

2019년 법무사 민소법 기출문제 해설

제 1 문 (50점)

<기본적 사실관계>

甲은 乙에게 1억 원(이하 '이 사건 대여금'이라 한다)을 대여하였다는 취지로 주장하며, 2019. 2. 1. 乙을 상대로 이 사건 대여금의 반환을 구하는 소를 제기하였다.

※ 위 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 문항에서 추가로 제시되는 사실관계는 서로 무관하고, 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판결의 다수의견에 따를 것)

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 대여금 청구 소송의 제1회 변론기일에서 甲은 乙의 인장이 날인된 차용증(갑 제1호증)을 증거로 제출하였다. 이에 대하여 乙은 '차용증상의 인영이 자신의 것은 맞지만, 자신은 백지에 인장을 날인하여 주었을 뿐이고 누가 추후 그 내용을 기재하였는지는 모르겠다.'라고만 진술하고, 그 구체적인 경위 등에 관하여 추가로 설명하거나 증거를 제시하지 아니하였다. 이러한 경우 차용증(갑 제1호증)의 진정성립이 추정되는지 여부에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (10점)
2. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 대여금 청구 소송의 제1회 변론기일에서, 乙은 甲에 대하여 4,000만 원의 약정금 채권(이하 '약정금 채권'이라 한다)과 1억 원의 투자금반환 채권(이하 '투자금 채권'이라 한다)을 가지고 있다고 주장하며, 위 약정금 채권과 투자금 채권을 자동채권으로 하여 甲의 이 사건 대여금 채권과 상계한다고 항변하였다. 법원은 변론을 종결한 후 甲의 이 사건 대여금 청구 중 6,000만 원 부분만을 인용하는 판결을 선고하였는데, 그 판결문의 이유 부분에서는 이 사건 대여금 채권 1억 원이 존재한다고 인정한 다음, 乙의 상계항변에 대하여 ① 약정금 채권 4,000만 원을 자동채권으로 한 상계항변은 모두 받아들이고, ② 투자금 채권 1억 원을 자동채권으로 한 상계항변은 그 원인사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 배척한다는 취지로 기재되어 있다. 이에 대하여 甲과 乙이 모두 항소하지 아니하여 위 판결은 그대로 확정되었다. 위 확정 판결로 乙의 甲에 대한 투자금 채권이 부존재한다는 판단의 기판력이 발생한 금액 범위를 밝히고, 그 이유를 간략하게 설명하시오(이자 및 지연손해금은 고려하지 말 것). (15점)
3. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 제1심 법원은 소장에 기재된 주소지와 보정명령에 따라 보정된 주민등록 주소지로 소장 부분을 송달하였으나 모두 이사불명을 이유로 乙에게 송달되지 아니하자, 공시송달의 방법으로 소장 부분, 변론기일 통지서 등을 송달한 후 변론을 진행하였다. 그 후 제1심 법원은 원고 승소 판결을 하였고, 제1심 판결 정보는 공시송달의 방법으로 2019. 6. 1. 乙에게 송달되었다. 그런데 乙은 이 사건 대여금 청구의 소 제기 전인 2019. 1. 15. 이미 사망하였고, 乙의 상속인 丙은 2019. 7. 1. 제1심 판결에 대하여 추후보완 항소를 제기하면서 소송수계신청을 하였다. 丙의 추후보완 항소와 소송수계신청이 적법한지 여부에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (10점)
4. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 甲의 채권자인 丁은 甲에 대한 1억 원의 집행력 있는 약속어

음 공정증서 채권에 기하여 甲의 이 사건 대여금 채권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받았고, 위 명령은 2019. 5. 10. 乙에게 송달되었다. 甲이 乙을 상대로 제기한 이 사건 대여금 청구 소송이 계속되고 있는 상태에서, 丁은 2019. 5. 20. 乙을 상대로 추심금 지급을 구하는 별개의 소를 제기하였다. 丁이 제기한 추심금 지급의 소가 적법한지에 관하여 결론과 그 이유를 약술 하시오. (15점)

제 2 문 (20점)

