

-2024년 제61회-

민사소송법

기출해설 자료

제61회 민사소송법 사례시험 간단 해설
-최영덕 출제 문제의 동일성 내지 유사성과 효율--

- 종꺽마~~~

어려운 시험보시느라 수고하셨습니다.

제 사례집에 모두 있는 문제이지만 그래도 적응을 위하여 지난 6개월 동안 제가 출제한 문제에서 모두 나왔다는 것을 증명하기 위하여 사례집은 제외하고 출제한 수업문제의 유사성을 말씀드립니다.

제가 했던 말 중에 탁마매점에서 대부분 만나오면 강사를 관 둘것이며, 또한 유사성이 70% 이하인 경우 강사를 그만 두겠다는 것 이었는데 다음을 살펴보고 평가를 하시기 바랍니다. ㅎㅎ

다음은 총평입니다.

문제는 평이하고 무난하며 최신판례는 없습니다.

당사자가 출제되지 아니하였다는 것은 매우 의미가 있다고 볼 것입니다.

문제가 평이하다보니 대부분 탁마매점이나 기초gs 실전gs A형에서 출제되었습니다.

형식적인 부분은 검토 문제와 문제-3의 경우 독립적인 설문이 아니라는 부분이 의미가 있습니다.

이것을 제외하고는 기존의 문제 유형과 동일합니다.

기타 의미 부여 등에 대한 내용은 8월 3일 수업시간에 말씀드립니다.

【 문제-1 】 (30점)

甲은 자기 집 부근의 도로를 건너다가 乙이 운전하는 乙소유의 승용차에 치였다. 甲은 이 사고로 다리와 허리 부위를 다쳐서 전치 15주의 가료를 요하는 부상을 입었다. (다음 각 물음은 독립적임)

(1) 甲은 乙이 자신에게 교통사고를 낸 것을 미안하게 생각하고는 있지만, 甲에게도 사고의 잘못이 있는 것이 아니며 제대로 배상을 해주지 않을 것 같은 태도를 보이자, 합의를 통해 배상을 받는 것을 포기하고 甲이 자동차 사고로 입은 손해가 乙의 과속 내지 전방주시의무 위반 등 불법행위로 인한 것이라고 주장하며 乙을 상대로 재산적 손해로 치료비 3천만 원, 위자료 1천만 원도합 4천만 원의 손해배상의 지급을 구하는 소를 법원에 제기하였다. 제1심 법원은 사건을 심리한 후 甲의 청구 중 재산적 손해 부분은 전부 인용하였으나, 위자료는 500만 원만 인용하여, 乙에게 도합 3,500만 원의 지급을 명하는 판결을 선고하였다. 甲이 이 판결 중 위자료 부분에 대해 항소하였는데, 乙은 항소나 부대항소를 제기하지 않았다. 그런데 항소심 심리가 진행되는 중 甲은 위 사고로 인한 치료비가 2천만 원이 더 필요한 것을 알게 되었다. 이 경우 甲은 항소심에서 재산적 손해배상 청구액을 5천만 원으로 확장할 수 있는지 검토하시오. (10점)

(2) 甲은 위 교통사고로 인한 손해배상으로 乙에 대해 3천만 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 그 후 얼마 지나지 않아 乙로부터 손해배상을 해줄 터이니 자신의 사무실에서 만나자는 연락을 받았다. 그런데 甲이 乙의 사무실로 들어가니 주위의 몇몇 사람들이 쳐다보면서 좋은 말로 할 때 합의를 하라고 종용하여, 甲은 합의를 하지 않으면 어떤 위해를 당하게 될지도 모른다는 생각에 乙이 제시한 1천만 원의 합의조건을 받아들일겠다고 약속하였다. 변론기일에 출석한 甲과 乙은 乙이 甲에게 1천만 원의 배상금을 지급하고, 甲은 소를 취하하며, 이후 위 교통사고와 관련된 일체의 책임을 묻지 않기로 하는 취지로 소송상 화해를 하여, 그 내용이 조서에 기재되었다. 이 화해가 성립된 후, 억울함을 느낀 甲은 위 소송상의 화해가 乙측의 강박에 의하여 성립되었다고 주장하며 법원에 위 화해조서의 무효확인을 구하는 소를 제기하였다. 이 소는 받아들여질 수 있는지를 검토하시오. (10점)

(3) 甲이 위 교통사고로 인한 손해배상청구의 소를 제기하려고 한다는 것을 알게 된 乙은 자기가 준비 중인 시의원 선거 출마가 무산될까 두려운 나머지 甲에게 원하는 대로 해줄 테니 제발 소를 제기하지 말아달라고 부탁하면서, 자신이 서명한 손해배상 각서를 甲에게 교부하였다. 그런데 甲이 얼마를 요구할지 몰랐기 때문에 이 각서의 손해배상 액수 부분이 비워진 채 교부되었다. 이 각서를 받은 甲은 얼마 후 乙에게 5천만 원의 지급을 요구하였으나, 乙이 너무 액수가 많다고 거절하자, 甲은 임의로 이 각서에 손해배상 액수를 5천만원으로 기재하여 乙을 상대로 5천만 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이 각서가 법원에 제출된 후 乙은 각서상의 서명은 자기 것이 맞으나, 甲이 무단으로 액수를 기재하였으므로 증거로서 효력이 없다고 주장하였다. 법원은 이 각서를 증거로 인정하여 乙에게 5천만 원의 지급을 명할 수 있는지 설명하시오. (10점)

I. 설문 (1). (10점) 기초gs 제6회와 7회, 탁마매점 등 3번 출제

【 문제-1 】 (30점)

