



2015 김춘환 법원직 민사소송법 해설

총평

1. 이번 법원직 민소법은 과거의 경향과는 달리 나와서 수험생, 강사 모두를 당황하게 만든 것 같습니다. 물론 2~3개 정도를 제외하고는, 차분하게 보면 얼마든지 맞출 수 있는 문제들이지만, 시험장이라는 환경, 다른 과목도 같이 풀어야 되는 수험생의 입장에서 볼 때 상당히 어려웠을 것으로 생각합니다. 특히 어떤 중요한 “법리”와 관련된 것을 묻는 것이 아니라, 판례 위주로 길게 내어 “고생”을 하게 만들었습니다(과락자도 상당히 많으리라 생각됩니다). 이번 출제는 바람직한 출제방향은 아니라고 보지만, 수험생 입장에서는 수동적으로 문제를 풀 수밖에 없는 입장이므로, 강사도 이에 맞추어 판례 등을 많이 보강해서 강의 하도록 하겠습니다.
2. 이번 출제는 2014 변호사시험 출제 스타일과 유사한데, 수험생들의 불만이 많아 이번 2015 변호사시험은 과거 스타일로 회귀를 한 바 있습니다. 따라서 법원직 시험도 내년에는 이런 스타일의 출제는 계속되지 않으리라 생각되지만, 수험생은 항상 준비하고 있어야 하므로, 강사도 이에 유의해서 강의를 하도록 하겠습니다.
3. 그리고 제 Fortune 민소법에서 박스나 각주의 판례가 많이 출제가 되었으나, 기본서 회독수가 적은 분들이나 기출문제 위주로 공부하신 분들은 시험장에서 기억이 나지 않았을 것 같습니다.
4. 이번 시험은 평소 받는 점수보다 평균적으로 10점 ~ 20점 정도 떨어졌을 것이라고 예상됩니다. 따라서 80점 이상 득점 했다면 상당한 득점을 한 것으로 보이고, 70점 이상을 받았다면 합격하는데 이상은 없을 것 같습니다. 60점 대라고 하더라도 다른 과목(형법, 형소법)이 상대적으로 쉬웠기 때문에 이들 과목을 고득점 했다면 합격 점수는 가능하다고 생각합니다.
5. 너무나 고생 많으셨고, 당분간은 꼭 쉬시길 바랍니다.

김춘환 드림

분야	세부분야	출제문제수
총론		0문제
당사자	법원	2문제
	당사자	2문제
제1심의 소송절차	소송의 개시	1문제
	변론	7문제
	증거	2문제(1문제는 법원과 중복)
소송의 종료	총설	1문제
	당사자행위에 의한 종료	
	종국판결에 의한 종료	3문제
병합소송	병합청구소송	3문제
	다수당사자소송	1문제
	당사자의 변경	0문제
상소심절차	총설	3문제
	항소	
	상고	



	항고	
재심절차		0문제
간이소송절차		1문제

【문 1】 이송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함. 이하 [문1~문23]까지 같음)

- ① 가정법원의 전속관할에 속하는 소를 민사법원에 제기하였다면 이는 전속관할위반이지만 가정법원과 민사법원 사이에서는 관할위반에 따른 이송이 인정되지 않으므로 민사법원으로서 위 소를 각하하여야 한다.
- ② 손해나 지연을 피하기 위한 이송에 관하여는 당사자의 이송신청권이 인정되지만, 관할위반을 이유로 한 이송에 관하여는 당사자의 이송신청권이 인정되지 않는다.
- ③ 법원은 소송의 이송결정이 확정된 뒤라도 급박한 사정이 있는 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 필요한 처분을 할 수 있지만 기록을 보낸 뒤에는 그러하지 아니하다.
- ④ 재심의 소가 재심 제기 기간 내에 제1심법원에 제기되었으나 재심사유 등에 비추어 항소심 판결을 대상으로 한 것이라 인정되어 위 소를 항소심법원에 이송한 경우에 있어서 재심제기기간의 준수여부는 제1심법원에 제기된 때를 기준으로 한다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 가사소송사건을 일반민사법원에 제기한 경우에 판례, 통설은 가정법원에 이송을 인정한다(대결 1980.11.25, 80마445)
- ② (O) : 제35조, 제34조 1항
- ③ (O) : 제37조【이송결정이 확정된 뒤의 긴급처분】 법원은 소송의 이송결정이 확정된 뒤라도 급박한 사정이 있는 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 필요한 처분을 할 수 있다. 다만, 기록을 보낸 뒤에는 그러하지 아니하다.
- ④ (O) : 判例는 항소심법원에 제기해야 할 재심의 소를 제1심법원에 제기한 경우 항소법원으로 이송해야 한다고 하고 있다(제453조, 제451조 3항). 따라서 이송은 소급효가 있으므로, 제1심법원에 제기된 때가 기준이 된다(제40조 1항 참고).

【문 2】 민사소송법 제424조 제1항 각호에서 정한 절대적 상고이유가 아닌 것은?

- ① 법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때
- ② 판결의 이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때
- ③ 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때
- ④ 법정대리권·소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때

<정답>

③번



<해설>

제424조【절대적 상고이유】

① 판결에 다음 각호 가운데 어느 하나의 사유가 있는 때에는 상고에 정당한 이유가 있는 것으로 한다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때
3. 전속관할에 관한 규정에 어긋난 때¹⁾
4. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때
5. 변론을 공개하는 규정에 어긋난 때
6. 판결의 이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때²⁾

【문 3】 재판장의 소장심사와 보정명령 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 인지 보정명령에 따라 인지액 상당의 현금을 수납은행에 납부하면서 잘못하여 인지로 납부하지 아니하고 송달료로 납부한 경우, 소장 등을 심사하는 재판장이 신청인에게 인지를 보정하는 취지로 송달료를 납부한 것인지 석명을 구하는 등의 절차를 거쳐 인지를 보정할 기회를 부여하지 아니한 채 소장이나 상소장을 각하한다고 하여 이를 위법하다고 할 수는 없다.
- ② 주소보정명령서에 보정기한이 공란으로 되어있어 보정기간이 언제까지라고 지정된 바 없다면 이는 적법한 보정명령이라고 할 수 없다.
- ③ 항소장이 피항소인에게 송달되어 항소심의 변론이 개시된 후에는 재판장은 명령으로 항소장을 각하할 수 없다.
- ④ 인지보정명령에 대하여는 독립하여 이의신청이나 항고를 할 수 없고 다만 보정명령에 따른 인지를 보정하지 아니하여 소장이나 상소장이 각하되면 그 각하명령에 대하여 즉시항고로 다툴 수밖에 없다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 인지와 송달료는 납부절차, 관리주체, 납부금액의 처리방법 등에 차이가 있는 점을 고려하면, 신청인이 인지의 보정명령에 따라 인지액 상당의 현금을 수납은행에 납부하면서 잘못하여 인지로 납부하지 아니하고 송달료납부서에 의하여 송달료로 납부한 경우에는 인지가 납부되었다고 할 수 없어 인지 보정의 효과가 발생되지 아니한다. 그러나 이 경우 신청인은 인지의 보정명령을 이행하기 위하여 인지액 상당의 현금을 수납은행에 납부한 것이고, 그 결과 인지 보정과 유사한 외관이 남게 되어 이를 객관적으로 인식할 수 있는 점, 인지와 송달료의 납부기관이 수납은행으로 동일하여 납부 과정에서 혼동이 생길 수 있는 점, 신청인에게 인지 납부 과정의 착오를 시정할 수 있는 기회를 제공함이 정의관념에 부합하는 것으로 보이는

1) 이는 절대적 상고이유이기는 하나, 재심사유는 되지 않음을 주의해야 한다(제451조 1항 참고).

2) 여기에는 당연히 판단누락이 포함된다는 것이 통설, 판례이다.



점 등을 고려하면, 인지액 상당의 현금을 송달료로 잘못 납부한 신청인에게는 다시 인지를 보정할 수 있는 기회를 부여함이 타당하다. 따라서 소장 등을 심사하는 재판장으로서는 인지 보정명령 이후 수납은행의 영수필확인서 및 영수필통지서가 보정기간 내에 제출되지 아니하였다 하더라도 곧바로 소장이나 상소장을 각하하여서는 아니 되고, 인지액 상당의 현금이 송달료로 납부된 사실이 있는지를 관리은행 또는 수납은행에 전산 기타 적당한 방법으로 확인한 후, 만일 그러한 사실이 확인되는 경우라면 신청인에게 인지를 보정하는 취지로 송달료를 납부한 것 인지에 관하여 석명을 구하고 다시 인지를 보정할 수 있는 기회를 부여하여야 한다. 이러한 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 소장이나 상소장을 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다(대결 2014.04.30. 자 2014마76).

