

# 제1장 신의칙법원

## I. 기출문제경향

### 1. 송과 신의칙

민사소송의 이상과 신의칙이 직접적으로 출제된 적은 없으나 부제소합이나 재소금지의 원칙에 관한 쟁점은 모두 신의칙에 기반을 둔다. 또한 소송의 기본적인 원칙으로서 당사자주의와 연관된 모든 행태의 규율원칙이 신의성실의 원칙이므로 그 자체로 의미를 부여할 수는 있을 것이다. 그러나 아직도 신의칙이 주요 쟁점이 되어 시험에 출제되리라고 기대하기는 요원할 것이다. 최근 예제의 기본이 된 판례를 비롯하여 노동사건에 관한 몇몇 판례들이 있기는 하므로 이를 준비할 필요는 있을 것이다. 직권조사사항으로서 권리보호요건이론 내지 권리보이익과 관련하여 소송요건에 관한 소각하판결이 내려질 수 있다는 점은 매우 특이하고 중요한 부분이라는 것을 소송물과 권리보호요건론을 설명하면서 수업시간에 강조하였던 것을 상기해주시기 바란다.

이와 아울러 비송과 소송의 비교를 통한 민사소송의 전반에 관한 의미파악이 중요함을 종강을 앞두고 강조한다.

### 2. 법원

법원은 주로 관할이 출제된다. 기출문제 중에 특이사항은 찾아볼 수 없다. 예상가능한 문제로서 관할은 국내관할과 국제관할로 양분되고 주로 국내관할의 문제가 출제되지만, 예외적으로 중요한 판례가 출현하는 경우 국제재판관할의 문제가 출제되면서 여기에 합의관할이 부가되어 출제되었다. 국내관할에서는 토지관할과 거동관할 중에 합의관할이 중요하게 출제되고 이송의 문제가 연결된다. 이제까지 출제되지 않은 부분은 국내관할에서는 변론관할과 특허소송에 관한 관할, 국제관할에서는 재판권의 상대적 면제주의에 관한 중요판례와 전문법원 간의 이송문제 등이라고 할 것이다. 2009년 이전까지 전속적 합의관할의 이송문제까지 출제된 것을 보면 이송은 중요하게 다루어야 한다.

소의 변경에 해당하는 것은 소송요건에 해당하는 법원, 당사자, 청구의 변경을 통상 이르아 법원의 변경을 소변경이라고 하기보다는 통상 이송이라고 한다. 관할의 연장에 있으나 이송자체는 하나의 쟁점으로 충분히 출제될 수 있으며, 기출문제에서도 출제된 적이 있다. 이송은 법원의 변경에 해당하는 매우 중요한 부분이므로 반드시 출제될 것이라는 마음으로 준비하여야 한다.

한편, 공정한 재판에 관한 제척과 기피제도에 대한 논의도 출제할 시기가 되었다고 생각한다. 그러나 배점에서 10점 이상이 출제될 가능성이 없다고 생각되므로 이와 부수적인 문제로서 혹은 새로운 판례가 나오게 되면 출제가능성을 염두에 두고 결론에 해당하는 부분예를 들어 판결의 요지 등을 암기하고 법리를 검토할 필요가 있다.

## II. 신의칙/법원에 관한 기출문제

### [1] 2013년

#### 【A-2】

甲은 乙을 상대로 3천만 원의 손해배상채무 부존재확인인 소를 제기하였고 제1심에서 전부 승소하였다. 패소한 乙은 전부 불복하는 취지의 항소를 제기하였고, 동 항소사건은 지방법원본원합의부 항소부에서 심리되고 있었다. 乙은 항소심 계속 중 자신에게 발생한 손해가 1억 5천만 원에 이른다면서 그 지급을 구하는 이행의 소를 반소로 제기하였다.(반소는 적법한 것으로 본다.) 한편 乙은 지방법원 합의부의 관할에 속하는 반소가 제기되었음을 이유로 이 사건 항소심은 고등법원에서 심리되어야 한다면서 이 사건을 고등법원으로 이송해 달라고 주장하였다. 항소심 법원은 乙의 이송신청을 받아들여 민사소송법 제34조, 제35조를 근거로 동 항소사건을 고등법원으로 이송하는 결정을 하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

- (1) 항소심 법원의 이송결정이 적법한지 여부에 대하여 설명하시오(12점)
- (2) 항소심 법원의 이송결정에 대하여 甲은 불복 가능한지 아울러 불복이 가능하다면 그 절차는 무엇인지 설명하시오(8점)

#### 1. 【A-2】 의 (1)에 관하여

##### (1) 쟁점

단독판사사건과 합의부사건의 구별이 제2심 법원의 결정기준으로 되는가?

##### (2) 본론-관련판례

대판 1992.5.12. 92다2066: 지방법원 본원 합의부가 지방법원 단독판사의 판결에 대한 항소사건을 제2심(항소심)으로 심판하는 도중에 지방법원 합의부의 관할에 속하는 소송이 새로 추가되거나 그러한 소송으로 청구가 변경되었다고 하더라도, 심급관할은 제1심 법원의 존재에 의하여 결정되는 전속관할이어서 이미 정하여진 항소심의 관할에는 영향이 없는 것이므로, 추가되거나 변경된 청구에 대하여도 그대로 심판할 수 있다.

##### (3) 결론

항소심인 지방법원본원합의부(항소부)의 관할은 심급관할인데, 심급관할은 제1심 법원의 존재에 의하여 결정되는 전속관할이어서 이미 정하여진 항소심의 관할에는 영향이 없다. 이송결정은 적법하지 아니하다.

#### 2. 【A-2】 의 (2)에 관하여

##### (1) 쟁점

항소심 법원의 이송결정에 대해 민소법 제39조가 정하는 즉시항고가 가능한지가 쟁점이다.

##### (2) 본론-이송결정의 효력에 관한 일반론과 판례

###### 1) 제39조 즉시항고

이송결정에 대해서는 즉시항고할 수 있다. 이송신청기각결정에 대하여는 관할위반에 대한 이송신청기각결정의 경우 항고할 수 없다. 즉시항고는 1주일 불변기간 내에 제기할 것을 요한다.

###### 2) 이송결정의 기속력:대법원 1995. 5. 15. 자 94마1059,1060 결정

이송결정의 기속력은 당사자에게 이송결정에 대한 불복방법으로 즉시항고가 마련되어 있는 점이나 이송의 반복에 의한 소송지연을 피하여야 할 공익적 요청은 전속관할을 위배하여 이송한 경우라고 하여도 예외일 수 없는 점에 비추어 볼 때, 당사자가 이송결정에 대하여 즉시항고를 하지 아니하여 확정된 이상 원칙적으로 전속관할의 규정을 위배하여 이송한 경우에도 미친다.

##### (3) 결론

제39조의 이송결정에 대한 것은 즉시항고가 가능하다고 본다. 그러나 당사자의 이송신청권이 없기 때문에 이송기각결정은 즉시항고가 불가능하다. 한편 그러나 전속관할위반 이송결정의 기속력은 인정되고 수이송법원은 관할권 없음을 이유로 반송하거나 관할권 있는 법원에 전송할 수 없다(제38조 제2항).

[2] 2014년

【문제-1】 (30점)

일본 동경에 주소를 두고 음식점을 운영하던 甲은 동경에 주소를 두고 있는 乙에게 2004. 7. 4. 500만 엔을 변제기 2004. 9. 4.로 정하여 대여하였다. 그 차용증서는 일본의 문구점에서 그 내용의 대부분이 인쇄된 상태로 판매되고 있는 것으로서, '만일 본건에 관하여 분쟁이 생긴 때에는 채권자의 주소지 법원을 제1심 관할법원으로 하기로 합의한다'는 취지가 부동산자로 인쇄되어 있었다. 그런데 甲은 2013. 3. 27. 서울 서초구 서초동에 주소를 두고 있는 丙에게 기존의 채무를 청산하려고 위 대여금채권을 양도하였고, 채권을 양도받은 丙은 乙을 상대로 서울중앙지방법원에 양수금청구의 소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙이 '이 사건 소는 합의관할을 위반하였기 때문에 서울중앙지방법원은 국제 재판관할권이 없어 부적법하다'라고 항변을 하고 있다. 위 乙의 항변이 적법한지 여부에 대하여 논하시오.(20점)

(2) 서울중앙지방법원이 乙의 관할위반 항변을 판단하기 위해 위 사건의 차용증서 및 채권양도통지서 등을 검토하는 도중 '이 사건 소비대차계약과 관련하여 어떠한 분쟁이 있더라도 제소하지 아니한다'는 문구를 발견하였다. 법원은 당사자들이 부제소 합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법여부를 다투지 아니하는데도 직권으로 소를 부적법 각하하였다. 이에 대한 법원의 판단이 적법한지 설명하시오.(10점)

I. 설문 【문제-1】 의 (1)에 대하여

1. 쟁점

관할합의의 요건과 종류 그리고 합의효력의 주관적 범위로서 동경지방법원의 전속적 관할합의가 丙에게 미치는지를 살펴보고 전속적 관할합의가 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당될 때 다른 나라에 제소할 때에도 효력이 미치는지가 쟁점이다.

2. 관련판례-대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다68209 판결

【판시사항】

[1] 법정 관할법원 중 하나를 관할법원으로 하기로 약정한 경우의 재판관할권 및 그 후 채권양도 등의 사유로 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당하게 된 경우에도 위 약정의 효력이 미치는지 여부(소극)

[2] 일본국에 거주하던 채권자와 채무자가 돈을 대차하면서 작성한 차용증에 분쟁 발생시 채권자의 주소지 법원을 제1심 관할법원으로 한다는 문구가 부동산자로 인쇄되어 있던 사안에서, 위 문구는 예문이 아니고 전속적 관할합의에 해당한다고 한 사례

[3] 일본국에 거주하던 채권자와 채무자가 돈을 대차하면서 채권자 주소지 법원을 제1심 관할법원으로 하는 전속적 관할합의를 하였는데, 그 후 위 채권이 국내에 주소를 둔 내국인에게 양도되어 외국적 요소가 있는 법률관계가 된 경우, 위 관할합의의 효력이 이에 미치지 아니하여 대한민국 법원에 재판관할권이 있다고 한 사례

【판결요지】

[1] 당사자들이 법정 관할법원에 속하는 여러 관할법원 중 어느 하나를 관할법원으로 하기로 약정한 경우, 그와 같은 약정은 그 약정이 이루어진 국가 내에서 재판이 이루어질 경우를 예상하여 그 국가 내에서의 전속적 관할법원을 정하는 취지의 합의라고 해석될 수 있지만, 특별한 사정이 없는 한 다른 국가의 재판관할권을 완전히 배제하거나 다른 국가에서의 전속적인 관할법원까지 정하는 합의를 한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 채권양도 등의 사유로 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당하게 된 때에는 다른 국가의 재판관할권이 성립할 수 있고, 이 경우에는 위 약정의 효력이 미치지 아니하므로 관할법원은 그 국가의 소송법에 따라 정하여진다고 봄이 상당하다.

[2] 일본국에 거주하던 채권자와 채무자가 일본국에서 일본국 통화를 대차하면서 작성한 차용증에 채무자들의 일본 내 주소를 기재하고 차용금액 등을 기재하였는데, 위 증서는 당시 문구점에서 판매하던 것으로서 분쟁 발생시 채권자의 주소지 법원을 제1심 관할법원으로 한다는 문구가 부동산자로 인쇄되어 있던 사안에서, 위 문구는 예문이 아니고 법정 관할법원 중 하나인 일본국 내 채권자 주소지 법원을 관할법원으로 하기로 하는 전속적 관할합의에 해당한다고 한 사례.

[3] 일본국에 거주하던 채권자와 채무자가 돈을 대차하면서 채권자 주소지 법원을 제1심 관할법원으로

하는 전속적 관할합의를 하였는데, 그 후 위 채권이 국내에 주소를 둔 내국인에게 양도되어 외국적 요소가 있는 법률관계가 된 경우, 위 관할합의의 효력이 이에 미치지 아니하여 대한민국 법원에 재판관할권이 있다고 한 사례.

3. 결론

제1심 관할법원으로 하는 전속적 관할합의를 하였는데, 채권이 내국인에게 양도된 경우, 위 관할합의의 효력이 이에 미치지 아니하여 대한민국 법원에 재판관할권이 있다.

II. 【문제-1】 (2)에 관하여

1. 문제의 소재

소극적 소송요건인 부제소합의는 당사자의 주장이 있을 때 비로소 고려되는 방소항변인지 묻고 있다. 부제소합의에 관한 당사자의 주장이 없는 경우 법원이 법률적 관점에 대한 지적을 하여야 하는지 검토한다.

2. 부제소 합의의 성부

(1) 부제소 합의의 인부

소송상 합의란 소송외에서 원고가 피고에 대하여 소송법적 법률효과를 인정하는 약정으로서 소송상 계약을 말한다. 이에 대하여 명문의 규정이 없어 견해가 대립하는 데 이에 대하여 판례는 제한적 허용설의 입장에 있다.

(2) 부제소 합의의 요건

판례는 당사자가 처분할 수 있고 특정관계에 대하여 한정된 합의여야하며 그 합의시 예상할 수 있는 사항이고, 불공정하지 않을 것을 요건으로 한다. 판례에 따를 때 일단 허용되는 소송상 합의로 볼 것이며 법적 성질에 따라 소송법적 효과가 달라진다.

(3) 부제소 합의의 효력과 범위

부제소합의는 유효요건을 갖추어 그 효력이 있다. 이 경우 부제소합의는 합의시에 예상할 수 있는 사항에 한하여 그 효력이 미친다. 판례도 부제소합의는 예상가능한 범위에 미치고 이 부분 권리를 실제법상 포기한 것으로 볼 수 없다고 하였다.

3. 부제소 합의에 대한 지적의무

(1) 부제소 합의에 대한 직권조사여부

피고가 부제소합의를 주장하고 이를 증명하면 법원은 권리보호이익의 흠을 이유로 소를 부적법 각하한다. 피고가 부제소합의를 주장하지 아니한 경우라도 법원은 그 존부를 직권으로 조사하여 소를 부적법 각하할 수 있는지 법원의 석명대상이 되는지 문제된다.

(2) 석명권의 대상여부

민사소송법 제135조는 소송진행에 대한 법원의 책임과 제136조가 석명권을 인정한다. 법원의 소송진행을 위한 하나의 권능으로서 법원의 권한인 동시에 의무가 된다. 원칙적으로 소극적 석명은 인정되나 적극적 석명은 예외적으로 인정한다. 소송관계가 분명하지 않은 경우 석명권은 적극적으로 행사할 필요가 있다. 사안과 같은 경우 부제소합의 유무에 따라 소극적 소송요건의 부재를 인정할 수 있으므로 법원의 지적의무를 인정하여야 할 것이다. 판례도<sup>1)</sup> 석명권행사를 전제로 부제소합의를 긍정한다.

1) 대판 2013.11.28, 선고 2011다80449: 특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의(이하 '부제소 합의'라고 한다)한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로, 소가 부제소 합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다. 부제소 합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기와 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것으로서 그 합의 시에 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하고, 그 효력의 유무나 범위를 둘러싸고 이견이 있을 수 있는 경우에는 당사자의 의사를 합리적으로 해석한 후 이를 판단하여야 한다. 따라서 당사자들이 부제소 합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 그와 같은 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 부제소 합의를 하게 된 동기 및 경위, 그 합의에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등에 관하여도 충분히 심리할 필요가 있다. 법원이 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소 합의를 인정하여 소

## (3) 부제소합의의 효력 범위

X가 부제소합의를 입증하면 법원은 권리보호이익의 흠을 이유로 甲의 소를 부적법 각하한다. 나아가 X가 부제소합의를 주장제출하지 않더라도 법원이 부제소 합의를 직권조사하여 소를 각하할 수도 있다. 다만, 이 경우에 법원이 부제소합의에 의해 소를 각하하기 위해서는 먼저 甲에게 부제소합의에 의한 판결이 불이익의 타격이 되지 않도록 진술기회를 보장하고, 이를 위한 법률적 관점을 지적하여야 한다.

## 4. 결론

법원은 부제소합의에 대한 석명권을 행사한 후 甲에게 의견진술의 기회를 보장하고 법률적 관점을 지적한 다음에 甲의 소의 합의의 효력이 미치는 부분에 대하여 부적법 각하한다. 당사자의 부제소의 방 소항변이 없는 경우에는 법원이 본안판단에 들어갈 수 있다.

---

를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불이익의 타격을 가하는 것으로서 석명 의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다.

[3] 2017년

【 문제-4 】 (20점)

甲(주소지 관할법원: 서울중앙지방법원)은 소유자인 乙(주소지 관할법원: 인천 지방법원)로부터 경기도 수원에 위치한 임야 1,000 평방미터(소재지 관할법원: 수원지방법원)를 매수하였다. 그 후 甲이 매매대금을 지급하였음에도 乙이 이전등기를 해주지 않았다. 이에 甲은 乙을 상대로 매매를 원인으로 한 소유권 이전등기청구의 소를 제기함에 있어 이 기회에 乙에게 빌려준 5천만 원도 돌려 받고자 대여금 반환청구를 병합하게 되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲은 乙을 상대로 위 소를 수원지방법원에 제기하였다. 동 법원은 이 청구들에 대하여 관할권을 갖는지 설명하시오. (10점)

1. 【문제-4】 의 (1)의 쟁점

부동산에 관한 이전등기청구의 주소법원인 수원지방법원이 이와 함께 단순병합된 대여금청구에 대하여도 관할권을 가지는 여부가 주된 쟁점입니다.

2. 본론

청구의 병합 중에 단순병합에 대한 관련재판적. 대한 논의, 제25조 제1항의 의미, 제27조 제외. 전속관할이 배제되는 경우도 적시(제31조)

3. 결론

객관적 병합의 관련재판적이 인정된다. 제25조 제1항

[4] 2021년

【문제-4】 (20점)

甲은 乙을 상대로 서울중앙지방법원에 소유권이전등기 및 소유권보존등기말소를 청구하는 소를 제기하였다. 제1심 법원에서 甲 승소의 판결이 선고되자 乙이 항소하였다. 항소심은 서울고등법원에서 乙의 항소를 기각하는 판결이 선고되었으며, 그 후 대법원에서 乙의 상고가 기각되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙의 상고가 기각된 후, 위 소송의 항소심 판결에서 증거로 채택되었던 증인 丙의 증언이 허위진술이라 하여 丙에게 위증죄의 유죄 판결이 선고되어 2018.7.24. 확정되었다. 2018.8.17. 乙은 丙의 증언이 위증이라는 것을 재심사유로 하여 제1심 법원이었던 서울중앙지방법원에 재심소장을 제출하였다. 서울지방법원은 2018.10.29. 위 재심사건이 그 관할에 속하지 않는다는 이유로 서울고등법원에 이를 이송하여 2018.11.26. 위 고등법원에 접수되었다. 서울고등법원은 이 사건 재심소장이 접수된 2018.11.26.은 乙이 丙에 대하여 위증죄의 유죄판결이 확정된 것을 알았을 때로부터 30일이 이미 경과된 후이므로 이 사건 재심의 소는 부적법하다고 판단하였다. 이와 같은 서울중앙지방법원의 조치와 서울고등법원의 판단이 적법한지 설명하시오. (14점)

1 문제의 소재

재심관할을 인정을 위하여 우선 판결확정법원이 어디인지 결정되어야 하며 이에 따라 소장이 제기된 시기의 기준이 쟁점이 되는데, 유죄확정판결의 있는 후 30일의 경과되었는지 판단할 수 있다.

2. 재심대상판결의 관할법원

(1) 재심의 전속관할

1) 재심관할

재심의 소는 소가나 심급에 관계없이 취소대상판결을 한 법원의 전속관할에 속한다.(제453조 제1항). 다만 위조 변조 허위진술 등 사실인정에 관한 것을 재심사유로 한 경우 확정판결법원과 관계없이 즉 상고심판결과 관계없이 사실심법원의 vskruf에 대해 재심의 소를 제기하여야 한다.<sup>2)</sup>

2) 항소기각판결된 재심대상결의 확정법원

제1심의 종국판결에 대하여 항소심이 항소기각의 본안판결을 한 경우 항소심판결이 재심대상의 확정판결이 된다. 따라서 항소법원만이 관할권을 갖게 된다.(제451조 제3항).

(2) 재심의 이송

1) 문제점

당사자가 착오로 항소심에 제기하여야 할 소를 제1심법원에 소를 제기한 심급관할 위반의 경우 이에 대한 처리가 문제된다.

2) 통상의 심급위반의 소제기

통상 심급관할의 위반의 문제는 공익적인 문제로 취급하여 관할법원으로 이송하자는 견해가 다수설과 판례<sup>3)</sup>이다.

3) 재심관할의 심급위반의 경우 이송

재심에서 심급위반의 경우 판례는 당사자의 의사를 존중하는 입장이다.<sup>4)</sup> 항소심에서 본안판결을 한 경

2) 대법원 1983. 4. 26. 선고 83사2 판결: 가. 상고심에는 직권조사 사항이 아닌 이상 사실인정의 직책이 없으므로 재심대상판결인 상고심판결에 증거취사를 잘못된 채증법칙위배의 위법이 있다는 사유는 민사소송법 제422조 소정의 어느 재심사유에도 해당한다고 볼 수 없다. 나. 민사사건의 1,2,3심 판결의 기초가 된 형사 제1심의 유죄판결이 제 2,3심에서 무죄로 변경되었다는 사유는 증거판단의 적부에 관한 사항이므로 사실심의 판결에 대한 재심사유는 될지 언정 상고심 판결에 대한 재심사유는 되지 않는다.

3) 대법원 1995. 1. 20. 자 94마1961 전원합의체 결정: 항고인이 비록 원심법원의 항고장각하결정정에 대하여 불복하면서 제출한 서면에 '재항고장'이라고 기재하였다고 하더라도 이는 즉시항고로 보아야 한다는 이유로, 대법원에 기록송부된 사건을 그 관할법원인 항고법원으로 이송한 사례.

4) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카1981 전원합의체 판결: 가. 항소심에서 본안판결을 한 경우에는 제1심판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못하므로 그 경우 항소심판결이 아닌 제1심 판결에 대하여 제1심법원에 제기된 재심의

우에는 제1심판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못하므로 그 경우이나 항소심에서 본안판결을 한 사건에 관하여 제기된 재심의 소가 제1심판결을 대상으로 한 것인가 또는 항소심판결을 대상으로 한 것인가의 여부는 재심소장에 기재된 재심을 할 판결의 표시만 가지고 판단할 것이 아니라 재심의 이유에 기재된 주장내용(재심사유가 항소심 판결에 관한 것인지 여부)을 살펴보고 재심을 제기한 당사자의 의사를 참작하여 판단할 것이다.

**(3) 소결**

재심관할은 확정판결의 전속관할로 관할위반의 경우 이송하여야 한다. 다만 통상의 심급관할 위반의 경우와 달리 당사자의 의사를 존중하고자 하는 것이 판례의 태도이며 이에 따라 재심제기의 적부가 결정될 수 있다. 서울중앙지방법원의 이송은 일응 적법하다.

**3. 재심기간의 도과여부**

**(1) 유죄확정판결이 적법요건성**

제451조 제1항 제4호 내지 제7호의 가벌행위에 대하여 판례는 적법요건설의 입장에서 유죄의 확정판결이 없을 경우 재심의 소를 각하하고, 재심사유에 대해 판단할 것이 아니라고 한다. 이러한 경우 유죄 확정판결사실 자체도 적법요건이며 이를 안 경우 30일의 제기기간은(제456조 제1항)은 적법요건에 해당한다. 이에 대한 소제기의 적법여부를 판단할 수 있다.

**(2) 이송한 재심의 소제기의 기산점**

**1) 문제점**

사안의 경우 재심의 소가 재심제기기간 내에 제1심법원에 제기되었으나 재심사유 등에 비추어 항소심 판결을 대상으로 한 것이라 인정되는 경우 재심기간의 기산점을 항소법원으로 하여야 하는지 문제되고 이에 따라 서울고등법원의 조치가 타당한지 결정할 수 있다.

**2) 판례의 태도<sup>5)</sup>**

재심의 심급위반의 경우 예외적으로 당사자의 의사를 존중하는 판례에 의하면 항소심법원에 이송한 경우에 있어서 재심제기기간의 준수여부는 제1심법원에 제기된 때를 기준으로 할 것이지 항소법원에 이송된 때를 기준으로 할 것은 아니라는 입장이다.

**(3) 사안의 경우**

고등법원에서 수이송법원의 이송시기를 기준으로 위증죄의 유죄판결이 확정된 것을 알았을 때로부터 30일이 이미 경과된 후로 판단한 것은 판례에 비추어 타당하지 않다.

**4. 결론**

서울중앙지방법원이 재심의 관할이 없음을 이유로 이송한 것은 항소심이 본안판결한 사안이므로 적절한 조치이고 한편 유죄확정판결을 안 날로부터 기산은 서울고등법원이 재심기간을 수이송법원의 이송시점을 기준으로 한 것이므로 적법한 판단이 아니다.

소는 재심대상이 아닌 판결을 대상으로 한 것으로서 재심의 소송요건을 결여한 부적합한 소송이며 단순히 재심의 관할을 위반한 소송이라고 볼 수는 없으나, 항소심에서 본안판결을 한 사건에 관하여 제기된 재심의 소가 제1심판결을 대상으로 한 것인가 또는 항소심판결을 대상으로 한 것인가의 여부는 재심소장에 기재된 재심을 할 판결의 표시만 가지고 판단할 것이 아니라 재심의 이유에 기재된 주장내용(재심사유가 항소심 판결에 관한 것인지 여부)을 살펴보고 재심을 제기한 당사자의 의사를 참작하여 판단할 것이다. 나. 일반적으로 소송행위의 해석은 실제법상의 법률행위와는 달리 철저한 표시주의와 외관주의에 따르도록 되어 있고 표시된 내용과 저촉되거나 모순되는 해석을 할 수 없는 것이지만, 표시된 어구에 지나치게 구애되어 획일적으로 형식적인 해석에만 집착한다면 도리어 당사자의 권리구제를 위한 소송제도의 목적과 소송경제에 반하는 부당한 결과를 초래할 수 있으므로 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전체를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요가 있는 것이다. 다. 재심의 소가 재심제기기간내에 제1심법원에 제기되었으나 재심사유 등에 비추어 항소심판결을 대상으로 한 것이라 인정되어 위 소를 항소심법원에 이송한 경우에 있어서 재심제기기간의 준수여부는 민사소송법 제36조 제1항의 규정에 비추어 제1심법원에 제기된 때를 기준으로 할 것이지 항소법원에 이송된 때를 기준으로 할 것은 아니다.

5) 앞의 각주 판례

### III. 판례

◆미국 캘리포니아주 연방지방법원에서 받은 확정판결의 외국판결의 승인 및 집행판결에 있어서 특정 이행 명령 부분이 상호보증요건은 갖추었으나 집행권원 적격성을 갖추지 못하였다는 대법원 2017. 5. 30. 선고 2012다23832 판결.

◆특허권 침해를 청구원인으로 하는 손해배상청구 사건이 2015. 11. 5. 제1심법원에 소가 제기되어 2015. 12. 1. 법률 제13522호로 개정된 법원조직법 시행일 이후인 2016. 11. 25. 제1심판결이 선고된 사안에서, 개정 법원조직법에 따라 그에 대한 항소사건은 특허법원의 전속관할에 속한다는 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다259988 판결

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

◆채무자에 대한 파산선고 후 파산채권자가 채권자취소의 소를 제기할 수 없으며, 채무자에 대한 파산선고 후 파산채권자가 채권자취소의 소를 제기한 경우, 파산관재인이 소송수계하며 파산관재인이 소송수계 후 부인의 소로 변경하여야 하며 파산계속법원이 전속관할에 속한다는 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다265129 판결

◆민사소송법 제217조 제1항 제4호에서 정한 상호보증의 요건을 갖추었는지 판단하는 기준에 관한 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결

[1] 민사소송법 제217조 제1항 제2호는 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판의 승인요건으로 ‘패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것’을 규정하고 있다. 여기서 패소한 피고가 소장 등을 적법한 방식에 따라 송달받았을 것 또는 적법한 방식에 따라 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것을 요구하는 것은 소송에서 방어의 기회를 얻지 못하고 패소한 피고를 보호하려는 데 목적이 있다. 따라서 법정지인 재판국에서 피고에게 방어할 기회를 부여하기 위하여 규정한 송달에 관한 방식과 절차를 따르지 아니한 경우에도, 패소한 피고가 외국법원의 소송절차에서 실제로 자신의 이익을 방어할 기회를 가졌다고 볼 수 있는 때는 민사소송법 제217조 제1항 제2호에서 말하는 피고의 응소가 있는 것으로 봄이 타당하다.

[2] 민사소송법 제217조 제1항 제3호는 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 ‘확정재판 등’이라 한다)의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것을 외국재판 승인요건의 하나로 규정하고 있다. 여기서 확정재판 등을 승인한 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지는 승인 여부를 판단하는 시점에서 확정재판 등의 승인이 우리나라의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는 영향을 확정재판 등이 다른 사안과 우리나라와의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다.

그리고 민사소송법 제217조의2 제1항은 “법원은 손해배상에 관한 확정재판 등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판 등의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다.”라고 규정하고 있는데, 이는 징벌적 손해배상과 같이 손해전보의 범위를 초과하는 배상액의 지급을 명한 외국법원의 확정재판 등의 승인을 적정범위로 제한하기 위하여 마련된 규정이다. 따라서 외국법원의 확정재판 등이 당사자가 실제로 입은 손해를 전보하는 손해배상을 명하는 경우에는 민사소송법 제217조의2 제1항을 근거로 승인을 제한할 수 없다.

[3] 민사소송법 제217조 제1항 제4호는 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 ‘확정재판 등’이라 한다)의 승인요건으로 “상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는

국가에 있어 확정재판 등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것”을 규정하고 있다. 우리나라와 외국 사이에 같은 종류의 판결의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하며 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 민사소송법 제217조 제1항 제4호에서 정하는 상호보증의 요건을 갖춘 것이다. 이러한 상호보증은 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 따라 승인요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 외국에서 구체적으로 우리나라의 같은 종류의 판결을 승인한 사례가 없더라도 실제로 승인할 것이라고 기대할 수 있는 정도이면 충분하다.

◆대한민국 법원에 제기된 대여금 청구 소송의 당사자들이 모두 중국인들이고 계약체결지가 중국이나, 피고들이 중국에서의 재판에 불응하고 대한민국에 생활기반을 마련하였고 원고도 영업을 위해 대한민국에 입국한 경우 대한민국 법원의 국제재판관할권 인정 여부 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결

1. 국제사법 제2조 제1항은 “법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.”라고 정하고 있다. 여기에서 ‘실질적 관련’은 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 정도로 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 관련성이 있는 것을 뜻한다. 이를 판단할 때에는 당사자의 공평, 재판의 적정, 신속과 경제 등 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다. 구체적으로는 당사자의 공평, 편의, 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라, 재판의 적정, 신속, 효율, 판결의 실효성과 같은 법원이나 국가의 이익도 함께 고려하여야 한다. 이처럼 다양한 국제재판관할의 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지는 개별 사건에서 실질적 관련성 유무를 합리적으로 판단하여 결정하여야 한다(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결, 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908, 71915 판결 등 참조).

국제사법 제2조 제2항은 “법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.”라고 정하여 제1항에서 정한 실질적 관련성을 판단하는 구체적 기준 또는 방법으로 국내법의 관할 규정을 제시한다. 따라서 민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단기준으로 작용한다. 다만 이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할권을 판단할 때에는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있다.

2. 민사소송법 제3조 본문은 “사람의 보통재판적은 그의 주소에 따라 정한다.”라고 정한다. 따라서 당사자의 생활 근거가 되는 곳, 즉 생활관계의 중심적 장소가 domiciliary의 가장 일반적·보편적 발생근거라고 할 수 있다. 민사소송법 제2조는 “소는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다.”라고 정하고 있는데, 원고에게 피고의 주소지 법원에 소를 제기하도록 하는 것이 관할 배분에서 당사자의 공평에 부합하기 때문이다. 국제재판관할에서도 피고의 주소지는 생활관계의 중심적 장소로서 중요한 고려요소이다.

국제재판관할에서 특별관할을 고려하는 것은 분쟁이 된 사안과 실질적 관련이 있는 국가의 관할권을 인정하기 위한 것이다. 민사소송법 제11조는 “대한민국에 주소가 없는 사람 또는 주소를 알 수 없는 사람에 대하여 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 청구의 목적 또는 담보의 목적이나 압류할 수 있는 피고의 재산이 있는 곳의 법원에 제기할 수 있다.”라고 정한다. 원고가 소를 제기할 당시 피고의 재산이 대한민국에 있는 경우 대한민국 법원에 피고를 상대로 소를 제기하여 승소판결을 얻으면 바로 집행하여 재판의 실효를 거둘 수 있다. 이와 같이 피고의 재산이 대한민국에 있다면 당사자의 권리구제나 판결의 실효성 측면에서 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정할 수 있다. 그러나 그 재산이 우연히 대한민국에 있는 경우까지 무조건 국제재판관할권을 인정하는 것은 피고에게 현저한 불이익이 발생할 수 있다. 따라서 원고의 청구가 피고의 재산과 직접적인 관련이 없는 경우에는 그 재산이 대한민국에 있게 된 경위, 재산의 가액, 원고의 권리구제 필요성과 판결의 실효성 등을 고려하여 국제재판관할권을 판단해야 한다.

나아가 예측가능성은 피고와 법정지 사이에 상당한 관련이 있어서 법정지 법원에 소가 제기되는 것에 대하여 합리적으로 예견할 수 있었는지를 기준으로 판단해야 한다. 피고가 대한민국에서 생활 기반을 가지고 있거나 재산을 취득하여 경제활동을 할 때에는 대한민국 법원에 피고를 상대로 재산에 관한 소가 제기되리라는 점을 쉽게 예측할 수 있다.

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

☞ 중국인 원고가 중국에서 중국인 피고들에게 금전을 대여하였는데 피고들이 이를 변제하지 아니하고 중국에서 제기된 소송에도 응하지 아니한 채 대한민국에 입국하여 부동산과 차량을 구입하는 등으로 생활의 근거를 마련하고 영주권 취득의 전제가 되는 비자를 취득한 후, 원고도 영업을 하기 위하여 대한민국에 입국하여 피고들을 상대로 대한민국 법원에 소를 제기한 사안에서 대한민국 법원의 관할권을 인정할 원심이 앞서 본 국제재판관할 판단기준에 비추어 타당하다고 보아 상고를 기각한 사례

◆ 대한민국 법원에 제기된 대여금 청구 소송의 당사자들이 모두 중국인들이고 계약체결지가 중국이나, 피고들이 중국에서의 재판에 불응하고 대한민국에 생활기반을 마련하였고 원고도 영업을 위해 대한민국에 입국한 경우 대한민국 법원의 국제재판관할권 인정 여부-대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결

- [1] 국제사법 제2조 제1항에서 정한 ‘실질적 관련’의 의미 및 판단 기준
- [2] 민사소송법 관할 규정이 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단 기준으로 작용하는지 여부(적극) / 국제재판관할에서도 피고의 주소지가 생활관계의 중심적 장소로서 중요한 고려요소인지 여부(적극)
- [3] 국제재판관할에서 특별관할을 고려하는 이유 및 원고가 소를 제기할 당시 피고의 재산이 대한민국에 있으나 원고의 청구와 직접적 관련이 없는 경우, 국제재판관할권을 판단하는 방법
- [4] 국제재판관할에서 예측가능성을 판단하는 기준 및 피고가 대한민국에서 생활 기반을 가지고 있거나 재산을 취득하여 경제활동을 하는 경우, 대한민국 법원에 피고를 상대로 재산에 관한 소를 제기하리라는 점에 관하여 예측가능성이 인정되는지 여부(적극)
- [5] 국제재판관할권이 병존할 수 있는지 여부(적극) 및 지리, 언어, 통신의 편의 측면에서 다른 나라 법원이 대한민국 법원보다 더 편리하다는 것만으로 대한민국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정할 수 있는지 여부(소극)
- [6] 갑은 중국 국적으로 중국에서 사채업에 종사하다가 대한민국에서 영업을 하려고 입국한 사람이고, 을 등은 중국 국적의 부부로 중국에서 부동산개발사업을 영위하다가 대한민국에 거주지를 마련한 사람들인데, 갑이 과거 중국에서 을 등에게 빌려준 대여금의 반환을 구하는 소를 대한민국 법원에 제기한 사안에서, 제반 사정에 비추어 위 소는 대한민국과 실질적 관련성이 있으므로 대한민국 법원이 국제재판관할권을 가진다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례

◆ 특허법원의 전속관할을 위반하였는지 여부[대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다284186 판결

◇상표권 침해를 원인으로 손해배상을 청구하는 사건에서 지방법원 단독판사의 제1심 판결에 대한 항소사건이 특허법원의 전속관할에 속하는지 여부(적극)◇

2015. 12. 1. 법률 제13521호로 개정된 민사소송법 제24조 제2항, 제3항은 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 품종보호권(이하 ‘특허권 등’이라 한다) 등의 지식재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조부터 제23조까지의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원(서울고등법원이 있는 곳의 경우 서울중앙지방법원)의 전속관할로 하되, 그 지방법원이 서울중앙지방법원이 아닌 경우 서울중앙지방법원에도 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 위 개정 규정은 부칙(2015. 12. 1.) 제1조, 제2조에 의하여 그 시행일인 2016. 1. 1. 이후 최초로 소장이 접수된 사건부터 적용된다.

한편 2015. 12. 1. 법률 제13522호로 개정된 법원조직법 제28조, 제28조의4 제2호, 제32조 제2항은 특허권 등의 지식재산권에 관한 민사사건의 항소사건을 고등법원 및 지방법원 합의부의 심판대상에서

제외하고 특허법원이 심판한다고 규정하고 있다. 위 개정 규정은 부칙(2015. 12. 1.) 제1조, 제2조에 의하여 2016. 1. 1.부터 시행하되 그 시행일 전에 소송계속 중인 특허권 등의 지식재산권에 관한 민사 사건에 대하여 위 시행일 이후에 제1심판결이 선고된 경우에도 적용된다.

☞ 특허법원 전속관할을 규정한 개정 법원조직법 시행 이후인 2017. 7. 12. 상표권 침해를 원인으로 손해배상을 구하는 이 사건 소가 제기된 사안에서, 그 항소사건은 개정 민사소송법과 법원조직법에 따라 특허법원 전속관할에 속함에도 원심이 제1심 판결에 대한 항소사건을 실체에 들어가 판단하여 전속 관할에 관한 법리를 오해하였다고 보아 파기한 후 특허법원에 이송한 사례

☞ 특허권, 상표권 등의 침해금지를 구하지 않고 손해배상만 청구한 사건의 제1심을 지방법원 단독판사가 담당하는 경우에도 그 항소심은 지방법원 합의부 관할이 아닌 특허법원의 전속관할에 속하게 되므로(법원조직법 제32조 제2항 참조), 실무상 유의할 필요가 있음

◆ 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정되는지 여부가 문제된 사건 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다230588 판결

◇중국 회사들 사이의 물품거래에 따른 미지급 물품대금을 중국 회사의 100% 지분을 보유하고 있는 한국 회사를 상대로 그 지급을 구할 경우 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정되는지 여부◇

민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단기준으로 작용한다. 다만 이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할권을 판단할 때에는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결 참조). 민사소송법 제2조는 “소는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다.”라고 정하고 있고, 민사소송법 제5조 제1항 전문은 “법인, 그 밖의 사단 또는 재단의 보통재판적은 이들의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳에 따라 정한다.”라고 정하고 있다. 이는 원고에게 피고의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 법원에 소를 제기하도록 하는 것이 관할 배분에서 당사자의 공평에 부합하기 때문이므로, 국제재판관할에서도 피고의 주된 사무소가 있는 곳은 영업관계의 중심적 장소로서 중요한 고려요소가 된다. 한편 국제재판관할에서 특별관할을 고려하는 것은 분쟁이 된 사안과 실질적 관련이 있는 국가의 관할권을 인정하기 위한 것이다. 가령 민사소송법 제11조에서 재산이 있는 곳의 특별재판적을 인정하는 것과 같이 원고가 소를 제기할 당시 피고의 재산이 대한민국에 있는 경우 대한민국 법원에 피고를 상대로 소를 제기하여 승소판결을 얻으면 바로 집행하여 재판의 실효를 거둘 수 있으므로, 당사자의 권리구제나 판결의 실효성 측면에서 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정할 수 있는 것이다. 나아가 예측가능성은 피고와 법정지 사이에 상당한 관련이 있어서 법정지 법원에 소가 제기되는 것에 대하여 합리적으로 예견할 수 있었는지를 기준으로 판단해야 한다. 만일 법인인 피고가 대한민국에 주된 사무소나 영업소를 두고 영업활동을 할 때에는 대한민국 법원에 피고를 상대로 재산에 관한 소가 제기되리라는 점을 쉽게 예측할 수 있다. 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수도 있다. 지리, 언어, 통신의 편의, 법률의 적용과 해석 등의 측면에서 다른 나라 법원이 대한민국 법원보다 더 편리하다는 것만으로 대한민국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정해서는 안 된다(위 대법원 2016다33752 판결 참조).

☞ 중국 회사인 원고들이 중국 회사인 소외 회사에게 물품을 공급한 후 지급받지 못한 물품대금을 소외 회사의 100% 지분을 보유하고 있는 한국 회사인 피고를 상대로 중국법상 1인 주주의 유한책임회사 연대책임 법리에 따라 이를 부담해야 한다고 주장하면서 그 지급을 구하는 사안임

☞ 대법원은, 피고의 보통재판적인 주된 사무소의 소재지가 대한민국에 있고, 피고는 소외 회사의 100% 지분을 보유하고 있는 모회사로서 자료 확보나 사실관계 파악에 무리가 없어서 대한민국 법원에서 소송을 수행하는 것이 중국 법원보다 불리하다고 볼 수 없는 점, 지리상·언어상 불이익을 감수하면서 대한민국 법원에서 재판을 받고자 하는 원고들의 의사도 존중할 필요가 있는 점, 피고로서는 자신의 주된 사무소가 있는 대한민국 법원에 소외 회사의 물품대금 채무와 관련한 소가 제기될 수 있다는 점을 예측할 수 있었던 점, 피고의 재산이 있는 곳에 국제재판관할을 인정하는 것이 당사자의 권리구제나 재판의 실효성 측면에서 재판의 적정, 신속 이념에 부합하는 점 등을 고려할 때 대한민국 법원과 해당 소송의 당사자 또는 그 분쟁이 된 사안 사이에 실질적인 관련성이 있어 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정된다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기하고 사건을 1심으로 환송하였음

## 제2장 당사자편

### I. 당사자 역대 기출문제의 특징과 대비

#### 1. 민사소송법과 소송의 주체

소송법을 처음 시작하게 되면 민사소송법이 무엇인가와 신의성실의 원칙에 대한 전개가 시작된다. 다음으로 법원에 관한 논의를 하는데, 소송의 주체는 법원과 당사자로서 타당한 전개라고 할 것이다. 이는 해석법학의 흐름에 따라 법조문이 위치가 법원에서 시작하는 이유가 가장 크다. 다른 한편 민사소송법은 객관성을 갖고 있으며 게임의 룰이고 결과적으로 직권주의가 중요한 부분을 차지하게 되는 이유이기도 하다.

당사자주의와 직권주의-이는 소송법의 영원한 ‘헤게모니’이다. 이 심화수업의 정점은 결국 당사자주의와 직권주의에 관한 영역의 싸움이며 결정판은 권리보호요건에 관한 논의로 귀결된다. 구체적인 부분은 수업시간에 논의하도록 한다.

#### 2. 당사자

당사자는 통상 당사자확정과 관련한 성명모용소송, 당사자능력, 당사자적격이 논의되고, 동일한 범위에서 소송대리인인 경우 법정대리인과 임의대리인이 논의된다. 가장 특징적인 것은 당사자는 사망에 관한 문제가 2010년대 전반기와 후반기로 출제되고 있다는 것이다. 매년 출제될 것은 장담할 수 없으나, 출제가 소제기전과 소송중 당사자의 사망에 관한 출제의 빈도수는 상계 다음으로 가장 많은 것은 재미있는 사실이다.

당사자에 관한 것은 출제영역이 상당히 넓어 2010년 중반까지 편재가 일반적이었지만, 중반 이후에는 사망과 관련된 것만 출제되었고, 기껏 채권자대위소송과 관련한 몇 개의 논점이 출제되는 정도라고 보아도 무방하다. 민사소송에서 당사자의 영역은 중요한데 시험출제의 빈도수는 의미없는 수치이다. 2017년 이후 회생법원이 전문법원으로 설립되면서 파산에 관한 중요판례가 대법원에 나오고 있는데, 당사자적격과 관련하여 각종 시험에 출제될 가능성이 높다고 생각한다.

## II. 역대 기출문제

### [1] 2009년

#### 【제 A-2 문】 (20점)

甲이 乙을 상대로 A부동산의 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 법원이 乙의 주소지로 소장부분을 송달하였는데, 丙이 마치 자기가 乙인양 수령하였고 乙의 명의로 변호사 丁을 선임하여 丁이 乙의 소송대리인으로서 소송을 수행하였다(다음 설문은 상호 독립적임).

- (1) 이 소송의 피고는 누구인가?(10점)
- (2) 소송계속 중 법원이 이러한 사실을 알게 되었을 경우 법원은 어떠한 조치를 취하여야 하는가?(5점)
- (3) 법원이 이러한 사실을 모르고 청구를 인용하는 판결을 한 경우 乙이 취할 수 있는 소송상의 구제수단은 무엇인가?(5점)

### I. 설문 (1)에 관하여

#### 1. 문제의 소재

피고명의로인 피모용자 乙과 소송수행자인 모용자 丙이 다른 경우 누가 피고인지 문제된다. 이는 당사자확정의 문제이다.

#### 2. 당사자확정의 기준

##### (1) 문제점

소송계속 중인 사건에서 당사자가 누구인가는 소송의 효력과 관계된다. 당사자확정의 기준에 관하여 견해가 대립한다.

##### (2) 견해의 대립

###### 1) 학설의 대립

①원고나 법원이 당사자로 삼으려는 자가 당사자가 된다는 의사설, ②소송상 당사자로 취급되거나 또는 당사자로 행동하는 자가 당사자가 된다는 행동설, ③소장에 나타난 당사자의 표시를 비롯하여 청구원인 기타의 기재 등 전 취지를 기준으로 하여 객관적으로 당사자를 확정하여야 한다는 표시설, ④소송이 개시되는 때에는 표시설에 의하되 소송진행 뒤에는 누가 절차보장을 받았는가를 기준으로 정하여야 한다는 규범분류설의 대립이 있다.

###### 2) 판례의 태도

판례는 당사자는 소장에 기재한 표시만에 의할 것이고 청구의 내용과 원인사실을 종합하여 확정하여야 하는 것<sup>6)</sup>이라고 판시하여 원칙적으로 표시설의 입장으로<sup>7)</sup> 판시하여 의사설을 부분적으로 취하고 있다.

##### (3) 검토

#### 3. 사안의 해결

의사설에 의하면 원고의 의사대로 피모용자인 乙이, 행동설에 의하면 소송을 수행하는 모용자인 丙이, 표시설에 의하면 소장의 표시대로 피모용자 乙이 당사자로 된다. 사안의 경우 실질적 표시설에 의해 소장에 기재된 대로 피고는 乙로 확정된다.

### II. 설문 (2)에 관하여

#### 1. 문제점

성명모용소송에서 피모용자인 당사자가 확정된 경우 소송의 효력은 피모용자인 당사자에게 미친다. 이 경우 모용자에 대한 법원의 조치가 문제되는 것이다.

#### 2. 모용자의 소송행위의 효력

##### (1) 당사자확정과 모용자의 행위

- 6) 대판 1986.9.23, 85누953 등 예외적으로 『이미 사망한 자를 사망한 것을 모르고 피고로 하여 제소하였을 경우 사실상의 피고는 사망자의 상속인이고 다만 그 표시를 그릇한 것에 불과하다고 해석함이 타당하다』.
- 7) 대판 1969.12.9, 69다1230 등

표시설에 의하는 경우 소장에 표시된 자가 당사자이므로 소송행위의 효력은 당사자에게 미친다. 따라서 피모용자의 행위는 당사자의 행위로서 피모용자의 행위로서 의미를 갖게 된다. 그러나 피모용자가 당사자인 것은 아니다.

**(2) 피모용자의 변호사선임행위**

표시설의 경우에는 피모용자가 당사자이므로 모용자의 소송행위는 마치 절차에 관여할 수 없는 무권대리인의 행위처럼 무효로 된다. 모용자는 무권대리인과 동일한 의미를 갖는다.

**(3) 사안의 경우**

丙이 乙의 명의로 변호사 丁을 선임한 것은 무효이므로, 丁이 乙의 소송대리인으로서 소송을 수행한 것은 무권대리행위로서 乙에게는 무효이다.

**3. 성명모용사실을 발견한 경우 법원의 조치**

**(1) 소송대리권의 조사**

소송대리인이 대리권의 존부는 직권조사사항이다. 따라서 피모용자의 행위가 무권대리로서 의미를 갖는 경우 소장의 전취지에 의해 확정되는 당사자와 사실상 당사자로서 소송수행하는 자가 동일한지 여부를 법원은 직권으로 조사하여야 한다.

**(2) 원고와 피고의 모용된 각각의 경우**

법원이 성명모용사실을 알게 된 경우 i) 원고측이 모용되었으면 피모용자가 그 소를 추인하지 않는 한 판결로써 소를 각하하여야 하고, ii) 피고가 이 모용된 경우에는 모용자의 소송관여를 배척하고 진정한 피고에게 기일통지를 하여 다시 소환하여야 한다.

**(3) 소결**

丁의 소송관여를 배척하고 乙에게 소장부분 및 기일통지를 하여 다시 소환하여야 한다.

**4. 설문 (2)의 해결**

피모용자의 행위는 무권대리인의 행위가 된다. 이에 의한 변호사의 선임행위도 무권대리인이며 법원은 직권조사사항으로 피모용자와 선임된 대리인을 모두 배척하고 진정한 당사자를 소환하여야 한다.

**III. 설문 (3)에 관하여**

**1. 문제의 소개**

성명모용사실을 간과하여 판결이 선고된 경우 i) 판결의 효력이 누구에게 미치며, ii) 판결이 유효한지, 또 iii) 이때 피모용자의 구제책이 문제된다.

**2. 판결의 효력이 미치는 자 및 판결의 효력**

**(1) 당사자확정의 효력**

표시설에 의하면 소장에 표시된 피모용자가 당사자이므로 판결의 효력은 피모용자에게 미친다. 그러나 그 판결의 효력이 당사자에게 미치는 것이 타당한지 그 판결의 효력이 유효여부는 검토할 필요가 있다.

**(2) 성명모용소송 판결의 효력**

성명모용사실을 간과한 판결라도 당연무효라고 할 수는 없다. 위법하지만 그 하자가 명백하고 중대하다고 볼 수 없으므로 유효하지만 위법한 판결이라고 할 것이다. 따라서 상소와 재심으로 다투는 것은 별론으로 판결의 효력은 인정된다.

**(3) 사안의 경우**

丙의 성명모용사실을 간과하고, 甲 승소판결이 선고된 경우 위 판결은 유효하며, 피모용자인 乙에게 판결의 효력이 미쳐 강제집행 당할 수도 있으므로 이에 대한 乙의 구제책이 강구되어야 한다.

**3. 피모용자 乙의 구제책**

**(1) 판결의 효력을 다투는 방법**

**1) 확정전**

피고 아닌 자가 피고를 참칭하여 소송행위를 한 경우 소송대리권이 없는 자가 피고의 소송대리인으로서 소송행위를 한 경우와 아무런 차이가 없는 것이며 이러한 경우에 법원이 피고 아닌 자가 피고를 모

용하여 소송을 진행한 사실을 알지 못하고 판결을 하였다면 피모용자는 피모용자는 무권대리인이 대리권을 행사한 경우처럼 확정 전이면 상소(제424조 제1항 4호)에 의하여 다룰 수 있다.

## 2) 확정후

확정후이면 재심의 소(제451조 제1항 3호)를 제기하여 판결의 효력을 취소할 수 있다.

## (2) 별소에 의한 구제책

표시설에 의하면 판결의 효력은 피모용자에게 미치므로 판결확정 후 피모용자는 재심에 의해 확정판결을 취소하기 전에는 별소를 제기하여 권리구제를 받을 수 없다. 왜냐하면 전소의 기판력이 피모용자에게 미쳐 기판력에 저촉되기 때문이다.

## (3) 집행단계과 실체법상 구제책

재심으로 취소되지 않는 한 집행단계에서 청구이의의 소나 불법행위로 다룰 수 없다.

## 4. 설문 (3)의 해결

모용자 丙이 선임한 丁은 乙에 대해서는 무권대리인이고, 이와 같이 무권대리인 丁의 소송수행을 간과한 판결에 대해서 피모용자 乙은 무권대리를 이유로 i) 확정 전이면 상소(법 제424조 제1항 4호), ii) 그 후이면 재심의 소(법 제451조 제1항 3호)를 제기하여 판결의 효력을 취소할 수 있고, iii) 재심에 의해 확정판결을 취소하고, 별소를 제기하여 권리구제를 받을 수 있다.

[2] 2010년

【A-1】 (30점)

종중 A의 대표자 甲은 종중총회의 결의 없이 종중소유의 재산인 부동산의 처분 권한을 乙에게 수여하였는 바, 乙은 동 부동산을 임의로 丙에게 처분하여 이전 등기를 경료해 주고 그 대금을 착복하였다. 이에 종중대표자 甲은 종중결의를 통해 종중 A를 원고로 하여 丙을 상대로 이전등기말소청구의 소를 제기하였다. 소송진행 중 종중대표자 甲이 乙과 공모하여 종중재산을 착복하려 했다는 것을 알게 된 종중 A의 종중원들은 甲을 해임하고 丁을 종중의 새로운 대표자로 선출하였다(아래 두 문제는 서로 무관함).

(1) 甲은 대표권이 상실된 사실을 소송상대방인 丙에게 통지하지 아니하고 변론 기일에 출석하여 이 사건 소를 취하한다고 진술하였고 상대방인 피고 丙 역시 소 취하에 동의하였다. 종중 A의 새로운 대표자 丁은 종전 대표자 甲의 소 취하가 무효라고 주장하면서 그 효력을 다투고자 한다. 적절한 방법은 무엇인지 논하고 아울러 丁의 주장이 인용될 수 있는지 여부에 대하여 논하시오. (20점)

(2) 피고 丙은 위 소송진행 중 한정지산선고를 받게 되었다. 그런데 피고 丙은 변론기일에 이러한 사실을 진술하지 않고 소송을 수행하였다. 이 때 1심 법원이 원고 종중 A의 청구를 인용하는 경우 혹은 기각하는 경우 각 패소당사자의 소송상의 구제책을 논하시오. (10점)

I. (A-1)문의 (1)의 쟁점과 결론

1. 쟁점

법인의 대표자가 대표권이 상실된 후 이를 상대방에게 통지하지 아니하고 소취하를 한 경우 그 소취하의 무효를 다퉴 수 있는 소송상 방법을 묻는 것이고, 또 그 다투는 주장이 인용이 될 수 있는지 문제된다.

2. 결론

법인대표권의 상실에 관한 통지효력에 관한 제64조가 제63조를 준용하므로 대표권상실에 대한 소멸통지를 하지 않아 대리권소멸의 효력을 다퉴수 없다. 소의 취하는 유효하며 이를 다투는 경우 기일지정신청한다. 법원은 소취하가 있는 경우 소송종료선언한다.

3. 주의할 점

항소취하의 경우 기판력있는 재판을 취소시켜야 한다.

II. (A-1)문의 (2) 쟁점과 결론

1. 문제점

소송무능력자의 소송행위에 대한 효력을 묻는 것이다. 승소한 경우 패소한 경우에 따라 제한 능력자의 소송행위를 보호할 것인가 문제된다.

2. 승소여부에 대한 소송행위의 효력

소송무능력자가 받은 판결(승소판결 및 패소판결)에 대해 다투는 방법을 설명해야 한다.

승소한 경우 소송무능력의 문제는 되지 아니하나 다른 사유가 있는 경우 소송행위의 효력은 다퉴 수 있다. 그러나 패소한 경우 소송능력은 소송요건이자 소송행위의 유효요건이므로 흠결을 이유로 무효를 주장할 수 있다.

[3] 2011년

[B-1]

甲이 乙을 상대로 민사상의 청구를 제기하여 소송계속 중이다. 甲 또는 乙은 소의 제3자 丙을 이 소송의 당사자로 추가 또는 교체하고자 한다. 어떠한 소송상의 제도를 이용할 수 있는지를 논하시오.(30점)

I. 서-당사자변경의 가능성

1. 당사자변경의 필요성

소장상의 당사자를 형식적 당사자로 본다. 확정된 당사자를 실질적 당사자, 사실상의 당사자 내지 진정한 당사자라고 부른다. 당사자대립주의에서 당사자가 존재하지 않거나 대립되는 당사자가 아닌 경우 소는 부적법하며, 판결의 효력을 인정할 수 없다. 그러나 소송중에 당사자가 대립되어 있어도 동일하거나 동일하지 않은 경우 소를 각하시키는 것은 소송경제와 신속한 재판이라는 소송상의 이상과 목적을 해하는 결과를 발생시킬 수 있다. 따라서 예외적으로 당사자변경을 허용할 필요가 있다.

2. 동일성인정 여부에 대한 당사자변경

당사자의 동일성을 해치지 않는 범위 내에서 당사자표시를 바로잡는 것을 당사자의 이익을 해하지 아니한다. 즉 표시정정은 허용된다. 그러나 당사자의 동일성이 인정되지 아니하는 경우 극히 예외적인 경우 인정되며 이를 살펴봐야 한다.

3. 소송참가를 통한 소의 변경

당사자의 소송이 계속되는 경우 소송과 이해관계가 있는 자의 참여와 참가는 필요하다. 이러한 경우의 민사소송법은 소송참가이다. 이에 대한 검토도 필요하다.

II. 교환적 당사자 변경

1. 피고경정

(1) 의의

원고가 피고를 잘못 지정한 것이 분명한 경우에 제1심 변론종결 전에 적법한 피고적격자로 교체하는 것을 말한다(제260조).

(2) 요건

1) 원고가 피고를 잘못 지정한 것이 명백할 것

판례는<sup>8)</sup> 피고를 잘못 지정한 것이 명백한 경우란 청구취지나 청구원인의 기재내용 자체로 보아 원고가 법률적 평가를 그르치거나 법인격의 유무에 착오를 일으킨 것이 명백하여 피고를 잘못 지정한 경우를 말한다고 전제한 후 증거조사결과 판명된 사실관계로 미루어 피고의 지정이 잘못된 경우는 포함되지 않는 취지로 경정의 요건을 좁히고 있다. 그러나 다수설은 소송경제를 이유로 피고의 경정을 넓게 인정하여, 의무자를 혼동한 경우에도 탄력성 있는 소송수행을 위하여 피고경정이 허용된다는 입장이다.

2) 소송물의 동일

당사자가 변경되면서 소송상의 청구도 바뀐다면 기존의 소송절차를 이용할 필요가 없을 것이다.

3) 피고의 동의

피고의 경정은 신소제기 및 구소취하의 실질을 가지므로, 피고가 이미 본안에 관한 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에 진술 또는 변론을 한 뒤에는 그의 동의를 받아야 한다(제260조 제1항 단서). 피고가 경정결정서를 송달받은 날로부터 2주일 내에 이의하지 아니하면 동의한 것으로 본다(제260조 제4항).

4) 제1심 변론종결 전과 원고의 신청

이는 새로운 당사자의 심급의 이익을 보장하기 위함이다. 항소심에서 당사자자의 동의를 전제로 가능하다는 견해도 존재한다.

(3) 사안의 경우

8) 대법 1997.10.17, 97마1632

丙이 피고가 되어야 하나, 乙로 잘못 지정한 것이 분명한 경우에는 甲의 신청에 의하여 제1심 변론종결전까지 피고를 교체할 수 있다.

## 2. 교환적 인수승계

### (1) 의의와 취지

인수승계는 소송계속 중 소송의 목적인 권리·의무의 전부나 일부의 승계가 있는 경우에 종전당사자의 인수신청으로 소송의 목적인 권리·의무의 승계인인 제3자를 새로운 당사자로 소송에 강제로 끌어들이는 것을 말한다(제82조). 주로 의무승계인이 인수승계에 있어서 승계적격자가 되는 것이지만, 권리승계인 측도 자신이 승소자신이 없다면 참가를 안 할 수도 있다. 추가적 승계가 인정된다.

### (2) 요건

#### 1) 타인간 소송계속 중일 것

상고심에서는 허용되지 않는다. 또한 사실심의 변론종결 후의 승계인은 제218조에 의하여 기판력이 확장되므로 소송승계를 굳이 인정할 실익이 없다.

#### 2) 소송의 목적인 권리·의무의 승계

인수승계는 소송의 목적인 권리·의무, 즉 소송물 그리고 소송물인 권리관계의 목적물건인 계쟁물을 승계한 때에 허용된다. 다만, 계쟁물의 승계와 관련해서 판례는 채권적 청구권에 기한 소송 중 계쟁물을 취득한 자는 여기의 승계인에 포함되지 않지만,<sup>9)</sup> 물권적 청구권에 기한 소송 중 계쟁물을 양수한 자는 승계인에 포함시키고 있다.

### (3) 사안의 경우

丙이 소송계속중 甲 또는 乙로부터 권리나 의무를 승계한 경우라면 甲 또는 乙의 신청에 의하여 원고나 피고로 인수되어 소송을 승계하여야 한다.

## 3. 원고경정의 허용여부

### (1) 문제점

현행법은 제68조와 제70조에서 원고의 추가는 허용하지만, 교환적 변경과 관련하여서는 피고의 경정만 인정하고 있다(제260조). 따라서 이론적으로 임의적 당사자변경의 한 형태로서 원고의 경정이 가능한지 쟁점이다.

### (2) 견해의 대립

원고가 잘못 지정된 것이 분명한 경우 제260조를 확장해석하거나, 제68조 1항 단서를 유추적용하여 신원고 및 피고의 동이가 있으면 원고경정도 허용할 것이라는 입장과, 법이 명백히 일정한 요건 하에 피고의 경정에 한하여 허용하고 있을 뿐인데 이를 유추하여 원고의 경정까지 허용한다는 것은 해석론을 넘어선 입법론적 견해에 불과하다는 입장의 대립이 있다.

### (3) 판례의 입장

판례는 부락의 구성원 중 일부가 제기한 소송에서 원고의 표시를 부락으로 정정함은 당사자의 동일성을 해한다고 하여 표시정정을 부정하는 입장이다.<sup>10)</sup>

### (4) 사안의 경우

판례에 의하면 원고 甲을 제3자 丙으로 경정하는 것은 허용되지 않는다.

## III. 추가적 당사자 변경

### 1. 고유필수적 공동소송에서의 추가

#### (1) 의의

고유필수적 공동소송에서 공동소송인으로 될 자를 일부 누락한 채 소를 제기하여 당사자적격이 갖추어지지 아니한 경우 제1심 변론종결시까지 원고의 신청에 따라 누락된 원고 또는 피고를 추가할 수 있는데(제68조), 이는 추가적 형태의 임의적 당사자변경이나, 부적법을 적법하게 하는 하나의 보정형태이다.

9) 대법 1983.3.22. 80마283; 매매계약의 매수인이 매도인에게 소유권이전등기청구를 한 경우에 소송 도중에 매도인으로부터 목적물에 대해 등기이전을 받은 제3자는 여기의 승계인에 포함되지 아니한다.

10) 대법 1994.5.24. 92다50232

(2) 요건

1) 고유필수적 공동소송인 가운데 일부가 누락되었을 것

실체법상 당사자적격의 문제이므로 법취지상 유사필수적 공동소송이나 통상공동소송은 그 대상이 되지 않는다.

2) 공동소송의 일반요건을 갖출 것

추가된 당사자는 종전의 당사자와 공동소송인이 되므로 이 경우 공동소송의 요건을 갖추어야 한다.

3) 추가되는 원고의 동의 :

추가된 당사자는 원고측이든 피고측이든 상관없으나 원고의 추가에는 추가될 신당사자의 동의를 얻어야 한다(제68조 제1항 단서). 이것은 소송개시와 관련한 당사자의 처분권을 존중하기 위함이다.

4) 제1심의 변론종결 전일 것

참가자의 심급의 이익을 위한 것이다. 가사소송에서는 항소심의 변론종결시까지 가능하다(가소 제15조 1항). 다만 고유필수적 공동소송은 합일확정이 필요한 것이고, 이해관계가 긴밀하여 다른 필수적 공동소송인이 대응하였다면 항소심의 추가를 제한할 필요는 없다는 입장도 있다.

5) 원고의 신청이 있을 것

피고에게는 신청권이 없다. 다만 피고가 잘못된 것이 명백한 경우에는 법원의 석명을 요한다.<sup>11)</sup>

(3) 사안의 경우

원고 측이든 피고측이든 고유필수적 공동소송에서 丙이 누락된 경우라면 제1심 변론종결전까지 甲의 신청에 의하여 丙을 공동소송인으로 추가할 수 있다.

2. 예비적·선택적 공동소송에서의 추가

(1) 의의

제70조는 예비적·선택적 공동소송을 인정하여 동조 제1항에서 제68조를 준용하여 새로운 당사자를 예비적 당사자나 선택적 당사자로 추가병합함으로써, 소송형태를 예비적·선택적 공동소송으로 바꿀 수 있도록 길을 열어 놓았다.

(2) 양립불가능성

요건으로 양립불가능한 당사자이어 한다. 법률상 양립불가능의 의미는 소송법적 효과의 양립불가능도 포함된다.

(3) 사안의 경우

만일 丙이 원고 甲이나 피고 乙과 공동소송의 요건과 법률상 양립불가능한 지위를 갖추고 있다면 甲의 신청에 의하여 원고 측 또는 피고 측에 공동소송인으로 추가가 가능하다.

3. 통상공동소송에서의 추가 인정여부

(1) 문제점

명문의 규정에 의하여 필수적 공동소송의 경우 당사자의 추가가 인정되지만, 이것이 통상의 공동소송인 경우에도 인정되는지 문제된다.

(2) 견해의 대립

1) 부정설

필수적 공동소송에서는 공동소송인 중 일부를 빠뜨림으로써 당사자적격에 흠결이 생겨 소가 부적법 각하되는 것을 방지하기 위하여 인정되지만, 통상공동소송에서는 공동소송인 중 일부가 누락된 경우에도 당사자적격의 흠결의 문제가 생기지 않으므로 입법취지상 이 경우까지는 추가의 대상이 아니라고 보는 견해이다.

2) 긍정설

통상의 공동소송의 경우에도 분쟁의 일회적 해결과 소송경제의 필요성이 있으므로 추가를 인정하자는 소수설이 있다.

