

## 제60회 민사소송법 사례시험 간단 해설 -최영덕 출제GS 문제의 동일성 내지 유사성--

-자세한 설명과 내용은 추후 변리사스쿨에서 현장강의에서 말씀드립니다.-

여러분 어려운 시험보시느라 수고하셨습니다.

간단한 총평으로 59회보다는 어려웠다는 정도의 말씀을 우선 드립니다.

전체적으로 편중되지 아니하고 출제되었으며, 일단 지문이 길어서 문제 분석과 파악하는데 시간 부족이 있을 수 있고, 쟁점이 눈에 보이더라도 세부적인 쟁점에서 실력 차이가 날 수 있는 문제들이 출제되어 실력의 편차가 그대로 드러날 것으로 예상합니다.

예를 들어, 소송달퇴, 사본의 증거력이나 당사자표시정정과 대표자 판례, 혹은 교도소 판례 등은 쟁점과 목차의 순서를 잡는데 잡음이 있었을 것으로 생각합니다.

요컨대, 의외로 고득점이 많을 수 있으며 반대로 예상 점수보다 낮은 점수대가 예전에 비하여 늘어날 것으로 전망합니다. 생각보다 점수의 편차가 심할 것으로 생각합니다.

매년마다 드리는 말씀이지만 제 수업과 GS만 보셔도 됩니다.

자세한 것은 변리사스쿨 현장강의에서 말씀드리고 오늘은 간단하게 쟁점과 제가 출제한 문제들과 동일성 내지 유사성을 자랑하면서 정리자료를 올립니다.

## 【 문제-1 】 (30점)

甲은 乙에 대하여 구상금채권을 가지고 있는 채권자이다. 甲과 丙 사이에 甲이 乙에 대하여 가지고 있는 구상금채권을 양도양수하는 계약을 체결하였다. 乙은 자신의 유일한 재산인 X부동산을 丁에게 매도하는 계약을 체결하였다. (다음 각 물음은 독립적임)

- (1) 甲이 乙에 대하여 구상금청구의 소를 제기한 후 제1심 소송계속 중 丙은 甲으로부터 구상금채권을 양수하였음을 이유로 권리승계를 주장하면서 승계참가를 신청하였다. 甲은 丙의 승계 여부에 대하여 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않았다. 제1심법원은 丙이 甲으로부터 구상금채권을 양수한 채권자임을 전제로 丙의 청구에 대하여 판단하였고, 甲의 청구에 대하여는 판단하지 않았다. 이에 대하여 甲이 항소를 제기하였는데, 항소심법원은 불복의 대상이 되는 재판이 없어 항소가 부적법하다고 판단하여 甲의 항소를 각하하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)
- (2) 丙이 乙에 대하여 양수금 청구의 소를 제기하면서 甲과 丙 사이에 체결한 양도양수계약서 사본을 증거로 제출하였다. 이에 대하여 乙이 부지로 다투었는데, 법원은 변론 전체의 취지에 의하여 원본의 존재와 진정성립을 인정하였다. 이와 같은 법원의 조치에는 위법이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)
- (3) 丙이 丁을 상대로 양수금채권을 피보전채권으로 하여 乙과 丁 사이의 위 매매계약의 취소와 가액배상을 구하는 채권자취소의 소를 제기하여 그 소장부분이 2022. 9. 5. 丁에게 송달되었다. 丙은 또 이 사건 소송계속 중 丁을 상대로 乙에 대하여 가지고 있던 공사대금채권을 피보전채권으로 하여 위 매매계약의 취소와 가액배상을 구하는 채권자취소의 소를 제기하여 그 소장부분이 2022. 9. 12. 丁에게 송달되었다. 이와 같은 경우 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

# I. 설문 (1). (10점)--B형과 동차반 실전gs 8회 3문과 유사

## -실제문제-

(1)甲이 乙에 대하여 구상금청구의 소를 제기한 후 제1심 소송계속 중 丙은 甲으로부터 구상금채권을 양수하였음을 이유로 권리승계를 주장하면서 승계참가를 신청하였다. 甲은 丙의 승계 여부에 대하여 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않았다. 제1심법원은 丙이 甲으로부터 구상금채권을 양수한 채권자임을 전제로 丙의 청구에 대하여 판단하였고, 甲의 청구에 대하여는 판단하지 않았다. 이에 대하여 甲이 항소를 제기하였는데, 항소심법원은 불복의 대상이 되는 재판이 없어 항소가 부적법하다고 판단하여 甲의 항소를 각하하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

## -출제 gs문제-

### 【 문제-3 】 (30점)

건축업을 하는 甲은 乙로부터 수급을 받아 X건물을 건축하고 공사대금 10억 원을 지급받지 못하였다며 2020. 5. 10. 乙을 상대로 10억 원의 공사대금 청구의 소를 제기하였다. 한편 丙은 같은 해 6. 20. 甲의 乙에 대한 위 공사대금 채권 중 8억 원에 대하여 채권압류 및 전부명령을 받았고, 위 공사대금 청구 소송 계속 중 제3채무자인 乙에 대하여 8억 원의 전부금의 지급을 구하면서 승계참가신청을 하였다. 甲은 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않았으나 전부된 부분의 청구를 감축하지도 않았고 소송탈퇴도 하지 않았다.

- (1) 甲과 丙 사이의 공동소송형태에 관해 설명하시오.
- (2) 제1심법원은 2020. 11. 8. 甲의 청구를 기각하고 丙의 乙에 대한 청구 중 6억 원을 지급하라는 판결을 선고하였다. 乙과 丙은 각 2020. 11. 20. 제1심판결 중 자신의 패소 부분에 대해 항소하였고 甲은 항소하지 않았다. 항소심 계속 중 乙이 丙의 전부명령이 다른 가압류와 경합된 상태에서 발령되어 무효라고 다투자 甲은 2021. 3. 5. 부대항소를 제기하였다. 또한 乙은 甲이 제1심에서 패소한 뒤 불복하지 않아 甲에 대한 판결은 분리 확정되었고 그에 따라 甲이 제기한 부대항소는 부적법하다고 주장하였다. 항소심 법원의 심리결과 丙의 압류 및 전부명령이 乙에게 송달되기 전에 甲에 대한 또 다른 채권자 丁이 甲의 乙에 대한 공사대금 채권에 대하여 5억 원의 가압류를 한 사실, 乙의 甲에 대한 미지급 공사대금이 6억 원이라는 사실이 인정되었다. 항소심 법원의 판결을 설명하시오.

## I. 설문 (1).

- 1. 문제의 소재 (1점)
- 2. 丙의 승계참가신청이 적법여부
- 3. 승계참가 후 피참가인이 다투지 않으면서 탈퇴하지 않는 경우의 소송상태<sup>1)</sup>-판례
- 4. 사례의 해결 (2점)

丙의 승계참가 후 피참가인인 甲이 소송탈퇴를 하지 않고 그대로 남아 있으므로 甲의 청구와 丙의 청구는 그 주장 자체로 양립할 수 없는 관계에 있어 필수적 공동소송(민사소송법 제67조)의 형태로 보아야 할 것이다.

## II. 설문 (2).

- 1. 문제의 소재
- 2. 항소심의 심판 방법<sup>2)</sup>

- 1) 권리승계형 승계참가에서 피참가인인 원고가 소송탈퇴·소취하(일부 취하의 의미를 갖는 청구감축 포함) 등을 하지 않아 승계된 부분에 관한 원고의 청구가 그대로 유지되는 경우 원고의 피고에 대한 청구와 승계참가인의 피고에 대한 청구는 그 주장 자체로 법률상 양립할 수 없는 관계에 있다. 원고의 피고에 대한 채권이 존재하는 경우 승계참가인이 승계 원인으로 주장하는 채권양도나 전부명령에 의하여 채권이 법률상 유효하게 승계되었는지 여부에 따라 원고 또는 승계참가인 중 어느 쪽의 청구는 인용되고 다른 쪽의 청구는 기각되어 두 청구가 모두 인용될 수는 없기 때문이다. 따라서 권리승계형 승계참가의 경우에도 원고의 청구가 그대로 유지되고 있는 한 독립당사자참가소송이나 예비적·선택적 공동소송과 마찬가지로 필수적 공동소송에 관한 규정을 적용하여 같은 소송 절차에서 두 청구에 대한 판단의 모순, 저축을 방지하고 이를 합일적으로 확정할 필요성이 있다. 민사소송법 제81조는 승계인이 독립당사자참가에 관한 제79조에 따라 소송에 참가할 것을 정하는데, 제79조는 제2항에서 필수적 공동소송에 관한 특칙인 제67조를 준용하고 있으므로 제81조는 승계참가에 관하여도 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 준용할 근거가 된다고 할 수 있다(대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결)
- 2) 사안의 경우 두 개의 청구가 필수적 공동소송의 형태라면, 종국판결은 1개의 전부판결로 승계참가인과 원고의 청구 모두에 대해서 판단해야 하고 일부판결은 허용되지 않는다. 또한 원고와 승계참가인 중 한 사람이 항소를 제기하면 모두에 대하여 판결 확정 이 차단되고 사건 전부가 항소심으로 이심된다(대법원 2007. 12. 14. 선고 2007다37776, 37783 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고

## 3. 甲의 부대항소의 적법성

## 3. 압류 경합시 전부명령의 효력

## 4. 본안에서 승계사실이 인정되지 않는 경우의 판단

## 5. 사안의 적용 및 결론

사안의 경우 甲의 부대항소가 적법하고, 가사 甲의 부대항소가 없더라도 甲의 청구와 丙의 청구는 필수적공동소송의 형태여서 丙의 항소로 인하여 甲의 청구 및 丙의 청구 전부 항소심의 심판대상이 된다. 항소심의 심리결과 丙의 승계사실이 인정되지 않고 甲의 乙에 대한 공사대금이 6원이 인정된다면 법원은, “1심 판결을 취소한다, 乙은 甲에게 6억 원을 지급하라, 丙의 乙에 대한 청구를 기각한다”는 판결을 선고하여야 한다.

