

2025년 법무사 민법, 민소법 기출문제

총평 및 해설

I. 글을 시작하며,

안녕하세요!? 이혁준입니다.

먼저, 힘든 일정을 견디어 낸 수험생 여러분께 아낌없는 박수를 보내며, 2025년 민법, 민소법 기출문제에 대한 총평을 시작하도록 하겠습니다.

올 해는 작년과 비교해 볼 때, 수업시간에 강조하였던 쟁점과 연습하였던 쟁점이 출제되긴 하였으나, 특히 ① 민법 문제는 제2문이 가족법에서 나왔다는 점은 수험생 대부분에게 사실상 불의타 문제라고 할 수 있으며, 이행인수 문제는 2015년에 이미 기출된 주제라는 점, 불가분채무(공유자들의 임차보증금반환채무)도 2024년에 이미 기출된 쟁점이라는 점에서 그리 편한 느낌은 들지 않았을 것이고, ② 민소법 문제 중 법인의 대표자가 직무집행정지 가처분 결정이 있는 경우 소의 적법성 여부의 문제와 제2문의 약술형 문제는 기본서로 정리하기보다 중요 쟁점만 선별해서 마무리 정리하였다면 다소 불편한 문제일 수 있었습니다. 가족법이나 이미 기출된 쟁점이라도 소홀히 하지 말고, 어느 판례도 그냥 지나치지 말라는 것이 출제자의 의도라고 여겨지는데, 수험생 입장에서는 너무 과한 부담을 주는 것도 부정할 수 없을 듯합니다.

다만 강의 때 가족법 파트 중 출제 유력한 쟁점은 2순환 과정에서 요약자료로 강의가 이루어졌을 뿐만 아니라 민법 출제예상 주제로도 짚어드렸으며 보충판례 자료로 제공된 부분도 있었고 3순환 때에 보충사례로 제공도 하였으므로 개인적으로 신경을 쓴 수험생이라면 조금은 득이 되었다고 생각됩니다. 또한 민소법의 약술형 문제는 1순환 강의 때에 두문자(공·판·직·변)도 가르쳐 드렸고 조문(규칙 포함)만 찾아 기본 내용을 실시하였다면 기본점수를 받는 데에 크게 문제되지 않았을 것으로 보입니다.

여하튼, 전체적으로 볼 때 작년 보다 그리 녹록하지는 않았을 것으로 평가됩니다. 다만 시험이 상대평가라는 점을 생각할 때 선불리 과락 등을 예상할 필요는 없다고 생각합니다(물론 수험생 입장에서는 매우 불안한 생각이 들 수밖에 없겠습니다). 또한 민법은 총 10개의 설문(제1문 5개, 제2문 5개)으로, 민소법은 총 7개의 설문(제1문 5개, 제2문 2개)으로 출제되었으므로, 준비된 문제라도 배점에 부합하게 시간 내에 핵심적인 내용만 기술할 필요가 있었다고 보입니다.

이하에서는 문제의 해설과 관련해서 중요한 사항을 기본으로 말씀드리도록 합니다. 출제된 문제가 시험을 준비하는 과정에서 어려웠던 점이 있었다더라도 법리적으로 어려운 문제는 아니고, 아래 내용이 답안에 기술되면 족한 문제이며, 일부는 이미 2순환 및 3순환 과정에서 연습한 문제이기도 합니다. 또한 해설내용만 보더라도 각 설문의 결론은 충분히 알 수 있

는 것이므로, 해설은 답안작성 때처럼 목차로 구성하지는 않고 근거 부분에서 실시되어야 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 제536조

② 매매목적 부동산의 근저당권말소의무와 대금지급의무는 동시이행관계에 있다(판례)는 점이었습니다.

2. 설문 2.의 경우(15점)

(1) 매매잔대금의 지급거절 가부 - 제588조

(2) 동시이행항변의 범위 - 지급거절 할 수 있는 매매대금의 범위¹⁾

① 매도인이 말소할 의무를 부담하고 있는 매매목적물상의 근저당권을 말소하지 못하고 있다면 매수인은 그 위험의 한도에서 매매대금의 지급을 거절할 수 있고, 그 결과 민법 제587조 단서에 의하여 매수인이 매매목적물을 인도받았다고 하더라도 미지급 대금에 대한 인도일 이후의 이자를 지급할 의무가 없다고 할 것이나, 이 경우 지급을 거절할 수 있는 매매대금이 어느 경우이나 근저당권의 채권최고액에 상당하는 금액인 것은 아니고, 매수인이 근저당권의 피담보채무액을 확인하여 이를 알고 있는 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 지급을 거절할 수 있는 매매대금은 확인된 피담보채무액(3억 원)에 한정된다(판례)는 점이었습니다.