② (O) : 보정명령서에 보정기한이 공란으로 되어있어 보정기간이 언제까지라고 지정된 바 없다면 이는 적법한 보정명령이라고 할 수 없다(대결 1980.06.12. 자 80마160).

③ (O) : 판례는 항소심에 관한 것이기는 하나 “민사소송법 제402조의 취지는 항소심재판장은 항소심변론에 들어가기전에 먼저 항소장을 심사하여 그 흠결을 발견하면 그 보정을 명하고 이에 불응할 때 명령으로 항소장을 각하하라는 것이니...(대결 1973.10.26, 73마641)”라고 하여 변론개시시점의 입장이다.

④ (O) : 재판장의 보정명령에 대해서는 독립하여 이의신청이나 항고를 할 수 없다. 이 점에서 소장각하명령과 구별된다.

【문 4】 소송법상의 특별대리인 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 사실상 의사능력을 상실한 상태에 있어 소송능력이 없는 사람에 대하여 소송을 제기하는 경우에도 특별대리인을 선임할 수 있다.

② 비법인사단인 원고가 그 대표자인 피고 명의로 신택한 부동산에 대하여 위 피고에게 명의 신택해지를 원인으로 그 소유권의 환원을 구하는 경우에 있어서는 달리 위 피고를 대신하여 원고를 대표할 자가 없는 한 이해관계인은 특별대리인의 선임을 신청할 수 있고 이에 따라 선임된 특별대리인이 원고를 대표하여 소송을 제기할 수 있다.

③ 법인 대표자의 자격이나 대표권에 흠이 있어 그 법인이 또는 그 법인에 대하여 소송행위를 하기 위하여 수소법원에 의하여 특별대리인이 선임된 후 소송절차가 진행되던 중에 법인의 대표자 자격이나 대표권에 있던 흠이 보완되었다고 하더라도 특별대리인에 대한 수소법원의 해임결정이 있기 전에는 그 대표자는 법인을 위하여 유효하게 소송행위를 할 수 없다.

④ 새로이 선임된 대표이사가 주식회사의 적법한 대표자의 자격이 없는 경우 당초의 대표이사가 적법한 대표이사가 새로 선임되어 취임할 때까지 회사의 대표이사의 권리의무를 지므로 당해 회사는 대표자가 없거나 대표자가 대표권을 행사할 수 없는 경우에 해당하지 않아 특별대리인을 선임할 수 없다.

<정답>

① (O) : 특별대리인의 선임제도는 소송능력이 없는 자에 대하여 소송행위를 하고자 하는 자의 소송의 지연으로 인하여 발생하는 손해를 방지하기 위하여 둔 것이므로 사실상 의사능력을 상실한 상태에 있어 소송능력이 없는 사람에 대하여 소를 제기하는 경우에도 특별대리인을 선임할 수 있다(대판 1993.7.27, 93다8986).



② (O) : 법원실무제요(I), 336면, 비법인사단과 그 대표자 사이의 이익이 상반되는 사항에 관한 소송행위에 있어서는 위 대표자에게 대표권이 없으므로, 달리 위 대표자를 대신하여 비법인사단을 대표할 자가 없는 한 이해관계인은 민사소송법 제64조, 제62조의 규정에 의하여 특별대리인의 선임을 신청할 수 있고 이에 따라 선임된 특별대리인이 비법인사단을 대표하여 소송을 제기할 수 있다(대판 1992.03.10. 91다25208). <2014 사무관승진>

③ (X) : 법인 대표자의 자격이나 대표권에 흠이 있어 그 법인이 또는 그 법인에 대하여 소송행위를 하기 위하여 민사소송법 제64조, 제62조에 따라 수소법원에 의하여 선임되는 특별대리인은 법인의 대표자가 대표권을 행사할 수 없는 흠을 보충하기 위하여 마련된 제도이므로, 이러한 제도의 취지에 비추어 보면 특별대리인이 선임된 후 소송절차가 진행되던 중에 법인의 대표자 자격이나 대표권에 있던 흠이 보완되었다면 특별대리인에 대한 수소법원의 해임결정이 있기 전이라 하더라도 그 대표자는 법인을 위하여 유효하게 소송행위를 할 수 있다(대판 2011.01.27. 2008다85758). <판례 해설 민사소송법, 이시윤·조관행·이원석, 90면, 이시윤 제8판 164면>

④ (O) : 위의 경우에 새로이 선임된 대표이사가 주식회사의 적법한 대표자의 자격이 없으니 당초의 대표이사가 상법 386조 389조 3항에 의하여 적법한 대표이사가 새로 선임되어 취임할 때까지 회사의 대표이사의 권리의무를 지므로 당해 회사는 민사소송법 58조(현 62조) 60조(현 64조)에 의한 “대표자가 없거나 대표자가 대표권을 행사할 수 없는 경우”에 해당하지 않아 특별대리인을 선임할 수 없다(대판 1974.12.10. 74다428).

【문 5】 처분권주의 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 원고가 계속적으로 필요로 하는 향후 치료비 상당 손해를 일시금 지급으로 청구한데 대하여 법원이 그 치료비를 정기금으로 지급하여야 한다고 판단하더라도 위법하지 않다.
- ② 채무불이행으로 인한 손해배상 예정액의 청구와 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구는 그 청구원인을 달리 하는 별개의 청구이므로 손해배상 예정액의 청구 가운데 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다.
- ③ 한 개의 손해배상청구권중 일부가 소송상 청구되어 있는 경우에 과실상계를 함에 있어서는 손해의 전액에서 과실비율에 의한 감액을 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 해석하여야 할 것이며 이와 같이 풀이하는 것이 일부청구를 하는 당사자의 통상적 의사라고 할 것이므로 이에 따라 원고의 청구를 인용하는 것이 당사자 처분권주의에 위배되는 것이라고 할 수는 없다.
- ④ 원고가 상한을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에 있어서 일정액을 초과하는 채무의 존재가 인정되는 경우에는, 특단의 사정이 없는 한, 법원은 그 청구의 전부를 기각하여야 한다.

<정답>

④번

<해설>



① (O) : 연차적으로 발생할 손해에 대하여 당사자가 치료비 등을 일시적으로 청구한 경우 법원이 그 연차적 지급을 명했다고 해도 손해배상의 범위와 한계에 관한 법리를 위반했다거나 당사자가 청구하지 아니한 사항에 대하여 판결한 위법이 있다고 할 수 없다(대판 1970.07.24. 70다621).

② (O) : 채무불이행으로 인한 손해배상 예정액의 청구와 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구는 그 청구원인을 달리 하는 별개의 청구이므로 손해배상 예정액의 청구 가운데 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없고, 채무불이행으로 인한 손해배상액의 청구에 있어서 손해의 발생 사실과 그 손해를 금전적으로 평가한 배상액에 관하여는 손해배상을 구하는 채권자가 주장·입증하여야 하는 것이므로, 채권자가 손해배상책임의 발생 원인 사실에 관하여는 주장·입증을 하였더라도 손해의 발생 사실에 관한 주장·입증을 하지 아니하였다면 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하지 아니한 손해의 발생 사실을 기초로 하여 손해액을 산정할 수는 없다(대판 2000.02.11. 99다49644). <판례 해설 민사소송법, 이시윤·조관행·이원석, 213면>

③ (O) : 판례는 “전액에서 과실비율에 의한 감액을 하고 그 잔액이 청구액을 초과하지 않을 경우에는 그 잔액을 인용할 것이고, 그 잔액이 청구액을 초과할 경우에는 청구의 전액을 인용하는 것으로 해석하는 것이 일부청구를 하는 당사자의 통상적 의사라 할 것이고, 이에 따라 원고의 청구를 인용하였다고 하여도 처분권주의에 위반되는 것은 아니다(대판 1976.6.22, 75다819)”라고 판시하여 일관해서 외측설을 따르고 있다.

④ (X) : 판례는 “원고가 상한을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에 있어서 일정액을 초과하는 채무의 존재가 확인되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 법원은 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라 존재하는 채무부분에 대하여 일부패소의 판결³⁾을 하여야 한다(대판 1994.1.25, 93다9422).”고 판시하여 일부인용판결이 가능하다고 본다.

【문 6】 채권자대위소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채권자대위소송을 하는 채권자의 피보전채권이 인정되지 않으면 당사자적격이 없어 소각하하여야 한다.
- ② 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 변경한 경우에는 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다.
- ③ 채권자대위소송 계속 중에 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기하면 중복소송에 해당한다.
- ④ 채권자대위소송에서 채무자를 대위할 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우 그 판결의 기판력은 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미친다.

