

1. 변리사 민사소송법
사례 문제
답안 서술 방식

I. 들어가며

민사소송법 사례 문제의 특징은 민사소송법이 소송법이라는 것에서 시작한다. 소송법은 하나의 분쟁에 대하여 법원이 심리를 하는 것이므로, 그 심리는 요건 심리, 본안 심리로 나뉜다. 특히 요건 심리는 소송요건 심리를 말하는 것이고, 소송요건은 소의 적법 요건을 말하는 것이므로, 요건 심리란 소의 적법 요건을 심리하여 소의 적법성을 심리하는 것이 된다. 이 경우 소는 광의(= 넓은 의미)의 소를 말하는 것이고, 광의의 소란 법원, 당사자, 청구(=소송물)로 구성된다. 따라서 소의 적법성이란 법원에 대한 적법 요건, 당사자에 대한 적법 요건, 청구에 대한 적법 요건을 말하고, 이를 심리하여 부적법성이 인정될 경우, 소를 각하하는 판결(소송판결)을 하는 것이 요건 심리의 핵심이다.

이에 반하여 본안 심리란 본안 즉 청구권(Anspruch)=소송물에 대해서 실체법상 이유가 있는지 없는지를 심리하는 것을 말한다. 청구권이 실체법상 이유가 있으면 청구인용, 이유가 없으면 청구기각, 일부가 이유가 있으면 일부인용(=일부기각)하는 판결(본안판결)을 하게 된다. 특히 실체법상 이유가 있는지 없는지는 실체법의 문제이므로, 사실 민사소송법에서는 중요하지 않다. 민사소송법에서는 소송물을 심리하는 방식이 문제가 된다. 특히 민사소송법은 당사자주의를 취하고 있으므로, 처분권주의·변론주의 등의 심리방식이 문제가 된다.

그렇다면 민사소송법 사례형 문제는 어느 부분에서 집중적으로 출제가 될까? 사실 본안 심리 즉 본안판결은 실체법상 이유가 있는지 없는지를 심리하는 문제이므로, 본안 심리 부분을 출제를 하면 민사소송법 문제가 아니라, 민법 문제가 되어 버리는 문제가 있다. 따라서 대부분의 민사소송법 사례는 요건 심리와 관련된 문제가 많다.

그러므로 민사소송법을 수험으로 공부할 경우에는 ‘요건 심리’에 보다 집중해서 공부를 하여야 한다.

이하에서는 사례형 답안의 기본적인 구성과 그에 따른 답안지 작성 방법에 대하여 알아보기로 한다.

II. 사례형 답안 서술 방식(IRAC)

(Issues, Rules of law, Application of Rules to Facts, Conclusion)

1. 분쟁 사례의 등장 – 문제의 소재, 쟁점의 정리

민사소송법 사례 문제는 甲, 乙, 丙이나 A, B, C 같은 사람들이 등장하고, 그 사람들의 분쟁이 있다는 점이다. 주지하듯이 그 분쟁을 법원을 통하여 해결하는 것이 민사소송법이므로, 그런 분쟁 사례를 제시하고, 사례 문제를 해결하는 방법을 적도록 하는 것이 2차 사례형 민사소송법 문제의 특징이다.

그렇다면 문제를 푸는 사람 입장에서는 ‘문제의 소재’, ‘쟁점의 정리’ 등의 목차를 먼저 달아서, 당해 사례에서 물어보는 문제나 쟁점이 무엇인지를 언급하여야 한다. 아래의 예를 하나 들어 보자.

변리사 <2025년 문제>

甲은 A로부터 X 토지(이하 '이 사건 대지'라 한다)에 대한 소유권을 취득하였는데, 그 이전부터 乙이 위 지상에 Y 건물을 소유하고 있었다. 그 후 甲과 乙 사이에는 위 건물의 소유를 목적으로 이 사건 대지에 대하여 임대차계약을 체결하였다.

(1) 이 사건 대지의 임대차 기간이 종료하여 乙이 계약의 갱신을 청구하였으나, 甲은 계약의 갱신을 원하지 않는다. 甲이 임대차 기간 종료를 원인으로 위 건물의 철거 및 이 사건 대지의 인도를 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 乙이 이 사건 변론에서 甲에게 상당한 가액으로 위 건물을 매수할 것을 청구하였다. 법원은 甲과 乙 사이에는 위 건물에 대하여 시가 상당액을 대금으로 하는 매매가 이루어졌다고 판단하였다. 이 경우에 법원은 甲의 청구에 대하여 어떠한 판결을 하여야 하는지를 검토하시오. (10점)

이 문제는 甲의 건물철거 및 대지인도를 구하는 청구 속에는 건물매수대금과 상환으로 건물 명도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 보아, 청구의 변경 없이도 그와 같은 내용의 상환이행판결을 할 수 있는지 문제가 된다. 즉 甲의 의사에 포함되어 있지 않다면 청구의 변경(제262조) 없이 상환이행판결을 할 수 없다면, 원고 甲에게 건물명도청구로 청구의 변경을 지적하는 석명의무가 있는지가 문제가 되는 사안이다.