② 사안의 경우 지급해야 하는 매매잔대금은 6천만 원

3. 설문 3.의 경우(10점)

(1) 공제약정의 성질

공제약정은 이행인수에 해당한다는 점(판례)

(2) 동시이행관계 인정 여부

① 부동산매매계약과 함께 이행인수계약이 이루어진 경우, 매수인이 인수한 채무는 매매대금지급채무에 갈음한 것으로서 매도인이 매수인의 인수채무불이행으로 말미암아 또는 임의로 인수채무를 대신 변제하였다면, 그로 인한 손해배상채무 또는 구상채무는 인수

1) ※ [참고] - ① 제588조는 제536조 제2항의 불안의 항변이라는 취지의 확장이다. 양자를 별개로 보는 견해도 있으나, 수험적으로는 제536조는 일반조항으로, 제588조는 매매계약의 경우 개별적으로 마련된 것으로서 그 취지의 적용에 있어서는 같은 평면에 위치한다고 보면 된다. ② 또한 동시이행항변권이 인정되는지의 문제와 동시이행관계라도 그 행사범위의 문제는 다르다고 보면 된다. 마치 채권자취소권이 인정되는지의 문제와 그 행사범위의 문제는 다르다는 것과 마찬가지로 맥락이다. 따라서 답안은 견해대립의 국면을 고려함 없이 수험적으로 판례의 입장에서 실시하면 족하다.

채무의 변형으로서 매매대금지급채무에 같은 것의 변형이므로 매수인의 손해배상 채무 또는 구상채무와 매도인의 소유권이전등기의무는 대가적 의미가 있어 이행상 견련관계에 있다고 인정되고, 따라서 양자는 동시이행의 관계에 있다고 해석함이 공평의 관념 및 신의칙에 합당하다(판례)는 점이었습니다.

- ② 사안의 경우 동시이행관계 인정 - 甲의 주장은 타당하다.

4. 설문 4.의 경우(15점)

(1) 이행지체의 기한 계약해제의 요건

- ① 이행지체에 따른 해제의 유형으로서 제544조에 기한 해제의 요건 구비(지·상·최고)가 문제라는 점
② B 법무사 사무실에 소유권이전등기에 필요한 서류를 맡겨 두고 있는 것은 甲 자신의 의무의 이행제공은 있다는 점
③ 다만 사안의 경우 과다최고가 문제라는 점

(2) 적법한 최고인지 여부

- ① 부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 한편, 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 다른 특별한 약정이 없는 이상 이는 매도인을 면책시키는 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 매수인이 위 채무를 현실적으로 변제할 의무를 부담한다고 해석할 수 없으며, 특별한 사정이 없는 한 매수인은 매매대금에서 그 채무액을 공제한 나머지를 지급함으로써 잔금지급의무를 다하는 것(판례)이라는 점
② 따라서 피담보채무액을 공제한 나머지 잔금(6천만 원)이 아닌 잔금 모두(3억 6천만 원)의 이행을 최고하는 것은 과다최고라는 점
③ 채권자의 이행최고가 본래 이행하여야 할 채무액을 초과하는 경우에도 본래 급부하여야 할 수량과의 차이가 비교적 적거나 채권자가 급부의 수량을 잘못 알고 과다한 최고를 한 것으로서 과다하게 최고한 진의가 본래의 급부를 청구하는 취지라면, 그 최고는 본래 급부하여야 할 수량의 범위 내에서 유효하다고 할 것이나, 그 과다한 정도가 현저하고 채권자가 청구한 금액을 제공하지 않으면 그것을 수령하지 않을 것이라는 의사가 분명한 경우에는 그 최고는 부적법하고 이러한 최고에 터 잡은 계약의 해제는 그 효력이 없다는 점(판례)이었습니다.
④ 사안의 경우 甲의 주장은 타당하지 않다.

5. 설문 5.의 경우(5점)

- ① 건물의 공유자가 공동으로 건물을 임대하고 보증금을 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 임대는 각자 공유지분을 임대한 것이 아니고 임대목적물을 다수의 당사자로서 공동으로 임대한 것이고 그 보증금 반환채무는 성질상 불가분채무에 해당한다(판례)는 점
② 제411조, 제414조 - 채권자는 수인의 불가분채무자 중 어느 1인에 대하여 또는 모든 채무자에 대하여 동시 또는 순차로 전부의 이행을 청구할 수 있다는 점이었습니다.

