

2014년도 3월 8일 시행
법원직 9급 공개경쟁채용 필기시험

민사소송법(1책형)

해설 - 이희억 교수

【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 임차인이 임차인에 대하여 제기한 토지인도 및 건물철거청구 소송에서 패소하여 그 패소판결이 확정되었다면, 별도로 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.

【해설】 ③ 표준시 전에 행사하지 아니한 지상권자·임차인의 건물매수청구도 표준시 뒤에 행사할 수 있는가에 대하여 일반의 형성권 처럼 실권설(소수설)도 있으나, 다수설과 판례는 임차인 등의 보호를 위하여 상계권에 준하여 실권되지 않는다고 한다(대판 1995. 12. 26, 95다42195). 따라서 위의 사례는 대법원 판례의 태도로서 타당한 설명이다. ① 대판 1979. 8. 14, 79다1105 ② 판례는 약속어음의 소지인이 전소의 사실심 변론종결일까지 백지보충권을 행사하여 어음금의 지급을 청구할 수 있었음에도 위 변론종결일까지 백지 부분을 보충하지 않아 이를 이유로 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 후에 백지보충권을 행사하여 어음이 완성된 것을 이유로 전소 피고를 상대로 다시 동일한 어음금을 청구하는 경우에는, 위 백지보충권 행사의 주장은 특별한 사정이 없는 한 전소판결의 기판력에 의하여 차단되어 허용되지 않는다고 한다(대판 2008. 11. 27, 2008다59230).

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

- ① 소송상화해는 소송계속 중에 이루어진다는 점에서 제소전화해와 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 다룰 수 있다.

【해설】 ④ 판례는 재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자간에 기판력이 생기는 것이므로 확정판결의 당연무효 사유와 같은 사유가 없는 한 재심의 소에 의하여만 효력을 다룰 수 있는 것이나, 당사자 일방이 화해조서의 당연무효 사유를 주장하며 기일지정신청을 한 때에는 법원으로서 그 무효사유의 존재 여부를 가리기 위하여 기일을 지정하여 심리를 한 다음 무효사유가 존재한다고 인정되지 아니한 때에는 판결로써 소송종료선언을 하여야 한다(대판 2001. 3. 9, 2000다58668). 따라서 소송상화해에 확정판결의 당연무효사유와 같은 사유가 아니면 실체법상의 하자가 있을 때에 그 무효를 주장하며 기일지정신청으로 다룰 수 없다.

【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 중단 사유가 될 수 있다고 보고 있다.
- ④ 시효중단의 효력은 소장 부분이 피고에게 송달된 때에 발생한다.

【해설】 ④ 시효중단의 효력은 소장 부분이 피고에게 송달된 때에 발생하는 것이 아니라, 소장을 법원에 제출한 때에 생긴다(민사소송법 제265조). ① 대판 2007. 1. 11, 2006다33364 ② 대판 2001. 3. 23, 2001다6145 ③ 대판 2004. 2. 13, 2002다7213

【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 이에만 미치고 B에게는 미치지 않는다.

【해설】 ④ A의 동의 하에 B가 소송에서 탈퇴하였다면 판결의 효력은 A, C 사이에만 미치는 것이 아니고 탈퇴한 B에게도 미친다(민사소송법 제81조, 제80조). ① 참가승계는 편면적 참가가 허용되므로 A가 승계를 다투지 않는다면 C는 B에 대해서만 청구를 하면 되므로 타당한 설명이다. ② 대판 2004. 7. 9, 2002다16729 ③ 제3자의 인수참가신청이 있으면 법원은 당사자와 제3자를 반드시 심문하여야 하므로(민사소송법 제82조 제2항) C에 대한 심문을 하지 않고 C에 대하여 인수를 명하는 결정을 하였다면 이는 위법하다.

【문 5】 법원의 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 구성법원이 중중의 구성원이면 당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있어 제척이유가 된다.
- ④ 제척신청이 각하된 때에는 결정이 확정되기 이전이라도 직무를 행할 수 있다.

