

제2주차

- 소송물과 절차 -

I. 소송물 ‘Just do this’

■ 소송물과 절차 개관

절차의 개시	① 토지관할·사물관할 ② 청구의 특정과 그 범위결정
절차의 진행	① 처분권주의의 위배 여부 ② 중복소송의 동일 소송물 ③ 청구의 병합 ④ 청구의 변경
절차의 종결	① 기관력의 객관적 범위 ② 재소금지의 동일 소송물
실체법상의 효과	① 시효중단 ② 제척기간준수

소송의 주체와 객체		소송물		
소송물	소송의 객체	소송물	학설,判	구실체법설(判) 일부청구문제(명시설判) 중복된 소 제기(§ 259)
		소의 유형		
		권리보호요건		
	소의 이익	이행의 소		
		학인의 소	§ 250	소송물 - 청구취지만으로 특정
		형성의 소		

■ 소송물개념과 일부청구

- 구실체법설(判)
- 일부청구 ↑ 명시설判 : 별개의 소송물로

	별개 소송물	X	X	0 ↑	부정	인정	안분설
	소송물 불인정	0	0	X ↑	긍정	부정	외측설
	명시적 일부청구	X	X	0	원칙 : 부정 예외 : 추가적 소변경 허용	인정	외측설
	묵시적 일부청구	0	0	X	청구취지 확장을 위한 상소		
	[기타쟁점] - 후유증에 의한 손해배상청구 : 별개 소송물설(判) - 전소의 표준시에 객관적으로 예측할 수 없던 손해 - 변종후 사정변경 : (전원합의체判) 차임의 현저한 증가 시 반환청구 가능 - 유보된 일부청구의제론(다수) / 기관력의 시적범위론(별개) - 청구취지 확장(=소변경)의 의사표시 : 중단되거나 최소 최고의 효과 - 부청구 철회시 : 소급으로 효과 소멸						

■ 소의 종류와 소의 이익

권리보호요건 (광의의 소이익)	권리보호 자격	당사자 적격	주관적 범위	소구 가능할 것 금지사유가 없는 것 제소장애사유가 없는 것(특별구제절차) 승소확정판결 받은것이 아닐 것 신의칙 위반의 제소가 아닐 것	
		청구적격	객관적 범위(=대상적격)		
	권리보호 이익 (협의의 소이익)	이행의 소	주장자체 ↑ 당사자적격 = 집행적격 0 / 본안적격 0 기준시기 : 사실심 변론종결시 § 251 [장래이행의 소] ex.상환이행판결/ 장래 (점유)부당이득반환청구 ★		
		확인소	§ 250 [증서진부 확인의 소] 청구적격/ 즉시확정의 법률상 이익		
		형성의 소	채권자 취소소송 경계확정의 소(공유물 분할청구와 유사)		

1. 이행의 소

	이행청구권의 존부확정과 피고에 대한 이행명령을 해 줄 것을 요구하는 소	
	실체법상의 청구권이 바탕이 되어야 하며, 사법상의 청구권뿐만 아니라 공법상의 청구권이라도 민사소송사항이면 무방하며 채권에 기하든 물권에 기하든 그 내용이 작위·부작위·인용·의사표시 등도 무방하다.	
	현재이행의 소	변론종결시를 표준으로 하여 이미 이행기가 도래한 이행청구권에 관한 소
	장래이행의 소	변론종결시를 표준으로 이행기가 아직 도래하지 않은 이행청구권에 관한 소(제251조).
	현재이행의 소	현재이행의 소에서는 소장송달 다음날부터 법률이 정한 비율로 지연손해금을 청구할 수 있다.
	장래이행의 소	장래이행의 소는 미리청구할 필요가 있어야 한다.
	청구인용판결	기판력 외에 집행력이 발생한다(이행판결은 집행권원이 됨).
	청구기각판결	이행청구권의 부존재를 확정하는 확인판결에 불과하다.

§251 장래이행의 소

청구적격 (=대상적격)	미리 청구할 필요 (=권리보호이익)
변론종결시에 확정적으로 예정할 수 있는 것 기초관계가 성립되어 개연성이 높은경우(조건부, 기한부)	별로 쟁점 X 이행의무의 성질상 / 의무자의 태도상
관련문제	
<p><물건인도청구와 대상청구의 병합문제(58회 기출)></p> <ul style="list-style-type: none"> - 현재이행의 소 + 장래이행의 소 → 단순병합 / 부진정 예비적 병합 → 가능 - 이행불능 X / 집행불능을 대비한 소 O 	

2. 확인의 소

	권리나 법률관계의 존부확정을 요구하는 소	
	권리나 법률관계만이 그 대상이 되는 것이나 예외적으로 증서의 진정여부를 확인하는 소(제250조)만은 사실관계를 그 대상으로 하고 있다.	
	적극적·소극적 확인의 소	권리관계의 존재확인을 구하는 적극적 확인의 소와 권리관계의 부존재확인을 구하는 소극적 확인의 소가 있다.
	중간확인 소	확인 소의 특수형태로서 청구의 병합 중 후발적 병합의 일종으로 선결적 법률관계에 관한 확인의 소이다(제264조).
	이행의 소와의 관계 1. 절대권이나 권리관계를 소의 대상으로 할 수 있다. 2. 시효중단 목적의 이행의 소 대역이 가능하다. 3. 사전분쟁예방기능을 한다.	
	원고소송의 확인판결이 나면 원고주장의 법률관계의 존재에 대해 기판력이 생기며 집행력은 발생하지 않는다.	

확인 소	
청구적격	확인 이익
현재 / 자기의(=당사자 적격) / 법률관계일 것 - ☑ “과거” → 일체. 분쟁해결에 직접적, 획일적 수단일 때 (判. 예외있음) - ☑ “사실관계”	즉시(=법적 불안, 위험 현존) 확정의 법률상 이익(보충성) 1. 유효, 적절한 수단일 것 2. 다른 구제절차가 없을 것 3. 적극적 확인의 소를 우선 제기할 것 4. 보충성
§250 증서의 진정여부를 확인하는 소	
- 사실관계의 확임임에도 불구하고, 명문의 규정으로 인정	

3. 형성의 소

	판결에 의한 법률관계의 변동을 요구하는 소로서 지금까지 존재하지 아니하였던 새로운 법률관계를 발생시키고, 기존의 법률관계를 변경·소멸시키는 내용의 판결을 해 달라는 것이다.	
	형성권은 당사자의 일방적 의사표시에 의하여 법률관계를 변동시킬 수 있는 것과, 소를 제기하여 법원의 판결을 받아서 비로소 법률관계를 변동시키는 것이 있는데, 후자인 소로써만 행사할 수 있는 형성권을 바탕으로 하는 것이 형성의 소이다.	
	실체법상의 형성의 소	회사설립무효·취소 등 회사관계소송이나 혼인무효·취소 등 가사소송 또는 행정처분의 취소 등 행정소송과 같이 실체법상의 법률관계의 변동을 목적으로 하는 소이다.
	소송법상의 형성의 소	재심의 소(제451조), 준재심의 소(제461조), 정기금판결에 대한 변경의 소(제252조), 재권판결에 대한 불복의 소(제490조), 청구이의의 소(민사집행법 제44조), 제3자 이의의 소(민사집행법 제48조), 집행문 부여에 대한 이의의 소(민사집행법 제45조) 등 소송법상 법률관계의 변동을 목적으로 하는 소이다.
	형식적 형성의 소	경계확정의 소, 공유물분할청구, 부를 정하는 소, 법정지상권의 지료결정청구 등 형식

		은 소송이지만 실질은 비송사건인 경우로서 어떠한 내용의 권리관계를 형성할 것인가 법관의 자유재량에 맡겨진 형성의 소이다. 그 특징으로 ① 처분권주의·불이익변경 금지원칙의 배제, ② 청구취지 기재완화 ③ 청구기각판결의 불가능 등을 들 수 있다.
	형성의 소는 창설적 효과를 목적으로 하며, 이미 있는 법률관계를 확정·실현시키는 선언적 효과를 목적으로 하는 확인·이행의 소와 구별된다.	
	청구인용판결 (형성판결)	형성소권의 존재에 기판력이 생기고 당해 법률관계를 발생·변경·소멸시키는 형성력이 생긴다.
	청구기각판결	형성소권의 부존재를 확정하는 확인판결에 불과하다.

■ 소의 이익-이시윤----권리보호요건-재판청구권설에 따른 정리

(1) 권리보호의 자격(모든 청구의 공통요건)- 「소금장송신」

1) 청구가 소구할 수 있는 구체적 권리 또는 법률관계 일 것

① 법원조직법 제2조 1항에서 법률적 쟁송만을 법원의 권한으로서 심판한다고 규정

② 관련 判例 - 대장 관련 소송

원칙적으로 물건변동을 공시하는 것이 아님을 이유로 토지·건물의 대장상의 명의말소변경청구는 소의 이익이 없다고 한다. 다만, 철거 시 보상금이 지급되거나, 시영아파트 특별분양권이 주어지는 경우에는 소의 이익을 긍정하였다.

2) 법률상, 계약상의 소제기금지사유가 없을 것

① 계약상: 부제소특약 등

② 법률상: 중복소제기금지(제259조), 재소금지(제267조 2항)

3) 제소장애사유가 없을 것

① 법률상 통상의 소 아닌 권리구제절차를 마련해 놓은 경우, 이송하지 않고 각하한다.

② 나아가 判例는 상소로서 다룰 것을 다투지 아니하고 확정시켜 놓고 별도의 소제기를 함은 소의 이익이 없다고 한다(선택·예비적 병합과 관련된 논점: 쟁점8-1-4, 8-1-6 참조).

4) 원고가 동일청구에 대하여 승소확정의 판결을 받은 경우가 아닐 것

기판력 저촉 문제인데, 判例는 승소한 자의 재소는 소의 이익이 없다고 보아 각하한다.

① 예외적으로 判例는 「시집멸」: ①시효중단을 위해 필요한 경우, ②전소 판결 내용이 특정되지 아니하여 집행을 할 수 없는 경우, ③판결원본이 멸실된 경우 등 특별한 사정이 있으면 예외적으로 신소가 허용된다고 한다. 다만 이 경우에도 신소의 판결은 전소의 승소확정판결의 내용에 저촉되어서는 안 된다고 한다.

②공정증서는 집행력이 있을 뿐, 기판력이 없기 때문에 기판력 있는 판결을 받기위해 공정증서와 같은 내용의 신소를 제기할 이익이 있다는 것이 判例이다.

5) 신의칙위반의 소제기가 아닐 것

(2) 권리보호의 이익(좁은 의미의 소의 이익, 각 청구의 특별요건)

1) 현재이행의 소는 원칙적으로 권리보호의 이익이 인정된다.

