

법무사시험 대비 기본 사례연습 보충자료

Case 01. 【대결 2002.5.10, 2002마1156】

<기본적 사실관계>

서울에 주소를 둔 甲으로부터 대전에 주소를 둔 乙은 스포츠용품 사업을 시작하기 위해 사업자금이 필요하여 금 1억 5,000만 원을 빌렸는데, 乙은 변제기가 도래한 후에도 돈을 갚지 않고 있다.

<문제>

乙이 부산에 있는 X 부동산을 인천에 주소를 둔 丙에게 매도하고 그에 따른 등기를 마치자, 甲은 丙을 상대로 사해행위취소 및 X 부동산에 관한 소유권이전등기말소의 소와 乙을 상대로 대여금지급청구의 소를 자신의 주소지 법원인 서울중앙지방법원에 제기하였다. 甲의 丙에 대한 소는 관할위반인가? (10점)

I. 결 론

관할위반이 아니다

II. 근 거

1. 보통재판적

조문 : 제2조, 제3조

2. 독립재판적 – 사해행위취소의 소에서의 부동산 등기의무의 이행지

부동산 등기의무의 이행지는 등기소 소재지이고(제21조), 등기청구권자의 주소지가 그 의무이행지로 되는 것이 아니다. 판례도 사해행위취소의 소에 있어서의 의무이행지는 취소의 대상인 법률행위의 의무이행지가 아니라, 취소로 인하여 형성되는 법률관계에서의 의무이행지라고 하였다. 즉 취소로 인하여 수익자 또는 전득자가 원상회복의무를 이행하여야 할 곳이 의무이행지가 된다.

따라서 사안의 경우 부산에 특별재판적이 있고, 서울에 특별재판적이 있는 것은 아니다.

3. 공동소송의 경우 관련재판적 인정 여부

① 사안에서 공동소송인인 乙에 대한 대여금지급청구소송의 경우 관할법원은 의무이행지(제8조, 민법 제467조)인 채권자 甲의 주소지를 관할하는 서울중앙지방법원이다. 이 경우 다른 공동소송인인 丙에게 관련재판적이 인정되어 서울중앙지방법원이 丙에 대한 채권자취소소송에 있어서도 관할권이 있게 되는 것인지 문제된다.

② 민사소송법 제25조 제2항은 “소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 공통되거나 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 그 여러 사람이 공동소송인으로서 당사자가 되는 경우에는 제1항의 규정을 준용한다.”고 규정함으로써 절충설을 입법화하여 제65조 전문의 공동소송의 경우에 관련재판적의 적용을 인정한다.

4. 사안의 경우

사안의 경우 제65조 전문에 해당하므로, 丙에게는 관련재판적이 인정된다. 따라서 甲이 丙을 상대로 한 사해행위취소소송을 乙과의 관계에서 관할권 있는 자신의 주소지 법원인 서울중앙지방법원에 병합제기하였고 관련재판적이 인정되므로, 甲의 丙에 대한 소는 관할권 있는 법원에 제기한 것으로서 적법하다.

Case 02. 【대결 1994.5.26, 94마536】

<기본적 사실관계>

甲은 자신의 소유 X 부동산에 관하여 채무자를 甲, 저당권자를 乙로 하는 저당권설정계약을 체결한 후 저당권설정등기를 마쳐 주었다. 위 저당권설정계약 당시 甲과 乙은 저당권에 관한 소송의 관할법원을 A 지방법원으로 하기로 하는 서면 합의를 하였다. 그 후 甲은 위 X 부동산에 관하여 丙 명의로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었다. 丙은 위 부동산의 소유자로서 위 저당권의 피담보채무가 이미 소멸되었다고 하여 乙을 상대로 그 저당권설정등기의 말소를 청구하는 소를 A 지방법원에 제기하였다.

<문제>

甲과 乙 사이의 관합합의 효력은 丙에게 미치는가? (10점)

I. 결 론

丙에게 미치지 않는다.

