

1. 총론 - 비송과 신의칙

1. 민사소송과 다른 소송과의 관계에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[24.8.법전협]

- ① 비송사건이 민사소송의 방법으로 청구되었으나 법령의 규정상 비송사건임이 명확하지 않은 경우에, 수소법원은 당사자에게 석명을 구하여 비송사건으로 처리해 주기를 바라는 의사도 포함되어 있다면, 비송사건 신청으로 보아 재배당을 거쳐 비송사건으로 심리·판단하여야 하고 그 비송사건에 대한 토지관할이 없을 때에는 관할법원에 이송할 수 있다.
- ② 가사소송법 제2조 제1항에 의하여 가사소송사건 또는 가사비송사건으로 규정된 경우에도 이혼을 원인으로 한 손해배상청구와 같이 그 성격이 민사사건인 경우에는 가정법원의 전속관할에 속하지 않는다.
- ③ 민사재판에 있어서 확정된 형사판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 된다.
- ④ 행정소송의 제소기간을 도과하여 행정소송사건을 민사소송으로 제기한 경우, 수소법원은 관할 법원에 이송할 것이 아니라 각하하여야 한다.
- ⑤ 민사소송에서 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 된 경우 수소법원이 이를 심리·판단할 수 있다.

해설

- ① (○) 판례는 비송사건절차법에 규정된 비송사건을 민사소송의 방법으로 청구하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 소송사건과 비송사건의 구별이 항상 명확한 것은 아니고, 비송사건절차법이나 다른 법령에 비송사건임이 명확히 규정되어 있지 않은 경우 당사자로서는 비송사건임을 알기 어렵다. 이러한 경우 수소법원은 당사자에게 석명을 구하여 당사자의 소제기에 사건을 소송절차로만 처리해 달라는 것이 아니라 비송사건으로 처리해 주기를 바라는 의사도 포함되어 있음이 확인된다면, 당사자의 소제기를 비송사건 신청으로 보아 재배당 등을 거쳐 비송사건으로 심리·판단하여야 하고 그 비송사건에 대한 토지관할을 가지고 있지 않을 때에는 관할법원에 이송하는 것이 타당하다고 본다(2020다238622).
- ② (×) 판례는 이혼을 원인으로 하는 손해배상청구는 가사소송법 제2조 제1항의 가사소송사건으로서 가정법원의 전속관할에 속한다. 따라서 원고가 배우자와 협의이혼을 함으로써 원고의 혼인관계가 파탄에 이르렀음을 원인으로 위자료 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 손해배상청구임을 알 수 있는바, 이러한 청구는 이혼을 원인으로 하는 제3자에 대한 손해배상청구에 해당하고, 가정법원의 전속관할에 속한다고 본다(2009다102964).
- ③ (○) 판례는 『확정된 형사판결은 다른 특별한 사정이 없는 한 민사재판에서 유력한 증거자료가 되므로 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사재판의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다』고 한다(2007다69148).
- ④ (○) 판례는 원고가 고의 또는 중대한 과실 없이 행정소송으로 제기하여야 할 사건을 민사소송으로 잘못 제기한 경우, i) 수소법원으로서만 만약 그 행정소송에 대한 관할도 동시에 가지고 있다면 이를 행정소송으로 심리·판단하여야 하고, ii) 그 행정소송에 대한 관할을 가지고 있지 아니하다면 <당해 소송이 이미 행정소송으로서의 전심절차 및 제소기간을 도과하였거나 행정소송의 대상이 되는 처분 등이 존재하지도 아니한 상태에 있는 등 행정소송으로서의 소송요건을 결하고 있음이 명백하여 행정소송으로 제기되었더라도 어차피 부적법하게 되는 경우가 아닌 이상> 이를 부적법한 소라고 하여 각하할 것이 아니라 iii) 관할법원에 이송하여야 한다고 본다(95다28960). 따라서 지문에서 행정소송의

제소기간을 도과하여 행정소송사건을 민사소송으로 제기한 경우, 행정소송으로 제기되었다라도 어차피 부적법하게 되는 경우 수소법원은 관할 법원에 각하하여야 한다.

