

**2021 대비**

**변리사  
민사소송법  
최종정리강의**

# 20~21'(新) 중요판례 정리

## 제1편 총론

### 제2편 소송의 주체

#### 제1장 법원

##### ◆ 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정되는지 여부가 문제된 사건 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다230588 판결

◇중국 회사들 사이의 물품거래에 따른 미지급 물품대금을 중국 회사의 100% 지분을 보유하고 있는 한국 회사를 상대로 그 지급을 구할 경우 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정되는지 여부◇

민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단기준으로 작용한다. 다만 이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할권을 판단할 때에는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결 참조). 민사소송법 제2조는 “소는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다.”라고 정하고 있고, 민사소송법 제5조 제1항 전문은 “법인, 그 밖의 사단 또는 재단의 보통재판적은 이들의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳에 따라 정한다.”라고 정하고 있다. 이는 원고에게 피고의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 법원에 소를 제기하도록 하는 것이 관할 배분에서 당사자의 공평에 부합하기 때문이므로, 국제재판관할에서도 피고의 주된 사무소가 있는 곳은 영업관계의 중심적 장소로서 중요한 고려요소가 된다. 한편 국제재판관할에서 특별관할을 고려하는 것은 분쟁이 된 사안과 실질적 관련이 있는 국가의 관할권을 인정하기 위한 것이다. 가령 민사소송법 제11조에서 재산이 있는 곳의 특별재판적을 인정하는 것과 같이 원고가 소를 제기할 당시 피고의 재산이 대한민국에 있는 경우 대한민국 법원에 피고를 상대로 소를 제기하여 승소판결을 얻으면 바로 집행하여 재판의 실효를 거둘 수 있으므로, 당사자의 권리구제나 판결의 실효성 측면에서 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정할 수 있는 것이다. 나아가 예측가능성은 피고와 법정지 사이에 상당한 관련이 있어서 법정지 법원에 소가 제기되는 것에 대하여 합리적으로 예견할 수 있었는지를 기준으로 판단해야 한다. 만일 법인인 피고가 대한민국에 주된 사무소나 영업소를 두고 영업활동을 할 때에는 대한민국 법원에 피고를 상대로 재산에 관한 소가 제기되리라는 점을 쉽게 예측할 수 있다. 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수도 있다. 지리, 언어, 통신의 편의, 법률의 적용과 해석 등의 측면에서 다른 나라 법원이 대한민국 법원보다 더 편리하다는 것만으로 대한민국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정해서는 안 된다(위 대법원 2016다33752 판결 참조).

☞ 중국 회사인 원고들이 중국 회사인 소외 회사에게 물품을 공급한 후 지급받지 못한 물품대금을 소외 회사의 100% 지분을 보유하고 있는 한국 회사인 피고를 상대로 중국법상 1인 주주의 유한책임회사 연대책임 법리에 따라 이를 부담해야 한다고 주장하면서 그 지급을 구하는 사안임

☞ 대법원은, 피고의 보통재판적인 주된 사무소의 소재지가 대한민국에 있고, 피고는 소외 회사의 100% 지분을 보유하고 있는 모회사로서 자료 확보나 사실관계 파악에 무리가 없어서 대한민국 법원에서 소송을 수행하는 것이 중국 법원보다 불리하다고 볼 수 없는 점, 지리상·언어상 불이익을 감수하면서 대한민국 법원에서 재판을 받고자 하는 원고들의 의사도 존중할 필요가 있는 점, 피고로서는 자신의 주된 사무소가 있는 대한민국 법원에 소외 회사의 물품대금 채무와 관련한 소가 제기될 수 있다는 점을 예측할 수 있었던 점, 피고의 재산이 있는 곳에 국제재판관할을 인정하는 것이 당사자의 권리구제나 재판의 실효성 측면에서 재판의 적정, 신속 이념에 부합하는 점 등을 고려할 때 대한민국 법원과 해당 소송의 당사자 또는 그 분쟁이 된 사안 사이에 실질적인 관련성이 있어 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정된다고 보아, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기하고 사건을 1심으로 환송하였음

##### ◆ 특허법원의 전속관할을 위반하였는지 여부[대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다284186 판결]

◇상표권 침해를 원인으로 손해배상을 청구하는 사건에서 지방법원 단독판사의 제1심 판결에 대한 항소사건이 특허법원의 전속관할에 속하는지 여부(적극)◇

2015. 12. 1. 법률 제13521호로 개정된 민사소송법 제24조 제2항, 제3항은 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표

권, 품종보호권(이하 '특허권 등'이라 한다) 등의 지식재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조부터 제23조까지의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원(서울고등법원이 있는 곳의 경우 서울중앙지방법원)의 전속관할로 하되, 그 지방법원이 서울중앙지방법원이 아닌 경우 서울중앙지방법원에도 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 위 개정 규정은 부칙(2015. 12. 1.) 제1조, 제2조에 의하여 그 시행일인 2016. 1. 1. 이후 최초로 소장이 접수된 사건부터 적용된다.

한편 2015. 12. 1. 법률 제13522호로 개정된 법원조직법 제28조, 제28조의4 제2호, 제32조 제2항은 특허권 등의 지식재산권에 관한 민사사건의 항소사건을 고등법원 및 지방법원 합의부의 심판대상에서 제외하고 특허법원이 심판한다고 규정하고 있다. 위 개정 규정은 부칙(2015. 12. 1.) 제1조, 제2조에 의하여 2016. 1. 1.부터 시행하되 그 시행일 전에 소송계속 중인 특허권 등의 지식재산권에 관한 민사사건에 대하여 위 시행일 이후에 제1심판결이 선고된 경우에도 적용된다.

☞ 특허법원 전속관할을 규정한 개정 법원조직법 시행 이후인 2017. 7. 12. 상표권 침해를 원인으로 손해배상을 구하는 이 사건 소가 제기된 사안에서, 그 항소사건은 개정 민사소송법과 법원조직법에 따라 특허법원 전속관할에 속함에도 원심이 제1심 판결에 대한 항소사건을 실체에 들어가 판단하여 전속관할에 관한 법리를 오해하였다고 보아 파기한 후 특허법원에 이송한 사례

☞ 특허권, 상표권 등의 침해금지를 구하지 않고 손해배상만 청구한 사건의 제1심을 지방법원 단독판사가 담당할 경우에도 그 항소심은 지방법원 합의부 관할이 아닌 특허법원의 전속관할에 속하게 되므로(법원조직법 제32조 제2항 참조), 실무상 유의할 필요가 있음

## 제2장 당사자

### 제1절 당사자 확정

#### ◆ 비법인 단체와 그 대표자 이름이 예금통장에 기재된 경우 비법인 단체인 원고가 예금계약의 당사자인지 여부

☞ 비법인사단인 원고의 대표자는 신용협동조합에서 예금계좌를 개설하였는데, 피고가 대표자에 대한 채권에 기해 위 예금채권에 대해 채권압류 및 추심명령을 받자, 원고가 피고를 상대로 예금주가 원고라고 주장하며 제3자이익의 소를 제기한 사건에서, 원고와 그 대표자, 신탁 사이에 원고를 이 사건 예금계약의 당사자로 하는 의사의 합치가 있었다고 볼 수 있는데도, 이와 달리 판단한 원심판결을 파기환송한 사례

#### ◆ 비법인 당사자의 확정 및 원고의 비법인사단성 대법원 2021. 6. 24. 선고 2019다278433 판결

◇소 제기 후 창립총회가 개최된 지역주택조합의 경우 당사자의 확정, 원고 조합의 비법인사단성 인정 여부(적극)◇  
1. 당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실을 합리적으로 해석하여 확정하여야 하고, 확정된 당사자와의 동일성이 인정되는 범위 내에서라면 항소심에서도 당사자의 표시정정을 허용하여야 한다. 원고가 당사자를 정확히 표시하지 못하고 당사자능력이나 당사자적격이 없는 자를 당사자로 잘못 표시하였다면, 당사자 표시정정신청을 받은 법원으로서 당사자를 확정된 연후에 원고가 정정신청한 당사자 표시가 확정된 당사자의 올바른 표시이며 동일성이 인정되는지의 여부를 살피고, 그 확정된 당사자로 표시를 정정하도록 하는 조치를 취하여야 한다(대법원 1996. 10. 11. 선고 96다3852 판결, 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다68279 판결 등 참조).

이 사건의 당사자인 원고는 소 제기 당시 1,313세대의 조합가입계약을 체결한 조합원들의 단체로서 이후 임시총회와 창립총회를 거쳐 설립이 확정된 '○○○○○○○○○○ ○○○○ 지역주택조합' 자체로 확정되었다고 봄이 타당하다.

2. 민사소송법 제48조가 비법인사단의 당사자능력을 인정하는 것은 법인이 아니라도 사단으로서의 실체를 갖추고 그 대표자 또는 관리인을 통하여 사회적 활동이나 거래를 하는 경우에는, 그로 인하여 발생하는 분쟁은 그 단체가 자기 이름으로 당사자가 되어 소송을 통하여 해결하도록 하기 위한 것이다. 그러므로 여기서 말하는 사단이라 함은 일정한 목적을 위하여 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 사단을 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 말하고, 어떤 단체가 비법인사단으로서 당사자능력을 가지는가 하는 것은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결일을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 1997. 12. 9. 선고 97다18547 판결 등 참조).

원래 당사자능력의 문제는 법원의 직권조사사항에 속하는 것이므로 그 당사자능력 판단의 전제가 되는 사실에 관하여는 법원이 당사자의 주장에 구속될 필요 없이 직권으로 조사하여야 하고, 따라서 비법인사단이 원고로 된 경우, 그 성립의 기초가 되는 사실에 관하여 당사자가 다양한 주장을 하는 경우, 구체적인 주장사실에 구속될 필요 없이 직권으로 단체의 실체를 파악하여 당사자능력의 존부를 판단하여야 한다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다53955 판결 등 참조).

☞ 원고가 이 사건 매매약정을 체결한 추진위원회와 동일성을 유지한 채 발전하여 성립된 조합이라고 주장하며 피고를 상대로 위 매매약정에 기한 소유권이전등기절차 이행을 구하는 사안에서, 원고 주장 추진위원회와 소 제기 이후 창립총회를 개최한 지역주택조합의 동일성이 인정되지 아니한다는 이유로 이 사건 당사자를 '원고 주장 추진위원회'로 확정된 뒤 그 당사자능력이 인정되지 아니하므로 이 사건 소가 부적법하다는 원심의 판단은 당사자 확정 문제와 당사자의 동일성 판단을 혼동하였을 뿐만 아니라 판결에 당사자로 기재된 원고 조합과 당사자능력의 판단대상인 당사자(원고 주장 추진위원회)가 서로 달라 모순이 있고, 비법인사단의 당사자능력에 대한 법리를 오해하였다는 이유로 원심판결을 파기한 사례

### 제2절 당사자 능력

#### ◆ 자신이 부동산 등기사항증명서의 소유자와 동일한 단체임을 내세워 원인무효인 등기의 말소를 구하는 사건 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다216411 중요판결

##### 【판시사항】

[1] 고유 의미의 종중이 공동선조의 후손 중 일부를 임의로 종원에서 배제할 수 있는지 여부(소극) 및 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 종원만으로 조직체를 구성하여 활동하는 단체의 법적 성격(=종중 유사의 권리능력 없는 사단)

[2] 어떠한 단체가 종중 유사의 권리능력 없는 사단을 표방하면서 그 단체에 권리가 귀속되어야 한다고 주장하는

경우, 증명이 필요한 사항들

[3] 자연발생적으로 형성된 고유 의미의 종중이 아니라 그 구성원 중 일부만으로 범위를 제한한 종중 유사 권리능력 없는 사단의 성립 및 소유권 귀속이 인정되는지 판단할 때, 특히 고려하여야 할 사항

[4] 갑 단체가 자신의 실체는 특정인의 후손으로 이루어진 고유 의미의 종중이 아니라 특정인의 후손 중 특정 지역에 거주하는 성인 남자만으로 구성된 종중 유사 권리능력 없는 사단으로서 등기부상 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 주장하면서 위 부동산에 관하여 마쳐진 을 산림조합 명의의 근저당권설정등기 등의 말소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 갑 단체가 위 소를 제기하는 데 필요한 여러 절차를 우회하거나 특정 종중원들을 배제하려는 목적에서 종중 유사 권리능력 없는 사단임을 표방하여 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 주장하고 있는 것이 아닌지 의심할 여지가 충분한데도, 갑 단체의 실체가 그 주장과 같이 종중 유사 권리능력 없는 사단이고 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 단정한 원심판단에는 종중의 실제 판단 등에 관한 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

◆ 피고 문중이 종중 유사단체로서 당사자능력을 가졌는지가 쟁점이 된 사건 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다232846

◇1. 어느 문중이 종중 또는 종중 유사단체에 해당하기 위해서는 그 구성원이 배우자, 직계혈족 및 형제자매 등으로 구성되는 가족 또는 당대의 일가 범위를 넘어서야 하거나, 망인으로부터 여러 세대가 흘러 망인과 더는 상속관계에 있지 아니한 후손 또는 후예들로만 구성원이 이루어져야 종중 유사단체에 해당할 수 있는지(소극), 2. 고유종중 또는 종중 유사단체가 당사자능력이 있는지를 판단하는 기준시점(= 사실심 변론종결시)◇

1. 고유 의미의 종중(이하 ‘고유 종중’이라고 한다)이란 공동선조의 분묘 수호와 제사, 종원 상호 간 친목 등을 목적으로 하는 자연발생적인 관습상 종족집단체로서 특별한 조직행위를 필요로 하는 것이 아니고 그 선조의 사망과 동시에 그 자손에 의하여 성립하며 그 대수에도 제한이 없고, 공동선조의 후손은 그 의사와 관계없이 성년이 되면 당연히 그 구성원(종원)이 되는 것이며 그중 일부 종원을 임의로 그 종원에서 배제할 수 없다. 따라서 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 자들만으로 구성된 종중이란 있을 수 없으므로, 만일 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 종원만으로 조직체를 구성하여 활동하고 있다면 이는 본래 의미의 종중으로는 볼 수 없고, 종중 유사단체가 될 수 있을 뿐이다. 이러한 종중 유사단체는 비록 그 목적이나 기능이 고유 종중과 별다른 차이가 없다 하더라도 공동선조의 후손 중 일부에 의하여 인위적인 조직행위를 거쳐 성립된 경우 사적 임의단체라는 점에서 고유 종중과 그 성질을 달리하므로, 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있음이 원칙이다(대법원 1996. 8. 23. 선고 96다20567 판결, 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다216411 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 보면, 원심이 종중 또는 종중 유사단체에 해당하기 위해서는 배우자, 직계혈족 및 형제자매 등으로 구성되는 가족 또는 당대의 일가 범위를 넘어서야 한다거나, 망 甲으로부터 여러 세대가 흘러 피고 문중이 망 甲과 더 이상 상속관계에 있지 아니한 후손 또는 후예들로만 이루어져야 비로소 종중 유사단체에 해당할 수 있다는 취지로 판단한 것은 타당하다고 볼 수 없다. 특히 고유 종중의 경우 어느 선조가 생존하는 동안에는 그 선조의 분묘수호와 봉제사를 위한 종중이 존재할 수 없다고 할지라도(대법원 1990. 7. 10. 선고 89다카33630 판결 참조), 망 甲이 사망한 뒤로 피고 문중이 망 甲을 시조로 하는 종중 유사단체로서의 성격을 지니는 것마저 불가능하다고 볼 수 없다.

나아가 원심이 피고 문중의 회원 중에 망 甲의 동생이 포함되어 있는 반면 망 甲의 일부 손자녀가 누락되어 있음을 언급한 것 역시, 종중 유사단체는 고유 종중과는 달리 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있다는 점을 간과한 것이다.

2. 당사자능력은 소송요건에 관한 것으로서 그 청구의 당부와는 별개의 문제인 것이며, 소송요건은 사실심의 변론종결시에 갖추어져 있으면 되는 것이므로, 고유 종중 또는 종중 유사단체가 비법인사단으로서의 실체를 갖추고 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결시를 기준으로 하여 그 존부를 판단하여야 한다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2004다8159 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007다6468 판결 등 참조).

그런데, 종중 유사단체는 반드시 총회를 열어 성문화된 규약을 만들고 정식의 조직체계를 갖추어야만 비로소 단체로 성립하는 것이 아니라, 실질적으로 공동의 목적을 달성하기 위하여 공동의 재산을 형성하고 일을 주도하는 사람을 중심으로 계속적으로 사회적인 활동을 하여 온 경우에는 이미 그 무렵부터 단체로서의 실체가 존재하는 것이다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018다264628 판결 등 참조). 그러므로 피고 문중이 이 사건에서 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결 당시까지 위와 같은 요건을 구비하여 비법인사단으로서의 실체를 갖추었는지 여부에 따라 판단하면 되고, 시조인 망 甲이 사망한 시점 내지는 본안에서 그 존재 및 효력 유무가 다투어

지는 피고 문중의 2017. 7. 11.자 및 같은 달 26.자 각 총회 시점을 기준으로 판단할 것이 아니다.

물론 이 사건의 경우처럼 총회 결의의 존부나 효력이 다투어지는 사건의 경우에는 해당 총회 결의 당시 단체로서의 실체를 가진 종종 유사단체가 이미 성립, 존재하는 사실이 증명되어야 하는 것이 원칙이고, 만약 그러한 사실이 증명되지 않는다면 해당 총회 결의의 존재 또는 효력을 인정할 수 없는 사유로 삼을 수 있겠지만, 이는 어디까지나 본안청구의 당부를 판단하면서 살펴야 할 문제이고, 소송요건에 속하는 문제인 종종 유사단체의 당사자능력의 유무를 판단할 때 가려야 할 바는 아니다.

☞ 대법원은 이러한 법리를 토대로, 원심이 그 변론종결일 당시가 아니라 이보다 시간적으로 앞선 망인의 사망 전을 기준으로 피고 문중의 당사자능력 유무를 판단한 것은 잘못이라며, 피고 문중의 목적 및 소기의 사업과 관련하여 그 구성원들이 그동안 어떠한 활동을 하여 왔는지 등을 추가로 심리하여 피고 문중이 종종 유사단체로서 비법인 사단의 단체성을 갖추었는지를 다시 판단하라는 취지로 파기환송한 사례임

**◆ 사찰이 피고 지방자치단체에게 야생차체험관의 철거와 그 대지인도를 구하는 사건에서 독립된 사찰의 당사자능력의 인정여부에 대한 대법원 2020. 12. 24. 선고 2015다222920 판결**

원고 사찰 명의로 등기된 이 사건 토지 위에 피고 지방자치단체가 피고보조참가인 사찰의 승낙을 받아 신축한 야생차체험관에 대하여 원고 사찰이 철거청구를 하였고, 피고지방자치단체와 피고보조참가인 사찰이 원고 사찰에게 실체가 없어 당사자능력이 없다고 본안전항변을 한 사건에서, 전래의 사찰인 당해 사찰이 구 불교재산관리법에 따른 등록은 A종단 소속으로 되어 있지만, 실제 자율적 의사결정에 따라 소속하기로 결정한 종단은 B종단 소속이었을 여지가 있고 그렇다면 A종단 소속인 원고 사찰은 실체가 인정되지 않을 여지가 있으므로 원고 사찰이 독자적 사찰로서 실체를 가지는지를 상세하게 심리하여야 한다는 취지로 파기환송한 사안임

▣ 선암사를 두고 대한불교조계종과 한국불교태고종이 장기간 분규를 계속한 사안에서 독립된 사찰로서 실질을 가지고 있는 사찰이 누구인지를 실제 모습을 근거로 판단하여야 한다는 취지의 파기환송

**제3절 당사자적격**

**◆ 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자가 한 배당이의의 소와 부당이득반환청구(대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다216523판결)**

◇1. 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자가 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 있는지 여부(소극), 2. 소송 도중에 배당이의의 소로 청구취지를 변경한 경우 제소기간을 준수하였는지 여부를 판단하는 시점(= 청구취지 변경신청서를 법원에 제출한 때), 3. 부당이득반환청구는 배당이의 여부 또는 배당표의 확정여부와 관계없이 할 수 있는지 여부(적극) / 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자가 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부(소극)◇

1. 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 따라 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있다(민사집행법 제88조 제1항, 제148조 제2호).