이 경우 '문제의 소재 내지 쟁점의 정리'는 다음과 같이 쓸 수 있을 것이다.

1. 문제의 소재

甲의 건물철거 및 대지인도를 구하는 청구 속에는 건물매수대금과 상환으로 건물 명도를 구하는 청구가 포함되어 있다고 보아 청구의 변경 없이도 그와 같은 내용의 상환이행판결을 할 수 있는지가 문제가 된다(제203조, 민법 제643조, 제283조). 만약 포함되어 있지 않다고 보아 청구의 변경(제262조) 없이 상환이행판결을 할 수 없다면, 원고 甲에게 건물명도청구로 청구의 변경을 지적하는 석명의무가 있는지가 문제가 된다(제136조). 그리고 법원의 석명에 의하여 원고 甲이 매매대금지급과 상환으로 건물을 명도하라는 청구로 교환적 변경을 하면 어떠한 판결을 해야 하는지가 문제가 된다.

이 경우 사례에서 문제 되는 민사소송법, 민법 관련 조문은 반드시 적어야 한다. 위의 사례에서 민사소송법 제203조, 민법 제643조, 제283조를 언급하지 않는 것은, 예를 들어 법원이 판결문을 적는데, 참조 조문을 판결 이유에서 언급하지 않는 경우와 같다. 따라서 사안에서 문제 되는 '조문'이 있다면 반드시 이를 언급해서 채점자에게 관련 조문을 알고 있다는 인상을 남겨야 한다.

또 다른 예를 들어보자

변리사 <2025년 문제>

2. 甲은 乙을 상대로 Y 건물의 철거청구 소송을 진행하던 중 乙로부터 이 건물의 소유권을 이전받은 丙을 인수승계 신청하면서 丙에 대하여는 소유권이전등기를 말소하라는 소를 제기하였다. 이 경우에 법원은 甲의 인수승계 신청에 대하여 어떠한 결정을 하여야 하는지를 검토하시오. (10점)

이 문제는 인수승계가 문제가 된다. 특히 甲이 乙로부터 丙에게 소송목적인 권리·의무를 승계한 것인지가 문제가 된다. 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

1. 문제의 소재

소송승계란 소송계속 중에 소송의 목적인 권리관계의 변동으로 새로운 승계인이 종래의 당사자에 갈음하여 당사자가 되고 소송의 인계를 받게 되는 것을 말한다. 여기에는 당사자의 사망으로 인한 상속과 같은 포괄적 승계가 발생하여 당사자도 당연히 변경된다고 보는 당연승계와 계쟁물에 관한 권리나 의무가 승계되어 당사자를 변경하게 되는 특정승계가 있다. 특정승계(신청승계)는 참가승계와 인수승계로 나뉜다. 사안에서는 인수승계가 문제된다(제82조).

2. 관련 문제 내지 쟁점의 실시

사실 이 부분은 문제에 대한 쟁점이 파악만 되었다면, 민사소송법 공부의 깊이에 따라 쓰는 양이 달라질 수 있다. 즉 공부를 많이 한 사람은 관련 문제에 대해서 학설, 판례, 검토 순으로 언급하면서 풍부한 내용을 언급할 것이고, 그렇지 못한 사람은 부실한 답안을 작성하게 될 것이다. 특히 쟁점은 학설, 판례, 검토 순으로 언급하여야 한다. 이 경우 학설을 적을 때, 고유의 학설 명이 있다면 그 학설 명을 적어야 한다. 학설 이름을 제1설, 제2설, 제3설 하는 식으로 적는 것은 채점자에게 학설 명이 기억나지 않아 임시방편으로 답안지를 작성하였다는 '오해'를 줄 수가 있으므로, 그런 식으로는 적지 않아야 한다(다만 시험장에서 학설을 반드시 적어야 하는데 학설 명이 기억이 나지 않는다면, 제1설 등으로 적거나 이런 견해, 저런 견해 하는 식으로 언급하는 것은 어쩔 수 없을 것이다). 그리고 법학의 학설은 정(正), 반(反), 합(合)이라는 변증법적 과정을 거치는 것이 대부분이므로, 이런 순서대로 학설을 암기하면 도움이 될 것이다.

