

제59회 변리사 민사소송법 사례문제 해설지

작성자: 변리사스쿨 민사소송법 담당 최영덕

-답안을 작성에 덧붙여-

정말 역대급으로 쉬운 문제들입니다.

영화 ‘한산-용의 출현’을 빌어 드립니다.

아마도 이번 시험은 수험생 여러분의

‘압도적인 승리가 필요’ 할 것이라고 생각합니다.

수험생 여러분 수고하셨습니다.

빨리 답안 만드느라 일부 오차가 있을 수 있으나 전체적인 답안 내용은 참고가 되실 겁니다.



제59회 변리사 2차 민사소송법 사례 해설지

최영덕

【 문제-1 】 (30점)

의사 甲에 대해 의료사고에 따른 손해배상채권을 가지고 있는 丙은 甲을 상대로 조정신청을 하면서, 적극적 손해 중 기왕치료비 1억 원을 청구하고, 향후치료비는 유사 판례에 근거하여 개별 항목별로 금액을 산정하여 총 1억 원을 청구하되, 향후 소송 시 신체감정 결과에 따라 확정하여 청구한다는 취지를 밝히고, 또한 위자료로 1억 원을 청구하였는데, 조정이 성립되지 않아 소송으로 이행되었다.

한편 이 무렵, 甲은 친구 乙과 통모하여 乙이 甲을 상대로 甲 소유의 부동산(이 사건 부동산)에 관하여 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하도록 하였고, 甲은 乙의 주장을 모두 인정하는 취지의 답변서를 제출하여 위 답변서 부분이 乙에게 송달되었으며, 甲과 乙은 위 청구 내용과 같은 취지의 화해권고결정을 받아 이를 확정시키고 이에 따라 乙 앞으로 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기(이 사건 등기)가 마쳐졌다. 그러자 丙은 甲과 乙 사이에 이 사건 부동산에 관해 허위의 양도합의가 있었고 이는 사해행위에 해당한다고 주장하면서 乙을 상대로 사해행위 취소 및 원상회복(이 사건 등기의 말소) 청구소송을 제기하였다. (다음 각 물음은 독립적임)

(1) 丙의 乙에 대한 소(訴)가 선행 화해권고결정의 기판력에 반하는지 검토하시오. (10점)

(2) 丙의 乙에 대한 채권자취소소송(전소)에서 丙의 승소 확정판결이 내려졌고 그 뒤 甲에 대해 대여금채권을 가지고 있던 丁이 자신의 채권을 보전하기 위해 乙을 상대로 전소와 같은 취지의 사해행위 취소 및 원상회복 청구소송(후소)을 제기하였다. 乙은 후소의 변론기일에 후소에는 전소의 기판력이 미친다거나 또는 권리보호이익이 없다고 주장한다. 乙의 주장에 대해 법원은 어떤 판단을 하여야 하는지를 설명하시오. (10점)

(3) 丙이 甲을 상대로 제기한 위 손해배상 청구소송(전소)에서 甲이 답변서도 제출하지 않고 변론기일에 불출석하여, 丙의 신체감정 등이 이루어지지 않은 상태에서, ‘피고(甲)는 원고(丙)에게 위 조정신청 내용과 같은 금액 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라’는 내용의 자백간주에 의한 전부승소판결이 선고되어 확정되었다. 그 후 丙은 甲에 대해 전소에서 인정된 금액을 제외한 나머지 적극적 손해에 대한 배상금 1억 원과 추가 위자료 1억 원 및 이에 대한 지연손해금을 청구하는 소(후소)를 제기하였다. 이 경우 전소판결의 기판력이 후소에 미치는지 검토하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여(10점)1)

1. 쟁점의 정리

甲과 乙의 자백과 사해행위가 되는지 및 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소소송이 제기하는 경우 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것인지 여부가 문제된다.

2. 채권자취소소송의 대상의 인부

(1) 채권자취소소송의 대상

채권자취소소송의 본위적 청구권은 원상회복청구이다. 여기서 소송물은 채무자의 권리가

1) 최영덕, 실전GS 제5회 1-1문 동차반 실전GS 제5회 2-2 동일문제 답안형식 변형없이 작성

아니라 채권자 자신의 취소권이다. 이때 채권자취소소송이 되기 위하여는 사해행위가 되어야 하는데, 사해행위는 채권자를 해하고자 하는 일연의 악의의 행위를 말한다고 할 것이다.

(2) 자백계약과 사해행위 여부

1) 자백계약

자백계약은 사실관계를 이루는 사실상의 당사자 확정에 관한 계약의 일종으로서, 변론주의 상 자백이 인정되므로 자백계약도 자유심증주의를 침해하는 것이 아니므로 인정된다고 할 것이다.

2) 사해행위의 인정여부

판례에²⁾ 의하면 무자력상태의 채무자가 소송절차를 통해 수익자에게 자신의 책임재산을 이전하기로 하여, 수익자가 제기한 소송에서 자백하는 등의 방법으로 패소판결 또는 그와 같은 취지의 화해권고결정 등을 받아 확정시키고, 이에 따라 수익자 앞으로 그 책임재산에 대한 소유권이전등기 등이 마쳐졌다면, 이러한 일련의 행위의 실질적인 원인이 되는 채무자와 수익자 사이의 이전합의는 다른 일반 채권자의 이익을 해하는 사해행위가 될 수 있다.

