호 이익이 모두 동일한 경우라야 한다. 따라서 사안에서 재소금지가 적용될 수 있는지 검토가 필요하다.

###### (2) 선결적 법률관계와 재소금지 여부

152) 대판 19991.01.15. 88다카19002: 소유권이전등기청구사건에 있어서 등기원인을 달리하는 경우에는 그것이 단순히 공격방어방법의 차이에 불과한 것이 아니므로 대물변제를 등기원인으로 소유권이전등기를 구하는 전소 확정판결의 기판력이 취득시효완성을 청구원인으로 소유권이전등기를 구하는 후소에 미치지 아니한다.

#### 1) 문제점

재소금지원칙에서의 소송물에는 전소의 소송물이 후소의 소송물에 대한 선결적 법률관계에 있는 경우를 포함하는가 문제된다.

#### 2) 견해의 대립

기판력보다 가혹한 결과가 발생할 수 있다는 이유로 이를 포함시킬 수 없다는 견해가 있으나, 판례는 재소금지의 취지에 비추어 동일한 소송물로 볼 수 있다는 입장이다. 권리보호 이익의 동일 여부를 유연하게 적용하는 방법으로 기판력보다 가혹한 결과를 조정할 수 있는 여지가 있으므로 판례의 태도가 타당하다.

#### (3) 법원의 조치

당사자와 권리보호이익과 소송당사자는 전소의 경우와 동일하고, 전소의 소송물이 후소의 선결적 법률문제이기 때문에 소송물도 동일하다. 따라서 甲이 제기한 소유권이전등기청구의 후소는 재소금지의 원칙의 적용을 받아 부적법하므로 소를 각하한다.

#### 4. 결론

乙의 말소등기청구와 甲의 매매를 원인으로 한 이전등기청구소송은 전소와 소송물이 동일하여 재소금지의 원칙을 적용받아 부적법한 반면에, 취득시효를 원인으로 한 이전등기청구소송은 전소의 소송물과 달라 재소금지의 원칙의 적용을 받지 않아 적법하다.

## 제2절 인낙과 화해 등

### 1. 인낙조서의 효력

甲은 乙로부터 토지거래허가구역의 乙 소유의 X토지를 매입하는 계약을 체결하고 매매대금을 전부 지급하였다. 甲은 지가상승이 기대에 미치지 않자, 위 토지에 대한 토지거래허가가 나오지 않음을 이유로 매매계약이 무효라고 주장하면서 지급한 매매대금의 반환을 청구하는 소(전소)를 제기하였다. 이 소송절차 중에 乙은 위 매매계약이 유효하다고 주장하면서 원고청구의 기각을 구하는 준비서면을 제출하였는데, 그 준비서면제출 직후 위 토지의 지가가 급등하였다. 甲은 매매대금반환 대신에 위 토지에 관한 소유권이전등기를 받고자 하여 매매대금반환청구의 소를 취하하고, 소유권이전등기를 청구하는 소(후소)를 제기하였다. 그러나 법원에 의하여 소취하가 인정되지 아니하였다. 이에 乙이 소유권을 보전하고자 매매대금반환청구의 소에 대해 청구를 인낙하여 인낙조서가 작성되었다. 이 인낙조서의 작성이 甲이 후소로 제기한 소유권이전등기청구의 소에 어떠한 영향을 미칠수 있는지 설명하시오.(소취하의 타당성여부는 논외로 할 것)

#### 1. 문제의 소재

인낙조서의 기판력 발생으로 전소의 선결적 법률문제와 후소의 선결적 법률문제에 어떠한 작용을 하는지 문제되는데, 후소에 대하여 특히 인낙조서의 경우에도 판례의 증명효 이론을 적용할 수 있는지 검토가 필요하다.

#### 2. 인낙조서와 소유권이전등기의 소의 관계

##### (1) 인낙조서의 기판력의 발생

청구인낙 조서는 확정판결과 동일한 효력을 발생시키는데(제220조), 여기의 효력에는 집행력은 물론 기판력도 포함된다. 기판력은 판결주문에서 판단한 사항에 한하여 미치고 판결 이유 중에 판단한 사항에 대해서는 미치지 않는다(제216조 제1항).

##### (2) 소송물의 동일성 여부

매매계약의 무효 또는 해제를 원인으로 한 매매대금반환청구에 대한 인낙조서의 기판력은 그 매매대금반환청구권의 존부에 관하여만 발생할 뿐, 그 전제가 되는 선결적 법률관계인 매매계약의 무효 또는 해제에까지 발생하는 것은 아니므로 소유권이전등기청구권의 존부를 소송물로 하는 후소는 전소에서 확정된 법률관계와 정반대의 모순되는 사항을 소송물로 하는 것이라 할 수 없다는 것이 판례의<sup>153)</sup> 태도이다.

##### (3) 소결

153) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2004다55698 판결: 전에 제기된 소와 후에 제기된 소의 소송물이 동일하지 않다고 하더라도, 후에 제기된 소의 소송물이 전에 제기된 소에서 확정된 법률관계와 모순되는 정반대의 사항을 소송물로 삼았다면 이러한 경우에는 전번 판결의 기판력이 후에 제기된 소에 미치는 것이지만, 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것이 아니므로, 전의 소송에서 확정된 법률관계만 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계를 의미하는 것이지 그 전제가 되는 법률관계까지 의미하는 것은 아니다. 매매계약의 무효 또는 해제를 원인으로 한 매매대금반환청구에 대한 인낙조서의 기판력은 그 매매대금반환청구권의 존부에 관하여만 발생할 뿐, 그 전제가 되는 선결적 법률관계인 매매계약의 무효 또는 해제에까지 발생하는 것은 아니므로 소유권이전등기청구권의 존부를 소송물로 하는 후소는 전소에서 확정된 법률관계와 정반대의 모순되는 사항을 소송물로 하는 것이라 할 수 없으며, 기판력이 발생하지 않는 전소와 후소의 소송물의 각 전제가 되는 법률관계가 매매계약의 유효 또는 무효로 서로 모순된다고 하여 전소에서의 인낙조서의 기판력이 후소에 미친다고 할 수 없다고 한 사례.



매매계약의 유효여부는 전소판결 및 후소판결의 판결이유 중에서 판단할 사항에 지나지 않는다. 따라서 전소판결에서 매매계약이 유효하다고 판단하였더라도 후소법원은 이에 구속되지 아니한다.

### 3. 인낙조서와 증명효 이론의 적용범위

#### (1) 증명효이론 적용

##### 1) 증명효이론

증명효란 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 이를 유력한 증거로 삼아 합리적 이유 설시 없이 이를 배척할 수 없다는 것을 말하는 것으로 판례에 의해 구축된 이론이다. 특히 판결이유 중에 판단한 사항에서 문제된다.

##### 2) 인낙조서에 대한 증명효이론의 적용

인낙조서가 기판력을 가지므로 이에 대하여 증명효이론을 적용할 수 있다는 견해가 있다. 증명효는 판결이 아니라 인낙조서에는 적용여부는, 증명효는 법원의 판단에 일정한 효력을 주는 것인데, 청구인낙은 피고의 의사에 의하여 이루어지고 법원은 단지 이를 확인하는 내용의 조서를 작성하는데 지나지 않기 때문에 무조건 이전될 수는 없다.

#### (2) 증명효의 범위

확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것이 아니므로, 전의 소송에서 확정된 법률관계란 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계를 의미하는 것이지 그 전제가 되는 법률관계까지 의미하는 것은 아니다.<sup>154)</sup> 인낙조서도 이와 동일하게 해석된다.

#### (3) 사안의 경우

인낙조서에 기판력이 생기며 모순되는 반대관계에 소송물의 동일이론을 적용할 수 있다고 볼 것이다. 그러나 매매계약의 유효를 전제로 인낙조서가 작성되었지만, 이를 가지고 소유권이전등기청구를 기각하는 증거로 삼을 수 없다. 따라서 후소는 이와 다른 본안판단이 가능하다.

### 4. 결론

후소는 전소의 인낙조서에 의하여 판결의 이유 등 어떠한 영향도 받지 아니한다. 법원은 선결관계 또는 증명효를 이유로 전소판결의 기판력에 저촉된다는 이유로 원고청구를 기각할 수 없고, 매매계약의 유효를 심리하여 그 결과에 따라 원고청구에 대한 판결을 한다.

---

154) 앞의 판례

## 2. 재판상 화해와 실체법적 문제

학기 중 시험준비 관계로 도서관에서 밤늦게 자전거로 귀가하던 甲은 2006. 10. 20. 교통사고를 당하였다. 甲은 乙 상대로 하여 대전지방법원에 1,500만원의 손해배상 청구소송을 제기하였다. 배상문제를 놓고 피해자와 가해자간에 팽팽한 줄다리기는 소송경과와 더불어 서로의 격앙됐던 감정이 소송결과에 대한 두려움으로 바뀌어 가던 중, 피고의 변호사는 보험회사의 보험금지급 전례와 피고가 無資力이라는 말로써 원고에게 和解할 것을 설득하였다. 마침내 법원의 화해권고에 힘입어 양 당사자는 2007. 6. 3. 다음과 같은 내용의 합의에 도달하고, 이러한 내용의 화해조서를 작성하였다.

“① 피고는 2006. 10. 20. 발생한 사고와 관련되는 일체의 물질적·정신적 손해에 대한 배상을 위해 2007. 6. 20.까지 원고에게 600만원을 지급하기로 한다.

② 재판상 발생한 소송비용은 원고부담으로 하며, 재판의 비용은 각자가 부담한다.

③ 원고와 피고는 각자 2007. 6. 24.까지 법원에 서면을 통하여 화해의 의사표시를 철회할 수 있으며, 그 때까지 철회가 없는 경우 화해는 유효한 것으로 확정된다.”

[1] 乙로부터 화해에서 합의한 금액을 받지 못한 甲이 2007. 6. 21.자로 화해철회서면을 법원에 제출하였다. 甲-乙 사이의 소송은 위 재판상 화해로 인하여 어떠한 영향을 받는가?

[2] 甲은 2007. 6. 24.까지 철회의 의사표시를 제출하지 못하였다. 甲이 취한 다음의 각 조치와 관련하여 물음에 답하시오.

가. 甲은 위 화해가 피고 측의 기망행위에 의하여 이루어졌다는 이유로 법원에 기일지정을 신청하였다. 甲은 화해가 보험회사의 보험금지급 실상과 피고가 무자력이 아니었음을 증명하기 위하여 대법원판결과 丙을 증인으로 신청하였다. 甲은 소송상 화해의 무효를 어떻게 주장할 것인가?

나. 화해는 확정적으로 성립되어 소송절차가 종결된 뒤, 甲은 乙이 자신을 기망하여 화해를 체결하였으므로 화해가 무효라고 주장하면서, 乙을 상대로 또 다시 1,500만원의 손해배상청구의 소를 제기하였다. 甲의 소는 적법한가?

다. 甲은 2006. 6. 26. 법원에 찾아가 서면형식으로 화해를 철회함과 동시에 소송행위의 추후보완을 신청하였다. 이 서면에서 甲은 2007. 6. 14. 법원에 철회서면을 송부하였지만, 택배회사의 실수로 위 서면이 분실되어 6. 24.까지의 철회기간을 지키지 못하였다고 주장하였다. 위 화해는 유효하게 철회되었는가?

### I. 설문의 핵심<sup>155)</sup>

#### 1. 사안의 분석

실무에서 소송대리인에 의한 철회가 점증하고 있는데, 이 경우 철회권을 유보하는 형식으로 이루어지는 것이 통례이다. 소송당사자가 직접 소송상 화해를 하는 경우라도 보험회사 또는 전문가 등으로부터 자문을 받아 확정짓기 위하여 철회권을 유보하는 경향이 나타나고 있다. 사안은 철회권을 행사하여 소송상 화해가 효력을 잃게 되는 경우 종전 절차는 어떠한 영향을 받는가를 묻는 한편, 불행사하여 소송상 화해가 확정된 경우 실체법상의 의사표시하자를 이유로 무효주장을 할 수 있는지, 기판력이 발생하는지, 철회의 추후보완이 가능한지 등을 묻고 있다. 실체법상 하자있는 소송상 화해문제와 기판력발생 여부 문제는 소송상 화해의 법적 성질을 둘러싼 공통의 요소가 있지만, 실체법상 하자는 종전소송절차의 회복을 꾀하는 반면에 기판력 문제는 새로운 절차와 관련된다는 점에서 양자는 형식상 명확히 구별된다.

#### 2. 문제의 소재

155) 출제교수 사례문제집 문제와 풀이방법

(1) 설문[1]은 철회권유보부 소송상 화해의 법적 성질을 묻고 있다. 불명한 당사자의 의사를 해석하여 정지조건부 소송상 화해로 보면, 철회기간 내 철회권불행사 사실이 확정되어야 화해가 성립할 것이고, 해제조건부 소송상 화해로 보면, 철회권을 행사로 소송절차는 계속될 것이다. 이와 같은 조건부 화해를 허용할 것인가가 문제이다.

(2) 설문[2]의 가)는 실제법상의 하자를 이유로 소송상 화해의 무효를 주장할 수 있는가의 여부 및 가능한 경우 그 행사방법을 묻고 있다. 소송상 화해의 법적 성질을 검토한 뒤, 무효주장이 가능한 경우 기일지정신청방식에 의할 것인가, 아니면 별개의 소송절차의 개시가 필요한가를 검토한다.

설문 나)는 甲의 소가 소송상 화해의 기판력에 저촉되는가를 묻고 있다. 소송상 화해에 기판력을 인정할 수 있는가가 문제이다. 제220조에 따라 확정판결과 동일한 효력이 주어지는 소송상 화해에 기판력이 포함되는가를 검토한다.

설문 다)는 갑의 철회의 추후보완이 적법한가를 묻고 있다. 철회기간에 대해서도 소송행위의 추후보완이 가능한가가 문제이다. 철회기간을 불변기간으로 한다는 명문의 규정이 없기 때문에 제173조를 유추적용할 수 있는가를 검토한다.

## II. 설문[1] : 철회권유보부 화해

### 1. 조건부 화해의 허용 여부

#### 가) 철회권유보부화해의 법적 성질

소송상 화해를 하면서 철회권을 유보한 경우 이를 조건으로 볼 것인가, 아니면 계약해제의 법리를 적용할 것인가는 당사자 의사에 따라 결정된다. 다만 당사자의 의사가 불명확한 경우에 대해서는 그 의사해석과 관련하여 정지조건설, 해제조건설 및 계약해제설 등이 대립한다.

사안의 경우 철회기간 내에 철회가 없는 경우에 한하여 화해를 유효한 것으로 확정시킨다는 것이 당사자의 의사이므로, 원.피고가 체결한 철회권유보부 소송상 화해는 정지조건부 화해라고 해석하여야 한다. 철회권의 행사에 의하여 직접 소송법상의 효과가 발생하므로 계약해제라는 견해는 부당하며, 먼저 철회권행사로 이미 성립하였던 소송상 화해에 기한 법률 효과를 원상회복시키는 것은 번잡하므로, 해제지조건도 불합리하다.

#### 나) 조건부 화해의 허부

##### (1) 문제점

위 화해가 정지조건부로 성립되었기 때문에 조건부의 소송상 화해가 허용되는가의 문제가 발생한다. 이는 소송상 화해의 법적 성질과 관련된 문제이다.

##### (2) 학설

① 혼성설 : 소송상 화해의 법적 성질을 혼성적 행위로 파악하는 한, 소송상 화해를 정지조건부로 할 수 있음은 물론이다.

② 소송행위설 : 소송상 화해를 소송행위로 보는 견해에서는 원칙적으로 조건부 소송행위를 인정할 수 없다. 이러한 조건부 소송행위는 소송법상의 효과를 발생시키지 못하므로 계속되어 있는 소송에 어떠한 영향을 주지 못할 것이다.

##### (3) 판례

대법원은 소송상 화해를 소송행위로 보아 원칙적으로 조건부 화해를 허용하지 않으면서도, 실효조건부 화해를 허용하는 판결을 하였다.

#### (4) 검토

다수설인 소송행위설을 취하는 견해도 소송절차 및 법적 안정성을 해치지 않는 한, 조건부 화해를 허용할 수 있다는 입장이며, 더 나아가 판례는 해제조건부 화해까지도 인정한다. 결국 어느 설에 의하든 소송상 화해에 정지조건을 붙일 수 있다.

#### 다) 사안에의 적용

사안의 소송상 화해는 철회기간 내 철회권불행사를 정지조건으로 하는 정지조건부 소송상 화해이다.

### 2. 화해철회의 요건과 그 효과

#### 가) 철회요건의 충족 여부

철회는 민법상의 의사표시로 볼 수 있기 때문에 원칙적으로 상대방 당사자에게 철회의 의사표시를 하여야 한다. 그러나 사례에서처럼 당사자가 법원에 철회의 의사표시를 하기로 한 경우에는 법원에 대하여 철회의 의사표시를 하여야 한다.

#### 나) 철회의 효과

화해가 유효하게 철회되면, 마치 화해사실이 없었던 것처럼 소송절차는 속행된다. 따라서 화해는 소송에서 고려되지 않고, 소송계속 종료효도 발생하지 아니한다.

#### 다) 사안에의 적용

(1) 사안에서 甲과 乙 사이의 소송상 화해는 정지조건부로 성립되었다. 따라서 정지조건이 성취될 때까지는 소송상 화해는 그 효력을 발생하지 않는다.

(2) 甲이 합의내용에 따라 소송상 화해에 대한 철회의 의사표시를 함으로써 소송상 화해는 확정적으로 성립되지 않았다.

### 3. 설문[1]의 해결

(1) 사안의 화해는 정지조건부 화해이므로 소송상 화해가 체결하였다는 자체만으로는 소송계속에 어떠한 영향도 미치지 못한다. 소송상 화해는 정지조건이 성취되는 때 즉, 사안의 경우 6. 24.까지 철회의 의사표시가 없을 때에 비로소 효력을 발생한다. 이에 따라 법원은 화해가 종국적으로 유효한 것으로 판명될 때까지 절차진행을 보류하여야 한다.

(2) 甲이 합의내용에 따라 철회기간 내인 2007. 6. 24.에 법원에 철회의 의사표시를 하였다면 화해는 유효하게 철회된다. 이 경우 甲과 乙 사이의 소송은 종료되지 않고 계속 진행된다.<sup>156)</sup>

### III. 설문[2] : 소송상 화해의 실체법상의 하자에 대한 다툼

#### 1. 설문 가): 소송상 화해의 취소가능 여부와 소송절차의 속행 여부

##### 가) 소송상의 흠 외에 실체법상의 흠을 근거로 화해를 다룰 수 있는가?

##### (1) 문제점

소송상 화해는 당사자의 실질적인 합의를 바탕으로 하고 있어 화해에 관한 실체법적인 합

156) 위에서 설명한 바와 같이 소송상 화해는 정지조건부로 체결되었기 때문에 소송이 종료된 후 다시 소송계속을 회복하는 것이 아님을 주의하여야 한다.

의에 흠이 있는 경우 이를 소송상의 요건의 흠과 동등하게 취급할 수 있는가의 문제이다. 사안에서 형성권인 취소의 의사표시를 함으로써 실제법상의 효과가 발생하지만, 실제법상의 취소가 소송상 화해에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지는 소송상 화해의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라진다.

## (2) 화설

### ① 실제법설

소송상 화해를 사법상 계약으로 파악하고, 이 계약이 조서를 통하여 소송상 확인될 뿐이라고 주장하는 견해이다. 따라서 화해의 실제법적 측면이 무효로 되면 부적 효력인 소송상 효과도 소멸한다고 본다.

### ② 소송행위설

소송상 화해는 민법상의 흠과는 별개의 순수한 소송행위로서 오직 소송법이 적용될 뿐이라는 견해이다. 따라서 소송상 화해는 소송상 흠이 있는 경우에만 무효로 될 뿐, 실제법상의 하자는 원칙적으로 아무런 영향을 미치지 못하고, 다만 재심사유가 될 때 비로소 준재심사유로서 취소가능한 간접적인 효과를 갖는다고 주장한다.

### ③ 병존설

민법상 화해와 소송상 화해가 병존하여, 그 무효 여부는 상호 독립적으로 판단된다는 견해이다.

### ④ 혼성설(양행위 경합설)

소송상 화해의 실제법적 측면과 소송법적 측면의 2가지 요소를 별개로 분리하지 않고 통일적으로 파악하는 입장이다. 따라서 실제법과 소송법이 경합적으로 적용되어, 실제법상 하자 또는 소송법상 하자 어느 한 쪽의 흠으로 양 쪽 모두 무효가 된다고 본다.

## (2) 판례

대법원은 소송상 화해의 본질을 사법계약으로 파악하면서도, 실효조건부 소송상화해의 성립을 인정한 바 있다.

## (3) 검토

양행위경합설설로 보는 것이 타당하다. 현안의 분쟁을 마무리하려는 당사자의 마음에는 동시에 사법상의 법률관계를 아울러 해결하고자 하는 의도가 깔려 있고, 이 양자는 불가분적으로 결합되어 있는 것이 보통이기 때문에, 소송상 화해를 사법상의 화해계약으로부터 차단하거나 분리시켜 생각해서는 안 되기 때문이다. 소송행위설은 이와 같은 화해당사자의 의사를 충실히 반영하지 못하며, 소송행위설과 병존설을 취하면 실제법상의 하자가 소송종료효를 방해할 수 없으므로 그 무효를 다투기 위해서는 상소를 제기하는 수밖에 없다고 하는데, 이는 신소제기에 따른 소송불경제의 결과를 가져오게 될 것이다.

다) 무효주장의 방법 : 종전의 절차인가, 새로운 절차가 필요한가?

## (1) 문제점

양행위경합설에 따라 소송상 화해가 무효라면 값이 주장제출한 무효원에 대해서는 종전절차의 활용과 새로운 절차의 개시 중 어느 방법을 사용할 것인가? 즉 소송상 화해의 유·무효에 관한 다툼을 다루는 소송절차와 법원은 어디인가?<sup>157)</sup>

157) 이하는 양행위경합설을 취하는 경우 나타나는 문제이므로, 소송행위설을 취하는 경우 이에 관한 논급의 일관성을 유지하여야 한다. 소송행위설은 실제법상의 하자에 기한 다툼을 불허하므로 소송상 하자가 없는 한, 화해는 소송법상의 효과를 발생시키고 소송은 종료되기 때문이다.

甲이 실체법상의 흠을 근거로 하여 소송상 화해의 무효를 주장하고, 이를 乙이 다투는 경우 이에 관해 심리하여야 할 소송절차는 기존의 절차인가 아니면 새로운 절차를 개시하여 판단할 것인가 하는 문제가 제기된다.

## (2) 학설

① 기일지정신청설 : 기존의 절차에서 기일지정을 신청하는 방식에 의할 것이라는 견해이다. 소송경제를 도모하고, 소취하에 관한 민사소송규칙 제67조의 규정을 준용하여야 한다는 것을 근거로 한다.

② 별소제기설 : 새로운 소송을 제기하여 여기서 소송상 화해가 소송종료의 효력이 없다는 확인을 청구하여야 한다는 견해이다. 당사자가 취소요건사실을 주장하는 것만으로 소송절차 종료적 효력이 발생한다는 것을 논거로 한다(양행위경합설).

③ 선택설 : 당사자는 기일지정신청이나 화해무효확인청구를 선택적으로 할 수 있다고 한다. 당사자의 선택에 따라 기존의 소송이나 별소에서 심리될 수 있다는 것이다.

## (3) 판례

대법원은 무효확인 소에서 확정된 소송상 화해의 무효는 이 후의 기일지정신청을 판단함에 있어서 선결관계로서 기판력으로 작용한다고 보아, 선택설의 입장이다.

## (4) 검토

기일지정신청설이 타당하다. 무효확인 별소를 제기하고, 이 절차에서 취소가 인정되면 어차피 종전의 소송절차가 속행되므로 별소에 따른 소송불경제가 크다. 이러한 불합리는 선택설의 경우에도 마찬가지이다. 따라서 동일절차에서 한꺼번에 다툼을 해결하기 위해서는 민사소송규칙 제67조를 유추적용하여야 할 것이다.

## 라) 사안에의 적용

(1) 소송행위설에 따르면, 甲은 의사표시에 관한 실체법상의 흠을 근거로 소송상 화해의 무효를 다투 수 없고, 이에 따라 소송종료라는 소송법적 효과를 막을 수 없다. 양행위경합설 기타 실체법설이나 병존설에 따르면, 甲이 소송상 화해를 사기에 의한 의사표시를 이유로 민법 제110조에 따라 취소하면, 화해는 전체로서 무효가 되고, 그 결과 문제의 소송상 화해는 그 소송법적 효과가 발생되지 아니한다. 양행위경합설에 따라 甲은 실체법적 흠을 이유로 소송상 화해의 무효를 주장할 수 있다고 본다.

(2) 甲이 변론속개를 위한 기일지정신청을 하는 경우 법원은 이 기일에서 소송상 화해의 유·무효를 심리하여야 한다. 甲이 乙측의 기망행위와 그에 기한 의사표시를 하였음을 입증한 때에는 법원은 소송상 화해가 민법 제110조에 따라 무효이며, 그 결과 소송절차는 속행된다는 확인을 한 후, 계속하여 본안심리를 하게 된다. 반면에 법원이 화해유효판단을 내리면, 법원은 甲의 속행신청을 각하하고, 소송종료선언을 하여야 한다. 이에 따라 소송절차는 종국적으로 종료되어 더 이상 소송계속상태에 놓이지 않게 된다.

## 2. 설문 나): 甲의 소의 적법 여부

### 가) 소송상 화해의 기판력 발생 여부

#### (1) 문제점

소송상 화해시 철회권유보부 합의를 한 경우에는 합의기일 내에 정당한 수령자에게 철회의 의사표시를 하여야 한다. 甲은 합의한 대로 법원에 서면방식으로 철회의 의사표시를 하였으나, 예정기일보다 이틀 늦었다. 이러한 절차상의 흠으로 인하여 화해를 철회하는 의사표

시는 효력을 발생시키지 못하고, 이미 조서가 작성된 소송상 화해는 2007. 6. 21.에 확정적으로 소송법적인 효력이 주어진다. 그 효력과 관련하여 제220조는「확정판결과 동일한 효력」이라고 규정하고 있는데, 여기에 기판력이 포함되는가에 대해서는 다투어지고 있다.

## (2) 학설

① 기판력부정설 : 제220조의 효력은 소송종료효와 집행력만을 의미하고, 기판력은 포함되지 않는다는 견해이다. 법원은 당사자교섭결과를 단지 공증만 하는 역할을 하므로 판결과 달리 취급하여야 한다고 주장한다.

② 무제한기판력설 : 소송상 화해도 제220조에 따라 기판력을 누리나, 다만 재심사유에 해당할 때에는 제461조의 준재심의 소에 의하여 기판력을 배제할 수 있다는 견해이다. 법문에 따라 확정판결에서 인정하는 기판력이 포함되어야 하며, 소송상 화해에 종국적 분쟁해결기능을 부여하기 위해서도 판결과 동등한 수준에서 기판력을 인정하여야 할 것이라고 주장한다.

③ 제한적기판력설 : 제220조의 화해조서에 기판력이 포함되는 것이 원칙이나, 소송상 화해에 실제법상 무효사유가 있는 경우에는 예외적으로 기판력을 인정할 수 없다는 견해이다. 특히 양행위경합설은 실제법상 무효이면 그 일체를 이루는 소송상 화해도 준재심에 의한 취소의 필요조차 없이 논리상 당연히 무효가 된다고 주장한다.

## (3) 판례

판례는 화해조서에는 기판력을 포함한 소송상 효력이 발생하고, 이는 준재심의 소에의해서만 다룰 수 있다고 하여 무제한기판력설의 입장이다. 대법원은 당연무효를 이유로 기일지정신청을 받아들이고 있는데, 이는 당연무효를 이유로 확정판결을 다투는 경우와 다르지 않다.

## (4) 검토

현대사회에서 그 중요성을 더해가고 있는 ADR제도에 대해 분쟁해결수단으로서의 기능을 부여하기 위해서는 제220조의 확정판결의 효력에는 기판력이 포함된다고 볼 것이다. 다만 사법행위와 소송행위가 불가분적으로 혼합된 소송상 화해의 특질을 고려하여, 기판력 발생 범위를 실제법적 하자가 없는 경우로 제한하여야 할 것이다. 따라서 제한적기판력설이 타당하다.

### 나) 사안에의 적용

법원은 甲의 기일지정신청을 받아들여 종전 절차의 새 기일에서 취소의 적법 여부에 대하여 심리하여야 한다. 심리결과 적법한 취소이면 소송상 화해도 무효가 되므로, 기존의 소송절차를 속행하여야 할 것이고, 취소가 적법하지 않음이 밝혀지면 소송종료를 선언하는 확인판결을 하여야 한다. 따라서 甲이 소의가 적법한가의 여부는 취소가 적법한지의 여부에 달려있다. 그러나 어느 경우든 甲의 소에 부적법 사유가 발생할 수 있다. 소송종료선언이 있는 경우에는 소송상 화해의 기판력에 저촉될 것이고, 소송상 화해가 무효로 되는 경우에는 기존소송의 소송계속이 회복되기 때문에 이와 동일한 甲의 후소는 중복제소에 해당할 것이기 때문이다.

## 3. 설문 나): 소송행위의 추후보완

### 가) 소송행위의 추후보완

소송행위의 추후보완이란 불변기간 중에 하여야 할 소송행위를 당사자의 귀책사유 없는 사

정으로 말미암아 그 기간 안에 하지 못한 경우, 새로이 그 행위를 할 수 있게 하는 제도이다. 보완된 소송행위는 적시에 한 것으로 취급되므로, 게을리한 소송행위로 말미암아 생긴 모든 법적 불이익은 소멸된다.

추후보완신청이 인정되기 위해서는, 신청인이 i) 불변기간을 지키지 않았으며, ii) 그 기간을 지키지 못한 데에 과실이 없어야 한다.

사안의 경우 택배회사에 의한 분실은 甲의 귀책사유라고 볼 수 없고, 甲은 2007. 6. 24. 까지 철회하여야 하는데 이 기간 동안 철회하지 않았으므로, 철회기간을 불변기간에 준하여 취급할 수 있는가가 문제된다.

#### 나) 철회권유보부 소송상 화해에 소송행위 추후보완규정을 적용할 것인가?

##### (1) 문제점

당사자의 책임 없는 사유로 철회기간을 지키지 못했을 경우 여기에 민사소송법 제173조를 유추적용할 수 있는지 문제된다. 제173조는 불변기간을 게을리 한 경우만을 규정하고 있으므로 철회기간을 불변기간에 준하여 취급할 수 있는가 문제이다.

##### (2) 견해의 대립

① 적용부정설 : 통설은 불변기간으로 명정되어 있지 않은 철회기간을 해태하더라도 소송행위의 추후보완에 관한 규정을 적용할 수 없다는 입장이다. 철회기간은 당사자가 자유로이 합의가능한데도 여기에 법정의 법률상의 추후보완규정을 적용하는 것은 사적 자치에 대한 침해라고 주장한다.

② 적용긍정설 : 추후보완규정의 입법취지에 비추어 철회기간에 대해서도 제173조를 유추적용할 수 있다는 견해이다. 당사자의 책임 없는 기간해태에 대해 그 기간을 다시 지킬 수 있도록 도와주어야 하며, 소송상 화해조서에 기판력과 동일한 효력이 있는 점에 비추어 책임없는 사유로 화해철회기간을 지키지 못한 경우를 구제하는 것이 절차보장권에 맞다고 한다.

##### (3) 검토

소송상 화해의 철회기간은 당사자에게 처분권이 있으므로 추후보완의 대상인 불변기간에 준하여 취급하기 어렵다. 따라서 당사자에게 책임 없는 사유로 철회기간이 지켜지지 못한 때에도 제173조의 규정을 적용할 수 없다.

#### 다) 사안에의 적용

사안의 경우 甲은 법원에 도달할 수 있는 충분한 기간 내에 철회서면을 발송하였으나, 이 서면이 택배회사의 과실로 분실되었다. 이에 따라 甲은 자기에게 책임 없는 사유로 철회기간을 지키지 못하였다. 그러나 철회기간은 법정의 불변기간과 본질적인 차이가 있으므로 여기에 제173조의 규정을 유추적용할 수 없다.

### 3. 설문[2]의 해결

(1) 甲은 실체법적 흠을 이유로 소송상 화해의 무효를 주장할 수 있다. 甲이 변론속개를 위한 기일지정신청을 하는 경우 법원은 이 기일에서 소송상 화해의 유·무효를 심리하여야 한다. 甲이 乙측의 기망행위와 그에 기한 의사표시를 하였음을 입증한 때에는 소송상 화해도 무효가 되므로, 기존의 소송절차는 속행된다. 반면에 법원이 화해가 유효하다고 판단하면 소송종료선언을 하여야 하므로, 소송절차는 종국적으로 종료된다.

(2) 먼저 법원은 취소가 적법한가를 심리하여 적법한 것으로 밝혀지면, 甲이 민법상 화해



를 취소한 것과 동시에 소송상 화해도 무효로 된다. 따라서 이 경우 甲의 별소는 중복제소가 되어 부적법하다. 이에 반하여 취소가 부적법한 경우에는 소송상 화해로 소송절차가 종료되었음을 선언하는 판결을 하므로, 甲의 소는 소송상 화해의 기판력에 저촉되어 부적법하다.

(2) 철회기간의 경과로 소송상 화해는 그 효력이 발생하였으며, 甲은 2007. 6. 26. 철회의 의사표시를 추후보완하였으나 제173조의 규정이 적용되지 않기 때문에 소송상 화해의 효력을 저지시킬 수 없다. 따라서 화해는 철회되지 않고 유효한 것으로 확정되었다.

### 3. 화해조서

甲은 乙을 상대로 원인무효의 소유권등기에 대하여 말소등기청구소송을 제기하였고, 이 소송중 재판상 화해가 성립되었다. 화해조서에는, 「乙은 甲에게 토지대금으로 7억 원을 분할하여 지급하되 기재 금원지급을 단 1회라도 어겼을 때에는 乙 명의의 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행한다.」 등의 내용이 포함되어 있다. 화해조서가 작성된 후, 乙은 丙 은행으로부터 5억 원을 대출받고 이를 담보하기 위하여 위 화해조서에 따른 금원지급의무를 완전히 이행하기 전인 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 경료해 주었다. 乙이 금원을 지급하지 않자 甲은 화해조서에 기하여 乙에 대해서는 소유권이전등기말소를, 丙에 대해서는 근저당권설정등기를 말소하고자 한다. 가능여부와 방법을 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

화해조서를 집행권원으로 하여 말소를 할 수 있는지 검토한다. 화해조서가 기판력을 가지는지 문제이다. 丙을 변론종결후의 승계인으로 보아 丙에 대한 승계집행문을 부여받을 수 있는지 검토한다. 이는 화해의 창설적 효력을 이유로 물권적 청구권이 채권적 청구권으로 바뀌어졌다고 볼 것인지 핵심쟁점이다.

#### 2. 화해조서의 효력과 집행력

##### (1) 화해조서의 기판력 발생

소송상 화해조서에 기판력을 인정할 것인가에 대해서는 다툼이 있고, 사법행위설과 소송행위설의 대립이 있으나, 소송행위설의 입장에서 당연히 기판력이 발생한다고 할 것이다.

##### (2) 화해조서의 집행력

집행력이 인정된다는 점에는 다툼이 없다.

##### (3) 乙에 대한 말소등기 집행

B는 화해조서가 기판력을 가진 때에 비로소 乙에 대하여 집행권원인 조서를 가지고 말소등기를 집행할 수 있다. 판례는 소송상 화해조서에 제한 없이 기판력이 생기며, 이는 존재함에 의해서만 다를 수 있다고하며, 화해조서에 기하여 乙에 대하여 집행력을 가진다.

#### 3. 丙에 대한 승계집행 거부

##### (1) 丙이 변론종결 후의 승계인인지 여부

###### 1) 문제점

이전등기말소등기청구는 소유권에 대한 방해배제청구권으로서 물권적 청구권이다. 그런데 소송상 청구가 판결에 의해 종료된 것이 아니라 화해에 의하여 종료되었다. 소송상 화해는 소송행위와 사법행위가 병존하고 있으므로(통설), 민법상 화해의 창설적 효력에 의하여 기존의 물권적 청구권이 채권적 청구권으로 바뀌었는지 문제이다.

###### 2) 적격승계여부

丙은 乙로부터 계쟁물을 승계한 자이다. 적격승계시 승계인의 범위를 정하는 기준에 대해 통설과 판례는 소송물이 채권적 청구권에 기한 때에는 승계인에 해당하지 않고, 물권적 청구권인 경우에만 승계인에 해당한다고 한다.

###### 3) 판례의 태도

판례는 본래 물권적 청구권에 기한 소송에서 소송상 화해가 이루어졌다고 하여 소송상 청

구의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌는 것은 아니라는 입장이다.<sup>158)</sup>

## (2) 丙에 대한 집행방법

丙은 위 화해조서의 효력을 받는 자이므로 丙에 대하여 별도로 소제기할 필요 없이 乙에 대한 판결로 집행가능하다. 집행문은 판결에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위해 내어줄 수 있는데, 甲은 丙이 乙을 승계하였다는 사실을 증명하여야 한다(민사집행법 제31조). 여기서 승계인은 변론종결후의 승계인을 말하는데, 丙은 乙의 변론종결 후의 승계인이다.

## (3) 소결

甲의 소는 물권적 청구권에 기한 소이므로 소송상 화해에 불구하고 그 법적 성질은 여전히 물권적 청구권이다. 따라서 丙은 변론종결후의 승계인의 범위에 포함된다. 따라서 甲은 병에 대해 승계집행문을 부여받아 丙의 등기를 말소할 수 있다.

## 4. 사안의 해결

甲은 乙에 대해서는 확정판결에 기하여 말소등기를 집행할 수 있으며, 丙에 대해서는 승계집행문을 받아 집행할 수 있다.

---

158) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결: [1] 민사소송법 제231조는 “화해권고결정은 결정에 대한 이의신청 기간 이내에 이의신청이 없는 때, 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때, 당사자가 이의신청을 취하하거나 이의신청권을 포기한 때에 재판상 화해와 같은 효력을 가진다.”라고 정하고 있으므로, 확정된 화해권고결정은 당사자 사이에 기판력을 가진다. 그리고 화해권고결정에 대한 이의신청이 적법한 때에는 소송은 화해권고결정 이전의 상태로 돌아가므로( 민사소송법 제232조 제1항), 당사자는 화해권고결정이 송달된 후에 생긴 사유에 대하여도 이의신청을 하여 새로운 주장을 할 수 있고, 화해권고결정이 송달된 후의 승계인도 이의신청과 동시에 승계참가신청을 할 수 있다고 할 것이다. 이러한 점 등에 비추어 보면, 화해권고결정의 기판력은 그 확정시를 기준으로 하여 발생한다고 해석함이 상당하다. [2] 전소의 소송물이 채권적 청구권의 성질을 가지는 소유권이전등기청구권인 경우에는 전소의 변론종결 후에 그 목적물에 관하여 소유권등기를 이전받은 사람은 전소의 기판력이 미치는 ‘변론종결 후의 승계인’에 해당하지 아니한다. 이러한 법리는 화해권고결정이 확정된 후 그 목적물에 관하여 소유권등기를 이전받은 사람에 관하여도 다를 바 없다고 할 것이다. [3] 소유권에 기한 물권적 방해배제청구로서 소유권등기의 말소를 구하는 소송이나 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중에 그 소송물에 대하여 화해권고결정이 확정되면 상대방은 여전히 물권적인 방해배제의무를 지는 것이고, 화해권고결정에 창설적 효력이 있다고 하여 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니한다. [4] 갑 등이 자신들의 상속재산에 대한 권리를 공동상속인 중 을에게 이전할 의사로 인감증명서 등을 교부하여 을이 상속부동산에 관하여 상속등기를 마치고 동시에 갑 등의 상속분 합계 17분의 13 지분에 관하여 증여를 원인으로 자신 앞으로 소유권이전등기를 마쳤고, 그 후 자신의 지분 합계 17분의 15를 병에게 이전하기로 약정하여 병이 2003. 3. 8. 위 약정에 기한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 하여 을 지분에 대하여 처분금지가처분을 한 다음 자신 앞으로 이전등기를 마쳤는데, 갑 등이 을을 상대로 증여를 원인으로 한 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 소송을 제기하여 2005. 11. 24. 확정된 ‘을은 갑 등에게 각 상속지분에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기절차를 이행한다’는 내용의 화해권고결정에 따라 승계집행문을 부여받아 갑 등의 상속분비율에 해당하는 지분에 관하여 병으로부터 소유권이전등기를 마친 사안에서, 갑 등이 자신들의 상속분에 대하여 증여 의사로 을 앞으로 소유권이전등기를 마쳐서 을 명의의 등기는 유효하고, 병의 처분금지처분 및 그 근거가 된 약정에 기한 소유권이전등기 역시 유효하므로, 병은 화해권고결정 확정 전의 처분금지처분에 기하여 소유권이전등기를 마친 가처분채권자로서 피보전권리의 한도에서 가처분 위반의 처분행위 효력을 부정할 수 있는 지위에 있고, 따라서 병은 갑 등의 상속분비율에 해당하는 지분에 관하여 가처분에 반하여 행하여진 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있다는 이유로, 병은 화해권고결정의 기판력이 미치는 승계인에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.-사안과 사례는 일부차이.

대판 2007.5.11. 2005후1202

소취하계약도 당사자 사이의 합의에 의하여 해제할 수 있음은 물론이고 계약의 합의해제는 명시적으로 이루어진 경우뿐만 아니라 묵시적으로 이루어질 수도 있는 것으로, 계약의 성립 후에 당사자 쌍방의 계약실현의사의 결여 또는 포기로 인하여 쌍방 모두 이행의 제공이나 최고에 이름이 없이 장기간 이를 방치하였다면, 그 계약은 당사자 쌍방이 계약을 실현하지 아니할 의사가 일치됨으로써 묵시적으로 합의해제되었다고 해석함이 상당하다.

대판 2012.3.29. 2011다81541

채권자취소권을 행사하려면 채무자에 대하여 피보전채권을 행사할 수 있음이 전제되어야 하고 이를 행사할 수 없다면 그 채권을 행사하기 위한 사해행위취소청구도 인용될 수 없으므로(대판 1993. 2. 12. 92다25151 참조), 피고의 주장처럼 원고가 이 사건 합의각서로 인하여 피보전채권인 물품대금채권을 소송상 행사할 수 없다면 원고는 이를 보전하기 위하여 채무자와 피고 사이에 이루어진 사해행위의 취소를 구할 수는 없다.

대판 2013.7.12. 2013다19571

당사자 사이에 조건부 소취하의 합의를 한 경우, 그 소송을 계속 유지할 법률상의 이익이 있는지 여부(조건부 소취하 합의와 소의 이익 유무)  
당사자 사이에 그 소를 취하하기로 하는 합의가 이루어졌다면 특별한 사정이 없는 한 소송을 계속 유지할 법률상의 이익이 없어 그 소는 각하되어야 하는 것이지만(대판 1982.3.9. 81다1312 등 참조), 조건부 소취하의 합의를 한 경우에는 조건의 성취사실이 인정되지 않는 한 그 소송을 계속 유지할 법률상의 이익을 부정할 수 없다.

대판 2014.3.27. 2009다104960

조정조서의 효력(기판력) - 조정은 당사자 사이에 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 성립하고 조정조서는 재판상의 화해조서와 같이 확정판결과 동일한 효력이 있다. 따라서 당사자 사이에 기판력이 생기는 것이므로, 거기에 확정판결의 당연무효 등의 사유가 없는 한 설령 그 내용이 강행법규에 위반된다 할지라도 그것은 단지 조정에 하자가 있음에 지나지 아니하여 준재심절차에 의하여 구제받는 것은 별문제로 하고 조정조서를 무효라고 주장할 수 없다. 그리고 조정조서가 조정참가인이 당사자가 된 법률관계도 내용으로 하는 경우에는 위와 같은 조정조서의 효력은 조정참가인의 법률관계에 관하여도 다를 바 없다. 그러나 기판력은 조정의 당사자나 조정참가인 등이 아닌 제3자에게까지 미친다고 할 수 없다(대판 1999.10.8. 98다38760 등 참조 - 기판력은 재판상화해의 당사자가 아닌 제3자에 대하여까지 미친다고 할 수 없다는 판례).

대판 2012.5.10. 2010다2558

화해권고결정의 기판력 유무 및 그 기준시 - [1] 민사소송법 제231조는 “화해권고결정은 결정에 대한 이의신청 기간 이내에 이의신청이 없는 때, 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때, 당사자가 이의신청을 취하하거나 이의신청권을 포기한 때에 재판상 화해와 같은 효력을 가진다.”라고 정하고 있으므로, 확정된 화해권고결정은 당사자 사이에 기판력을 가진다. 그리고 화해권고결정에 대한 이의신청이 적법한 때에는 소송은 화해권고결정 이전의

상태로 돌아가므로(민사소송법 제232조 제1항), 당사자는 화해권고결정이 송달된 후에 생긴 사유에 대하여도 이의신청을 하여 새로운 주장을 할 수 있고, 화해권고결정이 송달된 후의 승계인도 이의신청과 동시에 승계참가신청을 할 수 있다고 할 것이다. 이러한 점 등에 비추어 보면, 화해권고결정의 기판력은 그 확정시를 기준으로 하여 발생한다고 해석함이 상당하다.

[2] 전소의 소송물이 채권적 청구권의 성질을 가지는 소유권이전등기청구권인 경우에는 전소의 변론종결 후에 그 목적물에 관하여 소유권등기를 이전받은 사람은 전소의 기판력이 미치는 '변론종결 후의 승계인'에 해당하지 아니한다. 이러한 법리는 화해권고결정이 확정된 후 그 목적물에 관하여 소유권등기를 이전받은 사람에 관하여도 다를 바 없다고 할 것이다.

[3] 소유권에 기한 물권적 방해배제청구로서 소유권등기의 말소를 구하는 소송이나 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중에 그 소송물에 대하여 화해권고결정이 확정되면 상대방은 여전히 물권적인 방해배제의무를 지는 것이고, 화해권고결정에 창설적 효력이 있다고 하여 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니한다.

대판 2014.4.10. 2012다29557

화해권고결정의 효력 및 그 기판력의 범위 - 화해권고결정에 대하여 소정의 기간 내에 이의신청이 없으면 화해권고결정은 재판상 화해와 같은 효력을 가지며(민사소송법 제231조), 한편 재판상 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있고 창설적 효력을 가지는 것이어서 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸함과 동시에 재판상 화해에 따른 새로운 법률관계가 유효하게 형성된다. 그리고 소송에서 다투어지고 있는 권리 또는 법률관계의 존부에 관하여 동일한 당사자 사이의 전소에서 확정된 화해권고결정이 있는 경우 당사자는 이에 반하는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없다.

## 제2장 중국판결에 의한 종료

### 제1절 기판력의 주관적 범위

#### 1. 채권자대위소송에서 주관적 범위

乙의 채권자 甲은 채무자인 乙이 무자력 상태로 채권변제의 가능성이 없자 乙에게 통지하고 乙이 丙에게 가지고 있던 2억원의 대여금채권을 변제하라는 취지로 丙을 상대로 소송을 제기하였다. 이에 丙은 변론에서 2018.2.17.에 乙에게 현금으로 변제하였다고 주장하였으나 영수증을 분실하여 변론종결일 2018.3.17.까지 항변사실을 분명히 증명하지는 못하였다. 이에 법원은 丙에게 대여금지급의무가 있다고 판단하고 청구인용 판결을 하였다. 丙이 분실하였던 변제의 영수증을 찾아 위 판결에서 인정한 대여금이 모두 변제되었다고 주장하면서 乙을 상대로 대여금채무부존재의 소를 제기하였다. 소의 진행 중 이 사건 법원은 丙의 증거신청을 받아들여 丙이 제출한 변제 영수증으로써 丙이 2018.2.17.에 乙에게 2억 원의 대여금채무를 전부 변제한 사실의 심증을 형성하였다. 그러나 패소를 두려워 한 乙이 甲의 丙에 대한 소송으로 자신에 대한 丙의 소송이 부적법하다는 항변을 하였고 법원은 이를 이유로 소각하 판결을 하였다. 丙은 소각하 판결이 부당하다면서 항소를 제기하였다. 항소법원의 예상되는 판결은 무엇인가?

#### 1. 쟁점의 정리

채권자대위소송에서 패소판결을 받은 제3채무자의 채무자에 대한 후소에서는 기판력의 작용 여부와 그에 따른 판결 형식이 문제되고, 다른 한편으로 청구기각이 명백한 사안에서 소각하를 한 원심법원에 대한 항소에서 제418조 단서나 불이익변경금지원칙과 관련하여 항소법원이 청구기각을 할 것인지 아니면 항소기각이나 환송할 것인가 문제된다.

#### 2. 기판력 저촉과 법원의 조치

##### (1) 기판력의 작용 여부

###### 1) 주관적 범위와 작용

후소에서 채무자가 당사자 되었을 경우 대하여 판례는 채권자대위소송에 대하여 채무자가 알았을 경우는 제218조 제3항에 해당되는 것으로 판단하고 있으며, 비록 패소한 제3채무자가 채무자를 상대로 소를 제기한다고 하여도 달리 볼 이유가 없다.

###### 2) 객관적 범위와 작용

후소의 제3채무자의 대여금부존재확인 소는 전소의 대여금이행의 소와 소송물은 동일하지 않으나 청구의 취지와 목적, 청구원인이 전소의 청구를 형해화시키는 모순관계에 있다고 할 것이다.

###### 3) 시적 범위와 작용

변제의 주장과 증명사실 모두 표준시 이전에 존재하였던 것으로 후소에서 이를 증명할 수 있다하여도 이른바 차단효에 의하여 후소에서는 이를 주장할 수 없다.

##### (2) 법원의 조치

소송물이 동일하거나 모순관계에 있는 경우 모순금지설과 반복금지에 따라 소각하판결을 하여한다는 학설과 다르게 판례는 일관하여 패소한 자가 후소를 제기한 경우 청구기각판결

을 한다.

### (3) 사안의 경우

패소한 제3채무자가 제기한 소는 전소의 채권자대위소송과 실권된 모순관계에 있는 별소를 제기한 경우이며, 학설의 소각하판결과 청구기각판결의 실익을 논하는 것은 별론으로 판례에 의하면 후소법원은 청구기각판결이 분명함에도 소각하판결을 하였으므로 일응 부당하다.

## 3. 항소법원의 판단

### (1) 문제점

청구기각판결이 분명한 원심법원의 소각하판결에 대하여 항소법원은 파기환송하거나 항소기각판결을 하여야 하는지 아니면 제418조 단서에 해당하므로 파기자판하여 판결해야하는 것은 아닌지 문제된다.

### (2) 제418조 단서와 불이익변경금지

원심의 경우처럼 증거조사까지 하는 등 본안판단을 할 만큼 심리가 되었다면 항소인의 심급의 이익을 해하지 않으므로 항소심에서 본안판결을 할 수 있다는 것이 제418조 단서의 취지이다. 그러나 청구기각판결이 명백한 경우라도 소각하를 유지하는 것이 항소인에게 유리하다고 볼 수 있으므로 불이익변경금지원칙을 적용하는 경우 결론이 달라진다.

이 부분에서 여러 견해가 충돌하게 된다. 즉 항소기각설, 청구기각설, 환송설 등이 대립한다.

### (3) 판례의 태도

판례는 불이익변경금지원칙을 적용하여 소각하를 유지하는 것이 항소인 유리하므로 제418조 단서에도 불구하고 항소기각판결을 한다.

## 4. 결론

판례에 의하면 패소한 丙이 제기한 후소는 전소의 기판력이 미치므로 청구기각판결을 하여야 함에도 소각하판결을 하였으므로 부당하다. 다만 항소심은 불이익변경금지원칙으로 제418조 단서에도 불구하고 항소기각판결을 하여야 한다.

## 2. 변론종결후 승계인과 그 판단

X토지 소유자인 乙로부터 매수인 甲이 토지를 매매하였다. 甲은 잔금을 모두 지급하였으나, 乙이 소유권을 이전하지 않으므로 乙에 대하여 소유권이전등기청구소송을 제기하였다. (다음 사안은 각각 별개임)

1. 소송이 진행되던 중 피고 乙이 토지를 丙에게 매매하는 계약을 체결하면서 잔금이 지급되지 않은 상태에서 丙 앞으로 소유권이전등기와 토지를 인도를 하여 주었다. 이에 甲이 丙을 승계인으로 끌어들이고자 승계신청을 하였다. 이에 대하여 우선 丙에 대한 승계인인지 여부를 검토하시오.

2. 승계가 인정되는 것을 전제로 甲이 자기의 소유권을 근거로 丙에게 이전등기 및 건물인도청구를 주장한 경우 법원이 甲과 乙과의 매매계약여부를 직권으로 인정하여 甲의 丙에 대한 직접청구를 인용할 수 있는지 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

승계의 신청의 경우 적법한 승계신청의 경우 법원은 소송을 승계시켜야 한다. 이 경우 승계인의 범위가 문제되는데, 기판력과 동일한 범위에서 이를 이해하여야 하는지 검토가 필요하다.

#### 2. 기판력의 주관적 범위

##### (1) 상대성의 원칙과 예외

기판력은 소송의 대립 당사자 사이에만 생기는 것을 원칙(=상대성의 원칙)으로 한다(제218조 제1항). 다만 일정한 자에게 기판력의 확장이 인정되는데, ① 변론종결 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인)(제218조 제1항), ② 청구의 목적물의 소지인(동조 동항), ③ 소송당당에 있어서 권리의이익속주체(동조 제3항), ④ 소송탈퇴자(제80조)에게 기판력이 미치는 것으로 규정하고 있다.

##### (2) 변론종결 후 승계인에 기판력이 미치는지 여부

###### 1) 문제점

기판력이 객관적 범위에서 작용되지 않는 경우 변론종결 후 승계인에 기판력이 미치는지 여부가 문제된다.

###### 2) 견해의 대립

① 변론종결 후의 승계인에 해당하는 경우 전소 확정판결의 기판력이 미친다고 봄이 타당하다고 보는 견해와 ② 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 하더라도 이 자의 신소재기권의 보장이라는 차원에서 전소사실을 알지 못한 경우에는 기판력의 효력을 제한함이 타당하다는 견해도 있다.

###### 3) 판례의 태도

판례는 전소 판결에서 소송물로 주장된 법률관계는 건물 등에 관한 말소등기청구권의 존부이고 건물 등의 소유권의 존부는 전제가 되는 법률관계에 불과하여 전소 판결의 기판력이 미치지 아니하고, 전소인 말소등기청구권에 대한 판단이 건물인도 등 청구의 소의 선결문제가 되거나 건물인도청구권 등의 존부가 전소의 소송물인 말소등기청구권의 존부와 모순관계에 있다고 볼 수 없어 전소의 기판력이 건물인도 등 청구의 소에 미친다고 할 수 없으



며, 이는 B가 전소 판결의 변론종결 후에 A로부터 건물을 매수하여 소유권이전등기를 마쳤더라도 마찬가지라고 본다.<sup>159)</sup>

### 3. 丙이 승계인인지 여부

#### (1) 문제점

기판력이 인정되는 당사자의 상대효의 불합리를 위하여 민사소송법 제218조에 의하여 특별한 경우 당사자의 범위를 확장하고 있다. 이때 인수승계의 경우에도 당사자적격의 승계인으로서 변론종결후 승계인에 준하여 취급하여야 하므로 채권적 청구권의 승계인과 물권적 청구권의 승계인을 구분하여 취급하여야 하는지 문제된다.

#### (2) 학설의 대립

##### 1) 실질설

다수설과 판례의<sup>160)</sup> 입장에서 부동산 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구와 같은 채권적 청구권에 기초한 소가 계속되어 있던 중 그 소송목적이 된 부동산에 대한 이전등기 이행채무 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 등기 말소를 구하기 위한 소송의 인수는 허용되지 않는다.

##### 2) 형식설

원고가 제기한 소의 소송물과 무관하게 丙은 일단 승계인에 해당한다는 입장이다. 만일 승계인 丙이 고유의 방어방법이 있다면 승계 후의 소송과정에서 이를 주장함으로써 불합리한 결과는 방지할 수 있다는 입장이다. 이러한 입장에 선다면 원고 甲의 인수승계신청은 적법하다.

#### (3) 검토 및 사안의 경우

물권적 청구권이나 채권적 청구권의 승계인이 인정되는 경우라도 고유의 방어방법이 있다면 승계인에서 제외하는 것이 기판력의 상대성의 원칙에 부합한다고 할 것이다.

### 4. 결론

기판력의 상대성의 원칙상 변론종결 후 승계인은 예외적으로 인정되어 물권적 청구권인 경우에만 주관적 범위로서 기판력이 미친다. 다만 이러한 경우라도 고유의 방어방법이 있다면 승계집행문 부여의 소를 제기하여야 한다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

승계가 인정된다면 당사자와 법원은 이를 변론주의나 당사자주의로 주장여부를 살펴야 하는지 아니면 법원이 직권으로 여전히 판단할 수 있는지, 석명권을 인정하여야 하는지 문제된다.

159) 소송물이 동일하거나 선결문제 또는 모순관계에 의하여 기판력이 미치는 객관적 범위에 해당하지 아니하는 경우에는 전소 판결의 변론종결 후에 당사자로부터 계쟁물 등을 승계한 자가 후소를 제기하더라도 후소에 전소 판결의 기판력이 미치지 아니한다.

160) 대법원 1983.3.22. 자 80마283 결정 참조

## 2. 승계가 적법한 경우 처분권주의 위반 여부

### (1) 채권자대위권에서 피보전채권

채권자대위권에서 피보전채권은 직권조사사항이다. 따라서 甲과 상대방의 매매계약의 존부 여부는 직권조사할 수 있으며 이는 소송요건으로 변론주의 위반의 대상이 아니다.

### (2) 처분권주의 위반 여부

#### 1) 채권자대위소송의 본안요건

채권자대위소송에서 소송물은 채무자의 제3채무자에 대한 채권이다. 따라서 채권자대위소송의 본안에 관한 판단은 제3채무자에 대한 채무자의 채권이 된다. 이때 변론주의 상 요건 사실의 주장책임은 채권자의 채무자에 대한 권리가 있음을 주장 입증하여야 한다.

#### 2) 처분권주의 위반여부

채권자가 자기의 권리를 주장하여 인도청구하는 부분과 채권자대위소송을 통한 인도청구는 권리의 실현형태가 동일하다. 따라서 처분권주의의 위반은 직접적으로 생기지 아니한다.

### (3) 소결

채권자대위소송에서 채권자의 피보전채권의 존부는 직권조사사항이므로 당사자주의에 해당하는 처분권주의나 변론주의와 관련이 없다. 드러나 승계가 인정되는 경우 당사자주의가 문제되고 이는 당사자가 알 수 없는 법률적 문제이다.

## 3. 변론주의 위반과 석명권 위반여부

### (1) 문제점

丙으로부터 소유권이전등기청구권을 행사한다하더라도 채권자대위소송과 직접청구권의 요건사실이 변동되는 경우 주요사실이 달라서 변론주의 위반이 되는지 이러한 경우 석명권을 행사하여야 하는지 문제된다.

### (2) 석명 의무의 인부<sup>161)</sup>

#### 1) 요건사실의 차이와 변론주의

채권자가 자기의 권리를 행사하는 경우 자기의 권리를 주장하고 입증하여야 하나, 채권자대위소송인 경우 피보전채권인 채권자의 채무자의 매매계약체결사실이 직접조사하여 인정한다하더라도 법원이 채권자대위권에 의하여 채권자에게 등기를 이전하거나 혹은 채권자에게 직접이전하는 판결을 하는 경우 요건사실이 상이하여 변론주의 위반이 된다.

#### 2) 석명 의무와 상소이유

동일한 권리의 변동을 인정하더라도 채권자대위소송의 경우 인정되는 요건사실의 변동은 당사자가 예상하지 못하는 결과를 발생하며 이는 법률규정에 관한 사항이라고 할 것이다. 이에 대하여 긍정설과 부정설의 상소이유의 인정에 학설대립이 있다고 할 수 있으나 판례는 명확히 인정한다.

161) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다19006,19013 판결: 소유권에 기한 건물인도의 청구와 채권자대위권에 기한 건물인도의 청구는 법률효과에 관한 요건사실이 다름에도 불구하고, 건물의 소유권을 취득하였음을 전제로 건물의 인도를 구하는 청구에 그 건물을 원시취득한 매도인을 대위하여 건물의 인도를 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아 원심 변론종결시까지 주장하지도 아니한 위 채권자대위권에 기한 건물인도 청구에 기초하여 상대방에게 의견진술의 기회조차 부여하지 아니한 채 그 청구를 인용한 원심판결을 파기한 사례.

즉 상대방이 예상가능하고 소송의 진행상 당사자가 처분가능한 부분에 대한 당사자의 방어권이 침해되지 아니하는 경우, 요건사실의 불분명한 경우 법원은 석명권을 행사하여야 하며, 석명 의무를 불이행하는 경우 상소이유가 된다.

### (3) 소결

적극적 석명권은 법원에게는 석명 의무에 해당된다. 이러한 경우 당사자는 석명 의무를 이유로 법원에 자신의 권리를 주장할 수 있다.

## 4. 결론

인수승계의 경우 기관력의 승계인과 동일하다고 볼 것이며, 따라서 판례와 같이 실질설을 취하면 원고의 인수승계 신청은 부적법하다고 할 것이므로 법원은 이를 받아들이지 않는다. 한편 승계인이 인정될 경우 법원은 직접청구권과 채권자대위권에 의한 피대위채권은 법률요건이 다르므로 변론주의 위반으로 법원은 석명권을 행사한 후에 인용할 수 있다.

### 3. 당사자적격과 기판력

甲은 乙 명의의 대지 위에 건물을 건축하여 점유하고 있다. 甲은 丙이 위 대지를 시효취득하였으며 자신은 丙으로부터 이를 매입하였다고 주장하면서, 丙을 대위하여 乙을 상대로 위 대지에 대한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기하였다. 그러나 제1심법원은 丙이 위 대지를 甲에게 매도한 사실이 없다고 판단하여, 甲의 당사자적격의 흠결을 이유로 甲의 소를 각하하는 판결을 하였다. 제1심법원의 소각하판결이 확정된 후, 乙은 甲을 상대로 하여 건물철거 및 대지인도청구의 소를 제기하였다. 이 소송절차에서 피고 甲은 丙을 대위하여 원고 乙에게 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기 절차의 이행을 구할 수 있는 권리가 있다고 주장할 수 있는가?(법정소송담당설을 전제로 할 것)

#### 1. 문제의 소재

소송판결이 확정된 경우에도 기판력이 발생하는지 여부와 만일 발생한다면 乙의 후소에서 甲이 피보전채권이 존재한다고 주장하는 것이 기판력에 저촉되는지 여부가 문제된다.

#### 2. 전소에서의 기판력의 발생여부

##### (1) 기판력의 개념

불가반 불가쟁의 효력을 후소법원과 당사자에게 미친다.

##### (2) 소송판결의 기판력 발생과 범위

소송요건의 흠을 이유로 부적법 각하하는 소송판결도 본안판결과 같이 모두 반복을 금지하여야 한다는 점에서 기판력을 부정할 이유가 없다. 다만 소송판결에는 당해 소송요건의 존부에 관하여 기판력이 생기고 본안에 관하여는 기판력이 생기지 않는데, 어떠한 소송요건에 흠이 있는가는 판결이유를 참작할 것이며, 이에 의하여 정해지는 소송요건의 흠에 대한 판단에만 기판력이 생긴다.

##### (3) 사안의 경우

丙이 위 대지를 甲에게 매도한 사실이 없다고 판단하여, 甲의 당사자적격의 흠결을 이유로 甲의 소를 각하하였으므로, 전소의 기판력 발생범위는 甲의 피보전채권의 부존재, 즉 '당사자적격의 흠결'부분이다.

#### 3. 기판력의 작용여부

##### (1) 기판력의 주관적 범위

사안에서 전소와 후소의 당사자는 모두 甲과 乙이므로 전소의 기판력은 후소의 주관적 범위에서 미친다(제218조 제1항).

##### (2) 기판력의 작용

###### 1) 작용국면

기판력은 전소의 소송물과 후소의 소송물이 동일·선결·모순관계에 있는 후소에 미친다. 뿐만 아니라 전소에서 판단된 부분(법률관계)이 후소의 항변사유가 되는 때에도 같다.

###### 2) 사안의 경우

판례는 후소인 乙의 甲에 대한 건물철거 및 토지인도소송에서 피고 甲은 민법 제213조 단서의 점유할 권리로 "甲이 丙을 대위하여 乙에게 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권이 있다"는 항변을 하고 있다. 이는 결국 甲이 후소에서 다시 채권자대위

권을 행사함으로써 피보전채권이 있음을 항변하는 것이고, 전소의 기판력은 후소에서 항변에도 작용하므로, 결국 甲의 이러한 주장을 허용한다면 甲에게 피보전채권의 존재를 인정하는 것이 되어 전소판결의 판단과 서로 모순관계에 있다고 하지 않을 수 없으므로 이 사건에서 피고가 이러한 주장을 하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 하였다.<sup>162)</sup>

### (3) 기판력의 시적 범위(차단효)

전소의 기판력이 후소에 작용하는 경우 사실심의 변론종결 전에 당사자가 제출할 수 있었던 공격방어방법은 기판력의 실권효에 의해서 차단되어 후소에서 이를 주장할 수 없다.

## 4. 사례의 해결

전소에서 피보전채권이 없음이 확정된 이상 그와 반대되는 피보전채권이 있음을 전제로 후소에서 동일한 주장을 하는 것은 전소의 사실심 변론종결 전에 주장하였던 사유임이 명백하므로 후소에서 기판력에 저촉되어 부적법하다.

---

162) 대판 2001.1.16. 2000다41349: 전소 판결은 소송판결로서 그 기판력은 소송요건의 존부에 관하여만 미친다고 할 것이나, 그 소송요건에 관련하여 피고의 피보전채권이 없음이 확정된 이상 이 사건에서 피고가 원고에 대하여 피보전채권이 있음을 전제로 다시 위와 같은 주장을 하는 것은 전소의 사실심 변론종결 전에 주장하였던 사유임이 명백할 뿐만 아니라, 피고의 이러한 주장을 허용한다면 피고에게 원고에 대한 피보전채권의 존재를 인정하는 것이 되어 전소판결의 판단과 서로 모순관계에 있다고 하지 않을 수 없으므로 이 사건에서 피고가 이러한 주장을 하는 것은 전소판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다”고 하였다. 甲의 항변은 전소에서 법원이 판단한 부분으로 후소 항변에서 (피대위권리를 기준으로 본다면) 선결관계로 작용한다고 볼 수 있으며, (피보전권리 자체만을 놓고 본다면) 모순관계로 작용한다고 해석될 여지도 있다. 어떻게 해석하는지는 점수에 영향을 주지는 않을 것이고, 다만 수험생으로서는 판례의 판결요지 그대로를 현출시키는 것이 바람직하다.

#### 4. 기판력과 승계집행문

甲종중의 대표자 乙은 일부 종원들이 乙 몰래 甲종중 소유의 X토지를 종원 丙에게 매도하고 관련서류를 위조하여 소유권이전등기를 마쳐 준 사실을 알게 되어 甲종중을 원고로 하여 丙을 상대로 X토지에 관한 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하였다. 제1심에서 甲종중의 청구를 인용하는 판결이 선고되어 확정되었다. 이에 甲종중이 丙의 소유권이전등기를 말소하기 위하여 새로운 등기부등본을 발급받아 보고, 丙이 丁에게 위 소송의 변론종결 전에 소유권이전등기를 마쳐 주었으며, 다시 丁이 戊에게 위 소송의 변론종결 후에 소유권이전등기를 마쳐 준 사실을 비로소 알게 되었다. 위 판결의 효력이 丁과 戊에게 미치는지 여부와 甲종중이 丁과 戊 명의의 각 소유권이전등기를 말소할 수 있는 방법을 서술하시오.

##### 1. 문제의 소재

丁과 戊가 판결의 효력이 미치는지 문제되는데, 丁이 변론종결 전의 승계인이 되는 경우 추정승계인에 해당하는지, 丁으로부터 승계받은 戊도 추정승계인이 되는지 아니면, 변종후 승계인이 되어 판결의 효력을 받는지 문제된다. 승계인의 경우 여전히 그에 따라 별소를 제기하여야 하는지 승계집행문을 받아 강제집행할 수 있는지 문제된다.

##### 2. 승계인에 해당하는 여부

###### (1) 승계인의 범위

기판력은 당사자의 상대효의 불합리를 위하여 민사소송법 제218조에 의하여 특별한 경우 당사자의 범위를 확장하고 있다. 이때 인수승계의 경우에도 당사자적격의 승계인으로서 변론종결후 승계인에 준하여 취급하여야 하므로 채권적 청구권의 승계인과 물권적 청구권의 승계인을 구분하여 취급하여야 하는지 문제된다.

