

2026 변호사시험 문제 및 해설

by 김춘환

1. 甲은 2025. 1. 15. 서울 서초구에 주소를 둔 乙을 상대로 매매대금 1억 원의 지급을 구하는 소를 서울중앙지방법원에 제기하였다. 이에 관한 설명 중 옳은 것(○)과 옳지 않은 것(×)을 올바르게 조합한 것은? (아래 각 지문은 상호 관련성이 없으며, 다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 이 사건은 서울중앙지방법원 민사단독판사의 관할에 속한다.
- ㄴ. 甲이 제1심에서 전부 패소한 후 항소하여 사건이 서울중앙지방법원 민사합의부로 이심되었는데, 乙이 항소심에서 甲을 상대로 공사대금 10억 원의 지급을 구하는 반소를 제기하면서 이송신청을 한 경우, 법원은 본소와 반소를 서울고등법원으로 이송한다.
- ㄷ. 甲이 제1심 소송계속 중 청구취지를 위 매매대금 1억 원에서 6억 원으로 확장한 경우, 乙이 관할 위반의 항변을 하지 않고 변론기일에 출석하여 본안에 대하여 변론하였다면, 현재 소송계속 중인 법원이 계속 재판할 수 있다.
- ㄹ. 甲이 제1심 소송계속 중 청구취지를 위 매매대금 1억 원에서 3억 원으로 확장한 후 甲이 전부 패소하여 항소하였다면 항소심 사건은 서울중앙지방법원 민사합의부의 관할에 속한다.

- ① ㄱ(×), ㄴ(○), ㄷ(×), ㄹ(○)
- ② ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×)
- ③ ㄱ(○), ㄴ(○), ㄷ(○), ㄹ(×)
- ④ ㄱ(×), ㄴ(×), ㄷ(○), ㄹ(×)
- ⑤ ㄱ(○), ㄴ(×), ㄷ(×), ㄹ(○)

<정답>

②번

<해설>

- ㄱ. (○) : 소액단독사건은 소가 1원 ~ 3천만원이하, 중액단독사건은 소가 3천만원 초과 ~ 2억원이하, 고액단독사건은 2억원 초과 ~ 5억원이하 이다.
- ㄴ. (×) : 단독사건에 대한 항소사건을 심판하는 도중에 지방법원합의부 관할에 속하는 반소가 제기되어도 이미 정하여진 항소심관할에 영향이 없어 이송의 여지가 없다(대결 2011.07.14. 2011그65).
- ㄷ. (○) : 소 제기 당시에는 관할권이 있었으나 그 뒤 청구취지의 확장, 반소 등의 제기에 의하여 관할위반이 된 경우라도 이에 대하여 상대방이 변론하면 변론관할이 생긴다(제269조 2항 참고).
- ㄹ. (×) : 소액·중액단독사건은 항소심이 지방법원 항소부, 고액단독사건은 항소심이 고등법원이 된다(2022. 3. 1. 시행).

1) 본소 피고가 항소 후 지방법원 합의부의 관할에 속하는 반소를 제기하면서 이송신청을 하였는데, 원심이 민사소송법 제34조, 제35조를 들어 이송결정을 한 사안에서, 본소에 대하여 제1심법원의 토지관할 및 변론관할이 인정되어 위 소송의 항소심은 제1심법원의 항소사건을 담당하는 원심법원의 관할에 속하며, 지방법원 합의부가 지방법원 단독판사의 판결에 대한 항소사건을 제2심으로 심판하는 도중에 지방법원 합의부의 관할에 속하는 반소가 제기되었더라도 이미 정하여진 항소심 관할에는 영향이 없고, 민사소송법 제35조는 전속관할인 심급관할에는 적용되지 않아 손해나 지연을 피하기 위한 이송의 여지도 없다는 이유로 원심결정을 파기한 사례(대결 2011.07.14. 2011그65).

2. 소송상 대리에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

ㄱ. 원고의 항소심 소송대리인 A가 상고 제기에 관한 특별수권을 따로 받은 경우, 실제로 A가 아닌 원고가 상고장을 작성하여 제출하였다더라도 항소심 재판장이 A에게 인지보정을 명하고 해당 보정명령에서 정한 기간 내에 인지를 보정하지 않았다는 이유로 상고장 각하명령을 하였다면 이는 적법하다.

ㄴ. 원고의 소송대리인으로 A 변호사와 B 변호사가 있는 경우 법원은 A, B에게 판결정본을 각각 송달하여야 하므로 항소기간은 A, B 모두에게 판결정본이 송달된 때부터 진행한다.

ㄷ. 원고로부터 소송상 화해, 청구의 포기 및 상소제기에 관한 특별수권을 받은 제1심 소송대리인 A가 제1심 판결정본을 송달받고 항소를 제기한 후 항소심 소송대리권을 수여받지 않은 상태에서, 피고로부터 제1심판결에서 인용된 금액의 1/2 상당액을 지급받으면서 피고에게 “위 판결 중 나머지 금액에 대한 청구권을 포기한다.”라는 내용의 권리포기서를 작성·교부하였다면, 위 문서에 기재된 문언대로 청구권 포기 약정의 효력이 발생한다.

ㄹ. 원고 종중을 대표하여 피고를 상대로 X 토지에 관한 소유권이전등기말소청구의 소를 제기한 A가 원고 종중의 적법한 대표자가 아닌 사실이 밝혀졌더라도, 그 후 원고 종중의 정기총회에서 적법하게 대표자로 선출된 B가 A의 소송행위를 모두 추인하였다면, 그 소가 각하되지 않고 소급하여 유효한 것으로 인정되는 한 B가 추인한 때가 아니라 A가 소를 제기한 때에 X 토지에 관한 피고의 취득시효 중단의 효력이 발생한다.

- ① ㄱ
- ② ㄱ, ㄴ
- ③ ㄴ, ㄷ
- ④ ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ⑤ ㄴ, ㄷ, ㄹ

<정답>
④번

<해설>

ㄱ. (X) : 소송대리권의 범위는 원칙적으로 당해 심급에 한정되지만, 소송대리인이 상소 제기에 관한 특별한 권한을 따로 받았다면 특별한 사정이 없는 한 상소장을 제출할 권한과 의무가 있으므로, 상소장에 인지를 붙이지 아니한 흠이 있다면 소송대리인은 이를 보정할 수 있고 원심재판장도 소송대리인에게 인지의 보정을 명할 수 있다. 그러나 소송대리인이 상소 제기에 관하여 특별한 권한을 따로 받았다고 하더라도, 실제로 소송대리인이 아닌 당사자 본인이 상고장을 작성하여 제출한 경우에는 소송대리인에게 상소장과 관련한 보정명령을 수령할 권능이 없으므로, 원심재판장이 소송대리인에게 보정명령을 송달한 것은 부적법한 송달이어서 그 송달의 효력이 발생하지 아니한다(대결 2024. 1. 11.자 2023마7122).

ㄴ. (X) : 민사소송의 당사자는 민사소송법 제396조 제1항에 의하여 판결정본이 송달된 날부터 2주 이내에 항소를 제기하여야 한다. 한편 당사자에게 여러 소송대리인이 있는 때에는 민사소송법 제93조에 의하여 각자가 당사자를 대리하게 되므로, 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우 그 중 한 사람에게 송달을 하도록 한 민사소송법 제180조가 적용될 여지가 없어 법원으로서 판결정본을 송달함에 있어 여러 소송대리인에게 각각 송달을 하여야 하지만, 그와 같은 경우에도 소송대리인 모두 당사자 본인을 위하여 소송서류를 송달받을 지위에 있으므로 당사자에 대한 판결정본 송달의 효력은 결국 소송대리인 중 1인에게 최초로 판결정본이 송달되었을 때 발생한다. 따라서 당사자에게 여러 소송대리인이 있는 경

우 항소기간은 소송대리인 중 1인에게 최초로 판결정본이 송달되었을 때부터 기산된다(대결 2011.09.29. 2011마1335).

ㄷ. (X) : 가. 소송상 화해나 청구의 포기에 관한 특별수권이 되어 있다면 특별한 사정이 없는 한 그러한 소송행위에 대한 수권만이 아니라 그러한 소송행위의 전제가 되는 당해 소송물인 권리의 처분이나 포기에 대한 권한도 수여되어 있다고 봄이 상당하다. 나. 위임받은 소송대리권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 당해 심급에 한정된다(대판 1994. 3. 8. 93다52105). 즉 소송상 화해나 청구의 포기에 관한 특별수권이 되어 있다면 특별한 사정이 없는 한 그러한 소송행위에 대한 수권만이 아니라 그러한 소송행위의 전제가 되는 당해 소송물인 권리의 처분이나 포기에 대한 권한도 수여되어 있다고 봄이 상당하다 할 것이므로, 위 대리권 유무에 관한 이유설시도 잘못된 것이나, 원심은 위와 같은 약정이 제1심판결이 선고되어 그 판결정본이 제1심의 소송대리인인 위 변호사 소외 2에게 송달되고 위 판결에 대한 항소가 제기된 후에 이루어진 사실을 인정하고 있고, 한편 위임받은 소송대리권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 당해 심급에 한정된다고 할 것이므로, 위 변호사는 그 대리권이 소멸된 이후에 위 청구권 포기의 약정을 한 것이라고 할 것이니, 위 변호사가 청구권포기의 대리권 없이 위와 같은 포기의 약정을 하였다고 본 원심의 판단은 결과적으로 정당하다고 할 것이어서, 위와 같은 잘못은 판결결과에 영향이 없다 할 것이다(대판 1994. 3. 8. 93다52105).

