

2026년 제15회 변호사시험					
시험과목	민사법(사례형)	응시번호		성명	

[제1문]**제1문의 1****< 기초적 사실관계 >**

甲은 乙을 상대로 물품대금청구의 소를 제기하였다. 乙은 위 소송에 대응하기 위해 丙을 소송대리인으로 선임하고 丙에게 상소 제기에 대한 특별수권을 부여하였다.

위 소송의 제1심 계속 중 乙이 사망하자 甲은 乙의 상속인으로 乙의 자녀 A, B를 특정하여 소송수계신청을 한 후, 그 상속분에 상응하는 금액을 청구하는 것으로 청구취지 및 청구원인 변경신청을 하였다.

丙은 이러한 소송수계신청, 청구취지 및 청구원인 변경신청에 관하여 이의하지 않았고 제1심법원 역시 위 소송수계신청을 받아들여 甲의 각 청구를 일부씩 인용하는 판결을 선고하였다. 위 판결은 丙에게 적법하게 송달되었다.

이에 甲만이 패소 부분 전부에 대하여 불복하는 취지의 항소를 제기하였으나 항소는 기각되었고 상고 없이 상고기간이 도과되었다.

그런데 그 후 밝혀진 사실에 따르면, 乙에게 또 다른 상속인인 자녀 C가 있었는데 乙보다 먼저 사망하였고 C의 유일한 상속인으로는 자녀 D가 있다.

[※ 아래의 각 질문은 상호 무관하며 독립적임]

< 문제 >

1. 甲은 D의 상속분을 고려하여 A, B에 대한 실제 상속분에 상응하도록 위 판결의 주문에 기재된 금액을 수정해 달라는 판결경정신청을 하였다. 법원은 甲의 판결경정신청을 받아들여야 하는가? (20점)
2. 甲은 위 판결의 피고 당사자표시에 D를 추가하고, 주문과 이유에 D의 상속분을 반영해 달라는 판결 경정신청을 하였다. 법원은 甲의 판결경정신청을 받아들여야 하는가? (15점)

제1문의 2

甲은 乙을 상대로 2억 원의 대여금청구의 소를 제기하였다. 甲의 채권자인 丙의 신청에 따라 위 대여금 채권 전체에 관한 채권압류 및 전부명령이 인용되었고, 그 결정정본이 甲과 乙에게 각 송달되어 위 전부 명령은 그대로 적법하게 확정되었다. 丙은 乙에 대하여 2억 원의 전부금 지급을 구하면서 위 대여금청구의 소에 적법한 승계참가신청을 하였는데, 甲은 이에 대하여 다투지 않았다. 그러나 甲은 乙이 탈퇴에 동의하지 않아 소송에 남아 있게 되었다.

2 민법·민소법 사례형 문제 실전답안

제1심법원은 甲의 乙에 대한 청구를 전부기각하고 丙의 乙에 대한 청구금액 중 1억 5,000만 원을 일부 인용하였다. 乙과 丙은 각 패소 부분에 대하여 항소하였고, 甲은 항소하지 아니하였다. 甲은 乙과 丙이 항소심 제1회 변론기일에서 다투는 것을 보고 곰곰이 생각해 보니 자신의 권리를 적법하게 실현 하지 못한 것이 억울하였다. 甲은 항소심 변론기일에 출석하여 변론하고자 한다. 甲은 변론할 수 있는가? (15점)

제1문의 3

甲은 乙에게 4,000만 원을 대여하였다. 甲은 2021. 10. 22. 乙을 상대로 위 4,000만 원에 대한 대여금 청구의 소(이하 ‘이 사건 전소’라고 한다)를 제기하여 2022. 2. 2. 공시송달에 의한 승소판결을 선고받았고 그 판결은 확정되었다. 이후 甲은 위 대여금 채권을 丙에게 양도하였고, 丙은 2023. 11. 23. 乙을 상대로 양수금청구의 소(이하 ‘이 사건 후소’라고 한다)를 제기하여 2024. 1. 31. 공시송달에 의한 승소 판결을 선고받았고 그 판결은 확정되었다. 이에 乙은 이 사건 전소 및 이 사건 후소에 대하여 각 적법한 추완항소를 제기하였다.

이 사건 후소의 항소심법원은 乙의 각 추완항소로 인하여 생긴 소송계속의 중복상태를 해소하도록 “丙은 이 사건 후소를 취하하고, 乙은 소 취하에 동의한다.”라는 내용의 화해권고결정을 하였고, 2025. 1. 10. 그 화해권고결정이 확정되었다. 丙은 2025. 1. 9. 이 사건 전소의 항소심에서 甲으로부터 乙에 대한 대여금 채권을 양수하였다는 이유로 승계참가신청을 하였고 이후 甲은 탈퇴하였다. 이 사건 전소의 항소심법원은 2025. 3. 7. 변론을 종결하고 丙의 청구를 인용하였다. 이에 乙은 丙의 청구 인용은 부당하다고 주장한다. 乙의 주장은 타당한가? (25점)

제1문의 4

甲은 乙을 상대로 주위적으로는 유명 작가 A가 그린 X 그림의 인도를 구하고, 예비적으로는 판결 확정 후 그 판결이 집행불능이 되는 것을 대비하여 손해배상금 1억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 제1심법원은 인도청구를 인용하고 손해배상청구를 전부기각하는 판결을 선고하였는데, 甲만이 기각된 청구에 대하여 항소를 제기하였다. 항소심법원은 손해배상청구에 대한 항소를 인용하여 손해 배상청구만을 전부인용하는 판결을 선고하였다. 乙만이 이에 불복하여 상고하였고, 대법원은 항소심 법원의 판단이 잘못되었다고 판단하여 손해배상청구를 전부기각해야 한다는 취지로 파기환송하였다. 사건을 환송받은 법원이 甲의 인도청구와 손해배상청구 모두 이유 없다는 심증을 가지고 있는 경우 두 청구를 모두 기각하는 판결을 선고할 수 있는가? (25점)

제1문의 5

〈 사실관계 〉

乙은 2020. 8. 22. 甲으로부터 X 주택을 임대차보증금 1억 5,000만 원, 월차임 100만 원(매월 10일 선불 지급), 임대차기간 2020. 10. 10.부터 2022. 10. 9.까지 2년으로 정하여 임차하였다.

乙은 甲에게 약정대로 보증금을 전부 지급하고 X 주택을 인도받아 거주하다가 2022. 7. 경 甲에게 위 임대차계약 갱신거절의 의사를 유효하게 표시하면서 X 주택을 인도할 테니 임대차보증금을 반환해 달라는 요청을 하였다.

