

【민사소송법 25문】

①책형

【문 1】 변론종결 전 이미 발생하였으나 소송 중에 행사하지 않은 권리의 행사에 관하여 가장 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 취소권을 소송 중에 행사하지 않음으로 인하여 취소권자에게 불리하게 판결이 확정된 경우 그 확정 후 취소권을 행사함으로써 판결확정의 효력을 부인할 수 없다고 한다.
- ② 판례는 백지어음 소지인이 어음금 청구소송의 사실심 변론종결일까지 백지 부분을 보충하지 않아 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 경우, 백지보충권을 행사하여 완성한 어음에 기하여 전소의 피고를 상대로 다시 동일한 어음금을 청구할 수 없다고 한다.
- ③ 판례는 건물의 소유를 목적으로 하는 토지 임대차가 종료함에 따라 토지의 임차인이 임대인에 대하여 건물매수청구권을 행사할 수 있음에도 불구하고 이를 행사하지 아니한 채, 토지의 임대인이 임차인에 대하여 제기한 토지인도 및 건물철거청구 소송에서 패소하여 그 패소판결이 확정되었다면, 별도로써 건물매수청구권을 행사하여 임대인에 대하여 건물매매대금의 지급을 구할 수 없다고 한다.
- ④ 판례는 채무자가 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었으나 상계의 의사표시는 그 변론종결 후에 한 경우, 적법한 청구이의 사유가 된다고 한다.

【문 2】 소송상화해에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 소송상화해는 소송계속 중에 이루어진다는 점에서 제소전 화해와 다르고, 상호 양보하여 합의한다는 점에서 청구의 포기·인낙과 다르다.
- ② 소송상화해가 실효조건의 성취로 실효된 경우에는 화해가 없었던 상태로 돌아가므로 당사자는 화해 성립 전의 법률관계를 다시 주장할 수 있다.
- ③ 소송상화해는 소송계속 중이면 어느 때나 할 수 있으므로 상고심에서도 할 수 있다.
- ④ 소송상화해에 확정판결의 당연무효사유와 같은 사유가 아니더라도 실체법상의 하자가 있을 때에는 그 무효를 주장하며 기일지정신청으로 다툴 수 있다.

【문 3】 소제기의 효과로서 시효중단에 관한 다음 설명 중 명백히 잘못된 것은?

- ① 판례는 권리자가 피고로서 응소하여 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우 시효중단사유인 재판상의 청구에 해당한다고 보고 있다.
- ② 채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 갖고 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 그 중 어느 하나의 채권을 행사하는 것이 다른 채권에 대한 소멸시효 중단의 효력이 있다고 할 수 없다는 것이 판례의 기본입장이다.
- ③ 판례는 근저당권설정등기청구의 소 제기가 그 피담보채권이 될 채권에 대한 소멸시효 중단사유가 될 수 있다고 보고 있다.
- ④ 시효중단의 효력은 소장 부분이 피고에게 송달된 때에 발생한다.

【문 4】 승계참가에 관하여 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① A가 원고가 되어 B를 상대로 한 소송이 계속 중에 C가 A의 승계인이라고 주장하면서 참가신청을 할 경우, A가 승계를 다투지 않는다면 C는 B에 대해서만 청구를 하면 된다.
- ② A가 원고가 되어 B를 상대로 한 소송이 계속 중에 C가 A의 승계인이라고 주장하면서 참가신청을 하였고, A가 탈퇴를 신청하였으나 B가 동의를 하지 않은 경우, A의 청구와 C의 청구는 통상의 공동소송으로서 모두 유효하게 존속하게 되므로 법원은 양 청구 모두에 대하여 판단을 하여야 한다.
- ③ A가 원고가 되어 B를 상대로 한 소송이 계속 중에 A가 “C가 B의 승계인이다”고 주장하면서 C를 상대로 인수신청을 하였는데, 법원이 C에 대한 심문을 하지 않고 C에 대하여 인수를 명하는 결정을 하였다면 이는 위법하다.
- ④ A가 원고가 되어 B를 상대로 한 소송이 계속 중에 A가 “C가 B의 승계인이다”고 주장하면서 인수신청을 하여 C에 대하여 인수를 명하는 결정이 있었고 그 후 A의 동의 하에 B가 소송에서 탈퇴하였다면 판결의 효력은 A, C 사이에만 미치고 B에게는 미치지 않는다.