2009다43355 판결 등 참조). 이때 항소하지 않은 당사자는 단순한 ‘항소심당사자’의 지위에 있다(대법원 1981. 12. 8. 선고 80다577 판결 참조). 이 경우 항소심의 심판대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소 취지에 나타난 불복범위로 한정하되 원고, 피고, 승계참가인 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다. 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 판결을 변경하는 것도 가능하다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2006다86573, 86580 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2009다43355 판결 등 참조).

## II. 설문 (2)에 대하여-B형과 60회 모의고사, 동차반 보충문제 동일

### -실제문제-

(2) 丙이 乙에 대하여 양수금 청구의 소를 제기하면서 甲과 丙 사이에 체결한 양도양수계약서 사본을 증거로 제출하였다. 이에 대하여 乙이 부지로 다투었는데, 법원은 변론 전체의 취지에 의하여 원본의 존재와 진정성립을 인정하였다. 이와 같은 법원의 조치에는 위법이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

### -gs 출제 문제-

甲은 乙을 피고로 대어금청구소송을 제기하면서 乙은 甲과의 소비대차계약을 증명하기 위한 증거로 차용증을 제출하였는데, 甲은 원본이 제3자가 소지하고 있어 제출할 수 없다는 이유로 사본으로 서증을 제출하였다. 乙이 차용증에 대하여 부지진술을 하고 있다. 甲이 제출한 乙의 인감이 날인되어 있는 차용증 사본을 근거로 법원이 소비대차계약사실을 인정할 수 있는지 설명하시오. (10점)

#### 1. 쟁점의 정리

#### 2. 서증신청의 사본제출의 적법 여부

##### (1) 서증의 원본제출주의 의무

##### (2) 사본제출에 대한 상대방의 이익권의 포기 및 상실

##### 1) 이익권의 대상<sup>3)4)</sup>

##### 2) 부지의 진술의 의미

##### (3) 소결

서증신청은 원본을 제출하여야 적법하며, 사본을 제출한 경우 이익권의 대상이 되어 상대방이 태도에 따라 적법여

- 3) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133 판결: [1] 서증은 문서에 표현된 작성자의 의사를 증거자료로 하여 요증사실을 증명하려는 증거방법이므로 우선 그 문서가 증거신청당사자에 의하여 작성자로 주장되는 자의 의사에 기하여 작성된 것이 밝혀져야 하고, 이러한 형식적 증거력이 인정된 다음 비로소 작성자의 의사가 요증사실의 증거로서 얼마나 유용하느냐에 관한 실질적 증명력을 판단하여야 한다. [2] 문서의 제출 또는 송부는 원본, 정본 또는 인증등본으로 하여야 하는 것이므로, 원본, 정본 또는 인증등본이 아니고 단순한 사본만에 의한 증거의 제출은 정확성의 보증이 없어 원칙적으로 부적법하며, 다만 이러한 사본의 경우에도 동일한 내용인 원본의 존재와 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 없고 그 정확성에 문제가 없기 때문에 사본을 원본의 대용으로 하는데 관하여 상대방으로부터 이익이 없는 경우에는, 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문 개정되기 전의 것) 제326조 제1항 위반사유에 관한 책문권이 포기 혹은 상실되어 사본만의 제출에 의한 증거의 신청도 허용된다. [3] 원본의 존재 및 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 있고 사본을 원본의 대용으로 하는데 대하여 상대방으로부터 이익이 있는 경우에는 사본으로써 원본을 대신할 수 없으며, 반면에 사본을 원본으로서 제출하는 경우에는 그 사본이 독립한 서증이 되는 것이나 그 대신 이에 의하여 원본이 제출된 것으로 되지는 아니하고, 이 때에는 증거에 의하여 사본과 같은 원본이 존재하고 또 그 원본이 진정하게 성립하였음이 인정되지 않는 한 그와 같은 내용의 사본이 존재한다는 것 이상의 증거가치는 없다. [4] 서증사본의 신청당사자가 문서 원본을 분실하였다는 것, 선의로 이를 훼손한 경우, 또는 문서제출명령에 응할 의무가 없는 제3자가 해당 문서의 원본을 소지하고 있는 경우, 원본이 방대한 양의 문서인 경우 등 원본 문서의 제출이 불가능하거나 비실제적인 상황에서는 원본의 제출이 요구되지 아니한다고 할 것이지만, 그와 같은 경우라면 해당 서증의 신청당사자가 원본 부제출에 대한 정당성이 되는 구체적 사유를 주장·입증하여야 할 것이다. [5] 민사소송상 변론주의는 권리의 발생, 소멸이라는 법률효과 판단의 요건이 되는 주요사실에 대한 주장·입증에 관한 것으로서 그 주요사실의 존부를 확인하는데 있어 도움이 됨에 그치는 간접사실이나 그의 증빙자료에 대하여는 적용되지 아니한다. [6] 일람출급 신용장인 마스터신용장(Master Letter of Credit)의 매입은행이 중계무역업자인 수익자의 요청에 따라 마스터신용장에 터잡아 백투백신용장(Back-to-Back Letter of Credit)을 개설해 준 후 그 수익자에게 백투백신용장 대금결제를 위한 자금을 대출하고 그 대출금의 담보를 위하여 마스터신용장 서류를 교부받은 경우, 매입은행의 백투백신용장의 개설이나 그 대금결제를 위한 대출행위는 그 매입은행이 대출금에 대한 이자 등 수익을 얻기 위하여 자신의 책임과 위험 부담 아래 행하는 별개의 거래로서 제4차 신용장통일규칙 제3조의 신용장 독립의 원칙상 마스터신용장의 법률관계는 그 백투백신용장 거래와 무관하여 구속받지 않는 것으로서, 매입은행이 수익자에게 마스터신용장에 터잡아 백투백신용장을 개설해주고 그 백투백신용장의 대금결제를 위한 자금을 대출하면서 그 대출금의 담보를 위하여 마스터신용장 관련 서류를 교부받았다 하더라도 그 사정만으로써는 그 교부당시 매입은행에 의한 마스터신용장의 매입이 이루어졌다고 볼 수 없다고 한 사례
- 4) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다48667 판결: [1] 문서의 제출 또는 송부는 원본, 정본 또는 인증등본으로 하여야 하는 것이므로 원본, 정본 또는 인증등본이 아니고 단순한 사본만에 의한 증거의 제출은 정확성의 보증이 없어 원칙적으로 부적법하고, 다만 이러한 사본의 경우에도 원본의 존재와 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 없고 그 정확성에 문제가 없기 때문에 사본을 원본의 대용으로 하는데 관하여 상대방으로부터 이익이 없는 경우에는, 민사소송법 제326조 제1항의 위법에 관한 책문권의 포기 혹은 상실이 있다고 하여 사본만의 제출에 의한 증거의 신청도 허용된다고 할 것이나, 원본의 존재 및 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 있고 사본을 원본의 대용으로 하는데 대하여 상대방으로부터 이익이 있는 경우에는 사본으로써 원본을 대신할 수 없다. [2] 증거로 제출된 농지소표 사본에 대하여 상대방이 부지로 다투고 있는데도 변론의 전취지에 의하여 그 원본의 존재와 진정성립을 인정한 원심판결을 파기한 사례.

부를 달리 할 수 있다. 그러나 피고의 태도로 보아 이를 인정하기 어렵다.

### 3. 사본에 대한 증거조사

- (1) 사본 자체를 원본으로 제출하는 경우 증거조사
- (2) 원본제출의무가 없는 경우 사본에 대한 증거조사<sup>5)</sup>
- (3) 사안의 경우

원본제출이 아니므로 부적법하지만, 사본을 원본으로 제출한 경우라고 하더라도 당사자가 이를 주장 증명하지 아니하는 형식적 증거력을 인정할 수 없으므로 증거력을 인정할 수 없다.

### 4. 사례의 해결

사본을 서증으로 제출한 경우가 원본제출의무가 면제되는 경우가 아니므로 이익권의 대상이지만 피고의 태도로 보아 부적법하며, 사본을 원본으로 제출한 경우로 서증신청은 적법하다 하더라도 이를 통해 다툼있으므로 계약사실을 인정하기는 어렵다.

5) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다66133 판결

Ⅲ. 설문 (3)에 대하여-중복제소 문제는 유사문제로 너무 많아서 생략-제 GS문제에서 올해 중복제소 문제가 나올거라는 것은 제 강의를 들어보시 분은 귀에 쟁쟁할 것입니다.

## 【 문제-2 】 (20점)

甲종중은 乙의 불법행위로 甲종중 소유의 X토지에 관한 甲종중의 사용·수익권이 방해됨으로써 甲종중에 재산상 손해가 발생하였다는 이유로 차임상당 손해배상액의 지급을 구하는 소(이하 '이 사건 소'라 한다)를 제기하였다. (다음 각 물음은 독립적임)

- (1) 甲종중은 2020. 8. 17. 이 사건 소를 제기하면서 소장에 대표자 표시를 누락하였다가 제1심법원의 석명준비명령에 따라 甲종중의 대표자를 A로 기재한 서면을 제출하였다. 그러나 이 사건 소제기 당시 甲종중의 대표자는 A가 아니라 B이었다. 甲종중은 2022. 10. 19. 항소심법원에 甲종중의 대표자를 A에서 B로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출하면서 A의 기존 소송행위를 추인하는 취지라고 주장하였다. 甲종중과 乙 모두 항소심에 이르기까지 B의 대표자 지위에 관하여 다툼 적은 없고, 그에 관하여 주장하거나 증명을 하지도 않았다. 이에 대하여 항소심법원은 B에게 적법한 대표권이 있는지를 의심할만한 사정이 있음에도 B에게 당사자표시정정신청서 제출 당시에도 추인을 할 수 있는 대표권이 있었다고 볼 증거가 부족하고, 당사자표시정정신청만으로 추인을 인정하기도 어렵다는 것을 이유로 이 사건 소가 대표권 없는 사람에 의하여 제기된 것으로 보아 부적법하다고 하여 소각하 판결을 선고하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)
- (2) 제1심법원은 청구기각판결을 하였고, 이에 대하여 甲종중이 항소하였다. 항소심법원은 甲종중이 제출한 증거들만으로는 甲종중이 X토지를 현실적으로 사용·수익하여 왔다거나, 이후 甲종중이 주장하는 乙의 불법행위로 인하여 X토지에 관한 甲종중의 사용·수익권이 방해받음으로써 甲종중에 재산상 손해가 실제로 발생하였다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 그럼에도 항소심법원은 甲종중의 이 사건 청구를 기각하지 않고 이 사건 소가 甲종중의 종종총회결의 없이 제기되었음을 이유로 부적법하다고 보아 이를 각하하였다. 이에 대하여 甲종중만 상고하였다. 甲종중은 항소심변론종결 이후 상고심에 이르기까지 “甲종중이 종종원들의 소재를 파악하기 위한 가능한 노력을 기울인 끝에 국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가 가능한 종종원들에게 개별적으로 소집통지를 한 후 2023. 3. 24. 임시총회를 개최하였고, 위 임시총회에서 A나 B가 甲종중의 대표자로서 기존에 이 사건 소에 관하여 한 소송행위를 추인하기로 결의하였다.”라는 취지로 주장하면서 이에 부합하는 참고자료를 제출하였다. 이러한 경우 상고심법원은 어떠한 판결을 하여야 하는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

설문 (1)과 (2)에 대하여-최종정리 자료, 시험장 자료-B형 제5회- 특히 아래의 판례들은 수업시간에 당사자표시정정과 석명의무에 관한 문제들을 자주 출제하여 반드시 참고하라는 취지로 설명하였습니다.