<정답>

① (O) : 대위채권이 부존재할 경우 통설, 판례는 당사자적격 흠결로 소각하 판결을 해야 하지만, 유력설에 의하면 청구기각판결을 해야 한다.

3) 이 경우 주문은 “원고의 채무는 ○○원을 초과하여서는 존재하지 않음을 확인한다. 원고의 나머지 청구를 기각한다.”는 것이 된다.



② (O) : 원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 변경한 사안에서 “이는 청구원인의 교환적 변경으로서 채권자대위권에 기한 구 청구는 취하된 것으로 보아야 하나, 그 채권자대위소송의 소송물은 채무자의 제3채무자에 대한 계약금반환청구권인데 위 양수금 청구는 원고가 위 계약금반환청구권 자체를 양수하였다는 것이어서 양 청구는 동일한 소송물에 관한 권리의무의 특정승계가 있을 뿐 그 소송물은 동일한 점, 시효중단의 효력은 특정승계인에게도 미치는 점, 계속 중인 소송에 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 특정승계인이 소송참가하거나 소송인수한 경우에는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효중단의 효력이 생기는 점, 원고는 위 계약금반환채권을 채권자대위권에 기해 행사하다 다시 이를 양수받아 직접 행사한 것이어서 위 계약금반환채권과 관련하여 원고를 ‘권리 위에 잠자는 자’로 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다(대판 2010.6.24. 선고 2010다17284).

③ (O) : 판례는 “채권자대위소송의 계속 중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 같은 제3채무자를 상대로 법원에 출소한 경우 두개 소송의 소송물이 같다면 후소는 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 소송으로서 각하를 면할 수 없다(대판 1989.4.11. 87다카3155)”고 하여 긍정설의 입장이다.

④ (X) : 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).

【문 7】 소송비용에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소송비용확정신청은 소송비용부담재판이 확정되어야 할 수 있다.
- ② 소송비용부담의 재판에 대해서는 독립하여 상소할 수 없고, 본안재판과 함께 불복하여야 한다.
- ③ 지방법원 합의부가 재판한 민사합의사건에 관한 소송비용액 확정신청에 대하여 한 사법보좌관의 처분을 지방법원 합의부가 아닌 단독판사가 인가한 것은 전속관할 위반이다.
- ④ 변호사에게 지급하거나 지급할 보수는 소송비용에 해당하나 변호사가 변론이나 증거조사절차에 전혀 관여한 바 없으면 소송비용에 포함되지 않는다.

<정답>

①번



<해설>

- ① (X) : 제110조【소송비용액의 확정결정】 ① 소송비용의 부담을 정하는 재판에서 그 액수가 정하여지지 아니한 경우에 제1심 법원은 그 재판이 확정되거나, **소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에** 당사자의 신청을 받아 결정으로 그 소송비용액을 확정한다.
- ② (O) : 제391조【독립한 항소가 금지되는 재판】 소송비용 및 가집행에 관한 재판에 대하여는 독립하여 항소를 하지 못한다.
- ③ (O) : 예전에는 법관의 업무였으나, 2005년 법원조직법 개정으로 사법보좌관이 소송비용액 확정절차에서 법원의 업무를 맡게 되었다. 이 결정에 대해서는 즉시항고 할 수 있으나, 항고 전에 먼저 판사에게 사법보좌관의 처분에 대해 이의신청을 내야 하고, 여기의 판사는 제1심 수소법원을 말한다. 따라서 단독사건이 아닌 합의사건의 소송비용확정신청에 대한 사법보좌관의 처분에 대해서 합의부가 아닌 단독판사가 인가한 것은 전속관할 위반이 된다(대결 2008.6.23, 2007마634).
- ④ (O) : 소송대리인으로 선임된 변호사가 소송사건의 변론종결시까지 변론이나 증거조사 등 소송절차에 전혀 관여한 바가 없다면 그에 대하여 보수가 지급되었다 하더라도 소송비용에 포함될 수 없다(대결 1992.11.30. 자 90마1003).

【문 8】 소송절차의 중단과 소송수계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 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 없고, 다만 그 판결은 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 대리권흡결을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 그 취소를 구할 수 있을 뿐이다.
- ② 소송계속중 보조참가인이 사망하더라도 본소의 소송절차는 중단되지 아니한다.
- ③ 법인의 대표자가 법원의 결정에 의하여 그 직무집행이 정지된 경우에도 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차는 중단되지 아니하지만 종국판결이 소송대리인에게 송달됨으로써 그 소송절차는 중단된다.
- ④ 소송수계신청의 적법여부는 법원의 직권조사사항으로서 조사결과 수계가 이유 없다고 인정된 경우에는 이를 기각하여야 하고, 이유 있을 때에는 별도의 재판으로 수계의 허가결정을 한 다음 소송절차를 진행하여야 한다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 判例는 한 때 소송계속 중 당사자가 사망한 것을 간과하고 한 판결을 당연무효라고 보았다(무효설), “당사자가 사망하여 실재하지 아니한 자를 당사자로 하여 소가 제기된 경우는 당초부터 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 것이므로, 그와 같은 상태 하에서의 판결은 당연무효라고 할 것이지만 일응 대립당사자 구조를 갖추고 적법히 소가 제기되었다가 소송도중 어느 일방의 당사자가 사망함으로써 인해서 그 당사자로서의 자격을 상실하게 된 때에는 그 대



립당사자 구조가 없어져 버린 것이 아니고, 그때부터 그 소송은 그의 지위를 당연히 이어 받게 되는 상속인들과의 관계에서 대립당사자 구조를 형성하여 존재하게 되는 것이고, 다만 상속인들이 그 소송을 이어 받는 외형상의 절차인 소송수계절차를 밟을 때까지는 실제상 그 소송을 진행할 수 없는 장애 사유가 발생하였기 때문에 적법한 수계인이 수계절차를 밟아 소송에 관여할 수 있게 될 때까지 소송절차는 중단되도록 법이 규정하고 있을 뿐인바[대판(全) 1995.5.23, 94다28444].”라고 하여 위법설(=유효설)⁴⁾로 태도를 변경하였다.

② (O) : 당사자가 아니기 때문이다.

③ (O) : 제235조, 제238조, 심급대리의 원칙

④ (X) : 제243조 【수계신청에 대한 재판】 ① 소송절차의 수계신청은 법원이 직권으로 조사하여 이유가 없다고 인정한 때에는 결정으로 기각하여야 한다. 판례는 “소송수계신청의 적법여부는 법원의 직권조사사항으로서 조사결과 수계가 이유 없다고 인정한 경우에는 이를 기각하여야 하나 이유 있을 때에는 별도의 재판을 할 필요 없이 그대로 소송절차를 진행할 수 있는 것이다(대판 1984.06.12. 83다카1409).”고 한다.

【문 9】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 자백은 창설적 효력이 있는 것이어서 법원도 이에 기속되는 것이므로, 당사자 사이에 다툼이 없는 사실에 관하여는 법원은 그와 배치되는 사실을 증거에 의하여 인정할 수 없다.

② 상고심에 이르러서는 진실에 반하고 착오로 인한 것임이 증명된 경우라도 원심에서 한 자백을 취소할 수 없다.

③ 자백을 취소하는 당사자는 그 자백이 진실에 반한다는 것 외에 착오로 인한 것임을 아울러 증명하여야 하고, 진실에 반하는 것임이 증명되었다고 하여 착오로 인한 자백으로 추정되지는 아니한다.

④ 일단 자백이 성립되었다고 하여도 그 후 그 자백을 한 당사자가 위 자백을 취소하고 이에 대하여 상대방이 동의하거나 아무런 이의를 제기하지 않는다면 반진실, 착오의 요건은 고려할 필요 없이 자백의 취소를 인정하여야 한다.

<정답>

④번

<해설>

4) 그리고 회사합병의 경우에도 “소송계속 중 회사인 일방 당사자의 합병에 의한 소멸로 인하여 소송절차 중단 사유가 발생하였음에도 이를 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 없고, 다만 그 판결은 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 대리권 흠결을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 그 취소를 구할 수 있을 뿐이나, 소송대리인이 선임되어 있는 경우에는 민사소송법 제95조에 의하여 그 소송대리권은 당사자인 법인의 합병에 의한 소멸로 인하여 소멸되지 않고 그 대리인은 새로운 소송수행권자로부터 종전과 같은 내용의 위임을 받은 것과 같은 대리권을 가지는 것으로 볼 수 있으므로, 법원으로서 당사자의 변경을 간과하여 판결에 구 당사자를 표시하여 선고한 때에는 소송수계인을 당사자로 경정하면 될 뿐, 구 당사자 명의로 선고된 판결을 대리권 흠결을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 취소할 수는 없다(대판 2002. 9. 24. 2000다49374).”고 한다.