<기본적 사실관계>

甲은 자신의 노트북을 乙에게 100만 원에 팔기로 계약하였는데, 乙은 현재 돈이 없으니 일단 노트북을 인도해 주면 일주일 내 노트북 매매대금을 주겠다고 하여 甲은 乙의 말을 믿고 노트북을 乙에게 인도해 주었다. 그런데 일주일 지나서도 乙이 노트북 매매대금을 주지 않자, 甲은 乙을 피고로 하여 노트북 매매대금 100만 원을 구하는 매매대금청구(이하 '주위적 청구'라고 한다)의 소를 제기하였다. 한편, 위 매매계약이 무효임을 대비하여 인도받은 노트북을 부당이득으로 구하는 청구(이하 '예비적 청구'라고 한다)도 함께 제기하였다(부대항소는 제기하지 않은 것으로 본다).

※ 각 문항은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따를 것

1. **(위 기본적 사실관계에 추가하여)** 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구에 대해서는 별도로 판단하지 않았다. 이에, 甲이 기각된 주위적 청구와 판단하지 않은 예비적 청구에 대해서 항소를 하였으나, 항소심 법원 또한 甲의 항소를 기각하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않았으며, 甲이 상고를 제기하지 않아 그대로 판결이 확정되었다. 이 경우 제1심 법원과 항소심 법원에서 예비적 청구를 판단하지 않은 것이 재판의 누락인지, 판단 누락인지에 대하여 설명하고(3점), 甲이 예비적 청구에 대하여 별소를 제기할 수 있는지에 관한 결론과 그 이유(7점)를 기재하시오.
2. **(위 기본적 사실관계에 추가하여)** 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하자, 乙만이 예비적 청구 부분에 대하여 항소를 제기하였는데, 항소심 법원에서 심리한 결과 오히려 주위적 청구가 이유 있고 예비적 청구는 이유 없다는 결론에 이르렀다. 이 경우 항소심 법원은 어떠한 판결(항소각하, 항소기각, 항소인용, 항소일부인용 등)을 해야 하는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (5점)
3. **(위 기본적 사실관계에 추가하여)** 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하자, 乙만이 예비적 청구 부분에 대하여 항소를 제기하였다. 이 경우 乙이 항소심 변론기회에서 주위적 청구를 인낙할 수 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (5점)

제 1 문

<기본적 사실관계>

甲은 乙에게 1억 원(이하 ‘이 사건 대여금’이라 한다)을 대여하였다는 취지로 주장하며, 2019. 2. 1. 乙을 상대로 이 사건 대여금의 반환을 구하는 소를 제기하였다.

※ 위 사실관계를 전제로 아래 각 문항에 답하시오. (각 문항에서 추가로 제시되는 사실관계는 서로 무관하고, 견해의 대립이 있는 경우 대법원 판결의 다수의견에 따를 것)