乙은 위 임대차기간 만료 전은 물론 만료 후에도 甲이 X 주택을 다른 사람에게 임대하기 위하여 주택을 보여 주는 것에 협조하는 등 임차목적물 인도의무를 이행제공 하였으나 새로운 임차인이 구해지지 않아 임대차보증금을 반환받지 못하였고, 결국 X 주택에 계속 거주하였다.

乙의 채권자인 丙의 신청에 따라 위 임대차보증금 반환채권 1억 5,000만 원에 관한 채권압류 및 전부명령이 인용되었고, 그 결정정본이 2023. 7. 15. 甲과 乙에게 각 송달되어 위 전부명령은 그대로 적법하게 확정되었다. 乙은 위 전부명령 발령 사실을 알게 된 후인 2023. 8. 10.부터 甲에게 차임을 지급하지 아니하였다.

丙은 甲을 상대로 전부금 지급을 구하는 소를 제기하여 “甲은 丙에게 1억 5,000만 원 및 이에 대하여 2023. 9. 10.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.”라는 내용의 무변론판결을 2023. 11. 9. 선고받았고, 그 판결은 2023. 12. 9. 그대로 확정되었다(이하 ‘전소 판결’이라 한다).

한편 甲은 2023. 10. 경부터 12. 경까지 乙에게 새로운 임차인과의 임대차계약 체결을 위해 X 주택을 보여 주도록 협조해 달라는 취지의 문자메시지를 여러 차례 보냈다. 그러나 乙은 甲에게 전부명령으로 인해 자신의 임대차보증금을 반환받지 못하게 되었으니 더 이상 인도의무를 이행하지 않겠다며 2023. 11. 10.부터는 다른 사람에게 X 주택을 보여 주지도 아니하였을 뿐만 아니라 X 주택의 인도도 거절하였다.

乙은 X 주택에 계속 거주하다가 2025. 8. 9. 甲에게 X 주택을 인도하였다.

〈 문제 〉

甲은 2025. 10. 1. 丙을 상대로 아래와 같은 이유로 전소 판결에 대하여 청구이의의 소를 제기하였다.

- ① 乙의 X 주택 인도의무와 甲의 임대차보증금 반환의무는 동시이행관계에 있으므로, 전체 지연손해금 중 乙의 인도의무에 관한 이행제공이 중지된 2023. 11. 10.부터 2025. 8. 9.까지의 지연손해금 부분에 기초한 집행은 허용되어서는 아니 된다.
- ② 위 임대차보증금에서 미지급된 차임 부분을 공제하여야 하므로, 2023. 8. 10.부터 2025. 8. 9.까지의 24개월 분 미지급 차임 2,400만 원 부분에 기초한 집행은 허용되어서는 아니 된다.

이에 대하여 丙은 아래와 같이 주장하였다.

4 민법·민소법 사례형 문제 실전답안

- ① 전소 판결 전에 이미 甲의 임대차보증금 반환의무와 乙의 X 주택 인도의무는 동시이행관계에 있었으므로, 甲이 전소 판결 후 동시이행항변권을 주장하더라도 이를 전소 판결 후에 생긴 사유라고 할 수 없어 이는 기관력에 저촉된다.
- ② 甲이 공제를 주장하는 차임은 모두 전부명령의 결정정본이 송달된 이후에 발생한 것이므로, 위 차임 공제 주장으로 전부채권자인 丙에게 대항할 수 없다.
- ③ 설령 공제를 할 수 있다고 하더라도, 2023. 8. 10.부터 전소 판결 전까지 미지급된 차임 부분에 관하여는 기판력에 의하여 더 이상 공제 주장을 할 수 없다.

丙의 위 주장을 참작하여, 甲의 주장의 당부에 관하여 판단하시오. (30점)

제1문의 6

〈 사실관계 〉

A 회사는 2017. 12. 11. 乙로부터 1억 원을 변제기 2018. 12. 10.로 정하여 차용하면서 A 회사 소유의 X 부동산에 관한 근저당권을 설정하여 주었는데, 이후 乙이 A 회사로부터 위 차용금을 일부 변제받거나 상환을 약속받은 바는 없었다(이하 각 차용금의 이자 내지 지연손해금에 대하여는 판단하지 말 것).

이후 A 회사는 甲으로부터 2022. 1. 11. 1억 2,500만 원을, 丙으로부터 2023. 1. 11. 1억 2,500만 원을 추가로 각 차용하였는데, A 회사가 채무초과 상태에서 아무런 변제를 하지 못하자, 丙은 A 회사 소유의 X 부동산에 관하여 2025. 7. 경 적법하게 부동산강제경매신청을 하였다.

위 신청에 따라 집행법원이 2025. 7. 22. 강제경매개시결정을 하여 X 부동산에 관하여 강제경매절차(이하 ‘이 사건 경매절차’라고 한다)가 개시되었다.

이 사건 경매절차의 2025. 11. 2. 자 배당기일에서, 실제 배당할 금액 2억 원 중 1순위로 X 부동산에 관한 당해세 교부권자 B에게 5,000만 원을, 2순위로 근저당권자인 乙에게 1억 원을, 3순위로 甲과 丙에게 각 2,500만 원을 배당하는 것으로 배당표가 작성되었다. 甲은 위 배당기일에 출석하여 乙의 A 회사에 대한 채권 전부에 관하여 이의하면서 A 회사를 대위하여 A 회사의 소멸시효 완성을 원용하였다. 甲은 2025. 11. 6. 배당이의의 소를 제기하였다(甲의 배당이의의 소는 소송요건을 갖춘 적법한 소임을 전제로 할 것).

〈 문제 〉

甲은 위 배당이의의 소에서 아래와 같이 주장하였다.

- ① 乙의 A 회사에 대한 채권은 시효로 소멸하였다.
- ② A 회사가 이 사건 경매절차에서 이의를 제기하지 않았다고 하더라도 甲이 A 회사를 대위하여 이의를 제기하면서 시효완성을 주장한 이상 乙은 배당받을 수 없으므로, 乙의 배당금은 甲에게 배당되어야 한다.

위 주장의 당부에 관하여 판단하시오. (20점)

2016년 제5회 변호사시험					
시험과목	민사법(사례형)	응시번호		성명	

[제1문]

제1문의 1

〈기초적 사실관계〉

甲은행은 2009. 12. 1. 乙에게 1억 원을 이자 월 1%(매월 말일 지급), 변제기 2010. 10. 31.로 정하여 대여하였고, 丙은 같은 날 乙의 甲은행에 대한 위 차용금 채무를 연대보증하였다.