예외로서 논의되는 것들(권리보호이익이 없어 소의 이익이 없는 경우):

① 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우(인정 가능),

② 일부청구의 경우(원칙 허용, 소심법 적용을 위해 분할청구하는 경우 신의칙위반으로 각하)

③ 목적이 이미 실현된 경우 또는 실익이 없는 청구

(ex: 소유권이전등기소송 중 원고에게 이전등기가 된 경우, 채권자취소소송에서 이미 다른 채권자가 취소소송하고 집행까지 마친 경우 등)

2) 장래이행의 소 확인의 소

■ 소송물과 소개시

소개시와 효과	소의 제기
소장	제248조(소제기의 방식) 소는 법원에 소장을 제출함으로써 제기한다.
당사자 / 법정대리인 청구의 취지 청구의 원인 법원	제249조(소장의 기재사항) ①소장에는 당사자와 법정대리인, 청구의 취지와 원인을 적어야 한다. ②소장에는 준비서면에 관한 규정을 준용한다.

[소제기 방식]

소제기	송달	답변서 제출	변종시
§248	§255	§256	
원고 / 법원	원고 / 피고 / 법원 [대립당사자주의]		
§254 보정명령	보정명령은 계속 가능 (소장각하명령 못할뿐)		§59 보정명령
소송물 불특정/ §249① / 인지침부 [직권조사사항] + 보정시 시효중단 시기 쟁점 + 석명권쟁점			소송물 불특정 → 소송요건 흠결 [직권조사사항]

소송물 특정-청구의 특정¹⁾-청구취지의 특정

← 소송계류 중 →		← 소송 계속 중 →	
실체법상 효과 [시효중단]		소송법상 효과 [중복제소금지]	
적식요건 (소장의 기재 §249) ① 필수적 기재사항 ② 임의적 기재사항		적법요건 = 소송요건 (사실심 변론종결시 기준)	
소장각하명령 §254 ② 기판력ⓧ		소각하판결 §219 기판력⓪	
1. 당사자 2. 법정대리인 → 소장각하명령 X 소각하 판결 O 3. 청구의 취지 4. 청구의 원인 소송물특정(3,4) → 식별설계 → 보정명령 송달불능 → 보정명령 → 소장각하명령(§255②) → 공시송달(§194)		적식, 적법요건 만족시 본안요건 판단 [청구인용] [청구기각] → 본안판단과 적법요건 동시에 적용 가능하면 소각하판결 "소송요건 선순위성"	

1) 대법원 2017. 11. 23. 선고 2017다251694 판결: 청구취지가 특정되지 않은 경우, 법원이 취하여야 할 조치는 민사소송에서 청구 취지는 그 내용 및 범위가 명확히 알아볼 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.

■ 사례문제와 원고의 승소 요건 관계

(1) 소장의 적식, 소의 적법(소송요건), 주장 자체의 정당성 및 주장사실의 증명을 요한다.

※. 소송의 절차에 따른 원고승소의 요건

절차	원고승소의 요건	흡결 시 법원의 조치
소장제출		
소장심사	소장의 적식(소송성립의 요건)	소장각하명령
소장송달		
소송요건심사	소의 적법	흡결 시 소각하판결
변론기일	주장 자체의 정당성 및 주장사실의 증명	흡결 시 청구기각판결

소송요건의 선순위성

(2) 주장차제로 이유가 있을 것

원고의 주장 자체가 명백히 이유 없는 것이면 법원은 옳고 그름을 가릴 필요도 없이 청구기각의 판결을 하여야 한다.

(3) 법원의 조치에 대한 답안작성

I. 문제의 소재(쟁점의 정리, 문제의 제기, 논점의 정리)

-소장의 적식과 관련하여..

-(소장의 적식 문제는 없는 것으로) 소의 적법여부에 있어서..

-(소장의 적식, 소의 적법 문제는 없는 것으로) 변론과 본안판단에 있어서..

II. 소송물 심화정리

■ 소의 종류가 문제되는 경우

1. 사해행위취소의 소

(1) 견해의 대립

- ① 채권자취소권은 사해행위의 취소를 내용으로 하는 형성권으로서 사해행위취소소송의 성질을 형성의 소로 보는 입장, ② 채권자취소권을 채무자로부터 일탈한 재산의 반환에 목적을 둔 청구권으로 보아 이행의 소라고 보는 입장 ③ 채권자취소권을 사해행위의 취소와 일탈한 재산의 회복이라는 목적을 동시에 추구하고 있는 것으로 보는 병합설, ④ 일탈재산에 대한 책임법적 무효의 효과를 발생시키는 것으로 보는 책임설(정)의 대립이 있다.

(2) 판례의 입장²⁾

判례는 병합설에 의하여 원칙적으로 재산반환과 함께 사해행위의 취소를 함께 청구하여야 한다고 보고 있다.

(3) 검토

민법 제406조 제1항 본문에서 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.”고 하여 사해행위의 취소와 원상회복을 목적으로 한다는 것을 명백히 하고 있는 점, 민사소송법제하에서 강제집행의 수인을 구하는 책임의 소를 인정하고 있지 아니한 점, 또한 사해행위의 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다고 하여 채권자취소권의 행사를 소를 통해서만 할 수 있다고 해석하여야 한다는 점 등에 비추어 통설·판례인 병합설이 타당하다.

2. 경계확정의 소의 성질

(1) 학설의 태도

1) 확인소송설

경계확정의 소는 소유권의 범위의 확인을 구하는 소라는 견해로, 경계는 다만 토지소유권의 한계로서의 의미를 가질 뿐이며, 경계가 명확해지면 쟁점인 소유권범위에 관한 분쟁이 수습된다는 것을 근거로 한다.

2) 형식적 형성소송설

경계확정소송은 경계에 대한 다툼이 있을 때 법원이 그 경계를 확정한다는 방식을 취하는 쟁송적 비송사건이나, 다만 소송절차를 통하여 판결에 의하여 경계를 확정한다는 형식을 띠게 되므로 형식적 형성의 소라는 견해로, 통설의 입장이다.

(2) 판례의 입장³⁾

- 2) 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004다21923 판결: 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 없고(대법원 1991. 8. 13. 선고 91다13717 판결 등 참조), 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 않는 것이므로(대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카1989 판결, 2002. 5. 10. 자 2002마1156 결정 등 참조), 이 경우 취소의 대상이 되는 사해행위는 채무자와 수익자 사이에서 행하여진 법률행위에 국한되고, 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 취소의 대상이 되지 않는다고 할 것이다. 따라서 채권자인 원고가 전득자인 피고를 상대로 제기한 이 사건 사해행위취소소송에서 원심이 채무자와 수익자 사이의 법률행위의 취소를 선언함과 아울러 전득자인 피고로 하여금 채무자인 삼화그린텍 주식회사(이하 '삼화그린텍'이라 줄인다)에게 명의회복을 하도록 명한 것은 위 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유 제1점의 주장과 같은 사해행위취소소송에서 취소의 대상이 되는 법률행위 내지 사해행위취소소송에서의 피고적격에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.
- 3) 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다41792, 41808 판결: 가. 토지경계확정의 소는 인접한 토지의 경계가 사실상 불분명하여 다툼이 있는 경우에 재판에 의하여 그 경계를 확정하여 줄 것을 구하는 소송으로서, 토지소유권의 범위의 확인을 목적으로 하는 소와는 달리, 인접한 토지의 경계가 불분명하여 그 소유자들 사이에 다툼이 있다는 것만으로 권리보호의 필요가 인정된다고 할 것이다. 원심은, 원고의 소유인 이 사건 제1, 제2토지와 피고의 소유인 이 사건 제3토지는 서로 인접하여 있으나 담장 등 경계를 나타내 주는 시설물이 없이 통행로로만 사용되고 있어 그 경계가 불분명하므로, 그 인접지의 소유자인 원고와 피고는 각자 측량설계사무소 또는 대한지적공사에 경계측량을 의뢰하여 보기도 하였으나 그 결과가 상이하게 나타나는 등 그 경계확정문제로 여러차례 분쟁이 있어 온 사실을 인정할 수 있으므로, 원고는 피고를 상대로 그 토지경계의 확정을 구할 수 있는 것이라고 판단하였는바, 사실관계가 원심이 적법하게 확정한 바와 같다면 원심의 위와 같은 판단은 위에서 본 법리에 따른 것으로서 정당하고 원심판결에 소론과 같이 확인의 이익에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.
- 나. 또 기록에 의하면 이 사건 청구의 내용은 원·피고 소유의 토지들의 경계선이 지적도상의 경계선과 다르다는 것이 아니라, 지적도상의 경계선이 현실의 토지의 어느 부분에 있는지에 관하여 원·피고 사이에 다툼이 있어 그 경계를 확정하여 달라라는 것임

대법원은 “토지경계확정의 소는 인접한 토지의 경계가 사실상 불분명하여 다툼이 있는 경우에 재판에 의하여 그 경계를 확정하여 줄 것을 구하는 소송으로서, 토지소유권의 범위의 확인을 목적으로 하는 소와는 달리, 인접한 토지의 경계가 불분명하여 그 소유자들 사이에 다툼이 있다는 것만으로 권리보호의 필요가 인정된다. 토지경계확정의 소에 있어서 법원으로서 원·피고 소유의 토지들 내의 일정한 지점을 기초점으로 선택하고 이를 기준으로 방향과 거리 등에 따라 위치를 특정하는 등의 방법으로 지적도상의 경계가 현실의 어느 부분에 해당하는지를 명확하게 표시할 필요가 있고, 당사자가 쌍방이 주장하는 경계선에 기속되지 아니하고 스스로 진실하다고 인정하는 바에 따라 경계를 확정하여야 한다”고 판시하여 형식적 형성소송설의 입장이다.

로, 소론이 내세우는 당원의 판결들은 지적도상의 경계선과 현실의 경계선이 다른 경우에 관한 것들이어서 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

다. 그리고 위와 같은 경우에 법원으로서 원·피고 소유의 토지들 내의 일정한 지점을 기초점으로 선택하고 이를 기준으로 방향과 거리 등에 따라 위치를 특정하는 등의 방법으로 지적도상의 경계가 현실의 어느 부분에 해당하는지를 명확하게 표시할 필요가 있다고 할 것이므로, 원·피고 소유의 토지들 사이에 별다른 건축물 등이 없이 통행로로만 이용되고 있는 이 사건에 있어서 피고 소유 토지상의 피고 소유 건물의 북북서쪽 외벽면을 기준으로 하여 일정한 방향으로 일정한 거리를 둔 직선을 경계로 확인한 원심의 판단에, 소론과 같이 언제 멸실되어 그 기준점을 알 수 없게 될지도 모르는 지상건물을 기준으로 하여 경계를 확정함으로써 확인의 이익에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수도 없다.

