

제1장 법원

제1절 법관의 제척·기피·회피

1. 법관의 제척사유에 해당하는 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [2020년 06월 모의]

- ㄱ. 항소심 법관이 당해 항소사건의 제1심 절차의 변론과 증거조사에 관여하고 판결의 합의와 판결서의 작성에는 관여하지 않은 경우
- ㄴ. 확정판결에 대한 재심소송을 담당하는 법관이 그 대상 사건의 심리와 판결에 관여한 경우
- ㄷ. 종중이 당사자인 사건에 대한 합의부 구성 법관 3인 중 1인이 그 종중의 구성원인 경우
- ㄹ. 법관과 당사자 일방이 부부였으나 이혼한 사이인 경우
- ㅁ. 법관과 당사자 일방의 변호사인 소송대리인이 부부인 경우
- ㅂ. 재판장이 절차를 밟지 않은 증인신청을 철회할 것을 종용하고 변론을 종결할 의향을 표시한 경우
- ㅅ. 법관이 당해 사건의 사실관계와 관련 있는 형사사건의 심리와 판결에 관여한 경우

① ㄱ, ㄴ, ㄷ

② ㄷ, ㄹ

③ ㄱ, ㄹ, ㅁ

④ ㄷ, ㅅ

⑤ ㄴ, ㄷ, ㅁ, ㅅ

해설

- ㄱ. (X) 법관이 전심판결에 관여하였다 함은 그 전심최종 변론에 관여하여 판결의 평결에 관여하였음을 말하며 그 이전의 변론이나 증거조사에 관여한 경우를 포함하지 않는다(대법원 1971.02.23. 선고 70다2938 판결).
- ㄴ. (X)
 - 1) 재심대상재판에 관여한 법관이 나아가 그 재심사건의 재판에 관여하여도 이를 제척사유에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1987.07.28. 자 87마590 결정).
 - 2) '이전심급의 재판'은 상소에 의하여 상소심의 심판대상이 되어있는 하급심의 모든 재판을 말한다. 법관이 같은 심급의 재판에 관여한 때에는 제척사유에 해당하지 않는다. 재심의 소는 재심을 제기할 판결을 한 법원의 전속관할로 하므로(민소법 제453조 제1항) '재심대상재판'과 '재심사건의 재판'은 동일심급이다.
- ㄷ. (O) 종중 규약을 개정한 종중 총회 결의에 대한 무효확인을 구하는 소가 제기되었는데 원심 재판부를 구성한 판사 중 1인이 당해 종중의 구성원인 사안에서, 그 판사는 민소법 제41조 제1호에 정한 '당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자'에 해당한다(대법원 2010.05.13. 선고 2009다102254 판결).
- ㄹ. (O) 법관은 법관 또는 그 배우자나 배우자이었던 사람이 사건의 당사자가 되거나, 사건의 당사자와 공동권리자·공동의무자 또는 상환의무자의 관계에 있는 때에는 직무집행에서 제척된다(민소법 제41조 제1호).
- ㅁ. (X) 법관이 사건당사자의 대리인이었거나 대리인이 된 때에는 직무집행에서 제척된다(민소법 제41조 제4호).
- ㅂ. (X) 법관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 하였을 때에는 직무집행에서 제척된다(민소법 제41조 제3호).
- ㅅ. (X) 원심재판장이 본건 소유권이전등기말소청구소송과 동일내용의 다른 사건에 관하여 그 사건의 피고들에게 패소판결을 하였다 하여도 그것만으로 법관제척이나 기피사유가 있다고 할 수 없다(대법원 1984.05.15. 선고 83다카2009 판결).

정답 ②

2. 법관의 제척에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[2020년 08월 모의]

- ① A사건에 대하여 제1심 법원의 재판장으로 판결을 한 판사가 대법관으로 임명된 경우에 그 판사는 A사건의 상고심에 관여할 수 없다.
- ② 제1심에서 A사건의 재판장에 대한 기피신청사건에 관여한 판사는 제2심에서 A사건의 합의부원으로 사건에 관여할 수 있다.
- ③ 甲 종중의 종중재산 처분에 관한 甲 종중 총회결의의 무효확인을 구하는 소송에서 甲 종중의 구성원인 판사는 사건에 관여할 수 없다.
- ④ A사건의 판결에 관여한 판사가 A사건의 재심에 관여하는 것은 허용되지 않는다.
- ⑤ A사건의 변론준비나 증거조사에 관여한 판사는 A사건의 상급심 재판에 관여할 수 있다.