- ① (O) : 자백의 구속력(제288조)
- ② (O) : 법률심인 상고심에 이르러서는 원심에서 한 자백을 취소할 수 없다(대판 1998.01.23. 97다38305).
- ③ (O) : 반진실의 경우 진실에 어긋나는 것에 대한 증명은 그 반대되는 사실을 직접증거에 의하여 증명함으로써 할 수 있지만, 자백이 진실에 어긋남을 추진할 수 있는 간접사실의 증명에 의해서도 가능하다(대판 2000.9.8, 2000다23013). 반진실이 증명되었다고 하여 착오로 말미암은 자백으로 추정되지는 않지만, 착오로 말미암은 것임은 변론 전체의 취지만으로 인정할 수 있다(대판 1997.11.11, 97다30646 등).
- ④ (X) : 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).

【문10】 소송상의 합의 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 구체적인 어느 특정 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 제1심판결선고전에 미리 항소하지 아니하기로 합의하였다면, 그 판결선고 후에는 당사자의 합의에 의하더라도 그 불항소합의를 해제하고 소송계속을 부활시킬 수 없다.
- ② 불항소의 합의는 당사자의 의사를 존중하여 인정되는 제도이므로, 당사자의 일방만이 항소를 하지 아니하기로 약정하는 것도 유효하다.
- ③ 구체적인 사건의 소송계속 중 그 소송 당사자 쌍방이 판결선고 전에 미리 상소하지 아니하기로 합의하는 경우 반드시 서면에 의하여야 한다.
- ④ 재판상 화해에 있어서 법원에 계속중인 다른 소송을 취하하기로 하는 내용의 화해조서가 작성된 경우 다른 소송이 계속중인 법원에 취하서를 제출하지 않는 이상 그 소송이 취하로 종결되지는 않지만 위 재판상 화해가 재심의 소에 의하여 취소 또는 변경되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 소송의 원고에게는 권리보호의 이익이 없게 되어 그 소는 각하되어야 한다.

<정답>

①번

<해설>

① (O), ② (X) : 구체적인 어느 특정 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 제1심판결선고전에 미리 항소하지 아니하기로 합의하였다면, 제1심판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로 그 판결선고 후에는 당사자의 합의에 의하더라도 그 불항소합의를 해제하고 소송계속을 부활시킬 수 없다. 불항소의 합의는 심급제도의 이용을 배제하여 간이신속하게 분쟁을 해결하고자 하는 당사자의 의사를 존중하여 인정되는 제도이므로 당사자의 일방만이 항소를 하지 아니하기로

5) 재판상의 자백은 변론기일 또는 변론준비기일에 행한 상대방 당사자의 주장과 일치하는 자기에 불리한 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).



약정하는 합의는 공평에 어긋나 불항소 합의로서의 효력이 없다(대판 1987.06.23. 86다카 2728).

③ (O) : 구체적인 사건의 소송 계속 중 그 소송 당사자 쌍방이 판결선고 전에 미리 상소하지 아니하기로 합의하였다면 그 판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로, 이러한 합의는 소송당사자에 대하여 상소권의 사전포기와 같은 중대한 소송법상의 효과가 발생하게 되는 것으로서 반드시 서면에 의하여야 할 것이며, 그 서면의 문언에 의하여 당사자 쌍방이 상소를 하지 아니한다는 취지가 명백하게 표현되어 있을 것을 요한다(대판 2002.10.11. 2000다17803).

④ (O) : 재판상 화해에 있어서 법원에 계속 중인 ‘다른’ 소송을 취하하기로 하는 내용의 화해 조서가 작성되었다면 당사자 사이에는 법원에 계속 중인 ‘다른’ 소송을 취하하기로 하는 ‘합의’가 이루어졌다 할 것이므로, 다른 소송이 계속 중인 법원에 취하서를 제출하지 않는 이상 그 소송이 취하로 종결되지는 않지만(소송계약설 부정) 위 재판상 화해가 재심의 소에 의하여 취소 또는 변경되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 소송의 원고에게는 권리보호의 이익이 없게 되어 그 소는 각하되어야 한다(항변권발생설 입장)(대판 2005.6.10. 2005다14861).

【문11】 원고가 대여금반환청구의 소를 제기한 데 대하여 피고가 대여가 아니라 증여를 받았다는 주장을 하였다. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 원고는 소비대차계약을 체결하였다는 사실을 주장하여야 한다.
- ② 원고는 대여하였다고 주장하고 피고는 증여받았다고 주장하고 있는데, 어느 쪽의 주장이 진실인지 불명확한 경우에는 돈을 대여하였다는 사실은 없는 것으로 취급하여야 한다.
- ③ 원고의 청구가 인용될 때에는 판결이유에 피고가 증여받았다는 주장을 배척하는 판단을 할 필요는 없다.
- ④ 피고는 증여에 대한 증명책임을 부담한다.

<정답>

- ① (O) : 권리발생(근거)사실이기 때문이다.
- ② (O) : 대여사실에 대한 증명책임을 원고에게 있기 때문이다.
- ③ (O) : (간접)부인의 경우에 이를 배척하는 판단은 원고 청구를 인용하는 판단 안에 포함되어 있다고 볼 수 있기 때문에 별도의 판결이유 설시가 필요하지 않으나, 항변의 경우에는 피고의 주장을 배척하는 판단을 판결이유에서 실시해야 하며 이를 하지 아니하면 판단누락의 위법을 면치 못한다(제424조 1항 6호, 제451조 1항 9호).
- ④ (X) : 부인의 경우에는 부인당한 사실에 대한 증명책임을 그 상대방, 즉 원고에게 돌아가나, 항변의 경우에는 그 항변사실의 증명책임을 그 제출자인 피고에게 있다. 예를 들어 피고의 무상증여의 진술이 있을 때에는 원고 측에서 대여사실의 존재를 입증하여야 할 것이나, 피고 측에서 면제를 주장할 경우 이는 원고의 주장사실이 진실임을 전제로 주장한 것이므로 피고 측에서 원고의 피고에 대한 채무면제의 사실을 입증하여야 할 것이다.

【문12】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 특별항고만이 허용되는 재판에 대한 불복으로서 당사자가 특히 특별항고라는 표시와 항고법원을 대법원으로 표시하지 아니하였다고 하더라도 항고장을 접수한 법원으로서 이를 특별



항고로 보아 소송기록을 대법원에 송부하여야 한다.

- ② 관할 등과 같은 소송요건의 적법 여부를 다투는 특별항고 사건에서도 대법원은 원심법원의 결정이나 명령에 재판에 영향을 미친 헌법위반을 비롯한 특별항고사유가 있는지 여부에 한정하여 심사해야 하고, 단순한 법률위반이 있다는 이유만으로 원심결정 등을 파기할 수는 없다.
- ③ 지방법원 항소부 소속 법관에 대한 제척 또는 기피신청이 제기되어 민사소송법 제45조 제1항의 각하결정 또는 소속법원 합의부의 기각결정이 있는 경우에 이는 항소법원의 결정과 같은 것으로 보아야 하므로 이 결정에 대하여는 대법원에 재항고하는 방법으로 다투어야 한다.
- ④ 항고법원이 항고를 기각한 결정에 대하여 그 재판을 받은 항고인 및 그 결정에 대한 정당한 이해관계가 있는 타인은 재항고를 할 수 있다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 불복이 허용되지 않는 결정에 대한 항고는 당사자가 특별항고라는 표시를 하지 아니하였어도 원심 법원으로서 마땅히 이를 특별항고로 다루어 기록을 대법원에 송부하여야 한다(대결 1999. 7. 26. 99마2081).
- ② (O) : 특별항고는 법률상 불복할 수 없는 결정·명령에 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에 한하여 허용되므로(민사소송법 제449조 제1항), 결정이 법률을 위반하였다는 사유만으로는 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있다고 할 수 없어 특별항고 사유가 되지 못한다(대결 2008.1.24. 자 2007그18).
- ③ (O) : 민사소송법 제442조는 “항고법원·고등법원 또는 항소법원의 결정 및 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반을 이유로 드는 때에만 재항고할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 항소법원의 결정에 대하여는 대법원에 재항고하는 방법으로 다투어야만 할 것이다(대법원 2004. 4. 28.자 2004스19 결정 등 참조). 한편, 지방법원 항소부 소속 법관에 대한 제척 또는 기피신청이 제기되어 민사소송법 제45조 제1항의 각하결정 또는 소속 법원 합의부의 기각결정이 있는 경우에 이는 항소법원의 결정과 같은 것으로 보아야 할 것이고, 이 결정에 대하여는 대법원에 재항고하는 방법으로 다투어야 한다(대결 2008.5.2. 2008마427).
- ④ (X) : 항고법원이 항고를 기각한 결정에 대하여는 그 재판을 받은 항고인만이 재항고를 할 수 있고 다른 사람은 그 결정에 이해관계가 있다 할지라도 재항고를 할 수 없다(대결 1985.04.02. 자 85마123).

