

57회 변리사 2차 민사소송법 사례형 문제

사례문제

【문제-1】 (30점)

2014년 조각가인 甲은 친구 丙이 대표이사로 있는 회사인 乙과 도급계약을 체결하였다. 계약서에는 甲은 2015.3.5.까지 乙의 사옥 앞에 조각상 A, B를 제작하여 완성하고, 乙은 2015.4.1.에 조각상 A에 대한 보수로 6,000만원을, 2015.8.1.에 조각상 B에 대한 보수로 4,000만원을 지급한다고 되어 있다. 甲은 2015.3.5.에 조각상 A와 B를 완성하였지만, 乙은 그 해가 다가도록 대금을 지급하지 않았고 이후에는 선물이 아니었냐는 태도를 보여 다툼이 이어졌다. 甲은 2018.3.12.과 2018.5.21. 두 차례에 걸쳐 내용증명 우편을 보내 대금 지급을 요구하였지만, 乙로부터는 답변이 없었다. 결국 甲은 2018.10.10.에 乙을 피고로, 丙을 그 대표자로 기재하여 대금을 청구하는 소를 제기하였다. 丙은 변호사 戊를 선임하여 소송을 대리하도록 하였고, 첫 변론기일에는 도급계약의 성립 여부가 다투어졌다. 이후 법원은 乙의 적법한 대표이사가 丙이 아니라 丁이라는 것을 밝혀내어 소를 각하하는 판결을 내렸다. 甲은 이에 불복하여 항소하였다. 항소심의 첫 변론기일에 甲은 위의 도급 내용이 나타나 있는 계약서를 찾아내어, 그 간의 내용증명 우편과 함께 제출하였고, 대표자를 丁으로 바꾸겠다고 진술하여 보정하였다. 다음 기일에는 변호가 戊가 대표이사 丁과 함께 출석하여 甲과 乙 사이에 계약이 유효하게 성립하였다고 인정하였지만, 조각상 A와 B의 대금채권에 관하여는 별다른 근거 없이 2018.4.15.자로 3년의 소멸시효(민법 제163조)가 모두 완성되었다고 주장하였다. 이에 대해 甲은 계약서와 내용증명 우편에 따라 어느 것도 소멸시효는 완성되지 않았다고 주장하였다.(우편, 송달을 비롯한 그 밖의 사항은 유효하고 적법하게 이루어진 것으로 함)

(1) 제1심 법원의 판결이 적절한지 논하시오. (5점)

(2) 丙이 선임한 戊가 항소심에서도 여전히 소송을 수행하고 있는 것에 대하여 적법한지 검토하고, 피고가 항소심에서 하는 주장에 대해 재판부가 취해야 할 조치가 있는지 설명하시오. (10점)

(3) 최종변론기일에 戊는 조각상 A의 대금채권에 관한 소멸시효 산정의 기산일은 2015.4.1.이 맞지만, 조각상 B에 대한 계약서상 보수 지급일인 8.1.은 6.1.을 잘못 기재한 것이므로, 조각상 B에 대한 대금채권의 소멸시효 기산일은 2015.6.1.이라고 주장하였다. 법원은 이 주장에 구속되어야 하는지 판단하고, 법원이 어떤 판결을 내려야 할지 논하시오. (15점)

【문제-2】 (20점)

A상점 앞에 광고용으로 세워놓은 입간판이 부실한 설치로 말미암아 갑자기 쓰러지는 사고가 발생하였다. 마침 출근하던 구청 직원 甲은 쓰러지는 입간판에 부딪혀 손가락이 부러지는 상해와 함께 팔과 몸에 타박상을 입었다. A상점의 주인인 乙은 과실을 인정하고 손해를 배상하

겠다고 했으나 금액이 합의되지 않아, 甲이 2,000만원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하기에 이르렀다. 甲은 동네 개인병원의 병원장 丙의 명의로 된 진단서를 증거로 제출하였다. 진단서에는 1주일간의 입원을 요하며 후유장애 발생 가능성이 70% 정도 된다고 적혀 있었고, 甲은 이를 근거로 치료비 1,500만원을 청구하였다. 그리고 구청 인사과에서 발급한 1주일간의 병가 확인서도 제출하였다. 그러면서 1주일간의 병가에 따른 휴가 및 급여의 손실이 500만원이라 주장하였다. 이에 乙은 진단서에 대해 丙이 작성한 것이라 볼 수 없으며 병가 확인서도 구청 인사과에서 발급한 것 같지 않다고 맞섰다.

(1) 문서에 대하여 乙이 하는 주장의 성격을 설명하고, 그에 따른 증명의 문제를 설명하시오. (10점)

(2) 진단서를 丙이 작성하였다는 것과 확인서를 구청 인사과에서 발급하였다는 것이 사실로 확인되었다면 법원은 손해배상액을 2,000만원으로 인정해야 하는 것인지 논하시오. (10점)

【문제-3】 (30점)

A토지는 현재 乙 명의로 소유권보존등기가 되어 있으며 乙이 점유하고 있다. 甲은 A토지가 자신의 소유이며 乙명의로 등기는 잘못된 등기라고 주장하고 있다. 甲에게는 자녀 丙, 丁, 戊가 있다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲은 위 등기가 위조된 서류에 의한 원인무효의 등기라는 이유를 들어 乙을 상대로 등기의 말소를 청구하는 소(이하 '전소'라 함)를 제기하였다. 甲은 위 소송에서 승소하였고 그 판결이 확정되자 이를 기초로 A토지에 관한 乙명의로의 소유권보존등기를 말소한 다음 甲 앞으로 소유권보존등기를 마쳤다. 그런데 그 후 乙이 전소의 확정판결 전에 A 토지에 대한 취득시효기간이 완성되었다고 주장하면서 甲에게 이 토지에 대한 소유권이전등기 절차의 이행을 청구하는 소(이하 '후소'라 함)를 제기하였다. 법원은 전소 확정판결의 기판력을 이유로 A토지에 대한 乙의 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 주장을 판단할 필요가 없다고 하여 배척하였다. 이와 같은 후소 법원의 판결이 적법한지 설명하시오. (15점)

(2) 甲이 배우자 없이 사망하자 丙은 자신이 단독상속인이라고 주장하면서 乙을 상대로 소유권확인 소(이하 '전소'라 함)를 제기하였다. A토지 중 丙의 상속분에 해당하는 1/3 지분에 관하여는 청구인용, 나머지 2/3 지분에 관하여는 청구기각의 판결이 선고되어 2020.2.10. 확정되었다. 2020.4.9. 甲의 상속인들 전원이 “丙을 甲의 상속재산에 관한 단독상속인으로 한다.”는 내용의 상속재산분할협의를 완료하였다. 그 후 丙은 상속재산분할협의 사실을 이유로 하여 다시 乙을 상대로 A토지 중 전소에서 기각되었던 2/3 지분에 관하여 소유권확인 소(이하 '후소'라 함)를 제기하였다. 법원은, 후소는 판결이 확정된 전소와 당사자 및 소송물이 동일하고, 협의에 의한 상속재산분할은 유효하다고 판단하였다. 그러면서 법원은 “상속재산분할은 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다(민법 제1015조)는 점을 들어 후소는 전소 판결의 기판력에 저촉된다.”고 판단하였다. 이와 같은 후소 법원의 판단이 적법한지 설명하시

오. (15점)

【문제-4】 (20점)

甲은 乙을 상대로 서울중앙지방법원에 소유권이전등기 및 소유권보존등기말소를 청구하는 소를 제기하였다. 제1심 법원에서 甲 승소의 판결이 선고되자 乙이 항소하였다. 항소심은 서울고등법원에서 乙의 항소를 기각하는 판결이 선고되었으며, 그 후 대법원에서 乙의 상고가 기각되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙의 상고가 기각된 후, 위 소송의 항소심 판결에서 증거로 채택되었던 증인 丙의 증언이 허위진술이라 하여 丙에게 위증죄의 유죄판결이 선고되어 2018.7.24. 확정되었다. 2018.8.17. 乙은 丙의 증언이 위증이라는 것을 재심사유로 하여 제1심 법원이었던 서울중앙지방법원에 재심소장을 제출하였다. 서울지방법원은 2018.10.29. 위 재심사건이 그 관할에 속하지 않는다는 이유로 서울고등법원에 이를 이송하여 2018.11.26. 위 고등법원에 접수되었다. 서울고등법원은 이 사건 재심소장이 접수된 2018.11.26.은 乙이 丙에 대하여 위증죄의 유죄판결이 확정된 것을 알았을 때로부터 30일이 이미 경과된 후이므로 이 사건 재심의 소는 부적법하다고 판단하였다. 이와 같은 서울중앙지방법원의 조치와 서울고등법원의 판단이 적법한지 설명하시오. (14점)

