

2025 법원직 민소법 문제 및 해설

by 김춘환

* 총평

이번 시험은 소송구조 문제를 제외하면 새로운 지문은 별로 없었습니다. 특히 중요 조문의 내용을 묻는 문제가 많았고, 최신 판례 보다는 중요 판례 위주로 출제가 되었습니다. 다만 15번 문제는 출제 오류라고 보여지므로, 아래의 15번 문제 해설을 참고하셔서 꼭 ‘이의신청’하시길 바랍니다. 제 OX 문제집에서 95%이상 출제되었으므로, 제 OX 문제집이나 객관식 문제집을 볼 수 있는 ‘실력’을 가지기 위해서 ‘이해’ 위주로 기본강의 등을 꼭 수강해야 하겠습니다. 민소법은 쉽든 어렵든, 매년 2천명 가까이 과락자가 나오는 과목이므로, 혹 저득점이나 과락을 받은 수험생이 있다면, 겸허하게 아직은 자신의 실력이 부족하다고 생각하고 더 열심히 하셔야 합니다. 수험생분들 모두 수고하셨고, 당분간 편히 휴식을 취하시기 바랍니다. 그리고 합격선에 있는 분들은 면접반에서 뵙도록 하겠습니다.

김춘환 드림

분야	세부분야	문제 수
총론		0문제
당사자	법원	3문제
	당사자	3문제
제1심의 소송절차	소송의 개시	2문제
	변론	3문제
	증거	2문제
소송의 종료	총설	0문제
	당사자행위에 의한 종료	1문제
	종국판결에 의한 종료	2문제
병합소송	병합청구소송	2문제
	다수당사자소송	4문제
상소심절차	총설	3문제
	항소	
	상고	
	항고	
재심절차		0문제
간이소송절차		0문제

【문 1】 보조참가에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체 판결의 경우 다수의견에 의함. 이하[문1~문25]까지 같음)

- ① 보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 피참가인이 소송에서 패소한 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 이른바 참가적 효력이 인정되는데, 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에도 참가적 효력은 인정된다.
- ② 대립하는 당사자 구조를 갖지 못한 결정절차에 있어서는 보조참가를 할 수 없다.
- ③ 소송에서 보조참가인으로 참가하여 상대방의 주장을 적극적으로 다투고 자신의 권리를 주장하면서 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 경우에는 소멸시효 중단 사유로서의 재판상 청구로 볼 수 있다.
- ④ 피참가인은 보조참가인이 제기한 상소를 포기 또는 취하할 수 있다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 피참가인이 소송에서 패소한 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 이른바 참가적 효력이 인정되지만, 전소 확정판결의 참가적 효력은 전소 확정판결의 결론의 기초가 된 사실상 및 법률상의 판단으로서 보조참가인이 피참가인과 공동이익으로 주장하거나 다툴 수 있었던 사항에 한하여 미친다. 이러한 법리에 비추어 보면 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).

② (O) : 대립하는 당사자 구조를 갖지 못하는 결정절차에 있어서는 보조참가를 할 수 없다(대결 1994.01.20. 93마1701).

③ (O) : 甲이 자신의 차량을 운전하던 중 乙 주식회사 소유의 차량을 충돌하여 상해를 입었는데, 甲 차량의 보험자인 丙 주식회사가 甲에게 보험금을 지급한 후 乙 회사를 상대로 구상금청구의 소를 제기하였고 甲이 丙 회사 측 보조참가인으로 참가하여 乙 회사의 과실 존부 등에 관하여 적극적으로 다툰 사안에서, 甲의 손해배상청구권의 소멸시효는 위 보조참가로 중단되었다(대판 2014. 4. 24. 2012다105314).

④ (O) : 민사소송법 제76조 제2항은 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우에는 참가인의 소송행위는 효력을 가지지 아니한다고 규정하고 있는데, 그 규정의 취지는 피참가인들의 소송행위와 보조참가인들의 소송행위가 서로 어긋나는 경우에는 피참가인의 의사가 우선하는 것을 뜻하므로 피참가인은 참가인의 행위에 어긋나는 행위를 할 수 있고, 따라서 보조참가인들이 제기한 항소를 포기 또는 취하할 수도 있다(대판 2010.10.14. 2010다38168).

【문 2】 선정당사자에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 판례는 임차인들이 甲을 임대차계약상의 임대인이라고 주장하면서 甲에게 그 각 보증금의 반환을 청구하는 경우, 그 사건의 쟁점은 甲이 임대차계약상의 임대인으로서 계약당사자인지 여부에 있으므로, 그 임차인들은 공동의 이해관계가 있어 선정당사자를 선정할 수 있다고 한다.
- ② 공동의 이해관계가 없는 자가 선정당사자로 선정되어 청구를 인낙한 경우, 선정자가 스스로 선정행위를 하였더라도 위 선정당사자 자격의 흠은 민사소송법 제451조 제1항 제3호(대리

권의 흠)의 재심사유에 해당한다.

③ 선정당사자가 받은 판결은 선정자에 대해서도 그 효력이 미친다. 선정당사자가 이행판결을 받았으면 이에 의하여 선정자를 위해 또는 선정자에 대해 강제집행을 할 수 있다. 집행을 위하여 선정자와의 관계에서는 승계집행문이 필요하다.

④ 선정당사자는 공동의 이해관계를 가진 여러 사람 중에서 선정되어야 하므로, 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하되거나 판결이 확정되는 등으로 공동의 이해관계가 소멸하는 경우에는 선정당사자는 그 자격을 당연히 상실한다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 임차인들이 甲을 임대차계약상의 임대인이라고 주장하면서 甲에게 그 각 보증금의 전부 내지 일부의 반환을 청구하는 경우, 그 사건의 쟁점은 甲이 임대차계약상의 임대인으로서 계약당사자인지 여부에 있으므로, 그 임차인들은 상호 간에 공동소송인이 될 관계가 있을 뿐 아니라 주요한 공격방어방법을 공통으로 하는 경우에 해당함이 분명하다고 할 것이어서, 민사소송법 제53조 소정의 공동의 이해관계가 있어 선정당사자를 선정할 수 있다(대판 1999.08.24. 99다15474).

② (X) : 다수자 사이에 공동소송인이 될 관계에 있기는 하지만 주요한 공격방어방법을 공통으로 하는 것이 아니어서 공동의 이해관계가 없는 자가 선정당사자로 선정되었음에도 법원이 그러한 선정당사자 자격의 흠을 간과하여 그를 당사자로 한 판결이 확정된 경우, 선정자가 스스로 당해 소송의 공동소송인 중 1인인 선정당사자에게 소송수행권을 수여하는 선정행위를 하였다면 그 선정자로서는 실질적인 소송행위를 할 기회 또는 적법하게 당해 소송에 관여할 기회를 박탈당한 것이 아니므로, 비록 그 선정당사자와의 사이에 공동의 이해관계가 없었다고 하더라도 그러한 사정은 민사소송법 제451조 제1항 제3호가 정하는 재심사유에 해당하지 않는 것으로 봄이 상당하고, 이러한 법리는 그 선정당사자에 대한 판결이 확정된 경우뿐만 아니라 그 선정당사자가 청구를 인낙하여 인낙조서가 확정된 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대판 2007.07.12. 2005다10470).

③ (O) : 선정당사자가 받은 판결은 선정자에게 그 효력을 미친다(제218조 3항). 선정당사자가 청구를 포기·인낙하거나 재판상의 화해를 한 경우도 같다(제220조). 선정당사자가 이행판결을 받았으면 이에 의하여 선정자를 위해 또는 선정자에 대해 강제집행을 할 수 있다. 이 경우 선정자에 대한 관계에서는 승계집행문을 부여받아야 한다(민사집행법 제31조).

④ (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).

【문 3】 당사자에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

① 이행의 소에서는 자기에게 이행청구권이 있다고 주장하는 사람이 원고적격을 가지며 그로부터 이행의무자로 주장된 사람이 피고적격을 가지므로, 등기의무자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)가 아닌 자나 등기에 관한 이해관계 있는 제3자가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소 절차이행을 구하는 소도 부적법한 소라고 할 수는 없다.

② 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다.

③ 사해행위취소의 소에 있어서는 채무자에게 피고적격이 있고 수익자 또는 전득자에게는 피고적격이 없다.

④ 채권자대위소송에 있어서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되지 아니할 경우 채권자는 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사할 수 없으므로 그 대위소송은 청구를 기각하여야 한다.

<정답>

②번

<해설>

① (X) : 판례는 “등기의무자, 즉 등기부상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소(대판 1994.02.25. 93다39225 등).”라고 한다.