- ⑤ (○) 판례는 민사소송에 있어서 어느 행정처분의 당연무효 여부가 선결문제로 되는 때에는 이를 판단하여 당연무효임을 전제로 판결할 수 있고 반드시 행정소송 등의 절차에 의하여 그 취소나 무효확인을 받아야 하는 것은 아니라고 본다(71다2279). **정답 ②**

2. 민사소송상 신의칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [24번호]

- ① 법원이 화해권고결정을 할 것인지는 당사자의 이익, 그 밖의 모든 사정을 참작하여 직권으로 행하는 것이지만, 청구권의 발생 자체는 명백함에도 신의칙 위반을 이유로 법원이 원고의 청구를 배척하는 판결을 하는 경우에 그 판결에 앞서 화해적 해결을 시도하지 않았다면 위법하다.
- ② 의료과오소송 계속 중 의사 측이 진료기록을 변조한 행위는, 그 변조이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 증명방해행위에 해당한다.
- ③ 제1심 법원이 제1차 변론준비기일에 부적법한 당사자표시정정신청을 받아들이고 피고가 이에 명시적으로 동의하여 제1심 및 항소심에서 본안판결이 선고된 경우, 그 후 피고가 위 표시정정신청이 부적법하다고 주장하는 것은 인정되지 아니한다.
- ④ 민사소송상 신의칙에 반하는 것은 강행규정에 위배되는 것이므로 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다.
- ⑤ 원고가 소권(항소권을 포함한다)을 남용하여 청구가 이유 없음이 명백한 소를 반복적으로 제기한 것에 대하여 법원이 변론 없이 판결로 소를 각하하는 경우에는 재판장은 직권으로 피고에 대하여 공시송달을 명할 수 있다.

해설

- ① (×) 판례는 민사소송절차에서 법원이 화해를 권고하거나 화해권고결정을 할 것인지 여부는 당사자의 이익, 그 밖의 모든 사정을 참작하여 직권으로 행하는 것이므로, 청구권의 발생 자체는 명백하지만 신의칙에 의하여 이를 배척하는 경우에 판결에 앞서 화해적 해결을 시도하지 않았다고 하여 위법이라고 할 수 없다고 본다(2008다78279).
- ② (○) 판례는 의사 측이 진료기록을 변조한 행위는, 신의칙에 어긋나는 증명방해행위에 해당하고, 법원 으로서는 이를 하나의 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 의사 측에게 불리한 평가를 할 수 있다(94다39567). 의사 측이 진료기록을 사후에 가필·정정한 행위는, 그 이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 증명방해행위에 해당하나, 당사자 일방이 증명을 방해하는 행위를 하였더라도 법원 으로서는 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 증명책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니며, 그 내용의 허위 여부는 의료진이 진료기록을 가필·정정한 시점과 그 사유, 가필·정정 부분의 중요도와 가필·정정 전후 기재 내용의 관련성, 다른 의료진이나 병원이 작성·보유한 관련 자료의 내용, 가필·정정 시점에서의 환자와 의료진의 행태, 질병의 자연경과 등 제반 사정을 종합하여 합리적 자유심증으로 판단하여야 한다(대법 2010.07.08, 2007다55866).
- ③ (○) 판례는 제1심법원이 제1차 변론준비기일에서 부적법한 당사자표시정정신청을 받아들이고 피고도 이에 명시적으로 동의하여 제1심 제1차 변론기일부터 정정된 원고인 회사와 피고 사이에 본안에

관한 변론이 진행된 다음 제1심 및 원심에서 본안판결이 선고되었다면, 당사자표시정정신청이 부적법하다고 하여 그 후에 진행된 변론과 그에 터잡은 판결을 모두 부적법하거나 무효라고 하는 것은 소송절차의 안정을 해칠 뿐만 아니라 그 후에 새삼스럽게 이를 문제삼는 것은 소송경제나 신의칙 등에 비추어 허용될 수 없다고 본다(2008다11276).

