

27회 민사서류 작성 답안례

이천교 법무사

1. 관련 판례

가. 대법원 2013. 11. 14., 선고, 2013다65178, 판결

【판결요지】

일정한 채권의 소멸시효기간에 관하여 이를 특별히 1년의 단기로 정하는 민법 제164조는 그 각 호에서 개별적으로 정하여진 채권의 채권자가 그 채권의 발생원인이 된 계약에 기하여 상대방에 대하여 부담하는 반대채무에 대하여는 적용되지 아니한다. 따라서 그 채권의 상대방이 그 계약에 기하여 가지는 반대채권은 원칙으로 돌아가, 다른 특별한 사정이 없는 한 민법 제162조 제1항에서 정하는 10년의 일반소멸시효기간의 적용을 받는다.

【이유】

1. 일정한 채권의 소멸시효기간에 관하여 이를 특별히 1년의 단기로 정하는 민법 제164조는 그 각 호에서 개별적으로 정하여진 채권의 채권자가 그 채권의 발생원인이 된 계약에 기하여 상대방에 대하여 부담하는 반대채무에 대하여는 적용되지 아니한다. 따라서 그 채권의 상대방이 그 계약에 기하여 가지는 반대채권은 원칙으로 돌아가, 다른 특별한 사정이 없는 한 민법 제162조 제1항에서 정하는 10년의 일반소멸시효기간의 적용을 받는다.

2. 원심은 우선 피고 1이 원고와 사이에 체결한 간병인계약상의 의무를 위반함으로써 원고가 병실 바닥에 쓰러져 좌측 비구 복합골절 등의 상해를 입는 이 사건 사고가 발생하였으므로 피고들은 이 사건 사고로 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다.

나아가 원심은 피고들의 항변, 즉 피고 1의 간병료 채권은 노역인의 임금 채권에 해당하여 민법 제164조 제3호에 따라 1년의 단기소멸시효에 걸리므로 원고의 피고 1에 대한 간병서비스 이행청구권, 나아가 그 권리의 확장 내지 내용 변경에 불과한 원고 주장의 손해배상청구권의 소멸시효기간도 1년이라는 취지의 항변을 ‘위 단기소멸시효의 대상이 되는 채권은 노역인의 임금 채권 등에 대하여만 적용될 뿐이지 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에는 그 적용이 없다’는 이유로 배척하였다.

3. 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 피고 1이 원고와 사이에 체결한 간병인계약에 기하여 부담하는 채무를 불이행함으로써 말미암아 발생한 손해배상청구권에 대하여 위 법규정상의 단기소멸시효가 적용되지 아니한다고 판단한 것은 그 결과에 있어서 정당하다.

나. 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다88019 판결

민법 제175조는 가압류가 ‘권리자의 청구에 의하여 또는 법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때에는 소멸시효 중단의 효력이 없다’고 규정하고 있고, 이는 그러한 사유가 가압류 채권자에게 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위이거나 또는 처음부터 적법한 권리행사가 있었다고 볼 수 없는 사유에 해당한다고 보기 때문이므로, 법률의 규정에 따른 적법한 가압류가 있었으나 제소기간의 도과로 인하여 가압류가 취소된 경우에는 위 법조가 정한 소멸시효 중단의 효력이 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

또한, 가압류를 시효중단사유로 규정하고 있는 것은 가압류에 의하여 권리자가 권리를 행사 하였기 때문인데 가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가압류채권자에 의한 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 할 것이므로, 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안 계속된다(대법원 2000다11102 판결, 대법원 2003다26082 판결, 대법원 2006다32781 판결 등 참조).

원심이 인용한 제1심판결은, 원고가 피고에 대한 이 사건 채권에 기하여 피고 소유의 각 부동산에 대한 가압류를 신청하여 1997. 9. 10.경 가압류결정이 되었으며, 그 후 피고의 제소명령신청이 인용되었는데도 원고가 그 제소명령신청기간 내에 소를 제기하지 아니하여 2009. 8. 12. 제소기간 도과를 이유로 가압류가 취소되었으나, 이 사건 채권의 소멸시효는 위 가압류로 인하여 중단되었다가 제소기간의 도과로 가압류가 취소된 때로부터 다시 진행된다고 판단하여, 피고의 소멸시효 완성 주장을 배척하였다.

