

# **민사소송법**

## **변리사최종정리**

### **특강자료**

2019/2020 중요판례정리  
& 고시시험 등 민사소송법 문제풀이

# 19/20(新) 중요판례정리

## 제1편 총론

### 제2편 소송의 주체

#### 제1장 법원

◆ 대한민국 법원에 제기된 대여금 청구 소송의 당사자들이 모두 중국인들이고 계약체결지가 중국이나, 피고들이 중국에서의 재판에 불응하고 대한민국에 생활기반을 마련하였고 원고도 영업을 위해 대한민국에 입국한 경우 대한민국 법원의 국제재판관할권 인정 여부-대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결

- [1] 국제사법 제2조 제1항에서 정한 '실질적 관련'의 의미 및 판단 기준
- [2] 민사소송법 관할 규정이 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단 기준으로 작용하는지 여부(적극) / 국제재판관할에서도 피고의 주소지가 생활관계의 중심적 장소로서 중요한 고려요소인지 여부(적극)
- [3] 국제재판관할에서 특별관할을 고려하는 이유 및 원고가 소를 제기할 당시 피고의 재산이 대한민국에 있으나 원고의 청구와 직접적 관련이 없는 경우, 국제재판관할권을 판단하는 방법
- [4] 국제재판관할에서 예측가능성을 판단하는 기준 및 피고가 대한민국에서 생활 기반을 가지고 있거나 재산을 취득하여 경제활동을 하는 경우, 대한민국 법원에 피고를 상대로 재산에 관한 소를 제기하리라는 점에 관하여 예측가능성이 인정되는지 여부(적극)
- [5] 국제재판관할권이 병존할 수 있는지 여부(적극) 및 지리, 언어, 통신의 편의 측면에서 다른 나라 법원이 대한민국 법원보다 더 편리하다는 것만으로 대한민국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정할 수 있는지 여부(소극)
- [6] 갑은 중국 국적으로 중국에서 사채업에 종사하다가 대한민국에서 영업을 하려고 입국한 사람이고, 을 등은 중국 국적의 부부로 중국에서 부동산개발사업을 영위하다가 대한민국에 거주지를 마련한 사람들인데, 갑이 과거 중국에서 을 등에게 빌려준 대여금의 반환을 구하는 소를 대한민국 법원에 제기한 사안에서, 제반 사정에 비추어 위 소는 대한민국과 실질적 관련성이 있으므로 대한민국 법원이 국제재판관할권을 가진다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례

◆ 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, 상표권, 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 담당한 경우에도 그 항소심은 지방법원 합의부 관할이 아닌 특허법원의 전속관할에 속하게 되므로(법원조직법 제32조 제2항 참조), 실무상 유의할 필요가 있음

## 제2장 당사자

### 제1절 당사자 확정

◆ 기존회사가 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위해 회사제도를 남용하는 경우의 법리의 확장[대법원 2019. 12. 13. 선고 2017다271643 판결]

◇공사 하도급업자인 원고 甲과 재하도급업자들인 나머지 원고들이, 해당 건물의 건축주명의를 양수한 피고를 상대로 공사대금지급을 구하는 경우, 회사제도 남용 여부가 다투어지는 사안◇

기존회사가 채무를 면탈할 의도로 기업의 형태.내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 설립한 경우 이는 기존회사의 채무면탈이라는 위법한 목적을 달성하기 위하여 회사제도를 남용한 것에 해당한다. 기존회사의 채권자에 대하여 위 두 회사가 별개의 법인격을 갖고 있다고 주장하는 것은 신의성실의 원칙상 허용되지 않는다. 기존회사의 채권자는 위 두 회사 어느 쪽에 대해서도 채무의 이행을 청구할 수 있다(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다66892 판결 등 참조). 이러한 법리는 어느 회사가 이미 설립되어 있는 다른 회사 가운데 기업의 형태.내용이 실질적으로 동일한 회사를 채무를 면탈할 의도로 이용한 경우에도 적용된다. 여기에서 기존회사의 채무를 면탈할 의도로 다른 회사의 법인격을 이용하였는지는 기존회사의 폐업 당시 경영상태나 자산상황, 기존회사에서 다른 회사로 유용된 자산의 유무와 그 정도, 기존회사에서 다른 회사로 자산이 이전된 경우 그 정당한 대가가 지급되었는지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2008. 8. 21. 선고 2006다24438 판결, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다94472 판결 등 참조).

이때 기존회사의 자산이 기업의 형태.내용이 실질적으로 동일한 다른 회사로 바로 이전되지 않고, 기존회사에 정당한 대가를 지급한 제3자에게 이전되었다가 다시 다른 회사로 이전되었다고 하더라도, 다른 회사가 제3자로부터 자산을 이전받는 대가로 기존회사의 다른 자산을 이용하고도 기존회사에 정당한 대가를 지급하지 않았다면, 이는 기존회사에서 다른 회사로 직접 자산이 유용되거나 정당한 대가 없이 자산이 이전된 경우와 다르지 않다. 이러한 경우에도 기존회사의 채무를 면탈할 의도나 목적, 기존회사의 경영상태, 자산상황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 회사제도를 남용한 것으로 판단된다면, 기존회사의 채권자는 다른 회사에 채무이행을 청구할 수 있다.

☞ 공사 하도급업자인 원고 甲과 재하도급업자들인 나머지 원고들이 그 사이의 채권 양수 등을 원인으로 하여 원래 건축주에 대한 공사대금채권을 가지고 있었는데, 그 건물 건축주 명의를 판결에 기하여 원래 건축주인 A회사에서 소외인으로 변경되고 다시 피고가 소외인으로부터 건축주 명의를 양수한 사안에서, 정당한 소외인이 중간에 개입하였다는 사정만으로 회사제도 남용 법리가 적용되지 않는다고 단정할 수 없고, 이러한 경우에도 소외인으로부터 피고에게 건축주 지위가 이전되는 과정에서 A회사가 차용한 자금이 사용되는 등 A회사의 자산이 정당한 대가 없이 이전되거나 유용되었다면, A회사의 채무면탈이라는 위법한 목적달성을 위해 피고를 이용하여 회사제도를 남용한 것으로 볼 수 있으므로, A회사의 채권자인 원고들이 피고에 대해서도 채무의 이행을 구할 수 있다고 볼 여지가 있다고 하여, 이와 달리 피고의 책임을 부정한 원심을 파기한 사례

### 제2절 당사자 능력

◆ 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의로 소유권이전등기가 마쳐진 경우 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있는 상대방(=실제 등기행위를 한 자 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결)

등기부상 진실한 소유자의 소유권에 방해가 되는 불실등기가 존재하는 경우에 그 등기명의인이 허무인 또는 실체가 없는 단체인 때에는 소유자는 그와 같은 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의로 실제 등기행위를 한 자에 대하여 소유권에 기한 방해배제로서 등기행위자를 표상하는 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의 등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 1990. 5. 8. 선고 90다684, 90다카3307 판결, 대법원 2008. 7. 11.자 2008마615 결정 등 참조).

등기명의인의 표시변경(경정)의 등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것에 불과할 뿐 어떠한 권리변동을 가져오는 것이 아니므로 등기가 잘못된 경우에도 등기명의인은 다시 소정의 서면을 갖추어 경정등기를 하면 되는 것이고 따라서 거기에는 등기의무자의 관념이 있을 수 없다(대법원 1992. 11. 13. 선고 92다39167 판결 참조).

☞ 채무자 소유의 부동산에 관하여 甲이 개인사찰 명의로 소유권이전등기를 마쳤고, 그 소유권이전등기에 관하여 개인사찰의 대표자를 채무자, 乙 명의로 순차 변경하는 표시변경의 부기등기가 마쳐진 경우에, 원고가 채권자대위권에 기하여 채무자를 대위하여 乙을 상대로 개인사찰 명의의 소유권이전등기의 말소등기를 청구한 사안에서, 위 소유권이전등기의 말소청구는 甲을 상대로 하여야 하고, 乙 명의의 등기명의인 표시변경의 부기등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 경우 경정등기의 대상일 뿐이므로, 乙은 위 소유권이전등기 말소청구의 등기의무자가 아니어서 乙을 상대로 제기한 이 사건 소는 부적법하다고 판단한 원심을 수긍하여 상고를 기각한 사안임

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

【판시사항】

- [1] 공유 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 공유 의미의 종중이 아니라 그 구성원 중 일부만으로 범위를 제한한 종중 유사의 권리능력 없는 사단의 성립 및 소유권 귀속이 인정되는지 판단할 때, 특히 고려하여야 할 사항
- [4] 갑 단체가 자신의 실체는 특정인의 후손으로 이루어진 공유 의미의 종중이 아니라 특정인의 후손 중 특정 지역에 거주하는 성년 남자만으로 구성된 종중 유사의 권리능력 없는 사단으로서 등기부상 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 주장하면서 위 부동산에 관하여 마쳐진 을 산림조합 명의로 근저당권설정등기 등의 말소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 갑 단체가 위 소를 제기하는 데 필요한 여러 절차를 우회하거나 특정 종중원들을 배제하려는 목적에서 종중 유사의 권리능력 없는 사단임을 표방하여 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 주장하고 있는 것이 아닌지 의심할 여지가 충분한데도, 갑 단체의 실체가 그 주장과 같이 종중 유사의 권리능력 없는 사단이고 부동산의 소유명의인과 동일한 단체라고 단정한 원심판단에는 종중의 실제 판단 등에 관한 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

제3절 당사자 자격

◆ 갑 외국인학교의 이사인 을이 갑 학교의 임시이사를 선임해달라는 신청을 한 사안에서, 갑 학교의 당사자능력이 인정되지 않아 부적법하므로 각하하여야 한다는 대법원 2019. 3. 25. 자 2016마5908 결정

제4절 소송대리인

◆ 변호사가 소송위임계약을 체결하고 소송을 수행하다 위임계약이 중도해지되자 소송관련비용 및 약정한 성공보수를 청구한 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다200538

◇소송위임계약과 관련하여 위임사무 처리 도중 수임인의 귀책사유로 계약이 종료된 경우, 위임인에게 수임인이 계약종료 당시까지 이행한 사무처리 부분에 관하여 사무처리비용을 지급할 의무가 있는지 여부(적극)◇

소송위임계약과 관련하여 위임사무 처리 도중에 수임인의 귀책사유로 신뢰관계가 훼손되어 더 이상 소송위임사무를 처리하지 못하게 됨에 따라 계약이 종료되었다 하더라도, 위임인은, 수임인이 계약종료 당시까지 이행한 사무처리 부분에 관해서 수임인이 처리한 사무의 정도와 난이도, 사무처리를 위하여 수임인이 기울인 노력의 정도, 처리된 사무에 대하여 가지는 위임인의 이익 등 여러 사정을 참작하여 상당하다고 인정되는 보수 금액 및 상당하다고 인정되는 사무처리비용을 지급할 의무가 있다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2006다32460 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다52584 판결 등 참조).

☞ 원고가 피고로부터 아파트하자보수 관련 손해배상청구소송을 수임하면서 원고가 우선 소송관련비용을 지급하되, 피고 패소시 원고가 그 비용을 전액 부담하고, 피고 승소시 승소금에서 그 비용을 지급하기로 약정한 경우에, 위 약정은 약정의 내용에 비추어 승소를 조건으로 한 정산약정이 아니라 피고에게 소송비용 상환채무가 있음을 전제로 하여 그 비용 상환의 시기와 방법을 정한 것에 불과하고, 비록 소송위임계약이 소송도중 원고의 귀책사유로 해지되어 종료되었다 하더라도, 원고가 그동안 기울인 노력이 상당하며, 처리된 사무가 피고에게도 상당한 이익이 되므로, 이 사건에서 원고가 위임계약 종료시까지 들인 소송관련비용은 민법 제688조 제1항에 의하여 피고가 원고에게 이를 지급할 의무가 있다고 판단하여 이를 부정한 원심을 파기한 사례

◆ 신문 등의 진흥에 관한 법률상 등록을 마친 신문사업자의 지위에 관한 사건[대법원 2019. 8. 30. 선고 2018두47189판결]

◇(주)제주일보사로부터 명칭 사용을 허용 받아 신문 등의 진흥에 관한 법률상 등록을 하고 제주일보를 발행하고 있던 원고가 피고보조참가인의 (주)제주일보사 사업 양수가 무효임을 주장하는 사안에서, 피고가 피고보조참가인에 대하여 한 신문사업자 지위승계신고 수리 및 신문사업변경등록처분의 무효확인 또는 취소를 구할 원고적격이 인정되는지 여부(적극)◇

☞ (주)제주일보사로부터 명칭 사용을 허용 받아 신문법상 등록을 하고 제주일보를 발행하고 있던 원고가 피고보조참가인의 (주)제주일보사 사업 양수가 무효임을 주장하는 사안에서, 신문법상 등록에 따라 인정되는 신문사업자의 지위는 사법상 권리인 ‘특정 명칭의 사용권’ 자체와는 구별되고, 명칭 사용 허락에 관한 민사상 분쟁이 있다고 하더라도 법원의 판단이 있기 전까지 그 지위는 존속하며, 따라서 피고의 피고보조참가인에 대한 이 사건 처분은 원고의 신문법상 지위를 불안정하게 만드는 것이므로 원고에게 그 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 인정된다고 판단하고, 사법상 권리를 상실하면 신문법상 지위도 당연히 소멸한다는 전제에서 원고적격을 부정한 원심을 파기한 사례

## 제3편 제1심 소송절차

### 제1장 소송의 개시

#### 제1절 소의 의의와 종류

#### 제2절 소송요건-소의 이익

##### ◆ 이행판결의 주문 표시에 관하여 직권으로 판단한 사건[대법원 2019. 2. 14 선고2015다244432판결]

◇사실심의 재판 실무에서 장래의 부당이득금의 계속적·반복적 지급을 명하는 판결의 주문에 광범위하게 사용되고 있는 ‘원고의 소유권 상실일까지’라는 표시가 이행판결의 주문 표시로서 바람직한지(부정)◇

사실심의 재판 실무에서 장래의 부당이득금의 계속적·반복적 지급을 명하는 판결의 주문에 ‘원고의 소유권 상실일까지’라는 표시가 광범위하게 사용되고 있다. 그러나 ‘원고의 소유권 상실일까지’라는 기재는 이행판결의 주문 표시로서 바람직하지 않다. 그 이유는 다음과 같다.

1. ‘원고의 소유권 상실일까지’라는 기재는 집행문 부여기관, 집행문 부여 명령권자, 집행기관의 조사·판단에 맡길 수 없고, 수소법원이 판단해야 할 사항인 소유권 변동 여부를 수소법원이 아닌 다른 기관의 판단에 맡기는 형태의 주문이다.

2. ‘원고의 소유권 상실일까지’라는 기재는 확정된 이행판결의 집행력에 영향을 미칠 수 없는 무의미한 기재이다.

3. ‘원고의 소유권 상실일’은 장래의 부당이득반환의무의 ‘임의 이행’ 여부와는 직접적인 관련이 없으므로, 이를 기재하지 않더라도 장래의 이행을 명하는 판결에 관한 법리에 어긋나지 않는다.

☞ 토지 소유자의 독점적·배타적 사용·수익권 포기 및 지방자치단체의 토지 점유에 관한 상고이유에 대한 판단에 덧붙여 직권으로 원심이 유지한 1심판결 주문 표시가 바람직한지 여부에 대하여 판단한 사례

#### 제3절 소송물

#### 제4절 소의 제기

#### 제5절 소송구조

##### ◆ 원고의 청구를 일부 인용한 판결에 대해 쌍방이 각 패소부분에 상소한 쌍방상소사건에서 각 당사자의 불복범위에 현저한 차이가 있어 쌍방 상소 기각과 함께 상소비용을 각자 부담으로 하게 되면 불합리한 결과가 발생한다고 인정되는 경우 상소비용 부담재판에 관하여 법원이 취하여야 할 조치 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다271657 판결

☞ 원고는 피고를 상대로 527,676,460원 및 그에 대한 지연손해금 청구를 하였는데, 원심에서 24,553,808원 및 그에 대한 지연손해금 청구가 일부 인용되고 나머지 503,122,652원 및 그에 대한 지연손해금 청구는 기각되었으며, 이에 대해 쌍방이 각 패소부분에 대해 상고한 사건에서, 원고와 피고의 상고심 불복범위에 현저한 차이가 있어 상고비용을 각자 부담으로 하게 되면 상고비용부담에 있어 불합리한 결과가 발생한다고 인정되므로, 상고비용을 각자 부담으로 하는 대신 상고비용 중 원고의 상고로 인한 부분은 원고가, 피고의 상고로 인한 부분은 피고가 각 부담하도록 정하는 것이 타당하다고 상고비용 부담재판에 관하여 직권으로 판단한 사안

#### 제6절 소제기의 효과

##### ◆ 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우, 시효중단을 위한 채소에 소의 이익이 있다는 대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다24349 판결

##### ◆ 채무자가 수차례 소를 제기하여 채권자가 응소하였으나 소가 모두 각하된 후 채무자가 다시 이 사건 소를 제기하여 채권자가 응소한 경우 시효중단의 판단기준 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두56435판결

☞ 정부지원금 반환채무의 채무자인 원고가 협약에 따라 정부지원금을 지급한 중소기업기술정보진흥원을 상대로 정부지원금 반환처분의 무효확인을 구하는 취지의 소를 제기하였으나 각하되었고, 원고가 중소기업기술정보진흥원을 상대로 정부지원금 반환채무의 부존재확인 소를 제기하였으나 다시 각하된 후, 이 사건에서 피고(대한민국)를

상대로 정부지원금 반환채무의 부존재확인 소를 제기한 사안에서, 선행소송에서 이루어진 두 차례의 응소에는 민법 제168조 제1호에 따른 시효중단의 효력이 인정되지 않고, 민법 제170조 제2항의 유추적용에 따른 재판 외 최고의 효력만 인정되므로, 이 사건에서 피고의 응소는 두 번째 응소로부터 6월이 경과한 후에 그리고 정부지원금 반환채권의 소멸시효가 완성된 후에 이루어졌다고 판단하고, 이와 달리 소멸시효가 첫 번째 응소 시에 소급하여 중단되었다고 본 원심을 파기한 사례

◆ 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 당시부터 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

## 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 선행하여 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 하였다고 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 선행하여 이를 인용하였으나, 이 판결은 이러한 원심판단이 처분권주의에 반한다고 보아 파기환송함

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

## 제3장 증거법

◆ 일반육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람의 경험직상 가동연한을 만 60세로 보아 온 종래 견해의 유지 여부의 대법원 2019.

2. 21. 선고2018다248909 전원합의체 판결

대법원은 1989. 12. 26. 선고한 88다카16867 전원합의체 판결(이하 '종전 전원합의체 판결'이라 한다)에서 일반 육체노동을 하는 사람 또는 육체노동을 주로 생계활동으로 하는 사람(이하 '육체노동'이라 한다)의 가동연한을 경험직상 만 55세라고 본 기존 견해를 폐기하였다. 그 후부터 현재에 이르기까지 육체노동의 가동연한을 경험직상 만 60세로 보아야 한다는 견해를 유지하여 왔다. 그런데 우리나라의 사회적·경제적 구조와 생활여건이 급속하게 향상·발전하고 법제도가 정비·개선됨에 따라 종전 전원합의체 판결 당시 위 경험직의 기초가 되었던 제반 사정들이 현저히 변하였기 때문에 위와 같은 견해는 더 이상 유지하기 어렵게 되었다. 이제는 특별한 사정이 없는 한 만 60세를 넘어 만 65세까지도 가동할 수 있다고 보는 것이 경험직에 합당하다.

☞ 원심이 피해자의 일일수입 산정의 기초가 되는 가동연한을 인정할 때에, 경험직 사실들을 조사하여 그로부터 경험직상 추정되는 육체노동의 가동연한을 도출하거나 피해자의 가동연한을 위 경험직상 가동연한과 달리 인정할 만한 특별한 구체적 사정이 있는지를 심리하여 그 가동연한을 정하였어야 함에도, 그에 이르지 아니한 채 막연히 종래 경험직에 따라 피해자의 가동연한을 만 60세로 인정하였고, 이러한 원심판단에 가동연한에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 이유로 원심판결 중 일일수입에 관한 일부 원고들의 패소 부분을 파기환송한 사례

◆ 다른 하급심 판결에서 확정된 사실관계를 법원에 현저한 사실로 볼 수 없다는 대법원 2019. 8. 9. 선고 2019다222140 판결

[1] 피고와 제3자 사이에 있었던 민사소송의 확정판결의 존재를 넘어서 판결의 이유를 구성하는 사실관계들까지 법원에 현저한 사실로 볼 수 있는지 여부(소극)

[2] 원심이 다른 하급심판결의 이유 중 일부 사실관계에 관한 인정 사실을 그대로 인정하면서, 위 사정들이 '이 법원에 현저한 사실'이라고 본 사안에서, 당해 재판의 제1심 및 원심에서 다른 하급심판결의 판결문 등이 증거로 제출된 적이 없고, 당사자들도 이에 관하여 주장한 바가 없음에도 이를 '법원에 현저한 사실'로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

【판결요지】

[1] 피고와 제3자 사이에 있었던 민사소송의 확정판결의 존재를 넘어서 그 판결의 이유를 구성하는 사실관계들까지 법원에 현저한 사실로 볼 수는 없다. 민사재판에 있어서 이미 확정된 관련 민사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되지만, 당해 민사재판에서 제출된 다른 증거 내용에 비추어 확정된 관련 민사사건 판결의 사실인정을 그대로 채용하기 어려운 경우에는 합리적인 이유를 설시하여 이를 배척할 수 있다는 법리도 그와 같이 확정된 민사판결 이유 중의 사실관계가 현저한 사실에 해당하지 않음을 전제로 한 것이다.



[2] 원심이 다른 하급심판결의 이유 중 일부 사실관계에 관한 인정 사실을 그대로 인정하면서, 위 사정들이 '이 법원에 현저한 사실'이라고 본 사안에서, 당해 재판의 제1심 및 원심에서 다른 하급심판결의 판결문 등이 증거로 제출된 적이 없고, 당사자들도 이에 관하여 주장한 바가 없음에도 이를 '법원에 현저한 사실'로 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

◆ 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

◆ 특허권 침해금지 및 손해배상을 구하는 사건[대법원 2019. 10. 17. 선고2019다222782, 2019다222799(병합) 판결]

◇1. 특허권의 속지주의 원칙에도 불구하고 침해를 인정할 수 있는 예외적 경우, 2. 특허법 제130조에 따른 과실 추정 번복 여부(소극)◇

☞ 외과적 수술에 사용되는 의료용 실을 체내에 삽입하고 고정하는 시술에 사용되는 '의료용 실 삽입장치 및 그 삽입 시술키트'에 관한 특허발명에 대한 침해가 문제된 사건임. 특허발명의 구성요소(위 시술을 위한 개개의 의료기구들)가 모두 국내에서 생산되어 최종적으로 하나의 주체에 의해 시술되기 위해 수출되었으나, 이 사건 특허발명 청구 범위 제6항의 의료용 실 지지체와 의료용 실의 결합관계만이 갖추어지지 않은 사안에서, 원심은 그 침해를 부정하였으나, 대법원은 위와 같은 결합, 고정은 조립, 가공이 극히 사소하거나 간단하여, 위와 같은 부품 전체의 생산 또는 반제품의 생산만으로도 특허발명의 각 구성요소가 유기적으로 결합한 일체로서 가지는 작용효과를 구현할 수 있는 상태가 갖추어진 것으로 볼 수 있어 특허권의 속지주의 원칙에도 불구하고 그 침해를 인정할 수 있다고 판단함

☞ 원심은 간접침해자인 피고 C의 과실 추정이 번복된다고 하였으나, 대법원은 특허법 제130조의 과실 추정 번복에 관한 위 법리에 비추어, 원심이 든 사정만으로는 위 피고가 특허권의 존재 및 권리범위에 속함을 알지 못한 것에 대한 정당한 사정이 입증되었다고 보기 어렵다고 판단함

◆ 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 채무부존재확인의 소(본소)를 제기하고 피고는 반소로 원고를 상

대로 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

◆ 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 원인자에게 손해배상을 청구할 수 있는 근거규정이다. 따라서 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 때에는 그 원인자는 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

◆ 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 증명이 없다는 이유로 손해배상청구를 배척한 원심을 파기환송한 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·등사 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◇

#### 가. 영업비밀의 개념

민사소송법 제163조 제1항 제2호에 의하면, 소송기록 중에 당사자가 가지는 영업비밀이 적혀 있는 때에 해당한다는 소명이 있는 경우에는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로 소송기록 중 그 부분의 열람 등을 신청할 수 있는 자를 당사자로 한정할 수 있다. 위 조항은 “이때의 영업비밀은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라고 한다) 제2조 제2호에 규정된 영업비밀을 말한다.”라고 규정하고 있으므로 위 영업비밀의 개념은 부정경쟁방지법상의 영업비밀의 개념과 동일하게 해석함이 상당하다.

2015. 1. 28. 법률 제13081호로 개정되기 전의 부정경쟁방지법 제2조 제2호에서는 영업비밀에 관하여 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지될 것을 요구하였고, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3435 판결, 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도10389 판결 등도 “‘상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된다’는 것은 그 정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하고, 그 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 그 정보에 접근한 자에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태인 것을 말한다.”라고 판시하였다. 이후 법률 제13081호로 개정된 부정경쟁방지법 제2조 제2호에서는 “합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지”될 것만을 요구하게 되었고, 이 사건은 위와 같이 개정된 부정경쟁방지법이 적용된다(나아가 2019. 7. 9.부터 시행되는 2018. 1. 8. 법률 제16204호로 개정된 부정경쟁방지법 제2조 제2호에서는 영업비밀에 관하여 “비밀로 관리”될 것만을 요구하고 있다).

#### 나. 미확정 소송기록에 대한 열람 등의 제한

확정 판결서에 대하여는 누구든지 열람 및 복사를 할 수 있고(민사소송법 제163조의2), 확정된 소송기록은 학술연구 등 일정한 목적 하에 열람할 수 있도록(민사소송법 제162조 제2항) 정한 반면, 미확정 상태의 소송기록에 관하여는 당사자나 이해관계를 소명한 제3자만이 열람 등이 가능하도록(민사소송법 제162조 제1항) 정하고 있다.

그런데 민사소송법 제352조에 따라 미확정 상태의 다른 소송기록을 대상으로 하는 문서의 송부가 촉탁된 경우, 해당 소송기록을 보관하는 법원은 정당한 사유가 없는 한 이에 협력할 의무를 부담한다(민사소송법 제352조의2). 이에 따라 이해관계의 소명이 없는 제3자라 할지라도 다른 미확정 상태의 소송기록을 대상으로 문서송부촉탁을 신청하여 채택된다면, 대상 기록에 관해 민사소송법 제163조의 소송기록 열람 등 제한이 되어 있지 않는 경우에는, 제한 없이 미확정 상태의 소송기록을 열람할 수 있는 결과가 된다. 대상 문서를 지정하지 않은 채로 법원의 송부촉탁 결정이 이루어지고, 송부촉탁 결정 이후 신청인이 직접 대상 기록을 열람한 후에 필요한 부분을 지정하여 문서송부촉탁이 이루어지고 있는 현실에 비추어 본다면, 미확정 상태의 소송기록에 적혀 있는 영업비밀을 보호할 필요성이 더욱 크다.

☞ 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

## 제4편 소송의 종료

### 제1장 총설

### 제2장 당사자 행위에 의한 종료

### 제3장 종국판결에 의한 종료

#### ◆ 배당기일에서 이의하지 않은 채권자의 부당이득반환 청구 허용 여부에 관한 대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결

[1] 배당받을 권리 있는 채권자가 자신이 배당받을 몫을 받지 못하고 그로 인해 권리 없는 다른 채권자가 그 몫을 배당받은 경우, 배당이의 여부 또는 배당표의 확정 여부와 관계없이 배당받을 수 있었던 채권자가 배당금을 수령한 다른 채권자를 상대로 부당이득반환 청구를 할 수 있는지 여부(적극)

[2] 담보권 실행을 위한 부동산경매절차에서 근저당권자인 갑 은행에 2순위로 채권액 전부가 배당되고 일반채권자인 신용보증기금과 을 주식회사 등에는 6순위로 채권액 일부만 배당되자 배당기일에 출석한 을 회사가 갑 은행에 배당된 배당금에 관하여 이의하고 갑 은행을 상대로 배당이의의 소를 제기하여 확정된 화해권고결정에 따라 갑 은행에 배당된 배당금 전액을 수령하였는데, 그 후 위 배당기일에 출석하였으나 이의하지 않은 신용보증기금이 을 회사를 상대로 을 회사가 수령한 배당금 중 신용보증기금의 채권액에 비례한 안분액에 대해서 부당이득반환을 구한 사안에서, 을 회사는 신용보증기금에 을 회사가 수령한 배당금 중 신용보증기금의 채권액에 비례한 안분액을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 한 사례

#### ◆ 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 존부에까지 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 선결문제 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 당사자는

이에 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 물건적 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 물건적 청구권의 실체적인 내용이 변경, 소멸되는 것은 아니다.

위 가등기말소청구소송의 사실심 변론종결 후에 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자는 적법하게 취득한 근저당권의 일반적 효력으로서 물건적 청구권을 갖게 되고, 위 가등기말소청구소송의 소송물인 패소자의 가등기말소청구권을 승계하여 갖는 것이 아니며, 자신이 적법하게 취득한 근저당권에 기한 물건적 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 판단을 수긍하여 상고기각한 사례

#### ◆ 가집행선고판결의 이행명령가부-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)

## 제5편 상소/재심 절차

제1장 총설

제2장 항소

제3장 상고

### 제4장 재심

◆ 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유가 문제된 대법원 2019. 9. 10. 선고 2018다300470 판결 상고기각

◇민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유와 관련하여, 여러 개의 유죄판결이 재심대상판결의 기초가 되었는데 이후 각 유죄판결이 재심을 통하여 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 경우, 어느 한 유죄판결이 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 사정은 특별한 사정이 없는 한 별개의 독립한 재심사유가 되는지 여부(적극) 및 이는 재심대상판결의 기초가 된 각 유죄판결에 대하여 형사재심에서 인정된 재심사유가 공통된다거나 무죄판결의 이유가 동일하더라도 마찬가지인지 여부(적극)◇

(1) 민사확정판결의 기초가 된 복수의 유죄확정판결들이 공통의 이유로 형사재심을 통하여 무죄로 바뀐 경우, 그러한 무죄판결확정마다 민사소송법 제451조 제1항 제8호에 대한 재심사유가 발생하는지 여부(이른바 재심사유 동일설 vs 재심사유 개별설)

(2) 재심의 소 제기기간의 준수 여부

재심은 확정된 종국판결에 대하여 판결의 효력을 인정할 수 없는 중대한 하자가 있는 경우 예외적으로 판결의 확정 에 따른 법적 안정성을 후퇴시켜 그 하자를 시정함으로써 구체적 정의를 실현하고자 마련된 것이다(대법원 1992. 7. 24. 선고 91다45691 판결 등 참조).

민사소송법 제451조 제1항 제8호는 “판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때”를 재심사유로 정하고 있다. 이는 판결의 기초가 된 재판이나 행정처분이 그 후의 다른 재판이나 행정처분에 따라 확정적이고 또한 소급적으로 변경된 경우를 말한다(대법원 1987. 12. 8. 선고 87다카2088 판결 등 참조). 여기에서 재판이 판결의 기초가 되었다고 함은 재판이 확정판결에 법률적으로 구속력을 미치는 경우 또는 재판내용이 확정판결에서 사실인정의 자료가 되었고 그 재판의 변경이 확정판결의 사실인정에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우를 말한다(대법원 1996. 5. 31. 선고 94다20570 판결 등 참조).