(2) 판례의 태도

11) 대법 1990.1.12, 89누1032

판례는 필수적 공동소송인 아닌 사건에 있어 소송 도중에 피고를 추가하는 것은 그 경위가 어떠한 간에 허용될 수 없다고 하여 통상공동소송의 추가를 허용하지 않는다.<sup>12)</sup>

(3) 검토 및 사안의 경우

공동소송인 중 일부누락의 경우에도 당사자적격에 흠결이 발생하지 않는 통상의 공동소송에서는 명문의 규정이 없는 이상 이를 인정하지 않는 것이 타당하다. 따라서 丙을 추가함으로써 통상공동소송이 되는 경우는 인정할 수 없다 할 것이다.

4. 추가적 인수승계의 허용여부

(1) 문제점

소송의 목적인 채무 자체를 승계한 때가 아니라도, 소송의 목적이 된 채무를 전제로 새로운 채무가 생김으로써 제3자가 새로 피고적격을 취득한 경우에도 소송인수를 허용할 것인지 문제된다.

(2) 견해의 대립

1) 학설의 입장

승계의 의미를 적격승계로 보는가 분쟁지위주체이전설로 보는가에 따라 달라진다. 논리적으로 적격승계설은 인정할 수 없다. 분쟁지위주체이전설은 인정된다. 또한 이를 불허하여 별도의 소를 제기하게 하는 불경제를 막고 관련분쟁의 1회적 해결을 위하여는 이때에도 인수를 인정하는 것이 다수설이다.

2) 판례의 입장

판례는 예외적인 경우 인정하고 있다.

(3) 사안의 경우

甲과 乙간의 소송 중 丙에게 새로운 채무가 생긴 경우라 하더라도 별소 제기 변론병합을 통하지 않는 한 추가적 인수승계는 불허된다.

5. 민사집행법상 추심의 소에 있어서 피고에 의한 다른 채권자의 인입

민사집행법 제249조는 제3채무자가 추심절차에 대하여 의무를 이행하지 아니하는 때에는 압류채권자가 소로써 이행을 청구할 수 있음을 규정하고 있는데, 이때 집행력 있는 정본을 가진 모든 채권자는 공동소송인으로 원고 쪽에 참가할 권리가 있다. 이 경우 소를 제기당한 제3채무자는 소송에 참가하지 않은 집행력 있는 정본을 가진 채권자를 공동소송인으로 원고 쪽에 참가하도록 명할 것을 첫 변론기일까지 신청할 수 있다.

甲이 추심의 소를 제기한 경우 제3채무자 乙의 신청에 의하여 집행권원을 가진 다른 채권자 丙을 원고로 추가하는 것이 가능하다.

IV. 결론

당사자가 동일한 경우 표시정정 등의 방법으로 정정이 허용되지만, 동일성이 인정되지 아니한 경우 원칙적으로 당사자의 변경은 원칙적으로 허용되지 않는다. 그러나 명문으로 교환적 변경의 형태는 피고경정이나 교환적 승계참가는 요건이 허락되는 경우 인정된다. 원고경정의 경우는 허용되지 아니한다.

추가적 당사자변경은 고유필수적 공동소송의 경우 인정되며, 예비적 선택적 공동소송이 인정되지만, 인수승계의 경우나 소송참가는 인정될 수 있다. 하지만 통상의 공동소송은 인정되지 아니한다.

12) 대법 1993.9.28, 93다32095

**【B-2】**

甲은 乙로부터 A부동산을 매수하였으나 아직 소유권이전등기를 경료하지 못하고 있었다. 丙은 A부동산에 관한 등기서류를 위조하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 경료하였다. 그리하여 甲이 丙을 피고로 乙을 대위하여 소유권이전등기말소를 구하는 소를 제기하자, 변론에서 丙은 甲과 乙 사이에 매매계약이 체결된 사실이 없다고 주장하였다.

- (1) 매매계약체결사실의 존부에 대하여 甲과 丙 중 누가 증명책임을 부담하는가? (10점)
- (2) 매매계약체결사실의 존부에 대해 법원이 심증을 형성하지 못한 경우 어떠한 판결을 하여야 하는가? (10점)

**I. 문제의 소재**

실체법상 채권자대위권을 행사하기 위해서는 ① 피보전채권의 존재 ② 피대위채권의 존재 ③ 보전의 필요성 ④ 채무자의 권리불행사를 요건으로 하는데, 설문에서 우선 채권자대위소송에서 채권자는 채무자의 피대위채권을 행사하는 것인지, 자신의 실체적권리를 행사하는 것인지 그 성질이 문제되고, 이에 따라 피보전채권의 존재가 당사자적격의 문제인지 본안의 문제인지의 문제를 살펴 각 설문에 답한다.

**II. 채권자 대위소송의 법적 성질**

**1. 문제점**

자기의 재산권이 아닌 경우 소를 제기할 수 없다. 채권자대위소송에서 소송물이 결정되어야 본안 요건과 소송요건이 구분될 수 있다. 채권자대위소송의 법적 성격을 결정되어 당사자적격의 의미를 파악하여야 한다.

**2. 학설의 대립**

**(1) 법정소송담당설**

채권자대위소송을 제3자의 소송담당 중 법정소송담당으로 보는 견해로서 채권자대위권을 행사하는 경우에는 법률상 권리주체와 함께 채권자에게 관리처분권을 부여한 결과 소송수행권을 가지는 법정소송담당으로 본다. 이 견해에 의하면 채권자대위소송에서 채권자는 채무자의 권리를 행사하는 것으로 본다.

**(2) 독립한 대위권설**

채권자대위소송은 채권자가 채무자를 위하여 소송을 하거나 어떤 직무를 행사하기 위하여 소송을 하는 것이 아니라 자기 채권의 보전을 위하여 즉, 어디까지나 자신의 이익을 위하여 민법이 자신에게 인정한 대위권이라는 실체법상의 권리를 행사하여 소송을 수행하는 것이므로 소송당당이 아니라는 견해이다.

**3. 판례의 태도**

판례는 “채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이어서 채권자가 대 위권을 행사할 당시 이미 채무자가 권리를 재판상 행사하였을 때에는 설사 패소의 본안 판결을 받았더라도 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다”라고 판시하여 독립한 대위권설을 배척하고 법정소송담당설 입장이다.<sup>13)</sup>

**4. 검토 및 피보전채권의 존재의 성질**

독립한 대위권설에 의하게 되면 1회적 의무를 지는 제3채무자가 여러 채권자들에 의하여 여러번의 제소를 당하게 되어 너무 가혹하다는 점을 고려할 때 채권자대위소송의 법적성격은 권리의무의 귀속주체와 함께 법률상의 규정에 의하여 제3자에게 소송수행권이 인정된 법정소송담당으로 보는 것이 타당하다. 따라서 피보전채권이 존재할 것이라는 것은 채권자대위소송의 당사자적격을 이루는 요소로서 소송요건에 해당한다.

**III. 설문 (1)에 대하여**

**1. 당사자적격과 소송요건**

13) 대판 1992.11.10 92다30016

소송요건의 대부분은 직권조사사항으로 채권자대위소송에서 피보전채권의 존재도 이에 해당한다. 직권 조사사항은 피고의 항변의 유무에 관계 없이 법원이 직권으로 조사하여 참작할 사항이다. 사실상 피고가 소송요건의 흠을 들고 나올 때에 본안전항변이라 하지만, 이러한 피고의 주장은 단지 법원의 직권 조사를 촉구하는 데 그치므로 이를 판단하지 아니하였다 하여도 판단누락의 상고이유가 될 수 없다.

**2. 소송요건의 증명**

**(1) 입증책임의 문제**

입증책임의 분배에 관한 통설과 판례는 법률요건분류설이다. 다만 본안판단에 관한 변론주의가 적용되는 경우는 당사자의 책임으로 돌릴 수 있으나 소송요건에 해당하는 경우 직권조사주의나 직권조사사항으로 인정되므로 여전히 법률요건분류설이 타당한 것인지는 논의가 필요하다.

**(2) 직권조사사항의 경우 증명책임**

현재의 통설·판례는<sup>14)</sup> 직권조사사항에 관하여서도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 증명책임의 원칙이 적용되어야 할 것인데, 그 분배와 관련하여 법률요건분류설은 증명책임의 분배를 법규의 구조에서 찾아 각 당사자는 자기에게 유리한 법규의 요건사실의 존부에 대해 증명책임을 지는 것으로 분배시키는 견해로서 법규를 그 기준으로 함으로써 쉽게 설명될 수 있고 당사자에게도 공평하다는 논리로 인정한다.

**3. 설문 (1)의 해결**

본안판결을 받는 것은 원고에게 유리하기 때문에, 직권조사사항인 소송요건은 원고에게 증명책임이 돌아간다. 설문에서 매매계약체결사실의 존재는 甲이 증명해야 할 것이다.

**IV. 설문 (2)에 관하여**

**1. 쟁점의 정리**

채권자대위소송의 법적 성질에 따라 매매계약체결사실의 소송법적 의미를 달리한다. 법적 성질에 따른 이론의 전개 학설이 대립한다.

**2. 학설의 입장**

**(1) 소각하판결설**

채권자 대위소송은 제3자의 소송담당중 법정소송당당에 해당하므로 대위채권자의 채무자에 대한 채권은 대위의 원인을 구성하고, 소송에 있어서 담당자로서의 당사자적격의 기초가 되기에 피보전권리가 인정되지 않을 경우에는 당사자적격이 흠결되어 부적법하게 되므로 각하된다는 입장이다.

**(2) 청구기각판결설**

채권자대위소송을 채권자 자신의 권리를 행사하는 것으로 보는 입장에서는 피보전채권의 존재가 실제 법상의 법률요건이므로 본안판단의 문제라고 보며, 설사 법정소송당당에 해당한다고 하더라도 일반적인 이행의 소와 달리 불 이유가 없으므로 원고가 스스로 채권자라고 주장하면 그가 정당한 당사자이고 피보전채권이 없다고 밝혀졌다면 청구를 이유 없다고 하여 기각해야 한다고 한다.

**3. 판례의 입장**

판례는 일관하여 채권자대위소송에서 대위에 의해 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 않을 경우에는 채권자 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수 밖에 없다고 한다.<sup>15)</sup>

**4. 소결**

채권자대위소송을 법정소송당당으로 본다면 피보전채권의 존재를 이루는 매매계약체결사실은 당사자적격의 기초로 보아 그 부존재시 소각하판결을 하여야 한다.

**V. 설문에 대한 결론**

14) 대판 1997.7.25, 96다39301  
15) 대판 1992.7.28, 92다8996

설문 (1)는 매매계약체결사실의 존재는 甲이 증명해야 할 것이다.

설문 (2)는 피보전채권의 존재를 이루는 매매계약체결사실은 당사자적격의 기초로 보아 그 부존재시 소각하판결을 하여야 한다.

[4] 2013년

【A-1】

마을 주변에 있는 공단에서 배출되는 폐수로 인해 고통을 받고 있던 마을 주민 100명은 피해를 견디다 못해 공동원고가되어 공단 내에 입주한 X회사를 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 소를 제기하였다. 소송 계속 중 원고 100명 가운데 주민 40명은 주민 甲을 선정당사자로 선정하였고 주민 59명은 주민 乙 주민 丙 두 사람을 복수의 선정당사자로 선정하였다. 그러나 주민 丁은 선정당사자를 선정하지 않고 직접 소송을 수행하였다. (甲 乙 丙 丁은 원고들 100명에 포함되어 있으며 다음 각 설문은 독립적임)

- (1) 변론기일에 선정당사자 甲, 乙 및 당사자 丁은 출석하였으나 선정당사자 丙은 불출석하였다. 丙의 불출석이 다른 공동소송인들에게 미치는 효과는 무엇인지 논하시오. (20점)
- (2) 주민 甲을 선정당사자로 선정한 주민 40명 중 한 사람인 A는 선정을 취소하지 않은 상태에서 자신이 직접 X회사를 상대로 불법행위를 원인으로 한 손해배상 청구의 소를 별도로 제기하였다. 이 별소가 적법한지 여부에 대하여 설명하시오. (10점)

I. 설문 (1)의 경우

1. 쟁점

마을 주민 100명이 공동원고가 되어 소송을 진행하던 중, 일부 선정자단에서는 甲을 선정당사자로 선정하고, 다른 선정자단에서는 乙·丙을 선정당사자로 선정하는 한편 피해자인 주민 丁이 공동원고가 된 상황이다. 이때의 공동원고의 소송관계는 통상공동소송인지 아니면 필수적 공동소송인지가 문제된다.

2. 결론

선정당사자들이 같은 선정자단에서 선정되었을 때에는 그들은 소송수행권을 합유하는 관계에 있기 때문에 고유필수적 공동소송인이 된다. 그러나 별개의 선정자단에서 각기 선정된 경우에는 원래의 소송이 필수적 공동소송의 형태가 아니면 통상공동소송관계에 서게 된다. 따라서 乙·丙 사이에는 필수적 공동소송인의 심리원칙이 적용되지만, 甲, 乙·丙, 丁 사이에는 공동소송인 독립의 원칙이 적용된다.

II. 설문 (2)의 경우

1. 쟁점

소송계속 후에 甲을 선정한 주민 A는 당연히 소송에서 탈퇴한다. 이때 A가 선정당사자 甲이 수행하는 소송에 관해 소송수행권을 유지하는가(적격유지설) 아니면 상실하는가(적격상실설)가 문제된다. A가 별소를 제기하는 경우 이는 중복소송에 해당하는지가 문제된다.

2. 결론

적격유지설에 의하는 경우 중복제소가 된다. 그러나 적격상실설의 경우 소제기의 부적법문제가 발생한다. 다만 보존행위 등의 독자적 소송인 경우 중복제소가 된다는 결론이 가능하다.

[5] 2016년

【문제-3】 (30점)

甲과 乙은 동업을 하기로 계약을 맺은 후, 동업자의 조달을 하여 丙에게 “동업을 위한 자금이 필요하다.”고 말하고서 丙으로부터 1억 원을 차용하였다. [아래 (1), (2)설문 상호간, 가, 나. 설문 상호 간은 각 독립임]

(1) 丙이 甲을 단독피고로 하여 위 대여금 전액의 반환을 구하는 소를 제기하여 제1심에서 전부승소 결을 선고받았는데, 甲이 항소를 제기하여 그 변론기일에 “乙과의 동업자금으로 차용한 것이므로 甲에게만 청구한 것은 부적법하다.”는 주장을 하였다.

가. 甲의 주장사실과 관련된 소의 부적법 사유가 항소심에서 치유될수 있는 방법이 무엇인지 설명하시오.(10점)

나. 丙이 항소심 도중 위 소를 취하하고 나서 甲, 乙을 공동피고로 하여 1억 원의 반환을 구하는 새로운 소를 제기하였다. 이에 甲이 “소를 취하하고서 같은 소를 다시 제기하는 것은 불법하다.”고 주장하였다면 법원은 이 주장에 하여 어떻게 판단하여야 할 것인지 설명하시오.(10점)

1. 쟁점

설문 가는 乙을 공동소송인으로 추가할 수 있는 방법에 관한 문제이다.

설문 나는 재소금지에 대한 당사자의 동일여부와 권리보호이익의 동일성이 문제된다. 이부분은 논란이 없다. 설문 가를 보면 다음과 같다.

2. 본론

(1) 가에 대하여

丙으로부터 차용한 동업자금은 조합채무이므로, 丙은 甲과 乙을 필수적 공동소송동인으로 하여 소를 제기하여야 한다. 당사자적격의 치유방안으로 변론병합(제141조), 필수적 공동소송인의 추가(제68조), 공동소송참가(제83조) 등을 거론하여야 할 것이다.

공동소송참가에서 유사필수적 공동소송의 경우는 인정되나 고유필수적 공동소송의 경우 학설의 대립이 있으며 판례는 분명하지 않다. 부정해야 할 것이다.

(2) 나에 대하여

재소금지에 대하여 설명한다.

3. 결론

(1) 가에 대하여 항소심에 소송계속되어 있기 때문에, 변론을 병합하는 방안이나 필수적 공동소송인을 추가하는 방안은 적절하지 않다. 공동소송참가는 부정된다.

(2) 나.는 당사자가 동일하지도 않으며 권리보호이익도 다르다. 재소가 아니다.

[6] 2019년

【문제-2】 20점

甲은 乙에게 1억원을 대여해주면서 1년 후에 돌려받기로 약정하였으나 乙로부터 차용증을 별도로 받지 않았다. 그러나 乙은 변제기가 도래하였음에도 이를 갚지 않을 뿐 아니라 돈을 빌린 사실이 없다고까지 다투고 있다. 이에 甲은 乙을 상대로 대여금의 반환을 구하는 소를 제기하고 A변호사를 소송대리인으로 선임하였다.

(2) A변호사가 위 대여금의 반환을 구하는 소장을 법원에 접수하기 전에 甲이 사망하였고, 그에게 상속인이 있다. 그런데 甲의 사망 사실을 모르는 A변호사는 甲을 원고 乙을 피고로 하여 대여금의 반환을 구하는 소장을 법원에 접수하였다. 이 소는 적법한지 여부에 대하여 설명하시오.

1. 쟁점

대리권있는 사망자를 상대로 한 소의 적법여부

2. 사망자에 대한 소의 적법여부

대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결: 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전 사망하였는데 소송대리인이 이를 모르고 사망한 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기한 경우, 소 제기가 적법한지 여부(적극) 및 이때 상속인들이 소송절차를 수계하여야 하는지 여부(적극)

3. 소송대리인의 소에 의한 소의 적법여부

사망자를 상대로 한 소는 부적법하나 대리인있는 경우 대리인이 이러한 사실을 모르는 경우 소는 적법하다. 당사자가 사망한 경우 대리권이 소멸되지만, 판례에 의하는 경우 이러한 사실을 모르는 경우 소송절차의 중단에 준하여 취급한다는 사실을 명시하여야 한다.

4. 결론

사망자를 상대로한 소는 부적법하나 대리인이 있는 경우 이를 모르고 제기한 소는 적법하다.

[7] 2021년

【문제-1】 (30점)

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

(1) 제1심 법원의 판결이 적절한지 논하시오.<sup>16)</sup> (5점)

(2) 丙이 선임한 戊가 항소심에서도 여전히 소송을 수행하고 있는 것에 대하여 적법한지 검토하고, 피고가 항소심에서 하는 주장에 대해 재판부가 취해야 할 조치가 있는지 설명하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여(5점)

1 문제의 소재

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

2. 법인 대표자의 지위

(1) 소송법상 법정대리인

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

(2) 법정대리인과 소송요건

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

(3) 사안의 경우

적법한 대표이사가 아닌 경우 이는 법정대리권이 없는 경우와 동일하므로 제기된 소는 원칙적으로 부적법하다.

3. 소송요건 흠결의 경우 법원의 조치

(1) 소송요건의 흠결에 대한 판단

본안요건은 변론주의가 적용되지만, 소송요건은 당사자의 주장과 관계없이 소의 적법여부를 판단하므로 사실심변론종결전까지 원칙적으로 직권조사사항으로 소의 각하여부를 결정한다.<sup>17)</sup>

16) 논하는 문제이므로 자기의 의견을 논리적으로 펼치면 된다.

17) 이에 대한 직권조사사항의 의미에 대하여 배점 등을 고려해 볼 때 장황하게 서술할 필요가 없다고 본다. 최영덕, 강의초록, p138 이하

(2) 법원의 조치

1) 보정명령

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

2) 소각하판결

보정이 불가능하거나 보정할 수 없는 경우 법원은 소각하판결하여야 한다.

(3) 사안의 경우

법원이 적법한 대표이사가 아님을 밝혔지만, 보정을 명하지 아니하였으므로 소각하판결의 타당성을 별론으로 하고 보정하지 아니한 것은 부당하다고 생각된다.

4. 결론

법인의 대표이사는 법정대리인에 준하며 법정대리권은 소송요건에 해당하여 흠결은 소의 부적법을 가져온다. 그러나 보정이 가능하면 바로 소를 각하할 것이 아니라 보정명령을 발하여야 하므로 이의 부재는 부적절한 판단이라고 볼 수 있다.

II. 설문 (2)에 대하여(10점)

1. 쟁점의 정리

우선 변호사 戊가 소송수행을 하는 경우 무권대리가 치유되어 유권대리로서 인정될 수 있는지 문제되며, 한편 피고가 근거없는 일괄적 소멸시효완성에 대한 불분명한 주장에 대하여 석명여부 등 법원의 조치가 검토되어야 한다.

2. 무권대리인의 소송행위 추인여부<sup>18)</sup>

(1) 법인의 소송능력

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

(2) 소송행위의 추인과 시기

1) 소송행위의 추인

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

2) 소송행위 추인의 시기

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

(3) 사안의 경우

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

3. 소멸시효완성 주장에 대한 법원의 조치

(1) 문제점

조각상 A와 B의 대금채권에 관하여는 별다른 근거 없이 2018.4.15.자로 3년의 소멸시효(민법 제163조)

18) 최영덕, 강의초록, p86이하

가 모두 완성되었다고 주장한 부분에 대하여 변론주의가 적용되지만 근거가 불명확하므로 본안판결의 근거가 부족하여 부정확하고 예상하지 못한 판결이 나올 수 있으므로 증명촉구나 지적의무 등 법원의 적극적 석명이 필요한지 문제된다.

**(2) 소멸시효완성 주장과 변론주의**

통설과 판례는 변론주의가 적용되는 주요사실에 해당하는 부분으로 소멸시효의 기산점으로 이해하고 있다. 주장은 명시적이지 아니하고 주장취지상 포함된 경우 주장한 것으로 본다.<sup>19)</sup> 증명책임은 시효이익을 갖는 자가 증명책임이 있다.

**(3) 소결**

일괄적 두 채권에 대하여 소멸시효완성을 아무런 근거없이 주장한 것은 소멸시효완성주장에 대한 명백한 주장이 될 수 없다. 그러나 소멸시효이 주장이 있는 한 법원은 소멸시효완성여부를 판단하여야 하지만 변론주의만으로 사실상, 법률상 쟁점을<sup>20)</sup> 판단할 수 없으므로 이에 대한 법원의 소송지휘권으로 석명권을 검토할 필요가 있다.

**4. 법원의 석명의무<sup>21)</sup>**

**(1) 적극적 석명대상**

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

**(2) 법원의 증명촉구**

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

**(3) 시효완성에 대한 지적의무와 요건**

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

**5. 결론**

대표자 아닌 丙이 선임한 무권대리인의 소송행위는 법인이 제한능력자의 행위로서 법정대리인이 의한 추인이 가능하다고 볼 것이며 심급과 관계없이 추인이 가능하다.

한편, 항소심에서 일괄적으로 주장한 소멸시효완성의 주장은 중요한 법률적 주요사실 사항으로 당사자가 간과하였음이 명백하여 지적의무 내지 증명촉구가 필요한 석명의무로서 법원은 석명의 조치를 하여야 한다.

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

20) 민사소송규칙 제28조 제2항과 관련하여 포함여부도 논의가능하다.

21) 10점 배점에서 출제자가 의도한 부분이 의심된다. 논의의 내용은 많으나 배점상 대목차 하나 이상을 차지할 수 없다고 본다. 최영덕, 실전B형 4회.

### III. 판례

#### 1. 당사자확정

◆ 기존회사가 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위해 회사제도를 남용하는 경우의 법리의 확장-공사 하도급업자인 원고 甲과 재하도급업자들인 나머지 원고들이, 해당 건물의 건축주명의를 양수한 피고를 상대로 공사대금지급을 구하는 경우, 회사제도 남용 여부가 다투어지는 사안-대법원 2019. 12. 13. 선고 2017다271643 판결

기존회사가 채무를 면탈할 의도로 기업의 형태.내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립한 경우 이는 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적을 달성하기 위하여 회사제도를 남용한 것에 해당한다. 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있다고 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용되지 않는다. 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있다(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다66892 판결 등 참조). 이러한 법리는 어느 회사가 이미 설립되어 있는 다른 회사 가운데 기업의 형태.내용이 실질적으로 동일한 회사를 채무를 면탈할 의도로 이용한 경우에도 적용된다. 여기에서 기존회사의 채무를 면탈할 의도로 다른 회사의 법인격을 이용하였는지는 기존회사의 폐업 당시 경영상태나 자산상황, 기존회사에서 다른 회사로 유용된 자산의 유무와 그 정도, 기존회사에서 다른 회사로 자산이 이전된 경우 그 정당한 대가가 지급되었는지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2008. 8. 21. 선고 2006다24438 판결, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다94472 판결 등 참조).

이때 기존회사의 자산이 기업의 형태.내용이 실질적으로 동일한 다른 회사로 바로 이전되지 않고, 기존회사에 정당한 대가를 지급한 제3자에게 이전되었다가 다시 다른 회사로 이전되었다고 하더라도, 다른 회사가 제3자로부터 자산을 이전받는 대가로 기존회사의 다른 자산을 이용하고도 기존회사에 정당한 대가를 지급하지 않았다면, 이는 기존회사에서 다른 회사로 직접 자산이 유용되거나 정당한 대가 없이 자산이 이전된 경우와 다르지 않다. 이러한 경우에도 기존회사의 채무를 면탈할 의도나 목적, 기존회사의 경영상태, 자산상황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 회사제도를 남용한 것으로 판단된다면, 기존회사의 채권자는 다른 회사에 채무이행을 청구할 수 있다.

☞ 공사 하도급업자인 원고 甲과 재하도급업자들인 나머지 원고들이 그 사이의 채권 양수 등을 원인으로 하여 원래 건축주에 대한 공사대금채권을 가지고 있었는데, 그 건물 건축주 명의를 판결에 기하여 원래 건축주인 A회사에서 소외인으로 변경되고 다시 피고가 소외인으로부터 건축주 명의를 양수한 사안에서, 정당한 소외인이 중간에 개입하였다는 사정만으로 회사제도 남용 법리가 적용되지 않는다고 단정할 수 없고, 이러한 경우에도 소외인으로부터 피고에게 건축주 지위가 이전되는 과정에서 A회사가 차용한 자금이 사용되는 등 A회사의 자산이 정당한 대가 없이 이전되거나 유용되었다면, A회사의 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위해 피고를 이용하여 회사제도를 남용한 것으로 볼 수 있으므로, A회사의 채권자인 원고들이 피고에 대해서도 채무의 이행을 구할 수 있다고 볼 여지가 있다고 하여, 이와 달리 피고의 책임을 부정한 원심을 파기한 사례

◆ 비법인 당사자의 확정 및 원고의 비법인사단성 대법원 2021. 6. 24. 선고 2019다278433 판결

◇소 제기 후 창립총회가 개최된 지역주택조합의 경우 당사자의 확정, 원고 조합의 비법인사단성 인정 여부(적극)◇

1. 당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실을 합리적으로 해석하여 확정하여야 하고, 확정된 당사자와의 동일성이 인정되는 범위 내에서라면 항소심에서도 당사자의 표시정정을 허용하여야 한다. 원고가 당사자를 정확히 표시하지 못하고 당사자능력이나 당사자적격이 없는 자를 당사자로 잘못 표시하였다면, 당사자 표시정정신청을 받은 법원으로서 당사자를 확정된 연후에 원고가 정정신청한 당사자 표시가 확정된 당사자의 올바른 표시이며 동일성이 인정되는지의 여부를 살피고, 그 확정된 당사자로 표시를 정정하도록 하는 조치를 취하여야 한다(대법원 1996. 10. 11. 선고 96다3852 판결, 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다68279 판결 등 참조).

이 사건의 당사자인 원고는 소 제기 당시 1,313세대의 조합가입계약을 체결한 조합원들의 단체로서 이후 임시총회와 창립총회를 거쳐 설립이 확정된 '○○○○○○○○ ○○○○ 지역주택조합' 자체로 확정되었다고 봄이 타당하다.

2. 민사소송법 제48조가 비법인사단의 당사자능력을 인정하는 것은 법인이 아니라도 사단으로서의 실체를 갖추고 그 대표자 또는 관리인을 통하여 사회적 활동이나 거래를 하는 경우에는, 그로 인하여 발생하는 분쟁은 그 단체가 자기 이름으로 당사자가 되어 소송을 통하여 해결하도록 하기 위한 것이다. 그러므로 여기서 말하는 사단이라 함은 일정한 목적을 위하여 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 사단을 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 말하고, 어떤 단체가 비법인사단으로서 당사자능력을 가지는가 하는 것은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결일을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 1997. 12. 9. 선고 97다18547 판결 등 참조).

원래 당사자능력의 문제는 법원의 직권조사사항에 속하는 것이므로 그 당사자능력 판단의 전제가 되는 사실에 관하여는 법원이 당사자의 주장에 구속될 필요 없이 직권으로 조사하여야 하고, 따라서 비법인사단이 원고로 된 경우, 그 성립의 기초가 되는 사실에 관하여 당사자가 다양한 주장을 하는 경우, 구체적인 주장사실에 구속될 필요 없이 직권으로 단체의 실체를 파악하여 당사자능력의 존부를 판단하여야 한다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다53955 판결 등 참조).

☞ 원고가 이 사건 매매약정을 체결한 추진위원회와 동일성을 유지한 채 발전하여 성립된 조합이라고 주장하며 피고를 상대로 위 매매약정에 기한 소유권이전등기절차 이행을 구하는 사안에서, 원고 주장 추진위원회와 소 제기 이후 창립총회를 개최한 지역주택조합의 동일성이 인정되지 아니한다는 이유로 이 사건 당사자를 '원고 주장 추진위원회'로 확정된 뒤 그 당사자능력이 인정되지 아니하므로 이 사건 소가 부적법하다는 원심의 판단은 당사자 확정 문제와 당사자의 동일성 판단을 혼동하였을 뿐만 아니라 판결에 당사자로 기재된 원고 조합과 당사자능력의 판단대상인 당사자(원고 주장 추진위원회)가 서로 달라 모순이 있고, 비법인사단의 당사자능력에 대한 법리를 오해하였다는 이유로 원심판결을 파기한 사례

2. 당사자능력

◆ 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있는 상대방(=실제 등기행위를 한 자 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결

등기부상 진실한 소유자의 소유권에 방해가 되는 불실등기가 존재하는 경우에 그 등기명의인이 허무인 또는 실체가 없는 단체인 때에는 소유자는 그와 같은 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의로 실제 등기행위를 한 자에 대하여 소유권에 기한 방해배제로서 등기행위자를 표상하는 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의 등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 1990. 5. 8. 선고 90다684, 90다카3307 판결, 대법원 2008. 7. 11.자 2008마615 결정).

등기명의인의 표시변경(경정)의 등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것에 불과할 뿐 어떠한 권리변동을 가져오는 것이 아니므로 등기가 잘못된 경우에도 등기명의인은 다시 소정의 서면을 갖추어 경정등기를 하면 되는 것이고 따라서 거기에는 등기의무자의 관념이 있을 수 없다(대법원 1992. 11. 13. 선고 92다39167 판결 참조).

☞ 채무자 소유의 부동산에 관하여 甲이 개인사찰 명의로 소유권이전등기를 마쳤고, 그 소유권이전등기에 관하여 개인사찰의 대표자를 채무자, 乙 명의로 순차 변경하는 표시변경의 부기등기가 마쳐진 경우에, 원고가 채권자대위권에 기하여 채무자를 대위하여 乙을 상대로 개인사찰 명의의 소유권이전등기의 말소등기를 청구한 사안에서, 위 소유권이전등기의 말소청구는 甲을 상대로 하여야 하고, 乙 명의의 등기명의인 표시변경의 부기등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 경우 경정등기의 대상일 뿐이므로, 乙은 위 소유권이전등기 말소청구의 등기의무자가 아니어서 乙을 상대로 제기한 이 사건 소는 부적법하다고 판단한 원심을 수긍하여 상고를 기각한 사안임

◆ 갑 외국인학교의 이사인 을이 갑 학교의 임시이사를 선임해달라는 신청을 한 사안에서, 갑 학교의 당사자능력이 인정되지 않아 부적법하므로 각하하여야 한다는 대법원 2019. 3. 25. 자 2016마5908 결정

◆ 자신이 부동산 등기사항증명서의 소유자와 동일한 단체임을 내세워 원인무효인 등기의 말소를 구하는 사건 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다216411 중요판결

**【판시사항】**

- [1] 고유 의미의 종중이 공동선조의 후손 중 일부를 임의로 종원에서 배제할 수 있는지 여부(소극) 및 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 종원만으로 조직체를 구성하여 활동하는 단체의 법적 성격(=종중 유사의 권리능력 없는 사단)
- [2] 어떠한 단체가 종중 유사의 권리능력 없는 사단을 표방하면서 그 단체에 권리가 귀속되어야 한다고 주장하는 경우, 증거가 필요한 사항들
- [3] 자연발생적으로 형성된 고유 의미의 종중이 아니라 그 구성원 중 일부만으로 범위를 제한한 종중 유사의 권리능력 없는 사단의 성립 및 소유권 귀속이 인정되는지 판단할 때, 특히 고려하여야 할 사항
- [4] 갑 단체가 자신의 실체는 특정인의 후손으로 이루어진 고유 의미의 종중이 아니라 특정인의 후손 중 특정 지역에 거주하는 성년 남자로서만 구성된 종중 유사의 권리능력 없는 사단으로서 등기부상 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 주장하면서 위 부동산에 관하여 마쳐진 을 산림조합 명의의 근저당권설정등기 등의 말소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 갑 단체가 위 소를 제기하는 데 필요한 여러 절차를 우회하거나 특정 종중원들을 배제하려는 목적에서 종중 유사의 권리능력 없는 사단임을 표방하여 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 주장하고 있는 것이 아닌지 의심할 여지가 충분한데도, 갑 단체의 실체가 그 주장과 같이 종중 유사의 권리능력 없는 사단이고 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 단정한 원심판단에는 종중의 실체 판단 등에 관한 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

**◆ 피고 문중이 종중 유사단체로서 당사자능력을 가졌는지가 쟁점이 된 사건 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다232846**

◇1. 어느 문중이 종중 또는 종중 유사단체에 해당하기 위해서는 그 구성원이 배우자, 직계혈족 및 형제자매 등으로 구성되는 가족 또는 당대의 일가 범위를 넘어서야 하거나, 망인으로부터 여러 세대가 흘러 망인과 더는 상속관계에 있지 아니한 후손 또는 후예들로만 구성원이 이루어져야 종중 유사단체에 해당할 수 있는지(소극), 2. 고유종중 또는 종중 유사단체가 당사자능력이 있는지를 판단하는 기준시점 (= 사실심 변론종결시)◇

1. 고유 의미의 종중(이하 ‘고유 종중’이라고 한다)이란 공동선조의 분묘 수호와 제사, 종원 상호 간 친목 등을 목적으로 하는 자연발생적인 관습상 종족집단체로서 특별한 조직행위를 필요로 하는 것이 아니고 그 선조의 사망과 동시에 그 자손에 의하여 성립하며 그 대수에도 제한이 없고, 공동선조의 후손은 그 의사와 관계없이 성년이 되면 당연히 그 구성원(종원)이 되는 것이며 그중 일부 종원을 임의로 그 종원에서 배제할 수 없다. 따라서 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 자들만으로 구성된 종중이란 있을 수 없으므로, 만일 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 종원만으로 조직체를 구성하여 활동하고 있다면 이는 본래 의미의 종중으로는 볼 수 없고, 종중 유사단체가 될 수 있을 뿐이다. 이러한 종중 유사단체는 비록 그 목적이나 기능이 고유 종중과 별다른 차이가 없다 하더라도 공동선조의 후손 중 일부에 의하여 인위적인 조직행위를 거쳐 성립된 경우 사적 임의단체라는 점에서 고유 종중과 그 성질을 달리하므로, 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있음이 원칙이다(대법원 1996. 8. 23. 선고 96다20567 판결, 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다216411 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 원심이 종중 또는 종중 유사단체에 해당하기 위해서는 배우자, 직계혈족 및 형제자매 등으로 구성되는 가족 또는 당대의 일가 범위를 넘어서야 한다거나, 망 甲으로부터 여러 세대가 흘러 피고 문중이 망 甲과 더 이상 상속관계에 있지 아니한 후손 또는 후예들로만 이루어져야 비로소 종중 유사단체에 해당할 수 있다는 취지로 판단한 것은 타당하다고 볼 수 없다. 특히 고유 종중의 경우 어느 선조가 생존하는 동안에는 그 선조의 분묘수호와 봉제사를 위한 종중이 존재할 수 없다고 할지라도(대법원 1990. 7. 10. 선고 89다카33630 판결 참조), 망 甲이 사망한 뒤로 피고 문중이 망 甲을 시조로 하는 종중 유사단체로서의 성격을 지니는 것마저 불가능하다고 볼 수 없다.

나아가 원심이 피고 문중의 회원 중에 망 甲의 동생이 포함되어 있는 반면 망 甲의 일부 손자녀가 누락되어 있음을 언급한 것 역시, 종중 유사단체는 고유 종중과는 달리 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있다는 점을 간과한 것이다.

2. 당사자능력은 소송요건에 관한 것으로서 그 청구의 당부와는 별개의 문제인 것이며, 소송요건은

사실심의 변론종결시에 갖추어져 있으면 되는 것이므로, 고유 종종 또는 종종 유사단체가 비법인사단으로서의 실체를 갖추고 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결시를 기준으로 하여 그 존부를 판단하여야 한다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2004다8159 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다6468 판결 등 참조).

그런데, 종종 유사단체는 반드시 총회를 열어 성문화된 규약을 만들고 정식의 조직체계를 갖추어야만 비로소 단체로 성립하는 것이 아니라, 실질적으로 공동의 목적을 달성하기 위하여 공동의 재산을 형성하고 일을 주도하는 사람을 중심으로 계속적으로 사회적인 활동을 하여 온 경우에는 이미 그 무렵부터 단체로서의 실체가 존재하는 것이다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018다264628 판결 등 참조). 그러므로 피고 문중이 이 사건에서 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결 당시까지 위와 같은 요건을 구비하여 비법인사단으로서의 실체를 갖추었는지 여부에 따라 판단하면 되고, 시조인 망 甲이 사망한 시점 내지는 본안에서 그 존재 및 효력 유무가 다투어지는 피고 문중의 2017. 7. 11. 자 및 같은 달 26.자 각 총회 시점을 기준으로 판단할 것이 아니다.

물론 이 사건의 경우처럼 총회 결의의 존부나 효력이 다투어지는 사건의 경우에는 해당 총회 결의 당시 단체로서의 실체를 가진 종종 유사단체가 이미 성립, 존재하는 사실이 증명되어야 하는 것이 원칙이고, 만약 그러한 사실이 증명되지 않는다면 해당 총회 결의의 존재 또는 효력을 인정할 수 없는 사유로 삼을 수 있겠지만, 이는 어디까지나 본안청구의 당부를 판단하면서 살펴야 할 문제이고, 소송요건에 속하는 문제인 종종 유사단체의 당사자능력의 유무를 판단할 때 가려야 할 바는 아니다.

☞ 대법원은 이러한 법리를 토대로, 원심이 그 변론종결일 당시가 아니라 이보다 시간적으로 앞선 망 甲의 사망 전을 기준으로 피고 문중의 당사자능력 유무를 판단한 것은 잘못이라며, 피고 문중의 목적 및 소기의 사업과 관련하여 그 구성원들이 그동안 어떠한 활동을 하여 왔는지 등을 추가로 심리하여 피고 문중이 종종 유사단체로서 비법인사단의 단체성을 갖추었는지를 다시 판단하라는 취지로 파기환송한 사례임

◆ 사찰이 피고 지방자치단체에게 야생차체험관의 철거와 그 대지인도를 구하는 사건에서 독립된 사찰의 당사자능력의 인정여부에 대한 대법원 2020. 12. 24. 선고 2015다222920 판결

원고 사찰 명의로 등기된 이 사건 토지 위에 피고 지방자치단체가 피고보조참가인 사찰의 승낙을 받아 신축한 야생차체험관에 대하여 원고 사찰이 철거청구를 하였고, 피고지방자치단체와 피고보조참가인 사찰이 원고 사찰에게 실체가 없어 당사자능력이 없다고 본안전항변을 한 사건에서, 전래의 사찰인 당해 사찰이 구 불교재산관리법에 따른 등록은 A종단 소속으로 되어 있지만, 실제 자율적 의사결정에 따라 소속하기로 결정한 종단은 B종단 소속이었을 여지가 있고 그렇다면 A종단 소속인 원고 사찰은 실체가 인정되지 않을 여지가 있으므로 원고 사찰이 독자적 사찰로서 실체를 가지는지를 상세하게 심리하여야 한다는 취지로 파기환송한 사안임

■ 선암사를 두고 대한불교조계종과 한국불교태고종이 장기간 분규를 계속한 사안에서 독립된 사찰로서 실질을 가지고 있는 사찰이 누구인지를 실제 모습을 근거로 판단하여야 한다는 취지의 파기환송

3. 당사자적격

◆ 채무자에 대한 파산선고 후 파산채권자가 채권자취소의 소를 제기할 수 없으며, 채무자에 대한 파산선고 후 파산채권자가 채권자취소의 소를 제기한 경우, 파산관재인이 소송수계하며 파산관재인이 소송수계 후 부인의 소로 변경하여야 하며 파산계속법원이 전속관할에 속한다는 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다265129 판결

채무자가 채권자에 대한 사해행위를 한 경우에 채권자는 민법 제406조에 따라 채권자취소권을 행사할 수 있다. 그러나 채무자에 대한 파산선고 후에는 파산관재인이 파산재단을 위하여 부인권을 행사할 수 있다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조, 제396조). 파산절차가 채무를 채권자들에게 평등하고 공정하게 변제하기 위한 집단적·포괄적 채무처리절차라는 점을 고려하여 파산선고 후에는 파산채권자가 아닌 파산관재인으로 하여금 부인권을 행사하도록 한 것이다. 따라서 파산선고 후에는 파산관재인이 총채권자에 대한 평등변제를 목적으로 하는 부인권을 행사하여야 하고, 파산절차에 의하지 않고는 파산채

권을 행사할 수 없는 파산채권자가 개별적 강제집행을 전제로 개별 채권에 대한 책임재산을 보전하기 위한 채권자취소의 소를 제기할 수 없다.

파산채권자가 파산선고 후에 제기한 채권자취소의 소가 부적법하더라도 파산관재인은 이러한 소송을 수계한 다음 청구변경의 방법으로 부인권을 행사할 수 있다고 보아야 한다. 이 경우 법원은 파산관재인이 수계한 소송이 부적법한 것이었다는 이유만으로 소송수계 후 교환적으로 변경된 부인의 소마저 부적법하다고 볼 것은 아니다.

부인의 소는 파산계속법원의 관할에 전속한다[채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다) 제396조 제3항, 제1항(2016. 12. 27. 법률 제14472호로 개정되기 전에는 '파산계속법원'이 아닌 '파산법원'이었다)]. 따라서 채권자취소소송이 계속 중인 법원이 파산계속법원이 아니라면 그 법원은 관할법원인 파산계속법원에 사건을 이송하여야 한다. 파산채권자가 제기한 채권자취소소송이 항소심에 계속된 후에는 파산관재인이 소송을 수계하여 부인권을 행사하더라도 채무자회생법 제396조 제3항이 적용되지 않고 항소심법원이 소송을 심리·판단할 권한을 계속 가진다. 그러나 제1심법원에 계속 중이던 채권자취소소송을 파산관재인이 수계하여 부인의 소로 변경한 경우에는 채무자회생법 제396조 제3항이 적용된다.

◆ 파산선고 전에 채무자가 채권자를 상대로 채무 부존재 확인의 소를 제기하였으나 소장 부분이 송달되기 전에 채무자에 대하여 파산선고가 이루어진 경우 소는 부적법하며 이 경우 파산관재인의 소송수계신청이 허용되지 않는다는 채무부존재확인 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다289828 판결

원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법의 기본원칙상 사망한 사람을 피고로 하여 소를 제기하는 것은 실질적 소송관계가 이루어질 수 없어 부적법하다. 소 제기 당시에는 피고가 생존하였으나 소장 부분이 송달되기 전에 사망한 경우에도 마찬가지이다. 사망한 사람을 원고로 표시하여 소를 제기하는 것 역시 특별한 경우를 제외하고는 적법하지 않다. 파산선고 전에 채권자가 채무자를 상대로 이행청구의 소를 제기하거나 채무자가 채권자를 상대로 채무 부존재 확인의 소를 제기하였다더라도, 만약 그 소장 부분이 송달되기 전에 채권자나 채무자에 대하여 파산선고가 이루어졌다면 이러한 법리는 마찬가지로 적용된다. 파산재단에 관한 소송에서 채무자는 당사자적격이 없으므로, 채무자가 원고가 되어 제기한 소는 부적법한 것으로서 각하되어야 하고(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제359조), 이 경우 파산선고 당시 법원에 소송이 계속되어 있음을 전제로 한 파산관재인의 소송수계신청 역시 적법하지 않으므로 허용되지 않는다.

◆ 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자가 한 배당이의의 소와 부당이득반환청구[대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다216523판결

◇1. 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자가 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 있는지 여부(소극), 2. 소송 도중에 배당이의의 소로 청구취지를 변경한 경우 제소기간을 준수하였는지 여부를 판단하는 시점(= 청구취지 변경신청서를 법원에 제출한 때), 3. 부당이득반환청구는 배당이의 여부 또는 배당표의 확정여부와 관계없이 할 수 있는지 여부(적극) / 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자가 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부(소극)◇

1. 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 따라 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있다(민사집행법 제88조 제1항, 제148조 제2호).

배당이의의 소에서 원고적격이 있는 사람은 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상 이의를 신청한 채권자나 채무자에 한정된다. 채권자로서 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상 이의를 신청하려면 실체법상 집행채무자에 대한 채권자라는 것만으로 부족하고 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 했어야 한다. 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자는 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실체상 이의를 신청할 권한이 없으므로 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 이의를 신청하였더라도 부적법한 이의신청에 불과하고, 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다27696 판결, 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다258289 판결 참조).

2. 민사집행법 제154조 제1항은 “집행력 있는 집행권원의 정본을 가지지 아니한 채권자(가압류채권

자를 제외한다)에 대하여 이의한 채무자와 다른 채권자에 대하여 이의한 채권자는 배당이의의 소를 제기하여야 한다.”라고 정하고, 제3항은 “이의한 채권자나 채무자가 배당기일부터 1주 이내에 집행법원에 대하여 제1항의 소를 제기한 사실을 증명하는 서류를 제출하지 아니한 때 또는 제2항의 소를 제기한 사실을 증명하는 서류와 그 소에 관한 집행정지재판의 정본을 제출하지 아니한 때에는 이의가 취하된 것으로 본다.”라고 정하고 있다.

민사소송법 제262조 제1항 본문은 “원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고할 때)까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다.”라고 정하고, 제2항은 “청구취지의 변경은 서면으로 신청하여야 한다.”라고 정하고 있다. 민사소송법 제265조는 “시효의 중단 또는 법률상 기간을 지킴에 필요한 재판상 청구는 소를 제기한 때 또는 제260조 제2항·제262조 제2항 또는 제264조 제2항의 규정에 따라 서면을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다.”라고 정하고 있다.

위와 같은 관련 규정을 종합하면, 배당기일에 이의한 채권자나 채무자는 배당기일부터 1주일 이내에 배당이의의 소를 제기해야 하는데, 소송 도중에 배당이의의 소로 청구취지를 변경한 경우 제소기간을 준수하였는지 여부는 청구취지 변경신청서를 법원에 제출한 때를 기준으로 판단해야 한다.

3. 배당받을 권리 있는 채권자가 자신이 배당받을 몫을 받지 못하고 그로 말미암아 권리 없는 다른 채권자가 그 몫을 배당받은 경우에는 배당이의 여부 또는 배당표의 확정 여부와 관계없이 배당받을 수 있었던 채권자가 배당금을 수령한 다른 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다.

다만 위에서 본 바와 같이 집행력 있는 정본을 가진 채권자 등은 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 않은 경우에는 매각대금으로부터 배당을 받을 수는 없다. 이러한 채권자가 적법한 배당요구를 하지 않아 배당에서 제외되는 것으로 배당표가 작성되어 배당이 실시되었다면, 그가 적법한 배당요구를 한 경우에 배당받을 수 있었던 금액에 해당하는 돈이 다른 채권자에게 배당되었다고 해서 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없다(대법원 1998. 10. 13. 선고 98다12379 판결, 대법원 2005. 8. 25. 선고 2005다14595 판결 참조).

☞ 원고는 甲의 채권자로서 피고들을 상대로 다음과 같이 청구함. ▲ 주위적 청구: 원고가 직접 제기한 배당이의의 소로서 이 사건 배당표 중 피고들의 배당액을 모두 삭제하고 이를 원고에게 배당하는 것으로 경정을 구함. ▲ 제1 예비적 청구: 원고가 甲을 대위하여 제기한 배당이의의 소로서 이 사건 배당표 중 피고들의 배당액을 모두 삭제하고 이를 甲에게 배당하는 것으로 경정을 구함. ▲ 제2 예비적 청구: 부당이득반환청구로서 피고들이 이 사건 배당표에 따라 취득한 배당금 수령 채권은 부당이득에 해당하므로 원고에게 위 채권을 양도하고 대한민국에 양도통지를 할 것을 구함

☞ 대법원은 다음과 같이 판단하면서 원고의 상고를 기각함. ▲ 주위적 청구: 원고는 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 하지 않았으므로 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없음. ▲ 제1 예비적 청구: 원고는 배당기일부터 1주일 이내에 甲을 대위하여 배당이의의 소를 제기하지 않았고, 제1 예비적 청구를 추가하는 소변경 신청서를 제1심 법원에 제출한 때를 기준으로 제소기간을 준수하지 못함. ▲ 제2 예비적 청구: 원고는 배당이의 여부 또는 배당표의 확정 여부와 관계없이 부당이득반환청구를 할 수 있음. 하지만 원고는 집행력 있는 정본을 가진 채권자로서 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 하지 않았으므로 피고들에게 배당되었다고 해서 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없음

#### 4. 소송대리인

◆ 변호사가 소송위임계약을 체결하고 소송을 수행하다 위임계약이 중도해지되자 소송관련비용 및 약정한 성공보수를 청구한 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019 2016다200538

◇소송위임계약과 관련하여 위임사무 처리 도중 수임인의 귀책사유로 계약이 종료된 경우, 위임인에게 수임인이 계약종료 당시까지 이행한 사무처리 부분에 관하여 사무처리비용을 지급할 의무가 있는지 여부(적극)◇

소송위임계약과 관련하여 위임사무 처리 도중에 수임인의 귀책사유로 신뢰관계가 훼손되어 더 이상 소송위임사무를 처리하지 못하게 됨에 따라 계약이 종료되었다 하더라도, 위임인은, 수임인이 계약종료

당시까지 이행한 사무처리 부분에 관해서 수임인이 처리한 사무의 정도와 난이도, 사무처리를 위하여 수임인이 기울인 노력의 정도, 처리된 사무에 대하여 가지는 위임인의 이익 등 여러 사정을 참작하여 상당하다고 인정되는 보수 금액 및 상당하다고 인정되는 사무처리비용을 지급할 의무가 있다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다32460 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다52584 판결 등 참조).

☞ 원고가 피고로부터 아파트하자보수 관련 손해배상청구소송을 수임하면서 원고가 우선 소송관련비용을 지급하되, 피고 패소시 원고가 그 비용을 전액 부담하고, 피고 승소시 승소금에서 그 비용을 지급하기로 약정한 경우에, 위 약정은 약정의 내용에 비추어 승소를 조건으로 한 정산약정이 아니라 피고에게 소송비용 상환채무가 있음을 전제로 하여 그 비용 상환의 시기와 방법을 정한 것에 불과하고, 비록 소송위임계약이 소송도중 원고의 귀책사유로 해지되어 종료되었다 하더라도, 원고가 그동안 기울인 노력이 상당하며, 처리된 사무가 피고에게도 상당한 이익이 되므로, 이 사건에서 원고가 위임계약 종료시까지 들인 소송관련비용은 민법 제688조 제1항에 의하여 피고가 원고에게 이를 지급할 의무가 있다고 판단하여 이를 부정한 원심을 파기한 사례

◆ 신문 등의 진흥에 관한 법률상 등록을 마친 신문사업자의 지위에 관한 사건[대법원 2019. 8. 30. 선고 2018두47189판결]

◇(주)제주일보사로부터 명칭 사용을 허용 받아 신문 등의 진흥에 관한 법률상 등록을 하고 제주일보를 발행하고 있던 원고가 피고보조참가인의 (주)제주일보사 사업 양수가 무효임을 주장하는 사안에서, 피고가 피고보조참가인에 대하여 한 신문사업자 지위승계신고 수리 및 신문사업변경등록처분의 무효확인 또는 취소를 구할 원고적격이 인정되는지 여부(적극)◇

☞ (주)제주일보사로부터 명칭 사용을 허용 받아 신문법상 등록을 하고 제주일보를 발행하고 있던 원고가 피고보조참가인의 (주)제주일보사 사업 양수가 무효임을 주장하는 사안에서, 신문법상 등록에 따라 인정되는 신문사업자의 지위는 사법상 권리인 ‘특정 명칭의 사용권’ 자체와는 구별되고, 명칭 사용 허락에 관한 민사상 분쟁이 있다고 하더라도 법원의 판단이 있기 전까지 그 지위는 존속하며, 따라서 피고의 피고보조참가인에 대한 이 사건 처분은 원고의 신문법상 지위를 불안정하게 만드는 것이므로 원고에게 그 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 판단하고, 사법상 권리를 상실하면 신문법상 지위도 당연히 소멸한다는 전제에서 원고적격을 부정한 원심을 파기한 사례

## 제3장 소송객체 및 절차개시

### I. 기출문제의 특징

#### 1. 소개시와 소송요건

소의 개시와 함께 소송요건은 논의된다. 법조문의 위치가 그러하며 이에 대하여는 법조문의 특징을 숙지할 필요가 있다. 소송의 주체인 법원과 당사자에 관한 요건과 소송의 객체인 소송물에 관한 요건이 문제된다. 법원과 당사자에 관한 것은 제1주차 수업에서 다루었으므로 소송물에 관한 것은 당연 2주차에서 다룬다. 그러나 소송요건은 그리 간단한 문제가 아니다. 소의 적법요소에 관한 논의는 민사소송법이 학문으로서 논의된 이래로 가장 복잡하고 역사가 오래된 논쟁분야이다. 현재는 실정법에 따라 o, x로 해당 부분에 대한 적합성만 논의되는 부분으로 이해하고 공부할 수도 있지만 소송요건에서 파생된 권리보호요건이론은 비단 민사소송법에서가 아니라 모든 형태의 소송법에서 중요한 논의의 대상이 된다.

#### 2. 소송물

소송물에 관한 전통적인 이론은 민사소송법을 하는 경우 매우 흥미롭게 파악하고 잘 알고 있는 분야로 취급된다. 구소송물이론과 신소송물의 이지설과 일지설의 논의는 전통적인 논의가 분명하지만 필자가 수업과 시험 답안지 검토하다 보면 필요 이상의 답안을 보는 경향이 있다.

판례는 확고하다. 계속된 논의는 불필요하다. 역대기출문제만 보더라도 그러하다. 일부청구과 시효의 중단 및 중복제소의 문제를 제외하고 소송물 이론의 논의의 실익이 있던가? 오히려 소송물의 특징이 더 중요한 테마라고 할 수 있다.

#### 3. 권리보호요건

민사소송법의 꽃이라고 할 것이다. 출제도 비교적 빈번하다고 할 수 있다. 권리보호요건은 주관적 범위와 객관적 범위까지 논의되어야 한다. 그렇다면 권리보호요건은 매년 출제되고 있다고 보아야 한다. 이제까지 증서진부의소, 장래이행의소, 경계확정의 소정도 분류할 수 있지만, 나아가 채권자대위소송, 참가승계, 부제소합의 혹은 항소의 이익까지 모두 권리보호이익에 관한 것이라고 해도 틀린 말이 아니다. 재심이유, 상고이유 등 모두 권리보호요건이론과 관련되어 있다.

민사소송법에서 권리보호요건이론은 이시윤 교수님의 교과서 이래로 등한시되어 기본서에서는 그 이해의 폭이 상당히 제한되어 왔지만, 판례를 통하여 살펴보면 권리보호요건은 권리보호이익으로 곳곳에 논의되고 있다.

## II-1. 소송물 및 소제기

### [1] 2009년

#### 【제 A-1 문】 (30점)

甲은 乙에게 수상레저용 보트를 판매하였는데, 乙이 그 잔대금을 지급하지 않자 乙을 상대로 잔대금 5,000만 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다(다음 설문은 상호 독립적임).

(1) 乙은 변론기일에서 『구매한 보트를 운행하던 중 엔진부분의 하자로 화재가 발생하여 수리비용으로 5,000만 원이 소요되었으니, 상계하여 달라』고 주장하였다.

가. 이에 대하여 법원은 그 주장이 『변론준비절차에서 제출되지 아니하였을 뿐 아니라 변론종결에 임박하여 제출된 것이므로 실기한 방어방법에 해당한다』는 이유로 각하하였다면 乙이 가진 손해배상채권은 어떠한 영향을 받게 되는가?(10점)

나. 乙이 위와 같은 진술을 한 직후 甲을 상대로 『甲으로부터 구매한 보트를 운행하던 중 엔진부분의 하자로 화재가 발생하여 수리비용 5,000만 원, 화상치료비 1,000만 원이 소요되었고, 노동능력상실로 인하여 2,000만 원 상당의 소극적 손해(일실이익)가 발생하였다』는 이유로 8,000만 원의 손해배상청구의 소를 제기하였다. 이 소는 적법한가?(10점)

(2) 乙이 위 (1)의 본문과 같은 주장을 하지 아니함으로써 甲의 승소가 확정된 후 乙이 소송 외에서 위 (1)의 본문과 같은 주장을 한다면 그 효력은 어떻게 볼 것인가?(10점)

### I. 설문(1)의 가.에 대하여

#### 1. 문제의 소재

乙의 상계항변이 실기각하된 경우로 상계에 제공하였던 반대채권 5,000만 원이 소멸하는지 문제된다. 상계항변을 한 경우에도 상계의 실제법상 효과가 발생하여 수동채권과 자동채권이 상계적상시에 소급하여 소멸하는지 여부에 따라 달라지므로 소송상 상계항변의 법적성질을 검토하기로 한다.

#### 2. 상계항변의 법적 성질

##### (1) 문제점

상계항변을 소송행위로 보는가 사법적 행위로 보는가에 따라 소송법적 효과가 없어질 실제법적 효과의 운명이 결정된다. 이에 대한 검토가 필요하다.

##### (2) 학설의 대립

##### 1) 병존설

외관상 1개의 행위지만 법률적으로 보아 형성권 행사라는 상대방에 대한 사법상의 의사표시(사법행위)와 그러한 의사표시가 있었다는 것의 법원에 대한 사실상의 진술(소송행위) 두 가지가 존재하는 것이고, 전자의 면에서는 실제법에 의하여 후자의 면에서는 소송법에 의하여 각 요건·효과가 규율된다는 견해이다. 따라서 소송상 상계의 항변을 주장하는 경우 상계의 실제법상 효과가 발생하여 乙의 손해배상채권은 소멸한다.

##### 2) 소송행위설

소송상 공격방어방법으로 행사한 것이기 때문에 순수한 소송행위이고, 그 요건·효과는 전적으로 소송법의 규율을 받는다는 견해이다. 따라서 소송상 상계의 항변을 주장하는 경우 상계의 실제법상 효과가 발생하지 않는다. 이 견해에 의하면 乙의 손해배상채권은 소멸하지 않는다.

##### 3) 양성설

사법행위와 소송행위 두 가지 성질을 모두 갖춘 1개의 행위라고 보는 견해이다. 이 견해에 의하면 상계의 항변이 실기한 공격방어방법으로 각하되면 상계의 실제법상 효과도 발생하지 않는다. 이 견해에 의하면 乙의 손해배상채권은 소멸하지 않는다.

##### 4) 신병존설

①기본적으로 병존설에 따르되 상계항변이 공격방어방법으로서 각하되지 않고 법원의 판단을 받게 될 때에만 그 사법상 효과를 발생케 하려는 조건부 의사표시로 파악하는 견해(조건설)와 ②피고의 의사는 상계의 두 요소에 일체적으로 미치므로 소송적 요소가 허용되지 않으면 다른 실제법상의 상계의사표시 또한 그 효력이 발생되지 않는다고 보며, 이러한 법리구성은 민법 제137조 일부무효에 관한 규정을 적

용하여 해결하는 것이 타당하다는 견해(무효설)가 있다. 이 견해에 의하면 乙의 손해배상채권은 소멸하지 않는다.

(2) 판례의 태도

상계의 경우 신병존설에 따른다.

(3) 검토

3. 사안의 해결

신병존설에 따르면 상계항변에 대해서 유효하게 법원의 판단을 받지 못하였으므로 사법상의 효과를 인정할 수 없어 상계에 제공되었던 반대채권은 소멸하지 않고 존재하는 것이 된다. 따라서 乙이 상계에 제공한 반대채권 5,000만 원은 소멸하지 않는다.

II. 설문 (1)의 나에 관하여

1. 문제의 소재

후소의 적법여부는 8,000만 원 청구 중 i) 수리비용 5,000만 원 청구는 현재 계속 중인 소송에서 상계항변으로 주장한 채권을 갖고 별도의 소를 제기한 것으로, ii) 치료비 1,000만 원, 일실이익 2,000만 원 청구는 일부청구 후 잔부청구에 해당하여 중복소제기에 해당여부가 문제된다.

2. 수리비용 5,000만 원 청구가 중복소제기에 해당하는지 여부

(1) 문제점

상계항변으로 주장한 권리에겐 소송 계속의 발행하지 않지만, 제216조 제2항에 의하면 상계로 주장한 액수에 기판력이 발생하므로 판결의 모순·저촉이 생길 우려가 있기 때문에 문제된다.

(2) 학설의 대립

1) 중복소제기에 해당한다는 견해

상계에 제공된 채권의 존재에 대한 판단에는 기판력이 생김에 비추어(제216조 제2항), 상계항변에 제공된 채권으로 별소를 제기하면 서로간 판결의 모순·저촉의 염려가 생긴다고 하여 중복소제기로 허용될 수 없다는 견해이다.

2) 중복소제기에 해당되지 않는다는 견해

상계항변 자체가 소송물이 아니고 일종의 방어방법임을 중시하여 상계항변으로 주장한 자동채권을 별소로 청구해도 중복소제기가 아니라는 견해이다.

3) 반소요구설

원칙적으로 별소제기는 중복소제기는 아니지만, 이미 계속 중인 소송에서 상계항변으로 제공된 반대채권에 관하여는 별소제기를 금하고 기왕의 소송에서 반소의 제기를 하도록 유도함이 타당할 것이라는 견해이다.

4) 상계항변이 무조건적이면 중복소제기라는 견해

별소제기는 중복소제기는 아니지만, 판결의 모순·저촉을 막기 위하여 양 소를 단일절차로 병합하여 심리하도록 하되 그것이 불가능하면 경우를 나누어 상계항변이 i) 조건부, 즉 예비적이면 후소를 적법한 소로서 허용하고, ii) 무조건적인 것이면 중복소제기로 처리하여야 한다는 견해이다.

(3) 판례의 태도

판례는 상계항변을 제출할 당시에 이미 자동채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우에(별소선행형), 이부, 이송 또는 변론병합 등으로 판결의 모순·저촉을 방지하고 소송경제를 도모함이 바람직 하더라도, 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용된다』라고 하여 중복소제기 부정설의 입장에 서 있다.<sup>22)</sup>

(4) 검토

3. 치료비 1,000만 원, 일실이익 2,000만 원 청구가 중복소제기에 해당하는지 여부

(1) 문제점

22) 대판 2001.4.27, 2000다4050

사안에서 乙은 전소에서 수리비용 5,000만 원의 상계항변을 한 후 별소로 동일 사고로 발생한 수리비용 5,000만 원 이외, 치료비 1,000만 원, 일실이익 2,000만 원의 손해배상청구의 소를 제기하였는바, 3,000만 원 청구가 중복소제기에 해당하는지 문제된다.

(2) 손해배상청구의 소송물

3,000만 원 청구부분이 일부청구 후 잔부청구에 해당하는지 여부가 문제되는데 이는 불법행위로 인한 손해배상의 소송물을 어떻게 보느냐에 따라 달라질 수 있으며, 그 결과에 따라서 중복소제기에 해당하는지 여부도 달라진다

(3) 사안의 경우

전소에서 일부청구를 한 경우가 아니라 상계항변을 한 것으로 소송계속 중이라고 할 수 없어 결국 중복소제기라고 할 수 없다.

4. 결론

乙의 수리비용 5,000만 원 청구와 3,000만 원 청구의 소는 적법하다.

III. 설문 (2)에 관하여

1. 문제의 소재

매대대금청구소송의 변론종결 전에 발생한 상계권을 행사할 수 있었음에도 불구하고 상계권을 행사하지 않아 패소한 乙이 후에 상계권을 행사한 경우 그 효력이 있는지 문제된다. 이는 변론종결 후 형성권 행사로서 이것이 변론종결 후의 사유에 해당하여 차단효의 제한을 받지 않는 것인지 여부에 달려 있다.

2. 기판력의 작용과 범위

(1) 기판력의 작용

당사자가 동일하고 소송물이 동일한 경우 기판력은 변론종결시를 기준으로 공격과 방어방법이 모두 차단된다. 즉 기판력은 변론종결시에 있어서 권리관계의 존부판단에 생기기 때문에, 당사자는 전소의 변론종결시 이전에 존재하였으나 그때까지 제출하지 않은 공격방어방법의 제출권을 잃는다. 이를 차단효라고 한다.

(2) 상계와 기판력의 시적 범위

상계는 변론종결전에 항변으로 주장할 수 있는 사항이다. 이를 변론종결후에 사용할 수 있는가 즉 차단효가 있는가는 별개의 문제로 검토가 필요하다.

(3) 사안의 경우

3. 상계권의 실권여부

(1) 문제점

공방은 원칙적으로 실효된다. 그러나 형성권인 상계권의 경우 역시 차단되는지에 대하여 견해의 대립이 있다.

(2) 학설의 대립

1) 실권설

형성원인이 존재하는 때를 실권여부의 판단기준시점으로 보고 변론종결 후에는 형성권을 행사할 수 없다는 견해이다. 이를 허용하면 채무자가 기판력 있는 확정판결에 의한 강제집행을 부당히 지연시키거나 방해할 수 있다는 점을 근거로 한다.

2) 비실권설

기판력에 의한 실권여부는 형성권을 실제로 행사한 시점을 기준으로 하여 판단해야 하므로, 상계권은 물론 취소권,해제권 등 모든 형성권은 변론종결 후에도 실권되지 않는다고 보는 견해이다. 이는 실체법이 보장하는 형성권의 행사기간을 소송법이 단축시키는 결과를 가져와서는 안 되고, 형성권은 행사함으로써 비로소 법률효과를 발생하므로 그 행사는 새로운 사실이라는 점을 근거로 하는 견해이다.

