

2023 변리사시험 2차 설명회

김춘환 민사소송법

부산대학교 법과대학 사법학과 졸업
부산대학교 일반대학원 법학과 석사과정(민사법 전공) 수료
중앙대학교 일반대학원 법학과 박사과정(Ph.D, 민사법 전공) 수료
(前) 평생교육진흥원 학점은행 교강사(민법, 민소법)
(前) 중앙대학교 법학전문대학원 민사소송법 특강 강사
(前) 광운대학교 법과대학, 성신여대 법학과, 덕성여대 법학과 등 특강 강사
(現) 차세대콘텐츠재단학회 이사(회장 이규호 중앙대 법학전문대학원 교수)
(現) 중앙법학회 이사
(現) 한국법제연구원 법령번역센터 전문가 과정 강사(민법, 민소법)
(現) 월비스 한림법학원, 나무경영아카데미 민법, 민사소송법 전임교수
(現) 단국대학교 법과대학, 인천대학교 법학과 직무특강 강사
(現) 변리사스쿨 민법, 민사소송법 전문교수
(現) 공단기 민사법 대표교수



□ 변리사 민사소송법 小考(소고)

1. 들어가며

민사소송법은 국가가 법원이라는 재판기관을 설치하고 국가의 공권력에 의하여 민사분쟁을 강제로 해결하는 절차법입니다. 따라서 이에 대한 절차를 먼저 이해를 하는 것은 당연하고 또 필요하다고 할 것입니다. 특히 실무적으로 변리사가 심결취소소송에서 변호사보다 훨씬 더 많은 소송대리를 담당하고 있는 현실에서¹⁾²⁾, 기본적인 민사소송절차를 이해하는 것은 나중에 실무에 나가서도 너무나도 필요하다고 할 것입니다. 다만 저의 강의 경험에 비추어 보면, 법과대학 시절부터 민사소송법에 대해서는 실무과목이라는 이유로 등으로 강의가 충실히 이루어지지 않았고(현행 로스쿨 체제에서는 더 심각해 보입니다), 또 소송법은 어렵다는 막연한 선입견으로 인해 부담스러운 과목이라는 생각이 있는 듯합니다. 하지만 다른 법 과목도 마찬가지로 특히 절차에 대한 올바른 이해, 확실한 개념 정립, 무엇보다 민사소송법 조문에 대한 정확한 이해가 선행된다면 그리 어려운 과목은 아니라고 감히 말씀드리고 싶습니다.

2. 변리사 2차 민사소송법의 출제 경향 및 공부방법

2022년을 기준으로 59회가 출제되었으므로, 기출문제들은 상당히 쌓여 있습니다. 그래서 다른 시험들과는 달리, 소위 찍는 것이 큰 의미가 없을 정도로 다양한 쟁점에서 출제가 되고 있습니다. 그렇다면 수험가에서 얘기하듯이, '어떤 강사가 어떤 문제를 찍었는데 그대로 출제가 되었다'는 허황된 소문은 믿을 필요가 없습니다. 오히려 민사소송법에 대한 탄탄한 기초 위에서 중요주제에 대한 확실한 이해 및 답안지에 대한 현출이 중요하다고 봅니다.

3. 논리전개 내지 논증의 틀(폼)

(1) 이하의 내용은 제 대학원 지도교수님³⁾의 글이니 민사소송법에 대한 기본강의를 들을 때 상당히 유용할 것입니다.

(2) '○○제도에 대하여 논하라'는 문제에서 1.의의 2.취지, 근거, 법적 성질, 기능 3. 요건 4. 효과 식의 정형적인 폼이 있듯이, 사례문제에서도 그 사례문제의 성질에 따라 몇 가지의 폼을 미리 만들어 두고 탄력적으로 활용하면 좋을 것이다.

1) <https://patent.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsListAction.work?gubun=44>

2) 특허법원에서 공지된 판결 10건 정도를 확인하여 보면 변리사가 대리한 사건이 6건, 변호사가 대리한 사건이 2건, 변호사와 변리사가 양측 당사자에 각각 선임된 사건이 2건이라는 것을 알 수 있다. 사건이 아닌 명수로 계산하면 그 사건 10건을 31명의 변리사, 6명의 변호사가 대리하였다. 특허법원 주요판결 게시판 2022.12.9. 및 12월 12일 작성된 판결 10건 : 2021허6764, 2022허2233, 2022허1858, 2021허5594, 2021허6795, 2021허4461, 2022허2455, 2022허1667, 2021허5242, 2021허3987

3) 김○○, P대 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사, 제43회-제48회 사법시험, 변리사시험, 행정고등고시 출제위원



예:

1. 문제의 분석(문제점의 추출⇒논점의 문제제기, 문제의 소재)
2. 논점 전개
 - (1) 정의, 원칙, 예외(수정), 규범
 - (2) 문제로부터 요건정립, 취지, 논점의 결론, 반대설, 반대설 비판
 - (3) 전제, 이론적 귀결, 부당성 지적, 규범, 허용성, 특수성
3. 사안 적용 - 삼단논법의 귀결
4. 사안 해결 - 물음에 대한 정확한 해답 긴요

4. 공부방법상의 유의점

- (1) 제도나 논점에 대해 왜(WHY?)라는 질문을 항상 던지고, 취지 등에 대하여 생각한다.
- (2) 유사한 제도나 논점의 상호 비교, 구별 표지 정확하게 이해, 아이덴티티 확립
- (3) 제도나 논점의 골격을 먼저 기억하고, 거기에 공부가 더해 감에 따라 살을 붙여 나감
- (4) KEY WORD 중심의 공부(다만 답안지에 KEY WORD만 쓰면 절대 안 됨)
- (5) 논점의 학설 이름, 개수 정확하게 기억
- (6) 判例 태도 정확하게 기억(우리 판례는 보수적인 경향이 있다)
- (7) 쓸데없이 너무 많은 것을 알려 하지 말고(다침!!!) 기본적이고 핵심적인 것만이라도 정확하게 이해하고 기억하는 것이 중요하다.
- (8) 모든 공부는 결국 시험장에서의 답안작성을 위한 것임을 명심하여 평소 답안작성연습을 꾸준하게 하고, 책을 읽어 나갈 때에도 답안작성에 필요한 것을 찾는 방식으로 공부하고(효율적인 마킹), 결과물을 간결하게 머리 속에 정리하여 두고, 자주 되새김질을 한다.

□ 문의 및 질문

DAUM카페 : 김춘환 민사법연구소, cafe.daum.net/chunzivilprozess



□ 2023 변리사 민사소송법 강평

by 김춘환

【 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)

I. 논점

제390조(항소의 대상) ① 항소(항소)는 제1심 법원이 선고한 종국판결에 대하여 할 수 있다. 다만, 종국판결 뒤에 양 쪽 당사자가 상고(상고)할 권리를 유보하고 항소를 하지 아니하기로 합의한 때에는 그러하지 아니하다.

제66조(통상공동소송인의 지위) 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위 또는 이에 대한 상대방의 소송행위와 공동소송인 가운데 한 사람에 관한 사항은 다른 공동소송인에게 영향을 미치지 아니한다.

제67조(필수적 공동소송에 대한 특별규정)

- ① 소송목적이 공동소송인 모두에게 합일적으로 확정되어야 할 공동소송의 경우에 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다.
- ② 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에 대한 상대방의 소송행위는 공동소송인 모두에게 효력이 미친다.
- ③ 제1항의 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에게 소송절차를 중단 또는 중지하여야 할 이유가 있는 경우 그 중단 또는 중지는 모두에게 효력이 미친다.

이 문제는 甲과 丙의 공동소송관계가 통상공동소송(제66조)이 아닌 (유사)필수적 공동소송(제67조)이라는 2019년 전원합의체 판결을 기초로 하여, 필수적 공동소송관계에서 甲의 청구에 대해서 판단하지 않은 것은 재판누락이 아닌 판단누락에 해당한다. 따라서 판단 받지 못한 甲은 항소를 제기할 수 있다는 것을 서술하고, 항소심법원이 불복의 대상이 되는 재판이 없어 항소가 부적법하다고 판단한 것은 잘못되었다는 것을 서술하면 된다.

II. 관련 判例

■ 참가승계에서 공동소송의 형태 (대판(전) 2019.10.23. 2012다46170)

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 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 피고



가 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 판결⁴⁾, 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 한다⁵⁾.

(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 변론전체의 취지에 의하여 원본의 존재와 진정성립을 인정하였다. 이와 같은 법원의 조치에는 위법이 없는지를 그 논거와 함께 설명하십시오. (10점)

I. 논점

제355조(문서제출의 방법 등) ① 법원에 문서를 제출하거나 보낼 때에는 원본, 정본 또는 인증이 있는 등본으로 하여야 한다.

문서는 원본·정본·인증등본의 제출이 원칙이다(제355조 1항). 따라서 원본의 성립·존재 등에 다툼이 있는데 원본에 같음하여 사본이 제출되면 증거신청은 부적법하다. 그러나 사본의 경우에도 동일한 내용인 원본의 존재와 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 없고 그 정확성에 문제가 없기 때문에 사본을 원본의 대용으로 하는데 관하여 상대방으로부터 이의가 없는 경우에는, 제355조 제1항 위반사유에 관한 이의권이 포기 혹은 상실되어 사본만의 제출에 의한 증거의 신청도 허용된다(대판 2002. 8. 23. 2000다66133). 다만 사안의 경우 乙은 부지로 원본의 존재를 다투고 있는데 사본이 제출된 경우이므로, 이 경우에 법원이 변론전체의 취지에 의하여 원본의 존재와 진정성립을 인정하는 것은 부적법하다는 것을 서술하면 된다.

