

2014년도 3월 7일 시행

법원직 9급 공개경쟁채용 필기시험

민사소송법(1책형)

해설 - 이희억 교수

【문 1】 이송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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 재심제기기간내에 제1심법원에 제기되었으나 재심사유 등에 비추어 항소심판결을 대상으로 한 것이라 인정되어 위 소를 항소심법원에 이송한 경우에 있어서 재심제기기간의 준수여부는 제1심법원에 제기된 때를 기준으로 한다.

【문 2】 민사소송법 제424조 제1항 각호에서 정한 절대적 상고이유가 아닌 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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

【문 3】 재판장의 소장심사와 보정명령 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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 인지도정명령에 대하여는 독립하여 이의신청이나 항고를 할 수 없고 다만 보정명령에 따른

인지를 보정하지 아니하여 소장이나 상소장이 각하되면 그 각하명령에 대하여 즉시항고로 다툴 수밖에 없다.

【문 4】 소송법상의 특별대리인 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사실상 의사능력을 상실한 상태에 있어 소송능력이 없는 사람에 대하여 소송을 제기하는 경우에도 특별대리인을 선임할 수 있다.
- ② 비법인사단인 원고가 그 대표자인 피고 명의로 신탁한 부동산에 대하여 위 피고에게 명의신탁해지를 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.

【문 5】 처분권주의 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원고가 계속적으로 필요로 하는 향후치료비 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 한개의 손해배상청구권중 일부가 소송상 청구되어 있는 경우에 과실상계를 함에 있어서는 손해의 전액에서 과실비용에 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.

【문 6】 채권자대위소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의

함)

- 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 계속중에 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.

【문 7】 소송비용에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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.

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

- ① 소송계속중 어느 일방 당사자의 사망에 의한 소송절차 중단을 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 소송에 관여할 수 있는 적법한 수계인의 권한을 배제한 결과로 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.

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

- 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.

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

- 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 소송계속중 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.

【문11】 원고가 대여금반환청구의 소를 제기한 데 대하여 피고가 대여가 아니라 증여를 받았다는 주장을 하였다. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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.

【문12】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 특별항고만이 허용되는 재판에 대한 불복으로서 당사자가 특히 특별항고라는 표시와 항고법원을 대법원으로 표시하지 아니하였다고 하더라도 항고장을 접수한 법원으로서 이를 특별항고로 보아 소송기록을 대법원에 송부하여야 한다.
- ② 관할 등과 같은 소송요건의 적법 여부를 다투는 특별항고사건에서도 대법원은 원심법원의

결정이나 명령에 재판에 영향을 미친 헌법위반을 비롯한 특별항고사유가 있는지 여부에 한 정하여 심사해야 하고, 단순한 법률위반이 있다는 이유만으로 원심결정 등을 파기할 수는 없다.

- ③ 지방법원 항소부 소속 법원에 대한 제척 또는 기피신청이 제기되어 민사소송법 제45조 제1항의 각하결정 또는 소속 법원 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.

【문13】 다음 설명 중 송달의 효력이 발생하는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

【문14】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 반소 청구의 기초를 이루는 실질적인 쟁점에 관하여 제1심에서 본소의 청구원인 또는 방어방법과 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.

【문15】 다음 설명 중 전소판결의 기판력이 후소청구에 미치는 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

을 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.

【문16】 청구의 포기·인낙이나 화해, 조정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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.

【문17】 청구의 병합에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

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

【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?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 매매대금의 지급을 구하는 청구를 인용한 판결에 대하여 乙이 항소하면 매매목적물의 반환

을 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.

【문19】 상소심절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 상소장을 상소법원에 잘못 제출하여 상소법원이 원법원에 송부한 경우에 상소기간의 준수 여부는 원칙적으로 상소장이 원법원에 제출된 때가 기준이다.
- ② 상계항변이 이유있다 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 사실확정을 할 수 없고 직권조사사항에 대하여도 이 원칙이 적용된다.

