

21년 법원승진 민법 기출문제

【문 1】 근저당권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례 및 예규에 의함, 이하 [문40]까지 같음)

- ① 당사자 사이에 하나의 기본계약에서 발생하는 동일한 채권을 담보하기 위하여 여러 개의 부동산에 근저당권을 설정하면서 각각의 근저당권 채권최고액을 합한 금액을 우선변제받기 위하여 공동근저당권의 형식이 아닌 개별 근저당권의 형식을 취한 경우, 이러한 근저당권은 민법 제368조가 적용되는 공동근저당권이 아니라 피담보채권을 누적적으로 담보하는 근저당권에 해당한다.
- ② 누적적 근저당권은 공동근저당권과 달리 담보의 범위가 중첩되지 않으므로, 누적적 근저당권을 설정받은 채권자는 여러 개의 근저당권을 동시에 실행할 수도 있고, 여러 개의 근저당권 중 어느 것이라도 먼저 실행하여 그 채권최고액의 범위에서 피담보채권의 전부나 일부를 우선변제받은 다음 피담보채권이 소멸할 때까지 나머지 근저당권을 실행하여 그 근저당권의 채권최고액 범위에서 반복하여 우선변제를 받을 수 있다.
- ③ 채권자 아닌 제3자를 근저당권 명의로 하여 근저당권을 설정하는 것은 설령 그 점에 관하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권이 제3자에게 이전 또는 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있더라도 부동산 물권에 관하여 명의신탁을 금지하는 '부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률'에 비추어 유효로 볼 수 없다.
- ④ 근저당권설정자 또는 그로부터 소유권을 이전받은 제3취득자는 피담보채무가 소멸된 경우 또는 근저당권설정등기가 당초부터 원인무효인 경우 등에 근저당권의 현재의 명의인인 양수인을 상대로 주등기인 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있으나, 근저당권자로부터 양수인 앞으로의 근저당권 이전이 무효라는 사유를 내세워 양수인을 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구할 수는 없다.

해설)③(X) 근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 하고, 다만 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 관하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다(대판 (전) 2001.3.15, 99다48948).

【문 2】 법인의 대표기관, 이행보조자에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 민법 제391조는 이행보조자의 고의·과실을 채무자의 고의·과실로 본다고 정하고 있는데, 이러한 이행보조자는 채무자의 의사 관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 충분하고 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니다.
- ② 이행보조자가 채무의 이행을 위하여 제3자를 복이행보조자로 사용하는 경우에도 채무자가 이를 승낙하였거나 적어도 묵시적으로 동의한 경우 채무자는 복이행보조자의 고의·과실에 관하여 민법 제391조에 따라 책임을 부담한다.
- ③ 법인이 대표기관을 통하여 법률행위를 한 때에는 그 법률행위의 효과는 대표자 개인이 아니라 본인인 법인에게 귀속되지만, 채무불이행으로 인한 손해배상책임은 본인인 법인과 함께 대표기관 개인도 그 책임의 귀속주체가 되는 것이 원칙이다.
- ④ 법인의 대표기관이 법인과 사이에 계약을 체결한 거래상대방인 제3자에 대하여 자연인으로서 민법 제750조에 기한 불법행위책임을 진다고 보기 위해서는, 그 대표기관의 행위가 법인의 내부행위를 벗어나 제3자에 대한 관계에서 사회상규에 반하는 위법한 행위라고 인정될 수 있는 정도에 이르러야 한다.

해설)③(X) 적법한 대표권을 가진 자와 맺은 법률행위의 효과는 대표자 개인이 아니라 본인인 법인에 귀속하고, 마찬가지로 그러한 법률행위상의 의무를 위반하여 발생한 채무불이행으로 인한 손해배상책임도 대표기관 개인이 아닌 법인만이 책임의 귀속주체가 되는 것이 원칙이다(대판 2019.5.30. 2017다53265).

【문 3】 조합 청산에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 조합의 해산으로 선임된 청산인에 대하여 조합원은 법원에 해임을 청구할 수 있고, 그와 같은 해임 청구권을 피보전권리로 하여 청산인에 대한 직무집행정지와 직무대행자선임을 구하는 가처분을 구할 수 있다.
- ② 조합관계가 종료되었는데 조합의 잔무로서 처리할 일이 없고 잔여재산의 분배만이 남아 있을 때에는 따로 청산절차를 밟을 필요가 없고, 비록 조합채무의 변제 사무가 완료되지 않은 사정이 있더라도 채권자가 조합원인 경우에는 동업체 자산을 보유하는 자가 동업체 자산에서 채권자 조합원에 대한 조합채무를 공제하여 분배대상 잔여재산액을 산출한 다음, 다른 조합원들에게 잔여재산 중 각 조합원의 출자가액에 비례한 몫을 반환함과 아울러 채권자 조합원에게 조합채무를 이행함으로써 별도의 청산절차를 거침이 없이 간이한 방법으로 공평한 잔여재산의 분배가 가능하다.
- ③ 조합원이 부동산 사용권을 존속기한을 정하지 않고 출자하였다가 탈퇴한 경우 특별한 사정이 없는 한 탈퇴 시 조합재산인 부동산 사용권이 소멸한다고 볼 수는 없고, 그러한 사용권은 공동사업을 유지할 수 있도록 일정한 기간 동안 존속하므로, 탈퇴 조합원이 남은 조합원으로 하여금 부동산을 사용·수익할 수 있도록 할 의무를 이행하지 않음으로써 남은 조합원에게 손해가 발생하였다면 탈퇴 조합원은 그 손해를 배상할 책임이 있다.
- ④ 2인으로 구성된 조합의 조합원 중 1인이 선량한 관리자의 주의의무 위반 또는 불법행위 등으로 인하여 조합에 대하여 손해배상책임을 지게 되고 또한 그로 인하여 조합 관계마저 그 목적 달성이 불가능하게 되어 종료되고 달리 조합의 잔여업무가 남아 있지 않은 상황에서 조합재산의 분배라는 청산절차만이 남게 된 경우에, 다른 조합원은 조합에 손해를 가한 조합원을 상대로 선량한 관리자의 주의의무 위반 또는 불법행위에 따른 손해배상채권액 중 자신의 출자가액 비율에 의한 몫에 해당하는 돈을 청구하는 형식으로 조합관계의 종료로 인한 잔여재산의 분배를 청구할 수 있다.

해설)①(X) 조합이 해산한 때 청산은 총조합원 공동으로 또는 그들이 선임한 자가 그 사무를 집행하고 청산인의 선임은 조합원의 과반수로서 결정한다(민법 제721조 제1항, 제2항). 민법은 조합원 중에서 청산인을 정한 때 다른 조합원의 일치가 아니면 청산인인 조합원을 해임하지 못한다고 정하고 있을 뿐이고(제723조, 제708조), 조합원이 법원에 청산인의 해임을 청구할 수 있는 규정을 두고 있지 않다. 민법상 조합의 청산인에 대하여 법원에 해임을 청구할 권리가 조합원에게 인정되지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 해임청구권을 피보전권리로 하여 청산인에 대한 직무집행정지와 직무대행자선임을 구하는 가처분은 허용되지 않는다(대결 2020.4.24. 2019마6918).

【문 4】 유류분반환청구권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 유류분 권리자가 원물반환의 방법에 의하여 유류분 반환을 청구하고 그와 같은 원물반환이 가능하다면 특별한 사정이 없는 이상 법원은 원물반환을 명하여야 한다.
- ② 유류분반환청구권은 원칙적으로 채권자대위권의 목적이 될 수 없다.
- ③ 유류분반환청구권의 행사는 재판상 또는 재판 외에서 상대방에 대한 의사표시의 방법으로 할 수 있고, 이 경우 그 의사표시는 침해를 받은 유증 또는 증여행위를 지정하여 이에 대한 반환청구의 의사를 표시하면 족하다.
- ④ 공동상속인 중에 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 사람이 있는 경우, 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정되지 않더라도 유류분반환청구소송에서 기여분을 주장할 수 있다.

해설)④(X) 기여분은 상속재산분할의 전제문제로서의 성격을 가지는 것으로서, 상속인들의 상속분을 일정 부분 보장하기 위하여 피상속인의 재산처분의 자유를 제한하는 유류분과는 서로 관계가 없다고 할 것이다. 따라서 공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 사람이 있을지라도 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정되지 않은 이상 유류분반환청구소송에서 자신의 기여분을 주장할 수 없음은 물론이거니와, 설령 공동상속인의 협의 또는 가정법원의 심판으로 기여분이 결정되었다고 하더라도 유류분을 산정함에 있어 기여분을 공제할 수 없고, 기여분으로 인하여

유류분에 부족이 생겼다고 하여 기여분에 대하여 반환을 청구할 수도 없다(대판 2015.10.29. 2013다 60753).

【문 5】 채권자취소권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채권자취소소송으로 원상회복된 채무자의 재산에 관하여 강제집행절차가 개시되면 채권자취소소송의 피고였던 수익자인 채권자도 그 집행권원을 갖추어 강제집행절차에서 배당을 요구할 권리가 있다.
- ② 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 채권자취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없어지게 되는 것은 아니고, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소 다른 채권자의 채권자취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.
- ③ 수익자가 채권자취소에 따른 원상회복으로서 가액배상을 할 때에 채무자에 대한 채권자라는 이유로 채무자에 대하여 가지는 자기의 채권과의 상계를 주장할 수는 없다.
- ④ 채권자취소권도 채권자가 채무자를 대위하여 행사하는 것이 가능하나, 채권자취소권을 대위행사하는 채권자가 취소원인을 안 지 1년이 지난 경우라면 채권자취소의 소를 제기할 수 없다.

해설)④(X) 민법 제404조 소정의 채권자대위권은 채권자가 자신의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 자신의 이름으로 행사할 수 있는 권리라 할 것이므로, 채권자가 채무자의 채권자취소권을 대위행사하는 경우, 채소기간은 대위의 목적으로 되는 권리의 채권자인 채무자를 기준으로 하여 그 준수 여부를 가려야 할 것이고, 따라서 채권자취소권을 대위행사하는 채권자가 취소원인을 안 지 1년이 지났다 하더라도 채무자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 내라면 채권자취소의 소를 제기할 수 있다(대판 2001.12.27. 2000다73049).

【문 6】 전세권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 전세권자가 전세권설정계약 또는 그 목적물의 성질에 의하여 정하여진 용법으로 이를 사용, 수익하지 아니한 경우에는 전세권설정자는 전세권의 소멸을 청구할 수 있다.
- ② 전세권 소멸시 목적부동산의 반환 및 전세권설정등기의 말소등기에 필요한 서류의 교부의무와 전세금반환의무는 동시이행의 관계에 있다.
- ③ 전세기간 만료 이후 전세권양도계약 및 전세권이전의 부기등기가 이루어진 경우 전세권이 담보물권적 성격도 가지는 이상 부종성과 수반성이 있는 것이므로 이로써 당연히 전세금반환채권 또한 이전되었다고 할 것이어서 확정일자 있는 증서에 의한 채권양도절차를 거치지 않더라도 전세금반환채권의 압류·전부 채권자 등 제3자에게 대항할 수 있다.
- ④ 건물의 일부에 대하여 전세권이 설정되어 있는 경우 그 전세권자는 전세권의 목적이 아닌 나머지 건물부분에 대하여는 경매신청을 할 수 없다.