앞서 본 법리에 의하면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 소멸시효의 중단사유 또는 제소기간 도과로 인한 가압류 취소의 효력 등에 관한 법리를 오해한 위법은 없다.

다-1 대법원 1969. 3. 4. 선고 69다3 판결

【판결요지】

가분채권의 일부분을 피보전 채권으로 하여 가압류 한 경우에 피보전 채권의 일부만에 시효중단의 효력이 있다.

【이 유】

원고의 상고이유 제1점에 대한 판단,

채권자가 가분채권의 일부분을 피보전채권으로 주장하여 채무자 소유의 재산에 대하여 가압류를 한 경우에 있어서는 피보전채권의 일부만에 시효중단의 효력이 있다 할 것이고 가압류에 의한 보전채권에 포함되지 아니한 나머지 채권에 대하여도 시효중단의 효력이 발생할 수 없다 할 것이므로 원심이 같은 견해아래 원고의 본건 손해배상 채권중 가압류에 의하여 보전된 150,000원의 한도에서 시효중단의 효력이 있다고 판단하였음은 정당하다.

다-2 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다1240 판결

【판결요지】

채권자가 가분채권의 일부분을 피보전채권으로 주장하여 채무자 소유의 재산에 대하여 가압류를 한 경우에 있어서는 그 피보전채권 부분만에 한하여 시효중단의 효력이 있다 할 것이고 가압류에 의한 보전채권에 포함되지 아니한 나머지 채권에 대하여는 시효중단의 효력이 발생 할 수 없다 할 것이다.

【이 유】

먼저 원고소송대리인의 상고이유에 대하여 판단한다.

채권자가 가분채권의 일부분을 피보전채권으로 주장하여 채무자 소유의 재산에 대하여 가압류를 한 경우에 있어서는 그 피보전채권 부분만에 한하여 시효중단의 효력이 있다 할 것이고 가

압류에 의한 보전채권에 포함되지 아니한 나머지 채권에 대하여는 시효중단의 효력이 발생할 수 없다 할 것이며(본원 1969.3.4. 선고 69다3 판결참조)이 이론은 가압류대상의 재산의 다과에 의하여 어떤 영향을 미친다고 할 수는 없을 것이므로 원심이 위와 같은 견해 아래에서 원고의 손해배상채권 금 1,528,614원중 원고가 원심인정의 가압류에서 주장한 피보전채권금 270,000원과 그 지연손해금의 한도내에서만 시효중단의 효력이 있다고 판단하였음은 정당하고 여기에 소론과 같은 시효중단의 효력이 미치는 범위에 관한 법리의 오해나 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 분석

가. 대법원 2013. 11. 14., 선고, 2013다65178, 판결은 수험생들이 교재를 통해서 일반적으로 알기는 어려운 판례였을 것으로 보입니다. 그래서 상대방이 언급하는 1년 단기소멸시효 주장을 위 판례를 통해서 반박한 수험생은 거의 없을 것으로 보여집니다(아마 모든 수험생이 유사할 것이므로 이로인한 채점상의 불이익은 거의 없을 것으로 보여집니다).

그리고 또한 순간적으로 불법행위 시효 문제도 머리에 떠올렸을 것으로 보입니다. 다행히 시험문제에서 간병계약 불이행으로 인한 손해배상을 언급해주고 있어서 이 부분은 이 내용을 그대로 기술하면 위 판례는 몰라도 지장이 없었을 것으로 보입니다.

나. 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다88019 판결은 대부분의 민법교재나 민사집행 교재에 다 언급되고 있는 객관식 기출문제에서도 중요한 내용으로 소개되어 오고 있던 내용입니다(저의 민사서류 교재에도 107-108면에서 107면에서 소개하고 있고 수업시간에도 늘 언급해오던 부분이기도 합니다). 그러므로 1차 시험을 통과한 수험생이라면 이 부분은 대부분 알고 있었을 것으로 보여집니다. 그리고 이 내용이 전제되지 않으면 채권이 모두 소멸시효가 완성되어 소송을 제기할 수 없기도 합니다.

다-1 대법원 1969. 3. 4. 선고 69다3 판결이나 다-2 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다1240 판결은, 단지, 일부 청구를 하는 경우의 판례와는 달리 일부금액만 가압류 하는 경우의 위 판례만 별도로 분리해서 특별하게 이 부분을 강조하고 판례를 소개하고나 하는 수험생 교재는 거의 없을 것으로 보입니다(사건). 그러나 특별하게 위 위 판례를 특별하게 알고 있지 않아도 관련 여러 법리를 유추해서(?) 가압류된 부분만 시효중단의 효력이 미칠 것이라는 결론 자체는 많은 수험생들이 비슷하게 생각하고 있었을 가능성이 많아 보입니다.