II. 근 거

1. 합의관합의 의의 및 취지

조문 : 제29조

2. 甲·乙 사이의 관합합의의 유효성

- ① 합의관합이 유효하게 성립하기 위해서는 i) 제1심법원의 임의관합에 한하여 할 것, ii) 합의 대상인 소송이 특정되었을 것, iii) 관할법원이 특정되었을 것, iv) 합의의 방식이 서면일 것을 요한다.
- ② 사안의 경우 甲과 乙은 근저당권설정계약 당시 근저당권에 관한 소송의 관할법원을 A 지방법원으로 하기로 하는 서면 합의를 하였으므로, 甲과 乙 사이의 관합합의는 유효하다.

3. 甲·乙 사이의 관합합의의 주관적 효력범위

판례는 ① 관합합의는 권리행사의 조건으로서 소송물을 이루는 권리관계가 (지명)채권과 같은 것이면 합의의 효력은 양수인에게 미치지만, ② 물권인 경우에는 양수인은 양도인이 한 합의에 구속되지 않는 것으로 본다. 즉 근저당권설정자와 근저당권자 사이에 이루어진 관합합의의 효력은 부동산 양수인에게 미치지 않는다고 하였다.

생각건대, 물권의 내용은 당사자가 자유롭게 변경할 수 있고(민법 제185조, 물권법정주의), 합의내용을 등기할 수도 없다는 점에 비추어 판례의 입장은 타당하다고 본다.

4. 사안의 경우

甲과 乙 간의 관합합의는 유효하나, 그 효력은 물권의 특정승계인인 丙에게는 미치지 않는다.

Case 03. 【대판 2009.10.15, 2009다49964, 대판 2015.1.29, 2014다34041】

<기본적 사실관계>

甲은 2007. 1. 1. 乙에게 변제기를 2007. 12. 31.로 정하여 5천만 원을 대여하였는데, 乙은 이를 변제하지 못하고 차일피일 미루고 있었다. 그 후 乙은 대여금채무 5천만 원을 변제하지 하지 못한 채 짐작마비로 2017. 9. 1. 사망하였다. 乙이 사망하자 제1순위 상속인 A는 상속포기를 하였다. 甲은 2017. 10. 1. 위 상속포기 사실을 알지 못하고 A를 상대로 위 5천만 원의 반환을 구하는 소를 제기하였다.

<문제>

A는 제1회 변론기일에 출석해서 자신은 상속을 포기하였으므로 채무를 부담할 이유가 없고, 제2순위 상속인으로 B가 있다고 하였다. 甲은 B를 상대로 소송을 계속 수행하려고 한다. 甲은 어떤 조치를 취할 수 있는가? (10 점)

I. 결 론

당사자표시정정을 할 수 있다.

II. 근 거

1. 당사자 확정의 기준

① 판례는 당사자 확정의 기준에 대해 i) 원칙적으로 소장에 나타난 당사자의 표시를 비롯하여 청구원인 그 밖의 일체의 기재사항 등 소장 전체를 기준으로 합리적으로 해석하여 당사자를 결정할 것이라는 입장이다. 다만 ii) “**이미 사망한 자를 상대로 한 소송에서 사실상의 피고는 사망자의 상속인이고 다만 그 표시를 잘못한 것에 불과하다고 해석함이 타당하다.** 또한 실질적인 피고로 해석되는 사망자의 상속인은 실제로 상속을 하는 사람을 가리키고, 상속을 포기한 자는 상속 개시시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓 이게 되므로 제1순위 상속인이라도 상속을 포기한 경우에는 이에 해당하지 아니하며, **후순위 상속인이라도 선순위 상속인의 상속포기 등으로 실제로 상속인이 되는 경우에는 이에 해당한다.**”고 하였다.

② 따라서 사안의 경우 판례의 입장에 따르면 상속을 포기한 A는 피고가 아니며, 2순위 상속인인 B가 피고로 확정된다. 다만 당사자의 표시가 잘못되어 있으므로 이를 보정하는 방법이 문제이다.