<제 2 문>

1. 설문 1.의 경우(15점)

(1) 병합소송의 가부

가사소송법 제2조, 제14조에 따라 혼인취소 청구와 재판상 이혼청구 및 손해배상청구는 병합할 수 있다는 점(가점사항에 해당)

(2) 혼인 취소사유의 인정 여부

① 민법 제816조 제3호가 규정하는 '사기'에는 혼인의 당사자 일방 또는 제3자가 적극적으로 허위의 사실을 고지한 경우뿐만 아니라 소극적으로 고지를 하지 아니하거나 침묵한 경우도 포함된다. 원고는 결혼을 전제로 교제 중이던 피고가 자신의 친자를 임신한 것으로 생각하여 급히 혼인신고를 하였는데 나중에 그 아이가 원고의 친자가 아닌 것으로 밝혀진 사안에서, 피고에게 적극적이고 능동적인 기망의 의사가 없었다고 하더라도, 임신한 아이가 원고의 친자가 아닐 가능성이 있다는 점은 충분히 예견할 수 있었으며, 원고는 혼인 전에 이러한 사정을 알았다면 피고와 혼인하지 않았을 것으로 보이는 점, 피고가 임신한 아이가 원고의 친자인지 여부는 부부로서 애정과 신뢰를 형성하는데 있어 상당한 영향을 미치는 사정이고, 그밖에 혼인에 대한 사회일반의 인식과 가치관, 사회의 도덕관·윤리관까지 종합적으로 고려하면, 피고에게 임신한 아이가 원고가 아닌 다른 남자의 아이일 수도 있다는 점에 관한 고지의무가 있다고 보아야 하고, 따라서 이를 고지하지 아니하였다면 원고에 대한 위법한 기망이 되어 혼인취소 사유에 해당한다(판례)는 점

② 따라서 이 부분 A의 주장은 타당하다.

(3) 부정한 행위로서 재판상 이혼사유 인정 여부

① 민법 제840조 제1호 소정의 재판상 이혼사유인 배우자에 부정한 행위가 있었을 때라 함은 혼인한 부부간의 일방이 부정한 행위를 한 때를 말하는 것이므로 혼인 전 단계에서 부정한 행위를 한 때에는 위 제1호의 이혼사유에 해당한다고 할 수는 없다(판례)는 점

② 따라서 이 부분 A의 주장은 부당하다.

(4) 정신적 손해배상의무의 인정 여부

① 민법 제816조 제3호는 부부 일방이 '사기 또는 강박으로 인하여 혼인의 의사표시를 한 때'에는 법원에 혼인의 취소를 청구할 수 있다고 규정하고, 민법 제825조, 제806조는 혼인이 취소되는 때에는 부부 일방이 과실 있는 상대방에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다는 점이었습니다.

② 따라서 혼인취소를 이유로 한 A의 주장은 타당하다.

2. 설문 2.의 경우(20점)

(1) 상속의 개시 및 공동상속인 인정 여부

1) 이혼소송의 종료와 상속의 개시

이혼소송 계속 중 당사자 일방이 사망한 경우 이혼소송은 종료되고 상속은 개시된다는

점(판례)

2) 공동상속인 해당 여부

- ① E는 혼인 중의 출생자로 상속인에 해당하고, B는 법률상 배우자로서 이혼소송이 종료됨에 따라 혼인이 해소되지 않았으므로 상속인에 해당한다는 점
- ② D의 상속인 지위 인정 여부 : i) 제844조 - 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다. 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다. 이러한 민법 제844조 제1항의 친생추정은 반증을 허용하지 않는 강한 추정이므로, 처가 혼인 중에 포태한 이상 그 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나, 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 '동거의 결여'로 처가 부(夫)의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에만 그 추정이 미치지 않을 뿐이고, 이러한 예외적인 사유가 없는 한 누구라도 그 자가 부의 친생자가 아님을 주장할 수 없다는 점(판례), ii) 이와 같은 추정을 번복하기 위하여는 민법 제846조, 제847조에서 규정하는 친생부인의 소에 의하여 그 확정판결을 받아야 하고, 그렇지 않다면 친생자 추정을 받는 자는 혼인 중의 출생자로 된다는 점(판례)

(2) 상속결격 사유의 존부

- ① 제1004조
- ③ B의 상속결격 사유 인정 여부 - 상속결격은 법정사유가 인정되면 상속권 박탈이라는 중대한 효과가 법률상 당연히 발생하므로 그 사유를 엄격하게 해석하여야 하고, 유추에 의하여 상속결격사유를 확장하는 것은 허용되지 않는다(판례)는 점(결국 B·D·E는 공동상속인에 해당한다).