II. 관련 判例

문서의 제출은 원본으로 하여야 하는 것이므로, 원본이 아니고 단순한 사본 만에 의한 증거의 제출은 정확성의 보증이 없어 원칙적으로 부적법하므로, 원본의 존재 및 원본의 성립의 진정에 관하여 다툼이 있고 사본을 원본의 대용으로 하는데 대하여 상대방으로부터 이의가 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(대결 2010.01.29. 2009마2050).

- 4) 원고는 이 사건 손해배상채권을 승계참가인에게 양도하고 원심 소송 계속중인 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...(대판 2004.07.09. 2002다16729).
- 5) ㉞ 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 확정기 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 ㉞ 이러한 전원일치견해에 대하여 대법관 민유숙의 보충의견이 있음



(3) 丙이 丁을 상대로 양수금채권을 피보전채권으로 하여 乙과 丁 사이의 위 매매계약의 취소와 가액 배상을 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. 논점

민법 제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위일은 날로부터 5년내에 제기하여야 한다.

제259조(중복된 소제기의 금지) 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다.

채권자취소소송과 중복된 소제기의 금지가 논점이다(민법 제406조, 제259조). 채권자취소권은 채권자의 고유한 권리이므로, 중복소송이 되지 않는 것이 원칙이지만, 피보전채권만 달리 하는 것은 청구의 변경이 아니라 공격방법을 변경하는 것이어서 소송물이 동일하다. 따라서 사안 같이 당사자가 丙과 丁으로 동일하고 피보전채권을 양수금채권과 공사대금채권으로 변경하는 것은 소송물이 동일하다는 것을 서술한다. 그리고 전소와 후소의 판단시기는 소장제출시가 아니라 소장부분 송달 시가 된다는 것을 서술하면서, 사안에서 소장부분이 2022. 9. 5. 丁에게 송달된 소가 전소, 소장부분이 2022. 9. 12. 丁에게 송달된 소가 후소가 되어, 후소가 중복소송이 되어 법원은 후소를 각하하는 판결을 하여야 한다는 것을 서술하면 된다.

II. 관련 판례

채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하면서 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 사해행위취소권과 원상회복청구권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로, 채권자가 보전하고자 하는 채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이종으로 제기하는 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하다고 보아야 하고, 이는 전소나 후소 중 어느 하나가 승계참가신청에 의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다(대판 2012.07.05. 2010다80503).



【 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 다툰 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)

I. 논점

제136조(석명권석명권)·구문권(구문권) 등)

- ① 재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다.
- ② 합의부원은 재판장에게 알리고 제1항의 행위를 할 수 있다.
- ③ 당사자는 필요한 경우 재판장에게 상대방에 대하여 설명을 요구하여 줄 것을 요청할 수 있다.
- ④ 법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

원심법원의 석명의무 내지 지적의무 위반이 문제되는 사안이다(제136조 1항, 4항). 지적의무의 내용에 대해 간단히 설명한 후, 문제되는 판례를 언급하면 하면서, 항소심법원의 판단에 잘못이 있다고 서술하면 된다.

II. 判例

[1] 종중이 당사자인 사건에서 종중의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이다. 법원으로서 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] 甲 종중이 乙을 상대로 소를 제기하면서 소장에 대표자 표시를 누락하였다가 제1심법원의 석명준비명령에 따라 대표자를 丙으로 기재한 서면을 제출하였으나, 소제기 당시 甲 종중의 대표자는 丙이 아니라 丁이었고, 그 후 甲 종중이 원심법원에 대표자를 丙에서 丁으로 정정하는 당사자표시정정신청서를 제출하면서 丙의 기존 소송행위를 추인하는 취지라고 주장한 사안에서, 丁에게 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 丁의 대표자 지위에 관해서 쟁점이 되지 않았으므로, 원심으로서도 당사자에게 이 부분에 관하여 증명이 필요함을 지적하고 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견진술의 기회를 부여할 의무가 있는데도, 이러한 조치를 전혀 취하지 않은 채 당사자 표시정정신청서 제출 당시 丁에게 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 있다(대판 2022. 4. 14. 2021다276973).

(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 종중총회결의 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)

I. 논점

제60조(소송능력 등의 흠과 추인) 소송능력, 법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 사람이 소송행위를 한 뒤에 보정된 당사자나 법정대리인이 이를 추인(추인)한 경우에는, 그 소송행위는 이를 한 때에 소급하여 효력이 생긴다.