해설)③(X) 전세기간 만료 이후 전세권양도계약 및 전세권이전의 부기등기가 이루어진 것만으로는 전세금반환채권의 양도에 관하여 확정일자 있는 통지나 승낙이 있었다고 볼 수 없어 이로써 제3자인 전세금반환채권의 압류·전부 채권자에게 대항할 수 없다(대판 2005.3.25. 2003다35659).

【문 7】 부동산등기에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 동일인 명의로 소유권보존등기가 중복되어 있는 경우, 뒤에 경료된 중복등기는 실체권리관계에 부합하는 여부를 가릴 것 없이 무효이다.
- ② 근저당권설정등기가 불법말소된 경우 그 회복등기를 구하는 본안소송에서 승소판결을 받으면 후순위 근저당권자가 있더라도 바로 회복등기를 할 수 있다.
- ③ 자기 앞으로 소유권의 등기가 되어 있지 않았고 법률에 의하여 소유권을 취득하지도 않은 사람이 소유권자를 대위하여 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 청구할 수 있을 뿐인 경우에는 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구를 할 수 없다.
- ④ 멸실된 건물의 보존등기를 신축한 건물의 보존등기로 유용하는 것은 허용되지 않는다.

해설)②(X) 근저당권설정등기의 불법말소를 이유로 그 회복등기를 구하는 본안소송에서 원고가 승소

판결을 받는다고 하더라도 그 후순위 근저당권자가 있는 경우에는 바로 회복동기를 할 수 있는 것은 아니고 부동산등기법 제75조에 의하여 이해관계 있는 제3자인 후순위 근저당권자의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 하므로 원고로서는 후순위 근저당권자를 상대로 승낙을 구하는 소송을 별도로 제기하여 승소판결을 받아야 하고, 따라서 본안소송에서 원고가 승소판결을 받는다고 하더라도 그 기판력은 회복동기에 대한 승낙을 구하는 소송에는 미치지 아니하므로 후순위 근저당권자는 그 소송에서 위 근저당권이 불법으로 말소되었는지의 여부를 다룰 수 있는 것이기는 하지만, 말소회복등기소송에서의 사실인정관계가 승낙의사표시 청구소송에서도 유지되어 후순위 근저당권자는 선순위 근저당권을 수인하여야 할 것이기에 본안소송의 결과는 당연히 후순위 근저당권자를 상대로 승낙을 구하는 소에 사실상 영향을 미치게 됨으로써 후순위 근저당권자의 권리의 실현 또는 법률상의 지위가 침해될 염려가 있다 할 것이다. 따라서 후순위 근저당권자에게는 원·피고들에 대한 근저당권부존재확인청구라는 참가소송을 통하여 후일 발생하게 될 이러한 불안 내지 염려를 사전에 차단할 필요가 있는 것이고, 이러한 참가소송은 사해판결로 인하여 초래될 이러한 장애를 방지하기 위한 유효적절한 수단이 된다고 할 것이다(대판 2001.8.24. 2000다 12785, 12792).

【문 8】 점유자와 회복자의 관계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 민법 제201조 제1항은 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 선의의 점유자라 함은 과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신한 점유자를 말하고, 그와 같은 오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다.
- ② 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 유익비에 관하여는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 회복자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다.
- ③ 민법 제203조 제2항에 의한 점유자의 회복자에 대한 유익비상환청구권은 점유자가 비용을 지출할 당시의 소유자가 누구이었던지 관계없이 점유회복 당시의 소유자 즉 회복자에 대하여 행사할 수 있다.
- ④ 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우, 계약관계 등의 상대방이 아닌 점유회복 당시의 소유자에 대하여는 민법 제203조 제2항에 따라 지출비용의 상환을 구할 수 있다.

해설)④(X) 민법 제203조 2항에 의한 점유자의 회복자에 대한 유익비상환청구권은 점유자가 계약관계 등 적법하게 점유할 권리를 가지지 않아 소유자의 소유물반환청구에 응하여야 할 의무가 있는 경우에 성립되는 것으로서, 점유자가 유익비를 지출할 당시 계약관계 등 적법한 점유의 권원을 가진 경우에 그 지출비용의 상환에 관하여는 그 계약관계를 규율하는 법조항이나 법리 등이 적용되는 것이어서, 점유자는 그에 따른 비용상환청구권을 행사할 수 있을 뿐 민법 제203조 2항에 따른 지출비용의 상환을 구할 수는 없다(다만, 임차인이 경락인의 목적물인도청구에 대하여 임대인에 대한 유익비상환청구권에 기한 유치권으로써 대항할 수 있는 것은 별개이다)(대판 2003.7.25., 2001다 64752).

【문 9】 질권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 질권설정자는 질권자의 동의없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다.
- ② 타인에 대한 채무의 담보로 제3채무자에 대한 채권에 대하여 권리질권을 설정한 경우, 질권설정자가 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 때에는 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권의 목적인 채무를 변제하더라도 이로써 질권자에게 대항할 수 없다.
- ③ 질권의 목적인 채권의 양도행위는 질권자의 이익을 해하는 변경에 해당하여 질권자의 동의를 요한다.
- ④ 질권설정자와 제3채무자가 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하는 행위를 하였다고 하더라도 이는

질권자에 대한 관계에 있어 무효일 뿐이어서 특별한 사정이 없는 한 질권자 아닌 제3자가 그 무효의 주장을 할 수는 없다.

해설)③(X) 질권의 목적인 채권의 양도행위는 민법 제352조 소정의 질권자의 이익을 해하는 변경에 해당되지 않으므로 질권자의 동의를 요하지 아니한다(대판 2005.12.22, 2003다55059).

【문10】 저당권에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 저당권으로 담보된 채권에 질권을 설정한 경우 질권자와 질권설정자가 피담보채권만을 질권의 목적으로 하고 저당권은 질권의 목적으로 하지 않는 것은 저당권의 부종성에 반하므로 허용되지 않는다.
- ② 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보한다. 그러나 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다.
- ③ 저당권으로 담보한 채권이 시효의 완성 기타 사유로 인하여 소멸한 때에는 저당권도 소멸한다.
- ④ 저당권의 효력은 저당부동산에 대한 압류가 있는 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다. 그러나 저당권자가 그 부동산에 대한 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자에 대하여는 압류한 사실을 통지한 후가 아니면 이로써 대항하지 못한다.

해설)①(X) 저당권으로 담보된 채권에 질권을 설정한 경우 원칙적으로는 저당권이 피담보채권과 함께 질권의 목적이 된다고 보는 것이 합리적이지만, 질권자와 질권설정자가 피담보채권만을 질권의 목적으로 하고 저당권은 질권의 목적으로 하지 않는 것도 가능하고 이는 저당권의 부종성에 반하지 않는다. 이는 저당권과 분리해서 피담보채권만을 양도한 경우 양도인이 채권을 상실하여 양도인 앞으로 된 저당권이 소멸하게 되는 것과 구별된다(대판 2020.4.29. 2016다235411).

【문11】 점유취득시효에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 부동산에 대한 점유취득시효가 완성된 후 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관하여 제3자 명의의 소유권이전등기가 경료된 경우라 하더라도 당초의 점유자가 계속 점유하고 있고 소유자가 변동된 시점을 기산점으로 삼아도 다시 취득시효의 점유기간이 경과한 경우에는 점유자로서는 제3자 앞으로의 소유권 변동시를 새로운 점유취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장할 수 있다.
- ② 부동산의 취득시효가 완성된 후 토지소유자가 변동된 시점을 새로운 취득시효의 기산점으로 삼아 2차의 취득시효의 완성을 주장하려면 그 새로운 취득시효기간 중에는 등기명의자가 동일하고 소유자의 변동이 없어야만 한다.
- ③ 부동산에 관하여 적법·유효한 등기를 마치고 그 소유권을 취득한 사람이 자기 소유의 부동산을 점유하는 경우에는 그러한 점유는 취득시효의 기초가 되는 점유라고 할 수 없다.
- ④ 취득시효기간 중 계속해서 점유 부동산에 관하여 등기명의자가 동일한 경우에는 취득시효의 기산점을 어디에 두든지 간에 취득시효의 완성을 주장할 수 있는 시점에서 보아 그 기간이 경과한 사실만 확정되면 충분하므로, 전 점유자의 점유를 승계하여 자신의 점유기간을 통산하여 20년이 경과한 경우에 있어서도 전 점유자가 점유를 개시한 이후의 임의의 시점을 그 기산점으로 삼을 수 있다.

해설)②(X) 취득시효기간이 경과하기 전에 등기부상의 소유명의자가 변경된다고 하더라도 그 사유만으로는 점유자의 종래의 사실상태의 계속을 파괴한 것이라고 볼 수 없어 취득시효를 중단할 사유가 되지 못하므로, 새로운 소유명의자는 취득시효 완성 당시 권리의무 변동의 당사자로서 취득시효 완성이로 인한 불이익을 받게 된다 할 것이어서 시효완성자는 그 소유명의자에게 시효취득을 주장할 수 있는바, 이러한 법리는 새로이 2차의 취득시효가 개시되어 그 취득시효기간이 경과하기 전에

등기부상의 소유명의자가 다시 변경된 경우에도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다(대판 (전) 2009.7.16, 2007다15172,15189).

【문12】 해지에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 보험계약자 측의 부당한 보험금 청구나 보험금 수령으로 인하여 보험계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 보험계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유가 있음을 이유로 보험자가 보험계약을 해지하기 위해서는 보험자가 보험계약자에게 이를 사전에 설명하여야 한다.
- ② 민법 제640조에 더 잡아 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달함에 따라 임대인이 임대차계약을 해지하는 경우에는 전차인에 대하여 그 사유를 통지하지 않더라도 해지로서 전차인에게 대항할 수 있고, 해지의 의사표시가 임차인에게 도달하는 즉시 임대차관계는 해지로 종료된다.
- ③ 위임계약의 일방 당사자가 타방 당사자의 채무불이행을 이유로 위임계약을 해지한다는 의사표시를 하였으나 실제로는 채무불이행을 이유로 한 계약 해지의 요건을 갖추지 못한 경우라도, 특별한 사정이 없는 한 의사표시에는 민법 제689조 제1항에 따른 임의해지로서의 효력이 인정된다.
- ④ 제3채무자가 질권설정 사실을 승낙한 후 질권설정계약이 합의해지된 경우 질권설정자가 해지를 이유로 제3채무자에게 원래의 채권으로 대항하려면 질권자가 제3채무자에게 해지 사실을 통지하여야 하고, 만일 질권자가 제3채무자에게 질권설정계약의 해지 사실을 통지하였다면, 설사 아직 해지가 되지 아니하였다고 하더라도 선의인 제3채무자는 질권설정자에게 대항할 수 있는 사유로 질권자에게 대항할 수 있다.