해설

- ① (○) 법관이 불복사건의 이전심급의 재판에 관여하였을 때에는 직무집행에서 제척된다(민소법 제41조 제5호).
- ② (○) 본안사건의 재판장에 대한 기피신청사건의 재판에 관여한 법관이 다시 위 본안사건에 관여한다 하더라도 이는 민소법 제37조 제5호 소정의 전심재판관여에는 해당하지 아니한다(대법원 1991.12.27. 자 91마631 결정).
- ③ (○) 종중 규약을 개정한 종중 총회결의에 대한 무효확인을 구하는 소가 제기되었는데 원심 재판부를 구성한 판사 중 1인이 당해 종중의 구성원인 사안에서, 그 판사는 민소법 제41조 제1호에 정한 '당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자'에 해당한다(대법원 2010.05.13. 선고 2009다102254 판결).
- ④ (×)
 - 1) 재심대상재판에 관여한 법관이 나아가 그 재심사건의 재판에 관여하여도 이를 제척사유에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1987.07.28. 자 87마590 결정).
 - 2) '이전심급의 재판'은 상소에 의하여 상소심의 심판대상이 되어있는 하급심의 모든 재판을 말한다. 법관이 같은 심급의 재판에 관여한 때에는 제척사유에 해당하지 않는다. 재심의 소는 재심을 제기할 판결을 한 법원의 전속관할로 하므로(민소법 제453조 제1항) '재심대상재판'과 '재심사건의 재판'은 동일심급이다.
- ⑤ (○) 법관이 전심판결에 관여하였다 함은 그 전심최종 변론에 관여하여 판결의 평결에 관여하였음을 말하며 그 이전의 변론이나 증거조사에 관여한 경우를 포함하지 않는다(대법원 1971.02.23. 선고 70다2938 판결).

정답 ④

3. 법관의 제척·기피에 관한 설명으로 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

[2021년 06월 모의]

- ① 피고 종중의 회장 등 그 임원을 선출하고, 그 종중 규약을 개정하는 결의의 무효확인을 구하는 소에서 법관이 피고 종중의 중증원이라는 사실은 제척이유에 해당한다.
- ② 법관 제척의 이유가 되는 전심판결은 최종변론과 판결의 합의에 관여하거나 중국판결과 더불어 상급심의 판단을 받는 중간적인 재판에 관여하는 것은 물론 최종변론 전의 변론이나 증거조사 또는 기일지정의 재판에 관여하는 경우도 포함된다.
- ③ 재심사건에 있어서 그 재심의 대상으로 삼고 있는 원재판은 법관의 제척이유에 해당하는 '불복사건의 이전심급의 재판'에 해당하지 않는다.
- ④ 평균적 일반인으로서의 당사자의 관점에서 법관이 불공정한 재판을 할 수 있다는 의심을 가질 만한 객관적인 사정이 있는 때에는 실제로 법관에게 편파성이 존재하지 아니하거나 헌법과 법률이

정한 바에 따라 공정한 재판을 할 수 있는 경우에도 기피가 인정될 수 있다.

- ⑤ 소송당사자 일방이 재판장의 변경에 따라 소송대리인을 교체하였다 하더라도 그와 같은 사유는 법관의 기피를 위한 '재판의 공정성을 기대하기 어려운 객관적인 사정이 있는 때'에 해당한다고 할 수 없다.