【문20】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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 본안전 항변 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, 법원으로서 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 주장속에 원고의 위 이전등기청구권이 시효소멸하였다는 주장까지 포함되었다고 할 수 없다.

【문21】 독촉절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 확정된 지급명령은 기판력이 인정되지 아니하므로 청구이의의 소로 다룰 수 있다.
- ② 지급명령이 송달된 후 이의신청 기간 내에 회생절차개시결정 등과 같은 사유가 생긴 경우에

도 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.

【문22】 소송의 당사자에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 제1심에서의 당사자 표시 변경이 당사자표시정정에 해당하는 것으로서, 제1심이 소송당사자를 제대로 확정하여 판결하였음에도 불구하고, 항소심이 제1심에서의 당사자 표시 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 소송계속중 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.

【문23】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- 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 미치지지만, 원·피고 사이에는 미치지 않는다.

【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.

【문25】 다음 사례 중 판례에 의하면 석명의무가 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 및 해설

1. [해설]① 판례는 서울가정법원의 전속관할인 청구이의의 소를 서울지방법원 성동지원에 제기하였다면 이는 전속관할위반이지만 가정법원에서 가사소송법 제12조에 의하여 그 성질에 반하지 아니하는 한도내에서는 민사소송법의 규정을 준용하도록 되어 있으므로 위 성동지원은 위 소를 각하할 것이 아니라 민사소송법 제31조 제1항에 의하여 서울가정법원으로 이송하여야 한다고 한다(대판 1980. 11. 25, 80마445). 따라서 위 소를 각하하여야 한다 라는 말은 틀렸다. ② 판례는 재판관할권의 유무에 관한 문제는 법원의 직권조사사항이기 때문에 소송당사자로서는 관할권이 없다는 이유로 이송신청을 할 수 없다고 한다(대판 1987. 12. 30, 87마1010). ③ 민사소송법 제37조 ④ 대판 1984. 2. 28, 83다카1981

2. [해설]③ 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때에는 민사소송법 제424조 제1항 각호의 절대적 상고이유가 되지 않고 민사소송법 제451조 제1항 제4호의 재심사유에 해당한다. ① 민사소송법 제424조 제1항 제2호 ② 민사소송법 제424조 제1항 제6호 ④ 민사소송법 제424조 제1항 제4호

3. [해설]① 판례는 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 인지액 상당의 현금을 송달료로 잘못 납부한 신청인에게는 다시 인지를 보정할 수 있는 기회를 부여함이 타당하다. 따라서 소장 등을 심사하는 재판장으로서 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 것인지에 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 위법하다고 한다(대판 2014. 4. 30, 2014마76). 따라서 위 설문에서 인지를 보정할 기회를 부여하지 아니한 채 소장이나 상소장을 각하한다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다는 말은 틀렸다. ② 판례는 보정명령서에 보정기한이 공란으로 되어있어 보정기간이 언제까지라고 지정된 바 없다면 이는 적법한 보정명령이라고 할 수 없다고 한다(대판 1980. 6. 12, 80마160). ③ 대판 1981. 11. 26, 81마275 ④ 대판 1995. 6. 30, 94다39086

4. [해설]③ 판례는 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 있다고 한다(대판 2011. 1. 27, 2008다85758). 따라서 위 설문에서 특별대리인에 대한 수소법원의 해임결정이 있기 전에는 그 대표자는 법인을 위하여 유효하게 소송행위를 할 수 없다는 말은 틀렸다. ① 판례는 사실상 의사능력을 상실한 상태에 있어 소송능력이 없는 사람에 대하여 소송을 제기하는 경우에도 특별대리인을 선임할 수 있다고 한다(대판 1993. 7. 27, 93다8986). ② 판례는 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 있다고 한다(대판 1992. 3. 10, 91다25208). ④ 판례는 새로이 선임된 대표이사가 주식회사의 적법한 대표자의 자격이 없으나 당초의 대표이사가 상법 제386조, 제389조 제3항에 의하여 적법한 대표이사가 새로 선임되어 취임할 때까지 회사의 대표이사의 권리의무를 지므로 당해 회사는 민사소송법 제64조, 제62조에 의한 “대표자가 없거나 대표자가 대표권을 행사할 수 없는 경우”에 해당하지 않아 특별대리인을 선임할 수 없다고 한다(대판 1974. 12. 10, 74다428). 참고로 상법 제

