

2015 변호사시험 민소법 선택형

by 김춘환

1. 甲이 乙을 상대로 제기한 X토지의 소유권이전등기말소 청구의 소의 항소심법원은 甲에게 소유권이 인정되지 않는다는 이유로 甲이 승소한 제1심 판결을 취소하고 甲의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 이에 대하여 甲이 상고를 제기하였는데, 상고심 법원은 항소심판결을 파기하고 항소심법원에 환송하는 판결을 선고하였다. 다음 설명 중 옳은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 항소심에서 판결 작성에 관여한 A판사가 상고심 재판에 관여한 경우, 乙은 법률상 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여하였음을 이유로 위 파기환송판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다.

② 환송 후 항소심의 판결정본이 환송 전 항소심의 甲의 대리인인 변호사 B에게 송달되면 송달로서의 효력이 생기지 않는다.

③ 환송 전과 환송 후의 항소심은 동일한 심급이므로 환송 전의 항소심판결에 관여한 C판사는 환송 후의 항소심재판에 관여할 수 있다.

④ 이 사건 제1심 법원의 촉탁에 의해 다른 법원의 D판사가 증거조사를 실시한 경우 D판사는 환송 후 항소심의 직무집행에서 제척된다.

⑤ 환송 후의 항소심판결에 대하여 乙이 적법하게 상고를 제기한 경우 환송 전의 상고심에서 乙을 대리하였던 변호사 E의 소송대리권은 환송 후의 상고심에서 부활하지 않는다.

<정답>

⑤번

<해설> - 2015 변호사시험

① (X) : 재심제도의 본래의 목적에 비추어 볼 때 재심의 대상이 되는 “확정된 종국판결”이란 당해 사건에 대한 소송절차를 최종적으로 종결시켜 그것에 하자가 있다고 하더라도 다시 통상의 절차로는 더 이상 다룰 수 없는 기판력이나 형성력, 집행력을 갖는 판결을 뜻하는 것이라고 이해하여야 할 것이다. 대법원의 환송판결은 형식적으로 보면 “확정된 종국판결”에 해당하지만, 여기서 종국판결이라고 하는 의미는 당해 심급의 심리를 완결하여 사건을 당해 심급에서 이탈시킨다는 것을 의미하는 것일 뿐이고 실제로는 환송받은 하급심에서 다시 심리를 계속하게 되므로 소송절차를 최종적으로 종료시키는 판결은 아니며, 또한 환송판결도 동일절차 내에서는 철회, 취소될 수 없다는 의미에서 기속력이 인정됨은 물론 법원조직법 제8조, 민사소송법 제406조 제2항 후문의 규정에 의하여 하급심에 대한 특수한 기속력은 인정되지만 소송물에 관하여 직접적으로 재판하지 아니하고 원심의 재판을 파기하여 다시 심리판단하여 보라는 종국적 판단을 유보한 재판의 성질상 직접적으로 기판력이나 실체법상 형성력, 집행력이 생기지 아니한다고 하겠으므로 이는 중간판결의 특성을 갖는 판결로서 “실질적으로 확정된 종국판결”이라 할 수 없다. 종국판결은 당해 심급의 심리를 완결하여 심급을 이탈시킨다는 측면에서 상소의 대상이 되는 판결인지 여부를 결정하는 기준이 됨은 분명하지만 종국판결에 해당하는 모든 판결이 바로 재심의 대상이 된다고 이해할 아무런 이유가 없다. 통상의 불복방법인

상소제도와 비상외 불복방법인 재심제도의 본래의 목적상의 차이에 비추어 보더라도 당연하다. 따라서 환송판결은 재심의 대상을 규정한 민사소송법 제422조(현 제451조) 제1항 소정의 “확정된 종국판결”에는 해당하지 아니하는 것으로 보아야 할 것이어서, 환송판결을 대상으로 하여 제기한 이 사건 재심의 소는 부적법하므로 이를 각하하여야 한다(대법원 1995.2.14. 선고 93재다27,34(반소) 전원합의체 판결).