- ④ (O) 판례는 『신의칙에 반하는 것 또는 권리남용은 강행규정에 위배되므로, 당사자의 주장이 없더라도 법원은 직권으로 판단할 수 있다』고 보아 제2조 제1항을 강행규정으로 ‘직권조사사항’으로 본다(94다42129).
- ⑤ (O) 최근 민소법은 2023년 4월에 제194조 제4항을 신설하여 원고가 소권(항소권을 포함한다)을 남용하여 청구가 이유 없음이 명백한 소를 반복적으로 제기한 것에 대하여 법원이 변론 없이 판결로 소를 각하하는 경우에는 재판장은 직권으로 피고에 대하여 공시송달을 명할 수 있다고 규정하였다.

정답 ①

2. 법원 - 제척·기피와 재판권 및 관할권

3. 법관의 제척에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [23.10.법전협]

- ① 법관 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 사건의 당사자가 되는 경우에 법관은 직무집행에서 제척된다.
- ② 종종 총회결의에 대한 무효확인을 구하는 소가 제기되었는데 재판부를 구성한 판사 중 1인이 당해 종종의 구성원이라고 하여도 그 판사에게 제척의 이유가 있다고는 볼 수 없다.
- ③ 법관이 전심사건의 최종변론 전 변론이나 증거조사 또는 기일지정에 참여한 경우는 제척의 이유가 되는 전심관여에 해당하지 않는다.
- ④ 재심사건에서 재심의 대상이 된 원재판에 참여한 법관이 다시 재심사건의 재판에 관여하는 것은 제척의 이유에 해당하지 않는다.
- ⑤ 제척의 이유가 있는 법관이 판결에 관여한 경우에는 절대적 상고이유에 해당한다.

해설

- ① (O) 제41조 제1호에 의해 법관 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 사건의 당사자가 되는 경우에 법관은 직무집행에서 제척된다.
- ② (X) 판례는 판사 중 1인이 종종원이었다면 그 판사는 종종과 공통되는 법률상 이해관계를 가진다고 볼 수 있어 제41조 제1호의 당사자와 ‘공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자’에 해당한다고 할 것이므로, 제척사유에 해당한다』고 본다(2009다102254).
- ③ (O) 판례는 전심에 관여한 재판의 내부적 성립에 실질적으로 관여한 것을 말하는데, 판결의 기본이 되는 최종변론, 판결의 합의, 판결서 작성에 관여한 경우를 말한다. 따라서 최종변론 전의 변론, 증거조사나 소송지휘, 판결의 선고에만 관여하는 것은 포함되지 않는다고 본다(92다23537).
- ④ (O) 판례는 재심사건에 있어서 그 재심의 대상으로 삼고 있는 원재판은 민사소송법 제41조 제5호의 ‘전심재판’에 해당한다고 할 수 없고, 따라서 재심대상 재판에 관여한 법관이 당해 재심사건의 재판에 관여하였다 하더라도 이는 제451조 제1항 제2호의 “법률상 그 재판에 관여하지 못할 법관이 관여한 때”에 해당한다고 할 수 없다고 본다(2000재다87).

104. 부대상소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[23번호]

- ① 피항소인이 부대상소를 할 수 있는 범위는 항소인이 주된 항소에 의하여 불복한 범위에 의하여 제한된다.
- ② 제1심에서 원고가 전부 승소하여 피고만이 항소한 경우에 원고는 항소심에서도 청구취지를 확장할 수 있고 이는 부대상소를 한 것으로 의제된다.
- ③ 제1심에서 원고의 청구가 일부인용되자 패소부분에 대하여 원고만 항소를 제기하고, 피고는 항소나 부대상소를 제기하지 않았음에도 원고의 항소가 기각되자 피고가 상고한 경우 그 상고는 상고의 이익이 없다.
- ④ 항소심의 중국판결이 상고심에서 파기되어 사건이 다시 항소심에 환송된 경우 새로운 중국판결이 있기까지는 항소인은 피항소인이 부대상소를 제기하였는지 여부에 관계없이 항소를 취하할 수 있다.
- ⑤ 통상공동소송에서 공동당사자 일부만이 상고를 제기한 때에는 피상고인은 상고인인 공동소송인 이외의 다른 공동소송인을 상대방으로 하여 부대상고를 제기할 수 없다.