386조 제1항은 “ 법률 또는 정관에 정한 이사의 원수를 결한 경우에는 임기의 만료 또는 사임으로 인하여 퇴임한 이사는 새로 선임된 이사가 취임할 때까지 이사의 권리의무가 있다”고 규정하고 있다.

5. [해설]④ 판례는 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 기각할 것이 아니라 존재하는 채무부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 한다고 한다(대판 1994. 1. 25, 93다9422). 따라서 위 설문의 경우 그 청구의 전부를 기각하여야 한다 라는 말은 틀렸다. ① 판례는 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 없다고 한다(대판 1970. 7. 24, 70다621). ② 판례는 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 원인에 관하여는 주장·입증을 하였다더라도 손해의 발생 사실에 관한 주장·입증을 하지 아니하였다면 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하지 아니한 손해의 발생 사실을 기초로 하여 손해액을 산정할 수는 없다고 한다(대판 2000. 2. 11, 99다49644). ③ 판례는 일개의 손해배상 청구권중 일부가 소송상 청구되어 있는 경우에 과실상계를 함에 있어서는 손해의 전액에서 과실비용에 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 것이다. 이는 소위 외측설에 따른 이론인 바 외측설에 따라 원고의 청구를 인용한다고 하여도 이것이 당사자 처분권 주의에 위배되는 것이라고 할 수는 없다고 한다(대판 1976. 6. 22, 75다819). 상기의 설문은 일부청구과 과실상계에 관한 것으로서 외측설을 취한 판례의 태도로 타당하다.

6. [해설]④ 판례는 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 라고 한다(대판 2014. 1. 23, 2011다108095). ① 판례는 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수밖에 없다고 한다(대판 1994. 6. 24, 94다14339). ② 판례는 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 양수금청구는 원고가 위 계약금반환청구권 자체를 양수하였다는 것이어서 양 청구는 동일한 소송물에 관한 권리의무의 특정승계가 있을 뿐 그 소송물은 동일한 점, 시효중단의 효력은 특정승계인에게도 미치는 점, 원고는 위 계약금반환채권을 채권자대위권에 기해 행사하다 다시 이를 양수받아 직접 행사한 것이어서 위 계약금반환채권과 관련하여 원고를 ‘권리 위에 잡자는 자’로 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다고 한다(대판 2010. 6. 24, 2010다17284). ③ 대판 1994. 2. 8, 93다53092

7. [해설]① 소송비용액의 확정신청은 소송비용부담재판이 확정되거나 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에도 할 수 있다(민사소송법 제110조 제1항). 위 설문의 경우 소송비용부담의 재판이 비록 확정되지 아니하여도 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에도 할 수 있으므로 틀렸다. ② 판례는 소송비용의 재판에 대한 불복은 본안에 대한 상고의 전부 또는 일부가 이유 있는 경우에 한하여 허용되고, 본안에 대한 상고가 이유 없을 때에는 허용될 수 없다고 한다(대판 2005. 3. 24, 2004다71522)(민사소송법 제391조). ③ 대판 2008. 6. 23, 2007마634 ④ 대판 1992. 11. 30, 90마1003

