

김춘환 민소법

진도별 모의고사 제3회

해설

1. <정답> ③번

<해설>

① (○) : 원고가 제기한 손해배상채무부존재확인인 소에 대해 반소로 피고가 그 채무이행을 구하는 소를 제기한 사안에서는 “소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고들에 대하여 위 교통사고와 관련한 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(대판 1999.6.8, 99다17401,17418)”고 하고 있다.

② (○) : 원칙적으로 특별한 규정을 두고 있는 경우에 한하여 제기할 수 있으며, 법률의 규정에 따라 제기한 경우에는 원칙적으로 소의 이익이 인정된다.

③ (×) : 토지경계확정의 소는 인접한 토지의 경계가 사실상 불분명하여 다툼이 있는 경우에 재판에 의하여 그 경계를 확정하여 줄 것을 구하는 소송으로서, 토지소유권의 범위의 확인을 목적으로 하는 소와는 달리, 인접한 토지의 경계가 불분명하여 그 소유자들 사이에 다툼이 있다는 것만으로 권리보호의 필요가 인정된다. 토지경계확정의 소에 있어서 법원으로서는 원.피고 소유의 토지들 내의 일정한 지점을 기초점으로 선택하고 이를 기준으로 방향과 거리 등에 따라 위치를 특정하는 등의 방법으로 지적도상의 경계가 현실의 어느 부분에 해당하는지를 명확하게 표시할 필요가 있고, 당사자가 쌍방이 주장하는 경계선에 지속되지 아니하고 스스로 진실하다고 인정하는 바에 따라 경계를 확정하여야 한다(대판 1993.11.23, 93다41792).

④ (○) : 재심무죄판결이 확정된 경우에 채권자로서는 민사상 손해배상청구에 앞서, 그보다 간이한 절차라고

할 수 있는 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’(이하 ‘형사보상법’이라 한다)에 따른 형사보상을 먼저 청구할 수 있다(대판 2013.12.12. 2013다2018441)).

2. <정답> ①번

<해설>

① (×) : 통상의 소에 있어서 이행판결을 받아도 이행 또는 집행불능이거나 현저하게 곤란한 사유가 있는 경우에는 소의 이익이 문제된다(예, 채무자가 무자력자인 경우의 금전지급청구). 다만 판결절차는 분쟁의 관념적 해결절차로서 사실적인 해결방법인 강제집행절

1) 국가기관이 수사과정에서 한 위법행위 등으로 수집한 증거 등에 기초하여 공소가 제기되고 유죄의 확정판결까지 받았으나 재심사유 존재 사실이 뒤늦게 밝혀짐에 따라 재심절차에서 무죄판결이 확정된 후 국가기관의 위법행위 등을 원인으로 국가를 상대로 손해배상을 청구하는 경우, 재심절차에서 무죄판결이 확정될 때까지는 채권자가 손해배상청구를 할 것을 기대할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었다고 볼 것이다. 따라서 이러한 경우 채무자인 국가의 소멸시효 완성의 항변은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없다. 다만 채권자는 특별한 사정이 없는 한 그러한 장애가 해소된 재심무죄판결 확정일로부터 민법상 시효정지의 경우에 준하는 6개월의 기간 내에 권리를 행사하여야 한다. 이때 그 기간 내에 권리행사가 있었는지는 원칙적으로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였는지 여부를 기준으로 판단할 것이다. 다만 재심무죄판결이 확정된 경우에 채권자로서는 민사상 손해배상청구에 앞서, 그보다 간이한 절차라고 할 수 있는 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’(이하 ‘형사보상법’이라 한다)에 따른 형사보상을 먼저 청구할 수 있다. 그런데 형사보상 금액은 구금의 종류 및 기간의 장단 등 관련되는 모든 사정을 고려하여 산정하되, 구금 1일당 보상금 지급한도를 보상청구의 원인이 발생한 해의 최저임금법에 따른 일급 최저임금액을 하한으로 하여 그 금액의 5배까지로 한다고 되어 있어(형사보상법 제5조 제1항, 제2항, 그 시행령 제2조), 구체적인 형사보상금의 액수는 법원의 형사보상결정을 기다려 볼 수밖에 없다. 게다가 형사보상법 제6조 제3항은 “다른 법률에 따라 손해배상을 받을 자가 같은 원인에 대하여 이 법에 따른 보상을 받았을 때에는 그 보상금의 액수를 빼고 손해배상의 액수를 정하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 채권자가 재심무죄판결 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하지는 아니하였더라도 그 기간 내에 형사보상법에 따른 형사보상청구를 한 경우에는 소멸시효의 항변을 저지할 수 있는 권리행사의 ‘상당한 기간’은 이를 연장할 특수한 사정이 있다고 할 것이고, 그때는 형사보상결정 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하면 상당한 기간 내에 권리를 행사한 것으로 볼 수 있다. 다만 이 경우에도 그 기간은 권리행사의 사실상의 장애사유가 객관적으로 소멸된 재심무죄판결 확정일로부터 3년을 넘을 수는 없다고 보아야 한다.

차와는 별도로 독자적인 존재의의를 갖고 있는 것이고, 집행권원의 보유는 피고에 대한 심리적 압박이 되기 때문에 소의 이익을 긍정하여야 할 것이다. 판례도 i) 원고 甲이 乙→丙→丁 순차로 마친 소유권이전등기의 각 말소를 청구하는 소송에서 후순위 등기명의자인 피고 丁에 대하여 이미 패소판결이 확정되었다 해도 선순위 등기명의자인 피고 乙·丙 명의의 등기에 대해 말소를 구할 이익이 있다고 했고(대판 1995.10.12, 94다47483), ii) 甲의 乙에 대한 채권이 丙에 의하여 가압류·가처분 된 경우에 채무자인 甲이 제3채무자인 乙에 대한 이행의 소를 제기할 수 있다고 했다. 즉 이 경우 제3채무자 乙에 대하여 강제집행을 할 수 없을 뿐이고 언젠가는 강제집행을 할 수 있는 집행권원을 얻는 것까지 금할 것은 아니라고 하여 무조건의 이행판결을 구할 수 있다는 것²⁾이다(대판 2002.4.26. 2001다59033).

② (○) : 원고가 이미 승소확정판결을 받아 놓았기 때문에 즉시 강제집행을 할 수 있을 때에는 동일청구에 대한 신소의 제기는 원칙적으로 소의 이익이 없다. 다만 예외적으로 ① 판결원본의 멸실, ② 시효중단의 필요³⁾, ③ 판결내용의 불특정 등 특별한 사정이 있을 때에는 소의 이익이 인정된다.

③ (○) : 확인의 소는 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이

2) 원고의 대여금청구에 대해 피고(제3채무자)는 대여금채권이 압류·전부 또는 압류·추심 되었다고 항변할 수 있다. 즉 압류·전부된 경우에는 피고(제3채무자)에게 전부 명령 송달 시에 소급하여 당연히 전부채권자에게 집행채권이 이전하고 동시에 집행채권 소멸의 효력이 발생하므로 이는 본안에 관한 항변사유이고, 압류·추심된 경우에는 피고(제3채무자)에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기 할 수 있고, 원고(채무자)는 피압류채권에 채권에 대한 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하게 되므로, 이는 소각하의 본안전 항변사유이다. 하지만 대여금채권이 단순히 압류·가압류 되었음을 들어 항변할 수는 없다(대판 2000.4.11. 99다23888).

3) 시효중단 등 특별한 사정이 있어 예외적으로 확정된 승소판결과 동일한 소송물에 관한 신소가 허용되는 경우라 하더라도 신소의 판결이 전소의 승소 확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니되므로, 후소 법원으로서 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 없다. 따라서 피고가 후소에서 전소의 확정된 권리관계를 다투기 위하여는 먼저 전소의 승소 확정판결에 대하여 적법한 추원항소를 제기함으로써 그 기판력을 소멸시켜야 할 것인데, 이는 전소의 소장부분과 판결정본 등이 공식송달의 방법에 의하여 송달되어 피고가 그 책임질 수 없는 사유로 전소에 응소할 수 없었던 경우라고 하여 달리 볼 것이 아니다(대판 2013.4.11. 2012다111340).

그 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때 허용되는바, 근저당권설정자가 근저당권설정계약에 관한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 근저당권설정자로서는 피담보채무가 존재하지 않음을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이므로 별도로 근저당권설정계약에 관한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 할 수 없다(대판 2000.4.11. 2000다5640). 그러나 기본 되는 포괄적 법률관계로부터 파생하는 청구권을 주장하여 이행의 소가 가능한 경우라도, 당해 기본적 권리관계 자체의 확인을 구하는 것은 즉시확정의 필요가 있는 이상 확인의 이익이 있으므로, 의문이 있는 판례이다.

④ (○) : 이혼한 부부 중 일방이 미성년자의 자녀에 대한 양육자 지정청구와 함께 장래의 이행을 청구하는 소로서 양육비 지급을 동시에 청구할 수 있고, 위와 같은 청구에 따라 장래의 양육비 지급을 명한 확정판결이나 이와 동일한 효력이 있는 조정조서나 화해권고결정 등에서 사건본인이 성년에 이르는 전일까지 양육비 지급을 명한 경우 재판의 확정 후 사건본인이 성년에 도달하기 전에 법률의 개정으로 성년에 이르는 연령이 변경되었다면 변경된 성년 연령이 양육비를 지급하는 종료 기준시점이 된다. 따라서 2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되어 2013. 7. 1.부터 시행된 민법 제4조에 의하여 성년에 이르는 연령이 종전 20세에서 19세로 변경되었으므로 법 시행 이전에 장래의 양육비 지급을 명하는 재판이 확정되었다라도 법 시행 당시 사건본인이 아직 성년에 도달하지 아니한 이상 양육비 종료 시점은 개정된 민법 규정에 따라 사건본인이 19세에 이르기 전일까지로 봄이 타당하다(대결 2016.4.2. 2016오2).