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 대여금 청구 소송의 제1회 변론기일에서 甲은 乙의 인장이 날인된 차용증(갑 제1호증)을 증거로 제출하였다. 이에 대하여 乙은 ‘차용증상의 인영이 자신의 것은 맞지만, 자신은 백지에 인장을 날인하여 주었을 뿐이고 누가 추후 그 내용을 기재하였는지는 모르겠다.’라고만 진술하고, 그 구체적인 경위 등에 관하여 추가로 설명하거나 증거를 제시하지 아니하였다. 이러한 경우 차용증(갑 제1호증)의 진정성립이 추정되는지 여부에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (10점)
2. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 이 사건 대여금 청구 소송의 제1회 변론기일에서, 乙은 甲에 대하여 4,000만 원의 약정금 채권(이하 ‘약정금 채권’이라 한다)과 1억 원의 투자금반환 채권(이하 ‘투자금 채권’이라 한다)을 가지고 있다고 주장하며, 위 약정금 채권과 투자금 채권을 자동채권으로 하여 甲의 이 사건 대여금 채권과 상계한다고 항변하였다. 법원은 변론을 종결한 후 甲의 이 사건 대여금 청구 중 6,000만 원 부분만을 인용하는 판결을 선고하였는데, 그 판결문의 이유 부분에서는 이 사건 대여금 채권 1억 원이 존재한다고 인정 한 다음, 乙의 상계항변에 대하여 ① 약정금 채권 4,000만 원을 자동채권으로 한 상계항변은 모두 받아들이고, ② 투자금 채권 1억 원을 자동채권으로 한 상계항변은 그 원인사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 배척 한다는 취지로 기재되어 있다. 이에 대하여 甲과 乙이 모두 항소하지 아니하여 위 판결은 그대로 확정되었다. 위 확정 판결로 乙의 甲에 대한 투자금 채권이 부존재한다는 판단의 기판력이 발생한 금액 범위를 밝히고, 그 이유를 간략하게 설명하시오(이자 및 지연손해금은 고려하지 말 것). (15점)
3. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 제1심 법원은 소장에 기재된 주소지와 보정명령에 따라 보정된 주민등록 주소지로 소장 부분을 송달하였으나 모두 이사불명을 이유로 乙에게 송달되지 아니하자, 공시송달의 방법으로 소장 부분, 변론기일 통지서 등을 송달한 후 변론을 진행하였다. 그 후 제1심 법원은 원고 승소 판결을 하였고, 제1심 판결 정보는 공시송달의 방법으로 2019. 6. 1. 乙에게 송달되었다. 그런데 乙은 이 사건 대여금 청구의 소 제기 전인 2019. 1. 15. 이미 사망하였고, 乙의 상속인 丙은 2019. 7. 1. 제1심 판결에 대하여 추후보완 항소를 제기하면서 소송수계신청을 하였다. 丙의 추후보완 항소와 소송수계신청이 적법한지 여부에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (10점)
4. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 甲의 채권자인 丁은 甲에 대한 1억 원의 집행력 있는 약속어음 공정증서

채권에 기하여 甲의 이 사건 대여금 채권에 대한 채권압류 및 추심명령을 받았고, 위 명령은 2019. 5. 10. 乙에게 송달되었다. 甲이 乙을 상대로 제기한 이 사건 대여금 청구 소송이 계속되고 있는 상태에서, 丁은 2019. 5. 20. 乙을 상대로 추심금 지급을 구하는 별개의 소를 제기하였다. 丁이 제기한 추심금 지급의 소가 적법한지에 관하여 결론과 그 이유를 약술하시오. (15점)

I. 설문 1.에 관하여1)

1. 결 론

차용증(갑 제1호증)의 진정성립은 추정된다.

2. 이 유

(1) 진정성립의 추정 여부

- ① 사문서의 진정성립에 대해서는 거증자측이 그 성립의 진정을 증명하여야 한다. 그런데 제358조에서는 낯인사실이 증명된 경우 사문서의 진정성립이 추정됨을 규정하고 있다.
- ② 사안의 경우 乙은 그 차용증(갑 제1호증)에 찍혀 있는 인영이 자신의 것으로서 자신이 낯인한 사실을 인정하였으므로, 제358조에 의하여 차용증서 전체의 진정성립도 추정된다고 할 것이다.

(2) 백지문서에 낯인한 경우 진정성립 추정의 특별 여부

- ① 인영의 진정이 인정되면 문서의 진정성립이 추정되는데, 백지문서임이 증명되면 2단의 추정에서 두 번째 단계의 추정이 특별되는지, 즉 제358조의 추정이 특별되는지 여부가 문제이다.
- ② 판례는 이에 대해 i) 문서에 낯인된 작성명의인의 인영이 작성명의인의 인장에 의하여 현출된 것이 인정되는 경우에는 그 인영의 진정성립 및 그 문서 전체의 진정성립까지 추정되는 것이기는 하나, 이는 어디까지나 먼저 내용기재가 이루어진 뒤에 인영이 압날된 경우에만 그러한 것이고 작성명의인의 낯인만 되어 있고 내용이 백지로 된 문서를 교부받아 후일 그 백지 부분을 작성명의자 아닌 자가 보충한 경우, 그 문서 전체의 진정성립의 추정은 배제된다고 하여 추정을 부정하고 있다.²⁾ 또한 ii) 일반적으로 문서의 일부가 미완성인 상태로 서명날인을 하여 교부한다는 것은 이례에 속하므로 그 문서의 교부 당시 백지상태인 공란 부분이 있었고 그것이 사후에 보충되었다는 점은 작성명의인이 증명하여야 한다고 하였다.³⁾

(3) 사안의 경우

사안의 경우 乙은 문서의 교부 당시 백지 부분이 있었고 그것이 사후에 보충되었다는 점에 대해 법관에게 확신을 주어야 하는데, 그에 대한 구체적 경위 등에 관하여 추가로 설명하거나 증거를 제시하지 못하였는바, 제358조에 기한 추정은 깨지지 않았다.