甲은 乙이 운전하던 택시를 타고 가던 중, 乙이 丙이 운전하던 자동차와 충돌하는 바람에 중상을 입고 병원에 입원하여 치료를 받았다. 甲은 乙을 상대로 불법행위를 이유로 치료비 1,500만 원, 일실수익 3,000만 원, 위자료 1,500만 원 합계 6,000만 원의 손해배상청구소송을 제기하고자 한다. (다음은 각각 별개 사안임)

(2) 甲이 제기한 손해배상청구소송의 제1심에서 치료비 1,500만 원, 일실수익 3,000만 원, 위자료 500만 원 합계 5,000만 원의 일부승소판결을 선고받았다. 이에 甲은 위자료 중 패소한 1,000만 원 부분에 대하여 항소한 후, 항소심에서 일실수익을 4,000만 원으로 청구취지를 확장하였다. 법원의 확장된 일실수익 부분에 대한 판단을 논하시오. (10점)

I. 설문 1. (10점)

1. 문제의 제기

항소한 후에 일실이익을 손해에 대하여 확장한 부분에 대하여 항소의 이익의 인정여부가 문제된다. 이는 손해배상의 소송물에 따라 달라지므로 검토가 필요하다.

2. 손해배상청구의 소송물

(1) 인신사고의 손해배상청구의 소송물

실체법상 손해배상은 적극적손해와 소극적 손해 정신적 손해로 나뉘어 지는데 이를 소송상 객체로 인정되는 범위에 대하여 논란이 있다.

(2) 학설과 판례

손해1개설, 손해2분설, 손해3분설 등이 대립이 있으나, 통설·판례는¹⁾ 생명 또는 신체에 대한 불법행위로 인하여 입게 된 적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리하므로 그 손해배상 의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한지의 여부는 각 손해마다 따로 판단한다.

(3) 사안의 경우

원칙적으로 손해는 3분설을 인정할 수 있고, 일부 패소한 부분을 항소한 경우 원칙적으로 전부이심되지만 심판범위는 불복한 부분에 한하게 된다. 손해1개설과 2개설의 경우 이심범위와 심판범위가 동일하게 된다.

3. 일실효익의 확장 가부

(1) 문제점

1심에서 소극적 손해에 대하여 전부 승소한 원고가 항소심에서 이를 주장하여 확장가능한지 의문이다. 즉 전부승소한 소송물에 대하여도 항소가 가능한지, 항소이익이 있는지 문제된다.

(2) 항소이익의 기준

1) 형식적 불복설

항소이익에 대하여 형식적 불복설이 통설·판례이다.²⁾ 이 견해는 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 자기에게 유리하게 취소, 변경을 구하는 것이므로 전부승소 판결에 대한 상고는 상고를 제기할 대상이나 이익이 전혀 없으므로 허용될 수 없음이 원칙이다.

2) 실질적 불복설

당사자가 상급심에서 원재판보다도 실체법상 유리한 판결을 받을 가능성이 있으면 불복의 이익을 긍정하는 견해이다. 따라서 하급심에서 전부승소판결을 받은 자라도 보다 유리한 판결을 구하는 상소는 허용된다.

3) 절충설

원고에 대해서는 형식적 불복설에 의하되 피고에 대해서는 실질적 불복설에 따라 상소이익을 판단하자는 견해이다.

4) 신실질적 불복설

실체법상 유리한 판결가능성을 기준으로 할 것이 아니라, 기판력을 포함한 판결의 효력이 미치는지 여부를 기준으로 하여, 원판결이 확정되면 기판력 기타 판결의 효력에 있어서 불이익을 입게되면 상소이익을 인정하자는 견해이다.

(3) 예외를 인정한 판례의 판단

예외적으로 판례는³⁾ 원고가 재산상 손해(소극적 손해)에 대하여는 형식상 전부 승소하였으나 위자료에 대하여는 일부 패소한 경우 불법행위로 인한 손해배상에 있어 재산상 손해나 위자료는 단일한 원인에 근거한 것인데 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는 것에 지나지 아니한 것이므로 이를 실질적으로 파악하여, 항소심에서 위자료는

1) 대법원 2002.09.10. 선고 2002다34581 판결: [1] 생명 또는 신체에 대한 불법행위로 인하여 입게 된 적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리하므로 그 손해배상 의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한지의 여부는 각 손해마다 따로 판단하여야 한다. [2] 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 항소심이 제1심판결이 인용한 손해액 중 적극적 손해액은 일부 줄여서 인정하였으나, 위자료는 똑같이 인정하고, 소극적 손해액은 더 많이 인용한 경우, 항소심이 인용한 소극적 손해 가운데 항소심에서 추가로 인용된 금액과 제1심판결에서보다 줄어든 적극적 손해액에 관하여는 항소심판결 선고일까지 피고가 그 이행 의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되지만, 위자료와 제1심판결이 인용한 소극적 손해액으로서 항소심에서도 유지된 금액에 관하여는 항소심이 제1심판결과 같은 취지로 원고의 청구가 이유 있다고 판단한 이상 다른 특별한 사정이 없는 한 제1심판결 선고일 다음날부터는 피고가 이 부분에 관하여 항쟁함이 상당하다고 볼 수 없다고 한 사례.

2) 대법원 2002.06.14. 선고 99다61378 판결

3) 대법원 1994.06.28. 선고 94다3063 판결: 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이므로 전부 승소한 판결에 대하여는 항소가 허용되지 않는 것이 원칙이나, 하나의 소송물에 관하여 형식상 전부 승소한 당사자의 상소이익의 부정은 절대적인 것이라고 할 수도 없으나, 원고가 재산상 손해(소극적 손해)에 대하여는 형식상 전부 승소하였으나 위자료에 대하여는 일부 패소하였고, 이에 대하여 원고가 원고 패소부분에 불복하는 형식으로 항소를 제기하여 사건 전부가 확정되던 중 추가 항소심에 계속되게 된 경우에는, 더욱이 불법행위로 인한 손해배상에 있어 재산상 손해나 위자료는 단일한 원인에 근거한 것인데 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는 것에 지나지 아니한 것이므로 이를 실질적으로 파악하여, 항소심에서 위자료는 물론이고 재산상 손해(소극적 손해)에 관하여도 청구의 확장을 허용하는 것이 상당하다.