제436조(파기환송, 이송) ① 상고법원은 상고에 정당한 이유가 있다고 인정할 때에는 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하거나, 동등한 다른 법원에 이송하여야 한다.

무권대리행위의 소송행위는 무효이지만, 그 추인이 문제가 된다(제60조). 즉 추인의 시기와 관련하여 상고심에서도 추인이 가능하다는 것을 서술하고, 관련 판례를 서술하면 된다. 이 경우 상고심은 갑 종중의 상고는 이유가 있으므로, 원심판결을 파기하고 환송하는 판결을 하면 된다(제436조 1항).

II. 判例

원고는 상고심에 이르러 소외 2를 대표자로 기재하여 ‘원고의 대표자를 소외 1로 표시하여 한 소송행위를



모두 추인한다.’는 내용의 2021. 10. 19. 자 추인서를 제출하였다. 권한 없는 대표자가 한 소송행위의 추인은 상고심에서도 할 수 있다는 것이 판례이므로(대법원 2019. 9. 10. 선고 2019다208953 판결 등 참조), 환송 후 원심으로서는 상고심에서 제출된 위 추인서까지 포함하여 이 사건 소가 과연 소송요건을 갖춘 것인지 여부를 심리·판단할 필요가 있다. 원고의 상고는 이유 있으므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다(대판 2022. 4. 14. 2021다276973).



【 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)

I. 논점

제415조(항소를 받아들이는 범위) 제1심 판결은 그 불복의 한도 안에서 바꿀 수 있다. 다만, 상계에 관한 주장을 인정한 때에는 그러하지 아니하다.

불이익변경금지의 원칙(제415조)과 관련하여 그 예외인 상계의 항변이 주는 점이다. 제415조 단서가 적용되는 경우는 원고가 제1심에서 전부 또는 일부패소하여 원고만이 항소한 때 항소심에서 비로소 피고가 상계의 항변을 제출하고 그것이 시인되는 때이다. 예를 들면 원고의 대여금청구소송에서 피고는 변제항변을 하였으나 제1심에서 일부패소하자 피고가 불복하지 아니하고 원고만이 항소하였는데 항소심에서 피고가 가정적 항변으로 제출한 상계항변을 인용할 때에는 비록 원고만이 항소하였다 할지라도 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하여야 할 것이다. 만일 제415조 단서 규정이 없다면 위의 경우에 원고만이 항소하였으므로, 제1심에서 인용된 일부청구를 취소할 수 없고 항소를 기각할 수밖에 없는데 그렇게 되면 피고는 항소심에서 상계를 주장한 반대채권까지 상실하는 셈이 되는 것이다[주석 민사소송법(VI), 209면, 제7판]. 따라서 사안에서 甲은 패소부분인 4천만원 부분에 대하여 항소하여도, 항소불가분의 원칙에 따라 나머지 6천만원 부분도 확정이 차단되고 이심이 된다. 다만 불이익변경금지원칙에 따라 같이 불복한 4천만원 부분에 한정하여 심판대상이 되는 것이 원칙이지만, 상계의 항변의 경우에는 그 예외가 된다. 따라서 乙이 제출한 6천만 원의 매매대금채권을 자동채권으로 한 상계항변을 고려하여, 1심에서 같이 승소한 6천만원 대여금 부분도 그 심판대상이 되어, 甲의 청구 중 4천만원을 인용하는 판결을 하여야 한다. 그러므로 항소심법원의 판단에는 잘못이 없다.

II. 判例

원심은 원고의 청구원인사실을 모두 인정한 다음 피고의 상계항변을 받아들여 상계 후 잔존하는 원고의 나머지 청구부분만을 일부 인용하였는데, 이 경우 피고들로서는 원심판결 이유 중 원고의 소구채권을 인정하는 전제에서 피고의 상계항변이 받아들여진 부분에 관하여도 상고를 제기할 수 있고, 상고심에서 원고의 소구채권 자체가 인정되지 아니하는 경우 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고청구가 배척될 것이므로, 결국 원심판결은 그 전부에 대하여 파기를 면치 못한다(대판 2002. 9. 6. 2002다 34666).



(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)

I. 논점

민사소송규칙 제67조 (소취하의 효력을 다루는 절차)

- ① 소의 취하가 부존재 또는 무효라는 것을 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있다.
- ② 제1항의 신청이 있는 때에는 법원은 변론을 열어 신청사유에 관하여 심리하여야 한다.
- ③ 법원이 제2항의 규정에 따라 심리한 결과 신청이 이유 없다고 인정하는 경우에는 판결로 소송의 종료를 선언하여야 하고, 신청이 이유 있다고 인정하는 경우에는 취하 당시의 소송정도에 따라 필요한 절차를 계속하여 진행하고 중간판결 또는 종국판결에 그 판단을 표시하여야 한다.