###### (2) 승계의 기준

물권변동시 승계에 관한 기준은 등기시가 기준이므로 丁은 변종전의 승계인, 戊는 변종후의 승계인에 해당된다. 그러나 승계인으로부터 등기를 이전받은 경우라도 변론종결후 승계인으로 보지 않는 것이 판례의 태도이다.<sup>163)</sup>

###### (3) 기판력의 주관적 범위에 발생

###### 1) 丁의 경우

丁은 변론종결 전에 소송물을 승계하였으며, 甲의 丙에 대한 소송에서 丙이 승계사실을 진술하지 않았으므로 丁은 추정승계인에 해당한다. 따라서 丁은 제218조 제2항의 추정승계인으로서 판결의 효력이 미친다. 丁은 추정승계인을 인정되는 것은 문제가 없다.

###### 2) 戊의 경우

변론종결 전에 승계한 자로부터 변론종결 후에 다시 승계한 자는 제1의 승계인에게 판결의 집행력이 미치지 않는 이상 제2의 자에게도 미칠 이유가 없으므로 민사소송법 제218조 제1항의 승계인에 해당하지 않는다.<sup>164)</sup> 그러나 이러한 판례의 반대해석상 戊의 경우도 변

163) 변론종결 전에 승계한 자로부터 변론종결 후에 다시 승계한 자는 제1의 승계인에게 판결의 집행력이 미치지 않는 이상 제2의 자에게도 미칠 이유가 없으므로 민사소송법 제218조 제1항의 승계인에 해당하지 않는다. 대결 1967.2.23. 67마55. 그러나 이는 변론종결전의 승계인에 해당한다는 뜻이지 승계인이 아니라는 것은 아니라고 해석하여야 한다.

164) 77다92 판례인 민소법 204조 2항은 변론종결 전의 승계를 주장하는 자에게 그 입증책임이 있다는 뜻을 규정한 것이므로 대위소송의 변론종결 이전에 대위의 원인이 된 토지에 관한 양도계약이 해약된

론전 승계인에 해당한다고 해석하여 추정승계인의 효력이 미친다고 할 것이다.

### 3. 말소등기방법

#### (1) 말소등기청구소송

승소한 자가 추정승계인은 대한 후소를 제기하는 것은 모순금지설의 입장에서 권리보호이익이 없는 기판력에 저촉되므로 부적법한 소가 되어 각하된다.

#### (2) 승계집행문

제218조 제2항에 의하여 원고는 승계사실만 증명하면 승계인이 변론종결 전에 승계되었음을 주장·증명하지 않는 한, 피승계인 상대의 승소판결로써도 승계인에 대한 승계집행문을 얻을 수 있다. 따라서 甲은 승계집행문을 부여 받아 丁의 이전등기의 말소를 구할 수 있다. 그러나 丁에 대해서 별도로 말소등기청구의 소를 제기하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되므로 말소청구를 할 수 없을 것이다. 판결의 효력을 받는 당사자로 한 권리구제는 집행권원이 되므로 강제집행이 가능하다. 다만 집행문 상 당사자의 표시가 다르므로 승계집행문을 별도로 부여 받아 말소등기하면 된다.

### 4. 결론

기판력의 주관적 범위에 해당한 승계인의 해당여부에 판단으로서 丁과 戊에게 판결이 효력이 미치며 승계집행문을 부여받아 가능하다.

---

사실을 인정한 이상 변론종결시까지 당사자들의 승계진술이 없어도 당연히 변론종결 전의 권리의 승계의 경우에 해당한다는 이유를 들어 추정승계인이 아니라고 보는 견해가 있다.

## 제2절 객관적 범위

### 1. 소송물과 기판력

사무용품 도매상을 개업하려는 乙은 개업자금을 조달하기 위하여 지인 甲으로부터 2004. 4. 1. 1억 원을 이자 월 1% (매월 말일 지급), 변제기 2005. 3. 31.로 정하여 차용하였다. 乙은 甲으로부터 위와 같이 1억 원을 차용하면서, 이를 담보하기 위하여 甲에게 액면금 1억 원의 약속어음을 발행·교부하였다. 甲은 “乙이 변제기가 지나도록 위 차용금 1억 원을 변제하지 않았고 약속어음금의 지급도 거절되었다”라고 주장하면서, 乙을 상대로 위 약속어음금 1억 원의 지급을 구하는 소송을 제기하였다. 위 소송에서 법원은 위 차용금 1억 원이 모두 변제되었다는 이유로 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 이는 그대로 확정되었다. 그 후 甲이 乙을 상대로 다시 위 차용금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 이에 乙은 위 확정판결을 증거자료로 제출하면서 위 차용금 1억 원은 모두 변제되었다고 주장하였다. 이 경우 법원은 어떠한 판결을 선고하여야 하는지 설명하시오(단, 소멸시효는 논외로 할 것)

#### 1. 문제의 소재

원인채권의 부존재를 이유로 어음금청구를 기각한 판결이 확정된 후, 원인채권의 지급을 구하는 소가 제기된 경우, 후소법원은 전소법원의 판단에 구속되는가, 즉 전소판결의 기판력이 후소에 미치는지 문제된다. 전소판결의 후소에 대한 구속력 여부를 검토한다.

#### 2. 기판력의 작용 여부

##### (1) 기판력의 발생

판결의 기판력은 판결주문에 포함된 소송물인 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에 대해서 발생하고, 판결이유에서 판단된 사실인정, 항변, 선결적 법률관계 등에는 발생하지 않음이 원칙이다. 따라서 전소의 판단 중, ‘약속어음금 청구권이 부존재한다’는 판단에 기판력이 발생하고, ‘차용금 1억 원이 모두 변제되었다’는 부분은 선결적 법률관계에 관한 판결이유 중의 판단으로서 기판력이 발생하지 않는다.

##### (2) 기판력의 작용

###### 1) 기판력의 객관적 작용

기판력은 전소의 소송물이 후소의 소송물과 동일하거나, 전소의 소송물에 관한 판단이 후소와 선결관계 또는 모순관계에 있을 때에 작용한다. 따라서 소송물 이론에 따라서 소송물이 달라지므로 기판력의 객관적 범위에 차이가 나게 된다.

###### 2) 원인채권과 어음금청구소송의 소송물의 이동(異同)

소송물이론 중 구소송물이론(판례)은 양 청구권은 실제법상의 별개의 권리에 해당하기 때문에 별개의 소송물이라고 보고, 신소송물이론 중 이지설은 사실관계가 다르기 때문에 별개의 소송물이라고 보나, 반면 이지설은 청구취지가 동일하다는 이유로 동일한 소송물로 파악하고 있다.

##### (3) 사안에의 적용

기판력은 발생한 범위에서 구소송물이론 및 이지설에 의하면, 전소의 소송물은 약속어음금 청구권의 존부이고 후소의 소송물은 대여금 청구권의 존부로서 소송물이 다르다. 또한 전소의 소송물(약속어음금 청구권의 존부)에 관한 판단이 후소와 선결관계나 모순관계에 있



지도 않다. 따라서 전소판결의 기판력은 후소에 미치지 아니한다.

### 3. 전소판결의 후소에 대한 구속력 여부

#### (1) 문제점

전소에서의 소송물의 존부를 판단함에 있어 전제가 되는 선결적 법률관계에 대한 판단에 대하여는 기판력이 발생하지 않는다는 원칙을 그대로 관철할 경우 전소에서와 후소에서 모순저촉되는 판결이 나올 수 있기 때문에 그 방지를 위한 이론들이 전개된다.

#### (2) 학설과 판례

전소에서의 선결적 법률관계에 대한 판단에 대하여는 일정한 구속력을 인정할 필요가 있다는 견지에서 일본의 쟁점효이론, 의미관련론, 경제적가치동일성론, 신의칙설(선행행위와 모순되는 거동금지) 등이 대두되어 있다. 판례의<sup>165)</sup> 입장은 확정된 민사, 형사판결에서 인정된 사실은 유력한 증거가 되므로 합리적 이유의 설시 없이(즉 특별한 사정이 없는 이상) 배척할 수 없고, 특히 전후 두 개의 민사소송이 당사자가 같고 분쟁의 기초가 된 사실도 같으나 다만 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 아니한 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에 있어서는 인정한다.

#### (3) 검토

전소와 후소의 관계가 모순되는 경우 판결의 신뢰문제가 발생하므로 주문이 아니어서 기판력이 미치지 아니한 경우 사실관계에 해당하는 이유에 대하여 현저한 사실로서 증명효를 인정하는 것이 타당하다.

### 4. 결론

판례에 따르면, 법원은 특별한 사정이 없는 이상 ‘차용금 1억 원의 변제 사실’을 인정하여 甲의 청구를 기각하여야 할 것이다.

---

165) 대법원 2006.6.24.선고 2008다92312 판결

## 2. 일부청구와 기판력

甲은 X를 상대로 하여 X의 불법행위로 손해가 발생하였다고 주장하면서 손해배상으로 3,600만 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 甲은 X의 불법행위로 발생한 손해 중 일부만을 청구할 의사이었으나 이를 명시적으로 밝히지는 않았다. 1심이 청구 전부를 인용하는 판결을 선고하였고, 이 판결은 그대로 확정되었다. 甲은 다시 5,000만 원의 잔부를 청구하는 소를 제기하였다. 甲의 잔부청구의 소에 대하여 어떻게 판결할 것인가?

### 1. 문제의 소재

일부청구에 대한 판결이 확정된 후에 제기한 잔부청구의 소에 대하여 어떠한 판결을 할 것인지 묻고 있다. 일부청구의 명시 여부에 따른 기판력의 발생 여부 및 기판력의 본질에 관하여 검토한다.

### 2. 일부청구 후 잔부청구 거부

#### (1) 기판력과 일부청구<sup>166)</sup>

당사자가 동일하고 소송물이 동일한 경우 후소는 전소의 판결의 효력으로 부적법한 소가 된다. 일부청구후에 잔부청구하면 소송물이 동일한 지 문제되며 이에 대하여 견해의 대립이 있다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 일부청구 긍정설

일단 일부청구를 긍정할 것인가에 대한 견해 대립이 있다 이에 따라 기판력의 인정 범위가 다르다. 가분채권의 일부청구에 대해 판결한 경우, 잔부청구에 대하여 기판력이 미치는가에 대해서는 일부청구 긍정설, 일부청구 부정설, 절충설(명시설)이 대립한다. 일부청구 긍정설은 일부청구의 소송물은 일부청구한 부분만이 소송물임을 전제로 소권남용의 경우가 아닌 한 기판력은 그 일부에 대해서만 생긴다.

##### 2) 일부청구 부정설

잔부에 대해서는 생기지 않는다고 주장하는 반면에, 일부청구 부정설은 일부만을 소구하더라도 채권전체가 소송물로 된다고 보고, 잔부청구의 후소는 기판력에 의하여 차단된다고 한다.

##### 3) 명시설

절충설(통설)은 명시적 일부청구의 경우에는 일부청구 긍정설과 같이, 묵시적 일부청구인 경우에는 일부청구 부정설에 따를 것이라고 한다. 판례도 명시적 일부청구와 묵시적 일부청구의 취급을 달리하여 절충설의 입장이다.

#### (3) 검토

일부청구임을 명시하지 아니하면 일부청구임을 예상하기 어려운 법원 및 피고의 이익을 고

166) 82다카845: 원고가 다시 전 소송과 동일한 불법행위로 인하여 입은 적극적 재산상 손해로서 그 판시 치료비의 청구를 하려면 전 소송에서 원고가 적극적 재산상 손해 중 일부의 청구를 유보하고 그 이외의 일부만을 청구한다는 취지를 명시한 때에 한하여 그 청구권이 있다 할 것이고 전 소송에서 일부 청구라는 취지를 명시하지 아니하고 적극적 재산상 손해의 일부만을 청구하였다면 전소에 대한 판결의 기판력은 청구하지 아니한 부분에까지 미치게 되어 나머지 부분에 대하여는 이를 청구할 수 없다.

려하여 명시설에 따라 처리할 것이다. 따라서 일부청구 긍정설을 원칙으로 할 것이지만, 원고가 일부임을 명시하지 아니한 경우에는 일부청구에 대한 판결의 기판력이 잔부청구에 미친다고 볼 것이다.

### 3. 기판력의 본질과 범위의 조치

#### (1) 기판력의 본질

기판력의 불가쟁·불가반의 중요성에 따라 모순금지설과 반복금지설의 견해의 대립이 있다. 판례는 기본적으로 모순금지설의 입장에 있다.<sup>167)</sup>

#### (2) 기판력의 본질에 따른 후소법원의 조치

판례가 이해하는 모순금지설에 따르면 권리보호요건으로 기판력을 해석하므로 패소한 자가 제기한 동일한 소는 권리보호이익은 있으나 모순된 판단금지의 효력으로서 청구기각판결하여야 한다.

#### (3) 사안의 경우

묵시적 일부청구를 한 경우이므로, 이에 대한 확정판결의 기판력은 잔부청구에 미친다. 그러나 기판력의 본질을 모순금지설에서 찾는 판례에 따르면, 후소의 부적법 사유는 기판력 저촉이 아니라, 권리보호이익의 흠이다.

### 4. 결론

일부청구에 대한 전소판결의 기판력은 잔부청구의 후소에 미친다.

기판력의 본질에 관한 반복금지설에서는 기판력 저촉을 이유로 후소를 부적법할 것이나, 모순금지설에 따르는 판례의 입장에서는 권리보호이익의 흠을 이유로 부적법 각하할 것이다.

---

167) 87다카2478: 제1심판결의 취지는 전 소송에서 한 원고 청구기각판결의 기판력은 전 소송의 소송물과 당사자가 동일한 이 사건 청구에 미친다 할 것이므로 이 사건에서는 전소판결의 내용과 모순되는 판단을 하여서는 아니 되는 구속력 때문에 전소판결의 판단을 원용하여 원고 청구기각의 판결을 한다는 것으로서 이는 소송물의 존부에 대한 실체적 판단을 한 본안판결이다.

### 3. 채권자취소소송과 기판력

甲과 乙은 乙의 X토지에 대하여 1억 원의 매매대금으로 甲이 매수하였다. 계약금과 잔대금을 모두 지급하고 甲은 乙에게 소유권이전등기를 요구하고 있다. 피고로 하여 乙 소유의 토지와 관련하여 그 소유권의 이전등기를 청구하는 소를 제기하였다. 甲과 乙 간의 매매계약은 乙의 토지가 乙의 채권자에게 넘어갈 것을 대비한 것이다. 乙에게는 채권자가 丙과 丁이 존재하고 있었다. 甲과 乙 간의 매매계약을 체결을 한 것을 안 丙과 丁을 각각 甲을 상대로 각각 사해행위취소 및 원상회복청구소송을 제기하였다. 먼저 丙 甲을 상대로 하여 甲-乙간 위 매매계약이 사해행위에 해당한다는 이유로 사해행위취소 및 원상회복청구소송을 제기하여 청구인용 판결이 확정되었다. 丁과의 소송에서 甲은 변론기일에 “丁의 소는 기판력에 저촉되고, 권리보호의 이익이 없다.”고 주장하였다. 법원은 甲의 주장에 관하여 어떻게 판단하여야 하는지 설명하시오

#### 1. 문제의 소재

전소인 丙의 사해행위취소소송의 확정력이 丁의 후소의 미치는지 우선 문제된다. 기판력이 작용하지 않는다 하더라도 권리보호이익이 있는지 여부가 원상회복이 있는지에 따라 다르게 인정되는 것은 아닌지 문제된다.

#### 2. 채권취소소송에서 기판력의 작용<sup>168)</sup>

##### (1) 기판력의 발생과 작용

전소 확정판결에 기판력이 발생하며, 당사자 동일 소송물이 동일한 범위에서 변론종결시의 공격방어방법이 차단된다. 이러한 요건은 모두 요구되는데, 특히 채권자취소소송에서 사해행위취소권이 동일한 소송물인지 문제될 수 있다.

##### (2) 사해행위취소소송의 소송물

채권자가 사해당사자인 수익자나 전득자를 상대로 사해행위취소소송의 소송물은 채권자가 수익자(또는 전득자)에 대하여 가지는 채권자취소권이다. 이는 채권자가 가지는 자기의 고유한 권리로서 각 채권자의 취소권은 별개의 소송물을 구성한다.

##### (3) 기판력 저촉 여부

丙이 제기한 사해행위취소소송의 소송물은 丙이 甲에 대하여 가지는 채권자취소권이고, 丁이 제기한 소송의 소송물은 丁이 甲에 대하여 가지는 채권자취소권으로서 소송물이 상이하므로, 당사자도 상이하므로 丙에게는 전소 판결의 기판력이 미친다고 볼 근거가 없다

#### 3. 권리보호의 이익 흠결 여부<sup>169)</sup>

168) 중복제소금지도 살펴볼 수 있다. 그러나 사안에서 판결이 확정되었으므로 간과해도 된다.

169) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다28114 판결: 채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 여러 명의 채권자가 동시에 또는 시기를 달리하여 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기한 경우 이들 소가 중복제소에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다. 그러나 확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19558 판결, 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결 등 참조). 그리고 수익자가 확정된 판결에 기하여 해당 채권자에게 재산이나 가액을 반환함으로써 그 채권자가 다른 채권자보다 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과가 초래된

(1) 문제점

채권자취소소송 및 원상회복청구는 형성의 소와 이행의 소의 결합으로 본다. 병합소송으로 보는 원상회복이 필요성에 따라 소의 이익이 달라지는 것은 아닌지 문제된다.

(2) 권리보호이익 흠결

1) 전소판결 확정 후 원상회복이 이루어지지 않은 경우

판례는 어느 채권자가 동일한 처분행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 다른 채권자가 동일한 처분행위에 대하여 제기한 사해행위취소청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다.

2) 전소판결 확정에 기하여 원상회복을 마친 경우

확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.

(3) 사안의 경우

중복제소나 기판력이 미치는지 소가 아니다. 전소의 승소 확정판결에 기하여 원상회복이 마쳐진 경우가 아니라면 이 사건 청구에 권리보호의 이익이 없는 것으로 볼 수도 없으며 같은 사유들은 모두 소송요건에 관한 것이므로 법원이 직권으로 조사하여 종국판결의 이유에서 또는 중간판결로 판단하면 된다.

4. 결론

변론종결 당시를 기준으로 丁이 전소에서의 승소 확정판결에 기하여 이미 원상회복을 마쳤다는 점이 증명된다면 법원은 권리보호의 이익이 없음을 이유로 이 사건 소에 대하여 각하 판결을 하여야 할 것이다.

---

다고 하더라도, 그 재산이나 가액의 반환이 다른 채권자를 해할 목적으로 수익자와 해당 채권자가 통모한 행위라는 등의 특별한 사정이 없는 한 확정된 판결에 따른 반환의무를 이행하는 것이 다른 채권자의 신의에 반하는 행위라고 할 수는 없으므로, 확정된 판결에 따라 재산이나 가액의 반환을 마친 수익자가 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구에 대하여 권리보호의 이익이 없다고 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

#### 4. 사해행위와 객관적 범위

乙은 유일한 재산인 X토지 외에 특별한 재산이 없는 없었는데, X토지를 소유하고자 乙의 이웃인 丙이 자주점유가 없음에도 점유취득시효 완성이 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였고, 乙은 丙이 주장하는 자주점유의 사실 등을 인정하는 취지의 자백계약서를 제출하였다. 이에 법원은 丙의 청구를 받아들여 청구인용판결을 하였고, 이를 근거로 丙 앞으로 소유권이전등기를 하였다. 이에 甲이 丙을 상대로 소유권이전등기된 것은 사해행위라는 이유로 채권자취소소송 및 원상회복을 청구하는 소송을 제기하였다. 이 경우 법원은 甲의 청구를 받아들여 원상회복의 청구인용판결을 선고할 수 있는지 설명하시오.

##### 1. 쟁점의 정리

사해행위가 되는지 여부가 우선 문제되는데 무자력 상태의 채무자가 수익자가 제기한 소송에서 자백하는 등의 방법으로 패소판결을 받아 확정시키고, 소유권이전등기 등이 마쳐진 경우를 검토하여야 한다. 한편 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소되는 경우, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것인지 여부가 문제된다.

##### 2. 채권자취소소송의 대상으로 자백판결

###### (1) 채권자취소소송의 대상

채권자취소소송의 본위적 청구권은 원상회복청구이다. 여기서 소송물은 채무자의 권리가 아니라 채권자 자신의 취소권이다. 이때 채권자취소소송이 되기 위하여는 사해행위가 되어야 하는데, 사해행위는 채권자를 해하고자 하는 일연의 악의의 행위를 말한다고 할 것이다.

###### (2) 자백계약의 효과와 사해행위 여부

###### 1) 자백계약의 효과

자백계약은 사실관계를 이루는 사실상의 당사자 확정에 관한 계약의 일종으로서, 변론주의상 자백이 인정되므로 자백계약도 자유심증주의를 침해하는 것이 아니므로 인정된다고 할 것이다.

###### 2) 사해행위의 인정여부

판례에<sup>170)</sup> 의하면 무자력상태의 채무자가 소송절차를 통해 수익자에게 자신의 책임재산을 이전하기로 하여, 수익자가 제기한 소송에서 자백하는 등의 방법으로 패소판결 또는 그와 같은 취지의 화해권고결정 등을 받아 확정시키고, 이에 따라 수익자 앞으로 그 책임재산에

170) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다204783 판결: [1] 무자력상태의 채무자가 소송절차를 통해 수익자에게 자신의 책임재산을 이전하기로 하여, 수익자가 제기한 소송에서 자백하는 등의 방법으로 패소판결 또는 그와 같은 취지의 화해권고결정 등을 받아 확정시키고, 이에 따라 수익자 앞으로 책임재산에 대한 소유권이전등기 등이 마쳐졌다면, 이러한 일련의 행위의 실질적인 원인이 되는 채무자와 수익자 사이의 이전합의는 다른 일반채권자의 이익을 해하는 사해행위가 될 수 있다. [2] 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채권자와 채무자 사이에서 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니다. 따라서 위와 같이 채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소된다고 하더라도, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이라고는 할 수 없다.

대한 소유권이전등기 등이 마쳐졌다면, 이러한 일련의 행위의 실질적인 원인이 되는 채무자와 수익자 사이의 이전합의는 다른 일반채권자의 이익을 해하는 사해행위가 될 수 있다.

### (3) 사안의 경우

자주점유가 인정되지 아니함에도 불구하고 채무자인 乙이 수익자인 丙이 제기한 소송에서 자백계약서를 제출한 것은 丙과 합의에 의한 소유권이전등기를 한 것과 동일하게 볼 수 있다. 따라서 사해행위에 해당하여 채권자취소소송의 대상이 된다.

## 3. 기판력의 작용여부

### (1) 문제점

사해행위에 해당하는 甲에 의한 자백으로 丙에게 소유권이 인정되는 판결은 실질적 확정력이 존재한다. 그러나 채권자취소소송에 의한 법원의 원상회복의 판결이 전소의 판결을 형해화 시키는 즉 기판력에 저촉되는 모순관계에 해당되는지 문제된다.

### (2) 채권자취소소송의 소송물

채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 되며, 이때 판결의 효력은 채권자취소권의 본질과 관련하여 사해행위의 취소를 구하는 형성소송과 일탈한 재산의 반환을 구하는 급부소송이 병합된 것으로 파악된다.

### (3) 전소의 기판력 저촉여부

채권자와 채무자 사이에서 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니다. 따라서 채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소된다고 하더라도, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이라고는 할 수 없다.<sup>171)</sup>

### (4) 사안의 경우

丙 앞으로 이전된 등기는 일응 유효하지만, 이는 채권자취소소송에 의하여 원상회복을 명하는 판결에 의하여 다시 채무자에게 이전되는 일탈된 재산에 해당되며, 채무자에게 원상회복하라는 판결이 전소와 모순관계나 기판력 저촉의 부적법은 생기지 아니한다.

## 4. 결론

자백의 답변서 제출과 이에 대한 乙과 丙의 행위는 일종의 당사자 합의에 의한 사해행위에 해당하고 이것이 판결에 의하더라도 달라지지 아니한다. 이 부분이 판결에 의하여 확정된 경우 기판력이 발생된다고 하여도 채권자의 채권자취소소송에 의하여 원상회복하는 경우 이는 기판력에 저촉되지 아니한다.

---

171) 앞의 판례

## 5. 객관적 범위와 모순관계

A토지는 현재 乙 명의로 소유권보존등기가 되어 있으며 乙이 점유하고 있다. 甲은 A토지가 자신의 소유이며 乙명의의 등기는 잘못된 등기라고 주장하고 있다. 甲에게는 자녀 丙, 丁, 戊가 있다. 甲은 위 등기가 위조된 서류에 의한 원인무효 등기라는 이유를 들어 乙을 상대로 등기의 말소를 청구하는 소(이하 '전소'라 함)를 제기하였다. 甲은 위 소송에서 승소하였고 그 판결이 확정되자 이를 기초로 A토지에 관한 乙명의의 소유권보존등기를 말소한 다음 甲 앞으로 소유권보존 등기를 마쳤다. 그런데 그 후 乙이 전소의 확정판결 전에 A 토지에 대한 취득시효 기간이 완성되었다고 주장하면서 甲에게 이 토지에 대한 소유권이전등기 절차의 이행을 청구하는 소(이하 '후소'라 함)를 제기하였다. 법원은 전소 확정판결의 기판력을 이유로 A토지에 대한 乙의 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 주장을 판단할 필요가 없다고 하여 배척하였다. 이와 같은 후소 법원의 판결이 적법한지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

소유권이전등기청구의 소가 소유권이전등기말소를 인용한 전소판결의 기판력에 저촉되는지 묻고 있다. 즉 전소 변론종결 전 취득시효 완성을 이유로 소유권이전등기를 구하는 경우, 전소의 기판력에 저촉되는지 여부에 대한 객관적 범위와 시적 범위가 문제된다.

### 2. 기판력의 객관적 범위

#### (1) 기판력의 발생과 범위

기판력이 미치기 위해서는 당사자가 동일하여야 한다. 전소와 후소의 당사자가 동일하다. 다만 말소등기청구소송과 이전등기청구소송의 관계와 이에 따라 후소에서 주장할 수 있는 지 여부가 검토필요하다.

#### (2) 말소등기청구와 이전등기청구의 관계

##### 1) 모순관계

이전등기청구소송의 기판력과 말소등기청구소송의 기판력은 모순되는 반대관계에 있다. 따라서 이전등기 인용의 확정판결이 있는 후에 말소등기청구의 소를 제기하거나 또는 말소등기 인용의 확정판결 후에 이전등기를 청구하는 것은 소송물은 달라도 기판력이 작용한다(모순되는 반대관계).

##### 2) 소송물의 동일여부

순되는 반대관계는 동일한 소송물에 대한 기판력의 효과를 복멸시키는 것을 방지하기 위한 것이므로, 후소가 전소의 소송물과 전혀 달라 전소판결의 내용과 모순되는 관계가 없을 때에는 적용할 수 없다.

##### (3) 소결

소유권이전등기청구소송의 소송물은 청구원인별로 인정되므로 말소등기 인용판결이 확정된 경우라도 말소등기청구소송에서 문제된 것과 다른 별개의 청구원인에 기하여 이전등기를 청구하는 경우에는 기판력이 작용할 여지가 없다.

### 3. 항변사유의 차단여부

#### (1) 기판력이 시적범위

변론종결전에 주장할 수 있는 항변 등의 공격과 방어 사유는 확정된 경우 새로운 사유로서 주장할 수 없음이 원칙이다. 확정판결의 기판력은 전소의 변론종결 전에 당사자가 주장하



였거나 주장할 수 있었던 공격방어방법에 미치고, 다만 변론종결 후에 새로 발생한 사유가 있어 전소 판결과 모순되는 사정변경이 있는 경우에는 기판력의 효력이 차단된다.

## (2) 소송물이 다른 경우 차단여부

취득시효에 대한 주장 역시 우선 변론종결전에 항변할 수 있는 사유로서 차단되는 시적 범위에 해당하는 부분이다. 소송물이 다른 경우 판결효력이 차단되는 범위에 해당하지 아니한다.

## (3) 사안의 경우-판례의 태도<sup>172)</sup>

자신 명의의 원인무효등기가 실제권리관계에 부합하여 유효하다는 항변을 함으로써 청구를 배척할 수 있었다 하더라도, 기존의 등기원인 자체가 정당한 것이라는 점이 아닌 전혀 별개의 등기청구권 취득원인을 항변으로 내세워야 할 의무가 있었던 것도 아닐 뿐더러 오로지 기존의 무효등기만을 이용하여 시효취득의 이익을 향유하여야 하는 것도 아니고 더욱이 기존의 무효등기가 말소되었다 하여 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권이 소멸되는 것도 아닌 이상, 을이 후소로써 취득시효 기간 완성을 원인으로 소유권이전등기 청구를 하는 것이 차단된다고도 할 수 없다.

## 4. 모순관계의 기판력 저촉시 법원의 판결<sup>173)</sup>

### (1) 문제점

만약 판례가 기판력이 인정되는 경우라고 보아도 배척하는 법원의 태도가 어떠한지 문제된다. 모순되는 반대관계로 인한 기판력 저촉을 소송물 동일한 경우와 같이 볼 것인가, 선결관계의 경우와 같이 보아 판결할 것인지 문제이다.

### (2) 법원의 판단

선결관계와 같이 취급할 경우에는 법원은 청구기각의 판결을 할 것이고, 소송물 동일한 경우와 같이 취급할 경우에는 반복금지설에 따르면 부적법 각하할 것이지만 판례와 같이 모순금지설에 따르면 청구기각의 판결을 하게 될 것이다. 판례에 의하는 경우 법원은 실무상 청구기각의 판결을 한다.

### (3) 소결

동일한 소송물로 보아 기판력이 미친다 하더라도 모순관계설에 따른 판례의 태도에 비추어 보면 법원은 청구기각판결을 하여야 하므로 단순히 배척하여서는 아니되고 본안판단에 해당하는 정도의 판단이 필요하다.

## 5. 결론

소송물이 다른 경우 기판력의 객관적 범위와 시적범위의 차단효는 생기지 않는다고 볼 것이어서 기판력에 저촉되지 아니한다. 따라서 법원은 취득시효여부를 판단하여야 하고 이를 배척한 것은 기판력의 범위를 오해한 부적법한 판단이다. 한편 기판력이 미친다고 보더라도 모순관계설에 따르면 본안판단에 해당하는 청구기각판결하여야 한다.

172) 대법원 1995. 12. 8. 선고 94다35039, 35046 판결

173) 이 문제의 출제도에 비추어 배척의 의미를 본안판단에 배척으로서 혹은 각하판결의 배척으로서 해석에 따라 답안이 달라질 수 있다. 그러나 적어도 가점요소는 될 것을 확신한다.

## 6. 확인의 소와 기판력

甲은 乙을 상대로 X부동산에 대한 소유권존재확인 소를 제기하였다.(아래 각 설문은 독립적임)

1. 甲이 패소판결을 받았고, 이 판결이 확정되었다. 그 뒤 甲이 다시 동일한 부동산에 대해 소유권에 기한 이전등기말소를 구하는 소를 제기한 경우, 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가?

2. 반대로 甲이 乙을 상대로 소유권에 기한 이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하여 원고 甲에게 소유권이 없다는 이유로 패소확정된 뒤, 원고 甲이 다시 乙을 상대로 소유권확인 소를 제기한 경우, 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가?

### I. 설문 1에 관하여

#### 1. 문제의 소재

전소 판결이 확정되어 기판력이 발생하였는바, 이때 후소 제기가 전소 확정판결의 기판력에 저촉되는지 여부와 법원의 조치가 문제된다.

#### 2. 기판력의 작용 여부

##### (1) 기판력의 주관적 범위

기판력은 소송의 대립 당사자 사이에만 생기는 것을 원칙(상대성의 원칙)으로 한다(제218조 제1항). 사안의 경우 전·후소의 당사자는 甲과 乙로서 동일하므로 전소판결의 기판력이 미친다.

##### (2) 기판력의 객관적 범위와 작용

###### 1) 전소의 기판력의 발생범위

확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다(제216조 제1항). 이는 주문 판단만이 당사자의 소송목적에 대한 해결이고, 당사자의 의도에 맞기 때문이다. 따라서 판결이유 중에 판단에 대해서는 기판력이 생기지 않는다.

사안의 경우 甲에게 소유권이 부존재 한다는 판단에만 기판력이 발생하고, 이유 중 판단인 소유권취득원인사실이나 법적 근거에는 기판력이 발생하지 않는다.

###### 2) 기판력의 작용

기판력은 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하거나, 전소의 소송물을 선결문제로 하거나, 전소의 소송물과 모순관계에 있는 경우에 작용한다. 사안의 경우는 전소의 소송물이 후소의 선결문제로서 전소의 기판력은 객관적 범위에서 후소에 미친다.

##### (3) 시적 범위

###### 1) 표준시와 차단효

전소 확정판결은 전소 사실심의 변론종결 당시 권리관계의 준부를 확정한다. 사실심의 변론종결 전에 당사자가 주장했던 또는 주장할 수 있었던 공격방어방법은 기판력의 실권효에 의해서 차단되어 후소에서 이를 주장할 수 없다. 다만 전소 변론 종결 후에 새로이 발생한 사실의 주장은 후소에서 실권효의 제재를 받지 않는다.

###### 2) 실권효 여부

원고 甲은 전소에서 소유권의 주장을 하였는바, 후소에서 다시 소유권을 주장하며 이전등기말소를 구할 수는 없다.

### 3. 법원의 조치

#### (1) 문제점

후소 제기는 전소의 기판력에 저촉되므로 법원의 조치가 문제된다.

#### (2) 법원의 조치

##### 1) 본질에 따른

기판력은 청구에 대한 확정된 종국판결의 판결내용에 부여된 후소에 관한 당사자와 법원을 규율하는 새로운 기준으로서의 구속력으로서, 모순금지설과 반복금지설이 있다. 판례는 모순금지설에 있다.

##### 2) 선결관계에서 법원의 판단

선결관계의 경우에는 선결문제 한도 내에서 전소의 기판력 있는 판단에 구속되어 이를 전제하여 본안판결을 하여야 할 뿐, 소각하판결을 하여서는 안 된다.

#### (3) 사안의 경우

소유권확인청구소송에서 패소확정된 원고가 동일 피고를 상대로 하여 소유권에 기하여 이 전등기말소를 구하는 소를 제기한 경우로서 후소법원은 원고에게 소유권이 없다는 전소판결의 결과를 전제로 하여 후소청구를 이유 없다고 기각하여야 한다.

### 4. 결론

기판력에 저촉되는 경우 법원은 이에 구속되는 되어 후소를 판단하여야 한다. 선결관계에 구속되어 후소법원은 청구에 이유없어 청구기각판결하여야 한다.

## II. 설문 2에 관하여

### 1. 문제의 소재

후소가 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되지 여부와 확인의 소의 이익이 있는지 여부가 문제이다. 또한 만약 기판력에 저촉되지 않는다고 볼 경우라면 후소법원은 전소 판결이유 중 판단에 구속되어 판단하여야 하는지가 문제이다.

### 2. 기판력에 저촉여부

#### (1) 문제점

사안의 경우 전소에서 기판력이 발생한다는 점은 특별히 문제될 것이 없으며, 또한 전소와 후소의 당사자는 甲과 乙로서 모두 동일하므로 기판력이 미치는 주관적 범위도 문제될 것이 없다. 다만 전소에서 소유권의 존부판단이 후소의 객관적 범위에서 작용을 하는지 여부가 문제이다.

#### (2) 기판력의 객관적 범위와 작용

##### 1) 기판력의 객관적 발생범위

기판력은 상계의 경우를 제외하고(제216조 제2항), 판결주문에 포함된 판단에만 생기고(동조 제1항), 판결이유 중에 판단된 사실에 대해서는 기판력이 생기지 않는다. 이는 주문 판단만이 당사자의 소송목적에 대한 해결이고, 당사자의 의도에 맞기 때문이다. 따라서 사안의 경우 주문판단인 甲에게 말소등기청구권이 없다는 판단에만 기판력이 발생하고, 이유

중 판단인 甲에게 소유권이 없다는 판단에는 기판력이 발생하지 않는다.

## 2) 기판력의 작용여부

전소에서 기판력의 객관적 범위는 '甲의 乙에 대한 말소등기청구권의 부존재이다. 따라서 甲이 다시 乙을 상대로 소유권확인 소는 전소와 동일, 선결, 모순관계에 있지 않아 기판력에 저촉되지 않는다.

## (3) 사안의 경우

甲의 乙에 대한 소유권확인 소는 전소의 기판력에 저촉되지 않는다.

## 3. 확인의 소의 이익 유무

### (1) 확인의 소에서 소익

청구적격으로서 자기의 현재의 권리관계이어야 하고, 즉시확정의 법률상이익이 있으면 권리보호이익이 인정된다.

### (2) 사안의 경우

판례는 유사한 사안에서, 원고는 위 확정판결의 기판력으로 인하여 위 부동산에 관한 등기부상의 소유명의를 회복할 방법은 없게 되었다 하더라도 그 소유권이 원고에게 없음이 확정된 것은 아니고, 등기부상 소유자로 등기되어 있지 않다고 하여 소유권을 행사하는 것이 전혀 불가능한 것도 아닌 이상, 원고로서는 피고에 대하여 위 부동산이 원고의 소유라는 확인을 구할 법률상의 이익도 있다고 하여 특별한 사정이 없는 한 뒤에 소유권확인 소제기가 신의칙에 반한다고 할 수 없다고 하였다.

## 4. 판결이유 중 판단의 구속력

### (1) 문제점

사안의 경우 후소는 전소의 기판력에 저촉되지 않으므로, 후소법원은 전소판단과 달리 甲에게 소유권이 있다는 모순·저촉된 판단을 할 수 있다. 따라서 이를 방지하기 위해 판결이유에 포함된 판단에도 일정한 요건 아래 구속력 내지 기판력을 확장하려는 논의가 있다.

### (2) 판결이유 중 판단의 구속력 인정여부

#### 1) 학설의 대립

- ① 분쟁의 모순없는 해결을 위해 판결이유 중 판단에 구속력을 인정하자는 견해도 있으나,
- ② 통설은 제216조의 문언에 충실한 해석으로 이를 부정하는 입장이다.

#### 2) 판례의 태도

판례는 ① 판결이유 중 판단에는 기판력이 발생하지 않음을 전제로 하면서, ② 판결이유에 포함된 판단에 구속력을 인정하자는 쟁점효이론을 부정하고 있다. ③ 나아가 판결의 모순·저촉의 방지는 신의칙 내지 증명력이론에 따라 해결하고 있다.

#### 3) 검토

제216조의 규정과 특히 중간확인 소를 둔 취지를 고려하여 판결이유 중의 판단에는 구속력을 부정하는 것이 타당하다고 본다.

### (3) 판결의 모순 방지를 위한 신의칙 내지 증명력이론

통설·판례의 입장에 따르면 판결이유 중 판단에 구속력이 없으므로 전·후소 판결의 모순·저촉이 발생할 수 있기 때문에 이를 방지하기 위해서, ① 신의칙의 파생원칙인 모순거동금지의 원칙에

의하여 해결하든지, 또는 ② 법원은 전소 판결문의 증명력을 활용할 수 있겠다. 판례는 “민사재판에 있어서 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것은 아니라고 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로, 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없다”고 판시하여 증명력설을 주류적으로 취하고 있다. 다만 신의칙의 적용으로 해결하려는 입장에 따르면, 사안의 경우 소유권확인의 후소제기는 신의칙의 파생인 선행행위와 모순되는 거동금지에 저촉되어 허용될 수 없는 것으로서, 결국 신의칙에 반하는 소제기로서 확인의 이익이 부정된다고 봄이 논리적이게 된다.

## 5. 사례의 해결

법원은 甲에게 소유권이 없다는 전소 확정판결에서 인정된 사실을 합리적 이유설시 없이 배척할 수 없으므로, 甲의 乙을 상대로 한 소유권확인의 소에 대해 청구기각판결을 하여야 한다.

## 7. 예비적 병합과 기판력

甲은 전매차익을 얻을 목적으로 乙로부터 X 토지를 5억 원에 매수하기로 계약을 체결하고 중도금까지 총 4억 원을 지급하였다. 甲이 잔금 지급기일에, 그 이행을 제공하였으나, 잔대금에 대한 동시이행의 항변이 없이 乙이 소유권이전등기를 회피하였다. 이에 따라 甲은 乙을 상대로 X 토지에 관하여 위 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기청구 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받아 이를 집행권원으로 하여 소유권이전등기를 마치고, 乙이 甲을 상대로 주위적으로는 “매매계약이 사회질서에 위반된 법률행위(민법 제103조)에 해당하므로 甲 등의 소유권이전등기는 원인무효이다”라고 주장하면서 소유권이전등기말소를 구하고, 예비적으로는 위 매매계약이 유효인 경우 매매잔대금 1억 원의 지급을 구하는 후소를 제기하였다. 이에 대하여 甲은 乙의 소는 부적법하다고 주장한 경우 법원의 판단을 설명하시오

### 1. 문제의 소재

후소에 부적법에 대하여 기판력이 작용하는지 문제되는데, 주위적 청구와 예비적 청구에 대한 각각의 기판력 저촉여부를 살펴야 한다. 한편 기판력 저촉에 대한 법원의 조치도 문제된다.

### 2. 기판력의 발생과 작용

#### (1) 기판력의 발생

전소판결의 기판력은 당사자 甲은 乙에 대하여, 소송물은 전소의 주문에 해당하는 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기청구권을 가지고 있었다는 점에 미친다. 한편 전소의 사실심 변론종결일에 당시에 X토지에 관하여 이전에 있었던 공방은 차단된다.

#### (2) 주위적 청구에 대한 기판력의 범위

전소와 후소는 원피고가 바뀌었을 뿐 당사자가 동일하다. 후소는 전소에서 확정된 법률관계와 모순되는 법률관계를 소송물로 하고 있다. 후소의 청구원인은 전소의 사실심 변론종결일 이전에 존재했고 행사할 수 있었던 방어방법이다. 따라서 후소 청구는 전소의 기판력에 저촉된다.

#### (3) 예비적 청구에 대한 기판력의 작용여부

##### 1) 주관적 범위

전소와 후소는 원.피고가 바뀌었을 뿐 당사자가 동일하다.

##### 2) 객관적 범위

예비적 청구에 대하여 후소의 소송물은 전소의 소송물과 다르고, 전소에서 확정된 법률관계가 후소의 소송물인 법률관계와 모순되거나 후소의 선결문제로 되는 경우도 아니다. 따라서 기판력이 작용되는 사안이 아니다.

##### 3) 시적 차단범위

잔대금채권이 전소의 사실심 변론종결일 이전에 존재하고 행사할 수 있었다 하더라도 기판력에 의하여 차단되는 권리가 아니다. 乙이 전소에서 잔대금채권에 기하여 동시이행의 항변을 하였다 하더라도 그에 대한 법원의 판단은 판결이유에서 판단되는 사항에 불과하므로 기판력이 발생하지 않고, 동시이행의 항변을 하지 않았다 하더라도 잔대금채권은 실제법상 독립한 권리로서 차단효의 적용대상이 아니고 전소의 기판력에 저촉되지 않는다.

### 3. 사실인정에 대한 법원의 조치

#### (1) 전소의 이유 중에 대한 판단

##### 1) 직권조사사항 여부

기판력 저촉은 위법사유로서 재심사유이므로 법원은 甲 등의 주장 여부에 불구하고 직권으로 심리하여 기판력 저촉 여부를 판단하여야 한다. 다만 전소의 이유에 해당하는 부분은 기판력이 미치지 아니하므로 이와 다른 사실관계를 인정할 것인가 당사자의 주장을 기다려야 한다.

##### 2) 전소 판결 이유의 효력

전소와 후소의 동일한 사실관계에 대한 쟁점효 이론이나 사실가치동일설, 등 몇 개의 학설이 존재한다.

판례에 따르면 증거효로서는 인정되므로 당사자의 주장을 기다려 증거자료로 사용할 수 있다. 현저한 사실에 해당하므로 별도의 증명이 필요없다.

#### (2) 기판력의 본질에 따른 후소의 법원의 조치

기판력 저촉의 효과에 관하여는 모순금지설, 반복금지설의 대립이 있는데, 법원은 모순금지설에 따라 전소에서 패소판결을 선고받은 자가 기판력에 저촉되는 소를 제기한 경우 후소청구를 기각하여야 한다고 본다.

#### (3) 사안의 경우

법원은 乙의 주위적 청구에 대해서는 기판력에 저촉됨을 이유로 청구기각 판결을 선고하고, 예비적 청구는 기판력에 저촉되지 않으므로 통상의 심리절차에 따라 잔대금채권이 존재하는지 여부를 판단하면 된다. 후자의 경우 전소에서 잔대금채권에 기한 동시이행의 항변이 받아들여졌다 하더라도 후소에서 乙의 청구를 인용함에 지장이 없고, 전소 판결이유에서 실시된 사유는 후소에서 유력한 증거자료로 쓰일 수 있다.

### 4. 결론

발생된 기판력에 주위적 청구에 대하여는 객관적 작용을 한다고 하더라도, 예비적 청구에 대하여는 기판력이 미치지 아니하므로 독자적인 판단을 할 수 있다. 한편 전소의 이유에 해당하는 부분은 판례에 의할 경우 중요한 증거자료가 될 수 있다.

## 제3절 기판력의 시적 범위

### 1. 표준시

甲은 2008.4.1. 乙에게 1억 원을 변제기 2009.3.31.로 정하여 대여하였다. 甲은 2012.4.1.을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소(전소)를 제기하였으나, 법원은 대여사실에 대한 증거가 부족하다는 이유로 2012.6.30. 변론을 종결하고 2012.7.14. 원고 청구 기각 판결을 선고하였으며, 위 판결은 2012.8.20. 확정되었다. 甲은 2012.12.1. 乙을 상대로 위 대여금에 대하여 2012.7.1.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 청구하는 소(후소)를 제기하였다. 후소에서의 증거조사 결과 위 대여사실이 증명되었다면 후소 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가?(소 각 하 / 청구 기각/ 청구 인용)

### 1. 쟁점의 정리

전소인 원본채권 판결의 효력, 즉 기판력의 범위, 특히 표준시 이후의 시적 범위가 후소와 기판력 작용에 선결적 법률관계 성립되어 작용되는가 문제된다.

### 2. 기판력의 범위와 작용

#### (1) 기판력의 발생

판결의 기판력의 주관적 범위는 당사자인 甲과 乙에게 미치고, 객관적 범위는 판결 주문에 포함된 소송물인 대여원금반환청구권의 청구기각판결에 대한 판단에 미치며, 시적 범위인 표준시는 사실심 변론종결일인 2012. 6. 30.이다(민소법 제216조 제1항, 제218조 제1항).

#### (2) 기판력의 작용범위

##### 1) 기판력의 주관적 범위

전소의 기판력이 후소에 작용하기 위해서는 후소의 당사자가 전소 판결의 기판력을 받는 자이어야 하고, 당사자인 甲과 乙은 전소 판결의 기판력을 받는 자이다.

##### 2) 기판력의 객관적 범위

전소와 후소 사이에 소송물 동일관계, 선결관계, 모순관계 중 하나가 성립하여야 한다. 후소는 원본채권에 대한 이자채권을 주장하는 것이므로 소송물이 동일하지 않으나, 선결적 법률관계에 있다. 변론종결일 후의 지연손해금 청구 부분은 그 선결문제로서 대여원금 1억 원에 대한 乙의 지급의무의 존재를 주장하게 되어 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결문제가 되는 관계가 성립한다.

##### 3) 시적 범위

지연손해금의 청구소송은 판결의 기판력의 작용을 받는다. 기준은 변론종결시를 이후에 기판력이 작용하며, 그 이전에는 별도의 사실관계에 대하여 주장하거나, 변론종결 이후에 새로운 사유를 주장할 수 있다.

#### (3) 소결

변론종결시를 기준으로 동일한 소송물에 동일한 당사자의 판결의 기판력은 작용한다. 전소 변론종결 전의 권리관계인 2012. 6. 30. 이전에 대여원금반환청구권이 존재하였는지 여부에 미치지 않으나, 변론종결 당시까지의 지연손해금 청구 부분에는 전소 판결의 기판력이 작용하지 않는다.<sup>174)</sup>



### 3. 법원의 판단

#### (1) 기판력의 본질

기판력의 본질에 관한 모순금지설과 반복금지설 중 어느 것을 따르더라도 선결관계가 성립하는 경우 이를 이유로 소각하 판결을 하여서는 안 되고 전소의 기판력 있는 판단에 구속되어 이를 전제로 심판하여야 한다.

#### (2) 법원의 판단

후소 법원은 전소 변론종결 당시 甲의 乙에 대한 대여원금청구권이 존재하지 않았음을 전제로 하여 변론종결전과 후를 지연손해금 청구 부분에 대한 판결을 하여야 한다.

#### (3) 원본채권이 인정된 경우 법원의 판단

원본채권이 존재하지 않는다는 사실에 구속되어 표준시인 변론종결이후에 대하여 법원은 지연손해금은 인정할 수 없다.

### 4. 사례의 해결

변론종결후에 대여사실이 증명되었다하더라도 이는 변론종결전의 경우에는 기판력이 미치지 아니하나 변론종결당시의 이후에는 甲의 乙에 대한 대여원금청구권이 존재하지 않음을 이유로 이를 기각하는 판결을 선고하여야 한다.

---

174) 대법원 1976. 12. 14. 선고 76다1488 판결: 1. 확정판결의 기판력은 사실심의 최종변론종결 당시의 권리관계를 확정하는 것이므로, 원고의 청구 중 확정판결의 사실심 변론종결시 후의 이행지연으로 인한 손해배상(이자) 청구부분은 그 선결문제로서 확정판결에 저촉되는 금원에 대한 피고의 지급의무의 존재를 주장하게 되어 논리상 확정판결의 기판력의 효과를 받게 되는 것이라고 할 것이나 그 외의 부분(변론종결당시까지의 분)의 청구는 확정판결의 기판력의 효과를 받지 않는다.  
2. 확정판결의 기판력에 저촉되는 부분에 대하여도 확정판결과 모순없는 판단을 함으로써 동 청구를 배척(기각)하는 것은 몰라도 그것이 단지 권리 보호의 필요가 없어서 부적법하다고 하여 소를 각하할 것은 아니다.

## 2. 동시이행항변권의 상계와 기판력

A는 B로부터 B소유의 건물을 매수하는 내용의 매매계약을 체결하면서, 중도금과 잔금은 5회에 걸쳐 각 분할하여 지급하기로 하되, B의 승낙을 받아 매매대금을 전액 지급하기 전에 미리 위 건물을 인도받아 사용하고 대신 B에게 일정한 사용료를 지급하기로 약정한 후, 위 건물을 인도받아 사용하였다. 그런데 A는 일부 중도금을 지급한 후 나머지 중도금 및 잔금의 지급을 지체하게 되었고, 이에 B는 위 매매계약을 해제하고 A를 상대로 건물인도청구의 소를 제기하였다. 위 소송에서 A는 매매계약 해제로 인한 원상회복으로서 이미 지급한 중도금을 B로부터 반환받을 때까지는 위 건물인도청구에 응할 수 없다고 동시이행의 항변을 하였고, 이에 대하여 B는 A에게 반환해야 할 기지급 중도금은 A가 부담해야 할 위 건물에 대한 점유사용료로 모두 상계되어 결국 중도금 반환채무가 존재하지 아니한다고 재항변하였다. 법원은 B의 재항변을 받아들여 A의 항변을 배척하는 내용의 판결을 선고하였고, 이후 위 판결이 그대로 확정되었다. A는 위 판결이 확정된 이후 B를 상대로 위 매매계약에 따라 기지급한 중도금의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 그 소송에서 법원은 '이미 그 전 소송에서 A의 중도금 반환채권이 상계로 소멸되었다고 판단되었으므로 A의 청구는 전소 확정판결의 기판력에 저촉된다'라고 판단하였다. 이러한 판단의 타당성 여부를 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

기판력의 저촉여부가 문제로서 객관적 범위와 작용이 특히 문제되며, 객관적 범위에서 판단 이유 중의 판단과 상계항변에 대한 기판력의 발생여부를 검토가 필요하다. 수동채권이 동시이행항변으로 주장된 채권인 경우 기판력 발생여부가 문제된다.

### 2. 기판력의 발생과 작용

#### (1) 기판력의 발생

확정된 종국판결에 대하여 동일한 후소에 대하여 모순저촉의 우려로서 판례에 의하며 승소한 제기한 경우 각하, 패소한 자가 동일한 소를 제기한 경우 기각시킨다. 사례는 동일한 당사자로서 문제는 없으나 전소에서 주장한 청구권의 범위에 대한 기판력의 발생범위가 즉 객관적 범위가 문제된다.

#### (2) 기판력의 객관적 범위

기판력은 판결주문에 포함된 판단에만 생기고(제216조 제1항), 판결이유 중에 판단된 사실에 대해서는 기판력이 생기지 않는다. 즉 판결이유 속에서 판단되는 피고의 항변에 대해서는 기판력이 생기지 않는 것이 원칙이다. 다만 상계항변만은 이중분쟁의 방지를 위해서 그 대항한 액수의 한도에서 기판력이 생기는 것으로 하고 있다(제216조 제2항).

#### (3) 이유에서 상계의 기판력

주문은 당연히 기판력이 인정되고, 예외적으로 이유에서 상계항변에 대한 판단에 기판력이 있다. 이유는 상계의 효과로 직접적인 영향을 받는 수동채권의 존부 및 범위가 주문에 드러남으로써 기판력을 받는 것과 형평상 상계 후의 자동채권의 부존재에 대하여도 기판력을 주어 자동채권을 주장한 자가 다시 소송을 제기하지 못하도록 할 필요성이 있기 때문이다.

### 3. 상계항변에 대한 기판력 발생여부

#### (1) 상계항변의 기판력 발생

상계항변에 대한 기판력이 발생하기 위하여는, ① 자동채권의 존부에 대하여 실질적으로

판단을 한 경우에 한하므로, 상계가 허용되지 않거나 상계항변이 실기한 공격방어방법으로 각하된 경우나 부적상을 이유로 배척된 경우에는 기판력이 발생하지 않는다. 또한 ② 상계 주장에 관한 판단에 기판력이 생기는 것은 수동채권이 소송물로서 심판되는 소구채권이거나 그와 실질적으로 동일한 경우(원고가 상계를 주장하면서 청구이익의 소를 제기하는 경우)에 한한다.

## (2) 수동채권이 동시이행항변으로 주장된 채권인 경우 기판력 발생여부

### 1) 학설

학설은 대체로 수동채권이 동시이행항변으로 주장된 채권일 경우에는 그러한 상계주장에 대한 판단에 기판력이 생기지 않는다는 입장이다.

### 2) 판례

판례도 동시이행항변이 상대방의 상계의 재항변에 의하여 배척된 경우 그 동시이행항변에 행사된 채권(수동채권)을 소송상 행사할 수 없게 되어 동시이행항변에 행사된 채권의 존부나 범위에 관한 판결 이유 중의 판단에 기판력이 미치는 결과가 된다는 이유로 이를 인정하지 않는다.

### (3) 소결

상계가 동시이행의 항변에 대한 재항변으로 주장된 경우에까지 상계 주장에 관한 판단에 기판력을 인정하게 되면 동시이행 항변에 행사된 채권에 관해서까지 기판력을 인정하는 결과가 되므로 이를 부정하고, 전소에서 동시이행항변에 대한 상계의 재항변이 있었던 경우에는 동시이행항변에 행사된 채권(수동채권)과 자동채권 모두 후소에서 기판력에 저촉됨이 없이 다시 주장할 수 있다고 할 것이다.

## 4. 결론

B는 상계의 재항변을 하였는바, B의 상계주장에 대한 판단에 기판력이 생기지 않는다. 따라서 A가 동시이행항변에 행사된 채권인 중도금의 지급을 구하는 소는 기판력에 저촉되지 않으므로, A의 청구가 기판력에 저촉된다고 판단한 법원의 판단은 타당하지 않다.

### 3. 상계의 실권여부

甲은 2008.4.1. 乙에게 1억 원을 변제기 2009.3.31.로 정하여 대여하였다. 甲은 2012.4.1. 乙을 상대로 위 대여금 채권 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하여 청구 인용 판결을 선고받아 위 판결이 확정되었다. 한편 乙에게는 甲에 대한 1억 원의 손해배상 채권이 있었고, 위 소송의 사실심 변론종결 당시 위 두 채권은 상계적상에 있었으며, 乙도 위 두 채권이 상계적상에 있음을 알고 있었다. 甲이 위 확정판결로 강제집행을 하려고 하자, 乙은 비로소 위 손해배상 채권으로 위 대여금 채권과 상계한다고 주장하면서 위 확정판결의 집행력을 배제하기 위한 청구이의의 소를 제기하였다. 乙의 상계주장은 적절한 청구이이의 사유에 해당하는가?

#### 1. 문제의 소재

집행력을 저지하는 청구이의 소의 변론종결후 사유가 인정되는지 문제되는데. 표준시 이후 형성권 행사로서 상계권이 실권되지 아니하여 집행의 이의 주장이 가능한지 문제된다.

#### 2. 청구이의 소의 주장사유<sup>175)</sup>

##### (1) 청구이의 소

집행권원에 표시된 청구권이 이미 실제법상 소멸하는 따위의 사정이 생기면 그 집행권원은 현재에 있어서의 진실한 권리관계와 일치하지 않게 된다. 이러한 경우의 강제집행도 집행법상으로는 적법이지만 실제법상으로는 부당한 것이 된다. 이러한 모순을 제거하고자 채무자로 하여금 채권자를 상대로 그 청구권의 존재나 태양을 다투어서 그 집행력을 배제할 수 있는 수단을 인정한 것이 이 소이다.

##### (2) 청구이이의 사유

이의원인은 기판력의 표준시 이후에 발생한 것이라야 한다(민사집행법 제44조 제2항). 즉, 변론이 종결된 뒤에 생긴 사유라야 한다. 따라서 집행권원에 표시된 청구권이 불성립하였다는 사유는 이의원인이 안 된다. 이의원인이 여러 개 있을 때에는 동일한 이의의 소에 함께 주장하여야 한다(민사집행법 제44조 제3항)

##### (3) 사안의 경우

상계가 표준시 이후에 발생한 것 이여야 하므로 상계가 여기에 해당하는지 문제된다.

### 3. 상계권의 실권여부

#### (1) 문제점

변론종결전에 행사할 수 있었던 형성권인 상계가 변론종결후 실권되지 아니하고 행사가능한지 실권효의 제재여부가 문제된다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설

형성권에 대한 실권설과 다수설인 비실권설의 대립이 있다. 이에 대하여 상계권만 예외적으로 제한적으로 실권된다는 보는 견해가 대립한다.

##### 2) 판례<sup>176)</sup>

175) 실제시험에서는 간단히 하여야 무방할 것이다. 그러나 집행법은 그자체로 중요하므로 소송법을 준비하는 수험생은 기본적인 의미는 파악할 필요가 있다고 생각된다.

당사자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계없이 실권되지 아니한다는 입장이다.

### (3) 검토 및 사안의 경우

#### 4. 결론

청구이의의 소는 변론종결후 새로운 사유여야 하는데, 상계의 경우 변론종결전에 주장할 수 있었다 하더라도 실권되지 아니하여, 상계채권에 대한 인지여부와 관계없이 변론종결 이후에 주장가능한 적법한 이의 사유가 된다는 것이 판례이다.

---

176) 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25344 판결: 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 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 채무명의인 확정판결의 변론종결 후에 이르러 비로소 상계의 의사표시를 한 때에는 민사소송법 제505조 제2항이 규정하는 '이의원인이 변론종결 후에 생긴 때'에 해당하는 것으로서, 당사자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계없이 적법한 청구이의 사유로 된다.

#### 4. 재상계항변의 기판력

甲은 乙로부터 X건물을 대금 1억 원에 매수하였다. 甲이 乙을 상대로 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다. 乙은 甲으로부터 대금을 지급받을 때까지는 이전등기 청구에 응할 수 없다고 동시이행의 항변을 하였다. 甲은 乙에 대한 1억 원의 대여금 채권으로 乙의 대금 채권과 상계하겠다고 주장하였다. 법원은 대여사실에 대한 증거가 부족하다는 이유로 甲의 상계주장을 배척하여 ‘乙은 甲으로부터 1억 원을 지급받음과 동시에 甲에게 X건물에 관한 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라’는 취지의 청구 일부 인용 판결을 선고하였고 그 판결 확정되었다. 그 후 甲이 乙을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하여 대여 및 변제기 도래 사실을 증명하였다면 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가? (소 각하 / 청구 기각 / 청구 인용)

##### 1. 쟁점의 정리

재상계항변에 대하여 법원이 이를 인정하지 아니하고 원고일부승소에 해당하는 상환이행판결을 선고한 경우 기판력이 미치는지, 배척한 판결이유가 증명력을 갖는지 문제된다.

##### 2. 재상계항변의 기판력 인정여부

###### (1) 기판력의 발생

상환이행의 확정판결에 대하여 불가쟁, 불가반의 효력이 생겨 동일한 당사자에 대한 동일한 소송물이나, 모순되는 반대관계에 후소를 구속한다. 동일한 소송물인 경우 주문에 한하고 이유에 대하여는 원칙적으로 기판력이 미치지 아니하나, 상계에 대한 판단은 대항한 액수에 대하여 기판력이 생긴다(제216조 제2항).

###### (2) 상계항변의 기판력 작용여부

상계항변이 기판력이 발생하기 위하여는 소구채권인 수동채권과 항변권자의 자동채권이 상계적상에 있어야 한다. 재상계항변은 원고가 주장한 것으로 수동채권은 피고의 상계항변으로 주장한 채권이다. 따라서 재상계항변은 기판력이 발생될 수 없는 자동채권에 해당한다. 한편 동시이행의 항변이 인정되는 경우에도

###### (3) 기판력 발생범위

동시이행항변권이 존재한다는 범위에서 상환이행판결에 기판력이 발생하지만 구체적 액수에 대하여 기판력이 발생하지 아니하며 이와 함께 재상계항변의 액수에 대하여도 기판력이 발생하지 않는다.

##### 3. 배척한 재상계 항변의 증명력

###### (1) 판결서의 증명효

확정판결의 주문이 아닌 이유에서 판단된 사항에 대하여 기판력확장을 시도하자는 이론이 쟁점효이론 등이 주장되고 있으나, 판례는<sup>177)</sup> 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정한 사실은 유력한 증거가 될 수 있다는 입장이다.

177) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다44471 판결: 민사재판에서 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 될 수 있으나, 법원이 그 확정된 관련사건 판결의 이유와 더불어 다른 증거들을 종합하여 확정판결에서 인정된 사실과 다른 사실을 인정하는 것 또한 법률상 허용되며, 그와 같은 사실인정이 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하고 그 이유설시에 합리성이 인정되는 한 이는 사실심의 전권에 속하는 사실인정의 문제로서 위법하다 할 수 없다.

(2) 상계채권의 증명된 경우 자유심증주의

다른 증거들을 종합하여 확정판결에서 인정된 사실과 다른 사실이 인정하는 것은 자유심증주의 한계를 벗어나지 않고 합리적으로 인정할 수 있다. 따라서 후소에서 상계채권의 존재를 증명하고 변제기에 도래하는 경우 증명된 것으로 인정할 수 있다.

(3) 소결

재상계항변은 기판력이 발생하지 않으나 이유에서 판단한 것은 증명효는 있다. 그러나 후소에서 다른 증거가 인정된다면 법원은 이를 인정할 수 있다.

4. 사례의 해결

甲의 재상계항변으로 주장한 1억 원에 대한 청구가 배척되어도 기판력이 미치지 아니하므로 법원은 甲의 증명한 것으로 증명력에 따라 甲의 청구를 인용하여야 한다.

## 5. 기대여명과 기판력

2015년 9월 9일에 乙의 과실로 발생한 교통사고로 인하여 甲은 뇌손상을 당하여 식물인간이 되고 말았다. 甲이 2015. 10. 1. 乙을 피고로 하여 3억 원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하자, 법원은 甲에 대한 신체감정결과 그 기대여명을 3년으로 평가하였고, 이를 바탕으로 2015. 11. 24. 甲에게 2억 300만원을 지급할 것을 명하는 화해권고결정을 하였으며, 이 결정은 2015. 12. 20. 확정되었다. 甲은 乙의 보험자 丙으로부터 화해권고결정 금액 중 일부를 제외한 2억 원을 수령하고, 이 사건 사고로 인한 일체의 청구권을 포기하기로 합의하였다. (甲의 상태가 다음과 같이 진행된 각각의 경우에 답하시오.)

1. 식물인간이었던 甲이 사고발생 후 2년이 경과한 2017년 10월부터 점차 의식을 회복하는 등 증상이 호전되어 기대여명이 지나서도 생존하고 있다. 이에 甲은 2018. 11. 27. 보험자 丙을 피고로 하여 추가손해(치료비, 보조구비 및 간호비 등) 3억 원의 배상을 청구하는 소를 제기하였다. 이 소송절차에서 乙은 甲의 소가 부적법하며, 적법하더라도 소멸시효를 주장하였다. 이에 대해 법원은 어떻게 판단할 것인가?

2. 甲은 여명기간을 반만을 채우고 사망하였다. 그러자 乙은 손해액을 과잉배상하여 甲의 상속인 丁이 1억 원을 부당이득하였다고 주장하며, 부당이득반환청구의 소를 제기하였다. 乙의 소에 대해 법원은 어떻게 판결할 것인가?

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

화해권고결정에 기판력이 발생하는지, 발생한다면 변론종결 후에 발생한 추가손해가 전소의 소송물에 포함되어 소가 부적법하지 않는지 묻고 있다. 변론종결 당시에 예견할 수 없었던 새로운 손해가 발생한 경우 전소의 소송물과 다른 소송물로 구성할 수 있는지 검토한다. 한편 본안판단이 필요한 경우 소멸시효항변에 대한 법원의 판단이 문제된다.

#### 2. 기판력의 발생과 주관적 범위

##### (1) 화해권고결정의 기판력 발생

확정된 화해권고결정은 재판상화해와 동일한 효력을 가지며(제231조), 화해조서는 확정판결과 동일한 효력을 가지므로(제220조) 사안의 화해에는 기판력이 생긴다.

##### (2) 기판력의 주관적 범위

###### 1) 당사자 동일성

기판력은 당사자가 동일하여야 하므로 피보험자 乙과 보험자 丙은 동일한 당사자인가의 여부가 문제된다. 이이 대하여는 보험회사와 보험자의 관계의 법적 성질과 관련된 문제이다.

###### 2) 병존적 채무인수의 당사자

피해자 甲의 보험자 丙에 대한 직접청구권은 손해배상채무의 병존적 인수이므로, 피해자(甲)의 보험자(丙)에 대한 손해배상청구권과 피해자의 피보험자(乙)에 대한 손해배상청구권은 별개 독립의 것으로 병존하고, 피해자와 피보험자 사이에 손해배상책임의 존부 내지 범위에 관한 화해조서가 확정되었다 하더라도 그 화해의 당사자가 아닌 보험자에 대하여서까지 화해의 효력이 미치는 것은 아니다.

##### (3) 기판력의 객관적 범위에 포함 여부

###### 1) 기판력의 객관적 범위와 작용국면



전소판결에 기판력이 발생하는 부분은 판결주문으로 판단되는 소송물인데, 화해권고결정의 대상은 2억 300만원의 손해배상청구권이다. 추가손해 3억 원이 화해권고결정의 대상(판결의 경우 동일 소송물에 해당)에 포함되는가가 문제된다.

## 2) 피해자가 기대여명보다 오래 생존한 경우 추가청구 거부

피해자가 손해배상의 기초가 되었던 기대여명보다 오래 생존하여 추가로 손해가 발생하였다면, 추가손해를 유보하지 아니한 경우라도 추가손해는 전소의 변론종결 당시에는 예견할 수 없었던 새로운 손해이므로 전소의 소송물과 별개의 소송물이 되어 전소판결의 기판력이 미치지 않는다.

## 3. 변론종결후 새로운 사유인지 여부

### (1) 차단효

기판력을 받는 후소 법원은 전소판결이 전소 변론종결시의 법률관계에 대한 판단과 모순되는 판단을 할 수 없고, 당사자도 전소 변론종결 전에 발생한 사유를 후소에서 주장하지 못한다. 그러나 변론종결 후에 발생한 새로운 사유에는 기판력이 미치지 아니한다.

### (2) 변론종결 후 발생한 새로운 손해가 차단되는지 여부

#### 1) 새로운 사유의 의미

변론종결 후 발생한 새로운 사유란 법률관계 사실 자체를 말하는 것으로서, 단순히 기존의 법률관계에 관한 새로운 증거자료를 포함하지 아니한다.

#### 2) 변론종결 후 발생한 새로운 손해의 차단여부

인신사고의 경우 손해배상의무 발생의 근거사실인 손해는 사고 당시에 이미 발생하여 그 배상청구권이 존재하였고, 다만 법원이 당사자가 변론종결시까지 제출한 자료에 의해서 장래 현실화할 손해를 예상하고 그 금전적 평가에 기해 배상만을 명하는 구조인 점에 비추어 변론종결 후에 발생한 새로운 사실이라 하기 어렵다. 기판력을 배제하는 변경의 소의 경우에는 손해가 변론종결 당시에 이미 발생한 것이 아니라, 그 후 장래에 계속 발생하고, 그 장래의 손해에 대한 변경만을 구하는 경우와 다르다.