3. <정답> ②번

<해설>

① (○) : 어느 분쟁해결을 위하여 적정한 판단을 받을 수 있도록 마련된 보다 더 간편한 절차를 이용할 수 있었음에도 그 절차를 이용하지 않았다는 사정은 소송제기에 있어 소극적 권리보호요건인 직권조사사항이라 할 것이다(대판 2002.9.4. 98다17145).

② (×) : 判例는 원고가 전소에서 일부승소의 확정판결을 받아 놓고 다시 동일한 피고에게 보관금반환청구의 소를 제기한 사안에서 “원고의 이 사건 소 중 그 승소부분에 해당하는 2분의1 부분은 권리보호의 요건을 갖추지 못한 부적법한 것이라 하여 이를 각하

하여야 하고 패소부분에 해당하는 나머지 2분의1 부분은 그와 모순되는 판단을 할 수 없는 것이라 하여 형식적으로 이를 기각하여야 한다(대판 1979.9.11. 79다1275).”고 하여 모순금지설의 입장이다. 따라서 문제의 경우는 청구를 기각하여야 한다. 이와 반대로 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다(대판 2017.11.14. 2017다23066).

③ (○) : 부동산에 관하여 근저당권설정등기가 마쳐졌다가 등기가 위조된 관계서류에 기하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니지만, 부동산이 경매절차에서 매각되면 매각부동산에 존재하였던 저당권은 당연히 소멸하는 것이므로(민사집행법 제91조 제2항, 제268조 참조) 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 근저당목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자 등 권리자의 신청에 따라 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권도 소멸한다. 따라서 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행과 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소송 도중에 근저당목적물인 부동산에 관하여 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면 매각부동산에 설정된 근저당권은 당연히 소멸하므로, 더 이상 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행이나 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구할 법률상 이익이 없게 된다(대판 2014.12.11. 2013다28025).

④ (○) : 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과 징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다(대판[전합] 2014.7.16. 2011다76402).

4. <정답> ④번

<해설>

① (○) : 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 실체법상 별개의 청구권으로 존재하고 그 각 청구권에 기초하여 이행을 구하는 소는

소송법적으로도 소송물을 달리하므로, 채권자로서는 어느 하나의 청구권에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다고 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 다른 나머지 청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 채권자가 먼저 부당이득반환청구의 소를 제기하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 손해 전부에 대하여 승소판결을 얻을 수 있었을 것임에도 우연히 손해배상청구의 소를 먼저 제기하는 바람에 과실상계 또는 공평의 원칙에 기한 책임제한 등의 법리에 따라 그 승소액이 제한되었다고 하여 그로써 제한된 금액에 대한 부당이득반환청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다(대판 2013.9.13. 2013다45457).

② (○) : 이전등기청구사건에 있어서 등기원인을 전소에서는 매매(또는 대물변제)를 후소에서는 취득시효완성을 주장하면서 청구하는 경우, 공격방어방법의 차이가 아니라 등기청구권의 발생원인의 차이라 하여 소송물이 별개라는 전제⁴⁾에서 전소의 기판력은 후소에 미치지 않는다고 본다(대판 1996.8.23. 94다49922). 이에 반해 말소등기소송의 소송물은 등기원인무효를 주장하는 것이면 어느 경우나 막론하고 하나의 소송물로 보아야 하고, 그 원인을 달리 구성한다고 해도 공격방범의 차이에 지나지 않는다⁵⁾고 본다.

③ (○) : 判例는 “불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전소송의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우에 그 소송의 변론종결당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 전소송에서 그 부분에 관한 청구가 유보되어 있지 않다고

4) 소유권이전등기청구사건에 있어서 등기원인을 달리하는 경우에는 그것이 단순히 공격·방어방법의 차이에 불과한 것이 아니고 등기원인별로 별개의 소송물로 인정된다(대판 1996.8.23. 94다49922).

5) 말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효라 할 것으로서 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니라 할 것이므로 전소에서 원고가 주장한 사유나 후소에서 주장하는 사유들은 모두 등기의 원인무효를 뒷받침하는 공격방법에 불과할 것일 뿐 그 주장들이 자체로서 별개의 청구원인을 구성한다고 볼 수 없고 모두 전소의 변론종결 전에 발생한 사유라면 전소와 후소는 그 소송물이 동일하여 후소에서의 주장사유들은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없는 것이다(대판 1993.06.29. 93다11050).

하더라도 이는 전소송의 소송물과는 별개의 소송물이므로 전소송의 기판력에 저촉되는 것이 아니다(대판 1980.11.25. 80다1671).”고 하여 별개의 소송물설의 입장이다.

④ (X) : 원고의 피상속인이 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효임을 주장하지 않고, 자신이 진정한 상속인이고 후행 보존등기로부터 상속을 원인으로 이루어진 소유권이전등기의 명의인은 진정한 상속인이 아니므로 그 소유권이전등기는 무효이고 그에 이어 이루어진 소유권이전등기도 무효라고 주장하여 소유권말소등기의 소를 제기하였다가 그 소가 상속회복청구의 소에 해당하고 제척기간이 경과하였다는 이유로 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효라는 이유로 말소등기를 구하는 원고의 후소는 패소 판결이 확정된 전소와 청구원인을 달리하는 것이어서 전소의 기판력에 저촉되지 않는다(대판 2011.7.14. 2010다107064).

5. <정답> ②번

<해설>

① (X) : 제219조(변론 없이 하는 소의 각하) 부적법한 소로서 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 변론 없이 판결로 소를 각하할 수 있다.

② (O) : 재판장의 보정명령에 대해서는 독립하여 이의신청이나 항고를 할 수 없다. 이 점에서 소장각하명령과 구별된다. 그리고 특별항고도 허용되지 아니한다(대판 2019. 11. 10. 2019포춘 민사소송법 271면).

③ (X) : 제257조(변론 없이 하는 판결) ① 법원은 피고가 제256조제1항의 답변서를 제출하지 아니한 때에는 청구의 원인이 된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결할 수 있다. 다만, 직권으로 조사할 사항이 있거

6) 소장 또는 상소장에 관한 재판장의 인지보정명령은 민사소송법에서 일반적으로 항고의 대상으로 삼고 있는 같은 법 제439조 소정의 ‘소송절차에 관한 신청을 기각한 결정이나 명령’에 해당하지 아니하고, 또 이에 대하여 불복할 수 있음을 정하는 별도의 규정도 없으므로, 그 명령에 대하여는 이의신청이나 항고를 할 수 없다. 뿐만 아니라 인지보정명령에 따른 인지를 보정하지 아니하여 소장이나 상소장이 각하되면 이 각하명령에 대하여 즉시항고로 다룰 수 있으므로, 인지보정명령은 소장 또는 상소장의 각하명령과 함께 상소심의 심판을 받는 중간적 재판의 성질을 가지는 것으로서 민사소송법 제449조에서 특별항고의 대상으로 정하고 있는 ‘불복할 수 없는 명령’에도 해당하지 않는다. 따라서 이 사건 특별항고는 특별항고의 대상이 될 수 없는 재판에 대한 것으로서 부적법하다(대판 2015.03.03. 자 2014그352).

나 판결이 선고되기까지 피고가 원고의 청구를 다투는 취지의 답변서를 제출한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 피고가 청구의 원인이 된 사실을 모두 자백하는 취지의 답변서를 제출하고 따로 항변을 하지 아니한 때에는 제1항의 규정을 준용한다.

④ (X) : 제248조(소제기의 방식) 소는 법원에 소장을 제출함으로써 제기한다. 제4조(구술에 의한 소의 제기) ① 소는 구술로써 이를 제기할 수 있다. ② 구술로써 소를 제기하는 때에는 법원서기관.법원사무관.법원주사 또는 법원주사보(이하 "법원사무관등"이라 한다)의 면전에서 진술하여야 한다.<개정 2001.1.29.> ③ 제2항의 경우에 법원사무관등은 제소조서를 작성하고 이에 기명날인하여야 한다.<개정 2001.1.29.>

6. <정답> ②번

<해설>

① (X) : 대판[전합] 2018.7.19. 2018다22008 - 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로, 승소 확정판결을 받은 당사자가 그 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소(前訴)와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우 그 후소(後訴)는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다. 하지만 예외적으로 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효중단을 위한 소는 소의 이익이 있다(대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카1761 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2005다74764 판결 등 참조). 이러한 법리는 현재에도 여전히 타당하다. 다른 시효중단사유인 압류, 가압류나 승인 등의 경우 이를 1회로 제한하고 있지 않음에도 유독 재판상 청구의 경우만 1회로 제한되어야 한다고 보아야 할 합리적인 근거가 없다. 또한 확정판결에 의한 채무라 하더라도 채무자가 파산이나 회생제도를 통해 이로부터 전부 또는 일부 벗어날 수 있는 이상, 채권자에게는 시효중단을 위한 재소를 허용하는 것이 균형에 맞다.