② (X), ⑤ (O) : 판례는 상급심에서 원판결이 파기환송 되었을 경우에는 환송 전 원심의 상태로 환원되었으므로 환송 전의 과거 소송대리인의 대리권이 당연 부활하는 것으로 본다(대판 1985.5.28, 84후1021 등). 다만 파기환송 후 항소심에서 다시 상고되었을 경우 환송 전의 상고심에서 소송대리인의 대리권이 당연 부활하는 것은 아니라고 한다(대결 1996.4.4, 96마148).

③ (X) : 이전심급(前審)이란 그 불복사건의 하급심 재판으로서 상급심의 판단을 받을 중간적 재판, 상고심에서 간접적으로 불복대상이 된 제1심판결 등도 포함된다. 다만 i) 환송이나 이송되기 전의 원심판결(단 이 경우는 제436조 3항에 의해 관여할 수 없다) ii) 재심소송에 있어서 재심의 대상이 된 확정판결 iii) 청구에 관한 이익의 소에 있어서 그 대상이 된 확정판결 iv) 본안소송에 관한 관계에서 가압류·가처분에 관한 재판 등은 전심재판에 해당하지 않는다. 그리고 v) 소송상화해에 관여한 법관이 그 화해내용에 따른 목적물에 대한 인도청구소송 등에 관여하는 것도 전심재판에 해당하지 않는다. 다만 이러한 경우에도 기피사유에 해당할 수는 있다.

④ (X) : 전심 ‘관여’란 판결의 기본이 되는 최종변론, 실질적으로 사건에 관한 판단을 하는 판결의 합의(평의)나 판결의 작성에 관여한 경우를 말하므로, 단지 최종변론전의 변론, 준비절차, 증거조사 또는 판결의 선고에만 관여하는 것은 제척사유가 되지 않는다.

2. 甲은 乙을 상대로 대여금 청구의 소를 제기하였다(이하에서 丙은 甲의 채권자이다). 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 甲이 乙에게 소구하고 있는 채권을 丙이 가압류한 경우 법원은 甲의 소를 각하하여야 한다.
- ② 甲이 乙에게 소구하고 있는 채권에 대하여 丙이 압류 및 전부명령을 받고 그 전부명령이 확정된 경우 법원은 甲의 청구를 기각하여야 한다.
- ③ 丙이 甲을 상대로 신청한 파산절차가 개시되어 파산관재인이 선임된 후, 甲의 파산선고 전에 성립한 위 대여금 채권에 기하여 甲이 위 소를 제기한 경우, 법원은 甲의 소를 각하하여야 한다.
- ④ 丙이 甲을 대위하여 乙을 상대로 위 대여금의 지급을 구하는 소를 제기하고 甲에게 소송고지한 후 그 소송에서 패소판결이 확정된 경우, 법원은 그 후에 제소된 甲의 乙에 대한 위 대여금 청구를 기각하여야 한다.

<정답>

①번

<해설> - 2015 변호사시험

① (X), ② (O) : 피고(제3채무자)는 대여금채권이 압류·전부 또는 압류·추심 되었다고 항변할 수 있다. 즉 압류·전부된 경우에는 피고(제3채무자)에게 전부명령 송달시에 소급하여 당연

1) 소송대리인(甲)이 대법원의 파기환송전 항고심의 소송대리인이었고, 대법원의 파기환송판결에 의하여 사건이 동 항고심에 다시 계속하게 되었다면 위(甲)에게 한 특허청장 명의의 환송번호 및 심판관지 정통지서의 송달은 적법하다.

히 전부채권자에게 집행채권이 이전하고 동시에 집행채권 소멸의 효력이 발생하므로 이는 본안에 관한 항변사유이고, 압류·추심된 경우에는 피고(제3채무자)에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기 할 수 있고, 원고(채무자)는 피압류채권에 채권에 대한 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하게 되므로, 이는 소각하의 본안전 항변사유이다. 하지만 대여금채권이 단순히 압류·가압류 되었음을 들어 항변할 수는 없다(대판 2000.4.11. 99다23888).

