2026년 법무사 민법, 민소법 기출문제
총평 및 해설

Ⅰ. 글을 시작하며,

안녕하세요!? 이혁준입니다.

먼저, 힘든 일정을 견디어 낸 수험생 여러분께 아낌없는 박수를 보내며, 2026년 민법, 민소법 기출문제에 대한 총평을 시작하도록 하겠습니다.

올 해 시험은 수업시간에 강조하였던 쟁점과 연습하였던 쟁점이 출제되었으며, 사실관계에서 쟁점을 스스로 발굴해야 하는 문제가 아니라 설문에서 이미 쟁점을 제시하였기 때문에 쟁점이 무엇인지 고민할 필요가 없었습니다. 따라서 작년 시험과 비교해 볼 때 그리 어렵지 않고 평이했던 시험이라 평가됩니다.

또한 민법은 총 7개의 설문(제1문 3개, 제2문 4개)으로, 민소법은 총 6개의 설문(제1문 2개, 제2문 4개)으로 출제되어 많은 문제가 출제된 것이 아니고, 배점이 생각보다 비교적 높게 출제된 점이 특징이라 할 것인데, 이런 시험일수록 더더욱 실수가 없어야 하며, 상대평가 상 점수가 예상한 것보다 더 안 나올 수도 있겠습니다.
다만 민사소송법은 문제형식이 '설명하시오'가 아니라 '논하시오'로 되어있는데, 이는 특히 [2문]의 경우 설문 일부는 사실관계가 판례사안과 명백히 일치하지 않거나 부가적 사정이 덧붙여지지 않음에 기인한 듯합니다.
여하튼 배점에 부합하게 시간 내에 핵심적인 내용으로 답안을 작성할 필요가 있었고, 그렇다면 일정 점수를 받는 데에 아무런 지장이 없을 것으로 보입니다.

이하에서는 문제의 해설과 관련해서 중요한 핵심사항만을 기본으로 말씀드리도록 합니다. 출제된 문제가 법리적으로 어려운 문제는 아니므로, 아래 내용이 답안에 기술되면 족하고, 대부분 이미 2순환 및 3순환 과정에서 연습한 문제이기도 합니다. 따라서 해설은 근거 부분에서 설시되어야 할 것을 중심으로 간략히 제시하겠습니다(예컨대, 각 설문에 대한 1),2),①,② 등의 번호가 곧 목차와 그 내용에 해당합니다).

Ⅱ. 민법을 기준으로 한다면,

<제 1 문>

1. 설문 1.의 경우(5점)

(1) 결 론

丙의 항변은 받아들여질 수 없다.

(2) 근 거

① 채권자대위소송에서 제3채무자는 채무자에 대하여 가지는 항변사유로만 채권자에게 대항할 수 있을 뿐, 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변으로 대항할 수 없다는 점,

② 채권의 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있는 자는 원칙적으로 직접수익자뿐이라는 점,

③ 채권자대위소송의 제3채무자는 채무자의 채권자에 대한 소멸시효 완성의 항변을 원용할 수 없다는 점,

④ 사안의 경우 제3채무자인 丙이 피보전채권인 甲의 대여금채권이 소멸시효 완성으로 소멸하였다고 항변하는 것은 허용되지 않으므로, 丙의 항변은 받아들여 질 수 없다.

2. 설문 2.의 경우(30점)

(1) 결 론

① 甲의 잔존 대여금 채권의 소멸시효가 완성되었다는 乙의 주장이 타당하고, 이 점에서 아직 소멸시효가 완성되지 않았다는 甲의 주장은 타당하지 않다.

② 반면, 乙이 시효이익을 포기하였다는 甲의 주장은 타당하다.