【문13】 다음 설명 중 송달의 효력이 발생하는 것은?

- ① 재감자에 대한 송달을 교도소 등의 소장에게 하지 않고 수감되기 전의 종전 주소에 하였다.
- ② 소장에 기재된 주소 등의 장소에 대한 송달을 시도하지 않은 채 근무장소로 송달을 하였다.
- ③ 법원사무관등이 당해 사건 때문에 출석한 사람으로부터 영수증을 받고 송달서류를 직접 교부하였다.
- ④ 소송대리인 사무실로 송달하였다가 ‘수취인 불명’으로 송달불능 되자 기록에 드러나 있고



종전에 송달이 이루어지기도 하였던 본인의 주소지에 대한 송달을 시도하여 보지도 아니한 채 곧바로 위 소송대리인 주소지를 송달장소로 하여 발송송달을 하였다.

<정답>

③번

<해설>

① (X) : 판례는 비록 송달받을 사람이 교도소 등에 수감 중인 사실을 법원에 신고하지 아니 하였거나 기록에 의하여 법원에서 그 사실을 알 수 없었다고 하여도 수감자의 종전 주소에의 송달은 무효이며, 반드시 교도소장에게 송달하여야 한다고 본다[대판(전) 1982.12.28, 82다카349].

② (X) : 제183조 【송달장소】 ① 송달은 받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소(이하 “주소등”이라 한다)에서 한다. 다만, 법정대리인에게 할 송달은 본인의 영업소나 사무소에서 할 수 있다. ② **제1항의 장소를 알지 못하거나 그 장소에서 송달할 수 없는 때에는** 송달받을 사람이 고용·위임 그 밖에 법률상 행위로 취업하고 있는 다른 사람의 주소등(이하 “근무장소”라 한다)에서 송달할 수 있다.

③ (O) : 제177조【법원사무관등에 의한 송달】 ① 해당 사건에 출석한 사람에게는 법원사무관 등이 직접 송달할 수 있다. ② 법원사무관등이 그 법원 안에서 송달받을 사람에게 서류를 교부하고 영수증을 받은 때에는 송달의 효력을 가진다.

④ (X) : 민사소송법 제187조에 따른 등기우편에 의한 발송송달은 송달받을 자의 주소 등 송달하여야 할 장소는 밝혀져 있으나 송달받을 자는 물론이고 그 사무원, 고용인, 동거인 등 보충송달을 받을 사람도 없거나 부재하여서 원칙적 송달방법인 교부송달은 물론이고 민사소송법 제186조에 의한 보충송달과 유치송달도 할 수 없는 경우에 할 수 있고, 여기에서 송달하여야 할 장소란 실제 송달받을 자의 생활근거지가 되는 주소·거소·영업소 또는 사무소 등 송달받을 자가 소송서류를 받아 볼 가능성이 있는 적법한 송달장소를 말한다(대결 2009.10.29. 자 2009마1029).

【문14】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 반소 청구의 기초를 이루는 실질적인 쟁점에 관하여 제1심에서 본소의 청구원인 또는 방어 방법과 관련하여 충분히 심리되어 항소심에서의 반소 제기를 상대방의 동의 없이 허용하더라도 상대방에게 제1심에서의 심급의 이익을 잃게 하거나 소송절차를 현저하게 지연시킬 염려가 없는 경우에는 상대방의 동의 여부와 관계없이 항소심에서의 반소 제기를 허용하여야 한다.

② 본소가 취하된 때에는 피고는 원고의 동의 없이 반소를 취하할 수 있지만, 본소가 부적법 각하된 경우에는 원고의 동의가 있어야 반소취하의 효력이 생긴다.

③ 피고가 본소에 대한 추완항소를 하면서 항소심에서 비로소 반소를 제기한 경우에 항소가 부적법 각하되면 반소도 소멸한다.

④ 원고의 본소청구를 배척하면서 피고의 예비적 반소에 대하여도 판단한 제1심판결에 대하여 원고만이 항소하고 피고는 제1심에서 각하된 반소에 대하여 항소를 하지 아니하였는데 항소심이 원고의 항소를 받아들여 원고의 본소청구를 인용하는 경우, 항소심은 피고의 예비적 반소청구를 심판대상으로 삼아 판단할 필요가 없다.



<정답>

④번

<해설>

① (O) : 판례는 관습법상 법정지상권에 기한 항변과 관련한 지상권설정등기이행청구의 반소를 제기한 사안에서 “반소청구의 기초를 이루는 실질적 쟁점에 대하여 제1심에서 본소의 청구원인 또는 방어방법과 관련하여 충분히 심리되었다면, 항소심에서의 반소제기를 상대방의 동의 없이 허용하더라도 상대방에게 제1심의 심급의 이익을 잃게 하거나 소송절차를 현저하게 지연시킬 염려가 있다고 할 수 없을 것이므로, 이러한 경우에는 상대방의 동의여부와 관계없이 항소심에서의 반소제기를 허용하여야 할 것이다(대판 1996.3.26. 95다45545)”고 하였다.

② (O) : 본소가 취하된 때 - 본소가 각하된 경우는 포함 안 됨(판례), 제271조

③ (O) : 피고가 본소에 대한 추완항소를 하면서 항소심에서 비로소 반소를 제기한 경우에 항소가 부적법 각하되면 반소도 소멸한다(대판 2003.06.13. 2003다16962).

④ (X) : 예비적 반소에서 본소·반소 모두 각하한 경우에 피고는 항소하지 아니하고 원고만이 항소하였다 하여도 반소청구도 심판대상이 된다는 것이 판례이다⁶⁾(대판 2006.6.29. 2006다19061·19078).

【문15】 다음 설명 중 전소판결의 기판력이 후소 청구에 미치는 것은?

① 원고가 임료 상당 부당이득의 반환을 구하는 소를 제기하여 승소판결이 확정된 후, 임료가 상당하지 아니하게 되는 등 특별한 사정이 발생하여 후소로 차액상당의 부당이득금의 반환을 청구하였다.

② 원고가 1억원의 금전채권 중 일부청구임을 명시하여 4,000만원만 먼저 청구하여 승소판결을 받은 후, 금전채권 6,000만원의 잔부청구를 하였다.

③ 원고가 소유권이전등기말소소송에서 소유권이 없다는 이유로 패소판결을 받은 후, 동일 피고를 상대로 다시 소유권확인의 후소를 제기하였다.

④ 원고가 소유권이전등기말소소송에서 소유권이 없다는 이유로 패소판결을 받은 후, 동일 피고를 상대로 진정명의회복을 위한 소유권이전등기의 후소를 제기하였다.

<정답>

① (X) : 대판(전합) 1993.12.21. 92다46226판결의 다수의견은 전소의 청구를 명시적 일부청구로 보아 차액부분을 추가청구할 수 있다고 판시하였다(유보된 일부청구의제이론). 그리고 현재는 제252조로 청구가 가능하다.

② (X) : 명시설

③ (X) : 전소의 판결이유에서 판단된 소유권 부분에 대해서는 기판력이 생기지 않는다(제216조 1항의 반대해석).

④ (O) : 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과

6) 이에 대해서는 피고가 재판결과에 승복하여 항소·부대항소를 하지 아니하는 마당에 항소심이 심판을 하는 것이므로 처분권주의(불이익변경금지원칙)에 반한다는 문제가 생긴다고 하여 판례에 의문을 제기하는 견해가 있다(이시운, 676면).



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 진정한명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다(대판 2001.9.20, 99다37894).