배당이의의 소에서 원고적격이 있는 사람은 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실제상 이의를 신청한 채권자나 채무자에 한정된다. 채권자로서 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실제상 이의를 신청하려면 실제법상 집행채무자에 대한 채권자라는 것만으로 부족하고 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 했어야 한다. 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자는 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 실제상 이의를 신청할 권한이 없으므로 배당기일에 출석하여 배당표에 대한 이의를 신청하였다더라도 부적법한 이의신청에 불과하고, 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다27696 판결, 대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다258289 판결 참조).

2. 민사집행법 제154조 제1항은 “집행력 있는 집행권원의 정본을 가지지 아니한 채권자(가압류채권자를 제외한다)에 대하여 이의한 채무자와 다른 채권자에 대하여 이의한 채권자는 배당이의의 소를 제기하여야 한다.”라고 정하고, 제3항은 “이의한 채권자나 채무자가 배당기일부터 1주 이내에 집행법원에 대하여 제1항의 소를 제기한 사실을 증명하는 서류를 제출하지 아니한 때 또는 제2항의 소를 제기한 사실을 증명하는 서류와 그 소에 관한 집행정지재판의 정본을 제출하지 아니한 때에는 이의가 취하된 것으로 본다.”라고 정하고 있다.

민사소송법 제262조 제1항 본문은 “원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고할 때)까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다.”라고 정하고, 제2항은 “청구취지의 변경은 서면으로 신청하여야 한다.”라고 정하고 있다. 민사소송법 제265조는 “시효의 중단 또는 법률상 기간을 지킴에 필요한 재판상 청구는 소를 제기한 때 또는 제260조 제2항·제262조 제2항 또는 제264조 제2항의

규정에 따라 서면을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다.”라고 정하고 있다.

위와 같은 관련 규정을 종합하면, 배당기일에 이의한 채권자나 채무자는 배당기일로부터 1주일 이내에 배당이의의 소를 제기해야 하는데, 소송 도중에 배당이의의 소로 청구취지를 변경한 경우 제소기간을 준수하였는지 여부는 청구취지 변경신청서를 법원에 제출한 때를 기준으로 판단해야 한다.

3. 배당받을 권리 있는 채권자가 자신이 배당받을 몫을 받지 못하고 그로 말미암아 권리 없는 다른 채권자가 그 몫을 배당받은 경우에는 배당이의 여부 또는 배당표의 확정 여부와 관계없이 배당받을 수 있었던 채권자가 배당금을 수령한 다른 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다.

다만 위에서 본 바와 같이 집행력 있는 정본을 가진 채권자 등은 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비로소 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 않은 경우에는 매각대금으로부터 배당을 받을 수는 없다. 이러한 채권자가 적법한 배당요구를 하지 않아 배당에서 제외되는 것으로 배당표가 작성되어 배당이 실시되었다면, 그가 적법한 배당요구를 한 경우에 배당받을 수 있었던 금액에 해당하는 돈이 다른 채권자에게 배당되었다고 해서 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없다(대법원 1998. 10. 13. 선고 98다12379 판결, 대법원 2005. 8. 25. 선고 2005다14595 판결 참조).

☞ 원고는 甲의 채권자로서 피고들을 상대로 다음과 같이 청구함. ▲ 주위적 청구: 원고가 직접 제기한 배당이의의 소로서 이 사건 배당표 중 피고들의 배당액을 모두 삭제하고 이를 원고에게 배당하는 것으로 경정을 구함. ▲ 제1 예비적 청구: 원고가 甲을 대위하여 제기한 배당이의의 소로서 이 사건 배당표 중 피고들의 배당액을 모두 삭제하고 이를 甲에게 배당하는 것으로 경정을 구함. ▲ 제2 예비적 청구: 부당이득반환청구로서 피고들이 이 사건 배당표에 따라 취득한 배당금 수령 채권은 부당이득에 해당하므로 원고에게 위 채권을 양도하고 대한민국에 양도통지를 할 것을 구함

☞ 대법원은 다음과 같이 판단하면서 원고의 상고를 기각함. ▲ 주위적 청구: 원고는 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 하지 않았으므로 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없음. ▲ 제1 예비적 청구: 원고는 배당기일로부터 1주일 이내에 甲을 대위하여 배당이의의 소를 제기하지 않았고, 제1 예비적 청구를 추가하는 소변경 신청서를 제1심 법원에 제출한 때를 기준으로 제소기간을 준수하지 못함. ▲ 제2 예비적 청구: 원고는 배당이의 여부 또는 배당표의 확정 여부와 관계없이 부당이득반환청구를 할 수 있음. 하지만 원고는 집행력 있는 정본을 가진 채권자로서 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 하지 않았으므로 피고들에게 배당되었다고 해서 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없음

#### 제4절 소송대리인

# 제3편 제1심 소송절차

## 제1장 소송의 개시

### 제1절 소의 의의와 종류

◆ 점유회수청구의 소가 인용될 것에 대비하여 피고가 점유를 회복할 것을 전제로 한 장래이행청구의 소 대법원 2021. 3. 25. 선고 2019다208441 판결

#### 【판시사항】

점유권을 기초로 한 본소에 대하여 본권자가 본소청구 인용에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 위 본소와 예비적 반소를 모두 인용하여야 하는지 여부(적극) 및 점유권에 기초한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 있는지 여부(소극) / 점유를 침탈당한 자가 점유권에 기한 점유회수의 소를 제기하고, 본권자가 그 점유회수의 소가 인용될 것에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 별소를 제기한 경우에도 같은 법리가 적용되는지 여부(적극)

#### 【판결요지】

점유권을 기초로 한 본소에 대하여 본권자가 본소청구의 인용에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 예비적 반소를 제기하고 양 청구가 모두 이유 있는 경우, 법원은 점유권에 기초한 본소와 본권에 기초한 예비적 반소를 모두 인용해야 하고 점유권에 기초한 본소를 본권에 관한 이유로 배척할 수 없다. 이러한 법리는 점유를 침탈당한 자가 점유권에 기한 점유회수의 소를 제기하고, 본권자가 그 점유회수의 소가 인용될 것에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 별소를 제기한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

### 제2절 소송요건-소의 이익

◆ 노동조합 설립무효의 확인을 구하는 사건대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결

◇1. 노동조합 설립무효 확인을 구하는 소의 허용 여부(적극) 및 복수 노조 중의 한 노조가 다른 노조를 상대로 이러한 소를 제기할 ‘확인’의 이익’을 가지는지 여부(적극), 2. 노동조합이 주체성과 자주성 등을 흠결한 경우의 법적 효과(원칙적 무효)◇

☞ 복수 노조 중 어느 한 노동조합이 설립될 당시부터 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결한 경우에는 다른 노동조합은 해당 노동조합의 설립무효 확인을 구하는 소의 제기가 가능하다고 판단함으로써, 같은 취지로 판단한 원심판결을 수긍하고 피고의 상고를 기각함

### 제3절 소송물

### 제4절 소의 제기

### 제5절 소송구조

### 제6절 소제기의 효과

◆ 전소에서 부당이득금 중 일부만을 청구한 다음 후소에서 나머지를 청구하는 사건[대법원 2020. 2. 6. 선고 2019다223723 판결

◇1. 소장에서 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우 나머지 부분에 대하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하는지 여부(소극), 2. 이와 같은 경우 채권자가 당해 소송이 종료된 때부터 6월내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있는지 여부(적극)◇

하나의 채권 중 일부에 관하여만 판결을 구한다는 취지를 명백히 하여 소송을 제기한 경우에는 소제기에 의한 소멸시효중단의 효력이 그 일부에 관하여만 발생하고, 나머지 부분에는 발생하지 아니하나(대법원 1975. 2. 25. 선고 74다1557 판결 등 참조), 소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하고 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장한 경우에는 소제기 당시

부터 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 해석되므로, 이러한 경우에는 소제기 당시부터 채권 전부에 관하여 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생한다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43695 판결 등 참조).

소장에서 청구의 대상으로 삼은 채권 중 일부만을 청구하면서 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하였으나 당해 소송이 종료될 때까지 실제로 청구금액을 확장하지 않은 경우에는 소송의 경과에 비추어 볼 때 채권 전부에 관하여 판결을 구한 것으로 볼 수 없으므로, 나머지 부분에 대하여는 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 아니한다. 그러나 이와 같은 경우에도 소를 제기하면서 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시한 채권자로서는 장래에 나머지 부분을 청구할 의사를 가지고 있는 것이 일반적이라고 할 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 당해 소송이 계속 중인 동안에는 나머지 부분에 대하여 권리를 행사하겠다는 의사가 표명되어 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되고 있는 것으로 보아야 하고, 채권자는 당해 소송이 종료된 때부터 6월내에 민법 제174조에서 정한 조치를 취함으로써 나머지 부분에 대한 소멸시효를 중단시킬 수 있다. 한편 대법원은, 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통해 이루어지는 소송고지로 인한 최고에 대하여는 당해 소송이 계속 중인 동안 최고에 의해 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되는 것으로 보아 당해 소송이 종료된 때부터 6월내에 민법 제174조에 정한 조치를 취함으로써 소멸시효를 중단시킬 수 있다는 점을 밝혀 왔다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다14340 판결 등 참조).

☞ 선행소송의 소장에 '일부청구'라는 제목 하에 소송의 진행경과에 따라 장차 청구금액을 확장할 뜻을 표시하면서 우선 2,000,000원 및 이에 대한 지연손해금만을 청구하였으나, 선행소송이 종료될 때까지 청구금액을 확장하지 아니한 이상 나머지 부분에 대하여는 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력이 발생하지 아니하고, 선행소송이 종료된 때로부터 6월이 지난 이후에야 나머지 부분의 지급을 구하는 이 사건 소송을 제기한 이상 나머지 부분에 대하여는 소멸시효가 완성되었다고 본 원심의 판단을 수긍한 사례

◆ 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자가 한 배당이의의 소와 부당이득반환청구 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다216523

- ◇ 1. 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자가 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 있는지 여부(소극), 2. 소송 도중에 배당이의의 소로 청구취지를 변경한 경우 제소기간을 준수하였는지 여부를 판단하는 시점(= 청구취지 변경신청서를 법원에 제출한 때), 3. 부당이득반환청구는 배당이의의 여부 또는 배당표의 확정여부와 관계없이 할 수 있는지 여부(적극) / 적법하게 배당요구를 하지 않은 채권자가 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부(소극)◇
- ☞ 원고는 甲의 채권자로서 피고들을 상대로 다음과 같이 청구함. ▲ 주위적 청구: 원고가 직접 제기한 배당이의의 소로서 이 사건 배당표 중 피고들의 배당액을 모두 삭제하고 이를 원고에게 배당하는 것으로 경정을 구함. ▲ 제1 예비적 청구: 원고가 甲을 대위하여 제기한 배당이의의 소로서 이 사건 배당표 중 피고들의 배당액을 모두 삭제하고 이를 甲에게 배당하는 것으로 경정을 구함. ▲ 제2 예비적 청구: 부당이득반환청구로서 피고들이 이 사건 배당표에 따라 취득한 배당금 수령 채권은 부당이득에 해당하므로 원고에게 위 채권을 양도하고 대한민국에 양도통지를 할 것을 구함
- ☞ 대법원은 다음과 같이 판단하면서 원고의 상고를 기각함. ▲ 주위적 청구: 원고는 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 하지 않았으므로 배당이의의 소를 제기할 원고적격이 없음. ▲ 제1 예비적 청구: 원고는 배당기일부터 1주일 이내에 甲을 대위하여 배당이의의 소를 제기하지 않았고, 제1 예비적 청구를 추가하는 소변경 신청서를 제1심 법원에 제출한 때를 기준으로 제소기간을 준수하지 못함. ▲ 제2 예비적 청구: 원고는 배당이의의 여부 또는 배당표의 확정 여부와 관계없이 부당이득반환청구를 할 수 있음. 하지만 원고는 집행력 있는 정본을 가진 채권자로서 배당요구의 종기까지 적법하게 배당요구를 하지 않았으므로 피고들에게 배당되었다고 해서 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없음

## 제2장 변론(심리)

### ◆ 처분권주의 위반 여부가 문제된 사건-대법원 2020. 1. 30. 선고 2015다49422 판결

◇선행판결 또는 약정에 따른 의무위반을 이유로 한 금지 및 손해배상 청구를 구하는 사건에서 원고의 청구에 영업비밀침해를 원인으로 한 금지 및 손해배상청구가 포함된 것으로 선해하여 이를 인용한 것이 처분권주의에 반하는지 여부(적극)◇

가. 민사소송법은 ‘처분권주의’라는 제목으로 “법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.”라고 정하고 있다. 민사소송에서 심판 대상은 원고의 의사에 따라 특정되고, 법원은 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청 범위 내에서만 판단하여야 한다(대법원 1982. 4. 27. 선고 81다카550 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고 2011다61646 판결 등 참조).

나. 선행판결이나 약정에 따른 의무 위반을 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 영업비밀침해를 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구와는 그 요건과 증명책임을 달리하는 전혀 별개의 소송물이다. 따라서 원고와 피고가 비록 영업비밀성에 관한 공방을 하였다 하더라도 원고의 주위적 청구에 부정경쟁방지법상 영업비밀침해를 원인으로 하는 청구가 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

☞ 기술제휴계약 위반을 이유로 피고에 대하여 기술정보 이용 등 금지 및 손해배상청구 소송을 제기하여 일부 승소 판결을 받은 원고가 다시 이 사건으로 위 판결에 따른 피고의 의무 위반을 이유로 제품의 제조 금지 및 손해배상을 구하였는데, 피고는 ‘선행판결의 효력이 영업비밀에 한정되고 영업비밀성이 소멸되어 더 이상 그 사용이 제한되지 않는다’는 맥락에서 영업비밀성을 다투었고, 원고는 이에 대한 반박으로 영업비밀성이 인정된다고 주장한 사건임

☞ 원심은 원고의 청구에 영업비밀침해를 원인으로 한 금지 및 손해배상청구가 포함된 것으로 선해하여 이를 인용하였으나, 이 판결은 이러한 원심판단이 처분권주의에 반한다고 보아 파기환송함

☞ 이 판결은 부가적으로, 영업비밀침해를 선택적 청구원인으로 주장한 것으로 선해할 수 있다고 하더라도, 원고 특정 기술정보의 비공지성, 비밀관리성, 금지기간 도과 여부 등에 판단에도 심리미진 등의 잘못이 있다고 판단함

### ◆ 이혼사건의 화해권고결정 정본이 원, 피고의 자녀甲에게 동시에 송달되어 확정된 후 피고가 추완이의를 신청한 사건[대법원 2021. 3. 11. 선고 2020므11658판결

◇동일한 수령대행인이 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 송달받은 경우 그 보충송달의 무효 여부(적극)◇

송달은 원칙적으로 송달받을 사람의 주소,거소,영업소 또는 사무소에서 송달받을 사람 본인에게 교부하는 교부송달이 원칙이나(민사소송법 제178조 제1항, 제183조 제1항), 송달기관이 위와 같은 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 사무원, 피용자 또는 동거인으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 하는 보충송달에 의할 수도 있다(같은 법 제186조 제1항).

보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 소송서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 소송서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 동일한 수령대행인이 이해가 대립하는 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 수령하는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우 수령대행인이 원고나 피고 중 한 명과도 이해관계의 상충 없이 중립적인 지위에 있기는 쉽지 않으므로 소송당사자 쌍방 모두에게 소송서류가 제대로 전달될 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵다. 또한 이익충돌의 위험을 회피하여 본인의 이익을 보호하려는 데 취지가 있는 민법 제124조 본문에서의 쌍방대리금지 원칙에도 반한다. 따라서 소송당사자의 허락이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 동일한 수령대행인이 소송당사자 쌍방의 소송서류를 동시에 송달받을 수 없고, 그러한 보충송달은 무효라고 봄이 타당하다(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다54366 판결 참조).

☞ 원고가 피고를 상대로 이혼을 청구한 소송에서, ‘원, 피고가 이혼한다’는 내용의 화해권고결정이 내려졌고, 원, 피고의 자녀 甲이 동시에 원, 피고를 대신하여 화해권고결정 정본을 송달받아 화해권고결정이 확정됨. 이후 피고가 위 화해권고결정 정본의 보충송달은 무효라고 주장하면서 위 화해권고결정에 대해 추완이의를 신청한 사건임

☞ 원심은 위 화해권고결정 정본의 보충송달은 적법하다는 이유로 소송종료선언을 함

☞ 대법원은 甲이 소송당사자 쌍방인 원고와 피고를 대신하여 화해권고결정 정본을 동시에 송달받았는데, 甲이 이해상충 관계에 있는 원고와 피고 모두에게 소송서류를 제대로 전달할 것이라고 합리적으로 기대하기 어려우므로,

甲이 피고의 허락을 받았다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 甲이 원고와 피고를 대신하여 화해권고결정 정본을 동시에 송달받은 것은 부적법한 송달로서 무효라고 한 사례

◆ 지역주택조합을 상대로 기납부 조합원분담금 및 행정용역비 상당 금원의 부당이득반환을 구하는 사건 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다277641 판결

◇법원의 변론재개의무가 인정되는 예외적인 요건◇

당사자가 변론종결 후 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 당사자의 변론재개신청을 받아들일지 여부는 원칙적으로 법원의 재량에 속한다. 그러나 변론재개신청을 한 당사자가 변론종결 전에 그에게 책임을 지우기 어려운 사정으로 주장·증명을 제출할 기회를 제대로 갖지 못하였고, 그 주장·증명의 대상이 판결의 결과를 좌우할 수 있는 관건적 요증사실에 해당하는 경우 등과 같이, 당사자에게 변론을 재개하여 그 주장·증명을 제출할 기회를 주지 않은 채 패소의 판결을 하는 것이 민사소송법이 추구하는 절차적 정의에 반하는 경우에는 법원은 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다. 또한 법원이 사실상 또는 법률상 사항에 관한 설명의무나 지적의무 등을 위반한 채 변론을 종결하였는데 당사자가 그에 관한 주장·증명을 제출하기 위하여 변론재개신청을 한 경우 등과 같이 사건의 적정하고 공정한 해결에 영향을 미칠 수 있는 소송절차상의 위법이 드러난 경우에는, 사건을 적정하고 공정하게 심리·판단할 책무가 있는 법원으로서 그와 같은 소송절차상의 위법을 치유하고 그 책무를 다하기 위하여 변론을 재개하고 심리를 속행할 의무가 있다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010다20532 판결 등 참조).

☞ 원고가 주택법상 무주택자 요건을 갖추지 못한 채 피고와 조합가입계약(1차 계약)을 체결하였다가 부적격자 판정을 받았고 피고의 권유에 따라 원고 소유 주택을 매도하고 매도일 이후 일자로 조합가입계약(2차 계약)을 재체결함. 그러나 원고는 2차 계약 이후 피고로부터 주택조합 설립인가 신청일 기준으로 무주택 요건을 충족하지 못하였다는 이유로 조합원 제외 통지를 받자 1차 계약은 합의 해제되었고 2차 계약은 무효라는 전제에서 피고에게 기납부 조합원분담금 및 행정용역비 상당 금원의 부당이득반환을 구함. 원고는 원심 변론종결일 이후에야 1차 계약이 자동 해제되었다는 주장을 추가하였는데 원고가 원심 변론종결일 당시 이미 피고의 조합원에서 제외되는 등 제반 사정을 종합하면 원심으로서 변론을 재개하여 적절한 설명을 통하여 추가 심리를 할 필요가 있었다는 이유로 원심판결을 파기한 사례

### 제3장 증거법

#### ◆ 원고의 조부가 1940년경 소유권을 취득한 토지라면서 국가를 상대로 소유권보존등기의 말소를 구하는 사건[대법원 2019. 12. 13. 선고 2018다290825 중요판결]

◇구 임야대장의 소유자란 기재의 권리추정력 인정여부◇

구 임야대장규칙(1920. 8. 23. 조선총독부령 제113호) 제2조에 의하여 준용되던 구 토지대장규칙(1914. 4. 25. 조선총독부령 제45호) 제2조는 소유권 이전에 관해서는 등기공무원의 통지가 없으면 임야대장에 등록할 수 없도록 정하고 있다. 당시의 임야대장에 누군가에게 소유권이 이전된 것으로 등재되어 있다면 임야에 관해 이미 그 명의로 이전등기가 마쳐져 있었고 등기공무원의 통지에 의하여 임야대장에 등재된 것으로 보아야 한다(대법원 1977. 4. 12. 선고 76다2042 판결, 대법원 2004. 9. 3. 선고 2003다3157 판결 등 참조).