(3) 화해권고결정의 확정판결의 효력

甲과 乙의 행위는 기판력이 발생하지만 역시 사해행위에 해당하여 채권자취소소송의 대상이 된다.

3. 기판력의 작용 여부

(1) 문제점

사해행위에 해당하는 甲에 의한 자백으로 丙에게 소유권이 인정되는 판결은 실질적 확정력이 존재한다. 그러나 채권자취소소송에 의한 법원의 원상회복의 판결이 전소의 판결을 형해화 시키는 즉 기판력에 저촉되는 모순관계에 해당되는지 문제된다.

(2) 채권자취소소송의 성질과 소송물

채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 되며, 이때 판결의 효력은 채권자취소권의 본질과 관련하여 사해행위의 취소를 구하는 형성소송과 일탈한 재산의 반환을 구하는 급부소송이 병합된 것으로 파악된다.

(3) 전소의 기판력 저촉 여부

- 2) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다204783 판결: [1] 무자력상태의 채무자가 소송절차를 통해 수익자에게 자신의 책임재산을 이전하기로 하여, 수익자가 제기한 소송에서 자백하는 등의 방법으로 패소판결 또는 그와 같은 취지의 화해권고결정 등을 받아 확정시키고, 이에 따라 수익자 앞으로 책임재산에 대한 소유권이전등기 등이 마쳐졌다면, 이러한 일련의 행위의 실질적인 원인이 되는 채무자와 수익자 사이의 이전합의는 다른 일반채권자의 이익을 해하는 사해행위가 될 수 있다. [2] 채권자가 사해행위의 취소와 함께 수익자 또는 전득자로부터 책임재산의 회복을 명하는 사해행위취소의 판결을 받은 경우 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 사해행위의 취소로 인한 원상회복 의무를 부담하게 될 뿐, 채권자와 채무자 사이에서 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니다. 따라서 위와 같이 채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소된다고 하더라도, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이라고는 할 수 없다.

채권자와 채무자 사이에서 취소로 인한 법률관계가 형성되는 것은 아니다. 따라서 채무자와 수익자 사이의 소송절차에서 확정판결 등을 통해 마쳐진 소유권이전등기가 사해행위취소로 인한 원상회복으로써 말소된다고 하더라도, 그것이 확정판결 등의 효력에 반하거나 모순되는 것이라고는 할 수 없다.³⁾

(4) 사안의 경우

이전된 등기는 일응 유효하지만, 이는 채권자취소소송에 의하여 원상회복을 명하는 판결에 의하여 다시 채무자에게 이전되는 일탈된 재산에 해당되며, 채무자에게 원상회복하라는 판결이 전소와 모순관계나 기판력 저촉의 부적법은 생기지 아니한다.

4. 결론

자백의 답변서 제출과 이에 대한 乙과 丙의 행위는 일종의 당사자 합의에 의한 사해행위에 해당하고 이것이 판결에 의하더라도 달라지지 아니한다. 이 부분이 판결에 의하여 확정된 경우 기판력이 발생된다고 하여도 채권자의 채권자취소소송에 의하여 원상회복하는 경우 이는 기판력에 저촉되지 아니한다.

II. 설문 (2)에 대하여(10점)⁴⁾

1. 문제의 소개

전소인 사해행위취소소송의 확정력이 후소의 미치는지 우선 문제된다. 기판력이 작용하지 않는다 하더라도 권리보호이익이 있는지 여부가 원상회복이 있는지에 따라 다르게 인정되는 것은 아닌지 문제된다.

2. 채권취소소송에서 기판력의 작용⁵⁾

(1) 기판력의 발생과 작용

전소 확정판결에 기판력이 발생하며, 당사자 동일 소송물이 동일한 범위에서 변론종결시의 공격방어방법이 차단된다. 이러한 요건은 모두 요구되는데, 특히 채권자취소소송에서 사해행위취소권이 동일한 소송물인지 문제될 수 있다.

(2) 사해행위취소소송의 소송물

채권자가 사해당사자인 수익자나 전득자를 상대로 사해행위취소소송의 소송물은 채권자가 수익자(또는 전득자)에 대하여 가지는 채권자취소권이다. 이는 채권자가 가지는 자기의 고유한 권리로서 각 채권자의 취소권은 별개의 소송물을 구성한다.

(3) 기판력 저촉 여부

丙이 제기한 사해행위취소소송의 소송물은 丙이 甲에 대하여 가지는 채권자취소권이고, 丁이 제기한 소송의 소송물은 丁이 甲에 대하여 가지는 채권자취소권으로서 소송물이 상이하고, 당사자도 상이하므로 丙에게는 전소 판결의 기판력이 미친다고 볼 근거가 없다

3. 권리보호의 이익 흠결 여부⁶⁾

3) 앞의 판례

4) 최영덕, 최강 민사소송법 사례, P316, 채권자취소소송과 기판력 문제 동일

5) 중복제소금지도 살펴볼 수 있다. 그러나 사안에서 판결이 확정되었으므로 간과해도 된다.

6) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다28114 판결: 채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리

(1) 문제점

채권자취소소송 및 원상회복청구는 형성의 소와 이행의 소의 결합으로 본다. 병합소송으로 보는 원상회복이 필요성에 따라 소의 이익이 달라지는 것은 아닌지 문제된다.