② (O) : 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 승소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 승소 확정판결의 전소(前訴)와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 후소(後訴)는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다. 하지만 예외적으로 확정판결에 의한 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박한 경우에는 그 시효

중단을 위한 소는 소의 이익이 있다(대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카1761 판결, 대법원 2018. 7. 19. 선고 2018다22008 전원합의체판결 등 참조). 이는 승소판결이 확정된 후 그 채권의 소멸시효기간인 10년의 경과가 임박하지 않은 상태에서 굳이 다시 동일한 소를 제기하는 것은 확정판결의 기판력에 비추어 권리보호의 이익을 인정할 수 없으나, 그 기간의 경과가 임박한 경우에는 시효중단을 위한 필요성이 있으므로 후소를 제기할 소의 이익을 인정하는 것이다. 한편 시효중단을 위한 후소의 판결은 전소의 승소 확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원으로서서는 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 없으나(위 2018다22008 전원합의체판결 등 참조), 위 후소 판결의 기판력은 후소의 변론종결시를 기준으로 발생하므로, 전소의 변론종결 후에 발생한 변제, 상계, 면제 등과 같은 채권소멸사유는 후소의 심리대상이 된다. 따라서 채무자인 피고는 후소 절차에서 위와 같은 사유를 들어 항변할 수 있고 심리결과 그 주장이 인정되면 법원은 원고의 청구를 기각하여야 한다. 이는 채권의 소멸사유 중 하나인 소멸시효 완성의 경우에도 마찬가지이다. 이처럼 판결이 확정된 채권의 소멸시효기간의 경과가 임박하였는지 여부에 따라 시효중단을 위한 후소의 권리보호이익을 달리 보는 취지와 채권의 소멸시효 완성이 갖는 효과 등을 고려해 보면, 시효중단을 위한 후소를 심리하는 법원으로서서는 전소 판결이 확정된 후 소멸시효가 중단된 적이 있어 그 중단사유가 종료한 때로부터 새로이 진행된 소멸시효기간의 경과가 임박하지 않아 시효중단을 위한 재소(再訴)의 이익을 인정할 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 후소가 전소 판결이 확정된 후 10년이 지나 제기되었다 하더라도 곧바로 소의 이익이 없다고 하여 소를 각하해서는 아니 되고, 채무자인 피고의 항변에 따라 원고의 채권이 소멸시효 완성으로 소멸하였는지에 관한 본안판단을 하여야 한다(대판 2019.1.17. 2018다24349).

③ (X) : 확인의 소에 있어서 법원이 확인의 이익이 없다는 이유로 소를 각하한다고 하지 아니하고 청구를 기각한다는 판결을 한 경우에도 그 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니므로 판결의 위와 같은 주문의 표현을 들어 파기사유로 주장할 수 없다(대판 1979. 11. 27. 79다575 ; 대판 1992.11.24. 91

7) 시효중단을 위한 후소가 전소 판결 확정 후 10년이 지나 제기되더라도 곧바로 소의 이익이 없다고 하여 각하해서는 아니 되고, 채무자인 피고의 항변에 따라 원고의 채권이 소멸시효 완성으로 소멸하였는지에 관한 본안판단을 하여야 한다는 이유로, 직권으로 소를 각하한 1심을 유지한 원심은 잘못이나, 피고의 소멸시효 완성 주장에 따라 원고의 청구는 결과적으로 기각될 것이 분명하여 불이익변경금지의 원칙에 따라 상고를 기각한 사례

다29026 ; 1993.7.13. 92다48857).

④ (X) : 대판(전합) 2018.10.18. 2015다232316 : 종래 대법원은 시효중단사유로서 재판상의 청구에 관하여 반드시 권리 자체의 이행청구나 확인청구로 제한하지 않을 뿐만 아니라, 권리자가 재판상 그 권리를 주장하여 권리 위에 잡자는 것이 아님을 표명한 것으로 볼 수 있는 때에는 널리 시효중단사유로서 재판상의 청구에 해당하는 것으로 해석하여 왔다. 이와 같은 법리는 이미 승소 확정판결을 받은 채권자가 그 판결상 채권의 시효중단을 위해 후소를 제기하는 경우에도 동일하게 적용되므로, 채권자가 전소로 이행청구를 하여 승소 확정판결을 받은 후 그 채권의 시효중단을 위한 후소를 제기하는 경우, 그 후소의 형태로서 항상 전소와 동일한 이행청구만이 시효중단사유인 ‘재판상의 청구’에 해당한다고 볼 수는 없다. 시효중단을 위한 이행소송은 다양한 문제를 야기한다. 그와 같은 문제들의 근본적인 원인은 시효중단을 위한 후소의 형태로 전소와 소송물이 동일한 이행소송이 제기되면서 채권자가 실제로 의도하지도 않은 청구권의 존부에 관한 실제 심리를 진행하는 데에 있다. 채무자는 그와 같은 후소에서 전소 판결에 대한 청구이의사유를 조기에 제출하도록 강요되고 법원은 불필요한 심리를 해야 한다. 채무자는 이중집행의 위험에 노출되고, 실질적인 채권의 관리·보전비용을 추가로 부담하게 되며 그 금액도 매우 많은 편이다. 채권자 또한 자신이 제기한 후소의 적법성이 10년의 경과가 임박하였는지 여부라는 불명확한 기준에 의해 좌우되는 불안정한 지위에 놓이게 된다. 이처럼 시효중단을 위한 이행소송은 이를 제기한 채권자의 의사에도 부합하지 않을 뿐만 아니라 채권자와 채무자의 법률적 지위마저 불안정하게 한다. 그럼에도 시효중단을 위한 후소로서 이행소송만이 제기되어 온 것은 종래 ‘재판상의 청구’의 가장 전형적인 형태가 이행소송이라고 하는 고정관념에 따라 확정판결의 기판력과 집행력에 관한 깊이 있는 고찰 없이 단지 기판력 저축을 우회하는 수단으로서 시효완성이 임박했다는 모호한 기준에 기초하여 이를 규율해 오면서도, 보다 적정하고 효율적인 절차적 도구를 고안함으로써 위와 같은 불합리를 시정하려는 노력을 기울이지 않은 데 그 원인이 있다. 위와 같은 종래 실무의 문제점을 해결하기 위해서, 시효중단을 위한 후소로서 이행소송 외에 전소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 조치, 즉 ‘재

판상의 청구'가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 '새로운 방식의 확인소송'이 허용되고, 채권자는 두 가지 형태의 소송 중 자신의 상황과 필요에 보다 적합한 것을 선택하여 제기할 수 있다고 보아야 한다⁸⁾.

7. <정답> ④번

<해설>

① (X) : 민법 제275조, 제276조 제1항에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다. 따라서 비법인사단인 재건축조합의 조합장이 채무보증계약을 체결하면서 조합규약에서 정한 조합 임원회의 결의를 거치지 아니하였다거나 조합원총회 결의를 거치지 않았다고 하더라도 그것만으로 바로 그 보증계약이 무효라고 할 수는 없다. 다만, 이와 같은 경우에 조합 임원회의 결의 등을 거치도록 한 조합규약은 조합장의 대표권을 제한하는 규정에 해당하는 것이므로, 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그 거래행위가 무효로 된다고 봄이 상당하며, 이 경우 그 거래 상대방이 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 알지 못한 데에 과실이 있다는 사정은 그 거래의 무효를 주장하는 측이 이를 주장·입증하여야 한다(대판[전합] 2007.04.19. 2004다60072).

② (X) : 법인이 당사자인 사건에 있어서 그 법인의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 소송 요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서 그 판단의 기초 자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 이미 제출된 자료들에 의하여 그 대표권의 적법성에 의심이 갈 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하

8) 앞으로 실무에서 새로운 방식의 확인소송이 시효중단을 위한 후소의 원칙적인 모습이 되는 것이 바람직하다는 취지의 대법관 이기택의 다수의견에 대한 보충의견이 있음.

여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다 할 것이고, 이는 당사자가 비법인사단인 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대판 2009.12.10. 2009다22846).

③ (X) : 자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 중중이라도 그와 같은 비법인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정된다 할 것이고 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결 시를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2013.01.10. 2011다64607).

④ (O) : 제451조 【제심사유】 ① 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 중국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다(제심의 소의 보충성). 3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다.

8. <정답> ①번

<해설>

① (O) : 사실혼관계에 있던 당사자 일방이 사망하였더라도, 현재적 또는 잠재적 법적 분쟁을 일거에 해결하는 유효 적절한 수단이 될 수 있는 한, 그 사실혼관계존부확인청구에는 확인의 이익이 인정되고, 이러한 경우 친생자관계존부확인청구에 관한 민법 제865조와 인지청구에 관한 민법 제863조의 규정을 유추적용하여, 생존 당사자는 그 사망을 안 날로부터 1년 내(현재는 2년)에 검사를 상대로 과거의 사실혼관계에 대한 존부확인청구를 할 수 있다고 보아야 한다(대판 1995.3.28, 94므1447).

② (X) : 판결에 의하여 불안을 제거함으로써 원고의 법률상의 지위에 영향을 줄 수 있는 경우이어야 한다. 특히 납세의무자가 무자력이거나 그 소재가 불명하여 압류의 집행에도 착수할 수 없는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 조세징수권의 소멸시효 중단을 위하여 납세의무자를 상대로 조세채권 존재확인의 소를 제기할 수 있으며, 과세주체가 소멸시효 중단을 위하여 납세의무자를 상대로 제기한 조세채권확인의 소는 공법상 당사자소송에 해당한다(대판 2020.3.2. 2017두41771).

