

2016 법원직 민사소송법 문제 해설

by 김춘환

* 총평

금년 민소법은 작년과는 달리 공부를 어느 정도 했으면 고득점이 가능하도록 하여, 바람직한 출제였다고 봅니다. 특히 민사소송의 각 분야에서 비교적 고르게 출제하여 어느 한 분야만 공부한 사람이 아니라, 민소법 전반을 고루 공부한 사람에게 유리한 시험이었다고 보입니다. 다만 옥에 티는 1책형 기준으로 5번 문제가 정답이 없는 문제로 보인다는 점입니다(그 이유에 대해서는 아래 문제의 해설 부분에서 상세하게 해설 하였습니다). 사실 난이도 면에서 보면 쉽지는 않은 난이도이지만, 작년의 민소법에 대한 충격 때문인지, 많은 수험생들이 민소법 공부를 열심히 하였으므로, 상대적으로 문제가 쉽게 느껴졌던 것 같습니다. 하지만 민소법은 쉽든 어렵든, 매년 2천명 가까이 과락자가 나오는 과목이므로, 혹 저득점이나 과락을 받은 수험생이 있다면, 겸허하게 아직은 자신의 실력이 부족하다고 생각하고 더 열심히 하셔야 합니다. 이번 시험은 강사의 기본서, 조문집, 기출문제집 등에서 거의 100% 출제가 되었으므로, 평소에 강사가 강조하듯이 어느 한권으로 단권화를 한 사람이라면 무난하게 88점 이상은 받았을 것으로 봅니다. 특히 평소 강의시간이나 카페에서 배포한 최신 판례 자료에서 많은 부분이 정답으로 출제가 되었으므로, 최신 판례를 숙지하고 있었던 수험생들이면 바로 바로 정답 체크가 가능하였을 것입니다. 문제는 다른 강의를 수강하였다거나, 제 강의를 수강하였다고 해도 1~2회독에 불과하게 공부를 한 사람들은 실제 시험에서 상당히 문제를 어렵게 느꼈을 것 같습니다. 어느 시험이건 암기는 필요합니다. 하지만 민사법은 암기만 하는 과목이 아닙니다. 민법과 달리 민소법은 절차법이므로 절차에 대한 선행적인 이해와 절차로 되어 있는 법조문들을 반드시 “이해” 위주로 공부해야 고득점이 가능합니다. 소위 “두”문자니 암기니 하는 것들은 실제 시험에서는 크게 도움이 되지 못 합니다. 앞으로도 이런 출제방향이 유지될 것으로 보이므로, 제 기본강의부터 기본교재를 “정독”하면서 먼저 “이해”를 하는 공부가 되어야 할 것입니다. 그렇게 해야 나중에 정리, 암기해야 하는 양을 줄일 수가 있을 것입니다. 수험생 분들 모두 수고하셨고, 당분간 편히 휴식을 취하시기 바랍니다. - 김춘환 드림

분야	세부분야	출제문제수
총론		0문제
당사자	법원	2문제
	당사자	4문제
제1심의 소송절차	소송의 개시	4문제
	변론	2문제
	증거	1문제
소송의 종료	총설	0문제
	당사자행위에 의한 종료	2문제(1문제는 당사자와 중복)
	종국판결에 의한 종료	3문제
병합소송	병합청구소송	1문제
	다수당사자소송	3문제
	당사자의 변경	2문제(1문제는 당사자, 1문제는



		다수당사자소송과 중복)
상소심절차	총설	3문제
	항소	
	상고	
	항고	0문제
재심절차		1문제
간이소송절차		2문제(1문제는 법원과, 1문제는 재심과 중복)

【문 1】 사물관할에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소액사건심판법 제2조 제1항에 의한 소액사건은 원칙적으로 제소한 때의 소송목적의 값이 2,000만 원을 초과하지 아니하는 금전 기타 대체물이나 유가증권의 일정한 수량의 지급을 목적으로 하는 제1심의 민사사건으로 한다.
- ② 소송목적의 값이 2억 원 이상인 민사사건은 원칙적으로 지방법원 및 지방법원지원 합의부가 제1심으로 판단한다.
- ③ 수표금·약속어음금 청구사건의 제1심은 소송목적의 값과 상관없이 단독판사가 심판한다.
- ④ 소송목적의 값이 제소 당시 또는 청구취지 확장 당시 1억원을 초과한 민사소송사건의 판결에 대한 항소사건은 원칙적으로 고등법원이 심판한다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 소액사건심판법(이하 '소심법'이라 한다)상의 소액사건이란 소가 2000만원 이하의 금전 그 밖의 대체물·유가증권의 일정수량의 지급을 구하는 사건을 말한다(동법 제2조 1항 참고). 특히 절차진행 중에 여러 가지의 소액사건을 법원이 변론병합하여 그 합산액이 소액사건의 범위를 넘어도 소제기시에 소액사건이었다면 소액사건을 본다(대판 1992.7.24. 91다43176). 다만 부동산 등 특정물에 대한 청구는 비록 소가가 2000만원 이하라고 하여도 소액사건이 아니다. 그리고 주택·상가임대차보호법 상의 보증금반환청구는 소가의 많고 적음을 불문하고 소심법의 일부 조문을 준용하여 재판의 신속을 추구하고 있다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 720면

② (X) : 지방법원 및 지방법원지원의 합의부는 소송목적의 값이 2억원을 "초과" 하는 민사사건 및 민사소송등인지법 제2조 제4항의 규정에 해당하는 민사사건을 제1심으로 심판한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사건을 제외한다. <개정 2002.6.28., 2004.12.29., 2015.1.28.> - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 103면

③ (O) : 사안이 일반적으로 단순하다는 점과 유통증권인 점에 비추어 권리의 신속한 실현이 요청되기 때문이다. 1. 수표금·약속어음금 청구사건 2.은행·농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·산림조합·신용협동조합·신용보증기금·기술신용보증기금·지역신용보증재단·새마을금고·상호저축은행·종합금융회사·시설대여회사·보험회사·신탁회사·증권회사·신용카드회사·할부금융회사 또는 신기술사업금융회사가 원고인 대여금·구상금·보증금 청구사건 3. 자동차손해배상보장법에서 정한 자동차·원동기장치자전거·철도차량의 운행 및 근로자의 업무상재해로 인한 손해배상 청구사건과 이에 관한 채무부존재확인사건 4. 단독판사가 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건 [전문개정 2001.2.10.] - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 103면

④ (O) : 사물관할규칙 제4조(고등법원의 심판범위) 고등법원은 다음 각호의 1에 해당하는 사건에 대한 지방법원 단독판사의 제1심 판결·결정·명령에 대한 항소 또는 항고사건을 심판한다. 다만, 제2조 각호의



1에 해당하는 사건을 제외한다.

1. 소송목적의 값이 제소 당시 또는 청구취지 확장(변론의 병합 포함) 당시 1억원을 초과한 민사소송사건
2. 제1호의 사건을 본안으로 하는 민사신청사건 및 이에 부수하는 신청사건 [본조신설 2015.1.28.] - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 67면

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

- ① 본안소송을 위임받은 소송대리인은 그 소송을 수행하는데 필요한 강제집행, 가압류·가처분을 할 수 있다.
- ② 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 상소장에 인지를 붙이지 아니한 흠이 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 소송대리인은 이를 보정할 수 있고 원심재판장도 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있다.
- ③ 사건이 상고심에서 환송되어 다시 항소심에 계속하게 된 경우, 환송받은 항소심에서 환송 전의 항소심에서의 소송대리인에게 한 송달은 적법하다.
- ④ 소송대리인이 소취하에 동의를 함에 있어서는 본인으로부터 특별한 권한을 따로 받아야 한다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 제90조(소송대리권의 범위) ① 소송대리인은 위임을 받은 사건에 대하여 반소(반소)·참가·강제집행·가압류·가처분에 관한 소송행위 등 일체의 소송행위와 변제(변제)의 영수를 할 수 있다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 197면

② (O) : 제90조 2항 3호, 제399조(원심재판장등의 항소장심사권) ① 항소장이 제397조제2항의 규정에 어긋난 경우와 항소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 경우에는 원심재판장은 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하여야 한다. 원심재판장은 법원사무관등으로 하여금 위 보정명령을 하게 할 수 있다. <개정 2014.12.30.> 소송대리권의 범위는 원칙적으로 당해 심급에 한정되지만, 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 특별한 사정이 없는 한 상소장을 제출할 권한과 의무가 있으므로, 상소장에 인지를 붙이지 아니한 흠이 있다면 소송대리인은 이를 보정할 수 있고 원심재판장도 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있다(대결 2013.7.31. 자 2013마670). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 199면, 각주 114)

③ (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, 84후102 등). 소송대리인(甲)이 대법원의 파기환송전 항고심의 소송대리인이었고, 대법원의 파기환송판결에 의하여 사건이 동 항고심에 다시 계속하게 되었다면 위(甲)에게 한 특허청장 명의로 환송번호 및 심판관지정통지서의 송달은 적법하다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 199면, 각주 115)