해설)①(X) 보험계약자 측이 입원치료를 지급사유로 보험금을 청구하거나 이를 지급받았으나 그 입원치료의 전부 또는 일부가 필요하지 않은 것으로 밝혀진 경우, 입원치료를 받게 된 경우, 보험금을 부정 취득할 목적으로 입원치료의 필요성이 없음을 알면서도 입원을 하였는지 여부, 입원치료의 필요성이 없는 입원 일수나 그에 대한 보험금 액수, 보험금 청구나 수령 횟수, 보험계약자 측이 가입한 다른 보험계약과 관련된 사정, 서류의 조작 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 보험계약자 측의 부당한 보험금 청구나 보험금 수령으로 인하여 보험계약의 기초가 되는 신뢰관계가 파괴되어 보험계약의 존속을 기대할 수 없는 중대한 사유가 있다고 인정된다면 보험자는 보험계약을 해지할 수 있고, 위 계약은 장래에 대하여 그 효력을 잃는다. 한편 이러한 해지권은 신의성실의 원칙을 정한 민법 제2조에 근거한 것으로서 보험계약 관계에 당연히 전제된 것이므로, 보험자에게 사전에 설명할 의무가 있다거나 보험자가 이러한 해지권을 행사하는 것이 상법 제663조나 약관의 규제에 관한 법률 제9조 제2호를 위반한 것이라고 볼 수 없다. 보험자가 보험금 지급에 관한 심사를 하는 단계에서 지급요건을 충족하지 못한 것을 밝히지 못하고 보험금을 지급했다는 이유만으로, 보험자가 이러한 해지권을 행사하는 것이 보험계약상 신의성실의 원칙 위반이라고 볼 수도 없다(대판 2020.10.29. 2019다267020).

【문13】 착오로 인한 의사표시에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 민법 제109조는 의사표시에 착오가 있는 경우 이를 취소할 수 있도록 하여 표의자를 보호하면서도, 그 착오가 법률행위의 내용의 중요 부분에 관한 것이 아니거나 표의자의 중대한 과실로 인한 경우에는 그 취소권 행사를 제한하는 한편, 표의자가 의사표시를 취소하는 경우에도 그 취소로 선의의 제3자에게 대항하지 못하도록 하여 거래의 안전과 상대방의 신뢰를 아울러 보호하고 있다.
- ② 민법 제109조 제1항 단서는 의사표시의 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 그 의사표시를 취소하지 못한다고 규정하고 있으므로, 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우라도 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라면 표의자는 그 의사표시를 취소할 수 없다.
- ③ 동기의 착오가 법률행위의 내용의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 아니하였으리라고 여겨질 정도로 그 착오가 중요한 부분에 관한 것이어야 한다.
- ④ 민법 제109조는 그 적용을 배제하는 취지의 별도의 규정이 있거나 당사자의 합의로 그 적용을 배

제하는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 모든 사법상의 의사표시에 적용된다.
 해설)②(X) 상대방이 표의자의 착오를 알고 이를 이용한 경우에는 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 것이라고 하더라도 표의자는 의사표시를 취소할 수 있다(대판 2014.11.27. 2013다49794).

【문14】 임대차보증금에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 부동산 임대차에서 수수된 보증금은 차임채무, 목적물의 멸실·훼손 등으로 인한 손해배상채무 등 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서 이와 같은 피담보채무 상당액은 임대차관계의 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제된다.
- ② 임대차 존속 중 차임을 연체하더라도 이는 임대차 종료 후 목적물 인도 시에 임대차보증금에서 일괄 공제하는 방식에 의하여 정산하기로 약정한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 차임채권의 소멸시효는 임대차계약에서 정한 지급기일부터 진행한다.
- ③ 임대인은 임대차관계가 계속되고 있는 동안에는 임대차보증금에서 연체차임을 충당할 것인지 여부를 자유로이 선택할 수 있으므로, 임대차계약의 종료 전에는 공제 등의 별도의 의사표시 없이 연체차임이 임대차보증금에서 당연히 공제되는 것은 아니다.
- ④ 임대차계약의 종료 전에 이미 소멸시효가 완성된 연체차임은 임대차 보증금에서 공제할 수 없다. 이는 차임 지급채무가 상당기간 연체되고 있음에도 임대인과 임차인 모두 연체차임이 임대차보증금에 의하여 담보되는 것으로 신뢰하고 임대차관계를 지속해 온 경우에도 마찬가지이다.

해설)④(X) 민법 제495조는 “소멸시효가 완성된 채권이 그 완성 전에 상계할 수 있었던 것이면 그 채권자는 상계할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이는 당사자 쌍방의 채권이 상계적상에 있었던 경우에 당사자들은 채권·채무관계가 이미 정산되어 소멸하였다고 생각하는 것이 일반적이라는 점을 고려하여 당사자들의 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 다만 이는 ‘자동채권의 소멸시효 완성 전에 양채권이 상계적상에 이르렀을 것’을 요건으로 하는데, 임대인의 임대차보증금 반환채무는 임대차계약이 종료된 때에 비로소 이행기에 도달하므로, 임대차 존속 중 차임채권의 소멸시효가 완성된 경우에는 소멸시효 완성 전에 임대인이 임대차보증금 반환채무에 관한 기한의 이익을 실제로 포기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 양채권이 상계할 수 있는 상태에 있었다고 할 수 없다. 그러므로 그 이후에 임대인이 이미 소멸시효가 완성된 차임채권을 자동채권으로 삼아 임대차보증금 반환채무와 상계하는 것은 민법 제495조에 의하더라도 인정될 수 없지만, 임대차 존속 중 차임이 연체되고 있음에도 임대차보증금에서 연체차임을 충당하지 않고 있었던 임대인의 신뢰와 차임연체 상태에서 임대차관계를 지속해 온 임차인의 묵시적 의사를 감안하면 연체차임은 민법 제495조의 유추적용에 의하여 임대차보증금에서 공제할 수는 있다(대판 2016.11.25. 2016다211309).

【문15】 표현대리에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 어음행위의 위조에 관하여도 민법상의 표현대리에 관한 규정이 적용 또는 유추적용되고, 이 때 그 규정의 적용을 주장할 수 있는 자에는 약속어음의 배서행위의 직접 상대방인 당해 배서의 피배서인뿐만 아니라 그 피배서인으로부터 다시 어음을 취득한 자도 포함된다.
- ② 민법 제126조 소정의 권한을 넘는 표현대리 규정은 법정대리에도 적용되므로, 한정치산자의 후견인이 친족회의 동의를 얻지 않고 피후견인의 부동산을 처분하는 행위를 한 경우에도 상대방이 친족회의 동의가 있다고 믿은 데에 정당한 사유가 있는 때에는 본인인 한정치산자에게 그 효력이 미친다.
- ③ 도시 및 주거환경정비법에 의한 주택재건축조합 총회결의의 정족수에 관하여 강행규정이 유추적용되어 과반수보다 가중된 정족수에 의한 결의가 필요하다고 인정되는 경우, 그러한 결의 없이 체결된 계약에 대하여는 표현대리의 법리가 유추적용될 수 없다.
- ④ 증권회사 또는 그 임·직원의 부당권유행위를 금지하는 증권거래법 제52조 제1호는 강행법규로서 이에 위배되는 주식거래에 관한 투자수익보장약정은 무효이고, 투자수익보장이 강행법규에 위반되어 무효인 이상 증권회사의 지점장에게 그와 같은 약정을 체결할 권한이 수여되었는지 여부에 불

구하고 그 약정은 여전히 무효이므로 표현대리의 법리가 준용될 여지가 없다.

해설)①(X) 어음행위의 위조에 관하여도 민법상의 표현대리에 관한 규정이 적용 또는 유추적용되고, 다만 이 때 그 규정의 적용을 주장할 수 있는 자는 어음행위의 직접 상대방에 한한다고 할 것이며, 약속어음의 배서행위의 직접 상대방은 당해 배서의 피배서인만을 가리키고 그 피배서인으로부터 다시 어음을 취득한 자는 위 배서행위의 직접 상대방이 아니라 제3취득자에 해당하며, 어음의 제3취득자는 어음행위의 직접 상대방에게 표현대리가 인정되는 경우에 이를 원용하여 피위조자에 대하여 자신의 어음상의 권리를 행사할 수가 있을 뿐이다(대판 1999.12.24. 99다13201).

【문16】 변제공탁에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채무 일부에 대한 공탁은 그 부족액이 아주 근소하다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 공탁 부분에 관하여서도 채무소멸의 효과가 발생하지 않는다.
- ② 변제공탁이 적법한 경우에도 그 후 공탁물 출급청구권에 대하여 가압류 집행이 되면 변제공탁은 채무변제로서의 효력이 없다.
- ③ 채무자가 채권자의 상대의무이행과 동시에 변제할 경우에는 채권자는 그 의무이행을 하지 아니하면 공탁물을 수령하지 못한다.
- ④ 변제공탁에 있어서 채권자에게 반대급부 기타 조건의 이행의무가 없음에도 불구하고 채무자가 이를 조건으로 공탁한 때에는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 변제공탁은 무효이다.

해설)②(X) 변제공탁이 적법한 경우에는 채권자가 공탁물 출급청구를 하였는지와 관계없이 공탁을 한 때에 변제의 효력이 발생하고, 그 후 공탁물 출급청구권에 대하여 가압류 집행이 되더라도 변제의 효력에 영향을 미치지 아니한다(대판 2011.12.13. 2011다11580).

【문17】 이행지체에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채무의 이행에 관하여 기한이 정하여 있지 않은 경우 채무자는 이행청구를 받은 날로부터 이행지체의 책임을 진다.
- ② 불법행위로 인한 손해배상채무는 성립과 동시에 지체에 빠진다.
- ③ 당사자 사이에 정지조건부 기한이익상실의 특약이 있는 경우에 특별한 사정이 없는 한 그 특약에 정한 기한이익의 상실사유가 발생함과 동시에 채무자는 이행지체에 빠진다.
- ④ 채무의 이행에 불확정기한이 있는 경우에는 채무자는 기한이 도래함을 안 때부터 지체책임을 진다.

해설)①(X) 기한의 정함이 없는 경우에는 그 이행의 청구를 받은 다음날로부터 이행지체의 책임을 진다(대판 1988.11.8. 88다3253).

【문18】 신의성실의 원칙에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 신의칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.
- ② 신의성실의 원칙은 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로서 실정법이나 계약을 형식적이고 엄격하게 적용할 때 생길 수 있는 부당한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하는 작용을 하므로, 사적 자치나 계약자유도 신의칙에 따라 제한될 수 있다.
- ③ 사정변경을 이유로 한 계약해제는 계약 성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으

로서, 계약 내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 인정된다.