-실제문제-

(1) 甲종중은 2020. 8. 17. 이 사건 소를 제기하면서 소장에 대표자 표시를 누락하였다가 제1심법원의 석명준비명령에 따라 甲종중의 대표자를 A로 기재한 서면을 제출하였다. 그러나 이 사건 소제기 당시 甲종중의 대표자는 A가 아니라 B이었다. 甲종중은 2022. 10. 19. 항소심법원에 甲종중의 대표자를 A에서 B로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출하면서 A의 기존 소송행위를 추인하는 취지라고 주장하였다. 甲종중과 乙 모두 항소심에 이르기까지 B의 대표자 지위에 관하여 다툴 적은 없고, 그에 관하여 주장하거나 증명을 하지도 않았다. 이에 대하여 항소심법원은 B에게 적법한 대표권이 있는지를 의심할만한 사정이 있음에도 B에게 당사자표시정정신청서 제출 당시에도 추인을 할 수 있는 대표권이 있었다고 볼 증거가 부족하고, 당사자표시정정신청만으로 추인을 인정하기도 어렵다는 것을 이유로 이 사건 소가 대표권 없는 사람에 의하여 제기된 것으로 보아 부적법하다고 하여 소각하 판결을 선고하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

(2) 제1심법원은 청구기각판결을 하였고, 이에 대하여 甲종중이 항소하였다. 항소심법원은 甲종중이 제출한 증거들만으로는 甲종중이 X토지를 현실적으로 사용·수익하여 왔다거나, 이후 甲종중이 주장하는 乙의 불법행위로 인하여 X토지에 관한 甲종중의 사용·수익권이 방해받음으로써 甲종중에 재산상 손해가 실제로 발생하였다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 그럼에도 항소심법원은 甲종중의 이 사건 청구를 기각하지 않고 이 사건 소가 甲종중의 종중 총회결의 없이 제기되었음을 이유로 부적법하다고 보아 이를 각하하였다. 이에 대하여 甲종중만 상고하였다. 甲종중은 항소심변론종결 이후 상고심에 이르기까지 “甲종중이 종중원들의 소재를 파악하기 위한 가능한 노력을 기울인 끝에 국내에 거주하고 소재가 분명하여 통지가 가능한 종중원들에게 개별적으로 소집통지를 한 후 2023. 3. 24. 임시총회를 개최하였고, 위 임시총회에서 A나 B가 甲종중의 대표자로서 기존에 이 사건 소에 관하여 한 소송행위를 추인하기로 결의하였다.”라는 취지로 주장하면서 이에 부합하는 참고자료를 제출하였다. 이러한 경우 상고심법원은 어떠한 판결을 하여야 하는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

-최종정리 자료, 시험장 자료, gs 출제 문제-

◆ 적법한 종중 대표자에 의한 소제기 및 소송행위의 추인이 없었다고 하여 소를 각하한 원심의 당부가 문제된 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다276973판결

【판시사항】

- [1] 종중이 당사자인 사건에서 이미 제출된 자료에 따라 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지를 의심할 만한 사정이 있는 경우, 법원이 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있는지 여부(적극)
- [2] 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무
- [3] 갑 종중이 을을 상대로 소를 제기하면서 소장에 대표자 표시를 누락하였다가 제1심법원의 석명준비명령에 따라 대표자를 병으로 기재한 서면을 제출하였으나, 소제기 당시 갑 종중의 대표자는 병이 아니라 정이었고, 그 후 갑 종중이 원심법원에 대표자를 병에서 정으로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출하면서 병의 기존 소송행위를 추인하는 취지라고 주장한 사안에서, 정에게 적법한 대표권이 있는지에 관하여 석명권을 행사하는 등의 조치를 취하지 않은 채 소를 각하한 원심판결에 석명의무를 다하지 아니한 잘못이 있다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 종중이 당사자인 사건에서 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이다. 법원으로서의 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없더라도, 이미 제출된 자료에 따라 대표권의 적법성을 의심할 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.
- [2] 민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 정하고, 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있다. 당사자가 부주의 또는 오해로 증명하지 않은 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하고 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그러한 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 내리는 것은

석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못을 저지른 것이 된다.

[3] 갑 종중이 을을 상대로 소를 제기하면서 소장에 대표자 표시를 누락하였다가 제1심법원의 석명준비명령에 따라 대표자를 병으로 기재한 서면을 제출하였으나, 소제기 당시 갑 종중의 대표자는 병이 아니라 정이었고, 그 후 갑 종중이 원심법원에 대표자를 병에서 정으로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출하면서 병의 기존 소송행위를 추인하는 취지라고 주장한 사안에서, 정에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 해당하므로 원심이 이를 의심할 만한 사정이 있다면 당사자들이 특별히 다투지 않더라도 이를 심리·조사할 의무가 있고, 원심 변론종결 당시까지 당사자 사이에 정의 대표자 지위에 관해서 쟁점이 되지 않았으므로, 원심으로서 당사자에게 이 부분에 관하여 증명이 필요함을 지적하고 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견진술의 기회를 부여할 의무가 있는데도, 이러한 조치를 전혀 취하지 않은 채 당사자표시정정신청서 제출 당시 정에게 추인을 할 수 있는 적법한 대표권이 있다고 볼 증거가 부족하다는 이유로 소를 각하한 원심의 판단은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 한 것으로서 석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못이 있다고 한 사례.

☞ ㉸ 종중인 원고가 권한 없는 자를 대표자로 하여 소제기를 한 후, 원심에서 새로운 대표자를 내세워 기존 소송행위 추인의 취지로 당사자표시정정신청을 하였는데, 원심은 새 대표자의 대표권에 대하여 당사자 사이에 다툼이 전혀 없었음에도 당사자표시정정신청 당시에 대표권이 있다고 볼 증거가 없고, 위 신청을 추인으로 볼 수도 없다는 사유로 소를 각하하였음, 이후 원고가 상고를 하면서 새로 추인서를 제출한 사안으로, 대법원은 석명절차도 없이 당사자가 다투지도 대표권을 문제삼아 소를 각하한 것은 석명의무 위반이고, 환송 후 원심에서 상고심에서 새로 제출된 추인서까지 포함하여 소송요건을 판단할 필요가 있다고 하였음

◆ **종중 총유재산의 관리·처분에 관하여 사원총회의 결의가 없다고 보아 직권으로 종중이 제기한 소를 각하한 원심 판단에 석명의무위반 등의 위법이 있다는 대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다261605 판결**

**【판시사항】**

[1] 법률상 사항에 관한 법원의 석명 또는 지적의무

[2] 종중의 법적 성질 및 종중규약의 자율성

[3] 갑 종중이 ‘정기 대의원회의가 총회를 갈음한다.’고 정한 규약에 따라 대의원회의의 의결을 거쳐 을 주식회사 등을 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 구하였는데, 항소심에서 위 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것이고 이는 단시일 안에 보정될 수 없는 것으로서 부적법하다고 한 사안에서, 항소심이 직권으로 위 소가 부적법하다고 한 것은 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 위 규약이 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 갑 종중의 본질이나 설립 목적에 크게 위배된다고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례

**【판결요지】**

[1] 민사소송법 제136조 제1항은 “재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.”라고 정하고, 제4항은 “법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있다. 당사자가 부주의 또는 오해로 증명하지 않은 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우에는 법원은 석명을 구하면서 증명을 촉구하여야 하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그러한 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 그와 같이 하지 않고 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 뜻밖의 판결을 내리는 것은 석명의무를 다하지 않아 심리를 제대로 하지 않은 잘못을 저지른 것이 된다.

[2] 종중은 공동선조의 분묘수호와 제사, 그리고 종원 상호 사이의 친목도모 등을 목적으로 자연발생적으로 성립한 종족 집단체로서, 종중이 규약이나 관습에 따라 선출된 대표자 등에 의하여 대표되는 정도로 조직을 갖추고 지속적인 활동을 하고 있다면 비법인사단으로서 단체성이 인정된다. 이와 같은 종중의 성격과 법적 성질에 비추어 보면, 종중에 대하여는 가급적 그 독자성과 자율성을 존중해 주는 것이 바람직하고, 따라서 원칙적으로 종중규약은 그것이 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 종중의 본질이나 설립 목적에 크게 위배되지 않는 한 그 유효성을 인정하여야 한다.