먼저 기일지정신청과 관련하여 민사소송규칙 제67조를 서술한다. 그리고 소취하를 취소 또는 철회한다고 주장과 관련하여 소송행위에 민법상 하자를 고려하여 취소 또는 철회 할 수 있는지를 하자고려설과 하자불고려설의 대립을 서술한다. 그리고 하자고려설은 재심규정유추적용설로 연결되고, 재심규정유추설은 유죄확정판결불요설과 유죄확정판결필요설의 대립이 있다. 다만 사안에서 判例인 하자불고려설을 취한다면 소취하는 착오를 이유로 취소할 수 없고, 이는 재심규정에도 해당되지 아니한다. 따라서 소취하가 유효하므로, 법원은 판결로 소송종료선언을 하여야 한다(규칙 제67조 3항). 그러나 하자고려설에 의하면 법원은 신청이 이유 있다고 인정하여, 취하 당시의 소송정도에 따라 필요한 절차를 계속하여 진행하고, 나중에 중간판결 또는 종국판결에 그 판단을 표시하면 된다(동규칙 제67조 3항).

II. 소송행위의 하자

1. 소송행위의 철회

(1) 의 의

소송행위의 철회란 의사를 하자를 이유로 한 경우를 제외하고 소송행위 이후 발생한 후발적 사유에 의하여 일단 생긴 행위의 법적 효과를 제거하는 것을 의미하는데, 처분권주의·변론주의 하에서의 소송행위는 원칙적으로 철회가 자유롭다(취효적 소송행위, 절차조성행위).

(2) 예 외

당해 행위를 한 당사자에게 불리하거나, 상대방에게 일정한 법률적 지위가 형성된 소송행위, 소송절차의 진행상 확정적 효과가 생긴 경우(구속적 소송행위, 여효적 소송행위, 절차종료행위)에는 자유롭게 철회할 수 없다. 예를 들어 적법한 소취하의 서면이 제출된 이상 그 서면이 상대방에게 송달되기 전·후를 묻지 않고 원고는 이를 임의로 철회할 수 없다(대판 1997. 6. 27, 97다6124).

2. 소송행위의 취소가능성 - 의사하자의 고려(司 51회, 辨 41회)

(1) 문제점

소송행위에 사기·강박 등의 하자가 존재할 경우에 이를 민법과 같이 하자를 고려하여 그 소송행위를 취소할 수 있느냐에 대해서는 민사소송법상 명문의 규정이 없기 때문에 그 하자를 고려하여 취소를 인정할 것이냐가 문제된다.

(2) 학 설



① 하자고려설(유추적용긍정설)은 절차를 조성하는 행위와 절차를 종료시키는 행위를 구별하여 소·상소 취하, 청구의 포기·인낙, 재판상 화해 등의 절차종료행위는 소송절차의 안정과 무관하므로 이 경우에는 민법상의 하자규정을 유추하여 취소를 인정할 수 있다고 한다(P.Arens, 정동윤, 호문혁, 김상수 등 유력설).

② 하자불고려설(유추적용부정설)은 소송행위는 외관주의·표시주의가 관철되어야 하고, 특히 청구의 포기·인낙, 재판상 화해 등은 존재심의 소 이외에는 구체책을 인정하지 않는 것이 우리 법제이므로 민법규정의 유추를 인정할 수 없다고 한다. 다만 사기, 강박에 의한 경우에는 민법규정보다 제451조 제1항 제5호의 재심규정을 유추하여 취소를 인정할 수는 있다고 한다(재심규정유추설). 그러나 착오의 경우에는 법원에 대한 공적 진술인 점, 소송의 안정성에 비추어 그 취소를 인정할 수는 없다고 한다(Leo Rosenberg, 이시윤, 강현중 등 다수설).

(3) 判 例

① 판례는 원고의 소송대리인이 피고의 기망에 의하여 착오로 처분금지가처분신청을 취소하고 집행해제원을 제출한 사안에서 “소송행위에는 민법 제109조, 제110조의 규정이 적용될 여지가 없으므로 위 원고 대리인의 가처분신청의 취소가 사기, 강박 등 형사상 처벌을 받을 타인의 행위로 인한 것이라 하더라도 유효하다(대판 1984.5.29, 82다카963).”고 하고 “소의 취하는 원고가 제기한 소를 철회하여 소송계속을 소멸시키는 원고의 법원에 대한 소송행위이고 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것인바, 원고 소송대리인으로부터 소송대리인 사임신고서 제출을 지시받은 사무원은 원고 소송대리인의 표시기관에 해당되어 그의 착오는 원고 소송대리인의 착오라고 보아야 하므로, 사무원의 착오로 원고 소송대리인의 의사에 반하여 소를 취하하였다고 하여도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대판 1997.10.24, 95다11740).”고 하여 하자불고려설의 입장이다.