③ (O) : 갈음형

법정소송담당			임의적 소송담당		법원허가에 의한 소송담당
담당자를 위한 소송담당		직무상의 당사자 (피담당자를 위한 소송담당)	명문 ○	명문 ×	1. 증권관련 집단소송법에 서의 대표당사자 (동법 제2조 1항) 2. 소비자 단체 소송에서의 소비자단체 (소비자기본법 제70조)
병행형	갈음형				
① 채권자대위 소송의 채권자	① 파산관재인	① 가사소송에서 피고적격자가 사망한 뒤의 검사	① 선정당사자 (제53조)	① 원칙 - ×	
② 주주대표소 송의 주주	② 회생회사 관리인	② 해양사고 구조료 청구 에서의 선장	② 추심위임 배서에 의한 피배서인 (어음법 제18조)	② 예외 : 변호사 대리원칙, 신탁법 취지에 반하지 않는 경우 - 업무집행 조합원 (判例)	
③ 채권질의 질권자	③ 채권추심명령을 받은 압류채권자		③ 금융기관의 연체대출금의 회수위임을 맡은 한국자산관리 공사		
④ 공유자전원 을 위해 보존 행위를 하는 공유자	④ 상속재산 관리인				
	⑤ 유언에 관한 소송에서 유언집행자				
	⑥ 주한미군에 대한 손해배상청구 소송에서 미군측을 위해 나서는 국가				

④ (O) : 甲은 丙 대위소송의 패소확정 판결의 기판력을 받으므로(제218조 3항, 절차보장설), 甲이 乙에게 다시 소를 제기했다면 권리보호의 이익은 있으나, 후소 법원은 전소와 모순되는 판단을 하지 못하므로 청구를 기각해야 한다(모순금지설). 다만 판례는 甲이 乙에게 먼저 이행의 소를 제기하여 패소확정을 받고 나서 丙이 대위소송을 제기한 사안에서는 “채권자대위권은 채무자가 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이어서 채권자가 대위권을 행사할 당시는 이미 채무자가 권리를 재판상 행사하였을 때에는 설사 패소의 본안판결을 받았더라도 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 당사자적격이 없다(대판 1992.11.10. 92다30016 ; 대판 2009.3.12. 2008다65839).”고 본다.

3. 중복된 소 제기의 금지에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)
① 치료비의 일부만 특정하여 그 지급을 청구한 경우에 명시적으로 유보한 나머지 치료비 지

급청구를 별도 소송으로 제기하더라도 중복된 소 제기에 해당하지 아니한다.

② 법원에 계속되어 있는 전소가 부적법하더라도 동일한 후소의 변론종결시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸되지 아니하는 한 그 후소는 중복된 소 제기의 금지에 저촉되는 부적법한 소로서 각하를 면할 수 없다.

③ 중복된 소 제기에 해당하지 않는다는 것은 소극적 소송요건으로 중복된 소 제기에 해당하면 법원은 피고의 항변을 기다릴 필요 없이 후소를 부적법 각하하여야 한다.

④ 중복된 소 제기임을 법원이 간과하고 본안판결을 한 후 그 판결이 확정되었다 하더라도 무효이다.

<정답>

④번

<해설> - 2015 변호사시험

① (O) : 판례는 “전 소송에서 불법행위를 원인으로 치료비청구를 하면서 일부만을 특정하여 청구하고 그 이외의 부분은 별도소송으로 청구하겠다는 취지를 명시적으로 유보한 때에는 그 전소송의 소송물은 그 청구한 일부의 치료비에 한정되는 것이고 전 소송에서 한 판결의 기판력은 유보한 나머지 부분의 치료비에까지는 미치지 아니한다 할 것이므로 전 소송의 계속 중에 동일한 불법행위를 원인으로 유보한 나머지 치료비청구를 별도소송으로 제기하였다 하더라도 중복제소에 해당하지 아니한다(대판 1985.4.9. 84타552).”고 하여 명시적 일부청구설의 입장이다.

