



2021 법원직 민사소송법 문제 및 해설

by 김춘환

*** 총평**

이번 민소법 시험은 까다로운 지문이 다수 있어서, 시험장에서는 당황할 수 있었다고 봅니다. 특히 5개 문제 정도는 까다로운 지문이 있었습니다. 즉 4개의 지문 중 2개가 상대적으로 헛갈려서, 운이 없는 경우 모두 틀릴 수도 있습니다. 평소의 출제경향인 최신 판례는 상대적으로 많이 나오지 않고, 예전 판례가 많이 나와서 그렇습니다. 특히 제 기본서의 '각주'에 소개되어 있는 판례가 많이 나와서, 충분한 공부가 되지 않은 분들은 생각보다 많이 틀릴 수도 있습니다. 작년보다 2 ~ 3문제 정도 평균점수가 하락할 것으로 예상됩니다. 다만 그런 문제를 제외하면, 답이 확실한 문제도 많아서 공부를 하신 수험생이라면 기본적인 득점은 가능할 것입니다. 예전 판례가 많이 나온 점을 고려할 때, 차후 강의 시에는 이에 유의해서, 강의를 하도록 하겠습니다. 그리고 출제에 대한 아쉬운 점은 너무 출제범위가 특정영역에 치우쳐져 있다는 점입니다. 아래의 출제분야를 보시면 출제가 아예 안 된 부분들도 있어 바람직한 출제는 아니라고 보입니다. 그리고 민소법은 쉽든 어렵든, 매년 2천명 넘게 과락자가 나오는 과목이므로, 혹 저득점이나 과락을 받은 수험생이 있다면, 겸허하게 아직은 자신의 실력이 부족하다고 생각하고 더 열심히 하셔야 합니다. 수험생 분들 모두 수고하셨고, 당분간 편히 휴식을 취하시기 바랍니다.

김춘환 드림

분야	세부분야	문제 수
총론		0문제
당사자	법원	0문제
	당사자	4문제
제1심의 소송절차	소송의 개시	2문제
	변론	6문제
	증거	2문제
소송의 종료	총설	0문제
	당사자행위에 의한 종료	1문제
	종국판결에 의한 종료	5문제
병합소송	병합청구소송	0문제
	다수당사자소송	0문제
	당사자의 변경	2문제
상소심절차	총설	3문제
	항소	
	상고	
	항고	
재심절차		0문제
간이소송절차		0문제



【문 1】기판력에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함. 이하[문1~문25]까지 같음)

- ① 기판력이라 함은 기판력 있는 전소판결의 소송물과 동일한 후소를 허용하지 않는 것이므로, 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지 않은 경우에는 전소의 소송물에 대한 판단이 후소의 선결문제가 되는 경우에도 전소의 기판력은 후소에 미치지 않는다.
- ② 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가지고 판결이유 중의 판단에는 원칙적으로 기판력이 미치지 않는다. 다만, 예외적으로 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 판결이유 중의 판단이지만 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.
- ③ 원고의 소구채권 자체가 인정되지 않는 경우 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척될 것이므로, ‘원고의 소구채권 그 자체를 부정하여 원고의 청구를 기각한 판결’과 ‘소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결’은 기판력의 범위를 서로 달리하고, 후자의 판결에 대하여 피고는 상소의 이익이 있다.
- ④ 기판력이 미치는 주관적 범위는 신분관계소송이나 회사관계소송 등에서 제3자에게도 그 효력이 미치는 것으로 규정되어 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람과 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람이 확정판결을 받은 경우의 그 다른 사람에 국한되고, 그 외의 제3자나 변론을 종결하기 전의 승계인에게는 미치지 않는다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 청구취지가 다르면 소송물이 같다고 할 수 없다. 다만 전소의 소송물이 후소의 선결관계이거나 모순관계일 경우에는 소송물은 다르지만 기판력은 작용한다.
- ② (O) : 제216조(기판력의 객관적 범위) ① 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다. ② 상계를 주장한 청구가 성립되는지 아닌지의 판단은 상계하자고 대항한 액수에 한하여 기판력을 가진다.
- ③ (O) : 원고의 소구채권 자체가 인정되지 않는 경우 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척될 것이므로, ‘원고의 소구채권 그 자체를 부정하여 원고의 청구를 기각한 판결’과 ‘소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결’은 민사소송법 제216조에 따라 기판력의 범위를 서로 달리하고, 후자의 판결에 대하여 피고는 상소의 이익이 있다(대판 2018.8.30. 2016다46338, 46345).
- ④ (O) : 제218조(기판력의 주관적 범위) ① 확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미친다. ② 제1항의 경우에 당사자가 변론을 종결할 때(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고할 때)까지 승계사실을 진술하지 아니한 때에는 변론을 종결한 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤)에 승계한 것으로 추정한다. ③ 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다. ④ 가집행의 선고에는 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다.



【문 2】소송행위의 추인에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 무권대리인이 행한 소송행위에 대하여 추인거절의 의사표시가 있는 이상, 무권대리행위는 확정적으로 무효가 되어 그 후에 다시 이를 추인할 수는 없다.
- ② 미성년자가 직접 변호인을 선임하여 제1심의 소송수행을 하게 하였으나 제2심에 이르러서는 미성년자의 친권자인 법정대리인이 소송대리인을 선임하여 소송행위를 하면서 아무런 이의를 제기한 바 없이 제1심의 소송결과를 진술한 경우에는 무권대리에 의한 소송행위를 묵시적으로 추인된 것으로 보아야 한다.
- ③ 적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 가지게 되는데, 이러한 추인은 항소심에서는 가능하나 상고심에서는 할 수 없다.
- ④ 무권대리인이 행한 소송행위의 추인은 소송행위의 전체를 일괄하여 하여야 하는 것이나 무권대리인이 변호사에게 위임하여 소를 제기하여서 승소하고 상대방의 항소로 소송이 2심에 계속 중 그 소를 취하한 일련의 소송행위 중 소 취하 행위만을 제외하고 나머지 소송행위를 추인하는 것은 유효하다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 무권대리인이 행한 소송행위의 추인은 특별한 사정이 없는 한 소송행위의 전체를 대상으로 하여야 하고, 그 중 일부의 소송행위만을 추인하는 것은 허용되지 아니 한다. 일단 추인거절의 의사표시가 있는 이상 그 무권대리행위는 확정적으로 무효로 귀착되므로 그 후에 다시 이를 추인할 수는 없다 할 것이다(대판 2008.8.21. 2007다79480).
- ② (O) : 추인은 법원 또는 상대방에 대하여 명시·묵시의 의사표시로 할 수 있다. 즉 ① 미성년자가 직접 선임한 변호사의 제1심의 소송수행에 대해 제2심에서 법정대리인에 의하여 선임된 소송대리인이 아무런 이의가 없으면 묵시의 추인이 된다(대판 1980.4.22. 80다308). ② 미성년자가 스스로 소송행위를 하거나 소송대리인의 선임행위를 하였다고 하더라도, 그 뒤 성년이 되었으면 묵시적으로 추인하였다고 볼 것이다(대판 1970.12.22. 70다2297).
- ③ (X) : 대리권의 존재는 소송행위의 유효요건이므로 무권대리인에 의한 또는 그에 대한 소송행위는 무효이다. 이 경우 확정적 무효는 아니므로 본인이나 정당한 대리인이 추인하면 소급하여 유효하게 된다. 그리고 추인의 시기는 제한이 없으므로, 상고심에서도 가능하다.
- ④ (O) : 추인은 원칙적으로 소송행위 전체에 대하여 하여야 하며, 일부추인은 허용되지 않는다. 그러나 소의 취하를 제외한 나머지 소송행위만을 추인하는 경우와 같이 소송의 혼란을 야기할 염려가 없고, 소송경제상으로도 적절하다고 인정될 때에는 예외적으로 일부추인도 유효하다고 할 것이다(대판 1973.7.24. 69다60).

【문 3】소송절차의 중단 및 수계에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고르면?



ㄱ. 상속인들로부터 항소심 소송을 위임받은 소송대리인이 소송수계절차를 취하지 아니한 채 사망한 당사자 명의로 항소장 및 항소이유서를 제출하였더라도, 상속인들이 항소심에서 수계신청을 하고 소송대리인의 소송행위를 적법한 것으로 추인하면 그 하자는 치유된다.

ㄴ. 신탁으로 인한 수탁자의 위탁임무가 끝난 때에 소송절차는 중단되고, 이 경우 새로운 수탁자가 소송절차를 수계하여야 하지만, 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차가 중단되지 아니하고, 그 소송대리권도 소멸하지 아니한다.

ㄷ. 공동파산관재인 중 일부가 파산관재인의 자격을 상실한 때에는 남아 있는 파산관재인에게 관리처분권이 귀속되고 소송절차는 중단되지 아니하므로, 남아 있는 파산관재인은 자격을 상실한 파산관재인을 수계하기 위한 절차를 따로 거칠 필요가 없이 혼자서 소송행위를 할 수 있다.

ㄹ. 당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차가 중단되지 아니하고, 그 사건의 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다고 할 것이나, 심급대리의 원칙상 그 판결정본이 소송대리인에게 송달된 때에는 소송절차가 중단된다.