(2) 근 거

1) 대여금 채권의 소멸시효 완성 여부

① 5년의 상사시효가 적용된다는 점(상법 제64조), 2012. 2. 15.을 이행기로 정한 경우로써 이때부터 진행된다는 점(제166조),

② 2012. 9. 5. 공사대금 및 대여금 채권을 2억 5,000만 원으로 확정하는 약정서를 작성한 것은 시효중단의 승인에 해당한다는 점(제168조 제3호),

③ 다시 새로운 2차 소멸시효가 진행하여, 2017. 9. 5. 소멸시효가 완성된다는 점,

④ 2018. 12.경 乙에게 변제를 요구한 사정 등은 이미 새로운 2차 소멸시효가 완성된 이후의 사유로써 그로 인해 소멸시효가 중단되지는 않았다는 점,

⑤ 사안의 경우 2020. 6. 30. 소 제기 당시에는 이미 소멸시효가 완성되었으므로, 甲의 잔존 대여금 채권의 소멸시효가 완성되었다는 乙의 주장이 타당하고, 이 점에서 아직 소멸시효가 완성되지 않았다는 甲의 주장은 타당하지 않다.

2) 시효이익의 포기 인정 여부

① 시효이익은 미리 포기하지 못하지만, 시효완성 후 포기는 가능하다는 점(제184조 제1항),

② 기존 판례는 추정의 법리를 인정하여 시효완성 후 채무자의 채무승인으로부터 시효완성에 관한 채무자의 인식 및 그 시효이익 포기에 관한 채무자의 의사표시를 추정하였으나, 최근 전원합의체 변경 판례에 따르면 채무자가 시효완성 후 채무를 승인한 경우에는 시효완성의 사실을 알고 그 이익을 포기한 것으로 추정된다는 법리(이하 '추정 법리'라 한다)는 타당하지 않다는 점 – 전원합의체 판결의 이유를 얼마나 상술하였는지가 득점의 관건이다.

③ 시효완성사실을 알면서도 시효이익을 포기하는 의사표시를 하였는지 여부를 구체적으로 심리하여야 하고, 이때 개별 사안에 존재하는 여러 사정을 종합적으로 고려하여 객관적

이고 합리적으로 판단하여야 한다는 점, 즉 시효이익을 받을 채무자는 소멸시효가 완성된 후 시효이익을 포기할 수 있고, 이것은 시효의 완성으로 인한 법적인 이익을 받지 않겠다고 하는 효과의사를 필요로 하는 의사표시이고, 소멸시효 이익의 포기사유로서 채무승인은 그 표시의 방법에 아무런 제한이 없어 묵시적인 방법으로도 가능하기는 하지만, 적어도 채무자가 채권자에 대하여 부담하는 채무의 존재에 대한 인식의 의사를 표시함으로써 성립하게 되고, 그러한 취지의 의사표시가 존재하는지 여부의 해석은 그 표시된 행위 내지 의사표시의 내용과 동기 및 경위, 당사자가 그 의사표시 등에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 사회일반의 상식에 따라 객관적이고 합리적으로 이루어져야 한다는 점,

④ 사안의 경우 乙이 2019. 1.경부터 2020. 5.경까지 수 회에 걸쳐 남은 채무를 변제하겠다는 취지로 말하며 구체적으로 자금마련 방법 등을 언급하거나 지급시기의 유예를 요청하였고, 甲에게 2019. 5. 15. 및 2020. 1. 31.에는 각각 3,000만 원을 변제한 사정을 종합적으로 고려해 보건대, 乙에게 시효이익 포기의 의사가 있다고 볼 수 있다. 따라서 乙이 시효이익을 포기하였다는 甲의 주장은 타당하다.

3. 설문 3.의 경우(15점)

(1) 결 론

① 丁의 피보전채권이 인정되지 않는다는 주장은 타당하지 않다.

② 그러나 피보전채권이 시효로 소멸하였다는 丁의 주장은 타당하다.

(2) 근 거

1) 피보전채권의 인정 여부

① 피보전채권은 존재하면 된다는 점(제406조),

② 채권양도 계약이 체결되었더라도 대항요건을 갖추지 않은 상태라면 채무자와의 관계에서 채권은 여전히 기존 채권자(양도인)에게 남겨있고, 양수인은 아무런 법률관계도 아무런 권리도 행사할 수 없다는 점,

③ 또한 채권자의 채권이 사해행위 이전에 성립되어 있는 이상 그 채권이 양도된 경우에도 그 양수인이 채권자취소권을 행사할 수 있고, 이 경우 채권양도의 대항요건을 사해행위 이후에 갖추었더라도 채권양수인이 채권자취소권을 행사하는 데 아무런 장애사유가 될 수 없다는 점,