재심사유는 그 하나하나의 사유가 별개의 청구원인을 이루는 것이므로, 여러 개의 유죄판결이 재심대상판결의 기초가 되었는데 이후 각 유죄판결이 재심을 통하여 효력을 잃고 무죄판결이 확정된 경우, 어느 한 유죄판결이 효력을 잃고 무죄판결이 확정되었다는 사정은 특별한 사정이 없는 한 별개의 독립된 재심사유라고 보아야 한다. 재심 대상판결의 기초가 된 각 유죄판결에 대하여 형사재심에서 인정된 재심사유가 공통된다거나 무죄판결의 이유가 동일하다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

☞ 이른바 ‘구로동 분배농지 사건’에서 수분배자들의 분배농지에 관한 소유권이전등기청구를 기각한 재심대상판결에 대하여, 재심대상판결의 기초가 된 복수의 유죄판결들 중 일부가 형사재심을 통해 변경되자 이를 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유(“판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때”)로 주장했던 원고들의 1차 재심청구가 재심제기기간 도과로 각하되었으나, 나머지 유죄판결들 역시 형사재심을 통해 변경되자, 원고들이 이를 다시 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유로 주장하며 2차 재심을 청구한 사건에서, 위 유죄판결들 중 어느 한 유죄판결이 변경된 사정은 다른 유죄판결이 변경된 사정과 별개로 독립하여 민사소송법 제451조 제1항 제8호의 재심사유가 된다고 보아, 원고들의 2차 재심청구를 받아들인 원심에 대한 피고의 상고를 모두 기각한 사례

## 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)◇

1. 특허발명의 보호범위는 청구범위에 적혀 있는 사항에 의하여 정하여지고 발명의 설명이나 도면 등에 의하여 보호범위를 제한하거나 확장하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만 청구범위에 적혀 있는 사항은 발명의 설명이나 도면 등을 참작하여야 기술적인 의미를 정확하게 이해할 수 있으므로, 청구범위에 적혀 있는 사항의 해석은 문언의 일반적인 의미 내용을 기초로 하면서도 발명의 설명이나 도면 등을 참작하여 문언에 의하여 표현하고자 하는 기술적 의의를 고찰한 다음 객관적·합리적으로 하여야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018후10350 판결 등 참조).

2. 특허권침해소송의 상대방이 제조하는 제품 또는 사용하는 방법 등이 특허발명의 특허권을 침해한다고 할 수 있기 위하여는 특허발명의 청구범위에 기재된 각 구성요소와 그 구성요소 간의 유기적 결합관계가 침해대상제품 등에 그대로 포함되어 있어야 한다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2010다65818 판결 등 참조).

3. 선택적으로 병합된 수개의 청구를 모두 기각한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우, 상고법원이 선택적 청구 중 일부라도 그에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때에는 원심판결을 전부 파기하여야 한다(대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결 등 참조).

☞ 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 결합관계를 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

### 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)

◆ 원고들이 주위적 피고와 예비적 피고를 상대로 스키장 회원 가입비 반환을 구하는 사건 대법원 2019. 9. 10. 선고 2018다237473

◇체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제27조 제2항의 입법 취지, 2. 본래 용도에 따른 기능을 상실하여 종전 체육시설업을 영위할 수 없는 정도에 이르렀고 체육시설업의 영업 실질이 남아 있지 않게 된 경우 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제27조 제2항에서 정하는 「문화체육관광부령으로 정하는 체육시설업의 시설 기준에 따른 필수시설(이하 ‘체육필수시설’이라 한다)」에 해당한다고 볼 수 있는지 여부(소극)◇

1. 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(이하 ‘체육시설법’이라 한다) 제27조는 영업주체의 변동에도 불구하고 사업의 인·허가와 관련하여 형성된 공법상 관리체계를 유지시키고 체육시설업자와 이용관계를 맺은 다수 회원의 이익을 보호하는 데 입법 취지가 있다(대법원 2016. 5. 25.자 2014마1427 결정, 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결 등 참조). 특히 체육시설법 제27조 제2항은 같은 조 제1항의 영업양도에는 해당하지 않더라도 제2항 각 호에서 정하는 민사집행법에 따른 경매 등 절차에 따라 체육필수시설의 소유권이 이전되어 체육시설업의 영업 주체가 변경되는 때에도 제1항을 준용하려는 것이 그 입법 취지이다.

2. 당초에는 어떠한 시설이 체육시설법 제27조 제2항에서 정한 체육필수시설에 해당하였지만, 이를 구성하던 일부 시설이 노후화되거나 철거되는 등으로 남은 시설로는 본래 용도에 따른 기능을 상실하여 이를 이용해서 종전 체육시설업을 영위할 수 없는 정도에 이르렀고 체육시설업의 영업 실질이 남아 있지 않게 된 경우에는 그 시설은 더는 체육시설법 제27조 제2항에서 정한 체육필수시설에 해당한다고 볼 수 없다. 이러한 시설이 민사집행법에 따른 경매 등 체육시설법 제27조 제2항 각 호에서 정한 절차에 따라 매각된다고 하더라도 체육시설법 제27조 제2항은 적용되지 않으므로 그 시설을 매수한 사람은 기존 체육시설업자의 회원에 대한 권리·의무를 승계한다고 볼 수 없다.

☞ 예비적 피고는 담보권의 실행을 위한 경매 절차에서 스키장 부동산을 매수하였고 주위적 피고는 예비적 피고로부터 위 부동산을 매수하였는데, 원고들이 피고들을 상대로 각각 스키장 회사 또는 예비적 피고의 권리·의무를 승계하였음을 이유로 가입비 반환을 구한 사건에서, 예비적 피고가 매수한 위 부동산은 체육필수시설 기준을 충족시키지 못하였고 그 용도에 따른 기능을 상실할 정도로 훼손되어 스키장업을 영위하기 현저히 곤란하였다는 이유로 체육필수시설로 볼 수 없다고 판단한 원심이 타당하고, 주위적 피고에 대한 상고는 원고들이 상고이유서를 제출하지 않은 것으로 보아야 한다는 이유로 원고들의 상고를 모두 기각한 사례

◆ 매도청구권 행사 이후에 이루어진 특정승계에 대한 승계인수 신청 인정하지 아니한 대법원 2019. 2. 28. 선고 2016다255613 판결

민사소송법 제82조 제1항은 ‘승계인의 소송인수’에 관하여 “소송이 법원에 계속되어 있는 동안에 제3자가 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 때에는 법원은 당사자의 신청에 따라 그 제3자로 하여금 소송을 인수하게 할 수 있다.”라고 정하고 있다. 토지 또는 건축물에 관한 특정승계를 한 것이 토지 또는 건축물에 관한 소유권이전등기의무를 승계하는 것은 아니다. 따라서 사업시행자가 조합 설립에 동의하지 않은 토지 또는 건축물 소유자를 상대로 매도청구의 소를 제기하여 매도청구권을 행사한 이후에 제3자가 매도청구 대상인 토지 또는 건축물을 특

정승계하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 사업시행자는 민사소송법 제82조 제1항에 따라 제3자로 하여금 매도청구소송을 인수하도록 신청할 수 없다.

☞ 주택재건축사업의 사업시행자인 원고가 사업시행구역 내 토지와 건물을 소유하던 A를 상대로 구 「도시 및 주거환경정비법」(2012. 2. 1. 법률 제11293호로 개정되기 전의 것) 제39조에 따라 매도청구권을 행사하였고, 피인수신청인은 그 후에 위 토지와 건물의 소유권을 특정승계로 취득하였는데, 원고가 이 사건 제1심 소송 계속 중에 민사소송법 제82조에 따라 피인수신청인을 상대로 승계인수신청을 한 사건에서, 피인수신청인이 원고의 매도청구권 행사 이후에 비로소 위 토지와 건물의 소유권을 특정승계한 사정만으로는 민사소송법 제82조 제1항에서 정하는 ‘소송목적의 의무를 승계한 때’에 해당한다고 할 수 없으므로 원고의 이 사건 승계인수신청은 허용될 수 없다고 판단하여 상고기각한 사안임.

◆ 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 소송제도와와의 정합성, 원고 승계참가인(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 취하하지 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 소송목적의 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).

◆ 양도금지특약을 위반한 채권양도의 효력이 문제된 사건-대법원 2019. 12. 19. 선고 2016다24284전원합의체 판결]

◇건설공사 수급인이 도급계약에서 정한 양도금지특약을 위반하여 공사대금채권을 하수급인들에게 양도한 경우, 하수급인들이 특약이 있음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다면 그 채권양도의 효력이 부정되는지 여부(적극)◇

☞ 건설공사 수급인이 도급계약상 양도금지특약을 위반하여 공사대금채권을 하수급인들에게 양도한 후 도급인인 피고를 상대로 양도한 공사대금채권을 포함한 공사대금의 지급을 구하자, 피고가 위 채권양도의 유효성을 전제로 채권이 하수급인들에게 이전되었다고 항변한 사안에서, 양도금지특약을 위반한 채권양도는 원칙적으로 무효이고, 양수인인 하수급인들이 특약의 존재를 알지 못하였음에 중대한 과실이 있다고 보아 피고의 항변을 배척한 원심판결이 정당하다고 판단하여 피고의 상고를 기각한 사례

☞ 이러한 다수의견에 대하여 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 노정희의 반대의견이 있고, 다수의견에 대한 대법관 민유숙, 대법관 이동원의 보충의견 및 반대의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견이 각각 있음

# 최신 변호사모의고사/변호사 시험 등 문제풀이

## 2019년 변호사시험

<제1문의 2>

< 기초적 사실관계 >

甲은 乙로부터 X부동산을 5억 원에 매수하였다며 2017. 3. 2. 乙을 상대로 “乙은 甲에게 X부동산에 관하여 2015. 7. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이 전등기절차를 이행하라.”라는 취지의 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다.

[※ 추가적 사실관계는 각각 별개임]

< 추가적 사실관계 1 >

위 소송 계속 중 2018. 2. 2. 甲과 乙은 다음과 같이 소송상화해를 하였다. “乙은 甲에게 X부동산에 관하여 2015. 7. 1. 매매를 원인으로 한 소유권이 전등기절차를 이행한다. 甲은 乙에게 매매 잔대금 1억 원을 2018. 6. 30.까지 지급한다. 소송비용은 각자 부담한다.” 그런데 乙은 위 화해조항에 따라 甲 명의로 소유권이전등기를 마쳤음에도 甲이 매매 잔대금 1억 원을 지급하지 않아서 위 매매계약이 잔대금 미지급으로 해제되었고 그로 인해 위 소송상화해도 효력이 없다고 주장하면서, 甲을 상대로 X부동산에 관한 甲 명의의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다.

< 문제 >

1. 乙의 주장대로 甲이 화해조항에 따른 매매 잔대금 1억 원을 지급하지 않았다면, 법원은 乙의 청구에 대해 어떤 판결을 하여야 하는가? (25점)

< 추가적 사실관계 2 >

제1심 법원이 甲의 청구를 기각하자 甲이 항소하였고 乙은 甲의 항소 직후 사망하였다. 그런데 항소심 법원이 이를 간과한 채 소송을 진행하여 항소장 부분 및 변론기일 소환장이 공시송달의 방법으로 송달되었다. 항소심 법원은 甲의 항소를 받아들여 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고 판결문까지 공시송달의 방법으로 송달되었다. 乙의 상속인으로는 A, B가 있고 A, B는 상소기간 도과 후인 2018. 10. 28.에야 이러한 사실을 알게 되었는데, A는 위 판결을 그대로 받아들이기로 했으나 B는 위 판결의 효력을 다투고 있다.

< 문제 >

2. B가 혼자서 2018. 11. 5. 추후보완상고를 제기하였다면 이는 적법한가? (15점)

< 추가적 사실관계 3 >

제1심 법원이 甲의 청구를 기각하자 甲이 항소하였다. 乙은 항소심에서 X부동산에 관한 매매계약이 해제되었다고 주장하고, 만일 해제되지 않았다면 甲은 乙에게 매매 잔대금 1억 원을 지급할 의무가 있다고 주장하면서 예비적으로 “甲은 乙에게 1억 원을 지급하라.”라는 취지의 반소를 제기하였다.

< 문제 >

3. 항소심 법원이 항소기각 판결을 한다면 위 반소청구에 대하여 판단을 하여야 하는가? (10점)

### 문제 3. 항소심 법원이 항소기각 판결을 한다면 위 반소청구에 대하여 판단을 하여야 하는가? (10점)

#### 1. 쟁점 정리

예비적 청구취지의 문언상의 의미는 이른바 예비적 반소라고 보아야 한다. 즉 항소심에 제기한 예비적 반소에 대한 판단이 문제된다. 항소심에서 예비적 반소가 허용되는지, 심판대상이 되는지 문제된다.

#### 2. 항소심에서 반소의 허용여부

(1) 본소계소중 반소제기

(2) 항소심에서 예비적 반소의 허용

(3) 소결

#### 3 항소심에서 예비적 반소의 심판

### (1) 본소와 예비적 반소 존속관계

### (2) 심판방법

예비적 반소는 내부적 조건이기 때문에 허용되며 진정 예비적 반소인 경우본소가 인용될 것을 대비하므로 i) 본소청구가 취하되면 반소청구의 소송계속은 소급적으로 소멸되며, ii) 본소청구가 각하·기각되면 반소청구에 대한 심판을 요하지 않는다. 그 반대로 부진정예비적 반소인 경우 본소청구가 기각될 것을 대비한다. 사안의 경우 청구취지는 이른바 진정예비적 반소이다.

### (3) 사안의 경우

## 4. 결론

항소기각은 본소기각판결이 확정되는 것이므로 예비적 반소는 판단을 요하지 않는다.

#### <제1문의 3>

##### < 기초적 사실관계 >

甲종중의 대표자 乙은 2018. 5.경 일부 종원들이 乙 몰래 甲종중 소유의 X토지를 종원 丙에게 매도하고 관련서류를 위조하여 소유권이전등기를 마쳐 준 사실을 알게 되어 甲종중을 원고로 하여 丙을 상대로 X토지에 관한 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하였다.

[※ 추가적 사실관계는 각각 별개임]

##### < 추가적 사실관계 1 >

위 소송에서 丙은 甲종중이 그 종중을 나타내는 특별한 명칭을 사용한 적이 없고 서면으로 된 정식 종중규약도 없으며, 그 대표자라는 乙이 일부 종원들에게는 소집통지를 하지 않고 乙에게 우호적인 종원들에게만 소집통지를 하여 개최된 종중총회의 결의에 의하여 선임되었을 뿐이라고 주장하고 있다. 그럼에도 불구하고 제1심 법원은 甲종중에 대하여 석명권을 행사하거나 직권증거조사를 해서 乙에게 적법한 대표권이 있는지를 심리하지 않고 변론을 종결하였다.

##### < 문제 >

1. 제1심 법원은 원고에 대하여 석명권을 행사하는 등으로 乙에게 대표권이 있는지를 심리 판단하여야 하는가? 또 丙의 주장이 사실이라면 원고의 이 사건 소는 적법한가? (15점)

##### < 추가적 사실관계 2 >

제1심 소송 계속 중 丙은 甲종중을 상대로 반소를 제기하면서 주위적으로 甲종중과의 매매계약이 유효하다면 X토지의 인도를 구하고, 예비적으로 위 매매계약이 무효라면 X토지 매매대금 상당의 부당이득금반환을 구하였다. 제1심은 위 매매계약이 무효라고 판단한 후 甲종중의 청구와 丙의 예비적 청구를 인용하였다. 이에 대하여 원고(반소피고)인 甲종중이 丙의 예비적 청구에 대하여 항소하였고, 丙은 패소부분에 대하여 항소 및 부대항소를 하지 않았다.

##### < 문제 >

2. 항소심에서 심리한 결과 甲종중과 丙의 매매계약이 유효라는 판단을 한 경우에 항소심은 丙의 주위적 청구를 인용할 수 있는가? (20점)

##### < 추가적 사실관계 3 >

제1심에서 甲종중의 청구를 인용하는 판결이 선고되어 확정되었다. 이에 甲종중이 丙의 소유권이전등기를 말소하기 위하여 새로운 등기부등본을 발급 받아 보고, 丙이 丁에게 위 소송의 변론종결 전에 소유권이전등기를 마쳐 주었으며, 다시 丁이 戊에게 위 소송의 변론종결 후에 소유권이전등기를 마쳐 준 사실을 비로소 알게 되었다.

##### < 문제 >

3. 위 판결의 효력이 丁과 戊에게 미치는지 여부와 甲종중이 丁과 戊 명의의 각 소유권이전등기를 말소할 수 있는 방법을 서술하시오. (15점)

**문제 1. 제1심 법원은 원고에 대하여 석명권을 행사하는 등으로 乙에게 대표권이 있는지를 심리 판단하여야 하는가? 또 丙의 주장이 사실이라면 원고의 이 사건 소는 적법한가? (15점)**

### 1. 문제의 소재

적극적 석명의 대상이 되는지 여부와 갑 종중의 명의를 사용하지 않은 경우 일부 종중원이 중중결의로 소송수행권을 받은 경우 이들을 선정당사자 내지는 임의적 소송담당으로 볼 수 있는지, 나아가 종중의 일원이 보존행위로서 단독으로 종중재산에 대한 소를 수행할 수 있는지 여부 살펴야 한다.

## 2. 적극적 석명의무여부

### (1) 문제점

(2) 석명여부에 대한 견해의 대립이다.

(3) 직권조사사항으로서 석명대상인정

## 3. 원고 乙 소송의 적법성

### (1) 문제점

(2)

### (4) 사례에의 적용

甲은 종중총회 결의에 의하여 소송수행권한을 신탁받았다고 하더라도, 선정당사자를 포함한 임의적 소송담당자가 될 수 없어 스스로의 이름으로 소송을 수행하지 못한다. 따라서 임의적 소송신탁자로서 총유관계소송을 수행할 당사자적격이 없다.

## 4. 결론

종중인지 아니면 대표자 개인이 소를 제기한 경우인 당사자를 명확하지 하기위하여 직권조사하여 법원은 석명하여야 하며, 한편 대표자의 원고 적격이 없어 乙의 소는 부적법하다.

## 문제 2. 항소심에서 심리한 결과 甲종중과 丙의 매매계약이 유효라는 판단을 한 경우에 항소심은 丙의 주위적 청구를 인용할 수 있는가? (20점)

### 1. 문제의 제기

반소의 예비적 병합에 대하여 예비적 청구를 인용한 부분에 대하여 부대항소 등이 없는 경우 반소피고인 원고가 항소한 경우 항소심에서 주위적 청구를 심판대상으로 삼을 수 있는지 즉 불이익변경금지원칙이 적용되어야 하는 것은 아닌지 문제된다.

### 2. 반소피고의 항소

(1) 반소의 법적 성질

(2) 반소의 모습

(3) 반소의 심판방법

### 3. 반소피고가 항소한 예비적 인용에 판단

#### (1) 문제점

전부이심되어 차단되었지만, 심판범위는 불이익변경금지원칙이 적용되는 것은 아닌지 문제된다.

#### (2) 판례

원고로부터 부대항소가 없는 한 항소심의 심판대상은 예비적 청구에 한하며 불이익금지원칙을 적용한다.

#### (3) 검토

### 4. 결론

매매 무효를 전제로 한 본소의 판결은 유지하고, 매매가 유효하므로 예비적 청구에 대한 반소피고의 항소를 인용하여 반소의 제1심 판결을 취소하고 반소원고 청구에 대하여 전부기각판결한다.

## 문제 3. 위 판결의 효력이 丁과 戊에게 미치는지 여부와 甲종중이 丁과 戊 명의의 각 소유권이전등기를 말소할 수 있는 방법을 서술하시오. (15점)

### 1. 문제의 소재

丁과 戊가 판결의 효력이 미치는지 문제되는데, 丁이 변론종결 전의 승계인이 되는 경우 추정승계인에 해당하는지, 丁으로부터 승계받은 戊도 추정승계인이 되는지 아니면, 변종후 승계인이 되어 판결의 효력을 받는지 문제된다. 승계인의 경우 여전히 그에 따라 별소를 제기하여야 하는지 승계집행문을 받아 강제집행할 수 있는지 문제된다.

### 2. 승계인에 해당하는 여부

- (1) 승계인의 범위
- (2) 승계의 기준<sup>1)</sup>
- (3) 기관력의 주관적 범위에 발생
  - 1) 丁의 경우
  - 2) 戊의 경우
- 3. 말소등기방법
  - (1) 말소등기청구소송
  - (2) 승계집행문
- 4. 결론

丁과 戊에게 판결이 효력이 미치며 승계집행문을 부여받아 가능하다.

---

1) 변론종결 전에 승계한 자로부터 변론종결 후에 다시 승계한 자는 제1의 승계인에게 판결의 집행력이 미치지 않는 이상 제2의 자에게도 미칠 이유가 없으므로 민사소송법 제218조 제1항의 승계인에 해당하지 않는다. 대결 1967.2.23. 67마55. 그러나 이는 변론종결전의 승계인에 해당한다는 뜻이지 승계인이 아니라는 것은 아니라고 해석하여야 한다.

# 2019년도 제1차 변호사시험 모의시험

## 제 1 문

[제1문의 1]

<기초적 사실관계>

甲은 乙을 상대로 乙 소유로 등기되어 있던 X 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하는 소(이하 ‘A소’라고 한다)를 제기하였다. 소송계속 중 乙은 변호사인 丙에게 소송대리를 위임한 후 사망하였는데, 丁이 그 유일한 상속인이었다. 乙의 사망 사실을 알지 못 한 법원은 乙을 피고로 하여 청구인용 판결을 선고하였고, 판결정본이 甲과 丙에게 송달된 때로부터 30일이 경과한 후 甲은 위 판결에 기하여 자신 앞으로 X 토지에 관한 소유권이전등기를 마쳤다.

그 후 丁은 위 소유권이전등기가 원인무효라고 주장하면서 그 말소를 청구하는 소(이하 ‘B소’라고 한다)를 제기하였다. 심리 결과 “甲은 乙로부터 X 토지를 매수한 적이 없고, 다른 실체법상 등기원인도 존재하지 않는다.”는 점이 밝혀졌다.

<문제>

乙이 사망 전에 丙에게 상소제기의 수권을 한 경우와 위 수권을 하지 않은 경우를 나누어, 각 경우에 B소 법원이 어떠한 판결을 해야 하는지 논하시오. (30점)

[제1문의 2]

<기초적 사실관계>

甲은 乙에게 토지를 대금 1억 원에 매도한 후 위 대금의 지급기일이 도래하였음에도 채무초과 상태에서 위 대금 채권을 행사하지 않았다(이러한 사실은 아래 각 소송절차에서 모두 주장·증명되었다). 그 후 丙은 자신이 2016. 5. 4. 甲에게 2억 원을 변제기일은 2017. 5. 3.로 정하여 대여하였다는 사실(이하 ‘이 사건 대여사실’이라고 한다)을 주장하면서 위 2억 원의 대여금채권을 피보전채권으로 하여 甲을 대위하여 乙을 상대로 위 대금 1억 원의 지급을 청구하는 소(이하 ‘A 소’라고 한다)를 2018. 7. 2. 제기하였다. 甲은 같은 날 A 소의 제기 사실을 알게 되었다.

제1심법원은 이 사건 대여사실이 존재하지 않는다는 이유로 A 소를 각하하는 판결을 선고하였고, 이 판결은 그대로 확정되었다. 그 후 丙은 甲을 상대로 대여금 2억 원의 반환을 청구하는 소(이하 ‘B 소’라고 한다)를 제기한 후 그 소송절차에서 이 사건 대여사실이 존재한다는 진술을 하고 A 소의 소송절차에서는 제출되지 않았던 새로운 증거를 제출하여 B소 제1심법원으로 하여금 이 사건 대여사실이 존재한다는 확신을 갖게 하였다.

<문제>

1. A 소를 각하한 위 판결은 타당한가? (이 사건 대여사실이 존재하지 않는다는 법원의 판단에는 아무런 문제가 없음을 전제로 할 것) (15점)

2. B 소에 대하여 제1심법원은 어떠한 판결을 선고하여야 하는가? (15점)

[제1문의 3]

<기초적 사실관계>

Y 아파트는 제1동부터 제10동까지의 10개동으로 구성되어 있고, 甲과 乙은 Y 아파트 제2동의 입주자로서 Y 아파트 입주자대표회의의 구성원이다. 甲은 乙을 상대로 ‘乙이 위 제2동 동대표 지위에 있지 않다.’는 확인을 청구하는 소를 제기하였다.

<문제>

甲은 위 입주자대표회의를 위 확인청구에 대한 예비적 피고로 추가할 수 있는가? (15점)

[제1문의 4]

<기초적 사실관계>

甲 소유의 X 토지에 관하여 乙 앞으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다. 甲은 “甲이 乙에게 X 토지를 대금 10억 원에 매도하는 내용의 매매계약(이하 ‘이 사건 계약’이라고 한다)을 체결한 후 위 소유권이전등기를 마쳤는데, 乙은 아직 대금을 지급하지 않았다.”라고 주장하면서 乙을 상대로 주위적으로는 대금 10억 원의 지급을 청구하는 한편, 이 사건 계약 체결 사실이 인정되지 않을 것에 대비하여 예비적으로는 위 소유권이전등기의 말소를 청구하는 소를 제기하였다(아래 각 설문은 서로 별개이다).



<아래 문제 1에 적용되는 추가적 사실관계>

제1심 소송과정에서 乙이 이 사건 계약을 체결한 적이 없다고 진술하자, 甲은 이 사건 계약 체결 사실에 대한 증거로 이 사건 계약 내용이 기재된 매매계약서를 제출하였다. 이에 乙은 “위 매매계약서의 매수인란에 날인된 인영은 乙의 인장에 의한 것이지만, 乙은 위 인영을 날인한 적이 없다.”라고 진술하였다. 심리 결과 위 인영은 丙이 날인한 것으로 밝혀지자, 甲은 “丙이 乙의 위임을 받아 위 인영을 날인하였다.”라고 진술하였고, 乙은 “날인을 위임한 사실이 없다.”라고 주장하였다.

법원은 乙이 丙에게 날인을 위임을 하였는지 여부에 대해 확신을 갖지 못 하였고, 위 매매계약서 외에 달리 이 사건 계약 체결 사실을 인정할 만한 증거가 없는 상태이다.

<문제>

1. 제1심 법원은 주위적 청구에 대하여 어떠한 판단을 하여야 하는가? (15점)

<아래 문제 2에 적용되는 추가적 사실관계>

제1심 법원은 이 사건 계약이 체결되지 않은 것으로 판단하여 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 이에 乙만 항소하였다. 항소심 법원은 심리 결과 이 사건 계약이 체결되었다는 확신을 갖게 되었다.

<문제>

2. 항소심 법원은 어떠한 판결을 선고하여야 하는가? (10점)

[제1문의 5]

<기초적 사실관계>

甲 은행은 2017. 2. 9. 乙과 乙 소유의 X토지에 채무자 乙, 채권최고액 1억 3,000만 원, 근저당권자 甲 은행으로 한 근저당권설정계약을 체결하여 甲 은행 앞으로 근저당권설정등기를 마쳤고, 이어서 乙과 乙 소유의 X토지에 지료 없이 존속기간 2017. 2. 9.부터 만 10년으로 한 지상권설정계약을 체결하여 甲 은행 명의의 지상권설정등기를 마쳤다. 甲 은행은 2017. 2. 10. 乙에게 이율 연 5%, 변제기 2020. 2. 10.로 정하여 1억 원을 대출하였다.

<문제>

1. 乙은 지상권설정등기에 관한 피담보채무의 부존재 확인의 소를 제기하였다. 乙의 청구에 관한 법원의 판단(각하, 기각, 전부 인용, 일부 인용)을 근거와 함께 서술하시오(15점).

#### <기초적 사실관계>

甲은 乙을 상대로 乙 소유로 등기되어 있던 X 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하는 소(이하 ‘A소’라고 한다)를 제기하였다. 소송계속 중 乙은 변호사인 丙에게 소송대리를 위임한 후 사망하였는데, 丁이 그 유일한 상속인이었다. 乙의 사망 사실을 알지 못 한 법원은 乙을 피고로 하여 청구인용 판결을 선고하였고, 판결정본이 甲과 丙에게 송달된 때로부터 30일이 경과한 후 甲은 위 판결에 기하여 자신 앞으로 X 토지에 관한 소유권이전등기를 마쳤다.

그 후 丁은 위 소유권이전등기가 원인무효라고 주장하면서 그 말소를 청구하는 소(이하 ‘B소’라고 한다)를 제기하였다. 심리 결과 “甲은 乙로부터 X 토지를 매수한 적이 없고, 다른 실체법상 등기원인도 존재하지 않는다.”는 점이 밝혀졌다.

#### <문제>

乙이 사망 전에 丙에게 상소제기의 수권을 한 경우와 위 수권을 하지 않은 경우를 나누어, 각 경우에 B소 법원이 어떠한 판결을 해야 하는지 논하시오. (30점)

### 1. 쟁점 (3)

소송절차의 중단 여부, 심급대리의 원칙, 기판력의 발생·작용·본질

### 2. 소송절차의 중단 여부 (5)

- 乙의 소송계속 중 사망으로 인하여 丁의 수계 여부와 무관하게 丁이 피고의 지위를 승계함(판례의 입장인 당연승계설 / 이에 반하여 수계절차를 밟아야 당사자지위를 승계한다는 반대설 있음).
- 당사자 사망으로 인한 중단(제233조)
- 乙에게 소송대리인이 있었으므로 사망 시 소송이 중단되지 않고(제238조) 乙에 대한 판결은 丁에 대한 효력이 있음.

[대법원 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결]

당사자가 사망하였으나 그를 위한 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차가 중단되지 아니하고, 그 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되어 그 사건의 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다고 할 것이며, 다만 심급대리의 원칙상 그 판결정본이 소송대리인에게 송달된 때에는 소송절차가 중단된다.

### 3. 기판력의 발생 및 작용 여부 (15점)

가. 상소제기의 특별수권을 한 경우

- 사망 시는 물론 판결정본 송달 시에도 소송이 중단되지 않고, 상소기간이 진행되어, 판결은 확정됨. 따라서 기판력이 발생함.

91마342

이 사건 제1심판결의 효력은 당사자표시에서 누락되었음에도 불구하고 위 망 남기열의 정당한 상속인인 위 남국현, 남주현에게도 그들의 상속지분 만큼 미치는 것이고 통상의 경우라면 심급대리의 원칙상 이 판결의 정본이 소송대리인에게 송달된 때에 소송절차는 중단되는 것이며, 소송수계를 하지 아니한 남국현과 남주현에 관하여는 현재까지도 중단상태에 있다고 할 것이나, 기록에 의하면 이 사건의 경우 망 남기열의 소송대리인이었던 임종선변호사는 상소제기의 특별수권을 부여받고 있었으므로(소송대리위임장에 부동문자로 특별수권이 부여되어 있다) 항소제기기간은 진행된다고 하지 않을 수 없어 제1심판결 중 위 남국현, 남주현의 상속지분에 해당하는 부분은 그들이나 소송대리인이 항소를 제기하지 아니한 채 항소제기기간이 도과하여 이미 그 판결이 확정되었다고 하지 않을 수 없다.

- B소는 A소 판결과 모순관계에 있어 A소 판결의 기판력이 B소에 작용한다.

[대법원 1987.03.24. 선고 86다카1958 판결]

소유권이전등기 절차를 명하는 확정판결에 의하여 소유권이전등기가 마쳐진 경우에 다시 원인무효임을 내세워 그 말소등기절차의 이행을 청구함은 확정된 이전등기청구권을 부인하는 것이어서 기판력에 저촉된다.

나. 상소제기의 특별수권을 하지 않은 경우

- 판결정본이 丙에게 송달될 때 소송절차가 중단되어 항소기간이 진행되지 않으므로 판결은 확정되지 않고, 따라서 기판력이 발생되지 않음.

### 4. 결론 (7점)

가. 상소제기의 특별수권을 한 경우

- 법원은 등기원인이 존재하지 않는다는 확신에도 불구하고, 판례의 입장인 모순금지설에 따라 청구기각 판결을

하여야 함(반복금지설에 의하면 소각하 판결).

나. 특별수권을 하지 않은 경우

- 위 소유권이전등기는 확정판결에 의하지 아니한 것일뿐 아니라 그 실체적 등기원인도 없는 것이므로 청구인용 판결을 해야 함.