③ (X) : 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 당사자는 확정된 판결과 동일한 소송물에 기하여 신소

를 제기할 수 없는 것이 원칙이나, 시효중단 등 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 신소가 허용되는데, 이러한 경우에 신소의 판결이 전소의 승소확정 판결의 내용에 저촉되어서는 아니 되므로, 후소 법원 으로서는 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 없다(대판 2018. 4. 24. 2017다293858).

④ (X) : 저당권설정계약에 의한 피담보채무의 부존재 확인청구와 함께 그 저당권설정등기의 말소청구를 한 경우에 피담보채무의 부존재를 이유로 그 등기말소청구를 하면 되고 별도로 그 채무부존재확인 청구는 확인의 이익이 없고(대판 2000.4.11. 2000다5640), 매도인이 매수인의 미등기건물을 매수하였을 때 매도인은 매수인에게 소유권이전등기의 이행을 구하면 되고 그 건물에 대한 사용·수익·처분권이 자신에게 있다는 확인 청구는 확인의 이익 없다(대판 2008.7.10. 2005다41153).

9. <정답> ③번

<해설>

① (O) : 부제소합의에 위반한 소제기의 경우 피고는 계약위반으로 손해배상을 청구할 수 있으며, 합의의 존재를 주장·입증하여 권리보호이익이 없다는 이유로 소각하 판결을 받을 수 있다(학변권발생설). 다만 최근에는 “특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의(이하 ‘부제소 합의’라고 한다)한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로, 소가 부제소 합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다(대판 2013.11.28. 2011다80449).”고 판시한다. 그리고 “부제소 합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것으로서 그 합의 시에 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하고, 그 효력의 유무나 범위를 둘러싸고 이견이 있을 수 있는 경우에는 당사자의 의사를 합리적으로 해석한 후 이를 판단하여야 한다. 따라서 당사자들이 부제소 합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는는

그와 같은 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 부제소 합의를 하게 된 동기 및 경위, 그 합의에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등에 관하여도 충분히 심리할 필요가 있다. 법원이 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소 합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것으로서 석명 의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다.”고 한다.”고 한다.

② (O) : 재심무죄판결이 확정된 경우에 채권자로서는 민사상 손해배상청구에 앞서, 그보다 간이한 절차라고 할 수 있는 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’(이하 ‘형사보상법’이라 한다)에 따른 형사보상을 먼저 청구할 수 있다(대판 2013. 12. 12. 2013다2018449).

9) 국가기관이 수사과정에서 한 위법행위 등으로 수집한 증거 등에 기초하여 공소가 제기되고 유죄의 확정판결까지 받았으나 재심사유의 존재 사실이 뒤늦게 밝혀짐에 따라 재심절차에서 무죄판결이 확정된 후 국가기관의 위법행위 등을 원인으로 국가를 상대로 손해배상을 청구하는 경우, 재심절차에서 무죄판결이 확정될 때까지는 채권자가 손해배상청구를 할 것을 기대할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었다고 볼 것이다. 따라서 이러한 경우 채무자인 국가의 소멸시효 완성의 항변은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없다. 다만 채권자는 특별한 사정이 없는 한 그러한 장애가 해소된 재심무죄판결 확정일로부터 민법상 시효정지의 경우에 준하는 6개월의 기간 내에 권리를 행사하여야 한다. 이때 그 기간 내에 권리행사가 있었는지는 원칙적으로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였는지 여부를 기준으로 판단할 것이다. 다만 재심무죄판결이 확정된 경우에 채권자로서는 민사상 손해배상청구에 앞서, 그보다 간이한 절차라고 할 수 있는 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’(이하 ‘형사보상법’이라 한다)에 따른 형사보상을 먼저 청구할 수 있다. 그런데 형사보상 금액은 구금의 종류 및 기간의 장단 등 관련되는 모든 사정을 고려하여 산정하되, 구금 1일 당 보상금 지급한도를 보상청구의 원인이 발생한 해의 최저임금법에 따른 일급 최저임금액을 하한으로 하여 그 금액의 5배까지로 한다고 되어 있어(형사보상법 제5조 제1항, 제2항, 그 시행령 제2조), 구체적인 형사보상금의 액수는 법원의 형사보상결정을 기다려 볼 수밖에 없다. 게다가 형사보상법 제6조 제3항은 “다른 법률에 따라 손해배상을 받을 자가 같은 원인에 대하여 이 법에 따른 보상을 받았을 때에는 그 보상금의 액수를 빼고 손해배상의 액수를 정하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 채권자가 재심무죄판결 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하지는 아니하였더라도 그 기간 내에 형사보상법에 따른 형사보상청구를 한 경우에는 소멸시효의 항변을 저지할 수 있는 권리행사의 ‘상당한 기간’은 이를 연장할 특수한 사정이 있다고 할 것이고, 그때는 형사보상결정 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하면 상당한 기간 내에 권리를 행사한 것으로 볼

③ (X) : 근저당권자가 근저당권의 피담보채무의 확정을 위하여 스스로 몰상보증인을 상대로 확인의 소를 제기하는 것이 부적법하다고 볼 것은 아니며, 몰상보증인이 근저당권자의 채권에 대하여 다투고 있을 경우 그 분쟁을 종국적으로 종식시키는 유일한 방법은 근저당권의 피담보채권의 존부에 관한 확인의 소라고 할 것이므로, 근저당권자가 몰상보증인을 상대로 제기한 확인의 소는 확인의 이익이 있어 적법하다(대판 2004. 3. 25. 2002다20742).

④ (O) : 판례는 “공동상속인전원이 당사자가 되어야 할 경우에 그 1인만이 원고가 되어 한 소유권이전등기말소청구는 부적법하여 각하되어야 함에도 불구하고 이를 기각한 것은 법률적용을 그릇한 것으로서 파기를 면할 수 없다(대판 1957.5.2. 4289민상379 등).”고 하여 소송요건심사의 선순위성을 긍정한다.

10. <정답> ④번

<해설>

① (X) : 채무자가 피담보채무 전액을 변제하였다고 하거나, 피담보채무의 일부가 남아 있음을 시인하면서 그 변제와 상환으로 담보목적으로 경료된 소유권이전등기의 회복을 구하고 채권자는 그 소유권이전등기가 담보목적으로 경료된 것임을 다투고 있는 경우, 채무자의 청구 중에는 만약 위 소유권이전등기가 담보목적으로 경료된 것이라면 소송과정에서 밝혀진 잔존 피담보채무의 지급을 조건으로 그 소유권이전등기의 회복을 구한다는 취지까지 포함되어 있는 것으로 해석하여야 할 것이고, 이러한 경우에는 장래 이행의 소로서 미리 청구할 필요가 있다고 보아야 할 것이다(대판 1996.11.12., 96다33938).

② (X) : 判例는 채무의 이행기가 장래에 도래하고 그 불이행사유가 계속하여 존속될 것이 변론종결 시에 확정적으로 예정할 수 있어야 한다고 판시한다. 이러한 취지에서 지방자치단체가 사유지를 도로로 무단점유·사용한 사례에서 “시가 위 토지를 매수할 때까지”로 기간을 정한 장래의 차임 상당 부당이득반환청구는 허용되지 않는다(대판 1991.10.8. 91다17139)고 하였으나, “도로의 폐쇄에 의한 피고의 점유 종료일 또는 원고의 이 사건 도로에 대한 소유권상실일까지”의 이행기 도래분에 대한 장래 부당이득반환청구(대판 1993.3.9. 91다46717)는 긍정하고 있다. 즉 민사소송법 제251조는 “장래에 이행할 것을 청구

하는 소는 미리 청구할 필요가 있어야 제기할 수 있다.”라고 정하고 있다. 채무자의 태도나 채무의 내용과 성질에 비추어 채무의 이행기가 도래하더라도 채무자의 이행을 기대할 수 없다고 판단되는 경우에는 미리 청구할 필요가 있다고 보아야 한다. 장래에 채무의 이행기가 도래할 예정인 경우에도 채무불이행 사유가 언제까지 존속할 것인지가 불확실하여 변론종결 당시에 확정적으로 채무자가 책임을 지는 기간을 예정할 수 없다면 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없다. 그러나 채무의 이행기가 장래에 도래할 예정이고 그때까지 채무불이행 사유가 계속 존속할 것이 변론종결 당시에 확정적으로 예정되어 있다면, 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 있다(대판 2018. 7. 26. 2018다227551).

③ (X) : 이행보증보험계약에 있어서 구상금채권의 발생의 기초가 되는 법률상·사실상 관계가 변론종결 당시까지 존재하고 있고, 그러한 상태가 앞으로도 계속될 것으로 예상되며, 구상금채권의 존부에 대하여 다툼이 있어 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급하더라도 보험계약자와 구상금채무의 연대보증인들의 채무이행을 기대할 수 없음이 명백한 경우 장래 이행보증보험금지급을 조건으로 미리 구상금지급을 구하는 장래이행의 소가 적법하다(대판 2004. 1. 15. 2002다3891).

④ (O) : 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(대판 2019. 2. 14. 2015다244432).

수 있다. 다만 이 경우에도 그 기간은 권리행사의 사실상의 장애사유가 객관적으로 소멸된 재심무죄판결 확정일로부터 3년을 넘을 수는 없다고 보아야 한다.

