

김춘환 민소법 진도별 모의고사 제3회

1. 다음 중 소의 제기 및 이익에 관하여 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 원고가 피고에 대하여 적법하게 손해배상채무의 부존재확인 소를 제기한 경우, 피고가 그 손해배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다고 원고가 제기한 확인의 소가 부적법하게 되는 것은 아니다.
- ② 형성의 소는 법률에 규정이 있는 경우에 한하여 제기할 수 있고, 법률의 규정에 따라 제기가 되었다면 소의 이익도 인정됨이 원칙이다.
- ③ 토지 경계확정의 소가 제기되어 소송이 계속되던 중 진실한 경계에 관하여 당사자의 주장이 일치하게 되었다면 경계확정의 소는 권리보호의 이익이 없게 된다.
- ④ 채임무죄판결이 확정된 경우에 채권자로서는 민사상 손해배상청구에 앞서, 그보다 간이한 절차라고 할 수 있는 '형사보상 및 명예회복에 관한 법률'에 따른 형사보상을 먼저 청구할 수 있다.

2. 소의 이익에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 같은 부동산에 관하여 순차로 여러 사람의 명의로 마쳐진 소유권이전등기의 각 말소를 청구하는 소송에서 최종 등기명의인에 대하여 이미 패소판결이 확정되었다면 중간의 등기명의인에게 말소를 구할 소의 이익이 없다.
- ② 이행판결이 확정되었는데 판결 내용이 특정되지 아니하여 집행을 할 수 없는 경우에는 소송물이 동일한 경우라도 다시 소송을 제기할 권리보호의 이익이 있다.
- ③ 근저당권설정등기의 말소청구를 구하면서 그 근저당권설정계약에 기한 피담보채무의 부존재확인청구를 함께 한 경우에 그 채무부존재확인의 청구는 확인의 이익이 없다.
- ④ 성년에 이르는 연령이 종전 20세에서 19세로 변경되었으므로 법 시행 이전에 장래의 양육비 지급을 명

하는 재판이 확정되었더라도 법 시행 당시 사건본인이 아직 성년에 도달하지 아니한 이상 양육비 종료시점은 개정된 민법 규정에 따라 사건본인이 19세에 이르기 전날까지로 봄이 타당하다.

3. 소의 이익에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- 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 직권조사사항이다.
- ② 패소 확정판결을 받은 당사자가 전소의 상대방을 상대로 다시 전소와 동일한 청구의 소를 제기하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 후소는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.
- ③ 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행과 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소송 도중에 근저당목적물인 부동산에 관하여 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납한 경우, 회복등기절차 이행이나 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구할 법률상 이익이 없게 된다.
- ④ 국가는 무단점유자를 상대로 변상금 부과·징수권의 행사와 별도로 국유재산의 소유자로서 민사상 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있다.

4. 소송물에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 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.
- ② 동일 부동산에 대하여 이전등기를 구하면서 그 등기청구권의 발생원인을 처음에는 매매로 하였다가 후에 취득시효의 완성을 선택적으로 추가하는 것은 별

개의 청구를 추가시킨 것이다.

③ 불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전소의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우 전소의 변론종결 당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 그 부분에 대한 손해배상의 청구는 전소의 소송물과는 별개의 소송물이다.

④ 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 패소판결이 확정되었다면, 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효라는 이유로 말소등기를 구하는 원고의 후소는 전소의 기판력에 저촉된다.

5. 소제기에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

① 모든 국민은 법률에 의한 재판받을 권리가 있으므로, 부적법한 소로서 그 흠을 보정할 수 없는 경우라고 하더라도 변론 없이 바로 소를 각하할 수는 없다.

② 원고가 소장에 인지를 붙이지 아니한 경우 재판장은 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하여야 하고, 인지보정명령에 대해서는 이의신청이나 항고를 할 수 없다.

③ 변론 없이 하는 판결은 피고가 답변서를 제출하지 않는 경우에만 할 수 있는 것이므로, 피고가 답변서를 제출한 경우에는 변론 없이 판결할 수 없다.

