

※ 답안지에 수정액, 수정테이프 사용은 불가하며, 오류기재 시 옆으로 두줄금을 그어 다시 기재하시기 바랍니다.

【문 1】 A와 B는 같은 온라인 게임을 하는 친구 사이로 서로의 게임 아이디를 알고 있었다. 보이스피싱 단체 구성원인 C는 2018. 9. 1. A의 컴퓨터를 해킹하여 A의 아이디로 온라인 게임에 접속하고, 게임 대화창에서 B에게 ‘A인데 생활비가 없으니 100만원만 빌려 달라. 월급을 받은 후 2018. 9. 15.까지 110만원으로 갚겠다’고 거짓말하여 B로부터 100만원을 대포통장으로 이체받았다. B가 2018. 9. 15. A에게 110만원을 갚으라고 하자, A는 ‘100만원을 빌려 달라고 한 적도 없고 100만원을 받은 적도 없다’면서 돈을 갚기를 거절했다.

한편, C는 무직으로 생활비 마련을 위해 C 자신의 명의로 甲은행에 대출을 신청하였다. 이에 甲은행은 C의 신용을 담보할 보증서를 요구하였다. C는 乙에게 보증서를 줄 것을 요청했고, 乙은 C의 신용정도를 알기 위해 甲은행에 C에 대한 거래상황 확인서의 교부를 요청하였다. 그런데, 甲은행은 C가 이자를 3개월 동안 연체하고 있는데도 실수로 이를 사실대로 기재하지 않은 채 거래상황 확인서를 乙에게 교부하였다. 이에 乙은 확인서의 내용을 그대로 신뢰하여 보증을 하였고, 이에 상응하여 甲은행 또한 C에 대하여 대출을 실시하였다. (단, 이를 신뢰한 乙에게도 ‘경과실’이 있다고 가정한다.) (50점)

- (1) A가 B에게 110만원을 갚아야 하는지 논하라. (25점)
- (2) 乙이 甲은행과의 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가? (단, 일반적으로 보증계약에 있어서 ‘이자지급의 연체사실’은 거래상 신용판단의 중요부분에 해당된다고 가정한다.) (19점)
- (3) 만약, 乙이 위 보증계약을 착오를 이유로 취소하였다면 C가 甲은행의 대출금을 기한 내에 변제하지 못해 甲은행에게 손해가 발생할 경우, 甲은행은 乙에게 손해배상을 청구할 수 있는가? (각 학설의 검토 후에 ‘판례’의 입장에 따라 판단할 것.) (6점)

【문 2】 응소와 시효중단에 대하여 약술하시오. (25점)

【문 3】 강행법규(강행규정)에 대하여 약술하시오. (25점)

‘19년도 제68기 경찰간부후보생 선발시험 민법총칙 기출해설 (고태환)

【문제 1】 A와 B는 같은 온라인 게임을 하는 친구 사이로 서로의 게임 아이디를 알고 있었다. 보이스피싱 단체 구성원인 C는 2018. 9. 1. A의 컴퓨터를 해킹하여 A의 아이디로 온라인 게임에 접속하고, 게임 대화창에서 B에게 ‘A인데 생활비가 없으니 100만원만 빌려 달라. 월급을 받은 후 2018. 9. 15.까지 110만원으로 갚겠다’고 거짓말하여 B로부터 100만원을 대포통장으로 이체받았다. B가 2018. 9. 15. A에게 110만원을 갚으라고 하자, A는 ‘100만원을 빌려 달라고 한 적도 없고 100만원을 받은 적도 없다’면서 돈을 갚기를 거절했다.

한편, C는 무직으로 생활비 마련을 위해 C 자신의 명의로 甲은행에 대출을 신청하였다. 이에 甲은행은 C의 신용을 담보할 보증서를 요구하였다. C는 乙에게 보증을 서줄 것을 요청했고, 乙은 C의 신용정도를 알기 위해 甲은행에 C에 대한 거래상황 확인서의 교부를 요청하였다. 그런데, 甲은행은 C가 이자를 3개월 동안 연체하고 있는데도 실수로 이를 사실대로 기재하지 않은 채 거래상황 확인서를 乙에게 교부하였다. 이에 乙은 확인서의 내용을 그대로 신뢰하여 보증을 하였고, 이에 상응하여 甲은행 또한 C에 대하여 대출을 실시하였다. (단, 이를 신뢰한 乙에게도 ‘경과실’이 있다고 가정한다.) (50점)