④ (X) : 소취하에 대한 소송대리인의 동의는 90조 2항 소정의 특별수권사항이 아닐 뿐 아니라, 소송대리인에 대하여 특별수권사항인 소취하를 할 수 있는 대리권을 부여한 경우에도 상대방의 소취하에 대한 동의권도 포함되어 있다고 봄이 상당하므로 그 같은 소송대리인이 한 소취하의 동의는 소송대리권의 범위 내의 사항으로서 본인에게 그 효력이 미친다(대판 1984. 3. 13. 82므40). - 김춘환 FOR 春 민소법 기출문제집, 93면, 66번 문제 유사



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

- ① 소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 경우 재판장은 상당한 기간을 정하고 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하여야 하는데, 재판장은 법원사무관등으로 하여금 위 보정명령을 하게 할 수 있다.
- ② 소장에 기재된 대표자의 표시에 잘못이 있어 보정명령을 하였는데도 보정에 불응하는 경우에는 재판장이 명령으로 소장을 각하할 수 있다.
- ③ 원고가 소장을 제출하면서 소정의 인지를 첨부하지 아니하고 소송상 구조신청을 한 경우, 소송상 구조신청에 대한 기각결정이 확정되기 전에 소장의 인지가 첨부되어 있지 아니함을 이유로 소장을 각하하여서는 안 된다.
- ④ 재판장의 소장각하명령에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 제254조(재판장등의 소장심사권) ① 소장이 제249조제1항의 규정에 어긋나는 경우와 소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 경우에는 재판장은 상당한 기간을 정하고, 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하여야 한다. 재판장은 법원사무관등으로 하여금 위 보정명령을 하게 할 수 있다. <개정 2014.12.30.>

② (X) : ② 원고가 제1항의 기간 이내에 흠을 보정하지 아니한 때에는 재판장은 명령으로 소장을 각하하여야 한다.

③ (O) : 원고가 소장을 제출하면서 소정의 인지를 첨부하지 아니하고 소송상 구조신청을 한 경우, 제 133조(불복신청)에서 소송상 구조신청에 대한 기각결정에 대하여도 즉시항고를 할 수 있도록 규정하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 소송상 구조신청에 대한 기각결정이 확정되기 전에 소장의 인지가 첨부되어 있지 아니함을 이유로 소장을 각하하여서는 안 된다(대결 2002. 9. 27. 2002마3411). - 김춘환 FOR 春 기출문제집, 136면, 54번 문제 ④번 지문 유사

④ (O) : 제254조(재판장등의 소장심사권) ③ 제2항의 명령에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

【문 4】 다음 중 송달이 적법하다고 볼 수 있는 경우는?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 소송대리인이 있음에도 기일통지서를 소송대리인에게 송달하지 않고 당사자본인에게 송달하였다.
- ② 재감자의 수감사실을 알지 못하여 교도소장에게 송달하지 않고, 수감되기 전의 종전 주.거소에 송달하였다.
- ③ 송달받을 임차인과 같은 집에서 거주하는 임대인에게 기일통지서를 송달하였다.
- ④ 당사자가 송달장소의 변경신고의무를 이행하지 아니하고 기록상 달리 송달장소를 알 수 없어 화해권고결정을 등기우편의 방법으로 우편송달 하였다.

<정답>

①번

<해설>



- ① (O) : 소송대리인이 있는 경우에는 소송대리인이 송달을 받을 사람인데, 당사자본인에 대한 송달은 적절하지 않지만, 적법·유효하다고 보는 것이 통설, 판례이다(대결 1964.5.12. 63야37). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 371면
- ② (X) : 판례는 비록 송달받을 사람이 교도소 등에 수감 중인 사실을 법원에 신고하지 아니하였거나 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). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 371면
- ③ (X) : 동거인에 대해 판례는 송달받을 자와 동일세대에 속하고 생계를 같이 하는 자를 말한다고 한다. 따라서 임대인은 임차인과 세대나 생계를 같이 하지 않으므로, 그에 대한 보충송달은 부적법하다.
- ④ (X) : 화해권고결정·이행권고결정의 송달은 우편송달에 의할 수 없다(제225조, 소액사건심판법 제5조의 3).

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

- ① 기피이유가 되는 ‘법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정’이란 통상인의 판단으로서 법관과 사건의 관계에서 편파적이고 불공정한 재판을 하지 않을까 하는 염려를 일으킬 객관적 사정을 가리킨다.
- ② 판례는 소송당사자 일방이 재판장의 변경에 따라 소송대리인을 교체한 경우, 재판의 공정을 기대하기 어려운 객관적인 사정이 있는 때에 해당하지 않는다고 보았다.
- ③ 기피신청의 당부의 재판은 기피당한 법관이 스스로 할 수 없고, 그 신청을 받은 법관의 소속법원 합의부에서 결정으로 재판한다.
- ④ 기피신청이 있는 때에는 원칙적으로 본안의 소송절차를 정지하여야 하는데, 법원이 기피신청을 받았음에도 소송절차를 정지하지 아니하고 변론을 종결하여 판결 선고기일을 지정하였다고 하더라도 종국판결에 대한 불복절차에 의하여 그 당부를 다룰 수 있을 뿐이다.

<정답>

없음(가안은 ③번)

<해설>

- ① (O) : 법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정(법 제43조 제1항)에 대해 判例는 “통상인의 판단으로서 법관과 사건과의 관계에서 편파적이고 불공평한 재판을 하지 않을까 하는 염려를 일으킬 객관적 사정을 가리킨다(대결 1966.4.4. 66마830)”고 한다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 95면
- ② (O) : 기피 부정례 - 기일 연기신청을 각하하거나 자기의 증거신청을 각하하는 등 소송지휘에 불만이 있는 경우, 재판장의 변경에 따라 당사자 한 쪽이 소송대리인을 교체하는 경우(대결 1992.12.30. 92마783), 같은 종류의 사건에 관하여 판결을 한 일이 있는 경우(대결 1993.6.22. 93제누97), 법률의 해석에 관한 견해를 발표한 일이 있는 경우(대결 1982.11.5. 82마637) 등을 예로 들 수 있다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 96면
- ③ (O) : 법원행정처는 ③번을 정답으로 했으나, ③번은 맞는 지문이다. 아마도 출제취지는 제45조의 각 이각하 규정을 의식하여, 간이각하는 신청 받은 법관 스스로 하니까, 틀린 지문으로 출제한 것으로 보인다. 하지만 간이각하는 제44조의 기피신청 방식에 어긋나거나, 소송지연할 목적이 분명한 경우에 가능하므로, 이런 사유를 문제에서 명시해서 출제해야 한다. 그리고 법원실무제요(I), 77면은 “기피신청의 당부에 대한 재판은 기피신청을 당한 법관의 소속 법원 합의부에서 결정으로 재판하는데(민소 46조 1항), 기피신청을 당한 법관 자신은 이 재판에 관여하지 못한다(2항)”. 따라서 합의부가 여러 개의 법원에서는 A 합의부 법관에 대한 기피신청사건의 담당은 B 합의부라는 식으로 사무분담을 아예 정하여 놓는 경우



가 많다.”라고 서술하고 있다. 따라서 실무제요 내용에 비추어도 ③번 지문 자체는 원칙적으로 맞는 지문이다. 오히려 실력 있는 수험생이라면 정답이 없다고 생각해야 하는 문제라고 본다(강사 자신도 시험을 응시했다면 고민하다가 다른 지문이 모두 옳으므로, 상대적으로 ③번을 체크하였을 것 같다. 그러나 출제는 무엇보다 명확하고, 정확하게 출제를 하는 것이 옳다. 수험생에게 출제의도까지 추측하면서 문제를 풀어내라고 하면 안 되기 때문이다).

④ (O) : 기피신청에 대해서는 법 제46조에 의해 그 신청을 받은 법원의 소속법원 합의부에서 결정으로 심판하지만, 법원이 기피신청을 받았음에도 소송절차를 정지하지 아니하고 변론을 종결하여 판결 선고기일을 지정하였다면 당사자는 어떻게 불복할 수 있는가에 대해 판례는 “법원이 기피신청을 받았음에도 소송절차를 정지하지 아니하고 변론을 종결하여 판결 선고기일을 지정하였다고 하더라도 종국판결에 대한 불복절차에 의하여 그 당부를 다룰 수 있을 뿐 이에 대하여 별도로 항고로써 불복을 할 수 없다(대결 2000.4.15. 자 2000그20)”고 하고 있다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 96면

【문 6】 소송요건에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 비법인사단이 당사자인 사건에서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이므로, 이미 제출된 자료에 의하여 대표권의 적법성에 의심이 갈만한 사정이 엿보인다면 그에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.
- ② 소의 제기가 부제소 합의에 위배되었는지 여부는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이다.
- ③ 직권조사사항인 소송요건에 관한 피고의 항변에 대하여 판단하지 아니하였다 하더라도 판단누락의 상고이유로 삼을 수 없다.
- ④ 직권조사사항인 소송요건에 대한 증명책임은 피고에게 있다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 비법인사단(원고 ‘유기견에게 사랑을 주세요’)이 당사자인 사건에서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이므로 비법인사단 대표자의 대표권 유무가 의심스러운 경우에 법원은 이를 직권으로 조사하여야 하고, 비법인사단이 총유재산에 관한 소송을 제기할 때에는 정관에 다른 정함이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사원총회 결의를 거쳐야 하므로 비법인사단이 이러한 사원총회 결의 없이 그 명의로 제기한 소송은 소송요건이 흠결된 것으로서 부적법하다(대판 2013.04.25. 2012다118594). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 218면 유사

② (O) : 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). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 340면, 각주 199)

③ (O) : 통설, 판례 - 김춘환 FOR 春 기출문제집, 111면, 이에 반하여 항변사항에 대한 판단을 하지 않은 경우에는 판단누락의 위법이 있게 된다.