② 그러나 민법규정을 유추할 수는 없다고 하여도 법 제451조 제1항 제5호의 재심규정을 유추하여 소송행위⁶⁾를 취소하는 것은 인정한다(재심규정유추설).

(4) 검 토

하자고려설은 하자불고려설이 민법규정의 유추를 부정하면서도 재심규정의 유추에 의해 취소할 수 있다고 하는 것은 사실상 민법규정의 유추를 인정하는 것이라고 비판하나, 같은 취소를 인정하는 것이라고 하여도 표시주의·외관주의가 관철되어야 하는 소송행위의 특성상, 착오의 경우에는 차이가 있다고 보아 하자불고려설이 타당하다고 본다.

(5) 유죄확정판결의 요부 - 재심규정유추설에 의할 경우(재심사유의 소송내적 고려)

1) 학 설

재심규정유추설을 취하는 학설은 ① 확정판결을 요하면 구제의 길이 지나치게 좁아지고 ② 법 제451조 제2항에서 유죄의 확정판결을 요하는 것은 가별적 재심사유의 성질에 대한 적법요건설에 의할 때 재심의 소의 남용을 방지하기 위한 취지인바, 이 경우에는 재심의 소를 남용하려는 의도와는 관계가 없으므로 확정판결을 요하지 않는다고 보는 것이 타당하다고 한다(확정판결불요설).

2) 判 例

판례는 “형사책임이 수반되는 타인의 강요와 폭행에 의하여 이루어진 소취하의 약정과 소취하서의 제출은 무효이다(대판 1985.9.24, 82다카312·313·314)”라고 하여 유죄의 확정판결을 요하지 않은 것도 있으나, 최근의 주류적 판례는 ① 타인의 사기·강박행위로 인한 형사유죄판결이 확정된 경우일 것, ② 그 소송행위가 사기·강박으로 인하여 외형적으로만 존재하고 그에 부합하는 의사가 없을 것 등의 요건을 요구하여 확정판결을 요한다(확정판결필요설⁷⁾).

3) 검 토

당사자의 구제의 길을 넓히고, 가별적 재심사유에 관한 통설·판례인 적법요건설의 취지상 확정판결을 요하지 아니하는 학설의 입장이 타당하다고 본다(확정판결불요설).

6) 어떠한 소송행위에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 인정되는 경우 그러한 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(대판 2012. 6. 14. 2010다86112).

7) 다만 최근에는 “(1) 소송행위의 효력이 외관적 표시행위에 따라 규율되어야 한다는 주된 근거는 소송당사자와 소송계속법원 등 소송관계자의 이해가 걸린 당해 소송절차의 안정을 도모하려는 데서 나오는 것인바, 소송당사자의 기망행위에 의하여 야기된 특별한 사정이 있는 경우에는 기망행위를 한 당사자의 소송절차상의 안정을 보호할 필요는 없는 것이며 그 소송절차 중에서 소취하 행위의 효력을 판단 받는 한 법원에 대한 관계에서도 그 소송절차의 안정을 해칠 우려는 없기 때문이다. (2) 소의 제기를 당한 피고측 당사자나 그의 대리인이 제1심에서 패소하자 항



(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. 논점

제288조(불요증사실) 법원에서 당사자가 자백한 사실과 현저한 사실은 증명을 필요로 하지 아니한다. 다만, 진실에 어긋나는 자백은 그것이 착오로 말미암은 것임을 증명한 때에는 취소할 수 있다.

사안에서 소송물은 ‘소유권에 기한 이전등기말소청구권’이고, 甲이 주장하는 ‘소유권’은 선결적 법률관계에 해당한다. 따라서 선결적 법률관계에 대한 자백이 성립하는지가 논점이 된다(제288조). 긍정설에 따라 乙의 甲이 주장하는 소유권을 시인하는 진술은 소유권을 이루는 개개의 사실에 대한 자백으로 보아, 유효하다고 보아야 한다.