- (1) A가 B에게 110만원을 갚아야 하는지 논하라. (25점)
- (2) 乙이 甲은행과의 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있는가? (단, 일반적으로 보증계약에 있어서 ‘이자지급의 연체사실’은 거래상 신용판단의 중요부분에 해당된다고 가정한다.) (19점)
- (3) 만약, 乙이 위 보증계약을 착오를 이유로 취소하였다면 C가 甲은행의 대출금을 기한 내에 변제하지 못해 甲은행에게 손해가 발생할 경우, 甲은행은 乙에게 손해배상을 청구할 수 있는가? (각 학설의 검토 후에 ‘판례’의 입장에 따라 판단할 것.) (6점)

I. 실문 (1)

I. 문제의 소재 (4점)

A의 B에 대한 대여금 청구가 인용되려면 A와 B 사이에 소비대차 계약이 유효하게 성립하여야 한다. 그런데 C가 자신을 A라고 칭하면서 B와 소비대차 계약을 체결하였으므로, 누가 계약의 당사자인지가 법률행위의 해석과 관련하여 문제된다.

만일 A가 소비대차 계약의 당사자로 확정된다면, 대리의 법리가 적용되므로, 유권대리인지, 무권대리라면 표현대리가 성립할 수 있는지가 순차로 문제된다.

2. 타인 명의 법률행위의 효력¹⁾

(1) 문제점

C는 자신이 마치 A인 것처럼 행위하였으므로, 이것이 현명을 한 것으로서 대리행위인지(민법 제 114 조) 아니면, 자기 자신의 통상의 법률행위인지, 즉 계약의 당사자 확정이 문제된다.

(2) 타인 명의를 사용하여 행한 법률행위의 효력 (12점)

이러한 경우 행위자와 명의자 가운데 누가 당사자인지는 법률행위의 해석에 의해 결정된다.

판례²⁾는, 누구를 당사자로 하는가에 관하여 행위자와 상대방의 의사가 일치하는 경우에는 그 일치하는 의사대로, 일치하지 않는 경우에는 규범적 해석을 통하여 결정하여야 한다고 한다.

1) 고태환 3순환 단문사례 자료집 68쪽.
2) 대판 1995.9.29., 94다4912.

그 결과, 법률행위가 행위자 자신이 당사자로 인정되는 경우에는 행위자 자신의 행위가 되고, 명의자의 표시는 이름이 잘못 표시된 것(오표시무해)에 불과하므로 명의자에게는 원칙적으로 아무런 효과도 발생하지 않는다. 반면에 명의자가 당사자로 인정되는 경우에는 대리행위가 되므로 대리에 관한 규정이 적용된다.

(3) 사안의 경우 (6점)

1) 의사해석 C는 해킹한 A의 아이디로 접속하여 아이디만으로 서로를 확인할 수 있는 상태에서 계약을 체결하였으므로, 차주를 A로 한다는 데 의사가 일치한 것으로 볼 수 있다.

2) 대리에 관한 규정의 적용 C에게는 대리권이 없으므로 C의 행위는 무권대리행위에 해당한다. 또한 C에게는 처음부터 대리권이 존재하지 않았고 대리권 수여의 의사표시가 있었다는 사정도 보이지 않으나, 표현대리도 성립하지 않는다.

따라서 사안의 소비대차 계약은 협의를 무권대리에 해당하므로, A의 추인이 없는 한 무효이다(민법 제 130 조).

3. 사안의 해결 (3점)

사안의 소비대차 계약은 협의를 무권대리에 해당하는데 본인인 A가 돈을 갚기를 거절하면서 추인거절하였으므로 확정적 무효가 되었다. 따라서 A는 B에게 110 만원을 갚을 의무가 없다. 참고로 이로 인해 발생한 B의 손해는 C에게 불법행위를 이유로 손해배상을 청구하여 전보받을 수 있을 뿐이다(제 750 조).

II. 실문 (2)

1. 문제점 (2점)

착오에 의한 의사표시란 의사와 표시가 불일치함을 표의자 스스로가 모르고 하는 의사표시를 말한다. 의사표시를 착오를 이유로 취소를 하기 위해서는 ① 법률행위의 내용에 착오가 존재할 것, ② 그 착오가 법률행위의 내용의 중요부분일 것, ③ 표의자에게 중대한 과실이 없을 것의 요건이 충족되어야 한다(제 109 조). 이 요건을 하나씩 살펴 본다.