물론이고 재산상 손해(소극적 손해)에 관하여도 청구의 확장을 허용한다.

4. 결론

통설·판례인 형식적 불복설을 기준을 판단하는 경우 손해 1개설에 의하면 청구취지를 확장한 부분도 심리하여야 하나, 손해2분설 및 손해3분설에서는 원칙적으로 확장된 일실이익 부분은 상소의 이익이 없어 각하될 것이다. 다만, 판례는 이를 허용한다.

II. 설문 (2). (10점) -대부분의 소송화해 문제-

8. 재판상 화해에 무효사유가 있는경우 다투는 방법은 무엇인지 학설과 판례를4) 설명하시오

기초gs 5회
甲이 임대차종료전 상가임대차보호법상 계약갱신권을 행사하였는데 乙은 甲을 상대로 임대계약갱신무효를 이유로 건물명도청구소송을 제기하였다. 즉 乙은 임대차계약이 종료되기 전에 제소전 화해로 “甲은 임대차기간 만료일에 乙로부터 임대차보증금을 반환받음과 동시에 점포를 乙에게 인도한다.”라는 내용을 체결하여 법원에 제출하였고, 보증금 수령을 독촉하였음에도 甲이 임대차기간 만료 전 임대차계약의 갱신권을 행사한 것은 그 효력을 인정할 수 없다는 취지로 소를 제기한 것이다. 그러나 甲은 제소전 화해는 乙과 미리 짜고한 통정한 화해로 효력이 없으며, 그렇지 않더라도 임대차계약갱신은 유효한 것이라고 주장한다. 甲의 주장이 타당한지 설명하시오. (15점)

주장의 타당성이므로 학설과 판례에 따라 달라질 수 있음

III. 설문 (3). (10점)

탁마매점 12회

6. 작성명의인의 날인만 되어 있고 그 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충한 문서의 경우에 백지부당 보충한 경우 증명책임은?5)

동차반, 실전GS A형 4회

(1) 甲과 乙이 토지매매계약을 약정할 당시 중개사 A가 매수인의 매매대금에 대하여 연대보증계약을 작성하여 주었다. 乙은 잔금을 지급받지 못하였다고 주장하며 乙이 甲에 대하여 잔금지행청구소송과 丙에 대하여 연대보증채무이행소송을 병합하여 제기하면서 ‘갑제1호증과 ‘갑제2호증’으로 甲의 날인이 있는 매매대금계약서와 丙의 날인이 있는 대금지급연대보증계약을 증거자료로 제출하였다. 이 서증들에 대하여 피고들의 작성 여부를 판사가 질의하자 甲은 알지 못하는 문서라고 답변하고, A는 구체적인 금액이 제시 없는 거래관행상의 보증계약을 작성하여 준 것은 인정하지만 제시된 매매대금 5억 원의 대금지급연대보증서에 작성한 일이 없다고 진술하면서도 날인의 동일성은 인정하였다. 각 서증에 대한 법원의 심증형성에 대하여 설명하시오.

(1) 제358조 추정의 문제점

제358조의 추정을 법률상의 추정으로 보고 이를 다투는 자가 본증으로 깨뜨릴 수 있다는 입장이 있으나, 다수설은 법률상의 추정이 아니고 법관의 자유심증의 작용으로서 경험칙을 사용하여 행하여지는 사실상의 추정을 규정한 것이기 때문에 증명책임이 전환되지 아니하므로 상대방은 위 추정을 간접반증으로 깨뜨릴 수 있다고 본다.

(2) 판례의 태도6)

- 4) 대법원 1991. 4. 12. 선고 90다9872 판결: 재판상 화해가 성립되면 그 내용이 강행법규에 위배된다 할지라도 재심절차에 의하여 취소되지 아니하는 한 그 화해조서를 무효라고 주장할 수 없는 터이므로 화해에 대하여 민법 제607조, 제608조에 반한다든가 통정한 허위표시로서 무효라는 취지의 주장을 할 수 없다.
5) 99다37009: 작성명의인의 날인만 되어 있고 그 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충한 문서의 경우에 있어서는 문서제출자는 그 기재 내용이 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실을 입증할 책임이 있으며, 이와 같은 법리는 그 문서가 처분문서라고 하여 달라질 것은 아니다.

문서에 날인된 작성명의인의 인영이 작성명의인의 인장에 의하여 현출된 것임이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립 및 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 먼저 내용기재가 이루어진 뒤에 인영이 압날된 경우에만 그러한 것이라며 추정을 부정하고 있다.⁷⁾

(3) 소결

인영이 현출된 백지문서에 명의인이 아닌 자가 나중에 내용을 기재하였다면 문서제출자가 그 권한의 존재에 대해 증명책임이 있다고 보는 판례의 태도에 비추어 판단한다.

----- 결론

법원이 백지문서에 날인한 사실에 관하여 확신을 얻지 못하면 2단계 추정은 유지된다. 따라서 백지날인문서라는 것은 이를 주장하는 문서명의인이 증명하여야 한다.

6) 대법원 2000. 6. 9. 선고 99다37009 판결: [1] 문서에 날인된 작성명의인의 인영이 작성명의인의 인장에 의하여 현출된 것임이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립 및 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 먼저 내용기재가 이루어진 뒤에 인영이 압날된 경우에만 그러한 것이며 작성명의인의 날인만 되어 있고 그 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충한 문서의 경우에 있어서는 문서제출자는 그 기재 내용이 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실을 입증할 책임이 있으며, 이와 같은 법리는 그 문서가 처분문서라고 하여 달라질 것은 아니다. [2] 적법한 매매계약이 체결되어 있는 이상 그 매매목적 부동산에 대한 매수인 앞으로의 소유권이전등기는 조리상 매매계약에 따른 매도인 측의 소유권이전등기의무를 선이행한 것이라고 봄이 상당하고, 단순한 명의신탁으로 경유한다는 것은 극히 이례적인 일이라 할 것이다.