그리고 판례를 적는 경우에는 판례는 어떠한 사안에서 “어떻게” 판시하여 무슨 입장이라고 적어야 한다. 예를 들어 소송물이론에 대하여 구소송물이론을 취하는 판례를 언급한다고 하면 「“判例는 보통과 종자를 옥과 종자로 속여 판 사안에서 “불법행위를 원인으로 손해배상청구에 대하여 채무불이행을 원인으로 한 손해배상을 명하는 것은 당사자가 신청하지 아니한 사항을 판결한 것이므로 처분권주의에 반하여 위법하다(대판 1963.07.25. 63다241 등).”고 하여 구소송물이론의 입장이다.”」라고 서술한다. 이 경우 ‘사안’을 언급한다는 것은 자신이 판례의 사실관계를 알고 있다는 의미이고, 판시사항을 언급한다는 것은 자신이 판례의 내용을 숙지하고 있다는 것을 밝히는 것이며, ‘입장’을 서술한다는 것은 그 판례에 대한 학자들의 평석을 알고 있다는 것을 채점자에게 알려주는 것이다. 이렇게 서술한다면 판례에 부여된 배점과 채점자에게 좋은 인상을 심어 고득점이 가능하게 될 것이다.

그리고 검토에서는 자신이 지지하는 학설이나 판례의 입장을 자신이 지지하는 근거를 제시하여 언급하고, 자신이 지지하는 입장에 따라 사안의 결론을 내려야 한다. 다만 이 경우 자신이 지지한 입장에 따른 결론만 언급하지 말고, 자신이 지지하지 않는 입장에 의하면 어떤 결론이 되는지도 언급을 하여야, 고득점이 가능할 것이다. 특히 자신이 지지하는 입장이 판례의 입장과 다르다면, 판례에 의하면 어떤 결론이 되는지를 반드시 언급하여야 한다. 왜냐하면 민사소송법은 실무법이므로, 실무의 입장 즉 판례와 다른 결론을 취한다면 판례에 따른 결론을 언급해서, 자신이 실무의 입장도 충분히 이해하고 있다는 것을 보여줄 필요가 있기 때문이다.

3. 사안의 해결(사안에의 적용), 결론

사안의 해결은 사례 문제에서 결론에 해당하는 부분이다. 특히 이 부분을 서술할 때 주의할 것은 ‘물음’에 답을 하라는 것이다. 판결에서 판결의 적법성의 묻고 있다면, 판결이 적법한지 아니면

부적법한지가 답이 되는 것이고, 그것이 이 부분에서 언급이 되어야 한다. 판결의 적법성을 묻고 있는데, 판결이 정당하다 아니면 부당하다고 답을 한다든지, 당사자나 법원이 어떠한 조치를 취해야 하는지는 그 물음에 대한 답이 아니기 때문이다. 그 결론은 다음과 같다.

4. 사안의 해결

법원은 甲에게 청구변경에 대하여 석명을 할 의무가 있으므로, 임대차 기간 종료를 원인으로 건물의 철거 및 이 사건 대지의 인도를 구하는 청구들, 매매대금지급과 상환으로 건물의 인도를 구하는 청구로 변경하도록 석명하여야 한다(제136조). 따라서 甲이 이에 따라 청구를 변경하면 법원은 甲은 乙에게 매매대금지급을 지급하고 이와 상환으로 乙은 甲에게 건물을 인도하라는 상환이행판결을 하여야 한다.

4. 사안의 해결

甲은 X토지의 소유자인데, 乙을 상대로 Y건물의 철거를 구하는 소송을 진행하고 있으므로, 소송물은 건물철거이행청구권이다. 그런데, 丙은 乙로부터 건물의 소유권을 이전받았으므로, 계쟁물을 인수한 것이다. 다만 이 경우 소송물은 건물철거이행청구권이므로, 물권적 청구권이어서, 甲이 丙을 상대로 Y건물의 철거를 구하기 위하여 인수승계를 신청하였으면, 丙도 乙로부터 건물철거이행의무를 승계 받았다고 볼 수 있으므로, 인수승계는 적법하였을 것이다. 그러나 사안은 甲이 丙에게 Y건물의 등기를 말소하기 위하여 인수승계를 신청한 경우이다. Y건물의 이전등기말소는 건물의 전소유자인 乙이 丙에게 구할 사안이지, X토지 소유자 甲이 Y건물의 이전등기말소를 청구할 권원은 전혀 없다. 따라서 丙이 Y건물에 대해서 乙로부터 소유권이전등기말소의무를 승계 받았다고 볼 수 없고, 이는 제82조 제1항의 소송목적의 권리·의무를 승계한 때에 해당하지 아니한다. 그러므로 甲의 丙에 대한 인수승계신청은 부적법하므로, 법원은 甲의 신청을 각하하는 결정을 하여야 한다.