☞ 원심은 원고의 조부가 소유자로 기재된 구 임야대장이 구 지적법에 따라 소관청이 과세 편의상 임의로 복구한 것이라면서 구 임야대장의 증명력을 인정하지 않고 원고의 조부가 토지 소유권을 취득하였다고 볼 증거가 부족하다는 이유로 청구를 기각하였는데, 대법원은 구 임야대장이 일제 강점기에 사용된 서식이 사용된 것으로 보아 일제 강점기에 최초 작성되어 권리관계가 연속된 지적공부라고 보고 소유자란 기재의 권리추정력을 인정하여 파기.환송한 사례

#### ◆ 고속도로에 인접한 과수원에 대한 매연 또는 제설제 살포를 원인으로 한 도로관리청의 손해배상책임 성립 여부가 문제된 사건-대법원 2019. 11. 28. 선고 2016다233538(본소), 2016다233545(반소) 판결 등

◇고속도로 또는 자동차도로에 인접한 과수원(또는 논, 밭)에 대한 매연 또는 제설제 살포를 원인으로 한 도로관리청의 손해배상책임 성립 여부 및 그 범위에 관한 판단기준◇

☞ 원고(반소피고, 이하 '원고')는 영동고속도로의 관리청이고, 피고(반소원고, 이하 '피고')는 영동고속도로에 인접한 이 사건 과수원의 운영자인데, 이 사건 과수원에 식재된 과수나무 중 고속도로에 접한 1열과 2열에 식재된 과수나무의 생장과 결실이 다른 곳에 식재된 과수나무들에 비해 현격하게 부진하자 피고는 이 사건 과수원의 위와 같은 과수나무 피해는 원고가 관리하는 고속도로에서 발생하는 매연과 원고의 제설제 사용으로 인한 것이라고 주장하며 중앙환경분쟁위원회에 원고를 상대로 손해배상을 구하는 재정신청을 하였고, 그 손해배상책임을 인정하는 재정결정이 내려지자 원고가 이에 불복하여 피고를 상대로 채무부존재확인 소(본소)를 제기하고 피고는 반소로 원고를 상대로 손해배상을 청구한 사안에서, 제1심과 원심은 이 사건 과수원의 과수나무 고사와 수확량 감소는 위 고속도로에서 발생하는 자동차 매연과 원고가 사용한 제설제의 비산에 의한 것(인과관계 인정)이라는 이유로 원고의 손해배상책임을 인정하였고(본소: 원고 패, 반소: 피고 승), 대법원도 위와 같은 원심의 판단에 불법행위의 성립요건으로서 위법성 판단, 공해소송 증명책임 완화 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다는 이유로 원고의 상고를 기각한 사례

#### ◆ 설계도면의 하자 등을 이유로 손해배상을 구하는 사건 대법원 2020. 3. 26. 선고 2018다301336 판결

◇1. '손해배상 액수의 산정'에 관하여 규정한 민사소송법 제202조의2가 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상뿐만 아니라 특별법에 의한 손해배상에도 적용되는 일반적 성격의 규정인지 여부(적극), 2. 손해의 발생사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우 손해액의 산정방법과 판단기준◇

민사소송법 제202조의2는 종래의 판례를 반영하여 '손해배상 액수의 산정'이라는 제목으로 "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."라고 정하고 있다. 이 규정은 특별한 정함이 없는 한 채무불이행이나 불법행위로 인한 손해배상뿐만 아니라 특별법에 의한 손해배상에도 적용되는 일반적 성격의 규정이다. 손해가 발생한 사실이 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 매우 어려운 경우에는 법원은 손해배상청구를 쉽사리 배척해서는 안 되고, 적극적으로 석명권을 행사하여 증명을 촉구하는 등으로 구체적인 손해액에 관하여 심리하여야 한다. 그 후에도 구체적인 손해액을 알 수 없다면 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실을 종합하여 손해액을 인정할 수 있다.

☞ 원고가 피고 회사와 그 대표이사를 상대로 건물에 관하여 체결한 설계 및 감리계약상 의무를 제대로 이행하지 않고 설계도면에 하자가 있다는 등의 이유로 손해배상을 청구한 사건에서, 원고가 지급한 하자보수 비용을 인정할 여지가 있으므로 원심이 손해액에 관하여 적극적으로 석명권을 행사하고 증명을 촉구하여 이를 밝히거나, 제출된 증거와 당사자의 주장, 원고와 피고들의 관계, 손해 발생 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 여러 정황 등

관련된 모든 간접사실을 종합하여 손해액을 인정하였어야 하는데도 손해액에 관한 주장과 증거가 없다는 이유로 손해배상청구를 배척한 원심을 파기환송한 사례

◆ **경마장에서 뿌린 소금으로 인한 환경피해에 대해 손해배상을 구하는 사건**[대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다292026(본소), 2019다292033(반소), 2019다292040(반소) 판결]

◇1. ‘환경오염의 피해에 대한 무과실책임’에 관하여 규정한 환경정책기본법 제44조 제1항이 민법의 불법행위 규정에 대한 특별규정으로서, 환경오염 또는 환경훼손의 원인을 발생시킨 자는 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 귀책사유를 묻지 않고 그로 인한 피해를 배상할 의무가 있는지 여부(적극), 2. 공해소송에서 인과관계에 관한 증명책임의 분배◇

1. 환경정책기본법 제44조 제1항은 ‘환경오염의 피해에 대한 무과실책임’이라는 제목으로 “환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인이자 그 피해를 배상하여야 한다.”라고 정하고 있다. 이는 민법의 불법행위 규정에 대한 특별 규정으로서, 환경오염 또는 환경훼손의 피해자가 그 원인에게 손해배상을 청구할 수 있는 근거규정이다. 따라서 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 때에는 그 원인은 환경정책기본법 제44조 제1항에 따라 귀책사유가 없더라도 피해를 배상하여야 한다.

2. 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상 청구사건에서 가해자의 가해행위, 피해자의 손해발생, 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계에 관한 증명책임은 청구자인 피해자가 부담한다. 다만 대기오염이나 수질오염 등에 의한 공해로 손해배상을 청구하는 소송에서 피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구하는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 수 있다. 반면에 기술적·경제적으로 피해자보다 가해자에 의한 원인조사가 훨씬 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라 가해자는 손해발생의 원인을 은폐할 염려가 있기 때문에, 가해자가 어떤 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 증명하지 못하는 한 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계를 인정할 수 있다. 그러나 이 경우에 적어도 가해자가 어떤 유해한 원인물질을 배출한 사실, 유해의 정도가 사회통념상 참을 한도를 넘는다는 사실, 그것이 피해물건에 도달한 사실, 그 후 피해자에게 손해가 발생한 사실에 관한 증명책임은 피해자가 여전히 부담한다.

☞ 경마공원에 인접한 화훼농가의 운영자인 피고들이 분재와 화훼가 말라죽자 원고가 운영하는 경마공원에서 사용한 소금 때문이라고 주장하며 원고를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 원고가 결빙을 방지하기 위해 경마공원의 경주로에 뿌린 소금이 지하수로 유입되어 피고들이 사용하는 지하수 염소이온농도의 상승에 영향을 미쳤다고 보아 원고의 손해배상책임을 인정한 사례

◆ **증권관련 집단소송으로 이루어진 대법원의 첫 본안판결로서, 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제125조, 제126조에 따른 손해배상책임의 성립 및 원심이 인정한 책임비율의 적정 여부가 문제된 사건**[대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다223747 판결]

◇1. 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 자본시장법’) 제125조, 제126조에 따라 손해배상책임이 성립하기 위한 요건, 2. 구 자본시장법 제125조, 제126조가 적용되는 손해배상청구소송에서 과실상계 또는 공평의 원칙에 기하여 책임의 제한을 할 수 있는지 여부(적극), 3. 공동불법행위자 중에 고의로 불법행위를 행한 자가 포함되어 있는 경우, 과실로 불법행위를 저지른 자에 대해서까지 피해자에게 과실이 없는 것으로 보아야 한다거나 모든 불법행위자가 과실상계의 주장을 할 수 없게 되는지 여부(소극)◇

☞ 대법원은 이러한 법리를 토대로, ① 이 사건 유상증자와 관련하여 피고가 대표주관회사 겸 증권인수인으로 참여하면서, 실제로는 A회사의 최대주주인 B회사에 대하여 자본금 변동사항이 없었음에도 불구하고, 이 사건 증권신고서 등의 ‘인수인의 의견’ 부분에다가 ‘B회사가 A회사를 인수하기 위하여 차입한 270억 원 중 220억 원이 2010. 9. 14. 기준 자본금으로 전환되었다’는 이 사건 기재를 포함시킨 것은, 구 자본시장법 제125조 제1항 본문이 정한 증권신고서 등의 ‘중요사항’에 관하여 ‘거짓의 기재’를 한 것에 해당하고, ② 나아가 이 사건 구성원들의 A회사 발행주식 취득 및 이 사건 구성원들이 입은 손해와 이 사건 기재 사이에는 인과관계가 존재하지 않는다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 피고 제출의 증거만으로는 피고가 증권인수인으로서 합리적으로 기재되는 조사를 하였거나 이 사건 기재가 거짓 기재가 아니라고 믿은 데에 합리적인 근거가 있다고 인정하기 어렵다는 이유로, 구 자본시장법 제125조 제1항 단서에 따른 피고의 면책 주장을 배척하는 한편, ③ 피고의 책임비율을 10%로 제한한 원심의 판단을 수긍한 사례

◆ 민사소송법 제163조의 소송기록 열람·등사 제한 제도의 취지와 그 요건으로서 영업비밀의 개념-대법원 2020. 1. 9.자 2019마6016 결정 재판기록의 열람 등 제한

◇ 당사자 사이에 민사상 손해배상소송이 진행되던 중에 일방 당사자가 “소장과 준비서면 중 일부 및 제출된 서증 중 일부”를 대상으로 민사소송법 제163조 제1항 제2호의 “영업비밀이 적혀 있는 때”에 해당한다고 주장하며 그 열람 등 제한을 신청한 경우, 위 조항의 취지와 그 요건으로서 영업비밀의 개념◇

☞ 신청인이 열람 등 제한을 주장하는 문서는 미확정 소송기록의 서면과 서증 일부인데, 그 중에 신청인이 일방 당사자로서 제3자와 체결한 계약서에 관하여, 위 계약서에 비밀유지조항이 기재되어 있고, 그 내용이 단순히 추상적이고 일반적인 비밀유지의무를 부과하는 데에 그치지 않고 나아가 상대방에 대하여 해당 계약서의 관리방법 또는 그 계약서에 접근할 수 있는 임직원과 피용자 등에게 비밀유지의무를 부과하도록 하는 등 그 계약 내용을 비밀로 관리해야 하는 구체적인 감독의무를 부과하는 정도까지 규정한 것으로 볼 수 있다면, 적어도 이러한 정도의 비밀유지의무가 부과된 문서에 관하여는 영업비밀이 적혀 있다는 소명이 있다고 볼 여지가 있다고 하여, 신청인의 신청을 전부 기각한 원심결정 중 위 계약서에 관한 부분을 일부 파기환송한 사례

◆ 피고병원의 중환자실에 입원 중이던 환자가 침상에서 떨어지는 낙상사고를 입은 것에 관해 피고병원 측 의료상 과실이 인정되는지 여부가 쟁점인 사건 대법원 2020. 11. 26. 선고 중요판결

◇ 1. 의사가 의료행위를 함에 있어 취하여야 할 주의의무의 정도 및 그 기준이 되는 의료수준의 의미와 그 평가 방법 / 환자에게 발생한 나쁜 결과에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명하는 방법으로 위 결과가 의료상의 과실에 기한 것으로 추정할 수 있는지 여부(적극) 및 위와 같은 경우에도 의사에게 무과실의 증명책임을 지울 수 있는지 여부(소극), 2. 피고병원 측에서 환자의 낙상방지를 위해 나름의 조치를 취하였을 뿐 아니라 낙상사고가 발생하게 된 원인 및 그 경과가 명확하게 밝혀지지 않았음에도, 낙상사고 당시 환자의 침대 근처에 낙상에 대비한 안전예방매트가 설치되지 아니하였던 사정 등을 들어 피고병원의 주의의무 위반을 인정한 원심판결을 파기한 사례◇

☞ 피고병원 측에서 환자의 낙상방지를 위해 나름의 조치를 취하였을 뿐 아니라 낙상사고가 발생하게 된 원인 및 그 경과가 명확하게 밝혀지지 않았음에도, 낙상사고 당시 환자의 침대 근처에 낙상에 대비한 안전예방매트가 설치되지 아니하였던 사정 등을 들어 피고병원의 주의의무 위반을 인정한 원심판결을 파기한 사례

◆ 담당공무원이 법령검토를 미비한 잘못으로 원고들의 건축신고를 수리한 뒤 원고들이 건물 신축을 마치고서 사용승인을 신청하였으나, 행정관청이 뒤늦게 당초의 건축신고가 반려되었어야 함을 발견하고 이를 사유로 사용승인 신청을 수리하지 않는 상태가 장기간 지속되고 있는 사안에서, 원고들이 해당 건물의 철거 내지 이를 전제로 하는 손해를 현실적·확정적으로 입었는지가 쟁점이 된 사건 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다278446판결

◇ 1. 가해자가 행한 불법행위로 피해자가 채무를 부담하게 된 경우, 그 채무액 상당의 손해배상을 구하기 위한 요건 및 이때 현실적으로 손해가 발생하였는지를 판단하는 방법, 2. 가해자가 행한 불법행위로 피해자에게 행정처분이 부과·확정되어 그 이행에 비용이 발생하는 경우, 행정처분 당시 위 비용 상당의 손해가 현실적으로 발생하였다고 볼 수 있는지 여부(원칙적 적극) / 행정처분이 있은 후 행정처분을 이행하기 어려운 장애사유가 있어 오랫동안 이행이 이루어지지 않았고 행정관청에서도 이러한 사정을 참작하여 이행을 강제하기 위한 조치를 취하지 않고 방치하는 등 특별한 사정이 있는 경우, 행정처분의 이행에 따른 비용 상당의 손해가 현실적·확정적으로 발생하였다고 보기 위해서는 행정처분의 존재뿐만 아니라 행정처분의 이행가능성과 이행필요성이 인정되어야 하는지 여부(적극) / 위 손해의 발생 사실에 관한 증명책임의 소재(=행정처분을 받은 피해자)◇

☞ 대법원은 판시 법리를 토대로, 이 사건 각 건축물은 원심 변론종결 시점까지 사용승인을 받지 못한 관계로 건축법 제22조 제3항에 따라 이 사건 각 건축물을 사용하여서 아니 되는 의무가 부과되고 있을 뿐, 종전에 수리된 건축신고가 취소되거나 건축법 제79조 제1항에 따라 이 사건 각 건축물의 철거를 명하는 시정명령이 오랫동안 내려지지 않고 있는 상태인데, 이는 수리된 건축신고의 취소나 건축법 제79조 제1항에 따른 시정명령이 후행처분으로서 실제로 이루어질 가능성에 의문을 제기하게 하거나 앞으로도 그와 같은 조치가 이루어지지 아니할 상당한 가능성이 있는 것은 아닌지 의문을 갖게 하는 사정에 해당한다면서, 이 사건 각 건축물에 관한 사용승인이 반려된 상태가 지속되고 있다는 점만으로는 가까운 장래에 이 사건 각 건축물의 철거 내지 이를 전제로 하는 손해의 결과가 현실적·확정적으로 발생하였다고 단정하기 어렵다고 보아 심리미진 등을 이유로 원심판결을 파기환송한 사례임

◆ 사실심 변론종결 후 정정심결이 확정된 사안에서 정정 전 청구항을 대상으로 진보성 부정 여부를 판단한 사건[대법원 2020. 11. 26. 선고 2017후2055 판결]

◇1. 원심 변론종결 후 정정심결이 확정된 경우 이러한 사정을 상고이유로 주장할 수 있는지(소극) 및 이때 진보성 판단의 대상(정정 전 명세서), 2. 이 사건 제1항 발명의 진보성이 부정되지 않는다는 원심 판단에 잘못이 있는지(소극), 3. 특허심판원의 심결을 취소하는 원심판결이 확정된 이후의 심리절차◇

☞ 피고들의 이 사건 특허발명은 ‘안전보호대의 제조방법 및 그 제조방법에 의하여 제작된 안전보호대’에 관한 것임

☞ 원고는 이 사건 특허발명 중 청구항 1에 대하여 무효심판을 청구하였고, 특허심판원은 진보성이 부정되지 않는다고 보아 원고의 청구를 기각하였으나, 원심은 진보성이 부정된다고 판단하여 심결을 취소하였음. 원심판결에 대하여 피고들이 상고하였고, 상고심 계속 중 피고들이 정정심판을 청구하였으며, 이후 정정이 인용, 확정되었음

☞ 정정심결의 확정을 상고이유로 주장할 수 없고, 정정 전 청구항 1의 진보성을 부정된 원심의 판단에 잘못이 없다는 이유로 상고를 기각한 사안

☞ 사실심 변론종결 이후 정정심결이 확정되더라도 정정 전 명세서 등으로 판단한 원심판결에 재심사유가 있는 것은 아니라는 대법원 2016후2522 전원합의체 판결의 취지에 따라, 정정심결의 확정에도 불구하고 정정 전 명세서 등을 대상으로 진보성 부정 여부를 판단하고, 특허심판원의 심결을 취소하는 원심판결이 확정된 이후의 심리절차에 관하여도 밝힘

◆ 택시 운전기사의 가동연한이 문제된 사건 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018다285106 판결

◇택시 운전기사가 정년을 지나 기간을 정하여 근로계약을 체결한 경우 가동연한을 정하는 기준◇

사실심 법원이 일일수입 산정의 기초가 되는 가동연한을 인정할 때에는 국민의 평균여명, 경제수준, 고용조건 등의 사회적·경제적 여건 외에 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율 및 직종별 근로조건과 정년 제한 등 여러 사정을 조사하여 이로부터 경험칙상 추정되는 가동연한을 도출하거나 피해자의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 가동연한을 인정할 수 있다(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다100920 판결 참조).

대법원 2019. 2. 21. 선고 2018다248909 전원합의체 판결은 육체노동자의 가동연한에 관하여 다음과 같이 판단하였다. 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 가동연한을 경험칙상 만 60세로 보아야 한다는 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙에 합당하다.

육체노동의 가동연한을 만 60세까지로 보았던 종전의 경험칙이 그 기초가 된 경험적 사실의 변화에 따라 더 이상 유지하기 어렵게 되었음은 위에서 본 바와 같다. 원심은 경험칙의 기초가 되는 여러 사정을 조사하여 경험칙에 따라 택시 운전기사의 가동연한을 도출하거나 갑의 가동연한을 새로이 도출된 경험칙상 가동연한과 달리 인정할 만한 특별한 구체적 사정이 있는지를 심리하여 가동연한을 정하였어야 한다. 특히 갑이 정년퇴직한 후 피고와 1년 단위로 근로계약을 체결하는 방식으로 택시운전 업무를 계속하고 있었으므로, 해당 직종 종사자의 연령별 근로자 인구수, 취업률 또는 근로참가율, 근로조건, 정년 제한, 연령별 분포, 증감 비율과 증감 원인 등과 함께 갑의 연령, 경력, 건강 상태와 업무의 특성 등 구체적 사정을 심리하여 갑의 가동연한을 정할 필요가 있다.