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

<정답>

①번

<해설>

ㄱ. (O) : 소송절차 중단 중에 제기된 상소는 부적법하지만 상소심법원에 수계신청을 하여 하자를 치유시킬 수 있으므로, 상속인들에게서 항소심소송을 위임받은 소송대리인이 소송수계절차를 취하지 아니한 채 사망한 당사자 명의로 항소장 및 항소이유서를 제출하였더라도, 상속인들이 항소심에서 수계신청을 하고 소송대리인의 소송행위를 적법한 것으로 추인하면 하자는 치유되고, 추인은 묵시적으로도 가능하다(대판 2016.4.29. 2014다210449).

ㄴ. (O) : 신탁으로 말미암은 수탁자의 위탁임무가 끝난 때에 소송절차는 중단되고, 이 경우 새로운 수탁자가 소송절차를 수계하여야 하지만(민사소송법 제236조), 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차가 중단되지 아니하고(민사소송법 제238조), 소송대리권도 소멸하지 아니한다(민사소송법 제95조 제3호).

ㄷ. (O) : 구 파산법(2005.3.31. 법률 제7428호 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제7조에 의하면 파산재단에 속하는 재산의 관리처분권은 파산자로부터 이탈하여 파산관재인에게 전속하게 되고, 같은 법 제152조에 의하면 파산재단에 관한 소송에 있어서는 파산관재인이 원고 또는 피고가 되므로, 파산관재인이 여럿인 경우에는 법원의 허가를 얻어 직무를 분장하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 여럿의 파산관재인 전원이 파산재단의 관리처분권을 갖고 있기 때문에 파산관재인 전원이 소송당사자가 되어야 하므로 그 소송은 필수적 공동소송에 해당한다. 다만, 민사소송법 제54조가 여러 선정당사자 가운데 죽거나 그 자격을 잃은 사람이 있는 경우에는 다른 당사자가 모두를 위하여 소송행위를 한다고 규정하고 있음에 비추어 볼 때, 공동파산관재인 중 일부가 파산관재인의 자격을 상실한 때에는 남아 있는 파산관재인에게 관리처



분권이 귀속되고 소송절차는 중단되지 아니하므로, 남아 있는 파산관재인은 자격을 상실한 파산관재인을 수계하기 위한 절차를 따로 거칠 필요가 없이 혼자서 소송행위를 할 수 있다(대판 2008.4.24. 2006다14363).

ㄴ. (O) : 소송대리인이 있다고 하여 소송절차가 무제한하게 속행되는 것이 아니라, 심급대리의 원칙상 그 심급의 판결정본이 당사자에게 송달되면서 소송절차는 중단된다는 것이 판례이다(대판 1996.2.9. 94다61649).

【문 4】송달에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 송달은 특별한 규정이 없으면 송달받을 사람에게 서류의 등본 또는 부분을 교부하여야 한다. 송달할 서류의 제출에 갈음하여 조서, 그 밖의 서면을 작성한 때에는 그 등본이나 초본을 교부하여야 한다.
- ② 소송무능력자에게 할 송달은 그의 법정대리인에게 한다. 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우의 송달은 그 가운데 한 사람에게 하면 된다. 다만, 소송대리인이 여러 사람 있는 경우에는 각자가 당사자를 대리하게 되므로 여러 소송대리인에게 각각 송달하여야 한다.
- ③ 당사자의 주소등 또는 근무장소를 알 수 없는 경우에는 법원사무관등은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 공시송달을 할 수 있다. 공시송달은 법원사무관등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원게시판에 게시하거나, 그 밖에 대법원규칙이 정하는 방법에 따라야 한다.
- ④ 근무장소 외의 송달할 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사무원, 피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 서류를 교부할 수 있다. 서류를 송달받을 사람이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하더라도 송달할 장소에 서류를 놓아두는 방식으로는 송달의 효력이 발생하지 않는다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 제178조(교부송달의 원칙) ① 송달은 특별한 규정이 없으면 송달받을 사람에게 서류의 등본 또는 부분을 교부하여야 한다. ② 송달할 서류의 제출에 갈음하여 조서, 그 밖의 서면을 작성한 때에는 그 등본이나 초본을 교부하여야 한다.

② (O) : 제179조(소송무능력자에게 할 송달) 소송무능력자에게 할 송달은 그의 법정대리인에게 한다. 제180조(공동대리인에게 할 송달) 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우의 송달은 그 가운데 한 사람에게 하면 된다. 민사소송의 당사자는 민사소송법 제396조 제1항에 의하여 판결정본이 송달된 날부터 2주 이내에 항소를 제기하여야 한다. 한편 당사자에게 여러 소송대리인이 있는 때에는 민사소송법 제93조에 의하여 각자가 당사자를 대리하게 되므로, 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우 그 중 한 사람에게 송달을 하도록 한 민사소송법 제180조가 적용될 여지가 없어 법원으로서의 판결정본을 송달함에 있어 여러 소송대리인에게 각각 송달을 하여야 하지만, 그와 같은 경우에도 소송대리인 모두 당사자 본인을 위하여 소송서류를 송달받을 지위에 있으므로 당사자에 대한 판결정본 송달의 효력은 결국 소송대리인 중 1인에게 최초로 판결정본이 송달되었을 때 발생한다. 따라서 당사자에게 여러 소송대리인이 있는 경우 항소기간은 소송대리인 중 1인에게 최초로 판결정본이 송달되었을 때부터 기산된다(대결 2011.9.29. 자 2011마1335).

③ (O) : 제194조(공시송달의 요건) ① 당사자의 주소등 또는 근무장소를 알 수 없는 경우 또는 외국에



서 하여야 할 송달에 관하여 제191조의 규정에 따를 수 없거나 이에 따라도 효력이 없을 것으로 인정되는 경우에는 법원사무관등은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 공시송달을 할 수 있다. <개정 2014.12.30.> 제195조(공시송달의 방법) 공시송달은 법원사무관등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원게시판에 게시하거나, 그 밖에 대법원규칙이 정하는 방법에 따라서 하여야 한다.

④ (X) : 제186조(보충송달·유치송달) ① 근무장소 “외”의 송달할 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사무원, 피용자(피용자) 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 서류를 교부할 수 있다. 제186조 ③ 서류를 송달받을 사람 또는 제1항의 규정에 의하여 서류를 넘겨받을 사람이 정당한 사유 없이 송달받기를 거부하는 때에는 송달할 장소에 서류를 놓아둘 수 있다.

【문 5】불이익변경금지의 원칙에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소를 각하한 제1심판결에 대하여 원고만이 불복상소 하였으나 심리한 결과 원고의 청구가 이유가 없다고 인정되는 경우 그 제1심판결을 취소하여 원고의 청구를 기각하더라도 항소인인 원고에게 불이익한 결과로 되지 않으므로, 항소심은 제1심판결을 취소하고 청구기각판결을 하여야 한다.
- ② 금전채무불이행의 경우에 발생하는 원본채권과 지연손해금채권은 별개의 소송물이므로, 불이익변경에 해당하는지 여부는 원금과 지연손해금 부분을 각각 따로 비교하여 판단하여야 하고, 별개의 소송물을 합산한 전체 금액을 기준으로 판단하여서는 아니 된다.
- ③ 재심은 상소와 유사한 성질을 갖는 것으로서 부대재심이 제기되지 않는 한 재심원고에 대하여 원래의 확정판결보다 불이익한 판결을 할 수 없다.
- ④ 가집행선고가 불지 아니한 제1심판결에 대하여 피고만이 항소한 항소심에서 항소를 기각하면서 가집행선고를 붙였어도 불이익변경금지의 원칙에 위배되지 아니한다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 判例는 “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 상소한 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.
- ② (O) : 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(대판 2009.6.11. 2009다12399).
- ③ (O) : 재심은 상소와 유사한 성질을 갖는 것으로서 부대재심이 제기되지 않는 한 재심원고에 대하여 원래의 확정판결보다 불이익한 판결을 할 수 없다(대판 2003.7.22. 2001다76298).



④ (O) : 가집행선고는 당사자의 신청 유무에 관계없이 법원이 직권으로 판단할 사항으로 처분권주의를 근거로 하는 민사소송법 제415조의 적용을 받지 아니하므로, 가집행선고가 불지 아니한 제1심판결에 대하여 피고만이 항소한 항소심에서 항소를 기각하면서 가집행선고를 붙였어도 불이익변경금지의 원칙에 위배되지 아니 한다(대판 1998.11.10. 98다42141).

