

2021년 법무사 민소법 기출문제 해설

제 1 문 (50점)

[기본적 사실관계]

甲은 乙 종중과 사이에 부동산 위에 존재하는 분묘들의 파묘를 조건으로 X 부동산과 Y 부동산을 매수하기로 하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약')을 체결하고, 그 무렵 X 부동산에 관하여는 소유권이전등기를 마쳤다. 그런데 X 부동산 지상에는 乙 종중이 관리하는 분묘들 외에, 乙 종중의 종중원 丙이 별도로 설치하여 관리하는 분묘들도 설치되어 있었다.

※ 아래 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 X 부동산 지상의 분묘들이 그대로 존재하자 乙 종중과 丙을 공동피고로 하여 각 분묘굴이 및 각 해당 토지 부분의 인도를 구하는 소송을 제기하였고, 1심 법원은 원고인 甲의 전부 승소 판결을 선고하였다. 丙은 위 판결에 대하여 항소하였으나, 乙 종중은 항소하지 아니하였다.

丙은 항소심 재판 과정에서, 乙 종중이 甲에게 X 부동산을 매도하기로 한 종중총회는 일부 종중원에 대한 소집통지가 누락되었고, 그 밖에 종중 규약에서 정한 요건을 충족하지 못하여 무효이고, 따라서 乙 종중과 甲 사이의 이 사건 매매계약 역시 무효이므로, 甲은 X 부동산에 관한 소유권을 취득하지 못하였다는 주장을 하였다.

이에 대하여 항소심 법원은, 甲이 X 부동산의 소유권을 취득하였음을 전제로 乙 종중에 대하여 乙 종중이 관리하는 분묘의 굴이 및 해당 토지 부분의 인도를 구하는 청구를 하였고, 1심 법원이 이를 인용하였으며, 이와 같은 1심 법원의 판결은 乙 종중이 항소하지 아니하여 확정 되었으므로, 기판력의 범위에 따라 甲은 X 부동산의 소유권을 적법하게 취득하였다고 할 것이므로 丙의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다고 하여 배척하였다.

이와 같은 항소심 법원의 판단에 대하여 논하시오. (30점)

2. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 乙 종중이 Y 부동산에 관한 소유권이전등기를 이전하여 주지 아니하자, 법원에 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다. 청구취지는 乙 종중이 甲에게 Y 부동산에 관하여 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행하라는 것이다.

Y 부동산은 소송계속 중 Y-1 부동산과 Y-2 부동산으로 분할되었다. 그런데 甲은 청구취지기재를 변경하거나 법원에 새로운 토지대장을 제출하지 않았다. 이에 따라 법원은 甲의 청구취지 그대로 甲의 청구를 인용하는 판결(이하 '경정대상판결')을 선고하였고, 위 판결은 그 무렵 그대로 확정되었다.

甲은 이후 법원에 경정대상판결 주문 중 부동산 표시를 분할된 토지로 경정하여 달라는 경정신청을 하면서, 분할된 내용이 기재된 토지대장을 제출하였다. 그런데 법원은 위 경정신청을 기각하였다.

이 경우 甲이 판결경정신청을 기각한 위 결정에 대하여 민사소송법 제449조 제1항에 의한 특

별항고를 할 수 있는지에 관하여 논하시오. (20점)

제 2 문

(20점)

[사실관계]

甲은 2016. 5. 30. 乙을 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였고, 2016. 11. 4. 승소 판결을 선고 받았다. 乙은 2016. 12. 14. 위 판결에 대하여 항소하였고, 2017. 7. 13. 항소심 제1차 변론기일이 지정되었다. 제1차 변론기일에 甲의 소송대리인은 출석하였으나, 乙 및 乙의 소송대리인은 출석하지 아니하였다. 이에 甲의 소송대리인은 변론을 하지 않았다. 이후 2017. 8. 10.에 열린 제2차 변론기일에서도 마찬가지로 甲의 소송대리인은 출석하였으나 乙 및 乙의 소송대리인은 출석하지 아니하였고, 甲의 소송대리인은 변론을 하지 않았다. 乙의 소송대리인은 2017. 9. 7. 항소심 재판부에 기일지정신청서를 제출하였는데, 다음 날인 2017. 9. 8. 소송대리인 사임서를 제출하였다. 그리고 위 기일지정신청에 따라 2017. 9. 28.로 지정된 제3차 변론기일에는 甲과 甲의 소송대리인, 乙이 모두 불출석하였다. 그러자 항소심 법원은 사건을 종결 처리하였다.