[대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다44471 판결]

민사재판에서 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 될 수 있으나, 법원이 그 확정된 관련사건 판결의 이유와 더불어 다른 증거들을 종합하여 확정판결에서 인정된 사실과 다른 사실을 인정하는 것 또한 법률상 허용되며, 그와 같은 사실인정이 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하고 그 이유 설시에 합리성이 인정되는 한 이는 사실심의 전권에 속하는 사실인정의 문제로서 위법하다 할 수 없다.

[대법원 1992. 4. 24. 선고 91다38631 판결]

제소자가 상대방의 주소를 허위로 기재함으로써 그 허위주소로 소송서류가 송달되어 그로 인하여 상대방 아닌 다른 사람이 그 서류를 받아 의제자백의 형식으로 제소자 승소의 판결이 선고되고, 그 판결정본 역시 허위의주소로 보내어져 송달된 것으로 처리된 이른바 사위판결의 경우에 있어서는 그 판결정본이 상대방에게 적법하게 송달되었다고 할 수 없으므로 그 판결에 대한 상소기간은 진행을 개시하지 아니한다 할 것이어서 그 판결은 형식적으로 확정되었다고 할 수 없고, 따라서 기판력도 발생하지 아니한다는 것이 판례의 견해( 당원 1978.5.9. 선고 75다634 판결; 1981.3.24. 선고 80다2220 판결; 1982.4.13. 선고 81다1350 판결 참조)이다. 그리하여 위와 같은 사위판결에 기하여 경료된 부동산에 관한 소유권이전등기는 실체적 권리관계에 부합될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 원인무효로써 말소될 처지에 있고, 또 그 상대방이 사위판결에 대하여 상소를 제기하지 아니하고 별소에 의하여 소유권이전 등기의 말소를 구한다 하더라도 그 등기명의인으로서는 이를 거부할 수 없는 것이다.

[제1문의 2]

<기초적 사실관계>

甲은 乙에게 토지를 대금 1억 원에 매도한 후 위 대금의 지급기일이 도래하였음에도 채무초과 상태에서 위 대금 채권을 행사하지 않았다(이러한 사실은 아래 각 소송절차에서 모두 주장·증명되었다). 그 후 丙은 자신이 2016. 5. 4. 甲에게 2억 원을 변제기일은 2017. 5. 3.로 정하여 대여하였다는 사실(이하 ‘이 사건 대여사실’이라고 한다)을 주장하면서 위 2억 원의 대여금채권을 피보전채권으로 하여 甲을 대위하여 乙을 상대로 위 대금 1억 원의 지급을 청구하는 소(이하 ‘A 소’라고 한다)를 2018. 7. 2. 제기하였다. 甲은 같은 날 A 소의 제기 사실을 알게 되었다.

제1심법원은 이 사건 대여사실이 존재하지 않는다는 이유로 A 소를 각하하는 판결을 선고하였고, 이 판결은 그대로 확정되었다. 그 후 丙은 甲을 상대로 대여금 2억 원의 반환을 청구하는 소(이하 ‘B 소’라고 한다)를 제기한 후 그 소송절차에서 이 사건 대여사실이 존재한다는 진술을 하고 A 소의 소송절차에서는 제출되지 않았던 새로운 증거를 제출하여 B소 제1심법원으로 하여금 이 사건 대여사실이 존재한다는 확신을 갖게 하였다.

<문제>

1. A 소를 각하한 위 판결은 타당한가? (이 사건 대여사실이 존재하지 않는다는 법원의 판단에는 아무런 문제가 없음을 전제로 할 것) (15점)
2. B 소에 대하여 제1심법원은 어떠한 판결을 선고하여야 하는가? (15점)

<문제>1. A 소를 각하한 위 판결은 타당한가? (이 사건 대여사실이 존재하지 않는다는 법원의 판단에는 아무런 문제가 없음을 전제로 할 것) (15점)

1. 결론 (3점)

타당하다.

2. 논거

가. 쟁점 (1점)

채권자대위소송에서 피보전채권이 존재하지 않는 경우 당사자적격의 존부가 문제된다.

나. 채권자대위소송의 법적 성질 및 요건 (4점)

(1) 법정소송담당설 - 채권자대위소송은 법률이 채권자가 자기 채권의 보전을 할 수 있도록 채권자에게 채무자의 권리에 관한 관리처분권, 즉 소송수행권을 부여한 것이고 채권자는 소송담당자라는 견해로서, 다수설·판례의 입장이 다.

(2) 고유의 대위권설(자신의 채권보전설) - 채권자대위소송은 채권자가 자신에게 인정된 대위권이라는 실체법상의 권리를 행사하는 것이고 채권자는 소송담당자가 아니라는 견해이다.

※ 요건: 피보전권리(이행기 도래), 피대위권리, 보전의 필요성, 채무자의 권리불행사를 요건으로 하며 판례는 피대위권리를 제외하고는 모두 소송요건으로 본다.

다. 당사자적격의 존부 (7점)

법정소송담당설에 의하면 채권자대위소송에서 피보전채권이 인정되지 않으면 당사자적격이 없다.<sup>2)</sup> 반면 고유의 대위권설에 의하면 대위권 행사의 요건인 ‘피보전채권이 존재할 것’은 실체법상의 법률요건이지 소송요건이 아니므로 피보전채권이 인정되지 않으면 실체법상 법률요건의 불비로 보아 청구기각 판결을 해야 한다.

사안에서 이 사건 대여사실의 부존재가 증명되어 피보전채권(대여금채권)이 인정되지 않는다. 판례에 의하면, A 소는 원고적격의 흠결로 부적법하므로 각하되어야 한다.

<문제>2. B 소에 대하여 제1심법원은 어떠한 판결을 선고하여야 하는가? (15점)

1. 결론 (3점)

A 소 판결의 기판력은 B 소에 미치지 않고, B 소의 소송절차에서 이 사건 대여사실이 주장·증명되었으므로, 법원은 청구인용 판결을 해야 한다.

2. 논거

가. 쟁점 (1점)

채권자대위소송에서 피보전채권 부존재에 관한 기판력이 채무자에게 미치는지 여부가 문제된다.

나. 피보전채권의 부존재에 관한 기판력의 범위 (8점)

(1) 객관적·시적 범위

기판력의 시적 범위(표준시)는 사실심 변론종결시이이고, 소각하 판결의 기판력의 객관적 범위는 소송요건이 흠결되었다는 판단에 미친다. 따라서 사안의 경우, A 소 제1심 변론종결시에 피보전채권이 부존재했다는 점에 대해 기판력이 미친다.

(2) 주관적 범위

채권자대위소송 판결의 기판력이 채무자에게 미치는가?

(가) 소극설: 채권자는 소송담당자가 아니므로 그에게 기판력이 미치지 않는다.

(나) 적극설: 채권자는 민사소송법 제218조 제3항의 다른 사람을 위해 원고로 된 사람이므로 그에게 기판력이 미친다.

(다) 절충설(다수설·판례): 채무자가 대위소송이 제기된 것을 알았을 때 그에게 기판력 미친다.

다만, 채권자대위소송의 소송요건인 피보전채권의 존부에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다.

2) 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2753 판결: 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우에는 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 당사자적격이 없게 되므로 그 대위소송은 부적법하여 각하할 수 밖에 없다.

[대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다108095 판결]

민사소송법 제218조 제3항은 ‘다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판

결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다.’고 규정하고 있으므로, 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하고 판결을 받은 경우 채권자가 채무자에 대하여 민법 제405조 제1항에 의한 보존행위 이외의 권리행사의 통지, 또는 민사소송법 제84조에 의한 소송고지 혹은 비송사건절차법 제49조 제1항에 의한 법원에 의한 재판상 대위의 허가를 고지하는 방법 등 어떠한 사유로 인하였든 적어도 채권자대위권에 의한 소송이 제기된 사실을 채무자가 알았을 때에는 그 판결의 효력이 채무자에게 미친다고 보아야 한다. 이때 채무자에게도 기판력이 미친다는 의미는 채권자대위소송의 소송물인 피보전채권의 존부에 관하여 채무자에게도 기판력이 인정된다는 것이고, 채권자대위소송의 소송요건인 피보전채권의 존부에 관하여 당해 소송의 당사자가 아닌 채무자에게 기판력이 인정된다는 것은 아니다. 따라서 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하였다가 채무자를 대위할 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 소각하 판결을 받아 확정된 경우 그 판결의 기판력이 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치는 것은 아니다.

판례에 의하면, 피보전채권(대여금채권) 부존재에 관한 A 소 판결의 기판력은 B 소에 미치지 않는다.

#### 다. 기판력의 작용 여부(3점)

후소인 B소의 피고 甲은 전소인 A소의 기판력을 받는 자가 아니므로 A소 판결의 기판력은 B소에 미칠 수 없다.

[제1문의 3]

<기초적 사실관계>

Y 아파트는 제1동부터 제10동까지의 10개동으로 구성되어 있고, 甲과 乙은 Y 아파트 제2동의 입주자로서 Y 아파트 입주자대표회의의 구성원이다. 甲은 乙을 상대로 ‘乙이 위 제2동 동대표 지위에 있지 않다.’는 확인을 청구하는 소를 제기하였다.

<문제>

甲은 위 입주자대표회의를 위 확인청구에 대한 예비적 피고로 추가할 수 있는가? (15점)

#### 1. 결론 (3점)

제1심 변론종결 전까지는 추가할 수 있다.

#### 2. 논거

##### 가. 쟁점 (1점)

예비적 공동소송인 추가의 요건 중 법률상 양립 불가능이 문제된다.

##### 나. 예비적 공동소송인 추가의 요건 (11점)

민사소송법 제70조(예비적·선택적 공동소송에 대한 특별규정) ① 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에는 제67조 내지 제69조를 준용한다. 다만, 청구의 포기·인낙, 화해 및 소의 취하의 경우에는 그러하지 아니하다.

제68조(필수적 공동소송인의 추가) ① 법원은 제67조 제1항의 규정에 따른 공동소송인 가운데 일부가 누락된 경우에는 제1심의 변론을 종결할 때까지 원고의 신청에 따라 결정으로 원고 또는 피고를 추가하도록 허가할 수 있다. 다만, 원고의 추가는 추가될 사람의 동의를 받은 경우에만 허가할 수 있다.

[대법원 2007. 6. 26. 자 2007마515 결정]

1. 민사소송법 제70조 제1항은 공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 관계에 있는 경우에는 필수적 공동소송에 관한 규정을 준용한다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘법률상 양립할 수 없다’는 것은, 동

일한 사실관계에 대한 법률적인 평가를 달리하여 두 청구 중 어느 한 쪽에 대한 법률효과가 인정되면 다른 쪽에 대한 법률효과가 부정됨으로써 두 청구가 모두 인용될 수는 없는 관계에 있는 경우나, 당사자들 사이의 사실관계 여하에 의하여 또는 청구원인을 구성하는 택일적 사실인정에 의하여 어느 일방의 법률효과를 긍정하거나 부정하고 이로써 다른 일방의 법률효과를 부정하거나 긍정하는 반대의 결과가 되는 경우로서, 두 청구들 사이에서 한 쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계를 의미하며, 실체법적으로 서로 양립할 수 없는 경우뿐 아니라 소송법상으로 서로 양립할 수 없는 경우를 포함하는 것으로 봄이 상당하다.

한편, 법인 또는 비법인 등 당사자능력이 있는 단체의 대표자 또는 구성원의 지위에 관한 확인소송에서 그 대표자 또는 구성원 개인뿐 아니라 그가 소속된 단체를 공동피고로 하여 소가 제기된 경우에 있어서는, 누가 피고적격을 가지는지에 관한 법률적 평가에 따라 어느 한 쪽에 대한 청구는 부적법하고 다른 쪽의 청구만이 적법하게 될 수 있으므로, 이는 민사소송법 제70조 제1항 소정의 예비적·선택적 공동소송의 요건인 각 청구가 서로 법률상 양립할 수 없는 관계에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.

2. 기록에 의하면, 재항고인들은 인천 서구 마전동 소재 ‘(아파트명 생략)’ 아파트 112동의 입주자 및 사용자들로서, 상대방을 피고로 삼아, “상대방이 아파트 입주자대표회의 구성원 중 112동 동대표 지위에 있지 아니함을 확인한다.”는 내용의 ‘동대표지위부존재확인’의 소를 제1심법원에 제기하였다가 그 소송이 제1심법원에 계속되어 있던 중에, 아파트 입주자대표회의를 피고로 추가하는 ‘주관적·예비적 피고의 추가’ 신청을 하였음을 알 수 있다.

앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 동대표 지위의 부존재 확인을 구하는 소송에서 입주자대표회의와 상대방 중 누가 피고적격을 가지는지에 따라 어느 일방에 대한 청구는 부적법하고 다른 일방에 대한 청구는 적법하게 될 수 있으므로 이들 각 청구는 법률상 양립할 수 없는 경우에 해당하여 앞에서 본 주관적·예비적 공동소송의 한 태양에 속하고, 따라서 민사소송법 제70조 제1항에 의하여 준용되는 같은 법 제68조의 규정에 따라 그 주관적·예비적 피고의 추가가 허용되는 것으로 보아야 할 것이다.

#### [제1문의 4]

##### <기초적 사실관계>

甲 소유의 X 토지에 관하여 乙 앞으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 마쳐졌다. 甲은 “甲이 乙에게 X 토지를 대금 10억 원에 매도하는 내용의 매매계약(이하 ‘이 사건 계약’이라고 한다)을 체결한 후 위 소유권이전등기를 마쳤는데, 乙은 아직 대금을 지급하지 않았다.”라고 주장하면서 乙을 상대로 주위적으로는 대금 10억 원의 지급을 청구하는 한편, 이 사건 계약 체결 사실이 인정되지 않을 것에 대비하여 예비적으로는 위 소유권이전등기의 말소를 청구하는 소를 제기하였다(아래 각 설문은 서로 별개이다).

##### <아래 문제 1에 적용되는 추가적 사실관계>

제1심 소송과정에서 乙이 이 사건 계약을 체결한 적이 없다고 진술하자, 甲은 이 사건 계약 체결 사실에 대한 증거로 이 사건 계약 내용이 기재된 매매계약서를 제출하였다. 이에 乙은 “위 매매계약서의 매수인란에 날인된 인영은 乙의 인장에 의한 것이지만, 乙은 위 인영을 날인한 적이 없다.”라고 진술하였다. 심리 결과 위 인영은 丙이 날인한 것으로 밝혀지자, 甲은 “丙이 乙의 위임을 받아 위 인영을 날인하였다.”라고 진술하였고, 乙은 “날인을 위임한 사실이 없다.”라고 주장하였다.

법원은 乙이 丙에게 날인을 위임을 하였는지 여부에 대해 확신을 갖지 못 하였고, 위 매매계약서 외에 달리 이 사건 계약 체결 사실을 인정할 만한 증거가 없는 상태이다.

##### <문제>

1. 제1심 법원은 주위적 청구에 대하여 어떠한 판단을 하여야 하는가? (15점)

##### <아래 문제 2에 적용되는 추가적 사실관계>

제1심 법원은 이 사건 계약이 체결되지 않은 것으로 판단하여 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 이에 乙만 항소하였다. 항소심 법원은 심리 결과 이 사건 계약이 체결되었다는 확신을 갖게 되었다.



<문제>

2. 항소심 법원은 어떠한 판결을 선고하여야 하는가? (10점)

문제1. 제1심 법원은 주위적 청구에 대하여 어떠한 판단을 하여야 하는가? (15점)

1. 쟁점 (1)

서증의 진정성립 추정 여부, 증명책임

2. 진정성립 인정 가부 (9)

민사소송법 제357조(사문서의 진정의 증명) 사문서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 한다.

문서에 날인된 작성명의인의 인영이 그의 인장에 의하여 현출된 것이라면 특별한 사정이 없는 한 그 인영의 진정성립, 즉 날인행위가 작성명의인의 의사에 기한 것임이 사실상 추정되고, 일단 인영의 진정성립이 추정되면 민사소송법 제358조에 의하여 그 문서 전체의 진정성립이 추정되나, 위와 같은 사실상 추정은 날인행위가 작성명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로, 문서제출자는 그 날인행위가 작성명의인으로 부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 증명할 책임이 있다(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002다69686 판결).

甲이 乙의 날인위임 사실을 증명하지 못 했으므로 매매계약서의 진정성립이 인정되지 않는다.

사문서는 진정성립이 증명되어야만 증거로 할 수 있다(대법원 1993.04.13. 선고 92다12070 판결 / 형식적 증거력이 있어야 실질적 증거력을 갖는다). 따라서 법원은 매매계약서를 증거로 하여 이 사건 계약 체결 사실을 인정할 수 없다.

3. 증명책임 (3)

이 사건 계약 체결 사실은 청구원인(권리발생사실)으로서 그 증명책임은 원고인 갑에게 있다. 그런데 이 사실을 인정할 만한 증거가 없으므로 법원은 갑에게 불리하게 이 사건 계약이 체결되지 않은 것으로 취급하여야 한다.

4. 결론 (2)

제1심 법원은 주위적 청구를 기각하는 판단을 하여야 한다.

문제2. 항소심 법원은 어떠한 판결을 선고하여야 하는가? (10점)

1. 결론 (2점)

원고의 예비적 청구에 대하여 청구기각하는 판결을 선고하여야 한다.

2. 논거

가. 쟁점 (1점)

상소불가분의 원칙, 심판의 범위(불이익변경금지의 원칙)

나. 상소불가분 원칙(2점)

항소의 제기에 의한 확정차단의 효력과 이심의 효력은 원칙적으로 항소인의 불복신청의 범위에 관계없이 원판결의 전부에 대하여 불가분적으로 발생한다. 객관적 예비적 병합에서 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우에도 이심의 효력은 사건 전체에 미친다.

다. 심판의 범위(불이익변경금지의 원칙) (5점)

주위적 청구는 불복의 대상이 되지 않아 심판대상에 포함되지 않았으므로 예비적 청구에 대하여만 판단하여야 한다.

※ 참고판례 : 대법원 1995. 1. 24. 선고 94다29065 판결

제1심에서 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용한 판결에 대하여 피고만이 항소한 때에는, 이심의 효력은 사건 전체에 미치더라도 원고로부터 부대항소가 없는 한 항소심의 심판대상으로 되는 것은 예비적 청구에 국한되는 것임에도 불구하고, 원심은 심판의 대상으로 되지 않은 주위적 청구에 대하여도 제1심과 마찬가지로 원고의 청구를 기각하는 판결을 하였으나, 원심이 위와 같은 무의미한 판결을 하였다고 하여 원고가 그에 대하여 상고함으로써 주위적 청구부분이 상고심의 심판대상으로 되는 것은 아니므로, 원고의 주위적 청구부분에 관한 상고는 심판의 대상이 되지 않은 부분에 대한 상고로서 불복의 이익이 없어 부적법하다.

[제1문의 5]

<기초적 사실관계>

甲 은행은 2017. 2. 9. 乙과 乙 소유의 X토지에 채무자 乙, 채권최고액 1억 3,000만 원, 근저당권자 甲 은행으로 한 근저당권설정계약을 체결하여 甲 은행 앞으로 근저당권설정등기를 마쳤고, 이어서 乙과 乙 소유의 X토지에 지료 없이 존속기간 2017. 2. 9.부터 만 10년으로 한 지상권설정계약을 체결하여 甲 은행 명의의 지상권설정등기를 마쳤다. 甲 은행은 2017. 2. 10. 乙에게 이율 연 5%, 변제기 2020. 2. 10.로 정하여 1억 원을 대출하였다.

<문제>

1. 乙은 지상권설정등기에 관한 피담보채무의 부존재 확인의 소를 제기하였다. 乙의 청구에 관한 법원의 판단(각하, 기각, 전부 인용, 일부 인용)을 근거와 함께 서술하시오(15점).

1) 법원의 판결(3점)

확인 소는 확인의 이익이 없어 부적법하므로 각하되어야 한다.

2) 담보지상권의 피담보채무(7점)

근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 담보로 제공된 토지에 추후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로 토지의 담보가치가 줄어드는 것을 막기 위하여 담보권과 아울러 설정하는 지상권을 이른바 담보지상권이라고 하는데, 이는 당사자의 약정에 따라 담보권의 존속과 지상권의 존속이 서로 연계되어 있을 뿐이고, 이러한 경우에도 지상권의 피담보채무가 존재하는 것은 아니다.

3) 확인의 이익(5점)

지상권설정등기에 관한 피담보채무의 범위 확인을 구하는 청구는 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 관한 청구라고 보기 어려우므로, 확인의 이익이 없다.

[대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결]

확인 소에는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 하고, 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 불안·위험을 제거하는 가장 유효·적절한 수단일 때에 인정된다. 지상권은 용익물권으로서 담보물권이 아니므로 피담보채무라는 것이 존재할 수 없다. 근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 담보로 제공된 토지에 추후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로 토지의 담보가치가 줄어드는 것을 막기 위하여 담보권과 아울러 설정하는 지상권을 이른바 담보지상권이라고 하는데, 이는 당사자의 약정에 따라 담보권의 존속과 지상권의 존속이 서로 연계되어 있을 뿐이고, 이러한 경우에도 지상권의 피담보채무가 존재하는 것은 아니다. 따라서 지상권설정등기에 관한 피담보채무의 범위 확인을 구하는 청구는 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 관한 청구라고 보기 어려우므로, 확인의 이익이 없어 부적법하다.



## 제 1 문

[제1문의 1]

&lt;기초적 사실관계&gt;

甲은 친구인 乙에게 1억 원을 대여하였다. 약정 반환기일이 지났음에도 乙이 위 1억 원을 반환하지 않자, 甲은 乙을 상대로 위 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하였다. 乙은 변론기일에서 甲의 주장에 대하여 “자신은 甲으로부터 돈을 차용한 적이 없다.”라고 진술하였다.

제1심 소송이 진행되던 중, 乙은 법정 밖에서 甲을 만나 대화를 나누면서 “내가 너한테서 1억 원을 차용한 것은 인정한다. 내가 요즘 경제사정이 너무 어려워서 어쩔 수 없이 법정에서 거짓말을 했다. 미안하다.”는 말을 하였는데, 甲은 乙이 알지 못 하는 사이에 이러한 乙의 말을 테이프에 녹음하여, 위 녹음테이프를 증거로 제출하였다.

&lt;문제&gt;

제1심 법원이 위 녹음테이프를 甲의 대여사실을 인정하기 위한 증거로 채택할 수 있는지 여부와 만일 증거로 채택할 수 있다면 어떠한 방법으로 증거조사를 하여야 하는 지를 논하시오. (15점)

[제1문의 2]

&lt;기초적 사실관계&gt;

甲은 乙에 대한 2억 원의 대여금채권(이하 ‘A채권’이라고 한다)을 가지고 있었고, 乙은 丙에 대한 1억 원의 대여금채권(이하 ‘B채권’이라고 한다)을 가지고 있었는데, A채권과 B채권은 모두 그 이행기가 도래하였다. 乙이 채무초과 상태에 있으면서 B채권을 행사하지 않자, 甲은 乙을 대위하여 丙을 상대로 B채권액인 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하였고, 그 무렵 乙은 이러한 소제기 사실을 알게 되었다.

그 후 乙의 또 다른 대여금 채권자 丁이 B채권에 대하여 채권압류 및 전부명령을 받아 그 명령이 丙에게 송달된 후 확정되었다.

&lt;문제&gt;

제1심 법원은 어떠한 판결을 해야 하는가? (20점)

[제1문의 3]

&lt;기초적 사실관계&gt;

甲은 2010. 4. 10. 이래 그 생사를 알 수 없게 되었다. 법원은 2018. 12. 10. 甲에 대한 실종선고를 하였고, 이는 2018. 12. 29. 확정되었다. 한편 乙은 2018. 1. 22. 甲을 상대로 甲 소유의 X 토지에 관한 소유권이전등기청구의 소를 제기하고 甲에 대한 소장 등의 소송서류를 공시송달되게 하여 2018. 11. 15. 제1심에서 청구인용 판결을 선고받았는데, 그 판결정본은 2018. 11. 16. 甲에게 공시송달되었다(이상의 공시송달은 모두 유효하다). 甲의 유일한 상속인인 丙은 2019. 1. 17. 위 소제기 및 판결선고 사실을 알게 되었다.

&lt;문제&gt;

2019. 1. 17. 현재 丙은 추후보완 항소를 할 수 있는가? (20점)

[제1문의 4]

&lt;기초적 사실관계&gt;

甲 소유인 X 토지에 관하여 乙 앞으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기(이하 ‘이 사건 등기’라고 한다)가 마쳐졌다. 丙은 “丙은 甲으로부터 X 토지를 매수하였으므로 甲에 대하여 X 토지에 관한 소유권이전등기청구권을 갖는다. 그리고 乙은 甲으로부터 X 토지를 매수하지 않았음에도 등기관련서류를 위조하여 이 사건 등기를 마쳤으므로 이 사건 등기는 원인무효이다. 따라서 丙은 甲에 대한 위 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 甲을 대위하여 乙을 상대로 이 사건 등기의 말소를 청구할 수 있다.”라고 주장하면서, 甲과 乙을 공동피고로 하여, 甲에 대하여는 丙에게 X 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 것을 청구하고, 乙에 대하여는 甲에게 이 사건 등기의 말소등기절차를 이행할 것을 청구하는 소를 제기하였다.

소송과정에서 甲, 乙, 丙 중 누구도 “甲이 丙에게 X 토지를 증여하였다.”라는 주장을 하지 않았는데, 제1심 법원은 甲이 제출한 증거를 통하여 ‘甲이

丙에게 X 토지를 매도한 것이 아니라 증여하였다.’는 확신을 갖게 되었다. 이에 제1심 법원은 甲에 대하여는 丙에게 X 토지에 관하여 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 것을 명하고, 乙에 대하여는 甲에게 이 사건 등기의 말소등기절차를 이행할 것을 명하는 판결을 선고하였다(乙에 대한 판결에 있어, 법원은 丙의 甲에 대한 증여를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 인정하였다).

<문제>

- 1. 제1심 판결 중 甲에 대하여 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 부분은 타당한가? (15점)
- 2. 丙은 甲과 乙을 상대로 하여 제1심 판결에 대하여 항소를 할 수 있는가? (20점)

[제1문의 5]

<기초적 사실관계>

A 종중의 대표자 甲은 종중총회의 결의를 거치지 않고 A 종중을 대표하여 A 종중 소유의 X 토지를 乙에게 매도하고 乙 명의로 소유권이전등기를 경료해 주었는데, 그 당시 A 종중의 규약에는 종중재산 처분에 관한 내용이 없었다.

그 후 A 종중의 대표자로 선임된 丙은 “위와 같은 X 토지의 처분은 종중총회의 결의 없이 이루어진 것이므로 위 소유권이전등기는 원인무효이다.”라고 주장하면서 자신을 원고로 하여 乙을 상대로 위 소유권이전등기 말소등기청구의 소를 제기하였다. 위 소제기 전에 A 종중의 총회에서는 위 소제기에 찬성하는 결의가 있었다.

<문제>

제1심 법원은 어떠한 판결을 해야 하는가? (10점)

[제1문의 1]

<기초적 사실관계>

甲은 친구인 乙에게 1억 원을 대여하였다. 약정 반환기일이 지났음에도 乙이 위 1억 원을 반환하지 않자, 甲은 乙을 상대로 위 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하였다. 乙은 변론기일에서 甲의 주장에 대하여 “자신은 甲으로부터 돈을 차용한 적이 없다.”라고 진술하였다.

제1심 소송이 진행되던 중, 乙은 법정 밖에서 甲을 만나 대화를 나누면서 “내가 너한테서 1억 원을 차용한 것은 인정한다. 내가 요즘 경제사정이 너무 어려워서 어쩔 수 없이 법정에서 거짓말을 했다. 미안하다.”는 말을 하였는데, 甲은 乙이 알지 못 하는 사이에 이러한 乙의 말을 테이프에 녹음하여, 위 녹음테이프를 증거로 제출하였다.

<문제>

제1심 법원이 위 녹음테이프를 甲의 대여사실을 인정하기 위한 증거로 채택할 수 있는지 여부와 만일 증거로 채택할 수 있다면 어떠한 방법으로 증거조사를 하여야 하는 지를 논하시오. (15점)

1. 쟁점 (1)

비밀리에 녹음한 테이프의 증거능력, 녹음테이프의 증거조사 방법

2. 증거능력 (7)

대법원 1999. 5. 25. 선고 99다1789 판결 : 자유심증주의를 채택하고 있는 우리 민사소송법하에서 상대방 부지 중 비밀리에 상대방과의 대화를 녹음하였다는 이유만으로 그 녹음테이프가 증거능력이 없다고 단정할 수 없고, 그 채택 여부는 사실심 법원의 재량에 속하는 것이며, 녹음테이프에 대한 증거조사는 검증의 방법에 의하여야 한다.

이에 반하여, 통신비밀보호법 제3조, 제4조를 유추적용하여 위와 같은 녹음테이프의 증거능력을 부정해야 한다는 견해도 있다.

판례에 의하면 사안의 녹음테이프는 증거능력이 있다.

3. 증거조사방법 (5)

녹음테이프에 대한 증거조사는 검증의 방법에 의한다(민소법 제374조(그 밖의 증거), 민소규 제121조 제2항, 위 99다1789 판결).

검증이란 법관이 오관의 작용에 의하여 직접적으로 사물의 성질이나 상태를 검사하여 그 결과를 증거자료로 하는 증거조사를 말한다. 법원은 위 녹음테이프 등의 녹취서나 그 내용을 설명하는 서면을 제출하도록 할 수 있다(민소규 제121조 3항).

참고) 민사소송규칙 제121조(음성·영상자료 등에 대한 증거조사) ① 녹음·녹화테이프, 컴퓨터용 자기디스크·광디스크, 그 밖에 이와 비슷한 방법으로 음성이나 영상을 녹음 또는 녹화(다음부터 이 조문 안에서 “녹음등”이라 한다)하여 재생할 수 있는 매체(다음부터 이 조문 안에서 “녹음테이프등”이라 한다)에 대한 증거조사를 신청하는 때에는 음성이나 영상이 녹음등이 된 사람, 녹음등을 한 사람 및 녹음등을 한 일시·장소를 밝혀야 한다.  
② 녹음테이프등에 대한 증거조사는 녹음테이프등을 재생하여 검증하는 방법으로 한다.  
③ 녹음테이프등에 대한 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 녹음테이프등의 녹취서, 그 밖에 그 내용을 설명하는 서면을 제출하여야 한다.

4. 결론 (2)

제1심 법원은 위 녹음테이프를 증거로 채택할 수 있고, 증거조사방법은 검증이다.

[제1문의 2]

<기초적 사실관계>

甲은 乙에 대한 2억 원의 대여금채권(이하 ‘A채권’이라고 한다)을 가지고 있었고, 乙은 丙에 대한 1억 원의 대여금채권(이하 ‘B채권’이라고 한다)을 가지고 있었는데, A채권과 B채권은 모두 그 이행기가 도래하였다. 乙이 채무초과 상태에 있으면서 B채권을 행사하지 않자, 甲은 乙을 대위하여 丙을

상대로 B채권액인 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하였고, 그 무렵 乙은 이러한 소제기 사실을 알게 되었다.  
그 후 乙의 또 다른 대여금 채권자 丁이 B채권에 대하여 채권압류 및 전부명령을 받아 그 명령이 丙에게 송달된 후 확정되었다.

<문제>

제1심 법원은 어떠한 판결을 해야 하는가? (20점)

### 1. 쟁점 (2)

전부명령의 유효 여부, 소구채권이 압류된 경우 청구인용 판결 가부

### 2. 전부명령의 유효 여부 (7)

- 유효한 전부명령이 있는 경우 피대위권리인 B채권은 乙로부터 丁에게 이전되므로, 특별한 사정이 없는 경우 甲의 청구는 기각됨.
- 위 사안에서 전부명령이 발령되기 이전에 대위소송이 제기되었고, 또 이를 채무자인 乙이 알고 있었는바, 이는 압류경합에 준하는 사유에 해당하므로 전부명령은 무효임.