② (O) : 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실하나, 채무자의 이행소송 계속 중에 추심채권자가 압류 및 추심명령 신청의 취하 등에 따라 추심권능을 상실하게 되면 채무자는 당사자적격을 회복한다. 이러한 사정은 직권조사사항으로서 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 사실심 변론종결 이후에 당사자적격 등 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 한다(대판 2010. 11. 25. 2010다64877).

③ (X) : 피고적격자는 수익자 또는 전득자이고, 채무자는 피고가 될 수 없다(통설, 판례).

④ (X) : 채권자대위소송의 법적 성질을 법적소송담당으로 보는 것이 판례이므로, 피보전채권의 존재는 당사자적격이 되어, 이의 흠결 시 소 각하 판결을 한다.

【문 4】 기일의 해태에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 변론기일에 일단 출석하였다가 변론함이 없이 임의로 퇴정하거나 소란행위 등으로 퇴정명령을 받아 퇴정 당한 경우 기일의 해태에 해당한다.

② 불출석 당사자가 준비서면에 서증의 사본을 첨부하였는데 그 준비서면이 진술간주되었다면 그 사본에 의하여 서증도 제출된 것으로 간주된다.

③ 일단 제1심에서 자백간주가 있었다고 하더라도 당해 심급에서는 물론 항소심에서 변론종결 시까지 이를 다투었다면 자백간주는 할 수 없다.

④ 양쪽 당사자가 2회 기일 해태 후 1월 이내에 기일지정신청이 없거나 그 기일지정신청에 의하여 정해진 변론기일에 양쪽 당사자가 불출석하면 소를 취하한 것으로 본다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 당사자가 출석하였으나, ① 진술금지의 재판(제144조), 퇴정명령, ② 임의퇴정의 경우에도 불출석으로 된다 [대리인이 다른 사건의 변론 때문에 퇴정한 경우도 포함된다(대판 1965.03.23. 64다1828)].

② (X) : 준비서면에 증거를 첨부하여 제출하였을 때 그 서면이 진술간주 되어도 증거신청의 효과가 생기지 않는다(대판 1991.11.08. 91다15775).

③ (O) : 제1심에서 자백간주가 있었다고 하더라도 항소심에서 변론종결 시까지 이를 다투었다면 자백간

주는 할 수 없다(대판 1987.12.08. 87다368).

④ (O) : 제268조(양 쪽 당사자가 출석하지 아니한 경우) ① 양 쪽 당사자가 변론기일에 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니한 때에는 재판장은 다시 변론기일을 정하여 양쪽 당사자에게 통지하여야 한다. ② 제1항의 새 변론기일 또는 그 뒤에 열린 변론기일에 양쪽 당사자가 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니한 때에는 1월 이내에 기일지정신청을 하지 아니하면 소를 취하한 것으로 본다. ③ 제2항의 기일지정신청에 따라 정한 변론기일 또는 그 뒤의 변론기일에 양쪽 당사자가 출석하지 아니하거나 출석하였다 하더라도 변론하지 아니한 때에는 소를 취하한 것으로 본다. ④ 상소심의 소송절차에는 제1항 내지 제3항의 규정을 준용한다. 다만, 상소심에서는 상소를 취하한 것으로 본다.

【문 5】 기판력에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 기판력의 객관적 범위는 그 판결의 주문에 포함된 것 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 미치는 것이고 판결이유에 실시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부에까지 미치는 것은 아니다.
- ② 확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미친다.
- ③ 확정판결의 기판력은 전소의 변론 종결 전에 당사자가 주장하였거나 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미친다.
- ④ 변론 종결 후에 새로 발생한 사유가 있어 전소 판결과 모순되는 사정변경이 있는 경우라 하더라도, 기판력의 효력은 여전히 유지된다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 제216조(기판력의 객관적 범위) ① 확정판결(확정판결)은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력(기판력)을 가진다.
- ② (O) : 제218조(기판력의 주관적 범위) ① 확정판결은 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미친다.
- ③ (O) : 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치며, 확정된 종국판결의 사실심 변론종결 이전에 발생하고 제출할 수 있었던 사유에 기인한 주장이나 항변은 확정판결의 기판력에 의하여 차단되므로 당사자가 그와 같은 사유를 원인으로 확정판결의 내용에 반하는 주장을 새로이 하는 것은 허용되지 아니한다(대판 2015.10.29. 2015두44288).
- ④ (X) : 일반적으로 판결이 확정되면 법원이나 당사자는 확정판결에 반하는 판단이나 주장을 할 수 없는 것이나, 이러한 확정판결의 효력은 그 표준시인 사실심 변론종결 시를 기준으로 하여 발생하는 것이므로, 그 이후에 새로운 사유가 발생한 경우까지 전소의 확정판결의 기판력이 미치는 것은 아니다. 따라서 전소에서 피담보채무의 변제로 양도담보권이 소멸하였음을 원인으로 한 소유권이전등기의 회복 청구가 기각되었다고 하더라도, 장래 잔존 피담보채무의 변제를 조건으로 소유권이전등기의 회복을 청구하는 것은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되지 아니한다(대판 2014.01.23. 2013다64793).

【문 6】 중복제소 금지에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 전소와 후소의 판별기준은 소송계속 발생 시기의 선후, 즉 소장이 피고에게 송달된 때의 선후에 의한다.
- ② 채권자대위권에 기하여 채권자가 소를 제기한 경우, 대위소송이 제기된 후 채무자가 같은 내용의 별소를 제기하는 것은 채무자가 대위소송이 제기된 사실을 알았는지 여부를 불문하고 중복소송으로서 금지된다.
- ③ 채권자취소권의 요건을 갖춘 각채권자가 동시 또는 이시에 채권자 취소 및 원상회복 소송을 제기한 경우 이들 소송은 중복제소에 해당한다.
- ④ 전소의 소송요건에 흠이 있어 부적법하더라도, 후소의 변론종결시까지 전소가 취하·각하 등에 의하여 그 계속이 소멸되지 않는 한, 후소는 중복제소에 해당되어 부적법하다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 중복된 소제기에서 전소와 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기, 즉 소장 부분이 피고에게 송달된 때의 선후에 의한다(대판 1994.11.25. 94다12517,12524).
- ② (O) : 채권자가 채무자를 대위하여 제3채무자를 상대로 제기한 채권자대위소송이 법원에 계속 중 채무자와 제3채무자 사이에 채권자대위소송과 소송물을 같이하는 내용의 소송이 제기된 경우, 양 소송은 동일소송이므로 후소는 중복제소금지 원칙에 위배되어 제기된 부적법한 소송이라 할 것이나, 이 경우 전소, 후소의 판별기준은 소송계속의 발생시기의 선후에 의할 것이다(대판 1994.11.25. 94다12517·12524, 긍정설).
- ③ (X) : 判例는 “채권자취소권의 요건을 갖춘 각 채권자는 고유의 권리로서 채무자의 재산처분 행위를 취소하고 그 원상회복을 구할 수 있는 것이므로 각 채권자가 동시 또는 이시에 채권자취소 및 원상회복소송을 제기한 경우 이들 소송이 중복제소에 해당하는 것이 아니다. 어느 한 채권자가 동일한 사해행위에 관하여 채권자취소 및 원상회복청구를 하여 승소판결을 받아 그 판결이 확정되었다는 것만으로 그 후에 제기된 다른 채권자의 동일한 청구가 권리보호의 이익이 없어 지게 되는 것은 아니고, 그에 기하여 재산이나 가액의 회복을 마친 경우에 비로소 다른 채권자의 채권자취소 및 원상회복청구는 그와 중첩되는 범위 내에서 권리보호의 이익이 없게 된다(대판 2003.07.11. 2003다19558).”고 판시한다. 그리고 최근에는 “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 이종으로 제기하는 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하다고 보아야 하고, 이는 전소나 후소 중 어느 하나가 승계참가신청에 의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다(대판 2012.07.05. 2010다80503).”고 판시한다.
- ④ (O) : 전소가 소송요건에 흠이 있어 부적법하더라도 후소의 변론종결 시까지 취하·각하 등에 의하여 소송계속이 소멸하지 않는 한 후소는 중복된 소제기에 해당되어 각하를 면하지

못한다(대판 1998.02.27. 97다45532).