【문 6】상소에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소의 취하는 항소심 판결 선고 후에도 가능하지만, 항소의 취하는 항소심 판결 선고 전까지만 가능하다.
- ② 원고가 피고에 대하여 건물 인도 및 건물 인도 시까지 차임 상당의 부당이득반환 청구를 하였는데 1심 법원이 부당이득반환청구에 관한 판단을 빠뜨린 경우 원고가 이를 이유로 항소하면 항소심에서 부당이득반환청구에 관한 판단을 하여야 한다.
- ③ 원고가 1,000만 원을 청구하여 600만 원에 대한 일부 승소판결을 받은 경우, 원고만 패소한 400만 원에 대해 불복하여 항소하면 불복하지 않은 600만 원 청구 부분도 항소심에 이심된다.
- ④ 채권자가 주채무자 A와 보증인 B를 공동피고로 소를 제기하여 전부 승소한 경우, 주채무자 A만 항소를 제기하면 보증인 B에 대한 청구 부분은 분리하여 확정된다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (O) : 항소취하는 항소심판결선고 시까지 할 수 있으나(제393조 제1항), 소취하는 판결의 확정시까지 가능하다(제266조 제1항).
- ② (X) : 제212조(재판의 누락) ① 법원이 “청구”의 “일부”에 대하여 “재판”을 누락한 경우에 그 청구부분에 대하여는 그 법원이 계속하여 재판한다. 따라서 1심 법원이 부당이득반환청구에 관한 판단을 빠뜨린 경우 이는 재판누락이 되어, 1심 법원의 추가판결 대상이 되어 항소의 대상이 되지 아니하므로, 항소심에서 부당이득반환청구에 관한 판단을 할 수 없다.
- ③ (O) : 상소불가분의 원칙은 이 판결의 일부에 대해 불복한다고 해도 확정차단·이심의 효력은 그 전부에 미친다는 것이다. 判例도 “가옥명도와 손해배상을 청구하여 손해배상청구만 기각이 된 경우 그 패소부분만 항소하였다면 승소한 가옥명도청구 부분은 불복항소의 대상이 되어 있지 아니하므로 항소심의 심판범위는 될 수 없으나 승소부분도 패소부분과 함께 항소심에 이심되고 그 확정이 차단되므로 일정한 제한 하에서라면 항소심에서 그 청구부분에 대하여도 변경할 수 있는 것이다(대판 1966.6.28. 66다711).”
- 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 전부승소 하였을 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.



【문 7】처분권주의에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 피담보채무가 발생하지 아니한 것을 전제로 한 근저당권설정등기의 말소등기절차이행청구 중에는 피담보채무의 변제를 조건으로 장래의 이행을 청구하는 취지가 포함된 것으로 보아야 한다.
- ② 부동산을 단독으로 상속하기로 분할협의 하였다는 이유로 그 부동산 전부가 자기 소유임의 확인을 구하는 청구에는 그와 같은 사실이 인정되지 아니하는 경우 자신의 상속받은 지분에 대한 소유권의 확인을 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아야 한다.
- ③ 당사자가 주장하지 않더라도 자동차손해배상보장법의 규정을 민법상의 손해배상의 규정에 우선하여 적용해도 처분권주의 위반이 아니다.
- ④ 원고가 상한을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에 있어서 일정액을 초과하는 채무의 존재가 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 법원은 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라 존재하는 채무부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 한다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 판례는 원고가 피담보채무가 발생하지도 않음을 전제로 등기말소를 구하는 경우에는 채무이행을 조건으로 등기말소를 구하는 취지가 포함되어 있지 않다고 한다(대판 1991.4.23. 91다6009).
- ② (O) : 부동산을 단독으로 상속하기로 분할협의 하였다는 이유로 그 부동산 전부가 자기 소유임의 확인을 구하는 청구에는 그와 같은 사실이 인정되지 아니하는 경우 자신의 상속받은 지분에 대한 소유권의 확인을 구하는 취지가 포함되어 있다고 보아야 하므로, 이러한 경우 법원은 특단의 사정이 없는 한 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라 그 소유로 인정되는 지분에 관하여 일부 승소의 판결을 하여야 한다(대판 1995.9.29. 95다22849).
- ③ (O) : 교통사고 피해자가 자동차손해배상 보장법에 의하여 손해배상을 주장하지 않았더라도 법원은 민법에 우선하여 자동차손해배상 보장법을 적용하여야 한다(대판 2020. 1. 30. 2016다 267890).
- ④ (O) : 判例는 “원고가 상한을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에 있어서 일정액을 초과하는 채무의 존재가 확인되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 법원은 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라 존재하는 채무부분에 대하여 일부 패소의 판결을 하여야 한다(대판 1994.1.25. 93다9422).”고 판시하여 일부인용판결이 가능하다고 본다.

【문 8】석명권 및 석명의무에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 법원의 석명권 행사는 당사자의 주장에 모순된 점이 있거나 불완전·불명료한 점이 있을 때에 이를 지적하여 정정·보충할 수 있는 기회를 주고, 계쟁 사실에 대한 증거의 제출을 촉구하



는 것을 그 내용으로 한다.

② 소의 변경이 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 여부는 기본적으로 당사자의 의사 해석에 의할 것이므로 당사자가 구 청구를 취하한다는 명백한 표시 없이 새로운 청구로 변경하는 등으로 그 변경형태가 불분명한 경우에는 사실심 법원으로서는 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점을 석명할 의무가 있다.

③ 법원은 석명권의 행사로서 당사자가 주장하지 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유할 수 있다.

④ 손해배상책임이 인정되는 경우 법원은 손해액에 관한 당사자의 주장과 증거가 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 증거를 촉구하여야 하고, 경우에 따라서는 직권으로 손해액을 심리·판단하여야 한다.

<정답>

③번

<해설>

① (O), ③ (X) : 계쟁사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것(소극적 석명)은 허용되지만 당사자의 주장이 명료한데도 새로운 신청이나 당사자가 주장하지도 않은 요건사실 또는 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유함은 변론주의에 위반되며 석명권의 범위를 일탈 한다(대판 1999.7.9. 98다13754·13761 등).

② (O) : 소의 변경이 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 여부는 기본적으로 당사자의 의사해석에 의할 것이므로 당사자가 구 청구를 취하한다는 명백한 표시 없이 새로운 청구로 변경하는 등으로 그 변경형태가 불분명한 경우에는 사실심법원으로서는 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점을 석명할 의무가 있다(대판 2013.10.24. 2010다90661,90678).

④ (O) : 변제의 항변이 있는 경우에 증명촉구를 하지 않고 판결을 선고하는 것은 위법하고, 불법행위로 인한 손해배상청구에서 배상액의 증거가 없는 경우 바로 청구기각 할 것이 아니라 적극적으로 석명권을 발동하여 증거를 촉구할 의무¹⁾가 있다(대판 1993.12.28. 93다30471 등, 채무불이행책임이 인정되는 경우에도 동일)

【문 9】 소송비용의 담보에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 소송비용 담보제공 신청권은 피고에게만 있으나, 원고가 본안소송의 항소심에서 승소하여 피고가 그에 대한 상고를 제기함에 따라 원고가 피상고인으로 된 경우에는 원고에게도 소송비용 담보제공 신청권이 인정된다.

② 피고가 적법한 담보제공신청을 한 경우에는 그 후 응소를 거부하지 않고 본안에 관하여 변

1) 불법행위로 인하여 손해가 발생한 사실이 인정되는 경우에는 법원은 손해액에 관한 당사자의 주장과 증거가 미흡하더라도 적극적으로 석명권을 행사하여 증거를 촉구하여야 하고 경우에 따라서는 직권으로라도 손해액을 심리 판단하여야 하나, 법원의 증명 촉구에도 불구하고 원고가 이에 응하지 아니하면서 손해액에 관하여 나름의 주장을 펴고 그에 관하여만 증거를 다하고 있는 경우라면, 법원이 굳이 스스로 적정하다고 생각하는 손해액 산정 기준이나 방법을 적극적으로 원고에게 제시할 필요까지는 없다(대판 2010.3.25. 2009다88617). 그리고 개정법은 이를 수용하여 “제202조의2(손해배상 액수의 산정) 손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다. [본조신설 2016.3.2.]”는 조문을 신설하였다.



론 등을 하였더라도 이미 이루어진 담보제공신청의 효력이 상실되거나 그 신청이 부적법하게 되는 것은 아니다.

③ 상소심에서의 소송비용 담보제공 신청은 담보제공의 원인이 이미 제1심 또는 항소심에서 발생되어 있었음에도 신청인이 과실 없이 담보제공을 신청할 수 없었거나 상소심에서 새로이 담보제공의 원인이 발생한 경우에 한하여 가능하다.

④ 소송비용 담보의 제공은 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하거나, 지급보증위탁계약을 맺은 문서를 제출하는 방법으로 한다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 소송비용의 담보제공 신청권은 피고에게 있을 뿐 원고가 위와 같은 담보제공 신청을 할 수는 없고, 이는 상소심 절차에서도 동일하게 적용되므로, 원고가 본안소송의 항소심에서 승소하여 피고가 그에 대한 상고를 제기함에 따라 원고가 피상고인으로 되었다고 하여 원고에게 소송비용 담보제공 신청권이 인정되는 것은 아니다(대결 2017.9.14. 자 2017카담507).

② (O) : 피고가 적법한 담보제공신청을 한 경우에는 그 후 응소를 거부하지 않고 본안에 관하여 변론 등을 하였더라도 이미 이루어진 담보제공신청의 효력이 상실되거나 그 신청이 부적법하게 되는 것은 아니다(대결 2018.6.1. 자 2018마5162).

③ (O) : 상소심에서의 소송비용 담보제공 신청은 담보제공의 원인이 이미 제1심 또는 항소심에서 발생되어 있었음에도 신청인이 과실 없이 담보제공을 신청할 수 없었거나 상소심에서 새로이 담보제공의 원인이 발생한 경우에 한하여 가능하다(대결 2017.4.21. 자 2017마63).