해설

- ① (X) 부대상소는 불이익변경금지원칙이 적용되지 않으므로 주된 항소에 의하여 불복한 범위에 의하여 제한되지 않고, 항소의 이익이 없는 청구 부분과 제1심판결 사항이 아니었던 부분까지도 항소심 심판 범위에 포함시킬 수 있다.
- ② (O) 판례는 『원고가 전부승소하였기 때문에 원고는 항소하지 아니하고, 피고만 항소한 사건에서 청구 취지를 확장·변경함으로써 그것이 피고에게 불리하게 된 경우에는 그 한도에서 부대상소를 한 취지로 본다』(94다58261; 2008다18376).
- ③ (O) 판례는 『원고의 청구일부인용의 판결에 대해 원고만이 그 패소부분에 항소를 제기하고 피고는 항소나 부대상소를 제기하지 아니한 경우 원고승소부분은 항소심의 판결선고와 동시에 확정되는 것이므로 원고승소부분에 대한 피고의 상고는 상고이익이 없어 부적법하다(→ 상고각하)』고 본다(2006다2940).
- ④ (O) 대법원의 파기환송판결 후 환송심법원에서 항소인이 항소를 취하할 수 있는지 여부이다. 이에 대해서 판례는 『항소심의 중국판결이 있더라도 그 중국판결이 상고심에서 파기환송된 경우에는 먼저 있던 중국판결이 없었던 것과 같은 상태로 돌아가므로 새로운 중국판결이 선고되기 전까지 부대상소 여부와 관계없이 항소를 취하할 수 있고 피항소인이 부대상소의 이익을 잃게 되어도 그 이익은 본래 상대방의 항소에 의존한 은혜적인 것으로 주된 항소의 취하에 따라 소멸된다』고 하여 긍정설 입장이다(94다51543).
- ⑤ (O) 판례는 통상의 공동소송에 있어 공동당사자 일부만이 상고를 제기한 때에는 피상고인은 상고인인 공동소송인 이외의 다른 공동소송인을 상대방으로 하거나 상대방으로 보태어 부대상고를 제기할 수는 없다고 본다(94다40734). 정답 ①

107. 불이익변경금지의 원칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[24.8.법전협]

- ① 甲은 乙을 상대로 대여원금과 이에 대한 지연손해금을 청구하여 제1심에서 전부 승소하였고, 乙이 지연손해금청구 부분에 대하여만 불복하여 항소를 제기하였으나, 항소심법원은 乙의 항소를 기각하였다. 이에 乙이 지연손해금청구는 물론 대여원금청구 부분에 대하여도 상고를 제기하였다면 대여원금청구 부분은 상고의 대상이 될 수 없다.
- ② 甲이 乙을 상대로 X토지와 Y토지에 대한 소유권확인 소를 제기하여, 제1심에서 X토지 부분만 청구를 인용하고 Y토지 부분은 청구를 기각하는 판결이 선고되었다. 제1심판결에 대하여 甲만 항소하였는데, 항소심법원이 甲의 청구 전부에 관하여 확인의 이익이 없다는 이유로 소각하판결을 한 것은 불이익변경금지의 원칙에 반한다.
- ③ 甲은 乙이 丙 명의의 X토지를 시효취득하였으며 자신은 乙로부터 이를 매수하였다고 주장하면서, 乙을 대위하여 丙을 상대로 소유권이전등기청구의 소를 제기하였다. 제1심법원은 甲과 乙 사이의 매매사실이 인정되지 않는다는 이유로 소각하판결을 하였고, 이에 대하여 甲만이 항소하였다. 항소심의 심리 결과 甲과 乙 사이의 매매사실은 인정되지만 乙의 시효취득사실이 인정되지 않는 경우, 항소심법원은 甲의 항소를 기각하여야 한다.
- ④ 甲이 乙을 상대로 X토지에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하였고, 제1심법원은 乙에 대하여 甲으로부터 매매대금 1억 원을 지급받음과 동시에 소유권이전등기절차의 이행을 명하는 상환이행판결을 하였다. 제1심판결에 대하여 甲만 항소한 경우, 항소심법원은 반대급부의 내용을 甲에게 더 불리하게 2억 원으로 변경할 수 없다.
- ⑤ 甲의 乙에 대한 1억 원의 대여금청구소송에서 乙이 전부 변제의 항변을 하였는데, 제1심법원은 乙의 변제항변을 일부 인정하여 甲의 청구를 4,000만 원만 일부 인용하였고, 이에 대하여 甲만이 항소하였다. 항소심에서 乙은 甲에 대한 1억 원의 물품대금채권을 반대채권으로 하여 예비적으로 상계항변을 제출하였다. 심리 결과 乙의 변제항변은 전부 이유 없지만 상계항변이 전부 이유 있는 경우, 항소심법원은 甲의 청구를 전부 기각할 수 있다.

