



2016 제5회 변호사시험 선택형 해설

문 53.

소송목적의 값에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 제소 당시 「소액사건심판법」의 적용대상인 소액사건이 그 후 병합심리로 인하여 그 소송목적의 값의 합산액이 2,000만 원을 초과할 경우, 소액사건에 해당하지 아니한다.
- ② 「법원조직법」에서 소송목적의 값에 따라 관할을 정하는 경우 그 값은 소로 주장하는 이익을 기준으로 계산하여 정한다.
- ③ 특정부동산에 설정된 근저당권등기의 말소를 구하는 소에 있어서 소송목적의 값은 일응 그 피담보채권액에 의할 것이나, 그 근저당권이 설정된 당해 부동산의 가격이 피담보채권액보다 적을 때에는 부동산의 가격에 의한다.
- ④ 해고무효확인청구와 그 해고가 무효임을 전제로 한 임금지급청구가 1개의 소로 제기되는 경우 그중 다액인 소송목적의 값에 의한 인지만을 소장에 붙이면 된다.
- ⑤ 과실(果實)·손해배상·위약금(違約金) 또는 비용의 청구가 소송의 부대목적에 되는 경우에는 그 값은 소송목적의 값에 넣지 아니한다.

<정답>

①번, ③번

<해설>

① (X) : 소액사건심판법의 적용대상인 소액사건에 해당하는지 여부는 제소 당시를 기준으로 정하여지는 것이므로, 병합심리로 그 소가의 합산액이 소액사건의 소가를 초과하였다고 하여도 소액사건임에는 변함이 없다(대판 1992. 7. 24. 91다43176).

<p>* THEME 민소법 핵심 암기장 제4판, 465면</p> <p>[Question]</p> <p>1. 은 乙에게 2013.3.3. 자 대여금 1천5백만원을 구하는 소(A청구)를 2014.3.10. 제기하였고, 2013.4.3. 자 매매대금 2천만원을 구하는 소(B청구)를 2014.3.12. 제기하였다. 이 때 법원이 A, B 두 청구의 변론을 병합하였다면 이에 대해서도 소액사건심판법을 적용하여야 하는가?</p> <p>2. 甲은 乙에게 2013.3.3. 자 대여금 1천5백만원을 구하는 소(A청구)를 2014.3.10. 제기하였고, 2013.4.3. 자 매매대금 3천만원을 구하는 소(B청구)를 2014.3.12. 제기하였다. 이 때 법원이 A, B 두 청구의 변론을 병합하였다면 이에 대해서도 소액사건심판법을 적용하여야 하는가?</p> <p>[Answer]</p> <p>1. 적용대상인 소액사건에 해당하는지 여부는 제소 당시를 기준으로 정하여지는 것이므로, 병합심리로 그 소가의 합산액이 소액사건의 소가를 초과하였다고 하여도 소액사건임에는 변함이 없다(대판 1992. 7. 24. 91다43176). 따라서 여전히 소액사건심판법이 적용 된다.</p> <p>2. 소액사건이 소의 변경으로 소액사건의 범위를 넘게 되는 경우나, 당사자참가·중간확인인 소 또는 반소의 제기 및 변론의 병합으로 인하여 소액사건이 아닌 사건과 병합심리하게 된 경우에는 그 전체가 소액사건의 범위에 속하지 않게 된다(소액사건심판규칙 1조의2 단서). 따라서 B청구는 소액사건이 아닌 사건이므로 A,B 청구 전체에 대해서 소액사건심판법을 적용하여서는 아니 된다.</p>
--

② (O) : 민사소송법 제26조

③ (X) : 법무부는 “특정부동산에 설정된 근저당권등기의 말소를 구하는 소송에 있어서의 소가는 일응 그 피담보채권액에 의할 것이나 그 근저당권이 설정된 당해 부동산의 가격이 피담보채권액 보다 적을 때



는 부동산의 가격이 소가산정의 기준이 되는 것이다(대판 1976.09.28. 75다2064).”는 예전 판례를 기준으로 출제된 것으로 보인다. 하지만 **현재의 민사소송등인지규칙 제13조에 의하면** 근저당권등기의 말소를 구하는 소의 경우는 **피담보채권액이 아닌 채권최고액이 되어야 하고**, 또 말소등기의 이유가 설정계약 등의 해지나 해지로 인한 경우에는 채권최고액이지만, 등기원인의 무효나 취소로 인한 경우는 채권최고액의 2분의 1이 되어야 한다. 그런데 **문제 지문에서는 단순히 근저당권등기의 말소를 구하는 소라고 하여 어떤 이유에서 말소를 구하는 것인지 확실히 나와 있지 않다.** 그리고 보통 실무상 근저당권등기의 말소를 구하는 경우는 피담보채권에 대한 변제 등으로 등기원인이 무효가 되었기 때문에 말소청구를 경우가 많으므로, 오히려 채권최고액의 2분의 1로 출제가 되었어야 한다. 그리고 **무엇보다 1976년 판시 당시에는 인지규칙이 제정 전이었으나, 현재는 민사소송등인지규칙(1991년 제정)이 있으므로 이에 따라야 한다.**

13조(등기·등록 등 절차에 관한 소) ① 등기 또는 등록 등(이하 이 조에서는 "등기"라고만 한다) 절차의 이행을 구하는 소의 소가는 다음 각호에 규정된 가액 또는 기준에 의한다.