④ (X) : 각 당사자는 자기에게 유리한 법규의 요건사실의 존부에 대해 증명책임을 진다. 우선 소송요건의 존부는 원고에게 증명책임이 돌아간다. 이것이 존재하면 유리한 본안판결을 받기 위하여 각 요건사실의 증명책임이 분배된다. 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 입증책임의 원칙



이 적용되어야 할 것인바, 본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 직권조사가 항인 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다(대판 1997. 7. 25. 96다39301). - 김춘환 FOR 春 기출문제집, 367면, 151번 ④번 지문 유사

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

- ① 민법상의 조합에 있어서 조합규약이나 조합결의에 의하여 자기 이름으로 조합재산을 관리하고 대외적 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무집행조합원은 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행하는 것이 허용된다.
- ② 등기의무자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)가 아닌 자나 등기에 이해관계가 있는 제3자가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차의 이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이다.
- ③ 금전채권에 대한 가압류가 있더라도 가압류채무자는 제3채무자를 상대로 그 금전채권의 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있다.
- ④ 법인의 이사에 대한 직무집행정지가처분 신청에 있어서 당해 이사만이 피신청인이 될 수 있지만, 법인의 이사회결의 부존재확인 소에 있어서는 그 결의에 의해 선임된 이사 및 당해 법인 모두 피고가 될 수 있다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 判例는 동백계 사건에서 “민법상의 조합에 있어서 조합규약이나 조합결의에 의하여 자기의 이름으로 조합재산을 관리하고 대외적 업무를 집행할 권한을 수여받은 업무집행조합원이 조합재산에 관한 소송에 관하여 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기의 이름으로 소송을 수행하는 것은 허용된다(대판 1984.2.14. 83다카1815).”고 하여, 명문의 규정이 없는 임의적 소송담당을 예외적으로 인정하고 있다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 170면
- ② (O) : 판례는 예외적으로 “등기의무자, 즉 등기부상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소(대판 1994.2.25. 93다39225 등)”라고 하고, 특히 “부기등기에 의하여 이전된 근저당권 또는 가등기 등의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고적격이 없다(대판 2000.4.11. 2000다5640 등).”고 하여 이런 경우 소를 각하해야 한다고 본다(소각하설). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 165면
- ③ (O) : 甲의 乙에 대한 채권이 丙에 의하여 가압류·가처분 된 경우에 채무자인 甲이 제3채무자인 乙에 대한 이행의 소를 제기할 수 있다고 했다. 즉 이 경우 제3채무자 乙에 대하여 강제집행을 할 수 없을 뿐이고 언젠가는 강제집행을 할 수 있는 집행권원을 얻는 것까지 금할 것은 아니라고 하여 무조건적 이행판결을 구할 수 있다는 것¹⁾이다(대판 2002.4.26. 2001다59033). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 225면

1) 원고의 대여금청구에 대해 피고(제3채무자)는 대여금채권이 압류·전부 또는 압류·추심 되었다고 항변할 수 있다. 즉 압류·전부된 경우에는 피고(제3채무자)에게 전부명령 송달 시에 소급하여 당연히 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).



④ (X) : 판례는 “주식회사의 이사회결의는 회사의 의사결정이고 회사는 그 결의의 효력에 관한 분쟁의 실질적인 주체라 할 것이므로 그 효력을 다투는 사람이 회사를 상대로 하여 그 결의의 무효 확인을 소구할 있다 할 것이나 그 이사회결의에 참여한 이사들은 그 이사회 구성원에 불과하므로 특별한 사정이 없는 한 이사 개인을 상대로 하여 그 결의의 무효 확인을 소구할 이익은 없다[대판(전합) 1982.9.14. 80다2425 1.]”고 한다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 166면

【문 8】 소제기의 효과에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 해고무효확인 소의 제기는 그 고용관계에서 파생하는 보수채권의 시효중단사유가 되지 않는다.
- ② 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하는 것은 중복제소에 해당한다.
- ③ 물상보증인이 제기한 저당권설정등기 말소청구소송에서 채권자가 청구기각을 구하면서 피담보채권의 존재를 적극 주장하더라도 그 피담보채권에 관하여 소멸시효 중단의 효력이 생기지 않는다.
- ④ 중복제소에 있어서 전소와 후소의 판별기준은 소장이 법원에 제출된 때의 선후에 의한다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (X) : 권리 자체의 이행청구 뿐 아니라 그 권리발생의 기본적 권리관계의 이행청구나 확인청구도 그로부터 발생한 권리의 실현수단이 될 수 있어 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로 볼 수 있을 때에는 시효중단사유에 해당한다. 예를 들어 파면된 사립학교 교원이 학교법인을 상대로 파면처분효력정지가처분 및 무효확인 소를 제기하면 파면 이후의 보수금채권의 소멸시효도 중단된다(대판(전합) 1992.3.31, 91다32053; 대판 1995.6.30, 94다13435 등)
- ② (X) : 채무자가 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).
- ③ (O) : 물상보증인이 그 피담보채무의 부존재 또는 소멸을 이유로 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 채권자 겸 저당권자가 청구기각의 판결을 구하고 피담보채권의 존재를 주장하였다고 하더라도 이로써 직접 채무자에 대하여 재판상 청구를 한 경우로 볼 수는 없으므로 피담보채권의 소멸시효에 관하여 규정한 민법 제168조 제1호 소정의 ‘청구’에 해당하지 아니 한다(대판 2004.1.16, 2003다30890).
- ④ (X) : 소장제출시설이 있으나, 소송법률관계가 법원·원고·피고 사이의 삼면적 법률관계라고 본다면, 이와 같은 소송법률관계는 피고에게 소장부분이 송달됨으로써 성립되기 때문에, 소송계속의 발생시키는 소장부분의 송달시로 볼 것이다(소장부분송달시설, 통설, 판례).

【문 9】 한쪽 당사자의 불출석(기일의 해태)에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 한쪽 당사자가 불출석한 경우, 진술간주제도를 적용하여 변론을 진행하느냐 기일을 연기하느냐는 법원의 재량에 속하는 사항이다.
- ② 당사자가 준비서면에 서증의 사본을 첨부하여 제출한 채 불출석한 경우, 그 준비서면이 진



술간주 되면 서증의 제출이 있는 것으로 본다.

③ 원고가 관할권 없는 법원에 제소한 때에 피고가 본안에 관한 사실을 기재한 답변서를 제출한 채 불출석한 경우, 그 답변서가 진술간주 되면 변론관할이 생긴다.

④ 일단 제1심에서 자백간주가 있었다면 항소심에서 이를 다투었다 하더라도 자백간주의 효력이 유지된다.

<정답>

①번

<해설>

① (O) : 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). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 360면

② (X), ③ (X) : 판례는 “원고가 관할권 없는 법원에 제소한 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. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 361면

④ (X) : 자백간주는 법원을 구속하지만 당사자에 대한 구속력은 없다. 당사자가 명백히 다투지 아니하였는지 여부는 변론의 일체성에 의하여 사실심의 변론을 종결할 때를 기준으로 판단하기 때문이다. 따라서 당사자는 사실심의 변론을 종결할 때까지 상대방의 주장사실을 다투어 자백간주의 효력을 배제할 수 있다(대판 1987.12.8. 87다368등). 파기환송된 뒤에 상대방의 주장을 다투는 경우에도 환송 전의 자백간주의 효력은 없어진다(대판 1968.9.3. 68다1147 등). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 362면

【문10】 외국재판의 승인에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 민사소송법 제217조의2 제1항은 ‘법원은 손해배상에 관한 확정재판 등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판 등의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다.’라고 규정하고 있는데, 외국법원의 확정재판 등이 당사자가 실제로 입은 손해를 전보하는 손해배상을 명하는 경우에도 위 규정을 근거로 그 승인을 제한할 수 있다.

② 외국법원의 확정재판 등을 승인한 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지 여부는 승인 여부를 판단하는 시점에서 확정재판 등의 승인이 우리나라의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는 영향을 확정재판 등이 다룬 사안과 우리나라와의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다.

③ 외국법원의 확정재판 등을 승인한 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지 여부를 심리한다는 명목으로 실질적으로 확정재판 등의 옳고 그름을 전면적으로 재심사하는 것은 허용되지 아니한다.

④ 법원은 외국재판의 승인 요건이 충족되었는지에 관하여 직권으로 조사하여야 한다.