[3] 갑 종중이 ‘정기 대의원회의가 총회를 갈음한다.’고 정한 규약에 따라 대의원회의의 의결을 거쳐 을 주식회사

등을 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 구하였는데, 항소심에서 위 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것이고 이는 단시일 안에 보정될 수 없는 것으로서 부적법하다고 한 사안에서, '정기 대의원회의가 총회를 갈음한다.'고 규정한 규약이 무효인지, 위 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것으로 부적법한 소인지는 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없었고, 항소심도 그에 대하여 갑 종중에 의견진술의 기회를 주거나 석명권을 행사하였던 사실은 없었던 것으로 보이는데, 항소심이 직권으로 위 소가 총유재산의 관리·처분에 관하여 적법한 사원총회의 결의 없이 이루어진 것이고 이는 단시일 안에 보정될 수 없는 것으로서 부적법하다고 한 것은, 당사자가 전혀 예상하지 못한 법률적인 관점에 기한 뜻밖의 재판으로서 당사자에게 미처 생각하지 못한 불이익을 주었을 뿐 아니라 석명 의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 위 규약이 종원이 가지는 고유하고 기본적인 권리의 본질적인 내용을 침해하는 등 갑 종중의 본질이나 설립 목적에 크게 위배된다고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례.

(1) 甲종중의 대표자 A는 자기 이름으로 乙을 상대로 명의신탁을 해지하고 등기말소청구소송을 제기하였다. A는 자기의 이름으로 소를 제기하더라도 법원이 제기한 것과 동일한 것으로 생각하고 소를 제기하였다가 변론준비기일에서 甲법인을 추가하고 A의 대표자 소는 취하하였는데 피고도 이에 대하여 동의하였다. 그 후 원고와 피고 사이에 변론을 거쳐 피고 패소판결 취지의 제1심판결 및 항소심판결이 선고되었다. 이 판결에 대하여 피고의 변호사는 판결의 무효를 주장하며 상고하였다. 주장이 타당한지 설명하시오.

## I. 설문 (1). (15점)

### 1. 쟁점의 정리

우선 사실심의 판단에서 당사자표시정정이 타당한지 검토하고 그에 대한 판결의 효력을 논의하고 대법원의 판단을 고려한다.

### 2. 당사자확정의 기준

### 3. 당사자추가적 적부

### 4. 부적법한 표시정정을 간과한 판결의 효력<sup>6)</sup>

#### (1) 부적법한 판결의 효력

#### (2) 당사자표시정정 된 자에 판결 효력<sup>7)</sup>

#### (3) 소결

당사자추가와 그에 대한 부적법을 이유로 판결의 무효를 주장하는 것은 인정되지 아니한다.

### 5. 결론

당사자확정 기준의 표시설에 따를 때 소제기시의 당사자와 판결의 당사자는 동일성을 인정할 수 없는 당사자추가는 동일성이 인정되지 아니하므로 허용되지 아니하고 또한 부적법하다. 그러나 소송계속 당사자에 대한 판결은 이를 간과한 판결이라도 무효라고 할 수 없다.

그 외 실전A형 실전 B형, 등차반에서 당사자표시정정에 대한 판례와 석명 의무에 대한 문제

6) 1. 종중이 당사자인 사건에서 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이다. 법원으로서의 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없더라도, 이미 제출된 자료에 따라 그 대표권의 적법성을 의심할 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다(대법원 1991. 10. 11. 선고 91다21039 판결 등 참조). 2. 권한 없는 대표자가 한 소송행위의 주인은 상고심에서도 할 수 있다(대법원 2019. 9. 10. 선고 2019다208953 판결 등 참조). 환송 후 원심으로서 상고심에서 제출된 추인서까지 포함하여 소송요건을 갖춘 것인지 여부를 심리·판단할 필요가 있다.

7) 판례원문: 대법원 1998. 1. 23. 선고 96다41496 판결 참조

## 【 문제-3 】 (30점)

甲은 2022. 8. 18. 乙에게 1억 원을 이자는 월 1%, 변제기는 2022. 10. 17.로 정하여 대여하기로 약정하였다. 乙은 2022. 10. 17. 甲에게 위 대여금의 이자로 2백만 원을 지급하였다. 또한 乙은 甲 소유의 X부동산을 점유하고 있다가 乙명의로 소유권이전등기를 하였다. (다음 각 물음은 독립적임)

- (1) 甲은 乙을 상대로 1억 원의 대여금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 제1심법원은 乙의 변제항변을 일부 받아들여 甲의 청구 중 6천만 원을 인용하였다. 이에 甲만 항소하였는데, 乙이 甲에 대하여 가지고 있는 6천만 원의 매매대금채권을 자동채권으로 하여 상계항변을 하였다. 이에 대하여 항소심법원은 乙의 변제항변은 전부 이유 없고 오히려 乙이 제출한 상계항변이 전부 이유 있는 것으로 인정하여 甲의 청구 중 4천만 원을 인용하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)
- (2) 甲은 乙을 상대로 1억 원의 대여금의 지급을 구하는 소를 제기하여 5천만 원의 일부승소판결을 받았고, 甲과 乙 쌍방이 항소하였다. 甲은 항소심의 변론기일 전날에 법원에 소취하서를 제출하였으며, 乙은 甲의 소취하에 동의하였다. 甲은 변론기일에 출석하여 착오로 소취하가 이루어진 것이니 소취하는 무효이고, 만일 소취하가 유효하다면 착오를 이유로 소취하를 취소 또는 철회한다고 주장하면서 법원에 기일지정신청을 하였다. 이에 대하여 법원은 어떠한 조치를 하여야 하는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)
- (3) 甲은 X부동산에 대하여 乙을 상대로 소유권에 기한 이전등기말소청구의 소를 제기하였다. 이에 乙은 甲이 주장하는 소유권을 시인하였다. 이에 대하여 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

## I. 설문 (1)에 대하여—동차반 기초GS 7회, 실전GS 및 기타 상계 문제—

### -실제문제-

(1)甲은 乙을 상대로 1억 원의 대여금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 제1심법원은 乙의 변제항변을 일부 받아들여 甲의 청구 중 6천만 원을 인용하였다. 이에 甲만 항소하였는데, 乙이 甲에 대하여 가지고 있는 6천만 원의 매매대금채권을 자동채권으로 하여 상계항변을 하였다. 이에 대하여 항소심법원은 乙의 변제항변은 전부 이유 없고 오히려 乙이 제출한 상계항변이 전부 이유 있는 것으로 인정하여 甲의 청구 중 4천만 원을 인용하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

### -출제GS 및 사례집 문제-사례집문제와 동일

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. 제1심법원은 甲이 청구한 대여금 채권의 발생을 인정하면서 乙이 한 상계항변을 전부 받아들여 甲의 청구를 기각하였다. 제1심판결에 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. 제1심법원은 甲이 청구한 대여금 채권의 발생을 인정하면서 乙이 한 상계항변을 전부 받아들여 甲의 청구를 기각하였다. 제1심판결에 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. 제1심법원은 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 1.

### 1. 문제의 소재

원고의 소구채권을 인정하면서도 상계항변을 받아들여 청구를 기각한 제1심판결에 대해 원고만이 항소를 제기하였는데 항소심법원이 소구채권이 존재하지 않는다고 판단하였다면 원고의 청구를 기각할 수 있는지 쟁점이다.

### 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>8)</sup>

#### (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>9)</sup>

8) 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 불이익하게 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.

9) 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 원

(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.

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 2.

1. 쟁점의 정리

전부승소한 자가 항소를 한 경우 항소이익과 이심범위와 심판범위에 대한 상계의 경우 불이익변경금지가 적용되는지 문제된다

2. Z의 항소이익

(1) 항소 이익

원고의 청구가 기각되어 Z은 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 일부청구한 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>10)</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 상태에서도 위와 같이 판결한다면 항소인에게 원심보다 불이

고의 청구를 기각하는 것이 불이익변경금지의 원칙에 반하는지 여부(적극)

10) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다47189 판결

익한 판결을 선고하는 것이 되어 불이익변경금지의 원칙에 위배된다.<sup>11)</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 3.에 대하여

1. 문제의 제기

소구채권과 반대채권의 기판력에 관한 문제이다. 즉 상계항변의 경우 기판력이 인정되는지 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 판결이유에 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.

4. 결론

소구채권의 수동채권의 존부를 먼저 인용한 뒤 자동채권의 상계적상을 따진다. 항소심 법원은 원심판결을 취소하고 상계항변이 이유 있음을 근거로 청구기각 판결을 선고하여야 한다.

11) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다18911 판결

## II. 설문(2)에 대하여-실전GS A형 6회, 동차반GS 문제-

### -실제문제-

(2) 甲은 乙을 상대로 1억 원의 대여금의 지급을 구하는 소를 제기하여 5천만 원의 일부승소판결을 받았고, 甲과 乙 쌍방이 항소하였다. 甲은 항소심의 변론기일 전날에 법원에 소취하서를 제출하였으며, 乙은 甲의 소취하에 동의하였다. 甲은 변론기일에 출석하여 착오로 소취하가 이루어진 것이니 소취하는 무효이고, 만일 소취하가 유효하다면 착오를 이유로 소취하를 취소 또는 철회한다고 주장하면서 법원에 기일지정신청을 하였다. 이에 대하여 법원은 어떠한 조치를 하여야 하는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

### -출제GS문제와 답-

(1) 甲이 중도금을 받고 乙이 잔금을 지급할 것을 생각하여 소유권등기를 하여 주었으나 잔금을 지급하지 않자 대금지급청구소송을 제기하고 변론절차를 진행하고 있다. 소송 중에 乙이 甲에게 5,000만 원을 송금하였고, 甲은 5,000만 원이 위 댓가라고 생각하여 소취하서를 작성하여 법원에 제출하였으며, 乙도 소취하에 동의하였다. 그러나 乙이 송금한 5000만 원은 乙에 대한 다른 채권에 대하여 송금한 것으로 乙이 착각한 것이었다. 乙이 이 사실을 알게 되어 소취하는 '착오로 소취하가 이루어진 것이니 소취하는 무효이고, 만일 소취하가 유효하다면 착오를 이유로 소취하를 취소한다.'고 주장하고자 한다. 이러한 주장의 인부와 절차 이에 대한 법원의 처리에 대하여 설명하시오.(10점)

#### 1. 문제의 소재

소송행위인 소취하를 한 경우 착오의 소취하가 유효한지, 그러한 경우 유효한 소취하를 다시 착오를 이유로 취소할 수 있는지, 그 다투는 방법으로 기일지정신청에 대한 법원의 판단형식이 문제된다.