2. 법률행위의 내용에 착오가 있을 것³⁾ (12점)

(1) 문제점

사안에서 보증인 乙은 주채무자 C의 신용정도에 대하여 착오를 하였는데, 이는 보증계약의 동기에 불과하다. 동기의 착오도 제 109 조 착오에 포함될 수 있는지에 대해서는 견해가 대립한다.

(2) 동기의 착오

1) 학설 ①동기가 표시되거나 상대방이 알고 있는 경우에 한해 제 109 조가 적용될 수 있다는 동기표시설, ②동기가 표시되었는지 여부와 관계없이 제 109 조가 적용될 수 있다는 동기포합설, ③동기의 착오는 제 109 조가 적용될 수 없다는 동기배제설이 있다.

3) 판례 “동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시” 할 것이 필요하다고 보아 기본적으로 동기표시설의 입장인데, 다른 한편으로 표의자의 착오를 상대방이 부정확한 방법으로 유발하거나 동기가 상대방으로부터 제공된 경우에는 표시를 묻지 않고 착오를 이유로 취소할 수 있다고 한다.

4) 검토 및 소결 표의자의 이익과 상대방의 이익을 조화하는 동기표시설이 타당하다.

사안에서 乙은 주채무자의 신용정도와 관련해서 연체사실이 없는 것으로 착오하고 보증계약을 체결하였고, 이러한 동기의 착오는 상대방인 甲은행으

3) 고태환 3순환 단문사례 자료집 52쪽.

로부터 유발·제공된 것이다. 따라서 C의 신용정도에 대한 乙의 착오는 비록 동기의 착오이지만 제 109조의 ‘법률행위의 내용’에 관한 착오에 해당한다.

2. 중요부분에 착오가 있을 것 (3점)

1) ‘중요부분’이란, **표의자나 일반인이** 그러한 착오가 없었더라면 그 의사표시를 하지 않았으리라고 생각될 정도로 중요한 것이어야 한다(주관적·객관적 현저성).

토지의 **현황·경계**에 관한 착오, 목적물에 대한 착오 등은 주용부분의 착오이나, **지적(면적)**의 부족, **시가**, **경제적 불이익**이 없는 경우는 중요부분의 착오가 아니라는 것이 판례이다.

2) 사안의 경우, 보증인은 주채무자가 채무를 이행하지 못하는 경우에 이를 이행할 책임이 있으므로, 보증계약에 있어서 주채무자의 ‘이자지급의 연체사실’은 보증계약의 중요부분에 해당된다.

3. 표의자에게 중대한 과실이 없을 것 (2점)

1) 중대한 과실이란 표의자의 직업, 행위의 종류, 목적 등에 비추어 보통 베풀어야 할 주의를 **현저하게 결여**하는 것을 말한다.

2) 사안에서 乙은 주채무자의 ‘연체사실’을 스스로 알아 보지 못한 과실이 있지만 경과실에 불과하므로 이 요건도 충족한다.

4. 사안의 해결

乙이 주채무자 C의 ‘이자지급의 연체사실’에 관하여 착오한 것은 동기의 착오에 불과하지만, 보증계약의 상대방인 甲은행으로부터 유발·제공된 것이고, 이는 보증계약의 중요부분에 해당하고, 착오에 중과실은 없다. 따라서 乙은 甲은행과의 보증계약을 착오를 이유로 취소할 수 있다(민법 제 109조 제 1항).

III. 설문 (3)

1. 문제점 (1점)

乙이 보증계약을 적법하게 취소하면, 甲은행은 주채무자 C의 채무불이행이 있더라도 乙에게 보증계약상 책임을 물을 수 없는 결과, 대여금을 회수하지 못하는 손해가 발생한다.

이에 대해 甲은행이 乙을 상대로 제 750조 불법행위책임 등을 물어 손해배상을 청구할 수 있는지가 문제된다.

2. 甲은행의 신뢰이익 배상청구 가능성⁴⁾ (5점)

(1) 문제점

표의자가 경과실로 착오에 빠져 의사표시를 취소한 경우 상대방이 입은 손해를 배상하여야 하는지에 대하여는 **민법상 규정이 없어** 문제된다.

(2) 학설

①명문규정이 없으므로 부정해야 한다는 견해, ②**계약체결상의 과실책임**(제 535조)의 유추적용이나 **불법행위규정**(제 750조)의 적용을 긍정하는 견해가 대립한다.