④ 소의 제기는 소장을 작성하여 법원에 제출하는 방법에 의하는 것이 원칙이나, 소액사건의 경우에는 법관의 면전에서 구술로 진술하는 방법에 의하여서도 소를 제기할 수 있다.

6. 소송요건에 관한 다음 기술 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

① 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. 이러한 법리는 현재에는 타당하지 아니하다.

② 시효중단을 위한 후소를 심리하는 법원으로서 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.

③ 확인의 소에 있어서 법원이 확인의 이익이 없다는 이유로 소를 각하한다고 하지 아니하고 청구를 기각한다는 판결을 한 경우에도 그 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것은 아니지만, 판결의 이와 같은 주문의 표현을 들어 파기사유로 주장할 수 있다.

④ 시효중단을 위한 후소로서 이행소송 외에 전소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 조치, 즉 '재판상의 청구'가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 '새로운 방식의 확인소송'은 허용되지 않으며, 따라서 채권자는 확인의 소의 보충성의 원칙상 이행의 소를 제기하여야 한다.

7. 법인 아닌 사단에 관한 설명 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 법인 아닌 사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수 있다.

② 법인 아닌 사단이 당사자인 사건에 있어서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지 여부는 법원의 직권조사사항이 아니다.

③ 법인 아닌 사단이 당사자능력이 있는지 여부는 소

제기 시를 기준으로 판단한다.

④ 법인 아닌 사단의 대표자 乙이 특별한 사정이 없음에도 사원총회의 결의 없이 총유물의 처분에 관한 소송행위를 하였다면, 이는 소송행위를 함에 필요한 특별수권을 받지 않은 경우로서 재심사유에 해당한다.

8. 다음 중 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

① 사실혼관계에 있던 당사자 일방이 사망하였다도, 현재적 또는 잠재적 법적 분쟁을 일거에 해결하는 유효적절한 수단이 될 수 있는 한, 그 사실혼관계존부확인청구에는 확인의 이익이 인정되고, 이러한 경우 친생자관계존부확인청구에 관한 민법 제865조와 인지청구에 관한 민법 제863조의 규정을 유추적용 하여, 생존 당사자는 검사를 상대로 과거의 사실혼관계에 대한 존부확인청구를 할 수 있다고 보아야 한다.

② 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 경우에도 조세징수권의 소멸시효 중단을 위하여 납세의무자를 상대로 조세채권 존재 확인의 소를 제기할 수는 없다.

③ 확정된 승소판결에는 기판력이 있으므로 당사자는 확정된 판결과 동일한 소송물에 기하여 신소를 제기할 수 없는 것이 원칙이나, 시효중단 등 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 신소가 허용된다. 이러한 경우에 후소 법원으로서 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 모든 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 있다.

④ 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 자는 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구할 수 있다.

9. 권리보호의 이익에 관한 다음 기술 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

① 특정한 권리나 법률관계에 관하여 분쟁이 있어도 제조하지 아니하기로 합의한 경우 이에 위반하여 제기한 소는 권리보호의 이익이 없다.

② 재심무죄판결이 확정된 경우에 채권자로서는 민사상 손해배상청구에 앞서, 그보다 간이한 절차라고 할 수 있는 '형사보상 및 명예회복에 관한 법률'에 따른 형사보상을 먼저 청구할 수 있다.

③ 물상보증인이 근저당권자의 채권에 대하여 다투고 있을 경우 근저당권자가 근저당권의 피담보채무의 확인을 위하여 스스로 물상보증인을 상대로 확인의 소를 제기하는 것은 부적법하다.

④ 권리보호의 이익의 존부가 불분명한 경우에는 청구가 이유 없음이 분명하여도 청구기각 판결을 할 수 없다.