### (3) 소결

변론종결 후 발생한 새로운 손해가 그 소송의 변론종결 당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었으며, 또 그 부분의 청구를 포기하였다고 볼 수도 없는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 전 소송에서 그 부분에 관한 청구가 유보되지 않았더라도 별개의 소송물을 구성한다(통설·판례). 따라서 甲의 소는 화해권고결정의 기판력에 저촉되지 않는다. 기타의 부적법 사유도 존재하지 아니하므로 甲의 소는 적법하다.

## 4. 소멸시효 항변에 타당성

### (1) 문제점

별개의 소송이므로 법원이 피고의 소멸시효 항변을 받아들여 청구기각을 판결을 하여야 하는지 문제된다. 소멸시효 완성으로 추가손해에 대한 소멸시효기산점을 이미 발생한 손해를 기준으로 하여 계산할 것인가, 아니면 그 사유가 발생한 때로부터 기간이 진행된다고 볼 것인지 문제이다.

### (2) 소멸시효 항변에 대한 판단

#### 1) 소멸시효 기산점

불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년 내에 행사하지 않으면 시효로 소멸하는데(민법 제766조 제1항), 甲이 상해를 입었을 때로부터 3년이 지난 뒤에 소를 제기하였으므로 법원이 소멸시효항변을 받아들여야 하지 않는가가 문제된다.

## 2) 추가손해에 대한 소멸시효기간의 기산점

불법행위로 인한 손해배상청구권은 민법 제766조 제1항에 의하여 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸하는데, 여기에서 그 손해를 안다는 것은 손해의 발생사실을 알면 되는 것이고 그 손해의 정도나 액수를 구체적으로 알아야 하는 것은 아니다. 통상의 경우 상해의 피해자는 상해를 입었을 때 그 손해를 알았다고 보아야 할 것이지만, 그 후 후유증 등으로 인하여 불법행위 당시에는 전혀 예견할 수 없었던 새로운 손해가 발생하였다거나 예상외로 손해가 확대된 경우에 있어서는 그러한 사유가 판명된 때에 새로이 발생 또는 확대된 손해를 알았다고 보아야 할 것이다.<sup>178)</sup>

## (3) 소결

추가 손해 3억 원의 소멸시효기간은 甲이 호전되기 시작한 2007년 10월경부터 그 기간이 진행된다. 따라서 법원은 乙의 항변을 배척하여야 한다.

## 5. 결론

甲의 소는 화해권고결정의 기판력에 저촉되지 않는다. 추가 손해 3억 원의 소멸시효기간은 甲이 호전되기 시작한 2007년 10월경부터 그 기간이 진행된다. 따라서 법원은 乙의 항변을 배척하고 법원은 청구인용의 판결을 하여야 한다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소개

전소의 확정판결에 따라 2억 원을 지급하였는데, 이 금액이 부당이득이라는 이유로 반환을 청구하는 것이 전소판결의 기판력에 저촉되지 않는지 문제된다. 전소의 기판력이 후소에 미친다고 볼 때에는 乙이 甲에게 지급한 금액의 반환을 청구하는 것은 전소의 기판력에 저촉될 것이나(모순되는 반대관계), 기판력이 미치지 않는다고 보면 甲이 받은 금액 중 1억 원은 법률상 원인없는 이득에 해당하게 될 것이다.

### 2. 기판력의 객관적 작용범위

#### (1) 소송물의 동일의 문제

전소판결에 기판력이 발생하는 부분은 판결 주문에서 판단된 소송물이다. 사안의 경우 전소의 소송물은 손해배상청구권이며, 후소의 소송물은 부당이득반환청구권이므로 전후 소의 소송물이 동일하지 않다. 그럼에도 불구하고 전소판결의 기판력이 후소에 작용할 수 있는지 검토한다.

#### (2) 기판력의 모순관계에 대한 작용

##### 1) 기판력 작용

전소 확정판결의 기판력은 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일한 경우는 물론, 전소의

178) 대판 2001.9.14, 99다42797)

소송물을 선결문제로 하거나 또는 전소판결의 주문으로 판단한 법률효과와 모순관계에 있는 경우에도 후소에 작용한다. 확정판결에 기하여 지급된 금액을 부당이득이라 하여 그 반환을 청구하는 것은 모순관계에 해당하여 전소판결의 기판력에 저촉된다.

## 2) 모순관계여부

전소판결 주문으로 확정된 법률효과, 즉 피고가 원고에게 지급의무가 있다는 법률효과와 모순되는 반대관계를 주장하는 것이므로, 모순되는 반대관계에 기하여 부당이득청구에 대하여 기판력이 작용한다.

## (3) 기대여명과 다른 경우 소송물 관계

피해자가 기대여명보다 일찍 사망한 경우라도 전소판결에서 확정된 손해배상금 중 일부를 부당이득으로 반환하라는 청구는 전소의 소송물과 동일하지는 않지만, 모순되는 반대관계에 놓인다. 따라서 전소 확정판결이 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한 그 판결에 기하여 지급받은 손해배상금 중 일부를 법률상 원인 없는 이득이라 하여 반환을 구하는 것은 그 판결의 기판력에 저촉되어 허용되지 아니한다.

## (4) 차단효의 작용여부

피해자가 기대여명보다 일찍 사망하게 되었다고 하더라도 이는 변론종결 후 발생한 새로운 사실이 아니다. 인신사고에 따른 손해배상청구 사건에서 인정된 사실들과 이에 대한 전문가의 견해 등을 바탕으로 이미 피해자의 기대여명까지 고려하여 판결로 확정되었기 때문이다. 따라서 이와 같은 확정판결이 실제적 권리관계와 다르게 되더라도 그 판결이 재심의 소 등으로 취소되지 않는 한 그 판결의 기판력에 저촉된다는 주장은 기판력의 차단효에 반한다.

## 3. 모순관계에 의한 기판력 저촉시 법원의 판결

### (1) 문제점

기판력이 저촉되는 경우에 본안판단의 청구기각이나 소송판결로서 소각하여야 하는지 문제된다.

### (2) 견해의 대립

- 1) 기각하여야 한다는 견해 vs. 각하하여야 한다는 견해
- 2) 판례<sup>179)</sup> : 본안판단을 하여 청구를 기각한다.

### (3) 소결

판례에 따라 청구기각판결한다.

## 4. 사안의 해결

확정판결 등에서 인정된 기대여명보다 일찍 사망하게 되었다 하여 그 확정판결 등의 기판력이 배제된다고 볼 수 없다. 따라서 전소판결에 기하여 지급받은 손해배상금 중 일부를 법률상 원인 없는 이득이라 하여 그 반환을 청구하는 것은 기판력으로 확정된 법률효과와 모순된다. 이에 따라 법원은 원고의 청구를 기각하여야 한다

---

179) 대판 1996.2.9, 94다61649

## 6. 변경의 소

카페를 운영하던 甲은 원두판매상 丁과 1억 원의 원두매매 계약을 상의하기 위하여 丁이 운전하던 차량에 탑승하여 운행하던 중 교통사고가 발생하여 중상을 당하였다. 甲은 丁을 상대로 교통사고로 인하여 발생한 1억 원(적극적 손해로 500만 원, 일실수입으로 8,000만 원, 위자료 1,500만 원)의 배상을 구하는 소를 제기하고자 한다. 甲의 丁에 대한 소를 제기하고 소송이 진행되고 있던 중 甲은 증세가 악화되어 식물인간 상태로 되었다. 제1심법원에 신청한 신체감정 결과 甲의 여명이 변론종결시(2013.4.12.)부터 5년으로 확정되자, 甲은 위 청구액과 별도로 향후(변론종결이후) 5년간 매월 70만 원씩 치료비를 청구하였다. 제1심법원은 甲이 확장한 청구 부분도 받아들여, 1억 원의 지급과 향후 5년간 매월 70만 원을 지급하라는 판결을 선고하였고, 이는 그대로 확정되었다. 2015. 4. 12. 甲의 병세가 급격하게 악화되어 치료비가 매월 70만 원에서 300만 원으로 급증하였다. 甲은 2016. 4. 12. 위 정기금판결에서 인정된 매월 지급액인 월 70만 원 이외에 매월 230만 원을 추가로 청구하는 취지의 변경의 소를 제기하였다면, 법원이 인용판결할 수 있는지 근거를 들어 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

변경의 소와 추가청구의 소의 관계를 묻고 있다. 매월 230만원 지급청구가 전소의 정기금판결의 기판력에 저촉되는지, 갑의 추가청구를 명시적 일부청구에 대한 잔부청구로 보아 허용할 수 있는지 문제이다. 정기금판결의 소송물과 변경의 소의 소송물이 동일한지 여부와 전소 변론종결시에 예상할 수 없었던 확대손해를 별개의 소송물로 구성할 수 있는지 여부를 검토한다.

### 2. 정기금판결에 대한 추가청구의 의미

#### (1) 문제점

甲이 추가청구의 소를 제기하면 그 소는 전소 정기금판결의 기판력에 저촉되고, 그 결과 법원은 모순금지설에 따라 추가청구의 소를 기각하게 될 것이다. 그런데 기판력을 배제시키는 제262조의 변경의 소를 제기하여 현저한 사정변경을 인정받으면 정기금판결을 변경할 수 있다. 따라서 여기에 해당하는지 살펴본다

#### (2) 변경의 소의 대상적격

변경의 소는 법률에 의하여 인정되는 형성의 소로서 대상적격은 정기금의 지급을 명하는 확정판결이다. 소는 정기금 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 침해할 특별한 사정이 생긴 경우에 변경의 소는 이유 있게 된다(제252조).

#### (2) 변경의 소의 법적 성질

##### 1) 문제점

변경의 소가 새로운 소송물을 전제로 하는 것인지 여부에 대하여 변경의 소의 법적 성질 및 소송물에 대하여는 다툼이 있다.

##### 2) 학설과 판례

통설과 판례는 형평설 또는 소송물동일설은 변경의 소는 형평의 관념에서 장래의 예측을 포함한 전소판결의 기판력을 배제하는 제도이므로 그 소송물은 전소 정기금판결의 소송물과 동일하다고 본다. 소수설인 소송물별개설은 변경의 소는 변경된 사실관계를 기초로 하는 별개의 소송물을 그 대상으로 한다는 반대견해가 있다. 변경의 소의 소송물을 전소의

소송물과 다르게 보는 소수설에 따르면 변경의 소로 추가청구를 하더라도 전소판결의 기판력에 저촉되지 않아 항상 허용되는 결과로 된다. 이에 반하여 변경의 소의 소송물을 전소의 소송물과 같은 것으로 보면 확대손해를 청구하는 것은 정기금판결의 기판력에 저촉된다.

### 3) 검토

변경의 소를 기판력 배제제도로 보아 정기금판결과 소송물이 동일하다는 입장이다. 제252조는 법문으로 변경의 소의 인정취지를 형평에 두고 있으므로 통설인 형평설이 타당하다. 판례도 변경의 소를 기판력 배제제도로 파악하여 형평설을 취한다.

#### (3) 추가청구의 변경의 소의 여부<sup>180)</sup>

사안의 경우 정기금판결이 확정되었으므로 동일한 소송물임을 전제로 변경의 소로서 적법하고, 또 건강악화에 따른 후유증손해가 발생되어 정기금액수를 산정하는 기초에 현저한 사정변경이 발생하였고 이는 당사자 사이의 형평을 해칠 정도에 이르기 때문에 법원은 변경의 청구는 이유 있다고 할 것이다.

### 3. 추가청구소의 가부와 판례의 명시적 일부청구이론

#### (1) 확대손해의 추가청구의 가부

통설과 판례는 후유증에 의한 확대손해는 전소의 변론종결시에 예상할 수 없었던 확대손해가 발생하여 별개의 소송물을 구성한다. 그러나 이를 이유로 추가청구의 소를 제기하는 것은 허용되지 아니한다. 정기금판결의 경우 변론종결시의 예측 및 예측한 장래의 시점까지 기판력이 미치지 때문이다. 따라서 변론종결 후 예측시점까지 현저한 사정변경이 발생하였다는 것을 이유로 하는 추가청구는 허용되지 아니하고,<sup>181)</sup> 다만, 기판력 배제제도인 변경의 소를 제기할 수 있을 뿐이다.

#### (2) 일부청구 의제론에 의한 추가청구

판례는 이 경우에도 현저한 사정변경으로 인한 불합리를 바로잡기 위해 명시적 일부청구의 제론을 개발하였다. 정기금판결의 경우에도 명시적으로 일부청구한 것으로 보아 하여 잔부청구에 해당하는 추가청구가 가능하다는 것이다. 더욱이 판례는 변경의 소가 도입된 이후에도 종전의 명시적 일부청구의제설을 견지하고 있다.

180) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2014다31721 판결: 민사소송법 제252조 제1항은 “정기금의 지급을 명한 판결이 확정된 뒤에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 그 판결의 당사자는 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 정기금판결에 대한 변경의 소는 정기금판결의 확정 뒤에 발생한 현저한 사정변경을 이유로 확정된 정기금판결의 기판력을 예외적으로 배제하는 것을 목적으로 하므로, 확정된 정기금판결의 당사자 또는 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 확정판결의 기판력이 미치는 제3자만 정기금판결에 대한 변경의 소를 제기할 수 있다. 한편 토지의 소유자가 소유권에 기하여 토지의 무단 점유자를 상대로 차임 상당의 부당이득반환을 구하는 소송을 제기하여 무단 점유자가 점유 토지의 인도 시까지 매월 일정 금액의 차임 상당 부당이득을 반환하라는 판결이 확정된 경우, 이러한 소송의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환청구권이므로, 소송의 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람은 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 확정판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 토지의 전 소유자가 제기한 부당이득반환청구소송의 변론종결 후에 토지의 소유권을 취득한 사람에 대해서는 소송에서 내려진 정기금 지급을 명하는 확정판결의 기판력이 미치지 아니하므로, 토지의 새로운 소유자가 토지의 무단 점유자를 상대로 다시 부당이득반환청구의 소를 제기하지 아니하고, 토지의 전 소유자가 앞서 제기한 부당이득반환청구소송에서 내려진 정기금판결에 대하여 변경의 소를 제기하는 것은 부적법하다.

181) 앞의 판례

### (3) 사안의 경우

전소의 변론종결시에 향후 손해발생액을 70만원으로 예상하였는데 그 이후 건강이 악화되어 치료비가 300만원으로 증가하였다. 그런데 변경의 소제기 시부터 기판력의 시적 범위가 미치는 범위의 기간까지는 변경의 소로 구제할 수 있는 것과 같이 변론종결 시 이후 변경의 소제기 전까지 발생한 현저한 손해에 대해서도 판례의 명시적 일부청구의제설에 따라 추가청구를 허용하여야 할 것이다. 결국 甲은 2015. 4. 12.부터 2016. 4. 11.까지는 추가청구를 하는 별소를 제기하여 추가청구를 할 수 있다.

### 4. 결론

甲은 2016. 4. 12. 부터 2018. 4. 11.까지는 정기금판결 중 매월 지급액을 월 70만원에서 300만원으로의 변경을 구하는 소를 제기할 수 있다. 甲은 2015. 4. 12.부터 2016. 4. 11.까지는 정기금판결로 인정된 월 70만원 외에 230만원씩 추가로 청구하는 별소를 제기할 수 있다.

## 7. 건물매수청구권의 실권여부

甲은 토지를 丁에게 임대를 주었고 丁은 토지 위에 건물을 지었다. 이윽고 임대계약 기간이 끝났음에도 丁이 토지를 돌려주지 않자 甲은 임차인 丁을 상대로 건물철거 및 그 부지인도를 청구하는 소를 제기하였다. 법원은 甲의 청구를 인용하는 판결을 하였다. 판결이 확정되자 甲은 자비로 그 건물이 철거하기 시작하여 현재 골조만 남은 철거직전의 상태에 있다. 그러나 乙이 甲을 상대로 건물매수청구권을 행사하면서 철거증지가처분신청과 함께 매매대금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 乙의 매매대금청구의 소의 가부 및 적법여부를 검토하시오.

### 1. 문제의 소재

乙의 건물매수청구권의 행사로 매매대금청구의 소가 인정되는지 쟁점인데, 특히 확정판결의 기판력에 의해 차단되는지 문제이다. 한편 그에 의하여 매매대금청구소송이 권리보호이익을 인정받을 수 있는지 검토한다.

### 2. 건물매수청구권 행사의 기판력 저촉 여부

#### (1) 기판력의 발생

甲의 청구를 인용하는 판결이 확정되었으므로 건물철거와 부지인도에 대한 판결의 확정력이 인정되어 당사자인 갑과 을은 동일한 소송에 대하여 다투지 못하고 한편 변론종결전에 다퉴수 있었던 사유로 새로이 주장하지 못한다.

#### (2) 변론종결후 건물매수청구권의 실권여부

##### 1) 문제점

토지인도 및 건물철거 청구를 인용하는 판결이 확정된 이후에 건물매수청구권을 행사하면 확정판결의 기판력에 저촉되는지 문제이다.

##### 2) 판례의 태도

확정판결의 변론종결 이후에 건물매수청구권을 행사하더라도 실권되지 않는 비실권설의 입장에서 기판력에 저촉되지 않는다는 것이 판례이다.<sup>182)</sup> 건물매수청구권은 상계권과 같이 소구채권과 연계되지 않은 독립된 권리이므로, 판례와 같이 기판력에 의하여 차단되지 않는다고 볼 것이다.

##### (3) 기판력 저촉여부

182) 94다34265: 토지임차인의 지상물매수청구권은 기간의 정함이 없는 임대차에 있어서 임대인에 의한 해지 통고에 의하여 그 임차권이 소멸된 경우에도 마찬가지로 인정된다고 봄이 상당하다. 그리고 임차인이 지상물의 매수청구권을 행사한 경우에는 임대인은 그 매수를 거절하지 못한다. 즉 이 지상물매수청구권은 이른바 형성권으로서, 그 행사로 임대인·임차인 사이에 지상물에 관한 매매가 성립하게 된다. 이 규정은 강행규정이며, 이에 위반하는 것으로서 임차인에게 불리한 약정은 그 효력이 없다(민법 제652조). 사실관계가 위와 같다면 원고와 피고들 사이에는 위 각 건물에 대하여 그 각 시가 상당액을 대금으로 하는 매매가 이루어졌다. 원고의 건물철거와 그 부지인도청구에는 건물매수대금 지급과 동시에 건물명도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수는 없다. 토지임대인이 그 임차인에 대하여 지상물철거 및 그 부지의 인도를 청구한 데 대하여 임차인이 적법한 지상물매수청구권을 행사하게 되면 임대인과 임차인 사이에는 그 지상물에 관한 매매가 성립하게 되므로 임대인의 청구는 이를 그대로 받아들일 수 없게 된다. 이 경우에 법원으로서 임대인이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지, 아니면 대금지급과 상환으로 지상물의 명도를 청구할 의사가 있는 것인지(예비적으로라도)를 석명하고 임대인이 그 석명에 응하여 소를 변경한 때에는 지상물명도의 판결을 함으로써 분쟁의 1회적 해결을 피하여야 한다고 봄이 상당하다.

판례에 의하면 乙은 판결확정 후에도 실권되지 않는 자신의 건물매수청구권을 행사할 수 있다. 그러므로 일응 乙의 소는 기판력에 저촉되지 아니하는 적법한 소이다.

### 3. 매매대금청구소의 가부

#### (1) 문제점

형성권인 매수청구권의 행사가 인정되어 매매가 형성되고 본안청구가 가능한지, 가능할 경우 소구할 실익이 있는지 즉 승소확정판결을 받아 집행이 가능한지 관련하여 매매대금청구의 소가 권리보호이익이 인정되는 지 문제된다.

#### (2) 권리보호이익의 인정여부

##### 1) 매매대금청구권의 본안적격여부

건물매수청구권은 형성권으로 임차인의 계약갱신이 이루어 지지 않는 경우 목적물에 대한 일방적 의사에 의하여 매매유사의 계약관계가 성립한다. 乙은 건물매수청구권을 행사하였으므로 甲과 乙 사이에는 매매계약이 성립하고, 乙은 甲에 대하여 매매대금지급청구권을 가진다.

##### 2) 매매대금청구권의 권리보호이익

소송은 승소를 목적으로 하는 소의 이익이 존재하여야 한다. 건물매수청구권을 행사하는 경우 매매가 성립되었으므로 건물의 인도의무가 발생한다. 그러나 그 행사 전 건물이 철거된 이후에는 건물매수청구권의 대상이 없어 행사하여도 그 효력이 없어<sup>183)</sup> 권리보호이익이 존재한다고 할 수 없다.

#### (3) 사안의 경우

건물매수청구권을 행사할 수 있으나, 乙은 건물이 철거되기 전에 매수청구권을 행사하였으므로 매수청구권행사 및 매매대금청구권이 존재한다하더라도 건물이 철거직전에 있으므로 더 이상 소구할 수 있는 권리보호이익이 존재한다고 할 수 없다.

### 4. 결론

건물이 철거되기 전까지 건물매수청구권을 행사하더라도 실권되지 않아서 기판력에 저촉되지 아니하여 乙의 주장하는 매매대금청구권은 존재할 수 있다. 그러나 건물이 철거직전의 현존하지 않는 이상 乙의 소는 권리보호이익이 없어 부적법하다고 할 것이다.

---

183) 95다42195: 건물의 소유를 목적으로 하는 토지 임대차에 있어서, 임대차가 종료함에 따라 토지의 임차인이 임대인에 대하여 건물매수청구권을 행사할 수 있음에도 불구하고 이를 행사하지 아니한 채, 토지의 임대인이 임차인에 대하여 제기한 토지인도 및 건물철거청구 소송에서 패소하여 그 패소판결이 확정되었다고 하더라도, 그 확정판결에 의하여 건물철거가 집행되지 아니한 이상 토지의 임차인으로서 건물매수청구권을 행사하여 별소로써 임대인에 대하여 건물매매대금의 지급을 구할 수 있다



## 8. 상속협의분할의 실권효

A토지는 현재 乙 명의로 소유권보존등기가 되어 있으며 乙이 점유하고 있다. 甲은 A토지가 자신의 소유이며 乙명의의 등기는 잘못된 등기라고 주장하고 있다. 甲에게는 자녀 丙, 丁, 戊가 있다. 甲이 배우자 없이 사망하자 丙은 자신이 단독 상속인이라고 주장하면서 乙을 상대로 소유권확인의 소(이하 '전소'라 함)를 제기하였다. A토지 중 丙의 상속분에 해당하는 1/3 지분에 관하여는 청구인용, 나머지 2/3 지분에 관하여는 청구기각의 판결이 선고되어 2020.2.10. 확정되었다. 2020.4.9. 甲의 상속인들 전원이 “丙을 甲의 상속재산에 관한 단독상속인으로 한다.”는 내용의 상속재산분할협의를 완료하였다. 그 후 丙은 상속재산분할협의 사실을 이유로 하여 다시 乙을 상대로 A토지 중 전소에서 기각되었던 2/3 지분에 관하여 소유권확인의 소(이하 '후소'라 함)를 제기하였다. 법원은, 후소는 판결이 확정된 전소와 당사자 및 소송물이 동일하고, 협의에 의한 상속재산분할은 유효하다고 판단하였다. 그러면서 법원은 “상속재산분할은 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다(민법 제1015조)는 점을 들어 후소는 전소 판결의 기판력에 저촉된다.”고 판단하였다. 이와 같은 후소 법원의 판단이 적법한지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재<sup>184)</sup>

2020.2.10. 확정된 판결에 대하여 2020.4.9.에 상속협의분할된 경우 확정된 패소판결에서 상속협의분할로 소유권이 인정되는 공유지분에 대하여 소송물과 시적범위에 확인의 소를 제기한 경우 기판력 저촉여부가 시적 범위에 차단효가 인정되는지 문제된다.

### 2. 소유권확인의 소의 기판력 범위

#### (1) 소유권확인의 소의 소송물

확인소는 확인의 소의 경우 법률관계의 존부에 대한 법원의 확인이 문제되므로 권리관계와 법률관계만이 대상적격이고 소송물이다. 따라서 청구취지만이 소송물로 특정되며 별도의 청구원인에 대하여 이설이 있지만 통설은 기재할 필요가 없다고 보며 단순한 공격방법에 해당하게 된다.

#### (2) 확인의 소의 기판력 발생과 작용

확인소도 기판력이 발생하며 동일한 당사자에서 변론종결전에 주장할 수 있는 사유에 대하여 후소에서는 주장할 수 없음이 원칙이다. 확인소인 경우 소송물은 소유권확인에 미치며 청구원인에 해당하는 부분은 공방에 해당하므로 기판력이 작용하여 후소에서는 주장할 수 없다.

#### (3) 소결

전소의 확인소는 소유권에 대한 공유지분이 일부 인정되는 부분에 한하여 확인의 확정판결의 효력이 인정되며 한편 청구원인에 해당하는 주장은 모두 기판력에 의하여 차단되는 것이 원칙이다.

### 3. 상속협의분할의 상속분에 대한 기판력

#### (1) 문제점<sup>185)</sup>

184) 판례 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결

185) 여기서는 확인의 소의 확인의 이익은 논의할 필요가 없다고 본다. 우선 문제가 기판력 저촉여부를 물어보므로 그러하고, 확인의 이익을 인정하지 아니하면 문제자체가 서술될 수 없는 부분도 있다.

전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당한다는 이유로 상속분에 해당하는 부분에 한해 원고의 청구를 인용하는 판결이 선고되어 확정된 경우, 전소의 기판력이 전소 변론종결 후 상속재산분할협약에 의하여 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 대한 소유권확인을 구하는 후소에 미치는지 여부가 문제된다.

## (2) 판례의 태도<sup>186)</sup>

소유권확인청구의 소송물은 소유권 자체의 존부이므로, 전소에서 원고가 소유권을 주장하였다가 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 전소 변론종결 후에 소유권을 새로이 취득하였다면 전소의 기판력이 소유권확인을 구하는 후소에 미칠 수 없는데, 상속재산분할협약이 전소 변론종결 후에 이루어졌다면 비록 상속재산분할의 효력이 상속이 개시된 때로 소급한다 하더라도, 상속재산분할협약에 의한 소유권 취득은 전소 변론종결 후에 발생한 사유에 해당한다. 따라서 전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당한다는 이유로 상속분에 해당하는 부분에 대해서만 원고의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각하는 판결이 선고되어 확정되었다면, 전소의 기판력은 전소 변론종결 후에 상속재산분할협약에 의해 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 관한 소유권확인을 구하는 후소에는 미치지 않는다.

## (3) 사안의 경우

판례에 의하는 경우 후소에서 확인의 소로서 전소에 인정되지 아니한 공유지분에 대한 주장은 차단되지 아니하고 따라서 법원의 판단은 타당하지 아니하다.

## 4. 결론

소유권확인 소에서 청구원인에 해당하는 부분은 별개의 소송물이 아닌 공격 방어사유에 해당하여 기판력에 의한 차단효가 발생한다. 그러나 상속협의분할의 경우 소급효가 있어 변론종결전에 주장할 수 사유라 하더라도 차단되지 아니하고 후소에서 다시 주장할 수 있으므로 법원의 판단은 적법하지 아니하다.

---

186) 앞의 각주 판례 원문

대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다108095 판결

채권자대위소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 때에는 그 판결의 효력이 채무자에게 미친다고 보는데(대법원 1975. 5. 13. 선고 74다1664 전원합의체 판결 참조), 이는 소송물인 피대위채권의 존부에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 피보전채권의 존부에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다. 대상판결은 채권자대위소송이 있는 후, 채권자와 채무자 사이의 2차 소송이 문제된 사안에서, 소각하 판결의 기판력은 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는 것은 아니라고 보았다. 한편, 참고할 것은 채권자와 제3채무자 사이의 2차 소송이 문제된 사안, 즉 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 구하는 채권자대위소송에서 피보전채권의 부존재를 이유로 소각하 판결이 있는 뒤, 제3채무자가 채권자를 상대로 제기한 토지인도소송에서 채권자가 다시 위와 같은 권리가 있음을 항변사유로서 주장하는 것은 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 본 판례도 있다(대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41349 판결).

대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결

법원이 원고의 소송상 상계의 재항변과 무관한 사유로 피고의 소송상 상계항변을 배척하는 경우에는 소송상 상계의 재항변을 판단할 필요가 없고, 피고의 소송상 상계항변이 이유 있다고 판단하는 경우에는 원고의 청구채권인 수동채권과 피고의 자동채권이 상계적상 당시에 대등액에서 소멸한 것으로 보게 될 것이므로 원고가 소송상 상계의 재항변으로써 상계할 대상인 피고의 자동채권이 그 범위에서 존재하지 아니하는 것이 되어 이때에도 역시 원고의 소송상 상계의 재항변에 관하여 판단할 필요가 없게 된다. 또한, 원고가 소송물인 청구채권 외에 피고에 대하여 다른 채권을 가지고 있다면 소의 추가적 변경에 의하여 그 채권을 당해 소송에서 청구하거나 별소를 제기할 수 있다. 그렇다면 원고의 소송상 상계의 재항변은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없다고 판시하였다. 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 효과가 발생하는 것이 아니라, 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실제법상 상계의 효과가 발생한다는 입장(대법원 2013. 3. 28. 선고 2011다3329 판결)을 전제로 한 판단이다. 일본 최고재판소 1998년 4월 30일 판결도 위 대상판결과 같이 상계의 재항변을 부적법한 것으로 허용하지 않고 있다. 그 이유 중의 하나는, 이를 허용하면 가정 하에서 다시 가정이 누적되어 당사자 사이의 법률관계를 불안정하게 하고, 심리를 복잡하게 한다는 점이다. 한편, 피고가 상계의 항변에 의해 심판의 대상을 확대한 것이고, 원고는 피고의 방어방법에 대한 자기의 방어로 원고의 실제법상의 상계권의 행사에 의해 재항변에 이른 것이므로 상계의 재항변을 비난하기는 어렵다는 측면도 있다. 이론적 설명은 다소 복잡할 수 있는데, 이론을 떠나 실무적으로 소송상 상계의 재항변을 허용하지 않는 것이 타당할 것이다.

대법원 2016. 7. 27. 선고 2013다96165 판결

甲 등이 乙법인을 상대로 의료사고에 따른 손해배상을 구하는 조정신청을 하면서 적극적 손해 중 기왕치료비 금액을 특정하여 청구하고, 비뇨기과 향후치료비 등의 금액을 특정하여 청구하면서 '향후치료비는 향후 소송 시 신체감정 결과에 따라 확정하여 청구한다'는 취지를 밝히고, 위자료 금액을 특정하여 청구하였는데, 조정이 성립되지 않아 소송으로 이행되었다. 소송에서 甲에 대한 신체감정이나 그에 따른 청구금액 확장 등이 이루어지지 않은 상태에서 자백간주에 의한 甲 등 전부승소판결이 선고되어 확정되었다. 그 후 甲 등이 선행 소송과 마찬가지로 乙법인을 상대로 선행 소송에서의 청구 후에 발생한 치료비나 신체감정 결과 등에 의하여 밝혀진 별도의 치료비, 개호비 등에 관한 손해배상을 구한 사안에서, 선행 소송 확정판결의 기판력이 적극적 손해에 대한 배상청구 부분에 미치는지 여부가 문제되었다. 원심은 기판력이 미친다고 하여 소를 부적법 각하한 제1심 판결을 유지하였으나, 상고심인 대상판결은 명시적 일부청구라 할 것이고, 이 사건 소송의 청구는 선행 소송의 청구와 마찬가지로 이 사건 의료사고로 인한 것이기는 하나, 선행 소송에서의 그것과 달리 그 청구 후에 발생한 치료비나 신체감정 결과 등에 의하여 밝혀진 별도의 치료비, 개호비 등에 관한 것이므로 기판력을 부정하였다. [원심 파기, 재판(소가 부적법하다고 각하한 제1심 판결 취소, 제1심 법원에 환송)]

대법원 2016. 8. 30. 선고 2016다222149 판결

원고를 비롯한 토지주들은 A종합건설회사와 사이에 신축 아파트 중 그 소유의 토지 위에 20세대 아파트를 신축하되 토지주들이 지정하는 7세대를 제외한 13세대를 공사대금 명목으로 소외 회사에 대물변제하기로 하는 약정을 하고, 공사를 마친 위 아파트의 각 세대에 관하여 토지주들 명의로 각 지분소유권보존등기를 마친 상황에서, 위 아파트 503호를 A회사로부터 분양받았다고 주장하는 피고를 상대로 소유권에 기한 방해배제청구로서 위 503호의 인도를 구하는 소(제1차 소송)를 제기하였으나 분양에 관한 처분권한을 가진 A회사와 체결한 매매계약에 의하여 위 503호를 매수하여 피고는 정당한 점유권원이 있다는 이유로 원고 패소판결이 확정되었다. 이후 A회사가 피고를 상대로 제기한 매매계약의 무효확인을 구하는 소송에서 매매계약이 A회사를 대리할 정당한 권한이 있는 사람에 의하여 체결되었다는 증거가 없어 무효라는 취지에서 A회사의 승소판결이 확정되었다. 그러자, 다시 원고가 피고를 상대로 공유물에 대한 보존행위로서 위 503호의 인도를 구하는 소(제2차 소송)를 제기한 사안에서, 원심은, 제1차 소송의 기판력이 이 사건 소에 미치지 않는다고 판단하였으나, 상고심인 대상판결서는 제2차 소송은 제1차 소송의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다고 보았다[사안에서 그 기판력은 원고의 상속인(포괄적 승계인)에게도 미친다]. [파기환송]

## 제3장 판결의 편취

### 1. 공시송달에 의한 판결편취의 구제

甲은 乙 회사를 상대로 X토지에 관하여 소유권이전등기를 청구하는 소를 제기하였다. 甲은 乙이 그 대표자를 변경하고 영업소를 이전하는 시점을 노려 乙의 위 토지를 편취하고자 마음먹었다.(다음은 각각 별개임)

1. 甲은 아직 대표자변경 사실이 법원에 알려지지 아니한 점을 이용하여 소제기시 乙의 대표자인 P와 모의하였다. P는 甲과 모의한대로 이 사건 변론에 출석하지 않았고, 제1심법원은 자백간주의 법리에 따라 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 이 판결정본은 甲과 P에게 각각 송달되어 항소기간이 경과되었다. 甲은 1심법원으로부터 위 판결에 대한 확정증명서를 발급받아 본인 명의로 소유권이전등기를 경료하였다. 한편, P는 그 후 배임죄의 형사판결을 받고 이 판결이 확정되었다. 乙이 위 소유권이전등기의 확정판결을 다룰 수 있는 방법을 그 근거를 밝혀 설명하시오.

2. 甲이 의도한대로 법원은 乙에게 소송서류를 공시송달 하였다. 甲은 1심법원으로부터 승소판결을 받았고, 이 판결정본 역시 乙에게 공시송달되었다. 항소기간이 경과되어 판결이 확정되자, 乙은 이에 대하여 재심의 소를 제기하였다. 이와 관련하여, 乙이 위 재심의 소 중에 위의 이전등기말소를 청구하는 소를 제기하고 이를 병합한 경우, 법원의 조치를 설명하시오.

#### I. 설문 1에 관하여

##### 1. 문제의 소재

을이 항소를 추후보완하거나 재심의 소를 제기할 수 있는지 묻고 있다. 공시송달이 소송행위(항소)추후보완사유에 해당하는지 검토한다. 아울러 대표권남용이 재심사유가 될 수 있는지 여부와 재심절차에 통상의 민사사건을 병합시킬 수 있는지 검토한다.

##### 2. 항소의 추후보완 거부

###### (1) 판결정본의 송달이 유효한지 여부

대표권을 남용하더라도 그 효과는 본인에게 귀속되므로, 대표권을 남용한 대표자에 대한 송달은 유효하고 판결정본 송달로써 대표권남용의 판결은 확정된다.

사안에서 P의 대표권 소멸사실이 갑은 물론 법원에 통지되지 않았으므로, 을은 P의 대표권 소멸의 효력을 주장할 수 없다(제63조 제1항 본문). 따라서 P를 통한 을 앞으로의 판결정본의 송달은 유효하다. 1심판결이 확정되었으므로, 이에 대해서는 항소할 수 없고, 항소를 추후보완하거나 또는 재심의 소로 다룰 수 있다.

###### (2) 항소기간의 도과와 추완

불변기간을 지키지 못한 것이 당사자에게 그 책임을 돌릴 수 없는 사유로 말미암은 때에는 그 사유가 없어진 때 날로부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다(제173조 본문). 대리인의 귀책사유는 그대로 당사자 본인의 귀책사유로 되며, 대표자의 지위에 관해서는 법정대리인에 관한 규정이 준용된다(제64조). '당사자가 책임질 수 없는 사유'라 함은 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 경우를 말한다.

### (3) 사안의 경우

비록 대표권을 남용하였지만 대표자 자신이 항소기간을 도과하였으므로,乙에게 귀책사유가 없다고 할 수 없다. 따라서 乙은 항소를 추후보완하지 못한다.<sup>187)</sup>

## 3. 재심사유 존부

### (1) 재심사유와 제451조

대표권 흠은 재심사유이나, 대표권의 남용은 재심사유가 아니다. 다만, 대표권을 남용한 행위가 가벌행위로서 제451조 제1항 제5호의<sup>188)</sup> 재심사유에 해당할 수 있는지 문제이다.

### (2) 대표권 남용과 재심사유

판례는 대표권을 남용하여 항소를 취하한 사건에서 자백에 준한 재심사유가 존재한다고 보았다. 나아가 가벌행위를 한 다른 사람의 행위에는 당사자의 대리인이 범한 배임죄도 포함되며, 이를 제5호의 재심사유로 삼기 위해서는 대리인이 배임죄로 유죄판결을 받았을 뿐 아니라 상대방 측과 통모하는 등 절차적 정의에 반하여 대표권의 실질적인 흠으로 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 한다고 하였다.

### (3) 사안의 경우

대표권을 남용한 경우이므로 재심사유에 해당하지 않는 것이 원칙이나, 이와 관련하여 甲이 유죄의 확정판결을 받은 경우라면 제451조 제1항 제5호 전단의 재심사유를 인정할 수 있다

---

187) 2011다73540: 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 불구하고 소재불명 또는 허위의 주소나 거소로 하여 소를 제기한 탓으로 공시송달의 방법에 의하여 판결(심판)정본이 송달된 때에는 제451조 제1항 제11호에 의하여 재심을 제기할 수 있음은 물론이나 또한 제173조에 의한 소송행위 추완에 의하여도 상소를 제기할 수도 있다. 그리고 제451조 제1항 단서에 의하면 당사자가 상소에 의하여 재심사유를 주장하였거나 이를 알고 주장하지 아니한 때에는 재심의 소를 제기할 수 없는 것으로 규정되어 있는바, 여기에서 '이를 알고도 주장하지 아니한 때'라고 함은 재심사유가 있는 것을 알았음에도 불구하고 상소를 제기하고도 상소심에서 그 사유를 주장하지 아니한 경우뿐만 아니라, 상소를 제기하지 아니하여 판결이 그대로 확정된 경우까지도 포함하는 것이라고 해석하여야 할 것이나, 위 단서 조항은 재심의 보충성에 대한 규정으로서, 당사자가 상소를 제기할 수 있는 시기에 재심사유의 존재를 안 경우에는 상소에 의하여 이를 주장하게 하고, 상소로 주장할 수 없었던 경우에 한하여 재심의 소에 의한 비상구제를 인정하려는 취지인 점, 추완상소와 재심의 소는 독립된 별개의 제도이므로 추완상소의 방법을 택하는 경우에는 추완상소의 기간 내에, 재심의 방법을 택하는 경우에는 재심기간 내에 이를 제기하여야 하는 것으로 보이는 점을 고려하면, 공시송달에 의하여 판결이 선고되고 그 판결정본이 송달되어 확정된 이후에 추완항소의 방법이 아닌 재심의 방법을 택한 경우에는 추완상소기간이 도과하였다 하더라도 재심기간 내에는 재심의 소를 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다.

188) 2010다86112: 제451조 제1항 제5호는 '형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 한 경우'를 재심사유로 인정하고 있는데, 이는 다른 사람의 범죄행위를 직접적 원인으로 하여 이루어진 소송행위와 그에 기초한 확정판결은 범질서의 이념인 정의 관념상 효력을 용인할 수 없다는 취지에서 재심이라는 비상수단을 통해 확정판결의 취소를 허용하고자 한 것이므로, 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 상소 취하를 하여 원심판결이 확정된 경우에도 자백에 준하여 재심사유가 된다고 보아야 한다. 그리고 '형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위'에는 당사자의 대리인이 범한 배임죄도 포함될 수 있으나, 이를 재심사유로 인정하기 위해서는 단순히 대리인이 문제된 소송행위와 관련하여 배임죄로 유죄판결을 받았다는 것만으로는 충분하지 않고, 대리인의 배임행위에 소송상대방 또는 그 대리인이 통모하여 가담한 경우와 같이 대리인이 한 소송행위 효과를 당사자 본인에게 귀속시키는 것이 절차적 정의에 반하여 도저히 수긍할 수 없다고 볼 정도로 대리권에 실질적인 흠이 발생한 경우라야 한다

#### 4. 재심의 소의 적법 여부

##### (1) 문제점

제451조 제1항 제4호 내지 제7호의 가별행위는 그 자체로 재심사유가 되는 것인지, 아니면 단순히 재심사유의 구성요소에 불과한지에 대해서는 견해가 통일되어 있지 않다.

##### (2) 적법요건

판례는 유죄의 확정판결이 없을 경우 재심의 소를 각하하고, 재심사유에 대해 판단할 것이 아니라고 한다. 이에 따르면 가별적 행위만이 재심사유가 될 뿐이고, 유죄확정판결이 존재하여야 하는 것은 재심의 소의 적법요건이라고 한다(적법요건설). 이에 대하여는 유죄확정판결 여부는 재심사유 존부를 판단할 때 함께 고려하는 요소로서 유죄확정판결이 없으면 재심청구 기각사유에 해당한다는 반대견해가 있다(합체설).

##### (3) 사안의 경우

제451조 제2항이 명문으로 재심의 소를 제기하기 위한 요건으로 유죄의 확정판결을 요구하고 있는 점, 그 규정취지가 재심의 소의 남용을 방지하기 위한 것이라는 점에 비추어 판례의 적법요건설이 타당하다. 사례에서 P에 대해 유죄의 판결이 확정되었으므로 법원은 재심의 소를 적법하다고 보고, 본안에 관하여 심리하여야 한다.

#### 5. 결론

乙은 항소를 추후보완할 수 없다. 乙은 재심사유를 주장하여 甲이 유죄의 확정판결을 받았음을 증명하여 확정판결에 대하여 제1심 법원에 재심의 소를 제기할 수 있다.

## II. 설문 2에 관하여

### 1. 문제제기

공시송달로 편취한 판결에 기하여 소유권이전등기를 마친 경우 재심의 대상이 되는지, 재심으로 취소함이 없이 그 말소등기를 청구하는 소가 기판력에 저촉되는지 검토한다.

### 2. 재심의 소의 적법여부

#### (1) 공시송달에 의한 판결편취와 재심사유

소송개시서류에서부터 판결정본까지의 송달이 모두 공시송달로 이루어진 경우, 공시송달은 송달로서 유효하므로 그 판결은 확정가능하며, 이 확정판결에 대해서는 재심의 소로써 다룰 수 있다.

#### (2) 제451조 제5호와 제11호 사유

재심사유 제451조 제1항 제11호 및 제5호의 재심사유는 병존한다. 그런데 제5호의 재심사유에는 유죄의 확정판결이 포함된다는 견해가 있으나(합체설), 판례에 따르면 제5호는 제11호의 경우와 같이 독립적인 재심사유이며 다만 유죄의 확정판결은 재심의 소의 적법요건이다(적법요건설). 제451조 제2항의 규정 취지가 재심의 소의 남용을 방지시키기 위한 것이라는 점에 비추어 판례의 적법요건설이 타당하다.

#### (3) 사안의 경우

제451조 제1항 제11호를 재심사유로 주장할 경우에는 법원은 乙의 재심청구를 인용하게 될 것이지만, 만약 乙이 제451조 제1항 제5호를 재심사유로 주장할 경우에는 갑이 유죄의 확정판결을 받은 사실이 나타나 있지 않기 때문에 법원은 乙의 재심의 소를 부적법 각하하

게 될 것이다.

### 3. 재심과 말소등기청구 병합 거부

#### (1) 편취된 판결과 말소등기청구소송의 관계

판결정본에 대한 공시송달은 송달로서 유효하므로 그 판결은 확정된다. 따라서 그 판결을 취소시키지 않고 그와 동일한 소 또는 선결관계나 모순되는 반대관계의 소를 제기하면 전소의 기판력에 저촉된다. 확정판결에 기하여 소유권이전등기를 마쳤는데, 그 후 위 이전등기의 말소등기를 청구하는 소는 소송물은 동일하지 않지만 모순되는 반대관계로 기판력에 저촉된다.

#### (2) 재심의 소와 기판력

재심의 소계속에 재심판결의 대상이 되는 취소를 전제로 하는 이행청구의 소를 병합시킬 수 없다.<sup>189)</sup> 청구병합은 같은 종류의 소송절차끼리 가능한데, 재심의 소는 통상의 민사사건과 다르기 때문이다.

#### (3) 사안의 경우

甲 명의의 이전등기는 확정판결에 기하여 경로되었다. 따라서 그 말소청구를 하는 후소는 전소의 기판력에 저촉되므로, 법원은 모순금지설에 따라 청구를 기각하는 판결을 한다. 또한 재심의 소에 말소등기청구를 병합시킬 수 없기 때문에, 먼저 재심대상판결을 취소시킨 후에 말소등기를 청구하는 별소를 제기하여야 한다.

### 4. 결론

공시송달에 의한 편취판결이 확정되면 기판력을 누리므로 이에 저촉되는 소를 제기할 수 없다. 또한 재심의 소를 제기하더라도 일반민사사건을 재심절차에 병합하여 제기할 수도 없고, 별소에 의하여야 한다.

---

189) 96다41649: 제451조 제1항 제11호의 재심사유인 상대방의 주소가 분명함에도 불구하고 재산을 편취할 목적으로 고의로 소재불명이라 하여 법원을 속이고 공시송달의 허가를 받아 상대방의 불출석을 기화로 승소판결을 받은 경우, 그 소송의 준비단계에서부터 판결확정시까지 문서위조 등 형사상 처벌을 받을 어떤 다른 위법사유가 전혀 개재되지 않았기 때문에 오로지 소송사기로밖에 처벌할 수 없는 경우라 하더라도, 형사상 처벌을 받을 타인의 행위로 인하여 공격 또는 방어방법의 제출이 방해되었음을 부정할 수 없으므로, 이러한 경우 제451조 제1항 제5호의 재심사유도 위 제11호의 재심사유와 병존하여 있다고 보아야 한다. 재심대상판결의 소송물은 취득시효 완성을 이유로 한 소유권이전등기 청구권으로서 채권적 청구권인 경우, 그 변론종결 후에 원고로부터 소유권이전등기를 경로받은 승계인은 기판력이 미치는 변론종결 후의 제3자에 해당하지 아니하고, 따라서 피고들은 재심대상판결의 기판력을 배제하기 위하여 승계인에 대하여도 재심의 소를 제기할 필요는 없으므로 승계인에 대한 재심의 소는 부적법하다. 피고들이 재심대상판결의 취소와 그 본소청구의 기각을 구하는 외에, 원고와 승계인을 상대로 재심대상판결에 의하여 경로된 원고 명의의 소유권이전등기와 그 후 승계인의 명의로 경로된 소유권이전등기의 각 말소를 구하는 청구를 병합하여 제기하고 있으나, 그와 같은 청구들은 별소로 제기하여야 할 것이고 재심의 소에 병합하여 제기할 수 없다.



## 2. 허위송달의 편취판결

甲은 乙과 丙의(乙과 丙은 부자(父子)관계임) 공동소유인 X토지에 대하여 매매계약을 체결하였다. 甲은 乙과 丙을 상대로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하면서 乙과 통모하여 소장의 丙의 주소란에 乙의 주소를 기재하였고(乙과 丙의 주소는 다르다), 그 후 乙은 丙에 대한 소송서류를 직접 송달받았고 그러한 사실을 丙에게 알려주지 아니하였다. 피고들은 법원이 지정한 변론기일에 출석하지 않았고, 법원은 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였으며, 乙과 丙에 대한 판결정본은 2019. 7. 4. 乙에게 송달되었다. 乙은 2019. 7. 10. 교통사고로 사망하였고, 2019. 7. 29.경 乙의 유품을 정리하던 丙은 甲이 乙과 丙을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 승소한 사실을 알게 되었다. 丙은 乙과 丙에 대한 甲의 청구를 인용한 위 판결에 대하여 소송상 어떠한 조치를 취할 수 있는가?

### 1. 문제의 소재

- 1) 우선, 甲이 乙과 통모하고 법원을 기망하여 甲이 승소한 판결의 효력이 인정될 것인지, 인정된다면 소송절차에 전혀 관여한 바가 없는 丙에게 판결의 효력이 미치는 것을 어떻게 배제할 것인지 등이 문제된다.
- 2) 제1심 판결정본이 송달된 후에 乙이 사망하였으므로 실제법상 포괄승계사유의 발생이 소송상으로 어떠한 영향을 미치는지, 이러한 경우 丙은 乙의 상속인으로서 제1심 법원과 항소법원 중 어느 법원에 소송수계신청을 하여야 하는지 등도 쟁점이다.

### 2. 甲의 丙에 대한 청구

#### (1) 허위송달에 의한 편취판결의 효력과 송달

당사자가 상대방이나 법원을 기망하여 부당한 내용의 판결을 받는 것을 판결의 편취라고 하고, 이렇게 취득한 판결을 사위판결 또는 편취판결이라고 한다. 이에 대한 판결의 효력 효력과 송달의 유효성에 대하여 의견의 대립이 있다.

#### (2) 허위송달 판결의 효력

##### 1) 무효인 것으로 보는 견해

편취판결의 상대방이 절차보장을 받지 못하였으므로 편취된 판결을 당연무효인 판결로 보아야 한다. 편취판결을 무효로 볼 경우에는 재심의 소에 의하여 편취판결을 취소하지 않고도 편취판결에 기해 강제집행된 것에 대하여 부당이득반환 또는 손해배상을 청구할 수 있고, 편취판결에 기한 강제집행에 대하여는 집행문부여에 대한 이의신청(민사집행법 제34조), 청구이의의 소(같은 법 제44조) 등을 통해 다룰 수 있다.

##### 2) 유효한 것으로 보는 견해

외관상 판결로서의 요건을 갖춘 이상, 즉 법원에 의해 내부적으로 성립되어 외부적으로 선고된 이상 유효한 판결로 보아야 한다. 판결편취의 대표적 경우인 공시송달에 의한 판결편취의 경우를 민사소송법 제451조 제1항 제11호에서 재심사유로 규정하고 있는데, 이러한 입법은 그러한 판결이 당연무효의 판결이 아님을 전제로 한 것이며, 편취판결을 무효라고 할 경우 기판력제도를 동요시켜 법적 안정성을 해할 염려가 있으므로 편취판결을 유효한 판결로 취급하여야 한다. 편취판결을 유효한 판결로 볼 경우 편취판결의 상대방에 대한 소송상·실체법상 구제책이 강구되어야 한다.

#### (3) 검토

판결로서의 외관 구비, 기판력제도를 통해 추구하고자 하는 법적 안정성, 판결편취의 일례

에 해당하는 사유가 재심사유로 규정된 현실 등을 고려하여 판결은 유효한 것으로 인정된다고 보는 것이 타당하다.

### 3. 허위송달판결에 대한 丙의 구제수단

#### (1) 문제점

판결이 무효라고 할 경우에는 판결의 효력이 丙에게 미치지 않으므로 丙은 별도로 소송상 조치를 취할 필요가 없지만, 이러한 판결이 유효하다고 할 경우 소송절차에 참여한 바 없는 丙이 판결의 효력을 받는 것은 부당하므로 丙에게 판결의 효력을 배제시킬 수 있는 방법이 인정되어야 한다.

#### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설

①재심의 소 또는 추완항소를 할 수 있다는 견해

편취된 판결도 형식적으로 확정된 확정판결이므로 재심의 소(제451조 제1항 제11호) 또는 추후보완항소(제173조)로 판결의 효력을 다룰 수 있다.

②항소할 수 있다는 견해

이러한 경우 판결정보의 송달이 부적법·무효이므로 항소기간이 진행되지 않고, 판결이 확정되지 않으므로 항소가 가능하다.

③항소와 재심의 소가 모두 가능하다는 견해

판결이 확정된 것과 같은 외관을 가지고 있고, 피고에게 판결정보의 송달되지 아니하여 판결이 확정되지 않았으므로 재심의 소와 항소가 모두 가능하다.

##### 2) 판례의 태도

원고가 피고의 주소를 허위로 기재하여 판결정보의 상대방의 허위주소로 송달되고 상대방 아닌 다른 사람이 판결정보를 수령한 경우 상대방에 대한 판결정보의 송달은 부적법하여 무효이고, 상대방은 아직 판결정보를 송달받지 않은 상태에 있으므로 그 판결에 대한 항소기간은 진행하지 않는 것으로 보아야 할 것이고, 그러한 판결은 확정판결이 아니어서 기판력이 없다.<sup>190)</sup>

제1심 판결정보의 적법하게 송달된 바 없으면 그 판결에 대한 항소기간은 진행되지 아니하므로 그 판결은 형식적으로도 확정되었다고 볼 수 없고, 따라서 소송행위 추완의 문제는 나올 수 없으며 그 판결에 대한 항소는 제1심 판결정보 송달 전에 제기된 것으로서 적법하다.<sup>191)</sup>

#### (3) 사안의 경우

재심의 소 또는 추완항소를 통해 판결의 효력을 다룰 수 있는 것으로 보는 견해에 따를 경우 丙은 이러한 사유를 안 날(2019. 7. 29.)부터 30일 이내(제456조 제1항)에 재심의 소를 제기하거나 2주 이내(제173조 제1항)에 추완항소를 제기할 수 있다. 판례의 입장에 따를 경우 丙은 제1심 판결에 대하여 항소를 제기할 수 있다.

### 4. 甲의 乙에 대한 청구

#### (1) 소송절차 중단 효과

190) 대법원 1978. 5. 9. 선고 75다634 전원합의체 판결

191) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다10345 판결

소송계속 중에 당사자가 사망한 경우 소송절차가 중단되지만(제233조 제1항 본문), 중단 사유가 발생한 당사자에게 소송대리인이 선임되어 있는 때에는 소송절차가 중단되지 않고 속행된다(제238조). 소송절차의 중단 중에는 변론이 종결된 경우의 판결의 선고를 제외하고는 소송절차상 일체의 행위를 할 수 없다(제247조 제1항).

## (2) 소송절차의 중단에 대한 해소여부

### 1) 소송절차 중단에 관한 규정의 법적 성질

소송절차의 중단을 인정하는 것은 소송수행에 관한 당사자의 이익을 보호하기 위한 것으로서 이에 관한 규정은 임의규정으로서의 성질을 가진다. 소송절차 중단 중의 소송행위도 소송절차에 관한 이익권의 포기·상실, 추인에 의해 그 하자가 치유될 수 있다.

### 2) 소송절차 중단의 해소

소송절차의 중단은 당사자 측의 수계신청과 법원의 속행명령에 의하여 해소되고 이에 따라 소송절차의 진행이 재개된다. 중단사유가 있는 당사자 측의 새로운 소송수행자뿐만 아니라 상대방 당사자의 신청에 의해서도 소송수계가 이루어진다(제241조). 甲의 乙에 대한 청구 부분은 乙의 사망에 의해 소송절차가 중단되고, 이에 관한 소송절차의 중단을 해소하기 위해서는 丙의 소송수계가 필요하다.

## (3) 소송수계신청을 할 법원

### 1) 통상의 경우 수계신청하여야 할 법원

소송절차의 중단사유가 발생할 당시에 소송이 계속되어 있던 법원에 소송수계를 신청하여야 한다. 그러나 판결정본 송달의 경우 법원의 선택이 문제된다.

### 2) 판결정본 송달 후 수계법원과 하자의 치유

#### i) 학설

① 민사소송법 제243조 제2항, 제397조 제1항, 제425조를 근거로 원심법원에 수계신청을 하여야 하는 것으로 보는 견해, ② 민사소송법이 상소장을 원심법원에 제출하도록 하고 있는 이상 재판이 송달된 후에 소송절차가 중단된 경우에는 원심법원에 수계신청을 하여야 하지만, 소송절차 중단사유의 발생 또는 중단의 효과를 간과하고 상소한 때에는 이익권의 포기·상실에 의해 그 하자가 치유되어 상소가 적법하게 될 수 있으므로 상소심에서도 소송수계는 할 수 있는 것으로 보는 견해 등이 주장되고 있다.

#### ii) 판례의 입장

판례<sup>192)</sup>에 따르면 소송절차가 중단된 상태에서 제기된 상소는 부적법한 것이지만, 상소심 법원에 수계신청을 하여 그 하자를 치유시킬 수 있다

### 3) 제1심 판결이 송달된 후에 소송절차가 중단된 경우 항소기간

소송수계허가결정이 있게 된 경우 송달된 때부터 항소기간이 새로이 진행한다(민사소송법 제247조 제2항).

## (4) 사안의 경우

丙은 피상속인인 乙에 대한 甲의 청구 부분에 대해서는 제1심 법원에 소송수계를 신청한 후에 항소를 제기하여야 한다(제243조 제2항). 만약 丙이 乙에 대한 甲의 청구 부분에 관하여 소송수계를 하지 않고 항소를 제기한 경우 판례에 따르면 항소법원에 소송수계신청을 함으로써 그 하자를 치유시킬 수 있다.

192) 대법원 1996.2.9. 선고 94다61649 판결

#### 4. 결론

- 1) 허위송달에 의한 판결의 편취인 경우에도 판결은 유효하나, 판결정본송달의 유효성을 인정할 수 없으므로 2주 이내(제173조 제1항)에 추완항소를 제기할 수 있다. 판례의 입장에 따를 경우 丙은 제1심 판결에 대하여 항소를 제기할 수 있다.
- 2) 丙은 제1심 법원에 소송수계를 신청한 후에 항소를 제기하여야 하지만, 甲의 청구 부분에 관하여 소송수계를 하지 않고 항소를 제기한 경우 판례에 따르면 항소법원에 소송수계 신청을 함으로써 그 하자를 치유시킬 수 있다.

### 3. 참칭대표자의 사위판결과 재심

입주자대표회의의 회장인 Y가 적극적으로 대응하지 않자, 전 회장 X는 2006. 2. 1. 스스로 甲의 대표로 참칭하여 乙을 피고로 하여 하자보수청구의 소를 제기하였다. 법원은 X에게 적법한 대표권이 있는 것으로 알고 X를 송달받을 자로 지정하여 소송서류 등을 송달하였는데, X가 이를 송달받았다. 그 후 거주를 이전한 X가 변론기일에 불출석하였고, 법원은 원고(甲) 패소판결을 선고하였다. 판결정본은 2006. 10. 11. 계속하여 위 아파트에 거주하고 있던 X의 어머니에게 송달되었다. 이후 이 소송절차가 진행되지 않다가, 5년여가 지난 시점에서 이러한 사정을 알게 된 Y는 입주자대표회의를 열어 乙로부터 하자보수를 받을 것을 결의하였다. 마침내 2012. 1. 5. Y는 자신을 甲의 대표자로 표시하여 위 패소판결에 대한 재심의 소를 제기하기에 이르렀다. 법원이 甲의 재심청구의 소를 적법한 것으로 판단할 것인지 여부에 대하여 논거를 제시하여 설명하시오

#### 1. 문제의 소재

- 1) 재심의 소가 적법한지 묻고 있다. 먼저, 제1심의 청구기각판결이 확정되어 재심의 소의 대상적격을 갖추고 있는지, 입주자대표회의가 재심당사자가 될 수 있는지 문제이다. 이와 관련하여 입주자대표회의가 비법인사단인지 여부, 참칭대표자에 대한 송달이 비법인사단에 대한 송달로서 효력을 갖는지 검토한다.
- 2) 재심사유를 대리권 흠으로 본다면, 재심기간의 제한을 받는지 검토한다.

#### 2. 재심의 소의 적법 여부

##### (1) 재심의 대상적격

- 1) 법원의 소송서류는 대표자로 지정된 자에게 송달되어, 참칭대표자에 대한 송달도 본인에게 그 효력이 있다.
- 2) 편취판결에 준하여 판결정본의 송달을 무효로 처리하자는 견해가 있으나, 성명모용의 경우 피모용자에게 송달 및 판결의 효력이 발생하듯 참칭대표자에 대한 송달의 효력을 인정하여야 할 것이다.<sup>193)</sup>
- 3) 재심대상판결은 확정되어 대상적격을 갖추었다. 사안에서 X는 보충송달의 방법으로 적법하게 송달받았다. 판결정본의 송달일(2006. 10. 11.)로부터 2주간의 항소시간이 지난 2006. 10. 25. 위 판결이 확정되었다.

##### (2) 재심의 당사자

- 1) 입주자대표회의는 비법인사단이다.
- 2) 따라서 입주자대표회의는 당사자능력을 가지며, 총회의 결의를 받아 그 자신의 이름으로 소송을 수행하거나 또는 총원이 소송수행할 수 있는 당사자적격이 있다.
- 3) 입주자대표회의는 당사자능력이 있고 그 이름으로 소송을 수행할 수 있으므로, 적법한 재심당사자이다.

#### 3. 대리권 흠에 관한 재심기간의 도과 여부

##### (1) 재심사유

- 1) 대리권의 흠은 대리권 없는 자가 한 소송수행뿐 아니라 당사자나 그 대리인이 실질적으

193) 대판 1994.1.11, 92다47632 참조

로 소송수행할 수 있는 기회를 박탈한 경우를 포함한다. 비법인사단의 대표자에게는 법정 대리권에 관한 규정이 준용되므로(64조), 대표권의 흠은 곧 재심사유로서의 대리권의 흠이다.

2) 대표권을 참칭하였으므로 무권대리인이 아니다. 그러나 입주자대표회의본인 또는 그 대표자인 Y가 소송수행할 수 있는 기회를 박탈하여 실질적으로 대표권 흠에 해당한다.

**(2) 재심기간 제457조 적용**

甲이 판결확정 후 5년이 지나서야 재심을 제기하였기 때문에 민사소송법 제456조 제3항에 따라 부적법한지 문제이다. 그러나 사안과 같이 대리권의 흠을 재심사유로 한 재심의 소는 재심제기기간의 제한을 받지 않으므로(제457조), 부적법하지 않다.

**4. 결론**

- 1) 판결이 확정되었으므로 비법인사단인 갑은 재심의 소를 제기하여 구제받을 수 있다.
- 2) 甲은 적법한 대표자에 의하여 대표되지 아니한 절차권을 침해받았으므로, 대리권의 흠을 재심사유로 삼을 수 있으며, 이 경우 재심의 소의 제소기간의 제한을 받지 아니한다.

## 제5편 상소와 재심

제1장 상소

제2장 항고

제3장 재심

## 제1장 상소

### 제1절 항소

#### 1. 상소의 효력

甲은 乙에게 1억 원을 대여하였다고 주장하면서, 乙을 상대로 위 1억 원의 반환을 구하는 소송을 제기하였다. 이에 대하여 乙은 甲으로부터 위 1억 원을 차용한 사실이 없고, 설령 차용하였다고 하더라도 甲에 대한 1억 원 손해배상채권으로 甲의 위 대여금 채권과 상계한다고 주장하였다. 이와 관련하여 다음 각 경우에 답하시오.

1. 제1심 법원은 甲이 청구한 대여금 채권의 발생을 인정하면서 乙이 한 상계항변을 전부 받아들여 甲의 청구를 기각하였다. 제1심 판결에 대해 甲이 항소하고, 乙은 항소심 변론종결 시까지 부대항소를 제기하지 아니하였는데, 항소심 법원이 심리한 결과 甲의 대여금 채권이 인정되지 않는다고 판단한 경우 항소심 법원은 어떠한 판결을 선고하여야 할 것인가에 대하여 설명하시오.

2. 제1심 법원은 甲이 청구한 대여금 채권의 발생을 인정하면서 乙이 한 상계항변을 전부 받아들여 甲의 청구를 기각하였다. 제1심 판결에 대해 乙이 항소하고, 甲은 항소심 변론종결 시까지 부대항소를 제기하지 아니하였는데, 항소심 법원이 심리한 결과 甲의 대여금 채권은 인정되고, 乙의 손해배상채권은 인정되지 않는다고 판단한 경우 항소심 법원은 어떠한 판결을 선고하여야 할 것인가에 대하여 설명하시오.

3. 제1심 법원은 甲의 대여금 채권이 인정되지 않는다는 이유로 청구기각 판결을 선고하였다. 이에 대하여 甲이 항소를 제기하고 乙은 부대항소를 제기하지 않았는데, 항소심 법원은 甲이 주장하는 대여금 채권의 발생은 인정되지만 乙의 상계항변도 이유 있다고 판단하였다. 항소심 법원은 어떤 판결을 선고하여야 할 것인지 설명하시오.

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 제기

원고의 소구채권을 인정하면서도 상계항변을 받아들여 청구를 기각한 제1심판결에 대해 원고만이 항소를 제기하였는데 항소심법원이 소구채권이 존재하지 않는다고 판단하였다면 원고의 청구를 기각할 수 있는지 문제된다.

##### 2. 불이익변경금지의 원칙

###### (1) 처분권주의와 불이익변경금지

상소심 법원은 상대방의 불복(항소, 부대항소)이 없다면 상소인에게 원판결보다 불리한 재판을 할 수 없다(제415조 참조). 이는 처분권주의가 상소심에서 발현된 결과로서, 상소인용 범위는 불복범위 내로 제한된다.<sup>194)</sup>

194) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다8197, 8203 판결: 항소심의 심판 범위 및 동시이행의 판결에 있어 반대급부의 내용이 원고에게 불리하게 변경된 경우 불이익변경금지 원칙에 반하는지 여부(적극)항소심은 당사자의 불복신청범위 내에서 제1심판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로, 설사 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없다 할 것인바, 원고만이 항소한 경우에 항소심으로서 제1심보다 원고에게 불리한 판결을 할 수는 없고, 한편 불이



## (2) 부대항소가 없는 경우 불이익변경금지

청구병합의 경우 불이익변경에 해당하는지 여부는 소송물별로 판단하여야 한다. 이때 만약 피고가 항소 내지 부대항소를 하였다면 청구기각으로 판결을 변경하는 것이 가능하지만, 원고만이 항소를 제기하고 부대항소가 없는 상태에서 항소심이 원심판결을 취소하고 소구채권이 인정되지 않는다는 이유로 청구기각 판결을 선고한다면 항소인에게 원심판결보다 더 불이익한 판결을 선고하는 결과가 되어 불이익변경금지의 원칙에 위배된다.<sup>195)</sup>

## (3) 사안의 경우

부대항소가 없는 것을 전제하므로 불이익변경금지 원칙이 적용된다.

## 3. 불이익변경 여부의 판단기준

### (1) 판단기준

불이익변경인지 여부는 원심판결과 상소심 판결의 각 주문의 비교를 통하여 판단하여야 하므로, 항소심 판결의 이유에서는 제1심보다 불이익한 판단을 하더라도 무방한 것이 원칙이다.

### (2) 상계항변의 경우

상계의 항변이 인용된 경우에는 판결이유에서 판단된 상계항변에 대한 판단에도 기판력이 발생하므로, 본 사안과 같이 상계항변이 인용되어 제1심 법원이 청구기각 판결을 선고하고 원고만이 항소한 경우에는 항소심 판결의 이유에서 소구채권이 인정되지 않음을 이유로 상계항변에 대한 판단에 나아가지 않고 항소기각 판결을 선고한다면 항소인에게 불이익한 변경이 된다.

### (3) 사안의 경우

## 4. 결론

항소심은 소구채권이 인정되지 않는 것으로 판단되더라도 판결이유에서도 제1심 판결과 마찬가지로 소구채권이 인정됨을 전제로 상계의 항변을 받아들여 청구가 기각되어야 하는 것으로 기재한 후, 항소기각 판결을 선고하여야 한다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

전부승소한 자가 항소를 한 경우 항소이익과 이심범위와 심판범위에 대한 상계의 경우 불이익변경금지가 적용되는지 문제된다.

### 2. Z의 항소이익

---

익하게 변경된 것인지 여부는 기판력의 범위를 기준으로 하나 공동소송의 경우 원·피고별로 각각 판단하여야 하고, 동시이행의 판결에 있어서는 원고가 그 반대급부를 제공하지 아니하고는 판결에 따른 집행을 할 수 없어 비록 피고의 반대급부이행청구에 관하여 기판력이 생기지 아니하더라도 반대급부의 내용이 원고에게 불리하게 변경된 경우에는 불이익변경금지 원칙에 반하게 된다.

195) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다67258 판결: 원고가 청구한 채권의 발생을 인정한 후 피고가 한 상계항변을 받아들여 원고의 청구를 기각한 제1심판결에 대하여 원고만이 항소한 경우, 항소심이 원고가 청구한 채권의 발생이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하는 것이 불이익변경금지의 원칙에 반하는지 여부(적극)

### (1) 항소 이익

원고의 청구가 기각되어 乙은 형식적으로 불 때 승소하였음에도 항소를 제기하였는바, 항소의 적법요건으로서 항소의 이익을 인정할 것인지 문제된다.