7) 백지문서에 날인했다는 주장은 2단계 추정을 복명하기 위한 주장으로서, 본증인지 간접반증인지 다툼이 있으나 어떻게 보든 작성명의인은 법관으로 하여금 백지문서에 날인한 사실을 확신하게 할 수 있을 정도로 증명해야 하므로 구별의 실익이 없다.

【 문제-2 】 (20점)

甲은 프랜차이즈 사업을 하고 있는데, 乙에게 영업권을 부여하는 계약을 체결하면서 영업자금으로 2억 원을 대여해 주었으나 乙이 약속한 기한을 어기고 반환하지 않는다고 주장하면서 乙을 상대로 2억 원의 대여금 반환을 청구하는 소를 제기하려고 한다. (다음 각 물음은 독립적임)

(1) 甲이 乙에게 위 금전을 빌려주면서 함께 작성한 프랜차이즈 및 소비대차 계약서에는 “이 계약과 관련된 분쟁이 발생하였을 경우에는 乙의 주소지 법원을 관할법원으로 한다.”라는 문구가 있다. 당초 위 계약을 체결하였을 때에는 甲과 乙의 주소지가 모두 A 시에 있었으므로 문제가 되지 않았으나, 이후 乙이 B 시로 이사를 가서 현재 乙의 주소지인 B 법원에 소를 제기하게 되면 甲은 상당한 불편을 감수하여야 한다. 甲은 고심 끝에, 민사소송법에서 의무이행지 법원이 관할법원으로 규정되어 있음을 발견하고 지참채무의 원칙에 따른 의무이행지인 자신의 주소지를 관할하는 A 법원에 소장을 제출하였다. A 법원에 이 소의 관할권이 있는지를 검토하시오. (10점)

(2) 甲이 乙을 상대로 2억 원의 대여금 반환청구의 소를 제기하였다. 제1심인 C 지방법원 단독판사가 심리하여 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 乙이 이에 불복하여 항소를 제기하여, 사건이 C 지방법원 합의부에 계속되었다. 乙은 항소심 계속 중 甲과 乙사이의 프랜차이즈 계약을 할 때 甲이 수익이 잘 나지 않을 것을 알면서 자금을 빌려주고 자신을 현혹시켜 계약을 하게 하여 이로 인해 손해를 입었다고 주장하며 그로 인한 손해배상으로 5억 5천만 원을 청구하는 반소를 제기하였는데, 甲은 乙의 반소제기에 동의하였다. 이 경우 법원은 C 지방법원의 상급법원인 D 고등법원으로 사건을 이송하여야 하는지 여부를 설명하시오. (10점)

I. 설문 (1). (10점) --- 동차반, A형 1회 탁마매점 등

丙(투자회사)은 대구 수성구에 주소를 두고 거주하는 乙에게 1억 원을 대여하면서 약관에 의한 대여계약을 체결하였다. 약관에는 향후 ‘금전대여 관련 분쟁이 발생할 경우 丙 회사의 영업점 소재지 법원’을 관할법원으로 한다는 조항이 포함되었다. 丙의 영업점은 서울, 부산, 대구, 광주에 있었는데, 위 대출계약은 대구 수성구에 있는 영업점에서 체결되었다. 이후 乙이 대출원리금을 변제하지 못하는 상황에 이르게 되었다. 한편, 사업상의 이유로 丙은 채권을 甲(은행)에게 양도하고 통지하였다. (다음 사안은 각각 별개임)

(1) 甲은 乙을 상대로 양수받은 대여금반환청구소송을 제기하면서 甲(은행)의 부산 영업점 소재지를 관할하는 부산지방법원에 소장을 제출하였다. 소장 부분을 송달받은 乙은 관할위반을 주장하면서 대구지방법원으로의 이송을 신청하였다. 법원의 乙의 관할위반을 이유로 한 이송신청에 적절한 조치를 설명하시오. (17점)

6. 부산에 사는 甲이 서울에 사는 乙과 대구 소재의 부동산에 대한 계약을 체결하면서 부산에서 소재지를 하기로 계약을 체결하였다. 乙이 계약을 위반하므로 甲이 乙을 상대로 부산지방법원에 소재지를 하였다. 그러나 소송비용이 많이 지출될 것을 염려하여 부동산소재지인 대구지방법원으로 편의이송 신청을 한다면 법원은 이를 받아들인 것인가?⁸⁾

**결론: 소재지시 주소지 B-전속적 관할합의
임의관할이지만 원칙적으로 B가 전속적 관할이므로 이에 위반**

II. 설문 2.(10점)-탁마매점 2회

4. 제주시 애월읍에 소재하는 토지를 매도한 乙은 매수인 甲을 상대로 매매대금 3억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하였다. 대전지방법원은 이 사건을 11단독 재판부에 배정하였다. 다음의 관할변동을 설명하시오

(1) 위 제1심법원이 청구인용의 판결을 하였다. 피고 甲이 불복하여 항소하였다면, 제2심법원은 대전지방법원 합의부인가, 대전고등법원인가?

8) 2007마1328 결정: 전속적 관할합의의 경우 법률이 규정한 전속관할과 달리 임의관할의 성격을 가지기 때문에, 법원은 공익상의 필요에 의하여 사건을 다른 관할법원에 이송할 수 있는 점 등 이 사건에 나타난 제반 사정을 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 대구지방법원에 관하여 전속적 합의관할을 하는 내용의 이 사건 관할합의조항이 건전한 거래질서를 훼손하는 것으로서 재항고인에게 부당하게 불이익을 주는 약관조항에 해당한다고 보기는 어렵다.