(2) 권리보호이익 흠결

1) 전소판결 확정 후 원상회복이 이루어지지 않은 경우

판례는 어느 채권자가 동일한 처분행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 다른 채권자가 동일한 처분행위에 대하여 제기한 사해행위취소청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다.

2) 전소판결 확정에 기하여 원상회복을 마친 경우

확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다.

(3) 사안의 경우

중복제소나 기판력이 미치는지 소가 아니다. 전소의 승소 확정판결에 기하여 원상회복이 마쳐진 경우가 아니라면 이 사건 청구에 권리보호의 이익이 없는 것으로 볼 수도 없으며 같은 사유들은 모두 소송요건에 관한 것이므로 법원이 직권으로 조사하여 종국판결의 이유에서 또는 중간판결로 판단하면 된다.

4. 결론

변론종결 당시를 기준으로 丁이 전소에서의 승소 확정판결에 기하여 이미 원상회복을 마쳤다는 점이 증명된다면 법원은 권리보호의 이익이 없음을 이유로 이 사건 소에 대하여 각하판결을 하여야 할 것이다.

III. 설문 (3)에 대하여(10점)7)

1. 문제의 소재

기판력의 발생과 객관적 범위에 해당하여 저촉되는지 이른바 손해3분설과 명시적 일부청구에 대한 기판력의 작용 및 지연손해금의 기판력의 범위가 문제된다.

2. 기판력의 발생범위

로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 여러 명의 채권자가 동시에 또는 시기를 달리하여 사해행위취소 및 원상회복청구의 소를 제기한 경우 이들 소가 중복제소에 해당하지 아니할 뿐만 아니라, 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 사해행위취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로는 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없게 되는 것은 아니다. 그러나 확정된 판결에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에는 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003다19558 판결, 2005. 5. 27. 선고 2004다67806 판결 등 참조). 그리고 수익자가 확정된 판결에 기하여 해당 채권자에게 재산이나 가액을 반환함으로써 그 채권자가 다른 채권자보다 사실상 우선변제를 받는 불공평한 결과가 초래된다고 하더라도, 그 재산이나 가액의 반환이 다른 채권자를 해할 목적으로 수익자와 해당 채권자가 통모한 행위라는 등의 특별한 사정이 없는 한 확정된 판결에 따른 반환의무를 이행하는 것이 다른 채권자의 신의에 반하는 행위라고 할 수는 없으므로, 확정된 판결에 따라 재산이나 가액의 반환을 마친 수익자가 다른 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구에 대하여 권리보호의 이익이 없다고 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

7) 최영덕, 실전GS A형 2-1 유사, 전국모의고사2-2 외 최강 민사소송법사례 등 많은문제 유사

(1) 손해배상청구의 소송물

손해 3분설을 취하는 판례에 따르면, 불법행위에 기인하여 신체상해가 발생한 경우 손해는 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해로 나누어지며, 각 손해항목은 별개의 소송물을 구성한다. 따라서 치료비와 위자료로 1억 원을 청구한 부분은 별개의 소송물로 단순병합에 해당하여 각각 기판력이 발생한다.

(2) 적극적 손해에서 명시적 일부청구

명시적 일부청구인 경우 학설과 판례는 별개의 소송물을 구성하여 기판력의 발생과 작용을 달리한다. 따라서 적극적 손해 중 기왕치료비 1억 원을 청구하고, 향후치료비는 총 1억 원을 청구하되 청구취지를 확장한다고 밝힌 부분은 명시적 일부청구에 해당하며, 따라서 기왕의 치료비에 대하여만 발생한다.

(3) 자백간주에 의한 판결의 확정과 기판력 범위

판결이 확정되어, 기왕의 치료비 1억과 위자료에 해당하는 부분만 기판력이 발생하며 향후 치료비는 기판력이 발생하지 않는다.

3. 기판력의 저촉 여부

(1) 나머지 적극적 손해 1억 원의 저촉 여부

명시적 일부청구의 개별적 소송물을 인정하는 학설과 판례와 따르면 치료비는 적극적 손해이지만 향후치료비에 해당하는 부분은 명시적 일부청구에 해당하여 기판력이 발생하지 아니하여 후소에 기판력이 미치지 아니한다.

(2) 위자료와 지연손해금

1) 추가위자료 1억원

위자료는 별개의 손해이지만 명시적 일부청구한다는 부분이 명확히 제시되어 있지 아니하므로 묵시적 일부청구에 해당하여 별개의 소송물이 될 수 없다. 따라서 기판력에 저촉된다.

2) 지연손해금

원본채권에 해당하는 위자료 1억원은 기판력이 발생하고 변론종결후 지연손해금에 대하여 선결적 법률관계에 해당하여 지연손해금에도 기판력이 작용한다.

4. 결론

명시적 일부청구에 해당하는 나머지 적극적 손해 1억원은 기판력에 저촉되지 아니하고, 한편 별개의 위자료는 묵시적 일부청구에 해당하여 기판력이 저촉되며, 지연손해금 역시 기판력에 저촉된다.