8. [해설]④ 판례는 소송수계신청의 적법여부는 법원의 직권조사사항으로서 조사결과 수계가 이유없다고 인정된 경우에는 이를 기각하여야 하나 이유있을 때에는 별도의 재판을 할 필요없이 그대로 소송절차를 진행할 수 있다 라고 한다(대판 1984. 6. 12, 83다카1409). 따라서 위 설문의 경우 이유 있을 때에는 별도의 재판으로 수계의 허가결정을 한 다음 소송절차를 진행하여야 한다 라는 말은 틀렸다. ① 대판 2003. 11. 14, 2003다34038 ② 판례는 나. 보조참가인은 피참가인인 당사자의 승소를 위한 보조자일 뿐 자신이 당사자가 되는 것이 아니므로 소송 계속중 보조참가인이 사망하더라도 본소의 소송절차는 중단되지 아니한다고 한다(대판 1995. 8. 25, 94다27373). ③ 법인의 대표자가 법원의 결정에 의하여 그 직무집행이 정지된 경우에도 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차는 중단되지 아니하지만 심급대리의 원칙상 종국판결이 소송대리인에게 송달됨으로써 그 소송절차는 중단된다(대판 1996. 2. 9, 94다61649 참고).

9. [해설]④ 판례는 자백은 사적 자치의 원칙에 따라 당사자의 처분이 허용되는 사항에 관하여 그 효력이 발생하는 것이므로, 일단 자백이 성립되었다고 하여도 그 후 그 자백을 한 당사자가 위 자백을 취소하고 이에 대하여 상대방이 이의를 제기함이 없이 동의하면 반진실, 착오의 요건은 고려할 필요 없이 자백의 취소를 인정하여야 할 것이나, 위 자백의 취소에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하고 있지 않다는 점만으로는 그 취소에 동의하였다고 볼 수는 없다고 한다(대판 1994. 9. 27, 94다22897). 따라서 위 설문의 경우 자백취소에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않는다면 반진실, 착오의 요건은 고려할 필요 없이 자백의 취소를 인정하여야 한다 라는 말은 틀렸다. ① 판례는 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 없다고 한다(대판 2010. 2. 11, 2009다84288). ② 판례는 법률심인 상고심에 이르러서는 원심에서 한 자백을 취소할 수 없다고 한다(대판 1998. 1. 23, 97다38305). ③ 대판 2013. 6. 27, 2012다86048

10. [해설]② 판례는 불항소의 합의는 심급제도의 이용을 배제하여 간이신속하게 분쟁을 해결하고자 하는 당사자의 의사를 존중하여 인정되는 제도이므로 당사자의 일방만이 항소를 하지 아니하기로 약정하는 합의는 공평에 어긋나 불항소 합의로서의 효력이 없다고 한다(대판 1987. 6. 23, 86다카2728). ① 대판 1987. 6. 23, 86다카2728 ③ 판례는 구체적인 사건의 소송 계속중 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 것이다 라고 한다(대판 2007. 11. 29, 2007다52317). ④ 대판 2005. 6. 10, 2005다14861

11. [해설]④ 원고가 대여금반환청구의 소를 제기한 데 대하여 피고가 대여가 아니라 증여를 받았다는 주장을 하였다면, 이것은 간접부인으로서 피고가 증여에 대한 입증책임을 부담하는 것이 아니라 부인당한 원고가 소비대차계약의 사실을 증명책임을 부담한다. ① 원고가 대여금반환청구의 소를 제기한 경우 원고는 권리근거규정의 요건사실인 소비대차계약을 체결하였다는 사실을 주장하여야 한다. ② 원고는 대여하였다고 주장하고 피고는 증여받았다고 주장하고 있는 사안에서, 이것은 피고의 간접부인으로서 원고가 대여사실에 대하여 입증책임을 부담하므로 대여와 증여 어느 쪽의 주장이 진실인지 불명확한 경우에 돈을 대여하였다는 사실은 없는 것으로 취급하여야 한다. ③ 원고의 청구가 인용될 때에는 피고의 부인에 대하여 배척하는 판단이 포함되어 있으므로 판결이유에 피고가 증여받았다는 주장을 배척하는 판단을 할 필요는 없다.