- ④ 신의성실의 원칙을 들어 시효 완성의 효력을 부정하는 것은 법적 안정성의 달성, 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 그 이념으로 삼고 있는 소멸시효 제도에 부합하지 않으므로 허용될 수 없다.

해설)④(X) 소멸시효 제도는 법적 안정성의 달성 및 입증곤란의 구제 등을 이념으로 하는 것이므로 그 적용요건에 해당함에도 불구하고 신의성실의 원칙을 들어 시효 완성의 효력을 부정하는 것은 매우 예외적인 제한에 그쳐야 한다. 따라서 위 권리행사의 '상당한 기간'은 특별한 사정이 없는 한 민법상 시효정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 하고, 특히 불법행위로 인한 손해배상청구 사건에서는 매우 특수한 개별 사정이 있어 그 기간을 연장하여 인정하는 것이 부득이한 경우에도 민법 제766조 제1항이 규정한 단기소멸시효기간인 3년을 넘어서는 아니 된다고 할 것이다(대판 2017.12.5. 2017다252987,252994).

【문19】한정승인에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 상속인이 한정승인의 신고를 하게 되면 피상속인의 채무에 대한 한정승인자의 책임은 상속재산으로 한정되고, 그 결과 상속채권자는 특별한 사정이 없는 한 상속인의 고유재산에 대하여 강제집행을 할 수 없으며 상속재산으로부터만 채권의 만족을 받을 수 있다.
- ② 한정승인자의 고유채권자가 상속재산에 관하여 저당권 등의 담보권을 취득한 경우, 그 담보권을 취득한 채권자와 상속채권자 사이의 우열관계는 민법상 일반원칙에 따라야 하고 상속채권자가 우선적 지위를 주장할 수 없다.
- ③ 상속재산에 관하여 담보권을 취득하였다는 등 사정이 없는 이상, 한정승인자의 고유채권자는 상속채권자가 상속재산으로부터 그 채권의 만족을 받지 못한 상태에서 상속재산을 고유채권에 대한 책임재산으로 삼아 이에 대하여 강제집행을 할 수 없다.
- ④ 채권과 채무가 동일한 주체에 귀속한 때에 채권은 혼동에 의하여 소멸하게 되므로, 상속인이 피상속인에 대하여 가지고 있는 채권과 채무는 상속인이 한정승인을 하더라도 소멸된다.

해설)④(X) 상속인이 한정승인을 한 때에는 피상속인에 대한 상속인의 재산상 권리의무는 소멸하지 아니한다(제1031조).

【문20】손해배상액의 예정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 예정배상액을 구하기 위하여 채무불이행 사실의 증명이 있으면 되고, 손해발생의 사실 및 실제의 손해액을 증명하여야 하는 것은 아니다.
- ② 채무자는 채권자와 사이에 채무불이행에 있어 채무자의 귀책사유를 묻지 아니한다는 약정을 하지 아니한 이상 자신의 귀책사유가 없음을 주장·입증함으로써 예정배상액의 지급책임을 면할 수 있다.
- ③ 손해배상액이 예정되어 있는 경우, 채무불이행으로 인한 손해의 발생 및 확대에 채권자에게도 과실이 있다면 손해배상 예정액을 감액하는 것과 별도로 채권자의 과실을 들어 과실상계를 할 수 있다.
- ④ 손해배상 예정액이 부당하게 과다한 경우에는 법원은 당사자의 주장이 없더라도 직권으로 이를 감액할 수 있다.

해설)③(X) 당사자 사이의 계약에서 채무자의 채무불이행으로 인한 손해배상액이 예정되어 있는 경우, 채무불이행으로 인한 손해의 발생 및 확대에 채권자에게도 과실이 있더라도 민법 제398조 제2항에 따라 채권자의 과실을 비롯하여 채무자가 계약을 위반한 경위 등 제반 사정을 참작하여 손해배상 예정액을 감액할 수는 있을지언정 채권자의 과실을 들어 과실상계를 할 수는 없다(대판 2016.6.10. 2014다200763).

21년 법원승진 민사소송법 기출문제

【문21】 변론주의에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 어떤 권리의 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이므로 변론주의의 적용대상이 되지 않는다.
- ② 법정변제충당의 순서를 정함에 있어 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항은 구체적 사실로서 자백의 대상이 될 수 있으나, 법정변제충당의 순서 자체는 법률의 규정의 적용에 의하여 정하여지는 법률상의 효과여서 그에 관한 진술이 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백으로 볼 수 없다.
- ③ 원고가 사해행위 전부의 취소와 원상회복으로서 원물반환을 구하고 있는데 심리 결과 원물반환이 불가능하다면 원상회복청구는 기각하여야 하고, 변론주의의 원칙상 청구취지의 변경 없이 가액배상을 명할 수는 없다.
- ④ 시효소멸을 주장하는 당사자가 채권의 이행기에 관한 주장만 하고 그 이행기로부터 소 제기 전에 소멸시효기간이 도과한 사실에 관하여는 주장을 하지 않더라도 소멸시효기간의 도과 여부는 역수상 명백한 공지의 사실로서 시효소멸을 주장하는 당사자의 주장에 묵시적으로 포함되어 있다고 보아도 무방하다.

답 -

해설)①(O) 대판 2013.2.15. 2012다68217

- ②(O) 법정충당의 순서 자체는 법률 규정의 적용에 의하여 정하여지는 법률상의 효과이어서 그에 관한 진술은 비록 그 진술자에게 불리하더라도 이를 자백이라 볼 수 없으나, 법정충당의 순서를 정함에 있어 기준이 되는 이행기나 변제이익에 관한 사항은 구체적 사실로서 자백의 대상이 된다(대판 1998.7.10. 98다6763).
- ③(X) 원고가 사해행위 전부의 취소와 원물반환을 구하고 있더라도 그 청구취지 중에는 사해행위의 일부취소와 가액배상을 구하는 취지도 포함되어 있으므로, 법원으로서는 청구 취지의 변경이 없더라도 바로 가액배상을 명할 수 있다(대판 2002.11.8. 2002다51489).
- ④(O) 시효소멸을 주장하는 당사자가 채권의 이행기에 관한 주장만 하고 그 이행기로부터 소 제기 전에 소멸시효기간이 도과한 사실에 관하여는 주장을 하지 않더라도 소멸시효기간의 도과 여부는 역수상 명백한 공지의 사실로서 시효소멸을 주장하는 당사자의 주장에 묵시적으로 포함되어 있다고 보아야 할 것이다.

【문22】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소송결과에 이해관계가 있는 제3자는 한 쪽 당사자를 돕기 위하여 법원에 계속 중인 소송에 참가할 수 있다. 다만, 소송결과를 현저하게 지연시키는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 당사자가 참가에 대하여 이의를 신청하지 아니한 채 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 경우에는 이의를 신청할 권리를 잃는다.
- ③ 소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나, 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 제3자는 당사자의 양 쪽 또는 한 쪽을 상대방으로 하여 당사자로서 소송에 참가할 수 있다.
- ④ 소송목적이 한 쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우 그 제3자는 공동소송인으로 소송에 참가할 수 없다.

답 -

해설)①(O) 제71조

- ②(O) 참가신청에 대하여는 피참가인의 상대방은 물론 피참가인 자신도 이의신청을 할 수 있다. 다만 이의신청 없이 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 때에는 이의신청권을 상실한다(민소 제74조).
- ③(O) '독립당사자참가'란 타인 간의 소송계속 중에 당사자의 양쪽 또는 어느 한 쪽을 상대방으로 하여 그 소송과 관련된 자기의 청구에 대하여 동시에 심판을 구하기 위하여 하는 소송참가를 말한다(민소 제79조 1항).
- ④(X) '공동소송참가'란 소송목적이 한 쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우에 그

제3자가 계속중의 소송에 공동소송인으로서 참가하는 것을 말하는데(민소 제83조, 대판 2001.7.13. 2001다13013), 이 경우 참가인과 피참가인 간에는 필수적 공동소송 관계가 생긴다.

【문23】 독립당사자참가에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 권리주장 참가의 경우 원고가 본소에서 주장하는 권리와 독립당사자참가인이 주장하는 권리가 논리적으로 양립할 수 없는 관계에 있어야 한다.
- ② 독립당사자참가인의 권리 또는 법률상 지위가 원고로부터 부인당하거나 또는 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위협을 받거나 방해받을 경우에는 독립당사자참가인은 원고를 상대로 자기의 권리 또는 법률관계의 확인을 구하여야 하며, 그렇지 않고 원고가 자신의 주장과 양립할 수 없는 제3자에 대한 권리 또는 법률관계를 주장한다고 하여 원고에 대하여 원고의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 할 수 없다.
- ③ 제1심에서 원고 및 독립당사자참가인 패소, 피고 승소의 본안판결이 선고된 데 대하여 원고만이 항소한 경우, 실제로 상소를 제기하지도 당하지도 않은 독립당사자참가인에 대한 판결부분도 확정이 차단되고 그에 관한 소송관계가 항소심으로 이심되나, 위 독립당사자참가인에 대한 판결부분은 항소심의 심판대상이 되지 않는다.
- ④ 편면적 참가인지 여부에 관계없이 양쪽 당사자에게 지체 없이 독립당사자신청서 부분을 송달하여야 한다.

답 -

- 해설) ①(O) 원고가 본소에서 주장하는 권리와 참가인이 주장하는 권리가 논리적으로 양립할 수 없는 관계에 있어야 한다. 예컨대, 원고의 소유권에 기한 인도 청구에 대하여 참가인도 소유권을 주장하는 경우가 전형적인 예일 것이나, 배타성과 대세적 효력이 있는 물권뿐만 아니라 채권의 경우에도 논리적으로 양립할 수 없는 경우에는 독립당사자참가가 가능하다.
- ②(O) 독립당사자참가인의 권리 또는 법률상의 지위가 원고로부터 부인당하거나 또는 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위협을 받거나 방해받을 경우에는 독립당사자참가인은 원고를 상대로 자기의 권리 또는 법률관계의 확인을 구하여야 하고, 원고 주장의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재 한다는 것만의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다(대판 2012.6.28. 2010다54535, 대판 2013.11.28. 2011다74192, 대판 2014.11.13. 2009다71312).
- ③(X) 제1심에서 원고 및 참가인 패소, 피고 승소의 본안판결이 선고된 데 대하여 원고만이 항소한 경우, 실제로 상소를 제기하지도 당하지도 않은 참가인에 대한 판결부분도 확정이 차단되고 그에 관한 소송관계가 이심되어 항소심의 심판대상이 되므로 항소심으로서 참가인의 원고·피고에 대한 청구에 대하여도 같은 판결로 판단하여야 한다(대판 1991.3.22. 90다19329).
- ④(O) 편면적 참가인지 여부에 관계없이 양쪽 당사자에게 지체 없이 신청서 부분을 송달하여야 한다(민소 제79조 2항, 제72조 2항, 민소규 제64조 2항).