(2) 만약 대전고등법원이 제2심으로 심리하던 중에 청구가 2억 원으로 감축되었다면 어떠한가? 반대로 제1심에서 2억으로 청구된 사건에서 대전지방법원 합의부가 제2심으로 심리하던 중에 원고의 청구가 지가상승을 반영하여 6억 원으로 확장되었다면 항소법원의 관할에 변동이 생기는가?⁹⁾

대법원 1992. 5. 12. 선고 92다2066 판결: 지방법원 본원 합의부가 지방법원 단독판사의 판결에 대한 항소사건을 제2심(항소심)으로 심판하는 도중에 지방법원 합의부의 관할에 속하는 소송이 새로 추가되거나 그러한 소송으로 청구가 변경되었다고 하더라도, 심급관할은 제1심 법원의 존재에 의하여 결정되는 전속관할이어서 이미 정하여진 항소심의 관할에는 영향이 없는 것이므로, 추가되거나 변경된 청구에 대하여도 그대로 심판할 수 있다고 할 것이고(당원 1965.9.21. 선고 65다241 판결; 1970.6.30. 선고 70다743 판결 등 참조). 소론이 주장하는 바와 같이 지방법원 본원 합의부가 소송을 고등법원에 이송하든지, 제1심 법원으로 판결하여 다시 고등법원에 항소할 수 있도록 처리하여야만 되는 것은 아니다.

9) 대법원 1992. 5. 12. 선고 92다2066 판결:

【 문제-3 】 (30점)

丙은 자기가 사망하면 자기 소유의 재산 가운데 A 토지를 甲에게 유증한다는 내용의 유언을 하였다. 丙이 사망한 뒤에 丙의 상속인인 乙이 A 토지의 상속등기를 경료하였다. 甲은 乙을 상대로 A 토지에 대한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소(제1의 소)를 제기하였다. 제1심 법원은 청구를 기각하는 판결을 하였고, 甲이 항소하였다. 이 소송이 항소심 계속 중일 때 甲은 A 토지가 지자체의 공공사업을 위하여 수용될지도 모른다는 소식을 들었다. 그래서 이 소송절차에서 甲은 乙을 상대로 A 토지가 수용될 경우에는 변론종결 당시의 시가에 따른 금원의 지급을 구하는 소(제2의 소)를 추가하는 신청을 하였다.

- (1) 제1의 소가 항소심 계속 중일 때 이러한 제2의 소를 추가하는 것이 가능한 이유를 설명하시오. (10점)
- (2) 항소심에서 변론을 종결할 때까지 A 토지의 수용 여부는 확정되지 못할 것으로 예상된다. 그럼에도 불구하고 이러한 제2의 소를 제기할 수 있는 이유를 설명하시오. (10점)
- (3) 항소법원은 심리 후 두 개의 청구를 전부 인용하는 판결을 하였다. 乙은 이 가운데 제2의 소에 대한 판결에만 상고하였다. 이러한 경우 甲은 ‘제1의 소에 대한 판결에는 상고하지 않았으므로 이 판결은 확정되었다’는 이유로 A토지에 대한 소유권이전등기절차를 실행할 수 있는지 검토하시오. (10점)

--기초GS 7회, 탁마매점, B형의 장래이행의소와 대상 청구 등 5문제

토지거래허가절차를 마치고 매매대금을 지급한 甲은 乙을 상대로 주위적으로는 소유권이전등기절차의 이행을 구하면서, 예비적으로는 소유권이전등기가 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 금 12억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 제1심법원은 이를 배척하고 주위적 청구를 인용하면서 예비적 청구를 기각하였다. 이에 甲만이 예비적 청구 부분에 대해 항소를 제기하였다. 항소심에서 피고는 원고의 병합소송이 부적법하며 가사 이것이 인정되는 경우라도 주위적 청구를 인용한 경우이므로 예비적 청구만을 항소한 것은 부적법한 것이라고 주장하였으나 항소심은 피고의 주장을 모두 배척하였다. 한편, 항소심법원은 심리 결과 법원은 주위적 청구와 예비적 청구 모두 이유 없다는 심증을 가지게 되어 두 청구 모두를 기각하는 판결을 선고하였다. 이러한 법원의 판단이 적법한지 설명하시오. (17점)

1. 문제의 소재

관련성 있는 단순병합의 예비적 대상청구가 본질이 단순병합인지, 이를 인정하는 경우 이는 대상청구가 장래이행의 소로서 적법한지 문제된다. 항소의 이익이 인정되어 항소가 적법한지, 적법한 항소심에 대하여 이심범위와 심판범위가 문제된다. 구체적으로 2차 청구인 장래이행의 소만이 심판대상이 되는 경우 불이익변경금지원칙상 이에 대하여 법원의 심리가 제한되는지 쟁점이다.

2. 대상청구병합의 적법성

(1) 병합의 유형

일정한 물건의 인도를 명하는 판결을 구하고 동시에 이 물건의 인도가 장래에 이행 또는 집행 불능이 될 경우에 대비하여 예비적으로 그 대가에 상당하는 금원의 지급을 명하는 판결을 구하는 경우, 현재이행의 소와 장래이행의 소가 단순병합된 것으로 볼 것이다. 당사자가 순위를 붙인 예비적 병합청구라로서 부진정예비적 병합으로 인정하는 견해와 판례가¹⁰⁾ 있으나 사안의 경우 병합의 본질은 이행의 소와 장래이행의 소의 단순병합으로 본다.