【문 7】 소송의 이송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소송당사자에게 관할위반을 이유로 하는 이송신청권이 있는 것은 아니므로, 법원이 당사자의 신청에 따른 직권발동으로 이송결정을 한 경우에는 즉시항고가 허용되지 않는다.
- ② 소송을 이송 받은 법원은 사건을 다시 다른 법원에 이송하지 못하므로, 이송결정이 확정된 이상 원칙적으로 전속관할을 위배하여 이송한 경우에도 이송결정의 기속력이 미친다.
- ③ 지방법원 합의부는 소송에 대하여 관할권이 없는 경우라도 상당하다고 인정하면 직권으로 소송의 전부 또는 일부를 스스로 심리·재판할 수 있다.
- ④ 지방법원 단독판사는 소송에 대하여 관할권이 있는 경우라도 소송의 전부 또는 일부를 같은 지방법원 합의부에 이송할 수 있다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 수소법원의 재판관할권 유무는 법원의 직권조사사항으로서 법원이 그 관할에 속하지 아니함을 인정한 때에는 민사소송법 제34조 제1항에 의하여 직권으로 이송결정을 하는 것이고, 소송당사자에게 관할위반을 이유로 하는 이송신청권이 있는 것은 아니다. 따라서 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없다. 한편 법원이 당사자의 신청에 따른 직권발동으로 이송결정을 한 경우에는 즉시항고가 허용되지만(민사소송법 제39조), 위와 같이 당사자에게 이송신청권이 인정되지 않는 이상 항고심에서 당초의 이송결정이 취소되었다 하더라도 이에 대한 신청인의 재항고는 허용되지 않는다(대결 2018.01.19. 2017마1332). 즉 이송결정이라 함은 소송의 전부 또는 일부를 다른 법원에 이송하는 결정을 말한다. 여기에는 제34조 제1항에 규정된 직권에 의한 이송결정과 제34조 제2항 및 제35조에 규정된 직권 또는 당사자의 신청에 의한 이송결정이 있다. 따라서 이론상으로는 본소와 반소를 합의부에 이송한 경우에도 불복이 가능하다(34조 2항·3항 참조)(주석 민사소송법[II, 271면). 즉 관할 위반을 이유로 한 이송신청에 대한 기각결정은 判例에 따라 즉시항고가 불가하지만, 이송결정에 대해서는 제39조에 따라 즉시항고가 가능하다.

② (O) : 判例는 전속관할위반의 이송의 경우에도 원칙적으로 기속력이 있으나, 심급관할위배의 이송의 경우는 당사자의 심급의 이익박탈 등을 이유로 기속력이 상급심법원에는 미치지 않는다(상급심불구속설, 대결 1995.05.15. 94마1059,1060)고 하였다.

③ (O) : 제34조(관할위반 또는 재량에 따른 이송) ③ 지방법원 합의부는 소송에 대하여 관할권이 없는 경우라도 상당하다고 인정하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 소송의 전부 또는 일부를 스스로 심리·재판할 수 있다.

④ (O) : 제34조(관할위반 또는 재량에 따른 이송) ② 지방법원 단독판사는 소송에 대하여 관할권이 있는 경우라도 상당하다고 인정하면 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 소송의 전부 또는 일부를 같은 지방법원 합의부에 이송할 수 있다.

【문 8】 반소 및 청구의 변경에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 반소를 취하할 때에도 원고의 동의가 필요하나, 본소가 취하된 때에는 원고의 동의 없이 반소를 취하할 수 있다.
- ② 2회에 걸쳐 상고심으로부터 환송된 후 항소심 변론종결 당시에 청구를 변경하려는 것은 소송절차를 현저히 지연시키는 경우에 해당하여 청구변경을 허용하지 아니하였다 하여도 위법이라 할 수 없다.
- ③ 반소의 제기는 종국판결 확정 전까지 언제든지 가능하나, 상소심에서의 반소제기는 상대방의 심급의 이익을 해할 우려가 없거나 상대방의 동의를 받은 경우에만 가능하다.
- ④ 청구취지의 변경은 서면으로 신청하여야 하나, 청구원인의 변경은 반드시 서면에 의할 필요가 없고 말로 변경해도 된다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 제270조(반소의 절차) 반소는 본소에 관한 규정을 따른다. 제266조(소의 취하) ② 소의 취하는 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술하거나 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가진다. 제271조(반소의 취하) 본소가 취하된 때에는 피고는 원고의 동의 없이 반소를 취하할 수 있다.
- ② (O) : 2회에 걸쳐 상고심으로부터 환송된 후 항소심변론종결 당시 청구를 변경한 것은 소송절차를 지연케 함이 현저한 경우에 해당한다고 할 것이다(대판 1964. 12. 29. 64다1025).
- ③ (X) : 제269조(반소) ① 피고는 소송절차를 현저히 지연시키지 아니하는 경우에만 변론을 종결할 때까지 본소가 계속된 법원에 반소를 제기할 수 있다. 다만, 소송의 목적이 된 청구가 다른 법원의 관할에 전속되지 아니하고 본소의 청구 또는 방어의 방법과 서로 관련이 있어야 한다.
- ④ (O) : 제262조(청구의 변경) ② 청구취지의 변경은 서면으로 신청하여야 한다. ; 민소법 262조 2항은 청구취지의 변경에 한해서만 서면에 의하도록 규정하고 있으므로 그 반대해석으로 청구원인은 말로 변경할 수 있는지가 문제되나, 판례는 말로 해도 무방하다고 판시한다(대판 1961.10.19. 4293민상531). 그러나 내용이 복잡한 경우에는 서면에 의하도록 권유하는 것이 바람직할 것이다. 말로 청구원인을 변경함에 있어서 상대방이 반드시 출석해 있어야 하는지는 문제이나 반드시 출석을 필요로 한다고 보아야 할 것이다(법원실무제요Ⅲ, 144면). 따라서 피고가 불출석 상태에서 원고가 말로 청구원인을 변경한 다음 법원이 피고에게 이에 대한 방어의 기회를 주지 않고 변론을 종결하는 것은 위법하다고 보아야 한다.

【문 9】 소송고지에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 피고지자가 후일의 소송에서 주장 할 수 없는 것은 전소 확정판결의 결론의 기초가 된 사실상, 법률상의 판단에 반하는 것으로서 피고지자가 보조참가를 하여 상대방에 대하여 고지자와 공동이익으로 주장하거나 다룰 수 있었던 사항에 한한다.
- ② 소송고지의 요건이 갖추어진 경우에 소송고지서에 고지자가 피고지자에 대하여 채무의 이

행을 청구하는 의사가 표명되어 있으면 민법 제174조에 정한 시효중단 사유로서의 최고의 효력이 인정된다. 소송고지에 의한 최고의 경우에는 피고지자에게 소송고지서가 송달된 때에 시효중단의 효력이 발생한다.

③ 민법 제174조의 최고는 6월 내에 재판상의 청구 등을 하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다. 소송고지로 최고의 효력이 인정되는 경우 당해 소송이 계속중인 동안은 최고에 의하여 권리를 행사하고 있는 상태가 지속되는 것으로 보아 민법 제174조에 규정된 6월의 기간은 당해 소송이 종료된 때로부터 기산되는 것으로 해석하여야 한다.

④ 소송고지서는 피고지자만이 아니고 상대방 당사자에 대하여도 송달하여야 한다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 피고지자가 고지자에게 보조참가 할 이해관계가 있는 한 고지자가 패소 시 소송고지에 의해 참가할 수 있는 때에 참가한 것과 마찬가지로 제77조의 참가효를 받는다(제86조). 이와 같은 효력은 소송고지서가 피고지자에게 송달되었을 것을 전제로 한다. 참가적 효력이 미치는 범위는 피고지자가 참가하였다면 고지자와 공동이익으로 주장할 수 있었던 사항에 한한다(대판 1986.02.25. 85다카2091).

② (X) : 소송고지의 요건이 갖추어진 경우에 소송고지서에 고지자가 피고지자에 대하여 채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있으면 민법 제174조에 정한 시효중단사유로서의 최고의 효력이 인정된다. 나아가 시효중단제도는 제도의 취지에 비추어 볼 때 기산점이나 만료점을 원권리자를 위하여 너그럽게 해석하는 것이 바람직하고, 소송고지에 의한 최고는 보통의 최고와는 달리 법원의 행위를 통하여 이루어지는 것이므로 만일 법원이 소송고지서의 송달사무를 우연한 사정으로 지체하는 바람에 소송고지서의 송달 전에 시효가 완성된다면 고지자가 예상치 못한 불이익을 입게 된다는 점 등을 고려하면, 소송고지에 의한 최고의 경우에는 민사소송법 제265조를 유추 적용하여 당사자가 소송고지서를 법원에 제출한 때에 시효중단의 효력이 발생한다(대판 2015.05.14. 2014다16494).

③ (O) : 당해 소송이 계속되는 동안은 최고에 의한 권리행사의 상태가 지속되는 것으로 보아 민법 제174조의 규정의 적용에 있어서 6월의 기산점은 소송고지 된 때가 아닌 당해 소송이 종료된 때이다(대판 2009.07.09. 2009다14340).