甲은행은 2013. 5. 1. 乙에 대한 위 대여금 및 이에 대한 이자, 지연손해금(이하 ‘대여금 등’이라 한다) 채권을 丁에게 양도하였으나, 乙에게 위 채권양도 사실을 통지하지 않았다. 甲은행은 위 채권양도에도 불구하고, 2013. 12. 20. 乙을 상대로 위 대여금 등 채무의 이행을 구하는 소(이하 ‘전소’라 한다)를 제기 하였는데, 전소에서 乙은 위 대여금 등 채권이 丁에게 양도되었으므로 甲은행의 청구는 기각되어야 한다고 주장하였고, 전소 법원은 이러한 주장을 받아들여 2015. 11. 30. 甲은행의 청구를 기각하였다.

한편, 丁은 2016. 1. 4. 乙을 상대로 ‘1억 원 및 이에 대한 2009. 12. 1.부터 다 갚는 날까지 월 1%의 비율로 계산한 이자와 지연손해금’의 지급을 구하는 양수금 청구의 소를 제기하였다(이하 ‘이 사건 소’라 한다).

乙은 위 채무의 원금 및 이에 대한 이자, 지연손해금을 전혀 변제하지 않고 있다.

〈문제〉

1. 甲은행의 청구에 대한 전소 법원의 판단 근거를 설명하시오. (10점)
2. 乙이 이 사건 소에서 소멸시효 항변을 하는 경우, 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지와 그 근거를 설명하시오. (15점)

〈추가적 사실관계〉

甲은행은 2010. 2. 1. 乙에게 8,000만 원을 변제기 2010. 10. 31.로 정하여 대여하였고, A는 같은 날 乙의 甲은행에 대한 위 차용금 채무를 연대보증하였다. 甲은행은 2013. 5. 1. 乙에 대한 위 대여금 채권을 B에게 양도하였다.

〈문제〉

3. 甲은행은 2013. 2. 1. 위 대여금 채권의 보전을 위하여 A가 C에 대하여 가지고 있는 1,000만 원의 공사대금 채권에 관하여 채권가압류신청을 하였고, 법원으로부터 가압류 결정을 받아 위 결정 정본이 2013. 2. 10. C에게 송달되었다. B가 乙을 상대로 2016. 1. 2. ‘8,000만 원을 지급하라’는 양수금 청구의 소를 제기하였고, 乙의 소멸시효 주장에 대하여 B가 위 가압류 사실을 들어 시효 중단 주장을 하는 경우, 법원은 B의 주장에 대하여 어떠한 판단을 해야 하는지와 그 근거를 설명하시오. (10점)

4. 乙은 2015. 12. 1. B에 대하여 위 양수금의 변제를 약속하였다. A는 B에 대하여 위 연대보증채무를 이행할 의무가 있는지와 그 근거를 설명하시오. (5점)

제1문의 2

X 토지, Y 토지, Z 토지는 서로 인접한 토지인데, 甲과 그 형제들인 乙, 丙은 1975. 2. 1. 甲이 X 토지, 乙이 Y 토지, 丙이 Z 토지에 관하여 각 소유권이전등기를 마치고 이를 소유하고 있다.

A는 1985. 3. 1. 위 토지들에 대한 처분권한이 없음에도 그 권한이 있다고 주장하는 W의 말을 믿고, 그로부터 위 토지들을 매수하여 같은 날부터 점유·사용하기 시작하였다. A는 1995. 4. 1. 다시 위 토지들을 B에게 매도하였으며, B는 같은 날부터 위 토지들을 점유하였다. 그후 B는 2005. 7. 1. C에게 위 토지들을 매도하여 C가 같은 날부터 현재까지 위 토지들을 점유하고 있다.

한편, 甲은 2004. 4. 1. X 토지를 丁에게 매도하고 그 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 乙은 2004. 5. 1. 戊로부터 1,000만 원을 차용하면서 Y 토지에 관하여 戊 앞으로 채권최고액 1,500만 원으로 된 근저당권설정등기를 마쳐 주었다. 丙은 2005. 5. 1. Z 토지를 己에게 증여하고 같은 날 己 명의로 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

- C는 점유취득시효의 완성을 이유로 X 토지, Y 토지, Z 토지에 관한 소유권이전등기를 마치고자 한다. 또한 Y 토지에 관한 戊 명의의 근저당권설정등기도 말소하고자 한다. C가 2015. 2. 15. 소를 제기할 경우, ① X 토지, ② Y 토지, ③ Z 토지에 관하여 1) C의 위 각 청구가 가능한지, 2) 만일 가능하다면 누구를 상대로 어떠한 소를 제기하여야 하는지와 각 근거를 설명하시오. (35점)
- 丙이 취득시효완성 사실을 알고 Z 토지를 己에게 증여하였다면 C는 丙에 대하여 어떠한 청구를 할 수 있는지와 그 근거를 설명하시오. (5점)

제1문의 3

甲 소유의 X 토지에 관하여 乙이 등기서류를 위조하여 乙 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 이에 甲은 乙을 상대로 甲의 소유권에 기한 방해배제청구로서 乙 명의의 소유권이전등기에 대한 말소등기절차의 이행을 구하는 소(이하 ‘이 사건 소’라 한다)를 제기하였다.

- 이 사건 소 제기 전에 乙이 이미 사망하였는데, 이를 알지 못한 甲은 乙을 상대로 소를 제기하였다.
 - 이 사건 소 제기 후 甲은 피고를 乙의 상속인 H로 바꿀 수 있는지와 그 근거를 설명하시오. (10점)
 - 법원은 乙이 이 사건 소 제기 전에 사망한 사실을 모르고 소송을 진행하였는데 乙이 재판에 출석하지 않자 자백간주로 원고 승소판결을 선고하였다. 이에 대하여 乙의 상속인 H가 항소를 제기한 경우 항소심 법원은 어떠한 판단을 하여야 하는지와 그 근거를 설명하시오. (5점)
- 甲이 소송대리인을 선임하지 않은 채 이 사건 소송계속 중 사망하였다.
 - 甲의 사망으로 발생하는 소송법적 효과와, 이에 대하여 甲의 상속인 O가 소송상 취할 수 있는 조치에 대하여 설명하시오. (10점)

나. 법원은 甲이 이 사건 소송계속 중 사망한 사실을 모르고 소송을 진행하여 원고 패소판결을 선고하였다. 이에 대하여 甲의 상속인 O는 소송상 어떠한 조치를 취할 수 있는지와 그 근거를 설명하시오. (5점)

3. 甲의 乙에 대한 이 사건 소송계속 중, 乙은 丙에게 X 토지를 매도하고 丙 명의로 소유권이전등기를 마쳐주었다. 甲이 위 소송절차 내에서 丙을 당사자로 추가할 수 있는지와 그 근거를 설명하시오. (15점)

제1문의 4

자동차 판매대리점을 하는 乙은 2014. 3. 10. 甲종중(대표자 A)으로부터 1억 원을, 丙으로부터 2억 원을 각각 이자 연 12%, 변제기 2015. 3. 9.로 정하여 차용하면서, 이를 담보하기 위해 乙 소유의 X 토지에 관하여 甲종중 및 丙과 1개의 매매예약을 체결하였고, 이에 따라 X 토지에 관하여 甲종중과 丙의 채권액에 비례하여 甲종중은 1/3 지분으로, 丙은 2/3 지분으로 각 특정하여 공동명의의 가등기를 마쳤다.