※ 아래 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

1. 항소심 법원이 사건을 종결 처리한 것이 타당한지 여부 및 그 이유 내지 근거에 대하여 설명하시오. (10점)
2. 乙은 항소심 법원으로부터 제3차 변론기일통지서를 적법하게 송달받지 못하였다고 주장하고 있다. 乙이 어떠한 법적 방식으로 자신의 주장을 펼칠 수 있는지에 대하여 논하시오. (10점)

제 1 문

[기본적 사실관계]

甲은 乙 종중과 사이에 부동산 위에 존재하는 분묘들의 파묘를 조건으로 X 부동산과 Y 부동산을 매수하기로 하는 내용의 매매계약(이하 '이 사건 매매계약')을 체결하고, 그 무렵 X 부동산에 관하여는 소유권이전등기를 마쳤다. 그런데 X 부동산 지상에는 乙 종중이 관리하는 분묘들 외에, 乙 종중의 종중원 丙이 별도로 설치하여 관리하는 분묘들도 설치되어 있었다.

※ 아래 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 X 부동산 지상의 분묘들이 그대로 존재하자 乙 종중과 丙을 공동피고로 하여 각 분묘굴이 및 각 해당 토지 부분의 인도를 구하는 소송을 제기하였고, 1심 법원은 원고인 甲의 전부 승소 판결을 선고하였다. 丙은 위 판결에 대하여 항소하였으나, 乙 종중은 항소하지 아니하였다.

丙은 항소심 재판 과정에서, 乙 종중이 甲에게 X 부동산을 매도하기로 한 종중총회는 일부 종중원에 대한 소집 통지가 누락되었고, 그 밖에 종중 규약에서 정한 요건을 충족하지 못하여 무효이고, 따라서 乙 종중과 甲 사이의 이 사건 매매계약 역시 무효이므로, 甲은 X 부동산에 관한 소유권을 취득하지 못하였다는 주장을 하였다.

이에 대하여 항소심 법원은, 甲이 X 부동산의 소유권을 취득하였음을 전제로 乙 종중에 대하여 乙 종중이 관리하는 분묘의 굴이 및 해당 토지 부분의 인도를 구하는 청구를 하였고, 1심 법원이 이를 인용하였으며, 이와 같은 1심 법원의 판결은 乙 종중이 항소하지 아니하여 확정되었으므로, 기판력의 법리에 따라 甲은 X 부동산의 소유권을 적법하게 취득하였다고 할 것이므로 丙의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다고 하여 배척하였다.

이와 같은 항소심 법원의 판단에 대하여 논하시오. (30점)

2. (위 기본적 사실관계에 추가하여)

甲은 乙 종중이 Y 부동산에 관한 소유권이전등기를 이전하여 주지 아니하자, 법원에 소유권이전등기 청구의 소를 제기하였다. 청구취지는 乙 종중이 甲에게 Y 부동산에 관하여 매매를 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행하라는 것이다.

Y 부동산은 소송계속 중 Y-1 부동산과 Y-2 부동산으로 분할되었다. 그런데 甲은 청구취지기재를 변경하거나 법원에 새로운 토지대장을 제출하지 않았다. 이에 따라 법원은 甲의 청구취지 그대로 甲의 청구를 인용하는 판결(이하 '경정대상판결')을 선고하였고, 위 판결은 그 무렵 그대로 확정되었다.

甲은 이후 법원에 경정대상판결 주문 중 부동산 표시를 분할된 토지로 경정하여 달라는 경정신청을 하면서, 분할된 내용이 기재된 토지대장을 제출하였다. 그런데 법원은 위 경정신청을 기각하였다.

