

[2017년 법원서기보 민사소송법 기출문제 및 해설]

KG패스원 : 이 회 역

【문 1】 A가 B를 상대로 제기한 손해배상청구소송의 변론이 2017. 1. 5. 종결되었고, 판결 선고기일이 2017. 1. 19.로 지정되었다. A는 선고기일을 고지받자 자신이 출석할 수 없는 날을 선고기일로 지정하였다면서 담당 법관과 참여관(법원주사), 실무관(법원서기)에 대하여 공정한 재판을 기대할 수 없다고 주장하며 기피신청을 하였다. 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 기피신청이 있으면 소송절차를 정지해야 하므로 만일 담당 재판부가 소송절차를 정지하지 않고 종국판결을 선고하였다면 이는 위법하다.
- ② 참여관(법원주사)과 실무관(법원서기)에 대해서는 기피 신청을 할 수 없으므로 참여관과 실무관에 대한 A의 기피신청은 부적법하다.
- ③ 기피신청은 서면으로 하여야 하므로 법정에서 구두로 기피신청을 한 것만으로는 적법한 기피신청이라고 할 수 없다.
- ④ 법관에 대한 기피신청은 해당 법관의 소속 법원 합의부에서 결정하여야 하나 해당 법원의 법관이 부족하여 기피신청을 받은 법관을 제외하고는 합의부를 구성하지 못하는 경우 바로 위의 상급법원이 기피신청에 대한 결정을 하여야 한다.

[해설]④ 법관에 대한 기피신청은 해당 법관의 소속 법원 합의부에서 결정하여야 한다(민사소송법 제46조 제1항). 그러나 해당 법원의 법관이 부족하여 기피신청을 받은 법관을 제외하고는 합의부를 구성하지 못하는 경우 바로 위의 상급법원이 기피신청에 대한 결정을 하여야 한다(민사소송법 제3항)(제1단계 마무리교재 26쪽).

- ① 기피신청이 있으면 그 재판이 확정될 때까지 소송절차를 정지하여야 하나(민사소송법 제48조 본문), 변론이 종결되고 종국판결을 선고하는 경우에는 정지하지 아니하고 할 수 있다(민사소송법 제48조 단서). 따라서 위 설문의 경우 2017. 1. 5. 변론이 종결되고 2017. 1. 19.로 선고기일을 지정하여 종국판결을 선고하였다 하여도 위법이 아니다.
- ② 현행 민사소송법은 법관에 대한 제척·기피·회피에 관한 규정을 두고(민사소송법 제41조 내지 49조), 이의 규정을 법원사무관 등에 대한 제척·기피·회피에 준용하고 있다(민사소송법 제50조). 따라서 참여관(법원주사)과 실무관(법원서기)에 대해서는 기피 신청을 할 수 있으므로 참여관과 실무관에 대한 A의 기피신청은 적법하다.
- ③ 기피신청의 방식은 서면이든 말로든 무방하나(민사소송법 제161조), 기피하는 이유와 소명방법은 신청한 날로부터 3일 이내에 서면으로 제출하여야 한다(민사소송법 제44조 제2항). 따라서 위 설문의 경우 법정에서 구두로 기피신청을 한 것만으로도 적법한 기피신청이라고 할 수 있다.

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

- ① 같은 부동산에 관하여 순차로 여러 사람의 명의로 마쳐진 소유권이전등기의 각 말소를

청구하는 소송에서 최종 등기명의인에 대하여 이미 패소판결이 확정되었다면 중간의 등기명
의인에게 말소를 구할 소의 이익이 없다.

② 이행판결이 확정되었는데 판결 내용이 특정되지 아니하여 집행을 할 수 없는 경우에는
소송물이 동일한 경우라도 다시 소송을 제기할 권리보호의 이익이 있다.

③ 근저당권설정등기의 말소청구를 구하면서 그 근저당권설정계약에 기한 피담보채무의 부
존재확인청구를 함께 한 경우에 그 채무부존재확인의 청구는 확인의 이익이 없다.

④ 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송계속 중 사해행위가 해제 또는 해지되어 그
목적부동산이 이전등기의 말소 또는 소유권이전등기의 형식으로 채무자에게 복귀한 경우에
는 특별한 사정이 없는 한 위 채권자취소소송은 권리보호의 이익이 없다.

[해설]① 판례는 순차로 경로된 등기들의 말소를 청구하는 소송은 권리관계의 합일적인 확
정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상공동소송이며, …… 이 경우 후순위 등기
에 대한 말소청구가 패소 확정됨으로써 그 전순위 등기의 말소등기 실행이 결과적으로 불가능
하게 되더라도, 그 전순위 등기의 말소를 구할 소의 이익이 없다고는 할 수 없다고 한다
(대판 2008. 6. 12, 2007다36445)(제1단계 마무리교재 160쪽). 따라서 위 설문의 경우
중간의 등기명의인에게 말소를 구할 소의 이익이 없다 라는 말은 틀렸다.

② 대판 1998. 5. 15, 97다57658

③ 대판 2013. 8. 23. 2012다17585

④ 대판 2015. 5. 21, 2012다952

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

① 선정당사자의 선정행위시 심급의 제한에 관한 약정 등이 없는 한 선정의 효력은 소송이
종료에 이르기까지 계속된다.

② 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하되거나 판결이 확정되는 경우 등으로 공동의
이해관계가 소멸하는 경우에는 선정당사자는 선정당사자의 자격을 당연히 상실한다.

③ 가치분신청 절차에서 이루어진 선정행위의 효력은 그에 기한 제소명령신청 사건에는 미
친다고 할 것이나 가치분결정취소신청 사건에는 그 선정의 효력이 미치지 아니한다.

④ 선정당사자는 선정자들로부터 소송수행을 위한 포괄적인 수권을 받은 것이므로 선정자들
의 개별적인 동의 없이 체결한 변호사인 소송대리인과의 보수에 관한 약정은 선정자들에게
그 효력이 미친다.