<정답>



①번

<해설> - 2016 김춘환 시험장용 민소법 최신 중요 판례 자료, 14면

① (X), ② (O), ③ (O), ④ (O) : [1] 민사소송법 제217조의2 제1항은 “법원은 손해배상에 관한 확정재판 등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판 등의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다.”라고 규정하고 있는데, 이는 징벌적 손해배상과 같이 손해전보의 범위를 초과하는 배상액의 지급을 명한 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 ‘확정재판 등’이라 한다)의 승인을 적정 범위로 제한하기 위하여 마련된 규정 이므로, 외국법원의 확정재판 등이 당사자가 실제로 입은 손해를 전보하는 손해배상을 명하는 경우에는 민사소송법 제217조의2 제1항을 근거로 승인을 제한할 수 없다.

[2] 민사집행법 제27조 제2항 제2호, 민사소송법 제217조 제1항 제3호에 의하면 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 ‘확정재판 등’이라 한다)의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니하여야 한다는 점이 외국판결의 승인 및 집행의 요건인데, 확정재판 등을 승인한 결과가 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지를 심리한다는 명목으로 실질적으로 확정재판 등의 옳고 그름을 전면적으로 재심사하는 것은 “집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.”라고 규정하고 있는 민사집행법 제27조 제1항에 반할 뿐만 아니라, 외국법원의 확정재판 등에 대하여 별도의 집행판결제도를 둔 취지에도 반하는 것이므로 허용되지 아니한다.

[3] 민사소송법 제217조 제1항 제3호는 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 ‘확정재판 등’이라 한다)의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것을 외국재판 승인요건의 하나로 규정하고 있는데, 여기서 확정재판 등을 승인한 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지는 승인 여부를 판단하는 시점에서 확정재판 등의 승인이 우리나라의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는 영향을 확정재판 등이 다른 사안과 우리나라와의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다(대판 2015.10.15. 2015다1284).

【문11】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고 경정은 제1심 변론종결 시까지 허용되지만, 당사자표시정정은 제1심은 물론 상급심에서도 허용된다.
- ② 피고 경정은 그 경정신청서의 제출 시에 시효중단, 기간준수의 효과가 생기지만, 표시정정은 당초의 소 제기시의 효과가 유지된다.
- ③ 판례는 청구취지나 청구원인의 기재 내용 자체로 보아 원고가 법률적 평가를 그르치는 등의 이유로 피고의 지정이 잘못된 것이 명백한 경우, 증거조사결과 판명된 사실관계로 미루어 피고의 지정이 잘못된 경우임이 분명한 경우에 피고의 경정이 허용된다는 입장이다.
- ④ 판례는 개인이 설립 경영하는 학교시설을 피고로 표시하였다가 개인 명의로 피고 표시를 정정하는 것은 피고 경정이 아니라 표시정정에 해당한다고 보았다.

<정답>

③번

<해설>

① (O) : 당사자표시정정은 동일성이 있는 한도에서 소장의 당사자란을 변경하는 것을 말한다. 이는 동일성이 없는 경우 당사자를 변경하는 임의적당사자변경(피고경정)과는 다르다. 따라서 당사자표시정정은 제



1심은 물론 상급심에서도 허용된다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 144면

② (O) : 피고 경정은 신평고에 대하여는 소의 제기이므로 이에 의한 시효중단·기간준수의 효과는 경정 신청서의 제출 시에 발생한다(제265조). 이에 반해 표시정정은 당초의 소 제기시의 효과가 유지된다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 640면

③ (X) : 판례는 원고가 공사도급계약상의 수급인은 그 계약 명의인인 피고라고 하여 피고를 상대로 소송을 제기하였다가 심리 도중 변론에서 피고 측 답변이나 증거에 따라 이를 번복하여 수급인이 피고보조 참가인이라고 하면서 피고경정을 구한 사안에서 “원고가 법률을 잘 알지 못하여 피고가 잘못된 것이 분명하거나 법인격 유무에 관하여 착오를 일으킨 것이 분명한 때를 말하는 것이고, 뒤에 증거조사결과 판명된 사실관계로 미루어 피고의 지정이 잘못된 경우는 포함되지 않는다.”고 한다(대결 1997.10.17, 97마1632). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 639면

④ (O) : 예를 들어 소장의 당사자란에 학교법인 대신에 학교, 대한민국 대신에 관계행정관청, 본점 대신에 지점, 점포주인 대신에 점포명 등을 당사자로 표시한 경우에 당사자란을 변경하는 방법이 문제된다. 통설, 判例는 이를 명백한 오기로 보고 학교법인 등의 당사자능력자로 당사자를 확정하여 당사자표시정정이 가능하다고 본다. 판례도 “개인이 설립 경영하는 학교시설에 불과한 영남실업고등기술학교를 피고로 표시하였다가 개인 명의로 피고표시를 정정하는 것은 당사자를 변경하는 것이 아니므로 항소심에서 피고 표시정정신청을 하였다가 환송된 뒤에 그 표시정정신청을 철회할 수 있다 할 것이다(대판 1978.08.22. 78다1205). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 143면

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

- ① 법률상 혼인 외의 자가 아닌 것을 혼인 외의 자라고 시인하였다 하더라도 자백이 성립하지 아니한다.
- ② 소유권에 기한 이전등기 말소청구소송에 있어서 피고가 원고 주장의 소유권을 인정하는 진술은 권리자백으로서 재판상 자백이 될 수 없다.
- ③ 판례는 문서의 성립에 관한 자백은 보조사실에 관한 자백이기는 하나 자유롭게 이를 취소할 수 없다는 입장이다.
- ④ 자백을 취소하는 당사자는 그 자백이 진실에 반한다는 것 외에 착오에 인한 것임을 아울러 증명하여야 한다. 자백이 진실과 부합되지 않는 사실이 증명된 경우라면 변론의 전 취지에 의하여 착오로 인한 것임을 인정할 수 있다는 것이 판례이다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 사실에 대한 법적 추론 내지 법률적 평가와 증거의 평가 등은 법원의 전권사항에 속하기 때문에 자백의 대상이 되지 못한다. 따라서 당사자가 채권계약인 무명혼합계약을 물권계약인 담보설정계약으로 인정하였다 하여도 법원은 여기 구속되지 아니하며(대판 1962.4.26, 4294민상1071), 법률상 유언이 아닌 것을 유언이라고 시인하여도 자백이 될 수 없다(대판 2001.9.14, 2000다66430). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 398면

② (X) : 판례는 “소유권에 기한 이전등기말소청구소송에 있어서 피고가 원고 주장의 소유권을 인정하는 진술은 그 소전제가 되는 소유권의 내용을 이루는 사실에 대한 진술로 볼 수 있으므로 이는 재판상 자백이다(대판 1989.5.9. 87다카 749).”라고 하여 긍정하는 입장으로 볼 수 있다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 398면

③ (O) : 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. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 399면

④ (O) : 반진실의 경우 진실에 어긋나는 것에 대한 증명은 그 반대되는 사실을 직접증거에 의하여 증명함으로써 할 수 있지만, 자백이 진실에 어긋남을 추인할 수 있는 간접사실의 증명에 의해서도 가능하다(대판 2000.9.8. 2000다 23013). 반진실이 증명되었다고 하여 착오로 말미암은 자백으로 추정되지는 않지만²⁾, 착오로 말미암은 것임은 변론 전체의 취지만으로 인정할 수 있다(대판 1997.11.11. 97다30646 등). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 401면

【문13】 보조참가와 소송고지에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 보조참가인의 증거신청행위가 피참가인의 소송행위와 저촉되지 아니하고, 그 증거들이 적법한 증거조사절차를 거쳐 법원에 제출되었더라도, 보조참가인은 피참가인에게 불리한 행위를 할 수 없으므로 법원이 이들 증거에 터 잡아 피참가인에게 불이익한 사실을 인정할 수 없다.
- ② 보조참가인에 대한 전소 확정판결의 참가적 효력은 피참가인과 참가인 사이뿐만 아니라 피참가인의 상대방과 참가인 사이에도 미친다.
- ③ 보조참가인에 대한 전소 확정판결의 참가적 효력은 전소확정판결의 결론의 기초가 된 사실상 및 법률상의 판단으로서 보조참가인이 피참가인과 공동이익으로 주장하거나 다룰 수 있었던 사항에 한하여 미친다.
- ④ 소송고지의 요건이 갖추어진 경우, 그 소송고지서에 고지자가 피고지자에 대하여 채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있으면 시효중단사유로서의 최고의 효력이 인정되고, 이 경우 고지자가 6월 내에 재판상의 청구 등을 하면 시효중단의 효력이 생기는데, 위 6월의 기간의 기산점은 소송고지서가 피고지자에게 송달된 때이다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (X) : 보조참가인의 증거신청행위가 피참가인의 소송행위와 저촉되지 아니하고(즉, 피참가인이 증거신청행위와 저촉되는 소송행위를 한 바 없고), 그 증거들이 적법한 증거조사절차를 거쳐 법원에 제출되었다면 법원이 이들 증거에 터 잡아 피참가인에게 불이익한 사실을 인정하였다 하여 그것이 민사소송법 제 76조 제2항에 위배된다고 할 수 없다(대판 1994.04.29. 94다3629).
- ② (X) : 판례는 “보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 피참가인이 그 소송에서 패소한 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 그 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 이른바 참가적 효력이 있음에 불과하므로 피참가인과 그 소송상대방간의 판결의 기판력이 참가인과 피참가인의 상대방과의 사이에까지 미치지 아니한다(대판 1988.12.13. 86다카2289 등).”고 하여 참가적 효력설의 입장이다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 620면

- 2) 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).