11. <정답> ①번

<해설>

① (X) : 가장 임차인의 배당요구가 받아들여져 제1 순위로 허위의 임차보증금에 대한 배당이 이루어졌으나 이해관계인들의 배당이익이 없어 그대로 배당표가 확정된 후 그 사실을 알게 된 후순위 진정 채권자에 의해 그 배당금지청구권이 가압류되어 가장 임차인이 현실적으로 배당금을 추심하지 못한 경우, 배당을 받지 못한 후순위 진정 채권자로서는 배당금지청구권을 부당이득한 가장 임차인을 상대로 그 부당이득 채권의 반환을 구하는 것이 손실자로서의 권리 또는 지위의 불안·위험을 근본적으로 해소할 수 있는 유효·적절한 방법이므로, 후순위 진정 채권자가 가장 임차인을 상대로 배당금지청구권 부존재확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다는 이유로, 이와 달리 그 부존재확인청구에 확인의 이익이 있다고 인정한 원심을 파기한 사례(대판 1996.11.22. 96다34009).

② (O) : 채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게 됨으로써 유치권이 성립하였다면, 유치권자가 그 유치권을 저당권자 등에 대하여 주장하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반하는 권리행사 또는 권리남용으로서 허용되지 아니한다. 그리고 저당권자 등은 경매절차 기타 채권실행절차에서 위와 같은 유치권을 배제하기 위하여 그 부존재의 확인 등을 소로써 청구할 수 있다고 할 것이다(대판 2011.12.22. 2011다84298).

③ (O) : 협의이혼으로 혼인관계가 해소된 경우에도 협의이혼은 소급효가 없으므로, 과거의 혼인무효확인 청구는 현재의 법률관계에 영향을 미치고 있다면 예외적으로 권리보호이익이 있다.

④ (O) : 채무자와 수익자 사이의 근저당권설정계약이 사해행위인 이상 그 근저당권 실행에 따른 경매절차에서 타인이 소유권을 취득함으로써 근저당권설정등기

가 말소되었다고 하더라도 수익자로 하여금 근저당권자로서 배당을 받게 하는 것은 민법 제406조 제1항의 취지에 반하므로, 수익자에게 그와 같은 부당한 이익을 보유시키지 않기 위하여 그 근저당권설정등기로 말미암아 해를 입게 되는 채권자는 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다. 한편 채무자가 사해행위로 인한 근저당권 실행으로 경매절차가 진행 중인 부동산을 매각하고, 그 대금으로 근저당권자인 수익자에게 피담보채무를 변제함으로써 그 근저당권설정등기가 말소된 경우에 위와 같은 변제는 특별한 사정이 없는 한 근저당권의 우선변제권 이행으로 일반 채권자에 우선하여 된 것이라고 봄이 타당하므로, 근저당권이 실행되어 경매절차에서 근저당권설정등기가 말소된 경우와 마찬가지로 수익자로 하여금 근저당권 말소를 위한 변제 이익을 보유하게 하는 것은 부당하다. 따라서 이 경우에도 근저당권설정등기로 말미암아 해를 입게 되는 채권자는 원상회복을 위하여 사해행위인 근저당권설정계약의 취소를 구할 이익이 있다(대판 2012.11.15. 2012다65058).

12. <정답> ③번

<해설>

① (O) : 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. 선행판결이나 약정에 따른 의무 위반을 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 영업비밀침해를 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구와는 그 요건과 증명 책임을 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(대판 2020.1.30. 2015다49422).

② (O) : 저작인격권이나 저작재산권을 이루는 개별적인 권리들은 저작인격권이나 저작재산권이라는 동일한 권리의 한 내용에 불과한 것이 아니라 각 독립적인 권리로 파악하여야 하므로 위 각 권리에 기한 청구는 별개의 소송물이 된다(대

판 2013.7.12. 2013다22775).

③ (X) : 이전등기청구사건에 있어서 등기원인을 전소에서 매매(또는 대물변제)를 후소에서는 취득시효완성을 주장하면서 청구하는 경우, 공격방어방법의 차이가 아니라 등기청구권의 발생원인의 차이라 하여 소송물이 별개라는 전제에서 전소의 기판력은 후소에 미치지 않는다(대판 1991.1.15. 88다카19002·19019). 하지만 말소등기소송의 소송물은 등기원인무효를 주장하는 것이면 어느 경우나 막론하고 하나의 소송물로 보아야 하고, 그 원인을 달리 구성한다고 해도 공격방어방법의 차이에 불과하여 별개의 청구원인을 구성한다고 볼 수 없다(대판 1999.9.17. 97다54024). 다만 최근에는 “원고의 피상속인이 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효임을 주장하지 않고, 자신이 진정한 상속인이고 후행 보존등기로부터 상속을 원인으로 이루어진 소유권이전등기의 명의인은 진정한 상속인이 아니므로 그 소유권이전등기는 무효이고 그에 이어 이루어진 소유권이전등기도 무효라고 주장하여 소유권말소등기의 소를 제기하였다가 그 소가 상속회복청구의 소에 해당하고 제척기간이 경과하였다는 이유로 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효라는 이유로 말소등기를 구하는 원고의 후소는 패소 판결이 확정된 전소와 청구원인을 달리하는 것이어서 전소의 기판력에 저촉되지 않는다”¹⁰⁾(대판

10) ☞ 기판력의 작용과 소송물동일관계

[1] 동일한 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권 보존등기가 마쳐진 경우 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효로 되지 않는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 실제관계에 부합하는지를 가릴 것 없이 1부동산 1등기용지주의의 법리에 비추어 무효이므로, 선행 보존등기로부터 소유권이전등기를 한 소유자의 상속인이 후행 보존등기나 그에 기하여 순차로 이루어진 소유권이전등기 등의 후속등기가 모두 무효라는 이유로 등기의 말소를 구하는 소는, 후행 보존등기로부터 이루어진 소유권이전등기가 참칭상속인에 의한 것이어서 무효이고 따라서 후속등기도 무효임을 이유로 하는 것이 아니라 후행 보존등기 자체가 무효임을 이유로 하는 것이므로 상속회복청구의 소에 해당하지 않는다.

[2] 원고의 피상속인이 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효임을 주장하지 않고, 자신이 진정한 상속인이고 후행 보존등기로부터 상속을 원인으로 이루어진 소유권이전등기의 명의인은 진정한 상속인이 아니므로 그 소유권이전등기는 무효이고 그에 이어 이루어진 소유권이전등기도 무효라고 주장하여 소유권말소등기의 소를 제기하였다가 그 소가 상속회복청구의 소에 해당하고 제척기간이 경과하였다는 이유로 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효라는 이유로 말소등기를 구하는 원고의 후소는 패소 판결이 확정된 전소와 청구원인을 달리하는 것이어서 전소의 기판력에 저촉되지 않는다.

[3] 동일한 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권

2011.7.14. 2010다107064).”고 한 것이 있다.

④ (O) : 주주총회결의 취소의 소는 상법 376조(결의 취소의 소)에 따라 결의의 날로부터 2월내에 제기하여야 할 것이나, 동일한 결의에 관하여 부존재확인 소가 상법 376조(결의취소의 소) 소정의 제소기간 내에 제기되어 있다면, 동일한 하자를 원인으로 하여 결의의 날로부터 2월이 경과한 후 취소소송으로 소를 변경하거나 추가한 경우에도 부존재확인 소 제기에 제기된 것과 동일하게 취급하여 제소기간을 준수한 것으로 보아야 한다(대판 2003. 7. 11, 2001다45584).

13. <정답> ③번

<해설>

① (O) : 법원은 피고에게 소장의 부분을 송달할 때에 제1항 및 제2항의 규정에 따라 변론 없이 판결을 선고할 기일을 함께 통지할 수 있다(제257조 3항).

② (O) : 원고가 보정명령에서 정해진 기간 내에 피고의 새 주소를 적어내지 않았더라도 공시송달 또는 집행관·법정경위에 의한 송달을 신청한 경우에는 바로 소장각하명령을 하지 않고 그 신청에 따른 절차를 진행하여야 한다[법원실무제요(II), 71면].

③ (X) : 법인인 소송당사자에게 효과가 발생할 소송행위는 그 법인을 대표하는 자연인의 행위거나 그 자연인에 대한 행위라야 할 것이므로 소송당사자인 법인에 의 소장, 기일통지서 및 판결 등 서류는 그 대표자에게 송달하여야 하는 것이니 그 대표자의 주소, 거소에 하는 것이 원칙이고, 법인의 영업소나 사무소에도 할 수 있으나, 법인의 대표자의 주소지가 아닌 소장에

보존등기가 마쳐진 경우 선행 보존등기가 원인무효가 되지 않는 한 후행 보존등기는 실제관계에 부합하는지에 관계없이 무효라는 법리는 후행 보존등기 또는 그에 기하여 이루어진 소유권이전등기의 명의인이 당해 부동산의 소유권을 원시취득 한 경우에도 그대로 적용된다. 따라서 선행 보존등기가 원인무효가 아니어서 후행 보존등기가 무효인 경우 후행 보존등기에 기하여 소유권이전등기를 마친 사람이 그 부동산을 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유하여 점유취득시효가 완성되었더라도, 후행 보존등기나 그에 기하여 이루어진 소유권이전등기가 실제관계에 부합한다는 이유로 유효로 될 수 없고, 선행 보존등기에 기한 소유권을 주장하여 후행 보존등기에 터잡아 이루어진 등기의 말소를 구하는 것이 실제적 권리 없는 말소청구에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2011.7.14. 2010다107064).