*** 다만, 이렇게 일부금액만 가압류한 내용이 시험문제에서는 명확하게 직접적으로는 언급되지 않고 주어진 시험자료에서만 명확하게 나타나고 있어서, 짧은 시간에 어려웠던 민사소송법도 함께 치르면서 이 것을 발견하기가 쉽지 않았을 것으로 보입니다. 아마 제가 시험을 보았어도 저 역시 자칫 시험지문만 보고 당연히 가압류 되었다고만 생각을 하고, 첨부된 서류는 형식적으로 첨부된 것으로 넘겨버렸을 가능성이 많습니다(가압류 결정문을 면밀하게 검토해서 가압류한 금액이 전체가 아니라 일부금액만 가압류 한 것까지 발견하기는 매우 어려웠을 것으로 보입니다). 더욱이 시험 지문에 이 부분이 명시적으로 언급이 없어서 말입니다. 그러므로 저의 사건으로는 실제 제출된 수험생들의 답안지에서는 이 부분을 발견하지 못하고 1,000만원을 청구한 답안도 상당하였을 것으로 보입니다.

라. 지연이자, 접수연월일, 관할법원 문제

시험 지문에서 김갑동이 지연이자는 청구할 생각이 없다하고, 김갑동이 원하는 범위 내에서 소장을 작성하라고 되어 있으므로 지연이자는 청구하지 않는 것으로 답안을 구성하는 것이 옳을 것 같습니다. 그리고 서울중앙지방법원에 2021. 9. 12.로 하여 작성하라고 하고 있으므로 그에 따라야 할 것입니다.

마. 전부 승소할 수 있는 내용으로 작성요청

1) 사실 실제 소송에서는 비록 소장에 오류가 있다해도 소송 진행중 정정도 가능하고, 사실심 변론종결시 까지 청구취지나 청구원인 변경도 가능하며 그에 따라 얼마든지 잘못을 바로잡고 승소가 가능할 수 있습니다. 그러나 시험은 그런 것이 허용되지 않고 단 1번의 기회로 모든 것을 평가해야하는 오디션과 같기 때문에 실무와는 불가피 하게 다른 면이 있습니다.

참고로 건물인도청구와 동시이행의 항변권 같은 경우가 더욱 그렇습니다. 실무에서는 동시 이행이라도 수험생처럼 책을 보지 않고 청구취지를 기재하는 것이 아니므로 암기할 필요가 없이 얼마든지 책을 보면서 소장을 작성할 수 있으나, 시험에서는 굉장히 길게 기재해야 하는 동시이행 청구취지를 보지 않고 작성해야 하므로 상당한 암기부담이 따릅니다. 그리고 실무에서는 단순이행을 청구해도 상대방이 다투지 않는 경우 그대로 승소하는 경우도 있고, 다툼 때에 청구를 변경하여 승소할 수도 있습니다. 그런데 시험에서는 동시이행을 청구할 것을 단순 이행 청구하였다가 동시이행 판결이 나면 일부 패소 판결이 선고되고 소송비용도 상대방에게 상환받기 어려울 수 있어서 인지 정확하게 동시이행으로 판결이 예정되는 사건에서는 소장을 동시이행으로 구성하는 것을 요구하고 있습니다., 시험에서는 1회로 모든 것을 평가해야 하는 상황이라서 그런 것 같습니다.

2) 이 번 시험에서도 상대방의 소멸시효 항변을 염두에 두고서 400만원만 청구하는 것이 옳으나 아니면 일단 1,000만원 모두 청구하더라도 상대방이 다투지 않으면 전부 승소가 가능할 수 있으므로 1,000만원을 청구하는 것이 옳으나에 대하여 의견이 있을 수 있습니다.

그런데 시험문제를 보면 김갑동에게 가장 유리하고 적법하면서도 대법원 판례에 따른 때 전부 승소할 수 있는 내용으로 적성하라고 요구하고 있고, 그리고 상대방이 소멸시효를 다투고 있으므로 이 번 소장에서는 400만원만 청구하는 것으로 작성을 해야할 것으로 보입니다.