[해설]④ 판례는 선정당사자는 선정자들로부터 소송수행을 위한 포괄적인 수권을 받은 것으
로서 일체의 소송행위는 물론 소송수행에 필요한 사법상의 행위도 할 수 있는 것이고 개개
의 소송행위를 함에 있어서 선정자의 개별적인 동의가 필요한 것은 아니라 할 것이므로, …
… 변호사인 소송대리인과 사이에 체결하는 보수약정은 소송위임에 필수적으로 수반되어야
하는 것은 아니므로 선정당사자가 그 자격에 기한 독자적인 권한으로 행할 수 있는 소송수
행에 필요한 사법상의 행위라고 할 수 없다고 한다(대판 2010. 5. 13, 2009다105246)(제1
단계 마무리교재 116쪽). 따라서 위 설문의 경우 선정자들의 개별적인 동의 없이 체결한 변
호사인 소송대리인과의 보수에 관한 약정은 선정자들에게 그 효력이 미친다 라는 말은 틀렸
다.

① 대판 2003. 11. 14. 2003다34038

② 대판 2007. 5. 31, 2005다44060

③ 대판 2001. 4. 10, 99다49170

【문 4】 청구의 병합에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 부가하여 집행불능을 대비한 전보배상청구를 병합하여 소구한 경우 양자는 주위적·예비적 병합 관계에 있다.

② 원고가 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 주위적·예비적 청구 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 그 모든 청구의 본안에 대하여 심리한 다음 그 중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 선고하였고 피고만이 인용된 청구에 대하여 항소를 제기한 때에는 피고가 불복한 청구에 한정하여 항소심으로 이심되어 항소심 심판범위의 대상이 된다.

③ 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도 항소심으로서 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.

④ 제1심법원이 원고의 선택적 청구 중 하나만을 판단하여 기각하고 나머지 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니하였고, 원고가 제1심판결에 대하여 항소를 제기한 경우 선택적 청구 중 판단되지 않은 청구 부분은 재판의 탈루로서 제1심법원에 그대로 계속되고 있다고 보아야 한다.

[해설]③ 판례는 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다고 한다(대판 2014. 5. 29, 2013다96868)(제1단계 마무리교재 197쪽).

① 판례는 채권자가 본래적 급부청구인 부동산소유권이전등기 청구에다가 이에 대신할 전보배상(填補賠償)을 부가하여 대상청구(代償請求)를 병합하여 소구(訴求)한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 그 중 후자의 양자의 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속하는 것이다라고 한다(대판 2006. 1. 27, 2005다39013 ; 대판 2011. 1. 27, 2010다77781). 따라서 위 설문의 경우 양자는 주위적·예비적 병합 관계에 있다 라는 말은 틀렸다.

② 판례는 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것이 허용되지 않으며, 법원이 이 중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 하고 피고만이 항소한 경우 모든 청구가 전체적으로 항소심으로 이심되기는 하나 항소심의 심판 범위는 피고가 불복한 청구에 한정된다고 한다(대판 2008. 12. 11, 2005다51471). 따라서 위 설문의 경우 피고가 불복한 청구에 한정하여 항소심으로 이심된다 라는 말은 틀렸다.

④ 판례는 제1심법원이 원고의 선택적 청구 중 하나만을 판단하여 기각하고 나머지 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니한 조치는 위법한 것이고, 원고가 이와 같이 위법한 제1

심판결에 대하여 항소한 이상 원고의 선택적 청구 전부가 항소심으로 이심되었다고 할 것이므로, 선택적 청구 중 판단되지 않은 청구 부분이 재판의 탈루(누락)로서 제1심법원에 그대로 계속되어 있다고 볼 것은 아니다 라고 한다 (대판 1998. 7. 24, 96다99). 따라서 위 설문의 경우 선택적 청구 중 판단되지 않은 청구 부분은 재판의 탈루로서 제1심법원에 그대로 계속되고 있다고 보아야 한다 라는 말은 틀렸다.

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

- ① 화해조항 자체에 그 화해의 효력을 상실시킬 수 있는 조건이 있는 때에는 그 조건성취로 화해는 당연히 실효된다.
- ② 화해조서에 확정판결의 당연무효 사유와 같은 사유가 없으면 설령 그 내용이 강행법규에 위반된다 할지라도 화해가 준재심에 의하여 취소되지 않는 한 그 화해조서를 무효라고 주장할 수 없다.
- ③ 재심사건에서 그 재심의 대상으로 삼고 있는 확정판결을 취소한다는 내용의 화해조항도 당연무효인 것은 아니다.
- ④ 화해조서에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정을 할 수 있다.

[해설]③ 판례는 조정이나 재판상 화해의 대상인 권리관계는 사적 이익에 관한 것으로서, 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하므로, 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 한 조정이나 재판상 화해는 허용될 수 없고, 설령 그에 관하여 조정이나 재판상 화해가 성립하였다더라도 효력이 없어 당연무효이다 라고 한다(대판 2012. 9. 13, 2010다97846)(제1단계 마무리교재 411쪽). 대법원 판례는 상기의 사례에서 당사자가 임의로 처분할 수 없는 재심대상의 확정판결을 취소한다 라는 내용의 조정이나 화해조항은 당연무효로 된다고 하였다.

- ① 대판 1993. 6. 29, 92다56056
- ② 대판 2002. 12. 6, 2002다44014
- ④ 확정판결과 동일한 효력을 가지는 화해조서(대판 2000. 5. 24, 98마1839)나 조정조서(대판 2012. 2. 10, 2011마2177)도 판결과 마찬가지로 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정을 할 수 있다(민사소송법 제211조 제1항 참고).