12. [해설]④ 판례는 항고법원이 항고를 기각한 결정에 대하여는 그 재판을 받은 항고인만이 재항고를 할 수 있고, 다른 사람은 그 결정에 이해관계가 있다 할지라도 재항고를 할 수 없다고 한다(대판 1985. 4. 2, 85마123). 따라서 위 설문의 경우 이해관계가 있는 타인은 재항고를 할 수 있다 라는 말은 틀렸다. ① 대판 2011. 2. 21, 2010마1689 ② 판례는 민사소송법 제449조 제1항에 의하면 재판절차에서 헌법 제27조에 규정된 공정한 재판을 받을 권리를 침해받은 당사자는 특별항고를 제기할 수 있지만, 단순히 재판에 영향을 미친 법률위반이 있다고 주장하는 것은 적법한 특별항고이유에 해당하지 않는다. 그리고 관할 등과 같은 소송요건의 적법 여부를 다투는 특별항고사건에서도 대법원은 원심법원의 결정이나 명령에 재판에 영

향을 미친 헌법위반을 비롯한 특별항고사유가 있는지 여부에 한정하여 심사해야 하고, 단순한 법률위반이 있다는 이유만으로 원심결정 등을 파기할 수는 없다고 한다(대판 2008. 10. 23, 2007그40). ③ 판례는 민사소송법 제442조의 규정에 비추어 볼 때 항소법원의 결정에 대하여는 대법원에 재항고하는 방법으로 다투어야만 하는바, 지방법원 항소부 소속 법원에 대한 제척 또는 기피신청이 제기되어 민사소송법 제45조 제1항의 각하결정 또는 소속 법원 합의부의 기각결정이 있는 경우에 이는 항소법원의 결정과 같은 것으로 보아야 하므로 이 결정에 대하여는 대법원에 재항고하는 방법으로 다투어야 한다고 한다(대판 2008. 5. 2, 2008마427).

13. [해설]③ 법원사무관 등은 그 법원 안에서 송달받을 사람에게 서류를 교부하고 영수증을 받은 때에는 송달의 효력을 가진다(민사소송법 제177조 제2항). 따라서 위 설문의 경우 법원사무관등이 당해 사건 때문에 출석한 사람으로부터 영수증을 받고 송달서류를 직접 교부하였다면 송달로써 효력이 발생한다. ① 판례는 교도소 등의 소장은 재감자에 대한 송달에 있어서는 일종의 법정대리인이라고 할 것이므로 재감자에 대한 송달을 교도소 등의 소장에게 하지 아니하고 수감되기 전의 종전 주·거소에다 하였다면 무효라고 하지 않을 수 없고, 수소법원이 송달을 실시함에 있어 당사자 또는 소송관계인의 수감사실을 모르고 종전의 주·거소에 하였다고 하여도 동일하고 송달의 효력은 발생하지 않는다고 한다(대판 1982. 12. 28, 82다카349). ② 판례는 소장, 지급명령신청서 등에 기재된 주소 등의 장소에 대한 송달을 시도하지 않은 채 근무장소로 한 송달은 위법하다고 한다(대판 2004. 7. 21, 2004마535). ④ 판례는 제1심법원 법원사무관 등이 판결정본을 피고 소송대리인 사무실로 송달하였다가 '수취인 불명'으로 송달불능되자 위 주소지로 등기우편에 의한 발송송달을 하였고, 이후 피고 주소지로 위 판결정본을 다시 송달한 사안에서, 기록에 드러나 있고 종전에 송달이 이루어지기도 하였던 피고 본인의 주소지에 대한 송달을 시도하여 보지도 아니한 채 곧바로 위 소송대리인 주소지를 송달장소로 하여 발송송달을 한 것은 적법한 송달이라고 볼 수 없다고 한다(대판 2011. 5. 13, 2010다84956).