1. 소유권이전등기의 경우에는 목적물건의 가액
2. **제한물권**의 설정등기 또는 이전등기의 경우에는 다음의 구별에 의한다.
 - 가. 지상권 또는 임차권인 경우에는 목적물건 가액의 2분의 1
 - 나. **담보물권 또는 전세권인 경우에는 목적물건 가액을 한도로 한 피담보채권액(근저당권의 경우에는 채권최고액)**
 - 다. 지역권인 경우에는 승역지 가액의 3분의 1
3. 가등기 또는 그에 기한 본등기의 경우에는 권리의 종류에 따라 제1호 또는 제2호의 규정에 의한 가액의 2분의 1
4. **말소등기** 또는 말소회복등기의 경우에는 다음의 구별에 의한다.
 - 가. **설정계약 또는 양도계약의 해지나 해제에 기한 경우에는 제1호 내지 제3호의 규정에 의한 가액**
 - 나. **등기원인의 무효 또는 취소에 기한 경우에는 제1호 내지 제3호의 규정에 의한 가액의 2분의 1**

② 등기의 인수를 구하는 소의 소가는 목적물건 가액의 10분의 1

④ (O) : 1개의 소로서 비재산권을 목적으로 하는 소송과 그 소송의 원인된 사실로부터 발생하는 재산권상의 소송을 병합한 때에는 다액인 소가에 의하여 인지를 붙인다(민사소송등인지법 제2조 5항). 유사 지문 : 해고무효확인과 그 해고가 무효임을 전제로 한 임금 지급청구를 병합하여 제소하는 경우에는 이 두 청구의 소송목적의 값을 합산하여 정한다는 것이 판례이다(X). <06 법원사무관승진>

⑤ (O) : 민소법 제27조 2항, 부대청구의 불산입

문 54.

관할 및 소송의 이송에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 것에 불과하고, 법원은 이 이송신청에 대하여 재판할 필요가 없다.
- ② 심급관할을 위반한 이송결정의 효력(기속력)은 상급심 법원에는 미치지 않는다.
- ③ 대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할의 합의가 현저하게 불합리하고 불공정하여 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하는 경우에는 무효이다.
- ④ 관할의 원인이 동시에 본안의 내용과 관련이 있는 경우, 법원은 원고가 주장하는 청구원인사실을 기초



로 하여 관할권의 유무를 판단할 것이지, 본안의 심리를 한 후에 관할의 유무를 결정할 것은 아니다.
⑤ 부동산 양수인이 근저당권이 설정된 부동산의 소유권을 취득한 특정승계인에 해당할 경우, 근저당권 설정자와 근저당권자 사이에 이루어진 관할합의의 효력은 그 부동산 양수인에게도 미친다.

<정답>

⑤번

<해설>

① (O) : 判例는 관할위반의 경우에 당사자에게 이송신청권이 없으므로 당사자의 이송신청은 법원의 직권발동을 촉구하는 의미 이상은 없고, 따라서 이송신청에 대해 재판을 필요로 하지 않으며, 이송신청각하결정을 하여도 즉시항고(제39조)가 허용될 수 없다고 한다. 나아가서 대법원에 특별항고(제449조)도 허용되지 않는다고 한다[(전) 1993.12.6. 93마524].

② (O) : 判例는 전속관할위반의 이송의 경우에도 원칙적으로 구속력이 있으나 심급관할위배의 이송의 경우는 당사자의 심급의 이익박탈 등을 이유로 구속력이 상급심법원에는 미치지 않는다(상급심불구속설, 대결 1995.5.15. 94마1059·1060)고 하였다.

③ (O) : 판례는 ① 국내(대한민국)재판권에 전속하지 않는 사건일 것 ② 합의한 외국법원이 당해 사건에 국제재판관할권을 가질 것 ③ 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적 관련성이 있을 것 ④ 전속적 합의가 현저히 불합리하고 불공정하지 않을 것 즉 공서양속에 반하지 않을 것 등의 요건을 갖추었을 때 유효한 전속적 합의로 본다(대판 1997.9.9. 96다20093).

④ (O) : 관할이 청구의 종류나 법적 성질에 의하여 정하여지는 때에 그 종류나 법적 성질은 청구의 취지와 청구의 원인에서 원고가 주장한 사실관계를 토대로 판단하여야 한다. 관할이 청구의 법적 성질과 관계없이 법원과의 특수 관계 때문에 발생하는 경우, 관할의 원인이 되는 사실에 대하여 증거조사를 하여야 한다.

⑤ (X) : 소송물을 이루는 권리관계가 채권인 경우에는 양수인도 변경된 내용의 권리를 양수 받았다고 볼 수 있기 때문에 그 효력이 미친다고 할 것이나(민법 제451조 2항), 그 내용이 물권인 경우에는 물권법정주의(민법 제185조)와 등기부상 합의된 바를 공시할 수 없음을 고려할 때 합의에 구속된다고 할 수 없다(대결 1994.5.26. 94마536).

문 58.

임대차 및 법원의 석명 의무 등에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 토지에 대한 임대차계약 종료 시 임대인이 임차인을 상대로 지상물(건물) 철거 및 그 부지의 인도를 청구한 데 대하여 임차인이 지상물매수청구권을 행사하여 그 청구권이 인정되는 경우, 임대인의 위 청구에는 건물매수대금 지급과 동시에 건물인도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수 없다.

② 임대차보증금반환채권에 대한 압류 및 추심명령이 있더라도, 임대인은 임차인에 대하여 가지는 동시 이행 항변권을 상실하지 않는다.

③ 원고가 소유권에 기한 목적물 반환청구만을 하고 있음이 명백한 경우, 법원이 원고에게 점유권에 기한 반환청구도 구하고 있는지 여부를 석명할 의무가 있는 것은 아니다.

④ 임대할 권한이 없는 자로부터 타인 소유의 건물을 임차하여 점유·사용하고 이로 말미암아 그 건물소유자에게 손해를 입힌 임차인은 비록 그가 선의의 점유자라 하더라도 그 점유·사용으로 인한 이득을 반환할 의무가 있다.