2. 甲의 소송수행을 위한 조치

판례는 “사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에, **실질적인 피고는 처음부터 사망자의 상속자이고, 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다고 인정된다면 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정**(당사자표시정정)할 수 있다.”고 하였다. 또한 이와 같은 법리는 채권자가 채무자의 사망 이후 그 1순위 상속인의 상속포기 사실을 알지 못하고 **1순위 상속인을 상대로 소를 제기한 경우에도 채권자가 의도한 실질적 피고의 동일성에 관한 위 전제요건이 충족되는 한 마찬가지로 적용이 된다.**”고 하였다.

3. 사안의 경우

사안의 경우 甲은 1순위 상속인인 A의 상속포기 사실을 알지 못하고 A를 상대로 소를 제기하였지만, 이 경우 실질적 피고는 2순위 상속인인 B로 확정되므로, 피고를 A로 표시한 것에 잘못이 있는 것에 지나지 않는다. 또한 당사자를 바꾸는 것이 동일성이 유지된 경우이므로 甲은 당사자표시정정의 방법으로 당사자를 바꿀 수 있다.

※ 만일 위 사실관계와 달리, 甲이 乙을 상대로 5천만 원의 대여금반환청구를 구하는 소를 2017. 10.

1. 제기하였는데, 제1심 재판부는 乙이 2017. 9. 1. 사망하고, 그 단독 상속인으로 A가 있다는 것을 모른 채 소송을 진행하여 甲의 乙에 대한 전부승소 판결을 선고하였다. 위 판결에 대한 항소기간이 도과한 후 A가 판결 선고를 뒤늦게 알고서 사망한 乙의 상속인으로서 소송수제신청 및 제1심 판결에 대한 추완항소를 제기하였다. 이러한 소송수제신청 및 추완항소는 적법한가? (10점)

I. 결 론

A의 소송수제신청 및 추완항소는 모두 부적법하다.

II. 근 거

1. 문제점

추완항소가 적법하려면 상소요건을 갖추어야 하는데, 무효인 판결에 대해서는 추완항소는 부적법하므로, 제소 전 당사자의 사망을 간과한 판결의 효력이 당연무효인 판결인지 여부를 먼저 살펴 볼 필요가 있다.

2. 제소 전 사망자임을 간과한 판결의 효력

법원이 피고가 사자임을 간과하고 본안판결을 하였을 때, **판결이 확정되어도 그 판결은 이당사자대립구조의 흡결을 간과한 판결로서 당연무효라는 것이 판례의 입장이다.**

3. 간과판결에 대한 소송수제신청 및 추완항소의 적법 여부

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 **당연무효**이며, 판결에 대한 사망자인 피고의 상속인들에 의한 **항소나 소송수제신청은 부적법**하다”고 하였다.

4. 사안의 경우

사안의 경우 1심 법원이 乙의 제소 전 이미 사망한 자임을 간과하고 甲 승소판결을 선고하였더라도, 이는 당연무효인 판결로서 이에 대한 A의 추완항소는 부적법하고, 나아가 실질적 소송관계가 이루어지지 않은 이상 소송수제신청도 부적법하다.

Case 04. 【대판 1991.6.25, 88다카6358, 대판 1984.2.14, 83다카1815】

<기본적 사실관계>

甲 등 10인으로 구성된 A 단체는 사업을 영위하는 과정에서 B 주식회사로부터 물품대금 2억 원을 지급받지 못하고 있어, 그 지급을 구하는 소를 제기하려고 한다.

<문제>

A 단체가 민법상 조합일 경우 원고가 될 수 있는 자는 누구인지 약술하시오. (15점)

I. 조합의 당사자능력 인정 여부

제52조 해석상 문제 → 판례는 원호대상자광주목공조합은 민법상의 조합의 실체를 가지고 있으므로 소송상 당사자능력이 없다고 하였다.