④ (O) : 제122조(담보제공방식) 담보의 제공은 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁(공탁)하거나, 대법원규칙이 정하는 바에 따라 지급을 보증하겠다는 위탁계약을 맺은 문서를 제출하는 방법으로 한다. 다만, 당사자들 사이에 특별한 약정이 있으면 그에 따른다.

【문10】 변론조서에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 변론의 내용이 조서에 기재되어 있을 때에는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 내용이 진실한 것이라는 점에 관한 강한 증명력을 갖는다.

② 변론방식에 관한 규정이 지켜졌다는 것은 조서로만 증명할 수 있다. 다만, 조서가 없어진 때에는 그러하지 아니하다.

③ 법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 변론의 전부 또는 일부를 녹음하거나, 속기자로 하여금 받아 적도록 명할 수 있으며, 당사자가 녹음 또는 속기를 신청하면 특별한 사유가 없는 한 이를 명하여야 한다. 이 경우 녹음테이프와 속기록은 조서의 일부로 삼는다.

④ 법원사무관등은 변론기일에 참여하여 기일마다 조서를 작성하여야 한다. 변론을 녹음하거나 속기하는 경우에도 법원사무관등을 참여시키지 아니하고 변론기일을 여는 것은 위법하다.

<정답>

④번



<해설>

- ① (O) : 변론의 내용, 증인의 진술 등(재판의 선고를 제외한 실질적 기재사항, 제154조)은 변론의 방식에 관한 사항이 아니므로, 조서의 기재는 하나의 증거로 되는데 불과하고, 다른 증거방법으로 반복할 수 있다. 다만 조서의 정확성에 관하여는 여러 가지 담보가 있으므로, 조서의 기재는 특별한 사정이 없는 한 강력한 증명력을 가진다(대판 2001.4.13. 2001다6367 등).
- ② (O) : 제158조(조서의 증명력) 변론방식에 관한 규정이 지켜졌다는 것은 조서로만 증명할 수 있다. 다만, 조서가 없어진 때에는 그러하지 아니하다.
- ③ (O) : 제159조(변론의 속기와 녹음) ① 법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 변론의 전부 또는 일부를 녹음하거나, 속기자로 하여금 받아 적도록 명할 수 있으며, 당사자가 녹음 또는 속기를 신청하면 특별한 사유가 없는 한 이를 명하여야 한다. ② 제1항의 녹음테이프와 속기록은 조서의 일부로 삼는다.
- ④ (X) : 제152조(변론조서의 작성) ① 법원사무관등은 변론기일에 참여하여 기일마다 조서를 작성하여야 한다. 다만, 변론을 녹음하거나 속기하는 경우 그 밖에 이에 준하는 특별한 사정이 있는 경우에는 법원사무관등을 참여시키지 아니하고 변론기일을 열 수 있다.

【문11】 판결의 확정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 상대방이 전부 승소하여 항소의 이익이 없는 경우에는 항소권을 가진 패소자만 항소포기를 하면 비록 상대방의 항소기간이 만료하지 않았더라도 제1심판결은 확정된다.
- ② 제1심판결 선고 전에 불상소 합의를 한 경우 제1심판결은 선고와 동시에 확정된다.
- ③ 당사자가 판결확정증명서를 신청한 때에는 제1심 법원의 법원사무관등이 기록에 따라 내어 주고, 소송기록이 상급심에 있는 때에는 상급법원의 법원사무관등이 그 확정부분에 대하여만 증명서를 내어 준다.
- ④ 피고가 수개의 청구를 인용한 제1심판결 중 일부에 대하여만 항소를 제기한 경우, 항소되지 않은 나머지 부분도 확정이 차단되고 항소심에 이심은 되나, 피고가 변론종결 시까지 항소취지를 확장하지 않는 한 나머지 부분에 관하여는 불복한 적이 없어 항소심의 심판대상이 되지 않고 항소심의 판결확정과 동시에 확정되어 소송이 종료된다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 상소기간 경과 전에 상소권을 가진 당사자가 이를 포기한 때(제394조, 제425조)에는 포기 시에 확정된다.
- ② (O) : 판결 선고 전에 불상소의 합의가 있는 경우에도 판결 선고와 동시에 확정되지만, 판결 선고 후 불상소의 합의를 한 경우에는 이미 발생한 항소권 및 부대항소권의 포기를 합의한 것이므로 그 성립과 동시에 판결이 확정된다. - 실무제요(III), 1588면
- ③ (O) : 확정증명서의 교부는 제1심법원의 법원사무관 등으로부터 받음이 원칙이다(제499조 1항). 다만 소송이 상급심에 계속 중이라도 그 사건의 판결 일부가 확정된 경우에는 소송기록은



상급심에 있기 때문에, 확정부분에 대한 증명서는 상급법원의 법원사무관 등으로부터 교부받게 된다(제499조 2항).

④ (X) : 피고가 수개의 청구를 인용한 제1심판결 중 일부에 대하여만 항소를 제기한 경우, 항소되지 않은 나머지 부분도 확정이 차단되고 항소심에 이심은 되나, 피고가 변론종결 시 까지 항소취지를 확장하지 않는 한 나머지 부분에 관하여는 불복한 적이 없어 항소심의 심판대상이 되지 않고 항소심의 판결 선고와 동시에 확정되어 소송이 종료된다(대판 2011. 7. 28. 2009다35842).

【문12】소송비용의 부담 및 소송비용액확정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 일부 패소의 경우 각 당사자가 부담할 소송비용은 반드시 청구액과 인용액의 비율에 따라 정하여야 한다.
- ② 공동소송인은 소송비용을 균등하게 부담한다. 다만, 법원은 사정에 따라 공동소송인에게 소송비용을 연대하여 부담하게 하거나 다른 방법으로 부담하게 할 수 있다.
- ③ 소송이 재판에 의하지 아니하고 완결된 경우에 당사자가 소송비용을 상환받기 위하여서는 당해 소송이 완결될 당시의 소송계속법원에 소송비용부담재판의 신청을 하여야 하고, 이를 제1심 수소법원에 소송비용액확정결정신청의 방법으로 할 수는 없다.
- ④ 소송비용부담의 재판은 소송비용상환의무의 존재를 확정하고 그 지급을 명하는 데 그치고 소송비용의 액수는 당사자의 신청에 의하여 별도로 소송비용액확정결정을 받아야 하므로, 소송비용부담의 재판만으로는 소송비용상환청구채권의 집행권원이 될 수 없다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 제101조(일부패소의 경우) 일부패소의 경우에 당사자들이 부담할 소송비용은 법원이 정한다. 다만, 사정에 따라 한 쪽 당사자에게 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있다.
- ② (O) : 제102조(공동소송의 경우) ① 공동소송인은 소송비용을 균등하게 부담한다. 다만, 법원은 사정에 따라 공동소송인에게 소송비용을 연대하여 부담하게 하거나 다른 방법으로 부담하게 할 수 있다.
- ③ (O) : 제114조(소송이 재판에 의하지 아니하고 끝난 경우) ① 제113조의 경우 외에 소송이 재판에 의하지 아니하고 끝나거나 참가 또는 이에 대한 이의신청이 취하된 경우에는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로 소송비용의 액수를 정하고, 이를 부담하도록 명하여야 한다.

2) 소의 일부가 취하되거나 청구가 감축된 경우 소송비용에 관하여는 민사소송법 제114조의 적용이 있는 것으로 해석함이 타당하므로, 이 경우 당사자가 일부 취하되거나 청구가 감축된 부분에 해당하는 소송비용을 상환받기 위하여는 위 규정에 의하여 일부 취하되거나 감축되어 그 부분만이 종결될 당시의 소송계속법원에 중국판결과는 별개의 절차로서의 소송비용부담재판의 신청을 하고 그에 따라 결정된 소송비용의 부담자 및 부담액에 의한다. 민사소송법 제109조 제1항, 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 제3조 제1항, 제4조 제1항, 제2항, 민사소송 등 인지법 제2조 제3항, 민사소송 등 인지규칙 제25조 등의 각 규정을 종합하면, 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급할 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위로 소송목적의 값에 따라 산정하되, 청구취지를 변경한 경우에는 변경한 청구취지를 기준으로 하고, 항소심 또는 상고심의 소송목적의 값은 상소료써 불복하는 범위를 기준으로 하도록 되어 있다. 한편 항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고, 항소불가분의 원칙상 항소의 일부 취하는 효력이 없으며 단순히 불복신청의 범위를 감축하는 의미에 지나지 아니하나, 항소인이 항소장 제출 이후 피항소인이 소송대리인을 선임하기 전에 불복신청의 범위를 감축한 경우 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 감축된 불복신청의 범위를 기준으로 산정하는 것이 타당하다(대결 2017.2.7. 자 2016마937).



④ (O) : 소송비용부담의 재판은 소송비용상환의무의 존재를 확정하고 그 지급을 명하는 데 그치고 그 액수는 당사자의 신청에 의하여 민사소송법 제110조에 의한 소송비용액확정 결정을 받아야 하므로, 소송비용부담의 재판만으로 소송비용상환청구채권의 집행권원이 될 수 없고, 따라서 소송비용액확정결정에 의한 소송비용은 본안판결의 집행력이 미치는 대상이 아니다(대판 2006. 10. 12. 2004재다818).