【문16】 청구의 포기·인낙이나 화해, 조정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 주주총회결의의 부존재·무효의 확인을 구하는 소에 있어서 청구의 인낙이나 그 결의의 부존재·무효를 확인하는 내용의 화해·조정은 할 수 없고, 가사 이러한 내용의 청구인낙 또는 화해·조정이 이루어졌다 하여도 그 인낙조서나 화해·조정조서는 효력이 없다.
- ② 당사자 일방이 화해조서의 당연무효 사유를 주장하며 기일지정신청을 한 때에는 법원으로서 기일을 지정하여 심리를 한 다음 무효사유가 존재한다고 인정되지 아니한 때에는 판결로써 소송종료선언을 하여야 한다.
- ③ 제소전화해에 있어서 화해가 성립되지 아니한 경우에 신청인은 소제기신청을 할 수 있지만 피신청인은 소제기신청을 할 수 없다.
- ④ 제소전화해조서는 확정판결과 동일한 효력이 있어 당사자 사이에 기판력이 생긴다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 주주총회결의의 부존재·무효를 확인하거나 결의를 취소하는 판결이 확정되면 당사자 이외의 제3자에게도 그 효력이 미쳐 제3자도 이를 다룰 수 없게 되므로, 주주총회결의의 하자를 다투는 소에 있어서 청구의 인낙이나 그 결의의 부존재·무효를 확인하는 내용의 화해·조정은 할 수 없고, 가사 이러한 내용의 청구인낙 또는 화해·조정이 이루어졌다 하여도 그 인낙조서나 화해·조정조서는 효력이 없다(대판 2004.09.24, 2004다28047).
- ② (O) : 判例는 청구의 포기·인낙, 화해·조정의 무효 등 흙은 재심사유가 있을 때에 재심에 준하는 절차로써만 다룰 수 있을 뿐, 원칙적으로 기일지정신청으로 그 무효를 다룰 수 없다고 한다. 즉, 당연무효를 주장하며 기일지정신청을 하는 경우에는 법원으로서 그 무효사유의 존재 여부를 가리기 위해 기일을 지정하여 심리를 한 다음 무효 사유가 존재한다고 인정되지 아니한 때에는 판결로써 소송종료선언을 하여야 하고, 그 밖의 사유를 주장하며 기일지정신청을 한 때에는 그 신청을 각하해야 한다는 입장이다(대판 2000.3.10, 99다67703).
- ③ (X) : 제388조【소제기신청】 ① 제387조의 경우에 **당사자**는 소제기신청을 할 수 있다. 따라서 피신청인도 신청이 가능하다.
- ④ (O) : 제소전화해조서는 확정판결과 동일한 효력을 가지며(제220조), 또 집행력을 갖는다.

【문17】 청구의 병합에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 부가하여 이것이 판결확정 후에 이행불능 또는 집행



불능이 된 경우에 대비한 대상청구를 병합하여 소구한 경우, 양자의 경합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다.

② 부작위채무를 명하는 판결과 그 불이행시의 간접강제는 같은 종류의 소송절차라고 할 수 없으므로 양자를 병합하여 부작위채무에 관한 판결절차에서 장차 채무자가 그 채무를 불이행할 경우에 일정한 배상을 할 것을 명할 수는 없다.

③ 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다.

④ 수개의 청구가 제1심에서 선택적으로 병합되고 그 중 어느 하나의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 때에는 제1심이 판단하지 아니한 나머지 청구까지도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판 범위가 되므로, 항소심이 원고의 청구를 인용할 경우에는 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 어느 하나를 임의로 선택하여 심판할 수 있다.

<정답> - 김춘환 최종 모의고사 7회 22번, 8회 23번 유사

① (O) : 채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구의 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 후에 이행불능 또는 집행불능이 된 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 경합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다 할 것이고 이 경우의 대상 금액의 산정시기는 사실심 변론의 종결당시의 본래적 급부의 가격을 기준으로 산정하여야 한다(대판 1975. 7. 22. 75다450). <2008 사무관승진>

② (X) : 부대체적 채무인 부작위채무에 대한 강제집행은 간접강제만 가능하고, 간접강제결정은 판결절차에서 먼저 집행권원이 성립한 후에 채권자의 별도의 신청에 따라 채무자에 대한 필요적 심문을 거쳐 채무를 불이행하는 때에 일정한 배상을 하도록 명하는 것이 원칙이다. 따라서 부작위채무에 관한 집행권원 성립을 위한 판결절차에서 장차 채무자가 채무를 불이행할 경우에 대비하여 간접강제를 하는 것은 부작위채무에 관한 소송절차의 변론종결 당시에 보아 부작위채무를 명하는 집행권원이 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고, 또한 판결절차에서 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적정한 배상액을 산정할 수 있는 경우라야 한다(대판 2014.05.29. 2011다31225).

③ (O) : 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다(대판 2008.12.11. 2005다51495).

④ (O) : 수개의 청구가 제1심에서 처음부터 선택적으로 병합되고 그중 어느 한 개의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 경우는 물론, 원고의 청구를 인용한 판결에 대하여 피고가 항소를 제기하여 항소심에 이심된 후 청구가 선택적으로 병합된 경우에 있어서도 항소심은 제1심에서 인용된 청구를 먼저 심리하여 판단할 필요는 없고, 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 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(대판 1992.9.14. 92다7023).



【문18】 甲이 乙에 대하여 주위적 청구로서 매매계약이 유효함을 전제로 매매대금의 지급을 청구하고, 예비적 청구로서 매매계약이 무효인 경우 이미 인도한 매매목적물의 반환을 청구하였다. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 매매대금의 지급을 구하는 청구를 인용한 판결에 대하여 乙이 항소하면 매매목적물의 반환을 구하는 청구도 항소심에 이심되고 심판의 대상이 된다.
- ② 법원은 매매대금의 지급을 구하는 청구에 대하여 먼저 심리하여 보고 인용되면 매매목적물의 반환을 구하는 청구를 심판할 필요가 없다.
- ③ 매매대금의 지급을 구하는 청구를 배척하면서 매매목적물의 반환을 구하는 청구에 대하여 판단하지 아니하는 경우에 그 판결에 대한 상소가 제기되면 매매목적물의 반환을 구하는 청구는 재판누락이므로 추가판결의 대상이 된다.
- ④ 매매대금의 지급을 구하는 청구를 기각하면서 매매목적물의 반환을 구하는 청구를 인용한 항소심판결에 대하여 피고만이 상고하고 원고는 상고도 부대상고도 하지 않은 경우에, 매매대금의 지급을 구하는 청구는 상고심 판결 선고시에 확정된다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 이 경우 원고로서는 주위적 청구가 인정되지 않는 경우에 대비하여 예비적 청구를 하는 것이고, 주위적 청구가 인정되지 않는 경우에 예비적 청구에 대하여 심판받기를 바라는 것이므로 당연히(즉 피항소인의 부대항소를 요하지 않고) 예비적 청구가 현실적인 심판의 대상이 될 수 있다는 것이 통설, 판례의 태도이다(98다22253판결등).
- ② (O) : 예비적 병합의 경우에는 주위적 청구가 인용되면 예비적 청구에 대해서는 심판할 필요가 없고, 주위적 청구를 기각하면 예비적 청구를 심판하여야 한다.
- ③ (X) : 예비적 병합의 경우 판단누락설(대판2000.1.21, 99다50422), 재판누락설(대판 1992.10.13, 92다18283) 입장이 모두 있었으나, 최근에는 “그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다[대법(전합) 2000.11.16, 98다22253].”라고 하여 판단누락설로 입장을 정리했다.
- ④ (O) : 원고의 주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구를 일부 인용한 환송 전 항소심판결에 대하여 피고만이 상고하고 원고는 상고도 부대상고도 하지 않은 경우에, 주위적 청구에 대한 항소심판단의 적부는 상고심의 조사대상으로 되지 아니하고 환송 전 항소심판결의 예비적 청구 중 피고 패소 부분만이 상고심의 심판대상이 되는 것이므로, 피고의 상고에 이유가 있는 때에는 상고심은 환송 전 항소심판결 중 예비적 청구에 관한 피고 패소 부분만 파기하여야 하고, 파기환송의 대상이 되지 아니한 주위적 청구부분은 예비적 청구에 관한 파기환송판결의 선고와 동시에 확정되며 그 결과 환송 후 원심에서의 심판범위는 예비적 청구 중 피고 패소 부분에 한정된다(대판 2001.12.24. 2001다62213).

【문19】 상소심절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 상소장을 상소법원에 잘못 제출하여 상소법원이 원법원에 송부한 경우에 상소기간의 준수



여부는 원칙적으로 상소장이 원법원에 제출된 때가 기준이다.