ㄹ. (O) : 종중이 적법한 대표자 아닌 자가 제기하여 수행한 소송을 추인하였다면 그 소송은 소급하여 유효한 것이고, 가사 종중의 소재기 당시에 그 대표자의 자격에 하자가 있다고 하더라도 이 소가 각하되지 아니하고 소급하여 유효한 것으로 인정되는 한 이에 의한 시효중단의 효력도 유효하다고 볼 것이지 소송행위가 추인될 때에 시효가 중단된다고 볼 것이 아니다(대판 1992. 9. 8. 92다18184).

3. 「민법」상 조합 및 비법인사단에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

<p>ㄱ. 비법인사단인 집합건물의 관리단이 입주자대표회의에 대해 공용부분 변경에 관한 업무를 포괄적으로 위임한 경우, 입주자대표회의는 그 업무를 수행하는 과정에서 체납된 비용을 추심하기 위하여 직접 자기 이름으로 그 비용에 관한 재판상 청구를 할 수 있다.</p> <p>ㄴ. 조합계약으로 업무집행자를 정하지 아니한 경우에는 조합원의 3분의 2 이상의 찬성으로써 이를 선임한다.</p> <p>ㄷ. 비법인사단의 구성원이 없게 된 경우, 곧바로 그 사단이 소멸하여 소송상의 당사자능력을 상실하였다고 할 수는 없고 청산사무가 완료되어야 비로소 그 당사자능력이 소멸한다.</p> <p>ㄹ. 조합원 중 1인의 합유지분 포기가 적법하다면 그 포기된 합유지분은 나머지 잔존 합유지분권자들에게 균분으로 귀속하게 되지만 그와 같은 물건변동은登記하여야 효력이 있다.</p>

- ① ㄴ, ㄷ
- ② ㄷ, ㄹ
- ③ ㄱ, ㄴ, ㄹ
- ④ ㄱ, ㄷ, ㄹ
- ⑤ ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㄹ

<정답>

⑤번

<해설>

ㄱ. (O) : 집합건물의 관리단이 입주자대표회의에 공용부분 변경에 관한 업무를 포괄적으로 위임한 경우에는, 입주자대표회의가 공용부분 변경에 관한 업무를 수행하는 과정에서 체납된 비용을 추심하기 위하여 직접

자기 이름으로 비용에 관한 재판상 청구를 하는 것은 임의적 소송신탁에 해당한다(대판 2017. 3. 16. 2015다3570).

ㄴ. (O) : 제706조(사무집행의 방법) ① 조합계약으로 업무집행자를 정하지 아니한 경우에는 조합원의 3분의 2 이상의 찬성으로써 이를 선임한다.

ㄷ. (O) : 비법인사단에 해산사유가 발생하였다고 하더라도 곧바로 당사자능력이 소멸하는 것이 아니라 청산사무가 완료될 때까지 청산의 목적범위 내에서 권리·의무의 주체가 되고, 이 경우 청산 중의 비법인사단은 해산 전의 비법인사단과 동일한 사단이고 다만 그 목적이 청산 범위 내로 축소된 데 지나지 않는다(대판 2007. 11. 16. 2006다41297).

ㄹ. (O) : 합유지분 포기가 적법하다면 그 포기된 합유지분은 나머지 잔존 합유지분권자들에게 균분으로 귀속하게 되지만 그와 같은 물권변동은 합유지분권의 포기라고 하는 법률행위에 의한 것이므로 등기하여야 효력이 있고 지분을 포기한 합유지분권자로부터 잔존 합유지분권자들에게 합유지분권 이전등기가 이루어지지 아니하는 한 지분을 포기한 지분권자는 제3자에 대하여 여전히 합유지분권자로서의 지위를 가지고 있다고 보아야 한다(대판 1997. 9. 9. 96다16896).

4. 채권자대위소송에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 채권자가 채무자를 상대로 피보전채권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결이 확정된 경우, 위 채권의 취득이 채권자로 하여금 채무자를 대신하여 소송행위를 하게 하는 것을 주된 목적으로 하여 이루어졌더라도 제3채무자는 채권자대위소송에서 그 채권의 존재를 다툴 수 없다.

② 채권자대위소송에서 제3채무자는 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있음이 원칙이나, 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 독자적인 사정에 기한 사유를 주장할 수는 없다.

③ 채권자대위소송에서 피보전채권이 인정되지 않는다는 이유로 각하판결이 확정되었더라도, 그 판결의 기판력은 채권자가 채무자를 상대로 위 피보전채권의 이행을 구하는 소송에 미치지 않는다.

④ 채권자가 채무자에 대한 금전채권을 보전하기 위하여 채무자의 제3채무자에 대한 금전채권을 대위행사하면서 제3채무자로 하여금 채권자에게 직접 지급하도록 청구하여 승소판결이 확정되었더라도, 위 피대위채권이 변제 등으로 소멸하기 전이면 채무자의 다른 채권자는 그 피대위채권을 압류 또는 가압류할 수 있다.

⑤ 비법인사단인 채무자가 제3채무자를 상대로 소를 제기하였으나 사원총회의 결의 없이 총유 재산에 관한 소가 제기되었다는 이유로 각하판결이 확정된 경우, 이는 채무자가 스스로 제3채무자에 대한 권리를 행사한 것으로 볼 수 없다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 채권자대위권을 행사하는 경우, 채권자가 채무자를 상대로 그 보전되는 청구권에 기한 이행청구의 소를 제기하여 승소판결을 선고받고 그 판결이 확정되었다면, 특별한 사정이 없는 한 그 청구권의 발생 원인이 되는 사실관계가 제3채무자에 대한 관계에서도 증명되었다고 볼 수 있다. 그러나 그 청구권의 취득이, 채권자로 하여금 채무자를 대신하여 소송행위를 하게 하는 것을 주목적으로 이루어진 경우와 같이, 강행법규에 위반되어 무효라고 볼 수 있는 경우 등에는 위 확정판결에도 불구하고 채권자대위소송의 제3채무자에 대한 관계에서는 피보전권리가 존재하지 아니한다고 보아야 한다. 이는 위 확정판결 또는 그와 같

은 효력이 있는 재판상 화해조서 등이 재심이나 준재심으로 취소되지 아니하여 채권자와 채무자 사이에서 그 판결이나 화해가 무효라는 주장을 할 수 없는 경우라 하더라도 마찬가지이다(대판 2019.01.31. 2017다228618).

② (O) : 채권자대위권은 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이므로, 제3채무자는 채무자에 대해 가지는 모든 항변사유로 채권자에게 대항할 수 있으나, 채권자는 채무자 자신이 주장할 수 있는 사유의 범위 내에서 주장할 수 있을 뿐 자기와 제3채무자 사이의 독자적인 사정에 기한 사유를 주장할 수는 없다(대판 2009. 5. 28. 2009다4787).

③ (O) : 민사소송법 제218조 제3항은 '다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 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 피대위채권의 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(대판 2014.01.23. 2011다108095).

④ (O) : 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(대판 2016. 8. 29. 2015다236547).

⑤ (O) : 채권자대위권은 채무자가 스스로 제3채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하는 경우에 한하여 채권자가 자기의 채권을 보전하기 위하여 행사할 수 있는 것이어서, 채권자가 대위권을 행사할 당시에 이미 채무자가 그 권리를 재판상 행사하였을 때에는 채권자는 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사할 수 없다. 그런데 비법인사단이 사원총회의 결의 없이 제기한 소는 소제기에 관한 특별수권을 결하여 부적법하고, 그 경우 소제기에 관한 비법인사단의 의사결정이 있었다고 할 수 없다. 따라서 비법인사단인 채무자 명의로 제3채무자를 상대로 한 소가 제기되었으나 사원총회의 결의 없이 총유재산에 관한 소가 제기되었다는 이유로 각하판결을 받고 그 판결이 확정된 경우에는 채무자가 스스로 제3채무자에 대한 권리를 행사한 것으로 볼 수 없다(대판 2018.10.25. 2018다210539).

5. 사해행위취소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 채권자가 원상회복청구의 소에서 패소할 것이 예상된다는 이유로 사해행위취소의 소에 대하여 소송요건을 갖추지 못한 것으로 보아 소의 이익을 부정할 수는 없다.

② 채권자가 사해행위취소소송 계속 중 피보전채권을 추가하거나 교환하는 것은 청구 자체를 변경하는 것이 아니다.