II. 조합의 구성원 전원이 소송을 수행하는 방법

1. 조합의 재산 소유형태

민법 제271조 : 합유

2. 합유관계소송과 고유필수적 공동소송 해당 여부

민법 제272조 → 고유필수적 공동소송으로 전원이 원고 : 당사자적격 → 소송수행의 불편

III. 구성원(업무집행조합원)이 소송을 수행하는 방법 – 임의적 소송담당 허용 여부

1. 명문규정이 있는 경우 – 선정당사자

제53조 → 업무집행조합원을 선정당사자로 선정. 다만 소송수행의 불편 잔존

2. 명문규정이 없는 경우

(1) 허용 여부 및 인정요건

원칙적으로 변호사대리의 원칙(제87조), 소송신탁의 금지(신탁법 제7조)를 잠탈할 염려가 있어 임의적 소송담당은 허용되지 않는다. 그러나 ① 위와 같은 원칙을 잠탈할 염려가 없고, ② 합리적인 필요가 있으면 허용된다는 것이 판례의 입장이다.

(2) 업무집행조합원의 임의적 소송담당 여부

판례는 “업무집행조합원에 대한 조합원의 임의적 소송신탁은 변호사대리의 원칙을 회피하거나 신탁법 제7조의 제한을 잠탈하는 것이라 할 수 없으므로, 조합재산에 대한 소송에 관해 조합원으로부터 임의적 소송신탁을 받아 자기 이름으로 소송을 수행하는 것이 허용된다.”고 하여 이를 인정하고 있다.

Case 05. 【대판 1994.2.25, 93다39225】

<기본적 사실관계>

甲 소유의 X 토지에 관하여 乙과丙이 공모하여 甲 명의의 매매계약서 등 등기관계 서류를 위조하여丙 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 이에 甲은 乙을 상대로 위丙 명의의 소유권이전등기가 원인 없이 경료되었음을 이유로丙 명의의 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소를 제기하였다.

<문제>

이 경우 법원은 이 사건 청구에 대하여 어떠한 판결을 하여야 하는가? (7점)

I. 결 론

소각하 판결을 하여야 한다.

II. 근 거

1. 당사자적격의 의의 및 제도적 취지

당사자적격이란 특정의 사건에 있어서 정당한 당사자로서 소송을 수행하고 본안판결을 받기에 적합한 자격을 말한다. 이는 무의미한 소송을 배제하기 위한 제도이다.

2. 말소등기청구의 소에서 당사자적격의 판단기준

판례는 이행의 소에서 당사자적격의 판단은 주장 자체만으로 판단한다고 본다. 다만 예외적으로 등기의무자, 즉 등기부상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소로서 각하하여야 한다고 하였다.

3. 사안의 경우

Case 06. 【대판 2009.4.23, 2009다3234, 대판 1997.7.25, 96다39301 등】

<기본적 사실관계>

乙은 자신 소유의 X 토지를丙에게 1억 원에 매도하기로 약정하였고, 甲은乙에 대해 1억 원의 대여금채권을 가지고 있다고 주장하면서丙을 상대로乙을 대위하여 매매대금지급청구의 소를 제기하였다

<문제>

위 소송 계속 중에 甲이乙에게 금원을 대여한 사실을 증명할 만한 아무런 증거를 제출하지 못하고 있는 상태에서丙이 甲乙 간의 금원대여사실을 자백하였다면, 법원은 甲이 제기한 대위소송에 대해 어떤 판단을 하여야 하는가? (20점)

I. 결 론

소각하 판결을 하여야 한다.

II. 근 거

1. 채권자대위소송의 법적 성질

판례는 “채권자대위소송은 채권자가 스스로 원고가 되어 채무자의 제3채무자에 대한 권리를 행사하는 것이다.”라고 하여 법정소송당당으로 보고 있다.

2. 피보전채권의 존부에 대해서 재판상 자백이 성립하는지 여부

(1) 피보전채권의 소송법상 의미

채권자대위소송의 법적 성질에 대한 법정소송당당설의 입장에 의하면 “① 피보전채권, ② 보전의 필요성, ③ 채무자의 권리불행사는 당사자적격의 요소”이다.