(3) 구체적 상속분

제1003조·제1009조 - B:3/7, D:2/7, E:2/7

3. 설문 3.의 경우(5점)

- ① 제827조·제832조
- ② 민법 제827조 제1항의 부부간의 가사대리권은 부부가 공동체로서 가정생활상 상시 행하여지는 행위에 한하는 것이라 할 것이므로 처가 자가용차를 구입하기 위하여 타인으로부터 금전을 차용하는 행위는 이에 속한다고 할 수 없다는 점(판례)이었습니다.

4. 설문 4-1.의 경우(5점)

- ① 제404조
- ② 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산 분할을 청구할 수 있는 권리로서 청구인의 재산에 영향을 미치지만, 순전한 재산법적 행위와 같이 볼 수는 없다. 오히려 이혼을 한 경우 당사자는 배우자, 자녀 등과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 재산분할청구권 행사 여부를 결정하게 되고, 법원은 청산적 요소뿐만 아니라 이혼 후의 부양적 요소, 정신적 손해(위자료)를 배상하기 위한 급부로서의 성질 등도 고려하여 재산을 분할하게 된다. 또한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확

정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없어 채무자의 책임재산에 해당한다고 보기 어렵고, 채권자의 입장에서는 채무자의 재산분할청구권 불행사가 그의 기대를 저버리는 측면이 있다고 하더라도 채무자의 재산을 현재의 상태보다 악화시키지 아니한다. 이러한 사정을 종합하면, 이혼으로 인한 재산분할청구권은 그 행사 여부가 청구인의 인격적 이익을 위하여 그의 자유로운 의사결정에 전적으로 맡겨진 권리로서 행사상의 일신전속성을 가지므로, 채권자대위권의 목적이 될 수 없고 파산재단에도 속하지 않는다고 보아야 한다는 점(판례)이었습니다.

5. 설문 4-2의 경우(5점)

① 제406조

- ② 이혼으로 인한 재산분할청구권은 이혼을 한 당사자의 일방이 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 권리로서 이혼이 성립한 때에 그 법적 효과로서 비로소 발생하는 것일 뿐만 아니라, 협의 또는 심판에 의하여 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로 협의 또는 심판에 의하여 구체화되지 않은 재산분할청구권은 채무자의 책임재산에 해당하지 아니하고, 이를 포기하는 행위 또한 채권자취소권의 대상이 될 수 없다는 점(판례)이었습니다.²⁾

Ⅲ. 민소법을 기준으로 한다면,

<제 1 문>

1. 설문 1.의 경우(10점)

(1) 제1심법원 판결의 적법성 여부

- ① 피고의 대표자로 잘못 표시된 소장을 제출받은 제1심 법원으로서 원고에게 대표자 표시의 보정을 명하여야 한다는 점
- ② 또한 소장에 일응 대표자의 표시가 되어 있는 이상 설령 그 표시에 잘못이 있다고 하더라도 이를 정정 표시하라는 보정명령을 하고, 원고가 이에 불응하면 명령으로 소장을 각하할 것이 아니고, 판결로써 소를 각하하여야 한다는 점(판례)이었습니다.

(2) 항소심법원 판결의 적법성 여부

- ① 비법인사단이 당사자인 사건에서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 직권조사사항이므로, 법원에 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없으나, 이미 제출된 자료들에 의하여 그 대표권의 적법성을

2) ※ [참고] - 협의 또는 심판에 따라 구체화되지 않은 재산분할청구권을 혼인이 해소되기 전에 미리 포기하는 것은 성질상 허용되지 아니한다. 아직 이혼하지 않은 당사자가 장차 협의상 이혼할 것을 합의하는 과정에서 이를 전제로 재산분할청구권을 포기하는 서면을 작성한 경우, 부부 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산 전부를 청산·분배하려는 의도로 재산분할의 대상이 되는 재산액, 이에 대한 쌍방의 기여도와 재산분할 방법 등에 관하여 협의한 결과 부부 일방이 재산분할청구권을 포기하기에 이르렀다는 등의 사정이 없는 한 성질상 허용되지 아니하는 '재산분할청구권의 사전포기'에 불과할 뿐이므로 '재산분할에 관한 협의'로서의 '포기약정'이라고 보아서는 아니 된다는 판례는, 혼인이 해소되기 전 사안으로 문제 설문과 같이 혼인이 해소된 이후의 사안과는 다르다.