기재된 법인의 주소지로 발송하였으나 이사불명으로 송달불능된 경우에는, 원칙으로 되돌아가 원고가 소를 제기하면서 제출한 법인등기부등본 등에 나타나 있는 법인의 대표자의 주소지로 소장 부분 등을 송달하여 보고 그 곳으로도 송달되지 않을 때에 주소 보정을 명하여야 하므로, 법인의 주소지로 소장 부분을 송달하였으나 송달불능되었다는 이유만으로 그 주소 보정을 명한 것은 잘못이므로 그 주소 보정을 하지 아니하였다는 이유로 한 소장각하명령은 위법하다(대결 1997.5.19, 97마600).

④ (○) : 판례는 최근에 “인지 등 보정명령에 따른 인지 등 상당액의 현금 납부에 관하여는 송달료규칙 제3조에 정한 송달료 수납은행에 현금을 납부한 때에 인지 등 보정의 효과가 발생하는 것(대결 2007.3.30, 자 2007마80).”이라고 하여 보정시설(비소급설)의 입장이다.

14. <정답> ①번

<해설>

① (X) : 인지와 송달료는 납부절차, 관리주체, 납부금액의 처리방법 등에 차이가 있는 점 등을 고려하면, 신청인이 인지의 보정명령에 따라 인지액 상당의 현금을 수납은행에 납부하면서 잘못하여 인지로 납부하지 아니하고 송달료납부서에 의하여 송달료로 납부한 경우에는 인지가 납부되었다고 할 수 없어 인지 보정의 효과가 발생되지 아니한다. 그러나 이 경우 신청인은 인지의 보정명령을 이행하기 위하여 인지액 상당의 현금을 수납은행에 납부한 것이고, 그 결과 인지 보정과 유사한 외관이 남게 되어 이를 객관적으로 인식할 수 있는 점, 인지와 송달료의 납부기관이 수납은행으로 동일하여 납부 과정에서 혼동이 생길 수 있는 점, 신청인에게 인지 납부 과정의 착오를 시정할 수 있는 기회를 제공함이 정의관념에 부합하는 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 인지액 상당의 현금을 송달료로 잘못 납부한 신청인에게는 다시 인지를 보정할 수 있는 기회를 부여함이 타당하다. 따라서 소장 등을 심사하는 재판장으로서의 인지 보정명령 이후 수납은행의 영수필확인서 및 영수필통지서가 보정기간 내에 제출되지 아니하였다 하더라도 곧바로 소장이나 상소장을 각하하여서는 아니 되고, 인지액 상당의 현금이 송달료로 납부된 사실이 있는지를 관리은행 또는 수

납은행에 전산 기타 적당한 방법으로 확인한 후, 만일 그러한 사실이 확인되는 경우라면 신청인에게 인지를 보정하는 취지로 송달료를 납부한 것인지에 관하여 석명을 구하고 다시 인지를 보정할 수 있는 기회를 부여하여야 한다. 이러한 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 소장이나 상소장을 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다(대결 2014.04.30. 자 2014마76).

② (○) : 보정명령서에 보정기한이 공란으로 되어있어 보정기간이 언제까지라고 지정된 바 없다면 이는 적법한 보정명령이라고 할 수 없다(대결 1980.06.12. 자 80마160).

③ (○) : 판례는 항소심에 관한 것이기는 하나 “민사소송법 제402조의 취지는 항소심재판장은 항소심변론에 들어가기전에 먼저 항소장을 심사하여 그 흠결을 발견하면 그 보정을 명하고 이에 불응할 때 명령으로 항소장을 각하하라는 것이니...(대결 1973.10.26, 73마641)”라고 하여 변론개시시설의 입장이다.

④ (○) : 재판장의 보정명령에 대해서는 독립하여 이의신청이나 항고를 할 수 없다. 이 점에서 소장각하명령과 구별된다.

15. <정답> ④번

<해설>

① (○) : 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 된다¹¹⁾(대판(전)

1992.11.10, 92다4680].

② (○) : 점유취득시효의 개시일이 주요사실인가가 문제되는데, 통설·판례인 법규기준설에 의할 경우 ① 소멸시효의 기산점(민법 제166조)과 달리 민법 제245조에서 점유취득시효의 기산일을 규정하고 있지 아니하며 ② 점유취득시효는 기산점을 어떻게 잡느냐에 따라 제3자의 이익과 관련이 있게 되므로 이는 법원이 직권으로 판단할 수 있는 간접사실로 보는 것이 타당하다(통설, 판례).

③ (○) : 판례는 “부기등기에 의하여 이전된 근저당권 또는 가등기 등의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고적격이 없다(대판 2000.4.11, 2000다5640 등).”고 하여 이런 경우 소를 각하해야 한다고 본다(소각하설).

④ (×) : 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 1994.2.25, 93다39225 등).”라고 한다.

16. <정답> ①번

<해설>

① (X) : 형사소송법은 적용되지 아니한다.

민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률
제3조(적용 범위)
이 법은 다음 각 호의 법률에 따른 절차에 적용한다.
1. 「민사소송법」(제5편은 제외한다)
2. 「가사소송법」
3. 「행정소송법」
4. 「특허법」(제9장에 한정한다)
5. 「민사집행법」
6. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」
7. 「비송사건절차법」

11) 그리고 이 전원합의제 판례는 “소유권이전등기청구권에 대한 압류나 가압류는 채권에 대한 것이지 등기청구권의 목적물인 부동산에 대한 것이 아니고, 채무자와 제3채무자에게 결정을 송달하는 외에 현행법상 등기부에 이를 공시하는 방법이 없는 것으로서 당해 채권자와 채무자 및 제3채무자 사이에만 효력을 가지며, 압류나 가압류와 관계가 없는 제3자에 대하여는 압류나 가압류의 처분금지적 효력을 주장할 수 없으므로 소유권이전등기청구권의 압류나 가압류는 청구권의 목적물인 부동산 자체의 처분을 금지하는 대물적 효력은 없다 할 것이고, 제3채무자나 채무자로부터 소유권이전등기를 넘겨받은 제3자에 대하여는 취득한 등기가 원인무효라고 주장하여 말소를 청구할 수 없다.”고 한다. 그리고 “부동산소유권이전등기청구권의 가압류는 채무자 명의로 소유권을 이전하여 이에 대하여 강제집행을 할 것을 전제로 하고 있으므로 소유권이전등기청구권을 가압류하였다 하더라도 어떠한 경우로 제3채무자로부터 채무자 명의로 소유권이전등기가 마쳐졌다면 채권자는 부동산 자체를 가압류하거나 압류하면 될 것이지 등기를 말소할 필요는 없다.”고 한다.

8. 제1호부터 제7호까지의 법률을 적용하거나 준용하는 법률

② (○) : 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “전자문서”란 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되거나 변환되어 송신·수신 또는 저장되는 정보를 말한다.

③ (○) : 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률 제11조

제11조(전자적 송달 또는 통지) ① 법원사무관등은 송달이나 통지를 받을 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 전산정보처리시스템에 의하여 전자적으로 송달하거나 통지할 수 있다.
1. 미리 전산정보처리시스템을 이용한 민사소송 등의 진행에 동의한 등록사용자로서 대법원규칙으로 정하는 자인 경우
2. 전자문서를 출력한 서면이나 그 밖의 서류를 송달받은 후 등록사용자로서 전산정보처리시스템을 이용한 민사소송등의 진행에 동의한 자인 경우
3. 등록사용자가 국가, 지방자치단체, 그 밖에 그에 준하는 자로서 대법원규칙으로 정하는 자인 경우
③ 제1항에 따른 송달은 법원사무관등이 송달할 전자문서를 전산정보처리시스템에 등재하고 그 사실을 송달받을 자에게 전자적으로 통지하는 방법으로 한다.

④ (○) : 전자소송규칙 제10조(전자소송 동의의 효력 기간과 철회) ① 전자소송 동의는 당해 사건이 확정될 때까지 효력이 있다. 다만 소송대리인의 전자소송 동의는 당해 심급에만 효력이 있으나, 원심과 상소심의 소송대리인이 동일인일 때에는 상소심에도 효력이 있다. ② 전자소송 동의를 한 등록사용자는 재판장등의 허가를 받아 전자소송 동의를 철회하거나 그 철회를 취소할 수 있다.

17. <정답> ③번

<해설> - 2019 주사보

① (○) : 실무제요[Ⅱ], 609면.

② (○) : 제12조 (법인이 아닌 사단 등의 당사자능력을 판단하는 자료의 제출) 법원은 법인이 아닌 사단 또는 재단이 당사자가 되어 있는 때에는 정관·규약, 그 밖에 그 당사자의 당사자능력을 판단하기 위하여 필요한 자료를 제출하게 할 수 있다.

③ (X) : 설령 보정명령에 정한 보정기간 경과 후일지라도 각하의 재판을 하지 않고 있는 사이에 보정을 하면 신청 등을 각하할 수 없다. 그러나 인지보정명령에 대하여 소정기간 내에 보정을 하지 아니하여 소장

각하명령이 있는 경우에는 이에 대하여 즉시항고를 하고 인지를 보정하였을 경우라 하더라도 재판을 경정할 수 없다(대결[전합] 1968.7.29. 자 6849). 소장·상소장 각하의 경우뿐 아니라 기타 신청서의 각하에 있어서도 마찬가지로 해석할 것이다. - 실무제요[I], 163면.