【문 5】 법관의 제척·기피에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 최종변론 전의 변론이나 증거조사에만 관여한 경우는 이전심급의 재판에 관여한 때라고 할 수 없다.
- ② 청구이의 소에 있어서 그 대상인 본안의 확정판결도 이전심급의 재판에 해당한다.
- ③ 중중소송에서 재판부의 구성법관이 중중의 구성원이면 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있어 제척이유가 된다.
- ④ 제척신청이 각하된 때에는 결정이 확정되기 이전이라도 직무를 행할 수 있다.

【문 6】 청구의 선택적·예비적 병합에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다고 보고 있다.
- ② 판례는 청구의 예비적 병합에서 주위적 청구를 배척하고 예비적 청구를 인용하는 경우에는 판결의 주문에 주위적 청구를 기각한다는 뜻과 예비적 청구를 인용한다는 뜻을 다같이 표시하지 않으면 안 된다고 하고 있다.
- ③ 판례는 선택적 병합의 경우 그 중 하나의 청구를 받아들여 청구를 인용한 판결에 대하여 피고가 항소한 경우 제1심이 판단하지 않은 나머지 청구도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판대상이 된다고 보고 있다.
- ④ 판례는 예비적 병합의 경우에 주위적 청구 기각·예비적 청구 인용의 1심판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 불복하지 아니한 주위적 청구도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판대상이 된다고 보고 있다.

【문 7】 변론주의와 관련한 판례의 입장을 설명한 것으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 민사소송에 있어서 변론주의는 주요사실에 대하여서만 인정될 뿐 주요사실의 존부를 추인케 하는 간접사실에 대하여는 그 적용이 없다고 보고 있다.
- ② 판례는 변론주의 원칙상 당사자가 주장하지 않은 사실을 기초로 법원이 판단할 수는 없지만, 법원은 청구의 객관적 실체가 동일하다고 보여지는 한 청구원인으로 주장된 실체적 권리관계에 대한 정당한 법률해석에 의하여 판결할 수 있다고 보고 있다.
- ③ 판례는 사실인 관습은 일상생활에 있어서의 일종의 경험칙에 속하는 것으로 그 유무를 판단함에는 당사자의 주장이나 입증에 구애됨이 없이 법관 스스로의 직권에 의하여 이를 판단할 수 있다고 보고 있다.
- ④ 판례는 채심사유의 존부에 대하여도 변론주의가 적용되어 자백이 허용된다고 보고 있다.

【문 8】 상소요건에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 본안의 재판 중에 한 소송비용 및 가집행에 관한 재판에 대하여는 독립하여 상소하지 못한다.
- ② 항소를 한 뒤 소송기록이 제1심법원에 있는 동안 제1심법원에 항소권포기서를 제출한 경우에는 제1심법원에 항소권포기서를 제출한 즉시 항소권 포기의 효력이 발생한다.
- ③ 잔부를 유보하지 않은 묵시적 일부청구에 관하여 전부승소한 채권자는 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소가 허용되지 아니한다.
- ④ 제1심판결에 대하여 불복하지 않은 당사자는 그에 대한 항소심판결이 제1심판결보다 불리하지 않다면 항소심판결에 대해 상고의 이익이 없다.

【문 9】 항변과 부인에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고의 정지조건부 법률행위에 해당한다는 사실의 주장은 항변에 해당한다.
- ② 피고의 정지조건부 법률행위에 해당한다는 주장에 대해 원고의 정지조건부 법률행위가 아니라는 주장은 재항변, 정지조건성취의 주장은 부인에 해당한다.
- ③ 원고의 소비대차에 기한 대여금반환청구에 대하여 피고가 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 항변에 해당한다.
- ④ 원고의 소비대차에 기한 대여금반환청구에 대하여 피고가 대여가 아니라 증여를 받았다고 주장하는 것은 부인에 해당한다.

【문10】 소송상의 대리인에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 당사자가 사망하면 소송위임에 의한 소송대리인의 대리권은 소멸한다.
- ② 법정대리인의 표시는 소장·판결의 필요적 기재사항이다.
- ③ 지방자치단체를 당사자로 하는 소송에는 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률에 의한 국가소송수행자의 지위가 인정되지 아니한다.
- ④ 소송대리인은 위임받은 사건에 대하여 강제집행, 가압류·가처분에 관한 절차 등 일체의 소송행위와 변제의 영수를 할 수 있다.