10. 장래이행의 소에 관한 설명 중 옳은 것은?(다툼이 있으면 판례에 따름)

① 채무자가 피담보채무 전액을 변제하였음을 이유로 저당권설정등기의 말소등기절차이행을 청구하였지만 피담보채무의 범위에 관한 견해 차이로 피담보채무가 남아있는 경우, 채무자의 청구 중에는 확정된 잔존채무의 변제를 조건으로 그 등기의 말소를 구한다는 취지까지 포함되어 있는 것으로 해석할 여지가 있으나 저당권설정등기의 말소를 미리 청구할 필요가 있다고 까지 볼 수는 없다.

② 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위해서는 채무의 이행기가 장래에 도래하여야 할 뿐만 아니라 의무불이행사유가 그때까지 존속한다는 것을 소 제기시에 확정적으로 예정할 수 있어야 하고, 이러한 책임기간이 불확실하여 소 제기시에 확정적으로 예정할 수 없는 경우에는 장래의 이행을 명하는 판결을 할 수 없다.

③ 이행보증보험계약에서 구상금채권 발생의 기초가 되는 법률상·사실상 관계가 사실심 변론종결 시까지 존재하고 있고 그러한 상태가 앞으로도 계속될 것으로 예상되며 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급하더라도 보험계약자 등의 채무이행을 기대할 수 없음이 명백한 경우, 장래 이행보증보험금 지급을 조건으로 미리 구상금 지급을 구하는 장래이행의 소는 부적법하다.

④ 사실심의 재판 실무에서 장래의 부당이득금의 계속적·반복적 지급을 명하는 판결의 주문에 '원고의 소유권 상실 일까지'라는 표시가 광범위하게 사용되고

있으나, '원고의 소유권 상실 일까지'라는 기재는 이행 판결의 주문 표시로서 바람직하지 않다.

11. 다음 사례 중 소의 이익이 인정되지 않는 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 경매절차에서 가장임차인의 배당요구에 따라 배당표가 확정된 후, 후순위 진정채권자가 그 배당금지급 청구권을 가압류하고 가장임차인을 상대로 배당금지급 청구권 부존재의 확인을 구하는 소를 제기한 경우
- ② 채무자의 채무초과가 임박한 상태에서 채권자가 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권이 설정되어 있음을 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 채무자와 통모하여 유치권을 성립시킨 후, 저당권자가 경매절차에서 그 유치권을 배제하기 위하여 유치권자를 상대로 그 부존재의 확인을 구하는 소를 제기한 경우
- ③ 협의이혼으로 혼인관계가 해소되었지만 현재의 법률상태에 영향을 미치고 있어 그 이혼당사자의 한 쪽이 다른 쪽을 상대로 과거의 혼인관계 무효 확인을 구하는 소를 제기한 경우
- ④ 사해행위인 근저당권설정계약에 기한 근저당권설정등기가 경매절차상 매각으로 인하여 말소된 후, 그 등기로 인하여 해를 입게 되는 채권자가 근저당권설정계약의 취소를 구하는 소를 제기한 경우

12. 소송물에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 선행판결이나 약정에 따른 의무 위반을 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 영업비밀침해를 원인으로 하는 금지 및 손해배상청구와는 그 요건과 증명책임을 달리하는 전혀 별개의 소송물이다.
- ② 저작인격권과 저작재산권은 별개의 소송물이다.
- ③ 소유권이전등기의 말소등기청구의 청구원인은 등기원인의 무효에 국한되고 개개의 무효원인은 공격방법의 차이에 지나지 않으므로, 소유권말소등기의 소를 제기하였다가 그 소가 상속회복청구의 소에 해당하고 제척기간이 경과하였다는 이유로 패소 판결이 확정되었다면, 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효라

는 이유로 말소등기를 구하는 원고의 후소는 패소 판결이 확정된 전소와 청구원인을 달리하는 것이라고 하여도 전소의 기판력에 저촉된다.

④ 주주총회결의부존재확인소송과 결의취소소송의 소송물은 별개가 아니므로, 결의부존재확인 소가 상법 제376조 소정의 취소소송 제소기간 내에 제기되었다면, 동 결의에 대하여 2개월의 제소기간경과 후에야 취소소송으로 변경되었다고 하여도 제소기간을 준수한 것이다.