③ (O) : 보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 피참가인이 소송에서 패소한 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 이른바 참가적 효력이 인정되지만, 전소 확정판결의 참가적 효력은 전소 확정판결의 결론의 기초가 된 사실상 및 법률상의 판단으로서 보조참가인이 피참가인과 공동이익으로 주장하거나 다룰 수 있었던 사항에 한하여 미친다. 이러한 법리에 비추어 보면 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에는 확정판결에서와 같은 법원의 사실상 및 법률상의 판단이 이루어졌다고 할 수 없으므로 참가적 효력이 인정되지 아니한다(대판 2015.05.28. 2012다78184). - 2016 김춘환 시험장용 민소법 최신 중요 판례 자료, 20면

④ (X) : 소송고지의 요건이 갖추어진 경우에 그 소송고지서에 고지자가 피고지자에 대하여 채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있으면 민법 제174조에 정한 시효중단사유로서의 최고의 효력이 인정된다. 시효중단제도는 그 제도의 취지에 비추어 볼 때 이에 관한 기산점이나 만료점은 원권리자를 위하여 너그럽게 해석하는 것이 상당한데, 소송고지로 인한 최고의 경우 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통하여 이루어지는 것으로서, 그 소송에 참가할 수 있는 제3자를 상대로 소송고지를 한 경우에 그 피고지자는 그가 실제로 그 소송에 참가하였는지 여부와 관계없이 후일 고지자와의 소송에서 전소 확정판결에서의 결론의 기초가 된 사실상·법률상의 판단에 반하는 것을 주장할 수 없어 그 소송의 결과에 따라서는 피고지자에 대한 참가적 효력이라는 일정한 소송법상의 효력까지 발생함에 비추어 볼 때, 고지자로서는 소송고지를 통하여 당해 소송의 결과에 따라 피고지자에게 권리를 행사하겠다는 취지의 의사를 표명한 것으로 볼 것이므로, 당해 소송이 계속중인 동안은 최고에 의하여 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되는 것으로 보아 민법 제174조에 규정된 6월의 기간은 당해 소송이 종료된 때로부터 기산되는 것으로 해석하여야 한다(대판 2009.07.09. 2009다14340). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 625면 각주 422)

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

- ① 피고가 원고 이외의 제3자를 추가하여 반소피고로 하는 반소는 허용되지 아니하고, 피고가 제기하려는 반소가 필수적 공동소송이 될 때에도 마찬가지이다.
- ② 본소가 단독사건인 경우에 피고가 반소로 합의사건에 속하는 청구를 한 때에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 본소와 반소를 합의부에 이송하여야 하나, 반소에 관하여 변론관할권을 가지는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1심에서 적법하게 반소를 제기하였던 당사자가 항소심에서 반소를 교환적으로 변경하는 경우에 변경된 청구와 종전 청구가 그 실질적인 쟁점이 동일하여 청구의 기초에 변경이 없으면 그와 같은 청구의 변경도 허용된다.
- ④ 가지급물반환 신청은 소송중의 소의 일종으로서 그 성질은 예비적 반소이므로, 가집행의 선고가 붙은 제1심판결에 대하여 피고가 항소를 하였다가 피고의 항소가 기각된 경우, 항소심이 별도로 가지급물반환 신청에 대한 판단을 하지 아니한 것은 적법하다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 피고가 원고 이외의 제3자를 추가하여 반소피고로 하는 반소는 원칙적으로 허용되지 아니하고, 다만 피고가 제기하려는 반소가 필수적 공동소송이 될 때에는 민사소송법 제68조의 필수적 공동소송인 추가의 요건을 갖추면 허용될 수 있다(대판 2015.05.29. 2014다235042). - 2016 김춘환 시험장용 민소법 최신 중요 판례 자료, 17면



② (O) : 제269조(반소) ② 본소가 단독사건인 경우에 피고가 반소로 합의사건에 속하는 청구를 한 때에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 본소와 반소를 합의부에 이송하여야 한다. 다만, 반소에 관하여 제30조의 규정에 따른 관할권이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ (O) : 제1심에서 적법하게 반소를 제기하였던 당사자가 항소심에서 반소를 교환적으로 변경하는 경우에 변경된 청구와 종전 청구가 실질적인 쟁점이 동일하여 청구의 기초에 변경이 없으면 그와 같은 청구의 변경도 허용된다. 한편 청구의 변경은 소송절차를 지연함이 현저한 경우가 아닌 한 청구의 기초에 변경이 없는 한도에서 사실심의 변론종결 시까지 할 수 있고, 동일한 생활 사실 또는 동일한 경제적 이익에 관한 분쟁에서 해결 방법에 차이가 있음에 불과한 청구취지 및 청구원인의 변경은 청구의 기초에 변경이 없다(대판 2012.03.29. 2010다28338).

④ (O) : 피고가 원상회복 및 손해배상을 구하려면 두 가지 방법이 있는데, 먼저 가집행선고의 실효로 인한 지급물건 반환신청을 상소심에서 본안판결의 변경을 구하면서 이에 부수하여 하는 것을 들 수 있다(제215조 2항). 이를 실무상 가지급물 반환신청이라 하는데, 일종의 소송중의 소이고, 제1심판결의 변경을 조건으로 하므로 예비적 반소의 성질을 가진다. 따라서 소송에 준하여 변론을 요하지만, 이 때의 반환신청은 상소심에서 하는 것이라도 원고의 동의를 요하지 아니하는 특수한 반소이다(법 제412조 1항 참고). 그리고 예비적 반소란 본소청구가 인용될 때를 대비하여 조건부로 반소청구에 대하여 심판을 구하는 경우로 본소청구가 각하·취하되면 반소청구는 소멸되며, 본소청구가 기각되면 반소청구에 아무런 판단을 요하지 않는다. 예를 들면 원고가 매매에 기한 소유권이전등기청구를 한 경우에 원고 청구가 인용될 것을 조건으로 피고가 잔대금의 지급을 구하는 반소를 제기하는 것을 들 수 있다. 실무상으로는 원고청구가 기각되어 가집행선고부 제1심판결이 취소될 것을 조건으로 한 피고의 가지급물반환신청 정도를 제외하고는 거의가 본소청구가 인용될 것을 조건으로 하는 예비적 반소이다. - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 586면,

【문15】 예비적 공동소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 예비적 공동소송인의 추가는 제1심의 변론을 종결할 때까지 가능하다.
- ② 예비적 원고의 추가에는 원고로 추가될 사람의 동의가 필요하다.
- ③ 예비적 공동소송에서 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정기 차단되고 상소심에 이심되어 심판대상이 된다.
- ④ 예비적 공동소송의 경우, 주위적 피고에 대한 청구를 받아들이면 예비적 피고에 대한 청구를 기각하는 판결을 하여야 하고, 법원이 착오로 예비적 피고에 대한 판결을 누락한 경우에는 그 예비적 피고에 대하여 추가판결을 하여야 한다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 제70조가 제68조를 준용하기 때문이다.

② (O) : 제68조(필수적 공동소송인의 추가) ① 법원은 제67조 제1항의 규정에 따른 공동소송인 가운데 일부가 누락된 경우에는 제1심의 변론을 종결할 때까지 원고의 신청에 따라 결정으로 원고 또는 피고를 추가하도록 허가할 수 있다. 다만, 원고의 추가는 추가될 사람의 동의를 받은 경우에만 허가할 수 있다.

③ (O) : 판결의 합일확정이 요구되므로 1인이더라도 상소를 제기하면 상소를 제기하지 않은 자의 부분도



확정차단·이심이 되고, 불이익변경금지의 원칙(제415조)이 적용되지 않아 모든 청구가 상소심의 심판대상이 된다. - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 605면

④ (X) : 판례는 “예비적·선택적 공동소송에서 일부 공동소송인에 대한 청구에 관하여만 이루어진 판결의 소송상 성격은 흠 있는 전부판결이며, 이때 누락된 공동소송인은 상소를 제기할 이익을 가진다(대판 2008.3.27. 2005다49430).”고 하였다. - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 604면