14. [해설]④ 판례는 원고의 본소청구를 배척하면서 피고의 예비적 반소에 대하여도 판단한 제1심판결의 효력 및 그 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 판단하여야 한다고 한다(대판 2006. 6. 29, 2006다19061). 따라서 위 설문의 경우 항소심은 피고의 예비적 반소청구를 심판대상으로 삼아 판단할 필요가 없다 라는 말은 틀렸다. ① 대판 1996. 3. 26, 95다4554 ② 판례는 피고도 원고의 동의없이 반소를 취할 수 있도록 한 규정이므로 본소가 원고의 의사와 관계없이 부적법하다 하여 각하됨으로써 종료된 경우에게까지 유추적용 할 수 없고, 원고의 동의가 있어야만 반소취하의 효력이 발생한다고 한다(대판 1984. 7. 10, 84다카298). ③ 대판 2003. 6. 13, 2003다16962

15. [해설]④ 판례는 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 미친다고 한다(대판 2001. 9. 20, 99다37894). ① 판례는 토지 소유자가 임료 상당 부당이득의 반환을 구하는 장래이행의 소를 제기하여 승소판결이 확정된 후 임료가 상당하지 아니하게 되는 등 사정이 있는 경우 새로 부당이득반환을 청구할 수 있다고 한다(대판 1993. 12. 21, 92다46226). ② 판례는 한 개의 채권의 일부에 대해서만 판결을 구한다는 뜻을 명시하여 소송이 제기된 경우에는 소송물은 그 채권의 일부의 존부뿐이지 전부의 존부는 아닌 것이므로 그 일부의 청구에 대한 확정판결의 기판력은 나머지 부분의 청구에 미치지 않는다고 한다(대판 1988. 10. 11, 87다카1416). 따라서 위 설문의 경우 원고가 1억원의 금전채권 중 일부청구임을 명시하여 4,000만원만 먼저 청구하여 승소판결을 받은 후, 금전채권 6,000만원의 잔부청구를 하였다 하여 전소 판결의 기판력이 후소에 미치지 않아 타당한 설명이다. ③ 대판 2002. 9. 24, 2002다11847

16. [해설]③ 제소전화해에 있어서 화해가 성립되지 아니한 경우에 당사자, 즉 신청인과 피신청인 모두 소 제기신청을 할 수 있다(민사소송법 제388조 제1항). 따라서 위 설문의 경우 피신청인은 소 제기신청을 할 수 없다 라는 말은 틀렸다. ① 대판 2004. 9. 24, 2004다28047 ② 대판 2001. 3. 9, 2000다58668 ④ 제소전화해조서도 확정판결과 같은 효력을 가지므로(민사소송법 제220조) 기판력의 주관적 범위는 원칙적으로 당사자 사이에서만 발생한다.

17. [해설]② 판례는 부작위채무를 명하는 판결의 실효성 있는 집행을 보장하기 위하여는, 부작위채무에 관한 소송절차의 변론종결 당시에서 보아 채무명(집행권원)이 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고, 또한 그 판결절차에서 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는, 그 부작위채무에 관한 판결절차에서도 위 법조에 의하여 장차 채무자가 그 채무를 불이행할 경우에 일정한 배상을 할 것을 명할 수 있다고 한다(대판 1996. 4. 12, 93다40614). ① 대판 2006. 1. 27, 2005다39013 ③ 대판 2008. 12. 11, 2005다51495 ④ 대판 2006. 4. 27, 2006다7587-7594