④ 사안의 경우 乙과 丁의 매매계약은 2016. 3. 1.에 있었고, 甲의 乙에 대한 대여금 채권은 이미 그 이전에 성립되어 있었다. 또한 甲이 X에게 채권을 양도한 것은 2013. 4. 1.이지만, 채권양도 통지 등의 대항요건을 구비한 사정은 없으며, 甲이 2017. 10. 1. 다시 이를 X로부터 양수받았고, 乙은 위 2017. 10. 1.자 양도통지를 2023. 11. 1.에서야 받았지만, X로부터 다시 채권을 양수받은 甲은 채권양도의 대항요건이 사해행위 이후에 갖추었더라도 채권자취소권을 행사하는 데 문제되지 않는다. 따라서 피보전채권이 인정되지 않는다는 丁의 주장은 타당하지 않다.

2) 대여금 채권의 소멸시효 완성 여부 및 시효이익 포기 인정 여부

① 소멸시효를 원용할 수 있는 사람은 권리의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 한정된다. 사해행위취소소송의 상대방이 된 사해행위의 수익자는 사해행위가 취소되면 사해행위에 의하여 얻은 이익을 상실하게 되나, 사해행위취소권을 행사하는 채권자의 채권이 소멸되면 그와 같은 이익의 상실을 면할 수 있는 지위에 있으므로, 그 채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 해당한다는 점,
② 甲의 乙에 대한 대여금채권은 소멸시효가 완성되었다는 점(위 설문 2.와 동일),
③ 그러나 乙의 시효이익의 포기를 인정할 수 있다는 점(위 설문 2.와 동일),

3) 소멸시효이익 포기의 효과

① 시효이익의 포기는 상대적 효과가 있을 뿐이므로 채무자가 취소채권자의 피보전채권에 대하여 시효기간이 지난 후 변제하는 등으로 시효이익을 포기하였다고 하더라도, 그 효력이 사해행위의 수익자에게 미치지 아니하고 수익자는 여전히 피보전채권의 소멸시효를 주장할 수 있다는 점,
② 사안의 경우 채무자인 乙이 시효이익을 포기하였다고 하더라도 상대적 효과가 있을 뿐이므로, 수익자인 丁은 여전히 피보전채권이 시효로 소멸하였다는 주장을 할 수 있다.

<제 2 문>

1. 설문 1.의 경우(20점)

(1) 결 론

① A 은행의 항변은 타당하지 않다.
② 丙의 A 은행에 대한 청구는 인용될 수 있다.

(2) 근 거

1) A 은행 항변의 당부 – 압류에 의한 취득시효의 중단 여부

① 민법 제247조 제2항은 '소멸시효의 중단에 관한 규정은 점유로 인한 부동산소유권의 시효취득기간에 준용한다.'고 규정하고, 민법 제168조 제2호는 소멸시효 중단사유로 '압류 또는 가압류, 가처분'을 규정하고 있다는 점,
② 점유로 인한 부동산소유권의 시효취득에 있어 취득시효의 중단사유는 종래의 점유상태의 계속을 파괴하는 것으로 인정될 수 있는 사유이어야 하는데, 민법 제168조 제2호에서 정하는 '압류 또는 가압류'는 금전채권의 강제집행을 위한 수단이거나 그 보전수단에 불과하여 취득시효기간의 완성 전에 부동산에 압류 또는 가압류 조치가 이루어졌다고 하더라도 이로써 종래의 점유상태의 계속이 파괴되었다고는 할 수 없으므로 이는 취득시효의 중단사유가 될 수 없다는 점,
③ 사안의 경우 甲의 지분에 대한 경매개시결정에 따른 압류에 의해 시효가 중단되었다는 A 은행의 항변은 타당하지 않다.

2) 丙의 근저당권설정등기 말소청구의 인용 여부 – 취득시효완성의 효력 : 소급효

① 제214조에 기한 청구 - 요건 중 특히 근저당권 소멸과 관련하여 취득시효완성의 소급효가 문제된다는 점,
② 민법 제245조에 따라 점유자 명의로 등기를 함으로써 소유권을 취득하게 되며, 이는

원시취득에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 원소유자의 소유권에 가하여진 각종 제한에 의하여 영향을 받지 아니하는 완전한 내용의 소유권을 취득하게 되고, 이와 같은 소유권취득의 반사적 효과로서 각종 제한은 소멸된다는 점,

③ 사안의 경우 丙은 아무런 부담 없는 완전한 내용의 소유권을 취득하게 되므로 근저당권은 말소되어야 한다. 따라서 丙의 청구는 타당하다.