【문16】 필수적 공동소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 공유물분할청구는 다른 나머지 공유자 전원을 공동피고로 하여야 하고, 공유자가 경계확정의 소를 제기할 때에는 공유자가 모두 공동원고가 될 것을 요한다.
- ② 조합재산에 속하는 채권에 관한 소송은 합유물에 관한 소송으로서 특별한 사정이 없는 한 조합원 전원이 공동으로 제기하여야 한다.
- ③ 비법인사단의 총유재산에 관한 소송을 사단 자체의 명의로 하지 않고 그 구성원 전원의 명의로 하는 경우 필수적 공동소송이 되나, 총유물의 보존행위에 관한 소송은 구성원 개인이 제기할 수 있다.
- ④ 필수적 공동소송인 중 일부가 누락되어 필수적 공동소송인의 추가결정이 있는 경우, 시효중단의 효과는 처음 제소 시로 소급한다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 토지의 경계는 토지소유권의 범위와 한계를 정하는 중요한 사항으로서, 그 경계와 관련되는 인접 토지의 소유자 전원 사이에서 합일적으로 확정될 필요가 있으므로, 인접하는 토지의 한편 또는 양편이 여러 사람의 공유에 속하는 경우에, 그 경계의 확정을 구하는 소송은, 관련된 공유자 전원이 공동하여서만 제소하고 상대방도 관련된 공유자 전원이 공동으로서만 제소될 것을 요건으로 하는 고유필수적 공동소송이라고 해석함이 상당하다(대판 2001.06.26. 2000다24207).
- ② (O) : 합유물의 처분·변경과 지분처분에는 합유자 전원의 동의를 요하므로(민법 제272조, 제273조), 소송수행권도 공동행사 하여야 하는 고유필수적 공동소송이다. - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 597면
- ③ (X) : 판례는 “총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다[대판 2005.9.15. 선고 2004다44971(전합)].”라고 한다. - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 597면
- ④ (O) : 필수적 공동소송이므로 종전당사자의 소송수행결과는 유리한 범위 내에서 신당사자에게 효력이 미치며(제67조 1항), 처음 소가 제기된 때에 추가된 당사자와의 사이에 소가 제기된 것으로 보기 때문에 시효중단, 기간준수의 효과는 처음 소제기 시로 소급한다(제68조 제3항). - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 641면

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

- ① 1필지 토지 전부에 대한 소유권이전등기 청구소송에서 토지 일부의 매수사실은 인정되나 그 부분을 특정할 수 없다는 이유로 전부패소판결을 받아 확정된 후 매수 부분을 특정하여 소유권이전등기를 구하는 경우 위 특정된 부분의 매수 여부와 관련하여서는 전소의 기판력이 미



치지 아니한다.

② 동일한 소송물에 대한 후소에서 전소 변론종결 이전에 존재하고 있던 공격방어방법을 주장하여 전소 확정판결에서 판단된 법률관계의 존부와 모순되는 판단을 구하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 반하나, 전소에서 당사자가 그 공격방어방법을 알지 못하여 주장하지 못하였고 그와 같이 알지 못한 데 과실이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 사해행위취소판결의 기판력은 그 취소권을 행사한 채권자와 그 상대방인 수익자 또는 전득자와의 상대적인 관계에서만 미칠 뿐 그 소송에 참가하지 아니한 채무자 또는 채무자와 수익자 사이의 법률관계에는 미치지 아니한다.

④ 소송에서 다투어지고 있는 권리 또는 법률관계의 존부에 관하여 동일한 당사자 사이의 전소에서 확정된 화해권고결정이 있는 경우 당사자는 이에 반하는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 甲이 乙로부터 1필의 토지의 일부를 특정하여 매수하였다고 주장하면서 乙을 상대로 그 부분에 대한 소유권이전등기청구소송을 제기하였으나, 목적물이 甲의 주장과 같은 부분으로 특정되었다고 볼 증거가 없다는 이유로 청구가 기각되었고, 이에 대한 甲의 항소·상고가 모두 기각됨으로써 판결이 확정되자, 다시 乙을 상대로 그 전체 토지 중 일정 지분을 매수하였다고 주장하면서 그 지분에 대한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기한 경우, 전소와 후소는 그 각 청구취지를 달리하여 소송물이 동일하다고 볼 수 없으므로, 전소의 기판력은 후소에 미칠 수 없다(대판(전합) 1995.04.25. 94다17956).

② (X) : 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단에 미치는 것이므로 동일한 당사자 사이에서 전소의 소송물과 동일한 소송물에 대한 후소를 제기하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없다. 또한 동일한 소송물에 대한 후소에서 전소 변론종결 이전에 존재하고 있던 공격방어방법을 주장하여 전소 확정판결에서 판단된 법률관계의 존부와 모순되는 판단을 구하는 것은 전소 확정판결의 기판력에 반하는 것이고, 전소에서 당사자가 그 공격방어방법을 알지 못하여 주장하지 못하였는지 나아가 그와 같이 알지 못한 데 과실이 있는지는 묻지 아니한다(대판 2014.03.27. 2011다49981). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 528면, 각주 340)

③ (O) : 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기한 경우 그 취소의 효과는 채권자와 수익자 또는 전득자 사이의 관계에서만 생기는 것이므로, 수익자 또는 전득자가 사해행위의 취소로 인한 원상회복 또는 이에 갈음하는 가액배상을 하여야 할 의무를 부담한다고 하더라도 이는 채권자에 대한 관계에서 생기는 법률효과에 불과하고 채무자와 사이에서 그 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니고, 그 취소의 효력이 소급하여 채무자의 책임재산으로 회복되는 것도 아니라 할 것이다(대판 2006.8.24. 2004다23110).

④ (O) : 화해권고결정은 확정판결과 동일한 효력이 있기 때문이다(제231조, 제220조). 즉 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(제231조).

【문18】 부대항소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 제1심에서 원고가 전부 승소하여 피고만이 항소한 경우, 원고는 항소심에서도 청구취지를 확장할 수 있고 이는 피고에게 불리하게 되는 한도에서 부대항소를 한 것으로 본다.



- ② 부대항소인이 제1심 판결정본을 송달받은 날부터 2주일 이내에 제기한 부대항소는 주된 항소의 취하·각하에 영향을 받지 않는다.
- ③ 피고만이 항소한 항소심에서 원고가 부대항소를 한 경우라도 항소심 법원은 제1심판결의 인용 금액을 초과하여 원고의 청구를 인용할 수 없다.
- ④ 부대항소도 취하할 수 있으며, 부대항소를 취하함에는 상대방의 동의를 얻을 필요가 없다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 원고가 전부승소 하였기 때문에 원고는 항소하지 아니하고 피고만 항소한 사건에서 청구취지를 확장 변경함으로써 그것이 피고에게 불리하게 된 경우에는 그 한도에서 부대항소를 한 취지로 볼 것이다 (대판 1967.9.19, 67타1709). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 664면
- ② (O) : 제404조에 의하면 부대항소는 항소가 취하되거나 부적법하여 각하된 때에는 그 효력을 잃는다 (부대항소의 종속성). 다만 항소기간 내에 한 부대항소는 독립한 항소로 본다(독립부대항소). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 666면
- ③ (X) : 부대항소는 그 한도 내에서 심판범위가 확장되어 항소인에게 불리한 판결도 가능하게 된다(불이익변경금지원칙의 배제). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 666면
- ④ (O) : 부대항소는 항소를 준용하므로(제405조), 항소의 취하와 같이 상대방의 동의가 필요 없다(제393조 2항에서 제266조 2항 不準用).

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

- ① 신청인이 패소할 것이 분명한 경우에는 법원이 소송구조를 할 수 없으므로, 신청인은 승소의 가능성을 적극적으로 진술하고 소명하여야 한다.
- ② 소송구조에 대한 재판은 소송기록을 보관하고 있는 법원이 한다.
- ③ 소송구조는 이를 받은 사람에게만 효력이 미친다.
- ④ 소송구조를 받은 사람이 소송비용을 납입할 자금능력이 있다는 것이 판명되거나 자금능력이 있게 된 때에는 법원은 직권으로 또는 이해관계인의 신청에 따라 구조를 취소할 수 있다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 민사소송법 제128조 제1항의 규정에서 패소할 것이 명백하지 않다는 것은 소송상 구조신청의 소극적 요건이므로 신청인이 승소의 가능성을 적극적으로 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고 법원이 당시까지의 재판절차에서 나온 자료를 기초로 패소할 것이 명백하다고 판단할 수 있는 경우가 아니라면 그 요건은 구비되었다고 할 것이며, 항소심은 속심으로서 원칙적으로 제1심에서 제출하지 않았던 새로운 주장과 증거를 제출할 수 있으므로 제1심에서 패소하였다는 사실만으로 항소심에서도 패소할 것이 명백하다고 추정되는 것은 아니어서 제1심에서 패소한 당사자가 항소심에서 소송상구조를 신청하는 경우에도 신청인이 적극적으로 항소심에서 승소할 가능성을 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고 법원은 신청인의 신청이유와 소명자료는 물론 본안소송에서의 소송자료 및 증거자료도 함께 종합하여 항소심에서 신청인이 패소할 것이 확실한지를 판단하여야 할 것이다. 민사소송법 제129조의 구조의 범위는 일부 구조도



가능하다(大決 2001. 6. 9, 2001마1044). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 256면

② (O) : 제128조 ③ 소송구조에 대한 재판은 소송기록을 보관하고 있는 법원이 한다.

③ (O) : 제130조(구조효력의 주관적 범위) ① 소송구조는 이를 받은 사람에게만 효력이 미친다.

④ (O) : 제131조(구조의 취소) 소송구조를 받은 사람이 소송비용을 납입할 자금능력이 있다는 것이 판명되거나, 자금능력이 있게 된 때에는 소송기록을 보관하고 있는 법원은 직권으로 또는 이해관계인의 신청에 따라 언제든지 구조를 취소하고, 납입을 미루어 둔 소송비용을 지급하도록 명할 수 있다.

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

① 화해권고결정에 대한 이의신청권의 포기는 서면으로 하여야 한다.