【문24】 문서의 형식적 증거력에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 제출자 자신이 작성한 문서 또는 제3자 작성의 문서에 관하여 상대방이 부지라고 다투었는데 제출자가 성립의 진정을 증명하지 아니한 경우에도, 법원은 다른 증거에 의하지 아니하고 변론 전체의 취지를 참작하여 성립의 진정을 인정할 수 있다.
- ② 백지문서를 작성명의자 아닌 자가 보충한 경우에는, 그것이 정당한 권원에 기하여 이루어졌다는 점에 관하여 문서 제출자의 상대방이 증명할 책임이 있다.
- ③ 문서의 진정성립은 작성명의인의 의사에 기한 것이면 되므로, 반드시 자신의 자필일 필요는 없으나, 문서작성자의 날인은 반드시 필요하다.
- ④ 본인 또는 대리인의 서명행위 등이 있었음에 관하여 당사자 사이에 다툼이 없거나 다른 증거에 의하여 증명되더라도, 서명 이외의 나머지 부분이 가필 등으로 변조되거나 위조되었다고 다투어진 경우 그 문서 전체가 진정하게 성립된 것으로 추정되지 않는다.

답 -

- 해설) ①(O) 대판 1993.4.13. 92다12070. 여기서 변론 전체의 취지는 그 문서의 형태, 기재 내용, 제출자

와 작성자와의 관계, 상대방의 다투는 방법의 소극성 등에 대하여 종합적으로 평가하는 것을 의미한다.

- ②(X) 백지문서(작성명의인의 날인만 되어 있고 그 내용이 백지로 된 문서)를 작성명의자 아닌 자가 보충한 경우에는, 그것이 정당한 권원에 기하여 이루어졌다는 점에 관하여 문서 제출자가 입증할 책임이 있다(대판 1988.4.12. 87다카576).
- ③(X) 문서의 진정성립이란 입증자가 작성자라고 주장하는 자가 진실로 작성한 것이고 타인에 의하여 위조·변조된 것이 아님을 뜻한다. 작성명의인의 의사에 기한 것이면 되므로, 반드시 자신의 자필일 필요가 없으며 그의 승낙하에 작성되어도 상관없고, 문서작성자의 날인이 반드시 필요한 것도 아니다(대판 1994.10.14. 94다11590).
- ④(X) 본인 또는 대리인의 서명행위 등이 있었음에 관하여 당사자 사이에 다툼이 없거나 다른 증거에 의하여 증명된 때에는, 서명 이외의 나머지 부분이 가필 등으로 변조되거나 위조되었다고 다투어진 경우에도 그 문서 전체가 진정하게 성립된 것으로 추정되므로, 이를 다투는 쪽에서 그 변조 또는 위조의 사실을 입증할 책임을 부담한다(대판 1995.11.10. 95다4674).

【문25】 항소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 항소의 객관적, 주관적 범위는 항소장에 기재된 항소취지만을 기준으로 판단할 것은 아니고, 항소 취지와 함께 항소장에 기재된 사건명이나 사건번호, 당사자의 표시, 항소인이 취소를 구하는 제1심 판결의 주문 내용 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다.
- ② 항소장이 송달된 이후에도 항소장 각하명령을 할 수 있다.
- ③ 항소권을 포기하여 제1심판결이 확정된 후에 항소장이 제출되었음이 분명한 경우, 제1심 재판장은 항소장 각하명령을 할 수 있다.
- ④ 일부판결이나 추가판결에 대해서는 항소를 할 수 있으나, 중간판결에 대하여는 독립하여 항소할 수 없다.

답 -

해설)①(O) 민사소송법 제397조 제2항은 항소장에 당사자와 법정대리인, 제1심판결의 표시와 그 판결에 대한 항소의 취지를 적도록 하고 있을 뿐이므로, 항소장에는 제1심판결의 변경을 구한다는 항소인의 의사가 나타나면 충분하고 항소의 범위나 이유까지 기재되어야 하는 것은 아니다. 따라서 항소의 객관적, 주관적 범위는 항소장에 기재된 항소취지만을 기준으로 판단할 것은 아니고, 항소 취지와 함께 항소장에 기재된 사건명이나 사건번호, 당사자의 표시, 항소인이 취소를 구하는 제1심판결의 주문 내용 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다(대결 2020.1.30. 2019마5599,5600).

②(X) 항소심재판장은 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명해야 하고, 항소인이 이를 보정하지 않으면 항소장 각하명령을 해야 한다(민사소송법 제402조 제1항, 제2항 참조). 이러한 항소심재판장의 항소장 각하명령은 항소장 송달 전까지만 가능하다. 따라서 항소장이 피항소인에게 송달되어 항소심법원과 당사자들 사이의 소송관계가 성립하면 항소심재판장은 더 이상 단독으로 항소장 각하명령을 할 수 없다. 나아가 민사소송법 제79조에 의한 독립당사자참가소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고, 참가인 사이의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태이므로, 위 세 당사자들에 대해서는 하나의 종국판결을 선고하여 합일적으로 확정될 결론을 내려야 하고, 이러한 본안판결에 대해 일방이 항소한 경우 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다. 이처럼 항소심재판장이 단독으로 하는 항소장 각하명령에는 시기적 한계가 있고 독립당사자참가소송의 세 당사자들에 대하여는 합일적으로 확정될 결론을 내려야 하므로, 독립당사자참가소송의 제1심 본안판결에 대해 일방이 항소하고 피항소인 중 1명에게 항소장이 적법하게 송달되어 항소심법원과 당사자들 사이의 소송관계가 일부라도 성립한 것으로 볼 수 있다면, 항소심재판장은 더 이상 단독으로 항소장 각하명령을 할 수 없다(대결 2020.1.30. 2019마5599,5600).

③(O) 항소권의 포기 등으로 제1심판결이 확정된 후에 항소장이 제출되었음이 분명한 경우에도 제1심 재판장은 항소장 각하명령을 할 수 있다(대결 2006.5.2. 2005마933).

④(O) 일부판결(민소 제200조)과 추가판결(제212조)은 모두 종국판결이므로 그에 대하여는 항소할 수 있으나, 중간판결(제201조)에 대하여는 독립하여 항소할 수 없다.

【문26】 소장심사 등에 관한 다음 설명 중 옳은 것으로 묶은 것은?

- ㉠ 원고가 송달료예납명령에 응하지 아니할 경우에는, 일단 소송계속이 이루어진 후 개개의 절차진행에 필요한 비용이 예납되지 아니한 경우와 달리, 소송계속 자체를 위한 최초의 소송절차인 소장의 송달에 필요한 비용이 예납되지 않은 것으로서 이를 소장의 송달불능의 한 형태로 보아 소장각하명령을 할 수 있다.
- ㉡ 소장부분이 피고에게 송달된 후에는 필수적 기재사항의 흠, 인지의 부족 등이 나중에 판명되어 원고가 보정명령에 불응하였더라도, 재판장이 소장각하명령을 할 수는 없고 반드시 법원이 소장하판결을 하여야 한다.
- ㉢ 보정명령서에 보정기간이 공란으로 되어 있어 보정기한이 지정된 바 없더라도 이는 적법한 보정명령이라고 볼 수 있다.
- ㉣ 원고가 소장에 대한 부족인지의 보정명령을 받고 송달료 수납은행에 인지액을 현금으로 납부하였더라도 위납부에 따른 영수필확인서를 법원에 제출하지 아니한 경우에는 곧바로 소장을 각하할 수 있다.
- ㉤ 주소보정명령에서 보정기간 내에 보정을 못한 것이 주소를 알 길이 없었던 데 따른 것이라 하여도 소장각하명령이 위법한 것은 아니다.

① ㉠, ㉡, ㉢

② ㉠, ㉢, ㉤

③ ㉡, ㉢, ㉣, ㉤

④ ㉠, ㉣, ㉤

답 -

해설)㉠(O) 원고가 예납명령에 응하지 아니할 경우에는, 일단 소송계속이 이루어진 후 개개의 절차진행에 필요한 비용이 예납되지 않은 경우와 달리, 소송계속 자체를 위한 최초의 소송절차인 소장의 송달에 필요한 비용이 예납되지 않은 것으로서 이를 소장의 송달불능의 한 형태로 보아 소장각하명령을 할 수 있다.

㉡(O) 소장이 피고에게 송달된 후에는 필수적 기재사항의 흠 인지의 부족 등이 나중에 판명 되어 원고가 보정명령에 불응하였더라도, 재판장이 소장각하명령을 할 수는 없고 반드시 법원이 소장하판결을 하여야 한다.

㉢(X) 보정명령서에 보정기간이 공란으로 되어 있어 보정기한이 지정된 바 없다면 이는 적법한 보정명령이라고 볼 수 없다(대결 1980.6.12. 80마160).

㉣(X) 인지보정의 효과가 발생하는 시점은 수납은행에 대한 납부시점이므로, 항소인이 송달료 수납은행에 현금을 납부하기만 하고 그 수납은행으로부터 받은 영수필확인서 및 영수필통지서를 보정기간 내에 법원에 제출하지 아니하였다 하더라도 제1심 재판장이 항소장 각하 명령을 내리는 것은 잘못이다(대결 2000.5.22. 2000마2434).

㉤(O) 보정기간 내에 보정을 하지 못한 것이 주소를 알 길이 없었던 탓이라 하여도 소장각하명령이 위법한 것은 아니다(대결 1968.9.24. 68마1029).

【문27】 청구이의의 소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 강제집행이 배당절차에 들어간 경우에는 채무자는 기본채권의 소멸을 이유로 청구이의의 소를 제기할 수 없다.
- ② 집행권원이 판결인 경우 이의권인은 변론종결 뒤의 사유에 한하나, 확정된 지급명령, 이행권고결정의 경우 이의사유의 발생시기에 제한이 없다.
- ③ 청구이의의 소는 집행권원의 전반적인 집행력의 배제를 구하는 것이므로 이미 실시된 개개의 구체

적인 집행처분의 불허를 구하는 것은 허용되지 않고, 이 경우 참여관은 제3자의의 소로 청구취지를 정정하라는 등의 보정권고를 한다.

- ④ 청구이의의 소 제기 없이 한 잠정처분(민사집행법 제46조 제2항)의 신청은 부적법하여 각하하여야 하고, 채무부존재확인의 소를 제기한 것만으로 위 규정의 잠정처분을 할 요건이 갖추어졌다고 할 수 없다.

답 -

해설)①(X) 강제집행이 배당절차에 들어간 경우에도 채무자는 기본채권의 소멸을 이유로 청구이의의 소를 제기할 수 있다(대판 1965.1.26. 64다886).