⑤ 부속된 물건이 오로지 임차인의 특수목적에 사용하기 위하여 부속된 것일 때에는 「민법」 제646조가 규



정하는 부속물매수청구의 대상이 되는 부속물에 해당하지 않는다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 대지임대인 甲이 그 임차인 乙을 상대로 건물철거와 그 대지인도를 청구하는 소송에서 乙이 적법하게 건물매수청구권을 행사하였을 때에 피고는 원고로부터 건물대금을 지급받음과 동시에(상환으로) 건물을 인도하라는 판결을 허용할 것인가에 대해, 判例는 “이 사건에서와 같은 원고의 건물철거와 그 부지 인도청구에는 건물매수대금지급과 동시에 건물명도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 볼 수는 없다.”고 포함여부는 부정하지만, 계속된 실시에서 “법원으로서 임대인이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지, 아니면 대금지급과 상환으로 지상물의 명도를 청구할 의사가 있는 것인지(예비적으로라도)를 석명하고 임대인이 그 석명에 응하여 소를 변경한 때에는 지상물 명도의 판결을 함으로써 분쟁의 1회적 해결을 피하여야 한다”고 하여 건물명도청구로의 청구취지 변경에 대한 석명 의무를 긍정하면서, 이러한 경우에도 법원에게 위와 같은 점을 석명하여 심리하지 아니한 것이 위법이 아니라는 취지의 종전의 판결들을 폐기하였다[(전합) 1995.7.11. 94다34265].

② (O) : 금전채권에 대한 압류 및 추심명령이 있는 경우, 이는 강제집행절차에서 추심채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능만을 부여하는 것이므로, 이로 인하여 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 추심채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니므로, 추심채무자로서는 제3채무자에 대하여 피압류채권에 기하여 그 동시이행을 구하는 항변권을 상실하지 않는다(대판 2001.03.09. 2000다73490).

③ (O) : 소송물이 다르기 때문이다(구이론).

④ (X) : 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 것으로서(민법 제618조 참조), 임대인이 그 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 없다고 하더라도 임대차계약은 유효하게 성립한다(대판 2012.01.27. 2010다59660). 따라서 임차인은 임대인에게 차임을 지급하였을 것이므로, 임차인이 아니라 임대인이 건물소유자에게 부당이득을 반환하여야 한다(실질적 이득론).

⑤ (O) : 민법 제646조가 규정하는 건물임차인의 매수청구권의 대상이 되는 부속물이라 함은 건물에 부속된 물건으로 임차인의 소유에 속하고, 건물의 구성부분이 되지 아니한 것으로서 건물의 사용에 객관적인 편익을 가져오게 하는 물건이라 할 것이므로, 부속된 물건이 오로지 임차인의 특수목적에 사용하기 위하여 부속된 것일 때는 이를 부속물매수청구권의 대상이 되는 물건이라 할 수 없을 것이나, 이 경우 당해 건물의 객관적인 사용목적은 건물 자체의 구조와 임대차계약 당시 당사자 사이에 합의된 사용목적, 기타 건물의 위치, 주변의 환경 등 제반 사정을 참작하여 정하여 지는 것이라 할 것이다(대판 1993.02.26. 92다41627).

문 59.

매수인인 甲은 매도인인 乙을 상대로 하여 주위적으로 매매계약이 유효하다고 주장하면서 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을, 예비적으로 위 매매계약이 무효인 경우 이미 지급한 매매대금의 반환을 구하는 소를 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲의 매매대금반환청구는 예비적 청구이므로, 제1심 법원은 소유권이전등기청구의 인용을 해제조건으로 하여 이를 심판하여야 한다.

② 제1심 법원이 甲의 소유권이전등기청구를 인용하였고, 乙이 그 패소 부분에 대하여 항소하자 항소심 법



원이 乙의 항소를 받아들여 위 소유권이전등기청구를 전부 배척하는 경우, 항소심 법원은 제1심 법원이 판단하지 않았던 매매대금반환청구에 관하여 반드시 심판을 하여야 한다.

③ 제1심 법원이 소유권이전등기청구를 기각하면서 매매대금반환청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우, 甲이 그 판결에 대하여 항소하더라도 매매대금반환청구는 항소심으로 이심(移審)되지 않고 제1심 법원에 계속된다.

④ 제1심 법원이 소유권이전등기청구를 기각하고 매매대금반환청구를 인용하자 乙만이 그 패소 부분에 대하여 항소한 경우, 항소심 법원의 심판범위는 매매대금반환청구를 인용한 제1심 판결의 당부에 그치고 甲의 부대항소가 없는 한 소유권이전등기청구는 심판대상이 될 수 없다.

⑤ 제1심 법원이 소유권이전등기청구를 기각하고 매매대금반환청구를 인용하자 乙만이 그 패소 부분에 대하여 항소한 후 乙이 항소심에서 소유권이전등기청구를 인낙한 경우, 매매대금반환청구는 심판 없이 종결된다.

<정답>

③번

<해설>

① (O) : 예비적 병합이란 주위적 청구가 인용되는 것을 해제조건부로 청구하는 것이므로, 옳은 설명이다.

② (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(대판[전합] 2000. 11. 16. 98다22253 등).