Ⅲ. 정리 및 변리사 민사소송법 공부 시의 유의할 점

1. 들어가며

민사소송법은 국가가 법원이라는 재판기관을 설치하고 국가의 공권력에 의하여 민사분쟁을 강제로 해결하는 절차법이다. 따라서 이에 대한 절차를 먼저 이해를 하는 것은 당연하고 또 필요하다. 특히 실무적으로 변리사가 심결취소소송에서 변호사보다 훨씬 더 많은 소송대리를 담당하고 있는 현실에서¹⁾²⁾, 기본적인 민사소송절차를 이해하는 것은 나중에 실무에 나가서도 너무나도 필요하다고 할 것이다. 다만 강사의 강의 경험에 비추어 보면, 법과대학 시절부터 민사소송법에 대해서는 실무과목이라는 이유 등으로 강의를 충실히 이루어지지 않았고(현행 로스쿨 체제에서는 더 심각해 보인다), 또 소송법은 어렵다는 막연한 선입견으로 인해 부담스러운 과목이라는 생각이 있는 듯하다. 하지만 다른 법 과목도 마찬가지이지만 특히 절차에 대한 올바른 이해, 확실한 개념 정립, 무엇보다 민사소송법 조문에 대한 정확한 이해가 선행된다면 그리 어려운 과목은 아니라고 말하고 싶다.

1) <https://patent.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsListAction.work?gubun=44>
 2) 특허법원에서 공시된 판결 10건 정도를 확인하여 보면 변리사가 대리한 사건이 6건, 변호사가 대리한 사건이 2건, 변호사와 변리사가 양측 당사자에 각각 선임된 사건이 2건이라는 것을 알 수 있다. 사건이 아닌 명수로 계산하면 그 사건 10건을 31명의 변리사, 6명의 변호사가 대리하였다. 특허법원 주요판결 게시판 2022.12.9. 및 12월 12일 작성된 판결 10건 : 2021허6764, 2022허2233, 2022허1858, 2021허5594, 2021허6795, 2021허4461, 2022허2455, 2022허1667, 2021허5242, 2021허3987

2. 변리사 2차 민사소송법의 출제 경향 및 공부방법

2025년을 기준으로 62회가 출제되었으므로, 기출문제들은 상당히 쌓여 있다. 그래서 다른 시험들과는 달리, 소위 찍는 것이 큰 의미가 없을 정도로 다양한 쟁점에서 출제가 되고 있다. 그렇다면 수험 가에서 얘기하듯이, ‘어떤 강사가 어떤 문제를 찍었는데 그대로 출제가 되었다’는 허황된 소문은 믿을 필요가 없다. **오히려 민사소송법에 대한 탄탄한 기초 위에서 중요주제에 대한 확실한 이해 및 답안지에 대한 현출이 중요하다.**

3. 논리의 전개 내지 논증의 틀(폼)

‘○○제도에 대하여 논하라’는 문제에서 1. 의의 2. 취지, 근거, 법적 성질, 기능 3. 요건 4. 효과 식의 전형적인 폼이 있듯이, 사례 문제에서도 그 사례 문제의 성질에 따라 몇 가지의 폼을 미리 만들어 두고 탄력적으로 활용하면 좋을 것이다³⁾.

예:

1. 문제의 분석(문제점의 추출⇒논점의 문제제기, 문제의 소재)
2. 논점 전개
 - (1) 정의, 원칙, 예외(수정), 규범
 - (2) 문제로부터 요건정립, 취지, 논점의 결론, 반대설, 반대설 비판
 - (3) 전제, 이론적 귀결, 부당성 지적, 규범, 허용성, 특수성
3. 사안 적용 - 삼단논법의 귀결
4. 사안 해결 - 물음에 대한 정확한 해답 개요

4. 공부 시의 유의할 점

- (1) 제도나 논점에 대해 왜(WHY?)라는 질문을 항상 던지고, 취지 등에 대하여 생각한다.
- (2) 유사한 제도나 논점의 상호 비교, 구별 표지 정확하게 이해, 아이덴티티 확립
- (3) 제도나 논점의 골격을 먼저 기억하고 거기에 공부해 더해 감에 따라 살을 붙혀 나감
- (4) KEY WORD 중심의 공부
- (5) 논점의 학설 이름, 개수 정확하게 기억
- (6) 판례 태도 정확하게 기억(우리 판례는 보수적인 경향이 있다)
- (7) 쓸데없이 너무 많은 것을 알려 하지 말고(다침!!!) 기본적이고 핵심적인 것만이라도 정확하게 이해하고 기억하는 것이 중요하다.
- (8) 모든 공부는 결국 시험장에서의 답안작성을 위한 것임을 명심하여 평소 답안작성연습을 꾸준하게 하고, 책을 읽어 나갈 때에도 답안작성에 필요한 것을 찾는 방식으로 공부하고(효율적인 마킹) 결과물을 간결하게 머리 속에 정리해 두고 자주 되새김질을 한다.

3) 김○○, P대 법학전문대학원 명예교수, 변호사시험, 사시, 행시, 변리사 시험 출제위원