【해설】 ② 청구이의 소는 채무자가 집행권원에 표시된 청구에 대하여 집행력을 배제하기 위한 소로써 그 대상인 본안의 확정판결은 제척이유에 있어서 이전심급의 재판에 해당하지 않는다. ① 대판 1997. 6. 13, 96다56115 ③ 대판 2010. 5. 13, 2009다102254 ④ 민사소송법 제48조 단서

【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.

【해설】 ④ 판례는 제1심법원이 주위적 청구인 입양무효확인청구와 예비적 청구인 과양 및 위자료청구를 병합심리한 끝에 주위적 청구는 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고한 데 대하여 피고만이 항소한 경우, 항소제기에 의한 이심의 효력은 당연히 사건 전체에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되지만, 항소심의 심판범위는 피고가 불복신청한 범위, 즉 예비적 청구를 인용한 제1심판결의 당부에 한정되는 것이므로, 원고의 부대항소가 없는 한 주위적 청구는 심판대상이 될 수 없고, 그 판결에 대한 상고심의 심판대상도 예비적 청구 부분에 한정된다고 한다(대판 2002. 12. 26, 2002므852). ① 대판 2008. 12. 11, 2005다51495 ② 대판 1974. 5. 28, 73다1942 ③ 대판 2006. 4. 27, 2006다7587

【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 판단 함에는 당사자의 주장이나 입증에 구애됨이 없이 법관 스스로의 직권에 의하여 이를 판단할 수 있다고 보고 있다.
- ④ 판례는 재심사유의 존부에 대하여도 변론주의가 적용되어 자백이 허용된다고 보고 있다.

【해설】 ④ 판례는 재심사유의 존부에 관하여는 당사자의 처분권을 인정할 수 없고, 재심법원은 직권으로 당사자가 주장하는 재심사유 해당사실의 존부에 관한 자료를 탐지하여 판단할 필요가 있고, 따라서 재심사유에 대하여는 당사자의 자백이 허용되지 아니하며 의제자백에 관한 민사소송법 제139조 제1항은 적용되지 아니한다고 한다(대판 1992. 7. 24, 91다45691). 즉, 재심사유의 존부는 법원의 직권탐지주의가 적용되는 대상으로서 변론주의의 적용이 배제되어 자백이나 의제자백이 허용되지 않는다.

① 대판 2002. 6. 28, 2000다62254 ② 변론주의는 사실과 증거방법에만 국한되고 그 주장된 사실관계를 기초로 한 법적 판단과 제출된 증거의 가치평가는 법원의 직책에 속한다. 따라서 법원은 청구의 객관적 실체가 동일하다고 보여지는 한 청구원인으로 주장된 실체적 권리관계에 대한 정당한 법률해석에 의하여 판결할 수 있다(대판 1997. 11. 28, 95다29390 참고). ③ 판례는 사실인 관습은 일상생활에 있어서의 일종의 경험칙에 속한다 할 것이고 경험칙은 일종의 법칙인 것이므로 법관은 어떠한 경험칙의 유무를 판단함에 있어서는 당사자의 주장이나 입증에 구애됨이 없이 스스로 직권에 의하여 판단할 수 있다고 한다(대판 1976. 7.13, 76다983). 그러나 이와 달리 사실인 관습은 그 존재를 당사자가 주장 입증하여야 하나, 관습은 그 존부자체도 명확하지 않을 뿐만 아니라 그 관습이 사회의 법적 확신이나 법적 인식에 의하여 법적 규범으로까지 승인되었는지의 여부를 가리기는 더욱 어려운 일이므로, 법원이 이를 알 수 없는 경우 결국 당사자가 이를 주장·입증할 필요가 있다고 함이 판례의 태도이기도 하다(대판 1983. 6. 14, 80다3231).

【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.

【해설】 ③ 판례는 가분채권에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 아니한 경우에는 그 확정판결의 기판력은 나머지 부분에까지 미치는 것이어서 별도로써 나머지 부분에 관하여 다시 청구할 수는 없으므로, 이러한 경우에는 예외적으로 전부 승소한 판결에 대해서도 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소의 이익을 인정함이 상당하다

고 한다(대판 1997. 10. 24, 96다12276). ① 민사소송법 제391조 ② 대판 2006. 5. 2, 2005마933 ④ 대판 1988. 11. 22, 87다카414

【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.