【 문제-2 】 (20점)

甲이 정당한 이유 없이 X토지(이 사건 토지)를 甲소유 건물의 주차장 진출입로로 수년 간 사용하고 있었는데, 이 사건 토지의 소유자라고 주장하는 乙이 이 사건 토지 부분에 펜스(이 사건 펜스)를 설치함으로써 甲의 주차장 출입을 막았다. 그러자 甲은 제1심 법원에 乙이 이 사건 펜스를 설치함으로써 甲의 이 사건 토지에 대한 점유를 침탈하였다는 이유로, 점유물반환청구권에 기해 乙을 상대로 이 사건 펜스의 제거와 이 사건 토지의 인도를 청구하였다.(다음 각 물음은 독립적임)

(1) 乙은 甲의 청구가 인용될 경우에 대비하여 반소로써 소유권에 기하여 이 사건 토지의 인도를 청구하였는데, 제1심 법원은 본소와 반소 모두 부적법하다는 이유로 각하하였다. 이에 甲만이 항소하였는데, 항소심 법원은 적법하게 甲의 청구를 인용하면서 乙의 반소에 대해서는 항소하지 않았다는 이유로 판단하지 않았다. 항소심 법원의 판단이 타당한지에 대하여 설명하시오. (10점)

(2) 제1심 법원이 甲의 청구를 인용하였는데 이에 대하여 乙은 즉각 항소하면서, 甲의 청구가 인용될 경우에 대비하여 반소로써 소유권에 기하여 이 사건 토지의 인도를 청구하였다. 乙의 반소가 적법한지 여부를 검토하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여(10점)⁸⁾

1. 쟁점의 정리

본소에 대해서만 항소하여도 예비적 반소도 이심되는지 검토한다. 이 경우 예비적 반소를 인용하더라도 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않는지 묻고 있다. 즉, 예비적 반소가 항소심의 심판대상이 된다고 하더라도 원심보다 항소인에게 더 불리하게 판결하는 것은 불이익변경에 해당하지 않는지 문제이다.

2. 예비적 반소의 적여부

(1) 예비적 반소의 적법여부

1) 예비적 반소의 적법 요건

반소로서 적법요건을 갖추는 이상 조건적인 반소로서 예비적 반소도 허용된다. 예비적 반소란 본소청구가 인용 또는 기각되는 것을 조건으로 반소청구에 대한 심판을 구하는 형태의 반소로 뜻한다. 진정예비적 반소만이 아니라 부진정예비적 반소도 허용된다.

2) 본권에 기한 반소의 적법여부

점유권을 기초로 한 본소에 대하여 본권자가 본소청구의 인용에 대비하여 본권에 기초한 장래이행의 소로서 예비적 반소를 제기하는 것은 적법하다.⁹⁾

(2) 예비적 반소에 심판방법

예비적 반소에서의 조건은 소송내부적 조건이기 때문에 허용되며, 또 그 조건으로 인하여 다음과 같이 심판한다. i) 본소청구가 취하되면 반소청구의 소송계속은 소급적으로 소멸되며, ii) 본소청구가 각하·기각되면 반소청구에 대한 심판을 요하지 아니하며 이에 위반된 판결은 무효이다. iii) 본소청구의 각하·기각에 대하여 항소를 제기하면 예비적 반소도 이심된다.

8) 최영덕, 기초GS, 제5회 2-2 문제 동일

9) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2019다208441 판결; 대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다202795, 202801 판결

(3) 사안의 경우

원고가 제기한 본소에 대하여 피고가 조건부 반소를 제기한 것은 적법하다. 본소에 대하여 각하한 경우 예비적 반소에 대하여 각하한 것은 타당하며, 본소를 항소한 경우에도 반소의 운명을 같이하여야 한다.

3 항소심에서 예비적 반소의 심판

(1) 문제점

본소·반소를 모두 각하한 1심판결에 대하여 원고만이 항소한 경우, 항소심이 반소청구에 대해서도 심판할 수 있는가에 대해서는 다투어지고 있다. 특히 사례의 경우처럼 본소청구가 각하된 경우 처분권주의와 관련하여 항소심의 심판 범위가 문제된다.

(2) 예비적 반소의 심판과 불이익변경금지

1) 이심여부

예비적 반소는 그 조건성부가 이심된 항소심에서 확정되면 그에 따라 반소청구의 인용 여부에 대하여 심판하여야 하므로, 반소청구도 이심되며 항소심의 심판대상으로 된다.

2) 심판여부

이심된 반소에 대한 심판결과가 항소인에게 불이익하게 되더라도 불이익변경금지의 원칙에 반하지 아니한다는 견해에 대하여 대립적인 입장이 있다. 즉 법원은 피고의 조건부 반소라는 처분권주의에 구속되는 것이 타당한 것인가의 대립이다.

3) 판례의 태도

판례는¹⁰⁾ 피고의 예비적 반소도 항소심으로 이심되며, 이를 심판대상으로 삼더라도 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 않는다는 입장이다. 항소하는 원고는 예비적 반소에 대한 심판을 예상할 수 있고 또 피고의 예비적 의사를 항소심절차에서도 관철시키는 것이 오히려 처분권주의에 부합한다는 논거이다.