② (O) : 이미 법원에 계속되어 있는 소(전소)가 소송요건을 갖추지 못한 부적법한 소라고 하더라도 취하·각하 등에 의하여 소송 계속이 소멸하지 않는 한 그 소송 계속 중에 다시 제기된 소(후소)는 중복된 소제기의 금지에 저촉되는 부적법한 소로서 각하를 면할 수 없다(통설, 판례).

③ (O) : 극적 소송요건이고 직권조사사항이므로, 이에 해당하면 판결로써 후소를 각하한다.

④ (X) : 전후 양소가 모두 확정된 경우에는, 기판력이 서로 모순·저촉되었을 때 어느 것이 먼저 소제기 되었는지와 관계없이 먼저 확정된 판결이 효력이 있고 뒤에 확정된 판결이 재심의 소에 의하여 취소된다(제451조 1항 10호). 즉 유효의 판결이다.

4. 변론주의에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 소멸시효에 대하여 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장할 경우 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 한다.

② 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효항변이 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효항변을 포함한 것으로 볼 수는 없다.

③ 법원은 당사자가 시효를 원용하지 않는 경우, 당사자에게 시효를 원용할 의사의 유무를 묻거나 그 원용을 촉구할 의무가 없다.

④ 원고가 청구원인을 대여금 청구라고 밝히면서 그에 대한 증거로 약속어음을 제출한 데 대하여 피고가 소멸시효항변을 하면서 「어음법」상 3년의 소멸시효가 적용된다고 주장한 경우, 법원은 직권으로 「민법」 등이 정하는 소멸시효 기간을 살펴 소멸시효 완성 여부를 판단할 수 없다.

<정답>

④번

<해설> - 2015 변호사시험

① (O), ④ (X) : 판례는 “소멸시효의 기산일²⁾은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효기간 계산의 시발점으로서 소멸시효항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하므로 이는 변론주의의 적용대상이라고 할 것이고...(대판 1995.8.25. 94다35886)”라고 하여 기본적으로 법규기준설의 입장이다. 다만 “어떤 권리의 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 관한 주장은 단순한 법률상의 주장에 불과하므로 변론주의의 적용대상이 되지 않고 법원이 직권으로 판단할 수 있다(대판 2013.02.15. 2012다68217).”고 본다.

② (O) : 판례는 구이론을 취하고 있기 때문이다.

③ (O) : 판례는 채무의 변제항변을 하지 않는 경우에 변제항변에 대해서(대판 1990. 7.10. 90다카6825·6832 등), 시효완성의 항변을 하지 않는 경우에 시효항변에 대해서(대판 1966. 9.20. 66다1304), 채권자의 수령지체주장에 상계항변이 포함되어 있는지에 대해서 법원은 석명의무가 없다고 한다.

5. 기판력에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 소송에서 다투어지고 있는 권리 또는 법률관계의 존부에 관하여 동일한 당사자 사이에 전소에서 확정된 화해권고결정이 있는 경우, 그 당사자는 이에 반하는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없다.

② 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 채무자를 대위할 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소 각하 판결을 받아 확정된 경우, 그 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 위 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치지 않는다.

③ 원인무효의 소유권이전등기에 대한 말소청구소송의 확정판결의 기판력은 동일한 당사자 사이의 후소인 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에 미친다.

④ 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이므로, 비록 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에도 그 기판력에 의한 제한을 받게 된다.

<정답>

④번

<해설> - 2015 변호사시험

① (O) : 화해권고결정은 당사자가 위 기간 내에 이의신청이 없는 때, 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때, 당사자가 이의신청을 취하하거나 이의신청권을 포기한 때 중 어느 하나에 해당하면 재판상 화해와 동일한 효력을 가진다(법 제231조). 따라서 확정판결과 동일한 효력이 있는 것이므로(법 제220조),