(3) 판례

판례는 경과실로 인하여 착오에 빠져 계약을 체결한 것이나 그 착오를 이유로 계약을 취소한 것이 **위법**하다고 할 수는 없다고 하여 취소자의 불법행위 책임을 부정한다.

4) 고태환 3순환 단문사례 자료집 46쪽.

【문제 2】강행법규 (25점) 5)

I. 서설 (5점)

1. 의의

법률행위가 유효하려면 그 목적이 적법하여야 하는바, 목적의 적법성은 법률행위의 목적이 **강행법규**(그 중 효력규정)에 어긋나지 않아야 함을 뜻한다. 만약 이에 위반하는 경우에는 법률행위는 무효이다.

민법 제 105 조는 이를 간접적으로 규정하고 있다.

2. 강행법규와 임의법규의 구별

(1) 의의

강행법규(강행규정)는 당사자의 의사에 의하여 배제 또는 변경될 수 없는 규정이고, 임의법규(임의규정)는 당사자의 의사에 의하여 배제 또는 변경될 수 없는 규정이다.

민법은 강행법규는 ‘법령 중의 **선량한 풍속 기타 사회질서에 관계 있는 규정**’으로, 임의법규는 ‘법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계 없는 규정’으로 표현하고 있다(제 105 조제 106 조 참조).

(2) 판정기준

법률 자체에서 어떤 법률규정이 강행규정임을 **명시적으로** 언급하는 경우(제 289 조제 608 조제 652 조 참조)라면 그에 따르고, 그러한 규정이 없는 경우(이 경우가 보통임)에는 **해석**에 의하여 강행법규인지 여부를 결정하여야 한다. 후자의 경우 일반적인 원칙은 없으며, 구체적인 규정에 대하여 그 규정의 종류·성질·입법목적 등을 고려하여 판정하는 수밖에 없다.

대체로 다음과 같은 경우 강행법규로 본다. ① 혼인·가족과 같은 **일정한 제도를 유지**하기 위한 규정(친족편·상속편의 많은 규정). ② **법률질서의 기본구조**에 관한 규정(권리능력·행위능력·법인제도 등에 관한 규정). ③ **제 3자의 이해관계**에 영향을 크게 미치는 사항에 관한 규정(물권편의 많은 규정). ④ **거래의 안전** 보호를 규정(유가증권제도 등). ⑤ **경제적 약자** 보호를 위한 규정(제 104 조제 608 조, 임대차의 일부규정 등). ⑥ **사회의 윤리관**을 반영하는 규정(제 2 조, 제 103 조 등).

II. 사회적 타당성과의 관계 (5점)

목적의 적법성과 사회적 타당성의 관계에 관하여 종래의 통설은 양자를 별개의 요건으로 다루고 있다(**구별설**).

판례도, **담배사업법상**의 강행법규에 위반하는 행위와 관련하여, “이에 위반하는 행위가 무효라고 하더라도 이것을 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위라고는 할 수 없다”고 하여 양자를 별개로 파악하고 있다.

생각건대, 개별 강행법규에 위반되지 않더라도 일반규정인 제 103 조에 위반되는 경우도 있을 수 있으므로, 구별설이 타당하다.

III. 단속법규외의 관계 (5점)

1. 단속법규의 의의

‘단속법규’란 ‘**행정상의 목적**’에 의해 일정한 거래행위를 금지 또는 제한하고 그 위반에 대해 형벌이나 행정상의 불이익(과태료 처분)을 주는 규정을 뜻한다.

2. 강행법규와 단속법규의 관계

① 단속법규는 공법규정으로서 사법규정인 강행규정과 다르다는 ‘**별개설**’이 있으나, ② 행정상의 목적에 의한 것이라도 **사법상의 법률관계에 관한 것**이면 실질적인 민법에 해당하며, 단속법규도 개인의 의사에 의해 배제할 수 없으므로 강행규정에 속한다고 보는 ‘**포함설**’이 타당하다.

3. 효력규정과 단속규정의 구별

교통단속법규와 같이 단순히 사실적 행위를 금지 또는 제한하는 규정이 단속규정임은 분명하다. 이에 반하여 일정한 법률행위를 금지 또는 제한하면서 그에 위반하는 경우에 행위자를 처벌하는 법규는, 우선 법률에서 법률행위의 무효를 명문으로 규정하는 때에는 문제가 없으나 **명문규정을 두고 있지 않은** 대부분의 경우에는 해당 법규의 입법취지에 의하여 판단할 수 밖에 없다.