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

- ① 소송절차 수계신청이 있는 경우 법원은 신청 상대방에게 이를 통지하여야 한다.
- ② 소송절차가 중단되었다가 다시 소송절차를 진행할 수 있게 되면 그 때부터 전체기간이 새로이 진행되나, 소송절차가 중지되었던 경우에는 다시 소송절차를 진행할 수 있게 된 때부터 남은 기간만 새로이 진행된다.
- ③ 소송계속 중 법인 아닌 사단 대표자의 대표권이 소멸한 경우 이는 소송절차 중단사유에 해당하지만 소송대리인이 선임되어 있으면 소송절차가 곧바로 중단되지 아니하므로 이러한 경우 대표자의 변경이 있음을 이유로 제출한 소송절차 수계신청은 당사자표시정정신청으로 보면 된다.

④ 소송수계신청이 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 신청을 기각하여야 하나, 소송수계신청이 이유 있다고 인정한 때에는 별도의 재판을 할 필요없이 그대로 소송절차를 진행하면 된다.

[해설]② 소송절차의 중단 또는 중지는 기간의 진행을 정지시키며, 소송절차의 수계사실을 통지한 때 또는 소송절차를 다시 진행한 때부터 전체기간이 새로이 진행된다(민사소송법 제247조 제2항)(제1단계 마무리교재 329쪽). 따라서 위 설문의 경우 중지의 경우에는 다시 소송절차를 진행할 수 있게 된 때부터 남은 기간만 새로이 진행된다 라는 말은 틀렸다.

① 민사소송법 제242조

③ 판례는 대표이사의 변경이 있다 하여도 소송대리인이 있는 경우에는 1심판결의 송달이 있을 때까지는 소송절차가 중단된다고 볼 수 없으므로 대표이사의 변경이 있음을 이유로 제출한 소송절차수계신청은 당사자표시정정신청으로 보아야 할 것이다 라고 한다(대판 1969. 3. 10, 68마1100). 대법원 판례는 위 사례에서 당사자인 주식회사의 명칭, 대표이사 등의 변경이 있음을 이유로 소송절차의 수계신청을 제출한 경우에 대표이사의 변경이 있다 하여도 소송대리인이 있으므로 소송절차는 중단된다고 볼 수 없어 당사자표시정정신청으로 보아야 한다는 것이다.

④ 대판 1984. 6. 12, 83다카1409

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

① 소송구조결정의 상대방은 소송비용의 담보를 면제하는 소송구조결정에 대해서만 즉시항고를 할 수 있다.

② 비송사건은 소송구조의 대상이 되지 아니하므로 비송사건을 대상으로 하는 소송구조신청은 부적법하다.

③ 소송구조를 받은 사람이 소송비용을 납입할 자금능력이 있다는 것이 판명된 경우 법원은 직권으로 소송구조를 취소할 수 있으며, 소송구조결정의 상대방 또한 법원에 소송구조의 취소를 신청할 수 있다.

④ 종전의 인지보정명령에 따른 보정기간 중에 제기된 소송구조신청에 대하여 기각결정이 확정되면 재판장으로서 다시 인지보정명령을 할 필요는 없지만 종전의 인지보정명령에 따른 보정기간이 경과한 때에 비로소 소장 등에 대한 각하명령을 할 수 있으므로 “명령 송달일로부터 7일 이내에 인지 등을 보정하라.”는 보정명령이 2017. 1. 5. 원고에게 송달되었고, 원고가 2017. 1. 10. 소송구조신청을 하여 소송구조기각결정이 2017. 2. 15. 확정되었다면 2017. 2. 20. 무렵에는 적법하게 소장각하명령을 할 수 있다.

[해설]④ 판례는 소송구조신청이 있는 경우 인지첩부의무의 발생이 저지된다는 것은 소송구조신청을 기각하는 재판이 확정될 때까지 인지첩부의무의 이행이 정지 또는 유예되는 것을 의미하고, 소송구조신청이 있었다고 하여 종전에 이루어진 인지보정명령의 효력이 상실된다고 볼 근거는 없으므로, 종전의 인지보정명령에 따른 보정기간 중에 제기된 소송구조신청에 대하여 기각결정이 확정되면 재판장으로서 다시 인지보정명령을 할 필요는 없지만 종전의 인지보정명령에 따른 보정기간 전체가 다시 진행되어 그 기간이 경과한 때에 비로소 소장 등에 대한 각하명령을 할 수 있다고 한다(대판 2008. 6. 2, 2007무77)(제2단계 마무리교재 47쪽, 민법의 기간계산의 문제). 위 설문의 경우 소송구조기각결정이 확정된 2017. 2. 15. 다음날로부터 전체보정기간인 7일이 경과한 2017. 2. 22. 경과한 무렵에 적법하게 소장각

하명령을 할 수 있다. 따라서 2017. 2. 20. 무렵에 적법하게 소장각하명령을 할 수 있다 라는 말은 틀렸다.

① 민사소송법 제133조

② 대판 2009. 9. 10, 2009스89

③ 민사소송법 제131조

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

① 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동 피고로 하여야 하는 필수적 공동소송으로서 공유자 전원에 대하여 판결이 합일적으로 확정되어야 하므로 공동소송인 중 1인에 소송요건의 흠이 있으면 전 소송이 부적법하게 된다.

② 공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소는 고유필수적 공동소송이므로 원고들 일부의 소취하 또는 피고들 일부에 대한 소취하는 특별한 사정이 없는 한 그 효력이 생기지 않는다.

③ 부동산 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있다.

④ 공유자의 1인은 단독 명의로 등기를 경료하고 있는 공유자에 대하여 공유물의 보존행위로서 공유지분 전부에 관하여 소유권이전등기 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다.

[해설]④ 판례는 부동산의 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있다고 할 것이나, 그 제3자가 당해 부동산의 공유자 중의 1인인 경우에는 그 소유권이전등기는 동인의 공유지분에 관하여는 실체관계에 부합하는 등기라고 할 것이므로, 이러한 경우 공유자의 1인은 단독 명의로 등기를 경료하고 있는 공유자에 대하여 그 공유자의 공유지분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여만 소유권이전등기 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다고 한다(대판 2015. 4. 9, 2012다2408)(4번과 3번은 같은 민법 판례, 나머지 지문은 제1단계 마무리교재 참고). 따라서 위 설문의 경우 제3자가 아닌 다른 공유자에 대하여 공유지분 전부에 대하여 말소등기를 청구할 수 있다 라는 말은 틀렸다.