③ (X) : 판례는 ① 선택적 병합의 경우는 판단누락을 전제로 원고가 이와 같은 판결에 대해 항소하면 청구 전부가 확정이 차단되고 항소심으로 이심되고 재판누락은 아니라고 보며(1998.7.24., 96다99), ② 예비적 병합의 경우 판단누락설(대판2000.1.21. 99다50422), 재판누락설(대판 1992.10.13. 92다18283) 입장이 모두 있었으나, 최근에는 “ 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 파기환송 판결의 선고와 동시에 확정**되며 그 결과 환송 후 원심에서의 심판범위는 예비적 청구 중 피고 패소 부분에 한정된다(대판 2001.12.24. 2001다62213). -주위적청구비심판설-

⑤ (O) : 불이익변경금지원칙으로 인하여 매매대금반환청구만 심판대상이 될 뿐이고, 이를 피고(항소인)가 인낙 하였으므로, 매매대금반환청구는 심판 없이 종결된다.

문 60.

소송상 상계 항변에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 소송상 상계 항변은 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고, 그 경우 법원은 이에 대하여 심판할 수 없다.
- ② 소송상 상계 항변이 제출되었으나 소송절차 진행 중 조정이 성립됨으로써 수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 않은 경우, 상계 항변의 사법상 효과는 발생하지 않는다.



- ③ 甲이 乙을 피고로 3,000만 원의 손해배상청구의 소를 제기하여 제1심에서 승소판결을 받았으나 乙의 항소 제기로 그 항소심 계속 중에 乙이 甲을 피고로 하여 대여금반환청구의 소를 제기한 경우, 甲은 그 소송에서 위 3,000만 원의 손해배상채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계 항변을 할 수 있다.
- ④ 피고의 소송상 상계 항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계 재항변을 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다.
- ⑤ 피고가 소송상 상계 항변과 소멸시효 완성 항변을 함께 주장한 경우, 법원은 상계 항변을 먼저 판단할 수 있다.

<정답>

⑤번

<해설>

- ① (O) : 방어방법이므로, 이를 철회할 수 있는 것이고 철회하면 법원은 심판할 수 없다.
- ② (O) : _____ 방어방법으로서의 상계항변은 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 당사자가 소송상 상계항변으로 달성하려는 목적, 상호양해에 의한 자주적 분쟁해결수단인 조정의 성격 등에 비추어 볼 때, 당해 소송절차 진행 중 당사자 사이에 조정이 성립됨으로써 수동채권의 존재에 관한 법원의 실질적인 판단이 이루어지지 아니한 경우에는 그 소송절차에서 행하여진 소송상 상계항변의 사법상 효과도 발생하지 않는다고 봄이 타당하다(대판 2013.3.28. 2011다3329).
- ③ (O) : 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, 사실심의 담당재판부로서는 전소와 후소를 같은 기회에 심리·판단하기 위하여 이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 기판력의 저촉·모순을 방지함과 아울러 소송경제를 도모함이 바람직 하였다고 할 것이나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다(2001.4.27. 2000다4050).
- ④ (O) : 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실제법상 상계의 효과가 발생한다. 이러한 피고의 소송상 상계 항변에 대하여 원고가 다시 피고의 자동채권을 소멸시키기 위하여 소송상 상계의 재항변을 하는 경우, 법원이 원고의 소송상 상계의 재항변과 무관한 사유로 피고의 소송상 상계항변을 배척하는 경우에는 소송상 상계의 재항변을 판단할 필요가 없고, 피고의 소송상 상계항변이 이유 있다고 판단하는 경우에는 원고의 청구채권인 수동채권과 피고의 자동채권이 상계적당 당시에 대등액에서 소멸한 것으로 보게 될 것이므로 원고가 소송상 상계의 재항변으로써 상계할 대상인 피고의 자동채권이 그 범위에서 존재하지 아니하는 것이 되어 이때에도 역시 원고의 소송상 상계의 재항변에 관하여 판단할 필요가 없게 된다. 또한, 원고가 소송물인 청구채권 외에 피고에 대하여 다른 채권을 가지고 있다면 소의 추가적 변경에 의하여 그 채권을 당해 소송에서 청구하거나 별소를 제기할 수 있다. 그렇다면 원고의 소송상 상계의 재항변은 일반적으로 이를 허용할 이익이 없다. 따라서 피고의 소송상 상계항변에 대하여 원고가 소송상 상계의 재항변을 하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다(대판 2014.06.12. 2013다95964).
- ⑤ (X) : 출혈적·가정적 항변이므로, 소멸시효 완성 항변을 먼저 판단하고, 나중에 상계항변을 판단하여야 한다(통설, 판례).

문 61.

甲, 乙, 丙, 丁은 甲이 운전하는 자동차를 함께 타고 가다가 A가 중앙선을 침범하여 자동차를 운행한 과실에 의해 발생한 사고로 인하여 A에 대하여 각 1억 원의 손해배상채권을 가지게 되었다. 이에 甲, 乙, 丙, 丁은 A를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하면서 甲과 乙을 선정당사자로 선정하였다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)