(2) 乙에 대하여 금전채권을 가지고 있는 丁은 “戊가 乙의 성명을 모용하여 재심대상판결을 받았으므로 재심대상판결에는 민사소송법 제451조 제1항 제3호의 재심사유가 있다.”고 주장하면서, 채권자로서 乙을 대위하여 甲을 상대로 재심의 소를 제기하였다. 甲은 재심의 소는 채권자대위가 허용되지 않기 때문에 이 사건 재심의 소가 부적법하다고 본안전 항변을 하였다. 이와 같은 甲의 본안전 항변이 재심제도의 성격에 비추어 타당한지 설명하시오. (6점)

제57회 변리사 2차 민사소송법 사례 해설지

최영덕

【문제-1】 (30점)

2014년 조각가인 甲은 친구 丙이 대표이사로 있는 회사인 乙과 도급계약을 체결하였다. 계약서에는 甲은 2015.3.5.까지 乙의 사옥 앞에 조각상 A, B를 제작하여 완성하고, 乙은 2015.4.1.에 조각상에 A에 대한 보수로 6,000만원을, 2015.8.1.에 조각상 B에 대한 보수로 4,000만원을 지급한다고 되어 있다. 甲은 2015.3.5.에 조각상 A와 B를 완성하였지만, 乙은 그 해가 다가도록 대금을 지급하지 않았고 이후에는 선물이 아니었냐는 태도를 보여 다툼이 이어졌다. 甲은 2018.3.12.과 2018.5.21. 두 차례에 걸쳐 내용증명 우편을 보내 대금 지급을 요구하였지만, 乙로부터는 답변이 없었다. 결국 甲은 2018.10.10.에 乙을 피고로, 丙을 그 대표자로 기재하여 대금을 청구하는 소를 제기하였다. 丙은 변호사 戊를 선임하여 소송을 대리하도록 하였고, 첫 변론기일에는 도급계약의 성립 여부가 다투어졌다. 이후 법원은 乙의 적법한 대표이사가 丙이 아니라 丁이라는 것을 밝혀내어 소를 각하하는 판결을 내렸다. 甲은 이에 불복하여 항소하였다. 항소심의 첫 변론기일에 甲은 위의 도급 내용이 나타나 있는 계약서를 찾아내어, 그 간의 내용증명 우편과 함께 제출하였고, 대표자를 丁으로 바꾸겠다고 진술하여 보정하였다. 다음 기일에는 변호가 戊가 대표이사 丁과 함께 출석하여 甲과 乙 사이에 계약이 유효하게 성립하였다고 인정하였지만, 조각상 A와 B의 대금채권에 관하여는 별다른 근거 없이 2018.4.15.자로 3년의 소멸시효(민법 제163조)가 모두 완성되었다고 주장하였다. 이에 대해 甲은 계약서와 내용증명 우편에 따라 어느 것도 소멸시효는 완성되지 않았다고 주장하였다.(우편, 송달을 비롯한 그 밖의 사항은 유효하고 적법하게 이루어진 것으로 함)

(1) 제1심 법원의 판결이 적절한지 논하시오.¹⁾ (5점)

(2) 丙이 선임한 戊가 항소심에서도 여전히 소송을 수행하고 있는 것에 대하여 적법한지 검토하고, 피고가 항소심에서 하는 주장에 대해 재판부가 취해야 할 조치가 있는지 설명하시오. (10점)

(3) 최종변론기일에 戊는 조각상 A의 대금채권에 관한 소멸시효 산정의 기산일은 2015.4.1.이 맞지만, 조각상 B에 대한 계약서상 보수 지급일인 8.1.은 6.1.을 잘못 기재한 것이므로, 조각상 B에 대한 대금채권의 소멸시효 기산일은 2015.6.1.이라고 주장하였다. 법원은 이 주장에 구속되어야 하는지 판단하고, 법원이 어떤 판결을 내려야 할지 논하시오. (15점)

I. 설문 (1)에 대하여(5점)

1 문제의 소재

법인의 대표이사의 소송대리권의 소송법적 의미와 그에 따른 법원이 보정명령 등 일정한 조치를 하지 아인한 부분이 적절한 검토할 필요가 있다.

2. 법인의 대표자의 지위

(1) 소송법상 법정대리인

민법상 법정대리인의 지위는 소송법상으로 법정대리인이 된다. 한편 법인의 대표자는 민사소송법 제52조의 당사자능력과 관련하여 법정대리와 법정대리인에 관한 규정을 준용하므로(제64조) 법인 등의 대표자는 법정대리인이 된다.

1) 논하는 문제이므로 자기의 의견을 논리적으로 펼치면 된다.

(2) 법정대리인으로서 법인의 대표자

법정대리인은 당사자는 아니지만 임의의 소송대리인을 선임할 수 있는 등 당사자에 준하는 지위를 갖고 한편 법정대리권이 없는 경우 이는 단순한 임의대리인의 무권대리문제가 아니라 본인의 사망에 해당하는 의미의 소송요건의 결여가 발생하여 부적법 혹은 소송절차의 중단 등이 문제될 수 있다.²⁾

(3) 사안의 경우

적법한 대표이사가 아닌 경우 이는 법정대리권이 없는 경우와 동일하므로 소는 원칙적으로 부적법하고 각하판결할 수 있다.

3. 소송요건 흠결의 경우 법원의 조치

(1) 소송요건의 흠결에 대한 판단

본안요건의 변론주의가 적용되지만 소송요건은 당사자의 주장과 관계없이 소의 적법여부를 판단하므로 원칙적으로 직권조사사항이다.³⁾

(2) 법원의 조치

1) 보정명령

소송요건의 흠이 있는 경우라도 보정할 수 있으면 바로 소를 각하하는 것이 아니고 보정을 명하고 이를 기다려야 한다.(제59조) 법조문에 비추어 명하여야 하므로 이는 의무사항으로 해석할 것이다.

2) 소각하판결

보정이 불가능하거나 보정할 수 없는 경우 법원은 소각판결하여야 한다.

(3) 사안의 경우

법원이 적법한 대표이사가 아님을 밝혔지만 보정을 명하지 아니하였으므로 소각하판결의 타당성을 별론으로 하고 이 부분은 부당하다고 생각된다.

4. 결론

법인의 대표이사는 법정대리인에 준하며 법정대리권은 소송요건에 해당하여 소의 적법이 문제된다. 그러나 보정이 가능하면 바로 소를 각하할 것이 아니라 보정명령을 발하여야 하므로 부적절한 판단이라고 볼 수 있다..

II. 설문 (2)에 대하여(10점)

1. 문제의 소재

우선 변호사 무가 소송수행을 하는 경우 무권대리가 치유되어 유권대리로서 인정될 수 있는지 문제되며, 한편 피고가 주장한 소멸시효기산점에 대하여 법원이 이에 구속되어 판단하여야 하는지 아니면 직권으로 판단가능한지 문제된다.

2. 무권대리인의 소송행위 추인여부⁴⁾

2) 최영덕, 강의초록, p95 이하

3) 이에 대한 직권조사사항의 의미에 대하여 접수배점 등을 고려해 볼 때 장황하게 서술할 필요가 없다고 본다. 최영덕, 강의초록, p138 이하

(1) 법인의 소송능력

제64조에서 법인은 대표자를 통하여 법률행위를 하고 대표자는 법정대리인에 준하여 취급하고 있으므로 법인자체는 소송무능력자임을 전제로 한다. 이른바 제한능력자의 소송행위는 원칙적으로 무효이며 예외적으로 유효하다.

(2) 소송행위의 추인과 시기

1) 소송행위의 추인

제한능력자의 소송행위는 확정적 무효는 아니며 이른바 유동적 무효로서 법정대리인의 추인이 가능하고 소급하여 유효가 될 수 있다.(제60조) 이 경우 명시적 묵시적 관계없이 가능하다고 볼 것이며, 다만 일부추인은 허용되지 아니한다.