18. [해설]③ 판례는 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 아니하며, 그럼에도 불구하고 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속중이라고 볼 것은 아니다 라고 한다(대판 2000. 11. 16, 98다22253). 따라서 위 설문의 경우 매매목적물의 반환을 구하는 청구는 재판누락이 아니므로 추가판결의 대상이 될 수 없고, 판단누락에 준하여 판단이 누락된 예비청구도 상소심으로 이심되어 상소에 의하여 구제를 받아야 한다. ① 판례는 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결로서 이러한 판결에 대하여 피고가 항소하면 제1심에서 심판을 받지 않은 다음 순위의 예비적 청구도 모두 이심되고 항소심이 제1심에서 인용되었던 주위적 청구를 배척할 때에는 다음 순위의 예비적 청구에 관하여 심판을 하여야 한다고 한다(대판 2000. 11. 16, 98다22253). 따라서 위 설문은 타당하다. ② 예비적 병합의 경우 주위적 청구를 인용할 때에는 예비적 청구에 대하여 판단할 필요가 없으므로 위 설문은 타당한 설명이다(대판 2000. 4. 7, 99다53742 참고). ④ 대판 2001. 12. 24, 2001다62213

19. [해설]④ 상고심은 법률심이지만, 소송요건이나 상소요건 등 직권조사사항을 단판합에 있어서는 새로운 소송자료의 수집과 사실을 확정할 수 있고 증거조사도 가능하다(민사소송법 제434조). 따라서 위 설문의 경우 직권조사사항에 대하여도 이 원칙이 적용된다 라는 말은 틀렸다. ① 대판 1981. 10. 13, 82누230 ② 예비적 상계의 항변이 이유있다 하여 전부 승소한 피고는 원고의 소구채권의 부존재를 이유로 승소한 것보다도 결과적으로 불이익이 되기 때문에 상소의 이익이 있다(대판 2002. 9. 6, 2002다34666). ③ 판례는 독립당사자참가소송의 항소심에서 심리·판단을 거쳐 결론을 내림에 있어 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 경우에는 그 한도 내에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결이 변경되는 것도 배제할 수는 없다고 한다(대판 2007. 10. 26, 2006다86573).

20. [해설]② 판례는 피고가 본안전 항변으로 채권양도사실을 내세워 당사자적격이 없다고 주장하는 경우 그와 같은 주장 속에는 원고가 채권을 양도하였기 때문에 채권자임을 전제로 한 청구는 이유가 없는 것이 라는 취지의 본안에 관한 항변이 포함되어 있다고 한다(대판 1992. 10. 27, 92다18597). 따라서 위 설문의 경우 본안에 관한 항변이 포함되었다고 볼 수 없다 라는 말은 틀렸다. ① 대판 1996. 12. 23, 95다40038 ③ 대판 2002. 5. 31, 2001다42080 ④ 대판 1982. 2. 9, 81다534

21. [해설]② 판례는 지급명령이 송달된 후 이의신청 기간 내에 회생절차개시결정 등과 같은 소송중단 사유가 생긴 경우에는 민사소송법 제247조 제2항이 준용되어 이의신청 기간의 진행이 정지된다고 한다(대판 2012. 11. 15, 2012다70012). 따라서 위 설문의 경우 이의신청 기간의 진행이 정지되지 않는다 라는 말은 틀렸다. ① 판례는 현행 민사소송법에 의한 지급명령에 있어서도 지급명령 발령 전에 생긴 청구권의 불

성립이나 무효 등의 사유를 그 지급명령에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있다고 한다(대판 2009. 7. 9, 2006다73966). ③ 판례는 민법 제170조의 재판상 청구에 지급명령 신청이 포함되는 것으로 보는 이상 특별한 사정이 없는 한, 지급명령 신청이 각하된 경우라도 6개월 이내 다시 소를 제기한 경우라면 민법 제170조 제2항에 의하여 시효는 당초 지급명령 신청이 있었던 때에 중단되었다고 한다(대판 2011. 11. 10, 2011다54686). ④ 민사소송법 제465조 제1항