해설

- ① (O) 중중 규약을 개정한 중중 총회결의에 대한 무효확인을 구하는 소가 제기되었는데 원심 재판부를 구성한 판사 중 1인이 당해 중중의 구성원인 사안에서, 그 판사는 민소법 제41조 제1호에 정한 '당사자와 공동권리자·공동의무자의 관계에 있는 자'에 해당한다(대법원 2010.05.13. 선고 2009다102254 판결).
- ② (X) 법관의 제척 원인이 되는 전심판여란 최종변론과 판결의 합의에 관여하거나 중국판결과 더불어 상급심의 판단을 받는 중간적인 재판에 관여함을 말하는 것이고 최종변론 전의 변론이나 증거조사 또는 기일지정과 같은 소송지휘상의 재판 등에 관여한 경우는 포함되지 않는다(대법원 1997.06.13. 선고 96다56115 판결).
- ③ (O)
- 1) 재심대상재판에 관여한 법관이 나아가 그 재심사건의 재판에 관여하여도 이를 제척사유에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1987.07.28. 자 87마590 결정).
 - 2) '이전심급의 재판'은 상소에 의하여 상소심의 심판대상이 되어있는 하급심의 모든 재판을 말한다. 법관이 같은 심급의 재판에 관여한 때에는 제척사유에 해당하지 않는다. 재심의 소는 재심을 제기할 판결을 한 법원의 전속관할로 하므로(민소법 제453조 제1항) '재심대상재판'과 '재심사건의 재판'은 동일심급이다.
- ④ (O) 평균적 일반인으로서의 당사자의 관점에서 위와 같은 의심을 가질 만한 객관적인 사정이 있는 때에는 실제로 법관에게 편파성이 존재하지 아니하거나 헌법과 법률이 정한 바에 따라 공정한 재판을 할 수 있는 경우에도 기피가 인정될 수 있다(대법원 2019.01.04. 자 2018스563 결정).
- ⑤ (O) 소송당사자 일방이 재판장의 변경에 따라 소송대리인을 교체하였다 하더라도 그와 같은 사유가 재판의 공정성을 기대하기 어려운 객관적인 사정이 있는 때에 해당할 수 없다(대법원 1992.12.30. 자 92마783 결정).

정답 ②

4. 민사재판권에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[2021년 10월 모의]

- ① 우리나라 영토 내에서 행해진 외국의 사법적 행위에 대하여는 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 국가를 피고로 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다.
- ② 우리나라 법원에 외국을 제3채무자로 하는 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금 소송에 대한 재판권도 인정되지 않는다.
- ③ 국제재판관할을 결정할 때는 개별 사건에서 법정지와 당사자 및 분쟁이 된 사안의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 한다.
- ④ 제조물책임소송에서 손해발생지 법원에 국제재판관할권이 있는지를 판단할 때는 제조업자가 손해발생지에서 사고가 발생하여 그 지역의 법원에 제소될 것임을 합리적으로 예견할 수 있을 정도로 제조업자와 손해발생지 사이에 실질적 관련성이 있는지를 고려하여야 한다.
- ⑤ 대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국법원을 관할법원으로 하는 국제재판관할 합의는 당해 사건이 대한민국 법원의 전속관할에 속하는 경우에도 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해 사건에 대하여 관할권을 가지는 한 유효하다.

제2장 중국판결에 의한 종료

1. 일부판결과 재판의 누락에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[2019년 06월 모의]

- ㄱ. 일부판결이 허용되는 사건이라도 법원이 일부판결을 할 의도 없이 사건의 일부분을 누락하였다면 사건의 전부에 대해 상소할 수 있다.
- ㄴ. 선택적 병합사건은 양립할 수 있는 수 개의 청구권에 기한 청구로 별개로 청구하는 것도 가능하므로, 일부의 청구에 대한 재판으로 청구의 목적을 달성할 수 있다고 판단되면 일부판결을 하는 것이 불가능한 것은 아니다.
- ㄷ. 소송계속 후 원고가 금지지급 청구를 감축한 부분보다 더 많이 감축한 것으로 보고 재판한 것은 재판의 누락에 해당하므로 누락된 부분에 대해서는 상소할 수 없다.
- ㄹ. 적법한 일부 당사자표시정정을 법원이 부적법한 당사자변경으로 오인하여 변경 전의 당사자 명의의 판결을 한 경우, 누락된 당사자에 대해서는 재판의 누락이 있다.
- ㅁ. 판결 주문에 일부 누락이 있다고 하더라도 판결이유에 판결내용에 관한 충분한 설명이 있다면 재판누락이라고 볼 수 없다.