- ① 甲과 乙은 丙과 丁으로부터 특별한 권한을 받을 필요 없이 청구를 포기할 수 있다.
- ② 甲과 乙이 선정당사자로 선정되었다는 것은 서면으로 증명하여야 하고, 이를 소송기록에 붙여야 한다.
- ③ 별도의 소송대리인이 없으면, 甲이 사망한 경우 선정자들이 다시 새로운 선정당사자를 선정할 때까지 소송절차는 중단된다.
- ④ 별도의 약정 등이 없는 한 선정의 효력은 소송의 종료 시까지 유지되므로 甲과 乙의 소송수행권은 제1심에 한정되지 않는다.
- ⑤ 甲과 乙이 자신들의 청구 부분에 대하여 소를 전부 취하하고 A가 이에 동의한 경우, 甲과 乙은 선정당사자 자격을 상실한다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 선정당사자는 선정자의 소송대리인이 아니고 당사자본인이므로, 소송수행에 있어서 제90조 2항과 같은 제한을 받지 아니하고, 일체의 소송행위를 할 수 있으며, 소송행위에 필요한 사법행위도 할 수 있다. 그리고 선정자와의 사이에 권한행사에 관한 제한계약을 맺었다고 하더라도 그와 같은 제한으로서 법원 또는 상대방에게 대항할 수 없다.
- ② (O) : 제58조【**법정대리권 등의 증명**】① 법정대리권이 있는 사실 또는 소송행위를 위한 권한을 받은 사실은 서면으로 증명하여야 한다. 제53조의 규정에 따라서 당사자를 선정하고 바꾸는 경우에도 또한 같다. ② 제1항의 서면은 소송기록에 붙여야 한다.
- ③ (X) : 여러 명의 선정당사자 중 일부가 자격을 상실하는 경우라도 소송절차는 중단되지 않으며, 다른 선정당사자가 소송을 속행한다(제54조). 선정당사자 전원이 자격을 상실한 경우에는, 선정자 전원 또는 신선정당사자가 소송을 수계할 때까지 소송절차는 중단된다(제237조 2항). 그러나 소송대리인이 있으면 그러하지 아니하다(제238조).
- ④ (O) : 선정당사자의 제도가 당사자 다수의 소송에 있어서 소송절차를 간소화, 단순화하여 소송의 효율적인 진행을 도모하는 것을 목적으로 하고, 선정된 자가 당사자로서 소송의 종료에 이르기까지 소송을 수행하는 것이 그 본래의 취지임에 비추어 보면, 제1심에서 제출된 선정서에 사건명을 기재한 다음에 ‘제1심 소송절차에 관하여’ 또는 ‘제1심 소송절차를 수행하게 한다’라는 문언이 기재되어 있는 경우라 하더라도, 특단의 사정이 없는 한, 그 기재는 사건명 등과 더불어 선정당사자를 선정하는 사건을 특정하기 위한 것으로 보아야 하고, 따라서 그 선정의 효력은 제1심의 소송에 한정하는 것이 아니라 소송의 종료에 이르기까지 계속하는 것으로 해석함이 상당하다(1995.10.5, 94마2452).
- ⑤ (O) : 선정당사자의 자격은 선정당사자의 사망·선정의 취소에 의하여 상실된다. 그리고 선정당사자 본인에 대한 부분의 소취하·판결의 확정 등으로 공동의 이해관계가 소멸되어도 자격을 상실하게 된다 (대판 2006.9.28, 2006다28775).

문 62.

매수인 甲과 매도인 乙이 2015. 10. 10. X 부동산에 대해 매매계약을 체결한 후, 甲은 乙을 상대로 위 매매계약에 기하여 X 부동산에 관한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 이 소송에서 乙은 동시이행 항변으로 甲으로부터 5,000만 원의 지급을 받으면 이전등기를 하겠다고 주장하였지만, 법원은 “乙은 甲으로부터 3,000만 원을 지급받음과 동시에 甲에게 X 부동산에 관하여 2015. 10. 10. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.”는 판결을 선고하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 위 판결 확정 후 乙이 丙에게 X 부동산을 매도하고 丙 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주었다면, 위 판결의



기판력은 丙에게도 미친다.

- ② 위 판결 확정 후 기판력이 발생하는 부분은 위 동시이행의 조건이 붙은 소유권이전등기절차의 이행을 명한 부분이고, 甲이 乙에게 3,000만 원을 지급하는 부분에 대해서는 기판력이 발생하지 않는다.
- ③ 위 판결 확정 후 甲이 다시 乙을 상대로 X 부동산에 관하여 2015. 5. 10. 대물변제약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다면, 그 청구는 위 판결의 기판력에 저촉된다.
- ④ 위 소송에서 甲은 乙에 대한 2,000만 원의 대여금채권을 자동채권으로 하여 乙이 동시이행 항변으로 주장한 채권에 대해 상계 재항변을 하였고, 법원이 판결이유 중에 상계 재항변을 받아들여 동시이행 항변을 배척하는 판단을 하였다면, 2,000만 원의 대여금채권이 존재한다는 판단에도 기판력이 발생한다.
- ⑤ 위 판결 선고 후 甲만이 항소를 제기한 경우, 항소심 법원은 乙의 동시이행 항변을 모두 받아들여 “乙은 甲으로부터 5,000만 원을 지급받음과 동시에 甲에게 X 부동산에 관하여 2015. 10. 10. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.”는 판결을 할 수 있다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (X) : 소송물인 청구가 물권적 청구권 등과 같이 대체적인 효력을 가진 것이라면 몰라도 대인적인 효력 밖에 없는 채권적 청구만에 그친 때에는 기판력이나 집행력은 미치지 아니한다(1991.1.15, 90다9964 등).
- ② (O) : 본건에서 문제가 되고 있는 확정판결은 그 주문에서 피고 정신순(본건 원고)은 원고 지우창(본건 피고)으로부터 충주시 봉방동 8의 30 대지중 특정부분 2평에 관하여 1967.5.23 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행받음과 동시에 피고 남인수(본건 피고)에게 본건 부동산에 관하여 같은 날 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행하라고 하는 판결인 바, 위 확정판결은 동일한 당사자인 본건 원,피고들에 대하여 위 주문에 표시된 부분에 관하여 기판력이 미친다고 할 것이므로(위 동시이행관계에 있는 반대채권의 존재 및 액수 등에 대하여서는 기판력이 생길 여지가 없다 하겠으나 본건 소유권이전등기청구에 위 동시이행의 조건이 붙어 있다는 점에 관하여는 기판력이 미치지 것이다) 위 확정판결 주문에 표시된 동시이행 관계에 있는 반대의무 이행을 하지 아니하더라도 원고는 피고 남인수에게 본건 부동산에 대한 소유권이전등기를 이행할 의무가 있는 것이라고 하는 주장은 위 확정판결의 기판력에 저촉되는 것으로서 받아들일 수 없다 할 것이다(대판 1975.05.27. 74다2074).
- ③ (X) : 判例는 이전등기청구사건에 있어서 등기원인을 전소에서는 매매(또는 대물변제)를 후소에서는 취득시효완성을 주장하면서 청구하는 경우, 공격방어방법의 차이가 아니라 등기청구권의 발생원인의 차이로 하여 소송물이 별개라는 전제¹⁾에서 전소의 기판력은 후소에 미치지 않는다고 본다(대판 1996.08.23. 94다49922). 이에 반해 말소등기소송의 소송물은 등기원인무효를 주장하는 것이면 어느 경우나 막론하고 하나의 소송물로 보아야 하고, 그 원인을 달리 구성한다고 해도 공격방법의 차이에 지나지 않는다²⁾고 본다.