【해설】 ② 피고의 정지조건부 법률행위에 해당한다는 주장은 권리저지적 규정의 요건사실로서 피고가 주장·입증을 하여야 할 항변사항이고(대판 2009. 3. 16, 2008다93117), 원고의 정지조건부 법률행위가 아니라는 주장은 피고의 주장에 대하여 부인에 해당한다. 그리고 정지조건성취의 주장은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 원고의 재항변으로서 원고가 주장·입증하여야 할 사항에 해당한다(대판 1983. 4. 12, 81다카692 참고). ① 피고의 권리저지적 항변에 해당한다(대판 2009. 3. 16, 2008다93117). ③ 피고의 권리멸각적 항변에 해당한다. ④ 피고의 부인 중 간접부인에 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.

【해설】 ① 당사자가 사망하더라도 소송위임에 의한 소송대리인의 대리권은 소멸하지 않는다(민사소송법 제95조 제1항). ② 민사소송법 제249조 제1항 ③ 대판 2006. 6. 9, 2006다4035 ④ 민사소송법 제90조 제1항

【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, 종국판결에 대하여 적법한 항소가 있는 때에는 그 결정은 효력을 잃고 항소심이 소송의 총비용에 대하여 재판을 한다.

【해설】 ① 판례는 판결에는 법원의 판단을 분명하게 하기 위하여 결론을 주문에 기재하도록 하고 있으므로, 비록 판결 이유에서 그 당부를 판단하였더라도 주문에 설시가 없으면 그에 대한 재판은 누락된 것으로 보아야 하고, 재판이 누락된 경우 그 부분 소송은 여전히 그 심급에 계속중이라 할 것이어서 적법한 상소의 대상이 되지 아니하므로 그 부분에 대한 상소는 부적법하다고 한다(대판 2007. 11. 16, 2005두15700). ② 판례는 재판이 누락된 경우 그 부분 소송은 여전히 그 심급에 계속중이라 할 것이어서 적법한 상소의 대상이 되지 아니하므로 그 부분에 대한 상소는 부적법하다고 한다(대판 2009. 9. 24, 2009두8199). 따라서 위의 설문은 타당하다. ③ 추가판결과 전의 판결은 모두 종국판결로서 각각 별개의 판결이므로 상소 기간도 개별적으로 진행한다. ④ 민사소송법 제212조 제3항

【문12】 항소의 취하에 대한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 항소심의 종국판결이 선고된 뒤라도 그 판결이 상고심에서 파기환송된 경우에는 부대항소의 제기 여부와 관계없이 새로운 종국판결이 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.

【해설】 ② 항소의 취하는 항소인의 일방적 의사표시로서 족하고, 소의 취하와는 달리 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론을 한 뒤에라도 상대방의 동의를 요하지 않는다(민사소송법 제393조). ① 대판 1995. 3. 10, 94다51543 ③ 민사소송규칙 제126조 ④ 대판 1995. 1. 24, 93다25875

【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.

【해설】 ④ 부대항소는 상대방의 항소에 의존되어 있기 때문에 주된 항소의 취하 또는 각하에 의하여 그 효력을 잃는다(민사소송법 제404조 본문)(부대항소의 종속성). 그러나 부대항소인이 독립하여 항소기간내에

제기한 부대항소는 주된 항소의 소멸로 영향을 받지 않는다(단서). ① 위의 설문은 부대항소의 개념으로서 타당한 설명이다. ② 민사소송법 제403조 ③ 판례는 통상의 공동소송에 있어 공동당사자 일부만이 상고를 제기한 때에는 피상고인은 상고인인 공동소송인 이외의 다른 공동소송인을 상대방으로 하거나 상대방으로 보태어 부대상고를 제기할 수는 없다고 한다(대판 1994. 12. 23, 94다40734 참고). 위의 판례와 같이 항소심에서도 부대항소를 제기할 수 없다.

【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.