#### 2. 소취하의 취소 가부

##### (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>12)</sup> 따라서 乙의 소취하가 유효하게 이루어져<sup>13)</sup> 乙과 甲 사이의 소송계속은 일단 소급적으로 소멸하였다(민사소송법 제267조 제1항).

##### (2) 소취하 취소 가능 여부<sup>14)</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 의사표시하자불고설의 입장에서 착오 등의 의사의 흠이 있음을 이유로 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) 사안에 적용

12) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다6124 판결 : 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 없는 것인바, 원고들 소송대리인으로부터 원고 중 1인에 대한 소 취하를 지시받은 사무원은 원고들 소송대리인의 표시기관에 해당되어 그의 착오는 원고들 소송대리인의 착오로 보아야 하므로, 그 사무원의 착오로 원고들 소송대리인의 의사에 반하여 원고들 전원의 소를 취하하였다 하더라도 이를 무효라 볼 수는 없고, 적법한 소 취하의 서면이 제출된 이상 그 서면이 상대방에게 송달되기 전·후를 묻지 않고 원고는 이를 임의로 철회할 수 없다.

13) 甲이 소취하에 동의하였으므로 설령 소취하 전에 甲이 본안에 관하여 응소하였더라도 소취하는 유효하다.

14) 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 확정이 필요하다는 것이 판례이다.

대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다46758 판결: 수량적으로 가분인 동일 청구권에 기한 청구금액의 감축은 소의 일부 취하로 해석되고, 소의 취하는 원고가 제기한 소를 철회하여 소송계속을 소멸시키는 원고의 법원에 대한 소송행위이며, 소송행위는 일반 사법상의 행위와 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것이므로 원고가 착오로 소의 일부를 취하하였다 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다.

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.

(1) 변론전에 토지가격이 급등하자 甲이 전소를 그대로 둔 채 소유권이전등기청구소송(후소)을 제기하였다. 이러한 상황이 전개되자 전소 법원은 甲의 후소의 신소제기는 전소의 필요성이 없어 전소를 소취하한 것으로 자체판단하여 소취하결정을 하였다. 그러나 다시 가격이 하락세를 보이자 甲은 전소를 취하한 바 없다고 주장하며 소취하무효확인을 구하는 소를 제기하였다. 이 무효확인의 소에 대하여 원고가 실제로 소취하한 경우와 비교하여 법원에 취하여야 할 조치를 설명하시오. (10점)

**1. 문제의 소재**

소취하의 부존재 또는 무효를 주장하며 무효확인의 소를 제기하는지 것이 적법한지 문제된다. 즉 소취하를 다투는 방법으로서 기일지정신청 방법 외에 무효확인의 소를 제기할 수 있는지 확인의 소의 보충성의 원칙에 어긋나는 것은 아닌지 검토가 필요하다.

**2. 법원의 착오에 의한 소취하의 효력**

**(1) 소취하의 성질**

당사자행위에 의하여 소취하는 인정된다.(제267조) 소송행위는 구속적 소송행위로서 일방의 표시로 소송법적 효과를 발생시킨다. 따라서 여효적 소행위는 소송행위자를 구속하고 결과적으로 다시 취소할 수 없음이 원칙이다. 한편 법원은 소취하의 요건이 존재하는 한 이를 인정할 수 있다.

**(2) 법원의 착오에 의한 소취하 거부**

법원의 실수로 인한 소취하라는 주장은 당사자 입장에서는 처음부터 소취하가 존재하지 아니한 경우에 해당한다. 따라서 당사자가 한 소송행위의 철회문제가 발생하지 아니하고, 현실적으로 발생한 소취하의 효력을 다투는 방법에 대한 논의가 필요할 뿐이다.

**(3) 소결**

법원의 착오로 인한 소취하는 당사자의 소취하가 존재하지 않음으로 청구의 취소나 철회의 문제가 아니라 부존재에 해당한다. 소취하를 실제로 한 경우 소송계속이 없지만 부존하는 경우 소송계속이 존재한다.

**3. 부존재한 소취하에 대한 조치**

**(1) 소송계속 여부를 다투는 방법**

**1) 소취하 부존재와 무효**

소취하는 소송행위이지만, 민사소송규칙 제67조에 따라 그 부존재 또는 당연무효를 주장하여 소취하의 효력을 다투

수 있다. 규칙 제67조는 소송행위인 소취하를 다룰 수 있는 예외적인 경우를 규정하면서 다투는 방법을 제한하고 있다. 즉, 소취하에 대한 다툼은 그 부존재 또는 당연무효를 이유로 할 경우에만 허용되며, 다투는 방법은 기일지정 신청 방식에 의하여야 한다.

## 2) 소송계속 다툼에 대한 법원의 조치

부존재나 당연무효인 경우 법원은 기일지정으로 소송계속을 인정하거나, 당사자 주장한 소취하의 무효에 대한 주장에 대하여 이유없음이 분명하고 소송계속이 없는 상태인 경우 법원은 소송종료선언을 하여야 한다.

### (2) 무효확인의 별소 가능 여부

#### 1) 확인의 소의 이익

확인소는 자기의 현재의 법률관계로서 즉시 확정 이익이 있어야 한다. 소취하 부존재여부는 본소의 다물에 대한 법률관계이므로 청구적격에 대하여는 문제가 없으나, 즉시 확정 이익이 존재하는지 즉 확인소의 보충성의 원칙에 부합하는지 문제될 수 있다.

#### 2) 보충성의 원칙

기일지정신청외에 별도로 소를 제기하여 다룰 수 있는지 문제될 수 있으나, 민사소송규칙의 기일지정신청에 대한 기일지정신청이 아닌 무효확인의 별소를 제기하는 방법으로 다룰 수 없다는 것을 의미한다고 보는 것이 실무의 입장이다.

### (3) 법원석명처분

소취하의 효력을 다투는 방법은 기일지정신청이 가능하며 별소로서 무효확인의 별소를 제제기하는 것은 즉시 확정 이익이 없다고 할 것이어서 소각하판결하며 이러한 불의의 판결이 되므로 법원은 석명을 통한 기일지정을 하여 변론을 재개하여야 한다.

## 4. 결론

법원의 실수에 따른 소취하의 경우에는 소취하가 존재하지 아니하고, 또한 당사자가 그 부존재를 주장한 경우 무효확인의 소를 각하하고, 석명을 통한 기일지정을 하여야 한다.

III. 설문 (3)에 대하여---서증과 재판상 자백은 반드시 출제 될 것이라는 부분은 누차 강조하였고, 사안은 권리자백이 주요 논점이지만 자주 출제GS에서 재판상 자백에 대하여 논의한 있고 유사사례라기 보다는 기본사례로서 사례집에 출제된 것이다. 이 문제는 기초GS에도 해당하지 않는 문제라고 본다.

## 【 문제-4 】 (20점)

甲은 서울 중구 소재 지상에 위치한 지하 8층, 지상 14층 규모의 집합건물인 X상가의 구분소유자들로 구성된 관리단(상가변영회)이다. 乙은 이 사건 상가의 구분점포의 구분소유자이고, 2017. 9. 1.부터 이 사건 점포에서 커피숍을 운영하고 있다. 乙은 2019. 6. 30.부터 관리비를 지급하지 않고 있다. (다음 각 물음은 독립적임)

- (1) 甲은 2021. 7. 30. 乙을 상대로 상가관리비 등의 지급을 구하는 민사조정을 신청하였다. 2021. 10. 8. 그 조정신청서 부분이 乙의 주소(이하 '이 사건 주소'라 한다)로 송달되었고, 이를 乙이 수령하였다. 乙은 2021. 11. 12. 제2차 조정기일에 출석하였으나 조정이 불성립되었고, 조정이 성립되지 않은 것으로 사건이 종결된 후 乙의 주소가 변경되었다. 그럼에도 乙이 조정법원에 주소변경신고를 하지 않은 상태에서 민사조정법(제36조 제1항 제2호)에 따라 조정이 소송으로 이행되었다. 제1심법원은 2022. 5. 10. 변론기일통지서, 2022. 6. 3. 청구취지 및 원인변경신청서를 각 이 사건 주소로 우편송달(통상송달)을 실시하였으나 '수취인불명'으로 乙에게 송달되지 아니하자, 2022. 6. 14. 위 변론기일통지서와 청구취지 및 원인변경신청서를 등기우편의 방식으로 각 발송송달을 실시하였다. 2022. 6. 20. 판결선고기일통지서를 이 사건 주소로 우편송달(통상송달)을 실시하였으나 '수취인불명'으로 乙에게 송달되지 아니하자, 2022. 7. 4. 위 판결선고기일통지서를 등기우편의 방식으로 발송송달을 실시하였다. 제1심법원은 2022. 7. 8. 甲 승소판결을 선고하고 그 판결정본을 2022. 7. 12. 이 사건 주소로 우편송달을 실시하였으나 '수취인불명'으로 송달되지 아니하자, 2022. 7. 25. 공시송달의 방법으로 위 판결정본을 송달하여 2022. 8. 9. 그 송달의 효력이 생기게 되었다. 乙은 2023. 1. 9.에 이르러서야 제1심 판결정본을 송달받지 못하여 항소기간을 준수하지 못하였다는 이유로 추완항소장을 제1심법원에 제출하였다. 이에 대하여 항소심법원은 이 사건 추후 보완항소가 허용되지 않는다고 판단하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)
- (2) 甲은 2021. 9. 27. 乙을 상대로 상가관리비 등의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 제1심법원은 2021. 10. 11. 이행권고결정을 하였고, 乙은 2021. 10. 18. 소장에 기재된 乙 주소지에서 이행권고결정서 등본을 송달받고 2021. 10. 19. 제1심법원에 답변서를 제출하였다. 乙은 2021. 10. 20. A교도소에 구속수감되었다. 제1심법원은 2021. 11. 16.과 2021. 12. 14. 두 차례 변론기일을 열고 변론을 종결하였는데, 변론기일통지서 등을 乙 주소지에 폐문부재로 송달하지 못하여 발송송달 방법으로 송달하였고, 乙은 변론기일에 출석하지 않았다. 제1심법원은 2022. 1. 11. 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 판결정본을 乙 주소지에 폐문부재로 송달하지 못하여 재판장의 공시송달명령에 따라 공시송달 방법으로 송달하였고, 2022. 2. 10. 0시에 송달의 효력이 발생하였다. 乙은 2022. 8. 19. A교도소에서 출소하여 2022. 8. 22. 제1심판결정본을 발급받고 2022. 9. 2. 제1심법원에 추완항소장을 제출하였다. 이에 대하여 항소심은 이 사건 추완항소를 부적법하다고 보아 각하하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여—실전GS B형 4회, 동차반 실전GS 4회, 사례집 문제—참고로 조정문제가 아닌 추완항소 문제—  
-실제문제-