② 민사소송법 제227조 제2항 제2호가 화해권고결정에 대한 이의신청서에 기재하도록 요구하고 있는 화해권고결정의 표시와 그에 대한 이의신청의 취지는 제출된 서면을 전체적으로 보아 어떠한 화해권고결정에 대하여 이의를 한다는 취지가 나타나면 족하고, 그 서면의 표제가 준비서면 등 다른 명칭을 사용하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

③ 보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 피참가인이 소송에서 패소한 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 이른바 참가적 효력이 인정되는데, 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에도 위와 같은 참가적 효력이 인정된다.

④ 화해권고결정에 대하여 이의신청을 한 당사자는 그 심급의 판결이 선고될 때까지 상대방의 동의를 얻어 이의신청을 취할 수 있다.

<정답>

③번

<해설>

① (O) : 제229조【이의신청권의 포기】 ① 이의신청권은 그 신청 전까지 포기할 수 있다. ② 이의신청권의 포기는 서면으로 하여야 한다.

② (O) : 민사소송법 제227조 제2항 제2호가 화해권고결정에 대한 이의신청서에 기재하도록 요구하고 있는 화해권고결정의 표시와 그에 대한 이의신청의 취지는 제출된 서면을 전체적으로 보아 어떠한 화해권고결정에 대하여 이의를 한다는 취지가 나타나면 족하고, 그 서면의 표제가 준비서면 등 다른 명칭을 사용하고 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대판 2011.04.14. 2010다5694).

③ (X) : 보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 피참가인이 소송에서 패소한 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 이른바 참가적 효력이 인정되지만, 전소 확정판결의 참가적 효력은 전소 확정판결의 결론의 기초가 된 사실상 및 법률상의 판단으로서 보조참가인이 피참가인과 공동이익으로 주장하거나 다룰 수 있었던 사항에 한하여 미친다. 이러한 법리에 비추어 보면 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에는 확정판결에서와 같은 법원의 사실상 및 법률상의 판단이 이루어졌다고 할 수 없으므로 참가적 효력이 인정되지 아니한다(대판 2015.05.28. 2012다78184). - 2016 김춘환 시험장용 민소법 최신 중요 판례 자료, 20면

④ (O) : 제228조【이의신청의 취하】 ① 이의신청을 한 당사자는 그 심급의 판결이 선고될 때까지 상대방의 동의를 얻어 이의신청을 취할 수 있다.



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

- ① 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하나, 채무자의 이행소송 계속 중에 추심채권자가 압류 및 추심명령 신청의 취하 등에 따라 추심권능을 상실하게 되면 채무자는 당사자적격을 회복한다.
- ② 적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 그 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 갖게 되는 것이고, 이러한 추인은 상고심에서도 할 수 있다.
- ③ 미성년자는 자신의 노무제공에 따른 임금의 청구를 독자적으로 할 수 있는 소송능력이 있다.
- ④ 소송관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 진술을 할 수 없는 당사자 또는 대리인이라고 하더라도 법원이 위 당사자나 대리인의 진술을 금지하는 것은 허용되지 아니한다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하나, 채무자의 이행소송 계속 중에 추심채권자가 압류 및 추심명령 신청의 취하 등에 따라 추심권능을 상실하게 되면 채무자는 당사자적격을 회복한다. 이러한 사정은 직권조사사항으로서 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 사실심 변론종결 이후에 당사자적격 등 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 한다(대판 2010.11.25. 2010다64877).
- ② (O) : 추인은 소급효가 있고, 상급심에서도 가능하기 때문이다.
- ③ (O) : 미성년자는 근로계약의 체결, 임금의 청구를 스스로 할 수 있기 때문에(근로기준법 제67조, 제68조), 그 범위의 소송에 대해서는 소송능력이 인정된다.
- ④ (X) : 제144조(변론능력이 없는 사람에 대한 조치) ① 법원은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 진술을 할 수 없는 당사자 또는 대리인의 진술을 금지하고, 변론을 계속할 새 기일을 정할 수 있다.

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

- ① 재심의 소는 재심사유를 안 날부터 30일 이내, 판결 확정시부터 5년 이내에 제기하여야 한다.
- ② 대리권의 흠 또는 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋나는 때를 이유로 하는 재심의 소에는 재심제기기간의 제한이 없다.
- ③ 확정된 이행권고결정에 대하여는 재심사유에 해당하는 하자가 있음을 이유로 준재심의 소를 제기할 수 있다.
- ④ 환송판결은 재심의 대상을 규정한 민사소송법 제422조 제1항 소정의 ‘확정된 종국판결’에 해당하지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

<정답>

③번

<해설>



① (O) : 제456조(재심제기의 기간) ① 재심의 소는 당사자가 판결이 확정된 뒤 재심의 사유를 안 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다.

② (O) : 제457조(재심제기의 기간) 대리권의 흠³⁾ 또는 제451조제1항제10호에 규정한 사항을 이유로 들어 제기하는 재심의 소에는 제456조의 규정을 적용하지 아니한다.

③ (X) : 소액사건심판법 제5조의7 제1항은 이행권고결정에 관하여 피고가 일정한 기간 내 이의신청을 하지 아니하거나 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때 또는 이의신청이 취하된 때에는 그 이행권고결정은 확정판결과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 확정판결에 대한 청구이의 이유를 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것으로 한정하고 있는 민사집행법 제44조 제2항과는 달리, 소액사건심판법 제5조의8 제3항은 이행권고결정에 대한 청구에 관한 이의의 주장에 관하여는 위 민사집행법 규정에 의한 제한을 받지 아니한다고 규정하고 있으므로, 확정된 이행권고결정에 관하여는 그 결정 전에 생긴 사유도 청구에 관한 이의의 소에서 주장할 수 있다. 이에 비추어 보면 위 소액사건심판법 규정들의 취지는 확정된 이행권고결정에 확정판결이 가지는 효력 중 기판력을 제외한 나머지 효력인 집행력 및 법률요건적 효력 등의 부수적 효력을 인정하는 것이고, 기판력까지 인정하는 것은 아니다(대판 2009.5.14. 2006다34190). 따라서 기판력이 있음을 전제하는 (준)재심의 소를 제기할 수 없다. - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 723면

④ (O) : 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 제436조 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 실제법상 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 비상의 불복방법인 재심제도의 본래의 목적상의 차이에 비추어 보더라도 당연하다. 따라서 환송판결은 재심의 대상을 규정한 민사소송법 제451조 제1항 소정의 "확정된 종국판결"에는 해당하지 아니하는 것으로 보아야 할 것이어서, 환송판결을 대상으로 하여 제기한 이 사건 재심의 소는 부적법하므로 이를 각하하여야 한다(대판(전합) 1995.2.14. 선고 93재다27,34(반소)). - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 705면

【문23】 판결의 경정에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

3) 민사소송법 제457조 소정의 "대리권의 흠결"이라고 함은 대리권이 전혀 없는 경우를 의미하는 것이므로, 대리권은 있지만 소송행위를 함에 필요한 특별수권의 흠결이 있는 경우에는 위 제457조가 적용되지 않는다(대판 1994.6.24. 94다4967). 화해가 성립된 소송사건에서 원고들의 소송대리인이었던 변호사가 원고들로부터 그 소송사건만을 위임받아 그 소송의 목적이 된 부동산에 관하여만 화해할 권한을 부여받았음에도 불구하고 그 권한의 범위를 넘어 당해 소송물 이외의 권리관계를 포함시켜 화해를 하였음을 이유로 하는 준재심청구는 결국 대리인이 소송행위를 함에 필요한 특별수권의 흠결을 그 사유로 하는 것이므로 민사소송법 제457조가 적용될 수 없다(대판 1993.10.12. 93다32354). 주식회사의 대표이사가 금원을 차용함에 있어 주주총회의 특별결의 없이 제소전화해를 하였다면 이는 소송행위를 함에 있어서 필요한 특별수권을 얻지 않고 한 셈이 되어 민사소송법 제451조 제1항 제3호 소정의 재심사유에 해당되는 것이지만 전연 대리권을 갖지 아니한 자가 소송대리를 한 대리권 흠결의 경우와는 달라서 같은법 제457조가 적용되지 아니한다(대판 1980.12.9. 80다584).