### (2) 학설과 판례

항소의 이익은 당사자의 신청과 판결의 주문을 비교하여 주문이 신청에 미치지 못할 때 인정된다(형식적 불복설). 이에 대하여 반대하는 견해도 존재하지만 판례는 묵시적으로 일부 청구한 경우와 같이 판결이 확정되면 나머지 청구에 대한 권리를 잃게 되는 불이익을 구제하기 위해 예외적으로 항소의 이익을 인정한다(신실질적 불복설).

### (3) 상계항변의 경우 항소이익

법원이 상계항변시 반대채권의 존부에 대하여 판단한 때에는 기판력이 발생하므로(제216조 제2항), 자신의 반대채권을 잃게 되는 불이익이 발생한다.<sup>196)</sup> 항소이익의 존부는 신청과 주문과의 비교를 통하여 판단되므로, 기판력이 인정되는 상계항변은 상소이익 판단시 주문 사항과 동등하게 취급된다. 이에 따라 상계항변으로 전부 승소한 자에게도 상소의 이익이 있다.

## 3. 불이익변경금지 원칙의 적용

### (1) 이심범위와 심판범위

항소의 효력은 원심의 종국판결이 확정되지 않고 전부이심되는 데에 있다. 그러나 심판범위는 이심범위와 분리되고 처분권주의 원칙상 당사자가 불복한 범위내에서만 법원을 구속한다. 이는 불이익변경금지원칙이다.

### (2) 불이익변경금지 원칙

제1심 법원이 소구채권의 존재를 인정하고 상계항변을 인용함으로써 청구기각 판결을 선고한 데 대하여, 항소심 법원이 소구채권은 인정되지만 상계의 자동채권이 인정되지 않는다고 판단한 경우, 쌍방이 항소 또는 부대항소를 제기하였다면 법원은 원심판결을 취소하고 청구인용판결을 선고하여야 할 것이다.

### (3) 사안의 경우

피고만이 항소하고 원고는 부대항소도 제기하지 않은 상태에서 위와 같이 판결한다면 항소인에게 원심보다 불이익한 판결을 선고하는 것이 되어 불이익변경금지의 원칙에 위배된다.<sup>197)</sup>

## 4. 결론

항소심 법원이 소구채권이 인정되지만 상계의 자동채권이 인정되지 않는다고 판단한다면 불이익변경금지의 원칙상 제1심 판결과 마찬가지로 소구채권 및 상계의 자동채권의 존재를 전제로 상계항변을 받아들여 항소기각 판결을 선고하여야 한다.

## III. 설문 3에 대하여

### 1. 문제의 소재

소구채권과 반대채권의 기판력에 관한 문제이다. 즉 상계항변의 경우 기판력이 인정되는지

196) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다47189 판결

197) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다18911 판결

문제된다.

## 2. 기판력의 발생범위와 상계

### (1) 객관적 범위의 문제

판결의 효력은 당사자의 청구에 대한 법원 판결의 주문에만 미친다(민사소송법 제216조). 다만 예외적으로 이유인 경우에도 상계항변의 경우 판결의 효력이 미친다.

### (2) 상계의 항변과 기판력

기판력은 판결주문에서 판단된 소송물인 권리의 존부 및 그 범위에 대한 판단에만 미치는 것이 원칙이지만, 예외적으로 상계의 항변에 대한 법원의 판단이 이루어지면 비록 판결이 유에 기재되더라도 그 판단에는 기판력이 미친다(민사소송법 제216조 제2항 참조).

### (3) 상계항변의 판단범위

원고의 소구채권에 대하여 피고는 상계권을 행사하여 반대채권을 주장하여 원고의 청구를 무력화 할 수 있다. 피고의 청구권 또한 소멸될 수 있으므로 출혈적 항변이며 최후적 예비적 항변이다. 따라서 소구채권의 수동채권의 존부를 먼저 인용한 뒤 자동채권의 상계적상을 따진다.

## 3. 항소심에서 상계항변의 효력

### (1) 소구채권의 불인정의 경우

소구채권이 인정되지 않는다는 이유로 내려진 청구기각 판결과 소구채권은 인정되나 상계의 항변이 이유 있음을 이유로 내려진 청구기각 판결은 그 기판력이 미치는 범위가 완전히 다르다. 제1심이 원고의 소구채권이 인정되지 않는다는 이유로 청구기각 판결을 선고한 경우, 그 판결이 확정될 경우의 기판력은 소구채권이 존재하지 않는다는 점에 대해서만 발생한다.

### (2) 항소심에서 상계항변의 판단

제1심 판결에 대하여 원고만이 항소하고 피고는 부대항소를 제기하지 않은 상태에서 항소심 법원이 소구채권의 존재를 인정한다면 당연히 피고의 상계항변에 대하여도 판단하여야 한다. 그 결과 상계의 항변이 이유 있다고 판단된다면 항소심 법원은 청구기각 판결을 선고하여야 할 것인데, 그 판결이 확정될 경우에 발생하는 기판력과 원심의 청구기각 판결이 그대로 확정될 경우에 발생하는 기판력은 그 범위가 완전히 다르기 때문에, 항소심 법원이 항소기각 판결을 선고하는 것은 잘못이다.

### (3) 사안의 경우

## 4. 결론

소구채권의 수동채권의 존부를 먼저 인용한 뒤 자동채권의 상계적상을 따진다. 항소심 법원은 원심판결을 취소하고 상계항변이 이유 있음을 근거로 청구기각 판결을 선고하여야 한다.

## 2. 청구취지의 확장과 부대항소/항소이익

甲은 X를 상대로 4,000만 원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 갑은 X의 과실로 인한 손해액이 1억 원에 달한다고 생각하면서도, 손해배상으로 청구하는 4,000만 원이 그 일부임을 명시하지 않았다. 제1심법원은 원고의 청구를 전부 인용하는 판결을 선고하였다. X가 1심판결에 불복하여 항소를 제기하였다. 항소심절차에서 갑은 청구액을 1억 원으로 확장하는 청구취지확장신청서를 제출하였다. 항소법원은 1억 원의 청구 전부를 인용하고자 한다. 가능 여부를 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

전부승소한 甲이 청구확장 신청을 할 수 있는 항소이익을 가지는지 문제이다. 청구취지확장을 부대항소한 취지로 볼 수 있는지, 부대항소의 경우 항소이익이 요구되지 않고 불이익변경금지의 원칙이 배제되는지 검토한다.

### 2. 불이익변경금지의 원칙과 부대항소

#### (1) 불이익변경금지원칙

불이익변경금지의 원칙이란 상소심이 상소인의 불복범위 내에서 심판하여야 하는 원칙으로(제415조 본문), 상소심의 심판이 처분권주의에 구속되는 것을 말한다. 이에 따라 상소심은 상소인의 불복범위 안에서만 심판할 수 있는 것이지, 이를 뛰어넘어 상소인에게 불복범위를 넘어 불복재상판결을 더 유리하게 또는 더 불리하게 변경하지 못한다.

#### (2) 부대항소와 불이익변경금지원칙의 관계

##### 1) 부대항소의 성질

부대항소란 상대방의 항소에 편승하는 것으로, 그 법적 성질은 항소설과 비항소설이 대립한다. 판례는 비항소설의 입장에 있다. 부대항소는 항소가 아닌 본안에 대한 공격적 신청이다.

##### 2) 부대항소에서 항소의 효력

부대항소를 제기하는데 항소의 이익이 요구되지 않으며, 비항소설의 입장에서 부대항소의 경우 불이익변경금지의 원칙의 적용을 적용받지 아니한다.

##### (3) 소결

심판범위에 관한 항소의 효력과 관련하여 불이익변경금지 원칙의 적용에 관하여 부대항소가 비항소설이므로 항소의 심판범위는 확장될 수 있다고 할 것이다.

### 3. 부대항소와 피항소인의 청구취지확장<sup>198)</sup>

#### (1) 청구취지의 확장과 부대항소

청구취지확장서만 제출한 경우라도 부대항소로 볼 수 있는지 견해대립이 있다. 항소인에게 불리하게 되는 한도에서 부대항소를 제기한 것으로 본다는 것이 판례이다. 이에 따라 항소법원은 피항소인이 별도로 부대항소장을 제출하지 않고 청구취지를 확장하면 부대항소를 제기한 것으로 본다.

198) 대판 1991.9.24. 91다21688: 피고만이 항소한 항소심에서 원고가 청구취지를 확장변경한 경우에는 그에 의하여 피고에게 불리하게 되는 한도에서 부대항소를 한 취지라고 볼 것이므로, 항소심이 1심판결의 인용금액을 초과하여 원고청구를 인용하더라도 불이익변경금지의 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 청구취지의 확장과 불이익변경금지

항소심에서 심판범위를 확장하는 경우 불이익변경금지원칙이 배제된다. 부대항소를 하면 항소심의 심판범위가 항소인의 심판범위보다 확장되므로 불이익변경금지의 원칙이 배제되어 항소인에게 원심판결 이상의 불이익한 판결이 날 수도 있다.

(3) 사안의 경우

甲이 X의 항소에 대해 부대항소를 제기하지 않았지만, 청구취지를 1억 원으로 확장하는 소변경신청서를 제출하였다. 이는 부대항소한 취지로 보아야 하므로, 항소인 X에게 불이익하게 하는 범위, 즉 4,000만원을 인용한 1심판결을 1억 원 인용판결로 변경할 수 있다.

4. 결론

항소법원은 원고가 청구한 1억 원 전부를 인용하는 판결을 할 수 있다.

### 3. 항소의 이익

甲은 乙에 대하여 2008. 4. 1.을 변제기로 하는 10억 원의 공사대금채권을 가지고 있다. 변제기가 도래한 이후에도 乙이 위 대금을 지급하지 않자, 甲은 2011. 3. 2.에 7억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 7억 원의 공사대금지급청구에 대해서 1심법원은 청구를 전부인용하는 판결을 선고하였다. 甲이 10억 원의 공사대금 전부를 지급받기 위해서 1심판결에 대해 항소하는 것은 적법한가?

#### 1. 쟁점의 정리

묵시적 일부청구의 경우 기판력에 의하여 뒤에 별소의 소가 금지되는 경우 상소이익이 인정될지 문제된다.

#### 2. 상소의 이익 인정여부

##### (1) 상소의 판단기준

상소의 이익이란 하급심의 종국판결에 대하여 불복신청함으로써 그 취소를 구하는 것이 가능한 당사자의 법적 지위를 말한다. 무익한 상소권행사를 견제하기 위한 것으로 구체적 기준이 무엇인가 문제된다.

##### (2) 견해의 대립

항소이익의 판단기준에 대해서 ① 원심에 있어서의 당사자의 신청과 주문을 비교하여 결정한다는 형식적 불복설, ② 실제법상 더 유리한 판결을 받을 가능성을 그 기준으로 한다는 실질적 불복설, ③ 원고는 형식적 불복설에 의하되 피고는 실질적 불복설을 적용하여야 한다는 절충설, ④ 원판결이 그대로 확정되면 기판력 기타 판결의 효력에 있어서 불이익을 입게 되는가를 기준으로 하는 신실질적 불복설이 대립한다.

##### (3) 판례의 태도

판례는 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위한 것으로 승소판결에 대한 불복상소는 허용할 수 없고, 재판이 상소인에게 불이익할 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로<sup>199)</sup> 예외를 인정하는 형식적 불복설과 같은 태도이다.

### 3. 예외적으로 항소할 수 있는 경우

#### (1) 예외인정의 필요성

원판결이 확정되면 기판력에 의해 별소의 제기가 차단되는 경우 형식적 불복설에 의하는 경우에도 당사자의 이익을 위하여 이를 인정할 필요가 있다. 이에 대한 판례를 검토할 필요가 있다.

#### (2) 일부청구의 경우 항소이익

##### 1) 일부청구긍정설

잔부청구를 별도로 제기하는 것이 허용되므로 전소에서 전부승소한 자는 항소를 제기할 이익이 없다고 할 것이다.

##### 2) 일부청구부정설

199) 대판 1999.12.21, 98다29797; 대판 1994.11.4, 94다21207; 대판 1998.11.10, 98두11915 참조

잔부청구를 별도로 제기하는 것이 허용되지 않으므로 전소에서 전부승소한 자는 항소를 제기할 이익이 있다.

### 3) 명시적 일부청구설

다수설·판례의 입장인 명시설에 의하면 명시적 일부청구의 경우에는 잔부청구의 후소가 허용되므로 항소이익이 없으나, 묵시적 일부청구의 경우 잔부청구의 후소가 일부청구에 대한 전소판결의 기판력에 의하여 차단되므로 이 같은 경우는 전소에서 전부승소한 경우라도 추가청구를 위한 상소를 인정해야 한다.

## 4. 결론

甲은 1심에서 전부 승소한 자이나 묵시적 일부청구의 경우라면 청구취지 확장을 위한 상소이익을 인정하여 적법한 항소로 보아야 한다.

#### 4. 항소취하의 합의

甲은 乙과의 계약을 대리인 丙과 위 계약을 체결하고 매매대금 등 10억원을 대리인 丙에게 송금하였다. 甲은 본인 乙에게 계약의 이행을 청구하였으나, 乙은 丙을 대리인으로 두고 계약을 체결한 바가 없다고 주장하고 있다. 甲이 사실관계를 알아보니 丙이 무권대리인이었다. 甲은 丙을 상대로 송금한 매매대금을 청구하자, 丙은 형사처벌이 두려워 이자 등을 고려하여 11억 원으로 반환하기로 합의하였다. 그러나 丙이 이마저도 이행하지 않자 甲은 정산합의의 이행을 청구하는 소송을 제기하였다. 그러나 제1심에서 입증부족으로 패소한 甲은 다시 항소하였고 항소심에서 丙은 甲과 새로이 형사고소를 취하할 조건으로 12억 원의 새로운 정산합의를 하고 甲은 항소를 취하하기로 합의하였다. 그러나 甲은 항소는 취하하지 않으면서 새로운 정산합의 12억 원의 이행을 청구하는 교환적 변경을 신청하였다. 그러자 항소취하합의를 항변으로 주장하면서 丙은 항소가 각하되어야 한다고 주장하고 있다. 이 경우 항소심법원의 적절한 판단을 검토하시오.

##### 1. 문제의 소개

항소를 취하하지 않은 상태에서 합의한 새로운 제2의 정산합의 청구가 교환적 변경으로 인정되는지 여부에 따라 항소심법원이 조치가 문제되는데, 이 경우 청구변경의 교환적 변경이 받아들여진다면 항소법원의 심판대상이 결정된다.

##### 2. 항소심에서 청구의 교환적 변경의 가부

###### (1) 항소심에서 교환적 변경

청구의 교환적 변경은 기존 청구의 소송계속을 소멸시키고 새로운 청구에 대하여 법원의 판단을 받고자 하는 소송법상 행위이다. 항소심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 제1심의 소송절차에 관한 규정이 준용되므로(민사소송법 제408조), 항소심에서도 청구의 교환적 변경을 할 수 있다.

###### (2) 교환적 변경의 성질과 절차

청구의 교환적 변경은 통설과 판례에 의하면 구소취하의 신소제기의 성질을 갖는다. 따라서 새로운 소의 제기는 소송행위로서 소장을 제출하는 것과 마찬가지로, 소취하의 의미가 있으므로 기존의 소송에서 청구의 변경 신청이나 법원에 대한 소송행위로서 청구취지의 변경은 서면으로 신청하여야 한다.(민사소송법 제262조 제2항),

###### (3) 새로운 정산합의 청구변경의 여부

신소제기에 해당하는 새로운 정산합의는 제262조의 요건에 해당하는 경우 인정된다. 사안의 경우 기존의 정산합의에 따른 새로운 정산합의를 한 것으로 청구의 기초의 동일성을 상실하지 아니하므로 요건에 부합한다.

##### 3. 항소취하합의와 소변경의 관계

###### (1) 항소취하합의 성질과 효력

항소취하는 소송행위로서 항소취하는 서면으로 하는 것이 원칙이나 변론 또는 변론준비기 일에서 말로 할 수도 있다(민사소송법 제393조 제2항, 제266조 제3항). 한편 항소취하가 소취하를 준용하는 것과 마찬가지로 항소취하합의도 사법계약으로서 당사자가 항변하는 경우 법원은 이를 고려하여야 한다. 항소취하의 효력이 인정된다면 항소법원은 항소이익이 없어 항소각하판결하여야 하는 것이 원칙이다. 다만 항소취하의 합의의 항변권을 인정한다



고 하더라도 곧바로 항소취하가 되는지는 별개의 문제이다.

### (2) 항소취하서가 제출되기 전 소변경 여부

항소심에서 청구의 교환적 변경 신청이 있는 경우 그 시점에 항소취하서가 법원에 제출되지 않은 이상 법원은 특별한 사정이 없는 한 민사소송법 제262조에서 정한 청구변경의 요건을 갖추었는지에 따라 허가 여부를 결정하면 된다.

### (3) 항소각하의 심판과 대상

항소심에서 청구의 교환적 변경이 적법하게 이루어지면, 청구의 교환적 변경에 따라 항소심의 심판대상이었던 제1심판결이 실효되고 항소심의 심판대상은 새로운 청구로 바뀐다. 이러한 경우 항소심은 제1심판결이 있음을 전제로 한 항소각하 판결을 할 수 없고, 사실상 제1심으로서 새로운 청구의 당부를 판단하여야 한다.

## 4. 결론

항소취하의 효력이 발생하기 전에 항소심에서 교환적 변경은 적법하게 이루어 질 수 있다. 교환적 변경은 이른바 소취하와 신소제기에 해당하므로 항소심에서 교환적 변경이 일어난 경우 제1심판결의 대상이 되었던 구소가 소멸하므로 항소각하판결대상이 없어 이를 할 수 없고, 새로운 청구를 심판하여야 한다.<sup>200)</sup>

---

200) 대법원 2018.5.30. 선고 2017다21411 판결: [1] 당사자 사이에 항소취하의 합의가 있는데도 항소취하서가 제출되지 않는 경우 상대방은 이를 항변으로 주장할 수 있고, 이 경우 항소심법원은 항소의 이익이 없다고 보아 그 항소를 각하함이 원칙이다. 청구의 교환적 변경은 기존 청구의 소송계속을 소멸시키고 새로운 청구에 대하여 법원의 판단을 받고자 하는 소송법상 행위이다. 항소심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 제1심의 소송절차에 관한 규정이 준용되므로(민사소송법 제408조), 항소심에서도 청구의 교환적 변경을 할 수 있다. 청구의 변경 신청이나 항소취하는 법원에 대한 소송행위로서, 청구취지의 변경은 서면으로 신청하여야 하고(민사소송법 제262조 제2항), 항소취하는 서면으로 하는 것이 원칙이나 변론 또는 변론준비기일에서 말로 할 수도 있다(민사소송법 제393조 제2항, 제266조 제3항). 항소심에서 청구의 교환적 변경 신청이 있는 경우 그 시점에 항소취하서가 법원에 제출되지 않은 이상 법원은 특별한 사정이 없는 한 민사소송법 제262조에서 정한 청구변경의 요건을 갖추었는지에 따라 허가 여부를 결정하면 된다. 항소심에서 청구의 교환적 변경이 적법하게 이루어지면, 청구의 교환적 변경에 따라 항소심의 심판대상이었던 제1심판결이 실효되고 항소심의 심판대상은 새로운 청구로 바뀐다. 이러한 경우 항소심은 제1심판결이 있음을 전제로 한 항소각하 판결을 할 수 없고, 사실상 제1심으로서 새로운 청구의 당부를 판단하여야 한다. [2] 화해계약이 성립하면 특별한 사정이 없는 한 그 창설적 효력에 따라 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸하고, 계약 당사자 사이에 종전의 법률관계가 어떠하였는지를 묻지 않고 화해계약에 따라 새로운 법률관계가 생긴다. 따라서 화해계약의 의사표시에 착오가 있더라도 이것이 당사자의 자격이나 화해계약의 대상인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이 아니고 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것일 때에는 이를 취소할 수 없다.

## 5. 소송물과 항소이익

甲은 丙에 대한 채무는 甲의 불법행위로 인한 사고로 인한 9,000만 원(일실수입 3,000만 원, 적극적 손해 4,500만 원, 정신적 손해 1,500만 원)의 손해금이다. 丙은 甲에게 9000만 원의 손해배상청구소송을 제기하였다. 제1심법원은 일실이익 3,000만 원 중 1,000만 원을 인용하고, 나머지 모두 인용하는 판결을 선고하면서 주문에 가집행할 수 있다는 내용을 포함시켰다. 이러한 가집행판결을 선고하자, 甲은 선고와 동시에 변제의사로 丙에게 7,000만 원 전액을 지급하였다. 그러나 丙은 제1심판결 전부에 불복하여 항소를 제기하였다. 항소심절차에서 甲은 가집행의 변제로 7,000만 원의 금전 지급으로 소구채권이 소멸하였다고 주장하였다. 丙의 항소에 대하여 항소법원이 어떠한 판결할 것인지 근거를 밝혀 설명하시오.

### 1. 결론<sup>201)</sup>

- 1) 丙이 전부승소한 치료비청구와 위자료청구 부분에 대해서도 항소하였는데, 이는 항소이익이 없으므로 항소법원은 항소를 각하한다.
- 2) 항소법원은 일실이익에 관한 부분만을 심리하여, 3,000만 원이 존재할 경우에는 항소를 인용하여 일실이익 청구액 3,000만 원을 전부 인용할 것이고, 3,000만 원이 부존재할 경우에는 불이익변경금지의 원칙상 항소를 기각한다.
- 3) 甲은 가집행선고액을 확정적 의사로써 지급하였다는 부분을 인정하여 항소법원은 이를 고려하여 판결하여야 한다.

### 2. 논거

#### (1) 문제의 소재

- 1) 丙의 항소가 항소의 이익을 결하여 부적법한지 묻고 있다. 손해3분설에 따라 손해항목별 항소이익을 검토한다.
- 2) 항소법원인 일실이익청구액 전부를 인정할 경우 항소인용을 하고, 전부 부정할 경우에는 불이익변경금지의 원칙상 청구를 기각할 수 없어 항소를 기각하여야 하는지 검토한다.
- 3) 항소심이 제1심판결로 인용된 금액을 지급한 甲의 변제행위를 고려하여 원고청구를 기각하여야 하는지 묻고 있다. 가집행판결에 기한 지급을 확정적 변제의사로 볼 수 있는지 문제이다. 채무소멸의 효과가 지급과 동시에 발생하는지, 아니면 판결확정시에 발생하는지 검토한다.

#### (2) 손해 3분설과 항소의 이익

- 1) 교통사고로 인하여 신체상해가 발생한 경우 손해는 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해로 나누어지며, 각 손해항목은 별개의 소송물을 구성한다. 개별 항목에 대하여 항소할 경우 불복하지 아니한 나머지 항복에 대한 1심판결은 불복한 부분의 판결이 선고될 때 확정된다.
- 2) 항소이익은 주문과 신청을 비교하여 판단하므로(형식적 불복설), 전부승소한 자는 항소의 이익이 없다. 청구취지확장을 목적으로 하는 항소도 허용되지 아니한다.
- 3) 사안에서 丙은 치료비 청구와 위자료 청구에서 전부 승소하였으므로, 이에 대한 丙의

201) 출제교수의 배점과 답안 구성입니다.

항소는 항소의 이익이 없으므로 항소법원은 이 부분 모두 항소를 각하하고, 일실수익 부분에 대해서만 심판한다.

**(3) 일실이익에 심판대상과 불이익변경금지**

- 1) 이심 및 심판대상은 일실이익에 한한다.
- 2) 불이익변경금지원칙 적용으로 3000만 원의 전부를 인용할 수 없으면 항소를 기각한다.
- 3) 3000만원은 전부를 인용할 경우 이미 지급된 1000만 원을 고려할 수 있는지는 가집행 변제의 의미에 따라 고려하여야 한다.

**(4) 甲의 변제가 확정적 변제인지 여부**

- 1) 가집행선고부 판결에서 인용된 금액을 변제하더라도, 이는 보통 지연손해금의 확대를 방지하고 강제집행을 면하기 위한 취지이므로 확정적 변제행위로 평가할 수 없다. 판례도 이와 같은 경우 채무자가 채무를 스스로 인정하고 이를 지급한 것이 아니라고 하면서, 채무소멸의 효과는 당해 판결이 확정되는 때에 발생한다는 입장이다.
- 2) 원칙적으로 甲의 금전 지급을 확정적 변제행위로 보기 어렵다. 그러나 甲이 항소한 것이 아니라 丙이 항소하였으며, 특히 甲은 1심판결에서 인용된 금액 이상의 채무를 인정하고 있기 때문에 가지급금은 확정적 변제로 보아야 한다. 이에 따라 항소심은 丙이 제출한 1,000만 원에 대한 변제항변을 항소심판결에 고려하여야 한다.

## 6. 상고심 환송판결의 효력

甲은 乙의 불법행위로 1억 원의 손해가 발생하였다고 주장하면서, 4,000만원(위자료 500만 원, 일실수입 3,500만 원)을 청구하는 소를 제기하였다.

1. 일부임을 명시하지 않고 甲은 乙의 과실로 인한 손해액이 1억 원에 달한다고 생각하면서도, 손해배상으로 청구하는 4,000만 원의 소를 제기한 것이다. 제1심법원이 원고의 4,000만 원 손해배상청구를 전부 기각하는 판결을 선고하였고, 이 판결이 그대로 확정되었다. 그 후 甲은 나머지 손해액 6,000만 원의 손해배상을 청구하는 새로운 소를 제기하였다. 법원이 甲의 잔부청구의 소가 전소확정판결에 저촉된다고 하여 청구기각판결을 선고하자, 甲이 항소를 제기하였다. 항소법원은 제1심법원이 본안에 관하여 판단하지 아니하고 원고의 청구를 기각한 것이라고 하여 사건을 1심법원으로 환송한다는 판결을 하였다. 이 환송판결에 대해 乙이 상고를 제기할 경우 이에 대한 상고법원의 판단을 설명하시오.

2. 甲이 乙을 상대로 한 제1심에서 甲이 패소하였다. 甲은 변호사 A를 항소심에서 선임하여 소송을 수행하게 하였으나 항소기각판결을 선고받자 변호사 B를 선임하여 상고를 제기하였다. 상고심법원은 원심을 파기하고 항소심으로 환송하는 판결을 선고하였다. 환송후 법원은 변론기일 통지서를 변호사 A에게 송달하였다. 송달이 적법한지 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

제1심에 대한 환송판결이 상고대상적격이 있는지 묻고 있다. 환송판결의 법적 성질이 중간판결인지 종국판결인지 검토한다. 기판력 저축을 이유로 한 청구기각 판결이 소송판결인지 본안판결인지 검토하여 파기환송 여부를 판단한다.

#### 2. 환송판결에 대한 불복방법

##### (1) 항소심에서 파기환송의 거부

항소심에서도 소가 부적법하다고 각하한 제1심 판결을 취소한 경우에는, 항소법원은 사건을 제1심법원에 환송하여야 한다. 다만, 제1심법원에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우나 당사자의 동의가 있는 경우에는 항소법원은 본안판결을 할 수 있다(418조).

##### (2) 환송판결의 성질

###### 1) 문제점

환송판결에 대하여 독립하여 불복할 수 있는가의 여부는 환송판결의 법적 성질과 관련된 문제이다.

###### 2) 견해의 대립

중간판결로 보는 경우에는 종국판결과 함께 불복하여야 하므로 상고대상적격이 없는 반면에, 종국판결로 보는 경우에는 독립하여 불복할 수 있으므로 상고대상적격이 있다. 판례는<sup>202)</sup> 중간판결로 보는 견해를 변경하여 상소법원의 환송판결을 중간판결이 아니라 종국판

202) 대법원 1981.9.8. 선고 80다3271 전원합의체 판결: 먼저, 직권으로 이 사건 상고의 적부에 관하여 살피건대, 기록에 의하면, 원심판결은 원고의 항소에 의하여 제1심 판결을 취소하고 사건을 제1심 법원에 환송하고 있다. 위와 같은 환송판결은 이 사건에 대하여 심판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결이므로 종국판결이라고 해석함이 상당하다 할 것이고, 따라서 이 판결에 대하여는 제422조에 의하여 당원에 곧 바로 상고할 수 있다 할 것인즉, 이 사건 상고는 적법하다. 위와 같은 견해와는 달리

결로 보아 상고할 수 있다는 입장이다.

### 3) 검토

종국판결설이 타당하다. 종국판결이란 당해 심급에 있어서 소송절차를 끝내는 것이지, 청구의 이유 여부라는 사건본안 자체의 종국을 뜻하는 개념이라 할 수 없기 때문이다.

#### (3) 사안에의 적용

항소심의 제1심법원으로의 환송판결은 종국판결이므로 이에 X는 불복하여 상고를 제기할 수 있다.

## 3. 기관력에 대한 항소법원의 조치

### (1) 기관력의 본질과 법원의 조치

기관력의 본질에 대한 모순금지설에 따르면 기관력 저촉은 소의 부적법 사유가 아닌 본안 판단에 대한 법원의 최종결정이 된다. 따라서 법원은 청구기각판결하여야 한다. 이 경우 청구기각판결은 실제로 본안에 대한 판단은 없었지만, 본안판결에 해당한다.

### (2) 청구기각판결에 대한

기관력 저촉을 이유로 한 청구기각 판결에 대해 불복한 경우 이는 본안판단에 해당하므로 항소법원은 제1심으로 파기환송해서는 안되고, 원심을 파기하고 스스로 심판하여야 한다.

### (3) 사안의 경우

제1심법원은 본안판결을 하였음에도 항소법원은 이를 소송판결로 잘못 해석하였다. 이는 제418조에 따라 제1심법원에 환송하는 판결하는 것은 위법하다는 것을 의미하므로 이는 상고대상이 되고 상고법원의 위법을 판단할 수 있다.

## 4. 결론

항소법원의 환송판결은 종국판결이므로 상고대상이 될 수 있다. 따라서 대법원은 乙의 상고에 대하여 심리하여야 한다. 제1심법원의 청구기각판결은 본안판결이므로, 상고심은 항소심의 환송판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송하여야 한다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 쟁점의 정리

상고심의 파기환송후 전 소송대리인의 대리권이 부활하는지 문제된다. 이는 새로운 변호사를 선임하는 경우 소송대리권이 소멸하는지, 그러한 경우 환송된 경우에 대리권의 부활이 쟁점이 된다.

### 2. 심급대리원칙과 대리권의 소멸

#### (1) 심급대리원칙의 의미

소송대리권은 원칙적으로 심급대리원칙이다.(제90조) 따라서 새로운 상소권이 부여된 변호사의 선임에 의하여 직전 소송대리인의 대리권이 소멸되는지 문제되는 것이다.

#### (2) 견해의 대립

---

환송판결은 중간판결로서 상고의 대상이 되지 않는다고 한, 종전의 당원판결은 이를 변경하기로 한다.

통설은 제90조의 원칙상 심급대리원칙상 당연히 대리권이 소멸된다고 보는 견해이다. 그러나 일부 학설은 상소의 제기만은 특별수권사항으로 하고 있으므로 상소의 응소행위가 가능하므로 대리권이 당연히 소멸되는 것은 아니라는 견해가 있다.

### (3) 판례의 태도

판례는 통설과 같이 특별한 사정이 없는 한 소송대리인의 대리권은 당해 판결을 송달받은 때까지라고 하여 대리권이 소멸되는 것은 한다.

## 3. 파기환송심에서 대리권의 부활여부

### (1) 문제점

소멸된 심급대리가 파기환송으로 부활되는지 문제된다. 이는 환송심이 종국판결인지, 그렇다면 종전항소심의 판결의 연속된 속행인지가 해결되어야 한다.

### (2) 견해의 대립

#### 1) 학설

부활긍정설은 파기환송심은 항소심의 절차의 재개 내지 속행이므로 파기환송심을 이해한다. 부정설은 대리인의 신뢰를 회복할 수 없고 파기환송은 종국판결로서 환송후 절차를 종전 항소심의 절차로 볼 수 없다는 입장이다.

#### 2) 판례의 태도<sup>203)</sup>

상고심에서 환송되어 다시 항소심에 계속하게 된 경우에는 상고전의 항소심에서의 소송대리인의 대리권은 그 사건이 항소심에 계속되면서 다시 부활하는 것이므로 환송받은 항소심에서 환송전의 항소심에서의 소송대리인에게 한 송달은 소송당사자에게 한 송달과 마찬가지로 효력이 있는 것이다.

### (3) 검토

## 4. 결론

파기환송심이 비록 종국판결이지만 환송된 항소심은 종전의 소송을 재개하여 소계속을 유

---

203) 대법원 1984. 6. 14. 자 84다카744 결정: (1) 사건이 상고심에서 환송되어 다시 항소심에 계속하게 된 경우에는 상고전의 항소심에서의 소송대리인의 대리권은 그 사건이 항소심에 계속되면서 다시 부활하는 것이므로 환송받은 항소심에서 환송전의 항소심에서의 소송대리인에게 한 송달은 소송당사자에게 한 송달과 마찬가지로 효력이 있는 것이다. 기록에 의하면 변호사 황해진은 이 사건이 대법원에서 2차로 환송되기 전의 항소심에 계속되고 있을 때 피고선정자들의 소송대리인으로 선임되어 그 항소심판결 선고시까지 피고선정자들의 소송대리인으로서 소송수행을 하였으며 대법원에서 2차로 환송받은 원심법원의 법원사무관이 발송한 2차 환송후의 원심판결정본은 1984.2.4 위 변호사에게 송달되었고 피고 선정당사자의 이견 상고허가신청서는 그로부터 2주일이 훨씬 지난 1984.2.29에 접수된 사실이 인정되므로 피고 선정당사자의 이견 상고허가신청은 그 제기기간이 경과한 후에 한 것이 명백하다 하겠다. (2) 피고 선정당사자는 위 판결정본의 송달사실을 전혀 모르고 있다가 1984.2.24 우연히 그 송달사실을 알게 되었으므로 이는 피고 선정당사자의 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없는 때에 해당한다는 취지의 주장을 하므로 살피건대, 소송대리인이 판결정본의 송달을 받고도 당사자에게 그 사실을 알려 주지 아니하여 당사자가 그 판결정본의 송달사실을 모르고 있다가 상고제기기간이 경과된 후에 비로소 그 사실을 알게 되었다 하더라도 이를 가르켜 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당한다고 볼 수는 없으므로 피고 선정당사자가 위 변호사에게 위 판결정본이 송달된 사실을 모르고 있다가 상고제기기간 경과 후에 그 사실을 알았다는 사실만으로는 피고 선정당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 이견 상고제기기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당한다고 볼 수는 없으므로 피고 선정당사자의 위 주장은 채용할 수 없다.

지하는 속행된 상대이므로 종전의 대리권은 비록 심급대리의 원칙상 소멸되었다하더라도 새로이 소송을 수행할 수 있다.

## 7. 상고심의 심판범위

甲은 乙로부터 乙이 소유하고 있는 토지를 매수하는 매매대금 5억 원의 계약을 체결하였다. 약정한 매매대금 5억 원을 모두 지급하였다. 현재 乙은 위 토지를 甲 앞으로 그 소유권의 이전등기를 해주지 않고 있다. 甲은 乙을 상대로 하여 소유권이전등기를 청구하는 소를 제기하면서 매매가 유효면 소유권이전등기를 주위적으로 매매가 무효면 대금반환청구를 예비적 병합하였다. 제1심법원은 매매가 무효라는 이유로 원고 甲의 피고 乙에 대한 소유권이전등기청구는 기각하고, 매매대금반환청구는 인용하였다. 이에 피고 乙만이 매매대금이 일부를 받지 못하였다고 항소하였다. 항소심 법원이 항소를 기각하자 乙이 곧 상고하였고 상고심은 항소심을 파기환송하였다. 환송후 항소심은 심리를 다시 한 후 예비적 청구가 아니라 주위적 청구를 인용하였다. 이에 불만을 품은 乙이 예비적 청구와 주위적 청구 모두에 대하여 재상고하였다. 이 경우 주위적 청구에 대한 재상고심법원의 판단을 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

항소심의 효력과 불복하지 않은 부분의 확정시기가 문제되며, 이에 대하여 환송심의 심판대상이 되는지 여부와 심판대상이 되지 않는 경우 재상고법원의 조치가 문제된다.

### 2. 乙의 상소제기의 효력

#### (1) 상소의 효력

상소하는 경우 상소심의 적격대상은 전심재판이다. 이 경우 불복하여 상소를 제기하는 경우 원칙적으로 확정차단된다. 즉 이심범위는 상소불가분의 원칙에 의하여 이심되지만 심판범위는 불이익변경금지의 원칙이 적용되어 예비적 청구부분만이 심판대상이 된다.<sup>204)</sup>

#### (2) 불이익변경금지와 확정기 문제

##### 1) 문제점

예비적 병합의 경우 불이익변경금지원칙이 적용되는 경우 항소심 법원은 乙이 불복한 예비적 청구에 대하여만 심판한다. 따라서 이 심판대상이 되지 아니한 주위적 청구의 확정시기가 문제된다.

##### 2) 견해의 대립

###### i. 학설

제403조에 근거한 항소심 변론종결시결과 제142조에 의한 변론재개 불가능한 것을 근거로 하는 항소심판결선고시결과 상고심판결선고시결과 대립한다.

###### ii. 판례<sup>205)</sup>

204) 제1심에서 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용한 판결에 대하여 피고만이 항소한 때에는, 이심의 효력은 이 사건 전체에 미치더라도 원고로부터 부대항소가 없는 한 항소심의 심판대상으로 되는 것은 예비적 청구에 국한되는 것이다(당원 1967.9.5. 선고 67다 1323 판결 참조).

205) 94다44644: 수개의 청구를 모두 기각한 제1심 판결에 대하여 원고가 그중 일부의 청구에 대하여만 항소를 제기한 경우, 항소되지 않았던 나머지 부분도 항소로 인하여 확정이 차단되고 항소심에 이심은 되나 원고가 그 변론종결시까지 항소취지를 확장하지 아니하는 한 나머지 부분에 관하여는 원고가 불복한 바가 없어 항소심의 심판대상이 되지 아니하므로 항소심으로서의 원고의 수개의 청구 중 항소하지 아니한 부분을 다시 인용할 수는 없다고 할 것인 바, 이 사건 말소청구와 금원청구를 모두 기각한 제1심 판결에 대하여 원고가 말소청구 부분에 관하여만 항소하였을뿐 그 변론종결시까지 항소취지를 확장한 바 없는 이 사건에 있어서 항소심의 심판범위는 말소청구 부분에 한하고 나머지 부분에 관하여는 환송 전 원심판결의 선고와 동시에 확정되어 소송이 종료되었다 할 것임에도 환송 후 원심이 금원청구 부분까지 심리판단한 것은 잘못이라고 할 것이어서, 이를 지적하는 논지는 이유가 있다.



수개의 청구를 모두 기각한 제1심 판결에 대하여 원고가 그중 일부의 청구에 대하여만 항소를 제기한 경우, 항소되지 않았던 나머지 부분도 항소로 인하여 확정이 차단되고 항소심에 이심은 되나 원고가 그 변론종결시까지 항소취지를 확장하지 아니하는 한 나머지 부분에 관하여는 원고가 불복한 바가 없어 항소심의 심판대상이 되지 아니하여 환송심판결시절의 입장에 있다.

### (3) 사안의 경우

예비적 병합에서 불이익변경금지원칙이 적용되며 따라서 판례에 따르면 주위적 청구는 항소심에서 예비적 청구에 대한 항소기각판결을 내린 경우 확정된다고 할 것이다. 소송계속이 없는 소송행위는 무효이며 이에 대한 판결도 무효이다. 따라서 예비적 병합에서 주위적 청구는 항소심법원의 종국판결이 있는 후에 확정된다.

## 3. 재상고 법원의 조치

### (1) 파기환송심의 대상

민사소송법 제436조에 따라 상고법원은 원칙적으로 파기환송하여야 한다. 한편 파기환송된 경우 환송심의 심판대상은 파기된 부분이다. 따라서 주위적 청구 기각부분은 확정되었으므로 상고심의 심판대상이 되지 아니하며, 상고심의 파기환송의 대상이 되지 아니하며 이를 인용할 수 없다.

### (2) 확정된 심판에 대한 판단

파기환송 후 이미 확정된 청구인 주위적 청구에 대하여 어느 법원도 심판대상이 될 수 없으며 따라서 소송의 계속도 없다고 할 것이다. 그러나 이러한 부분에 대한 주위적 청구의 인용판결은 효력이 없고 파기되어야 하나 이는 소송계속없는 사안에 대한 판단이므로 무효이며 확정여부를 떠나 소계속이 없음을 선언하는 판결을 하여야 한다.

### (3) 재상고심의 파기자판 여부

항소심의 주위적 청구에 대한 인용은 법령위배이며 이는 새로이 사실을 확정하지 아니하더라도 민사소송법 제437조 제1호에 의하여 자판하기에 충분하다고 할 것이다. 따라서 이에 대한 것은 소송계속이 없는 사안에 대한 판단으로서 무효인 판결에 해당한다고 할 것이어서 소송종료선언이 필요하다.

## 4. 결론

주위적 청구는 소송계속이 존재하지 아니하므로 상고이후에는 이에 대한 판단이 필요하지 아니하다. 환송후 재상고하더라도 효력이 없으므로 재상고법원은 제437조에 따라 인용된 주위적 청구에 대하여 파기자판하여 소송종료선언을 하여야 한다.

대판 1985.8.20, 85므21

당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 불구하고 소재불명 또는 허위의 주소나 거소로 하여 소를 제기한 탓으로 공시송달의 방법에 의하여 판결정본이 송달된 때에는 민사소송법 제451조 제1항 제11에 의하여 재심을 제기할 수 있음은 물론이나 또한 동법 제173조에 의한 소송행위의 추완에 의하여도 상소를 제기할 수 있다.

대판 2011.12.22., 2011다73540

민사소송법 제451조 제1항 단서에 의하면 당사자가 상소에 의하여 재심사유를 주장하였거나 이를 알고 주장하지 아니한 때에는 재심의 소를 제기할 수 없는 것으로 규정되어 있는데, 여기에서 ‘이를 알고도 주장하지 아니한 때’란 재심사유가 있는 것을 알았음에도 상소를 제기하고도 상소심에서 그 사유를 주장하지 아니한 경우뿐만 아니라, 상소를 제기하지 아니하여 판결이 그대로 확정된 경우까지도 포함하는 것이라고 해석하여야 할 것이다. 그런데 위 단서 조항은 재심의 보충성에 관한 규정으로서, 당사자가 상소를 제기할 수 있는 시기에 재심사유의 존재를 안 경우에는 상소에 의하여 이를 주장하게 하고 상소로 주장할 수 없었던 경우에 한하여 재심의 소에 의한 비상구제를 인정하려는 취지인 점, 추완상소와 재심의 소는 독립된 별개의 제도이므로 추완상소의 방법을 택하는 경우에는 추완상소의 기간 내에, 재심의 방법을 택하는 경우에는 재심기간 내에 이를 제기하여야 하는 것으로 보이는 점을 고려하면, 공시송달에 의하여 판결이 선고되고 판결정본이 송달되어 확정된 이후에 추완항소의 방법이 아닌 재심의 방법을 택한 경우에는 추완상소기간이 도과하였다 하더라도 재심기간 내에 재심의 소를 제기할 수 있다고 보아야 한다.

여러 개의 청구 중 일부 청구에 대하여 항소취지를 감축한 것이 항소 취하의 효력을 발생시키는지(소극) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다241249 판결 : [판단] 1심에서 3개의 청구에 대한 기각판결에 대해 원고가 전부 항소하였다가 그 중 2개의 청구에 대하여 항소취지를 감축하는 항소취지변경신청서를 제출한 뒤, 이를 번복하여 위 2개의 청구를 다시 항소취지에 포함시키는 항소취지변경신청서를 제출하였는데, 원심은 위 2개의 청구에 대하여 이미 항소가 취하된 것이고 항소기간 경과 뒤에 다시 항소를 제기하는 것은 부적법하다는 이유로 그 부분 항소를 각하하였으나, 항소의 일부가 취하되는 효력이 발생하는 것이 아니라 단지 불복의 범위가 감축되었다가 항소심 변론종결 전에 다시 불복의 범위가 확장된 것에 불과한 것이므로 심리에 나아갔어야 함에도, 원심에서 부적법 각하한 것은 잘못이라고 보았다(파기환송).

[분석] 항소의 일부취하 허용 여부가 문제된 것인데, 항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 항소의 일부 취하는 효력이 없으므로 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그 중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회하였다 하더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 아니하고, 항소인이 항소심의 변론종결 시까지 언제든지 서면 또는 구두진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 그 자체의 효력에 아무런 영향이 없다는 법리를 전제한 뒤, 이를 사안에 구체적으로 적용한 사례이다. 상소불가분의 원칙이 적용된다면 원래부터 일부만 상소하더라도 그 상소의 효력은 원판결 전부에 미치고, 전부 상소하였다가 일부를 취하하

여도 상소의 효력은 변함이 없이 원판결 전부에 미치고, 상소인은 상소심 변론종결 시(상고심은 상소이유서 제출기간)까지 불복의 범위를 다시 확장할 수 있기 때문에 상소를 일부 취하하더라도 상소 취하는 상소 제기의 효력을 소급하여 상실시키는 효력은 없어 그런 의미에서 상소의 일부 취하는 효력이 없게 되는 것이다. 한편 공동소송 가운데 통상의 공동소송에서는 공동소송인 한 사람의 또는 한 사람에 대한 항소를 취할 수 있다. 이 경우의 취하의 성질은 대상이 별개 독립이므로 항소의 일부취하가 아니라 전부 취하이다. 그러나 필수적 공동소송의 경우에는 공동소송이 모두가 또는 모두에 대하여 항소를 취하는 것이 필요하다(민사소송법 제67조 참조)는 점에 주의하라.

◆ 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우, 항소기간 내에 다시 항소 제기가 가능한지 여부[적극](대법원 2016. 1. 14. 선고 2015므3455 판결) 원고 승소판결 정본이 폐문부재로 피고에게 송달불능되었다. 그런데 피고는 그 상태에서 2015. 3. 6. 제1심법원에 항소장을 제출하였다가, 2015. 3. 11. 제1심법원에 항소취하서를 제출하였고, 2015. 3. 13. 판결정본을 적법하게 송달받은 후 같은 날 다시 항소장(‘2차 항소장’)을 제출하였다. 원심은 피고의 2015. 3. 11. 항소취하로 이 사건 소송이 종료되었다는 내용의 소송종료선언을 하였다. 상고심인 대상판결은 판결서가 송달된 날로부터 항소기간이 진행하므로 2015. 3. 13.은 항소기간 내로 당연히 항소인은 다시 항소의 제기를 할 수 있다고 보았다. 항소의 취하 뒤라도 항소기간 내라면 재차 항소를 제기할 수 있다는 점을 밝혔다. [파기환송]

대판(전) 1981.9.8, 80다3271

항소심의 환송판결은 종국판결이므로 고등 법원의 환송판결에 대하여는 대법원에 상고할 수 있다(환송판결은 중간판결로서 상고의 대상이 되지 않는다고 한 종전의 판결은 이를 변경한다).

대판(전) 2001.3.15. 98두15597

상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어서 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여, 환송 후의 심리과정에서 새로운 주장이나 입증이 제출되어 기속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생기지 아니하는 한 이에 기속을 받는다고 할 것이다. 따라서 환송 후 원심판결이 환송 전후를 통하여 사실관계에 아무런 변동이 없음에도 불구하고 환송판결이 파기이유로 한 법률상의 판단에 반하는 판단을 한 것은 일응 환송판결의 기속력에 관한 법리를 오해한 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다. 그런데 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 행정소송에 준용되는 민사소송법 제406조 제2항이, 사건을 환송받은 법원은 상고법원이 파기이유로 한 법률상의 판단 등에 기속을 받는다고 규정하고 있는 취지는, 사건을 환송받은 법원이 자신의 견해가 상고법원의 그것과 다르다는 이유로 이에 따르지 아니하고 다른 견해를 취하는 것을 허용한다면 법령의 해석적용의 통일이라는 상고법원의 임무가 유명무실하게 되고, 사건이 하급심법원과 상고법원 사이를 여러 차례 왕복할 수밖에 없게 되어 분쟁의 종국적 해결이 지연되거나 불가능하게 되며, 나아가 심급제도 자체가 무의미하게 되는 결과를 초래하게 될 것이므로, 이를 방지함으로써 법령의 해석적용의 통일을 기하고 심급제도를 유지하며 당사자의 법률관계의 안정과 소송경제를 도모하고자 하는 데 있다고 할 수 있다. 따라서 위와 같은 환송판결의 하급심법원에 대한 기속력을 절차적으로 담보하고 그 취지를 관철하기 위하여서는 원칙적

으로 하급심법원뿐만 아니라 상고법원 자신도 동일 사건의 재상고심에서 환송판결의 법률상 판단에 기속된다고 할 것이다. 그러나 한편, 대법원은 법령의 정당한 해석적용과 그 통일을 주된 임무로 하는 최고법원이고, 대법원의 전원합의체는 종전에 대법원에서 판시한 법령의 해석적용에 관한 의견을 스스로 변경할 수 있는 것인바(법원조직법 제7조 제1항 제3호), 환송판결이 파기이유로 한 법률상 판단도 여기에서 말하는 '대법원에서 판시한 법령의 해석적용에 관한 의견'에 포함되는 것이므로 대법원의 전원합의체가 종전의 환송판결의 법률상 판단을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우에는, 그에 기속되지 아니하고 통상적인 법령의 해석적용에 관한 의견의 변경절차에 따라 이를 변경할 수 있다고 보아야 할 것이다. 환송판결이 한 법률상의 판단을 변경할 필요가 있음에도 불구하고 대법원의 전원합의체까지 이에 기속되어야 한다면, 그것은 전원합의체의 권능 행사를 통하여 법령의 올바른 해석적용과 그 통일을 기하고 무엇이 정당한 법인가를 선언함으로써 사법적 정의를 실현하여야 할 임무가 있는 대법원이 자신의 책무를 스스로 포기하는 셈이 될 것이고, 그로 인하여 하급심법원을 비롯한 사법전체가 심각한 혼란과 불안정에 빠질 수도 있을 것이며 소송경제에도 반하게 될 것임이 분명하다. 그리고 이와 같은 환송판결의 자기기속력의 부정은 법령의 해석적용에 관한 의견변경의 권능을 가진 대법원의 전원합의체에게만 그 권한이 주어지는 것이므로 그로 인하여 사건이 대판과 원심법원을 여러 차례 왕복함으로써 사건의 종국적 해결이 지연될 위험도 없다고 할 것이다.

## 제3장 재심

### 1. 대리권흡결과 재심기간

甲과 乙사이의 대금청구소송 중 甲이 피한정후견인 선고를 받고 후견인으로 丙이 선임되었다. 그러나 丙은 친족회의의 동의를 받지 않고 독단적으로 소송상 화해를 하였다. 법원은 甲의 후견인 丙과 乙 사이의 화해에 기하여 조서를 작성하였다. 그러나 乙은 甲의 후견인에게 특별수권이 없음을 알면서도 아무런 조치를 취하지 않다가 2개월 후 甲 측이 화해조서에 기해 이행청구를 하자 화해조서가 무효라고 주장하고자 한다. 이러한 주장이 가능한지 설명하시오.(신의칙은 논하지 말 것)

민법 제950조(후견감독인의 동의를 필요로 하는 행위)

후견인이 피후견인을 대리하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 미성년자의 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위에 동의를 할 때는 후견감독인이 있으면 그의 동의를 받아야 한다.

#### 1. 문제의 소재

甲의 후견인이 법정대리인으로서 소송상 화해를 할 수 있는 특별수권이 있는지 여부와 특별수권이 없는 대리인이 소송능력이 없는 자에 해당하는지 검토한다. 甲의 후견인과 관련한 특별수권의 흡이 재심사유에 해당하는지, 대리권의 흡결에 관한 재심기간의 준수여부가 검토되어야 한다.

#### 2. 법정대리인의 특별수권

##### (1) 법정대리인의 지위

법정대리인은 당사자에 준하는 지위를 갖으며, 소송능력이 소송요건인 것처럼 소송의 적법요건이며 법정대리권이 소멸되면 절차를 중단하여야 한다. 아울러 대리권의 존재는 소송행위의 유효요건이다.

##### (2) 후견인의 소송대리권과 소송능력

법정대리인으로서 후견인이 수동적 응소행위는 특별수권 없이도 가능하다. 그러나 법률행위나 소송행위를 함에 있어서는 후견감독인의 동의를 받아야 하며(민법 950조), 법정대리인인 후견인이 소송을 종료시키는 소송상 화해의 행위를 함에는 특별수권을 필요로 한다(제56조 제2항). 그 범위에서 소송능력이 없다.

##### (3) 사안의 경우

甲의 후견인 丙은 후견감독인으로부터 특별수권을 받은 사실이 없어 소송상 화해를 할 수 있는 소송능력이 없으며 이는 소송대리권의 흡결이다.

#### 3. 준재심의 가능여부

##### (1) 준재심사유

화해조서는 기판력이 부여가 된다.(제220조). 기판력을 다투는 방법은 재심이며, 화해조서가 재심으로 취소가 되지 아니하면 그 효력을 부인할 수 없다. 가 작성되었다면, 乙은 화해조서에 대하여 준재심의 소를 제기하는 방법으로 기판력을 포함한 화해조서의 효력을 다

틀 수 있다(제461조).

#### (2) 대리권흡결을 이유로 한 준재심사유

준재심은 재심을 준용하며, 대리권의 흡결은 대리권흡결의 경우이다. 즉 특별수권을 받지 아니한 후견인의 화해에 기하여 작성된 화해조서에 대해서는 대리권의 흡을 이유로 준재심의 소를 제기할 수 있다(제451조 제1항 제3호).

#### (3) 소결

소송상 화해는 조서가 작성된 것이므로 기판력이 발생하여 기판력을 소멸시키기 위하여 재심으로만 다룰 수 있다. 따라서 준재심으로 재심규정을 준용하여 처리하여야 한다.

### 4. 재심제소기간 준수여부

#### (1) 문제점

재심제기기간에 관하여 제456조는 안 날로부터 30일로 규정하지만, 제457조에서는 대리권의 흡은 제소기간의 준용하지 않는다. 특별수권의 흡의 경우가 제456조를 적용할지 제457조를 적용할지 문제된다.

#### (2) 특별수권의 흡의 경우 제소기간

판례<sup>206)</sup>에 의하면 특별수권의 흡에 기한 재심의 소는 통상의 대리권의 흡의 경우(제457조)와 달리 재심의 소의 제소기간을 준수하여야 한다. 화해조서가 작성된 뒤 특별수권의 흡이 있음을 안 날로부터 30일 이내에 또는 조서작성된 날로부터 5년 이내에 준재심의 소를 제기하였어야 한다.

#### (3) 사안의 경우

乙이 화해조서의 효력을 다투는 시기는 甲의 후견인이 특별수권이 없음을 안 지 2개월이 지난 때이다. 만약 乙이 준재심의 소를 제기하면 그 소는 부적법하다. 결국 乙이 취할 수 있는 조치는 없다.

### 5. 결론

소송상 화해는 특별수권이 없는 甲의 후견인에 의한 것으로서 그 효력이 없다. 그러나 乙이 화해조서의 효력을 다투기 위해서는 준재심의 소를 제기하여야 하는데, 이미 제척기간이 지났기 때문에 재심의 소는 부적법하며 다룰 방법이 없다.

---

206) 대판 1994.06.24, 94다4967제451조 소정의 “대리권의 흡결”이라고 함은 대리권이 전혀 없는 경우를 의미하는 것이므로, 대리권은 있지만 소송행위를 함에 필요한 특별수권의 흡결이 있는 경우에는 제457조[재심제기의 기간]가 적용되지 않는다.

대판 1999.10.22, 98다46600: 비법인사단의 대표자가 총유물의 처분에 관한 소송행위를 하려면 특별한 사정이 없는 한 민법 제276조 제1항에 의하여 사원총회의 결의가 있어야 하는 것이지만, 그 결의 없이 소송행위를 하였다고 하더라도 이는 소송행위를 함에 필요한 특별수권을 받지 아니한 경우로서, 제451조 제1항 제3호 소정의 재심사유에 해당하되, 전연 대리권을 갖지 아니한 자가 소송행위를 한 대리권 흡결의 경우와 달라서 제457조는 적용되지 아니한다.

대판 2016.10.13. 2014다12348: 소송절차 내에서 법인 또는 법인이 아닌 사단의 대표자가 청구의 포기·인낙 또는 화해를 하는 데 필요한 권한을 수여받지 아니한 것에서 더 나아가 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 권한을 남용하여 법인 등의 이익에 배치되는 청구의 포기·인낙 또는 화해를 하였고, 상대방 당사자가 대표자의 진의를 알았거나 알 수 있었을 경우, 준재심 제기 기간의 기산일인 ‘법인 등이 준재심의 사유를 안 날’의 의미(=법인 등의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 임원 등이 준재심의 사유를 안 때)

## 2. 재심대상과 재심사유

甲이 丁에 대한 손해배상청구소송에서 법원은 원고전부 승소판결(원심판결)을 선고하여 확정되었다. 그러나 丁은 자신의 운행에 과실이 없다고 주장하면서 과실인정의 근거였던 사고조사 경찰관 P가 작성한 교통사고사실조사서에 대한 허위공문서작성사건에서 유죄 확정판결을 받았음을 이유로 재심을 청구하였다. 丁이 제기한 재심을 받아들인 재심법원은 P가 작성한 교통사고조사서가 위조되었다고 보고 甲이 승소한 원심판결을 취소하였다. 그러나 재심사유가 있다고 한 판단의 기초가 되었던 P의 형사판결이 다시 형사재심사건에서 무죄판결로 바뀌었다. 이에 대하여 甲이 丁이 제기하였던 재심판결을 취소할 것을 주장하며 재심의 소를 제기하였다. 재심법원의 예상되는 판결과 원심판결의 효력을 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

재심판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있는지 여부와 원래의 확정판결을 취소한 재심판결에 대한 재심의 소에서 종전 재심청구에 관하여 다시 심리한 결과 원래의 확정판결에 재심사유가 인정되지 않을 경우, 법원이 취할 조치 및 그 경우 재심사유가 없는 원래의 확정판결 사건의 본안에 관하여 다시 심리와 재판을 할 수 있는지 여부에 따라 원심판결의 효력이 있는지 문제된다.

### 2. 종전 재심판결이 재심대상이 되는지 여부

#### (1) 재심의 소의 성질과 요건

확정된 종국판결에 대하여 그 판결을 취소와 종결된 사건의 재심사를 구하는 제도로서 재심의 소송물은 이른바 확정판결의 취소요구 및 구소송이 소송물이라는 이원론이 통설과 판례이다. 따라서 적법한 재심의 대상적격은 확정된 종국판결이어야 한다.(민사소송법 제451조 제1항)

#### (2) 재심대상으로서 재심판결 여부

재심의 대상인 확정된 종국판결에 대하여 재심의 소에서 확정된 종국판결도 위 조항에서 말하는 확정된 종국판결에 해당하는지 문제된다. 이에 대한 이견이 있을 수 있으나, 판례에 의하면 확정된 재심판결에 위 조항에서 정한 재심사유가 있을 때에는 확정된 재심판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다고 본다.<sup>207)</sup>

#### (3) 사안의 경우

재심에서 패소한 재심의 원고에 의한 재심의 소도 확정된 종국재판으로서 재심의 대상적격이 있으므로 다른 요건이 불비가 없는 한 원심판결의 재심판결에 대하여 재심청구에 대하여 심판하여야 한다.

### 3. 재심의 소의 심판과 효력

#### (1) 재심의 소의 절차와 요건

##### 1) 재심의 절차

재심법원은 먼저 소송요건과 재심의 적법요건을 심리하여야 하며 그 흠이 있는 경우 재심을 부적법각하하여야 한다.(제455조) 다음으로 재심사유가 존재하는지 여부를 다투어야 하는데 존재여부는 직권탐지주의에 의한다. 한편 재심사유가 있다고 할 경우 본안심판을 하

207) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다17124 판결

여야 한다.

## 2) 재심사유와 적법요건의 구별

재심사유에서 형사처벌의 유죄확정판결이 인정될 경우를 적법요건으로 볼 것인지 재심사유에 합체된 것으로 보는지 견해의 대립이 있다. 이에 대하여 판례는 적법요건설의 입장에 있다. 재심의 소가 적법하여야 재심사유를 판단하여야 하므로 적법요건이 없으며 재심의 청구를 각하한다.

## 3) 재심판결에 대한 재심사유

한편 민사소송법 제451조 제1항 제8호는 “판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때”로 규정하고 있으므로 재심판결은 여기의 재심사유가 된다. 여기에서 재판이 판결의 기초가 되었다는 것은 재판이 확정판결에 법률적으로 구속력을 미치는 경우는 물론 재판내용이 확정판결에서 사실인정의 자료가 되었고 그 재판의 변경이 확정판결의 사실인정에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우도 포함한다.<sup>208)</sup>

### (2) 재심의 본안판결

재심의 본안은 원판결에 의하여 완결된 전소송이다. 민사소송법 제454조 제1항은 “재심의 소가 적법한지 여부와 재심사유가 있는지 여부에 관한 심리 및 재판을 본안에 관한 심리 및 재판과 분리하여 먼저 시행할 수 있다.”고 규정하고, 민사소송법 제459조 제1항은 “본안의 변론과 재판은 재심청구이유의 범위 안에서 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이는 확정된 재심판결에 대한 재심의 소에서 재심판결에 재심사유가 있다고 인정하여 본안에 관하여 심리한다는 것은 재심판결 이전의 상태로 돌아가 전 소송인 종전 재심청구에 관한 변론을 재개하여 속행하는 것을 말한다.

### (3) 재심판결의 종전재심의 판결의 형식

원래의 확정판결을 취소한 재심판결에 대한 재심의 소에서 원래의 확정판결에 대하여 재심사유를 인정한 종전 재심법원의 판단에 재심사유가 있어 종전 재심청구에 관하여 다시 심리한 결과 원래의 확정판결에 재심사유가 인정되지 않을 경우에는 재심판결을 취소하고 종전 재심청구를 기각하여야 한다.<sup>209)</sup>

## 4. 종전 재심청구의 기각판결에 의한 원심판결 효력

### (1) 문제점

재심의 판결을 재심으로 하므로 재심이 취소된 경우 종전 재심청구에서 취소되었던 원심판결의 운명이 어떻게 되는지 문제된다. 즉 원심판결을 취소하였던 종전 재심판결이 취소됨으로서 원심판결이 심판대상이 되는지 아니면 판결이 효력이 존재하는지 문제된다.

### (2) 원심판결에 대한 심판여부

재심의 재심대상이 되었던 재심판결이 판결은 취소되었으나, 그 경우 재심사유가 없는 원래의 확정판결 사건의 본안에 관하여 다시 심리와 재판을 할 수는 없다는 것이 판례의 입장이다. 따라서 원래의 확정판결은 반사적 효과로서 다시 부활하여 기판력과 집행력을 회복한다고 할 것이다.

### (3) 사안의 경우

208) 대법원 1996. 5. 31. 선고 94다20570 판결

209) 위 판례



甲은 종전 재심의 취소를 목적으로 함으로 이에 대한 재심의 소를 승소한 경우 종전재심의 소는 취소되거나 원판결은 심판대상이 되지 아니하므로 그대로 원판결의 효력을 주장할 수 있다.

## 5. 결론

형사처벌이 확정되어 재심에 의하여 원심판결이 취소되었으나, 다시 무죄확정판결을 받은 경우 재심의 대상으로서 재심판결도 인정이 될 수 있다고 할 것이다. 이때 재심이 취소되는 경우 재심이 인정하였던 원심판결의 취소효는 상실되고 결과적으로 원심판결의 효력이 발생하므로 집행이 가능하다.

## 2. 재심법원과 재심의 성질

甲은 乙을 상대로 서울중앙지방법원에 소유권이전등기 및 소유권보존등기말소를 청구하는 소를 제기하였다. 제1심 법원에서 甲 승소의 판결이 선고되자 乙이 항소하였다. 항소심은 서울고등법원에서 乙의 항소를 기각하는 판결이 선고되었으며, 그 후 대법원에서 乙의 상고가 기각되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙의 상고가 기각된 후, 위 소송의 항소심 판결에서 증거로 채택되었던 증인 丙의 증언이 허위진술이라 하여 丙에게 위증죄의 유죄판결이 선고되어 2018.7.24. 확정되었다. 2018.8.17. 乙은 丙의 증언이 위증이라는 것을 재심사유로 하여 제1심 법원이었던 서울중앙지방법원에 재심소장을 제출하였다. 서울지방법원은 2018.10.29. 위 재심사건이 그 관할에 속하지 않는다는 이유로 서울고등법원에 이를 이송하여 2018.11.26. 위 고등법원에 접수되었다. 서울고등법원은 이 사건 재심소장이 접수된 2018.11.26.은 乙이 丙에 대하여 위증죄의 유죄판결이 확정된 것을 알았을 때로부터 30일이 이미 경과된 후이므로 이 사건 재심의 소는 부적법하다고 판단하였다. 이와 같은 서울중앙지방법원의 조치와 서울고등법원의 판단이 적법한지 설명하시오.

(2) 乙에 대하여 금전채권을 가지고 있는 丁은 “戊가 乙의 성명을 모용하여 재심대상판결을 받았으므로 재심대상판결에는 민사소송법 제451조 제1항 제3호의 재심사유가 있다.”고 주장하면서, 채권자로서 乙을 대위하여 甲을 상대로 재심의 소를 제기하였다. 甲은 재심의 소는 채권자대위가 허용되지 않기 때문에 이 사건 재심의 소가 부적법하다고 본안전 항변을 하였다. 이와 같은 甲의 본안전 항변이 재심제도의 성격에 비추어 타당한지 설명하시오.

### I. 설문 (1)에 대하여

#### 1 문제의 소재

재심판결을 인정을 위하여 우선 판결확정법원이 어디인지 결정되어야 하며 이에 따라 소장이 제기된 시기의 기준이 쟁점이 되는데, 유죄확정판결의 있는 후 30일의 경과되었는지 판단할 수 있다.

#### 2. 재심대상판결의 관할법원

##### (1) 재심의 전속관할

###### 1) 재심관할

재심의 소는 소가나 심급에 관계없이 취소대상판결을 한 법원의 전속관할에 속한다.(제453조 제1항). 다만 위조 변조 허위진술 등 사실인정에 관한 것을 재심사유로 한 경우 확정판결법원과 관계없이 즉 상고심판결과 관계없이 사실심법원의 vskruf에 대해 재심의 소를 제기하여야 한다.<sup>210)</sup>

###### 2) 항소기각판결된 재심대상결의 확정법원

제1심의 종국판결에 대하여 항소심이 항소기각의 본안판결을 한 경우 항소심판결이 재심대상 확정판결이 된다. 따라서 항소법원만이 관할권을 갖게 된다.(제451조 제3항).

210) 대법원 1983. 4. 26. 선고 83사2 판결: 가. 상고심에는 직권조사 사항이 아닌 이상 사실인정의 직책이 없으므로 재심대상판결인 상고심판결에 증거취사를 잘못된 채증법칙위배의 위법이 있다는 사유는 민사소송법 제422조 소정의 어느 재심사유에도 해당한다고 볼 수 없다. 나. 민사사건의 1,2,3심 판결의 기초가 된 형사 제1심의 유죄판결이 제2,3심에서 무죄로 변경되었다는 사유는 증거판단의 적부에 관한 사항이므로 사실심의 판결에 대한 재심사유는 될지언정 상고심 판결에 대한 재심사유는 되지 않는다.

## (2) 재심의 이송

### 1) 문제점

당사자가 착오로 항소심에 제기하여야 할 소를 제1심법원에 소를 제기한 심급관할 위반의 경우 이에 대한 처리가 문제된다.

### 2) 통상의 심급위반의 소제기

통상 심급관할의 위반의 문제는 공익적인 문제로 취급하여 관할법원으로 이송하자는 견해가 다수설과 판례<sup>211)</sup>이다.

### 3) 재심관할의 심급위반의 경우 이송

재심에서 심급위반의 경우 판례는 당사자의 의사를 존중하는 입장이다.<sup>212)</sup> 항소심에서 본안판결을 한 경우에는 제1심판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못하므로 그 경우이나 항소심에서 본안판결을 한 사건에 관하여 제기된 재심의 소가 제1심판결을 대상으로 한 것인가 또는 항소심판결을 대상으로 한 것인가의 여부는 재심소장에 기재된 재심을 할 판결의 표시만 가지고 판단할 것이 아니라 재심의 이유에 기재된 주장내용(재심사유가 항소심 판결에 관한 것인지 여부)을 살펴보고 재심을 제기한 당사자의 의사를 참작하여 판단할 것이다.

## (3) 소결

재심관할은 확정판결의 전속관할로 관할위반의 경우 이송하여야 한다. 다만 통상의 심급관할 위반의 경우와 달리 당사자의 의사를 존중하고자 하는 것이 판례의 태도이며 이에 따라 재심제기의 적부가 결정될 수 있다. 서울중앙지방법원의 이송은 일응 적법하다.