1) 2순환 제7회 제2문 설문 1. / 3순환 제5회 제1문 설문 (4) / 사례집 P.272 설문 (4) 쟁점
2) 대판 2000.6.9, 99다37009
3) 대판 2013.8.22. 2011다100923

II. 설문 2.에 관하여⁴⁾

1. 결 론

6천만 원의 범위에서 기판력이 발생한다.

2. 이 유

(1) 기판력의 객관적 범위

기판력은 판결주문에 포함된 판단에만 생기고(제216조 제1항), 판결이유 속에서 판단되는 피고의 항변에 대해서는 기판력이 생기지 않는 것이 원칙이다.

(2) 상계항변에 대한 기판력 발생

1) 의의 및 인정취지

다만 상계항변만은 이중분쟁의 방지를 위해서 그 대항한 액수의 한도에서 기판력이 생기는 것으로 하고 있다(제216조 제2항). 이와 같이 판결이유 중의 판단임에도 불구하고 상계 주장에 관한 법원의 판단에 기판력을 인정한 취지는, 만일 이에 대하여 기판력을 인정하지 않는다면, 원고의 청구권의 존부에 대한 분쟁이 나중에 다른 소송으로 제기되는 반대채권(또는 자동채권, 이하 '반대채권'이라고만 한다)의 존부에 대한 분쟁으로 변형됨으로써 상계 주장의 상대방은 상계를 주장한 자가 반대채권을 이중으로 행사하는 것에 의하여 불이익을 입을 수 있게 될 뿐만 아니라, 상계 주장에 대한 판단을 전제로 이루어진 원고의 청구권의 존부에 대한 전소의 판결이 결과적으로 무의미하게 될 우려가 있게 되므로, 이를 막기 위함이다.

2) 기판력의 발생요건

상계항변에 대한 기판력이 발생하기 위하여는, ① 자동채권의 존부에 대하여 실질적으로 판단을 한 경우에 한하므로, i) 상계가 허용되지 않거나 ii) 상계항변이 실질한 공격방어방법으로 각하된 경우이거나 iii) 부적상을 이유로 배척된 경우에는 기판력이 발생하지 않는다. 또한 ② 상계주장에 관한 판단에 기판력이 생기는 것은 수동채권이 소송물로서 심판되는 소구채권이거나 그와 실질적으로 동일한 경우(원고가 상계를 주장하면서 청구이의의 소를 제기하는 경우)에 한한다.

3) 기판력의 발생범위

판례는 ① 반대채권이 부존재한다는 판결이유 중의 판단의 기판력은 특별한 사정이 없는 한 '법원이 반대채권의 존재를 인정하였다더라면 상계에 관한 실질적 판단으로 나아가 수동채권의 상계적상일까지의 원리금과 대등액에서 소멸하는 것으로 판단할 수 있었던 반대채권의 원리금 액수'의 범위에서 발생한다고 보아야 한다. 그리고 이러한 법리는 피고가 상계항변으로 주장하는 반대채권의 액수가 소송물로서 심판되는 소구채권의 액수보다 더 큰 경우에도 마찬가지로 적용된다고 하였고, ② 피고가 상계항변으로 2개 이상의 반대채권(또는 자동채권, 이하 '반대채권'이라고만 한다)을 주장하였는데 법원이 그중 어느 하나의 반대채권의 존재를 인정하여 수동채권의 일부와 대등액에서 상계하는 판단을 하고, 나머지 반대채권들은 모두 부존재한다고 판단하여 그 부분 상계항변은 배척한 경우에, 수동채권 중 위와 같이 상계로 소멸하는 것으로 판단된 부분은 피고가 주장하는 반대채권들 중 그 존재가 인정되지 않은 채권들