- ②(O) 집행권원이 판결인 때에는 변론종결(변론 없이 한 판결은 판결선고) 뒤의 사유에 한한다(제44조 제2항). 변론종결 뒤의 사유라면 채무자가 항소하지 아니하고 판결확정 후에 본소를 제기하여 주장하여도 무방하다. 따라서 항고로만 불복을 신청할 수 있는 재판, 인낙조서, 화해조서의 경우는 재판 또는 조서의 성립 후에 생긴 이의에 한한다. 그러나 확정된 지급명령·이행권고결정, 집행증서, 배상명령에는 기판력이 없으므로 이의사유의 발생시기에 제한이 없다.

- ③(O) 청구이의의 소는 집행권원의 전반적인 집행력의 배제를 구하는 것이므로 이미 실시된 개개의 구체적인 집행처분의 불허를 구하는 것은 허용되지 않는다(대판 1971.12.28. 71다1008). 따라서 참여관은 제3자의의 소로 청구취지를 정정하라는 등의 보정권고한다.

- ④(O) 대결 1981.8.21. 81마292, 채무부존재확인의 소를 제기한 것만으로 민집법 제46조 제2항에 따른 잠정처분을 할 요건이 갖추어졌다고 할 수 없다(대결 2015.1.30. 2014그553).

【문28】 판결의 확정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 항소가 부적법하여 각하된 때에는 항소각하판결 확정시에 판결이 확정된다.
② 상소가 허용되지 아니하는 판결은 판결선고와 동시에 판결이 확정된다.
③ 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우 판결은 확정되지 아니하고 항소기간 내라면 항소인은 다시 항소의 제기가 가능하다.
④ 대법원의 환송판결이 일부 부분만 파기환송하고 나머지 상고를 기각하였다면, 파기환송되지 않은 부분은 환송판결의 선고로써 확정된다.

답 -

해설)①(X) 제1심 법원의 판결에 대하여 항소를 제기한 경우에 항소가 부적법하여 각하된 때에는 항소기간 만료시에 소급하여 확정된다.

- ②(O) 상소가 허용되지 아니하는 판결 또는 불상소(不上訴)의 합의가 있는 때에는 그 선고와 동시에 확정된다(민소 제205조).

- ③(O) 소의 취하가 있으면 소송은 처음부터 항소심에 계속되지 아니한 것으로 보게 되나(민사소송법 제393조 제2항, 제267조 제1항), 항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기과 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, 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(대판 2016.1.14. 2015므3455).

- ④(O) 대법원의 환송판결이 일부 부분만 파기환송하고 나머지 상고를 기각하였다면, 파기환송되지 않은 부분은 환송판결의 선고로써 확정된다(대판 1995.3.10. 94다51543).

【문29】 공동소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 고유필수적 공동소송에 대하여 본안판결을 할 때에는 공동소송인 진원에 대한 하나의 종국판결을 선고하여야 하는 것이지 공동소송인 일부에 대해서만 판결하거나 남은 공동소송인에 대해 추가판결을 하는 것은 모두 허용될 수 없다.
② 필수적 공동소송에서 공동소송인 가운데 한 사람이 한 유리한 소송행위는 모두를 위하여 효력이 생기지만, 불리한 소송행위는 모두 함께 하지 않으면 효력이 생기지 않는다. 그러나 상대방의 소송행위는 공동소송인 가운데 한 사람에 대하여 하더라도 모두에게 효력이 있다.
③ 예비적·선택적 공동소송에서 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정이 차단되고 상소심에 이첩되어 심판대상이 되고, 이 경우 상소심의 심판대

상은 공동소송인들 및 상대방 당사자 사이의 결론의 합일화정 필요성을 고려하여 판단하여야 한다.

- ④ 분할 전 상속재산은 공유관계이므로, 이에 관한 소송은 필수적 공동소송이 아닌 통상공동소송으로 보아야 할 것이고, 마찬가지로 공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소 또한 통상공동소송이다.

답 -

해설)①(O) 대판 2011.6.24. 2011다1323

②(O) 민소 제67조

③(O) 대판 2011.2.24. 2009다43355

- ④(X) 분할 전 상속재산은 공유관계(민법 제1006조)이므로(대판 1996.2.9. 94다61649), 이에 관한 소송은 필수적 공동소송이 아닌 통상공동소송으로 보아야 할 것이다(대판 1993.2.12. 92다29801). 공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소는 고유필수적 공동소송이다(대판 2007.8.24. 2006다40980).

【문30】 기일의 해태에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 제1심에서 1회, 항소심에서 1회의 쌍방 기일해태가 있는 경우에는 2회 기일해태의 효과가 발생하지 않는다.
- ② 일단 자백간주의 효과가 발생한 후에는 그 이후의 기일통지서가 송달불능으로 되어 공시송달로 진행되었다 하더라도 그 자백간주의 효과는 그대로 유지된다.
- ③ 당사자의 주소, 거소 기타 송달할 장소를 알 수 없는 경우가 아님이 명백함에도 재판장이 당사자에 대한 변론기일 통지서를 공시송달에 의할 것으로 명함으로써 당사자에 대한 변론기일 통지서가 공시송달된 경우, 그 당사자는 각 변론기일에 적법한 절차에 의한 송달을 받았다고 볼 수 없으므로, 위 공시송달의 효력이 있다 하더라도 각 변론기일에 그 당사자가 출석하지 아니하였다고 하여 쌍방 불출석의 효과가 발생한다고 볼 수 없다.
- ④ 제1심에서 피고에 대하여 공시송달로 재판이 진행되어 피고에 대한 청구가 기각되어 원고가 항소한 항소심에서, 피고가 공시송달이 아닌 방법으로 송달받고도 다투지 아니한 경우 자백간주가 성립하지 않는다.

답 -

해설)①(O) 기일해태는 반드시 연속하여 2회 계속될 필요는 없고 단속적이어도 상관없으나, 적어도 동일 심급의 동종의 기일에서 2회 있어야 한다. 따라서 제1심에서 1회, 항소심에서 1회의 쌍방 기일해태가 있는 경우에는 2회 기일해태의 효과가 발생하지 않는다.

- ②(O) 일단 자백간주의 효과가 발생한 후에는 그 이후의 기일통지서가 송달불능으로 되어 공시송달로 진행되었다 하더라도 그 자백간주의 효과는 그대로 유지되므로, 증거로 판단하여 자백간주된 사실과 배치되는 사실인정을 하는 것은 위법하다(대판 1988.2.23. 87다카961).

③(O) 당사자의 주소, 거소 기타 송달할 장소를 알 수 없는 경우가 아님이 명백함에도 재판장이 당사자에 대한 변론기일 소환장을 공시송달에 의할 것으로 명함으로써 당사자에 대한 변론기일 소환장이 공시송달된 경우 그 당사자는 각 변론기일에 적법한 절차에 의한 송달을 받았다고 볼 수 없으므로, 위 공시송달의 효력이 있다 하더라도 각 변론기일에 그 당사자가 출석하지 아니하였다고 하여 쌍방 불출석의 효과가 발생한다고 볼 수 없다(대판 1997.7.11. 96트1380).

- ④(X) 제1심에서 피고에 대하여 공시송달로 재판이 진행되어 피고에 대한 청구가 기각되었다고 하여도 피고가 원고 청구원인을 다투는 것으로 볼 수 없으므로, 원고가 항소한 항소심에서 피고가 공시송달이 아닌 방법으로 송달받고도 다투지 아니한 경우에는 민사소송법 제150조의 자백간주가 성립된다(대판 2018.7.12. 2015다36167).

【문31】 소의 취하에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소의 취하에 대한 소송대리인의 동의는 소송대리권의 범위 내의 사항으로서 특별수권사항이 아니므로 바로 본인에게 그 효력이 미친다.
- ② 독립당사자참가 후에 원고가 본소를 취하함에는 피고의 동의 외에 참가인의 동의를 필요로 한다.

③ 상고심에서는 소의 취하를 할 수 없다.

④ 고유필수적 공동소송의 경우 공동소송인 중 일부에 대한 소의 취하는 허용되지 않는다.

답 -

해설)①(O) 대판 1984.3.13. 82므40

②(O) 독립당사자참가 후에 원고가 본소를 취하함에는 피고의 동의 외에 참가인의 동의를 필요로 한다(대결 1972.11.30. 72마787).

③(X) 소의 취하는 소제기 후 종국판결의 확정에 이르기까지 할 수 있으므로(민소 제266조 1항), 항소심·상고심에서도 할 수 있으나 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하하면 재소금지의 제재가 따른다(민소 267조 2항). 소송요건의 흠이 있어 유효한 소가 아니더라도 이를 취하할 수 있다.

④(O) 고유필수적 공동소송에서는 판결이 합일적으로 확정되어야 하므로 고유필수적 공동소송인 중 일부에 대한 소의 취하는 허용되지 아니한다(대판 1996.12.10. 96다23238).

【문32】 소송목적의 값의 산정 및 인지에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 1개의 부동산에 경료된 수개의 저당권에 대하여 등기원인의 무효를 이유로 말소를 구하는 경우에는 말소의 원인이 동일하더라도 경제적 이익이 공통되지 않으므로 합산의 법칙을 적용하되 목적물건의 가액을 한도로 한다.

② 채무부존재확인청구의 본소와 동일 채권관계에 기한 금원 지급청구의 반소의 경우, 반소장에는 반소 제기시를 기준으로 반소 자체에 대한 소송목적의 값을 산정하여 심급에 따른 인지를 첨부하여야 한다.

③ 불법행위에 기하여 1억 5,000만 원(적극적 손해 1억 원과 소극적 손해 5,000만 원)을 청구한 원고가 적극적 손해 1억 원을 취하한 경우에는 인지환급사유가 되나, 소극적 손해 중 3,000만 원을 취하한 경우에는 인지환급사유가 되지 않는다.

④ 국가를 당사자로 하는 소송 및 행정소송절차에서 국가는 민사소송 등 인지법 규정의 인지를 첨부하지 아니하나, 국가가 보조참가인의 자격에서 제1심판결에 불복하여 항소를 제기함에 있어서는 민사소송 등 인지법 소정의 인지를 첨부하여야 한다.

답 -

해설)①(O) 1개의 부동산에 경료된 수개의 저당권에 대하여 등기원인의 무효를 이유로 말소를 구하는 경우에는 말소의 원인이 동일하더라도 경제적 이익이 공통되지 않으므로 합산의 법칙을 적용하되 목적물건의 가액을 한도로 한다.

②(X) 채무부존재확인청구의 본소와 동일 채권관계에 기한 금원 지급청구의 반소의 경우, 반소장에는 반소장에 붙여야 할 인지액에서 소송 목적이 동일한 본소의 소송목적의 값에 대한 인지액을 공제한 나머지 인지를 첨부한다.