【문11】 재판의 누락에 관한 다음 설명 중 명백히 잘못된 것은?

- ① 판례는 판결주문에 기재가 없더라도 판결이유 속에 판단이 되어 있으면 재판의 누락은 아니라고 보고 있다.
- ② 판례는 원고가 2개의 청구를 단순병합하여 청구하였는데 항소심이 그 중 하나의 청구에 대하여 재판을 누락한 경우 그 누락된 부분에 대한 상고는 부적법하다고 보고 있다.
- ③ 재판의 누락이 있어 추가판결이 이루어진 경우 추가판결과 전의 판결은 각각 별개의 판결로서 상소기간도 개별적으로 진행한다.
- ④ 소송비용의 재판을 누락한 경우 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 그 소송비용에 대한 재판을 하여야 할 것이나, 중국판결에 대하여 적법한 항소가 있는 때에는 그 결정은 효력을 잃고 항소심이 소송의 총비용에 대하여 재판을 한다.

【문12】 항소의 취하에 대한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 항소심의 중국판결이 선고된 뒤라도 그 판결이 상고심에서 파기환송된 경우에는 부대항소의 제기 여부와 관계없이 새로운 중국판결이 있기까지 항소인은 항소를 취하할 수 있다고 보고 있다.
- ② 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론을 한 뒤에는 항소를 취하함에 있어 상대방의 동의가 필요하다.
- ③ 항소의 취하는 항소법원에 하여야 하나, 소송기록이 원심법원에 있을 때에는 원심법원에 하여야 한다.
- ④ 판례는 피고의 항소로 인한 항소심에서 소의 교환적 변경이 적법하게 이루어진 뒤에 한 피고의 항소 취하는 그 대상이 없어 아무런 효력이 발생할 수 없다고 보고 있다.

【문13】 부대항소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 피항소인은 항소권의 포기나 항소기간의 도과로 자기의 항소권이 소멸된 경우에도 부대항소를 제기할 수 있다.
- ② 부대항소는 항소심의 변론종결 전까지 가능하다.
- ③ 판례에 따르면 통상의 공동소송에 있어 공동당사자 일부만이 항소를 제기한 때에는 피항소인은 항소인인 공동소송인 이외의 다른 공동소송인을 상대방으로 하여 부대항소를 제기할 수 없다.
- ④ 항소가 취하되거나 부적법하여 각하된 경우 부대항소는 이를 독립된 항소로 보아 처리하는 것이 원칙이다.

【문14】 다음 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 최초 변론기일에 원고가 특별한 사정이 없음에도 불출석하였고, 반면 피고는 출석해서 원고의 주장을 부인했다면 법원은 원고의 청구를 기각해야 한다.
- ② 결정으로 완결할 사건은 변론이 아니라 심문을 열어 심리를 해야 한다.
- ③ 변론에 상대방이 출석하지 않았다면 준비서면에 기재하지 않은 사실을 주장할 수 없는 것이 원칙이다.
- ④ 당사자는 소송에 있어서 법관의 면전에서 말로 변론을 하여야 하고, 말로 진술을 확인한 소송자료만이 판결의 기초가 되어야 한다는 원칙을 직접주의라고 부른다.

【문15】중복제소금지에 관한 판례의 입장으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채권자대위소송 계속 중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 같은 제3채무자를 상대로 법원에 출소한 경우 두 개 소송의 소송물이 같다면 나중에 계속된 소는 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 소가 된다.
- ② 채권자취소소송 계속 중 다른 채권자가 동일한 사해행위에 대하여 채권자취소소송을 제기한 경우 중복제소에 해당하지 아니한다.
- ③ 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장은 허용되지 아니한다.
- ④ 일부만을 특정하여 청구하고 그 이외의 부분은 별도소송으로 청구하겠다는 취지를 명시적으로 유보한 때에는 그 명시적 일부청구 소송의 계속 중 유보한 나머지 청구를 별도소송으로 제기하더라도 중복제소에 해당하지 아니한다.