이 경우 甲이 판결경정신청을 기각한 위 결정에 대하여 민사소송법 제449조 제1항에 의한 특별항고를 할 수 있는지에 관하여 논하시오. (20점)

I. 설문 1.에 관하여

※ [참고]

- ① 목차만 제시하더라도 해당되는 구체적인 내용은 모두 숙지하고 있을 것이라고 생각하여, 부분적으로 실시될 내용에 같음하여 목차로만 제시하였고, 설문해결을 위한 핵심적인 사항만을 기술하였습니다.
- ② 배점이 30점이라는 점을 고려하면 충분한 논의가 필요한 문제라고 봅니다. 물론 기판력의 관련쟁점이 핵심입니다.

1. 결 론

항소심 판단은 위법하다.

2. 논 거¹⁾

(1) 문제점

1심 법원의 판결은 乙 중증이 항소하지 아니하여 확정되었으므로, 기판력의 법리에 따라 甲은 X 부동산의 소유권을 적법하게 취득하였다고 할 것이므로 丙의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다고 하여 배척하였는바, 이러한 항소심 법원의 판단의 적법여부와 관련하여 ① 1심 법원의 판결이 확정되어 기판력이 발생하였는지 여부, ② 이로써 기판력에 따라 甲이 X 부동산의 소유권을 적법하게 취득하였다고 판단 가능한지 여부, ③ 丙의 주장에 대해 별도의 심리가 필요한 것이 아닌지 여부를 살펴보아야 한다.

(2) 공동소송의 형태

판례의 실체법상 관리처분권설의 입장에 따르면, 사안의 乙 중증과 丙은 실체법상 관리처분권이 공동으로 귀속되지 않고 판결의 효력도 미치지 않으므로 통상공동소송에 해당한다.

(3) 통상공동소송의 심리방법²⁾

1) 공동소송인 독립의 원칙

2) 상소불가분의 원칙 및 불이익변경금지의 원칙 적용 여부

3) 사안의 경우

丙만 항소한 경우로 항소하지 않은 乙 중증은 항소기간의 만료로 분리확정되고, 甲의 丙에 대한 청구부분만이 항소심의 심판대상·범위가 된다. 따라서 1심 법원의 판결은 乙 중증이 항소하지 아니하여 확정되었다는 이 부분 항소심 법원의 판단은 정당하다.

(4) 항소심의 본안심사

1) 기판력의 저촉 여부

가) 주관적 범위

판례는 “기판력이 미치는 주관적 범위는 신분관계소송이나 회사관계소송 등에서 제3자에게도

1) 대판 2010.12.23, 2010다58889

2) 최대한 축약기술하면 된다.

그 효력이 미치는 것으로 규정되어 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 당사자, 변론을 종결한 뒤의 승계인 또는 그를 위하여 청구의 목적물을 소지한 사람과 다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람이 확정판결을 받은 경우의 그 다른 사람에 국한되고, 그 외의 제3자나 변론을 종결하기 전의 승계인에게는 미치지 않는 것이며(민사소송법 제218조 제1항, 제3항), 한편 민사소송법 제52조에 의하여 대표자가 있는 법인 아닌 사단이 소송의 당사자가 되는 경우에도 그 법인 아닌 사단은 대표자나 구성원과 별개의 주체이므로, 그 대표자나 구성원을 당사자로 한 판결의 기판력이 법인 아닌 사단에 미치지 아니함은 물론 그 법인 아닌 사단을 당사자로 한 판결의 기판력 또한 그 대표자나 구성원에게 미치지 아니하는 것이 당연하다.”고 하였다.