甲종중은 위 변제기가 지난 후 단독으로 「가등기담보 등에 관한 법률」이 정한 청산절차를 이행하고, 2015. 10. 14. 乙을 상대로 X 토지에 대한 1/3 지분에 관하여 가등기에 기한 본등기절차이행을 구하는 소(이하 ‘이 사건 소’라 한다)를 제기하였다.

1. 이 사건 소송계속 중 甲종중은 丙을 공동원고로 추가하는 신청을 하였다. 甲종중의 이 사건 소 제기 및 위 추가신청이 각 적법한지와 각 근거를 설명하시오. (15점)
2. 이 사건 소송계속 중 A는 甲종중의 대표자 지위를 상실하게 되었다. 그럼에도 A는 그후 계속 소송을 수행하다가 이 사건 소를 취하하였다. A의 소 취하는 효력이 있는지와 그 근거를 설명하시오. (10점)

2016년 제5회 변호사시험

시험과목

민사법(사례형)

응시번호

성명

[제2문]

제2문의 1

〈기초적 사실관계〉

A 주식회사(이하 'A 회사'라 한다)의 대표이사 甲은 경매가 진행 중인 B 소유의 X 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)을 경매 절차에서 매수하려고 계획하고 있었는데, A 회사의 금융기관에 대한 수억 원의 채무를 연대보증하게 되었다. 甲은 자신의 명의로 재산을 취득하는 경우 강제집행을 당할 우려가 있어 2014. 5. 1. A 회사의 이사로 근무하는 乙과의 사이에 乙의 명의로 경매에 참가하여 이 사건 부동산을 취득한 뒤, 향후 乙은 甲이 요구하는 경우 언제든지 甲에게 소유권을 반환하기로 하는 약정을 하였다.

2014. 6. 20. 이 사건 부동산에 대한 경매절차에서 乙이 경매에 참가하여 그 명의로 매각허가결정을 받자, 위 약정에 따라 甲은 2014. 6. 21. 乙에게 매각대금 3억 원을 지급하였고, 乙은 2014. 6. 24. 甲으로부터 교부받은 매각대금 3억 원 전액을 경매법원에 납입한 후, 2014. 8. 1. 乙 명의로 서울중앙지방법원 2014. 8. 3. 접수 제12221호로 소유권이전등기를 마쳤다.

그런데 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」을 잘 알고 있는 乙은 A 회사의 자금사정이 악화되어 A 회사로부터 급여를 제대로 지급받지 못하자 2014. 10. 1. 이 사건 부동산의 명의신탁 사실을 잘 아는 丙에게 이 사건 부동산을 매각하고 그 앞으로 서울중앙지방법원 2014. 10. 5. 접수 제12378호로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

甲은 乙과 丙으로부터 이 사건 부동산의 소유권을 넘겨받기를 원하나, 만약 부동산 소유권을 넘겨 받을 수 없다면 금전적으로나마 손해를 보전받기를 원한다.

[아래의 각 문제는 독립적이며, 공휴일 여부는 고려하지 말 것]

〈문제〉

- 甲이 丙을 상대로 소유권이전등기말소를 청구하는 소를 제기하는 경우 그 청구에 대한 결론[각하, 청구전부인용, 청구일부인용, 청구기각]을 그 논거와 함께 서술하시오.(15점)
- 甲이 乙을 상대로 다음과 같은 내용의 부당이득의 반환을 청구하는 소를 제기하는 경우 그 청구에 대한 결론[각하, 청구전부인용, 청구일부인용(이 경우 구체적 인용범위를 기재할 것), 청구기각]을 그 논거와 함께 서술하시오. (25점)

단, 이 사건 부동산의 취득과 관련하여 발생한 취득세, 등록비용 기타 취득비용, 이자에 대한 지연손해금은 고려하지 말 것. 이 사건 소는 2015. 8. 1. 제기되었고, 제1심 변론종결일은 2015. 12. 28.이다.

수험번호	시험과목명	변호사시험 제 문	시험관리관 획	점 수	채점위원인

<제1문의 1>[문제 1.](20점) [문제 2.에 관하여] (15점)

- I. **쟁점의 정리 :** 사안에서 상속인들이 피고 乙의 지위를 당연승계하는지 여부, 상속인 A, B, D에 대한 판결의 확정 여부와 D의 소송절차 중단 여부, 판결경정신청 가부가 문제된다.
- II. **상속인들이 피고 乙의 지위를 당연승계하는지 여부 :** 판례는 소송 중 당사자가 사망한 때부터 소송은 당사자의 지위를 당연히 이어받게 되는 상속인들과 대립당사자구조를 형성한다고 하여 당연승계 긍정설 입장이다. 따라서 피고 乙의 지위는 상속인 A, B, D에게 당연승계되어 피고가 된다.
- III. **소송절차의 중단 여부 :** 사안의 경우 ① 피고 乙은 제1심 계속 중에 사망하였고, ② 상속인들이 있고, ③ 대여금채무는 상속의 대상이 된다. 다만 乙은 변호사 丙을 선임하여 소송을 수행하였으므로 소송 절차는 중단되지 않는다.
- IV. **A, B의 수계신청과 제1심판결의 효력 :** 사안의 소송은 중단되지 않았으므로, 甲의 A, B에 대한 수계 신청은 표시정정의 의미만 갖는다. 이때 소송대리인 丙은 법률상 당연히 상속인들의 소송대리인이 되어, 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되므로 제1심 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있으므로 제1심판결의 효력은 피고표시에서 누락된 대습상속인 D에게도 상속지분 만큼 미친다.
- V. **상속인 A, B, D에 대한 판결의 확정 여부와 D의 소송절차 중단 여부 :** ① 소송대리인 丙에게 상소의 특별수권이 있으므로, 판결정본이 송달되어도 소송대리권이 소멸하지 않아 예외적으로 소송절차는 중단되지 않는다. ② 공동상속인의 재산관계는 공유관계이고, 판례는 공유자들에 대한 공동소송의 형태는 통상공동소송으로 보며, 공동소송인 독립의 원칙이 적용되어 소송자료와 소송진행이 독립되므로 상소제기의 효력을 따로 정해진다. ③ 甲의 일부인용의 제1심 판결에 甲만이 패소 부분 전부에 대하여 불복하는 취지의 항소를 제기하였으나 항소는 기각되었고 상고기간이 도과되었으므로 A, B에 대한 제1심 판결은 확정되었다. ④ 그리고 甲이 제1심 판결 전부에 대해서 항소를 제기하여 D에 대하여 확정이 차단되고 항소심으로 이심되나, 상소심이 종료되어 丙의 소송대리권이 소멸하여 D에 대한 소송절차는 중단된 상태에 있으므로 D는 소송수계신청을 할 수 있다고 본다.
- VI. **사안의 판결경정신청에 대한 법원의 인용 여부**
1. **판결경정의 의의 :** 판결의 경정이란 '판결내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위 내에서 판결서에 표현상의 오류가 생겼을 때 판결법원 스스로 이를 고치는 것'을 말한다(민소법 제211조). 이는 강제 집행에 지장이 없도록 하자는데 취지가 있다.
2. **요건 :** 판결의 경정은 ① 판결의 표현상의 잘못이 있을 것, ② 표현상 잘못이 분명할 것, ③ 판결의 내용을 실질적으로 변경하는 경우가 아닐 것을 요한다. 판례는 경정이 가능한 오류에는 법원의 과실로 인하여 생긴 경우와 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함되며, 경정결정을 함에 있어서는 소송 전 과정에 나타난 자료는 물론 경정대상인 판결 이후에 제출되어진 자료도 다른 당사자에게 아무런 불이익이 없는 경우나 이를 다툴 수 있는 기회가 있었던 경우에는 소송경제상 이를 참작하여