(2) 단순병합의 예비적 청구의 적법성 여부

1) 처분권주의 위반 여부

원칙적으로 관련성없는 청구를 순위를 붙여 청구하는 것은 처분권주의를 위반한 것으로 부적법하다. 그러나 대상청구의 경우 법원에 판단순서를 구속하는 것이 허용되는지 적법한지 문제되며 또한 장래이행의소가 적법한지 문제된다 양립가능한 두 개 이상의 청구에 대하여 성질상 관련성 있는 병합의 경우 순위를 붙여 청구하는 것은 법원의 판단범위를 구속하는 것을 별론하고 견해의 대립이 있으나 부진정예비적 병합으로 인정하는 입장에 의하여도 적법하

10) 대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결: 성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 당사자가 주위적, 예비적 청구 병합의 형태로 제소함에 의하여 그 소송심판의 순위와 범위를 한정하여 청구하는 이른바, 부진정 예비적 병합 청구의 소가 허용되는지 여부(적극)

다고 본다. 판례도 또한 이를 부적법하다고 보지 않는다.

2) 장래이행의 소의 적법 여부

인도청구가 인용되면 장래이행의 소인 대상청구는 그 소가 적법한 이상 함께 인용하여야 한다. 장래이행의 소는 미리 청구할 필요가 있을 때 소의 이익이 인정된다(제251조). 변론종결뒤 집행불능을 대비하므로 조건성취의 개연성이 크고, 현재이행의 소의 불이행이 존재하므로 미리 청구할 필요가 있다고 볼 것이다. 적법하다.

(3) 소결

단순병합을 예비적 병합으로 청구한 경우 처분권주의 위반이 아니며 이 경우 장래이행의 소로서 적법하므로 항소심이 피고의 주장을 배척한 것은 타당하다.

3. 부진정 예비적 병합소송의 항소의 적부

(1) 문제점

이행의소와 장래이행의소는 이른바 부진정예비적 병합에 해당하는 병합이든 단순병합으로 보더라도 항소의 적법성과 항소의 이익을 별도 살펴 법원의 판단의 부당성을 검토한다.

(2) 항소심 심판의 적법성

1) 항소이익

항소의 적법요건으로 소의 이익이 있어야 한다. 병합청구가 단순병합이라면 분리심판되어 항소이익이 인정되어야 하며, 진정예비적 병합의 심판방법으로 심판하더라도 예비적 청구의 기각된 경우 이에 대한 항소는 항소이익이 없다고 할 수 없다.¹¹⁾

2) 하나의 전부판결에 대한 항소

목적물반환청구와 대상청구는 불가분적으로 결합되어 있으므로 제1심판결이 대상청구에 대해 하나의 전부판결하여야 한다. 법원은 1차 판결이 인용되는 경우 2차 청구도 인용판결하여야 한다. 즉 예비적 병합과 달리 장래이행의 소에 대하여 반드시 판단하여야 하고 기각당한 부분에 대하여 원고는 甲은 항소로서 불복할 수 있다.

(3) 항소의 적법성

대상청구가 장래이행의 소의 요건을 갖추고 있고 또 반환청구권의 존재를 인정하는 이상 청구를 인용하여야 한다. 따라서 甲의 항소는 기각당한 예비적 2차 청구에 대하여 항소이익이 있는 적법한 항소이므로 법원은 본안판단이 가능하다.

4. 항소심의 심판의 적부

(1) 항소심의 이심범위과 문제점

단순병합이지만 일부판결이 아니므로 원고가 항소한 경우 제1심판결은 확정되니 아니하고 상소불가분의 원칙에 의하여 전부이심된다. 다만 부대항소가 없으므로 원고가 불복한 부분에 한하여 심판대상이 되는 것인지 아니면 하나의 단일한 판결이므로 전부심판대상이 되어 법원의 심증에 의하여 전부기각할 것인지 문제된다.

(2) 불이익변경금지의 적용 여부

11) 대법원 2011.8.18 선고 2011다30666 판결: 채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 대상청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구권이 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 전에 이행불능되거나 또는 판결확정 후에 집행불능이 되는 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속하는 것으로 허용된다. 이러한 대상청구를 본래의 급부청구에 예비적으로 병합한 경우에도 본래의 급부청구가 인용된다는 이유만으로 예비적 청구에 대한 판단을 생략할 수는 없다. 원고가 피고 1에 대하여 주위적으로 이 사건 근저당권설정등기(이 사건 부동산에 관하여 설정된 채권최고액 4억 5천만 원의 피고 2 명의의 공동근저당권설정등기)의 회복등기절차의 이행을 구하고, 예비적으로 피고1이 피고2와 공모하여 이 사건 근저당권설정등기를 불법말소하였다는 이유로 손해배상금 1억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한 데 대하여 제1심법원은 주위적 청구를 인용하되, 예비적 청구를 기각하는 판결을 선고한 사실. 원고가 위 기각된 부분에 대하여 항소를 제기하였으나, 원심법원은 주위적 청구를 인용하는 판결은 전부판결이라 할 것이므로 주위적 청구를 인용한 이상 예비적 청구에 나아가 판단할 필요가 없다고 보아 제1심판결에서 원고의 피고 1에 대한 주위적 청구가 인용되어 전부 승소한 원고로서는 피고 1에 대하여 항소를 제기할 이익이 없다는 이유로 이 부분 항소를 각하한 사실을 알 수 있다. 원고의 위 예비적 청구는 주위적 청구인 이 사건 근저당권설정등기의 회복의무가 이행불능 또는 집행불능이 될 경우를 대비한 전보배상으로서 대상청구라고 봄이 상당하다고 할 것이므로, 이러한 주위적·예비적 병합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다. 따라서 원심법원로서는 원고가 항소한 부분인 위 예비적 청구의 당부를 판단하여야 할 것임에도 원고의 이 부분 항소를 각하한 것에는 대상청구 또는 예비적 병합에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

1) 심판범위

판례에 의하면¹²⁾ 대상청구는 하나의 단일한 판단으로서 단순병합이라도 청구간에 관련이 있다면 판결의 모순저축을 피하기 위하여 판단누락에 준하여 처리하고 상소에 의하여 구제받아야 한다고 주장한다. 이러한 경우 진정예비적 병합의 심판방법과 같이 패소한 부분에 한하여 항소한 이상 불이익변경금지 원칙이 적용되어야 한다. 따라서 법원은 당사자가 불복한 부분에 대하여만 심판하여야 한다.