2) 소송행위 추인의 시기

추인의 시기는 소급효가 있으므로 절대적이므로 심급대리의 경우도 동일한 소송대리인의 소송행위에 대한 추인이 가능하다고 본다.

(3) 사안의 경우

변경된 적법한 대표이사 丁과 함께 변론한 무권대리인의 변론행위는 명시적이지 아니하나 묵시적으로 추인되었다고 볼 것이며, 적법한 소송행위가 된다. 또한 시기와 상관없으므로 항소심에서도 추인이 가능하여 적법한 소송행위이다.

3. 소멸시효완성 주장에 대한 법원의 조치

(1) 문제점

조각상 A와 B의 대금채권에 관하여는 별다른 근거 없이 2018.4.15.자로 3년의 소멸시효(민법 제163조)가 모두 완성되었다고 주장한 부분에 대하여 변론주의 원칙상 이에 구속되어 판단하여야 하는지 그러한 경우 부정확한 소멸시효완성주장에 대한 법원의 조치로서 석명 의무가 필요한지 문제된다.

(2) 소멸시효완성 주장과 변론주의

통설과 판례는 변론주의가 적용되는 주요사실에 해당하는 부분으로 소멸시효의 기산점으로 이해하고 있다. 주장은 명시적이지 아니하고 주장취지상 포함된 경우 주장한 것으로 본다.⁵⁾ 증명책임은 시효이익을 갖는 자가 증명책임이 있다.

(3) 소결

일괄적 두 채권에 대하여 소멸시효완성을 아무런 근거없이 주장한 것은 소멸시효완성주장에 대한 명백한 주장이 될 수 없다. 그러나 소멸시효이 주장이 있는 한 법원은 소멸시효완성여부를 판단하여야 하지만 변론주의만으로 사실상, 법률상 쟁점을⁶⁾ 판단할 수 없으므로 이에 대한 법원의 소송지휘권으로 석명권을 검토할 필요가 있다.

4) 최영덕, 강의초록, p86이하

5) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2017다865 판결: 주요사실에 대한 주장은 당사자가 이를 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 그 주장을 한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있다고 보아야 한다. 또한 청구원인에 관한 주장이 불분명한 경우에 그 주장이 무엇인지에 관하여 석명을 구하면서 이에 대하여 가정적으로 항변한 경우에도 주요사실에 대한 주장이 있다고 볼 수 있다. 이러한 경우 항변이 있다고 볼 수 있는지는 당사자들이 진술한 내용이나 취지뿐만 아니라 상대방이 당사자의 진술을 어떻게 이해하였는지도 함께 고려해서 합리적으로 판단하여야 한다.

6) 민사소송규칙 제28조 제2항과 관련하여 포함여부도 논의가능하다.

4. 법원의 석명의무⁷⁾

(1) 적극적 석명대상

주장사실이 불명료한 경우 주장과 증거자료의 전후모순 법률상 정리되지 아니한 주장에 대하여 적극적 석명이 가능하다고 할 것이다. 소극적 석명은 원칙적으로 가능하지만 예외적으로 적극적 석명이 인정되고 그러한 경우 제136조 이하에서 지적의무 등이 가능하다.

(2) 법원의 증명촉구

재판장은 소송의 정도에 비추어 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 증명을 촉구할 수 있다(제136조 제1항). 따라서 당사자가 주요사실을 주장 제출하였음에도 그 주장을 증명하거나 불분명한 경우, 필요한 증거신청을 하지 아니한 경우 증명촉구를 할 수 있다.

(3) 시효완성에 대한 지적의무와 요건

소멸시효완성의 항변은 권리의 존부에 대한 법률상 중요한 사항이다. 이것이 인정된다면 항소의 이유 여부가 인정되므로 석명권 불행사는 항소심 판결에 영향을 미친다고 할 것이어서 법률상 중요한 사항이 된다. 또한 당사자가 간과했음이 분명한 법률상 사항에 해당한다.(제136조 제4항)

4. 결론

대표자아닌 丙이 선임한 무권대리인의 소송행위는 법인이 제한능력자의 행위로서 법정대리인이 의한 추인이 가능하다고 볼 것이며 심급과 관계없이 주인이 가능하며, 한편 항소심에서 일괄적으로 주장한 소멸시효의 주장은 법률적 사항으로 당사자가 간과했음이 명백하여 지적의무 내지 증명촉구가 필요한 법원의 석명의무로서 지적의무가 있다고 본다.

III. 설문 (3)에 대하여(15점)

1. 문제의 소재

소멸시효의 기산점이 주요사실인지, 이에 변론주의 원칙상 법원이 구속되는 지 문제된다. 한편, 내용증명우편의 최고가 시효중단의 효력을 갖는지 그러한 경우 재판상 청구와의 관계 및 그에 대한 시효완성의 중단이 인정되어 권리를 권리를 행사할 수 있는 지 개별적 채권에 대하여 검토하여야 한다.

2. 소멸시효의 기산점 주장에 대한 법원의 구속여부

(1) 주요사실과 간접사실의 구별

주요사실은 변론주의가 적용되는 사실로 당사자가 주장하고 법원이 심리하는 사실이다. 판례는 법규기준설에 따라 주요사실과 간접사실을 구분하여 판단한다. 소멸시효기산점이 주요사실인지 문제된다.

(2) 소멸시효 기산점의 주요사실여부

통설과 판례는 변론주의가 적용되는 주요사실에 해당하는 부분으로 소멸시효의 기산점으로 이해하고 있다. 따라서 변론주의 원칙상 당사자의 주장책임이 있으며 법원은 이에 구속되

7) 10점 배점에서 출제자가 의도한 부분이 의심된다. 논의의 내용은 많으나 배점상 대목차 하나 이상을 차지할 수 없다고 본다. 최영덕, 실전B형 4회.

어 판단하여야 한다.⁸⁾ 주장은 명시적이지 아니하고 주장취지상 포함된 경우 주장한 것으로 본다.⁹⁾ 기산점에 관한 증명책임은 시효이익을 주장하는 자가 진다.

(3) 소결

피고가 각 채권에 대하여 주장한 소멸시효의 기산점은 주요사실로 변론주의가 적용되고 법원은 이에 구속되어 판단하여야 한다.

3. 소멸시효 기산과 중단사유

(1) 소멸시효기간 3년 주장의 구속여부

단기의 기간이든 10년의 기간이든 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 대한 주장은 단순한 법률상 주장에 불과하므로 변론주의의 적용대상되지 아니하고 법원이 직권으로 판단할 수 있다.¹⁰⁾ 한편 민법 제163조 3호에 의하여 법원은 직권으로 일을 완성한 때로부터 3년의 기간도과여부를 판단할 수 있다.

(2) 소멸시효기산점과 소멸시효의 중단사유

1) 소멸시효 중단사유

소멸시효의 중단사유로서 권리자가 행사는 하는 경우 즉 청구, 압류 가압류 가처분, 승인의 경우 기간계산은 중단된다.여기서의 청구는 재판상 청구를 뜻하며, 권리행사설에 따른 당연한 결과이다.

2) 재판상 청구와 최고의 효력의 관계(민법 제174조)

의사의 통지에 해당하는 최고는 원칙적으로 소멸시효 중단의 효과를 받는 청구가 아니지만 예외적으로 당사자의 의사와 무관하게 시효중단의 효과가 발생할 수 있다. 즉 예비적 조치로서 최고의 효력을 인정하여 재판상 청구이전의 6월내의 최후의 최고시를 기준으로 시효