(3) 사안에의 적용

예비적 반소 각하판결에 대하여 항소하지 않았지만, 항소심이 1심판결을 취소하고 원고청구를 인용할 경우에는 피고의 예비적 반소에 대하여 심판하여야 한다. 乙의 예비적 반소가 부적법하지 않는 이상, 항소심은 乙의 반소청구도 인용하게 될 것이다.

4. 결론

항소법원은 원심판결을 취소하고 甲의 乙에 대한 본소청구를 인용한다.

항소법원은 피고의 예비적 반소를 인용한다.

II. 설문 (2)에 대하여(10점)¹¹⁾

10) 2006다19061: 피고의 예비적 반소는 본소청구가 인용될 것을 조건으로 심판을 구하는 것으로서 제1심이 원고의 본소청구를 배척한 이상 피고의 예비적 반소는 제1심의 심판대상이 될 수 없는 것이고, 이와 같이 심판대상이 될 수 없는 소에 대하여 제1심이 판단하였다고 하더라도 그 효력이 없다고 할 것이므로, 피고가 제1심에서 각하된 반소에 대하여 항소를 하지 아니하였다는 사유만으로 이 사건 예비적 반소가 원심의 심판대상으로 될 수 없는 것은 아니라고 할 것이고, 따라서 원심으로서 원고의 항소를 받아들여 원고의 본소청구를 인용한 이상 피고의 예비적 반소청구를 심판대상으로 삼아 이를 판단하였어야 한다. 참고판례: 2011다25145:

11) 최종정리강의 p9, 최영덕 최강민사소송법, p510, 항소심에서 반소.

1. 문제의 소재

항소심에서 반소가 반소가 제기될 적법요건과 관련하여 동의없이 심급의 이익이 침해될 염려가 없는지와 검토하여야 하며 이와 관련하여 점유의 소에 기한 반소로서 본권이 소유권에 기한 반소가 인정되는지 쟁점이다.

2. 항소심에서 반소의 적법요건

(1) 반소의 요건

반소는 동종의 소송절차에서 공통관할을 전제로 상호관련성이라는 사익적 요건을 충족하고, 본소절차를 현저히 지연시키지 않을 것을 요건으로 한다. 사안의 경우 반소의 일반적 요건은 문제되지 아니한 것으로 보이나, 항소심에서 반소는 별개의 요건을 검토하여야 한다.

(2) 항소심에서 반소의 요건

반소는 항소심에서 반소는 상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없는 경우 또는 상대방의 동의를 받은 경우에 제기할 수 있다.(제412조 제1항) 심급을 해할 우려가 없는 경우란 반소의 청구의 실질적인 쟁점이 제1심에서 충분히 논의되었는지 상대방의 제1심의 심급의 이익을 해할 우려가 없다는 의미를 갖는다.

(3) 사안의 경우

甲의 청구가 인용될 경우에 대비하여 반소로써 소유권에 기하여 반소를 제기한 사안에서 상대방의 동의가 없으나 심급의 이익이 인정되는 경우 예비적 반소로서 기본적으로 원고의 동의없이 제기할 수 있다고 할 것이다.

3. 항소심에서 본권에 기한 예비적 반소

(1) 점유회수의 소와 본권의 소

점유권에 기한 소와 본권에 기한 소는 서로 영향을 미치지 아니하고, 점유권에 기한 소는 본권에 관한 이유로 재판하지 못하므로 점유회수의 청구에 대하여 점유침탈자가 점유물에 대한 본권이 있다는 주장으로 점유회수를 배척할 수 없다(민법 제208조). 따라서 원칙적으로 피고의 동의를 얻어야 항소심에서 반소를 제기할 수 있다.

(2) 본권에 기한 예비적 반소의 경우

점유권에 기한 본소에 대하여 본권자가 본소청구 인용에 대비하여 본권에 기한 예비적 반소를 제기하게 되면 본권을 이유로 점유의 본소를 기각하지 아니하고 인용하여야 하므로 실질적인 반소의 쟁점이 다뤄지게 되므로 심급의 이익을 해할 여지가 없다.

(3) 소결

항소심에서 소유권에 기한 예비적 반소는 허용된다.

4. 결론

반소의 일반적 요건을 충족하고 항소심에서 반소는 심급의 이익을 해하지 아니하는 한 적법하다. 항소심에서 반소로서 점유회수의 소에 본권의 예비적 반소는 서로 실질적인 쟁점으로 심급의 이익을 해하지 아니하여 적법하다.

【문제-3】 (30점)

甲은 마을 모퉁이에 자신의 자동차를 잠시 주차하였는데 그 옆에 기울어져 있던 공작물이 갑자기 쓰러지는 바람에 자신의 자동차가 파손됨은 물론 인신사고로 상해를 입게 되었다. 이에 甲은 공작물의 설치 또는 보존에 하자가 있음을 이유로 하여 공작물의 점유자인 乙을 주위적 피고로, 이것이 인용되지 아닐 경우 대비하여 공작물의 공유자인 丙, 丁을 예비적 피고로 하여 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. (다음 각 물음은 독립적임)

(1) 제1심 법원이 乙에 대한 甲의 청구를 일부 인용하면서 丙, 丁에 대한 청구에 대해서는 판결을 하지 않은 경우, 이러한 법원의 판결이 허용되는지 여부에 대하여 설명하십시오. (8점)