【문13】증인신문에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 증언거부나 선서거부에 정당한 이유가 없다고 한 재판이 확정된 뒤에 증인이 증언이나 선서를 거부한 때에는 소송비용부담, 과태료처분, 감치처분을 받을 수 있다.
- ② 증인의 신문은 증인신문신청을 한 당사자의 신문(주신문), 상대방의 신문(반대신문), 증인신문신청을 한 당사자의 재신문(재주신문)의 순서로 하고, 그 신문이 끝난 후에도 당사자는 재판장의 허가를 받지 않더라도 다시 신문을 할 수 있다.
- ③ 당사자본인으로 신문해야 함에도 증인으로 신문한 경우 상대방이 이를 지체 없이 이의하지 아니하면 그 하자 는 치유된다.
- ④ 만 17세의 학생을 증인으로 신문할 때에는 선서를 시키지 못한다.

<정답>

③번

<해설>

① (X) : 제318조(증언거부에 대한 제재) 증언의 거부에 정당한 이유가 없다고 한 재판이 확정된 뒤에 증인이 증언을 거부한 때에는 제311조제1항, 제8항 및 제9항의 규정을 준용한다. ; 증인의 선서의무와 진술의무 때문에 증언을 거부하거나 선서를 거부하는 사람은 그 이유를 소명하여야 한다. 수소법원은 당사자를 심문하여 증언거부나 선서거부가 옳은지를 재판하여야 하고, 당사자 또는 증인은 그 재판에 대하여 즉시항고가 가능하다. 증언거부나 선서거부에 정당한 이유가 없다고 한 재판이 확정된 뒤에 증인이 증언이나 선서를 거부한 때에는 소송비용부담과 과태료처분을 받을 수 있다. 출석의무 불이행의 경우와 달리 감치는 안 된다.

② (X) : 규칙 제89조(신문의 순서) ① 법 제327조제1항의 규정에 따른 증인의 신문은 다음 각호의 순서를 따른다. 다만, 재판장은 주신문에 앞서 증인으로 하여금 그 사건과의 관계와 쟁점에 관하여 알고 있는 사실을 개략적으로 진술하게 할 수 있다. 1. 증인신문신청을 한 당사자의 신문(주신문) 2. 상대방의 신문(반대신문) 3. 증인신문신청을 한 당사자의 재신문(재주신문) ② 제1항의 순서에 따른 신문이 끝난 후에는 당사자는 재판장의 허가를 받은 때에만 다시 신문할 수 있다.

③ (O) : 당사자본인으로 신문할 자를 증인으로 신문하였다고 해도, 당사자가 즉시 이의하지 않으면 이의권의 포기·상실로 그 흠이 치유된다(제151조). 즉 당사자 본인신문의 방식에 의하여야 할 종친회 대표자를 증인으로 조사한데 대하여 지체 없이 이의의 진술이 없었다면 그 증언을 채택하여 사실 인정을 하였다 하더라도 위법이라 할 수 없다(대판 1977.10.11. 77다1316).

④ (X) : 제322조(선서무능력) 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하는 사람을 증인으로 신문할 때에는 선서를 시키지 못한다. 1. 16세 미만인 사람



【문14】소송대리에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 단독판사가 심판하는 사건에 있어서 소송대리 허가신청에 의한 소송대리권은 법원의 허가를 얻은 때로부터 발생하는 것이므로 소송대리인이 대리인의 자격으로 변론기일 소환장을 수령한 날짜가 법원이 허가한 날짜 이전이라면 그 변론기일 소환장은 소송대리권이 없는 자에 대한 송달로서 부적법하다.
- ② 당사자가 사망하거나 소송능력을 상실하게 되면 소송대리권은 소멸된다.
- ③ 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 하는 것이지만, 소송대리인이 소송대리위임장을 법원에 제출한 이상 소송대리권이 있다고 할 것이고, 법원의 잘못 등으로 그 소송대리위임장이 기록에 편철되지 아니하거나 다른 기록에 편철되었다고 하여 소송대리인의 소송대리행위가 무효가 되는 것은 아니다.
- ④ 여러 소송대리인이 있는 때에는 각자가 당사자를 대리한다. 당사자가 이에 어긋나는 약정을 한 경우 그 약정은 효력을 가지지 못한다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (O) : 단독판사가 심판하는 사건에 있어서 소송대리 허가신청에 의한 소송대리권은 법원의 허가를 얻은 때로부터 발생하는 것이므로 소송대리인이 대리인의 자격으로 변론기일 소환장을 수령한 날짜가 법원이 허가한 날짜 이전이라면 그 변론기일 소환장은 소송대리권이 없는 자에 대한 송달로서 부적법하다(대판 1982. 7. 27. 82다68).
- ② (X) : 제95조(소송대리권이 소멸되지 아니하는 경우) 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하더라도 소송대리권은 소멸되지 아니한다. 1. 당사자의 사망 또는 소송능력의 상실
- ③ (O) : 민사소송법 제89조 제1항에 의하면, 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 하는 것이지만, 소송대리인이 소송대리위임장을 법원에 제출한 이상 소송대리권이 있다고 할 것이고, 법원의 잘못 등으로 그 소송대리위임장이 기록에 편철되지 아니하거나 다른 기록에 편철되었다고 하여 소송대리인의 소송대리행위가 무효가 되는 것은 아니다(대판 2005. 12. 8. 2005다36298).
- ④ (O) : 제93조(개별대리의 원칙) ① 여러 소송대리인이 있는 때에는 각자가 당사자를 대리한다. ② 당사자가 제1항의 규정에 어긋나는 약정을 한 경우 그 약정은 효력을 가지지 못한다.

【문15】당사자의 사망과 관련된 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 이미 사망한 자를 채무자로 한 처분금지가처분신청은 부적법하고 그 신청에 따른 처분금지가처분결정이 있었다고 하여도 그 결정은 당연무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않는다고 할 것이므로, 채무자의 상속인은 일반승계인으로서 무효인 그 가처분결정에 의하여 생긴 외관을 제거하기 위한 방편으로 가처분결정에 대한 이의신청으로써 그 취소를 구할 수 없다.
- ② 죽은 사람의 이름으로 항고를 제기하였더라도 실제로 항고를 제기한 행위가 그의 상속인이



었다면 항고장에 항고인의 표시를 잘못된 것으로 보고 이를 정정하게 하여야 한다.

③ 사망자를 피고로 하여 제소한 제1심에서 원고가 상속인으로 당사자표시정정을 함에 있어서 일부상속인을 누락시킨 탓으로 그 누락된 상속인이 피고로 되지 않은 채 제1심판결이 선고된 경우에 원고는 항소심에서 그 누락된 상속인을 다시 피고로 추가할 수 있다.

④ 甲의 乙에 대한 채무를 대위변제한 丙이 甲의 사망사실을 알면서도 그를 피고로 기재하여 소를 제기한 경우, 丙은 甲의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 없다.

<정답>

②번

<해설>

① (X) : 이미 사망한 자를 채무자로 한 처분금지가처분신청은 부적법하고 그 신청에 따른 처분금지가처분결정이 있었다고 하여도 그 결정은 당연무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않는다고 할 것이므로, 채무자의 상속인은 일반승계인으로서 무효인 그 가처분결정에 의하여 생긴 외관을 제거하기 위한 방편으로 가처분결정에 대한 이의신청으로써 그 취소를 구할 수 있다(대판 2002. 4. 26. 2000다30578).

② (O) : 죽은 사람의 이름으로 항고를 제기하였다더라도 실지 항고를 제기한 행위가 그의 상속인이었다면 항고장에 항고인의 표시를 잘못된 것으로 보고 이를 정정하게 하여야 한다(대결 1971. 4. 22. 자 71마279).

③ (X) : 사망자를 피고로 하여 제소한 제1심에서 원고가 상속인으로 당사자표시정정을 함에 있어서 일부상속인을 누락시킨 탓으로 그 누락된 상속인이 피고로 되지 않은 채 제1심판결이 선고된 경우에 원고는 항소심에서 그 누락된 상속인을 다시 피고로 정정추가 할 수 없다(대판 1974. 7. 16. 73다1190).

④ (X) : 소송에서 당사자가 누구인가는 당사자능력, 당사자적격 등에 관한 문제와 직결되는 중요한 사항이므로, 사건을 심리·판결하는 법원으로서의 직권으로 소송당사자가 누구인가를 확정하여 심리를 진행하여야 하며, 이때 당사자가 누구인가는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인 사실 등 소장의 전취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 한다. 따라서 소장에 표시된 피고에게 당사자능력이 인정되지 않는 경우에는 소장의 전취지를 합리적으로 해석한 결과 인정되는 올바른 당사자능력자로 표시를 정정하는 것이 허용된다. 채무자 甲의 乙 은행에 대한 채무를 대위변제한 보증인 丙이 채무자 甲의 사망사실을 알면서도 그를 피고로 기재하여 소를 제기한 사안에서, 채무자 甲의 상속인이 실질적인 피고이고 다만 소장의 표시에 잘못이 있었던 것에 불과하므로, 보증인 丙은 채무자 甲의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있고, 따라서 당초 소장을 제출한 때에 소멸시효중단의 효력이 생긴다(대판 2011. 3. 10. 2010다99040).