3) 상계권비실권설

변론종결 후의 다른 형성권 행사는 원칙적으로 기판력에 저촉되어 실권되지만 상계권만은 예외적으로 실권되지 않는다고 보는 견해이다. 상계의 경우 원고 청구 자체에 하자가 있다는 주장을 하는 것이 아니며, 별개 독립의 반대채권에 기한 형성권의 행사를 변론종결 후임을 이유로 허용하지 않는 것은 피고에게 지나치게 가혹하고, 그 행사의 시기를 상계권자의 자유에 맡긴 실체법의 취지에도 반한다는 점을 근거로 한다.

4) 제한적 상계권실권설

다른 형성권은 당연히 실권되고, 상계권의 경우에도 상계권이 있음을 알고 이를 행사하지 않은 경우에는 실권되지만 몰랐을 경우에는 달리 보아야 한다는 견해이다.

(3) 판례의 태도

판례는 『채무자가 집행권원인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 집행권원인 확정판결의 변론종결 후에 이르러 비로소 상계의 의사표시를 한 때에는 민사집행법 제44조 제2항이 규정하는 「이의원인이 변론종결 후에 생긴 때」에 해당하는 것으로서, 당사자가 집행권원인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계없이 적법한 청구이의 사유로 된다』고 판시하여 상계권비실권설의 입장이다.

4. 사안의 해결

기판력의 시적 범위와 관련하여 乙의 상계권 주장은 그 효력이 있다고 할 것이다.

[2] 2011년

[A-2]

甲은 乙에 대하여 2008. 4. 1.을 변제기로 하는 10억 원의 공사대금채권을 가지고 있다. 변제기가 도래한 이후에도 乙이 위 대금을 지급하지 않자, 甲은 2011. 3. 2.에 7억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. (아래 각 설문은 독립적임)

(1) 1심 소송계속 중 甲은 나머지 3억 원의 지급도 구하려고, 2011. 5. 3.에 청구취지확장신청서를 제출하였다. 甲이 추가로 청구한 3억 원은 이미 소멸시효가 완성되었다고 乙이 주장하자, 이에 대해 甲은 7억원의 공사대금지급청구의 소를 제기함으로써 채권전부에 대한 소멸시효는 중단되었다고 주장하였다. 이 경우 법원은 시효중단의 범위를 어떻게 판단할 것인가? 10점)

1. 문제의 소재

우선 3억 원의 청구취지 확장이 청구변경에 해당하는지 문제된다. 인정되는 경우 그 변경시인 2011. 5. 3.에 시효가 중단되는데 공사대금 채권은 민법 제163조 3호에 의해 단기소멸시효기간인 3년이 적용되는 경우로서, 이미 시효가 완성된 상태가 된다. 따라서 2011. 3. 2. 일부청구시 시효중단의 범위를 검토한다.

2. 청구취지확장의 청구변경여부

(1) 청구취지의 확장

청구취지를 확장하는 경우 이를 소의 변경으로 보는지에 대한 견해가 대립한다. 이는 일부청구의 인정 여부와 연동되어 판단되어야 한다.

(2) 견해의 대립

1) 일부청구의 경우

일부청구에서 잔부청구로 확장하는 경우 일부청구부정설은 이행명령 상한 변동에 지나지 않음을 이유로 청구변경이 아니라고 하나, 명시적 일부청구에서 잔부청구로 확장될 때에는 소송물의 변동이 생기므로 소의 추가적 변경으로 해석할 것이다.

2) 묵시적 일부청구

묵시적 일부청구에서 잔부청구로 확장하는 것은 소송물의 변동의 경우가 아니어서, 엄밀한 의미에서는 소송물의 변경인지 논의의 여지가 있을 수 있으나 피고의 방어에 큰 영향을 미치므로 청구의 변경으로 보려는 견해가 있다.

(3) 사안의 경우

제265조에 의하여 청구취지확장신청서를 법원에 제출했을 때 시효가 중단됨이 원칙이다.

3. 일부청구시 시효중단의 범위

- (1) 문제점
- (2) 학설의 대립

1) 일부중단설

시효중단의 효력은 청구에 관련해서만 인정될 수 있고, 일부청구는 일부만이 소송물을 이루기 때문에 명시여부를 불문하고 그 일부에 대해서만 시효중단되고 잔부에 대해서는 시효중단의 효력이 발생하지 않는다는 견해이다.

2) 전부중단설

일부청구를 하였다 하더라도 권리 전체에 대하여 잡가지 않고 권리행사를 한 것이므로 명시 여부를 불문하고 청구 전부에 대해서 시효중단의 효력이 미친다는 견해이다.

3) 명시설

명시적 일부청구의 경우에는 그 일부만이 소송물이므로 시효중단의 효력은 그 일부에 한하여 발생하지만, 묵시적 일부청구의 경우에는 채권의 동일성이 인정되는 범위에서는 그 전부에 대하여 시효중단의 효력이 발생한다고 본다. 다만 예외적으로 명시적 일부청구라도 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석된다면 그 소송물을 채권의 전부로 보아 그 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다고 본다.

(3) 판례의 태도

우리 판례는 기판력에 관하여는 명시설을 취하면서도 시효중단에 관하여는 명시의 여부를 불문하고 일부에 대해서만 시효중단되고 잔부에 관하여는 시효중단의 효력이 생기지 않는다고 하고 있다.<sup>23)</sup> 그러나 “한 개의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소를 제기한 경우에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 아니하지만 비록 그중 일부만을 청구한 경우에도 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석된다면 그 청구액을 소송물인 채권의 전부로 보아야 하고, 이러한 경우에는 그 채권의 동일성의 범위 내에서 그 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다고 해석함이 상당하다.”고 판시하여 융통성 있는 판단을 하고 있다.

(4) 검토

4. 설문의 해결

일부중단설의 입장에서는 2011. 3. 2.에 7억 원의 일부청구시 중단의 범위는 일부분에 한한다. 따라서 잔부청구인 3억 원은 이미 시효가 완성된 후에 제기된 것으로 법원은 甲의 3억원의 청구에 대해 기각 판결을 내려야 한다.

여 지적의무 내지 증명촉구가 필요한 법원의 석명의무로서 지적의무가 있다고 본다.

23) 대판 1975.2.25, 74다1557 등

[3] 2018

【문제-4】 (20점)

甲은 乙에게 건설현장용 발전기를 매도하였는데 그 대금 1억원을 지급받지 못하여 乙을 상대로 1억원의 물품대금지급청구 소를 제기하였다. 乙은 변론에서 위 발전기 대금을 모두 변제하였다고 주장하면서, 만약 변제하지 않았더라도 위 발전기의 하자로 6000만원 상당의 손해가 발생하였는데 이 손해배상채권으로 甲의 소구채권과 대등액으로 상계한다고 진술하였다. (다음 각 물음은 독립적임)

- (1) 제1심 법원은 심리결과 乙의 변제항변은 이유가 없으나, 상계항변은 이유가 있다고 판단하여 乙은 甲에게 4000만원을 지급하라는 판결을 선고하였다. 乙이 제1심 판결에 대하여 전부불복하여 항소한다면 그 항소의 대상이 될 수 있는 최대금액은 얼마인지 설명하시오.
- (2) 乙의 위 상계주장에 대하여 甲은 乙에게 대여한 별개의 5000만원의 대여금채권으로 乙의 위 손해배상채권과 대등액에서 상계한다고 진술하였다. 당사자들이 주장하는 모든 채권이 인정되는 경우 법원이 인용할 수 있는 금액은 얼마인지 설명하시오.

**문제 - 1**

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, 실령 차용하였다고 하더라도 甲에 대한 1억 원 손해배상채권으로 甲의 위 대여금 채권과 상계한다고 주장하였다. 제1심 법원은 甲이 청구한 대여금 채권의 발생을 인정하면서 乙이 한 상계항변을 전부 받아들여 甲의 청구를 기각하였다.

2. 제1심 판결에 대해 乙이 항소하고, 甲은 항소심 변론종결 시까지 부대항소를 제기하지 아니하였는데, 항소심 법원이 심리한 결과 甲의 대여금 채권은 인정되고, 乙의 손해배상채권은 인정되지 않는다고 판단한 경우(10점)

1. 문제의 소재

제1심에서 청구기각판결은 피고의 승소로 보이나 자신의 자동채권인 반대채권도 소멸된 것이므로 항소한 경우 항소이익이 문제되는 항소의 적법성이 문제되며 항소가 적법한 경우 불이익변경금지가 적용되는지 문제된다.<sup>24)</sup>

2. 乙의 항소이익

(1) 항소이익의 판단기준

학설로서는 형식적 불복설, 실질적 불복설 등이 있으나, 판례는 형식적 불복설의 입장에 있으면서 예외를 인정하고 있다.

(2) 상계의 경우

원고의 청구를 전부 기각한 판결에 대하여는 피고가 판결이유 중의 판단에 불복이 있더라도, 상계를 주장한 청구가 성립되어 원고의 청구가 기각된 때와 같이 예외적으로 기판력이 있는 경우를 제외하고는 상소이익이 없다<sup>25)</sup>

(3) 소결

피고가 항소한 경우 청구기각판결이 난 사안은 일응 항소이익은 없으나 상계항변의 경우 판례가 이를 인정하고 있다.

3. 상계와 불이익변경금지 원칙

(1) 상소에서 불이익변경금지 원칙

24) 사례에서는 일부인용, 일부기각판결이 난 사안으로서 항소의 대상이 될 수 있는 금액을 물어본 바 여전히 항소이익과 불변금의 논의는 필요하다고 본다. 다만 항소이익은 다양한 논의가 필요 없을 것이다. 또한 아울러 상계는 출혈적 항변으로서 소구채권이 인정되고 있음을 전제로 한다.

25) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다47189 판결

(2) 상계의 경우 불이익변경금지

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 불이익한 판결을 선고하는 것이 되어 불이익변경금지의 원칙에 위배된다.<sup>26)</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.<sup>27)</sup>

유사문제-2월 실전GS 보충문제

1심법원은 을의 변제항변을 일부 받아들이고 상계항변을 전부 배척하여 갑 청구 중 4,000만 원을 인용하는 판결을 하였다. 항소심절차에서 을은 계속하여 전부변제를 주장하고 예비적으로 손해배상채권으로 상계한다고 진술하였으며, 갑은 변제사실은 물론 상계항변을 다투고 있다. 항소법원의 심리결과 을의 변제항변은 전부 이유가 없는 반면에, 상계항변은 모두 이유가 있음이 밝혀졌다. 다음 각각의 경우 항소법원의 심판범위는?  
 을만이 항소한 경우  
 갑만이 항소한 경우

1. 결론

을만이 항소한 경우 항소법원은 1심판결을 취소하고 청구기각의 판결을 한다(변제-6,000만원, 상계-4,000만원)

갑만이 항소한 경우 항소법원은 변제항변은 모두 배척하지만, 상계항변을 받아들여 결국 원고청구 전부를 기각하는 판결을 한다(변제-0원, 상계-1억원).

2. 논거

(1) 문제의 소재

변제항변과 상계항변의 경우 불이익변경금지원칙의 적용 여부를 묻고 있다. 항소법원이 을의 변제항변을 전부 기각하면 불이익변경금지에 어긋나지 않는지, 항소심에 제출한 상계항변을 인정하는 것이 불이익변경금지의 원칙에 반하는지 검토한다. 민사소송법 제415조의 적용 여부가 문제이다.

(2) 을만이 항소한 경우 : 항소심의 심판범위와 불이익변경금지의 원칙

항소심은 1심판결을 항소인이 불복의 범위 안에서만 바꿀 수 있다(제415조 본문). 이는 1심에서 인정한 판결보다 항소인에게 더 불리하게 판결할 수 없다는 의미로, 항소심에서의 처분권주의 발현이다. 불이익변경금지의 원칙은 기판력의 범위를 기준으로 판단한다.

사안에서 을만이 항소하였으므로 항소심의 심판범위는 4,000만원 채무의 존재 여부이다. 따라서 만약

26) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다18911 판결

27) 사안에서는 일부승소한 부분도 항소이익이 존재하고, 1억원 전부에 대하여 항소한 것이며 항소심은 소구채권의 전부에 대한 존부를 판단하여야 한다. 사안의 경우 일부인용 일부패소에 해당하지만, 상계부분을 제외한다면 사실상 전부패소에 해당한다. 따라서 상계에 의한 일부 승소는 전부패소에 준하여 판단하여야 하므로 1억원 전부에 대하여 이심되고 심판대상이 되지만, 법원은 1억원 변부를 인정하지 않거나, 불이익변경금지원칙상 상계된 부분에 대한 원심을 유지할 수 있을 뿐이다.

항소법원이 변제사실이 전혀 없다는 이유로 1억원의 보수금청구를 인용하면 기판력 측면에서(1심판결이 확정될 경우 기판력은 4,000만원 보수금채권의 존재에 발생) 항소인 을에게 불이익하게 변경된다

**(3) 갑만이 항소한 경우 : 항소심에서 상계항변을 제출과 불이익변경금지의 원칙**

항소심은 항소인이 불복한 범위 안에서만 1심판결을 바꿀 수 있다(제415조 본문). 그러나 상계항변의 경우에는 항소인에게 불리하게 1심판결을 바꾸더라도 불이익변경금지 원칙에 저촉되지 아니한다(415조 단서). 그 취지는 상계항변에 제공된 반대채권의 존부에 기판력이 미치는 점을 고려하여 소송경제를 도모하기 위한 것이다.

항소심에서 상계항변을 제출한 경우란 항소심에 이르러 처음으로 상계항변을 주장한 경우는 물론, 제1심에서 제출되었으나 1심법원이 이를 배척하고 항소심에서 다시 주장한 경우를 포함한다.

사안에서 을은 1심절차에서 상계항변을 제출하였으나 배척되었고, 이를 다시 항소심절차에서 주장하였다. 항소법원은 을의 상계항변이 이유가 있다고 판단할 경우 소구채권이 상계로 소멸되었다고 판단하여 청구를 기각하는 판결을 한다. 이는 결과적으로 항소인 갑에게 1심판결 보다 불리하게 변경되었지만, 을 또한 반대채권을 잃는 점에 비추어 불이익변경금지의 원칙에 어긋나지 아니한다.

**(4) 사안에의 적용**

을만이 항소한 경우, 항소심의 심판범위는 4,000만원 변제 사실 여부이므로 항소법원은 변제사실이 전혀 없는 것으로 판단하더라도 갑의 청구 전액을 인용할 수 없다. 그런데 상계항변 모두가 이유 있으므로 1심에서 인용된 4,000만원도 기각할 수 있다.

갑만이 항소한 경우, 항소심의 심판범위는 6,000만원의 변제사실이고, 항소심은 변제사실이 전무한 것으로 판단하므로 1심판결을 취소하고 청구전부를 인용하는 판결을 하여야 할 것이다, 그런데 항소심은 을의 상계항변이 모두 이유가 있다고 판단하고 있으므로 이를 근거로 청구 전부를 기각하는 판결을 한다

[4] 2019년

【문제-1】 (30점)

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

(3) 최종변론기일에 戊는 조각상 A의 대금채권에 관한 소멸시효 산정의 기산일은 2015.4.1.이 맞지만, 조각상 B에 대한 계약서상 보수 지급일인 8.1.은 6.1.을 잘못 기재한 것이므로, 조각상 B에 대한 대금채권의 소멸시효 기산일은 2015.6.1.이라고 주장하였다. 법원은 이 주장에 구속되어야 하는지 판단하고, 법원이 어떤 판결을 내려야 할지 논하시오. (15점)

Ⅲ. 설문 (3)에 대하여(15점)

1. 문제의 소제

소멸시효의 기산점이 주요사실인지, 이에 변론주의 원칙상 법원이 구속되는 지 문제된다. 한편, 내용증명우편의 최고가 시효중단의 효력을 갖는지 그러한 경우 재판상 청구와의 관계 및 그에 대한 시효완성의 중단이 인정되어 권리를 권리를 행사할 수 있는 지 개별적 채권에 대하여 검토하여야 한다.

2. 소멸시효의 기산점 주장에 대한 법원의 구속여부

(1) 주요사실과 간접사실의 구별

주요사실은 변론주의가 적용되는 사실로 당사자가 주장하고 법원이 심리하는 사실이다. 판례는 법규기준설에 따라 주요사실과 간접사실을 구분하여 판단한다. 소멸시효기산점이 주요사실인지 문제된다.

(2) 소멸시효 기산점의 주요사실여부

통설과 판례는 변론주의가 적용되는 주요사실에 해당하는 부분으로 소멸시효의 기산점으로 이해하고 있다. 따라서 변론주의 원칙상 당사자의 주장책임이 있으며 법원은 이에 구속되어 판단하여야 한다.<sup>28)</sup> 주장은 명시적이지 아니하고 주장취지상 포함된 경우 주장한 것으로 본다.<sup>29)</sup> 기산점에 관한 증명책임은 시효이익을 주장하는 자가 진다.

(3) 소결

28) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94다35886 판결: 소멸시효의 기산일은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효 기간 계산의 시발점으로서 소멸시효 항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하므로 이는 변론주의의 적용 대상이고, 따라서 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 하는데, 이는 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도 마찬가지이다.

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

피고가 각 채권에 대하여 주장한 소멸시효의 기산점은 주요사실로 변론주의가 적용되고 법원은 이에 구속되어 판단하여야 한다.

### 3. 소멸시효 기산과 중단사유

#### (1) 소멸시효기간 3년 주장의 구속여부

단기의 기간이든 10년의 기간이든 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 대한 주장은 단순한 법률상 주장에 불과하므로 변론주의의 적용대상되지 아니하고 법원이 직권으로 판단할 수 있다.<sup>30)</sup> 한편 민법 제163조 3호에 의하여 법원은 직권으로 일을 완성한 때로부터 3년의 기간도과여부를 판단할 수 있다.

#### (2) 소멸시효기산점과 소멸시효의 중단사유

##### 1) 소멸시효 중단사유

소멸시효의 중단사유로서 권리자가 행사는 하는 경우 즉 청구, 압류 가압류 가처분, 승인의 경우 기간 계산은 중단된다. 여기서의 청구는 재판상 청구를 뜻하며, 권리행사설에 따른 당연한 결과이다.

##### 2) 재판상 청구와 최고의 효력의 관계(민법 제174조)

의사의 통지에 해당하는 최고는 원칙적으로 소멸시효 중단의 효과를 받는 청구가 아니지만 예외적으로 당사자의 의사와 무관하게 시효중단의 효과가 발생할 수 있다. 즉 예비적 조치로서 최고의 효력을 인정하여 재판상 청구이전의 6월내의 최후의 최고시를 기준으로 시효중단의 효과각 발생한다. 기산점은 통지가 상대방에 도달한 때로부터 기산한다.

##### (3) 소결

권리행사설에 따라 당사자가 재판상 청구를 하는 경우 시효의 진행이 중단된다. 그러나 최고의 경우 약한 효력이지만 당사자의 권리행사가 있다고 보아 6월의 기간 허여가 인정되고 소제기시 이전의 최후의 최고시를 기준으로 6월을 기산하여 판단할 수 있다.

### 4. 소멸시효 기간도과에 대한 법원의 판단

#### (1) 개별적 채권에 대한 최고와 재판상 청구

구체적으로 최오가 있는지 여부는 권리자의 보호를 위하여 넓게 해석하는 것이 판례의 태도이다. 따라서 내용증명 우편에의 권리자의 의사의 통지도 최고로 인정하는 데에 문제가 없다.

#### (2) 채권에 대한 구체적 판단

##### 1) 소제기와 기산점

2018.10.10.에 소를 제기하였으므로 이를 역산하여 최후의 최고가 6월이전이므로 2018. 4.10. 이후에 최고가 있었으면 시효가 중단된다고 할 것이다. 그러나 그 이전에 소멸시효가 완성된 경우는 소멸시효 완성된 경우에 해당한다.

##### 2) A조각상 채권에 대한 시효완성여부

당사자가 주장한 시효기산점은 2018.4.1.이므로 3년은 이후에 2018.4.1.에 시효가 완성되었으므로 이전의 내용증명우편에 대한 최후의 최고는 3월 15일이므로 이후 6월내에 소제기된 바가 없으므로 시효 중단의 효과가 없어 시효가 완성되어 채권이 소멸된다.

##### 3) B조각상 채권에 대한 시효완성여부

6월 1일에 대한 최고는 4월 10일 이후이 최후의 최고는 5월 21일이므로 재판상 청구의 이전의 6월내

30) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다68217 판결: [1] 채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 가지고 이를 행사하는 경우 각 채권이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개의 채권인 이상 별개의 소송물에 해당하므로, 이에 대하여 채무자가 소멸시효 완성의 항변을 하는 경우에 그 항변에 의하여 어떠한 채권을 다투는 것인지 특정하여야 하고 그와 같이 특정된 항변에는 특별한 사정이 없는 한 청구원인을 달리하는 채권에 대한 소멸시효 완성의 항변까지 포함된 것으로 볼 수는 없다. 그러나 채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 가지고 있더라도 선택에 따라 어느 하나의 채권만을 행사하는 것이 명백한 경우라면 채무자의 소멸시효 완성의 항변은 채권자가 행사하는 당해 채권에 대한 항변으로 봄이 타당하다. [2] 어떤 권리의 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 관한 주장은 단순한 법률상의 주장에 불과하므로 변론주의의 적용대상이 되지 않고 법원이 직권으로 판단할 수 있다.

에 최고 있어 소급적 효과가 발생하고 따라서 시효중단의 효과가 발생한다.

(3) 소결

재판상 청구 이전에 소멸시효완성 전에 최고한 경우 6개월의 기간연장의 효과가 발생하는 최고의 효력을 기준으로 A조각상의 채권은 시효가 완성된 이후에 최고한 것이므로 재판상 청구의 효과가 없으나 B조각상에 대한 채권은 당사자의 주장에 의하는 경우에도 시효가 중단되어 권리행사가 가능하다.

5. 결론

소멸시효기산점은 주요사실이므로 법원은 이에 구속되어 판단하여야 한다. 한편 최고의 효력은 결과적으로 소멸시효 완성기간 내에 최후의 최고시에 재판상 청구의 기간을 6개월 연장하는 효과가 있으므로 A조각상은 시효완성된 채권에 대한 최고로서 효력이 없으나 B조각상은 시효중단의 효력을 갖는 최고가 있다고 판단한다.

## II-2. 권리보호요건과 관련한 기출문제

### [1] 2012년

형제인 乙, 丙, 丁은 부친 A가 소유하고 있던 X토지를 상속받았다. 그런데 X토지를 인접한 Y토지를 B로부터 매수한 甲이 Y토지를 측량한 결과 X토지로 인해 등기부상의 면적보다 부족함을 알게되었다. 그리하여 甲은 X토지의 등기부상 명의자인 乙, 丙, 丁을 상대로 토지경계확정의 소를 제기하였다.

(1) 이 소의 종류는?(10점)

(2) 이 공동소송의 유형은?(10점)

(3) 이 소송 중 소외 戊가 검사를 상대로 자신이 A의 혼인 외자임을 주장하며 제기한 인지청구소송에서 승소하여 확정되었음이 밝혀졌다. 이 경우 戊가 당사자로 되기 위한 방법은?(10점)

#### I. 설문 (1)에 대하여

##### 1. 문제의 소재

형성의 소는 판결에 의한 법률관계의 변동을 요구하는 소로서, 법적 안정성을 흔들기 때문에 명문의 규정으로 허용되는 경우에만 인정하는 것이 원칙이다. 토지경계확정의 소가 형성의 소인지 문제된다.

##### 2. 형식적 형성의 소 여부

###### (1) 문제점

토지경계에 대해서 다툼이 있는 경우에 법원의 판결로 경계를 정하여 달라는 내용의 소에 대하여 규정하고 있지 않지만 판례와 학설은 이를 허용하는데 이 소를 확인의 소로 볼 것인가, 아니면 형식적 형성의 소로 볼 것인지 견해의 다툼이 있다.

###### (2) 학설의 태도

###### 1) 확인소송설

경계확정의 소는 소유권의 범위의 확인을 구하는 소송이라는 견해이다. 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.

###### (3) 판례의 입장

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 법원으로서의 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 한다고 판시하여 형식적 형성소송설의 입장이다.<sup>31)</sup>

###### (4) 소결

토지경계에 대한 분쟁은 공익적 판단이 요구되므로, 당사자의 쟁송을 법원이 재량에 의하여 판결하여야 할 것이다. 따라서 형식적 형성의 소라 할 것이다.

##### 3. 형식적 형성의 소의 소송상 취급

###### (1) 청구취지의 기재방법

31) 대판 1993.11.23, 93다41792·41808

경계확정을 신청하는 당사자는 청구취지에서 「X 토지와 Y 토지의 경계확정을 구한다」 라고 표시하고, 청구원인에서 X 토지와 Y 토지가 인접하고 있다는 사실과 그 경계가 불분명한 것을 주장하는 것으로 족하다. 즉 청구취지의 기재를 명확하게 할 필요가 없고 법 원의 재량권의 기초만 나타나면 충분하다.

**(2) 처분권주의의 적용여부**

당사자가 구체적인 경계표시를 하여 경계확정의 소를 제기하여도 무방하나, 법원은 그와 같은 당사자의 신청에 구속되지 않는다. 나아가 소송 도중 당사자가 청구의 인낙이나 화해를 하더라도 법원은 이를 인정하지 아니하고 스스로 경계를 확정짓는다. 당사자의 합의에 따라 토지의 경계가 이동하는 것을 허용하는 것은 공익적 요소가 강한 토지경계에 반하기 때문이다. 또한 불이익변경금지원칙도 배제되므로 항소법원은 제1심법원의 경계확정에 불복하여 항소한 자에게 불리한가의 여부를 불문하고 스스로 정당하다고 생각하는 경계를 다시 확정할 수 있다. 그 결과 부대항소를 하지 않은 피항소인에게 유리한 경계가 정해질 수도 있다.

**(3) 원고청구기각 거부**

법원은 원고가 신청한 경계가 법원의 판단과 다른 경우 원고청구를 기각할 수 없고, 반드시 진실한 경계를 찾아 경계선을 확정하여야 한다. 원고와 피고의 개념이 성립되는 대립당사자구조 여부가 아니다.

**4. 결론**

토지경계확정의 소는 이른바 형식적 형성의 소에 해당한다. 이는 실질적으로 비송사건으로 처분권주의의 적용되지 아니하고 청구기각판결할 수 없다.

**II. 설문 (2)에 대하여**

**1. 쟁점**

甲이 X토지의 등기부상 명의자를 상대로 제기한 토지경계확정의 소는 공유자들을 공동피고로 하여 제기한 것으로 권리의무가 공통한 관계에 해당하여 공동소송의 요건은 갖추었으나 소송의 형태가 문제된다.

**2. 본론**

공유자를 상대로 한 경계확정의 소의 공동소송형태에 관한 고유필수적공동소송설(민법 제264조)과 유사필수적공동소송설에 대한 대립의 학설과 판례의 입장인 고유필수적 공동소송을 설명하여야 한다.

**3. 결론**

공유자 1인이 나머지 공유자가 가지는 실체법상 관리처분권을 행사할 수도 없다 할 것이어서 고유필수적 공동소송설이 타당하다.

**III. 설문 (3)에 대하여**

**1. 쟁점**

甲이 제기한 경계확정의 소는 고유필수적 공동소송으로서 피고 측에 戊가 누락 되어 피고적격자의 흠결이 있는 경우 소가 적법한지, 부적법하다면 보정방법이 문제된다.

**2. 본론**

고유필수적 공동소송에 있어서는 공동소송인으로 될 자를 한 사람이라도 누락한 때에는 소는 당사자적격의 흠결로 부적법하게 된다. 보정방법이 논의되어야 한다.

**(1) 별소제기 변론병합**

甲은 누락된 자를 상대로 별소를 제기하고 법원이 변론을 병합하면 당사자적격의 흠결은 치유되는데, 병합을 하기 위해서는 같은 종류의 소송절차로 심판될 것에 한하며(제253조 참조), 각 청구 상호간에 법률상의 관련성이 있을 것을 요한다.

**(2) 고유필수적 공동소송추가**

당사자적격이 갖추어지지 아니한 경우 제1심 변론종결시까지 원고의 신청에 따라 누락된 원고 또는 피고를 추가할 수 있는데(제68조), 이는 추가적 형태의 임의적 당사자변경이다.

**(3) 공동소송참가**

소송의 목적이 한쪽 당사자와 제3자간에 합일적으로 확정될 필요가 있는 필수적 공동소송으로 될 경우 판결의 효력을 받는 자는 제83조 공동소송참가를 할 수 있다. 이 경우 유사필수적 공동소송으로 될 경우뿐이다.

### 3. 결론

변론의 병합, 필수적 공동소송인 추가는 가능하나, 공동소송참가는 인정되지 아니한다.

## [2] 2013년

## 【B-1】

A 부동산에 관하여 甲 명의로 소유권보존등기가 경료된 다음 乙명의로 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기가 경료되었다. 甲은 위 매매에 관한 매매계약서와 영수증이 위조된 것이라고 주장하면서 각 서면이 진정하지 아니하다는 확인의 소를 제기하였다 이 소의 사실심 심리 중 甲은 乙이 임의로 소유권이전등기를 경료하였다고 주장하면서 乙을 상대로 소유권이전등기말소등기청구의 소를 별도로 제기하였다.

(1) 甲이 제기한 위 확인의 소는 적법한 지 여부에 대하여 설명하시오.(15점)

## 1. 쟁점

증서의 진정여부확인 소의 적법여부가 문제된다. 구체적으로 확인의 소로서 각 서면의 확인대상적격과 확인의 이익이 있는지를 검토하면 된다.

## 2. 본론

민소법 제250조에 기하여 법률관계에 관한 문서인 매매계약서는 확인의 소가 허용되나 주로 사실관계에 관한 문서인 영수증은 대상적격이 인정되지 아니한다는 확인대상의 청구적격문제를 검토하고, 계약서에 관하여는 확인의 소이므로 확인의 이익이 필요한데 증서와 관련된 법률관계에 관한 소인 소유권이전등기 말소등기의 소가 후에 별도로 제기된 경우 증서의 진정여부확인 소의 이익이 소멸여부를 설명한다.

## 3. 결론

영수증은 확인대상적격이 없어 부적법하고, 계약서에 관하여는 대상적격이 있음과 이런 경우 확인의 이익이 소멸되지 않는다(판례). 적법하므로 계속 심리한다.

[4] 2014년-부제소합의

【 문제-1 】 (30점)

일본 동경에 주소를 두고 음식점을 운영하던 甲은 동경에 주소를 두고 있는 乙에게 2004. 7. 4. 500만 엔을 변제기 2004. 9. 4.로 정하여 대여하였다. 그 차용증서는 일본의 문구점에서 그 내용의 대부분이 인쇄된 상태로 판매되고 있는 것으로서, '만일 본건에 관하여 분쟁이 생긴 때에는 채권자의 주소지 법원을 제1심 관할법원으로 하기로 합의한다'는 취지가 부동산자로 인쇄되어 있었다. 그런데 甲은 2013. 3. 27. 서울 서초구 서초동에 주소를 두고 있는 丙에게 기존의 채무를 청산하려고 위 대여금채권을 양도하였고, 채권을 양도받은 丙은 乙을 상대로 서울중앙지방법원에 양수금청구의 소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙이 '이 사건 소는 합의관할을 위반하였기 때문에 서울중앙지방법원은 국제 재판관할권이 없어 부적법하다'라고 항변을 하고 있다. 위 乙의 항변이 적법한지 여부에 대하여 논하시오.(20점)

(2) 서울중앙지방법원이 乙의 관할위반 항변을 판단하기 위해 위 사건의 차용증서 및 채권양도통지서 등을 검토하는 도중 '이 사건 소비대차계약과 관련하여 어떠한 분쟁이 있더라도 제소하지 아니한다'는 문구를 발견하였다. 법원은 당사자들이 부제소 합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법여부를 다투지 아니하는데도 직권으로 소를 부적법 각하하였다. 이에 대한 법원의 판단이 적법한지 설명하시오.(10점)

법원과 신의칙에서 설명

[5] 2017년

【문제-1】 (30점)

甲은 자신의 소유인 X건물을 乙에게 월 임대료 150만 원, 임대기간 24개월로 정하여 임대하였고, 乙은 임차한 X건물에서 식당을 운영하여 왔다. 乙은 X건물을 임차한 때로부터 1년이 지난 후인 2013. 3. 16.부터 약정한 월 임대료를 계속 지급하지 않고 있다. 甲은 乙이 월 임대료를 지급하지 않자 임의로 전기와 물의 공급을 중단하는 등 乙의 식당영업에 심각한 장애를 주었다. 甲은 X건물에 대한 임대기간이 만료된 후 아무런 권원 없이 건물을 점유·사용하고 있는 乙을 상대로 X건물의 인도는 물론 乙이 월 임대료를 지급하지 않은 2013. 3. 16.부터 건물인도 완료일까지의 연체된 월 임대료 및 이에 상당하는 부당이득반환 청구의 일환으로 매월 150만 원의 비율로 계산한 금액의 지급을 구하는 이 사건 본소를 제기하였다(乙이 X건물을 임차한 후 월 임대료는 변동이 없음을 가정 한다). 乙은 甲의 청구를 다투면서 甲을 상대로 유익비 상환청구로서 2천만 원, 甲의 영업방해로 인한 손해에 대해 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구로서 3천만 원의 지급을 각각 구하는 반소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(2) 甲의 본소청구에 대해 다음과 같은 주문의 제1심 판결(변론종결일; 2015. 4. 3.)이 선고되었다.

주문

乙은 甲에게,

1. X건물을 인도하라.
2. 2013. 3. 16.부터 X건물의 인도 완료일까지 매월 150만 원의 비율로 계산한 금액을 지급하라.(이하 생략)

위 판결 주문 제2항 중 이 사건 변론종결일 다음 날인 2015. 4. 4.부터 X 건물의 인도 완료일까지 월 임대료 상당액 150만 원의 지급을 명하는 것이 가능한 이유를 설명하시오.(10점)

비교적 쟁점은 간단하다-장래이행의 소의 교과서적 서술로 족하다. 청구적격과 미리 청구할 필요가 있다는 의미에 대한 판례의 견해를 충분히 기술한다.

[6] 2021년

【문제-3】 (30점)

甲은 乙에게 3억 원을 빌려주었으나 약속한 변제기가 지났음에도 이를 돌려받지 못하고 있다. 이에 甲은 채무자 乙과 연대보증인 丙을 상대로 3억 원의 지급을 구하는 소(전소)를 제기하였다. 제1심 법원은 이 사건 소장부분을 乙에 대해서는 그 주소지로 송달하였고, 丙에 대해서는 공시송달의 방법으로 송달하였다. 제1심 법원은 2009. 5. 4. 甲의 乙과 丙에 대한 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였고, 그 판결정본은 모두 공시송달의 방법으로 乙과 丙에게 송달된 후 그대로 확정되었다. 위 전소확정판결에도 불구하고 乙과 丙에게 집행할 재산이 전혀 없어 채권의 만족을 얻지 못한 甲은 2019. 4. 15. 소멸시효중단을 위하여 乙과 丙을 상대로 위 3억 원의 지급을 구하는 소(후소)를 제기하였다. 법원은 소장부분과 변론기일통지서를 모두 공시송달의 방법으로 송달하여 변론을 진행한 후 2019. 10.11. 원고의 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였으며, 그 판결정본도 공시송달의 방법으로 피고들에게 송달되어 그대로 확정되었다. 乙과 丙은 위 후소의 소송계속 사실을 알지 못하였으나 2020. 11. 1. 위 후소판결에 기한 강제경매개시결정이 송달됨으로 인해 비로소 위 후소 제1심판결의 선고와 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다. 이에 2020. 11. 6. 乙과 丙은 위 후소 제1심판결에 대한 추후보완 항소를 제기하였다. 후소의 항소심 계속 중 2021. 7. 1. 甲은 위 전소 제1심 판결문의 사본을 첨부하여 준비서면을 제출하였고, 乙과 丙은 이러한 자료들을 송달받고 2021. 7. 5. 대법원 사건검색 시스템을 통한 검색을 통하여 전소 제1심 재판의 존재를 알게 되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

- (1) 甲의 후소제기의 적법성에 관해 설명하고, 만약 위 후소의 항소심에서 피고들이 전소 변론종결 전에 乙이 이미 채무를 변제하였다는 사실을 주장하고 이에 부합하는 증거를 제출한다면, 법원은 이러한 피고들의 주장을 받아들여 재판할 수 있는지에 관해 설명하시오. (10점)
- (2) 전소에서 확정된 권리관계를 다투기 위해 乙은 2021. 7. 13., 丙은 같은 달 29. 각각 전소 제1심 판결에 대한 추후보완 항소를 제기하였다. 이러한 추후보완 항소의 적법성에 관해 설명하시오. (20점)

I. 설문 (1)<sup>32)</sup>

1. 문제의 소제

시효완성 이후 소제기가 부적법한 여부는 재소의 이익이 있는지 이에 대한 검토가 필요하며, 후소 법원이 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 요건에서 기판력의 저촉되는 부분에 대하여 다시 심리할 수 있는지 여부가 문제된다.

2. 확정판결의 재소의 적부

(1) 기판력에 저촉과 소의 적법

확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로, 승소 확정판결을 받은 당사자가 그 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 그 후소는 권리보호의 이익이 없어 원칙적으로 부적법하다.

(2) 예외적 시효중단을 위한 재소이익<sup>33)</sup>

견해를 달리하는 소수의 의견이 존재하지만, 다수의 판례의 견해는 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효중단을 위한 소는 소의 이익이 있다고 본다.

(3) 소결

시효중단의 효력이 확정판결의 재소의 금지보다 더 보호할 가치가 있으므로 예외적으로 권리보호이익

32) 실전A형 3회, 문2

33) 대법원 2018. 7. 19. 선고 2018다22008 전원합의체 판결: 시효중단을 위한 재소의 이익을 인정하면서 후소 법원이 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 필요가 없다. 대법원은 종래 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효중단을 위한 재소(재소)는 소의 이익이 있다는 법리를 유지하여 왔다. 이러한 법리는 현재에도 여전히 타당하다. 다른 시효중단사유인 압류·가압류나 승인 등의 경우 이를 1회로 제한하고 있지 않음에도 유독 재판상 청구의 경우만 1회로 제한되어야 한다고 보아야 할 합리적인 근거가 없다. 또한 확정판결에 의한 채무라 하더라도 채무자가 파산이나 회생제도를 통해 이로부터 전부 또는 일부 벗어날 수 있는 이상, 채권자에게는 시효중단을 위한 재소를 허용하는 것이 균형에 맞다.

을 보호하여 소가 적법하다고 할 것으로 본다.

### 3. 시효완성된 확정판결의 본안판단여부

#### (1) 문제점

재소의 이익이 인정된 경우 청구의 대상은 확정판결이 되므로 재소에서 주장된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건에 대하여 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리하여야 하는지 기판결의 저촉이 인정되는지 문제된다.

#### (2) 변론종결전 사유의 항변여부

##### 1) 변종전 사유 기판력의 저촉

일단 재소를 허용하는 이상 기판력에 관한 일반적 법리, 즉 기판력의 시적 범위에 관한 법리를 적용하여 변종전사유는 차단되어 실권되는 것으로 본다.

##### 2) 청구인용판결 여부

판례는 비록 전소 승소확정판결이 있음에도 확정된 채권의 시효중단을 위한 재소를 예외적으로 허용하는 입장에서 기판력의 저촉이 있는 경우라도 소의 이익이 인정되므로 승소한 자의 소제기로 보지 아니하여 소를 각하하지 아니하고 청구인용판결하여야 한다.

#### (3) 소결

후소의 판결이 전소의 승소 확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원으로서 기판력에 저촉되는 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건의 구비 여부에 관하여 다시 심리할 수 없이 청구인용판결한다.

### 4. 결론

시효중단을 위한 재소의 이익을 인정할 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 후소가 전소 후소는 적법하게 판결하여야 하며 다만 변론종결전의 변제는 기판력에 의하여 차단되어야 한다.

## II. 설문 (2)<sup>34)</sup>

### 1. 쟁점의 정리

乙과 丙에 대한 통상의 공동소송에서 공시송달의 유효성과 효력 및 추후보완의 항소가 가능한지, 항소기간이 도과되었는지 문제된다.

### 2. 공동소송과 심판방법

#### (1) 乙과 丙에 대한 청구소송의 유형

甲이 공동피고로 乙과 丙에 대해 제기한 연대채무에 대한 소송은 합일확정을 전제로 하는 필수적 공동소송이 아닌 통상공동소송이다. 통상의 공동소송은 공동소송 독립의 원칙이 적용된다.

#### (2) 개별적 절차와 독립의 원칙

통상의 공동소송에서 공동소송독립의 원칙은 소송자료, 소송진행 및 재판통일이 요구되지 아니하고, 공동소송인독립의 원칙에 따라 심판한다. 그러나 사실관계의 불합리에 대한 수정이론이 주장되고 있으나, 판례는 공동소송인 독립의 원칙을 수정하려는 주장공통 및 증거공통의 이론을 부정한다. 공시송달에 의한 소송의 진행이 경우 독립하여 판단한다.

#### (3) 사안의 경우

乙과 丙에 대하여 공시송달의 효력과 소송행위의 추완항소 여부는 별개로 판단되어야 한다.

### 3. 공시송달의 유효여부

34) 편취판결에 대한 다양한 문제검토

(1) 하자있는 공시송달과 유효성

상대방을 알기 어려워 통상의 방법으로 송달을 실시할 수 없어 의사표시의 도달을 위하여 민사소송법 제195조에 의하여 송달을 인정하는 것이 공시송달이다. 요건의 불비가 있는 경우라도 판례는 특별하지 않는 한 공시송달이 민사소송법 제195조에 따라 송달실시 후에 2주가 지나면 송달의 효력이 발생하는 것으로 본다.

(2) 패소자의 구제방법

판례에 의하면 잘못된 하자있는 공시송달의 경우라도 항소기간이 도과된 경우 판결은 형식적으로 확정되어 기판력이 발생한다. 따라서 잘못된 공시송달에 의한 패소한 자는 제173조에 의한 추후보완상소나 재심의 소에 의하여 구제받을 수 있다.

(3) 사안의 경우

乙에 대하여 소제기시 통상의 송달이후에 공시송달을 丙에 대하여 소제기부터 공시송달한 경우 공시송달의 효력의 차이는 없으며, 이와는 별도로 소송행위의 추후보완에 의한 사유가 인정되는지 따라 추완항소가 가능한지 살펴야 한다.

4. 추후보완의 적법성

(1) 문제점

공시송달이 유효한 이상 당사자의 책임 없는 사유로 민사소송법 제173조를 적용할 수 있는지 문제된다. 즉 당사자의 책임질 수 없는 사유로서 확정된 전소판결과 후소의 공시송달에 의한 소송행위추완이 문제된다.

(2) 추후보완항소의 과실 여부

1) 소송진행중 공시송달

소송중에 통상의 송달로 소송서류를 전달할 수 없어 공시송달한 경우 소송계속사실을 알았다고 볼 것이므로 특별한 사정이 없는 한 피고에게 소송진행상황의 조사의 의무가 있어 피고에게 과실이 있다고 볼 것이다.

2) 소제기시에 공시송달의 경우

처음부터 공시송달에 의한 경우 공시송달에 의한 소송계속사실을 알지 못할 것이므로 피고에게 과실이 있다고 할 수 없다.

(3) 추후보완기간의 도과여부

공시송달은 법원게시판이나 인터넷게시판에 게시하는 것이 대부분이므로 어떠한 사유로 판결이 공시송달된 사실을 알게 된 때로부터 기간의 기간의 기산일 진행된 것으로 본다. 따라서 전소의 검색에 의한 7월 5일이 사유가 없어진 날로 볼 것이다.

(4) 사안의 경우

전소에 대하여 乙은 추완의 항소를 제기할 수 없고 후소에 대하여만 처음부터 공시송달의 방법으로 제기되었으므로 추완이 가능하다. 그러나 丙은 전소와 후소에 대하여 추완항소가 가능하지만 모두 기간이 도과되었으므로 부적법하다.

5. 결론

乙과 丙에 대하여 독립의 원칙상 별개로 추완항소 여부를 살펴야 한다. 전소의 공시송달에 의한 확정 판결에 대하여 유효성을 인정한다. 다만 7월5일 소송진행사실을 알았다고 하더라도 乙은 추완항소의 책임없는 사유라고 볼 수 없으므로 인정되지 아니하고, 丙은 책임질 수 없는 사유로 인정되지만 기간 도과로 추완항소는 부적법하여 인정될 수 없다.

### III. 중요판례

#### 1. 소송물

◆ 소송물 불특정에 대한 법원의 조치에 대한 대법원 2017. 11. 23. 선고 2017다251694 판결

##### 【판시사항】

- [1] 채권자가 동일한 채무자에 대하여 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 수 개의 손해배상채권을 소송으로 청구하는 경우, 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하는지 여부(적극) 및 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 하는지 여부(적극) / 이러한 법리는 채권자가 수 개의 손해배상채권들 중 일부만을 청구하고 있는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극) / 청구취지가 특정되지 않은 경우, 법원이 취하여야 할 조치
- [2] 주식회사의 감사위원회의 위원이 고의·과실로 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 임무를 해태한 경우, 그로 인하여 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있는지 여부(적극)
- [3] 금융기관 감사위원이 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 자신의 임무를 게을리하였는지 판단하는 기준
- [4] 갑 상호저축은행이 상근 감사위원이었던 을을 상대로 병 주식회사 등에 대한 불법·부당대출로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 을이 감사위원으로서의 선관주의의무를 위반하였다고 볼 여지가 충분한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

##### 【판결요지】

- [1] 채권자가 동일한 채무자에 대하여 수 개의 손해배상채권을 가지고 있다고 하더라도 그 손해배상채권들이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개 채권인 이상 이는 별개 소송물에 해당하고, 그 손해배상채권들은 각각 소멸시효 기산일이나 채무자가 주장할 수 있는 항변이 다를 수도 있으므로, 이를 소송으로 청구하는 채권자로서는 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하고, 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야 하며, 이러한 법리는 채권자가 수 개의 손해배상채권들 중 일부만을 청구하고 있는 경우에도 마찬가지이다. 또한 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.
- [2] 주식회사의 감사위원회는 이사의 직무집행을 감사하고, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그러한 행위를 할 염려가 있다고 인정한 때에는 이사회에 이를 보고하여야 하며, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 그 행위에 대한 유지청구를 하는 등의 의무가 있다(상법 제415조의2 제7항, 제412조 제1항, 제391조의2, 제402조). 감사위원회의 위원은 상법상 위와 같은 의무 또는 기타 법령이나 정관에서 정한 의무를 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 이행하여야 하고, 고의·과실로 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 그 임무를 해태한 때에는 그로 인하여 회사가 입은 손해를 배상할 책임이 있다(상법 제415조의2 제7항, 제414조 제1항, 제382조 제2항).
- [3] 금융기관 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로 그 의무를 충실히 이행하여야 임원으로서 임무를 다한 것이다. 금융기관 감사위원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 자신의 임무를 게을리하였는지 여부는 개별 대출에 대한 감사를 함에 있어 통상의 감사위원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지 여부를 제반 규정 준수 여부, 대출 조건과 내용 및 규모, 변제 계획, 담보 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장 가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 한다.
- [4] 갑 상호저축은행이 상근 감사위원이었던 을을 상대로 병 주식회사 등에 대한 불법·부당대출로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 을은 자신이 서명한 대출 관련 심사부의안과 대출심사자료만 선량한 관리자의 주의의무로 검토하였더라도 병 회사 등에 대한 대출이 형식적인 신용조사만을 거쳐 충분한 채권보전조치 없이 이루어지는 것임을 쉽게 알 수 있었으므로, 관계 서류의 제출 요구 등을 통해 대출이 위

법·부당한 것인지 여부에 관하여 추가로 조사하거나 감사위원회를 통해 이사회에 위와 같은 사실을 보고하여 위법·부당한 행위의 시정 등을 요구할 의무가 있었음에도 그와 같은 의무를 다하지 않았다고 볼 여지가 충분한데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

## 2. 소제기의 효과

◆ 소송탈퇴 전에 제기한 재판상의 청구로 인한 시효중단의 효력을 인정한 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016다35789 판결

약정금의 지급을 구하며 제기한 전소에서 원고의 소송인수 신청에 따라 법원은 甲에 대한 소송인수 결정을 하였고, 원고가 전소에서 탈퇴한 후 인수참가인 甲이 소송을 계속 수행하다가 법원이 甲의 소를 각하하는 판결을 선고하였으며, 항소가 기각된 후 대법원이 무효의 채권양도를 원인으로 하는 甲의 청구는 기각되었어야 함에도 항소심이 소가 부적법하다고 판단한 것은 잘못이나 불이익변경금지의 원칙상 상고기각판결을 함으로써 전소 판결이 확정되었으나, 그 확정된 날부터 6개월 이내에 원고가 피고를 상대로 다시 동일한 약정금의 지급을 구하는 후소를 제기한 사안에서, 원고의 소송탈퇴를 소취하와 같이 보아 소송탈퇴한 시점에서 시효중단의 효력이 소멸하였고, 그 때부터 6개월이 지나 제기한 후소는 시효가 완성되었다고 판단한 원심은 잘못이라고 보았다(파기환송).

☞ [평석] 종전에 없었던 사례인데, 소송탈퇴는 소취하와는 그 성질이 다르고, 원고가 전소를 제기함으로써 발생한 시효중단의 효력은 위와 같은 확정판결에도 불구하고 그대로 유지된다고 판단한 점에서 중요한 판결이다. 소송탈퇴 뒤, 법원이 심리한 결과 인수참가인의 청구기각 또는 소각하 판결이 확정된 경우에는 원고가 제기한 최초의 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력은 소멸하나, 다만 소송탈퇴는 소취하와는 그 성질이 다르며, 탈퇴 뒤 잔존하는 소송에서 내린 판결은 탈퇴자에 대하여도 그 효력이 미치지(민사소송법 제82조 제3항, 제80조 단서) 점에 비추어 인수참가인의 소송목적 양수 효력이 부정되어 인수참가인에 대한 청구기각 또는 소각하 판결이 확정된 날부터 6개월 내에 탈퇴한 원고가 다시 탈퇴 전과 같은 재판상의 청구 등을 한 때에는, 탈퇴 전에 원고가 제기한 재판상의 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 그대로 유지된다는 점을 처음으로 밝힌 데에 의의가 있다.

◆ 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우, 시효중단을 위한 재소에 소의 이익이 있다는 대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다24349 판결

◆ 채무자가 수차례 소를 제기하여 채권자가 응소하였으나 소가 모두 각하된 후 채무자가 다시 이 사건 소를 제기하여 채권자가 응소한 경우 시효중단의 판단기준 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두56435판결

☞ 정부지원금 반환채무의 채무자인 원고가 협약에 따라 정부지원금을 지급한 중소기업기술정보진흥원을 상대로 정부지원금 반환처분의 무효확인을 구하는 취지의 소를 제기하였으나 각하되었고, 원고가 중소기업기술정보진흥원을 상대로 정부지원금 반환채무의 부존재확인 소를 제기하였으나 다시 각하된 후, 이 사건에서 피고(대한민국)를 상대로 정부지원금 반환채무의 부존재확인 소를 제기한 사안에서, 선행소송에서 이루어진 두 차례의 응소에는 민법 제168조 제1호에 따른 시효중단의 효력이 인정되지 않고, 민법 제170조 제2항의 유추적용에 따른 재판 외 최고의 효력만 인정되므로, 이 사건에서 피고의 응소는 두 번째 응소로부터 6월이 경과한 후에 그리고 정부지원금 반환채권의 소멸시효가 완성된 후에 이루어졌다고 판단하고, 이와 달리 소멸시효가 첫 번째 응소 시에 소급하여 중단되었다고 본 원심을 파기한 사례

◆ 전소에서 부당이득금 중 일부만을 청구한 다음 후소에서 나머지를 청구하는 사건[대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결

◇1. 소장에서 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우 나머지 부분에 대하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하는지 여부(소극), 2. 이와 같은 경우 채권자가 당해 소송이 종료된 때부

터 6월내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있는지 여부(적극)◇

하나의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 아니하나(대법원 1975. 2. 25. 선고 74다1557 판결 등 참조), 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하고 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장한 경우에는 소제기 당시부터 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 해석되므로, 이러한 경우에는 소제기 당시부터 채권 전부에 관하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생한다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43695 판결 등 참조).

소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우에는 소송의 경과에 비추어 볼 때 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 볼 수 없으므로, 나머지 부분에 대하여는 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 아니한다. 그러나 이와 같은 경우에도 소를 제기하면서 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시한 채권자로서는 장래에 나머지 부분을 청구할 의사를 가지고 있는 것이 일반적이라고 할 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 소송이 계속 중인 동안에는 나머지 부분에 대하여 권리를 행사하겠다는 의사가 표명되어 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되고 있는 것으로 보아야 하고, 채권자는 당해 소송이 종료된 때부터 6월내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있다. 한편 대법원은, 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통해 이루어지는 소송고지로 인한 최고에 대하여는 당해 소송이 계속 중인 동안 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되는 것으로 보아 당해 소송이 종료된 때부터 6월내에 민법 제174조에 정한 조치를 취함으로써 소멸시효를 중단시킬 수 있다는 점을 밝혀왔다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다14340 판결 등 참조).

☞ 선형소송의 소장에 '일부청구'라는 제목 하에 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하면서 우선 2,000,000원 및 이에 대한 지연손해금만을 청구하였으나, 선형소송이 종료될 때까지 청구금액을 확장하지 아니한 이상 나머지 부분에 대하여는 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 아니하고, 선형소송이 종료된 때로부터 6월이 지난 이후에야 나머지 부분의 지급을 구하는 이 사건 소송을 제기한 이상 나머지 부분에 대하여는 소멸시효가 완성되었다고 본 원심의 판단을 수긍한 사례

### 3. 권리보호요건

◆ 중복제소와 기판력의 경우 기판력이 우선하여 권리보호이익이 없다는 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017다23066 판결

#### 【판시사항】

당사자와 소송물이 동일한 소송이 시간을 달리하여 제기되었으나, 전소(전소)가 후소(후소)의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 않은 경우, 후소가 적법한지 여부(소극) 및 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 동일한 청구의 소를 제기하는 경우, 후소에 권리보호의 이익이 있는지 여부(원칙적 소극)

#### 【판결요지】

[1] 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다(민사소송법 제259조). 따라서 당사자와 소송물이 동일한 소송이 시간을 달리하여 제기된 경우 전소(전소)가 후소(후소)의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 않으면 후소는 중복제소금지에 위반하여 제기된 소송으로서 부적법하다. 한편 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

[2] 갑 보험회사가 을과 체결한 소액대출보증보험계약에 따라 보험금을 지급한 후 을을 상대로 구상금을 지급을 구하는 소를 제기하였고, 항소심에서 병 회사가 갑 회사로부터 채권을 양수하였다고 주장하

며 승계참가신청을 하여 병 회사의 청구를 전부 인용하는 판결이 선고·확정되었는데, 병 회사가 위 판결이 선고되기 전 을을 상대로 갑 회사로부터 양수받은 채권의 지급을 구하는 소를 제기한 사안에서, 병 회사의 청구는 결과적으로 아직 미확정된 선행사건이 법원에 계속되어 있는 중임에도 다시 당사자와 소송물이 동일한 소를 제기한 셈이 되며, 원심 변론종결일에 선행사건이 아직 법원에 계속 중이었으므로 중복소송에 해당하고, 선행사건의 항소심판결이 확정되었으므로 권리보호의 이익도 없어 부적법하다고 한 사례.

◆ 확인의 소는 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고, 확인판결을 받는 것이 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때에 허용된다는 것을 전제로 약정금 사건에서 확인의 이익을 인정하지 아니한 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014다30803 판결 갑 소유의 부동산에 관하여 을 명의의 소유권이전등기청구권가등기가 마쳐진 후 위 부동산에 관하여 가압류등기를 마친 병 주식회사가 위 가등기가 담보목적 가등기인지 확인을 구한 사안에서, 부동산등기법 제92조 제1항에 따라 병 회사의 위 가압류등기가 직권으로 말소되는지가 위 가등기가 순위보전을 위한 가등기인지 담보가등기인지에 따라 결정되는 것이 아니므로, 병 회사의 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 존재한다고 볼 수 없고, 만약 위 가등기가 담보가등기임에도 을이 청산절차를 거치지 않은 채 본등기를 마친다면, 병 회사로서는 갑을 대위하여 본등기의 말소를 구할 수 있고 그에 따라 위 가압류등기도 회복시킬 수 있을 것이므로, 담보가등기라는 확인의 판결을 받는 것 외에 달리 구제수단이 없다고 보기 어려운데도, 병 회사의 청구가 확인의 이익이 있다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

☞ 원심에서 피고는 1과 2가 있는데 피고2에 대하여 예비적으로 제1, 2 예비적 청구를 한 사안에서 예비적 청구는 피고 1 소유의 이 사건 부동산에 관하여 마쳐진 피고 2 명의의 이 사건 가등기는 가등기 담보 등에 관한 법률이 적용되는 담보 목적 가등기로 보아야 하고, 이 사건 가등기가 순위보전을 위한 가등기인지 담보 목적 가등기인지에 따라 그보다 나중에 마쳐진 원고 명의의 가압류등기가 직권말소될 것인지 여부가 결정되므로 원고의 법률상 지위에 현존하는 불안이 존재할 뿐만 아니라, 위와 같은 불안을 해소하기 위한 직접적인 권리구제수단이 달리 존재하지 아니하고, 피고 2도 이 사건 가등기가 정당한 매매예약에 따른 것이라고 주장하며 다투고 있는 이상 이 사건 가등기가 담보 목적 가등기인지의 확인을 구하는 제1 예비적 청구 부분은 확인의 이익이 있다고 판단하였다. 그러나 부동산등기법 제92조 제1항은 ‘등기관은 가등기에 의한 본등기를 하였을 때에는 가등기 이후에 된 등기로서 가등기에 의하여 보전되는 권리를 침해하는 등기를 직권으로 말소하여야 한다’고 규정하고 있다. 따라서 가등기가 담보 목적인지 여부와 상관없이 그 본등기가 이루어지면 가등기 후의 가압류등기는 말소될 수밖에 없다. 즉 이 사건 가등기에 의한 본등기로 인하여 원고의 위 가압류등기가 직권으로 말소되는지 여부가 이 사건 가등기가 순위보전을 위한 가등기인지 담보가등기인지 여부에 따라 결정되는 것이 아니므로, 원고의 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 존재한다고 볼 수 없다. 또한 만약 이 사건 가등기가 담보가등기임에도 불구하고 피고 2가 청산절차를 거치지 않은 채 본등기를 마친다면, 원고로서는 피고 1을 대위하여 그 본등기의 말소를 구할 수 있고 그에 따라 위 가압류등기도 회복시킬 수 있을 것이므로, 담보가등기라는 확인의 판결을 받는 것 외에 달리 구제수단이 없다고 보기도 어렵다.

◆ 근로자에 대한 대기처분무효확인 확인의 소에 있어서 확인의 이익을 인정한 대법원 2018. 5. 30. 선고 2014다9632 판결 확인의 소는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 허용되지만, 과거의 법률관계도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단이라고 인정될 때에는 확인의 이익이 있다. 근로계약의 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 정하고 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것인 경우, 성질상 해고로서 근로기준법에 정한 제한을 받으며 및 이때 근로자가 사용자를 상대로 당연퇴직조치에 근로기준법 제23조가 정한 정당한 이유가 없음을 들어 당연퇴직처분 무효확인 소를 제기할 수 있다.

☞ 갑 주식회사의 포상징계규정에서 징계의 한 종류로 ‘대기’를 열거하면서 대기처분을 받은 뒤 6개월

을 지나도 보직을 부여받지 못한 경우 자동해임된다고 정하고 있는데, 을이 대기처분을 받은 후 대기처분 기간 만료에 따라 보직을 받지 못하였음을 이유로 자동해임되자 대기처분의 무효확인을 구한 사안에서, 자동해임처분은 징계처분인 대기처분과 독립된 별개의 처분으로, 근로자인 을의 의사에 반하여 사용자인 갑 회사의 일방적 의사에 따라 근로계약관계를 종료시키는 해고에 해당하는데, 을은 대기처분 기간 동안 승진·승급에 제한을 받고 임금이 감액되는 등 인사와 급여에서 불이익을 입었고, 을이 대기처분 이후 자동해임처분에 따라 해고되었다라도 해고의 효력을 둘러싸고 법률적인 다툼이 있어 해고가 정당한지가 아직 확정되지 않았을 뿐만 아니라, 자동해임처분이 대기처분 후 6개월 동안의 보직 미부여를 이유로 삼고 있는 것이어서 대기처분이 적법한지 여부가 자동해임처분 사유에도 직접 영향을 주게 되므로, 여전히 이러한 불이익을 받는 상태에 있는 을로서는 자동해임처분과 별개로 대기처분의 무효 여부에 관한 확인판결을 받음으로써 유효·적절하게 자신의 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거할 수 있다는 이유로 을에게 대기처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 한 사례.

◆ 채무의 이행기가 장래에 도래할 예정이고 그때까지 채무불이행 사유가 계속 존속할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있는 경우, 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 있다는 장래이행의 소에 대한 대법원 2018. 7. 26. 선고 2018다227551 판결

1. 쟁점의 정리

- (1) 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항인지 여부(원칙적 적극)
- (2) 채무의 이행기가 장래에 도래할 예정이고 그때까지 채무불이행 사유가 계속 존속할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있는 경우, 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 있는지 여부

2. 사실관계

갑이 을에게서 건물을 임차하였다가 임대차계약상 의무 위반 등을 주장하면서 임차보증금 반환 등을 구하는 소를 제기하여 조정이 성립하였는데, 갑이 조정 성립을 전후하여 건물에서 퇴거하면서 을이 아닌 병에게 건물의 열쇠를 건네주어 건물을 점유·사용케 하였고, 이에 을이 갑을 상대로 조정 성립 다음 날부터 건물 인도 완료일까지 부당이득 또는 손해배상의 지급을 구한 사안에서, 갑이 을이 아닌 병에게 건물의 열쇠를 건네주어 점유·사용케 함으로써 을은 건물을 인도받지 못하여 차임에 해당하는 손해를 입고 있는데, 병이 갑의 양해를 얻어 건물을 점유한 이래 건물 인도를 거부하고 있고 갑이 여전히 을에게 건물에 대한 인도의무를 부담하고 있는 이상, 갑의 불법행위로 인한 을의 손해는 건물을 인도받을 때까지 계속해서 발생할 것이 확정적으로 예정되어 있다고 볼 여지가 있는데도, 병이 건물을 직접 점유하고 있어 갑의 의사와 관계없이 을의 손해 발생이 중단될 수도 있으므로 을의 손해가 계속 발생할 것이 확정적으로 예정되어 있지 않다는 이유로 원심 변론종결 다음 날부터 건물 인도 완료일까지 부당이득 또는 손해배상의 지급을 구하는 부분은 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위한 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례이다.

3. 판결요지

- [1] 불법행위에서 과실상계는 공평이나 신의칙의 견지에서 피해자의 과실을 고려하여 손해배상액을 정하는 것으로, 이때 고려할 사항에는 가해자와 피해자의 고의·과실의 정도, 위법행위의 발생과 손해의 확대에 관하여 어느 정도의 원인이 되어 있는지 등을 포함한다. 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다.
- [2] 민사소송법 제251조는 “장래에 이행할 것을 청구하는 소는 미리 청구할 필요가 있어야 제기할 수 있다.”라고 정하고 있다. 채무자의 태도나 채무의 내용과 성질에 비추어 채무의 이행기가 도래하더라도 채무자의 이행을 기대할 수 없다고 판단되는 경우에는 미리 청구할 필요가 있다고 보아야 한다. 장래에 채무의 이행기가 도래할 예정인 경우에도 채무불이행 사유가 언제까지 존속할 것인지가 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 채무자가 책임을 지는 기간을 예정할 수 없다면 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없다. 그러나 채무의 이행기가 장래에 도래할 예정이고 그때까지 채무불이행 사유가 계속 존속할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있다면, 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 있다.

◆ 이행판결의 주문 표시에 관하여 직권으로 판단한 사건 대법원 2019. 2. 14 선고2015다244432판결

◇ 사실심의 재판 실무에서 장래의 부당이득금의 계속적·반복적 지급을 명하는 판결의 주문에 광범위하게 사용되고 있는 '원고의 소유권 상실일까지'라는 표시가 이행판결의 주문 표시로서 바람직한지(부정) ◇

사실심의 재판 실무에서 장래의 부당이득금의 계속적·반복적 지급을 명하는 판결의 주문에 '원고의 소유권 상실일까지'라는 표시가 광범위하게 사용되고 있다. 그러나 '원고의 소유권 상실일까지'라는 기재는 이행판결의 주문 표시로서 바람직하지 않다. 그 이유는 다음과 같다.

1. '원고의 소유권 상실일까지'라는 기재는 집행문 부여기관, 집행문 부여 명령권자, 집행기관의 조사·판단에 맡길 수 없고, 수소법원이 판단해야 할 사항인 소유권 변동 여부를 수소법원이 아닌 다른 기관의 판단에 맡기는 형태의 주문이다.
2. '원고의 소유권 상실일까지'라는 기재는 확정된 이행판결의 집행력에 영향을 미칠 수 없는 무의미한 기재이다.
3. '원고의 소유권 상실일'은 장래의 부당이득반환의무의 '임의 이행' 여부와는 직접적인 관련이 없으므로, 이를 기재하지 않더라도 장래의 이행을 명하는 판결에 관한 법리에 어긋나지 않는다.

☞ 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 포기 및 지방자치단체의 토지 점유에 관한 상고이유에 대한 판단에 덧붙여 직권으로 원심이 유지한 1심판결 주문 표시가 바람직한지 여부에 대하여 판단한 사례

◆ 점유회수청구의 소가 인용될 것에 대비하여 피고가 점유를 회복할 것을 전제로 한 장래이행청구의 소 대법원 2021. 3. 25. 선고 2019다208441 판결

【판시사항】

점유권을 기초로 한 본소에 대하여 본권자가 본소청구 인용에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 위 본소와 예비적 반소를 모두 인용하여야 하는지 여부(적극) 및 점유권에 기초한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 있는지 여부(소극) / 점유를 침탈당한 자가 점유권에 기한 점유회수의 소를 제기하고, 본권자가 그 점유회수의 소가 인용될 것에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 별소를 제기한 경우에도 같은 법리가 적용되는지 여부(적극)

【판결요지】

점유권을 기초로 한 본소에 대하여 본권자가 본소청구의 인용에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 점유권에 기초한 본소와 본권에 기초한 예비적 반소를 모두 인용해야 하고 점유권에 기초한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 없다. 이러한 법리는 점유를 침탈당한 자가 점유권에 기한 점유회수의 소를 제기하고, 본권자가 그 점유회수의 소가 인용될 것에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 별소를 제기한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

◆ 노동조합 설립무효의 확인을 구하는 사건대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결

◇ 1. 노동조합 설립무효 확인을 구하는 소의 허용 여부(적극) 및 복수 노조 중의 한 노조가 다른 노조를 상대로 이러한 소를 제기할 '확인'의 이익'을 가지는지 여부(적극), 2. 노동조합이 주체성과 자주성 등을 흠결한 경우의 법적 효과(원칙적 무효) ◇

☞ 복수 노조 중 어느 한 노동조합이 설립될 당시부터 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결한 경우에는 다른 노동조합은 해당 노동조합의 설립무효 확인을 구하는 소의 제기가 가능하다고 판단함으로써, 같은 취지로 판단한 원심판결을 수긍하고 피고의 상고를 기각함

## 제4장 변론과 심리

### I. 역대 기출문제의 특징

당사자의 소송은 변론을 통해서 변론은 소송행위를 통해서 이루어진다. 소송행위의 개념은 요건과 효과가 모두 민사소송법에 규정되어 있음을 알아야 한다. 이러한 부분을 변론절차라도 하며 모두 연속적으로 연결되어 있다. 변론은 처분권주의를 포함하여 변론주의를 기본 원칙으로 한다.