판례도 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이라 하였다.

(2) 직권조사사항에 대한 자백의 효력

판례는 “당사자능력 또는 소송능력에 관한 사항은 직권조사사항이고, 이는 소위 직권탐지사항과 달라서 그 요건 유무의 근거가 되는 구체적인 사실에 관하여 사실심의 변론종결 당시까지 당사자의 주장이 없는 한 법원은 이를 고려할 수 없고, 소송당사자의 자백에 구속되지 않는다.”고 판시한 바 있다. 따라서 판례에 의하면 당사자적격의 기초사실은 재판상 자백이 될 수 없다.

3. 직권조사사항에 대한 증명책임과 법원의 조치

(1) 직권조사사항에 대한 증명책임

丙이 비록 甲의乙에 대한 금원대여사실을 다투지 않았다고 하더라도 이는 소송요건에 대한 자백이므로 법원은 이에 구속되지 않고 주장책임과 증명책임의 일반원리에 기초하여 사실 인정을 하여야 한다. 이에 관하여 직권조사사항에 대한 증명책임은 원고에게 있다고 하는 것

이 판례의 태도이다.

따라서 본 사안의 경우 甲의 피보전채권은 채권자대위소송에서 당사자적격의 요소이며 이는 직권조사사항이므로 원고 甲이 증명책임을 부담한다.

(2) 피보전채권에 흠이 있는 경우 법원의 조치

甲은 피보전채권의 존재에 대하여 증명책임을 부담함에도 증거를 제출하지 못하였으므로 법원은 피보전채권이 존재하지 아니한다고 판단하여야 하며, 당사자적격의 흠을 이유로 甲이 제기한 대위소송을 각하하여야 한다(법정소송담당설).

4. 사안의 경우

Case 07. 【대판 2015.9.10, 2013다55300】

<기본적 사실관계>

甲과 甲의 동생인 乙은 1988. 5. 10.경 甲이 제공한 매수자금으로 乙을 매수인, 丙을 매도인으로 하여 丙 소유의 Y 토지를 매수하게 하는 위임계약을 체결하면서 乙 명의로 소유권이전등기를 경료하기로 하고 乙이 토지를 보관하다가 甲의 의사에 따라 그에게 다시 이전해 주기로 하였다. 乙과 丙은 1988. 6.경 Y 토지에 관한 매매계약을 체결하고 乙 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 丙은 甲과 乙 사이의 명의신탁약정에 대하여는 전혀 알지 못하였다. 이후 乙은 친척인 丁과 명의신탁약정을 체결하고 丁 명의로 소유권이전등기를 경료해 주었다. 그런데 부동산실명법이 정한 유예기간의 경과로 인하여 명의신탁약정이 무효가 되었다.

<문제>

甲은 乙에 대한 위임약정과 명의신탁약정 및 반환약정에 기한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 乙을 대위하여 丁을 상대로 소유권이전등기의 말소등기를 청구하였다. 이에 丁은 甲의 乙에 대한 권리의 위 발생원인이 된 법률행위는 무효이므로, 甲의 乙에 대한 권리는 존재하지 않는다고 다투고 있다. 丁의 이러한 주장은 가능한가?

(12점)

I. 결 론

가능하다.

II. 근 거

1. 채권자대위소송의 법적 성질

법정소송담당

2. 피보전채권의 소송법상 의미

피보전권리는 직권조사사항

3. 피보전채권의 부존재에 대한 주장 가부

판례는 “채권자가 채권자대위소송을 제기한 경우, ① 제3채무자는 채무자가 채권자에 대하여 가지는 항변권이나 형성권 등과 같이 권리자에 의한 행사를 필요로 하는 자유를 들어 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다툴 수 없지만, ② 채권자의 채무자에 대한 권리의 발생원인이 된 법률행위가 무효라거나 위 권리가 변제 등으로 소멸하였다는 등의 사실을 주장하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부를 다투는 것은 가능하고, 이 경우 법원은 제3채무자의 주장을 고려하여 채권자의 채무자에 대한 권리가 인정되는지 여부에 관하여 직권으로 심리·판단하여야 한다.”고 하였다.