☞ 갑은 택시회사인 피고 소속 택시 운전기사인데, 동료 기사인 을과 몸싸움을 하다 사망하자 갑의 상속인들인 원고들이 사용자인 피고를 상대로 사용자책임에 기하여 손해배상을 구한 사안임. 원심은 갑이 사망 당시 피고의 정년 60세를 넘겨 1년 단위로 근로계약을 체결하고 있었고, 사고 이후 다시 피고와 1년간 재계약을 체결하더라도 그 계약기간 만료 시점에 만 63세인 점 등을 고려하여 갑의 가동연한을 만 63세까지로 인정함

☞ 육체노동의 가동연한을 만 60세까지로 보았던 종전의 경험칙이 그 기초가 된 경험적 사실의 변화에 따라 더 이상 유지하기 어렵게 되었으므로, 경험칙의 기초가 되는 여러 사정을 조사하여 경험칙에 따라 택시 운전기사의 가동연한을 도출해야 한다는 등의 이유로 일일수입에 관한 원심판결을 파기.환송함

◆ 국민건강보험법에 따른 보험급여를 받은 피해자의 가해자에 대한 치료비 손해배상채권액의 산정 방식[대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결]

◇1. 국민건강보험공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 뒤 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위하는 경우 대위의 범위(=공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액), 2. 국민건강보험법에 따라 보험급여를

받은 피해자가 가해자에게 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 때 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 경우, 기왕치료비 손해배상액의 산정방식(=공제 후 과실상계 방식)◇

# 제4편 소송의 종료

## 제1장 총설

### 제2장 당사자 행위에 의한 종료

#### ◆ 긴급조치 제9호 관련한 정신적 손해에 대한 국가배상을 청구한 사건 대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다276307 판결

◇1. 수사과정에서 이루어진 가혹행위 등 위법행위로 인하여 긴급조치 제9호 위반의 범죄사실로 유죄판결을 선고받고 복역하였으나 재심에서 무죄판결이 확정된 피해자의 국가배상청구권의 소멸시효, 2. 제1심이 피해자에 대한 배상이 장기간 지연된 사정을 참작하여 예외적으로 제1심 변론종결일을 기준으로 위자료를 산정하였는데 항소심이 항소심 변론종결일을 기준으로 새로이 위자료를 산정하지 않고 제1심판결의 위자료 액수를 그대로 유지한 경우 위자료 배상채무의 지연손해금 발생일(=위자료 산정의 기준일인 제1심 변론종결일), 3. 원고들이 구 민주화보상법에 따른 보상금 등 지급결정에 동의하고 보상금 등을 수령하였더라도 정신적 손해인 위자료에 대해서까지 구 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 재판상 화해가 성립된 것으로 볼 수 없다고 판단한 원심이 타당한지 여부(적극)◇

#### ◆ 선행 추심소송이 항소심에서 취하된 경우 다른 채권자가 제기한 추심금 청구의 소가 재소금지 원칙에 반하는지 여부 대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결

◇1. 선행 추심소송이 항소심에서 취하된 경우에 다른 채권자가 제기한 추심금 청구의 소가 재소금지 원칙에 반하는지 여부(소극), 2. 원금뿐만 아니라 지연손해금에 대해서도 압류·추심명령이 내려진 경우 추심금 소송에서 위 압류된 지연손해금에 대해서도 다시 지연손해금을 부담하는지(적극)◇

1. 민사소송법 제267조 제2항은 “본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.”라고 정하고 있다. 이는 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이다. 여기에서 ‘같은 소’는 반드시 기판력의 범위나 중복제소금지에서 말하는 것과 같은 것은 아니고, 당사자와 소송물이 같더라도 이러한 규정의 취지에 반하지 않고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22037 판결, 대법원 2017. 4. 13. 선고 2015다16620 판결 참조). 원심은 ‘선행 추심소송은 이 사건 소를 제기하기 전에 이미 소송계속이 소멸하였으므로 중복제소에 해당하지 않고, 원고들은 선행 추심소송과 별도로 자신의 ○○○에 대한 채권의 집행을 위하여 이 사건 소를 제기한 것이므로 새로운 권리보호이익이 발생한 것으로 볼 수 있어 재소금지 규정에 반한다고 볼 수도 없다’는 이유로 피고들의 주장을 배척하였다. 위에서 본 사실과 함께, □□□이 선행 추심소송에서 패소 판결을 회피할 목적 등으로 종국판결 후 소를 취하하였다거나 원고들이 소송제도를 남용할 의도로 이 사건 소를 제기하였다고 보기 어렵다는 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심판결은 정당하고, 상고이유 주장과 같이 중복제소나 재소금지 규정에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 금전채무의 지연손해금채무는 금전채무의 이행지체로 인한 손해배상채무로서 이행기의 정함이 없는 채무에 해당하므로, 채무자는 확정된 지연손해금채무에 대하여 채권자로부터 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담하게 된다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009다59237 판결 참조). 원고들은 이 사건 채권압류 및 추심명령을 신청할 당시 이 사건 정산금 채권 원금과 이에 대하여 2004. 2. 13.부터 2016. 7. 26.까지 발생한 지연손해금을 합산하여 압류 및 추심할 채권으로 특정하였고, 위 채권 전부를 피고 △△△ 등에게 청구하는 추심금의 원금으로 삼아 이 사건 소를 제기하였다. 이러한 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 채권압류 및 추심명령 신청 당시 압류 및 추심할 채권으로 표시된 이 사건 정산금 채권의 지연손해금 부분은 확정된 지연손해금채무로 볼 수 있으므로 피고 △△△ 등은 원고들로부터 추심금에 대한 이행청구를 받은 때부터 지체책임을 부담하게 된다.

☞ 추심채권자가 제3채무자인 피고들을 상대로 추심금 소송을 제기하였다가 항소심에서 소취하를 하였는데, 그 후 압류·추심명령을 받은 또다른 추심채권자인 원고들이 다시 피고들을 상대로 추심금 청구를 한 사건에서, 후소는 권리보호이익을 달리 하여 재소금지 원칙에 위반되지 않고, 또한 압류채권에 포함된 지연손해금은 확정된 지연손해금

채무로서 추심금에 대한 이행청구를 받은 때부터 다시 지체책임을 부담한다고 본 사례임

### 제3장 종국판결에 의한 종료

#### ◆ 외국판결이 취소되었음을 이유로 집행판결에 따라 이루어진 소유권이전등기의 말소를 구하는 사건-대법원 2020. 7. 23. 선고 2017다224906 판결

◇외국판결에 대한 집행판결에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기가 이루어졌는데 그 외국판결이 취소되었음을 이유로 소유권이전등기의 말소를 구하는 청구가 집행판결의 기판력에 저촉되는지 여부(소극)◇

확정판결의 기판력은 그 판결의 주문에 포함된 것, 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 생기는 것이고, 판결이유에 설시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부까지 미치는 것은 아니다. 그리고 기판력은 기판력 있는 전소 판결과 후소의 소송물이 동일한 경우 또는 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하지는 않다고 하더라도 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되거나 모순관계에 있을 때에는 후소에서 전소 판결의 판단과 다른 주장을 하는 것을 허용하지 않는 작용을 하는 것이므로, 이와 같이 소송물이 동일하거나 선결 문제 또는 모순관계에 의하여 기판력이 미치는 객관적 범위에 해당하지 않는 경우에는 그 후소에 전소 판결의 기판력이 미치지 않는다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2013다53939 판결 등 참조).

민사집행법 제26조, 제27조에서 규정하는 집행판결은 외국판결의 옳고 그름을 조사하지 않은 채 민사소송법에서 정하는 승인·집행의 요건을 갖추고 있는지 여부만을 심사하여 집행력을 부여하는 것으로서, 그 소송물은 외국판결을 근거로 우리나라에서 집행력의 부여를 구하는 청구권이고, 외국판결의 기초가 되는 실체적 청구권이 아니다.

미합중국 캘리포니아주 법원에서 2009. 7. 30. 선고된 외국판결에 대한 확정된 집행판결의 기판력은 위 외국판결을 국내에서 강제집행할 수 있다는 판단에 관하여만 발생하므로, 위 외국판결 중 재산분할 부분이 취소되었음을 이유로 하여 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소를 구하는 이 사건 청구가 위 집행판결의 기판력에 저촉되지 않는다.

☞ 피고가 외국판결에 대한 집행판결을 받아 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마쳤는데 그 후 외국판결이 외국 법원에서 취소된 경우 위 집행판결이 추완항소, 재심 등에 의하여 취소되지 않았다고 하더라도 집행판결의 소송물은 외국판결을 근거로 우리나라에서 집행력의 부여를 구하는 청구권이고 외국판결의 기초가 되는 실체적 청구권이 아니므로, 외국판결이 취소되었음을 이유로 하여 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소를 구하는 청구가 확정된 집행판결의 기판력에 반하지 않는다고 본 사례

#### ◆ 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결의 기판력이 미치는 '변론을 종결한 뒤의 승계인'의 범위 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결

◇소유권에 기한 말소등기청구 소송에서 패소한 원고측으로부터 변론종결 후 소유권 등을 이전받은 제3자가 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결의 기판력이 미치는 '변론을 종결한 뒤의 승계인'에 해당하는지 여부(소극)◇

확정판결의 기판력은 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단과 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자 사이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없는 기속력을 의미하고(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결), 확정판결의 내용대로 실체적 권리관계를 변경하는 실체법적 효력을 갖는 것은 아니다.

토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 가등기말소청구소송의 소송물은 가등기말소청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 가등기말소청구권의 부존재 그 자체에만 미치고, 소송물이 되지 않은 토지 소유권의 존부에 관하여는 미치지 않는다. 나아가 위 청구기각된 확정판결로 인하여 토지 소유자가 갖는 토지 소유권의 내용이나 토지 소유권에 기초한 물권적 청구권의 실체적인 내용이 변경, 소멸되는 것은 아니다.

위 가등기말소청구소송의 사실심 변론종결 후에 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자는 적법하게 취득한 근저당권의 일반적 효력으로서 물권적 청구권을 갖게 되고, 위 가등기말소청구소송의 소송물인 패소자의 가등기말소청구권을 승계하여 갖는 것이 아니며, 자신이 적법하게 취득한 근저당권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 소송상 청구를 하는 것이므로, 위 제3자는 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결의 기판력이 미치는 '변론을 종결한 뒤의 승계인'에 해당하지 않는다. 따라서 토지 소유권에 기한 가등기말소청구소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 위 소송의 변론종결 후 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자가 근저당권에 기하여 같은 가등기에 대한 말소청구를 하는 경우에는 미치지 않는다.

☞ 토지 소유자가 피고를 상대로 소유권에 기한 방해배제청구로서 가등기말소청구소송을 제기하였으나 패소·확정되었고(이 사건 전소), 원고가 위 소송의 사실심 변론종결 후 위 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 다음 피고를 상대로 근저당권에 기한 방해배제청구로서 동일한 가등기의 말소를 구한 사건에서, 원고는 이 사건 전소 판결의 기판력이 미치는 변론종결 후의 승계인에 해당하지 않으므로 기판력 저촉에 관한 피고의 본안 전 항변을 배척한 원심

◆ **가집행선고판결의 이행명령기부-대법원 2020. 5. 28. 자 2020오508 결정**

【판시사항】

확정되지 않았으나 집행력이 있는 가집행선고부 판결이나 심판에서 정한 의무 등에 대하여 가사소송법 제64조 제1항에서 정한 재산상의 의무, 유아인도 의무 등을 명하는 이행명령을 할 수 있는지 여부(적극)

◆ **배당이의의 소 계속 중 집행권원인 가집행선고가 있는 제1심 판결이 취소된 사건 대법원 2020. 10. 15. 선고 2017다22844**

◇1. 배당이의의 소 계속 중 집행권원인 가집행선고가 있는 제1심 판결이 항소심에서 취소되어 실효된 경우 배당이의의 소가 적법한지 여부(적극) / 배당기일 후 소송 중 가집행선고부 판결이 취소되어 소 각하로 확정된 경우 배당이의사유가 되는지 여부(적극), 2. 소송비용액 확정결정에 따른 소송비용 확정채권에 대한 배당이의가 가능한지 여부(소극)◇

☞ 피고는 가집행선고가 있는 제1심 판결을 집행권원으로 하여 채무자 소유인 부동산에 관하여 강제경매를 신청하였고, 위 경매절차에서 소송비용액 확정결정에 따른 소송비용 확정채권에 관하여 추가로 권리신고와 배당요구를 함. 위 경매절차에서 제1심 판결 원리금과 소송비용 채권액을 피고에게 배당하는 것으로 배당표가 작성되자, 채무자의 추심채권자인 원고는 배당이의의 소를 제기함. 이 사건 배당이의의 소 계속 중 채권자인 피고가 받은 제1심 판결이 항소심에서 취소되어 실효되었고, 상고기각으로 항소심 판결이 확정됨

☞ 대법원은 다음과 같이 판단하면서 일부를 파기환송함. ▲ 가집행선고가 있는 제1심 판결 원리금 채권 부분: 가집행선고가 있는 제1심 판결은 이 사건 배당이의의 소 사실심 변론종결 당시 집행력을 상실하고 더 이상 존재하지 않으므로, 피고는 배당받을 지위를 상실함. 원고는 이 사건 배당이의의 소에서 가집행선고가 있는 제1심 판결의 취소를 배당이의 사유로 주장할 수 있고, 법원은 제1심 판결 원리금 채권 부분에 관한 배당이의 사유의 존부를 판단해야 함(파기환송). ▲ 소송비용액 확정채권 부분: 원고는 소송비용액 확정채권에 대해서 청구이의의 소를 통해 집행력을 배제시켜야 하고, 배당이의의 소를 제기할 수 없음(상고기각)

◆ **선행 추심금소송에서 확정된 화해권고결정의 효력이 다른 채권자가 제기한 추심금소송에 미치는 문제된 사건-대법원 2020. 10. 29. 선고 2016다35390판결**

◇1. 추심금소송에서 추심채권자가 제3채무자로부터 채권의 일부만 지급받고 나머지 금액에 대한 청구를 포기하는 내용의 재판상화해를 한 경우 '나머지 청구 포기'의 의미, 2. 동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 판결의 기판력이 그 소송의 변론종결일 이전에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치는지 여부(소극), 3. 동일한 채권에 대해 복수의 채권자들이 압류·추심명령을 받은 경우 어느 한 채권자가 제기한 추심금소송에서 확정된 화해권고결정의 기판력이 화해권고결정 확정일 전에 압류·추심명령을 받았던 다른 추심채권자에게 미치는지 여부(소극)◇

☞ 채권자 甲이 채무자의 제3채무자인 피고들에 대한 정산금채권에 대해 채권압류·추심명령을 받은 뒤 제기한 추심금소송에서 '제3채무자는 피고들에게 9,000만 원을 지급하고 나머지 청구는 포기한다'는 내용의 화해권고결정이 확정되었는데, 甲보다 먼저 채권압류·추심명령을 받았던 원고가 甲이 추심한 위 9,000만 원에 대해 안분배당을 받은 뒤 피고들을 상대로 甲이 위 추심금소송에서 포기한 나머지 부분을 구하는 이 사건 소를 제기함

☞ 원심은 채권자대위소송 판결의 기판력에 관한 법리에 따라 추심금소송에도 마찬가지로 적용되고, 채무자가 선행 추심금소송의 계속 사실을 알았으므로 선행 추심금소송의 화해권고결정의 기판력이 원고에게 미친다는 이유로 원고 패소 판결함

☞ 대법원은 위와 같은 법리를 기초로, 선행 추심금소송에서 9,000만 원을 지급하고 나머지 청구를 포기하는 내용의 화해권고결정이 확정되었더라도, 나머지 청구 포기 부분은 甲이 피고들에 대하여 추심권을 더 이상 행사하지 않겠다는 뜻이고 甲이 채무자의 피고들에 대한 채권 자체를 포기한 것으로 볼 수 없으므로, 甲의 추심권 포기는 별도의 채권압류 및 추심명령을 기초로 이 사건 추심의 소를 제기한 원고에게는 그 효력이 미치지 않고, 설령 원심과 같이 甲이 선행 추심금소송에서 피압류채권 자체를 포기한 것으로 보더라도 화해권고결정 확정일 전에 위 채권에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 원고에게 화해권고결정의 기판력이 미치지 않으므로, 피고들이 공탁하여 변제한 9,000만 원 외 나머지 채권이 존재한다면, 원고는 피고들을 상대로 그 지급을 구할 수 있다고 판단함. 또한 원

심이 원용한 대법원 93다52808 판결은 채권자대위소송에서 채권자 패소 판결이 확정되었던 사안에 관한 것으로서, 추심금소송에서 청구 일부를 포기하는 내용의 화해권고결정이 확정된 경우 그 포기의 의미가 문제된 이 사건과는 사안이 다르고, 나아가 채권자대위소송과 추심금소송은 소송물이 채무자의 제3채무자에 대한 채권의 존부로서 같다고 볼 수 있지만 그 근거 규정과 당사자적격의 요건이 달라 채권자대위소송의 기판력과 추심금소송의 기판력을 반드시 같이 보아야 하는 것은 아니어서 위 판결을 이 사건에 적용하는 것은 적절하지 않다고 보아, 원심판결을 파기 환송함

◆ 구로동 분배농지 사건과 관련하여, 원고들이 피고 대한민국의 불법행위로 수분배권을 상실하였음을 이유로 손해배상을 구하는 사건대법원 2021. 4. 8. 선고 2020다219690 판결

**【판시사항】**

[1] 확정판결의 기판력이 미치는 범위

[2] 갑 등 망인들이 국가를 상대로 농지분배처분을 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 갑 등의 상속인들인 을 등이 국가가 행한 일련의 불법행위 때문에 분배농지에 관한 수분배권을 상실하였다며 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 을 등이 제기한 손해배상청구소송에서 문제 되는 농지분배처분 무효 내지 갑 등의 분배토지에 관한 수분배권 존부에는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다고 한 사례

**【판결요지】**

[1] 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부예까지 미치는 것이 아니다.

[2] 갑 등 망인들이 국가를 상대로 농지분배처분을 원인으로 하는 소유권이전등기청구소송을 제기하였다가 패소판결이 선고되어 확정되었는데, 그 후 갑 등의 상속인들인 을 등이 국가가 행한 일련의 불법행위 때문에 분배농지에 관한 수분배권을 상실하였다며 국가를 상대로 손해배상을 구한 사안에서, 위 확정판결의 기판력이 미치는 법률관계는 갑 등의 국가에 대한 소유권이전등기청구권의 존부에 한정되고, 을 등이 제기한 손해배상청구소송에서 문제 되는 농지분배처분 무효 내지 갑 등의 분배토지에 관한 수분배권 존부는 그 전제가 되는 법률관계에 불과하여 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다고 한 사례.

# 제5편 상소/재심 절차

## 제1장 총설

## 제2장 항소

### ◆ 항소장각하명령 대법원 2021. 4. 22.자 2017마6438 전원합의체 결정

#### 【판시사항】

항소심에서 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우, 항소심재판장은 민사소송법 제402조 제1항, 제2항에 따라 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하도록 명하여야 하는지 여부(적극) 및 항소인이 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니한 때에는 명령으로 항소장을 각하하여야 하는지 여부(적극) / 위와 같은 대법원 판례의 법리가 그대로 유지되어야 하는지 여부(적극)

#### 【결정요지】

[다수의견] 대법원은 항소심에서 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우 항소심재판장은 민사소송법 제402조 제1항, 제2항에 따라 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하도록 명하여야 하고, 항소인이 그 기간 이내에 피항소인의 주소를 보정하지 아니한 때에는 명령으로 항소장을 각하하여야 한다는 법리를 선언하여 왔고, 항소장의 송달불능과 관련한 법원의 실무도 이러한 법리를 기초로 운용되어 왔다. 위와 같은 대법원 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

① 현재 판례의 태도는 민사소송법 제402조 제1항, 제2항의 문언 해석에 부합하고, 그 입법연혁을 고려하면 더욱 그러하다.

민사소송법 제402조 제1항, 제2항의 문언에 의하면, 항소장 부분이 피항소인에게 송달되지 않는 경우 항소심재판장은 항소장 부분이 피항소인에게 송달될 수 있도록 항소인에게 항소장의 흠을 보정하도록 명하여야 한다. 여기서 ‘흠을 보정한다.’는 것은 항소장 부분의 송달불능 원인을 보정하여야 한다는 의미이므로, 그 송달불능 원인이 피항소인의 주소 때문이라면, 항소인은 피항소인이 항소장 부분을 송달받을 수 있는 주소를 보정하여야 한다는 의미로 해석할 수밖에 없다.