④ (O) : 제85조(소송고지의 방식) ① 소송고지를 위하여서는 그 이유와 소송의 진행정도를 적은 서면을 법원에 제출하여야 한다. ② 제1항의 서면은 상대방에게 송달하여야 한다.

【문10】 청구의 객관적 병합에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 예비적 병합의 경우 주위적 청구기간·예비적 청구인용의 1심 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 불복하지 아니한 주위적청구도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판대상이 된다.

② 수 개의 청구가 제1심에서 선택적으로 병합되고 그 중 어느 하나의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 때에는 제1심이 판단하지 아니한 나머지 청구까지도 항소심으로 이심되어 항소심의 심판 범위가 된다.

③ 수개의 청구가 제1심에서 선택적으로 병합되고 그중 어느 하나의 청구에 대한 인용판결이 선고되어 피고가 항소를 제기한 경우 항소심이 원고의 청구를 인용할 경우에는 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 어느 하나를 임의로 선택하여 심판할 수 있다.

④ 예비적 병합에서 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 判例는 ‘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.....’라고 하여 주위적청구비심판설의 입장이다. ; 원고의 주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구를 일부 인용한 환송 전 항소심판결에 대하여 피고만이 상고하고 원고는 상고도 부대상고도 하지 않은 경우에, 주위적 청구에 대한 항소심판단의 적부는 상고심의 조사 대상으로 되지 아니하고 환송 전 항소심판결의 예비적 청구 중 피고 패소 부분만이 상고심의 심판대상이 되는 것이므로, 피고의 상고에 이유가 있는 때에는 상고심은 환송 전 항소심판결 중 예비적 청구에 관한 피고 패소 부분만 파기하여야 하고, 파기환송의 대상이 되지 아니한 주위적 청구 부분은 예비적 청구에 관한 파기환송판결의 선고와 동시에 확정되며 그 결과 환송 후 원심에서의 심판범위는 예비적 청구 중 피고 패소 부분에 한정된다(대판 2001.12.24. 2001다62213).

② (O) : 어느 하나의 청구를 인용한 판결에 대해 항소한 경우에도 모든 청구가 확정차단되고 이심된다. 이 경우 항소심이 제1심이 인용한 청구는 이유가 없고 다른 청구가 이유 있다고 판단하였다 하여도 항소를 기각하고 제1심판결을 유지해야 한다는 것이 학설의 일반적인 입장이다(항소기각설, 제414조 2항). 그러나 判例는 이 경우 “심리한 결과 다른 청구가 이유 있다고 인정되고 그 결론이 제1심판결의 주문과 동일한 경우에도 피고의 항소를 기각하여서는 안 되며 제1심판결을 취소한 다음 새로이 청구를 인용하는 주문을 선고하여야 할 것이다.”고 하여 학설과 반대의 입장이다(대판 1992.09.14. 92다7023, 항소인용설, 제416조).

③ (O) : 제1심에서 원고의 청구가 기각되어 원고가 항소한 다음 항소심에서 청구를 선택적으로 병합한 경우에는 제1심에서 수개의 청구가 선택적으로 병합되었다가 그 청구가 모두 이유 없다고 인정되어 청구기각 판결이 선고되고 이에 원고가 항소한 경우와 마찬가지로 법원은 병합된 수개의 청구 중 어느 하나의 청구를 선택하여 심리할 수 있고, 제1심에서 기각된 청구를 먼저 심리할 필요는 없으며, 어느 한 개의 청구를 심리한 결과 그 청구가 이유 있다고 인정될 경우에는 원고의 청구를 기각한 제1심 판결을 취소하고 이유 있다고 인정되는 청구를 인용하는 주문을 선고하여야한다(대판 1993.10.26. 93다6669).

④ (O) : 예비적 병합의 경우 판단누락설(대판 2000.01.21. 99다50422), 재판누락설(대판 1992.10.13. 92다18283) 입장이 모두 있었으나, “그 판결에 대한 상소가 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니다[대법(전) 2000.11.16, 98다22253].”라고 하여 판단누락설로 입장을 정리하였다.

【문11】 변론준비기일에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 변론준비기일과 변론기일은 밀접하게 연관된 일련의 관계에 있으므로 변론준비기일에서 양쪽 당사자 불출석의 효과는 변론기일에 승계된다.
- ② 재판장은 변론의 준비를 위하여 필요하다고 인정하면 증거결정을 할 수 있고, 변론이 효율적이고 집중적으로 실시될 수 있도록 하기 위한 목적 달성에 필요한 범위 안에서 증거조사를 할 수 있다.
- ③ 당사자는 재판장의 허가를 얻어 변론준비기일에 제3자와 함께 출석할 수 있다.
- ④ 재판장은 특별한 사정이 있는 때에는 변론기일을 연 뒤에도 사건을 변론준비절차에 부칠 수 있다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 같은 심급의 같은 종류의 기일에 2회 내지 3회 불출석일 것을 요한다. 따라서 변론준비기일 1회, 변론기일 1회 불출석하고 기일지정신청을 하지 아니한 경우라도 소취하간주의 효과가 생기지 아니 한다(대판 2006.10.27. 2004다69581).
- ② (O) : 제279조(변론준비절차의 실시) ① 변론준비절차에서는 변론이 효율적이고 집중적으로 실시될 수 있도록 당사자의 주장과 증거를 정리하여야 한다. <개정 2008.12.26.> 제281조(변론준비절차에서의 증거조사) ① 변론준비절차를 진행하는 재판장, 수명법관, 제280조제4항의 판사(이하 "재판장등"이라 한다)는 변론의 준비를 위하여 필요하다고 인정하면 증거결정을 할 수 있다. ③ 재판장등은 제279조제1항의 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 증거조사를 할 수 있다. 다만, 증인신문 및 당사자신문은 제313조에 해당되는 경우에만 할 수 있다.
- ③ (O) : 제282조(변론준비기일) ③ 당사자는 재판장등의 허가를 얻어 변론준비기일에 제3자와 함께 출석할 수 있다.
- ④ (O) : 제279조(변론준비절차의 실시) ② 재판장은 특별한 사정이 있는 때에는 변론기일을 연 뒤에도 사건을 변론준비절차에 부칠 수 있다.

【문12】 당사자신문에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 당사자본인신문의 결과 중에 당사자의 진술로서 상대방의 주장과 일치되는 부분이 나왔다면 그것은 재판상 자백이 된다.
- ② 당사자 본인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니하는 때에는 당사자를 구인할 수 있다.
- ③ 당사자본인으로 신문해야 함에도 증인으로 신문하였다 하더라도 상대방이 이를 지체없이 이의하지 아니하면 이의권 포기. 상실로 인하여 그 하자가 치유된다.
- ④ 소송제한능력자는 당사자신문의 대상이 되지 않는다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (X) : 당사자신문을 받는 경우의 당사자는 증거조사의 객체로서 증거방법이기 때문에 여기에서 그의 진술은 증인의 증언과 마찬가지로 증거자료이지 소송자료가 아니다. 따라서 당사자가 소송의 주체로서 하는 진술인 소송자료와 구별되며, 당사자본인신문의 과정에서 상대방주장사실과 일치되는 부분이 있더라도 이는 자백이라고 할 수 없다(대판 1978.09.12. 78다879).
- ② (X) : 당사자신문의 절차에는 증인신문의 규정이 대부분 준용된다(제373조). 다만 당사자신문은 증인처럼 구인·과태료 등으로 출석·선서·진술이 강제되지 않는다. 따라서 선서를 하고 허위진술을 해도 형법상의 범죄가 되지 않고 과태료의 제재만 받는다(제370조).
- ③ (O) : 당사자본인으로 신문해야 함에도 증인으로 신문하였다 하더라도 상대방이 이를 지체 없이 이의하지 아니하면 이의권(책문권)포기, 상실로 인하여 그 하자가 치유된다(대판 1992.10.27. 92다32463).
- ④ (X) : 소송절차내의 소송행위는 물론 소송개시 전의 행위나 소송대리권 수여와 같은 소송외의 행위도 소송절차에 영향을 주기 때문에 소송능력이 필요하다. 그러나 증거조사의 대상이 되는 경우, 법정대리인 이외의 타인의 대리인으로서 소송행위를 하는 경우에는 예외적으로 허용된다. 따라서 소송무능력자도 당사자신문의 대상이 될 수 있다(제367조, 제372조 단서).