## 3. 재심기간의 도과여부

### (1) 유죄확정판결이 적법요건성

제451조 제1항 제4호 내지 제7호의 가벌행위에 대하여 판례는 적법요건설의 입장에서 유죄의 확정판결이 없을 경우 재심의 소를 각하하고, 재심사유에 대해 판단할 것이 아니라고 한다. 이러한 경우 유죄확정판결사실 자체도 적법요건이며 이를 안 경우 30일의 제기기간

211) 대법원 1995. 1. 20. 자 94마1961 전원합의체 결정: 항고인이 비록 원심법원의 항고장각하결정에 대하여 불복하면서 제출한 서면에 '재항고장'이라고 기재하였다고 하더라도 이는 즉시항고로 보아야 한다는 이유로, 대법원에 기록송부된 사건을 그 관할법원인 항고법원으로 이송한 사례.

212) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카1981 전원합의체 판결: 가. 항소심에서 본안판결을 한 경우에는 제1심판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못하므로 그 경우 항소심판결이 아닌 제1심 판결에 대하여 제1심법원에 제기된 재심의 소는 재심대상이 아닌 판결을 대상으로 한 것으로서 재심의 소송요건을 결여한 부적합한 소송이며 단순히 재심의 관할을 위반한 소송이라고 볼 수는 없으나, 항소심에서 본안판결을 한 사건에 관하여 제기된 재심의 소가 제1심판결을 대상으로 한 것인가 또는 항소심판결을 대상으로 한 것인가의 여부는 재심소장에 기재된 재심을 할 판결의 표시만 가지고 판단할 것이 아니라 재심의 이유에 기재된 주장내용(재심사유가 항소심 판결에 관한 것인지 여부)을 살펴보고 재심을 제기한 당사자의 의사를 참작하여 판단할 것이다. 나. 일반적으로 소송행위의 해석은 실제법상의 법률행위와는 달리 철저한 표시주의와 외관주의에 따르도록 되어 있고 표시된 내용과 저촉되거나 모순되는 해석을 할 수 없는 것이지만, 표시된 어구에 지나치게 구애되어 획일적으로 형식적인 해석에만 집착한다면 도리어 당사자의 권리구제를 위한 소송제도의 목적과 소송경제에 반하는 부당한 결과를 초래할 수 있으므로 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전체를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요가 있는 것이다. 다. 재심의 소가 재심제기기간내에 제1심법원에 제기되었으나 재심사유 등에 비추어 항소심판결을 대상으로 한 것이라 인정되어 위 소를 항소심법원에 이송한 경우에 있어서 재심제기기간의 준수여부는 민사소송법 제36조 제1항의 규정에 비추어 제1심법원에 제기된 때를 기준으로 할 것인지 항소심법원에 이송된 때를 기준으로 할 것은 아니다.

은(제456조 제1항)은 적법요건에 해당한다. 이에 대한 소제기의 적법여부를 판단할 수 있다.

## (2) 이송한 재심의 소제기의 기산점

### 1) 문제점

사안의 경우 재심의 소가 재심제기기간 내에 제1심법원에 제기되었으나 재심사유 등에 비추어 항소심판결을 대상으로 한 것이라 인정되는 경우 재심기간의 기산점을 항소법원으로 하여야 하는지 문제되고 이에 따라 서울고등법원의 조치가 타당한지 결정할 수 있다.

### 2) 판례의 태도<sup>213)</sup>

재심의 심급위반의 경우 예외적으로 당사자의 의사를 존중하는 판례에 의하면 항소심법원에 이송한 경우에 있어서 재심제기기간의 준수여부는 제1심법원에 제기된 때를 기준으로 할 것인지 항소법원에 이송된 때를 기준으로 할 것은 아니라는 입장이다.

### (3) 사안의 경우

고등법원에서 수이송법원의 이송시기를 기준으로 위증죄의 유죄판결이 확정된 것을 알았을 때로부터 30일이 이미 경과된 후로 판단한 것은 판례에 비추어 타당하지 않다.

## 4. 결론

서울중앙지방법원이 재심의 관할이 없음을 이유로 이송한 것은 항소심이 본안판결한 사안이므로 적절한 조치이고 한편 유죄확정판결을 안 날로부터 기산은 서울고등법원이 재심기간을 수이송법원의 이송시점을 기준으로 한 것이므로 적법한 판단이 아니다.

## II. 설문 (2)에 대하여

### 1 문제의 소재

채권자가 채권자대위권에 기하여 재심의 당사자가 될 수 있는지 문제된 사안으로 설문과 같이 재심제도의 성격에 따라 결론이 달라질 수 있는지 검토가 필요하다.

### 2. 재심의 성질

#### 1) 문제점

재심의 성격 내지 재심의 성질은 곧 재심소송의 관계, 혹은 재심소송의 소송물이나 소송의 목적이 무엇이나에 관해서 드러난다.

#### 2) 이원론(소송상 형성소송설)

재심소송의 소송목적은 확정판결의 취소요구와 구(舊) 소송(재심대상이 된 판결의 소송)의 소송목적 두 가지로 구성된다는 견해이다. 확정판결의 취소요구를 소송 목적으로 한다는 점에서 소송상 형성을 청구하는 소이다. 이 견해는 소송절차에 중대한 흠이 있는 확정판결을 취소하여 새로운 판결을 한다고 하는 재심의 목적과 그 절차를 그대로 반영한다는 점에서 뛰어나다.<sup>214)</sup>

#### 3) 일원론(본안소송설)

구소송의 본안에 관한 재심요구가 소송목적이라는 견해이다. 따라서 확정판결의 취소요구

213) 앞의 각주 판례

214) 대법원 1994.12.27. 선고 92다22473·22480 판결 등

는 독립하여 소송목적이 되지 아니하고 재심의 적법요건에 지나지 아니하여 재심소송은 상소와 유사하다. 다만 이 견해에 의하더라도 구소송이 잘못된 경우에는 재심대상 판결을 취소하는 판결을 하는데 이것은 재심대상판결의 방치로 인한 혼란을 회피하기 위하여 하는 것이라고 한다.

### (3) 소결

2원론에 의하면 재심의 소는 일종의 소송상 형성의 소이므로 형성권의 행사를 당사자가 할 수 있는지, 혹은 형성을 방해하는 결론이 되는지 결정된다. 1원론에 의하면 재심의 소는 상소와 유사하게 된다.

## 3. 채권자대위권에 기한 채권자의 재심당사자적격여부

### (1) 재심의 당사자

재심은 어느 학설에 의여도 형성의 소 성격을 가지게 되므로 당사자적격 역시 특정된다. 즉 재심의 원고와 피고는 확정판결에 표시된 당사자와 제218조에서 이른바 판결의 효력이 확장되는 당사자적격자까지 포함하여 변론종결후 승계인 및 제3소송담당의 경우 권리귀속 주체까지 포함한다.

### (2) 재심대상으로 채권자대위권

#### 1) 문제점

채권자는 채무자의 제3채무자에 피보전채권을 행사할 필요가 있는 경우 채권자대위권이 목적이 되고 행사할 수 있다.

#### 2) 재심의 성격과의 관계

이원설에 의하면 형성의 소송과 이행의 소송이 함께하므로 이행의 소가 인정되는 이상 채권자대위소송이 목적이 될 수 있으며, 한편 형성의 소로 보며 독립된 이행의 소를 인정하지 아니하는 일원설에 의하면 채권자대위권에 기한 재심을 제기할 수 없다는 결론에 이른다.

#### 3) 판례의 태도<sup>215)</sup>

채권을 보전하기 위하여 대위행사가 필요한 경우는 실체법상 권리뿐만 아니라 소송법상 권리에 대하여서도 대위가 허용되나, 채무자와 제3채무자 사이의 소송이 계속된 이후의 소송수행과 관련한 개개의 소송상 행위는 그 권리의 행사를 소송당사자인 채무자의 의사에 맡기는 것이 타당하므로 채권자대위가 허용될 수 없다. 같은 취지에서 볼 때 상소의 제기와 마찬가지로 종전 재심대상판결에 대하여 불복하여 종전 소송절차의 재개, 속행 및 재심판을 구하는 재심의 소 제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다는 입장이다.

### (3) 검토

판례는 통상 재심의 소에 대하여 이원설을 취하면서 채권자대위권의 대상으로 채권자의 재심의 소의 목적으로 인정하지 아니하는 태도는 일부 타당하지 아니한 면이 있다.

## 4. 결론

채권자는 채권자대위권에 기하여 판결의 효력을 받는 당사자적격자로서 재심의 소를 제기할 당사자가 될 수 있으며 채권자대위권의 피대위권리가 이행청구권인 경우 이를 부정할

215) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다75239 판결

이유가 없다. 따라서 이원설에 의하는 경우 가능하다고 볼 것이다. 그러나 개개의 소송행위 방점을 주는 일원설에 의하는 경우 취소여부에 대한 재심여부는 채무자의 고유권한에 해당하여 채권자대위소송의 목적이 될 수 없다. 판례는 이원설에 있으면서 채권자대위소송의 복적이 될 수 없다는 이중적인 모습을 갖고 있다.

대결(전) 2014.10.8. 2014마667

결정.명령의 원본이 법원사무관 등에게 교부되어 성립한 경우, 결정.명령이 당사자에게 고지되어 효력이 발생하기 전에 결정.명령에 불복하여 항고할 수 있는지 여부(적극)

대판 2016.1.14, 2015므3455

항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우, 제1심판결이 확정되는 시기(= 항소기간 만료시) / 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우, 항소기간 내에 다시 항소 제기가 가능한지 여부(적극) 항소의 취하가 있으면 소송은 처음부터 항소심에 계속되지 아니한 것으로 보게 되나(민사소송법 제393조 2항, 제267조 1항), 항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기 와 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, ① 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정되나, ② 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우에는 판결은 확정되지 아니하고 항소기간 내라면 항소인은 다시 항소의 제기가 가능하다.

대법원 2016. 10. 13. 선고 2014다12348 판결

법인 등의 대표자가 청구의 인낙을 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때에는 법인 등은 준재심의 사유를 안 날부터 30일 이내에 준재심의 소를 제기할 수 있다. 이때 법인 등의 대표자가 준재심의 사유인 청구의 인낙을 하는 데에 필요한 권한을 수여받지 아니한 것에서 더 나아가 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 권한을 남용하여 법인 등의 이익에 배치되는 청구의 인낙을 하였고 또한 상대방 당사자가 대표자의 진의를 알았거나 알 수 있었을 경우에는, 단지 대표자가 준재심의 사유를 아는 것만으로는 부족하고 적어도 법인 등의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 임원 등이 준재심의 사유를 안 때에 비로소 준재심 제기 기간이 진행된다고 보아 대상판결에서는 피고의 대표자였던 사람이 청구인낙을 하였을 무렵 피고는 그 청구인낙에 필요한 권한 수여에 흠이 있음을 알고 있었고, 그때부터 30일이 지난 후에 이 사건 준재심의 소가 제기되었다는 이유만을 들어, 준재심의 소가 부적법하다고 판단한 원심의 잘못을 지적하였다. [파기환송]

대법원 2019. 9. 10. 선고 2018다300470 판결

민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유와 관련하여, 여러 개의 유죄판결이 재심대상판결의 기초가 되었는데 이후 각 유죄판결이 재심을 통하여 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 경우, 어느 한 유죄판결이 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 사정은 특별한 사정이 없는 한 별개의 독립한 재심사유가 되는지 여부(적극) 및 이는 재심대상판결의 기초가 된 각 유죄판결에 대하여 형사재심에서 인정된 재심사유가 공통된다거나 무죄판결의 이유가 동일하더라도 마찬가지인지 여부(적극)

(1) 민사확정판결의 기초가 된 복수의 유죄확정판결들이 공통의 이유로 형사재심을 통하여 무죄로 바뀐 경우, 그러한 무죄판결확정마다 민사소송법 제451조 제1항 제8호에 대한 재심사유가 발생하는지 여부(이른바 재심사유 동일설 vs 재심사유 개별설)

(2) 재심의 소 제기기간의 준수 여부

재심은 확정된 종국판결에 대하여 판결의 효력을 인정할 수 없는 중대한 하자가 있는 경우

예외적으로 판결의 확정에 따른 법적 안정성을 후퇴시켜 그 하자를 시정함으로써 구체적 정의를 실현하고자 마련된 것이다(대법원 1992. 7. 24. 선고 91다45691 판결 등 참조).

민사소송법 제451조 제1항 제8호는 “판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀔 때”를 재심사유로 정하고 있다. 이는 판결의 기초가 된 재판이나 행정처분이 그 후의 다른 재판이나 행정처분에 따라 확정적이고 또한 소급적으로 변경된 경우를 말한다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87다카2088 판결 등 참조). 여기에서 재판이 판결의 기초가 되었다고 함은 재판이 확정판결에 법률적으로 구속력을 미치는 경우 또는 재판내용이 확정판결에서 사실인정의 자료가 되었고 그 재판의 변경이 확정판결의 사실인정에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우를 말한다(대법원 1996. 5. 31. 선고 94다20570 판결 등 참조).

재심사유는 그 하나하나의 사유가 별개의 청구원인을 이루는 것이므로, 여러 개의 유죄판결이 재심대상판결의 기초가 되었는데 이후 각 유죄판결이 재심을 통하여 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 경우, 어느 한 유죄판결이 효력을 잃고 무죄판결이 확정되었다는 사정은 특별한 사정이 없는 한 별개의 독립된 재심사유라고 보아야 한다. 재심대상판결의 기초가 된 각 유죄판결에 대하여 형사재심에서 인정된 재심사유가 공통된다거나 무죄판결의 이유가 동일하다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

이른바 ‘구로동 분배농지 사건’에서 수분배자들의 분배농지에 관한 소유권이전등기청구를 기각한 재심대상판결에 대하여, 재심대상판결의 기초가 된 복수의 유죄판결들 중 일부가 형사재심을 통해 변경되자 이를 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유(“판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀔 때”)로 주장했던 원고들의 1차 재심청구가 재심제기기간 도과로 각하되었으나, 나머지 유죄판결들 역시 형사재심을 통해 변경되자, 원고들이 이를 다시 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유로 주장하며 2차 재심을 청구한 사건에서, 위 유죄판결들 중 어느 한 유죄판결이 변경된 사정은 다른 유죄판결이 변경된 사정과 별개로 독립하여 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유가 된다고 보아, 원고들의 2차 재심청구를 받아들인 원심에 대한 피고의 상고를 모두 기각한 사례



## 제6편 병합소송

### 제1장 병합청구소송(청구의 복수)

#### 제2장 다수당사자소송관계

## 제1장 병합청구소송(청구의 복수)

### 제1절 원시적 병합

#### 1. 단순병합에서 장래이행의 소

甲과 乙은 “乙이 甲에게 백미(쌀) 50가마를 대금 1,000만 원에 매도하되, 乙은 대금 전액을 지급받음과 상환으로 甲에게 백미 50가마를 인도한다”는 내용의 매매계약을 체결하였고, 그 후 甲은 乙을 상대로 백미 50가마의 인도를 구하는 소를 제기하였다. 소제기 당시 甲은 乙의 甲에 대한 백미인도의무가 관결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 乙과 丙에 대한 위 백미인도청구에 ‘백미에 대한 강제집행이 불능인 때에는 乙과 丙은 연대하여 甲에게 백미 1가마당 20만 원의 비율로 환산한 금원을 지급하라’는 청구를 병합하여 소를 제기하였다. 법원이 甲의 乙과 丙에 대한 백미인도청구를 인용하는 경우, 甲의 乙과 丙에 대한 금원지급청구에 대하여 본안판결을 하여야 하는지 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

판결을 하여야 하는지 여부와 관련하여 병합의 모습이 단순병합인지가 문제된다. 판결을 하여야 한다면 소각하 판결을 해야 하는지 아니면 본안판결을 해야 하는지와 관련하여 미리 청구할 필요가 있는지가 문제된다.

#### 2. 병합의 형태와 심판여부

##### (1) 병합의 형태

병합의 모습에는 단순병합, 선택적 병합, 예비적 병합이 있는데, 사안의 경우는 단순병합(2개의 승소판결을 구하는 것)이다. 이 경우 예비적 병합이 인정되는지에 대하여 판례는 채권자가 본래적 급부청구에 이를 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우 대상청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 변론종결 후판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재 급부청구와 장래 급부청구의 단순병합에 속하는 것으로 허용된다.<sup>216)</sup>

##### (2) 부진정 예비적 병합의 심판 방법

예비적 병합에서는 법원이 주위적 청구를 인용하는 경우에는 예비적 청구를 심판할 필요가 없고, 선택적 청구 중 어느 하나를 인용하는 경우에는 다른 청구를 심판할 필요가 없다. 사안의 경우 본질이 단순병합에 해당하는 부진정 예비적 병합이므로 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 대상청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다.

#### 3. 예비적 청구의 적법성 판단

##### (1) 문제점

부진정 예비적 병합을 인정하여 1차적 청구가 인용되는 경우 2차적 청구의 본안에 판단함에 앞서 우선적으로 적법성이 문제된다. 즉 장래이행의 소의 경우 적법한 청구여야 인용여부가 판단할 수 있기 때문이다.

216) 대법원 2011.08.18. 선고 2011다30666 판결

## (2) 장래이행의 소의 적격여부

甲의 금전지급청구는 장래 이행의 소인데, 장래 이행의 소는 미리 청구할 필요가 있는 때에 한하여 소의 이익이 있다(제251조). 본래의 청구에 대상청구를 병합하는 것을 불허한다면 집행불능 시에 새로 대상청구를 해야 하는 비경제가 발행하기 때문에 미리 청구할 필요가 인정된다.

## 4. 결론

甲의 금전지급청구는 단순병합에서 이른바 부진적예비적 병합으로 적법하므로, 법원은 본안판결을 하여야 한다.

## 2. 대상청구소송

원두커피 매매상 甲은 매수인 乙과 원두커피를 매매계약 체결하였다. 선이행으로 생원두커피를 乙에게 1톤을 우선 지급하고 매매대금을 청구했으나 乙이 이를 이행하지 않고 있다. 甲은 계약을 합의해제하고, 원두커피인도의 반환을 청구하는 소를 제기하면서, “원두를 즉시 인도하고, 만일 원두의 인도가 이행불능일 경우에는 그에 대신하여 1000만원을 지급하라”는 취지를 함께 청구하였다. 제1심법원은 甲의 원두인도청구는 인용하고 1000만원의 지급청구는 판단하지 아니하였다. 이에 대하여 甲이 항소를 제기하였다. 甲의 항소가 이유가 있다고 판단할 경우 항소심의 판단을 설명하시오

### 1. 문제의 소재

예비적 대상청구병합인지 문제된다. 본위적 청구를 인용할 경우 대상청구를 청구를 인용하여야 하는지 문제이다. 이는 대상청구가 장래이행의 소로서 적법여부를 전제로 한다.

### 2. 인도청구와 대상청구에 대한 심판 방법

#### (1) 단순병합 여부

일정한 물건의 인도를 명하는 판결을 구하고 동시에 이 물건의 인도가 장래에 이행 또는 집행 불능이 될 경우에 대비하여 예비적으로 그 대가에 상당하는 금원의 지급을 명하는 판결을 구하는 경우, 현재이행의 소와 장래이행의 소가 단순병합된다.

#### (2) 단계적 병합의 심판방법

단계적 청구 형태의 단순병합에서 제2차적 청구는 주된 청구의 현존을 전제로 하므로, 주된 청구가 이유 있는 때에는 제2차적 청구를 인용하여야 하며, 주된 청구가 이유가 없는 때에는 예비적 청구도 기각하는 판결을 한다.

#### (3) 장래이행의 소의 적법여부

인도청구가 인용되면 장래이행의 소인 대상청구는 그 소가 적법한 이상 함께 인용하여야 한다. 장래이행의 소는 미리 청구할 필요가 있을 때 소의 이익이 인정된다(제251조). 사안의 경우 인도청구가 인용되면 미리 청구할 필요가 인정되므로, 장래이행의 소는 적법하다.

### 3. 관련적 단순병합에서 판결누락에 대한 구제

#### (1) 문제점

단순병합된 청구 중 어느 한 청구에 대해 판결을 하지 아니한 경우, 이는 판결누락에 해당하므로 상소가 아닌 추가판결에 의하여 구제받는다. 단순병합이라도 청구 상호간에 관련성이 있는 경우에도 추가판결에 의하여 구제받아야 하는지, 아니면 판단누락에 준하여 상소로 구제받을 수 있는지 문제이다. 한편 항소의 이익도 검토가 필요하다.

#### (2) 추가판결여부

추가판결설은 단순병합인 이상 관련성이 있다 하더라도 판결이 누락되어 원심에 소송계속 중에 있으므로 추가판결에 의하여 구제할 것이라고 한다. 이에 반하여 판단누락설은 단순병합이라도 청구간에 관련이 있다면 판결의 모순저축을 피하기 위하여 판단누락에 준하여 처리하여 상소에 의하여 구제받아야 한다고 주장한다.

판례는<sup>217)</sup> 판단누락으로 보아 상소에 의하여 구제할 수 있다는 입장이다.

217) 대법원 2011.8.18 선고 2011다30666 판결: 채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 대신할 전보배

### (3) 항소의 적법에 대한 법원의 판단

#### 1) 항소의 이익

항소의 적법요건으로 소의 이익이 있어야 한다. 병합청구가 단순병합이라면 항소의 이익이 인정되지만, 예비적 병합이라면 항소의 이익이 없어 부적법하다. 목적물반환청구와 대상청구는 불가분적으로 결합되어 있으므로 제1심판결이 대상청구에 대해 심판하지 않았지만 이는 재판누락이 아니라 하자있는 하나의 전부판결이므로, 甲은 항소로서 불복할 수 있다.

#### 2) 법원의 조치

甲의 항소는 항소의 이익이 있는 적법한 항소이다. 항소심은 대상청구가 장래이행의 소의 요건을 갖추고 있고 또 반환청구권의 존재를 인정하는 이상 청구를 인용하여야 한다.

### (4) 사안에의 적용

甲은 누락된 전보배상청구에 대하여 항소를 제기하였으며 이는 단순병합에 해당하지만 주문을 별도로 내야 하는 추가판결이나 잔부판결이 아니라 판단누락에 해당한다고 할 것이다. 따라서 항소법원은 이를 반드시 판단하여야 한다.

## 4. 결론

1천만 원 지급청구는 장래이행의 소로 적법하며, 예비적 대상청구이므로 항소법원은 이에 대하여 심판할 수 있다. 甲의 인도청구권이 존재하므로 항소심은 예비적 대상청구인 전보배상청구를 인용하는 판결을 한다.

---

상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속하는 것으로 허용된다. 이러한 대상청구를 본래의 급부청구에 예비적으로 병합한 경우에도 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다. 원고가 피고 1에 대하여 주위적으로 이 사건 근저당권설정등기(이 사건 부동산에 관하여 설정된 채권최고액 4억 5천만 원의 피고2 명의의 공동근저당권설정등기)의 회복등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 피고1이 피고2와 공모하여 이 사건 근저당권설정등기를 불법말소하였다는 이유로 손해배상금 1억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한 데 대하여 제1심법원은 주위적 청구를 인용하되, 예비적 청구를 기각하는 판결을 선고한 사실, 원고가 위 기각된 부분에 대하여 항소를 제기하였으나, 원심법원은 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결이라 할 것이므로 주위적 청구를 인용한 이상 예비적 청구에 나아가 판단할 필요가 없다고 보아 제1심판결에서 원고의 피고 1에 대한 주위적 청구가 인용되어 전부 승소한 원고로서는 피고 1에 대하여 항소를 제기할 이익이 없다는 이유로 이 부분 항소를 각하한 사실을 알 수 있다. 원고의 위 예비적 청구는 주위적 청구인 이 사건 근저당권설정등기의 회복의무가 이행불능 또는 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 대상청구라고 봄이 상당하다고 할 것이므로, 이러한 주위적·예비적 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다. 따라서 원심법원으로서 원고가 항소한 부분인 위 예비적 청구의 당부를 판단하여야 할 것임에도 원고의 이 부분 항소를 각하한 것에는 대상청구 또는 예비적 병합에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다

### 3. 단순병합과 선택적·예비적 병합

甲은 乙에 대하여 청구원인으로 ① 제3자의 계약인수와 관련된 손해배상청구 2억 9,900만 원, ② 소비대차계약의 불이행에 의한 손해배상청구 2억 8,500만 원, ③ 부동산 임차업무와 관련된 손해배상청구 7억 9,500만 원을 선택적 청구로 병합하여 총 손해액 중 2억 원을 청구취지로 하여 소송을 제기하였다.(다음 사안은 각각 별개임)

1. 제1심법원은 위 청구원인 중 ① 제3자의 계약인수의 손해배상청구만을 심리·판단하여 그 중 원고가 구하는 일부 청구금액을 인용하면서 나머지 청구에 대하여는 원고가 어느 하나의 청구원인에서라도 청구금액이 전부 인용된다면 추가적인 판단을 원하지 않고 있다는 이유로 그 판단을 생략하는 내용의 본안판결을 하였으며, 이러한 판결에 대하여 피고가 항소를 제기하였다. 이러한 경우 항소심 범위에 등에 대한 항소심 법원의 적절한 판단을 설명하시오.

2. 제1심법원은 위 모든 청구원인에 대하여 심리한 다음 ② 소비대차계약의 불이행에 의한 손해배상책임을 인정하여 원고가 구하는 일부 청구금액을 인용하고, 그 밖의 청구는 모두 기각하는 본안판결을 하였고 그에 대하여 피고만이 항소하였다. 항소심의 심판범위를 설명하시오.

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 소재

단순병합으로 구하여야 할 여러 청구에 대하여 선택적 병합으로 청구하는 것이 허용되는지, 이에 대한 제1심법원의 부적법한 판단에 대하여 항소심이 취하여야 할 조치는 무엇인지 검토하여야 한다.

##### 2. 단순병합에 선택적 병합

###### (1) 단순병합의 선택적 병합 허부

###### 1) 단순병합의 본질

단순병합은 관련성없는 청구에 해당하는 여러 개의 청구를 소송경제 등의 이유로 병합을 인정하고 있으며 본질적으로 일부판결이 허용되는 별개의 청구권의 결합일 뿐이다.

###### 2) 선택적 병합의 허부

선택적 병합 내지 예비적 병합은 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다.

###### (2) 법원의 조치

단순병합을 선택적 병합으로 청구한 경우 원칙적으로 부적법하여 소를 각하하여야 하나 우선 본안에 관하여 심리·판단하기 위해서는 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취하여야 하고<sup>218)</sup> 이행하지 않을 경우 소를 각하하여야

218) 대법원 2008.12.11. 선고 2006다5550 판결: 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다 할 것인바, 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 본안에 관하여 심리·판단하기 위해서는 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취하여야 할 것이고, 법원이 이러한 조치를 취함이 없이 본안판결을 하면서 그 중 하나의 청구에 대하여만 심리·판단하여 이를 인용하고 나머지 청구에 대한 심리·판단을 모두 생략하는 내용의 판결을 하였다고 하더라도, 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 선택적 병합 관계로 바뀔 수는 없다 할 것이므로,

한다.

### (3) 소결

제1심법원 관련성없는 단순병합을 선택적으로 청구하는 것은 소를 각하하여야 하나 이를 일부판결한 것은 항소이유가 된다.

## 3. 항소심 법원의 판단과 조치

### (1) 문제점

단순병합을 간과하고 선택적으로 판단한 것이 적법한 선택적 병합으로 인정될 수 있는지 즉 심판방법은 단순병합으로 심판하여야 하는지 그에 따른 심리판단하지 않는 부분도 이심되는지 문제된다.

### (2) 단순병합으로의 심판여부와 이심범위

#### 1) 선택적 병합의 심판여부

항소심에서 기존의 청구와 논리적으로 관련성이 없는 청구를 선택적 또는 예비적으로 병합하여 추가하는 내용의 청구원인변경신청을 한 경우, 선택적 병합으로 판단하더라도 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 선택적 또는 예비적 병합 관계로 바뀔 수는 없다는 것이 판례의 태도이다<sup>219)</sup>

#### 2) 단순병합의 심판방법에 따른 이심범위

청구원인은 상호 논리적 관련성이 없어 선택적으로 병합할 수 없는 성질의 청구임에도 제1심법원이 잘못된 청구병합관계를 보정하는 조치를 취함이 없이 하나의 청구원인에 대하여만 심리·판단을 하고 나머지 청구에 대하여는 판단을 한 바 없으므로, 추가판결은 별도로 이심되지 아니한다.

### (3) 사안의 경우

제1심법원이 심리·판단한 판단된 부분인 손해배상청구만이 항소심으로 이심되어 항소심의 심판범위가 된다고 할 것이다. 청구를 심판대상으로 삼지 않은 것은 정당하고, 원심의 판단에 처분권주의와 변론주의 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.<sup>220)</sup>

## 4. 결론

단순병합을 선택적 병합으로 심판한다고 하더라도 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 선택적 병합 관계로 바뀔 수는 없다 할 것이므로, 이러한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 제1심법원이 심리·판단하여 인용한 청구만이 항소심으로 이심될 뿐, 나머지 심리·판단하지 않은 청구는 여전히 제1심에 남아 있게 된다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소개

단순병합으로 구하여야 할 수 개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것이 적법한지 그에 대한 법원이 이 중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는

---

이러한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 제1심법원이 심리·판단하여 인용한 청구만이 항소심으로 이심될 뿐, 나머지 심리·판단하지 않은 청구는 여전히 제1심에 남아 있게 된다.

219) 대법원 2009.5.28. 선고 2007다354; 대법원 2008.12.11. 선고 2005다51495 판결

220) 대법원 2008.12.11. 선고 2006다5550 판결

내용의 판결을 하는 경우 부적법의 치유가 인정되는지, 이에 대한 피고만이 항소한 경우 항소심의 이심범위와 심판범위가 문제된다.

## 2. 선택적 병합으로 청구한 단순병합의 심판

### (1) 문제점

관련성없는 선택적 병합은 허용되지 아니하고 부적법하다. 그러나 법원이 이를 단순병합으로 심판하는 경우 이에 대한 판단이 적법한지 등에 선택적 병합에 대한 논의가 필요없는지 문제이다.

### (2) 법원의 심판의 적부

#### 1) 선택적 병합의 심판여부

선택적 심판은 하나의 청구를 인용하면 나머지 청구를 판단할 필요가 없다. 따라서 하나의 청구를 인용하고 다른 청구를 기각한 것은 선택적 병합으로 심판한 것이 아니며, 당사자의 의사와 무관하게 단순병합으로 심판한 것이다.<sup>221)</sup> 따라서 선택적 병합의 부적법은 없다.

#### 2) 처분권주의 내지 변론주의 위반여부

당사자가 선택적 병합으로 청구한 것을 법원이 직권으로 전부에 대하여 판단한 것이 처분권주의 내지 당사자주의를 위반할 수 있으나, 단순병합을 선택적 병합으로 청구한 것은 그 범위를 벗어난 것이므로 법원의 전부의 청구에 대한 판단은 적법하다. 즉 처분권주의와 변론주의, 일부청구 및 선택적 청구에 관한 법리오해의 위법이 없다.

### (3) 소결

단순병합을 선택적 병합으로 청구한 것은 부적법하지만, 법원이 당사자의 청구 전부에 대하여 심판하였으므로 이는 단순병합의 방법으로 심판한 것으로 당사자의 신청에도 불구하고 제1심법원의 판단은 적법하다.

## 3. 항소심의 심판범위

### (1) 단순병합으로 심판대상과 일부청구

단순병합으로 청구하고 심판한 이상 당사자의 청구금 전액에 대한 심판범위를 벗어난 부분은 일부청구로 이해되어야 한다. 즉 당사자가 선택적으로 청구하거나 예비적으로 병합하여 단순병합한 목적 범위를 벗어난 전체청구액은 일부청구의 법리로 해결되어야 한다. 따라서 명시적 일부청구의 법리로 파악한다.

### (2) 항소심의 이심범위와 심판

#### 1) 단순병합에서 이심범위

피고만이 위 인용된 청구에 대하여 항소를 제기한 때에는 일단 제1심법원의 판단은 적법하므로 단순병합관계에 있는 모든 청구가 전체적으로 이심범위는 상소불가분의 원칙이 적용되어 전부이심된다.

#### 2) 심판범위와 불이익변경금지 원칙

단순병합의 청구에 대한 이심범위는 전부라고 하더라도 심판범위는 불이익변경금지원칙이

221) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결: 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것이 허용되는지 여부(소극) 및 법원이 이 중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 하고 피고만이 항소한 경우 항소심의 심판 범위 (= 피고가 불복한 청구)



적용된다. 따라서 항소심의 심판범위는 이심된 청구 중 피고가 불복한 청구에 한정된다.

### (3) 사안의 경우

피고가 원심에 대하여 불복한 이상 단순병합에 대한 심판으로 판단하여 전부이심되어 확정 차단이 되지만, 심판범위는 불복한 범위에 대한 것이다. 단순병합의 전체청구에 대하여 일부청구의 법리가 적용될 것이다.

## 4. 결론

당사자가 선택적으로 병합한 것이라도 단순병합으로 심판한 이상 이는 단순병합으로 심판되어야 하므로 항소심의 심판범위도 불이익변경금지 원칙상 불복한 부분에 한한다.

#### 4. 선택적 병합에서 부진정 예비적 병합

토지소유자 乙이 戊를 상대로 무가 커피숍을 운영하면서 점유하고 있는 자신 소유의 X토지를 인도할 것을 요구하자, 戊는 취득시효가 완성되었거나 아니면 매매로 위 토지에 대한 소유권을 취득하였다고 주장하면서, 乙의 요구에 응하지 않고 있다. 戊는 乙을 피고로 하여 주위적으로 점유로 인한 취득시효기간 완성을 원인으로, 예비적으로 매매를 원인으로 소유권이전등기를 청구하는 소를 제기하였다. 戊는 위 토지의 취득시효에 필요한 요건을 갖추었으며, 설사 그렇지 않다 하더라도 자신의 망부가 乙로부터 위 토지를 매입하였다고 주장하였다.

1. 제1심 법원이 예비적 청구가 타당하다고 판단한 경우 판결 주문은 어떻게 되겠는가?

2. 제1심 법원이 주문에 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 이에 대하여 피고 을만이 항소를 제기하였고, 항소법원은 제1심 법원과는 달리 예비적 청구는 이유 없으나 주위적 청구는 이유 있다고 판단하고 있다. 항소법원의 예상되는 판결은?

#### I. 설문 1에 관하여

##### 1. 문제의 소재

양립가능한 청구를 예비적으로 병합시킬 수 있는지 및 그 심판방법에 대해 묻고 있다. 선택적 청구를 예비적으로 병합시킬 수 있는지 검토한다.

##### 2. 청구병합인가의 여부

###### (1) 병합된 청구의 적법성

판례에 따르면 소유권이전등기의 원인은 개별적으로 별개의 소송물을 구성한다. 이에 따라 매매로 인한 소유권이전등기청구와 취득시효완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구는 공격방어방법의 복수가 아니라 별개의 소송물을 구성한다. 사안의 경우에 청구가 병합되었으며, 병합된 2개의 청구는 모두 같은 종류의 소송절차에서 처리되는 민사사건이므로 제 253조의 청구병합요건을 갖추었다.

###### (2) 양립가능청구의 예비적 병합 가능성

###### 1) 예비적 병합과 처분권주의

예비적 병합의 경우 처분권주의 원칙칙상 법원의 판단순서를 구속한다. 따라서 양립가능한 청구의 예비적 병합 가능성의 검토가 필요하다.

###### 2) 학설과 판례

청구의 객관적 성질보다는 당사자의 의사를 존중하여 예비적 병합으로 보아 순서에 따라 심판하여야 한다는 적극설(주관설)과 청구의 객관적 성질상 양립가능한 청구 간에는 순위를 붙일 수 없음을 전제로 단순병합 또는 선택적 병합으로 취급하여야 한다는 소극설(객관설)이 대립한다. 판례는 부진정 예비적 병합으로 양립가능한 청구에 순위를 붙여 청구하더라도 이를 인정할 합리적인 필요가 있는 경우라면 허용할 수 있다는 입장이다. 다만 그 본질에 대하여는 명확하지 않다.

##### 3. 병합청구의 형태와 심판 방법

###### (1) 병합청구의 성질

판례는 병합의 형태가 선택적 병합인지, 예비적 병합인지는 당사자의 의사에 의해서가 아니라 병합청구의 성질을 기준으로 판단한다.<sup>222)</sup> 따라서 원고가 설사 양립가능청구를 예비적으로 병합시켰다고 하더라도 청구병합의 형태는 선택적 병합이다. 결국 원고가 선택적 청구를 예비적으로 청구하였다 하더라도 법원의 심판은 선택적 병합의 법리에 따라야 한다.

## (2) 청구인용판결의 형식

병합된 청구 중 일부를 심리하였으나 이유가 없고 어느 한 청구만이 이유가 있는 때에는, 청구인용판결을 하고 심리한 나머지 청구에 대해서는 해제조건의 성취로 심판하지 아니하거나 기각판결을 별도로 할 필요는 없다.

## 4. 결론

선택적 병합의 경우 제1심법원은 병합된 청구 중 임의의 어느 하나의 청구에 대하여 심리하여 이유가 있는 때에는 인용판결을 하면 된다. 나머지 청구는 심리에 대한 해제조건이 성취되어 심리는 물론 주문에 표시할 필요도 없다.

## II. 설문 2에 관하여

### 1. 문제 제기

이심된 1심법원의 판단에 대하여 항소심 법원이 선택적 병합의 법리에 따라 심판할 것인지, 아니면 예비적 병합의 법리에 따라 심판할 것인지 문제되고 그에 따라 항소인의 불이

222) 2013다96868: 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심에서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다. 원고의 이 사건 청구는 기본적으로 피고에 대하여 1억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하는 것인바, ①원고는 피고에 대하여 이 사건 청구원인으로 대여를 주장하며 그 지급을 청구하였다가 제1심 변론 과정에서 이를 주위적 청구로 변경하고, 예비적으로 불법행위(사기)를 원인으로 한 손해배상 청구(이하 '이 사건 예비적 청구'라 한다)를 추가한 사실, ②제1심은 이 사건 주위적 청구를 기각하는 한편, 이 사건 예비적 청구를 인용하였고, 이에 대하여 피고만이 항소한 사실, ③원심은 피고만이 항소한 이상 심판대상은 이 사건 예비적 청구 부분에 한정된다고 전제한 다음, 피고의 불법행위가 인정되지 않는다는 이유로 피고의 항소를 받아들여 이 사건 예비적 청구마저 기각한 사실, ④한편 이 사건 주위적 청구인 대여금 청구는 '원고가 피고에게 1억 원을 대여하였다'는 취지이고, 이 사건 예비적 청구인 손해배상 청구는 '원고가 피고한테 기망당하여 1억 원을 지급하였다'는 취지인 사실을 알 수 있다. 이 사건 주위적 청구와 예비적 청구는 그 명칭에도 불구하고 실질적으로는 선택적 병합 관계에 있다 할 것이므로, 원심에서는 피고가 항소의 대상으로 삼은 이 사건 예비적 청구만을 심판대상으로 삼을 것이 아니라 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하였어야 한다. 사안을 분명히 하면: 사실관계: 원고는 피고에 대하여 1억 원과 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하는바, 주위적 청구인 대여금 청구는 '원고가 피고에게 1억 원을 대여하였다'는 취지이고, 예비적 청구인 손해배상 청구는 '원고가 피고한테 기망당하여 1억 원을 지급하였다'는 취지이다. 제1심은 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하였는데, 이에 대하여 피고만이 항소하였다. 항소심인 원심은 피고만이 항소한 이상 심판대상은 예비적 청구 부분에 한정된다고 전제한 다음, 피고의 불법행위가 인정되지 않는다는 이유로 피고의 항소를 받아들여 예비적 청구도 기각하였다. 나. 판결요지 (직권판단)병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 이 사건 주위적 청구와 예비적 청구는 실질적으로는 선택적 병합 관계에 있다 할 것이므로, 원심에서는 피고가 항소의 대상으로 삼은 이 사건 예비적 청구만을 심판대상으로 삼을 것이 아니라 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하였어야 한다(파기환송).

익이 문제된다.

## 2. 제1심판결의 당부

### (1) 선택적 병합의 심판방법

선택적 병합의 경우 제1심법원은 병합된 청구 중 임의의 어느 하나의 청구에 대하여 심리하여 이유가 있는 때에는 인용판결을 하면 된다. 나머지 청구는 심리에 대한 해제조건이 성취되어 심리는 물론 주문에 표시할 필요도 없다.

### (2) 제1심의 판결문의 타당성

제1심 법원은 선택적 병합에 대한 심리방법에 따라 심리한 것으로 판단된다. 먼저 심리한 제1청구가 이유없는 한 제2청구를 심리하여야 하기 때문이다. 다만, 애당초 제2청구에 대해서만 심리하여 이를 인용하였다더라도 문제가 없었을 것이다. 이 경우 제1청구에 대해서는 심리의 정지조건이 성취되어 법원이 심판할 필요가 없으며, 주문에서 이를 표시할 필요도 없다. 그리고 제1청구에 대해 심리한 이상 주문에서 제1청구를 기각한다는 내용을 표시한다.

### (3) 사안의 경우

제1심법원의 심판에 잘못이 없다고 판단된다. 제1청구(주위적 청구)를 기각한 이상 제2청구(예비적 청구)에 대해 심판해 주어야 하기 때문이다.<sup>223)</sup> 다만 이것이 항소심을 구속하는 가는 별개의 문제이다.

## 3. 항소심의 판결

### (1) 이심범위와 심판범위

선택적 병합에서 인용된 청구에 대해서만 항소가 제기되더라도, 제1심에서 심판이 되었던 지의 여부에 관계없이 모든 청구가 항소심으로 이심되고 항소법원의 심판대상으로 된다.<sup>224)</sup> 이 경우 항소법원은 제1심에서 인용된 청구를 먼저 심리하여 판단할 필요가 없고,

223) 다만, 제1심법원이 주위적 청구에 대해 먼저 심판한 것이, 법원이 예비적 병합의 필요가 인정되어 이를 허용한 이상 심판순위에 구속되어 심판한 결과 때문은 아닌지 의문이 될 수 있으며, 이 경우 선택적 병합과 어떻게 조화롭게 설명하여야 할지 문제된다. 객관적 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지 여부는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 하므로 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심 법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다고 보았다. 그런데 원고가 순위를 정하여 예비적으로 청구하고자 할 때 그 필요성과 합리성에 비추어 예비적 병합을 긍정하여야 한다면, 위 대상판결에 의문을 나타낸 평석이 있다(자세히는 전병서, 법률신문, 2014. 8. 18.자). 한편, 병합의 형태는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다는 대상판결의 판시 부분은 타당하다는 평석도 있다

224) 96다99: 청구의 선택적 병합이란 양립할 수 있는 수개의 경합적 청구권에 기하여 동일 취지의 급부를 구하거나 양립할 수 있는 수개의 형성권에 기하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우에 그 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 수개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태로서, 이와 같은 선택적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 선택적 청구 중 하나만을 기각하는 일부판결은 선택적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다. 제1심법원이 원고의 선택적 청구 중 하나만을 판단하여 기각하고 나머지 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니한 조치는 위법한 것이고, 원고가 이와 같이 위법한 제1심판결에 대하여 항소한 이상 원고의 선택적 청구 전부가 항소심으로 이심되었다고 할 것이므로, 선택적 청구 중 판단되

선택적으로 병합된 수개의 청구 중 임의로 선택하여 심판할 수 있다.

## (2) 항소심의 심판방법

심리결과 제1심에서 인용된 청구가 아닌 청구를 인용할 경우, 항소심판결 주문이 제1심판결의 주문과 동일하다는 이유로 단순히 항소를 기각하면 된다는 견해가 있으나, 판례는 피고의 항소를 기각해서는 안 되고 1심판결을 취소한 다음 새로이 청구를 인용하는 판결을 하여야 한다는 입장이다.

## (3) 불이익변경금지 원칙과 항소심

피고만이 항소를 제기하였기 때문에 항소심은 불이익변경금지의 원칙에 제한받아 제1심판결을 취소만 할 수 있을 뿐 청구인용판결은 할 수 없는지 문제된다. 예비적 병합일 경우에는 불이익변경금지의 원칙이 적용되는 반면에, 원칙적으로 선택적 병합일 경우에는 적용되지 아니한다. 이는 예비적 병합의 경우 순서를 정한 당사자의 의사를 존중하여야 하는 반면에, 선택적 병합에서는 원고가 심판 여부를 법원에 위양한 결과에서 오는 결과이다.

## 4. 결론

항소심은 그 결론이 제1심판결의 주문과 동일하게 되더라도, 피고의 항소를 기각하지 아니하고 제1심판결을 취소한 다음 새로이 청구인용의 주문을 선고하여야 한다.<sup>225)</sup>

---

지 않은 청구 부분이 재판의 누락으로서 제1심법원에 그대로 계속되어 있다고 볼 것은 아니다.  
225) 2006다7587: 수개의 청구가 제1심에서 처음부터 선택적으로 병합되고 그 중 어느 한 개의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 경우는 물론, 원고의 청구를 인용한 판결에 대하여 피고가 항소를 제기하여 항소심에 이심된 후 청구가 선택적으로 병합된 경우에 있어서도 항소심은 제1심에서 인용된 청구를 먼저 심리하여 판단할 필요는 없고, 원심이 한 것처럼 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 선택하여 심판할 수 있다고 할 것이나, 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정되고 그 결론이 제1심판결의 주문과 동일한 경우에도 피고의 항소를 기각하여서는 안 되며 제1심판결을 취소한 다음 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다.

## 5. 예비적 병합의 심판방법

甲은 乙의 X토지에 관하여 乙과 10억원에 매매계약을 체결하면서, 계약금 1억원은 계약당일에, 중도금 4억 원은 1달 후에 잔대금 5억 원은 2월 후에 각 지급하기로 계약하고, 중도금은 甲이 乙로부터 X토지의 근저당권설정에 필요한 서류를 교부받아 이를 담보로 甲을 채무자로 하는 근저당권을 설정하고 乙이 근저당권자로부터 용자금을 직접 수령함으로써 지급에 갈음한다는 내용이 담긴 매매계약을 체결하고, 계약 당일 계약금 1억 원이 지급되었다. 乙이 서류제출이행을 지체하므로 최고 후 甲은 주위적으로 乙의 채무불이행을 이유로 위 매매계약을 해제하고 2억 원의 위약금의 지급을 청구하는 소를 제기하였다. 소장에서 甲은 乙이 근저당권설정에 필요한 서류를 제대로 교부해주지 않아 대출을 받지 못하였고 잔금의 이행제공을 하였으나, 피고가 이의 수령을 거절하였으므로 피고의 계약불이행을 이유로 매매계약을 해제하는 것이며, 또 위약금약정을 하였기 때문에 계약금의 배액인 2억 원을 지급하여야 한다고 주장하였다. 이와 함께 甲은 위약금 특약이 불성립할 경우에 대비하여 예비적으로 계약해제로 인하여 발생한 부당이득금으로 계약금 1억 원의 반환을 청구하였다. 甲의 주장에 대하여 乙은 甲이 중도금지급기일을 연기요청하여 이를 승낙하였고, 연기된 중도금지급의무의 조속이행을 최고하였지만 甲이 이행하지 않았다고 주장하였다. 이를 근거로 乙은 계약해제의 책임이 甲에게 있으며, 원고가 주장한 것과 같이 위약금약정에 따라 원고는 피고에게 위약금을 청구할 수 없을 뿐 아니라 계약금의 반환도 청구할 수 없다고 다투고 있다. 이러한 乙의 주장에 당황한 甲은 위약금약정을 한 사실이 없다고 주장하여 종전의 진술을 번복하였다. 甲은 계약해제를 이유로 계약금의 반환을 청구하고, 이에 대해 乙은 위약금특약에 의하여 계약금의 반환의무가 없다고 다투고 있다. 법원은 심리결과 계약위반의 책임이 甲에게 있다고 판단하고 있다. 이러한 경우 법원의 판단을 근거를 들어 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

예비적 병합이 인정되는지 살펴보고 이에 대한 주위적 청구의 주요사실과 예비적 청구의 주요사실에 대한 법원의 사실인정에 대하여 재판상 자백이 선행자백을 통하여 성립하여 증명 필요 없는지 문제되며, 그에 대한 甲의 乙에 대한 청구병합의 법원의 판단을 예측한다.

### 2. 예비적 병합에 여부와 요건사실

#### (1) 예비적 병합인지 여부

주위적 청구는 위약금특약의 유효를 전제로 하고, 예비적 청구는 위약금특약의 무효를 전제로 하므로 양 청구는 불양립관계에 있어 진정 예비적 병합관계이다. 법원은 주위적 청구가 이유 없는 것을 정지조건으로 예비적 청구에 대하여 심판한다.

#### (2) 주위적 청구의 요건사실과 증명책임

甲이 청구한 주위적 청구는 위약금으로서 계약금의 배액인 1억 6,000만원을 청구하기 위해서는 乙의 채무불이행책임과 위약금특약사실을 증명하여야 한다. 그런데 채무불이행책임이 乙에게 있지 않음이 법원에 의하여 판명되었으므로, 계약금계약이 매매계약에 부수하여 이루어지는 종된 계약인 점에 비추어, 甲의 위약금특약 주장은 소송상 의미를 잃게 되었다. 따라서 법원은 주위적 청구를 기각하여야 한다.

#### (3) 예비적 청구의 요건사실과 증명책임

甲의 원상회복청구에 대하여 乙은 위약금특약에 의하여 반환의무가 없다는 항변을 제출하였다. 이 항변은 해제로 인해 발생한 원상회복청구권을 소멸시키는 권리멸각적 항변에 해

당하므로, 항변자인 乙이 위약금특약사실을 증명하여야 한다. 甲은 이미 소제기시 乙에게 입증책임이 있는 위약금특약사실을 전제로 하여 계약금의 배액을 청구하였으므로, 이로써 선행자백이 성립할 수 있는 터전이 마련되었다. 이에 대하여 재판상 자백 성부는 별도로 살핀다.

### 3. 계약해제의 재판상 자백의 성립 여부

#### (1) 계약해제와 위약금 약정의 증명책임

우선 계약해제가 인정되어야 위약금약정사실의 증명책임 여부를 알 수 있을 것이다. 이는 계약해제에 대한 재판상 자백으로 인정여부에 따라 알 수 있으며 불요증사실로서 증명책임이 소멸되는 것은 아닌지 문제된다.

#### (2) 재판상 자백

재판상 자백이란 변론기일 또는 변론준비기일에서 당사자가 하는 상대방의 주장과 일치하고 자기에게 불리한 사실을 진술하는 것을 말한다. 재판상 자백은 통상적으로 자백한 자가 먼저 상대방 당사자에게 불리한 진술을 하고 상대방 당사자가 이를 시인하는 진술을 함으로써 성립한다. 재판상 자백은 자기에게 불리하고 상대방의 주장사실과 일치되는 사실을 진술하는 것인데, 누가 먼저 불리한 진술을 하였는가의 선후는 중요하지 않다.

#### (3) 계약해제의 불요증사실 여부

사안에서 甲이 계약해제를 주장하였고, 乙도 이를 전제로 甲의 계약불이행책임을 다투므로 계약이 해제되었다는 사실에 대하여 당사자 사이에 재판상 자백이 성립하고 당사자와 법원을 구속한다. 이에 따라 계약해제에 따른 원상회복만이 남게 되는데, 법원은 위약금특약 존부에 의해 사실관계를 결정한다.

### 4. 위약금약정에 대한 증명책임과 선행자백의 성립 여부

#### (1) 선행자백에 의한 재판상 자백의 성부

당사자가 변론에서 상대방이 주장하기도 전에 스스로 자신에게 불이익한 사실을 진술한 경우, 상대방이 이를 명시적으로 원용하거나 그 진술과 일치되는 진술을 하게 되면 선행자백이 완성되어 재판상 자백이 성립한다.

#### (2) 선행자백의 성립과 철회

선행자백은 당사자 일방이 자기에게 불리한 진술을 자진하여 한 후 상대방이 이를 명시적으로 원용하거나 선행자백한 불이익한 사실과 일치하는 진술을 할 때 성립하는 재판상 자백의 일종이다. 선행자백은 당사자 일방이 자기에게 불리한 사실상의 진술을 자진하여 한 후 상대방이 이를 원용함으로써 그 사실에 관하여 당사자 쌍방의 주장이 일치함을 요하므로 그 일치기가 있기 전에는 이를 선행자백이라 할 수 없고, 따라서 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 그 상대방의 원용이 있기 전에는 그 자인한 진술을 철회하고 이와 모순된 진술을 자유로이 할 수 있다.

#### (3) 위약금특약의 선행자백의 성부

원고는 원상회복으로 계약금의 배액을 구하고 있어 매매계약체결시 위약금특약을 하였다라는 사실을 자인하는데, 이는 원래 피고가 입증책임을 부담할 사항이지만 위약금특약을 하였다는 사실을 원고 스스로 자인하였으며, 이를 피고가 원용하였으므로 위약금특약사실에 관하여 자백이 성립하였다. 甲은 자신의 위약특약의 진술을 乙이 원용하기 전까지는 철회할 수

있었겠지만, 원용한 이후에는 철회할 수 없다. 따라서 원고는 그 자백이 진실에 반하고 착오로 인한 것임을 입증하지 않은 이상 이를 취소할 수 없으며, 법원은 이를 판결의 기초로 삼아야 한다.

#### (4) 소결

위약금특약 사실은 乙이 이를 원용하면 재판상 자백이 성립하는데, 乙이 원용한 사실을 알 수 있다(“원고가 주장한 바와 같은 위약금 약정에 따라”). 예비적 청구에 대한 위약금특약사실에 대해 재판상 자백이 성립되었으며, 법원은 이를 판결의 기초로 삼아 원고의 예비적 청구도 기각하여야 한다.

#### 5. 결론

주위적 청구에 대하여는 법원이 피고의 채무불이행이 아니라고 판단하고 있으므로 이를 기각하여야 한다. 한편 예비적 청구에 대하여는 계약해제와 선행자백에 의한 위약금특약사실에 대해 재판상 자백이 성립하였으므로 법원은 예비적 청구를 기각하여 甲이 청구한 예비적 병합을 모두 기각하는 판결을 한다.



## 6. 예비적 병합의 심판방법

원두커피 매매상 甲은 매수인 乙과 원두커피를 매매계약 체결하였다. 선이행으로 원두커피를 乙에게 1톤을 우선 지급하고 매매대금을 청구하였으나 乙이 이를 이행하지 않고 있다.(다음 사안은 각각 별개임)

1 甲은 주위적 청구로 매매가 유효함을 원인으로 원두대금 1000만 원의 지급을 구하고, 예비적 청구로서 매매가 무효라면 지급한 생원두를 부당이득으로 반환하라는 청구를 하였다. 제1심법원에서 매매가 무효라고 판단하여 주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구에 대해서 아무런 판단을 하지 않고 확정되었다. 甲은 나중에 예비적 청구를 별도로 제기할 수 있는지 설명하시오.

2. 甲은 주위적 청구로 매매가 유효함을 원인으로 원두대금 1000만 원의 지급을 구하고, 예비적 청구로서 매매가 무효라면 지급한 생원두를 부당이득으로 반환하라는 청구를 하였다. 제1심법원은 주위적 청구에 대한 판단 없이 예비적 청구인용 판결을 하였다. 이 판결에 甲이 항소하였다. 항소심에서 乙이 주위적 청구에 대하여 인낙조서를 제출하였다면 항소심 법원은 어떠한 판결을 할 것인지 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

예비적 병합에서 주위적 청구와 예비적 청구의 심판방법이 문제되고, 이에 대하여 별개의 소송물로서 별도로 제기하는 것이 적법한지 문제된다.

#### 2. 판단누락에 해당하는지 여부

##### (1) 문제점

예비적 병합에서 주위적 청구를 먼저 판단하지 아니하거나, 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구는 판단하지 않은 경우에 누락시킨 청구부분이 판단누락(제451조 제1항 9호 후추)인가 재판누락(법 제212조)인가가 문제된다.

##### (2) 학설의 대립

###### 1) 판단누락설

예비적 병합에서 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구는 판단하지 않은 일부판결은 전부 판결로 보고 다만 판단누락에 준하는 위법이 있다고 보는 견해이다.

###### 2) 재판누락설

예비적 병합에서 무의식적으로 일부판결을 한 경우 이러한 일부판결은 적법하며, 판단하지 않은 부분은 재판의 누락에 해당하며, 그 부분은 원심에 계속 중이고 추가판결의 대상이 된다고 하는 견해이다.

###### 3) 절충설

청구에 대한 재판누락을 공격방어방법에 관한 판단누락으로 취급하는 것은 부당하므로 재판누락으로 볼 것이지만, 예비적 병합의 특성상 그 자체가 심리의 불가분성에 위반된 위법한 판결이어서 제1심에서 추가판결을 할 수 없고 상소의 대상이 된다는 견해이다.

##### (3) 판례의 태도

판례는 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이

심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 보지 않는다고<sup>226)</sup> 판시하여 예비적 병합에서 판단누락임을 분명히 하였다.

#### (4) 사안의 경우

예비적 병합은 하나의 소송절차에서 관련성 있는 청구가 불가분적으로 결합된 병합의 형태이므로 원칙적으로 일부판결을 할 수 없다고 할 것이며, 일부판결이 허용되지 않는 소송에서는 재판누락이 있을 수 없으므로 빠뜨린 것이 있다면 판단누락의 일종으로 보는 견해가 타당하다고 본다.

### 3. 별소제기 거부

#### (1) 예비적 청구의 소송물

주위적 청구와 예비적 청구는 소송물이론에 따라 견해가 나뉠 수 있으나 판례에 의하면 별개의 소송물이다. 따라서 별개의 소를 제기할 수 있다고 할 것이지만, 예비적 청구의 배척에 대한 별도의 논의가 필요하다.

#### (2) 별소제기의 인정여부

##### 1) 학설의 대립

① 판단누락설의 입장에서는 전소에서 예비적 청구는 재판받지 않았기 때문에 기판력이 생기지 않으므로 甲은 다시 별소를 제기할 수가 있다고 본다. 그러나 ② 재판누락설 입장에서는 전소에서 예비적 청구는 재판받지 않았기 때문에 아직 전 소송에 계속 중이므로 별소제기는 중복소제기가 되어 부적법하게 된다.

##### 2) 판례의 태도

판례는 예비적 청구에 관하여 판단이 누락되었음을 알게 된 당사자가 상고를 통하여 그 오류의 시정을 구하였어야 함에도 상고로 다투지 아니하여 그 항소심판결을 확정시킨 후 그 예비적 청구를 별도의 소송으로 새로 제기하는 것은 권리보호 요건을 갖추지 못한 부적법한 소 제기로 허용되지 않는다는 입장이다.<sup>227)</sup> 별소제기는 권리보호이익이 없어 부적법하다.

#### (3) 검토 및 사안의 경우

판례의 경우는 이미 상소 가능성은 없어진 뒤이므로 원고가 할 수 있는 것은 새로 소를 제기하는 것밖에 남지 않은 상태인데 과거에 상소로 할 것이지 별소를 제기할 수는 없다고 할 것이다.

### 4. 결론

예비적 청구를 판단하지 아니한 것은 판단누락이므로 상소나 재심으로 다투는 것은 별론으로 하고 재차 별소로 제기하는 것은 이른바 권리보호이익이 없는 부적법한 소로 인정된다.

## II. 설문 2에 관하여

### 1. 문제점

예비적 병합의 경우에 법원이 원고 甲의 주위적 청구에 대한 판단이 없이 바로 예비적 청구에 대하여 인용판결을 하였는데, 우선 처분권주의에 반하는 위법이 있는지 여부와 인작

226) 대판(전) 2000.11.16, 98다22253

227) 대판 2002.9.4, 98다17145

조서가 인정되는지 이에 대한 항소심법원의 판단이 타당한가에 따라 상고법원의 판단이 예상된다.

## 2. 처분권주의 위반과 항소이유

### (1) 문제점

예비적 병합의 경우 주위적 청구 기각을 조건으로 한 원고의 청구이므로 법원에 이에 구속되는 위법한 문제가 발생하고, 항소심의 이심과 심판범위와 연결된다.

### (2) 예비적 병합의 판단의 적부

#### 1) 처분권주의의 범위

처분권주의는 소송의 주도권을 당사자에게 주어 그 처분에 맡기는 것이다. 따라서 심판의 대상도 원고의 의사에 의하여 특정·한정되기 때문에 법원은 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청의 범위 내에서 판단하여야 한다. 그렇다면 제203조 소정의 신청사항에 원고가 구하는 소의 순서도 포함한다고 볼 것이다.

#### 2) 순위를 무시한 법원의 판단

통설과 판례는 제203조의 신청사항에 소의 순서도 포함되므로, 법원은 당사자가 정한 권리구제의 순서에도 구속된다고 한다. 따라서 예비적 병합에 있어서 먼저 주위적 청구에 대하여 심판을 하지 않고 예비적 청구를 인용하는 판결을 하는 것은 제203조에 위반된다고 한다.

### (3) 항소심의 이심범위와 심판대상

제1심 판결은 주위적 청구에 대한 판단이 없이 예비적 청구를 인용하였으므로 항소하는 경우 추가판결하지 않고 전부이심되고 원칙적으 전부심판대상이 되어야 한다.

## 3. 인낙조서와 항소심판단

### (1) 주위적 청구에 대한 인낙가부

예비적 병합의 경우 상소불가분의 원칙에 따라 전부이심되지만 심판범위는 불복한 부분에 인정된다. 주위적 청구에 대하여 추가판결하지 않고 제1심으로 항소심에서 심판대상으로 하고 있으므로 피고가 원고의 청구를 인낙을 부정할 이유가 없다.<sup>228)</sup>

### (2) 주위적 청구의 인용과 예비적 청구

주위적 청구에 인낙조서가 작성되면 기판력이 발생한다. 이는 주위적 청구의 승소판결과 동일한 의미를 가지므로 승소한 예비적 청구라도 인용을 해제조건으로 예비적 청구는 더 이상 심판대상이 될 수 없다.

### (3) 항소심법원의 조치

항소심법원은 항소를 더 이상유지할 필요가 없고 심판대상이 되지 아니하므로 소송을 종결하는 의미에서 항소기각판결을 한다. 원고의 제1심 승소판결을 유지하는 의미이다.

228) 대법원 1992.6.9. 선고 92다12032 판결: 제1심 법원이 원고의 주위적 청구와 예비적 청구를 병합 심리한 끝에 주위적 청구는 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고한 데 대하여 피고만 항소를 하더라도, 항소의 제기에 의한 이심의 효력은 피고의 불복신청의 범위와는 관계없이 사건 전부에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되는 것이므로, 피고가 항소심의 변론에서 원고의 주위적 청구를 인낙하여 그 인낙이 조서에 기재되면 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있는 것이고, 따라서 그 인낙으로 인하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 병합심판을 구한 예비적 청구에 관하여는 심판할 필요가 없어 사건이 그대로 종결되는 것이다.

#### 4. 결론

법원은 당사자가 주장한 순위에 구속되어야 하므로 이에 위반한 것은 처분권주의 위반이다. 별도의 예비적 청구만을 판단하는 것은 위법이며 인낙조서가 작성되면 주위적 청구가 인용된 것이므로 예비적 청구는 심판대상이 되지 아니하여 소송을 종결한다.

## 7. 예비적 병합의 상고심의 심판

甲은 乙을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기하였으나, 제1심법원은 매매계약의 존부가 분명하지 않아 청구기각판결하였다. 이에 甲이 항소를 제기하였는데, 항소심에서 甲은 추가하여 매매가 무효라면 매매대금전부를 반환하라는 매매대금반환청구의 소를 예비적으로 병합하였다. 항소심 법원은 심리 후 제1심 법원의 청구기각한 것은 잘못이 없다는 취지로 재판하면서 항소심에서 병합된 매매대금청구에 대해서는 판단을 하지 않았다. 甲이 이 항소심 판결에 대해 상고를 제기하였다면, 항소심 법원이 누락한 매매대금반환청구에 대해서는 어느 법원이 재판하여야 하는지 설명하시오. (상고요건이나 상고사유는 고려하지 말 것)

### 1. 쟁점의 정리

항소심이 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 때에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로서 판단하여야 하는지, 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우, 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심되어 재판하여야 하는지 문제된다.

### 2. 항소심에서 예비적 병합 인정여부

#### (1) 예비적 병합의 인정여부

주위적 청구와 예비적 청구가 관련성이 있는 경우 순위를 붙여 청구할 수 있다. 이때 서로 양립불가능이 인정되어야 한다. 사

#### (2) 항소심에서 예비적 병합

##### 1) 소의 변경

소의 후발적 변경으로서 항소심에서 소의 변경은 가능하다.(제262조) 즉 변론을 종결할 때까지 소송절차를 현저히 지연시키지 아니한 경우 소의 변경은 가능하다.

##### 2) 소의 추가적 변경

구청구를 유지하면서 새로운 청구를 추가하는 것도 동종절차인 경우 공통의 관할권이 인정되면 허용된다. 추가적 변경의 이른바 소제기와 변론의 병합의 결합으로 보는 결합설이 판례이며, 여기에는 예비적 병합도 가능하다.

#### (3) 사안의 경우

직접 수리의무에 대한 인정과 부정을 전제로 함으로 양립불가능성은 인정되며 청구의 기초의 동일성이 당연히 인정되고 기타의 사정이 인정되므로 항소심에서 추가적 변경에 해당하여 항소심법원을 이를 심판하여야 한다.

### 3. 항소심에서 예비적 병합의 심판방법

#### (1) 예비적 병합의 심판

예비적 병합은 주위적 청구를 인용하면 예비적 청구를 판단하지 아니하지만, 주위적 청구를 청구 기각하는 경우 예비적 청구를 반드시 판단하여야 한다. 이때 예비적 청구를 심판하지 아니한 경우 판단누락에 해당하는 것이 통설과 판례의 입장이다.

#### (2) 항소심에서 예비적 청구의 판단

원고 패소의 제1심판결에 대하여 원고가 항소한 후 항소심에서 예비적 청구를 추가한 경

우, 항소심이 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 때에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로서 판단하여야 한다.

**(3) 항소심에서 예비적 청구의 상고심으로 이심 여부**

주위적 청구를 배척하면서 판단하여야 할 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우, 학설과 판례가 재판누락이 아닌 판단누락으로 보기 때문에 주위적 청구를 상고하는 경우 상고가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상고심으로 당연히 이심된다고 볼 것이다.

**4. 상고심에서 예비적 청구의 판단**

**(1) 상고가 이유있는 경우 상고심의 판단**

**1) 원칙**

상고심에서 상고의 이유가 있는 경우 상고심은 원판결을 파기하고 상고인용판결을 하는데 형식은 원심판결을 파기하여야 한다. 이때 파기환송이 원칙이다.(제436조) 즉 상고이유에 해당할 때, 직권조사사항이 있는 경우이다.

**2) 예외적 파기자판<sup>229)</sup>**

제437조의 경우 확정된 사실에 대하여 법령적용 등의 경우 상고심은 종국판결로서 원심판결을 파기하고 재판할 수 있다.

**(2) 예비적 청구를 판단하지 아니한 부분의 파기자판여부**

사실심 전권사항에 대하여 원칙적으로 환송하는 것이 원칙이나, 예비적 병합 자체에 대한 전체의 하나의 판단누락으로 전부이심되고 항소심에서 충분한 심리가 이루어진 경우 상고심에서도 파기자판할 수 있다고 할 것이다.

**(3) 소결**

예비적 청구부분에 대한 상고심에 이심된 부분에 대하여도 상고심에서 주위적 청구에 대하여 충분히 판단이 이루어진 것을 보고 상고심에서 재판하기에 충분하다고 보고 파기자판할 수 있다고 볼 것이다.

**5. 결론**

예비적 병합은 항소심에서도 추가적 변경으로서 가능하며, 판단누락에 해당되어 상고심에 이심된 경우에 상고심에서 파기후 재판할 수 있다고 본다.

---

229) 대법원 2017.3.30. 선고 2016다253297 판결: 원고 패소의 제1심판결에 대하여 원고가 항소한 후 항소심에서 예비적 청구를 추가하면 항소심이 종래의 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 경우에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로 판단하여야 한다. 한편 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니라는

대판 2017.3.30. 2016다253297 판결

[판단] 기각된 청구에 대하여 원고가 항소하면서 예비적 청구를 추가하였는데, 항소심이 추가된 예비적 청구의 일부를 인용하는 경우에는 원고의 항소를 기각하고 새로이 추가된 예비적 청구에 따라 인용금액의 지급을 명하여야 하는데, 제1심판결 중 인용하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소하고 그 인용금액의 지급을 명하면서 원고의 나머지 항소를 기각하였는바, 이는 예비적 병합에 대한 법리 오해이다(파기자판).

[분석] 전부 기각된 청구에 대하여 원고가 항소심에서 예비적 청구를 추가적으로 병합하고, 항소심의 심리 결과, 주위적 청구에 관하여 제1심판결을 그대로 유지할 경우, 주문에서 “원고의 항소를 기각한다”라고 선고하여야 하고, 예비적 청구가 항소심에서 병합되었다는 이유만으로 제1심판결을 취소 또는 변경하여야 하는 것은 아니라는 종전 판례(대법원 1997. 8. 22. 선고 97다13023 판결 등)의 법리를 전제로 사안에서 추가된 예비적 청구 부분에 대하여는 항소심에서 실질상 제1심으로 심리하여 별도로 그에 대한 인용 또는 기각의 주문을 내야 한다는 점을 밝힌 판결이다. 한편 사안은 항소심에서 새로 추가한 청구에 관한 소가 2015년 9월 25일 개정된 ‘소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정 이율에 관한 규정’이 2015년 10월 1일 시행되기 전 법원에 소송 계속 중이었으나 개정 규정 시행 후 변론이 종결된 경우, 개정 규정에 따른 법정이율이 적용되는 시기(=2015년 10월 1일부터)가 문제된 사안.