13. 소장부분 송달에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

- ① 피고에게 소장부분을 송달할 때에 무변론판결을 선고할 기일을 함께 통지할 수 있다.
- ② 주소보정명령에 대하여 소명자료를 첨부하여 공시송달을 신청한 경우 그에 대한 허부재판을 도외시한 채 주소보정 흠을 이유로 소장각하명령을 하는 것은 위법하다.
- ③ 법인의 주소지로 소장부분을 송달하였으나 송달불능된 경우 법인의 대표자의 주소지로 소장부분 송달을 하지 아니하고 그 주소 보정을 명한 것은 잘못이나 그 주소 보정을 하지 아니하였다는 이유로 한 소장각하명령은 적법하다.
- ④ 판례는 부족인지의 보정명령을 받고 소송관계인이 '민사소송 등 인지규칙'에 따라 수납은행에 인지액을 현금으로 납부했다면 송달료 수납은행에 현금을 납부한 때에 인지도정의 효과가 발생된다고 한다.

14. 재판장의 소장심사와 보정명령 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 인지 보정명령에 따라 인지액 상당의 현금을 수납은행에 납부하면서 잘못하여 인지로 납부하지 아니하고 송달료로 납부한 경우, 소장 등을 심사하는 재판장이 신청인에게 인지를 보정하는 취지로 송달료를 납부한 것인지 석명을 구하는 등의 절차를 거쳐 인지를 보정할 기회를 부여하지 아니한 채 소장이나 상소장을 각하한다고 하여 이를 위법하다고 할 수는 없다.
- ② 주소보정명령서에 보정기한이 공란으로 되어있어

보정기간이 언제까지라고 지정된 바 없다면 이는 적법한 보정명령이라고 할 수 없다.

③ 항소장이 피항소인에게 송달되어 항소심의 변론이 개시된 후에는 재판장은 명령으로 항소장을 각하할 수 없다.

④ 인지보정명령에 대하여는 독립하여 이의신청이나 항고를 할 수 없고 다만 보정명령에 따른 인지를 보정하지 아니하여 소장이나 상소장이 각하되면 그 각하명령에 대하여 즉시항고로 다룰 수밖에 없다.

15. 등기관원청구 소송의 요건사실 등에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 소유권이전등기청구권에 대한 가압류가 되어 있는 경우, 채무자가 제3채무자를 상대로 그 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있고, 법원은 '가압류의 집행해제를 조건'으로 판결을 선고하여야 한다.

② 부동산의 시효취득에 있어서 점유의 개시시점은 간접사실하므로 취득시효의 기산점에 대한 당사자의 주장에 법원은 구속되지 않고 소송자료에 의해 진정한 점유시기를 인정한다.

③ 근저당권이전의 부기등기가 되어 있는 경우, 양수인만을 상대로 부기등기가 아닌 설정등기의 말소를 청구하여야 한다.

④ 등기의무자나 등기상 이해관계 있는 제3자 아닌 자를 상대로 한 등기말소청구의 소는 이유 없으므로 기각하여야 한다.

16. 전자소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률은 민사소송법, 가사소송법, 행정소송법, 특허법, 형사소송법, 민사집행법 등에 적용된다.

② 전자문서란 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되거나 변환되어 송신·수신 또는 저장되는 정보를 말한다.

③ 전자소송 동의자 또는 국가, 지방자치단체 등 전자소송동의가 간주되는 당사자에 대한 송달이나 통지는

전자적으로 할 수 있는데, 그 방식은 법원사무관등이 송달할 전자문서를 전자소송시스템에 등재하고 그 사실을 송달받을 자에게 전자적으로 통지하는 방법으로 한다.

④ 전자소송에 동의한 당사자가 법정에서 종이서류를 제출하려고 할 때에는 원칙적으로 이를 허용하지 않되, 해당 기일에 변론종결을 하기 위하여 반드시 진술시켜야 하는 등 부득이한 경우에는 재판장등의 허가에 의하여 종이서류를 제출받을 수 있다.