오류가 명백한지 여부를 판단할 수 있다고 본다.

3. A, B에 대한 판결경정신청 가부 : 항소심 판결에는 수계절차에서 누락된 乙의 상속인인 D의 상속지분이 고려되지 않아 A, B의 상속지분이 그들의 실제 상속지분과 일치하지 않은 오류가 있고, 이러한 오류는 경정대상 판결 이후 제출된 자료에 의해 명백히 인정할 수 있다. 나아가 A, B의 실제 상속지분과 상응하도록 주문 등을 변경하더라도, 乙의 공동상속인 전부가 甲에게 지급해야 하는 전체 금액은 변하지 않아 경정대상 판결 내용을 실질적으로 변경하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 법원은 D의 상속분을 고려하여 A, B에 대한 실제 상속분에 상응하도록 위 판결의 주문에 기재된 금액을 수정해 달라는 판결경정신청을 받아들여야 한다.

4. D에 대한 추가와 판결경정신청 가부 : ① 피고 당사자표시에 D를 추가신청은 임의적 당사자 변경으로 원칙적으로 허용되지 않으며, 민소법 제68조 고유필수적 공동소송의 경우에만 추가를 허용하고 있으나, 사안에서 공동상속인들의 공동소송은 통상의 공동소송이므로 추가가 허용되지 않는다. ② 그리고 수계절차를 밟지 않은 D에 관한 소송절차는 항소심에서 중단된 상태이므로 D는 위 항소심법원에 수계 신청을 할 수 있으므로, 항소심에서 선고된 경정대상 판결에 대한 경정을 통하여 D를 당사자와 주문에 반영하도록 변경할 수는 없다. 따라서 법원은 D에 대한 경정신청을 기각하는 결정을 해야 한다.

VII. 결론 : 법원은 A, B에 대한 판결경정신청은 인용, D에 대한 경정신청은 기각하는 결정을 해야 한다.

<제1문의 2>(15점) I. 쟁점의 정리 : 사안의 경우 참가승계의 적법 여부, 甲의 소송탈퇴의 효력, 甲은 항소심 변론기일에 출석하여 변론할 수 있는지 여부가 쟁점이다.

II.丙의 참가승계의 적법 여부 : 참가승계의 요건으로 ①丙은 제1심 계속 중에서 참가신청을 하였고, ②소송의 목적인 권리·의무의 승계가 있는지 문제된다. 판례는 제81조의 참가승계인은 제218조 제1항의 변론종결한 뒤의 승계인에 준하여 취급하여 ①소송물의 승계와 ②계쟁물의 승계인도 포함된다고 보며, ③계쟁물 승계의 범위에 대해서 i) 원고의 청구권이 물권적 청구권인 경우에는 대세적 효력이 있으므로 승계인에 포함되나, ii) 채권적 청구권인 경우에는 대인적 효력밖에 없으므로 승계인에 포함되지 않는다고 본다. 사안에서 丙은 甲의 대여금채권을 승계하였는바, 이는 소송물 자체를 승계한 것이므로 甲의 청구권이 채권적 청구권이라도 丙은 제81조의 승계인에 해당한다. 따라서 丙의 참가승계는 적법하다.

III. 甲의 소송탈퇴의 효력 및 甲과 丙의 공동소송의 형태 : 승계참가신청을 한 경우 본소의 당사자는 상대방의 승낙을 얻어 소송에서 탈퇴할 수 있는바, 사안의 경우 상대방 乙이 동의하지 않고 있기 때문에 甲의 소송탈퇴는 효력이 없다. 피고의 부동의로 탈퇴하지 못한 경우, 원고와 승계참가인의 공동소송의 형태에 대해서 ①종래 판례는 피고의 부동의로 탈퇴하지 못한 경우, 원고와 승계참가인의 청구는 통상의 공동소송으로 보았으나, ②판례는 입장을 변경하여 i) 제81조의 승계참가의 경우, 원고의 소송탈퇴에 대하여 피고가 부동의하여 원고가 소송에 남아 있다면 원고와 승계참가인의 청구는 필수적 공동소송에 관한 제67조가 적용된다. ii) 근거는 ㄱ)원고와 승계참가인의 청구는 주장 자체로 법률상 양립할 수 없는 관계에 있고, ㄴ) 두 청구에 대한 판단의 모순, 저촉을 방지하고 합일적으로 확정할 필요성이 있으며, ㄷ) 제81조는 독립당사자참가에 관한 제79조에 따라 소송에 참가할

것을 정하는데, 제79조는 제2항에서 필수적 공동소송에 관한 특칙인 제67조를 준용하고 있기 때문이라고 보았다.

IV. 甲이 항소심 변론기일에 출석하여 변론할 수 있는지 여부 : 변경 판례에 의하면 원고와 승계참가인의 청구는 필수적 공동소송이므로 제67조에 의해 상소불가분의 원칙이 적용되어 丙과 甲의 소송관계도 전부이심되어 甲에 대한 판결은 분리확정되지 않으므로 甲은 항소심에서 부대항소를 적법하게 제기하여 항소심 변론기일에 출석하여 변론할 수 있다.