대판 2012.5.17. 2010다28604

[1] 소유자가 자신의 소유권에 기하여 실제관계에 부합하지 아니하는 등기의 명의인을 상대로 그 등기말소나 진정명의회복 등을 청구하는 경우에, 그 권리는 물권적 청구권으로서의 방해배제청구권(민법 제214조)의 성질을 가진다. 그러므로 소유자가 그 후에 소유권을 상실함으로써 이제 등기말소 등을 청구할 수 없게 되었다면, 이를 위와 같은 청구권의 실현이 객관적으로 불능이 되었다고 파악하여 등기말소 등 의무자에 대하여 그 권리의 이행 불능을 이유로 민법 제390조상의 손해배상청구권을 가진다고 말할 수 없다. 위 법규정에서 정하는 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구권은 계약 또는 법률에 기하여 이미 성립하여 있는 채권관계에서 본래의 채권이 동일성을 유지하면서 그 내용이 확장되거나 변경된 것으로서 발생한다. 그러나 위와 같은 등기말소청구권 등의 물권적 청구권은 그 권리자인 소유자가 소유권을 상실하면 이제 그 발생의 기반이 아예 없게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 아니하는 것이다.

[2] 그렇게 보면, 비록 이 사건 선행소송에서 법원이 피고가 원고에 대하여 그 소유권보존등기를 말소할 의무를 부담한다고 판단하고 원고의 등기말소청구를 인용한 것이 변론주의 원칙에 비추어 부득이한 일이라고 하더라도, 원고가 이미 소외 1 등의 등기부 취득시효 완성으로 이 사건 토지에 관한 소유권을 상실한 사실에는 변함이 없으므로, 원고가 불법행위를 이유로 소유권 상실로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 애초 피고의 등기말소 의무의 이행불능으로 인한 채무불이행책임을 논할 여지는 없다고 할 것이다.

[3] 국가 명의로 소유권보존등기가 경료된 토지의 일부 지분에 관하여 甲 등 명의의 소유권이전등기가 경료되었는데, 乙이 등기말소를 구하는 소를 제기하여 국가는 乙에게 원인무효인 등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있고, 甲 등 명의의 소유권이전등기는 등기부 취득시효 완성을 이유로 유효하다는 취지의 판결이 확정되자, 乙이 국가를 상대로 손해배

상을 구한 사안에서, 甲 등의 등기부취득시효 완성으로 토지에 관한 소유권을 상실한 乙이 불법행위를 이유로 소유권 상실로 인한 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 애초 국가의 등기말소의무 이행불능으로 인한 채무불이행책임을 논할 여지는 없고, 또한 토지의 소유권 상실로 인한 손해배상을 구하는 乙의 청구에 대하여 당사자가 주장하지 아니한 소유권보존등기 말소등기절차 이행의무의 이행불능으로 인한 손해배상책임을 인정할 수 없음에도, 이와 달리 손해배상책임을 인정한 원심판결에 법리오해와 처분권주의 위반의 위법이 있다고 한 사례. 소유권이 상실되면, 그 수단적 권리인 물권적 청구권은 이제 그 발생의 기반이 없게 되어 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 아니하고, 그에 대한 이행불능은 없다는 취지로 보인다. 이에 따르면 물권적 청구권의 이행불능으로 인한 전보배상은 전혀 불가능하고 소유권 상실이라는 불법행위로 인한 손해배상 청구만이 가능하게 된다.

대판 2014.5.29. 2013다96868

실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구를 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하였는데 피고만이 항소한 경우, 항소심의 심판 범위 - 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서의 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.

[사실관계]

B는 A에게 '가죽 옷 구입에 돈이 모자라니 1억 원을 주면 1주일 후에 2,000만 원을 더해서 1억 2,000만 원을 주겠다'고 하였다. A는 B에게 수차례에 걸쳐 1억 원을 주었다. B는 위 1억 원으로 가죽 옷을 구매하여 의류 생산·납품·판매업체를 운영하는 C에게 납품하였다. C는 원래 피고가 납품한 가죽의류제품을 일본의 거래처에 납품하려고 하였으나, 제품에 하자가 있어 납품하지 못하고 국내에서 위탁판매, 직영점 판매의 방법으로 처분하기로 하였다. 그런데 위 가죽의류제품 판매가 잘 이루어지지 않아 C가 B에게 물품대금을 지급하지 못하였고, B도 A에게 돈을 돌려주지 못하였다. 이에 A는 B를 상대로 1억 원의 대여금청구소송을 제기하였는데, 불법행위에 기한 손해배상청구를 예비적 청구로 추가하면서 대여금청구를 주위적 청구로 변경하였다. 제1심 법원은 'A는 1억 원을 C에게 전달해 달라는 취지로 B에게 준 것에 불과하다'는 이유로 A의 주위적 청구를 기각하고, 'B가 자신이 가죽 제품을 구입하여 C에게 공급한다는 사실을 숨기고 C가 직접 가죽의류제품을 구입하여 판매하는 것처럼 가장하여 1억 원을 받은 것이 불법행위'라는 이유로 예비적 청구를 인용하였다. 위 판결에 B만이 항소하였다.



## 제2절 후발적 병합

### 1. 청구의 변경

乙은 甲과 甲의 X토지에 대하여 매매대금 5억 원으로 하여 계약을 체결하고 중도금과 잔금을 모두 지급하고 乙 앞으로 소유권이전등기를 하였다. 한편 매매 당시 甲은 丙에게 9000만 원의 채무가 있었고 이를 이유로 丙 앞으로 X토지에 저당권설정등기가 되어 있었다. 乙은 X토지에 설정된 저당권설정등기를 어떤 이유로 말소시켰다. 甲의 채권자 丙은 乙 소유의 X토지 위에 설정해 놓은 저당권설정등기가 원인없이 말소되자, 말소 당시의 소유자인 乙을 상대로 근저당권설정등기의 회복등기청구를 청구하는 소를 제기하였다. 제1심법원은 丙의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 이에 乙이 항소한 항소심절차 진행 중에 제3자에 의한 X토지에 대한 경매절차가 진행되자, 丙은 예비적으로 乙이 甲과 공모로 저당권설정등기가 불법말소되었다고 주장하면서 등기가 회복되지 않는 경우 9,000만 원의 금전배상청구 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 추가청구하였다. 항소심의 심리결과 乙의 항소가 이유 없음이 밝혀졌다. 이 경우 항소심 법원의 예비적 청구인 금전배상청구 및 지연손해금청구에 대하여 예상가능한 판결을 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

丙의 손해배상청구가 항소심의 심판대상인지 여부와 관련적 단순병합으로서 대상청구인지 묻고 있다. 청구확장을 부대항소한 취지로 보아 항소심이 대상청구를 심리할 수 있는지 검토한다. 저당권회복등기청구와 대상청구가 단순병합이며 대상청구는 저당권회복등기청구를 전제로 하므로 단계식 판결을 할 수 있는지 문제이다.

### 2. 항소심의 심판대상

#### (1) 항소심의 적부

패소한 乙이 제기한 항소심절차에서는 제262조의 요건 하에 청구확장이 가능하다. 그러나 丙은 전부승소 하였으므로 항소의 이익이 없다. 원칙적으로 항소이익은 형식적 불복설에 의하여 판단하는 것이 통설과 판례인데, 전부승소자의 청구취지의 확장은 별도로 논의할 필요가 있다.

#### (2) 청구취지확장의 부대항소여부

##### 1) 항소의 이익과 불이익변경금지

###### i. 청구취지의 확장의 의미

청구확장은 청구기초에 변경이 없으므로 그 자체로 소변경의 요건을 갖추었으며, 청구확장을 상대방이 제기한 항소심절차에서 한 경우에는 상대방에게 불이익한 범위 안에서 부대항소한 취지로 본다는 것이 통설·판례이다.

###### ii. 부대항소의 성질

부대항소는 비항소설을 취하므로 결국 확장된 청구에 대해서는 항소의 이익이 요구되지 않고 불이익변경금지의 원칙도 적용되지 아니하므로 항소심의 심판대상이다.

##### 2) 청구의 변경과 객관적 병합

제253조에 따라 동종절차 동종관할에 따라 하나의 소로 제기가능하며, 제262조에 따라 청구의 기초가 변경이 없는 한 사실심 변론종결시까지 청구취지의 변경이 가능하다. 추가적 변경도 가능하다.

### (3) 병합된 장래 이행의 소의 적법여부

손해배상의 청구취지 확장은 관련성 있는 단순병합에 해당하고 지연손해배상은 변론종결시에 이후에 도래하는 것을 목적으로 한다. 이 경우 장래이행이 소는 변종후 집행시에 일어날 것이 확실하고, 미리 청구할 필요가 있어야 한다. 회복등기가 이행불능이 되는 경우 손해배상청구는 반드시 발생하고, 미리 청구할 필요도 있다. 항소심은 전보배상청구에 대하여 심판할 수 있다.

## 3. 단순병합에 대한 심판 방법

### (1) 문제점

丙이 맞항소한 것과 같은 구조를 가진 부대항소이므로 항소법원으로서의 항소인 乙의 불이익으로 전보배상청구에 대하여 심판하여야 하나 이 경우 저당권말소되어 이행불능된 관계에서 심판방법이 문제된다.

### (2) 단순병합의 심판방법

#### 1) 병합형태

일정한 물건의 인도를 명하는 판결을 구하고 동시에 이 물건의 인도가 장래에 불능이 될 경우를 예상하여 예비적으로 대가에 해당하는 금원의 지급을 명하는 판결을 구하는 경우, 현재이행의 소와 장래이행의 소가 단순병합된다. 즉 금전배상청구는 단계적 병합된 것이다. 순위가 부여되는 경우 이에 구속되는지 심판에 대한 사안은 별도로 판단하여야 한다.

#### 2) 부진정 예비적 병합의 심판여부

객관적 병합 중의 단순병합은 각각의 청구권이 실제적으로 병합하므로 이에 개별적 판단이 가능하고 또한 변론을 분리하거나 일부판결이 허용된다. 그러나 이른바 부진정 예비적 병합으로서 단순병합은 이것을 그대로 적용할 수 없다고 할 것이다. 이는 단순병합이지 예비적 병합을 인정될 수 없다는 것이 판례이다.

#### 3) 장래이행의 소의 필요적 심판

이행의 소와 장래이행의 소의 단순병합의 형태의 경우 제2차적 청구는 주된 청구의 현존을 전제로 하므로, 주된 청구가 이유 있는 때에는 2차적 청구가 장래이행의 소로서 적법한 이상 이를 인용하여야 하며, 주된 청구가 이유가 없는 때에는 예비적 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다.

### (3) 사안의 경우

항소심은 제1심과 같이 주된 청구가 이유 있다고 판단하고 있으므로, 예비적 청구에 대해서도 이를 인용하는 판결을 반드시 하여야 하며 이를 위반한 경우 상고이유가 된다.

## 4. 결론

丙의 손해배상청구는 항소심의 심판대상이며, 이행불능에 대한 대상청구이므로 항소법원은 이에 대해 심판할 수 있다. 乙의 저당권회복등기의무가 현존하므로 그 대상인 전보배상청구를 인용한다.

## 2. 교환적 변경

甲은 乙로부터 乙이 소유하고 있는 국토이용관리법상 허가규제구역 내의 토지를 매수하는 계약을 체결하고 약정한대로 매매대금 5억 원을 모두 지급하였다. 그런데 위 부동산 가격이 꾸준히 상승하자, 乙은 위 토지를 甲 앞으로 그 소유권의 이전등기를 해주지 않고 있다. 甲은 乙을 상대로 하여 소유권이전등기를 청구하는 소를 제기하였다. 부동산 시세가 안정을 되찾아 가자 乙은 위 소송에 소극적으로 대응하였고, 결국 제1심법원은 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 제1심법원의 판결 선고와 동시에 다시 부동산 시세가 급격하게 올라가는 상황에 이르자, 乙은 제1심 판결에 불복하여 항소를 제기하였다. 甲은 항소심절차에서 지금까지의 소유권이전등기청구를 토지거래허가절차이행청구로 바꾸어 신청하였다. 甲이 청구를 변경하는 신청을 하자, 乙은 자신이 제기한 항소를 취하하였다. 항소심 법원이 원고의 새로운 청구를 이유 있다고 판단하고 있다면, 원고의 소유권이전등기청구와 토지거래허가절차이행청구 각각에 대한 법원의 판결을 설명하시오.

### 1. 쟁점의 정리

소의 교환적 변경으로 구소인 소유권이전등기청구가 취하되고 그 대신 토지거래허가신청이 신소로 제기되었는지 묻고 있다. 구소에 대해서는 소송종료선언이 문제되고, 신소에 대해서는 항소취하로 인해 신소에 대한 심판 가부가 문제된다.

제1심판결의 실효 여부와 항소취하의 효력 발생 여부를 검토한다.

### 2. 소의 교환적 변경

#### (1) 소의 변경

원고는 소송절차를 현저히 지연시키지 않는 한, 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론종결시까지 청구를 변경할 수 있다(제262조 제1항). 반소의 경우와 달리 항소심절차에 특별규정이 없으므로 항소심에서도 제262조의 요건이 충족되면 청구변경이 가능하다.

#### (2) 청구변경의 허용과 형태

소변경의 요건으로 청구기초 동일성은 사익적 요건으로 절차이익의 포기·상실의 대상이 된다. 이에 반하여 공익적 요건이 현저한 소송절차 지연여부에 대해서는 법원이 직권으로 조사하여 판단한다. 형태로는 교환적 변경과 추가적 변경이 있으며 여기서는 교환적 변경에 해당한다.

#### (3) 교환적 변경의 성질

통설·판례는 교환적 변경의 법적 성질을 구소취하와 신소제기가 결합되어 있는 것으로 본다.<sup>230)</sup> 구소취하 부분과 관련하여 피고의 동의를 요하는가에 대하여 이를 긍정하는 견해가 있으나, 청구변경의 요건을 갖추고 있으므로 구소 취하와 관련하여 상대방의 동의는 필요 없다고 볼 것이다. 판례와 같은 입장이다. 이 경우 소변경과 관련하여 항소심에서 문제가 될 수 있다.

230) 2002다56987: 항소심에서 청구가 교환적으로 변경된 경우에는 구청구는 취하되고 신청구가 심판의 대상이 되는 것이므로, 원고들의 2002. 6. 19.자 소의 교환적 변경으로 구청구인 손해배상청구는 취하되고 신청구인 정리채권확정청구가 심판의 대상이 되었음에도 원심이 신청구에 대하여는 아무런 판단도 하지 아니한 채(신청구에 대하여는 재판의 누락에 해당되어 원심이 그대로 계속되어 있다.) 구청구에 대하여 심리·판단한 것은 소의 변경의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

### 3. 항소심의 판단

#### (1) 소유권이전등기청구 부분

소유권이전등기청구에 대해서는 소가 취하되어 제1심판결은 실효되었으며, 항소심은 더 이상 소유권이전등기청구에 대하여 판단할 필요가 없다. 1심판결이 실효되었으므로 항소법원은 1심판결을 취소할 것이 아니라, 소송종료를 선언하는 확인판결을 한다.

#### (2) 토지거래허가신청에 대한 심판 거부

##### 1) 항소의 적법성

항소의 대상인 구청구가 취하되어 항소취하는 효력이 없어졌으므로, 항소법원은 신청구에 대해 심판할 수 있다. 항소의 이익도 문제되지 아니한다. 같은 제1심에서 전부 승소하였지만 소를 변경함으로써 피고에게 불리한 한도에서, 즉 새로운 청구에 관하여 부대항소한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

##### 2) 심급의 이익

청구기초의 동일성을 요구하는 청구변경의 요건을 갖추고 있으므로 신청구에 대한 심급의 이익을 해하지 아니한다. 신청구는 항소심에서 처음으로 심판되므로 심급의 이익을 박탈하지 않는지 문제되나, 소변경 요건을 갖추고 있는 이상 항소심에서 소를 취하하더라도 심급의 이익을 해하지 아니한다. 소변경은 청구의 기초가 동일할 것을 전제로 하므로 신청구에 대해서도 실질적으로 제1심의 심리를 받은 것으로 취급할 수 있기 때문이다.

##### 3) 항소본안 심판

토지거래허가 대상을 매매목적물로 한 경우 매도인은 토지거래허가절차에 협력할 의무를 진다. 따라서 법원은 원고의 청구를 인용하는 판결을 하여야 한다. 항소법원은 토지거래허가신청청구를 사실상 제1심으로 심리하여 청구를 인용하는 판결을 한다. 이 경우 청구가 교환적으로 변경되고 이에 대하여 부대항소가 인정되므로 불이익변경금지의 원칙에 위배될 여지가 없다.

### 4. 결론

소유권이전등기청구의 소에 대해 항소법원은 소송종료선언을 한다. 제1심판결은 실효되었기 때문에 취소할 필요도 없다. 신청구인 토지거래허가신청청구에 대해서는 이를 인용하는 판결을 한다.

### 3. 반소관할

매매대금지급청구소송 중에 乙이 이유로 계약을 해제하고 손해배상으로 계약금에 해당하는 5000만 원의 손해배상을 반소로 청구하거나, 전보배상으로 5억 5,000만원의 손해배상청구를 반소로 제기하였을 경우 관할의 변동이 생기는지 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

반소청구를 본소청구에 합산하여 소송물가액을 정하는지 묻고 있다.

제27조의 규정을 적용하지 아니할 경우 하나의 소송절차에서 계속되어 있는 본소청구와 반소청구가 각각 별개의 사물관할 사건인 경우 어떻게 처리할 것인지 문제이다.

소가합산의 원칙과 관할항정의 원칙을 검토한다.

#### 2. 반소에서의 소가에 관한 원칙

##### (1) 독립한 소로서 반소

반소는 본소에 부가하여 제기한 소이다. 따라서 복수의 청구로 인정될 수 있다. 그러나 본소와 독립한 소이므로 본소의 소가와 반소의 소가를 합산하여야 하는 등의 소송목적값에 대한 문제가 해결되어야 한다.

##### (2) 반소에서의 소가합산의 원칙

반소에는 소가합산의 원칙을 규정한 제27조가 적용되지 않는다. 제27조는 하나의 소로써 여러 청구를 하는 경우인데, 반소의 경우에는 두 개의 소송절차가 별개로 존재하기 때문이다. 본소의 사물관할과 관련하여 반소는 사정변경에 불과하다.

##### (3) 관할항정의 원칙

반소가 제기되더라도 사물관할은 본소청구시 정해진 관할법원에 따르는 이른바 관할항정의 원칙이 적용된다. 따라서 본소 및 반소의 소가는 합산되지 아니하므로, 5천만 원의 반소가 제기되더라도 본소와 반소는 모두 단독판사 관할사건이다. 이와 달리 반소의 소가가 5억 원을 초과하는 경우 합의부 사건에 해당한다.

#### 3. 반소관할에 대한 변론관할 성부

##### (1) 반소관할의 원칙

민사소송법 제269조는 원칙적으로 본소가 단독사건인 경우에 피고가 반소로 합의사건에 속하는 청구를 한 때에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 본소와 반소를 합의부에 이송하여야 한다고 규정한다.

##### (2) 관할항정의 원칙과 변론관할

반소에 관하여 제30조의 규정에 따른 관할권이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 즉 제269조 제2항은 특별규정을 두고 있다. 반소가 합의부 사건인 때에도 관할항정의 원칙이 적용될 것이지만, 반소피고가 본안에 응소하면 변론관할이 발생할 수 있다(제269조 제2항 단서).

##### (3) 사안의 경우

단독판사 관할인 본소에 5억 5천만 원의 반소가 제기된 경우에는, 본소와 반소를 모두 합

의부로 이송하여야 한다. 만약, 반소피고 甲이 변론하거나 준비절차에서 본안에 관하여 진술하면 변론관할이 발생하여 본소와 반소 모두 단독판사 관할이 된다.

#### 4. 결론

5,000만원의 반소가 제기되더라도 여전히 단독판사 관할사건이다. 한편 5억 5,000만원의 반소가 제기되면 본소와 반소를 모두 합의부로 이송한다. 다만, 甲이 본안에 응소하면 변론관할이 발생한다.

#### 4. 반소와 본소의 적법여부

甲은 乙에게 1억 원을 변제기 1년으로 정하여 대여하였다. 乙은 甲을 상대로 위 대여금 채무가 부존재한다는 확인의 소를 제기하였다. 이에 甲은 乙을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 반소를 제기하였다. 乙의 소는 적법한가?

##### 1. 쟁점의 정리

甲의 후소에 해당하는 이행청구의 소가 적법한 지, 즉 반소의 이익이나 혹은 중복제소에 해당하는지 여부가 해결되어야 乙이 제기한 소의 적법여부 즉 확인의 소로 소의 이익이 있는지 문제된다.

##### 2. 甲의 소의 적법여부

###### (1) 반소의 적법여부

###### 1) 반소의 이익

반소도 독립한 별개의 소이므로 본소 방어방법 이상의 적극적인 공격으로서 내용이 포함되어야 한다. 반소청구가 본소의 청구의 기각이나 청구의 감축을 구하는 것과 다르지 않다면 반소의 이익을 인정할 수 없다.

###### 2) 확인의소에 대한 이행의 소의 반소

확인 소의 본소에 대한 이행의 반소는 본소에 단순한 방업이상의 의미를 가지고 있다고 할 것이다. 반소의 이익이 인정된다.

###### (2) 중복제소에 해당하는지 여부

당사자가 동일하고 소송물이 동일한 소송 중 후소제기는 권리보호이익이 소멸된다. 확인의 소와 이행의 소는 청구취지가 다르므로 별개의 소송물이라고 할 것이다. 이에 대하여 긍정설, 부정설, 제한적 긍정설이 있으나, 판례는 중복제소를 인정하지 아니한다.

###### (3) 소결

반소는 독립한 별개의 소이므로 그 자체로 소의 이익이 있어야 한다. 甲이 제기한 반소는 반소이익이 있으며 중복제소에도 해당되지 않아 적법하다. 따라서 乙이 제기한 본소의 적법여부를 검토할 수 있다.

##### 3. 乙의 소의 권리보호이익여부

###### (1) 문제점

반소인 후소가 이행의 소이므로 확인의 소인 전소의 소의 이익 소멸되는 것은 아닌지 문제된다.

###### (2) 확인의 이익여부

###### 1) 학설

반소가 본소의 판결의 진행여부에 따라 확인의 이익을 고려하는 견해와 기판력의 범위가 다르므로 소의 이익을 인정하자는 견해가 있다.

###### 2) 판례<sup>231)</sup>

231) 대법원 1999. 6. 8. 선고 99다17401, 17418 판결: [1] 소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니

이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다는 입장이다.

### (3) 소결

적법하게 제기된 전소가 후소의 소제기로 소의 이익이 소멸한다고 보는 것은 당사자가 자의적으로 소의 이익을 소멸시킬 수 있으므로, 이러한 불합리를 인정하지 않기 위해 판례에 따라 소의 이익 소멸되지 않는다고 볼 것이다.

## 4. 결론

확인이익은 후소의 이행의 소에 의하여 보충성의 원칙을 충족하지 못한다고 할 수 있으나 판례에 의하면 후소로서 전소에 해당하는 확인의 소의 이익을 소멸하는 것은 부당하다고 할 것이어서 확인의 이익이 계속 존재하는 적법한 본소이다.

---

므로, 원고가 피고에 대하여 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다.

[2] 항소심이 청구기각 판결을 하여야 할 사건에 대하여 소각하 판결을 하였으나 원고만이 상고한 경우, 소를 각하한 항소심판결을 파기하여 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 할 수는 없으므로, 항소심판결을 그대로 유지하지 않을 수 없다.



## 5. 예비적 반소

甲은 乙을 상대로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다. 이 소송절차에서 乙은 甲을 상대로 소유권이전등기청구가 인용되면 매매대금을 지급하라는 취지의 반소를 제기하였다. 제1심법원은 甲의 소유권이전등기청구의 소와 乙의 반소가 모두 부적법하다고 판단하여 본소와 반소를 각하하였고, 이에 대하여 원고 甲만이 항소하였다. 항소법원이 1심판결과 달리 甲의 청구가 이유있다고 판단하고 있다면, 본소 및 반소의 청구에 대하여 각각 어떠한 내용의 판결을 할 것인지 설명하시오.

### 1. 논점의 정리

예비적 반소를 인용하더라도 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않는지 묻고 있다.

본소에 대해서만 항소하여도 예비적 반소도 이심되는지 검토한다. 이는 예비적 반소가 항소심의 심판대상이 된다고 하더라도 원심보다 항소인에게 더 불리하게 판결하는 것은 불이익변경에 해당하지 않는지 문제이다.

### 2. 예비적 반소

#### (1) 예비적 반소의 의의

예비적 반소란 본소청구가 인용 또는 기각되는 것을 조건으로 반소청구에 대한 심판을 구하는 형태의 반소를 말한다.

#### (2) 예비적 반소의 요건

예비적 반소에서의 조건은 소송내부적 조건이기 때문에 허용되며, 또 그 조건성취로 인하여 다음과 같이 심판한다. i) 본소청구가 취하되면 반소청구의 소송계속은 소급적으로 소멸되며, ii) 본소청구가 각하·기각되면 반소청구에 대한 심판을 요하지 아니하며(위반판결은 무효), iii) 본소청구의 각하·기각에 대하여 항소를 제기하면 예비적 반소도 이심된다.

### 3. 예비적 반소에 대한 항소심판 여부

#### (1) 문제점

본소청구의 각하·기각에 대하여 항소를 제기하면 예비적 반소도 이심되는데, 이 경우 특히 각하된 경우 처분권주의와 관련하여 항소심의 심판 범위가 문제된다.

#### (2) 항소심의 심판범위<sup>232)</sup>

##### 1) 이심범위와 심판범위

본소·반소를 모두 각하한 1심판결에 대하여 원고만이 항소한 경우, 항소심이 반소청구에 대해서도 심판할 수 있는가에 대해서는 다투어지고 있다. 먼저, 예비적 반소는 그 조건성부가 이심된 항소심에서 확정되면 그에 따라 반소청구의 인용 여부에 대하여 심판하여야

232) 2006다19061: 피고의 예비적 반소는 본소청구가 인용될 것을 조건으로 심판을 구하는 것으로서 제1심이 원고의 본소청구를 배척한 이상 피고의 예비적 반소는 제1심의 심판대상이 될 수 없는 것이고, 이와 같이 심판대상이 될 수 없는 소에 대하여 제1심이 판단하였다고 하더라도 그 효력이 없다고 할 것이므로, 피고가 제1심에서 각하된 반소에 대하여 항소를 하지 아니하였다는 사유만으로 이 사건 예비적 반소가 원심의 심판대상으로 될 수 없는 것은 아니라고 할 것이고, 따라서 원심으로서 원고의 항소를 받아들여 원고의 본소청구를 인용한 이상 피고의 예비적 반소청구를 심판대상으로 삼아 이를 판단하였어야 한다.

하므로, 반소청구도 이심되며 항소심의 심판대상으로 된다.

## 2) 불이익변경금지 원칙

반소청구가 이심되어 심판받는 경우 반소 심판결과가 항소인에게 불이익하게 되더라도 불이익변경금지의 원칙에 반하지 아니한다. 법원은 피고의 조건부 반소라는 처분권주의에 구속되기 때문이다. 판례도 피고의 예비적 반소도 항소심으로 이심되며, 이를 심판대상으로 삼더라도 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 않는다는 입장이다. 항소하는 원고는 예비적 반소에 대한 심판을 예상할 수 있고 또 피고의 예비적 의사를 항소심절차에서도 관철시키는 것이 오히려 처분권주의에 부합하기 때문에 판례의 태도는 타당하다.

## (3) 사안의 경우

을이 예비적 반소 각하판결에 대하여 항소하지 않았지만, 항소심이 1심판결을 취소하고 원고청구를 인용할 경우에는 피고의 예비적 반소에 대하여 심판하여야 한다. 을의 예비적 반소가 부적법하지 않는 이상, 항소심은 을의 반소청구도 인용하게 될 것이다.

## 4. 결론

항소법원은 원심판결을 취소하고 甲의 乙에 대한 본소청구를 인용한다.

항소법원은 피고의 예비적 반소를 인용한다.

## 6. 부적법한 반소의 처리

매수인 甲은 매도인 乙과 乙의 소유인 X토지에 대하여 매매계약을 체결하였다. 계약 체결후에 매매대금에 불만을 가진 乙이 고의로 甲을 상해하는 일이 발생했다. 甲은 자신을 고의로 상해한 乙을 상대로 3,000만 원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 그런데 소송 중에 乙은 甲에 대한 5,000만 원의 대여금청구권과 상계한다고 항변하였다. 한편 3,000만 원을 초과하는 금액인 2,000만 원에 대하여는 지급을 구하는 반소를 제기하였다. 법원은 반소를 어떻게 처리할 것인지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

을의 반소가 상호관련성 요건을 갖추었는지 문제이다. 반소의 기초가 된 상계항변이 불법행위로 인한 손해배상청구를 수동채권으로 하여 법률상 불허되는지 검토한다. 반소가 부적법하다고 하여 바로 각하할 것인지, 아니면 별개의 소로서의 소송요건을 갖추고 있음을 이유로 분리·심판할 수 있는지 문제이다.

### 2. 반소의 상호관련성 요건

#### (1) 반소의 요건

반소는 본소의 청구 또는 방어방법과 서로 관련이 있어야 한다(제269조 제1항 단서 후단). 여기서 본소청구와의 상호관련성은 반소청구가 본소청구의 소송물 또는 그 대상·발생 원인에 있어서 법률상 또는 사실상 공통성이 있음을 의미한다. 여기서는 본소의 방어방법과 연관성이 있는지 문제된다.

#### (2) 본소의 방어방법과의 상호관련성

본소의 방어방법과의 상호관련성이란 반소청구가 본소의 항변사유와 대상·발생원인에 있어서 법률상 또는 사실상으로 공통성이 있다는 것을 뜻한다. 본소의 방어방법과 관련된 반소의 경우 반소의 바탕이 된 방어방법이 반소제기 당시에 현실적으로 제출되어야 하며 또 법률상 허용된 것이라야 한다.

#### (3) 사안의 경우

실체법상 허용되지 아니한 항변 또는 소송법상 실기한 방어방법으로 각하된 항변에 바탕을 둔 반소는 상호관련성 요건을 충족하지 못한다. 일단 상계로 주장한 이상 관련성은 인정되지만 乙의 반소는 상계금지채권(민법 제496조)에 의한 상계항변에 기초하고 있다.그러나 결과적으 반소에서 상호관련성 요건을 갖추지 못해 부적법하다.

### 3. 부적법한 반소에 대한 처리

#### (1) 문제점

반소요건을 갖추지 못하여 부적법한 반소라도 병합요건의 흠에 불과하므로, 별소로서의 요건을 갖추고 있다면 분리 심판할 수 있는지 문제된다.

#### (2) 학설과 판례

분리심판을 인정하는 견해도 있으나, 판례는<sup>233)</sup> 반소를 각하한다는 입장이다. 반소는 단순

233) 대법원 1965. 12.07 선고 65다2304 판결: 항소심에서 상대방의 동의없이 제기한 반소는 그 반소자체가 부적법한 것이어서 단순한 관할법원을 잘못된 소제기와는 다른 것이므로 이를 각하하였음이 부

히 병합요건의 흠과는 달리 반소 자체의 적법에 관한 것이며, 부적법 각하하지 않으면 반소원고가 반소제기상의 편의를 악용할 여지도 있으므로 반소를 각하하는 것이다.

### (3) 사안의 경우

乙의 반소는 별소로서의 소송요건에 문제가 없지만, 법원은 반소를 부적법 각하하는 판결을 한다.

## 4. 결론

乙의 반소는 상계로 주장한 채권이므로 상호관련성 요건을 갖추었으나, 상계가 허용되지 않아 결국 부적법하다. 乙의 반소는 반소의 요건을 갖추지 못하였으므로 판례에 따라 부적법 각하한다.

---

당한 것이라 할 수 없다.

대법원 2010.7.15 선고 2010다2428,2435 판결: 소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고에 대하여 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다. 민사소송법 제271조는 본소가 취하된 때에는 피고는 원고의 동의 없이 반소를 취하할 수 있다고 규정하고 있고, 이에 따라 원고가 반소가 제기되었다는 이유로 본소를 취하한 경우 피고가 일방적으로 반소를 취하함으로써 원고가 당초 추구한 기판력을 취득할 수 없는 사태가 발생할 수 있는 점을 고려하면, 위 법리와 같이 반소가 제기되었다는 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸한다고는 볼 수 없다.

## 7. 제3자 반소

甲과 乙은 동업을 하기로 계약을 맺은 후, 동업자금의 조달을 하여 丙에게 “동업을 한 자금이 필요하다.”고 말하고서 丙으로부터 1억 원을 차용하였다. 丙이 甲에게 차용 전액의 변제를 요구하자 甲은 丙을 상대로 차용반환 채무의 시효소멸을 이유로 채무부존재확인을 구하는 소를 제기하는데, 제1심에서 丙이 甲, 乙을 공동 반소피고로 삼아 1억 원의 대여금 반환을 구하는 반소를 제기하면서 “이행청구의 반소가 제기되면 본소는 확인의 이익이 없다.”고 주장하고, 이에 하여 乙은 “원고 아닌 자를 상대로 한 반소는 부적법하다.”고 주장하였다. 법원은 丙과 乙의 각 주장에 하여 어떻게 판단할 것인지 설명하시오.

### 1. 문제의 소개

확인이익 없다는 주장에 대하여는 전소의 확인의 이익이 후소의 이행의 소에 의하여 소멸되는지 문제되며, 다른 한편 반소는 본소의 원고를 상대로 한 소인데, 이 경우 제3자 반소가 인정되는지 문제된다. 반소가 적법하여야 본소의 확인의 이익을 검토할 수 있다.

### 2. 제3자 반소의 인정여부

#### (1) 문제점

반소는 본소의 원고를 상대로 한 소이므로 제3자를 소송에 인입시킬 수 있는지, 제3자 반소를 허용할 수 있는지 해결되어야 반소의 적법이 인정된다.

#### (2) 인정여부-판례<sup>234)</sup>

피고가 원고 이외의 제3자를 추가하여 반소피고로 하는 반소는 원칙적으로 허용되지 아니하고, 다만 피고가 제기하려는 반소가 필수적 공동소송이 될 때에는 민사소송법 제68조의 필수적 공동소송인 추가의 요건을 갖추면 허용될 수 있다.

#### (3) 사안의 경우

### 3. 본소의 권리보호이익여부

#### (1) 문제점

반소인 후소가 이행의 소이므로 확인의 소인 전소의 소의 이익 소멸되는 것은 아닌지 문제된다.

#### (2) 확인의 이익여부

##### 1) 학설의 대립

반소가 본소의 판결의 진행여부에 따라 확인의 이익을 고려하는 견해와 기판력의 범위가 다르므로 소의 이익을 인정하자는 견해가 있다.

##### 2) 판례의 태도<sup>235)</sup>

234) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다235042,235059,235066 판결

235) 대법원 1999. 6. 8. 선고 99다17401, 17418 판결: [1] 소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고에 대하여 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다. [2] 항소심이 청구기각 판결을 하여야 할 사건에 대하여 소각하 판결을 하였으나 원고만이 상고한 경우, 소를

이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다는 입장이다.

### (3) 소결

적법하게 제기된 전소가 후소의 소제기로 소의 이익이 소멸한다고 보는 것은 당사자가 자의적으로 소의 이익을 소멸시킬 수 있으므로, 이러한 불합리를 인정하지 않기 위해 판례에 따라 소의 이익 소멸되지 않는다고 볼 것이다.

## 4. 결론

판례에 의하는 경우 제3자 반소는 예외적인 경우 인정된다. 또한 판례에 의하면 후소로서 전소에 해당하는 확인의 소의 이익을 소멸하는 것은 부당하다고 할 것이어서 확인의 이익이 계속 존재하는 적법한 본소이다.

---

각하한 항소심판결을 파기하여 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 할 수는 없으므로, 항소심판결을 그대로 유지하지 않을 수 없다.

## 제2장 다수당사자소송(주관적 병합)

### 제1절 공동소송

#### 1. 통상공동소송의 독립의 원칙

乙은 자신의 토지를 甲에게 파는 매매계약을 체결한 뒤 이를 다시 丙에게 매도하고 이전등기를 경료해 주었다. 甲은 乙과 丙을 공동피고로 하여, 丙에 대하여는 乙-丙간의 매매계약이 통정허위표시로서 무효라고 주장하면서 乙을 대위하여 위 토지에 관하여 소유권이전등기말소청구소송을 제기하고, 乙에 대해서는 소유권이전등기를 청구하는 소를 제기하였다. 변론기일에 丙이 출석하여 자신은 甲과 乙 사이에 매매계약이 체결된 사실조차 알지 못하였다고 주장하였으나, 乙은 적법한 기일통지서를 받고도 출석하지 아니하였을 뿐 아니라 원고의 주장을 다투는 답변서를 제출하지도 않았다. 법원은 증거조사결과 丙의 주장을 받아들여 甲의 丙에 대한 청구는 이유가 없다고 판단하고 있다. 이러한 경우 甲과 丙의 판결과 甲의 乙에 대한 청구에 대해서는 어떻게 판결할 것인지 설명하시오.

#### 1. 문제의 소재

여러 사람에게 원인 없이 이전등기가 경료된 경우 여러 사람을 상대로 한 소송의 유형을 검토하여 乙과 丙에 대한 소송자료 및 재판통일이 요구되는지 검토한다. 부동산 이중매매의 경우 매도인이 이행불능의 항변을 제출하지 아니한 경우에 매수인의 이전등기청구를 배척할 수 있는지 문제이다.

#### 2. 甲의 丙에 대한 청구기간판결 여부

##### (1) 乙과 丙에 대한 청구소송의 유형

甲이 공동피고로 乙과 丙에 대해 제기한 소는 원인 없이 경료된 최초의 소유권이전등기와 이에 기하여 순차로 경료된 일련의 소유권이전등기의 각 말소를 구하는 소송으로서 통상공동소송이다. 통상의 공동소송은 공동소송독립의 원칙의 적용된다.

##### (2) 개별적 증거채택 여부

통상의 공동소송에서 공동소송독립의 원칙은 소송자료, 소송진행 및 재판통일이 요구되지 아니하고, 공동소송인독립의 원칙에 따라 심판한다. 그러나 사실관계의 불합리에 대한 수정이론이 주장되고 있으나, 판례는 공동소송인 독립의 원칙을 수정하려는 주장공통 및 증거공통의 이론을 부정한다.

##### (3) 사안의 경우

丙에 대한 소송자료 또는 증거자료를 乙의 소송자료 및 증거자료로 할 수 없으며, 피고들에 대한 판결을 달리 할 수도 있다. 사안에서 법원이 甲의 丙에 대한 청구를 이유 없다고 판단하고 있으므로, 丙에 대한 甲의 청구를 기각하는 판결을 한다.

#### 3. 항변 부제출과 변론주의(甲의 乙에 대한 청구 부분)

##### (1) 항변 부제출의 효과

부인과 달리 항변은 자백과 새로운 사실의 주장에 해당한다. 주요사실에 대하여 주장하지

아니한 경우 변론주의 원칙상 불이익을 부담하여야 한다. 주장한 권리에 부합하는 요건사실을 입증하여야 한다.

## (2) 乙의 이행불능의 주장여부

### 1) 乙의 항변사항

부동산을 이중으로 매매하고 제2매수인에게 이전등기를 경료한 경우, 매도인이 매수인에게 대하여 부담하고 있는 소유권이전등기이행의무는 이행불능의 상태에 놓인다. 매도인의 이행불능 사실은 보통 제1매수인이 주장하여 예비적으로 청구한다.

### 2) 자백간주의 법리

준비서면을 제출하지 않고 기일에 불출석한 당사자는 상대방이 예고한 사실에 대해 자백한 것으로 간주된다(제150조 제3항). 따라서 제1매수인이 소유권이전등기청구만을 하고 매도인도 이행불능의 항변을 제출하지 아니한 때에는, 변론주의에 따라 제1매수인인 원고의 청구를 그대로 인용하여야 할 뿐, 이행불능이라는 이유로 원고의 이전등기이행청구를 배척할 수 없다.<sup>236)</sup>

## (3) 모순된 반대되는 판결 인부

乙은 자신의 이행불능 사실을 주장하고 있지 않으므로, 법원은 甲의 乙에 대한 청구를 인용한다. 乙은 답변서 등 준비서면을 제출하지 않은 채 변론에 결석하였으므로 원고의 주장을 자백한 것으로 취급된다. 따라서 법원은 甲의 乙에 대한 청구를 인용한다. 이와 같이 乙과 丙에 대하여 모순되는 판결은 변론주의가 적용되는 당연한 결과라 할 것이므로 법원이 석명권을 행사할 문제는 아니라 할 것이다.

## 4. 결론

甲의 丙에 대한 청구는 법원에서 이의없다고 판단하고 있으므로 기각판결한다. 그럼에도 불구하고 모순되지만 甲의 乙에 대한 청구는 자백간주에 근거하여 청구인용의 판결을 한다.

---

236) 대판 1996.02.27, 95다43044: 채무가 이행불능인 사실은 당사자의 항변사실에 불과하므로, 피고들의 각 소유권이전등기 채무가 이행불능이라 하더라도 원심 변론종결시까지 피고들이 이행불능의 항변을 하지 아니한 이상, 변론주의의 원칙상 법원이 이행불능이라는 이유로 원고의 청구를 배척할 수 없다 할 것이어서 원고의 청구를 인용한 원심판결에 어떠한 위법이 있다고는 볼 수 없으며, 또 피고 장경환 명의의 지분이전등기의 말소를 명하는 판결이 확정되었다 하더라도 그 판결이 집행되어 위 피고 명의의 지분이전등기가 말소되지 아니한 이상 위 피고 및 피고 김응래의 각 지분이전등기 채무가 이행불능 상태에 이르렀다고 볼 수도 없다



## 2. 부진정연대채무에서 공동소송

X토지에 소유자인 甲은 자신의 X토지를 현재 도로로 사용하고 있는 K(강남구청)을 상대로 변론종결시까지의 부당이득 반환청구의 소를 제기하였다. 당초에 甲이 피고로 삼은 자는 이 도로의 관리·유지 책임을 맡고 있는 도로의 관리청으로서의 K인데, 법률적으로 확신이 서지 않자, 예비적으로 S(서울특별시)를 피고로 추가하였다. 제1심은 甲의 K에 대한 청구는 인용하고 S에 대한 청구는 기각하였다. 이 판결에 대하여 K만이 항소를 제기하였다. 항소법원은 甲의 K에 대한 청구는 물론 S에 대한 청구도 이유가 있다고 판단하고 있다. 항소법원의 판결에 대하여 검토하시오

### 1. 문제의 제기

甲-S 소송이 항소심으로 이심되는지 여부와 항소심의 심판대상이 되는지 묻고 있다. 필수적 공동소송의 규정을 준용하는 예비적 공동소송이 성립하는지 검토한다. 만약 예비적 공동소송이라면 항소심으로 이심되고 항소심의 심판범위에 속할 것이지만, 통상공동소송이라면 제1심판결이 확정될 것이다. 부진정연대채무관계에 있는 여러 사람의 채무자에 대하여 예비적 공동소송이 성립할 수 있는지 문제이다.

### 2. 예비적 공동소송의 성립 여부

#### (1) 부진정연대채무의 권리관계

물건을 직접 점유하고 있는 자와 간접점유하고 있는 자가 부담하는 부당이득반환의무는 부진정연대채무이다. 단순한 점유보조자에 불과한 때에는 직접 점유자만이 부당이득반환의무를 지게 될 것이다.

#### (2) 부진정연대채무의 법률상 양립가능성

부진정연대채무자 사이에는 제70조 제1항에서 규정한 예비적 선택적 공동소송이 성립하지 아니한다. 부진정연대채무의 관계에 있는 채무자들을 공동피고로 하여 이행의 소가 제기된 경우 그 공동피고에 대한 각 청구는 법률상 양립할 수 없는 것이 아니기 때문이다. 부진정연대채무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸되어 모두 기각될 수 있다.

#### (3) 예비적 공동소송의 성부

K는 도로의 직접점유자이고 S은 간접점유자이므로, 이들은 부진정연대채무자로서 甲에 대하여 부당이득반환의무를 진다. 부진정연대채무는 법률상 불양립관계에 있지 아니하므로 소송절차에는 제67조가 준용되지 않으므로 甲은 K과 S를 예비적으로 병합할 수 없다.

### 3. 병합 유형에 따른 항소심의 심판

#### (1) 병합의 유형

병합은 당사자의 의사가 아니라 병합의 객관적 성질에 따라 그 유형이 정해진다. 따라서 당사자가 예비적 공동소송으로 제기하였다 하더라도 병합이 통상공동소송이라면 통상공동소송의 법리에 따라 심판한다. 통상공동소송에서는 공동소송인독립의 원칙이 적용되므로, 상소로 인한 확정차단의 효력은 상소인과 그 상대방에 대해서만 생기고 다른 공동소송인에 대한 관계에 영향을 미치지 아니 한다.

#### (2) 항소심의 이심과 심판범위

예비적 공동소송으로 병합하였지만, 법원은 이를 통상공동소송의 방식으로 심판하여야 한다. 사안에서 K만이 항소하였으므로 甲의 K에 대한 청구만이 항소심으로 이심되고 항소심의 심판을 받는다. 이와 달리 항소하지 아니한 S에 대한 소의 경우에는 1심판결이 확정된다.

### (3) 항소법원의 판결

甲-K 소송은 乙의 항소에 의하여 항소심으로 이심되고 항소심의 심판을 받는다. 그런데 항소심은 K에 대한 甲의 청구가 이유 있다고 판단하고 있으므로, K의 항소를 기각한다. 항소법원은 甲의 S에 대한 청구에 대해서는 심판할 수 없다. 사안에서 항소하지 아니한 S에 대한 청구인용판결은 이미 확정되었기 때문이다.

## 4. 결론

부진정연대채무관계는 양립불가능한 관계가 아니므로 예비적 공동소송이 될 수 없다. 따라서 항소법원은 S에 대한 청구에 대해서는 심판할 수 없다. 항소법원은 K의 항소를 기각하고 K에 대한 청구를 인용한 원심판결을 유지한다.

### 3. 통상공동소송에서 소송비용부담

甲이 사업자금이 필요하여 乙을 연대보증인으로 丙에게 금전 11억 원을 차용하였다. 丙은 甲에게 금전 11억 원을 모두 지급하였으나 변제기가 지나도 반환을 지체하자 丙이 甲과 乙을 공동피고로 대여금 청구소송을 제기하였다. 이 소송 제1심소송의 변론기일에 10억 원의 채권에 대하여 乙은 丙에게 채무면제를 받았다고 주장하였으나, 甲은 이에 대한 아무런 주장이 없었다. 이에 제1심법원은 丙의 甲에 대한 10억 원의 채권과 乙에 대한 1억 원의 채권이 존재함을 인정하면서 甲과 乙의 소송비용을 각각1/2씩 부담하게 하는 원고승소판결을 하였다. 이 판결의 타당성 및 항소가능 여부를 논하시오.

#### 1. 문제의 소재

통상의 공동소송에서 甲만이 면제 받았다고 주장한 부분에 대하여 乙의 채무면제를 인정하지 아니한 부분에 대한 타당성과 한편 甲과 乙의 채무에 10대 1에 해당하는 소송목적의 값임에도 공동하여 부담하게 하는 것이 형평에 반하거나 불합리한 것은 아닌지 문제된다.

#### 2. 乙에 대한 원고승소판결의 타당성

##### (1) 통상의 공동소송에서 심판방법

민사소송법 제66조에 규정된 통상공동소송의 경우 공동소송인독립의 원칙에 따라 특별한 사정이 없으면 공동소송인 가운데 한 사람에 관한 사항은 다른 공동소송인에게 영향을 미치지 아니하고, 각 공동소송인은 자신의 소송관계에 있어서만 당사자의 지위에 있으므로 모든 소송관계는 각 공동소송인과 상대방 사이에 별개로 성립함이 원칙이다. 이에 대한 불합리에 대한 논란이 있다.

##### (2) 공동소송인 독립의 원칙의 수정이론

주장공통과 증거공통의 원칙을 전면적으로 수정하자는 견해, 변론주의를 고려하여 제한적으로 인정하자는 견해가 있으나 판례는 이러한 부분에 대하여 모두 부정하는 입장에 있는 것으로 판단된다. 그러나 증거공통의 원칙에 대하여 석명권을 행사하여 하는 것은 아닌지 의문이 들 수는 있다.<sup>237)</sup>

##### (3) 甲에 대한 채무면제의 불인정의 타당성

甲에 대하여 주채무자가 채무가 없음에도 보증인에 채무가 있음을 인정하는 것은 모순저촉의 우려가 있으나 판례에 의할 경우 일은 타당하다고 판단된다.

#### 3. 소송비용부담의 타당성

##### (1) 문제점

소송을 담당하는 법원으로서의 소송비용부담재판을 하면서 민사소송법 제102조 제1항 본문을 기계적으로 적용하여 소송비용부담재판을 하게 되면, 乙로서는 丙이 甲과 乙을 공동피고로 하여 소를 제기하였다는 우연한 사정으로 자신의 소송비용에 영향을 받게 되어, 현실적으로는 甲이 부담하여야 할 소송비용까지 추가로 부담하는 불합리한 결과가 초래된다.

##### (2) 소송비용부담의 원칙과 결정방법

237) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47196 판결: 민사소송법 제62조의 명문의 규정과 우리 민사소송법이 취하고 있는 변론주의 소송구조 등에 비추어 볼 때, 통상의 공동소송에 있어서 이른바 주장공통의 원칙은 적용되지 아니한다.

### 1) 소송비용부담의 원칙

법원은 원칙적으로 민사소송법 제102조 제1항 본문을 적용하여 피고별로 소송관계를 구분하지 아니한 채 ‘소송비용은 피고들이 부담한다.’라는 소송비용부담재판을 하고 있다. 민사소송법 제102조 제1항 단서를 적용하여 법원은 사정에 따라 공동소송인에게 소송비용을 다른 방법으로 부담하게 할 수 있다.

### 2) 소송비용액결정절차<sup>238)</sup>

소송비용액확정 결정절차에서는 상환할 소송비용의 액수를 정할 수 있을 뿐이고, 소송비용부담재판에서 확정된 상환의무 자체의 범위를 심리·판단하거나 변경할 수 없다. 따라서 불합리한 결과의 발생을 방지하고 공동소송인 사이의 형평성과 구체적 타당성에 부합하는 소송비용부담재판이 되도록 하기 위해서는, 통상공동소송에서 공동소송인이 같은 비율로 함께 패소하였을 경우, 공동소송인 사이에 소송목적의 값에 현저한 차이가 있다거나 소송물의 내용이나 성격, 항쟁의 정도 등이 다르다는 등의 사정으로 공동소송인이 공동으로 소송비용을 부담하는 것이 형평에 반하거나 불합리하다고 생각된다면 민사소송법 제102조 제1항 단서를 적극적으로 적용하여 공동소송인별로 소송관계를 구분하여 소송비용의 부담을 정하거나 공동소송인별로 수액이나 그 부담비율을 정하는 등의 방식으로 소송비용부담재판을 하는 것이 더 바람직하다

### (3) 사안의 경우

‘소송비용 중 원고와 피고 甲 사이에 생긴 부분은 피고 甲이 부담하고, 원고와 피고 乙 사이에 생긴 부분은 피고 乙이 부담한다.’ 또는 ‘소송비용 중 9/10는 피고 甲이 부담하고, 1/10은 피고 乙이 부담한다.’라는 등의 소송비용부담재판을 할 수도 있다.

## 4. 제1심판결의 타당성

통상의 공동소송인으로 乙에 대한 증거인정 부분은 타당하다고 할 것이나, 소송목적의 값이 10분의 1이나 되는 부분에 대하여 공동으로 소송비용을 부담하게 한다는 것은 형평에 반하거나 불합리하다고 판단된다. 이 부분에 대하여는 부당하므로 항소나 항고가 가능하다.

238) 대법원 2017. 11. 21. 자 2016마1854 결정: [1] 민사소송법 제102조 제1항은 “공동소송인은 소송비용을 균등하게 부담한다. 다만 법원은 사정에 따라 공동소송인에게 소송비용을 연대하여 부담하게 하거나 다른 방법으로 부담하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 재판주문에서 공동소송인별로 소송비용의 부담비율을 정하거나, 연대부담을 명하지 아니하고 단순히 ‘소송비용은 공동소송인들의 부담으로 한다.’라고 정하였다면 공동소송인들은 상대방에 대하여 균등하게 소송비용을 부담하고, 공동소송인들 상호 간에 내부적으로 비용분담 문제가 생기더라도 그것은 그들 사이의 합의와 실체법에 의하여 해결되어야 한다.

[2] 소송비용액확정 결정절차에서는 상환할 소송비용의 액수를 정할 수 있을 뿐이고, 소송비용부담재판에서 확정된 상환의무 자체의 범위를 심리·판단하거나 변경할 수 없다. 따라서 불합리한 결과의 발생을 방지하고 공동소송인 사이의 형평성과 구체적 타당성에 부합하는 소송비용부담재판이 되도록 하기 위해서는, 통상공동소송에서 공동소송인이 같은 비율로 함께 패소하였을 경우, 공동소송인 사이에 소송목적의 값에 현저한 차이가 있다거나 소송물의 내용이나 성격, 항쟁의 정도 등이 다르다는 등의 사정으로 공동소송인이 공동으로 소송비용을 부담하는 것이 형평에 반하거나 불합리하다고 생각된다면 민사소송법 제102조 제1항 단서를 적극적으로 적용하여 공동소송인별로 소송관계를 구분하여 소송비용의 부담을 정하거나 공동소송인별로 수액이나 부담비율을 정하는 등의 방식으로 소송비용부담재판을 하는 것이 더 바람직하다.

#### 4. 필수적 공동소송과 당사자적격

서울에 거주하는 A가 애월읍에 살고 있는 초등학교 동창 B와 C에게 연락하여 제주 소재 토지 또는 임야를 매수하고 이를 전매하여 이익을 분배하기로 하는 내용의 약정을 하면서, A와 B가 2 : 1의 비율로 매수자금을 투자하고 C가 부동산에 관한 정보제공과 전매 등의 일 처리를 도맡아 처리하기로 합의하였다. A, B, C는 애월읍에 소재하는 을 소유의 X토지를 매수하였다. 그런데 잔금까지 받은 을이 위 토지의 소유권이전등기를 거부하고 있다. A가 을을 피고로 하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 법원이 직권으로 조사한 결과 A의 소가 부적법하다는 판단을 하고 있다면 흠을 보정할 수 있는 방법은 무엇인가?

##### 1. 문제의 소재

고유필수적 공동소송임에도 일부만이 소를 제기한 경우 당사자적격의 흠을 치유하는 방법을 묻고 있다. 당사자적격의 흠을 보정하는 방법으로 필수적 공동소송인의 추가 제도, 공동소송참가 제도, 법원의 변론병합 제도에 대해 검토한다.

##### 2. 필수적 공동소송에서 적법 여부

###### (1) 다수당사자소송의 유형

주관적 병합은 독립의 원칙에 따라 판단하는 통상의 공동소송과 합일확정을 원칙으로 하는 필수적 공동소송으로 나뉜다. 필수적 공동소송은 특히 판결의 합일확정을 필요로 하므로 당사자적격과 관련되어 있다.

###### (2) 합유재산에서 당사자적격

합유재산에 관한 소송은 고유필수적 공동소송이다. 따라서 합유재산에 관한 소송은 합유자 전원이 소송당사자가 될 때 당사자적격이 인정되고, 일부의 공동소송인에 의하여 제기되거나 이들을 상대로 제기한 소는 당사자적격의 흠으로 부적법하다.

###### (3) 사안의 경우

여러 사람이 공동의 사업을 목적으로 부동산을 매수한 경우<sup>239)</sup> 동업자들은 그 부동산에 대한 소유권이전등기청구권을 준합유하는 관계에 있다. 따라서 동업자 공동으로 매수한 부동산에 대한 소유권이전등기청구소송은 고유필수적 공동소송이다.<sup>240)</sup> 소유권이전등기청구소

239) 2010다39918: 수인이 부동산을 공동으로 매수한 경우, 매수인들 사이의 법률관계는 공유관계로서 단순한 공동매수인에 불과할 수도 있고, 수인을 조합원으로 하는 동업체에서 매수한 것일 수도 있는데, 부동산의 공동매수인들이 전매차익을 얻으려는 '공동의 목적 달성'을 위하여 상호 협력한 것에 불과하고 이를 넘어 '공동사업을 경영할 목적'이 있었다고 인정되지 않는 경우 이들 사이의 법률관계는 공유관계에 불과할 뿐 민법상 조합관계에 있다고 볼 수 없다. 공동매수의 목적이 전매차익의 획득에 있을 경우 그것이 공동사업을 위하여 동업체에서 매수한 것이 되려면, 적어도 공동매수인들 사이에서 매수한 토지를 공유가 아닌 동업체의 재산으로 귀속시키고 공동매수인 전원의 의사에 기하여 전원의 계산으로 처분한 후 이익을 분배하기로 하는 명시적 또는 묵시적 의사의 합치가 있어야만 하고, 이와 달리 공동매수 후 매수인별로 토지에 관하여 공유에 기한 지분권을 가지고 각자 자유롭게 지분권을 처분하여 대가를 취득할 수 있도록 한 것이라면 이를 동업체에서 매수한 것으로 볼 수는 없다.

240) 2010다82639: 합유로 소유권이전등기가 된 부동산에 관하여 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송은 합유물에 관한 소송으로서 합유자 전원에 대하여 합일적으로 확정되어야 하는 고유필수적 공동소송에 해당한다. 이와 같은 고유필수적 공동소송에 있어서는 공동소송인 중 일부가 제기한 상소 또는 공동소송인 중 일부에 대한 상대방의 상소는 다른 공동소송인에게도 그 효력이 미치는 것이므로 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 그 소송은 전체로서 상소심에 이십되며, 상소심판결의 효력은 상소를 하지 아니한 공동소송인에게 미치므로 상소심으로서 공동소송인 전원에 대하여 심리·판단하여야 한다. 따라서 고유필수적 공동소송에 대

송은 고유필수적 공동소송이므로, A, B, C 모두가 원고가 되어야 한다. 이에 따라 A가 제기한 소는 당사자적격의 흠으로 부적법하다.

### 3. 당사자적격을 보정하는 방법

#### (1) 공동소송인 추가

고유필수적 공동소송인의 추가는 임의적 당사자변경에 해당하지만 제68조에 의해 허용된다. 법원은 결정으로 원고 또는 피고의 추가를 허가할 수 있는데, 이를 위해서는 원고가 1심절차 중에 추가신청을 하여야 하고(제68조 제1항 본문), 다만 원고를 추가할 경우에는 추가되는 사람의 동의를 받아야 한다(제68조 제1항 단서).

#### (2) 공동소송참가

공동소송참가는 신소제기의 실질을 가지므로 필수적 공동소송인이 당사자참가신청을 하면 제68조에 따라 허용된다.

#### (3) 변론병합

각자의 소송이 진행되는 경우 필요적 공동소송의 경우 변론 병합하여도 된다.

### 4. 사례의 해결

A는 B와 C를 당사자로 추가하여 당사자적격의 흠을 치유할 수 있다. 또한 B와 C는, A와 乙의 소송에 공동소송참가하여 공동소송인이 될 수 있다. 마지막으로, B와 C가 별도로 을을 상대로 하여 소유권이전등기청구의 소를 제기한 경우라면 법원이 변론병합을 명하는 방법으로 당사자적격의 흠을 치유할 수 있을 것이다.

---

하여 본안판결을 할 때에는 공동소송인 전원에 대하여 하나의 종국판결을 선고하여야 하고 공동소송인 일부에 대해서만 판결하거나 남은 공동소송인에 대해 추가판결을 하는 것은 모두 허용될 수 없다

## 5. 필수적 공동소송과 불이익변경금지 원칙

X 부동산은 동업관계인 A, B, C의 재산이다. X 부동산에 대하여 소유자로 주장하는 甲이 나타나 현재 甲의 이름으로 등기되어 있다. 이에 A, B, C는 甲을 상대로 제기한 소유권이전등기청구소송에서 제1심법원이 청구기각의 판결을 선고하였다. 이 판결에 불복하여 A와 B만이 항소를 제기하였는데, 이 항소심절차에서 A와 B는 다시 항소를 취하하였다. 항소법원은 A와 B의 항소가 이유 없다고 보고 있다. 이 경우 항소심은 어떠한 판결을 할 것인지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

항소하지 아니한 C의 항소심에서의 소송상 지위에 따라 A와 B의 항소취하가 그 효력을 발생시킬 수 있는지 묻고 있다. C가 항소하지 않았는데도 C에 관한 소송절차가 항소심으로 이심되는지 여부와 공동소송인 중 일부가 제기한 항소가 유효한지, 또 C에게도 항소취하권이 인정되는지 여부를 검토한다.

### 2. C에 대한 소송의 항소심 이심여부와 지위

#### (1) 필수적 공동소송의 항소와 심판범위<sup>241)</sup>

필수적 공동소송인 중 일부가 항소하더라도 이는 모두에게 유리한 소송행위이므로, 전원이 항소를 제기한 것으로 취급된다(제67조 제1항).

필수적 공동소송인 사이에 판결의 합일확정이 요구되므로 항소심의 심판범위는 공동소송인 전원에 대하여 미친다.

#### (2) C의 항소심에서의 소송상 지위

필수적 공동소송에서 항소하지 아니한 자의 소송상 지위와 관련하여 상소인이라는 견해와 선정자라는 견해가 있으나, 상소심의 당사자라 할 것이다(통설·판례). 예컨대 항소심당사자는 항소인이 아닌, 항소심당사자로서의 소송상 지위를 가질 뿐이다. 따라서 항소인으로서의 소송행위를 할 수 없고 항소인이 부담하는 소송상 부담을 지지 아니한다.

#### (3) 사안의 경우

C는 항소하지 않았지만, C에 대한 판결 부분도 항소심으로 이심되고, 항소심은 C에 대해서도 판결할 수 있다. 항소심이 항소를 기각할 때에는, A, B, C 모두에 대하여 1심판결이 유지된다. 다만 C는 항소인이 아니므로 항소를 취하하는 등 소송행위를 하거나 소송상 비용을 부담하지 않지만, 항소심당사자이므로 항소심의 심판대상이 된다.

### 3. 항소취하의 효력발생 여부

#### (1) 항소취하권의 인정여부

항소취하권은 상소인에게만 주어지고 상소심당사자에게는 항소취하권이 인정되지 아니하므로, 항소인은 항소인당사자에게 불리한 항소취하행위를 할 수 있는지 문제이다.

#### (2) 학설과 판례

241) 94다33002: 원고가 피고 2, 3 및 제1심 공동피고를 상대로 그 합유지분에 관하여 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 구하는 소송은 고유필수적 공동소송에 해당하고, 이 경우 그 공동소송인의 일부인 피고 2, 3의 항소의 효력은 제1심 공동피고에 대하여도 미치므로 [이후 피고 3이 항소를 취하하였으나, 위 항소취하는 피고 2의 항소가 남아 있는 이상 그 효력이 없으므로, 마찬가지로], 원심으로서의 제1심 공동피고에 대하여도 심리·판단하여 하나의 판결을 선고하여야 할 것이다.

항소심당사자도 항소심의 심판대상이 되므로 항소인이라도 항소심당사자에게 불리한 소송 행위를 해서는 아니 된다는 이유로 항소취하의 효력을 부인하는 견해와 항소인에 대한 항소심당사자의 종속적 지위를 이유로 항소취하의 효력을 인정하여야 한다는 견해가 있다.

(3) 검토

항소취하의 효력은 기판력을 발생시키므로 항소취하를 인정할 수는 없다. 일부 당사자의 항소취하는 인정되지 아니한다.

4. 사안의 해결

A와 B는 항소를 취하할 수 있으나, 취하하더라도 항소취하는 그 효력을 발생시키지 못한다. 따라서 항소법원은 A, B, C 모두에 대하여 항소기각의 판결을 할 수 있다. 소송비용은 항소인인 A와 B에게 부담시키고, 항소심당사자에 불과한 C에게는 항소비용의 재판을 하지 못한다.



## 6. 필수적 공동소송에서 일부판결과 항소

서울에 거주하는 A가 강화읍에 살고 있는 초등학교 동창 B와 C에게 연락하여 경기 소재 토지 또는 임야를 매수하고 이를 전매하여 이익을 분배하기로 하는 내용의 약정을 하면서, A와 B가 2 : 1의 비율로 매수자금을 투자하고 C가 부동산에 관한 정보제공과 전매 등의 일 처리를 도맡아 처리하기로 합의하였다. A, B, C는 강화읍에 소재하는 乙 소유의 X토지를 매수하였다. 그런데 잔금까지 받은 을이 위 토지의 소유권이전등기를 거부하고 있다. A, B, C가 제기한 소유권이전등기청구소송에서 1심법원이 청구기각의 판결을 선고하였다. 이 판결에 불복하여 A와 B만이 항소를 제기하였다. 항소심이 A와 B의 항소에 이유가 있다고 판단하여 1심판결을 취소하고 청구를 인용하는 취지의 항소인용 판결을 하면서도 C에 대한 원심판결 부분에 대해서는 심판하지 않았다. A와 B가 상고를 제기하였다. 상고심의 판단을 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

필수적 공동소송에서 일부판결이 허용되지 않아 상소대상판결이 존재하는지 여부와 상소하지 아니한 항소심당사자가 상소적격을 가지는지 묻고 있다. 부적법한 일부판결을 추가판결에 의해 구제할 것인가, 아니면 상소로서 다룰 수 있는지 문제이다.

### 2. 필수적 공동소송에서 위법판결

#### (1) 일부판결 허부

고유필수적 공동소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 공동소송인 전원에 대하여 하나의 중국판결을 선고하여야 하고 공동소송인 일부에 대해서만 판결할 수 없다.

#### (2) 위법한 판결의 구제

법원이 공동소송인 중 일부에 대해서만 판결한 경우, 이를 하자 있는 하나의 전부판결로서 판단누락으로 볼 것이지, 판결누락에 해당하지 아니 한다(통설·판례).<sup>242)</sup> 따라서 이에 대해서는 추가판결이 아니라 상소로써 구제받을 수 있다.

#### (3) 사안의 경우

C를 누락한 판결은 판결누락에 해당한 부적법한 판결이지만 추가판결을 허용하지 아니한다. 제1심판결은 부적법한 일부판결이므로, 상고는 적법하다.

### 3. 상고법원의 판단

#### (1) 상고적격 여부

항소하지 아니한 항소심당사자는 필수적 공동소송에서 항소인이라는 견해와 선정자라는 견해가 있으나, 항소심의 당사자라 할 것이다(통설·판례). 항소심당사자가 상고를 제기할 수

242) 대법원 2011.02.10. 선고 2010다82639 판결: 합유로 소유권이전등기가 된 부동산에 관하여 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송은 합유물에 관한 소송으로서 합유자 전원에 대하여 합일적으로 확정되어야 하는 고유필수적 공동소송에 해당한다. 이와 같은 고유필수적 공동소송에 있어서는 공동소송인 중 일부가 제기한 상소 또는 공동소송인 중 일부에 대한 상대방의 상소는 다른 공동소송인에게도 그 효력이 미치는 것이므로 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 그 소송은 전체로서 상소심에 이심되며, 상소심판결의 효력은 상소를 하지 아니한 공동소송인에게 미치므로 상소심으로서 공동소송인 전원에 대하여 심리·판단하여야 한다. 따라서 고유필수적 공동소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 공동소송인 전원에 대하여 하나의 중국판결을 선고하여야 하고 공동소송인 일부에 대해서만 판결하거나 남은 공동소송인에 대해 추가판결을 하는 것은 모두 허용될 수 없다.

있는지에 대하여 C는 항소를 제기하지 않았지만, 항소심 당사자로서 항소심판결의 효력을 받으므로, 상고를 제기할 적격이 있다.

#### (2) 상고심 판결

상고심은 법률심이므로 상고를 인용할 경우 스스로 재판할 수 없고, 원심법원의 판결을 파기하여 사건을 원심법원에 환송하여야 한다(제436조 제1항). 상고심이라도, 1) 법률적용 위반을 이유로 원심판결을 파기하는 경우 사건이 이미 확정된 사실을 바탕으로 재판하기에 충분하거나 또는, 2) 법원의 권한이 미치지 아니한 사건을 파기한 때에는 파기하여 환송하는 대신에 파기하고 스스로 재판할 수 있다(제437조 제1호).

#### (3) 사례에의 적용

법률적용상의 잘못만이 있으므로, 대법원은 항소심에서 확정된 사실관계를 전제로 하여 제 437조 제1항에 따라 항소심판결을 파기하고 직접 원고들의 청구 전부를 인용하는 판결을 한다.

#### 4. 결론

A와 B의 상고는 상고대상적격을 갖추어 적법하다. 상고심은 제437조 제1호에 따라 항소법원의 판결을 파기하고, A, B, C의 청구를 인용하는 판결을 한다.