- ① 판결의 경정은 판결에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 표현상의 잘못이 있고, 그 잘못이 분명한 경우이어야 하는데, 분명한 잘못인가 여부는 소송기록과 대비하여 판단할 것이 아니라 판결서의 기재 자체에 의하여 판단하여야 한다.
- ② 판례는 소유권이전등기이행을 명하는 판결에서 피고의 등기부상 주소를 기재하지 않은 것이 경정사유가 아니라는 입장이다.
- ③ 판결의 경정은 판결주문에 대하여는 허용되지 않고, 이유에 대하여만 허용된다.
- ④ 판결경정 기각결정에 대하여는 즉시항고 할 수 있다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (X) : 분명한 잘못인가의 여부는 판결서의 기재 뿐 아니라 소송기록과 대비하여 판단하여야 한다. 이 경우 判例는 분명한 잘못의 판단자료에 관하여 과거의 자료 외에 경정대상인 판결 이후에 제출된 자료나 집행과정에서 밝혀진 사실도 포함하고 있다(대결 2000.5.24. 98마1839). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 502면
- ② (O) : 소유권이전등기의 이행을 명하는 판결을 함에 있어 그 의무자인 피고의 주소를 표시하면서 이와 다른 등기부상의 주소를 명시하지 아니하였다 하여 그 판결에 명백한 오류가 있다고 할 수는 없다(대결 1990.01.11. 자 89그18). 근저당권설정등기의 말소를 명하는 판결을 함에 있어 그 의무자인 당사자의 주소를 표시하면서 이와 다른 등기부상의 주소를 명시하지 아니하였다 하여 그 판결에 명백한 오류가 있다고 할 수 없으므로 판결경정사유에 해당하지 않는다(대결 1994.08.16. 자 94그17). 같은 취지 : 판결에 당사자의 주소와 다른 등기부상의 주소를 따로 명시하지 아니하였다고 하더라도 동일인임을 소명하면 등기가 가능한 것으로서, 판결에 소장 그대로 피고의 등기부상 주소의 표시를 하지 아니하였다고 하여 경정을 하지 않으면 안 될 이유는 없다는 것이 당원의 견해이므로, 원심이 위 판결에 위 피고의 등기부상의 주소를 추가기재 하여 줄 것을 바라는 재항고인의 이 사건 판결경정신청을 배척한 것이 특별항고사유가 된다고 할 수는 없다(대결 1992.05.27. 자 92그6).
- ③ (X) : 이유뿐만 아니라, 주문도 경정의 대상이 된다.
- ④ (X) : 경정신청기각결정에 대해서는 불복할 수 없다는 것이 통설, 判例이다. 특히 判例는 직접 판결을 한 법원이 분명한 오류가 없다고 본 것을 심판에 직접 관여도 하지 아니한 다른 법원이 그러한 오류가 분명하다 하여 경정을 명하는 것은 조리에 반하며, 경정결정에 대해서만 즉시항고할 수 있게 한 제211조 3항 본문의 반대해석으로도 그렇다고 한다(대결 1971.7.21. 71마382). 기각결정에 대해서는 오로지 특별항고(제449조)가 허용될 뿐이다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 503면

【문24】 불이익변경금지 원칙에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 금전채무불이행의 경우에 발생하는 원본채권과 지연손해금채권은 별개의 소송물이므로, 불이익변경에 해당하는지 여부는 원금과 지연손해금 부분을 각각 따로 비교하여 판단하여야 하는 것이고, 별개의 소송물을 합산한 전체 금액을 기준으로 판단하여서는 아니 된다.
- ② 동시이행의 판결에 있어서는 원고가 그 반대급부를 제공하지 아니하고는 판결에 따른 집행을 할 수 없어 비록 피고의 반대급부이행청구에 관하여 기판력이 생기지 아니하더라도 반대급부의 내용이 원고에게 불리하게 변경된 경우에는 불이익변경금지 원칙에 반하게 된다.
- ③ 소가 부적법하다고 하여 소각하한 제1심판결에 대하여 원고가 항소한 경우 항소심이 소는



적법하나 청구가 이유 없다고 판단할 때에는 항소를 기각하여야 한다.

④ 재심에는 불이익변경금지 원칙이 적용되지 아니한다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 금전채무불이행의 경우에 발생하는 원본채권과 지연손해금채권은 별개의 소송물이므로, 불이익 변경에 해당하는지 여부는 원금과 지연손해금 부분을 각각 따로 비교하여 판단하여야 하는 것이고, 별개의 소송물을 합산한 전체 금액을 기준으로 판단하여서는 아니 된다. 따라서, 제1심에서 인용된 원금채권 33,775,000원에 대하여 원고가 항소하지 아니하고 피고만 항소였음에도 원심이 피고에게 그보다 많은 원금 35,000,000원의 지급의무가 있다고 판단한 것은 불이익변경 금지의 원칙에 대한 법리를 오해한 것으로서 위법하다(대판 2009.6.11. 2009다12399). - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 671면, 각주 446), - 2016 김춘환 시험장용 민소법 최신 중요 판례 자료, 22면

② (O) : 항소심은 당사자의 불복신청범위 내에서 제1심판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로, 설사 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없다 할 것인바, 원고만이 항소한 경우에 항소심으로서의 제1심보다 원고에게 불리한 판결을 할 수는 없고, 한편 불이익하게 변경된 것인지 여부는 기판력의 범위를 기준으로 하나 공동소송의 경우 원·피고별로 각각 판단하여야 하고, 동시이행의 판결에 있어서는 원고가 그 반대급부를 제공하지 아니하고는 판결에 따른 집행을 할 수 없어 비록 피고의 반대급부이행청구에 관하여 기판력이 생기지 아니하더라도 반대급부의 내용이 원고에게 불리하게 변경된 경우에는 불이익변경금지 원칙에 반하게 된다(대판 2005.08.19. 2004다8197).

③ (O) : 판례는 “원심이 이와 달리 이 사건 본소를 부적법한 것으로 보아 이를 각하한 것은 소의 이익에 관한 법리를 오해한 것이다. 다만, 위에서 본 바와 같이 위 교통사고와 관련하여 원고에게 손해배상채무가 있는 이상 그 부존재확인을 구하는 원고의 본소청구는 이유 없고(청구기각의 심증), 원고만이 상고한 이 사건에서 소를 각하한 원심판결을 파기하여 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 할 수는 없으므로, 원심판결을 그대로 유지하지 않을 수 없다(대판 1999.6.8. 99다17401·17418).”고 하여 상소기각설의 입장이다. - 2016 김춘환 FOR 춘 민사소송법, 671면

④ (X) : 재심은 상소와 유사한 성질을 갖는 것으로서 부대재심이 제기되지 않는 한 재심원고에 대하여 원래의 확정판결보다 불이익한 판결을 할 수 없다(대판 2003.07.22. 2001다76298).

【문25】 상소심절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 항소심에서의 환송판결·이송판결도 종국판결로서 상고의 대상이 된다.

② 적법한 불상소의 합의가 판결 선고 전에 있으면 그 판결은 상소기간이 만료되는 때에 확정된다.

③ 가분채권에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 아니한 경우에는, 일부 청구에 관하여 전부승소한 채권자라도 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소가 허용된다.

④ 채권자 A가 주채무자 B와 보증인 C를 공동피고로 하여 대여금 내지 보증금의 지급을 구하는 소를 제기하여 전부승소한 경우, C만이 항소하였다면 C에 대한 청구만이 항소심의 심판대상이 되고, 항소하지 않은 B에 대한 제1심판결은 분리 확정된다.



<정답>

②번

<해설>

① (O) : 판례는 “종국판결이란 소 또는 상소에 의하여 계속 중인 사건의 전부 또는 일부에 대하여 심판을 마치고 그 심급을 이탈시키는 판결이라고 할 것”이라고 하여 종국판결이라고 하고 있다. 따라서 항소심의 취소환송판결에 대하여 독립하여 항소를 제기할 수 있다[대판 1981.9.8. 80다3271(전합)]. 다만 대법원의 파기환송판결은 종국판결이지만 중간판결적 성질을 가진 종국판결이므로 재심의 대상은 아니라고 한다 [대판 1995.2.14. 93제다27(전합)]. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 491면

② (X) : 판결선고 전에 불상소의 합의가 있는 경우에도 판결 선고와 동시에 확정된다. 다만 비약상고의 합의(제390조 1항 단서)가 있는 경우에는 상고기간의 만료 시에 확정된다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 504면.

③ (O) : 상소는 자기에 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소 변경을 구하는 것이므로 전부 승소한 판결에 대하여는 항소를 허용하지 아니하는 것이 원칙이고, 재판이 항소인에게 불이익한 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 판단해야 하며, 다만 가분채권에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 아니한 경우에는 그 확정판결의 기판력은 나머지 부분에까지 미치는 것이어서 별도로 나머지 부분에 관하여 다시 청구할 수는 없는 것이므로, 일부 청구에 관하여 전부 승소한 채권자는 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소가 허용되지 아니한다면 나머지 부분을 소구할 기회를 상실하는 불이익을 입게 된다 할 것이고, 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 전부 승소한 판결에 대해서도 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소의 이익을 인정함이 상당하다고 할 것이다(대판 1997. 10. 24. 96다12276 ; 대판 2010.11.11. 2010두14534). - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 654면, 김춘환 FOR 春 민소법 기출문제집, 554면, 7번 문제
①번 지문 그대로 출제!!

④ (O) : 통상공동소송에 있어서도 공동소송인독립의 원칙(법 제66조) 때문에 공동소송인 1인의 또는 1인에 대한 상소는 다른 공동소송인에 관한 청구에 상소의 효력이 미치지 않으므로 그 상소하지 않은 자에 대한 부분은 그대로 확정된다. 예를 들어 甲이 乙·丙을 공동피고로 하여 통상공동소송을 제기하여 전부 승소하였을 때, 패소한 乙만이 항소했다면 공동소송독립의 원칙에 의해 甲과 乙간의 부분만 가분적으로 확정차단 및 이심의 효력이 생기고, 甲과 丙간의 부분은 동일한 효력이 생기지 않고 그대로 확정된다. - 2016 김춘환 FOR 春 민사소송법, 656면