① ㄱ, ㄴ, ㄷ

② ㄱ, ㄴ, ㅁ

③ ㄱ, ㄷ, ㄹ

④ ㄴ, ㄹ, ㅁ

⑤ ㄷ, ㄹ, ㅁ

해설

- ㄱ. (X) 법원이 청구의 일부에 대하여 재판을 누락한 경우에 그 청구부분에 대하여는 그 법원이 계속하여 재판한다(민소법 제212조 제1항).
- ㄴ. (X) 청구의 선택적 병합이란 양립할 수 있는 수개의 경합적 청구권에 기하여 동일 취지의 급부를 구하거나 양립할 수 있는 수개의 형성권에 기하여 동일한 형성적 효과를 구하는 경우에 그 어느 한 청구가 인용될 것을 해제조건으로 하여 수개의 청구에 관한 심판을 구하는 병합 형태로서, 이와 같은 선택적 병합의 경우에는 수 개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 선택적 청구 중 하나만을 기각하는 일부판결은 선택적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 않는다(대법원 1998.07.24. 선고 96다99 판결).
- ㄷ. (O) 원고가 실제로 감축한다고 진술한 것보다 더 많은 부분을 감축한 것으로 보아 판결을 선고한 경우, 원고가 감축한 금액을 제외한 나머지 부분에 관한 청구에 관하여는 아무런 판결을 하지 아니한 셈이고, 이는 결국 재판의 탈루에 해당하여 이 부분 청구는 여전히 원심에 계속 중이라 할 것이므로, 원고로서는 원심 법원에 그 부분에 관한 추가 판결을 신청할 수 있음은 별론으로 하고, 그 부분에 관한 아무런 판결도 없는 상태에서 제기한 상고는 상고의 대상이 없어 부적법하다(대법원 1997.10.10. 선고 97다22843 판결).
- ㄹ. (O) 제1심에서의 당사자 표시 변경이 당사자 표시정정에 해당하는 것으로서, 제1심이 소송당사자를 제대로 확정하여 판결하였음에도 불구하고, 항소심이 제1심에서의 당사자 표시 변경이 임의적 당사자 변경에 해당하여 허용될 수 없는 것이라고 잘못 판단하여 소송당사자 아닌 자를 소송당사자로 취급하여 변론을 진행시키고 판결을 선고한 경우, 진정한 소송당사자에 대하여는 항소심 판결이 아직 선고되지

않았다(대법원 1996.12.20. 선고 95다26773 판결).

- ㉔. (X) 판결에는 법원의 판단을 분명하게 하기 위하여 결론을 주문에 기재하도록 되어 있으므로 재판의 누락이 있는지 여부는 우선 주문의 기재에 의하여 판정하여야 하고, 판결이유에서 청구가 이유 없다고 실시하고 있더라도 주문에서 실시가 없으면 특별한 사정이 없는 한 재판의 누락이다(대법원 2004.08.30. 선고 2004다24083 판결). 정답 ②

2. 해제에 관한 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함) [2019년 08월 모의]

- ㄱ. 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우, 특별한 사정이 없는 한 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 없다.
- ㄴ. 매매계약에 있어서 매수인이 중도금을 약정한 일자에 지급하지 아니하면 그 계약을 무효로 한다고 하는 특약이 있는 경우, 매수인이 약정한 대로 중도금을 지급하지 아니하면 매도인의 해제의 의사표시를 요하지 않고 계약은 위 약정 일자에 자동적으로 해제된다.
- ㄷ. 일방 당사자의 계약위반을 이유로 한 상대방의 계약해제 의사표시에 의하여 계약이 해제되었음에도 상대방이 계약이 존속함을 전제로 계약상 의무의 이행을 구하는 경우, 계약을 위반한 당사자도 당해 계약이 상대방의 해제로 소멸되었음을 들어 그 이행을 거절할 수 있다.
- ㄹ. 소제기로써 계약해제권을 행사한 후 소를 취하하여도 해제권은 형성권이므로 해제의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다.
- ㅁ. 구체적인 어느 특정 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 제1심 판결 선고 전에 미리 항소하지 아니하기로 합의한 경우, 제1심 판결은 선고와 동시에 확정되지만 그 선고 후에 당사자의 합의에 의해 불항소합의를 해제하고 소송계속을 부활시킬 수 있다.