입법연혁에 비추어 보더라도, 소장 부분이 송달불능에 이른 경우 재판장이 주소보정명령을 하고 원고가 이를 이행하지 아니한 때 소장각하명령을 하여야 하는 것과 마찬가지로 항소장 부분이 송달불능에 이른 경우에는 재판장이 주소보정명령을 하고 항소인이 이를 이행하지 아니한 때 항소장각하명령을 하여야 한다고 해석함이 타당하다.

② 현재의 판례는 항소인이 항소심재판 진행에 필요한 최소한의 요건을 갖추지 않는 데 대한 제재의 의미라고 이해할 수 있다.

③ 항소심재판장이 항소인에게 항소장 부분이 송달될 수 있는 피항소인의 주소를 보정하라고 명령하는 것은 항소인에게 수인하지 못할 정도의 과중한 부담을 부과한 것도 아니다.

④ 실무상 주소보정명령에서 항소장각하명령을 예고하고 있으므로, 항소장각하명령은 항소인이 충분히 예측할 수 있는 재판이다.

⑤ 현재의 판례는 제1심 재판을 충실화하고 항소심을 사후심에 가깝게 운영하기 위한 향후의 발전 방향에도 부합한다.

[대법관 박상옥, 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견] 소송절차의 연속성을 고려할 때 항소장 부분의 송달불능은 소송계속 중 소송서류가 송달불능된 것에 불과한 점, 항소인이 항소장 부분의 송달불능을 초래한 것이 아닌데도 그 송달불능으로 인한 불이익을 오로지 항소인에게만 돌리는 것은 부당한 점, 소장각하명령과 항소장각하명령은 본질적으로 다른 재판인 점 등을 종합하여 고려할 때, 항소장 부분이 송달불능된 경우 민사소송법 제402조 제1항, 제2항에 근거하여 항소인에게 주소보정명령을 하거나 그 불이행 시 항소장각하명령을 하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다. 또한 관련 법 조항의 문언해석상으로도 그러하다.

## 제3장 상고

## 제4장 재심

◆ 헌법재판소법 제75조 제7항에서 정한 재심사유를 이유로 재심을 청구한 사건 대법원 2020. 10. 29. 선고 2019다249589판결

◇1. 구 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정되기 전의 것) 제18조 제2항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 한 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바180 등 결정에 법원에 대한 기속력이 있는지 여부(적극), 2. 위 헌법재판소결정이 선고된 사정이 헌법소원의 전제가 된 해당 소송사건의 확정판결에 대해서 헌법재판소법 제75조 제7항에서 정한 재심사유가 되는지 여부(적극)◇

헌법재판소법 제75조 제7항은 같은 법 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에 해당 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다고 정하고 있다.

구「민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」(2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 민주화보상법’이라 한다) 제18조 제2항은 “이 법에 의한 보상금등의 지급결정은 신청인이 동의한 때에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.”라고 정하고 있었다.

헌법재판소는 구 민주화보상법 제18조 제2항에 관한 위헌법률심판제청 사건과 헌법소원 사건을 병합·심리하여, 2018. 8. 30. 구 민주화보상법 제18조 제2항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법에 위반된다는 결정(헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바180 등 결정, 이하 ‘이 사건 일부 위헌결정’이라 한다)을 선고하였다.

이 사건 일부 위헌결정은 위와 같이 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 일부인 ‘불법행위로 인한 정신적 손해’ 부분을 위헌으로 선언함으로써 그 효력을 상실시켜 구 민주화보상법 제18조 제2항의 일부가 폐지되는 것과 같은 결과를 가져오는 결정으로서 법원에 대한 기속력이 있다.

이 사건 일부 위헌결정 선고 전에 헌법소원의 전제가 된 해당 소송사건에서 이미 확정된 판결에 대해서 이 사건 일부 위헌결정이 선고된 사정은 헌법재판소법 제75조 제7항에서 정한 재심사유가 된다.

☞ 이른바 ‘민청학련’ 사건의 피해자들이 정신적 손해에 대한 국가배상을 청구하였으나, 구 민주화보상법에 따른 보상금 등의 지급결정에 동의하고 보상금 등을 받은 피해자들에 대해서는 구 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 재판상 화해가 성립되어 권리보호이익이 없고 부적법하다는 이유로 그 위자료 청구를 각하한 재심대상판결이 확정되었는데, 재심대상 사건 계속 중 피해자들이 제기한 헌법소원을 계기로 재심대상판결 확정 후 구 민주화보상법 제18조 제2항에 관하여 이 사건 일부 위헌결정이 선고된 사안에서, 이 사건 일부 위헌결정은 법원에 대한 기속력이 있고, 재심대상판결에 대하여 이 사건 일부 위헌결정이 선고된 사정은 헌법재판소법 제75조 제7항에서 정한 재심사유에 해당한다고 판단한 사례임(상고기각)

## 제6편 병합소송

### 제1장 병합청구소송(청구의 병합)

◆ 피고 제품이 원고의 이 사건 제1항, 제2항, 제4항, 제8항 발명의 각 특허권을 침해하는 제품인지 여부가 문제된 사건-대법원 2020. 1. 30. 선고 2017다227516 판결

◇1. 특허발명의 보호범위 확정 방법 및 청구범위에 적혀 있는 사항을 해석하는 방법, 2. 특허권침해소송의 상대방이 제조 등을 하는 제품 또는 사용하는 방법이 특허발명의 특허권을 침해한다고 보기 위한 요건, 3. 선택적으로 병합된 수개의 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우, 상고심법원이 어느 하나의 청구에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때 파기하여야 하는 범위(=원심판결 전부)◇

☞ 원고는, 피고 제품이 원고의 이 사건 제1항, 제2항, 제4항, 제8항 발명의 특허권을 침해한다고 주장하며 피고 제품의 생산 등 금지 및 피고 제품의 폐기를 구함(침해금지 및 폐기청구)

☞ 원심은, 이 사건 제1항 발명의 구성요소 6, 7에 대한 피고 제품의 대응 구성요소는 결합 과정에서 공차 등에 의해 발생하는 간격이고 구성요소 6, 7과 동일한 작용효과를 가지도록 의도적으로 형성되지 않았다는 등의 이유로 피고 제품이 이 사건 제1항 발명의 보호범위에 속하지 않고 그 종속항 발명인 이 사건 제2항, 제4항, 제8항 발명의 보호범위에도 속하지 않는다고 판단하여 원고의 청구를 모두 기각함. 원심은 부가적으로 이 사건 제1항, 제2항, 제8항 발명의 특허권에 기한 청구는 권리남용으로 허용되지 않는다고 판단함

☞ 대법원은, 피고 제품은 이 사건 제1항 발명의 청구범위에 기재된 각 구성요소와 그 구성요소 간의 유기적 결합 관계를 그대로 포함하고 있으므로 이 사건 제1항 발명의 보호범위에 속하고, 따라서 피고 제품이 이 사건 제1항 발명 및 그 종속항인 이 사건 제2항, 제4항, 제8항 발명의 보호범위에 속하지 않는다는 원심의 판단은 잘못인데, 이 사건 제1항, 제2항, 제8항 발명의 각 특허권에 기초한 청구를 권리남용으로 배척한 원심의 부가적 판단은 정당하므로, 결국 이 사건 제4항 발명의 특허권에 기초한 청구에 관한 상고만 이유 있다고 판단함

☞ 선택적으로 병합된 이 사건 제1항, 제2항, 제4항, 제8항 발명의 각 특허권에 기초한 청구를 모두 기각한 원심판결에 대하여, 이 사건 제4항 발명의 특허권에 기초한 청구에 관한 상고가 이유 있으므로, 원심판결을 전부 파기 환송한 사례

◆ 재산상 손해배상과 정신적 손해배상의 부진정 예비적 병합 청구의 허용 여부[대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다292411 판결]

◇1. 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 형태의 부진정 예비적 병합 청구의 소가 허용되는지 여부(적극), 2. 부진정 예비적 병합 청구에서 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 경우 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되는지 여부(적극)◇

1. 청구의 예비적 병합은 논리적으로 양립할 수 없는 수개의 청구에 관하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 예비적 청구에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이다. 그러나 논리적으로 양립할 수 있는 수개의 청구라고 하더라도, 주위적으로 재산상 손해배상을 청구하면서 그 손해가 인정되지 않을 경우에 예비적으로 같은 액수의 정신적 손해배상을 청구하는 것과 같이 수개의 청구 사이에 논리적 관계가 밀접하고, 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있다고 인정되는 경우에는, 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면 다음 청구를 심리하는 이른바 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용된다(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결 등 참조).

2. 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다. 그런데도 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않은 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다22253 전원합의체 판결 참조). 이러한 법리는 부진정 예비적 병합의 경우에도 달리 볼 이유가 없다.

☞ 원고가 제1심에서 재산상 손해배상 청구만을 하다가 청구가 기각되자, 항소심에서 재산상 손해배상이 인정되지 않을 경우 예비적으로 동액의 정신적 손해배상을 구한다고 청구를 추가하였는데, 항소심에서 주문 항소기각을 하고

예비적 청구에 대하여 이유에서 배척만 하고 주문 청구기각을 하지 않은 채 상고가 된 사건에서, 위와 같은 형태의 부진정 예비적 병합 청구도 인정되고, 이 경우 상소가 제기되면 누락된 예비적 청구도 상소심으로 이심된다고 본 사례

## 제2장 다수당사자소송(당사자의 복수)

◆ 금전채권자가 채무자를 대위해서 부동산에 관한 공유물분할청구권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된 사건-대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다879 전원합의체 판결

### 【판시사항】

- [1] 공유물분할청구권이 채권자대위권의 목적이 될 수 있는지 여부(적극)
- [2] 채권자대위권의 행사요건인 '보전의 필요성'이 있는지 판단하는 기준
- [3] 금전채권자가 자신의 채권을 보전하기 위하여 채무자가 보유한 부동산에 관한 공유물분할청구권을 대위행사할 수 있는지 여부(원칙적 소극) 및 이는 채무자의 공유지분이 다른 공유자들의 공유지분과 함께 근저당권을 공동으로 담보하고 있고, 근저당권의 피담보채권이 채무자의 공유지분 가치를 초과하여 채무자의 공유지분만을 경매하면 남을 가망이 없어 민사집행법 제102조에 따라 경매절차가 취소될 수밖에 없는 반면, 공유물분할의 방법으로 공유부동산 전부를 경매하면 민법 제368조 제1항에 따라 각 공유지분의 경매대가에 비례해서 공동근저당권의 피담보채권을 분담하게 되어 채무자의 공유지분 경매대가에서 근저당권의 피담보채권 분담액을 변제하고 남을 가망이 있는 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

◆ 공유물의 소수지분권자가 공유물을 독점적으로 점유하는 다른 소수지분권자를 상대로 방해배제와 인도를 청구하는 사건-대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결

### 【판시사항】

공유물의 소수지분권자가 다른 공유자와 협의 없이 공유물의 전부 또는 일부를 독점적으로 점유·사용하고 있는 경우, 다른 소수지분권자가 공유물의 보존행위로서 공유물의 인도를 청구할 수 있는지 여부(소극) 및 자신의 지분권에 기초하여 공유물에 대한 방해 상태를 제거하거나 공동 점유를 방해하는 행위의 금지 등을 청구할 수 있는지 여부(적극)

◆ 권리승계형 승계참가에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용되는지 문제된 대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체판결

◇권리승계형 승계참가 후 원고가 원고승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않으면서도 소송탈퇴, 소 취하 등을 하지 않아 소송에 남아있는 경우 승계로 인해 중첩된 원고와 승계참가인의 청구 사이에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조를 적용할 수 있는지 여부(적극)◇

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 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다65850 판결, 대법원 2014. 10. 30. 선고 2011다113455, 113462 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

☞ 원고가 피고를 상대로 정산금 지급을 구하는 소송의 제1심 계속 중에 승계참가인이 위 정산금채권 중 일부에 대해 전부명령을 받아 승계참가를 하였고, 원고는 참가인의 승계를 인정하였지만 자신의 청구 중 승계된 부분을 취하지 않아 제1심 법원이 원고의 청구를 기각하고 승계참가인의 청구를 일부 인용하였으며, 이에 대해서 승계참가인과 피고만 항소하였는데 원심 계속 중 피고들이 전부명령이 압류 경합으로 무효라고 다투자 원고가 부대항소를 제기한 사안에서, 승계된 부분에 관한 원고와 승계참가인의 청구 사이에는 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용되어 제1심판결에 대하여 승계참가인과 피고들만 항소하였더라도 원고 청구 부분을 포함한 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생기므로 원고가 제기한 부대항소는 적법하다는 이유로, 원고의 부대항소를 받아들여

원고의 청구를 일부 인용하고 승계참가인의 청구를 기각한 원심의 판단이 정당하다고 한 사례

☞ 이러한 전원일치 의견에 대하여 대법관 민유숙의 보충의견이 있음

대법원(재판장 대법원장 김명수, 주심 대법관 민유숙)은 2019. 10. 23. 전원일치 의견의 전원합의체 판결을 선고하여,

- 제3자가 소송목적인 권리를 승계하였다고 주장하면서 승계참가를 하였는데, 피참가인인 원고가 승계를 인정하면서도 소송탈퇴 또는 소취하 등을 하지 않고 소송에 그대로 남아있는 경우,

- ① 2002년 민사소송법 개정에 따른 다른 다수당사자 소송제도와와의 정합성, ② 승계참가인과 피참가인인 원고의 중첩된 청구를 모순 없이 합일적으로 확정할 필요성, ③ 승계참가에 관한 민사소송법 규정 등을 종합적으로 고려할 때,

- 「승계로 인하여 중첩된 ‘원고의 청구’와 ‘승계참가인의 청구’ 사이에는 ‘필수적 공동소송’에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다」고 보아,

이와 같은 취지의 원심판결에 대한 상고를 기각하고, 이와 달리 판단하였던 종래의 대법원 판례를 변경하였습니다 (대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결).

## 2020년도 제3차 변호사시험 모의시험

### [제1문의 1]

甲은 2020. 4. 5. 丁, 丙을 상대로, “甲은 2010. 1. 5. 乙에게 1억 원을 변제기 2010. 3. 4., 이자 월 0.5%(월 50만 원, 매월 4일 지급)로 정하여 대여하였고, 丙은 乙의 위 채무를 연대보증하였다. 乙은 2016. 9. 30. 사망하였고, 그 유일한 상속자로는 아들 丁이 있다. 따라서 丁, 丙은 연대하여 위 채무를 변제할 의무가 있다.”고 주장하면서, ‘丁, 丙은 연대하여 甲에게 1억 원 및 이에 대하여 2010. 1. 5.부터 갚는 날까지 월 0.5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.’는 소를 제기하였다.

丁에 대하여는 2020. 4. 20. 소장 부분이 적법하게 교부송달되었으나, 丙에 대하여는 이사불명으로 송달불능이 되었고, 법원은 2020. 5. 15. 공시송달 명령을 하였다. 丙은 변론기일에 출석하지 않고, 甲, 丁만 출석하였는데, 丁은 “甲이 2010. 1. 5. 乙에게 1억 원을 변제기 2010. 3. 4., 이자 월 0.5%, 매월 4일 지급 조건으로 대여한 사실, 乙이 2016. 9. 30. 사망하여 丁이 乙을 단독상속한 사실은 다툼이 없으나, 위 대여금과 이자, 지연손해금은 민사채무로서 그 소멸시효기간은 10년이므로, 각 그 변제기로부터 10년이 도과하여 시효소멸하였다.”고 항변하였다. 甲은 이에 대하여 “위 대여금과 이자, 지연손해금의 소멸시효기간이 10년인 사실은 다툼이 없으나, 甲은 2016. 9. 25. 乙을 채무자로 하고 위 대여금, 이자, 지연손해금을 피보전채권으로 하여 乙 소유의 X부동산에 관하여 부동산가압류신청을 하였고, 2016. 10. 4. 법원이 가압류결정을 하였으며, 2016. 10. 7. X부동산에 관하여 가압류기입등기가 마쳐졌으므로, 위 대여금과 이자, 지연손해금 채무의 시효는 중단되었다.”고 재항변하였다.

법원은 심리 결과, 甲이 주장하는 대여일, 변제기, 이율은 인정되나 다만 대여금의 액수는 1억 원이 아니라 8,000만 원만 인정되고, 한편 위 가압류 관련 甲의 주장사실은 모두 진실하다는 확신을 갖게 되었다.

법원은 어떠한 판결을 하여야 하며(소 각하/청구 기각/청구 인용/청구 일부 인용, 단 일부 인용 시 피고별로 인용범위를 정확하게 기재), 그 근거는 무엇

**1. 쟁점(3점)**

통상공동소송에서 변론독립의 원칙, 자백의 효력, 공시송달에서의 증명책임, 사망자를 상대로 한 가압류 시 시효중단의 효력

**2. 통상공동소송에서 변론독립의 원칙(3점)**

통상공동소송에서는 변론독립의 원칙이 적용되어, 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 유불리를 가리지 않고 원칙적으로 다른 공동소송인에게 영향을 미치지 않는다. 사안에서 정, 병은 주채무자와 보증인으로서 통상공동소송 관계에 있으므로 정, 병의 소송행위는 상호 영향을 미치지 않고 독립적으로 판단되어야 한다.

**3. 정에 대한 청구 부분**

**가. 자백의 효력과 청구원인의 인정(3점)**

갑이 주장하는 1억 원의 대여 사실과 이자 약정, 변제기, 을의 사망과 정, 병의 단독상속 사실에 관하여 정이 전부 자백하였으므로, 일단 정은 갑에게 갑이 청구하는 바에 따라 1억 원 및 이에 대하여 대여일인 2010. 1. 5.부터 갚는 날까지 연 0.5%의 비율로 계산한 이자 및 지연손해금을 변제할 의무가 있다.

**나. 원금, 이자, 지연손해금의 소멸시효(9점)**

정은 위 원금, 이자, 지연손해금 채무에 대하여 시효소멸 항변을 하였는데, 단기소멸시효가 적용된다고 볼 아무런 주장, 증거가 없는 이상, 위 대여금은 민사채무로서 10년의 소멸시효기간이 적용되고, 금전채무에 대한 변제기 이후의 지연손해금은 금전채무의 이행을 지체함으로 인한 손해의 배상으로 지급되는 것이어서 그 소멸시효기간은 원본채권의 그것과 같다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결). 따라서 대여금 원금과 지연손해금은 모두 변제기인 2010. 3. 4.로부터 10년이 지난 2020. 3. 4. 자정에 소멸시효가 완성된다.

한편 을은 갑에게 이자를 매월 4일에 50만원씩 지급하기로 약정하였으므로, 이는 민법 제163조 제1호 소정의 '1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 하는 채권'에 해당하여, 3년의 단기소멸시효가 적용된다. 따라서 2010. 2. 4., 2010. 3. 4.에 각 지급하여야 할 이자는 각 이자지급일로부터 3년이 지난 2013. 2. 4., 2013. 3. 4.에 소멸시효가 완성된다.

정은 이자채무의 소멸시효기간이 10년이라고 주장하였고 갑도 이를 다투지 않았으나, 어떤 시효기간이 적용되는지에 관한 주장은 권리의 소멸이라는 법률효과를 발생시키는 요건을 구성하는 사실에 관한 주장이 아니라 단순히 법률의 해석이나 적용에 관한 의견을 표명한 것이다. 이러한 주장에는 변론주의가 적용되지 않으므로 법원이 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권으로 판단할 수 있으므로(대법원 2017. 3. 22. 선고 2016다258124 판결), 당사자의 주장과 관계없이 3년의 단기소멸시효가 적용된다.

**다. 시효중단 재항변(8점)**

이에 대하여 갑은 다시 가압류로 인한 시효중단의 재항변을 하였다. 그런데 갑은 가압류 신청 후 결정 전에 사망하였으므로 가압류의 효력이 문제된다.