【해설】 ③ 출석한 당사자가 변론에 상대방이 출석하지 않았다면 준비서면에 기재하지 않은 사실을 주장할 수 없다(민사소송법 제276조 본문). 그러나 준비서면을 필요로 하지 아니하는 단독사건의 경우에는 그러하지 아니하다(단서). 따라서 위의 설문은 옳은 설명이다. ① 피고가 원고의 주장을 부인하였다면 원고가 부인된 사실을 입증하지 못할 때에 원고의 청구를 기각해야 하는 것이지, 단순히 피고가 출석해서 원고의 주장을 부인했다는 것만으로 원고의 청구를 기각할 수 없다. ② 결정으로 완결할 사건은 변론을 여는 것이 법원의 재량에 맡겨져 있으며(임의적 변론), 재량으로 변론을 열지 않는 경우에 법원은 당사자 등을 심문할 수 있다(민사소송법 제134조 제2항). 심문의 여부는 법원의 재량임이 원칙이다. 다만, 필요적 심문인 경우도 있고(민사소송법 제82조 제2항 등), 반대로 심문이 금지되는 경우도 있다(민사소송법 제467조). 그러나 위의 설문과 같이 심문을 열어 심리를 해야 한다 라는 말은 틀렸다. ④ 위의 설문은 직접주의가 아니라 구술주의에 대한 설명이다(민사소송법 제134조 제1항, 규칙 제28조 제1항).

【문15】 중복제소금지에 관한 판례의 입장으로 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채권자대위소송 계속 중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 같은 제3채무자를 상대로 법원에 출소한 경우 두개 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 별소로 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.

【해설】 ③ 판례는 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용된다고 한다(대판 2001. 4. 27, 2000다4050). ① 대판 1994. 2. 8, 93다53092 ② 대판 2008. 4. 24, 2007다84352 ④ 대판 1985. 4. 9, 84다552

【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 소제기 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.

【해설】 ③ 소송요건의 구비여부는 사실심 변론종결시를 기준으로 하므로 소제기 당시에 소송요건을 구비하지 않아도 사실심의 변론종결시까지 이를 구비하면 된다(대판 1997. 12. 9, 97다18547 참고). 따라서 소제기 당시에는 법인이 아닌 사단으로서 실체가 없었더라도 단체가 변론종결 시점에 이르러서야 법인이 아닌 사단이 되었다면 당사자능력의 소송요건을 구비하게 되어 그 소는 적법하다. ① 민사소송법 제51조 ② 민사소송법 제52조 ④ 대판 2009. 1. 30, 2006다60908

【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.

【해설】 ② 판례는 경정결정을 함에 있어서는 그 소송 전 과정에 나타난 자료는 물론 경정대상인 판결 선고 후에 제출된 자료도 그 오류가 명백한지 여부를 판단할 수 있다고 한다(대판 2000. 5. 24, 99그82). 따라서 판결에 명백한 오류가 있는지 여부는 판결서의 기재 그 자체뿐만 아니라 소송기록과 대비하여 판단하여야 한다. ① 대판 2000. 5. 24, 99그82 ③ 대판 1986. 11. 7, 86마895 ④ 민사소송법 제211조 제2항

【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.

【해설】 ④ 판례는 문서의 성립에 관한 자백은 보조사실에 관한 자백이기는 하나 그 취소에 관하여는 다른 간접사실에 관한 자백취소와는 달리 주요사실의 자백취소와 동일하게 처리하여야 할 것이므로 문서의 진정성립을 인정한 당사자는 자유롭게 이를 철회할 수 없다고 한다(대판 2001. 4. 24, 2001다5654). ① 대판 2000. 1. 28. 99다35737 참고 ② 대판 2009. 4. 9, 2008다93384 ③ 대판 1987. 6. 26, 85다카914

【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.