(1) 甲은 2021. 7. 30. 乙을 상대로 상가관리비 등의 지급을 구하는 민사조정을 신청하였다. 2021. 10. 8. 그 조정신청서 부분이 乙의 주소(이하 ‘이 사건 주소’라 한다)로 송달되었고, 이를 乙이 수령하였다. 乙은 2021. 11. 12. 제2차 조정기일에 출석하였으나 조정이 불성립되었고, 조정이 성립되지 않은 것으로 사건이 종결된 후 乙의 주소가 변경되었다. 그럼에도 乙이 조정법원에 주소변경신고를 하지 않은 상태에서 민사조정법(제36조 제1항 제2호)에 따라 조정이 소송으로 이행되었다. 제1심법원은 2022. 5. 10. 변론기일통지서, 2022. 6. 3. 청구취지 및 원인변경신청서를 각 이 사건 주소로 우편 송달(통상송달)을 실시하였으나 ‘수취인불명’으로 乙에게 송달되지 아니하자, 2022. 6. 14. 위 변론기일통지서와 청구취지 및 원인변경신청서를 등기우편의 방식으로 각 발송송달을 실시하였다. 2022. 6. 20. 판결선고기일통지서를 이 사건 주소로 우편송달(통상송달)을 실시하였으나 ‘수취인불명’으로 乙에게 송달되지 아니하자, 2022. 7. 4. 위 판결선고기일통지서를 등기우편의 방식으로 발송송달을 실시하였다. 제1심법원은 2022. 7. 8. 甲 승소판결을 선고하고 그 판결정본을 2022. 7. 12. 이 사건 주소로 우편송달을 실시하였으나 ‘수취인불명’으로 송달되지 아니하자, 2022. 7. 25. 공시송달의 방법으로 위 판결정본을 송달하여 2022. 8. 9. 그 송달의 효력이 생기게 되었다. 乙은 2023. 1. 9.에 이르러서야 제1심 판결정본을 송달받지 못하여 항소기간을 준수하지 못하였다는 이유로 추완항소장을 제1심법원에 제출하였다. 이에 대하여 항소심법원은 이 사건 추후보완항소가 허용되지 않는다고 판단하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

-동차반 GS문제, 사례집 문제, 참고판례-

(2) A가 B를 피고로 한 대여금 승소판결을 2004년에 받았으나 2014년에는 그 소멸시효연장을 위한 재소가 각하되었는데, A는 2019년 7월 19일 "B가 일부변제로써 2004년 판결금 채무를 승인하고 시효이익을 포기했으며, 소멸시효연장을 위해 다시 소제기한다"는 내용의 소장을 제출했다. 주소지에의 송달이 수회 폐문부재로 미송달됨에 따라 소장부분 등이 공시송달로 송달되고 제1회 변론기일이 진행되었으며, 제2회 변론기일도 공시송달로써 통지되었다. 제1회 기일의 다음날에 법원 직원이 피고의 휴대전화번호로 전화하여 피고에게 "소장부분을 피고 주소지로 송달하겠다"고 고지하고 제2회 변론기일과 장소를 알려주었다. 그 직후 법원은 공시송달을 취소하고 다시 송달했으나 폐문부재로 미송달되었고, 법원은 피고불출석 상태에서 제2회 변론기일을 진행하여 변론을 종결한 후 원고승소판결을 선고하고 판결정본도 공시송달하였다. B는 약 반년 후 판결정본을 발급받고 그 직후에 추후보완항소장을 제출했다. 항소심은 피고가 1심판결이 공시송달로써 송달된 사실을 몰랐더라도, 이 사건은 피고가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 항소기간을 지킬 수 없었던 경우에 해당하지 않는다고 판단하여, 피고의 추후보완항소를 각하하였다. 타당성을 설명하시오. (10점)

I. 설문 1.

1. 문제의 소재

소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 피고가 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것으로 인정되는 경우, 추완항소가 허용되는지 여부(적극) 및 이 경우 추완항소 제기기간의 기산점인 ‘사유가 없어진 후’의 의미 / 피고가 당해 판결이 있었던 사실을 알았고 사회통념상 그 경위에 대하여 당연히 알아볼 만한 특별한 사정이 있었다고 인정되는 경우, 그 경위에 대하여 알아보는 데 통상 소요되는 시간이 경과한 때에 책임질 수 없는 사유가 소멸하였다고 봄이 상당한지 여부(적극)

2. 공시송달 소송에서 추완항소

(1) 추후보완항소의 요건

당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 기간 안에 못한 행위를 추후보완할 수 있다(제173조). 소송행위 추후보완제도는 불변기간을 실기한 경우에 특별히 인정되는 구제제도이다

(2) 공시송달에서 추완의 가부

1) 공시송달의 추완

공시송달에 의하여 판결 등을 송달받은 당사자의 불이익을 구제하기 위하여 상소의 추후보완을 무제한으로 인정한다면 공시송달제도 자체가 무의미하게 되기 때문에 문제가 된다. 소송이 처음부터 공시송달의 방법으로 송달되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고가 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당한다고 본다.

2) 문자메세지에 의한 인지 여부

문자메세지로 소송관계를 안 경우에 송달을 안 경우 문자메시지를 받았다는 사정만으로는 제1심판결이 있었던 사실을 알았다거나 사회통념상 그 경위를 알아볼 만한 특별한 사정이 있었다면 모르지만 그렇지 아니하는 경우 여전

히 공시송달에 의한 판결로 추완항소가 가능하다.

(3) 소결

공시송달에 의한 송달이 소제기시인 경우 추완상소가 가능하지만 사안과 같이 소송중 어떠한 사유로 소제기가 된 것을 안 경우 원칙적으로 상소의 추완은 불가능하지만 이를 알았다고 볼 수 없으며 한편 열람등사 이후에 두달이 지난 경우 추완이 인정되는지 검토가 필요하다.

3. 귀책사유 소멸 여부

(1) 추완항소의 사유 기간

추후보완은 당사자가 불변기간을 준수할 수 없었던 사유가 종료한 후 2주일 내에 해야 한다. 판결의 송달을 과실 없이 알지 못한 경우에는 당사자나 소송대리인이 판결이 있었던 것을 안 때 그 사유가 종료하였다고 볼 수 있다. 추후보완기간을 법원이 재량으로 신축할 수 없고(제173조 제2항) 이는 불변기간도 아니므로 성질상 부가기간도 정할 수 없다. 피고는 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완항소를 할 수 있다. 여기에서 '사유가 없어진 후'라고 함은 당사자나 소송대리인이 단순히 판결이 있었던 사실을 안 때가 아니고 나아가 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리키는 것이다

(2) 송달 인지 시점의 경과

다른 특별한 사정이 없는 한 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 사건 기록을 열람하거나 또는 새로이 판결정본을 영수한 때에 비로소 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다. 다만 피고가 당해 판결이 있었던 사실을 알았고 사회통념상 그 경위에 대하여 당연히 알아볼 만한 특별한 사정이 있었다고 인정되는 경우에는 그 경위에 대하여 알아보는 데 통상 소요되는 시간이 경과한 때에 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 된 것으로 추인하여 책임질 수 없는 사유가 소멸하였다고 봄이 상당하다고 할 것이지만, 이 경우 '당해 판결이 있었던 사실을 알게 된 것'과 더불어 '판결의 경위에 대하여 알아볼 만한 특별한 사정'이 인정되어야 한다.

4. 결론<sup>15)</sup>

경위에 대하여 알아보는 데 통상 소요되는 시간이 경과한 때에 책임질 수 없는 사유가 소멸하였다고 봄이 상당하므로 열람과 복사를 한 후에 인지시점으로 하여 2주안에 항소를 제기한 경우 적법한 추완항소로 보아야 한다.

II. 설문 (2)

1. 문제의 소재

소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 피고가 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것으로 인정되는 경우, 추후보완항소가 허용되는지 여부(적극) 및 피고에게 과실이 있다고 할 수 있는 특별한 사정이 인정되는 경우

2. 공시송달 소송에서 추완항소

(1) 추후보완상소의 요건

당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 기간 안에 못한 행위를 추후보완할 수 있다(제173조). 소송행위 추후보완제도는 불변기간을 실기한 경우에 특별히 인정되는 구제제도이다

(2) 공시송달에서 추완의 가부

1) 문제점

공시송달에 의하여 판결 등을 송달받은 당사자의 불이익을 구제하기 위하여 상소의 추후보완을 무제한으로 인정한다면 공시송달제도 자체가 무의미하게 되기 때문에 문제가 된다.

2) 소송계속 중 공시송달

처음에는 송달이 되다가 송달불능으로 공시송달에 이른 경우에는 이에 해당하지 아니한다. 당사자가 신고한 주소에

15) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다46601 판결: 이와 동일한 취지의 판례: 제1심법원이 소장부분과 판결정본 등을 공시송달의 방법으로 피고 갑에게 송달하였고, 그 후 원고 을 주식회사가 제1심판결에 기하여 갑의 예금채권 등을 압류·추심하여 갑이 제3채무자인 병 신용협동조합으로부터 '법원의 요청으로 계좌가 압류되었습니다.'는 내용과 채권압류 및 추심명령의 사건번호와 채권자가 기재된 문자메시지를 받았는데, 그로부터 2달이 지나 갑이 제1심판결정본을 영수한 후 추완항소를 제기한 사안에서, 갑이 위와 같은 문자메시지를 받았다는 사정만으로는 제1심판결이 있었던 사실을 알았거나 사회통념상 그 경위를 알아볼 만한 특별한 사정이 있었다고 보기 어렵다고 한 사례

송달이 되지 않아 공시송달에 이른 경우, 당사자가 소제기 사실 등을 알 수 있었던 경우 등도 당사자가 책임질 수 없는 사유에 해당하지 아니한다.