2) 이와 비교하여 점유취득시효의 개시일이 주요사실인가가 문제되는데, 통설·판례인 법규기준설에 의할 경우 ① 소멸시효의 기산점(민법 제166조)과 달리 민법 제245조에서 점유취득시효의 기산일을 규정하고 있지 아니하며 ② 점유취득시효는 기산점을 어떻게 잡느냐에 따라 제3자의 이익과 관련이 있게 되므로 이는 법원이 직권으로 판단할 수 있는 간접사실로 보는 것이 타당하다(통설, 판례). 다만 이에 대해서는 ① 당사자간에 있어도 언제 취득시효가 완성하느냐는 중요한 쟁점이고 ② 당사자가 생각하는 시점에 의해 소유자의 여부가 갈리기 때문에 당사자가 주장하지 않은 기산일을 인정하는 것은 불의의 타격이 되므로 이를 주요사실로 보는 견해도 유력하다(김상수, 호문혁 교수도 “판례가 소멸시효의 기산점은 주요사실로 보면서 취득시효의 기산점을 간접사실로 보는 것은 이론적으로 납득하기 어렵다.”고 한다).

화해권고결정은 기판력·집행력·형성력이 생긴다고 할 것이며, 집행권원도 된다(민사집행법 제56조 제5호).

② (O) : 민사소송법 제218조 제3항은 ‘다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다.’고 규정하고 있으므로, 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우 채권자가 채무자에 대하여 민법 제405조 제1항에 의한 보존행위 이외의 권리행사의 통지, 또는 민사소송법 제84조에 의한 소송고지 혹은 비송사건절차법 제49조 제1항에 의한 법원에 의한 재판상 대위의 허가를 고지하는 방법 등 어떠한 사유로 인하였든 적어도 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 때에는 그 판결의 효력이 채무자에게 미친다고 보아야 한다. 이때 채무자에게도 기판력이 미친다는 의미는 채권자대위소송의 소송물인 피대위채권의 존부에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 피보전채권의 존부에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다. 따라서 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 채무자를 대위할 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우 그 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는 것은 아니다(대판 2014.1.23. 2011다108095).

③ (O) : 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 ‘실질상’ 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다(대판 2001.9.20. 99다37894).

④ (X) : 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다(대판 2003.4.8. 2002다70181).

6. 공동소송에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (각 지문은 독립적이며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- | |
|--|
| ㄱ. 통상공동소송에서 피고 공동소송인 乙, 丙 사이의 주장이 일치하지 아니하면 법원은 석명의무가 있다. |
| ㄴ. 유사필수적 공동소송관계에 있는 공동소송인 甲, 乙의 청구를 모두 기각하는 판결이 선고되었고, 이에 대해 乙만이 항소를 제기하였더라도 甲, 乙 모두에 대해 사건이 항소심에 이심된다. |
| ㄷ. 통상공동소송에서 공동소송인 乙, 丙, 丁 중 乙이 자백을 하였다면 법원은 원칙상 乙에 대해서는 증거에 의한 심증이 자백한 내용과 다르더라도 자백한 대로 사실을 인정하여야 하며, 丙과 丁에 대해서는 이를 변론 전체의 취지로 참작할 수 있다. |
| ㄹ. 통상공동소송의 피고 乙, 丙, 丁 중 乙, 丙만이 상고를 제기하고 상고기간이 경과한 상태라면 원고 甲은 丁을 상대로 부대상고를 제기할 수 있다. |

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ
 ③ ㄱ, ㄹ ④ ㄴ, ㄷ

<정답>

③번

<해설> - 2015 변호사시험

ㄱ. (X) : 공동소송인독립의 원칙으로 인해 을, 병의 주장이 불일치해도 되므로, 법원은 석명 의무가 없다.

ㄴ. (O) : 유사필수적 공동소송도 민소법 제67조가 적용되므로, 소송진행의 통일이 적용된다.

ㄷ. (O) : 공동소송인 중 한 사람이 자백한 경우, 자백한 공동소송인에 대해서는 증거에 의한 심증에도 불구하고 자백대로 사실을 확정해야 하지만, 다른 공동소송인에 대해서는 변론전체의 취지로 영향을 줄 수는 있다(대판 1976.8.24, 75다2152).