17. 소장심사에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 금전의 지급을 구하는 소에서 각 피고의 의무 사이에 중첩관계가 있는 경우에 '연대하여', '합동하여', '공동하여'와 같이 청구취지에 각 피고의 상호관계와 각자의 의무의 범위를 부가하여 기재하여야 하고, 이러한 중첩관계를 표시 하지 않으면 분할 지급을 구하는 것이 된다. ② 법인 아닌 사단이나 재단이 당사자가 될 경우, 법원은 그 당사자능력을 판단하기 위하여 정관, 규약, 그 밖에 필요한 자료를 제출하게 할 수 있다.

③ 원고가 보정명령에서 정해진 보정기간 내에 소장의 흠을 보정하지 아니할 때에는 재판장은 명령으로 소장을 각하해야 하고, 보정기간 경과 후에 각하명령 전에 보정하였더라도 그 흠이 보정되는 것으로 소장각하명령을 해야 한다.

④ 피고에게 소장부분이 송달된 후에 인지보정명령을 발한 경우, 원고가 그 보정명령에 불응하였더라도 재판장은 소장각하명령을 할 수 없고 반드시 법원이 소각하 판결을 하여야 한다.

18. 소송구조에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 소송구조는 민사소송의 본안사건에 대하여 허용되고, 가압류·가처분절차, 독촉절차 및 강제집행사건은 소송사건과 그 목적 및 절차구조를 달리하므로 소송구조의 대상이 아니다.

② 소송구조신청은 서면으로 하여야 하고, 그 신청서

에는 신청인 및 그와 같이 사는 가족의 자금능력을 적은 서면을 붙여야 한다. 자금능력의 부족에 관하여는 법원이 자유심증에 따라 그 소명 여부를 판단할 수 있다.

③ 소송구조결정의 상대방은 소송비용의 담보면제의 소송구조결정에 대하여만 즉시항고를 할 수 있고, 위 즉시항고는 집행정지의 효력이 있다.

④ 소송구조는 이를 받은 자에게만 효력이 있는 일신 전속적인 것이므로 일반승계·특정승계를 불문하고 소송승계인에 대하여는 그 효력이 미치지 않는다.

19. 소송구조에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 소장에 인지를 첨부하지 않고 소송상 구조신청을 한 경우에 소송구조 기각결정 후 그 기각결정 확정 전에 인지보정명령을 발하였다면 기각결정 확정 후에 그 인지보정명령에 따른 보정기간이 경과한 때에는 소장에 대한 각하명령을 할 수 있다.

② 신청인은 소송구조신청을 기각하는 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있고, 소송구조결정의 상대방은 소송비용의 담보 면제의 소송구조결정에 대하여만 즉시항고를 할 수 있다.

③ 소송비용의 납입결정은 소송승계가 있는 경우에 소송승계인에 대하여 하거나 소송구조결정을 취소하는 경우에 소송구조를 받은 자에 대하여 하는 것이며, 추심결정은 소송비용 부담의 재판을 받은 상대방에 대하여 하는 것이다.

④ 소송비용의 납입결정, 추심결정은 집행력 있는 집행권원과 동일한 효력을 가진다.

20. 소송의 제기에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

① 당사자들이 부제소합의를 쟁점으로 소의 적법을 다투지 아니함에도 법원이 직권으로 부제소합의에 위배되었다는 이유로 소가 부적법하다고 판단하기 위해서는 당사자에게 그와 같은 법률적 관점에 대하여 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 부제소합의를 하게 된 동기 및 경위, 당사자의 진정한 의사 등에 관하여도 충분히 심리를 하여야 하므로 법원이 그와 같이 하지

아니하고 소 각하 판결을 선고하였다면 석명의무를 위반하고 심리미진의 위법을 범한 것이다.

② 감독청의 허가 없이 학교법인이 학교법인의 기본 재산인 부동산을 매도하는 계약을 체결한 후 그 부동산에서 운영하던 학교를 감독청의 허가를 받아 신축 교사로 이전하고 준공검사까지 마친 경우, 매수인은 미리 청구할 필요가 있다고 하더라도 감독청의 허가를 조건으로 그 부동산에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 없다.