2) 판결의 합일확정과 심판

법원은 비록 예비적 청구가 주위적 청구가 다르다고 하더라도 대상청구의 합일확정의 원칙상 본위적 청구에 따라 판단하여야 한다. 예비적 청구의 기각의 심증과 심리가 있다고 하더라도 장래이행의 소만이 심판대상이므로 본위적 청구에 따라 청구인용되면 조건성취가 인정되므로 2차 청구도 반드시 인용판결하여야 한다.

(3) 소결

상소불가분의 원칙상 전부이심되지만 불이익변경금지원칙이 적용되어 법원의 심증과 관계없이 한 개의 전부승소판결의 구하는 단순병합의 부진정 예비적병합으로서 예비적 청구도 청구인용판결하여야 한다.

5. 결론

- 1) 집행불능에 대한 대상청구는 이행의 소와 장래이행의 소의 단순병합에 해당하며, 장래이행의 소는 소의 이익이 인정되어 적법하다고 볼 것이다.
- 2) 본래청구의 인용과 대상청구가 기각된 경우 진정예비적 병합과 같이 항소이익이 없다고 할 수 없다.
- 3) 불이익변경금지원칙상 심판범위는 1차청구가 인용되었으므로 심판대상인 2차 청구에 대하여 인용판결하여야 한다. 따라서 항소심법원은 부적법한 항소심판결이다.

가능성에 대한 설명과 검토하는 문제이므로 학설에 따른 논의도 가능함--
자세한 것은 수업시간에

12) 앞의 판결

【 문제-4 】 (20점)

乙은 丙에게 금 5천만 원을 대여하였고, 이를 위한 담보로 甲소유의 A 토지에 대하여 저당권설정등기를 하였다. 그 당시 丙은 甲이 자기에게 A 토지에 대하여 저당권을 설정할 수 있는 대리권을 수여하였다고 乙에게 진술하였다. 丙이 5천만 원의 대여금을 반환하지 않자 乙은 A 토지에 대한 저당권을 실행하려고 하였다. 甲은 丙에게 이러한 저당권 설정을 위한 대리권을 수여한 적이 없다고 하면서 乙을 상대로 저당권설정등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다. (다음 각 물음은 독립적임)

(1) 이 소송에서 甲은 “자기는 丙에게 A 토지에 대하여 저당권을 설정할 수 있는 대리권을 수여한 적이 없다.”고 주장하였고, 乙은 “그 당시 甲이 이를 위한 대리권을 丙에게 수여하였다.”고 주장하였다. 법원은 甲이 丙에게 대리권을 수여한 적이 없다고 판단하였다. 그런데 乙은 변론에서 ‘甲이 이러한 저당권설정행위를 추인하였다’는 사실을 주장한 적이 없다. 법원은 증인신문을 통하여 甲이 丙의 저당권설정행위를 추인하였다는 사실을 알게 되었다. 이러한 경우에 법원은 ‘甲이 丙에게 A 토지에 대하여 저당권을 설정할 수 있는 대리권을 수여한 사실은 없고, 丙이 대리권 없이 한 저당권설정행위를 나중에 추인하였다’고 판결을 할 수 있는지 검토하시오. (10점)

(2) 제1회 변론기일에 甲은 “자기는 丙에게 A 토지에 대하여 저당권을 설정할 수 있는 대리권을 수여한 사실이 없다.”고 주장하였고, 乙은 “甲이 丙에게 이러한 대리권을 수여한 적은 없지만, 며칠 뒤에 丙의 저당권설정행위를 추인하였다.”고 진술하였다. 제2회 변론기일에 乙은 이러한 진술을 철회하고, “甲이 丙에게 이를 위한 대리권을 수여하였다.”고 주장하였다. 이와 같이 乙은 ‘甲이 丙에게 A 토지에 대하여 저당권을 설정할 수 있는 대리권을 수여한 적이 없다’고 한 진술을 철회할 수 있는지 검토하시오. (10점)

I. 설문 (1). (10점) -- 탁마재점. 기초GS, 동차반, 실전GS A형 등

甲은 乙을 상대로 5,000만 원을 빌려주었는데 약정기한이 경과되었지만, 乙이 그 지급을 지체하고 있다고 주장하며 ‘갑제1호증-소비대차계약서’를 첨부하면서 대여금청구소송을 제기하였다. (다음 사안은 각각 별개임)

(1) 乙은 변론에서 5,000만 원을 받았다는 진술을 하면서, 甲과 함께 나간 해외여행에서 쓴 1억 원의 공동경비 중 甲의 분담해야 할 5000만 원을 돌려 받은 것이라고 주장하고 있다. 甲과 乙이 더 이상의 증거를 제출하지 못하여 법원이 심증형성을 하지 못하고 있다. 청구인용여부 설명하시오. (10점)

10 다음에서 주장이 포함되었는지 설명하시오.