[대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결]

채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 되면 민법 제405조 제2항에 따라 채무자는 피대위채권을 양도하거나 포기하는 등 채권자의 대위권 행사를 방해하는 처분행위를 할 수 없게 되고 이러한 효력은 제3채무자에게도 그대로 미치는데, 그럼에도 그 이후 대위채권자와 평등한 지위를 가지는 채무자의 다른 채권자가 피대위채권에 대하여 전부명령을 받는 것도 가능하다고 하면, 채권자대위소송의 제기가 채권자의 적법한 권리행사방법 중 하나이고 채무자에게 속한 채권을 추심한다는 점에서 추심소송과 공통점도 있음에도 그것이 무익한 절차에 불과하게 될 뿐만 아니라, 대위채권자가 압류·가압류나 배당요구의 방법을 통하여 채권배당절차에 참여할 기회조차 가지지 못하게 한 채 전부명령을 받은 채권자가 대위채권자를 배제하고 전속적인 만족을 얻는 결과가 되어, 채권자대위권의 실질적 효과를 확보하고자 하는 민법 제405조 제2항의 취지에 반하게 된다.

따라서 채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 된 이후에는 민사집행법 제229조 제5항이 유추적용되어 피대위채권에 대한 전부명령은, 우선권 있는 채권에 기초한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 무효라고 보는 것이 타당하다.

### 3. 소구채권에 대한 압류 (8)

- 전부명령은 무효이지만, 압류명령은 유효함

[대법원 1976.9.28. 선고 76다1145,1146 판결]

한편 원고의 위 채권압류 및 전부명령은 그 압류명령이 같은 공사대금채권에 대하여 얻은 원판시 소외 신평건업주식회사의 채권가압류(이 채권가압류는 1971.10.20 그 신청을 취하여 효력이 소멸되었다)와 경합된 상태에서 전부명령이 발부된 것이므로 그 전부명령은 무효라 할지라도 채권압류의 효력은 유효히 지속되어 이 압류명령에 기하여 원고의 원판시 채권 추심명령이 발부된 사실을 확정하는 다음 ..... 피고는 그 변제의 결과를 원고에게 대항할 수 없다 할 것이니 피고는 이건 공사대금채권에 대하여 추심명령을 얻은 압류채권자인 원고에게 그 압류채무의 이행을 할 의무있다고 하였는바 이를 기록에 대조하여 검토하여 보면 적법한 사실인정에 따른 정당한 판단이라 할 것이고 채증법칙에 위배하여 사실을 오인하였거나 법리오해나 이유모순의 잘못 있다고 할 수 없다.

- 소구채권이 압류된 경우 법원은 압류를 무시하고 청구인용판결을 할 수 있다는 것이 판례의 입장임

[대법원 1989.11.24. 선고 88다카25038 판결]

채권가압류가 된 경우, 제3채무자는 채무자에 대하여 채무의 지급을 하여서는 안되고, 채무자는 추심, 양도 등의 처분행위를 하여서는 안되지만, 이는 이와 같은 변제나 처분행위를 하였을 때에 이를 가압류채권자에게 대항할 수 없다는 것이며, 채무자가 제3채무자를 상대로 이행의 소를 제기하여 채무명의를 얻더라도 이에 기하여 제3채무자에

대하여 강제집행을 할 수는 없다고 볼 수 있을 뿐이고 그 채무명의를 얻는 것까지 금하는 것은 아니라고 할 것이다.

[대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다59033 판결]

일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것일 뿐 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수는 없는 것이 원칙이다. 왜냐하면 채무자로서는 제3채무자에 대한 그의 채권이 가압류되어 있다 하더라도 채무명의를 취득할 필요가 있고 또는 시효를 중단할 필요도 있는 경우도 있을 것이며 또한 소송 계속 중에 가압류가 행하여진 경우에 이를 이유로 청구가 배척된다면 장차 가압류가 취소된 후 다시 소를 제기하여야 하는 불편함이 있는데 반하여 제3채무자로서는 이행을 명하는 판결이 있더라도 집행단계에서 이를 저지하면 될 것이기 때문이다.

#### 4. 결론 (3)

청구인용 판결을 하여야 한다.

[제1문의 3]

<기초적 사실관계>

甲은 2010. 4. 10. 이래 그 생사를 알 수 없게 되었다. 법원은 2018. 12. 10. 甲에 대한 실종선고를 하였고, 이는 2018. 12. 29. 확정되었다. 한편 乙은 2018. 1. 22. 甲을 상대로 甲 소유의 X 토지에 관한 소유권이전등기청구의 소를 제기하고 甲에 대한 소장 등의 소송서류를 공시송달되게 하여 2018. 11. 15. 제1심에서 청구인용 판결을 선고받았는데, 그 판결정본은 2018. 11. 16. 甲에게 공시송달되었다(이상의 공시송달은 모두 유효하다). 甲의 유일한 상속인인 丙은 2019. 1. 17. 위 소제기 및 판결선고 사실을 알게 되었다.

<문제>

2019. 1. 17. 현재 丙은 추후보완 항소를 할 수 있는가? (20점)

#### 1. 쟁점 (2)

실종선고의 소급효와 관련하여 제1심 판결이 사망자에 대한 것으로서 무효인지 여부가 문제되고, 공시송달과 관련하여 당사자가 책임질 수 없는 없는 사유로 인하여 항소기간을 지킬 수 없었는지 여부가 문제된다.

#### 2. 제1심 판결의 효력 (7)

- 실종선고가 확정되면, 실종기간의 만료시에 실종자가 사망한 것으로 간주되고(민법 제28조), 사망간주되면 당사자능력을 상실한다.

- 대판 1992.7.14. 92다2455 : 실종선고의 효력이 발생하기 전에는 실종기간이 만료된 실종자라 하여도 소송상 당사자능력을 상실하는 것은 아니므로 실종선고 확정 전에는 실종기간이 만료된 실종자를 상대로 하여 제기된 소도 적법하고 실종자를 당사자로 하여 선고된 판결도 유효하며 그 판결이 확정되면 기판력도 발생한다고 할 것이고, 이처럼 판결이 유효하게 확정되어 기판력이 발생한 경우에는 그 판결이 해제조건부로 선고되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 효력이 유지되어 당사자로서는 그 판결이 재심이나 추완항소 등에 의하여 취소되지 않는 한 그 기판력에 반하는 주장을 할 수 없는 것이 원칙이라 할 것이며, 비록 실종자를 당사자로 한 판결이 확정된 후에 실종선고가 확정되어 그 사망간주의 시점이 소 제기 전으로 소급하는 경우에도 위 판결 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 사람을 상대로 한 판결로서 무효가 된다고는 볼 수 없다.

따라서 사안의 제1심 판결은 유효하다.

#### 3. 추후보완항소 (7)

대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결 : 사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같

은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다(이에 반하여 외관제거를 위한 상소를 허용해야 한다는 학설도 있다). 사안의 제1심 판결은 유효하므로 항소기간 내라면 이에 대한 항소는 허용된다. 그런데 2019. 1. 17. 현재, 판결서가 공시송달된 다음 날부터(민사소송법 제196조 단서) 2주의 항소기간(불변기간임)이 이미 경과하였다.

민사소송법 제173조(소송행위의 추후보완) ① 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 게을리 한 소송행위를 보완할 수 있다.

대법원 1987.03.10. 선고 86다카2224 판결 : 추완항소의 당부는 항소기간을 지키지 못한 것이 항소인의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 인한 것인가를 따져 판단할 것인바, 소장부분 기타의 서류가 공시송달의 방법에 의하여 피고에게 송달되고 그 판결 역시 공시송달의 방법으로 피고에게 송달된 경우에 피고가 이러한 사실을 그 후에야 알게 되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고가 상소제기의 불변기간을 준수치 못한 것이 피고에게 책임을 돌릴 수 없는 사유에 인한 것이라고 할 것이다.

대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2455 판결 : 당원은 이전에 부재자의 재산관리인이 부재자의 대리인으로서 소를 제기하여 그 소송계속 중에 부재자에 대한 실종선고가 확정되어 그 소 제기 이전에 부재자가 사망한 것으로 간주되는 경우에도 위 소제기 자체가 소급하여 당사자능력이 없는 사망한 자가 제기한 것으로 되는 것은 아니고 이때에는 소송계속 중에 당사자가 사망한 경우와 마찬가지로 소송이 중단되며 부재자의 상속인 등이 이를 수계할 수 있다고 판시하였는바(당원 1977.3.22. 선고 77다81,82 판결; 1982.9.14. 선고 82다144 판결; 1987.3.24. 선고 85다카1151 판결 등 참조) 이처럼 실종선고의 소급효가 제한되는 것은 이 사건에서처럼 실종자를 피고로 하는 판결이 확정된 후에 실종선고가 확정된 경우에도 마찬가지라고 보아야 할 것이다.

다만 이 사건에 있어서처럼 실종자에 대하여 공시송달의 방법으로 소송서류가 송달된 끝에 실종자를 피고로 하는 판결이 확정된 경우에는 실종자의 상속인으로서 실종선고 확정 후에 실종자의 소송수계인으로서 위 확정판결에 대하여 소송행위의 추완에 의한 상소를 하는 것이 가능할 것이다.

#### 4. 결론 (4)

丙은 소송수계 신청을 하고 소송수계인으로서 추완항소를 할 수 있다.

#### [제1문의 4]

##### <기초적 사실관계>

甲 소유인 X 토지에 관하여 乙 앞으로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기(이하 ‘이 사건 등기’라고 한다)가 마쳐졌다. 丙은 “丙은 甲으로부터 X 토지를 매수하였으므로 甲에 대하여 X 토지에 관한 소유권이전등기청구권을 갖는다. 그리고 乙은 甲으로부터 X 토지를 매수하지 않았음에도 등기관련서류를 위조하여 이 사건 등기를 마쳤으므로 이 사건 등기는 원인무효이다. 따라서 丙은 甲에 대한 위 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 甲을 대위하여 乙을 상대로 이 사건 등기의 말소를 청구할 수 있다.”라고 주장하면서, 甲과 乙을 공동피고로 하여, 甲에 대하여는 丙에게 X 토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 것을 청구하고, 乙에 대하여는 甲에게 이 사건 등기의 말소등기절차를 이행할 것을 청구하는 소를 제기하였다.

소송과정에서 甲, 乙, 丙 중 누구도 “甲이 丙에게 X 토지를 증여하였다.”라는 주장을 하지 않았는데, 제1심 법원은 甲이 제출한 증거를 통하여 ‘甲이 丙에게 X 토지를 매도한 것이 아니라 증여하였다.’는 확신을 갖게 되었다. 이에 제1심 법원은 甲에 대하여는 丙에게 X 토지에 관하여 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 것을 명하고, 乙에 대하여는 甲에게 이 사건 등기의 말소등기절차를 이행할 것을 명하는 판결을 선고하였다(乙에 대한 판결에 있어, 법원은 丙의 甲에 대한 증여를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 피보전권리로 인정하였다).

##### <문제>

1. 제1심 판결 중 甲에 대하여 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 부분은 타당한가? (15점)
2. 丙은 甲과 乙을 상대로 하여 제1심 판결에 대하여 항소를 할 수 있는가? (20점)



문제 1. 제1심 판결 중 甲에 대하여 증여를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 명한 부분은 타당한가? (15점)

1. 결론 (3점)

처분권주의와 변론주의(주장책임)를 위반한 것으로서 타당하지 않다.

2. 논거

가. 쟁점 (1점)

처분권주의와 변론주의(주장책임)의 위반 여부가 문제된다.

나. 처분권주의 위반 (8점)

처분권주의에 의해 법원은 당사자가 신청하지 않은 사항에 대하여는 판결하지 못한다(민사소송법 제203조). 판례의 입장인 구소송물이론에 따르면 소유권이전등기청구에서 등기원인이 다르면 소송물도 달라진다(신소송물이론 중에는 소송물이 같다고 보는 견해도 있다).

[대법원 1992. 3. 27. 선고 91다40696 판결]

원심은 앞에서 본 바와 같이 원고와 피고 2 사이에 체결한 이 사건 대지와 가옥에 관한 계약이 실제로는 판시와 같은 금전차용계약에 부수된 양도담보약정이라고 인정하였다.

그러나 우선 기록을 살펴보면, 원고가 피고들에 대한 각 소유권이전등기청구의 청구원인으로 주장하는 바는, 이 사건 대지와 가옥을 피고들로부터 매수하였다는 것이지 이에 관한 양도담보의 약정을 그 청구원인으로 주장하고 있지 아니하고, 동일 부동산에 대한 것이라 하더라도 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구와 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구와는 청구원인 사실이 달라 동일한 청구라 할 수 없으므로, 결국 원심은 적어도 피고들에 대한 각 소유권이전등기청구에 관하여서는 당사자가 주장한 청구에 대하여는 심판하지 아니하고 주장하지 아니한 청구에 관하여 심판한 것이어서 이는 처분권주의에 위반되어 위법하다 아니할 수 없고, 따라서 이를 지적하는 논지는 이유 있다.

따라서 丙의 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 대하여 법원이 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 명하는 판결을 한 것은 처분권주의 위반이다<sup>3)</sup>(소유권이전등기청구에서 등기원인이 달라도 소송물은 같다고 보는 견해에 의하면 아래에서 보는 바와 같이 변론주의는 위반했지만 처분권주의를 위반한 것은 아니다).

다. 변론주의 위반 (3점)

증여 사실은 청구원인사실(소유권이전등기청구권에 대한 권리발생사실)로서 주요사실이므로 변론주의의 내용 중 하나인 주장책임의 적용을 받는다. 당사자들이 증여 사실을 주장한 바 없음에도(원고 丙이 아니라 피고 甲이 제출한 증거에 증여 사실이 나타나 있고, 문제에 丙이 이를 원용하였다는 내용이 없으므로 간접적 주장도 인정하기 어렵다), 법원이 증여 사실을 인정한 것은 변론주의 위반이다(사실자료와 증거자료의 준별).

문제 2. 丙은 甲과 乙을 상대로 하여 제1심판결에 대하여 항소를 할 수 있는가? (20점)

1. 결론 (4점)

甲에 대하여는 항소할 수 있지만 乙에 대하여는 항소할 수 없다.

2. 논거

가. 쟁점 (2점)

항소의 이익의 존부가 문제된다.

나. 항소의 이익 (14점)

甲에 대하여는 항소의 이익이 있지만, 乙에 대하여는 항소의 이익이 없다.

3) 아래 91다40696 판결 참조

[대법원 1992. 3. 27. 선고 91다40696 판결]

상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이므로 승소판결에 대한 불복상소는 허용할 수 없고, 재판이 상소인에게 불이익한 것인지의 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 판단하여야 하는 것이어서, 청구가 인용된 바 있다면 비록 그 판결이유에 불만이 있더라도 그에 대하여는 상소의 이익이 없다.

원고가 제출한 상고장과 상고이유서의 기재를 기록과 대조하여 보면, 원고는 피고 1에 대하여 피고 2를 대위하여 동 피고에게 이 사건 대지 중 33분의 6 지분에 관하여 피고 1 명의로 된 소유권이전등기의 말소를 청구한 부분에 대하여 원심이 승소판결을 선고하였음에도 그 판결이유에 불만이 있다 하여 상고를 제기하고 있음이 분명하고, 그 불만이란 위 대위소송의 피보전권리의 발생원인을 원고는 이 사건 대지에 관한 그와 피고 2 사이의 매매계약으로 주장하였음에도 불구하고 원심은 이를 매매계약이 아닌 양도담보약정으로 인정하였으므로 실질상의 불이익이 있다는 것인바, 위 청구에 관한 소송에 있어서 직접 심판대상이 되고 판결의 기판력이 미치는 것은 어디까지나 피고 2의 피고 1에 대한 위 소유권이전등기말소등기청구권의 존부라 할 것이고, 이에 관한 원고의 청구가 인용되어 승소한 이상, 원심이 판결이유에서 소론과 같이 피고 2에 대한 원고의 피보전권리의 발생원인을 잘못 인정하였다 하더라도 그 사유만으로는 상소의 이익이 있다 할 수 없으므로 결국 이 부분 원고의 상고는 부적법하여 각하를 면할 수 없다.

그러나 원고의 피고 2에 대한 소유권이전등기청구부분은, 원심판결 주문상으로는 원고가 전부 승소한 것으로 보이는 하나, 원고의 청구원인과 관련하여 그 판결이유를 살펴보면, 원심은 뒤에서 보는 바와 같이 원고가 주장하지도 아니한 양도담보약정을 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여 심판하였을 뿐, 정작 원고가 주장한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 관하여는 심판을 한 것으로 볼 수 없어 결국 이 부분 원고의 청구는 실질적으로 인용한 것이 아니어서 판결의 결과가 불이익하게 되었으므로 원고가 이 부분 원심판결에 대하여 처분권주의를 위반한 위법을 들어 상고하였으니 그 상소의 이익이 인정된다\_할 것이다.

[제1문의 5]

<기초적 사실관계>

A 종중의 대표자 甲은 종중총회의 결의를 거치지 않고 A 종중을 대표하여 A 종중 소유의 X 토지를 乙에게 매도하고 乙 명의로 소유권이전등기를 경료해 주었는데, 그 당시 A 종중의 규약에는 종중재산 처분에 관한 내용이 없었다.

그 후 A 종중의 대표자로 선임된 丙은 “위와 같은 X 토지의 처분은 종중총회의 결의 없이 이루어진 것이므로 위 소유권이전등기는 원인무효이다.”라고 주장하면서 자신을 원고로 하여 乙을 상대로 위 소유권이전등기 말소등기청구의 소를 제기하였다. 위 소제기 전에 A 종중의 총회에서는 위 소제기에 찬성하는 결의가 있었다.

<문제>

제1심 법원은 어떠한 판결을 해야 하는가? (10점)

1. 쟁점 (1)

종중대표자가 보존행위로서 종중재산에 관한 소를 제기할 당사자적격이 있는지가 문제된다.

2. 당사자적격의 존부 (7)

대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결 : 민법 제276조 제1항은 “총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다.”, 같은 조 제2항은 “각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 총유물을 사용·수익할 수 있다.”라고 규정하고 있을 뿐 공유나 합유의 경우처럼 보존행위는 그 구성원 각자가 할 수 있다는 민법 제265조 단서 또는 제272조 단서와 같은 규정을 두고 있지 아니한바, 이는 법인 아닌 사단의 소유형태인 총유가 공유나 합유에 비하여 단체성이 강하고 구성원 개인들의 총유재산에 대한 지분권이 인정되지 아니하는 데에서 나온 당연한 귀결이라고 할 것이므로 총유재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤다 하더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 총유재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다.

위 소는 당사자적격을 흠결한 것으로서 부적법하다.



### 3. 결론 (2)

제1심 법원은 소각하 판결을 해야 한다.<sup>4)</sup>

---

4) 참고로, 종중 소유의 재산은 종중원의 총유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 종중규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그 점에 관한 종중규약이 없으면 종중총회의 결의에 의하여야 하므로, 비록 종중 대표자에 의한 종중 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효이다(대법원 1996. 8. 20. 선고 96다18656 판결, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다58889 판결 등).

## [제1문의 1]

## &lt;기초적 사실관계&gt;

甲은 2018. 4. 1. 그 소유의 2층 건물 중 1층 부분 100㎡(이하 ‘이 사건 건물’이라고 함)를 乙에게 임대보증금 2억 원, 월차임 200만 원, 임대차기간 2년으로 정하여 임대하면서 같은 날 임대보증금을 수령함과 동시에 이 사건 건물을 인도하였고, 乙은 이 사건 건물에서 음식점 영업을 하고 있다.

2019. 5. 1. 24:00경 이 사건 건물 내부에서 원인불명의 화재가 발생하여 이 사건 건물이 불에 타 소실되는 사고가 발생하였다.

이 사건 화재의 발화지점은 1층 음식점 내로 추정되나, 발화원인에 관하여는 이 사건 화재를 진압한 서울서초소방서는 전기적 요인이 많아 보이나 명확한 증거를 찾을 수 없다는 이유로 원인미상으로 판정하였고, 화재현장을 감식한 서울지방경찰청 화재감식반은 전기합선이나 누전에 의한 발화가능성을 배제할 수 없으나, 화재로 인하여 전선을 지지하는 석고보드가 소실되었고 전선의 배선상태를 파악하기 곤란하여 구체적인 발화원인은 미상이라고 판정하였다.

甲이 乙을 상대로 불법행위에 기한 1억 원의 손해배상청구의 소를 제기하였다. 위 소송에서 甲은 乙의 과실로 화재가 발생하였다고 주장하였으나, 乙은 평소 이 사건 건물에 관하여 전기안전공사의 정기안전점검을 받아왔고, 이 사건 화재가 발생한 당일에도 안전점검을 마치고 전기 스위치를 내린 후 잠금장치를 하고 퇴근하였으므로 乙은 이 사건 화재에 아무런 책임이 없다고 주장하고 있다. 甲은 제1심 소송계속 중 불법행위의 요건사실을 모두 증명하기 어려워 패소할 수도 있다는 생각이 들자, 채무불이행에 기한 손해배상청구를 예비적으로 추가하였다(아래의 각 설문은 독립적임).

## 문제 1.

제1심 법원은 甲이 불인 심판의 순위에 따라 판단하여 甲의 청구 중 불법행위에 기한 청구를 기각하고 채무불이행에 기한 청구에 대하여는 판단을 하지 않았다. 甲이 청구기각 부분에 대하여 불복하여 항소를 제기하였다. 항소심 법원의 심리결과 불법행위에 기한 손해배상청구가 이유 없다는 심증을 얻었다면 어떠한 판결을 선고할 것인가? (15점)

## 문제 2.

제1심 법원은 주위적 청구인 불법행위에 기한 손해배상청구는 기각하고 채무불이행에 기한 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 위 제1심 판결에 대하여 乙만 항소하였다. 항소심 법원의 심리결과 불법행위에 기한 손해배상청구가 이유 있다는 심증을 얻었다면 어떠한 판결을 선고할 것인가? (15점)

## [제1문의 2]

가전제품 판매상인 甲은 2015. 6. 30. 乙에게 300만 원 짜리 TV 1대를 판매·인도하고 대금은 2015. 12. 31.에 받기로 약정했다. 甲은 그와 같은 사실을 알고 지내다가 2018. 12. 26. 乙에 대해 그 300만 원의 지급을 청구하는 내용의 소장을 법원에 제출했다. 그런데 乙은 2018. 12. 1. 사망했고, 丙이 단독으로 乙의 권리·의무를 상속했는데도, 甲은 그러한 사정을 모르고 乙로부터 그 TV 판매대금을 받기 위해 그 소를 제기했다. 소장부분이 송달되는 과정에서 甲이 위와 같은 사정을 비로소 알고 2019. 3. 20. 피고를 丙으로 바꾸어 달라는 피고경정 신청서를 법원에 제출했다.

## 문제 1.

법원은 甲의 피고경정 신청에 대해 어떤 조치를 할 수 있는가? (10점)

## 문제 2.

甲의 채권에 관한 소멸시효는 중단되었는가? 중단되었다면 그 중단 시점은 언제인가? (20점)

## [제1문의 3]

## &lt;기초적 사실관계&gt;

A가 사망하자 A 명의의 X 토지를 乙(妻)과 丙(子, 27세)이 공동상속하여 그에 관한 상속등기를 마쳤다. 乙과 丙이 상속재산의 분배·관리 등과 관련하여 갈등을 겪던 중, 乙은 X 토지를 丙의 동의 없이 甲에게 매도하였다. 乙은 X 토지를 甲에게 매도할 당시 丙의 인감도장, 인감증명서, 위임장 등을 제시하지 않은 채 甲과 매매계약을 체결하였다(아래의 각 설문은 독립적임).

## 문제 1.

甲은 乙과 丙을 상대로 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 그 소제기 당시 丙은 해외에 근무하고 있었는데, 丙은 해외에 근무하기 전까지 乙과 주소를 함께 하면서 같은 곳에서 생활하였다. 乙은 丙에 대한 소송서류를 수령한 다음 丙에게 그 수령사실을 알리

지 아니하여 丙은 甲이 자신을 상대로 소를 제기한 사실을 알지 못하였다. 법원은 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 乙은 2019. 5. 10. 위 판결정본을 송달받고도 丙에게 그 사실을 알리지 않았고, 항소를 제기하지도 아니하였다. 甲은 그 판결에 기해 그의 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 丙은 휴가차 집에 돌아와 있던 중, 2019. 6. 10.경 X 토지에 관한 등기기록을 열람해 보고 甲 명의로 소유권이전등기가 되어 있는 것을 발견하고, 乙에게 확인해 본 결과 甲이 소를 제기한 사실, 乙이 소장부분 이하 판결정본을 송달받은 사실을 알게 되었다. 위와 같은 사실을 알게 된 丙은 2019. 6. 17. 자신의 지분에 관한 판결에 대하여 항소장을 제1심 법원에 제출하였다. 丙은 항소장에 자신은 소제기 사실은 물론 판결이 송달된 사실을 전혀 몰랐으므로 2019. 6. 17.에 이르러서야 비로소 항소를 제기하게 되었다고 기재하였다. 丙의 항소는 적법한가? (15점)

문제 2.  
甲은 乙과 丙을 상대로 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하면서 乙과 통모하여 소장의 丙의 주소란에 乙의 주소를 기재하였고(乙과 丙의 주소는 다르다), 그후 乙은 丙에 대한 소송서류를 직접 송달받고도 그러한 사실을 丙에게 알려주지 아니하였다. 피고들은 법원이 지정한 변론기일에 출석하지 않았고, 법원은 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였으며, 乙과 丙에 대한 판결정본은 2019. 7. 4. 乙에게 송달되었다. 乙은 2019. 7. 10. 교통사고로 사망하였고, 2019. 7. 29.경 乙의 유품을 정리하던 丙은 甲이 乙과 丙을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 승소한 사실을 알게 되었다. 丙은 乙과 丙에 대한 甲의 청구를 인용한 위 판결에 대하여 소송상 어떠한 조치를 취할 수 있는가? (25점)

[제1문의 4]  
<공통된 기초사실관계>

乙은 甲에게 매매대금을 지급하고 2001. 5. 1. 유효하게 X토지의 소유권을 취득했다. 무자력 상태인 乙이 아무런 대가없이 2015. 2. 6. 기존의 채권자들 중 1인(채권액 2억 원)인 A에게 X 토지에 관해 저당권(이하 ‘이 사건 저당권’이라 한다)을 설정하자, 2015. 2. 10. 乙의 채권자 B(乙에 대해 1억 원의 채권을 가지고 있음)가 A를 피고로 하여 이 사건 저당권설정계약의 취소와 이 사건 저당권설정등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다. 법원이 2016. 10. 8. B 승소판결(이하 ‘이 사건 판결’이라 한다)을 선고하였고 판결은 그 무렵 확정되었다. 한편 이 사건 저당권설정등기가 말소되지 않은 상태에서 A에 의한 이 사건 저당권 실행을 위한 경매신청에 의하여 2016. 5. 6.부터 경매절차가 개시되어 2016. 11. 3. X 토지는 C에게 1억 500만 원에 매각되었다. 한편 경매비용을 제외한 매각대금 1억 원은 2016. 11. 10. 모두 채권자 A가 위 저당권에 기해 배당받았다.

문제 1.  
B는 2016. 11. 30. A를 상대로 원물반환의 불능을 이유로 1억 원의 가액반환을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대한 법원의 결론[인용, 일부 인용, 기각, 각하]을 구체적인 논거와 함께 서술하시오. (10점)

문제 2.  
B는 2016. 11. 24. 대상청구권에 근거하여 A를 상대로 A가 지급받은 배당금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대한 법원의 결론[인용, 일부 인용, 기각, 각하]을 그 구체적인 논거와 함께 서술하시오. (15점)

<추가된 사실관계>  
X 토지를 매각 받아 소유권을 취득한 C는 X 토지의 시가가 크게 상승하자 그 위에 건물을 짓기 위해 2018. 1. 6. 丙에게 2억 원을 차용하였고, 이를 담보하기 위하여 X 토지(시가 4억 원)에 저당권을 설정하였다. D에게 2억 원의 채무를 부담하고 있는 등 이미 채무초과상태에 있는 C는 다른 2억 원의 채권자인 E로 하여금 D에 대한 채무를 대신 변제하게 하는 조건으로 E에게 자신의 유일한 재산인 X 토지를 대물변제하고 2018. 6. 25. 소유권이전등기를 마쳐 주었다. E는 2018. 7. 10. 丙에게 2억 원의 피담보채권을 변제하여 X 토지에 있던 저당권을 말소시켰다. 2018. 11. 20.에 뒤늦게 대물변제사실을 알게 된 D가 E를 상대로 사해행위취소 및 가액반환으로 2억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였고 이에 법원은 사해행위 취소를 인정하고 E에게 원상회복으로 가액 2억 원을 D에게 반환할 것을 명하여 그 판결이 확정되었다. 한편 그 이전에 E는 D에게 3억 원의 대여금채권의 지급을 구하는 소를 제기하여 2015. 8. 1. 승소하여 그 무렵 그 판결(이하 E가 D에게 가지는 3억 원의 채권을 ‘이 사건 판결금 채권’이라 한다)이 확정되었다.

문제 3.  
2억 원의 지급을 명하는 판결에 따라 D가 E에게 2억 원의 지급을 요구하자 E는 C에 대한 2억 원의 채권을 자동채권으로 하여 상계를 주장하였다. E의 주장의 타당성 여부를 구체적으로 판단하시오. (15점)

문제 4.  
E가 D에 대해 가지는 이 사건 판결금 채권을 집행채권으로 하여 법원에 D의 E에 대한 2억 원의 가액반환채권에 대해 압류 및 전부명령을 신청하였다.

이에 대한 법원의 판단을 구체적인 논거와 함께 서술하시오. (10점)

## [제1문의 1]

### 문제 1.

제1심 법원은 **甲이 붙인 심판의 순위에 따라 판단하여 甲의 청구 중 불법행위에 기한 청구를 기각하고 채무불이행에 기한 청구에 대하여는 판단을 하지 않았다. 甲이 청구기각 부분에 대하여 불복하여 항소를 제기하였다. 항소심 법원의 심리결과 불법행위에 기한 손해배상청구가 이유 없다는 심증을 얻었다면 어떠한 판결을 선고할 것인가? (15점)**

#### 1. 쟁점 (2점)

불법행위에 기한 손해배상청구와 채무불이행에 기한 손해배상청구의 병합의 성질이 무엇인지, 선택적 병합에서 원고패소 판결을 하면서 병합된 청구 중 어느 하나를 판단하지 아니한 경우 항소심의 심판범위가 문제된다.

#### 2. 청구의 병합과 형태 (5점)

가. 청구의 병합이란 원고가 하나의 소송절차에서 여러 개의 청구를 하는 경우를 말하고 병합의 형태로는 단순병합과 선택적 병합, 예비적 병합이 있다. 단순병합이란 원고가 여러 개의 청구를 병합하여 각 청구에 대하여 다른 청구와 아무런 관련 없이 무조건적으로 재판할 것을 구하는 모습의 병합이고, 선택적 병합이란 원고가 양립 가능한 여러 개의 청구들 사이에 심판의 순서를 정하지 않고 어느 하나의 청구가 인용되면 다른 청구에 대하여는 심판을 바라지 않는 형태의 병합이다. 예비적 병합이란 하나의 소로써 여러 개의 청구를 하면서 그 청구들에 법원의 심판의 순서를 정하여 두는 병합 즉 주위적 청구(제1차적 청구)가 인용될 것을 해제조건으로 하여(즉, 주위적 청구가 기각·각하될 때를 대비하여) 예비적 청구(제2차적 청구)에 대하여 심판을 구하는 형태의 병합이다.

나. 불법행위에 기한 손해배상청구와 채무불이행에 기한 손해배상청구는 그 청구 모두가 동일한 목적을 달성하기 위한 것으로서 어느 하나의 채권이 변제로 소멸한다면 나머지 채권도 그 목적 달성을 이유로 동시에 소멸하는 관계에 있으므로 선택적 병합 관계에 있다(대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결).