2. 설문 2.의 경우(20점)

(1) 결 론

丙의 청구는 인용될 수 없다.

(2) 근 거

1) 근저당권 설정등기의 효력 유무

① 타인의 토지를 20년간 소유의 의사로 평온·공연하게 점유한 자는 등기를 함으로써 비로소 그 소유권을 취득하게 되므로(제245조에 제1항), 점유자가 원소유자에 대하여 점유로 인한 취득시효기간이 만료되었음을 원인으로 소유권이전등기청구를 하는 등 그 권리행사를 하거나 원소유자가 취득시효완성 사실을 알고 점유자의 권리취득을 방해하려고 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 원소유자는 점유자 명의로 소유권이전등기가 마쳐지기까지는 소유자로서 그 토지에 관한 적법한 권리를 행사할 수 있다는 점,

② 사안의 경우 丙은 2023. 10. 5. 점유취득시효가 완성되었으나 아직 자신 명의로 소유권이전등기를 경료하지 않았으므로, 甲은 소유자로서 A은행에 근저당권을 설정해 준 행위는 적법한 권리행사에 해당한다. 또한 甲은 丙의 점유취득시효가 완성되었다는 사실을 모르고 있었으므로 민법 제103조에 반하는 등의 특별한 사정은 없다. 결국 A은행 명의로 설정된 근저당권은 유효하다.

2) 대위변제로 인한 구상금청구의 인정 여부

① 원소유자가 취득시효의 완성 이후 그 등기가 있기 전에 그 토지를 제3자에게 처분하거나 제한물권의 설정, 토지의 현상 변경 등 소유자로서의 권리를 행사하였다 하여 시효취득자에 대한 관계에서 불법행위가 성립하는 것이 아님은 물론 위 처분행위를 통하여 그 토지의 소유권이나 제한물권 등을 취득한 제3자에 대하여 취득시효의 완성 및 그 권리취득의 소급효를 들어 대항할 수도 없다 할 것이니, 이 경우 시효취득자로서는 원소유자의 적법한 권리행사로 인한 현상의 변경이나 제한물권의 설정 등이 이루어진 그 토지의 사실상 혹은 법률상 현상 그대로의 상태에서 등기에 의하여 그 소유권을 취득하게 된다. 따라서 시효취득자가 원소유자에 의하여 그 토지에 설정된 근저당권의 피담보채무를 변제하는 것은 시효취득자가 용인하여야 할 그 토지상의 부담을 제거하여 완전한 소유권을 확보하기 위한 것으로서 그 자신의 이익을 위한 행위라 할 것이니, 위 변제액 상당에 대하여 원소유자에게 대위변제를 이유로 구상권을 행사하거나 부당이득을 이유로 그 반환청구권을 행사할 수는 없다는 점,

② 사안의 경우 丙의 변제는 X토지상의 근저당권의 부담을 제거하여 완전한 소유권을 확보하기 위한 것으로서 자신의 이익을 위한 행위에 불과하므로, 丙은 甲을 상대로 구상금청구를 할 수 없다. 따라서 丙의 청구는 인용될 수 없다.

3. 설문 3.의 경우(5점)

(1) 결 론

乙과 丙 사이의 매매계약 및 소유권이전등기는 유효하다.