의심할 만한 사정이 엿보인다면 상대방이 이를 구체적으로 지적하여 다투지 않더라도 이에 관하여 심리·조사할 의무가 있다(판례).

- ② 대표자에 대하여 직무집행정지가처분 결정이 내려진 경우에는, 가처분 결정에 특별한 정함이 없는 한 그 대표자는 본안소송에서 그 단체를 대표할 권한을 포함한 일체의 직무집행에서 배제된다. 따라서 원고가 단체를 상대로 직무집행정지가처분 결정이 내려진 대표자의 대표자 지위 부존재 확인의 소를 제기하면서 그 대표자를 단체의 대표자로 표시한 소장을 제출하고 법원도 그 대표자를 송달받을 사람으로 하여 소장 부분을 송달한 후 소송절차가 진행되었다면, 그 대표자에게는 그 소송에 관하여 단체를 대표할 권한이 없기 때문에 소장 부분이 단체에 적법·유효하게 송달되었다고 볼 수 없고 그 대표자가 단체를 대표하여 한 소송행위나 원고가 그 대표자에 대하여 한 소송행위는 모두 무효가 된다(판례).
- ③ 그러나 민사소송법 제64조에 따라 법인의 대표자에게 준용되는 같은 법 제59조 전단 및 제60조는, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 경우에는 법원은 기간을 정하여 이를 보정하도록 명하여야 하고, 소송능력·법정대리권 또는 소송행위에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 사람이 소송행위를 한 뒤에 보정된 당사자나 법정대리인이 이를 추인한 경우에는 그 소송행위는 이를 한 때에 소급하여 효력이 생긴다고 규정하고 있다. 그러므로 법인의 대표자에게 대표권이 없는 경우 법원은 그 흠을 보정할 수 없음이 명백한 사정이 있지 않는 한 위 민사소송법 규정에 따라 기간을 정하여 이를 보정하도록 명할 의무가 있고, 이러한 대표권의 보정은 항소심에서도 가능하다(판례).
- ④ 사안의 경우, A는 특별한 사정이 없는 한 이 사건 소에서 피고 丙법인을 대표할 권한이 없다. 따라서 법원은 원고 甲에게 보정을 명하여 소장에 표시된 피고의 대표자를 적법한 대표권이 있는 사람으로 보정하도록 하고, 보정이 이루어지면 적법한 대표권이 있는 사람에게 소장 부분을 송달함으로써 소송계속의 효과가 발생하도록 하는 등의 조치를 취하여야 한다. 그럼에도 항소심법원은 A에게 피고를 대표할 권한이 없어 항소가 부적법하다는 이유로 피고의 항소를 각하하였다. 이러한 항소심법원의 판단에는 대표권에 흠이 있는 경우 보정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있어 부적법하다(만약 甲이 보정에 응하지 않으면 제1심 판결을 취소하고 소를 각하했어야 할 것이다).

2. 설문 2-1의 경우(15점)

(1) 공동소송참가의 의의 및 요건 - 제83조

(2) 채권자대위소송의 법적 성질

(3) 소송목적이 합일적으로 확정되어야 할 것

- ① 채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 '소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우'에 해당하므로 그 참가신청은 적법하다. 이는 결국 기판력 등의 판결의 효력이 미칠 가능성이 있는 경우 합일적 확정이 필요하다는 의미이다.