- ② 상계항변이 이유 있다 하여 전부 승소한 피고는 상소의 이익이 있다.
- ③ 독립당사자참가소송에서 패소하였으나 상소나 부대상소를 하지 아니한 당사자에게 합일확정의 필요를 위하여 유리하게 원심판결이 변경될 수 있다.
- ④ 상고심은 법률심이므로 새로 소송자료의 수집과 사실 확정을 할 수 없고 직권조사사항에 대하여도 이 원칙이 적용된다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 상고장이 대법원에 바로 제출되었다가 다시 원심법원에 송부된 경우에는 상고장이 원심법원에 접수된 때를 기준하여 상고 제기기간 준수 여부를 따져야 한다(대판 1981.10.13. 81누230). - 법원실무제요(Ⅲ), 306면, 2014 주사보
- ② (O) : 형식적 불복설이 타당하나, i) 묵시적 일부청구의 경우나 ii) 상계의 항변에 의해 승소한 피고 등의 경우에는 실질적 불복설에 따라 상소의 이익을 인정하여야 하 것이다(예외를 인정하는 형식적 불복설).
- ③ (O) : 만약 상소한 자의 불복범위에 한정해서 상소심의 심판범위를 한정한다면(즉 불이익변경금지의 원칙을 인정한다면) 모순 대립하는 삼면관계를 일거에 해결한다는 독립당사자참가의 취지에 어긋나므로, 이 경우 상소심은 불복하지 않은 자에 대해서 유리한 청구가 가능하다. 이는 항소인에게 불리한 결과가 되는 것이지만 합일확정의 요청이 상소심에서 처분권주의의 발현인 불이익변경금지의 원칙(법 제415조)을 제한하는 것이므로 부득이하다(불이익변경금지의 원칙 예외 참조).
- ④ (X) : 제434조【직권조사사항에 대한 예외】 법원이 직권으로 조사하여야 할 사항에 대하여는 제431조 내지 제433조의 규정을 적용하지 아니한다. 제432조【사실심의 전권】 원심판결이 적법하게 확정된 사실은 상고법원을 기속한다.

【문20】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 의사표시가 강박에 의한 것이어서 당연무효라는 주장 속에 강박에 의한 의사표시이므로 취소한다는 주장이 당연히 포함되어 있다고는 볼 수 없다.
- ② 채권양도사실을 내세워 당사자적격이 없다고 하는 본안항변 주장 속에 원고가 채권을 양도하였으므로 채권자임을 전제로 한 청구는 이유 없는 것이라는 취지의 본안에 관한 항변이 포함되었다고 볼 수 없다.
- ③ 금원을 변제공탁하였다는 취지의 공탁서를 증거로 제출하면서 그 금액 상당의 변제 주장을 명시적으로 하지 않은 경우, 비록 당사자가 공탁서를 제출하였을 뿐 그에 기재된 금액 상당에 대한 변제 주장을 명시적으로 하지 않았다고 하더라도 공탁서를 증거로 제출한 것은 그 금액에 해당하는 만큼 변제되었음을 주장하는 취지임이 명백하므로, 법원으로서도 그와 같은 주장이 있는 것으로 보고 그 당부를 판단하거나 아니면 그렇게 주장하는 취지인지 석명을 하여야 한다.
- ④ 증여를 원인으로 한 부동산소유권이전등기청구에 대하여 피고가 시효취득을 주장하였다고



하여도 그 주장 속에 원고의 위 이전등기청구권이 시효소멸 하였다는 주장까지 포함되었다고 할 수 없다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 의사표시가 강박에 의한 것이어서 당연무효라는 주장 속에 강박에 의한 의사표시이므로 취소한다는 주장이 당연히 포함되어 있다고는 볼 수 없다(대판 1996.12.23. 95다40038).

② (X) : 피고가 본안전 항변으로 채권양도사실을 내세워 당사자적격이 없다고 주장하는 경우 그와 같은 주장 속에는 원고가 채권을 양도하였기 때문에 채권자임을 전제로 한 청구는 이유가 없는 것이라는 취지의 본안에 관한 항변이 포함되어 있다고 볼 수 있다(대판 1992.10.27. 92다18597).

③ (O) : 금원을 변제공탁하였다는 취지의 공탁서를 증거로 제출하면서 그 금액 상당의 변제 주장을 명시적으로 하지 않은 경우, 비록 당사자가 공탁서를 제출하였을 뿐 그에 기재된 금액 상당에 대한 변제 주장을 명시적으로 하지 않았다고 하더라도 공탁서를 증거로 제출한 것은 그 금액에 해당하는 만큼 변제되었음을 주장하는 취지임이 명백하므로, 법원으로서의 그와 같은 주장이 있는 것으로 보고 그 당부를 판단하거나 아니면 그렇게 주장하는 취지인지 석명을 구하여 당사자의 진의를 밝히고 그에 대한 판단을 하여야 한다(대판 2002.05.31. 2001다42080).

④ (O) : 증여를 원인으로 한 부동산소유권이전등기청구에 대하여 피고가 시효취득을 주장하였다고 하여도 그 주장속에 원고의 위 이전등기청구권이 시효소멸하였다는 주장까지 포함되었다고 할 수 없다(대판 1982.02.09. 81다534).

【문21】 독촉절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 확정된 지급명령은 기판력이 인정되지 아니하므로 청구이의의 소로 다룰 수 있다.
- ② 지급명령이 송달된 후 이의신청 기간 내에 회생절차개시결정 등과 같은 사유가 생긴 경우에도 이의신청 기간의 진행이 정지되지 않는다.
- ③ 지급명령신청이 각하된 경우라도 6개월 이내 다시 소를 제기한 경우라면 시효는 당초 지급명령신청이 있었던 때에 중단되었다고 보아야 한다.
- ④ 지급명령신청에 관할위반의 사유가 있는 때에는 그 신청을 각하한다.

<정답>

① (O) : 현행 민사소송법 제474조는 확정된 지급명령은 확정판결과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있으나, 확정판결에 대한 청구이의의 이유를 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것으로 한정하고 있는 민사집행법 제44조 제2항과는 달리 민사집행법 제58조 제3항은 지급명령에 대한 청구에 관한 이의의 주장에 관하여는 위 제44조 제2항의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 현행 민사소송법에 의한 지급명령에



있어서도 지급명령 발령 전에 생긴 청구권의 불성립이나 무효 등의 사유를 그 지급명령에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있다. 이러한 의미에서 구 민사소송법뿐만 아니라 현행 민사소송법에 의한 지급명령에도 기판력은 인정되지 아니한다(대판 2009.7.9. 2006다73966).

② (X) : 독촉절차는 금전, 그 밖에 대체물이나 유가증권의 일정한 수량의 지급을 목적으로 하는 청구에 대하여 채권자로 하여금 간이·신속하게 집행권원을 얻을 수 있도록 하기 위한 특별소송절차로서(민사소송법 제462조), 그 성질에 어긋나지 아니하는 범위에서 소에 관한 규정이 준용된다(민사소송법 제464조). 따라서 지급명령이 송달된 후 이의신청 기간 내에 회생절차개시결정 등과 같은 소송중단 사유가 생긴 경우에는 민사소송법 제247조 제2항이 준용되어 이의신청 기간의 진행이 정지된다(대판 2012.11.15. 2012다70012).

③ (O) : 민법 제170조 【재판상의 청구와 시효중단】 ① 재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없다. ② 전항의 경우에 6월내에 재판상의 청구, 파산절차 참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상청구로 인하여 중단된 것으로 본다.

④ (O) : 제465조 【신청의 각하】 ① 지급명령의 신청이 제462조 본문 또는 제463조의 규정에 어긋나거나, 신청의 취지로 보아 청구에 정당한 이유가 없는 것이 명백한 때에는 그 신청을 각하하여야 한다. 청구의 일부에 대하여 지급명령을 할 수 없는 때에 그 일부에 대하여도 또한 같다. 제463조 【관할법원】 독촉절차는 채무자의 보통재판적이 있는 곳의 지방법원이나 제7조 내지 제9조, 제12조 또는 제18조의 규정에 의한 관할법원의 전속관할로 한다.

【문22】 소송의 당사자에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 제1심에서의 당사자 표시 변경이 당사자표시정정에 해당하는 것으로서, 제1심이 소송당사자를 제대로 확정하여 판결하였음에도 불구하고, 항소심이 제1심에서의 당사자표시 변경이 임의적 당사자의 변경에 해당하여 허용될 수 없는 것이라고 잘못 판단하여 소송당사자 아닌 자를 소송당사자로 취급하여 변론을 진행시키고 판결을 선고한 경우, 진정한 소송당사자는 상고를 제기하여 이를 다룰 수 있다.
- ② 항소심에서 당사자표시정정이 있었다 하여도 당사자의 심급의 이익을 박탈하는 것이 아니므로 상대방의 동의가 필요하지 아니하다.
- ③ 민사소송에 있어서 제삼자가 원고의 소에 의하여 특정된 피고를 참칭한 경우에 법원이 피고 아닌 자가 피고를 모용하여 소송을 진행한 사실을 알지 못하고 판결을 선고하였다면 피모용자는 상소 또는 재심의 소를 제기하여 그 판결의 취소를 구할 수 있다.
- ④ 소송계속 중 어느 일방 당사자의 사망에 의한 소송절차 중단을 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우 적법한 상속인들이 수계신청을 하여 판결을 송달받아 상고하거나 또는 사실상 송달을 받아 상고장을 제출하고 상고심에서 수계절차를 밟은 경우에 그 수계와 상고는 적법한 것이다.