③ 사해행위취소소송에서 사해행위취소 및 원상회복을 명하는 판결이 확정된 경우, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마치기 전에 피보전채권이 소멸하였더라도 이는 위 판결의 집행력을 배제하는 적법한 청구이의의 이유가 되지 아니한다.

④ 사해행위의 수익자 또는 전득자에 대하여 회생절차가 개시되는 경우, 채권자는 수익자 또

는 전득자의 관리인을 상대로 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소를 제기할 수 있다.

⑤ 상속의 포기는 상속인으로서의 지위 자체를 소멸하게 하는 행위이므로 재산권에 관한 법률 행위에 해당하지 아니하여 사해행위취소의 대상이 되지 아니한다.

<정답>

③번

<해설>

① (O) : 사해행위 취소의 소와 원상회복청구의 소는 서로 소송물과 쟁점을 달리하는 별개의 소로서 양자가 반드시 동시에 제기되어야 하는 것은 아니고 별개로 제기될 수 있으며, 전자의 소에서는 승소하더라도 후자의 소에서는 당사자가 제출한 공격·방어 방법 여하에 따라 패소할 수도 있고, 취소채권자가 사해행위 취소의 소를 제기하여 승소한 경우 그 취소의 효력은 민법 제407조에 의하여 모든 채권자의 이익을 위하여 미치고 이로써 그 소의 목적은 달성된다. 이에 비추어 보면, 채권자가 원상회복청구의 소에서 패소할 것이 예상된다는 이유로 그와 별개인 사해행위 취소의 소에 대하여 소송요건을 갖추지 못한 것으로 보아 소의 이익을 부정할 수는 없다(대판 2012. 12. 26. 2011다60421).

② (O) : 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하면서 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 사해행위취소권과 원상회복청구권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로, 채권자가 보전하고자 하는 채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하다고 보아야 하고, 이는 전소나 후소 중 어느 하나가 승계참가신청에 의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다(대판 2012.07.05. 2010다80503).

③ (X) : 파산채권자가 개인채무자를 상대로 채무 이행을 청구하는 소송에서 면책결정에 따라 발생한 책임 소멸은 소송물인 채무의 존부나 범위 확정과는 직접적인 관계가 없다. 개인채무자가 면책 사실을 주장하지 않는 경우에는 책임 범위나 집행력 문제가 현실적인 심판대상으로 등장하지도 않아 주문이나 이유에서 그에 관한 아무런 판단이 없게 된다. 이런 경우 면책결정으로 인한 책임 소멸에 관해서는 기판력이 미치지 않으므로, 개인채무자에 대한 면책결정이 확정되었는데도 파산채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결 시까지 그 사실을 주장하지 않는 바람에 면책된 채무 이행을 명하는 판결이 선고되어 확정된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 개인채무자는 그 후 면책된 사실을 내세워 청구이익의 소를 제기할 수 있다(대판 2022. 7. 28. 2017다286492).

④ (O) : 사해행위취소권은 사해행위로 이루어진 채무자의 재산처분행위를 취소하고 사해행위에 의해 일탈된 채무자의 책임재산을 수익자 또는 전득자로부터 채무자에게 복귀시키기 위한 것이므로 환취권²⁾의 기초가 될 수 있다. 수익자 또는 전득자에 대하여 회생절차가 개시된 경우 채무자의 채권자가 사해행위의 취소와 함께 회생채무자로부터 사해행위의 목적인 재산 그 자체의 반환을 청구하는 것은 환취권의 행사에 해당하여 회생절차개시의 영향을 받지 아니한다. 따라서 채무자의 채권자는 사해행위의 수익자 또는 전득자에 대하여 회생절차가 개시되더라도 관리인을 상대로 사해행위의 취소 및 그에 따른 원물반환을 구하는 사해행위취소의 소를 제기할 수 있다(대판 2014.09.04. 2014다36771).

⑤ (O) : 상속의 포기는 비록 포기자의 재산에 영향을 미치는 바가 없지 아니하나(그러한 측면과 관련하여서는 ‘채무자 회생 및 파산에 관한 법률’ 제386조도 참조) 상속인으로서의 지위 자체를 소멸하게 하는 행위로서 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 것이 아니다. 오히려 상속의 포기는 1차적으로 피상속인 또는 후순위상속인을 포함하여 다른 상속인 등과의 인격적 관계를 전체적으로 판단하여 행하여지는 ‘인적 결단’으로서의 성질을 가진다. 그러한 행위에 대하여 비록 상속인인 채무자가 무자력상태에 있다고 하여서 그로 하여금 상속포기를 하지 못하게 하는 결과가 될 수 있는 채권자의 사해행위취소를 쉽사리 인정할

2) 환취권(還取權)이란 파산재단에 속하지 않는 제3자의 특정재산을 파산관재인이 파산재단으로 편입하여 관리하고 있을 때 그 재산의 실제 소유자인 제3자가 그 반환이나 인도를 구하는 권리를 뜻한다. 환취권은 타인의 소유권, 점유권, 질권, 유치권 등에 기초한 권리이다.

것이 아니다. 그리고 상속은 피상속인이 사망 당시에 가지던 모든 재산적 권리 및 의무·부담을 포함하는 총체재산이 한꺼번에 포괄적으로 승계되는 것으로서 다수의 관련자가 이해관계를 가지는데, 위와 같이 상속인으로서의 자격 자체를 좌우하는 상속포기의 의사표시에 사해행위에 해당하는 법률행위에 대하여 채권자 자신과 수익자 또는 전득자 사이에서만 상대적으로 그 효력이 없는 것으로 하는 채권자취소권의 적용이 있다고 하면, 상속을 둘러싼 법률관계는 그 법적 처리의 출발점이 되는 상속인 확정의 단계에서부터 복잡하게 얽히게 되는 것을 면할 수 없다. 또한 상속인의 채권자의 입장에서는 상속의 포기가 그의 기대를 저버리는 측면이 있다고 하더라도 채무자인 상속인의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지 아니한다. 이러한 점들을 종합적으로 고려하여 보면, 상속의 포기는 민법 제406조 제1항에서 정하는 “재산권에 관한 법률행위”에 해당하지 아니하여 사해행위취소의 대상이 되지 못한다(대판 2011. 6. 9. 2011다 29307).

6. 소의 이익에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 채무자의 변경을 내용으로 하는 근저당권변경의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권설정 등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이므로, 그 피담보채무가 변제되었음을 이유로 부기등기의 말소를 구하는 것은 소의 이익이 없다.
- ② 소유권이전등기청구소송에서 원고의 소유권이전등기청구권이 가압류되어 있다는 피고 주장의 항변사실이 인정되는 경우, 법원은 가압류의 해제를 조건으로 하지 않는 한 원고의 청구를 인용하여서는 아니 된다.
- ③ 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」에서 정한 토지거래허가구역 내의 토지에 관하여 매매계약이 체결된 경우, 허가신청절차에 협력하지 않는 당사자에 대하여 상대방은 협력의무의 이행을 구할 소의 이익이 있다.
- ④ 원고 소유의 토지를 도로로 점유하고 있는 시(市)를 상대로 원고가 “시(市)가 그 토지를 매수할 때까지”로 기간을 정하여 차임 상당 부당이득반환청구를 한 경우, 법원이 위 토지에 관한 시(市)의 불법점유사실을 인정한다면 원고의 청구를 전부 인용하여야 한다.
- ⑤ 혼인관계는 그것을 전제로 수많은 법률관계가 형성되고 과거의 법률관계인 혼인관계 자체의 무효확인을 구하는 편이 관련된 분쟁을 한꺼번에 해결하는 유효·적절한 수단이므로, 특별한 사정이 없는 한 혼인관계가 이미 해소된 이후라고 하더라도 혼인무효의 확인을 구할 이익이 있다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 피담보채무가 변제로 소멸된 경우 근저당권설정 주등기의 말소만을 구하면 되고, 채무자의 변경을 내용으로 하는 근저당권변경의 부기등기는 직권으로 말소되어야 하므로 부기등기 말소청구는 부적법하다(대판 2000.10.10. 2000다19526).
- ② (O) : 일반적으로 채권에 대한 가압류가 있더라도 이는 채무자가 제3채무자로부터 현실로 급부를 추심하는 것만을 금지하는 것이므로 채무자는 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고, 법원은 가압류가 되어 있음을 이유로 이를 배척할 수 없는 것이 원칙이나, 소유권이전등기를 명하는 판결은 의사의 진술을 명하는 판결로서 이것이 확정되면 채무자는 일방적으로 이전등기를 신청할 수 있고 제3채무자는 이를 저지할 방법이 없으므로 이와 같은 경우에는 가압류의 해제를 조건으로 하지 아니하는 한 법원은 이를 인용하여서는 안 되고, 제3채무자가 임의로 이전등기의무를 이행하고자 한다면 민사소송법 제577조(현 민사집행법 제244조)에 의하여 정하여진 보관인에게 권리이전을 하여야 할 것이고,

이 경우 보관인은 채무자의 법정대리인의 지위에서 이를 수령하여 채무자 명의로 소유권이전등기를 마치면 된다[대판(전) 1992.11.10. 92다4680].