II. 선결적 법률관계에 대한 자백

1. 학 설

① 선결적 법률관계는 기본관계에 대한 소전제를 이루고 있어 사실관계와 다를 바 없다는 점, 예를 들어 토지인도청구의 소에서 소유권의 존부에 대해 중간확인의 소가 제기된 경우 피고의 청구인낙이 가능한 것이라면 그보다 유리한 피고의 자백은 응당 긍정해야 한다는 것을 근거로 이를 인정하는 긍정설(이시윤, 정동윤), ② 법률판단은 법원의 전권사항이므로 그에 대한 재판상 자백은 있을 수 없고, 사인의 법률판단에는 오류가 생기기 쉬워 재판상 자백을 인정하면 실제적 진실에 반할 수 있다는 점을 근거로 이를 부정하는 부정설 ③ 선결적 법률관계에 관한 주장에는 법적 판단 내지는 법적 추론에 관한 자백과 그러한 판단 내지는 추론에 이르게 된 사실적 요소에 관한 것이 포함된 2중적 성격이 있는데, 법적 판단은 법원의 전권사항에 속하는 법 판단권에 관련되고 있기 때문에 재판상 자백의 성립을 인정하기 어려운 반면, 사실적 요소에 대해서는 그 사실적 요소로 인하여 수월하게 재판상 자백을 인정할 수 있으므로, 이 양자를 조화하여 권리자백도 재판상 자백의 하나로 보아 당사자에 대한 구속력을 인정하여 자백자의 임의철회를 금지시키는 한편 법원에 대한 관계에서는 구속력을 부인함으로써 법원의 법판단권을 존중함이 타당하다는 절충설(일부긍정설)이 있다 (강현중).

2. 판 례

판례는 “소유권에 기한 이전등기말소청구소송에 있어서 피고가 원고 주장의 소유권을 인정하는 진술은 그 소전제가 되는 소유권의 내용을 이루는 사실에 대한 진술로 볼 수 있으므로 이는 재판상 자백이다(대판 1989.5.9, 87다카749)”라고 하여 긍정하는 입장으로 볼 수 있다.

3. 검 토

부정설은 소송경제, 신속에 어긋나며 오히려 실제진실에 반할 수 있고, 절충설은 법원의 판단에 따라 당사자의 지위가 불안할 수 있다. 따라서 긍정설이 타당하며, 이 때의 법률관계에 대한 자백은 사실관계에 대한 자백으로 선해할 수 있다고 본다.

소한 후, 재소가 금지된 그 시점에 이르러 소송 진행 과정을 모르고 있던 상대방인 원고 중의 일부를 기망하여 소를 취하하게 하는 것은 형사상 처벌받을 자기행위로서 그 원고는 그 소취하의 의사표시를 취소하여 그의 효력을 부인할 수 있다 함이 상당하다(大判 2004. 4. 27, 2003다31619).”고 하여 유죄의 확정판결을 요구하지 않은 듯한 판시도 있다.



【 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 추후보완항소가 허용되지 않는다고 판단하였다. 이와 같은 항소심법원의 판단에 잘못이 없는지를 그 논거와 함께 설명하시오. (10점)

I. 논점

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. 다만, 그 사유가 없어질 당시 외국에 있던 당사자에 대하여는 이 기간을 30일로 한다. ② 제1항의 기간에 대하여는 제172조의 규정을 적용하지 아니한다.

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 송달 할 수 없게 되어 발송송달이나 공시송달의 방법으로 송달한 경우에는 처음부터 소장 부분이 적법하게 송달된 경우와 달라서 피신청인에게 소송의 진행 상황을 조사할 의무가 있다고 할 수 없다. 따라서 피신청인이 이러한 소송의 진행 상황을 조사하지 않아 상소 제기의 불변기간을 지키지 못하였다면 이는 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것에 해당한다(대판 2015.08.13. 2015다213322, 제173조). 따라서 항소심법원이 이 사건 추후보완항소가 허용되지 않는다고 판단한 것은 위법하다.

II. 判例

(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 참여하였다 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 진행된다는 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(대판 2015. 8. 13. 2015다213322).

(2) 원심판결 이유에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 원고는 2012. 7. 31. 피고를 상대로 민사조정을 신청하였는데, 2012. 10. 9. 그 조정신청서 부분이 이 사건 주소로 송달되었고, 이를 피고가 수령하였다.

② 피고는 2012. 11. 13. 제2차 조정기일에 출석하였으나 조정이 불성립되었고, 이에 따라 위 조정사건은 소송절차로 이행되었다.

③ 제1심법원은 2013. 5. 10. 변론기일통지서, 2013. 6. 3. 청구취지 및 원인변경신청서를 각 이 사건 주소로 우편송달(통상송달)을 실시하였으나 ‘수취인불명’으로 피고에게 송달되지 아니하자, 2013. 6. 14. 위 변론기일통지서와 청구취지 및 원인변경신청서를 등기우편의 방식으로 각 발송송달을 실시하였고, 2013. 6. 20. 판결선고기일통지서를 이 사건 주소로 우편송달(통상송달)을 실시하였으나 ‘수취인불명’으로 피고에게 송달되지 아니하자, 2013. 7. 2. 위 판결선고기일통지서를 등기우편의 방식으로 발송송달을 실시하였다.