해설

- ① (○) 판례는 청구 일부를 기각하는 제1심판결에 대하여 일방 당사자만이 항소한 경우 제1심판결의 심판대상이었던 청구 전부가 불가분적으로 항소심에 이심되나, 항소심의 심판범위는 이심된 부분 가운데 항소인이 불복한 한도로 제한되고, 항소심의 심판대상이 되지 아니한 부분은 항소심판결 선고와 동시에 확정되어 소송이 종료된다고 본다(2018다221867). 따라서 지문에서 甲은 乙을 상대로 대여원금과 이에 대한 지연손해금을 청구하여 제1심에서 전부 승소하였고, 乙이 지연손해금청구 부분에 대하여만 불복하여 항소를 제기한 경우 항소불가분의 원칙에 의하여 전부이심되지만 불이익변경금지의 원칙에 의하여 지연이자청구만 심판의 대상이 되며, 항소심법원이 乙의 항소기각판결 선고시 대여원금청구 부분에 대한 제1심판결은 확정되었으므로 이에 대하여 상고를 제기하였다면 대여원금청구 부분은 상고의 대상적격이 없게 된다.
- ② (×) 제1심판결에 대하여 甲만 항소한 경우 불이익변경금지의 원칙이 적용되면 Y토지 부분만 심판의 대상이 되나, 확인의 이익은 소송요건으로 직권조사사항이므로 불이익변경금지의 원칙의 적용이 없다. 따라서 전부 심판의 대상이 되므로 항소심법원이 甲의 청구 전부에 관하여 확인의 이익이 없다는 이유로 소각하판결을 한 것은 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않는다.

152. 선정당사자에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[23.10.법전협]

- ① 수인의 선정당사자 중 1인이 사망하더라도 소송절차는 중단되지 아니한다.
- ② 선정당사자는 선정자의 동의가 없어도 소의 취하, 소송상 화해, 청구의 포기나 인낙을 자유롭게 할 수 있다.
- ③ 선정자는 특정 심급에 한정하여 소송을 수행하게 할 목적으로 선정당사자를 선정할 수도 있지만, 선정행위 시 이와 같은 심급의 제한에 관한 약정을 하지 않은 이상 선정의 효력은 소송의 종료 시까지 계속된다.
- ④ 선정당사자가 선정자로부터 별도의 수권 없이 변호사 보수에 관한 약정을 하였다면 선정자들이 이를 추인하지 않는 한 그 약정은 선정자에 대하여 효력이 없다.
- ⑤ 선정당사자제도는 여러 사람 사이에 공동의 이해관계가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이므로 공동의 이해관계가 없는 자가 선정당사자로 선정되었음에도 법원이 그러한 선정당사자 자격의 흠을 간과함으로써 그를 당사자로 한 판결이 확정되었다면, 이는 대리권의 흠결에 준하여 재심사유에 해당한다.