-
- 8) 대법원 1995. 8. 25. 선고 94다35886 판결: 소멸시효의 기산일은 채무의 소멸이라고 하는 법률효과 발생의 요건에 해당하는 소멸시효 기간 계산의 시발점으로서 소멸시효 항변의 법률요건을 구성하는 구체적인 사실에 해당하므로 이는 변론주의의 적용 대상이고, 따라서 본래의 소멸시효 기산일과 당사자가 주장하는 기산일이 서로 다른 경우에는 변론주의의 원칙상 법원은 당사자가 주장하는 기산일을 기준으로 소멸시효를 계산하여야 하는데, 이는 당사자가 본래의 기산일보다 뒤의 날짜를 기산일로 하여 주장하는 경우는 물론이고 특별한 사정이 없는 한 그 반대의 경우에 있어서도 마찬가지이다.
- 9) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2017다865 판결: 주요사실에 대한 주장은 당사자가 이를 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 그 주장을 한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있다고 보아야 한다. 또한 청구원인에 관한 주장이 불분명한 경우에 그 주장이 무엇인지에 관하여 석명을 구하면서 이에 대하여 가정적으로 항변한 경우에도 주요사실에 대한 주장이 있다고 볼 수 있다. 이러한 경우 항변이 있다고 볼 수 있는지는 당사자들이 진술한 내용이나 취지뿐만 아니라 상대방이 당사자의 진술을 어떻게 이해하였는지도 함께 고려해서 합리적으로 판단하여야 한다.
- 10) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다68217 판결: [1] 채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 가지고 이를 행사하는 경우 각 채권이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개의 채권인 이상 별개의 소송물에 해당하므로, 이에 대하여 채무자가 소멸시효 완성의 항변을 하는 경우에 그 항변에 의하여 어떠한 채권을 다투는 것인지 특정하여야 하고 그와 같이 특정된 항변에는 특별한 사정이 없는 한 청구원인을 달리하는 채권에 대한 소멸시효 완성의 항변까지 포함된 것으로 볼 수는 없다. 그러나 채권자가 동일한 목적을 달성하기 위하여 복수의 채권을 가지고 있더라도 선택에 따라 어느 하나의 채권만을 행사하는 것이 명백한 경우라면 채무자의 소멸시효 완성의 항변은 채권자가 행사하는 당해 채권에 대한 항변으로 봄이 타당하다. [2] 어떤 권리의 소멸시효기간이 얼마나 되는지에 관한 주장은 단순한 법률상의 주장에 불과하므로 변론주의의 적용대상이 되지 않고 법원이 직권으로 판단할 수 있다.

중단의 효과각 발생한다. 기산점은 통지가 상대방에 도달한 때로부터 기산한다.

(3) 소결

권리행사설에 따라 당사자가 재판상 청구를 하는 경우 시효의 진행이 중단된다. 그러나 최고의 경우 약한 효력이지만 당사자의 권리행사가 있다고 보아 6월의 기간 허여가 인정되고 소제기시 이전의 최후의 최고시를 기준으로 6월을 기산하여 판단할 수 있다.

4. 소멸시효 기간도과에 대한 법원의 판단

(1) 개별적 채권에 대한 최고와 재판상 청구

구체적으로 최고가 있는지 여부는 권리자의 보호를 위하여 넓게 해석하는 것이 판례의 태도이다. 따라서 내용증명 우편에의 권리자의 의사의 통지도 최고로 인정하는 데에 문제가 없다.

(2) 채권에 대한 구체적 판단

1) 소제기와 기산점

2018.10.10.에 소를 제기하였으므로 이를 역산하여 최후의 최고가 6월이전이므로 2018.4.10. 이후에 최고가 있었으면 시효가 중단된다고 할 것이다. 그러나 그 이전에 소멸시효가 완성된 경우는 소멸시효완성된 경우에 해당한다.

2) A조각상 채권에 대한 시효완성여부

당사자가 주장한 시효기산점은 2018.4.1.이므로 3년은 이후에 2018.4.1.에 시효가 완성되었으므로 이전의 내용증명우편에 대한 최후의 최고는 3월 15일이므로 이후 6월내에 소제기된 바가 없으므로 시효중단의 효과가 없어 시효가 완성되어 채권이 소멸된다.

3) B조각상 채권에 대한 시효완성여부

6월 1일에 대한 최고는 4월 10일 이후이 최후의 최고는 5월 21일이므로 재판상 청구의 이전의 6월내에 최고 있어 소급적 효과가 발생하고 따라서 시효중단의 효과가 발생한다.

(3) 소결

재판상 청구 이전에 소멸시효완성 전에 최고한 경우 6개월의 기간연장의 효과가 발생하는 최고의 효력을 기준으로 A조각상의 채권은 시효가 완성된 이후에 최고한 것이므로 재판상 청구의 효과가 없으나 B조각상에 대한 채권은 당사자의 주장에 의하는 경우에도 시효가 중단되어 권리행사가 가능하다.

5. 결론

소멸시효기산점은 주요사실이므로 법원은 이에 구속되어 판단하여야 한다. 한편 최고의 효력은 결과적으로 소멸시효 완성기간 내에 최후의 최고시에 재판상 청구의 기간을 6개월 연장하는 효과가 있으므로 A조각상은 시효완성된 채권에 대한 최고로서 효력이 없으나 B조각상은 시효중단의 효력을 갖는 최고가 있다고 판단한다.

【문제-2】 (20점)

A상점 앞에 광고용으로 세워놓은 입간판이 부실한 설치로 말미암아 갑자기 쓰러지는 사고가 발생하였다. 마침 출근하던 구청 직원 甲은 쓰러지는 입간판에 부딪혀 손가락이 부러지는 상해와 함께 팔과 몸에 타박상을 입었다. A상점의 주인인 乙은 과실을 인정하고 손해를 배상하겠다고 했으나 금액이 합의되지 않아, 甲이 2,000만원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하기에 이르렀다. 甲은 동네 개인병원의 병원장 丙의 명의로 된 진단서를 증거로 제출하였다. 진단서에는 1주일간의 입원을 요하며 후유장애 발생 가능성이 70% 정도 된다고 적혀 있었고, 甲은 이를 근거로 치료비 1,500만원을 청구하였다. 그리고 구청 인사과에서 발급한 1주일간의 병가 확인서도 제출하였다. 그러면서 1주일간의 병가에 따른 휴가 및 급여의 손실이 500만원이라 주장하였다. 이에 乙은 진단서에 대해 丙이 작성한 것이라 볼 수 없으며 병가 확인서도 구청 인사과에서 발급한 것 같지 않다고 맞섰다.

(1) 문서에 대하여 乙이 하는 주장의 성격을 설명하고, 그에 따른 증명의 문제를 설명하십시오. (10점)

(2) 진단서를 丙이 작성하였다는 것과 확인서를 구청 인사과에서 발급하였다는 것이 사실로 확인되었다면 법원은 손해배상액을 2,000만원으로 인정해야 하는 것인지 논하십시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여(10점)

1 문제의 소재

사문서인 진단서와 공문서인 확인서인 대한 문서의 형식적 진정성립에 관한 乙의 주장이 부인인지 항변인지에 대한 성격이 문제되는데, 한편 그에 따른 증명책임 범위가 문제된다.

2. 문서에 대한 작성여부에 주장의 성격

(1) 문서의 종류

문서는 사문서와 공문서 처분문서와 보고문서로 나뉜다. 통상의 서증절절차에서 증거능력과 증거력은 처분문서인 사문서에서 형식적 증거력과 실질적 증거력이 문제되며 사문서의 경우 형식적 증거력이 인정되는 경우 실질적 증거력은 당연 추정되며, 한편 공문서인 경우 전면추정력을 갖는다.(제356조 제1항)

(2) 乙의 주장의 성격

1) 성립의 인부

서증이 제출된 경우 그 형식적 증거력의 조사를 위하여 상대방에 인정여부를 물어보고 답변하게 하는 서증절차를 성립의 인부라 한다. 원고가 제출한 것은 피고가 인정하는지 답변을 구한다.

2) 주장의 성격¹¹⁾

문서의 진정성립에 대한 상대방은 침묵, 부인, 부지 등이 있으며, 사문서의 경우 상대방이 작성사실이 아닌 인영이나 서명의 경우 이를 인정하는 위조나 도용의 항변이 있을 수 있다. 다만 신민사소송규칙 제116조는¹²⁾ 단순부인은 허용되지 아니하고 이유부 부인만 허용되는 되도록 하고 있다.

11) 최영덕, 강의초록, P256

12) 여기서 이것까지 서술을 바라고 출제할 것이라고 생각하기 쉽지않고, 서술하지 아니하더라도 감점되지 아니할 것으로 생각한다.

(3) 사안의 경우

乙의 주장은 원고 甲이 제출한 사문서에 형식적 진정성립을 부인하고, 공문서에 대하여 부인 내지 부지에 해당한다고 볼 것이다. 사안의 경우 사문서인 진단서에 대하여는 제3자 丙이 작성한 것이라고 볼 수 없다는 것은 부인에 해당하고, 확인서 발급에 의심을 갖는 것은 주장한 것은 최소한 부지에 해당하고 부인으로 보더라도 구체적 이유를 밝힌 것으로 보아야 한다.