라. 결국 원심판결에 확인의 이익에 관한 법리를 오해하거나 대법원판례를 위반한 위법이 있다고 비난하는 논지는 모두 받아들일 수 없는 것이다.

▣ 토지대장상 명의에 대한 말소청구의 이행의 소의 가부

1. 문제의 소재

토지소유자 토지대장에는 소유자가 제3자 명의로 되어 있어 매매계약을 체결할 수 경우 소유자가 토지대장상의 명의의 말소를 구하는 소를 제기가 가능한지 쟁점이다.

2. 이행의 소의 이익 여부

(1) 전혜의 대립

1) 부정설

임야대장, 토지대장, 가옥대장 등은 조세의 부과징수의 편의를 도모하기 위하여 작성된 장부에 불과한 것으로서 부동산에 관한 권리변동의 공시방법이 아닌 만큼 위의 대장 등에 진실한 소유권자가 아닌 자의 명의로 등재되어 있다고 하더라도 이것만으로는 소유권의 방해가 된다고 할 수 없어 소유권을 부인하는 자에 대하여 소유권의 확인을 청구하므로써 충분하고 대장상의 명의말소를 청구할 필요가 없다는 입장이다.

2) 긍정설

임야대장의 등록사항으로 소유자의 주소, 성명이 규정되어 있어서 임야대장에 임야의 소유권자로 등재되어 있으면 소유권의 귀속에 관하여 추정을 받는다고 할 것이다. 따라서 임야대장상의 소유명의로 말소를 구하는 청구는 그 소익도 있고 그 이유도 있다는 입장이다.

(2) 판례의 입장⁴⁾

임야대장의 기재사항이 진실된 것으로 추정을 받는다 하더라도 이 경우의 추정은 증명력이 강한 증거자료가 된다는 의미를 가지고 있을 뿐이지 부동산등기부와 같은 비증의 추정력 즉, 증명책임의 전환까지 초래하는 추정력을 갖는다고는 할 수 없고, 소익이 없다.

3. 결론

심판의 대상인 소송물은 단순한 사실의 존부에 관한 다툼은 원칙적으로 소송의 대상이 되지 않고, 구체적인 법률관계에 대한 '법률상 쟁송'만이 소송의 대상이 된다. 토지대장은 사실관계를 공시하는 장부에 불과하여 부동산등기부와 같이 권리·의무를 공시하는 장부가 아니므로 이러한 장부의 명의를 다투는 것은 사실의 존부의 다툼에 불과하여 소의 이익이 없다고 보아야 한다.

대법원 1979. 2. 27. 선고 78다913 판결

【판시사항】

가. 임야대장상 토지소유자로 등재된 경우 소유된 귀속을 받는다는 뜻 나. 임야대장의 소유자 등록에 대한 말소청구소송의 소익의 유무

【판결요지】

1. 임야대장에 임야소유자로 등재하면, 그 임야대장의 기재사항이 진실된 것으로 추정을 받는다 하더라도, 이 경우의 추정은 증명력이 강한 증거자료가 된다는 의미를 가지고 있을 뿐 부동산등기부와 같은 비증의 추정력 즉, 입증책임의 전환까지 초래하는 추정력을 갖는다고는 해석되지 아니한다. 2. 임야대장상의 소유명의로 말소를 구하는 청구는 소익이 없다.

임야대장, 토지대장, 가옥대장등은 조세의 부과징수의 편의를 도모하기 위하여 작성된 장부에 불과한 것으로서 부동산에 관한 권리변동의 공시방법이 아닌만큼 위의 대장등에 진실한 소유권자가 아닌 자의 명의로 등재되어 있다고 하더라도 이것만으로는 소유권의 방해가 된다고 할 수 없어 소유권을 부인하는 자에 대하여 소유권의 확인을 청구하므로써 충분하고 대장상의 명의말소를 청구할 필요가 없다는 견해(대법원 1956.3.22. 선고 4288민상541 판결 참조)가 있기는 하나 지적법 제23조에 임야대장의 등록사항으로 소유자의 주소·성명이 규정되어 있어서 임야대장에 임야의 소유권자로 등재되어 있으면 소유권의 귀속에 관하여 추정을 받는다고 할 것이다(대법원 1965.8.31 선고 65다1229 판결 참조). 따라서 이 사건 임야대장상의 피고 소유명의로 말소를 구하는 원고의 청구는 그 소익도 있고 그 이유도 있다고 설시하고 있다.

살피건대 위 원설시와 같이 비록 임야대장의 기재사항이 진실된 것으로 추정을 받는다 하더라도 이 경우의 추정은 증명력이 강한 증거자료가 된다는 의미를 가지고 있을 뿐이지 부동산등기부등과 같은 비증의 추정력 즉, 입증책임의 전환까지 초래하는 추정력을 갖는다고는 당원이 해석하지 않는다. 따라서 위 원설시 전단과

4) 대법원 1979. 2. 27. 선고 78다913 판결:

같이 이러한 청구는 소익이 없다는 견해를 유지하는 바이므로 이와 반대취지에서 내린 원판결에는 소익의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 하여 원판결을 파기하고 민사소송법 제407조 제1호에 의하여 자판하는 바이다.

▣ 장래이행의 소의 심화 판례

1. 임의이행 거부에 대한 장래이행의 가부-대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다25576 판결

【판시사항】

이행기 미도래 내지 조건 미성취의 청구권에 있어 이행기 도래 내지 조건 성취 시 채무자의 무자력으로 인하여 집행곤란 또는 이행불능에 빠질 사유가 있는 경우, 장래이행의 소를 제기할 수 있는지 여부(소극)

【판결요지】

장래의 이행을 청구하는 소는 미리 청구할 필요가 있는 경우에 한하여 제기할 수 있는바, 여기서 미리 청구할 필요가 있는 경우라 함은 이행기가 도래하지 않았거나 조건 미성취의 청구권에 있어서는 채무자가 미리부터 채무의 존재를 다투기 때문에 이행기가 도래되거나 조건이 성취되었을 때에 임의의 이행을 기대할 수 없는 경우를 말하고, 이행기에 이르거나 조건이 성취될 때에 채무자의 무자력으로 말미암아 집행이 곤란해진다던가 또는 이행불능에 빠질 사정이 있다는 것만으로는 미리 청구할 필요가 있다고 할 수 없다.

2. 불법점유시 장래의 부당이득반환청구 가부-대법원 1975. 4. 22. 선고 74다1184 전원합의체 판결

【판시사항】

장래의 부당이득반환청구의 성부

【판결요지】

부당이득은 현재의 부당이득뿐만 아니라 장래의 부당이득도 그 이행기에 지급을 기대할 수 없어 미리 청구할 필요가 있으면 미리 청구할 수 있다. (판례변경)

원래 장래의 이행을 청구하는 소는 미리 그 청구할 필요가 있는 경우에 한하여 제기할 수 있다고 우리 민사소송법 229조가 규정하고 있는데 그 입법 취지는 가령 현재(즉 사실심의 변론종결당시에)조건부 또는 기한부 권리관계 등이 존재하고 단지 그 이행기가 도래않고 있는데 불과한 때에 만일 그 채무의 이행기가 도래하였다 하여도 채무자가 그 채무를 자진하여 이행하지 않을 것이 명백히 예상되는 경우에도 채권자는 속수무책격으로 아무 대책도 강구 못하고 그 이행기가 도래하였을 때까지 기다렸다가 비로소 그 이행기가 도래한 부분에 한하여 현재의 급부의 소만을 제기하여야 한다면 채권자의 보호가 충분치 못하므로(특히 원금과 그 지급완료시까지의 이식, 손해금의 지급청구 및 월부금의 지급 본건과 같은 부동산명도완료시까지의 임료 또는 손해금 등 계속적으로 발생하는 채무의 경우를 상기하여 보면) 그 이행기 도래전에 미리 장래에 이행할 채무의 이행기에 있어서의 이행을 청구하는 확정판결을 얻어서 두었다가 그 이행기가 도래하면 즉시 강제집행을 할 수 있게 하기 위하여 이행기에 즉시 이행을 기대할 수 없다고 인정할 때에는 언제나 소위 위 규정에 의한 장래의 이행의 소를 청구할 수 있는 방도를 법제적으로 규정하여 두자는 데 있다. 그러므로 이 규정은 이와 같은 의미의 필요성이 인정되는 한 모든 장래의 이행청구권에 널리 이용할 수 있도록 특별한 제한을 두고 있지 않은 것이다. 한편 본건에 있어서 피고가 현재 원심변론종결당시까지 본건 원고소유 토지를 불법으로 점거하면서 임대료 상당의 부당이득금의 지급의무가 없다는 이유로 그 지급을 않고 있는 사실을 원심이 적법히 인정하였다. 나아가서 원심은 피고는 원고에게 대하여 위 불법점거에 인하여 그 임대료 상당의 부당이득금을 지급할 의무가 있으며 또 피고는 현재 그 이행기에 있는 부당이득 부분도 원고에게 지급않고 있으므로 그 장래에 이행기가 올 부분도 그 이행기가 장래에 정작 왔다 하여도 그 지급을 기대할수 없으므로 미리 청구할 필요가 있다는 전제하에 이 두 (2)부분을 모두 인용하였음을 엿볼 수 있다. 이와 같은 원심의 판단은 위에서 설시한 위 규정의 입법취지로 보나 경험칙상으로 보나 타당하다고 인정한다. 또 우리의 누차의 판례에 의하면 본건과 같은 경우에 피고의 불법행위에 의한 손해배상채무와 악의의 점유에 의한 부당이득을 원인으로 한 임대료상당의 부당이득금을 지급할 채무는 서로 경합하여 발생한다고 판결하여 왔고 전자에 있어서는 그 명도시까지 임대료 상당의 손해를 지급하라고 판결하여 왔다 .

그런데 유독 부당이득 상당금의 지급채무에 있어서만 그 성질상 장래 발생할 채무의 지급을 명하여서는 안된다고 할 아무 합리적 이유도 없다고 할 것이다(민법 741조, 747조, 748조가 「얻은 이익」「받은 목적물」은 「반환한다」라고 규정한 점에 현혹되어서 위 민사소송법 229조의 입법취지를 몰각하는 반대해석을 하여서는 안 될 것이다) 그러므로 이 점에 있어서 전시 본원판결은 이를 유지할 아무 근거가 없으므로 이 판결로서 폐기하기로 한다.