즉 법규의 입법취지가 **단순히 일정한 행위를** 하는 것을 금지하려는 것인지, 아니면 법규가 정하는 **내용의 실현**을 완전히 금지하려는 것인가에 따라, 전자에 해당하면 단속규정이라고 하고, 후자에 해당하면 효력규정이라고 보아야 한다.

IV. 위반의 효과 (9점)

1. 직접적 위반의 효과

(1) 절대적 무효

이를 위반한 법률행위는 절대적 무효이므로 선의의 제 3 자에게도 대항할 수 있고, 당사자가 추인할 수도 없다. 판례는 일부만이 강행규정에 위반하는 경우 강행규정의 입법취지를 고려하여 일부무효 여부를 판단한다.

(2) 부당이득반환

이행이 있기 전이라면 이행할 필요가 없고, 이미 이행이 있었다면 **부당이득으로** 반환청구할 수 있다(제 741 조). 판례는 강행규정 위반이 제 103 조 위반이 아니라면 **불법원인급여**(제 746 조)에 해당하지 않는다고 한다.

2. 간접적 위반의 효과 (탈법행위)

(1) 의의

탈법행위란 강행규정에 직접 위반하지는 않지만 강행규정이 금지하고 있는 **실질적 내용을 다른 수단으로** 달성하려는 행위를 뜻한다. 강행규정을 회피하는 행위 중에서 무효로 되는 것만 탈법행위에 해당한다.

탈법행위는 직접 강행법규에 위반하는 것은 아니지만 법규의 정신에 반하고 법규가 금지하고 있는 결과의 발생을 목적으로 하기 때문에 **무효**이다.

(2) 유효한 회피행위와 탈법행위의 구별

강행법규의 취지가 그것의 위반행위에 의한 **결과**를 절대로 인정하지 않으려는 것일 때에는 회피행위는 탈법행위라고 하여야 하고, 단지 **특정의 수단·형식**에 의하여 어떤 결과가 생기지 않게 하려는 것일 때에는 회피행위는 탈법행위가 아니고 유효하다고 하여야 한다.

(3) 구체적인 예(판례)

① 국유재산 처분사무의 공정성을 위하여 관련 사무 종사자의 국유재산 취득을 금지하고 있는바, **국유재산 관련 종사자**가 타인 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 강행규정인 (구)국유재산법 제 7 조의 적용을 회피하기 위한 ‘탈법행위’로서 무효라고 하였다.

② 반면에 판례는 **동산양도담보**는 물권법정주의(제 185 조) 규정을 회피하는 탈법행위는 아니라고 하였다.

V. 결론 (1점)

민법상 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 관한 규정을 강행법규(강행규정)이라고 하고, 강행법규에 반하는 법률행위는 절대적 무효이다.

5) 고태환 3순환 단문사례 자료집 31쪽.

【문제 3】 응소와 시효중단 (25점) 6)

I. 사실 (2점)

1. 소멸시효의 중단

1) 소멸시효의 중단이란, 소멸시효의 진행을 막고 그 동안에 진행한 시효 기간을 상실시키는 제도를 말한다.

2) 민법은 소멸시효의 중단사유로 ①청구, ② 압류·가압류·가처분, ③ 승인을 규정하고 있다(제 168 조). 그 중에서 ‘청구’ 에 관하여는 재판상 청구(제 170 조), 파산절차참가(제 171 조), 지급명령(제 172 조), 화해를 위한 소환, 임의출석(제 173 조), 최고(제 174 조) 등을 규정하고 있다.

2. 응소의 문제

상대방이 제기한 소에 대하여 응소하는 것도 제 170 조의 ‘재판상 청구’ 에 해당하는지는 **명문의 규정**이 없어 문제이다.

II. 재판상 청구에 응소가 포함되는지 여부 (8점)

1. 학설 및 검토

1) 재판상 청구에 시효중단효를 인정하는 근거에 대해서는 i) **권리행사설**(실체법설)과 ii) **권리확정설**(소송법설)이 대립하는데, 7) 전자는 응소를 재판상 청구에 포함시킬 수 있으나 후자는 이를 부정하는 쪽으로 논리가 연결된다.

2) 시효제도의 취지가 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는 데 있는 점을 감안한다면, 시효중단 사유로서의 재판상 청구는 **권리 위에 잠자지 않고** 권리를 행사하였다는 데서 그 이론적 근거를 찾아야 하므로 권리행사설이 타당하다. 따라서 응소도 일정한 경우 재판상 청구에 포함시킬 수 있다.