- ② 판례는 어떠한 사유로든 채무자가 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았을 경우에도 한하여 그 판결의 효력이 채무자에게 미치므로, 이러한 경우에는 그 후 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기하면 전소의 기판력을 받게 된다고 하였다.
- ③ 판례는 i) 채권자대위소송이 계속 중인 상황에서 다른 채권자가 동일한 채무자를 대위하여 채권자대위권을 행사하면서 공동소송참가신청을 할 경우, 양 청구의 소송물이 동일하다면 민사소송법 제83조 제1항이 요구하는 ‘소송목적의 한 쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우’에 해당하므로 그 참가신청은 적법하다. ii) 이때 양 청구의 소송물이 동일한지는 채권자들이 각기 대위행사하는 피대위채권이 동일한지에 따라 결정되고, 채권자들이 각기 자신을 이행 상대방으로 하여 금전의 지급을 청구하였더라도 채권자들이 채무자를 대위하여 변제를 수령하게 될 뿐 자신의 채권에 대한 변제로서 수령하게 되는 것이 아니므로 이러한 채권자들의 청구는 서로 소송물이 다르다고 할 수 없다고 하였다.
- ④ 여기서 원고가 일부 청구임을 명시하여 피대위채권의 일부만을 청구한 것으로 볼 수 있는 경우에는 참가인의 청구금액이 원고의 청구금액을 초과하지 아니하는 한 참가인의 청구가 원고의 청구와 소송물이 동일하여 중복된다고 할 수 있으므로 소송목적의 원고와 참가인에게 합일적으로 확정되어야 할 필요성을 인정할 수 있어 참가인의 공동소송참가신청을 적법한 것으로 보아야 한다.
- ⑤ 또한 사안의 대상판결은 중복제소에 관한 명시적 입장은 밝히지 않았으나, 일반적 소송요건을 구비하였음을 전제로, 즉 중복제소에 해당하지 않음을 전제로 공동소송참가신청의 적법성을 인정한 것으로 보인다.

3. 설문 2-2의 경우(5점)

- ① 참가가 적법하다고 인정되면 합일확정이 필요한 경우로서 참가인과 피참가인은 필수적 공동소송인이 되므로 필수적 공동소송에 관한 민사소송법 제67조가 적용된다는 점
- ② 전부판결에 대한 일부항소의 경우 제67조 법리 - 상소불가분의 원칙 적용 + 불이익변경금지의 원칙 적용배제 : 제67조 제1항은 “필수적 공동소송에 있어서 공동소송인 중 1인의 소송행위는 공동소송인 전원의 이익을 위하여서만 효력이 있다”고 규정하고 있으므로 공동소송인 중 일부의 상소 제기는 전원의 이익에 해당된다고 할 것이어서 다른 공동소송인에 대하여도 그 효력이 미친다. 따라서 사건은 필수적 공동소송인 전원에 대하여 확정이 차단되고 상소심에 이심되며, 합일확정을 위해서 전원에 대하여 심판의 대상이 된다(판례)는 점이었습니다.
- ③ 따라서 항소심법원은 丁에 대한 제1심법원 판결을 취소하고 丁에게 승소판결을 내릴 수 있다.

4. 설문 3의 경우(10점)

- (1) 채권자대위소송의 법적 성질
- (2) 중복된 소제기의 금지
 - ① 문제점 - 채무자와 제3채무자 간의 확정판결의 효력은 대위채권자에게 미치고(판례),

공격방어방법으로 주장한 **상계의 항변**에 대하여는 **대항한 액수에 있어서 그 판단에 기판력이 인정되는(제216조 제2항)** 등 보통의 공격방어방법과 다른 **특수성이 있어서 판결의 모순·저촉의 우려**가 있다. 이에 따라 소송 중 상계항변으로 주장한 반대채권으로 별소를 제기하는 경우 중복제소에 해당하는지 여부가 문제된다.

- ② **중복제소금지의 의의 및 취지 - 제259조**
- ③ **상계의 항변과 중복제소** - 판례는 “i) 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, 사실심의 담당재판부로서는 전소와 후소를 같은 기회에 심리·판단하기 위하여 **이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 기판력의 저촉·모순을 방지함과 아울러 소송경제를 도모함이 바람직하나**, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 **별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다**. ii) 마찬가지로 먼저 제기된 소송에서 상계 항변을 제출한 다음 그 소송계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것도 가능하다.”고 하였다.

(3) 재소금지 해당 여부

- ① **문제점 - 채무자와 제3채무자 간의 확정판결의 효력은 대위채권자에게 미치고(판례), 상계항변은 기판력이 인정된다는 점(제216조 제2항), 그러나 공격방어방법으로서 예비적 항변에 해당하지만 소제기와는 다르므로 상계항변을 철회하는 경우 상대방의 동의 없이 자유롭게 철회할 수 있다**는 점 때문에 재소금지의 원칙이 적용되는지 여부가 문제이다.
- ② **재소금지의 의의·취지 및 요건 - 제267조 제2항**
- ③ **상계항변의 철회와 재소금지** - 판례는 “민사소송법 제267조 제2항은 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다고 정하고 있다. 이는 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용해지고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이다. 그런데 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술 또는 변론을 한 뒤에는 **상대방의 동의를 받아야 효력을 가지는 소의 취하와 달리 소송상 방어방법으로서의 상계항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고**, 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다. 따라서 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계항변을 철회하였다더라도 이는 소송상 방어방법의 철회에 불과하여 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 원칙이 적용되지 않으므로, 그 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기할 수 있다.”고 하였다.