(3) 소결

공시송달에 의한 송달이 소제기시인 경우 추완상소가 가능하지만 사안과 같이 소송중 어떠한 사유로 소제기가 된 것을 안 경우 원칙적으로 상소의 추완은 불가능하지만 이를 알았다고 볼수 있는지 논의가 필요하다.

3. 피고의 과실 여부

(1) 귀책사유가 없을 것

1) 책임질 수 없는 사유

추완이 허용되는 것은 당사자가 책임을 질 수 없는 사유 즉 불귀책사유가 있는 경우이다. 이것은 천재지변 기타 불가항력에만 한하는 것이 아니고 일반인의 주의와 능력을 다하여도 피할 수 없었던 사유를 말한다. 판례는 추완사유에 대해 법적 안정성을 생각하여 대체로 엄격히 해석하는 경향이다.

2) 특별한 사정

피고에게 과실이 있다고 할 수 있는 특별한 사정이란, 피고가 소송을 회피하거나 이를 곤란하게 할 목적으로 의도적으로 송달을 받지 아니하였다거나 피고가 소 제기 사실을 알고 주소신고까지 해 두고서도 그 주소로 송달되는 소송서류가 송달불능되도록 장기간 방치하였다는 등의 사정을 말한다.

(2) 판례의 태도

특별한 사정이 없는 한 피고가 판결정본을 발급받은 날에야 비로소 판결이 공시송달로써 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다. 피고가 소송을 회피·곤란하게 할 목적으로 의도적으로 송달을 받지 않았다고 볼 특별한 사정을 찾을 수 없고, 소장부분 등이 이미 공시송달로 송달된 상태에서 제1심법원이 피고에게 전화로 연락하여 소장부분 송달에 관한 내용과 변론기일 등을 안내해 주었다는 정도의 사정만으로는 제1심판결이 공시송달로써 송달된 사실을 피고가 모른 데 대하여 피고에게 책임을 돌릴 수 있는 사유가 있다고 선불리 단정하기 어렵다.

(3) 사안의 경우<sup>16)</sup>

법원 직원의 위와 같은 전화 안내만으로는 공시송달에 따른 책임을 피고에게 돌릴 수 없다고 판단한 것이다.

4. 결론

소장부분 등이 이미 공시송달의 방법으로 송달된 상태에서 제1심법원이 피고에게 전화로 연락하여 소장부분 송달에 관한 내용과 변론기일 등을 안내해 주었다는 정도의 사정만으로 피고의 귀책이 있다고 할 수 없어 적법한 항소가 된다.

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 법인 등기부에 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.

16) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2021다228745 판결: 【판시사항】 [1] 소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 피고가 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것으로 인정되는 경우, 추후보완항소가 허용되는지 여부(적극) 및 피고에게 과실이 있다고 할 수 있는 특별한 사정이 인정되는 경우 [2] 제1심법원이 소장부분과 변론기일통지서를 공시송달의 방법으로 피고에게 송달한 후 피고의 휴대전화번호로 전화하여 ‘소장부분을 피고의 주소지로 송달하겠다.’고 고지하고 변론기일과 장소를 알려주었는데, 이후 피고가 출석하지 않은 상태에서 소송절차를 진행하여 원고 승소판결을 선고한 다음 피고에게 판결정본을 공시송달의 방법으로 송달하였고, 그 후 피고가 판결정본을 발급받아 추후보완항소를 제기한 사안에서, 피고는 책임질 수 없는 사유로 말미암아 항소기간을 지킬 수 없었다고 볼 여지가 큰데도, 피고의 추후보완항소를 각하한 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

2. 우편송달의 효력 발생

(1) 우편송달의 의의

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 송달장소변경 신고를 하지 않았다. 따라서 제185조 제2항의 경우에는 송달장소변경신고가 없는 한 계속하여 우편송달을 할 수 있으므로 법원은 소장 부분 이후의 소송서류를 종전에 송달받던 장소에 등기우편으로 발송할 수 있다. 법원이 송달장소변경 여부를 따지지 않고 한 판결정본의 발송송달은 결과적으로 적법하다.

3. 추후보안 항소의 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 것인지에 대한 해석론을 파악하여야 한다.

(2) 추완항소의 효력

1) 추후보안의 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.

2) 우편송달의 경우 추완항소 거부<sup>17)</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.

(3) 사안의 경우

판결정본이 발송된 2011. 5. 30. 우편송달은 바로 그 효력이 발생한다. 따라서 6. 17.의 항소제기는 항소기간이 경

17) 대법원 2007. 10. 26. 선고 2007다37219 판결: 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(대법원 2005. 9. 15. 선고 2005다14465 판결 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 본다고 규정되어 있기는 하나, 발송송달의 송달효력 발생시점에 관한 위와 같은 특칙규정의 존재가 일반인들에게 통상적으로 알려져 있지 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 사유'로 말미암아 항소기간을 지킬 수 없었던 경우'에 해당하여 추완에 의한 항소가 가능하다고 해야 할 것이다(대법원 2001. 3. 23. 선고 99두9766 판결 참조).

과된다. 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.

-참고판례-

#### 대법원 2015. 8. 13. 선고 2015다213322 판결

(1) 민사소송법 제173조 제1항이 규정하는 소송행위의 추후보완은 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에 비로소 가능하고, 여기서 ‘당사자가 책임질 수 없는 사유’라 함은 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 그 기간을 지킬 수 없었던 경우를 말한다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007다37219 판결 참조).

민사조정법은 “조정에 관하여는 민사조정법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 비송사건절차법 제1편(제15조는 제외한다)을 준용한다.”(제39조)고 규정하고 있고, “조정절차에서의 당사자 또는 이해관계인의 진술은 민사소송에서 원용하지 못한다.”(제23조)고 규정하고 있는 등 민사조정절차와 민사소송절차를 준별하고 있다. 한편 민사조정법은 ‘조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 경우에는 조정신청을 한 때에 소가 제기된 것으로 본다’(제36조 제1항 제2호)고 규정하고 있으나, 이는 조정이 불성립된 경우 조정신청인이 다시 시간과 노력을 들여 별도로 소를 제기하여야 하는 번거로움을 덜어주어 조정신청인의 신속한 권리 구제를 도모하려는 데 그 취지가 있을 뿐, 민사조정절차를 민사소송절차와 동일하게 취급하려는 데 그 취지가 있다고 볼 수 없다. 또한 민사조정법 제36조 제1항에 따라 조정신청을 한 때에 소가 제기된 것으로 보는 경우에도 신청인은 소를 제기할 때 소장에 붙여야 할 인지액에서 그 조정신청서에 붙인 인지액을 뺀 금액에 상당하는 인지를 보정하여야 하고(민사조정법 제36조 제2항), 신청인이 조정담당판사가 정한 보정기간 내에 그 인지를 보정하지 아니한 때에는 조정담당판사는 결정으로 조정신청서를 각하하여야 하므로(민사조정규칙 제16조의4), 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 경우에 반드시 소송절차로 이행된다고 볼 수도 없다.

따라서 조정 피신청인이 적법하게 조정신청서 부분 등을 송달받고 조정절차에 참여하였다고 하더라도, 조정이 성립하지 아니하였다면 피신청인으로서 특별한 사정이 없는 한 조정신청서 부분의 송달이 소장 부분의 송달을 갈음하는 것이어서 별도의 절차를 거치지 아니한 채 곧바로 변론기일통지서 송달절차가 진행되는 등 소송절차가 진행되는 점을 알지 못하였다고 봄이 타당하다. 그렇다면 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 후 피신청인의 주소가 변경되었음에도 피신청인이 조정법원에 주소변경신고를 하지 않은 상태에서 민사조정법 제36조 제1항 제2호에 따라 조정이 소송으로 이행되었는데, 통상의 방법으로 변론기일통지서 등 소송서류를 송달할 수 없게 되어 발송송달이나 공시송달의 방법으로 송달한 경우에는 처음부터 소장 부분이 적법하게 송달된 경우와 달라서 피신청인에게 소송의 진행상황을 조사할 의무가 있다고 할 수 없다. 따라서 피신청인이 이러한 소송의 진행상황을 조사하지 않아 상소제기의 불변기간을 지키지 못하였다면 이는 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것에 해당한다.

## II. 설문 (2)에 대하여--B형 1회, 동차반GS 4회 동일 문제

### -실제문제-

(1) 甲은 2021. 9. 27. 乙을 상대로 상가관리비 등의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 제1심법원은 2021. 10. 11. 이행권고결정을 하였고, 乙은 2021. 10. 18. 소장에 기재된 乙 주소지에서 이행권고결정서 등본을 송달받고 2021. 10. 19. 제1심법원에 답변서를 제출하였다. 乙은 2021. 10. 20. A교도소에 구속수감되었다. 제1심법원은 2021. 11. 16.과 2021. 12. 14. 두 차례 변론기일을 열고 변론을 종결하였는데, 변론기일통지서 등을 乙 주소지에 폐문부재로 송달하지 못하여 발송송달 방법으로 송달하였고, 乙은 변론기일에 출석하지 않았다. 제1심법원은 2022. 1. 11. 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 판결정본을 乙 주소지에 폐문부재로 송달하지 못하여 재판장의 공시송달명령에 따라 공시송달 방법으로 송달하였고, 2022. 2. 10. 0시에 송달의 효력이 발생하였다. 乙은 2022. 8. 19 A교도소에서 출소하여 2022. 8. 22. 제1심판결정본을 발급받고 2022. 9. 2. 제1심법원에 추완항소장을 제출하였다. 이에 대하여 항소심은 이 사건 추완항소를 부적법하다고 보아 각하하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

### -출제GS 문제와 답-

(1) 제1심법원은 2017. 10. 11. 이행권고결정을 하였고, 乙은 2017. 10. 18. 소장에 기재된 乙의 주소지에서 이행권고결정서 등본을 송달받고 2017. 10. 19. 제1심법원에 답변서를 제출하였다. 그러나 사기로 처벌받아 乙은 2017. 10. 20. 안양교도소에 구속 수감되었다. 제1심법원은 2017. 11. 16.과 2017. 12. 14. 두 차례 변론기일을 열고 변론을 종결하였는데, 변론기일통지서 등을 피고 주소지에 폐문부재로 송달하지 못하여 발송송달 방법으로 송달하였고, 피고는 변론기일에 출석하지 않았다. 제1심법원은 2018. 1. 11. 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 판결정본을 피고 주소지에 폐문부재로 송달하지 못하여 재판장의 공시송달명령에 따라 공시송달 방법으로 송달하였고, 2018. 2. 10. 0시에 송달의 효력이 발생하였다. 乙은 2018. 8. 19. 안양교도소에서 출소하여 2018. 8. 21. 제1심판결정본을 발급받고 2018. 9. 3. 제1심법원에 추완 항소장을 제출하였다. 적법한 추완항소인가? (15점)

## I. 설문 (1)<sup>18)</sup>

### 1. 쟁점의 정리

당사자가 소송 계속 중에 수감되었으나 법원이 판결정본을 민사소송법 제182조에 따라 교도소장 등에게 송달하지 않고 당사자 주소 등에 공시송달 방법으로 송달한 경우, 송달의 효력이 있는지 여부 및 수감된 당사자가 책임을 질 수 없는 사유로 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완 상소가 가능한지 문제된다.