(2) 근 거

① 무권리자가 타인의 권리를 자기의 이름으로 또는 자기의 권리로 처분한 경우에, 권리자는 후일 이를 추인함으로써 그 처분행위를 인정할 수 있고, 특별한 사정이 없는 한 이로써 권리자 본인에게 위 처분행위의 효력이 발생함은 사적 자치의 원칙에 비추어 당연하고, 이 경우 추인은 무권리자의 처분이 있음을 알고 해야 하고, 명시적으로뿐만 아니라 묵시적인 방법으로도 가능하며 그 의사표시는 무권리자나 그 상대방 어느 쪽에 하여도 무방하다는 점,

② 권리자가 무권리자의 처분을 추인하면 무권대리에 대해 본인이 추인을 한 경우와 당사자들 사이의 이익상황이 유사하므로, 무권대리의 추인에 관한 제130조, 제133조 등을 무권리자의 추인에 유추 적용할 수 있다. 따라서 무권리자의 처분이 계약으로 이루어진 경우에 권리자가 이를 추인하면 원칙적으로 그 계약의 효과가 계약을 체결했을 때에 소급하여 권리자에게 귀속된다는 점,

③ 사안의 경우 乙이 甲의 서류를 위조하여 甲 소유의 1/2 지분까지 처분한 것은 권리자의 처분행위'에 해당하는데, 甲이 이를 추인하였으므로, 乙과 丙 사이의 매매계약 중 甲의 지분에 해당하는 부분은 처음부터 유효했던 계약과 같이 취급된다. 따라서 매매계약에 기초하여 마쳐진 丙 명의의 소유권이전등기 중 甲의 1/2 지분 범위 역시 소급하여 유효한 등기가 된다.

4. 설문 4.의 경우(5점)

(1) 결 론

甲의 청구는 인용될 수 있다.

(2) 근 거

① 제741조 요건

② 무권리자에 의한 처분행위를 권리자가 추인한 경우 권리자는 무권리자에 대하여 무권리자가 처분행위로 인하여 얻은 이득의 반환을 청구할 수 있다는 점,

③ 그러나 권리자가 추인을 하지 않고 있다면, 적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 무권리자가 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도, 그러한 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라는 점, 이 경우 원소유자는 소유권을 상실하지 아니하고, 또 무권리자가 제3자와 체결한 매매계약의 효력이 원소유자에게 미치는 것도 아니므로, 무권리자가 받은 매매대금이 부당이득에 해당하여 이를 원소유자에게 반환하여야 한다고 볼 수 없다는 점,

④ 사안의 경우 甲이 X토지 1/2지분에 대한 乙의 처분행위를 추인하지 않은 경우, 甲은 소유권 상실의 손해가 없으므로, 乙을 상대로 한 부당이득반환청구는 인용될 수 없다. 그러나 추인은 묵시적 추인도 가능하고, 사안에서 甲이 乙을 상대로 처분행위가 유효함을 전제로 乙이 수령한 이 사건 부동산 매매대금 중 甲의 지분에 해당하는 금액의 반

환을 구하고 있다면, 乙의 처분행위를 묵시적으로 추인한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 甲의 청구는 인용될 수 있다.

Ⅲ. 민소법을 기준으로 한다면,

<제 1 문>

1. 설문 1.의 경우(12점)

(1) 결 론

甲의 예비적 청구에 '미리 청구할 필요'가 있다고 볼 수 없다(있다고 단정할 수 없다).

(2) 근 거

1) 장래이행의 소의 의의 및 취지

① 제251조

② 미리 채무자의 임의이행의 거부에 대비하여 이행판결(=집행권원)을 얻어 둘 필요가 있는 경우

2) 장래이행의 소의 적법요건

① 장래이행의 소가 적법하기 위해서는 청구권 발생의 기초가 되는 법률상·사실상 관계가 변론종결 당시 존재하여야 하고, 그 상태가 계속될 것이 확실히 예상되어야 하며, 미리 청구할 필요가 인정되어야만 한다는 점,

② 미리 청구할 필요가 있는가는 의무의 성질과 의무자의 태도를 고려하여 개별적으로 판단해야 한다는 점,

③ 장래이행의 소는 통상적인 이행의 소의 예외에 해당하는 것일 뿐 채무자의 무자력에 따른 강제집행의 곤란에 대비하기 위해 마련된 것이 아니다. 더구나, 쌍무계약관계의 이행기가 도래하지 않은 상태임에도 당사자 일방에 대하여 선제적으로 집행권원을 확보할 수 있게 하는 것은 자칫 계약관계의 균형이 상실되어 상대방 당사자의 계약상 권리가 침해될 수 있을 뿐만 아니라 장래의 이행기에 이르기까지 발생할 수 있는 계약상 다양한 변화를 반영하지 못함으로써 이행기 당시 쌍방 당사자의 권리의무관계와 집행권원이 모순·충돌되는 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 따라서 장래이행의 소의 적법 여부는 엄격한 기준에 따라 신중하게 판단하여야 한다는 점,