다. 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 한다.

#### 3. 선택적 병합의 심판과 항소심의 심판범위 (5점)

가. 선택적 병합에서 원고승소판결을 할 때에는 병합된 청구 중 어느 하나를 선택하여 판단하면 되고(나머지 청구에 관해서는 심판 불요), 원고패소판결을 할 때에는 병합된 청구 전부에 대하여 배척하는 판단을 하여야 한다. 이때 병합된 청구 중 어느 하나를 판단하지 아니한 경우에는 일부판결을 할 수 없고 하나의 전부판결을 한 것이므로 상소로 구제받아야 한다.

나. 선택적 병합에서 원고패소 판결을 하면서 병합된 청구 중 어느 하나를 판단하지 아니한 경우 판단누락이 되고, 원고가 이와 같은 판결에 항소한 이상 누락된 부분까지 선택적 청구 전부가 항소심에 이심되고 재판누락이 아니다.

다. 선택적으로 병합된 수개의 청구를 모두 기각하거나 소를 각하한 항소심판결에 대하여 원고가 상고한 경우, 상고법원이 선택적 청구 중 어느 하나의 청구에 관한 상고가 이유 있다고 인정할 때에는 원심판결을 전부 파기하여야 한다(대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결).

라. 항소심으로서 두 청구 모두를 심판대상으로 삼아 판단하여야 한다. 항소심은 제1심에서 인용된 청구를 먼저 심리하여 판단할 필요는 없고, 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 제1심에서 심판되지 아니한 청구를 임의로 선택하여 심판할 수 있다.

#### 4. 결어(사안의 해결) (3점)

사안에서 제1심 법원이 甲의 선택적 청구 중 하나만을 판단하여 기각하고 나머지 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니한 조치는 위법한 것이고, 甲이 이와 같이 위법한 제1심 판결에 대하여 항소한 이상 원고의 선택적 청구 전부가 항소심으로 이심되었다고 할 것이므로, 선택적 청구 중 판단되지 않은 청구 부분이 재판의 탈루로서 제1심 법원에 그대로 계속되어 있다고 볼 것은 아니다.

항소심 심리결과 불법행위에 기한 손해배상청구가 이유 없다는 심증을 얻었다면, 채무불이행에 기한 청구에 관하

여 심리, 판단하여야 한다.

## 문제 2.

제1심 법원은 주위적 청구인 불법행위에 기한 손해배상청구는 기각하고 채무불이행에 기한 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 위 제1심 판결에 대하여 乙만 항소하였다. 항소심 법원의 심리결과 불법행위에 기한 손해배상청구가 이유 있다는 심증을 얻었다면 어떠한 판결을 선고할 것인가? (15점)

### 1. 쟁점 (2점)

원고가 선택적 병합으로 할 사건을 예비적 병합으로 추가한 경우 피고가 인용된 예비적 청구에 대하여만 항소한 경우 항소심의 심판범위가 문제된다.

### 2. 병합형태의 결정과 항소심의 심판범위 (5점)

가. 불법행위에 기한 손해배상청구와 채무불이행에 기한 손해배상청구는 그 청구 모두가 동일한 목적을 달성하기 위한 것으로서 어느 하나의 채권이 변제로 소멸한다면 나머지 채권도 그 목적 달성을 이유로 동시에 소멸하는 관계에 있으므로 선택적 병합 관계에 있다(대법원 2018. 2. 28. 선고 2013다26425 판결).

나. 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다.

다. 사안에서 甲이 불법행위에 기한 청구를 주위적 청구, 채무불이행에 기한 청구를 예비적 청구로 순위를 붙여 청구한 경우에도 양 청구는 예비적 병합이 아니고 선택적 병합 관계에 있다.

라. 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심 법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서는 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다(대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다96868 판결).

### 3. 선택적 병합에 해당하는 청구를 주위적·예비적으로 청구할 수 있는지 여부 (5점)

가. 성질상 선택적 관계에 있는 양 청구를 당사자가 주위적·예비적 청구 병합의 형태로 제소함에 의하여 그 소송심판의 순위와 범위를 한정하여 청구하는 이른바, 부진정 예비적 병합 청구의 소도 허용되는 것이며, 아울러 주위적 청구가 전부 인용되지 않을 경우에는 주위적 청구에서 인용되지 아니한 수액 범위 내에서의 예비적 청구에 대해서도 판단하여 주기를 바라는 취지로 불가분적으로 결합시켜 제소할 수도 있다(대법원 2002. 9. 4. 선고 98다17145 판결).

나. 논리적으로 양립할 수 있는 수 개의 청구라 하더라도 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구를 할 합리적 필요성이 있는 경우에는 당사자가 붙인 순위에 따라서 당사자가 먼저 구하는 청구를 심리하여 이유가 없으면, 다음 청구를 심리하여야 한다(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다17633 판결).

다. 사안에서 甲이 불법행위에 기한 청구와 채무불이행에 기한 청구를 심판의 순위를 붙여 청구할 합리적 필요성이 있는 경우라고 볼 수 없으므로 당사자가 붙인 순위에 따라서 심리를 하거나 판단을 할 필요가 없다.

### 4. 결어(사안의 해결) (3점)

선택적 병합의 경우 원고승소 판결을 함에 있어서 이유 있는 청구 중 하나를 선택하여 집중판단하면 되고 나머지 청구에 대하여는 심판을 요하지 않는다. 단일 청구를 하다가 항소심에서 선택적 병합청구로 바꾼 경우에도 마찬가지다.

사안은 선택적 병합으로 할 사건을 합리적 이유도 없이 예비적 병합으로 추가한 것이므로 비록 乙이 인용된 예비적 청구에 대하여만 항소를 제기한 경우에도 항소심 법원은 두 청구 모두 심판하여야 하고, 불법행위에 기한 청구가 이유 있다고 판단하는 경우에는 원심판결을 전부 취소하고 불법행위에 기한 청구 부분을 인용하는 판결을 선고하여야 하며, 나머지 청구에 대하여는 심판을 요하지 않는다.

[제1문의 2]

가전제품 판매상인 甲은 2015. 6. 30. 乙에게 300만 원 짜리 TV 1대를 판매·인도하고 대금은 2015. 12. 31.에 받기로 약정했다. 甲은 그와 같은 사실을 알고 지내다가 2018. 12. 26. 乙에 대해 그 300만 원의 지급을 청구하는 내용의 소장을 법원에 제출했다. 그런데 乙은 2018. 12. 1. 사망했고, 丙이 단독으로 乙의 권리·의무를 상속했는데도, 甲은 그러한 사정을 모르고 乙로부터 그 TV 판매대금을 받기 위해 그 소를 제기했다. 소장부분이 송달되는 과정에서 甲이 위와 같은 사정을 비로소 알고 2019. 3. 20. 피고를 丙으로 바꾸어 달라는 피고경정 신청서를 법원에 제출했다.

문제 1.

법원은 甲의 피고경정 신청에 대해 어떤 조치를 할 수 있는가? (10점)

1. 문제의 소재 (2점)

2. 논거 - 원고가 소장에 이미 사망한 자를 피고로 표시해 소를 제기한 경우, 그것을 바로잡는 절차 (5점)

가. 소장에 피고로 표시된 사람이 소제기 전에 사망했는데도 사망자를 피고로 해서 제출된 소장의 부분을 송달한 결과 상속인 등이 법원에 피고의 사망 사실을 알리는 경우에는 여러 가지 소송절차상 문제가 발생한다. 당사자의 확정에 관한 표시설에 의하면 그 소송은 사망자가 당사자기 때문에 처음부터 당사자가 실재하지 않는(당사자능력이 없는) 소송으로서 부적법하고, 법원은 판결로 그 소를 각하해야 하는 것이 원칙일 것이다.

나. 다수의 학설은 법원은 그러한 소를 각하하는 판결을 할 것이 아니라 민사소송법 제260조, 제261조의 규정에 의해 피고를 사망자의 상속인으로 경정해서 심판해야 할 것이라고 함에 대해 대법원 판례<sup>5)</sup>는 원고가 상대방이 사망한 사실을 모르고 그를 피고로 삼아 소를 제기한 경우에, 사망자의 상속인이 처음부터 실질적인 피고지만 원고가 그 표시를 잘못된 것으로 인정된다면, 원고는 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있고, 원고가 소송절차의 수계신청(82다146 판결)을 하거나 피고경정 신청(2009다49964 판결)을 한 경우라도 당사자표시 정정신청을 한 것으로 볼 수 있다고 한다.

3. 결론 (3점)

법원은 甲의 피고경정 신청을 적법한 것으로 보고 민사소송법 제260조 제1항의 규정에 의해 피고를 丙으로 경정하도록 허가하는 결정을 할 수 있고, 그런 결정을 하지 않은 채 당사자표시 정정신청이 있는 것으로 보고 사망자의 상속인인 丙을 당사자로 하는 소송절차를 속개해도 무방할 것이다.

문제 2. 甲의 채권에 관한 소멸시효는 중단되었는가? 중단되었다면 그 중단 시점은 언제인가? (20점)

1. 문제의 소재 (3점)

2. 甲의 채권의 소멸시효 기간과 그 중단시점

가. 甲의 물품대금 채권은 일견해서 상사채권임이 분명하므로 상사시효에 관한 상법 제64조<sup>6)</sup> 본문이 적용되어 그 소멸시효 기간을 5년으로 보기 쉽지만, 이 채권은 ‘상인이 판매한 상품의 대가’ 이므로 동조 단서와 민법 제163조(3년의 단기소멸시효) 제6호의 규정에 의해 그 소멸시효 기간은 3년이다. 그리고 甲은 2015. 12. 31. 그 대금을 받기로 약정했으므로 그 채권의 변제기는 2015. 12. 31.이다. 그렇다면 甲의 채권은 2015. 12. 31.부터 3년이 지난 2019. 1. 1. 소멸시효의 완성으로 소멸하게 된다. (4점)

나. 그런데 甲은 그 소멸시효 완성 이전인 2018. 12. 26. 이 사건 소를 제기했고, 乙이 그 전에 사망한 사실을 알고 2019. 3. 20. 피고를 乙의 상속인인 丙으로 바꿔달라는 피고경정 신청서를 법원에 제출했는데, 이러한 경우 甲의 소제기로 인한 소멸시효 중단의 효력이 발생하는 시점이 문제된다. 이는 민사소송법 제265조가 “시효의 중단 또

5) 대법원 1983. 12. 27. 선고 82다146 판결; 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결; 2017. 6. 15. 선고 2017다289828 판결 등.  
6) 제64조(상사시효) 상행위로 인한 채권은 본법에 다른 규정이 없는 때에는 5년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다. 그러나 다른 법령에 이보다 단기의 시효의 규정이 있는 때에는 그 규정에 의한다.



는 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.”고 규정함으로써 대두되는 문제다. 민사소송법 제260조, 제261조의 규정에 의한 피고경정의 방법으로만 소제기 전에 사망한 피고의 상속인을 피고로 삼을 수 있다고 하면 甲이 乙을 피고로 해서 소를 제기한 때가 아니라 피고경정 신청서를 법원에 제출한 2019. 3. 20.(민사소송법 제260조 제2항)에 甲의 채권의 소멸시효가 중단되는 것으로 된다(그러나 이미 소멸시효가 완성한 후이므로 중단의 효력은 발생할 여지가 없다). (5점)

다. 그렇지만 당사자표시 정정(이는 처음에 제출된 소장을 정정하는 것일 뿐이므로 그 소장에 의한 소제기의 효과는 그대로 유지된다)을 허용하고, 피고경정 신청도 당사자표시 정정신청으로 볼 수 있다는 판례이론에 의하면 甲이 乙을 피고로 해서 소를 제기한 2018. 12. 26.에 乙의 상속인 丙에 대해서도 청구채권의 소멸시효 중단의 효력이 생기는 것으로 된다. 사망한 乙의 법적 지위는 상속인인 丙에게 승계된다는 점에서 보면 판례이론이 타당하므로 甲이 2019. 3. 20. 피고경정 신청을 함으로써 甲의 채권은 2018. 12. 26. 소멸시효가 중단된 것으로 봐야 할 것이다. (6점)

### 3. 결론 (2점)

#### [제1문의 3]

##### <기초적 사실관계>

A가 사망하자 A 명의의 X 토지를 乙(妻)과 丙(子, 27세)이 공동상속하여 그에 관한 상속등기를 마쳤다. 乙과 丙이 상속재산의 분배·관리 등과 관련하여 갈등을 겪던 중, 乙은 X 토지를 丙의 동의 없이 甲에게 매도하였다. 乙은 X 토지를 甲에게 매도할 당시 丙의 인감도장, 인감증명서, 위임장 등을 제시하지 않은 채 甲과 매매계약을 체결하였다(아래의 각 설문은 독립적임).

#### 문제 1.

甲은 乙과 丙을 상대로 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다. 그 소제기 당시 丙은 해외에 근무하고 있었는데, 丙은 해외에 근무하기 전까지 乙과 주소를 함께 하면서 같은 곳에서 생활하였다. 乙은 丙에 대한 소송서류를 수령한 다음 丙에게 그 수령사실을 알리지 아니하여 丙은 甲이 자신을 상대로 소를 제기한 사실을 알지 못하였다. 법원은 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였다. 乙은 2019. 5. 10. 위 판결정본을 송달받고도 丙에게 그 사실을 알리지 않았고, 항소를 제기하지도 아니하였다. 甲은 그 판결에 기해 그의 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 丙은 휴가차 집에 돌아와 있던 중, 2019. 6. 10.경 X 토지에 관한 등기기록을 열람해 보고 甲 명의로 소유권이전등기가 되어 있는 것을 발견하고, 乙에게 확인해 본 결과 甲이 소를 제기한 사실, 乙이 소장부분 이하 판결정본을 송달받은 사실을 알게 되었다. 위와 같은 사실을 알게 된 丙은 2019. 6. 17. 자신의 지분에 관한 판결에 대하여 항소장을 제1심 법원에 제출하였다. 丙은 항소장에 자신은 소제기 사실은 물론 판결이 송달된 사실을 전혀 몰랐으므로 2019. 6. 17.에 이르러서야 비로소 항소를 제기하게 되었다고 기재하였다. 丙의 항소는 적법한가? (15점)

#### 1. 문제의 소재 (2점)

乙이 丙에 대한 소송서류를 송달받고도 이를 丙에게 교부하지 아니하여 丙이 소가 제기된 사실 및 판결정본이 송달된 사실 등을 알지 못하여 항소기간을 지키지 못하였는데, 이러한 경우 丙은 자신이 책임질 수 없는 사유로 항소기간을 지키지 못하였음을 이유로 항소를 추후보완할 수 있는지 여부, 丙이 추후보완사유를 주장하면서 항소장을 제출한 경우 추완항소로서 적법한지 여부가 문제된다.

#### 2. 추후보완사유 인정 여부 (4점)

##### 가. 의의

당사자가 책임질 수 없는 사유로 불변기간을 지키지 못한 경우까지 불변기간을 지키지 못한 것에 대한 제재를 가하는 것은 당사자에게 가혹하다는 것을 고려하여, 이러한 때에는 해당 소송행위의 추후보완을 허용하고 있다(민사소송법 제173조 제1항).

##### 나. 추후보완사유

당사자가 책임질 수 없는 사유란 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 사유를 의미하고, 당사자에게는 당사자 본인뿐만 아니라 그 소송대리인 및 소송대리인의 보조인도 포함된다(대법원 1999. 6. 11. 선고 99다9622 판결).



다. 사안의 경우

추후보완항소가 허용되기 위해서는 항소기간을 지키지 못한 것에 대하여 丙에게 과실이 없어야 하는데, 乙이 丙에 대한 소송서류를 수령(민사소송법 제186조 제1항)한 후 이를 丙에게 전달하지 않아 丙이 소송계속사실을 알지 못하였고 판결정본이 송달된 사실도 몰랐으므로, 이로 인해 항소기간을 지키지 못한 것은 丙에게 책임을 돌릴 수 없는 경우에 해당될 것이다.

### 3. 추후보완기간 (4점)

가. 추후보완기간

추후보완사유가 존재하는 경우 불변기간을 지키지 못한 소송행위를 그 사유가 없어진 날로부터 2주 이내에 보완하여야 한다(민사소송법 제173조 제1항 본문). 다만 추후보완사유가 없어질 당시 외국에 있던 당사자는 그 사유가 없어진 날부터 30일 이내에 불변기간을 지키지 못한 소송행위를 보완할 수 있다(민사소송법 제173조 제1항 단서).

나. 추후보완사유가 없어진 날의 의미

추후보완사유가 없어진 날이란 불변기간을 지킬 수 없었던 장애사유가 없어진 날을 의미한다.

다. 사안의 경우

丙은 2019. 6. 10. 소송의 경과 등에 관하여 알게 되었으므로, 그로부터 2주가 경과하기 전인 2019. 6. 24.까지 추후보완항소장을 제1심 법원에 제출함으로써 항소를 추후보완할 수 있다.

### 4. 항소추후보완의 방법 (4점)

추후보완사유가 있는 사람은 불변기간을 지키지 못한 소송행위를 관할하는 법원에 그 소송행위의 방식대로 하명된다. 항소를 추후보완하려면 항소장을 제1심 법원에 제출하면 된다.

당사자가 항소를 제기하면서 추후보완항소라는 취지의 문언을 기재하지 아니하였더라도 그 전체적인 취지에 비추어 항소를 추후보완한다는 주장이 있는 것으로 볼 수 있는 경우에는 추후보완사유에 대하여 심리·판단하여야 하고, 증거에 의하여 항소기간의 경과가 당사자가 책임질 수 없는 것으로 말미암은 것으로 인정되는 이상, 그 항소는 처음부터 추후보완에 의하여 제기된 항소라고 보아야 한다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다41560 판결).

### 5. 결론 (1점)

문제 2.

甲은 乙과 丙을 상대로 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하면서 乙과 통모하여 소장의 丙의 주소란에 乙의 주소를 기재하였고(乙과 丙의 주소는 다르다), 그후 乙은 丙에 대한 소송서류를 직접 송달받고도 그러한 사실을 丙에게 알려주지 아니하였다. 피고들은 법원이 지정한 변론기일에 출석하지 않았고, 법원은 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였으며, 乙과 丙에 대한 판결정본은 2019. 7. 4. 乙에게 송달되었다. 乙은 2019. 7. 10. 교통사고로 사망하였고, 2019. 7. 29.경 乙의 유품을 정리하던 丙은 甲이 乙과 丙을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기하여 승소한 사실을 알게 되었다. 丙은 乙과 丙에 대한 甲의 청구를 인용한 위 판결에 대하여 소송상 어떠한 조치를 취할 수 있는가? (25점)

#### 1. 문제의 소재 (3점)

(1) 甲이 乙과 통모하여 소장의 丙의 주소란에 乙의 주소를 기재하여 乙의 주소로 丙에 대한 소송서류가 송달되게 하여 乙이 丙인 것처럼 소송서류를 송달받고 丙에게 전달하지 아니하여 丙이 소가 제기된 사실을 알지 못하였고, 丙이 소송서류를 송달받고도 변론기일에 출석하지 않는 것으로 법원을 기망하여 甲이 승소하였는데, 이러한 경우 판결의 효력이 인정될 것인지, 인정된다면 소송절차에 전혀 관여한 바가 없는 丙에게 판결의 효력이 미치는 것을 어떻게 배제할 것인지 등이 문제된다.

(2) 제1심 판결정본이 송달된 후에 乙이 사망하였으므로 乙에 대한 甲의 청구의 내용을 이루는 X 토지의 5분의 3 지분에 관한 소유권이전등기절차이행의무를 丙이 상속하게 되는데, 이러한 실체법상 포괄승계사유의 발생이 소송상으로 어떠한 영향을 미치는지, 이러한 경우 丙은 乙의 상속인으로서 제1심 법원과 항소법원 중 어느 법원에 소송수계신청을 하여야 하는지 등이 문제된다.

## 2. 甲의 丙에 대한 청구 (10점)

### 가. 판결의 편취

당사자가 상대방이나 법원을 기망하여 부당한 내용의 판결을 받는 것을 판결의 편취라고 하고, 이렇게 취득한 판결을 사위판결 또는 편취판결이라고 한다.

나. 상대방의 소송관여를 배제한 상태에서 자백간주에 의해 받은 판결의 효력

#### 1) 무효인 것으로 보는 견해

편취판결의 상대방이 절차보장을 받지 못하였으므로 편취된 판결을 당연무효인 판결로 보아야 한다. 편취판결을 무효로 볼 경우에는 재심의 소에 의하여 편취판결을 취소하지 않고도 편취판결에 기해 강제집행된 것에 대하여 부당이득반환 또는 손해배상을 청구할 수 있고, 편취판결에 기한 강제집행에 대하여는 집행문부여에 대한 이의신청(민사집행법 제34조), 청구이의의 소(같은 법 제44조) 등을 통해 다룰 수 있다.

#### 2) 유효한 것으로 보는 견해

외관상 판결로서의 요건을 갖춘 이상, 즉 법원에 의해 내부적으로 성립되어 외부적으로 선고된 이상 유효한 판결로 보아야 한다. 판결편취의 대표적 경우인 공시송달에 의한 판결편취의 경우를 민사소송법 제451조 제1항 제11호에서 재심사유로 규정하고 있는데, 이러한 입법은 그러한 판결이 당연무효의 판결이 아님을 전제로 한 것이며, 편취판결을 무효라고 할 경우 기판력제도를 동요시켜 법적 안정성을 해할 염려가 있으므로 편취판결을 유효한 판결로 취급하여야 한다. 편취판결을 유효한 판결로 볼 경우 편취판결의 상대방에 대한 소송상·실체법상 구제책이 강구되어야 한다.

#### 3) 검토

판결로서의 외관 구비, 기판력제도를 통해 추구하고자 하는 법적 안정성, 판결편취의 일례에 해당하는 사유가 재심사유로 규정되어 현실 등을 고려하여 판단하면 될 것이다.

다. 이 사건 판결에 대한 丙의 구제수단

이러한 판결이 무효라고 할 경우에는 판결의 효력이 丙에게 미치지 않으므로 丙은 별도로 소송상 조치를 취할 필요가 없지만, 이러한 판결이 유효하다고 할 경우 소송절차에 관여한 바 없는 丙이 판결의 효력을 받는 것은 부당하므로 丙에게 판결의 효력을 배제시킬 수 있는 방법이 인정되어야 한다.

#### 1) 재심의 소 또는 추완항소를 할 수 있다는 견해

편취된 판결도 형식적으로 확정된 확정판결이므로 재심의 소(민사소송법 제451조 제1항 제11호) 또는 추후보완항소(민사소송법 제173조)로 판결의 효력을 다룰 수 있다.

#### 2) 항소할 수 있다는 견해

이러한 경우 판결정본의 송달이 부적법·무효이므로 항소기간이 진행되지 않고, 판결이 확정되지 않으므로 항소가 가능하다.

#### 3) 항소와 재심의 소가 모두 가능하다는 견해

판결이 확정된 것과 같은 외관을 가지고 있고, 피고에게 판결정본이 송달되지 아니하여 판결이 확정되지 않았으므로 재심의 소와 항소가 모두 가능하다.

#### 4) 판례

원고가 피고의 주소를 허위로 기재하여 판결정본이 상대방의 허위주소로 송달되고 상대방 아닌 다른 사람이 판결정본을 수령한 경우 상대방에 대한 판결정본의 송달은 부적법하여 무효이고, 상대방은 아직 판결정본을 송달받지 않은 상태에 있으므로 그 판결에 대한 항소기간은 진행하지 않는 것으로 보아야 할 것이고, 그러한 판결은 확정판결이 아니어서 기판력이 없다(대법원 1978. 5. 9. 선고 75다634 전원합의체 판결).

제1심 판결정본이 적법하게 송달된 바 없으면 그 판결에 대한 항소기간은 진행되지 아니하므로 그 판결은 형식적으로도 확정되었다고 볼 수 없고, 따라서 소송행위 추완의 문제는 나올 수 없으며 그 판결에 대한 항소는 제1심 판결정본 송달 전에 제기된 것으로서 적법하다(대법원 1997. 5. 30. 선고 97다10345 판결).

라. 사안의 경우

재심의 소 또는 추완항소를 통해 판결의 효력을 다룰 수 있는 것으로 보는 견해에 따를 경우 丙은 이러한 사유를 안 날(2019. 7. 29.)부터 30일 이내(민사소송법 제456조 제1항)에 재심의 소를 제기하거나 2주 이내(민사소송법 제173조 제1항)에 추완항소를 제기할 수 있다. 판례의 입장에 따를 경우 丙은 제1심 판결에 대하여 항소를 제기할 수 있다.

3. 甲의 乙에 대한 청구 (10점)

가. 소송절차 중단의 효과

소송계속 중에 당사자가 사망한 경우 소송절차가 중단되지만(민사소송법 제233조 제1항 본문), 중단사유가 발생한 당사자에게 소송대리인이 선임되어 있는 때에는 소송절차가 중단되지 않고 속행된다(민사소송법 제238조).

소송절차의 중단 중에는 변론이 종결된 경우의 판결의 선고를 제외하고는 소송절차상 일체의 행위를 할 수 없다(민사소송법 제247조 제1항).

나. 소송절차 중단에 관한 규정의 법적 성질

소송절차의 중단을 인정하는 것은 소송수행에 관한 당사자의 이익을 보호하기 위한 것으로서 이에 관한 규정은 임의규정으로서의 성질을 가진다. 소송절차 중단 중의 소송행위도 소송절차에 관한 이익권의 포기·상실, 추인에 의해 그 하자가 치유될 수 있다.

다. 소송절차 중단의 해소

소송절차의 중단은 당사자 측의 수계신청과 법원의 속행명령에 의하여 해소되고 이에 따라 소송절차의 진행이 재개된다. 중단사유가 있는 당사자 측의 새로운 소송수행자뿐만 아니라 상대방 당사자의 신청에 의해서도 소송수계가 이루어진다(민사소송법 제241조). 甲의 乙에 대한 청구 부분은 乙의 사망에 의해 소송절차가 중단되고, 이에 관한 소송절차의 중단을 해소하기 위해서는 丙의 소송수계가 필요하다.

라. 소송수계신청을 할 법원

1) 통상의 경우 수계신청하여야 할 법원

소송절차의 중단사유가 발생할 당시에 소송이 계속되어 있던 법원에 소송수계를 신청하여야 한다.

2) 재판이 송달된 뒤에 소송절차가 중단된 경우 수계신청을 할 법원

① 민사소송법 제243조 제2항, 제397조 제1항, 제425조를 근거로 원심법원에 수계신청을 하여야 하는 것으로 보는 견해, ② 민사소송법이 상소장을 원심법원에 제출하도록 하고 있는 이상 재판이 송달된 후에 소송절차가 중단된 경우에는 원심법원에 수계신청을 하여야 하지만, 소송절차 중단사유의 발생 또는 중단의 효과를 간과하고 상소한 때에는 이익권의 포기·상실에 의해 그 하자가 치유되어 상소가 적법하게 될 수 있으므로 상소심에서도 소송수계는 할 수 있는 것으로 보는 견해 등이 주장되고 있다.

판례에 따르면 소송절차가 중단된 상태에서 제기된 상소는 부적법한 것이지만, 상소심법원에 수계신청을 하여 그 하자를 치유시킬 수 있다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다61649 판결).

마. 제1심 판결이 송달된 후에 소송절차가 중단된 경우 항소기간

소송수계허가결정이 송달된 때부터 항소기간이 새로이 진행한다(민사소송법 제247조 제2항).

바. 사안의 경우

丙은 피상속인인 乙에 대한 甲의 청구 부분에 대해서는 제1심 법원에 소송수계를 신청한 후에 항소를 제기하여야 한다(민사소송법 제243조 제2항). 만약 丙이 乙에 대한 甲의 청구 부분에 관하여 소송수계를 하지 않고 항소를 제기한 경우 판례에 따르면 항소법원에 소송수계신청을 함으로써 그 하자를 치유시킬 수 있다.

#### 4. 결론 (2점)

[제1문의 4]

<공통된 기초사실관계>

乙은 甲에게 매매대금을 지급하고 2001. 5. 1. 유효하게 X토지의 소유권을 취득했다. 무자력 상태인 乙이 아무런 대가없이 2015. 2. 6. 기존의 채권자들 중 1인(채권액 2억 원)인 A에게 X 토지에 관해 저당권(이하 ‘이 사건 저당권’이라 한다)을 설정하자, 2015. 2. 10. 乙의 채권자 B(乙에 대해 1억 원의 채권을 가지고 있음)가 A를 피고로 하여 이 사건 저당권설정계약의 취소와 이 사건 저당권설정등기의 말소를 구하는 소를 제기하였다. 법원이 2016. 10. 8. B 승소판결(이하 ‘이 사건 판결’이라 한다)을 선고하였고 판결은 그 무렵 확정되었다. 한편 이 사건 저당권설정등기가 말소되지 않은 상태에서 A에 의한 이 사건 저당권 실행을 위한 경매신청에 의하여 2016. 5. 6.부터 경매절차가 개시되어 2016. 11. 3. X 토지는 C에게 1억 500만 원에 매각되었다. 한편 경매비용을 제외한 매각대금 1억 원은 2016. 11. 10. 모두 채권자 A가 위 저당권에 기해 배당받았다.

문제 1.

B는 2016. 11. 30. A를 상대로 원물반환의 불능을 이유로 1억 원의 가액반환을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대한 법원의 결론[인용, 일부 인용, 기각, 각하]을 구체적인 논거와 함께 서술하시오. (10점)

문제 2. B는 2016. 11. 24. 대상청구권에 근거하여 A를 상대로 A가 지급받은 배당금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대한 법원의 결론[인용, 일부 인용, 기각, 각하]을 그 구체적인 논거와 함께 서술하시오. (15점)

문제 1.

B는 2016. 11. 30. A를 상대로 원물반환의 불능을 이유로 1억 원의 가액반환을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대한 법원의 결론[인용, 일부 인용, 기각, 각하]을 구체적인 논거와 함께 서술하시오. (10점)

##### 1. 사해행위취소판결에 따른 원물반환불능시 가액반환청구가 권리보호이익이 있는지 여부(8점)

사실심변론종결당시의 채권자의 선택에 따라 원물반환과 가액배상 중 어느 하나로 확정되며, 이미 확인한 것과 같이 채권자가 일단 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원물반환청구를 하여 승소판결이 확정되었다면, 그 후 어떠한 사유로 원물반환의 목적을 달성할 수 없으므로 그 청구는 권리보호이익이 없어 허용되지 않음. [대판 2004다 54978] (8점)

대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결: 사해행위 후 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우에는 수익자가 목적물을 저당권 등의 제한이 없는 상태로 회복하여 이전하여 줄 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권자는 원상회복 방법으로 수익자를 상대로 가액 상당의 배상을 구할 수도 이 경우 원상회복청구권은 사실심 변론종결 당시의 채권자의 선택에 따라 채무자 앞으로 직접 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구할 수도 있다. 가액배상 중 어느 하나로 확정되며, 채권자가 일단 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원물반환청구를 하여 승소 판결이 확정되었다면, 그 후 어떠한 사유로 원물반환의 목적을 달성할 수 없게 되었다고 하더라도 다시 원상회복청구권을 행사하여 가액배상을 청구할 수는 없으므로 그 청구는 권리보호의 이익이 없어 허용되지 않는다.