【문13】 합의관할에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 당사자는 합의로 1심 관할법원을 정할 수 있는데, 이 합의는 소송법상의 합의이며 반드시 서면에 의하여야 한다.
- ② 관할의 합의가 있으면 그로써 관할이 변경되는 효과가 생기지만 전속적 합의관할을 정한 경우에도 그 성질은 임의관할이므로 변론관할이 생길 여지가 있다.
- ③ 관할합의의 효력은 특정승계인에게도 미칠 수 있다.
- ④ 특정한 법원의 전속관할로 정하여진 소라고 하더라도 합의관할 규정은 적용 가능하다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 제29조(합의관할) ① 당사자는 합의로 제1심 관할법원을 정할 수 있다. ② 제1항의 합의는 일정한 법률관계로 말미암은 소에 관하여 서면으로 하여야 한다.
- ② (O) : 합의내용에 따라 관할이 변동되지만, 합의관할은 전속적 합의관할의 경우에도 그 성질상 임의관할이며 법정의 전속관할이 아니다. 따라서 원고가 합의를 무시한 채 다른 법정관할법원에 소를 제기하여도 피고가 이의 없이 본안변론을 하면 변론관할(제30조)이 생긴다.
- ③ (O) : 소송물을 이루는 권리관계가 채권인 경우에는 양수인도 변경된 내용의 권리를 양수 받았다고 볼 수 있기 때문에 그 효력이 미친다고 할 것이나(민법 제451조 2항), 그 내용이 물건인 경우에는 물건법정주의(민법 제185조)와 등기부상 합의된 바를 공시할 수 없음을 고려할 때 합의에 구속된다고 할 수 없다(대결 1994.05.26. 94마536).
- ④ (X) : 제31조(전속관할에 따른 제외) 전속관할(전속관할)이 정하여진 소에는 제2조, 제7조 내지 제25조, 제29조 및 제30조의 규정을 적용하지 아니한다.

【문14】 판결의 경정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 판결의 경정은 법원이 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 결정으로 할 수 있다.
- ② 판결의 경정은 법원의 과실로 인하여 오류가 생긴 경우에 할 수 있으므로, 당사자의 청구에 잘못이 있어 오류가 생긴 경우에는 경정할 수 없다.
- ③ 경정결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있으나, 판결에 대하여 적법한 항소가 있는 때에는 즉시항고를 할 수 없다.
- ④ 판결 경정결정은 원칙적으로 해당 판결을 한 법원이 한다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (O) : 제211조(판결의 경정) ① 판결에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정(경정결정)을 할 수 있다.
- ② (X) : 잘못이 법원의 과실 때문이든 당사자의 청구의 잘못 때문이든 가리지 않는다(대결 1992.03.04. 92그1결정).
- ③ (O) : 제211조(판결의 경정) ③ 경정결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 다만, 판결에 대하여 적법한 항소가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- ④ (O) : 판결경정결정은 원칙적으로 당해 판결을 한 법원이 하는 것이나, 통상의 공동소송이었던 다른 당사자 간의 소송사건이 상소의 제기로 상소심에 계속된 결과 상소를 하지 아니한 당사자 간의 원심판결의 원본과 소송기록이 우연히 상소심 법원에 있다고 하여도, 상소심 법원은 심판의 대상이 되지 않은 부분에 관한 판결을 경정할 권한은 가지지 못한다(대결 1992.01.29. 91마748).

【문15】 소송대리인에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 같은 당사자에 대하여 여러 소송대리인이 있는 때에는 원칙적으로 소송대리인 각자가 당사자를 대리한다.
- ② 소송목적의 값이 소제기 당시 1억원이하의 단독판사가 심리·재판하는 사건에서 법원의 허가를 받은 당사자의 배우자는 소송대리인이 될 수 있다.
- ③ 변호사 아닌 사람은 경매신청인을 대리할 자격이 없다.
- ④ 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 한다.

<정답>

①번, ③번(가답안은 ③번)

<해설>

- ① (X) : 제93조(개별대리의 원칙) ① 여러 소송대리인이 있는 때에는 각자가 당사자를 대리한

다. ② 당사자가 제1항의 규정에 어긋나는 약정을 한 경우 그 약정은 효력을 가지지 못한다. ; 출제자는 제93조의 제목이 개별대리의 ‘원칙’이므로, ‘원칙적으로’라는 표현을 쓴 것으로 보인다. 그러나 민사소송법상 같은 당사자에 대하여 소송대리인이 여러 명이 있어도 각자가 당사자를 대리하므로, 공동대리가 적용될 여지가 없다(대결 2011.9.29. 2011마1335 ; 김홍엽, 민사소송법 제8판, 220면, 박영사, 2019). ‘원칙적으로 소송대리인 각자가 당사자를 대리한다’라는 표현은 예외적으로는 공동대리가 가능하다는 오해를 하게 만드는 표현이다. 특히 원칙적으로 개별대리가 되는 것은 민법상 대리인이 이에 해당한다(민법 제119조(각자대리) 대리인이 수인인 때에는 각자가 본인을 대리한다. 그러나 법률 또는 수권행위에 다른 정한 바가 있는 때에는 그러하지 아니하다). 그래서 2021년 서기보시험【문14】④번 지문)도 “여러 소송대리인이 있는 때에는 각자가 당사자를 대리한다. 당사자가 이에 어긋나는 약정을 한 경우 그 약정은 효력을 가지지 못한다.”라고 조문 그대로 출제를 한 것이다. 문제 1번의 괄호에서 다툼이 있는 경우에는 판례에 따른다고 하였고, 대법원결정 2011.9.29. 2011마1335 은 소송대리인의 경우에는 공동대리의 여지가 없다고 하였으므로, “같은 당사자에 대하여 여러 소송대리인이 있는 때에는 원칙적으로 소송대리인 각자가 당사자를 대리한다.”는 지문은 틀린 표현이다. 옳은 표현이 되려면 ‘원칙적으로’ 부분을 삭제하여야 한다. 출제 오류이다.

② (O) : 제88조(소송대리인의 자격의 예외) ① 단독판사가 심리·재판하는 사건 가운데 그 소송목적의 값이 일정한 금액 이하인 사건에서, 당사자와 밀접한 생활관계를 맺고 있고 일정한 범위안의 친족관계에 있는 사람 또는 당사자와 고용계약 등으로 그 사건에 관한 통상사무를 처리·보조하여 오는 등 일정한 관계에 있는 사람이 법원의 허가를 받은 때에는 제87조를 적용하지 아니한다. 민사소송규칙 제15조 (단독사건에서 소송대리의 허가) ① 단독판사가 심리·재판하는 사건으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에서는 변호사가 아닌 사람도 법원의 허가를 받아 소송대리인이 될 수 있다. 2. 제1호 사건 외의 사건으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하지 아니하는 사건 가. 소송목적의 값이 소제기 당시 또는 청구취지 확장(변론의 병합 포함) 당시 1억원을 넘는 소송사건 ② 제1항과 법 제88조제1항의 규정에 따라 법원의 허가를 받을 수 있는 사람은 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하여야 한다. 1. 당사자의 배우자 또는 4촌 안의 친족으로서 당사자와의 생활관계에 비추어 상당하다고 인정되는 경우

③ (X) : 변호사가 아닌 자가 법원의 허가 없이 채권자의 대리인으로 경매신청을 하는 경우에는 그 경매신청은 부적법한 것이므로, 법원은 채권자(본인)에게 그 보정 또는 추완을 촉구하고 이에 불응하면 신청을 각하해야 한다. 다만 법원이 추후에 그 자를 대리인으로 허가하면 그 하자가 치유된다고 볼 것이다. 또 그 허가는 반드시 명시적임을 요하지 않는다. 법원이 소송대리 허가를 명백히 표시하지 않은 경우에도 소송대리허가원을 낸 사람에게 경매관계서류를 송달한 경우에는 그 대리를 허가한 것으로 볼 것이다(대법원 1967. 1. 18.자 66마1106 결정). 따라서 변호사가 아닌 자가 법원의 허가 없이 채권자의 대리인으로 경매신청을 하는 경우에는 그 경

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

매신청은 부적법한 것이지만, 법원의 허가를 받으면(민소법 제88조) 경매신청권을 대리하는 것이 가능하므로, 출제자는 틀린 지문으로 출제한 것으로 보인다. 그러나 변호사 아닌 사람은 경매신청인을 대리할 자격이 없는 것이 원칙이므로, 원칙적으로는 옳은 지문이다. 이 부분을 틀린 지문으로 출제를 하려면 “변호사 아닌 사람은 경매신청인을 대리할 자격이 없는 것이 원칙이므로, 변호사 아닌 사람은 경매신청인을 대리할 자격이 없다.”고 하여 명확하게 출제를 하여야 한다.

④ (O) : 제89조(소송대리권의 증명) ① 소송대리인의 권한은 서면으로 증명하여야 한다.