① ㄱ, ㄴ, ㄷ, ㅁ

② ㄱ, ㄴ

③ ㄱ, ㄷ, ㄹ, ㅁ

④ ㄴ, ㄷ, ㄹ

⑤ ㄹ, ㅁ

해설

- ㄱ. (X) 채무자가 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무를 불이행함으로써 통지 전에 체결된 약정에 따라 매매계약이 자동적으로 해제되거나, 채권자대위권행사의 통지를 받은 후에 채무자의 채무불이행을 이유로 제3채무자가 매매계약을 해제한 경우 제3채무자는 계약해제로써 대위권을 행사하는 채권자에게 대항할 수 있다(대법원 2012.05.17. 선고 2011다87235 판결).
- ㄴ. (O) 매매계약에 있어 매수인이 중도금을 약정한 일자에 지급하지 아니하면 그 계약을 무효로 한다고 하는 특약이 있는 경우 매수인이 약정한 대로 중도금을 지급하지 아니하면 그 불이행 자체로써 계약은 그 일자에 자동적으로 해제된 것이라고 보아야 한다(대법원 1988.12.20. 선고 88다카132 판결).
- ㄷ. (O) 계약의 해제권은 일종의 형성권으로서 당사자의 일방에 의한 계약해제의 의사표시가 있으면 그 효과로서 새로운 법률관계가 발생하고 각 당사자는 그에 구속되는 것이므로, 일방 당사자의 계약위반을 이유로 한 상대방의 계약해제 의사표시에 의하여 계약이 해제되었음에도 상대방이 계약이 존속함을 전제로 계약상 의무의 이행을 구하는 경우 계약을 위반한 당사자도 당해 계약이 상대방의 해제로 소멸되었음을 들어 그 이행을 거절할 수 있는 것이고, 다른 특별한 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배된다고 할 수도 없으며, 또한 쌍무계약에 있어서 상대방이 자신의 채무를 이행할 의사가 없음을 명백히 표시한 경우에는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 자신의 채무의 이행제공이나 최고 없이도 계약을 해제할 수 있는 것이다(대법원 2008.10.23. 선고 2007다54979 판결).

ㄷ. (○)

- 1) 소제기로써 계약해제권을 행사한 후 그 뒤 그 소송을 취하하였다 하여도 해제권은 형성권이므로 그 행사의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다(대법원 1982.05.11. 선고 80다916 판결).
 - 2) 참고 : 형성권은 권리자의 의사표시만으로 일방적으로 권리의 변동을 가져오는 권리이다. 따라서 조건이나 기한을 붙일 수 없고, 원칙적으로 철회하지도 못한다. 형성권의 의사표시에 의한 그 행사로써 바로 법률효과가 발생하므로, 형성권을 행사하는 소를 다시 제기하는 것은 권리보호의 이익을 흠결한 것으로 불허된다.
 - 3) 예외 : 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서, 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실체법상 상계의 효과가 발생한다(대법원 2018.08.30. 선고 2016다46338 판결).
 - 4) 정리하자면, 통상의 형성권은 그것이 소송상 행사되고 나서 소가 각하·취하되더라도 사법(私法)상의 효과가 유효하게 남지만, '상계권 행사' 후 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지지 않았다면 실체법상의 상계의 효과가 발생하지 않는다.
- ㄹ. (×) 구체적인 어느 특정 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 제1심 판결선고 전에 미리 항소하지 아니하기로 합의하였다면, 제1심 판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로 그 판결선고 후에는 당사자의 합의에 의한 더라도 그 불항소합의를 해제하고 소송계속을 부활시킬 수 없다(대법원 1987.06.23. 선고 86다카2728 판결).

정답 ④

3. 상계에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[2019년 08월 모의]