④ (O) : 실무제요[II], 640면, 소장부분송달시절

18. <정답> ①번

<해설>

① (X) : 민사소송의 본안사건이 기본적인 소송구조의 대상이고, 가압류·가처분절차, 독촉절차 및 강제집행사건도 모두 구조대상이 된다. 행정사건 및 가사사건은 각 민사소송법이 준용되므로(행소 8조 2항, 가소 12조) 소송구조의 대상이 되지만, 비송사건은 소송사건과 그 목적 및 절차구조를 달리하며 비송사건절차법에서 민사소송법상 소송구조에 관한 규정을 준용하지 않고 있으므로, 소송구조 대상이 아니며(대결 2009.9.10. 자 2009스89). 민사조정법은 조정에 관하여는 특별한 규정이 없는 한 비송사건절차법을 준용하도록 하면서(민조 39조) 달리 소송구조에 관한 규정을 준용하지 않고 있으므로 조정사건도 소송구조 대상에서 제외된다. 소제기 전의 증거보전절차에 관하여는 견해의 대립이 있으나 적극적으로 해석함이 옳을 것이다(실무제요[I], 564면).

② (O) : 소송구조는 구조 받고자 하는 당사자가 서면으로 신청하여야 하고, 신청서에는 신청인과 그와 같이 사는 가족의 자금능력을 적은 서면을 붙여야 한다(규칙 제24조). 다만 이는 소명을 위한 한 가지의 방법으로 예시된 것이고 다른 방법의 소명을 배제하는 것은 아니다(대판 2003.5.23. 2003마89). 법원은 신청인으로 하여금 구조사유를 소명케 하여 결정으로 재판한다.

③ (O) : 구조신청기각결정에 대해서 신청인은 즉시항고를 할 수 있다. 구조결정에 대하여 상대방이 항고할 수 있는지 견해 대립이 있었으나, 현행법은 상대방 당사자는 소송비용 담보의 면제결정이 난 경우를 제외하고는 즉시항고를 할 수 없도록 하였다.

④ (O) : 구조의 효과는 個別的(개별적), 屬人的(속인적)이고, 구조 받은 사람 외에는 미치지 않는다. 즉 일신전속적이므로 승계인에게 미치지 않는다.

19. <정답> ①번

<해설>

① (X) : 소송구조 신청 후 그에 대한 기각 결정 확정 전에 발한 인지보정명령의 위법성은 소송구조신청 기각 결정 후에 그 인지보정명령에서 정한 보정기간이 경과하였다고 하더라도 이를 이유로 소장을 각할 수 없고 다시 인지보정명령을 하여야 한다(대결 2009.5.19. 자 2009마558). - 실무제요(I), 575면

② (O) : 구조신청기각결정에 대해서 신청인은 즉시항고를 할 수 있다. 구조결정에 대하여 상대방이 항고할 수 있는지 견해 대립이 있었으나, 현행법은 상대방 당사자는 소송비용 담보의 면제결정이 난 경우를 제외하고는 즉시항고를 할 수 없도록 하였다.

③ (O) : 제130조(구조효력의 주관적 범위) ② 법원은 소송승계인에게 미루어 둔 비용의 납입을 명할 수 있다. 제132조(납입유예비용의 추심) ① 소송구조를 받은 사람에게 납입을 미루어 둔 비용은 그 부담의 재판을 받은 상대방으로부터 직접 지급받을 수 있다. 즉 납입결정이 소송구조를 받은 자 또는 그 승계인에 대한 것임에 반하여, 추심결정은 비용 부담의 재판을 받은 상대방에 대한 것이다. - 실무제요(I), 592면

④ (O) : 승계인에 대한 비용납입결정은 집행력 있는 집행권원과 동일한 효력을 가지며(민소비용 12조 1항), 집행문을 부여 받지 않고 강제집행 할 수 있다. - 실무제요(I), 591면

20. <정답> ②번

<해설>

① (O) : 부제소 합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것으로서 그 합의 시에 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하고, 그 효력의 유무나 범위를 둘러싸고 이견이 있을 수 있는 경우에는 당사자의 의사를 합리적으로 해석한 후 이를 판단하여야 한다. 따라서 당사자들이 부제소 합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 위배되었다는

이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 그와 같은 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 부제소 합의를 하게 된 동기 및 경위, 그 합의에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등에 관하여도 충분히 심리할 필요가 있다. 법원이 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소 합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것으로서 석명 의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다(대판 2013.11.28. 2011다80449).

② (X) : 학교법인이 감독청의 허가 없이 기본재산인 부동산에 관한 매매계약을 체결하는 한편 그 부동산에서 운영하던 학교를 당국의 인가를 받아 신축교사로 이전하고 준공검사까지 마친 경우, 위 매매계약이 감독청의 허가 없이 체결되어 아직은 효력이 없다고 하더라도 위 매매계약에 기한 소유권이전등기절차 이행 청구권의 기초가 되는 법률관계는 이미 존재한다고 볼 수 있고 장차 감독청의 허가에 따라 그 청구권이 발생할 개연성 또한 충분하므로, 매수인으로서 미리 그 청구를 할 필요가 있는 한, 감독청의 허가를 조건으로 그 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있다(대판 1998. 7. 24. 96다27988).

③ (O) : 과거 일정기간 동안의 혼인관계의 존부의 문제라 해도 혼인무효의 효과는 기왕에 소급하는 것이고 그것이 적출자의 추정, 재혼의 금지 등 당사자의 신분법상의 관계 또는 연금관계법에 기한 유족연금의 수급자격, 재산상속권 등 재산법상의 관계에 있어 현재의 법률상태에 직접적인 중대한 영향을 미치는 이상 그 무효확인을 구할 정당한 법률상의 이익이 있다 할 것이다(대판 1978. 7. 11. 78므7).

④ (O) : 제257조(변론 없이 하는 판결) ① 법원은 피고가 제256조제1항의 답변서를 제출하지 아니한 때에는 청구의 원인이 된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결할 수 있다. 다만, 직권으로 조사할 사항이 있거나 판결이 선고되기까지 피고가 원고의 청구를 다투는 취지의 답변서를 제출한 경우에는 그러하지 아니하다.

<해설>

① (O) : 각 당사자는 자기에게 유리한 법규의 요건 사실의 존부에 대해 증명책임은 진다. 우선 소송요건의 존부는 원고에게 증명책임이 돌아간다. 이것이 존재하면 유리한 본안판결을 받기 위하여 각 요건사실의 증명책임이 분배된다. 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 입증책임의 원칙이 적용되어야 할 것인바, 본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 직권조사사항인 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다(대판 1997.7.25. 96다39301).

② (X) : 제434조(직권조사사항에 대한 예외) 법원이 직권으로 조사하여야 할 사항에 대하여는 제431조 내지 제433조의 규정을 적용하지 아니한다. 제432조(사실심의 전권) 원심판결이 적법하게 확정된 사실은 상고법원을 기속한다.

③ (O) : 법인이 당사자인 사건에 있어서 그 법인의 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원 으로서는 그 판단의 기초 자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 이미 제출된 자료들에 의하여 그 대표권의 적법성에 의심이 갈 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다 할 것이고, 이는 당사자가 비법인사단인 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대판 2009.12.10. 2009다22846).

④ (O) : 부제소합의에 위반한 소제기의 경우 피고는 계약위반으로 손해배상을 청구할 수 있으며, 합의의 존재를 주장·입증하여 권리보호이익이 없다는 이유로 소각하 판결을 받을 수 있다(항변권발생설). 다만 최근에는 “특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제소하지 아니하기로 합의(이하 ‘부제소 합의’라고 한다)한 경우 이에 위배되어 제기된 소는 권리보호의 이익이 없고, 또한 당사자와 소송관계인은 신의에 따라 성실하게 소송을 수행하여야 한다는 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항)에도 어긋나는 것이므로, 소가 부제소 합의에 위배되어 제기된 경우 법원은 직권으로 소의 적법 여부를 판단할 수 있다(대판 2013.11.28. 2011다80449).”고 판시한다. 그리고 “부제소 합의는 소송당사자에게 헌법상 보장된 재판청구권의 포기과 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것으로서 그 합의 시에

21. <정답> ②번

예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하고, 그 효력의 유무나 범위를 둘러싸고 이견이 있을 수 있는 경우에는 당사자의 의사를 합리적으로 해석한 후 이를 판단하여야 한다. 따라서 당사자들이 부제소 합의의 효력이나 그 범위에 관하여 쟁점으로 삼아 소의 적법 여부를 다투지 아니하는데도 법원이 직권으로 부제소 합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 그와 같은 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 부제소 합의를 하게 된 동기 및 경위, 그 합의에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등에 관하여도 충분히 심리할 필요가 있다. 법원이 그와 같이 하지 않고 직권으로 부제소 합의를 인정하여 소를 각하하는 것은 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것으로서 석명 의무를 위반하여 필요한 심리를 제대로 하지 아니하는 것이다.”고 한다.”고 한다.

22. <정답> ①번

<해설>

- ① (X) : 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴본 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인 심리.조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다(대판 2009.4.23. 2009다3234).
- ② (O) : 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다(대판 2003.4.8. 2002다70181).
- ③ (O) : 자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 종중이라도 그와 같은 비법인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정된다 할 것이고 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결 시를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2013.1.10. 2011다64607).
- ④ (O) : 매매예약완결권의 제척기간이 도과하였는지 여부는 소위 직권조사사항으로서 이에 대한 당사자의

주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 하므로, 상고법원은 매매예약완결권이 제척기간 도과로 인하여 소멸되었다는 주장이 적법한 상고이유서 제출기간 경과 후에 주장되었다 할지라도 이를 판단하여야 한다(대판 2000.10.13. 99다18725).