④ 제1심법원은 2013. 7. 10. 원고 승소판결을 선고하고 그 판결정본을 2013. 7. 12. 이 사건 주소로 우편송달을 실시하였으나 ‘수취인불명’으로 송달되지 아니하자, 2013. 7. 25. 공시송달의 방법으로 위 판결정본을 송달하여 2013. 8. 9. 그 송달의 효력이 생기게 되었다.

⑤ 피고는 2014. 1. 9.에 이르러서야 제1심 판결정본을 송달받지 못하여 항소기간을 준수하지 못하였다는 이유로 이 사건 추완항소장을 제1심법원에 제출하였다.



(3) 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 피고가 위 조정사건이 소송절차로 이행되어 소송이 계속되고 있었던 사실을 알고 있었다거나, 피고에게 소송의 진행상황을 조사할 의무가 있었다고 보기 어려우므로, 피고가 항소의 불변기간을 지키지 못한 데에 책임이 있다고 할 수 없다.

(4) 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 추후보완항소가 허용되지 않는다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 소송행위의 추후보완에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(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. 논점

제182조(구속된 사람 등에게 할 송달) 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 유치장에 체포·구속 또는 유치(유치)된 사람에게 할 송달은 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 장에게 한다. <개정 2006.2.21>

제194조(공시송달의 요건) ① 당사자의 주소등 또는 근무장소를 알 수 없는 경우 또는 외국에서 하여야 할 송달에 관하여 제191조의 규정에 따를 수 없거나 이에 따라도 효력이 없을 것으로 인정되는 경우에는 법원사무관등은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 공시송달을 할 수 있다. <개정 2014.12.30>

② 제1항의 신청에는 그 사유를 소명하여야 한다.

③ 재판장은 제1항의 경우에 소송의 지연을 피하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 공시송달을 명할 수 있다. <신설 2014.12.30>

④ 재판장은 직권으로 또는 신청에 따라 법원사무관등의 공시송달처분을 취소할 수 있다. <신설 2014.12.30.>

제196조(공시송달의 효력발생)

① 첫 공시송달은 제195조의 규정에 따라 실시한 날부터 2주가 지나야 효력이 생긴다. 다만, 같은 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달은 실시한 다음 날부터 효력이 생긴다.

② 외국에서 할 송달에 대한 공시송달의 경우에는 제1항 본문의 기간은 2월로 한다.

③ 제1항 및 제2항의 기간은 줄일 수 없다.

비록 송달받을 사람이 교도소 등에 수감 중인 사실을 법원에 신고하지 아니하였거나 기록에 의하여 법원에서 그 사실을 알 수 없었다고 하여도 수감자의 종전 주소에의 송달은 무효이며, 반드시 교도소장에게 송달하여야 한다(대판(전) 1982.12.28. 82다카349, 제182조). 따라서 乙에 대한 송달은 반드시 A교도소장에게 하여야 하는데, 이를 하지 않고 발송송달의 방법으로 송달은 한 것은 위법하다. 그리고 사안에서 **재판장의 공시송달명령에 따라 공시송달 방법으로 송달한 것은 흠이 있으나, 송달의 효력은 발생한다**(대판(전) 1984.03.15. 84마20). 또한 불변기간의 부존수에 의한 소송행위의 추후보완은 장애사유가 종료된 후 2주일 내에 하여야 한다(제173조 1항). 이 경우 장애사유가 종료한 때라 함은 천재지변 그 밖의 이와 유사한 사유의 경우에는 그 재난이 없어



진 때이고, 판결의 송달사실을 과실 없이 알지 못한 경우에는 당사자나 대리인이 판결이 있을 것을 안 때이다. 그리고 공시송달의 경우에 '사유가 없어진 후'라 함은 당사자나 소송대리인이 단순히 판결이 있었던 사실을 안 때가 아니고 나아가 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리키는 것으로서, 다른 특별한 사정이 없는 한 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 그 사건기록의 열람을 하거나 새로이 판결정본을 영수한 때에 비로소 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다(대판 2006.02.24. 2004다8005). 따라서 사안의 경우에는 '2022. 8. 22. 제1심판결정본을 발급받고 2022. 9. 2. 제1심법원에 추완항소장을 제출'하였고, 판결정본을 영수한 때부터 2주일 내에 추후보완항소장을 제출한 것은 적법하므로, 항소심법원의 판단은 잘못이 있다.

II. 判例

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 사건기록을 열람하거나 새로 판결정본을 영수한 때에 비로소 판결이 공시송달 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다(대판 2022. 1. 13. 2019다220618).