##### 2. 사안의 해결 (2점)

B의 청구는 각하됨. (2점)

문제 2. B는 2016. 11. 24. 대상청구권에 근거하여 A를 상대로 A가 지급받은 배당금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대한 법원의 결론[인용, 일부 인용, 기각, 각하]을 그 구체적인 논거와 함께 서술하시오. (15점)

##### 1. 원물반환으로서 원상회복이 불가능한 경우 대상청구권 인정여부 (13점)

1) 우리 민법이 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고

있지 않으나 해석상 대상청구권을 인정함. (3점)

2) 대상청구권의 요건 검토(이행불능 등) (3점)

3) 채권자가 수익자를 상대로 하는 사해행위취소소송에서 원물반환으로 근저당권설정등기의 말소를 구하여 승소판결이 확정되었는데, 그 후 해당 부동산이 관련 경매사건에서 담보권 실행을 위한 경매절차를 통하여 제3자에게 매각된 경우, 위와 같이 부동산이 담보권 실행을 위한 경매절차에 의하여 매각됨으로써 확정판결에 기한 수익자의 근저당권설정등기 말소등기절차의무가 이행불능된 경우, 채권자는 대상청구권을 행사하여 수익자가 말소될 근저당권설정등기에 기한 근저당권자로서 지급받은 배당금의 반환을 청구할 수 있음. [대법원 2012.06.28. 선고 2010다71431 판결] (7점)

2. 사안의 해결 (2점)

B의 청구는 인용됨. (2점)

<추가된 사실관계>

X 토지를 매각 받아 소유권을 취득한 C는 X 토지의 시가가 크게 상승하자 그 위에 건물을 짓기 위해 2018. 1. 6. 丙에게 2억 원을 차용하였고, 이를 담보하기 위하여 X 토지(시가 4억 원)에 저당권을 설정하였다. D에게 2억 원의 채무를 부담하고 있는 등 이미 채무초과상태에 있는 C는 다른 2억 원의 채권자인 E로 하여금 D에 대한 채무를 대신 변제하게 하는 조건으로 E에게 자신의 유일한 재산인 X 토지를 대물변제하고 2018. 6. 25. 소유권이전등기를 마쳐 주었다. E는 2018. 7. 10. 丙에게 2억 원의 피담보채권을 변제하여 X 토지에 있던 저당권을 말소시켰다. 2018. 11. 20.에 뒤늦게 대물변제사실을 알게 된 D가 E를 상대로 사해행위취소 및 가액반환으로 2억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였고 이에 법원은 사해행위 취소를 인정하고 E에게 원상회복으로 가액 2억 원을 D에게 반환할 것을 명하여 그 판결이 확정되었다. 한편 그 이전에 E는 D에게 3억 원의 대여금채권의 지급을 구하는 소를 제기하여 2015. 8. 1. 승소하여 그 무렵 그 판결(이하 E가 D에게 가지는 3억 원의 채권을 ‘이 사건 판결금 채권’이라 한다)이 확정되었다.

문제 3.

2억 원의 지급을 명하는 판결에 따라 D가 E에게 2억 원의 지급을 요구하자 E는 C에 대한 2억 원의 채권을 자동채권으로 하여 상계를 주장하였다. E의 주장의 타당성 여부를 구체적으로 판단하시오. (15점)

1. 상계요건(상계약정): 2점

2. 피고인 수익자의 채무자에 대한 채권이 부활하는지 여부 (자동채권존재 여부 : 4점)

1) 대물변제로 소멸된 채권은 부활됨.

- 제406조에 의한 채권자취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있는 것인바, 채무자가 다수의 채권자 중 1인(수익자)에게 담보를 제공하거나 대물변제를 한 것이 다른 채권자들에 대한 사해행위가 되어 채권자들 중 1인의 사해행위취소소송 제기에 의하여 그 취소와 원상회복이 확정된 경우에, 사해행위의 상대방인 수익자는 그의 채권이 사해행위 당시에 그대로 존재하고 있었거나 또는 사해행위가 취소되면서 그의 채권이 부활하게 되는 결과 본래의 채권자로서의 지위를 회복하게 되는 것이므로, 다른 채권자들과 함께 제407조에 의하여 그 취소 및 원상회복의 효력을 받는 채권자에 포함됨. (대법원 2003.6.27. 선고 2003다15907 판결). (5점)

3. 피고인 수익자의 원고인 채권자에 대한 상계를 인정할 수 있는지 여부 (7점)

채권자취소권은 채권의 공동담보인 채무자의 책임재산을 보전하기 위하여 채무자와 수익자 사이의 사해행위를 취소하고 채무자의 일반재산으로부터 일탈된 재산을 모든 채권자를 위하여 수익자 또는 전득자로부터 환원시키는 제도이므로 수익자로 하여금 자기의 채무자에 대한 반대채권으로써 상계를 허용하는 것은 사해행위에 의하여 이익을 받은 수익자를 보호하고 다른 채권자의 이익을 무시하는 결과가 되어 위 제도의 취지에 반하므로, 수익자인 E가 채권자취소에 따른 원상회복으로서 가액배상을 할 때에 본인이 C에 대하여 가지는 자기의 채권과의 상계를 주장할 수는 없다. 상계를 인정하면 채권자들 중에 수익자에 대해서만 원상회복 거절이나 상계를 이용한 실질적 우선변제를 허용하게 하는 부당한 결과를 가져오게 됨. (대법원 2001.2.27. 선고 2000다44348 판결). (7점)

#### 4. 사안의 해결 (2점)

E의 상계주장은 타당하지 않음. (2점)

문제 4. E가 D에 대해 가지는 이 사건 판결금 채권을 집행채권으로 하여 법원에 D의 E에 대한 2억 원의 가액반환채권에 대해 압류 및 전부명령을 신청하였다. 이에 대한 법원의 판단을 구체적인 논거와 함께 서술하시오. (10점)

##### 1. 채권자가 채무자의 자신에 대한 채권을 압류 할 수 있는지 여부 (8점)

1) 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 압류하는 경우 제3채무자가 채권자 자신인 경우에도 이를 압류하는 것이 금지되지 않으므로 단지 채권자와 제3채무자가 같다고 하여 채권압류 및 전부명령이 위법하다고 볼 수 없음. [대법원 2017. 8. 21.자 2017마499 결정] (5점)

2) 상계가 금지되는 채권이라고 하더라도 압류금지채권에 해당하지 않는 한 강제집행에 의한 전부명령의 대상이 될 수 있음. [대법원 2017. 8. 21.자 2017마499 결정] (3점)

- 수익자가 채권자취소권을 행사하는 채권자에 대해 가지는 별개의 다른 채권을 집행하기 위하여 그에 대한 집행권원을 가지고 위 채권자의 수익자에 대한 가액배상채권을 압류하고 전부명령을 받는 것은 허용됨.

##### 2. 사안의 해결 (2점)

법원은 압류 및 전부명령을 결정한다. (2점)

## &lt;제1문의 1&gt;

## &lt;기초적 사실관계&gt;

甲은 乙로부터 X건물을 대금 1억 원에 매수하였다.

※ 아래 각 문제는 서로 독립적임

## &lt;문제&gt;

1. 甲이 乙을 상대로 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다. 乙은 甲으로부터 대금을 지급받을 때까지는 이전등기 청구에 응할 수 없다고 동시이행의 항변을 하였다. 甲은 乙에 대한 1억 원의 대여금 채권으로 乙의 대금 채권과 상계하겠다고 주장하였다. 법원은 대여사실에 대한 증명이 부족하다는 이유로 甲의 상계주장을 배척하여 ‘乙은 甲으로부터 1억 원을 지급받음과 동시에 甲에게 X건물에 관한 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라’는 취지의 청구 일부 인용 판결을 선고하였고 그 판결 확정되었다. 그 후 甲이 乙을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하여 대여 및 변제기 도래 사실을 증명하였다면 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가? (소 각하 / 청구 기각 / 청구 인용) (20점)

2. 甲이 乙을 상대로 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다. 1심에서 패소한 甲은 변호사 A를 선임하여 위 소의 항소심을 수행하게 하였으나 항소 기각 판결을 선고받자 변호사 B를 선임하여 상고를 제기하였다. 상고심 법원은 원심을 파기하여 항소심으로 환송하는 판결을 선고하였다. 환송 후 항소심 법원은 변론기일 통지서를 변호사 A에게 송달하였다. 위 송달은 적법한가? (15점)

## &lt;추가적 사실관계&gt;

매매 당시 乙은 甲으로부터 위 매매대금을 지급받음과 동시에 甲에게 X건물에 관하여 설정되어 있던 저당권설정등기(저당권자 C)를 말소해 주기로 약정하였다. 乙의 채권자 丙은 乙의 갑에 대한 위 매매대금 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받았고 위 명령이 甲에게 송달되었다. 甲의 대금지급의무와 乙의 소유권이전등기의무가 이행되지 않고 있던 중 C의 저당권에 기한 경매절차가 개시되었다. 甲은 C에게 위 저당권의 피담보채무액 5,000만 원을 대위변제하여 위 저당권을 말소시켰고, 乙은 甲에게 소유권이전등기를 마쳐 주고 X건물을 인도하였다. 이 후 丙은 甲을 상대로 추심금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

## &lt;문제&gt;

3. 甲은 위 소에서 대위변제로 발생한 구상금 채권 5000만 원으로 乙의 매매대금 채권과 대등액에서 상계한다고 주장하였다. 甲의 상계항변은 이유있는가?

## &lt;제1문의 2&gt;

## &lt;기초적 사실관계&gt;

甲과 乙은 2018.3.1. 甲 소유의 고려청자 1점을 乙이 보관하기로 하는 계약을 체결하였고, 甲은 乙에게 위 고려청자를 인도하였다.

※ 아래 각 문제는 서로 독립적임

## &lt;문제&gt;

1. 乙은 2018.5.1. 보관 중이던 고려청자를 관리 소홀로 도난당하였고, 甲은 위 고려청자의 소재를 파악할 수 없게 되자 2019.5.3. 위 고려청자의 시가가 1억 5,000만원이라고 주장하면서 乙을 상대로 채무불이행을 원인으로 한 시가 상당액의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 甲은 위 고려청자의 시가 감정을 신청하였으나, 감정인은 ‘위 고려청자와 비슷한 도자가 존재하지 아니하며 정확한 시가를 산정하기 곤란하다’는 의견을 제시하였다. 甲은 시가를 정확히 산정할 만한 다른 증거를 제출하지 못하였다. 이때 甲의 청구는 인용될 수 있는가? (10점)

2. 乙은 2018.5.1. 보관 중이던 고려청자를 甲의 허락 없이 丙에게 평온·공연하게 매각하여 인도하였는데, 丙은 당시 아무런 과실 없이 乙이 정당한 소유자라고 믿었다. 甲은 2019.5.3. 丙을 상대로 위 고려청자가 도품 또는 유실물에 해당한다는 이유로 소유권에 기하여 위 고려청자에 관한 인도 청구의 소를 제기하였다. 위 소에서 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가?

(소 각하/ 청구 기각 / 청구 인용) (10점)



### <제1문의 3>

#### <기초적 사실관계>

甲은 2008.4.1. 乙에게 1억 원을 변제기 2009.3.31.로 정하여 대여하였다.

※ 아래 각 문제는 t5로 독립적임

※ 아래 문제에서 공휴일 여부는 고려하지 말 것

#### <문제>

1. 乙은 2012. 4. 1. 甲을 상대로 위 대여금 채무가 부존재한다는 확인의 소를 제기하였다. 이에 甲은 乙을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 반소를 제기하였다. 乙의 소는 적법한가? (15점)

2. 甲은 2012.4.1. 乙을 상대로 위 대여금 채권 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하여 청구 인용 판결을 선고받아 위 판결이 확정되었다. 한편 乙에게는 甲에 대한 1억 원의 손해배상 채권이 있었고, 위 소송의 사실심 변론종결 당시 위 두 채권은 상계적상에 있었으며, 乙도 위 두 채권이 상계적상에 있음을 알고 있었다. 甲이 위 확정판결로 강제집행을 하려고 하자, 乙은 비로소 위 손해배상 채권으로 위 대여금 채권과 상계한다고 주장하면서 위 확정판결의 집행력을 배제하기 위한 청구이의의 소를 제기하였다. 乙의 상계주장은 적법한 청구이의의 사유에 해당하는가? (15점)

3. 甲은 2012.4.1.을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소(전소)를 제기하였으나, 법원은 대여사실에 대한 증거가 부족하다는 이유로 2012.6.30. 변론을 종결하고 2012.7.14. 원고 청구 기각 판결을 선고하였으며, 위 판결은 2012.8.20. 확정되었다. 甲은 2012.12.1. 乙을 상대로 위 대여금에 대하여 2012.7.1.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 청구하는 소(후소)를 제기하였다. 후소에서의 증거조사 결과 위 대여사실이 증명되었다면 후소 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가?(소 각하 / 청구 기각/ 청구 인용) (20점)

4. 甲은 2018.11.1. 乙을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소(전소)를 제기하였다. 전소에서 甲은 丙에게 위 대여금 채권을 양도하였다고 주장하면서 丙에 대한 소송인수 신청을 하였고, 법원이 소송인수 결정을 하였으며, 甲은 2019.5.1. 乙의 동의를 얻어 전소에서 탈퇴하였다. 인수참가인 丙에 대한 청구 인용 판결이 선고되자 乙은 항소를 제기하였다. 항소심은 위 채권양도가 무효라고 판단하여 병에 대한 청구 기각 판결을 선고하였고 위 판결은 2019.8.1. 확정되었다. 채권양도가 무효로 판단됨에 따라 같은 2019.12.1. 乙을 상대로 다시 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소(후소)를 제기하였다. 후소에서 乙은 '위 대여금 청구가 변제기로부터 10년이 도과하여 소멸시효가 완성되었다'고 주장하였고, 甲은 '시효완성 전에 전소를 제기하였고 비록 전소에서 탈퇴하였으나 전소 판결의 확정일로부터 6개월 이내에 후소를 제기하였으므로 소멸시효가 중단되었다'고 주장하였다. 甲과 乙의 주장은 타당한가?(20점)



# 쟁점과 예상 답안 목차

## <제1문의 1>

### <기초적 사실관계>

甲은 乙로부터 X건물을 대금 1억 원에 매수하였다.

※ 아래 각 문제는 서로 독립적임

### <문제>

1. 甲이 乙을 상대로 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다. 乙은 甲으로부터 대금을 지급받을 때까지는 이전등기 청구에 응할 수 없다고 동시이행의 항변을 하였다. 甲은 乙에 대한 1억 원의 대여금 채권으로 乙의 대금 채권과 상계하겠다고 주장하였다. 법원은 대여사실에 대한 증명이 부족하다는 이유로 甲의 상계주장을 배척하여 '乙은 甲으로부터 1억 원을 지급받음과 동시에 甲에게 X건물에 관한 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라'는 취지의 청구 일부 인용 판결을 선고하였고 그 판결 확정되었다. 그 후 甲이 乙을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하여 대여 및 변제기 도래 사실을 증명하였다면 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가? (소 각하 / 청구 기각 / 청구 인용) (20점)
2. 甲이 乙을 상대로 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다. 1심에서 패소한 甲은 변호사 A를 선임하여 위 소의 항소심을 수행하게 하였으나 항소 기각 판결을 선고받자 변호사 B를 선임하여 상고를 제기하였다. 상고심 법원은 원심을 파기하여 항소심으로 환송하는 판결을 선고하였다. 환송 후 항소심 법원은 변론기일 통지서를 변호사 A에게 송달하였다. 위 송달은 적법한가? (15점)

### <추가적 사실관계>

매매 당시 乙은 甲으로부터 위 매매대금을 지급받음과 동시에 甲에게 X건물에 관하여 설정되어 있던 저당권설정등기(저당권자 C)를 말소해 주기로 약정하였다. 乙의 채권자 丙은 乙의 갑에 대한 위 매매대금 채권에 관하여 압류 및 추심명령을 받았고 위 명령이 甲에게 송달되었다. 甲의 대금지급의무와 乙의 소유권이전등기의무가 이행되지 않고 있던 중 C의 저당권에 기한 경매절차가 개시되었다. 甲은 C에게 위 저당권의 피담보채무액 5,000만 원을 대위변제하여 위 저당권을 말소시켰고, 乙은 甲에게 소유권이전등기를 마쳐 주고 X건물을 인도하였다. 이 후 丙은 甲을 상대로 추심금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

### <문제>

3. 甲은 위 소에서 대위변제로 발생한 구상금 채권 5000만 원으로 乙의 매매대금 채권과 대등액에서 상계한다고 주장하였다. 甲의 상계항변은 이유 있는가?

## 문제 1.

### 1. 쟁점의 정리

재상계항변에 대하여 법원이 이를 인정하지 아니하고 원고일부승소에 해당하는 상환이행판결을 선고한 경우 기판력이 미치는지, 배척한 판결이유가 증명력을 갖는지 문제된다.

### 2. 재상계항변의 기판력 인정여부

- (1) 기판력의 발생
- (2) 상계항변의 기판력 작용여부
- (3) 기판력 발생범위

### 3. 배척한 재상계 항변의 증명력

- (1) 판결서의 증명효
- (2) 상계채권의 증명된 경우 자유심증주의
- (3) 소결

### 4. 사례의 해결

甲의 재상계항변으로 주장한 1억 원에 대한 청구가 배척되어도 기판력이 미치지 아니하므로 법원은 甲의 증명한 것으로 증명력에 따라 甲의 청구를 인용하여야 한다.

## 문제 2

## 1. 쟁점의 정리

상고심의 파기환송후 전 소송대리인의 대리권이 부활하는지 문제된다. 이는 새로운 변호사를 선임하는 경우 소송대리권이 소멸하는지, 그러한 경우 환송된 경우에 대리권의 부활이 쟁점이 된다.

## 2. 심급대리원칙과 대리권의 소멸

### (1) 심급대리원칙의 의미

### (2) 견해의 대립

### (3) 검토와 사안의 경우

## 3. 파기환송심에서 대리권의 부활여부

### (1) 문제점

### (2) 견해의 대립

#### 1) 학설

#### 2) 판례의 태도7)

### (3) 검토

## 4. 결론

파기환송심이 비록 종국판결이지만 환송된 항소심은 종전의 소송을 재개하여 소계속을 유지하는 속행된 상대이므로 종전의 대리권은 비록 심급대리의 원칙상 소멸되었다하더라도 새로이 소송을 수행할 수 있다. A 변호사에 대한 송달은 적법하다.

### <제1문의 2>

#### <기초적 사실관계>

甲과 乙은 2018.3.1. 甲 소유의 고려청자 1점을 乙이 보관하기로 하는 계약을 체결하였고, 甲은 乙에게 위 고려청자를 인도하였다.

※ 아래 각 문제는 서로 독립적임

#### <문제>

1. 乙은 2018.5.1. 보관 중이던 고려청자를 관리 소홀로 도난당하였고, 甲은 위 고려청자의 소재를 파악할 수 없게 되자 2019.5.3. 위 고려청자의 시가가 1억 5,000만원이라고 주장하면서 乙을 상대로 채무불이행을 원인으로 한 시가 상당액의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 甲은 위 고려청자의 시가 감정을 신청하였으나, 감정인은 ‘위 고려청자와 비슷한 도자가 존재하지 아니하며 정확한 시가를 산정하기 곤란하다’는 의견을 제시하였다. 甲은 시가를 정확히 산정할 만한 다른 증거를 제출하지 못하였다. 이때 甲의 청구는 인용될 수 있는가? (10점)

## 1. 쟁점의 정리

자유심증의 정도에 대하여 원칙상 고도의 개연성이 없는 경우 이를 사실로 인정할 수 있는지 문제된다. 이러한 경우 증명도를 완화하여 인정할 수 있는지, 민사소송법 제202조의 2에 의하여 법원이 액수를 산정할 수 있는가 쟁점

7) 대법원 1984. 6. 14. 자 84다카744 결정: (1) 사건이 상고심에서 환송되어 다시 항소심에 계속하게 된 경우에는 상고전의 항소심에서의 소송대리인의 대리권은 그 사건이 항소심에 계속되면서 다시 부활하는 것이므로 환송받은 항소심에서 환송전의 항소심에서의 소송대리인에게 한 송달은 소송당사자에게 한 송달과 마찬가지로 효력이 있는 것이다. 기록에 의하면 변호사 황해진은 이 사건이 대법원에서 2차로 환송되기 전의 항소심에 계속되고 있을 때 피고선정자들의 소송대리인으로 선임되어 그 항소심판결 선고시까지 피고선정자들의 소송대리인으로서 소송수행을 하였으며 대법원에서 2차로 환송받은 원심법원의 법원사무관이 발송한 2차 환송후의 원심판결정본은 1984.2.4 위 변호사에게 송달되었고 피고 선정당사자의 이건 상고허가신청서는 그로부터 2주일이 훨씬 지난 1984.2.29에 접수된 사실이 인정되므로 피고 선정당사자의 이건 상고허가신청은 그 제기기간이 경과한 후에 한 것이므로 명백하다 하겠다.

(2) 피고 선정당사자는 위 판결정본의 송달사실을 전혀 모르고 있다가 1984.2.24 우연히 그 송달사실을 알게 되었으므로 이는 피고 선정당사자의 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없는 때에 해당한다는 취지의 주장을 하므로 살피건대, 소송대리인이 판결정본의 송달을 받고도 당사자에게 그 사실을 알려 주지 아니하여 당사자가 그 판결정본의 송달사실을 모르고 있다가 상고제기기간이 경과된 후에 비로소 그 사실을 알게 되었다 하더라도 이를 가르켜 당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당한다고 볼 수는 없을 것이므로 피고 선정당사자가 위 변호사에게 위 판결정본이 송달된 사실을 모르고 있다가 상고제기기간 경과후에 그 사실을 알았다는 사실만으로는 피고 선정당사자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 이건 상고제기기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당한다고 볼 수는 없으므로 피고 선정당사자의 위 주장은 채용할 수 없다.

이다

## 2. 자유심증주의에서 증명도

(1) 심증의 증거원인

(2) 자유심증의 정도와 증명책임분배의 원칙

(3) 자의금지 원칙

## 3. 증명도의 완화의 필요성

(1) 문제점

모든 민사소송에서 고도의 개연성을 엄격하게 요구한다면 입증이 곤란하거나 현대형 소송의 경우 증명이 불가능한 경우 사실관계에 대한 심증형성을 인정할 수 없으므로 이를 완화할 필요가 있다.

(2) 손해배상소송에서 손해배상 액수의 산정

민사소송법 제202조의2에 의하여 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.

(3) 사안의 경우

## 4. 결론

손해배상액의 액수가 증명되지 않은 경우라도 법원의 변론전체의 취지와 증거조사결과에 의하여 원고의 청구를 인용할 수 있다.

### <제1문의 3>

#### <기초적 사실관계>

甲은 2008.4.1. 乙에게 1억 원을 변제기 2009.3.31.로 정하여 대여하였다.

※ 아래 각 문제는 서로 독립적임

※ 아래 문제에서 공휴일 여부는 고려하지 말 것

#### <문제>

1. 乙은 2012. 4. 1. 甲을 상대로 위 대여금 채무가 부존재한다는 확인의 소를 제기하였다. 이에 甲은 乙을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 반소를 제기하였다. 乙의 소는 적법한가? (15점)

2. 甲은 2012.4.1. 乙을 상대로 위 대여금 채권 1억 원의 지급을 청구하는 소를 제기하여 청구 인용 판결을 선고받아 위 판결이 확정되었다. 한편 乙에게는 甲에 대한 1억 원의 손해배상 채권이 있었고, 위 소송의 사실심 변론종결 당시 위 두 채권은 상계적상에 있었으며, 乙도 위 두 채권이 상계적상에 있음을 알고 있었다. 甲이 위 확정판결로 강제집행을 하려고 하자, 乙은 비로소 위 손해배상 채권으로 위 대여금 채권과 상계한다고 주장하면서 위 확정판결의 집행력을 배제하기 위한 청구이의의 소를 제기하였다. 乙의 상계주장은 적법한 청구이의의 사유에 해당하는가? (15점)

3. 甲은 2012.4.1.을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소(전소)를 제기하였으나, 법원은 대여사실에 대한 증거가 부족하다는 이유로 2012.6.30. 변론을 종결하고 2012.7.14. 원고 청구 기각 판결을 선고하였으며, 위 판결은 2012.8.20. 확정되었다. 甲은 2012.12.1. 乙을 상대로 위 대여금에 대하여 2012.7.1.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 지연손해금의 지급을 청구하는 소(후소)를 제기하였다. 후소에서의 증거조사 결과 위 대여사실이 증명되었다면 후소 법원은 어떠한 판결을 하여야 하는가?(소 각하 / 청구 기각/ 청구 인용) (20점)

4. 甲은 2018.11.1. 乙을 상대로 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소(전소)를 제기하였다. 전소에서 甲은 丙에게 위 대여금 채권을 양도하였다고 주장하면서 丙에 대한 소송인수 신청을 하였고, 법원이 소송인수 결정을 하였으며, 甲은 2019.5.1. 乙의 동의를 얻어 전소에서 탈퇴하였다. 인수참가인 丙에 대한 청구 인용 판결이 선고되자 乙은 항소를 제기하였다. 항소심은 위 채권양도가 무효라고 판단하여 丙에 대한 청구 기각 판결을 선고하였고 위 판결은 2019.8.1. 확정되었다. 채권양도가 무효로 판단됨에 따라 甲은 2019.12.1. 乙을 상대로 다시 위 대여금 1억 원의 지급을 청구하는 소(후소)를 제기하였다. 후소에서 乙은 '위 대여금 청구가 변제기로부터 10년이 도과하여 소멸시효가 완성되었다'고 주장하였고, 甲은 '시효완성 전에 전소를 제기하였고 비록 전소에서 탈퇴하였으나 전소 판결의 확정일로부터 6개월 이내에 후소를 제기하였으므로 소멸시효가 중단되었다'고 주장하였다. 甲과 乙의 주장은 타당한가?(20점)

#### 문제 1.

##### 1. 쟁점의 정리

甲의 후소에 해당하는 이행청구의 소가 적법한 지, 즉 반소의 이익이나 혹은 중복제소에 해당하는지 여부가 해결되어야 乙이 제기한 소의 적법여부 즉 확인의 소로 소의 이익이 있는지 문제된다.

##### 2. 甲의 소의 적법여부

###### (1) 반소의 적법여부

###### 1) 반소의 이익

###### 2) 확인의소에 대한 이행의 소의 반소

###### (2) 중복제소에 해당하는지 여부

###### (3) 소결

##### 3. 乙의 소의 권리보호이익여부

###### (1) 문제점

###### (2) 확인의 이익여부

###### 1) 확설

###### 2) 판례<sup>8)</sup>

8) 대법원 1999. 6. 8. 선고 99다17401, 17418 판결: [1] 소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한

### (3) 소결

#### 4. 결론

확인의 이익은 후소의 이행의 소에 의하여 보충성의 원칙을 충족하지 못한다고 할 수 있으나 판례에 의하면 후소에서 전소에 해당하는 확인의 소의 이익을 소멸하는 것은 부당하다고 할 것이어서 확인의 이익이 계속 존재하는 적법한 본소이다.

### 문제 2.

#### 1. 문제의 소재

집행력을 저지하는 청구이의 소의 변론종결후 사유가 인정되는지 문제되는데, 표준시 이후 형성권 행사로서 상계권이 실권되지 아니하여 집행의 이의 주장이 가능한지 문제된다.

#### 2. 청구이의 소의 주장사유

##### (1) 청구이의 소

##### (2) 청구이의의 사유

##### (3)사안의 경우

#### 3. 상계권의 실권여부

##### (1) 문제점

변론종결전에 행사할 수 있었던 형성권인 상계가 변론종결후 실권되지 아니하고 행사가능한지 실권효의 제재여부가 문제된다.

##### (2) 견해의 대립

##### 1) 학설

##### 2) 판례<sup>9)</sup>

##### (3) 검토 및 사안의 경우

#### 4. 결론

청구이의의 소는 변론종결후 새로운 사유여야 하는데, 상계의 경우 변론종결전에 주장할 수 있었다 하더라도 실권되지 아니하여, 상계채권에 대한 인지여부와 관계없이 변론종결 이후에 주장가능한 적법한 이의 사유가 된다는 것이 판례이다.

### 문제 3.

#### 1. 쟁점의 정리

전소인 원본채권 판결의 효력, 즉 기판력의 범위, 특히 표준시 이후의 시적 범위가 후소와 기판력 작용에 선결적 법률관계 성립되어 작용되는가 문제된다.

#### 2. 기판력의 범위와 작용

##### (1) 기판력의 발생

반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고에 대하여 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다.

[2] 항소심이 청구기각 판결을 하여야 할 사건에 대하여 소각하 판결을 하였으나 원고만이 상고한 경우, 소를 각하한 항소심판결을 파기하여 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 할 수는 없으므로, 항소심판결을 그대로 유지하지 않을 수 없다.

9) 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25344 판결: 당사자 쌍방의 채무가 서로 상계적상에 있다 하더라도 그 자체만으로 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것은 아니고, 상계의 의사표시를 기다려 비로소 상계로 인한 채무소멸의 효력이 생기는 것이므로, 채무자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었다 하더라도 채무명의인 확정판결의 변론종결 후에 이르러 비로소 상계의 의사표시를 한 때에는 민사소송법 제505조 제2항이 규정하는 '이의원인이 변론종결 후에 생긴 때'에 해당하는 것으로서, 당사자가 채무명의인 확정판결의 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는가 몰랐는가에 관계없이 적법한 청구이의 사유로 된다.

(2) 기판력의 작용범위<sup>10)</sup>

### 3. 법원의 판단

(1) 기판력의 본질

(2) 법원의 판단

(3) 원본채권이 인정된 경우 법원의 판단

### 4. 사례의 해결

변론종결후에 대여사실이 증명되었다하더라도 이는 변론종결전의 경우에는 기판력이 미치지 아니하나 변론종결당시의 이후에는 甲의 乙에 대한 대여원금청구권이 존재하지 않음을 이유로 이를 기각하는 판결을 선고하여야 한다.

## 문제 4.

### 1. 문제의 소재

甲의 청구권은 2019.3.1.에 소멸되므로 2019.12.1. 제기한 소는 2019.8.1.의 확정판결의 소멸시효 중단의 효력을 받는지 문제된다. 소송탈퇴 전에 제기한 재판상의 청구로 인한 시효중단의 효력이 중단되는지 쟁점이다.

### 2. 소송탈퇴의 효력(제80조)

(1) 승계인의 의미

(2) 소송탈퇴의 법적 성질

1) 문제점

2) 학설과 판례

(3) 탈퇴자에 대한 판결의 효력

### 3. 소송탈퇴 후에 소멸시효의 중단의 효력

(1) 소멸시효 중단의 근거

(2) 소송탈퇴 후 소멸시효<sup>11)</sup>

(3) 사안의 경우

### 4. 결론

탈퇴 뒤 잔존하는 소송에서 내린 판결은 탈퇴자에 대하여도 그 효력이 있으므로 전소에서 비록 청구기각이 확정판결에도 불구하고 권리행사의 연속상에 있으므로 소멸시효중단의 효력을 받는다. 따라서 甲의 주장은 본안을 주장하는 데에 이유가 있다.

10) 대법원 1976. 12. 14. 선고 76다1488 판결: 1. 확정판결의 기판력은 사실심의 최종변론종결 당시의 권리관계를 확정하는 것이므로, 원고의 청구 중 확정판결의 사실심 변론종결시 후의 이행지연으로 인한 손해배상(이자) 청구부분은 그 선결문제로서 확정판결에 저촉되는 금원에 대한 피고의 지급의무의 존재를 주장하게 되어 논리상 확정판결의 기판력의 효과를 받게 되는 것이라고 할 것이나 그 외의 부분(변론종결당시까지의 분)의 청구는 확정판결의 기판력의 효과를 받지 않는다.

2. 확정판결의 기판력에 저촉되는 부분에 대하여도 확정판결과 모순없는 판단을 함으로써 동 청구를 배척(기각)하는 것은 몰라도 그것이 단지 권리 보호의 필요가 없어서 부적법하다고 하여 소를 각하할 것은 아니다.

11) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016다35789 판결: 약정금의 지급을 구하며 제기한 전소에서 원고의 소송인수 신청에 따라 법원은 甲에 대한 소송인수 결정을 하였고, 원고가 전소에서 탈퇴한 후 인수참가인 甲이 소송을 계속 수행하다가 법원이 甲의 소를 각하하는 판결을 선고하였으며, 항소가 기각된 후 대법원이 무효의 채권양도를 원인으로 하는 甲의 청구는 기각되었어야 함에도 항소심이 소가 부적법하다고 판단한 것은 잘못이나 불이익변경금지의 원칙상 상고기각판결을 함으로써 전소 판결이 확정되었으나, 그 확정된 날부터 6개월 이내에 원고가 피고를 상대로 다시 동일한 약정금의 지급을 구하는 후소를 제기한 사안에서, 원고의 소송탈퇴를 소취하와 같이 보아 소송탈퇴한 시점에서 시효중단의 효력이 소멸하였고, 그 때부터 6개월이 지나 제기한 후소는 시효가 완성되었다고 판단한 원심은 잘못이라고 보았다(파기환송).

소송탈퇴 뒤, 법원이 심리한 결과 인수참가인의 청구기각 또는 소 각하 판결이 확정된 경우에는 원고가 제기한 최초의 재판상 청구로 인한 시효중단의 효력은 소멸하나, 다만 소송탈퇴는 소취하와는 그 성질이 다르며, 탈퇴 뒤 잔존하는 소송에서 내린 판결은 탈퇴자에 대하여도 그 효력이 미치는(민사소송법 제82조 제3항, 제80조 단서) 점에 비추어 인수참가인의 소송목적 양수 효력이 부정되어 인수참가인에 대한 청구기각 또는 소각하 판결이 확정된 날부터 6개월 내에 탈퇴한 원고가 다시 탈퇴 전과 같은 재판상의 청구 등을 한 때에는, 탈퇴 전에 원고가 제기한 재판상의 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 그대로 유지된다는 점을 처음으로 밝힌 데에 의의가 있다.

## 제 1 문

## [제1문의 1]

부산광역시 동래구[토지관할 법원은 부산지방법원임]에 거주하는 甲은 경상남도 양산시[토지관할 법원은 울산지방법원임]에 있는 영업소 겸 공장에서 각종 자동차 부품을 생산해 자동차 제조 회사에 납품하는 기업을 경영하는 사람이고, 乙 주식회사는 자동차 부품을 생산하는 데 필요한 각종 기계·기구를 제조·판매하는 회사로서 주된 사무소는 경기도 수원시[토지관할 법원은 수원지방법원임]에 있다. 甲은 부산광역시 강서구[토지관할 법원은 부산지방법원 서부지원임]에 있는 乙 주식회사의 부산영업소에서 乙 주식회사가 제조·판매하는 공작기계를 구입했는데 그 기계에 중대한 하자가 있어 그것으로 생산한 자동차 부품에 많은 하자가 발생해 막대한 손해를 입었다는 취지로 주장하면서 부산지방법원에 乙 주식회사에 대한 손해배상 청구의 소를 제기했다. 乙 주식회사는 그 사건의 관할법원에 관해서는 아무런 언급도 하지 않은 채 乙 주식회사가 甲에게 제조·공급한 기계에는 아무런 하자도 없다고 주장하는 답변서를 부산지방법원에 제출했다. 그 후 부산지방법원은 민사소송법 제34조 제1항의 규정에 의해 이 소송을 수원지방법원으로 이송하는 결정을 했다. 그 이송결정은 법률상 타당한가? (20점)

## [제1문의 2]

## &lt;기초적 사실관계&gt;

甲은 자신의 X 토지를 2015. 3. 2.부터 乙이 무단 점유하면서 이를 도로로 사용하고 있다는 사실을 알게 되었다. 甲은 乙과 합의하여 일정한 액수의 배상액을 받기를 원했으나 둘은 합의에 이르지 못하였다. 이에 甲은 2017. 7. 25. 乙을 상대로 X 토지에 관하여 월 200만 원의 차임 상당의 부당이득반환을 구하는 소를 제기하였다. 제1심 법원은 X 토지의 월차임을 150만 원으로 인정한 뒤, 乙은 甲에게 2015. 3. 2.부터 2017. 7. 25.까지는 차임 상당의 부당이득(기존 차임)을 반환하고, 2017. 7. 26.부터 피고의 점유종료일까지는 월 150만 원의 부당이득금을 정기금으로 지급하라는 취지의 판결을 선고하였다(아래의 각 설문은 독립적임).

## 문제 1.

원고는 이에 불복하여 항소를 제기하였으나 정기금 지급을 명한 부분에 대해서는 항소취지를 누락하였다. 항소심은 이 사건 토지가 ‘도로’가 아닌 ‘대지’임을 전제로 위 기존 차임 부분에 대해 월 500만 원의 비율로 산정한 차임 상당의 부당이득을 반환하라고 판결하였으나 정기금 청구 부분은 항소가 없었으므로 이를 변경하지 않았으며, 이 판결은 상고심에서 그대로 확정되었다. 그 후 원고는 전소 항소심에서 항소취지를 누락하지 않았다면 위 정기금 청구 부분에 대해서도 월 500만 원을 지급하라는 판결이 선고되었을 것이라는 이유로 변경의 소를 제기하였다. 법원은 어떠한 판결을 해야 하는가? (10점)

## 문제 2.

위 제1심 판결은 그대로 확정되었고, 판결확정 후 丙은 甲으로부터 이 사건 토지를 매수하여 소유권이전등기를 넘겨받았다. 丙은 위 제1심 판결의 확정 후 이 사건 토지의 시가 및 차임 상당액이 10배 이상 상승하였다고 주장하면서 월차임을 1,000만 원으로 변경하는 변경의 소를 제기하였다. 이 소는 적법한가? (15점)

## [제1문의 3]

## &lt;기초적 사실관계&gt;

甲은 2018. 4. 1.경 丙으로부터 X 점포를 매수하고 같은 날 이에 관한 소유권이전등기를 마쳤는데, 乙은 丙으로부터 X 점포를 임대차보증금 1억 원, 임대차기간 2018. 1. 1.부터 2018. 12. 31.까지, 차임 월 500만 원(매월 1일 지급)으로 정하여 임차하고 위 임대차보증금을 丙에게 교부한 후 사업자등록을 마치고 음식점을 운영하고 있었다. 甲은 2018. 11. 말경 자신이 X 점포를 사용할 계획이어서 임대차계약의 갱신을 거절한다는 취지를 乙에게 통지하였다. 乙은 2018. 12. 31.이 지나도록 X 점포를 인도하지 않고 계속 음식점을 운영하면서 2019. 1.부터는 차임을 지급하지 않고 있다.

## 문제 1.

甲은 乙을 상대로 채무불이행과 불법행위를 원인으로 하여 2019. 1. 1.부터 乙이 X 점포를 甲에게 인도할 때까지 월 500만 원의 지급을 구하는 소를 병합하여 제기하였다. 법원은 甲의 청구에 대하여 어떠한 판결을 하여야 하는가?(20점).



<추가된 사실관계>

甲이 乙을 상대로 임대차계약의 종료를 원인으로 X 점포의 인도를 구하는 소를 제기하자 乙은 변론기일에 출석하여 자신이 丙에게 1억 원의 보증금을 지급하였으므로 그 반환을 받을 때까지는 X 점포를 甲에게 인도할 수 없다고 주장하였다. 甲이 乙의 보증금 지급사실을 다투자 乙은 1억 원의 보증금반환채권의 존재확인을 구하는 반소를 제기하였다.

문제 2.

법원의 심리 결과 乙이 丙에게 보증금 1억 원을 교부한 사실이 인정된 경우 법원은 甲의 본소와 乙의 반소에 대하여 어떠한 판결을 하여야 하는가? (15점)

[제1문의 4]

甲은 자신이 乙에게 2억 원을 대여하였고 丁이 丙을 대리하여 甲에 대한 乙의 채무를 연대보증하였다고 주장하면서 주위적으로 乙과 丙은 연대하여 甲에게 2억 원의 지급을 구하고, 丁이 무권대리인이라는 이유로 丙에 대한 청구가 기각될 경우에 대비하여 丁은 무권대리인으로서 丙의 연대보증의무를 이행하여야 한다고 주장하면서 예비적으로 乙과 丁은 연대하여 甲에게 2억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

제1심은 乙과 丁에 대한 청구를 인용하면서, 丙에 대한 청구는 기각하였고, 이에 丁만이 항소하였다. 항소심 법원은 甲의 丙에 대한 청구 부분은 제1심 판결이 확정되었으므로 항소심의 심판대상은 丁에 대한 청구 부분으로 한정된다고 인정하여, 丁의 항소를 기각하면서 丙에 대한 청구 부분에 대하여는 아무런 판단도 하지 아니하였다.

위와 같은 항소심 판단은 정당한가? (소제기의 적법 여부도 검토할 것) (20점)



# 2020 1차 변모 사례형 채점 기준

## 제 1 문

### [제1문의 1]

#### 1. 문제의 소재 (2점)

#### 2. 손해배상청구 소송의 관할법원과 변론관할의 성립 여부 (15점)

가. 소는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할하는 것이 원칙인데(민사소송법 제2조), 법인 그 밖의 사단 또는 재단의 보통재판적은 이들의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳에 따라 정한다(민사소송법 제5조 제1항 전단). 따라서 乙 주식회사의 주된 사무소가 있는 경기도 수원시 지역을 관할하는 수원지방법원이 이 사건의 원칙적인 관할법원이다. 그런데 사무소 또는 영업소가 있는 사람에 대해 그 사무소 또는 영업소의 업무와 관련이 있는 소를 제기하는 경우에는 그 사무소 또는 영업소가 있는 곳의 법원에 제기할 수 있으므로(민사소송법 제12조) 乙 주식회사의 부산영업소가 있는 부산광역시 강서구 지역을 관할하는 부산지방법원 서부지원도 이 사건의 관할법원이다. (5점)

나. 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 거소지 또는 의무이행지의 법원에 제기할 수 있는데(민사소송법 제8조), 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 않은 때에 특정물 인도 이외의 채무변제는 채권자의 현주소에서 해야 하고, 그러나 영업에 관한 채무의 변제는 채권자의 현영업소에서 해야 하므로(민법 제467조 제1항, 제2항) 甲의 영업소가 있는 경상남도 양산시 지역을 관할하는 울산지방법원도 이 사건의 관할법원이지만, 甲의 주소지인 부산광역시 동래구 지역을 관할하는 부산지방법원은 이 사건의 관할법원이 아니다. (5점)

다. 乙 주식회사가 관할위반이라고 항변하지 않고 원고의 청구에 대해 원고가 주장하는 사실을 부인하는 답변서를 제출한 점을 들어 민사소송법 제30조<sup>12)</sup>의 규정에 의해 부산지방법원이 이 사건의 관할권을 가지게 되었다고 볼 여지가 있지만, 이 사건의 乙 주식회사는 답변서를 제출했을 뿐 아직 본안에 대해 변론하거나 변론준비기일에서 진술하지 않았으므로 부산지방법원은 이 사건의 관할법원이 아니다.<sup>13)</sup> (5점)

#### 3. 결론(3점)

부산지방법원이 민사소송법 제34조 제1항<sup>14)</sup>의 규정에 의해 이 사건 소송을 관할법원의 하나인 수원지방법원으로 이송한 것은 법률상 타당하다.

### [제1문의 2]

문제 1. 원고는 이에 불복하여 항소를 제기하였으나 정기금 지급을 명한 부분에 대해서는 항소취지를 누락하였다. 항소심은 이 사건 토지가 ‘도로’가 아닌 ‘대지’임을 전제로 위 기존 차임 부분에 대해 월 500만 원의 비율로 산정한 차임 상당의 부당이득을 반환하라고 판결하였으나 정기금 청구 부분은 항소가 없었으므로 이를 변경하지 않았으며, 이 판결은 상고심에서 그대로 확정되었다. 그 후 원고는 전소 항소심에서 항소취지를 누락하지 않았다면 위 정기금 청구 부분에 대해서도 월 500만 원을 지급하라는 판결이 선고되었을 것이라는 이유로 변경의 소를 제기하였다. 법원은 어떠한 판결을 해야 하는가? (10점)

#### 1. 문제의 소재 (1점)

변경의 소가 제기될 수 있는 요건 중 사정변경의 주장의 의미가 문제가 된다.

12) 제30조(변론관할) 피고가 제1심 법원에서 관할위반이라고 항변(抗辯)하지 아니하고 본안(本案)에 대하여 변론(辯論)하거나 변론준비기일(辯論準備期日)에서 진술하면 그 법원은 관할권을 가진다.

13) 대법원 1980. 80마403 결정 참조.

14) 제34조(관할위반 또는 재량에 따른 이송) ① 법원은 소송의 전부 또는 일부에 대하여 관할권이 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 관할법원에 이송한다.

2. 변경의 소의 의의 및 요건 (3점)

- 가. 의의: 정기금의 지급을 명한 판결이 확정된 뒤에 그 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 그 판결의 당사자는 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 제기할 수 있는데 이를 변경의 소라 한다(민사소송법 제252조 제1항).
- 나. 요건: (i) 전소의 제1심 판결법원을 전속관할로 하며, (ii) 정기금판결을 받는 당사자 또는 기판력이 미치는 제3자가 제기할 것, (iii) 정기금의 지급을 명하는 판결을 대상으로 하며 그 판결이 확정되었을 것, (iv) 판결확정 뒤에 정기금 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀌었을 것

3. 사정변경의 주장 (4점)

- 당사자는 정기금판결을 구하는 전소의 변론종결 뒤에 액수산정의 기초가 되는 사실이 현저하게 변경되었음을 주장하여야 한다. 법문상 ‘판결이 확정된 뒤’라고 하고 있으나 기판력의 표준시와 관련하여 그 판결의 변론종결 뒤로 보아야 할 것이다.
- 판례는 유사한 사례에서 항소취지를 누락하지 않았다면 항소심에서 정기금 청구 부분에 대해서도 월 500만 원을 지급하라는 취지의 판결이 선고되었을 것이라는 사정은 종전 소송 판결확정 전의 사정에 불과한 것이고 판결확정 이후의 사정이라고는 볼 수 없다고 하여 종전 확정판결의 결론이 위법·부당하다는 것은 변경의 소의 이유가 될 수 없음을 분명히 하고 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2015다243996 판결).

4. 결론 (2점)

- 사안에서 甲이 주장하고 있는 사유는 종전소송 판결확정 이후의 사정이라고 볼 수 없고, 또한 이 사건 판결확정 뒤에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정도 보이지 않으므로 부적법 각하하여야 한다.

문제 2. 위 제1심 판결은 그대로 확정되었고, 판결확정 후 丙은 甲으로부터 이 사건 토지를 매수하여 소유권이전등기를 넘겨받았다. 丙은 위 제1심 판결의 확정 후 이 사건 토지의 시가 및 차임 상당액이 10배 이상 양등하였다고 주장하면서 월차임을 1,000만 원으로 변경하는 변경의 소를 제기하였다. 이 소는 적법한가? (15점)

1. 문제의 소재 (2점)

- 변경의 소가 제기될 수 있는 당사자의 범위가 문제될 수 있다.

2. 변경의 소의 요건 (2점)

- (i) 전소의 제1심 판결법원을 전속관할로 하며, (ii) 정기금판결을 받는 당사자 또는 기판력이 미치는 제3자가 제기할 것, (iii) 정기금의 지급을 명하는 판결을 대상으로 하며 그 판결이 확정되었을 것, (iv) 판결확정 뒤에 정기금 액수산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀌었을 것을 요건으로 하는 바, 본 사안과 관련해서는 丙이 정기금 판결을 받는 당사자 또는 기판력이 미치는 제3자인지 여부가 문제된다.

3. 변론종결 뒤의 승계인의 범위 (8점)

- 가. 변론종결 뒤의 승계인에게 기판력이 미치며, 이는 변론종결 뒤에 소송물인 권리의무 자체를 승계한 사람과 계쟁물에 관한 분쟁주체인 지위를 승계한 사람을 모두 포함한다는 것이 통설이다.
- 나. 소송물인 권리의무 자체가 승계된 경우에는 별다른 제한이 없으나, 계쟁물 승계인과 관련해서는 그가 승계인에 해당하는지 여부에 관해 신·구소송물이론에 따라 차이가 있다.
- 판례의 태도인 구이론에 따르면 원고의 청구권이 물권적 청구권인 경우 대세적 효력이 있으므로 피고로부터 목적물의 점유나 등기를 취득한 사람은 승계인이 되며, 채권적 청구권인 경우에는 승계인의 범위에 포함되지 않는다고

한다.

- 소송법설에 따르면 물권적·채권적 청구권을 구별함이 없이 변론종결 후에 목적물을 점유나 등기를 취득한 제3자는 모두 승계인이 된다.

다. 소결: 소송물이 채권적 청구권인 경우에는 변론종결 뒤에 권리를 승계한 자는 원고와 양립가능한 권리를 가진다는 점에서 바로 기판력을 미치는 것으로 보는 데에는 한계가 있다. 판례의 태도가 타당하다.

#### 4. 사안에의 적용 및 결론 (3점)

전소 확정판결이 확정된 이후에 이 사건 토지를 매수한 丙에게는 전소 확정판결의 기판력이 미치지 않아 丙은 전소 확정판결의 변경을 구하는 소를 제기할 원고적격이 없으므로 법원은 丙의 소를 부적법 각하하여야 한다.

참고: 사안과 관련하여 판례는 다음과 같이 판시하고 있다.

「민사소송법 제252조 제1항은 “정기금의 지급을 명한 판결이 확정된 뒤에 그 액수 산정의 기초가 된 사정이 현저하게 바뀔으로써 당사자 사이의 형평을 크게 침해할 특별한 사정이 생긴 때에는 그 판결의 당사자는 장차 지급할 정기금 액수를 바꾸어 달라는 소를 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 정기금판결에 대한 변경의 소는 정기금판결의 확정 뒤에 발생한 현저한 사정변경을 이유로 확정된 정기금판결의 기판력을 예외적으로 배제하는 것을 목적으로 하므로, 확정된 정기금판결의 당사자 또는 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 그 확정판결의 기판력이 미치는 제3자만이 정기금판결에 대한 변경의 소를 제기할 수 있다고 봄이 타당하다.

한편 토지의 소유자가 소유권에 기하여 그 토지의 무단 점유자를 상대로 차임 상당의 부당이득반환을 구하는 소송을 제기하여 무단 점유자가 그 점유 토지의 인도 시까지 매월 일정 금액의 차임 상당 부당이득을 반환하라는 판결이 확정된 경우, 이러한 소송의 소송물은 채권적 청구권인 부당이득반환청구권이므로, 위 소송의 변론종결 후에 위 토지의 소유권을 취득한 사람은 민사소송법 제218조 제1항에 의하여 위 확정판결의 기판력이 미치는 변론을 종결한 뒤의 승계인에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1993. 2. 12. 선고 92다25151 판결 참조).

따라서 토지의 전 소유자가 제기한 부당이득반환청구소송의 변론종결 후에 그 토지의 소유권을 취득한 사람에 대해서는 위 소송에서 내려진 정기금 지급을 명하는 확정판결의 기판력이 미치지 아니하므로, 이러한 토지의 새로운 소유자가 그 토지의 무단 점유자를 상대로 다시 부당이득반환청구의 소를 제기하지 아니하고, 그 토지의 전 소유자가 앞서 제기한 위 부당이득반환청구소송에서 내려진 정기금판결에 대하여 변경의 소를 제기하는 것은 부적법하다(대법원 2016. 6. 28. 선고 2014다31721 판결).」

### [제1문의 3]

#### 문제 1.

##### 1. 문제의 소재 (2점)

甲이 乙로부터 X 점포를 인도받을 때까지 차임 상당의 금전의 지급을 구하는 것이 장래 이행의 소(민사소송법 제251조)로서 허용되는지 여부, 甲이 乙을 상대로 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구와 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구에 대한 법원의 심판을 구하는 것이 청구의 병합에 해당하는지, 나아가 어떠한 형태의 병합에 해당하는지가 문제되고, 법원의 판단과 관련해서는 甲의 청구가 이유 있는가의 여부가 문제된다.

##### 2. 장래 이행의 소의 허용 여부 (3점)

###### 가. 청구적격

기한부청구권, 정지조건부청구권 등 장래 효력이 발생할 청구권이라도 그 청구권 발생의 법률상·사실상 기초관계가 사실심의 변론종결시에 존재하고, 그러한 상태가 장래까지 계속될 것이 변론종결 당시에 확실히 예측되어 청구권 발생의 개연성이 충분히 인정되며, 청구의 내용이 명확한 때에는 이행의 소의 대상이 될 수 있다.

판례에 따르면 장래의 계속적인 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 경우 의무의 이행기가 장래에 도래하고, 의무불이행사유가 그 장래까지 존속될 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있어야 하므로, 이러한 책임기간이 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 예견할 수 없는 경우에는 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없다(대법원 1993. 3. 9. 선고 91다46717 판결; 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다13332 판결).

#### 나. 미리 청구할 필요

이행의무의 성질, 이행의무자의 태도에 비추어 장래의 이행기에 임의이행을 기대할 수 없는 경우 미리 청구할 필요가 인정된다.

채무자가 채무를 이행하지 않겠다는 의사를 표시하였거나 채무자의 태도에 비추어 볼 때 채무를 이행하지 않을 것으로 보이는 때에는 미리 청구할 필요가 인정된다. 채무자가 채무의 이행기가 도래하기 전부터 채무의 존재나 범위, 이행기, 조건 등을 다투고 있어 이행기가 도래하거나 조건이 성취되더라도 임의이행을 기대할 수 없는 경우에는 미리 청구할 필요가 있다(대법원 1993. 11. 9. 선고 92다43128 판결).

계속적·반복적 이행청구와 관련하여 현재 이행기가 도래한 부분을 이행하지 않고 있는 때에는 장래 이행기가 도래할 부분도 채무자의 임의이행을 기대할 수 없기 때문에 이행기가 도래한 부분과 함께 미리 청구할 수 있다.

#### 다. 사안의 경우

甲이 乙을 상대로 X 점포 인도시까지의 차임 상당의 손해배상금의 지급을 구하는 것은 변론종결시에 아직 이행기가 도래하지 않은 권리에 기한 장래이행청구에 해당하지만, 乙은 이미 이행기가 도래된 차임을 지급하지 않고 있으므로 이행기가 도래하지 않은 차임부분에 대해서도 미리 청구할 필요가 인정된다.

### 3. 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구 (5점)

#### 가. 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구의 권리발생사실

채권자가 채무자를 상대로 이행지체로 인한 손해배상을 청구하는 경우 그 청구가 인용되기 위해서는 ① 채무가 성립한 사실, ② 채권자와 채무자가 채무의 변제기를 정한 사실, ③ 채무의 변제기가 경과한 사실, ④ 채권자는 채무자에 대하여 계약상 채무를 이행 또는 이행제공한 사실, ⑤ 손해의 발생 및 그 금액이 인정되어야 한다.

#### 나. 사안의 경우

임대차계약이 종료되면 임차인은 임대차목적물을 임대인에게 반환하여야 하고, 임대인이 임차인으로부터 임대차보증금을 지급받은 때에는 이를 임차인에게 반환하여야 한다. 양 채무의 발생시기와 관련해서는 ① 임대차계약이 종료된 후 임차인이 임대인에게 임대차목적물을 현실로 인도한 때에 임대인의 보증금반환의무가 발생하는 것으로 보는 견해, ② 임대차계약이 종료되면 임차인의 임대차목적물반환의무와 임대인의 보증금반환의무가 동시에 발생하는 것으로 보는 견해 등이 주장되고 있다.

임차인의 임대차목적물반환의무가 임대인의 보증금반환의무보다 먼저 발생하는 것으로 보는 ①의 견해에 따르면 임대차계약이 종료하면 임차인이 임대차목적물을 임대인에게 반환하여야 할 채무가 발생하기 때문에 계약 종료일 다음날부터 실제로 인도하기까지의 기간은 임대차목적물반환채무의 이행지체가 되고, 임대인은 이로 인해 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 손해액은 미리 정해져 있는 경우도 있지만, 이에 관한 약정이 없는 때에는 차임 상당액이 임대차목적물반환채무의 불이행으로 인한 손해액이 되는 것으로 볼 수 있다. 甲은 임대차계약 종료에 기한 X 점포인도의 청구원인사실에 더하여 손해의 발생 및 액수를 주장하여야 한다.

임대차계약이 종료되면 임차인의 임대차목적물반환의무와 임대인의 보증금반환의무가 동시에 발생하고 양 채무는 동시이행관계에 있는 것으로 보는 ②의 견해에 따르면 임대인은 자신의 임대보증금반환의무를 이행하거나 이행제공하여 임차인의 동시이행항변권을 상실시키지 않으면 임차인이 임대차목적물을 반환하지 않더라도 임차인은 이행지체에 빠지지 않으므로, 임차인은 임대인에 대하여 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구를 부담하지 않는다.

### 4. 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구 (5점)

가. 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 권리발생사실

불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 권리발생사실은 ① 피해자가 일정한 권리 또는 보호법익을 가지고 있는 사실, ② 피해자의 권리 또는 보호법익에 대한 가해자의 행위, ③ 가해자의 행위에 관하여 가해자에게 고의 또는 과실이 있었던 사실, ④ 피해자에게 손해가 발생한 사실 및 그 금액, ⑤ 가해자의 행위와 피해자의 손해 간에 인과관계가 있는 사실이다.

나. 사안의 경우

임대차계약이 종료된 후에도 임차인이 임대차목적물을 계속 점유함을 이유로 불법점유를 원인으로 하여 손해배상을 청구하기 위해서는 甲은 甲의 X 점포 소유, 乙의 X 점포 점유 및 불법점유 개시일, X 점포의 차임 상당액을 주장하여야 한다.

판례에 따르면 임대차계약의 종료에 의하여 발생한 임차인의 임대차목적물반환의무와 임대인의 연체차임 등을 공제한 나머지 보증금의 반환의무는 동시이행관계에 있으므로, 임대인이 나머지 임대차보증금의 반환의무를 이행하거나 적법하게 이행제공하는 등의 사유로 임차인의 동시이행항변권을 상실시키지 아니한 때에는 임대차계약이 종료된 후에 임차인이 목적물을 계속 점유하더라도 그 점유를 불법점유라고 할 수 없고, 임차인은 이에 대한 손해배상 의무를 지지 아니한다(대법원 1998. 5. 29. 선고 98다6497 판결; 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다204253 판결; 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결).

5. 소송의 형태 (4점)

가. 청구의 병합 해당 여부

甲이 乙을 상대로 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구와 함께 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구에 대한 심판을 구하는 것이 청구의 병합(민사소송법 제253조)에 해당하는지는 여부는 소송물이론에 따라 달라질 수 있는데, 구실채법설과 판례의 입장에 따르면 청구의 선택적 병합에 해당하고, 소송법설에 따르면 공격방법이 복수인 경우에 해당할 것이다.

나. 청구의 선택적 병합의 경우 심판방법

양립할 수 있는 여러 개의 청구 가운데 어느 하나만 인용되면 소송의 목적을 달성할 수 있어 다른 청구에 대한 심판을 원하지 않는 형태의 병합을 선택적 병합이라고 한다. 청구의 선택적 병합은 여러 개의 청구 가운데 하나의 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 다른 청구에 대한 심판을 구하는 것이다.

선택적 병합의 경우 원고승소 판결을 하는 때에는 병합된 청구 중 이유 있는 청구를 선택하여 인용하는 판단을 하면 되고, 원고패소 판결을 하는 때에는 병합된 청구 전부에 대하여 배척하는 판단을 하여야 한다.

다. 사안의 경우

법원은 甲의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구와 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 모두 기각하는 판결을 하여야 할 것이다.

6. 결론 (1점)

문제 2. 甲은 乙을 상대로 채무불이행과 불법행위를 원인으로 하여 2019. 1. 1.부터 乙이 X 점포를 甲에게 인도할 때까지 월 500만 원의 지급을 구하는 소를 병합하여 제기하였다. 법원은 甲의 청구에 대하여 어떠한 판결을 하여야 하는가(20점).

1. 문제의 소재 (2점)

반소와 관련해서는 보증금반환채권존재확인청구의 확인의 이익, 본소와 관련해서는 乙의 동시이행항변이 인정되는 경우 처분권주의와 관련하여 법원의 판단방법이 문제된다.

2. 보증금반환채권존재확인청구의 확인의 이익 (5점)

가. 반소의 의의 및 요건

1) 의의

반소는 본소 계속 중에 피고가 본소절차를 이용하여 원고에 대하여 제기하는 소로서(민사소송법 제269조) 피고가 제기하는 소송 중의 소에 해당한다.

2) 요건

반소가 적법하기 위해서는 본소가 사실심에 계속되고 변론종결 전일 것, 반소청구가 본소청구나 본소의 방어방법과 서로 관련이 있을 것, 본소절차를 현저히 지연시키지 않을 것, 청구의 병합요건 및 소송요건을 구비할 것을 요한다.

나. 보증금반환채권존재확인청구의 확인의 이익

1) 확인의 이익

권리 또는 법적 지위에 불안 내지 위험이 현존하고, 현존하는 법적 불안이나 위험을 제거하는데 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단이어야 확인의 소의 확인의 이익이 인정된다.

2) 사안의 경우

乙에게 보증금반환청구권이 인정되는 경우 그 지급을 구하는 소를 제기하면 될 것이므로 보증금반환채권의 존재확인청구는 유효·적절한 분쟁해결방법이라고 할 수 없어 확인의 이익이 부정된다. 乙의 반소는 확인의 이익이 부정되어 각하될 것이다.

3. 동시이행항변이 인정되는 경우 법원의 판단 (7점)

가. 乙의 동시이행항변권 행사

乙은 보증금의 지급을 이유로 그 반환을 받을 때까지 X 점포의 인도를 거절한다는 취지의 주장을 하고 있으므로 동시이행항변권을 행사한 것으로 볼 수 있다.

甲의 X 점포인도청구에 대하여 乙은 임대차보증금반환과의 동시이행항변을 할 수 있는데, 丙과 乙 간의 임대차계약 체결사실, 위 임대차계약의 종료사실, 甲이 丙의 임대인 지위를 승계한 사실은 청구원인단계에서 이미 주장되었을 것이므로, 乙은 이를 다시 주장할 필요가 없고 乙이 丙에게 임대차보증금을 지급한 사실을 주장하면 된다.

나. 동시이행항변이 인정되는 경우 법원의 판단

1) 법원의 심판 대상과 범위

처분권주의(민사소송법 제203조)가 적용되는 결과 법원은 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청한 범위 내에서 판단하여야 한다.

원고의 소송상 청구에 대하여 법원이 심리해 본 결과 그 중 일부만이 이유 있는 것으로 인정될 경우 법원이 그 일부를 인용하는 판결을 하게 되는데, 일부 인용을 허용하는 이유는 이러한 경우 일부라도 인용하는 것이 원고의 통상적 의사에 부합하는 것으로 볼 수 있고, 응소한 피고의 이익보호나 소송제도의 합리적 운영을 위해서 바람직하기 때문이다. 이러한 경우에는 청구취지를 변경할 필요가 없다.

가분적인 청구에 관한 양적인 일부 인용은 별다른 제한 없이 허용된다. 원고의 단순이행청구에 대하여 피고가 동시이행의 항변을 하고 그 항변이 이유 있는 때에는 원고의 반대의 의사표시가 없는 한 원고의 청구를 전부 기각할 것이 아니라 원고로부터 채무의 이행을 받음과 동시에 피고에게 채무이행을 명하는 판결을 하여야 한다.

2) 甲의 X 점포 인도청구에 대한 상환이행판결

乙이 동시이행의 항변을 하였고 임대차보증금 지급사실도 인정되는데, 보증금의 지급과 동시이행으로 X 점포의 인도를 명하는 판결은 단순히 X 점포의 인도를 구하는 甲의 청구에 포함되어 있는 것으로 볼 수 있으므로 원고의 반대의 의사표시가 없는 한 동시이행판결은 질적 일부 인용으로서 허용될 것이다. 법원은 甲의 청구를 전부 기각할 것이 아니라, “피고는 원고로부터 금100,000,000원을 지급받음과 동시에 원고에게 X 점포를 인도하라. 원고



의 나머지 청구를 기각한다.”라는 상환이행판결을 하여야 한다.