<정답>

①번

<해설>



① (X) : 이 사건 소는 김철호 등 83명이 김철호를 선정당사자로 선정하여 제기한 것으로 보아야 할 것이고, 제1심이 이 사건 원고의 표시를 '대한예수교장로회 순천순광교회 대표자 담임목사 김철호'에서 '원고(선정당사자) 김철호'로 변경한 것은 당사자의 동일성이 인정되는 범위 내에서의 당사자 표시정정에 지나지 않는다고 할 것임에도 불구하고 원심이 이 사건의 원고를 '대한예수교장로회 순천순광교회'로 보고 '선정당사자 김철호'로 변경하는 것은 임의적 당사자 변경에 해당하여 허용될 수 없다는 전제 아래 '대한예수교장로회 순천순광교회'에게 항소장부분을 송달한 후 그를 원고로 취급하여 변론을 진행하여 판결을 선고한 것은 소송당사자 아닌 자를 소송당사자로 보고 소송을 진행하여 판결을 한 것이므로 이 사건 원고에 대하여는 항소심 판결이 아직 선고되지 않았다고 할 것이고, 원고와 사이의 이 사건은 아직 원심에서 변론도 진행되지 않은 채 계속 중이라고 할 것이므로 원고는 상고를 제기할 것이 아니라 원심에 이 사건에 대한 변론기일지정신청을 하여 소송을 다시 진행함이 상당하다고 할 것이며, 원심이 선고한 판결은 원고에 대한 관계에 있어서는 적법한 상고대상이 되지 아니한다(대판 1996.12.20. 95다26773).

② (O) : 당사자표시정정은 동일성이 있는 경우에 허용되므로, 상대방의 동의가 필요없다.

③ (O) : 피모용자는 무권대리인이 대리권을 행사한 경우 같이 판결 확정전이면 상소(제424조 1항 4호), 판결 확정 후이면 재심(제451조 1항 3호)을 제기하여 판결의 효력을 배제할 수 있다는 것이 통설, 판례이다.

④ (O) : 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 없고, 다만 그 판결은 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 대리권흡결을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 그 취소를 구할 수 있을 뿐이므로, 판결이 선고된 후 적법한 상속인들이 수계신청을 하여 판결을 송달받아 상고하거나 또는 사실상 송달을 받아 상고장을 제출하고 상고심에서 수계절차를 밟은 경우에도 그 수계와 상고는 적법한 것이라고 보아야 하고, 그 상고를 판결이 없는 상태에서 이루어진 상고로 보아 부적법한 것이라고 각하해야 할 것은 아니다(대판[전합] 1995.05.23. 94다28444).

【문23】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 소송고지의 피고지자는 후일 고지자와의 소송에서 전소확정판결에서의 결론의 기초가 된 사실상.법률상의 판단에 반하는 것을 주장할 수 없게 된다.

② 독립당사자참가는 실질에 있어서 소송제기의 성질을 가지고 있으므로 상고심에서는 독립당사자참가를 할 수 없다.

③ 참가하려는 소송에 수개의 청구가 병합된 경우 그 중 어느 하나의 청구라도 독립당사자참가인의 주장과 양립하지 않는 관계에 있으면 그 본소청구에 대한 참가가 허용된다.

④ 독립당사자참가인이 화해권고결정에 대하여 이의한 경우, 이의의 효력은 독립당사자참가인과 원고, 독립당사자참가인과 피고 사이에는 미치지 않지만, 원.피고 사이에는 미치지 않는다.

<정답>

④번



<해설>

- ① (O) : 피고지자가 고지자에게 보조참가 할 이해관계가 있는 한 고지자가 패소시 소송고지에 의해 참가할 수 있는 때에 참가한 것과 마찬가지로 제77조의 참가효를 받는다(제86조).
- ② (O) : 판례와 유력설은 독립당사자참가는 그 실질에 있어서 신소제기의 실질을 가지므로 법률심인 상고심에서는 참가할 수 없는 것으로 본다(대판 1977.7.12, 76다2251·77다218 등, 호문혁).
- ③ (O) : 독립당사자참가 중 권리주장참가는 소송의 목적의 전부나 일부가 자기의 권리임을 주장하면 되는 것이므로 참가하려는 소송에 수개의 청구가 병합된 경우 그 중 어느 하나의 청구라도 독립당사자참가인의 주장과 양립하지 않는 관계에 있으면 그 본소청구에 대한 참가가 허용된다고 할 것이고, 양립할 수 없는 본소청구에 관하여 본안에 들어가 심리한 결과 이유가 없는 것으로 판단된다고 하더라도 참가신청이 부적법하게 되는 것은 아니다(대판 2007.06.15. 2006다80322).
- ④ (X) : 민사소송법 제79조에 의한 소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고 및 참가인 상호간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하려는 소송형태로서 두 당사자 사이의 소송행위는 나머지 1인에게 불이익이 되는 한 두 당사자 간에도 효력이 발생하지 않는다고 할 것이므로, 원·피고 사이에만 재판상 화해를 하는 것은 3자 간의 합일확정의 목적에 반하기 때문에 허용되지 않는다. 독립당사자참가인이 화해권고결정에 대하여 이의한 경우, 이의의 효력이 원·피고 사이에도 미친다(대판 2005. 5. 26. 2004다25901,25918).

【문24】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 전문심리위원은 전문적인 지식을 필요로 하는 소송절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있으며 당사자들의 동의가 있으면 재판의 합의에 참여할 수 있다.
- ② 전문심리위원은 기일에 재판장의 허가를 받아 당사자, 증인 또는 감정인 등 소송관계인에게 직접 질문할 수 있다.
- ③ 감정인이 성실하게 감정할 수 없는 사정이 있는 때에 당사자는 그를 기피할 수 있다. 다만, 당사자는 감정인이 감정사항에 관한 진술을 하기 전부터 기피할 이유가 있다는 것을 알고 있었던 때에는 감정사항에 관한 진술이 이루어진 뒤에 그를 기피하지 못한다.
- ④ 법원이 필요하다고 인정하는 경우에는 공공기관, 학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다. 이 경우에는 선서에 관한 규정을 적용하지 아니한다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 전문심리위원은 전문적인 지식을 필요로 하는 소송절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있다. 다만, 재판의 합의에는 참여할 수 없다(제164조의2 2항).
- ② (O) : 제164조의2 3항



- ③ (O) : 제336조
- ④ (O) : 제341조 1항

【문25】 다음 사례 중 판례에 의하면 석명 의무가 인정되지 않는 것은?

- ① 원고가 손해배상청구의 법률적 근거가 계약책임인지 불법행위책임인지 이를 명시하지 아니하였는데 불법행위책임을 묻는 것으로 단정하여 재판하였다.
- ② 당사자들이 부제소 합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하였다.
- ③ 청구변경의 형태가 교환적인지 추가적인지 불분명한 경우임에도 교환적 변경으로 단정하여 재판하였다.
- ④ 원고의 매매대금청구에 대하여 피고가 주장하지 아니하는 변제의 항변에 관한 석명을 하지 않고 재판하였다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 최근 判例는 전화요금 연체해지로 인해 불법행위를 청구한 사안에서 “손해배상청구의 법률적 근거를 계약책임으로 구성하느냐 아니면 불법행위책임으로 구성하느냐는 소송의 승패가 달라질 수도 있는 중대한 법률적 사항에 해당한다고 할 것이므로, 원심으로서 원고에게 의견을 진술할 기회를 부여함으로써 원고로 하여금 그 주장을 법률적으로 명쾌하게 정리할 기회를 주어야 하는데, 단순히 원고의 불법행위 청구를 기각한 것은 석명권을 적절히 행사하지 않은 잘못이 있다(대판 2009.11.12. 2009다42765).”고 하여 구이론에 의할 때 소송물이 다른 경우에도 지적의무(시사의무)위반으로 본 판시가 있다.
- ② (O) : 부제소 합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 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 소를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것으로서 석명 의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다(대판 2013.11.28. 2011다80449).
- ③ (O) : 최근 판례도 “소의 변경이 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 여부는 기본적으로 당사자의 의사해석에 의할 것이므로 당사자가 구 청구를 취하한다는 명백한 표시 없이 새로운 청구로 변경하는 등으로 그 변경형태가 불분명한 경우에는 사실심법원으로서 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점을 석명할 의무가 있다(대판 2013.10.24. 2010다90661,90678).”



고 한다.

④ (X) : 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.