【문16】 공동소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 합유물에 관하여 마쳐진 원인무효의 소유권이전등기의 말소를 구하는 소송은 합유물에 관한 보존행위로서 합유자 각자가 할 수 있다.
- ② 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이다.
- ③ 부진정연대채무의 관계에 있는 채무자들을 공동피고로 하여 이행의 소가 제기된 경우 공동피고에 대한 각 청구는 법률상 양립할 수 없으므로, 상소하지 않은 공동소송인에 대하여 상소로 인한 확정차단의 효력이 미친다.
- ④ 고유필수적 공동소송의 경우 공동소송인 전원에 대한 하나의 종국판결을 선고하여야 하고, 공동소송인 일부에 대해서만 판결하거나 남은 공동소송인에 대해 추가판결을 하는 것은 허용되지 않는다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 민법 제272조(합유물의 처분, 변경과 보존) 합유물을 처분 또는 변경함에는 합유자 전원의 동의가 있어야 한다. 그러나 보존행위는 각자가 할 수 있다. - 보존행위에 관한 소송 즉 합유물에 관한 불법이전등기의 말소청구소송은 통상공동소송이 된다.
- ② (O), ④ (O) : 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이고, 공동소송인과 상대방 사이에 판결의 합일확정을 필요로 하는 고유필수적 공동소송에서는 공동소송인 중 일부가 제기한 상소는 다른 공동소송인에게도 효력이 미치므로 공동소송인 전원에 대한 관계에서 판결의 확정이 차단되고 소송은 전체로서 상소심에 이심된다. 따라서 공유물분할 판결은 공유자 전원에 대하여 상소기간이 만료되기 전에는 확정되지 않고, 일부 공유자에 대하여 상소기간이 만료되었다고 하더라도 그 공유자에 대한 판결 부분이 분리·확정되는 것은 아니다(대판 2017.09.21. 2017다233931).
- ③ (X) : 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 효력도 상소인과 그 상대방에 대해서만 생기고 다른 공동소송인에 대한 관계에는 미치지 않는다(대판 2012.09.27. 2011다76747).

【문17】 민사소송법상 소의 취하와 그 효력에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 원고는 판결이 확정된 이후에도 소를 취하할 수 있다.
- ② 피고가 본안에 관하여 변론을 한 뒤에도 원고는 피고의 동의 없이 소를 취하할 수 있다.
- ③ 소가 취하된 부분에 대하여도 그 소송은 처음부터 계속된 것으로 본다.
- ④ 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 다시 제기하지 못한다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (X) : 제266조(소의 취하) ① 소는 판결이 확정될 때까지 그 전부나 일부를 취하할 수 있다.
- ② (X) : 제266조(소의 취하) ② 소의 취하는 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술하거나 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가진다.
- ③ (X) : 제267조(소취하의 효과) ① 취하된 부분에 대하여는 소가 처음부터 계속되지 아니한 것으로 본다.
- ④ (O) : 제267조(소취하의 효과) ② 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.

【문18】 증거능력과 증거력에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 사문서에 대하여 그 진정성립을 다투는 경우 그 진정성립을 다투는 자에게 증명책임이 있다.
- ② 사문서의 진정성립에 대한 증명방법에 관하여 특별한 제한이 없으나, 그 사문서의 작성명의인이 아닌 제3자의 증언으로는 진정성립을 증명할 수 없다.
- ③ 상대방이 서증의 진정성립에 관한 제출자의 주장을 인정한 경우, 이는 보조사실에 대한 자백에 불과하므로 법원은 그 자백에 구속되지 않고 자유심증으로 성립의 진정 여부를 판단한다.
- ④ 작성명의인의 날인만 되어 있고 그 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지부분을 작성명의인이 아닌 자가 보충한 문서의 경우, 문서제출자는 그 기재내용이 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 증명할 책임이 있고, 이는 그 문서가 처분문서라고 하여 달라지지 않는다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (X) : 제357조(사문서의 진정의 증명) 사문서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 한다.
- ② (X) : 사문서는 진정성립이 증명되어야만 증거로 할 수 있는 것이지만 증명의 방법에 관하여 특별한 제한이 없으므로 그 진정함을 사람의 증언으로 증명할 경우 반드시 작성자의 증언만에 의하여야 하는 것은 아니며 작성자 아닌 제3자의 증언으로도 증명할 수 있다(대판 1992. 11. 24. 92다21135).

③ (X) : 문서의 성립에 관한 자백은 보조사실에 관한 자백이기는 하나 그 취소에 관하여는 다른 간접사실에 관한 자백취소와는 달리 주요사실의 자백취소와 동일하게 처리하여야 할 것이므로 문서의 진정성립을 인정한 당사자는 자유롭게 이를 철회할 수 없다고 할 것이고, 이는 문서에 찍힌 인영의 진정함을 인정하였다가 나중에 이를 철회하는 경우에도 마찬가지이다(대판 2001. 4. 24. 2001다5654).

④ (O) : 判例는 “문서에 날인된 작성명의인의 인영이 작성명의인의 인장에 의하여 현출된 것이 인정되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 인영의 진정 성립 및 그 문서 전체의 진정 성립까지 추정되는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 먼저 내용기재가 이루어진 뒤에 인영이 압날 된 경우에만 그러한 것이며 작성명의인의 날인만 되어 있고 그 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지 부분을 작성명의자가 아닌 자가 보충한 문서의 경우에 있어서는 문서제출자는 그 기재 내용이 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실을 입증할 책임이 있으며, 이와 같은 법리는 그 문서가 처분문서라고 하여 달라질 것은 아니다(대판 2000.06.09. 99다3709)”고 하고 있다.

【문19】 송달에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 송달은 특별한 규정이 없으면 송달 받을 사람에게 서류의 등본 또는 부분을 교부하여야 한다.
- ② 소송무능력자에게 할 송달은 그의 법정대리인에게 한다.
- ③ 송달에 관한 사무는 법원사무관 등이 처리한다.
- ④ 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우의 송달은 이들 모두에게 하여야 한다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 제178조(교부송달의 원칙) ① 송달은 특별한 규정이 없으면 송달받을 사람에게 서류의 등본 또는 부분을 교부하여야 한다.
- ② (O) : 제179조(소송무능력자에게 할 송달) 소송무능력자에게 할 송달은 그의 법정대리인에게 한다.
- ③ (O) : 제175조(송달사무를 처리하는 사람) ① 송달에 관한 사무는 법원사무관등이 처리한다.
- ④ (X) : 제180조(공동대리인에게 할 송달) 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우의 송달은 그 가운데 한 사람에게 하면 된다.

【문20】 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 불상소의 합의는 변론 중에 구술로 그 취지를 진술함으로써 할 수 있다.
- ② 당사자의 일방만이 항소를 하지 아니하기로 약정하는 합의는 공평에 어긋나 불항소 합의로서의 효력이 없다.
- ③ 항소권의 포기는 항소를 하기 이전에는 제1심 법원에, 항소를 한 뒤에는 소송기록이 있는

법원에 서면으로 하여야 한다.

④ 항소포기의 의사를 표시하는 서면이 법원에 제출되기 전에 그 약정을 해제하기로 다시 합의하고 항소를 제기하였다면 그 합의 해제의 효력에 따라 위 항소는 적법하다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 구체적인 사건의 소송 계속 중 그 소송 당사자 쌍방이 판결 선고 전에 미리 상소하지 아니하기로 합의하였다면 그 판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로, 이러한 합의는 소송당사자에 대하여 상소권의 사전포기와 같은 중대한 소송법상의 효과가 발생하게 되는 것으로서 반드시 서면에 의하여야 할 것이며, 그 서면의 문언에 의하여 당사자 쌍방이 상소를 하지 아니한다는 취지가 명백하게 표현되어 있을 것을 요한다(대판 2002.10.11. 2000다17803).

② (O) : 당사자 양쪽이 모두 상소하지 않기로 하는 것이므로, 어느 한 쪽만이 상소하지 않기로 하는 합의는 공평에 반하여 무효이다(대판 1987.06.23. 86다카2728).

③ (O) : 제395조(항소권의 포기방식) ① 항소권의 포기는 항소를 하기 이전에는 제1심 법원에, 항소를 한 뒤에는 소송기록이 있는 법원에 서면으로 하여야 한다.

④ (O) : 항소권의 포기는 불이익한 판결에 대하여 그 심사 변경을 구할 이익이 있는 항소권자가 법원에 대하여 서면으로 그 권리를 포기하는 의사를 표시하는 단독행위이므로, 항소포기의 의사를 표시하는 서면이 법원에 제출되기 전에 그 약정을 해제하기로 다시 합의하고 항소를 제기하였다면 그 합의해제의 효력에 따라 위 항소는 적법하다 할 것이다(대판 1987.06.23. 86다카2728).