나) 객관적 범위

판례는 “확정판결의 기판력은 그 판결의 주문에 포함된 것, 즉 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론 그 자체에만 생기는 것이고, 판결이유에 실시된 그 전제가 되는 법률관계의 존부까지 미치는 것은 아니고, 건물철거 및 토지인도청구권을 소송물로 하는 소송은 소유권 자체의 확정인 아니라 건물철거청구권 및 토지인도청구권의 존부만을 목적으로 할 따름이므로 그 소송에서 부동산의 권리귀속에 관한 판단이 있었다고 하더라도 그 기판력은 판결 주문에 표시된 건물철거청구권 및 토지인도청구권에 국한되고 판결이유 중의 부동산 권리귀속에 관한 판단 부분까지 미치지 아니한다.”고 하였다.

다) 사안의 경우

甲이 乙 종중을 상대로 소유권에 기하여 제기한 분묘굴이 및 토지인도 등 청구가 인용되고 그 판결이 그대로 확정되었다고 하더라도, 그 기판력은 소송물인 분묘굴이 및 토지인도 등 청구권에 한하여 생기고 판결이유 중에서 판단되었을 뿐인 소유권에 관하여 생기는 것은 아니다. 나아가 그 효력 또한 甲과 乙 종중 사이에만 미칠 뿐 乙 종중의 종중원에 불과한 丙과의 관계에서는 단순한 공동소송인의 관계에 있을 뿐이므로 미치지 아니한다고 할 것이다. 그럼에도 항소심 법원은 甲의 乙 종중에 대한 제1심 판결이 확정되었다는 이유만으로 甲이 이 사건 X 부동산의 소유권을 적법하게 취득하였음을 丙에게도 주장할 수 있다고 하여 丙의 주장을 배척하고 말았으니, 이와 같은 항소심 판결은 기판력의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

2) 판결이유 중 판단의 구속력

3) 사안의 경우

항소심 법원으로서 甲이 X 부동산의 소유권을 적법하게 취득하였는지 여부에 관하여 별도로 심리한 다음 乙 종중의 결의 및 X 부동산의 매매계약의 효력 여부 등을 판단하여 전소 확정판결의 이유 중 판단에 포함된 내용에 대한 유력한 증거자료로서의 증거가치를 배제할 수 있는 합리적 이유가 있는지 여부를 심리했어야 한다. 따라서 항소심 법원이 이에 이르지 아니한 채 기판력이 발생했다는 이유만으로 丙의 주장을 배척하고 만 것은 기판력의 범위에 관한 법리를 오해한 위법뿐만 아니라 필요한 심리를 다하지 아니한 위법도 있다.

II. 설문 2.에 관하여

1. 결론

甲은 특별항고를 할 수 있다.

2. 논거3)

(1) 특별항고의 적용범위

판례는 “① 민사소송법 제449조 제1항은 불복할 수 없는 결정이나 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있거나, 재판의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당하다는 것을 이유로 하는 때에만 대법원에 특별항고를 할 수 있도록 하고 있다. 여기서 결정이나 명령에 대하여 재판에 영향을 미친 헌법 위반이 있다고 함은 결정이나 명령의 절차에서 헌법 제27조 등이 정하고 있는 적법한 절차에 따라 공정한 재판을 받을 권리가 침해된 경우를 포함한다. ② 판결경정신청을 기각한 결정에 이러한 헌법 위반이 있다고 하려면 신청인이 그 재판에 필요한 자료를 제출할 기회를 전혀 부여받지 못한 상태에서 그러한 결정이 있었다든지, 판결과 그 소송의 모든 과정에 나타난 자료와 판결 선고 후에 제출된 자료에 의하여 판결에 잘못이 있음이 분명하여 판결을 경정해야 하는 사안임이 명백한데도 법원이 이를 간과함으로써 기각결정을 하였다든 등의 사정이 있어야 한다.”고 하였다.