4) 2순환 제9회 설문 2. / 3순환 제7회 제2문 쟁점

에 관한 분쟁이나 그에 관한 법원의 판단과는 관련이 없어 기관력의 관점에서 동일하게 취급할 수 없으므로, 그와 같이 반대채권들이 부존재한다는 판단에 대하여 기관력이 발생하는 전체 범위는 위와 같이 상계를 마친 후의 수동채권의 잔액을 초과할 수 없다고 보아야 한다. 그리고 이러한 법리는 피고가 주장하는 2개 이상의 반대채권의 원리금 액수의 합계가 법원이 인정하는 수동채권의 원리금 액수를 초과하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 이때 '부존재한다고 판단된 반대채권'에 관하여 법원이 그 존재를 인정하여 수동채권 중 일부와 상계하는 것으로 판단하였을 경우를 가정하더라도, 그러한 상계에 의한 수동채권과 당해 반대채권의 차액 계산 또는 상계충당은 수동채권과 당해 반대채권의 상계적상의 시점을 기준으로 하였을 것이고, 그 이후에 발생하는 이자, 지연손해금 채권은 어차피 그 상계의 대상이 되지 않았을 것이므로, 위와 같은 가정적인 상계적상 시점이 '실제 법원이 상계항변을 받아들인 반대채권'에 관한 상계적상 시점보다 더 뒤라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 앞에서 본 기관력의 범위의 상한이 되는 '상계를 마친 후의 수동채권의 잔액'은 수동채권의 '원금'의 잔액만을 의미한다고 보아야 한다고 하였다.⁵⁾

(3) 사안의 경우

III. 설문 3.에 관하여⁶⁾

1. 결론

부적법하다.

2. 이유

(1) 문제점

추완항소가 적법하려면 상소요건을 갖추어야 하고 불변기간인 상소기간이 도과되어야 하는데, 이와 관련하여 사안의 경우 ① 무효인 판결에 대해서는 추완항소는 부적법하므로, 제소 전 당사자의 사망을 간과한 판결의 효력이 당연무효인 판결인지 여부와 ② 망인에 대한 공시송달이 유효한지 여부를 살펴 볼 필요가 있다.

(2) 제소 전 사망자임을 간과한 판결의 효력 및 소송수계신청 및 추완항소의 적법 여부

판례는 법원이 피고가 사자임을 간과하고 본안판결을 하였을 때, 판결이 확정되어도 그 판결은 이당사자대립구조의 흠결을 간과한 판결로서 당연무효라고 하였다. 즉 판례는 "사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심판결이 선고되었다 할지라도 판결은 당연무효이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 항소나 소송수계신청은 부적법하다"고 하였다.⁷⁾

(3) 망인에 대한 공시송달의 효력 유무

① 공시송달의 요건에 흠이 있다 하여도 재판장이 공시송달을 명하여 공시송달이 이루어진 경우에는 그 뒤에 요건의 흠이 판명된다고 하더라도 그 공시송달은 유효하다고 보는 것이

5) 대판 2018.8.30. 2016다46338

6) 2순환 제1회 설문 (3) / 2순환 제8회 설문 가.의 (3) / 3순환 제1회 제1문 설문 2.의 (3) 쟁점

7) 대판 2015.1.29, 2014다34041.

판례이다. 그러나 ② 공시송달의 요건에 흠이 있다 하더라도 재판장의 명령에 의해 유효하다고 보는 것은 통상의 송달이 가능함을 전제로 공시송달의 요건만 구비되지 아니한 경우에 국한되며, 송달 일반의 무효사유가 있는 경우에는 공시송달이라도 무효이다.⁸⁾

(4) 사안의 경우

사안의 경우 제1심 법원이 乙의 제소 전 이미 사망한 자임을 간과하고 甲 승소판결을 선고하였더라도, 이는 당연무효인 판결로서 이에 대한 상속인 丙의 추완항소는 부적법하고, 나아가 실질적 소송관계가 이루어지지 않은 이상 소송수계신청도 부적법하다. 또한 판결정본도 망인에게 공시송달의 방법으로 송달하였는바, 이러한 송달은 위법·무효이므로 불변기간인 상소기간이 진행될 수도 없으므로 추완항소의 문제는 발생하지 아니한다. 따라서 丙의 추후보완 항소와 소송수계신청은 부적법하다.