3. 계속적·반복적 이행청구의 불이행에 대한 청구가부-대법원 1994. 9. 30. 선고 94다32085 판결

【판시사항】

가. 서울특별시시가 권원 없이 도로부지로 점유·사용하는 토지에 관하여 장래에 이행기가 도래할 부당이득금을 미리 청구할 필요가 있는지의 여부

나. 국가·지방자치단체가 도로부지로 점유·사용하고 있는 토지에 대한 부당이득액을 산정하기 위한 토지의 기초가격

다. '나'항의 부당이득액을 산정함에 있어 개발이익을 고려할 것인지 여부

【판결요지】

가. 서울특별시시가 사실심 변론종결 무렵까지 타인 소유의 토지들을 도로부지로 점유·사용하면서도 이에 대한 임료 상당의 부당이득금의 반환을 거부하고 있으며 그로 인한 계속적, 반복적 이행의무에 관하여 현재의 이행기 도래분에 대하여 그 이행을 하지 아니하고 있다면, 그 토지들에 개설된 도로의 폐쇄에 의한 서울특별시의 점유종료일 또는 그 토지소유자가 토지들에 대한 소유권을 상실하는 날까지의 이행기 도래분에 대하여도 서울특별시가 그 채무를 자진하여 이행하지 아니할 것이 명백히 예견되므로, 토지소유자로서는 장래에 이행기가 도래할 부당이득금 부분에 대하여도 미리 청구할 필요가 있다.

나. 국가 또는 지방자치단체가 도로로 점유·사용하고 있는 토지에 대한 임료 상당의 부당이득액을 산정하기 위한 토지의 기초가격은, 국가 또는 지방자치단체가 종전부터 일반공중의 교통에 사실상 공용되던 토지에 대하여 도로법등에 의한 도로설정을 하여 도로관리청으로서 점유하거나 또는 사실상 필요한 공사를 하여 도로로서의 형태를 갖춘 다음 사실상 지배주체로서 도로를 점유하게 된 경우에는 도로로 제한된 상태 즉, 도로인 현황대로 감정평가하여야 하나, 국가 또는 지방자치단체가 종전에는 일반공중의 교통에 사실상 공용되지 않던 토지를 비로소 도로로 점유하게 된 경우에는 토지가 도로로 편입된 사정은 고려하지 않고 그 편입될 당시의 현실적 이용상황에 따라 감정평가하여야 하며, 토지소유자가 토지를 취득할 당시 그 토지가 도로부지로 편입되어 사권행사에 제한이 있는 토지라는 점을 알고서 이를 취득하였다는 사정에 의하여 이를 달리 볼 것은 아니다.

다. 도로로 편입된 토지의 주변일대의 토지사정이나 그 가격이 국가 또는 지방자치단체의 도로개설로 인하여 영향을 받아 그만큼 토지의 시가가 상승되었다면, 주변의 일반적인 토지이용상태를 참작하여 부당이득액을 산정함에 있어서는 이러한 사정(이른바 개발이익)도 고려하여야 한다.

4. 시가 토지를 매수할 때까지 부당이득청구 거부— 대법원 1991. 10. 8. 선고 91다17139 판결 [토지사용료]

【판시사항】

가. 사실상 도로로 사용되고 있는 사유지에 대한 시의 점유를 인정하고 부당이득반환을 명한 사례

나. 위 "가"항의 경우 시를 상대로 "시가 위 토지를 매수할 때까지"로 기간을 정한 장래의 차임 상당 부당이득반환을 구할 수 있는지 여부(소극)

【판결요지】

가. 오래전부터 자연스럽게 도로로 형성되어 사용되고 있는 토지에 대해 시의 신청에 의하여 건설부장관이 소로망 확정고시를 하였고 그 무렵 시가 위 토지상에 포장공사를 하여 일반인과 차량의 통행에 제공하여 사실상 도시계획 사업을 실시한 것과 다른없는 효과를 얻음으로써 그 때부터 이를 점유하면서 상수도, 맨홀, 전신주 등을 설치하고 도로 보수공사를 시행하는 등 사용 관리하고 있다면 달리 특별한 사정이 없는 한 시는 법률상 원인없이 이 사건 토지를 사용하여 그 차임 상당의 이익을 얻고 토지 소유자에게 동액 상당의 손해를 입게 한 것이다.

나. 위 "가"항의 경우 토지 소유자가 시를 상대로 "시가 위 토지를 매수할 때까지"로 기간을 정한 장래의 차임 상당 부당이득반환청구는 장차 시가 위 토지를 매수하거나 수용하게 될는지 또는 그 시점이 언제 도래할지 불확실할 뿐만 아니라 시가 매수하거나 수용하지 아니하고 도로폐쇄조치를 하여 점유사용을 그칠 수도 있고 소유자가 위 토지를 계속하여 소유하지 못할 수도 있는 것이어서 위 장래의 기간 한정은 의무불이행의 사유가 그 때까지 계속하여 존속한다는 보장이 성립되지 아니하는 불확실한 시점이라 아니할 수 없을 것이므로 이에 대한 장래의 이행을 명할 수는 없다.

5. 토지를 인도하는 날까지 부당이득청구— 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다37517 판결 [건물철거등]

【판시사항】

[1] 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위한 요건

[2] 점유 토지의 사용·수익으로 인한 임료 상당 금원의 부당이득 반환의무의 불이행사유가 원심이 이행을 명한 토

지인도시까지 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 없으므로, 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없다고 한 사례

【판결요지】

[1] 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위하여는 채무의 이행기가 장래에 도래하는 것뿐만 아니라 의무불이행사유가 그 때까지 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있는 것이어야 하며 이러한 책임기간이 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 없는 경우에는 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없다.

[2] 피고의 계쟁 토지에 대한 점유는 동시이행항변권 또는 유치권의 행사에 따른 것이어서 적법한 것이기는 하나 피고가 토지를 그 본래의 목적에 따라 사용·수익함으로써 실질적인 이득을 얻고 있다는 이유로 임료 상당의 금원의 부당이득을 명하고 있는 경우, 피고가 원고에게 토지를 인도하지 아니하더라도 원심이 이행을 명한 '인도하는 날' 이전에 토지의 사용·수익을 종료할 수도 있기 때문에 의무불이행사유가 '인도하는 날까지' 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 없는 경우에 해당한다 할 것이어서 그 때까지 이행할 것을 명하는 판결을 할 수 없다고 한 사례.

6. 도로폐쇄에 의한 점유종료일 또는 원고의 소유권상실일에 대한 이행청구-대법원 1993. 3. 9. 선고 91다46717 판결

【판시사항】

지방자치단체가 사유지를 도로로 점유, 사용하는 경우 도로폐쇄에 의한 점유종료일 또는 토지소유자의 소유권상실일까지 장래의 이행기 도래분에 대한 부당이득금의 반환을 청구할 수 있다고 한 사례

【판결요지】

지방자치단체가 사유지를 도로로 점유, 사용하는 경우 도로폐쇄에 의한 점유종료일 또는 토지소유자의 소유권상실일까지 장래의 이행기 도래분에 대한 부당이득금의 반환을 청구할 수 있다고 한 사례.

원심판결이유에 의하면 원심은, 피고가 이 사건 변론종결 무렵까지 이 사건 도로를 점유, 사용하면서도 이에 대한 임료상당의 부당이득금의 반환을 거부하고 있어 위와 같은 계속적, 반복적 이행의무에 관하여 현재의 이행기도래분에 대하여 그 이행을 하지 아니한 이상 이 사건 도로의 폐쇄에 의한 피고의 점유 종료일 또는 원고의 이 사건 도로에 대한 소유권상실일까지의 이행기 도래분에 대하여도 그 채무를 자진하여 이행하지 아니할 것이 명백히 예견되는 경우라고 봄이 상당하고 따라서 장래에 이행기가 도래할 위 부분에 관하여는 미리 청구할 필요가 있는 경우라고 판시하면서 원심변론종결 이후인 1991. 10. 24.부터 이 사건 각 토지에 대한 피고의 도로폐쇄 또는 원고의 소유권상실일까지 매월 금 198,600원의 비율에 의한 금원의 지급을 명하였는 바, 기록에 대조하여 살펴볼 때 위 인정 판단과 그에 따른 조처는 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 소론주장과 같은 장래이행의 소에 관한 법리를 오해한 위법이 있다할 수 없다.

기타 1.-장래이행청구와 관련하여 문제되는 경우

1. 선이행청구

(1) 원칙

원고가 먼저 자기의 채무를 이행하여야 비로소 그 이행기가 도래하는 이행청구권을 대상으로 하는 선이행청구, 즉 저당채무자가 먼저 저당채무를 지급하는 것을 조건으로 한 저당권설정등기말소청구, 양도담보설정자가 먼저 채무변제를 할 것을 조건으로 한 소유권이전등기말소청구는 원칙적으로 허용되지 않는다.

(2) 예외

다만 양도담보 등의 경우 채권자가 그 등기가 담보의 목적이 아님을 다투는 등 피담보채무의 액수를 다투기 때문에 채무자가 변제하여도 등기의 말소에 즉시 채권자의 협력을 기대할 수 없으면 미리 청구할 필요가 있다. 이 경우 채권자와 채무자 사이에 피담보채무의 소멸 여부에 관하여 다툼이 있고 그 전액 변제가 인정되지 아니할 경우에는 법원은 피담보채무의 잔존액을 확정된 다음 이를 이행한 이후에 담보권이 해제되도록 심리할 필요가 있고(대판 1987.4.14, 86다카981), 심리한 결과 잔존채무가 있다고 인정되면 청구를 일부 인용하여야 한다고 보고 있다(대판 1983.5.10, 81다548).

2. 관할청의 허가를 조건으로 하는 장래의 이행의 소의 허부

(1) 판례의 입장⁵⁾

학교법인이 감독청의 허가 없이 기본재산에 관한 매매계약을 체결한 경우, 매수인이 감독청의 허가를 조건으로 소유권이전등기를 청구할 수 있는지 여부에 대하여 한정 적극적으로 인정한다.

(2) 평석

1) 판례는 법리상 문제가 있다. 사립학교의 기본재산의 매도 등에 있어서 관할청의 허가를 받지 아니한 계약의 효력에 대하여 물권적 효력뿐만 아니라 채권적으로도 무효라고 보아야 한다면, 허가를 받기 전에는 채권적으로 아무런 효력이 없다(대판 1994.4.25, 93다42993). 장래이행의 소는 최소한 유효한 채권행위로부터 성립된 정지조건부청구권만을 대상으로 하므로 매수인은 허가조건부 소유권이전등기청구를 할 수 없게 된다. 토지거래허가구역 내의 토지거래 계약에 있어서 토지매수인이 매도인을 상대로 장차 허가를 받을 것을 조건으로 한 소유권이전등기청구를 배척한 앞서의 판례와(대판 1991.12.24, 90다12243) 일관되지 못하다.