【문16】 문서제출명령에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 문서제출명령은 당사자가 아닌 제3자에 대해서도 할 수 있지만, 이 경우 제3자나 그가 지정하는 자에 대해 심문을 하여야 한다.

② 문서제출명령 신청인은, 문서의 취지나 그 문서로 증명할 사실을 개괄적으로 표시하여 상대



방이 이와 관련하여 가지고 있는 문서 목록을 제출할 것을 명하도록 법원에 신청할 수 있다.

③ 당사자 아닌 제3자가 문서제출명령에 따르지 않은 때에는, 법원은 그 문서의 기재에 대한 신청인의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

④ 문서제출명령에 대해서는 독립하여 즉시항고를 할 수 있다.

<정답>

③번

<해설>

① (O) : 제347조(제출신청의 허가여부에 대한 재판) ③ 제3자에 대하여 문서의 제출을 명하는 경우에는 제3자 또는 그가 지정하는 자를 심문하여야 한다.

② (O) : 제346조(문서목록의 제출) 제345조의 신청을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는, 법원은 신청대상이 되는 문서의 취지나 그 문서로 증명할 사실을 개괄적으로 표시한 당사자의 신청에 따라, 상대방 당사자에게 신청내용과 관련하여 가지고 있는 문서 또는 신청내용과 관련하여 서증으로 제출할 문서에 관하여 그 표시와 취지 등을 적어 내도록 명할 수 있다.

③ (X) : 제351조(제3자가 문서를 제출하지 아니한 때의 제재) “제3자”가 제347조제1항·제2항 및 제4항의 규정에 의한 명령에 따르지 아니한 때에는 제318조의 규정을 준용한다. → 과태료 재판

④ (O) : 제348조(불복신청) 문서제출의 신청에 관한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

【문17】 소송승계에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 승계참가는 소송의 목적이 된 권리를 승계한 경우뿐만 아니라 채무를 승계한 경우에도 이를 할 수 있다.

② 인수참가인의 소송목적 양수 효력이 부정되어 인수참가인에 대한 청구기각 또는 소각하 판결이 확정된 날부터 6개월 내에 탈퇴한 원고가 다시 탈퇴 전과 같은 재판상의 청구 등을 한 때에는, 탈퇴 전에 원고가 제기한 재판상의 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 그대로 유지된다.

③ 소송 계속 중에 소송목적인 의무의 승계가 있다는 이유로 하는 소송인수신청이 있는 경우 신청의 이유로서 주장하는 사실관계 자체에서 그 승계적격의 흠결이 명백하지 않는 한 결정으로 그 신청을 인용하여야 하나, 피인수신청인에 대한 청구의 당부를 판단하여 심리한 결과 승계사실이 인정되지 않으면 인수참가신청 자체가 부적법하게 되어 인수참가신청을 각하하는 판결을 하여야 한다.

④ 인수참가인이 인수참가요건인 채무승계 사실에 관한 상대방 당사자의 주장을 모두 인정하여 이를 자백하고 소송을 인수하여 이를 수행하였다면, 위 자백이 진실에 반한 것으로서 착오에 인한 것이 아닌 한 인수참가인은 위 자백에 반하여 인수참가의 전제가 된 채무승계사실을 다툴 수는 없다.

<정답>

③번



<해설>

- ① (O) : 제81조(승계인의 소송참가) 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 제79조의 규정에 따라 소송에 참가한 경우 그 참가는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효의 중단 또는 법률상 기간준수의 효력이 생긴다.
- ② (O) : 인수참가인의 소송목적 양수 효력이 부정되어 인수참가인에 대한 청구기간 또는 소각하 판결이 확정된 날부터 6개월 내에 탈퇴한 원고가 다시 탈퇴 전과 같은 재판상의 청구 등을 한 때에는, 탈퇴 전에 원고가 제기한 재판상의 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 그대로 유지된다고 봄이 타당하다(대판 2017.7.18. 2016다35789).
- ③ (X) : 소송 계속 중에 소송목적인 의무의 승계가 있다는 이유로 하는 소송인수신청이 있는 경우 신청의 이유로서 주장하는 사실관계 자체에서 그 승계적격의 흠결이 명백하지 않는 한 결정으로 그 신청을 인용하여야 하는 것이고, 그 승계인에 해당하는가의 여부는 피인수신청인에 대한 청구의 당부와 관련하여 판단할 사항으로 심리한 결과 승계사실이 인정되지 않으면 청구기간의 본안판결을 하면 되는 것이지 인수참가신청 자체가 부적법하게 되는 것은 아니다(대판 2005.10.27. 2003다66691).
- ④ (O) : 인수참가인이 인수참가요건인 채무승계 사실에 관한 상대방당사자의 주장을 모두 인정하여 이를 자백하고 소송을 인수하여 이를 수행하였다면, 위 자백이 진실에 반한 것으로서 착오에 인한 것이 아닌 한 인수참가인은 위 자백에 반하여 인수참가의 전제가 된 채무승계사실을 다룰 수는 없다(대판 1987. 11. 10. 87다카473).

【문18】 소송상 합의에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 불항소 합의는 반드시 서면으로 하여야 하나, 판결 선고 전의 불상소 합의는 말 또는 서면으로 할 수 있다.
- ② 불항소 합의의 유무는 항소의 적법요건에 관한 법원의 직권조사사항이다.
- ③ 강제집행 당사자 사이에 그 신청을 취하기로 하는 약정은 사법상으로는 유효하다 할지라도 이를 위배하였다하여 직접 소송으로서 그 취하를 청구하는 것은 허용되지 않는다.
- ④ 환송판결 전에 소취하 합의가 있었지만, 환송 후 원심의 변론기일에서 이를 주장하지 않은 채 본안에 관하여 변론하는 등 계속 응소한 피고가 환송 후 판결에 대한 상고심에 이르러서야 위 소취하 합의 사실을 주장하는 경우에 위 소취하 합의가 묵시적으로 해제되었다고 봄이 상당하다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 구체적인 사건의 소송 계속 중 그 소송 당사자 쌍방이 판결 선고 전에 미리 상소하지 아니하기로 합의하였다면 그 판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로, 이러한 합의는 소송당사자에 대하여 상소권의 사전포기와 같은 중대한 소송법상의 효과가 발생하게 되는 것으로서 반드시 서면에 의하여야 할 것이며, 그 서면의 문언에 의하여 당사자 쌍방이 상소를 하지 아니한다는 취지가 명백하게 표현되어 있을 것을 요한다(대판 2002.10.11. 2000다17803).
- ② (O) : 불항소(불상소) 합의의 유무는 항소의 적법요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사



항이다(대판 1980.1.29. 79다2066).

③ (O) : 判例는 강제집행취하계약에 기해 강제집행취하를 구하는 소송에 대해서 “이는 공법상의 처분을 구하는 것으로 부적법하다(대판 1966.5.31. 66다564).”고 하여 의무이행소구설을 배척하였다.

④ (O) : 계약의 합의해제는 명시적으로 뿐 아니라 묵시적으로도 이루어질 수 있으므로, 계약의 성립 후에 당사자 쌍방의 계약실현 의사의 결여 또는 포기로 인하여 쌍방 모두 이행의 제공이나 최고에 이름이 없이 장기간 이를 방치하였다면, 그 계약은 당사자 쌍방이 계약을 실현하지 아니할 의사가 일치함으로써 묵시적으로 합의해제되었다고 해석함이 상당하다. 환송판결 전에 소취하 합의가 있었지만, 환송 후 원심의 변론기일에서 이를 주장하지 않은 채 본안에 관하여 변론하는 등 계속 응소한 피고가 환송 후 판결에 대한 상고심에 이르러서야 위 소취하 합의 사실을 주장하는 경우에 위 소취하 합의가 묵시적으로 해제되었다(대판 2007. 5. 11. 2005후1202).

【문19】 A가 B를 상대로 대여금 청구 소송을 하던 중에 C가 A로부터 대여금채권을 양수하여 위 소송에 승계참가를 하였다. 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① C에 대하여도 A가 소를 제기한 때에 소급하여 대여금채권의 시효가 중단된다.
- ② A는 B가 동의하지 않으면 소송에서 탈퇴할 수 없다.
- ③ A가 소송에서 탈퇴하여도 A는 판결의 효력을 받는다.
- ④ A가 소송에서 탈퇴하지 않으면 A의 청구에 대해서도 판결을 해야 하고, C가 일부 승소하여 B, C만 항소하면 A의 B에 대한 청구는 분리하여 확정된다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 제81조(승계인의 소송참가) 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적의 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 제79조의 규정에 따라 소송에 참가한 경우 그 참가는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효의 중단 또는 법률상 기간준수의 효력이 생긴다.

② (O), ③ (O) : 소송물의 양도에 의한 참가인수승계의 경우 종전당사자는 당사자적격을 상실하므로 상대방의 동의를 얻어 소송탈퇴 할 수 있다. 그러나 판결의 효력은 탈퇴한 당사자에게 미친다(제82조 3항, 제80조).