③ (O) : 계약이 효력 있는 것으로 완성될 수 있도록 서로 협력할 의무가 있음이 당연하므로, 계약의 쌍방 당사자는 공동으로 관할관청의 허가를 신청할 의무가 있고, 이러한 의무에 위반하여 허가신청절차에 협력하지 않는 당사자에 대하여 상대방은 협력의무의 이행을 소송으로써 구할 이익이 있다[대판(준) 1991.12.24. 90다12243].

④ (X) : 지방자치단체가 사유지를 도로로 무단점유·사용한 사례에서 “시가 위 토지를 매수할 때까지”로 기간을 정한 장래의 차입 상당 부당이득반환청구는 허용되지 않는다(대판 1991.10.08. 91다17139)고 하였으나, “도로의 폐쇄에 의한 피고의 점유 종료일 또는 원고의 이 사건 도로에 대한 소유권상실 일까지”의 이행기 도래분에 대한 장래 부당이득반환청구(대판 1993.03.09. 91다46717)는 긍정하고 있다. 다만 최근에는 “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.”는 判例가 있다³⁾(대판 2019.02.14. 2015다244432). 따라서 ‘원고들의 토지 소유권 상실일’을 단일한 증기로 하여 장래의 부당이득반환을 명한 것은 위법하다⁴⁾(대판 2023.7.27. 2020다277023).

⑤ (O) : 이혼으로 혼인관계가 이미 해소되었다면 기왕의 혼인관계는 과거의 법률관계가 된다. 그러나 신분관계인 혼인관계는 그것을 전제로 하여 수많은 법률관계가 형성되고 그에 관하여 일일이 효력의 확인을 구하는 절차를 반복하는 것보다 과거의 법률관계인 혼인관계 자체의 무효 확인을 구하는 편이 관련된 분쟁을 한꺼번에 해결하는 유효·적절한 수단일 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 혼인관계가 이미 해소된 이후라고 하더라도 혼인무효의 확인을 구할 이익이 인정된다고 보아야 한다(대판[전합] 2024.5.23. 2020므15896).

7. 소멸시효에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 양도인은 지명채권양도 후 대항요건이 구비되기 전에 채무자를 상대로 시효중단의 효력이 있는 재판상의 청구를 할 수 있다.

② 甲의 乙에 대한 X 건물에 관한 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기청구권의 소멸시효 기간 만료 전에 甲이 乙을 상대로 같은 매매계약을 원인으로 하여 건축주명의변경청구의 소를 제기하였다더라도, 위 소유권이전등기청구권에 대하여 재판상 청구에 의한 소멸시효 중단의 효력이 발생하지 않는다.

③ 시효완성 후 소멸시효 중단사유에 해당하는 채무의 승인이 있었다 하더라도 그것만으로는 곧바로 소멸시효 이익의 포기라는 의사표시가 있었다고 단정할 수 없다.

④ 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 피보전채권에 관하여 본안의 승소판결이 확정되더라도 이에 흡수되어 소멸되지 않는다.

3) 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.

4) 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위해서는 채무의 이행기가 장래에 도래할 뿐만 아니라 의무불이행 사유가 그때까지 계속하여 존속한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있어야 하고, 이러한 책임 기간이 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 없는 경우에는 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없다(대법원 1987. 9. 22. 선고 86다카2151 판결, 대법원 1991. 10. 8. 선고 91다17139 판결 등 참조). ≍ 피고가 원고들 소유의 이 사건 토지를 점유하고 있음을 이유로 과거 및 장래 차입 상당의 부당이득 반환을 구한 사안임 ≍ 원심은 ‘원고들의 이 사건 토지 소유권 상실일’을 단일한 증기로 하여 장래의 부당이득 반환을 명하였음 ≍ 대법원은 위 법리를 실시한 후, 원심 판결 중 피고에 대하여 ‘원심 변론종결일 다음 날부터 원고들이 이 사건 계쟁토지의 소유권을 상실하는 날까지의 부당이득 반환을 명한 부분’에는 장래이행의 소에 관한 법리오해의 위법이 있음을 이유로 원심을 일부 파기·환송함

⑤ 부동산경매절차에서 집행력 있는 정본을 가진 채권자가 배당요구를 한 경우 그에 관련된 채권에 관하여 소멸시효 중단의 효력이 발생한다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 채권양도 후 대항요건이 구비되기 전의 양도인은 채무자에 대한 관계에서는 여전히 채권자의 지위에 있으므로 채무자를 상대로 시효중단의 효력이 있는 재판상의 청구를 할 수 있고, 이 경우 양도인이 제기한 소송 중에 채무자가 채권양도의 효력을 인정하는 등의 사정으로 인하여 양도인의 청구가 기각됨으로써 민법 제170조 제1항에 의하여 시효중단의 효과가 소멸된다고 하더라도, 양도인의 청구가 당초부터 무권리자에 의한 청구로 되는 것은 아니므로, 양수인이 그로부터 6월 내에 채무자를 상대로 재판상의 청구 등을 하였다면, 민법 제169조 및 제170조 제2항에 의하여 양도인의 최초의 재판상 청구로 인하여 시효가 중단된다(대판 2009.02.12. 2008두20109).

② (X) : 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 소멸시효기간 만료 전에 매매계약을 원인으로 건축주 명의변경을 구하는 소를 제기한 사안에서, 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권의 시효중단 사유인 재판상 청구는 권리자가 소송이라는 형식을 통하여 권리를 주장하면 족하고 반드시 그 권리가 소송물이 되어 기판력이 발생할 것을 요하지 않으므로, 소유권이전등기청구권이 발생한 기본적 법률관계에 해당하는 매매계약을 기초로 하여 건축주명의변경을 구하는 소도 소멸시효를 중단시키는 재판상 청구에 포함된다(대판 2011. 7. 14. 2011다19737).

③ (O) : 소멸시효 중단사유로서의 채무승인은 시효이익을 받는 당사자인 채무자가 소멸시효의 완성으로 채권을 상실하게 될 자에 대하여 상대방의 권리 또는 자신의 채무가 있음을 알고 있다는 뜻을 표시함으로써 성립하는 이른바 관념의 통지로 여기에 어떠한 효과의사가 필요하지 않다. 이에 반하여 시효완성 후 시효이익의 포기가 인정되려면 시효이익을 받는 채무자가 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다는 효과의사가 필요하기 때문에 시효완성 후 소멸시효 중단사유에 해당하는 채무의 승인이 있었다 하더라도 그것만으로는 곧바로 소멸시효 이익의 포기라는 의사표시가 있었다고 단정할 수 없다(대판 2017. 7. 11. 2014다32458).

④ (O) : 민법 제168조에서 가압류를 시효중단사유로 정하고 있는 것은 가압류에 의하여 채권자가 권리를 행사하였다고 할 수 있기 때문인데 가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가압류채권자에 의한 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 할 것이므로 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속된다고 하여야 할 것이다. 또한 민법 제168조에서 가압류와 재판상의 청구를 별도의 시효중단사유로 규정하고 있는데 비추어 보면, 가압류의 피보전채권에 관하여 본안의 승소판결이 확정되었다고 하더라도 가압류에 의한 시효중단의 효력이 이에 흡수되어 소멸된다고 할 수도 없다(대판 2000.04.25. 2000다11102).

⑤ (O) : 부동산경매절차에서 집행력 있는 채무명의 정본을 가진 채권자가 하는 배당요구는 민법 제168조 제2호의 압류에 준하는 것으로서 배당요구에 관련된 채권에 관하여 소멸시효를 중단하는 효력이 생긴다(대판 2002.02.26. 2000다25484).

8. 송달에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 소장부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달되어 피고가 항소기간 내에 항소를 제기하지 못하였다면 특별한 사정이 없는 한 피고는 그 사유가 없어진 날로부터 2주 이내에 추후보완항소를 제기할 수 있는데, 이때 ‘그 사유가 없어진 날’이라 함은 당사자나 소송대리인이 판결이 있었던 사실을 안 때를 가리킨다.

② 甲이 乙을 상대로 이혼을 청구한 사건에서 법원이 “원고와 피고는 이혼한다.”라는 내용의

화해권고결정을 하고, 甲과 乙의 성년 자녀이자 동거인인 丙이 甲과 乙을 대신하여 동시에 보충송달의 방법으로 위 결정 정보를 송달받은 경우, 소송당사자의 허락이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그러한 송달은 무효이다.

③ 甲에 대한 판결정본이 甲의 주소지에서 甲의 매형인 乙에게 동거인에 대한 보충송달의 방법으로 송달된 후 2주가 지난 경우, 甲이 위 송달 당시에 그 주소지에서 乙과 함께 생활하지 않았거나 甲 자신이 책임질 수 없는 사유로 말미암아 상소기간을 지키지 못하게 되었다는 사정 등을 증명하지 못하면, 그 후 제기된 甲의 상소 또는 추후보완상소는 부적법하여 각하된다.