2) 이 판례의 입장은 장래이행의 소의 청구적격은 '기초가 되는 법률관계'가 성립되어 있을 뿐만 아니라 '청구권 자체의 발생의 개연성' 혹은 '기초관계 계속의 확실성'만 있으면 된다는 입장에서 관할청의 허가가 없어 그 효력이 없다고 하더라도 일정한 사실관계 하에서는 청구권이 발생할 개연성이 확실한 경우에는 허가조건부소유권이전등기청구가 가능하다는 취지로 보이고, 구체적 사실관계에 비추어 허가를 받을 고도의 개연성 내지 확실한 예측 등을 고려하여 당해 청구권 발생 내지 그 효력의 유무와 관계없이 소송경제적 고려에서 이를 판단하고 있는 것으로 보인다.

3. 대항요건을 갖추지 못한 채권양수의 경우 장래이행의 소의 허부

대법원은 채권을 양수하기는 하였으나 아직 양도인에 의한 통지 또는 채무자의 승낙이라는 대항요건을 갖추지 못하였다면 채권양수인은 현재는 채무자와 사이에 아무런 법률관계가 없어 채무자에 대하여 아무런 권리주장을 할 수 없기 때문에 채무자에 대하여 채권양도인으로부터 양도통지를 받은 다음 채무를 이행하라는 청구는 장래이행의 소로서의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 보고 있다(대판 1992.8.18, 90다9452). 그러나 피담보채권을 저당권과 함께 양수한 자는 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도 경매신청을 할 수 있다고 한다. 이 경우 채무자는 경매절차의 이해관계인으로서 채권양도의 대항요건을 갖추지 못하였다는 사유를 들어 경매개시결정에 대한 이의나 즉시항고절차에서 다툴 수 있고, 이 경우는 신청채권자가 대항요건을 갖추었다는 사실을 증명하여야 한다(대결 2000.10.25., 2000마5110).

5) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다27988 판결: 학교법인이 감독청의 허가 없이 기본재산인 부동산에 관한 매매계약을 체결하는 한편 그 부동산에서 운영하던 학교를 당국의 인가를 받아 신축교사로 이전하고 준공검사까지 마친 경우, 위 매매계약이 감독청의 허가 없이 체결되어 아직은 효력이 없다고 하더라도 위 매매계약에 기한 소유권이전등기절차이행청구권의 기초가 되는 법률관계는 이미 존재한다고 볼 수 있고 장차 감독청의 허가에 따라 그 청구권이 발생할 개연성 또한 충분하므로, 매수인으로서의 미리 그 청구를 할 필요가 있는 한, 감독청의 허가를 조건으로 그 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다.

기타 3. 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 소의 이익 여부

	종류물의 경우	특정물의 경우
청구 취지	피고는 원고에게 백미 100가마를 인도하라. 위 백미에 대한 강제집행이 불가능한 때에는 가마당 금 10만 원으로 환산한 금액을 지급하라.	피고는 원고에게 고려청자를 인도하라. 위 청자의 이행이 불능인 때에는 금 500만 원을 지급하라.
목적	이행불능이 상황이 존재하지 않고 집행불능의 상황만이 발생하므로 집행불능에 대비한 대상청구	집행불능을 대비한 대상청구라면 종류물의 경우와 동일하다. 원칙적으로 이행불능대비-(변종시 해석론)
병합 형태	물건인도청구: 현재이행의 소-대상청구: 장래이행의 소 -부진예방비적병합	물건인도청구: 현재이행의 소-대상청구: 현재이행의 소 -진예방비적병합
적법 요건	① 청구적격-조건부청구 구비 ② 미청필-주된 청구를 다투고 있으므로 이행기에 이르러 그 이행을 기대할 수 없으므로 미리 청구할 필요. 소송경제	
판결 방법	① 1차 청구가 이유 있으면 <div style="text-align: center;"><주문></div> 1. 목적물을 인도하라. 2. 집행불능시 금 1,000만 원을 지급하라. ② 1차 청구가 이유 없으면 <div style="text-align: center;"><주문></div> 1. 인도청구를 기각한다. 2. 기각한다.	① 변론종결시 이행가능하면 <div style="text-align: center;"><주문></div> 1. 목적물을 인도하라.(주위적 청구 인용) 2. 예비적 청구 판단 없음 ② 변론종결시 이행불능이면 <div style="text-align: center;"><주문></div> 1. 인도청구를 기각한다. 2. 금 500만 원을 지급하라.

이행의 소는 집행권원을 얻어 그에 의해 강제집행을 함으로써 청구권내용을 실현하는 것을 목적으로 하는데, 통상의 소에 있어서 이행 또는 집행이 불능이거나 현저히 곤란한 사유가 있는 경우에 소의 이익이 문제된다.

대법원은, 순차로 마친 소유권이전등기의 각 말소를 청구하는 소송에서 후순위등기의 말소등기절차이행청구가 인용되지 아니하여 그 전순위등기의 말소등기의 실행이 불가능하더라도, 전순위 등기의 말소절차를 이행할 의무가 있다고 인정되는 때에는 말소를 구할 이익이 있다고 하여 소의 이익을 긍정하였다.

판결절차는 분쟁의 관념적 해결절차로서 사실적 해결방법인 강제집행절차와는 별도로 독자적인 존재의의를 가지고, 집행권원의 보유는 피고에 대한 심리적 압박이 되기 때문에 소의 이익을 긍정하는 것이 타당하다고 본다.

■ 현재이행의 소에서 장래이행의 소 판결 가부

1. 문제의 소재

현재이행의 소를 신청한 경우에 심리결과 채권의 존재는 인정되나, 변제기의 미도래 또는 조건이 미성취하여 청구권이 발생하지 않았음이 인정되는 경우에 장래이행의 판결을 할 수 있는지가 문제된다.

이는 현재의 이행을 구하고 있는 당사자의 처분 의사 속에 만일 변제기의 미도래 또는 조건의 미성취가 인정되어 현재이행청구가 인정될 수 없는 경우라면 장래이행의 판결이라도 구하는 의사가 포함되어 있다고 볼 수 있는지에 관한 문제이기도 하다.

2. 장래이행판결의 가부

(1) 처분권주의에 관한 일반이론

처분권주의 원칙상 법원은 원고의 의사에 의하여 특정되고 한정된 심판대상 즉 당사자가 신청한 사항에 대하여, 신청의 범위 내에서만 판결을 하여야 한다. 따라서 원칙적으로 법원은 신청의 범위 내에서만 판단할 수 있는 바, 초과한 판단이나 신청한 사항 이외의 별개의 사항에 대한 판단은 처분권주의에 위배된다고 할 것이다.

다만, 판례는 ‘다소 신청취지의 문언과 판결이 맞지 않는다고 하여 모두 처분권주의 위배에 해당되지는 않으며, 신청사항에 의하여 추단되는 원고의 합리적 의사에 판결내용이 부합되는 정도이면 적법한 판결이다’(70다14145) 라고 하고 있다.

(2) 장래이행판결의 허용여부

1) 견해의 대립

논리적으로 장래이행 판결이라도 구하는 의사가 포함된 것으로 보아야 한다는 포함설과 청구취지 및 소의 이익이 다름을 이유로 장래이행 판결을 구하는 의사가 포함된 것으로 볼 수 없다는 불포함설의 대립을 상정해볼 수 있다.

2) 판례의 입장

판례는 원고가 피담보채무의 소멸을 이유로 저당권설정등기말소나 소유권이전등기말소청구를 한 경우에 심리결과 원고에게 아직 채무가 남아 있음이 인정되는 경우 위 청구 중에는 장래의 이행청구로서 남은 채무의 변제를 조건으로 등기말소를 구하는 취지도 포함되었다고 보아 잔채무의 선이행을 조건으로 청구를 인용함으로써 이를 인정하고 있는 것이다(96다33938).

3) 검토

생각건대, 심리결과, 원고 채권의 존재는 인정되나, 이행기 또는 기한의 미도래, 조건의 미성취로 인해 현재의 시점에서 당해 청구가 인용될 수 없는 경우 이를 즉시로 기각하는 것보다 장래이행판결이 가능한 경우 장래이행판결을 선고하는 것이 당사자의 처분 의사에 부합하는 판결이라 판단된다.

다만, 장래이행판결을 선고하려고 하는 때에는 장래이행의 소의 소송요건 중 “미리 청구할 필요”가 인정되는 때에 한하여야 할 것이다.

-검토 문제-

甲은 乙에게 대여금 5,000만 원을 받기 위하여 2022. 3. 1. 매매대금청구의 소를 제기하였다. 乙은 청구원인에서 甲에게 2021. 5. 1. 5,000만 원을 변제 기일을 2022. 4. 30.로 빌려주어 이를 소송으로 청구하는 것이라고 밝혔다. 甲은 2022. 3. 13. 법원으로부터 乙의 소장부분을 송달받았으나 2022. 4. 20. 현재까지 답변서를 제출하지 않고 있다. 이러한 경우 법원의 사건처리에 대하여 검토하시오.

1. 문제의 제기

원고의 청구가 이행기 미도래로 주장 자체로 이유 없음을 이유로 청구기각판결을 할 경우, 무변론청구기각판결이 가능한지, 아니면 변론기일을 지정하여 판결하여야 하는지 묻고 있다. 이행기도래 여부는 변론종결시를 기준으로 하므로, 변론기일을 지정할 가능성이 있는지 검토한다.

2. 무변론청구기각판결 가부

(1) 답변서부제출의 효과

피고가 소장부분을 송달받은 날로부터 30일간의 답변서제출기간이 지나면, 법원은 변론 없이 원고청구를 인용하는 판결을 할 수 있다(제257조 제1항 본문).

(2) 무변론청구기각 판결의 가부

1) 문제점

피고가 답변서를 제출하지 않은 경우 무변론판결하여야 한다. 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) 사안의 경우

무변론판결할 경우 이행기가 도래하지 않음으로 원고승소판결할 수 없다. 원고청구를 기각하는 판결을 하기 위해서는 변론을 거쳐야 하므로 변론기일을 지정하여야 한다.

3. 이행기의 미도래와 법원의 조치

(1) 변론기일지정의 필요성

재판장은 무변론판결 외에는 바른 변론기일을 거쳐야 한다.(제258조) 다만 사건을 변론절차에 부칠 필요가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 이행기 판단기준시

이행기 도래 여부는 사실심의 변론종결시를 기준으로 판단한다. 따라서 소제기시에는 이행기가 도래하지 않았지만 변론개시 때쯤에는 이행기가 도래할 것이 분명한 때에는 변론을 개시하여야 한다.

(3) 사안의 경우

변론기일이 지정되어 변론이 열리고 이에 대한 사실관계를 파악한 후에 사실관계를 확정하는 변론종결시점에는 변제가 도래할 것이 확실시되므로 주장 자체로 이유 없다는 판결을 할 것이 아니라, 변론을 열어 본안심리를 하여도 무방할 것이다.