3) 사안의 경우

사안의 경우 乙은 "인도청구를 거부할 생각은 없다"는 취지로 주장하였으므로, 건물 인도의무의 존부나 이행기의 도래 여부를 부정하거나 다툰 것으로 보이지 않고, 한편 甲이 원심 변론종결 직전에 예비적 청구를 인용하되 나머지 청구를 포기하는 내용의 '화해권고결정 요청서'를 제출하였으나, 乙이 이를 수용하지 않겠다고 한 것은 乙 자신의 보증금에 관한 동시이행항변권 및 권리금 확보를 위한 정당한 권리 행사를 위한 것이지 임의인도를 거부하겠다는 뜻이 아니므로, 위와 같은 사정이 건물 인도의무의 이행기가 도래하더라도 乙의 임의이행을 기대할 수 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 사안의 경우 '미리 청구

할 필요'가 있다고 단정할 수 없다.

2. 설문 2.의 경우(8점)

(1) 결 론

甲은 재심의 소제기에 의해 구제받을 수 있다.

(2) 근 거

1) 청구병합의 성질 및 적법성 여부

① 추가적 변경으로서 예비적 병합에 해당한다는 점,
② 추가적 변경이 적법 요건을 구비하였다는 점,

2) 예비적 병합의 경우 일부판결 허용 여부 및 불복 방법

① 예비적 병합의 경우에 주위적 청구가 인용될 때에는 예비적 청구에 대하여 심판할 필요가 없지만, 그것이 기각되는 때에는 예비적 청구에 대하여 심판하여야 한다는 점,
② 예비적 병합의 경우에는 수개의 청구가 하나의 소송절차에 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 '주위적 청구만을 배척하고 예비적 청구에 대하여 판단하지 않는 등'의 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 제기되면 판단이 누락된 예비적 청구 부분도 상소심으로 이심이 되고 그 부분이 재판의 누락에 해당하여 원심에 계속 중이라고 볼 것은 아니라는 점,
③ 일부판결이 허용되지 않는 소송에서는 재판의 누락이 있을 수 없으므로 추가판결로 시정할 것이 아니고, 그러한 일부판결을 위법한 전부판결로 보아 판결하지 않은 부분은 판단누락에 준하여 취급해야 하므로, 그 구제는 상소 또는 재심(제451조 제1항 제9호)에 의해야 한다(판단누락설 내지 상소·재심설).

<제 2 문>

1. 설문 1.의 경우(12점)

(1) 결 론

① 乙의 당사자추가신청은 부적법하다.
② 乙의 소취하는 적법·유효하다.

(2) 근 거

1) 당사자표시정정 및 당사자추가신청의 허용 여부

① 당사자표시정정은 원칙적으로 당사자의 동일성이 인정되는 범위에서만 허용되므로, 당사자표시정정신청을 하는 경우에도 실질적으로 당사자가 변경되는 것은 허용할 수 없다는 점,

② 임의적 당사자변경으로서 명문의 규정이 있는 경우를 제외하고 그 경위가 어떻든 간에 형식 여하를 불문하고 일체의 임의적 당사자변경의 형태를 불허하고, 필수적 공동소송이 아닌 사건에서 소송 도중에 당사자를 추가하는 것 역시 허용될 수 없다는 점,

③ 사안의 경우 회사의 대표이사가 개인 명의로 소를 제기한 후 회사를 당사자로 추가하고 그 개인 명의의 소를 취하함으로써 당사자의 변경을 가져오는 당사자추가신청은 부적법하다. 다만 그러나 제1심 법원이 부적법한 당사자추가신청을 그 부적법함을 간과한 채 받아들이고 피고도 그에 동의하였으며 종전 원고인 대표이사 개인이 이를 전제로 소를 취하하게 되어 제1심 제1차 변론기일부터 새로운 원고인 회사와 피고 사이에 본안에 관한 변론이 진행된 다음 제1심에서 본안판결이 선고되었다면, 이는 마치 처음부터 원고 회사가 종전의 소와 동일한 청구취지와 청구원인으로 피고에 대하여 별도의 소를 제기하여 본안판결을 받은 것과 마찬가지라고 할 수 있으므로, 소송경제의 측면에서나 신의칙 등에 비추어 그 후에 새삼스럽게 당사자추가신청의 적법 여부를 문제삼는 것은 허용될 수 없고, 당사자추가신청이 당초 부적법한 것이었다고 하더라도 위와 같이 제1심 제1차 변론기일에 원래의 소장과 함께 당사자추가신청서가 진술된 이상 원고 회사의 피고에 대한 청구취지도 진술되었다고 봄이 상당하다.