## 7. 예비적·선택적 공동소송인의 추가

甲은 乙의 아들 丙과의 사이에 乙 소유의 토지를 대금 10억 원에 매수하기로 하는 계약을 체결하고 계약에서 정한 날보다 신속히 등기를 이전받고자 대금 10억 원을 丙에게 선지급하였다. 위 토지에 관한 소유권이전등기를 요청하는 甲에 대하여 乙은 위 매매계약에 관하여 丙에게 대리권을 수여한 사실이 없다고 주장하면서 甲의 요청에 응하지 아니하였다. 甲은 계약에서 정한 이행일이 경과한 후 乙을 피고로 하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구소송을 제기하였다. 제1심 변론진행 중에 甲은 무권대리인으로서 매매계약을 한 데에 따른 손해배상을 구하는 예비적으로 丙을 피고를 추가신청하였다.(아래는 독립적임)

1. 소송 중에 丙이 변론기일에 출석하여 자신이 乙로부터 대리권을 수여받음이 없이 甲과 계약체결사실을 시인하였다. 법원의 예상되는 판결을 논하시오.

2. 제1심법원은 乙에 대한 청구를 인용하면서 丙에 대한 청구에 대하여는 아무런 판단도 하지 않았다. 이에 대하여 乙만이 항소하였는데, 제2심법원도 제1심법원과 동일한 심증을 얻은 경우 항소법원의 조치를 설명하시오.

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

丙의 자백이 인정여부의 검토에 앞서 丙에 대한 예비적 공동소송추가로서 적법한지 문제되며, 적법한 경우 丙의 재판상 자백이 乙과의 관계에서 효력을 인정할 것인가 문제된다.

#### 2. 예비적 공동소송인 추가의 적법여부

##### (1) 예비적 공동소송의 허용여부

예비적 공동소송이란 공동소송인들 사이에 각 청구가 양립할 수 없고 그 청구들 사이에 순위가 정해져 있는 소송을 말한다(제70조). 종래 추가허용여부에 대하여 논의가 있었으나 민사소송법은 제70조에서 예비적 공동소송의 소송형태를 인정하고, 예비적 피고의 지위불안은 제70조 제2항에 의해, 재판의 불통일 위험은 제67조를 준용하여 이를 해결하였다.

##### (2) 예비적 공동소송인 추가의 적부

###### 1) 문제점

예비적 공동소송은 공동소송으로서 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 양립할 수 없는 경우이어야 한다(제70조). 특히 법률상 양립불가능한 경우의 해석이 인정되어야 적법이 인정된다.

###### 2) 법률상 양립불가능의 의미

판례는 법률상 양립할 수 없다는 것은, 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한 쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우나, 당사자들 사이의 사실관계 여하에 의하여 또는 청구원인을 구성하는 핵심적 사실인정에 의하여 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우로서, 실체법적으로 서로 양립할 수 없는 경우뿐 아니라 소송법상으로 서로 양립할 수 없는 경우를 포함하는 것으로 봄이 상당하다는 입장이다.

### (3) 사안에 적용

제65조 전문의 권리의무가 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 생긴 경우로서 丙에게 대리권이 있다면 乙이 이행책임을 지고, 만일 丙에게 대리권이 없다면 乙은 책임이 없고, 丙이 계약이행이나 손해배상책임을 지는 경우이므로 택일적 사실인정의 경우에 대한 법률효과가 양립불가능한 경우로 보아야 할 것이다. 따라서 적법하다.

## 3. 예비적 피고 丙의 자백의 효력

### (1) 문제점

공동소송인 한사람의 소송행위는 전원의 이익을 위해서만 효력이 있다(법 제67조, 제70조 제1항). 다만 제70조 제1항 단서에서는 불리한 행위이지만 소의 취하, 청구의 포기·인낙, 재판상 화해를 각자 할 수 있도록 하였다. 이때 재판상 자백이 불리한 행위로서 각자 할 수 있는지 문제된다.

### (2) 丙의 재판상 자백의 효력

#### 1) 화설의 대립<sup>243)</sup>

제한없이 이를 인정하자는 유효설, 자백이 전원이 인정되는 경우에만 유효로 하는 무효설, 다른 일방에게 이익이 되면 유효 불이익이 되면 무효라는 절충설이 있다.

#### 2) 검토

자백의 경우에 제67조 제1항이 준용된다고 할 것이며, 그리고 예비적 공동소송의 경우는 서로 이해관계가 대립되는 관계이므로 예비적 공동소송인 1인의 자백은 다른 공동소송인에게 이익이 될 수도 있고, 불이익이 될 수도 있다. 그렇다면 예비적 공동소송인 1인의 자백이 다른 공동소송인에게 이익이 되면 그 효력이 있다고 볼 것이고, 불이익이 되면 그 효력이 없다고 본다.

## 4. 결론

제70조에 의하여 제67조의 필수적 공동소송의 특칙을 준용하므로 주위적 피고 乙과 예비적 피고 丙과의 관계는 필수적 공동소송인의 관계에 있으며, 다만 乙과 丙 사이는 이해관계가 서로 대립하는 관계이므로 丙의 자백은 乙에게는 이익이 되므로 그 효력이 있다고 할 것이어서 법원은 甲의 丙에 대한 손해배상 청구부분은 인용하고, 甲의 乙에 대한 청구는 기각하여야 한다고 본다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

乙에 대해서는 항소의 적법요건을 구비에 따라 丙에 대해서도 항소의 대상적격과 항소의 이익이 있는지, 丙에 대한 판단의 경우 불이익변경금지원칙이 적용이 문제된다.

---

243) 동시자백과 한쪽자백으로 구별하여 동시자백은 어느 한쪽 당사자에 대한 청구가 기각될 경우에 한하여 다른 쪽 당사자에 대한 자백이 효력이 있고, 한쪽자백은 주위적 당사자가 자백하고 예비적 당사자가 부인한 경우 주위적 당사자의 소송이 인용되는 경우 예비적 당사자에 대해서는 기각하여야 하고, 주위적 당사자는 부인하고 예비적 당사자가 자백하는 경우에는 주위적 당사자에 대하여 패소하는 경우 예비적 당사자에 대해서는 자백을 전제로 심리하여야 한다는 견해도 있으나 의미없다고 생각된다.

## 2. 乙의 항소심의 적법여부

### (1) 항소의 적법요건

항소가 적법하기 위해서는 항소의 대상적격(유효한 종국판결)이 있어야 하고, 적식의 항소 제기, 즉 항소장을 판결정본의 송달일로부터 2주 내에 원심법원에 제출하여야 하며, 항소의 이익이 있어야 하고, 당사자자격을 구비하여야 한다. 여기서는 필수적 공동소송에 따른 심판의 경우 항소의 적법여부가 문제된다.

### (2) 예비적 공동소송에서 심판방법<sup>244)</sup>

판례에 따르면, 예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 대한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고(제70조 제2항), 그 중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하거나 남겨진 자를 위하여 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 예비적 공동소송에서 일부 공동소송인에 관한 청구에 대하여만 판결을 하는 경우 이는 일부 판결이 아닌 흠이 있는 전부판결에 해당하여 판단누락에 준하는 위법한 판결이다.

### (3) 사안의 경우

예비적 공동소송에서 일부 공동소송인 乙에 관한 청구에 대하여만 판결을 하는 경우 이는 일부판결이 아닌 흠이 있는 전부판결에 해당하므로 상소로써 이를 다투어야 하고, 그 누락된 공동소송인 丙에 대해서도 이러한 판단누락을 시정하기 위하여 상소를 제기할 이익이 있으며, 상소의 대상적격도 있으므로, 乙의 항소제기는 적법하다.

244) 대법원 2018. 2. 13. 선고 2015다242429 판결: [1] 주관적·예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 대한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고(민사소송법 제70조 제2항), 그중 일부 공동소송인에 대해서만 판결을 하거나 남겨진 당사자를 위하여 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 주관적·예비적 공동소송에서 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정적 차단되고 상소심에 이시되어 심판대상이 된다. [2] 민사소송법은 주관적·예비적 공동소송에 대하여 필수적 공동소송에 관한 규정인 제67조 내지 제69조를 준용하도록 하면서도 소의 취하의 경우에는 예외를 인정하고 있다(제70조 제1항 단서). 따라서 공동소송인 중 일부가 소를 취하하거나 일부 공동소송인에 대한 소를 취하할 수 있고, 이 경우 소를 취하지 않은 나머지 공동소송인에 관한 청구 부분은 여전히 심판의 대상이 된다.[3] 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 사람이 바로 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 줄여 달라고 주장하는 것은 허용될 수 없다. 그러나 이는 그러한 사유가 있는 자에게 과실상계의 주장을 허용하는 것이 신의칙에 반하기 때문이므로, 불법행위자 중의 일부에게 그러한 사유가 있다고 하여 그러한 사유가 없는 다른 불법행위자까지도 과실상계의 주장을 할 수 없다고 해석할 것은 아니다. 또한 중개보조원이 업무상 행위로 거래당사자인 피해자에게 고의로 불법행위를 저지른 경우라고 하더라도, 중개보조원을 고용하였을 뿐 이러한 불법행위에 가담하지 않은 개업공인중개사에게 책임을 묻고 있는 피해자에게 과실이 있다면, 법원은 과실상계의 법리에 따라 손해배상의 책임과 그 금액을 정하는 데 이를 참작하여야 한다. 따라서 과실에 의한 불법행위자인 중개보조원이 고의에 의한 불법행위자와 공동불법행위책임을 부담하는 경우 중개보조원의 손해배상액을 정할 때에는 피해자의 과실을 참작하여 과실상계를 할 수 있고, 중개보조원을 고용한 개업공인중개사의 손해배상금액을 정할 때에는 개업공인중개사가 중개보조원의 사용자일 뿐 불법행위에 관여하지는 않았다는 등의 개별적인 사정까지 고려하여 중개보조원보다 가볍게 책임을 제한할 수도 있다. [4] 불법행위에서 과실상계는 공평 또는 신의칙의 견지에서 손해배상액을 정하는 데 피해자의 과실을 참작하는 것으로, 가해자와 피해자의 고의·과실의 정도, 위법행위의 발생과 손해의 확대에 관하여 피해자의 과실이 어느 정도의 원인이 되어 있는지 등의 여러 사정을 고려하여 배상액의 범위를 정하는 것이다. 그러나 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다.

### 3. 항소심에서의 본안판단

#### (1) 문제점

항소심의 이심범위와 심판범위가 특정되어야 하는데 이 경우 병의 지위와 불이익변경금지가 적용되는지 문제된다.

#### (2) 丙의 지위와 심판범위

##### 1) 丙의 지위

丙에 대한 청구도 확정되지 아니하고 이심된다. 이 경우 丙은 단순한 항소심당사자로 보는 것이 통설과 판례이다.

##### 2) 불이익변경금지원칙의 적용여부

판례는 “주관적·예비적 공동소송에서 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정이 차단되고 상소심에 이심되어 심판대상이 되고, 이러한 경우 상소심의 심판대상은 주위적·예비적 공동소송인들 및 상대방 당사자 간 결론의 합일확정 필요성을 고려하여 판단하여야 한다”는 입장이다. 즉 예비적 공동소송의 경우에 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 않는다.

#### (3) 사안의 경우

항소심은 항소인 乙뿐만 아니라 항소하지 않은 丙도 당사자의 지위를 갖게 되므로 심판할 수 있다. 다만 사안에서 항소심법원이 제1심법원과 동일한 심증을 얻은 경우 어떠한 판결을 하여야 하는지가 문제이다.

### 4. 항소심 법원의 조치

항소심은 제1심법원과 동일한 심증을 얻은 경우, 항소심 법원은 항소를 인용하여 1심판결을 취소하고, 항소심은 1심과 동일한 심증을 얻었으므로 1차 청구를 인용, 2차 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다.

## 8. 복합적 소송형태

甲은 乙 명의의 X토지를 자신의 사망한 아버지가 매입하였다고 주장하면서, 매매를 원인으로 소유권이전등기를 청구하는 소를 제기하였다. 제1심 절차에서 甲은 다시 준비서면을 제출하여 매매계약이 체결되지 않았더라도 위 토지에 관한 취득시효가 완성되었다고 주장하며 예비적으로 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 추가하는 한편, 자신의 亡 父가 乙의 대리인 丙과 매매계약을 체결한 것이라고 주장하면서도, 만약 매매계약이 유효하게 체결된 것이 아니라면 丙이 무권대리인으로서 손해배상을 하여야 한다는 취지로 丙을 예비적 피고로 추가하는 신청을 하였다. 법원은 추가신청을 받아들이고 변론기일을 지정하였다. 제1심 변론기일에 甲과 乙은 출석하였으나 丙은 결석하였다. 이 기일에서 甲은 자신의 아버지가 乙의 대리인 丙으로부터 위 토지를 매수하였다고 주장하였으나, 乙은 대리권수여 사실을 다투었다. 제1심법원은 乙이 丙에게 대리권을 수여하였다고 판단하여 甲의 乙에 대한 주위적 청구만을 인용하고, 甲의 예비적 청구와 丙에 대한 청구를 모두 기각하였다. 이 판결에 대하여 乙만이 항소를 제기하였다. 항소심은 심리결과 제1심에서와 달리 甲이 乙을 상대로 한 매매로 인한 소유권이전등기청구는 이유가 없으며, X토지에 관한 甲의 점유취득시효는 완성되었다고 판단하기에 이르렀다. 항소법원이 甲의 주위적 청구와 예비적 청구, 그리고 丙에 대한 청구에 대해 어떻게 판결할 것인지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

선택적 청구의 예비적 병합 청구가부, 예비적 공동소송의 성립 여부와 심판 방법, 그리고 예비적 청구병합과 예비적 공동소송이 결합될 경우 병합형태에 따른 심판 방법을 묻고 있다. 판례의 부진정예비적 병합에 대한 심판 방법을 검토한다. 제68조에 따라 병을 예비적 피고로 추가할 수 있는지 여부와 관련하여 을과 병이 제70조 제1항의 예비적·선택적 공동소송관계에 있는지 검토한다. 을에 대한 예비적 청구와 병에 대한 청구의 병합 유형이 단순병합인지 검토한다.

### 2. 중첩적 소송형태의 적법여부

#### (1) 선택적 병합의 부진정 예비적 병합의 적부

청구의 변경 중에 추가적 병합에 해당하는 선택적 병합의 후발적 병합에 대하여, 판례는 부진정예비적 병합으로서 양립가능한 청구라도 합리적 필요가 있는 때에는 순위를 붙여 청구할 수 있으며 이 경우 병합의 객관적 성질에 따라 선택적 병합이 성립을 인정하고 심판한다.

#### (2) 예비적 공동소송인 추가의 적법여부

##### 1) 예비적 선택적 피고의 추가

예비적 선택적 공동소송에 대해서는 필수적 공동소송에 관한 규정이 준용되므로(제70조 제1항 본문), 예비적 선택적 피고를 추가할 수 있다(제68조). 법원이 당사자의 추가신청을 허가하면 기존의 당사자에게 허가결정의 정본을 송달하여야 하며, 추가되는 당사자에게는 소장부분도 송달하여야 한다(제68조 제2항). 필수적 공동소송은 아니지만, 만약 예비적선택적 공동소송이 성립된다면 제68조를 준용하여 병을 예비적 피고나 선택적 피고로 추가할 수 있을 것이다.

##### 2) 법률상 불양립 관계의 인부

제70조 제1항의 예비적 공동소송이 성립하기 위해서는 주위적 당사자와 예비적 당사자에

대한 청구가 서로 '법률상 양립할 수 없는' 경우라야 한다. 주관적 병합 청구 중 어느 하나의 청구가 인용되면 법률상 다른 청구는 기각될 운명에 있어야 하며, 두 청구 모두가 인용되는 관계는 불양립관계가 아니다. 불양립판단의 기준은 분쟁의 사실관계이며, 반드시 소송물이 동일할 것을 요하지 아니한다. 법률상 불양립은 실체법상으로 양립하지 아니한 경우는 물론 소송법상 양립할 수 없는 경우를 포함한다.

### 3) 사안의 경우

乙에 대한 소유권이전등기청구인 주위적 청구는 적법한 대리권에 기한 매매계약체결을 전제로 한 반면에, 甲의 丙에 대한 청구는 무권대리책임을 묻는 청구이므로, 양 청구는 실체법상 불양립관계에 있다.

#### (3) 소결

매매로 인한 소유권이전등기청구와 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 양립가능하고 동일 취지의 급부를 구하고 있으므로, 선택적 병합이다. 한편 甲은 丙을 예비적으로 병합시켰으므로, 乙과 丙은 예비적 공동소송인이다. 따라서 법원의 원고 甲이 丙을 예비적 피고로 추가한 것은 적법하다.

## 3. 예비적 공동소송의 심판 방법

### (1) 예비적 공동소송의 합일확정의 원칙

예비적 공동소송은 필수적 공동소송에 관한 규정을 준용하여 심판한다. 양 청구를 심리함에 있어서 소송자료 및 소송진행을 통일한다. 법원은 주위적 당사자에 대한 심판과 함께 예비적 당사자에 대하여도 판결해 주어야 하며(제70조 제2항), 이 경우 재판의 통일을 기하여야 한다.

### (2) 예비적 공동소송의 심판방법

예비적 공동소송의 경우 재판의 통일을 기하여야 하므로, 상소심은 주위적·예비적 당사자 및 그 상대방 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단한다. 따라서 주위적 당사자와 예비적 당사자 중 어느 한 사람에 대하여 상소를 제기하면 다른 당사자에 대한 청구 부분도 확정이 차단되고 상소심에 이심되어 심판대상이 된다.

### (3) 사안의 경우

상소심은 乙과 丙에 대하여 소송자료를 통일하고 심리를 공통으로 하여 乙과 丙 모두에 대하여 판결한다. 甲의 乙에 대한 주위적 청구를 기각할 경우 특별한 사정이 없는 한 예비적 피고 丙에 대한 청구를 인용하며, 주위적 청구를 인용할 경우에는 예비적 청구를 기각하는 판결을 한다.

## 4. 乙에 대한 예비적 청구와 丙에 대한 청구의 심판방법

### (1) 통상의 공동소송관계

甲의 乙에 대한 예비적 청구와 丙에 대한 청구는 법률상 양립가능하고, 각 청구에 대하여 독립적인 재판을 요구하므로, 단순병합의 형태로 통상공동소송관계에 있다. 이 경우 주장공통의 원칙이 적용되는지 문제이나, 통상공동소송관계에서 주장공통의 원칙을 적용할 수 없다는 것이 판례이다.

### (2) 준비서면 부제출의 효과

준비서면을 제출하지 아니하고 기일에 출석하지 아니하면 상대방이 예고한 사실을 자백한



것으로 간주받는다(제148조 제3항). 자백간주는 당사자를 구속하지는 못하지만, 법원의 사실인정권을 배제한다.

### (3) 항소법원의 판결

항소법원은 항소를 인용하는 경우 제1심판결을 취소하고 주문을 다시 내야한다. 따라서 자백간주의 공동소송독립의 원칙에 의하여 항소법원은 매매로 인한 소유권이전등기청구를 기각하고, 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 인용한다. 즉 법원은 丙이 甲의 주장 내용, 즉 丙에게 대리권이 없다는 사실을 자백한 것으로 간주한다. 이에 따라 법원은 甲의 丙에 대한 청구를 인용하게 될 것이다.

## 5. 설문의 해결

교차병합은 적법하며 법원은 모두에 대하여 판단하여야 한다. 한편 항소법원은 乙에 대한 주위적 청구와 丙에 대한 청구를 예비적 공동소송의 심판방법으로, 乙에 대한 예비적 청구와 丙에 대한 청구는 통상공동소송에 관한 공동소송인 독립의 원칙에 따라 심판한다. 따라서 항소법원은 제1심판결을 취소하고, 乙에 대한 甲의 주위적 청구는 기각, 예비적 청구는 인용하며, 丙에 대한 甲의 청구를 인용한다.

## 9. 중첩적 병합소송의 항소심 심판

甲은 운동 중 발목을 다치는 부상을 입었다. 부상치료 목적으로 乙 의료재단이(이하 '乙') 운영하는 A병원에 방문하였다가 진료 중에 운동 후 탈수에 따른 혈액의 응고현상으로 응급혈관중재술이 필요한 전층심근경색 소견을 보였는데, A병원에서는 중재술을 시행할 형편이 되지 않아 A병원 의료진들은 甲의 치료경력이 있는 B병원으로 甲을 전원하도록 결정하였다. 이에 A병원과 특수구급차 임대계약을 체결한 丙구급센터(이하 '丙')는 일반구급차로 甲을 이송하였는데, 甲이 B병원 도착 당시 혼수, 심실세동 등의 상태에 있었고, 도착 8시간 만에 사망하였다. 甲의 상속인인 원고는 소송을 제기하면서 소장에서 피고 乙을 상대로 하여 A병원이 응급구조사 등의 탑승 없이 甲을 이송한 이 사건 구급차의 운전자라고 주장하며 응급의료법 제48조 위반의 불법행위에 기한 손해배상청구만을 하였다. 제1심 소송 중 원고는 준비서면을 통하여 A병원이 이 사건 구급차의 운용자가 아니라고 하더라도 A병원 의료진에게는 응급구조사의 탑승 여부 등을 확인하지 아니한 채 이 사건 구급차로 이송시킨 잘못이 있다고 주장하며 예비적으로 응급의료법 제11조 제2항 위반의 불법행위에 기한 손해배상청구를 추가하였다. 이어서 원고는 A병원이 이 사건 구급차의 운용자가 아니라면 피고 丙이 사건 구급차의 운전자에 해당한다고 주장하며 피고 乙에 대한 주위적 청구가 받아들여지지 아니할 경우 피고 丙에 대하여 응급의료법 제48조 위반의 불법행위에 기한 손해배상청구를 받아들여 달라는 취지로 피고 丙에 대하여 예비적 피고 추가를 신청을 하였다. 제1심 법원은 이 사건의 예비적 피고로 丙을 추가하는 허가를 결정 하였다. 이어서 乙과 丙에 대한 사실심리 후 변론을 종결하면서 판결주문을 통하여 원고의 응급의료법 제48조 해당하는 乙에 대한 청구와 丙에 대한 청구를 기각하고 응급의료법 제11조 제2항에 해당하는 과실만이 乙에게 있다고 판단하여 乙에 대한 甲의 예비적 청구를 인용하였다.<sup>245)</sup>

1. 판결의 타당성을 설명하시오.

2. 乙은 예비적 청구에 대한 응급의료법 제11조 해당하는 과실도 없다면서 항소하였다. 항소심은 변론을 종결한 결과 피고 丙을 이 사건 구급차의 운전자로 판단하면서 乙에 대해서도 원심이 인정한 바와 같이 응급의료법 제11조에 해당하는 과실이 있다는 판단하였을 경우 항소심 법원의 조치를 논하시오.

### 응급의료에 관한 법률

#### 제11조(응급환자의 이송)

② 의료기관의 장은 제1항에 따라 응급환자를 이송할 때에는 응급환자의 안전한 이송에 필요한 의료기구와 인력을 제공하여야 하며, 응급환자를 이송받는 의료기관에 진료에 필요한 의무기록(醫務記錄)을 제공하여야 한다.

제48조(응급구조사 등의 탑승의무) 구급차 등의 운용자는 구급차등이 출동할 때에는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 응급구조사를 탑승시켜야 한다. 다만, 의사나 간호사가 탑승한 경우는 제외한다.

## I. 설문 1에 대하여

### 1. 문제의 소개

245) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다232913 판결: 주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구 중 주위적 청구 부분이 받아들여지지 아니할 경우 그와 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 예비적 피고에 대한 청구를 받아들여 달라는 취지로 결합하여 소를 제기할 수 있는지 여부(적극) 및 처음에는 주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구만 하였다가 청구를 결합하기 위하여 예비적 피고를 추가할 수 있는지 여부(적극)/이 경우 주위적 피고에 대한 예비적 청구와 예비적 피고에 대한 청구를 병합하여 통상의 공동소송으로 보아 심리·판단할 수 있는지 여부(한정 적극) 및 이러한 법리는 주위적 피고에 대하여 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구를 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구한 경우에도 그대로 적용되는지 여부(적극)

원고의 乙에 대한 청구의 객관적 병합 형태에 따라 제1심의 주위적 청구기각, 예비적 청구 인용의 타당성 여부와 丙의 예비적 피고의 추가의 적법이 문제된다.

## 2 乙에 대한 선택적 병합과 심판

### (1) 의료법 제11조와 제48조의 관계

의료법 제11조와 제48조는 양립가능한 청구로 이를 후발적으로 병합하는 경우라도 원칙적으로 논리적 상호관련성 있는 선택적 병합이 가능하며, 이를 예비적으로 병합한 경우 이를 허용하는지 문제된다. 학설은 나뉘는 반면에 판례는 심판순위를 붙여 청구를 할 합리적으로 필요성이 있는 경우 이를 허용하면서 당사자가 붙인 순위에 따라 심리하고 이유가 없으면 다음 청구를 심리하여야 한다는 입장이다.

### (2) 부진정 예비적 병합의 심판

심판방법은 당사자의 의사에 의하는 것이나 아니라 청구병합의 객관적 성질에 의하여 순서에 구속되어 재판하지만 선택적 병합의 성질을 갖고 있으므로 그에 의하여 심판한다. 즉 어느 한 청구가 택일적으로 인용될 것을 해제조건으로 하여 소멸하며 또는 기각될 것을 대비하여 다른 청구에 대하여 심판을 신청하는 형태의 병합이므로 원고 청구인용판결을 하는 경우 어느 하나를 선택하여 판결하고, 원고청구기각판결을 하는 경우 병합된 청구전부에 대하여 배척하는 판단하여야 한다.

### (3) 乙에 대한 주위적 청구에 대한 기각판결의 부당성

부진정 예비적 병합이지만 본질이 선택적 병합이므로 예비적 청구를 인용하는 경우에도 주위적 청구는 해제조건으로 소멸하여 이 대한 판결은 효력이 없으므로 원심의 주위적 청구에 대한 기각판결은 부당하고, 예비적 청구에 대하여만 인용하여야 한다.

## 3. 예비적 피고 추가의 적법여부<sup>246)</sup>

### (1) 문제점

예비적 공동소송이 허용되는 범문에 비추어 피고로 丙이 추가될 수 있는지 특히 법률상 양립불가능 경우의 의미가 문제된다.

### (2) 예비적 공동소송인의 추가여부

#### 1) 예비적 공동소송 적법요건

예비적 공동소송은 법 제70조에 따라 공동소송의 일반요건을 갖추어야 하며, 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 양립할 수 없는 경우 이어야 한다.

#### 2) 양립 불가능의 의미

246) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다232913 판결: 주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구 중 주위적 청구 부분이 받아들여지지 아니할 경우 그와 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 예비적 피고에 대한 청구를 받아들여 달라는 취지로 결합하여 소를 제기할 수 있는지 여부(적극) 및 처음에는 주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구만 하였다가 청구를 결합하기 위하여 예비적 피고를 추가할 수 있는지 여부(적극)/이 경우 주위적 피고에 대한 예비적 청구와 예비적 피고에 대한 청구를 병합하여 통상의 공동소송으로 보아 심리·판단할 수 있는지 여부(한정 적극) 및 이러한 법리는 주위적 피고에 대하여 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구를 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구한 경우에도 그대로 적용되는지 여부(적극)

판례는 반대되는 결과로서 실체법적으로 서로 양립할 수 없는 경우만이 아니 소송법상으로 양립할 수 없는 경우를 포함하는 것으로 본다.

### (3) 사례에의 적용

사안의 경우 예비적 병합의 성립요건으로 주위적 청구와 예비적 청구간의 불양립관계에 있다. 따라서 예비적 병합은 타당하다.

## 4. 결론

판결 주문은 부당하나 예비적으로 丙을 병합시킨 것은 타당하다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제제기

乙의 항소에 대한 이심범위 및 심판범위 및 그에 따른 피고 丙에 대한 지위 및 불이익변 경금지원칙이 적용되는 여부에 대한 항소심 판단과 조치가 문제된다.

### 2. 乙의 항소에 대한 심판

#### (1) 이심범위와 심판범위

부진정예비적 병합으로서 선택적 병합의 일부항소는 전부항소로 취급된다. 결과적으로 전부이심, 전부심판 대상이 된다.<sup>247)</sup>

#### (2) 乙의 항소에 대한 항소심의 조치

항소심은 乙에 대한 원고의 청구가 본질적으로 선택적 병합에 해당하므로 乙의 과실을 인정할 수 없다면 전부 심판하면서 전부기각판결 하거나, 예비적 청구를 인정하는 경우 주위적 청구에 대한 기각판단없이 청구인용하여 한다.

#### (3) 항소심이 심판형식

항소심에서 원심과 동일하게 청구인용하는 경우라도 선택적 병합인 경우 항소기각설이 아니라 판례에 따른 경우 제1심 판결을 취소하고 새로이 청구인용하는 판결을 하여야 한다.

### 3. 丙에 대한 청구의 심판여부

#### (1) 문제점

항소하지 않은 예비적 피고 丙에 대한 원고의 청구인용판결이 타당한지, 결과적으로 불이익변경금지 원칙이 적용되는 지 문제된다.

#### (2) 이심의 범위

우선 주위적 피고 乙의 항소에 의하여 예비적 피고 丙에 대한 청구도 확정되지 않고 항소심으로 이심된다. 예비적 공동소송의 경우 제70조에서 필수적 공동소송의 심판방법인 제67조를 준용하기 때문이다.

#### (3) 항소하지 않은 丙의 지위

247) 판례는 『수 개의 청구가 제1심에서 처음부터 선택적으로 병합되고 그 중 어느 한 개의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 경우는 물론, 원고의 청구를 인용한 판결에 대하여 피고가 항소를 제기하여 항소심에 이심된 후 청구가 선택적으로 병합된 경우에 있어서도 항소심은 제1심에서 인용된 청구를 먼저 심리하여 판단할 필요는 없고, 선택적으로 병합된 수 개의 청구 중 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 선택하여 심판할 수 있다』고 한다.

항소하지 않은 예비적 피고 丙의 지위는 항소인 또는 피항소인이 아니라 단순한 항소심당사자로 보는 것이 통설·판례의 입장이다. 항소하지 않은 예비적 피고 丙에 대한 소송관계도 항소심의 심판대상이 된다. 예비적 공동소송의 경우에 법률상 양립할수 없는 경우 공동소송인 사이에 분쟁관계를 모순없이 통일적으로 해결함으로써 재판을 통일적으로 해결하여야 하므로 불이익변경금지 원칙이 적용되지 않는다.

**(4) 심판의 범위와 불이익변경금지 원칙**

판례에 따르면 피고 乙에 대한 주위적 청구가 받아들여지지 아니할 경우 피고 乙에 대한 예비적 청구와 피고 丙에 대한 청구를 병합하여 통상의 공동소송으로 보아 심리·판단할 수 있다고 본다.

**4. 항소심 법원의 조치**

선택적 병합된 부진정예비적 청구에 대하여 乙이 항소한 경우 전부이심, 전부심판 대상이 되며, 예비적 피고인 丙도 이심되어 심판대상이 된다. 다만 예비적 청구에 대하여는 통상의 공동소송이므로 항소심 법원은 원심판결을 취소하고, 乙에 대한 예비적 청구에 청구인용판결 하고, 丙에 대하여도 원고의 청구인용판결한다.

## 판례연구

대판 1991.12.27, 91다23486

[1] 채무자가 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 것을 알았을 경우에는 그 확정판결의 효력은 채무자에게도 미친다.

[2] 위 [1]항의 경우 각 채권자대위권에 기하여 공동하여 채무자의 권리를 행사하는 다수의 채권자들은 유사필요적 공동소송관계에 있다 할 것이다.

[3] 제1심에서 유사필요적 공동소송관계에 있는 다수의 채권자들의 청구가 모두 기각되고, 그 중 1인만이 항소한 경우 민사소송법 제67조 제1항은 필요적 공동소송에 있어서 공동소송인 중 1인의 소송행위는 공동소송인 전원의 이익을 위하여서만 효력이 있다고 규정하고 있으므로 공동소송인 중 일부의 상소제기는 전원의 이익에 해당된다고 할 것이어서 다른 공동소송인에 대하여도 그 효력이 미칠 것이며, 사건은 필요적 공동소송인 전원에 대하여 확정이 차단되고 상소심에 이심된다고 할 것이다.

대결 2007.6.26, 2007마515

[1] 민사소송법 제70조 제1항에 있어서 '법률상 양립할 수 없다'는 것은, 동일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한 쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우나, 당사자들 사이의 사실관계 여하에 의하여 또는 청구원인을 구성하는 택일적 사실인정에 의하여 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우로서, 두 청구들 사이에서 한 쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계를 의미하며, 실체법적으로 서로 양립할 수 없는 경우뿐 아니라 소송법상으로 서로 양립할 수 없는 경우를 포함하는 것으로 봄이 상당하다.

[2] 법인 또는 비법인 등 당사자능력이 있는 단체의 대표자 또는 구성원의 지위에 관한 확인소송에서 그 대표자 또는 구성원 개인뿐 아니라 그가 소속된 단체를 공동피고로 하여 소가 제기된 경우에 있어서는, 누가 피고적격을 가지는지에 관한 법률적 평가에 따라 어느 한 쪽에 대한 청구는 부적법하고 다른 쪽의 청구만이 적법하게 될 수 있으므로 이는 민사소송법 제70조 제1항 소정의 예비적·선택적 공동소송의 요건인 각 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 관계에 해당한다.

[3] 아파트 입주자대표회의 구성원 개인을 피고로 삼아 제기한 동대표지위 부존재확인소의 계속 중에 아파트 입주자대표회의를 피고로 추가하는 주관적·예비적 추가가 허용된다고 한 사례.

대판 2009.3.26, 2006다47677

[1] 부진정연대채무 관계는 서로 별개의 원인으로 발생한 독립된 채무라 하더라도 동일한 경제적 목적을 가지고 있고 서로 중첩되는 부분에 관하여 일방의 채무가 변제 등으로 소멸할 경우 타방의 채무도 소멸하는 관계에 있으면 성립할 수 있고, 반드시 양 채무의 발생원인, 채무의 액수 등이 서로 동일할 것을 요한다고 할 수는 없다. 그리고 부진정연대채무의

관계에 있는 채무자들을 공동피고로 하여 이행의 소가 제기된 경우 그 공동피고에 대한 각 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 것이 아니므로 그 소송을 민사소송법 제70조 제1항 소정의 예비적·선택적 공동소송이라고 할 수 없다.

[2] 민사소송법 제70조 제1항 본문이 규정하는 ‘공동소송인 가운데 일부에 대한 청구’를 반드시 ‘공동소송인 가운데 일부에 대한 모든 청구’라고 해석할 근거는 없으므로, 주위적 피고에 대한 주위적·예비적 청구 중 주위적 청구 부분이 인용되지 아니할 경우 그와 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 예비적 피고에 대한 청구를 인용하여 달라는 취지로 결합하여 소를 제기하는 것도 가능하고, 이 경우 주위적 피고에 대한 예비적 청구와 예비적 피고에 대한 청구가 서로 법률상 양립할 수 있는 관계에 있으면 양 청구를 병합하여 통상의 공동소송으로 보아 심리·판단할 수 있다.

대판(전) 2012.2.16, 2010다82530

수인의 채권자가 각기 그 채권을 담보하기 위하여 채무자와 채무자 소유의 부동산에 관하여 수인의 채권자를 공동매수인으로 하는 1개의 매매예약을 체결하고 그에 따라 수인의 채권자 공동명의로 그 부동산에 가등기를 마친 경우, 수인의 채권자가 공동으로 매매예약 완결권을 가지는 관계인지 아니면 채권자 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약 완결권을 가지는 관계인지는 매매예약의 내용에 따라야 하고, 매매예약에서 그러한 내용을 명시적으로 정하지 않은 경우에는 수인의 채권자가 공동으로 매매예약을 체결하게 된 동기 및 경위, 그 매매예약에 의하여 달성하려는 담보의 목적, 담보 관련 권리를 공동 행사하려는 의사의 유무, 채권자별 구체적인 지분권의 표시 여부 및 그 지분권 비율과 피담보채권 비율의 일치 여부, 가등기담보권 설정의 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여, 채권자가 각자의 지분별로 별개의 독립적인 매매예약 완결권을 갖는 것으로 볼 수 있다면, 채권자 중 1인은 단독으로 지분에 관하여 매매예약 완결권을 행사할 수 있고, 이에 따라 단독으로 지분에 관하여 가등기에 기한 본등기절차의 이행을 구할 수 있다고 판단하였다.

## 제2절 소송참가

### 1. 보조참가

甲은 자신의 소유인 A토지에 관하여 乙과 대금 2억 원으로 한 매매계약서를 작성하고서 乙 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었는데, 위 매매계약서에는 매매대금 2억 원의 채무를 丙이 연대보증한다는 내용이 기재되어 있고, 甲, 乙, 丙 세 사람이 이에 서명, 날인을 하였다. 그런데 甲이 丙을 상대로 매매대금에 관한 연대보증채무의 이행을 구하는 소송(전소)을 제기하면서 위 매매계약서를 증거로 제출하였다. 전소에서 乙이 적법한 형식으로 소송참가를 하여 위 매매계약이 가장매매라고 주장하였는데도 법원은 청구인용 판결을 선고하였고 그 판결이 확정되었다.(다음의 설문은 상호 무관함)

1. 丙이 위 판결에 따라 甲에게 매매대금 상당의 보증금을 지급한 뒤 주채무자인 乙을 상대로 구상금 청구의 소(후소)를 제기하자 그 소송에서 乙은 위 매매계약이 가장매매이므로 구상금을 지급할 수 없다고 주장하였다. 후소 법원이 심리 결과 乙의 주장에 신빙성이 있다는 심증을 얻었다면 어떤 판결을 선고하여야 하는가?

2. 丙이 위 판결확정 후에도 보증금을 지급하지 않자, 甲은 乙을 상대로 매매대금청구의 소(후소)를 제기하였는데, 그 소송에서 乙이 위 매매계약이 가장매매라고 주장하면서 이 점을 증명할 수 있는 확인서를 증거로 제출하였고, 이에 대하여 甲은 전소판결의 확정사실, 전소에서 乙이 적법하게 참가한 사실을 주장, 증명하였다. 후소 법원이 심리 결과 乙의 주장에 신빙성이 있다는 심증을 얻었다면 어떠한 판결을 선고하여야 하는가?

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

소송참가의 요건을 검토하면서 乙의 소송참가의 효력에 따라 후소의 법원이 乙의 주장이 신빙성이 있다고 하더라도 이를 배척할 수 있는지 문제된다.

#### 2. 乙의 소송참가

##### (1) 소송참가의 형태

타인간의 소송에 법률상 이해관계를 가진 자는 그 소송에 참가할 수 있는데, 그 소송의 기판력을 받는 자라면 공소소송참가 또는 공동소송적 보조참가를 할 수 있으나, 그렇지 않는 경우에는 단순 보조참가를 할 수 있다.

##### (2) 보조참가의 요건

다른 사람 사이의 소송계속, 소송결과에 법률상 이해관계가 있을 것 경우 즉, 경제적, 사실적 이해관계가 있는 것만으로는 보조참가가 허용되지 않는다. 이는 사익적 요건으로서, 법원은 당사자의 이익이 있는 경우에만 판단하면 되고(민사소송법 제73조 참조), 이익 없이 변론하면 이익신청권이 상실되는 것으로 본다(민사소송법 제74조) 다른 한편 공익적 요건으로 소송절차를 현저하게 지연시키지 않을 것이 필요하다

##### (3) 사안의 경우

채권자 甲이 丙을 상대로 소를 제기하여 그 소송이 계속 중, 丙이 패소 확정판결을 받는 경우 판결의 효력은 받지 않으나 乙은 위 소송에 법률상 이해관계를 가지고 있으므로<sup>248)</sup>

248) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90다19657 판결: 乙은 민법 제441조 또는 제442조에 의하여 丙에 대하여 구상책임을 지게 될 것이다.



따라서 보조참가를 할 수 있다.

### 3. 보조참가의 소송법적 효력

#### (1) 참가적 효력의 요건

기판력은 소송의 당사자에게만 미치는 것이 원칙이고, 보조참가인에게는 미치지 않는다. 민사소송법은 보조참가인에게 참가적 효력이 미치는 것으로 규정하고 있다(법 제77조). 참가적 효력은 ① 당해 소송에서 본안판결이 선고되었을 것(소송판결 제외), ② 피참가인이 패소하였을 것, ③ 그 판결이 확정되었을 것 등을 요건으로 하여 발생한다.

#### (2) 참가적 효력이 배제되는 경우

① 참가 당시 소송진행의 정도로 인해 참가인이 필요한 행위를 하지 못한 경우, ② 피참가인의 행위와 어긋나서 소송행위를 할 수 없었거나 그 효력이 인정되지 않은 경우, ③ 피참가인이 참가인의 행위를 방해한 경우, ④ 참가인이 할 수 없는 행위를 피참가인이 하지 않은 경우 등에는 참가적 효력을 배제할 수 있다.

#### (3) 참가적 효력의 범위와 판단

주관적 범위는 참가적 효력은 보조참가인과 피참가인 사이에서만 적용되고, 피참가인 아닌 당사자와의 사이에서는 적용되지 않는다. 객관적 범위는 보조참가의 원인인 법률적 이해관계는 판결주문뿐만 아니라 판결이유에서 판단할 사항인 경우도 있기 때문에 참가적 효력은 기판력과 달리 판결주문에서 판단된 사항에 한정되지 않고 판결이유에서 판단된 사항에 대하여서도 발생한다. 이는 항변사유로서 인정되는 데 직권조사사항이라고 보는 반대 견해도 존재한다.

#### (4) 사안의 경우

전소에서 乙이 보조참가를 하여 배제사유 없이 소송행위를 하였음에도 불구하고 피참가인 丙이 패소하였다면 ① 甲-乙간 매매계약이 유효하여 乙의 甲에 대한 매매대금채무가 존재한다는 점, ② 丙의 연대보증계약이 유효하여 丙의 甲에 대한 보증채무가 존재한다는 점에 참가적 효력이 발생한다.

### 4. 결론

丙이 전소에서 보조참가와 판결선고 및 확정사실을 주장, 증명한다면 후소 법원은 증거조사 결과 乙의 주장에 신빙성이 있다는 심증을 얻었다라도 참가적 효력이 미친다는 점을 근거로 乙의 주장을 배척하고 丙의 구상금청구를 인용하는 판결을 선고하여야 할 것이다. 丙이 위와 같은 주장, 증명을 하지 않는다면 법원은 증거조사 결과 얻은 심증에 따라 판단할 수 있을 것이다. 직권조사사항을 보는 경우 증명이 필요없다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 제기

참가적 효력이나 기판력의 작용 여부에 따라 후소의 법원이 자유심증으로 사실관계를 확정할 수 있는지 문제된다.

### 2. 전소 판결의 참가적 효력

#### (1) 참가적 효력

전소 판결의 참가적 효력은 판결이유에서 판단된 사항에 대해서도 미치지만, 참가인과 피 참가인 사이에서만 인정되고, 피참가인 아닌 당사자에게는 미치지 않는다.

**(2) 사안의 경우**

전소에서 甲은 피참가인이었으므로 전소 판결의 참가적 효력은 후소에서 甲에게 미치지 않는다

**3. 전소 판결의 기판력**

**(1) 기판력의 적용**

전소와 후소는 그 소송물 및 당사자가 상이하고, 전소에서 확정된 법률관계가 후소 청구와 모순관계에 있거나 후소에서 선결관계로 되지 않으므로 전소 판결의 기판력은 후소에 미치지 않는다.

**(2) 사안의 경우**

전소 판결의 기판력은 전소의 당사자인 甲과 丙에게만 미치고, 또 소송물로서 판결 주문을 통해 판단된 보증채무의 존재 여부 및 그 범위에 관하여서만 미친다. 전소에서 甲-乙 사이의 주채무의 존재는 소송물인 보증채무의 발생요건인 선결적 법률관계에 해당하므로 판결 이유에서만 판단될 것이고, 따라서 그 판단에는 기판력이 미치지 않는다.

**(3) 판결효력이 배제된 경우 변론주의**

전소 판결문도 증거능력이 있고 그 판결이유에서 甲-乙 사이 매매계약이 유효한 것으로 판단한 것은 유력한 증명력을 가질 수 있다. 그럼에도 불구하고 후소 법원은 기판력, 참가적 효력에 의하여 구속받지 않고 변론과 증거조사에 의한 자유심증에 따라 판단하면 될 것인데, 후소에서 매매계약이 무효라는 점은 항변사유에 해당하므로 乙에게 그 주장, 증명책임이 있다.

**4. 결론**

후소 법원이 증거조사 결과 매매계약이 무효라는 심증을 얻었다면 법원은 乙의 항변을 받아들여 甲의 청구를 기각하여야 할 것이다.

## 2. 보조참가의 효력

채권자 甲은 채무자 乙에게 1억원의 대여금반환을 요구하였으나, 乙이 변제를 거부하자 보증인 丙을 상대로 보증채무의 이행의 소를 제기하였다. 소제기 사실을 알게 된 乙은 丙의 승소를 위해 소송에 참가하여, 주채무 1억원을 변제하였다고 변론에서 주장하였다. 한편 甲에 대하여 2억원의 매매대금채권을 가지고 있는 丙이 이 채권으로 상계한다고 항변을 하지 않자, 乙은 예비적으로 그 상계의 항변을 제기하였다.(아래 각 설문은 독립적임)

1. 법원은 乙의 상계항변을 받아들여 甲의 청구를 기각하는 판결을 할 수 있는가?
2. 법원은 주채무변제와 상계의 항변을 모두 배척하여 甲 승소판결을 선고하였고 이 판결이 확정되었다. 이 판결에 따라 丙은 甲에게 보증금을 지급한 후, 乙을 피고로 하여 구상금청구소송을 제기하였다. 이 소송에서 乙은 주채무가 변제되었음을 이유로 甲의 丙에 대한 전소판결의 내용이 부당하다고 다툼 수 있는가?

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

참가유형에 따른 乙의 참가가 적법한지 검토하고, 나아가 보조참가인이 피참가인의 사법상의 권리인 상계권을 행사할 수 있는지 문제된다.

#### 2. 단순보조참가의 적법여부

##### (1) 참가의 유형

보증채무의 이행을 구하는 소에 주채무자 참가하는 것은 합일확정의 공동소송이 아니므로 제83조의 공동소송참가를 할 수는 없고, 기판력이 미치는 경우도 아니므로 제78조의 공동소송적 보조참가도 아니다. 결국 제71조의 단순보조참가가 이루어진 경우이며 이에 대한 적법여부를 검토한다.

##### (2) 보조참가의 적법여부

###### 1) 보조참가

보조참가라 함은 타인간의 소송계속 중 소송결과에 이해관계가 있는 제3자가 한 쪽 당사자의 승소를 돕기 위하여 그 소송에 참가하는 것을 말한다(제71조).

###### 2) 보조참가의 적법여부

보조참가가 적법하기 위해서는 ① 타인 간에 소송이 계속 중이고, ② 소송결과에 대해 이해관계가 있을 것, ③ 소송절차를 현저하게 지연시키지 아니할 것, ④ 소송행위의 유효요건을 구비할 것을 그 요건으로 하고 있다.

###### (3) 사안의 경우

타인 간에 소송이 계속 중이고, 乙의 보조참가로 인하여 소송절차를 현저하게 지연시킨다는 사정이 보이지 않으며, 丙이 패소하면 참가인 乙에게 구상권을 행사하는 경우이므로 보조참가의 요건을 갖추어 적법하다.

#### 3. 보조참가인의 상계항변 거부

##### (1) 보조참가인의 행위 범위

보조참가인은 소송에 관하여 공격·방어·이의·상소, 그 밖의 모든 소송행위를 자기의 명의로 할 수 있고(제76조 제1항), 그 행위는 피참가인이 한 것과 동일한 효과가 발생한다. 제76조의 규정은 예시적 규정으로 참가인은 피참가인을 승소시키는 데 필요한 일체의 소송행위를 할 수 있는데 피참가인의 사법상 권리도 행사할 수 있는지 문제된다.

## (2) 학설의 대립

### 1) 부정설

보조참가인의 종속성을 강조하는 견해로 실제법상 제3자에게 권리행사가 인정되는 경우나 피참가인이 이미 소송외에서 자신의 사법상의 권리를 행사하였지만 소송상 이를 주장하지 아니한 경우 외에는 보조참가인은 원칙적으로 소송수행상 필요하거나 적당하더라도 피참가인이 가진 사법상의 권리를 행사할 수 없다는 견해이다.

### 2) 긍정설

제3자가 권리행사할 수 있다는 명문규정이 없는 경우에도 피참가인의 사법상의 권리를 행사할 수 있다는 견해로 보조참가인의 독립성을 강조하는 견해로서 참가의 이익이 있어 참가가 허용된 이상 모든 수단을 써서 피참가인의 승소를 도모할 이익이 있다는 점, 피참가인은 참가인의 행위와 저촉되는 행위를 함(제76조 2항)으로써 자기의 이익을 보호할 수 있음을 근거로 한다.

### 3) 절충설

보조참가인은 피참가인의 권리를 당연히 행사할 수 없으나 보조참가인이 권리행사를 한 경우에 피참가인이 지체없이 권리행사의 의사가 없음을 명시하지 않는 한 묵시의 추인이 있는 것으로 보는 입장이다.

## (3) 검토

피참가인을 승소시키는 데 필요한 일체의 소송행위를 할 수 있는데 피참가인의 사법상 권리도 행사하는 것은 당사자의 의사를 존중하는 것도 아니고 법률상 가능한 범위를 벗어난 것이라고 할 것이다.

## 4. 설문 1의 해결

주채무자는 보증채무자의 자동채권으로 상계할 수 있는 실제법상의 권리가 없다. 따라서 乙의 항변제출은 배척되어야 하며 이를 근거로 법원이 甲의 청구를 기각할 수는 없다고 할 것이다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 쟁점의 정리

보증채무자를 상대로 제기한 소송에서 보조참가한 주채무자의 변제항변을 제출하였으나 배척되고 피참가인 주채무자가 패소한 경우 주채무자와 보증인 사이의 소송에서 변제사실을 주장할 수 있는지는 참가적 효력(제77조)과 관련하여 문제된다.

### 2. 참가적 효력

#### (1) 문제점

민사소송법 제77조가 재판의 효력을 말하고 있는데 그 의미가 정확히 소송법적으로 어떤

의미인지 문제된다.

## (2) 견해의 대립

### 1) 기판력설

전소 기판력의 주관적 범위의 확장으로 보는 견해이다.

### 2) 참가적 효력설

피참가인이 패소하고 나서 뒤에 피참가인이 참가인 상대의 제2차 소송을 하는 경우, 그에 대한 관계에서 참가인이 제1차 소송 판결의 내용이 부당하다고 주장할 수 없는 구속력으로 보는 견해이다.

### 3) 신기판력설

참가인과 피참가인 사이에는 참가적 효력이 생기지만, 판결기초의 공동형성이라는 견지에서 참가인과 상대방 사이에는 기판력 내지 쟁점효과 발생한다고 보는 견해이다.

## (3) 판례

참가적 효력설이다.

## 3. 참가적 효력이 미치는 범위

### (1) 참가적 효력의 발생요건

참가적 효력은 피참가인이 패소한 경우만 발생한다. 이러한 참가적 효력은 참가인에게 피참가인을 위하여 소송을 수행할 기회가 주어졌을 경우에만 발생한다. 따라서 참가인이 변론을 다하는 것이 법률상 기대될 수 없거나 현실로 소송수행상의 제약이 있는 경우에는 참가적 효력을 발생시킬 기초가 결여되어 있으므로 참가적 효력은 배제된다.

### (2) 참가적 효력의 객관적 범위

참가적 효력은 판결주문 중의 소송물에 관한 판단에 한하지 않고 판결이유 중의 사실인정, 선결적 법률관계에 관한 판단에도 미친다. 이 점은 제77조의 효력에 관하여 어느 견해를 마찬가지로, 실제상으로도 이유 중의 판단에 구속력을 인정하지 않으면 아무런 의미가 없는 경우가 많다.

### (3) 참가적 효력의 배제사유

참가적 효력은 ① 참가당시의 소송진행 정도로 보아 참가인이 필요한 행위를 할 수 없었던 경우, ② 피참가인의 행위에 어긋나서 참가인의 소송행위가 효력을 잃은 경우, ③ 피참가인이 참가인의 소송행위를 방해한 경우, ④ 참가인이 할 수 없는 행위를 피참가인이 고의나 과실로 하지 아니한 경우에는 배제된다(제77조).

## 4. 설문 2의 해결

단순보조참가의 경우 참가적 효력이 인정된다. 따라서 乙의 변제주장이 丙의 주장과 어긋나서 배척된 경우가 아니라면 참가적 효력에 의하여 2차 소송에서 乙이 변제주장을 다시 하여 전소판결의 내용이 부당하다고 다룰 수 없다.

### 3. 채권자대위소송에서 소송참가

丙은 甲이 직장생활을 하고 있던 중에 甲에게 5,000만 원을 꾸어 주었다고 주장하면서, 甲에게 위 대여금을 반환할 것을 독촉하였다. 丙은 甲에 대하여 가지고 있는 5,000만 원의 대여금채권을 보전하기 위하여 甲이 乙에 대하여 가지고 있는 임금채권 5,000만 원을 대위행사하는 소를 제기하였다. 甲은 丙이 乙을 상대로 제기한 대위소송에 소송참가를 하였다. 법원은 甲의 소송참가를 허용할 것인가?

#### 1. 문제의 소재

- 1) 채무자가 채권자대위소송에 참가하면 중복제소에 해당하여 부적법한지 묻고 있다.
- 2) 소송참가의 경우에도 중복제소법리를 적용할 것인지 문제이다.

#### 2. 소송참가의 유형

##### (1) 타인의 소송 중 제3자의 소송참가

타인의 소송참가는 당사자적격과 기판력이 미치는지에 대하여 소송참가의 유형이 결정된다. 이에 대한 검토가 필요하며 우선 참가적 효력이 아닌 기판력이 미치는지 살핀다.

##### (2) 기판력의 작용여부<sup>249)</sup>

채무자가 대위소송 제기 사실을 안 경우에는 대위소송의 판결의 효력(기판력)을 받는다. 기판력을 받는 자가 당사자적격을 가지고 있으면 공동소송참가이며, 당사자적격을 가지지 않으면 공동소송적 보조참가이다.

##### (3) 사안의 경우

사안에서 채무자는 대위소송 제기사실을 알고 있었으므로 대위소송 판결의 효력을 받는다. 따라서 채무자는 대위소송에 공동소송참가하거나 공동소송적 보조참가를 할 수 있다. 문제는 채무자가 당사자적격을 유지하는지 문제이다.

### 3. 채무자의 당사자적격 유지와 소의 적법성

#### (1) 채권자대위소송의 법적 성질과 소송수행권

채권자대위소송은 민법 제404조가 허용하고 있으며, 그 법적 성질은 법정소송담당이다(통설·판례). 채권자대위소송은 함께형 소송담당이므로 채권자대위소송이 제기된 이후에도 채무자의 당사자적격이 소멸되지 않는다. 따라서 채무자도 제3채무자에 대한 소송에서 소송수행권이 있다.

#### (2) 채무자의 당사자적격

##### 1) 문제점

채권자대위소송의 통지에 의하여 채무자가 당사자적격을 잃는지 문제이다.<sup>250)</sup>

249) 대판 2014.01.23. 2011다108095: 민사소송법 제218조 제3항은 '다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다.'고 규정하고 있으므로, 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우 채권자가 채무자에 대하여 민법 제405조 제1항에 의한 보존행위 이외의 권리행사의 통지, 또는 민사소송법 제84조에 의한 소송고지 혹은 비송사건절차법 제49조 제1항에 의한 법원에 의한 재판상 대위의 허가를 고지하는 방법 등 어떠한 사유로 인하였든 적어도 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 때에는 그 판결의 효력이 채무자에게 미친다고 보아야 한다.

## 2) 견해의 대립

일부 견해는 채무자의 당사자적격은 당초에는 함께형이나 채무자가 대위소송사실을 알게 된 이후에는 갈음형으로 바뀌어 당사자적격을 잃는다고 주장한다. 그러나 통설판례는 채무자는 통지를 받은 후에도 당사자적격을 유지한다고 본다. 실제법상의 권리를 소송법으로 제한하는 것은 부당하므로 당사자적격유지설이 타당하다.

### (3) 당사자적격 상실로 인한 소의 부적법

채권자가 이미 대위소송을 제기하고 있는 경우에, 채무자가 별소를 제기하면 당사자동일성 이론에 따라 중복제소로서 부적법하다. 이에 대하여 부적법하지만 그 사유를 중복제소가 아니라 당사자적격의 흠에서 찾으려는 견해가 있다. 따라서 이 견해에 따르면 채권자대위 소송 중 채무자가 제기하는 소는 중복제소가 아니라 당사자적격의 흠으로 부적법하다.

### (4) 소결

사안에서 채무자는 대위소송 통지를 받은 이후에도 여전히 당사자적격을 유지한다. 그러나 당사자적격을 상실한다는 견해에 의하면 공동소송참가가 인정될 수 없다.

## 4. 중복제소에 해당하는지 여부

### (1) 공동소송참가와 중복제소

당사자적격자 소를 제기한 경우 별개의 소송으로 인정되며, 공동소송참가 신청은 그 실질이 소의 제기에 해당한다. 따라서 후소로서 중복제소의 인정여부가 문제될 수 있다

### (2) 중복제소에 해당하는지 여부

#### 1) 중복제소금지의 요건과 문제점

채무자는 대위채권자가 소송수행한 판결의 기판력을 받으므로, 동일한 당사자로 인정할 수 있으며, 소송물 또한 동일하다. 소송참가의 경우 당사자와 소송물이 동일하다면 후소 제기의 실질을 가지는 당사자참가가 중복제소에 해당하는지 문제이다.

#### 2) 소송참가의 중복제소여부<sup>251)</sup>

소송참가의 경우에는 전소와 후소가 동일소송절차에서 심리되므로 합일확정되어, 심리의 중복, 판결의 모순저촉 및 피고의 2중 응소부담을 피하자는 중복제소의 취지에 어긋나지 아니하므로 중복제소에 관한 규정을 적용할 필요가 없다 할 것이다.

### (3) 소결

사안에서 채무자의 소송참가는 대위채권자의 소송과 그 당사자 및 소송물이 동일하지만, 중복제소라 할 수 없다. 따라서 법원은 채무자의 당사자로서의 소송참가 신청을 허용하여야 할 것이다.

250) 대판 2015.07.23. 2013다30301: 채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 참가신청은 적법하다.

251) 대판 1981.07.07. 80다2751: 채권자가 채무자를 상대로 제기한 소송이 계속 중 제3자가 채권자를 대위하여 같은 채무자를 상대로 청구취지 및 원인을 같이하는 내용의 소송을 제기한 경우에는 양 소송은 동일소송이므로 후소는 중복제소금지규정에 저촉된다. 제3자가 채권자를 대위하여 채무자를 상대로 제기한 소송과 이미 확정판결이 되어 있는 채권자와 채무자간의 기존소송이 실질적으로 동일내용의 소송이라면 위 확정판결의 효력은 채권자대위권행사에 의한 소송에도 미친다.

5. 결론: 채무자의 채권자대위소송에의 공동소송참가의 적법성

甲의 참가신청이 소제기의 실질을 가지지만, 중복제소가 아니다. 소송참가의 경우 수인에 대해 단일 소송절차에서 통일적으로 판단되므로, 중복제소 규정의 취지에 반하지 아니하기 때문이다.



#### 4. 독립당사자참가에서 권리주장참가

X 부동산에 관하여 현재 乙 명의로 소유권등기가 마쳐졌다. 甲은 乙을 상대로 위 소유권등기말소 및 자신이 X 부동산의 소유권자라는 확인을 구하는 소를 제기하였다. 이 소송에서 丙은 乙을 상대로 위 소유권이전등기말소 및 자신이 X 부동산의 소유권자라는 확인을 구함과 아울러 甲을 상대로 자신이 X 부동산의 소유권자라는 확인을 구하는 독립당사자참가 신청을 하였다. 丙은 소송참가를 하면서 甲의 이중매매에 乙이 적극 가담하여 현재 乙 명의 등기와 매매계약이 무효라고 주장하고 있었다. 제1심법원은 丙의 권리주장참가를 허용하면서 심리결과 甲의 청구를 인용하고 丙의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 이에 대해 丙만이 항소를 하였다. 그런데 항소심 법원의 심리 결과 X 부동산의 소유권이 乙에게 있음이 밝혀졌다. 제1심법원이 丙의 소송참가의 판단의 타당성과 항소심 법원의 최종판단을 설명하시오.

##### 1. 문제의 소재

부동산 이중매매의 경우 참가형태에 관한 법원의 석명의무 존부와 독립당사자참가소송에서 어느 한쪽 당사자만이 항소한 경우 판결의 합일확정을 위해 항소하지 아니한 자에게 유리하게 제1심판결을 변경할 수 있는지 묻고 있다. 한편 독립당사자참가인이 본소 당사자 중 어느 한쪽만을 상대로 항소한 경우, 다른 쪽 당사자의 이심여부, 항소심에서의 소송상 지위, 불이익변경금지의 원칙의 적용 가부를 검토한다.

##### 2. 권리주장참가 가부와 법원의 석명권

###### (1) 문제점

부동산의 이중매매에 있어서 제2매수인과 매도인간의 본소청구에 제1매수인이 권리주장참가를 할 수 있는가에 대해서는 의견이 대립한다. 이러한 경우 법원의 석명권행사에 따른 참가를 인정여부를 결정하여야 한다.

###### (2) 견해의 대립

###### 1) 학설

긍정설은 본소청구와 참가인의 청구간의 불양립관계는 참가인의 주장 자체에 의하여 인정되면 족하다고 보아 피고만을 상대로 소유권이전등기의 편면참가를 하는 권리주장참가도 가능하다고 한다. 그러나 부정설은 원고의 소유권이전등기청구권과 참가인의 소유권이전등기청구권은 그 소송물이 서로 다르므로 참가인으로서의 소송목적의 전부 또는 일부가 자기의 권리라고 주장할 수 없으므로, 결국 본소청구와 참가인의 청구는 양립가능하여 참가가 부적법하다고 주장한다. 절충설은 본소청구와 참가인의 청구가 양립가능하므로 원칙적으로 허용되지 않지만, 본소의 청구원인인 법률행위의 무효를 주장하는 경우에는 주장 자체로 양립하지 않아 권리주장참가가 가능하다고 해석한다.

###### 2) 판례

판례는 참가인이 아직 자기 앞으로 이전등기를 마치지 못하였으므로 원고에 대하여 소유권을 주장할 수 없다는 이유로 또는 참가인이 피고에 대해서는 승소할 수 있으나 원고에 대해서는 승소할 수 없다는 이유로 그 참가를 부적법하다고 본다.

###### 3) 검토

원칙적으로 참가인의 주장 자체로 불양립관계를 판단하되, 참가인의 청구가 채권적 청구인 경우 이중양도의 허용 등 실제법과의 조화를 위해서 불양립관계의 범위를 제한할 필요가 있으므로 절충설이 타당하다.

### (3) 제1심법원의 석명권의 행사

법원의 석명 결과 丙이 권리주장참가를 신청한 것이라면, 乙이 자신이 제1매수인이라는 주장을 하면서 동시에 甲과 乙 사이의 매매계약의 무효를 주장하고 있는 점에 비추어 丙의 청구는 乙의 청구와 양립불가능하므로 丙의 권리주장 참가를 허용하여야 할 것이다. 이에 반하여 사해방지참가를 신청한 것으로 밝혀지면 원·피고간의 소송이 참가인 丙의 권리를 침해하는 사해행위인지 여부에 대하여 판단하여야 한다.

## 3. 독립당사자참가소송에 대한 상소심의 판결

### (1) 참가인의 상소와 상소불가분의 원칙

참가소송에서는 원고의 청구와 본소의 청구가 양립불가능하여 합일확정의 필요가 있으므로 고유필수적 공동소송에 관한 규정을 준용한다(민사소송법 제79조 제2항, 제67조) 그 결과 당사자 또는 참가인 일방이 항소하더라도 항소의 효력은 전원에게 미친다. 이를 상소불가분의 원칙이라고 한다.

### (2) 독립당사자참가에서 상소불가분의 원칙

#### 1) 문제점

패소한 참가인이 한쪽 당사자에 대해서만 항소한 경우 다른 쪽 당사자의 소송도 항소심으로 이심되는지, 이심되는 경우 항소하지 아니한 자의 소송상 지위는 무엇인지 문제된다.

#### 2) 이심여부에 대한 견해의 대립

상소효력이 전부에 대해 미쳐 이심된다는 견해, 항소하지 아니한 자에 대한 소송절차는 종료되어 분리확정된다는 견해, 분리확정으로 상소인에게 불리할 경우에 한하여 이심된다는 제한적 이심설 등이 대립한다. 통설과 판례<sup>252)</sup>는 3당사자간 합일확정을 목적으로 하는 독립당사자참가제도의 취지에 비추어 이심설이 타당하다 .

### (3) 항소인의 지위

항소하지 아니한 자의 소송상 지위에 대하여 상소인설, 피상소인설, 상대적 이중지위설(승소자에 대해서는 상소인, 패소자에 대해서는 피상소인) 등이 있으나, 단순히 상소심당사자라 할 것이다(통설·판례). 항소하지 아니한 이상 상소인이나 피상소인으로 보기 어려우며, 다른 한편 상소심판결의 합일확정의 필요상 공동소송인독립의 원칙을 제한할 필요가 있으므로 상소심당사자라 할 것이다.

## 4. 상소심에서 불이익변경금지의 적용여부

### (1) 문제점

독립당사자참가에 대한 상소심에서 심판범위와 관련하여 불이익변경금지의 원칙이 적용되는가에 대해서는 논란이 되고 있다.

### (2) 견해의 대립

#### 1) 학설

불이익변경금지의 원칙이 2당사자간 대립구조에서 당사자의 상소권을 보장하기 위한 필요에서 인정되는 원칙이라고 보아 3면적 소송관계인 독립당사자참가소송에서는 적용되지 아니한다는 주장과 여전히 불이익변경금지원칙이 적용된다는 입장이 있다.

252) 대법원 2007.12.14. 선고 2007다3776 판결

## 2) 판례<sup>253)</sup>

항소심의 심판대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소 취지에 나타난 불복범위에 한정하되 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 하고 제한적이지만(丙의 참가신청이 적법한 경우에만)<sup>254)</sup> 결과적으로 불이익변경금지원칙이 적용되지 아니한다는 입장이다.

## 3) 검토

독립당사자참가의 구조는 3개의 소송이 병합된 것으로 보아야 하고, 또 3자간 분쟁을 합일적으로 확정시키기 위한 제도라는 점에 비추어 소송자료 및 소송진행의 통일이 요구된다. 따라서 적어도 참가인이 어느 한쪽에 대해서만 항소를 한 경우에는 불이익변경금지의 원칙의 적용을 제한하여야 할 것이다.

### (3) 사안의 경우

항소하지 아니한 당사자도 당사자이며 합일확정의 원칙상 이 경우 불이익변경금지원칙이 적용되지 아니한다.

## 5. 결론

법원은 丙이 권리주장참가를 하는지, 아니면 사해방지참가를 하는지 석명하여, 丙의 참가가 권리주장 참가라면 당사자참가를 허가하고, 사해방지참가라면 사해의사가 있는지 여부에 대하여 판단하여 그 허부를 결정할 것이다. 항소심법원은 불이익변경금지 원칙과 관련 없이 항소하지 않은 乙도 항소심당사자로서 유리하게 1심판결을 취소하고, 甲의 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다.

---

253) 대법원 1991. 3. 22. 선고 90다19329,19336 판결: 원·피고, 참가인간의 소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 위 삼당사자를 판결의 명의인으로 하는 하나의 종국판결을 내려야만 하는 것이지 위 당사자의 일부에 관하여만 판결을 하거나 남겨진 자를 위한 추가판결을 하는 것들은 모두 허용되지 않는 것이므로 제1심에서 원고 및 참가인 패소, 피고 승소의 본안판결이 선고된 데 대하여 원고만이 항소한 경우 원고와 참가인 그리고 피고간의 세 개의 청구는 당연히 항소심의 심판대상이 되어야 하는 것이므로 항소심으로서 참가인의 원·피고에 대한 청구에 대하여도 같은 판결로 판단을 하여야 한다.

대법원 2007. 10. 26. 선고 2006다86573 판결: (본안판결에 대하여 일방이 항소한 경우) 항소심의 심판대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소 취지에 나타난 불복범위에 한정하되 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 하고, 이에 따라 항소심에서 심리·판단을 거쳐 결론을 내림에 있어 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 경우에는 그 한도 내에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결이 변경되는 것도 배제할 수는 없다

254) 대법원 2007. 12. 17. 선고 2007다37776 판결

## 5. 독립당사자참가에서 화해권고와 항소의 효력

甲은 乙을 상대로 X부동산에 관한 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행을 청구하는 소를 제기하였다. 제1심 소송계속 중 丙은 乙에 대하여는 X부동산에 관한 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차의 이행을 청구하고, 甲에 대하여는 X부동산에 관하여 乙에 대한 소유권이전등기청구권이 丙에게 있다는 확인을 청구하는 독립당사자참가 신청을 하였다(아래 각 설문은 서로 별개이다).