해설

- ① (○) 여러 사람의 선정당사자 중 일부가 그 자격을 상실하는 경우라도 소송절차는 중단되지 않으며, 다른 선정당사자가 소송을 속행한다(제54조).
- ② (○) 판례는 선정당사자는 선정자들로부터 소송수행을 위한 포괄적인 수권을 받은 당사자로서 선정자들 모두를 위한 '일체의 소송행위'를 할 수 있음은 물론 소송수행에 필요한 '사법상의 행위'도 할 수 있는 것이고, 이와 같은 행위를 함에 있어서 선정자의 개별적인 동의가 필요한 것은 아니라고 할 것이며 선정자에게 효력이 미친다(2001다10748).
- ③ (○) 판례는 당사자 선정은 총원의 합의로써 장래를 향하여 이를 취소, 변경할 수 있는 만큼 당초부터 특히 어떠한 심급을 한정하여 당사자인 자격을 보유하게끔 할 목적으로 선정을 하는 것도 역시 허용된다고 할 것이나, 선정당사자의 선정행위시 심급의 제한에 관한 약정 등이 없는 한 선정의 효력은 소송이 종료에 이르기까지 계속되는 것이라고 본다(2003다34038).
- ④ (○) 판례는 변호사인 소송대리인과 사이에 체결하는 보수약정은 소송위임에 필수적으로 수반되어야 하는 것은 아니므로 선정당사자가 그 자격에 기한 독자적인 권한으로 행할 수 있는 소송수행에 필요한 사법상의 행위라고 할 수 없다. 따라서 선정당사자가 선정자로부터 별도의 수권 없이 변호사 보수에 관한 약정을 하였다면 선정자들이 이를 추인하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선정자에 대하여 효력이 없다고 본다(2009다105246).
- ⑤ (×) 판례는 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 위 재심사유에 해당하지 않는 것으로 봄이 상당하고, 이러한 법리는 그 선정당사자에 대한 판결이 확정된 경우뿐만 아니라 그 선정당사자가 청구를 인낙하여 인낙조서가 확정된 경우에도 마찬가지라고 본다. 따라서 지문의 경우 재심사유에 해당하지 않는다(2005다10470). **정답 ⑤**

153. 선정당사자제도에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[24번호]

- ① 선정당사자의 선정행위 시 심급의 제한에 관한 약정 등이 없는 한 선정의 효력은 소송의 종료에 이르기까지 계속된다.
- ② 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, 이는 「민사소송법」상 재심사유에 해당한다.
- ③ 선정당사자는 선정자들로부터 소송수행을 위한 포괄적인 수권을 받은 당사자로서 특별한 약정이 없는 한 선정자들 모두를 위한 일체의 소송행위를 할 수 있다.
- ④ 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하되거나 판결이 확정되는 등으로 공동의 이해관계가 소멸하는 경우에 선정당사자는 그 자격을 당연히 상실한다.
- ⑤ 「민사소송법」에 따라 선정된 여러 당사자 가운데 죽거나 그 자격을 잃은 사람이 있는 경우에는 나머지 선정당사자가 모두를 위하여 소송행위를 한다.

해설

- ① (○) 판례는 당사자 선정은 총원의 합의로써 장래를 향하여 이를 취소, 변경할 수 있는 만큼 당초부터 특히 어떠한 심급을 한정하여 당사자인 자격을 보유하게끔 할 목적으로 선정을 하는 것도 역시 허용된다고 할 것이나, 선정당사자의 선정행위시 심급의 제한에 관한 약정 등이 없는 한 선정의 효력은 소송이 종료에 이르기까지 계속되는 것이라고 본다(2003다34038).
- ② (×) 판례는 선정당사자 자격의 흠을 간과하여 그를 당사자로 한 판결이 확정된 경우로, i) 법 제451조 제1항 제3호가 정하는 재심사유에 해당하기 위해서는 무권대리인이 대리인으로서 본인을 위하여 실질적인 소송행위를 하였거나 또는 대리권의 흠으로 인하여 본인이나 그의 소송대리인이 실질적인 소송행위를 할 수 없었던 경우가 아니면 안 된다고 할 것인바, ii) 위와 같은 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, iii) 비록 그 선정당사자와의 사이에 공동의 이해관계가 없었다고 하더라도 그러한 사정은 위 재심사유에 해당하지 않는 것으로 봄이 상당하고, 이러한 법리는 그 선정당사자에 대한 판결이 확정된 경우뿐만 아니라 그 선정당사자가 청구를 인낙하여 인낙조서가 확정된 경우에도 마찬가지라고 본다(2005다10470).
- ③ (○) 판례는 선정당사자는 대리인이 아니라 당사자본인이므로 소송수행에 있어서 소송대리인에 관한 제90조 제2항(특별수권사항)과 같은 제한을 받지 않는다. 따라서 '일체의 소송행위와 사법행위'를 할 수 있다. 선정당사자는 선정자들로부터 소송수행을 위한 포괄적인 수권을 받은 당사자로서 선정자들 모두를 위한 '일체의 소송행위'를 할 수 있음은 물론 소송수행에 필요한 '사법상의 행위'도 할 수 있는 것이고, 이와 같은 행위를 함에 있어서 선정자의 개별적인 동의가 필요한 것은 아니라고 할 것이며 선정자에게 효력이 미친다고 본다(2001다10748).
- ④ (○) 판례는 제53조의 선정당사자는 공동의 이해관계를 가진 여러 사람 중에서 선정되어야 하므로, 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하되거나 판결이 확정되는 등으로 공동의 이해관계가 소멸하는 경우에는 선정당사자는 선정당사자의 자격을 당연히 상실한다고 본다(2006다28775).
- ⑤ (○) 선정된 여러 당사자 가운데 죽거나 그 자격을 잃은 사람이 있는 경우에는 다른 당사자가 모두를 위하여 소송행위를 한다(제54조). 정답 ②