- 1) 소유권이전등기청구사건에 있어서 등기원인을 달리하는 경우에는 그것이 단순히 공격·방어방법의 차이에 불과한 것이 아니고 등기원인별로 별개의 소송물로 인정된다(대판 1996.08.23. 94다49922).
- 2) 말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효라 할 것으로서 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니라 할 것이므로 전소에서 원고가 주장한 사유나 후소에서 주장하는 사유들은 모두 등기의 원인무효를 뒷받침하는 공격방법에 불과할 것일 뿐 그 주장들이 자체로서 별개의 청구원인을 구성한다고 볼 수 없고 모두 전소의 변론종결 전에 발생한 사유라면 전소와 후소는 그 소송물이 동일하여 후소에서의 주장사유들은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없는 것이다(대판 1993.06.29. 93다11050).



- ④ (X) : 判例는 “상계 주장에 관한 판단에 기판력이 인정되는 경우는, 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 ‘소송물’로서 심판되는 소구채권이거나 그와 실질적으로 ‘동일’하다고 보이는 경우(원고가 상계를 주장하면서 청구이익의 소송을 제기하는 경우 등)로서 상계를 주장한 반대채권과 그 수동채권을 기판력의 관점에서 동일하게 취급하여야 할 필요성이 인정되는 경우를 말한다고 봄이 상당하므로, 만일 상계 주장의 대상이 된 수동채권이 동시이행항변에 행사된 채권일 경우에는 그러한 상계 주장에 대한 판단에는 기판력이 발생하지 않는다(대판 2005. 7.22. 2004다17207).”고 한다.
- ⑤ (X) : 항소심법원의 판결은 불이익변경금지원칙(제415조)에 반하므로, 그런 판결을 할 수 없다.

문 64.

甲은 2015. 10. 7. 乙에 대한 3,000만 원의 차용금채무를 피담보채무로 하여 乙에게 甲 소유의 X 부동산을 목적물로 하는 근저당권설정등기를 해주었다. 그후 甲은 乙에게 2,000만 원을 변제하여 잔존채무가 1,000만 원이라고 주장하고 있는데, 乙은 甲의 잔존채무가 2,000만 원이라고 하면서 다투고 있다. 甲은 乙을 상대로 잔존채무가 1,000만 원임을 주장하며 채무부존재확인인 소를 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 甲의 乙에 대한 잔존채무가 乙의 주장대로 2,000만 원임이 인정되는 경우, 법원은 “원고의 피고에 대한 2015. 10. 7. 차용금채무는 2,000만 원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다. 원고의 나머지 청구를 기각한다.”라고 판결하여야 한다.
- ㄴ. 甲의 乙에 대한 잔존채무가 500만 원임이 인정되는 경우, 법원은 “원고의 피고에 대한 2015. 10. 7. 차용금채무는 1,000만 원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다.”라고 판결하여야 한다.
- ㄷ. 만일 乙이 위 소송 계속 중에 잔존채무 2,000만 원의 지급을 구하는 반소를 제기한다면, 甲이 제기한 채무부존재확인인 본소는 확인의 이익이 소멸하여 부적법하게 된다.
- ㄹ. 위 설문과 달리, 甲이 1,000만 원의 잔존채무 변제를 조건으로 X 부동산에 관한 근저당권말소등기 청구의 소를 제기하였지만 잔존채무가 2,000만 원이라는 乙의 주장이 받아들여지는 경우, 법원은 특별한 사정이 없는 한 甲의 청구 중 일부를 기각하고 그 확정된 2,000만 원 채무의 변제를 조건으로 그 등기의 말소절차이행을 인용하는 판결을 하여야 한다.

- ① ㄱ, ㄴ ② ㄱ, ㄷ
- ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ ④ ㄴ, ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

<정답>
③번

<해설>

- ㄱ. (O) : 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 판결을 하여야 한다(대판 1994.1.25. 93다9422).”고 판시하여 일부인용판결이 가능하다고 본다. 이 경우 주문은 “채무는 ○○원을 초과하여서는 존재하지 않음을 확인한다. 원고의 나머지 청구를 기각한다.”는 것이 된다.
- ㄴ. (O) : 甲이 자인하고 있는 채무가 1천만원이므로, 이렇게 판결할 수 밖에 없다. 만약 “원고의 피고에 대한 2015. 10. 7. 차용금채무는 500만 원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다.”라고 판결하면 처분권주의에 반하게 된다.



ㄷ. (X) : 원고가 제기한 손해배상채무부존재확인인 소에 대해 반소로 피고가 그 채무이행을 구하는 소를 제기한 사안에서는 “소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고들에 대하여 위 교통사고와 관련한 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다(99 17401,17418 판결).”고 하고 있다.