사망한 사람을 피신청인으로 한 가압류신청은 부적법하고 그 신청에 따른 가압류결정이 내려졌다고 하여도 그 결정은 당연 무효로서 그 효력이 상속인에게 미치지 않으며, 이러한 당연 무효의 가압류는 민법 제168조 제1호에 정한 소멸시효의 중단사유에 해당하지 않지만(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287, 26294 판결), 당사자 쌍방을 소환하여 심문절차를 거치거나 변론절차를 거침이 없이 채권자 일방만의 신청에 의하여 바로 내려지는 가압류결정의 특성상, 신청 당시 채무자가 생존하고 있었다면 그 결정 직전에 채무자가 사망함으로써 인하여 사망한 자를 채무자로 하여 내려졌다고 하더라도 이를 당연무효라고 할 수 없다(대법원 1993. 7. 27. 선고 92다48017 판결).

사안에서 갑의 가압류신청은 2016. 9. 25. 있었고, 을의 사망일은 2016. 9. 30.이며, 가압류결정은 2016. 10. 4. 있었던바, 가압류신청 시에는 을이 생존하였으므로 가압류결정이 을 사망 후에 있었다 하더라도 위 가압류결정은 무효라고 할 수 없다. 따라서 위 가압류신청에 기하여 가압류결정이 내려지고 집행이 완료된 이상, 가압류를 신청한 2016. 9. 25.에 시효중단의 효력이 생긴다(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다35451 판결).

따라서 대여원금과 지연손해금의 경우 시효완성일인 2020. 3. 4. 전에 가압류신청이 있었으므로 이로써 시효가 중단되었으나, 단 이자채권은 가압류신청 전에 이미 3년의 단기소멸시효 완성으로 소멸하였다.

**라. 소결(4점)**

따라서 정은 갑에게 이미 시효소멸한 이자를 제외하고 대여금 1억 원 및 이에 대하여 변제기 다음날인 2010. 3.

5.부터 갚는 날까지 월 0.5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

**4. 병에 대한 청구부분(6점)**

병에 대하여는 소장이 공시송달되었으므로, 자백간주가 성립하지 않고 갑이 청구원인 사실을 증명하여야 한다. 대여금 중 8,000만 원만 인정되고, 대여금이 1억 원이라는 정의 자백은 병에게 영향을 미치지 않는다. 또한 정은 시효소멸 항변을 하였으나 이 또한 병에게 영향을 미치지 않는다. 따라서 병은 갑에게 8,000만 원 및 이에 대하여 대여일인 2010. 1. 5.부터 갚는 날까지 월 0.5%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

**5. 청구 일부인용 :**

정은 갑에게 1억 원 및 이에 대하여 2010. 3. 5.부터 갚는 날까지 월 0.5%의 비율로 계산한 돈을 지급하고, 병은 정과 연대하여 위 돈 중 8,000만 원 및 이에 대하여 2010. 1. 5.부터 갚는 날까지 월 0.5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.(4점)

[제1문의 2]

甲은 주택을 신축하려고 2019. 2. 2. 乙로부터 그 소유의 X토지를 12억 원에 매수하였는데, 잔금지급 및 토지인도는 2019. 3. 3.에 하기로 하되, 甲의 세금관계상 이전등기는 위 잔금일 후 甲이 요구하는 날에 마치기로 했으며(통지는 7일 전에 하기로 함), 위 3. 3.에 인도 및 잔금지급을 마쳤다. 세금문제가 해소되어 甲이 2019. 9. 9. 乙에게 이전등기를 요청했으나 乙이 응하지 않았고 그 후에도 몇 차례 독촉했으나 乙의 반응이 없다. (이하의 각 사실관계는 독립적임)

문제 1.  
甲이 확인한 결과, 乙은 이미 2019. 12. 1.에 X토지를 丙에게 매도하고 丙 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다. 甲은 乙을 상대로 ① 丙 앞으로 마쳐진 소유권이전등기의 말소등기 및 ② 2019. 2. 2. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 구하는 소를 제기하려 한다. 甲이 乙을 피고로 삼아서 위 ① 또는 ②의 소를 제기하는 경우, 각 소는 소송절차상 적법한가? (20점)

문제 2.  
[丙 앞으로 이전등기가 마쳐지지 않은 경우임.] 甲은 乙을 상대로 X토지에 관하여 2019. 2. 2. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였는데, 乙은, 위 2019. 2. 2. 매매계약은 자신은 모르는 일이고, 평소에 X토지를 관리하던 자신의 동생인 丁이 아무런 권한 없이 乙의 대리인임을 자처하면서 甲과 매매계약을 체결하였다고 주장했다. 그래서 甲은 乙의 위 주장이 받아들여질 경우에 대비하여, 丁에 대하여 손해배상을 구하는 예비적 청구를 추가하였다.

가. 법원이 심리한 결과 丁에게 乙을 대리할 권한이 없다고 판단된다면, 법원의 판결주문은 어떠해야 하는가? (15점)  
나. 乙을 주위적 피고로, 丁을 예비적 피고로 한 위 소송에서 乙에 대한 청구기각 및 丁에 대한 청구인용의 제1심판결이 선고된 후에, 丁만 항소를 하고 甲은 항소를 하지 않았다. 그런데 항소심은 위 매매계약 당시 丁에게 대리권이 있었다는 확신을 갖게 되었다. 항소심이 제1심 판결을 변경하여 甲의 乙에 대한 청구를 인용할 수 있는지 여부 및 그 논거를 설명하시오. (25점)

문제 1.  
1. 말소등기청구에서 판례의 태도는 특수하며, 실무상 확립되어 있음.  
이행의 소에서는 주장 자체만으로 당사자적격이 판단됨이 원칙이지만, 판례는 말소등기청구에 관해서는 주장 자체만으로 피고적격을 판단하지 않는다. 말소등기청구에서는 등기부상 그 말소등기로서 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자만 당사자적격을 가진다는 것이 판례이다(대판 94.2.25, 93다39225; 19.5.30, 2015다47105). 따라서 갑은 을을 피고로 삼아서 말소등기를 청구할 수 없다. (13점)  
2. 이행의 소에서는 원고의 주장 자체로 당사자적격을 판단함이 원칙이다. 매매계약에 기한 이전등기를 구함에 있어서, 피고가 현재의 등기부상 소유명의자여야 할 필요는 없다. 피고가 현 소유명의자가 아니라서 그 승소판결로써 원고가 곧바로 집행을 할 수 없다는 점은 무관하다. (7점)

문제 2.  
가.  
1. 주관적 예비적 청구는 예비적 당사자에 대한(혹은 그의) 청구가 주위적 당사자에 대한 청구와 법률상 양립불가능한 경우에만 허용된다. 객관적 병합에서 부진정 예비적 병합이 실무상 허용되는 것과는 다르다. 두 청구에 대한 판단은 합일확정되어야 하고 모순되면 안 되며, 모든 피고에 대하여 주문을 내어야 한다. (10점).  
2. 따라서 위 사안에서 정에게 대리권이 없었다면 갑의 을에 대한 청구의 기각 및 정에 대한 청구의 인용이 결론이다.(5점)

나.  
1. 불이익변경금지 원칙 : 원래 상소심에서는 불이익변경금지 원칙이 적용된다. 상소심 법원은, 불복신청의 범위를 넘어서 상소인에게 유리하게 1심판결의 취소·변경을 해서는 안 되고, 또 상대방의 상소·부대상소가 없는 한 상소인에게 불리하게 1심판결의 취소·변경을 해서도 안 된다는 말이다(민소 §415). (6점)

2. 공동소송에서의 예외 : 그러나 합일확정이 요구되는 공동소송에서는 불이익변경금지원칙이 적용되지 않으며, 예 비적·선택적 공동소송이 그 예이다. (6점)

3. 위 사안에서, 비록 갑은 항소하지 않았지만, 갑-을 간의 법률관계와 갑-정 간의 법률관계는 일치되도록 판결이 내려져야 한다. 그러므로 항소심의 사실인정에 따라서 갑의 정에 대한 청구를 기각한다면 갑의 을에 대한 청구는 인용되어야 하므로, -갑의 불복이 없었음에도 불구하고- 갑에게 유리하게 갑 승소로 변경될 수 있다는 것이 다수 견해이다(이시윤 760; 박재완 617 등). 반대로 '결론의 합일확정 필요성'만으로 소송법상 기본원칙 중의 하나인 불 이익변경금지원칙을 곧바로 깰 수 있는 것인지 의문을 제기하는 소수견해도 있다(호문혁 885). [이 문제에서는 소수 견해를 취한다고 해도 점수를 주어야 하며, 다만 논거를 정확히 설명하는지, 그리고 다른 견해가 있음을 지적하는지 에 따라 배점을 해야 함] (13점)

# 2021년도 제1차 변호사시험 모의시험

## [제1문의 1]

乙은 丙에게 4,000만 원을 대여하여 주고 이를 돌려받지 못하고 있다. 이에 乙은 위 채권을 甲에게 양도하였고, 그 후 甲은 丙을 상대로 양수금청구의 소(전소)를 제기하여 2008. 6. 4. 전부승소판결을 받았고 이 판결은 같은 달 20. 확정되었다.

판결 확정 후에도 丙으로부터 전혀 변제를 받지 못한 甲은 2018. 5. 25. 채권 소멸시효중단을 위해 다시 丙을 상대로 위 양수금의 지급을 구하는 소(후소)를 제기하였다. (아래의 각 문제는 독립적임)

문제 1.

후소는 적법한가? (10점)

문제 2.

후소에서 법원은 甲이 乙로부터 채권을 양도받아 2008. 6. 4. 판결을 선고받은 사실은 인정하면서도, 乙이 丙에게 위 채권의 양도사실을 통지하였거나 채권양도에 대한 丙의 승낙을 인정할 아무런 증거가 없다고 판단하였다. 법원은 甲이 위 채권의 적법한 양수인이라 할 수 없다는 이유로 甲의 청구를 기각할 수 있는가? (15점)

문제 3.

후소의 소송계속 중 제2회 변론기일에서 甲이 후소의 소장 송달 하루 전에 이미 가정법원으로부터 성년후견개시심판을 받은 사실이 밝혀졌다. 법원은 어떠한 조치를 취해야 하는가? (10점)

## 문제 1.

### 1. 문제의 소재 (1점)

이행의 소의 이익 특히 소멸시효 중단을 위한 재소의 소의 이익이 문제된다.

### 2. 이행의 소에서의 소의 이익 (3점)

- 원칙: 사실심의 변론종결시까지 이행기에 도달한 청구권의 이행을 구하는 소는 권리보호의 필요를 증명할 필요 없이 그것이 인정된다.
- 예외: 기판력과 관련하여 모순금지설을 따르는 판례의 입장에 따르면 이행의 소를 통해 승소확정판결을 받은 원고가 다시 새로운 이행의 소를 제기하는 경우에는 권리보호의 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법 각하해야 한다고 한다.

대법원 1979. 9. 11 선고 79다1275 판결

원고가 이 사건 소에 앞서 피고 및 소외 갑을 상대로 두 사람은 연대하여 금 2,325,000원을 지급하라는 이 사건과 같은 내용의 보관금반환청구소송을 제기하여 피고 및 소외 갑은 원고에게 금 2,325,000원을 지급하라는 부분은 인용되고 연대하여 지급을 구하는 부분은 청구기각된 일부승소의 판결을 얻어 동 판결이 확정되었다면 동 확정판결은 피고에 대한 부분에 있어 그 효력이 그와 동일한 이 사건에 미친다 할 것이므로 원고의 이 사건 소 중 그 승소부분에 해당하는 2분의 1부분은 권리보호의 요건을 갖추지 못한 부적법한 것이라 하여 이를 각하하여야 하고 패소부분에 해당하는 나머지 2분의 1부분은 그와 모순되는 판단을 할 수 없는 것이라 하여 형식적으로 이를 기각하여야 한다.

### 3. 소멸시효 중단을 위한 재소의 소의 이익 (4점)

판례(대법원 2018. 7. 19 선고 2018다22008 전원합의체 판결)는 “승소 확정판결을 받은 당사자가 그 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소(前訴)와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 그 후소(後訴)는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다. 하지만 예외적으로 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효중단을 위한 소는 소의 이익이 있다”라고 판시하고 있다.

### 4. 결론 (2점)

사안의 경우 소멸시효의 완성이 임박하였다고 볼 수 있으므로 甲의 재소는 소의 이익이 있어 적법한 소로 판단된다.

다.

## 문제 2.

### 1. 문제의 소재 (2점)

시효중단을 위한 재소가 허용되는 경우에도 전소 기판력을 받는 후소의 심리범위가 문제된다.

### 2. 기판력의 시적 범위 (3점)

기판력은 표준시의 권리관계 존재 여부에 대한 판단에 관하여 발생하므로 이에 반하는 판단이나 주장은 금지된다. 따라서 당사자는 표준시의 권리관계의 존재 여부 판단을 다투기 위해 표준시 이전에 존재하였던 사실에 기한 공격·방어방법을 제출할 수 없다.

### 3. 시효중단을 위해 제기된 소송의 심리 범위 (7점)

판례에 따르면, 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 당사자는 확정된 판결과 동일한 소송물에 기하여 신소를 제기할 수 없는 것이 원칙이나, 시효중단 등 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 신소가 허용되는데, 이러한 경우에 신소의 판결이 전소의 승소확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원으로서 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 없다(대법원 2018. 4. 24 선고 2017다293858 판결).

### 4. 결론 (3점)

사안의 경우 전소인 양수금청구소송에서 양수금채권이 확정되었다면 그 후 전소의 피고 를 상대로 소멸시효중단을 위하여 제기된 후소에서는 전소의 채권양도인이 전소 피고에게 채권의 양도사실을 통지하였는지 등 채권양도 대항요건의 구비 여부에 관하여 다시 심리할 수 없다. 법원은 전소 변론종결후 피고의 변제사실이 밝혀지는 등의 사정이 없는 한, 전소와 동일한 이행판결을 하여야 한다.

## 문제 3.

### 1. 문제의 소재 (1점)

피성년후견인에게 소송능력이 인정될 수 있는지 여부와 소장 송달 전에 원고 甲이 성년후견개시심판을 받은 경우 법원의 조치가 문제된다.

### 2. 피성년후견과 소송능력 (3점)

- 피성년후견인은 사무처리능력이 지속적으로 결여되어 행위능력의 제한을 받은 경우로서 소송능력이 없으며, 소송행위를 하기 위해서는 법정대리인에 의해야 한다.
- 피성년후견인의 행위중 가정법원이 취소할 수 없다고 정한 행위에 대해서는 소송능력이 인정(민사소송법 제55조 제1항 제2호)되지만 이 사안은 이에 해당하지 않는 것으로 보인다.

### 3. 소송계속 전 소송능력의 상실과 법원의 조치 (5점)

- 소송능력의 유무는 소송요건의 하나로서 법원은 이를 직권으로 조사하여야 하며, 조사결과 소송능력에 흠이 있으면 그 행위를 배척해야 한다. 소송무능력자의 소송행위는 무효이지만 법정대리인의 추인이 있으면 소급적으로 유효하게 될 수 있다.
- 甲이 소송무능력자로서 소송행위를 했다면 그 소송행위는 무효이지만 추인의 여지가 있으므로 법원은 기간을 정하여 그 보정을 명하지 않으면 안된다(민사소송법 제59조 전단).

### 4. 결론 (1점)

사안의 경우 변론종결시까지 소송능력을 보정하지 아니하면 법원은 소를 부적법 각하하여야 하며, 甲의 법정대리인의 추인이 있는 경우에는 절차를 속행한다.

**[제1문의 2]**

乙은 甲을 상대로 甲 소유의 토지에 관한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 이 소송에서 乙은 甲의 주소를 알고 있음에도 불구하고 甲이 마치 행방불명된 자인 것처럼 허위의 주소를 기재하여 재판장으로부터 공시송달명령을 받아 낸 다음, 제3자로 하여금 자신이 甲 소유의 토지를 매수한 것이라는 취지의 허위 증언을 하게 함과 아울러 위조된 매매계약서 등을 증거로 제출하여 승소판결을 받았다. 그 후 이 판결은 재판장의 명에 따른 공시송달의 방법에 의하여 확정되었고 乙은 자신의 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 그 후 위와 같은 사실을 알게 된 甲은 乙을 상대로 하여 위 토지에 관한 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 말소등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다.

문제 1.

이 경우 법원은 어떤 판결을 하여야 하는가? (15점)

문제 2.

만약 甲이 위 소유권이전등기 말소등기청구소송에서 패소 확정된 후, 다시 乙을 상대로 위 토지에 관한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다면, 법원은 어떤 판결을 하여야 하는가? (10점)

**문제 1.**

**1. 결론 (3점)**

법원은 원고(甲)의 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다.

**2. 이유 (12점)**

가. 乙은 공시송달의 요건이 구비되어 있지 않음에도 불구하고 마치 그 요건이 구비된 것처럼 법원을 기망하여 공시송달명령을 받아 甲이 모르는 사이에 승소판결을 받아 을 명의로 소유권이전등기를 마쳤는데, 이와 같이 공시송달에 의한 판결편취의 경우에는 공시송달에 의한 판결정본의 송달이 유효한 것으로 보는 것이 통설, 판례의 입장. 따라서 乙과 甲 사이의 전소에 관한 제1심법원의 판결은 적법하게 확정된 것으로 보아야 하고, 이 경우 甲은 항소의 추후보완(추완항소)의 방법이나 민사소송법 제451조 제1항 제11호 소정의 재심사유를 주장하여 재심신청의 방법으로 위 확정판결의 효력을 다툴 수 있을 뿐이라고 보는 것이 통설, 판례의 입장. (5점)

나. 甲은 위와 같은 방법으로 위 확정판결의 효력을 다투지 아니한 채, 전소에 확정된 법률관계와 모순되는 반대관계를 후소에서 소송물로 주장하고 있는데, 이는 전소 판결의 기판력에 저촉되는 것이다. 즉 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 확정판결에 의하여 乙 명의의 이전등기가 마쳐진 경우에 전소에서 패소 확정된 甲이 다시 그것이 원인무효임 내세워 乙을 상대로 그 말소등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하는 것은 이미 확정된 乙의 소유권이전등기청구권을 부인(부정)하는 것이어서 기판력에 저촉되는 것이다. 따라서 법원은 (기판력의 본질에 관한 모순금지설의 입장에서) 甲의 청구를 기각하여야 한다. (7점)

이에 부가하여 소송요건의 흠결을 이유로 甲의 소를 각하하여야 한다는 반복금지설의 입장까지 기재한 경우에는 가점을 부여함.

**문제2.**

**1. 결론 (3점)**

법원은 원고(甲)의 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다.

**2. 이유 (7점)**

대법원은 소유권이전등기 말소등기청구소송에서 패소 확정된 자가 후소로써 진정한 등기명의회복(진정명의회복)을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하여 온 경우에 “후소인 진정한 등기명의회복의 이전등기청구와 전소인 말소등기청구가 모두 진정한 소유자의 등기명의회복을 위한 것으로 그 목적이 같고 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 법적 근거 내지 성질이 같아 결국 소송물이 실질상 동일하므로 후소는 전소의 기판력에 저촉되는 것”이라고 판시하고 있다(대법원 2001.9.20. 선고 99다37894 판결). 따라서 사안에서는 법원은 모순금지설에 따라 원고의 청구를 기각하여야 한다. 이에 부가하여 소송요건의 흠결을 이유로 갑의 소를 각하하여야 한다는 반복금지설의 입장까지 기재한 경우에는 가점을 부여함.

**[제1문의 3]**

건축업을 하는 甲은 乙로부터 수급을 받아 X건물을 건축하고 공사대금 10억 원을 지급받지 못하였다며 2020. 5. 10. 乙을 상대로 10억 원의 공사대금 청구의 소를 제기하였다. 한편 丙은 같은 해 6. 20. 甲의 乙에 대한 위 공사대금 채권 중 8억 원에 대하여 채권압류 및 전부명령을 받았고, 위 공사대금 청구 소송 계속 중 제3채무자인 乙에 대하여 8억 원의 전부금의 지급을 구하면서 승계참가신청을 하였다. 甲은 승계참가인의 승계 여부에 대해 다투지 않았으나 전부된 부분의 청구를 감축하지도 않았고 소송탈퇴도 하지 않았다.

문제 1.