3. 부인과 부지의 경우 증명책임

(1) 주장과 증명책임

진위불명에 대한 일종의 결과책임으로 법률효과에 대한 실체법적인 불이익을 증명책임이라고 말한다. 이에 결과책임으로 자유심증주의와 관계에서는 객관적 증명책임이 의미가 있다. 그러나 변론주의가 인정되는 범위에서 주요사실의 주장이 있어야 증명책임의 문제도 생기므로 주장책임은 논리적 시간적으로 증명책임에 선행하는 관계와 분배책임에서도 일치하고 있다.¹³⁾

(2) 문서제출자의 증명책임

문서제출자는 자신의 주장을 증명하기 위하여 서증을 제출한 것이므로 상대방이 부지와 부인으로 답변한 경우 문서제출자에게 증명책임이 돌아간다. 다만 판례는 변론의 전체의 취지만으로도 진정성립을 인정하고 있으므로 특별한 사유가 없는 한 증명책임이 완하되거나 혹은 법정증거법칙의 일종으로서 추정규정을 두어 진정성립을 증명할 수 있다.

(3) 사안의 경우

甲이 제출한 진단서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 하고(제357조), 공문서의 경우 문서의 작성방식과 취지에 의하여 공무원이 직무상 작성한 것임(제356조)을 증명하여야 한다.

4. 결론

乙의 주장의 성격은 진단서에 대하여 부인에 해당하고 공문서인 확인서에 대하여는 부지 혹은 부인에 해당하고, 따라서 문서제출자 갑은 문서의 형식적 진정성립에 대하여 증명하여야 한다

II. 설문 (2)에 대하여(10점)

1 문제의 소재

보고문서의 형식적 증거력이 인정되는 경우 진단서와 확인서라는 각각의 사문서와 공문서의 실질적 증거력의 인정범위가 문제된다. 특히 법관의 자유심증주의의 영역에서 구체적인 범위가 검토될 필요가 있다.

2. 문서의 실질적 증거력

(1) 문서의 증거가치

문서가 요증사실을 증명하기에 유용한가에 대한 증거가치를 문서의 실질적 증거력이라고

13) 최영덕, 강의초록, p275

하며 형식적 증거력을 전제로 한다. 이러한 실질적 증거력은 원칙적으로 법관의 자유심증의 영역에 일임되어 있으며 별도의 증거법칙은 없으나 처분문서와 보고문서의 경우 각각의 심증영역이 달라질 수 있으므로 이를 구분하여 검토하여야 한다.

(2) 보고문서의 경우 실질적 증거능력

1) 진단서

처분문서인 사문서인 경우 이른바 사실상의 추정력을 가지나 보고문서인 경우 자유심증의 영역에서 법관의 심증형성에 따라야 한다.

2) 확인서

공문서의 경우에도 사문서의 보고문서와 같이 자유심증의 영역에 있다. 그러나 공문서의 보고문서인 경우 진정성립이 인정되는 공문서인 경우 보고문서라도 특단의 사정이 없는 한 그 증명력을 아무런 이유없이 배척하는 것은 상고이유가 될 수 있다.¹⁴⁾

(3) 소결

사문서의 경우 형식적 증거력이 인정되는 경우라도 보고문서인 경우 자유심증주의에 따라 증거평가와 가치가 달라지며, 보고문서인 경우 공문서인 경우 여전히 자유심증의 영역에 있으나 증거가치의 평가는 재판된 범위에서 판단가능하다.

3. 자유심증주의에 따른 증거평가¹⁵⁾

(1) 자유심증주의의 개념과 평가요소

사실의 진부판단에 있어서 법관이 증거법칙의 제약없이 자유로운 심증으로 행할 수 있는 원칙을 자유심증주의라고 하는데, 증거조사의 결과와 변론전체의 취지에 따라 증거력을 자유롭게 평가한다. 자유심증의 증정도는 고도의 개연성을 전제로 사실을 인정하여야 한다.

(2) 보고문서의 자유심증에 따른 증거평가

1) 진단서의 감정결과에 따른 사실관계 확정¹⁶⁾

변론주의 원칙에 따라 증명과 심증이 형성될 수 있으나, 문서의 진정성립과 별개로 전문가의 감정이 기입된 보고문서의 감정은 전문가의 의견으로서 중요한 증거조사결과이지만, 그러나 여전히 자유심증의 원칙에 따라 다른 사실을 인정하더라도 문제되지 아니한다. 따라서 의사의 견해에 따르지 아니하여도 된다. 다만 사안에서 70%을 인정 부분은 100%미만을 인정한 것의 일부청구에 해당하므로 증거평가가 가능하다.

2) 확인서의 사실관계 확정

공문서의 경우 사문서보다 강력한 추정력이 미치며, 보고문서의 경우라 하더라도 자유심증의 영역에서 벗어나지 아니하지만 법원은 증명력을 배척하는 경우 배척할 수 없으며, 심지어 유력한 증거로서 의미를 갖게 되어 합리적 이유설시 없이 배척할 수 없다.¹⁷⁾

(3) 소결

14) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두3658,3665 판결: 진정성립이 추정되는 공문서는 진실에 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 내용의 증명력을 쉽게 배척할 수 없으므로, 공문서의 기재 중에 의문점이 있는 부분이 일부 있더라도 기재 내용과 배치되는 사실이나 문서가 작성된 근거와 경위에 비추어 기재가 비정상적으로 이루어졌거나 내용의 신빙성을 의심할 만한 특별한 사정을 증명할 만한 다른 증거자료가 없는 상황이라면 기재 내용대로 증명력을 가진다

15) 사례가 인정여부에 대하여 논하라고 하였으므로 이 부분은 논리성을 위하여도 반드시 서술되어야 할 것으로 본다.

16) 최영덕, 민사소송법 실전c형 5회

17) 최영덕, 강의초록, p257

진단서는 전문가의 감정결과에 따른 보고문서로 법원은 이에 대한 자유심증의 증거평가를 할 수 있다. 한편 70%의 진단결과는 100% 이하이므로 이에 대한 사실자료를 인정함에 문제는 없다고 생각된다. 확인서의 경우 보고문서이지만 공문서이므로 이에 대한 평가는 인정할 수 있다는 판례에 따라 역시 인정될 수 있다.

4. 결론

법관은 자유심증의 영역서 보고문서인 진단서에 따른 증거평가를 할 수 있으나 특별한 사정이 없는 한 갑이 주장한 손해사실의 1500만원을 인정할 수 있으며, 한편 500만원에 해당하는 휴가 및 급여손실에 대하여도 인정하는 것이 자유심증주의에 따른 증거평가로서 타당하다.

【문제-3】 (30점)

A토지는 현재 乙 명의로 소유권보존등기가 되어 있으며 乙이 점유하고 있다. 甲은 A토지가 자신의 소유이며 乙명의로 등기는 잘못된 등기라고 주장하고 있다. 甲에게는 자녀 丙,丁,戊가 있다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 甲은 위 등기가 위조된 서류에 의한 원인무효의 등기라는 이유를 들어 乙을 상대로 등기의 말소를 청구하는 소(이하 '전소'라 함)를 제기하였다. 甲은 위 소송에서 승소하였고 그 판결이 확정되자 이를 기초로 A토지에 관한 乙명의로 소유권보존등기를 말소한 다음 甲 앞으로 소유권보존등기를 마쳤다. 그런데 그 후 乙이 전소의 확정판결 전에 A 토지에 대한 취득시효 기간이 완성되었다고 주장하면서 甲에게 이 토지에 대한 소유권이전등기 절차의 이행을 청구하는 소(이하 '후소'라 함)를 제기하였다. 법원은 전소 확정판결의 기판력을 이유로 A토지에 대한 乙의 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 주장을 판단할 필요가 없다고 하여 배척하였다. 이와 같은 후소 법원의 판결이 적법한지 설명하시오. (15점)

(2) 甲이 배우자 없이 사망하자 丙은 자신이 단독상속인이라고 주장하면서 乙을 상대로 소유권확인의 소(이하 '전소'라 함)를 제기하였다. A토지 중 丙의 상속분에 해당하는 1/3 지분에 관하여는 청구인용, 나머지 2/3 지분에 관하여는 청구기각의 판결이 선고되어 2020.2.10. 확정되었다. 2020.4.9. 甲의 상속인들 전원이 “丙을 甲의 상속재산에 관한 단독상속인으로 한다.”는 내용의 상속재산분할협의를 완료하였다. 그 후 丙은 상속재산분할협의 사실을 이유로 하여 다시 乙을 상대로 A토지 중 전소에서 기각되었던 2/3 지분에 관하여 소유권확인의 소(이하 '후소'라 함)를 제기하였다. 법원은, 후소는 판결이 확정된 전소와 당사자 및 소송물이 동일하고, 협의에 의한 상속재산분할은 유효하다고 판단하였다. 그러면서 법원은 “상속재산분할은 상속이 개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다(민법 제1015조)는 점을 들어 후소는 전소 판결의 기판력에 저촉된다.”고 판단하였다. 이와 같은 후소 법원의 판단이 적법한지 설명하시오. (15점)

I. 설문 (1)에 대하여(15점)

1. 문제의 소재

소유권이전등기청구의 소가 소유권이전등기말소를 인용한 전소판결의 기판력에 저촉되는지 묻고 있다. 즉 전소 변론종결 전 취득시효 완성을 이유로 소유권이전등기를 구하는 경우, 전소의 기판력에 저촉되는지 여부에 대한 객관적 범위와 시적 범위가 문제된다.