22. [해설]① 판례는 제1심에서의 당사자 표시 변경이 당사자 표시정정에 해당하는 것으로서, 제1심이 소송당사자를 제대로 확정하여 판결하였음에도 불구하고, 항소심이 제1심에서의 당사자 표시 변경이 임의적 당사자 변경에 해당하여 허용될 수 없는 것이라고 잘못 판단하여 소송당사자 아닌 자를 소송당사자로 취급하여 변론을 진행시키고 판결을 선고한 경우, 진정한 소송당사자에 대하여는 항소심 판결이 아직 선고되지 않았다고 할 것이고, 진정한 소송당사자와 사이의 사건은 아직 항소심에서 변론도 진행되지 않은 채 계속 중이라고 할 것이므로 진정한 소송당사자는 상고를 제기할 것이 아니라 항소심에 그 사건에 대한 변론기일 지정신청을 하여 소송을 다시 진행함이 상당하며, 항소심이 선고한 판결은 진정한 소송당사자에 대한 관계에 있어서는 적법한 상고 대상이 되지 아니한다고 한다(대판 1996. 12. 20, 95다26773). 따라서 위 설문의 경우 진정한 소송당사자는 상고를 제기하여 이를 다룰 수 있다 라는 말은 틀렸다. ② 당사자표시정정은 당사자와의 동일성이 있는 범위 내에서만 가능하므로 당사자의 심급의 이익을 박탈하는 것이 아니므로 항소심에서 상대방의 동의 없이 할 수 있다. 대법원 판례도 항소심에서도 당사자의 표시정정을 허용하고 있으면서 특별히 상대방의 동의를 요구하고 있지 않다(대판 1996. 10. 11, 96다3852 참고). ③ 대판 1964. 11. 17, 64다328 ④ 판례는 소송 계속중 어느 일방 당사자의 사망에 의한 소송절차 중단을 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 소송에 관여할 수 있는 적법한 수계인의 권한을 배제할 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 적법하다고 한다(대판 2003. 11. 14, 2003다34038).

23. [해설]④ 판례는 독립당사자참가인이 화해권고결정에 대하여 이의한 경우, 이의의 효력이 원·피고 사이에도 미친다고 한다(대판 2005. 5. 26, 2004다25901). 따라서 위 설문의 경우 원·피고 사이에는 미치지 않는다 라는 말은 틀렸다. ① 대판 1986. 2. 25, 85다카2091 ② 대판 1994. 2. 22, 93다43682 ③ 판례는 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 한다(대판 2007. 6. 15, 2006다80322).

24. [해설]① 전문심리위원은 전문적인 지식을 필요로 하는 소송절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있으나, 당사자들의 동의가 있더라도 재판의 합의에 참여할 수 없다(민사소송법 제164조의 2 제2항). ② 민사소송법 제164조의 2 제3항 ③ 민사소송법 제336조 ④ 민사소송법 제341조 제1항

25. [해설]④ 판례는 당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위를 하는 것은 변론주의의 원칙에 위배되는 것으로 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이 된다고 할 것인바, 피고가 제1심 및 원심에서 일관되게 이 사건 약정이 체결된 바 없다고 부인하고 있을 뿐 이 사건 약정의 대금을 변제하였다는 점에 대하여는 이를 다투거나 주장한 바 없었음이 기록상 명백한 만큼, 원심이 이에 대하여 석명하지 아니하였다고 하여 그것을 두고 석명권을 행사하지 아니한 위법이 있다고 할 수도 없다고 한다(대판 2001. 10. 9, 2001다15576). 따라서 위 설문의 경우 원고의 매매대금청구에 대하여 피고가 주장하지 아니하는 변제의 항변에 관한 석명을 하지 않고 재판하였다 하여 위법이라고 볼 수 없다. 즉, 석명의무가 인정되지 않는다. ① 대판 2009. 11. 12, 2009다42765 ② 판례는 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, 법원이 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소 합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 예상의외 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것으로서 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다 라고 한다(대판 2013. 11. 28, 2011다80449). ④ 대판 1995. 5. 12, 94다6802