24. 참가

154. 보조참가에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[23.6.법전협]

- ① 당사자참가를 하면서 예비적으로 보조참가하는 것은 허용될 수 없다.
- ② 보조참가인의 재심청구 당시 피참가인인 재심청구인이 이미 사망한 경우에는 재심청구를 허용하는 특별한 규정이 없는 한 보조참가인의 재심청구는 허용되지 않는다.
- ③ 불법행위 피해자가 공동불법행위자 甲을 상대로 제기한 손해배상청구의 소에서 공동불법행위자 乙은 원고(피해자)를 위한 보조참가를 할 수 없다.
- ④ 피참가인은 참가인의 행위에 어긋나는 행위를 할 수 있고, 따라서 보조참가인이 제기한 항소를 포기 또는 취하할 수 있다.
- ⑤ 보조참가인은 소의 변경과 같은 기존의 소송형태를 변경시키는 행위를 할 수 없다.

해설

- ① (○) 판례는 독립당사자참가를 하면서 예비적으로 한 보조참가신청은 허용할 수 없다고 본다(92다22473).
- ② (○) 판례는 판결 확정 후 재심사유가 있을 때에는 보조참가인이 피참가인을 보조하기 위하여 보조참가신청과 함께 재심의 소를 제기할 수 있다. 그러나 보조참가인의 재심청구 당시 피참가인인 재심청구인이 이미 사망하여 당사자능력이 없다면, 이를 허용하는 규정 등이 없는 한 보조참가인의 재심청구는 허용되지 않는다고 본다(2018므14210).
- ③ (×) 판례는 『불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 자는 피해자가 다른 공동불법행위자들을 상대로 제기한 손해배상 청구소송의 결과에 대하여 법률상의 이해관계를 갖는다고 할 것이므로, 위 소송에 피해자인 원고를 위하여 보조참가를 할 수가 있고, 피해자인 원고가 패소판결에 대하여 상소를 하지 않더라도 원고의 상소기간 내라면 보조참가와 동시에 상소를 제기할 수도 있다』라고 하여 예외적으로 판결이유에만 영향을 받는 경우도 참가이유를 인정하였다(99다12796).
- ④ (○) 판례는 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 있다고 본다(2010다38168).
- ⑤ (○) 참가인은 기존 소송을 전제로 피참가인의 승소보조를 위해 참가하는 것이므로, 기존 소송을 변경시키는 청구의 변경, 반소, 중간확인의 소의 제기행위 등은 할 수 없다. 정답 ③

155. 보조참가 등에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[23번호]

- ① 통상의 보조참가에서 참가인이 제기한 항소를 피참가인이 취하할 수 있다.
- ② 통상의 보조참가에서 소송계속 중 보조참가인이 사망하면 본소의 소송절차는 중단된다.
- ③ 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후에는 피참가인이 재심의 소를 취하하더라도 공동소송적 보조참가인의 동의가 없는 한 효력이 없다.
- ④ 공동소송적 보조참가인은 참가할 때의 소송의 진행 정도에 따라 피참가인이 할 수 없는 행위를 할 수 없다.
- ⑤ 당사자가 통상의 보조참가신청에 대하여 이의를 신청하지 아니한 채 변론하거나 변론준비기일에서 진술을 한 경우에는 이의를 신청할 권리를 잃는다.