【문16】단체의 당사자능력에 관하여 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 민법상 법인에 해당하면 그 단체는 항상 당사자능력을 갖는다.
- ② 단체가 법인이 아닌 사단으로서 당사자능력을 갖으려면 반드시 대표자 또는 관리인이 있어야 한다.
- ③ 단체가 변론종결 시점에 이르러서야 법인이 아닌 사단이 되었고 소제가 당시에는 법인이 아닌 사단으로서 실체가 없었더라면 그 소는 부적법하다.
- ④ 법인의 하부조직 중 하나라도 스스로 단체로서의 실체를 갖추고 독자적인 활동을 하고 있다면 법인과 별도의 법인이 아닌 사단으로서 당사자능력을 갖게 된다.

【문17】판결 경정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 판결의 경정이 가능한 오류에는 그것이 법원의 과실로 인하여 생긴 경우는 물론이고 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함된다고 하고 있다.
- ② 판례는 판결에 명백한 오류가 있는지 여부는 판결서의 기재 그 자체만으로 판단해야 한다고 보고 있다.
- ③ 판례는 경정신청 기각결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 없고 특별항고가 허용될 뿐이라고 보고 있다.
- ④ 경정결정은 판결의 원본과 정본에 덧붙여 적어야 하나, 정본에 덧붙여 적을 수 없을 때에는 결정의 정본을 작성하여 당사자에게 송달하여야 한다.

【문18】재판상 자백에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 통설·판례에 의함)

- ① 자백의 대상이 되는 사실은 주요사실에 한하며 간접사실과 보조사실에 대해서는 자백이 성립하지 않는다.
- ② 이행불능에 관한 주장은 법률적 효과에 관한 진술을 한 것에 불과하고 사실에 관한 진술을 한 것이라고는 볼 수 없으므로 그 진술은 자유로이 철회할 수 있고 법원도 이에 구속되지 않는다.
- ③ 다른 소송이나 소송 밖에서 한 불리한 진술은 재판상 자백으로서의 효력이 없다.
- ④ 문서의 진정성립에 관한 자백은 보조사실에 관한 자백이므로 문서의 진정성립을 인정한 당사자는 자유롭게 이를 철회할 수 있다.

【문19】다음 중 판결의 효력에 관하여 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① A가 제기한 소송이 소송요건의 흠결을 이유로 소각하판결이 선고되어 확정되더라도 A가 그 흠결을 보완하여 다시 소를 제기하면 기판력의 저촉문제는 생기지 않는다.
- ② A가 100만 원을 소로써 청구함에 대하여 B가 200만 원의 반대채권으로서 상계한다고 항변한 경우, 그 상계항변이 인용되건 배척되건 자동채권에 관한 판단의 기판력은 100만 원에 한정된다.
- ③ A가 B의 상속인 C를 상대로 제기한 금전지급청구의 소에서 A 승소판결이 확정되었다면, 그 후 C가 변론종결 전의 상속포기를 주장하는 것은 기판력에 저촉되나 변론종결 전의 한정승인을 주장하는 것은 기판력에 저촉되지 않는다.
- ④ A가 B를 상대로 한 점포의 인도청구소송에서 점포의 관리인 C에게까지 그 확정판결의 효력이 미치는 것은 아니다.

【문20】다음 중 소의 제기 및 이익에 관하여 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원고가 피고에 대하여 적법하게 손해배상채무의 부존재확인 소를 제기한 경우, 피고가 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다고 원고가 제기한 확인의 소가 부적법하게 되는 것은 아니다.
- ② 형성의 소는 법률에 규정이 있는 경우에 한하여 제기할 수 있고, 법률의 규정에 따라 제기가 되었다면 소의 이익도 인정됨이 원칙이다.
- ③ 토지 경계확정의 소가 제기되어 소송이 계속되던 중 진실한 경계에 관하여 당사자의 주장이 일치하게 되었다면 경계확정의 소는 권리보호의 이익이 없게 된다.
- ④ 소장의 필수적 기재사항은 당사자 및 법정대리인, 청구취지와 청구원인이고 사건의 표시, 법원의 표시는 임의적 기재사항이다.

【문21】관할에 관한 다음 기술 중 옳은 것을 묶은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

가. 전속관할에 대하여 합의관할이나 변론관할이 인정되지 아니하고, 관할 위반의 경우를 제외하고는 소송이송이 허용되지 아니한다.

나. 소송목적의 값이 1억 원인 사건은 합의부 관할사건이다.