ㄹ. (O) : 원고가 피담보채무의 소멸을 이유로 저당권설정등기말소나 소유권이전등기말소청구를 한 경우에, 심리 결과 원고에게 아직 채무가 남아 있는 것으로 밝혀졌을 때, 위 청구 중에는 특별한 사정이 없으면 장래의 이행청구로서 남은 채무의 변제를 조건으로 등기말소를 구하는 취지도 포함되었다고 보아 남은 채무의 선이행을 조건으로 청구를 인용하여야 할 것이다(대판 1996.11.12. 96다33938).

문 68.

문서의 증거력에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 사문서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 한다.
- ② 원고가 증거로 제출한 사문서에 대하여 피고가 그 진정성립을 다투는 경우, 법원은 변론 전체의 취지만을 참작하여 그 문서가 진정하다고 인정할 수 없다.
- ③ 당사자 또는 그 대리인이 고의나 중대한 과실로 진실에 어긋나게 문서의 진정을 다투는 때에는 법원은 결정으로 과태료에 처한다.
- ④ 공증인이 작성한 사서증서인증서가 증거로 제출된 경우, 공증 부분의 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 공증인이 인증한 사문서 부분의 진정성립도 사실상 추정된다.
- ⑤ 매매계약서의 계약조항에 “매도인은 어떠한 경우에도 책임을 지지 않고 매수인에게만 모든 책임이 있다.”라는 내용이 부동산자로 인쇄되어 있다고 할지라도, 법원은 그 조항에 대하여 구체적인 사안에 따라 계약당사자의 의사를 고려하여 예문에 지나지 않는 것인지 여부를 판단하여야 한다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (O) : 제357조【사문서의 진정의 증명】 사문서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 한다.
- ② (X) : 문서의 진정성립(형식적 증거력)에 관해서는 “당사자가 부지로서 다투는 서증에 관하여 거증자가 특히 그 성립을 증명하지 아니한 경우라도 법원은 다른 증거에 의하지 않고 변론전체의 취지를 참작하여 자유심증으로써 그 성립을 인정할 수 있다(대판 1982.3.23. 80다1857).”고 하고 있다.
- ③ (O) : 제363조【문서성립의 부인에 대한 제재】 ① 당사자 또는 그 대리인이 고의나 중대한 과실로 진실에 어긋나게 문서의 진정을 다투는 때에는 법원은 결정으로 200만원 이하의 과태료에 처한다.
- ④ (O) : 공증인법에 규정된 사서증서에 대한 인증제도는 당사자로 하여금 공증인의 면전에서 사서증서에 서명 또는 날인하게 하거나 사서증서의 서명 또는 날인을 본인이나 그 대리인으로 하여금 확인하게 한 후 그 사실을 공증인이 증서에 기재하는 것이다.(공증인법 제57조 제1항), 공증인이 사서증서의 인증을 함에 있어서는 공증인법에 따라 반드시 촉탁인의 확인(제27조)이나 대리촉탁인의 확인(제30조) 및 그 대리권의 증명(제31조) 등의 절차를 미리 거치도록 규정되어 있으므로, 공증인이 사서증서를 인증함에 있어서 그와 같은 절차를 제대로 거치지 않았다는 등의 사실이 주장·입증되는 등 특별한 사정이 없는 한, 공증인이 인증한 사서증서의 진정성립은 추정된다(대결 2009.01.16. 자 2008스119).
- ⑤ (O) : 처분문서의 기재 내용이 부동산자로 인쇄되어 있다면 인쇄된 예문에 지나지 아니하여 그 기재



를 합의의 내용이라고 볼 수 없는 경우도 있으므로 처분문서라 하여 곧바로 당사자의 합의의 내용이라고 단정할 수는 없고 구체적 사안에 따라 당사자의 의사를 고려하여 그 계약 내용의 의미를 파악하고 그것이 이 예문에 불과한 것인지의 여부를 판단하여야 한다(대판 1997.11.28. 97다36231).

문 69.

압류채권자가 제기하는 추심의 소에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 추심명령을 받은 압류채권자는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기하여 계속 중인 소에 「민사소송법」 제81조(승계인의 소송참가), 제79조(독립당사자참가)에 따라 언제든지 참가할 수 있다.
- ㄴ. 추심의 소에서 피압류채권의 존재는 채권자인 원고가 증명하여야 한다.
- ㄷ. 추심의 소에서 제3채무자인 피고는 집행채권의 부존재나 소멸을 항변으로 주장하여 집행채무의 변제를 거절할 수 없다.
- ㄹ. 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 경우, 추심명령을 얻은 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 「민사소송법」 제259조가 금지하는 중복된 소제기에 해당하지 않는다.

①ㄱ ②ㄱ, ㄷ ③ㄴ, ㄹ ④ㄱ, ㄷ, ㄹ ⑤ㄴ, ㄷ, ㄹ

<정답>

①번

<해설>

ㄱ. (X) : [] : (가) 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 이미 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소의 본안에 관하여 심리·판단한다고 하여, 제3채무자에게 불합리하게 과도한 이중 응소의 부담을 지우고 본안 심리가 중복되어 당사자와 법원의 소송경제에 반한다거나 판결의 모순·저촉의 위험이 크다고 볼 수 없다.

(나) 압류채권자는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소에 민사소송법 제81조, 제79조에 따라 참가할 수도 있으나, 채무자의 이행의 소가 상고심에 계속 중인 경우에는 승계인의 소송참가가 허용되지 아니하므로 압류채권자의 소송참가가 언제나 가능하지는 않으며, 압류채권자가 채무자가 제기한 이행의 소에 참가할 의무가 있는 것도 아니다[대판(전합) 2013.12.18. 2013다202120].