2. 기판력의 객관적 범위

(1) 기판력의 발생과 범위

기판력이 미치기 위해서는 당사자가 동일하여야 한다. 전소와 후소의 당사자가 동일하다. 다만 말소등기청구소송과 이전등기청구소송의 관계와 이에 따라 후소에서 주장할 수 있는 지 여부가 검토필요하다.

(2) 말소등기청구와 이전등기청구의 관계

1) 모순관계

이전등기청구소송의 기판력과 말소등기청구소송의 기판력은 모순되는 반대관계에 있다. 따라서 이전등기 인용의 확정판결이 있는 후에 말소등기청구의 소를 제기하거나 또는 말소등기 인용의 확정판결 후에 이전등기를 청구하는 것은 소송물은 달라도 기판력이 작용한다(모순되는 반대관계).

2) 소송물의 동일여부

순되는 반대관계는 동일한 소송물에 대한 기판력의 효과를 복멸시키는 것을 방지하기 위한

것이므로, 후소가 전소의 소송물과 전혀 달라 전소판결의 내용과 모순되는 관계가 없을 때에는 적용할 수 없다.

(3) 소결

소유권이전등기청구소송의 소송물은 청구원인별로 인정되므로 말소등기 인용판결이 확정된 경우라도 말소등기청구소송에서 문제된 것과 다른 별개의 청구원인에 기하여 이전등기를 청구하는 경우에는 기판력이 작용할 여지가 없다.

3. 항변사유의 차단여부

(1) 기판력이 시적범위

변론종결전에 주장할 수 있는 항변 등의 공격과 방어 사유는 확정된 경우 새로운 사유로서 주장할 수 없음이 원칙이다. 확정판결의 기판력은 전소의 변론종결 전에 당사자가 주장하였거나 주장할 수 있었던 공격방어방법에 미치고, 다만 변론종결 후에 새로 발생한 사유가 있어 전소 판결과 모순되는 사정변경이 있는 경우에는 기판력의 효력이 차단된다.

(2) 소송물이 다른 경우 차단여부

취득시효에 대한 주장 역시 우선 변론종결전에 항변할 수 있는 사유로서 차단되는 시적 범위에 해당하는 부분이다. 소송물이 다른 경우 판결효력이 차단되는 범위에 해당하지 아니한다.

(3) 사안의 경우-판례의 태도¹⁸⁾

자신 명의의 원인무효등기가 실제권리관계에 부합하여 유효하다는 항변을 함으로써 청구를 배척할 수 있었다 하더라도, 기존의 등기원인 자체가 정당한 것이라는 점이 아닌 전혀 별개의 등기청구권 취득원인을 항변으로 내세워야 할 의무가 있었던 것도 아닐 뿐더러 오로지 기존의 무효등기만을 이용하여 시효취득의 이익을 향유하여야 하는 것도 아니고 더욱이 기존의 무효등기가 말소되었다 하여 취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권이 소멸되는 것도 아닌 이상, 을이 후소로써 취득시효 기간 완성을 원인으로 소유권이전등기 청구를 하는 것이 차단된다고도 할 수 없다.

4. 모순관계의 기판력 저촉시 법원의 판결¹⁹⁾

(1) 문제점

만약 판례가 기판력이 인정되는 경우라고 보아도 배척하는 법원의 태도가 어떠한지 문제된다. 모순되는 반대관계로 인한 기판력 저촉을 소송물 동일한 경우와 같이 볼 것인가, 선결관계의 경우와 같이 보아 판결할 것인지 문제이다.

(2) 법원의 판단

선결관계와 같이 취급할 경우에는 법원은 청구기각의 판결을 할 것이고, 소송물 동일한 경우와 같이 취급할 경우에는 반복금지설에 따르면 부적법 각하할 것이지만 판례와 같이 모순금지설에 따르면 청구기각의 판결을 하게 될 것이다. 판례에 의하는 경우 법원은 실무상 청구기각의 판결을 한다.

(3) 소결

18) 대법원 1995. 12. 8. 선고 94다35039, 35046 판결

19) 이 문제의 출제의도에 비추어 배척의 의미를 본안판단에 배척으로서 혹은 각하판결의 배척으로서 해석에 따라 답안이 달라질 수 있다. 그러나 적어도 가점요소는 될 것을 확신한다.

동일한 소송물로 보아 기판력이 미친다하더라도 모순관계설에 따른 판례의 태도에 비추어 보면 법원은 청구기각판결을 하여야 하므로 단순히 배척하여서는 아니되고 본안판단에 해당하는 정도의 판단이 필요하다.

5. 결론

소송물이 다른 경우 기판력의 객관적 범위와 시적범위의 차단효는 생기지 않는다고 볼 것이어서 기판력에 저촉되지 아니한다. 따라서 법원은 취즉시효여부를 판단하여야 하고 이를 배척한 것은 기판력의 범위를 오해한 부적법한 판단이다. 한편 기판력이 미친다고 보더라도 모순관계설에 따르면 본안판단에 해당하는 청구기각판결하여야 한다.

II. 설문 (2)에 대하여(15점)²⁰⁾

1. 문제의 소재

2020.2.10. 확정된 판결에 대하여 2020.4.9.에 상속협의분할된 경우 확정된 패소판결에서 상속협의분할로 소유권이 인정되는 공유지분에 대하여 소송물과 시적범위에 확인의 소를 제기한 경우 기판력 저촉여부가 시적 범위에 차단효가 인정되는지 문제된다.

2. 소유권확인 소의 기판력 범위

(1) 소유권확인 소의 소송물

확인 소의 경우 법률관계의 존부에 대한 법원의 확인이 문제되므로 권리관계와 법률관계만이 대상적격이고 소송물이다. 따라서 청구취지만이 소송물로 특정되며 별도의 청구원인에 대하여 이설이 있지만 통설은 기재할 필요가 없다고 보며 단순한 공격방법에 해당하게 된다.

(2) 확인 소의 기판력 발생과 작용

확인 소도 기판력이 발생하며 동일한 당사자에서 변론종결전에 주장할 수 있는 사유에 대하여 후소에서는 주장할 수 없음이 원칙이다. 확인 소의 경우 소송물은 소유권확인에 미치며 청구원인에 해당하는 부분은 공방에 해당하므로 기판력이 작용하여 후소에서는 주장할 수 없다.

(3) 소결

전소 확인 소는 소유권에 대한 공유지분이 일부 인정되는 부분에 한하여 확인의 확정판결의 효력이 인정되며 한편 청구원인에 해당하는 주장은 모두 기판력에 의하여 차단되는 것이 원칙이다.

3. 상속협의분할의 상속분에 대한 기판력

(1) 문제점²¹⁾

전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당

20) 최영덕, 강의초록, P344 각주 판례 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011다24340 판결

21) 여기서는 확인 소의 확인의 이익은 논의할 필요가 없다고 본다. 우선 문제가 기판력 저촉여부를 물어보므로 그러하고, 확인의 이익을 인정하지 아니하면 문제자체가 서술될 수 없는 부분도 있다.

한다는 이유로 상속분에 해당하는 부분에 한해 원고의 청구를 인용하는 판결이 선고되어 확정된 경우, 전소의 기판력이 전소 변론종결 후 상속재산분할협약에 의하여 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 대한 소유권확인을 구하는 후소에 미치지 여부가 문제된다.