2) 소취하의 적법 · 유효성 여부

① 제266조

② 소의 취하는 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술하거나 변론을 한 뒤에는 피고의 청구기각판결을 얻을 이익을 고려하여야 하므로 상대방의 동의를 받아야 효력을 가진다는 점,

③ 사안의 경우 피고 丙의 동의를 필요로 하는 사정이 없으므로 소취하의 효력은 인정하여야 한다. 설령 丙이 응소하여 동의를 받아야 하는 경우라도 동의를 얻었다면 소취하의 효력은 인정할 수밖에 없다.

2. 설문 2.의 경우(8점)

(1) 결 론

乙의 소취하는 유효하고 그 법적효력이 인정된다.

(2) 근 거[1)]

1) 소취하의 의의 및 요건

① 제266조

② 소송행위이므로 소송행위로서 유효요건을 갖추어야 하는데, 이와 관련하여 乙에게 대표권이 상실(무권대표)된 것이 아닌지 문제된다는 점,

2) 대표권 상실 여부

① 법인의 대표자에게는 법정대리인에 관한 규정을 준용한다는 점(제64조), 따라서 소송절차가 진행되는 중에 대표권이 소멸한 경우에는 본인 또는 대리인이 상대방에게 소멸된 사실을 통지하지 아니하면 소멸의 효력을 주장하지 못한다. 다만, 법원에 대표권의 소

1) ※ 배점(8점)을 고려해서 소송절차의 중단과 연계하지는 않았다.

멸사실이 알려진 뒤에는 그 대표자는 제56조 제2항의 소송행위를 하지 못한다는 점(제63조 제1항),

② 대표권의 소멸통지가 도달할 때까지는 구대표자가 한 소송행위는 무효로 되지 않고, 이는 대표권 소멸 사실의 통지 유무에 의하여 대표권의 소멸 여부를 획일적으로 처리함으로써 소송절차의 명확과 안정을 기하기 위한 것으로써, 상대방이 소멸사유의 발생을 알든 모르든, 모른 데 대해 과실이 있든 없든 유효하다는 점,

③ 다만, 구대표자가 상대방과 통모하여 소취하 등 본인에게 손해를 가하는 경우를 대비하여, 법원에 대표권의 소멸사실이 알려진 뒤에는 상대방에게 통지가 없더라도 소취하, 화해, 청구의 포기나 인낙, 소송탈퇴 등의 행위는 하지 못한다는 점,

④ 사안의 경우 대표권 소멸 사실을 상대방에게 통지했다는 사정이 없을 뿐만 아니라, 법원에 대표권 소멸사실이 알려졌다는 사정이 없다. 따라서 乙의 소취하는 여전히 유권대표자의 소송행위로서 유효하고 그 법적효력이 발생한다. 다만 위와 같은 사정이 있다면 무권대표행위로서 무효가 되겠지만, 이 경우에도 유동적 무효로서 당사자 등의 추인이 있으면 소급하여 효력이 생긴다(제60조).

3. 설문 3.의 경우(15점)

(1) 결 론

丙의 추후보완항소가 부적법하다고 본 항소심 판단은 부당하다.