#### 1. 변론(심리)과 변론절차에서 출제경향

본안에 관한 판단에 있어서 심리의 범위는 크게 소송물을 이루는 권리관계와 그 법률효과를 성립시키는 요건사실이다. 즉 소송물에 대한 처분권주의와 달리 변론과 변론주의는 주요사실이라고 하는 사실의 주장책임과 관련되어 사실의 의미가 무엇인지 물어보는 문제가 자주 출제되었다. 이는 법원의 심리 혹은 심판권을 제한하는지 문제이다. 반면에 변론절차 자체의 문제 즉 무변론판결이나 변론절차를 물어보는 문제는 거의 출제되지 아니하였다.

변론주의는 사실의 주장 책임, 자백의 구속력, 증명책임의 3요소로 이루어져 있는데 사실의 의미와 자백은 자주 출제되고 또한 자백의 철회도 자백의 영역에서 출제되고 있다. 변론주의 증명책임은 주관적 의미의 증명책임이므로 소송행위인 부인과 항변에 연결되어 하나의 논점으로 출제되는 경우가 있다. 변론절차는 그 자체로 명백하게 출제되지 않았지만 전체적인 의미에서 절차를 이해할 필요가 있다.

심리는 변론을 통하여 범위가 설정되므로 법원은 심리의 범위가 불명확한 경우 석명권을 행사하게 된다. 올해의 문제에서도 말했다시피 본안판결에 대한 적극적 석명 혹은 석명의무를 정리하는 것은 기출문제를 분석하는 것과 무관하게 민사소송법을 이해하는 가장 주용한 부분이라고 할 것이다.

#### 2. 소송행위에서 출제경향

소송행위는 매우 자주 출제된다. 극단적으로 상계항변 역시 소송행위의 항변에 해당하고 결과적으로 소송행위는 출제되지 아니한 적이 없다고 할 수 있다. 여기에 소송상 계약 내지 소송상 합의를 더하면 소송행위는 반드시 출제되는 영역이라고 할 수 있고 이해하여야 할 필수 영역이라고 할 수 있다. 변론은 소송행위를 통하여 이루어지므로 변론과 함께 소송행위는 경합적으로 이해할 필요가 있다.

소송행위는 부인과 항변, 소송상 합의, 소송상 형성권의 행사, 철회와 취소 등이 주요한 주제인데 모두 기출되는 중요한 영역이라고 할 수 있다. 소송행위의 의미에 대하여 수업시간에 강조하다시피 심리의 중요한 영역을 차지하므로 이해의 범위가 넓을수록 고득점으로 가는 지름길이라고 할 수 있다. 소제기에서 답변서제출, 변론준비서면 제출 그 속에서 일어나는 부인과 항변, 소송상 계약, 이에 대한 철회 취소의 유기적인 이해는 민사소송법 사례형을 준비하는 수험생은 반드시 이해하고 있어야 하는 테마라고 할 수 있고 여기서 핵심은 심리를 담당하는 법원(법관)의 영역에 출현하여야 한다는 의미이다. 이 부분은 수업시간에 강조할 것이다.

## II. 변론(심리)과 소송행위의 기출문제

### [1] 2012년

#### [B-1]

甲은 자기소유의 토지를 乙(지방자치단체)이 도로로 점유하여 사용하고 있음을 이유로 부당이득반환청구를 하였다. 이에 乙은 이 토지를 1987.3.17.부터 20년 이상 점유하여 이를 취득시효하였다고 항변하였다. 乙의 항변에 대하여 甲은 당초 乙의 점유개시시기를 乙의 주장과 같이 1987.3.117이라고 하였다가 이후 2006.1경부터 점유를 하였다고 하면서 그 주장을 변경하였다.

(1) 변론주의에서 말하는 사실은 무엇을 말하는가?

(2) 부동산 취득시효에 있어서 점유기간의 산정기준이 되는 점유개시시의 시기에 관한 甲의 주장사실은 어떤 사실인가?

대판(전합) 2009.7.1. 2007다15172

부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우라 하더라도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 경과한 경우에는 점유자로서는 제3자 앞으로의 소유권 변동시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다. 그리고 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 하더라도 그 사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없어 취득시효를 중단할 사유가 되지 못하므로, 새로운 소유명의자는 취득시효완성 당시 권리의무 변동의 당사자로서 취득시효완성으로 인한 불이익을 받게 된다 할 것이어서 시효완성자는 그 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있는바, 이러한 법리는 위와 같이 새로이 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다.

[2] 2014년

【 문제-4 】 (20점)

甲 회사는 乙 회사를 상대로 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제5조에 기하여 2010. 1. 1.부터 2013. 6. 30.까지의 부정경쟁행위로 인한 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 제1심 법원은 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다.(다음 각 설문은 독립적임)

(2) 甲 회사의 대표자 丙이 乙 회사와 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하하였다. 丙은 항소를 취하한 행위에 대하여 업무상배임죄로 유죄판결을 선고받았고, 그 판결은 확정되었다. 이 경우 丙이 한 항소취하의 효력에 대하여 설명하시오. (10점)

1. 문제의 소재

상대방과 공모한 甲회사의 대표자 丙이 제1심 판결에 대한 甲의 항소를 취하함으로써 업무상배임죄로 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 경우 그 항소취하의 효력이 쟁점이다. 항소취하됨으로서 제1심판결이 확정됨으로 재심으로 취소될 수 있는지, 항소취하를 소송행위로 취소할 수 있는지 문제된다.

2. 재심청구에 의한 확정판결의 취소

(1) 항소취하의 효력과 재심의 인정여부

항소심 계속중 적법한 항소취하는 원심을 확정시킨다. 기판력이 있는 판결은 재심으로만 취소할 수 있다. 전소확정된 유효한 판결에 대하여 재심사유가 인정여부를 검토한다.

(2) 유죄확정판결된 대표권 남용의 경우 재심사유

1) 대리권흡결

상대방과 공모한 대표권의 경우 대리권의 흡결인 무권대리라고 볼 수 없다. 따라서 무권대리로 재심을 청구하는 것은 재심사유로 인정되지 아니한다고 볼 것이다.

2) 형사처벌 받을 자의 행위에 의한 재심사유(제451조 제1항 제5호)

형사처벌할 자의 행위에 의하여 판결이 확정된 경우 유죄확정판결된 경우 재심사유가 인정된다. 재심사유로서 인정된다.

(3) 소결

항소취하로 확정된 판결은 처벌받을 자에 의하여 판결이 확정되었으므로 유죄확정판결의 경우 확정된 재판이 취소될 수 있다.

3. 항소취하의 효력

(1) 문제점

종국판결에 대한 확정되지 아니하고 현재 항소심에 소송계속된 것이 재심재판의 본안심판에 해당하므로 항소취하의 효력을 다룰 수 있는지 문제된다.

(2) 소송행위의 철회

1) 항소취하의 법적 성질과 취소

항소취하는 소송행위이다. 따라서 소송행위의 철회나 취소가 인정되는지, 이 경우 재심사유추가 되는지 견해의 대립이 있다.

2) 소송행위의 취소

소송행위는 실제법상 하자를 이유로 철회할 수 없다는 것이 판례와 통설이다. 그러나 재심사유는 유추 적용할 수 있다는 것이 판례이다. 즉 소송행위에 기초한 확정판결의 효력을 배제하기 위한 재심제도 취지상 재심절차에서 해당 소송행위 효력은 당연히 부정될 수밖에 없고, 그에 따라 법원으로서 위 소송행위가 존재하지 않은 것과 같은 상태를 전제로 재심대상사건의 본안에 나아가 심리·판단하여야 하며 달리 소송행위의 효력을 인정할 여지가 없다.

(3) 사안의 경우

판례는<sup>35)</sup> 유죄확정판결을 필요설의 입장에서 배임행위의 대표자의 항소취하에 대하여 취소된 것으로

35) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다86112 판결: [1] 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 상소 취하를

본다.

4. 결론

대표자의 배임행위가 유죄확정 판결을 받은 경우 제451조 제1항 제5호의 형사처벌 행위자에 준하는 재심사유가 존재한다고 볼 것이며, 이 경우 항소취하는 당연히 취소되어 효력이 없고 본안판단에 나가야 한다.

[3] 2015년

【문제-2】 (20점)

甲은 乙이 甲 소유의 X건물을 무단으로 점유·사용하여 甲의 소유권을 침해하고 있다고 주장하며 乙을 상대로 X건물의 인도와 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 이후 열린 첫 변론기일에 乙이 X건물에 관한 임차권을 주장하자, 甲은 임차권의 존부에 관한 사항은 자신이 다음 기일에 진술하겠다고 법원에 요청하여 법원은 甲과 乙에 대해 다음 기일을 고지하였다. (다음 각 설문은 독립적임) (20점)

(1) 甲이 준비서면을 제출하고 제2회 변론기일에 결석하여 乙만이 출석하여 변론하였다. 법원은 해당 기일을 적법하게 진행하였다. 그런데 甲이 제출한 준비서면에는 자신이 X건물을 乙에게 임대한 것은 사실이라는 취지의 기재가 있다고 한다면, 이후 이 소송의 변론기일에서 甲이 X건물을 乙에게 임대한 적이 없다고 주장할 수 있는지 설명하시오. (12점)

(2) 제2회 변론기일을 위하여 甲은 “乙에게 X건물의 임차권이 존재하였으나 이 임차권은 乙이 차임을 2회 이상 연체하여 해지통고를 하였으므로 소멸하였다”는 취지의 준비서면을 제출하여 이 서면이 乙에게 송달되었는데, 乙은 이에 대해 아무런 준비서면도 내지 않은 채 이 변론기일에 결석하였다. 甲은 이 변론기일에 출석하여 자신이 제출한 준비서면을 진술하였다. 이때 그 다음 기일에 출석한 乙이 자신은 X건물에 대한 차임을 연체한 적도 없고, 甲으로부터 해지통고를 받은 적도 없다고 주장할 수 있는지 설명하시오. (8점)

한 경우, 민사소송법 제451조 제1항 제5호에 준하는 재심사유로 인정할 수 있는지 여부(적극) 및 ‘형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위’에 당사자의 대리인이 범한 배임죄가 포함되는지 여부(한정 적극) [2] 어떠한 소송행위에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있는 경우, 재심절차에서 해당 소송행위의 효력이 당연히 부정되는지 여부(적극) [3] 재심대상판결 당시 피고 주식회사의 실질적 대표자이던 갑이 소송상대방과 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하한 사안에서, 갑의 항소 취하에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 판단하면서도 그 효력을 인정하여 피고 회사의 재심청구를 기각한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

[4] 2017년

【문제-1】 (30점)

甲은 자신의 소유인 X건물을 乙에게 월 임대료 150만 원, 임대기간 24개월로 정하여 임대하였고, 乙은 임차한 X건물에서 식당을 운영하여 왔다. 乙은 X건물을 임차한 때로부터 1년이 지난 후인 2013. 3. 16.부터 약정한 월 임대료를 계속 지급하지 않고 있다. 甲은 乙이 월 임대료를 지급하지 않자 임의로 전기와 물의 공급을 중단하는 등 乙의 식당영업에 심각한 장애를 주었다. 甲은 X건물에 대한 임대기간이 만료된 후 아무런 권원 없이 건물을 점유·사용하고 있는 乙을 상대로 X건물의 인도는 물론 乙이 월 임대료를 지급하지 않은 2013. 3. 16.부터 건물인도 완료일까지의 연체된 월 임대료 및 이에 상당하는 부당이득반환 청구의 일환으로 매월 150만 원의 비율로 계산한 금액의 지급을 구하는 이 사건 본소를 제기하였다(乙이 X건물을 임차한 후 월 임대료는 변동이 없음을 가정 한다). 乙은 甲의 청구를 다투면서 甲을 상대로 유익비 상환청구로서 2천만 원, 甲의 영업방해로 인한 손해에 대해 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구로서 3천만 원의 지급을 각각 구하는 반소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲과 乙은 법정 외에서 본소와 반소를 각각 취하기로 합의하였다. 위 합의 후 乙은 반소를 취하한 반면, 甲은 본소를 취하지 않고 이후 변론기일에 단독으로 출석하여 본소청구 전부에 대해 승소판결을 받게 되었다. 乙은 패소한 1심판결에 대해 항소기간 내에 항소를 제기한 후 항소심 절차에서 甲의 본소청구에 대해 소취하 합의가 있었음을 주장 하였다. 항소심 법원이 乙의 이러한 주장을 인정한다면 甲의 본소청구에 대해 어떠한 판결을 선고하여야 하는지 설명하시오. (10점)

【문제-3】 (30점)

甲은 자신 소유의 중장비차량의 수리를 정비업자인 乙에게 의뢰하였는데, 乙은 수리를 완료한 후 그 수리비 5천만 원을 청구하였다. 이에 甲은 그 금액이 과다하다고 생각하여 스스로 적정하다고 판단한 수리비 5백만 원만 지급하고 중장비 차량의 반환을 요구하였지만 乙은 이를 거부하고 있다. 이에 甲은 乙에 대하여 당해 중장비차량의 반환을 구하는 소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 위 반환청구소송에서 乙은 甲이 주장하는 5백만 원의 수리비는 터무니없는 것이라고 하면서 위 5천만 원의 수리비채권 중 이미 수령한 5백만 원을 제외한 나머지 4천5백만 원의 수리비 잔대금채권에 기한 유치권 항변을 하였다. 법원이 乙의 유치권 항변을 인용하는 경우 어떠한 판결을 하여야 하는지 설명하시오.(10점)

I. 문제 1에 대하여

1. 쟁점정리

소취하계약에 대하여 소송법적으로 주장하는 방법 및 이에 대한 효력이 문제된다.

2. 본론

- (1) 소송상의 합의에 대한 일반론 및 허용여부에 대하여 설명한다.
- (2) 소송상 합의에 위반한 경우 상대방의 권리구제방법을 묻고 있습니다. 소송상 합의의 법적 성질에 관한 학설과 대법원 판례의 견해를 설명하며 검토한다.
- (3) 항소심에서 신의칙에 위반한 항소인 경우 항소심 법원이 본소청구에 대해 권리보호이익이 없어 소를 각하하여야 한다는 점을 설명한다.

3. 결론

소취하계약에 위반한 항소는 권리보호이익이 없는 부적법한 소로서 각하판결한다.

II. 문제 3 (1)에 대하여

항변이므로 법원은 이에 대한 심리 판단을 하여야 하고 법원은 상환이행판결한다. 처분권주의와 변론주의 모두 언급하여야 한다. 수업 중 설명하지만, 언제든 출제될 수 있고, 이미 정리된 부분이라서 출제되지만 어려운 문제는 아니다.

[5] 2018년

【문제-2】 (20점)

甲은 A건설회사와 주택건축계약을 체결하고 자신이 소유하고 있는 X토지에 단독주택 2채를 건축하여 그 중 1채를 2009. 5. 10. 乙에게 3억 원에 매매하는 계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하였다. 乙은 계약 시 3천만 원의 계약금을 지급하였고, 계약에 따라 6개월 후 중도금 1억 원을 지급하였으나, 잔금 1억 7천만 원에 대해서는 지급하지 않고 있다. 이에 甲은 乙을 상대로 2016. 7. 21. 잔금 1억 7천만 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 소송 중 乙은 甲이 A건설회사와 동업하여 여러 채의 주택을 건축하여 분양하였기 때문에 이 매매는 상인이 영업을 위하여 한 행위로서 상법 제64조에서 정한 상행위로 인한 채권에 해당하고, 이에 대해서는 5년의 상사소멸시효기간이 적용되는 것이므로 甲의 채권은 시효로 소멸하였다고 주장하였다. 그러나 제1심 법원은 甲의 주장에 따라 甲이 A건설회사와 공동으로 주택을 분양한 것이 아니라 甲 단독으로 乙과 이 사건 매매계약을 체결하였으므로 민법상의 매매계약에 해당한다고 하면서, 민법 제162조에 의하여 10년의 소멸시효기간이 적용된다고 하여 乙의 주장을 배척하였다. 이러한 법원의 판단은 적법한지 설명하시오. (10점)

(2) 이 소송은 변호사 B가 乙을 대리하고 있었는데, 소송계속 중 乙이 사망하였다. B에 대한 소송위임장에는 상소의 제기에 관한 특별권이 부여되어 있으며, 乙에게는 유일한 상속인으로 丙이 있다. 丙이 변론종결시까지 수계를 하지 않고 있었는데, 이후 법원은 甲의 청구를 전부 인용하는 판결을 선고하고 이를 2017. 2. 10. B에게 송달하였다. 그 후 B가 항소제기를 하지 않았다는 사실을 알게 된 丙은 2017. 3. 6. 소송수계신청과 함께 항소장을 법원에 제출하였다. 법원은 이에 대해 어떻게 판단하여야 하는지 설명하시오. (10점)

[6] 2019년

【문제-3】 30점

乙은 X건물의 소유자인 甲으로부터 동 건물을 임차한 후 점유 사용해 오고 있다. 乙은 건물의 임대기간이 만료되었음에도 동 건물을 인도하지 않으면서 자신의 점유가 정당한 권에 기인한 것이라고 주장하고 있다. 이에 甲은 乙 상대로 소유권에 기초하여 건물인도청구의 소를 제기하였다.(다음 각 물음은 독립적임)

(1) 제1회 변론기일에 재판장은 乙에게 “ 이 사건 X건물이 甲의 소유임은 인정하느냐”고 질문하였다. 이에 乙은 “그렇다”라고 답을 하였다. 그러나 그 후의 변론기일에서 乙은 기존의 진술을 반복해서 X건물이 甲의 소유가 아니라고 진술하고자 한다. 이것이 아무런 제한없이 가능한지 여부에 대하여 설명하시오.

(2) 이 사건에 대하여 변론준비절차가 진행되던 중 변론준비기일이 열렸으나 甲과 乙 모두 출석하지 않았다. 그 후 재판장은 준비절차를 종결하고 제1회 변론기일을 지정하였다. 제1회 변론기일에 甲은 출석하지 않았고 乙만 출석하였으나 乙은 변론하지 않았다. 이로써 변론기일에 양쪽 당사자가 2회 출석하지 아니한 경우에 해당하는지 여부에 대하여 설명하시오.

(3) 제1회 제2회 변론기일에 甲은 모두 출석하지 않았고, 반면에 乙은 모두 출석하였으나 변론하지 않았다. 이때 재판장은 당사자간의 기일지정신청을 기다리지 않고 제3회 변론기일을 지정하거나 혹은 변론종결하고 선고할 수 있는지 여부에 대하여 설명하시오.

(1) 제1회 변론기일에 재판장은 乙에게 “ 이 사건 X건물이 甲의 소유임은 인정하느냐”고 질문하였다. 이에 乙은 “그렇다”라고 답을 하였다. 그러나 그 후의 변론기일에서 乙은 기존의 진술을 반복해서 X건물이 甲의 소유가 아니라고 진술하고자 한다. 이것이 아무런 제한없이 가능한지 여부에 대하여 설명하시오.

[제1문의 1]

甲은 2016. 5. 1. 자신의 X 기계를 乙에게 소유권유보부매매로 하여 乙이 경영하는 공장에 위 X 기계를 설치해 주었다. 그런데 乙이 위 X 기계에 대한 대금을 지급하기로 한 약속을 지키지 못하자, 甲은 乙에 대하여 2016. 9. 10. 위 매매계약을 해제하였다. 그런데 위 X 기계가 설치된 乙 소유의 공장대지 및 건물에 대하여 丙이 저당권을 취득하고, 丙의 저당권 실행을 위한 경매절차에서 위 공장대지 및 건물과 더불어 「공장 및 광업재단 저당법」에 따라 저당목적물로 경매목록에 기재되어 있던 위 X 기계를 丁이 매수하였다. 이에 대하여 甲이 丁을 상대로 위 X 기계에 대한 소유권 확인의 소를 제기하였고, 丙을 상대로 자신의 기계가 경매되었다고 주장하며 별도로 X 기계의 매각대금 상당액인 1억 원의 부당이득반환 청구의 소를 제기하였다.

문제 2. 甲은 위 부당이득반환소송의 제1회 변론기일에 丙에 대한 1억 원의 부당이득반환청구권의 발생 요건사실을 모두 주장·증명하였다. 그 후 甲은 제2회 변론기일 전에 준비서면을 제출하였는데, 이 준비서면에 甲이 丙으로부터 위 부당이득금 1억 원을 지급받았다는 내용이 기재되어 있었다. 제2회 변론기일에 甲은 출석하지 않았고 丙은 출석하여 ‘甲이 丙으로부터 위 부당이득금을 지급받았다는 甲의 주장을 丙의 이익으로 원용한다’라고 진술하였다. 제3회 변론기일에는 甲과 丙 모두 출석하였는데, 甲은 ‘甲이 丙으로부터 위 부당이득금을 반환받은 적이 없고, 위 준비서면의 내용은 진술하지 않겠다’라고 진술하였다. 법원은 제3회 변론기일에 증거조사를 하고 변론을 종결하였는데, 위 증거조사 결과 甲이 丙으로부터 위 부당이득금을 반환받았는지 여부에 대하여 확신을 갖지 못 하였다.

법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가? (30점)

1. 문제의 소재 (3점)

- 甲이 丙으로부터 부당이득금을 지급받았다는 점에 대하여 재판상 자백이 성립하는지 여부와 관련하여, 준비서면의 진술간주, 주요사실, 자기에게 불리한 사실의 의미가 문제된다.
- 선행자백의 구속력과 상대방의 원용과의 관계가 문제된다.

2. 재판상 자백의 성립 여부

재판상 자백의 성립요건은 변론이나 변론준비절차에서 소송행위로 진술하였을 것(자백의 형식), 구체적 사실을 대상으로 할 것(자백의 대상), 자신에게 불리한 사실에 대한 진술일 것(자백의 내용), 상대방의 주장사실과 일치하는 진술일 것(자백의 모습)이다.

가. 변론이나 변론준비절차에서 소송행위로 진술하였을 것

- 여기에서의 진술에는 민소법 제148조 제1항에 의한 진술간주도 포함된다(진술간주된 내용에 대하여 자백이 성립하는 것이지 자백간주가 되는 것은 아니다). 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다229870 판결 : 법원에 제출되어 상대방에게 송달된 답변서나 준비서면에 자백에 해당하는 내용이 기재되어 있는 경우라도 그것이 변론기일이나 변론준비기일에서 진술 또는 진술간주되어야 재판상 자백이 성립한다.
- 민사소송법 제148조 제1항에 의하면, 변론기일에 한쪽 당사자가 불출석한 경우에 변론을 진행하느냐 기일을 연기하느냐는 법원의 재량에 속한다고 할 것이나, 출석한 당사자만으로 변론을 진행할 때에는 반드시 불출석한 당사자가 그때까지 제출한 소장·답변서, 그 밖의 준비서면에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 보아야 한다(대법원 2008. 5. 8. 선고 2008다2890 판결).
- 甲이 불출석하여 丙만으로 진행된 제2회 변론기일에 甲의 준비서면은 진술간주되었다.

나. 구체적 사실을 대상으로 할 것

여기에서의 사실은 변론주의가 적용되는 주요사실을 의미한다. 甲이 丙으로부터 부당이득금을 지급받았다는 사실은 甲의 丙에 대한 부당이득반환채권의 소멸이라는 법률효과를 가져오는 법규의 요건 사실(권리소멸사실, 항변사실)로서 주요사실에 해당하므로 자백의 대상이 된다.

다. 자신에게 불리한 사실에 대한 진술일 것

- 자신에게 불리한 사실의 의미에 대하여, 상대방이 증명책임을 지는 사실을 의미한다는 증명책임설과 그 사실을 바탕으로 판결이 나면 패소될 가능성이 있는 사실을 의미한다는 패소가능성설이 대립한다. 판례는 후자의 입장이다(대법원 1993.9.14. 선고 92다24899 판결 : 원고들이 소유권확인을 구하고 있는 사건에서 원고들의 피상속인 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 것이라는 점은 원래 원고들이 입증책임을 부담할 사항이지만 위 소유권이전등기를 마치지 않았다는 사실을 원고들 스스로 자인한 바 있고 이를 피고가 원용한 이상 이 점에 관하여는 자백이 성립한 결과가 되었다).

- 甲이 丙으로부터 부당이득금을 반환받았다는 사실은 권리소멸사실로서 丙이 증명책임을 지지만(법률요건분류설), 이 사실을 바탕으로 판결이 나면 甲이 패소될 가능성이 있으므로 판례의 입장인 패소가능성설을 따르면 甲에게 불리한 사실이 된다.

라. 상대방의 주장사실과 일치하는 진술일 것

- 자백은 상대방의 진술보다 먼저 하여도 무방하다.
- ‘상대방의 진술이 있기 전에 자발적으로 자신에게 불리한 진술을 하는 것을 선행자백(자발자백)이라고 하는데 상대방이 선행자백을 원용하면 재판상 자백이 성립한다’는 견해가 있다. 이에 대하여 2016. 6. 9. 선고 2014다64752 판결은“재판상 자백의 일종인 이른바 선행자백은 당사자 일방이 자진하여 자기에게 불리한 사실상의 진술을 한 후 그 상대방이 이를 원용함으로써 그 사실에 관하여 당사자 쌍방의 주장이 일치함을 요하므로 그 일치가 있기 전에는 전자의 진술을 선행자백이라 할 수 없고, 따라서 일단 자기에게 불리한 사실을 진술한 당사자도 그 후 상대방의 원용이 있기 전에는 그 자인한 진술을 철회하고 이와 모순되는 진술을 자유로이 할 수 있으며 이 경우 앞의 자인사실은 소송자료로부터 제거된다.”라고 판시하여 자인진술에 대한 상대방의 원용이 있기 전에는 선행자백이라는 용어를 사용하지 않는다(같은 취지로 대법원 1986. 7. 22. 선고 85다카944 판결).

- 법원이 진의여부를 석명할 필요 없음: “후순위 근저당권자가 그 근저당권에 기한 방해배제청구로서 선순위 근저당권설정등기 및 그 근저당권의 채무자를 변경하는 근저당권변경 부기등기의 각 말소등기 절차의 이행을 구하는 데 대하여 선순위 근저당권자가 변론기일에 출석하여 근저당권설정등기의 채무자로부터 채무를 변제받고 타인에게 새로이 대출을 하면서 근저당권설정등기의 채무자 명의를 변경한 것이라고 진술을 하고 후순위 근저당권자가 이를 이익으로 원용한 경우, 선순위 근저당권설정등기의 채무자변경의 부기등기가 경로된 경위에 관하여 재판상의 자백이 성립한 이상 선순위 근저당권자가 자신에 불이익한 자백을 하는 진의가 무엇인지 석명하여 밝혀야 할 것은 아니다(대법원 2000.10.10. 선고 2000다19526 판결).

3. 자백의 구속력

- 자인진술은 상대방의 원용 전에는 그 철회가 가능하지만(당사자에 대한 구속력이 없다. 위 85다카944 판결), 원용 후에는 그 철회를 할 수 없다.
- 부당이득금 지급에 관하여 丙이 甲의 주장을 명시적으로 원용함으로써 재판상 자백이 성립하였다.

甲이 제3회 변론기일에 ‘甲이 丙으로부터 위 부당이득금을 반환받은 적이 없고, 위 준비서면의 내용은 진술하지 않겠다’라고 진술한 것은 위 주장의 철회에 해당하는데, 그 전에 이미 재판상 자백이 성립하였으므로 위 주장 철회는 유효하지 않다(자백이 진실에 반한다는 점이 증명되지 않았으므로 민사소송법 제288조 단서에 의한 취소도 불가능하다).

- 대법원 2005. 11. 25. 선고 2002다59528 판결 : 당사자가 변론에서 상대방이 주장하기도 전에 스스로 자신에게 불이익한 사실을 진술하는 경우, 상대방이 이를 명시적으로 원용하거나 그 진술과 일치되는 진술을 하게 되면 재판상 자백이 성립되는 것이어서, 법원도 그 자백에 구속되어 그 자백에 저촉되는 사실을 인정할 수 없다(법원에 대한 구속력).

- 사안에서 법원은 부당이득금이 반환되었다는 확신을 갖지 못하였음에도 불구하고 자백의 구속력에 따라 위 부당이득금이 반환되었다고 인정하여야 한다.

#### 4. 결론

법원은 청구기각판결을 하여야 한다.

- (2) 이 사건에 대하여 변론준비절차가 진행되던 중 변론준비기일이 열렸으나 갑과 을 모두 출석하지 않았다. 그 후 재판장은 준비절차를 종결하고 제1회 변론기일을 지정하였다. 제1회 변론기일에 갑은 출석하지 않았고 을은 출석하였으나 을은 변론하지 않았다. 이로써 변론기일에 양쪽 당사자가 2회 출석하지 아니한 경우에 해당하는지 여부에 대하여 설명하시오.
- (3) 제1회 제2회 변론기일에 갑은 모두 출석하지 않았고, 반면에 을은 모두 출석하였으나 변론하지 않았다. 이때 재판장은 당사자자의 기일지정신청을 기다리지 않고 제3회 변론기일을 지정하거나 혹은 변론종결하고 선고할 수 있는지 여부에 대하여 설명하시오.

**유사문제-기초GS 보충문제**

병은 갑과 그 부인 Y를 상대로 하여 대여금반환청구의 소를 제기하면서, 갑 명의의 차용증서와 Y의 연대보증약정서를 증거로 첨부하였다. 병의 소장부분은 갑에게는 공시송달 방식으로, Y에게는 유치송달의 방법으로 송달되었다. 법원은 변론을 분리하여 병-갑 사건에 대해서는 변론기일을 지정하는 한편, 병-Y 사건에 대해서는 이를 변론준비절차에 부치고 변론준비기일을 지정하였다

Y가 변론준비기일에 출석하지 않자, 법원은 바로 변론준비절차를 마치고 변론기일을 지정하였다. 그러나 이 첫 변론기일에도 Y는 출석하지 않은 채 그 후 한 달이 다 지나도록 아무런 조치를 취하지 않고 있다. 이 경우 법원은 소송절차를 어떻게 처리할 것인가?

**1. 결론**

법원은 다음 회차의 변론기일을 지정한다.

**2. 논거**

**(1) 문제의 소재**

쌍불취하에 필요한 기일불출석에 변론준비기일이 포함되는지 묻고 있다.

당사자 한쪽이 결석한 경우 법원이 변론을 명하지 않아 쌍방불출석으로 유도되는지 검토한다.

**(2) 변론기일결석**

변론기일에 결석하더라도 법원은 대석판결주의에 따라 출석한 당사자에 대해 변론을 명할 수 있다. 여기의 결석에는 기일에 불출석한 경우는 물론, 출석하였지만 변론하지 아니한 경우를 포함한다.

제268조의 변론기일에 변론준비기일이 포함되는가? 판례는 이를 부정한다. 변론준비기일의 불출석을 변론기일에서의 불출석과 동등하게 취급하여 변론기일에 2회 불출석한 것과 같은 법적 불이익을 주는 것은 불출석한 당사자에게 가혹하므로 판례의 태도가 옳다.

당사자쌍방 불출석시 실무는 양쪽 당사자가 결석한 경우는 드물고, 피고만이 불출석한 경우가 많다. 이 경우 법원은 통상 출석한 원고에게 변론을 명하지 아니하여 양쪽 당사자의 불출석을 유도한다.

사안에서 법원은 Y가 변론준비기일에 불출석하여 변론준비절차를 종료하고 변론기일을 지정하였다. 이 변론기일에서도 Y가 불출석하였으므로 법원은 병에게 변론을 명하지 않아 불변론에 의한 쌍방불출석으로 처리하게 될 것이다.

**(3) 쌍불취하 성립 여부**

양쪽 당사자가 변론기일에 두 번 결석하고 그 후 1월 이내에 기일지정신청을 하지 아니한 경우 법원은 소가 취하된 것으로 간주한다(제268조 제2항)

사안에서 피고의 결석과 원고의 무변론이 결합하여 양쪽 당사자가 불출석하였으며, 그 후 1개월 이내에 기일지정도 신청하지 않았다. 그러나 변론준비기일에서의 불출석은 쌍불취하의 불출석에 포함되지 아니하므로, 법원은 소가 취하된 것으로 간주해서는 안 되고, 새로운 기일을 지정하여야 한다.

[7] 2020년

【문제-2】 (20점)

A상점 앞에 광고용으로 세워놓은 입간판이 부실한 설치로 말미암아 갑자기 쓰러지는 사고가 발생하였다. 마침 출근하던 구청 직원 甲은 쓰러지는 입간판에 부딪혀 손가락이 부러지는 상해와 함께 팔과 몸에 타박상을 입었다. A상점의 주인인 乙은 과실을 인정하고 손해를 배상하겠다고 했으나 금액이 합의되지 않아, 甲이 2,000만원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하기에 이르렀다. 甲은 동네 개인병원의 병원장 丙의 명의로 된 진단서를 증거로 제출하였다. 진단서에는 1주일간의 입원을 요하며 후유장애 발생 가능성이 70% 정도 된다고 적혀 있었고, 甲은 이를 근거로 치료비 1,500만원을 청구하였다. 그리고 구청 인사과에서 발급한 1주일간의 병가 확인서도 제출하였다. 그러면서 1주일간의 병가에 따른 휴가 및 급여의 손실이 500만원이라 주장하였다. 이에 乙은 진단서에 대해 丙이 작성한 것이라 볼 수 없으며 병가 확인서도 구청 인사과에서 발급한 것 같지 않다고 맞섰다.

(1) 문서에 대하여 乙이 하는 주장의 성격을 설명하고, 그에 따른 증명의 문제를 설명하시오. (10점)

(2) 진단서를 丙이 작성하였다는 것과 확인서를 구청 인사과에서 발급하였다는 것이 사실로 확인되었다면 법원은 손해배상액을 2,000만원으로 인정해야 하는 것인지 논하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여(10점)

1 문제의 소재

사문서인 진단서와 공문서인 확인서인 대한 문서의 형식적 진정성립에 관한 乙의 주장이 부인인지 항변인지에 대한 성격이 문제되는데, 한편 그에 따른 증명책임 범위가 문제된다.

2. 문서에 대한 작성여부에 주장의 성격

(1) 문서의 종류

문서는 사문서와 공문서 처분문서와 보고문서로 나뉜다. 통상의 서증절절차에서 증거능력과 증거력은 처분문서인 사문서에서 형식적 증거력과 실질적 증거력이 문제되며 사문서의 경우 형식적 증거력이 인정되는 경우 실질적 증거력은 당연 추정되며, 한편 공문서인 경우 전면추정력을 갖는다.(제356조 제1항)

(2) 乙의 주장의 성격

1) 성립의 인부

서증이 제출된 경우 그 형식적 증거력의 조사를 위하여 상대방에 인정여부를 물어보고 답변하게 하는 서증절차를 성립의 인부라 한다. 원고가 제출한 것은 피고가 인정하는지 답변을 구한다.

2) 주장의 성격<sup>36)</sup>

문서의 진정성립에 대한 상대방은 침묵, 부인, 부지 등이 있으며, 사문서의 경우 상대방이 작성사실이 아닌 인영이나 서명의 경우 이를 인정하는 위조나 도용의 항변이 있을 수 있다. 다만 신민사소송규칙 제116조는<sup>37)</sup> 단순부인은 허용되지 아니하고 이유부 부인만 허용되는 되도록 하고 있다.

(3) 사안의 경우

乙의 주장은 원고 甲이 제출한 사문서에 형식적 진정성립을 부인하고, 공문서에 대하여 부인 내지 부지에 해당한다고 볼 것이다. 사안의 경우 사문서인 진단서에 대하여는 제3자 丙이 작성한 것이라고 볼 수 없다는 것은 부인에 해당하고, 확인서 발급에 의심을 갖는 것은 주장한 것은 최소한 부지에 해당하고 부인으로 보더라도 구체적 이유를 밝힌 것으로 보아야 한다.

3. 부인과 부지의 경우 증명책임

36) 최영덕, 강의초록, P256

37) 여기서 이것까지 서술을 바라고 출제할 것이라고 생각하기 쉽지않고, 서술하지 아니하더라도 감점되지 아니할 것으로 생각한다.

(1) 주장과 증명책임

진위불명에 대한 일종의 결과책임으로 법률효과에 대한 실체법적인 불이익을 증명책임이라고 말한다. 이에 결과책임으로 자유심증주의와 관계에서는 객관적 증명책임이 의미가 있다. 그러나 변론주의가 인정되는 범위에서 주요사실의 주장이 있어야 증명책임의 문제도 생기므로 주장책임은 논리적 시간적으로 증명책임에 선행하는 관계와 분배책임에서도 일치하고 있다.<sup>38)</sup>

(2) 문서제출자의 증명책임

문서제출자는 자신의 주장을 증명하기 위하여 증거를 제출한 것이므로 상대방이 부지와 부인으로 답변한 경우 문서제출자에게 증명책임이 돌아간다. 다만 판례는 변론의 전체의 취지만으로도 진정성립을 인정하고 있으므로 특별한 사유가 없는 한 증명책임이 완하되거나 혹은 법정증거법칙의 일종으로서 추정규정을 두어 진정성립을 증명할 수 있다.

(3) 사안의 경우

甲이 제출한 진단서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 하고(제357조), 공문서의 경우 문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것임(제356조)을 증명하여야 한다.

4. 결론

乙의 주장의 성격은 진단서에 대하여 부인에 해당하고 공문서인 확인서에 대하여는 부지 혹은 부인에 해당하고, 따라서 문서제출자 갑은 문서의 형식적 진정성립에 대하여 증명하여야 한다

II. 설문 (2)에 대하여(10점)

1 문제의 소재

보고문서의 형식적 증거력이 인정되는 경우 진단서와 확인서라는 각각의 사문서와 공문서의 실질적 증거력의 인정범위가 문제된다. 특히 법관의 자유심증주의의 영역에서 구체적인 범위가 검토될 필요가 있다.

2. 문서의 실질적 증거력

(1) 문서의 증거가치

문서가 요증사실을 증명하기에 유용한가에 대한 증거가치를 문서의 실질적 증거력이라고 하며 형식적 증거력을 전제로 한다. 이러한 실질적 증거력은 원칙적으로 법관의 자유심증의 영역에 일임되어 있으며 별도의 증거법칙은 없으나 처분문서와 보고문서의 경우 각각의 심증영역이 달라질 수 있으므로 이를 구분하여 검토하여야 한다.

(2) 보고문서의 경우 실질적 증거능력

1) 진단서

처분문서인 사문서인 경우 이른바 사실상의 추정력을 가지나 보고문서인 경우 자유심증의 영역에서 법관의 심증형성에 따라야 한다.

2) 확인서

공문서의 경우에도 사문서의 보고문서와 같이 자유심증의 영역에 있다. 그러나 공문서의 보고문서인 경우 진정성립이 인정되는 공문서인 경우 보고문서라도 특단의 사정이 없는 한 그 증명력을 아무런 이유 없이 배척하는 것은 상고이유가 될 수 있다.<sup>39)</sup>

(3) 소결

38) 최영덕, 강의초록, p275

39) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두3658,3665 판결: 진정성립이 추정되는 공문서는 진실에 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 증명력을 쉽게 배척할 수 없으므로, 공문서의 기재 중에 의문점이 있는 부분이 일부 있더라도 기재 내용과 배치되는 사실이나 문서가 작성된 근거와 경위에 비추어 기재가 비정상적으로 이루어졌거나 내용의 신빙성을 의심할 만한 특별한 사정을 증명할 만한 다른 증거자료가 없는 상황이라면 기재 내용대로 증명력을 가진다

사문서의 경우 형식적 증거력이 인정되는 경우라도 보고문서인 경우 자유심증주의에 따라 증거평가와 가치가 달라지며, 보고문서인 경우 공문서인 경우 여전히 자유심증의 영역에 있으나 증거가치의 평가는 재판된 범위에서 판단가능하다.

**3. 자유심증주의에 따른 증거평가<sup>40)</sup>**

**(1) 자유심증주의의 개념과 평가요소**

사실의 진부판단에 있어서 법관이 증거법칙의 제약없이 자유로운 심증으로 행할 수 있는 원칙을 자유심증주의라고 하는데, 증거조사의 결과와 변론전체의 취지에 따라 증거력을 자유롭게 평가한다. 자유심증의 증정도는 고도의 개연성을 전제로 사실을 인정하여야 한다.

**(2) 보고문서의 자유심증에 따른 증거평가**

**1) 진단서의 감정결과에 따른 사실관계 확정<sup>41)</sup>**

변론주의 원칙에 따라 증명과 심증이 형성될 수 있으나, 문서의 진정성립과 별개로 전문가의 감정이 기입된 보고문서의 감정은 전문가의 의견으로서 중요한 증거조사결과이지만, 그러나 여전히 자유심증의 원칙에 따라 다른 사실을 인정하더라도 문제되지 아니한다. 따라서 의사의 견해에 따르지 아니하여도 된다. 다만 사안에서 70%을 인정 부분은 100%미만을 인정한 것의 일부청구에 해당하므로 증거평가가 가능하다.

**2) 확인서의 사실관계확정**

공문서의 경우 사문서보다 강력한 추정력이 미치며, 보고문서의 경우라 하더라도 자유심증의 영역에서 벗어나지 아니하지만 법원은 증명력을 배척하는 경우 배척할 수 없으며, 심지어 유력한 증거로서 의미를 갖게 되어 합리적 이유설시 없이 배척할 수 없다.<sup>42)</sup>

**(3) 소결**

진단서는 전문가의 감정결과에 따른 보고문서로 법원은 이에 대한 자유심증의 증거평가를 할 수 있다. 한편 70%의 진단결과는 100% 이하이므로 이에 대한 사실자료를 인정함에 문제는 없다고 생각된다. 확인서의 경우 보고문서이지만 공문서이므로 이에 대한 평가는 인정할 수 있다는 판례에 따를 역시 인정될 수 있다.

**4. 결론**

법관은 자유심증의 영역서 보고문서인 진단서에 따른 증거평가를 할 수 있으나 특별한 사정이 없는 한 갑이 주장한 손해사실의 1500만원을 인정할 수 있으며, 한편 500만원에 해당하는 휴가 및 급여손실에 대하여도 인정하는 것이 자유심증주의에 따른 증거평가로서 타당하다.

40) 사례가 인정여부에 대하여 논하라고 하였으므로 이 부분은 논리성을 위하여도 반드시 서술되어야 할 것으로 본다.

41) 최영덕, 민사소송법 실전c형 5회

42) 최영덕, 강의초록, p257

[8] 2021년

【 문제-3 】 (30점)

甲은 乙에게 3억 원을 빌려주었으나 약속한 변제기가 지났음에도 이를 돌려받지 못하고 있다. 이에 甲은 채무자 乙과 연대보증인 丙을 상대로 3억 원의 지급을 구하는 소(전소)를 제기하였다. 제1심 법원은 이 사건 소장부분을 乙에 대해서는 그 주소지로 송달하였고, 丙에 대해서는 공시송달의 방법으로 송달하였다. 제1심 법원은 2009. 5. 4. 甲의 乙과 丙에 대한 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였고, 그 판결정본은 모두 공시송달의 방법으로 乙과 丙에게 송달된 후 그대로 확정되었다. 위 전소확정판결에도 불구하고 乙과 丙에게 집행할 재산이 전혀 없어 채권의 만족을 얻지 못한 甲은 2019. 4. 15. 소멸시효중단을 위하여 乙과 丙을 상대로 위 3억 원의 지급을 구하는 소(후소)를 제기하였다. 법원은 소장부분과 변론기일통지서를 모두 공시송달의 방법으로 송달하여 변론을 진행한 후 2019. 10.11. 원고의 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였으며, 그 판결정본도 공시송달의 방법으로 피고들에게 송달되어 그대로 확정되었다. 乙과 丙은 위 후소의 소송계속 사실을 알지 못하였으나 2020. 11. 1. 위 후소판결에 기한 강제경매개시결정이 송달됨으로 인해 비로소 위 후소 제1심판결의 선고와 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다. 이에 2020. 11. 6. 乙과 丙은 위 후소 제1심판결에 대한 추후보완 항소를 제기하였다. 후소의 항소심 계속 중 2021. 7. 1. 甲은 위 전소 제1심 판결문의 사본을 첨부하여 준비서면을 제출하였고, 乙과 丙은 이러한 자료들을 송달받고 2021. 7. 5. 대법원 사건검색 시스템을 통한 검색을 통하여 전소 제1심 재판의 존재를 알게 되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

(2) 전소에서 확정된 권리관계를 다투기 위해 乙은 2021. 7. 13., 丙은 같은 달 29. 각각 전소 제1심 판결에 대한 추후보완 항소를 제기하였다. 이러한 추후보완 항소의 적법성에 관해 설명하시오. (20점)

1. 쟁점의 정리

乙과 丙에 대한 통상의 공동소송에서 공시송달의 유효성과 효력 및 추후보완의 항소가 가능한지, 항소기간이 도과되었는지 문제된다.

2. 공동소송과 심판방법

(1) 乙과 丙에 대한 청구소송의 유형

甲이 공동피고로 乙과 丙에 대해 제기한 연대채무에 대한 소송은 합일확정을 전제로 하는 필수적 공동소송이 아닌 통상공동소송이다. 통상의 공동소송은 공동소송 독립의 원칙이 적용된다.

(2) 개별적 절차와 독립의 원칙

통상의 공동소송에서 공동소송독립의 원칙은 소송자료, 소송진행 및 재판통일이 요구되지 아니하고, 공동소송인독립의 원칙에 따라 심판한다. 그러나 사실관계의 불합리에 대한 수정이론이 주장되고 있으나, 판례는 공동소송인 독립의 원칙을 수정하려는 주장공통 및 증거공통의 이론을 부정한다. 공시송달에 의한 소송의 진행이 경우 독립하여 판단한다.

(3) 사안의 경우

乙과 丙에 대하여 공시송달의 효력과 소송행위의 추완항소 여부는 별개로 판단되어야 한다.

3. 공시송달의 유효여부

(1) 하자있는 공시송달과 유효성

상대방을 알기 어려워 통상의 방법으로 송달을 실시할 수 없어 의사표시의 도달을 위하여 민사소송법 제195조에 의하여 송달을 인정하는 것이 공시송달이다. 요건의 불비가 있는 경우라도 판례는 특별하지 않는 한 공시송달이 민사소송법 제195조에 따라 송달실시 후에 2주가 지나면 송달의 효력이 발생하는 것으로 본다.

(2) 패소자의 구제방법

판례에 의하면 잘못된 하자있는 공시송달의 경우라도 항소기간이 도과된 경우 판결은 형식적으로 확정되어 기판력이 발생한다. 따라서 잘못된 공시송달에 의한 패소한 자는 제173조에 의한 추후보완상소나 재심의 소에 의하여 구제받을 수 있다.

(3) 사안의 경우

乙에 대하여 소제기시 통상의 송달이후에 공시송달을 丙에 대하여 소제기부터 공시송달한 경우 공시송달의 효력의 차이는 없으며, 이와는 별도로 소송행위의 추후보안에 의한 사유가 인정되는지 따라 추완항소가 가능한지 살펴야 한다.

4. 추후보완의 적법성

(1) 문제점

공시송달이 유효한 이상 당사자의 책임 없는 사유로 민사소송법 제173조를 적용할 수 있는지 문제된다. 즉 당사자의 책임질 수 없는 사유로서 확정된 전소판결과 후소의 공시송달에 의한 소송행위추완이 문제된다.

(2) 추후보완항소의 과실 여부

1) 소송진행중 공시송달

소송중에 통상의 송달로 소송서류를 전달할 수 없어 공시송달한 경우 소송계속사실을 알았다고 볼 것이므로 특별한 사정이 없는 한 피고에게 소송진행상황의 조사의 의무가 있어 피고에게 과실이 있다고 볼 것이다.

2) 소제기시에 공시송달의 경우

처음부터 공시송달에 의한 경우 공시송달에 의한 소송계속사실을 알지 못할 것이므로 피고에게 과실이 있다고 할 수 없다.

(3) 추후보완기간의 도과여부

공시송달은 법원게시판이나 인터넷게시판에 게시하는 것이 대부분이므로 어떠한 사유로 판결이 공시송달된 사실을 알게 된 때로부터 기간의 기간의 기산일 진행된 것으로 본다. 따라서 전소의 검색에 의한 7월 5일이 사유가 없어진 날로 볼 것이다.

(4) 사안의 경우

전소에 대하여 乙은 추완의 항소를 제기할 수 없고 후소에 대하여만 처음부터 공시송달의 방법으로 제기되었으므로 추완이 가능하다. 그러나 丙은 전소와 후소에 대하여 추완항소가 가능하지만 모두 기간이 도과되었으므로 부적법하다.

5. 결론

乙과 丙에 대하여 독립의 원칙상 별개로 추완항소 여부를 살펴야 한다. 전소의 공시송달에 의한 확정판결에 대하여 유효성을 인정한다. 다만 7월5일 소송진행사실을 알았다고 하더라도 乙은 추완항소의 책임없는 사유라고 볼 수 없으므로 인정되지 아니하고, 丙은 책임질 수 없는 사유로 인정되지만 기간도과로 추완항소는 부적법하여 인정될 수 없다.

### III. 관련 판례

◆ 무변론청구기각판결을 위하여는 변론을 열어야 한다는 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017다201033 판결

**【판시사항】**

갑이 을의 언니인 병에게 돈을 대여하면서 그중 일부를 을 명의의 계좌로 송금하였다는 등의 이유로 을은 병과 연대하여 위 대여금 일부를 지급할 의무가 있다고 주장하는 소를 제기하였는데, 제1심은 을이 소장 부분을 송달받고도 답변서를 제출하지 아니하자, 변론 없이 갑의 주장은 그 자체로 이유 없다고 보아 갑의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 갑이 이에 불복하여 항소하면서 을에 대한 청구원인 사실을 불법행위로 인한 손해배상청구로 변경하자, 원심은 발송송달의 방법으로 변론기일통지서를 송달한 후 을이 불출석한 상태에서 변론기일을 진행하여 그 기일에 변론을 종결한 다음, 민사소송법 제150조 제3항, 제1항에 따라 을이 청구원인 사실을 자백한 것으로 보아 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정한 사안에서, 심리를 세밀히 하거나 적절한 소송지휘권을 행사하는 등의 방법으로 갑의 주장사실에 대한 을의 입장을 밝혀 보지도 아니한 채 을이 변론기일에 출석하지 아니하자 곧바로 변론을 종결하고 제1심판결과 전혀 다른 결론의 판결을 선고한 원심의 조치에는 심리미진 등 잘못이 있다고 한 사례

**【판결요지】**

갑이 을의 언니인 병에게 돈을 대여하면서 그중 일부를 을 명의의 계좌로 송금하였다는 등의 이유로 을은 병과 연대하여 위 대여금 일부를 지급할 의무가 있다고 주장하는 소를 제기하였는데, 제1심은 을이 소장 부분을 송달받고도 답변서를 제출하지 아니하자, 변론 없이 갑의 주장은 그 자체로 이유 없다고 보아 갑의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 갑이 이에 불복하여 항소하면서 을에 대한 청구원인 사실을 불법행위로 인한 손해배상청구로 변경하자, 원심은 발송송달의 방법으로 변론기일통지서를 송달한 후 을이 불출석한 상태에서 변론기일을 진행하여 그 기일에 변론을 종결한 다음, 민사소송법 제150조 제3항, 제1항에 따라 을이 청구원인 사실을 자백한 것으로 보아 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정한 사안에서, 제1심이 무변론으로 갑의 청구를 기각함으로써 을이 변론에 참여하여 의견을 제시할 기회가 차단되어 사실상 심급의 이익을 박탈당하는 결과가 된 사정에다가 원심에서 변론기일통지서가 발송송달의 방법으로 송달되어 을이 원심 변론기일에 참여할 기회를 제대로 갖지 못한 사정까지 감안하면, 원심으로서는 바로 을의 자백간주 판결을 할 것이 아니라 이에 앞서 제1심이 무변론판결을 선고하면서 갑의 청구를 기각한 연유는 무엇인지, 거기에 절차상 흠은 없는지, 소송 경과를 전체적으로 보아 을이 갑의 주장사실에 대하여 다툰 것으로 인정할 여지는 없는지 등을 심리하여 보고, 필요하다면 서면 등을 통하여 갑의 주장에 대한 을의 입장을 밝힐 것을 촉구하는 등 석명권을 적절히 행사함으로써 진실을 밝혀 구체적 정의를 실현하려는 노력을 게을리하지 말았어야 하는데도, 심리를 세밀히 하거나 적절한 소송지휘권을 행사하는 등의 방법으로 갑의 주장사실에 대한 을의 입장을 밝혀 보지도 아니한 채 을이 변론기일에 출석하지 아니하자 곧바로 변론을 종결하고 제1심판결과 전혀 다른 결론의 판결을 선고한 원심의 조치에는 석명권을 적절하게 행사하지 아니하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 자백간주의 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례.

◆ 처분권주의 위반 여부가 문제된 사건-대법원 2020. 1. 30. 선고 2015다49422 판결

◇선행판결 또는 약정에 따른 의무위반을 이유로 한 금지 및 손해배상 청구를 구하는 사건에서 원고의 청구에 영업비밀침해를 원인으로 한 금지 및 손해배상청구가 포함된 것으로 선행하여 이를 인용한 것이 처분권주의에 반하는지 여부(적극)◇

가. 민사소송법은 ‘처분권주의’라는 제목으로 “법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.”라고 정하고 있다. 민사소송에서 심판 대상은 원고의 의사에 따라 특정되고, 법원은 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청 범위 내에서만 판단하여야 한다(대법원 1982. 4. 27. 선고 81다카550 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다61646 판결 등 참조).

나. 선행판결이나 약정에 따른 의무 위반을 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 영업비밀침해를 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구와는 그 요건과 증명

책임을 달리하는 전혀 별개의 소송물이다. 따라서 원고와 피고가 비록 영업비밀성에 관한 공방을 하였다고 하더라도 원고의 주위적 청구에 부정경쟁방지법상 영업비밀침해를 원인으로 하는 청구가 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

☞ 기술제휴계약 위반을 이유로 피고에 대하여 기술정보 이용 등 금지 및 손해배상청구 소송을 제기하여 일부 승소 판결을 받은 원고가 다시 이 사건으로 위 판결에 따른 피고의 의무 위반을 이유로 제품의 제조 금지 및 손해배상을 구하였는데, 피고는 '선행판결의 효력이 영업비밀에 한정되고 영업비밀성이 소멸되어 더 이상 그 사용이 제한되지 않는다'는 맥락에서 영업비밀성을 다투었고, 원고는 이에 대한 반박으로 영업비밀성이 인정된다고 주장한 사건임

☞ 원심은 원고의 청구에 영업비밀침해를 원인으로 한 금지 및 손해배상청구가 포함된 것으로 선택하여 이를 인용하였으나, 이 판결은 이러한 원심판단이 처분권주의에 반한다고 보아 파기환송함

☞ 이 판결은 부가적으로, 영업비밀침해를 선택적 청구원인으로 주장한 것으로 선택할 수 있다고 하더라도, 원고 특정 기술정보의 비공지성, 비밀관리성, 금지기간 도과 여부 등에 판단에도 심리미진 등의 잘못이 있다고 판단함

## 제5장 증거법

### I. 역대 기출문제의 특징

#### 1 증거법

요증사실과 불요증 사실로 증거를 구분할 때, 크게는 두 부분 중에 한부분은 반드시 출제된다고 할 것이다. 요증사실은 증거가 필요하고 따라서 증거조사가 필요하므로 법조문에 나타난 절차적 요건 혹은 효과와 의미를 파악할 필요가 있다.

요증사실에 대한 개별적 증거절차에 관한 증인신문, 서증을 제외한 예를 들어 감정이나, 당사자신문, 검증 등은 처음부터 출제되지 않았다. 사실상 법조문으로 이른바 커버가 된다. 당사자신문의 보충성폐지가 그나마 유일한 이론적 논리라고 할 것인데 출제될 가능성은 없어 보인다. 그렇다면 증인신문과 서증을 제외한 증거절차는 거의 의미가 없다고 할 것이다. 10년 동안 서증절차는 평균 3년마다 출제되고 있으며 2014년과 2015년에는 연이어 출제되었다. 올해 출제되었다고 하여도 내년에 출제되지 않을 것이라는 장담을 할 수 없다. 서증절차 자체가 범위가 넓고, 증거의 양은 자백이 아니라 서증이라고 할 수 있기 때문이다.

불요증사실에 해당하는 자백과 현저한 사실 법률상 추정, 요증사실 출제되지 않는 경우 출제되는 것으로 보아야 한다. 자유심증주의를 비롯하여 증명책임도 이 범위에 포함되어 이해하여야 한다. 특히 자백은 올해도 출제되었으나 자백 자체가 상당한 의미를 갖고 있으므로 내년에도 부차적 쟁점으로 출제될 가능성이 있음은 항상 조심하여야 한다.

#### 2 변론과 증거절차에 대한 준비

매년 변론과 증거에서 출제되지 않은 경우는 이제까지 한번도 없었다. 출제범위를 소송요건과 본안요건으로 나눌 때 본안요건에 대한 부분이 변론과 증거라고 보면 확률은 100%에 해당한다. 그러나 언급했듯이 범위가 상당하므로 준비가 필요하다. 다만 다행스러운 것은 심오한 이론이나 지식보다는 분류된 부분을 자주 회독하고 분명하게 알아두면 고득점이 가능한 부분이라는 것이다.

II. 기출문제

[1] 2009년

【제 B-2 문】 (20점)

甲은 의사 乙로부터 얼굴 성형수술을 받았는데 수술 뒤에 부분적 마비 증상이 나타났다. 甲은 乙에게 수술결과에 항의하고 피해배상을 요구하면서 몰래 乙과의 대화를 녹음하였다. 그 뒤 甲은 乙을 상대로 의료과오에 따른 손해배상청구의 소를 제기할 수밖에 없다는 생각이 들었다.

- (1) 민사소송법상 甲이 소제기 전과 후에 乙이 보유하고 있는 甲에 대한 진료기록부를 증거로 확보할 수 있는 방안은 무엇인가?(12점)
- (2) 甲이 乙을 상대로 손해배상청구의 소를 제기한 경우 위 녹음테이프는 증거조사의 대상이 될 수 있는가?(8점)

I. 설문 (1)에 관하여

1. 문제의 소재

증거절차에서 소제기 전 구제방안으로서 증거보전절차와 소제기 후에는 문서제출명령의 논의가 필요하다.

2. 증거보전절차

(1) 증거보전의 대상

소송절차 내에서 본래의 증거조사를 행할 기일까지 기다리자면 그 증거조사가 불가능하거나 또는 곤란하게 될 사정이 있는 경우에 본안의 소송절차와는 별도로 미리 증거조사를 하여 그 결과를 확보하여 두는 판결절차의 부수절차이다(제375조). 甲은 乙이 소지하고 있는 진료기록부 등 자료가 훼손될 것을 우려하여 증거보전신청을 할 수 있는지 문제된다.

(2) 증거보전의 필요성

증거보전을 함에는 보전의 필요성 즉, 미리 증거조사하지 아니하면 장래 그 증거방법을 사용하는 것이 불가능하거나 또는 곤란한 사정이 존재하여야 한다. 의료사고에 있어서 진료기록은 손해원인 등을 밝힐 중요한 증거자료이나 의사 乙의 지배하에 있어서 폐기되거나 조작할 가능성이 있으므로 미리 증거조사를 하지 않으면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있다고 인정할 수 있으므로 증거보전의 필요성이 인정된다고 할 것이다.

(3) 소명될 것

1) 문제점

증거보전의 필요성이 소명되어야 하는데(377조 2항),

2) 학설의 대립

① 증거보전의 증거개시기능에 대하여 소극적인 입장에서 신청의 남용이나 상대방의 불이익을 우려하여 소지자의 위조·변조의 전력, 변조의 용이성 등 구체적인 사정의 소명이 필요하다는 엄격설(구체적 사실 필요설)과 ② 증거보전의 증거개시적 기능에 대하여 적극적인 입장에서 상대방이 증거를 배타적으로 지배하고 있고 이해관계 등으로 인하여 증거가 왜곡될 우려가 큰 경우에는 구체적 사실로 소명하지 않더라도 보전의 필요성을 인정하는 완화설(구체적 사실 불요설)의 대립이 있다.

(4) 사안의 경우

의료과오소송에 있어서는 보전의 필요성에 대한 소명을 완화하여야 할 것이다. 따라서 甲은 진료기록을 의사 乙이 배타적으로 지배하고 있어 왜곡될 우려가 크다는 사실을 소명하여 증거보전신청을 할 수 있다고 본다.

3. 소제기후 문서제출명령신청

(1) 문제점

문서제출명령은 상대방, 제3자가 가지고 있는 것으로서 제출의무 있는 문서에 대한 서증신청방법이다. 문제제출범위에 해당되는지 문제된다.

(2) 문서제출의무의 범위

1) 제344조 제1항

문서제출의무 있는 문서로는 제344조 제1항의 ① 인용문서(제344조 1항 1호), ② 인도 및 열람문서(제344조 1항 2호), ③ 이익문서·법률관계문서(제344조 1항 3호)가 있으며, 제344조 제1항 3호의 문서는 그 단서에서 공무원의 직무상 비밀과 같이 동의를 필요로 하는 경우에 동의를 받지 아니한 문서, 증인의 증언거부사유와 같은 일정한 사유가 있는 문서는 제출을 거부할 수 있다.

2) 제344조 제2항

제344조 2항에서는 제1항에서 정한 문서에 해당하지 아니하는 문서라도 원칙적으로 문서의 소지자는 이를 모두 제출할 의무가 있는 것으로 규정하여 문서제출의무를 일반적 의무로 확장하였다. 다만 증언거부사유가 있는 때(동조 2항 1호)와 오로지 소지인이 이용하기 위한 문서(동조 2항 2호), 공무원의 직무상 보관문서(동조 2항 본문)등은 제출의무대상에서 제외하였다.

(3) 문서의 존재, 소지, 제출의무 및 제출거부사유에 대한 증명책임

문서제출명령을 하려면 문서의 존재와 소지가 증명되어야 하는데, 이에 대한 증명책임은 원칙적으로 신청인에게 있으며, 제344조 제1항 제3호 단서와 제2항에서 규정하는 문서제출거부사유의 증명책임에 대해서는 문서소지인이 증명할 책임이 있다고 본다.

(4) 진료기록 제출의무 유무

진료기록부는 제출의무가 있는 문서이며, 면제사유도 없다. 따라서 乙이 가지고 있는 진료기록부는 제344조 제2항의 문서로서 제출의무가 있고, 이에 법원은 문서제출명령을 할 수 있다.

4. 설문 (1)의 해결

소제기전에는 증거보전절차의 필요성을 소명하고, 소제기후에는 문서제출명령을 통하여 유리한 증거를 확보하여 소송에 활용할 수

II. 설문 (2)에 관하여

1. 문제의 소재

상대방 동의 없는 무단녹음 등 위법하게 수집된 증거방법도 증거능력을 인정할 것인지 문제된다.

2. 증거능력과 증명력

(1) 증거조사와 증명력

증거는 증거조사를 통하여 법관에게 심증을 형성하여야 한다. 녹음테이프는 물건에 대한 증거조사절차로서 이른바 검증의 대상이 된다. 검증의 결과 법관의 오관으로 증거조사결과를 통하여 자유심증주의에 따라 증명여부를 판단한다. 이를 증명력이라고 한다. 따라서 검증의 대상이 되어야 한다.

(2) 증거조사와 증거능력

증거조사의 대상이 될 수 있는 자격을 증거능력이라고 한다. 증거조사는 증거능력이 있어야 증명력을 취득한다. 증거능력이 없는 경우 증거조사를 통한 증명력의 취득이 제한된다.

(3) 민사소송에서 위법수집증거

형사소송은 엄격한 증거절차를 필요로 하므로 위법한 증거는 처음부터 증거로 채택할 수 없는 증거능력이 없다. 민사소송에서 사실관계를 인정하기 위한 증거조사절차에서 위법하게 수집한 증거를 인정할 것인가 논의가 필요하다.

3. 위법수집 증거의 증거능력

(1) 학설의 대립

1) 긍정설

소송에서 실제적 진실주의를 우선시키야 함을 내세워 위법수집증거라도 증거능력을 인정해야 한다는 견해로서 결국 증거방법의 수집에 실제법상 위법이 있더라도 손해배상청구의 문제를 발생시킬 뿐이고, 소송상 평가는 자유심증주의의 범위 내라고 한다.

2) 부정설

위법수집증거는 상대방의 인격권 등 기본권을 침해하는 불법행위라고 할 수 있으며, 증거수집이 어렵다는 이유로 위법수집증거가 정당화될 수 없고, 신의칙 중 소송상태의 부당형성의 금지에 의해 증거능력을 인정할 수 없다는 견해이다.

3) 절충설

① 상대방이 녹음을 동의한 경우처럼 비밀성이 포기되어 인격권이 침해될 염려가 없는 경우 외에는 위법수집증거의 증거능력을 부인하자는 견해와 ② 원칙적으로 증거능력을 부정하고, 무단녹음 등 인격권 침해가 정당방위 등 위법성조각조각사유가 있거나 상대방이 증거방법으로 동의한 경우에는 예외적으로 증거능력을 인정할 수 있는 견해 및 ③ 위법수집증거라도 원칙적으로 증거능력을 인정할 것이나, 그 증거방법에 대한 법원에서의 조사가 당사자의 인격권을 침해하는 경우와 그 증거방법이 형사법상 범죄행위에 의하여 수집된 경우에는 증거능력을 부정하여야 할 것이라는 견해의 대립이 있다.

(2) 판례의 태도

판례는 자유심증주의를 채택하고 있는 상대방 부지 중 비밀리에 상대방과의 대화를 녹음하였다는 이유만으로 그 녹음테이프가 증거능력이 없다고 단정할 수 없다<sup>43)</sup>고 판시하여 증거능력을 긍정하는 입장이다.

(3) 검토

4. 설문 (2)의 해결

판례에 의하면 증거조사의 대상이 될 수 있다. 민사소송에서는 엄격한 증거절차보다 당사자의 절차보장과 실제진실을 중요시하여 증거능력을 인정할 수 있을 것이다.