(2) 乙에 대한 甲의 청구를 일부 인용하는 제1심 법원의 판결에 대하여 乙이 항소한 경우 甲이 항소심에서 乙에 대한 소를 취하하는 것이 가능한지 검토하고, 만약 乙에 대한 소가 적법하게 취하되었다면 소를 취하지 않은 丙, 丁에 관한 청구 부분이 여전히 항소심 법원의 심판대상이 되는지에 대해 설명하십시오. (14점)

(3) 제1심 법원이 주위적 청구에 대해서는 기각, 예비적 청구에 대해서는 인용하는 판결을 하였고, 이에 丙만이 항소한 경우 그 효력이 타 공동소송인에게도 미치는지 여부에 대하여 설명하십시오. (8점)

I. 설문 (1)에 대하여(15점)¹²⁾

1. 쟁점의 정리

이른바 공작물의 점유자와 소유자에 대한 불법행위 손해배상청구소송의 공동소송의 형태에 대한 검토를 통하여 법원의 심판과 판단방법의 적법여부가 문제된다. 특히 예비적 공동소송에서 일부판결의 적부에 대한 논의가 필요하다.

2. 예비적 공동소송 인부

(1) 공동소송의 유형

공동소송은 통상의 공동소송과 필수적 공동소송이 있으며 각각 소송진행과 판결의 형태가 다르다. 그러나 주관적 병합에서 예비적 선택적 공동소송은 본질은 통상의 공동소송이지만 청구가 서로 모순되어 양립불가하기 때문에 별도의 공동소송형태를 두어 판단하고 있는데 여기에 해당하는지 살펴볼 일이다.

(2) 양립불가능성의 의미

제70조 제1항의 예비적 공동소송이 성립하기 위해서는 주위적 당사자와 예비적 당사자에 대한 청구가 서로 '법률상 양립할 수 없는' 경우라야 한다. 주관적 병합 청구 중 어느 하나의 청구가 인용되면 법률상 다른 청구는 기각될 운명에 있어야 하며, 두 청구 모두가 인용되는 관계는 불양립관계가 아니다. 불양립판단의 기준은 분쟁의 사실관계이며, 반드시 소송물이 동일할 것을 요하지 아니한다. 법률상 불양립은 실체법상으로 양립하지 아니한 경우는 물론 소송법상 양립할 수 없는 경우를 포함한다.

(3) 공작물의 점유자와 소유자에 대한 책임

공작물의 점유자와 소유자에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구는(제758조) 실체법상 양

12) 예비적 공동소송 문제는 실전GS에서 너무 많이 출제하여 여기에 모두 기재하기 어렵네요. 저하고 같이 공부하신 분들은 아마 잘 알 거예요.

립불가능하다. 따라서 예비적 공동소송에 해당한다.

3. 예비적 공동소송의 심판방법

(1) 필수적 공동소송에서 심판

예비적 공동소송에 관련한 제70조가 제67조와 제68조를 준용하므로 필수적 공동소송의 심판방법으로 판단하여야 한다. 이른바 합일확정의 원칙이 적용되어 법원은 심판과 판결을 하여야 한다.

(2) 판결의 합일확정의 원칙과 판단누락

예비적 공동소송의 심판은 합일확정의 원칙이 적용되어 개별적 주문이기는 하지만 하나의 전부판결하여야 하며 만약 일부를 누락하여 판결하는 경우 판단누락의 위법이 있다. 주관적 병합으로서 소송물이 별개이지만 주위적 피고에 대한 판단하면서 예비적 피고에 대한 주문도 반드시 기재하여야 한다. 판단하지 아니한 허용되지 아니한다.

(3) 사안이 경우

주위적 피고인 乙에 대한 판단하면서 예비적 피고들에 대한 판단도 반드시 하여야 하므로 판단누락에 준하는 위법이 있다.

4. 결론

예비적 공동소송으로 필수적 공동소송으로 심판하여야 한다. 따라서 주위적 피고에 대한 주문을 기재하면서 예비적 피고들에 판결하지 아니한 것은 위법하므로 허용되지 아니한다.

II. 설문 (2)에 대하여(15점)¹³⁾

1. 문제의 소재

예비적 공동소송에서 심판으로 합일확정의 원칙의 예외로서 소취하에 대한 민사소송법 제70조 단서의 적용 및 이에 대한 예비적 공동소송의 항소심의 심판방법에 대한 분리심판으로 적법한지 판단하여야 한다.

2. 소취하의 적법여부

(1) 필수적 공동소송의 심리원칙

예비적 공동소송에는 필수적 공동소송에 관한 심리원칙이 적용되므로(제70조 제1항의 준용에 의한 제67조의 적용), 합일확정의 원칙이 적용되어 공동소송인 가운데 한 사람의 소송행위는 모두의 이익을 위하여서만 효력을 가진다. 그러므로 전원이 전원에 대하여 효력이 발생하여야 하는 것이 원칙이므로 일부에 대한 소취하는 허용될 수 없다.

(2) 예비적 공동소송에서 소취하 거부

예비적 공동소송의 본질은 통상의 공동소송이므로 이에 대한 법규정으로서 제70조 제1항 단서에 다만, 청구의 포기·인낙, 화해 및 소취하의 경우에는 그러하지 아니한다고 규정하므로 피고들에 대한 일부에 대하여 소취하는 허용된다. 따라서 상대방의 동의를 받는 등 소취하의 일반적 요건이 충족되는 경우 소취하된다.