### 2. 수감자에 대한 공시송달의 효력

#### (1) 수감자에 대한 송달의 원칙

구속된 사람 등에게 할 송달은 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 유치장에 체포·구속 또는 유치(유치)된 사람에게 할 송달은 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 장에게 한다.(제182조)

#### (2) 장소변경 의무의 인부<sup>19)</sup>(제185조 송달장소 변경의 신고의무)

##### 1) 장소변경의 의무

18) 사안이 소액사건으로 소액사건에 대한 상고이유 여부가 문제될 수 있다. 이에 대하여 소액사건에서 구체적 사건에 적용할 법령 해석에 관한 대법원 판례가 아직 없는 상황에서 같은 법령의 해석이 쟁점으로 되어 있는 다수의 소액사건이 하급심에 계속되어 있을 뿐만 아니라 재판부에 따라 엇갈리는 판단을 하는 사례가 나타나고 있는 경우, 대법원이 소액사건이라는 이유로 법령 해석에 관해서 판단하지 않고 사건을 종결한다면 국민생활의 법적 안정성이 저해될 수 있다. 이러한 특별한 사정이 있는 경우에는 소액사건에 관하여 상고이유로 할 수 있는 '대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때'라는 요건을 갖추지 않았더라도 법령 해석의 통일이라는 대법원의 본질적 기능을 수행하기 위해 실체법 해석·적용의 잘못에 관하여 판단할 수 있다(대법원 2004. 8. 20. 선고 2003다1878 판결, 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결 참조).

19) 이에 대한 비판: 대상판결은 이런 일련의 판결과 같은 입장에 선 것으로 보인다. 그러나 위 1982년 전원합의체 판결의 입장은 구 행형법상의 재감자에 대한 서신수발의 제한을 고려한 것인데(위 82다카349의 판시내용 참조), 위 82다카349 판결로부터 40년이 지난 현재, 행형법이 1995년 및 1999년 등의 개정을 통하여 서신수발 제한을 완화하는 등, 사실상 수감자가 기존 소송사건의 송달장소변경을 신고함에는 현재로서는 별다른 문제가 없다. 그리고 수감으로써 송달대상자가 변경된다고 하더라도, 이로부터 수감당사자의 송달장소 변경신고의무가 없다는 점이 논리필연적으로 연결되지도 않는다. 그렇다면 대상판결이 과거의 입장을 유지함이 타당한지는 의문이다. 또한 이러한 입장은 대법원 1992. 4. 14. 선고 92다3441 판결과도 반드시 합치하지 않는다. 즉 92다3441 판결은, 당사자가 구속되어 있어서 쌍불취하간주 후 1개월 내의 기일지정신청기간을 준수하지 못한 것이 당사자 자신의 귀책사유라고 보았다(다만 그 판시는 원고 등 적극당사자의 경우로 한정하는 것으로 보임). 이러한 비판적 견해가 있다.

당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달받을 장소를 바꿀 때에는 바로 그 취지를 법원에 신고하여야 한다. 제1항의 신고를 하지 아니한 사람에게 송달할 서류는 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우 종전에 송달받던 장소에 대법원규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다.

2) 수감자에 대한 의무 여부

송달장소는 당사자의 주소지가 아닌 ‘교도소·구치소’로, 대상자는 당사자가 아닌 ‘교도소장·구치소장’으로 바뀐다. 위의 §182 등을 근거로, 수감자의 경우 이러한 의무를 부담하지 않는 것이 판례의 태도<sup>20)</sup>이다.

(3) 수감자에 대한 송달장소

수감전 기존 소송에서 수감자된 후에 하여야 할 송달은 기존의 주소를 주소변경의 의무를 인정할 수 없으므로 기존의 주소지의 폐문부재로 피고의 주소에 대하여는 발송송달이나 공시송달은 부적법하다.

3. 공시송달 하자의 효력

(1) 공시송달의 요건

당사자의 주소 등 또는 근무장소를 알 수 없는 경우와 같이 송달장소의 불명으로 보통의 송달방법에 의하여 송달을 실시할 수 없게 된 경우에 법원사무관 등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원계시판에 게시하거나 관보·공보·신문에 게재하거나 전자통신매체를 이용한 공시의 방법으로 알림으로써 송달한다.

(2) 하자있는 공시송달의 효력

판례의 태도는 소제기시 처음부터 하자있는 공시송달의 방법으로 송달되었다면 효력을 인정할 수 없으나, 소송계속 중 공시송달 사자가 신고한 주소에 송달이 되지 않아 공시송달에 이른 경우 등의 경우 공시송달의 효력을 인정하는 입장이다.

(3) 소결

당사자가 소송 계속 중에 수감된 경우 법원이 판결정본을 민사소송법 제182조에 따라 교도소장 등에게 송달하지 않고 당사자 주소 등에 공시송달 방법으로 송달하였다면, 공시송달의 요건을 갖추지 못한 하자가 있다고 하더라도 재판장의 명령에 따라 공시송달을 한 이상 송달의 효력은 있다.

4. 추완 상소 거부

(1) 상소의 추완 요건

당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 기간 안에 못한 행위를 추후보완할 수 있다(제173조). 소송행위 추후보완제도는 불변기간을 실기한 경우에 특별히 인정되는 구제제도이다. 추완은 송달이 인정되는 경우로 사안의 경우 후완의 요건 구비를 판단하여야 한다.

(2) 수감자에 대한 추완상소 거부

1) 수감자의 장소변경 의무

수감된 당사자는 민사소송법 제185조에서 정한 송달장소 변경의 신고의무를 부담하지 않고 요건을 갖추지 못한 공시송달로 상소기간을 지키지 못하게 되었으므로 특별한 사정이 없는 한 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 책임을 질 수 없는 사유로 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완 상소를 할 수 있다.

2) 사유 여부

여기에서 ‘사유가 없어진 때’란 당사자나 소송대리인이 판결이 있었고 판결이 공시송달 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리킨다. 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 사건 기록을 열람하거나 새로 판결정본을 영수한 때에 비로소 판결이 공시송달 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다.

(3) 소결

수감된 당사자에게는 송달장소변경 신고의무가 없다는 것이 판례의 태도이므로 이에 따라 수감자의 귀책사유를 인정할 수 없으며 또한 당사자가 사건기록을 열람한 등이 사유를 안 때이므로 추완상소가 가능하다.

20) §182에 의하면, 소송당사자가 수감되는 경우에는 송달장소뿐만 아니라 송달대상자가 변경된다. 즉 송달장소는 당사자의 주소지가 아닌 ‘교도소·구치소’로, 대상자는 당사자가 아닌 ‘교도소장·구치소장’으로 바뀐다. 위의 §182 등을 근거로, 대법원은 수감된 당사자에게는 송달장소변경 신고의무가 없다는 판시를 몇 차례 내렸다(대법원 1982. 12. 28. 선고 82다카349 전원합의체 판결; 2009. 10. 8.자 2009마529 결정 등).

5. 결론<sup>21)</sup>

피고가 소송 계속 중에 안양교도소에 수감되었으므로 제1심법원이 피고에 대하여 판결정본을 교도소장에게 송달하지 않고 피고 주소지로 공시송달을 한 것은 공시송달의 요건을 갖추지 못한 하자가 있으나 송달의 효력은 있다. 피고는 과실 없이 제1심판결의 송달을 알지 못하여 책임을 질 수 없는 사유로 항소기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하므로 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완 항소를 할 수 있다. 피고는 2018. 8. 21. 제1심판결정본을 발급받았을 때 제1심판결이 있었고 판결이 공시송달 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 하므로, 그때부터 2주일의 항소기간 내인 2018. 9. 3. 제기한 이 사건 추완항소는 적법하다.

21) 대법원 2022. 1. 13. 선고 2019다220618 판결: 당사자가 소송 계속 중에 수감된 경우 법원이 판결정본을 민사소송법 제182조에 따라 교도소장 등에게 송달하지 않고 당사자 주소 등에 공시송달 방법으로 송달하였다면, 공시송달의 요건을 갖추지 못한 하자가 있다고 하더라도 재판장의 명령에 따라 공시송달을 한 이상 송달의 효력은 있다. 수감된 당사자는 민사소송법 제185조에서 정한 송달장소 변경의 신고의무를 부담하지 않고 요건을 갖추지 못한 공시송달로 상소기간을 지키지 못하게 되었으므로 특별한 사정이 없는 한 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 책임을 질 수 없는 사유로 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하여 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 추완 상소를 할 수 있다. 여기에서 '사유가 없어진 때'란 당사자나 소송대리인이 판결이 있었고 판결이 공시송달 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리킨다. 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 사건 기록을 열람하거나 새로 판결정본을 영수한 때에 비로소 판결이 공시송달 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다.