④ 당사자가 송달장소의 변경신고의무를 이행하지 않아 송달불능이 되는 경우라도, 법원은 적어도 기록에 현출되어 있는 자료로 송달할 장소를 알 수 없는 경우에 한하여 발송송달을 할 수 있다.

⑤ 판결정본이 당사자인 미성년자에게만 송달된 경우, 판결이 소송무능력을 이유로 소를 각하한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 송달은 무효이다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 공시송달의 경우에 '사유가 없어진 후'라 함은 당사자나 소송대리인이 단순히 판결이 있었던 사실을 안 때가 아니고 나아가 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리키는 것으로서, 다른 특별한 사정이 없는 한 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 그 사건기록의 열람을 하거나 새로이 판결정본을 영수한 때에 비로소 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다(대판 2006.2.24. 2004다8005).

② (O) : 보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 소송서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 소송서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 동일한 수령대행인이 이해가 대립하는 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 수령하는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우 수령대행인이 원고나 피고 중 한 명과도 이해관계의 상충 없이 중립적인 지위에 있기는 쉽지 않으므로 소송당사자 쌍방 모두에게 소송서류가 제대로 전달될 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵다. 또한 이익충돌의 위험을 회피하여 본인의 이익을 보호하려는 데 취지가 있는 민법 제124조 본문에서의 쌍방대리금지 원칙에도 반한다. 따라서 소송당사자의 허락이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 동일한 수령대행인이 소송당사자 쌍방의 소송서류를 동시에 송달받을 수 없고, 그러한 보충송달은 무효라고 봄이 타당하다(대결 2021. 3. 11. 2020므11658).

③ (O) : 민사소송법 제186조 제1항에 의하면 근무장소 외의 송달할 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 그 동거인 등으로서 사리를 분별할 지능이 있는 사람에게 서류를 교부하는 방법으로 송달할 수 있고, 여기에서 '동거인'은 송달을 받을 사람과 사실상 동일한 세대에 속하여 생활을 같이하는 사람이기만 하면 되며, 판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하여 자신이 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간인 상소기간을 지키지 못하게 되었다는 사정은 상소를 추후보완하고자 하는 당사자 측에서 주장·증명하여야 한다(대판 2021. 4. 15. 2019다244980, 244997).

④ (O) : 민사소송법 제185조 제1항은 "당사자·법정대리인 또는 소송대리인이 송달받을 장소를 바꿀 때에는 바로 그 취지를 법원에 신고하여야 한다."고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 "제1항의 신고를 하지 아니한 사람에게 송달할 서류는 달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우 종전에 송달받던 장소에 대법원 규칙이 정하는 방법으로 발송할 수 있다."고 규정하고 있으며, 민사소송규칙 제51조는 "민사소송법 제185조 제2항의 규정에 따른 서류의 발송은 등기우편으로 한다."고 규정하고 있는바, 민사소송법 제185조 제2항에서 말하는 '달리 송달할 장소를 알 수 없는 경우'라 함은 상대방에게 주소보정을 명하거나 직권으로 주민등록표 등을 조사할 필요까지는 없지만 적어도 기록에 현출되어 있는 자료로 송달할 장소를

알 수 없는 경우에 한하여 등기우편에 의한 발송송달을 할 수 있음을 뜻하는 것으로 풀이함이 상당하다(대결 2011. 2. 25.자 2010마1885).

⑤ (O) : 제179조(소송무능력자에게 할 송달) 소송무능력자에게 할 송달은 그의 법정대리인에게 한다. ; 기일통 지나 송달도 소송무능력자에게 하면 무효로 되며, 특히 판결정본의 경우 소송무능력자에게 송달된 경우에도 법적 안정성을 위해 송달이 유효한 것으로 보자는 견해도 있으나(강현중, 제424조 1항 4호, 제451조 1항 3호 참고), 소송무능력자 보호의 취지에서 볼 때 소송무능력자에게만 송달되고 법정대리인에게는 송달되지 않았으면 상소기간은 진행하지 않고 판결은 확정되지 않는다고 보는 것이 타당하다(이시윤, 제179조 참고).

9. 항소 절차에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ㄱ. 제1심판결에 대하여 원고만이 항소한 후 항소기간 경과 전에 항소를 취하한 경우, 항소기간 내라면 원고는 다시 항소할 수 있다.
- ㄴ. 원고의 금전청구가 모두 인용된 제1심판결에 대하여 피고가 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 않은 경우에도, 원고가 부대항소로서 원금 부분의 청구를 확장하였다면 항소심법원은 제1심판결에서 인용한 원금의 액수를 초과하여 원고의 청구를 인용할 수 있다.
- ㄷ. 항소장에는 제1심판결의 변경을 구한다는 항소인의 의사가 나타나면 충분하고 제1심판결의 표시, 항소의 범위나 이유까지 기재되어야 하는 것은 아니다.
- ㄹ. 항소심 재판장은 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명해야 하고 항소인이 이를 보정하지 않으면 항소장 각하 명령을 해야 하는데, 이 경우 항소심 재판장의 항소장 각하명령은 피항소인의 답변서 제출 전까지만 가능하다.
- ㅁ. 선택적 병합 청구 소송에서 제1심법원이 그중 하나만을 판단하여 기각하고 나머지 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 않은 경우, 원고가 항소하면 병합된 청구 전부가 항소심으로 이심된다.

- ① ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ② ㄱ, ㄴ, ㄹ
- ③ ㄱ, ㄴ, ㅁ
- ④ ㄱ, ㄹ, ㅁ
- ⑤ ㄴ, ㄷ, ㄹ

<정답>

③번

<해설>

ㄱ. (O) : 항소의 취하가 있으면 소송은 처음부터 항소심에 계속되지 아니한 것으로 보게 되나(민사소송법 제393조 제2항, 제267조 제1항), 항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기와 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정되나, 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우에는 판결은 확정되지 아니하고 항소기간 내라면 항소인은 다시 항소의 제기가 가능하다(대판 2016.01.14. 2015므3455).

ㄴ. (O) : 금전채무불이행의 경우에 발생하는 원본채권과 지연손해금채권은 별개의 소송물이므로, 불이익변경에 해당하는지 여부는 원금과 지연손해금 부분을 각각 따로 비교하여 판단하여야 하는 것이고, 별개의 소송물을 합산한 전체 금액을 기준으로 판단하여서는 아니 된다(대판 2009.06.11. 2009다12399). 부대항소는 그 한도 내에서 심판범위가 확장되어 항소인에게 불리한 판결도 가능하게 된다(불이익변경금지원

칙의 배제). 判例도 “부대항소란 피항소인의 항소권이 소멸하여 독립하여 항소를 할 수 없게 된 후에도 상대방이 제기한 항소의 존재를 전제로 이에 부대하여 원판결을 자기에게 유리하게 변경을 구하는 제도로서, 피항소인이 부대항소를 할 수 있는 범위는 항소인이 주된 항소에 의하여 불복을 제기한 범위에 의하여 제한을 받지 아니한다(대판 2003.09.26. 2001다68914).”고 한다.

ㄷ. (X) : 제402조의2(항소이유서의 제출) ① 항소장에 항소이유를 적지 아니한 항소인은 제400조제3항의 통지를 받은 날부터 40일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 한다.

ㄹ. (X) : 항소심재판장은 항소장 부분을 송달할 수 없는 경우 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명해야 하고, 항소인이 이를 보정하지 않으면 항소장 각하명령을 해야 한다(민사소송법 제402조 제1항, 제2항 참조). 이러한 항소심재판장의 항소장 각하명령은 항소장 송달 전까지만 가능하다. 따라서 항소장이 피항소인에게 송달되어 항소심법원과 당사자들 사이의 소송관계가 성립하면 항소심재판장은 더 이상 단독으로 항소장 각하명령을 할 수 없다(대결 2020.01.30. 2019마5599·5600).

ㅁ. (O) : 선택적 병합의 경우는 판단누락을 전제로 원고가 이와 같은 판결에 대해 항소하면 청구 전부가 확정지 차단되고 항소심으로 이심되고 재판누락은 아니다(대판 1998.07.24. 96다99).

10. 독립당사자참가에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 독립당사자참가인이 수 개의 청구를 병합하여 독립당사자참가를 하는 경우에는 각 청구별로 독립당사자참가의 요건을 갖추어야 하고, 편면적 독립당사자참가가 허용된다고 하여 참가인이 독립당사자참가의 요건을 갖추지 못한 청구를 추가하는 것이 허용되는 것은 아니다.

② 독립당사자참가소송의 제1심판결에 대한 항소심에서 판결 결론의 합일확정을 위하여 항소 또는 부대항소를 제기한 적이 없는 당사자의 청구에 대한 제1심판결을 취소하거나 변경할 필요가 없다면, 위 청구가 항소심의 심판대상이 되어 항소심이 그 청구에 관하여 심리·판단해야 하더라도 그 청구에 대한 당부를 반드시 판결주문에서 선고하여야 하는 것은 아니다.