【문21】 불이익변경금지원칙에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 원고의 청구를 기각하여야 할 것인데도 원고의 소가 부적법하다고 각하한 제1심 판결에 대하여 원고만이 항소한 경우 불이익변경금지의 원칙상 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 선고 할 수는 없으므로 원고의 항소를 기각 할 수 밖에 없다.

② 독립당사자참가소송의 항소심에서 세당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 필요한 경우에는 그 한도 내에서 항소 또는 부대항소를 제기한 바 없는 당사자에게 결과적으로 제1심 판결보다 유리한 내용으로 판결이 변경되는 것도 배제할 수는 없다.

③ 동시이행의 판결에 있어서는 피고의 반대급부이행청구에 관하여 기판력이 생기지 아니하므로 반대급부의 내용이 원고에게 불리하게 변경된 경우 불이익변경금지 원칙에 반한다고 할 수 없다.

④ 원고가 청구한 채권의 발생을 인정한 후 피고가 한 상계항변을 받아들여 원고의 청구를 기각한 제1심판결에 대하여 원고만이 항소한 경우, 항소심이 원고가 청구한 채권의 발생이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하는것은 불이익변경금지의 원칙에 반한다.

<정답>

③번

<해설>

① (O) : 원심이 이와 달리 이 사건 본소를 부적법한 것으로 보아 이를 각하한 것은 소의 이익에 관한 법리를 오해한 것이다. 다만, 위에서 본 바와 같이 위 교통사고와 관련하여 원고에게 손해배상채무가 있는 이상 그 부존재확인을 구하는 원고의 본소청구는 이유 없고(청구기각의 심증), 원고만이 상고한 이 사건에서 소를 각하한 원심판결을 파기하여 원고에게 더 불리한 청구기각의 판결을 할 수는 없으므로, 원심판결을 그대로 유지하지 않을 수 없다(대판 1999.06.08. 99다17401,17418).

② (O) : 독립당사자참가소송에서 패소하였으나 상소하지 아니한 당사자의 판결부분에 대하여는 불이익변경금지의 원칙이 배제되며(대판 2007.10.26. 2006다86573), 합일확정을 위해 필요한 한도에서는 더 유리하게 변경할 수 있다.

③ (X) : 항소심은 당사자의 불복신청범위 내에서 제1심판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로, 설사 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없다 할 것인바, 원고만이 항소한 경우에 항소심으로서 제1심보다 원고에게 불리한 판결을 할 수는 없고, 한편 불이익하게 변경된 것인지 여부는 기판력의 범위를 기준으로 하나 공동소송의 경우 원·피고별로 각각 판단하여야 하고, 동시이행의 판결에 있어서는 원고가 그 반대급부를 제공하지 아니하고는 판결에 따른 집행을 할 수 없어 비록 피고의 반대급부이행청구에 관하여 기판력이 생기지 아니하더라도 반대급부의 내용이 원고에게 불리하게 변경된 경우에는 불이익변경금지 원칙에 반하게 된다(대판 2005.08.19. 2004다8197).

④ (O) : 상계의 항변을 인정하여 청구를 기각한 판결에 대하여 원고가 항소한 경우에 상계 이외의 이유(채권의 부존재를 이유로)로 항소를 기각하는 것은 불이익변경이 된다. 상계에 제공된 반대채권(자동채권)이 소멸하는 이익을 잃게 되기 때문이다. 따라서 이 경우는 이유를 바꿀 수 없어 제1심판결과 똑같은 이유를 달아 항소기각 하여야 한다²⁾(대판 2010.12.23. 2010다67258). 그리고 이 때에 피고만이 항소한 경우에 피고주장의 반대채권이 부존재한다고 하여 피고의 상계항변을 배척하면서 항소기각 하는 것도 제1심판결보다 더 불리해져서 허용되지 않는다(대판 1995.09.29. 94다18911).

【문22】 상소의 이익에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 원고의 청구에 대해 피고가 청구기각을 구하였으나 법원이 소 각하 판결을 한 경우 피고가 청구 기각을 구하면서 제기하는 항소는 상소이익이 인정되지 않는다.
- ② 원고의 소구채권 그 자체를 부정하여 원고의 청구를 기각한 판결과 소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결은 기판력의 범위를 서로 달리하고, 후자의 판결에 대하여 피고는 상소의 이익이 있다.
- ③ 가분채권에 대한 이행 청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 않은 경우, 일부청구에 관하여 전부승소한 채권자는 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위하여 항소할 수 있다.

2) 항소심은 당사자의 불복신청범위 내에서 제1심판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로, 설사 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없는 바, 제1심판결이 원고가 청구한 채권의 발생을 인정한 후 피고가 한 상계항변을 받아들여 원고의 청구를 기각하고 이에 대하여 원고만이 항소한 경우에 항소심이 제1심과는 다르게 원고가 청구한 채권의 발생이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하는 것은 항소인인 원고에게 불이익하게 제1심판결을 변경하는 것이 되어 허용되지 아니한다(대판 2010.12.23. 2010다67258).

④ 원고가 재산상 손해(소극적 손해)에 대하여는 형식상 전부승소하였으나 위자료에 대하여는 일부 패소하였고, 이에 대하여 원고가 원고 패소 부분에 불복하는 형식으로 항소를 제기한 경우 항소심에서 위자료는 물론이고 재산상 손해(소극적 손해)에 관하여도 청구를 확장할 수 있다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 소각하판결은 원고에게 불이익일 뿐만 아니라, 만일 피고가 청구기각의 신청을 구한 때에는 본안판결을 받지 못한 점에 피고에게도 불이익이 있기 때문에, 원.피고 모두 상소할 수 있다.

② (O) : 원고의 소구채권 자체가 인정되지 않는 경우 더 나아가 피고의 상계항변의 당부를 따져볼 필요도 없이 원고 청구가 배척될 것이므로, '원고의 소구채권 그 자체를 부정하여 원고의 청구를 기각한 판결'과 '소구채권의 존재를 인정하면서도 상계항변을 받아들인 결과 원고의 청구를 기각한 판결'은 민사소송법 제216조에 따라 기판력의 범위를 서로 달리하고, 후자의 판결에 대하여 피고는 상소의 이익이 있다(대판 2018.08.30. 2016다46338,46345).

③ (O) : 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소 변경을 구하는 것이므로 전부 승소한 판결에 대하여는 항소를 허용하지 아니하는 것이 원칙이고, 재판이 항소인에게 불이익한 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 판단해야 하며, 다만 가분채권에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그것이 나머지 부분을 유보하고 일부만 청구하는 것이라는 취지를 명시하지 아니한 경우에는 그 확정판결의 기판력은 나머지 부분에까지 미치는 것이어서 별도로써 나머지 부분에 관하여 다시 청구할 수는 없는 것이므로, 일부 청구에 관하여 전부 승소한 채권자는 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소가 허용되지 아니한다면 나머지 부분을 소구할 기회를 상실하는 불이익을 입게 된다 할 것이고, 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 전부 승소한 판결에 대해서도 나머지 부분에 관하여 청구를 확장하기 위한 항소의 이익을 인정함이 상당하다고 할 것이다(대판 1997.10.24. 96다12276; 대판 2010.11.11. 2010두14534).

④ (O) : 상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이므로 전부 승소한 판결에 대하여는 항소가 허용되지 않는 것이 원칙이나, 하나의 소송물에 관하여 형식상 전부 승소한 당사자의 상소이익의 부정은 절대적인 것이라고 할 수도 없는 바, 원고가 재산상 손해(소극적 손해)에 대하여는 형식상 전부 승소하였으나 위자료에 대하여는 일부 패소하였고, 이에 대하여 원고가 원고 패소부분에 불복하는 형식으로 항소를 제기하여 사건 전부가 확정이 차단되고 소송물 전부가 항소심에 계속되게 된 경우에는, 더욱이 불법행위로 인한 손해배상에 있어 재산상 손해나 위자료는 단일한 원인에 근거한 것인데 편의상 이를 별개의 소송물로 분류하고 있는 것에 지나지 아니한 것이므로 이를 실질적으로 파악하여, 항소심에서 위자료는 물론이고 재산상 손해(소극적 손해)에 관하여도 청구의 확장을 허용하는 것이 상당하다(대판 1994.06.28. 94다3063).

【문23】 소송구조에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 신청인의 자금능력과 관련하여 신청인이 얻고 있는 수입은 물론이고 보유하고 있는 자산도 그의 자금능력을 판단하는 유력한 자료가 된다.

② 무자력 요건과 관련하여, 법인 그 밖의 단체의 경우는 소송비용을 지출함에 따라 그 목적

사업의 수행이 저해되는 경우를 의미한다.