IV. 설문 4.에 관하여⁹⁾

1. 결론

적법하다.

2. 이유

(1) 채권에 대한 압류 및 추심명령의 성질 및 효과

1) 법정소송담당으로서의 효과

- ① 추심채권자는, 실체법상의 청구권은 채무자인 집행채무자(원래의 채권자)에게 있으면서 소송법상의 관리권만을 이전받는 제3자 법정소송담당의 관계에 있게 된다. 따라서 채무자는 원고로서의 당사자적격을 상실한다. 나아가 추심금청구소송의 소송물은 피압류채권이다.
- ② 판례도 채권에 대한 유효한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고, 채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실한다고 하였다.

2) 압류 및 추심명령의 효력발생 시기

압류 및 추심명령의 효력발생 시기는 제3채무자에 대한 송달일이고(민사집행법 제227조 3항, 제229조 4항), 제3채무자에게 송달된 이상 채무자에게 송달되지 않았다 하더라도 효력발생에는 아무런 영향이 없다.

3) 사안의 경우

사안의 경우, 甲의 乙에 대한 1억 원의 대여금채권에 대한 丁의 압류 및 추심명령이 제3채무자인 乙에게 송달되었으므로, 丁의 압류 및 추심명령의 효력발생으로 인해 甲은 피압류채권에 대한 이행청구 소송을 제기 할 당사자적격을 상실하였다. 따라서 법원은 甲의 乙에 대한 대여금청구소송에 대하여 당사자적격의 흠을 이유로 부적법 각하 판결을 하여야 한다.

(2) 丁의 추심금소송이 중복제소에 해당하는지 여부

1) 중복제소금지의 의의·취지

8) 대판 2007.12.14, 2007다52997; 대판 2005.10.14, 2004다52705 참고

9) 2순환 제3회 제2문 설문 1. / 3순환 제9회 제1문 설문 2. 쟁점

이미 법원에 소송계속 중인 사건과 동일한 사건에 관하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못하는 데(제259조), 판결의 모순·저촉의 방지를 위한 것이다.

2) 요 건

- ① 중복소제기로 금지가 되기 위해서는 i) 전·후 양소의 당사자가 동일할 것, ii) 전·후 양소의 소송물이 동일할 것, iii) 전소가 소송계속 중일 것이 요구된다.
- ② 사안의 경우, 甲의 乙을 상대로 한 전소는 당사자적격의 흠을 이유로 부적법하므로 각하되어야 하지만, 실제 각하되지 않는 한 소송계속은 인정된다. 또한 전소의 소송물은 甲의 乙에 대한 대여금채권이고 후소의 소송물도 피압류채권인 甲의 乙에 대한 대여금채권이므로 전·후 양소의 소송물은 동일하다. 나아가 당사자가 甲과 丁으로서 서로 다른 경우이지만 판결의 효력이 미치는 관계라고 본다면 중복제소에 해당한다고 볼 여지가 있으므로, 이에 대해 살펴본다.

3) 중복제소 해당 여부

이에 대해 판례는 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 이미 법원에 계속되어 있는 상태에서 압류채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 추심의 소의 본안에 관하여 심리·판단한다고 하여, 판결의 모순·저촉의 위험이 크다고 볼 수 없으며, 따라서 채무자가 제3채무자를 상대로 제기한 이행의 소가 법원에 계속되어 있는 경우에도 압류채권자는 제3채무자를 상대로 압류된 채권의 이행을 청구하는 추심의 소를 제기할 수 있고, 제3채무자를 상대로 압류채권자가 제기한 추심의 소는 채무자가 제기한 이행의 소에 대한 관계에서 민사소송법 제259조가 금지하는 중복된 소제기에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다고 하였다.¹⁰⁾

(3) 사안의 경우

丁의 추심금 청구의 소는 중복제소에 해당하지 않고, 그 외 소송요건의 흠이 있다는 사정은 보이지 않으므로 적법하다.