43) 대판 1999.5.25, 99다1789 등

[2] 2010년

【B-1】 (30점)

甲은 친구인 乙에게 금 100,000,000원을 빌려주면서 1년 후에 돌려받기로 약정하였다. 甲은 5년이 지나도 乙이 돈을 갚지 않자 대여금 반환청구의 소를 제기하였다. 피고 乙은 변론준비기일에서 빌린 돈 모두를 변제하였다고 항변하면서, 다만 변제 후 영수증을 받아 두지 않았으므로 변제사실의 증명을 위해 A를 증인으로 신청하였다. 원고 甲은 피고 乙로부터 한 푼도 변제받지 못했다고 하면서 이러한 사실을 잘 아는 B를 증인으로 신청하였다. 재판장은 원고와 피고에게 다른 증거가 더 있는냐고 묻자 당사자들은 위 증인들이 각기 유일한 증거라고 진술하였다. 이에 재판장은 준비절차를 종결하고 변론기일을 지정하면서 두 증인에 대한 증거조사를 1차 변론기일에 실시하겠다고 고지하였다. 원고와 피고는 1차 변론기일에서 증인 A, B 모두가 외국 여행 중이고 현재는 소재가 파악되지 않아 당장 두 사람에 대한 증인신문이 어렵지만 모두 각자에게 유일한 증거이므로 기일을 추정해 줄 것을 신청하였다. 재판장은 2회, 3회, 4회 변론기일을 추가로 지정하였으나 원고와 피고는 동일한 말만 되풀이할 뿐 증인의 소재조차 파악하지 못하고 있다.

(1) 재판장은 증인 A, B에 대한 증거채택을 각기 취소하고 변론을 종결한 후 선고 기일을 지정하였는바, 재판장의 이러한 취소행위가 적법한지 여부를 논하시오. (15점)

(2) 재판장이 위 사건에서 원고와 피고의 주장에만 기초하여 원고 전부 승소판결을 선고하였다면 그 근거는 무엇인지 논하시오. (15점)

I. 설문 (1)에 대하여

1. 쟁점

법원이 유일한 증거를 조사하지 않고 변론을 종결한 것이 적법한지를 묻고 있다. 유일한 증거의 대상이 무엇이며 본증에 해당하는지 문제된다.

2. 본론

- (1) 유일한 증거는 주요사실에 대한 것인지 설명한다.
- (2) 유일한 증거는 본증에 한한다는 판례는 본증에 한정한다는 점을 설명한다.
- (3) 유일한 증거는 반드시 증거조사하여야 한다. 그러나 증거조사를 하지 않을 수 있는 예외사유가 있는데 예를 들어 제291조 등 그 예외사유에 해당한다는 점을 설명한다.

3. 결론

법원이 증거를 조사하지 않고 변론을 종결한 조처는 적법하다.

II. 설문 (2)에 대하여

1. 문제점

항변에 관한 입증책임은 누가 부담하는지 그리고 제한부 자백이 성립하는지 여부가 주요 쟁점이다.

2. 본론

- (1) 입증책임에 관해서는 당사자 일방에게 행해지는 불이익한 판결은 객관적 입증책임의 기능에 의한 것임을 밝힌 후, 통설·판례인 법률요건분류설에 의한 분배기준을 설명한다. 법률요건분류설에 따라 불이익을 당하는 당사자는 피고라 점을 설명한다.
- (2) 이유부 부인과 구별되는 항변의 경우 원고의 주장과 일치된 주장에 대해서는 항변에 해당하는 제한부 자백이 성립됨을 설명하고 법원과 당사자가 이에 구속됨을 설명한다. 입증책임과 제한부자백에 의거하여 원고의 청구전부에 대한 승소판결을 할 수 있다는 부분을 설명한다.

3. 결론

승소판결한 것은 타당하며 그 피고가 입증책임을 지고 이를 입증하지 못하였기 때문이다.

【B-2】(20점)

甲은 乙과 丙이 공유하고 있는 이 사건 토지를 매수하였음을 이유로, 乙과 丙을 피고로 하여 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다.

(2) 피고 丙은 다음 변론기일에 출석하여, “지난 변론기일에 불출석한 이유는, 자신이 부재중인 동안 집으로 송달된 소장 및 변론기일통지서를 그의 아들 A (만 15세, 고등학교 1학년)가 수령하고 이 사실을 자신에게 전달하지 않아 발생한 것이다. 따라서 이 송달은 무효이다”라고 주장하였다. 피고 丙의 이 주장은 타당한지 논하시오.(10점)

I. 설문 (1)에 대하여

1. 쟁점

공동소송관계의 유형에 따른 증거법상 심리의 원칙이 다른 공동소송인에게 영향이 있는지 문제된다.

2. 본론

(1) 공동피고의 소송관계가 필수적 공동소송인지 아니면 통상 공동소송인지를 구분하기 위하여 이를 설명한다.

(2) 통설과 판례에 의해 통상 공동소송관계이며, 공동소송인 독립의 원칙에 의해 공동피고 중 1인이 출석하여 다툰 것은 다른 공동피고에게 영향이 없음을 설명한다.

(3) 변론기일에 결석한 다른 공동피고에게 발생하는 소송상의 불이익으로 자백간주를 설명한다.

3. 결론

통상의 공동소송으로서 독립의 원칙상 기일에 참석하지 아니한 자는 자백간주의 불이익을 받는다.

II. 설문 (2)에 대하여

1. 쟁점

보충송달의 적법성 여부가 문제된다.

2. 본론

(1) 송달과 보충송달의 일반적 요건을 설명한다.

(2) 보충송달에서 사리를 분별할 능력이 있는 사람 및 동거인의 의미를 설명한다. 반드시 성년자임을 요하지 아니하며 판례는 초등학교생이나, 15세된 가정부의 경우도<sup>44)</sup> 사리분별의 동거인으로 인정하는 점을 실시한다.

3. 결론

보충송달로서 적법하다.

44) 대결 1966.10.25. 66마162

[3] 2012년

【B-1】

甲은 자기 소유의 토지를 乙(지방자치단체)이 도로로 점유하여 사용하고 있음을 이유로 부당이득반환청구를 하였다. 이에 대하여 乙은 이 토지를 1987.3.17.부터 20년 이상 점유하여 이를 시효취득하였다고 항변하였다. 乙의 항변에 대하여 甲은 당초 乙의 점유개시 시기를 乙의 주장과 같이 1987.3.17.이라고 하였다가 이후 2006.1.경부터 점유를 하였다고 하면서 그 주장을 변경하였다.

(2) 부동산의 시효취득에 있어서 점유기간의 산정기준이 되는 점유개시의 시기에 관한 甲의 위의 주장 사실은 어떤 사실인가?(10점)

1. 쟁점의 제시

甲은 피고 乙이 주장한 취득시효 기산점에 대하여 다투지 않다가 이를 번복하였으므로 만일 취득시 기산점이 주요사실이라면 재판상 자백이 성립하여 임의철회할 수 없다. 따라서 기산일의 성질에 대하여 검토한다.

2. 재판상 자백의 대상

재판상 자백의 요건과 대상을 설명한다

3. 주요사실인지 여부

주요사실여부에 대한 학설과 판례인 간접사실인정을<sup>45)</sup> 설명한다.

4. 결론

甲이 피고 乙의 기산일 주장에 다툼이 없었다하여도 간접사실이므로 재판상 자백이 성립하는 것이 아니므로 甲은 기산일에 대한 새로운 주장이 가능하며, 법원도 이에 구속되는 것이 아니다.

【B-2】

甲은 乙이 운전하는 차에 치어 중상을 입어서 乙을 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였다. 이 소송에서 乙은 그러한 사실이 전혀 없었다고 甲의 주장을 부인하자 甲은 그 사건을 목격한 乙을 증인으로 신청하였다. 증인신문에서 乙은 자신이 2011.5.30. 오후 2시경 횡단보도를 건너고 있는 중에 乙의 승용차가 甲을 치어서 길바닥에 쓰러뜨렸고, 乙이 차에서 내려 약 1분 동안 甲을 살펴보는 것을 목격하였다고 증언하였다.

(1) 위에서 원고 甲이 乙을 신문하면서 “증인이 2011.5.30. 오후 2시경 횡단보도를 건너고 있는 중에 乙의 승용차가 甲을 치어서 길바닥에 쓰러뜨렸고, 乙이 차에서 내려 약 1분 동안 甲을 살펴보는 것을 목격하였지요?”라고 물어보았다. 이에 乙은 “네”라고만 대답하였다. 이렇게 자신이 원하는 바대로 진술을 얻어내는 이러한 신문은 적절한가?(10점)

(2) 만일 위 소송에서 乙이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 경우의 제재방법은 무엇이 있는가?(10점)

I. 설문 (1)에 대하여

1. 쟁점

증인신문제도에 비추어 유도신문이 적절한지 문제된다.

2. 결론

(1) 증인신문의 원칙과 방법을 설명한다. 특히 교호신문제도를 설명한다. 법원은 알맞다고 인정하는 때에는 당사자의 의견을 들어 위와 같은 원칙의 신문순서를 바꿀 수 있다(제327조 4항).

(2) 주신문에서 유도신문의 금지 민사소송법 규칙은 제91조 제2항에서 ① 증인과 당사자의 관계, 증인의 경력, 교우관계 등 실질적인 신문에 앞서 미리 밝혀둘 필요가 있는 준비적인 사항에 관한 신문의 경우, ② 증인이 주신문을 하는 사람에게 대하여 적의 또는 반감을 보이는 경우, ③ 증인이 종전의 진술과 상반되는 진술을 하는 때에 그 종전 진술에 관한 신문의 경우, ④ 그 밖에 유도신문이 필요한 특별

45) 대판 1962.5.10, 4294민상1510

한 사정이 있는 예외로 주신문에서 유도신문을 금지하고 있음을 설명한다. 피고의 경우는 반대신문으로 유도신문이 가능하다.

(3) 법원의 조치 재판장은 제2항 단서의 각호에 해당하지 아니하는 경우의 유도신문은 제지하여야 하고, 유도신문의 방법이 상당하지 아니하다고 인정하는 때에는 제한할 수 있다.

### 3. 결론

주신문자가 원하는 증언을 유도하는 신문은 적절하지 않으므로 민사소송규칙에 따른 조치를 적극적으로 행사하는 소송지휘가 필요하다.

## II. 설문 (2)에 대하여

### 1. 쟁점의 제시

불출석 증인에 대한 제재가 무엇인가 문제된다. 증인신문에서 증인의 출석확보에 한계가 있으므로 제재는 법원의 직권사항으로 이를 검토한다.

### 2. 증인의 출석의무의 필요성

#### (1) 증인의 출석의무

증인조사를 증인진술서 제출방식이나 증인신문사항 제출방식으로 하는 경우에는 채택된 증인에 대하여 출석요구를 하여야 하는데(규칙 제81조 2항), 기일통지 내지 출석요구서를 받은 증인은 그 지정한 일시와 장소에 출석할 의무가 있다.

#### (2) 증인이 출석의무의 면제

증인이 기일에 출석할 수 없을 때에는 그 사유를 밝혀 신고하여야 하며(규칙 제83조), 신고의무를 불이행하면 정당한 사유 없는 불출석으로 인정될 수 있다(규칙 제81조 1항 2호 참조). 증인이 질병 등 정당한 사유로 출석하지 못할 때에는 수명법관·수탁판사로 하여금 증인을 신문하게 할 수 있다(제313조).

#### (3) 사안의 경우

증인에는 출석의무가 있다. 사안의 경우 증인의 출석의무가 면제되지 아니한다.

### 3. 불출석 증인에 대한 제재

#### (1) 소송비용부담과 과태료의 부과

증인이 적법한 출석요구를 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 소송비용의 부담과 500만원 이하의 과태료에 처할 수 있다(제311조 1항). 소송비용부담결정 과 과태료부과결정은 수소법원의 재량인데 양자는 함께 부과할 수도 있고 택일적으로 할 수도 있다.

#### (2) 감치

법원은 증인이 과태료의 재판을 받고도 정당한 사유 없이 다시 출석하지 아니하는 때에는 7일 이내의 감치결정을 내릴 수 있다(동조 2항). 감치에 처하는 재판은 그 재판을 한 법원의 재판장의 명령에 따라 법원공무원 또는 경찰공무원이 경찰서 유치장·교도소 또는 구치소에 유치함으로써 집행한다(제311조 4항). 감치의 재판을 받은 증인이 감치의 집행중에 증언을 한 때에는 법원은 바로 감치결정을 취소하고 그 증인을 석방하도록 명하여야 한다(제311조 7항). 감치사유가 발생한 날로부터 20일이 지나면 감치 재판개시결정을 할 수 없다(규칙 제86조 2항).

#### (3) 구인

법원은 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 증인을 구인하도록 명할 수 있다(제312조 1항). 구인에는 형사소송법과 형사소송규칙의 구인에 관한 규정을 준용한다(동조 2항).

#### (4) 제재수단에 대한 불복

과태료나 감치의 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있는데 그 집행을 정지시키는 효력은 없다(제311조 8항).

### 4. 결론

출석의무가 있는 증인에 대하여 강제를 위한 제재수단으로 과태료부과 감치, 구인 등이 있다. 이에 대하여 불복할 수 있으나 집행정지의 효력은 없다.

[4] 2013년

【B-1】 (30점)

A 부동산에 관하여 甲 명의로 소유권보존등기가 경료된 다음 乙 명의로 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기가 경료되었다. 甲은 위 매매에 관한 매매계약서와 영수증이 위조된 것이라고 주장하면서 각 서면이 진정하지 아니하다는 확인의 소를 제기하였다 이 소의 사실심 심리 중 甲은 乙이 임의로 소유권이전등기를 경료하였다고 주장하면서 乙을 상대로 소유권이전등기말소등기청구의 소를 별도로 제기하였다.

(2) 乙은 위 말소등기청구의 소의 변론에서 A 부동산의 매매에 관하여 甲으로부터 대리권을 수여받았다고 주장하는 丙 과 매매계약을 체결하고 소유권이전등기를 마쳤다고 진술하였다 법원은 심리결과 丙의 위 대리권존부에 대하여 심증을 형성하지 못하였다. 이 경우 법원은 말소등기청구의 소에 대하여 어떤 판결을 하여야 하는지를 설명하시오.(15점 )

1. 쟁점의 제시

자유심증주의 원칙상 법원이 심증을 형성하지 못한 경우 객관적 증명책임에 따라 증명하지 못한 경우 사실관계를 인정하지 아니한다. 사안은 등기의 법률상 추정과 이에 대한 증명책임의 전환이 문제된다.

2. 본론

(1) 등기의 추정력에 대한 논의를 설명한다. 소유권이전등기의 추정력의 법적 효력에 관하여 다른 견해도 있으나 법률상 권리추정설과 판례를 설명한다.

(2) 대리권의 존부에 대하여 등기의 추정력이 인정되므로 적법한 대리권에 기한 매매도 추정되어 원고가 丙의 대리권 없음을 증명하여야 하는 증명책임이 전환되는 효과가 발생한다는 점을 설명한다.

(3) 증명책임전환에 따른 대리권의 부존재를 증명하지 못하였음을 설명한다.

3. 결론

말소등기청구소송에서 진위불명인 사실에 대하여 원고가 입증하지 못하여 그 불이익은 원고가 부담하여 법원은 원고의 청구를 기각하여야 한다.

【B-2】

甲회사 (대표이사 X)는 乙을 상대로 乙로부터 B부동산을 매수하였음을 이유로 이에 대한 소유권이전등기청구의 소를 2011. 5. 6.에 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙은 소송계속 중 2011. 8. 8. 사망하였으며 乙의 상속인으로는 丙이 있다. 丙은 乙의 사망 후 위 소송계속사실을 알지 못하여 소송수계신청을 하지 못하였다. 법원도 乙의 사망을 알지 못한 채 2011. 12. 9. 변론을 종결한 후 甲 회사의 청구를 인용하는 판결을 하였다 이 판결이 적법 유효한지 여부에 대하여 설명하시오. (10점)

1. 쟁점의 제시

당사자사망에 따른 소송의 당연승계와 당연승계되는 경우 소송절차를 중단하지 아니하고 판결한 경우 판결의 유효성이 문제된다.

2. 본론

(1) 소송계속 중 당사자가 사망한 경우 상속인이 당사자의 지위를 당연승계 여부를 설명한다. 당연승계한다.

(2) 당사자의 사망으로 소송은 수계되어야 하고 소송절차가 중단된다. 이를 간과한 판결의 효력에 대하여 당연무효가 아니며, 소송절차의 중단과 수계절차 없이 진행하여 간과한 판결은 위법하지만 당연무효는 아니고 대리권 흠결에 준하여 상소·재심에 의하여 다룰 수 있다고 연결 지어 설명한다.

3. 결론

당연승계하지만, 소송절차를 중단하지 아니한 판결은 위법이지만 유효하다. 대리권 흠결에 준하여 상소나 재심으로 다룬다.

[5] 2014년

【 문제-2 】 (20점)

甲은 乙을 상대로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 乙에 대한 소장부분 및 변론기일 통지서가 공시송달의 방법으로 송달되었고, 그 소송절차가 진행되어 2010. 11. 10. 甲 승소의 제1심판결이 선고되었으며 그 판결정본 역시 2010. 12. 8. 공시송달의 방법으로 乙에게 송달되었다. 乙은 위 소송의 진행 및 결과를 전혀 알지 못하고 있다가 2014. 7. 7. 판결이 있었다는 사실을 알았다. 그 후 乙은 2014. 7. 11. 제1심법원에서 재판기록열람 및 복사 신청을 함으로써 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달되었음을 알게 되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙이 2014. 7. 23.에 항소를 제기하였다면 이는 적법한지 설명하시오.(10점)

(2) 백지로 된 매매계약서에 작성명의인 乙이 서명날인한 후 제3자인 丙이 매매 계약의 내용을 보충하였다. 甲이 이 문서를 제출하여 승소하였다면 이에 대한 법원의 판단이 적법한지 설명하시오.(10점)

I. 설문 (1)에 대하여

1. 문제의 소개

항소기간 도과 후의 항소이므로 항소로 추후보안 항소가 아니라면 부적법하다. 따라서 공시송달에 대한 추후보안사유 중 당사자의 책임질 수 없는 사유가 인정되는지 쟁점이다.

2. 본론

- (1) 항소기간의 도과에 대한 항소의 부적법 여부에 대한 기본적인 내용을 간략하게 서술한다.
- (2) 공시송달의 적법여부를 서술하고 이에 대한 치유로서 제173조의 추후보안 사유를 설명한다.
- (3) 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인한 경우에 소송행위를 보완할 수 있는지 여부와 그 대상과 사유 당사자가 책임질 수 없는 사유에 해당되는지 여부와 장애사유가 없어진 때의 의미를 설명한다.

3. 결론

당사자의 책임질 수 없는 사유로서 장애사유가 없어진 후의 적법한 추완항소이다.

II. 설문 (2)에 대하여

1. 쟁점의 정리

사문서의 형식적 진정성립에 대한 특히 백지문서인 경우 내용이 기재되지 않은 경우에 대한 서증의 증거력에 대한 논의가 필요하다.

2. 본론

- (1) 사문서는 공문서와 달리 진정성립이 추정되지 않으므로 제출자가 증명하여야 하는데 2단의 추정에 대한 논의를 설명한다.
- (2) 백지문서임을 증명시 문서의 진정성립의 추정이 깨지는지 여부에 관한 판례와 학설의 대립을 서술하면 된다.

3. 결론

통상의 문서와 달리 백지문서는 진정성립이 인정되지 아니한다.

[6] 2015년

【문제-2】(20점)

甲은 乙이 甲 소유의 X건물을 무단으로 점유·사용하여 甲의 소유권을 침해하고 있다고 주장하며 乙을 상대로 X건물의 인도와 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 이후 열린 첫 변론기일에 乙이 X건물에 관한 임차권을 주장하자, 甲은 임차권의 존부에 관한 사항은 자신이 다음 기일에 진술하겠다고 법원에 요청 하여 법원은 甲과 乙에 대해 다음 기일을 고지하였다.(다음 각 설문은 독립적 임)(20점)

(1) 甲이 준비서면을 제출하고 제2회 변론기일에 결석하여 乙만이 출석하여 변론하였다. 법원은 해당 기일을 적법하게 진행하였다. 그런데 甲이 제출한 준비서면에는 자신이 X건물을 乙에게 임대한 것은 사실이라는 취지의 기재가 있다고 한다면, 이후 이 소송의 변론기일에서 甲이 X건물을 乙에게 임대한 적이 없다고 주장할 수 있는지 설명하시오.(12점)

(2) 제2회 변론기일을 위하여 甲은 “乙에게 X건물의 임차권이 존재하였으나 이 임차권은 乙이 차임을 2회 이상 연체하여 해지통고를 하였으므로 소멸하였다”는 취지의 준비서면을 제출하여 이 서면이 乙에게 송달되었는데, 乙은 이에 대해 아무런 준비서면도 내지 않은 채 이 변론기일에 결석하였다. 甲은 이 변론기일에 출석하여 자신이 제출한 준비서면을 진술하였다. 이때 그 다음 기일에 출석한 乙이 자신은 X건물에 대한 차임을 연체한 적도 없고, 甲으로부터 해지통고를 받은 적도 없다고 주장할 수 있는지 설명하시오.(8점)

1. 쟁점의 정리

- (1) 준비서면 제출 후에 변론기일에 불출석한 경우 진술간주와 재판상 자백이 인정되는지 쟁점이다.
- (2) 준비서면을 제출하지 아니한 경우 자백간주가 성립하는지 그 효력이 문제된다.

2. 본론

- (1) 당사자일방이 변론기일에 불출석한 경우 그가 제출한 준비서면이 진술간주를 설명하고, 그리고 그 준비서면의 기재내용 중 상대방 당사자의 주장과 일치하는 부분이 있을 때 그 부분에 재판상 자백이나 자백간주가 성립하는지 여부 및 성립한다면 그것이 당사자를 구속하여 철회사유가 없다면 당사자가 이를 번복할 수 없다는 내용을 교과서적으로 기술하면 된다.
- (2) 준비서면을 제출하지 아니한 당사자 일방이 변론기일에 불출석하였는데, 출석한 상대방 당사자가 준비서면의 기재내용을 진술한 경우 이에 관해 자백간주가 성립여부와 법원은 구속하지만 당사자를 구속하지 아니하여 진술을 철회할 수 있다는 부분은 기술한다.

3. 결론

- (1) 진술간주에 의한 재판상 자백이 인정된다. 철회할 수 없다.
- (2) 자백간주가 인정되나 철회할 수 있다.

【문제-3】(30점)

甲은 乙을 상대로, “乙은 甲에게 대여금 3,000만 원을 지급하라.”는 내용의 민사소송을 제기하고 증거로 차용증을 제출하였다. 그 차용증에는 “乙이 甲으로부터 3,000만 원을 차용하였다.”는 내용이 기재되어 있고, 문서 하단에 날짜와 乙의 이름이 기재되어 있으며 그 이름 옆에 乙 명의로 된 도장이 찍혀 있었다. 아래 각 사안에서 차용증 작성경위에 관하여 당사자들이 서로 다른 주장을 하고 있다. 당사자들은 그 주장들 외에 그 주장들을 뒷받침할 아무런 증거도 제출하지 않았다. 아래 각 문제에 대한 결론과 그 근거를 제시하시오. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 위 차용증에 기재되어 있는 금액, 내용, 날짜, 乙의 이름은 프린터에 의하여 인쇄되어 있다. (다음 각 설문은 독립적임) (14점)  
 가. 甲은, “乙이 위와 같은 차용증을 인쇄하여 소지하고 甲에게 찾아와 甲이 보는 앞에서 차용증의 乙 이름 옆에 乙이 도장을 찍었다.”고 주장하였다. 이에 대하여 乙은, “위 차용증은 본 적도 없는 문서이며, 차용증에 찍혀 있는 인영도 내 도장에 의한 인영이 아니다.”고 주장하였다. 이 차용증의 진정성립이 증명되었는지 설명하시오.(6점)

나. 甲은, “乙이 자신의 동생인 丙을 보내니 돈을 빌려달라고 전화한 후, 丙이 인쇄된 차용증과 乙의 도장을 가지고 와서 甲이 보는 앞에서 차용증의 乙 이름 옆에 도장을 찍었다.”고 주장하였다. 乙은, “차용증에 찍혀 있는 인영은 乙의 인감도장에 의하여 현출된 것이 맞지만, 乙은 전화한 적도 없고 丙을 보낸 적도 없으며, 인감도장은 丙이 몰래 훔쳐가서 사용한 것이다.”라고 주장하였다. 이 차용증의 진정

성립이 증명되었는지 설명하시오.(8점)

(2) 위 차용증에 관하여 乙은, “甲에게서 돈을 빌리기 위하여 甲이 지시하는 대로 백지의 하단에 乙 이름을 기재하고 인감도장을 날인한 다음 이를 甲에게 교부하였다. 그 다음 날 차용금으로 500만 원을 받았는데, 그 뒤 甲이 내 허락 없이 차용증에 3,000만 원을 빌려준 것으로 적어넣은 것이다.”라고 주장하였다. (다음 각 설문은 독립적임)(16점)

가. 甲은, “백지에 도장을 받은 것이 아니다. 乙에게 3,000만 원을 빌려주면서 내가 금액(3,000만 원)과 내용을 기재한 차용증을 乙에게 건네주자 乙이 이를 읽어보고 자신의 이름을 쓰고 도장을 찍은 다음 나에게 교부하였다.” 라고 주장하였다. 이 차용증의 진정성립이 증명되었는지 설명하시오.(8점)

나. 甲은, “乙에게 빌려줄 금액을 정할 수 없어서 乙로부터 백지에 이름과 도장을 받았는데 그 다음 날 돈 3,000만 원을 건네주면서 乙로부터 ‘차용증에 3,000만 원을 빌린다고 적어도 좋다’는 허락을 받고 그 금액·내용과 날짜를 적어 넣었다.”고 주장하였다. 이 차용증의 진정성립이 증명되었는지 설명하시오.(8점)

**I. 설문 (1)에 대하여**

**1. 문제점**

- 가.는 서증의 진정성립에 대한 위조의 항변여부의 문제된다.
- 나.는 도용의 항변여부의 2단의 추정이론이 적용되는지 문제된다.

**2. 본론**

- (1) 가.에서는 위조의 항변은 상대방의 주장에 대한 부인에 해당한다. 이는 증명책임이 인정되는 것이며 2단의 추정이 인정되지 않는다. 이에 대한 서술이 필요하다.
- (2) 나.에서는 이른바 도용의 항변으로서 2단의 추정이 인정된다. 따라서 간접사실인 간접반증이 있기 까지 추정이 인정된다. 다만 인영의 진정이 인정되더라도 도용에 해당하는 제3자의 날인사실이 인정되었으므로 복멸되었다는 판례의 간접반증이론을 명확히 설명한다.

**3. 결론**

- 가.는 서증의 인영의 진정성에 대하여 서증제출하고 주장하는 자가 증명책임이 있고, 증명되기 이전에는 형식적 증거력이 인정되지 아니한다.
- 나.는 도용의 항변으로서 추정이되고 이를 부정하는 자가 양립가능한 간접사실을 입증하기전에 형식적 진정성립은 복멸되지 아니한다.

**II. 설문 (2)에 대하여**

**1. 쟁점의 제시**

백지문서에 날인한 사실이 인정되어 2단계 추정이 복멸된 경우 증명책임이 문제된다.

**2. 본론**

- (1) 서증인증절차와 2단의 추정이론을 설명한다.  
백지의 보충문서에 대한 판례의 견해를 분명히 한다.
- (2) 적용판례-대법원 2000. 6. 9. 선고 99다37009 판결  
문서에 날인된 작성명의인의 인영이 작성명의인의 인장에 의하여 현출된 것이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립 및 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 먼저 내용기재가 이루어진 뒤에 인영이 압날된 경우에만 그러한 것이며 작성명의인의 날인만 되어 있고 그 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충한 문서의 경우에 있어서는 문서제출자는 그 기재 내용이 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실을 입증할 책임이 있으며, 이와 같은 법리는 그 문서가 처분문서라고 하여 달라질 것은 아니다.

**3. 결론**

백지 부분을 작성명의자 아닌 자가 보충한 경우, 그 문서 전체의 진정성립의 추정되지 아니하지만 이에 대한 입증하는 경우 증거로 사용할 수 있다.

[7] 2016

【문제-2】 (20점)

甲은 우연히 알게 된 국립학교 교수 乙의 차에 동승하게 되었다. 그런데 乙의 과실로 교통사고를 당하여 큰 부상을 입게 되었다. 甲은 乙을 상대로 불법행위에 기한 손해배상청구의 소를 제기하고자 한다. 乙은 주된 직업이 교수인데 甲은 乙의 주소를 알지 못하여 乙로부터 받은 명함에서 乙이 사외이사로 되어있는 회사의 본 소재지를 발견하고서 그곳을 피고의 주소지로 기재하여 소를 제기하고, 그 회사의 경비원 A는 乙이 상근하지 않음에도 불구하고 소장 부분 변론기일통지서를 송달받았다. 그 결과 법원은 답변서 부제출을 이유로 乙이 청구원인사실에 기해 자백한 것으로 보고 청구인용판결을 선고하였다. (다음 각 설문은 독립임)

(1) 각 송달 및 판결은 유효한지 설명하시오.(10점)

(2) 위 판결정본이 위와 동일한 방법으로 송달되어 2주가 경과되었다면 乙이 위 판결에 하여 항소를 제기하여 위 청구원인사실에 한 자백의 효력을 다룰 수 있는지 설명하시오.(10점)

I. 설문 (1)에 대하여

1. 쟁점의 제시

보충송달로서 근무장소에서의 송달이 적법한지 여부 및 이에 대한 판결의 유효성 여부를 그 쟁점으로 한다.

2. 본론

(1) 교부송달과 보충송달에 대하여 설명하고, 보충송달의 장소에 대하여 설명한다.

(2) 근무장소에서의 보충송달(제183조 제2항)을 설명한다.

(3) 적용판례-대법원 2015. 12. 10. 선고 2012다16063 판결

송달받을 사람의 주소나 영업소 등을 알지 못하거나 그 장소에서 송달할 수 없는 때에는 송달받을 사람이 고용·위임 그 밖에 법률상 행위로 취업하고 있는 다른 사람의 주소 등, 즉 ‘근무장소’에서 송달할 수 있다(민사소송법 제183조 제2항). 이때의 ‘근무장소’는 현실의 근무장소로서 고용계약 등 법률상 행위로 취업하고 있는 지속적인 근무장소이다.

3. 결론

사외이사의 본점소재지는 지속적인 근무장소라고 할 수 없다. 송달의 효력이 없다.

II. 설문 (2)에 대하여

1. 쟁점의 제시

항소의 적법성과 항소심에서의 자백간주된 사실을 다룰 수 있는지 여부가 그 쟁점이다.

2. 본론

(1) 항소의 적법요건을 설명한다. 적법한 항소제기임을 설명한다.

(2) 자백간주의 의미와 효력을 설명한다. 당사자에 대한 구속력이 없음으로 그 사실을 다룰 수 있다.

(3) 변론의 일체성에 의한 항소심이 사실심을 전제로 다룰 수 있음을 설명한다.

3. 결론

자백간주는 항소심에 다룰 수 있다.

[8] 2019년

【문제-2】 (20점)

甲은 乙에게 1억원을 대여해주면서 1년 후에 돌려받기로 약정하였으나 乙로부터 차용증을 별도로 받지 않았다. 그러나 乙은 변제기가 도래하였음에도 이를 갚지 않을 뿐 아니라 돈을 빌린 사실이 없다고까지 다투고 있다. 이에 甲은 乙을 상대로 대여금의 반환을 구하는 소를 제기하고 A변호사를 소송대리인으로 선임하였다.

(1) A변호사는 乙을 상대로 위 대여금의 반환을 구하는 소장을 법원에 접수하였다. A변호사는 변론 진행과정에서 乙이 오래전에 대여금 채무의 존재를 인정하고 변제기를 유예해 줄 것을 간청하는 내용의 확인서를 甲에게 주었다고 하면서 이를 증거방법으로 제출하였다. 동 확인서에는 乙의 것으로 보이는 인영의 날인되어 현출된 것이 아니라 위조주장과 함께 설사 그러한 인영을 가진 조장이 자신의 것이라 하더라도 도용된 것이라고 주장하고 있다. 乙의 각 주장에 기초해서 확인서의 진정성립 인정을 위하여 甲이 취하여야 할 조치는 무엇인지 설명하시오.

(2) A변호사가 위 대여금의 반환을 구하는 소장을 법원에 접수하기 전에 甲이 사망하였고, 그에게 상속인이 있다. 그런데 甲의 사망사실을 모르는 A변호사는 甲을 원고 乙을 피고로 하여 대여금의 반환을 구하는 소장을 법원에 접수하였다. 이 소는 적법한지 여부에 대하여 설명하시오.

[9] 2020년

【문제-2】 (20점)

A상점 앞에 광고용으로 세워놓은 입간판이 부실한 설치로 말미암아 갑자기 쓰러지는 사고가 발생하였다. 마침 출근하던 구청 직원 甲은 쓰러지는 입간판에 부딪혀 손가락이 부러지는 상해와 함께 팔과 몸에 타박상을 입었다. A상점의 주인인 乙은 과실을 인정하고 손해를 배상하겠다고 했으나 금액이 합의되지 않아, 甲이 2,000만원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하기에 이르렀다. 甲은 동네 개인병원의 병원장 丙의 명의로 된 진단서를 증거로 제출하였다. 진단서에는 1주일간의 입원을 요하며 후유장애 발생 가능성이 70% 정도 된다고 적혀 있었고, 甲은 이를 근거로 치료비 1,500만원을 청구하였다. 그리고 구청 인사과에서 발급한 1주일간의 병가 확인서도 제출하였다. 그러면서 1주일간의 병가에 따른 휴가 및 급여의 손실이 500만원이라 주장하였다. 이에 乙은 진단서에 대해 丙이 작성한 것이라 볼 수 없으며 병가 확인서도 구청 인사과에서 발급한 것 같지 않다고 맞섰다.

(1) 문서에 대하여 乙이 하는 주장의 성격을 설명하고, 그에 따른 증명의 문제를 설명하시오. (10점)

(2) 진단서를 丙이 작성하였다는 것과 확인서를 구청 인사과에서 발급하였다는 것이 사실로 확인되었다면 법원은 손해배상액을 2,000만원으로 인정해야 하는 것인지 논하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여(10점)

1 문제의 소재

사문서인 진단서와 공문서인 확인서에 대한 문서의 형식적 진정성립에 관한 乙의 주장이 부인인지 항변인지에 대한 성격이 문제되고, 그에 따른 사문서와 공문서의 진정성립에 대한 증명책임 범위가 검토되어야 한다

2. 문서에 대한 피고 주장의 성격

(1) 문서의 종류

문서는 사문서와 공문서 처분문서와 보고문서로 나뉜다. 통상의 서증절차에서 증거능력과 증거력은 처분문서인 사문서에서 형식적 증거력과 실질적 증거력이 문제되며, 사문서의 경우 형식적 증거력이 인정되는 경우 실질적 증거력은 당연 추정되며, 한편 공문서인 경우 전면추정력을 갖는다.(제356조 제1항)

(2) 乙의 주장의 성격

1) 서증절차

서증이 제출된 경우 그 형식적 증거력의 조사를 위하여 상대방에 인정여부를 물어보고 답변하게 하는 서증절차를 성립의 인부라 한다. 원고가 제출한 것은 피고가 인정하는지 답변을 구하여 진정성립에 대한 증거력 여부를 결정한다.

2) 주장의 성격의 종류

상대방은 침묵, 부인, 부지 등을 할 수 있다. 다만 신민사소송규칙 제116조는<sup>46)</sup> 단순부인은 허용되지 아니하고 이유부 부인만 허용되는 되도록 하고 있다.

(3) 소결

乙의 주장은 원고 甲이 제출한 사문서에 형식적 진정성립을 부인하고 있는 진술이며, 공문서에 대하여도 의심된다는 진술 역시 부인 내지 부지에 해당한다고 볼 것이다. 이에 대한 증명책임은 별도의 검토가 필요하다.

3. 부인과 부지의 경우 증명책임

(1) 서증에서 주장과 증명책임

변론주의가 인정되는 범위에서 주요사실의 주장이 있어야 증명책임도 있으므로 주장책임은 논리적 시간적으로 증명책임에 선행하는 관계와 분배책임에서도 일치한다. 다만 판례는 변론의 전체의 취지만으로도 진정성립을 인정하고 있으므로 특별한 사유가 없는 한 증명책임이 완화되거나 혹은 법정증거법칙의 일종으로서 추정규정을 두어 진정성립을 증명할 수 있다.

(2) 진정추정과 증명책임

1) 사문서인 진단서의 경우

사문서의 경우 상대방이 작성사실이 아닌 인영이나 서명의 경우 이를 인정하는 위조나 도용의 항변이 있을 수 있다. 문서의 제출자가 부지와 부인으로 다투는 경우 권리주장을 위한 문서제출자가 증명책임 지고 형식적 진정성립인 서명이나 날인의 진위를 증명하여야 한다.

2) 공문서인 확인서

문서의 방식과 취지에 의하여 공문서로 인정되는 때에는 진정한 공문서로 추정한다.(제356조 제1항) 다만 위조와 변조 등 특별한 사정이 있는 경우 반증에 의하여 추정이 깨진다.<sup>47)</sup> 법률상 추정이 아니므로 반증으로 족하지만 의심이 든다는 이유로 추정력이 깨지는 것은 아니다. 따라서 반증의 증명책임이 서증의 효력을 부인하는 자에게 있다.

(3) 소결

甲이 제출한 진단서는 사문서이므로 그것이 진정한 것임을 증명하여야 한다.(제357조), 공문서의 경우 문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것임(제356조)을 증명하여야 한다. 그러나 공문서의 경우 반증에 해당하는 증거가 없으므로 추정이 깨지는 것이라고 볼 수 없다.

4. 결론

乙의 주장의 성격은 사문서인 진단서에 대하여 부인에 해당하여 증명책임이 제출자에게 있고, 공문서인 확인서에 대하여 제출자의 상대방이 의심이 든다는 부지나 부인이지만 이로서 증명책임은 진정성립을 의심하게 구체적 반증을 제시할 상대방에 있다고 본다.

II. 설문 (2)에 대하여(10점)

1 문제의 소재

46) 여기서 이것까지 서술을 바라고 출제할 것이라고 생각하기 쉽지않고, 서술하지 아니하더라도 감점되지 아닐 것으로 생각한다.

47) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다292244 판결: 민사소송법 제356조 제1항은 문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것으로 인정할 때에는 이를 진정한 공문서로 추정한다고 규정하고 있으나, 위조 또는 변조 등 특별한 사정이 있다고 볼 만한 반증이 있는 경우에는 위와 같은 추정은 깨어진다.

보고문서의 형식적 증거력이 인정되는 경우 진단서와 확인서라는 각각의 사문서와 공문서의 실질적 증거력의 인정범위가 문제된다. 특히 법관의 자유심증주의의 영역에서 구체적인 범위가 검토될 필요가 있다.

## 2. 문서의 실질적 증거력

### (1) 문서의 증거가치

문서가 요증사실을 증명하기에 유용한가에 대한 증거가치를 문서의 실질적 증거력이라고 하며 형식적 증거력을 전제로 한다. 이러한 실질적 증거력은 원칙적으로 법관의 자유심증의 영역에 일임되어 있으며 별도의 증거법칙은 없으나 처분문서와 보고문서의 경우 각각의 심증영역이 달라질 수 있으므로 이를 구분하여 검토하여야 한다.

### (2) 보고문서의 경우 실질적 증거력

#### 1) 진단서

처분문서인 사문서인 경우 이른바 사실상의 추정력을 가지나 보고문서인 경우 자유심증의 영역에서 법관의 심증형성에 따라야 한다.

#### 2) 확인서

공문서의 경우에도 사문서의 보고문서와 같이 자유심증의 영역에 있다. 그러나 공문서의 보고문서인 경우 진정성립이 인정되는 공문서인 경우 보고문서라도 특단의 사정이 없는 한 그 증명력을 아무런 이유 없이 배척하는 것은 상고이유가 될 수 있다.<sup>48)</sup>

### (3) 소결

사문서의 경우 형식적 증거력이 인정되는 경우라도 보고문서인 경우 자유심증주의에 따라 증거평가와 가치가 달라지며, 보고문서인 경우 공문서인 경우 여전히 자유심증의 영역에 있으나 증거가치의 평가는 재판된 범위에서 판단가능하다.

## 3. 자유심증주의에 따른 증거평가

### (1) 자유심증주의의 개념과 평가요소

사실의 진부판단에 있어서 법관이 증거법칙의 제약없이 자유로운 심증으로 행할 수 있는 원칙을 자유심증주의라고 하는데, 증거조사의 결과와 변론전체의 취지에 따라 증거력을 자유롭게 평가한다. 자유심증의 증명정도는 고도의 개연성을 전제로 사실을 인정하여야 한다.

### (2) 보고문서의 자유심증에 따른 증거평가

#### 1) 진단서의 감정결과에 따른 사실관계 확정

변론주의 원칙에 따라 증명과 심증이 형성될 수 있으나, 문서의 진정성립과 별개로 전문가의 감정이 기입된 보고문서의 감정은 전문가의 의견으로서 중요한 증거조사결과이지만, 그러나 여전히 자유심증의 원칙에 따라 다른 사실을 인정하더라도 문제되지 아니한다. 따라서 의사의 견해에 따르지 아니하여도 된다. 다만 사안에서 70%를 인정 부분은 100%미만을 인정한 것의 일부청구에 해당하므로 증거평가가 가능하다.

#### 2) 확인서의 사실관계확정

공문서의 경우 사문서보다 강력한 추정력이 미치며, 보고문서의 경우라 하더라도 자유심증의 영역에서 벗어나지 아니하지만 법원은 증명력을 쉽게 배척할 수 없으며, 심지어 유력한 증거로서 의미를 갖게 되어 합리적 이유설시 없이 배척할 수 없다.

### (3) 소결

48) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두3658,3665 판결: 진정성립이 추정되는 공문서는 진실에 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 증명력을 쉽게 배척할 수 없으므로, 공문서의 기재 중에 의문점이 있는 부분이 일부 있더라도 기재 내용과 배치되는 사실이나 문서가 작성된 근거와 경위에 비추어 기재가 비정상적으로 이루어졌거나 내용의 신빙성을 의심할 만한 특별한 사정을 증명할 만한 다른 증거자료가 없는 상황이라면 기재 내용대로 증명력을 가진다

진단서는 전문가의 감정결과에 따른 보고문서로 법원은 이에 대한 자유심증의 증거평가를 할 수 있다. 한편 70%의 진단결과는 100% 이하이므로 이에 대한 사실자료를 인정함에 문제는 없다고 생각된다. 확인서의 경우 보고문서이지만 공문서이므로 이에 대한 평가는 인정할 수 있다는 판례에 따라 역시 인정될 수 있다.

#### 4. 결론

법관은 자유심증의 영역서 보고문서인 진단서에 따른 증거평가를 할 수 있으나 특별한 사정이 없는 한 甲이 주장한 손해사실의 1,500만원을 인정할 수 있으며, 한편 500만원에 해당하는 휴가 및 급여손실에 대하여도 인정하는 것이 자유심증주의에 따른 증거평가로서 가능하다. 손해배상액 2,000만의 주장은 타당하다고 평가된다.

### III. 관련 판례

#### 1. 재판상 자백

◆ 인신사고로 인한 손해배상 사건에서 손해배상액을 산정하는 기초가 되는 피해자의 기대여명에 대하여 재판상 자백을 인정한 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016다41869 판결

**【판결요지】**

[1] 인신사고로 인한 손해배상 사건에서 손해배상액을 산정하는 기초가 되는 피해자의 기대여명은 변론주의가 적용되는 주요사실로서 재판상 자백의 대상이 된다. 그리고 일단 재판상 자백이 성립하면 그것이 적법하게 취소되지 않는 한 법원도 이에 구속되므로, 법원은 당사자 사이에 다툼이 없는 사실에 관하여 성립된 자백과 배치되는 사실을 증거에 의하여 인정할 수 없다.

[2] 수급권자가 장해보상연금을 지급받고 있던 중에 산재보험법 제59조에 의한 장해등급의 재판정 및 변경이 있거나 산재보험법 제36조 제3항에 의한 평균임금의 증감이 있는 경우에도 마찬가지로 적용되므로, 이러한 경우에는 변경된 장해등급 또는 사실심 변론종결일 당시의 평균임금이 아니라, 최초의 장해등급 및 장해보상연금 지급결정 당시에 적용된 평균임금(공단이 실제 적용되었어야 할 평균임금과 다른 평균임금을 적용하여 장해보상연금의 액수를 산정한 경우에는 실제 적용되었어야 할 평균임금을 의미한다)을 기준으로 산정한 장해보상일시금 상당액을 손해배상액에서 공제하여야 한다.

[3] 원래 불법행위로 인한 손해배상채권은 불법행위 시에 발생하고 그 이행기가 도래하므로 장래 발생할 소극적, 적극적 손해의 경우 불법행위 시가 현가산정의 기준시기가 되고, 이때부터 장래의 손해발생 시점까지의 중간이자를 공제하는 금액에 대해 다시 불법행위 시부터의 지연손해금을 부가하여 지급하는 것이 원칙이다. 다만 불법행위 시 이후로서 사실심 변론종결일 이전의 어느 시점을 기준으로 그 이후 발생할 손해를 그 시점으로부터 장래 각 손해발생 시점까지의 중간이자를 공제하는 방법으로 현가를 산정하되 지연손해금은 그 기준시점 이후부터 구하는 것도 그것이 위와 같은 본래의 방법을 벗어나거나 이에 모순·저촉되는 것이 아닌 한 허용된다.

**【사실관계】**

(1) 제1심 계속 중이던 2013. 8. 6. 감정인이 법원에 신체감정서를 제출하였는데, 그 감정서에 의하면 원고 1의 기대여명은 정상인의 70%였다.

(2) 이후 원고 1은 제1심과 원심에서 일관되게 자신의 기대여명이 이 사건 사고 당시를 기준으로 정상인의 70%인 31년 1개월(373개월)이라고 주장하였다.

(3) 이에 대하여 피고는 처음에는 다투었으나, 제1심 제10차 변론기일(2015. 8. 21.)에서 원고 1이 주장하는 위 기대여명에 대해 이의가 없다는 취지의 2015. 8. 4.자 준비서면을 진술한 이후 제1심이나 원심에서 공제될 장해보상금의 액수나 지연손해금의 기산일 등에 대하여만 다투었을 뿐 위 기대여명에 대해서는 더 이상 다투지 않았다. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고 1의 기대여명이 정상인의 70%인 31년 1개월(373개월)이라는 사실에 관하여 재판상 자백이 성립하였으므로, 법원도 이에 구속된다. 그런데도 원심은 이와 달리 원고 1의 기대여명을 정상인의 40% 정도인 17.332년으로 인정한 후 이를 기초로 일실수입, 향후치료비와 보조구 비용, 개호비를 산정하였다. 이러한 원심의 판단에는 변론주의를 위반하여 재판상 자백에 반하는 사실을 인정함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다는 이유로 파기환송한 사례.

◆ 선행자백의 성립요건 및 당사자 일방이 한 진술에 잘못이 분명한 경우, 상대방이 이를 원용하였다고 하여 자백이 성립한 것으로 볼 수 없다는 대법원 2018. 8. 1. 선고 2018다229564 판결

**【판결요지】**

자백은 당사자가 자기에게 불이익한 사실을 인정하는 진술로서 상대방 당사자의 진술내용과 일치하거나 상대방 당사자가 이를 원용하는 경우에 성립하는 것이고, 상대방이 이를 원용하지 아니하여 당사자 쌍방의 주장이 일치된 바 없다면 이를 자백(선행자백)이라고 볼 수 없다. 그리고 당사자 일방이 한 진술에 잘못된 계산이나 기재, 기타 이와 비슷한 표현상의 잘못이 있고, 잘못이 분명한 경우에는 비록 상대방이 이를 원용하였다고 하더라도 당사자 쌍방의 주장이 일치한다고 할 수 없으므로 자백(선행자백)이 성립할 수 없다.

**【사실관계】**

피고는 이 사건 사고가 발생한 2005. 8. 4.부터 2006. 2. 8.까지 약 6개월간 계속해서 입원치료를 받았을 뿐, 이후 2015. 11. 9.경까지 약 10년 동안은 합계 406일간 입원하는 등 간헐적으로 입원치료를 받아 오다가 그 이후에는 통원치료만 받아온 사실을 알 수 있고, 여기에다가 피고의 입원치료 기간을 2005. 8. 4.부터 2016. 2. 8.까지로 하여 피고의 일실수입을 산정할 경우 원고가 주장하는 일실수입 손해 22,113,573원을 초과함이 계산상 명백한 점, 피고에 대한 진단 내용, 치료의 경과 등에 비추어 피고가 이 사건 사고일 이후 약 10년 6개월에 걸쳐 입원치료를 받았다는 것은 쉽게 수긍하기 어려운 점, '2016. 2. 8.'은 피고가 이 사건 사고일 이후 최초 입원치료를 종료한 '2006. 2. 8.'과 연도만 다른 점 등을 보태어 보면, 원고가 2018. 1. 16.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서에서 피고의 입원 기간을 '2016. 2. 8.'이라고 기재한 것은 '2006. 2. 8.'의 오기로 볼 여지가 크고, 이 경우에는 당사자 쌍방의 주장이 일치된 바 없으므로 원고가 피고의 입원치료 기간을 사고발생시부터 2016. 2. 8.까지로 진술하였다고 하더라도 위 진술에 관하여 선행자백이 성립한 것으로 볼 수 없다. 그렇다면 원심으로서는 이에 대하여 석명권을 행사하여 원고가 주장하는 일실수입손해액 계산표를 제출하게 하는 등의 방법으로 피고의 입원치료 기간에 관한 원고의 진술을 명확히 확정할 다음 피고의 일실수입을 산정하였어야 한다.

**2. 서증**

◆ 민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 정하고 있는 인용문서에 '공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'도 포함된다는 대법원 2017. 12. 28. 자 2015무423 결정 [문서제출명령에대한재항고사건]

**【결정요지】**

[1] 민사소송법 제344조는 '문서의 제출의무'에 관하여 정하고 있는데, 제1항 제1호는 당사자가 소송에서 인용한 문서(이하 '인용문서'라 한다)를 가지고 있는 때에는 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다고 정하고 있다. 제2항은 제1항의 경우 외에도 문서의 제출의무가 인정되는 사유를 정하면서 '공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'에 대해서는 제2항에 따른 문서 제출의무의 대상에서 제외하고 있다. 민사소송법 제344조 제1항 제1호에서 정하고 있는 인용문서는 당사자가 소송에서 문서 그 자체를 증거로서 인용한 경우뿐만 아니라 자기주장을 명백히 하기 위하여 적극적으로 문서의 존재와 내용을 언급하여 자기주장의 근거나 보조 자료로 삼은 문서도 포함한다. 또한 위 조항의 인용문서에 해당하면, 그것이 같은 조 제2항에서 정하고 있는 '공무원이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서'라도 특별한 사정이 없는 한 문서 제출의무를 면할 수 없다.

[2] 민사소송법 제344조 제1항 제1호의 문언, 내용, 체계와 입법 목적 등에 비추어 볼 때, 인용문서가 공무원이 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조에서 정하고 있는 비공개대상정보에 해당한다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그에 관한 문서 제출의무를 면할 수 없다.

[3] 문서를 가진 사람에게 그것을 제출하도록 명할 것을 신청하는 것은 서증을 신청하는 방식 중의 하나이다(민사소송법 제343조). 법원은 제출명령신청의 대상이 된 문서가 서증으로 필요한지를 판단하여 민사소송법 제290조 본문에 따라 그 신청의 채택 여부를 결정할 수 있다.

◆ 공문서로 구성된 문서는 공증에 관한 문서와는 달라 공문서 부분 성립이 인정된다고 하여 바로 사문서 부분에 해당하는 매도증서에 진정성립이 인정되지 않음을 확인한 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다292244 판결

**【판결요지】**

[1] 의용 부동산등기법 제35조 제1항, 제60조 제1항은 등기를 신청함에는 등기원인을 증명하는 서면을 제출하여야 하고, 등기관리가 등기를 완료한 때에는 등기원인을 증명하는 서면 또는 신청서 부분에 등기번호, 신청서 수부(수부) 연월일, 수부번호(수부번호), 순위번호 및 등기제(등기제)의 뜻을 기재하고, 등기소의 인을 압달하여 이를 등기관리자에게 환부하여야 한다고 규정하고 있다. 그러므로 매도증서에 위 규정에 따른 등기번호, 등기순위, 등기제 등의 기재와 등기소인이 날인되어 있는 사실이 인정된다

면, 이는 등기 신청 시 등기원인을 증명하는 서면으로 제출되었다가 등기관리가 등기를 완료하고 등기관리자에게 되돌려준 것으로 보지 않을 수 없다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 그 서면에 기재된 부동산에 관하여 그 기재의 등기번호와 순위번호에 따른 등기가 마쳐졌다고 인정하여야 한다.

[2] 민사소송법 제356조 제1항은 문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것으로 인정한 때에는 이를 진정한 공문서로 추정한다고 규정하고 있으나, 위조 또는 변조 등 특별한 사정이 있다고 볼 만한 반증이 있는 경우에는 위와 같은 추정은 깨어진다.

[3] 매도증서 등에 등기소의 등기제(등기제)의 기재가 첨가됨으로써 사문서와 공문서로 구성된 문서는 공증에 관한 문서와는 달라 공문서 부분 성립이 인정된다고 하여 바로 사문서 부분인 매도증서 자체의 진정성립이 추정되거나 인정될 수는 없다.

◆ 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 경험칙상 가동연한을 만 60세로 보아 온 종래 견해의 유지 여부의 대법원 2019. 2. 21. 선고2018다248909 전원합의체 판결

대법원은 1989. 12. 26. 선고한 88다카16867 전원합의체 판결(이하 ‘종전 전원합의체 판결’이라 한다)에서 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람(이하 ‘육체노동’이라 한다)의 가동연한을 경험칙상 만 55세라고 본 기존 견해를 폐기하였다. 그 후부터 현재에 이르기까지 육체노동의 가동연한을 경험칙상 만 60세로 보아야 한다는 견해를 유지하여 왔다. 그런데 우리나라의 사회적·경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상·발전하고 법제도가 정비·개선됨에 따라 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험칙의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변하였기 때문에 위와 같은 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다.

☞ 원심이 피해자의 일실수입 산정의 기초가 되는 가동연한을 인정할 때에, 경험적 사실들을 조사하여 그로부터 경험칙상 추정되는 육체노동의 가동연한을 도출하거나 피해자의 가동연한을 위 경험칙상 가동연한과 달리 인정할 만한 특별한 구체적 사정이 있는지를 심리하여 그 가동연한을 정하였어야 함에도, 그에 이르지 아니한 채 막연히 종래 경험칙에 따라 피해자의 가동연한을 만 60세로 인정하였고, 이러한 원심판단에 가동연한에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 이유로, 원심판결 중 일실수입에 관한 일부 원고들의 패소 부분을 파기환송한 사례

◆ 국민건강보험법에 따른 보험급여를 받은 피해자의 가해자에 대한 치료비 손해배상채권액의 산정 방식-대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결

◇1. 국민건강보험공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 뒤 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위하는 경우 대위의 범위(=공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액), 2. 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자에게 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 때 그 손해발생에 피해자의 과실이 경합된 경우, 기왕치료비 손해배상액의 산정방식(=공제 후 과실상계 방식)◇

### 3. 현저한 사실

◆ 다른 하급심 판결에서 확정된 사실관계를 법원에 현저한 사실로 볼 수 없다는 대법원 2019. 8. 9. 선고 2019다222140 판결

[1] 피고와 제3자 사이에 있었던 민사소송의 확정판결의 존재를 넘어서 판결의 이유를 구성하는 사실관계들까지 법원에 현저한 사실로 볼 수 있는지 여부(소극)

[2] 원심이 다른 하급심판결의 이유 중 일부 사실관계에 관한 인정 사실을 그대로 인정하면서, 위 사정들이 ‘이 법원에 현저한 사실’이라고 본 사안에서, 당해 재판의 제1심 및 원심에서 다른 하급심판결의 판결문 등이 증거로 제출된 적이 없고, 당사자들도 이에 관하여 주장한 바가 없음에도 이를 ‘법원에 현저한 사실’로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

【판결요지】

[1] 피고와 제3자 사이에 있었던 민사소송의 확정판결의 존재를 넘어서 그 판결의 이유를 구성하는 사실관계들까지 법원에 현저한 사실로 볼 수는 없다. 민사재판에 있어서 이미 확정된 관련 민사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되지만, 당해 민사재판에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 확정된 관련 민사사건 판결의 사실인정을 그대로 채용하기 어려운 경우에는 합리적인 이유를 설시하여 이를 배척할 수 있다는 법리도 그와 같이 확정된 민사판결 이유 중의 사실관계가 현저한 사실에 해당하지 않음을 전제로 한 것이다.

[2] 원심이 다른 하급심판결의 이유 중 일부 사실관계에 관한 인정 사실을 그대로 인정하면서, 위 사정들이 ‘이 법원에 현저한 사실’이라고 본 사안에서, 당해 재판의 제1심 및 원심에서 다른 하급심판결의 판결문 등이 증거로 제출된 적이 없고, 당사자들도 이에 관하여 주장한 바가 없음에도 이를 ‘법원에 현저한 사실’로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

### 3. 등기의 추정력

◆ 원고의 조부가 1940년경 소유권을 취득한 토지라면서 국가를 상대로 소유권보존등기의 말소를 구하는 사건[대법원 2019. 12. 13. 선고 2018다290825 중요판결]

구 임야대장의 소유자란 기재의 권리추정력 인정여부-구 임야대장규칙(1920. 8. 23. 조선총독부령 제 113호) 제2조에 의하여 준용되던 구 토지대장규칙(1914. 4. 25. 조선총독부령 제45호) 제2조는 소유권 이전에 관해서는 등기공무원의 통지가 없으면 임야대장에 등록할 수 없도록 정하고 있다. 당시의 임야대장에 누군가에게 소유권이 이전된 것으로 등재되어 있다면 임야에 관해 이미 그 명의로 이전등기가 마쳐져 있었고 등기공무원의 통지에 의하여 임야대장에 등재된 것으로 보아야 한다(대법원 1977. 4. 12. 선고 76다2042 판결, 대법원 2004. 9. 3. 선고 2003다3157 판결 등 참조).

☞ 원심은 원고의 조부가 소유자로 기재된 구 임야대장이 구 지적법에 따라 소관청이 과세 편의상 임의로 복구한 것이라면서 구 임야대장의 증명력을 인정하지 않고 원고의 조부가 토지 소유권을 취득하였다고 볼 증거가 부족하다는 이유로 청구를 기각하였는데, 대법원은 구 임야대장이 일제 강점기에 사용된 서식이 사용된 것으로 보아 일제 강점기에 최초 작성되어 권리관계가 연속된 지적공부라고 보고 소유자란 기재의 권리추정력을 인정하여 파기.환송한 사례

### 4. 자유심증주의와 증명책임

◆ 설계도면의 하자 등을 이유로 손해배상을 구하는 사건 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결

◇1. ‘손해배상 액수의 산정’에 관하여 규정한 민사소송법 제202조의2가 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상뿐만 아니라 특별법에 의한 손해배상에도 적용되는 일반적 성격의 규정인지 여부(적극), 2. 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우 손해액의 산정방법과 판단기준◇

민사소송법 제202조의2는 종래의 판례를 반영하여 ‘손해배상 액수의 산정’이라는 제목으로 “손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.”라고 정하고 있다. 이 규정은 특별한 정함이 없는 한 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상뿐만 아니라 특별법에 의한 손해배상에도 적용되는 일반적 성격의 규정이다. 손해가 발생한 사실이 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 매우 어려운 경우에는 법원은 손해배상청구를 쉽사리 배척해서는 안 되고, 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하는 등으로 구체적인 손해액에 관하여 심리하여야 한다. 그 후에도 구체적인 손해액을 알 수 없다면 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실을 종합하여 손해액을 인정할 수 있다.

☞ 원고가 피고 회사와 그 대표이사를 상대로 건물에 관하여 체결한 설계 및 감리계약상 의무를 제대로 이행하지 않고 설계도면에 하자가 있다는 등의 이유로 손해배상을 청구한 사건에서, 원고가 지급한 하자보수 비용을 인정할 여지가 있으므로 원심이 손해액에 관하여 적극적으로 석명권을 행사하고 증명을 촉구하여 이를 밝히거나, 제출된 증거와 당사자의 주장, 원고와 피고들의 관계, 손해 발생 경위, 손

해의 성격, 손해가 발생한 이후의 여러 정황 등 관련된 모든 간접사실을 종합하여 손해액을 인정하였어야 하는데도 손해액에 관한 주장과 증거가 없다는 이유로 손해배상청구를 배척한 원심을 파기환송한 사례

◆ **고속도로에 인접한 과수원에 대한 매연 또는 제설제 살포를 원인으로 한 도로관리청의 손해배상책임 성립 여부가 문제된 사건-대법원 2019. 11. 28. 선고 2016다233538(본소), 2016다233545(반소) 판결 등**

◇고속도로 또는 자동차도로에 인접한 과수원(또는 논, 밭)에 대한 매연 또는 제설제 살포를 원인으로 한 도로관리청의 손해배상책임 성립 여부 및 그 범위에 관한 판단기준◇

☞ 원고(반소피고, 이하 ‘원고’)는 영동고속도로의 관리청이고, 피고(반소원고, 이하 ‘피고’)는 영동고속도로에 인접한 이 사건 과수원의 운영자인데, 이 사건 과수원에 식재된 과수나무 중 고속도로에 접한 1열과 2열에 식재된 과수나무의 생장과 결실이 다른 곳에 식재된 과수나무들에 비해 현격하게 부진하자 피고는 이 사건 과수원의 위와 같은 과수나무 피해는 원고가 관리하는 고속도로에서 발생하는 매연과 원고의 제설제 사용으로 인한 것이라고 주장하며 중앙환경분쟁위원회에 원고를 상대로 손해배상을 구하는 재정신청을 하였고, 그 손해배상책임을 인정하는 재정결정이 내려지자 원고가 이에 불복하여 피고를 상대로 채무부존재확인 소(본소)를 제기하고 피고는 반소로 원고를 상대로 손해배상을 청구한 사안에서, 제1심과 원심은 이 사건 과수원의 과수나무 고사와 수확량 감소는 위 고속도로에서 발생하는 자동차 매연과 원고가 사용한 제설제의 비산에 의한 것(인과관계 인정)이라는 이유로 원고의 손해배상책임을 인정하였고(본소: 원고 패, 반소: 피고 승), 대법원도 위와 같은 원심의 판단에 불법행위의 성립요건으로서 위법성 판단, 공해소송 증명책임 완화 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다는 이유로 원고의 상고를 기각한 사례

◆ **경마장에서 뿌린 소금으로 인한 환경피해에 대해 손해배상을 구하는 사건[대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026(본소), 2019다292033(반소), 2019다292040(반소) 판결**

◇1. ‘환경오염의 피해에 대한 무과실책임’에 관하여 규정한 환경정책기본법 제44조 제1항이 민법의 불법행위 규정에 대한 특별규정으로서, 환경오염 또는 환경훼손의 원인을 발생시킨 자는 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 귀책사유를 묻지 않고 그로 인한 피해를 배상할 의무가 있는지 여부(적극), 2. 공해소송에서 인과관계에 관한 증명책임의 분배◇

1. 환경정책기본법 제44조 제1항은 ‘환경오염의 피해에 대한 무과실책임’이라는 제목으로 “환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인이자 그 피해를 배상하여야 한다.”라고 정하고 있다. 이는 민법의 불법행위 규정에 대한 특별 규정으로서, 환경오염 또는 환경훼손의 피해자가 그 원인에게 손해배상을 청구할 수 있는 근거규정이다. 따라서 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 때에는 그 원인은 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 귀책사유가 없더라도 피해를 배상하여야 한다.

2. 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상 청구사건에서 가해자의 가해행위, 피해자의 손해발생, 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계에 관한 증명책임은 청구자인 피해자가 부담한다. 다만 대기오염이나 수질오염 등에 의한 공해로 손해배상을 청구하는 소송에서 피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구하는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 수 있다. 반면에 기술적·경제적으로 피해자보다 가해자에 의한 원인조사가 훨씬 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라 가해자는 손해발생의 원인을 은폐할 여려가 있기 때문에, 가해자가 어떤 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 증명하지 못하는 한 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계를 인정할 수 있다. 그러나 이 경우에 적어도 가해자가 어떤 유해한 원인물질을 배출한 사실, 유해의 정도가 사회통념상 참을 한도를 넘는다는 사실, 그것이 피해물건에 도달한 사실, 그 후 피해자에게 손해가 발생한 사실에 관한 증명책임은 피해자가 여전히 부담한다.

☞ 경마공원에 인접한 화훼농가의 운영자인 피고들이 분재와 화훼가 말라죽자 원고가 운영하는 경마공

원에서 사용한 소금 때문이라고 주장하며 원고를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 원고가 결빙을 방지하기 위해 경마공원의 경주로에 뿌린 소금이 지하수로 유입되어 피고들이 사용하는 지하수 염소이온 농도의 상승에 영향을 미쳤다고 보아 원고의 손해배상책임을 인정한 사례

◆ 피고병원의 중환자실에 입원 중이던 환자가 침상에서 떨어지는 낙상사고를 입은 것에 관해 피고병원 측 의료상 과실이 인정되는지 여부가 쟁점인 사건 대법원 2020. 11. 26. 선고 중요판결

◇1. 의사가 의료행위를 함에 있어 취하여야 할 주의의무의 정도 및 그 기준이 되는 의료수준의 의미와 그 평가 방법 / 환자에게 발생한 나쁜 결과에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명하는 방법으로 위 결과가 의료상의 과실에 기한 것으로 추정할 수 있는지 여부(적극) 및 위와 같은 경우에도 의사에게 무과실의 증명책임을 지울 수 있는지 여부(소극), 2. 피고병원 측에서 환자의 낙상방지를 위해 나름의 조치를 취하였을 뿐 아니라 낙상사고가 발생하게 된 원인 및 그 경과가 명확하게 밝혀지지 않았음에도, 낙상사고 당시 환자의 침대 근처에 낙상에 대비한 안전예방매트가 설치되지 아니하였던 사정 등을 들어 피고병원의 주의의무 위반을 인정한 원심판결을 파기한 사례◇

☞ 피고병원 측에서 환자의 낙상방지를 위해 나름의 조치를 취하였을 뿐 아니라 낙상사고가 발생하게 된 원인 및 그 경과가 명확하게 밝혀지지 않았음에도, 낙상사고 당시 환자의 침대 근처에 낙상에 대비한 안전예방매트가 설치되지 아니하였던 사정 등을 들어 피고병원의 주의의무 위반을 인정한 원심판결을 파기한 사례

◆ 택시 운전기사의 가동연한이 문제된 사건 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018다285106 판결

◇택시 운전기사가 정년을 지나 기간을 정하여 근로계약을 체결한 경우 가동연한을 정하는 기준◇  
사실심 법원이 일실수입 산정의 기초가 되는 가동연한을 인정할 때에는 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등의 사회적·경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년 제한 등 여러 사정을 조사하여 이로부터 경험직상 추정되는 가동연한을 도출하거나 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 가동연한을 인정할 수 있다(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다100920 판결 참조).