(2) 근 거

1) 추후보완항소의 의의 및 요건

① 제173조

② 사안의 경우에는 특히 丙의 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것인지가 문제

2) 불귀책사유의 판단

① 당사자가 책임질 수 없는 사유란, 천재지변 그 밖의 불가항력에만 한정하는 것이 아니고, 당사자가 해당 소송행위를 하기 위한 일반적 주의를 다하였어도 그 기간을 지킬 수 없었던 사유를 말하며, 이와 관련하여 소송서류의 송달이 공시송달로 이루어진 경우가 문제라는 점,

② 소송이 처음부터 소장부본과 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달되었다면 특별한 사정이 없는 한 피고는 과실 없이 판결의 송달을 알지 못한 것이고, 이러한 경우 피고는 책임질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 때에 해당하므로, 추후보완항소가 가능하다는 점,

3) 추후보완기간의 도과 여부

추완항소는 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 할 수 있는데, '사유가 없어진 후'라고 함은 당사자나 소송대리인이 단순히 판결이 있었던 사실을 안 때가 아니고, 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 안 때를 가리키는 것으로서, 다른 특별한 사정이 없는 한 통상의 경우에는 당사자나 소송대리인이 사건기록의 열람을 하거나 또는 새로이 판결정본을 영수한 때에 비로소 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다고 보아야 한다

는 점,

4) 사안의 경우

① 사안의 경우 항소기간은 추후보완의 대상인 불변기간에 해당하고, 소송이 처음부터 소장부본과 판결정본 등이 공시송달의 방법으로 송달되었으므로 丙에게 항소기간 도과에 대한 과실이 있다고 할 수 없다. 즉 원고 甲이 2023. 1. 19. 丙과 전화통화를 하면서 소를 제기한 사실을 알렸고, 2023. 5. 4. 재차 丙과 통화하면서 소송이 계속 중인 사실과 사건번호를 안내한 사실이 있다는 사정이 책임질 수 없는 사유로 인하여 항소기간을 준수할 수 없었던 경우에 해당하지 않는다고 볼 수 없다.

② 또한 丙은 2023. 8. 28. 판결등본을 발급받아 비로소 제1심판결의 선고와 그 판결이 공시송달의 방법으로 송달된 사실을 알게 되었다 할 것이고, 그로부터 2주 내인 2023. 9. 8. 제1심 법원에 이 사건 추후보완항소장을 제출하였으므로, 丙의 추후보완 항소는 적법하다. 丙의 추후보완항소가 부적법하다고 본 항소심 판단은 부당하다.

4. 설문 4.의 경우(15점)

(1) 결 론

항소심 법원은 항소각하 결정을 하여야 한다

(2) 근 거

1) 항소이유서 제출의무

① 제402조의2, 제402조의3

② 항소장에 항소이유를 적지 아니한 항소인은 제400조 제3항의 통지를 받은 날부터 40일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 한다는 점,

2) 적법한 항소이유 기재의 정도

① 민사소송규칙 제126조의2, 제126조의3, 제127조의3

② 항소이유는 적어도 피항소인이 항소인의 주장에 대하여 반박하고 항소인의 주장을 중심으로 변론이 집중될 수 있을 정도로 기재하여야 한다는 점,

3) 항소이유서 미제출의 경우 법원의 조치

항소심 법원은 항소각하 결정을 하여야 한다는 점,

4) 사안의 경우

① 사안의 경우 丁이 제1심 판결에 대하여 항소하면서 항소장의 항소이유란에 “원심의 판단은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있어 이 사건 항소에 이르렀습니다(구체적인 항소이유는 추후 제출할 것입니다).”라고 기재한 것만으로는 제1심판결 중 丁이 다투는 부분을 구체적으로 특정할 수 없고, 상대방이 丁의 주장에 대하여 반박하고 丁의 주장을 중심으로 변론이 집중될 수 있을 정도로 항소이유를 기재하였다고 볼 수 없다.

② 또한 丁은 항소기록접수통지서를 송달받았음에도 40일 이내에 항소이유서를 제출하지 아니하였으므로, 항소심 법원은 항소각하 결정을 하여야 한다.

Ⅳ. 글을 마무리 하며,

이제 시험의 당락은 누구도 알 수 없게 되었습니다. 다만 모두 그 동안의 고생에 대한 보상을 받을 수 있기를 간절히 바랍니다. 여러분들은 그런 자격이 있습니다. 아무쪼록 이제는 조금 평안한 여유를 즐기시면서 결과를 기다리셨으면 좋겠습니다. 다시 한 번 그동안 고생하셨다는 말씀을 드리며, 이만 총평 및 해설은 마무리 짓도록 하겠습니다. 감사합니다.