- ① 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장은 허용된다.
- ② 피고가 상계항변으로 2개 이상의 반대채권을 주장하였는데 법원이 그 중 어느 하나의 반대채권의 존재를 인정하여 수동채권의 일부와 대등액에서 상계하는 판단을 하고, 나머지 반대채권들은 모두 부존재한다고 판단하여 그 부분 상계항변은 배척한 경우, 반대채권들이 부존재한다는 판단에 대하여 기판력이 발생하는 전체 범위는 위와 같이 상계를 마친 후의 수동채권의 잔액을 초과할 수 없다.
- ③ 채무자가 집행권원인 확정판결의 변론종결 전에 상대방에 대하여 상계적상에 있는 채권을 가지고 있었지만 위 변론종결 후에 이르러 상계의 의사표시를 한 경우, 채무자가 위 변론종결 전에 자동채권의 존재를 알았는지 여부에 관계없이 적법한 청구이의 사유로 된다.
- ④ 채무가 고의의 불법행위로 인한 것인 때에는 그 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다는 민법 규정은 고의의 채무불이행으로 인한 손해배상채권에는 적용되지 않으므로, 고의에 의한 행위가 불법행위를 구성함과 동시에 채무불이행을 구성하는 경우, 채무자는 채무불이행으로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 하는 상계로 채권자에게 대항할 수 있다.
- ⑤ 채권의 일부 양도가 이루어지면 특별한 사정이 없는 한 각 분할된 부분에 대하여 독립한 분할채권이 성립하므로 그 채권에 대하여 양도인에 대한 반대채권으로 상계하고자 하는 채무자는 양도인을 비롯한 각 분할채권자 중 어느 누구도 상계의 상대방으로 지정하여 상계할 수 있다.

해설

- ① (○) 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, 사실심의 담당재판부로서는 전소와 후소를 같은 기회에 심리·판단하기 위하여 이부, 이송 또

제2장 항소

1. 불이익변경금지의 원칙에 관한 설명 중 옳지 않은 것을 모두 고른 것은? (다툼이 있는 경우 판례에 의함)

[2021년 10월 모의]

- ㄱ. 재산상 손해배상청구와 위자료청구를 병합하여 제기된 사건에서 항소법원이 제1심 판결에 대해 항소하지 아니한 원고에 대하여 제1심 판결보다 더 많은 위자료의 지급을 명하는 것은 위법하다.
- ㄴ. 원고의 수 개의 청구 중 하나의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각한 제1심 판결에 대하여 원고만이 항소를 제기하고 피고가 부대항소를 하지 아니하였다면, 항소법원이 원고가 불복하지 않은 청구에 대하여 확인의 이익의 유무를 조사하여 원고의 청구를 각하하는 것은 위법하다.
- ㄷ. 원고의 청구가 모두 인용된 제1심 판결에 대하여 피고가 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 아니하였는데, 제1심에서 전부 승소한 원고가 항소심 계속 중 부대항소로서 청구취지를 확장하고 항소심이 원고의 부대항소를 받아들여 제1심 판결의 인용금액을 초과하여 원고 청구를 인용하는 것은 위법하다.
- ㄹ. 제1심 판결에 대해 원고만이 항소를 제기하고 피고는 항소 또는 부대항소를 제기하지 않은 경우, 항소법원이 제1심 판결을 부당하다고 인정하더라도 그 판결을 원고의 불이익으로 변경하는 것은 허용될 수 없다.

① ㄱ, ㄴ

② ㄱ, ㄷ

③ ㄴ, ㄷ

④ ㄴ, ㄹ

⑤ ㄷ, ㄹ

해설

- ㄱ. (○) 재산상 손해배상청구와 위자료청구는 소송물이 동일하지 아니한 별개의 청구이므로 원심이 1심 판결에 대하여 항소하지 아니한 원고에 대하여 1심 판결보다 더 많은 위자료의 지급을 명하였음은 위법하다(대법원 1980.07.08. 선고 80다1192 판결).
- ㄴ. (×) 원고의 수 개의 청구 중 하나의 청구를 인용하고 나머지 청구를 기각한 제1심판결에 대하여 원고만이 항소를 제기하고 피고가 부대항소를 하지 아니하였다고 하더라도 원고 승소 부분은 원고의 항소로 인하여 항소심에 이심되는 것이고, 제1심판결의 변경은 불복신청의 한도에서 할 수 있다는 민소법 제385조의 규정은 법원이 당사자의 신청과는 관계없이 직권으로 조사하여야 할 사항에는 그 적용이 없는 것이므로, 항소심이 원고들이 불복하지 않은 청구에 대하여도 확인의 이익의 유무를 조사하여 원고들의 청구를 각하한 조치는 정당하고, 불이익변경금지의 원칙에 반하지 않는다(대법원 1995.07.25. 선고 95다14817 판결).
- ㄷ. (×) 원고의 청구가 모두 인용된 제1심판결에 대하여 피고가 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고, 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 아니하였다고 하더라도 제1심에서 전부 승소한 원고가 항소심 계속중 부대항소로서 청구취지를 확장할 수 있는 것이므로, 항소심이 원고의 부대항소를 받아들여

제1심판결의 인용금액을 초과하여 원고 청구를 인용하였더라도 거기엔 불이익변경금지의 원칙에 위배되지 않는다(대법원 2003.09.26. 선고 2001다68914 판결).