다. 계약으로 이행을 정하지 않았으면 특정물 인도청구 이외의 채무에 대해서는 채권자의 주소지가 특별재판적인 의무이행지로 된다.

라. 관할합의의 효력은 소송물이 채권과 같은 상대권이면 특정승계인에게 미치지 않고, 물권과 같은 절대권이면 특정승계인에게 미친다.

마. 피고가 본안에 관한 준비서면을 제출하고 변론기일 등에 불출석했을 때 그 준비서면이 진술간주되어도 변론관할이 생기지 않는다.

- | | |
|-----------|-----------|
| ① 가, 다, 마 | ② 가, 나, 라 |
| ③ 나, 다, 마 | ④ 나, 다, 라 |

【민사소송법 25문】

①책형

【문22】 원고 갑과 피고 을 사이의 소송계속 중에 피고 을이 사망하였고, 을의 상속인으로 병, 정, 무가 있다. 다음 기술 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 을에게 소송대리인이 있으면 중단사유에 불구하고 소송절차는 중단되지 않는다.
- ② 을에게 소송대리인이 있어 소송절차가 중단되지 않는 경우에 비록 상속인으로 당사자의 표시를 정정하지 아니한 채 을을 그대로 당사자로 표시하여 판결하였다고 하더라도 그 판결의 효력은 병, 정, 무에게 미친다.
- ③ 을의 사망에 의한 소송절차 중단을 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우에 그 판결은 사망자를 당사자로 한 판결이므로 당연무효이다.
- ④ 원고 갑도 을의 상속인 병, 정, 무를 위하여 중단된 소송절차의 수계신청을 할 수 있다.

【문23】 당사자의 변경, 추가에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원고가 A를 피고로 하여 소송을 하다가 B를 공동소송인으로 추가하는 것은 원칙적으로 허용되지 않으나, B가 필수적 공동소송 또는 예비적·선택적 공동소송의 피고가 된다면 공동소송인으로 B를 추가하는 것이 허용될 수 있다.
- ② 민사소송법은 당사자의 표시정정과 관련한 명문의 규정을 두고 있지 않고, 당사자의 경정에 관해서는 피고의 경정에 대하여만 명문의 규정을 두고 있다.
- ③ A 회사의 대표이사 B가 A 회사 명의로 제기하였어야 할 소송을 본인의 이름으로 제기한 경우, B가 그 소송에서 원고를 A 회사로 당사자표시정정신청을 하더라도 이는 허용될 수 없다.
- ④ 소송계속 중 실체법상 분쟁주체의 지위가 이전된 경우에는 임의적 당사자의 변경을 인정할 실익이 생기게 된다.

【문24】 선정당사자에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 다수자의 권리·의무가 동종이며 그 발생원인이 동종인 관계에 있는 것만으로는 공동의 이해관계가 있다고 할 수 없어 선정당사자의 선정을 허용할 것이 아니라는 입장이다.
- ② 판례는 선정당사자의 선정행위시 심급을 한정하여 선정하는 것도 허용되나, 심급의 제한에 관한 약정 등이 없는 한 선정의 효력은 소송이 종료에 이르기까지 계속된다고 보고 있다.
- ③ 판례는 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하된 경우에도 선정자가 선정을 취소하지 않는 한 선정당사자의 자격이 당연히 상실되는 것은 아니라고 하고 있다.
- ④ 선정당사자가 받은 판결은 선정자에 대해서도 그 효력이 미친다.

【문25】 민사소송법 제446조가 규정하고 있는 이른바 ‘재도의 고안’에 관한 다음 설명 중 명백히 잘못된 것은?

- ① 원심법원은 항고에 정당한 이유가 있다고 인정하는 경우 그 재판을 경정하여야 하는데 여기의 경정에는 원재판의 취소·변경도 포함된다.
- ② 적법한 항고의 경우에 허용된다는 것이 우리나라의 통설이다.
- ③ 판례는 통상항고는 물론 즉시항고, 재항고, 특별항고의 경우에도 재도의 고안이 허용된다고 보고 있다.
- ④ 판례는 상소장의 인지 부족으로 각하명령이 내려진 후 부족한 인지를 보정하였다 하더라도 재도의 고안에 의해 그 명령을 취소할 수는 없다고 보고 있다.