10) 대판(전) 2013.12.18, 2013다202120

제 2 문

<기본적 사실관계>

甲은 자신의 노트북을 乙에게 100만 원에 팔기로 계약하였는데, 乙은 현재 돈이 없으니 일단 노트북을 인도해 주면 일주일 내 노트북 매매대금을 주겠다고 하여 甲은 乙의 말을 믿고 노트북을 乙에게 인도해 주었다. 그런데 일주일 지나서도 乙이 노트북 매매대금을 주지 않자, 甲은 乙을 피고로 하여 노트북 매매대금 100만 원을 구하는 매매대금청구(이하 '주위적 청구'라고 한다)의 소를 제기하였다. 한편, 위 매매계약이 무효임을 대비하여 인도받은 노트북을 부당이득으로 구하는 청구(이하 '예비적 청구'라고 한다)도 함께 제기하였다(부대항소는 제기하지 않은 것으로 본다).

※ 각 문항은 상호 독립적이고, 견해의 대립이 있으면 대법원 판례에 따를 것

1. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하면서 예비적 청구에 대해서는 별도로 판단하지 않았다. 이에, 甲이 기각된 주위적 청구와 판단하지 않은 예비적 청구에 대해서 항소를 하였으나, 항소심 법원 또한 甲의 항소를 기각하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 않았으며, 甲이 상고를 제기하지 않아 그대로 판결이 확정되었다. 이 경우 제1심 법원과 항소심 법원에서 예비적 청구를 판단하지 않은 것이 재판의 누락인지, 판단 누락인지에 대하여 설명하고(3점), 甲이 예비적 청구에 대하여 별소를 제기할 수 있는지에 관한 결론과 그 이유(7점)를 기재하시오.
2. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하자, 乙만이 예비적 청구 부분에 대하여 항소를 제기하였는데, 항소심 법원에서 심리한 결과 오히려 주위적 청구가 이유 있고 예비적 청구는 이유 없다는 결론에 이르렀다. 이 경우 항소심 법원은 어떠한 판결(항소각하, 항소기각, 항소인용, 항소일부인용 등)을 해야 하는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (5점)
3. (위 기본적 사실관계에 추가하여) 제1심 법원이 甲의 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하자, 乙만이 예비적 청구 부분에 대하여 항소를 제기하였다. 이 경우 乙이 항소심 변론기일에서 주위적 청구를 인낙할 수 있는지에 관한 결론과 그 이유를 기재하시오. (5점)

I. 설문 1.에 관하여¹¹⁾

1. 결론

별소를 제기함은 부적법하여 허용되지 않는다.

2. 이유

11) 사례집 P.472

(1) 예비적 병합에서 일부판결의 허용 여부 및 취급 - 판단누락인지 여부

판례는 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 '① 주위적 청구를 먼저 판단하지 않고 예비적 청구만을 인용하거나 ② 주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등의 일부판결은 예비적 병합의 성질에 반하는 것으로서 법률상 허용되지 아니하며, 그럼에도 불구하고 주위적 청구를 배척하면서 예비적 청구에 대하여 판단하지 아니하는 판결을 한 경우에는 그 판결에 대한 상소가 제기 되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니라고 하였다.

따라서 사안의 판결은 허용되지 않는 일부판결을 한 경우로서 판단누락에 준하는 위법이 있다고 할 것이다.

(2) 예비적 병합에서 일부판결을 한 경우의 구제방법

1) 상소 또는 재심의 소 가부

판례는 ① 일부판결이 허용되지 않는 소송에서는 재판의 누락이 있을 수 없으므로 추가판결로 시정할 것이 아니고, 그러한 일부판결을 위법한 전부판결로 보아 판결하지 않은 부분은 판단 누락에 준하여 취급해야 하므로, 그 구제는 상소 또는 재심(제451조 제1항 9호)에 의해야 한다고 본다(판단누락설 내지 상소·재심설). 그리고 ② 위법한 판결에 대한 상소가 제기되면 판단누락된 부분도 모두 상소심으로 이심이 되어, 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니라고 한다.