③ 제1심법원이 참가인의 독립당사자참가신청을 각하하고 원고의 청구를 기각한 판결에 대하여 참가인은 항소기간 내에 항소를 제기하지 아니하고 원고만 항소한 경우, 참가인의 참가신청 부분은 본소와 함께 항소심으로 이심된다.

④ 원·피고 및 독립당사자참가인 사이에 화해권고결정이 내려진 경우, 참가인이 화해권고결정에 대하여 이의하면 그 이의의 효력은 원·피고 사이에도 미친다.

⑤ 독립당사자참가인은 상대방 당사자인 원·피고의 어느 한 쪽을 위하여 보조참가를 할 수 없으므로, 보조참가인이 독립당사자참가를 하였다면 그와 동시에 보조참가는 종료된 것으로 보아야 한다.

<정답>

③번

<해설>

① (O) : 독립당사자참가인이 수개의 청구를 병합하여 독립당사자참가를 하는 경우에는 각 청구별로 독립당사자참가의 요건을 갖추어야 하고, 편면적 독립당사자참가가 허용된다고 하여, 참가인이 독립당사자참가의 요건을 갖추지 못한 청구를 추가하는 것을 허용하는 것은 아니다(대판 2022. 10. 14. 2022다241608, 241615).

② (O) : 판결 결론의 합일확정을 위하여 항소 또는 부대항소를 제기한 적이 없는 당사자의 청구에 대한 제1심판결을 취소하거나 변경할 필요가 없다면, 항소 또는 부대항소를 제기한 적이 없는 당사자의 청구가 항소심의 심판대상이 되어 항소심이 그 청구에 관하여 심리·판단해야 하더라도 그 청구에 대한 당부를 반드시 판결 주문에서 선고할 필요가 있는 것은 아니다. 그리고 이와 같이 항소 또는 부대항소를 제기하지 않은 당사자의 청구에 관하여 항소심에서 판결 주문이 선고되지 않고 독립당사자참가소송이 그대

로 확정된다면, 취소되거나 변경되지 않은 제1심판결의 주문에 대하여 기판력이 발생한다(대판 2022. 7. 28. 2020다231928).

③ (X) : 제1심 판결에서 참가인의 독립당사자참가신청을 각하하고 원고의 청구를 기각한 데 대하여 참가인은 항소기간 내에 항소를 제기하지 아니하였고, 원고만이 항소한 경우 위 독립당사자참가신청을 각하한 부분은 원고의 항소에도 불구하고 피고에 대한 본소청구와는 별도로 이미 확정되었다 할 것이다(대판 1992.5.26. 91다4669).

④ (O) : 민사소송법 제79조에 의한 소송은 동일한 권리관계에 관하여 원고, 피고 및 참가인 상호간의 다툼을 하나의 소송절차로 한꺼번에 모순 없이 해결하려는 소송형태로서 두 당사자 사이의 소송행위는 나머지 1인에게 불이익이 되는 한 두 당사자 간에도 효력이 발생하지 않는다고 할 것이므로, 원.피고 사이에만 재판상 화해를 하는 것은 3자 간의 합일확정의 목적에 반하기 때문에 허용되지 않는다. 독립당사자참가인이 화해권고결정에 대하여 이의한 경우, 이의의 효력이 원.피고 사이에도 미친다(대판 2005. 5. 26. 2004다25901,25918).

⑤ (O) : 소송당사자인 독립당사자참가인은 그의 상대방 당사자인 원·피고의 어느 한 쪽을 위하여 보조참가를 할 수는 없는 것이므로 보조참가인이 독립당사자참가를 하였다면 그와 동시에 보조참가는 종료된 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 보조참가인의 입장에서는 상고할 수 없다(대판 1993. 4. 27. 93다5727, 5734).

11. 공동소송에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 원고가 X 토지의 직접점유자와 간접점유자를 공동피고로 하여 그에 대한 점유·사용으로 인한 부당이득반환청구의 소를 예비적 공동소송의 형태로 제기하였는데 제1심에서 청구가 모두 기각된 경우, 원고가 직접점유자만을 상대로 항소하였다더라도 이로 인한 확정차단의 효력은 간접점유자에게도 미친다.

② 1동의 집합건물 중 일부 전유부분만을 떼어내거나 철거하는 것이 사실상 불가능하다라도 그 집합건물 전체에 대한 철거청구는 구분소유자 전원을 공동피고로 삼아야 하는 필수적 공동소송으로 볼 수 없다.

③ 제1심에서 유사필수적 공동소송관계에 있는 다수의 채권자들의 청구가 모두 기각되고 그중 1인만이 항소한 경우 그 항소의 효력은 다른 공동소송인에 대하여도 미친다.

④ 예비적 공동소송에서 원고가 여러 명의 피고 중 일부에 대한 소를 취하하는 경우, 소를 취하지 않은 나머지 피고에 대한 청구 부분은 여전히 심판의 대상이 된다.

⑤ 유언집행자가 여러 명인 경우, 유언집행자를 지정하거나 지정위탁한 유언자나 유언집행자를 선임한 법원에 의한 임무의 분장이 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 유언집행자를 상대로 유증의무의 이행을 구하는 소송은 유언집행자 전원을 공동피고로 삼아야 하는 고유필수적 공동소송이다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 어떤 물건에 대하여 직접점유자와 간접점유자가 있는 경우, 그에 대한 점유·사용으로 인한 부당이득의 반환의무는 동일한 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 타방의 채무도 소멸하는 이른바 “부진정연대채무”의 관계에 있다. 부진정연대채무의 관계에 있는 채무자들을 공동피고로 하여 이행의 소가 제기된 경우 공동피고에 대한 각 청구는 법률상 양립할 수 없는 것이 아니므로 그 소송은 민사소송법 제70조 제1항에 규정한 본래 의미의 예비적·선택적 공동소송이라고 할 수 없고, 따라서 거기에 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조는 준용되지 않는다고 할 것이어서 상소로 인한 확정차단의 효

력도 상소인과 그 상대방에 대해서만 생기고 다른 공동소송인에 대한 관계에는 미치지 않는다(대판 2012.09.27. 2011다76747).

② (O) : 1동의 집합건물의 구분소유자들은 그 전유부분을 구분소유하면서 건물의 대지 전체를 공동으로 점유·사용하는 것이므로, 대지 소유자는 대지사용권 없이 전유부분을 소유하면서 대지를 무단 점유하는 구분소유자에 대하여 그 전유부분의 철거를 구할 수 있다. 집합건물은 건물 내부를 (구조상·이용상 독립성을 갖춘) 여러 개의 부분으로 구분하여 독립된 소유권의 객체로 하는 것일 뿐 1동의 건물 자체는 일체로서 건축되어 전체 건물이 존립과 유지에 있어 불가분의 일체를 이루는 것이므로, 1동의 집합건물 중 일부 전유부분만을 떼어내거나 철거하는 것은 사실상 불가능하다. 그러나 구분소유자 전체를 상대로 각 전유부분과 공용부분의 철거 판결을 받거나 동의를 얻는 등으로 집합건물 전체를 철거하는 것은 가능하고 이와 같은 철거 청구가 구분소유자 전원을 공동피고로 해야 하는 필수적 공동소송이라고 할 수 없으므로, 일부 전유부분만을 철거하는 것이 사실상 불가능하다는 사정은 집행개시의 장애요건에 불과할 뿐 철거 청구를 기각할 사유에 해당하지 않는다(대판 2021. 7. 8. 2017다204247).

③ (O) : 청구를 기각하는 판결은 제3자에 대해 효력이 없지만 청구를 인용하는 판결은 제3자에 대해 효력이 있는 상법상 회사관계소송에 관하여 여러 사람이 공동으로 소를 제기한 경우, 이러한 소송은 공동소송의 원칙적 형태인 민사소송법 제67조가 적용되는 필수적 공동소송에 해당한다[대판(전) 2021.07.22. 2020다284977].

④ (O) : 민사소송법은 주관적·예비적 공동소송에 대하여 필수적 공동소송에 관한 규정인 제67조 내지 제69조를 준용하도록 하면서도 소의 취하의 경우에는 예외를 인정하고 있다(제70조 제1항 단서). 따라서 공동소송인 중 일부가 소를 취하하거나 일부 공동소송인에 대한 소를 취하할 수 있고, 이 경우 소를 취하지 않은 나머지 공동소송인에 관한 청구 부분은 여전히 심판의 대상이 된다(대판 2018.02.13. 2015다242429).

⑤ (O) : 상속인이 유언집행자가 되는 경우를 포함하여 유언집행자가 수인인 경우에는, 유언집행자를 지정하거나 지정위탁한 유언자나 유언집행자를 선임한 법원에 의한 임무의 분장이 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 유증 목적물에 대한 관리처분권은 유언의 본지에 따른 유언의 집행이라는 공동의 임무를 가진 수인의 유언집행자에게 합유적으로 귀속되고, 그 관리처분권 행사는 과반수의 찬성으로써 합일하여 결정하여야 하므로, 유언집행자가 수인인 경우 유언집행자에게 유증의무의 이행을 구하는 소송은 유언집행자 전원을 피고로 하는 고유필수적 공동소송으로 봄이 상당하다(대판 2011.06.24. 2009다8345).