4. 결론

원고의 청구가 주장 자체로 이유 없음을 이유로 청구기각의 판결을 하기 위해서는 변론을 거쳐야 하므로 변론기일의 지정이 필요하다. 그러나 변제기도래 여부는 변론종결시를 기준으로 판단하므로 변론기일을 지정할 때쯤이면 이미 변제가 도래하여 주장 자체로 이유 없게 되는 것은 아닐 것이므로, 본안심리를 하여도 무방할 것이다.

■ 확인의 소-「자헌법 / 법원불결(적절보)」

1. 개념정리

확인 소란, 현재의 권리·법률관계에 대하여 그 존부의 확인을 구하는 소를 말한다. 확인 소가 적법하기 위해서는 확인 소의 대상적격과 확인의 이익을 갖추어야 한다.

2. 대상적격(=청구적격=권리보호자격)-자헌법」

자기의 현재의 법률관계일 것

(1) 자기의 권리관계

예외적으로 타인간의 권리관계라 하여도 자기의 권리관계에 대한 불안이나 위험을 제거할 수 있는 유효하고 적절한 수단이 되는 경우에는 확인의 이익이 있다

ex: 2번 저당권자가 1번 저당권자와 담보물 소유자를 상대로 1번 저당채무의 부존재확인을 청구

ex) 채권자(매수인)가 매도인을 대위하여 매도인 소유임의 확인 청구

(2) 현재의 권리관계

1) 원칙

과거의 권리관계의 존부확인은 청구할 수 없다.

ex) 세금납부 후 조세부과처분무효확인은 불가

2) 예외

① 과거의 매매계약무효확인의 소(매매계약해제확인의 소도 동일)

判例는 매매계약무효확인의 소에 있어서 과거의 법률행위인 매매계약무효확인을 구하는 것으로 볼 것이 아니라 현재 매매계약에 기한 채권채무가 존재하지 않는다는 확인을 구하는 취지를 간결하게 표현하는 것으로 선택하여야 한다고 판시한다.

② 과거의 포괄적 법률관계의 확인도 분쟁의 직접적·확실적 해결에 유효·적절한 수단이 되는 때에는 허용.

ex) 혼인·입양 등 신분관계, 회사설립·주총결의 등 사단관계, 행정처분 등 행정관계: 이들 관계를 기초로 많은 법률관계가 형성 → 분쟁의 일의적 해결 위해 확인의 이익 인정

(3) 법률관계

1) 원칙

사실관계는 대상적격이 없다.

ex) 종손의 지위 확인, 별도로 보존등기된 2개의 건물이 동일건물이라는 확인, 원고소유 대지가 타인소유건물의 부지 아니라는 확인 등 불가

2) 예외

예외적으로 서증의 진정여부를 확인하는 소는 인정된다(제250조).

일응 사실관계의 확인이라 하여도 곧바로 각하할 것이 아니라 권리관계의 확인으로 해석되면 석명권을 행사하여 이를 명확히 할 필요가 있다.

3. 확인의 이익(=권리보호이익)-즉시확정의 이익=법원불결

확인 소의 이익은 권리 또는 법률상의 이익에 현존하는 불안·위험이 있고, 그 불안·위험을 제거함에는 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때에 인정된다.

(1) 법률상의 이익

반사적으로 받게 될 사실적·경제적 이익은 포함되지 않는다. 회사의 자산이 늘어나는 데 대한 주주로서의 경제적 이익, 재취업상의 불이익 제거 등의 사실상의 이익만으로는 확인의 이익이 있다고 할 수 없다.

ex: 判例는, 원고들이 학교법인의 이사회결의에 대한 무효확인 소를 제기한 사안에서, 원고들이 피고 학원의 이사 지위를 갖지 아니하며 해당 이사회결의의 내용도 원고들의 신분이나 권리에 직접 관련이 없는 경우에는 그 원고들에게 이사회결의의 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 판시하였다.

(2) 현존하는 불안

1) 원칙

자기의 권리 또는 법적 지위가 타인으로부터 부인당하거나 이와 양립하지 않는 주장을 당하게 되는 경우가 현존하는 불안이 있는 경우이다. 따라서 권리관계에 대하여 당사자 사이에 아무런 다툼이 없어 불안이 없으면 원칙적으로 확인의 이익이 없다.

2) 예외

「소상공목」: 다만, i)당사자 간에 다툼이 없어도 확인의 소에 의해 소멸시효를 중단시키기 위한 경우, 또는 ii)공부상 기재가 틀려서 그 기재내용으로는 소기의 목적을 달성할 수 없어 불가불 그 목적을 이루는 방법으로 재판상 확인이 필요한 경우에는 관계자가 다투지 않아도 확인의 이익이 있다.

(3) 불안을 해결하는 가장 유효적절한 수단 - 「적절보」

불안을 제거함에 더 근본적인 방법이 있으면 확인의 소를 제기할 수 없다.

① 소극적 확인과 적극적 확인이 모두 가능한 경우, 원칙적으로 적극적 확인의 소를 제기하여야 확인의 이익이 긍정된다. 권리에 대하여 적극적 확인을 구하여야 권리가 자신에게 있다는 점에 관하여 기판력이 생겨 분쟁의 본질적 해결방법이 되기 때문이다. 다만, 소극적 확인을 구하더라도 분쟁의 근원적 해결을 가져올 수 있으면 긍정된다.

② 당해 절차 내에서 재판을 받는 것이 예정되어 있는 절차문제에 대해서 별도의 소로 확인을 구하는 것은 소송경제를 해치는 것으로 확인의 이익이 없다.

ex) 대리권수여부존재확인 소 따로 제기 불가, 소취하무효확인 소 따로 제기 불가(기일지정신청을 해서 판단 받아야 한다)

③ 확인의 소의 보충성

i)이행의 소를 제기할 수 있는데도 이행청구권 자체의 존재확인 소를 제기하는 것, 가령 1억원의 채권존재확인 소를 제기함은 원칙적으로 허용되지 않는다. 확인판결에는 집행력이 없어 분쟁의 근본적 해결에 보탬이 되지 않기 때문이다. 따라서 확인의 소는 이행의 소를 제기할 수 없을 때 보충적으로 허용된다.

ii)다만, 제3자의 목적물 압류, 현재 손해액의 불분명, 확인판결이 나면 피고의 임의이행을 기대할 수 있는 경우(피고가 국가인 경우), 청구권 자체의 확인이 아닌 청구권의 선결적 법률관계에 대하여 확인의 소가 허용된다(청구권이행의 소는 청구권 존부에 대해서만 기판력 발생하므로. 判例는 건물인도청구의 이행의 소 가능해도 그 전제인 소유권확인 소를 허용한다. 단 근저당권설정자의 피담보채무부존재확인청구 확인의 이익을 부정한 判例가 있음을 주의: 쟁점4-3-7 참조).

<Case> 소유권이전등기말소청구소송에서 패소한 자의 소유권확인의 이익

(1) 문제점

소유권이전등기말소청구소송에서 패소한 당사자가 소유권확인 소 승소확정판결을 받는다 하더라도 집행력이 없기 때문에 등기부상 소유명의를 회복할 방도가 없게 된다. 따라서 이 경우 확인의 이익을 인정할 수 있는지 의문이 있다.

(2) 判例의 태도

대법원은, 원고가 비록 소유권이전등기말소청구소송에서 패소하여 등기부상의 소유명의를 회복할 방법이 없게 되더라도, 그 소유권이 원고에게 없음이 확정된 것은 아니고, 등기부상 소유자로 등기되어 있지 않다고 하여 소유권을 행사하는 것이 전혀 불가능한 것도 아닌 이상, 원고로서는 그의 소유권을 부인하는 피고들에 대하여 위 토지가 원고의 소유라는 확인을 구할 법률상의 이익이 있다고 판시하였다.

(3) 검토

소송법적인 이유에서 자기명의로의 등기회복이 불가하더라도, 소유권자라는 확인을 받게 되면 등기명義자의 인도청구를 거부하고 점유취득시효완성을 이유로 자기 명義의 등기취득이 가능한바, 확인의 이익을 인정해야 할 것이다.

■ 소극적 확인의 확인의 소의 소송물

1. 확정금액의 채무부존재 확인을 신청한 경우

甲이 乙을 상대로 1,000만 원 채무부존재확인을 구하는 경우

(1) 소송물의 특정

일정액의 채무부존재확인을 구하는 소는 소송물이 그 금액의 부존재로 특정되므로 심판의 대상은 문제되지 않는다.

(2) 1,000만 원 초과분에 기판력이 발생하는지 여부

1) 문제점

채무자가 1,000만원 채무의 부존재확인을 청구하여 승소 확정된 경우, 패소한 채권자가 본래 채권액수가 1,500만원임을 주장하며 500만원에 대해서는 기판력이 미치지 않는다고 보아 500만 원의 지급을 구하는 후소를 제기할 수 있는지 문제된다.

2) 乙이 전소에서 채권액을 다투지 않은 경우

이 경우 묵시적 청구이론을 적용하여 종전 피고는 동일한 원인으로 다시 500만 원의 지급을 구하는 소를 제기하면 기판력(선결관계)에 저촉되므로 법원은 원고의 지급청구를 기각하게 될 것이다.

3) 乙이 전소에서 채권액수 1,500만 원 주장한 경우

채무자가 1,000만원만의 부존재확인을 구하는 소송절차에서 채권자가 1,500만원의 채권을 주장하고 있다면, 채무자의 부존재확인청구는 명시적 일부청구라고 보아야 할 것이다. 소극적 확인의 소에서는 채권자인 피고가 채무의 존부 및 그 범위를 주장하고 증명하여야 하기 때문이다. 따라서 주장공통의 원칙에 따라 피고의 주장도 소송물을 정하는 기준으로 작용하며, 기판력의 범위를 결정하는 요소가 된다. 따라서 채권자가 500만원의 지급을 청구하는 후소를 제기하면, 법원으로서 전소판결의 판단에 구속되지 않고 독자적으로 그 존부를 판단할 수 있다.

2. 부존재액의 하한과 상한을 정하여 신청한 경우

甲이 乙을 상대로 총 1,000만 원의 채무중 300만 원을 넘어서는 채무가 존재하지 않는다고 확인을 구한 경우

(1) 소송물의 특정

일정액을 특정하지 않고 부존재액의 상한과 하한을 정하여 한 경우에도 소송물특정에는 문제가 없다. 즉 원고의 채무부존재확인 소는 700만원 채무부존재확인으로 특정된다.

(2) 원고가 자인하는 채무를 초과하는 500만원의 채무가 존재하는 경우

원고가 부존재라고 주장된 채무 가운데 그 일부의 존재가 인정되는 때에는 그 나머지 부분에 관하여서만 청구를 인용할 수 있을 것이다. 즉 법원의 심리결과 500만원의 채무가 잔존하고 있다는 판단이 든다면 원고청구를 기각하면 안되고, “500만원을 초과해서는 채무가 부존재한다”는 일부인용판결을 내려야 한다.