대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결은 육체노동자의 가동연한에 관하여 다음과 같이 판단하였다. 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 가동연한을 경험직상 만 60세로 보아야 한다는 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험직에 합당하다.

육체노동의 가동연한을 만 60세까지로 보았던 종전의 경험직이 그 기초가 된 경험적 사실의 변화에 따라 더 이상 유지하기 어렵게 되었음은 위에서 본 바와 같다. 원심은 경험직의 기초가 되는 여러 사정을 조사하여 경험직에 따라 택시 운전기사의 가동연한을 도출하거나 갑의 가동연한을 새로이 도출된 경험직상 가동연한과 달리 인정할 만한 특별한 구체적 사정이 있는지를 심리하여 가동연한을 정하였어야 한다. 특히 갑이 정년퇴직한 후 피고와 1년 단위로 근로계약을 체결하는 방식으로 택시운전 업무를 계속하고 있었으므로, 해당 직종 종사자의 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율, 근로조건, 정년 제한, 연령별 분포, 증감 비율과 증감 원인 등과 함께 갑의 연령, 경력, 건강 상태와 업무의 특성 등 구체적 사정을 심리하여 갑의 가동연한을 정할 필요가 있다.

☞ 갑은 택시회사인 피고 소속 택시 운전기사인데, 동료 기사인 을과 몸싸움을 하다 사망하자 갑의 상속인들인 원고들이 사용자인 피고를 상대로 사용자책임에 기하여 손해배상을 구한 사안임. 원심은 갑이 사망 당시 피고의 정년 60세를 넘겨 1년 단위로 근로계약을 체결하고 있었고, 사고 이후 다시 피고와 1년간 재계약을 체결하더라도 그 계약기간 만료 시점에 만 63세인 점 등을 고려하여 갑의 가동연한을 만 63세까지로 인정함

☞ 육체노동의 가동연한을 만 60세까지로 보았던 종전의 경험직이 그 기초가 된 경험적 사실의 변화에 따라 더 이상 유지하기 어렵게 되었으므로, 경험직의 기초가 되는 여러 사정을 조사하여 경험직에 따라 택시 운전기사의 가동연한을 도출해야 한다는 등의 이유로 일실수입에 관한 원심판결을 파기.환송함

## 제6장 소송종료

### I. 역대기출문제경향

#### 1. 당사자 행위에 의한 종료

당사자의 행위는 소송행위이다. 따라서 상당부분은 소송행위에서 논의된 논리는 이 부분과 유사하다. 특히 소취하와 관련한 여러 가지 문제점은 실무에서도 주요한 검토 사안이지만 논리적 완결성은 특히 담보되어야 할 부분이다. 어쩌면 소송은 당사자의 의사에 의하여 종료되는 경우가 더 많을 것이다. 화해를 비롯한 이제까지의 문제는 시사하는 바가 적지 않다.

당사자 행위에 의한 소송의 종료에 대하여 소취하의 효과로서 재소금지를 제외하고 소취하계약과 관련한 소송행위에서 논의된 부분이 기출문제의 일반적인 흐름이다. 여기에 화해가 수없이 출제될 것이라는 암시속에서 10년이 넘게 걸려 불의타로서 2018년도에 출제되었다. 사실 당사자 행위에 의한 소송의 종료에서 소취하와 재소금지 및 화해를 제외하고 나올 수 있는 부분은 없다고 해도 틀린 말이라고 아니라고 생각된다.

#### 2. 판결에 의한 소송의 종료

법원에 의한 소송의 종료인 경우 판결의 종류와 관련한 일부판결은 중요한 부분이지만 주로 병합소송에서 출제되고 있음은 소송의 종료에 설명할 필요가 있는지 같등이며 분야를 결정하기 힘들다 기판력은 반드시 나온다고 보고 공부하는 것이 타당하지만 공부의 양은 상당하다. 그러나 기판력은 자체로 논리적이고 이론적인 부분이 많아 정리하여야 할 필요가 있다. 다만기판력의 경우 상계와 시적 범위를 제외하고 가성비없는 출제분야임을 알아둘 필요가 있다.

수업시간에 강조하겠지만 이 부분은 전략적으로 접근할 필요가 있다. 즉 효율적으로 기본 흐름을 파악하고 그 부분에 맞게 적절하게 공부해둘 필요가 있다. 기판력은 할수록 손해가 나는 부분이기도 하다. 세부적인 사항이나 판례를 검토할 필요가 있는 것은 자명하지만 다른 부분은 예를 들어 소송승계와 연결짓거나, 객관적 범위에 소송물이론이나 일부청구와 연결짓고 이론적으로 정리하는 것이 합리적으로 정리할 필요가 있다. 그 의미를 잘 파악해주시기를 조심스럽게 부탁드립니다.

#### 3. 판결의 편취

법원을 기망하여 편취한 판결은 논리적을 보호받을 수 없는 판결이다. 그러나 판결은 그 자체로 성립되어 효력을 발휘하여야 하므로 이를 취소하기 전까지는 유효하다고 받아들여야 한다. 법원을 기망했는지 여부는 다시 판단을 받아야 할 사항이므로 이에 대하여 별도의 절차가 필요한 것이다. 취소의 절차는 상소와 재심이다. 이에 대한 논의는 수차례 있어 왔고 현대는 정리가 된 부분이어서 특별히 언급할 것이 없다. 그러나 민사소송법 논리상 편취된 판결에 대한 구제책을 논의하는 것은 기본법리 중에 기본이므로 이에 대한 정리와 기출문제의 분석은 반드시 필요하다고 할 것이다.

## II. 기출문제

[1] 2009년

【 A-1 】 (30점)

甲은 乙에게 수상레저용 보트를 판매하였는데, 乙이 그 잔대금을 지급하지 않자 乙을 상대로 잔대금 5,000만원의 지급을 구하는 소를 제기하였다(다음 설문은 상호 독립적임).

(1) 乙은 변론기일에서 “구매한 보트를 운행하던 중 엔진부분의 하자로 화재가 발생하여 수리비용으로 5,000만원이 소요되었으니, 상계하여 달라” 고 주장하였다.

가. 이에 대하여 법원은 그 주장이 “변론준비절차에서 제출되지 아니 하였을 뿐 아니라 변론종결에 임박하여 제출된 것이므로 실기한 방어 방법에 해당한다” 는 이유로 각하하였다면 乙이 가진 손해배상채권은 어떠한 영향을 받게 되는가? (10점)

나. 乙이 위와 같은 진술을 한 직후 甲을 상대로 “甲으로부터 구매한 보트를 운행하던 중 엔진부분의 하자로 화재가 발생하여 수리비용 5,000만원, 화상치료비 1,000만원이 소요되었고, 노동능력상실로 인하여 2,000만원 상당의 소극적 손해(일실이익)가 발생하였다” 는 이유로 8,000만원의 손해배상청구의 소를 제기하였다. 이 소는 적법한가? (10점)

(2) 乙이 위 (1)의 본문과 같은 주장을 하지 아니함으로써 甲의 승소가 확정된 후 乙이 소송 외에서 위 (1)의 본문과 같은 주장을 한다면 그 효력은 어떻게 볼 것인가? (10점)

### I. 설문 (1)에 대하여

상계에 대한 쟁점

### II. 설문 (2)에 관하여

#### 1. 문제의 소재

기판력의 시적 범위로서 표준시 이전인 변론종결전에 발생한 상계권을 행사할 수 있었음에도 불구하고 상계권을 행사하지 않아 패소한 乙이 후에 상계권을 행사한 경우 그 효력이 있는지 문제된다. 변론종결 후 형성권 행사로서 실권되는지 문제된다.

#### 2. 기판력의 시적 범위

##### (1) 기판력의 시적 범위에 대한 작용

###### 1) 기판력의 작용

기판력은 확정판결에 대하여 일사부재리의 원칙상 인정된다. 당사자가 당사자가 동일하고 소송물이 동일한 것을 전제로 후소에 모순되거나 반복되는 재판을 할 수 없도록하는 작용이다.

###### 2) 기판력의 시적 범위

동일한 소송물에 대하여 공격과 방어를 계속적으로 허용하면 판결의 신뢰와 모순저축의 우려를 벗어날 수 없다. 당사자는 변론종결시를 기준으로 그 이전에 행사할 수 있었던 공격과 방어에 대하여 실권 내

지 차단효가 인정된다.

## (2) 형성권에 특수성과 기판력

형성권은 의사표시만으로 법률효과를 갖는 특수한 효력이 있다. 특히 해제권이나 상계권은 권리로서 의미를 갖는데, 이른바 권리멸각적 항변으로 상대방의 청구권을 소멸시키는 공격이자 방어의 성격을 갖는다.

## (3) 상계항변의 특수성

상계항변은 출혈적 항변으로 자기의 채권을 소멸시키는 작용을 한다. 따라서 일반적인 형성권과 달리 변론종결전에 행사하지 아니한 상계권을 변론종결후에 행사하는 것의 소멸의 인정한다는 데에 문제가 있다. 즉 상계권의 경우 실효가 인정되는 것이 타당지 논의할 필요가 있다.

## 3. 변론종결후 상계권 행사의 실권여부

### (1) 문제점

상계권 행사에 대하여 해제나 다른 형성권과 동일하게 취급하여야 하는 데에 견해의 대립이 있다.

### (2) 학설의 대립

#### 1) 실권설

형성원인이 존재하는 때를 실권여부의 판단기준시점으로 보고 변론종결 후에는 형성권을 행사할 수 없다는 견해이다. 이를 허용하면 채무자가 기판력 있는 확정판결에 의한 강제집행을 부당히 지연시키거나 방해할 수 있다는 점을 근거로 한다.

#### 2) 비실권설

기판력에 의한 실권여부는 형성권을 실제로 행사한 시점을 기준으로 하여 판단해야 하므로, 상계권은 물론 취소권·해제권 등 모든 형성권은 변론종결 후에도 실권되지 않는다고 보는 견해이다. 이는 실체법이 보장하는 형성권의 행사기간을 소송법이 단축시키는 결과를 가져와서는 안 되고, 형성권은 행사함으로써 비로소 법률효과를 발생하므로 그 행사는 새로운 사실이라는 점을 근거로 하는 견해이다.

#### 3) 상계권비실권설

변론종결 후의 다른 형성권 행사는 원칙적으로 기판력에 저촉되어 실권되지만 상계권만은 예외적으로 실권되지 않는다고 보는 견해이다. 상계의 경우 원고 청구 자체에 하자가 있다는 주장을 하는 것이 아니며, 별개 독립의 반대채권에 기한 형성권의 행사를 변론종결 후임을 이유로 허용하지 않는 것은 피고에게 지나치게 가혹하고, 그 행사의 시기를 상계권자의 자유에 맡긴 실체법의 취지에도 반한다는 점을 근거로 한다.

#### 4) 제한적 상계권실권설

다른 형성권은 당연히 실권되고, 상계권의 경우에도 상계권이 있음을 알고 이를 행사하지 않은 경우에는 실권되지만 몰랐을 경우에는 달리 보아야 한다는 견해이다.

## (3) 판례의 태도

판례는 민사집행법 제44조 제2항이 규정하는 이의원인이 변론종결 후에 생긴 때에 해당하는 것으로서, 당사자가 집행권원인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계없이 적법한 청구이의 사유로 된다는 입장으로 상계권비실권설의 입장이다.

### (4) 검토 및 사안의 경우

통설 및 判例의 입장인 상계권비실권설이 타당하다 하겠다.

## 4. 결론

변론종결전 행사하지 아니한 상계권을 변론종결후 주장하는 것은 당사자의 실제적 권리를 보호하는 차원에서 실권되지 아니하고 행사가 가능하다고 할 것이다.

[2] 2014년

【문제-4】 (20점)

甲 회사는 乙 회사를 상대로 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제5조에 기하여 2010. 1. 1.부터 2013. 6. 30.까지의 부정경쟁행위로 인한 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 제1심 법원은 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다.(다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲 회사는 항소심에서 위 청구를 철회하고 구 「상표법」 제67조에 기한 손해배상을 청구하는 것으로 청구원인을 변경하였다. 그 후 甲 회사는 다시 「부정 경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제5조에 기하여 2010. 1. 1.부터 2014. 3. 3.까지의 부정경쟁행위로 인한 손해배상청구를 추가하였다. 이와 같은 甲의 청구의 추가가 재소금지의 원칙에 저촉되는지 설명하시오. (10점)

(2) 甲 회사의 대표자 丙이 乙 회사와 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하였다. 丙은 항소를 취하한 행위에 대하여 업무상배임죄로 유죄판결을 선고받았고, 그 판결은 확정되었다. 이 경우 丙이 한 항소취하의 효력에 대하여 설명하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여

1. 쟁점의 정리

항소심에서 청구의 교환적 변경한 후 다시 1심의 본래의 구청구로 변경한 경우로서 소취하에 대한 재소금지에 해당되는지 문제이다. 이 경우 2013.6.30.일에 대한 권리를 청구하는 것이므로 이를 기준으로 별개로 판단되어야 하는 것도 검토하여야 한다.

2. 본론

- (1) 소송물이 별개로서 청구의 변경 중 교환적 변경과 그 법적 성질에 대하여 설명한다.
- (2) 결합설에 따른 소취하의 효과로서 재소금지에 해당하는지 재소금지에 대하여 구체적으로 설명한다.
- (3) 2013.7.1.부터 새로운 소송물인 경우 재소금지와 별개로 청구할 수 있음을 설명한다.

3. 결론

2013. 7. 1.이전의 경우 재소금지에 저촉되어 부적법하지만, 그 이후부터 2014. 3. 3.까지의 손해배상 청구는 별개의 소송물이므로 재소금지의 원칙에 저촉되지 않는다.

II. 설문 (2)에 대하여

1. 문제의 소개

상대방과 공모한 甲회사의 대표자 丙이 제1심 판결에 대한 甲의 항소를 취하함으로써 업무상배임죄로 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 경우 그 항소취하의 효력이 쟁점이다. 항소취하됨으로서 제1심판결이 확정됨으로 재심으로 취소될 수 있는지, 항소취하를 소송행위로 취소할 수 있는지 문제된다.

2. 재심청구에 의한 확정판결의 취소

(1) 항소취하의 효력과 재심의 인정여부

항소심 계속중 적법한 항소취하는 원심을 확정시킨다. 기판력이 있는 판결은 재심으로만 취소할 수 있다. 전소확정된 유효한 판결에 대하여 재심사유가 인정여부를 검토한다.

(2) 유죄확정판결된 대표권 남용의 경우 재심사유

1) 대리권흡결

상대방과 공모한 대표권의 경우 대리권의 흡결인 무권대리라고 볼 수 없다. 따라서 무권대리로 재심을 청구하는 것은 재심사유로 인정되지 아니한다고 볼 것이다.

2) 형사처벌 받을 자의 행위에 의한 재심사유(제451조 제1항 제5호)

형사처벌할 자의 행위에 의하여 판결이 확정된 경우 유죄확정판결된 경우 재심사유가 인정된다. 재심사유로서 인정된다.

**(3) 소결**

항소취하로 확정된 판결은 처벌받을 자에 의하여 판결이 확정되었으므로 유죄확정판결의 경우 확정된 재판이 취소될 수 있다.

**3. 항소취하의 효력****(1) 문제점**

종국판결에 대한 확정되지 아니하고 현재 항소심에 소송계속된 것이 재심재판의 본안심판에 해당하므로 항소취하의 효력을 다룰 수 있는지 문제된다.

**(2) 소송행위의 철회****1) 항소취하의 법적 성질과 취소**

항소취하는 소송행위이다. 따라서 소송행위의 철회나 취소가 인정되는지, 이 경우 재심사유추가 되는지 견해의 대립이 있다.

**2) 소송행위의 취소**

소송행위는 실제법상 하자를 이유로 철회할 수 없다는 것이 판례와 통설이다. 그러나 재심사유는 유추 적용할 수 있다는 것이 판례이다. 즉 소송행위에 기초한 확정판결의 효력을 배제하기 위한 재심제도 취지상 재심절차에서 해당 소송행위 효력은 당연히 부정될 수밖에 없고, 그에 따라 법원으로서 위 소송행위가 존재하지 않은 것과 같은 상태를 전제로 재심대상사건의 본안에 나아가 심리·판단하여야 하며 달리 소송행위의 효력을 인정할 여지가 없다.

**(3) 사안의 경우**

판례는<sup>49)</sup> 유죄확정판결을 필요설의 입장에서 배임행위의 대표자의 항소취하에 대하여 취소된 것으로 본다.

**4. 결론**

대표자의 배임행위가 유죄확정 판결을 받은 경우 제451조 제1항 제5호의 형사처벌 행위자에 준하는 재심사유가 존재한다고 볼 것이며, 이 경우 항소취하는 당연히 취소되어 효력이 없고 본안판단에 나아가야 한다.

49) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다86112 판결: [1] 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 상소 취하를 한 경우, 민사소송법 제451조 제1항 제5호에 준하는 재심사유로 인정할 수 있는지 여부(적극) 및 '형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위'에 당사자의 대리인이 범한 배임죄가 포함되는지 여부(한정 적극) [2] 어떠한 소송행위에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있는 경우, 재심절차에서 해당 소송행위의 효력이 당연히 부정되는지 여부(적극) [3] 재심대상판결 당시 피고 주식회사의 실질적 대표자이던 갑이 소송상대방과 공모하여 개인적으로 돈을 받기로 하고 제1심판결에 대한 항소를 취하한 사안에서, 갑의 항소 취하에 민사소송법 제451조 제1항 제5호의 재심사유가 있다고 판단하면서도 그 효력을 인정하여 피고 회사의 재심청구를 기각한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

[3] 2015년

【문제-1】 (30점)

甲은 乙이 시공한 건물의 건축자재를 공급하였는데, 당초 乙이 공사를 완료하는 즉시 자재대금을 지급하기로 약속하였음에도 불구하고 공사 완료 후에도 대금을 지급하지 않아 수차례 독촉을 하였다. 그러나 乙이 공사 중 甲이 불량자재를 공급하여 해당 자재를 사용한 부분을 철거하고 재시공을 하느라 소요된 2억 원을 배상하여 줄 것을 요구하며 불응하므로, 甲은 乙을 상대로 법원에 3억 원의 건축 자재대금 이행청구의 소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 법원은 심리 후 甲의 주장을 모두 인정하여 전부승소판결을 선고하였고, 이 판결이 그대로 확정되었다. 그 후 강제집행을 당할 것을 염려한 乙은 확정된 3억 원의 자재대금 채권 중 2억 원을 자재의 하자로 인한 2억 원의 손해배상 채권으로 상계한다고 甲에게 통보하였다. 이후 乙은 청구이의의 소를 통하여 甲의 강제집행을 저지할 수 있는지 설명하시오. (10점)

(2) 甲의 청구에 대한 제1심 법원의 심리 중 乙은 위 대금을 모두 변제하였다고 주장하였으나, 법원이 이를 받아들이지 아니하여 乙은 하는 수 없이 별소를 제기하려고 준비 중이던 자재의 하자로 인한 2억 원의 손해배상 채권으로 甲의 청구채권 중 2억 원을 상계한다고 진술하였다. 제1심 법원은 심리결과 甲의 청구금액 3억 원을 인정하고 乙의 변제항변은 배척하였으나 乙의 상계 항변은 받아들여 “피고는 원고에 대하여 1억 원을 지급하라”는 취지의 판결을 선고하였다. 이에 대해 乙은 항소를 제기하였으나 甲은 항소나 부대항소를 제기하지 않았는데, 막상 항소심 법원은 甲의 채권의 존재를 인정하는 것과 乙의 변제주장을 인정하지 않는 것은 제1심 법원과 같으나, 乙이 주장하는 손해배상채권의 존재를 인정하지 않는다면 어떠한 취지로 판결하여야 하는지 설명하시오.(13점)

(3) 제1심 법원의 심리 중 乙은 甲이 청구한 자재 대금을 모두 변제하였다고 주장 하였는데, 법원은 甲의 청구금액 3억 원을 모두 인정하면서 乙의 변제주장 중 1억 원만 받아들여 2억 원의 지급을 명하는 판결을 하였다. 이에 대해 甲만이 항소를 제기하고 乙은 항소나 부대항소를 제기하지 아니하였다. 그런데 항소심 법원의 심리 중 법원이 자신의 변제주장을 전부 배척하려 한다는 느낌을 받은 乙은 자재의 하자로 인한 손해배상채권 2억 원으로 원고의 청구 채권 중 2억 원을 상계한다는 진술을 하였다. 항소심 법원은 심리 후 甲의 대금채권에 관한 乙의 변제주장은 전부 이유가 없으나, 오히려 乙의 손해배상 채권 2억 원 전액의 존재와 甲의 청구채권과의 사이에 상계적 상을 인정하고 있다면, 항소하지 않은 乙의 상계항변을 받아들일 수 있는지 설명하시오.(7점)

I. 설문 (1)에 대하여

2009년 문제와 동일한 문제 동일한 풀이방법으로 설명한다. 즉 전소의 변론종결 전에 주장할 수 있었던 상계의 항변을 변론종결 후에 이를 주장하여 전소 확정판결의 기판력(집행력)을 다룰 수 있는지가 주된 쟁점이다.

II. 설문 (2)에 대하여

1. 쟁점정리

상계항변에 대한 일부 청구기각판결에 대하여 피고 乙만 항소하였는데, 제1심법원이 받아들인 피고의 상계항변을 항소심 법원이 이를 배척하고 판결할 수 있는지가 쟁점이다.

2. 본론

- (1) 항소에서 적법요건과 항소이익을 설명한다.
- (2) 항소의 효력으로 이심범위와 심판범위에 대하여 설명한다.
- (3) 심판범위에 대한 항소심에서 불이익변경금지 원칙의 적용에 대하여 설명한다. 항소심 법원의 위와 같은 판단은 피고에게 불이익하게 판결을 변경하는 것인지, 따라서 불이익변경금지의 원칙에 위배되는 것인지 여부가 주된 쟁점이다.

3. 결론

불이익변경금지 원칙상 상계채권이 존재하지 않은 경우에도 법원은 판단하지 아니한다. 따라서 원심을 유지하는 항소기각판결을 한다.

III. 설문 (3)에 대하여

1. 쟁점의 정리

원고만이 항소한 경우 피고가 항소심에서 비로소 상계를 주장한 경우 항소심 법원이 상계항변을 받아들이는 것이 인정되는지 문제된다. 항소한 원고에게 불이익변경금지가 적용되는지 문제된다. 즉 민소법 제415조 단서의 적용 여부가 주된 쟁점이다.

2. 본론

- (1) 항소심에서 이심범위와 심판범위에 대하여 설명한다.
- (2) 심판범위에 대한 불이익변경금지 원칙인 제415조에 대하여 설명한다.
- (3) 상계의 특수성을 설명하면서, 예외적 사유인 불이익변경금지 원칙의 상계에 관한 제415조 단서에 대하여 설명한다.

3. 결론

상계는 예외적으로 항소심에서 주장할 수 있으며, 제415조 단서에 따라 불이익변경금지원칙에 위반되지 아니한다.

[4] 2016년

【문제-1】 ( 30)

甲이 乙을 상대로 자신의 대여금채권(A채권)을 행사하는 청구와 제3채무자 丙을 상대로 A채권을 피보채권으로 하여 乙의 丙에 한 매매채권(B채권)을 행사하는 청구를 병합하는 소를 제기하면서, 乙과 丙이 부진정연채무관계에 있음을 제로 乙, 丙에 하여 연대하여(각자)지할 것을 청구하였다. 그런데 법원은 乙과 丙이 부진정연채무관계에 있지 않다는 이유로 “乙은 A채권에 대하여, 丙은 B채권에 하여 甲에게 각각 지급하라”고 판결하였다.(다음 각 설문은 독립임)

(3) 甲이 소송에서 丙을 상대로 “丙은 甲에게 1억 원을 지하라”고 청구하여 전부승소 판결을 선고받아 그 결이 확정되었다면, 乙은 그 판결을 집행권원으로 하여 丙의 재산에 하여 강제집행을 할 수 있는지 설명하시오.(10점)

채권자대위소송의 법적 성질에 따른 당사자적격의 의미와 이 소송에 대한 확정판결의 기판력이 미치는 범위에 대하여 설명한다. 계속해왔던 주제이다.

[5] 2017년

【문제-1】 (30점)

甲은 자신의 소유인 X건물을 乙에게 월 임대료 150만 원, 임대기간 24개월로 정하여 임대하였고, 乙은 임차한 X건물에서 식당을 운영하여 왔다. 乙은 X건물을 임차한 때로부터 1년이 지난 후인 2013. 3. 16.부터 약정한 월 임대료를 계속 지급하지 않고 있다. 甲은 乙이 월 임대료를 지급하지 않자 임의로 전기와 물의 공급을 중단하는 등 乙의 식당영업에 심각한 장애를 주었다. 甲은 X건물에 대한 임대기간이 만료된 후 아무런 권원 없이 건물을 점유·사용하고 있는 乙을 상대로 X건물의 인도는 물론 乙이 월 임대료를 지급하지 않은 2013. 3. 16.부터 건물인도 완료일까지의 연체된 월 임대료 및 이에 상당하는 부당이득반환 청구의 일환으로 매월 150만 원의 비율로 계산한 금액의 지급을 구하는 이 사건 본소를 제기하였다(乙이 X건물을 임차한 후 월 임대료는 변동이 없음을 가정 한다). 乙은 甲의 청구를 다투면서 甲을 상대로 유익비 상환청구로서 2천만 원, 甲의 영업방해로 인한 손해에 대해 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구로서 3천만 원의 지급을 각각 구하는 반소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲과 乙은 법정 외에서 본소와 반소를 각각 취하기로 합의하였다. 위 합의 후 乙은 반소를 취하한 반면, 甲은 본소를 취하지 않고 이후 변론기일에 단독으로 출석하여 본소청구 전부에 대해 승소판결을 받게 되었다. 乙은 패소한 1심판결에 대해 항소기간 내에 항소를 제기한 후 항소심 절차에서 甲의 본소청구에 대해 소취하 합의가 있었음을 주장 하였다. 항소심 법원이 乙의 이러한 주장을 인정한다면 甲의 본소청구에 대해 어떠한 판결을 선고하여야 하는지 설명하시오. (10점)

1. 쟁점정리

소취하계약에 대하여 소송법적으로 주장하는 방법 및 이에 대한 효력이 문제된다.

## 2. 본론

- (1) 소송상의 합의에 대한 일반론 및 허용여부에 대하여 설명한다.
- (2) 소송상 합의에 위반한 경우 상대방의 권리구제방법을 묻고 있습니다. 소송상 합의의 법적 성질에 관한 학설과 대법원 판례의 견해를 설명하며 검토한다.
- (3) 항소심에서 신의칙에 위반한 항소인 경우 항소심 법원이 본소청구에 대해 권리보호이익이 없어 소를 각하하여야 한다는 점을 설명한다.

## 3. 결론

소취하계약에 위반한 항소는 권리보호이익이 없는 부적법한 소로서 각하판결한다.

[6] 2018년

【문제-3】(30점)

甲과 乙 사이에 甲 소유의 X토지(이하 '이 사건 토지'라 한다)를 6억 원에 매매하는 계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하면서, 乙은 계약 당일 계약금을 지급하고, 중도금 및 잔금은 6회에 걸쳐 분할하여 지급하되, 乙이 30일 이상 매매대금의 지급을 지체한 때에는 甲이 계약을 해제할 수 있 기로 하였다. 또한 乙이 매매대금을 전액 지급하기 전에 이 사건 토지를 점 유·사용하고자 할 때에는 甲의 승인을 받기로 하고, 만약 乙의 귀책사유로 매매계약이 해제되는 때에는 乙은 甲에게 지체 없이 위 토지를 인도하고 점 유·사용기간에 대하여 점유사용료를 지급하기로 하였다. 乙은 甲의 사용승인을 받아 이 사건 토지를 점유·사용하면서 甲에게 계약금 및 3차분까지의 중도금을 지급하였으나, 그 이후의 중도금 및 잔금을 지급하 지 아니하였다. 이에 甲은 3회에 걸쳐 연체대금의 지급을 독촉하는 내용의 통지서를 乙에게 발송하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙이 甲을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 이 소송계속 중 甲은 乙이 중도금 및 잔금을 지급하지 않고 있다는 이유로 이 사건 매매계약을 유지할 의사가 없다고 하면서 매매계약의 해제를 주장하였다. 이에 乙이 소를 취하하였다면 이 사건 매매계약의 효력은 어떻게 되는지 설명하시오. (10점)

(2) 甲은 최종적으로 乙에게 이 사건 매매계약의 해제를 통지한 후 乙을 상대로 위 매매계약의 해제를 원인으로 이 사건 토지의 인도청구의 소를 제기하였다. 한편 乙은 위 소송 중 이 사건 매매계약의 해체에 따른 원상회복으로서 乙이 甲에게 이미 지급한 계약금 및 중도금을 반환받을 때까지 甲의 위 인도청구에 응할 수 없다는 취지로 동시이행의 항변을 하였다. 乙의 위 동시이행의 항변에 대하여 甲이 乙에 대한 위 점유사용료 채권을 자동채권으로 하여 乙의 중도금 반환채권과 대등액으로 상계한다는 재항변을 하였다. 법원에서 甲의 재항변이 받아들여져 결국 위 甲의 乙에 대한 청구가 인용되는 판결이 확정되었다. 그 후 乙이 甲을 상대로 중도금의 반환을 구하는 소를 제기하였다면 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지 설명하시오. (20점)

변론종결후 해제권의 행사와 동시이행항변권부 상계가 가능한지 상계의 기판력이 인정되는지 문제된 사안인데 앞에서 충분히 논의된 부분이므로 생략한다.

【문제-4】(20점)

甲은 사업자금이 필요하다는 乙에게 1년 기한으로 2억 원을 빌려주었다. 변 제기가 도래하여 甲은 乙에게 대여금 반환을 요청하였으나 乙이 차일피일 미 루고 있어서 甲은 乙을 상대로 법원에 제소전 화해 신청을 하였다. 이에 따 라 甲과 乙 사이에 甲이 이자와 지연이자를 면제해주는 대신 2017. 10. 31. 까지 乙이 2억 원의 대여금을 반환하기로 하는 제소전 화해가 성립하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 화해가 성립한 후 甲은 乙이 약속한 2017. 10. 31.에 대여금을 반환하여 줄 것을 기다렸으나, 약속한 날이 한참이나 지나도록 乙이 이행하지 않고 있다. 乙의 의무불이행에 화가 난 甲이 화해를 취소하고 자신이 면제해주기로 한 이자와 지연이자를 포함한 전체 채권의 이행을 구하는 소를 제기할 수 있는지 설명하시오.(10점)

(2) 甲은 乙이 제소전 화해를 하면서 약속한 의무를 이행하지 않으므로 이행을 재촉하였는데, 乙이 원금을 조금 더 줄여주면 바로 이행을 하겠다고 하므로 다시 법원에 제소전 화해신청을 하였다. 이에 따라 甲과 乙 사 이에 원금을 5천만 원 더 삭감하여 乙이 2018. 3. 10. 까지 1억 5천만 원을 지급한다는 취지의 화해조서가 작성되었다. 이때 앞의 화해조서와 뒤의 화해조서의 법적 효력은 각각 어떻게 되는지 설명하시오.(10점)

소송상 화해의 법적 성질에 따른 해제가능 여부와 제소전 화해의 창설적 효력의 의미에 대한 설명을 하는 것으로 소송행위에서 설명한 바와 같다.

[7] 2019년

【문제-4】(20점)

甲은 乙에게 건설현장용 발전기를 매도하였는데 그 대금 1억원을 지급받지 못하여 乙을 상대로 1억원의 물품대금지급청구 소를 제기하였다. 乙은 변론에서 위 발전기 대금을 모두 변제하였다고 주장하면서, 만약 변제하지 않았더라도 위 발전기의 하자로 6000만원 상당의

손해가 발생하였는데 이 손해배상채권으로 甲의 소구채권과 대등액으로 상계한다고 진술하였다. (다음 각 물음은 독립적임)

- (1) 제1심 법원은 심리결과 乙의 변제항변은 이유가 없으나, 상계항변은 이유가 있다고 판단하여 乙은 甲에게 4000만원을 지급하라는 판결을 선고하였다. 乙이 제1심 판결에 대하여 전부불복하여 항소한다면 그 항소의 대상이 될 수 있는 최대금액은 얼마인지 설명하시오.
- (2) 乙의 위 상계주장에 대하여 甲은 乙에게 대여한 별개의 5000만원의 대여금채권으로 乙의 위 손해배상채권과 대등액에서 상계한다고 진술하였다. 당사자들이 주장하는 모든 채권이 인정되는 경우 법원이 인용할 수 있는 금액은 얼마인지 설명하시오.

[8] 2020년

【문제-3】 (30점)

A토지는 현재 乙 명의로 소유권보존등기가 되어 있으며 乙이 점유하고 있다. 甲은 A토지가 자신의 소유이며 乙명의의 등기는 잘못된 등기라고 주장하고 있다. 甲에게는 자녀 丙, 丁, 戊가 있다. (다음 각 설문은 독립적임)

- (1) 甲은 위 등기가 위조된 서류에 의한 원인무효의 등기라는 이유를 들어 乙을 상대로 등기의 말소를 청구하는 소(이하 ‘전소’라 함)를 제기하였다. 甲은 위 소송에서 승소하였고 그 판결이 확정되자 이를 기초로 A토지에 관한 乙명의의 소유권보존등기를 말소한 다음 甲 앞으로 소유권보존등기를 마쳤다. 그런데 그 후 乙이 전소의 확정판결 전에 A 토지에 대한 취득시효 기간이 완성되었다고 주장하면서 甲에게 이 토지에 대한 소유권이전등기 절차의 이행을 청구하는 소(이하 ‘후소’라 함)를 제기하였다. 법원은 전소 확정판결의 기판력을 이유로 A토지에 대한 乙의 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 주장을 판단할 필요가 없다고 하여 배척하였다. 이와 같은 후소 법원의 판결이 적법한지 설명하시오. (15점)
- (2) 甲이 배우자 없이 사망하자 丙은 자신이 단독상속인이라고 주장하면서 乙을 상대로 소유권확인 소(이하 ‘전소’라 함)를 제기하였다. A토지 중 丙의 상속분에 해당하는 1/3 지분에 관하여는 청구인용, 나머지 2/3 지분에 관하여는 청구기각의 판결이 선고되어 2020.2.10. 확정되었다. 2020.4.9. 甲의 상속인들 전원이 “丙을 甲의 상속재산에 관한 단독상속인으로 한다.”는 내용의 상속재산분할합의를 완료하였다. 그 후 丙은 상속재산분할합의 사실을 이유로 하여 다시 乙을 상대로 A토지 중 전소에서 기각되었던 2/3 지분에 관하여 소유권확인 소(이하 ‘후소’라 함)를 제기하였다. 법원은, 후소는 판결이 확정된 전소와 당사자 및 소송물이 동일하고, 합의에 의한 상속재산분할은 유효하다고 판단하였다. 그러면서 법원은 “상속재산분할은 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다(민법 제1015조)는 점을 들어 후소는 전소 판결의 기판력에 저촉된다.”고 판단하였다. 이와 같은 후소 법원의 판단이 적법한지 설명하시오. (15점)

I. 설문 (1)에 대하여(15점)

1. 문제의 소개

소유권이전등기청구의 소가 소유권이전등기말소를 인용한 전소판결의 기판력에 저촉되는지 묻고 있다. 즉 전소 변론종결 전 취득시효 완성을 이유로 소유권이전등기를 구하는 경우, 전소의 기판력에 저촉되는지 여부에 대한 객관적 범위와 시적 범위가 문제된다.

2. 기판력의 객관적 범위

(1) 기판력의 발생과 범위

기판력이 미치기 위해서는 당사자가 동일하여야 한다. 전소와 후소의 당사자가 동일하다. 다만 말소등기청구소송과 이전등기청구소송의 관계와 이에 따라 후소에서 주장할 수 있는지 여부가 검토필요하다.

(2) 말소등기청구와 이전등기청구의 관계

1) 모순관계

이전등기청구소송의 기판력과 말소등기청구소송의 기판력은 모순되는 반대관계에 있다. 따라서 이전등기 인용의 확정판결이 있는 후에 말소등기청구의 소를 제기하거나 또는 말소등기 인용의 확정판결 후에 이전등기를 청구하는 것은 소송물은 달라도 기판력이 작용한다(모순되는 반대관계).

2) 소송물의 동일여부

순되는 반대관계는 동일한 소송물에 대한 기판력의 효과를 복멸시키는 것을 방지하기 위한 것이므로, 후소가 전소의 소송물과 전혀 달라 전소판결의 내용과 모순되는 관계가 없을 때에는 적용할 수 없다.

**(3) 소결**

소유권이전등기청구소송의 소송물은 청구원인별로 인정되므로 말소등기 인용판결이 확정된 경우라도 말소등기청구소송에서 문제된 것과 다른 별개의 청구원인에 기하여 이전등기를 청구하는 경우에는 기판력이 작용할 여지가 없다.

**3. 항변사유의 차단여부**

**(1) 기판력이 시적범위**

변론종결전에 주장할 수 있는 항변 등의 공격과 방어 사유는 확정된 경우 새로운 사유로서 주장할 수 없음이 원칙이다. 확정판결의 기판력은 전소의 변론종결 전에 당사자가 주장하였거나 주장할 수 있었던 공격방어방법에 미치고, 다만 변론종결 후에 새로 발생한 사유가 있어 전소 판결과 모순되는 사정변경이 있는 경우에는 기판력의 효력이 차단된다.

**(2) 소송물이 다른 경우 차단여부**

취득시효에 대한 주장 역시 우선 변론종결전에 항변할 수 있는 사유로서 차단되는 시적 범위에 해당하는 부분이다. 소송물이 다른 경우 판결효력이 차단되는 범위에 해당하지 아니한다.

**(3) 사안의 경우-판례의 태도<sup>50)</sup>**

자신 명의의 원인무효등기가 실체권리관계에 부합하여 유효하다는 항변을 함으로써 청구를 배척할 수 있었다 하더라도, 기존의 등기원인 자체가 정당한 것이라는 점이 아닌 전혀 별개의 등기청구권 취득원인을 항변으로 내세워야 할 의무가 있었던 것도 아닐 뿐더러 오로지 기존의 무효등기만을 이용하여 시효취득의 이익을 향유하여야 하는 것도 아니고 더욱이 기존의 무효등기가 말소되었다 하여 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권이 소멸되는 것도 아닌 이상, 을이 후소로써 취득시효 기간 완성을 원인으로 소유권이전등기 청구를 하는 것이 차단된다고도 할 수 없다.

**4. 모순관계의 기판력 저촉시 법원의 판결<sup>51)</sup>**

**(1) 문제점**

만약 판례가 기판력이 인정되는 경우라고 보아도 배척하는 법원의 태도가 어떠한지 문제된다. 모순되는 반대관계로 인한 기판력 저촉을 소송물 동일한 경우와 같이 볼 것인가, 선결관계의 경우와 같이 보아 판결할 것인지 문제이다.

**(2) 법원의 판단**

선결관계와 같이 취급할 경우에는 법원은 청구기각의 판결을 할 것이고, 소송물 동일한 경우와 같이 취급할 경우에는 반복금지설에 따르면 부적법 각하할 것이지만 판례와 같이 모순금지설에 따르면 청구기각의 판결을 하게 될 것이다. 판례에 의하는 경우 법원은 실무상 청구기각의 판결을 한다.

**(3) 소결**

동일한 소송물로 보아 기판력이 미친다하더라도 모순관계설에 따른 판례의 태도에 비추어보면 법원은 청구기각판결을 하여야 하므로 단순히 배척하여서는 아니되고 본안판단에 해당하는 정도의 판단이 필요하다.

**5. 결론**

소송물이 다른 경우 기판력의 객관적 범위와 시적범위의 차단효는 생기지 않는다고 볼 것이어서 기판력에 저촉되지 아니한다. 따라서 법원은 취득시효여부를 판단하여야 하고 이를 배척한 것은 기판력의 범위를 오해한 부적법한 판단이다. 한편 기판력이 미친다고 보더라도 모순관계설에 따르면 본안판단에

50) 대법원 1995. 12. 8. 선고 94다35039, 35046 판결

51) 이 문제의 출제의도에 비추어 배척의 의미를 본안판단에 배척으로서 혹은 각하판결의 배척으로서 해석에 따라 답안이 달라질 수 있다. 그러나 적어도 가점요소는 될 것을 확신한다.

해당하는 청구기각판결하여야 한다.

## II. 설문 (2)에 대하여(15점)

### 1. 문제의 소개

2020.2.10. 확정된 판결에 대하여 2020.4.9.에 상속협의분할된 경우 확정된 패소판결에서 상속협의분할로 소유권이 인정되는 공유지분에 대하여 소송물과 시적범위에 확인의 소를 제기한 경우 기판력 저촉여부가 시적 범위에 차단효과 인정되는지 문제된다.

### 2. 소유권확인 소의 기판력 범위

#### (1) 소유권확인 소의 소송물

확인 소의 경우 법률관계의 존부에 대한 법원의 확인이 문제되므로 권리관계와 법률관계만이 대상적격이고 소송물이다. 따라서 청구취지만이 소송물로 특정되며 별도의 청구원인에 대하여 이설이 있지만 통설은 기재할 필요가 없다고 보며 단순한 공격방법에 해당하게 된다.

#### (2) 확인 소의 기판력 발생과 작용

확인 소도 기판력이 발생하며 동일한 당사자에서 변론종결전에 주장할 수 있는 사유에 대하여 후소에서는 주장할 수 없음이 원칙이다. 확인 소의 경우 소송물은 소유권확인 소에 미치며 청구원인에 해당하는 부분은 공방에 해당하므로 기판력이 작용하여 후소에서는 주장할 수 없다.

#### (3) 소결

전소 확인 소는 소유권에 대한 공유지분이 일부 인정되는 부분에 한하여 확인의 확정판결의 효력이 인정되며 한편 청구원인에 해당하는 주장은 모두 기판력에 의하여 차단되는 것이 원칙이다.

### 3. 상속협의분할의 상속분에 대한 기판력

#### (1) 문제점<sup>52)</sup>

전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당한다는 이유로 상속분에 해당하는 부분에 한해 원고의 청구를 인용하는 판결이 선고되어 확정된 경우, 전소의 기판력이 전소 변론종결 후 상속재산분할협약에 의하여 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 대한 소유권확인을 구하는 후소에 미치는지 여부가 문제된다.

#### (2) 판례의 태도<sup>53)</sup>

소유권확인청구의 소송물은 소유권 자체의 존부이므로, 전소에서 원고가 소유권을 주장하였다가 패소판결이 확정되었다고 하더라도, 전소 변론종결 후에 소유권을 새로이 취득하였다면 전소의 기판력이 소유권확인을 구하는 후소에 미칠 수 없는데, 상속재산분할협약이 전소 변론종결 후에 이루어졌다면 비록 상속재산분할의 효력이 상속이 개시된 때로 소급한다 하더라도, 상속재산분할협약에 의한 소유권 취득은 전소 변론종결 후에 발생한 사유에 해당한다. 따라서 전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당한다는 이유로 상속분에 해당하는 부분에 대해서만 원고의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각하는 판결이 선고되어 확정되었다면, 전소의 기판력은 전소 변론종결 후에 상속재산분할협약에 의해 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 관한 소유권확인을 구하는 후소에는 미치지 않는다.

#### (3) 사안의 경우

판례에 의하는 경우 후소에서 확인의 소로서 전소에 인정되지 아니한 공유지분에 대한 주장은 차단되지 아니하고 따라서 법원의 판단은 타당하지 아니하다.

52) 여기서는 확인 소의 확인의 이익은 논의할 필요가 없다고 본다. 우선 문제가 기판력 저촉여부를 물어보므로 고려하고, 확인의 이익을 인정하지 아니하면 문제자체가 서술될 수 없는 부분도 있다.

53) 앞의 각주 판례

#### 4. 결론

소유권확인 소송에서 청구원인에 해당하는 부분은 별개의 소송물이 아닌 공격 방어사유에 해당하여 기판력에 의한 차단효가 발생한다. 그러나 상속협의분할의 경우 소급효가 있어 변론종결전에 주장할 수 사유라 하더라도 차단되지 아니하고 후소에서 다시 주장할 수 있으므로 법원의 판단은 적법하지 아니하다.

### III. 중요판례

#### 1. 당사자 행위에 의한 종료

◆ **긴급조치 제9호 관련한 정신적 손해에 대한 국가배상을 청구한 사건-대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다276307 판결**

◇1. 수사과정에서 이루어진 가혹행위 등 위법행위로 인하여 긴급조치 제9호 위반의 범죄사실로 유죄 판결을 선고받고 복역하였으나 재심에서 무죄판결이 확정된 피해자의 국가배상청구권의 소멸시효, 2. 제1심이 피해자에 대한 배상이 장기간 지연된 사정을 참작하여 예외적으로 제1심 변론종결일을 기준으로 위자료를 산정하였는데 항소심이 항소심 변론종결일을 기준으로 새로이 위자료를 산정하지 않고 제1심판결의 위자료 액수를 그대로 유지한 경우 위자료 배상채무의 지연손해금 발생일(=위자료 산정의 기준일인 제1심 변론종결일), 3. 원고들이 구 민주화보상법에 따른 보상금 등 지급결정에 동의하고 보상금 등을 수령하였다더라도 정신적 손해인 위자료에 대해서까지 구 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 재판상 화해가 성립된 것으로 볼 수 없다고 판단한 원심이 타당한지 여부(적극)◇

◆ **선행 추심소송이 항소심에서 취하된 경우 다른 채권자가 제기한 추심금 청구의 소가 재소금지 원칙에 반하는지 여부-대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결**

◇1. 선행 추심소송이 항소심에서 취하된 경우에 다른 채권자가 제기한 추심금 청구의 소가 재소금지 원칙에 반하는지 여부(소극), 2. 원금뿐만 아니라 지연손해금에 대해서도 압류·추심명령이 내려진 경우 추심금 소송에서 위 압류된 지연손해금에 대해서도 다시 지연손해금을 부담하는지(적극)◇

1. 민사소송법 제267조 제2항은 “본안에 대한 중국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.”라고 정하고 있다. 이는 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이다. 여기에서 ‘같은 소’는 반드시 기판력의 범위나 중복제소금지에서 말하는 것과 같은 것은 아니고, 당사자와 소송물이 같더라도 이러한 규정의 취지에 반하지 않고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22037 판결, 대법원 2017. 4. 13. 선고 2015다16620 판결 참조). 원심은 ‘선행 추심소송은 이 사건 소를 제기하기 전에 이미 소송계속이 소멸하였으므로 중복제소에 해당하지 않고, 원고들은 선행 추심소송과 별도로 자신의 ○○○에 대한 채권의 집행을 위하여 이 사건 소를 제기한 것이므로 새로운 권리보호이익이 발생한 것으로 볼 수 있어 재소금지 규정에 반한다고 볼 수도 없다’는 이유로 피고들의 주장을 배척하였다. 위에서 본 사실과 함께, □□□이 선행 추심소송에서 패소 판결을 회피할 목적 등으로 중국판결 후 소를 취하하였다거나 원고들이 소송제도를 남용할 의도로 이 사건 소를 제기하였다고 보기 어렵다는 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심판결은 정당하고, 상고이유 주장과 같이 중복제소나 재소금지 규정에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담하게 된다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다59237 판결 참조). 원고들은 이 사건 채권 압류 및 추심명령을 신청할 당시 이 사건 정산금 채권 원금과 이에 대하여 2004. 2. 13.부터 2016. 7. 26.까지 발생한 지연손해금을 합산하여 압류 및 추심할 채권으로 특정하였고, 위 채권 전부를 피고 △△△ 등에게 청구하는 추심금의 원금으로 삼아 이 사건 소를 제기하였다. 이러한 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 채권압류 및 추심명령 신청 당시 압류 및 추심할 채권으로 표시된 이 사건 정산금 채권의 지연손해금 부분은 확정된 지연손해금채무로 볼 수 있으므로 피고 △△△ 등은 원고들로부터 추심금에 대한 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담하게 된다.

☞ 추심채권자가 제3채무자인 피고들을 상대로 추심금 소송을 제기하였다가 항소심에서 소취하를 하였는데, 그 후 압류·추심명령을 받은 또다른 추심채권자인 원고들이 다시 피고들을 상대로 추심금 청구한 사건에서, 후소는 권리보호이익을 달리 하여 재소금지 원칙에 위반되지 않고, 또한 압류채권에 포함

된 지연손해금은 확정된 지연손해금채무로서 추심금에 대한 이행청구를 받은 때부터 다시 지체책임을 부담한다고 본 사례임

2. 종국판결에 의한 종료

◆ 외국판결이 취소되었음을 이유로 집행판결에 따라 이루어진 소유권이전등기의 말소를 구하는 사건-대법원 2020. 7. 23. 선고 2017다224906 판결

◇외국판결에 대한 집행판결에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기가 이루어졌는데 그 외국판결이 취소되었음을 이유로 소유권이전등기의 말소를 구하는 청구가 집행판결의 기판력에 저촉되는지 여부(소극)◇

확정판결의 기판력은 그 판결의 주문에 포함된 것, 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 생기는 것이고, 판결이유에 실시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니다. 그리고 기판력은 기판력 있는 전소 판결과 후소의 소송물이 동일한 경우 또는 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않다고 하더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 하는 것이므로, 이와 같이 소송물이 동일하거나 선결문제 또는 모순관계에 의하여 기판력이 미치는 객관적 범위에 해당하지 않는 경우에는 그 후소에 전소 판결의 기판력이 미치지 않는다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2013다53939 판결 등 참조).

민사집행법 제26조, 제27조에서 규정하는 집행판결은 외국판결의 옳고 그름을 조사하지 않은 채 민사소송법에서 정하는 승인,집행의 요건을 갖추고 있는지 여부만을 심사하여 집행력을 부여하는 것으로서, 그 소송물은 외국판결을 근거로 우리나라에서 집행력의 부여를 구하는 청구권이고, 외국판결의 기초가 되는 실체적 청구권이 아니다.

미합중국 캘리포니아주 법원에서 2009. 7. 30. 선고된 외국판결에 대한 확정된 집행판결의 기판력은 위 외국판결을 국내에서 강제집행할 수 있다는 판단에 관하여만 발생하므로, 위 외국판결 중 재산분할 부분이 취소되었음을 이유로 하여 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소를 구하는 이 사건 청구가 위 집행판결의 기판력에 저촉되지 않는다.

☞ 피고가 외국판결에 대한 집행판결을 받아 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마쳤는데 그 후 외국판결이 외국법원에서 취소된 경우 위 집행판결이 추완항소, 재심 등에 의하여 취소되지 않았다고 하더라도 집행판결의 소송물은 외국판결을 근거로 우리나라에서 집행력의 부여를 구하는 청구권이고 외국판결의 기초가 되는 실체적 청구권이 아니므로, 외국판결이 취소되었음을 이유로 하여 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소를 구하는 청구가 확정된 집행판결의 기판력에 반하지 않는다고 본 사례

◆ 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결의 기판력이 미치는 ‘변론을 종결한 뒤의 승계인’의 범위-대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결

◇소유권에 기한 말소등기청구 소송에서 패소한 원고측으로부터 변론종결 후 소유권 등을 이전받은 제3자가 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결의 기판력이 미치는 ‘변론을 종결한 뒤의 승계인’에 해당하는지 여부(소극)◇

확정판결의 기판력은 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단과 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없는 기속력을 의미하고(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결), 확정판결의 내용대로 실체적 권리관계를 변경하는 실체법적 효력을 갖는 것은 아니다.

토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 가등기말소청구소송의 소송물은 가등기말소청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 가등기말소청구권의 부존재 그 자체에만 미치고, 소송물이 되지 않은 토지 소유권의 존부에 관하여는 미치지 않는다. 나아가 위 청구기각된 확정판결로 인하여 토지 소유자가 갖는 토지 소유권의 내용이나 토지 소유권에 기초한 물권적 청구권의 실체적인 내용이 변경, 소멸되는 것은 아니다.

위 가등기말소청구소송의 사실심 변론종결 후에 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자는 적법하게 취득한 근저당권의 일반적 효력으로서 물권적 청구권을 갖게 되고, 위 가등기말소청구소송의 소송물인 패소자의 가등기말소청구권을 승계하여 갖는 것이 아니며, 자신이 적법하게 취득한 근저당권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 소송상 청구를 하는 것이므로, 위 제3자는 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결의 기판력이 미치는 '변론을 종결한 뒤의 승계인'에 해당하지 않는다.

따라서 토지 소유권에 기한 가등기말소청구소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 위 소송의 변론종결 후 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자가 근저당권에 기하여 같은 가등기에 대한 말소청구를 하는 경우에는 미치지 않는다.

☞ 토지 소유자가 피고를 상대로 소유권에 기한 방해배제청구로서 가등기말소청구소송을 제기하였으나 패소·확정되었고(이 사건 전소), 원고가 위 소송의 사실심 변론종결 후 위 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 다음 피고를 상대로 근저당권에 기한 방해배제청구로서 동일한 가등기의 말소를 구한 사건에서, 원고는 이 사건 전소 판결의 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인에 해당하지 않으므로 기판력 저촉에 관한 피고의 본안 전 항변을 배척한 원심 판단을 수긍하여 상고기각한 사례

◆ **가집행선고판결의 이행명령가부-대법원 2020. 5. 28. 자 2020오508 결정**

【판시사항】

확정되지 않았으나 집행력이 있는 가집행선고부 판결이나 심판에서 정한 의무 등에 대하여 가사소송법 제64조 제1항에서 정한 재산상의 의무, 유아인도 의무 등을 명하는 이행명령을 할 수 있는지 여부(적극)

◆ **배당이의의 소 계속 중 집행권원인 가집행선고가 있는 제1심 판결이 취소된 사건-대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다22844**

◇1. 배당이의의 소 계속 중 집행권원인 가집행선고가 있는 제1심 판결이 항소심에서 취소되어 실효된 경우 배당이의의 소가 적법한지 여부(적극) / 배당기일 후 소송 중 가집행선고부 판결이 취소되어 소각하로 확정된 경우 배당이의사유가 되는지 여부(적극), 2. 소송비용액 확정결정에 따른 소송비용 확정채권에 대한 배당이의가 가능한지 여부(소극)◇

☞ 피고는 가집행선고가 있는 제1심 판결을 집행권원으로 하여 채무자 소유인 부동산에 관하여 강제경매를 신청하였고, 위 경매절차에서 소송비용액 확정결정에 따른 소송비용 확정채권에 관하여 추가로 권리신고와 배당요구를 함. 위 경매절차에서 제1심 판결 원리금과 소송비용 채권액을 피고에게 배당하는 것으로 배당표가 작성되자, 채무자의 추심채권자인 원고는 배당이의의 소를 제기함. 이 사건 배당이의의 소 계속 중 채권자인 피고가 받은 제1심 판결이 항소심에서 취소되어 실효되었고, 상고기각으로 항소심 판결이 확정됨

☞ 대법원은 다음과 같이 판단하면서 일부를 파기환송함. ▲ 가집행선고가 있는 제1심 판결 원리금 채권 부분: 가집행선고가 있는 제1심 판결은 이 사건 배당이의의 소 사실심 변론종결 당시 집행력을 상실하고 더 이상 존재하지 않으므로, 피고는 배당받을 지위를 상실함. 원고는 이 사건 배당이의의 소에서 가집행선고가 있는 제1심 판결의 취소를 배당이의 사유로 주장할 수 있고, 법원은 제1심 판결 원리금 채권 부분에 관한 배당이의 사유의 존부를 판단해야 함(파기환송). ▲ 소송비용액 확정채권 부분: 원고는 소송비용액 확정채권에 대해서 청구이의의 소를 통해 집행력을 배제시켜야 하고, 배당이의의 소를 제기할 수 없음(상고기각)

◆ **선행 추심금소송에서 확정된 화해권고결정의 효력이 다른 채권자가 제기한 추심금소송에 미치는지 문제된 사건-대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다35390판결**

◇1. 추심금소송에서 추심채권자가 제3채무자로부터 채권의 일부만 지급받고 나머지 금액에 대한 청구를 포기하는 내용의 재판상화해를 한 경우 '나머지 청구 포기'의 의미, 2. 동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 판결의 기판력이 그 소송의 변론종결일 이전에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치는지 여부(소극), 3.

동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 화해권고결정의 기판력이 화해권고결정 확정일 전에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치는지 여부(소극)◇

☞ 채권자 甲이 채무자의 제3채무자인 피고들에 대한 정산금채권에 대해 채권압류·추심명령을 받은 뒤 제기한 추심금소송에서 ‘제3채무자는 피고들에게 9,000만 원을 지급하고 나머지 청구는 포기한다’는 내용의 화해권고결정이 확정되었는데, 甲보다 먼저 채권압류·추심명령을 받았던 원고가 甲이 추심한 위 9,000만 원에 대해 안분배당을 받은 뒤 피고들을 상대로 甲이 위 추심금소송에서 포기한 나머지 부분을 구하는 이 사건 소를 제기함

☞ 원심은 채권자대위소송 판결의 기판력에 관한 법리에 따라 추심금소송에도 마찬가지로 적용되고, 채무자가 선행 추심금소송의 계속 사실을 알았으므로 선행 추심금소송의 화해권고결정의 기판력이 원고에게 미친다는 이유로 원고 패소 판결함

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 기초로, 선행 추심금소송에서 9,000만 원을 지급하고 나머지 청구를 포기하는 내용의 화해권고결정이 확정되었다라든, 나머지 청구 포기 부분은 甲이 피고들에 대하여 추심권을 더 이상 행사하지 않겠다는 뜻이고 甲이 채무자의 피고들에 대한 채권 자체를 포기한 것으로 볼 수 없으므로, 甲의 추심권 포기는 별도의 채권압류 및 추심명령을 기초로 이 사건 추심의 소를 제기한 원고에게는 그 효력이 미치지 않고, 설령 원심과 같이 甲이 선행 추심금소송에서 피압류채권 자체를 포기한 것으로 보더라도 화해권고결정 확정일 전에 위 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 원고에게 화해권고결정의 기판력이 미치지 않으므로, 피고들이 공탁하여 변제한 9,000만 원 외 나머지 채권이 존재한다면, 원고는 피고들을 상대로 그 지급을 구할 수 있다고 판단함. 또한 원심이 원용한 대법원 93다52808 판결은 채권자대위소송에서 채권자 패소 판결이 확정되었던 사안에 관한 것으로서, 추심금소송에서 청구 일부를 포기하는 내용의 화해권고결정이 확정된 경우 그 포기의 의미가 문제된 이 사건과는 사안이 다르고, 나아가 채권자대위소송과 추심금소송은 소송물이 채무자의 제3채무자에 대한 채권의 존부로서 같다고 볼 수 있지만 그 근거 규정과 당사자적격의 요건이 달라 채권자대위소송의 기판력과 추심금소송의 기판력을 반드시 같이 보아야 하는 것은 아니어서 위 판결을 이 사건에 적용하는 것은 적절하지 않다고 보아, 원심판결을 파기환송함

◆ 구로동 분배농지 사건과 관련하여, 원고들이 피고 대한민국의 불법행위로 수분배권을 상실하였음을 이유로 손해배상을 구하는 사건-대법원 2021. 4. 8. 선고 2020다219690 판결

【판시사항】

[1] 확정판결의 기판력이 미치는 범위

[2] 갑 등 망인들이 국가를 상대로 농지분배처분을 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 갑 등의 상속인들인 을 등이 국가가 행한 일련의 불법행위 때문에 분배농지에 관한 수분배권을 상실하였다며 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 을 등이 제기한 손해배상청구소송에서 문제 되는 농지분배처분 무효 내지 갑 등의 분배토지에 관한 수분배권 존부에는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다고 한 사례

【판결요지】

[1] 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것이 아니다.

[2] 갑 등 망인들이 국가를 상대로 농지분배처분을 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 갑 등의 상속인들인 을 등이 국가가 행한 일련의 불법행위 때문에 분배농지에 관한 수분배권을 상실하였다며 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 위 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계는 갑 등의 국가에 대한 소유권이전등기청구권의 존부에 한정되고, 을 등이 제기한 손해배상청구소송에서 문제 되는 농지분배처분 무효 내지 갑 등의 분배토지에 관한 수분배권 존부는 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다고 한 사례.

## 제7장 상소와 복수의 청구

### I. 역대기출문제경향

#### 1. 상소와 재심

##### (1) 상소

소송절차에서 제1심절차를 기본으로하고 상소제도는 별도의 의미를 갖는다고 할 수 있다. 또한 판결의 확정 전에 다투는 상소와 판결 확정 후 다투는 재심은 절차법에서 중요한 부분을 차지하고 있다. 그러다 보니 변리사를 포함한 모든 시험에서 상소 부분은 반드시 출제된다.

결국 제1심 절차 아니면 상소심 절차이므로 확률은 1:1이라고 할 수도 있으나, 병합청구와 연결되어 사실상 1:2나 1:3에 해당할 정도로 상소절차에 관한 문제는 단일쟁점이나 부분쟁점으로도 반드시 출제되고 있으며 출제되어야 한다. 최소한 절차법이라면 더욱 그렇다. 특히 항소심은 병합소송에서 결부되어 반드시 출제되고 있음은 모든 기출문제에서 볼 수 있다.

상소에서 항소기간, 항소이익, 부대항소, 항소취하 등이 독자적으로 출제될 수 있음을 강조한 사항이므로 주의할 필요가 있다.

##### (2) 재심

2020년에 한번 재심이 부가적인 쟁점이 아니고 자체로 나왔음은 확인할 수 있다. 이후로 재심은 한동안 출제되지는 않을 것이지만, 거듭 말하거니와 재심은 공부양 자체가 얼마되지 아니하므로 간단하게라도 정리해 둘 필요는 있다. 언제든지 쟁점의 일부로서 예를 들어 재심사유나 구체수단으로서 답안에 제시할 필요는 있다.

#### 2. 객관적 병합(청구의 병합)

소송은 한 개의 청구로 이루어지는 경우는 없다. 원고는 소송경제상 동일한 피고를 전제로 소송경제상 가능한 청구권을 모두 행사할 것이다. 이에 대하여 피고는 반소로 대항할 수 있다. 모두 청구의 병합에 해당한다. 기본적으로 상소와 결합하여 복수의 청구를 처리하는 방법에 대한 법원의 조치를 이해하는 문제이다. 쟁점이 너무 많고 특히 상소와 결합한 문제는 기출문제에서 자주 나타난다. 상소문제인지 객관적 병합문제 인이 영역이 불분명하다. 상소와 객관적 병합은 동일한 영역에서 이해하여야 한다는 점을 다시 한번 말씀드리면서 이후에 연결되는 수업시간에 충분히 말씀드린다.

다만, 후발적 병합으로서 교환적 변경과 반소는 시험의 출제 빈도와 상관없이 중요한 제도임을 알아둘 필요가 있다. 추가적 변경의 경우 원시적 병합의 각각의 형태 즉 단순병합과 선택적 병합, 예비적 병합의 내용이 고스란히 적용되므로 당연하다고 하더라도 소송법적으로 반소제도와 교환적 변경의 소취하와 신소제기의 연결문제, 즉 재소금지와 연결된 내용은 언제든지 출제될 수 있으므로 정리해둬야 한다. 다만 반소는 특히 예비적 반소와 항소심에서 반소의 경우 올해 출제되었으므로 당분간 단일문제로 출제될 것은 요원하므로 반소관할이나 부적법한 반소의 처리 등 부분 쟁점으로서 제시될 수 있다는 정도로 정리하면서 지내도 좋을 것으로 생각된다.

## II. 상소에 관한 기출문제

### [1] 2010년

#### 【A-2】 (20점)

매도인 甲은 자신의 소유인 대지를 매수인 乙에게 매도하는 매매계약을 체결하고 바로 이전등기까지 경료해 주었다. 매수인 乙은 이 사건 부동산을 담보로 제공해서 돈을 대출받아 매매대금 200,000,000원 및 연 20%의 약정이자를 매매계약 체결시점부터 1년 안에 지급하기로 약속하였다. 그러나 매수인 乙은 1년이 경과하도록 매매대금의 지급을 이행하지 않았다. 이에 매도인 甲은 매수인 乙을 상대로 매매대금 원금인 금 200,000,000원의 지급을 구하는 이행의 소를 제기하였고 1심에서 전부 승소판결을 선고받았다. 이에 피고 乙은 1심 판결에 대해 전부 불복하는 취지의 항소를 제기하였다. 그러자 원고 甲은 이를 껴뭍하게 여기고 약정이자 청구를 항소심에서 추가적으로 병합하였다. 이에 놀란 피고 乙이 항소를 취하하였는바, 항소심 법원은 원고 甲의 약정이자 청구에 대하여 심판할 수 있는지 논하시오

#### 1. 쟁점의 정리

전부승소한 원고가 상급심에서 추가적 병합을 한 경우 이를 부대항소로 볼 수 있는지 쟁점이며, 이 경우 부대항소가 독립된 부대항소인지 아니면 종속성(제404조)에 따라 추가적 병합된 부분에 대한 심판 등의 여부가 문제된다.

#### 2. 항소심에서 추가적 병합 여부

##### (1) 소의 추가적 병합

##### 1) 소의 변경

##### 2) 항소심에서 소의 변경 여부

##### (2) 부대항소와 추가적 병합

피고가 항소한 항소심절차에서 제1심에서 전부승소한 원고가 이자를 추가적으로 병합한 것은 부대항소를 제기한 것으로 볼 수 있다.

##### (3) 사안의 경우

이자채권은 독립된 청구권으로 별개의 소송물이다. 소의 추가적 변경이 가능하며, 항소하지 아니한 경우 부대항소로서 가능하다.

#### 3. 부대항소에 대한 심판방법

##### (1) 부대항소의 종속성

##### (2) 항소취하와 부대항소의 운명

피고가 항소를 취하하면 원고의 부대항소는 그의 종속성으로 인해 효력을 잃게 된다.(제404조) 따라서 법원은 원고의 이자청구에 대하여 심판할 수 없다.

##### (3) 독립된 부대항소와 항소취하

부대항소가 항소기간 내에 제기된 경우 독립된 항소로 본다. 그러므로 항소심에서 이자청구의 병합이 항소기간 내에 행해진 경우 독립된 부대항소로 보아 법원은 심판할 수 있다.

#### 4. 결론

부대항소가 항소기간 내에 제기되었는지 여부에 따라 항소취하로서 부대항소의 운명이 달라지므로, 항소기간 미도과인 경우 항소취하와 별개로 추가적 청구된 이자채권에 심판이 가능하다.