12. 재판상 자백 또는 자백간주에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 제1심법원이 피고에 대하여 소장, 준비서면 및 변론기일통지서 등을 모두 공시송달의 방법으로 송달하여 소송을 진행한 후 원고의 청구를 기각한 경우, 원고가 항소한 항소심에서 피고가 공시송달이 아닌 방법으로 항소장, 항소이유서, 준비서면 및 변론기일통지서 등을 적법하게 송달받고도 다투지 않았다면 자백간주가 성립된다.

② 부동산의 점유취득시효에 있어서 점유기간의 산정기준이 되는 점유개시의 시기는 간접사실에 불과하므로 이에 대한 자백은 법원이나 당사자를 구속하지 않는다.

③ 재판상 자백의 취소에서, 자백이 진실에 어긋난다는 사실이 증명된 경우라면 법원은 변론전체의 취지에 의하여 그 자백이 착오로 인한 것임을 인정할 수 있다.

④ 당사자가 변론에서 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 않았더라도 변론전체의 취지로 보아 다투는 것으로 인정되는 때에는 자백간주가 성립되지 않는다.

⑤ 인신사고로 인한 손해배상청구소송에서, 손해배상액을 산정하는데 기초가 되는 피해자의 기대 여명은 간접사실로서 재판상 자백의 대상이 되지 않는다.

<정답>

⑤번

<해설>

① (O) : 항소심에서는 제149조, 제285조의 제약하에서만 다룰 수 있다(이시윤). 제1심에서 피고에 대하여 공시송달로 재판이 진행되어 피고에 대한 청구가 기각되었다고 하여도 피고가 원고 청구원인을 다룬 것으로 볼 수 없으므로, 원고가 항소한 항소심에서 피고가 공시송달이 아닌 방법으로 송달받고도 다투지 아니한 경우에는 민사소송법 제150조의 자백간주가 성립된다(대판 2018.07.12. 2015다36167).

② (O) : 재판상 자백은 상대방의 동의가 없는 경우에는 자백을 한 당사자가 그 자백이 진실에 부합되지 않는다는 사실과 자백이 착오에 기인한다는 사실을 증명한 경우에만 이를 취소할 수 있는 것이기는 하나, 증거에 의하여 자백이 진실과 부합되지 않는 사실이 증명되고 변론전체의 취지에 의하여 그 자백이 착오에 기인한 것으로 인정되는 경우에는 자백의 취소를 허용하여야 한다(대판 1997. 11. 11. 97다30646).

③ (O) : 반진실이 증명되었다고 하여 착오로 말미암은 자백으로 추정되지는 않지만, 착오로 말미암은 것임은 변론 전체의 취지만으로 인정할 수 있다(대판 1997.11.11. 97다30646 등).

④ (O) : 제150조(자백간주) ① 당사자가 변론에서 상대방이 주장하는 사실을 명백히 다투지 아니한 때에는 그 사실을 자백한 것으로 본다. 다만, 변론 전체의 취지로 보아 그 사실에 대하여 다투는 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑤ (X) : 인신사고로 인한 손해배상 사건에서 손해배상액을 산정하는 기초가 되는 피해자의 기대여명은 변론주의가 적용되는 주요사실로서 재판상 자백의 대상이 된다. 그리고 일단 재판상 자백이 성립하면 그것이 적법하게 취소되지 않는 한 법원도 이에 구속되므로, 법원은 당사자 사이에 다툼이 없는 사실에 관하여 성립된 자백과 배치되는 사실을 증거에 의하여 인정할 수 없다(대판 2018. 10. 4. 2016다41869).

13. 소의 취하에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- | |
|---|
| <p>ㄱ. 원고가 소송계속 중 청구금액을 감축한 경우 이는 소의 일부 취하에 해당한다.</p> <p>ㄴ. 피고 소송대리인은 소의 취하 등 특별수권사항이 포함된 일체의 소송행위에 관한 대리권을 부여받았더라도 피고 본인의 명시적 동의를 받지 않았다면 원고의 소 취하에 대하여 동의할 수 없다.</p> <p>ㄷ. 원고 소송대리인으로부터 소송대리인 사임신고서 제출을 지시받은 사무원이 착오로 원고 소송대리인의 의사에 반하여 소를 취하하였다고 하여도 이를 무효라고 볼 수 없다.</p> <p>ㄹ. 선정당사자 본인에 대한 청구 부분의 소가 적법하게 취하되면 선정당사자는 선정당사자의 자격을 당연히 상실한다.</p> |
|---|

- ① ㄱ, ㄴ
- ② ㄴ, ㄷ
- ③ ㄱ, ㄴ, ㄷ
- ④ ㄱ, ㄴ, ㄹ
- ⑤ ㄱ, ㄷ, ㄹ

<정답>

⑤번

<해설>

ㄱ. (O) : 이 경우 감축된 한도에서 일부취하로 볼 것인지, 일부포기로 볼 것인지 문제되지만, 원고의 의사가 불분명한 경우 원고에게 유리하게 소의 일부취하로 볼 것이다(대판 1983.08.23. 83다카450). 청구의 감축은 소의 일부취하에 해당하므로 반드시 서면에 의할 필요가 없고 말로써 할 수도 있으며, 상대방의

동의를 있어야 하나, 이러한 동의는 묵시적으로 하여도 무방하다(대판 2005.07.14. 2005다19477).

ㄴ. (X) : 소송대리인이 동의할 때에는 특별수권을 요하지 않는다(대판 1984.03.13. 82므40).

ㄷ. (O) : 원고 소송대리인으로부터 소송대리인 사임신고서 제출을 지시받은 사무원은 원고 소송대리인의 표시기관에 해당되어 그의 착오는 원고 소송대리인의 착오라고 보아야 하므로, 사무원의 착오로 원고 소송대리인의 의사에 반하여 소를 취하하였다고 하여도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대판 1997.10.24. 95다11740).

ㄹ. (O) : 민사소송법 제53조 소정의 선정당사자는 공동의 이해관계를 가진 여러 사람 중에서 선정되어야 하는 것이므로, 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하되거나 판결이 확정되는 등으로 공동의 이해관계가 소멸하는 경우에는 선정당사자는 선정당사자의 자격을 당연히 상실한다고 보아야 한다(대판 2006.09.28. 2006다28775).

14. 재판상 화해에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 주주총회결의의 하자를 다투는 소송에서 그 결의의 부존재를 확인하는 내용의 화해를 한 경우 그 화해조서는 효력이 없다.
- ② 소유권에 기한 물건적 청구로서의 소유권이전등기말소청구소송 중에 그 소송물에 대하여 화해권고결정이 확정된 경우, 화해권고결정에 창설적 효력이 있다고 하여 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌는 것은 아니다.
- ③ ‘피고가 화해조서상의 의무를 이행하지 아니한 때에는 당해 화해는 실효된다’는 취지의 화해조항이 담긴 화해조서가 작성된 후 피고가 위 의무를 이행하지 아니한 경우, 화해의 효력은 실효조건의 성취로 당연히 소멸되며 소송 외에서 그 실효의 효력을 주장할 수 있다.
- ④ 피고가 화해조서상의 의무를 이행하지 아니한 경우, 원고는 피고의 위 의무 불이행을 이유로 재판상 화해를 해제하여 화해조서의 취지에 반하는 주장을 할 수 있다.
- ⑤ 보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 그 소송이 화해권고결정에 의하여 종료된 경우 참가적 효력이 발생하지 않는다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 주주총회결의의 부존재·무효를 확인하거나 결의를 취소하는 판결이 확정되면 당사자 이외의 제3자에게도 그 효력이 미쳐 제3자도 이를 다투지 않게 되므로, 주주총회결의의 하자를 다투는 소에 있어서 청구의 인낙이나 그 결의의 부존재·무효를 확인하는 내용의 화해·조정은 할 수 없고, 가사 이러한 내용의 청구인낙 또는 화해·조정이 이루어졌다 하여도 그 인낙조서나 화해·조정조서는 효력이 없다(대판 2004.09.24. 2004다28047).

② (O) : 소유권에 기한 물건적 방해배제청구로서 소유권등기의 말소를 구하는 소송이나 진정명의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중에 그 소송물에 대하여 화해권고결정이 확정되면 상대방은 여전히 물건적인 방해배제 의무를 지는 것이고, 화해권고결정에 창설적 효력이 있다고 하여 그 청구권의 법적 성질이 채권적 청구권으로 바뀌지 아니한다(대판 2012. 5. 10. 2010다2558).

③ (O) : 화해조서에 기재된 효력을 취소 변경하려면 재심의 소에 의하여서만 할 수 있는 것이나 화해조항 자체로서 실효조건을 정한 경우에도 그 조건성취로서 화해의 효력은 당연히 소멸된다 할 것이고 그 실효의 효력은 언제나 소송외에서도 주장할 수 있다(대판 1965. 3. 2. 64다1514).