① 대판 2012. 6. 14, 2010다105310

② 대판 2007. 8. 24, 2006다40980

③ 대판 2015. 4. 9, 2012다2408

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

① 상고심에서는 청구의 변경이 허용되지 않는다.

② 당사자가 구청구를 취하한다는 명백한 의사표시 없이 새로운 청구로 변경하는 등으로 그 변경형태가 불분명한 경우에는 사실심법원으로서도 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점을 석명할 의무가 있다.

③ 채권자가 사해행위의 취소를 청구하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 청구의 변경에 해당한다.

④ 본안에 대한 중국판결이 있는 후 구청구를 신청구로 교환적 변경을 한 다음 다시 본래의 구청구로 교환적 변경을 하는 것은 중국판결이 있는 후 소를 취하하였다가 동일한 소를 다시 제기한 경우에 해당하여 부적법하다.

[해설]③ 판례는 채권자가 사해행위의 취소를 청구하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 그 사해행위취소권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로 소의 변경이라 할 수 없다고 한다(대판 2003. 5. 27, 2001다13532)(제1단계 마무리교재 202쪽).

① 판례는 상고심에서는 사실에 관한 주장을 전제로 하는 청구취지 및 청구원인의 정정이나 변경은 허용되지 아니한다고 한다(대판 1997. 12. 12, 97누12235).

② 대판 1995. 5. 12, 94다680

④ 대판 1987. 11. 10, 87다카1405

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

① 적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 소송행위를 추인하면 행위시에 소급하여 효력을 가지게 되나 이러한 추인은 상고심에서는 할 수 없다.

② 소송계속 중 비법인 사단 대표자의 대표권이 소멸한 경우 이는 소송절차 중단사유에 해당하지만 소송대리인이 선임되어 있으면 소송절차가 곧바로 중단되지 아니하고, 심급대리의 원칙상 그 심급의 판결정본이 소송대리인에게 송달됨으로써 소송절차가 중단된다.

③ 비법인 사단이 총유재산에 관한 소송을 제기할 때에는 정관에 다른 정함이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사원총회 결의를 거쳐야 하므로 비법인 사단이 이러한 사원총회 결의 없이 그 명의로 제기한 소송은 소송요건이 흠결된 것으로서 부적법하다.

④ 소송절차 내에서 비법인 사단이 당사자로서 청구의 포기·인낙 또는 화해를 하여 이를 변론조서나 변론준비기일조서에 적은 경우에 그 비법인 사단의 대표자가 그러한 청구의 포기·인낙 또는 화해를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때에는 비법인 사단은 위 변론조서나 변론준비기일조서에 대하여 준재심의 소를 제기할 수 있다.

[해설]① 판례는 적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 가지게 되고, 이러한 추인은 상고심에서도 할 수 있다고 한다(대판 2016. 7. 7, 2013다76871)(제1단계 마무리교재 77쪽).

② 대판 2016. 9. 8, 2015다39357

③ 대판 2013. 4. 25, 2012다118594

④ 대판 2016. 10. 13, 2014다12348

【문11】 소재기의 효과에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 甲이 乙에게 금전을 대여함과 동시에 대여금 채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 약속어음을 교부받은 경우 甲이 乙을 상대로 약속어음금의 지급을 구하는 소를 제기한 때에 위 대여금 채권의 소멸시효도 중단된다.

② 원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청

구로 소를 변경한 경우 채권자대위권에 기한 구청구는 취하된 것으로 보아야 하므로 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력은 소멸한다.

③ 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장은 허용되지 않는다.

④ 채권자대위소송의 계속 중에 다른 채권자가 같은 채권에 관하여 다시 채권자대위의 소를 제기한 경우 각 채권자는 자기의 실체법상의 권리인 채권자대위권을 행사하는 것이므로 중복제소에 해당하지 않는다.

[해설]① 판례는 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우, 이러한 어음은 경제적으로 동일한 급부를 위하여 원인채권의 지급수단으로 수수된 것으로서 그 어음채권의 행사는 원인채권을 실현하기 위한 것일 뿐만 아니라, 원인채권의 소멸시효는 어음금 청구소송에 있어서 채무자의 인적항변 사유에 해당하는 관계로 채권자가 어음채권의 소멸시효를 중단하여 두어도 채무자의 인적항변에 따라 그 권리를 실현할 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생하게 되므로, 채권자가 원인채권에 기하여 청구를 한 것이 아니라 어음채권에 기하여 청구를 하는 반대의 경우에는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다고 봄이 상당하고, 이러한 법리는 채권자가 어음채권을 피보전권리로 하여 채무자의 재산을 가압류함으로써 그 권리를 행사한 경우에도 마찬가지로 적용된다고 한다(대판 1999. 6. 11, 99다16378)(민법 판례, 나머지 지문은 제1단계 마무리교재 참고). 따라서 위 설문의 경우 甲이 乙을 상대로 약속어음금의 지급을 구하는 소를 제기한 때에 대여금 채권의 소멸시효도 중단된다 라는 말은 옳은 지문이다. 그러나 원인채권에 기하여 청구를 한 것만으로는 어음채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수 없어 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못한다.

② 판례는 원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 변경한 사안에서, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다고 한다(대판 2010. 6. 24, 2010다17284).

③ 판례는 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, …… 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다고 한다(대판 2001. 4. 27, 2000다4050).

④ 판례는 채권자대위소송이 이미 법원에 계속중에 있을 때 같은 채무자의 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기한 경우 시간적으로 나중에 계속하게 된 소송은 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 소송이 된다고 한다(대판 1994. 2. 8, 93다53092).