(3) 원고가 자인하는 채무보다 미달하는 200만원의 채무액만 존재하는 경우

이때는 원고가 부존재를 구한 부분을 넘어 부존재확인을 내릴 수는 없다. 처분권주의 원칙상 원고청구의 상한을 초과하는 인용이기 때문이다. 따라서 원고 청구를 인용하여야 한다.

3. 상한을 명시하지 않은 채무의 일부부존재확인의 소

300만 원을 넘어서는 채무부존재확인을 구한 경우

(1) 청구취지 특정 여부

1) 견해의 대립

① 상한을 명시하지 않으면 청구취지가 불명확한 것이므로 부적법각하해야 한다는 견해와, ② 채무의 존재와 액수를 함께 다툰 경우 원칙적으로 상한을 명시하여야 하나, 명시하지 않았다 하더라도 청구취지 및 청구원인 기타 변론전체의 취지를 참작하여 상한이 표시된 소로 볼 수 있다면 구체적 채무액을 명시함이 없이도 부존재확인을 청구할 수 있다는 견해가 대립한다.

2) 검토

소극적 확인의 소의 경우에는 채무하한액 또는 채무상한액만 기재하더라도 소송물특정의 요건에 문제가 없다. 채무

자가 부존재를 신청하면 채권자가 그 존재 및 액수를 주장.증명하여야 하기 때문에 소송물은 원고 및 피고에 의하여 특정되어지며, 법원의 심리판단에 아무런 문제도 발생시키지 않기 때문이다.

(2) 300만 원을 초과하는 채무가 존재한다는 심증이 든 경우

1) 견해의 대립

① 청구기각설(원심의 입장) : 상한이 표시되지 않은 경우의 기각판결은 채무의 존재만을 확정시키고 액수에 관한 확정력은 갖지 않기 때문에 원고의 의사는 전면적으로 인용되지 않는 한 기각을 희망하는 것이 통상적이므로 이에 충실하여야 한다는 견해이다.

② 일부패소설(대법 1982.11.23, 81다393) : 상한이 명시되지 않은 부존재확인 소는 상한이 표시된 소와 다르므로 그 결과 단순한 기각판결은 피고인 채권자의 주장대로 채무액의 존재를 확정하는 까닭에 일부인용하는 것이 오히려 원고의 의사에 적합하다고 한다. 원고의 의사는 그 소송에서 수액을 둘러싼 분쟁을 유발하는 것이 되므로, 원고가 주장하는 부분과 어느 정도 차이가 나더라도 잔존채무의 금액을 확정하는 것이 원고의 의사에 합치하기 때문이라는 것이다.

2) 검토

이 경우에 원고가 채무액을 밝히지 아니하여도 부존재를 확인하는 채무액, 즉 소송물은 그 발생원인사실에 의하여 특정할 수 있으므로 법원은 그 채무액의 확인이 가능하다. 따라서 법원은 그 특정한 채무의 전부에 관하여 존부 및 금액을 확인하여 채무전체가 부존재하면 청구인용판결을, 채무일부가 부존재하면 금액 중 얼마의 금액이 부존재함을 밝혀서 현재 잔존채무액이 얼마인가를 명백히 하는 일부인용판결을 하여야 한다.

■ 형성의 소의 법정주의

1. 문제의 제기

민법상 계약의 취소나 차임증감청구권 등의 형성권을 취소소송이나 증감청구의 형성의 소로 제기할 수 있는지 문제될 수 있다.

2. 형성의 소의 의의

권리 또는 법률관계의 변동을 구하기 위하여 제기하는 소를 형성의 소라 한다. 이행의 소나 확인의 소의 경우에는 이미 발생한 법률효과를 주장하는데 반하여, 형성의 소에 의해서는 장래의 권리변동을 주장한다. 권리 또는 법률관계의 변동을 위해서는 굳이 형성의 소를 제기하지 않고서도 단순히 법률행위만으로 달성할 수 있는 것이 보통이나, 법이 일정한 경우 반드시 판결에 의하여 권리변동을 요구할 경우에 제기하는 소가 형성의 소이다.

3. 실체법상 형성권의 행사방법

(1) 의사표시주의

실체법상 형성권은 원칙적으로 일방적인 의사표시에 의하여 그 효력이 발생한다. 취소권, 해제권과 같은 형성권은 상대방 당사자에 대한 일방적 의사표시에 의하여 행사된다. 이에 반하여 이혼청구소송과 같이 실체법상의 형성권의 행사를 반드시 소의 형식에 의하여야 하는 경우도 있다.

(2) 형성의 소의 법정주의

1) 형성판결의 제한

형성판결은 권리 및 법률관계에 대한 공권적 제한이다. 따라서 형성판결을 하기 위해서는 법률의 수권이 있어야 한다. 법률에 의한 수권없이 제기한 형성의 소는 부적법하다. 이와 같이 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 형성의 소를 제기할 수 있는데, 이를 형성의 소의 법정주의라 한다. 실체법상의 형성의 소에는 가사소송, 회사관계소송과 대부분의 행정소송이 있으며, 소송법상의 형성의 소에는 정기판결에 대한 변경의 소, 재심·준재심의 소, 재판판결에 대한 불복의 소, 청구에 관한 이의·제3자 이의의 소 및 집행문부여에 대한 이의의 소 등이 있다.

2) 판례의 태도

판례도⁶⁾ 민법 제628조의 차임감액청구권은 사법상의 형성권이지 법원에 대하여 형성판결을 구할 권리가 아니므로, 반소로써 차임감액을 청구할 수 없다고 하여 통설과 같이 이해한다.

4. 결론

행사한 형성권의 의사표시의 효력에 대하여 다툼이 생긴 때에는 원고는 형성판결을 위한 형성의 소가 아니라 형성권의 효과를 주장하여 그 효과에 따른 실체법적 권리를 청구하는 소를 제기하여야 한다. 따라서 매매계약을 취소하는 소를 제기할 수는 없고, 취소권행사의 효과인 대금에 대한 부당이득반환을 행사하고 매매계약이 취소에 의하여 무효가 되었음의 확인을 구하는 취지의 소를 제기할 수도 있을 것이다. 차임증감청구권도 마찬가지이다.

6) 대법원 1968. 11. 19. 선고 68다1882, 68다1883 판결: 가. 민법 제628조에 의한 임차인의 차임감액청구권은 사법상의 형성권이지 법원에 대하여 형성판결을 구할 수 있는 권리가 아니므로 차임청구의 본소가 계속한 법원에 반소로써 차임의 감액을 청구할 수는 없다. 나. 국유재산의 대부기간이 대부를 허가하면서 사용료는 7일후 재무부장관이 제정하는 액에 따라 정하기로 하였다 하여도 동 대부(사용)허가는 그 허가를 받은 사용자가 허가서의 송달을 받은 후 7일내에 그 허가서에 기재된 허가조건을 수락한다는 취지의 승낙서를 제출함으로써 비로소 효력을 그 효력을 발생케 될 성질의 것이었음이 명백하므로 사용자가 그 허가서나 재무부장관이 약정한 사용료액에 따른 사용료납부고지서의 송달을 받은 일 자가 허가기간중인 이상 그 사용료에 관한 허가조건은 동 허가기간중 적어도 위 고지서 송달 후 7일을 경과하기 전에 이미 경과된 기간의 효력이 미칠 수 없다고 보아야 할 것이다.

■ 소장각하명령의 행사시기

1. 견해의 대립

(1) 소장송달시설(소송계속시설)

소장이 피고에게 송달되면 이로써 소송계속이라는 효과가 발생하는바, 원·피고 양쪽이 관여하는 소송절차로 발전하므로 그 이후에 각하명령이라는 간이한 절차만으로 함부로 소송계속의 효과를 소멸시킬 수는 없고 소송요건의 흠을 이유로 소각하판결에 의하여야 한다는 입장이다.

(2) 변론개시시설

소장심사제도의 취지인 명백한 소장의 흠을 간단하게 처리해 소송경제를 도모하자는 것에 중점을 두어 변론개시 전까지는 명령에 의해 각하명령을 내릴 수 있다는 견해이다.

2. 판례의 입장⁷⁾

항소심재판장은 항소심의 변론에 들어가기 전에 먼저 항소장을 심사하여 그 흠결을 발견하면 보정을 명하고 이에 불응할 때 항소장을 각하하라는 것이라고 하여 변론개시시설의 입장으로 해석된다.

대법원 1981. 11. 26.자 81마275 결정:

【판시사항】 항소장 부분이 송달된 후 피항소인의 주소보정명령의 가부(소극)

【판결요지】 항소심 재판장은 항소장의 송달이 불능하여 그 보정을 명하였음에도 항소인이 이에 응하지 아니한 경우에 항소장 각하명령을 할 수 있을 뿐이고, 항소장이 피항소인에게 송달되어 항소심의 변론이 개시된 후에는 피항소인에게의 변론기일 소환장 등이 송달불능된다는 이유로 그 보정을 명하고 항소인이 이에 응하지 않는다고 항소장 각하명령을 할 수 없다.

7) 대법원 1981. 11. 26.자 81마275 결정: 기록에 의하면 원심은 항고인의 항소사건을 수리한 후 항소장 부분을 원고에게 송달하고, 3회 걸쳐 변론을 열어 항소장을 진술하고, 증거조사를 한 후, 변론을 종결하였다가 1981.5.12 변론을 재개하여 다시 1981.5.27. 10:00로 변론기일을 지정하고 그 변론기일 소환장과 변론재개 결정정본을 원고에게 송달하였으나 변지내 수취인 불명으로 송달 불능되자 원심은 위 변론기일에 출석한 재항고인에게 원고 주소를 5일내에 보정할 것을 명하고 그 기일내에 보정하지 아니하자 재판장의 명령으로 항소장을 각하한 사실을 알 수 있다. 그러나, 민사소송법 제371조, 제231조에 의하여 항소심 재판장이 독자의 권한으로 항소장 각하명령을 할 수 있는 것은 항소장의 송달 전, 즉 항소장의 송달이 불능하여 그 보정을 명하였는 데도 보정에 응하지 아니한 경우에 한하고, 이 사건의 경우와 같이 항소장이 피항소인에게 송달되어 항소심의 변론이 개시된 후에는 재판장은 명령으로 항소장을 각하할 수 없다 할 것이다.

III. 심화정리문제

문제 1.