③(O) 1개의 소로 여러 개의 청구를 하였다가 그 여러 청구 중 일부를 이루는 청구 전부를 취하한 경우에는 환급의 대상이 되지만, 단순히 하나의 청구 중 일부를 감축한 경우는 환급대상이 되지 않는다. 예컨대, 불법행위에 기해 1억 5,000만 원(적극적 손해 1억 원, 소극적 손해 5,000만 원)의 손해배상청구소송을 제기한 원고가 소극적 손해 5,000만 원을 취하한 경우 109,100원[(5,000만 원/1억 5,000만 원)×(1억 5,000만 원에 대한 인지액 655,000원)×1/2]을 환급해야 하나, 적극적 손해 중 6,000만 원만을 취하한 경우에는 환급하지 않는다.

④(O) 국가를 당사자로 하는 소송 및 행정소송절차에서 국가는 민사소송 등 인지법에서 규정한 인지를 첨부하지 아니한다(인지특례법 제2조). 그러나 국가가 당사자 일방을 위하여 보조참가하고 있는 소송은 인지 첨부 및 공탁 제공에 관한 특례법 제2조에서 말하는 국가를 당사자로 하는 소송이 아니므로 보조참가인의 자격으로 제1심 판결에 불복하여 항소를 제기함에 있어서는 민사소송 등 인지법 소정의 인지를 첨부하여야 한다(대판 1969.10.18. 69마683, 2008.7.11. 2008마600).

【문33】 소유권에 기한 토지인도, 지상건물철거, 퇴거청구에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 소유권에 기한 토지인도청구의 요건사실은 원고의 토지소유사실, 피고의 토지점유사실인데, 소유 여부를 판단하는 기준시점은 사실심 변론종결 당시이다.

② 토지의 인도를 명한 집행권원의 효력은 그 지상에 건립된 건물에까지는 미치지 않는다.

- ③ 건물이 그 존립을 위한 토지사용권을 갖추지 못하여 토지의 소유자가 건물의 소유자에 대하여 당해 건물의 철거 및 그 대지의 인도를 청구할 수 있는 경우, 건물소유자가 아닌 사람이 건물을 점유하고 있다면 토지소유자는 자신의 소유권에 기한 방해배제로서 건물점유자에 대하여 건물로부터의 퇴거를 청구할 수 있고, 이는 건물점유자가 건물소유자로부터의 임차인으로서 그 건물임차권이 이른바 대항력을 가진다고 해서 달라지지 아니한다.
- ④ 건물의 소유자가 그 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있는 경우, 그 토지 소유자로서는 그 건물의 철거와 그 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐만 아니라 자기 소유의 건물을 점유하고 있는 자에 대하여 그 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수도 있다.

답 -

- 해설)①(O) 인도청구의 경우 : 원고의 목적물 소유 + 피고의 목적물 점유가 요건사실이며, 소유 여부를 판단하는 기준시점은 사실심 변론종결 당시이므로, 소송제기 후 변론 종결전에 소유권을 제3자에게 이전한 경우에는 그 청구는 기각될 수밖에 없다(대판 1969.5.27. 68다725).
- ②(O) 토지의 인도를 명한 집행권원의 효력은 그 지성에 건립된 건물이나 식재된 수목의 인도에까지 미치는 것이 아니다(대결 1986.11.18. 86마902).
- ③(O) 건물이 그 존립을 위한 토지사용권을 갖추지 못하여 토지소유자가 건물소유자에 대하여 당해 건물의 철거 및 그 대지의 인도를 청구할 수 있는 상황에서 건물소유자가 아닌 사람이 건물을 점유하고 있는 경우, 그 건물점유자가 대항력 있는 임차인인 경우라도 위 퇴거청구에 대항할 수 없다(대판 2010.8.19. 2010다43801).
- ④(X) 건물의 소유자에 대해서는 그가 건물의 소유를 통하여 타인 소유의 토지를 점유하고 있다 하더라도 토지 소유자로서는 그 건물의 철거와 그 대지 부분의 인도를 청구할 수 있을 뿐, 자기 소유의 건물을 점유하고 있는 자에 대하여 그 건물에서 퇴거할 것을 청구할 수 없다(대판 1999.7.9. 98다57457, 57464).

【문34】 변론의 갱신에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소액사건의 경우 판사가 바뀌었더라도 변론갱신 없이 판결을 할 수 있다.
- ② 재심사건의 본안심리에 들어가는 경우에는 변론의 갱신절차를 거칠 필요가 없다.
- ③ 판결선고기일에 법원이 바뀔 때에는 변론의 갱신절차를 거칠 필요가 없다.
- ④ 지난 기일까지 사이에 변론이 진행된 바 있다 하더라도 법원이 바뀐 후의 기일에 변론이 연기되는 때에는 그 기일의 조서에 변론갱신의 기재를 하여서는 안 된다.

답 -

- 해설)①(O) 소액사건의 경우에는 판사가 바뀌었더라도 변론갱신 없이 판결할 수 있다(소액 제9조 2항).
- ②(X) 소송이송에 있어서 이송 전에 변론이 진행된 경우, 환송된 사건의 심리를 시작하는 경우 및 재심사건(민소 제455조)의 본안심리에 들어가는 경우(대판 1966.10.25. 66다1639)에도 필요하다.
- ③(O) 판결선고기일에 법원이 바뀔 때에도 변론을 하는 것이 아니므로 갱신절차를 거칠 필요가 없다.
- ④(O) 지난 기일까지 사이에 변론이 진행된 바 있다 하더라도 법원이 바뀐 후의 기일에 변론이 연기되는 때에는 변론갱신의 기재를 해서는 안 되고 그 후 변론이 진행되는 기일에 비로소 그 기재를 하여야 한다.

【문35】 화해와 화해권고절정에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 화해권고결정에 대한 이의신청은 이의신청서를 화해권고결정을 한 법원에 제출하는 방법으로만 가능하고 변론준비기일 등에서 말로 하는 이의신청은 그 효력이 없다.
- ㉡ 화해권고결정에 대하여 이의신청을 한 당사자는 그 심급의 판결이 선고된 후에도 상대방의 동의를 얻어 이의신청을 취하할 수 있다.
- ㉢ 확정된 화해권고결정은 기판력을 가지고, 그 기판력은 확정시를 기준으로 발생한다.
- ㉣ 화해조서에 기재된 내용이 특정되지 아니하여 강제집행을 할 수 없는 경우에는 동일한 청구를 제기할 소의 이익이 있다.

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개

답 -

- 해설) ㉠(O) 이의신청은 당사자와 법정대리인, 화해권고결정의 표시와 그에 대한 이의신청의 취지를 적은 이의신청서를 화해권고결정을 한 법원에 제출하는 방법으로 하여야 하므로(민소 제227조 1항, 2항), 변론준비기일 등에서 말로 하는 이의신청은 그 효력이 없다.
- ㉡(X) 화해권고결정에 대하여 이의신청을 한 당사자는 그 심급에서 판결이 선고될 때까지 상대방의 동의를 얻어 이의신청을 취하할 수 있다(민소 제228조 1항).
- ㉢(O) 화해권고결정의 기판력은 그 확정시를 기준으로 하여 발생한다.
- ㉣(O) 화해조서에 기재된 내용이 특정되지 아니하여 강제집행을 할 수 없는 경우에는 동일한 청구를 제기할 소의 이익이 있다(대판 1995.5.12. 94다25216).

【문36】 증인신문 및 당사자신문에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 당사자의 법정대리인, 법인 기타 단체가 당사자인 경우 이를 대표하여 소송을 수행하는 대표자 또는 관리인이 당사자신문의 대상이 될 수 있을 뿐 아니라 소송무능력자 본인도 당사자신문의 대상이 될 수 있다.
- ② 선서한 당사자가 거짓진술을 한 때에는 법원은 500만 원 이하의 과태료 결정을 할 수는 있으나, 당사자본인이 출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부하는 데 대하여 구인하거나 과태료를 부과할 수는 없다.
- ③ “증인대동”의 취지가 기재된 증인진술서나 증인신문사항에 증인 명의의 여비포기서가 첨부되어 있는 경우에도 법원은 신청인의 증인대동 여부와 상관없이 증인에 대한 출석요구절차를 반드시 실시하여야 한다.
- ④ 법원에 제출된 서면증언은 변론기일에 현출됨으로써 증언으로서의 효력을 갖는다. 그 현출절차는 법원이 서면증언의 도착사실을 고지하고 그에 대한 의견진술의 기회를 부여하는 방식으로 하되, 신청한 당사자가 원용하여야 한다.

답 -

- 해설) ①(O) 소송무능력자도 당사자신문의 대상이 되고(민소 제372조 단서), 당사자의 법정대리인, 법인 기타 단체가 당사자인 경우 이를 대표하여 소송을 수행하는 대표자 또는 관리인도 당사자신문의 대상이 된다(제64조, 제372조 본문).
- ②(O) 당사자 본인이 출석하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부하는 데 대하여 구인하거나 과태료를 부과하는 등의 제재를 가할 수 없으며, 다만 선서한 당사자가 거짓 진술을 한 경우에 법원은 결정으로 500만 원 이하의 과태료에 처한다(민소 제370조 1항).
- ③(O) “증인대동”의 취지가 기재된 증인진술서나 증인신문사항에 증인 명의의 여비포기서가 첨부되어 있는 경우에도 법원으로서의 신청인의 증인대동 여부와 상관없이 증인에 대한 출석요구절차를 반드시 실시하여야 한다.
- ④(X) 법원에 제출된 서면증언은 변론기일에 현출됨으로써 증언으로서의 효력을 갖는다. 그 현출 절차

는 법원이 서면증언의 도착사실을 고지하고 당사자들에게 그에 대한 의견진술의 기회를 부여하는 방식으로 하고, 신청한 당사자가 원용할 필요는 없다.

【문37】 전자소송의 동의에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 전자소송 동의는 개별사용자별로 하여야 하고, 등록된 자에 대하여만 효력이 있으므로, 당사자 본인이 전자소송 동의를 해도 소송대리인에게는 아무런 영향이 없다.
- ② 본안사건에 관한 전자소송 동의의 효력은 그에 부수하는 신청사건에도 미친다. 마찬가지로 보전처분 신청사건 등 기본이 되는 사건에서의 전자소송 동의의 효력은 그에 부수하는 이의, 취소사건 등에도 미친다.
- ③ 추완상소 또는 재심이 제기된 경우, 그 추완상소나 재심이 적법하더라도 상소심이나 재심에서 다시 전자소송 동의를 하여야 전자소송으로 사건을 진행할 수 있다.
- ④ 소송대리인의 전자소송 동의는 원칙적으로 상소가 없는 경우에는 상소기간 만료시까지, 상소가 제기된 경우에는 상소기록 송부일까지 소송대리인에 대하여 전자소송 동의의 효력이 유지된다.

답 -

해설)①(O) 전자소송 동의는 등록사용자별로 하여야 하고, 등록된 자에 대해서만 효력이 있다(민전예규 제13조 1항). 당사자본인이 전자소송 동의를 해도 소송대리인에게는 아무런 영향이 없고, 그 반대도 같다.