1. 丙이 이 사건 신청 사유로서 동일한 매매계약에서 매수인이 甲이 아니라 丙 자신이라고 주장하여 이 사건 신청이 적법하다는 것을 전제로, 이 사건 신청 이후에 제1심 법원은 '乙은 甲과 丙에게 X부동산의 1/2 지분씩에 관하여 매매를 원인으로 하는 각 소유권이전등기절차를 각 이행한다. X 부동산의 1/2 지분에 관하여 乙에 대한 소유권이전등기청구권이 丙에게 있음을 확인한다'는 내용의 화해권고결정을 하였다. 이 결정정본은 2007. 1. 2. 甲, 乙, 丙에게 각 송달되었고, 丙은 같은 달 3. 이의신청을 하였으나, 甲과 乙은 같은 달 31.까지 이의신청을 하지 않았다. 甲, 乙, 丙 사이의 소송은 종료되었는가?

2. 丙이 이 사건 신청 사유로서 乙이 甲과 丙에게 이중매매를 하였다고 주장하여 이 사건 신청이 부적법하다는 것을 전제로, 제1심 소송에서 乙은 '乙이 甲에게 X부동산을 매도한 사실이 없다'라고 진술하였지만, 증거조사 결과 乙이 甲에게 X부동산을 매도하였다는 확인을 가지게 된 제1심 법원은 甲의 乙에 대한 청구를 인용하고 이 사건 신청을 각하하는 판결을 선고하였고, 이 판결에 대하여 丙만이 항소하였다. 항소심 법원은 증거조사 결과 乙이 甲에게 X부동산을 매도하였는지 여부에 대하여 확신을 갖지 못하자, 제1심판결 중 본소 부분을 취소하고 甲의 乙에 대한 청구를 기각하며 丙의 항소를 기각하는 판결을 선고하였다. 항소심 판결은 적법한가?

### I. 설문 1에 대하여

#### 1. 문제의 소재

독립당사자참가소송에서 참가인만이 화해권고결정에 대하여 이의를 한 경우, 소송이 종료되는지 여부와 관련하여 독립당사자참가 소송에서의 합일확정의 필요와 소송자료의 통일을 검토할 필요가 있다.

#### 2. 화해권고결정의 효력

##### (1) 화해권고결정

화해권고결정은 당사자가 그 결정서 정본을 송달받고 2주의 이의신청기간 내에 이의신청을 하지 않으면 확정되어 재판상 화해와 같은 효력을 갖고(제226조 제1항, 제231조 제1호), 그 결과 소송은 종료된다(소송종료효).

##### (2) 독립당사자참가에서 참가인의 화해권고결정에 대한 이의제기

참가인은 화해권고결정을 송달받고 그 이의신청기간인 2주(제226조 제1항) 이내에 이의신청 하여 일응 적법하다. 다만 이 이의신청의 효력이 이의를 제기하지 않은 당사자인 원고와 피고사이의 화해의 효력에 대하여 어떠한 의미를 갖는지에 대하여 별도의 검토가 필요하다.

##### (3) 사안의 경우

참가인 丙의 적법한 이의제기는 본인에게는 당연 효력이 발생하나, 본소의 계속중인 당사자 甲과 乙에게도 효력이 미치는지 甲, 乙, 丙 누구와의 관계에서 화해권고결정이 확정되

는지는 독립당사자참가 소송의 심판에 따라 달라진다. 이 부분에 대한 검토가 필요하다.

### 3. 독립당사자참가인의 이익제기에 대한 심판

#### (1) 독립당사자참가 소송의 효력

민사소송법 제79조에 의한 소송은 삼면관계의 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고 및 참가인 상호간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하려는 소송형태로서 두 당사자 사이의 소송행위는 나머지 1인에게 불이익이 되는 한 두 당사자 간에도 효력이 발생하지 않는다.

#### (2) 소송자료의 통일

독립당사자참가 소송에서 원고, 피고, 참가인 중 어느 한 사람의 유리한 소송행위는 나머지 한 사람에 대하여도 그 효력이 있다(민사소송법 제79조, 제67조 제1항, 제79조 제2항). 화해권고결정에 대한 참가인의 이익은 유리한 행위이므로 그 효력이 원고와 피고에게 미친다.

#### (3) 독립당사자참가 소송과 재판상 화해의 효력

원·피고 사이에만 재판상 화해를 하는 것은 3자 간의 합일확정의 목적에 반하기 때문에 허용되지 않는다고 할 것이다. 이익은 피고 및 참가인의 자격에서 한 것으로 봄이 상당하다고 할 것이고, 그렇다면 원심의 화해권고결정은 참가인의 이익에 의하여 참가인에 대하여 뿐 아니라 원고와 원심 공동피고들 사이에서도 효력이 발생하지 않고, 원고와 참가인의 소송은 화해권고결정 이전의 상태로 돌아간다 할 것이다.<sup>255)</sup> 따라서 재판상 화해와 같은 소송종료효도 발생하지 않는다.

### 4. 결론

독립당사자소송은 필수적 공동소송관계로 규율되며 따라서 甲, 乙, 丙 사이의 3면 소송은 종료되지 않았다.

## II. 설문 2에 대하여

### 1. 문제의 소재

독립당사자참가 소송에서 원고승소 판결에 대하여 참가인만이 항소를 한 경우, 확정 차단 및 이심의 범위, 원고승소 부분의 변경 가능성과 참가 신청의 적법성 사이의 관계가 문제된다.

### 2. 확정차단 및 이심의 범위

#### (1) 독립당사자참가 소송의 참가인간의 소송상 효력

독립당사자참가 참가소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고 및 참가인 상호간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하려는 소송형태로서 합일확정이 된다.

255) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2004다25901 판결: 민사소송법 제79조에 의한 소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고 및 참가인 상호간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하려는 소송형태로서 두 당사자 사이의 소송행위는 나머지 1인에게 불이익이 되는 한 두 당사자 간에도 효력이 발생하지 않는다고 할 것이므로, 원·피고 사이에만 재판상 화해를 하는 것은 3자 간의 합일확정의 목적에 반하기 때문에 허용되지 않는다. 독립당사자참가인이 화해권고결정에 대하여 이익한 경우, 이익의 효력이 원·피고 사이에도 미친다.

## (2) 독립당사자참가소송에서 항소의 심판범위

민사소송법 제79조 제2항에 의하여 제67조가 준용되는 결과 독립당사자참가소송에서 원고 승소의 판결이 내려지자 이에 대하여 참가인만이 상소를 한 경우에도 판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다.<sup>256)</sup>

## (3) 사안의 경우

참가인인 丙의 항소로 인하여 제1심 판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심이 된다.

## 3. 항소심의 심판대상

### (1) 丙의 항소를 기각한 부분의 적법 여부

신청이 부적법하므로 항소심 판결 중 丙의 항소를 기각한 부분은 적법하다.

### (2) 甲의 청구에 대한 기각

#### 1) 합일확정의 필요성

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.<sup>257)</sup>

#### 2) 항소가 부적법한 경우 합일확정

원고의 피고에 대한 청구를 인용하고 참가인의 참가신청을 각하한 제1심 판결에 대하여 참가인만이 항소한 경우 참가인의 참가신청이 부적법하다는 이유로 참가인의 항소를 기각하면서도, 제1심판결 중 피고가 항소하지도 않은 본소 부분을 취소하고 원고의 피고에 대한 청구를 기각한 원심의 판단에는 독립당사자참가소송에서 패소한 당사자 중 일부만이 항소한 경우의 항소심의 심판대상은 합일확정의 원칙상 전부이다.

### (3) 사안의 경우

필수적 공동소송의 원칙에 따라 독립당사자참가의 경우도 항소심에서 판단하여야 한다. 모두 심판대상이 된다.

## 4. 결론

원칙적으로 독립당사자참가는 합일확정의 원칙이 적용되지만 참가가 적법한 것을 전제하므로 항소심 판결 중 본소 부분을 취소하고 甲의 청구를 기각한 부분은 위법하다.

256) 대법원 2007. 12. 14. 선고 2007다37776 판결: 제1심 판결 중 원고의 본소청구를 인용한 부분은 참가인의 참가신청이 부적법하다는 이유로 참가인의 항소를 기각한 원심판결에 대하여 참가인이 상고를 제기하지 않고 상고기간을 도과한 때에 그대로 확정되었다고 판시하였다.

257) 앞의 판례

## 6. 채권자취소소송과 독립당사자참가

甲은 乙과 소비대차계약을 체결하고 대금을 지급한 후 변제기에 이르러 변제하지 않자, 대금지급 대신 乙 소유의 A건물을 경계로 적법하게 이전받기로 하였다. 그러나 乙은 유일한 재산인 A건물을 丁과 통모하여 丁에게 증여하는 계약을 체결하였고, 이에 丁은 乙을 피고로 하여 증여를 원인으로 하는 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 그러자 甲은 丁과 乙 사이의 소송이 사해소송이라고 주장하면서 원고 丁에 대하여 사해행위취소를 구하는 독립당사자참가를 신청하였다. 이러한 경우 甲의 참가신청이 허용되는지 여부와 만약 乙과 丁 사이의 소송의 판결이 확정되어 소유권이전등기를 경로 받았을 경우, 甲이 乙과 丁과 사이의 증여계약의 취소 및 이에 기하여 丁 앞으로 경료된 이전등기의 말소를 구하는 별소가 가능한지 그 결과는 무엇인지 설명하시오.

### 1. 문제의 소재

甲의 참가신청이 적법한지 여부에 대해 묻고 있다. 채권자취소판결의 상대적 효력에 따라 甲의 참가가 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없는지 문제이다. 한편 甲이 매매계약의 취소 및 이전등기의 말소를 청구하면 본소확정판결의 기판력에 반하는지 검토한다. 특정채권을 피보전채권으로 하는 사해행위취소소송을 기각하여야 하는지 결론이 필요하다.

### 2. 독립당사자참가의 부합여부

#### (1) 사해방지참가

사해방지참가란 타인간의 소송이 진행되어 그 결과로 인하여 자기의 권리가 침해될 염려가 있는 자가 그러한 불이익을 방지하기 위하여 그 타인간 소송에 참가하는 것을 말한다(제79조 제1항 후단). 권리주장참가의 경우와 달리 참가인의 청구가 본소 원고의 청구와 불양립관계는 물론 양립관계의 경우에도 적용된다.

#### (2) 사해방지참가 허용요건

##### 1) 문제점

사해방지참가가 허용되기 위해서는, 본소당사자들의 사해의사가 객관적으로 인정되어야 하며, 참가목적의 달성할 수 있는 경우라야 한다. 이때 권리침해의 의미에 대하여 견해의 대립이 있다.

##### 2) 권리침해의 인부

권리침해요건과 관련하여 본소판결의 효력이라는 판결효설, 실질적으로 권리침해를 가져오는 것으로 족하다는 이해관계설 등이 있으나, 통설과 판례는 당해 소송을 통해 참가인을 해할 의사를 가지고 있어야 한다는 사해행위설을 취한다.

#### (3) 사안의 경우

乙과 丁이 통모하여 증여계약을 체결하였기 때문에 사해의사가 인정된다. 그런데 甲의 참가가 사해소송을 방지할 수 있는지 여부는 채권자취소권의 효력을 검토할 필요가 있다.

### 3. 사해소송의 효력 여부

#### (1) 사해방지참가의 목적

##### 1) 문제점

서로 대립하는 3당사자 사이의 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로써 모순 없이 일시에

해결하기 위해서는 사해방지참가가 본소청구를 저지시킬 수 있어야 한다. 만약 참가가 본소청구를 저지시키는 등 사해소송을 방지하는 목적을 달성할 수 없다면, 그 참가는 참가요건의 불비로 부적법하게 된다. 원고 청구원인이 사해행위라는 이유로 사해행위의 취소를 구하면서 사해방지참가를 한 경우 참가가 적법한지의의 문제는 취소의 효과를 어떻게 보는가에 달려 있다.

## 2) 채권자취소권의 본질

채권자취소송은 사해행위의 취소를 구하는 형성소송과 일탈한 재산의 반환을 구하는 급부소송이 병합된 것으로 파악하되, 취소의 효과는 수익자나 전득자에게만 미친다는 상대적 무효설과 사해행위 당사자 사이에도 미친다는 절대적 무효설이 대립한다. 통설과 판례는 상대적 무효설의 입장이다.

### (2) 견해의 대립

#### 1) 절대적 무효설

사해행위가 취소되면 원고의 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구가 배척되어 甲의 참가는 소송참가하는 소기의 목적을 거둘 수 있는 반면에, 상대적 무효설에 따르면 甲이 참가하여 매매계약을 취소시킨다 하더라도 丁과 乙 사이의 매매계약에 영향을 미치지 못하여 법원이 원고청구를 인용하게 되면 甲의 참가는 그 목적을 달성하지 못하게 된다.

#### 2) 상대적 무효설

판례는 독립당사자참가가 그대로 받아들여진다 하더라도 원고와 피고 사이의 법률관계에 아무런 영향이 없고, 그 결과 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없기 때문에 부적법하다고 하였다.

### (3) 소결

사해방지참가는 사해소송을 방지하기 위한 것이므로 독립당사자참가가 허용된다면 본소청구가 기각되는 관계가 되어야 한다. 따라서 사해행위취소에 의하여 본소청구를 기각할 수 없다면, 그러한 독립당사자참가는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 甲의 참가는 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없으므로 부적법하다. 따라서 법원은 甲의 참가신청을 각하한다. 별소제기 여부는 별도로 살필 필요가 있다.

## 4. 채권자취소소송의 별소의 판단

### (1) 원상회복청구소송의 제기여부

채권자는 독자적으로 자기의 권리를 보전하기 위하여 별소로서 원상회복청구소송을 제기할 수 있다. 이 경우 기판력의 저촉 내지 권리보호이익이 있는지 문제될 수 있다.

### (2) 상대적 무효설에 따른 별소제기

#### 1) 기판력 저촉여부

상대적 무효설에 따르는 한, 취소채권자는 본소판결이 확정되는지의 여부를 불문하고 사해행위를 취소하고 일탈재산의 원상회복을 목적으로 하는 별소를 제기할 수 있다. 특히 확정 후에 별소를 제기하더라도 기판력에 저촉되지 아니한다.

#### 2) 특정물채권을 목적으로 한 취소소송의 적부

사해행위취소소송에서 특정물채권을 피보전권리로 삼은 경우에는 우선변제를 받게 되어 일반채권자들의 공동담보를 해할 수 있어 허용되지 아니한다. 이 경우 피보전채권의 부존재로 볼 수 있으며, 이는 청구기각의 사유로 된다.



### (3) 사안의 경우

乙과 丁 사이의 판결의 효력은 취소채권자 甲에게 미치지 아니하므로 판결이 확정되더라도 甲은 별도로써 乙-丁 사이의 법률행위를 취소하고, 확정판결에 기하여 丁 앞으로 경료된 이전등기의 말소를 청구할 수 있다. 그러나 피보전채권이 부존재하므로 법원은 별소 청구를 기각할 것이다.

### 5. 결론

甲의 사해방지참가신청은 사해방지참가의 목적을 달성할 수 없기 때문에 甲의 참가신청은 부적법하므로 법원은 이를 각하한다. 별소에서 甲은 乙-丁 간 증여계약의 취소 및 이전등기의 말소를 청구하는 소는 본소판결이 확정되더라도 채권자취소판결의 상대적 효력으로 인하여 甲에게 기판력이 미치지 않는다. 그러나 법원은 피보전채권의 부존재를 이유로 청구를 기각한다.

## 제3절 당사자변경

### 1. 당사자적격과 당사자변경

A아파트 102동의 입주자인 甲은 A아파트 입주자대표회의(비법인사단)을 구성하는 102동 대표로 선출된 乙을 상대로 “乙은 A아파트 입주자대표회의의 구성원 중 102동 동대표의 지위에 있지 아니함을 확인한다.”는 내용의 동대표지위 부존재확인 소를 제기하였다. (단, 다음 각 설문은 상호 무관한 것임)

1. 피고 乙은 자신이 당사자가 될 수 없어 甲이 제기한 소는 부적법하다고 항변하고 있다. 이에 甲이 입주자대표회를 피고로 추가하여야 한다고 주장한다. 제1심법원의 조치를 설명하시오.

2. 제1심법원에 계속중 甲이 피고를 A아파트 입주자대표회의로 변경시킬 가능한 방법이 있는지 설명하시오.

#### I. 설문 1에 대하여

##### 1. 문제의 소재

비법인사단의 구성원의 법적 지위를 다투는 소에서 당사자적격자가 사단 그 자체인지, 아니면 당해 구성원인가를 묻고 있다. 소가 부적법한 경우 제1심법원은 甲의 주장대로 피고를 추가하여 적법하게 조치할 수 있는지 문제된다.

##### 2. 입주자대표회의의 당사자적격

###### (1) 확인의 소의 당사자적격

- 1) 당사자적격은 자신의 이름으로 소송을 수행할 수 있는 소송수행권한을 말하는 것으로, 법원이 직권으로 조사하여야 하는 소송요건의 하나이다.
- 2) 확인의 소의 당사자적격은 확인청구에 대하여 이익을 가지는 자가 정당한 당사자이며, 이와 반대의 이익을 가지는 자가 정당한 피고이다.
- 3) 원고의 확인청구와 반대되는 이익을 가지는 자는 비법인사단인 입주자대표회의이다. 乙이 실질적인 이익을 가진다고 볼 수 있으나, 乙은 입주자대표회의의 구성원에 불과하여 이익을 향유할 수 있는 자격을 갖지 못한다.

###### (2) 단체 구성원의 법적 지위와 당사자적격

###### 1) 입주자대표회의의 법적 성격

공동주택의 입주자대표회의는 비법인사단으로서, 동별 세대수에 비례하여 선출되는 동별 대표자를 그 구성원으로 한다.<sup>258)</sup>

###### 2) 단체의 구성원

법인 아닌 사단은 그 구성원의 변경 증감에 불구하고 단체로서의 항구적으로 존재하므로, 구성원의 법적 지위에 관한 다툼의 당사자적격을 가진다. 그리고 그 구성원은 단체성에 용해되어 단체 및 그 구성원과 관련한 분쟁에서 당사자로 나설 수 있는 법인격을 갖지 못한

258) 대판 2008.09.25. 2006다86597 : 공동주택의 입주자대표회의는 동별 세대수에 비례하여 선출되는 동별 대표자를 구성원으로 하는 법인 아닌 사단이므로, 동별 대표자의 선출결의의 무효확인을 구하는 것은 결국 입주자대표회의의 구성원의 자격을 다투는 것이어서 입주자대표회의는 그 결의의 효력에 관한 분쟁의 실질적인 주체로서 그 무효확인소송에서 피고적격을 가진다.

다.

### (3) 소결

- 1) 甲이 乙을 상대로 하여 제기한 동대표부존재확인인 소는 피고적격의 흠이 있다.
- 2) 법원은 甲의 소를 부적법 각하하여야 한다.

## 3. 공동소송으로 추가하는 방법

### (1) 예비적 공동소송 해당 여부

- 1) 예비적 공동소송이란 공동소송인들 사이에 양립할 수 없는 청구에 대하여 원고가 그 순위를 정해 놓은 병합소송을 말한다(제70조).
- 2) 예비적 공동소송이 성립하기 위해서는 i) 공동소송의 주관적요건(65조)과 객관적 병합요건(253조)을 갖추어야 할 뿐 아니라, ii) 청구가 법률상 양립불가능할 것을 요한다. 사안은 권리의무가 공통되고, 같은 절차에서 병합되므로 i)의 요건에 문제가 없다.
- 3) 청구의 양립불가능은 실체법에 의하든 소송법에 의하든 관계가 없다는 것이 판례이며, 동일 사실관계에 대한 법률적 평가를 달리 해 두 청구가 모두 인용될 수 없는 관계 있는 경우 또는 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하면 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대결과로 나타나는 경우에 인정된다고 한다. 나아가 사실상 양립불가능한 경우를 포함한다는 견해가 있으나, 투망식 소송으로 연결될 위험이 있으므로 부정하여야 할 것이다.

### (2) 제68조의 준용과 적용요건

- 1) 사안은 예비적 공동소송 형태로, 그 법적 성질은 통상공동소송이다.
- 2) 그러나 예비적 공동소송은 심리 및 재판의 통일을 위해 필수적 공동소송에 관한 규정을 준용하는데, 필수적 공동소송인의 추가에 관한 제68조의 규정이 준용된다.
- 3) 제68조에 따라 공동소송인을 추가하기 위해서는, 원고가 제1심의 변론을 종결할 때까지 추가신청을 하여야 한다.

### (3) 사안에의 적용

- 1) 乙과 입주자대표회의 중 누가 피고적격을 가지는지에 관한 법률적 평가에 따라 어느 한 쪽에 대한 청구는 부적법하고 다른 쪽의 청구만이 적법하게 될 수 있다. 제70조 제1항 소정의 예비적·선택적 공동소송의 요건인 각 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 관계에 해당한다.<sup>259)</sup> 기타 소의 주관적 요건과 객관적 병합요건을 갖추었으므로 예비적 공동소송에 해당한다.
- 2) 예비적 공동소송이므로 제70조에 따라 예비적 당사자를 추가할 수 있다.
- 3) 원고는 제1심의 변론이 종결될 때까지 예비적 피고를 추가하는 신청을 하여야 한다.

## 4. 사안의 해결

- 1) 甲은 제70조에 따라 입주자대표회의를 예비적 피고로 추가하는 신청을 할 수 있다.

---

259) 대결 2007.06.26, 2007마515 : 법인 또는 비법인 등 당사자능력이 있는 단체의 대표자 또는 구성원의 지위에 관한 확인소송에서 그 대표자 또는 구성원 개인뿐 아니라 그가 소속된 단체를 공동피고로 하여 소가 제기된 경우에 있어서는, 누가 피고적격을 가지는지에 관한 법률적 평가에 따라 어느 한 쪽에 대한 청구는 부적법하고 다른 쪽의 청구만이 적법하게 될 수 있으므로, 이는 민사소송법 제70조 제1항 소정의 예비적·선택적 공동소송의 요건인 각 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 관계에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.

2) 甲은 제1심절차에서 신청가능하므로, 법원은 원고의 신청을 허가하는 결정을 하여야 할 것이다.

## II. 설문2에 대하여

### 1. 문제의 소개

乙을 입주자대표회의로 변경할 수 있는 방법으로, 당사자표시정정, 제260조에 따른 피고경정, 임의적 당사자변경이 가능한지 문제이다.

### 2. 당사자표시정정

#### (1) 당사자표시정정의 의의

소장에 따라 당사자를 확정함에 있어서 그 표시에 의문이 있거나 부정확하게 기재되었지만, 소장 전체를 통하여 볼 때 누가 당사자인지 분명한 경우에 당사자의 동일성을 해치지 아니한 범위 안에서 잘못 표시된 당사자를 바꾸어 주는 제도를 당사자표시정정이라 한다.

#### (2) 당사자의 동일성의 기준

1) 정당한 당사자를 누구로 확정할 것인가의 여부는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실에 대해 합리적 해석을 기준으로 판단한다.

2) 당사자의 동일성을 유지한 범위에서 허용된다는 점에서 동일성을 전제로 하지 않은 당사자변경의 경우와 구별된다.

#### (3) 사안의 경우

乙과 그가 속하는 입주자대표회의 사이에는 당사자 동일성이 인정되지 아니한다. 따라서 乙을 입주자대표회의로 피고표시를 정정하는 신청은 허용되지 아니한다.

### 3. 임의적 당사자변경

#### (1) 임의적 당사자변경의 문제점

1) 통설은 소송경제를 이유로 임의적 당사자 변경을 허용할 수 있다는 입장이나, 판례는 당사자표시정정만을 허용할 뿐 임의적 당사자변경을 허용하지 아니한다. 따라서 당사자의 동일성이 유지되지 않는 당사자 사이의 변경이 허용되지 아니하며, 새로운 자를 당사자로 추가한 뒤 종전의 소를 취하하여 실질적으로 임의적 당사자변경을 가져오는 것도 허용되지 아니한다.

2) 피고경정과 필수적 공동소송인의 추가, 예비적 선택적 공동소송인의 추가를 허용하는 것이 현행법이다.

3) 임의적 당사자변경 중 제260조에서 허용하는 피고경정에 해당하는지 문제이다.

#### (2) 제260조의 적용 요건

##### 1) 피고를 잘못 지정한 것이 분명한 경우일 것

청구취지나 청구원인의 기재 내용 자체로 보아 원고가 법률적 평가를 그르치는 등의 이유로 피고의 지정이 잘못된 것이 명백하거나 법인격의 유무에 관하여 착오를 일으킨 것이 명백한 경우 등을 말한다.<sup>260)</sup>

260) 대결 1997.10.17, 97마1632: 민사소송법 제234조의2 제1항 소정의 '피고를 잘못 지정한 것이 명백한 때'라고 함은 청구취지나 청구원인의 기재 내용 자체로 보아 원고가 법률적 평가를 그르치는 등의 이유로 피고의 지정이 잘못된 것이 명백하거나 법인격의 유무에 관하여 착오를 일으킨 것이 명백한 경우 등을 말

2) 교체 전후 소송물이 동일하고 구 피고의 동의를 얻을 것

교체 전후를 통하여 소송물이 동일하여야 한다. 소송상 청구가 달라지면 소송의 연속성을 전제로 하는 피고교체 제도에 반하기 때문이다. 종전의 피고는 본안판결을 구할 이익을 가지므로, 준비서명 제출 등 본안에 응소한 때에는 그이 동의를 받아야 한다(제260조 제1항 단서).

3) 제1심 절차에서 피고를 교체할 것

피고경정은 제1심 절차에서만 가능하다. 교체당사자의 동일성이 유지되지 않아 새로운 당사자의 심급의 이익을 보장하기 위한 조치이다.

(3) 사안에의 적용

1) 乙과 입주자대표회의 사이에는 당사자의 동일성이 인정되지 아니하므로 당사자표시정정이 아니라, 당사자변경절차에 의하여야 한다. 이에 따라 제260조에 따른 피고경정이 가능한지 문제이다.

2) 제1심절차에서의 피고경정이 문제이나, 입주자대표회의가 경정신청에 동의하는지 여부는 분명치 않다. 동의하였다 하더라도 피고를 잘못 지정한 것이 분명한 경우에 해당하는지 문제이다.

3) 甲은 법률적 평가를 잘못하여 피고를 잘못 지정한 것이 분명하다. 단체 및 그 구성원의 단체 내에서의 자격에 관한 분쟁인 경우 구성원은 독립한 당사자적격성을 갖지 못함에도 불구하고, 그 구성원을 직접 확인의 소의 반대이익을 갖는다고 보았기 때문이다.

4. 설문의 해결

1) 甲은 당사자표시정정이 아니라 당사자변경을 신청하여야 한다.

2) 법정당사자변경이 아닌 임의적 당사자변경에 관한 것인데, 판례는 법에서 허용하는 외의 임의적 당사자변경을 허용하지 아니하므로, 제260조에 따라 피고경정을 신청하여야 한다.

3) 원고는 법률적 평가를 그르쳐 피고를 잘못 지정한 것이 분명하나, 입주자대표회의의 동의 사실이 나타나 있지 않으므로, 요건이 충족되었다고 보기 어렵다.

4) 결국 甲이 피고를 乙에서 입주자대표회의로 변경할 수 있는 방법은 없다.

---

하고, 피고로 되어야 할 자가 누구인지를 증거조사를 거쳐 사실을 인정하고 그 인정 사실에 터잡아 법률 판단을 해야 인정할 수 있는 경우는 이에 해당하지 않는다.

## 2. 필수적 공동소송에서 당사자변경

甲과 乙, 丙은 애월읍에 소재하는 X토지를 매매하였다. 공동으로 토지를 매입한 甲과 乙은 각 1/3지분의 공유등기를 하였다. 甲은 乙, 丙과 공유관계를 해소하고자 분할에 관한 협의를 하였으나 원만히 합의가 이루어지지 않았다. 이에 甲은 乙, 丙을 상대로 'X토지를 경매로 그 대금을 지분비율에 따라 분할한다.'는 취지의 공유물분할청구의 소를 제기하였다. 제1심 변론종결 전에 丙이 자신의 공유지분을 丁에게 매도하고 丁 명의로 지분에 관한 소유권이전등기까지 마쳐주었다. 丁이 당사자로 변경되어야 하는 이유와 변경가능한 소송상 방법과 근거를 설명하시오.

### 1. 쟁점의 정리

당사자변경의 필요성에 따라 소의 적법여부가 문제이며, 부적법한 소를 당사자로 인정될 수 있는 승계방법이나, 참가방법을 고려하여야 한다.

### 2. 당사자변경의 필요성

#### (1) 형식적 형성의 소의 당사자적격

공유물분할소송은 형식적 형성소송으로서 공유자 전원이 당사자로 되어야만 당사자적격이 인정되는 고유필수적 공동소송이다. 따라서 변론종결 전에 공유지분이 소외인에게 양도된 경우 양도인을 당사자에서 제외하고 양수인을 당사자로 삼는 절차를 거치지 않는다면 소는 부적법하다.<sup>261)</sup>

#### (2) 양수인의 지위

공유물분할청구권은 공유지분권에 기한 형성권으로서, 그 법적 성질은 물권적 청구권에 준하는 것으로 보아야 한다. 따라서 공유물분할청구소송 중 소송당사자로부터 공유지분을 양수하여 등기를 마친 자는 변론종결 전의 승계인에 해당하는 것으로 보아야 한다.

#### (3) 소결

형식적 형성의 소인 공유물분할의 소는 승계인이 당사자적격자로서 필요적 공동소송관계에 있다고 할 것이다. 따라서 당사자변경이 필요하다.

### 3. 당사자변경의 방법

#### (1) 참가승계와 인수승계

공유물분할청구소송에서 공유지분 양수인은 참가승계신청을 할 수 있다(민사소송법 제81조 참조). 공유물분할청구소송의 당사자들은 공유지분 양수인을 상대로 인수승계신청을 할 수 있다(민사소송법 제82조 참조).

#### (2) 공동소송인의 추가신청

##### 1) 필수적 공동소송인 추가

고유필수적 공동소송에 있어서 당사자적격자 중 일부가 당사자로 되지 않은 경우에는 소송요건(당사자적격) 흠결사유에 해당하는바, 이 경우 원고는 제1심 변론종결 전까지에 한하여 그 누락된 자를 당사자로 추가하는 신청을 할 수 있고, 법원이 결정으로 허가하면 당사자적격의 흠결이 치유된다(민사소송법 제68조 참조).

##### 2) 기능여부

261) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다78556 판결 참조

공유물분할청구소송 도중 지분권이 양도된 경우, 공동소송인 추가신청을 통하여 양수인을 당사자로 삼을 수 있는지 의문이 있는바, 고유필수적 공동소송에서 후발적으로 당사자적격자의 교환적 변경이 필요한 경우는 공동소송인 추가신청의 대상으로 보기 어려울 것으로 본다.<sup>262)</sup>

### (3) 공동소송참가부

#### 1) 공동소송인추가와 구별

소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에 대하여 합일적으로 확정될 때, 즉 기판력이 제3자에게 미치는 경우, 그 제3자는 한쪽 당사자의 공동소송인으로 그 소송에 참가할 수 있다(민사소송법 제83조 참조). 제3자가 스스로 참가하는 방법으로서, 고유필수적 공동소송에 한정되지 않고, 항소심에서도 (변론종결 전까지) 참가할 수 있다는 점에서 공동소송인의 추가와는 차이(별도로 인정할 실익)가 있다.

#### 2) 소송참가 거부

ㄷ이 공동소송참가를 할 수 있는지 의문이 있는바, 공유물분할청구소송에서 지분권자(소송도중 양수한 자 포함)가 소송당사자로 되지 않는다면 그에게 기판력이 미치는 것은 아니므로, 공동소송참가가 허용되는 경우로 보기는 어려울 것이며, 이에 대하여 긍정과 부정의 학설상 다툼이 있다.

## 4. 결론

공유물분할소송은 형식적 형성의 소로서 필수적 공동소송관계이며 당사자적격이 문제된다. 따라서 지분이 양도된 경우 당사자변경이 없으면 소는 부적법해진다. ㄷ은 참가승계신청을 할 수 있고, 甲, 乙, 丙은 ㄷ을 상대로 인수승계신청을 할 수 있다.

---

262) 2013다78556

### 3. 피고경정과 표시정정

甲은 A, B, C와 자신의 소유인 X토지에 대해 매도하는 계약을 체결하였다. 매매계약체결 당시 매수인들은 자신들이 각자 1/3의 지분을 가진 공유자라고 甲에게 이야기 하였다. 그 후 甲은 계약금 및 중도금으로 2억 1천만 원을 수령하였고, 잔대금 9천만 원에 대해서는 이후 이를 지급받음과 동시에 이전등기서류를 매수인들에게 교부해 주기로 하였으나, 약속된 날이 지나도 3인 중 어느 누구로부터도 아무런 연락을 받지 못한 甲은 A, B, C를 상대로 각 피고에게 3천만 원씩 매매대금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. A가 제출한 최초 답변서에 따르면 자신은 계약체결 후 자신의 매수인으로서의 지위를 이 사건 소 제기 전에 이미 乙에게 양도하였으므로 더 이상 자신에게 매매대금을 구할 수 없다고 주장하고 있다. 원고 甲은 피고 A의 답변 내용에 따라 피고 A를 乙로 경정하기 위해 법원에 피고경정신청서를 접수하였다. 이러한 피고경정신청은 적법한가?<sup>263)</sup>

#### 1. 문제의 소재

매수인의 지위를 이전하였다는 A의 답변서 내용에 비추어, ① 甲이 제기한 매매대금지급 청구의 이행의 소가 피고적격의 흠으로 부적법한지 여부를 살펴보고, ② 피고 A를 乙로 경정하기 위한 피고경정신청의 적법요건과 관련하여 특히 甲이 피고를 잘못 지정함이 명백한 것인지 여부를 중심으로 살펴보도록 한다.

#### 2. 소의 적법성 여부

##### (1) 문제점

이행의 소에서 당사자적격에 대한 판단을 어떻게 해야 하는지가 문제이다. 특히 계약인수의 주장이 있는 경우 당사자적격의 유무가 문제이다.

##### (2) 이행의 소에서 당사자적격에 대한 판단

###### 1) 당사자적격의 의의 및 제도적 취지

당사자적격이란 특정의 사건에 있어서 정당한 당사자로서 소송을 수행하고 본안판결을 받기에 적합한 자격으로서, 이는 무의미한 소송을 배제하기 위한 것이다.

###### 2) 이행의 소에서 당사자적격의 판단기준

이행의 소에 있어서는 자기의 실체법상 이행청구권을 주장하는 사람이 원고적격자이고, 그로부터 의무자로 주장되고 있는 사람이 피고적격자이다. 여기서 청구권 내지는 의무가 존재하는가, 즉 원고가 실제 이행청구권자이며 피고가 이행의무자인가는 본안심리에서 결정될 문제이다. 결국 이행의 소에서 당사자적격은 주장 자체만으로 판단한다.

##### (3) 사안의 경우

甲이 A를 상대로 한 매매대금지급청구의 이행의 소에서 당사자적격의 유무는 주장 자체로 판단하여야 하는바, 甲이 자기가 이행청구권자임을 A를 상대로 주장하는 이상 甲은 원고적격이, A는 피고적격이 인정된다. 다만 계약인수의 사실이 인정된다면 甲의 A에 대한 청구는 이유 없다고 할 것이므로, 甲은 실효성 있는 판결을 얻기 위하여 피고 A에서 매수인의 지위를 양수한 乙로 피고경정신청을 할 수 있는지 여부가 문제이다.

263) 원고 甲이 피고 A의 답변 내용을 신뢰하지 않고, 다만 피고 A 또는 乙 어느 한 측이 계약당사자의 지위를 갖는 것은 분명하다고 생각하고 있다면, 이러한 원고의 생각을 소송상 어떻게 반영할 수 있는 가도 문제인데, 이 경우에는 예비적·선택적 공동소송인의 추가가 그 해결논점이 된다.



### 3. 피고경정신청의 적법여부

#### (1) 피고경정과 표시정정과의 구별

- ① 원고가 피고를 잘못 지정한 것이 분명한 경우에 법원의 결정으로 피고를 경정하는 것이다(제260조).
- ② 당사자 표시의 변경 전후에 있어서 당사자의 동일성이 있는 경우에는 당사자표시정정이고, 동일성이 없어서 새로운 사람을 끌어들이는 경우라면 피고경정이라고 풀이하는 것이 일반적이다.

#### (2) 요건과 절차

##### 1) 요건

- ① 원고가 피고를 잘못 지정함이 명백할 것, ② 변경 전후에 걸쳐 소송물이 동일할 것, ③ 제1심 변론종결 전일 것, ④ 피고가 본안에 관하여 본안변론한 때에는 피고의 동의를 얻을 것이 요구된다.

##### 2) 절차

- ① 신소제기 및 구소취하의 실질을 가지므로 원고가 서면으로 신청하여야 하고(제260조 제2항), ② 원고의 경정신청에 대하여 제1심 법원은 변론종결시까지 결정으로 허가여부의 재판을 하여야 한다(제261조 제1항). 사안의 경우에는 특히 원고 甲이 피고를 잘못 지정한 것이 명백한 경우에 해당하는지 여부가 문제이다.

#### (3) 피고를 잘못 지정함이 명백한 경우에 대한 판단

##### 1) 문제점

원고가 피고를 잘못 지정한 것이 명백한 경우의 의미에 대해서는 문제가 있다. 즉 증거조사에 기해 비로소 피고를 잘못 지정한 경우도 이에 포함되는지 여부가 문제이다.

##### 2) 학설의 태도

- ① 위 판례의 견해처럼 협의로 보는 견해도 있지만, ② 다수설은 소송경제와 탄력적 소송수행을 위해 피고의 경정을 넓게 인정하여 의무자를 혼동한 경우에도 피고경정을 허용해야 한다고 본다.

##### 3) 판례의 태도

판례는 민사소송법 제260조 제1항 소정의 '피고를 잘못 지정한 것이 명백한 때'라고 함은 청구취지나 청구원인의 기재 내용 자체로 보아 원고가 법률적 평가를 그르치는 등의 이유로 피고의 지정이 잘못된 것이 명백하거나 법인격의 유무에 관하여 착오를 일으킨 것이 명백한 경우 등을 말하고, 피고로 되어야 할 자가 누구인지를 증거조사를 거쳐 사실을 인정하고 그 인정 사실에 터 잡아 법률 판단을 해야 인정할 수 있는 경우는 이에 해당하지 않는다고 하였다.

##### 4) 검토

피고경정의 요건을 지나치게 협소하게 보아 피고경정을 불허한다면 원고는 소를 취하하고 다시 신소를 제기할 수밖에 없으므로 소송경제에 바람직하지 않다. 따라서 피고경정의 범위를 넓게 인정할 합리적 필요성이 있으므로 판례의 태도는 부당하다고 본다.

#### (4) 사안의 경우

계약인수에 따라 매매대금지급의무가 있는 자가 누구인지는 증거조사를 거쳐 사실을 인정

하여야 하고, 그 사실인정에 터 잡아 법률판단을 하여야 인정할 수 있는 경우에 해당하는데, 이러한 경우에도 피고를 잘못 지정한 것이 명백한 경우에 해당한다고 봄이 타당하므로, 甲의 피고경정신청은 적법하다 할 것이다. 다만 판례에 따르면 부적법하다고 볼 것이다.

#### 4. 사례의 해결

甲의 A를 상대로 한 매매대금지급청구의 소는 적법하다. 다만 계약인수한 사실이 인정되면 청구는 이유 없게 되므로, 계약인수인인 乙로 피고경정신청을 함은 적법하다. 이것이 소송경제와 권리구제의 실효성에 비추어 타당하다.

#### 4. 소송승계

A는 D를 상대로 J토지에 관하여 자신의 지분에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. A는 피상속인인 자신의 남편 X가 D로부터 위 토지를 매수하였으므로 자신은 두 자녀(B, C)와 함께 소유권이전등기청구권이 있다고 주장하였다. 그런데 이 소송절차에 A의 시아버지 P가 당사자소송참가신청을 하였다. P는 위 매매계약체결 당시 자신의 이름을 표시하는 방법으로 아들인 위 X의 이름을 사용하였을 뿐이므로 실제 매수인은 자신이며, 매매대금도 자신이 직접 D에게 지급하였다고 주장하였다. A의 D에 대한 이전등기청구 소송계속 중에 위 토지가 소유권을 취득한 Y 앞으로 이전등기되었을 경우 Y가 위 소송절차에 참가할 수 있는 방법이 있는가?

##### 1. 문제의 제기

- 1) Y가 변론종결후의 승계인으로서 의미를 갖는 소송참가가 가능한지 묻고 있다. 2) 소송계속 중 계쟁물을 양수한 자가 적격승계인이 되기 위한 요건으로 소송목적의 물권적 청구권인지 여부를 검토한다.

##### 2. 소송승계 거부

###### (1) 승계인의 범위

변론종결 전의 승계인의 범위는 변론종결 후의 승계인의 범위와 일치한다(통설·판례). 이에 따라 소송물을 승계하는 경우는 물론, 계쟁물에 대한 적격을 승계한 자도 승계인의 범위에 포함된다.

###### (2) 계쟁물의 승계인

적격승계설에 따르는 경우 이른바 생성중인 기판력의 의미로 채권적 청구권인 경우에는 인정되지만, 물권적 청구권인 경우에는 인정되지 아니하는 것이 통설과 판례이다. 적격승계의 경우에는 소송물이 물권적 청구권인 경우에 한하고 채권적 청구권인 경우에는 적격승계인에 포함되지 아니한다.

###### (3) 사안의 경우

A는 D에 대하여 매매로 인한 소유권이전등기청구를 하고 있는 중에 Y가 J토지의 적격을 승계하였으므로, Y는 변론종결전의 승계인이 아니다. 따라서 Y는 스스로 A의 승계인이라 주장하여 참가승계신청을 하거나 또는 Y가 A를 승계하였다고 주장하여 D 또는 A가 인수승계를 신청할 수 없다.

##### 3. 당사자로서 소송참가 거부

###### (1) 당사자 참가와 소송승계

Y는 독립당사자참가나 공동소송참가 등 당사자로서 참가할 수 없다. 독립당사자참가나 공동소송참가는 당사자의 소송상 지위를 이어 받는 것이 아니라, 기존의 소송절차와 관련하여 독자적 청구를 하는 점에서 소송승계와 구별된다. 소송승계 제도는 변론종결 전의 승계인이 기존 당사자의 소송상 지위를 이어받는 제도이기 때문에, 기존 당사자와 연합하거나 대립하기 위해 독립한 당사자로 참가할 수 없다.

###### (2) 사안의 경우

Y는 소송승계를 할 수 없으며, 기존의 소송절차의 한쪽 또는 양쪽 당사자와의 연합관계

또는 대립관계를 전제로 하는 독립당사자참가, 공동소송참가 또는 예비적 공동소송인을 추가하는 방식도 허용되지 아니한다.

#### 4. 결론

- 1) Y는 기존의 소송절차의 어느 한쪽 당사자의 소송상 지위를 이어받을 수 있을 뿐, 독자적 청구를 하는 형태인 당사자참가는 할 수 없다.
- 2) Y는 변론종결전의 승계인이 아니다. 따라서 Y가 D의 소송을 승계하기 위하여 스스로 참가승계를 하거나 A 또는 D가 Y로 하여금 인수승계 하도록 하게 할 수 없다.

## 5. 소송승계와 소송탈퇴

甲은 乙에게 자신의 소유인 X토지에 대해 매도하는 계약을 체결하였다. 매매계약체결 당시 매수인은 甲은 계약금 및 중도금으로 2억 1천만 원을 수령하였고, 잔대금 1억 원에 대해서는 이후 이를 지급받음과 동시에 이전등기서류를 매수인 乙에게 교부해 주기로 하였으나, 약속된 날이 지나도 아무런 연락을 받지 못한 甲은 乙을 상대로 잔대금 지급을 구하는 소를 제기하였다.(다음 사안은 각각 별개임)

1. 소송 결과 甲의 승소판결이 확정되었다. 그 후 乙과 친분관계가 있던 丙이 甲의 동의에 乙로부터 잔대금채무를 면책적으로 인수하였다. 그 후 甲은 丙을 상대로 위 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 법원은 어떠한 재판을 하는지 설명하시오.
2. 소송중 丁이 乙의 매수인의 지위를 승계받았다고 주장하면서 참가승계신청하였다. 乙이 이에 대해 다투지 않고 그 기회에 소송탈퇴를 하고자 한다. 하지만 甲은 丁의 소송참가는 부적법하며 乙의 소송탈퇴에 동의할 수 없다고 버티고 있다. 이 경우 법원은 본안판단하여야 하는지, 한다면 乙에게도 효력이 미치는지 설명하시오.

### I. 설문 1.

#### 1. 문제의 제기

면책적 채무인수인이 변론종결 후의 승계인인지 여부, 변론종결 후의 승계인을 상대로 소를 제기할 이익이 있는지 여부가 문제된다.

#### 2. 면책적 채무인수의 승계인 여부

##### (1) 상대성의 원칙과 예외

기판력은 소송의 대립 당사자 사이에만 생기는 것을 원칙(=상대성의 원칙)으로 한다(제218조 제1항). 다만 일정한 자에게 기판력의 확장이 인정되는데, ① 변론종결 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인)(제218조 제1항), ② 청구의 목적물의 소지인(동조 동항), ③ 소송담당에 있어서 권리이익귀속주체(동조 제3항), ④ 소송탈퇴자(제80조)에게 기판력이 미치는 것으로 규정하고 있다.

##### (2) 변론종결 후 승계인에 기판력이 미치는지 여부

###### 1) 문제점

기판력이 객관적 범위에서 작용되지 않는 경우 변론종결 후 승계인에 해당되어 기판력이 미치는지 그 범위가 문제된다.

###### 2) 견해의 대립

① 변론종결 후의 승계인에 해당하는 경우 전소 확정판결의 기판력이 미친다고 봄이 타당하다고 보는 견해와 ② 변론종결 후의 승계인에 해당한다고 하더라도 이 자의 신소재기권의 보장이라는 차원에판례는 전소 판결에서 소송물로 주장된 법률관계는 전소사실을 알지 못한 경우에는 기판력의 효력을 제한함이 타당하다는 견해도 있다.

###### (3) 면책적 채무인의 경우

면책적 채무인수의 이른바 소송물의 승계인과 동일하므로 당연승계인이 된다.

### 3. 판결의 권리보호이익

#### (1) 이행판결의 목적

이행의 소의 목적은 집행이다. 따라서 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 승소 확정 판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다.

#### (2) 면책적 채무인수에서 집행의 이익

전소 변론종결 또는 판결선고 후에 채무자의 채무를 소멸시켜 당사자인 채무자의 지위를 승계하는 이른바 면책적 채무인수를 한 자는 변론종결 후의 승계인으로서 전소 확정판결의 기판력이 미치게 되므로 원고는 특별한 사정이 없는 한 다시 본소를 제기할 이익이 없다.<sup>264)</sup>

#### (3) 사안의 경우

丙은 변론종결 후의 승계인에 해당하여 甲과 乙 사이의 위 확정판결의 기판력이 丙에게도 미치므로, 甲은 위 확정판결에 따라 부여받은 승계집행문으로 집행을 하면 되는 것이지 丙을 상대로 다시 소송을 구할 소의 이익이 없으므로, 결국 이 사건 소는 부적법하다.

### 4. 결론

丙은 면책적 채무인수으로서 소송물의 승계인에 해당하며 적격승계인이므로 별도의 소송을 제기하는 하는 것은 소의 이익이 없어 법원은 소각하 판결을 하여야 한다.

## II. 설문 2.

### 1. 문제의 소재

소송진행 도중 乙의 매수인의 지위를 승계하였다고 주장하는 丁의 참가승계의 신청이 적법한지 여부가 문제로 승계형태에 대한 심판방법이 쟁점이다. 원고 甲이 동의하지 않는 경우 乙의 소송탈퇴의 효력이 인정되지 않는다면 소송관계가 어떠한지를 그 효력을 살펴보아야 한다. 이에 따라 법원의 판단이 달라지기 때문이다.

### 2. 참가승계의 적법 여부

#### (1) 참가승계의 의미

참가승계란 소송계속 중 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 독립당사자참가신청의 방식으로 스스로 참가하여 새로운 당사자가 되어 소송을 승계하는 것을 말한다(제81조).

#### (2) 참가승계의 요건

##### 1) 타인 간의 소송계속 중

참가신청은 사실심의 변론종결 전에 한하여 허용되며, 상고심에서는 허용되지 않는다는 것이 판례이다.

##### 2) 소송승계의 원인

① 소송승계의 원인으로는 i) 소송물인 권리관계 그 자체가 양도된 경우뿐만 아니라, ii)

264) 대법원 2016. 9. 28. 선고 2016다13482 판결

그 권리관계가 귀속되는 물건(= 계쟁물)이 양도되어 당사자적격이 이전된 경우도 포함된다.  
② 참가승계·인수승계에서의 승계인과 변론을 종결한 뒤의 승계인(제218조 제1항)을 동일적으로 처리하여야 한다는 것이 통설 및 판례이다.<sup>265)</sup> 이에 따라 계쟁물의 양도의 경우 청구권의 성질을 불문하고 승계인에 포함된다는 견해가 있다. 즉 채권적 청구권에 기한 소송 중 계쟁물을 양수한 자도 포함된다고 본다. 그러나 판례는 청구권의 성질이 채권적 청구권인가 물권적 청구권인가를 구별한다.

### (3) 사안의 경우

甲의 소송진행 도중 丁의 매수인의 지위를 승계하였다고 주장하는 丁이 참가승계신청을 해오는 것은 타인간의 소송계속 중 권리관계 자체의 승계로서 적법함에는 의문이 없다.

## 3. 참가승계의 형태

### (1) 참가승계의 소송관계

승계참가의 경우에도 참가인과 피참가인 사이의 권리관계와 소송관계가 문제된다. 피참가인의 지위는 곧 참가인의 소송형태와 관련이 있게 된다

### (2) 참가승계의 유형

#### 1) 편면참가

참가신청은 독립당사자참가 신청방식에 따라야 하지만, 전주와 참가인 사이의 관계는 원칙적으로 이해가 대립되는 관계가 아니므로 소송의 구조는 고유한 독립당사자참가의 3면소송관계와 근본적인 차이가 있고, 전주가 승계사실을 다투지 않는 한, 참가인은 전주에 대해 아무런 청구를 하지 않아도 되므로 편면참가를 하게 되며, 이 경우에는 3면소송관계가 성립하지 않게 된다. 따라서 통상공동소송에 준하여 심리한다. 또한 전주가 적법하게 소송탈퇴하게 되면 통상의 이당사자 대립구조가 형성된다.

#### 2) 쌍면참가

피참가인과 참가인 사이에 양도의 유무나 효력에 관한 다툼이 있는 경우에는 승계인은 전주에 대하여도 일정한 청구를 하여야 하므로 쌍면참가를 하게 되며, 이때에는 독립당사자참가와 마찬가지로 3면소송관계가 성립하므로 독립당사자참가에 준하여 처리한다. 따라서 이 경우에는 제79조를 적용하여 심판한다.

### (3) 사안의 경우

소송진행 도중 乙의 매수인의 지위를 승계하였다고 주장하는 丁이 참가승계신청을 함에 있어서 乙은 이에 다투지 아니하였는바, 참가인의 참가는 전주인 乙에 대해 아무런 청구를 하지 않는 편면참가에 해당한다.

## 4. 승계참가의 경우 전원에 대한 심리

### (1) 문제점

편면참가를 신청하는 경우 원고는 자기의 권리를 인정받으면 되므로 통상 전주의 소송탈퇴를 허용한다. 그러나 원고가 소송탈퇴를 허용하지 아니한 경우 전주의 지위와 참가인의 관

265) 양자는 모두 분쟁주체인 지위가 소송 외에서 변동된 경우에 분쟁해결의 실효성을 확보하려는 제도적 취지가 공통되며, 다만 변론종결 전 승계인지 그 후의 승계인지의 차이가 있을 뿐이고, 전자가 「생성 중의 기판력」을 승계인에게 미치게 하는 것이라면, 후자는 「완성된 기판력」을 승계인에게 미치게 하는 것이라 할 수 있기 때문이다.

계가 문제되며 이에 대한 법원의 본안판단과 효력이 쟁점이다.

## (2) 탈퇴하지 못한 경우의 소송관계

### 1) 일부견해와 종전 판례

판례는 전주의 소송탈퇴에 상대방이 동의하지 않아 전주가 탈퇴하지 못한 경우, 종전 당사자와 참가승계인 사이에 이해가 대립되는 관계가 아니므로 독립당사자참가와 같은 3면소송관계가 성립하는 것이 아니고 종전 당사자의 청구와 승계참가인의 청구는 통상공동소송으로서 모두 유효하게 존속하게 된다고 보았다.

### 2) 다수설과 판례의 변경<sup>266)</sup>

현재 판례가 변경되어 합일확정으로 인정되는 필수적 공동소송관계가 되며, 다만 이 경우 법원은 종전 당사자의 청구와 승계참가인의 청구 양자에 대하여 판단을 하여야 한다는 입장이다.<sup>267)</sup>

266) 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체판결: 권리승계형 승계참가 후 원고가 원고승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않아 소송에 남아있는 경우 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조를 적용할 수 있는지 여부(적극); 승계참가에 관한 민사소송법 규정과 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와와의 정합성, 원고승계참가인(이하 '승계참가인'이라 한다)과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성 등을 종합적으로 고려하면, 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적의 권리의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 민사소송법 제81조에 따라 소송에 참가한 경우, 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않거나 이에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아있다면 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다고 할 것이다. 그러므로 2002년 민사소송법 개정 후 피참가인인 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대하여 다투지 않고 그 소송절차에서 탈퇴하지도 않은 채 남아있는 경우 원고의 청구와 승계참가인의 청구가 통상공동소송 관계에 있다는 취지로 판단한 대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다16729 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다65850 판결, 대법원 2014. 10. 30. 선고 2011다113455, 113462 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다. 원고가 피고를 상대로 정산금 지급을 구하는 소송의 제1심 계속 중에 승계참가인이 위 정산금채권 중 일부에 대해 전부명령을 받아 승계참가를 하였고, 원고는 참가인의 승계를 인정하였지만 자신의 청구 중 승계된 부분을 취하지 않아 제1심 법원이 원고의 청구를 기각하고 승계참가인의 청구를 일부 인용하였으며, 이에 대해서 승계참가인과 피고만 항소하였는데 원심 계속 중 피고들이 전부명령이 압류 경합으로 무효라고 다투자 원고가 부대항소를 제기한 사안에서, 승계된 부분에 관한 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용되어 제1심판결에 대하여 승계참가인과 피고들만 항소하였다더라도 원고 청구 부분을 포함한 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생기므로 원고가 제기한 부대항소는 적법하다는 이유로, 원고의 부대항소를 받아들여 원고의 청구를 일부 인용하고 승계참가인의 청구를 기각한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례

이러한 전원일치의견에 대하여 대법관 민유숙의 보충의견이 있음 대법원(재판장 대법원장 김명수, 주심 대법관 민유숙)은 2019. 10. 23. 전원일치 의견의 전원합의체 판결을 선고하여, - 제3자가 소송목적의 권리를 승계하였다고 주장하면서 승계참가를 하였는데, 피참가인인 원고가 승계를 인정하면서도 소송탈퇴 또는 소취하 등을 하지 않고 소송에 그대로 남아있는 경우,

- ① 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와와의 정합성, ② 승계참가인과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성, ③ 승계참가에 관한 민사소송법 규정 등을 종합적으로 고려할 때, - 「승계로 인하여 중첩된 '원고의 청구'와 '승계참가인의 청구' 사이에는 '필수적 공동소송'에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다」고 보아, 이와 같은 취지의 원심판결에 대한 상고를 기각하고, 이와 달리 판단하였던 종래의 대법원 판례를 변경.

267) 대판 2004.7.9. 2002다16729: 원고는 이 사건 손해배상채권을 승계참가인에게 양도하고 원심 소송계속중인 1999. 11. 16.경 피고들에게 채권양도의 통지를 한 다음 승계참가인이 승계참가신청을 하자 탈퇴를 신청하였으나 피고들의 부동으로 탈퇴하지 못한 사실을 알 수 있는바, 이와 같은 경우 원고의 청구와 승계참가인의 청구는 통상의 공동소송으로서 모두 유효하게 존속하는 것이므로 원심에서는 원고의 청구 및 승계참가인의 청구 양자에 대하여 판단을 하여야 할 것임에도, 원심은 승계참가인의 피고에 대한 청구 중 일부를 명시적으로 기각하고, 원고의 위 피고에 대한 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 않았으므로, 원



### 3) 3면관계의 소송탈퇴와 심판

피참가인과 참가인 사이에 승계의 유무나 효력에 관한 다툼이 있어서 전주가 소송에서 탈퇴하지 못한 경우에는 독립당사자참가와 마찬가지로 3면소송관계가 성립하므로 독립당사자참가에 준하여 처리한다. 따라서 이 경우에는 제79조를 적용하여 심판한다.<sup>268)</sup> 이러한 경우 독립당사자 전원은 합일확정의 제67조를 준용하므로 이에 따라 판단한다.<sup>269)</sup>

#### (3) 사안의 경우

乙은 丁의 계약상 지위인수와 소송참가에 대해 다투지 않고 아예 소송탈퇴를 하고자 하였으나, 상대방인 원고 甲의 동의를 얻지 못하고 있는바 경우 법원은 탈퇴신청에 대해 상대방의 동의를 갖추지 못하였음을 이유로 소송탈퇴를 불허하고, 甲의 乙과 丁에 대한 청구와 丁의 甲에 대한 청구에 대해서 합일확정의 본안판단을 하여야 한다.

## 5. 결론

적법한 승계참가에 대하여 甲의 부동의로 탈퇴하지 못한 경우, 법원은 乙의 소송탈퇴를 불허하고, 원고 甲의 청구와 승계참가인 丁의 청구는 모두 유효하게 존속하며 다만 편면참가에 해당한다고 보고 양자에 대해 동일한 본안판단을 하여야 하고 판결의 효력은 전원에게 미친다.

---

심판결에는 승계참가 및 소송탈퇴에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다.

268) 누가 채무자인지 여부가 쟁점이 되는 인수참가의 경우라면 견해의 대립이 있으나, 예비적 공동소송의 형태가 된다고 보는 견해에 의하면 제70조의 규정을 유추적용하여 재판의 통일을 도모하고자 한다.

269) 앞의 전원합의체 판례

## 6. 소송승계와 소멸시효 중단

甲은 2008.4.1. 乙에게 1억 원을 변제기 2009.3.31.로 정하여 대여하였다. 甲은 2018.11.1. 乙을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하였다. 소송계속중 甲은 丙에게 대여금 채권을 양도하였다고 주장하면서 丙에 대한 소송인수신청을 하였고, 법원이 소송인수 결정을 하였으며, 甲은 2019.5.1. 乙의 동의를 얻어 소송에서 탈퇴하였다. 인수 참가인 丙에 대한 청구인용판결이 선고되자 乙은 항소를 제기하였다. 항소심은 위 채권양도가 무효라고 판단하여 丙에 대한 청구기각판결을 선고하였고 위 판결은 2019.8.1. 확정되었다. 채권양도가 무효로 판단됨에 따라 甲은 2019.12.1. 乙을 상대로 다시 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소(후소)를 제기하였다. 후소에서 乙은 '위 대여금 청구가 변제 기로부터 10년이 도과하여 소멸시효가 완성되었다'고 주장하였고, 甲은 '시효완성 전에 전소를 제기하였고 비록 전소에서 탈퇴하였으나 전소 판결의 확정일로부터 6개월 이내에 후소를 제기하였으므로 소멸시효가 중단되었다'고 주장하였다. 甲과 乙의 주장은 타당한가?

### 1. 문제의 소재

甲의 청구권은 2019.3.1.에 소멸되므로 2019.12.1. 제기한 소는 2019.8.1.의 청구기각의 확정판결의 소멸시효 중단의 효력을 받는지 문제된다. 시효중단의 효력을 받지 아니한 경우라도 6월내에 소를 제기한 경우 소송탈퇴 전에 제기한 재판상의 청구로 인한 시효중단의 효력이 최고로서의 효력은 없는 지 쟁점이다.

### 2. 소송탈퇴 후에 소멸시효의 중단의 효력

#### (1) 인수참가의 효력

당사자의 인수승계신청에 따라 인수승계가 결정된 경우 당초의 소제기의 시효중단과 기간 준수의 효력도 승계인인 신당사자에게 미친다.(제82조) 인수승계자는 피승계인의 유불리는 떠나 모든 소송행위의 결과를 승인할 의무가 있다. 이는 피승계인의 소송법적 효과는 소멸한다는 의미이다.

#### (2) 피승계인의 시효중단의 효과

##### 1) 소멸시효 중단의 근거

소멸시효의 중단에 대하여 권리확정설과 권리행사설이 대립한다. 통설과 판례는 권리위에 잠자는 자가 아닌 경우 보호하여야 한다는 권리행사설의 입장에 있다. 채권양도 후 소송탈퇴자의 전소의 소제기가 권리행사로 볼 수 있다. 따라서 소취하와 달리 소송탈퇴 후의 시효중단의 효력은 중단되지 아니한다.(80조 단서)

##### 2) 청구기각판결의 시효중단의 효력

소송목적인 권리를 양도한 원고는 법원이 소송인수 결정을 한 후 피고의 승낙을 받아 소송에서 탈퇴할 수 있는데(제82조 제3항, 제80조), 그 후 법원이 인수참가인의 청구의 당부에 관하여 심리한 결과 인수참가인의 청구를 기각하거나 소를 각하하는 판결을 선고하여 판결이 확정된 경우에는 원고가 제기한 최초의 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력은 소멸한다.(민법 제170조 제1항)

##### (3) 소결

소송탈퇴를 하는 경우 인수참가인에 대한 청구기각 또는 소각하 판결이 확정된 경우, 원고가 제기한 최초의 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 소멸한다.

### 3. 소송탈퇴의 효력과 시효중단

#### (1) 소송탈퇴전의 청구의 의미

소송탈퇴 전에 제기한 소는 피승계인인 탈퇴자의 권리행사로 인정될 여지가 있다. 따라서 탈퇴후 소송탈퇴자의 지위와 관련하여 계속적인 권리행사자로서 소송법적 청구가 아닌 최고로서의 효력이 있을 수 있다.

#### (2) 탈퇴자에 대한 판결의 효력

제80조 단서의 효력에 대하여 참가적 효력설, 기판력설, 기판력 및 집행력설이 대립한다. 다소송관계가 종료되는 조건부 포기·인낙설과 소송관계가 남아있다는 소송담당설이 대립한다. 판례는<sup>270)</sup> 조건부 청구의 포기·인낙설의 입장이다. 다수설과 판례는 원고 탈퇴는 조건부 청구의 포기이고 피고의 탈퇴는 인낙이므로 판결의 효력이 미친다고 하여 집행력이 부여된다는 입장이다.

#### (3) 소송탈퇴 후 최고로서 권리행사

판례에<sup>271)</sup> 의하면 소송탈퇴는 탈퇴 뒤 잔존하는 소송에서 내린 판결은 탈퇴자에 대하여도 그 효력이 미치는(제82조 제3항, 제80조 단서) 점에 비추어 탈퇴 전에 조건부·포기인낙설이므로 조건성취가 인정되지 아니하여 탈퇴의 효력은 존재하지 아니하고, 원고가 제기한 재판상의 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 그대로 유지된다는 본다. 이때의 중단은 최고로서의 효력을 갖는다.

### 4. 결론

탈퇴 뒤 잔존하는 소송의 판결은 탈퇴자에 대하여도 그 효력이 있으므로 전소에서 비록 청구기각이 확정판결에도 불구하고 권리행사의 연속상에 있으므로 소멸시효중단의 효력을 받는다. 탈퇴 전에 원고가 제기한 재판상의 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력이 그대로

270) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다103048 판결: [1] 민사소송법 제95조 제1호, 제238조에 따라 소송대리인이 있는 경우에는 당사자가 사망하더라도 소송절차가 중단되지 않고 소송대리인의 소송대리권도 소멸하지 않으며, 이때 망인의 소송대리인은 당사자 지위의 당연승계로 인하여 상속인에게서 새로이 수권을 받을 필요 없이 법률상 당연히 상속인의 소송대리인으로 취급되어 상속인들 모두를 위하여 소송을 수행하게 되는 것이고, 당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 않는 경우에 비록 상속인으로 당사자의 표시를 정정하지 아니한 채 망인을 그대로 당사자로 표시하여 판결하였다고 하더라도 그 판결의 효력은 망인의 소송상 지위를 당연승계한 상속인들 모두에게 미치는 것이다. 한편 소송이 종료되었음에도 이를 간과하고 심리를 계속 진행한 사실이 발견된 경우 법원은 직권으로 소송종료선언을 하여야 한다. [2] 소송계속 중 사망한 갑에게서 소송탈퇴에 관한 특별수권을 받은 소송대리인은, 승계참가인 을이 승계참가신청을 하자 소송탈퇴를 신청하였고 상대방 측 소송대리인이 위 탈퇴에 동의하였는데, 을이 소송물과 관련한 갑의 재산을 단독으로 상속하게 되었다면서 소송수계신청을 하였고 이후 을은 승계참가신청취하서를 제출하여 상대방 측 소송대리인이 위 취하에 동의한 사안에서, 갑의 소송대리인이 한 소송탈퇴신청은 상속인들 모두에게 그 효력이 미치므로 갑과 상대방 사이의 소송관계, 즉 갑의 상속인들과 상대방 사이의 소송관계는 소송탈퇴로 적법하게 종료되었고 을의 소송수계신청은 이미 종료된 소송관계에 관한 것이어서 이유 없음이 명백하고, 한편 을과 상대방 사이의 소송관계도 승계참가신청취하와 상대방의 이에 대한 동의로 적법하게 종료되었다고 한 사례.

271) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016다35789 판결: 소송목적인 권리를 양도한 원고가 민사소송법 제82조 제3항, 제80조에 따라 소송에서 탈퇴한 후 인수참가인에 대한 청구기각 또는 소각하 판결이 확정된 경우, 원고가 제기한 최초의 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 소멸하는지 여부(적극) 및 인수참가인의 소송목적 양수 효력이 부정되어 인수참가인에 대한 청구기각 또는 소각하 판결이 확정된 날부터 6개월 내에 탈퇴한 원고가 다시 탈퇴 전과 같은 재판상의 청구 등을 한 경우, 탈퇴 전에 원고가 제기한 재판상의 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력이 그대로 유지되는지 여부(적극)

유지되고 甲은 본안을 주장하는 데에 이유가 있다.

대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체판결

권리승계형 승계참가 후 원고가 원고승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않아 소송에 남아있는 경우 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조를 적용할 수 있는지 여부(적극)-승계참가에 관한 민사소송법 규정과 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와의 정합성, 원고승계참가인(이하 '승계참가인'이라 한다)과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성 등을 종합적으로 고려하면, 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 민사소송법 제81조에 따라 소송에 참가한 경우, 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않거나 이에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아있다면 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다고 할 것이다. 그러므로 2002년 민사소송법 개정 후 피참가인인 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대하여 다투지 않고 그 소송절차에서 탈퇴하지도 않은 채 남아있는 경우 원고의 청구와 승계참가인의 청구가 통상공동소송 관계에 있다는 취지로 판단한 대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다16729 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다65850 판결, 대법원 2014. 10. 30. 선고 2011다113455, 113462 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

원고가 피고를 상대로 정산금 지급을 구하는 소송의 제1심 계속 중에 승계참가인이 위 정산금채권 중 일부에 대해 전부명령을 받아 승계참가를 하였고, 원고는 참가인의 승계를 인정하였지만 자신의 청구 중 승계된 부분을 취하지 않아 제1심 법원이 원고의 청구를 기각하고 승계참가인의 청구를 일부 인용하였으며, 이에 대해서 승계참가인과 피고만 항소하였는데 원심 계속 중 피고들이 전부명령이 압류 경합으로 무효라고 다투자 원고가 부대항소를 제기한 사안에서, 승계된 부분에 관한 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용되어 제1심판결에 대하여 승계참가인과 피고들만 항소하였더라도 원고 청구 부분을 포함한 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생기므로 원고가 제기한 부대항소는 적법하다는 이유로, 원고의 부대항소를 받아들여 원고의 청구를 일부 인용하고 승계참가인의 청구를 기각한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례

이러한 전원일치의견에 대하여 대법관 민유숙의 보충의견이 있음

대법원(재판장 대법원장 김명수, 주심 대법관 민유숙)은 2019. 10. 23. 전원일치 의견의 전원합의체 판결을 선고하여, - 제3자가 소송목적인 권리를 승계하였다고 주장하면서 승계참가를 하였는데, 피참가인인 원고가 승계를 인정하면서도 소송탈퇴 또는 소취하 등을 하지 않고 소송에 그대로 남아있는 경우, - ① 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와의 정합성, ② 승계참가인과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성, ③ 승계참가에 관한 민사소송법 규정 등을 종합적으로 고려할 때, - 「승계로 인하여 중첩된 '원고의 청구'와 '승계참가인의 청구' 사이에는 '필수적 공동소송'

에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다」고 보아, 이와 같은 취지의 원심판결에 대한 상고를 기각하고, 이와 달리 판단하였던 종래의 대법원 판례를 변경하였습니다(대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결).