3) 참고로, 2018년 24회 시험에서 문제에서 천장보수 비용(필요비)를 청구해야 하는 가 관련 혼선이 있었습니다. 왜냐하면 당시 첨부서류가 임대차 계약서에 원상복구에 관한 내용이 있었기 때문입니다. 그런데 한 편 당시 이번 시험처럼 의뢰인이 언급한 사항 외에 다른 쟁점을 없는 것으로 보고 소장을 작성하라고 되어 있었고, 당시 시험 지문에서는 위 천장 보수비에 대하여는 전혀 다툼 자체가 없었습니다. 그런데 이 번 시험의 경우는 지문에서 상대방이 소멸시효를 매우 적극적으로 다투고 있고 사실상 모든 쟁점이 소멸시효 관련입니다. 그리고 첨부서류 역시 당시 보다는 조금더 의도적 적극적으로 일부만 가압류를 하고 있음이 나타나고 있는 것 같습니다. 그러므로 결국 수험생 답안으로는 400만원만 청구하는 것으로 작성해야 할 것으로 보입니다.

3. 답안례

이하 답안례를 작성해 보았습니다. 저는 이 과목을 오랫동안 강의해온 사람인데다가 여러분과 달리 1-2일 충분한 시간이 주어졌고, 관련자료까지 참고하면서 작성한 답안례입니다. 다만, 저 역시 완벽한 답안(?)을 목표로 작성한 것이 아니고 실제 수험생 입장에서 작성 가능했을 답안지 분량을 염두에 두고서 작성해보았기 때문에 아마 일부 부족하거나 미흡한 부분이 있을 것입니다.

그러나 수험생들은 민사소송법도 함께 보아야 하고, 민소법 문제도 상당히 어렵게 출제되고 많은 시간이 소요되는 상황에서 3-40분 시간에 경황없이 답안을 작성해야 합니다. 그러므로 지금 돌이켜 보는 이 시점에서 이 문제를 어떻게 답안을 작성했어야 하는 것이냐에 대한 의견이나 지식들은 매우 날카롭고 훌륭하며 나름대로 다 설득력이 있겠지만, 실제 수험당일 시험장에서 수험생들이 제출한 실제 답안례는 대부분의 답안지가 내용들이 부족하고 아쉬울 수 밖에 없습니다. 참고로 그동안 십 수 년 동안 충분한 시간이 주어지는 학원 모의고사 답안지를 채점해 보아와도 늘 그랬고 앞으로도 그럴 것 같습니다.

따라서 지금 제가 작성해본 답안례(비록 완벽하지는 않다 해도) 처럼 작성하신 실제 수험생은 매우 드물 것이므로 이 답안례를 보시고 자신이 제출하였던 답안례가 부족했다거나 아쉬웠다 해도, 아마 대부분 수험생들 답안이 비슷한 상황이었을 것이라는 점, 특히 일부금액만 가압류한 내용이 시험문제에서는 직접적 명시적으로 언급되지 않고 있어서 그 짧은 시간에 어려운 민사소송법도 함께 치르면서 수험생 상당수가 이것을 발견하기가 어려웠을 것으로 보이는 점(그리고 전체 소장 점수 30점에 불과하고 이 중에서도 여러 논점 중 하나인 그 부분이 차지하는 비중), 그리고 어디까지나 상대적으로 평가되는 시험이라는 점, 따라서 시험 결과는 누구도 알 수 없는 것이라는 점 등을 염두에 두시고, 이 답안례는 단지 참고만 하시기 바랍니다.

소 장

*** 소가 4,000,000원
*** 인지액 20,000원
계산내역) 4,000,000원 x 50/10,000

원 고 김갑동 (870101-1234567)

서울 서초구 서초중앙로 143
전화번호 : 010-1234-1111, 전자우편 : kkdong@web.com

피 고 최을서 (790906-2897655)
서울 강남구 삼성로 91길 11
전화번호 : 010-1234-2222, 전자우편 chulseo@ted.com

손해배상 청구의 소

청 구 취 지

1. 피고는 원고에게 4,000,000을 지급하라.
 2. 소송비용은 피고가 부담한다.
 3. 제1항은 가집행할 수 있다.
- 라는 판결을 구합니다.