2. 판례의 태도

1) 전원합의체 판결로 종래의 부정적 입장을 변경하면서, 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 그 소송에서 **적극적으로 권리를 주장하고** 그것이 받아들여진 경우에도 제 170 조 1 항의 ‘재판상의 청구’ 에 포함된다고 보았다.

2) 그 근거로는 응소행위로서 권리위에 잠자는 자가 아님을 표명한 것이고, 계속된 사실상태와 양립할 수 없는 사정이 발생한 때에 해당하기 때문이라고 하였다.

III. 요건 (5점)

1. 채무자가 제기한 소일 것

1) 시효중단은 권리자가 의무자를 상대로 권리주장을 하는 것이다. 따라서 응소의 경우에도 ‘**채무자**’ 가 제기한 소에 대한 응소이어야 한다.

2) **물상보증인이 제기한** 저당권말소등기청구소송에서 채권자가 응소으로써 피담보채권의 존재를 주장하였다고 하더라도 이는 직접 채무자에 대하여 권리주장을 한 것으로 볼 수 없으므로 ‘재판상 청구’에 해당하지 않는다(판례).

6) 고태환 3순환 단문사례 자료집 95쪽.

7) **권리행사설**은 시효중단의 근거를 권리자가 권리 위에 잠자지 아니하였음을 명백히 한 데서 구하고, 다만 권리행사의 명확성의 요청 때문에 재판상의 청구의 형식을 취하는 것이 필요할 뿐이라고 본다. 따라서 반드시 그 권리가 소송물이 되어 기판력이 발생할 것까지 요하지 않는다고 본다(실체법설).

반면에, **권리확정설**은 시효중단의 근거를 권리관계의 존부를 확정시켜 계속되던 사실관계를 법적으로 부정하는 것에서 구하므로, 시효중단사유로서의 재판상 청구는 그 권리가 판결의 주문에서 판단되어 기판력이 발생하는 소송물이어야 한다고 본다(소송법설).

2. 피고로서 응소하여 적극적인 권리주장을 할 것

1) 응소가 단순히 청구기각을 구하는 정도에 그치지 않고, 적극적인 권리주장을 하여야 한다.

2) 점유자가 ‘매매’ 를 원인으로 제기한 소유권이전등기 청구소송에서 소유자가 응소하여 **단순히 청구기각의 판결을 구한** 경우에는, 소유자가 자신의 소유권을 적극적으로 주장한 것이라 볼 수 없으므로 시효중단사유인 ‘재판상의 청구’ 에 해당하지 않는다(판례).

3. 권리주장이 받아들여질 것

IV. 효과 (7점)

1. 주장한 권리가 받아들여진 경우

1) **중단시기** 응소로서 주장한 권리의 소멸시효가 중단된다. 소멸시효는 피고가 **응소한 때**에 중단되며, 원고가 소를 제기한 때로 소급하는 것이 아니다.

2) **재진행시기** 원고가 제기한 소송이 계속되는 동안에는 응소행위도 계속되는 것으로 보아야 할 것이므로 그 **소송이 종료한 때**, 즉 판결이 확정된 때로부터 새롭게 소멸시효가 진행한다고 볼 것이다.

2. 원고의 소가 각하 또는 취하된 경우

피고가 응소하여 권리를 주장하였으나 그 소가 각하되거나 취하되는 등의 사유로 본안에서 그 권리주장에 관한 판단 없이 소송이 종료된 경우에도 **제 170 조 제 2 항을 유추적용**하여 그때부터 6 월 이내에 재판상의 청구 등 다른 시효중단조치를 취하면 응소시에 소급하여 시효중단의 효력이 발생한다(판례).

V. 변론주의와의 관계 (2점)

변론주의의 원칙상 응소행위만으로 바로 시효중단의 효과가 발생하는 것은 아니므로, 시효중단의 효과를 원하는 피고로서는 당해 소송 또는 다른 소송에서 응소행위로서 **시효가 중단되었다고 주장하여야** 한다(판례).

VI. 마치면서 (1점)

피고의 응소행위도 권리 위에 잠자지 않고 재판절차상 권리를 행사하는 것이라는 점에서 제 170 조 제 1 항의 ‘재판상 청구’ 에 해당한다고 보아야 한다. 다만 명문의 규정을 마련하여 그 요건과 효과를 명확히 하는 것이 바람직하다.