ㄹ. (X) : 공동소송인의 1인의 행위는 원칙적으로 다른 공동소송인에게 영향을 미치지 않는다. 따라서 공동소송인은 각자 청구의 포기·인낙, 자백, 화해, 소 또는 상소의 취하, 상소의 제기 등의 소송행위를 할 수 있으며, 그 행위를 한 자에 대해서만 효력이 생긴다. 그러므로 ㄷ 부분은 상소기간이 지나면 확정되므로 甲은 ㄷ을 상대로 부대상고를 제기할 수 없다.

7. 각 괄호 안에 들어갈 용어로서 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 혼인 외의 자(子)에 대하여 출생신고를 하지 않은 생부를 상대로 그 자(子)가 법률상의 친자관계를 인정받으려고 하는 경우에 (A)를 제기하여야 한다.

ㄴ. 이혼원인 중 '기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유'는 다른 일방이 이를 안 날부터 6월, 그 사유가 있는 날부터 (B)년을 경과하면 이혼을 청구하지 못한다.

ㄷ. 처가 가출하여 부(夫)와 별거한지 약 2년 2개월 후에 출산한 혼인 중의 출생자에 대해 부(父)가 자신의 친생자가 아니라는 사실을 안 날부터 3년이 지나 친자관계를 부인하는 경우 (C)를 제기하여야 한다.

ㄹ. 본소 이혼청구를 기각하고 반소 이혼청구를 인용하는 경우, 본소 이혼청구에 병합된 재산분할청구는 원고의 반대의사표시 등 특별한 사정이 없는 한, 피고의 반소청구에 대한 (D)의 실질을 가지게 되므로 원고의 재산분할청구에 대한 심리에 들어가 액수와 방법을 정해주어야 한다.

	A	B	C	D
①	친생자관계 존재확인 소	3	친생자관계 부존재확인 소	재반소
②	인지청구 소	2	친생자관계 부존재확인 소	재반소
③	친생자관계 존재확인 소	1	친생부인 소	예비적 반소
④	인지청구 소	3	친생부인 소	재반소

<정답>

②번

<해설> 2015 변호사시험

ㄱ. 민법 제863조 【인지청구 소】 자와 그 직계비속 또는 그 법정대리인은 부 또는 모를 상

대로 하여 인지청구의 소를 제기할 수 있다.

ㄴ. 민법 제842조 【기타 원인으로 인한 이혼청구권의 소멸】 제840조제6호의 사유는 다른 일방이 이를 안 날로부터 6월, 그 사유 있는 날로부터 **2년**을 경과하면 이혼을 청구하지 못한다.

ㄷ. 민법 제 844조는 부부가 동거하여 처가 부의 자를 포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에 적용되는 것이고 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에는 그 추정이 미치지 아니하므로 이 사건에 있어서 처가 가출하여 부와 별거한지 약 2년 2개월 후에 자를 출산하였다면 이에 동조의 추정이 미치지 아니하여 부는 친생부인의 소에 의하지 않고 친자관계부존재확인소송을 제기할 수 있다[대판(전합) 1983.7.12. 82므59].

ㄹ. 원고가 본소의 이혼청구에 병합하여 재산분할청구를 제기한 후 피고가 반소로서 이혼청구를 한 경우, 원고가 반대의 의사를 표시하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 원고의 재산분할청구 중에는 본소의 이혼청구가 받아들여지지 않고 피고의 반소청구에 의하여 이혼이 명하여지는 경우에도 재산을 분할해 달라는 취지의 청구가 포함된 것으로 봄이 상당하다고 할 것이므로(이때 원고의 재산분할청구는 피고의 반소청구에 대한 재반소로서의 실질을 가지게 된다), 이러한 경우 사실심으로서 원고의 본소 이혼청구를 기각하고 피고의 반소청구를 받아들여 원·피고의 이혼을 명하게 되었다고 하더라도, 마땅히 원고의 재산분할청구에 대한 심리에 들어가 원·피고가 협력하여 이룩한 재산의 액수와 당사자 쌍방이 그 재산의 형성에 기여한 정도 등 일체의 사정을 참작하여 원고에게 재산분할을 할 액수와 방법을 정하여야 한다(대판 2001.06.15. 2001므626).