④ (X) : 승계참가에 관한 민사소송법 규정과 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와의 정합성, 원고승계참가인(이하 ‘승계참가인’이라 한다)과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성 등을 종합적으로 고려하면, 소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적의 권리의 전부나 일부를 승계하였다고 주장하며 민사소송법 제81조에 따라 소송에 참가한 경우, 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않거나 이에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아있다면 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다고 할 것이다. 그러므로 2002년 민사소송법 개정 후 피참가인인 원고가 승계참가인의 승계 여부에 대하여 다투지 않고 그 소송절차에서 탈퇴하지도 않은 채 남아있는 경우 원고의 청구와 승계참가인의 청구가 통상공동소송 관계에 있다는



취지로 판단한 대법원 2004.7.9. 선고 2002다16729 판결³⁾, 대법원 2009.12.24. 선고 2009다65850 판결, 대법원 2014.10.30. 선고 2011다113455, 113462 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들이 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다(대판(전) 2019.10.23. 2012다46170).

【문20】 재판장의 소장심사에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소장에 일응 대표자의 표시가 되어 있는 이상 설령 그 표시에 잘못이 있다고 하더라도 이를 정정 표시하라는 보정명령을 하고 그에 대한 불응을 이유로 소장을 각하하는 것은 허용되지 아니하고, 이러한 경우에는 오로지 판결로써 소를 각하할 수 있을 뿐이다.
- ② 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.
- ③ 원칙적으로 소장의 심사는 소송요건 및 청구의 당부를 판단하는 것보다 선행되어야 한다.
- ④ 재판장이 원고에게 청구하는 이유에 대응하는 증거방법을 구체적으로 적어 내도록 명하였는데 원고가 이를 보정하지 않은 경우에는 재판장은 소장각하명령을 할 수 있다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 민사소송법 제254조에 의한 재판장의 소장심사권은 소장이 같은 법 제249조 제1항의 규정에 어긋나거나 소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니하였을 경우에 재판장이 원고에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 흠결의 보정을 명할 수 있고, 원고가 그 기간 내에 이를 보정하지 않을 때에 명령으로써 그 소장을 각하한다는 것일 뿐이므로, 소장에 일응 대표자의 표시가 되어 있는 이상 설령 그 표시에 잘못이 있다고 하더라도 이를 정정 표시하라는 보정명령을 하고 그에 대한 불응을 이유로 소장을 각하하는 것은 허용되지 아니한다. 이러한 경우에는 오로지 판결로써 소를 각하할 수 있을 뿐이다(대결 2013.9.9. 2013마1273).

② (O) : 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 확정 이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다. 이처럼 항소심재판장이 단독으로 하

3) 원고는 이 사건 손해배상채권을 승계참가인에게 양도하고 원심 소송 계속중인 1999.11.16.경 피고들에게 채권양도의 통지를 한 다음 승계참가인이 승계참가신청을 하자 탈퇴를 신청하였으나 피고들의 부동의로 탈퇴하지 못한 사실을 알 수 있는바, 이와 같은 경우 원고의 청구와 승계참가인의 청구는 통상의 공동소송으로서 모두 유효하게 존속하는 것이므로...(대판 2004.7.9. 2002다16729).



는 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. 자 2019마5599, 5600).

③ (O) : 소장의 심사는 원칙적으로 소송요건의 존부나 청구의 당부보다 먼저 심사하는 것이 원칙이나, 보정불능인 소송요건의 흠결이 있어 어차피 소각하판결하여야 할 경우에는 소장심사에 앞서 소 각하판결을 할 수 있다고 본다.

④ (X) : 제254조 4항에 의하면 청구하는 이유에 대응하는 증거방법의 기재, 소장에서 인용된 서증의 등본·사본을 붙였는지가 심사의 대상이 된다. 소송의 초기단계에서부터 주장에 따른 구체적인 입증을 하여야만 집중심리를 이룰 수 있기 때문이다. 다만 이를 불이행하여도 소장 각하를 할 수 없다는 점을 유의하여야 한다.

【문21】가집행선고에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채권자가 가집행으로 금원을 추심한 경우 채권자의 기본채권에 대한 변제의 효과가 발생한다.
- ② 당사자가 이혼이 성립하기 전에 이혼소송과 병합하여 재산분할의 청구를 하고, 법원이 이혼과 동시에 재산분할을 명하는 판결을 하는 경우에도 이혼판결은 확정되지 아니한 상태이므로, 그 시점에서 가집행을 허용할 수 없다.
- ③ 가집행의 선고는 그 선고 또는 본안판결을 바꾸는 판결의 선고로 바뀌는 한도에서 그 효력을 잃는다.
- ④ 제1심에서 가집행선고가 붙은 패소의 이행판결을 선고받고 항소한 당사자는 항소심에서 민사소송법 제215조 제2항의 가집행의 선고에 따라 지급한 물건을 돌려 달라는 재판을 구하는 신청을 하지 아니하고 제1심의 본안판결을 바꾸는 판결을 선고받아 상대방이 상고한 경우에는 상고심에서 위와 같은 신청을 하지 못한다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 가집행으로 인한 집행의 효과는 종국적으로 변제의 효과를 발생하는 것은 아니므로 가집행으로 금원을 추심하였다 하여도 채권자의 기본채권에 대한 변제의 효과는 발생한다고 할 수 없다(대판 1982. 12. 14. 80다1101,1102).
- ② (O) : 이혼과 동시에 재산분할을 명하는 판결에는 가집행선고가 허용되지 않는다고 본다(대판 1998.11.13. 98므1193).
- ③ (O) : 제215조(가집행선고의 실효, 가집행의 원상회복과 손해배상) ① 가집행의 선고는 그 선고 또는 본안판결을 바꾸는 판결의 선고로 바뀌는 한도에서 그 효력을 잃는다.
- ④ (O) : 제1심에서 가집행선고가 붙은 패소의 이행판결을 선고받고 항소한 당사자는 항소심에서 민사소송법 제215조 제2항의 재판을 구하는 신청을 하지 아니하고 제1심의 본안판결을 바꾸는 판결을 선고받아 상대방이 상고한 경우에는 상고심에서 위와 같은 신청을 하지 못한다



(대판 2003. 6. 10. 2003다14010, 14027).

【문22】항고에 관한 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 강제집행정지결정 이전의 담보제공명령은 강제집행을 정지하는 재판에 대한 중간적 재판으로 불복할 수 없는 명령에 해당하므로, 위 담보제공명령은 특별항고의 대상이 되는 재판에 해당한다.
- ② 특별항고가 있는 경우 원심법원은 경정결정을 할 수 없고 기록을 그대로 대법원에 송부하여야 한다.
- ③ 이미 성립한 결정에 대하여는 결정이 고지되어 효력을 발생하기 전에도 결정에 불복하여 항고할 수 있다.
- ④ 민사소송법은 항소이유서의 제출기한에 관한 규정을 두고 있지 아니하므로 가압류이의신청에 대한 재판의 항고인이 즉시항고이유서를 제출하지 아니하였다거나 그 이유를 적어내지 아니하였다는 이유로 그 즉시항고를 각하할 수는 없다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 수소법원이 민사소송법 제507조 제2항 소정의 강제집행정지결정 등을 명하기 위하여 담보제공명령을 내렸다면 이러한 담보제공명령은 나중에 있을 강제집행을 정지하는 재판에 대한 중간적 재판에 해당하는바, 위 명령에서 정한 공탁금액이 너무 과다하여 부당하다고 하더라도 이는 강제집행정지의 재판에 대한 불복절차에서 그 당부를 다룰 수 있을 뿐, 중간적 재판에 해당하는 담보제공명령에 대하여는 독립하여 불복할 수 없다(대결 2001. 9. 3. 자 2001그85).
- ② (O) : 특별항고의 경우에는 재도의 고안이 허용되지 아니 한다(대결 2001.2.28. 2001그4).
- ③ (O) : 일단 결정이 성립하면 당사자가 법원으로부터 결정서를 송달받는 등의 방법으로 결정을 직접 고지 받지 못한 경우라도 결정을 고지 받은 다른 당사자로부터 전해 듣거나 기타 방법에 의하여 결정을 아는 것이 가능하여 본인에 대해 결정이 고지되기 전에 불복 여부를 결정할 수 있다. 그럼에도 이미 성립한 결정에 불복하여 제기한 즉시항고가 항고인에 대한 결정의 고지 전에 이루어졌다는 이유만으로 부적법하다고 한다면, 항고인에게 결정의 고지 후에 동일한 즉시항고를 다시 제기하도록 하는 부담을 지우는 것이 될 뿐만 아니라 이미 즉시항고를 한 당사자는 그 후 법원으로부터 결정서를 송달받아도 다시 항고할 필요가 없다고 생각하는 것이 통상의 경우이므로 다시 즉시항고를 제기하여야 한다는 것을 알게 되는 시점에서는 이미 즉시항고기간이 경과하여 회복할 수 없는 불이익을 입게 된다. 이와 같은 사정을 종합적으로 고려하면, 이미 성립한 결정에 대하여는 결정이 고지되어 효력을 발생하기 전에도 결정에 불복하여 항고할 수 있다(대결(전합) 2014.10.08. 자 2014마667).
- ④ (O) : 가압류이의신청에 대한 재판은 집행절차에 관한 집행법원의 재판에 해당하지 아니하므로 그에 대한 즉시항고에는 민사집행법 제15조가 적용되지 않고 민사소송법의 즉시항고에 관한 규정이 적용된다. 민사소송법상 항고법원의 소송절차에는 항소에 관한 규정이 준용되는데, 민사소송법은 항소이유서의 제출기한에 관한 규정을 두고 있지 아니하므로 가압류이의신청에 대한 재판의 항고인이 즉시항고이유서를 제출하지 아니하였다거나 그 이유를 적어내지 아니하였다는 이유로 그 즉시항고를 각하할 수는 없다(대결 2008. 2. 29. 자 2008마145).