(2) 판례의 태도²²⁾

소유권확인청구의 소송물은 소유권 자체의 존부이므로, 전소에서 원고가 소유권을 주장하였다가 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 전소 변론종결 후에 소유권을 새로이 취득하였다면 전소의 기판력이 소유권확인을 구하는 후소에 미칠 수 없는데, 상속재산분할협약이 전소 변론종결 후에 이루어졌다면 비록 상속재산분할의 효력이 상속이 개시된 때로 소급한다 하더라도, 상속재산분할협약에 의한 소유권 취득은 전소 변론종결 후에 발생한 사유에 해당한다. 따라서 전소에서 원고가 단독상속인이라고 주장하여 소유권확인을 구하였으나 공동상속인에 해당한다는 이유로 상속분에 해당하는 부분에 대해서만 원고의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각하는 판결이 선고되어 확정되었다면, 전소의 기판력은 전소 변론종결 후에 상속재산분할협약에 의해 원고가 소유권을 취득한 나머지 상속분에 관한 소유권확인을 구하는 후소에는 미치지 않는다.

(3) 사안의 경우

판례에 의하는 경우 후소에서 확인의 소로서 전소에 인정되지 아니한 공유지분에 대한 주장은 차단되지 아니하고 따라서 법원의 판단은 타당하지 아니하다.

4. 결론

소유권확인의 소에서 청구원인에 해당하는 부분은 별개의 소송물이 아닌 공격 방어사유에 해당하여 기판력에 의한 차단효가 발생한다. 그러나 상속협의분할의 경우 소급효가 있어 변론종결전에 주장할 수 사유라 하더라도 차단되지 아니하고 후소에서 다시 주장할 수 있으므로 법원의 판단은 적법하지 아니하다.

22) 앞의 각주 판례

【문제-4】 (20점)

甲은 乙을 상대로 서울중앙지방법원에 소유권이전등기 및 소유권보존등기말소를 청구하는 소를 제기하였다. 제1심 법원에서 甲 승소의 판결이 선고되자 乙이 항소하였다. 항소심은 서울고등법원에서 乙의 항소를 기각하는 판결이 선고되었으며, 그 후 대법원에서 乙의 상고가 기각되었다. (다음 각 설문은 독립적임)

(1) 乙의 상고가 기각된 후, 위 소송의 항소심 판결에서 증거로 채택되었던 증인 丙의 증언이 허위진술이라 하여 丙에게 위증죄의 유죄판결이 선고되어 2018.7.24. 확정되었다. 2018.8.17. 乙은 丙의 증언이 위증이라는 것을 재심사유로 하여 제1심 법원이었던 서울중앙지방법원에 재심소장을 제출하였다. 서울지방법원은 2018.10.29. 위 재심사건이 그 관할에 속하지 않는다는 이유로 서울고등법원에 이를 이송하여 2018.11.26. 위 고등법원에 접수되었다. 서울고등법원은 이 사건 재심소장이 접수된 2018.11.26.은 乙이 丙에 대하여 위증죄의 유죄판결이 확정된 것을 알았을 때로부터 30일이 이미 경과된 후이므로 이 사건 재심의 소는 부적법하다고 판단하였다. 이와 같은 서울중앙지방법원의 조치와 서울고등법원의 판단이 적법한지 설명하시오. (14점)

(2) 乙에 대하여 금전채권을 가지고 있는 丁은 “戊가 乙의 성명을 모용하여 재심대상판결을 받았으므로 재심대상판결에는 민사소송법 제451조 제1항 제3호의 재심사유가 있다.”고 주장하면서, 채권자로서 乙을 대위하여 甲을 상대로 재심의 소를 제기하였다. 甲은 재심의 소는 채권자대위가 허용되지 않기 때문에 이 사건 재심의 소가 부적법하다고 본안전 항변을 하였다. 이와 같은 甲의 본안전 항변이 재심제도의 성격에 비추어 타당한지 설명하시오. (6점)

I. 설문 (1)에 대하여(14점)

1 문제의 소재

재심관할을 인정을 위하여 우선 판결확정법원이 어디인지 결정되어야 하며 이에 따라 소장이 제기된 시기의 기준이 쟁점이 되는데, 유죄확정판결의 있는 후 30일의 경과되었는지 판단할 수 있다.

2. 재심대상판결의 관할법원

(1) 재심의 전속관할

1) 재심관할

재심의 소는 소가나 심급에 관계없이 취소대상판결을 한 법원의 전속관할에 속한다.(제453조 제1항). 다만 위조 변조 허위진술 등 사실인정에 관한 것을 재심사유로 한 경우 확정판결법원과 관계없이 즉 상고심판결과 관계없이 사실심법원의 vskruf에 대해 재심의 소를 제기하여야 한다.²³⁾

2) 항소기각판결된 재심대상결의 확정법원

제1심의 종국판결에 대하여 항소심이 항소기각의 본안판결을 한 경우 항소심판결이 재심대상 확정판결이 된다. 따라서 항소법원만이 관할권을 갖게 된다.(제451조 제3항),

23) 대법원 1983. 4. 26. 선고 83사2 판결: 가. 상고심에는 직권조사 사항이 아닌 이상 사실인정의 직책이 없으므로 재심대상판결인 상고심판결에 증거취사를 잘못된 채증법칙위배의 위법이 있다는 사유는 민사소송법 제422조 소정의 어느 재심사유에도 해당한다고 볼 수 없다. 나. 민사사건의 1,2,3심 판결의 기초가 된 형사 제1심의 유죄판결이 제2,3심에서 무죄로 변경되었다는 사유는 증거판단의 적부에 관한 사항이므로 사실심의 판결에 대한 재심사유는 될지언정 상고심 판결에 대한 재심사유는 되지 않는다.

(2) 재심의 이송

1) 문제점

당사자가 착오로 항소심에 제기하여야 할 소를 제1심법원에 소를 제기한 심급관할 위반의 경우 이에 대한 처리가 문제된다.

2) 통상의 심급위반의 소제기

통상 심급관할의 위반의 문제는 공익적인 문제로 취급하여 관할법원으로 이송하자는 견해가 다수설과 판례²⁴⁾이다.

3) 재심관할의 심급위반의 경우 이송

재심에서 심급위반의 경우 판례는 당사자의 의사를 존중하는 입장이다.²⁵⁾ 항소심에서 본안판결을 한 경우에는 제1심판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못하므로 그 경우이나 항소심에서 본안판결을 한 사건에 관하여 제기된 재심의 소가 제1심판결을 대상으로 한 것인가 또는 항소심판결을 대상으로 한 것인가의 여부는 재심소장에 기재된 재심을 할 판결의 표시만 가지고 판단할 것이 아니라 재심의 이유에 기재된 주장내용(재심사유가 항소심판결에 관한 것인지 여부)을 살펴보고 재심을 제기한 당사자의 의사를 참작하여 판단할 것이다.

(3) 소결

재심관할은 확정판결의 전속관할로 관할위반의 경우 이송하여야 한다. 다만 통상의 심급관할 위반의 경우와 달리 당사자의 의사를 존중하고자 하는 것이 판례의 태도이며 이에 따라 재심제기의 적부가 결정될 수 있다. 서울중앙지방법원의 이송은 일응 적법하다.

3. 재심기간의 도과여부

(1) 유죄확정판결이 적법요건성

제451조 제1항 제4호 내지 제7호의 가벌행위에 대하여 판례는 적법요건설의 입장에서 유죄의 확정판결이 없을 경우 재심의 소를 각하하고, 재심사유에 대해 판단할 것이 아니라고 한다. 이러한 경우 유죄확정판결사실 자체도 적법요건이며 이를 안 경우 30일의 제기기간

24) 대법원 1995. 1. 20. 자 94마1961 전원합의체 결정: 항고인이 비록 원심법원의 항고장각하결정정에 대하여 불복하면서 제출한 서면에 '재항고장'이라고 기재하였다고 하더라도 이는 즉시항고로 보아야 한다는 이유로, 대법원에 기록송부된 사건을 그 관할법원인 항고법원으로 이송한 사례.