V. 결론 : 甲은 항소심에서 부대항소를 적법하게 제기하여 변론기일에 출석하여 변론할 수 있다.

〈제1문의 3〉(25점)

I. 쟁점의 정리 : 사안에서 전소의 항소심법원의 丙 청구인용판결이 정당한지 여부, 재소금지에 해당하는지 여부가 쟁점이다.

II. 전소의 항소심법원 청구인용 판결의 당부 – 전소가 재소금지에 해당하는지 여부

1. 재소금지의 의의와 요건 : 재소금지란 ‘본안에 대한 종국판결이 있은 후에 소를 취하한 자는 다시 동일한 소를 제기하지 못하는 것’을 말한다(민소법 제267조 제2항). 이는 판결의 모순·저촉 방지와 소취하로 인하여 법원의 종국판결이 농락됨을 방지하기 위한 것이다. 재소금지의 요건으로 ① 본안의 종국판결 후 소취하 후 소제기일 것, ② 당사자가 동일할 것, ③ 소송물이 동일할 것, ④ 권리보호의 이익이 동일할 것을 요한다.

2. 본안에 관한 종국판결 선고 뒤의 소취하 : 판례는 항소심에서 ‘원고는 소를 취하하고, 피고는 이에 동의한다.’는 화해권고결정이 확정되었다면, 당사자 사이에 소를 취하한다는 내용의 소송상 합의를 하였다고 볼 수 있으므로 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소취하한 경우와 마찬가지로 본다.

3. 당사자의 동일성 인정 여부 : 사안에서 후소의 양수금 청구의 당사자는 丙과 乙이고, 丙은 이 사건 전소의 항소심에서 甲의 乙에 대한 대여금 채권을 양수하였다는 이유로 승계참가신청을 하였고 이 후 甲은 탈퇴하였으므로 전소의 당사자도 丙과 乙이므로 당사자의 동일성이 인정된다.

4. 소송물 동일 여부 : 사안에서 후소와 전소의 소송물은 丙의 양수금 채권으로 소송물은 동일하다.

5. 권리보호이익이 동일한지 여부 : 판례는 후소의 항소심법원은 乙의 각 추완항소로 인하여 생긴 소송 계속의 중복상태를 해소하도록 양수금청구 소송을 취하하는 소송상 합의를 한 동기와 경위에 비추어 보면 후소와 전소의 양수금청구 소송과 당사자와 소송물이 동일하더라도 이는 재소금지에 관한 민사 소송법 제267조 제2항의 취지에 반하지 아니하고, 승계참가신청을 통해 대여금청구 소송을 승계할 정당한 사정이 있는 등 양수금청구 소송과 권리보호이익이 동일하지 않아 위 승계참가신청이 재소금지 원칙에 위반되지 않는다고 본다.

III. 결론 : 사안에서 전소의 항소심법원이 丙의 승계참가신청이 재소금지에 해당하지 않는다고 보고, 전소에서 이미 승소확정판결을 받았기 때문에 다시 청구인용판결을 한 것은 정당하므로 丙의 청구 인용은 부당하다는 乙의 주장은 타당하지 않다.

〈제1문의 4〉(25점) I. 쟁점의 정리 : 사안은 청구병합의 형태와 성질, 항소심의 이심의 효력과 심판 범위, 주위적 청구 인용 부분의 확정시기, 환송심 판결의 적부가 쟁점이다.

<p>II. 청구병합의 형태와 성질 : 甲은 乙을 상대로 주위적으로는 X 그림의 인도를 구하고, 예비적으로는 판결이 집행불능이 되는 것을 대비하여 손해배상청구를 제기하였는바. ① 주위적 청구인 X 그림의 인도청구는 특정물 인도청구이고, 예비적 청구인 손해배상청구는 특정물의 강제집행시의 집행불능을 대비하여 대상청구이며, ② 판례에 의하면 특정물인도청구와 집행불능을 대비한 대상청구의 병합 청구는 주위적 예비적으로 순서를 붙여 청구하였지만 단순병합에 해당한다고 본다.</p> <p>III. 항소의 효력</p> <p>1. 항소심의 이심의 효력과 심판범위 : 단순병합청구에 대하여 제1심법원이 주위적 청구는 인용하고 예비적 청구만을 기각하는 판결에 대하여 원고만이 항소를 하더라도, 상소불가분 원칙에 의해서 항소의 제기에 의한 효력은 사건 전부에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 확정이 차단되고 항소심에 이심되나, 심판의 범위는 불이익변경금지원칙이 적용되어 항소심의 심판대상은 불복신청의 범위에 국한되므로 항소심은 주위적 청구에 대한 제1심의 판단의 당부를 심사의 대상으로 삼을 수 없다.</p> <p>2. 사안의 적용 : 사안에서 제1심 법원은 인도청구를 인용하고 손해배상청구를 전부기각하는 판결을 선고하였는데, 甲만이 기각된 청구에 대하여 항소를 제기하였다. 이때 항소제기에 의한 효력은 ① 상소불가분 원칙에 의해서 손해배상청구뿐만 아니라 인도청구부분도 확정이 차단되고 항소심에 전부이심되나, ② 불이익변경금지원칙이 적용되어 항소심의 심판대상은 불복신청의 범위에 국한되므로 손해배상청구만이며, 인도청구에 대한 제1심의 판단의 당부를 심사의 대상으로 삼을 수 없다.</p> <p>IV. 주위적 청구 인용 부분의 확정시기 : 항소심에서 불복하지 아니하여 항소심 심판의 대상이 되지 아니한 주위적 청구의 확정시기는 언제인지에 대해서 판례는 모든 청구를 기각한 제1심 판결에 대하여 일부청구에 관하여만 항소를 제기한 경우, 항소되지 않았던 나머지 부분도 확정이 차단되고 항소심에 이심은 되나, 항소심의 심판대상이 되지 아니하고 나머지 부분에 관하여는 항소심판결의 선고와 동시에 확정된다고 하여 항소심판결선고시설의 입장이다. 사안에서 항소심에서 손해배상청구에 대해서 항소인용하여 손해배상청구만을 전부인용하는 판결이 선고된 시점에 주위적 청구인 인도청구에 대한 제1심 판결은 확정된다.</p> <p>V. 환송심 판결의 적부 : 항소심 판결에 대해서 乙만이 상고하였고, 대법원은 항소심법원의 판단이 잘못되었다고 판단하여 손해배상청구를 전부기각해야 한다는 취지로 파기환송하였는바, 사건을 환송 받은 법원의 심판의 대상이 되는 청구는 파기되어 환송된 부분만이다. 주위적 청구에 대한 제1심 판결부분은 환송 전 항소심판결의 선고와 동시에 확정되었다 할 것이므로 환송 뒤 환송심으로서는 항소하지 아니한 주위적 청구부분을 판결할 수는 없다. 그럼에도 환송 뒤 환송심이 주위적 청구 부분 까지 청구기각판결을 한다면 소송이 종료되었음에도 불구하고 이를 간과하고 판결한 경우로 심판의 대상에 대한 법리를 오해한 위법한 판결이 될 것이기 때문이다.</p> <p>VI. 결론 : 사건을 환송받은 법원은 甲의 인도청구와 손해배상청구 모두 이유 없다는 심증을 가지고 있는 경우에도 두 청구를 모두 기각하는 판결을 선고할 수 없다.</p> <p><제1문의 5>(30점) I. 쟁점의 정리 : 사안에서 청구이의의 사유로 甲의 동시이행항변의 당부, 차임 공제 항변의 당부가 쟁점이다.</p>