8. 甲은 乙에게 매매계약에 기한 매매대금 청구의 소를 제기하면서 매매계약서를 그 증거로 제출하였다. 乙은 제1회 변론기일에서 甲이 주장하는 매매계약 체결사실과 매매계약서의 진정성립을 인정하였다. 그후 乙은 매매계약 체결사실을 다투고자 한다. 이 사안에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 乙이 위 자백을 취소하려면 그 자백이 진실에 어긋나는 것 외에 착오로 인한 것임을 아울러 증명하여야 하고, 진실에 어긋나는 것임이 증명되었다고 하여 착오로 인한 자백으로 추정되지는 않는다.

② 乙의 자백 취소에 대하여 甲이 동의하면 진실에 어긋나는지 여부나 착오 여부와는 상관없이 자백의 취소는 인정된다.

③ 乙의 위 자백이 진실에 어긋난다는 사실이 증명된 경우라면 변론 전체의 취지에 의하여 그 자백이 착오로 인한 것이라는 점을 법원이 인정할 수 있다.

④ 乙이 매매계약서의 진정성립에 관하여 한 자백은 보조사실에 관한 자백이어서 이를 자유롭게 취소할 수 있다.

<정답>

④번

<해설>

① (O), ③ (O) : 반진실이 증명되었다고 하여 착오로 말미암은 자백으로 추정되지는 않지만³⁾, 착오로

3) 재판상의 자백은 변론기일 또는 변론준비기일에 행한 상대방 당사자의 주장과 일치하는 자기에게 불

말미암은 것임은 변론 전체의 취지만으로 인정할 수 있다(대판 1997.11.11, 97다30646 등).

② (O) : 상대방의 동의가 있는 경우. 다만 판례는 자백의 취소에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하고 있지 않다는 점만으로는 그 취소에 동의하였다고 볼 수는 없다고 한다(대판 1994.9.27, 94다22897).

④ (X) : 문서의 진정성립은 부정되면 그 내용에 따른 실질적 증거력을 인정할 수 없게 되고, 처분문서의 경우 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 그 기재내용의 법률행위를 한 사실이 증명되는 효력이 있기 때문에 문서의 진정성립의 문제는 주요사실과 유사한 기능을 가지고 있다. 따라서 통설, 판례는 비록 보조사실에 관한 자백이지만 이에 관한 재판상 자백을 인정하는 것이다.

9. 다음 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 소송 외에서 소송당사자가 소 취하 합의를 한 경우 바로 소 취하의 효력이 발생한다.

② 소송 진행 중에 원고가 청구금액을 감축하였으나 그 의사가 분명하지 않은 경우 법원은 이를 청구의 일부포기로 보아야 한다.

③ 소 취하의 특별수권이 있는 원고의 소송대리인인 변호사로부터 소송대리인 사임신고서 제출을 지시받은 사무원이 착오로 소 취하서를 법원에 제출한 후 원고가 소 취하의 효력을 다투면서 기일지정신청을 한 경우, 법원은 변론기일을 열어 소송종료선언을 하여야 한다.

④ 변론준비기일에서의 소 취하는 변론기일이 아니므로 말로 할 수 없다.

<정답>

③번

<해설> 2015 변호사시험

① (X) : 판례는 부제소특약에 반하여 소가 제기된 경우 “이 소는 권리보호이익이 없어 부적법하다⁴⁾”고 하고, 소취하계약의 경우에는 “소송당사자가 소송 외에서 그 소송을 취하하기로 합의한 경우에는 그 합의는 유효하여 원고에게 권리보호의 이익이 없으므로 원고의 소는 각하되어야 한다.”고 하여 항변권발생설의 입장을 따르고 있다(대판 1968.11.5, 68다1665, 대판 1982.3.9, 81다1312 등). 따라서 바로 소취하의 효력이 발생하는 것은 아니다(소송계약설과 비교할 것).

② (X) : 이 경우 감축된 한도에서 일부취하로 볼 것인지, 일부포기로 볼 것인지 문제되지만, 원고의 의사가 불분명한 경우 원고에게 유리하게 소의 일부취하로 볼 것이다(대판 1983.8.23, 83다카450).