23. <정답> ①번

<해설>

- ① (O) : 제소기간이 지켜졌는가의 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항에 속하며 소송요건의 존부를 명백히 한 다음 본안판결을 하여야 할 것이므로 본안의 심리에 들어갔다 하여 소송요건의 흠결을 덮어둘 수는 없다(대판 1987. 1. 20. 86누490).
- ② (X) : 행정소송에서 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분절차를 준수하였는지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다(대판 2020. 10. 15. 2020다222382).
- ③ (X) : 확인의 소는 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고, 확인판결을 받는 것이 그 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때에 허용된다. 그리고 확인의 이익 등 소송요건은 직권조사사항으로서 당사자가 주장하지 않더라도 법원이 직권으로 조사하여 판단하여야 하고, 사실심 변론종결 이후에 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유된 경우 상고심에서도 이를 참작하여야 한다(대판 2020. 1. 16. 2019다247385).
- ④ (X) : 근저당권자에게 담보목적물에 관하여 각 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있다고 보는 것은 경매절차에서 유치권이 주장됨으로써 낮은 가격에 입찰이 이루어져 근저당권자의 배당액이 줄어들 위험이 있다는 데에 근거가 있고, 이는 소유자가 그 소유의 부동산에 관한 경매절차에서 유치권의 부존재 확인을 구하는 경우에도 마찬가지이다. 위와 같이 경매절차에서 유치권이 주장되었으나 소유부동산 또는 담보목적물이 매각되어 그 소유권이 이전되어 소유권을 상실하거나 근저당권이 소멸하였다면, 소유

자와 근저당권자는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 없다(대판 2020. 1. 16. 2019다247385).

24. <정답> ④번

<해설>

① (O), ② (O), ③ (O), ④ (X) : [1] 고유 의미의 종중(이하 '고유 종중'이라고 한다)이란 공동선조의 분묘 수호와 제사, 종원 상호 간 친목 등을 목적으로 하는 자연발생적인 관습상 종족집단체로서 특별한 조직행위를 필요로 하는 것이 아니고 그 선조의 사망과 동시에 그 자손에 의하여 성립하며 그 대수에도 제한이 없고, 공동선조의 후손은 그 의사와 관계없이 성년이 되면 당연히 그 구성원(종원)이 되는 것이며 그중 일부 종원을 임의로 그 종원에서 배제할 수 없다. 따라서 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 자들만으로 구성된 종중이란 있을 수 없으므로, 만일 공동선조의 후손 중 특정 범위 내의 종원만으로 조직체를 구성하여 활동하고 있다면 이는 본래 의미의 종중으로는 볼 수 없고, 종중 유사의 권리능력 없는 사단(이하 '종중 유사단체'라고 한다)이 될 수 있을 뿐이다. 이러한 종중 유사단체는 비록 그 목적이나 기능이 고유 종중과 별다른 차이가 없다 하더라도 공동선조의 후손 중 일부에 의하여 인위적인 조직행위를 거쳐 성립된 경우 사적 임의단체라는 점에서 고유 종중과 그 성질을 달리하므로, 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있음이 원칙이다.

[2] 당사자능력은 소송요건에 관한 것으로서 그 청구의 당부와는 별개의 문제인 것이며, 소송요건은 사실심의 변론종결 시에 갖추어져 있으면 되는 것이므로, 고유 의미의 종중 또는 종중 유사의 권리능력 없는 단체(이하 '종중 유사단체'라고 한다)가 비법인사단으로서의 실체를 갖추고 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결 시를 기준으로 하여 그 존부를 판단하여야 한다. 그런데 종중 유사단체는 반드시 총회를 열어 성문화된 규약을 만들고 정식의 조직체계를 갖추어야만 비로소 단체로 성립하는 것이 아니라, 실질적으로 공동의 목적을 달성하기 위하여 공동의 재산을 형성하고 일을 주도하는 사람을 중심으로 계속적으로 사회적인 활동을 하여 온 경우

에는 이미 그 무렵부터 단체로서의 실체가 존재하는 것이다.

[3] 망인인 갑이 생전에 자신을 공동선조로 하고 자신의 후예들을 구성원으로 하여 '선조의 분묘 수호와 봉제사' 등을 목적으로 하는 단체(문중)를 설립하면서 자신의 동생들까지 구성원으로 포함시켰는데, 위 문중이 종중 유사의 권리능력 없는 사단(이하 '종중 유사단체'라고 한다)으로서 당사자능력이 있는지 문제 된 사안에서, 위 문중이 당사자능력이 있는지는 사실심 변론종결 당시까지 요건을 구비하여 비법인사단으로서의 실체를 갖추었는지에 따라 판단하여야 하고, 시조인 갑이 사망한 시점 내지는 본안에서 그 존재 및 효력 유무가 다투어지는 위 문중의 각 총회 시점을 기준으로 판단할 것이 아닌데도, 갑 사망 전을 기준으로 위 문중이 비법인사단의 단체성을 갖추었는지 여부를 살펴 피고 갑 사망 후 위 문중 구성원들 사이에 재산분쟁이 계속 중이라는 이유만으로 위 문중의 본래 활동이 현재도 전혀 이루어지고 있지 않다고 속단하여 위 문중의 당사자능력을 부정한 원심판단에는 종중 유사단체 및 그 당사자능력에 관한 법리오해의 잘못이 있다(대판 2020. 10. 15. 2020다232846).

25. <정답> ④번

<해설>

① (O), ② (O) : 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 필수적 공동소송으로서(대법원 2001. 7. 10. 선고 99다31124 판결 등 참조) 공유자 전원에 대하여 판결이 합일적으로 확정되어야 하므로, 공동소송인 중 1인에 소송요건의 흠이 있으면 전 소송이 부적법하게 된다. 그리고 민사소송에서 소송당사자의 존재나 당사자능력은 소송요건에 해당하고, 이미 사망한 자를 상대로 한 소의 제기는 소송요건을 갖추지 않은 것으로서 부적법하며, 상고심에 이르러서는 당사자표시정정의 방법으로 그 흠결을 보정할 수 없다(대판 2012. 6. 14. 2010다105310).

③ (O) : 행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 소송요건으로서 직권조사사항이고, 자백의 대상이 될 수 없는 것이므로, 설사 그 존재를 당사자들이 다투지 아니한다 하더라도 그 존부에 관하여 의

심이 있는 경우에는 이를 직권으로 밝혀 보아야 한다 (대판 2001. 11. 9. 98두892).

④ (X) : 보험회사가 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하고 보험수익자를 상대로 채무부존재확인을 청구한 사건(대판[전합] 2021. 6. 17. 2018다257958, 257965)

- [다수의견] 확인의 소에서는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 하고 확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거하는 데 피고를 상대로 확인 판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때에만 인정된다고 할 것이므로 원고의 권리 또는 법률관계를 다툼으로써 원고의 법률상 지위에 불안·위험을 초래할 염려가 있다면 확인의 이익이 있다. 그러므로 보험계약의 당사자 사이에 계약상 채무의 존부나 범위에 관하여 다툼이 있는 경우 그로 인한 법적 불안을 제거하기 위하여 보험회사는 먼저 보험수익자를 상대로 소극적 확인의 소를 제기할 확인의 이익이 있다고 할 것이다.

[대법관 이기택, 대법관 김선수, 대법관 노정희의 반대 의견] 소극적 확인의 소에서 확인의 이익이 인정되는지 여부를 판단할 때에는 확인의 이익의 공적인 기능이나 소극적 확인의 소가 채권자에게 미치는 영향 등도 고려해야 하므로, 모든 계약 관계에서 계약 당사자들 사이에 다툼이 있다는 사정만으로 항상 채무자가 소극적 확인의 소를 제기할 수 있는 확인의 이익이 인정될 수 있는 것은 아니다. 보험의 공공성, 보험업에 대한 특별한 규제, 보험계약의 내용 및 그에 따른 당사자의 지위 등을 위 법리에 비추어 보면, 보험계약자나 피보험자, 보험수익자 등(이하 '보험계약자 등'이라 한다)이 단순히 보험회사를 상대로 보험사고 여부나 보험금의 범위에 관하여 다툰다는 사정만으로는 보험회사의 법적 지위에 현존하는 불안·위험이 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 보험회사가 이와 같은 사유만으로 보험계약자 등을 상대로 제기한 소극적 확인의 소는 특별한 사정이 없는 한 국가적·공익적 측면에서 형평에 반하는 소송제도의 이용에 해당하여 확인의 이익이 결여된 것으로 보아야 한다. 결국 보험계약자 등이 보험금 지급책임의 존부나 범위에 관하여 다툰다는 사정만으로는 확인의 이익이 인정될 수 없고, 그 외에 추가로 보험금 지급책임의 존부나 범위를 즉시 확정할 이익이 있다고 볼만한 '특별한 사정'

이 있는 경우에만 비로소 확인의 이익이 인정되어 소극적 확인의 소를 제기할 수 있다. 이때 '특별한 사정'은 예를 들어 보험계약자 등이 보험계약이나 관계 법령에서 정한 범위를 벗어나 사회적으로 상당성이 없는 방법으로 보험금 지급을 요구함으로써 보험계약에서 예정하지 않았던 불안이나 위험이 보험회사에 발생하는 등의 사정이 있는 경우에 인정될 수 있다. 또한 보험계약의 체결이나 보험금 청구가 보험사기에 해당하여 보험회사가 범죄나 불법행위의 피해자가 되거나 될 우려가 있다고 볼만한 사정이 있는 경우에도 보험계약에서 예정하지 않았던 불안이나 위험이 보험회사에 발생한 경우에 해당하여 '특별한 사정'이 인정될 수 있다.