수험번호	시험과목명	변호사시험 제 문	시험관리관 획	점 수	채점위원인

[제1문](100점)[제1문의 1] [문제 1.에 관하여] (10점) – 13줄 I. 논점의 정리**II. 甲의 대여금청구의 당사자 적격 유무 - 적법 여부**

이행의 소에 있어서 당사자적격 유무는 원고의 주장 자체에 의해 결정된다. 사안에서 甲은행의 대여금청구는 이행의 소이므로 채권양도로 채권이 없다고 하더라도 주장자체로 당사자적격을 구비하여 적법하다.

III. 본안판단의 근거**1. 甲의 대여금청구권의 성립**

사안에서 ① 甲은행은 2009. 12. 1. 소비대차계약을 체결하였고, ② 1억원을 대여해 주었으며, ③ 2010. 10. 31. 이행기가 도래하였으므로 甲의 대여금청구권은 일단 인정된다.

2. 乙의 채권양도 주장의 인정 여부

① 甲은 채무자 乙에 대해서 대여금채권이 있고, ② 甲과 丁 사이에 채권양도계약을 체결하였으며, ③ 전소에서 乙은 채권이 丁에게 양도되었다고 주장한 것은 채권양도의 승낙에 해당하므로 대항요건을 구비하였다. 따라서 甲의 丁에 대한 채권양도는 유효하다.

IV. 결 론 : 甲은행의 청구에 대한 전소 법원의 판단 근거는 甲의 丁에 대한 채권양도가 유효하여 甲의 乙에 대한 채권이 없다고 판단하여 甲의 청구를 기각한 것이다.**[문제 2.에 관하여] (15점) – 19줄 I. 논점의 정리****II. 丁의 양수금 청구권의 성립**

사안에서 ① 甲은행의 乙에 대한 채권이 있고, ② 丁이 甲은행의 채권을 양수하였으며, ③ 乙이 채권양도를 승낙하였으므로 乙의 항변이 이유 없는 한, 丁의 양수금 청구권은 발생한다.

III. 乙의 소멸시효 항변

① 甲의 대여금채권은 채권적 청구권이므로 소멸시효 대상이 되고, 甲은행은 당연상인이므로 상사시효 5년의 소멸시효에 걸리며, ② 위 채권의 변제기인 2010. 10. 31.부터 권리 행사를 할 수 있었으며, ③ 이로부터 5년 후인 2015. 10. 31.에 소멸시효가 완성되었다.

IV. 소멸시효 중단여부 - 재항변**1. 판례의 입장**

판례는, 채권양도 후 대항요건이 구비되기 전의 양도인이 제기한 소송 중 채무자가 채권양도의 효력을 인정하여 양도인의 청구가 기각됨으로써 제170조 제1항에 의하여 시효중단의 효과가 소멸된다고 하더라도, 양수인이 그로부터 6월내에 채무자를 상대로 재판상 청구 등을 하였다면, 양도인의 최초의 재판상 청구로 인하여 시효가 중단된다고 본다.

2. 소결

甲은행은 2013. 12. 20. 乙을 상대로 대여금 청구의 소를 제기하였으며 2015. 11. 30. 청구

기각되었다. 그러나 丁이 그로부터 6월내인 2016. 1. 4. 양수금 청구의 소를 제기하였으므로 甲은행의 최초의 재판상 청구인 2013. 12. 20. 시효가 중단되었다고 할 것이다.

V. 결론 : 법원은 乙의 소멸시효 항변을 배척하고, 丁의 청구를 인용하여야 한다.

[문제 3.에 관하여] (10점) – 13줄 I. 논점의 정리

II. B의 양수금 청구권의 발생

① 甲은행의 乙에 대한 채권이 있고, ② B가 甲은행의 채권을 양수하였으며, ③ 대항요건을 구비한 것으로 보이므로 乙의 항변이 이유 없는 한, B의 양수금 청구권은 발생한다.

III. 甲의 乙에 대한 채권의 소멸시효 완성 여부

① 甲의 채권은 채권적 청구권이므로 소멸시효 대상이 되고, 甲은행은 상인이므로 상사 시효 5년의 소멸시효에 걸리며, ② 위 채권의 변제기인 2010. 10. 31.부터 권리행사를 할 수 있었으며, ③ 이로부터 5년 후인 2015. 10. 31.에 소멸시효가 완성되었다.

IV. 보증채무의 시효중단 여부와 주채무에 효력이 미치는지 여부

① 甲은 2013. 2. 1. A에 A의 C에 대한 채권을 가압류하여, A에 대한 보증채무는 시효중단되었다(민법 제168조 제2호). ② 판례는 보증채무에 대해서 시효중단되었다 하더라도 주채무에 대한 시효가 중단되는 것은 아니라고 본다. ③ 사안에서 甲이 A가 C에 대한 채권을 가압류하여 보증채무가 시효중단되었더라도 주채무에 대한 시효는 중단되지 않는다.

V. 결론 : 법원은 B의 시효중단 주장을 배척하고, 乙의 소멸시효 주장을 받아들여야 한다.

[문제 4.에 관하여] (5점) – 7줄

I. A의 연대보증채무의 소멸 여부

사안에서 연대보증인 A는 주채무가 소멸시효 완성으로 소멸되었으므로 부종성에 의한 보증채무의 소멸을 주장할 수 있다. 따라서 A는 연대보증채무를 이행할 의무가 없다.

II. 乙의 시효이익의 포기가 A에게 효력이 미치는지 여부

주채무자 乙이 시효완성 후인 2015. 12. 1. 양수금 변제를 약속한 것은 시효이익의 포기라고 할 것이다. 그러나 시효이익의 포기는 상대적 효력만 있으므로, 주채무자 乙의 시효이익의 포기는 보증인 A에게 효력이 없다.

III. 결론 : A는 B에 대하여 연대보증채무를 이행할 의무가 없다.

[제1문의 2][문제 1.에 관하여] (35점) – 46줄 I. 논점의 정리

II. C의 위 각 청구가 가능한지 여부 – 점유시효취득에 기한 소유권이전등기청구권의 성립 여부

1. 요건 검토 : 점유시효취득이 인정되기 위해서는 ① 20년간 점유계속사실, ② 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 사실이 있을 것을 요한다.