#### 4. 결론 (1점)

### [제1문의 4]

#### 1. 결론 (3점)

피고 丁에 대한 청구 부분에 관하여만 판단한 항소심 판결은 피고 丙에 대한 청구 부분에 관한 판단을 누락하였기 때문에 정당하지 아니하다.

#### 2. 논거

##### 가. 주관적·예비적 공동소송의 적법 여부 (5점)

공동소송인 가운데 일부의 청구가 다른 공동소송인의 청구와 법률상 양립할 수 없거나 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에 성립한다(민사소송법 제70조).

사안에서 丙은 甲의 연대보증인이라는 이유로 피고가 된 것이고 丁은 丙이 乙의 연대보증인이 아닐 경우를 대비하여 무권대리인이라는 이유로 피고가 된 것이다. 이를 보면 피고 丙과 피고 丁에 대한 청구는 두 청구가 모두 인용될 수 없는 관계에 있으므로 공동소송인 가운데 일부에 대한 청구가 다른 공동소송인에 대한 청구와 법률상 양립할 수 없는 경우에 해당하게 된다. 따라서 원고 甲이 주위적으로 피고 乙과 丙, 예비적으로 피고 乙과 丁을 상대로 소를 제기한 것은 적법하다.

##### 나. 주관적·예비적 공동소송에서 이심의 범위 (5점)

민사소송법 제70조에서 정한 주관적·예비적 공동소송에는 민사소송법 제67조 내지 제69조가 준용되어 소송자료 및 소송진행의 통일이 요구된다. 주관적·예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 대한 청구에 관하여 판결을 하여야 한다(민사소송법 제70조 제2항). 그리고 주관적·예비적 공동소송에서 주위적 공동소송인과 예비적 공동소송인 중 어느 한 사람이 상소를 제기하면 다른 공동소송인에 관한 청구 부분도 확정기 차단되고 상소심에 이심된다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2006두17765 판결 등 참조).

##### 다. 주관적·예비적 공동소송에서의 항소심 심판대상(5점)

주관적·예비적 공동소송에서 상소심의 심판대상은 주위적·예비적 공동소송인들 및 그 상대방 당사자 사이의 결론의 합일확정의 필요성을 고려하여 그 심판의 범위를 판단하여야 한다(대법원 2011. 2. 24. 선고 2009다43355 판결 등 참조).

피고들에 대한 청구는 두 청구가 모두 인용될 수 없는 관계에 있거나 한쪽 청구에 대한 판단 이유가 다른 쪽 청구에 대한 판단 이유에 영향을 주어 각 청구에 대한 판단 과정이 필연적으로 상호 결합되어 있는 관계에 있어서 모든 당사자들 사이에 결론의 합일확정을 기할 필요가 인정되므로, 피고들에 대한 청구는 민사소송법 제70조 제1항에서 정한 주관적·예비적 공동소송으로서 피고 丁만이 제1심판결에 대하여 항소를 제기하였다고 하더라도 피고 丙에 대한 청구 부분도 항소심인 원심에 이심되어 그 심판대상이 된다.

##### 라. 상고심에서 파기의 범위(2점)

주관적·예비적 공동소송은 동일한 법률관계에 관하여 모든 공동소송인이 서로 간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하는 소송형태로서 모든 공동소송인에 관한 청구에 관하여 하나의 종국판결을 내려야만 하므로 원심판결 전부를 파기한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다32542 판결 참조).

## 제 1 문

## [제1문의 1]

&lt;기초적 사실관계&gt;

甲은 2010. 1. 5. 乙에게 1억 원을 변제기 2010. 3. 4.로 정하여 무이자로 대여하였다.(아래의 각 설문은 독립적임. 지연손해금은 고려하지 말 것.).

문제 1.

甲은 乙을 상대로 2020. 2. 11. 위 대여금의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 그 소장은 2020. 2. 22. 乙에게 송달되었다. 한편 甲의 채권자 丙은 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 소비대차계약 공정증서를 집행권원으로 하여 2020. 3. 10. 甲의 乙에 대한 위 대여금 채권에 관한 채권압류 및 추심명령 신청을 하여, 2020. 3. 15. 채권압류 및 추심명령이 내려지고, 2020. 3. 20. 乙에게 위 추심명령이 송달되었다. 丙은 甲의 乙에 대한 소송의 변론기일이 계속 진행 중인 상태에서 2020. 5. 1. 乙을 상대로 추심금 청구의 소를 제기하였다.

가. 丙의 소는 적법한가? (15점)

나. 甲은 2020. 5. 10. 乙에 대한 위 대여금 청구의 소를 취하하였고, 乙도 같은 날 소취하에 동의하였다. 한편 丙의 乙에 대한 위 추심금 청구 소송에서 乙은 ‘위 대여금은 변제기 2010. 3. 4.로부터 10년이 지나 시효소멸하였다.’고 항변하였고, 이에 대하여 丙은 ‘甲이 소멸시효 완성 전에 재판상 청구를 하였고, 甲이 그 후 소를 취하하기는 하였지만 丙이 별도로 추심금 청구를 하였으므로 위 대여금 채무의 시효는 중단되었다.’고 재항변하였다. 법원은 그 상태에서 변론을 종결하였다.

쌍방 주장사실이 모두 인정되는 경우, 법원은 어떠한 판결을 하여야 하며(소 각하/청구 기각/청구 인용), 그 근거는 무엇인가? (15점)

문제 2.

甲에 대하여 공사대금채권을 가지는 甲의 채권자 丙은 甲을 대위하여 乙을 상대로 위 대여금의 지급을 구하는 소를 제기하여, 자백간주로 승소판결을 받았고, 위 판결은 그대로 확정되었다. 丙은 판결 직후 甲에게 위 확정판결문 사본을 등기우편으로 송부하여 甲이 수령하였다.

그 후 甲의 다른 채권자 丁은 강제집행을 승낙하는 취지가 기재된 소비대차계약 공정증서를 집행권원으로 하여 甲의 乙에 대한 위 대여금 채권에 관한 채권압류 및 전부명령신청을 하여, 채권압류 및 전부명령이 내려지고, 그 결정문이 甲, 乙에게 각 송달되었다. 甲, 乙 모두 즉시항고 기간 내에 항고하지 않았다.

丁은 乙을 상대로 전부금 청구의 소를 제기하였는데, 乙은 이미 甲의 다른 채권자 丙이 채권자대위소송을 제기하여 승소확정판결을 받고 甲도 그러한 사실을 알고 있으므로, 丁의 채권압류 및 전부명령은 무효라고 주장하였다. 법원은 어떠한 판결을 하여야 하며(소 각하/청구 기각/청구 인용), 그 근거는 무엇인가?(20점)

## [제1문의 2]

&lt;기초적 사실관계&gt;

乙은 甲에게 자기 소유의 X토지와 Y건물을 매도하였으나 X토지와 Y건물에 대한 소유권이전등기무를 이행하지 않고 있던 중 丙에게 X토지를 매도하였고, 丙은 자신의 명의로 X토지에 관하여 소유권이전등기를 마쳤다.(추가적 사실관계는 각각 별개임)

&lt;추가적 사실관계 1&gt;

甲은 乙과 丙을 상대로 乙에게는 X토지에 대한 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를, 丙에게는 X토지에 관한 乙과 丙 사이의 매매가 통정허위표시에 의한 것이어서 무효라는 이유로 乙을 대위하여 X토지에 대한 소유권이전등기말소를 청구하는 소를 제기하였다.

문제 1.

제1심 법원은 ① 甲의 乙에 대한 청구는 ‘乙은 甲으로부터 매매잔대금을 지급받음과 동시에 甲에게 X토지에 관하여 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라’는 내용으로 일부 인용하고, ② 丙에 대한 청구는 기각하였다. 甲은 丙에 대한 청구 부분에 대하여만 항소를 제기하였다. 항소심



법원은 甲의 乙에 대한 청구 부분도 심리한 후 ‘甲의 乙과 丙에 대한 항소를 모두 기각한다’고 판결하였다. 항소심 법원의 판단은 타당한가? (15점)

<추가적 사실관계 2>

丁은 乙에 대해 3억 원의 채권을 주장하면서 乙의 명의로 남아 있던 Y건물을 가압류하였다. 丁은 이 가압류에 관한 본안소송으로 乙에 대하여 3억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

문제2.

甲은 ‘丁이 승소하면 Y건물에 대한 강제집행에 나설 것이고 그렇게 되면 甲은 Y건물의 소유권을 취득하지 못하게 되는 손해를 입게 된다’고 주장하면서 乙의 보조참가인으로 참가하였는데 丁과 乙은 甲의 보조참가신청에 대하여 이의를 신청하지 않았다. 乙은 변론기일에 출석하지 않고 丁이 주장하는 사실을 명백히 다투지도 않았으나 甲은 변론기일에 출석하여 丁의 乙에 대한 위 3억 원의 채권이 변제로 소멸하였다고 항변하였다. 법원이 심리 결과 채권의 존재 및 변제 사실 모두에 관하여 확신을 갖게 된 경우, 법원은 어떻게 판결하여야 하는가? (15점)

[제1문의 3]

X토지에 관하여는 甲의 명의로 소유권이전등기가 마쳐져 있다가 그 후 다시 乙의 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 甲은 乙을 상대로 乙의 등기가 원인무효라고 주장하면서 X토지에 관한 소유권이전등기말소청구의 소를 제기하였다. 제1심 법원은 甲의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고 위 판결은 그대로 확정되었다. 이에 甲은 乙 명의의 X토지에 관한 소유권이전등기를 말소하였다.

그 후 丙은 甲으로부터 X토지를 매수하여 소유권이전등기를 마쳤고, 丁에 대한 채무를 담보하기 위하여 X토지에 관하여 丁에게 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 그러자 乙은 자신의 소유권이전등기가 원인무효가 아님에도 잘못 말소된 것이므로 자신이 여전히 X토지의 소유자라고 주장하면서, 丙을 상대로는 X토지에 관하여 진정한 등기명의를 회복을 원인으로 하는 소유권이전등기청구의 소를 제기하는 한편, 丁을 상대로는 X토지에 관한 근저당권설정등기말소청구의 소를 제기하였다.

법원이 심리 결과 乙의 등기가 원인무효가 아니고 乙이 진정한 소유자라는 확신을 가지게 된 경우, 乙의 각각의 청구에 대해 어떤 판결을 하여야 하는가?(소 각하/청구 인용/청구 기각) (20점)

## 2020년 변모 2차 사례형 채점 기준

### 제 1 문

[제1문의 1]

문제 1.

가. 병의 소는 적법한가?

1. 쟁점

중복소송(중복된 소제기), 추심권자가 제기한 후소가 중복소송에 해당하는지 여부

2-1. 중복소송의 일반요건 및 전후 소가 동일한 당사자 간의 동일한 소송인지 여부(5점)

동일한 당사자 사이에서 동일한 소송물에 관한 소가 계속되어 있는 경우, 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다(259조). 사안의 경우 피고는 모두 을로서 동일하고, 원고는 丙과 병으로서 다르지만, 압류 및 추심명령은 어디까지나 압류채권자에게 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 추심할 권능만을 부여하는 것일 뿐 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권이 압류채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다56067 판결 참조). 따라서 채무자가 제3채무자를 상대로 먼저 제기한 이행의 소와 압류채권자가 제3채무자를 상대로 나중에 제기한 추심의 소는 비록 원고가 다를지라도 실질적으로 동일한 사건이다.

2-2. 후소가 중복소송으로서 부적법한지 여부(7점)

원칙적으로는 전소가 부적법하더라도 후소 변론종결 시까지 전소가 계속 중이라면 후소는 중복소송으로서 부적법 각하되어야 한다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다45532 판결).

그러나 민사소송법 제259조에서 중복된 소제기를 금지하는 취지는 소송제도의 남용 방지, 소송경제, 판결의 모순·저

촉 방지에 있다. 채무자의 제3채무자에 대한 금전채권 등에 대하여 압류 및 추심명령이 있으면 채무자는 압류 및 추심명령이 있는 채권에 대하여 제3채무자를 상대로 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하므로, 압류 및 추심명령이 있는 채권에 대하여 채무자가 제기한 이행의 소는 부적법한 소로서 본안에 관하여 심리·판단할 필요 없이 각하하여야 하고(대법원 2000. 4. 11. 선고 99다23888 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다60417 판결 등 참조). 이러한 사정은 직권조사사항으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 직권으로 조사하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2001다51510 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다85717 판결 등 참조). 따라서 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 이미 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소의 본안에 관하여 심리·판단한다고 하여, 제3채무자에게 불합리하게 과도한 이중 응소의 부담을 지우고 본안 심리가 중복되어 당사자와 법원의 소송경제에 반한다거나 판결의 모순·저촉의 위험이 크다고 볼 수 없다.

오히려 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소를 중복된 소제기에 해당한다는 이유로 각하한 다음 당사자적격이 없는 채무자의 이행의 소가 각하 확정되기를 기다려 다시 압류채권자로 하여금 추심의 소를 제기하도록 하는 것이 소송경제에 반할 뿐 아니라, 이는 압류 및 추심명령이 있는 때에 민사집행법 제238조, 제249조 제1항과 앞서 본 대법원판례에 의하여 압류채권자에게 보장되는 추심의 소를 제기할 수 있는 권리의 행사와 그에 관한 실체 판단을 바로 그 압류 및 추심명령에 의하여 금지되는 채무자의 이행의 소를 이유로 거부하는 셈이어서 부당하다. 그러므로 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 경우에도 압류채권자는 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 추심의 소를 제기할 수 있고, 제3채무자를 상대로 압류채권자가 제기한 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 민사소송법 제259조가 금지하는 중복된 소제기에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2013다202120 전원합의체 판결).

### 3. 결론 : 병의 소는 중복된 소제기에 해당하지 않아 적법하다.(3점)

#### 나. 법원은 어떠한 판결을 하여야 하며, 그 근거는 무엇인가? (15점)

##### 1. 추심명령과 원채무자의 시효중단 행위의 효력(5점)

채무자의 제3채무자에 대한 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령이 있더라도, 이는 추심채권자에게 피압류채권을 추심할 권능만을 부여하는 것이고, 이로 인하여 채무자가 제3채무자에게 가지는 채권이 추심채권자에게 이전되거나 귀속되는 것은 아니다. 따라서 채무자가 제3채무자를 상대로 금전채권의 이행을 구하는 소를 제기한 후 채권자가 위 금전채권에 대하여 압류 및 추심명령을 받아 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기한 경우, 채무자가 권리주체의 지위에서 한 시효중단의 효력은 집행법원의 수권에 따라 피압류채권에 대한 추심권능을 부여받아 일종의 추심기관으로서 그 채권을 추심하는 추심채권자에게도 미친다(대법원 2019. 7. 25. 선고2019다212945 판결). 따라서 갑의 이 사건 소 제기에 따른 시효중단의 효력은 추심채권자인 병에게도 미친다.

##### 2. 소 취하와 시효중단(5점)

재판상의 청구는 소송의 각하, 기각 또는 취하의 경우에는 시효중단의 효력이 없지만, 그 경우 6개월 내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 시효는 최초의 재판상 청구로 인하여 중단된 것으로 본다(민법 제170조). 그러므로 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 금전채권의 이행소송을 취하하였더라도, 위 이행소송의 계속 중에 피압류채권에 대하여 채무자에 갈음하여 당사자적격을 취득한 추심채권자가 위 소 취하로부터 6개월 내에 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기하였다면, 채무자가 제기한 재판상 청구로 인하여 발생한 시효중단의 효력은 추심채권자의 추심소송에서도 그대로 유지된다고 보는 것이 타당하다(대법원 2019. 7. 25. 선고2019다212945 판결).

##### 3. 사안의 해결(5점)

갑의 을에 대한 대여사실이 인정되고, 병이 추심채권자로서 추심의 소를 제기한 이상, 을은 병에게 위 대여원리금을 지급할 의무가 있다. 을은 시효소멸 항변을 하였는데, 위 대여원리금 채무는 다른 사정이 없는 이상, 민사채무로서 그 소멸시효는 변제기로부터 10년이 지난 2020. 3. 4. 완성된다. 그런데 병은 시효중단의 재항변을 하였는바, 갑은 시효완성 전인 2020. 2. 11. 을을 상대로 재판상 청구를 하였고, 갑이 2020. 5. 10. 소를 취하하였으나 그 전에 이미 병이 추심명령을 받아 을을 상대로 추심의 소를 제기하였으므로, 이는 소 취하로부터 6개월 내에 추심의 소를 제기한 것에 해당

한다. 이에 따라 최초에 갑이 재판상 청구를 한 때로 소급하여 시효중단의 효과가 유지된다.  
따라서 병의 추심의 소는 인용되어야 한다.

문제 2. 법원은 어떠한 판결을 하여야 하며(소 각하/청구 기각/청구 인용), 그 근거는 무엇인가? (20점)

1. 채권자대위소송 판결확정 후 채무자의 다른 채권자가 받은 채권압류 및 전부명령의 효력(15점)

채권자가 자기의 금전채권을 보전하기 위하여 채무자의 금전채권을 대위행사하는 경우 제3채무자로 하여금 채무자에게 지급의무를 이행하도록 청구할 수도 있지만, 직접 대위채권자 자신에게 이행하도록 청구할 수도 있다.

그런데 채권자대위소송에서 제3채무자로 하여금 직접 대위채권자에게 금전의 지급을 명하는 판결이 확정되더라도, 대위의 목적인 권리, 즉 채무자의 제3채무자에 대한 피대위채권이 판결의 집행채권으로서 존재하고 대위채권자는 채무자를 대위하여 피대위채권에 대한 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로, 피대위채권이 변제 등으로 소멸하기 전이라면 채무자의 다른 채권자는 이를 압류·가압류할 수 있다.

그러나 채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 되면 민법 제405조 제2항에 따라 채무자는 피대위채권을 양도하거나 포기하는 등 채권자의 대위권 행사를 방해하는 처분행위를 할 수 없게 되고 이러한 효력은 제3채무자에게도 그대로 미치는데, 그럼에도 그 이후 대위채권자와 평등한 지위를 가지는 채무자의 다른 채권자가 피대위채권에 대하여 전부명령을 받는 것도 가능하다고 하면, 채권자대위소송의 제기가 채권자의 적법한 권리행사방법 중 하나이고 채무자에게 속한 채권을 추심한다는 점에서 추심소송과 공통점도 있음에도 그것이 무익한 절차에 불과하게 될 뿐만 아니라, 대위채권자가 압류·가압류나 배당요구의 방법을 통하여 채권배당절차에 참여할 기회조차 가지지 못하게 한 채 전부명령을 받은 채권자가 대위채권자를 배제하고 전속적인 만족을 얻는 결과가 되어, 채권자대위권의 실질적 효과를 확보하고자 하는 민법 제405조 제2항의 취지에 반하게 된다.

따라서 채권자대위소송이 제기되고 대위채권자가 채무자에게 대위권 행사사실을 통지하거나 채무자가 이를 알게 된 이후에는 민사집행법 제229조 제5항이 유추적용되어 피대위채권에 대한 전부명령은, 우선권 있는 채권에 기초한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 무효이다(대법원 2016. 8. 29. 선고 2015다236547 판결).

사안에서 정은 채권자대위권 행사 사실을 채무자가 알게 된 후 비로소 피대위채권에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받았으므로, 압류명령은 효력이 있으나 전부명령은 무효이다.

2. 전부명령이 무효일 경우의 법원 판단(5점)

전부명령이 무효인 이상 정은 위 대여원리금 채권의 전부채권자가 아니다. 따라서 정의 청구는 기각되어야 한다.

[제1문의 2]

문제 1. 제1심 법원은 ① 甲의 乙에 대한 청구는 ‘乙은 甲으로부터 매매잔대금을 지급받음과 동시에 甲에게 X 토지에 관하여 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라’는 내용으로 일부 인용하고 ② 丙에 대한 청구는 기각하였다. 甲은 丙에 대한 청구 부분에 대하여만 항소를 제기하였다. 항소심 법원은 甲의 乙에 대한 청구 부분도 심리한 후 ‘甲의 乙과 丙에 대한 항소를 모두 기각한다’고 판결하였다. 항소심 법원의 판단은 타당한가? (15점)

1. 문제의 제기(2점)

통상공동소송과 항소심의 심판 범위

2. 통상공동소송과 상소불가분의 원칙(8점)

공동소송의 요건(65조)을 갖추었음. 실제법상 처분권의 귀속에 해당하지 않으므로 필수적 공동소송이 아님. 예비적 선택적 공동소송에도 해당하지 않음. 따라서 통상공동소송임.

공동소송인 독립의 원칙(66조)에 따라 공동소송인 1인에 대한 행위는 다른 공동소송인에게 효력이 미치지 않음. 항소의 제기가 이에 해당됨.

- 상소의 제기에 의한 확정처분의 효력과 이심의 효력은 원칙적으로 상소인의 불복신청 범위에 관계없이 원판결 전부에 불가분으로 발생함. 그러나 통상공동소송의 경우에는 공동소송인별로 가분적으로 확정됨.

3. 사안의 해결(5점)

- 통상공동소송 관계의 판결에 대하여 공동소송인 중 일부에 대해서만 불복한 경우에는 그 부분만 상소심으로 이심이 되고 상소심의 심판권한의 범위도 당연히 그 부분에 한정된다. 따라서 불복하지 않은 부분에 대한 1심판결은 항소기간 만료일이 지남으로써 분리 확정되었다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 분리 확정된 피고에 대한 청구까지 항소심에 이심된 것으로 보고 판단한 것은 공동소송 및 항소로 인한 항소심 심판 범위 등에 관한 법리를 오해한 것이다(대법원 2012. 9. 27. 선고 2011다76747 판결).

- 항소심 법원이 을에 대하여서까지 항소를 기각한 것은 타당하지 않음.

문제 2. 甲은 丁이 승소하면 위 가압류에 기하여 Y건물에 대한 강제집행에 나설 것이고 그렇게 되면 甲은 Y건물의 소유권을 상실하게 되는 손해를 입게 된다고 주장하면서 乙의 보조참가인으로 참가하였는데 丁과 乙은 甲의 보조참가신청에 대하여 이의를 신청하지 않았다. 乙은 변론기일에 출석하지 않고 丁이 주장하는 사실을 명백히 다투지도 않았으나 甲은 변론기일에 출석하여 丁의 을에 대한 위 3억 원의 채권이 변제로 소멸하였다고 항변하였다. 법원이 심리 결과 채권의 존재 및 변제 사실 모두에 관하여 확신을 갖게 된 경우, 법원은 어떻게 판결하여야 하는가? (15점)

1. 문제의 제기 (2점)

- 보조참가 여부와 참가인의 소송행위가 피참가인의 행위와 저촉되는 경우의 효력

2. 보조참가의 요건을 충족하는지 여부 (3점)

타인 간의 소송계속 중, 소송결과에 대한 이해관계(법적 이해관계), 소송절차를 현저히 지연시키지 않을 것. 위 요건을 충족함.

3. 보조참가인의 소송행위의 효력 (7점)

- 보조참가인은 피참가인의 승소보조를 위해 일체의 소송행위를 할 수 있지만, 피참가인의 행위와 저촉되는 행위는 무효임(76조2항). 이것은 피참가인의 유불리를 떠나서 피참가인의 행위와 명백히 적극적으로 배치되는 경우를 말함.

- 피참가인이 상대방의 주장사실을 자백한 이상 보조참가인이 이를 다투었다고 하여도 민사소송법 제70조 제2항에 의하

여 참가인의 주장은 그 효력이 없다(대법원 1981. 6. 23. 선고 80다1761 판결).

- 다만, 참가인의 소송행위가 소극적으로만 불일치하는 때에는 저촉행위로 보지 않음. 민사소송법 제76조 제2항이 규정하는 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우라 함은 참가인의 소송행위가 피참가인의 행위와 명백히 적극적으로 배치되는 경우를 말하고 소극적으로만 피참가인의 행위와 불일치하는 때에는 이에 해당하지 않는 것인바, 피참가인인 피고가 원고가 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니하여 민사소송법 제150조에 의하여 그 사실을 자백한 것으로 보게 될 경우라도 참가인이 보조참가를 신청하면서 그 사실에 대하여 다투는 것은 피참가인의 행위와 명백히 적극적으로 배치되는 경우라 할 수 없어 그 소송행위의 효력이 없다고 할 수 없다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다53310 판결).

#### 4. 사안의 해결 (3점)

甲의 변제항변은 피참가인에게도 효력이 미치므로, 법원은 丁의 청구를 기각하여야 한다.

### [제1문의 3]

법원이 심리 결과 乙의 등기가 원인무효가 아니고 乙이 진정한 소유자라는 확신을 가지게 된 경우, 乙의 각각의 청구에 대해 어떤 판결을 하여야 하는가?(소 각하/청구 인용/청구 기각) (20점)

#### 1. 문제의 제기(3점)

기판력의 작용 및 그 범위(객관적 범위와 주관적 범위)

#### 2. 기판력의 객관적 범위(5점)

진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 허용되는 것인데, 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적근거와 성질이 동일하므로 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 한다.(대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결 참조)

#### 3. 기판력의 주관적 범위(8점)

- 기판력은 당사자 및 그와 동일시할 수 있는 제3자에게 미치며, 판결의 실효성을 확보하기 위하여 변론종결 후의 승계인에게 기판력을 확장한다(제218조 제1항).
- 변론종결 후의 승계인에 대해서, 의존관계설과 분쟁주체지위승계설(또는 적격승계설), 계쟁물을 양수한 경우 전소의 소송물이 물권적 청구권이면 승계인으로 보는 구소송물이론과 채권적 청구권의 경우도 승계인으로 보는 신소송물이론, 실질설과 형식설 등에 관한 논의가 있다.
- 소송물이 동일하거나 선결문제 또는 모순관계에 의하여 기판력이 미치는 객관적 범위에 해당하는 경우에는 전소 판결의 변론종결 후에 당사자로부터 계쟁물을 승계한 자에게도 전소 판결의 기판력이 미친다. 다만, 전소의 소송물이 채권적 청구권의 성질을 가지는 소유권이전등기청구권인 경우에는 전소의 변론종결 후에 그 목적물에 관하여 소유권등기를 이전받은 사람은 전소의 기판력이 미치는 '변론종결 후의 승계인'에 해당하지 아니한다.(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결)
- 소유권이전등기말소소송의 승소 확정판결에 기하여 소유권이전등기가 말소된 후 순차 제3자 명의로 소유권이전등기 및 근저당권설정등기 등이 마쳐졌는데 위 말소된 등기의 명의자가 현재의 등기명의인을 상대로 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구와 근저당권자 등을 상대로 그 근저당권설정등기 등의 말소등기청구 등을 하는 경우 현재의 등기명의인 및 근저당권자 등은 모두 위 확정된 전 소송의 사실심 변론종결 후의 승계인으로서 위 확정판결의 기

판력은 그와 실질적으로 동일한 소송물인 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구 및 위 확정된 전소의 말소등기청구권의 존재 여부를 선결문제로 하는 근저당권설정등기 등의 말소등기청구에 모두 미친다고 할 것이다. 이 사건에서 원고는 위 확정된 소유권이전등기말소소송에서 패소한 당사자로서, 위 확정판결의 승소당사자 및 변론종결 후의 승계인인 피고들을 상대로 위 확정판결의 대상이었던 토지들 중 일부 토지에 관한 소유권확인청구와 더불어 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구 및 근저당권설정등기 등의 말소등기청구를 하고 있는바, ..... 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구 및 근저당권설정등기 등의 말소등기청구는 앞서 본 바와 같이 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 보아야 할 것이다.(대법원 2003. 3. 28. 선고 2000다24856 판결)

#### 4. 사안의 해결(4점)

- 병에 대한 청구 : 전소의 소송물과 후소의 소송물은 실질적으로 동일하며 丙은 변론종결 후의 승계인에 해당한다.
- 정에 대한 청구 : 전소의 소송물은 후소의 소송물과 선결관계에 있으며 丁은 변론종결 후의 승계인에 해당한다(판례의 입장).
- 판례가 취하는 모순금지설에 의하면 전소에서 패소한 乙이 제기한 丙과 丁에 대한 각각의 청구는 기판력에 저촉되어 모두 기각되어야 한다.



[제1문의 4]

문제 1. 丙의 주장을 검토하고 丙의 청구에 대하여 법원이 어떻게 판단하여야 하는지 설명하시오. (20점)

문제 2. X토지에 대하여 경매가 이루어진 경우 A농협, 乙, 丙이 어떠한 순서로 배당받을 수 있는지 설명하시오. (10점)

[제1문의 5]

丁의 청구에 관한 결론을 그 논거와 함께 서술하시오. (20점)

I. 쟁점정리

- 채권자취소소송의 적법 여부
- 채권자취소권의 요건
- 계약명의신탁에서 수탁자의 처분이 사해행위에 해당하는지 여부

II. 채권자취소소송의 적법 여부 (4점)

- 채권자취소소송의 피고는 이익반환청구의 상대방인 수익자 또는 전득자이며(대판 2009. 1. 15, 2008다72394 등), 채권자취소소송은 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 함(민법 제406조 제2항)
- 사안의 경우, 丁은 수익자인 戊를 상대로 채권자취소의 소를 제기하였으며, 甲이 X부동산을 戊에게 매도한 사실을 2019. 5. 5. 알게 되었으므로 그 날로부터 1년 내인 2019. 5. 10. 채권자취소의 소를 제기한 것은 적법함

III. 채권자취소권의 요건 (6점)

- 채권자취소권이 성립하려면 ① 원칙적으로 사해행위 이전에 성립한 피보전채권이 존재할 것(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다43352 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다53173 판결 등), ② 채무자가 사해행위를 할 것, ③ 채무자와 수익자 또는 전득자에게 채권자를 해함을 알고 있는 사해의 의사가 있을 것을 요함(대법원 2009.3.26. 선고 2007다63102 판결)
- 사안의 경우 ① 丁의 甲에 대한 대여금 채권은 2018. 1. 5. 발생했으며, 이는 甲이 戊에게 X부동산을 매도한 사해행위(2018. 12. 2.) 이전에 발생하였으므로 피보전채권이 존재하며, ③ 甲은 자신의 유일한 재산인 X부동산을 매각하여 소비하기 쉬운 금전으로 바꾸었으므로 특별한 사정이 없는 한 채권자에 대한 사해행위가 되며 甲의 사해의 의사는 추정되고(대법원 2005. 10. 14. 선고 2003다60891 판결), 수익자 戊 역시 선의를 증명한 사정이 없으므로, 사안에서 甲과 戊는 악의로 인정됨
- ①, ③의 요건이 충족되므로, 사안의 경우 ② 계약명의신탁에서 명의수탁자인 甲의 처분이 사해행위에 해당하는지가 문제됨

IV. 계약명의신탁에서 수탁자의 처분이 사해행위에 해당하는지 여부 (8점)

- 계약명의신탁에서 명의신탁약정에 대해 선의인 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 그 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁 약정의 무효에도 불구하고 그 명의수탁자는 그 부동산의 완전한 소유권을 취득함(부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서, 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000다21123 판결)
- 따라서 명의수탁자가 취득한 부동산은 채무자인 명의수탁자의 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이 되고, 명의수탁자의 유일한 재산인 부동산을 수익자에게 매도·처분한 경우 명의수탁자의 일반채권자들을 해하는 행위로서 사해행위에 해당됨(대법원 2008.9.25. 선고 2007다74874 판결 참조)



- 사안의 경우, 甲은 乙과 계약명의신탁약정을 체결하고 명의신탁약정에 대해 선의인 丙과 X부동산의 매매계약을 체결한 후 그 부동산의 소유권이전등기를 경료한 자로서 X부동산에 대한 완전한 소유권을 취득하게 되어, X부동산은 일반 채권자들에 대한 관계에서 甲의 책임재산이 됨
- 따라서 甲이 자신의 유일한 재산인 X부동산을 戊에게 매도·처분한 경우 특별한 사정이 없는 한 이는 丁에 대하여 손해행위가 됨

V. 결론 (2점)

丁의 청구는 인용됨