5. 설문 4.의 경우(10점)

(1) 채권자대위소송의 법적 성질

피보전권리 : 직권조사사항 → 사실의 주장과 증명책임 적용 / but 피고의 재판상 자백의 효력은 인정할 수 없고 별도의 증거자료에 의한 증명이 필요 : 흠이 있는 경우 소각하

(2) 형식적 증거력 인정 여부

- ① 문서의 기재내용이 증거자가 그 문서의 작성자라고 주장하는 특정인의 의사에 기하여 실제로 작성된 것을 문서의 진정성립이라고 하는데, 일반적으로 진정하게 성립된 문서를 형식적 증거력이 있다고 한다.
 - ② 사문서의 진정성립에 대해서는 증거자측이 그 성립의 진정을 증명하여야 하고(제357조), 제358조에서는 날인사실이 증명된 경우 사문서의 진정성립이 추정됨을 규정하고 있는데, 인영의 동일성만이 인정된 경우에도 사문서의 진정성립이 추정되는지 문제된다.
 - ③ 판례는 인영의 동일성이 인정되면 날인의 진정이 사실상 추정(1단의 추정)되고 날인의 진정이 추정되면 제358조에 의하여 증거법칙적 추정(2단의 추정)이 이루어진다고 하여, 「이단(二段)의 추정」으로 형식적 증거력을 추정하고 있다.
 - ④ 진정성립 추정의 복멸 및 증명책임 - 판례는 “날인행위가 작성 명의인(乙)의 의사에 기한 것이라는 추정은 사실상의 추정이고, 이와 같은 사실상 추정은 날인행위가 작성 명의인 이외의 자에 의하여 이루어진 것임이 밝혀진 경우에는 깨어지는 것이므로, 문서제출자는 그 날인행위가 작성명의인으로부터 위임받은 정당한 권원에 의한 것이라는 사실까지 증명할 책임이 있다.”고 하였다.
 - ⑤ 사안의 경우, ① 차용증에 있는 乙 이름 다음의 인영이 乙 자신의 인장과 동일하다는 것은 甲이 증명하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 그 인영은 乙의 의사에 의해 현출된 것으로 사실상 추정된다고 할 것이다. 그러나 ② 위 인장을 직접 날인한 자가 乙이 아니라 甲이 임의로 날인한 사실이 밝혀지는 경우라면 추정은 깨어지는 것인데, 이는 丙법인이 증명하여야 한다. 사안에서는 차용증과 乙의 증언 이외에 별도의 증거가 제출되지 않았다고 하였으므로, 결국 법원은 차용증의 형식적 증거력을 인정할 수 있다.
- (3) 처분문서의 실질적 증거력
- ① 처분문서의 경우 그 진정성립이 인정되는 이상 기재 내용대로 법률행위의 존재 및 내용을 인정하여야 한다.
 - ② 사안의 경우 甲이 제출한 차용증은 형식적 증거력이 인정된다. 나아가 차용증은 처분문서로서 그 진정성립이 인정되는 이상 기재 내용대로 법률행위의 존재 및 내용을 인정하여야 한다. 따라서 법원은 차용증을 甲의 청구를 뒷받침할 증거로 사용하여 甲의 乙에 대한 대여금채권의 존재를 인정하여야 한다.

<제 2 문>

1. 설문 1.의 경우(12점)

- (1) 공동소송의 유형 확정 및 소의 적법성 여부
 - ① 동업약정 : 조합 → 민법 제272조 : 합유 - 실제법상의 관리처분권 공동귀속 : 고유필수적 공동소송에 해당
 - ② 고유필수적 공동소송은 수인이 공동의 이해관계를 가지기 때문에 합일확정의 필요가 있으므로, 그 수인이 전원으로만 행사하여야 당사자적격이 인정된다. 따라서 공동소송인으로 되어야 할 자 중 일부가 누락된 경우에는 원칙적으로 당사자적격의 흠결로 소는 부적법 각하된다.