청 구 원 인

1. 원고는 피고와 간병계약을 체결하고 간병을 받아 오고 있던 중, 2011. 4. 1. 피고는 원고의 침대시트를 교체하여 주는 과정에서 원고가 침대에서 다 내려오기도 전에 시트를 빼 버리는 사고(이하 “ 이 사건 사고”)를 일으키는 바람에 원고가 넘어져 고관절 골절상을 입어 1천만 원의 치료비를 지출하는 손해(이하 “ 2011. 4. 1.자 손해배상 채권”)를 보았습니다.

2. 원고는 이와 관련하여 2011. 5. 1. “2011. 4. 1.자 손해배상 채권” 중 “4,000,000원” (이하 “이 사건 채권”)에 대하여, 피고를 채무자 훈훈은행을 제3채무자로 하는 서울중앙지방법원 2011카단1452 채권가압류결정을 받았습니다. 그런데 그 후 피고가 제기한 제소명령에 불응하여 2011. 9. 15. 위 법원 2011카단3290 가압류취소 결정으로 위 가압류가 전부 취소되었습니다.

3. 그러나 원고의 “ 2011. 4. 1.자 손해배상 채권”은 피고와 사이에 체결한 간병인계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상청구권으로서 민법 제162조 제1항에서 정하는 10년의 일반소멸시효기간의 적용을 받는데,

2011. 5. 1. “ 2011. 4. 1.자 손해배상 채권” 중 “이 사건 채권”에 대하여 서울중앙지방법원 2011카단1452 채권가압류결정을 받아 “이 사건 채권”에 대하여는 소멸시효가 중단되었고, 그 후 피고가 제기한 제소명령에 불응하여 2011. 9. 15. 같은법원 2011카단 3290 가압류취소 결정으로 위 가압류가 전부 취소되었다 해도 “이 사건 채권”의 소멸시효는 위 가압류로 인하여 중단되었다가 제소기간의 도과로 가압류가 취소된 2011. 9. 15. 부터 다시 진행되므로, “2011. 5. 1. 자 손해배상 청구채권” 중 “이 사건 채권”은 아직 소멸시효가 완성되지 않았습니다.

4. 이상과 같은 이유로 청구취지 기재와 같은 판결을 구하기 위하여 본 소를 제기하기에 이르렀습니다.

증 명 방 법

1. 갑 제1호증 진단서
2. 갑 제2호증 진료비 영수증
3. 갑 제3호증 채권가압류결정문
4. 갑 제4호증 가압류취소결정문
5. 갑 제5호증 문자내역

첨 부 서 류

- | | |
|-----------------|------|
| 1. 위 증명방법 | 각 2통 |
| 2. 영수필확인서 | 1통 |
| 3. 송달료 납부서 | 1통 |
| 4. 서류작성 및 제출위임장 | 1통 |
| 5. 소장부분 | 1통 |

2021. 9. 12. 원고 김갑동 (인)

서울중앙지방법원 귀중

4. 마치며

1) 모두 수고들 많으셨습니다. 이제 모두 지나간 일이며, 시험이 끝나면 늘 아쉬운 점이 남습니다. 모든 수험생들에게 공통된 상황이었을 것이고, 2차 시험의 특성상 어디까지나 상대적으로 점수평가가 있을 것입니다. 그리고 발표시 까지는 누구나 할 것 없이 불안정한 시간을 보내야 합니다. 특히 1차 시험보다도 2차 시험의 경우 상대적으로 채점결과를 예측하기 어려워, 발표시 까지는 결과를 확신하기가 어렵습니다. 그러나 이러한 과정 역시 모든 수험생이면 반드시 거쳐야만 하는 과정일 것입니다.

2) 늘 같은 이야기이지만 시험으로 모든 것이 끝나는 것이 아닙니다. 합격을 한다고 해도, 1차후 2차 시험처럼 이제는 또 다른 새로운 세계의 무대가 기다리고 있을 것입니다. 점점 전문가들 사이에서도 무한경쟁의 시대가 되어 가고 있습니다. 합격했다고 해서 고생이 끝난 것이 아니고 누가 앞길을 보장해주는 것도 아닙니다. 합격 후 전문가로서 제대로 활동하려면 더욱 많은 실력이 필요하고 많은 분야의 실무적인 공부를 해야 합니다. 요즘 모든 전문자격사들은 점점 무한경쟁의 상황 속에 놓여지고 있습니다. 발표때 까지도 시간을 잘 활용하시길 바랍니다.

3) 모두 좋은 결과 있으시기를 기원합니다.
수고 많으셨습니다.

법) 이천교