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

① 상소기각판결은 그것이 확정된 때 원판결이 확정된다.

② 청구의 일부를 인용한 판결에 대하여 원고만이 패소 부분에 대한 항소를 제기하고 피고는 항소나 부대항소를 제기하지 않았으면 제1심판결 중 원고 일부승소 부분은 항소심판결의 확정시에 확정된다.

③ 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료시로 소급하여 제1심판결이 확정되나, 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우에는 판결은 확정되지 아니하고 항소기간 내라면 항소인은 다시 항소의 제기가 가능하다.

④ 상소각하판결이 확정되면 상소가 없었던 것과 같은 결과가 되므로 원판결은 원판결에 대

한 상소기간의 만료시에 확정된다.

[해설]② 판례는 원고의 청구를 일부 인용한 제1심판결에 대하여 원고만이 그 패소 부분에 대한 항소를 제기하고 피고는 항소나 부대항소를 제기하지 않은 경우, 제1심판결 중 원고 승소 부분은 항소심의 심판대상에서 제외됨으로써 항소심판결의 선고와 동시에 확정된다고 한다(대판 2008. 3. 14, 2006다2940)(제1단계 마무리교재 436쪽). 따라서 위 설문의 경우 원고 일부승소 부분은 항소심판결의 확정시에 확정된다 라는 말은 틀렸다.

① 상소를 제기하였으나 상소기각판결이 확정되면 그 시점에 비로서 원판결이 확정된다. 따라서 상소기각판결은 그것이 확정된 때 원판결이 확정된다 라는 위 설문은 타당하다.

③ 대판 2016. 1. 14, 2015므3455

④ 상소가 허용되는 판결은 상소기간만료시에 확정된다. 따라서 상소를 제기하였으나 상소기각판결이 확정되면 원판결은 상소기간만료시에 확정된다 라는 위 설문은 타당하다.

【문13】 보조참가에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① A와 B 사이의 소송에 C가 보조참가인으로 참가한 후 A와 B 사이의 소송이 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에는 참가적 효력이 인정되지 아니한다.

② 원고와 피고 사이의 1심 원고 패소판결에 대하여 Z가 보조참가신청을 하며 항소장을 제출한 경우 원고는 보조참가인 Z가 제기한 항소를 임의로 포기하거나 취하할 수 없다.

③ 당사자는 참가에 대하여 이의를 신청할 수 있으며, 참가인은 그의 참가에 대한 이의신청이 있는 경우라도 참가를 허가하지 아니하는 결정이 확정될 때까지 소송행위를 할 수 있다.

④ 보조참가인에게 기일통지서 또는 출석요구서를 송달하지 아니함으로써 변론의 기회를 부여하지 아니한 채 행하여진 기일의 진행은 적법한 것으로 볼 수 없으나, 기일통지서를 송달받지 못한 보조참가인이 변론기일에 직접 출석하여 변론할 기회를 가졌고 위 변론 당시 기일통지서를 송달받지 못한 점에 관하여 이의를 하지 아니하였다면 기일통지를 하지 않은 절차진행상의 흠이 치유된다.

[해설]② 판례는 피참가인들의 소송행위와 보조참가인들의 소송행위가 서로 어긋나는 경우에는 피참가인의 의사가 우선하는 것을 뜻하므로 피참가인은 참가인의 행위에 어긋나는 행위를 할 수 있고, 따라서 보조참가인들이 제기한 항소를 포기 또는 취하할 수도 있다고 한다(대판 2010. 10. 14, 2010다38168)(제1단계 마무리교재 133쪽).

① 대판 2015. 5. 28, 2012다78184

③ 민사소송법 제73조 제1항, 제75조 제1항

④ 대판 2007. 2. 22, 2006다75641

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

① 증인이 자기의 친족 또는 이러한 관계에 있었던 사람과 현저한 이해관계가 있는 사항에 관하여 신문받을 때에는 증인을 거부할 수 있다.

② 법원은 효율적인 증인신문을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 증인을 신청한 당사자에게 증인진술서를 제출하게 할 수 있고, 증인진술서가 제출된 경우에는 이를 서증으로 채택하되 만약 증인진술서를 제출한 증인이 불출석하는 경우에는 원칙적으로 서증으로도 채택하지 않아야 한다.

③ 당사자인 법인의 대표자는 증인이 될 수 없고 당사자신문의 대상이 된다.

④ 법원은 증인과 증명할 사항의 내용 등을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 출석·증언에 갈음하여 증언할 사항을 적은 서면을 제출하게 할 수 있고, 법원에 제출된 서면증언은 변론기일에 현출됨으로써 증언으로서의 효력을 갖는다.

[해설]① 증인이 자기의 친족 또는 이러한 관계에 있었던 사람과 현저한 이해관계가 있는 사항에 관하여 신문을 받을 때에는 증언을 거부할 수 있는 것이 아니라 선서를 거부할 수 있다(민사소송법 제324조)(제1단계 마무리교재 368쪽). 따라서 위 설문의 경우 증언을 거부할 수 있다 라는 말은 틀렸다.

② 법원은 효율적인 증인신문을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 증인을 신청한 당사자에게 증인진술서를 제출하게 할 수 있고(민사소송규칙 제79조 제1항), 증인진술서가 제출된 경우에는 이를 서증으로 채택하되 만약 증인진술서를 제출한 증인이 불출석하는 경우에는 상대방의 반대신문권 보장을 위하여 원칙적으로 서증으로도 채택하지 않아야 한다.

③ 민사소송법 제372조, 제64조

④ 법원은 증인과 증명할 사항의 내용 등을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 출석·증언에 갈음하여 증언할 사항을 적은 서면을 제출하게 할 수 있고(민사소송법 제310조 제1항), 법원에 제출된 서면증언은 서증으로 제출하는 증인진술서와 달리 변론기일에 현출됨으로써 증언으로서의 효력을 갖는다.