甲과 丙 사이의 공동소송형태에 관해 설명하시오. (10점)

<추가된 사실관계>

제1심 법원은 2020. 11. 8. 甲의 청구를 기각하고 丙의 乙에 대한 청구 중 6억 원을 지급하라는 판결을 선고하였다. 乙과 丙은 각 2020. 11. 20. 제1심판결 중 자신의 패소 부분에 대해 항소하였고 甲은 항소하지 않았다. 항소심 계속 중 乙이 丙의 전부명령이 다른 가압류와 경합된 상태에서 발령되어 무효라고 다투자 甲은 2021. 3. 5. 부대항소를 제기하였다. 또한 乙은 甲이 제1심에서 패소한 뒤 불복하지 않아 甲에 대한 판결은 분리 확정되었고 그에 따라 甲이 제기한 부대항소는 부적법하다고 주장하였다. 항소심 법원의 심리결과 丙의 압류 및 전부명령이 乙에게 송달되기 전에 甲에 대한 또 다른 채권자 丁이 甲의 乙에 대한 공사대금 채권에 대하여 5억 원의 가압류를 한 사실, 乙의 甲에 대한 미지급 공사대금이 6억 원이라는 사실이 인정되었다.

문제 2.

항소심 법원은 어떤 판결을 하여야 하는가?(15점)

**문제 1.**

**1. 문제의 소재 (1점)**

승계참가신청의 적법여부, 승계참가 후 피참가인이 승계사실을 다투지 않는 경우 소송형태가 쟁점이다.

**2. 丙의 승계참가신청이 적법여부 (2점)**

승계참가는 다른 사람 사이의 소송계속 중 소송목적인 권리·의무의 승계가 있다고 주장하는 경우에 허용된다(민사소송법 제81조). 사안에서 丙은 甲의 乙에 대한 공사대금 채권 중 8억 원에 대하여 채권 압류 및 전부 명령을 받아, 이를 토대로 이 공사대금 청구 소송 계속 중 제3채무자인 乙에 대하여 8억 원의 전부금 지급을 구하면서 승계참가신청을 하였는바, 병의 주장대로라면 전부명령에 의해 공사대금의 채권 중 8억 원은 전부채권자인 丙에게 이전된다고 보아야 하므로 권리의 승계자인 丙의 승계참가 신청은 적법하다 할 것이다.

**3. 승계참가 후 피참가인이 다투지 않으면서 탈퇴하지 않는 경우의 소송상태 (5점)**

권리승계형 승계참가에서 피참가인인 원고가 소송탈퇴·소취하(일부 취하의 의미를 갖는 청구감축 포함) 등을 하지 않아 승계된 부분에 관한 원고의 청구가 그대로 유지되는 경우 원고의 피고에 대한 청구와 승계참가인의 피고에 대한 청구는 그 주장 자체로 법률상 양립할 수 없는 관계에 있다. 원고의 피고에 대한 채권이 존재하는 경우 승계참가인이 승계 원인으로 주장하는 채권양도나 전부명령에 의하여 채권이 법률상 유효하게 승계되었는지 여부에 따라 원고 또는 승계참가인 중 어느 쪽의 청구는 인용되고 다른 쪽의 청구는 기각되어 두 청구가 모두 인용될 수는 없기 때문이다. 따라서 권리승계형 승계참가의 경우에도 원고의 청구가 그대로 유지되고 있는 한 독립당사자참가소송이나 예비적·선택적 공동소송과 마찬가지로 필수적 공동소송에 관한 규정을 적용하여 같은 소송 절차에서 두 청구에 대한 판단의 모순, 저축을 방지하고 이를 합일적으로 확정할 필요성이 있다. 민사소송법 제81조는 승계인이 독립당사자참가에 관한 제79조에 따라 소송에 참가할 것을 정하는데, 제79조는 제2항에서 필수적 공동소송에 관한 특칙인 제67조를 준용하고 있으므로 제81조는 승계참가에 관하여도 필수적 공동소송에 관한 특별규정을 준용할 근거가 된다고 할 수 있다(대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결)

**4. 사안의 해결 (2점)**

사안의 경우 丙의 승계참가 후 피참가인인 甲이 소송탈퇴를 하지 않고 그대로 남아 있으므로 甲의 청구와 丙의 청구는 그 주장자체로 양립할 수 없는 관계에 있어 필수적 공동소송(민사소송법 제67조)의 형태로 보아야 할 것이다.

**문제 2.**

**1. 항소심의 심판 방법 (4점)**

사안의 경우 두 개의 청구가 필수적 공동소송의 형태라면, 종국판결은 1개의 전부판결로 승계참가인과 원고의 청구 모두에 대해서 판단해야 하고 일부판결은 허용되지 않는다. 또한 원고와 승계참가인 중 한 사람이 항소를 제기하면 모두에 대하여 판결 확정이 차단되고 사건 전부가 항소심으로 이심된다(대법원 2007. 12. 14. 선고 2007다37776, 37783 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2009다43355 판결 등 참조). 이때 항소하지 않은 당사자는 단순한 ‘항소심 당사자’의 지위에 있다(대법원 1981. 12. 8. 선고 80다577 판결 참조). 이 경우 항소심의 심판대상은 실제 항소를 제기한 자의 항소 취지에 나타난 불복범위로 한정하되 원고, 피고, 승계참가인 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다. 이에 따라 항소심에서 심리·판단을 거쳐 결론을 내림에 있어 위 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 경우에는 그 한도 내에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심판결보다 유리한 내용으로 판결을 변경하는 것도 가능하다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2006다86573, 86580 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2009다43355 판결 등 참조).

**2. 甲의 부대항소의 적법성 (3점)**

제1심판결 중 원고의 청구를 기각한 부분에 대하여 원고가 항소하지 않고 승계참가인의 청구를 일부 인용한 부분에 대하여 승계참가인과 피고만 그 패소 부분에 대해 항소하였다고 하더라도, 원고 청구 부분을 포함한 제1심판결 전체의 확정이 차단되고 사건 전부에 관하여 이심의 효력이 생긴다. 그러므로 원고가 항소심에서 제기한 부대항소는 적법하다(위 전합의체판례 이전의 판례처럼 甲의 청구와 丙의 청구가 통상공동소송의 형태라고 본다면, 甲과 乙간의 청구는 甲과 乙이 항소하지 않아 그대로 1심에 남아 있고 항소기간이 도과되어 분리확정되었다 할 것이므로 甲의 부대항소는 부적법하다 할 것이다).

**3. 압류 경합시 전부명령의 효력 (2점)**

압류가 경합된 상태에서 발부된 전부명령은 효력이 없다 할 것이다(대법원 1983. 8. 23. 선고 83다카450 판결). 승계참가인의 압류 및 전부명령 전에 원고의 또 다른 채권자 丁이 원고의 피고에 대한 공사대금 채권에 대하여 가압류를 하였고, 가압류 금액이 5억 원, 전부명령 금액이 8억 원으로 도합 13억 원이어서 피압류 및 전부금액 10억 원을 초과하였다면, 병의 1전부명령은 (가)압류가 경합된 상태에서 발부된 것이어서 무효이다.

**4. 본안에서 승계사실이 인정되지 않는 경우의 판단 (2점)**

丙의 참가신청이 적법하다고 할지라도 본안(항소심)에서 심리한 결과 전부명령이 경합으로 무효여서 승계사실이 인정되지 않으면 승계인의 청구를 기각하는 판결을 하면 된다.

**5. 사안의 적용 및 결론 (4점)**

사안의 경우 甲의 부대항소가 적법하고, 가사 甲의 부대항소가 없더라도 갑의 청구와 병의 청구는 필수적공동소송의 형태여서 丙의 항소로 인하여 갑의 청구 및 병의 청구 전부 항소심의 심판대상이 된다. 항소심의 심리결과 丙의 승계사실이 인정되지 않고 甲의 乙에 대한 공사대금이 6원이 인정된다면 법원은, “1심 판결을 취소한다, 乙은 甲에게 6억 원을 지급하라, 丙의 乙에 대한 청구를 기각한다”는 판결을 선고하여야 한다.

[제1문의 4]

甲은 A 법인의 대표인 乙로부터 폭행을 당하여 乙을 상대로 불법행위로 인한 손해배상청구의 소를 제기하였다. 甲이 乙의 주소지를 알지 못하였기 때문에 법원은 소장 부분을 A 법인에 있는 乙의 사무실로 송달하게 하였다. 그런데 乙이 부재중인 사실을 확인한 우편집배원이 통상 우편물을 수령하던 A 법인의 총무과 직원 C에게 소장부분의 수령을 요구하였으나 C가 수령을 거부하므로, 우편집배원은 C의 책상에 위 소장부분을 두고 간 후 법원에 해당 내용이 담긴 송달보고서를 제출하였다. 이에 법원은 30일이 경과된 후 답변서가 제출되지 않았음을 이유로 변론 없이 원고승소판결을 선고하였다.

문제 1.  
위와 같은 법원의 판결은 적법한가? (15점)

문제 1.

1. 문제의 제기 (2점)

- 무변론 판결을 위한 송달의 적법성 검토
- 근무장소에서의 유치송달의 가능성

2. 무변론 판결의 적법성 (5점)

1) 무변론 판결의 요건 (3점)

- **소장 부분 송달 후 답변서의 부제출:** 소장 부분을 송달받은 피고는 부분 송달일로부터 30일 이내에 답변서를 제출할 의무가 있다(제256조 1항). 답변서의 원활한 제출을 위하여 소장 부분 송달시에 답변서를 제출하도록 고지하도록 하고 있다(제256조 2항).
- **무변론 판결:** 답변서 제출의무는 무변론 판결과 연결되어 있다. 피고가 정해진 기간 내에 답변서를 제출하지 않으면 이 의무위반에 대한 제재로서 무변론 패소판결을 받는다(제257조 1항).

2) 자백간주 (2점)

- 자백간주(自白看做)는 명시적인 자백이 없어도 변론주의 하에서 당사자의 행동을 해석하여, 다툼 의사가 명백하지 않은 경우 자백한 것으로 보는 것이다.
- 답변서 부제출의 효과로 받는 무변론 판결은 소장의 사실을 자백한 것으로 간주하는데 따른 것이다(제257조 1항 본문).
- 다만 여기서의 자백간주가 성립하기 위해서는 소장의 송달이 적법하여야 한다.

3. 송달의 적법성 검토 (5점)

- 송달의 적법성은 송달받을 자, 송달장소, 송달방법의 3가지 측면에서 검토되어야 한다.
- **송달장소:** 乙에게 있어 A 법인 사무실의 의미는 근무장소이다. 법인과 대표는 별도의 인격체이므로, 송달받을 사람이 고용·위임 그 밖에 법률상 행위로 취업하고 있는 다른 사람의 주소에 해당하기 때문이다.
- **판례:** 송달 받을 사람이 경영하는, 그와 별도의 법인격을 가지는 회사의 사무실은 송달 받을 사람의 영업소나 사무소라 할 수 없고, 이는 그의 근무장소에 지나지 아니한다(대법원 2004.7.21. 자 2004마535 결정).
- **송달받을 자:** 근무장소에서의 송달이라도 송달받을 자 본인에게 송달되었다면 문제가 없으나 보충송달의 경우에는 사용자, 그의 법정대리인이나 피용자 그 밖의 종업원이 받기를 거부하지 않을 때 할 수 있다(제186조 2항). 乙이 출타 중이라 통상 우편물을 취급하는 총무과 직원에게 송달하는 것은 가능하다.
- **유치송달의 가부:** 다만 근무장소에서의 보충송달은 그 사용자 등이 받기를 거부하지 않을 때만 가능하다. 이들이 수령을 거부하면 보충송달도 되지 않고, 유치송달을 할 수 없다.
- **소결:** 사례에서 우편집배원이 한 유치송달은 부적법하다.

4. 결론 (3점)

- 유치송달이 부적법하다면 소장 부분이 乙에게 적법하게 송달되었다고 할 수 없고, 그로부터 30일 내에 답변서가 제출되지 않았다고 하더라도 자백으로 간주할 수 없기 때문에 무변론 판결도 불가능하게 된다.
- 따라서 법원이 한 무변론 판결은 부적법하다.

# 2021년도 제2차 변호사시험 모의시험

# 2021년도 제3차 변호사시험 모의시험

## [제1문의 1]

甲으로부터 2010. 10. 27. 3,000만 원을 차용한 乙이 2016. 4. 7. 사망하자, 망인의 1순위 단독 상속인인 자녀 丙이 상속포기신고를 하여 2016. 7. 6. 수리되었다. 그러므로 망인의 형인 丁이 그 2순위 단독 상속인으로서 위 차용금채무를 상속하게 되었다.

甲은 2020. 10. 23. 위 1순위 상속인인 丙을 피고로 하여 대여금반환청구의 소를 제기하였다가 2021. 6. 19. 피고를 위 2순위 상속인인 丁으로 바꾸는 피고경정신청서를 법원에 제출하였다.

이에 丁은 피고의 경정이 있는 경우 시효중단의 효과는 경정신청서를 제출한 때에 발생하며, 이 사건 대여금채권은 甲이 위 피고경정신청서를 제출하였을 당시에 이미 10년의 소멸시효기간이 지나 시효로 소멸한 것으로 보아야 한다고 항변을 하였다.

## 문제 1.

위와 같은 丁의 시효항변이 정당한지를 그 논거와 함께 서술하시오 (10점).

## [제1문의 2] 문제 1.

### 1. 결론 (2점)

丁의 시효항변은 당사자표시정정에 관한 법리를 오해한 것으로 정당하지 않다.

### 2. 논거 (8점)

원고가 피고의 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에, 청구의 내용과 원인사실, 당해 소송을 통하여 분쟁을 실질적으로 해결하려는 원고의 소제기 목적 내지는 사망 사실을 안 이후 원고의 피고표시정정신청 등 여러 사정을 종합하여 볼 때에, 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자가 아니라 처음부터 사망자의 상속자이고 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다고 인정되면 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다(대법원 2006. 7. 4.자 2005마425 결정 참조).

상속개시 이후 상속의 포기를 통한 상속채무의 순차적 승계 및 그에 따른 상속채무자 확정의 곤란성 등 상속제도의 특성에 비추어 위의 법리는 채권자가 채무자의 사망 이후 그 1순위 상속인의 상속포기 사실을 알지 못하고 1순위 상속인을 상대로 소를 제기한 경우에도 채권자가 의도한 실질적 피고의 동일성에 관한 위 전제요건이 충족되는 한 마찬가지로 적용이 된다고 보아야 할 것이다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결).

원고는 처음에 위 망인의 1순위 상속인들의 상속포기사실을 알지 못하고 그들을 상대로 이 사건 소를 제기하였다가 제1심 소송 도중에 이를 알게 되어 피고를 위 망인의 적법한 상속인인 피고로 바꾸어 달라고 법원에 신청한 것임을 알 수 있다.

이 사건 청구의 내용과 원인사실, 원고의 소제기 목적 및 위 피고경정신청의 경위와 시점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 원고가 의도한 이 사건 소의 실질적인 피고는 상속포기의 소급효로 말미암아 처음부터 상속채무에 관한 법률관계의 당사자가 될 수 없는 1순위 상속인이 아니라 적법한 상속채무자인 2순위 상속인인 피고 丁이라 할 것인데 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 아니하여 피고표시정정의 대상이 된다 할 것이다.

이와 같이 변경 전후 당사자의 동일성이 인정됨을 전제로 진정한 당사자를 확정하는 표시정정의 대상으로서의 성질을 지니는 이상 비록 소송에서 피고의 표시를 바꾸면서 피고경정의 방법을 취하였다 해도 피고표시정정으로서의 법적 성질 및 효과는 잃지 않는다고 보아야 할 것이다.

따라서 이 사건 소의 진정한 당사자로 확정되는 피고 丁이 상속한 이 사건 대여금채무는 그 소멸시효기간이 지나기 전의 이 사건 소의 제기로써 시효의 진행이 중단된 것으로 보아야 할 것이다.

그럼에도 이 사건 대여금채권은 시효로 소멸하였다는 피고 丁의 시효항변은 당사자표시정정에 관한 법리를 오해한 것으로 정당하지 않다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결).

[제1문의 2]

乙 종중(대표자 회장 甲)은 2020. 5. 15. 丙을 상대로 매매에 기한 부동산 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 그런데 甲은 같은 해 7. 31. 乙 종중 회장직에서 해임되었으며, 乙 종중은 丙에게 甲의 대표권 소멸사실을 통지하지는 않았지만, 같은 해 8. 18. 법원에 乙 종중의 새로운 대표자 丁이 대표자 변경신고서를 제출하였다. 甲은 같은 달 19. 자신의 해임에 앙심을 품고 乙 종중 명의로 위 소를 취하려는 소취하서를 법원에 제출하였으며, 그 소취하서의 부분은 같은 달 25. 丙에게 송달되었고, 丙이 같은 달 31. 위 소취하에 동의하였다.

문제 1.

甲이 한 乙 종중 명의의 소취하는 유효한지를 그 논거와 함께 서술하시오 (10점).

[제1문의 2]문제 1.

1. 결론 (2점)

甲이 한 乙 종중 명의의 소취하는 효력이 없다.

2. 논거 (8점)

법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다(민사소송법 제52조). 법인의 대표자 또는 법인이 아닌 사단이나 재단의 대표자 또는 관리인에게는 민사소송법 가운데 법정대리와 법정대리인에 관한 규정을 준용한다(민사소송법 제64조).

소송절차가 진행되는 중에 법정대리권이 소멸한 경우에는 본인 또는 대리인이 상대방에게 소멸된 사실을 통지하지 아니하면 소멸의 효력을 주장하지 못한다(민사소송법 제63조 제1항 본문). 다만, 법원에 법정대리권의 소멸사실이 알려진 뒤에는 그 법정대리인은 제56조제2항의 소송행위를 하지 못한다(민사소송법 제63조 제1항 단서). 따라서 법원에 법정대리권의 소멸사실이 알려진 뒤에는 그 법정대리인은 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙(認諾) 또는 소송탈퇴를 하지 못한다.

민사소송법은 법인(법인 아닌 사단도 포함, 이하 같다) 대표자의 대표권이 소멸한 경우에도 이를 상대방에게 통지하지 아니하면 그 효력이 없다고 규정하고 있는바, 그 취지는 법인 대표자의 대표권이 소멸하였다고 하더라도 당사자가 그 대표권의 소멸 사실을 알았는지의 여부, 모른 데에 과실이 있었는지의 여부를 불문하고 그 사실의 통지 유무에 의하여 대표권의 소멸 여부를 확일적으로 처리함으로써 소송절차의 안정과 명확을 기하기 위함에 있다고 할 것이다(대법원 1998. 2. 19. 선고 95다52710 전원합의체 판결).

따라서 법인 대표자의 대표권이 소멸된 경우에도 그 통지가 있을 때까지는 다른 특별한 사정이 없는 한 소송절차상으로는 그 대표권이 소멸되지 아니한 것으로 보아야 하므로, 대표권 소멸 사실의 통지가 없는 상태에서 구 대표자가 한 소취하는 유효하고, 상대방이 그 대표권 소멸 사실을 알고 있었다고 하여 이를 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1967. 11. 28. 선고 66누174 판결, 1968. 12. 17. 선고 68다1629 판결, 1970. 9. 29. 선고 70다1593 판결, 1979. 12. 11. 선고 76다1829 판결, 1995. 2. 28. 선고 94다49311 판결 각 참조).

다만 2002년 개정 민사소송법은 제63조 제1항 단서를 신설하여, 법원에 법정대리권의 소멸사실이 알려진 뒤에는 그 법정대리인은 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙(認諾) 또는 소송탈퇴를 하지 못하도록 규정하고 있다. 그러므로 비록 乙 종중 측이 이 사건 소를 취하할 때까지 상대방인 피고 丙에게 위 甲의 대표권 소멸 사실을 통지한 사실이 없다고 하더라도 법원이 대표권 소멸사실을 알고 있었으므로 甲이 한 乙 종중 명의의 소취하는 효력이 없다.

[제1문의 3]

<기초적 사실관계>

甲과 乙 법인은 2층으로 된 X 건물을 2분의 1 지분씩 공동으로 소유하고 있는데, 건물 구입 당시 함께 추진하기로 한 사업이 여의치 않게 되어 甲은 이 건물을 매각하고 그 자금으로 다른 사업을 하고자 하나, 甲에 비하여 자금사정이 좋은 乙 법인은 시장상황이 좋아지기를 기다리며 매각을 반대하고 있다. 이에 甲은 乙 법인을 상대로 X 건물의 분할청구의 소를 제기하였다. (각 설문은 독립적임)

문제 1.