【해설】 ④ A가 B를 상대로 한 점포의 인도청구소송에서 점포의 관리인 C는 단지 청구의 목적물을 소지한 사람에 불과하기 때문에 그 확정판결의 효력이 미친다(민사소송법 제218조 제1항). ① 대판 2003. 4. 8, 2002다70181 참고 ② 비록 피고가 반대채권으로서 200만원 상계항변을 하였다고 하여도 상계로써 대항한 액수에 한하여 기판력이 미치므로 그 상계항변이 인용되건 배척되건 자동채권에 관한 판단의 기판력은 100만 원에 한정된다(민사소송법 제216조 제2항). ③ 판례는 채무자가 한정승인을 하였으나 채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결시까지 이를 주장하지 아니하는 바람에 책임의 범위에 관하여 아무런 유보 없는 판결이 선고·확정된 경우라 하더라도 책임의 범위는 현실적인 심판대상으로 등장하지 아니하여 주문에서는 물론 이유에서도 판단되지 않는 관계로 그에 관하여는 기판력이 미치지 않기 때문이다. 위와 같은 기판력에 의한 실권효 제한의 법리는 채무의 상속에 따른 책임의 제한 여부만이 문제되는 한정승인과 달리 상속에 의한 채무의 존재 자체가 문제되어 그에 관한 확정판결의 주문에 당연히 기판력이 미치게 되는 상속포기의 경우에는 적용될 수 없다고 한다(대판 2009. 5. 28, 2008다79876).

【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 이행 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.

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.

【해설】 ③ 판례는 소송계속 중 어느 일방 당사자의 사망에 의한 소송절차 중단을 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 소송에 관여할 수 있는 적법한 수계인의 권한을 배제한 결과가 되는 절차상 위법은 있지만 그 판결이 당연무효라 할 수는 없다고 한다(대판 1995. 5. 23, 94다28444). ① 민사소송법 제238조, 제233조 ② 대판 1995. 9. 26, 94다54160 ④ 민사소송법 제241조

【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.

【해설】 ④ 소송계속 중 소송의 목적인 권리의무의 실체법상 분쟁주체의 지위가 이전된 경우, 즉 실체관계(당사자적격)의 변동에 수반하여 이에 맞추어 절차상으로도 당사자가 변경되는 것은 소송승계이다. 그리고 실체관계에 변동이 없는 데에도 불구하고 절차상 당사자가 바뀌는 제도는 임의적 당사자의 변경이다. ① 민사소송법 제68조, 제70조 ② 현행 민사소송법은 당사자의 표시정정과 관련한 명문의 규정을 두고 있지 않으며, 당사자의 경정에 관해서는 원고의 경정에 대해서는 규정이 없고 피고의 경정에 대하여만 명문의 규정을 두고 있다(민사소송법 제260조). 따라서 위의 설문은 타당한 설명이다. ③ 대판 2008. 6. 12, 2008다11276

【문24】 선정 당사자에 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.

【해설】 ③ 판례는 민사소송법 제53조의 선정당사자는 공동의 이해관계를 가진 여러 사람 중에서 선정되어야 하므로, 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하되거나 판결이 확정되는 등으로 공동의 이해관계가 소멸하는 경우에는 선정당사자는 선정당사자의 자격을 당연히 상실한다고 한다(대판 2006. 9. 28, 2006

다28775). 따라서 위의 설문의 경우 선정자가 선정을 취소할 필요가 없이 선정당사자의 자격은 당연히 상실된다. ① 대판 2007. 7. 12, 2005다10470 ② 대판 2003. 11. 14, 2003다34038 ④ 민사소송법 제218조 제3항

【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.

【해설】 ③ 판례는 통상의 절차에 의하여 불복을 신청할 수 없는 결정이나 명령에 대하여 대법원에 위헌이나 위법의 심사권을 부여하고 있는 특별항고의 경우에 원심법원에 반성의 기회를 부여하는 재도의 고안을 허용하는 것은 특별항고를 인정한 취지에 맞지 않으므로 특별항고가 있는 경우 원심법원은 경정결정을 할 수 없다고 한다(대판 2001. 2. 28, 2001그4). 그러나 통상항고이든 즉시항고이든 재항고이든 모두 재도의 고안이 허용된다. ① 민사소송법 제446조 참고 ② 대판 1967. 3. 22, 67마141 ④ 대판 1996. 1. 12, 95두61