ㄴ. (O) : 채권압류 및 추심명령에 기한 추심의 소에서 피압류채권의 존재는 채권자가 증명하여야 하는 점, 민사집행법 제195조 제3호, 제246조 제1항 제8호, 민사집행법 시행령 제7조의 취지와 형식 등을 종합적으로 고려하여 보면, 채권자가 채권압류 및 추심명령에 기하여 채무자의 제3채무자에 대한 예금채권의 추심을 구하는 소를 제기한 경우 추심 대상 채권이 압류금지채권에 해당하지 않는다는 점, 즉 채무자의 개인별 예금 잔액과 민사집행법 제195조 제3호에 의하여 압류하지 못한 금전의 합계액이 150만 원을 초과한다는 사실은 채권자가 증명하여야 한다(대판 2015.06.11. 2013다40476).

ㄷ. (O) : 집행채권의 부존재나 소멸은 집행채무자가 청구이익의 소에서 주장할 사유이지 추심의 소에서 제3채무자인 피고가 이를 항변으로 주장하여 채무의 변제를 거절할 수 있는 것이 아니다(대판 1996.09.24. 96다13781).

ㄹ. (O) : (다) 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 경우에도 압류채권자는 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 추심의 소를 제기할 수 있고, 제3채무자를 상대로 압류채권자가 제기한 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 민사소송법 제259조가 금지하는 중복된 소제기에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다(대판(전합) 2013.12.18. 2013다202120).



문 70.

당사자가 변론기일에 출석하지 아니한 경우에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원고와 피고가 제2회 변론기일에 모두 출석하지 아니하였지만 제3회 변론기일에는 모두 출석한 다음 제4회 변론기일에는 피고만이 출석하였으나 변론을 하지 아니한 경우, 당사자의 기일지정신청이 없는데도 재판장이 직권으로 다시 기일을 지정하였다면, 그 기일지정은 무효이다.
- ② 당사자의 불출석 효과가 발생하는 변론기일에는 법정 외에서 실시하는 증거조사기일도 포함된다.
- ③ 변론기일에 원고만이 출석하여 변론하고 피고는 답변서를 제출하였으나 출석하지 아니하여 위 답변서에 적혀 있는 사항이 진술간주된 경우, 변론관할이 발생한다.
- ④ 원고와 피고가 변론기일에 출석하지 아니하였지만 재판장이 기일을 변경하지 아니한 채 지정된 변론기일에서 사건과 당사자를 호명하였다면, 변론조서에 '연기'라고 기재하여도 당사자 불출석의 효과가 발생한다.
- ⑤ 변론기일에 한 쪽 당사자가 불출석한 경우 법원은 출석한 당사자만으로 변론을 진행하여야 하고, 불출석한 당사자가 그 때까지 제출한 소장답변서, 그 밖의 준비서면에 적혀 있는 사항을 진술한 것으로 보아야 한다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (X) : 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문 개정되기 전의 것) 제241조(현 268조) 제2항의 규정에 의하면, 당사자 쌍방이 2회에 걸쳐 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 당사자의 기일지정신청에 의하여 기일을 지정하여야 할 것이나, 법원이 직권으로 신기일을 지정한 때에는 당사자의 기일지정신청에 의한 기일지정이 있는 경우와 마찬가지로 보아야 할 것이고, 그와 같이 직권으로 정한 기일 또는 그 후의 기일에 당사자 쌍방이 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론하지 아니한 때에는 소의 취하가 있는 것으로 보아야 한다(대판 2002.7.26. 2001다60491).
- ② (X) : 판례는 법정 외에서 한다는 특별한 사정이 없는 한 증거조사기일은 여기의 변론기일에 포함된다고 하였다(대판 1966.1.31, 65다2296, 제293조 참조). 따라서 법정 외에서 실시하는 증거조사기일도 포함되지 않는다.
- ③ (X) : 판례는 “원고가 관할권 없는 법원에 제소할 때에 피고가 본안에 관한 사실을 기재한 답변서만을 제출한 채 불출석한 경우 그것이 진술간주가 되어도 변론관할이 생기지 않는다(대법 1980.9.26, 80마403)”고 하고, “준비서면에 증거를 첨부하여 제출하였을 때 그 서면이 진술 간주되어도 증거신청의 효과가 생기지 않는다(대판 1991.11.8, 91다15775)”고 한다.
- ④ (O) : 변론조서에 연기라는 기재가 있다 하더라도 그 기재는 기일을 실시할 수 없는 당사자의 관계에서만 기일을 연기한다는 것일 뿐, 기일을 해태한 당사자들에 대한 관계에 있어서는 사건 호명으로 불출석의 효과가 발생하는 것이고 연기의 기재는 무의미한 것이다(대판 1982. 6. 22, 81다791). 유사지문 - 기일에 당사자 쌍방이 불출석한 경우에는 연기가 있을 수 없고, 변론조서에 연기라고 기재하였다고 하더라도 쌍방 불출석의 효과를 저지할 수 없다.(O)<03 사무관승진>
- ⑤ (X) : 한쪽 당사자의 불출석의 경우에 제148조를 반드시 적용하여야 하는 것은 아니다. 즉 이를 적용하여 변론을 진행하느냐 기일을 연기하느냐는 법원의 재량에 속하는 사항이나 출석한 당사자만으로 변론을 진행할 때에는 반드시 불출석한 당사자가 그 때까지 제출한 준비서면에 기재한 사항을 진술한 것으로 보아야 한다(대판 2008.5.8, 2008다2890). - 진술간주기속설