[2] 2011년

[A-2]

甲은 乙에 대하여 2008. 4. 1.을 변제기로 하는 10억 원의 공사대금채권을 가지고 있다. 변제기가 도래한 이후에도 乙이 위 대금을 지급하지 않자, 甲은 2011. 3. 2.에 7억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. (아래 각 설문은 독립적임)

- (1) 1심 소송계속 중 甲은 나머지 3억 원의 지급도 구하려고, 2011. 5. 3.에 청구취지확장신청서를 제출하였다. 甲이 추가로 청구한 3억 원은 이미 소멸시효가 완성되었다고 乙이 주장하자, 이에 대해 甲은 7억원의 공사대금지급청구의 소를 제기함으로써 채권전부에 대한 소멸시효는 중단되었다고 주장하였다. 이 경우 법원은 시효중단의 범위를 어떻게 판단할 것인가? (10점)
- (2) 7억원의 공사대금지급청구에 대해서 1심법원은 청구를 전부인용하는 판결을 선고하였다. 甲이 10억원의 공사대금 전부를 지급받기 위해서 1심판결에 대해 항소하는 것은 적법한가? (10점)

I. 설문 (1)에 대하여

1. 문제의 소재

3억 원의 청구취지 확장이 청구변경에 해당하는지, 그 변경시인 2011.5.3.에 시효가 중단되는데 공사대금 채권은 민법 제163조 3호에 의해 단기소멸시효기간인 3년이 적용되는 경우로서, 이미 시효가 완성된 상태가 된다. 따라서 2011.3.2.일부청구시 시효중단여부가 문제된다.

2. 청구취지의 확장과 청구변경

(1) 문제점

소송계속중 나머지 3억원의 청구취지확장신청서에 의미가 무엇인지 검토되어야 한다. 일부청구에서 잔부청구로 확장하는 경우 이를 별개의 소송물을 전제로 하는 청구변경에 해당하는지 문제되는 되는 것이다

(2) 견해의 대립

1) 일부청구부정설

이행명령 상한 변동에 지나지 않음을 이유로 청구변경이 아니라고 한다.

2) 판례와 명시적 일부청구설

잔부청구로 확장될 때에는 소송물의 변동이 생기므로 소의 추가적 변경으로 해석할 것이다.

(3) 검토 및 사안의 경우

묵시적 일부청구에서 잔부청구로 확장하는 것은 소송물의 변동의 경우가 아니어서, 엄밀한 의미에서는 소송물의 변경인지 논의의 여지가 있을 수 있으나 피고의 방어에 큰 영향을 미치므로 청구의 변경으로 봄이 타당하다. 따라서 제265조에 의하여 청구취지확장신청서를 법원에 제출했을 때 시효가 중단됨이 원칙이다.

3. 일부청구시 시효중단의 범위

(1) 문제점

7억원의 공사대금지급청구의 소를 제기함으로써 채권전부에 대한 소멸시효는 중단의 효력이 소변경된 부분에 대하여 시효중단의 효력이 인정되는지 문제된다.

(2) 학설의 대립

1) 일부중단설

시효중단의 효력은 청구에 관련해서만 인정될 수 있고, 일부청구는 일부만이 소송물을 이루기 때문에 명시여부를 불문하고 그 일부에 대해서만 시효중단되고 잔부에 대해서는 시효중단의 효력이 발생하지 않는다는 견해이다.

2) 전부중단설

일부청구를 하였다 하더라도 권리 전체에 대하여 잡가지 않고 권리행사를 한 것이므로 명시 여부를 불

문하고 청구 전부에 대해서 시효중단의 효력이 미친다는 견해이다.

3) 명시적 일부청구설

명시적 일부청구의 경우에는 그 일부만이 소송물이므로 시효중단의 효력은 그 일부에 한하여 발생하지만, 묵시적 일부청구의 경우에는 채권의 동일성이 인정되는 범위에서는 그 전부에 대하여 시효중단의 효력이 발생한다고 본다. 다만 예외적으로 명시적 일부청구라도 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석된다면 그 소송물을 채권의 전부로 보아 그 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다고 본다.

(2) 판례의 태도

판례는 기판력에 관하여는 명시설을 취하면서도 시효중단에 관하여는 명시여부를 불문하고 일부에 대해서만 시효중단되고 잔부에 관하여는 시효중단의 효력이 생기지 않는다고 하고 있다.<sup>54)</sup> 그러나 “한 개의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소를 제기한 경우에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 아니하지만, 비록 그중 일부만을 청구한 경우에도 그 취지로 보아 채권 전부에 관하여 판결을 구하는 것으로 해석된다면 그 청구액을 소송물인 채권의 전부로 보아야 하고, 이러한 경우에는 그 채권의 동일성의 범위 내에서 그 전부에 관하여 시효중단의 효력이 발생한다고 해석함이 상당하다.”고 판시하여 융통성 있는 판단을 하고 있다.

(3) 검토

4. 설문의 해결

일부중단설의 입장에서는 2011. 3. 2.에 7억 원의 일부청구시 중단의 범위는 일부분에 한한다. 따라서 잔부청구인 3억 원은 이미 시효가 완성된 후에 제기된 것으로 법원은 甲의 3억원의 청구에 대해 기각 판결을 내려야 한다.

II. 설문 (2)에 대하여

1. 쟁점의 정리

묵시적 일부청구의 경우 기판력에 의하여 뒤에 별소의 소가 금지되는 경우 상소이익이 인정될지 문제된다.

2. 상소의 이익 인정여부

(1) 상소의 판단기준

상소의 이익이란 하급심의 종국판결에 대하여 불복신청함으로써 그 취소를 구하는 것이 가능한 당사자의 법적 지위를 말한다. 무익한 상소권행사를 견제하기 위한 것으로 구체적 기준이 무엇인가 문제된다.

(2) 견해의 대립

항소이익의 판단기준에 대해서 ① 원심에 있어서의 당사자의 신청과 주문을 비교하여 결정한다는 형식적 불복설, ② 실제법상 더 유리한 판결을 받을 가능성을 그 기준으로 한다는 실질적 불복설, ③ 원고는 형식적 불복설에 의하되 피고는 실질적 불복설을 적용하여야 한다는 절충설, ④ 원판결이 그대로 확정되면 기판력 기타 판결의 효력에 있어서 불이익을 입게 되는가를 기준으로 하는 신실질적 불복설이 대립한다.

(3) 판례의 태도

판례는 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위한 것이므로 승소판결에 대한 불복상소는 허용할 수 없고, 재판이 상소인에게 불이익할 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로<sup>55)</sup> 예외를 인정하는 형식적 불복설과 같은 태도이다.

54) 대판 1975.2.25, 74다1557 등

(4) 검토

3. 예외적으로 항소할 수 있는 경우

(1) 예외인정의 필요성

원판결이 확정되면 기판력에 의해 별소의 제기가 차단되는 경우 형식적 불복설에 의하는 경우에도 당사자의 이익을 위하여 이를 인정할 필요가 있다. 이에 대한 판례를 검토할 필요가 있다.

(2) 일부청구의 경우 항소이익

1) 일부청구긍정설

잔부청구를 별소로 제기하는 것이 허용되므로 전소에서 전부승소한 자는 항소를 제기할 이익이 없다고 할 것이다.

2) 일부청구부정설

잔부청구를 별소로 제기하는 것이 허용되지 않으므로 전소에서 전부승소한 자는 항소를 제기할 이익이 있다.

3) 명시적 일부청구설

다수설·판례의 입장인 명시설에 의하면 명시적 일부청구의 경우에는 잔부청구의 후소가 허용되므로 항소이익이 없으나, 묵시적 일부청구의 경우 잔부청구의 후소가 일부청구에 대한 전소판결의 기판력에 의하여 차단되므로 이 같은 경우는 전소에서 전부승소한 경우라도 추가청구를 위한 상소를 인정해야 한다.

4. 결론

甲은 1심에서 전부 승소한 자이나 묵시적 일부청구의 경우라면 청구취지 확장을 위한 상소이익을 인정하여 적법한 항소로 보아야 한다.

55) 대판 1999.12.21, 98다29797; 대판 1994.11.4, 94다21207; 대판 1998.11.10, 98두11915 참조

[3] 2015년

【 문제-4 】 (20점)

X토지는 甲 소유인데, 乙은 甲으로부터 이를 매수하는 내용의 매매계약을 체결 하였다. X토지의 등기부에는 甲 명의의 소유권이전등기 다음에 丙 명의로 소유권이전등기가 경료되어 있는데, 이는 丙이 등기에 필요한 서류를 위조하여 마친 것으로 원인무효의 등기이다. 乙은 甲과 의논하여, 토지관할이 있는 서울중앙지방법원에 자신의 甲에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 삼아 甲을 대위 하여 丙을 상대로 소유권이전등기말소청구소송을 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙이 원고로서 소송을 수행하여 제1심에서 승소판결을 받고 丙이 항소하였으나 항소기각판결이 선고되었다. 丙은, 상고한다는 뜻만을 기재한 상고장을 제출하여 소송이 상고심에 계속되었으나, 그 뒤에는 서면을 제출하지 않고 있었다. 그 후 丙은 상고법원으로부터 소송기록접수통지를 받은 날부터 29일째 되는 날에 ‘상고이유서’라는 제목을 단 서면에서 “이 사건 상고가 제기된 후에 甲과 乙 사이의 매매계약이 합의해제되었으므로 원고 청구는 기각되어야 한다”고 주장하고 그 서면과 함께 증거로 공증인가 법무법원에서 인증된 甲·乙 사이의 합의해제약정서를 제출하였다. 이에 대하여 乙은 “상고심에서의 사실주장은 허용되지 아니하고, 상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유서는 효력이 없다”는 취지의 답변서를 제출하였다. 대법원이 합의해제에 관한 丙의 주장이 사실이라는 심증을 갖게 된 경우 어떤 판결을 선고하여야 하는지 설명하시오.(10점)

1. 쟁점정리

상고이유서 제출기한 및 이를 제출하지 아니하였을 때의 법률효과와 갑과 을의 매매계약 해제의 의미에 대한 상고심에서 판단으로 상고기각을 할 것인지 소각하판결을 할 것인지 문제된다.

2. 상고이유서부제출의 효과

(1) 상고심의 심판대상

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

(2) 상고이유서 부제출에 의한 상고기각

1) 상고이유서의 제출

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

2) 상고이유서부제출에 대한 상고기각판결

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

(3) 사안의 경우

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

3. 상고심에서의 소송요건 흠결의 효과

(1) 당사자적격의 결여 효과

1) 채권자대위소송에서 피보전채권

법정소송담당설에 의할 경우 피보전채권은 당사자적격을 유지시키는 역할을 한다. 따라서 당사자적격의 흠결에 대한 검토가 필요하다

2) 소송요건의 판단시기

소송요건에 대하여 법원은 당사자가 주장하지 않더라도 직권으로 조사하여 판단하여야 한다. 소송요건의 존부를 판단하는 기준시점은 판례는<sup>56)</sup> 사실심변론종결시로 본다. 당사자능력에 관한 사항은 소송요

56) 대법원 2013.1.10. 선고 2011다64607 판결; 자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 종중이라도 그와 같은 비법 인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정된다 할 것이고, 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시

건에 관한 것으로서 법원은 이를 직권으로 조사하여 판단한다.

(2) 상고심에서 소송요건의 판단

1) 문제점

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

2) 판례의 입장

판례는<sup>57)</sup> 사실심변론종결 당시 주장하지 못한 소송요건에 관한 사항을 상고심에서도 주장할 수 있으며, 이는 사실심변론종결 당시의 소송요건이 상고심에 이르러 흠이 발생할 경우 이를 고려하여 소송요건의 선순위성에 따라 상고심이 부적법 각하할 수 있다고 해석할 수 있다.

(3) 소결

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

4. 결론

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

를 기준으로 판단하여야 한다.

57) 대법원 2008.9.25. 선고 2007다60417 판결: 당사자적격에 관한 사항은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 비록 당사자가 사실심 변론종결시까지 이에 관하여 주장하지 아니하였다고 하더라도 상고심에서 새로이 이를 주장, 입증할 수 있다고 할 것이다. 대법원 2009.4.23. 선고 2009다3234 판결: 2010.11.25. 2010다64877: 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하나, 채무자의 이행소송 계속 중에 추심채권자가 압류 및 추심명령 신청의 취하 등에 따라 추심권능을 상실하게 되면 채무자는 당사자적격을 회복한다. 이러한 사정은 직권조사사항으로서 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 사실심 변론종결 이후에 당사자적격 등 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 한다.

[4] 2016년

【문제-4】 (20점)

원고는 B청구가 일부청구임을 명시하지 아니한 채 A, B 청구를 병합한 소를 제기하였는데, 제1심 법원은 A청구를 전부기각, B청구를 전부 인용하는 하나의 판결을 선고하였다.

[아래 (1), (2) 설문 상호간, 가., 나. 설문 상호간은 각 독립임]

(1) 피고는 항소를 제기하지 아니하였는데, 원고가 B청구의 청구취지를 확장하는 신청과 함께 항소를 제기하였다면 그 항소는 적법한지 설명하시오.(6점)

(2) 위 판결에 하여 피고만이 항소를 제기하였다.

가. 원고는 항소심에서 B청구의 청구취지를 확장할 수 있는지 설명하시오.(6점)

나. 원고가 소제기 당시 A청구를 주위적으로, B청구를 예비적으로 심판하여 달라고 심판의 순서를 붙여서 청구하는데, 항소심 법원이 심리한 결과 A청구가 이유 있고 B청구는 이유 없다고 판단된다면 어떻게 판결하여야 할 것인지 설명하시오.(8점)

I. 설문 (1)에 대하여

묵시적 일부청구하여 전부승소한 자에게 상소이익 여부가 문제된다. 이 부분에 대하여는 여러번 설명하고, 또 앞의 문제와 동일한 문제임을 알 수 있으므로 준비가 필요하다. 자주 출제되는 일반적인 문제임을 알아둘 필요가 있다.

II. 설문 (2)의 가.에 대하여

원고의 청구확장을 부대항소한 취지로 볼 수 있는지 문제된다. 이 부분에 대하여도 누차 설명한 것과 동일하다. B청구와 관련하여 피항소인 원고가 부대항소를 할 수는 없고, 피고가 항소하였을 경우에 피항소인 원고가 여기에 부대하여 항소할 수 있을 것이다. B청구와 관련하여 원고가 청구확장을 할 수 있다는 주장의 근거로, 소송계속 중 원고는 1심에서와 같은 요건하에 항소심에서도 청구변경(제262조)을 할 수 있다는 점 또는 청구취지를 확장하면 부대항소한 취지로 인정받는다는 점을 내세울 수 있을 것이다.

III. 설문 (2)의 나.에 대하여

1. 문제의 소재

A청구와 B청구에 대하여 심판의 순서를 붙여 청구하였기 때문에 예비적 병합여부를 검토하여야 한다. 기준에 따라 양립가능한 청구를 예비적으로 병합시킬 수 있는지 그에 대한 심판방법이 문제된다.

2. 양립가능청구를 예비적으로 병합 여부

(1) 예비적 병합의 여부

1) 문제점

소송물 이론에 따라 청구의 병합에 대하여 이견이 있을 수 있다. 판례에 따르면 소유권이전등기의 원인은 개별적으로 별개의 소송물을 구성한다. 따라서 공격방어방법의 복수가 아니라 청구가 병합된다. 다만 양립가능한 청구에 대하여 예비적 병합이 허용되는지 문제된다.

2) 학설과 판례

당사자의 의사를 존중하여 예비적 병합으로 보아 순서에 따라 심판하여야 한다는 적극설과 청구의 객관적 성질상 양립가능한 청구 간에는 순위를 붙일 수 없음을 전제로 단순병합 또는 선택적 병합으로 취급하여야 한다는 소극설이 대립한다. 판례는 선택적 병합 대상인 양립가능한 청구에 순위를 붙여 청구하더라도 이를 인정할 합리적인 필요가 인정된다면 허용할 수 있다는 입장이다.

3) 검토

(2) 병합성질결정과 심판

법원은 병합청구의 성질을 기준으로 판단된 병합유형에 맞추어 병합청구를 심리하여야 한다. 예비적 병합을 인정한다 하더라도 병합의 심판방법은 당사자의 의사에 의해서가 아니라 병합청구의 성질을 기준으로 판단한다. 따라서 원고가 설사 양립가능청구를 예비적으로 병합시켰다고 하더라도 청구병합의 유형은 원칙적으로 선택적 병합이다.<sup>58)</sup>

### (3) 소결

원고가 선택적 청구를 예비적으로 청구하였다 하더라도 본질이 선택적 병합인 경우 법원은 선택적 병합의 법리에 따라 심판하고 양립불가능한 경우 예비적 병합의 심판방법으로 심판한다.

## 3. 병합유형에 따른 심판 방법

- (1) 병합유형과 심판방법의 차이
- (2) 선택적 병합의 심리방법
- (3) 예비적 병합의 심판방법

## 4. 결론

당사자가 순위를 붙인 경우에도 당사자의 의사에 따라 병합유형을 결정하는 것이 아니라 객관적 성질에 따라 결정되며, 이에 따라 각각의 선택적 혹은 예비적 병합에 따른 심판을 한다.

58) 반면에 불양립관계에 있는 청구를 선택적으로 병합시킨 때에는 소송물불특정으로 소는 부적법하므로, 법원의 보정 명령이 요구된다.

[5] 2018년<sup>59)</sup>

【문제-1】 (30점)

甲은 자신이 소유하고 있는 프레스기계 1대를 乙에게 1년간 임대하여 주었는데, 임대기간이 지나 乙이 반환한 기계를 점검하던 중 乙이 유압장치를 고장 냈다는 것을 알게 되었다. 甲은 乙에게 해당 장치를 직접 수리해주거나 수리비 등 손해의 배상을 해달라고 요구하였으나, 乙은 기계가 노후하여 고장난 것이라고 주장하며 甲의 요구에 불응하고 있다.

(다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲과 乙 사이의 프레스기계 임대차계약서에는 “임차인의 과실로 기계에 고장이 생긴 경우에는 임차인은 기계를 수리하여 반환한다.”는 조항이 있었는데, 이 계약에 따라 甲은 乙을 상대로 위 기계를 수리하여 반환하라는 취지의 소를 제기하였다. 그러나 제1심 법원은 乙에게 계약상의 수리의무가 인정되어야 하는지가 분명하지 않다는 등의 이유로 甲의 청구를 기각하였다. 이에 甲이 항소를 제기하였는데, 항소심에서 甲은 위 청구에 추가하여 乙이 직접 수리할 의무가 인정되지 않을 것에 대비하여 1억 원의 손해배상금 지급을 구하는 청구를 예비적으로 병합하였다. 항소심 법원은 심리 후 제1심 법원이 甲의 수리 및 반환청구를 기각한 것은 잘못이 없다는 취지로 재판하면서 항소심에서 병합된 손해배상청구에 대해서는 판단을 하지 않았다. 甲이 이 항소심 판결에 대해 상고를 제기하였다면, 항소심 법원이 누락한 손해배상청구에 대해서는 어느 법원이 재판하여야 하는지 설명하시오. (상고요건이나 상고사유는 고려하지 말 것)(20점)

(2) 甲은 乙이 수리를 거부하였기 때문에 스스로 수리를 하기로 하고 수리공 장에 프레스기계를 입고하면서 이로 인한 수리비 1억 원과 수리기간 동안 기계를 임대하지 못하여 생긴 손해 3천만 원 등 1억 3천만 원의 손해를 배상하라는 취지의 소를 제기하였다. 제1심 법원은 위 프레스기계의 고장이 乙의 과실에 의한 것인지 분명하지 않다는 등의 이유로 甲의 청구를 모두 기각하였다. 이에 甲이 항소를 제기하여 사건이 항소심에 계속 중, 임대손해 3천만 원까지 청구하는 것이 지나치다고 생각한 甲이 3천만 원의 임대손해 부분의 항소취하서를 제출하였다. 이때 甲이 마음을 바꾸어 항소심 변론종결 전에 자신이 취하서를 제출하였던 임대손해 부분에 대해 다시 재판에 포함시켜달라고 신청할 수 있는지 설명하시오.(10점)

I. 설문 (1)에 대하여

1. 쟁점의 정리

항소심이 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 때에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로서 판단하여야 하는지, 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우, 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심되어 재판하여야 하는지 문제된다.

2. 항소심에서 예비적 병합 인정여부

(1) 예비적 병합의 인정여부

주위적 청구와 예비적 청구가 관련성이 있는 경우 순위를 붙여 청구할 수 있다. 이때 서로 양립불가능이 인정되어야 한다. 사

(2) 항소심에서 예비적 병합

1) 소의 변경

소의 후발적 변경으로서 항소심에서 소의 변경은 가능하다.(제262조) 즉 변론을 종결할 때 까지 소송절차를 현저히 지연시키지 아니한 경우 소의 변경은 가능하다.

2) 소의 추가적 변경

구청구를 유지하면서 새로운 청구를 추가하는 것도 동종절차인 경우 공통의 관할권이 인정되면 허용된다. 추가적 변경의 이른바 소제기와 변론의 병합의 결합으로 보는 결합설이 판례이며, 여기에는 예비적 병합도 가능하다.

(3) 사안의 경우

직접수리의무에 대한 인정과 부정을 전제로 함으로 양립불가능성은 인정되며 청구의 기초의 동일성이 당연히 인정되고 기타의 사정이 인정되므로 항소심에서 추가적 변경에 해당하여 항소심법원을 이를 심

59) 객관적 병합의 대표적인 문제라고 할 수 있다.

판하여야 한다.

### 3. 항소심에서 예비적 병합의 심판방법

#### (1) 예비적 병합의 심판

예비적 병합은 주위적 청구를 인용하면 예비적 청구를 판단하지 아니하지만, 주위적 청구를 청구를 기각하는 경우 예비적 청구를 반드시 판단하여야 한다. 이때 예비적 청구를 심판하지 아니하는 경우 판단누락에 해당하는 것이 통설과 판례의 입장이다.

#### (2) 항소심에서 예비적 청구의 판단

원고 패소의 제1심판결에 대하여 원고가 항소한 후 항소심에서 예비적 청구를 추가한 경우, 항소심이 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 때에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로서 판단하여야 한다.

#### (3) 항소심에서 예비적 청구의 상고심으로 이심 여부

주위적 청구를 배척하면서 판단하여야 할 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우, 학설과 판례가 재판누락이 아닌 판단누락으로 보기 때문에 주위적 청구를 상고하는 경우 상고가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상고심으로 당연히 이심된다고 볼 것이다.

### 4. 상고심에서 예비적 청구의 판단

#### (1) 상고가 이유있는 경우 상고심의 판단

##### 1) 원칙

상고심에서 상고의 이유가 있는 경우 상고심은 원판결을 파기하고 상고인용판결을 하는데 형식은 원심판결을 파기하여야 한다. 이때 파기환송이 원칙이다.(제436조) 즉 상고이유에 해당할 때, 직권조사사항이 있는 경우이다.

##### 2) 재판<sup>60)</sup>

제437조의 경우 확정된 사실에 대하여 법령적용 등의 경우 상고심은 종국판결로서 원심판결을 파기하고 재판할 수 있다.

#### (2) 예비적 청구를 판단하지 아니한 부분의 파기자판여부

사실심 전권사항에 대하여 원칙적으로 환송하는 것이 원칙이나, 예비적 병합 자체에 대한 전체의 하나의 판단누락으로 전부이심되고 항소심에서 충분한 심리가 이루어진 경우 상고심에서도 파기자판할 수 있다고 할 것이다.

#### (3) 소결

예비적 청구부분에 대한 상고심에 이심된 부분에 대하여도 상고심에서 주위적 청구에 대하여 충분히 판단이 이루어진 것을 보고 상고심에서 재판하기에 충분하다고 보고 파기자판할 수 있다고 볼 것이다.

### 5. 결론

예비적 병합은 항소심에서도 추가적 변경으로서 가능하며, 판단누락에 해당되어 상고심에 이심된 경우에 상고심에서 파기후 재판할 수 있다고 본다.

## II. 설문 (2)에 대하여

### 1. 쟁점정리

병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회한 경우의

60) 대법원 2017. 3. 30. 선고 2016다253297 판결: 원고 패소의 제1심판결에 대하여 원고가 항소한 후 항소심에서 예비적 청구를 추가하면 항소심이 종래의 주위적 청구에 대한 항소가 이유 없다고 판단한 경우에는 예비적 청구에 대하여 제1심으로 판단하여야 한다. 한편 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 탈루에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니라는

효과 및 이때 항소 자체의 효력에 영향이 있는지 문제된다.

## 2. 본론

- (1) 항소취하에 대하여 일반적인 설명한다.
- (2) 청구의 일부 철회와 항소취하에 비교하여 설명한다.
- (3) 항소의 일부취하의 효력을 인정할 것인가 그에 대한 판례를<sup>61)</sup> 설명한다.

## 3. 결론

항소의 일부취하는 인정될 수 없고 따라서 항소심에서 불복범위에 대한 심판청구는 가능하다.

61) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016다241249 판결: 항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 항소의 일부 취하는 효력이 없으므로 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회하였더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 아니하고, 항소인이 항소심의 변론종결시까지 언제든지 서면 또는 구두진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 자체의 효력에 아무런 영향이 없다.

### III. 객관적 병합 기출문제

[1] 2009년

【B-1 문】 (30점)

甲은 乙을 상대로 하여 A부동산에 대해 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다(다음 설문은 상호 독립적임).

(1) 제1심 소송진행 중 甲은 A부동산에 대해 취득시효가 완성되었음을 알게 되었다. 甲은 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구가 기각될 것에 대비하여 예비적으로 취득시효완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 추가하였다.

가. 제1심법원은 甲의 위 추가적 청구를 허용할 것인가?(8점)

나. 위 소송절차에서 제1심법원은 심리결과 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구를 배척하면서도, 취득시효완성을 원인으로 한 예비적 청구에 대해서는 판단하지 않은 채 청구를 기각하는 판결을 하였고, 甲은 제1심판결에 대하여 항소를 제기하였다. 항소법원이 예비적 청구가 이유 있다고 판단할 경우 어떻게 판결할 것인가?(12점)

(2) 위 소송절차에서 제1심 법원은 청구를 인용하는 판결을 하였다. 乙이 항소를 제기하자, 甲은 항소심절차에서 취득시효완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 선택적으로 병합하였다. 항소법원은 제1심과는 달리 매매사실은 인정되지 않지만 취득시효가 완성되었다는 판단에 이르렀다. 이 경우 항소법원은 乙의 항소에 대하여 어떻게 판결할 것인가?(10점)

#### I. 설문 (1)의 가.에 관하여

##### 1. 문제의 소재

甲이 추가적 청구를 판단함에 있어 청구의 변경의 해당여부, 적법여부를 검토하고, 병합한 양청구가 양립가능한 청구로서 예비적으로 병합청구한 것이 허용되는지 여부를 검토하여야 한다.

##### 2. 甲의 추가적 변경의 적부

###### (1) 청구변경에 해당 여부

###### 1) 청구의 변경의 문제

청구의 변경이란 원고가 소송 계속 후 변론종결 전까지 청구 기초의 동일성을 유지하면서 청구의 취지 또는 원인을 변경하는 것을 말한다(제262조). 취득시효완성을 원인으로 소유권이전등기청구를 추가신청한 것이 소의 변경에 해당하는 소송물인지 문제된다.

###### 2) 소송물이론과 청구의 변경

일원설에 의하면 공격방법의 추가에 해당하며 적법하지만, 이원설과 소송물을 실제법상의 권리관계의 주장으로 보는 구실체법설(판례)에 의하면 청구의 변경에 해당한다.

###### (2) 청구변경의 적법여부

청구의 변경이 적법하기 위해서는 ① 동종절차와 공통관할이 있을 것, ② 사실심 변론종결 전일 것, ③ 신·구 청구간에 청구기초의 동일성이 있을 것, ④ 절차를 현저히 지연시키지 않을 것을 요한다.

###### (3) 사안의 경우

추가적 변경의 신청은 같은 목적의 청구(A부동산에 대한 소유권이전등기청구)인데 법률적 구성을 달리 하는 경우(매매와 점유시효취득)로서 청구의 기초에 동일성이 있다고 할 것이다. 따라서 甲의 추가적 청구는 청구의 변경으로서 적법하다.

##### 3. 부진정예비적 병합의 허용 여부

###### (1) 문제점

양립가능하고 동일한 경제적 목적을 법적 근거만 달리 하는 청구로서 청구의 객관적인 성질은 선택적 병합에 해당한다. 양립가능한 청구를 예비적으로 병합하여 청구할 수 있는지 문제된다.

(2) 학설의 대립

1) 주관설

예비적 병합은 양립불가능해야 성립된다고 보고, 예비적 병합이냐의 여부는 병합청구의 성질에 의하여 판단할 것인지 당사자의 의사를 기준으로 할 것은 아니라는 견해이다.

2) 객관설

병합된 청구의 합리적 관련성이 있는 경우 객관적 성질에 따라 예비적 병합을 인정하자는 견해이다.

(3) 판례의 태도

판례는 논리적으로 양립할 수 있어 성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 예비적 병합신청한 경우 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구할 합리적 필요성이 있는 경우에는 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면, 다음 청구를 심리하여야 한다는 입장으로 부진정 예비적 병합을 인정하고 있다.

(4) 검토

4. 결론

제1심법원은 甲의 취득시효완성을 원인으로 하는 소유권이전등기의 추가적 청구를 허용할 수 있으며, 순위를 붙인 경우에도 본질은 선택적 병합의 추가적 청구에 해당한다.

II. 설문 (1)의 나에 관하여

1. 문제의 소재

항소심에서 선택적 병합에 대하여 판결이 문제된다. 우선 선택적 병합의 심판방법 및 제1심판결의 적법 여부를 검토하여야 하며, 이를 전제로 항소심의 판결을 검토하기로 한다.

2. 예비적 병합과 선택적 병합의 심판 차이

(1) 예비적 병합

예비적 병합은 처분권주의에 따라 당사자의 의사에 구속되어 법원은 주위적 청구가 기각되는 경우 한하여 예비적 청구에 대하여 판단하여야 한다. 법원이 순위를 지키지 아니한 경우 적법하지 아니고 상소할 수 있다.

(2) 선택적 병합

관련성 있는 양청구에 대하여 법원은 순위에 구속됨이 없이 하나의 청구를 기각하는 경우 나머지 청구에 대하여 판단하여야 한다. 따라서 나머지 청구에 대하여 판단하지 아니한 경우 상소할 수 있다.

(3) 사안의 경우

관련성있는 양청구에 대하여 사안의 경우 당사자가 순위를 붙인 경우라 하더라도 순위에 구속되지 아니하는 선택적 병합에 해당하므로 법원은 하나의 청구에 대하여 기각하는 경우 나머지 청구에 대하여 반드시 판단하여야 한다.

3. 일부심판의 적법 여부

(1) 문제점

제1심법원은 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구를 배척하면서도, 취득시효완성을 원인으로 한 예비적 청구에 대해서는 판단하지 않은 채 청구를 기각하는 판결을 하였는데 부적법한 근거가 무엇인지 문제된다.

(2) 학설의 대립

1) 판단누락설

선택적 병합에서 하나의 청구만을 배척하고 나머지 판단하지 않은 일부판결은 전부판결로 보고 다만

판단누락에 준하는 위법이 있다고 보는 견해이다.

2) 재판누락설

무의식적으로 일부판결을 한 경우 이러한 일부판결은 적법하며, 판단하지 않은 부분은 재판의 누락에 해당하며, 그 부분은 원심에 계속 중이고 추가판결의 대상이 된다고 하는 견해다.

3) 절충설

청구에 대한 재판누락을 공격방어방법에 관한 판단누락으로 취급하는 것은 부당하므로 재판누락으로 볼 것이지만, 예비적 병합의 특성상 그 자체가 심리의 불가분성에 위반된 위법한 판결이어서 제1심에서 추가판결을 할 수 없고 상소의 대상이 된다는 견해이다.

(3) 판례의 태도

판례는 판단누락으로 보아 위와 같은 판결은 위법하다고 본다.

(4) 검토 및 사안의 경우

4. 항소심 법원의 조치

(1) 이심의 범위 및 심판의 범위

판단누락설에 의하면 제1심법원의 판결은 하나의 전부판결로서항소의 대상적격이 있으며, 모든 청구가 이심되고, 심판의 대상이 된다. 따라서 항소법원은 어떠한 판결을 하여야 하는지 문제된다.

(2) 항소법원의 판결

항소심에서 제1심판결을 취소하고 새로이 각 청구에 대하여 재판하여야 한다는 취소자판설이 통설·판례의 입장이다. 판결이유에 제1심법원의 판결이 판단누락에 준하는 위법이 있다는 점과 나머지 청구를 인정한다는 판단을 실시하여야 한다.

5. 사안의 해결

항소법원은 선택적 병합에 따라 취득시효 주장이 이유 있다고 판단한 경우, 판결주문에서 제1심판결을 취소한 다음 甲의 소유권이전등기청구를 인용하는 판결을 한다.

Ⅲ. 설문 (2)에 관하여

1. 문제의 소재

청구의 추가적 변경에 해당하므로 우선, 항소심에서 이러한 청구의 변경이 허용되는지 여부와 항소법원이 제1심과는 달리 매매사실은 인정되지 않지만 취득시효가 완성되었다는 판단을 한 경우 항소법원의 판단을 검토하여 한다.

2. 항소심에서의 소의 추가적 변경 허부<sup>62)</sup>

(1) 청구의 추가적변경의 적법여부

제1심에서의 청구의 변경에 관한 제262조는 제408조의 규정에 의하여 항소심절차에도 준용된다. 따라서 원고는 청구의 기초에 변경이 없는 한도 안에서 항소심절차에서도 청구의 취지 및 원인을 변경할 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 甲의 추가적 변경은 적법하다.

(2) 항소이익의 인부

1) 문제점

전부승소한 자가 항소심절차에서 청구의 확장 또는 변경이 가능한지 여부가 문제된다. 이 경우 항소이익이 인정되는지가 쟁점이다.

2) 부대항소 취지의 청구취지 확장

제1심에서 전부승소한 원고가 청구취지를 확장하거나 변경할 목적으로 항소할 수 없으며, 제1심에서

62) 항소심에서 추가적 변경신청이 부적법하면 항소심은 변경신청을 불허결정을 해야 하므로 취득시효가 완성되었다고 판단해도 이를 기초로 판결을 할 수 없다. 따라서 항소심에서 추가적 변경신청의 적법여부를 검토해야 할 것이다.

전부승소한 피고가 반소를 제기할 목적으로 항소하지 못한다. 그러나 상대방의 항소에 부대한 자는 전심에서 전부승소하였더라도 청구취지를 확장할 수 있다. 판례도 제1심에서 전부승소한 원고라도 항소심 계속 중 그 청구취지를 확장·변경할 수 있고 그것이 피고에게 불리하게 하는 한도 내에서는 부대항소를 한 취지로도 볼 수 있다는 입장이다.

(3) 사안의 경우

甲의 항소심에서의 추가적 변경은 부대항소로서 적법하며, 부대항소의 경우 불이익변경금지원칙이 배제되므로 추가적 청구도 항소심의 심판의 대상이 된다. 따라서 항소법원은 취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 대해서도 심판을 할 수 있다.

3. 항소법원의 조치

(1) 문제점

항소심이 제1심에서 받아들인 매매사실은 이유 없고, 항소심에서 추가신청된 취득시효가 완성되었다는 판단을 한 경우 i) 제1심판결을 취소하고 자판을 하여야 하는가 아니면 ii) 결론이 제1심판결과 같다는 이유로 항소를 기각하는 판결을 하여야 하는지가 문제된다.

(2) 학설의 대립

1) 항소기각설

선택적 병합에 의하여 달하려는 소송목적이 이루어진 점에서 항소심판결이 제1심의 그것과 다를 바 없으므로 항소를 기각하고 제1심판결을 유지하여야 한다는 견해이다.

2) 항소인용설

제1심판결을 취소하고 청구인용의 자판을 하여야 한다는 견해이다.

(3) 판례의 태도

판례는 수개의 청구가 제1심에서 처음부터 선택적으로 병합되고 그 중 한 개의 청구에 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 경우, 항소심은 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 선택하여 심판할 수 있다고 할 것이나, 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정되고 그 결론이 제1심판결의 주문과 동일한 경우에도 피고의 항소를 기각하여서는 안 되며 제1심판결을 취소한 다음 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 할 것이다』<sup>63)</sup>라고 판시하여 항소인용설의 입장이다.

4. 결론

선택적 병합에 대하여 나머지 청구에 대하여 항소법원에 추가적 신청한 경우 이를 인정하여 항소법원은 매매로 인한 소유권이전등기청구를 인용한 제1심판결을 취소하고, 취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기청구를 인용하는 주문을 선고하여야 한다.

63) 대판 1992.9.14, 92다7023

[2] 2014년

【 문제-3 】 (30점)

甲은 乙을 상대로 저작권재산권의 침해를 원인으로 한 손해배상금 7억 원 및 그 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 제1심 법원은 5억 5천만 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급청구만을 인용하고 나머지 청구는 기각하는 판결을 선고하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲은 위 판결에 불복하여 항소심에서 ‘이미 주장된 저작권재산권의 침해를 원인으로 한 손해배상청구를 주위적으로 하고, 여기에 저작인격권의 침해를 원인으로 한 손해배상청구를 예비적으로 추가한다’는 취지의 서면을 제출하였다. 이와 같은 병합형태가 적법한지 설명하시오.(15점)

(2) 甲이 乙을 상대로 위 청구 외에 별도로 명예훼손행위를 원인으로 한 손해배상 청구를 하였으나, 제1심 법원은 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 그 후 甲은 항소심에서 청구취지를 변경하지 아니하고 ‘乙이 제1심 판결 선고 후 행한 새로운 명예훼손행위’를 청구원인으로 추가하였는데, 항소심 법원은 다른 특별한 사정이 없음에도 새로운 명예훼손행위를 원인으로 한 청구에 관하여 아무런 판단도 하지 아니한 채 甲의 청구를 기각하였다. 이 경우 甲을 위한 구제방법을 설명하시오.(15점)

I. 설문 (1)에 대하여-2009년 문제에서 논의된 순서와 동일하므로 생략

1. 쟁점정리

저작권재산권의 침해를 원인으로 한 손해배상청구와 저작인격권의 침해를 원인으로 한 손해배상청구는 각 독립적인 권리로 파악하여 상호 논리적 관련성이 있는지에 따라 예비적 병합이 적법한가의 문제이다.

2. 본론

- (1) 항소심에서 청구의 변경에 대한 일반적 논의를 한다.
- (2) 양립가능한 청구에 대하여 부진정 예비적 병합이 인정되는지 논의한다

3. 결론

상호 청구 사이에 독립적인 권리로 파악하여야 하므로 논리적 관련성이 인정되지 아니하고 이들을 병합하여 청구할 경우 이는 단순병합이다. 이를 예비적 병합형태로 청구하는 것은 부적법하다.

II. 설문 (2)에 대하여

1. 쟁점정리

청구취지를 변경하지 아니하고 항소심에서 청구원인으로 추가한 새로운 명예훼손행위로 인한 청구에 대하여 이를 인정하여야 하는 지 병합의 유형을 파악하고, 이에 대한 아무런 판단 없이 청구를 기각한 경우 그 구제방법이 무엇인지 문제된다.

2. 본론

- (1) 소송물이론에 따라 별개의 소송물로 인정되는지 이에 대한 추가적 소의 변경을 설명한다.
- (2) 구실체법설을 취하는 판례에 의하여 별개의 소송물로 인정되지만, 이는 선택적 병합에 해당한다는 부분을 설명한다.<sup>64)</sup> 이 경우 판단누락에 해당하므로 전부에 대한 판단을 한다는 점을 설명한다.

64) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다8365 판결 【판시사항】

[1] 명예훼손행위를 원인으로 한 손해배상청구소송의 제1심판결 선고 후에 그 소송당사자인 피고의 새로운 명예훼손행위가 있는 경우, 위법성조각사유의 유무를 새로운 명예훼손행위 당시의 시점을 기준으로 새롭게 판단하여야 하는지 여부(적극)  
 [2] 명예훼손행위를 원인으로 한 손해배상청구소송에서 패소한 원고가 항소심에서 청구취지를 변경하지 아니한 채 피고가 제1심판결 선고 후 행한 새로운 명예훼손행위를 청구원인으로 추가한 경우, 이를 선택적 병합청구로 볼 수 있는지 여부(적극) 및 항소심이 위 추가된 선택적 병합청구에 관하여 아무런 판단도 하지 아니한 것이 판단누락에 해당하는지 여부(적극)

【판결요지】

[1] 타인의 명예를 훼손하는 표현의 내용이 진실인지 또는 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지 여부는 표현 당시의 시점을 기준으로 판단되어야 한다. 따라서 명예훼손행위를 원인으로 한 손해배상청구소송의 제1심판결 선고 후에 그 소송당사자인 피고의 새로운 명예훼손행위가 있다면 그 내용이 진실인지 또는 피고가 그

(3) 이에 대한 판단누락여부와 상고이유를 설명한다.

3. 결론

소송물이론에 따라 별개의 소송물이지만 선택적 병합에 해당한다. 판단누락에 해당하고 삼고이유가 된다.

[3] 2016년

【문제-3】 (30점)

甲과 乙은 동업을 하기로 계약을 맺은 후, 동업자금의 조달을 하여 丙에게 “동업을 한 자금이 필요하다.”고 말하고서 丙으로부터 1억 원을 차용하였다.

(2) 丙이 甲에게 차용 전액의 변제를 요구하자 甲은 丙을 상대로 차용반환 채무의 시효소멸을 이유로 채무부존재확인을 구하는 소를 제기하는데, 제1심에서 丙이 甲, 乙을 공동 반소피고로 삼아 1억 원의 대역금반환을 구하는 반소를 제기하면서 “이행청구의 반소가 제기되면 본소는 확인의 이익이 없다.”고 주장하고, 이에 하여 乙은 “원고 아닌 자를 상대로 한 반소는 부적법하다.”고 주장하였다. 법원은 丙과 乙의 각 주장에 하여 어떻게 판단할 것인지 설명하시오.

1. 문제의 소재

확인 이익이 없다는 주장에 대하여는 전소의 확인 이익이 후소의 이행의 소에 의하여 소멸되는지 문제되며, 다른 한편 반소는 본소의 원고를 상대로 한 소인데, 이 경우 제3자 반소가 인정되는지 문제된다. 반소가 적법하여야 본소의 확인 이익을 검토할 수 있다.

2. 제3자 반소의 인정여부

(1) 문제점

반소는 본소의 원고를 상대로 한 소이므로 제3자를 소송에 인입시킬 수 있는지, 제3자 반소를 허용할 수 있는지 해결되어야 반소의 적법이 인정된다.

(2) 인정여부-판례<sup>65)</sup>

피고가 원고 이외의 제3자를 추가하여 반소피고로 하는 반소는 원칙적으로 허용되지 아니하고, 다만 피고가 제기하려는 반소가 필수적 공동소송이 될 때에는 민사소송법 제68조의 필수적 공동소송인 추가의 요건을 갖추면 허용될 수 있다.

(3) 사안의 경우

3. 본소의 권리보호이익여부

(1) 문제점

반소인 후소가 이행의 소이므로 확인의 소인 전소의 소의 이익 소멸되는 것은 아닌지 문제된다.

(2) 확인의 이익여부

1) 학설

반소가 본소의 판결의 진행여부에 따라 확인의 이익을 고려하는 견해와 기판력의 범위가 다르므로 소

것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지와 같은 위법성조각사유의 유무는 제1심소송절차에서의 증거조사 결과 및 제1심판결의 판결 이유 등을 판단의 기초가 되는 사실에 추가하여 위 새로운 명예훼손행위 당시의 시점을 기준으로 새롭게 판단되어야 한다.

[2] 제1심판결 선고 전의 명예훼손행위에 관하여 손해배상청구를 하였으나 피고가 그 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다는 이유로 청구를 기각당한 원고가 그 항소심에서 청구취지를 변경하지 아니한 채 피고가 제1심판결 선고 후 행한 새로운 명예훼손행위를 청구원인으로 추가하였다면 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 피고의 새로운 명예훼손행위를 원인으로 하는 손해배상청구를 선택적으로 병합하는 취지라고 볼 것이다. 그러므로 그 항소심이 새로운 명예훼손행위를 원인으로 한 선택적 병합청구에 관하여 아무런 판단도 하지 아니한 채 원고의 청구를 기각하는 것은 판단누락에 해당한다.

65) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다235042,235059,235066 판결

의 이익을 인정하자는 견해가 있다.

#### 2) 판례<sup>66)</sup>

이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다는 입장이다.

#### (3) 소결

적법하게 제기된 전소가 후소의 소제기로 소의 이익이 소멸한다고 보는 것은 당사자가 자의적으로 소의 이익을 소멸시킬 수 있으므로, 이러한 불합리를 인정하지 않기 위해 판례에 따라 소의 이익 소멸되지 않는다고 볼 것이다.

### 4. 결론

판례에 의하는 경우 제3자반소는 예외적인 경우 인정된다. 또한 판례에 의하면 후소로서 전소에 해당하는 확인의 소의 이익을 소멸하는 것은 부당하다고 할 것이어서 확인의 이익이 계속 존재하는 적법한 본소이다.

66) 대법원 1999. 6. 8. 선고 99다17401, 17418 판결: [1] 소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고에 대하여 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다. [2] 항소심이 청구기각 판결을 하여야 할 사건에 대하여 소각하 판결을 하였으나 원고만이 상고한 경우, 소를 각하한 항소심판결을 파기하여 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 할 수는 없으므로, 항소심판결을 그대로 유지하지 않을 수 없다.

[4] 2017년

【문제-1】 (30점)

甲은 자신의 소유인 X건물을 乙에게 월 임대료 150만 원, 임대기간 24개월로 정하여 임대하였고, 乙은 임차한 X건물에서 식당을 운영하여 왔다. 乙은 X건물을 임차한 때로부터 1년이 지난 후인 2013. 3. 16.부터 약정한 월 임대료를 계속 지급하지 않고 있다. 甲은 乙이 월 임대료를 지급하지 않자 임의로 전기와 물의 공급을 중단하는 등 乙의 식당영업에 심각한 장애를 주었다. 甲은 X건물에 대한 임대기간이 만료된 후 아무런 권원 없이 건물을 점유·사용하고 있는 乙을 상대로 X건물의 인도는 물론 乙이 월 임대료를 지급하지 않은 2013. 3. 16.부터 건물인도 완료일까지의 연체된 월 임대료 및 이에 상당하는 부당이득반환 청구의 일환으로 매월 150만 원의 비율로 계산한 금액의 지급을 구하는 이 사건 본소를 제기하였다(乙이 X건물을 임차한 후 월 임대료는 변동이 없음을 가정 한다). 乙은 甲의 청구를 다투면서 甲을 상대로 유익비 상환청구로서 2천만 원, 甲의 영업방해로 인한 손해에 대해 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구로서 3천만 원의 지급을 각각 구하는 반소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(3) 乙의 반소청구에 대해 제1심 법원의 판결 주문에서는 “甲은 乙에게 1천만 원을 지급하라”고만 하고 있고, 판결 이유에서는 위 금액이 乙의 유익비 상환청구 중 일부를 인용한 것임을 언급하고 있을 뿐 다른 내용은 없었다. 이 경우 乙이 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구 부분에 대해 항소를 제기하였다면 동 항소는 적법한 것인지 설명하시오. (10점)

1. 쟁점정리-객관적 병합에서 계속되어온 문제유형과 풀이방법

반소의 유익비상환청구와 영업방해 손해배상청구의 병합의 유형과 이에 따라 심판의 누락과 이에 대한 항소가 문제된다.

2. 본론

- (1) 병합의 유형을 설명한다. 각각 청구하였고 손해배상도 특정되어 청구하고 있으므로 단순병합에 대하여 설명한다.
- (2) 단순병합에서 일부판결의 허용 여부와 이에 대한 재판누락에 따른 추가판결을 해야 하는지, 판단누락 여부를 설명한다.
- (3) 항소심에서 대상적격을 설명하고 대상적격이 없음을 들어 부적법을 설명한다.

3. 결론

손해배상청구가 별개로 인정되는 단순병합이며 이에 대한 일부판결은 재판누락에 해당하여 추가판결이 필요할뿐 항소의 대상이 될 수 없다. 부적법하다.

【문제-2】 (20점)

甲은 乙을 상대로 1억 원의 대여원금을 반환해 달라고 하는 소(이를 ‘전소’라 한다)를 제기하였으나 2015. 3. 3. 변론이 종결되고 제1심 법원으로부터 패소판결을 선고받았고 동 판결은 확정되었다. 그 후 甲은 전소에서 주장하였던 위 1억 원의 대여원금의 존재를 근거로 대여원금의 변제기가 도과한 2014. 4. 6.부터 그 이후의 지연손해금의 지급을 구하는 소(이를 ‘후소’라 한다)를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(2) 전소에서 甲이 대여원금 1억 원과 이에 대한 지연손해금 모두를 동시에 청구하여 전부 승소하였고 동 판결에 대해 乙은 지연손해금 청구에 대해서만 불복하는 항소를 제기하였다. 항소심 법원이 乙의 항소를 기각하자, 乙은 지연손해금 청구는 물론 대여원금 청구에 대해서도 불복하는 상고를 제기하였다. 동 상고는 적법한지 설명하시오. (10점)

1. 쟁점정리

청구병합의 유형에 따른 일부 판결에 대한 불복의 경우를 묻고 있다. 단순병합인 경우 청구병합에서 전부 패소한 피고가 일부청구에만 항소를 제기한 경우 항소하지 않은 청구도 항소심으로 이심되고 심판의 대상이 되는지 여부, 판결의 확정시기 등이 주된 쟁점이 되어 상고의 적법여부가 문제된다.

2. 본론

- (1) 후소를 제기하 지연손해금에 대한 판단이 병합의 유형 중에 단순병합임을 제시하고 단순병합에 대

한 설명을 한다.

- (2) 단순병합된 청구에 대하여 일부불복한 경우 이심범위와 심판범위에 대하여 설명한다.
- (3) 심판대상이 되지 아니한 판결에 대하여 판결의 확정시기를 설명한다.
- (4) 판결이 확정된 부분에 대한 상고대상적격이 없음을 설명하고 이에 부적법 여부를 설명한다.

3. 결론

단순병합에서 전부판결에 대한 일부판결의 불복은 전부이심되나 심판대상은 불복한 부분이다. 항소심 판결선고시 확정되며, 상고대상이 될 수 없다.

[4] 2021년

【문제-2】 (20점)

피고 회사 소속 시내버스에 의하여 교통사고를 당한 甲이 손해배상청구를 한 것에 대하여, 제1심 법원(A)은 일부 인용하는 판결을 선고하였다. 위 제1심 판결에 대하여 피고가 항소하자 甲은 항소기간이 경과한 후에 부대항소를 제기하면서 아울러 청구를 확장하였는바, 환송전 항소심법원(B)은 원고에게 추가적으로 손해배상금을 인정하여 일시금 및 정기금의 지급을 명하는 판결을 선고하였다. 환송전 항소심법원(B)의 판결에 대하여 甲만 상고하였는데, 대법원은 甲의 상고를 일부 받아들여 환송전 항소심법원(B)의 판결 중 정기금채무로 지급할 것을 명한 부분을 파기환송하는 한편, 甲의 나머지 상고를 기각하였다. 이 사건이 환송 후 항소심법원(C)에 계속 중 피고는 항소 취하서를 제출하였다.

- (1) 파기환송 후 피고의 항소취하에 대한 효력을 설명하시오. (10점)
- (2) 피고의 항소취하가 있었음에도 이를 간과하고 내려진 항소심의 판결에 대하여 상고한 경우 대법원은 어떻게 판단을 하여야 하는지를 설명하시오. (10점)

I. 설문 (1)67)

1. 문제의 소개

상고기각판결의 효력에 다른 파기환송심의 항소심의 심판대상의 범위는 무엇이며, 파기환송된 경우 항소심에서 항소인이 다시 항소취하를 할 수 있을 것인지 쟁점이다.

2. 파기환송판결의 항소취하의 효력

(1) 부대항소와 소의 추가적 청구변경

부대항소는 항소이익이나 불변금이 배제되며 청구변경이 가능하며 적법하다. 손해배상청구소송에서 청구취지의 확장은 소의 객관적 추가적 단순병합에 해당한다. 환송심전 법원(B)은 피고가 항소한 원심판결과 원고가 추가한 손해배상청구소송의 단순병합에 대하여 분리심판되어야 한다.

(2) 상고기각한 부분의 환송후 항소심 계속여부

1) 문제점

항소심에서 병합된 청구의 경우 상고심 법원은 상고인이 불복한청구에 대하여만 심판한다. 따라서 상고기각한 청구의 확정시기가 문제된다.

2) 상고기각과 파기환송심범위

환송후 환송심의 심판대상의 청구는 원판결중 파기되어 환송된 부분이다. 상고가 이유없다고 기각된 부분은 환송심 항소법원의 심판대상이 되지 아니하여 항소심 소송계속이 없이 상고기각시 확정된다.

(3) 사안의 경우

甲이 상고한 부분에 대하여 파기환송한 부분은 항소심계속중에 있으나 상고기각판결한 부분은 그대로 확정되어 더이상 파기환송심의 항소심의 대상이 아니다.

3. 파기환송심에서 항소취하의 거부

(1) 문제점

적법하게 계속된 항소심의 판결에 대하여 상고심이 파기환송한 경우 항소를 취하할수 있는지 문제된다. 항소심의 종국판결선고전까지(제393조) 원칙적으로 항소취하를 할 수 있으므로 항소심판결선고시 이후에는 다시 항소취하를 할 수 없기 때문이다.

(2) 견해의 대립

1) 학설

학설은 상고심의 파기환송의 기속력과 자의적 항소심 종국판결의 농락 등의 이유로 이를 부정하는 입장과 파기환송은 항소심의 종국판결의 효력을 상실시키므로 항소취하가 가능하다고 보는 긍정설이 있다.

2) 판례

판례는<sup>68)</sup> 긍정설의 입장과 같이한다. 파기환송심은 환송전의 항소심의 속행에 불과하고, 부대항소인의 불이익이 있는 경우에도 항소인의 선택에 의하여 항소를 취하할 수 있다고 할 것이다.

(3) 검토 및 사안에 적용

항소인인 피고는 파기환송심에서 제1심판결을 유지하고자 항소를 취하할 수 있다. 그러나 항소심대상되지 아니한 추가판결과 정기금채무판결을 제외한 부분은 항소취하의 대상이 아니다.

4. 결론

항소심에서 적법하게 청구변경된 부분에 대하여 원고가 상고한 경우 상고심의 상고기각된 부분은 판결의 확정으로 환송판결의 항소심의 대상이 되지 아니하고, 한편 파기환송된 된경우에 동일한 항소심으로 인정되므로 항소인인 피고는 파기된 부분에 대하여만 항소취하의 효력이 있다.

II. 설문 (2)

1. 문제의 소개

항소취하의 효력에 따라 이를 간과한 상고가 효력이 있는지 소송계속의 효력이 없는 경우이에 대한 상고법원의 판단은 무엇인지 문제된다

2. 항소취하와의 효력과 소송계속

(1) 항소취하의 효력

항소취하가 인정되면 항소심만이 소급적으로 소멸한다.(제393조) 이때 제1심판결은 확정되고 항소기간 경과후에 항소를 취하하면 항소기간 만료시 제1심판결이 확정된다.

(2) 항소취하와 소취하의 구별

항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기과 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로 항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기과 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, 항소취하가 있는 경우에는 소취하가 소급적 소의 소멸을 가져오는 것과 달리 항소심의 계속중인 제1심판결이 확정되는 효력이 있

68) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다51543 판결: 가. 환송판결이 환송전 원심판결 중 정기금채무로 지급할 것을 명한 부분만 파기환송하고 나머지 상고를 기각한 것이라면, 청구 중 환송전 원심판결에서 정기금채무로 지급할 것을 명한 이외의 부분 즉 일시금지급을 명한 부분(기왕치료비, 기왕개호비 및 위자료 청구부분)은 위 환송판결의 선고로써 확정되었고, 정기금채무로 지급할 것을 명한 부분(향후치료비 및 향후개호비 청구부분)만이 환송되었다 할 것이다. 나. 항소는 항소심의 종국판결이 있기 전에 취하할 수 있는 것으로서(민사소송법 제363조 제1항), 일단 항소심의 종국판결이 있는 후라도 그 종국판결이 상고심에서 파기되어 사건이 다시 항소심에 환송된 경우에는 먼저 있는 종국판결은 그 효력을 잃고 그 종국판결이 없었던 것과 같은 상태로 돌아가게 되므로 새로운 종국판결이 있기까지는 항소인은 피항소인이 부대항소를 제기하였는지 여부에 관계 없이 항소를 취하할 수 있고, 그 때문에 피항소인이 부대항소의 이익을 잃게 되어도 이는 그 이익이 본래 상대방의 항소에 의존한 은혜적인 것으로 주된 항소의 취하에 따라 소멸되는 것이어서 어쩔 수 없다 할 것이므로, 이미 부대항소가 제기되어 있다 하더라도 주된 항소의 취하는 그대로 유효하다. 다. ‘가’항 및 ‘나’항의 이유로 소송종료선언을 한 사례

다.

### (3) 소결

소취하와 달리 항소의 취하는 제1심판결의 효력을 가져오며, 파기환송된 환송심의 경우라도 환송전의 항소심에 불과하기 때문에 항소취하는 경우 파기환송된 부분에 대하여 항소취하하여 판결이 확정될 수 있다.

## 3. 소송계속을 간관한 판결의 조치

### (1) 파기환송심의 대상과 항소취하의 대상

민사소송법 제436조에 따라 파기환송된 경우 환송심의 심판대상은 파기된 부분이다. 이 부분에 대하여 항소심 계속중에 있고 항소취하의 대상이 된다. 한편 상고심 기각된 부분은 항소심의 심판대상이 되지 아니하고 확정된다.

### (2) 확정된 판결에 대한 재상고법원의 심판형식

파기환송 후 이미 확정된 청구인 법원도 심판대상이 될 수 없으며 따라서 소송의 계속도 없다고 할 것이다. 항소취하에 의하여 확정된 경우도 마찬가지이다. 상고의 대상이 될 수 없고 그 효력이 없다. 소송계속없는 사안에 대한 판단은 무효이며 확정여부를 떠나 소계속이 없음을 선언하는 판결을 하여야 한다.(제437조).

### (3) 사안의 경우

항소취하의 효력은 항소심 이전의 판결의 확정을 가져온다. 사안의 경우 파기환송대상이 된 부분에 대하여 항소취하의 효력이 있으며 상고기각된 부분도 이미 확정된 상태이다. 소송계속이 없는 경우 법원은 소송종료선언하여야 한다.

## 4. 결론

병합된 두 개의 청구 모두 소송계속이 존재하지 아니하므로 재상고법원인 대법원은 이에 대한 판단이 필요하지 아니하다. 확정된 판결에 대하여 환송후 재상고하더라도 효력이 없으므로 재상고법원은 모든 청구에 대하여 소송종료선언을 하여야 한다.

**【문제-4】 (20점)**

甲은 乙을 상대로 주위적으로는 근저당설정등기의 회복등기절차의 이행을 구하면서, 예비적으로는 위 근저당설정등기의 회복의무가 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 금 3억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 위 병합의 형태에 관해 설명하고, 병합 제기된 위 소의 적법성에 관해 설명하시오. (10점)

(2) 제1심 법원이 주위적 청구를 인용하면서 예비적 청구를 기각하였는데, 甲만이 예비적 청구 부분에 대해 항소를 제기하였다. 항소심의 심리 결과 법원은 주위적 청구와 예비적 청구 모두 이유 없다는 심증을 가지게 되어 두 청구 모두를 기각하는 판결을 선고하였다. 이러한 법원의 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)

**I. 설문 (1)**

**1. 문제의 소재 69)**

관련성 있는 단순병합의 예비적 대상청구가 본질이 단순병합인지, 이를 인정하는 경우 이는 대상청구가 장래이행의 소로서 적법한지 문제된다.

**2. 대상청구의 병합소송**

**(1) 집행불능을 대비한 소송의 병합**

본래의 목적물의 인도청구가 아닌 집행불능을 대비한 이에 갈음한 금전청구가 병합하는 경우 순위에 따라 판단하여야 하므로 병합유형이 문제된다.

**(2) 집행불능에 대한 단순병합의 유형**

일정한 물건의 인도를 명하는 판결을 구하고 동시에 이 물건의 인도가 장래에 이행 또는 집행 불능이 될 경우에 대비하여 예비적으로 그 대가에 상당하는 금원의 지급을 명하는 판결을 구하는 경우, 현재이행의 소와 장래이행의 소가 단순병합된 것으로 볼 것이다.

**(3) 병합의 형태**

당사자가 순위를 붙인 예비적 병합청구라로서 부진정예비적 병합으로 인정하는 견해와 판례가<sup>70)</sup> 있으나 사안의 경우 병합의 본질은 이행의 소와 장래이행의 소의 단순병합으로 본다.

**3. 병합소송의 적법성**

**(1) 문제점**

원칙적으로 관련성없는 청구를 순위를 붙여 청구하는 것은 처분권주의를 위반한 것으로 부적법하다. 그러나 대상청구의 경우 법원에 판단순서를 구속하는 것이 허용되는지 적법한지 문제되며 또한 장래이행의 소가 적법한지 문제된다

**(2) 단순병합의 예비적 청구의 적법성 여부**

양립가능한 두 개 이상의 청구에 대하여 성질상 관련성 있는 병합의 경우 순위를 붙여 청구하는 것은 법원의 판단범위를 구속하는 것을 별론하고 견해의 대립이 있으나 부진정예비적 병합으로 인정하는 입장에 의하여도 적법하다고 본다. 판례도 또한 이를 부적법하다고 보지 않는다.

**(3) 장래이행의 소의 적법 여부**

인도청구가 인용되면 장래이행의 소인 대상청구는 그 소가 적법한 이상 함께 인용하여야 한다. 장래이행의 소는 미리 청구할 필요가 있을 때 소의 이익이 인정된다(제251조). 변론종결뒤 집행불능을 대비하므로 조건성취의 개연성이 크고, 현재이행의 소의 불이행이 존재하므로 미리 청구할 필요가 있다고 볼 것이다. 적법하다.

69) B형 7회 1문

70) 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결: 성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 당사자가 주위적, 예비적 청구 병합의 형태로 제소함에 의하여 그 소송심판의 순위와 범위를 한정하여 청구하는 이른바, 부진정 예비적 병합 청구의 소가 허용되는지 여부(적극)

#### 4. 결론

집행불능에 대한 대상청구는 이행의 소와 장래이행의 소의 단순병합에 해당하며, 적법하게 인정된다. 장래이행의 소는 사안이 경우 소의 이익이 인정되어 적법하다고 볼 것이며 전보배상의 병합청구는 적법하다.

## II. 설문 (2)

### 1. 문제의 소개

항소의 이익이 인정되어 항소가 적법한지, 적법한 항소심에 대하여 이심범위와 심판범위가 문제된다. 구체적으로 2차 청구인 장래이행의 소만이 심판대상이 되는 경우 불이익변경금지원칙상 이에 대하여 법원의 심리가 제한되는지 쟁점이다.

### 2. 순위를 붙인 단순병합의 항소의 적법성

#### (1) 문제점

현재이행의소와 장래이행의소는 이른바 부진정예비적 병합에 해당하는 병합이든 단순병합으로 보더라도 항소의 적법상과 항소의 이익을 별도 살펴 법원의 판단의 부당성을 검토한다.

#### (2) 항소심의 심판범위와 적법성

##### 1) 항소이익

항소의 적법요건으로 소의 이익이 있어야 한다. 병합청구가 단순병합이라면 분리심판되어 항소이익이 인정되어야 하며, 진정예비적 병합의 심판방법으로 심판하더라도 예비적 청구의 기각된 경우 이에 대한 항소는 항소이익이 없다고 할 수 없다.<sup>71)</sup>

##### 2) 하나의 전부판결에 대한 항소

목적물반환청구와 대상청구는 불가분적으로 결합되어 있으므로 제1심판결이 대상청구에 대해 하나의 전부판결하여야 하므로, 법원은 1차 판결이 인용되는 경우 2차 청구도 인용판결하여야 한다. 즉 예비적 병합과 달리 장래이행의 소에 대하여 반드시 판단하여야 하고 기각당한 부분에 대하여 원고는 甲은 항소로서 불복할 수 있다.

#### (3) 항소의 적법성

원심은 대상청구가 장래이행의 소의 요건을 갖추고 있고 또 반환청구권의 존재를 인정하는 이상 청구를 인용하여야 한다. 따라서 甲의 항소는 기각당한 예비적 2차 청구에 대하여 항소이익이 있는 적법한 항소이므로 법원은 본안판단이 가능하다.

71) 대법원 2011.8.18 선고 2011다30666 판결: 채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속하는 것으로 허용된다. 이러한 대상청구를 본래의 급부청구에 예비적으로 병합한 경우에도 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다. 원고가 피고 1에 대하여 주위적으로 이 사건 근저당권설정등기(이 사건 부동산에 관하여 설정된 채권최고액 4억 5천만 원의 피고2 명의의 공동근저당권설정등기)의 회복등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 피고1이 피고2와 공모하여 이 사건 근저당권설정등기를 불법말소하였다는 이유로 손해배상금 1억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한 데 대하여 제1심법원은 주위적 청구를 인용하되, 예비적 청구를 기각하는 판결을 선고한 사실, 원고가 위 기각된 부분에 대하여 항소를 제기하였으나, 원심법원은 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결이라 할 것이므로 주위적 청구를 인용한 이상 예비적 청구에 나아가 판단할 필요가 없다고 보아 제1심판결에서 원고의 피고 1에 대한 주위적 청구가 인용되어 전부 승소한 원고로서는 피고 1에 대하여 항소를 제기할 이익이 없다는 이유로 이 부분 항소를 각하한 사실을 알 수 있다. 원고의 위 예비적 청구는 주위적 청구인 이 사건 근저당권설정등기의 회복의무가 이행불능 또는 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 대상청구라고 봄이 상당하다고 할 것이므로, 이러한 주위적·예비적 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다. 따라서 원심법원 으로서는 원고가 항소한 부분인 위 예비적 청구의 당부를 판단하여야 할 것임에도 원고의 이 부분 항소를 각하한 것에는 대상청구 또는 예비적 병합에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

3. 항소심의 심판범위와 판단

(1) 항소심의 이심범위과 문제점

단순병합이지만 일부판결이 아니므로 원고가 항소한 경우 제1심판결은 확정되니 아니하고 상소불가분의 원칙에 의하여 전부이심된다. 다만 부대항소가 없으므로 원고가 불복한 부분에 한하여 심판대상이 되는 것인지 아니면 하나의 단일한 판결이므로 전부심판대상이 되어 법원의 심증에 의하여 전부기각할 것인지 문제된다.

(2) 불이익변경금지의 적용여부

1) 심판범위

판례에 의하면<sup>72)</sup> 대상청구는 하나의 단일한 판단으로서 단순병합이라도 청구간에 관련이 있다면 판결의 모순저축을 피하기 위하여 판단누락에 준하여 처리하고 상소에 의하여 구제받아야 한다고 주장한다. 이러한 경우 진정예비적 병합의 심판방법과 같이 패소한 부분에 한하여 항소한 이상 불이익변경금지 원칙이 적용되어야 한다. 따라서 법원은 당사자가 불복한 부분에 대하여만 심판하여야 한다.