25) 대법원 1984. 2. 28. 선고 83다카1981 전원합의체 판결: 가. 항소심에서 본안판결을 한 경우에는 제1심판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못하므로 그 경우 항소심판결이 아닌 제1심판결에 대하여 제1심법원에 제기된 재심의 소는 재심대상이 아닌 판결을 대상으로 한 것으로서 재심의 소송요건을 결여한 부적합한 소송이며 단순히 재심의 관할을 위반한 소송이라고 볼 수는 없으나, 항소심에서 본안판결을 한 사건에 관하여 제기된 재심의 소가 제1심판결을 대상으로 한 것인가 또는 항소심판결을 대상으로 한 것인가의 여부는 재심소장에 기재된 재심을 할 판결의 표시만 가지고 판단할 것이 아니라 재심의 이유에 기재된 주장내용(재심사유가 항소심판결에 관한 것인지 여부)을 살펴보고 재심을 제기한 당사자의 의사를 참작하여 판단할 것이다. 나. 일반적으로 소송행위의 해석은 실체법상의 법률행위와는 달리 철저한 표시주의와 외관주의에 따르도록 되어 있고 표시된 내용과 저촉되거나 모순되는 해석을 할 수 없는 것이지만, 표시된 어구에 지나치게 구애되어 획일적으로 형식적인 해석에만 집착한다면 도리어 당사자의 권리구제를 위한 소송제도의 목적과 소송경제에 반하는 부당한 결과를 초래할 수 있으므로 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전체를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요가 있는 것이다. 다. 재심의 소가 재심제기기간내에 제1심법원에 제기되었으나 재심사유 등에 비추어 항소심판결을 대상으로 한 것이라 인정되어 위 소를 항소심법원에 이송한 경우에 있어서 재심제기기간의 준수여부는 민사소송법 제36조 제1항의 규정에 비추어 제1심법원에 제기된 때를 기준으로 할 것인지 항소법원에 이송된 때를 기준으로 할 것은 아니다.

은(제456조 제1항)은 적법요건에 해당한다. 이에 대한 소제기의 적법여부를 판단할 수 있다.

(2) 이송한 재심의 소제기의 기산점

1) 문제점

사안의 경우 재심의 소가 재심제기기간 내에 제1심법원에 제기되었으나 재심사유 등에 비추어 항소심판결을 대상으로 한 것이라 인정되는 경우 재심기간의 기산점을 항소법원으로 하여야 하는지 문제되고 이에 따라 서울고등법원의 조치가 타당한지 결정할 수 있다.

2) 판례의 태도²⁶⁾

재심의 심급위반의 경우 예외적으로 당사자의 의사를 존중하는 판례에 의하면 항소심법원에 이송한 경우에 있어서 재심제기기간의 준수여부는 제1심법원에 제기된 때를 기준으로 할 것인지 항소법원에 이송된 때를 기준으로 할 것은 아니라는 입장이다.

(3) 사안의 경우

고등법원에서 수이송법원의 이송시기를 기준으로 위증죄의 유죄판결이 확정된 것을 알았을 때로부터 30일이 이미 경과된 후로 판단한 것은 판례에 비추어 타당하지 않다.

4. 결론

서울중앙지방법원이 재심의 관할이 없음을 이유로 이송한 것은 항소심이 본안판결한 사안이므로 적절한 조치이고 한편 유죄확정판결을 안 날로부터 기산은 서울고등법원이 재심기간을 수이송법원의 이송시점을 기준으로 한 것이므로 적법한 판단이 아니다.

II. 설문 (2)에 대하여(6점)

1 문제의 소재

채권자가 채권자대위권에 기하여 재심의 당사자가 될 수 있는지 문제된 사안으로 설문과 같이 재심제도의 성격에 따라 결론이 달라질 수 있는지 검토가 필요하다.

2. 재심의 성질

1) 문제점

재심의 성격 내지 재심의 성질은 곧 재심소송의 관계, 혹은 재심소송의 소송물이나 소송의 목적이 무엇이나에 관해서 드러난다.²⁷⁾

2) 이원론(소송상 형성소송설)

재심소송의 소송목적은 확정판결의 취소요구와 구(舊) 소송(재심대상이 된 판결의 소송)의 소송목적 두 가지로 구성된다는 견해이다. 확정판결의 취소요구를 소송 목적으로 한다는 점에서 소송상 형성을 청구하는 소이다. 이 견해는 소송절차에 중대한 흠이 있는 확정판결을 취소하여 새로운 판결을 한다고 하는 재심의 목적과 그 절차를 그대로 반영한다는 점에서 뛰어나다.²⁸⁾

26) 앞의 각주 판례

27) 이하의 학설은 최영덕 민사소송법 실전B형 5회의 학설 제시를 일부 편집한 것으로 실제시험에서는 5~6줄 정도의 재심의 성질에 대하여 설명해줘도 충분하다고 생각된다. 다만 출제에서 반드시 쓰도록 하여야하므로 기재는 필요하다.

28) 대법원 1994.12.27. 선고 92다22473·22480 판결 등

3) 일원론(본안소송설)

구소송의 본안에 관한 재심요구가 소송목적이라는 견해이다. 따라서 확정판결의 취소요구는 독립하여 소송목적이 되지 아니하고 재심의 적법요건에 지나지 아니하여 재심소송은 상소와 유사하다. 다만 이 견해에 의하더라도 구소송이 잘못된 경우에는 재심대상 판결을 취소하는 판결을 하는데 이것은 재심대상판결의 방치로 인한 혼란을 회피하기 위하여 하는 것이라고 한다.

(3) 소결

2원론에 의하면 재심의 소는 일종의 소송상 형성의 소이므로 형성권의 행사를 당사자가 할 수 있는지, 혹은 형성을 방해하는 결론이 되는지 결정된다. 1원론에 의하면 재심의 소는 상소와 유사하게 된다.

3. 채권자대위권에 기한 채권자의 재심당사자적격여부

(1) 재심의 당사자

재심은 어느 학설에 의여도 형성의 소 성격을 가지게 되므로 당사자적격 역시 특정된다. 즉 재심의 원고와 피고는 확정판결에 표시된 당사자와 제218조에서 이른바 판결의 효력이 확장되는 당사자적격자까지 포함하여 변론종결후 승계인 및 제3소송당당의 경우 권리귀속 주체까지 포함한다.

(2) 재심대상으로 채권자대위권

1) 문제점

채권자는 채무자의 제3채무자에 피보전채권을 행사할 필요가 있는 경우 채권자대위권이 목적이 되고 행사할 수 있다.

2) 재심의 성격과의 관계

이원설에 의하면 형성의 소송과 이행의 소송이 함께하므로 이행의 소가 인정되는 이상 채권자대위소송이 목적이 될 수 있으며, 한편 형성의 소로 보며 독립된 이행의 소를 인정하지 아니하는 일원설에 의하면 채권자대위권에 기한 재심을 제기할 수 없다는 결론에 이른다.

3) 판례의 태도²⁹⁾

채권을 보전하기 위하여 대위행사가 필요한 경우는 실제법상 권리뿐만 아니라 소송법상 권리에 대하여도 대위가 허용되나, 채무자와 제3채무자 사이의 소송이 계속된 이후의 소송수행과 관련한 개개의 소송상 행위는 그 권리의 행사를 소송당사자인 채무자의 의사에 맡기는 것이 타당하므로 채권자대위가 허용될 수 없다. 같은 취지에서 볼 때 상소의 제기와 마찬가지로 종전 재심대상판결에 대하여 불복하여 종전 소송절차의 재개, 속행 및 재심판을 구하는 재심의 소 제기는 채권자대위권의 목적이 될 수 없다는 입장이다.

(3) 검토

판례는 통상 재심의 소에 대하여 이원설을 취하면서 채권자대위권의 대상으로 채권자의 재심의 소의 목적으로 인정하지 아니하는 태도는 일부 타당하지 아니한 면이 있다.

4. 결론

29) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다75239 판결

채권자는 채권자대위권에 기하여 판결의 효력을 받는 당사자자격자로서 재심의 소를 제기할 당사자가 될 수 있으며 채권자대위권의 피대위권리가 이행청구권인 경우 이를 부정할 이유가 없다. 따라서 이원설에 의하는 경우 가능하다고 볼 것이다. 그러나 개개의 소송행위 방점을 주는 일원설에 의하는 경우 취소여부에 대한 재심여부는 채무자의 고유권한에 해당하여 채권자대위소송의 목적이 될 수 없다. 판례는 이원설에 있으면서 채권자대위소송의 복적이 될 수 없다는 이중적인 모습을 갖고 있다.