甲은 乙에게 5,000만 원을 대여해 주었다고 주장하면서, 乙에게 위 대여금을 반환할 것을 독촉하였다. 甲은 乙을 피고로 하여 대여금반환청구의 소를 제기하였으나, 乙이 출석한 변론에서 채무자는 乙이 아니라 그 쌍둥이 형 丙임이 밝혀졌다. 법원은 甲의 乙에 대한 청구에 대하여 어떠한 판결을 할 것인가?

1. 문제의 소재

이행의 소에서 당사자적격의 흠을 이유로 부적법 각하할 것인지, 청구를 기각하여야 하는지 묻고 있다. 이행의 소의 당사자적격과 본안적격에 대한 검토가 필요하다.

2. 이행의 소의 당사자적격

(1) 권리보호요건과 당사자적격

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

(2) 이행의 소에서 당사자적격⁸⁾

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.⁹⁾ 즉 주장자체로 이유가 있으면 본안적격이 있다.

(3) 사안의 경우

甲이 대여금반환채무자로 乙을 지목하였으므로, 법원은 甲의 주장에 따라 乙을 당사자적격자 및 피고적격자로 인정하여야 한다.

3. 법원의 판결

(1) 소송요건과 청구에 대한 판결

소송요건이 분명하다면 소송판결을 하여야 하는데 소각하판결하여야 한다. 그러나 당사자적격이 본안적격 사안인 이행의 소의 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

乙에게 본안적격이 없음이 판명되었으므로, 법원은 청구기각의 본안판결 한다.

8) 대법원 1979. 7. 25. 선고 79다345 판결: 부동산에 관한 등기는 법률에 다른 규정이 없는 한 등기권리자와 등기의무자의 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 소유권이전등기를 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 살펴보아도 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.

9) 대법원 1994. 6. 14. 선고 94다14797 판결: 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.

4. 결론

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

문제 2.

전자기기 판매업을 하고 있는 甲은 2014. 3. 10. 乙에게 사무용 컴퓨터 100대를 대당 100만 원씩 총 대금 1억 원에 매도하면서, 위 컴퓨터는 모두 2014. 3. 31. 인도하고, 2014. 4. 30. 위 물품대금을 지급받기로 약정하였다. 甲은 2014. 3. 31. 乙에게 가격의 차이가 있는 데스크탑 컴퓨터 S사 컴퓨터 40대, L사 30대, A사 컴퓨터 30대를 모두 인도하였으나, 대금지급기일이 지났음에도 지급받지 못하였다. 한편, 乙은 2014. 3. 31. 甲으로부터 인도받은 컴퓨터는 100대가 아니라 70대라고 주장하고 있었다. 乙이 컴퓨터 대금을 지급하지 않자, 甲은 자신이 직접 추심하는 것보다 乙에게 사업자금을 융통해 주고 있는 丙 투자신탁회사로 하여금 추심하도록 하는 것이 효과적이라고 생각하여 우선 컴퓨터 대금채권 5천만 원을 丙에게 양도하고 이를 乙에게 통지하였다. 위 대금채권을 양수한 丙은 乙을 피고로 하여 5천만 원의 양수금지급청구의 소를 제기하였다. 丙은 소장에서 甲으로부터 제조사를 밝히지 아니하면서 컴퓨터 50대의 물품대금채권을 양수받았다고 주장하며 5천만 원의 양수금의 지급을 청구한다는 취지임을 밝혔다. 소장이 송달되자 피고는 원고의 소송이 부적법하다는 답변서를 준비하고 있다. 원고의 청구에 관한 적법 여부를 검토하고 법원이 취할 수 있는 조치에 대하여 논하시오.

1. 문제의 소재

소송을 위한 채권양도가 임의적 소송담당의 잠탈을 하는 것은 아닌지 검토하고, 한편 소장의 필수적 기재사항을 적지 않아 소장을 각하할 것인지, 채권양도에 있어서 소송물불특정을 이유로 소를 각하할 것인지 묻고 있다. 한편, 이에 대한 법원의 조치에 대하여 검토한다.

2. 임의적 소송담당 성부

(1) 이행의 소의 당사자적격

채권양수인이 당사자적격을 가지는 여부는 적법요건으로 검토하여야 할 사안이다. 이행의 소의 제기 적격자는 원칙적으로 본안판단을 전제로 판단하며, 따라서 당사자의 주장자체로 인정되는 것이 일반적인 견해이다. 그러나 당사자적격이 주장 자체로 인정될 수 없다면 이는 소송요건으로 사실심변론종결시 이전에 직권으로 조사하여 부적법 각하할 수 있다고 할 것이다.

(2) 채권양수인의 임의적 소송담당

1) 소송담당과 당사자적격

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 판례는¹⁰⁾ 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.

2) 채권양도를 통한 소송담당

소송수행을 목적으로 채권을 양도하는 것은 임의적 소송담당을 인정하는 형태가 되어 원칙적으로 합리적인 이유를 인정할 수 없다고 볼 것이다.

(3) 사안의 경우

소송수행권을 수여받는 丙이 투신사라는 점에 비추어 변호사대리의 원칙과 소송신탁금지의 원칙이 잠탈할 위험을 인정하기 어렵다. 따라서 甲이 丙에게 채권추심을 위한 소송수행권을 수여한 것은 문제가 없으며, 이에 따라 丙은

10) 대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카1815 판결: 민사소송중 재산권상의 청구에 관하여는 소송물인 권리 또는 법률관계에 관하여 관리처분권을 갖는 권리주체에게 당사자적격이 있다고 함이 원칙이나 비록 제3자라고 하더라도 법률이 정하는 바에 따라 일정한 권리나 법률관계에 관하여 당사자적격이 부여되는 경우와 본래의 권리주체로부터 그의 의사에 따라 소송수행권을 수여 받음으로써 당사자적격을 인정하는 경우도 허용된다고 풀이할 것이다. 물론 이와 같은 임의적 소송신탁은 우리나라 법제하에서는 그 허용되는 경우라는 것은 극히 제한적이라고 밖에 할 수 없을 것이나 탈법적 방법에 의한 것이 아니고(소송대리를 변호사에 한하게 하고 소송신탁을 금지하는 것을 피하는 따위)이를 인정하는 합리적 필요가 있다고 인정되는 경우가 있을 것이므로 따라서 민법상의 조합에 있어서 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 할 것이다.

적법한 당사자적격자이다.

3. 소송물 특정 여부

(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. 컴퓨터대금 채권을 양도받은 경우 개별적 청구권이 존재하는 경우 구체적인 특정된 채권을 양수받아 행사하여야 한다.

(3) 사안의 경우

원고의 양수금청구소송은 여러 개의 컴퓨터대금 채권 중 어느 특정물품에 대한 채권을 그 대상으로 하는지 특정되어 있지 않아 소송물불특정이 인정된다. 청구취지는 특정은 5천만 원으로 되었다고 볼 수 있으나, 청구원인에서는 양수채권이 어느 제조사의 컴퓨터의 개별적 대금에 해당하는지를 분명히 하여야 한다.

4. 소송물 불특정에 대한 법원의 조치

(1) 문제점

필수적 기재상이 누락된 소장에 대하여 법원은 직접 보정명령을 내리거나 법원사무관으로 하여금 보정명령을 하도록 하게 하여야 한다(제254조 제2항, 제249조 제1항). 불응시 소장각하명령을 한다. 그러나 그 시점은 견해의 대립이 있다.

(2) 소장각하명령 여부

1) 적식심사로서 청구의 특정

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 특정¹¹⁾

소송물이 특정되었는지의 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다. 소송물불특정에 의하여 소장각하명령을 할 수 있는 시기는 송달시절과 판례에 변론개시절에 따라 변론개시이후에는 소송물 특정은 소송요건이 된다.¹²⁾

(3) 법원의 석명권 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 송달이후에는 원칙적으로 부적법하여 소각하판결하여야 한다.

5. 사례의 해결

원고의 채권양도는 변호사대리의 원칙이나 소송신탁을 잠탈한 위험을 인정하기 어려우며, 채권을 양도할 합리적 필요성이 인정되므로 원고는 당사자적격이 있으므로 적법하다. 한편 소의 적법성 검토 단계에서는 법원이 소송물을 특정하도록 석명권을 행사하여야 하고, 응하지 아니할 경우에는 부적법 소각하판결을 한다.

11) 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.

12) 대법원 2017. 11. 23. 선고 2017다251694 판결: 채권자가 동일한 채무자에 대하여 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 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 알아볼 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.

피보전채권의 시효완성이 직권조사사항인지 여부

채권자 甲이 채무자의 제3채무자에 대한 이행청구소송을 제기하였는데 채권자의 채권이 소멸시효가 완성되어 있었다. 이에 대한 법원의 조치는?

1. 쟁점의 정리

당사자의 주장이 없는 경우 법원이 채권자의 채무자에 대한 시효완성을 직권으로 판단할 수 있는지 여부 문제된다.

2. 채권자대위소송에서 당사자적격의 지위

(1) 소송요건으로서 당사자적격

(2) 당사자적격의 소송상 지위

당사자적격은 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이다. 직권조사사항이란 당사자의 항변을 기다릴 필요 없이 법원이 반드시 직권으로 고려해야 할 사항이다.

(3) 사안의 경우

소멸시효는 채권자의 피보전채권의 유효성과 관련되어 있으므로 원칙적으로 소송요건과 관련되어 있다. 따라서 직권조사사항이다.

3. 소멸시효완성의 제3채무자(피고)의 원용 여부

(1) 시효완성의 효과와 원용

판례는 당사자의 원용이 없어도 시효완성의 사실로서 채무는 당연히 소멸하는 것이고, 다만 변론주의의 원칙상 소멸시효의 이익을 받을 자(채무자)가 그것을 포기하지 않고 소송에 있어서 권리를 주장하는 자에 대항하여 시효소멸의 이익을 받겠다는 뜻을 항변하지 않은 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없을 뿐이라고 판시하여 당사자가 소멸시효이익을 받겠다고 주장한 경우에만 비로소 고려한다.

(2) 제3채무자가 시효를 원용할 수 있는지 여부

判例는, 소멸시효완성을 원용할 수 있는 자를 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자로 한정한다. 따라서 채권자대위소송에서 제3채무자는 직접수익자에 해당하지 않아 시효원용이 불가하다.

(3) 소결

소멸시효의 완성은 변론주의가 적용되는 항변사항이다. 그러나 제3채무자는 시효완성의 직접이익의 당사자가 아니므로 시효완성을 주장할 수 없다.

4. 결론

피보전채권의 흠결이 있으면 당사자적격이 없는 것이고, 소멸시효는 피보전채권과 관련된 직권조사사항이나, 시효이익을 받는 채무자의 주장이 없으면 법원이 고려할 수도 없다. 법원은 직권으로 판단하여 판결의 기초로 삼을 수 없다고 볼 것이다. 따라서 소멸시효는 완성되지 아니한 것으로 판단하여 본안에 나간다.