2. 20년간 점유계속사실

가. X 및 Z토지에 관하여 : C는 9년 정도 점유하고 있으므로, 전 점유자 B와 A의 점유승계를 주장해야 한다. 이때 X 및 Z토지는 점유기간 중 소유자의 변동이 있으므로 기산점을 임의 선택할 수 없고, A의 점유개시시를 기산점으로 주장할 수 있다. 따라서 A가 점유를 개시한

1985. 3. 1.로부터 20년에 달하는 2005. 3. 1. 당시 점유자인 B가 점유시효취득한다.

나. Y토지에 관하여 : Y토지는 점유기간 동안 소유자의 변동이 없으므로 판례에 의하면 현 점유자 C는 기산점의 임의선택을 주장할 수 있다. 따라서 소제기일인 2015. 2. 15.을 기산점으로 주장하여 그로부터 역산하여 1995. 2. 15.에 점유시효취득 완성을 주장할 수 있다.

3. 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 사실

민법 제197조에서 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 사실이 무전제의 추정되어 증명 책임이 전환되고 토지소유자가 이를 깨뜨릴만한 사정이 없으므로 위 사실은 인정된다.

4. 소 결

C는 점유시효취득에 기한 소유권이전등기청구와 근저당권등기말소청구를 할 수 있다.

III. 누구를 상대로 어떠한 소를 제기하여야 하는지 여부

1. X 및 Z토지에 대한 청구

가. C의 채권자대위권 행사

사안에서 X 및 Z토지에 대해서는 B가 2005. 3. 1.에 점유시효취득하고, C는 2015. 7. 1. 점유의 승계를 받았는바, 판례는, 전 점유자의 점유를 승계한 자는 점유 자체와 하자만을 승계하고 점유로 인한 법률효과까지 승계하는 것은 아니므로, 전 점유자의 소유자에 대한 소유권이전등기청구권을 대위행사할 수 있을 뿐이라고 보므로 C는 전 점유자인 B의 점유 시효취득에 기한 소유권이전등기청구권을 대위행사 할 수 있다.

나. 채권자대위권의 성립 여부

사안에서 ① C는 B에 대해서 X, Z토지에 대한 매매에 기한 소유권이전등기청구권이 있고, ② 이는 특정채권으로 채무자의 무자력을 요하지 아니하며, ③ B가 권리를 행사하고 있지 않고, ④ B는 X, Z 토지에 대한 점유시효취득에 기한 소유권이전등기청구권이 있으므로 C의 채권자대위권은 인정된다.

다. 채권자대위권 행사의 상대방

1) 점유시효취득에 기한 소유권이전등기의 상대방 : 판례는 점유취득시효 완성자는 시효완성 당시 소유자를 상대로 등기청구권을 취득하나, 이는 채권적 청구권으로서 취득시효가 완성된 후 제3자가 소유권이전등기를 경료한 경우 점유자는 제3자에 대하여는 원칙적으로 시효취득을 주장할 수 없다고 본다.

2) 사안의 경우 : ① X토지의 경우, C는 B를 대위하여 시효완성 당시의 소유자인 丁에게 소유권 이전등기를 청구할 수 있다. ② Z토지의 경우, 己는 시효기간 만료 후 소유권을 취득하였고, 만일 己가 배임행위에 적극 가담하였다면 사회질서에 반하여 무효이나, 그러한 사정이 없으므로 己가 유효하게 소유권을 취득한다. 따라서 己에게 소유권이전등기를 청구할 수 없고, 시효완성 당시의 소유자인 丙에게도 소유권이전등기를 청구할 수 없다.

2. Y토지에 대한 청구

Y토지의 경우, C는 직접 시효완성 당시의 소유자인 乙에게 점유시효취득에 기한 소유권이

전등기를 청구할 수 있고, 이는 원시취득으로 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한은 취득시효의 소급효로 인하여 소멸한다. 그러나, 이를 소멸시키기 위해서는 먼저 시효취득자 명의로 소유권이전등기를 해야 한다. 따라서 C는 소유권이전등기를 한 후戊에게 근저당권 설정등기의 말소를 청구할 수 있다.

[문제 2.에 관하여] (5점) – 7줄

I. 결론 : C는丙에게 채무불이행책임과 불법행위책임 및 대상청구권을 행사할 수 있다.

II. 근거

판례는 소유자가 취득시효완성사실을 모르고 제3자에게 소유권을 이전한 경우 소유자에게 이행불능으로 인한 채무불이행책임과 불법행위로 인한 손해배상청구 및 대상청구권을 물을 수 없다고 보나, 이를 알고서도 소유권을 이전한 경우에는 소유자에게 귀책사유가 있으므로 위 책임들을 청구할 있다고 본다. 사안에서丙이 취득시효완성 사실을 알고 Z토지를己에게 증여하였으므로 C는丙에게 이행불능으로 인한 위 책임들을 물을 수 있다.

[제1문의 3] [문제 1.의 설문 가.에 관하여] (10점) – 13줄 I. 논점의 정리

II. 당사자 확정

위 소송에서 이미 사망한乙이 피고인지 아니면乙의 상속인인H가 피고인지가 문제된다. 판례는 이미 사망한 자를 모르고 피고로 하여 제소하였을 경우 사실상의 피고는 사망자의 상속인이라고 보아 실질적 표시설의 입장이다. 사안의 피고는 상속인인H로 확정된다.

III. 甲이 피고를乙에서 H로 바꾸는 방법

판례에 의하면 상속인(H)으로 당사자가 확정되나, 소장은 이미 사망한乙로 표시되어 있으므로 당사자능력이 없어 부적법하다. 따라서乙을 상속인H로 바꾸는 보정방법이 문제된다. 이에 판례는『사망사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에, 실질적인 피고는 처음부터 사망자의 상속자이고 다만 표시에 잘못이 있는 것이므로 사망자의 상속인으로 표시정정을 할 수 있다』고 본다.

IV. 결 론

피고가 제소전 사망자인 경우, 그 상속인으로 당사자가 확정이 되고, 원고甲은 피고를乙에서 H로 변경하는 표시정정신청을 하여 바꿀 수 있다.

[문제 1.의 설문 나.에 관하여] (5점)

I. 피고가 제소전 사망자임을 간과한 판결의 효력

판례는 당사자가 소제기 이전에 이미 사망한 사실을 간과한 본안판결은 사자에게 미치게 되고, 이는 이당대립구조의 흔결을 간과한 판결로써 무효라고 본다.

II. 상속인이 항소 제기한 경우, 항소법원의 조치

무효인 판결에 대하여 상소를 제기할 수 있는지 여부에 대해 판례는『민사소송이 당사자의 대립을 본질적 형태로 하는 것임에 비추어 사망한 자를 상대로 한 상고는 허용될 수 없으므로 상소는 부적법하다』고 보아 상소각하판결을 해야 한다고 본다.