③ (O) : 소의 취하는 원고가 제기한 소를 철회하여 소송계속을 소멸시키는 원고의 법원에 대한 소송행위이고 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으

리한 사실의 진술로서, 일단 재판상의 자백이 성립하면 그것이 적법하게 취소되지 않는 한 법원도 이에 기속되는 것이므로, 법원은 당사자 사이에 다툼이 없는 사실에 관하여 성립된 자백과 배치되는 사실을 증거에 의하여 인정할 수 없고, 자백을 취소하는 당사자는 그 자백이 진실에 반한다는 것 외에 착오로 인한 것임을 아울러 증명하여야 하고, 진실에 반하는 것임이 증명되었다고 하여 착오로 인한 자백으로 추정되는 것은 아니다(대판 2013.6.27, 2012다86048).

4) 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(대판 2013.11.28, 2011다80449).

로 하여 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것인바, 원고 소송대리인으로부터 소송대리인 사임신고서 제출을 지시 받은 사무원은 원고 소송대리인의 표시기관에 해당되어 그의 착오는 원고 소송대리인의 착오라고 보아야 하므로, 사무원의 착오로 원고 소송대리인의 의사에 반하여 소를 취하하였다고 하여도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대판 1997. 10. 24. 95다11740). 따라서 소취하는 유효하므로, 법원은 판결로 소송종료선언을 하여야 한다(규칙 제67조).

④ (X) : 변론준비기일에서는 말로 할 수 있다(제266조 3항 단서).

10. 甲은 乙의 주소를 알고 있었음에도 소재불명으로 속여 乙에 대해 대여금 청구의 소를 제기하였다. 乙에 대한 공시송달에 의한 재판진행 결과 甲 일부 승소의 제1심 판결이 공시송달로 확정되었다. 그후 乙은 위 사건기록 열람과 판결정본의 수령으로 위와 같이 공시송달에 의해 재판이 진행된 것을 알게 되었다. 다음 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 乙은 위 사실을 알게 된 날부터 30일 이내에 재심을 제기할 수 있다.
- ② 乙이 추후보완항소 제기기간을 도과하였을 경우에는 재심청구 제기기간 내에 있더라도 재심을 제기할 수 없다.
- ③ 乙의 추후보완항소가 적법하게 계속될 경우 甲은 부대항소를 제기할 수 있다.
- ④ 乙이 재심을 제기할 경우 법원은 재심의 소가 적법한지 여부와 재심사유가 있는지 여부에 관한 심리 및 재판을 본안에 관한 심리 및 재판과 분리하여 먼저 시행할 수 있다.

<정답>

②번

<해설> 2015 변호사시험

- ① (O) : 제456조 【재심제기의 기간】 ① 재심의 소는 당사자가 판결이 확정된 뒤 재심의 사유를 안 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다.
- ② (X) : 상대방 주소를 알면서도 허위로 적어 소제기 후 공시송달에 의한 확정판결을 얻은 경우에, 재심사유(제451조 1항 11호)와 추후보완의 요건(제173조)을 모두 갖춘 것이 되는데 상대방 당사자는 어느 절차에 의할 것인지에 대해서 임의로 선택할 수 있다. 재심은 확정판결 후 5년 내에 하여야 하는 제한이 있으며, 상소의 추후보완은 심급의 이익이 상실되나 기간부존수 사유가 아무리 오래되어도 사유종료 후 2주일 내에는 가능하다.
- ③ (O) : 乙의 추후보완항소가 적법하게 계속될 경우 일반항소로 취급되므로, 피항소인 甲은 부대항소를 할 수 있다.
- ④ (O) : 제454조 【재심사유에 관한 중간판결】 ① 법원은 재심의 소가 적법한지 여부와 재심사유가 있는지 여부에 관한 심리 및 재판을 본안에 관한 심리 및 재판과 분리하여 먼저 시행할 수 있다.
- ② 제1항의 경우에 법원은 재심사유가 있다고 인정한 때에는 그 취지의 중간판결을 한 뒤 본안에 관하여 심리·재판한다.