【문15】 소송비용 및 소송비용액 확정절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 항소심에서 소취하가 된 경우에는 제1심을 포함한 총 소송비용에 관하여 항소심 법원에 소송비용 부담의 재판과 소송비용액확정을 신청하여야 한다.

② 법정대리인 또는 소송대리인으로서 소송행위를 한 사람이 그 대리권 또는 소송행위에 필요한 권한을 받았음을 증명하지 못하거나 주인을 받지 못한 경우에 소가 각하된 경우에는 소송비용은 그 소송행위를 한 대리인이 부담한다.

③ 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정하고, 위 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였다더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다.

④ 본안재판으로 소송비용부담의 재판이 행하여진 때에 소송비용액 확정절차는 본안재판이 완결될 당시의 법원이 관할한다.

[해설]④ 본안재판으로 소송비용부담의 재판이 행하여진 때에 소송비용액 확정절차는 본안재판이 완결될 당시의 법원이 아니라 제1심 법원이 관할한다(민사소송법 제110조 제1항)(제1단계 마무리교재 473쪽). 따라서 위 설문의 경우 본안재판이 완결될 당시의 법원이 관할한다 라는 말은 틀렸다. 소의 취하 등으로 소송이 재판에 의하지 않고 끝나는 경우에 완결 당시의 법원이 관할한다(민사소송법 제114조 제1항).

① 민사소송법 제114조 제1항

② 민사소송법 제107조 제2항

③ 민사소송법 제109조

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

① 당사자 본인뿐만 아니라 그 소송대리인 및 대리인의 보조인도 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 추후보완을 할 수 있다.

② 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 후 피신청인 주소가 변경되었는데도 주소 변경신고를 하지 않은 상태에서 조정이 소송으로 이행되어 변론기일통지서 등 소송서류가 발송송달이나 공시송달의 방법으로 송달된 경우 피신청인이 소송의 진행상황을 조사하지 않아 상소제기의 불변기간을 지키지 못하였다면 이를 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라고 할 수 없다.

③ 소송의 진행 도중 통상의 방법으로 소송서류를 송달할 수 없게 되어 공시송달의 방법으로 송달한 경우에는 처음 소장부분의 송달부터 공시송달의 방법으로 소송이 진행된 경우와 달라서 당사자에게 소송의 진행상황을 조사할 의무가 있으므로 당사자가 이러한 소송의 진행상황을 조사하지 않아 불변기간을 지키지 못하였다면 이를 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라고 할 수 없다.

④ 판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하여 상소기간을 지키지 못한 데 과실이 없다는 사정은 상소를 추후보완하고자 하는 당사자 측에서 주장·입증하여야 한다.

[해설]② 판례는 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 후 피신청인 주소가 변경되었는데도 주소변경신고를 하지 않은 상태에서 조정이 소송으로 이행되어 변론기일통지서 등 소송서류가 발송송달이나 공시송달의 방법으로 송달된 경우, 피신청인이 소송의 진행상황을 조사하지 않아 상소제기의 불변기간을 지키지 못한 것이 '당사자가 책임질 수 없는 사유'에 해당한다고 한다(대판 2015. 8. 13, 2015다213322)(조문판례집 468쪽, 나머지 지문 제1단계 마무리교재 참고). 따라서 위 설문의 경우 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라고 할 수 없다 라는 말은 틀렸다.

① 대판 1999. 6. 11, 99다9622

③ 대판 2012. 10. 11, 2012다44730

④ 대판 2012. 10. 11, 2012다44730

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

① 사실조회(조사의 촉탁) 회보에 관하여는 원칙적으로 이를 따로 서증으로 제출시킬 필요는 없다.

② 서증은 법원 밖에서 증거조사를 하는 경우(민사소송법 제297조) 이외에는 당사자가 변론기일 또는 변론준비기일에 출석하여 현실적으로 제출하여야 하고, 서증이 첨부된 소장 또는 준비서면 등이 진술되는 경우에도 마찬가지이다.

③ 문서송부촉탁에 의하여 송부된 문서는 자동적으로 그 사건에서 증거자료로 되는 것은 아니고, 신청인이 그 중에서 필요한 것을 서증으로 제출함으로써 비로소 증거자료가 된다.

④ 당사자가 문서제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있고, 결정으로 당사자에게 500만원 이하의 과태료에 처할 수 있으며, 위 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

[해설]④ 당사자가 문서제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다(민사소송법 제349조)(제1단계 마무리교재 387쪽). 그리고 제3자가 문서제출명령에 따르지 아니한 때에 결정으로 500만 원 이하의 과태료에 처할 수 있으며, 위 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(민사소송법 제351조). 따라서 위 설문의 경우 결정으로 당사자에게 500만 원 이하의 과태료에 처할 수 있으며, 위

결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다 라는 말은 틀렸다.

① 사실조회(조사의 촉탁) 회보에 관하여는 당사자의 원용이 없어도 증거로 할 수 있고, 원칙적으로 이를 따로 서증으로 제출시킬 필요는 없다. 이 점에서 서증으로 제출하여야 하는 문서의 송부촉탁과 다르다(민사소송규칙 제115조).

② 대판 1991. 11. 8, 91다15775

③ 민사소송규칙 제115조

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

① 채권자대위소송에서 피보전채권이 존재하는지 여부에 관하여 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무가 있다.

② 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다.

③ 당사자능력은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 판단하여야 한다.

④ 제척기간이 경과하였는지 여부는 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 한다.

[해설]① 판례는 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 라고 한다(대판 2009. 4. 23, 2009다3234)(제1단계 마무리교재 71쪽 참고 - 당사자적격의 소송요건 문제).

② 대판 2003. 4. 8, 2002다70181

③ 대판 1997. 12. 9, 97다18547

④ 대판 2000. 10. 13, 99다18725

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

① 취득시효의 기산점은 간접사실에 불과하므로 법원으로서는 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송상 나타난 자료에 의하여 점유의 시기를 인정할 수 있다.