2) 별소제기의 가부

- ① 어느 분쟁해결을 위하여 적정한 판단을 받을 수 있도록 마련된 보다 더 간편한 절차를 이용할 수 있었음에도 그 절차를 이용하지 않았다는 사정은 소송제기에 있어 소극적 권리 보호요건인 직권조사사항이다.
- ② 예비적 병합소송에서 청구의 일부에 대한 판단을 누락한 경우 그 청구를 별소로써 구하는 것은 허용되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.¹²⁾ 즉 판례는 누락된 청구 부분은 판단이 된 바 없으므로 기판력 저촉의 문제는 생기지 않으나, 위법한 판결로 인하여 불이익을 받게 된 당사자는 별소를 제기할 필요가 없이 간편하게 그 소송절차 내에서 상소를 통하여 그 분쟁해결을 위한 적정한 판단을 구할 길이 열려져 있기에, 당사자가 그를 시정하기 위한 상소절차를 이용할 수 있었음에도 그를 이용하지 아니하고 당연무효가 아닌 그 판결을 확정시켰다면 그 판결은 위법한 오류가 있는 그대로 확정됨과 동시에 당사자로서는 그 단계에서 주어진 보다 더 간편한 분쟁해결수단인 상소절차 이용권을 스스로 포기한 것이 되어, 그 후에는 상소로 다투었어야 할 그 분쟁을 별소로 다시 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한, 그의 권리보호를 위한 적법요건을 갖추지 못한 부적법한 소제기이어서 허용될 수 없다고 하였다. 즉 보다 더 간편한 절차를 이용하지 않고 별소를 이용하는 것은 권리보호의 이익이 없다는 것이다.

II. 설문 2.에 관하여¹³⁾

1. 결론

12) 대판 2002.9.4. 98다17145

13) 3순환 제8회 제2문 쟁점

항소인용을 해야 한다.

2. 이유

(1) 일부항소의 경우 항소심 법원의 조치

- ① 판례는 예비적 병합에서 주위적 청구기각·예비적 청구인용의 경우에는 원고는 주위적 청구가 기각된 데 대해, 피고는 예비적 청구가 인용된 데 대해 항소의 이익이 있다고 하였다.
- ② 판례는 “제1심 법원이 원고들의 주위적 청구와 예비적 청구를 병합 심리한 끝에 주위적 청구는 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고한 데 대하여 피고만이 항소한 경우, 항소제기에 의한 이심의 효력은 당연히 사건 전체에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되는 것이지만, 항소심의 심판범위는 이에 관계없이 피고의 불복신청의 범위에 한하는 것으로서 예비적 청구를 인용한 제1심 판결의 당부에 그치고 원고의 부대항소가 없는 한 주위적 청구는 심판대상이 될 수 없다.”고 하였다.¹⁴⁾
- ③ 다만 항소심 법원은 주위적 청구가 이유 있다고 판단되는 경우 구체적으로 어떠한 판결을 선고하여야 하는지가 문제되는데, 이에 대해 판례는 피고가 항소한 예비적 청구에 대해 항소를 인용하여 예비적 청구를 인용한 제1심 법원의 판결을 취소하고 예비적 청구에 대해 기각판결을 선고하여야 한다고 하였다.¹⁵⁾

(2) 사안의 경우

Ⅲ. 설문 3.에 관하여

1. 결론

주위적 청구를 인낙할 수 있다.

2. 이유

(1) 주위적 청구에 대한 인낙의 가부

판례는 “제1심 법원이 원고의 주위적 청구와 예비적 청구를 병합심리한 끝에 주위적 청구는 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고한 데 대하여 피고만 항소를 하더라도, 항소의 제기에 의한 이심의 효력은 피고의 불복신청의 범위와는 관계없이 사건 전부에 미쳐 주위적 청구에 관한 부분도 항소심에 이심되는 것이므로, 피고가 항소심의 변론에서 원고의 주위적 청구를 인낙하여 그 인낙이 조서에 기재되면 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있는 것이고, 따라서 그 인낙으로 인하여 주위적 청구의 인용을 해제조건으로 병합심판을 구한 예비적 청구에 관하여는 심판할 필요가 없어 사건이 그대로 종결되는 것이다.”라고 하였다.¹⁶⁾

(2) 사안의 경우

14) 대판 1995.2.10, 94다31624

15) 대판 1995.2.10, 94다31624

16) 대판 1992.6.9, 92다12032