③ 혼인무효의 소송 도중 협의이혼으로 혼인관계가 해소되었더라도 혼인무효의 효과가 현재의 법률상태에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 경우 혼인무효의 소는 소의 이익이 있다.

④ 원고의 소 제기에 대하여 피고가 소장부분을 송달 받은 날로부터 30일 이내에 답변서를 제출하지 아니한 경우 피고가 판결선고기일까지 원고의 청구를 다투는 취지의 답변서를 제출하였다면 법원은 변론 없이 판결을 선고할 수 없다.

21. 법원의 직권조사사항에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 소를 제기하는 단계에서의 소송대리인의 대리권 존부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이고, 이와 같은 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 증명책임의 원칙이 적용되며, 직권조사사항인 소송요건에 대한 증명책임은 원고에게 있다.

② 전소 확정판결의 존부가 법원의 직권조사사항이라 하더라도 당사자가 전소 확정판결의 존재를 사실심 변론종결 시까지 주장하지 아니하였다면 법률심인 상고심에서는 새로이 주장·증명할 수 없다.

③ 직권조사사항에 관하여, 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도 이미 제출된 자료에 의하여 그 존부에 의심이 갈만한 사정이 엿보인다면 그에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.

④ 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 진술

할 기회를 주어야 한다.

22. 소송요건에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채권자대위소송에서 피보전채권이 존재하는지 여부에 관하여 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무가 있다.
- ② 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다.
- ③ 당사자능력은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 판단하여야 한다.
- ④ 제척기간이 경과하였는지 여부는 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 한다.

23. 다음은 소송요건에 관한 설명이다. 옳은 것은?

- ① 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.
- ② 행정소송에서 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분절차를 준수하였는지는 소송요건 심사단계에서 고려할 요소이지, 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소는 아니다.
- ③ 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 하지만, 사실심 변론종결 이후에 소송요건이 흠결되거나 그 흠결이 치유되어도 상고심에서는 이를 참작하여서는 아니 된다.
- ④ 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. 따라서 경매절차에서 유치권이 주장되었으나 소유부동산 또는 담보목적물이 매각되어 그 소유권이 이전되어 소유권을 상실하거나 근저당권이 소멸하였다고 하여도, 소유자와 근저당권자는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있다.

24. 다음에 관한 설명 중 틀린 것은?

- ① 고유 의미의 종중이란 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.
- ② 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.
- ③ 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 단체가 비법인사단으로서의 실체를 갖추고 당사자로서의 능력이 있는지 여부는 사실심인 원심의 변론종결시를 기준으로 하여 그 존부를 판단하여야 한다.
- ④ 종중 유사단체는 반드시 총회를 열어 성문화된 규약을 만들고 정식의 조직체계를 갖추어야만 비로소 단체로 성립하는 것이므로, 실질적으로 공동의 목적을

달성하기 위하여 공동의 재산을 형성하고 일을 주도하는 사람을 중심으로 계속적으로 사회적인 활동을 하여 온 경우에 이미 그 무렵부터 단체로서의 실체가 존재하는 것이라 볼 수 없다.

25. 다음은 소송요건에 관한 설명이다. 틀린 것은?

- ① 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 필수적 공동소송으로서 공유자 전원에 대하여 판결이 합일적으로 확정되어야 하므로, 공동소송인 중 1인에 소송요건의 흠이 있으면 전 소송이 부적법하게 된다.
- ② 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.
- ③ 행정소송에서 쟁송의 대상이 되는 행정처분의 존부는 소송요건으로서 직권조사사항이고, 자백의 대상이 될 수 없는 것이므로, 설사 그 존재를 당사자들이 다투지 아니한다 하더라도 그 존부에 관하여 의심이 있는 경우에는 이를 직권으로 밝혀 보아야 한다.
- ④ 특별한 사정이 없는 한, 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 없다고 보아야 한다.