【문23】 소의 이익에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 매매계약해제의 효과로서 이미 이행한 것의 반환을 구하는 이행의 소를 제기할 수 있는 경우에는 그 기본 되는 매매계약의 존부에 대하여 다툼이 있어 즉시 확정적 이익이 있는 경우라도 계약이 해제되었음의 확인을 구할 수 없다.
- ② 甲 소유의 부동산에 관하여 乙 명의의 소유권이전등기청구권가등기가 마쳐진 후 위 부동산에 관하여 가압류등기를 한 丙은 위 가등기가 담보목적 가등기인지 여부를 청구할 확인의 이익이 없다.
- ③ 소유권보존등기가 되었던 종전건물의 소유자가 이를 헐어 내고 건물을 신축한 경우에 있어 종전건물에 대한 멸실등기를 하고 새 건물에 대한 소유권보존등기를 하기 위하여 종전건물에 대한 소유권보존등기에 터잡아 마쳐진 원인무효의 소유권이전등기의 말소를 청구할 소의 이익이 있다.
- ④ 건축법상의 각종 신고나 신청 등의 모든 절차를 마치지 않은 채 소유권보존등기가 이루어진 경우, 그 건물의 정당한 원시취득자임을 주장하여 건축주 명의변경 절차의 이행을 구하는 소는 그 소의 이익을 부정할 수 없다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 매매계약해제의 효과로서 이미 이행한 것의 반환을 구하는 이행의 소를 제기할 수 있을지라도 그 기본 되는 매매계약의 존부에 대하여 다툼이 있어 즉시 확정적 이익이 있는 때에는 계약이 해제되었음의 확인을 구할 수도 있는 것이므로 매매계약이 해제됨으로써 현재의 법률관계가 존재하지 않는다는 취지의 소는 확인의 이익이 있다(대판 1982.10.26. 82다108).

② (O) : 부동산등기법 제92조 제1항에 따라 丙 회사의 위 가압류등기가 직권으로 말소되는지가 위 가등기가 순위보전을 위한 가등기인지 담보가등기인지에 따라 결정되는 것이 아니므로, 丙 회사의 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 존재한다고 볼 수 없고, 만약 위 가등기가 담보가등기입에도 乙이 청산절차를 거치지 않은 채 본등기를 마친다면, 丙 회사로서는 甲을 대위하여 본등기의 말소를 구할 수 있고 그에 따라 위 가압류등기도 회복시킬 수 있을 것이므로, 담보가등기라는 확인의 판결을 받는 것 외에 달리 구제수단이 없다고 보기 어려운데도, 丙 회사의 청구가 확인의 이익이 있다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다(대판 2017.6.29. 2014다30803).

③ (O) : 종전의 건물을 헐어내고 새 건물을 신축한 경우에 종전건물에 대한 이전등기 말소의 경우에는 소의 이익이 있다(대판 1992.3.31. 91다39184).

④ (O) : 건축공사가 완료되고 소유권보존등기까지 마쳐진 건물의 경우에는 이미 허가된 내용에 따른 건축이 더 이상 있을 수 없어 건축주명의변경이 필요 없을 뿐 아니라, 건축허가서는 허가된 건물에 관한 실체적 권리의 득실변경의 공시방법이 아니며 추정력도 없어 건축주명의를 변경한다고 하더라도 그 건물의 실체적 권리관계에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 위와 같은 건물에 관해서는 건축주명의의 변경을 청구할 소의 이익이 없다고 할 것이나, 건축허가에 관한 건축주명의의 변경은 미완성의 건물에 대하여 건축공사를 계속하거나 건축공사를 완료한 후 부동산등기법 등에 따른 소유권보존등기를 하는 데에 필요한 것이므로 건축 중인 건물을 양수한 자가 양도인을 상대로 건축주명의변경절차의 이행을 구하는 소는 소의 이익이



있다고 할 것이다(대판 2007. 12. 27. 2006다60229).

【문24】판결의 경정에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 판결경정결정은 원칙적으로 당해 판결을 한 법원이 하는 것이나, 통상의 공동소송이었던 다른 당사자 간의 소송사건이 상소의 제기로 상소심에 계속된 결과 상소를 하지 아니한 당사자 간의 원심판결의 원본과 소송기록이 우연히 상소심 법원에 있다면, 상소심 법원이 심판의 대상이 되지 않은 부분에 관한 판결을 경정할 권한을 가지게 된다.
- ② 판결경정결정을 함에 있어서는 그 소송 전 과정에 나타난 자료는 물론 경정대상인 판결 이후에 제출되어진 자료도 다른 당사자에게 아무런 불이익이 없는 경우나 이를 다룰 수 있는 기회가 있었던 경우에는 소송경제상 이를 참작할 수 있다.
- ③ 청구취지에서 지급을 구하는 금원 중 원금 부분의 표시를 누락하여 그대로 판결된 경우, 그 청구원인에서 원금의 지급을 구하고 있었다면 판결경정으로 원금 부분의 표시를 추가하는 것은 허용된다.
- ④ 판결의 경정신청을 기각하는 결정에 대해서는 통상항고를 제기할 수 있다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (X) : 判例는 판결을 한 법원은 물론 상급법원도 경정할 수 있다고 하였으나, 하급심에서 확정된 판결부분에 대해서는 그 부분에 관한 기록이 상급법원에 와 있다고 하여도 상급법원이 그 부분에 대한 심판권이 없으므로 경정할 수 없다고 하였다(대결 1992.1.29. 91마748).
- ② (O) : 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).
- ③ (X) : 판결의 경정이란 일단 선고된 판결에 대하여 그 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위 내에서 판결의 표현상의 기재 잘못이나 계산의 착오 또는 이와 유사한 잘못을 법원 스스로가 결정으로써 경정 또는 보충하여 강제집행이나 호적의 정정 또는 등기의 기재 등 넓은 의미의 집행에 지장이 없도록 하는 데 그 취지가 있는 것이므로, 청구취지에서 지급을 구하는 금원 중 원금 부분의 표시를 누락하여 그대로 판결된 경우에는 비록 그 청구원인에서는 원금의 지급을 구하고 있더라도 판결경정으로 원금 부분의 표시를 추가하는 것은 주문의 내용을 실질적으로 변경하는 경우에 해당하여 허용될 수 없다(대결 1995. 4. 26. 자 94그26).
- 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 즉시 항고 할 수 있게 한 제211조 3항 본문의 반대해석으로도 그렇다고 한다(대결 1971.7.21, 71마382).

【문25】청구의 포기·인낙에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 고유필수적 공동소송의 경우에는 공동소송인 전원이 일치하여 청구의 포기나 인낙을 하여야 하고, 그 중 한 사람의 청구의 포기나 인낙은 무효로 된다.



- ② 예비적 병합의 경우 예비적 청구에 관하여만 인낙을 할 수는 없고, 가사 인낙을 한 취지가 조서에 기재되었다 하더라도 그 인낙의 효력이 발생하지 아니한다.
- ③ 주주총회결의의 하자를 다투는 소에 있어서 청구의 인낙은 할 수 없다.
- ④ 청구인낙의 취지가 변론조서만에 기재되어 있고 따로 인낙조서의 작성이 없다면 청구인낙으로서의 효력이 발생하지 않는다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 고유필수적 공동소송의 경우 불리한 소송행위는 전원이 함께 하지 않으면 효력이 없고, 다만 공동소송인 1인만의 불리한 소송행위는 변론전체의 취지로 공동소송인 측에 불리하게 작용할 수 있다. 자백, 청구의 포기·인낙, 화해 등이 이에 해당된다.
- ② (O) : 주위적·예비적 청구가 병합되어 있는 경우에 피고가 예비적 청구만 인낙을 할 수 없으며 인낙의 취지가 조서에 기재되어 있더라도 무효이다(대판 1995.7.25. 94다62017).
- ③ (O) : 주주총회결의의 부존재·무효를 확인하거나 결의를 취소하는 판결이 확정되면 당사자 이외의 제3자에게도 그 효력이 미쳐 제3자도 이를 다투지 못하게 되므로, 주주총회결의의 하자를 다투는 소에 있어서 청구의 인낙이나 그 결의의 부존재·무효를 확인하는 내용의 화해·조정은 할 수 없고, 가사 이러한 내용의 청구인낙 또는 화해·조정이 이루어졌다 하여도 그 인낙조서나 화해·조정조서는 효력이 없다(대판 2004.9.24. 2004다28047).
- ④ (X) : 청구의 인낙이 변론조서에 기재가 되면 따로 인낙조서의 작성이 없는 경우라도 인정판결과 같은 효력이 생기고 그것으로써 소송은 종료되며 만약 청구의 인낙이 변론조서에 기재되었음에도 불구하고 소송이 진행된 경우 법원은 인낙으로 인한 소송종료를 판결로 선고하여야 한다(대결 1962. 6. 14. 자 62마6).