2) 판결의 합일확정과 심판

법원은 비록 예비적 청구가 주위적 청구가 다르다고 하더라도 대상청구의 합일확정의 원칙상 본위적 청구에 따라 판단하여야 한다. 예비적 청구의 기각의 심증과 심리가 있다고 하더라도 장래이행의 소만이 심판대상이므로 본위적 청구에 따라 청구인용되면 조건성취가 인정되므로 2차 청구도 반드시 인용 판결하여야 한다.

(3) 소결

상소불가분의 원칙상 전부이심되지만 불이익변경금지원칙이 적용되어 법원의 심증과 관계없이 한 개의 전부승소판결의 구하는 단순병합의 부진정 예비적병합으로서 예비적 청구도 청구인용판결하여야 한다.

4. 결론

본래청구의 인용과 대상청구가 기각된 경우 진정예비적 병합과 같이 항소이익이 없다고 할 수 없다. 항소는 적법하며, 전부이심되고 다만 불이익변경금지원칙상 심판범위는 1차청구가 인용되었으므로 심판대상인 2차 청구에 대하여 인용판결하여야 한다. 따라서 항소심법원은 부적법한 항소심판결이다.

72) 앞의 판결

## IV. 관련 판례

### 1. 상소

◆ 항소장각하명령-대법원 2021. 4. 22.자 2017마6438 전원합의체 결정

#### 【판시사항】

항소심에서 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우, 항소심재판장은 민사소송법 제402조 제1항, 제2항에 따라 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하도록 명하여야 하는지 여부(적극) 및 항소인이 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니한 때에는 명령으로 항소장을 각하하여야 하는지 여부(적극) / 위와 같은 대법원 판례의 법리가 그대로 유지되어야 하는지 여부(적극)

#### 【결정요지】

[다수의견] 대법원은 항소심에서 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우 항소심재판장은 민사소송법 제402조 제1항, 제2항에 따라 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하도록 명하여야 하고, 항소인이 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니한 때에는 명령으로 항소장을 각하하여야 한다는 법리를 선언하여 왔고, 항소장의 송달불능과 관련한 법원의 실무도 이러한 법리를 기초로 운용되어 왔다. 위와 같은 대법원 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

① 현재 판례의 태도는 민사소송법 제402조 제1항, 제2항의 문언 해석에 부합하고, 그 입법연혁을 고려하면 더욱 그러하다.

민사소송법 제402조 제1항, 제2항의 문언에 의하면, 항소장 부분이 피항소인에게 송달되지 않는 경우 항소심재판장은 항소장 부분이 피항소인에게 송달될 수 있도록 항소인에게 항소장의 흠을 보정하도록 명하여야 한다. 여기서 ‘흠을 보정한다.’는 것은 항소장 부분의 송달불능 원인을 보정하여야 한다는 의미므로, 그 송달불능 원인이 피항소인의 주소 때문이라면, 항소인은 피항소인이 항소장 부분을 송달 받을 수 있는 주소를 보정하여야 한다는 의미로 해석할 수밖에 없다.

입법연혁에 비추어 보더라도, 소장 부분이 송달불능에 이른 경우 재판장이 주소보정명령을 하고 원고가 이를 이행하지 아니한 때 소장각하명령을 하여야 하는 것과 마찬가지로 항소장 부분이 송달불능에 이른 경우에는 재판장이 주소보정명령을 하고 항소인이 이를 이행하지 아니한 때 항소장각하명령을 하여야 한다고 해석함이 타당하다.

② 현재의 판례는 항소인이 항소심재판 진행에 필요한 최소한의 요건을 갖추지 않는 데 대한 제재의 의미라고 이해할 수 있다.

③ 항소심재판장이 항소인에게 항소장 부분이 송달될 수 있는 피항소인의 주소를 보정하라고 명령하는 것은 항소인에게 수인하지 못할 정도의 과중한 부담을 부과한 것도 아니다.

④ 실무상 주소보정명령에서 항소장각하명령을 예고하고 있으므로, 항소장각하명령은 항소인이 충분히 예측할 수 있는 재판이다.

⑤ 현재의 판례는 제1심 재판을 충실화하고 항소심을 사후심에 가깝게 운영하기 위한 향후의 발전 방향에도 부합한다.

[대법관 박상옥, 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견] 소송절차의 연속성을 고려할 때 항소장 부분의 송달불능은 소송계속 중 소송서류가 송달불능된 것에 불과한 점, 항소인이 항소장 부분의 송달불능을 초래한 것이 아닌데도 그 송달불능으로 인한 불이익을 오로지 항소인에게만 돌리는 것은 부당한 점, 소장각하명령과 항소장각하명령은 본질적으로 다른 재판인 점 등을 종합하여 고려할 때, 항소장 부분이 송달불능된 경우 민사소송법 제402조 제1항, 제2항에 근거하여 항소인에게 주소보정명령을 하거나 그 불이행 시 항소장각하명령을 하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다. 또한 관련 법 조항의 문언해석상으로도 그러하다.

### 2. 제심

◆ 헌법재판소법 제75조 제7항에서 정한 재심사유를 이유로 재심을 청구한 사건-대법원 2020. 10. 29. 선고 2019다249589판결

◇1. 구 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정되기 전의 것) 제18조 제2항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 한 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바180 등 결정에 법원에 대한 기속력이 있는지 여부(적극), 2. 위 헌법재판소결정이 선고된 사정이 헌법소원의 전제가 된 해당 소송 사건의 확정판결에 대해서 헌법재판소법 제75조 제7항에서 정한 재심사유가 되는지 여부(적극)◇

헌법재판소법 제75조 제7항은 같은 법 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다고 정하고 있다.

구「민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」(2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 민주화보상법’이라 한다) 제18조 제2항은 “이 법에 의한 보상금등의 지급결정은 신청인이 동의한 때에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.”라고 정하고 있었다.

헌법재판소는 구 민주화보상법 제18조 제2항에 관한 위헌법률심판제청 사건과 헌법소원 사건을 병합심리하여, 2018. 8. 30. 구 민주화보상법 제18조 제2항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법에 위반된다는 결정(헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바180 등 결정, 이하 ‘이 사건 일부 위헌결정’이라 한다)을 선고하였다.

이 사건 일부 위헌결정은 위와 같이 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 일부인 ‘불법행위로 인한 정신적 손해’ 부분을 위헌으로 선언함으로써 그 효력을 상실시켜 구 민주화보상법 제18조 제2항의 일부가 폐지되는 것과 같은 결과를 가져오는 결정으로서 법원에 대한 기속력이 있다.

이 사건 일부 위헌결정 선고 전에 헌법소원의 전제가 된 해당 소송사건에서 이미 확정된 판결에 대해서 이 사건 일부 위헌결정이 선고된 사정은 헌법재판소법 제75조 제7항에서 정한 재심사유가 된다.

☞ 이른바 ‘민청학련’ 사건의 피해자들이 정신적 손해에 대한 국가배상을 청구하였으나, 구 민주화보상법에 따른 보상금 등의 지급결정에 동의하고 보상금 등을 받은 피해자들에 대해서는 구 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 재판상 화해가 성립되어 권리보호이익이 없고 부적법하다는 이유로 그 위자료 청구를 각하한 재심대상판결이 확정되었는데, 재심대상 사건 계속 중 피해자들이 제기한 헌법소원을 계기로 재심대상판결 확정 후 구 민주화보상법 제18조 제2항에 관하여 이 사건 일부 위헌결정이 선고된 사안에서, 이 사건 일부 위헌결정은 법원에 대한 기속력이 있고, 재심대상판결에 대하여 이 사건 일부 위헌결정이 선고된 사정은 헌법재판소법 제75조 제7항에서 정한 재심사유에 해당한다고 판단한 사례임(상고기각)

3. 객관적 병합(청구의 병합)

◆ 피고 제품이 원고의 이 사건 제1항, 제2항, 제4항, 제8항 발명의 각 특허권을 침해하는 제품인지 여부가 문제된 사건-대법원 2020. 1. 30. 선고 2017다227516 판결

◇1. 특허발명의 보호범위 확정 방법 및 청구범위에 적혀 있는 사항을 해석하는 방법, 2. 특허권침해소송의 상대방이 제조 등을 하는 제품 또는 사용하는 방법이 특허발명의 특허권을 침해한다고 보기 위한 요건, 3. 선택적으로 병합된 수개의 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우, 상고심법원이 어느 하나의 청구에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때 파기하여야 하는 범위(=원심판결 전부)◇

1. 특허발명의 보호범위는 청구범위에 적혀 있는 사항에 의하여 정하여지고 발명의 설명이나 도면 등에 의하여 보호범위를 제한하거나 확장하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만 청구범위에 적혀 있는 사항은 발명의 설명이나 도면 등을 참작하여야 기술적인 의미를 정확하게 이해할 수 있으므로, 청구범위에 적혀 있는 사항의 해석은 문언의 일반적인 의미 내용을 기초로 하면서도 발명의 설명이나 도면 등을 참작하여 문언에 의하여 표현하고자 하는 기술적 의의를 고찰한 다음 객관적·합리적으로 하여야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018후10350 판결 등 참조).

2. 특허권침해소송의 상대방이 제조하는 제품 또는 사용하는 방법 등이 특허발명의 특허권을 침해한

다고 할 수 있기 위하여는 특허발명의 청구범위에 기재된 각 구성요소와 그 구성요소 간의 유기적 결합관계가 침해대상제품 등에 그대로 포함되어 있어야 한다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2010다65818 판결 등 참조).

3. 선택적으로 병합된 수개의 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우, 상고법원이 선택적 청구 중 일부라도 그에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때에는 원심판결을 전부 파기하여야 한다(대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결 등 참조).

☞ 원고는, 피고 제품이 원고의 이 사건 제1항, 제2항, 제4항, 제8항 발명의 특허권을 침해한다고 주장하며 피고 제품의 생산 등 금지 및 피고 제품의 폐기를 구함(침해금지 및 폐기청구)

☞ 원심은, 이 사건 제1항 발명의 구성요소 6, 7에 대한 피고 제품의 대응 구성요소는 결합 과정에서 공차 등에 의해 발생하는 간격이고 구성요소 6, 7과 동일한 작용효과를 가지도록 의도적으로 형성되지 않았다는 등의 이유로 피고 제품이 이 사건 제1항 발명의 보호범위에 속하지 않고 그 종속항 발명인 이 사건 제2항, 제4항, 제8항 발명의 보호범위에도 속하지 않는다고 판단하여 원고의 청구를 모두 기각함. 원심은 부가적으로 이 사건 제1항, 제2항, 제8항 발명의 특허권에 기한 청구는 권리남용으로 허용되지 않는다고 판단함

☞ 대법원은, 피고 제품은 이 사건 제1항 발명의 청구범위에 기재된 각 구성요소와 그 구성요소 간의 유기적 결합관계를 그대로 포함하고 있으므로 이 사건 제1항 발명의 보호범위에 속하고, 따라서 피고 제품이 이 사건 제1항 발명 및 그 종속항인 이 사건 제2항, 제4항, 제8항 발명의 보호범위에 속하지 않는다는 원심의 판단은 잘못인데, 이 사건 제1항, 제2항, 제8항 발명의 각 특허권에 기초한 청구를 권리남용으로 배척한 원심의 부가적 판단은 정당하므로, 결국 이 사건 제4항 발명의 특허권에 기초한 청구에 관한 상고만 이유 있다고 판단함

☞ 선택적으로 병합된 이 사건 제1항, 제2항, 제4항, 제8항 발명의 각 특허권에 기초한 청구를 모두 기각한 원심판결에 대하여, 이 사건 제4항 발명의 특허권에 기초한 청구에 관한 상고가 이유 있으므로, 원심판결을 전부 파기환송한 사례

◆ 재산상 손해배상과 정신적 손해배상의 부진정 예비적 병합 청구의 허용 여부—대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결

◇1. 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 형태의 부진정 예비적 병합 청구의 소가 허용되는지 여부(적극), 2. 부진정 예비적 병합 청구에서 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 경우 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되는지 여부(적극)◇

1. 청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이다. 그러나 논리적으로 양립할 수 있는 수개의 청구라고 하더라도, 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 것과 같이 수개의 청구 사이에 논리적 관계가 밀접하고, 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되는 경우에는, 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면 다음 청구를 심리하는 이른바 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용된다(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결 등 참조).

2. 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다. 그런데도 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결 참조). 이러한 법리는 부진정 예비적 병합의 경우에도 달리 볼 이유가 없다.

☞ 원고가 제1심에서 재산상 손해배상 청구만을 하다가 청구가 기각되자, 항소심에서 재산상 손해배상이 인정되지 않을 경우 예비적으로 동액의 정신적 손해배상을 구한다고 청구를 추가하였는데, 항소심에서 주문 항소기각을 하고 예비적 청구에 대하여 이유에서 배척만 하고 주문 청구기각을 하지 않은 채

상고가 된 사건에서, 위와 같은 형태의 부진정 예비적 병합 청구도 인정되고, 이 경우 상소가 제기되면 누락된 예비적 청구도 상소심으로 이심된다고 본 사례

◆ 재산상 손해배상과 정신적 손해배상의 부진정 예비적 병합의 허부 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결

◇1. 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 형태의 부진정 예비적 병합 청구의 소가 허용되는지 여부(적극), 2. 부진정 예비적 병합 청구에서 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 경우 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되는지 여부(적극)◇

1. 청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이다. 그러나 논리적으로 양립할 수 있는 수개의 청구라고 하더라도, 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 것과 같이 수개의 청구 사이에 논리적 관계가 밀접하고, 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되는 경우에는, 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면 다음 청구를 심리하는 이른바 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용된다(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결 등 참조).

2. 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다. 그런데도 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결 참조). 이러한 법리는 부진정 예비적 병합의 경우에도 달리 볼 이유가 없다.

☞ 원고가 제1심에서 재산상 손해배상 청구만을 하다가 청구가 기각되자, 항소심에서 재산상 손해배상이 인정되지 않을 경우 예비적으로 동액의 정신적 손해배상을 구한다고 청구를 추가하였는데, 항소심에서 주문 항소기각을 하고 예비적 청구에 대하여 이유에서 배척만 하고 주문 청구기각을 하지 않은 채 상고가 된 사건에서, 위와 같은 형태의 부진정 예비적 병합 청구도 인정되고, 이 경우 상소가 제기되면 누락된 예비적 청구도 상소심으로 이심된다고 본 사례

◆ 점유회수의 본소와 본권에 기한 인도의 반소가 각각 승소한 경우에, 청구이의의 소의 역할 대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795, 202801 판결

(1) 구체적 사안

원고는 건물소유자로서 본건 토지를 건물주차장 진출입로로 사용해 왔다. 피고는 토지소유자로서, 토지사용료를 받지 못하자 출입차단 펜스를 설치하였다. 원고는 민법상 점유회수권의 행사로 펜스철거 및 토지인도를 구했고(민법 제205조를 주위적 청구로, 제204조를 예비적 청구로 주장), 피고는 원고청구의 인용에 대비하여 예비적 반소로서 민법 제213조에 기하여 토지를 다시 인도해 달라는 청구를 했다. 원심은 원고의 본소청구 및 피고의 반소청구를 모두 인용하였다.

(2) 【판결요지】

점유권에 기한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못하므로(민법 제208조) 점유회수 청구에 대하여 점유침탈자가 본권을 가지고 있다는 주장으로 점유회수를 배척할 수 없다. 그러므로 점유권에 기한 본소에 대하여 본권자가 본권에 기한 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 본소와 예비적 반소를 모두 인용해야 한다. 본소청구와 예비적 반소청구가 모두 인용되어 확정되면, 점유자가 본소판결에 의한 강제집행으로 물건의 점유를 회복할 수 있다. 본소의 위 집행이 완료된 후에야 비로소 본권자는 반소의 집행문을 부여받아 반소의 강제집행을 할 수 있다. 다만 ① 점유자의 점유회수 집행이 무의미한 점유상태의 변경을 반복하는 거라서 아무런 실익이 없거나 본권자로 하여금 점유회수의 집행을 수인하도록 하는 것이 명백히 정의에 반한다고 인정되는 경우, 또는 ② 점유자가 본소 승소 확정판결을 장기간 집행하지 않음으로써 본권자의 예비적 반소 승소 확정판결도 조건불성취로 강제집

행에 나아갈 수 없게 되는 특별한 사정이 있다면 본권자는 본소판결에 대한 청구이의의 소로써 본소집행을 저지할 수 있다.

(3) 평석

민법 제204~206조의 점유소권은 궁극적 권리자가 자신의 권리를 실현하도록 하는 제도가 아니라, 현실적인 물리적 힘의 행사 즉 자력구제를 방지하려는 제도이다. 이런 취지 때문에 점유권에 기인한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못한다고 정해진 것이다. 따라서 점유소권을 행사하는 원고를 본권으로써 패소시킬 수 없으므로, 본권자는 예비적 반소로써만 자신의 본권을 행사할 수 있다. 본소 및 예비적 반소가 각각 승소가능하다. 그러나 경우 본소 집행의 실익이 없다고 보고 집행하지 않는 상태가 지속되면 본권자가 이런 상태를 해소하는 방안이 바로 청구이의의 소라는 것을 확실히 한 판례이다.

## 제8장 복수의 당사자

### I. 역대기출문제경향

#### 1. 복수의 당사자

이른바 주관적 병합이라고 하는 복수의 당사자는 당사자에 관한 소송요건의 연장선에 있다. 다만 1인의 당사자가 아닌 복수의 당사자에 관한 공동소송을 기본으로 소송참가와 소송승계를 통틀어 복수의 당사자 내지 주관적 병합이라고 한다. 그러나 여기서는 소송승계는 당사자의 변경으로 이해할 필요가 있다. 따라서 복수의 당사자와 당사자변경으로 이해하는 것이 좋을 것이다.

기본 유형으로 통상공동소송은 현재 자체로 출제되기는 어렵다고 생각한다. 독립의 원칙이 지배하는 통상의 공동소송은 쟁점이 분별하기 때문에 출제하기가 어렵다고 할거이다. 다만 통상의 공동소송과 필수적 공동소송의 구별은 의미가 있다. 필수적 공동소송의 경우 합일확정에 의한 프로토콜이 적용되므로 당사자적격에서 항소심의 처리까지 모두 해결의 단초가 되므로 통공과 필공은 구별하여야 하고 이에 대한 기출문제는 계속되어 왔고, 앞으로 계속될 것으로 본다.

소송참가에서 당사자참가는 채권자대위소송을 중심으로 유사필수적 공동소송의 참가와 보조참가를 이해하면 되지만, 단순보조참가는 독자적인 영역에서 실제법의 문제를 해결하기 위한 절차에 부합되고 있다는 점을 간과할 수 없다. 보조참가는 기본적으로 통상의 공동소송이지만 참가적 효력이라는 특수한 효력이 문제되어 출제되는 경우에 대비하여야 한다. 독립당사자참가는 필공에 준하는 판단이 필요하며, 독자적인 이론 구성이 필요한 중요한 프로토콜이다.

#### 2. 당사자변경

공동소송과 당사자변경으로 복수의 당사자를 이해할 경우 당사자변경에 해당하는 사안은 기본적으로 필수적 공동소송으로 이해하고 쟁점을 이해하여야 한다. 통상의 공동소송은 독립의 원칙이 인정되므로 사실상 별개의 소송의 변론병합 이상의 의미를 찾을 수 없으며 관련성없는 단순병합으로 이해하고 일부판결을 검토하는 등으로 방향을 설정하여야 한다.

당사자변경은 1인의 변경으로서 교환적 변경에 해당하는 피고경정과 소송승계 중에 참가승계와 인수승계의 교환적 승계, 당연승계까지 이해하여야 한다. 다만 1인에서 다수로 변경되는 경우 필공추가, 통공추가, 예공추가, 당사자참가 등이 논의될 수 있다. 기본적 열개만 이해하면 당사자변경은 비교적 수월하게 이해할 수 있다. 하지만 교과서 등에서 다양하게 논의되는 당사자변경은 너무 어렵게 기술되어 있음을 이해할 필요가 있다.

자주 언급하여 주의를 하겠지만 당사자변경은 비교적 그 구조가 간단하다. 즉 민사소송법 상의 필수적 공동소송에서 당사자변경은 당사자적격을 이해하여야 완성될 수 있는 아주 중요한 부분이고 출제위원들이 난이도 있게 출제하고자 하는 영역이기도 하다. 따라서 수험생은 당사자변경을 반드시 이해할 필요가 있고 비교적 출제가 자주되는 부분이라는 것을 명심하여야 한다. 여기에 항소심에서 필수적 공동소송인의 이심과 심판에서 당사자의 지위가 무엇인지는 기본쟁점임을 알 수 있다.

## II. 다수당사자소송 기출문제

### [1] 2010년

#### 【B-2】(20점)

甲은 乙과 丙이 공유하고 있는 이 사건 토지를 매수하였음을 이유로, 乙과 丙을 피고로 하여 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다.

(1) 법원은 소장부분 및 변론기일통지서를 乙과 丙에게 각각 송달하였다. 피고 乙은 변론기일에 출석하여 원고 甲의 주장을 다투었으나 피고 丙은 불출석 하였다. 이 경우 피고 丙에게 발생하는 소송상의 불이익을 논하시오.(10점)

#### 1. 쟁점정리

공동피고의 소송관계가 필수적 공동소송인지 아니면 통상 공동소송인지 문제되고 통상의 공동소송인 경우 심판방법을 설명하여야 한다.

#### 2. 본론

(1) 통설과 판례에 의한 사안의 공동소송유형을 설명한다.

(2) 통상의 공동소송의 경우 독립의 원칙에 의한 심판방법을 설명한다.

(3) 공동피고 중 1인이 출석하여 다투는 것은 다른 공동피고에게 영향을 주지 않음을 설명하고, 결국 변론기일에 결석한 다른 공동피고에게 발생하는 소송상의 불이익으로 자백간주를 설명한다.

#### 3. 결론

통상의 공동소송으로서 심리에 있어서 독립의 원칙이 적용된다. 따라서 자백간주가 성립한다.

### [2] 2011년

#### [A-1]

채권자 甲은 채무자 乙에게 1억원의 대여금반환을 요구하였으나, 乙이 변제를 거부하자 보증인 丙을 상대로 보증채무의 이행의 소를 제기하였다. 소 제기 사실을 알게 된 乙은 丙의 승소를 위해 소송에 참가하여, 주채무 1억원을 변제하였다고 변론에서 주장하였다. 한편 甲에 대하여 2억원의 매매대금채권을 가지고 있는 丙이 이 채권으로 상계한다고 항변을 하지 않자, 乙은 예비적으로 그 상계의 항변을 제기하였다.(아래 각 설문은 독립적임)

(1) 법원은 乙의 상계항변을 받아들여 甲의 청구를 기각하는 판결을 할 수 있는가?(20점)

(2) 법원은 주채무변제와 상계의 항변을 모두 배척하여 甲 승소판결을 선고하였고 이 판결이 확정되었다. 이 판결에 따라 丙은 甲에게 보증금을 지급한 후, 乙을 피고로 하여 구상금청구소송을 제기하였다. 이 소송에서 乙은 주채무가 변제되었음을 이유로 甲의 丙에 대한 전소판결의 내용이 부당하다고 다룰 수 있는가?(10점)

### I. 설문 (1) : 보조참가인의 사법상 권리행사 거부

#### 1. 문제의 소재

참가유형에 따른 乙의 참가가 적법한지 검토하고, 나아가 보조참가인이 피참가인의 사법상의 권리인 상계권을 행사할 수 있는지 문제된다.

#### 2. 乙 단순보조참가의 적법여부

##### (1) 참가의 유형

보증채무의 이행을 구하는 소에 주채무자 참가하는 것은 합일확정의 공동소송이 아니므로 제83조의 공동소송참가를 할 수는 없고, 기판력이 미치는 경우도 아니므로 제78조의 공동소송적 보조참가도 아니다. 결국 제71조의 단순보조참가가 이루어진 경우이며 이에 대한 적법여부를 검토한다.

##### (2) 보조참가의 적법여부

##### 1) 보조참가

보조참가라 함은 타인간의 소송계속 중 소송결과에 이해관계가 있는 제3자가 한 쪽 당사자의 승소를 돕기 위하여 그 소송에 참가하는 것을 말한다(제71조).

**2) 보조참가의 적법여부**

보조참가가 적법하기 위해서는 ① 타인 간에 소송이 계속 중이고, ② 소송결과에 대해 이해관계가 있을 것, ③ 소송절차를 현저하게 지연시키지 아니할 것, ④ 소송행위의 유효요건을 구비할 것을 그 요건으로 하고 있다.

**(3) 사안의 경우**

타인간에 소송이 계속 중이고, 乙의 보조참가로 인하여 소송절차를 현저하게 지연시킨다는 사정이 보이지 않으며, 丙이 패소하면 참가인 乙에게 구상권을 행사하는 경우이므로 보조참가의 요건을 갖추어 적법하다.

**3. 보조참가인의 상계항변 거부**

**(1) 보조참가인의 행위 가능 범위**

보조참가인은 소송에 관하여 공격·방어·이의·상소, 그 밖의 모든 소송행위를 자기의 명의로 할 수 있고(제76조 제1항), 그 행위는 피참가인이 한 것과 동일한 효과가 발생한다. 제76조의 규정은 예시적 규정으로 참가인은 피참가인을 승소시키는 데 필요한 일체의 소송행위를 할 수 있는데 피참가인의 사법상 권리도 행사할 수 있는지 문제된다.

**(2) 학설의 대립**

**1) 부정설**

보조참가인의 종속성을 강조하는 견해로 실체법상 제3자에게 권리행사가 인정되는 경우나 피참가인이 이미 소송외에서 자신의 사법상의 권리를 행사하였지만 소송상 이를 주장하지 아니한 경우 외에는 보조참가인은 원칙적으로 소송수행상 필요하거나 적당하더라도 피참가인이 가진 사법상의 권리를 행사할 수 없다고 한다.

**2) 긍정설**

제3자가 권리행사할 수 있다는 명문규정이 없는 경우에도 피참가인의 사법상의 권리를 행사할 수 있다는 견해로 보조참가인의 독립성을 강조하는 견해로서 참가의 이익이 있어 참가가 허용된 이상 모든 수단을 써서 피참가인의 승소를 도모할 이익이 있다는 점, 피참가인은 참가인의 행위와 저촉되는 행위를 함(제76조 2항)으로써 자기의 이익을 보호할 수 있음을 근거로 한다.

**3) 절충설**

보조참가인은 피참가인의 권리를 당연히 행사할 수 없으나 보조참가인이 권리행사를 한 경우에 피참가인이 지체없이 권리행사의 의사가 없음을 명시하지 않는 한 묵시의 추인이 있는 것으로 보는 입장이다.

**(3) 검토**

**4. 설문 (1)의 해결**

주채무자는 보증채무자의 자동채권으로 상계할 수 있는 실체법상의 권리가 없다. 따라서 乙의 항변제출은 배척되어야 하며 이를 근거로 법원이 甲의 청구를 기각할 수는 없다고 할 것이다.

**II. 설문 (2)에 대하여**

**1. 쟁점의 정리**

보증채무자를 상대로 제기한 소송에서 보조참가한 주채무자의 변제항변을 제출하였으나 배척되고 피참가인 주채무자가 패소한 경우 주채무자와 보증인 사이의 소송에서 변제사실을 주장할 수 있는지는 참가적 효력(제77조)과 관련하여 문제된다.

**2. 참가적 효력**

**(1) 문제점**

민사소송법 제77조가 재판의 효력을 말하고 있는데 그 의미가 정확히 소송법적으로 어떤 의미인지 문

제된다.

(2) 견해의 대립

1) 기판력설

전소 기판력의 주관적 범위의 확장으로 보는 견해이다.

2) 참가적 효력설

피참가인이 패소하고 나서 뒤에 피참가인이 참가인 상대의 제2차 소송을 하는 경우, 그에 대한 관계에서 참가인이 제1차 소송 판결의 내용이 부당하다고 주장할 수 없는 구속력으로 보는 견해이다.

3) 신기판력설

참가인과 피참가인 사이에는 참가적 효력이 생기지만, 판결기초의 공동형성이라는 견지에서 참가인과 상대방 사이에는 기판력 내지 쟁점효가 발생한다고 보는 견해이다.

(3) 판례

참가적 효력설이다.

3. 참가적 효력이 미치는 범위

(1) 참가적 효력의 발생요건

참가적 효력은 피참가인이 패소한 경우만 발생한다. 이러한 참가적 효력은 참가인에게 피참가인을 위하여 소송을 수행할 기회가 주어졌을 경우에만 발생한다. 따라서 참가인이 변론을 다하는 것이 법률상 기대될 수 없거나 현실로 소송수행상의 제약이 있는 경우에는 참가적 효력을 발생시킬 기초가 결여되어 있으므로 참가적 효력은 배제된다.

(2) 참가적 효력의 객관적 범위

참가적 효력은 판결주문 중의 소송물에 관한 판단에 한하지 않고 판결이유 중의 사실인정, 선결적 법률관계에 관한 판단에도 미친다. 이 점은 제77조의 효력에 관하여 어느 견해를 마찬가지로, 실제상으로도 이유 중의 판단에 구속력을 인정하지 않으면 아무런 의미가 없는 경우가 많다.

(3) 참가적 효력의 배제사유

참가적 효력은 ① 참가당시의 소송진행 정도로 보아 참가인이 필요한 행위를 할 수 없었던 경우, ② 피참가인의 행위에 어긋나서 참가인의 소송행위가 효력을 잃은 경우, ③ 피참가인이 참가인의 소송행위를 방해한 경우, ④ 참가인이 할 수 없는 행위를 피참가인이 고의나 과실로 하지 아니한 경우에는 배제된다(제77조).

4. 설문 (2)의 해결

단순보조참가의 경우 참가적 효력이 인정된다. 따라서 乙의 변제주장이 丙의 주장과 어긋나서 배척된 경우가 아니라면 참가적 효력에 의하여 2차 소송에서 乙이 변제주장을 다시 하여 전소판결의 내용이 부당하다고 다룰 수 없다.

[3] 2012년-1회차 자료와 동일

형제인 乙, 丙, 丁은 부친 A가 소유하고 있던 X토지를 상속받았다. 그런데 X토지를 인접한 Y토지를 B로부터 매수한 甲이 Y토지를 측량한 결과 X토지로 인해 등기부상의 면적보다 부족함을 알게되었다. 그리하여 甲은 X토지의 등기부상 명의자인 乙, 丙, 丁을 상대로 토지경계확정의 소를 제기하였다.

(1) 이 소의 종류는?(10점)

(2) 이 공동소송의 유형은?(10점)

(3) 이 소송 중 소외 戊가 검사를 상대로 자신이 A의 혼인 외자임을 주장하며 제기한 인지청구소송에서 승소하여 확정되었음이 밝혀졌다. 이 경우 戊가 당사자로 되기 위한 방법은?(10점)

I. 설문 (1)에 대하여

II. 설문 (2)에 대하여

III. 설문 (3)에 대하여

1. 쟁점정리

甲이 제기한 경계확정의 소는 고유필수적 공동소송으로서 피고 측에 戊가 누락 되어 피고적격자의 흠결이 있는 경우 소가 적법한지, 부적법하다면 보정방법이 문제된다.

2. 본론

고유필수적 공동소송에 있어서는 공동소송인으로 될 자를 한 사람이라도 누락한 때에는 소는 당사자적격의 흠결로 부적법하게 된다. 보정방법이 논의되어야 한다.

(1) 별소제기 변론병합

甲은 누락된 자를 상대로 별소를 제기하고 법원이 변론을 병합하면 당사자적격의 흠결은 치유되는데, 병합을 하기 위해서는 같은 종류의 소송절차로 심판될 것에 한하며(제253조 참조), 각 청구 상호간에 법률상의 관련성이 있을 것을 요한다.

(2) 고유필수적 공동소송추가

당사자적격이 갖추어지지 아니한 경우 제1심 변론종결시까지 원고의 신청에 따라 누락된 원고 또는 피고를 추가할 수 있는데(제68조), 이는 추가적 형태의 임의적 당사자변경이다.

(3) 공동소송참가

소송의 목적이 한쪽 당사자와 제3자간에 합일적으로 확정될 필요가 있는 필수적 공동소송으로 될 경우 판결의 효력을 받는 자는 제83조 공동소송참가를 할 수 있다. 이 경우 유사필수적 공동소송으로 될 경우뿐이다.

3. 결론

변론의 병합, 필수적 공동소송인 추가는 가능하나, 공동소송참가는 인정되지 아니한다.

[4] 2013년

【B-2】 (20점)

甲회사 (대표이사 乙)는 乙을 상대로 乙로부터 부동산을 매수하였음을 이유로에 대한 소유권이전등기청구의 소를 2011. 5. 6.에 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(2) 甲 회사의 전직 대표이사 丁은 소송계속 중 위 매매의 실제 매수인은 개인 丁이며 甲 회사가 아니라고 주장하면서 원고 甲 회사를 상대로는 B 부동산에 대한 소유권이전등기청구권 부존재확인청구를 피고 乙을 상대로는 B 부동산에 대한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 독립당사자참가신청을 하였다. 丁의 독립당사자참가가 적법한지 여부에 대하여 설명하시오. (10)

1. 쟁점의 정리

독립당사자참가의 참가이유와 참가취지를 검토하는 문제이다. 여기에 확인의 소의 경우 확인의 이익을 검토하여야 한다.

2. 본론

(1) 교과서의 독립당사자참가의 이유와 참가취지를 설명한다.

(3) 학설과 판례가 양립불가능성에 대한 주장자체로 족하고 양립하면 청구기각이 인정된다는 부분을 명확히 한다. 적법하다.-제79조의 편면적 참가가능함을 설명한다.

(2) 원고의 확인의 소에서 원고에 대하여 소극적 확인의 소를 제기하는 것은 확인의 소의 유효적절한 수단(방법) 선택의 적절성에 흠결이 있음을 설명한다.

3. 결론

편면적 참가가 가능하여 적법하다.

[5] 2015년

【문제-4】(20점)

X토지는 甲 소유인데, 乙은 甲으로부터 이를 매수하는 내용의 매매계약을 체결 하였다. X토지의 등기부에는 甲 명의의 소유권이전등기 다음에 丙 명의로 소유권이전등기가 경료되어 있는데, 이는 丙이 등기에 필요한 서류를 위조하여 마친 것으로 원인무효의 등기이다. 乙은 甲과 의논하여, 토지관할이 있는 서울중앙지방법원에 자신의 甲에 대한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 삼아 甲을 대위 하여 丙을 상대로 소유권이전등기말소청구소송을 제기하였다. (다음 각 설문은 독립적임)

(2) 乙이 제1심에서 소송을 수행하던 중 사망하였고 乙의 상속인으로는 두 아들 A와 B가 있었다. A, B는 甲과 의논한 다음, 乙의 소송을 계승하여 공동원고로서 소송을 수행하였다. A, B는 제1심에서 원고 패소판결을 받자 A는 항소하였으나 B는 항소하지 않았다. 항소심 법원은, A와 丙 사이에서만 절차를 진행하여 A의 항소를 기각하였다. 항소심판결은 정당한지 설명하시오.(10점)

1. 문제의 소개

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

2. 필수적 공동소송의 여부

(1) 문제점

1) 공유자의 소송수행권과

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

2) 사안의 쟁점

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

(2) 필수적 공동소송인지 여부

1) 채권자대위소송의 법적 성질

고유한 대위권설인 경우 채권자의 권리행사는 독립적인 권리이므로 소송물이 별개라서 기판력이 논의될 수 없으나, 법정 소송담당설에 의하는 경우<sup>73)</sup> 기판력이 논의되어야 한다.

2) 채권자대위소송의 기판력확장 여부

채권자대위소송의 기판력은 채무자가 알았거나 알 수 있었을 경우 채권자의 확정판결의 효력은 채무자에게 미친다. 기판력은 소송법적 효력으로 합일확정이 필요하다. 따라서 이 경우 유사필수적 공동소송이 되어 필수적 공동소송의 제67조가 적용된다.

(3) 사안의 경우

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

3. 항소하지 않은 자의 지위

(1) 문제점

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

(2) 필수적 공동소송에서 이심과 공동소송인의 지위

1) 필수적 공동소송의 항소와 심판범위<sup>74)</sup>

73) 학설을 별도 기재하여 설명하여도 되나 장황하게 설명하지 말 것

74) 94다33002: 원고가 피고 2, 3 및 제1심 공동피고를 상대로 그 합유지분에 관하여 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 구하는 소송은 고유필수적 공동소송에 해당하고, 이 경우 그 공동소송인의 일부인 피고 2, 3의 항소의 효력은 제1심 공동피고에 대하여도 미치므로 [이후 피고 3이 항소를 취하하였으나, 위 항소취하는 피고 2의 항소가 남아 있는 이상 그 효력이 없으므로, 마찬가지로], 원심으로서 제1심 공동피고에 대하여도 심리·판단하여 하나의 판결을 선고하여야 할 것이다.

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

2) 항소심에서의 소송상 지위

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

(3) 사안의 경우

항소하지 않은 자의 경우에도 판례에 의하면 항소심당사자이므로 항소심의 심판대상이 된다.

4. 결론

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

[6] 2016년

【문제-3】 (30점)

甲과 乙은 동업을 하기로 계약을 맺은 후, 동업자의 조달을 하여 丙에게 “동업을 위한 자금이 필요하다.”고 말하고서 丙으로부터 1억 원을 차용하였다. [아래 (1), (2)설문 상호간, 가, 나. 설문 상호 간은 각 독립임]

(1) 丙이 甲을 단독피고로 하여 위 대여금 전액의 반환을 구하는 소를 제기하여 제1심에서 전부승소 결을 선고받았는데, 甲이 항소를 제기하여 그 변론기일에 “乙과의 동업자금으로 차용한 것이므로 甲에게만 청구한 것은 부적법하다.”는 주장을 하였다.

가. 甲의 주장사실과 관련된 소의 부적법 사유가 항소심에서 치유될수 있는 방법이 무엇인지 설명하시오.(10점)

丙으로부터 차용한 동업자금은 조합채무이므로, 丙은 甲과 乙을 필수적 공동소송동인으로 하여 소를 제기하여야 한다. 당사자적격의 치유방안으로 변론병합(제141조), 필수적 공동소송인의 추가(제68조), 공동소송참가(제83조) 등을 설명한다. 공동소송참가에서 유사필수적 공동소송의 경우는 인정되나 고유필수적 공동소송의 경우 학설의 대립이 있으며 판례는 분명하지 않다는 부분을 적시하여 부정한다. 변론을 병합하는 방안이나 필수적 공동소송인을 추가하는 방안은 적절하지 않다는 점도 논의한다.

[7] 2017년

【문제-4】 (20점)

甲(주소지 관할법원: 서울중앙지방법원)은 소유자인 乙(주소지 관할법원: 인천 지방법원)로부터 경기도 수원에 위치한 임야 1,000 평방미터(소재지 관할법원: 수원지방법원)를 매수하였다. 그 후 甲이 매매대금을 지급하였음에도 乙이 이전등기를 해주지 않았다. 이에 甲은 乙을 상대로 매매를 원인으로 한 소유권 이전등기청구의 소를 제기함에 있어 이 기회에 乙에게 빌려준 5천만 원도 돌려 받고자 대여금 반환청구를 병합하게 되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

(2) 甲은 위 소송계속 중 乙에 대한 소유권이전등기청구권 및 대여금 반환 청구권 모두를 丙에게 양도하고 이를 乙에게 통지하였다. 丙이 이 사건 소에 스스로 관여할 수 있는 소송법적 절차에 대해 설명하시오. (10점)

1. 쟁점정리

참가승계가 인정되는지 문제된다. 승계가 인정되기 위하여 소송물의 승계인지 그러한 경우 참가방법과 소송법적 효과 등이 문제된다.

2. 본론

- (1) 참가승계의 요건을 설명한다.
- (2) 요건에서 승계인의 범위를 설명한다.
- (3) 승계의 소송법적 효과를 설명한다.

3. 결론

소송물의 승계인이 스스로 참가하는 경우 참가승계가 가능하고, 피승계인의 모든 소송법적 효과를 승계하여 효력을 받는다.

[8] 2019년

【문제-1】 30점

甲과 乙은 丙에 대하여 각기 다른 금전채권을 갖고 있는 채권자들이다. 채무자 丙은 丁에 대하여 X건물에 관한 소유권이전등기청구권을 갖고 있는데 그의 유일한 재산이다. 이에 채권자 甲과 乙은 공동으로 丙을 대위하여 丁을 상대로 X건물에 관한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 그 후 채무자 丙은 이러한 대위소송이 제기되었다는 사실을 알게 되었다.(다음 각 물음은 독립적임)

- (1) 丙이 위 대위소송에서 원고측에 참고하고자 한다. 어떠한 형태의 소송참가가 가능한지에 대하여 설명하시오.
- (2) 제1심에서 원고 甲과 乙은 패소판결을 받았는데 甲 단독으로 항소를 제기하였다. 이 경우 항소하지 않은 원고 乙은 항소심절차에서 이심되는지 여부와 아울러 만일 이심된다면 원고 乙은 항소심 절차에서 어떤 지위를 갖게 되는지 설명하시오.
- (3) 피고 丁은 변론에서 “X건물에 관하여 매매계약을 체결하고 대금을 지급받은 사람은 戊인데, 그에게 대리권을 준비 없다” 라고 주장하였다. 이에 원고 甲과 乙은 법원에 허가를 얻어 戊를 예비적 피고로 추가하여 무권대리행위로 인한 손해배상청구를 하였다. 제1심 법원은 심리한 후 丁에 대한 청구에 대하여 이유있다고 이를 인용하면서 戊에 대한 청구에 대하여 아무런 판단을 하지 않았다. 이러한 제1심 판결에 대하여 丁이 항소하였는데 항소심 법원이 제1심 법원과 동일한 심증을 갖는다면 어떠한 판결을 하여야 하는지 설명하시오.

[9] 2021년

【문제-1】 (30점)

甲은 A에 대하여 2018. 4. 26.부터 현재까지 36억 원의 채권을 가지고 있고, A는 피고 1에 대하여 50억 원, 피고 2에 대하여 20억 원, 피고 3에 대하여 12억 원, 피고 4에 대하여 12억 원의 각 채권을 가지고 있다고 주장하면서 “甲에게 피고1은 11억 원, 피고 2는 4억 원, 피고 3, 피고 4는 각 2억 원을 지급할 것”을 청구하는 채권자대위소송을 제기하였다. 이 소송의 계속 중에 乙은 A에 대하여 18억 원의 채권을 가지고 있고, A는 피고들에 대하여 위와 같은 채권을 가지고 있다고 주장하면서 “乙에게 피고 1은 9억 원, 피고 2는 4억 원, 피고 3은 2억 원, 피고 4는 2억 원을 각 지급할 것”을 청구하는 내용으로 甲이 진행하는 소송에 참가하고자 한다. (다음 각 설문은 독립적임)

- (1) 甲의 피고 1 내지 4에 대한 각 소송이 적법하기 위해서는 어떠한 요건이 필요한지를 설명하시오. (10점)
- (2) 甲과의 관계에서 乙이 위 소송에 참가하는 형태에 관하여 설명하시오. (20점)

I. 설문 (1)

1. 문제의 소개

채권자대위소송의 법적 성질과 그에 따른 적법요건이 우선 문제되고 각각의 제3채무자에 대한 소송은 별개의 주관적 공동소송이므로 공동소송의 유형에 따른 직권조사사상으로서 적법요건인 소송요건을 살펴본다.

2. 채권자대위소송과 당사자적격

(1) 채권자대위소송의 법적 성질

통설과 판례는 채권자대위소송은 채권자가 제3자의 소송을 담당할 수 있는 병행형 법정소송담당으로 본다. 이에 대하여 반대견해로 독립한 고유권설의 입장을 가진 견해가 있다. 독립적인 고유한 대위권설에 의하는 경우 채권자는 자기의 권리를 행사하게 되므로 별도의 적격요건을 살필 필요가 없고 별개의 자기의 청구권으로 보게 된다.

(2) 당사자적격으로서 피보전채권의 흡결

법정소송담당설에 의하는 경우 피보전채권의 존재, 채무자의 무자력, 채무자의 권리불행사 등이 존재하여야 하며, 이는 당사자적격의 문제이므로 소송요건으로서 이것의 흡결은 부적법각하되어야 한다. 채무자에 대한 요건이므로 개별적 제3채무자에 대하여 동일한 기준이 적용된다.

(3) 사안의 경우

판례에 법정소송담당설의 경우 채권자는 당사자적격을 가진 채무자의 권리를 대위하는 것이므로 甲은 채권자이므로 각각의 피고에 대하여 원고로서의 적법한 요건을 가지고 있다.

3. 다수의 피고에 대한 공동소송의 적법성

(1) 공동소송의 유형과 요건

합일확정의 원칙에 따라 통상의 공동소송과 필수적 공동소송으로 구분된다. 채권자대위소송은 채무자와의 관계에서는 합일확정의 유사필수적 공동소송이지만, 채권자가 여럿의 피고를 상대로 한 경우이므로 필수적 공동소송으로서 적법요건은 검토가 필요없다.

(2) 제3 채무자 간의 관계

피고인 제3 채무자는 공동소송인 간의 독립의 원칙이 적용되는 통상의 공동소송이다. 법정소송담당설이나 고유한 대위권설의 입장이나 어느 견해에 의하여도 채무자의 제3자의 관계는 합일확정의 원칙이 필요없다. 개별적인 적법요건을 제외하면 다수의 채무자를 상대로 한 채권자대위소송은 통상의 공동소송으로 적법하다.

(3) 직권조사사상과 관련재판적

주관적 병합은 개관적 병합을 포함하므로 제3채무자에 대한 소송물은 별개이므로 객관적 병합의 요건도 특별히 문제되지 아니한다. 따라서 제253조의 요건을 충족한다고 볼 것이다. 다만 관련재판적은 제65조 전문과 후문을 구분하는 이유가 되므로 후문에 해당하는 경우 고유한 대위권설에 의하는 경우 관련재판적을 적용할 수 없는 경우도 있으나 법정소송담당설에 의하는 경우 제65조 전단에 해당하여 관할의 창설이 인정된다고 할 것이다.

4. 결론

법정소송담당설에 의하는 경우 당사자적격은 적법요건이나 각각의 피고에 대하여 채권자대위소송은 제3자소송담당으로 적법하고 통상의 공동소송으로 개별적 판단하여 적법하다고 볼 것이다. 다만 다수의 피고에 대하여 관련재판적에 의한 관할창설은 인정된다.

II. 설문 (2)<sup>75)</sup>

1. 문제의 소재

채권자와 다른 채권자의 관계에서 채권자대위소송의 성질에 따라 제3 채권자가 기판력을 받는지, 한편 명시적 일부청구를 하였으므로 甲의 채권자대위소송의 소송물과 제3채권자의 소송의 소송물을 다르게 보아야 하는지 이에 따라 결과적으로 소송참가가 같은 절차 내에서 심리되므로 제83조의 합일확정의 소송참가의 요건과 중복제소에 관한 규정을 적용하지 않는 적법한 공동소송참가인지 문제된다.

2. 채권자대위소송에서 기판력

(1) 단순보조참가와 구분

제3 채권자의 대위소송이 동일한 기판력을 받는 소송인지에 따라 단순보조참가와 공동소송적 보조참가와 구분이 된다. 사안의 경우 참가적 효력이 아니라 기판력이 문제된다.

(2) 기판력이 작용과 소송참가

제3자소송담당자가 소송수행한 판결의 효력은 권리귀속주체인 채무자는 물론(민사소송법 제218조 제3항), 다른 대위채권자에게도 미친다. 이 경우 판례는 채무자는 대위소송사실을 아는 경우에 미치는데 반하여 다른 대위채권자는 대위소송 사실을 알았는지의 여부를 묻지 않고 기판력이 미친다고 판단한다.

(3) 사안의 경우

채권자 간에 있는 甲과 乙은 채무자가 기판력을 받으면 제3채권자도 판결의 효력으로 기판력을 받으므로 대위소송에 공동소송참가나 공동소송적 보조참가를 할 수 있는 인적 요건을 충족한다.

3. 제3채권자의 공동소송참가 여부

(1) 당사자적격과 공동소송참가

법정소송담당으로 보는 경우 여러 채권자가 대위소송을 제기하더라도 집행권원은 단 하나만이 존재하므로 여러 채권자는 동일한 당사자로 취급된다. 이는 동일한 당사자적격으로서 취급된다. 따라서 채권자간에는 동일한 당사자로 취급되므로 공동소송참가 인정되는 여부에 이에 따라 적법여부가 문제된다.

(2) 공동소송참가와 중복제소

75) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301,30325 판결: 채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 참가신청은 적법하다. 이때 양 청구의 소송물이 동일한지는 채권자들이 각기 대위행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정되고, 채권자들이 각기 자신을 이행 상대방으로 하여 금전의 지급을 청구하였더라도 채권자들이 채무자를 대위하여 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로 이러한 채권자들의 청구가 서로 소송물이 다르다고 할 수 없다. 여기서 원고가 일부 청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 것으로 볼 수 있는 경우에는 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 아니하는 한 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하여 중복된다고 할 수 있으므로 소송목적이 원고와 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 필요성을 인정할 수 있어 참가인의 공동소송참가신청을 적법한 것으로 보아야 한다.

1) 당사자의 동일성

공동소송적보조참가와 다르게 공동소송참가신청은 신소제기의 실질을 가지게 된다. 채권자대위소송에서 채권자와 제3채권자는 당사자로서 소를 제기하는 것이므로 보조참가와 다르게 자기의 권리를 청구하는 것으로 신소제기이다.

2) 판결의 모순저촉과 적법 여부

소송참가를 한 경우에는 별소를 제기하는 경우와 달리 판결의 결의 모순저촉의 가능성이 없기 때문에 합일확정에 문제가 없으므로 중복제소금지의 규정을 적용받지 않는다.<sup>76)</sup> 결국 다른 채권자는 공동소송참가를 할 수 있다. 이 경우 동일한 소송에서 합일확정하는 경우 판결의 모순저촉의 우려가 공동소송참가신청은 중복제소에 해당하지 않는다.

(3) 소결

甲의 채권자대위소송에서 다른 채권자인 乙의 소송참가는 공동소송참가로서 실질적인 동일한 당사자로서 신소제기에 해당한다. 소송물이 동일하다면 중복제소의 문제가 있으나 하나의 판결이 인정되므로 합일확정되는 필수적 공동소송과 같이 모순저촉의 우려가 없으므로 적법한 공동소송참가이다.

4. 공동소송참가에서 소송물의 동일성

(1) 문제점

채권자의 소송물과 제3 채권자의 소송물이 동일할 경우에는 공동소송참가로 인정되며 중복제소에 따른 신소제기에 따른 모순저촉의 적법여부가 문제되지 아니한다. 즉 소송물이 동일한가의 여부가 판단되어야 한다.

(2) 소송물의 동일성 여부

소송물 동일 여부는 채권자들이 대위행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정된다. 채권자는 명시적으로 일부청구를 하였으므로 그 소송물은 액수와 제3채권자는 별개의 청구를 하였기 때문에 소송물이 동일하지 않다. 그러나 판례는<sup>77)</sup> 원고가 일부청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 경우 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 않는다면 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하다고 한다.

5. 결론

甲과의 관계에서 乙은 대위소송판결의 기판력을 받는 당사자적격자이므로 공동소송참가를 할 수 있다. 乙의 공동소송참가신청은 신소제기의 실질을 가지며, 제3채무자에 대한 관계에서는 실질적으로 동일당사자이며, 일부청구의 소송물은 동일하다고 본다. 그러나 소송참가의 경우에는 같은 절차 내에서 심리되므로 중복제소금지 규정이 적용되지 아니한다. 공동소송참가로서 적법하게 인정된다.

76) 대법원 2015.7.23. 선고 2013다30301·30325 판결:

77) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다30301,30325 판결: 여기서 원고가 일부 청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 것으로 볼 수 있는 경우에는 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 아니하는 한 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하여 중복된다고 할 수 있으므로 소송목적이 원고와 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 필요성을 인정할 수 있어 참가인의 공동소송참가신청을 적법한 것으로 보아야 한다.

### III. 관련 판례

◆ 금전채권자가 채무자를 대위해서 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된 사건-대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결

**【판시사항】**

- [1] 공유물분할청구권이 채권자대위권의 목적이 될 수 있는지 여부(적극)
- [2] 채권자대위권의 행사요건인 ‘보전의 필요성’이 있는지 판단하는 기준
- [3] 금전채권자가 자신의 채권을 보전하기 위하여 채무자가 보유한 부동산에 관한 공유물분할청구권을 대위행사할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 이는 채무자의 공유지분이 다른 공유자들의 공유지분과 함께 근저당권을 공동으로 담보하고 있고, 근저당권의 피담보채권이 채무자의 공유지분 가치를 초과하여 채무자의 공유지분만을 경매하면 남을 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 경매절차가 취소될 수밖에 없는 반면, 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하면 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례해서 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되어 채무자의 공유지분 경매대가에서 근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고 남을 가망이 있는 경우에도 마찬가지로인지 여부(적극)

◆ 공유물의 소수지분권자가 공유물을 독점적으로 점유하는 다른 소수지분권자를 상대로 방해배제와 인도를 청구하는 사건-대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결

**【판시사항】**

공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우, 다른 소수지분권자가 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도를 청구할 수 있는지 여부(소극) 및 자신의 지분권에 기초하여 공유물에 대한 방해 상태를 제거하거나 공동 점유를 방해하는 행위의 금지 등을 청구할 수 있는지 여부(적극)

◆ 원고들이 주위적 피고와 예비적 피고를 상대로 스키장 회원 가입비 반환을 구하는 사건-대법원 2019. 9. 10. 선고 2018다237473

◇체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제27조 제2항의 입법 취지, 2. 본래 용도에 따른 기능을 상실하여 종전 체육시설업을 영위할 수 없는 정도에 이르렀고 체육시설업의 영업 실질이 남아 있지 않게 된 경우 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제27조 제2항에서 정하는 「문화체육관광부령으로 정하는 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설(이하 ‘체육필수시설’이라 한다)」에 해당한다고 볼 수 있는지 여부(소극)◇

1. 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(이하 ‘체육시설법’이라 한다) 제27조는 영업주체의 변동에도 불구하고 사업의 인·허가와 관련하여 형성된 공법상 관리체계를 유지시키고 체육시설업자와 이용관계를 맺은 다수 회원의 이익을 보호하는 데 입법 취지가 있다(대법원 2016. 5. 25.자 2014마1427 결정, 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결 등 참조). 특히 체육시설법 제27조 제2항은 같은 조 제1항의 영업양도에는 해당하지 않더라도 제2항 각 호에서 정하는 민사집행법에 따른 경매 등 절차에 따라 체육필수시설의 소유권이 이전되어 체육시설업의 영업 주체가 변경되는 때에도 제1항을 준용하려는 것이 그 입법 취지이다.

2. 당초에는 어떠한 시설이 체육시설법 제27조 제2항에서 정한 체육필수시설에 해당하였지만, 이를 구성하던 일부 시설이 노후화되거나 철거되는 등으로 남은 시설로는 본래 용도에 따른 기능을 상실하여 이를 이용해서 종전 체육시설업을 영위할 수 없는 정도에 이르렀고 체육시설업의 영업 실질이 남아 있지 않게 된 경우에는 그 시설은 더는 체육시설법 제27조 제2항에서 정한 체육필수시설에 해당한다고 볼 수 없다. 이러한 시설이 민사집행법에 따른 경매 등 체육시설법 제27조 제2항 각 호에서 정한 절차에 따라 매각된다고 하더라도 체육시설법 제27조 제2항은 적용되지 않으므로 그 시설을 매수한 사람은 기존 체육시설업자의 회원에 대한 권리·의무를 승계한다고 볼 수 없다.

☞ 예비적 피고는 담보권의 실행을 위한 경매 절차에서 스키장 부동산을 매수하였고 주위적 피고는 예

비적 피고로부터 위 부동산을 매수하였는데, 원고들이 피고들을 상대로 각각 스키장 회사 또는 예비적 피고의 권리·의무를 승계하였음을 이유로 가입비 반환을 구한 사건에서, 예비적 피고가 매수한 위 부동산은 체육필수시설 기준을 충족시키지 못하였고 그 용도에 따른 기능을 상실할 정도로 훼손되어 스키장업을 영위하기 현저히 곤란하였다는 이유로 체육필수시설로 볼 수 없다고 판단한 원심이 타당하고, 주위적 피고에 대한 상고는 원고들이 상고이유서를 제출하지 않은 것으로 보아야 한다는 이유로 원고들의 상고를 모두 기각한 사례

◆ **매도청구권 행사 이후에 이루어진 특정승계에 대한 승계인수 신청 인정하지 아니한 대법원 2019. 2. 28. 선고 2016다255613 판결**

민사소송법 제82조 제1항은 ‘승계인의 소송인수’에 관하여 “소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 때에는 법원은 당사자의 신청에 따라 그 제3자로 하여금 소송을 인수하게 할 수 있다.”라고 정하고 있다. 토지 또는 건축물에 관한 특정승계를 한 것이 토지 또는 건축물에 관한 소유권이전등기의무를 승계하는 것은 아니다. 따라서 사업시행자가 조합설립에 동의하지 않은 토지 또는 건축물 소유자를 상대로 매도청구의 소를 제기하여 매도청구권을 행사한 이후에 제3자가 매도청구 대상인 토지 또는 건축물을 특정승계하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 사업시행자는 민사소송법 제82조 제1항에 따라 제3자로 하여금 매도청구소송을 인수하도록 신청할 수 없다.

☞ 주택재건축사업의 사업시행자인 원고가 사업시행구역 내 토지와 건물을 소유하던 A를 상대로 구 「도시 및 주거환경정비법」(2012. 2. 1. 법률 제11293호로 개정되기 전의 것) 제39조에 따라 매도청구권을 행사하였고, 피인수신청인은 그 후에 위 토지와 건물의 소유권을 특정승계로 취득하였는데, 원고가 이 사건 제1심 소송 계속 중에 민사소송법 제82조에 따라 피인수신청인을 상대로 승계인수신청을 한 사건에서, 피인수신청인이 원고의 매도청구권 행사 이후에 비로소 위 토지와 건물의 소유권을 특정승계한 사정만으로는 민사소송법 제82조 제1항에서 정하는 ‘소송목적인 의무를 승계한 때’에 해당한다고 할 수 없으므로 원고의 이 사건 승계인수신청은 허용될 수 없다고 판단하여 상고기각한 사안임.

◆ **권리승계형 승계참가에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용되는지 문제된 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체판결**

◇권리승계형 승계참가 후 원고가 원고승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않아 소송에 남아있는 경우 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조를 적용할 수 있는지 여부(적극)◇

승계참가에 관한 민사소송법 규정과 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와의 정합성, 원고승계참가인(이하 ‘승계참가인’이라 한다)과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성 등을 종합적으로 고려하면, 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 민사소송법 제81조에 따라 소송에 참가한 경우, 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않거나 이에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아있다면 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다고 할 것이다.

그러므로 2002년 민사소송법 개정 후 피참가인인 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대하여 다투지 않고 그 소송절차에서 탈퇴하지도 않은 채 남아있는 경우 원고의 청구와 승계참가인의 청구가 통상공동소송 관계에 있다는 취지로 판단한 대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다16729 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다65850 판결, 대법원 2014. 10. 30. 선고 2011다113455, 113462 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

☞ 원고가 피고를 상대로 정산금 지급을 구하는 소송의 제1심 계속 중에 승계참가인이 위 정산금채권 중 일부에 대해 전부명령을 받아 승계참가를 하였고, 원고는 참가인의 승계를 인정하였지만 자신의 청구 중 승계된 부분을 취하지 않아 제1심 법원이 원고의 청구를 기각하고 승계참가인의 청구를 일부 인용하였으며, 이에 대해서 승계참가인과 피고만 항소하였는데 원심 계속 중 피고들이 전부명령이 압류 경합으로 무효라고 다투자

원고가 부대항소를 제기한 사안에서, 승계된 부분에 관한 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용되어 제1심판결에 대하여 승계참가인과 피고들만 항소하였더라도 원고 청구 부분을 포함한 제1심판결 전체의 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

☞ 이러한 전원일치의견에 대하여 대법관 민유숙의 보충의견이 있음

대법원(재판장 대법원장 김명수, 주심 대법관 민유숙)은 2019. 10. 23. 전원일치 의견의 전원합의체 판결을 선고하여,

- 제3자가 소송목적의 권리를 승계하였다고 주장하면서 승계참가를 하였는데, 피참가인인 원고가 승계를 인정하면서도 소송탈퇴 또는 소취하 등을 하지 않고 소송에 그대로 남아있는 경우,
- ① 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와와의 정합성, ② 승계참가인과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성, ③ 승계참가에 관한 민사소송법 규정 등을 종합적으로 고려할 때,
- 「승계로 인하여 중첩된 ‘원고의 청구’와 ‘승계참가인의 청구’ 사이에는 ‘필수적 공동소송’에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다」고 보아,

이와 같은 취지의 원심판결에 대한 상고를 기각하고, 이와 달리 판단하였던 종래의 대법원 판례를 변경하였습니다(대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결).

◆ 예비적 공동소송에 관한 대법원 2021. 7. 8. 선고 2020다292756 판결

◇1. 주관적.예비적 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에게 대해 상소가 제기되는 경우 상소심의 심판범위, 2. 주관적.예비적 공동소송에서 일부 공동소송인에 관한 청구에 대하여만 판결을 한 경우 일부판결인지 전부판결인지 여부 및 이때 누락된 공동소송인이 이를 시정하기 위한 방법◇

주관적.예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 대한 청구에 관하여 판결을 하여야 하고(민사소송법 제70조 제2항), 그중 일부 공동소송인에 대하여만 판결을 하거나, 남겨진 자를 위하여 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다. 그리고 주관적.예비적 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람에게 대한 상대방의 소송행위는 공동소송인 모두에게 효력이 미치므로, 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람에게 대하여 상소가 제기되면 다른 공동소송인에 대한 청구 부분도 상소심에 이심되어 상소심의 심판대상이 되고, 이러한 경우 상소심의 심판대상은 주위적.예비적 공동소송인들 및 그 상대방 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다(대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다251851 판결 등 참조).

한편, 민사소송법 제70조 제2항은 같은 조 제1항의 예비적.선택적 공동소송에서는 모든 공동소송인에 관한 청구에 대하여 판결을 하도록 규정하고 있으므로, 이러한 공동소송에서 일부 공동소송인에 관한 청구에 대하여만 판결을 하는 경우 이는 일부판결이 아닌 흠이 있는 전부판결에 해당하여 상소로써 이를 다투어야 하고, 그 판결에서 누락된 공동소송인은 이를 시정하기 위하여 상소를 제기할 이익이 있다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다49430 판결 등 참조).

☞ 원고는 피고 갑에 대해서 을의 대리인인 부동산매매계약의 성립을 주장하면서 소유권이전등기청구를, 피고 을에 대해서 무권대리인 경우 손해배상청구를 하였는데, 제1심에서 피고 갑에 대한 청구는 기각되었으나 피고 을에 대한 청구는 자백간주로 인용되었고, 이에 대해 원고가 피고 갑에 대한 부분에 관하여만 항소하여 원심은 피고 갑에 대하여만 판단하여 항소를 기각하고 피고 을에 대한 부분은 아예 당사자로 보지도 않고 그에 대한 판단도 하지 않았음

☞ 대법원은 피고 갑과 을에 대한 청구는 주관적.예비적 공동소송에 해당하므로 하나의 판결을 선고하여야 함에도 원심이 피고 을에 대한 청구는 심판대상에서 제외되었다고 보아 판단하지 않은 것이 위법하다고 판단하여 원심판결을 전부 파기환송하였음

◆ **편면적 대세효 있는 주주총회결의의 부존재·무효의 확인을 구하는 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정된다고 하여 '유사필수적 공동소송'의 개념을 재확인한 대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다284977 전원합의체 판결**

**【판시사항】**

주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우, 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당하는지 여부(적극)

**【판결요지】**

[다수의견] 주주총회결의의 부존재 또는 무효 확인을 구하는 소의 경우, 상법 제380조에 의해 준용되는 상법 제190조 본문에 따라 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대하여도 효력이 있다. 이러한 소를 여러 사람이 공동으로 제기한 경우 당사자 1인이 받은 승소판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치므로 공동소송인 사이에 소송법상 합일확정의 필요성이 인정되고, 상법상 회사관계소송에 관한 전속관할이나 병합심리 규정(상법 제186조, 제188조)도 당사자 간 합일확정을 전제로 하는 점 및 당사자의 의사와 소송경제 등을 함께 고려하면, 이는 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다.

[대법관 이기택, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 이흥구의 별개의견] 청구를 기각하는 판결은 제3자에 대해 효력이 없지만 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대해 효력이 있는 상법상 회사관계소송에 관하여 여러 사람이 공동으로 소를 제기한 경우, 이러한 소송은 공동소송의 원칙적 형태인 통상공동소송이라고 보아야 한다. 필수적 공동소송의 요건인 합일확정의 필요성을 인정할 수 없어, 민사소송법 제67조를 적용하여 소송자료와 소송 진행을 엄격히 통일시키고 당사자의 처분권이나 소송절차에 관한 권리를 제약할 이유나 필요성이 있다고 할 수 없다.

◆ **보조참가신청각하결정에 대한 재항고사건-대법원 2021. 12. 10.자 2021마6702 결정**

**【판시사항】**

회생채권자가 제기한 채권자취소소송이 계속되어 있던 중 채무자에 대한 회생절차가 개시되어 관리인이 소송을 수계하고 부인의 소로 변경한 경우, 채권자취소의 소를 제기한 회생채권자가 보조참가를 할 수 있는지 여부(원칙적 적극)

**【결정요지】**

소송사건에서 제3자가 한쪽 당사자를 돕기 위하여 보조참가를 하려면 소송결과에 이해관계가 있어야 한다(민사소송법 제71조 참조). 해당 소송에서 판결의 효력이 직접 미치지 않는다고 하더라도 그 판결을 전제로 보조참가를 하려는 자의 법률상 지위가 결정되는 관계에 있으면 이러한 이해관계가 인정된다. 채무자가 채권자에 대한 사해행위를 한 경우에 채권자는 민법 제406조에 따라 채권자취소권을 행사할 수 있다. 그러나 채무자에 대한 회생절차가 개시된 후에는 관리인이 채무자의 재산을 위하여 부인권을 행사할 수 있다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다) 제100조, 제105조). 회생채권자가 제기한 채권자취소소송이 회생절차개시 당시 계속되어 있는 때에는 소송절차는 중단되고 관리인이나 상대방이 이를 수계할 수 있고(채무자회생법 제113조, 제59조 제2항), 관리인이 기존 소송을 수계하고 부인의 소로 변경하여 부인권을 행사할 수 있다.

회생채권자가 제기한 채권자취소소송이 계속되어 있던 중 채무자에 대한 회생절차가 개시되어 관리인이 소송을 수계하고 부인의 소로 변경한 경우 소송결과가 채무자 재산의 증감에 직접적인 영향을 미치는 등 회생채권자의 법률상 지위에 영향을 미친다고 볼 수 있다. 따라서 종전에 채권자취소의 소를 제기한 회생채권자는 특별한 사정이 없는 한 소송결과에 이해관계를 갖고 있어 관리인을 돕기 위하여 보조참가를 할 수 있다.