13) 예비적 공동소송 문제는 실전GS에서 너무 많이 출제하여 여기에 모두 기재하기 어렵네요. 저하고 같이 공부하신 분들은 아마 잘 알 것이라서 별도의 각주는 첨부하지 않겠습니다.

(3) 소결

甲이 항소심에서 乙에 대한 소를 취하하는 것은 제70조 단서에 따라 공동소송의 일부에 대한 소취하로서 가능하다.

3. 예비적 공동소송의 항소심 심판

(1) 필수적 공동소송에서 항소 범위

필수적 공동소송의 합일확정의 원칙이 예비적 공동소송에서도 적용되므로 공동소송인 일부가 항소하는 경우 전부이심되고 불이익변경금지원칙이 적용되지 아니하여, 전부심판대상이 되며 항소하지 않은 자도 판례에 의하면 항소심당사자가 된다는 견해가 지배적이다.

(2) 주위적 피고의 항소의 효력

주위적 피고가 항소하는 경우에도 예비적 피고도 모두 이심된다. 불이익변경금지원칙이 또한 심판대상이 되어 항소하지 않은 예비적 피고도 항소심 당사자가 되므로 법원은 심리하여야 한다.

(3) 丙과 丁의 심판 대상 여부

乙만이 항소하였다 하더라도 丙과 丁에 대한 청구도 항소심으로 이심되고 항소심의 심판대상이 되며, 이 경우 항소심은 丁과 丙에 대하여 소송자료를 공통으로 하고 심리를 공통으로 하여도 판결해 주어야 한다(제70조 제2항).

4. 결론

예비적 공동소송에서 제70조 제1항 단서에 따라 일부 피고에 대한 소취하는 가능하며, 한편 주위적 피고의 항소로 항소하지 않은 예비적 피고도 전부 이심되며 심판대상이 되어야 하므로 丙과 丁에 대한 청구도 심판되어야 한다.

II. 설문 (3)에 대하여(15점)¹⁴⁾

1. 문제의 소재

예비적 피고가 항소한 경우 주위적 피고가 이심되는지 한편 공유관계인 같은 예비적 丁에 대한 소송의 형태와 관련하여 항소심으로 이심되는지 혹은 심판대상이 되는지 그 효력이 문제된다.

2. 주위적 피고 乙에 대한 항소심 이심 여부

(1) 예비적 공동소송의 소송형태

실체법적 양립불가능한 예비적 공동소송인간은 이른바 필수적 공동소송의 합일확정의 원칙이 예비적 공동소송에서도 적용되므로 공동소송인 일부가 항소하는 경우 전부이심되고 불이익변경금지원칙이 적용되지 아니하므로 심판대상이 되며 항소하지 않은 자도 판례에 의하면 항소심당사자가 된다는 견해가 지배적이다.

(2) 예비적 피고의 항소와 주위적 피고 乙의 지위

예비적 피고가 항소하는 경우 항소하지 않은 주위적 피고도 필수적 공동소송관계에 있으며

14) 예비적 공동소송 문제는 실전GS에서 너무 많이 출제하여 여기에 모두 기재하기 어렵네요. 저하고 같이 공부하신 분들은 아마 잘 알거예요. 아주 지겨운 문제중에 하나지요.

로 당연 전부 이심, 불이익변경금지 원칙의 부적용으로서 심판대상이 되어야 한다. 따라서 주위적 피고인 乙도 항소심의 심판대상이 되어 판단되어야 한다.

3. 예비적 피고 丁에 대한 효력

(1) 공유관계의 공동소송의 형태

공작물의 공유자인 丙, 丁을 예비적 피고로 하였으므로 공유관계의 소송행태가 문제되지만 일반적으로 공유관계는 지분에 따라 책임을 인정하게 되므로 설사 부진정 연대채무라고 하여도 통상의 공동소송이다. 따라서 예비적 피고들에 대한 원고의 청구는 별개의 독립된 공동소송이며 단순병합된 형태다.

(2) 통상공동소송의 항소심의 심판

통상공동소송에서는 공동소송인독립의 원칙이 적용되므로, 항소한 자의 소송만이 항소심으로 이심되고 항소하지 아니한 자의 소송은 항소기간의 도과로 1심판결이 확정된다. 불이익 변경금지 원칙이 적용되는 결과이다.

(3) 丙과 丁의 심판

丙만이 항소하였으므로 丁에 대한 청구는 항소심으로 이심되지 않는다. 따라서 항소심의 심판대상이 아니며 판결이 확정될 수 있으므로 항소심 판단은 미치지 아니한다

4. 결론

丙의 항소로 필수적 공동소송관계인 주위적 피고인 乙은 항소심의 심판대상이 되지만, 통상의 공동소송관계인 丁은 독립의 원칙이 인정되어 별도 항소하지 않으면 제1심에서 확정되므로 丙의 항소로 이심되지 아니한다.