② 당사자가 어떠한 법률효과를 주장하면서 미처 깨닫지 못하고 그 요건사실 일부를 빠뜨린 경우 법원이 그 누락사실을 지적하는 것은 변론주의의 원칙에 위배되는 것으로서 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이다.

③ 청구취지가 특정되지 않았는데도 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 이를 명백히 간과한 채 본안에 관하여 공방을 하고 있는 경우 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니한 것으로서 위법하다.

④ 임대인이 임차인을 상대로 제기한 지상물철거 및 토지인도청구소송에서 임차인이 지상물 매수청구권을 행사한 경우에 법원은 임대인에게 대금지급과 상환으로 지상물의 인도청구로 소변경의 의사가 있는지 여부에 대한 석명의무가 있다.

[해설]② 판례는 법원의 석명권 행사와 그 한계 및 당사자가 어떠한 법률효과를 주장하면서 미처 깨닫지 못하고 그 요건사실 일부를 빠뜨린 경우, 법원이 그 누락사실을 지적하여 당사

자에게 그에 대한 변론을 할 기회를 주어야 할 의무가 있다고 한다(대판 2005. 3. 11, 2002다60207)(제1단계 마무리교재 247쪽). 따라서 위 설문의 경우 법원이 그 누락사실을 지적하는 것은 변론주의의 원칙에 위배되는 것으로서 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이다 라는 말은 틀렸다.

- ① 대판 1994. 4. 15, 93다60120
- ③ 대판 2014. 3. 13, 2011다111459
- ④ 대판 1995. 7. 11, 94다34265

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

- ① 원고 소송대리인으로부터 소송대리인 사임신고서 제출을 지시받은 사무원은 원고 소송대리인의 표시기관에 해당되어 그의 착오는 원고 소송대리인의 착오라고 보아야 하므로 그 사무원의 착오로 원고 소송대리인의 의사에 반하여 소를 취하하였다고 하여도 이를 무효라고 볼 수는 없다.
- ② 적법한 소취하의 서면이 제출되었더라도 그 서면이 상대방에게 송달되기 전에는 원고는 이를 임의로 철회할 수 있다.
- ③ 당사자가 소취하서를 작성하여 제출할 경우 반드시 취하권자나 그 포괄승계인만이 이를 제출하여야 한다고 볼 수는 없고, 제3자에 의한 제출도 허용되며, 상대방에게 소취하서를 교부하여 그로 하여금 제출하게 하는 것도 상관없다.
- ④ 소의 취하가 부존재 또는 무효라는 것을 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있고, 법원이 변론을 열어 신청사유에 관하여 심리한 결과 신청이 이유 없다고 인정하는 경우에는 판결로 소송의 종료를 선언하여야 한다.

[해설]② 판례는 소의 취하는 원고가 제기한 소를 철회하여 소송계속을 소멸시키는 원고의 법원에 대한 소송행위이고 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것인바, …… 적법한 소 취하의 서면이 제출된 이상 그 서면이 상대방에게 송달되기 전·후를 묻지 않고 원고는 이를 임의로 철회할 수 없다고 한다(대판 1997. 6. 27, 97다6124)(제1단계 마무리교재 402쪽).

- ① 대판 1997. 6. 27, 97다6124
- ③ 대판 2001. 10. 26, 2001다37514
- ④ 민사소송규칙 제67조 제1항, 제2항, 제3항

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

- ① 항소장에는 당사자 또는 대리인이 기명날인 또는 서명하여야 하나 항소장에 항소인의 기명날인 등이 누락되었다고 하더라도 기재에 의하여 항소인이 누구인지 알 수 있고, 그것이 항소인 의사에 기하여 제출된 것으로 인정되면 이를 무효라고 할 수 없다.
- ② 결정·명령과 같은 재판은 그 원본이 법원사무관등에게 교부되었을 때 성립한 것으로 보아야 하므로 각하명령이 성립한 이상 그 명령정본이 당사자에게 고지되기 전에 부족한 인지를 보정하였다 하여도 각하명령이 위법한 것으로 되는 것은 아니다.
- ③ 부대항소는 항소심 변론종결시까지 할 수 있으며, 부대상고는 상고이유서 제출기간 만료시까지 할 수 있다.
- ④ 항소장 및 상고장 심사권은 재판장의 고유권한이므로 법원사무관으로 하여금 보정명령을

하게 할 수는 없다.

[해설]④ 항소장 및 상고장 심사권은 재판장의 고유권한이지만, 재판장은 법원사무관으로 하여금 보정명령을 하게 할 수는 있다(민사소송법 제399조 제1항, 제402조, 제425조)(제1단계 마무리교재 491쪽, 506쪽). 따라서 위 설문의 경우 법원사무관으로 하여금 보정명령을 하게 할 수는 없다 라는 말은 틀렸다.

① 대판 2011. 5. 13, 2010다84956

② 대판 2014. 10. 8, 2014마667

③ 부대항소는 항소심 변론종결시까지 할 수 있으며(민사소송법 제403조), 부대상고는 항소심의 변론종결시에 대응하여 상고이유서 제출기간 만료시까지 할 수 있다(대판 2007. 4. 12, 2006다10439).

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

① 첫 공시송달은 실시한 날부터 2주가 지나야 효력이 생긴다. 다만, 같은 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달은 실시한 다음 날부터 효력이 생긴다.

② 항소 제기기간 계산의 기산점이 되는 판결정본 송달상의 하자는 이에 대한 이의권(책문권)의 상실로 인하여 치유된다고 볼 수 있다.

③ 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우의 송달은 그 가운데 한 사람에게 하면 된다.

④ 국가경찰관서의 유치장에 체포 또는 유치된 사람에게 할 송달은 국가경찰관서의 장에게 한다.