- ㄴ. (○) 항소심은 당사자의 불복신청 범위내에서 제1심 판결의 당부를 판단할 수 있을 뿐이므로 설사 제1심판결이 부당하다고 인정되는 경우라 하더라도 그 판결을 불복당사자의 불이익으로 변경하는 것은 당사자가 신청한 불복의 한도를 넘어 제1심 판결의 당부를 판단하는 것이 되어 허용될 수 없다(대법원 1983.12.27. 선고 83다카1503 판결). 정답 ③

2. 항소에 관련된 설명으로 옳은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

[2022년 10월 모의]

- ① 변론기일 통지서를 피고에게 송달하지 않은 채 피고 불출석 상태에서 변론을 종결하고 판결선고기일 지정 후 판결선고기일 통지서도 송달하지 않은 채 제1심판결이 선고된 경우 제1심 소송절차가 법률에 위반되므로 항소심은 제1심판결 전부를 취소하고, 사건을 제1심법원으로 환송해야 한다.
- ② 당사자 사이에 항소취하의 합의가 있더라도 항소인이 항소 취하서를 제출하지 않는다면 소송행위의 성질상 피항소인이 항변으로 항소취하 합의의 존재를 주장할 수 없고, 설령 그러한 주장이 있더라도 항소심 법원은 항소 취하가 이루어지지 않았음을 전제로 사건에 관해 판단해야 한다.
- ③ 항소심에서 항소인에 대하여 진술금지를 명하는 동시에 변호사선임명령을 한 경우 새 기일까지 변호사 선임이 이루어지지 않으면 항소심 법원은 항소각하결정을 할 수 있다.
- ④ 원고가 청구한 채권 발생을 인정한 후 피고의 상계항변을 받아 들어 원고 청구를 기각한 제1심판결에 대하여 원고만이 항소한 경우, 항소심 법원이 원고가 청구한 채권 발생이 인정되지 않는다는 이유로 원고의 청구를 기각하더라도 결론이 같은 이상 불이익변경금지 원칙에 반하지 않는다.
- ⑤ 항소심에서 항소이유로 특별히 지적하거나 그 후의 심리에서 다시 지적하지 않았다면, 변론주의 원칙하에서 항소심 법원은 제1심에서만 제기된 항소인 주장을 받아들일 수 없다.

해설

① (×)

- 1) 제1심 판결의 절차가 법률에 어긋날 때에 항소법원은 제1심 판결을 취소하여야 한다(민소법 제417조). 소가 부적법하다고 각하한 제1심 판결을 취소하는 경우에는 항소법원은 사건을 제1심 법원에 환송(還送)하여야 한다. 다만, 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우, 또는 당사자의 동의가 있는 경우에는 항소법원은 스스로 본안판결을 할 수 있다(민소법 제418조). 사안의 경우는 필수적 환송사유가 아니다.
- 2) 재판의 신속과 경제를 위하여 심급제도의 유지와 소송절차의 적법성의 보장이라는 이념을 제한할 수 있는 예외적인 경우를 인정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 항소법원이 제1심판결을 취소하는 경우 반드시 사건을 제1심법원에 환송하여야 하는 것은 아니다(대법원 2013.08.23. 선고 2013다28971 판결).
- ② (×) 당사자 사이에 항소취하의 합의가 있는데도 항소취하서가 제출되지 않는 경우 상대방은 이를 항변으로 주장할 수 있고, 이 경우 항소심법원은 항소의 이익이 없다고 보아 그 항소를 각하함이 원칙이다(대법원 2018.05.30. 선고 2017다21411 판결).
- ③ (○) 상소를 제기한 사람이 진술금지명령을 받고도 새 기일까지 변호사를 선임하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 소 또는 상소를 각하할 수 있다(민소법 제144조 제4항).
- ④ (×) 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(대법원 2010.12.23. 선고 2010다67258 판결). 즉, 항소를 기각해야

한다.