④ (X) : 재판상의 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자 간에 기판력이 생기는 것이므로 확정판결의 당연무효 사유와 같은 사유가 없는 한 준재심의 소에 의하여만 효력을 다투지 않고, 화해조항에서 정한 의무를 이행하지 아니하였음을 이유로 재판상 화해의 해제를 주장하는 것과 같은 화해조서의 취지에 반하는 주장을 할 수 없으며, 이러한 이치는 재판상 화해와 동일한

효력이 있는 조정조서에 대하여도 마찬가지라 할 것이다(대판 2012. 4. 12. 2011다109357).

⑤ (O) : 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에는 확정판결에서와 같은 법원의 사실상 및 법률상의 판단이 이루어졌다고 할 수 없으므로 참가적 효력이 인정되지 아니한다(대판 2015.05.28. 2012다78184).

15. 기판력에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 원고가 X 토지의 소유권에 기한 소유권이전등기말소청구소송에서 청구기각의 확정판결을 받은 후, X 토지를 위 소송의 사실심 변론종결 전에 매수하였음을 원인으로 하여 원고가 같은 피고를 상대로 제기한 소유권이전등기청구의 소는 위 확정판결의 기판력에 저촉되지 아니한다.

② 청구이의의 소는 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 목적으로 하므로 청구이의의 소의 판결이 확정된 경우 집행권원의 원인이 된 실체법상 권리관계에 기판력이 미친다.

③ 甲에 대한 파산절차에서 면책결정이 확정되었는데도 파산채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결 시까지 甲이 그 사실을 주장하지 않아 위 면책된 채무의 이행을 명하는 판결이 확정된 경우, 특별한 사정이 없는 한 甲은 위 면책된 사실을 내세워 청구이의의 소를 제기할 수 있다.

④ 甲이 X 토지의 소유권에 기해 근저당권설정등기말소청구의 소를 제기하여 청구기각의 확정판결을 받은 후 위 근저당권의 실행에 의한 경매절차에서 乙이 X 토지의 소유권을 취득한 경우, 위 확정판결의 기판력은 그 후 甲이 乙을 상대로 제기한 X 토지의 소유권에 기한 소유권이전등기말소청구의 소에 미친다.

⑤ 소유권에 기한 토지인도청구소송에서 청구기각판결이 확정된 경우, 위 소송의 사실심 변론종결 후에 원고로부터 그 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마친 제3자는 위 확정판결의 변론종결 후 승계인에 해당하지 않는다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 말소등기청구권과 이전등기청구권은 서로 소송물이 다르므로, 기판력에 저촉되지 아니한다.

② (X) : 법률관계의 변경·형성을 목적으로 하는 형성소송인 청구이의의 소는 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 목적으로 하는 것으로서 그 판결이 확정되더라도 당해 집행권원의 원인이 된 실체법상 권리관계에 기판력이 미치지 않고, 형성판결의 효력을 개인 사이의 합의로 창설할 수는 없으므로, 형성소송의 판결과 같은 내용으로 재판상 화해와 동일한 효력이 있는 조정을 갈음하는 결정이 확정되더라도 판결을 받은 것과 같은 효력은 생기지 않는다(대판 2023. 11. 9. 2023다256577).

③ (O) : 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제566조 본문은 면책을 받은 개인채무자는 파산절차에 의한 배당을 제외하고는 파산채권자에 대한 채무의 전부에 관하여 그 책임이 면제된다고 정하고 있다. 여기서 면책이란 채무 자체는 존속하지만 개인채무자에 대하여 이행을 강제할 수 없다는 뜻이다. 파산선고 후 면책결정이 확정되면 개인채무자의 파산채권자에 대한 채무는 그대로 존속하지만 책임은 소멸하므로, 개인채무자의 파산채권자에 대한 책임은 파산선고 당시에 개인채무자가 가진 재산 한도로 한정된다. 채무는 그대로 존속하지만 책임만이 위와 같은 범위로 제한되므로 개인채무자는 파산선고 이후에 취득하는 재산으로 변제할 책임은 지지 않는다. 이로써 개인채무자는 경제적 회생을 도모하여 파산채무로 인한 압박을 받거나 의지가 꺾이지 않은 채 경제적 회생을 위한 노력을 할 수 있게 된다. 파산채권자가 개인채무자를 상대로 채무 이행을 청구하는 소송에서 면책결정에 따라 발생한 책임 소멸은 소송물인 채무의 존부나 범위 확정과는 직접적인 관계가 없다. 개인채무자가 면책 사실을 주장하지 않는 경우에는 책임 범

위나 집행력 문제가 현실적인 심판대상으로 등장하지도 않아 주문이나 이유에서 그에 관한 아무런 판단이 없게 된다. 이런 경우 면책결정으로 인한 책임 소멸에 관해서는 기판력이 미치지 않으므로, 개인채무자에 대한 면책결정이 확정되었는데도 파산채권자가 제기한 소송의 사실심 변론종결 시까지 그 사실을 주장하지 않는 바람에 면책된 채무 이행을 명하는 판결이 선고되어 확정된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 개인채무자는 그 후 면책된 사실을 내세워 청구이의의 소를 제기할 수 있다. 면책결정이 확정되었는데도 면책된 채무 이행을 명하는 판결이 확정된 경우에 개인채무자가 확정판결에 관한 소송에서 단지 면책 주장을 하지 않았다는 이유만으로 청구이의의 소를 통해 면책된 채무에 관한 확정판결의 집행력을 배제하는 것을 허용하지 않는다면 부당한 결과를 초래한다. 이미 면책결정을 통해 강제집행 위험에서 벗어난 개인채무자로 하여금 그 집행을 다시 수인하도록 하는 것은 면책제도의 취지에 반하고 확정된 면책결정의 효력을 잠탈하는 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 또한 확정판결에 관한 소송에서 개인채무자의 면책 주장 여부에 따라 개인채무자가 일부 파산채권자에 대해서만 파산절차에 의한 배당 외에 추가로 책임을 부담하게 된다면, 파산채권자들 사이의 형평을 해치게 되어 집단적·포괄적으로 채무를 처리하면서 개인채무자의 재기를 지원하는 개인파산 및 면책제도의 취지에 반하게 된다. 이와 같이 확정판결에 관한 소송에서 주장되지 않았던 면책 사실도 청구이의소송에서 이의사유가 될 수 있다고 봄이 타당하다(대판 2022. 7. 28. 2017다286492).

④ (O) : 부동산에 대한 근저당권설정등기말소청구사건의 사실심 변론종결일 후에 그 부동산의 소유권을 경락취득한 자 또는 이를 전득한 자는 민사소송법 제204조에 의하여 그 확정판결의 효력이 미치는 변론종결 후의 승계인이라 할 것이다. 전소와 후소의 소송물이 동일하지 아니하여도 전소의 기판력 있는 법률관계가 후소의 선결적 법률관계로 되는 때에는 분쟁의 1회적 해결의 측면에서 전소의 판결의 기판력이 후소에 미쳐 후소의 법원은 전에 한 판단과 모순되는 판단을 할 수 없는 것인바, 이 사건에 있어서는 전소의 판결의 내용인 근저당권설정등기의 무효 여부가 이 사건 소유권이전등기의 원인무효 여부를 판단하는 전제가 되어 선결적 법률관계를 이루고 있다 할 것이므로, 법원은 변론종결 후의 승계인인 피고들과의 관계에 있어서는 전소의 판결의 기판력에 기속되어 전소의 판결에서 한 판단내용과 배치되는 판단은 할 수 없다고 봄이 상당하다(대판 1994. 12. 27. 93다34183).

⑤ (O) : 토지인도소송의 사실심 변론종결후에 그 패소자인 토지소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마친 제3자가 확정판결의 변론종결후의 승계인에 해당하지 아니한다(대판 1984. 9. 25. 84다카148). 즉 토지소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 토지인도소송의 소송물은 토지소유권이 아니라 그 물권적 청구권인 토지인도청구권이므로 그 소송에서 청구기각된 확정판결의 기판력은 토지인도청구권의 존부 그 자체에만 미치는 것이고 소송물이 되지 아니한 토지소유권의 존부에 관하여는 미치지 아니한다 할 것이므로 그 토지인도소송의 사실심변론종결후에 그 패소자인 토지소유자로부터 토지를 매수하고 소유권이전등기를 마침으로써 그 소유권을 승계한 제3자의 토지소유권의 존부에 관하여는 위 확정판결의 기판력이 미치지 않는다 할 것이고 또 이 경우, 위 제3자가 가지게 되는 물권적 청구권인 토지인도청구권은 적법하게 승계한 토지소유권의 일반적 효력으로서 발생된 것이고 위 토지인도소송의 소송물인 패소자의 토지인도청구권을 승계함으로써 가지게 된 것이라고는 할 수 없으므로 위 제3자는 위 확정판결의 변론종결후의 승계인에 해당한다고 할 수도 없다.