- (1) 유권대리 속에 표현대리 주장 여부¹³⁾
- (2) 변제 주장 속에 상계 포함 여부¹⁴⁾
- (3) 채무불이행이 아니라는 주장에 동시이행항변권 주장 여부¹⁵⁾

☯ 주장의 경과에 의해 대리인에 의한 계약체결사실포함(95다27998)--

원심이 이 사건 토지 중 소외 망 진석권이 국가로부터 매수한 부분을 매수한 사실을 인정함에 있어서, 망 진석권의 상속인을 대표한 소외 망 진두현으로부터 매수하였다라고 사실을 인정하여 그 취지를 알기 어려운 표현을 사용하고 있으나, 이는 자신을 제외한 다른 상속인들에 관하여는 대리인 자격으로 매도하였다는 취지의 사실을 인정한 것으로 봄이 상당하다고 할 것인데, 다른 상속인들의 지분에 관하여 대리인 자격으로 계약을 체결하였다는 사실은 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건 해당사실에 속하므로 법원으로서 변론에서 당사자가 주장하지 않은 이상

13) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결: 가. 당사자가 변론에서 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기서 주요 사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건 해당사실을 말한다. 나. 유권대리에 있어서는 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 법률효과가 발생하는 반면 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 다르다고 볼 수밖에 없으니 유권대리에 관한 주장 속에 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없다.

14) 2008다51359

15) 93다53887: 원고는 민법 제536조 제2항을 들거나 동시이행의 항변권 또는 불안의 항변권을 행사하였다고 명확히 주장하지는 아니하였지만, 피고가 종전의 임가공비 지급을 지체하였기 때문에 가공원단을 납품하지 아니한 것이어서 자기의 납품거부행위가 채무불이행이 되지 아니하기 때문에 손해배상책임이 없다는 취지로 주장하였다면, 원고의 위 주장에는 자신의 납품거부행위가 동시이행의 항변권 또는 불안의 항변권의 행사로서 위법하지 아니하다는 주장을 포함하는 것으로 해석할 수 있어, 변론주의 위반의 위법이 없다고 본 사례

이를 인정할 수 없을 것임은 상고이유에서 지적한 바와 같다. 그러나 이와 같은 주장은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아니고 당사자의 주장 취지에 비추어 이러한 주장이 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다면 당연히 재판의 기초로 삼을 수 있다고 할 것인데...

대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카15359 판결: 대리인에 의한 계약체결의 사실은 법률효과를 발생시키는 실제법상의 구성요건 해당사실에 속하므로 법원은 변론에서 당사자의 주장이 없으면 그 사실을 인정할 수가 없는 것이나, 그 주장은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아닐 뿐더러 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것은 아니고 소송에서 쌍방 당사자 간에 제출된 소송자료를 통하여 심리가 됨으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불이익의 타격을 줄 우려가 없는 경우에는 그 대리행위의 주장은 있는 것으로 보아 이를 재판의 기초로 삼을 수 있다.

변론주의와 그에 따른 주요사실의 주장책임 여부.. 무권대리와 대리권 추인은 주요사실이 다르므로 인정될 수 없음-자백성립 안되나, 하지만 간접적 주장이나 증거공통에 따른 소송자료로 인정 가능
결론적으로 원칙은 무권대리추인은 주장책임에 법원은 기속되어야 하나 피고에게 불이익타가 아니므로 재판의 기초로 삼을 수 있다.

甲은 K 병원 입원보험금 청구를 시작으로 약 2년 동안 입원과 퇴원을 반복하면서 모두 보험금 1억 5천만 원을 지급받았다. 그러나 상해보험계약에 기하여 甲에게 1억 원을 지급한 丙 보험회사가 甲의 보험사기를 의심하고 甲乙 상대로 보험계약무효확인 및 1억 원의 보험금반환청구소송을 제기하였다. 丙 회사는 보험조사관의 조사를 토대로 甲의 보험계약행위가 부정취득 목적의 사회질서에 위반되는 행위로서 지급한 보험금은 부당이득에 해당한다는 취지의 주장을 청구원인에 기재하였다. 법원은 당사자가 증거신청을 하지 않았음에도 여러 보험회사 등에 직권으로 사실조회를 하여 甲이 단기간에 다수의 보험을 가입할 특별한 이유도 없이 자신의 수입에 비하여 고액의 보험료를 불입하였으며, 보험모집원의 권유에 의하여 보험가입을 한 것이 아니라 적극적인 행위로 과다한 보험계약을 체결하였고 다수의 보험계약 체결 후 얼마 지나지 아니한 시기에 보험사고 발생을 원인으로 집중적으로 보험금을 청구하여 수령하였다는 사실을 알게 되었다. 법원이 사실조회를 통하여 얻은 사실을 보험계약의 유효 여부를 판단하는 증거로 사용하여 원고의 청구를 인용할 수 있는지 검토하시오. (15점)

매수인 甲은 중개사 A를 통하여 乙 소유의 X 토지에 관하여 乙의 대리인 B와 매매계약을 체결하고, 대금도 대리인을 통하여 지급하고 소유권이전등기를 경료받았다. 그러나 매도인 乙은 매매계약을 체결한 사실이 없고, 설사 매매계약이 체결되었다 하더라도 甲이 주장하는 乙의 대리인 B는 자신의 대리인이 아니므로 매매계약은 무효이며, 경료된 이전등기 역시 원인무효라고 주장하면서, 甲을 상대로 하여 이전된 소유권이전등기말소청구소송을 제기하였다. (다음 각 사안은 별개임)

(1) 증거절차에서 乙은 매매계약을 체결한 사실이 없음을 증명하기 위하여 중개사 A를 증인으로 신청하는 동시에 대리권 없는 자에 의하여 체결되었다는 사실을 증명하기 위하여 甲이 乙의 대리인으로 지목한 B를 증인으로 신청하였다. 甲 또한 B가 乙의 대리인임을 증명하기 위하여 B를 대리인으로 소개한 乙의 배우자 C를 증인으로 신청하였다. 甲과 乙에게 증인 A, B, C 이외에는 다른 증거가 없을 경우, 甲과 乙이 증인으로 신청한 A, B, C에 대한 법원의 채부결정을 설명하시오. (15점)

II. 설문 2.(10점) - 재판상 자백과 철회는 너무 많이 출제하여 확인불요