- ⑤ (X) 항소심은 속심으로서 제1심에서의 당사자의 주장이 그대로 유지되므로, 항소심에서 항소이유로 특별히 지적하거나 그 후의 심리에서 다시 지적하지 않는다 하더라도 법원은 제1심에서의 주장을 받아들일 수 있다(대법원 1996.04.09. 선고 95다14572 판결). **정답 ③**

3. 항소에 관한 설명 중 옳지 않은 것은? (다툼이 있는 경우에는 판례에 의함)

[2023년 08월 모의]

- ① 당사자 일방만이 항소한 후 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 쌍방의 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정된다.
- ② 甲과 乙 사이에서 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 항소가 제기된 후 항소심에서 그 중 일부청구에 대한 불복신청을 철회하였다 하더라도 항소인은 항소심 변론종결시까지 불복의 범위를 다시 확장할 수 있다.
- ③ 피항소인이 종전 항소심에서 부대항소를 제기하였다면 항소심의 종국판결이 상고심에서 파기되어 사건이 다시 항소심에 환송된 경우, 항소인은 항소를 취하할 수 없다.
- ④ 단순병합된 수개의 청구를 모두 기각한 제1심판결에 대하여 원고가 그중 일부의 청구에 대하여만 항소를 제기한 경우, 원고가 그 변론종결시까지 항소취지를 확장하지 않는 한 항소심법원은 항소하지 아니한 청구부분에 대하여 심판할 수 없다.
- ⑤ 원고의 금전청구가 모두 인용된 제1심판결에 대하여 피고가 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 아니한 경우에도 원고가 부대항소로서 원금 부분의 청구를 확장하였다면 항소심법원은 제1심판결의 인용 금액을 초과하여 원고의 청구를 인용할 수 있다.

해설

- ① (O) 항소의 취하가 있으면 소송은 처음부터 항소심에 계속되지 아니한 것으로 보게 되나(민소법 제393조 제2항, 제267조 제1항), 항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기과 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정되나, 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우에는 판결은 확정되지 아니하고 항소기간 내라면 항소인은 다시 항소의 제기가 가능하다(대법원 2016.01.14. 선고 2015므3455 판결).
- ② (O) 항소의 취하는 항소의 전부에 대하여 하여야 하고 항소의 일부 취하는 효력이 없으므로 병합된 수개의 청구 전부에 대하여 불복한 항소에서 그중 일부 청구에 대한 불복신청을 철회하였더라도 그것은 단지 불복의 범위를 감축하여 심판의 대상을 변경하는 효과를 가져오는 것에 지나지 아니하고, 항소인이 항소심의 변론종결시까지 언제든지 서면 또는 구두진술에 의하여 불복의 범위를 다시 확장할 수 있는 이상 항소 자체의 효력에 아무런 영향이 없다(대법원 2017.01.12. 선고 2016다241249 판결).
- ③ (X) 항소는 항소심의 종국판결이 있기 전에 취하할 수 있는 것으로서(민소법 제363조 제1항), 일단 항소심의 종국판결이 있는 후라도 그 종국판결이 상고심에서 파기되어 사건이 다시 항소심에 환송된 경우에는 먼저 있는 종국판결은 그 효력을 잃고 그 종국판결이 없었던 것과 같은 상태로 돌아가게 되므로 새로운 종국판결이 있기까지 항소인은 피항소인이 부대항소를 제기하였는지 여부에 관계없이 항소를 취하할 수 있다(대법원 1995.03.10. 선고 94다51543 판결).
- ④ (O) 상소불가분의 원칙에 따라 기각된 판결 모두 항소심에 이심되지만, 심판 범위는 불복된 청구에 국한된다.
- ⑤ (O) 원고의 청구가 모두 인용된 제1심판결에 대하여 피고가 지연손해금 부분에 대하여만 항소를 제기하고, 원금 부분에 대하여는 항소를 제기하지 아니하였다고 하더라도 제1심에서 전부 승소한 원고가 항소