(2) 판결경정신청의 기각결정에 대한 특별항고의 가부

1) 판결경정제도의 취지 및 판결경정이 가능한 잘못이 명백한지 여부의 판단자료

판례는 “① 제211조의 판결에 잘못된 계산이나 기재 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있는 것이 명백한 때 하는 경정결정은, 일단 선고된 판결에 대하여 그 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위에서 표현상의 기재 잘못이나 계산의 착오 또는 이와 유사한 잘못을 법원 스스로 결정으로써 정정 또는 보충하여 강제집행이나 등기의 기재 등 이른바 광의의 집행에 지장이 없도록 하자는데 그 취지가 있다. ② 경정이 가능한 잘못에는 그것이 **법원의 과실로 생긴 경우뿐만 아니라 당사자의 청구에 잘못이 있어 생긴 경우도 포함된다.** 경정결정을 할 때에는 소송의 모든 과정에 나타난 자료는 물론 경정대상인 판결 이후에 제출된 자료도 다른 당사자에게 아무런 불이익이 없는 경우나 이를 다룰 수 있는 기회가 있었던 경우에는 소송경제상 이를 참작하여 그 잘못이 명백한지 여부를 판단할 수 있다.”고 하였다.

2) 판결에 표시된 토지에 관한 표시를 분할된 토지에 관한 표시로의 경정신청 인용 여부

판례는 “토지에 관한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소송 중 사실심 변론종결 전에 토지가 분할되었는데도 그 내용이 변론에 드러나지 않은 채 토지에 관한 원고 청구가 인용된 경우에 판결에 표시된 토지에 관한 표시를 분할된 토지에 관한 표시로 경정해 달라는 신청은 특별한 사정이 없는 한 받아들여야 한다.”고 하였다.

(3) 사안의 경우

사안의 경우 경정대상판결 주문에 분할 전 이 사건 토지가 표시된 것은 특별항고인들의 잘못된 청구로 유발된 오기 또는 이와 유사한 잘못에 해당하고, 경정대상판결 법원에 제출된 증거와 이 사건에 제출된 자료를 종합하면 그 잘못을 명백히 인정할 수 있고, 잘못을 경정하더라도 판결의 내용을 실질적으로 변경한다고 볼 수 없다. 이 사건은 경정대상판결의 주문을 경정해야 하는 사안인데도 법원은 이 사건 경정신청을 기각하였으므로 이러한 법원의 결정에는 판결경정에 관한 법리를 오해하여 재판에 영향을 미친 헌법 위반의 특별항고사유가 있다. 따라서甲은 판결경정신청의 기각결정에 대해 특별항고를 할 수 있다.

제 2 문

[사실관계]

甲은 2016. 5. 30. 乙을 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였고, 2016. 11. 4. 승소 판결을 선고받았다. 乙은 2016. 12. 14. 위 판결에 대하여 항소하였고, 2017. 7. 13. 항소심 제1차 변론기일이 지정되었다. 제1차 변론기일에 甲의 소송대리인은 출석하였으나, 乙 및 乙의 소송대리인은 출석하지 아니하였다. 이에 甲의 소송대리인은 변론을 하지 않았다. 이후 2017. 8. 10.에 열린 제2차 변론기일에서도 마찬가지로 甲의 소송대리인은 출석하였으나 乙 및 乙의 소송대리인은 출석하지 아니하였고, 甲의 소송대리인은 변론을 하지 않았다. 乙의 소송대리인은 2017. 9. 7. 항소심 재판부에 기일지정신청서를 제출하였는데, 다음 날인 2017. 9. 8. 소송대리인 사임서를 제출하였다. 그리고 위 기일지정신청에 따라 2017. 9. 28.로 지정된 제3차 변론기일에는 甲과 甲의 소송대리인, 乙이 모두 불출석하였다. 그러자 항소심 법원은 사건을 종결 처리하였다.

※ 아래 각 설문은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따름

1. 항소심 법원이 사건을 종결 처리한 것이 타당한지 여부 및 그 이유 내지 근거에 대하여 설명하시오. (10점)
2. 乙은 항소심 법원으로부터 제3차 변론기일통지서를 적법하게 송달받지 못하였다고 주장하고 있다. 乙이 어떠한 법적 방식으로 자신의 주장을 펼칠 수 있는지에 대하여 논하시오. (10점)

I. 설문 1.에 관하여

1. 결 론

타당하지 않다.