4. 사안의 경우

① 명의신탁약정이 무효가 되면 그와 함께 이루어진 부동산 매입의 위임 약정 역시 무효로 된다. 나아가 甲과 乙 사이에 甲의 요구에 따라 부동산의 소유 명의를 이전하기로 한 약정이

있다면 이 또한 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁 부동산 자체의 반환을 구하는 법
주에 속하는 것에 해당하여 역시 무효로 된다.

- ② 사안의 경우 甲과 乙의 관계는 계약명의신탁관계가, 乙과 丁의 관계는 양자간 등기명의신탁
관계가 성립하였고, 甲이 乙을 대위하여 丁에게 소유권이전등기 말소등기를 청구하는 경우,
丁은 甲의 乙에 대한 권리의 발생원인이 된 법률행위인 명의신탁약정, 위임계약, 별도의 반
환약정이 모두 무효이므로 甲의 乙에 대한 권리는 존재하지 않는다고 다툴 수 있다.

Case 08. 【대판 2009.11.12, 2009다48879】

<기본적 사실관계>

甲은 乙에 대하여 3천만 원의 대여금 채권이 있고, 乙은 丙에 대하여 1천만 원의 대여금 채권이 있다. 甲은 위 3천만 원의 대여금 채권에 대하여 이미 승소확정판결을 받았고 이를 집행권원으로 하여 乙을 채무자, 丙을 제3채무자로 한 채권압류 및 추심명령을 신청하여 법원으로부터 채권압류 및 추심명령을 받았는데 그 후 乙이 丙을 상대로 대여금반환청구의 소를 제기하였다.

<문제>

위 소송의 제1심 변론종결 전에 甲이 위 채권압류 및 추심명령 신청을 취하하고 추심권을 포기한 경우(그 관련 서류가 증거로 법원에 제출되었다) 법원은 어떤 판결을 하여야 하는가?(소송비용부담과 가집행 관련 주문은 제외한다) (10점)

I. 결 론

청구인용판결을 하여야 한다.

II. 근 거

1. 채권에 대한 압류 및 추심명령이 있는 경우의 당사자적격

판례는 채권에 대한 유효한 압류 및 추심명령이 있으면 제3채무자에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기할 수 있고, **채무자는 피압류채권에 대한 이행소송을 제기할 당사자적격을 상실**한다고 본다. 즉 추심채권자는, **실체법상의 청구권은 채무자에게 있으면서 소송법상의 관리권만을 이전받는 제3자 법정소송담당의 관계에 있게 된다**. 따라서 채무자는 원고로서의 당사자적격을 상실한다.

2. 압류 및 추심명령신청 취하의 효력

압류채권자는 추심절차가 끝나기 전까지 압류명령의 신청을 취하할 수 있고, 이 경우 채권자의 추심권도 당연히 소멸하게 되며, 추심금청구소송을 제기하여 확정판결을 받은 경우라도 그 집행에 의한 변제를 받기 전에 **압류명령의 신청을 취하하여 추심권이 소멸하면 추심권능과 소송수행권이 모두 채무자에게 복귀한다**.

3. 사안의 경우

甲의 압류 및 추심명령으로 채무자 乙은 당사자적격을 상실하였으므로 채무자 乙의 제3채무자 丙을 상대로 한 대여금반환청구의 소는 당사자적격의 흡으로 부적법하다. 다만 乙의 丙을 상대로 한 소송계속 중에 추심채권자 甲이 압류 및 추심명령신청을 취하하였고, 이에 따라 乙은 당사자적격을 회복하였는바, 乙의 丙을 상대로 한 소송은 적법하게 된다. 따라서 乙이 丙을 상대로 한 대여금반환청구에 대해 법원은 전부승소판결을 선고하여야 한다.