②(X) 본안사건에 관한 전자소송 동의의 효력은 그에 부수하는 신청사건에도 미친다(민전규 제10조 3항). 그러나 보전처분 신청사건 등 기본이 되는 사건에서의 전자소송 동의의 효력은 그에 부수하는 사건에는 미치지 않는다. 예컨대 가압류가처분에 대한 이의·취소사건의 경우 가압류가처분 사건에서 전자소송 동의를 하였다 하더라도 이에 대한 이의·취소사건에서는 전자소송 동의가 미치지 아니하기 때문에 이의·취소사건에서 전자소송 동의를 하지 않는 당사자 등에게 전자적 송달을 할 수 없다.

③(O) 추완상소 또는 재심이 제기된 경우, 그 추완상소나 재심이 적법하더라도 일단 확정 효력이 발생하여 전자소송 동의의 효력이 소멸하므로, 상소심이나 재심에서 다시 전자소송 동의를 하여야 전자소송으로 사건을 진행할 수 있다. 추완상소인과 재심당사자 이외에 그 상대방도 마찬가지이다.

④(O) 소송대리인의 전자소송동의는 원칙적으로 상소가 없는 경우에는 상소기간 만료시까지, 상소가 제기된 경우에는 상소기록 송부일까지 소송대리인에 대하여 전자소송동의의 효력이 유지된다(민전예규 제14조 2항).

【문38】 소송상 대리에 관한 다음 설명 중 옳은 것은 모두 몇 개인가?

- ㉠ 대리인에 의한 소송행위에 있어서 대리권의 존재는 그 소송행위의 유효요건이고, 무권대리인에 의한 또는 그에 대한 소송행위는 일률적으로 무효이므로, 당사자 본인이나 정당한 대리인이 추인하더라도 소급하여 유효로 되지 않는다.
- ㉡ 법인이 당사자인 소송에서 법인등기사항증명서에 공동대표로 등기가 되어 있으면, 공동대표 전원에 의하여 또는 전원에 대하여 소제기가 있어야 하고, 준비서면 등의 제출서면도 공동으로 명의가 기재되어 있어야 한다.
- ㉢ 본인의 경정권의 대상은 재판상 자백 같은 사실관계에 관한 진술에 한하므로 대리인이 한 신청과 취하·포기·인낙·화해 같은 소송을 처분하는 행위, 법률상의 의견 등은 본인이 취소하거나 경정할 수 없다.
- ㉣ 당해 소송이 상급심에서 파기환송 또는 취소환송되어 다시 원심법원에 계속하게 된 때에는 환송 전 원심에서의 소송대리인의 대리권이 부활하고, 재심의 소에 있어서도 재심 전 소송의 소송대리인이 당연히 재심소송의 소송대리인이 된다.
- ㉤ 지방자치단체는 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률에서 정한 바와 같이 소송수행자를 지정할 수 없으므로, 변호사대리의 원칙에 따른 소송위임에 의한 소송대리만 가능하고, 변호사 아닌 지방자치단체 소속 공무원으로 하여금 소송수행자로서 소송대리를 하도록 할 수 없다.

① 1개 ② 2개 ③ 3개 ④ 4개
답 -

해설)㉠(X) 대리인에 의한 소송행위에 있어서 대리권의 존재는 그 소송행위의 유효요건이다. 따라서 무권대리인에 의한 또는 그에 대한 소송행위는 일률적으로 무효이며, 민법상 표현대리에 관한 규정은 적용 또는 준용될 수 없다(대판 1994.2.22. 93다42047). 그러나 절대적으로 무효인 것이 아니라 후에 당사자 본안이나 정당한 대리인이 추인한 경우에는 소급하여 유효로 된다(민소 제60조, 제97조). 이 추인의 시기에는 제한이 없으며 제1심에서의 무권대리행위를 상소심에서 추인하여도 무방하다(대판 1997.3.14. 96다25227).

㉡(O) 법인등기사항증명서에 공동대표로 등기가 되어 있으면, 공동대표 전원에 의하여 또는 전원에 대하여 소제기가 있어야 하므로 참여사무관등은 보정을 권고하여야 한다. 공동대표이사의 경우는 소송상으로도 공동으로 대표를 해야 하므로 준비서면 등의 제출서면도 공동으로 명의가 기재되어 있어야 한다. 다만 상대방의 소송행위에 대한 수령은 단독으로 할 수 있다.

㉢(O) 본인의 경정권의 대상은 재판상 자백 같은 사실관계에 관한 진술에 한하므로 대리인이 한 신청과 취하·포기·인낙·화해 같은 소송을 처분하는 행위, 법률상의 의견 등은 본인이 취소하거나 경정할 수 없다.

㉣(X) 재심의 소에 있어서는 사전 또는 사후의 특별수권이 없는 이상 재심 전 소송의 소송대리인이 당연히 재심소송의 소송대리인이 되는 것은 아니다(대결 1991.3.27. 90마970).

㉤(O) 대판 2006.6.9. 2006두4035

【문39】 등기관원청구 소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 무효인 등기에 더 잡아 순차로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송에서 그 무효사유가 절대적 무효사유(위조 등)이면 원고는 첫 번째 소유권이전등기가 절대적 무효임을 주장·증명하면 되나, 상대적 무효사유(통정허위표시, 착오 등)이면 첫 번째 소유권이전등기의 무효사유 외에 전등자가

악의의 제3자라는 점까지 주장·증명하여야 한다.

- ② 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 그 공유 토지의 특정부분을 매도하여 타인 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다면, 그 매도 부분 토지에 관한 소유권이전등기는 저분공유자의 공유지분 범위 내에서는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 보아야 한다.
- ③ 양자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하여 제3취득자가 유효하게 소유권을 취득하고 이로써 명의신탁자가 신탁부동산에 대한 소유권을 상실하였다면, 그 후 명의수탁자가 우연히 신탁부동산의 소유권을 다시 취득하였다고 하더라도 여전히 명의신탁자의 물권적 청구권은 그 존재 자체가 인정되지 않는다.
- ④ 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우, 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있는 것과는 별개로, 근저당권설정자인 종전의 소유자가 근저당권설정계약의 당사자로서 피담보채무의 소멸을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수는 없다.

답 -

해설)①(O) 무효인 등기에 터 잡아 순차로 경료된 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송에서 그 무효사유가 절대적 무효사유(위조 등)이면 원고는 첫 번째 소유권이전등기가 절대적 무효임을 주장·증명하면 되고(대판 2009.2.26. 2006다72802) 상대적 무효사유(통정허위표시, 착오, 사기, 강박 등)이면 첫번째 소유권이전등기의 무효사유 외에 전등자가 악의의 제3자라는 점까지 주장·증명하여야 한다(대판 2006.3.10. 2002다1321).

②(O) 대판 1994.12.2. 93다1596

③(O) 양자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하여 제3취득자가 유효하게 소유권을 취득하고 이로써 명의신탁자가 신탁부동산에 대한 소유권을 상실하였다면, 명의신탁자의 소유권에 기한 물권적 청구권, 즉 말소등기청구권이나 진정명의회복을 원인으로 한 이전등기청구권도 더 이상 그 존재 자체가 인정되지 않는다. 그 후 명의수탁자가 우연히 신탁부동산의 소유권을 다시 취득하였다고 하더라도 명의신탁자가 신탁부동산의 소유권을 상실한 사실에는 변함이 없으므로, 여전히 물권적 청구권은 그 존재 자체가 인정되지 않는다(대판 2013.2.28. 2010다89814).

④(X) 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권소멸에 따른 원상회복으로 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로 이러한 계약상 권리에 터잡아 근저당권자에게 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다(대판 (전) 1994.1.25. 93다16338).

【문40】 송달에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 송달의 효은 원칙적으로 이의권 행사의 대상이 되며 그 포기나 상실 또는 추인에 의해 치유된다. 그러나 항소 제기기간에 관한 규정은 성질상 강행규정이므로, 그 기간 계산의 기산점이 되는 판결정본의 송달에 효이 있는 경우에는 이에 대한 이의권의 포기나 상실로 치유될 수 없고 반드시 재송달을 실시하여야 한다.
- ② 민사소송법 제186조에 따른 보충송달·유치송달이 불가능한 경우의 발송송달은 당해 서류의 송달에 한하고, 그에 이은 별개의 서류의 송달은 그 요건이 따로 구비되지 않는 한 당연히 발송송달을 할 수 있는 것은 아니다. 그러나 송달장소 변경신고를 하지 아니한 당사자 등에 대하여는 일단 발송송달의 요건이 갖추어지면, 그 뒤에 그 당사자에게 송달할 모든 서류를 발송송달 할 수 있다.
- ③ 민사소송법에서 규정한 송달장소가 아닌 곳에서 사무원, 고용인 또는 동거자를 만난 경우에도 사무원 등이 송달받기를 거부하지 아니하면 그 곳에서 사무원 등에게 서류를 교부하는 것은 보충송달의 방법으로서 적법하다.
- ④ 화해권고결정, 조정결정을 갈음하는 결정, 소액사건에 대한 이행권고결정의 송달은 모두 발송송달에 의하여 할 수 없다.

답 -

해설)①(O) 불변기간에 영향이 있는 송달, 예컨대 항소 제기기간에 관한 규정은 성질상 강행규정이므로

로, 그 기간 계산의 기산점이 되는 판결정본의 송달의 흠은 이에 대한 이의권의 포기나 상실로 인하여 치유될 수 없다(대판 2002.11.8. 2001다84497, 1979.9.25. 78다2448).

- ②(O) 발송송달은 당해 서류에 관하여 교부송달·보충송달 또는 유치송달이 불가능함을 요건으로 하는 것이어서 당해 서류의 송달에 한하여 할 수 있을 뿐이므로, 그에 이은 별개의 서류의 송달에 관하여는 그 요건이 따로 구비되지 않는 한 당연히 발송송달을 할 수 있는 것은 아니다(대판 1990.1.25. 89마939). 송달장소 변경신고를 하지 아니한 당사자 등에 대하여 일단 발송송달의 요건이 갖추어진다면, 그 뒤에 그 당사자에게 송달할 모든 서류를 발송송달을 할 수 있다고 할 것이다.
- ③(X) 보충송달은 법률이 정한 '송달장소'에서 송달받을 사람을 만나지 못한 경우에만 허용되고, 송달장소가 아닌 곳에서 사무원·피용자·동거인을 만난 경우에는 설사 그들이 송달받기를 거부하지 아니한다 하더라도 그 곳에서 그 사무원 등에게 서류를 교부하는 것은 보충송달로서 부적법하고, 나아가 조우송달로서도 부적법하다.
- ④(O) 화해권고 결정 또는 결정조서, 조정을 갈음하는 결정 또는 결정조서, 이행권고결정, 지급명령 등은 발송송달을 할 수 없음에 유의하여야 한다.