(2) 甲이 취할 수 있는 방법

1) 소취하 후 재소와 별소 제기 후 변론병합의 신청

① 甲은 소를 취하하고 甲·乙 모두를 원고로 하여 다시 제소할 수도 있다. 또한 ② 乙이 별소를 제기한 후에 법원에 대하여 변론병합을 신청을 할 수도 있을 것이다. 다만 이러한 방법은 지나치게 우회적인 방법으로서 소송경제에 반하고, 변론병합은 법원의 재량인 점에서 부적절한 면이 있다. 따라서 당해절차에서 누락된 공동소송인을 추가하는 방법을 살펴보기로 한다.

2) 필수적 공동소송인의 추가

가) 의의 및 요건

① 제68조

② 필수적 공동소송인의 추가가 인정되기 위해서는, i) 필수적 공동소송인 중 일부가 누락된 경우이어야 하고, ii) 공동소송의 요건을 갖추어야 하며, iii) 시기적으로 제1심 변론종결 전이어야 한다. iv) 원고측 추가의 경우에는 추가될 당사자의 동의를 요한다.

나) 사안의 경우

사안의 경우 ① 소유권이전등기청구소송은 고유필수적 공동소송인데 공동소송인 중 1인인 乙이 원고로서 누락되었고, ② 제65조 전문의 권리와 의무가 공통되는 공동소송에 해당하며, 동종의 절차와 공통의 관할이 있다고 할 것이므로 공동소송의 요건을 갖추어진 것으로 보인다. 또한 ③ 제1심에서의 추가이므로 문제될 것이 없다. ④ 다만 원고측 추가의 경우이므로 乙의 동의는 필요하다.

(3) 乙이 취할 수 있는 방법

1) 공동소송참가의 의의 및 요건

① 제83조

② 공동소송참가가 인정되기 위해서는 i) 타인간의 소송계속 중에, ii) 당사자적격이 있는 자로서, iii) 소송목적이 한쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우이어야 하고, iv) 일반적 소송요건을 구비하여야 한다.

2) 사안의 경우

사안의 경우 ① 甲, 丙 간의 소송계속 중이고, ② 사안의 소유권이전등기청구의 소는 필수적 공동소송으로서 乙에게 당사자적격이 인정되고 소송목적이 甲, 乙, 丙에게 합일적으로 확정되어야 하며, ③ 달리 소송요건이 흠결한 사정이 없다고 하였으므로, 乙은 참가신청서를 법원에 제출하여 공동소송참가를 할 수 있다.

2. 설문 2.의 경우(8점)

① 제256조, 제257조, 규칙 제65조 등

무변론판결이 불가능하거나 부적합한 사건

① 피고에게 공시송달로 소장부분을 송달한 경우(제256조 제1항 단서)

② 판결이 선고되기까지 피고가 원고의 청구를 다투는 취지의 답변서를 제출한 경우(제257조 제1항 단서)

- ③ 직권으로 조사할 사항(Ex. 소송요건의 존부 등)이 있는 경우(제257조 제1항 단서)
- ④ 변론주의 원칙의 적용이 일부배제되는 등 그 소송의 성질상 무변론판결에 적합하지 아니한 경우(Ex. 형성소송, 가사소송, 행정소송 등)
- ⑤ 법원이 변론기일을 지정한 경우

② 제1심법원이 피고에게 소장의 부분을 송달하였을 때 피고가 원고의 청구를 다투는 경우에는 소장의 부분을 송달받은 날부터 30일 이내에 답변서를 제출하여야 하고(제256조 제1항), 법원은 피고가 답변서를 제출하지 아니한 때에는 청구의 원인이 된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결할 수 있으나(이하 '무변론판결'이라 한다), 판결이 선고되기까지 피고가 원고의 청구를 다투는 취지의 답변서를 제출한 경우에는 무변론판결을 할 수 없다(제257조 제1항). 따라서 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과한 채 민사소송법 제257조 제1항에 따라 무변론판결을 선고하였다면, 이러한 제1심판결의 절차는 법률에 어긋난 경우에 해당한다.³⁾

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.

3) ※ [참고] - 항소법원은 제1심판결의 절차가 법률에 어긋날 때에 제1심판결을 취소하여야 한다(제417조). 따라서 제1심법원이 피고의 답변서 제출을 간과한 채 민사소송법 제257조 제1항에 따라 무변론판결을 선고함으로써 제1심판결 절차가 법률에 어긋난 경우 항소법원은 민사소송법 제417조에 의하여 제1심판결을 취소하여야 한다. 다만 항소법원이 제1심판결을 취소하는 경우 반드시 사건을 제1심법원에 환송하여야 하는 것은 아니므로, 사건을 환송하지 않고 직접 다시 판결할 수 있다.