2. 근 거

(1) 기일해태의 효과

기일의 해태라 함은 당사자가 적법한 기일통지를 받고도 필요적 변론기일에 불출석하거나 출석하여도 변론하지 않은 경우를 말한다. 민사소송법은 기일해태의 제재로서 당사자 일방의 결석에 따른 진술간주(제148조)와 자백간주(제150조), 쌍방결석에 따른 소취하·항소취하간주(제268조)의 효과를 규정하고 있다.

(2) 쌍방 불출석에 따른 소취하·항소취하 간주

1) 의 의

양쪽 당사자가 2회 불출석하고도 1개월 이내에 기일지정신청이 없거나 기일지정신청에 따라 정한 변론기일에 양쪽이 모두 불출석한 경우 소취하·항소취하 간주의 효력이 생기는 것을 말한다(제268조).

2) 요 건

- ① i) 당사자 쌍방의 1회 결석, ii) 당사자 쌍방의 2회 결석, iii) 양쪽 당사자의 2회 불출석 이후에 1개월 내에 기일지정신청이 없거나 또는 기일지정신청 후의 쌍방결석, iv) 동일심급·동종 기일·동일한 소에서의 쌍방 결석일 것이 요구된다.
- ② 양쪽 당사자가 변론기일에 불출석하거나 출석·무변론인 경우에도 쌍방 기일결석에 해당한다.
- ③ 소송대리인이 있더라도 본인은 소송수행권을 상실하지 않고 그대로 존속하므로 본인은 소송대리인과 함께 기일에 출석해서 변론할 수 있다. 따라서 기일결석에 해당하기 위해서는 본인과 소송대리인 모두의 결석이 있어야 한다.

3) 효과

- ① 소취하 또는 항소취하 간주의 효과는 법률상 당연히 발생하는 효과이며, 당사자나 법원의 의사로 그 효과를 좌우할 수 없다. 따라서 법원은 반드시(무조건) 소 또는 항소취하로 간주하여야 하고 법원이 그 재량에 따라 또는 사건내용에 따라 사건을 임의로 처리할 수 없다.
- ② 항소심에서는 항소의 취하로 보아 항소심절차는 당연 종결되고 원판결이 그대로 확정되게 된다(제268조 제4항).

4) 사안의 경우

사안의 경우 항소심에서 甲과 乙 및 각자의 소송대리인은 제1차 변론기일에 기일결석을 하였고, 그 후 제2차 변론기일에서도 기일결석을 하였다. 또한 양쪽 당사자 甲과 乙 측의 2회 불출석 이후에 1개월 내에 기일지정신청을 하였다가 제3차 변론기일에 쌍방 결석이 있는 경우에 해당한다. 따라서 항소취하 간주의 효과는 법률상 당연히 발생하는 것으로서 항소심 법원이 임의로 사건을 종결 처리한 것은 부당하다.

II. 설문 2.에 관하여

1. 결론

乙은 기일지정을 신청하는 방식으로 항소취하 간주의 효력을 다투어야 한다.

2. 논거4)

(1) 항소취하 간주의 중국판결 해당 여부

판례는 “민사소송법 제268조 제4항에서 정한 항소취하 간주는 그 규정상 요건의 성취로 **법률에 의하여 당연히 발생하는 효과이고 법원의 재판이 아니므로 상고의 대상이 되는 중국판결에 해당하지 아니한다.** 따라서 항소취하 간주의 효력을 다투려면 **상고를 제기할 수는 없다.**”고 하였다.

(2) 항소취하 간주의 효력을 다투는 방법

판례는 “항소취하 간주의 효력을 다투려면 **민사소송규칙 제67조, 제68조**에서 정한 절차에 따라 항소심 법원에 **기일지정신청**을 할 수는 있으나 상고를 제기할 수는 없다.”고 하였다.

(3) 사안의 경우

사안의 경우, 乙은 제3차 변론기일통지서를 적법하게 송달받지 못하였다고 주장하며 기일지정

4) 대판 2019.8.30, 2018다259541

신청을 하여 항소취하 간주의 효력을 다투어야 하고, 상고는 그 대상인 종국판결이 존재하지 아니하여 부적법하므로 상고로는 다룰 수 없다.