甲이 제출한 소장에는 乙 법인의 대표로 A가 기재되어 있으나, 막상 소장에 첨부된 乙 법인의 등기부 등본에는 B가 대표자로 등재되어 있다. 이에 재판장은 甲에게 소장을 보정하도록 명하였다.

이후 재판장은 보정명령으로 정해진 기간이 지났음에도 甲이 보정하지 않으므로 소장을 각하하였다. 이러한 재판장의 소장각하명령은 적절한가? (10점)

문제 2.

위 소송을 심리한 법원은 매각분할을 구하는 甲의 청구취지와 1층의 확보를 원하는 乙 법인의 요구를 고려하여, 乙 법인은 1층 전부의 소유권을 취득하고, 2층 전부의 소유권은 甲에게 부여하되, 乙 법인이 甲에게 각 층의 가치의 차액에 상당하는 5억 원을 배상하는 것이 합리적이라고 판단하고 있다.

법원은 위와 같은 분할판결을 할 수 있는가? (10점)

[제1문의 3] 문제 1.

1. 문제의 소재 (1점)

- 보정명령의 불준수로 인한 소장각하명령의 적부
- 법인의 대표자의 기재가 잘못된 경우의 소장 각하 가부

2. 보정명령의 불준수로 인한 소장각하명령의 적부 (2점)

1) 소장심사의 내용

- 소장의 필수적 기재사항: 소장의 필수적 기재사항(제254조 1항)은 이것이 흠결되면 소장이 부적법해지기 때문에 원칙적인 심사대상으로 된다. 구체적으로는 당사자, 청구원인, 청구취지, 날인 또는 서명 등이 빠짐없이 기재되어 있는지 여부가 그 대상이다.

- 민사소송법 제254조에 의한 소장심사의 대상이 되는 것은 소장에 필요적 기재 사항, 즉 청구취지 및 원인 등이 빠짐없이 기재되어 있는지의 여부에 있고, 소장에 일응 청구의 특징이 가능한 정도로 청구취지 및 원인이 기재되어 있다면 비록 그것이 불명확하여 파악하기 어렵다 하더라도 그 후는 석명권 행사의 문제로서 민사소송법 제254조 제1항의 소장심사의 대상이 되지는 않는다고 할 것이고, 석명권 행사에 의하여도 원고의 주장이 명확하게 되지 않는 경우에는 비로소 원고의 청구를 기각할 수 있을 뿐이다(대법원 2004.11.24. 자 2004무54 결정).

- 그러나 그 기재의 진실성이나 당부는 재판장이 아니라, 법원이 심리를 통하여 판단할 사항이므로 소장심사의 대상이 아니다.

2) 보정명령의 적부

- 이때 보정명령이 적절하나의 문제가 생길 수 있으나, 어차피 이에 따르지 않는다고 하여도 소장각하를 할 수도 없다면 적법성 여부를 따지는 것은 무의미하다.

3. 소장의 필수적 기재사항의 흠결 (5점)

- 따라서 소장에 법정된 필수적 기재사항이 기재되어 있지만 하면 설령 그 표시가 잘못되었다고 하더라도 소장을 각하할 수 없다.

- 예를 들어 법정대리인이 아닌 자를 법정대리인으로 표시하거나, 법인을 당사자로 하는 소에서 대표자의 표시를 잘못된 경우를 시정하기 위한 보정명령에 응하지 않는다고 하여 소장을 각하해서는 안 되고, 심리 후 소송요건의 흠결이 밝혀지면 판결로 소를 각하하여야 한다.

- 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 뿐

이므로, 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(대법원 2013.9.9. 자 2013마1273 결정).

#### 4. 결론 (2점)

- 소장심사시에 재판장이 적절하지 않은 기재사항을 발견하였다고 하더라도 필수적 기재사항이 기재되어 있는 이상, 보정명령에 따르지 않는다고 하여 소장각하명령을 하는 것은 적절하지 않다.

### 문제 2.

#### 1. 문제의 소재 (1점)

원고의 청구와 다른 내용의 분할 판결의 가부

#### 2. 공유물 분할 판결의 내용 (6점)

- 형식적 형성소송에 대해서는 처분권주의나 불이익변경금지원칙의 적용이 배제되는데, 이러한 소에서는 국가의 후견적 지위에서 최선의 판단을 하여야 하기 때문이다. 따라서 당사자의 주장이나 청구와 무관하게 법원의 재량으로 판단을 할 수 있다. 따라서 설문에서 원고 甲이 매각분할을 원하였다고 하여 분할방법이 매각분할에 한정되는 것은 아니다.

- 이때 법원의 재량의 내용은 당사자 사이의 법률관계와 이해관계에 관한 최선의 결과를 도출하는 것이다.

- 따라서 예컨대 공유물 분할을 하면서 현물분할의 방법으로 가격분할도 가능하게 된다.

- [1] 공유물분할의 소는 형성의 소로서 공유자 상호간의 지분의 교환 또는 매매를 통하여 공유의 객체를 단독 소유권의 대상으로 하여 그 객체에 대한 공유관계를 해소하는 것을 말하므로, 법원은 공유물분할을 청구하는 자가 구하는 방법에 구애받지 아니하고 자유로운 재량에 따라 공유관계나 그 객체인 물건의 제반상황에 따라 공유자의 지분비율에 따른 합리적인 분할을 하면 된다.

[2] 공유관계의 발생원인과 공유지분의 비율 및 분할된 경우의 경제적 가치, 분할 방법에 관한 공유자의 희망 등의 사정을 종합적으로 고려하여 당해 공유물을 특정한 자에게 취득시키는 것이 상당하다고 인정되고, 다른 공유자에게는 그 지분의 가격을 취득시키는 것이 공유자 간의 실질적인 공평을 해치지 않는다고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 공유물을 공유자 중의 1인의 단독소유 또는 수인의 공유로 하되 현물을 소유하게 되는 공유자로 하여금 다른 공유자에 대하여 그 지분의 적정하고도 합리적인 가격을 배상시키는 방법에 의한 분할도 현물분할의 하나로 허용된다(대법원 2004.10.14. 선고 2004다30583 판결).

#### 3. 결론 (3점)

- 법원이 매각분할을 원하는 원고의 청구에도 불구하고 현물분할과 가격배상의 혼합방법으로 배상을 명한 것은 적법하다.

[제1문의 4]

X 부동산과 Y 부동산에 관해 그 소유자인 甲으로부터 乙 앞으로 소유권이전등기가 각 경료되었다. 甲은 2015. 1. 5. 자신은 X, Y부동산을 乙에게 매도한 바 없는데도 乙이 등기에 필요한 매매계약서 등 서류를 위조해 그 각 등기를 경료한 것이라고 주장하면서 乙을 상대로 그 각 등기의 말소등기를 청구하는 소(‘A소’)를 제기했다. 이 소송사건의 변론이 2015. 9. 24. 종결되어 甲의 청구를 모두 인용하는 판결(‘A판결’)이 선고되었고, 그 판결은 2015. 10. 15. 확정되었으며, 그 판결에 기해 그 각 소유권이전등기가 2015. 10. 30. 말소되었다. 甲은 2015. 11. 2. ① X부동산에 관해 2015. 9. 17.자 매매(유효한 계약임을 전제로 한다)를 원인으로 하는 소유권이전등기를 丙 앞으로 경료하고, ② 자신이 2015. 10. 20. 차용한 5,000만 원의 원리금 반환 채무를 담보하기 위해 Y부동산에 관해 채권최고액이 1억 원인 근저당권 설정등기를 丁 앞으로 경료했다. 그런데 乙은 자신이 A소송에서 패소한 것은 억울하고, 정당하게 작성된 매매계약서 등 증거를 발견했으므로 자신은 X, Y 부동산의 정당한 소유자라고 주장하면서 ① 丙을 상대로 X 부동산에 관해 진정한 등기명의 회복을 위한 소유권이전등기 청구의 소(‘B소’)를 제기하고, ② 별도로 丁을 상대로 Y 부동산에 관해 근저당권 설정등기의 말소등기 청구의 소(‘C소’)를 제기했다. B소와 C소의 청구원인에는 A소의 변론 종결 후에 발생한 새로운 사유의 주장은 없다.

문제 1.

법원은 B소와 C소에 관해 어떻게 판결하여야 하는가? (30점)

[제1문의 4] 문제 1.

1. 문제의 소재 (4점)

丙과 丁이 A소송의 변론을 종결한 뒤의 승계인에 대하여 A판결의 기판력이 미치는 주관적 범위에 포함되는지, B소송과 C소송이 A소송과 소송물의 동일관계나 모순관계 또는 선결관계에 해당하는지가 문제된다.

2. 기판력의 주관적 범위 (10점)

(1) 민사소송법 제218조 제1항은 “확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인 … 에 대하여 효력이 미친다”고 규정하고 있다. 丙과 丁이 A소송의 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당하는지가 문제된다.

(2) 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당하는지 여부

(a) 승계인의 의의 : 승계인이란 원칙적으로 변론을 종결한 뒤에 당사자로부터 소송물인 실체법상의 권리의무를 승계한 자를 말하고, 승계의 시기는 사실심 변론 종결 후일 것을 요하며, 원인행위는 변론 종결 이전에 있었다고 하더라도 등기가 뒤에 있었으면 등기 시를 기준으로 변론 종결 후의 승계인으로 보아야 한다.<sup>1)</sup>

(b) 승계인의 범위 : 전소의 소송물이 물권적 청구권인 경우에는 당사자로부터 목적물의 점유나 등기를 취득한 자는 승계인의 범위에 포함되지만 채권적 청구권인 경우에는 그러한 자는 승계인에 포함되지 않는다.<sup>2)</sup>

(3) 소결론 : A소의 소송물인 말소등기 청구권은 물권적 청구권이고, 승계의 원인행위 시점과 관계없이 丙과 丁의 등기 시점이 2016. 11. 2.로서 A소송의 사실심 변론 종결일 이후이기 때문에 丙과 丁은 A소송의 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다.<sup>3)</sup>

3. 기판력의 객관적 범위 (10점)

(1) 확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다(민사소송법 제216조 제1항). 전소 확정판결에서 생긴 기판력은 후소의 소송물이 전소의 소송물과 동일하거나 모순관계에 있거나, 전소의 소송물을 선결문제로 하는 경우에 작용된다.

(2) 소송물 동일.모순관계(B소송) : 동일한 원고가 제기하는 소유권이전등기 말소등기 청구 소송의 소송물과 말소등기에 갈음한 진정 명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구 소송의 소송물은 실질적으로 동일하다는 것이 판례의 태도이기는 하지만<sup>4)</sup>, 이 사안의 경우에는 전소에서 패소한 피고가 진정 명의 회복을 원인으로 한 소유권이전

1) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다10883 판결

2) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90다9964 판결

3) 대법원 1974. 12. 10. 74다1046 판결; 대법원 1994. 12. 27. 선고 93다34183 판결 등.

4) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결 : 소유권이전등기 말소 청구 소송의 소송물과 말소등기에 갈음한 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구 소송의 소송물이 동일하지 여부(적극)(대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결

등기청구를 하고 있다는 점에서 이를 모순관계로 파악해야 할 것이다.

(3) 선결.모순관계(C소송) : 소유권이전등기 말소청구 소송의 확정판결의 기판력은 위 확정된 전소의 말소등기 청구권의 존재 여부를 선결적 법률관계로 하는 근저당권 설정등기 등의 말소등기 청구 소송에 미친다는 것이 판례의 태도이다.<sup>5)</sup> (이와 관련하여 2000다24856 판결에서는 선결관계로 보는 근거를 명확히 제시하고 있지 않다. 이러한 관계를 모순관계로 보아야 한다는 견해도 존재하지만 이곳에서는 판례의 태도에 따른다.)

(4) 소결론 : 乙이 원고인 B소송의 소송물인 진정 명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구권과 甲이 원고인 A소송의 소송물인 말소등기 청구권은 모순관계에 있으므로 A판결의 기판력은 B소송에 미치고, C소송에서는 A판결의 기판력 있는 판단(소유권에 기한 말소등기 청구권의 존재)이 B소송의 선결적 법률관계가 되므로 A판결의 기판력은 B소송에 미친다.

#### 4. 기판력의 본질에 따른 판단 (4점)

- 모순금지설(판례), 반복금지설

판례의 태도인 모순금지설에 의하면 패소한 당사자가 제기한 후소 청구는 기각되어야 한다.

#### 5. 결론

법원은 B소와 C소의 청구를 모두 기각하여야 한다. (2점)

---

참조)

5) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결

[제1문의 5]

甲은 乙을 상대로 소를 제기하면서 그 청구원인으로 ① 건물매매업무와 관련된 손해배상 10억 원 ② 부동산 임차업무와 관련된 손해배상 8억 원을 선택적 청구로 병합하여 청구하였다. (각 설문은 독립적임) (30점)

문제 1.

제1심 법원은 위 청구원인 중 건물매매업무와 관련된 손해배상청구만을 심리·판단하여 원고가 구하는 청구금액을 전부 인용하고, 나머지 청구에 대해서는 원고가 어느 하나의 청구원인에서라도 전부인용판결을 받으면 추가적인 판단을 원하지 않는다는 이유에서 그 판단을 하지 않았다. 이 판결에 대해 피고만 항소한 경우 항소심 법원은 제1심에서 판단하지 않은 위 부동산 임차업무와 관련된 손해배상청구에 관해 심리·판단할 수 있는가? (15점)

문제 2.

제1심 법원은 ① 건물매매업무와 관련된 손해배상청구에 대해서는 청구기가, ② 부동산 임차업무와 관련된 손해배상청구에 대해서는 5억 원을 인용하는 판결을 선고하였다. 이 판결에 대해 피고만 항소한 경우, 항소심 법원은 위 건물매매업무와 관련된 손해배상청구 부분에 대해 심리·판단할 수 있는가? (15점)

[제1문의 5]

문제 1.

1. 문제의 소재 (2점)

청구의 병합, 단순병합, 선택적 병합, 병합청구와 관련된 이심과 심리의 범위

2. 단순병합과 선택적 병합의 의의 (3점)

(1) 단순병합

서로 양립하는 복수의 청구를 병렬적으로 병합하여 그 전부에 관하여 판결을 구하는 경우를 말한다. 각 청구 사이에는 아무런 관계가 없어도 상관없다.

(2) 선택적 병합

양립하는 복수의 청구를 택일적으로 병합하여 그 가운데 어느 하나라도 인용하는 판결을 구하는 경우로서, 여러 개의 청구 중 하나의 청구가 인용되는 것을 해제조건으로 하여 다른 청구에 대하여 심판을 구하는 것이다. 병합된 청구들 사이에는 관련성이 있어야 한다.

3. 병합의 형태를 구별하는 기준 (4점)

- 병합의 판단기준은 당사자의 의사가 아니라 병합청구의 성질에 따라 판단해야 한다는 성질설이 판례의 태도이며, 이러한 점은 항소심에서의 심판의 범위를 결정함에 있어서도 마찬가지이다.

위 ①청구와 ②청구의 청구원인은 상호 논리적 관련성이 없으므로 선택적으로 병합할 수 없는 성질의 청구임에도 제1심 법원이 잘못된 청구병합관계를 보정하는 조치를 취하지 않고 그 중 하나의 청구원인에 대해서만 심리·판단하였는바, 이들 청구는 단순병합의 형태로 보아야 할 것이다.

[참고 판례] 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다 96868 판결)

4. 항소심 심판의 범위 (4점)

이 사건 청구병합은 단순병합이므로 제1심 법원이 심리·판단한 ① 청구만이 항소심으로 이심되어 항소심의 심판의 대상이 되며, 판단하지 않은 나머지 청구는 여전히 제1심에 남아 있다고 보아야 한다.

[참고 판례] 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다 할 것인바, 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 본안에 관하여 심리·판단하기 위해서는 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취하여야 할 것이고, 법원이 이러한 조치를 취함이 없이 본안판결을 하면서 그 중 하나의 청구에 대하여만 심리·판단하여 이를 인용하고 나머지 청구에 대한 심리·판단을 모두 생략하는 내용의 판결을 하였다고 하더라도, 그로 인하여 청구의 병합 형태가 적법한 선택적 병합 관계로 바뀔 수는 없다 할 것이므로, 이러한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 제1심법원이 심리·판단하여 인용한 청구만이 항소심으로 이심될 뿐, 나머지 심리·판단하지 않은 청구는 여전히 제1심에 남아 있게 된다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다5550 판결).

#### 5. 사안의 해결 (2점)

이 사건 청구병합은 단순병합이므로 제1심 법원이 심리·판단한 ① 청구만이 항소심으로 이심되어 항소심의 심판의 대상이 되며, 판단하지 않은 나머지 청구는 여전히 제1심에 남아 있다고 보아야 한다. 따라서 항소심 법원은 제1심에서 판단하지 않은 ② 청구에 관해 심리·판단할 수 없다.

### 문제 2.

#### 1. 문제의 소재 (2점)

상소불가분의 원칙, 단순병합청구와 항소심에서의 심판의 범위가 문제된다.

#### 2. 상소불가분의 원칙과 불이익 변경금지의 원칙 (4점)

상소의 제기에 의해 확정차단의 효력과 이심의 효력은 원칙적으로 상소인의 불복신청의 범위에 관계없이 원판결의 전부에 대해 불가분적으로 발생한다. 이를 상소불가분의 원칙이라고 한다.

항소법원의 제1심 판결의 당부에 대한 심판은 항소 또는 부대항소한 당사자의 불복신청의 한도 내에 국한되며, 제1심 판결 중 누구도 불복신청하지 않은 부분에 대해서는 불이익으로든 이익으로든 변경할 수 없는 것을 말한다.

#### 3. 병합의 형태를 구별하는 기준 (반복)

- 병합의 판단기준은 당사자의 의사가 아니라 병합청구의 성질에 따라 판단해야 한다는 성질설이 판례의 태도이며, 이러한 점은 항소심에서의 심판의 범위를 결정함에 있어서도 마찬가지이다.

위 ①청구와 ②청구의 청구원인은 상호 논리적 관련성이 없으므로 선택적으로 병합할 수 없는 성질의 청구임에도 제1심 법원이 잘못된 청구병합관계를 보정하는 조치를 취하지 않고 그 중 하나의 청구원인에 대해서만 심리·판단하였는바, 이들 청구는 단순병합의 형태로 보아야 할 것이다.

#### 4. 단순병합청구의 항소심 심판의 범위 (6점)

단순병합의 경우 일부판결에 대해 상소한 때에는 그 부분이 나머지 부분과 분리하여 상소심으로 이심하지만, 전부판결의 경우에는 전부의 청구에 대하여 상소한 경우는 물론 일부의 청구에 대하여만 상소한 경우에도 상소불가분의 원칙에 따라 모든 청구에 관한 소송이 확정이 차단되고 상소심으로 이심한다. 다만 상소하지 아니한 부분은 상소심의 심판의 대상이 될 수 없다.

[참고 판례] 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 주위적·예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는바, 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 원심법원이 그 모든 청구의 본안에 대하여 심리를 한 다음 그중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 하였다면, 이는 법원이 위 청구의 병합관계를 본래의 성질에 맞게 단순병합으로서 판단한 것이라고 보아야 할 것이고, 따라서 피고만이 위 인용된 청구 부분에 대하여 상고를 제기한 때에는 일단 단순병합관계에 있는 모든 청구가 전체적으로 상고심으로 이심되기는 하나 상고심의 심판 범위는 이심된 청구 중 피고가 불복한 청구에 한정된다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2005다51471 판결 등 참조).

(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다207679,207686,207693 판결)

5. 문제의 해결 (3점)

단순병합된 두 청구에 대해 제1심 법원이 두 청구 모두에 대해 판결을 선고하였고 피고만이 그 일부에 대해 항소를 제기하였지만 상소불가분의 원칙에 따라 두 청구 모두 확정기 차단되고 모두 항소심으로 이심된다. 그러나 당사자 중 누구도 불복하지 않은 ① 청구는 항소심의 심판의 대상이 될 수 없다.

따라서 항소심 법원은 ① 건물매매와 관련된 손해배상청구 부분에 대해 심리·판단할 수 없다.