③ ‘패소할 것이 분명하지 않다’는 요건에 대하여, 소송구조 신청인이 승소 가능성을 적극적으로 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고, 법원이 당시까지의 재판절차에서 나온 자료를 기초로 패소할 것이 분명하다고 판단할 수 있는 경우가 아니라면 그 요건은 구비되었다고 보아야 한다.

④ 무자력 요건과 관련하여, 자연인의 경우 국민기초생활보장법에 의한 수급권자로 한정된다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 신청인이 얻고 있는 수입은 물론이고, 보유하고 자산도 그의 자금능력을 판단하는 유력한 자료가 될 것이다[실무제요 민사소송[I], 566면, 2017].

② (O) : 법인 그 밖의 단체의 경우는 소송비용을 지출함에 따라 그 목적사업의 수행이 저해되는 경우(소송수행을 위하여 필요한 자금의 조달이 곤란하여, 피용자의 급료를 지급할 수 없는 경우 등)를 의미한다[실무제요 민사소송[I], 565면, 2017].

③ (O) : 민사소송법 제128조 제1항의 규정에서 패소할 것이 명백하지 않다는 것은 소송상 구조신청의 소극적 요건이므로 신청인이 승소의 가능성을 적극적으로 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고 법원이 당시까지의 재판절차에서 나온 자료를 기초로 패소할 것이 명백하다고 판단할 수 있는 경우가 아니라면 그 요건은 구비되었다고 할 것이며, 항소심은 속심으로서 원칙적으로 제1심에서 제출하지 않았던 새로운 주장과 증거를 제출할 수 있으므로 제1심에서 패소하였다는 사실만으로 항소심에서도 패소할 것이 명백하다고 추정되는 것은 아니어서 제1심에서 패소한 당사자가 항소심에서 소송상구조를 신청하는 경우에도 신청인이 적극적으로 항소심에서 승소할 가능성을 진술하고 소명하여야 하는 것은 아니고 법원은 신청인의 신청이유와 소명자료는 물론 본안소송에서의 소송자료 및 증거자료도 함께 종합하여 항소심에서 신청인이 패소할 것이 확실한지를 판단하여야 할 것이다. 민사소송법 제129조의 구조의 범위는 일부 구조도 가능하다(大決 2001. 6. 9, 2001마1044).

④ (X) : 소송비용을 전부 지출하게 되면 자기나 그 동거가족이 통상의 경제생활에 위협을 받게 될 경우를 말한다. 따라서 반드시 무자력자나 일반생활수준에 미달하는 극빈자에 한하지 않는다. ‘소송구조제도의 운영에 관한 예규’에서는 ‘국민기초생활 보장법’, ‘기초노령연금법’, ‘한부모가족지원법’에 따른 보호대상자는 여기의 자금능력이 부족한 자로 보고, 다른 요건의 심사만으로 구조여부를 결정할 수 있게 하였다.

【문24】 제척·기피에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 본안사건의 재판장에 대한 기피신청사건의 재판에 관여한 법관이 그 본안사건에 관여하는 경우 이는 제척사유인 전심관여에 해당한다.

② 재심대상 재판에 관여한 법관이 당해 재심사건의 재판에 관여하는 경우 이는 제척사유인 전심관여에 해당하지 아니한다.

③ 기피하는 이유와 소명방법은 신청한 날부터 3일 이내에 서면으로 제출하여야 한다. 다만, 기피의 원인이 되는 사유가 당해 법원의 사건기록상 명백한 사항, 즉 법원에 현저한 사실을

내용으로 하는 경우에는 기피신청인은 그 사실을 달리 소명할 필요가 없다.

④ 당사자가 법관을 기피할 이유가 있다는 것을 알면서도 본안에 관하여 변론하거나 변론준비 기일에서 진술을 한 경우에는 기피신청을 하지 못한다.

<정답>

①번

<해설>

① (X), ② (O) : 이전심급(前審)이란 그 불복사건의 하급심 재판으로서 상급심의 판단을 받을 중간적 재판, 상고심에서 간접적으로 불복대상이 된 제1심판결 등도 포함된다. 다만 i) 환송이나 이송되기 전의 원심판결(단 이 경우는 제436조 3항에 의해 관여할 수 없다) ii) 재심소송에 있어서 재심의 대상이 된 확정판결(대판 2000.08.18. 2000제다87) iii) 청구에 관한 이의의 소에 있어서 그 대상이 된 확정판결 iv) 본안소송에 관한 관계에서 가압류·가처분에 관한 재판(대결 1962.07.20. 61민재항3) v) 집행정지신청사건에 대하여 집행권원을 성립시킨 본안재판(대판 1969.11.04. 69그17) vi) 본안소송의 재판장에 대한 기피신청사건의 재판(대판 1991.12.27. 91마 631) vii) 소송상화해에 관여한 법관이 그 화해내용에 따른 목적물에 대한 인도청구소송 등에 관여하는 것(대판 1969.12.09. 69다1232) 등은 전심재판에 해당하지 않는다. 다만 이러한 경우에도 기피사유에 해당할 수는 있다.

③ (O) : 민사소송법 제44조 제2항에서 소명방법의 제출을 요구하는 것은 당사자가 기피신청권을 악용 또는 남용하는 것을 방지하자는 취지이며 법원이 당사자(기피신청인)가 제출한 소명방법만 가지고 판단하여야 하는 것은 아닌 것이므로 기피의 원인이 되는 사유가 당해 법원의 사건기록상 명백한 사항 즉 법원에 현저한 사실을 내용으로 하는 경우에는 기피신청인은 그 사실을 달리 소명할 필요가 없다고 할 것이고 따라서 이러한 경우에는 설사 기피신청인이 소정의 기간내에 소명방법을 제출하지 아니하였다 하여도 같은 법 제45조 제2항의 절차를 거쳐 같은 법 제46조에 의한 당부의 결정을 하여야지 기피신청을 받은 법원이 이를 이유로 각하결정을 할 수는 없다(대결 1988. 8. 10.자 88두9).

④ (O) : 제43조(당사자의 기피권) ① 당사자는 법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 기피신청을 할 수 있다. ② 당사자가 법관을 기피할 이유가 있다는 것을 알면서도 본안에 관하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술을 한 경우에는 기피신청을 하지 못한다.

【문25】 사망자를 당사자로 한 소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 사망자를 피고로 하는 소 제기는 부적법 한 것으로서 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 수계 신청은 부적법 하다.

② 소송 계속 중 일방당사자의 사망을 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고 된 경우 그 판결이 당연무효라 할 수는 없고, 그 판결은 상소 또는 재심에 의하여 취소를 구할 수 있을 뿐이다.

③ 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전에 사망하였는데 소송대리인이 이를 모르고 사망한 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기하였다면 소의 제기는 부적법하다.

④ 변론 종결 뒤에 당사자가 사망한 경우에는 판결을 선고할 수 있다.

<정답>

③번

<해설>

① (O) : 사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연히 무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다. 이러한 법리는 소제기 후 소장부분이 송달되기 전에 피고가 사망한 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 2015.01.29. 2014다34041).

② (O) : 소송계속 중 어느 일방 당사자의 사망에 의한 소송절차 중단을 간과하고 변론이 종결되어 판결이 선고된 경우에는 그 판결은 소송에 관여할 수 있는 적법한 수계인의 권한을 배제한 결과가 되는 절차상 위법은 있지만 그 판결이 당연히 무효라 할 수는 없고, 다만 그 판결은 대리인에 의하여 적법하게 대리되지 않았던 경우와 마찬가지로 보아 대리권 흠결을 이유로 상소 또는 재심에 의하여 그 취소를 구할 수 있을 뿐이므로, 이와 같이 사망한 자가 당사자로 표시된 판결에 기하여 사망자의 승계인을 위한 또는 사망자의 승계인에 대한 강제집행을 실시하기 위하여는 민사집행법 제31조를 준용하여 승계집행문을 부여함이 상당하다(대결 1998.05.30. 98그7).

③ (X) : 당사자가 사망하더라도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 아니하므로(민사소송법 제95조 제1호), 당사자가 소송대리인에게 소송위임을 한 다음 소 제기 전에 사망하였는데 소송대리인이 당사자가 사망한 것을 모르고 당사자를 원고로 표시하여 소를 제기하였다면 소의 제기는 적법하고, 시효중단 등 소 제기의 효력은 상속인들에게 귀속 된다. 이 경우 민사소송법 제233조 제1항 이 유추적용 되어 사망한 사람의 상속인들은 소송절차를 수계하여야 한다(대판 2016.04.29. 2014다210449).

④ (O) : 제247조(소송절차 정지의 효과) ① 판결의 선고는 소송절차가 중단된 중에도 할 수 있다.