해설

- ① (○) 판례는 보조참가인의 종속성으로 인해서 민사소송법 제76조 제2항 규정의 취지는 피참가인들의 소송행위와 보조참가인들의 소송행위가 서로 저촉될 때는 피참가인의 의사가 우선하는 것을 뜻하는 것이라 할 것이므로 피참가인은 참가인의 행위와 저촉되는 행위를 할 수 있고, 따라서 보조참가인들이 제기한 항소를 포기 또는 취하할 수도 있다고 본다(2010다38168).
- ② (×) 판례는 보조참가인의 종속성으로 인해서 참가인이 사망 등 '중단'사유가 생겨도 본 소송절차가 중단되지 않고, 참가인의 승계인이 수계하는 절차만 남는다고 본다(94다27373).
- ③ (○) 판례는 i) 재심의 소를 취하하는 것은 통상의 소를 취하하는 것과는 달리 확정된 종국판결에 대한 불복의 기회를 상실하게 하여 더 이상 확정판결의 효력을 배제할 수 없게 하는 행위이므로, 이는 재판의 효력과 직접적인 관련이 있는 소송행위로서 확정판결의 효력이 미치는 공동소송적 보조참가인에 대하여는 불리한 행위이다. ii) 따라서 재심의 소에 공동소송적 보조참가인이 참가한 후에는 피참가인이 재심의 소를 취하하더라도 공동소송적 보조참가인의 동의가 없는 한 효력이 없다고 본다(2014다13044).
- ④ (○) 판례는 i) 통상의 보조참가인은 참가 당시의 소송상태를 전제로 하여 피참가인을 보조하기 위하여 참가하는 것이므로 참가할 때의 소송의 진행 정도에 따라 피참가인이 할 수 없는 행위를 할 수 없다(제76조 제1항 단서). ii) 공동소송적 보조참가인 또한 판결의 효력을 받는 점에서 제78조, 제67조에 따라 필수적 공동소송인에 준하는 지위를 부여받기는 하였지만 원래 당사자가 아니라 보조참가인의 성질을 가지므로 위와 같은 점에서는 통상의 보조참가인과 마찬가지로이다. 따라서 참가할 때의 소송의 진행 정도에 따라 피참가인이 할 수 없는 행위를 할 수 없다(2018므14210).
- ⑤ (○) 보조참가요건은 ① '당사자의 의의가 있는 경우'에 참가인은 참가의 이유를 소명하여야 하며(제73조 제1항), ② 상대방 당사자가 보조참가를 다투지 아니하고 본안에 대하여 변론한 경우에는 '이의신청 권을 상실'한다(제74조). 정답 ②

156. 「민사소송법」상 보조참가에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [24번호]

- ① 「민사소송법」상 보조참가신청에 대하여 수소법원은 당사자의 이의신청 유무를 불문하고 참가를 허가할 것인지 아닌지를 결정하여야 한다.
- ② 통상의 소에서는 피참가인이 공동소송적 보조참가인의 동의 없이 소를 취하하더라도 이는 유효하지만, 재심의 소에서는 피참가인이 재심의 소를 취하하더라도 공동소송적 보조참가인의 동의가 없는 한 효력이 없다.
- ③ 공동소송적 보조참가에서 피참가인의 소송행위 중 보조참가인에게 불이익이 되는 것은 효력이 없으므로 참가인이 상소를 할 경우에 피참가인이 상소취하나 상소포기를 할 수 없다.
- ④ 상고하지 않은 참가인이 피참가인의 상고이유서 제출기간 경과 후 서면을 제출하여 피참가인이 적법하게 제출한 상고이유서에서 주장하지 않은 내용을 주장한 경우, 이는 적법한 기간 내에 제출된 상고이유의 주장이라고 할 수 없다.
- ⑤ 제3자가 피고로부터 토지를 매수한 후 등기를 마치지 않고 있는 동안 피고 소유 명의의 부동산을 가압류한 원고가 피고를 상대로 대여금청구의 소를 제기한 경우, 위 제3자가 원고의 소구채권이 허위채권임에도 피고가 원고의 주장사실을 자백하여 원고를 승소시키려 한다는 것을 이유로 위 대여금청구소송에서 피고 측에 공동소송적 보조참가를 하는 것은 허용되지 않는다.