[해설]② 판례는 항소제기기간은 불변기간이고, 이에 관한 규정은 성질상 강행규정이므로 그 기간 계산의 기산점이 되는 위 판결정본의 부적법한 송달의 하자는 이에 대한 피고의 책문권(이의권)의 포기나 상실로 인하여 치유될 수 없다고 한다(대판 2007. 12. 14, 2007다52997)(제1단계 마무리교재 320쪽).

① 민사소송법 제196조 제1항

③ 민사소송법 제180조

④ 민사소송법 제182조

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

① 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 소송물을 달리하므로 채권자로서는 어느 하나의 청구권에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다고 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 다른 나머지 청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다.

② 동일 부동산에 대하여 이전등기를 구하면서 그 등기청구권의 발생원인을 처음에는 매매로 하였다가 후에 취득시효의 완성을 선택적으로 추가하는 것은 별개의 청구를 추가시킨 것이다.

③ 불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전소의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우 전소의 변론종결 당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 그 부분에 대한 손해배상의 청구는 전소의 소송물과는 별개의 소송물이다.

④ 재심사건에서 재심원고가 민사소송법 제451조에 규정된 재심사유 중 어느 한 가지 사유

를 주장하였다가 다른 재심사유를 추가로 주장하는 것은 공격방법의 추가에 불과하다.

[해설]④ 판례는 민사소송법 제451조 제1항 각호 소정의 재심사유는 각각 별개의 청구원인에 해당한다고 한다(대판 1992. 10. 9, 92므266). 즉, 재심사유마다 각각 별개의 소송물이 된다(제1단계 마무리교재 169쪽). 따라서 위 설문의 경우 재심원고가 민사소송법 제451조에 규정된 재심사유 중 어느 한 가지 사유를 주장하였다가 다른 재심사유를 추가로 주장하는 것은 공격방법의 추가에 불과한 것이 아니라 소의 추가적 변경이 된다.

- ① 대판 2013. 9. 13, 2013다45457
- ② 대판 1981. 1. 13, 80다204·205 참고
- ③ 대판 2007. 4. 13, 2006다78640 참고

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

- ① 이의신청을 한 피고는 제1심판결이 선고되기 전까지 이의신청을 취할 수 있다.
- ② 법원사무관등은 이행권고결정이 확정판결과 같은 효력을 가지게 된 때에는 이행권고결정서 정본을 원고에게 송달하여야 한다.
- ③ 확정된 이행권고결정에 기한 강제집행에 있어서는 원칙적으로 집행문을 부여받을 필요가 없이 이행권고결정서 정본에 의해 집행할 수 있다.
- ④ 확정된 이행권고결정에 재심사유에 해당하는 하자가 있다면 피고는 이를 이유로 민사소송법 제461조가 정한 준재심의 소를 제기할 수 있다.

[해설]④ 판례는 기관력을 가지지 아니하는 확정된 이행권고결정에 설사 재심사유에 해당하는 하자가 있다고 하더라도 이를 이유로 민사소송법 제461조가 정한 준재심의 소를 제기할 수는 없고, 청구이의의 소를 제기하거나 또는 전체로서의 강제집행이 이미 완료된 경우에는 부당이득반환청구의 소 등을 제기할 수 있을 뿐이다 라고 한다(대판 2009. 5. 14, 2006다34190)(제1단계 마무리교재 530쪽).

- ① 소액사건심판법 제5조의 4 제4항
- ② 소액사건심판법 제5조의 7 제2항
- ③ 소액사건심판법 제5조의 8 제1항

【문25】 민사소송법상 전문심리위원제도에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?

가. 우리 민사소송법은 형사재판에서의 배심원제도와 유사한 참심원 제도인 ‘전문심리위원제도’를 도입하여 전문심리위원들로 하여금 전문적인 영역에서 발생한 분쟁에 관하여 재판의 합의에 참여하도록 함으로써 사건의 적정한 해결을 도모하고 있다.

나. 법원은 상당하다고 인정되는 경우 직권이나 당사자의 신청에 따라 전문심리위원 지정 결정을 취소할 수 있으며, 당사자들이 합의로 전문심리위원 지정 결정을 취소해 줄 것을 신청하는 경우에는 그 결정을 취소하여야 한다.

다. 전문심리위원이 제출한 서면이나 전문심리위원의 설명 또는 의견진술은 민사소송법상 증거자료가 될 수 없으므로 법원은 전문심리위원의 서면이나 설명·의견에 관하여 당사자에게 의견진술의 기회를 줄 필요는 없다.

라. 전문심리위원에 대해서도 민사소송법에 따라 제척·기피신청을 할 수 있다.

- ① 가, 나, 다
- ② 나, 다, 라

③ 가, 라

④ 나, 라

[해설]④ 나, 라가 옳은 설명이다.

가. 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(민사소송법 제164조의 2 제2항). 따라서 위 설문의 경우 참심원제도와 같이 재판의 합의에 참여할 수 있다 라는 말은 틀렸다. 그리고 우리 형사재판에서도 배심원제도와 유사한 국민참여재판제도를 채택하고 있으나, 민사소송법의 전문심리위원과 마찬가지로 재판의 합의에 참여할 수는 없다. 그러나 법관과 같이 동등한 권한을 가지고 합의체의 구성원인 참심원(參審員)은 재판의 합의에 참여할 수 있다는 점에서 배심원제도나 전문심리위원과 다르다.

나. 민사소송법 제164조의 3 제1항, 제2항

다. 전문심리위원이 제출한 서면이나 전문심리위원의 설명 또는 의견진술은 민사소송법상 증거자료가 될 수 없으나, 법원은 전문심리위원이 제출한 서면이나 전문심리위원의 설명 또는 의견의 진술에 관하여 당사자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다(민사소송법 제164조의 2 제4항). 따라서 위 설문의 경우 당사자에게 의견진술의 기회를 줄 필요는 없다 라는 말은 틀렸다.

라. 민사소송법 제164조이 5 제1항