【문제-4】 (20점)

甲은 수년 전부터 노인성 치매를 이유로 A노인요양센터(법인이 아님)에서 기거해오고 있다. 그런데 A노인요양센터의 열악한 환경으로 인하여 甲은 뜻하지 않은 폐질환에 걸려 투병 중이다. 이에 甲은 현저한 질병악화 등을 이유로 하여 손해배상을 구하는 소를 제기하려고 한다. (다음 각 물음은 독립적임)

1. 甲이 소를 제기함에 있어 A노인요양센터가 소송의 상대방이 될 수 있는 능력이 있는지 여부를 검토하시오. (10점)
2. 甲이 A노인요양센터를 피고로 하여 손해배상을 구하는 소를 제기하였는데 소송계속 중 甲이 사망하였다. 甲에게 유일한 상속인인 乙이 있는 경우 소송당사자의 지위가 수계절차 없이도 乙에게 승계되는지 여부와 법원이 甲의 사망사실을 간과하고 판결하였을 경우 이 판결의 효력에 대하여 검토하시오. (10점)

I. 설문 (1)에 대하여(10점)¹⁵⁾

1. 쟁점의 정리

소송의 상대방이 되기 위하여 당사자능력이 구비되었는지 문제된다. 법인이 아닌 노인요양센터가 영조물 내지 시설로서 당사자능력을 구비할 수 있는지 검토가 필요하다.

2. 당사자능력의 소송법상 의미

(1) 대립당사자주의에서 당사자능력의 직권조사

대립당사자주의를 취하고 있는 민사소송법에서 서로 상대방인 원고와 피고는 일정한 자격을 갖추고 있어야 소가 적법해진다. 특히 당사자능력은 소송의 주체가 될 수 있는 일반적 능력, 즉 원고와 피고가 될 수 있는 능력을 말하며 민법의 권리능력과 대응되는 개념이지만 그보다 넓다고 이해된다. 이에 대하여 법원은 소의 적법요건으로 직권탐지주의에 해당할 정도의 직권조사사항으로 판단하여야 한다.

(2) 민사소송법상 당사자능력

자연인과 법인은 권리능력을 갖추고 있는 당사자능력을 구비하고 있다고 보지만 비법인 단체에 대하여 민사소송법 제52조는 법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다고 규정한다. 따라서 법인이 아닌 경우 일정한 경우 당사자능력을 구비할 수 있다.

(3) 사안의 경우

A노인요양센터가 ‘법인이 아님’을 전제하고 있으므로 민사소송법 제52조에 해당하지 아니한 경우 당사자능력이 없다고 할 것이다.

3. 노인요양센터의 당사자능력¹⁶⁾

15) 최영덕, 최강 민사소송법, 윌비스, 2022, p82 ‘당사자능력’ 아래 판례

16) [1] 민사소송법 제51조는 ‘당사자능력은 이 법에 특별한 규정이 없으면 민법, 그 밖의 법률에 따른다.’고 정하고, 제52조는 ‘법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다.’고 정하고 있다. 따라서 권리능력이 있는 자연인과 법인은 원칙적으로 민사소송의 주체가 될 수 있는 당사자능력이 있으나, 법인이 아닌 사단과 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에 한하여 당사자능력이 인정된다. [2] 노인요양원이나 노인요양센터는 일반적으로 노인성질환 등으로 도움을 필요로 하는 노인을 위하여 급식·요양과 그 밖에 일상생활에 필

(1) 법인이 아닌 단체와 시설 및 영조물의 비교

공법인 경우 영조물법인이나 기관인 경우에도 관리인이나 대표자의 유무와 관계없이 당사자능력이나 피고능력을 예외적으로 인정한다. 그러나 사법인에 해당하는 법인이 아닌 사단이나 재단 등 단체의 경우 대표자가 있는 경우에만 소송법상 당사자능력을 인정하므로 일반적인 시설과 차이는 운영의 주체로서 대표나 조직이 있는지 여부를 살펴 판단하여야 한다.

(2) 시설(영조물)의 경우 당사자능력

시설에 해당하는 경우 명칭에 불과하여 당사자능력을 인정하지 아니하는 것이 판례의 태도이다. 즉 법인이 아님이 분명하고 대표자 있는 비법인 사단 또는 재단도 아닌 경우 원칙적으로 민사소송에서 당사자능력이 인정되지 않는다.

(3) 노인요양센터의 당사자능력

사안에서 노인요양센터의 관리자나 대표자들이 명시적으로 제시되어 있지 아니하므로 노인요양센터는 당사자능력이 없다.

4. 결론

소송의 상대방은 대립당사자주의 원칙이 적용되어 당사자능력을 구비하여야 한다. 사안의 경우 제52조의 관리인이나 대표자 등을 상대로 소송을 제기하지 아니하여 당사자능력이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이다.

II. 설문 (2)에 대하여(10)

답안 구성의 가치가 없는 기초적인 문제고 너무 많이 나와있는 답안이라서 여기서는 생략합니다. 어떻게 이런 문제를 낼 수 있는지 한심합니다.

다만 설문1과 연계하여 당사자능력이 없는 자를 상대로 한 판결의 효력도 일부 언급할 필요가 있을 것으로 생각합니다.

요한 편의를 제공함을 목적으로 하는 시설, 즉 노인의료복지시설을 가리킨다. 이는 법인이 아님이 분명하고 대표자 있는 비법인 사단 또는 재단도 아니므로, 원칙적으로 민사소송에서 당사자능력이 인정되지 않는다.